




University of Tehran Press

Comparison and Rethinking the Classification of Legal Systems in the Light of Socio-Cultural Commonalities and Differences

Hamidreza Asimi^{1✉} | Mohammad Yekrang²

1. Corresponding Author; Department of Criminal law and criminology, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Iran. Email: Hamidr.asimi@gmail.com
2. Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: Yekrang@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <p>Received: 2021/12/29</p> <p>Received in revised form: 2022/05/20</p> <p>Accepted: 2022/06/01</p> <p>Published online: 2023/06/22</p> <p>Keywords: <i>Legal transplantation, comparative law, professional law, traditional law, political law.</i></p>	<p>Due to the change in the world's legal map, the emergence of new powers, and the creation of new ideas in legal philosophy, Rene David's famous classification which is based on Western thought, has faced serious challenges. Thus it is necessary to introduce a functionalist classification in order to describe the world's legal map. This paper, by using library research tools and relying on the factors that construct social rules, tries to classify the existing legal paradigms based on their salient characteristics. The benefit of classifying legal systems is that such classification is based on a prior understanding of similarities and differences in legal paradigms which then makes the success or failure of legal transplantation measurable. Thus, with an emphasize on the knowledge of criminal law, this paper has classified the world's legal systems into three paradigms: the rule of professional law, the rule of political law, and the rule of traditional law. Consequently, it would be easier to transplant national systems from each of these categories by common assumptions, and in contrast, it would be arduous to transplant legal systems under different categories.</p>
How To Cite	Asimi, Hamidreza; Yekrang, Mohammad (2023). Comparison and Rethinking the Classification of Legal Systems in the Light of Socio-Cultural Commonalities and Differences. <i>Comparative Law Review</i> , 14 (1), 29-54. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2022.333486.634274
DOI	10.22059/jcl.2022.333486.634274
Publisher	University of Tehran Press. 



بازاندیشی در طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی در پرتو اشتراکات و افتراقات اجتماعی - فرهنگی

حمیدرضا ائیمی^۱ | محمد یکرنگی^۲

۱. نویسنده مسئول؛ گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران. رایانامه: Hamidr.asimi@gmail.com

۲. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران. رایانامه: Yekrangi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۰۸</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۲/۳۰</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۱</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: پیوند حقوقی، حقوق تطبیقی، حقوق حرفه‌ای، حقوق سنتی، حقوق سیاسی.</p>	<p>با توجه به تغییر در نقشه حقوقی جهان و ظهور قدرت‌های نو و ایجاد اندیشه‌های جدید در فلسفه حقوق، طبقه‌بندی مشهور رنه داوید که با محوریت اندیشه غربی است با چالش‌های جدی روبه‌رو شده است و ارائه یک طبقه‌بندی مبتنی بر کارکردگرایی که توصیف‌گر نقشه حقوقی جهان باشد ناگزیر می‌نماید. نگارندگان این مقاله می‌کوشند با بهره‌مندی از روش کتابخانه‌ای و با تکیه بر رانه‌ها و عوامل سازنده قواعد اجتماعی، الگوهای حقوقی موجود در جهان را بر اساس شاخص‌های بارز آنان طبقه‌بندی کنند. فایده طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی آن است که بر اساس برداشتی پیشینی از تشابهات و تفاوت‌های الگوهای حقوقی، توفیق یا شکست پیوند حقوقی را قابل ارزیابی می‌کند. از این رو، در این مقاله با تأکید بر دانش حقوق کیفری، دستگاه‌های حقوقی جهان ذیل سه الگوی حاکمیت حقوق حرفه‌ای، حاکمیت حقوق سیاسی و حاکمیت حقوق سنتی طبقه‌بندی شده است. نتیجه آنکه برقراری پیوند در دستگاه‌های ملی ذیل هر یک از خانواده‌ها به‌جهت پیش‌دآوری‌های مشترک، سهل‌تر صورت می‌گیرد و دستگاه‌های حقوقی با خانواده‌های متفاوت در این خصوص دشواری بیشتری پیش رو دارند.</p>
استناد	<p>ائیمی، حمیدرضا؛ یکرنگی، محمد (۱۴۰۲). بازاندیشی در طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی در پرتو اشتراکات و افتراقات اجتماعی - فرهنگی. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i>، ۱۴ (۱)، ۲۹-۵۴.</p>
DOI	DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2022.333486.634274
DOI	10.22059/jcl.2022.333486.634274
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

طبقه‌بندی^۱ در دانش حقوق، مانند هر دانش دیگری نقش برجسته‌ای ایفا می‌کند. این طبقه‌بندی یا گروه‌بندی، چارچوبی فکری برای دانش حقوق فراهم می‌آورد و پیچیدگی‌های آن را قابل مدیریت می‌سازد (Mattei, 1997: 5). همان‌گونه که ما برای مقدمه^۲ درک خود، اجزای یک نظام حقوقی مشخص و در ادامه‌اش هریک از اجزای آن را طبقه‌بندی می‌کنیم^۳، ناگزیریم برای آغاز فرایند مطالعه^۴ تطبیقی، نظام‌های حقوقی موجود در جهان را نیز در الگوهای متمایز دسته‌بندی کنیم. الگوهای طبقه‌بندی حقوقی به حقوق‌دانان اجازه می‌دهد تا با یکدیگر ارتباط پرثمر برقرار سازند، مشکلات همگن را به اشتراک گذارند و برای آن مشکلات راه‌حل‌های اصولی مشترک پیشنهاد دهند. از این رو، می‌توان طبقه‌بندی الگوهای حقوقی را دستور زبان گفتمان حقوق تطبیقی^۵ و مقدمه^۶ تولید معرفت دانست (Farnsworth, 2010: 30) و مدعی شد که تنها در پرتو یک الگوهای مبتنی بر واقعیت است که دانش حقوق تطبیقی ایجاد می‌شود و سپس فرایند حقوق تطبیقی میان نظام‌های حقوقی جهان می‌تواند به غایت خود، یعنی پیوند حقوقی^۷، دست یابد.

حقوق‌دان تطبیقی برای آغاز فرایند پژوهش ناگزیر است تا با اتخاذ الگویی مفروض، روش مدنظر خود را برای کشف تفاوت‌ها یا تشابهات اعمال دارد تا بتواند در این مسیر نحوه^۸ تکامل دستگاه‌های حقوقی و امکان تغییرات در دستگاه‌های حقوقی را بررسی کند. چه در توصیف نقشه^۹ حقوقی جهان^{۱۰} از طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی و چه در نوع روش اتخاذی، هر حقوق‌دان با نظام مفهومی از پیش متعینی سروکار دارد که به احتمال زیاد با دستگاه یا الگوی مورد مطالعه متفاوت است. از این رو، یک طبقه‌بندی معقول از الگوهای حقوقی موجود در جهان به شفافیت و فهم امتیاز چشم‌اندازها نیز کمک می‌رساند: اینکه سوژه^{۱۱} مطالعه و موضوع آن هرکدام کجا ایستاده‌اند (Nader, 1990: 24).

از دیرباز، سیاق غالب در عرصه^{۱۲} طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی در جهان دو خصوصیت ویژه داشته است: نخست آنکه بر چشم‌انداز اروپامحوری یا غرب‌محوری^{۱۳} استوار بوده (Mattei, 1997: 10)، و دوم اینکه طبقه‌بندی نظام‌ها بر شاخه^{۱۴} حقوق خصوصی^{۱۵} تمرکز داشته است (Ewald, 1995: 490). در مورد خصوصیت نخست، رویکرد متفکرانی نظیر آلن واتسون^{۱۶} و رنه دابوید^{۱۷} گویای وضوح ادعا است. اندیشمند

1. Taxonomy

۲. منظور، طبقه‌بندی دستگاه‌های حقوقی به شاخه‌های کیفری، خصوصی، اداری و ... است.

3. Comparative law

4. Legal transplantation

5. World legal map

6. Euro-American centric classification

7. Private law

8. Alan Watson

مؤلفی نظیر واتسون، ضمن جداسازی^۲ حوزه دانش حقوق از سایر رشته‌های علوم انسانی، حقوق روم^۳ را به‌عنوان مبنای رشد همه دستگانه‌های حقوقی در غرب معرفی می‌کند و اصلی‌ترین عامل تکامل دستگانه‌های حقوق داخلی کشورها را معطوف به پیوند حقوقی در میان کشورهای غربی قلمداد می‌نماید (Watson, 2009: 35). همچنین تقسیم‌بندی سنتی رنه داوید از چهارگانه کامن‌لا^۴، حقوق موضوعه^۵، حقوق سوسیالیستی^۶ و گروه باقی‌مانده^۷ به‌خوبی نشان می‌دهد که از نظر وی تمام دستگانه‌های غیرغربی چنان مرتبه‌ای تقلیل‌یافته دارند که می‌توان همه آنها را ذیل عنوانی مبهم به کناری گذاشت. از همین رو، به نظر چنین اندیشمندانی جریان مطالعه تطبیقی و پیوند حقوقی نه یک بزرگراه دوطرفه، بلکه کانالی است یک‌سویه که می‌بایست به بسط حقوق و مفهوم قانون از نگاه غربی دامن بزند. همچنین، تمرکز اغلب مطالعات حقوق تطبیقی و تولیدات این دانش در حوزه حقوق خصوصی است. در این باره، اصل ادعای واتسون و تبیین او از دانش حقوق مبتنی بر نگاه تاریخی به تکامل شاخه حقوق خصوصی در اروپا است. حتی اندیشه‌ورزانی نظیر گومتی نیز که منتقد نگاه «اروپامحور» هستند، طبقه‌بندی خود از نظام‌های حقوقی جهان را بر اساس شاخه حقوق خصوصی بنیان گذاشته‌اند (Mattei, 1997: 10). برای توضیح این رویکرد، می‌توان علل پرشماری از قبیل حساسیت‌برانگیز بودن ماهیت حقوق کیفری، درهم‌تنیدگی آن با مسئله امنیت ملی کشور و نیز عدم انطباق واقعیت دستگانه‌های کیفری با نصوص قانونی را نام برد (اثیمی، ۱۳۹۷: ۴۴). در ادامه، ضمن روشن‌گری دغدغه اصلی این مقاله، به ضرورت تغییر در دو فرض پیش‌گفته پرداخته خواهد شد.

بی‌گمان تقسیم‌بندی چهارگانه رنه داوید از کار افتاده است. یک الگو از طبقه‌بندی مدنظر او، یعنی کشورهای واجد حقوق سوسیالیستی - که با فروپاشی اتحاد شوروی^۸ از بین رفته و جای خود را به جانشین‌هایی داده که یا هیچ‌گاه و ام‌دار تاریخ روسیه نبوده‌اند - نظیر چین (Lee, 1995: 79) و یا کشورهای سربر کشیده که میان پیشینه وابسته به روسیه و تمایل به پیوستن به الگوی جهانی‌سازی غربی دودل هستند (Pogany, 1993: 334). همچنین الگوی باقی‌مانده، حتی اگر در زمان خود بی‌معنا نبود، اکنون دیگر با هیچ شاخصی نمی‌تواند دستگانه‌های نوظهور حقوقی را توضیح دهد. چین، ژاپن و کشورهای شرق آسیا هرکدام دستگانه‌های حقوقی مستقل و مدعی دارند که بر اساس ارزش‌های سنتی

1. René David
2. Insulation
3. Romans Law
4. Common Law
5. Civil Law
6. Socialist Law
7. Residual
8. Soviet Union

خود، حتی در برآورده ساختن کارکردهای مدنظر حقوق غربی تواناترند (Meti, 1997: 39). امریکای لاتین و کشورهای شرق اروپا الگوهای سیاسی‌ای را در پی گذار و توسعه دنبال می‌کنند، و پس از انقلاب ۱۹۷۹ ایران، بیشتر کشورهای اسلامی در پی احیای سنت‌های دینی خود هستند و نظام‌های حقوقی مبتنی بر دوگانه شرع و قانون را تشکیل داده‌اند (فیرحی، ۱۹۹۳: ۲۱-۱۸؛ علوی، ۱۳۹۶: ۲۰). همچنین به نظر می‌رسد که با رویکرد کارکردباوری^۱ و ایده جهانی‌سازی^۲ حاکم در غرب دیگر نمی‌توان کاملاً و حقوق موضوعه را دو الگوی متفاوت به‌شمار آورد، بلکه می‌بایست آنها را به دلیل مشابهات بیشینه و روزافزونشان ذیل یک الگوی حقوق حرفه‌ای با ویژگی‌های همگن طبقه‌بندی کرد.

شیوه قدیمی تمرکز بر حقوق خصوصی نیز کارکرد پیشین خود را از دست داده است. در این خصوص چند نکته را نباید از نظر دور داشت: نخست اینکه با رویکرد تهاجمی و جهانی‌سازی غربی که با حمله نظامی کشورهای قدرتمند و یا مداخلات سازمان‌های بین‌المللی به غرب آسیا و کشورهای آفریقایی همراه شده است، دولت‌های جانشین در کشورهای در وضعیت پس از منازعه^۳ مجبور یا اقناع شده‌اند (الوندی و کیانی، ۱۳۹۳: ۴۰) که از شاخص‌های مورد حمایت سازمان ملل و جامعه جهانی پیروی کنند (Jupp, 382: 2014) و از قوانین پیشنهادی از پیش تعیین شده برای تقنین داخلی وام بگیرند؛ دوم اینکه مانند گذشته دیگر ایده حاکمیت ملی در عرصه حقوق کیفری مطلق و مبسوط نیست و کشورهای جهان و سازمان‌های بین‌المللی از هنجارهایی حمایت می‌کنند که کشورها را مجبور می‌سازد تا قوانین داخلی خود را در صورت تعارض با آن هنجارها، نظیر حقوق بشر^۴ و حقوق بشردوستانه، اصلاح کنند (Vogler, 5: 2017)؛ سوم، دست کم از نگاه این مقاله، حقوق کیفری می‌تواند فروض مخفی^۵ و ناخودآگاه ایدئولوژی حاکم بر دستگاه حقوقی کشورها را بیشتر از سایر شاخه‌های حقوق آشکار سازد و در نتیجه تصویری واقعی‌تر از نقشه حقوقی حاکم بر جهان را ترسیم کند. چهارم، تشکیل نهادهایی نظیر دادگاه حقوق بشر اروپا و یا نهادی فراملی نظیر اتحادیه اروپا، باعث شده است که گرایش یکسان‌سازی حقوق کیفری نیز مانند حقوق مدنی و تجارت، خواسته‌ای فراگیر شود.

از طرف دیگر، با گسترش ایده‌های حقوق تطبیقی و پیوند حقوقی به قلمرو نهادهای حقوق کیفری، بررسی فرایند انتقال، توفیق یا شکست پیوند و چرایی آن ضروری می‌نماید. برای نمونه، می‌توان از تأثیر عمیق قانون ناپلئون^۶ بر دستگاه‌های حقوق کیفری اروپا در ایتالیا، روسیه، هلند و حتی کشورهای اسلامی سخن گفت

1. Functionalism
2. Globalization
3. Post conflict

۴. برای نمونه، اتحادیه اروپا در دوران‌های متعددی تعمیق روابط با ایران را مشروط به رعایت حقوق بشر کرده است (بیات، ۱۳۹۶: ۸۱).

5. Unconscious Assumptions
6. Napoleonic code

(Jupp, 2014: 387). همچنین پیوند دادرسی ترافی و نهاد هیئت منصفه از حقوق امریکا به منطقه قفقاز نظیر گرجستان در قرن بیستم نمونه‌ای از پیوندهای حقوق کیفری ناموفق است (Jupp, 2014: 388). از سوی دیگر در مورد نهاد هیئت منصفه و پیوند آن به دستگاه عدالت کیفری بسیاری از کشورهای غیرغربی، نظیر آرژانتین، می‌توان مدعی شد که اصلاحات صورت گرفته در کشور میزبان، آن را با توجه به هدف بنیادین آن، یعنی حفظ حقوق متهم، از کشور صاحب‌نهاد کارآمدتر ساخته است (Goldbach, 2019: 590).

با عنایت به مقدمات پیش گفته، نگارندگان این نوشتار می‌کوشند با تکیه بر پذیرش تکثیرباوری حقوقی^۱ و رد نگاه غربی در خصوص ماهیت دانش حقوق، الگوهای سازنده حقوق در جهان را توصیف کنند و امکان بررسی پیوند حقوقی در میان دستگاه‌های مختلف را بیازمایند و چارچوبی برای پیش‌بینی تغییرات حقوقی و میزان توفیق و شکست آنها به دست دهند. در این میان، نویسندگان مقاله حاضر معنای گسترده‌تری از قانون را در هر شکلی از کنترل اجتماعی^۲ مینا قرار خواهند داد و با أخذ نگاه ماکس وبر^۳ به عناصر پیش‌ران و شکل‌دهنده به سازمان اجتماعی^۴، یعنی سه عامل سنت^۵، سیاست^۶ و قانون^۷، خواهند کوشید تا نظام‌های حقوقی را نیز ذیل این سه عنصر طبقه‌بندی کنند (Rheinstein, 1954: 33). از این رو، در آغاز، تعریفی از دانش حقوق تطبیقی به‌عنوان شاخه‌ای مستقل از دانش حقوق ضمن طرح کارکردها و غایات آن ارائه خواهد شد و در ادامه، سه الگوی اصلی مدنظر خود از طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی حاکم بر جهان، یعنی الگوهای حاکمیت حقوق حرفه‌ای، سیاسی و سنتی را تعریف کرده، امکان پیوند میان این سه الگوی سازنده حقوق به بحث گذارده می‌شود.

۲. انکاره حقوق تطبیقی، روش‌ها و کارکردها

تطبیق و مقایسه فرایندی است که جزء جدانشدنی تفکر بشری محسوب می‌شود. بشر خردمند از طریق مطالعه دیگری نخست خود و جایگاه خود و سپس در پی آن، موضوع مطالعه‌اش را درمی‌یابد (Harasani, 2014: 290). ایرانیان در این خصوص جایگاهی تکینه دارند. ایرانیان از آغاز ورود آیین اسلام، می‌بایست برای شناخت تکالیف خود با متنی روبه‌رو شوند که در زبان، بیگانه و در ماهیت جدا از جامعه و واجد انگاره‌ای شبه‌پوزیتیویستی بود. بنابر تعریف دو تن از دانشمندان حقوق تطبیقی، زئاپگرت^۸ و

-
1. Legal Pluralism
 2. Social control
 3. Max Weber
 4. Social Organization
 5. Tradition
 6. Politics
 7. Law
 8. Zweigert

کوتز^۱، ترکیب «حقوق تطبیقی» فعالیتی است مبتنی بر اندیشه که دانش حقوق، موضوع مطالعه و انطباق فرایند آن است (Zweigert, 1998: 33). حقوق تطبیقی به‌تنهایی دلالتی بر دستگامی هنجاری از قوانین متعین ندارد، بلکه این دانش در واقع روش مطالعه دانش حقوق است و دستگامی اثباتی^۲ از قوانین نیست؛ از این رو، بعضی حقوق تطبیقی را «جهت‌یابی خودفرمان مطالعات حقوقی» دانسته‌اند (Saidov, 2007: 15). بنابراین، موضوع و کاربرد دانش حقوق تطبیقی را نباید صرفاً به مقایسه دو دستگام حقوقی، چه در سطح کلان^۳ و چه در سطح جزئی^۴ آن تقلیل داد؛ به این ترتیب، انطباق دو دستگام حقوقی صرفاً گام نخست و ابتدایی در دانش حقوق تطبیقی محسوب می‌شود. برای پرهیز از سقوط در این ورطه تقلیل‌گرا، باید پژوهش تطبیقی را از دریچه روش‌شناسی مختص هر مطالعه، الگوی مورد انتخاب و چارچوب مفهومی به‌کاررفته بررسی کرد. همچنین، حقوق تطبیقی هیچ هدف آنی و فوری ندارد (Zweigert, 1998: 12)، بلکه در گام نخست، به نزدیکی چشم‌اندازها و تعدیل پیش‌فرض‌ها منجر می‌شود و در سطح تئوریک به فهم تشابهات و تفاوت‌ها، مقایسه کارکردها و فروض مخفی دستگام‌های حقوقی کمک می‌کند (Zweigert, 1998: 12). در مرحله کاربرد نیز بخشی از دانش حقوقی تطبیقی به یافتن راه‌حل‌ها و پیوندهایی در برابر مشکلات مشخص بر اساس شرایط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی ویژه‌ای یاری می‌رساند. نکته مهم در این پاسخ‌ها، نه یافتن راهکار ایدئال، بلکه اتخاذ بهترین راه‌حل ممکن است (Harasani, 2014: 190). بنابر نظر کوتز و ژنایگرت، دستگام‌های حقوقی نمی‌توانند با تحدید حقوق ملی بر مشکلات بومی خود فائق آیند. بنابر نظر ایشان، دانش حقوق به‌طور کلی ناقص و حقوق تطبیقی درمان این نقص است (Zweigert, 1998: 190).

انتخاب الگو و طبقه‌بندی، وابسته به موضوع مطالعه است و این وابستگی مشروط به وجود تشابهات، امکان مقایسه و در پی آن، برقراری ارتباط و پیوند حقوقی است (Von Mehren, 1971: 625). الگو‌بندی نظام‌های حقوقی موجود در جهان به پژوهشگر یاری می‌رساند تا اولاً انضباطی مفهومی در فرایند پژوهش ایجاد کند و ثانیاً با توجه به شاخص‌های ازپیش‌متعین هر الگو‌بندی، ویژگی‌هایی را پیش از آغاز پژوهش برای خود و مخاطب فرض گیرد. برای نمونه، اگر فردی در حال تطبیق جزئی‌نگر مابین دو کشور نیوزیلند و استرالیا است، با توجه به اینکه هر دوی این کشورها ذیل الگوی کامن‌لا قرار می‌گیرند با اتخاذ این روش، ضمن تحدید حوزه مطالعه، ویژگی‌های ازپیش‌متفق این الگو را در اذهان متبادر و خود را از زیاده‌گویی بی‌نیاز می‌کند. همچنین به‌طور ضمنی نشان می‌دهد که الگوهای حقوقی

1. Kotz
2. Positivist
3. Macro Comparison
4. Micro Comparison

دیگر، دست کم در گام نخست، نمی‌توانند بی‌درنگ به نتایج این پژوهش برای اخذ پیوند مابین دستگاهی که ذیل الگوی حقوقی دیگری تعریف می‌شود، اقدام کنند. همچنین اگرچه بیشتر تولیدات و پژوهش‌های حقوق تطبیقی در حوزه حقوق خصوصی صورت گرفته، اما مجموعه‌ای از عوامل باعث شده است که حقوق تطبیقی در حوزه حقوق کیفری نیز متمرکز شود. از جهت تاریخی، قدرت روزافزون ایالات متحده آمریکا در دهه ۷۰ میلادی، فروپاشی شوروی و تأسیس دولت‌های مستقل در اروپای شرقی (Orland, 2002: 76)، و ایجاد تئوری‌های کیفری برای وضعیت پسانزاعه با تکیه بر حقوق بشر (Jupp, 2014: 387)، مجموعه عواملی بودند که این رویکرد را باعث شده است.^۱ عواملی هم که موجب انگیزه برای پیوند حقوقی در حوزه حقوق کیفری شده است طیف وسیعی از عناوین را دربر می‌گیرد که از آن میان می‌توان به اعتبار^۲ دستگاهی که پیوند از آن وام می‌گیرد (Watson, 1996: 340)، رویکرد مبتنی بر صرفه‌جویی (Durch, 2003: 20)^۳ و نیز جهانی‌سازی (Jupp, 2014: 390)^۴ اشاره کرد.

در خصوص کشورهای اسلامی به‌طور کلی و مصداق ایران به‌طور خاص چند نکته حائز اهمیت است: برخلاف دستگاه‌های حقوقی غرب که بر اساس سیستم‌های ملی تعریف می‌شوند، شریعت اسلام از اساس شریعتی غیردولتی است (Harasani, 2014: 194). همین‌طور مکاتب موجود در شریعت اسلام، یعنی نحله‌های فقهی، هرکدام خود را الگویی مجزا و با دستگاه اصولی متفاوت با دیگر نحله‌ها معرفی می‌کنند (Harasani, 2014: 195)؛ از این رو، درون‌گفتمان دینی، هیچ‌کدام از نحله‌های فقهی را - برخلاف الگوی کامن‌لا و یا حقوق موضوعه - نمی‌توان الگوی مادر قلمداد کرد. از طرف دیگر، به‌ویژه پس از انقلاب ۱۹۷۹ ایران، احیای سنت دینی در کشورهای مسلمان و تحولات عربی، دیگر نمی‌توان دستگاه‌های حقوقی ملی کشورهای مسلمان را به دوگانه کامن‌لا یا حقوق موضوعه نیز تقلیل داد.

در سال‌های اخیر، کشورهای مسلمان ضمن احیای دستگاه حقوقی مبتنی بر شریعت، کوشیده‌اند تا بخشی از ضروریات دنیای مدرن را از آن دستگاه‌ها وام بگیرند. بخشی از این مراودات خودخواسته و بخشی نیز محصول تهاجم نظامی یا فشارهای اقتصادی - سیاسی غرب به کشورهای مسلمان بوده است. آنچه که در این میان جلب توجه کرده، نحوه ایجاد پیوندهای حقوقی و پرسش از چرایی شکست‌ها و توفیقات آنها بوده است.^۵ به بیان دیگر، اگر گفته کارکردباوران درست باشد که توفیق پیوند منوط به

۱. «شورای اروپا از کمیسیون اروپا خواسته بود متن تنظیم‌شده درباره موافقت‌های اقتصادی بین ایران و اروپا با مسائل حقوق بشر در ایران هماهنگ باشد» (باری، ۱۳۸۲: ۱۲۵).

2. Prestige

3. Cost-Saving

4. Globalisation

۵. به آن میزان که فکت‌ها از ایده رادیکال واتسون در خصوص پیوند حقوقی در کشورهای اروپایی حمایت می‌کنند، آمار از شکست این ایده در کشورهای اسلامی خبر می‌دهد. مورد افغانستان و حتی بوسنی در این میان دو نمونه آشکار است.

تشابهات الگوهای حقوقی و وجود کارکردهای مشابه است، آیا همچنان می‌توان برای بررسی این سؤال‌ها به الگوبندی رنه داوید اکتفا کرد؟ به نظر پاسخ این پرسش منفی است. از همین رو، در ادامه خواهیم کوشید تا با بررسی کلی الگوهای سازنده حقوق در جهان، جایگاه کشورهای اسلامی و در پی آن ایران را در این میانه مشخص کنیم. طبیعی است که زیرمجموعه‌های یک الگوبندی امکان بیشتری برای برقراری پیوند حقوقی و توفیق آن دارند (Mattei, 1997: 21) و کشورهایی که در خانواده‌های جداگانه‌ای قرار می‌گیرند می‌بایست احتیاط بیشتری درپیش گیرند و فرض امتناع را در نظر آورند. همچنین توجه به این نکته ضروری است که نام‌گذاری الگوهای سازنده حقوق بر اساس ویژگی‌های هژمون و غالب در هر خانواده حقوقی است و هر خانواده حقوقی بی‌تردید در لایه‌های زیرین خود بخش‌هایی از سایر الگوهای حقوقی در حال رقابت را دربر دارد. هر الگوی حقوقی می‌تواند به زیرمجموعه‌های جزئی‌تری تقسیم شود و در درون یک دستگاه حقوق ملی نیز اجزای مختلف نظام حقوقی ممکن است از الگوی هژمون کلی پیروی نکنند (Mattei, 1997: 41). برای نمونه، می‌توان چنین فرض گرفت که کشور «الف» در کلیت خود ذیل الگوی حقوق حرفه‌ای تعریف شود، ولی «حقوق خانواده» در آن دستگاه از الگوی حقوق سنتی پیروی کند.

۳. حاکمیت حقوق حرفه‌ای مبتنی بر قراردادباوری: سنت حقوقی غرب

از اواخر دهه ۷۰ میلادی و به‌ویژه پس از فروپاشی شوروی و ظهور دستگاه‌های نوین حقوقی در جغرافیای غیرغربی، حقوق‌دانان تطبیقی برتر سنت حقوقی غرب را ذیل یک کل واحد الگوبندی کرده‌اند (Funk, 2011: 690)؛ از این رو، در طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی به‌خاطر شباهت‌های بی‌شمار و ویژگی‌های همگن، دیگر تفکیک سنتی کامن‌لا و حقوق موضوعه را کنار گذاشته، این دو را زیرمجموعه یک سنت حقوقی دانسته و یا آن‌طور که متی می‌گوید از آنها با نام حاکمیت یا الگوی سازنده حقوق حرفه‌ای یاد کرده‌اند (Mattei, 1997: 23). همگنی ساختار حقوق غربی را می‌توان مبتنی بر غلبه اندیشه اثبات‌باور و تفکیک حوزه دانش حقوق از سایر حوزه‌ها قلمداد کرد. بنابر رویکرد رادیکال واتسون، رشد دانش حقوق در اروپا مدیون پیوند حقوقی میان دولت-ملت‌های تازه‌تشکیل شده و حقوق روم بوده است. به باور او دانش حقوق، بی‌توجه به سایر حوزه‌ها نظیر سیاست، دین و حتی اجتماع، تکامل پیدا کرده است و سازوکاری کاملاً خودفرمان و درون‌گرا دارد (Ewald, 1995: 493).

سازمان‌های جهانی در گزارش سالیانه خود از وضعیت افغانستان، به‌صراحت بر ناکارآمدی قوانین تازه‌تصویب که برگرفته از قوانین پیشنهادی غربی است تأکید می‌کند.

<https://www.amnesty.org/download/Documents/104000/asa110212003en.pdf>
1. Sevastic.2020:99

از جهت تاریخی، تفکیک نهاد حقوق از حوزه سیاست را به تصمیم سر وارد کوک^۱ بازگرداندند که در آن پادشاه به خاطر فقدان دانش حرفه‌ای و تکنیک حقوقی از دخالت در فرایند تصمیمات دادگاه منع شده بود (Baker, 2019: 33). این رویکرد شامل ایده‌ای است که در آن تصمیم‌سازی در حوزه عمومی را نه ملک طلق سیاست، بلکه محصول نظارت و اعمال اختیارات فنی مفسران برخاسته از فرهنگ حقوقی می‌داند (Mattei, 1997: 23). این تفکیک به معنای عدم تأثیر و تأثر دو حوزه حقوق و سیاست بر یکدیگر نیست، بلکه بیش از هر چیز، بر نظارت دانش حقوق بر حوزه سیاست، امتیاز ادبیات حقوقی از بستر سیاست‌سازی و استقلال دادگاه‌ها اشارت دارد. آنچه که امروز در این الگوی خانوادگی به‌خوبی آشکار است این است که خود فرایند سیاسی از سوی قوانین، قواعد و عرف فرهنگ حقوقی تعیین شده است تا آنجا که بسیاری از مسائل سیاسی نیز در درون فرایند حقوقی حل و فصل می‌شوند.^۲

جداسازی حوزه دین از دانش حقوق در غرب خاستگاهی باستانی دارد که می‌توان تبار آن را در یونان باستان جستجو کرد. به نظر یونانیان، قانون^۳ محصول صنعت بشر و برای تعیین قلمرو امر سیاسی و به‌شدت منفعل بود (McCorkindale, 2012: 24). قانون^۴ در امپراتوری روم نیز جایگاهی غیردینی داشت و بیش از هر چیز نمایه‌ای از توافق و وسیله‌ای برای حل اختلافات میان اقشار، طبقات و صنوف مختلف مردم بود (McCorkindale, 2012: 36). عامل پذیرش اولیه آیین مسیحیت در امپراتوری نیز جبران خلأ رانه‌های اخلاقی بود (خاتمی، ۱۳۸۱: ۱۹۶) و دستگاه حقوقی روم حتی پس از پذیرش کیش نو، همچنان به حیات و انتقال به سایر مناطق اروپایی ادامه داد. همچنین در خود حوزه مسیحی از قرن یازدهم میلادی، حقوق، الهیات و فلسفه به‌عنوان فصولی متمایز تدریس و تحصیل می‌شد (Mattei, 1997: 24). در دانشگاه‌های قرون وسطی، درحالی که متألهین کتاب مقدس را مطالعه می‌کردند، دانشجویان حقوق به خواندن قانون مشغول بودند.

در ادامه به شاخص‌ها و ویژگی‌هایی که برای توصیف حقوق حرفه‌ای نام برده شده است اشاره خواهد شد. باید توجه داشت که برای انطباق بهتر رویکرد وبری، اولاً لازم است که تمام این ویژگی‌ها در منتها درجه آن تصور و سپس در یک دامنه طیفی، داوری و نمره‌گذاری گردند. ثانیاً اگرچه تقریباً همه این شاخص‌ها با کم‌وکیف گوناگون در همه مصادیق خانواده حقوق حرفه‌ای یافت می‌شوند، ولی هم‌نشینی همگانی آنها ضروری نیست (Rheinstejn, 1954: 35).

1. Sir Ward Coke

۲. در خصوص تفاوت دمکراسی‌هایی که در آن نقش دادگاه‌های عالی در تعیین تصمیمات سیاسی ظهور بیشتری دارد و همچنین مزایا و معایب این رویکرد، نک: اثر کم‌نظیر گری:

Gray, J. (1995). Agonistic liberalism. *Social Philosophy and Policy*, 12(1), 111-135.

3. Nomos (دیوار)

4. Lex (پل)

- تقریباً همه کشورهای ذیل الگوی حقوق حرفه‌ای، نظام مبتنی بر دموکراسی دارند. بنابراین قراردادمحورند و دستگاه حقوقی در آنها را می‌توان برآیندی از وفاق یا هم‌نشینی یا سازش عمومی قلمداد کرد.
 - دانش حقوق، دستگاهی است خودفرمان که از قواعدی مجزا و مستقل از دین، سیاست و جامعه تشکیل شده است. این استقلال نافی تأثیرپذیری این قواعد از عوامل برون‌دستگاهی نیست.
 - حقوق نخستین و برجسته‌ترین ابزار برای حکمرانی بر جامعه و حل اختلافات است.
 - وجود حاکمیت قانون؛ به این معنا که در یک کشور، دانش حقوق نه تنها روابط افراد با یکدیگر را تنظیم می‌کند، بلکه کنش و رفتار حکومت نیز موضوع قانون است. قانون‌گذار مانند تابعان، موضوع حکم قانون است.
 - شیوه حل و فصل اختلافات از پیش تعیین شده است. قواعد حقوقی، نحوه کاربرد آنها در دعا و اموری که موضوعیت دارد از پیش متعین است. از این رو، بسیاری از مواردی که برای افراد عادی یا حتی دانش‌های دیگر واجد اهمیت تلقی می‌شوند، در فرایند دادرسی می‌توانند فاقد موضوعیت و بی‌معنا باشند. دادرسی تابع اثبات و دلیل اثبات است (کاتوزیان، ۲۰۰۴: ۲۳)؛
 - فرایند دادرسی اثبات‌گرا است. پیامد این اثبات‌گرایی، صفر و یکی بودن نتیجه این بازی زبانی است. هدف از دادرسی نیز اشاعه حق قانونی است و این موضوع نسبتی با عدالت به معنای فلسفی، اخلاقی یا سیاسی آن ندارد (Schlesinger, 1995: 481).
 - امروزه در منطقه حاکمیت الگوی خانواده حقوق حرفه‌ای که دوره پساتوتالیتار^۱ یکی از ویژگی‌های آن است، غالباً دموکراسی هم‌نشین حاکمیت قانون شده است؛ بنابراین، می‌توان یک تفکیک دیگر نیز در حوزه حقوق با سایر حیطه‌ها، یعنی دانش^۲ و قدرت^۳، لحاظ کرد^۴. دانش حقوق از طرف قضات بی‌طرف و مستقل محافظت می‌شود، دانش از جانب دانشمندان، و قدرت سیاسی از سوی مردم نظارت می‌شود (Ellian, 2018: 173). این کیفیت بیشتر در امتیاز با الگوی حاکمیت حقوق سیاسی جلب توجه می‌کند.
- در خصوص این الگوی خانوادگی باید توجه داشت که همه مصادیق ذیل آن در یک مرحله و یک سطح از کاربست این ویژگی‌ها قرار ندارند. کشورهایی که دین رسمی ندارند و دادگاه‌ها از فرایند سیاسی فاصله

1. Post Totalitarian
2. Knowledge
3. Power

۴. در رژیم‌های توتالیتار و کشورهایی که فردباوری سنگ بنای تشکیل حکومت نیست، اصولاً این حیطه‌ها در یک بدن تجمیع می‌شوند (Ellian, 2018: 172).

بیشتری دارند، سکولارتر و در کاربست ویژگی‌ها موفق‌تر بوده‌اند. همچنین با توجه به غلبه هژمونیک سیاسی - اقتصادی غرب بر جهان، حدی از این ویژگی‌ها تقریباً در همه جوامع امروز پیدا می‌شوند. الگوی حاکمیت حقوق حرفه‌ای آشکارا کشورهای زیرمجموعه کامن‌لا نظیر انگلیس^۱، امریکای شمالی و نیز زیرمجموعه حقوق موضوعه حاکم در غرب اروپا و اروپای مرکزی، و الگوی مختلط اسکانندیناوی و بخش‌های ویژه مانند ایالت کبک^۲ و افریقای جنوبی را دربر می‌گیرد^۳.

۴. الگوی حاکمیت حقوق سیاسی: توسعه، گذار، مصلحت و وضعیت استثنا

تفکیک عناصر سازنده سازمان اجتماعی در غرب (حقوق، سیاست و دین) با وجود بازیگران گوناگون که نقش‌هایشان را در این حیطه‌ها انجام می‌دهند، آشکار است. این امتیاز نقش‌ها و تقسیم کار محصول ترکیبی از رانه‌های قدرت و تصادف تاریخی است (Badiei Asandani, 2017: 190). از این رو، در نقشه حقوقی جهان دستگاه‌های حقوقی‌ای وجود دارند که یا به دلیل فقدان آن نیروها و یا وقوع حوادث تاریخی جداگانه، چنین تفکیکی را تجربه نکرده‌اند. دومین خانواده از الگوهای سازنده دانش حقوق، دستگاه‌هایی را دربر می‌گیرد که در آن فرایند سیاسی از فرایند حقوقی به‌دقت تفکیک نشده است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، نمی‌توان این دو حوزه را کاملاً از هم تفکیک کرد و دانش سیاست و حقوق همواره بر یکدیگر کنش دارند، زیرا هر دو آشکالی از کنترل اجتماعی هستند و این برهم‌کنش از یک دستگاه حقوقی تا دستگاه حقوقی دیگر حتی در کشورهای غربی گوناگون است. چشم‌اندازی که می‌تواند به وضوح تفاوت دو الگو یاری رساند، جایگاه و سلسله‌مراتب نظم حقوقی در نسبت با سیاست است. پژوهشی که در سال ۱۹۹۶ به مقایسه‌ای تطبیقی در میان عناصر قانون، دادگاه و امر سیاسی در پنج کشور صنعتی پرداخت، چنین نتیجه گرفت که در کشورهای دارای حاکمیت حقوق حرفه‌ای، خود فرایند سیاسی بیش از هر عامل دیگری از جانب قواعد شکلی حقوق نظارت می‌شود^۴. از سوی دیگر، در

۱. بسیاری اسکاتلند را دارای دستگاه حقوقی مختلط نظیر اروپای شمالی می‌دانند (Mattei, 1997: 40).

2. Quebec

۳. حقوق‌دانان تطبیقی در خصوص دو مصداق رژیم صهیونیستی و کشور هند و الگوی سازنده حقوق در آن کشورها تردید کرده‌اند. برای مطالعه بیشتر درباره پیوند دین و دانش حقوق، نک:

Cohn, M. (2004). Women, religious law and religious courts in Israel-the Jewish case. *Retfaerd (Scandinavian Journal of Social Sciences)*, 107, 57-76.

و برای مطالعه در خصوص ارزش‌های سنتی حاکم در حقوق هند، به اثر ارزشمند پیش رو، نک:

Derrett, J. D. M. (1963). *Introduction to modern Hindu law*.

۴. در این پژوهش پنج کشور ایالات متحده آمریکا، انگلیس، فرانسه و آلمان در کنار ژاپن موضوع مطالعه بودند که این نوشتار ژاپن را ذیل حاکمیت ایده سنت طبقه‌بندی کرده است.

Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H. M., Provine, D. M., & Sanders, J. (1996). *Courts, law, and*

دستگاهی که به الگویی تعلق دارد که سیاست عنصر هژمون سازنده آن است، شیوه تقنین، دادرسی، نتیجه دادگاه و فرم دادرسی بیش از هر چیز از سوی سیاست‌گذاران تعیین می‌شود (Krygier, 1990).^۱ (640 به بیان دیگر، در این دستگاه‌ها قانون به معنای غربی آن غایب نیست، بلکه هرآینه می‌تواند معطوف به غایتی برون‌دستگاهی، حاشیه‌نشین یا لغو گردد و در برابر سایر رانه‌های قاعده‌ساز اجتماعی، یعنی همان سیاست، به شدت ضعیف است (Mattei, 1997: 34). دستگاه‌های حقوقی این خانواده در پرتو و معطوف به یک غایت تعیین یافته‌اند و قدرت سیاسی را رسماً یا عملاً وظیفه‌دار تحصیل آن مصلحت قلمداد می‌کنند؛ از این رو، مفهوم تحدید قدرت از جانب قانون شکلی با انگاره تصمیم‌سازی فوری و انقلابی در این کشورها از بنیان مغایر است (Mattei, 1997: 35).

تصمیمات این الگو با آرمان‌هایی نظیر گذار و توسعه روایش می‌یابد. اگر کشور روسیه را به‌عنوان مصداقی مرکزی از این ایده محسوب کنیم، چند مثال در خصوص این کشور به تنقیح شاخص‌ها کمک خواهد کرد. همچنین مواضع کشورهای غربی در قبال این نحوه تصمیم‌گیری این نکته را آشکار می‌سازد که نباید با اطلاق عناوینی چون فساد، از توصیف واقعیت جاری در الگوی حقوق حرفه‌ای گریخت. برای نمونه، زمانی که *یلتسین*^۲، رئیس‌جمهور وقت، به‌جای طی فرایند قانونی برای خروج از بن‌بست قانون اساسی پارلمان کشور را بمباران کرد، غرب از این تصمیم حمایت کرد. نمونه دیگر در ایتالیا، زمانی که دادگاه یکی از اعضای ارشد نازی را تبرئه کرد، وی به دستور وزیر وقت دادگستری دوباره بازداشت شد و این رفتار خلاف قانون شکلی با کمک دولت آلمان تحت لوای درخواست استرداد توجیه گردید (Mattei, 1997: 23).^۳ همچنین در مالدیو و افغانستان سازمان‌های بین‌المللی از تقنین مبهم و مغایر با اصل قانونی‌بودن حمایت کردند (Robinson, 2007: 12).

politics in comparative perspective. Yale University Press.

۱. برای نمونه در ایالات متحده آمریکا بسیاری از موضوعات نظیر سقط جنین، اعدام، حقوق اقلیت‌های جنسی و همین‌طور بیمه درمانی در فرایند قضایی طرح و حل و فصل شده‌اند، اما نباید از این رویکرد تفوق و برتری اراده نهاد قضا بر خواست مردم را استنتاج کرد. دیوان عالی آمریکا در فقره اخیر از اصل بررسی اعتراض ایالت‌های جمهوری خواه به قانون بیمه اوباما استنکاف کرده و در رأی خود چنین تذکر داده است: «[اصل ورود دیوان به این خواسته] این خطر را دارد که به قضات که مقامات غیرمنتخب هستند اختیار کلی و عمومی بدهد که تصمیم بخش منتخب حاکمیت را لغو کند».

<https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-8406jfm.pdf>

2. Boris Nikolayevich Yeltsin

۳. در سال ۱۹۹۶ جنجالی حقوقی به‌پا شد. اریک پریبکه، افسر نازی، در دادگاه جنایی رم تبرئه شد. پس از صدور حکم بی‌گناهی، دادستان کل کشور، پروفیسور فلیک، دستور داد تا با هدف جلوگیری از شورش، دوباره بازداشت شود. چنین تصمیمی تحت انگاره حاکمیت قانون آشکارا نادرست بود. برای دیدن روایتی از این رویداد، نک:

Cornelius, S. T. (1997). The defence of superior orders and Erich Priebke. *Patterns of prejudice*, 31(1), 3-19.

در ادامه به برشمردن شاخص‌های حاکم بر این دستگاه خواهیم پرداخت، اما پیش از آن ذکر هشدار ساکو^۱ ضروری است. به نظر او هم‌پوشانی ویژگی‌ها و شاخص‌های الگوی سیاسی با سنتی به‌حدی است که شاید نیازی به تفکیک این دو از یکدیگر نباشد (Sacco, 1991: 34). این هشدار در خصوص کشورهای اسلامی که تا حد گسترده‌ای موفق به نهادسازی اجزای دینی در قلمرو امر حقوقی-سیاسی شده‌اند صادق می‌نماید؛ از همین رو برای توضیح ویژگی‌های پیش رو از مصداق ایران نیز بهره می‌جوییم. مهم‌ترین شاخص‌های حاکم بر دستگاه حقوق سیاسی:

- شکاف محسوسی میان نهادهای حکومتی و دستگاه قضایی با بدنه جامعه وجود دارد (Mattei, 1997: 34). این شکاف به علت آن است که دولت مرکزی وابستگی سیاسی به کشور دیگری دارد و بدنه جامعه از ارزش‌های فرهنگی دیگری پیروی می‌کند؛ نظیر کشورهای اروپای شرقی که دوگانه پیوستن به غرب و وفاداری به تاریخ مشترک با روسیه عاملی تعیین‌کننده در سیاست‌گذاری‌های کیفری امنیتی آنها است و نمونه دیگر آن، وجود دیکتاتورهای سکولار در کشورهای سنتی اسلامی نظیر شمال آفریقا و پاپوآ گینه نو است.
- قوانین ماهوی و شکلی همیشه با این تهدید روبه‌رو هستند که از سوی نهادی غیر از پارلمان، معطوف به غایت یا مصلحتی بالاتر و بیرون از هنجارهای حقوقی، تفسیر دل‌خواهانه^۲، تعلیق، لغو یا اصلاح شوند. برای نمونه در ایران، تصمیم ستاد ملی مبارزه با کرونا با ورود در حیطه اراده آزاد، قراردادهای اجاره را به‌طور خودکار تمدیدشده اعلام کرد^۳. این تصمیم پس از اتمام کرونا و ذیل لوای کنترل تأثیر تورم بر بحران مسکن تمدید شد. نمونه دیگر، مصوبه ای معروف به مولدسازی است که در آن نه‌تنها فروش اموال دولتی بدون رعایت فرم حقوق پیش‌بینی شده مجاز شناخته شد، بلکه افراد دخیل در آن از مصونیت کیفری نیز برخوردار شدند. دادگاه قانون اساسی آلمان^۴ هم در برخورد با این رویکرد، مصوبه دولت در خصوص منع افزودن بر اجاره‌بها را خلاف اصل مالکیت و اراده آزاد اعلام کرد^۵.
- نارسایی‌های اقتصادی و نرخ تورم بالا از ویژگی‌های این کشورها است که دستگاه سیاسی برای مقابله با آن به دستگاه حقوقی و به‌ویژه حقوق کیفری متوسل می‌شود (Mattei, 1997: 43). تشکیل دادگاه‌های خاص در ایران و تک‌مرحله‌ای کردن دادرسی در حوزه این جرایم که بیرون از

1. Sacco

2. Arbitrary Interpretation

3. <https://www.tasnimnews.com>

4. The Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht)

5. <https://www.gtlaw.com/en/insights/2021/4/federal-constitutional-court-repeals-berlin-rent-price-cap>

در خصوص قوانین اجاره در آلمان، ذکر این نکته ضروری است که در این کشور، قانونی تحت عنوان کنترل تخلیه و افزایش اجاره‌بها از سال ۱۹۷۵ مجری است.

نهاد تقنین ایجاد شده، و یا صدور و اجرای سریع احکام کیفری در وقایع پس از ۱۴۰۱، نمونه‌هایی این رویکرد است.^۱

• کمبود قوانین مربوط به حوزه آیین دادرسی و نقض قوانین شکلی نیز از ویژگی‌های این دستگاه‌ها است. متی معتقد است که کشورهای ذیل این الگو اغلب از سنت حقوقی درخوری بهره‌مند نیستند (Mattei, 1997: 29) که این نگاه دست‌کم در خصوص کشورهای اسلامی که سنت حقوقی ستبری دارند قابل پذیرش نمی‌نماید. از طرفی در خصوص کشورهای اسلامی مسئله تاحدی به فقدان ریشه دینی بعضی از نهادهای شکلی بازمی‌گردد. در این خصوص، استجازة اخیر ریاست سابق قوه قضاییه در خصوص تعلیق الزام دادگاه به برگزاری دادگاه تجدیدنظر در فرض موجود در ماده ۴۵۰ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴، نمونه روشننگری است.^۲ همچنین متی چنین ارزیابی می‌کند که به‌طور کلی حجم قوانین دادرسی در روسیه و کشورهای بازمانده از اروپای شرقی به‌طور قابل توجهی از کشورهای غربی کمتر است، حال آنکه قوانین دادرسی در خانواده حقوق حرفه‌ای جزئیات بیشتری را پیش‌بینی کرده است (Mattei, 1997: 35).

کشورهای بازمانده از شوروی، بیشتر کشورهای اروپای شرقی و کشورهای افریقایی به‌استثنای افریقای جنوبی و کشورهای اسلامی، همگی ذیل این الگوی خانوادگی قابل درک‌اند. زیرمجموعه‌های این الگو را می‌توان بر اساس سیاست‌گذاری و توسعه فهم کرد، اما این رویکرد غایت‌محور ضرورتاً به آن معنا نیست که بر فرض تحصیل غایت، الگوی حقوق حرفه‌ای جانشین رویکرد حاکمیت حقوق سیاسی خواهد شد. در بخش بزرگی از دستگاه‌های حقوقی ذیل این خانواده، الگوی رقیب رویکردی سنتی است و تهدیدات بیشتر از جانب نهادهای سنتی متوجه الگوی هم‌مون است.

۵. الگوی حاکمیت حقوق سنتی: چشم‌انداز معطوف به امر قدسی

پیش‌تر اشاره شد که ساکو در خصوص جدا کردن الگوی خانوادگی حقوق سیاسی از حقوق سنتی تردید دارد. به نظر او این دو الگو چنان تشابهات ژرفی دارند که باید آنها را یک الگوی خانوادگی همگن دانست. از طرف دیگر، متی در اثر درخشان خود درباره طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی، ضمن پذیرش تشابهات میان الگوی سیاسی و سنتی، همه کشورهای آسیایی و بخشی از کشورهای افریقایی را ذیل الگوی حاکمیت حقوق سنتی تقسیم‌بندی کرده است (Mattei, 1997: 35). اگر پیش‌فرض بنیادین طبقه‌بندی در حقوق تطبیقی را مبنا قرار دهیم، که هدف از تقسیم‌بندی فهم امکان تشابهات و ارزیابی

1. <https://www.farsnews.ir/>

2. <https://www.tasnimnews.com/>

امکان برقراری پیوند حقوقی در میان الگوهای همگن است، تقسیم‌بندی متنی نیز خالی از ایراد نیست. از همین رو در ادامه، میان الگوی سنتی حاکم بر کشورهای اسلامی که واجد ویژگی‌های برجسته خانواده سیاسی است با آنچه که در مابقی آسیا جاری است تمایز می‌گذاریم. الگوی حاکم بر کشورهای اسلامی را از اساس حاکمیت سنتی سیاسی می‌نامیم و الگوی حاکم بر سایر کشورهای آسیا را چشم‌انداز شرق سنتی نام می‌نهیم. البته اگرچه این دوگانه تفاوت‌های چشمگیری با یکدیگر دارند، ولی به دلیل پیوندهای ایدئولوژیک در غرب‌ستیزی، امکان پیوند حقوقی آسان‌تری را ارائه می‌کنند.

درحالی که در الگوی خانواده حاکمیت حقوق سیاسی تفکیک حوزه دانش حقوق از امر سیاسی صورت نپذیرفته است، در الگوی حاکمیت حقوق سنتی، تقسیم کار میان حوزه دین و دانش حقوق شفاف نیست. تقسیم کار اجتماعی در غرب به پیدایش طبقه‌ای از حقوق‌دانان حرفه‌ای منجر شد، ولی الگوی سنتی همچنان برای یافتن روایتی برای مبنای قانون همچنان آن را به امر قدسی ارجاع می‌دهد (Mattei, 1997: 35). در واقع، آنچه که در غرب به‌راستی باعث امتیاز حیطة حقوق از امر دینی شد، غلبه نهادهای اقتصادی و تفسیر آنها از کارکرد دستگاه حقوقی به‌عنوان داور بی‌طرف معاملات اقتصادی بود.^۱ در ادامه بسیاری از کارکردهایی که پیش از آن از جانب روحانیون به‌جای آورده می‌شد از جانب قضات و وکلای حرفه‌ای صورت پذیرفت و مسائلی که پیش از آن از سوی نهاد دین و شوراهای دینی مدیریت می‌شد از صلاحیت کلیسا خارج و وارد حیطة دادگستری مدرن شد (Mattei, 1997: 35).

بعضی از متفکران الگوی سازنده حقوق سنتی را همان قانون غیررسمی و وجود نهادهای غیررسمی تأثیرگذار بر قلمرو حقوق دانسته‌اند (Schlesinger, 1995: 480). این نکته خود از موارد امتیاز کشورهای اسلامی ذیل این الگو با دیگر دستگاه‌های حقوق سنتی است. شریعت اسلام توانسته است که در حد بسیار بالایی خود را در فرم‌های رسمی نهادینه سازد؛ حال آنکه آیین هندو و کنفوسیوسی تمایل بیشتری برای ایستادن بیرون از دستگاه حقوقی رسمی و ذیل عنوان میانجی‌گری و صلح دارد (Derrett, 1963: 25). آنچه در خصوص این الگو به‌طور کلی آشکار است تأثیر نهادهای سنتی بیرون از دستگاه حقوقی بر حیطة حقوق به شکل رسمی آن است. در واقع در این الگوی خانوادگی یک بار در مرحله تقنین از سنت تأثیر می‌پذیرد و سپس در مرحله اجرا و تعیین کارکردها از جانب نهادهای سنتی متأثر می‌شود. همچنین برخلاف نحوه تقسیم کار در الگوی حقوق حرفه‌ای، قضات و وکلا تنها بازیگران اصلی حیطة حقوق نیستند و نهادهای سنتی به‌صراحت یا ضمنی در تعیین و تفسیر قوانین و حکم دادگاه‌ها تأثیرگذارند.

۱. برای مشاهده نقش آیین مسیحیت در انباشت سرمایه در دست یهودیان و پیامد سکولاریزم در بانکداری یهودیان و خصوصیت‌زدایی از دانش حقوق از عناصر مسیحی، به مقدمه کتاب پیش رو نک:

Kahan, A. (2004). *The Mind and the Market: Capitalism in Modern European Thought*: Muller, Jerry Z.: New York: Alfred A. Knopf 512 pp., Publication Date: November 2002.

مانند الگوی سیاسی، می‌توان ادعا کرد که کشورهای اسلامی ذیل این الگو نیز غایتی مشخص را دنبال می‌کنند که معطوف به رستگاری اخروی و آخرت‌شناسی^۱ است. دستگاه شریعت اسلامی در هر پنج شاخه اصلی‌اش در پی کشف احکام پروردگار و تنظیم روابط مسلمانان بر اساس خواست و اراده خداوند است (Harasani, 2014:186). باید توجه داشت که ماهیت دستگاه شریعت اساساً غیردولتی و فاقد وابستگی به وجود دولت است و از این رو می‌توان این ویژگی را یکی از تفاوت‌های بنیادین شریعت اسلامی با دولت-ملت‌های مدرن قلمداد کرد (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۷: ۳۶). به بیان بهتر، دستگاه شریعت با وجود احکام شبه‌پوزیتیویستی‌اش^۲ برای لازم‌الاتباع بودن نیازی به وجود دولت رسمی ندارد، زیرا که مشروعیت خود را نه از فرمان حاکم که از ذات اقدس الهی می‌گیرد. زمانی که از واژه شبه‌پوزیتیویستی برای توصیف گزاره‌های شرعی استفاده می‌کنیم، ضمن ورود به قلمرویی پرمناقشه، به ماهیت نه این و نه آنی حقوق شرعی پافشاری می‌کنیم. به بیان دیگر، با کاربست پیشوند «شبه» اگرچه فهم پوزیتیویستی تقدم می‌یابد، ولی همچنان تفاوت‌های بنیادین آن با انگاره غربی آن دست‌نخورده می‌ماند. گزاره‌های شریعت اسلام را از آن رو نمی‌توان منطبق با حقوق طبیعی دانست که بنا بر باور بسیاری از فقها صرفاً آزمون تعبد نسبت به فرمان الهی هستند (فیرحی، ۱۳۹۳: ۲۳۲) و از آن رو با دیدگاه پوزیتیویستی هم‌پوشان نیستند که محصول قرارداد، اراده بشری و یا قابل تغییر تلقی نمی‌شوند. گزاره‌های شرعی دست‌کم بنا بر ادعا، کشف احکام الهی و فرامین خداوند هستند و اگرچه مفروضاً خیرند، ولی قرار نیست این خیر با نظام طبیعت و یا عدالت بشری و عقل او سازگاری داشته باشد و همیشه امکان عدم فهم آنها بنا بر حکمت الهی محفوظ است. از همین رو، یکی از چالش‌های شریعت در مواجهه با دولت‌های ملی، مسئله حق تقنین و حدود قانون‌گذاری دولت‌های مدرن بود (فیرحی، ۱۳۹۳: ۱۴۳). درحالی که اهل سنت با استناد به مصالح خمس برای اصل صلاحیت تقنین با بحران روبه‌رو نبودند، مذهب شیعه در آغاز مواجهه با دولت مدرن، با اتفاق نظر بر غصبی بودن حکومت در زمان غیبت معصوم و فقدان منابع استنباطی نظیر مصالح خمس و قیاس، در حقانیت تقنین در کنار نصوص شریعت شبهه داشت (فیرحی، ۱۳۹۳: ۱۷۶). با این اوصاف، همه مکاتب اسلامی در اصل حرمت وضع قوانین متعارض با شریعت اتفاق نظر داشتند و هرکدام از این مذاهب شیوه‌ای برای حل تعارضات موجود میان شریعت و مفهوم مدرن قانون را کندوکاو کردند. البته نتیجه این رویکرد، دوپاره شدن دستگاه‌های حقوقی کشورهای اسلامی و تلاشی پردامنه بر ارائه توصیفی مقبول از ماهیت شرع و قانون است. در این میان و در خصوص الگوی

1. Eschatological

۲. از آن رو، احکام شریعت را پوزیتیویستی نمی‌نامیم که متفکران اثبات‌باوری در غرب همگی قانون را برساختی انسانی قلمداد کرده‌اند (Watson, 2009: 13)؛ حال آنکه دست‌کم تلاش فقیه کشف حکم خداوند با ابزاری برساخته بشر است (اصول فقه).

ایران، تبار مسئله را باید در آغاز عصر مشروطیت دنبال کرد. در این زمینه دیدگاه‌های اندیشمندان عصر مشروطه از اهمیت خاصی برخوردار است. در حقیقت، اگر تعامل را در معنای عام آن دارای گستره‌ای از انطباق کامل تا تعارض کامل بدانیم با گستره‌ای از دیدگاه‌های مختلف روبه‌رو می‌شویم که از انطباق کامل تا مغایرت تام را دربر می‌گیرد و طبیعتاً در بین این دو سو، افرادی از هر دو گروه روشنفکر و مذهبی بودند که با ادله‌ای راه میانه‌ای را برگزیده و حکم به عدم مغایرت یا پیوستگی شرع و قانون در زمینه احکام جزایی داده‌اند^۱ (علوی، ۱۳۹۷: ۲۰۲). شایان ذکر است، اگرچه اصل ایده تدوین قانون شریعت‌محور در نزد برخی اندیشمندان مقبول نیست، ولی بنابر باور بسیاری چنین الگوهایی راه را برای سازگاری کشورهای مسلمان در جهان مدرن به‌منظور بقای اندیشه دینی باز و محفوظ نگه می‌دارد. از همین رو، شماری از نهادهای بین‌المللی مانند برنامه توسعه ملل متحد^۲ و سازمان بین‌المللی حقوق^۳ آشکارا از چنین فرایندهایی برای کشورهای مسلمان پشتیبانی می‌کنند (رایبسون، ۱۳۹۷: ۱۱۰).

یکی از پیامدهای انگاره شبه‌پوزیتیویستی بودن احکام دینی، جدایی^۴ احکام شریعت از جامعه است. برخلاف باور متی و رایبسون، هیچ ضرورت منطقی‌ای میان باورهای سنتی جامعه با لازم‌الاجرا بودن شریعت وجود ندارد. به بیان دیگر، اقتضای ماهیت احکام شریعت است که بدون پذیرش عرفی نیز می‌تواند اجرا شود و از سوی دیگر، شریعت به سبب ماهیت فرازمانی و فرامکانی‌اش به هیچ‌روی ادعایی مبنی بر کارکردگرا بودن ندارد؛ از این رو، حتی اگر احکام شریعت را ضد کارکردهای اجتماعی بدانیم، خللی به ماهیت الزام‌آور آنها وارد نخواهد شد.^۵ در ادامه شاخص‌های الگوی حقوق سنتی بیان می‌شود:

الف) نصوص مقدسی بیرون از دستگاه حقوقی وجود دارند که هم مبنای تأسیس و هم ناظر بر فرایند اجرای قوانین هستند که بنابر اصل ماهیت نصوص دینی، تغییرناپذیر یا در برابر تغییر به‌شدت مقاوم هستند؛ در مورد ایران، اصل چهارم قانون اساسی و تاحدی اصل ۱۶۷ قانون اساسی، سروری و برتری شرع بر خود قانون اساسی را تصویب می‌کند.

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، به اثر ارزشمند پیش رو نک:

علوی، محمدهاشم (۱۳۹۶). *تعامل شرع و قانون در حقوق کیفری ایران، ابعاد و تحولات آن*، پایان‌نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه علامه طباطبایی.

2. UNDP

3. IDLO

4. Insulation

۵. باید توجه داشت که ایده کارکردباوری اساساً نگاهی نو به دانش حقوق از منظر دانش‌های علوم اجتماعی است (Reimann, 2019: 435) و تطبیق احکام شریعت با این نگاه، خود نوعی تحمیل نگاه غرب‌مرکزین به امری دینی و غیرغربی است. از طرف دیگر اطلاق اجرای شریعت مقید است به احکام ثانویه نظیر حفظ بیضه اسلام که این استثنا باعث نادیده انگاشتن اصل نمی‌شود

ب) همچنین اگرچه در قلمرو آیین دادرسی پسوند اسلامی نظیر آنچه که در قانون مجازات اسلامی به‌چشم می‌آید خودنمایی نمی‌کند، اما این به‌مثابه عرفی تلقی شدن حقوق شکلی در ایران نیست. برای نمونه، سازوکار پیش‌بینی‌شده در ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به امکان بازبینی آرای قطعی دادگاه‌ها در صورت تشخیص خلاف بین شرع بودن بنابر نظر رئیس قوه قضاییه اشاره دارد. در خصوص صلاحیت قضات و اجتهاد ایشان در امر قضا، تاریخ بلندی از مناقشات وجود دارد و البته این شرط همیشه برای مقاماتی نظیر ریاست قوه قضاییه، رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور رعایت شده است. همچنین در دهه ۷۰ تشکیلات دادسرا با هدف اسلامی‌سازی از نظام قضایی حذف شد. با وجود این، در بحث ادله اثبات وضعیت متفاوت بوده است و مفاهیمی نظیر قسامه، علم قاضی و نحوه، شروط (نظیر ایمان) و تعداد (نظیر ۴ شاهد مرد در اثبات زنا) شهادت با همان کیفیت وارد قانون شده‌اند (غلاملو، ۱۴۰۰: ۲۱۰). به‌طور کلی در دادرسی‌های کیفری الگوی سنتی توبه و اقرار بزه‌کار مهم و نقش بزه‌دیده برجسته است. در این دستگاه‌ها، نظیر ژاپن و چین، اقرار متهم به‌عنوان اصلی‌ترین عامل کمی محکومیت متهمان تلقی می‌شود^۱ و از طرف دیگر، در کشورهای اسلامی بزه‌دیده یا خانواده او در کنار فراوانی جرایم قابل‌گذشت، در جرایمی نظیر قتل عمد جایگاهی ویژه در کیفیت مجازات دارد^۲.

ج) مانند الگوی حاکمیت ایده سیاسی، این کشورها نیز دوره‌ای از غربی‌سازی اجباری را تجربه کرده‌اند. قوانینی که در زمان حکومت سابق در ایران تصویب شدند، نظیر قانون خانواده مصوب ۱۳۴۶ و ۱۳۵۴ و نیز قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲، از مصادیق تحمیل الگوی حقوق غربی به کشورهای سنتی است.

د) دستگاه‌های حقوقی این الگو بر مبنای سلسله‌مراتب تبعیض، تفکیک وظایف، تفکیک جنسی، و یک‌دست‌سازی اجتماعی استوار شده است، و حقوق کیفری و آیین‌نامه‌های انضباطی خود را موظف به حمایت از این ارزش‌ها می‌دانند. برای نمونه در ایران، عربستان و بیشتر کشورهای اسلامی، مردان وظیفه پرداخت هزینه‌های جاری زنان را برعهده دارند و قانون کیفری برای عدم ترک این تکلیف تضمین‌هایی معین کرده است. در اندونزی اگرچه حجاب شرعی الزام دولتی ندارد، از سوی مجریان دولتی و

۱. در ژاپن و چین بیش از ۹۸ درصد جرایم در دادگاه با محکومیت مختومه می‌شوند. یکی از عوامل این درصد از محکومیت، وجود اقرار مرتکب در دادسرا است. این آمار در کانادا ۶۲ درصد و در انگلیس ۷۹ درصد است. برای مشاهده تحلیل این موضوع در ژاپن، نک:

Ramseyer, J. M., & Rasmusen, E. B. (2001). Why is the Japanese conviction rate so high? *The Journal of Legal Studies*, 30(1), 53-88.

۲. برای مقایسه به جایگاه ناچیز بزه‌دیده در حقوق کیفری آلمان و به‌ویژه در فرایند معامله اتهام، نک:

Rauxloh, R. E. (2010). Formalization of plea bargaining in Germany: Will the new legislation be able to square the circle. *Fordham Int'l LJ*, (34), 296.

کارگاه‌های خصوصی به‌عنوان هنجار اجتماعی تحمیل می‌شود^۱ و کُد پوششی زنان در ژاپن با وجود اعتراضات زنان با مقاومت و سرزنش مقامات دولتی روبه‌رو شده است.^۲

الگوی حاکمیت حقوق سنتی، همه کشورهای مسلمان غرب آسیا، بخشی از کشورهای شمال آفریقا و شرق دور در کنار هند را دربر می‌گیرد. در خصوص کشورهای اسلامی این نکته نیز حائز اهمیت است که یک الگوبندی دقیق به‌جای تمرکز بر روی دولت‌های ملی، تکیه اصلی خویش را بر مکاتب و مذاهب اسلامی شیعه و اهل سنت در یک نگاه کلی و در مطالعه اهل سنت بر مذاهب چهارگانه استوار خواهد کرد. هرکدام از این مذاهب در اصول استنباط تفاوت‌های بنیادینی دارند که نمی‌توان آنها را به یکدیگر تقلیل داد (Harasani, 2014.189).

۶. نتیجه‌گیری

دانش حقوق به‌عنوان دستگاهی متشکل از هنجارها، اصول و قواعد از زمینه‌ای تاریخی و در بستری اجتماعی ظاهر می‌شود. نقطه آغازین دانش حقوق تطبیقی، غالباً وجود مشکلات مشابه در دستگاه‌های حقوقی متفاوت است. برای توضیح این شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود در میان دستگاه‌های حقوقی، حقوق‌دانان تطبیقی طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی را یک راه‌حل می‌پندارند؛ بنابراین، انطباق روابط دستگاه‌های حقوقی با یکدیگر در سطح فراملی و بررسی عوامل تأثیرگذار بر ساختار، هنجارها و توسعه دانش حقوق ضرورت دارد. برای یک پژوهش تطبیقی پرثمر باید دستگاه‌های حقوقی را در یک گستره وسیع تاریخی، اجتماعی و فرهنگی بررسی کرد. در این خصوص، مفاهیمی نظیر سنت حقوقی و خانواده‌های حقوقی معنادار می‌شوند.

این مقاله با فهمی گسترده از انگاره قانون، یعنی هر نوعی از کنترل اجتماعی، سه عامل اصلی تصمیم‌سازی در قواعد اجتماعی از نگاه ماکس وبر، یعنی حقوق، سیاست و سنت را مبنای طبقه‌بندی دستگاه‌های حقوقی در جهان قرار می‌دهد. همچنین برخلاف رویه غالب حقوق‌دانان تطبیقی، به‌نظر می‌رسد که حقوق کیفری و مسائل مربوط به نظم و کنترل، بهتر از دانش حقوق خصوصی می‌تواند

1. <https://www.scmp.com/week-asia/health-environment/article/3126021/indonesian-women-face-harassment-and-bullying-not>

2. <https://thediplomat.com/2019/06/japanese-women-campaign-against-mandatory-high-heels/>
 بنابر گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس، بالغ بر ۹۰ درصد زنان حجاب شرعی را رعایت نمی‌کنند، با این حال، نه‌تنها قانون مجازات اسلامی، بر مجازات عدم رعایت حجاب شرعی تأکید دارد، بلکه حکومت با سازوکارهای مختلف می‌کوشد تا این مقررۀ شریف شرعی را اجرا نماید، نک:

معاونت پژوهش‌های اجتماعی - فرهنگی مجلس (۱۳۹۷) عوامل موثر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش رو. این گزارش از سایت مجلس حذف شده است.

فروض پنهان و ایدئولوژی دستگاه‌های حقوقی را آشکار سازد. از همین رو تلاش شده است که با ارائه شاخص‌های مرتبط با این حوزه، توصیف قابل‌قبولی از الگوهای حقوقی پیشنهاد شود. بر همین اساس، دستگاه‌های حقوقی جهان به سه الگوی حاکمیت حقوق حرفه‌ای، حاکمیت حقوق سیاسی و حاکمیت حقوق سنتی تقسیم شده‌اند و با توجه به تشابهات موجود در هر خانواده حقوقی، این فرض مستقر است که امکان ارتباط، فهم و پیوند حقوقی از دستگاه‌های ذیل یک خانواده محتمل‌تر و در خصوص دستگاه‌های حقوقی در خانواده‌های متفاوت، برقراری پیوند دشوارتر است.

استعاره پیوند حقوقی به‌خوبی فهمی ارگانیک از دستگاه‌های حقوقی و ضرورت تناسب جزء مهمان در دستگاه میزبان را آشکار می‌سازد. نمونه‌های آماری موجود نیز بر ضرورت توجه به الگوهای حقوقی و فرهنگ کشورهای میزبان دلالت دارد. بر همین مبنا اکثر تلاش‌های صورت‌گرفته برای ایجاد پیوند دادرسی کیفری توافقی از الگوی حرفه‌ای به کشورهای بازمانده از شوروی سابق (الگوی سیاسی) با شکست روبه‌رو شده است؛ نمونه آن، نهاد معامله اتهام در کوزوو و گرجستان متهم به توسعه فساد است، درحالی‌که پیوند آن از زیرمجموعه کامن‌لا و با کشورهای قاره نظیر آلمان موفقیت‌آمیز تلقی می‌شود (Jupp, 2014: 400). همچنین در خصوص کشورهای اسلامی نیز شکست پیوند حقوقی به‌خصوص فقرة افغانستان نیز آشکار است که نمی‌توان صرفاً آن را به نبود آموزش بازیگران دستگاه حقوقی در آن کشور نسبت داد، بلکه مسئله را باید در گستره وسیع‌تر تفاوت‌های بنیادین الگوهای حقوقی و فرهنگ حاکم بر اندیشه کیفری ارزیابی کرد. پس سنت‌ها و خانواده‌های حقوقی بخشی از فرهنگ جوامع هستند؛ آنها ساخته نمی‌شوند بلکه میراثی از برساخته‌های تاریخی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی هستند. خانواده‌های حقوقی حال و گذشته دستگاه‌های حقوقی را به هم پیوند می‌زنند و به درهم‌آمیختگی فرهنگ کنونی با خاستگاه‌های آن کمک می‌کنند. از این رو، نمی‌توان هر نهاد حقوقی مهمان را با عناوینی نظیر پیشرو یا کارآمد در درون هر دستگاه حقوقی جای داد.

منابع

الف) فارسی

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۷)، شکل‌گیری مفهوم «دولت‌ملت» در حقوق مدرن و تأثیر آن بر حقوق کیفری. چکیده مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، ۳۸-۴۱.
۲. اثیمی، حمیدرضا و جهانمردی، مزگان (۱۳۹۷)، حقوق کیفری اسلامی و امکان‌سنجی اعمال مکانیزم‌های حقوق تطبیقی. چکیده مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، ۴۴-۴۷.

۳. الوندی، زهرا و کیانی، داوود (۱۳۹۳). سیاست حقوق بشری اتحادیه اروپا در قبال جمهوری اسلامی ایران و عربستان (از ۲۰۰۸ تاکنون). فصلنامه مطالعات روابط بین‌الملل، (۲۸)، ۳۷-۸۶.
۴. بیات، جلیل (۱۳۹۷). تأثیر حقوق بشر بر روابط تجاری ایران و اتحادیه اروپا، روابط خارجی. (۳۷)، بهار، ۱۰۶-۷۹.
۵. پاول، رابینسون (۱۳۹۷)، تدوین قانون کیفری شریعت‌محور در کشورهای با اکثریت مسلمان. چکیده مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، ۱۱۰-۱۱۳.
۶. علوی، محمدهاشم (۱۳۹۷). بررسی تعامل شرع و قانون در امور کیفری در دوران قاچاق تا پیش از مشروطه. چکیده مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، ۲۰۶-۲۰۹.
۷. علوی، محمدهاشم (۱۳۹۶). تعامل شرع و قانون در حقوق کیفری ایران، ابعاد و تحولات آن. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی.
۸. فیرحی، داوود (۱۳۹۳). فقه و سیاست در ایران معاصر، فقه سیاسی و فقه مشروطه. تهران: نشر نی.
۹. فیض، سید رضا (۱۳۷۹). تفسیری عارفانه بر دو حکم ربا و زنا از صدرالدین قونوی عارف و متفکر قرن هفتم هجری. نامه مفید، (۲)۶ (پیاپی ۲۲)، تابستان، ۱۲۵-۱۴۸.
۱۰. غلاملو، جمشید (۱۳۹۷). اسلامی‌سازی حقوق کیفری شکلی؛ از مبنای نظری تا تجربه ایران. مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق، ۲۳۰-۲۴۵.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). یأس از اثبات و اصل برائت. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۶۶)، زمستان، ۲۴۵-۲۶۰.
۱۲. مهرپور، حسین (۱۳۶۸). سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران). نشریه کانون وکلا، (۱۴۸ و ۱۴۹)، پاییز و زمستان، ۶۹-۶۸.
۱۳. یاری، بهبود (۱۳۸۲). اتحادیه اروپا و جمهوری اسلامی ایران: چالش حقوق بشر در کتاب اروپا ۲، ویژه روابط ایران و اتحادیه اروپا. تهران: انتشارات ابرار معاصر تهران.

ب) انگلیسی

1. Abel, R. L. (1977). Comparative law and social theory. *Am. J. Comp. L.*, 26, 219.
2. Aghaei Jannat Makan, Hosein (2018), The formation of the concept of "nation state" in modern law and its impact on criminal law, *abstract of the articles of the international conference on the evolution of criminal law in Islamic countries in the light of the interaction of Sharia and law*, pp.38-41 (In Persian).
3. Al-Anani, K. (2015). Upended path: The rise and fall of Egypt's Muslim brotherhood. *The Middle East Journal*, 69(4), 527-543.
4. Alavi, MohammadHashem (2016), The interaction of Sharia and law in Iranian criminal law, its dimensions and developments, thesis for obtaining a master's degree, *Faculty of Law, Allameh Tabatabai University* (In Persian).

5. Alavi, Mohammadhashem, (2007), examining the interaction of Sharia and law in criminal matters during the Qajar era until before the constitution, *abstract of the articles of the international conference on the evolution of criminal law in Islamic countries in the light of the interaction of Sharia and law*, pp. 206-209 (In Persian).
6. Alvandi, Zahra, Kiyani, Davood (2015), "Human rights policy of the European Union towards the Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia (from 2008 until now)", *International Relations Studies Quarterly*, No.28, pp.37-86 (In Persian).
7. Asimi, Hamidreza, Jahanmardi, Mojgan, (2015), Islamic criminal law and the feasibility of applying the mechanisms of comparative law, *abstract of the articles of the international conference on the evolution of criminal law in Islamic countries in the light of the interaction of Sharia and law*, pp.37-86 (In Persian).
8. Badiie Asandani, M.; Afzali, R.; Amiri, A. (2017). Explaining the political map as regards power/knowledge. *Human Geography Research*, 49(1), 185-202.
9. Baker, J. (2019). *Introduction to English Legal History*. 5th ed, Oxford: Oxford University Press.
10. Bayat, Jalil,(2018), "The impact of human rights on trade relations between Iran and the European Union", *Foreign Relations journal*, Vol. 37, Spring, pp. 106-79 (In Persian).
11. Buxbaum, D. C. (Ed.). (1968). *Family law and customary law in Asia: a contemporary legal perspective*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
12. Cohn, M. (2004). Women, religious law and religious courts in Israel-the Jewish case. *Retfaerd (Scandinavian Journal of Social Sciences)*, (107), 57-76.
13. Dabashi, H. (2013). Din, Dowlat and Donya: Rethinking Worldliness. *Being a Muslim in the World*, 110-138). 1st ed, New York: Palgrave Pivot.
14. Dashti Ardakani, Mohammadreza, Tajgar, Reza, (2009). "Era of united law: A Review of European Union Laws", *Kanoon*, No. 99, Autumn, pp. 10-39 (In Persian).
15. Derrett, J. D. M. (1963). *Introduction to modern Hindu law*. 1st ed., London-Bombay-Calcutta: Oxford University Press.
16. Durch, W. J.; Holt, V. K.; Earle, C. R.; Shanahan, M. K. (2003). *The Brahimi report and the future of UN peace operations*. Washington, DC: Stimson Center.
17. Ellian, A., & Rijpkema, B. (2018). *Militant Democracy-Political Science, Law and Philosophy*. 1st ed., Springer International Publishing.
18. Ewald, W. (1995). Comparative jurisprudence (II): the logic of legal transplants. *The American Journal of Comparative Law*, 43(4), 489-510
19. Farnsworth, E. A. (2010). *An introduction to the legal system of the United State*. Oxford: Oxford University Press.
20. Feirahi, Davood (2013), Jurisprudence and politics in contemporary Iran, political jurisprudence and constitutional jurisprudence, Tehran: *Nei publication* (In Persian).
21. Feyz, Seyed Reza (1379). "Erfani interpretation on the two rulings of Reba' and Zena' by Sadr al-Din Qonavi, a Aref and thinker of the 7th century Hijri", *Name Mofid*, Volume 6, Number 2 (series 22), Summer, pp. 125-148 (In Persian).
22. Funk, D. A. & Berman, Harold J. (2011). law and revolution: the formation of the Western legal tradition. *Valparaiso University Law Review*, 18(3), 683-703.
23. Gholamlu, Jamshid (2017) Islamization of formal criminal law; From the theoretical basis to Iran's experience, *the collection of articles of the international conference on*

- the evolution of criminal law in Islamic countries in the light of the interaction of Sharia and law*, pp. 245-230 (In Persian).
24. Goldbach, Toby Susan (2019). Why Legal Transplants?’, *Annual Reviews of Law and Social Science*. 15:1, 583-601.
 25. Harasani, H. (2014). Islamic Law as a Comparable Model in Comparative Legal Research: Devising a Method. *Global Journal of Comparative Law*, 3(2), 186-202.
 26. <https://www.amnesty.org/download/Documents/104000/asa110212003en.pdf>
 27. Husa, J. (2011). The Method Is Dead, Long Live the Methods! European Polynomial and Pluralist Methodology, *Legisprudence*, 5(3), 249-271.
 28. Indonesian women face harassment and bullying for not wearing Islamic headscarves, Human Rights Watch says. (2021). Available at: <https://www.scmp.com/week-asia/health-environment/article/3126021/indonesian-women-face-harassment-and-bullying-not>
 29. Jackson, J. D. & Langer, M. (Eds.). (2008). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*. 2008 ed, London: Bloomsbury Publishing.
 30. Japanese Women Campaign Against Mandatory High Heels., (2019). Available at: <https://thediplomat.com/2019/06/japanese-women-campaign-against-mandatory-high-heels/>
 31. Jupp, J. (2014). Legal transplants as tools for post-conflict criminal law reform: justification and evaluation. *Cambridge International Law Journal*, 3(2), 381-406.
 32. Kahan, A. (2004). The Mind and the Market: Capitalism in Modern European Thought. *History Reviews of New Books*, 32(2), 66.
 33. Katuzian, Naser (2013). "Despair of proof and the principle of innocence", *Journal of Faculty of Law and Political Sciences*, Vol. 66, Winter, pp. 260-245 (In Persian).
 34. Krygier, M. (1990). Marxism and the Rule of Law: Reflections after the Collapse of Communism. *Law & Social Inquiry*, 15(4), 633-663.
 35. Lee, O. (1975). *Legal and moral Systems in Asian customary law* (Doctoral dissertation).
 36. Legrand, P. (1997). The impossibility of ‘legal transplants’. *Maastricht journal of European and comparative law*, 4(2), 111-124
 37. MalekZade, F. (2007). The Nature of Alimony: An Analysis Using the Approach of the Present Laws of Iran and Those of Some Other Countries. *Women's Studies Sociological and Psychological*, 5(1), 107-125.
 38. Mattei, U. (1997). Three patterns of law: taxonomy and change in the world’s legal systems. *The American journal of comparative law*, 45(1), 5-44.
 39. McCorkindale, C., & Goldoni, M. (2012). *Hannah Arendt and the Law*. 4th ed., Oxford: Hart Publishing.
 40. Mehrpour, Hossein (1989). "History of Tazirat (A Perspective on the Legislation of Tazirat in the Islamic Republic of Iran)", *Lawyers' Association*, Vol. 148 and 149, Autumn and Winter, pp. 68-69 (In Persian).
 41. Nader, L. (1990). *Harmony ideology: Justice and control in a Zapotec mountain village*. 1st ed., Stanford, California: Stanford University Press.
 42. Orland, L. (2002). A Russian Legal Revolution: The 2002 Criminal Procedure Code. *Connecticut Journal of International Law*, 18(1), 133-388.
 43. Ramseyer, J. M., & Rasmusen, E. B. (2001). Why is the Japanese conviction rate so

- high? *The Journal of Legal Studies*, 30(1), 53-88.
44. Rawls, J. (1993). The law of peoples. *Critical Inquiry*, 20(1), 36-68.
45. Reimann, M., & Zimmermann, R. (Eds.). (2019). *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press.
46. Rheinstein, M., & Shils, E. (Eds.). (1954). *Max Weber on law in economy and society*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
47. Robinson, P. H.; Zulfiqar, A.; Kammerud, M.; Orchowski, M. (2007). Codifying Shari'a: International Norms, Legality and the Freedom to Invent New Forms. *Journal of Comparative Law*, 2 (1), pp. 34
48. Robinson, Paul, (2017), Compilation of Sharia-based criminal law in Muslim-majority countries, *abstract of articles of the international conference on the evolution of criminal law in Islamic countries in the light of the interaction of Sharia and law*, pp. 113-113 (In Persian).
49. Sacco, R. (1991). Legal formants: a dynamic approach to comparative law (installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), 343-401.
50. Saidov, A. K. (2007). Comparative Law and Law-Making. *Journal of Comparative Law*, pp. 56
51. Schede, C.; Schuldt, J; Enaux, C. (2021). Federal Constitutional Court Repeals "Berlin Rent Price Cap". Available at: <https://www.gtlaw.com/en/insights/2021/4/federal-constitutional-court-repeals-berlin-rent-price-cap>
52. Schlesinger, R. B. (1995). The past and future of comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, 43(3), 477-481.
53. Schmitt, C. (2005). *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press.
54. Scogin Jr, H. T. (1994). Civil law in traditional China: history and theory. *Civil Law in Qing and Republican China*, 13-41. Stanford, California: University of Stanford Press.
55. Sevastik, P. (2020). Rule of Law, Human Rights and Impunity: The Case of Afghanistan. *Hague Journal on the Rule of Law*, 12(1), 93-145.
56. Supreme Court of the United States (2021). California ET AL. v. Texas ET AL.: Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-840_6jfm.pdf
57. Turkey to pull out of Istanbul Convention on violence against women' (2021). Available at: <https://www.dw.com/en/turkey-to-pull-out-of-istanbul-convention-on-violence-against-women/a-58114681>.
58. Vogler, R. (2017). *A world view of criminal justice*. 1st ed., UK: Routledge.
59. Von Mehren, A. T. (1971). An Academic Tradition for Comparative Law? *The American Journal of Comparative Law*, 19(4), pp. 624-632.
60. Watson, A. (1996). Aspects of reception of law. *The American Journal of Comparative Law*, 44(2), 335-351.
61. Watson, A. (2009). *The Evolution of International Society: A Comparative Historical Analysis Reissue with a new introduction by Barry Buzan and Richard Little*. 2nd ed., UK: Routledge.
62. Yari, Behboud (2003). The European Union and the Islamic Republic of Iran: The Challenge of Human Rights in the Book of Europe 2, Specially on the Relations

-
- between Iran and the European Union, Tehran: *Abrar Contemporary Publishing House*, Tehran (In Persian).
63. Zweigert, K.; Kötz, H.; Weir, T. (1998). *Introduction to comparative law* (Vol. 3). 3rd ed., Oxford: Clarendon press.