



ترجمه

معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی



معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی

<http://www.lri.ir>

معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی

فرهنگ حقوقی*

دیوید نلکن

مترجم: مسلم آقایی طوق**

مقدمه

عبارت «فرهنگ حقوقی»^۲ را می‌توان به شیوه‌های مختلف استفاده کرد. برخی از این شیوه‌ها تعریف دقیقی ندارند، مانند موقعی که این عبارت را در معنای «نظام حقوقی» به کار ببریم؛^۳ البته برخی دیگر از این کاربردها بارها تعریف شده‌اند، مانند هنگامی که این عبارت را به روش‌های شرح و تفسیر که حقوقدانان و سایر فعالان حقوقی به کار می‌برند، محدود کنیم.^۴ احتمال دارد علاقه‌مندان به موضوع ارتباط بین حقوق و فرهنگ، بخواهند حقوق را همچون یک برساخته اجتماعی مطالعه کنند^۵ و به بررسی روشی (مثلاً رسانه‌ها) پردازند که طی آن، حقوق در زندگانی روزمره و تجربیات ما وارد شده است^۶ یا نقش حقوق را در فراهم کردن دفاع فرهنگی یا حمایت از ذخایر فرهنگی مطالعه نمایند.^۷

تفسیر و تعریف هر دو مفهوم «حقوق/قانون» و «فرهنگ» بدون ابهام نخواهد بود («قانون این است»، «این رفتار با فرهنگ ما ناسازگار است»). ممکن است قضات یا افراد

* این اثر ترجمه ای است از:

Nelken, David (2006), "Legal Culture", in: **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, Edited by Jan M. Smith, Edward Elgar, pp. 372-381

** دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

2. Legal Culture

3. Varga, Casba (1992), **Comparative Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth; Gessner, Volkmar, Armin Hoeland and Casba Varga (eds) (1996), **European Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth; Bell, John (2002) **French Legal Cultures**, London: Butterworths.

4. Rebuffa, Giorgio and Erhard Blankenburg (1993), 'Culture Juridique', in André Arnaud (ed.), **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**, Paris: LGDJ, pp. 139-42.

5. Kahn, Paul (1999), **The Cultural Study of Law: Reconstructing legal scholarship**, Chicago: University of Chicago Press.

6. Sarat, Austin and Thomas R. Kearns (eds) (1993), **Law in Everyday Life**. Ann Arbor: Michigan University Press. Sarat, Austin and Kearns, Thomas R. (eds) (1998), **Law in the Domains of Culture**, Ann Arbor: Michigan University Press.

7. Cotterrell, Roger (2004), 'Law in Culture', **Ratio Juris**, 17, 1-14.

دیگر در ضمن ادعای خود مبنی بر اینکه چه چیز با بخش معینی از حقوق، عملکردها یا آرمان‌ها سازگار است، عبارت «فرهنگ حقوقی» را به کار برند. این کاربرد- که به همان اندازه که توصیفی است، تجویزی نیز هست یا این که به واسطه توصیفی بودن، تجویزی نیز هست- می‌تواند «وقایعی» را که می‌خواهد به شرح یا توصیف آنها بپردازد، «ایجاد» بکند. یا این که ممکن است محققین این عبارت را به کار گیرند تا به واسطه آن، آنچه را که فعالان حقوقی می‌خواهند به انجام برسانند، بیان کنند.^۱ این عبارت با عبارت «فرهنگ قانونمداری» منطبق می‌شود نزدیک‌ترین مفهوم (هر چند نه عین آن) به آن چیزی است که در انگلیسی «حاکمیت قانون» نامیده می‌شود. این معنا به‌خصوص در مورد قلمروها یا بخش‌هایی از قلمروهایی رواج دارد که (برای نمونه در شوروی سابق، آمریکای لاتین و یا جنوب ایتالیا) در آن به طور سیستماتیک از قواعد دولتی سرپیچی می‌شود. منظور از سخن گفتن درباره فرهنگ حقوقی در چنین مواردی تأکید بر آرمان‌های تجاری تزیق «قانونمداری» در فرهنگ زندگی روزمره اجتماعی و سیاسی و در نتیجه، سامان دادن دوباره به رفتار چنین مردمانی در رابطه با قوانین (دولتی) است.

الف) فرهنگ حقوقی در جامعه‌شناسی حقوق

هر چند سایر معانی را نمی‌توان نادیده انگاشت، ما باید در این بحث توجه اصلی خود را به فرهنگ حقوقی به عنوان «مفهومی هنری» معطوف کنیم که جامعه‌شناسان حقوق با هدف تبیین الگوهای رفتاری مرتبط با حقوق بیان نموده‌اند. جامعه‌شناس حقوق، لارنس فریدمن^۲ این مفهوم را در اواخر دهه ۱۹۶۰ معرفی کرد. وی الگوی این مفهوم را از فرهنگ سیاسی اخذ کرده بود که تمرکز آن بر بررسی الگوهای رأی‌دادن و انواع نظام‌های سیاسی است. برای وی، فرهنگ حقوقی آن چیزی است که «مردم درباره حقوق، حقوقدانان و نظم حقوقی می‌اندیشند. فرهنگ حقوقی به معنای نظریات، نگرش‌ها، عقاید و انتظاراتی است که درباره نظام حقوقی وجود دارد»^۳ فریدمن بین فرهنگ حقوقی «درونی» که به نقش حقوقدانان حرفه‌ای در حقوق اشاره دارد و

1. Webber, Jeremy (2004), 'Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken', *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25-36.

2. Lawrence Friedman

3. Friedman, Lawrence (2006), 'The Place of Legal Culture and Its Position in the Sociology of Law', in Michael Freeman (ed.), *Law and Sociology*, Oxford: Oxford University Press.

فرهنگ حقوقی «بیرونی» که مختص اشاره به اشخاص یا گروه‌هایی است که به حقوق فشار می‌آورند تا باعث تغییرات اجتماعی شوند، تفاوت قائل است. او فرهنگ حقوقی را به عنوان علت «پویایی حقوق» محسوب می‌کند. هر چند، تقریباً به نحوی ابهام‌زا وی همچنین فرهنگ حقوقی را برای بیان نتایج چنین عللی استفاده می‌نماید (برای نمونه، در ضمن نوشتن درباره ویژگی‌های جوامع بزرگی همچون فرهنگ آمریکایی، فرهنگ حقوقی آمریکای لاتین، فرهنگ حقوقی مدرن و حتی فرهنگ حقوقی جهانی). اخیراً صاحب‌نظران دیگری که متعلق به جنبش آمریکایی حقوق و جامعه هستند، همانند سوزان سیلبی،^۱ علاقه فریدمن به نگرش‌های عمومی در مورد حقوق توجه نموده‌اند. البته آنها به جای فرهنگ حقوقی دوست دارند از آگاهی حقوقی سخن بگویند.^۲

برخی از افراد بین عوامل تعیین‌کننده «بخش ارائه‌دهنده» حقوق که در عملکرد نهادهای حقوقی و شبه حقوقی مستتر است و «بخش تقاضاگر» حقوق که نماینده الگوهای اجتماعی به کارگیری نهادهای حقوقی هستند، تفاوت قائل‌اند. البته این تفاوت با تفکیکی که فریدمن انجام داده بود، بی‌ارتباط نیست. ارهارد بلانکنبورگ در آنچه وی آن را نوعی «تجربه طبیعی» می‌نامد، این سؤال را مطرح می‌کند که چرا آلمان بیشترین تعداد و هلند کمترین تعداد از دعاوی را در میان کشورهای اروپایی دارند، حال آنکه این دو کشور تا این حد به لحاظ اجتماعی و فرهنگی به هم شباهت دارند و تا این حد به لحاظ اقتصادی به هم وابسته‌اند.^۳ پاسخ او که درباره انواع مختلف مشاجرات حقوقی به دقت مستند شده، این است که در هلند روش‌هایی زیربنایی به عنوان جایگزین دعوا وجود دارد. این مسئله بدین سبب گفته شده است که نقش تعیین‌کننده‌ای که «بخش ارائه‌دهنده» حقوق دارد، نشان داده شود، حتی در مواردی که میزان «تقاضا» برای دخالت حقوق شبیه باشد. ولی هرگونه تفکیک دقیق بین بخش ارائه‌دهنده و تقاضاگر اغراق است. آیا حقوقدانان این یکی را تنظیم می‌کنند یا آن یکی را؟ تقاضاگری را ارائه‌کنندگی و ارائه‌کنندگی را تقاضاگری تنظیم می‌نماید. تصور «برابری کارکردی» بین فرهنگ‌ها همواره قابل تردید است. آنچه به عنوان جایگزین یا مکمل به شمار می‌آید خود به لحاظ فرهنگی مشروط و وابسته است.

1. Susan Silbey.

2. Silbey, Susan (2001), 'Legal Culture and Legal Consciousness', **Encyclopedia of the Social Sciences**, New York: Elsevier, Pergamon Press, pp. 8623-9; Silbey, Susan and Patricia Ewick (1998), **The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life**, Chicago: University of Chicago press.

3. Blankenburg, Ehrhard (1997), 'Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth, pp. 41-68.

جایگزین‌هایی که بلانکنبورگ برای شرح کم تعدادی دعاوی در هلند به کار می‌گیرد، در جامعه دیگر (از جمله آلمان) به سهولت می‌تواند حتی منجر به فزون‌تر شدن دعاوی شود.^۱

ب) انتقادات از فرهنگ حقوقی

فرهنگ حقوقی یکی از مفاهیمی است که روی آن بسیار بحث شده است. مباحث پیرامون آن را می‌توان دست‌کم به سه دسته تقسیم کرد. دسته نخست، بر درستی ادعاهای مطرح‌شده درباره فرهنگ حقوقی در کل یا درباره یک فرهنگ حقوقی خاص تردید می‌کند. آیا «ساختارها» (دادگاه‌ها، وکلا و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات) هستند که در تبیین اینکه کی مردم به حقوق روی می‌آورند خیلی اهمیت دارند یا «نگرش‌ها» (انتظارات و ارزش‌ها) مهم‌تر هستند؟ یا اینکه آیا ژاپن واقعاً مثال خوبی است برای جامعه‌ای که استفاده کمی از حقوق می‌کند؟^۲

دسته دوم مباحث راجع به این است که چگونه می‌توان بهترین تعریف را از فرهنگ حقوقی ارائه داد. تعریف خود من موسع است: «فرهنگ حقوقی در معنای اعم خود، شیوه‌ای است برای تشریح الگوهای تقریباً ثابت رفتاری و نگرش‌های اجتماعی که جهت‌گیری حقوقی دارد. عناصر شناسنده فرهنگ حقوقی مختلف هستند. از مسائل مربوط به نهادها (همچون تعداد و نقش حقوقدانان یا طرقی که قضات نصب و نظارت می‌شوند) گرفته تا اشکال گوناگون رفتار مثل ترافع و درصد زندانیان و در سوی دیگر، تا عرصه‌های پرابهامی همچون ایده‌ها، ارزش‌ها، آرزوها و روحیات را در بر می‌گیرد. همانند خود فرهنگ، فرهنگ حقوقی در رابطه با این است که ما که هستیم، نه فقط در خصوص آنچه ما انجام می‌دهیم.^۳ ولی اگر ما فرهنگ حقوقی را شامل مسائل زیادی بدانیم، دیگر نمی‌توانیم آن را شرح بدهیم. بدین ترتیب، با آنکه برخی حقوقدانان قواعد حقوقی (حقوق در کتاب‌ها) را مشمول تعریف خود می‌دانند، دیگران چنین نمی‌دانند. برخی فرهنگ حقوقی را به نگرش‌ها محدود می‌کنند، برخی آن‌را شامل رفتار می‌دانند، برخی ساختار را در مقابل

1. Nelken, David (1997), 'Puzzling Out Legal Culture' in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot, Dartmouth pp. 58-88.

2. Feldman, Eric (1997), 'Patients' Rights, Citizen Movements and Japanese Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth, pp. 215-36. Feldman, Eric (2001), 'Blood Justice, Courts, Conflict and Compensation in Japan, France and the United States', **Law and Society Review**, 34, 651-702.

3. Nelken, David (2004), 'Using the Concept of Legal Culture', **Australian Journal of Legal Philosophy**, p. 1.

فرهنگ قرار می‌دهند، برخی هر دو را مشمول می‌دانند، برخی فرض می‌کنند که تنها رفتارها یا نگرش‌های تقریباً «پایدار» به عنوان فرهنگ محسوب می‌شوند و برخی دیگر مخالف این قضیه‌اند و غیره. در مورد ویژگی‌های دنیای اجتماعی تنها در صورتی می‌توانیم اختلاف عقیده‌های آزمون‌پذیر داشته باشیم که معنای کم و بیش یکسانی برای عبارت فرهنگ حقوقی قائل شویم.

نوع سوم بحث شامل انتقاداتی است بر کاربرد خود عبارت فرهنگ حقوقی آن‌گونه که هست، هر چند بتوان تعریفی از آن ارائه داد. اغلب حقوقدانان این مفهوم را آن‌چنان ناخوشایند می‌دانند که پیشنهاد کرده‌اند به جای آن، از کلمات دیگری همچون ایدئولوژی حقوقی^۱، حقوق در عمل^۲ یا سنت حقوقی^۳ استفاده کنیم. آنهایی که بیشتر به این که چه چیزی فرهنگ درونی حقوقدانان را شکل می‌دهد، علاقه‌مند هستند از مفاهیمی همچون ذهنیت حقوقی^۴، شناخت حقوقی^۵ یا عناصر شکل‌دهنده حقوقی^۶ استفاده کنند. آنهایی که می‌خواهند میان ساختار و نقش نهادهای حقوقی در مکان‌های مختلف تفاوت قائل شوند، ترجیح می‌دهند که از عبارت زمینه‌های حقوقی^۷، سبک حقوقی^۸، سبک مقررات‌گذاری^۹ و حتی از «وابستگی به راه»^{۱۰} سخن بگویند. همچنین، تا زمانی که مسئله اصلی این است که چه چیزی، البته اگر چیزی باشد، دو نظام اجتماعی و نظام حقوقی را هماهنگ می‌کند، همواره از سوی نظریه خودجوشی^{۱۱} تعارضی نسبت به کلیت پارادایم «حقوق و اجتماع» مطرح خواهد شد. این نظریه نسبت به این مسئله که چرا روابط حقوقی با یک نظام اجتماعی بزرگ‌تر و نیز با سایر زیرمجموعه‌های مختلف در ارتباط هست، رویکرد خاصی دارد. با وجود این، این عبارات جایگزین که اشکالات خاص خودشان را دارند، لزوماً با

1. Legal Ideology

2. Cotterrell, Roger (1997), 'The Concept of Legal Culture', in D. Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth, pp. 13–32

3. Bruinsma, Freek (2000), **Dutch Law in Action**, Nijmegen: Ars Aequi.

4. Glenn, H. Patrick (2004), 'Legal Cultures and Legal Traditions', in Mark van Hoeck (ed.), **Epistemology and Methodology of Comparative Law**, Oxford: Oxford University Press.

5. Legal Mentalities

6. Legal Episteme

7. Legal Formants

8. Legal Fields

9. Legal Style

10. Regulatory Style

11. Path Dependency

12. Autopoiesis Theory

هم تقابل ندارند و به علاوه نمی‌توانند تمام آنچه را مفهوم فرهنگ حقوقی در بر می‌گیرد، منتقل کنند.^۱

مهمترین انتقادات، واژه «فرهنگ» را هدف خود قرار داده‌اند. از نظر علم انسان‌شناسی معاصر، فرهنگ:

«دسته‌ای از ارزش‌ها و عملکردها را در بر می‌گیرد که بسیار ناپایدارتر، مناقشه‌برانگیزتر و متغیرتر از آن چیزی است که در نظریه فرهنگ به عنوان سنت ارائه شده است. فرهنگ بیشتر محصول تأثیرات تاریخی است تا محصول تغییرات تدریجی. مرزهای آن متغیر و معانی آن محل مناقشه است و به واسطه چیدمان نهادی و اقتصاد سیاسی به وجود می‌آید. فرهنگ بیشتر از یگانگی و انسجام، به دوگانگی و دورگه بودن مشهور است. نظام‌های محلی در بستر روندهای ملی و فراملی تحلیل شده و به عنوان نتیجه خط سیرهای خاص تاریخی شناخته می‌شوند».^۲

همان‌طور که ما نباید فرهنگ و یا فرهنگ حقوقی را به عنوان یک شیء ساکن، منزوی و سفت و سخت در نظر بگیریم،^۳ همچنین باید دانست که تنها برخی برداشت‌ها از فرهنگ مورد انتقاد شدید واقع شده‌اند نه خود ایده فرهنگ.

ج) به کارگیری مفهوم فرهنگ حقوقی

دلیل استفاده از مفهوم فرهنگ حقوقی این است که این مفهوم با شناساندن شیوه‌هایی که به موجب آنها عرصه‌های مختلف حقوق درون یک چارچوب فراختر ساختار اجتماعی و فرهنگ قرار گرفته‌اند و این ساختار - که جایگاه حقوق را در جامعه ایجاد و آشکار می‌کند - می‌تواند به لحاظ جامعه‌شناختی مقایسه دو نظام حقوقی را برای ما معنادارتر نماید. توجه این عرصه می‌تواند به این معطوف باشد که حقوق تا چه میزان حزب‌محور و یا دولت‌محور (بالا به پایین یا پایین به بالا) است یا این که نقش و اهمیت قوه قضاییه یا ماهیت آموزش و پرورش حقوقی چیست؟ همچنین، ممکن است تأکید این عرصه‌ها بر

1. Nelken, David (2006), 'Rethinking Legal Culture', in Michael Freeman (ed.), **Law and Sociology**, Oxford: Oxford University Press.

2. Merry, Sally, E. (2003), 'Human Rights Law and the Demonization of Culture (and Anthropology Along the Way)', **Polar: Political and Legal Anthropology Review**, 26(1), 55-77.

3. Nelken, David (1995), 'Understanding/ Invoking Legal Culture', in David Nelken (ed.), special issue on Legal Culture, Diversity and Globalization, **Social and Legal Studies**, 4(4), 435-52.

نظریات چستی «حقوق» متمرکز شده باشد یا این که از کجا و چگونه می‌توان حقوق را پیدا کرد (گونه‌های استدلال حقوقی، نقش رویه قضایی، قانون‌نویسی کلی یا قانون‌نویسی جزئی، جایگاه حکم و موضوع). فرهنگ حقوقی را می‌توان از طریق رویکردهای مختلف به مقررات‌گذاری، اداره و حل و فصل اختلافات شناسایی نمود. ممکن است در این باره اینکه تا چه حد برخی اختلافات، در حیطه حقوق هستند یا نه و همچنین نقش حقوقدانان و نقشی که سازوکارهای جایگزین حقوق - نه تنها نهاد داوری و میانجیگری بلکه روش‌های «زیربنایی»^۱ متعدد حل و فصل اختلافات - دارند، تفاوت‌های مهمی بین فرهنگ‌های مختلف حقوقی دیده می‌شود.^۲ به علاوه، باید به نقش سایر قواعد مذهبی و اخلاقی و نیز جایگاه روش‌های غیررسمی توجه کرد. حتی با در کنار هم قرار دادن، تشریح و سعی در توجیه چنین تفاوت‌هایی باز ممکن است دیدگاه‌های مختلفی نسبت به نقش حقوق، نظریات شکلی و ماهوی نسبت به مشروعیت و یا نیاز به مشارکت عمومی وجود داشته باشد.

در ربط دادن فرهنگ حقوقی به عرصه‌های فراختر فرهنگ و ساختار اجتماع، باید دقت عمل به خرج داد. در راستای اهداف مختلف یا منطبق با رویکردهای رقیب نسبت به نظریه جامعه‌شناختی، فرهنگ حقوقی را می‌توان در رفتار سازمانی دید و یا به عنوان عامل شکل‌دهنده به تفاوت میان وجدان حقوقی اشخاص (و یا شکل‌پذیر از آن تفاوت‌ها) یا به عنوان الگویی برای نظریاتی که مبنای رفتار قرار می‌گیرند یا به عنوان نام دیگری برای خودگفتمان سیاسی - حقوقی در نظر گرفت. فرهنگ حقوقی را که گاه مستقل از فرهنگ سیاسی و گاه به عنوان عنصری جدائی‌ناپذیر از آن در نظر گرفته می‌شود، می‌توان تحت دو عنوان «فرهنگ بالا» و «فرهنگ پایین» بررسی نمود. هرگاه به عنوان شکل‌دهنده وجدان فرهنگی در نظر گرفته شود، عموماً می‌توان آن را از طریق مباحثه‌های منظم و سازمان‌یافته در خصوص معنای عدالت^۳ یا به عنوان بخشی از روایت روزمره مانند کارهای مکتب امهرست^۴ متشکل از جامعه‌شناسان یا به عنوان عصاره ایدئولوژی پشت نظریه حقوقی مانند نوشته‌های مکتب انتقادی حقوقی در آمریکا ارزیابی نمود.

تفاوت در نحوه تفکر درباره این که چگونه باید بین فرهنگ حقوقی و سایر پدیده‌ها تمایز واقع شد، آنگاه که بدانیم که این کار می‌تواند نشان‌دهنده اختلاف در مبانی باشد،

1. Infrastructural

2. Blankenburg, Ehrhard (1997), 'Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth, pp. 41-68.

3. Hamilton, Valerie and Joseph Sanders (1992), **Everyday Justice: Responsibility and the Individual in Japan and the United States**, New Haven: Yale University Press

4. Amherst School

چندان بی‌ثمر نیست. برای مثال، در اغلب جوامع بین فرهنگ حقوقی و فرهنگ عمومی شکاف عمیقی وجود دارد؛ برای نمونه، هنگامی که قانون مجازات در جوامعی که فرهنگ محوریت ارباب‌رجوع و شخص‌محوری حاکم است، می‌خواهد اصل مساوات غیرشخصی در برابر قانون را برقرار کند. باید به روشی که یک نوشته راجع به حقوق درباره یک نگرش (محلی) نسبت به فرهنگ حقوقی اتخاذ کرده است، توجه بیشتری نمود. حتی هنگامی که مسئله فرهنگ حقوقی بدون شرح و تبیین باقی می‌ماند، عوض این که منصفانه و به درستی مورد توجه قرار گیرد، این ما را مجبور می‌کند که بتوانیم با انعطاف با این مسئله مواجه شویم راهی که از آن طریق می‌توان مسائل شکل‌دهنده را برای بحث کردن تولید کرد به جای این که فروض بدهی را مورد سؤال قرار دهیم. فروضی که درباره فرهنگ حقوقی (و دانشگاهی) خودمان و نگرش‌های محلی نسبت به نقش قانون و حاکمیت قانون است.

(د) پژوهش درباره فرهنگ حقوقی

برای شرح و توصیف فرهنگ حقوقی، به اطلاعات گسترده و مختلفی نیاز داریم. با توجه به روش‌شناسی‌های گوناگون در علوم اجتماعی، می‌توان بین پژوهشگران مختلف تمایز واقع شد. برخی از پژوهشگران، شاخصه‌ها و «شناسه‌های»^۱ فرهنگ حقوقی را در فعالیت‌های دادگاه‌ها و سایر نهادهای حقوقی جستجو می‌کنند. در عوض، برخی دیگر بر این مسئله تأکید می‌کنند که ما نیازمند ارائه تفسیری از معانی فرهنگی هستیم. دیدگاه نخست قصد دارد رویکردهای مختلف در موضوعاتی همچون انواع دعاوی و مراحل آن یا مسئله کنترل اجتماعی را با توسل به فرهنگ (یا جنبه‌های ساده شده آن) شرح دهد. برای انجام این کار، اغلب به بهره‌مندی از ابزارهای همچون زبان اسپرانتوی جامعه‌شناختی نیاز دارد. برای نمونه، این زبان که از زبان‌های به کار رفته اعضای فرهنگ‌های مختلف استخراج شده است، ترجیح می‌دهد به جای واژه «صلاح‌دید»^۲ از عبارت «قدرت تصمیم‌گیری»^۳ استفاده کند. برای پژوهشگرانی که دیدگاه نخست را دنبال می‌کنند، یک خطر همیشگی مسئله همانگویی^۴ است. زیرا در این دیدگاه واژه فرهنگ هم موضوع شرح و هم

1. Indicators
2. Discretion
3. Decision-making
4. Tautology

عامل شرح در نظر گرفته شده است.^۱ بدین خاطر در این گونه موارد تشخیص اینکه عبارت فرهنگ حقوقی در معنای علی به کار رفته است یا در معنای معلولی، بسیار مهم است. البته حتی اگر چنین امری نیز صورت بگیرد، باز می‌توان کاربرد این عبارت در هر دو معنا را معقول دانست.^۲

در عوض، هدف دیدگاه رقیب این است که رفتار حقوقی نهادها یا اشخاص را به عنوان شاخص و «نمایه»^۳ فرهنگ قلمداد کند. در اغلب موارد، روش این دیدگاه این است که تفسیرهای «انبوهی» از حقوق به عنوان «دانش محلی» ارائه دهد.^۴ دانشی که با دقت به دنبال درک ظرایف زبانی^۵ و مجموعه‌های فرهنگی^۶ مختلف است. این دیدگاه می‌خواهد به مسائلی که این دانش در ارتباط با ترجمه درست نظریه‌های یک نظام حقوقی درباره انصاف و عدالت مطرح می‌کند، بپردازد و همچنین، برداشت مناسبی از شبکه معنایی آن ارائه کند. بدین ترتیب، مفاهیم مربوط با حقوق هم بازتاب دهنده و نیز ایجاد کننده فرهنگ هستند؛ برای نمونه، مطالعه تغییرات مفهوم «قرارداد» در جامعه‌ای که در آن، فرد لزوماً جزئی از یک کل نگریسته می‌شود^۷ یا روشی که ژاپنی‌ها از طریق آن برداشت خود از مفهوم جدید «حق‌ها» را می‌خواهند به جای اخلاق بر عنصر «سود شخصی»^۸ استوار کنند.^۹ رویکرد تفسیری، مناسبت کمتری با مطالعه ارتباط بین فرهنگ حقوقی و مسائل قدرت، اختلاف و ساختار اجتماعی دارد و به همین دلیل، ترکیبی از هر دو روش لازم است.^{۱۰}

وقتی می‌خواهیم پژوهشی انجام دهیم، نباید کار خود را تنها به ارائه توصیفی از نظریات و رفتار سیاستمداران، مقامات حقوقی، فعالان حقوقی و حقوقدانان محدود کنیم و بلکه باید دیدگاه‌ها و عملکرد سایر اشخاص و نهادها را - چه قدرتمند و چه ضعیف - در نظر داشته باشیم. با وجود این، هر چند در اغلب موارد می‌خواهیم بدانیم بومی‌ها چگونه

1. Cotterrel, 1997

2. Nelken, 2006

3. Index

4. Geertz, Clifford (1973), *The Interpretation of Cultures*, New York: Basic Books.

5. Linguistic Nuance

6. Cultural Packaging

7. Winn, Jane K. (1994), 'Relational Practices and the Marginalization of Law: Informal

Practices of Small Businesses in Taiwan', *Law and Society Review*, 28(2), 193-232.

8. Self Interest

9. Feldman, 1997

10. Nelken, David (1994), 'Whom Can You Trust?', in David Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, London: Sage.

می‌اندیشند، ولی این باعث نمی‌شود که بتوانیم همانند آنها بیندیشیم. توانایی نگرستن به یک فرهنگ با دیدی تازه برای پژوهشگری که از بیرون نگاه می‌کند، هنر بزرگی است. از طرف دیگر، پرسش‌هایی که این پژوهشگر مطرح می‌کند، ممکن است با کشوری که در آن زندگی می‌کند، متناسب‌تر باشد تا کشوری که می‌خواهد آنرا بررسی کند. شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود میان فرهنگ‌های مختلف حقوقی برای پژوهشگر هنگامی قابل شناسایی است که بتواند «فقدان چشمگیر»^۱ برخی عناصر را درک کند.^۲ باید پرسید که چگونه پیش‌فرض‌های فرهنگی ما پرسش‌هایمان را ایجاد می‌کند و در عوض برخی پاسخ‌ها را قانع‌کننده جلوه می‌دهند؟

در اغلب موارد مسأله «نقطه شروع»^۳ پژوهش^۴ مغفول می‌ماند. زیرا نویسنده و مخاطب به صورت ضمنی توافق می‌کنند که آنچه مخاطب «می‌خواهد بداند» جاگزین آنچه «باید بداند» شود. بدین ترتیب آنچه باید صاحب‌نظر تأکید کند، جنبه‌هایی از جامعه است که به نظر می‌رسد می‌توان با تکیه بر آنها انتظارات قبلی خواننده را تأیید یا رد کرد. یکی از پیامدها این است که در اغلب موارد مطالعه نوشته‌های تطبیقی - با هر هدفی که نوشته شده باشند - نه به موجب آنچه در خصوص کشور یا فرهنگ مورد بررسی ارائه می‌کند، بلکه به موجب آنچه درباره دیدگاه‌های فرهنگی خود پژوهشگر و مخاطبین هم-میهن وی ارائه می‌کنند، سودمند است (گویی از آن سوی تلسکوپ می‌نگریم). به راحتی می‌توان از آنچه پژوهشگر ایتالیایی در ارتباط با فرهنگ حقوقی ایالات متحده آمریکا عجیب و عیناک می‌داند، دریافت که خود ایتالیایی‌ها درباره نقش و حاکمیت قانون چه تصویری دارند.^۵ عکس این قضیه نیز صادق است. برای نمونه، اغلب پژوهش‌های صورت گرفته در آمریکا درباره بررسی خصوصیات نظام قضایی حقوقی و کیفری ژاپن را می‌توان نقد کرد. زیرا در همه این پژوهش‌ها سعی شده است عناصری که در اصل منسوب به مدل‌های اروپای بری بوده است و نهادهای حقوقی ژاپن را شکل داده‌اند، به عنوان خصوصیات خود فرهنگ حقوقی ژاپن قلمداد شود.

1. Significant Absences

2. Lacey, Nicola and Lucia Zedner (1995), 'Discourses of Community in Criminal Justice', *Journal of Law and Society*, 22(1), 301-20.

3. Starting Points

4. Nelken, David (2000), *Contrasts in Criminal Justice*, Aldershot: Dartmouth.

5. Ferrarese, Maria Rosaria (1997), 'An Entrepreneurial Conception of the Law? The American Model Through Italian Eyes', in David Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, pp. 157-81.

در عمل، فرهنگ‌ها غالباً در فضای کنشی^۱ عمل می‌کنند و می‌توان آنها را از طریق سایر فرهنگ‌ها یا با مقابله با آنها (یا به طور اخص، به وسیله «ایده»ای که از فرهنگ‌های دیگر دارند) شناخت. برای نمونه در قرن نوزدهم، پژوهشگران بریتانیایی با مشاهده پیشرفت‌های حقوقی اروپای بری در راستای تضمین حق مالکیت معنوی، تلاش کردند حقوق خود را به گونه‌ای بازبینی کنند که بتوانند ادعا کنند که رویکرد خاص بریتانیایی همواره وجود داشته است.^۲ در دهه ۱۹۸۰ انتشار فهرست‌هایی از تعداد زندانیان، فنلاند را از طریق کاهش جمعیت زندانیان و هلند را از طریق افزایش تعداد زندانیان مجبور کرد تا وضعیت خود را با قاعده عمومی تطبیق دهند. این که فرهنگ‌های اروپای شرقی می‌توانند خود را شبیه فرهنگ حقوقی غرب بکنند یا نه - البته اگر این فرهنگ مورد پسند باشد - بستگی دارد به اینکه آیا شهروندانشان باور دارند که می‌توان از الگوهای برجا مانده از گذشته رها شد یا خیر.^۳ برعکس، از نظر برخی از پژوهشگران که ریشه در سنن چینی دارند، آنچه تحت عنوان گسترش «حاکمیت قانون» مورد تمجید دیگران است، از آن به عنوان امری که اهمیت «قانون»^۴ را به حاشیه رانده یا پیروی از احساسات دیگران را به جای «خرد»^۵ و عقلانیت ترویج می‌کند، انتقاد شده است.^۶

ه) فرهنگ‌های حقوقی ملی و فراملی

انجام پژوهش جهت فهم و شرح فرهنگ حقوقی در سطح دولت - ملت (برای نمونه «رویکرد ژاپن به حقوق»، «فرهنگ حقوقی آلمان» و «عدالت کیفری فرانسوی» و ...) برای حقوق تطبیقی و جامعه‌شناسی تطبیقی حقوق هنوز هدفی مهم و اساسی است. نمی‌توان انکار کرد که فرهنگ حقوقی خود تاریخی مستقل دارد و مقامات ملی آگاهانه از حقوق برای تحمیل شباهت‌های شکلی و ماهوی استفاده می‌کنند. تفاوت فرهنگ‌های حقوقی ممکن است بازتابی از تفاوت‌های وسیع‌تر اجتماعی و فرهنگی باشد که تقریباً منطبق با

1. Reflexively

2. Sherman, Brad (1997), 'Remembering and Forgetting: The birth of Modern Copyright Law', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth, pp. 237-66.

3. Krygier, Martin (1997), 'Is There Constitutionalism After Communism? Institutional Optimism, Cultural Pessimism, and the Rule of Law', **Intl. J. Sociology**, 26(4), 17-47.

4. Quing

5. Li

6. Man, Sin Wai and Chu Yiu, Wai (1999), 'Whose Rule of Law? Rethinking (Post) Colonial Legal Culture in Hong Kong', **Social and Legal Studies**, 8, 147-70.

مرزهای سیاسی ملی است. ولی فرهنگ‌های حقوقی ملی در طی زمان دست نخورده باقی نمی‌ماند و تحت تأثیر عوامل مختلفی همچون عاریه گرفتن،^۱ تقلید و تحمیل یا به سبب قرار گرفتن درون یک ساختار و شبکه دو طرفه یا چند طرفه دچار تغییر می‌گردند. از یک طرف، گفته می‌شود که پیشرفت‌های اخیر در خصوص جهانی شدن تجارت و ارتباطات بدین معنا است که اغلب مردم جهان به طرز فزاینده‌ای این احساس را به دست می‌آورند که درون نظام جهانی وابسته‌ای زندگی می‌کنند که در آن، از میان مرزهای باز فرهنگی^۲ که پر است از نابرابری، زور و استیلا، مجموعه‌ای از عناصر فرهنگی رد و بدل می‌شود. بنابراین وحدت، انسجام و ثباتی که مدعای هر یک از فرهنگ‌های ملی است اغلب چیزی فراتر از برنامه‌ای ایدئولوژیک یا یک شعار نیست.^۳ از طرف دیگر، «به نظر می‌رسد همسان‌سازی روز افزون گونه‌های مختلف فرهنگی و اجتماعی با ادعاهای فزاینده هویت-طلبانه همراه شده است».^۴

در مرتبه‌ای پایین‌تر از دولت-ملت، مطالعه فرهنگ حاکم بر دادگاه‌های محلی، گروه-های مختلف اجتماعی و همچنین گروه‌های ذی‌نفع، نهادهای حرفه‌ای و نقش و روابط افراد در حضور در دعاوی یا طفره رفتن از آنها می‌تواند ثمربخش باشد. حقوق در مناطق و ساختارهای مختلف اجتماعی و برای گروه‌ها و طبقات مختلف نقش و اهمیت متفاوت و متغیری دارد. فرهنگ حقوقی میان شاخه‌های مختلف حقوق لزوماً فرهنگی یگانه و متحدالشکل نیست (هم به لحاظ سازمانی و هم به لحاظ محتوایی). مرزهای موجود بین بخش‌های مختلف هر فرهنگ حقوقی متحرک است و گاه همدیگر را جزئاً یا کلاً قطع می‌کنند به نحوی که اغلب نمی‌توان بین بخش‌های مزبور هماهنگی مشاهده نمود. همچنین اهمیت مطالعه فرهنگ حاکم بر تجارت بین‌المللی، شبکه‌های ارتباطات و سایر روندهای فراملی که اصطلاحاً «فرهنگ سوم» نامیده شده، رو به گسترش است.^۵ بدین ترتیب، به

1. Borrowing

2. Porous Cultural Boundaries

3. Coombe, Rosemary J. (1998), 'Contingent Articulations: a Critical Studies of Law', in A. Sarat and T. Kearns (eds), **Law in the Domains of Culture**, Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 21-64.

4. Strathern, Marian (ed.) (1995), 'Introduction', **Shifting Contexts: Transformations in Anthropological Knowledge**, London: Routledge, p. 3.

5. Dezalay, Yves and Bryant Garth (1996), **Dealing in Virtue**, Chicago: University of Chicago Press; Snyder, Francis (1999), 'Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law', **European Law Journal**, 5, 334-74; Teubner, Gunther (1997), 'Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society', in Gunther Teubner (ed.), **Global Law without a State**, Aldershot: Dartmouth, pp. 3-38. Teubner,

جای این که پژوهش‌های خود را به فرهنگ‌های حقوقی ملی محدود کنیم، باید فرهنگ‌های حقوقی فراملی و محلی را نیز در نظر داشته باشیم. البته این آشفتگی و تقلا برای پنهان کردن یا رفع آن، نه به سبب مهمل بودن مفهوم فرهنگ حقوقی و بلکه بدین سبب است که این مفهوم، پدیده‌ای زنده و پویاست.

«جهانی‌سازی» حقوق، آن‌چنان که مصطلح است، روند پیچیده‌ای است که احتمالاً همان اندازه که نظم و هماهنگی به بار خواهد آورد تفاوت‌های فزاینده اجتماعی و اقتصادی نیز در پی خواهد داشت.^۱ به نظر می‌رسد فرضیه‌های مبتنی بر لزوم نیل به همگرایی^۲ اهمیت روزافزون فرهنگ و مقاومت را دست‌کم می‌گیرند. به همین دلیل، امروزه یکی از وظایف اصلی پژوهشگر فرهنگ حقوقی این است که بداند جهانی‌سازی تا چه اندازه در نتیجه تحمیل یک فرهنگ حقوقی معین بر سایر جوامع پدید آمده است. هم مدل انگلو-آمریکایی، که شهرتش به واسطه تجارت و رسانه‌ها گسترش یافته است) و هم مدل‌های ملی نظام حقوقی حاکم بر اروپای بری، که در کدهای حاضر و آماده تجسم یافته است، به کشورهای واردکننده ارائه شده است.

مدل انگلو-آمریکایی به سبب تأکید بر ارتباط بین حقوق و اقتصاد (به جای تأکید بر ارتباط بین حقوق و دولت) و اتخاذ آئین دادرسی مبتنی بر دفاع شفاهی، فعالیت‌های طرفین،^۳ مذاکرات در چارچوب قانون و همچنین سایر عناصر فرهنگی همچون گرایش به فردگرایی و جستجوی «عدالت کلی»، شکل گرفته است. تنها برخی از این عناصر در جریان نقل و انتقالات حقوقی به سایر کشورها وارد می‌شود و تازه همین مدل نیز نمی‌تواند به ما بگوید که حقوق در کشور اصلی چگونه کار می‌کند. بیشتر نظام حقوقی و مقررات‌گذاری آمریکا بر روش‌های تفتیشی^۴ استوار شده است. به نظر می‌رسد اغلب مواردی که با مفهوم «حاکمیت قانون» برای ایجاد قطعیت و همچنین تحدید دولت معرفی شده است، به طور فزاینده‌ای نقش تنظیم‌گرانه خود را در مبادلات تجاری بین‌المللی که با رایانه بین سازمان‌های چندملیتی (که از اغلب دولت‌هایی طرف معامله خود قدرتمندتر

Gunther (1998), 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences', *Modern Law Review*, 61(1), 11-32.

1. Santos, B. de Sousa (1995), *Towards a New Common Sense*, London: Routledge; Nelken, David (2001), 'Introduction' in David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, Oxford: Hart, pp. 1-55; Heyderbrand, 2001

2. Friedman, 1994

3. Party Initiative

4. Inquisitorial Methods

هستند) انجام می‌گیرد، از دست می‌دهد.^۱ به‌رغم این، در مباحث مربوط به فرهنگ حقوقی آنچه به نظر می‌رسد بیش از سایر جنبه‌ها در حال گسترش است، نظریهٔ کامن لویی «ابزارانگاری حقوقی عملگرا»^۲ است که بر اساس آن، حقوق چیزی است که «کار» می‌کند یا باید کار بکند. به علاوه، این ادعا نیز که فرهنگ حقوقی را باید جدا از بحث‌های وسیع-تر سیاسی بررسی کرد، پذیرفته شده است.



معاونت تحقیقات،

آموزش و حقوق شهروندی

1. Scheuerman, William, E. (2004), **Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time**, Baltimore: Johns Hopkins Press.
2. Pragmatic Legal Instrumentalism

منابع

- Bell, John (2002) **French Legal Cultures**, London: Butterworths.
- Blankenburg, Ehrhard (1997), 'Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Blankenburg, Ehrhard (1997), 'Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Bruinsma, Freek (2000), **Dutch Law in Action**, Nijmegen: Ars Aequi.
- Coombe, Rosemary J. (1998), 'Contingent Articulations: a Critical Studies of Law', in A. Sarat and T. Kearns (eds), **Law in the Domains of Culture**, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cotterrell, Roger (2004), 'Law in Culture', **Ratio Juris**.
- Cotterrell, Roger (1997), 'The Concept of Legal Culture', in D. Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Dezalay, Yves and Bryant Garth (1996), **Dealing in Virtue**, Chicago: University of Chicago Press; Snyder, Francis (1999), 'Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law', **European Law Journal**, Vol. 5.
- Feldman, Eric (1997), 'Patients' Rights, Citizen Movements and Japanese Legal Culture', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Feldman, Eric (2001), 'Blood Justice, Courts, Conflict and Compensation in Japan, France and the United States', **Law and Society Review**, Vol. 34.
- Ferrarese, Maria Rosaria (1997), 'An Entrepreneurial Conception of the Law? The American Model Through Italian Eyes', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Friedman, Lawrence (2006), 'The Place of Legal Culture and Its Position in the Sociology of Law', in Michael Freeman (ed.), **Law and Sociology**, Oxford: Oxford University Press.
- Geertz, Clifford (1973), **The Interpretation of Cultures**, New York: Basic Books.
- Gessner, Volkmar, Armin Hoeland and Casba Varga (eds) (1996), **European Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth;
- Glenn, H. Patrick (2004), 'Legal Cultures and Legal Traditions', in Mark van Hoeck (ed.), **Epistemology and Methodology of Comparative Law**, Oxford: Oxford University Press.
- Hamilton, Valerie and Joseph Sanders (1992), **Everyday Justice: Responsibility and the Individual in Japan and the United States**, New Haven: Yale University Press.
- Kahn, Paul (1999), **The Cultural Study of Law: Reconstructing legal scholarship**, Chicago: University of Chicago Press.
- Krygier, Martin (1997), 'Is There Constitutionalism After Communism? Institutional Optimism, Cultural Pessimism, and the Rule of Law', **Intl. J. Sociology**.
- Lacey, Nicola and Lucia Zedner (1995), 'Discourses of Community in Criminal Justice', **Journal of Law and Society**.
- Man, Sin Wai and Chu Yiu, Wai (1999), 'Whose Rule of Law? Rethinking (Post) Colonial Legal Culture in Hong Kong', **Social and Legal Studies**.
- Merry, Sally, E. (2003), 'Human Rights Law and the Demonization of Culture (and Anthropology Along the Way)', **Polar: Political and Legal Anthropology Review**.
- Nelken, David (1994), 'Whom Can You Trust?', in David Nelken (ed.), **The Futures of Criminology**, London: Sage.
- Nelken, David (1995), 'Understanding/ Invoking Legal Culture', in David Nelken (ed.), special issue on Legal Culture, Diversity and Globalization, **Social and Legal Studies**.

- Nelken, David (1997), 'Puzzling Out Legal Culture' in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot, Dartmouth pp. 58-88.
- Nelken, David (2000), **Contrasts in Criminal Justice**, Aldershot: Dartmouth.
- Nelken, David (2001), 'Introduction' in David Nelken and Johannes Feest (eds), **Adapting Legal Cultures**, Oxford: Hart Publishing, pp. 1-55.
- Nelken, David (2004), 'Using the Concept of Legal Culture', **Australian Journal of Legal Philosophy**,
- Nelken, David (2006), 'Rethinking Legal Culture', in Michael Freeman (ed.), **Law and Sociology**, Oxford: Oxford University Press.
- Practices of Small Businesses in Taiwan', **Law and Society Review**.
- Rebuffa, Georgio and Erhard Blankenburg (1993), 'Culture Juridique', in André Arnaud (ed.), **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**, Paris: LGDJ.
- Santos, B. de Sousa (1995), **Towards a New Common Sense**, London: Routledge.
- Sarat, Austin and Kearns, Thomas R. (eds) (1998), **Law in the Domains of Culture**, Ann Arbor: Michigan University Press.
- Sarat, Austin and Thomas R. Kearns (eds) (1993), **Law in Everyday Life**, Ann Arbor: Michigan University Press.
- Scheuerman, William, E. (2004), **Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time**, Baltimore: Johns Hopkins Press.
- Sherman, Brad (1997), 'Remembering and Forgetting: The birth of Modern Copyright Law', in David Nelken (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth.
- Silbey, Susan (2001), 'Legal Culture and Legal Consciousness', **Encyclopedia of the Social Sciences**, New York: Elsevier, Pergamon Press.
- Silbey, Susan and Patricia Ewick (1998), **The Common Place of the Law: Stories from Everyday Life**, Chicago: University of Chicago press.
- Strathern, Marian (ed.) (1995), 'Introduction', **Shifting Contexts: Transformations in Anthropological Knowledge**, London: Routledge.
- Teubner, Gunther (1997), 'Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society', in Gunther Teubner (ed.), **Global Law without a State**, Aldershot: Dartmouth.
- Teubner, Gunther (1998), 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences', **Modern Law Review**, Vol. 61, No. 1.
- Varga, Casba (1992), **Comparative Legal Cultures**, Aldershot: Dartmouth;
- Webber, Jeremy (2004), 'Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken', **Australian Journal of Legal Philosophy**.
- Winn, Jane K. (1994), 'Relational Practices and the Marginalization of Law: Informal

معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی