

## موانع و امکان‌های فرهنگی در پیوند حقوقی میان حقوق کیفری مبتنی بر شرع با حقوق حرفه‌ای در غرب

حمیدرضا ائیمی

دانشجوی دکتری جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

امیر بارانی بیرانوند

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

a.barani1990@gmail.com

### چکیده

مقدمه و هدف پژوهش: بنابر باور بسیاری از اندیشمندان دانش حقوق تطبیقی، پیوند حقوقی اصلی‌ترین مساله در توسعه و رشد دستگاه‌های حقوقی کشورها بوده است. از این منظر، دستگاه‌های حقوقی، غالباً بی‌توجه به سایر دانش‌ها و به صورت خودگواه، به علت تجربه‌ی مشکلات مشابه، در نخستین گام برای یافتن پاسخ، به سراغ سایر دستگاه‌های حقوقی هم‌خانواده می‌روند. در مقابل، باورمندان به فرهنگ‌باوری حقوقی و رویکرد هرمنوتیک، با تکیه بر درهم‌تنیدگی دستگاه‌های عدالت کیفری با طیف وسیعی از مسائل فرهنگی، دینی و دشواری فهم دیگری و تکثر عناصر سازنده‌ی حقوق بر پیچیدگی زیاد یا حتی امتناع رخداد پیوند حقوقی اصرار می‌ورزند. از طرف دیگر، گاه انتقال نهادها از دستگاه حقوقی دیگر، نه تنها به ایجاد تغییرات و اصلاحات مدنظر نمی‌انجامد، بلکه چارچوب‌های حقوق داخلی را در برابر نفوذ خارجی مستحکم‌تر می‌سازد. هدف این مطالعه شناسایی مولفه‌های موثر؛ موانع و امکان‌های فرهنگی در پیوند حقوقی میان حقوق کیفری متناخذ از شرع با حقوق حرفه‌ای در غرب است.

روش پژوهش: این جستار با روش تحلیلی-تطبیقی و تکیه بر شیوه کتاب‌خانه‌ای شکل یافته است.

یافته‌ها و نتیجه‌گیری: در این پژوهش ضمن تبیین دیدگاه‌های گوناگون این نتیجه حاصل شد که رویداد فهم از چه رو دشوار است، و از چه رو به خاطر ماهیت غیرسکولار حقوق کیفری مبتنی بر شرع و فرهنگ حاکم بر جامعه، امکان پیوند موفق با دستگاه‌های غربی غیرمحمتمل به نظر می‌رسد و در صورت رخداد نیز، نهایتاً به نوعی از محافظه‌کاری و مقاومت بیشتر، با رونمایی از اصلاحات خارجی منجر خواهد شد.

کلید واژه‌ها: پیش‌داوری، فرهنگ‌باوری، پیوند حقوقی، دستگاه عدالت کیفری، کارکردباوری، هرمنوتیک حقوقی.

## مقدمه

به دانش حقوق و دستگاه قضایی عرضه می‌شود می‌بایست به زبان تخصصی، براساس ابزارآلات، مفاهیم و مبانی دانش حقوق ترجمه شوند. ج) حقوق‌دانان برای یافتن پاسخ این پرسش‌ها در گام نخست به سراغ نمونه‌های مشابه در سایر دستگاه‌های حقوقی می‌روند. د) دانش حقوق با جدا کردن خود از سایر دانش‌ها، پاسخ‌ها را از دستگاه‌های حقوقی معتبر قرض و در قلمرو حقوق داخلی اجراء می‌کند. آنچه که از مقدمات پیش‌گفته آشکار است نوعی از خوش‌بینی مبتنی بر امکان ارتباط میان دستگاه‌های حقوقی است که به نحوی از پیش با یکدیگر مرتبط شده‌اند.

در برابر رویکرد فوق، نظرگاه دیگری با عنوان فرهنگ‌باوری<sup>۵</sup> یا هرمنوتیک حقوقی<sup>۶</sup> وجود دارد که حقوق را محصولی از برهم‌کنش عوامل و عناصر متعدد موجود در معرفت‌شناسی و هستی‌شناسی عالم انسانی می‌داند و باور دارد برای شناخت دستگاه حقوقی یک دولت-ملت نمی‌توان از سایر حیطه‌های انسانی نظیر زبان، فرهنگ، تاریخ، اقتصاد، سیاست، جامعه‌شناسی و روان‌جمعی غفلت کرد (Mousourakis, 2019) و هر نهاد حقوقی را باید به عنوان جزئی در یک کل، و کل به معنای کلیت هستی اندیشنده انسان فهم کرد (Legrand, 1997). به بیان دیگر، برای این نحله فکری، دستگاه‌های حقوقی آینه‌ای<sup>۷</sup> از سایر عوامل فرهنگی اجتماعی موجود هستند. فرهنگ‌باوری حقوقی با تکیه بر رویکرد هرمنوتیکی<sup>۸</sup>، بر دشواری فهم دستگاه حقوقی «دیگری» یا بیگانه پافشاری می‌کند و امکان استقراض یا پیوند حقوقی میان دستگاه‌های حقوقی را دشوار یا حتی غیرممکن می‌داند. براین اساس، پیوند حقوقی، روش و رویکردی تقلیل‌گرا است و رسالت واقعی دانش حقوق تطبیقی تنها و تنها نشان دادن خط متفاوت و فهم‌های ناهمگون دستگاه‌های حقوقی با یکدیگر از مسیر گفت‌وگو است.

فرهنگ‌باوری حقوقی، در هریک از شاخه‌های آن، و

در دوره‌ای از تاریخ روشن‌گری این باور در میان حقوق‌دانان رایج شد که می‌توان در رابطه با علوم انسانی نیز مانند علوم طبیعی به قواعد متقن و جهان‌شمول دست یافت (تیبیت، ۱۳۸۶). بنابر باور گروه از حقوق‌دانان، دستگاه‌های حقوقی می‌توانند بی‌توجه به سایر دانش‌ها و مبتنی بر خودفرمانی، بهترین قواعد را وضع کنند و در این مسیر هیچ چیز مانند مطالعه تجربه سایر دستگاه‌های حقوقی راهگشا نخواهد بود. از همین‌رو، در سال ۱۹۷۶، آلن واتسون<sup>۹</sup>، حقوق‌دان تطبیقی با معرفی مفهوم «پیوند حقوقی<sup>۱۰</sup>» کوشید تا نشان دهد که نه تنها قرض و استقراض نظام‌های حقوقی از یکدیگر یگانه‌گایت دانش حقوق تطبیقی است، بلکه این چشم‌انداز اصلی‌ترین رانه در توسعه دستگاه‌های حقوقی در غرب است (Watson, 1976).

در مباحث مرتبط با مفهوم پیوند حقوقی بیش‌تر حقوق‌دانان تطبیقی بر روی دو حیطه حقوق خصوصی و کشورهای غربی متمرکز شده‌اند. برای نمونه آلن واتسون تئوری خود را تنها بر روی دانش حقوق خصوصی و کشورهای غربی، که از پیش، به دلایل تاریخی و حد مشابهی از توسعه‌یافتگی با یکدیگر مرتبط شده‌اند، انطباق‌پذیر می‌داند (Watson, 1976). بنابر باور واتسون و طرفداران او، حقوق روم سنگ بنای دستگاه‌های حقوقی در غرب است و حقوق‌دانان غربی در قامت قشری نخه، بی‌توجه به عناصر برون‌دستگاهی و با تکیه بر خودفرمانی دستگاه حقوق، با اتکا بر ترکیبی از عرف و عقل محاسبه‌گر برای حل مشکلات نظام‌های حقوقی به سراغ دستگاه‌هایی با اعتبار<sup>۱۱</sup> بیش‌تر رفته‌اند که خود آن دستگاه‌های معتبر، نهاد‌های خویش را از حقوق روم و قانون ژوستین<sup>۱۲</sup> استقراض کرده‌اند (Watson, 2000).

استدلال‌های طرفداران رویکرد پیوند حقوقی را می‌توان اینگونه الگوبندی کرد: الف) جوامع متفاوت، مشکلات مشابهی را تجربه می‌کنند. ب) این مشکلات زمانی که

به‌ویژه آنجا که با موضوع پیوند و انتقال نهادهای حقوقی سروکار دارد در پی فهم<sup>۹</sup> و تفسیر<sup>۱۰</sup> دیگری است (Mootz, 1998). سنت هرمنوتیک در خاستگاه خود، با این پرسش بنیادین روبه‌رو بود که آیا به‌راستی می‌توان معنای یگانه‌ای برای متن قائل شد؟ آیا روش<sup>۱۱</sup> منحصر به فردی برای فهمیدن حقیقت متن در پیش‌روی ما وجود دارد؟ آیا گوینده خود به راستی به معنی آنچه که می‌گوید واقف است؟ آیا معنا می‌تواند از خواست اولیه<sup>۱۲</sup> گوینده و متن فراتر رود؟ (Moots, 1998). رویکرد هرمنوتیک حقوقی در قبال پیوند حقوقی با تردید به همه پرسش‌های پیشین نگاه می‌کند و چنین فرض می‌گیرد که نه تنها فهمیدن دیگری به خودی خود دشوار است، بلکه فهم مفسر از خویش نیز با محدودیت‌هایی روبه‌رو است و از طرف دیگر، نه تنها روش واحدی برای فهم مطلق متن وجود ندارد بلکه متن و قابلیت‌های آن می‌تواند به نحو نامتناهی معنا و افق‌های<sup>۱۳</sup> کشف نشده داشته باشد.

نقطه چالش موافقان و مخالفان رویکرد پیوند حقوقی در بررسی کیفیت انتقال نهادها است. تقریباً هیچ دستگاه حقوقی در جهان وجود ندارد که کاملاً یک‌پارچه، خودبنیاد و خودبسنده باشد. بی‌گمان همه دستگاه‌های عدالت کیفری چه در سطح تصویب قوانین، نهادها و یا حتی تصمیمات قضایی از سایر دستگاه‌های برون‌مرزی یا نهادهای فراملی تأثیر پذیرفته‌اند. مسئله بیشتر بر سر حدود امکان، داوری کیفیت انتقال و توفیق پیوند است. در خصوص امکان پیوند حقوقی میان دستگاه کیفری مبتنی بر شرع در ایران با حقوق حرفه‌ای<sup>۱۴</sup> غربی مصائب فهم و پیوند، دست‌کم برای دستگاه حقوقی ایران دشوارتر است<sup>۱۵</sup>. اگرچه امروزه بر خلاف گذشته دانش حقوق تطبیقی به سراغ ایده‌های حقوق کیفری و اصول جهان‌شمول آن نیز آمده است، اما همچنان در مقایسه با شاخه‌های دانش حقوق خصوصی از غنای کمتری برخوردار است (Grande, 2012). دشواری اصلی آنجا

پدیدار می‌شود که بیشتر حقوقدانان ایرانی از پیش‌فرض بنیادین دانش حقوق تطبیقی در غرب غفلت می‌ورزند. به بیان آشکار، بیشتر خوش‌بین‌ترین پژوهندگان این عرصه، پیش‌فرض موفقیت امکان پیوند حقوقی را منحصر به دستگاه‌های حقوق سکولار غربی می‌دانند. متأسفانه در ایران، باوجود حجم گسترده کارهای پژوهشی بر روی استقراض از نهادهای حقوقی غربی از تحولات صورت‌گرفته اخیر در این عرصه چشم‌پوشی شده است. به بیان دیگر، غالباً روش مدنظر تدقیق نشده، مفهومی نظیر پیوند حقوقی از اساس محل مذاقه قرار نگرفته است، همچنان از الگوبندی سنتی رنه‌داوید بهره‌برداری می‌شود و رویکردهای نوین انتقادی نظیر فرهنگ‌باوری حقوقی کاربردی ندارد. از این‌رو در مقاله پیش‌رو، دربخش نخست، انگاره‌ی پیوند حقوقی را در قامت استعاره‌ای برای جابجایی نهادها و قواعد حقوق کیفری در میان دستگاه‌های عدالت کیفری در گسترده‌ترین معنای آن، و براساس حامیانش تشریح می‌کنیم و سپس با طرح مبانی رویکرد هرمنوتیکی، انتقادهای موجود به آن را بررسی خواهیم کرد و در نهایت خواهیم کوشید تا نشان دهیم که صرف‌نظر از درستی یا نادرستی ایده منتقدین، چرا و به چه علت پیوند حقوقی از کشورهای غربی به حقوق کیفری شرعی دشوارتر خواهد بود. به طور کلی، ذهنیت دستگاه حقوقی، حاکمان آن، و متون قانونی در ایران، سرشار از پیش‌داوری‌های تاریخی، فرهنگی و سنتی‌ای هستند که در آغاز هر مسیر، در قبال دستگاه‌های حقوق غربی، سوگیری‌های ایدئولوژیک دارند و در مسیر فهم نیز، به دلیل وجود آن پیش‌داوری‌ها، فهمی تعیین‌یافته و منطبق با ارزش‌های دستگاه بومی را تحصیل می‌کنند. همچنین، وجود همان باورها، در مرحله‌ی اجراء، تا حد زیادی نهاد مهمان را از معنای خاستگاه آن تهی و گاه بی‌ثمر و حامل معانی جدیدی در نسبت با دستگاه حقوقی خاستگاه می‌کند که نتیجه‌ی آن می‌تواند مقاومت بیشتر

ساختارهای سنتی در برابر تغییر باشد. این دشواری‌ها، اگرچه صرفاً منحصر در دستگاه حقوق کیفری مبتنی بر شرع نیست، ولی جایگاه نقض ناپذیر و تعبدی بخشی از این پیش‌داوری‌ها، یا انتفای امکان تغییر آنها، دستگاه حقوق کیفری مبتنی بر شرع را، در وضعیت تکینه و یگانه‌ای برای پذیرش تغییر قرار می‌دهد.

### پیوند حقوقی و حقوق کیفری

دستگاه‌های عدالت کیفری در سرتاسر جهان، به دلیل وجود عوامل مختلف تاریخی، نظیر مهاجرت، استعمار، جنگ، اقتصاد یا ایجاد نهادهای بین‌المللی، اندام‌واره‌هایی متکثر از نهادهای بومی و خارجی هستند. به بیان بهتر، تقریباً هیچ دستگاه عدالت کیفری‌ای را نمی‌توان یافت که در آن اثر از سایر دستگاه‌های حقوقی نباشد. برای نمونه، در قلمرو حقوق کیفری، قانون جزائی ناپلئون، به خوبی نشان می‌دهد که چگونه کشورهای اسلامی، از نظام قانونی کشوری خارجی تاثیر پذیرفته‌اند.

مستند به واژه‌نامه آکسفورد، پیوند به معنای برداشتن<sup>۱۵</sup> و بازگذاری<sup>۱۶</sup>، انتقال به نقطه‌ای دیگر و یا جابه‌جایی از کشور یا محلی به کشور یا محل دیگر است. بنابراین واژه پیوند دلالت بر نوعی از تفاوت در مکان، حرکت و جابجاشدگی دارد. همچنین این واژه از دانش پزشکی به حقوق تطبیقی راه یافته است و خواه‌ناخواه حدی از پیش‌فرض‌ها و پیش‌داوری‌های آن را نیز با خود همراه دارد (Cate, 1994). به بیان دیگر، همانگونه که پیوند عضو از یک عضو سالم به بدنی بیمار صورت می‌گیرد، این دلالت نیز در دانش حقوق تطبیقی وجود دارد که کشور پذیرا، دست‌کم در نهاد موضوع پیوند از منقصدی رنج می‌برد. از چشم‌انداز حقوقی، پیوند حقوقی به معنای جابجایی نهادی است که در دستگاه میزبان وجود ندارد و در میان سیستم‌های حقوقی صورت می‌پذیرد (Watson, 1976). در این مسیر، آنچه که حقوقی تلقی می‌شود با درکی فرمالیستی به نهادها و قواعد حقوقی تقلیل می‌یابد و غالباً به درستی تعریف نمی‌شود ولی در

گسترده‌ترین شکل آن شامل هر نوع نهاد، متن حقوقی، مفهوم، قاعده، دکترین، تصمیمات قضایی و یا حتی امور فنی می‌گردد (Legrand, 1997). همچنین، این پیوندها می‌تواند جزئی یا حتی به صورت تصویب یک‌جای مجموعه قوانین صورت پذیرد<sup>۱۷</sup> و این پیوند می‌تواند از طریق تقلید، اقتناع، صرفه‌جویی در هزینه‌ها، جذب در نظم جهانی و یا حتی خشونت و تحمیل باشد (Sannerholm, 2007). بنابر باور واتسون، حجم تشابهات دستگاه‌های حقوقی جوامع متفاوت در غرب به ما این اطمینان را می‌دهد که «ایده رابطه نزدیک میان حقوق و جامعه سرابی بیش نیست» (Watson, 1976). تغییر در دستگاه حقوقی مستقل از عوامل اجتماعی، تاریخی و یا فرهنگی اتفاق افتاده است و قواعد حقوقی به همراه کارکردشان بسیار سهل‌تر از آنچه تصور می‌کنیم قابل جابجایی و پیوند خوردن هستند. بنابر نتیجه‌گیری انقلابی او «تدوین یک قانون مدنی مشخص که بتواند در سرتاسر جهان غرب عمل کند، تقریباً آسان به نظر می‌رسد» (Ibid, 100). همچنین به باور او پژوهشگر تطبیقی باید تنها بر «قواعد مشابه از نظر حقوقی» تمرکز کند (Ibid, 95). از منظر او و حامیان رویکردش، واقعیت از سخت‌گیری‌های دانشگاهی برکنار است زیرا وقتی که ما با قواعد مشابه روبه‌رو هستیم، دیگر اهمیتی ندارد که این قواعد از جوامعی متفاوت برخاسته‌اند و یا اصول پشتیبان یا پیش‌داوری حاکم بر آنها با یکدیگر، حتی به شکلی بنیادین، تفاوت دارند (Ibid, 96).

در سال‌های اخیر، به ویژه پس از رشد ایده اروپای واحد (Grande, 2012) و همزمان با حمله نظامی کشورهای غربی به خاورمیانه، پرسش از امکان پیوند حقوقی برای دست یافتن به یک نظام ایدئال کیفری برجسته شده است (Jupp, 2014). همچنین رویکردها و نمونه‌هایی از پیوند حقوقی در دستگاه‌های عدالت کیفری از جهت تاریخی نیز وجود دارند که می‌توانند به تقویت ایده مذکور یاری رسانند. برای نمونه، قانون

سیستم‌های مد‌نظر پیوند زد و همان نتیجه پیشین را به انتظار نشست (Reimann, 2019). چنین رویکردهایی با ترکیبی از غایت‌باوری<sup>۲۳</sup>، اصلاح‌گرایی و فهم قانون از منظر ابزار مهندسی اجتماعی<sup>۲۴</sup> بر این باورند که برای مشکلات اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی معادلی<sup>۲۵</sup> در زبان حقوقی وجود دارد و این مشکلات صرف‌نظر از خاستگاه آن، جهان‌شمول هستند و قطعاً در سایر کشورها نیز وجود دارند و هر دستگاه حقوقی به نحوی با نهادهای مشابه یا حتی کاملاً متفاوت، مکانیزم‌هایی برای پاسخ‌گویی و فراهم آوردن کارکردهای همگن در اختیار دارد (Reimann, 2019)، برای نمونه دستگاه عدالت کیفری در ایران و نظام قضایی نروژ هر دو با چالش سرقت روبه‌رو هستند. از این رو تنها کافی است که ببینیم کدام دستگاه با استفاده از چه ابزارها، نهادها، قوانین و مکانیزم‌هایی مواجهه پرثمرتری با این چالش داشته است<sup>۲۶</sup>.

اعتبار<sup>۲۷</sup>، هزینه‌فایده<sup>۲۸</sup>، نوسازی<sup>۲۹</sup>، پیوستن به نظم جهانی و افزایش بهره‌وری همگی دلایل و انگیزه‌هایی هستند که برای استفاده از رویکرد پیوند حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرند. احتمالاً نخستین انگیزه برای انتظار یک پیوند موفق به اعتبار و جایگاه نهاد جدیدی است که پیوند می‌خورد. این اعتبار می‌تواند هم به خصوصیت‌های نهاد پیوندخورنده بازگردد، نظیر اینکه از حمایت حقوق‌دانان برجسته برخوردار باشد، و یا اینکه آن نهاد از یک دستگاه معتبر نظیر کشور آلمان برخاسته باشد. در غالب موارد نیز کشورهای میزبان به دنبال ایجاد پیوند میان دستگاه حقوقی خود با نظام‌های حقوقی مشهور مانند فرانسه، ایالات متحده آمریکا و یا انگلستان هستند (Zajtay, 1974). هم‌چنین اعتبار همراه با قانون جدید می‌تواند از چالش‌های انتقادی مخالفین تاحدی جلوگیری کرده و فرایند کاربست آن را تسهیل نماید. واتسون باور دارد که قانون پیوندی به ارتقاء و افزایش مشروعیت مجریان آن نیز منجر خواهد

ناپلئون در زمان تصویب و تا مدت‌ها پس از تقنین بر کشورهای اروپایی و اسلامی نظیر امپراطوری عثمانی و مصر تأثیرگذار بود (Volger, 2017). هم‌چنین پس از رویداد انقلاب فرانسه، بسیاری از کشورهای اروپایی من‌جمله کشور فرانسه در سال ۱۷۸۹ به انتقال نهادهای ترافی<sup>۱۸</sup> به دادرسی کیفری تفتیشی<sup>۱۹</sup> خود اقدام کردند<sup>۲۰</sup>. به دنبال فرانسه، سایر کشورها نظیر اسپانیا در سال ۱۸۲۰، پرتغال در ۱۸۳۰، آلمان در ۱۸۴۸ و ایتالیا در سال ۱۸۶۰ رسیدگی بر مبنای ژوری را وارد رسیدگی‌های کیفری خود کردند (Jupp, 2014). پیوند نهاد معامله اتهام از کشورهای آنگلوامریکن به کشورهای قاره نظیر ایتالیا و فرانسه نیز از مصادیق پیوند حقوقی در عرصه حقوق کیفری محسوب می‌شوند (Marafioti, 2008). بیش‌تر آنکه بسیاری از کشورهای شرق اروپا، نظیر بوسنی، کرواسی و گرجستان در قوانین آیین دادرسی کیفری خود اصلاحاتی از نظرگاه دادرسی ترافی انجام داده‌اند که بیشتر این تغییرات از سوی نهادهای بالادستی اتحادیه اروپا و به عنوان پیش‌شرطی برای عضویت یا بهره‌مندی از مساعدت‌های اقتصادی برای کشورهای به اصطلاح «در دوران گذار<sup>۲۱</sup>» تشویق شده‌اند (Krapac, 2008).

صرف‌نظر از توفیق یا شکست نمونه‌های پیش‌گفته می‌توان نتیجه گرفت که پیوند حقوقی یکی از ابزارهای توسعه حقوق کیفری بوده است ولی شیوع یا کاربست گسترده تاریخی به تنهایی نمی‌تواند روایتی برای استفاده از آن و یا توضیح انگیزه‌های استفاده از آن را ارائه کند.

#### انگیزه‌های پیوند حقوقی

حامیان رویکرد پیوند حقوقی و کارکردباوری<sup>۲۲</sup> در قلمرو پیوند حقوقی با طرح این ادعا که جوامع متفاوت مشکلات یکسانی را تجربه می‌کنند به راحتی چنین نتیجه می‌گیرند که می‌توان با مقایسه پاسخ‌های دستگاه‌های حقوقی گوناگون بهترین کارکرد را به

مباحث پیش‌آمده در پس‌رویداد جنگ جهانی دوم و رشد دانش حقوق بین‌الملل کیفری و مفاهیمی نظیر عدالت انتقالی<sup>۳۱</sup> و تعریف جرائمی با صلاحیت جهانی چارچوبی فراگیر را فراهم آورده است که بر درون‌مایهٔ هنجارین<sup>۳۲</sup> نظام‌های کیفری داخلی اثرگذار است.

در حالی که در عمل دولت‌ها و قانون‌گذاران و سازمان‌های بین‌المللی با خوش‌بینی بیشتر به امکان‌های پیوند حقوق نگاه می‌کنند، در خصوص ارزش بهره‌برداری از این مفهوم در میان دانشگاهیان توافق نظر وجود ندارد. مراحل تردید در رابطه با بدبینی یا اعتراضات وارده بر رویکرد خوش‌بینانهٔ حامیان استفادهٔ حداکثری از پیوند حقوقی را می‌تواند در چند چالش خلاصه کرد: آیا از اساس امکان فهم دیگری وجود دارد؟ آیا در صورت فرض نحوه‌ای از فهم درست می‌توان نهاد مدنظر را عیناً به دستگاه میزبان منتقل کرد؟ و سرآخراً آیا می‌توان تفاوتی میان کشورهای واجد حقوق حرفه‌ای با سایر کشورها، یعنی کشوری نظیر ایران که از الگوی سنتی-مذهبی پیروی می‌کند در پاسخ‌های پیشین قائل شد یا خیر. به‌طور کلی آنچه که انکارناپذیر می‌نماید استفادهٔ کشورها از پیوند حقوقی در دستگاه عدالت کیفری است. موافقان اولاً با پافشاری بر امکان فهم دیگری و جدا بودن دانش حقوق از سایر حیطه‌ها به ویژه جامعهٔ میزبان، این انتقال را ممکن می‌دانند و ثانیاً بر این باورند که با توجه به همان ایدهٔ جداسازی، می‌توان تا حد زیادی شباهت بین نهاد میزبان و مهمان را حفظ کرد. فرهنگ‌باوری حقوقی و رویکرد هرمنوتیک در آحاد این پیش‌فرض‌ها تردیدهای جدی دارد.

#### فهم، پیش‌فهم و پیش‌داوری

واتسون با خوش‌بینی و پافشاری بر مفهوم رویکرد پیوند حقوقی صراحتاً اظهار می‌دارد که پیوند حقوقی به سادگی میان دستگاه‌های حقوقی اتفاق می‌افتد زیرا که دستگاه میزبان «نیاز به دانشی در خصوص ویژگی‌های جغرافیایی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی خاستگاه قاعدهٔ

شد (Watson, 1996). از همین‌رو متفکرینی نظیر مایکل گرازادی<sup>۳۰</sup> در فرایند تأثیرپذیری قانون کیفری آمریکا از آلمان گفته‌اند: «پرستیژ [کشور مؤلف] باعث تقلید می‌شود» (Graziadei, 2006).

یکی دیگر از انگیزه‌ها و مشوق‌های استفاده از رویکرد پیوند حقوقی، هزینه‌فایده یا صرفه‌جویی در منابع کشور میزبان است. در این خصوص، کشور مقصد با استفاده از راهکارهای آزموده‌شده در نظام قضایی دیگر، بر مشکلات خود با هزینهٔ کمتر غلبه می‌کند. عامل دیگر انگیزه‌بخش برای بهره‌جستن از نهادهای حقوق کیفری سایر کشورها یا انطباق با نُرم‌های بین‌المللی حقوق جزا، مخاطراتی است که جهانی‌سازی به همراه دارد. جهانی‌سازی در کنار گسترش امکان ارتکاب جرائم فراملیتی مرتبط با قاچاق انسان، مواد مخدر، تروریسم یا در حوزه‌ی امنیت داده یا هوش مصنوعی، در درون خود ابزارهای مقابله با آن را نیز در دسترس کشورها قرار می‌دهد (Jupp, 2014). کشورها می‌توانند با استفاده از تجربیات سایر دستگاه‌های کیفری یا انعقاد یا پیوستن به عهدنامه‌های چندجانبه در برابر ارتکاب جرائم سازمان‌یافته خود را تاحدی تجهیز نمایند. همگنی ساختارهای حقوق کیفری و آیین دادرسی مشابه کشورهای در معرض تهدید خود می‌تواند به افزایش امکان بهره‌وری و مقابله با این جنس جرائم منجر شود. علاوه بر موارد پیش‌گفته، گاه قوانین از کارافتاده نیاز به نوسازی دارند تا بتوانند بر مناسبات جدید حقوق کیفری فائق شوند. یکی از چالش‌هایی که دستگاه‌های حقوق کیفری با آن مواجهند فقدان قوانین، نهادها و یا مکانیزم‌های مقابله با جرائم جدید هستند. به‌طور کلی همهٔ انگیزه‌های پیش‌گفته یعنی اعتبار، هزینه‌فایده یا صرفه‌جویی، جهانی‌سازی و نوسازی در اصلاحات حقوق کیفری با استفاده از ابزار پیوند حقوقی را می‌توان در پرتو ضرورت یا دست‌کم تمایل انطباق نظام‌های کیفری جهان با اصول بین‌الملل و حقوق بشر تفسیر کرد.

کارکردباوری در حقوق تطبیقی و همچنین نگاه لیبرال واتسون آشکارا به این سیاق از نگاه کانت وابستگی دارد؛ بنابراین باور کانت بشر در قامت موجودی خودبنیاد تنها می‌تواند خودش، کنش‌ها و طبیعت پیرامونش را بشناسد و این مسیر مشروط است به اتخاذ روشی عقلانی که در آن سوژه نگاه‌کننده خود را از همه پیش‌داوری‌های ذهنی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی جدا و مستعلا می‌کند (همان: ۲۴۲).

اگرچه کانت بر محدودیت‌های فهم تأکید می‌کند ولی با کنار زدن فهم تاریخی بشر، همچنان نوعی از فهم عینی و مطلق را به رسمیت می‌شناسد. در نقد او، اندیشمندان هرمنوتیک بر این باور بودند که هر فهمی از آغاز با نوعی از سوءفهم در هم آمیخته است زیرا که همیشه میان سوژه مفسر و موضوع فهم حدی از بیگانگی وجود دارد (Di Cesare, 2015). از این رو، فرایند فهم مسیری است بی‌انتها که نه هیچ‌گاه کامل می‌شود و نه سوءفهم یا بدفهمی به طور کامل زوال‌پذیر است. بنابراین ضروری است که هر نوع فهم را ناکامل و ناقص بدانیم و از این طریق ضمن پذیرش گشودگی‌های متن به تفسیرهای نو، پایان‌ناپذیری مسیر تفسیرهای جدید را تضمین نماییم. در این مسیر رویداد فهم<sup>۴۱</sup> در زبان رخ می‌دهد و افراد از طریق زبان، خویش را به دیگران عرضه می‌کنند و دیگران نیز فهم خود از فهم دیگران را از همین طریق ابراز می‌دارند؛ در نتیجه هر مفاهمی‌ای در واقع برخورد یا رویارویی دو چشم‌انداز زبانی است. طرفین از طریق سخن گفتن، حلقه‌ای زایا از اتصالات مفاهیم یک‌دیگر را لمس می‌کنند و پیوندی مرتبط ولی نه یک‌دست و بسیط را خلق می‌نمایند. از این رو، شلایماخر ابراز می‌دارد که «هر فهمی، هم‌زمان عدم فهم و هر توافقی، لاجرم واگرا است.» برای او همین تفاهم‌ها، تخالف‌ها و محدودیت‌های فهم، زایایی متن در افق زمان را فراهم می‌آورد (Schleiermacher, 1998). بنابراین بر خلاف باور هگلی، که یکی شدن سوژه مفسر با ابژه پیشاروی

مهمان ندارد» (Watson, 1996). چنین تعبیری از ماهیت دانش حقوق، قوانین و قواعدش به آن خصوصیتی کوچ‌نشین می‌دهد که به سادگی در میان نظام‌های قضایی قابل‌جانمایی و رفت و آمد است. از دیدگاه واتسون، ترجمه متون حقوقی که از قضا کاری سهل و شدنی است، تنها پیش‌شرط انتقال محسوب می‌شود. اندیشه‌واستون از سوی پیروان او، نظیر کوتز<sup>۳۳</sup> و تسوایگرت<sup>۳۴</sup> در سال‌های بعد به این ترتیب فرمول‌بندی شد که حقوقدان تطبیقی باید دستگاه‌های حقوقی را مبتنی بر فرض مشابهت و وجود کارکردهای یکسان مطالعه کند تا ببیند بهترین پاسخ به مشکلات مشابه در کجا یافت می‌شود. به نظر ایشان، هر خوانش و تفسیری که در مغایرت با فرض پیشین باشد، نادرست و نیازمند بازنگری است (Harasani, 2014). بنابراین، از منظر ایشان نه تنها فهم دیگری مسئله‌ای شدنی و آسان است، بلکه تنها یک روش از فهم صحیح در حقوق تطبیقی وجود دارد و آن یافتن کارکردهای مشابه نهادهای حقوقی است.

مسئله فهم در واقع از آغاز قرن نوزدهم و ظهور اندیشه‌های شلایماخر<sup>۳۵</sup> در ماهیت فلسفی آن بروز یافت. به پیامد با ظهور چهره‌هایی نظیر لودویگ ویتگنشتاین<sup>۳۶</sup>، مارتین هایدگر<sup>۳۷</sup> و هانس‌گئورگ گادامر<sup>۳۸</sup> مفهوم فهم دیگری یا متن در پرتو موقعیت‌مندی بشری و پیش‌داوری‌های مرکزی فلسفی یافت (Di Cesare, 2015). مفهوم فهم، که یکی از انگاره‌های کلیدی دانش هرمنوتیک محسوب می‌شود، بیش‌تر تولیدات علمی خود را در نقد روش ناب کانت<sup>۳۹</sup> در پذیرش امکان تعلیق همه پیش‌داوری‌ها<sup>۴۰</sup> قرار داده است. بنابراین باور کانت با خروج متافیزیک از حیطه فهم بشری، که کانت آن را چیزی جز وهم نمی‌دانست، و پذیرش تقید فهم بشری به دنیای طبیعی می‌توان فهم در حیطه علوم انسانی را نیز به فرایندی عقلانی نظیر علوم طبیعی تبدیل کرد (کورنر، ۱۳۹۹). حقوق اثبات‌گرا، ایده

با نظریه سکولار و گیتیانۀ حقوق‌دان غربی از اساس گوناگون است. در نهایت، تفسیر و فهم موضوع، از طریق نظام مفهومی از پیش موجودی حرکت می‌کند. مفاهیم در اینجا نه مقولاتی قراردادی و نه جاودانه هستند، بلکه مرزهای معنی و مصادیق آن از طریق تاریخ موثری شکل می‌پذیرد که آن مفهوم، در گذر زمان و تاریخ اندیشه از سر گذرانده است و در قالب یک بازی زبانی<sup>۴۹</sup> در یک دستگاه فکری مشخص معنا می‌یابد. برای مثال، خود کلمه حد در لغت به معنای منع و انتهای چیزی است (فراهیدی، ۱۴۱۰) ولی مجموعه روایات دینی، فهم‌های انباشته‌شده از آن، اتفاقات سیاسی فرهنگی اجتماعی تاریخ اسلام و گذر زمان در پرتو تاریخ موثر دینی به آن معنا و مصادیق خاصی بخشیده است که تنها در دل بازی زبانی اندیشه اسلامی آن معنا را با خود همراه دارد و در سایر دستگاه‌ها از چنین دلالتی برخوردار نیست، یا آنچه که فقه اسلامی از عمل شنیع نزدیکی دو هم‌جنس در نظر دارد، در تاریخ حقوق کیفری انگلستان صرفاً نزدیکی میان دو مرد را در برمی‌گیرد (Devlin, 1961).

آنچه که از گفته‌های هایدگر برمی‌آید این است که آدمی حتی پیش از مواجهه با موضوع تفسیر و فهم، به خاطر زمانمندی و مکانمندی ویژه خود، پیشافهمی از آن دارد. این فهم، دست‌کم در حیطه علوم انسانی، حتی با کاربست دقیق‌ترین روش‌ها محدود، ناقص، مبتنی بر پیش‌داوری و لاجرم در معرض تغییر است. از این‌رو برخلاف تئوری پردازان پوزیتیویست نظیر واتسون، کوتز و تسوایگرت، روش کارکردباورانه به خاطر نفی پیش‌داوری‌های انسانی، ناگزیر ناقص، نسبی، غیرعینی و بیش از حد نظری است. متنی که در روبه‌روی سوژه مفسر قرار دارد، محصولی از انباشت و تفاسیر تاریخی است؛ بنابراین هر متن، روایت یا رخداد به تنهایی برای تفسیر ظاهر نمی‌شود و سوژه مفسر نیز، علاوه بر تأخر وجودی نسبت به متن، بیگانه‌ای در خلاء نیست بلکه

فهمش را از طریق خوش‌بینی عقل‌باورانه<sup>۴۲</sup> ممکن می‌دانست، شلایماخر چنین فهمی را از اساس مردود و ناممکن قلمداد می‌کرد.

مارتین هایدگر نقشی بنیادین برای فهم بشر در معنابخشی به جهان انسانی قائل می‌شود. برای هایدگر، رخداد فهم، چیزی شبیه تنفس طبیعی است که بشر گریزی از آن ندارد. به بیان دیگر، بشر بی‌آنکه بخواهد یا بداند در مواجهه با هر متن، روایت یا اتفافی پیشافهمی<sup>۴۳</sup> از آن را تجربه می‌کند. هایدگر فهم بشری را مقید به ساختارهای از پیش موجود<sup>۴۴</sup> می‌داند که آدمی بی‌آنکه اراده‌ای در تعیین آن داشته باشد، به وضعیت از پیش تعیین‌شده‌ای پرتاب می‌شود. ساختار مد نظر هایدگر از سه جزء تشکیل می‌شود: پیش‌داشته‌ها<sup>۴۵</sup>، چشم‌انداز<sup>۴۶</sup> و نظام مفهومی<sup>۴۷</sup> از پیش موجود (Fehér, 2016). انسان، در این تصویر، بدون اینکه انتخاب یا نقشی در وجود این ساختار از پیش متعین داشته باشد، در آن حال و فضا پرتاب می‌شود به این معنا که نخست، از ابتدا ناگزیر به مواجهه با عالمی است که پیش روی او قرار دارد. برای نمونه، حقوقدان ایرانی پیش از هر چیزی، با سنت فقهی ستبری روبه‌رو است که پیش از او وجود داشته و اقتدار خود را بر واقعیت دستگاه حقوقی اعمال می‌کند. دوم آنکه پیش‌داوری‌های دینی، در این مسیر از طریق چشم‌انداز مشخصی به فهم و تفسیر آدمی جهت می‌دهد. چشم‌انداز نیز بیش از آنکه از آغاز در اختیار سوژه مفسر باشد، تا حد بسیاری برای او از پیش متعین شده است؛ به این معنا که فرد با دغدغه‌مندی‌های<sup>۴۸</sup> مشخصی از زیستن در یک جهان معنایی خاص به موضوع می‌نگرد. برای نمونه، فقیه در بررسی متون روایی دینی از چشم‌انداز اصولی و در پی کشف حکم خداوند است؛ و یا مسئله‌ی آزادی برای فردی که در ایران زندگی می‌کند، و با پرسش‌هایی نظیر مالکیت بر تن روبه‌رو است بسیار با پرسش از آزادی بشر غربی متفاوت است. از این‌رو، آشکار است که این چشم‌انداز



پیشین خود، می‌تواند داوری اولیه خود را تایید، رد یا اصلاح کند. پیش‌داوری قاضی تنها زمانی خطرناک است که او از هر بازاندیشی یا اصلاح در آن خودداری کند. به بیان دیگر، اگر قاضی چنین بپندارد که فاقد هر نوع از پیش‌داوری ذهنی است احتمالاً از پذیرش نقد به باورهای نخستین خویش نیز اجتناب خواهد کرد. سرانجام، فقدان پیش‌داوری نیز تنها در صورتی قابل تصور است که قاضی بدون مطالعه در جلسه حاضر شود و یا به سخنان اطراف دعوا گوش نسیارد و در نهایت، دل‌بخوانانه اقدام به صدور رای نماید. همچنین سوگیری‌های روانی قاضی نیز در پیش‌داوری او نسبت به افراد تاثیرگذار است. قضات غالباً از خاستگاه سنتی و محافظه‌کارانه‌ای آمده‌اند و اخلاق عمومی را در مقایسه با سایر افراد، محترم‌تر می‌شمرند. همچنین، بیشتر وکلا در ارجاع پرونده‌ها، همیشه تصویری از قاضی سختگیر یا اهل مدارا در ذهن دارند<sup>۵۳</sup>. این الگو را می‌توان به پیامد به ذهنیت قانونگذار و کلیت دستگاه تقنین و قضاء تسری داد.

گادامر فهم متن را به ورود در یک بازی تشبیه می‌کند که در آن سوژه مفسر بیشتر نقش بازیکن را دارد تا مربی یا نویسنده قواعد بازی. بنابراین سوژگی مفسر در فرایند بازی نه تنها حرف نخست را نمی‌زند بلکه به وسیله بازی، قواعد و شروط آن، مقید و متعین می‌شود و در این فرایند فرد باید بپذیرد که «بازی از او فراتر می‌رود» (Gadamer, 2013). نظیر چنین وضعیتی در مواجهه حقوقدانان با متن قانون یا وقایع مرتبط با دانش حقوق نیز مشاهده می‌شود. دانش فقه، ابزارآلات و دغدغه اصلی آن یعنی کشف تکلیف منطبق با لوح محفوظ، به پرسش‌های حقوقدان از متن روایات یا نحوه تعریف موضوع برای عرضه آن به دستگاه اصولی تاثیرگذار است. وکیل یا قاضی دادگستری نیز، در نهایت در فرایند دادگاه، توسط آیین دادرسی و قوانین ماهوی مقید می‌شوند و شیوه دفاع و تصمیم‌گیری آن‌ها نمی‌تواند به

مفسر نیز خود محصولی تاریخی است که ذهنیت او با عوامل تاریخی، سنتی، فرهنگی درهم‌آمیخته است و با انتظاراتی<sup>۵۴</sup> خاص سراغ متن می‌رود.

گادامر از نظرگاهی تاریخی و خوش‌بینانه به بررسی مقوله پیش‌داوری و نقش آن در رخداد فهم، امکان‌ها و محدودیت‌های آن پرداخت (Dockhorn, 1980). به باور او، سوژه مفسر، از پیش، پیش‌داوری‌هایی در مواجهه با متن دارد. این پیش‌داوری‌ها قبل از مواجهه مستقیم با متن، ناآزموده، ناخودآگاه و بیرون از حیطه خودفرمانی فرد است و تنها زمانی که وجودشان تصدیق شود و در انطباق با متن قرار گیرند می‌توانند آزموده و به پیامد تایید، رد یا اصلاح گردند (Feher, 2016). برای گادامر پیش‌داوری نه تنها امری نکوهیده محسوب نمی‌شد بلکه آن را مقدمه و شرط لازم هرگونه فهم و تفسیر می‌دانست. به بیان دیگر و بنابر نظر او، انسان بدون پیش‌داوری وجود ندارد و فهم بدون پیش‌داوری ممکن نیست<sup>۵۵</sup>. او برای توضیح ایده خود از فرایند دادرسی نمونه می‌آورد: «پیش‌داوری قضاوتی است که پیش از بررسی همه اجزای موضوع مطالعه ارائه می‌شود. در فرایند قضایی، پیش‌داوری حکم موقتی است که پیش از حکم نهایی در ذهن قاضی وجود دارد» (Gadamer, 2013).

ارائه مصداق فرایند دادرسی، نمونه خوبی از ارزش پیش‌داوری است: پیش‌داوری می‌تواند درست یا نادرست باشد<sup>۵۶</sup>. قضاوت پیشینی قاضی از مشاهده اوراق اولیه و خواسته طرفین به اون این امکان را می‌دهد تا پیش‌داوری‌ای کلی در نخستین جلسه دادرسی داشته باشد: اینکه عنوانی اتهامی چیست؟ اتکای دادستان برای محکومیت متهم بر چه دلایلی استوار است؟ و یا اینکه از کدام شاهد چه پرسش‌هایی را برای کشف حقیقت مطرح سازد. قاضی در آغاز در ذهن خویش قضاوتی نسبت به محکومیت یا براءت متهم دارد؛ ولی در فرایند پرسش و پاسخ، بررسی پرونده و بازبینی در باورهای

نحو بنیادینی از فرم‌های از پیش موجود یا سنت حقوقی فراتر رود.

به باور گادامر «فهم را باید مشارکت در رویداد سنت، که در آن گذشته و حال پیوسته در تردند در نظر گرفت تا کنش منحصر سوژه» (Ibid, 284). تردد پیوسته گذشته و حال مبنای تئوری «آمیزش افق‌ها»<sup>۵۵</sup> است به این معنا که برای فهم متن، نمی‌توانیم از افق حال و پیش‌داوری‌های مرسوم آن خارج شویم، و نه می‌توانیم عیناً در چشم‌انداز گذشته رحل اقامت بیافکنیم، بلکه فهمیدن یعنی ترجمه گذشته به زبان حال که طی آن افق‌های گذشته و حال در هم می‌آمیزند. ضرورت آمیزش با افق حال از آن روست که فهم همواره متضمن انطباق است و هرگاه مفسر چیزی را می‌فهمد در واقع داشته‌های خودش را هم به آن می‌افزاید. این «داشته‌ها» خود برآیند سنت دیرینی است که متفکر در آن زیسته و زبان و پرسش‌های او را شکل داده است. به بیان بهتر، اینکه ما با چه «پرسش‌هایی» به سراغ متن می‌رویم خود همواره محصول مسائل غالباً لاینحل گذشته و دوران کنونی ما است.

در اینجا است ارتباط ایده فهم در اندیشه گادامر با دانش حقوق تطبیقی و امکان استقراض نهادهای حقوقی تبیین می‌شود. برای نمونه، زمانی که حقوق‌دان ایرانی با مفهومی نظیر مالکیت بر خود<sup>۵۶</sup> در حقوق کیفری غرب روبه‌رو می‌شود، پیش از هرچیز از چشم‌انداز و سنتی به آن نگاه می‌کند که از بنیاد، با خاستگاه سکولار موضوع فهمش متفاوت است. بنابراین او در گام نخست، داوری پیشینی از این ترکیب دارد که با سنت موضوع تفسیر متفاوت است. برای فهم مسئله، او باید بداند و تصدیق کند که پیش‌داوری‌های ذهنی او با سنت سکولار متفاوت است و اجازه دهد تا متن مورد نظر به زبان خودش، یعنی زبان بیگانه از موضوع فهم، سخن بگوید. روشن است که منابع و ذخایر زبان مقصد، تنها وسیله او برای انتقال معنا هستند. با انتقال معنا به یک زبان دیگر، میان

متن ترجمه و متن مبدا در یک حالت ایدئال آمیزش صورت می‌گیرد. اگرچه نسبت میان متن خاستگاه، فهم مفسر و سپس ترجمه زبانی آن تساوی نیست ولی رویکرد مترجم را نیز نمی‌توان دلخواهی دانست زیرا که او در این مسیر از التزامات و شروطی پیروی می‌کند که در نهایت انطباق یک معنا از دنیایی دیگر به دنیای حال او است.

### تأثیر پیش‌داوری بر معنای نهادها و امکان پیوند حقوقی به حقوق کیفری در ایران

همانگونه که هیچ قاعده حقوقی فاقد معنا نیست، به پیامد آن هیچ کلمه، نهاد یا ساختار زبانی در متون قانونی نمی‌تواند از وابستگی‌های زبانی جدا باشد (Legrand, 1997). همچنین معنای قواعد و نهادهای حقوقی کاملاً وابسته به نص قاعده نیستند زیرا که هیچ گزاره‌ای خودگواه محسوب نمی‌شود. از این رو معنای قاعده یا نهاد حقوقی از نص و اراده‌ی سازنده آن نیز فراتر می‌رود و بخشی از این معنا نیز برخاسته از کاربست آن از جانب مجریان و مفسران آن در موضوعاتی متکثر بوده که در دل تاریخ ایجاد شده است. نص دینی نیز مانند هر نص دیگری در دوره‌ای خاص از زمان و توسط افرادی با پیش‌داوری‌های خاص تفسیر شده است که محصول آن را می‌توان برآمده از اصطکاک نص با تاریخ دانست که اگر در زمان و مکان متفاوت یا در سنت دیگری تفسیر می‌شد، تفاسیر و نحوه کاربست آن نیز دیگرگونه می‌شد (فیرحی، ۱۳۹۳). نمونه استوار تأثیر سنت تفسیری و پیش‌داوری‌های ذهنی در دستگاه زبانی می‌تواند قاعده لاضرر در فقه باشد. درحالی که اطلاق کلمات لاضرر از هر نوع ضرری منع می‌کند، تاریخ موثر و تفاسیر فقاهتی معنای آن را محدود و صرفاً به قاعده‌ای حکم‌بردار و نه حکم‌گذار یا وضعی تبدیل کرده است و این خوانش، با توسل به ابزارهای گوناگون معرفتی و دستوری، پیش‌داوری خاصی را در ذهن حقوق‌دانان مسلمان ایجاد کرده است. مشخص است که تفسیر غالب در میان

متفاوت انتقال معنا به دست نهادها، قواعد و یا مفاهیم حقوقی را تعیین می‌بخشد و درک، تنها در درون مرزهای آن با شرایطی که ایجاد می‌کند میسر می‌گردد. از این رو، پیش‌داوری‌های کنونی همیشه مقدم بر فهم پسینی است، چون با واقع‌بودگی، یعنی حضور پیشین در جهان ارتباط دارد. همین‌طور، ما علاوه بر حالات فردی، حالات جمعی نیز داریم. طبقه حاکم نیز، به‌ویژه اگر نظیر ایران، از صنفی خاص برآمده باشند تا حدی برای حفظ هستی خود نیازمند ارزش‌ها و باورهای مشترک است. این حال‌مندی دستگاه حقوقی در ایران که دست‌کم غیرغربی برشمرده می‌شود، نوعی از مراقبت از وجود خویش در برابر دیگران است و به مفسر فهمی از خویشتن می‌بخشد تا خود و دیگری را تفسیر کند. از همین رو، غرب شرارتی در نظر گرفته می‌شود که تا حد ممکن می‌بایست از شبیه شدن به آن پرهیز کرد. نگاهی گذرا به حقوق کیفری برخاسته از انقلاب ۵۷ به ما این حقیقت را یادآور می‌شود که حاکمان نوحاسته، کوشیده‌اند تا حامیان خود را در گرد ارزش‌هایی مغایر با غرب گرد آورند و سپس حقوق کیفری را بر حفاظت از آن باورها، به کار گرفته‌اند.

در این خصوص، می‌توان به سه پیامد نگاه بدبینانه و تقابلی فرهنگی میان دستگاه‌های حقوق کیفری در غرب و ایران اشاره کرد. نخست آنکه اگرچه در بسیاری از مصادیق، پیوندهای بسیاری از دستگاه عدالت کیفری حقوق حرفه‌ای در غرب به ایران صورت پذیرفته، ولی غالب این پیوندها، در فرایند بازتفسیر، نه تنها ماهیت اولیه خود را از دست داده‌اند، بلکه تا حد زیادی به امکان مقاومت دستگاه بومی حقوق سنتی در برابر دستگاه‌های خارجی افزوده‌اند. به بیان بهتر، دستگاه عدالت کیفری ایران، با وارد کردن اندکی از روبنای نهادهای عدالت کیفری در غرب، خود را در برابر ابتلای تام و تمام به ارزش‌های غیردینی بیمه کرده‌است. برای نمونه، می‌توان به نهاد هیات منصفه در دستگاه عدالت کیفری ایران

تفاسیر ممکن و احتمالاً متعارض تبدیل به امر هژمون شده است که علت این غلبه را می‌توان به عوامل متکثری نسبت داد و این پیروزی نافی وجود و زیست هم‌عرض تفاسیر جایگزین نیز نیست. یک قاعده حقوقی در دستگاه حقوقی ایران، صرفاً یک قاعده حقوقی نیست بلکه باید کارکرد و غایت آن را پرتو ترکیب حال اسلامی-ایرانی آن جست‌وجو کرد. برای نمونه، اگرچه ممکن است قاعده امر به معروف و نهی از منکر برای مخاطب لیبرال دعوت به نوعی از هم‌بستگی اجتماعی را افاده کند، برای بشری که ذیل حکومت اسلامی زندگی می‌کند، با عنایت به فهمی که از حیطه‌ی خصوصی و عمومی دارد و باتوجه به طبقه اقتصادی اجتماعی و چشم‌انداز سیاسی او، این قاعده طیف وسیعی از کنش‌های حکومتی، نقد به قدرت یا سرکوب کیفری را متبادر به ذهن می‌نماید، از این رو معنای قاعده بی‌گمان از الفاظش فراتر می‌رود. اگر مقدمات سابق را در خصوص معنای نهادهای حقوقی بپذیریم و تأثیر پیش‌داوری‌های ذهنی در تعیین حدود آن را تصدیق کنیم، آنگاه باید بگوییم که پیوند حقوقی موفق تنها زمانی رخ خواهد داد که معنای نهاد حقوقی مهمان نیز به همراه الفاظ و شمایل آن به دستگاه حقوقی میزبان مهاجرت کند؛ و از آنجا که معنا را وابسته به فرهنگ دانستیم آنگاه برای پیوند معنادار، باید بتوانیم کل فرهنگ یک دستگاه حقوقی را که برخاسته از باورها و هنجارهای جامعه و تاریخ موثر آن است به کشور میزبان انتقال دهیم.

آنچه که در ساختار حقوقی ایران در مواجهه با دستگاه حقوقی غرب خودنمایی می‌کند، نوعی هرمنوتیک یا فرهنگ نفی بوده که مبتنی بر مجموعه حالاتی از انسداد گفت‌وگو در درون و نفی امکان گشودگی به سوی غرب است. به بیان دیگر، هرگونه تئوری‌پردازی بدون توجه به این حال، تلاشی برای فروکاستن آن «چیز»هایی است که «بین» ما و دنیای غرب قرار می‌گیرد. از این نظر، حال‌مندی شرطی معرفت‌شناسانه است که شیوه‌های

سنتی و فرهنگ شرعی را در برابر امر بیگانه محافظت کند. در این میان طبیعی است که با انتفای مرز امر خصوصی و عمومی و غلبه‌ی فرهنگ سنتی در برابر فرهنگ لیبرال، امکان دادوستد نهادهای حقوقی میان دستگاه‌های سنتی و غربی محدود و در صورت رخداد، معنای نهادهای پیوندخورنده به صورت بنیادینی تغییر کند. دوپارگی و تعارض سیستماتیک پیامد دیگری است که از پیوند نهادهای غربی به فرهنگ سنتی حاکم بر دستگاه عدالت کیفری ایران پیش می‌آید. دستگاه عدالت کیفری ایران با تکیه بر دوگانه‌ی تغییرپذیر و تغییرناپذیر یا منصوبات و غیرمنصوبات، می‌کوشد تا تنها در بخش‌های کمتر دینی، حاضر به مصالحه بر سر پذیرش نهادهای خارجی باشد. این دوپارگی، که حاکی از مقاومت فرهنگی در بخش‌های گسترده‌ای از نظام عدالت کیفری در ایران است، دستگاه را با تناقضی بنیادین روبه‌رو می‌کند که صرف‌نظر از غیرقابل حل بودن آن، تحلیل کلان آن را نیز با دشواری روبه‌رو می‌سازد. به بیان بهتر، دیدگاه غالب بر اندیشه‌ی علوم اجتماعی، مایل است تا دستگاه حقوقی را در قامت کلیتی در نظر بگیرد که از اجزای سازنده‌ی آن مستعلا می‌گردد و معنایی متفاوت از اجزای خویش می‌یابد. (Mootz, 1998) چنین نگرشی این است که جامعه‌شناسی حقوقی اجزای دستگاه حقوقی را مرتبط و سازگار با یکدیگر قلمداد می‌کند که در نهایت، کارکرد و معنای آن از صرف نهادهای جزئی آن فراتر می‌رود. این نگرش به دلیل دوپارگی عامدانه، و به نظر مانای حاکم بر نظام حقوقی ایران، که برخاسته از فرهنگ‌باوری بدبینانه‌ی آن نسبت به امر غیردینی است دشوار می‌نماید.

شاخص‌هایی که دستگاه قدرت در ایران و به پیامد آن نظام حقوق کیفری از آن پیروی می‌کند به نحو بنیادینی با دستگاه‌های همتای خود در غرب دیگرگون است. هرچند امروزه نمی‌توان مدعی شد که دستگاه حقوقی‌ای در جهان وجود دارد که از حقوق حرفه‌ای در غرب تأثیر

اشاره کرد. این نهاد، که آشکارا در تعارض با جایگاه قاضی در شرع در تشخیص و صدور حکم است، از آغاز ورود به دستگاه عدالت کیفری در ایران، بنابر فرهنگ شرعی حاکم بر نظام حقوقی، با تغییرات بنیادین روبه‌رو شد. این تغییرات، که طیف وسیعی از مسائل را دربرمی‌گیرد عملاً آن را به امری ظاهری تبدیل کرده، که از قضا به استحکام بیشتر نظام سنتی در برابر تغییر یاری رسانده است. ترکیب اعضای هیات منصفه، صلاحیت محدود آن در جرائم سیاسی و مطبوعاتی، و در نهایت، رای وحدت رویه اخیرالصدور از سوی دیوان عالی کشور، درخصوص عدم لزوم متابعت قاضی از نظر هیات منصفه، آن را به چیزی تبدیل کرده که از درون‌مایه‌ی آن در دستگاه‌های عدالت کیفری در نظام‌های توافقی کاملاً بیگانه است. نظیر این دست پیوندها در نظام عدالت کیفری ایران بسیارند. مصادیقی نظیر علنی بودن محاکمات، حق دسترسی به وکیل انتخابی و التزامات آن نظیر حضور آزادانه در جلسه یا دسترسی به اوراق پرونده و بازداشت موقت همگی از مواردی هستند که در فرایند بومی‌سازی با تغییرات بنیادینی روبه‌رو شده است.

پیامد دیگر تقابل فرهنگی و هرمنوتیک ظنّ به دستگاه‌های حقوقی بیگانه، استفاده از حقوق کیفری در قامت ابزاری برای دفاع از پایگان اجتماعی<sup>۵۶</sup> از سوی حکومت است. اینکه حقوق کیفری می‌تواند در قامت ابزاری برای دفاع از ارزش‌های اخلاقی به کار گرفته شود و چه کارکردهایی در این خصوص دارد مبحثی دیرینه در میان پژوهش‌گران حقوق کیفری است. برای نمونه، در دوران ممنوعیت مصرف الکل در ایالات متحده آمریکا و یا مخالفت با سقط جنین، نزاع اصلی بر سر حفظ ارزش‌های سنتی ساکنین عمدتاً مذهبی آمریکا در برابر مهاجران تازه‌وارد یا ارزش‌هایی است که زیست خانوادگی را تهدید می‌کند<sup>۵۷</sup>. فرهنگ سنتی حاکم بر دستگاه عدالت کیفری ایران نیز، با ارائه‌ی تصویری همگون با منافع هم‌سو از جامعه می‌کوشد تا ارزش‌های

نپذیرفته است، اما تفاوت‌هایی که در خاستگاه و غایت حقوق شرعی حاکم در ایران وجود دارد امکان اولیّه گفت‌وگو و پیوند حقوقی را تا حد امتناع دشوار می‌سازد. اگر ایده آلن واتسون و پیروان او این بود که در رویکرد پیوند حقوقی اصل را می‌بایست مبتنی بر تشابه دستگاه‌های حقوقی نهاد و صرفاً به دنبال بهترین کارکرد در میان دستگاه‌های حقوقی بود، این ایده را می‌بایست در افق تشابهات بنیادین نظام‌های غربی با یکدیگر یافت و در خصوص کشورهایی که از الگوی اسلامی پیروی می‌کنند چنین فرضی راهگشا نخواهد بود<sup>۵۸</sup>. این چالش در رابطه با حقوق شرعی که نسبت وثیقی با تعبد دارد تشدید می‌شود (فیرحی<sup>۵۹</sup>، ۱۳۹۳).

غرب، سکولار<sup>۶۰</sup> و دستگاه حقوقی آن نیز سکولار است<sup>۶۱</sup>. سکولار بودن آن در سپهر سیاسی-حقوقی با سه شاخص آشکار می‌شود: هرگونه فرض حقوقی مبتنی بر تبعیض صنفی و طبقاتی را نفی می‌کند، سازمان اجتماعی‌اش بر دولتی مدرن استوار است و آن دولت برابری قانونی را برقرار می‌سازد<sup>۶۲</sup>. در برابر آن، دستگاه حقوقی ایران، بدیل واقعی و یگانه‌ی سکولاریزم محسوب می‌شود. برای آنکه تصویر این بدیل و تصور آن در نزد خواننده شفاف شود، باید هرگونه التقاط را کنار گذاشت و بیشتر بر سویه‌های شرعی آن تمرکز کرد. ستیزه بنیانگذاران دستگاه اسلامی با این انگاره تا بدانجا بود که آن را به دشنامی سیاسی بدل کرده بودند. دستگاه حقوقی حاکم بر ایران، به ویژه در دو بعد حقوق اساسی و کیفری آن از اساس مبتنی بر نفی تبعیض‌های ناروا و تأسیس تبعیض‌های روا استوار است. این تبعیض‌های رواداشته از جانب شریعت، دوگانه‌های بنیادینی نظیر مرد در برابر زن، و مسلمان در برابر غیر مسلمان را تأسیس کرده است. در برابر آن، دولت سکولار می‌گوید که هرآنچه در دنیا، از دنیا و برای دنیاست، دنیوی است. شرع مقدس اسلام این را نمی‌گوید. به باور شریعت اسلام، میان امر گیتیانه و اخروی پیوند وثیقی وجود دارد

و رفتار مؤمنین در دنیا می‌بایست براساس اراده معطوف به آخرت سامان یابد. این امتیاز چشم‌اندازها، اوج نمود خود را در مسئله قانون، شرع و برابری حقوقی جلوه‌گر می‌سازد. قوانین، با احکام مقدس متفاوت است. مهم‌ترین تفاوت آن‌ها در خاستگاه گوناگون آن‌ها، یعنی امر قدسی در برابر دنیوی است؛ و چون امر قدسی فرازمان و فرامکان است، از بنیادی‌ترین فرض دانش هرمنوتیک، یعنی زمان‌مندی و مکان‌مندی فاصله می‌گیرند. از این‌رو، در روکرد غالب پوزیتیویستی حقوقی در غرب، قوانین وضع می‌شوند نه کشف و هر قانونی، چون مصنوع بشری است، قابلیت تغییر می‌یابد و مخالفت با آن دشمنی با امر متعالی قلمداد نمی‌شود زیرا قوانین برساخت انسانی هستند، نیازمند دانش تخصصی بوده و تقسیم‌کار مبتنی بر این تخصص شکل می‌یابد. از این‌رو، قانون‌نویسی، وکالت و قضاوت همگی در حیطه‌ای تخصصی-حرفه‌ای در ذیل دانش حقوق قرار می‌گیرد.

در آغاز روبه‌رویی و یا پیوند قانون به سامان اجتماعی ایرانیان در عصر مشروطه، جنبش یک‌کلمه‌گرایی با مفهوم شرع تقابل داشت. فقهای حافظ شریعت در برابر هجمه‌ها بر استدلال جامعیت اسلام تکیه می‌کردند و می‌کوشیدند با بیان‌های مختلف کمال شرع را محافظت کنند: «مقصود آن است تا مجلس احکام شریعت اسلام را اجراء نمایند» و «ابداً احتیاجی به اختراع قانون نیست» (تبریزی، ۱۳۸۴) زیرا که شریعت اسلام ناظر بر دنیا و آخرت است<sup>۶۳</sup>. این استدلال تاریخی، در آغاز ظهور آیین اسلام با وحدت کامل دین و دنیا به عنوان یک واقعیت استوار جلوه می‌کرد. این جامعیت پس از پیروزی‌های سپاه اسلام در سرزمین‌های غیرحجاز، بیش‌تر جنبه‌ای هنجارین یا حکمی پیدا کرد که می‌بایست «هست» را با «باید» منطبق می‌کرد؛ اما واقعیت دنیای جدید در برابر رویکرد فتح مقاومت بیشتری نشان داد و ضروریات خود را تا حد اضطراب بالا برد. پیوند انگاره قانون و تدوین

آن، یکی از این ضروریات بود. جامعیت پیشین، مبتنی بر اصولی شکلی و تقریباً منسجم بود ولی اضطراب پیش آمده که ما آن را با نام مصلحت می‌شناسیم<sup>۶۴</sup>، خود جامعیتی ایجاد می‌کند مجتمع‌ساز عنصرهای گوناگون و چه بسا متضاد و دوپاره. بسیاری از قوانین کیفری ما نیز در پرتو همین واقعیت اضطرابی و مصلحت‌انگارانه تصویب می‌شوند. منازعات بر سر اصل تصویب قانون تعزیرات، یا جرم‌انگاری اخذ رشوه برای غیرقضات، همگی از تنش پیش‌گفته حکایت می‌کنند. جامعیت دینی عصر مدرن می‌کوشد تا قانون را عارضه‌ای موقتی و با سروری شرع پذیرا شود. به بیان بهتر، حقوق کیفری شرعی دوپاره نیست، بلکه سلسله‌مراتبی است: برتری شرع بر قانون و شرع، دستگاهی است غیرسکولار در برابر قانونی که ماهیتاً دستاورد دنیای سکولار است.

دستگاه حقوق کیفری در ایران، بنابر قانون اساسی و ایدئولوژی حاکم ابتدای عمیقی بر شریعت شیعه دارد. برخلاف دستگاه‌های عدالت کیفری غربی که از اصول سکولاری نظیر قراردادباوری، فردباوری و نفی تبعیض حمایت می‌کند، جنبه کیفری فقه، بر نصوص تغییرناپذیر<sup>۶۵</sup>، امر جمعی مسلمانان<sup>۶۶</sup> و تبعیض<sup>۶۷</sup> استوار شده است. ماهیت گزاره‌های شرعی را نیز می‌توان شبهه‌پوزیتیویستی قلمداد کرد. لیکن تفاوت بنیادین اثبات‌باوری دستگاه حقوقی غرب با حقوق شرعی در این است که در غرب، قانون بر ساخت قراردادی شکلی است، با این حال در ذهنیت شرعی، حکم، محصول اراده شاعری است که برای آن تغییر و تبدیلی قابل تصور نیست. از طرف دیگر، اگرچه می‌توان از بخش غیرمنصوصات کیفری سخن گفت، اما به نظر می‌رسد تجربه زیسته بشر مسلمان از صدر مشروطه تا اکنون به ما این هشدار را می‌دهد که حتی همان بخش، یعنی بخشی که به نظر فقهای مشروطه‌خواه عرصه برائت شرعی و قرارداد اجتماعی است، در نهایت به حیطة سروری منصوصات یا باورهای شرعی بازگشت:

الف- ابتدا و اتکای گزاره‌های شرعی بر نص مقدس و هدف از فهم و تفسیر آن‌ها نیز کشف حکم الهی با قصد رستگاری اخروی بشر مسلمان است. از این‌رو، بر خلاف فرض نخستین کارکردباوران در غرب، انگاره نخستین دستگاه حقوق کیفری شرعی کسب رضایت خداوند است و مسائلی نظیر برآوردن نیازهای اجتماعی در درجات بعدی قرار می‌گیرند. جهان‌بینی و پیش‌داوری‌های حاکم بر دستگاه شریعت با کارکردگرایی به معنای غربی آن، و سایر ارزش‌های زیربنایی لیبرالیسم نظیر آزادی و تساوی افراد، قراردادی یا برساختی بودن قوانین و حتی ماهیت حکومت نیز متفاوت است. از طرف دیگر این باور دیرینه در غرب، که دستگاه‌های حقوق اسلامی نماینده باورهای اجتماعی هستند (Mattei, 1997) به نظر نادرست است. ماهیت گزاره‌های شریعت به گونه‌ای است که می‌تواند صرف‌نظر از موافقت یا عدم همراهی تابعان حکومت اسلامی بر شهروندان آن تحمیل شود. نمونه آن تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی است که صرف عدم رعایت حجاب شرعی را مستوجب کیفر قلمداد کرده است حال آنکه بنابر گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس قریب به ۹۰ درصد زنان از حجاب شرعی برخوردار نیستند<sup>۶۸</sup>. بنابراین، ادعاهایی نظیر ضرورت پذیرش اجتماعی در نهاد پیوندخورنده و اضافه کردن شرط مقبولیت بر مشروعیت حقوقی از سوی بعضی از حقوقدانان، صرفاً برآمده از درک نادرست آن‌ها از دستگاه کیفری مبتنی بر شرع است.

عمده مدعای حامیان پیوند حقوقی، مبتنی بر تفکیک میان حوزه منصوصات و غیرمنصوصات است. به بیان بهتر، آنها بر این باورند که می‌توان با اتکا به رویکرد برائتی در حوزه غیرمنصوص، نظیر تعزیرات یا اموری که حکم شرعی مشخصی برای آن وجود ندارد با شیوه‌های جایگزین اقدام به استقراض از دستگاه‌های حقوقی غربی کرد. در این رابطه دو چالش تاریخی و

ارزش‌های غیرغربی پیروی می‌کنند تا از این مجال، امکان پیوند حقوقی به نحو کارآمدتری میسر باشد.

ج- در دنیای متکثر امروز، بسیاری از حقوقدانان حتی در پایه‌ای‌ترین و مورد وفاق‌ترین مفاهیم حقوق کیفری، نظیر اصل حاکمیت قانون شبهه کرده‌اند (Mattei, 2009). بنابراین هر پروژه پیوند حقوقی در ایران، باید بداند که هیچ ضرورت یا تکلیفی برای انطباق با هنجارهای غیرشرعی ندارد. اکنون در بخش بزرگی از جهان حقوقی، ارزش‌هایی نظیر نخبه‌گرایی به جای مردم‌سالاری، جمع‌گرایی به جای فردباوری و اولویت‌های دیگری بر آزادی سیاسی یا رفاه مادی پذیرفته شده و ضروری است تا حقوقدان مسلمان بتواند، به جای تقلید صرف، از دریچه چشم‌اندازهای خود مفاهیم بنیادین نظام حقوق کیفری را بازتعریف نماید. از سوی دیگر، تغییرات ساختاری و نهادی، تنها در صورتی موفق خواهند شد که پروژه پیوند حامیان سرسختی در داخل داشته باشد. مقدمه این حمایت، طبیعتاً نوعی اقلیت سیاسی و یا کسب موافقت جریان‌های قدرتمند جامعه‌ی خواهد بود. هم‌چنین، حوادث خاص، بحران‌ها و رویدادهای اجتماعی همگی فرصت‌هایی هستند که می‌توانند فرایند اعمال پیوند حقوقی را تسهیل نمایند.

#### نتیجه‌گیری

حقوق کیفری، پاسدار هنجارهای حقوقی با ابزاری سرکوب‌گر است. دستگاه حقوق کیفری در ایران، در کنه خود برخاسته از باورهای شرعی و غیرسکولار است و از آرمان‌هایی متفاوت از دستگاه‌های غربی دفاع می‌کند؛ سکولار نیست زیرا که مبتنی بر سلسله‌مراتب تبعیض دینی و نفی برابری استوار است و این نفی، برخاسته از باورهای قدسی شریعت است. از سوی دیگر، واقعیت جهان جدید و چالش‌های نوین دنیای حقوق، ضرورت پیوند و بهره‌جستن از تجربیات و نهادهای سایر دستگاه‌های حقوقی را ایجاب می‌کند. در غرب، دستگاه حقوقی کیفری، به پیامد سکولار شدن از شاخص‌هایی

معرفت‌شناختی وجود دارد: اولاً، بنابر تجربه مشروطیت تاکنون، مرز حیطه منصوص و غیرمنصوص مشخص نیست. حتی برائتی‌ترین فقهای مشروطه‌خواه نیز در زمان مجلس شورای ملی، درخصوص ساده‌ترین تصمیمات نهاد پارلمان آن را در حیطه گزاره‌های ایجابی یا سلبی شریعت تفسیر کرده‌اند. ثانیاً بر فرض امکان تفکیک، چنین سیستمی از بنیاد خودمتعارض خواهد بود. دوپارگی مفروض، صرف‌نظر از اینکه قابلیت توجیه فلسفی ندارد، به بحران‌ها و تناقض‌هایی دامن می‌زند که سیستم از رفع آن ناتوان است. چنین دستگاهی عملکردی ضدکارکرد، غیرمنسجم و پیش‌بینی‌ناپذیر خواهد داشت.

ب- بنابر گواه تاریخ، دستگاه‌های حقوق حرفه‌ای در غرب، سیر تاریخی متفاوتی را پشت سر گذاشته‌اند. ارزش‌هایی نظیر حاکمیت قانون، استقلال دستگاه قضایی از امر سیاسی و دینی، خودفرمانی و فردباوری همگی ارزش‌هایی هستند که بعضاً ریشه در حقوق روم یا انگلستان دارند. از طرف دیگر، تاریخ ایران و فقه شیعه سرنوشت دیگری را پشت سر گذاشته است. از این رو، حقوقدان ایرانی با توجه به پیش‌زمینه فرهنگی متفاوت خود، باید اصل را بر عدم فهم و نوعی از سوءظن هرمنوتیکی بنا بگذارد. بنابراین، هرگونه ساده‌انگاری و یا تلاش برای تحمیل اجباری نهادهای غربی لاجرم به شکست منجر خواهد شد. فرض نخستین امکان دادوستد حقوقی، پیوند میان دستگاه‌های حقوقی‌ای است که از پیش به نحوی با یکدیگر مرتبط شده‌اند. از این رو، به نظر می‌رسد که بازبینی در نظام‌های حقوقی در نقشه دستگاه‌های حقوقی در جهان ضروری باشد. ظهور کشورهای قدرتمندی نظیر چین، سنگاپور و ژاپن در شرق آسیا و همچنین رشد و توسعه سنت اسلامی در کشورهای غرب آسیا و شمال آفریقا، همگی نشانگر عبور از تقسیم‌بندی سنتی رنه‌داوید و ارائه الگوبندی‌ای است که در آن جایی برای کشورهای باشد که از

ببفزاید. در نهایت نیز بخشی از پیوندهای حقوقی صورت گرفته، ساختار نظام عدالت کیفری ایران را با نوعی دویارگی بنیادین مواجه ساخته است.

### منابع

ائیمی، حمیدرضا، یکرنگی، محمد (۱۴۰۲). بازانندیشی در طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی در پرتو اشتراکات و افتراقات اجتماعی - فرهنگی. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۱(۱)، ۲۹-۵۴

ائیمی، حمیدرضا (۱۳۹۶). ماهیت جرم و توجیه مجازات در فلسفه افلاطون، نشر میزان، تهران  
اسلامی، دیلم صالحی، صادقی آهنگر کلایی (۲۰۲۳). نظام سیاسی مطلوب در فلسفه سیاسی کارل اشمیت. مجله پژوهش‌های فلسفی.

برهانی، محسن؛ احمدزاده، رسول (۱۳۹۷). مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، علمی-پژوهشی ISC/۱۷، ش ۱۱.

برهانی، محسن؛ دادجو، مهسا (۱۳۹۶). «تقلیل‌گرایی نسبت به مجازات‌های سالب حیات در حقوق کیفری ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی حقوق اسلامی، علمی-پژوهشی ISC/۳۸، ش ۵۳.

تبیث، مارک (۱۳۸۶). فلسفه حقوق، حسن رضایی خاوری، مشهد: دانشگاه اسلامی علوم رضوی

دل‌ماس - مارتی، می‌ری، نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۵). به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی. مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۵ (شماره ۲۱)، ۱۸۵-۲۱۶. doi: 10.22066/cilamag.1998.18180  
چایلدرز، پیتر (۱۳۸۳). مدرنیسم، رضا رضایی، چ ۵، تهران: ماهی.

فیرحی، داوود (۱۳۹۳). فقه و سیاست در ایران معاصر، فقه سیاسی و فقه مشروطه، تهران: نی.

کورنر، اشتفان (۱۳۹۹). کانت، عزت‌الله فولادوند، تهران: خوارزمی.

پیروی می‌کند که به شکلی بنیادین با فرهنگ دینی در بنیان، روش و کارکرد تفاوت دارد. تفاوت آن را می‌توان از این تعبیر کانت که روشنگری و سکولاریزم را اتکا به خرد به جای آموزه‌های دینی قلمداد می‌کند به راحتی لمس کرد. از همین‌رو، عقل حاکم بر دستگاه حقوق کیفری غرب، عقل هزینه‌فایده محور است. آلن واتسون با همین باور، و تشابهات میان دستگاه‌های غربی که به خاطر تاریخ مشترک از پیش به نحوی به یکدیگر مرتبط شده‌اند از امکان پیوند حقوقی آسان سخن گفته است.

دستگاه حقوقی حاکم بر ایران، محصول دولت تقریر شده از سوی فقیهان است که مشروعیت خود را از فرهنگ دینی می‌گیرد. اگرچه امروز شریعت با ادعای جامعیت گذشته حکم‌رانی نمی‌کند اما همچنان با حفظ سروری شرع بر بخش غیرشرعی، از شاخص‌های پدرسالارانه کیفری، کمال‌باورانه و تفاوت‌گذار مبتنی بر نص پشتیبانی می‌کند. زبان این دستگاه با دستگاه‌های حقوق کیفری در غرب متفاوت است. از طرف دیگر، به دلیل ماهیت محافظه‌کار نظم سیاسی و حقوقی مستقر در ایران، هرگونه تغییر، بیش از هر چیز به اراده‌ی حاکمان باز می‌گردد. فرهنگ حاکم بر نظام عدالت کیفری در ایران پیش‌داوری‌هایی نسبت به غرب و جهان خود دارد و این پیش‌داوری‌ها، بنابر تجربه‌ی زیسته و ظهور تاریخی نص دینی، صرفاً به حیطه‌ی منصوصات اکتفا نمی‌کنند؛ بلکه مایلند تا حیطه‌های گسترده‌تری را که نص مستقیم شرعی در خصوص آن‌ها وجود ندارد را نیز، تنظیم کنند. از طرف دیگر، در بعضی مواضع از پیوندهای حقوقی، با انگیزه‌ی انطباق شرع و امر غیرشرعی بهره برده شده، با این حال، فرهنگ حاکم بر دستگاه عدالت کیفری، در گام نخست، حقوق کیفری را در قامت ابزاری برای دفاع از فرهنگ بومی و دینی به کار می‌گیرد و در غالب موارد، کوشیده تا در موارد اضطراری، با وارد کردن بخشی از نهادهای غربی، به مقاومت و استحکام بنای چارچوب مفهومی شرعی



- Morality. U. Pa. L. Rev, 110, 635.
- Di Cesare, D (2015). Understanding. A Companion to Hermeneutics, 227-235
- Dockhorn, K & Brown, M (1980). Hans-Georg Gadamer's " Truth and Method". Philosophy & Rhetoric, 160-180.
- Ewald, W (1995). Comparative jurisprudence (II): the logic of legal transplants. The American Journal of Comparative Law, 43(4), 489-510.
- Fehér, I. M. (2016). Prejudice and pre-understanding. The Blackwell Companion to Hermeneutics. Chichester: Wiley-Blackwell, 280-288
- Forster, P. G (1986). Functionalism and the Devlin-Hart controversy. British Journal of Sociology, 74-87.
- Gadamer, H. G (2013). Truth and method. A&C Black.
- Grande, E (2012). Comparative criminal justice. The Cambridge Companion to Comparative Law, 191, 191
- Graziadei, M (2006). Comparative law as the study of transplants and receptions. The Oxford handbook of comparative law, 442, 442-461.
- Graziadei, M (2006). Comparative law as the study of transplants and receptions. The Oxford handbook of comparative law, 442, 442-461.
- Hans, V. P (2017). Trial by jury: story of a legal transplant. Law & Society Review, 51(3), 471-499.
- 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.
- Burch, R (1976). Jaspers' Concept of the University. Canadian Journal of Higher Education.
- Jupp, J (2014). Legal transplants as tools for post-conflict criminal law reform: justification and evaluation. Cambridge International Law Journal, 3(2), 381-406.
- Krapac, D (2008). Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe. Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context Essays in honour of Professor Mirjan Damaška/Jackson, John, 119-142.
- Legrand, P (1997). The impossibility of 'legal transplants. Maastricht journal of
- صدیقی، سوهیرا ز.م، پارادوکس‌های تدوین قانون کیفری اسلامی در مالدیو، در: محمودی، فیروز و دیگران (۱۳۹۹). حقوق کیفری کشورهای اسلامی در تعامل شرع و حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، صص. ۵۸۳-۶۱۳.
- معاونت پژوهش‌های اجتماعی فرهنگی مجلس (۱۳۹۷). عوامل مؤثر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش‌رو.
- علوی، محمدعاشم (۱۳۹۷). «بررسی تعامل شرع و قانون در امور کیفری در دوران قاجار تا پیش از مشروطه، چکیده مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق»، صص ۲۰۶-۲۰۹.
- الفراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰). العین، ج ۳، ج ۲، قم: نشر هجرت.
- محمد حسین بن علی اکبر تبریزی (۱۳۷۴). کشف المراد من المشروطه و الاستبداد، در: رسائل مشروطیت (۱۸ رساله و لایحه درباره مشروطیت - منابع اندیشه سیاسی در تاریخ ایران)، زرگری نژاد، غلامحسین، ج ۱، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴، صص. ۱۳۲، در اینجا به نقل از: کدیور، جمیله، تحول گفتمان سیاسی شیعه در ایران، تهران: طرح نو، ۱۳۷۸، صص. ۲۷۸.
- Ahmed, F (2005). Judicial Reform in Afghanistan: A Case Study in the New Criminal Procedure Code. Hastings Int'l & Comp. L. Rev., 29, 93.
- Cate, F. H (1994). Human organ transplantation: The role of law. J. Corp. L, 20, 69.
- Carothers, T (1998). The rule of law revival. Foreign Aff., 77, 95.
- Caron, Y (1969). The legal enforcement of morals and the so-called Hart-Devlin controversy. McGill LJ, 15, 9.
- Devlin, L (1961). Law, Democracy and

Criminal Law Forum (Vol. 16, No. 3-4, p. 231). Springer Nature BV.

Rauxloh, R (2012). Plea bargaining in national and International law: a comparative study. Routledge.

Robinson, P. H, Zulfiqar, A, Kammerud, M, Orchowski, M (2007). Codifying shari'a: international norms, legality and the freedom to invent new forms. J. Comp. L, 2, 1

Reimann, M & Zimmermann, R (Eds). (2019). The Oxford handbook of comparative law. Oxford University Press.

Sannerholm, R (2007). Legal, judicial and administrative reforms in post-conflict societies: beyond the rule of law template. Journal of Conflict & Security Law, 12(1), 65-94

Schleiermacher, F (1998). Hermeneutics and criticism and other writings.

Schütze, R (2021). European Union Law. Oxford University Press.

Tasikas, V (2007). Developing the Rule of Law in Afghanistan: The Need for a New Strategic Paradigm. Army Law., 45.

Thakur, R (2001). Cambodia, East Timor and the Brahimi Report.

Vogler, R (2017). A world view of criminal justice. Routledge

Watson, A (1996). Aspects of reception of law. The American Journal of Comparative Law, 44(2), 335-351

یادداشت‌ها

<sup>1</sup>Alan Watson

<sup>2</sup>Legal Transplantation

<sup>3</sup>Prestige

<sup>4</sup>Code of Justinian

<sup>5</sup>Legal culturalism

<sup>6</sup>Legal hermeneutics

<sup>7</sup>Mirror Theory

<sup>8</sup>Hermeneutic

<sup>9</sup>Understanding

<sup>10</sup>Interpretation

<sup>11</sup>Method

<sup>12</sup>Horizon

<sup>13</sup>Professional law

<sup>14</sup> برای دیدن مقاله‌ای در خصوص جایگزینی عنوان حقوق حرفه‌ای به جای دوگانه‌ی حقوق موضوعه و کامن‌لا و مقایسه‌ی نظام‌های حقوقی دیگر با غرب، بنگرید به:

ائیمی، حمیدرضا & یکرنگی، محمد (۱۴۰۲). بازاندیشی در طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی در پرتو اشتراکات و افتراقات اجتماعی -

European and comparative law, 4(2), 111-124.

Marafioti, L (2008). Italian criminal procedure: a system caught between two traditions. Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Mirjan Damaška. Oxford: Hart, 81-98.

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.

Mattei, U & de Morpurgo, M (2009). Global Law and Plunder: The Dark Side of the Rule of Law. LAW & GLOBALIZATION, Bocconi School of Law Student-Edited Papers, ed., VDM Publishing.

Mootz III, F. J (1988). The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, Habermas, and Ricoeur. BUL Rev, 68, 523.

Mousourakis, G (2019). Comparative Law and Legal Traditions. Springer International Publishing.

Nader, L (2002). The life of the law. University of California Press.

O'Connor, V (2005). Traversing the rocky road of law reform in conflict and post conflict states: Model codes for post conflict criminal justice as a tool of assistance. In

فرهنگی. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۴(۱)، ۲۹-۵۴

در این مقاله توضیح داده شده است که نه دستگاه‌های حقوق

کیفری در جهان را می‌توان براساس شاخص‌هایی طیفی، در سه دسته‌ی حاکمیت حقوق سنتی، حاکمیت حقوق سیاسی و الگوی

حقوق حرفه‌ای در غرب توضیح داد.

<sup>15</sup>Remove

<sup>16</sup>Reposition

<sup>17</sup> اتحادیه‌ی اروپا و نهادهای قانونگذاری آن، نمونه‌ای جالب از پیوند

حقوقی کلی را به نمایش می‌گذارند. قانونگذاری در این اتحادیه به

دو شیوه صورت می‌پذیرد. در (Regulation) قانون تصویب

شده، عیناً و فوراً در همه‌ی کشورهای عضو قابلیت اجرا می‌یابد و

در (Directive) اتحادیه، با تصویب کارکردهای معین، از اعضا

می‌خواهد تا با تصویب مقررات داخلی، آن کارکردها را به شیوه‌ی

بومی و مد نظر خود اجراء کنند. برای مطالعه‌ی اثری در خصوص

ماهیت حقوقی و سازوکارهای قضایی موجود در اتحادیه بنگرید به:

Schütze, R. (2021). *European Union Law*.

Oxford University Press.

18Adversarial Procedure

19Inquisitorial System

<sup>۲۰</sup> ناگفته پیدا است که این پیوند از نمونه‌های آشکار انتقال شکست

خورده است. پس از روی کارآمدن دولت دست‌نشانده ویشی در

فرانسه نهاد هیات منصفه به کلی ملغی شد و هرگز احیاء نشد.

<sup>21</sup>Transition Countries

22Functionalism

23Finalism

24Social engineering

25Equivalence

<sup>۲۶</sup> در این خصوص بنگرید به: دلماس - مارتی، می‌ری، نجفی ابرندآبادی،

علی حسین (۱۳۷۵). به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی. مجله حقوقی

بین‌المللی 15، (شماره ۲۱)، doi: ۲۱۶-۱۸۵ .

10.22066/cilamag.1998.18180

<sup>27</sup>Prestige

28Cost-benefit

29Modernization

30Michele Graziadei

31Transitional Justice

32Normative Content

33Koetz

34Zweigert

35Schleiermacher

36Ludwig Wittgenstein

37Martin Heidegger

38Hans-Georg Gadamer

39Kant

40Prejudices

41Event of Understanding

42Rationalistic Optimisms

43Pre-understanding

44Fore-structure

45Fore-having

46Fore-sight

47Fore-conception

<sup>۴۸</sup> معادل آلمانی کلمه *Vorsicht* در زبان انگلیسی *Caution* به

معنای احتیاط و دوراندیشی است. با این حال، یاسپرس معتقد است

که مفهوم دانشگاه آلمانی، یعنی پرداختن به دغدغه‌هایی که توام با

احتیاط و محافظه‌کاری است؛ زیر که برای او، جامعه‌ی آلمانی،

جامعه‌ای است گوش به فرمان دانشگاه. بنگرید به:

Burch, R (1976). *Jaspers' Concept of the*

*University*. *Canadian Journal of Higher*

*Education*

49Game language

50Anticipations

<sup>۴۹</sup> تفسیر گادامر از پیش‌دوری و نظریه او درباره فهم، پاسخ به پرسشی

دیرین از زمان یونان باستان است. افلاطون در رسالات متعددی به طرح

این پرسش پرداخته بود که اگر نوع بشر چیزی را از قبل نداند، چگونه

امکان دارد دریافت ذهنی خود را دوری کند؟ پاسخ افلاطون به این

پرسش فلسفی تئوری یادآوری بود که نقش بزرگی در ایده توجیه کیفر

او نیز داشت. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: اثیمی، حمیدرضا، ۱۳۹۶،

ماهیت جرم و توجیه مجازات در فلسفه افلاطون، نشر میزان، تهران

<sup>۵۲</sup> برای توضیح بیشتر در خصوص ارزش پیش‌دوری و نقش آن در

فرایند دادرسی بنگرید به مقدمه کتاب: گوردن، رابرت، ترجمه حمیدرضا

اثیمی (۱۴۰۰)، استقلال وکلا، نشر کشاورز، تهران

<sup>۵۳</sup> در مقاله‌ی خواندنی پیش‌رو، نویسنده ضمن بررسی مفهوم

کارکردباوری، به این موضوع می‌پردازد که چرا قضات انگلیسی درقبال

جرم‌زدایی از جرائم اخلاق جنسی، مقاومت بیشتری از خود نشان دادند:

*Forster, P. G. (1986). Functionalism and the Devlin-*

*Hart controversy. British Journal of Sociology, 74-*

*87.*

<sup>54</sup> *Fusion of Horizon*

<sup>55</sup> *Self-ownership*

<sup>56</sup> *Social Status*

<sup>۵۷</sup> در این خصوص و برای دیدن گزارشی خواندنی از منازعات میان لرد

دولین و هارت با تمرکز بر استفاده از حقوق کیفری برای حفاظت از

فرهنگ سنتی بنگرید به اثر پیش‌رو:

*Caron, Y. (1969). The legal enforcement of morals*

*and the so-called Hart-Devlin controversy. McGill*

*LJ, 15, 9.*

<sup>۵۸</sup> اساساً ماهیت دستگاه‌های حقوق کیفری در جهان و درهم‌تنیدگی آن با

ارزش‌های اجتماعی و تمایلات دولتی، امکان پیوند را به‌خودی‌خود دشوار

می‌سازد.

<sup>۵۹</sup> شهید ثانی در اقسام ارائه شده در رابطه با ماهیت گزاره‌های شرعی،

تولیحاً حقوق کیفری را از گروه معاملات خارج می‌کند و در طبقه احکام

با ماهیتی شبهه‌تبعیدی طبقه‌بندی می‌نماید

<sup>۶۰</sup> ممکن است گفته شود که اکنون برای توصیف دستگاه‌های حقوقی -

سیاسی در غرب، وصف لیبرال مناسب‌تر است. این تفسیر به ویژه پس از

شکست خصم‌های آن ایده، به ویژه پس از جنگ جهانی دوم و فروپاشی

شوروی درخور تأمل است. با این حال، برای فهم تاریخی مسئله، انگاره

سکولاریزم معنا و تبار رواتری ارائه می‌کند.

<sup>۶۱</sup> به غلط بعضی سکولار را عرفی ترجمه کرده‌اند. این ترجمه دقت ندارد،

زیرا عرف می‌تواند دینی، ضد دینی یا بی تفاوت به دین باشد.

<sup>۶۲</sup> برای دیدن مقاله‌ای در خصوص شاخص‌های حاکم بر دستگاه حقوق

حرفه‌ای در غرب بنگرید به:

اثیمی، حمیدرضا، یکرنگی، محمد (۱۴۰۲). بازاندیشی در طبقه‌بندی

نظام‌های حقوقی در پرتو اشتراکات و افتراقات اجتماعی - فرهنگی.

مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۴(۱)، ۲۹-۵۴

<sup>۶۳</sup> افرادی نظیر سیدجواد طباطبایی و به پیروی از او داوود فیرحی

کوشیده‌اند تا با بازخوانی مفهوم سکولاریزم و مواجهات تاریخی، کوشش

جدیدی در جمع مفاهیم شرع و قانون ارائه دهند.

معاصر، فقه سیاسی و فقه مشروطه، تهران: نی.

۶۷ این تبعیض، که بنا بر باور مومن امری است روا، با انگاره نخستین تشکیل دولت-ملت غربی که بر برابری همه شهروندان در برابر دولت و قانون تأسیس شده است تعارض آشکار دارد. در واقع، یکی از چالش‌های اساسی دول نو، با یهودیان این بود که آن‌ها، حاضر به پذیرش برابری شهروندی در برابر دولت‌های غربی نبودند. در این خصوص بنگرید به: اسلامی، دیلم صالحی، & صادقی آهنگر کلایی. (۲۰۲۳). نظام سیاسی مطلوب در فلسفه سیاسی کارل اشمیت. مجله پژوهش‌های فلسفی.

۶۸ بنگرید به: معاونت پژوهش‌های اجتماعی فرهنگی مجلس (۱۳۹۷)، عوامل موثر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش‌رو

۶۳. پژوهش‌های انجام‌شده در ترکیه نشان داده که دستگاه‌های دروغ‌سنج عادی با دشواری بیشتری در آنجا روبه‌رو هستند. بنگرید به:

<https://www.hurriyetdailynews.com/lie-detector-machine-designed-especially-for-turks-being-developed-83941>

۶۴. پژوهش‌های انجام‌شده در ترکیه نشان داده که دستگاه‌های دروغ‌سنج عادی با دشواری بیشتری در آنجا روبه‌رو هستند. بنگرید به:

<https://www.hurriyetdailynews.com/lie-detector-machine-designed-especially-for-turks-being-developed-83941>

۶۵ ممکن است تفاسیر هنجارینی وجود داشته باشد که از تغییرپذیری حدود نیز دفاع کنند. با این حال، این مقاله در پی توضیح رویکردهای جایگزین نیست.

۶۶ بخشی از گزاره مذکور بر تعریف فقه، بر کشف تکلیف بشر مسلمان اتکا دارد. همچنین رویکرد سیاسی فقها از زمان عصر مشروطه تاکنون در خصوص احکام تکلیفی اسلامی نوعاً ماهیتی جمع‌گرا داشته است. بنگرید به منبع پیشین: فیرحی، داوود (۱۳۹۳). فقه و سیاست در ایران

