موضوع: کارکرد و اهداف حقوق تطبیقی

پژوهشگر: عبدالهادی قادری/ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

چکیده

هرنوع مطالعه و بررسی که به پدیده های درون مرزی محدود شده و نتواند از مرزهای ملی بگذرد مستحق نام علم نخواهد بود. حقوق تطبیقی تنها وسیله ای است که با کار کرد واهدف خود افزایش اگاهیهای عمومی حقوق دانانان را با لا برده و به حقوق جنبه فرامرزی و بین المللی می دهد و آن را واجد خصیصه «علم» می کند. حقوق دان در مطالعات تطبیقی خود می خواهد دو یا چند نظام حقوقی را مورد ارزیابی و بررسی قرار دهد و از این راه کشف تفاوتها و نقاط اشتراک دو نظام حقوقی صورت میگیرد براین اساس، نظام حقوقی، مجموعه و سیعی متشکل از قواعد و نهاد های حقوقی است که نوعی هماهنگی، انسجام وار تباط منطقی و عقلایی میان آنها بر قرار کرده ومورد بررسی قرار می دهد. درین نوشتار کوشیده شده است تا در چندین فصل به گونه مفصل پیرامون این مسئله پرداخته شود.

کلیدواژگان: نظام حقوقی، حقوق تطبیقی، کارکرد.

مقدمه

حقوق تطبیقی یکی از رشته های اساسی و بنیادی علم حقوق می باشد که در زندگی عملی انسان از اهمیت به سزائی برخوردار است. حقوق تطبیقی که برای نخستین بار در سال 1900 میلادی در فرانسه به شکل نوین آن وارد عرصه ی دانش  حقوقی انسان شده است حائز فواید وکارکردهای گوناگون در زندگی انسان می باشد.

این تحقیق باسوال اصلی:کارکرد و اهداف حقوق تطبیقی چیست؟ پیرا مون مسئله به شیوه ی کتابخانه ای و مرا جعه و فیش برداری به تحلیل و برسی می پردازد.

مهمترین کارکرد ها وفاید حقوق تطبیقی عبارتند از آگاهیهای عمومی حقوقدانان، درک بهتر از حقق داخلی، اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین جدید، حل و فصل دعاوی در داد گاههای ملی، شناخت خصوصیات یک کشور، جهت دیپلمات ها و کارگزاران سیاسی، وانعقاد قرار داد های بین المللی را برخور دار است، در واقع این فوائد و اهداف بر اهمیت حقوق تطبیقی افزوده است.

هدف این تحقیق: آشنایی از کار کرد، اهداف و فواید حقوق تطبیقی بوده که امروزه به علت گسترش روابط در جامعه بین المللی به تطبیق سازی نظام های گوناگون جهان پرداخته می شود و یک محقق باید آگاهی کامل داشته باشد که بتواند به طریق بهتر تحقیق خود را انجام دهد.

هر چند در مورد موضوع حقوق تطبیقی اختلاف نظر هایی وجود دارد اما امروزه کلیه ی موضوعات حقوقی و نظام های حقوقی جهان و همچنین قوانین ملل مختلف می تواند موضوع حقوق تطبیقی قرار گیرد. با این حساب می توان گفت که موضوع حقوق تطبیقی نیز گسترده می باشد. با این همه حقوق تطبیقی از قرن نزدهم میلادی به بعد در اثر نیازمندیهای اقتصادی، سیاسی و اجتماعی پیشرفت های قابل ملاحظه ی داشته است. از سویی هم دانشمندان حقوق برای ایجاد سهولت مطالعات حقوق تطبیقی، اقدام به دسته بندی نظامهای بزرگ حقوقی جهان مانند حقوق رومی - ژرمنی، کامن لو، سوسیالیست، حقوق اسلام، حقوق هند و گروه های دیگری کرده اند تا از این طریق پژوهشگران حقوق تطبیقی به آسانی بتوانند مطالعات حقوق تطبیقی شان را انجام دهند.

مفهوم شناسی

مفاهیم اساسی که درین موضوع مورد بررسی قرار خواهیم داد عبارتند از، حقوق، حقوق تطبیق، نظام حقوقی.

تعریف حقوق تطبیقی از لحاظ لغوی واصطلاحی

**الف: حقوق درلغت:** حقوق جمع حق بمعنی حق جزئی وحق کلی است. (لنگرودی،1392: 230)

**ب: حقوق در اصطلاح:** عبارت از مجموعه ای قواعد الزام آور کلی است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، برزندگی اجتماعی انسان حکومت می کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می شود. (فلسفه حقوق: 1/666).

**ج: تطبیق درلغت:** مصدر باب تفعیل از ریشه «طبق» به معنای شمول بخشیدن، فراگیرکردن، تمامیت چیزی را فراگرفتن، مطابق کردن، سازگار کردن، چیزی با چیزی دیگر است.( انصاری،طاهری،1388: 694)

**د: حقوق تطبیقی در اصطلاح:** حقوقی است که در آن میان قوانین و نظام های حقوقی پدید آمده در دو کشور و یادو نظام حقوقی مقارنه و سنجش به عمل می آید و گاهی اوقات از سنجش رشته های مختلف حقوقی با همدیگر نیز به حقوق تطبیقی تعبیر کرده اند و به آن قانون مقارن نیز گفته اند و در فرانسه از آن به «droit compare» تعبیر می شود.( انصاری، طاهری. 1388: 854)

تعریف لغوی و اصطلاحی نظام حقوقی

**الف: نظام حقوقی درلغت:** واژه نظام از نظم مشتق شده است واز لحاظ لغوی به معنی تألیف وترکیب چیزی یا ضمیمه کردن چیزی به چیزی دیگراست. نظام به معنای نظم و ترتیب دادن، به رشته کشیدن مروارید و گاه به معنای خود رشته مروارید آمده است. (عمید: 871)

ب: نظام حقوقی در اصطلاح : به مجموعه قواعد منسجم، هماهنگ مرتبط به یکدیگر گفته می شود. هماهنگی، انسجام وار تباط مزبور معمولاً از تعلق مجموعه قواعد به یک کشور یا از وحدت موضوع قواعد یا وحدت هدفی که قواعد مزبور دنبال می کنند، سرچشمه می گیرد.

واژه نظام دارای اطلاقات متعددی است و برای تعین بار معنوی، جهت و نوع مجموعه قواعد تشکیل دهنده آن از پسوندهای متعددی مانند نظام اقتصادی، نظام سیاسی و نظام حقوقی استفاده می شود.

درحقوق عمومی، واژه نظام حقوقی به شکل دولت، مثل نظام لیبرال، نظام پارلمان و نظام دموکراتیک اشاره دارد.

در حقوق خصوصی، نظام حقوقی عبارت است از: مجموعه قواعد حاکم بر برخی موضوعات و نهادهای حقوق خصوصی. در واقع، قواعد حقوقی از یکدیگر پراکنده و جدا نیستند، بلکه بایکدیگر مرتبط اند. این قواعد کنار یک دیگر قرار می گیرند، جمع می شوند و نهاد حقوقی را تشکیل می دهند؛ مثل نهاد خانواده و نهاد طلاق. (جونی،1391: 30)

براین اساس، نظام حقوقی، مجموعه و سیعی متشکل از قواعد و نهاد های حقوقی است که نوعی هماهنگی، انسجام وار تباط منطقی و عقلایی میان آنها بر قرار می باشد.

ازمطاب پیش گفته می توان نتیجه گرفت که نظام حقوقی دارای معانی خاص، عام و اعم بدین شرح می باشد:

در معنای خاص، نظام با نهادحقوقی مترادف است؛ یعنی مجموعه قواعد حاکم بر رشته از روابط اجتماعی است که هدفی واحد دنبال می کنند. در معانی عام، نظام حقوقی باچند نهاد حقوقی برابر است و در معنای اعم، نظام حقوقی عبارت است از: مجموعه داده هایی که حقوق یک کشور مثل حقوق عینی، حقوق شخصی و دسته های حقوقی را سامان می دهد.(جونی،1391: 31)

درحقوق تطبیقی، نظام حقوقی به «خانواده های حقوقی» اشاره دارد. امروز می توان گفت به تعداد کشور ها بلکه بیشتر، نظام حقوقی وجود دارد. این کثرت و تنوع، مطالعات حقوق تطبیقی را دشوار ساخته است؛ بنابراین دانشمندان حقوق برای ایجاد نظم و انضباط در مطالعات مزبور، براساس عناصر و ملاکات مختلف مانند مبنای نظام، اصول وقواعد، منابع و روش تفسیر، به طبقه بندی نظام های حقوقی در خانواده های حقوقی بزرگ پرداخته اند؛ از جمله این خانواده های بزرگ حقوقی، نظام حقوقی اسلامی، نظام حقوقی رومی- ژرمنی، نظام حقوقی کامن لو و نظام حقوقی افریقایی می باشد.( شیروی،1384: 118)

اهداف وکار کرد حقوق تطبیقی در سطح ملی و بین المللی

1- افزایش آگاهی عمومی حقوقدانان

همانطور که تاریخ حقوق، فلسفه حقوق و جامعه شناسی حقوق روی کیفیت آموزش و عملکرد حقوق دانان تأثیر مثبت دارد، حقوق تطبیقی نیز سبب افزایش آگاهی های عمومی حقوق دانان شده و کیفیت آموزش و عملکرد آنان را بهبود می بخشد. حقوق تطبیقی تمرین مفید علمی است که موجب افزایش انگیزه برای یادگیری زبان خارجی و به کارگیری آن می گردد و در مجموع سبب می شود که درک متقابل بین حقوق دانان گسترش یابد.

- حقوق تطبیقی موجب خواهد شد که درک ما از حقوق به عنوان یک پدیده اجتماعی افزایش یابد. وقتی مثلاً این موضوع مورد بررسی حقوق تطبیقی قرار می گیرد که چگونه برخی از کشورها با وجود تعداد محدودی دادگاها، حقوق دانان و دانشکده حقوق، قادرند به نحو مطلوبی مشکلات حقوقی خود را حل وفصل کنند، نتایج این بررسی به حقوق دان آگاهی می بخشد که برداشت صحیح تری ازنقش حقوق درجامعه داشته باشد.

چنانچه بپذیریم علم حقوق تنها به روشهای نحوه تفسیر قوانین و مقررات محدود نبوده و شامل کشف راه حلهایی برای پیشگیری و حل تعارضهای اجتماعی است، در این صورت مطالعات و بررسی های تطبیقی می تواند راه حلهای متنوع و مناسب تری را روی حقوق دانان قرار دهد. مسلماً دانشمند حقوق تطبیقی در خصوص موضوعات حقوقی راه حل های موثرتری را سراغ دارد تادانشمند برجسته ای که مطالعات وی منحصر به حقوق ملی است، زیرا وی ازمنافع حقوق تطبیقی بی بهره و در نتیجه از سایر راه حلها و روشها محروم است.

بنابراین، حقوق تطبیقی به ما می آموزد که چگونه برای حل یک مشکل واحد ممکن است راه حل های متفاوتی وجود داشته باشد. حقوق تطبیقی موجب توسعه و غنای راه حل ها شده و به حقوقدانان امکان می دهد که از بین راه حل های گوناگون بهترین آن ها را انتخاب کند.( شیروی،1391: 38-39)

2- درک بهتر از حقوق داخلی

زمانی که یک حقوقدان تنها در داخل نظام ملی خود مطالعه و بررسی می کند، به بسیاری از نقاط قوت و ضعف نظام ملی خود واقف نخواهد شد. چنانچه حقوق دان مزبور نسبت به حقوق ملی خود تعصب داشته باشد، بسیاری از اصول، قواعد، راه حل ها و روشهای موجود در حقوق ملی خود را منطقی، بدیهی و تنها راه حل مقبول تلقی خواهد کرد. در حالی که اگر وی نسبت به حقوق ملی خود بدبین بوده و آن را عقب مانده، غیر منطقی یا توسعه نیافته انگارد، بسیاری از اصول، قواعد، راه حل ها و روش های موجود در حقوق ملی خود را غیر منطقی، ارتجاعی، کهنه و نامناسب خواهد دانست. این پیش داوری ها، تعصبات، بدبینی ها و ذهنیت ها ممکن است متقابلا نسبت به حقوق کشورهای دیگر نیز وجود داشته باشد.

مطالعات وبررسی های تطبیقی این پیش داوری ها، تعصبات، بدبینی ها و ذهنیت ها را تصحیح و نقاط قوت و ضعف یک نظام ملی را در مقایسه با سایر نظام های حقوقی مشخص می کند.حقوق تطبیقی نشان خواهد داد که تا چه اندازه راه حل های پزیرفته شده وبدیهی دریک نظام ملی واقعاً بهترین ومناسب ترین راه حل است و به حقوق دان آگاهی می بخشد که تاچه اندازه مقررات، قواعد، اصول، نهاد های حقوقی، روشهای تفسیر مقررات ونحوه حل وفصل اختلافات دریک نظام ملی از شرایط تاریخی، اجتماعی، سیاسی یا عوامل تصادفی موجود در آن کشورنشئت می گیرد و اینکه این مسائل درسایر کشور ها قابل دفاع نیستند و باعدم پذیرش آنها نظم مطلوب تری برقرارمیگردد. مطالعات تطبیقی ممکن است به این نتیجه منجرشود که برخی ازمقررات، قواعد، اصول، راه حلها و روشهای مو جود در نظام ملی نسبت به موارد مشابه در سایر نظامها ارجحیت دارد و قابل طرح ودفاع در سطح جهانی است.

بنابراین، حقوق تطبیقی به حقوق دان دید تازه ای می دهد تا از بیرون به حقوق خود بنگرد و این دید موجب می شود که تلقی حقوق دان از حقوق ملی بهبود یابد. درک متقابل حقوق دانان از عملکرد و ارزش پدیده های حقوقی موجود در نظام ملی و سایر نظام های خارجی تنها در پرتو مطالعات و بررسی های تطبیقی بدست می آید. (شیروی،1391: 40)

3- اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین جدید

یکی از مهمترین اهداف حقوق تطبیقی کمک به قانون گذار در اصلاح قوانین موجود و یا وضع و تصویب قوانین جدید است. فرآیند قانون گذاری در کشورها اصولا شامل مراحل ذیل است: انتخاب موضوع، تهیه و تنظیم پیش نویس قانون به وسیله یک اداره دولتی یا یک مؤسسه تحقیقاتی، تصویب هیئت وزیران در قالب یک طرح، تصویب کلیات لایحه در شور اول در مجلس، تصویب نهایی لایحه در شور دوم و امضا و انتشار آن در روزنامه رسمی. حقوق تطبیقی اصولا در مرحله دوم مورد توجه قرار می گیرد و در این جهت در بیشتر کشورها کمیسیون ها و کمیته های ویژه ای برای تهیه و نتظیم لوایح تشکیل شده است.

حقوق تطبیقی از دو جهت در وضع و اصلاح قوانین مؤثر خواهد بود. از یک طرف حقوق تطبیقی موجب خواهد شد که دید و کیفیت کار تهیه کنندگان لوایح بهبود یابد که در عمل به تهیه و تنظیم قوانین مناسب تری منجر خواهد شد و از طرف دیگر تجارب سایر کشورها را در معرض دید و استفاده تهیه کنندگان قوانین قرار خواهد داد. استفاده مطلوب از نتایج حقوق تطبیقی در وضع و اصلاح قوانین با دو مانع مهم روبرو بوده است. مانع اول اینکه حقوق تطبیقی ممکن است عملا به اقتباس و تقلید از حقوق خارجی منجر شود و مانع دوم اینکه نتایج حقوق تطبیقی ممکن است به دلیل ملاحظات غیر علمی، نادیده گرفته شود.

فرایند و پذیرش قوانین خارجی به کشور پذیرنده امکان می دهد که بتواند به سرعت و بدون نیاز به اقتباس متخصصان ورزیده و صرف وقت و هزینه، مقررات مورد نیاز خود را وضع یا اصلاح کند. با وجود این، اقتباس و پذیرش مقررات پیچیده و مدرن از سوی کشوری که فاقد زمینه ها و ساختارهای لازم است نمی تواند به نتایج مورد نظر منجر شود.

**مانع اول-** تقلید و اقتباس کورکورانه از حقوق خارجی بدون در نظرگرفتن شرایط اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی کشور پذیرنده، همواره مورد استقبال افراد بی بضاعتی است که تمایل دارند در اسرع وقت و بدون نیاز به سرمایه گذاری و استفاده از کارشناسان خبره و دانشمندان و اساتید دانشگاه به وضع و یا اصلاح قوانین اقدام کنند. مسلما چنین امری مورد نظر حقوق تطبیقی نیست. حقوق تطبیقی در صدد است فضایی فراهم سازد که ضمن شفاف سازی نقاط قوت و ضعف نظامهای حقوقی، کشورها بتوانند از تجارب ارزشمند سایر کشورها بهره مند شوند.

**مانع دوم -** نسبت به استفاده از حقوق تطبیقی در وضع و اصلاح قوانین این است که چون وضع قوانین همواره تحت تأثیر عوامل سیاسی است. بنابراین در وضع یا اصلاح قوانین نتایج علمی و یافته های حقوق تطبیقی مورد توجه و بهره برداری قرار نمی گیرد. منافع ملی، منافع گروهی یا سایر ملاحظات از جمله موانعی است که باعث می شود نتایج و یافته های حقوق تطبیقی نادیده گرفته شود.

گاهی یک قانون خارجی که مناسب و مطلوب تشخیص داده می شود بدین دلیل مورد اقتباس قرارنمی گیرد که این امر ممکن است به طور ضمن تأیید برتری آن کشور از جهت ارزشی، علمی، سیاسی و یا اقتصادی باشد.

بنابراین در حالی که حقوق تطبیقی تقلید کورکورانه از قوانین خارجی را در شأن خود نمی داند بر این امر تأکید دارد که صرف این واقعیت که قوانین و مقرراتی در خارج از مرزهای ملی نشر و نما یافته اند دلیل قانع کننده ای برای محروم شدن از امتیازات آن تلقی نمی شود. این تلقی مثل این است که ما از کشت یا خوردن موز یا انبه خود داری کنیم، زیرا مثلا این میوه ها در خارج از کشور ما رشد و نمو یافته اند.(شیروی،1391: 40-44)

نقش حقوق تطبیقی در حل و فصل دعاوی در دادگاه های ملی

نسبت به نقشی که حقوق تطبیقی در امر قانون گذاری دارد، نقش آن در حل و فصل دعاوی در دادگاه ها در درجه بعدی قرار می گیرد. دادگاه ها هنوز تمایل زیادی نشان نمی دهند که خود را از محدوده مقررات ملی آزاد کرده و به مقررات موجود در فراسوی مرزهای ملی توجه کنند. با وجود این ما در عصری زندگی می کنیم که نه فقط دانشگاهیان بلکه قضات و وکلا نیز به تحولات حقوقی خارج از مرزهای ملی کشور خود توجه دارند. بدون شک توجه به نحوه حل و فصل اختلافات در کشورها روز به روز در حال گسترش است. بهره برداری از روشهای تطبیقی برای حل و فصل یک دعوی در یک دادگاه ملی ممکن است برای آن دادگاه جبنه الزامی یا اختیاری داشته باشد. زمانی که دادگاه با اعمال حقوق خارجی روبرو می شود باید مفاهیم و نهاد های موجود در حقوق خارجی را با مفاهیم و نهادهای موجود در قانون مقرر دادگاه تطبیق دهد. همچنین وقتی قانون مقرر دادگاه نشأت گرفته از یک کنوانسیون یا قانون متحد الشکل دیگری است، مقتضی است دادگاه به خصیصه بین المللی بودن آن و تلاش برای ارائه تفسیری هماهنگ با سایر کشورهای عضو توجه کند. همچنین در مواردی که قانون مقرر دادگاه فاقد خصیصه بین المللی است ممکن است دادگاه به اختیار خود به حقوق تطبیقی یا حقوق خارجی رجوع کند. بنابراین توجه به حقوق تطبیقی برای حل و فصل یک دعوی ممکن است برای آن دادگاه جنبه الزامی، ترجیحی یا اختیاری داشته باشد که در ادامه بررسی میشود.(همان ص44-45)

الف) موارد الزامی مراجعه به حقوق تطبیقی در حل وفصل اختلافات

در این گروه از موضوعات، اعمال صحیح ومقتضی قوانین ومقررات داخلی مستلزم مراجعه به حقوق خارجی یا انجام دادن مطالعات تطبیقی است که برخی از این موارد اشاره میشود.

**1.** درقانون اساسی کشور های المان و یونان مقرر شده است که « قواعد عموماً پزیرفته شده در حقوق بین الملل عمومی» قدرت اجرایی در کشورهای مزبور داشته وحتی نسبت به قوانین ملی ارجحیت دارند. جهت تشخیص این قواعد دادگاهها مجبورند بررسی کامل و همه جانبه ای از مقررات مربوط در کشور های مختلف انجام دهند تابتوانند در مورد پزیرش عمومی این قواعد در حقوق بین الملل عمومی اظهار نظرکنند. قانون مدنی برزیل مقررمیدارد چنانچه این قانون نسبت به موضوع ساکت باشد، موضوع از طریق قیاس، عرف وقواعد عمومی حقوقی حل وفصل خواهدشد تشخیص این قواعد مستلزم بررسی و مطالعه تطبیقی است. همچنین ماده (215) معاهده تشکیل جامعه اقتصادی اروپا مقررمیدارد که خسارت وارده به اعضا از سوی جامعه یا ار گانهای وابسته به آن مطابق با « قواعد عمومی مشترک بین دول عضو» تعین خواهد شد. دادگاه داد گستری اروپا مجبور است در هر مورد قوانین مربوط در کشور های عضو را بررسی و تحلیل کند. در جهت یافتن قواعد مشترک، دادگاه دادگستری اروپا ممکن است رویه قضایی موجود در کشورهای عضورا نیز مورد بررسی ومطالعه تطبیقی قراردهد.

**2.** دربحث تعارض قوانین مواردی یافت می شود که دادگاهها ناگزیر اند برای اعمال صحیح مقررات به حقوق خارجی یا حقوق تطبیقی توجه کنند، یکی از این موارد، مسئله «توصیف» است. توصیف عبارت است از تعیین نوع امر حقوقی که یک قاعده حقوق خصوصی بایدنسبت به آن اجرا شود. مثل مطابق (ماده 7ق.م) ایران، احوال شخصیه اتباع خارجه مقیم ایران تابع مقررات کشورمتبوع آنهاست. فرایند تعین مفهوم«احوال شخصیه» وموضوعات که تحت پوشش این مفهوم است توصیف نامیده میشود. مطابق یک نظریه سنتی و پذیرفته شده، توصیف یک مفهوم یانهاد حقوق خارجی که دادگاه رسیدگی کننده بدان آگاهی ندارد بر اساس قانون مقر دادگاه انجام می پذیرد ولی با این قید که دادگاه ابتدا باید مفهوم یانهاد حقوقی خارجی را بر اساس معانی و اهداف آن درکشور خارجی بررسی و تجزیه و تحلیل کند و سپس از طریق مقایسه آن بامفاهیم و نهادهای مشابه داخلی، آن را بامفاهیم و نهادهای داخلی تطبیق دهد. مثلاً چنانچه داد گاه کشوری مثل فرانسه که درآن تعدد زوجات وجود ندارد با موضوع تعدد زوجات که دریک کشور اسلامی قانونی است مواجه شود، نمی تواند به صرف عدم وجود این نهاد در حقوق مقردادگاه (فرانسه دراین مثال) از شناسایی آن خود داری کند، بلکه دادگاه بابررسی معنا وهدف این نهاد (تعددزوجات) درحقوق کشورمبدأ می کوشد نزدیک ترین نهاد داخلی مشابه آن را یافته و نهاد تعدد زوجات را با آن تطبیق دهد. این امرمسلماً مستلزم بررسی تطبیقی است.

مورد دیگری که در ارتباط با تعارض قوانین، دادگاه ملی مجبور به مراجعه به حقوق خارجی و تطبیقی میشود، مربوط به مواد 5 و6 کنوانسیون رم در خصوص تعین قانون حاکم بر روابط تجاری است. مطابق این دو ماده چنانچه قرار داد منعقده بامصرف کننده (ماده 5) یا کارگران (ماده 6)، قانون کشوری غیر از قانون متبوع دادگاه را به عنوان قانون حاکم تعین کرده باشد و این قانون حمایتهای کمتری نسبت به قانون متبوع دادگاه مقررمیکند، دراین صورت دادگاه باید دست کم حمایت های قانونی مقرر درکشوری مطبوع دادگاه را نسبت به آنان اعمال کند. برای تعین میزان حمایتی که قانون منتخب طرفین نسبت به آنان اعمال کند. ودرصورتی که تشخیص دهد حمایتهای مزبور کمتر از میزان حد اقل موجود در قانون متبوع دادگاه است این حد اقلها را نسبت به آنان اعمال نماید.

**3.** در برخی از کنوانسیونها که در کشور متبوع دادگاه اعمال می شود، مقرر شده است که باید در تفسیر و اعمال آن کنوانسیون به خصیصه بین المللی و نقش آن در ایجاد و حدت حقوقی بین کشور های عضو توجه شود. به عنوان نمونه ماده 7 کنوانسیون وین (1980) در خصوص فروش بین المللی کالا صراحتاً مقرر میدارد که در تفسیر این کنوانسیون داد گاههای ملی باید به خصیصه بین المللی کنوانسیون و هدف آن دو متحد الشکل کردن حقوق کشور های عضو توجه کنند، این امر مسلماً مستلزم مطالعات و بررسیهای تطبیقی و اطلاع از تفاسیری است که درسایر کشور های عضو اتخاذ شده است.

ب) موارد ترجیحی مراجعه به حقوق تطبیقی در حل وفصل اختلافات

دراین قسمت، بررسی تطبیقی پیش شرط حتمی برای حل وفصل دعاوی تلقین می شود، ولی از آنجا که عناصر وعوامل بین المللی و خارجی در خصوص این دسته از دعاوی دخیل اند، ترجیح دارد که قضات قبل از صدور رأی روشهای تطبیقی رابه کار برند. در ذیل چهار دسته از این نوع مسائل به اختصار تشریح می شود.

**1.** مقررات متحدالشکل بین المللی. گروه از موضوعاتی که دخالت عنصر بین المللی در آنها بسیار مشهود است مربوط به اعمال آن دسته از مقررات ملی است که بر اساس معاهدات و کنوانسیونهای بین المللی تنظیم شده اند.

در برخی از کنوانسیونها صراحتاً مقررشده است که داد گاههای ملی باید در اعمال و تفسیر کنوانسیون به جنبه بین المللی آن ونقشی که کنوانسیون در همسانی مقررات در کشورهای عضو ایفا می کند توجه کنند- که در بالا جزء موارد الزامی ذکرشد. در مواردی که خود کنوانسیون چنین تکلیفی را مقررنمی دارد، منطقی وپسندیده است که تفسیر و اعمال کنوانسیون چنین تکلیفی را مقرر نمی دارد، منطقی وپسندیده است که تفسیر و اعمال کنوانسیون به نحوی انجام پذیرد که خصیصه بین المللی بودن آن و نقش که در ایجاد وحدت حقوقی بین کشور ها ایفا می کند کمرنگ وضایع نشود.

**2.** مقررات مشترک باسایر کشورها. امروزه کمتر کشوری است که برخی از مقررات خود را از سایر کشور ها اقتباس نکرده باشد. هرچه قانون تنظیم شده با منبع خارجی آن از حیث محتوا و عبارات، مشابه باشد، نیاز به مراجعه به حقوق کشور مورد اقتباس بیشتر مطرح میشود و دادگاه احساس می کند که برای تفسیرآن مقررات لازم است که به نظام حقوقی خارجی رجوع کند. مثلاً آراء دیوان تمیز یا شورای دولتی فرانسه در رویه قضایی کشور هایی که تحت تأثیرنظام فرانسه بوده اند نقش مهمی ایفا کرده است یا آراء دادگاههای عالی انگلستان در رویه قضایی کشور هایی مثل کانادا، استرلیا، افریقای جنوبی، شبه جزیره هند و امثال آن که تحت تآثیر حقوق کامن لو بوده اند نقش مهمی داشته است.

درحقوق ایران نیز مثلاً قانون تجارت با اقتباس از قانون تجارت فرانسه و برخی دیگر از کشور های اروپایی تنظیم شده است و در مواردی که دادگاههای ایران درتفسیر این مقررات اختلاف نظر پیداکنند، موضوع جهت حل و فصل نهایی به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع داده می شود، درگزارشهای توجیهی یا درنظریه دادستان ار جاع به حقوق فرانسه مشهود است. مثلاً دادگاهها درخصوص حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام بعد از توقف از سوی طلبکاران ور شکسته اختلاف نظر پیدا می کنند و موضوع جهت اتخاذ تصمیم نهایی به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع داده می شود. دادستان درگزارش خود به ماده (496ق.ت) فرانسه استناد می کند وبعداً در نظر تفصیلی خود نظریات حقوق دانان فرانسه ورویه دادگاههای فرانسه در این خصوص را مورد بررسی ومطالعه تطبیقی قرار می دهد.( آبادی، عبدالحسین،1391: 106-127)

درمورد دیگری بین دادگاهها اختلاف نظر پیدا می شود که آیا صرف عدم ارئه دفاتر تجاری پلمپ شده از سوی خوانده دلالت برصحت ادعای خواهان دارد با این امر زمانی مطرح است که دلایل و مدارک معتبر و اوضاع واحوال دیگر بر رد ادعای خواهان وجود نداشته باشد. دادستان وقت در تأیید نظریه به اظهارات مذکور در کتب اساتید شهیر فرانسوی استناد می کند که در این کتب رویه دادگاهها فرانسه و نظریه حقوق دانان فرانسوی به روشنی بیان شده است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در رأی خود همین نظریه را تأیید قرار میدهد. (همان؛ ص325-328)

**3.** قواعد حل تعارض. دربرخی از کشور ها قواعد حل تعارض به صورت کامل و جود ندارد و داد گاهها مجبورند موضوع را به نحوی حل وفصل کنند. مثلاً در آلمان این بحث مطرح شد چنانچه دو کشتی در منطقه در یایی یک کشور با یکدیگر تصادف کنند، قانون کدام کشور حاکم است. دادگاه آلمان با رجوع به رویه پزیرفته شده در سایر کشورها استدلال کرد که قانون حاکم قانون کشور محل تصادف است. دادگاه از این طریق کوشید که رویه قضایی مورد قبول در این رابطه را توسعه دهد و عملاً به و حدت حقوقی در این خصوص کمک کند.

**4.** استرداد مجرمان. اصولاً استرداد مجرمان منوط به تحقیق شرایط است و متهم ممکن است استدلال کند که قانون کشور تقاضا کننده غیر عادلانه یا رسیدگیهای کیفری غیر منصفانه است. دراین صورت مقتضی است از طریق مطالعات و بررسیهای تطبیقی مشخص شود که آیا در کشور تقاضاکننده دست کم استاندارد های قابل قبول در دادرسی کیفری رعایت میشود و آیا مقررات آنان غیر عادلانه است یا نه. مثلاً کشور که در آن، مجازات اعدام برای قتل عمد در نظر گرفته شده از آلمان تقاضا می کند فرد را به قتل عمد متهم است مسترد دارد. متهم به دادگاه آلمان شکایت می کند که به دلیل وجود اعدام در کشور تقاضا کننده چنین استردادی مخالف قانون اساسی آلمان است که اعدام را لغو کرده است. دادگاه بابررسی تطبیقی کشورهای مختلف به این جمع بندی می رسد که مجازات اعدام هنوز در بسیاری از کشور های متمدن وجود دارد و استدلال متهم را با این نظریه رد میکند که آلمان نمی تواند صرفاً با مراجعه به مقررات ملی خود درین امور اظهار نظر کند.

در پرونده مشابهی، متهم استدلال می کند که در کشور تقاضا کننده غیاباً محکوم شده است در حالی که مطابق با مقررات آلمان رسیده گی کیفری نباید غیابی باشد. دادگاه آلمان استدلال می کند که اعتراض متهم در صورتی پذیرفتنی است که حکم غیابی اصول اساسی یک نظام کیفری عادلانه را که مورد پذیرش کشورهای قانون مند است نقض کند.( شیروی،1391: 51)

ج) موارد اختیاری مراجعه به حقوق تطبیقی درحل و فصل اختلافات

در این قسمت دادگاههای ملی با موضوعاتی مواجه اند که صرفاً داخلی بوده و فاقد جنبه بین المللی است. در این موارد توجه به مطالعات تطبیقی و حقوق فاقد جنبه بین المللی است. در این موارد توجه به مطالعات تطبیقی و حقوق خارجی زیاد مشهود نیست. دادگاه ملی ممکن است برای ارئه تفسیری مغایر با ظاهر عبارات قانونی به مطالعات مبادرت کند. مثلاً ظاهر ماده (253ق.م) آلمان مقرر می دارد که خسارات معنوی وارده به افراد مطالبه شدنی نیست. دادگاه بدون توجه به ظاهر ماده، رأی می دهد که خسارات معنوی وارده به افراد مطالبه شدنی است و برای نایده گرفتن ظاهر قانون استدلال می کند که « تقریباً در کلیه نظامهای حقوقی که توجه به ارزش و شخصیت انسان در آن نظام حقوقی نقش محوری دارد – مثل نظام آلمان – جبران خسارات معنوی در صورت تعرض به زندگی خصوصی افراد به عنوان ضمانت اجرای مدنی مورد پذیرش قرارگرفته است».

همچنین داد گاه ممکن است برای پرکردن خلأ موجود در قوانین داخلی به مطالعات وبر رسیهای تطبیقی اقدام کند. در برخی از کشور ها داد گاهها با عنوان جدیدی درمبحث مسئولیت مدنی مواجه شده اند که تا قبل سابقه نداشته است. درپرونده ای، زنی که از بیماری وراثتی رنج می برده به پزشک مراجعه می کند و نظر او را در خصوص انتقال بیماری به بچه خود جویا می شود. پزشک پس از انجام دادن معاینات وآز مایشها به زن اطمنان میدهد که بیماری به بچه وی منتقل نخواهد شد. زن بچه خود را به دنیا می آورد وبیماری به فرزند وی منتقل می شود. والدین بچه به نیابت از طرف بچه علیه پزشک مذکور اقامه دعوی کرده و پرداخت خسارت به دلیل «حیات نادرست» را تقاضا می کنند به دلیل عدم وجود سابقه در قوانین و آراء قضایی آن کشور، دادگاه با مراجعه به آراء قضایی مطرح در حقوق ایالت متحده امریکا و انگلستان اظهار نظر می کند که چنین خسارتی مطالبه شدنی نیست.

در مجموع تو جه داد گاههای ملی به مقررات و آراء قضایی سایر نظامهای حقوقی ضعیف است، ولی با تأثیری که جهانی شدن بر حقوق ملی کشور ها دارد و افزایش مقررات متحدالشکل بین کشورها، روز به روز داد گاههای ملی به حقوق تطبیقی توجه بیشتر خواهند داشت و مطالعه تطبیقی وسیله ای است که داد گاهها می توانند از آن طریق از اندیشه های حقوقی سایر کشورها بهره مند شوند.( شیروی،1391: 51 -53)

دکتر کاتوزیان قائل است: از آن جا که اجرای حقوق خارجی در صورتی ممکن است که با نظم عمومی واخلاق حسنه منافی نباشد، دادرس باید پس از مقایسه­ی حقوق خارجی و داخلی، تشخیص دهد که اجرای قاعده ی خارجی تا چه اندازه با اصول حقوق داخلی مغایرت دارد و این اختلاف آیا به گونه ای است که آن را مخالف نظم عمومی سازد یا نه؟( کاتوزیان)

اهداف حقوق تطبیقی در سطح بین الملل

شناخت خصوصیات یک کشور

حقوق ازجمله عوامل و عناصری است که به شناخت خصوصیات فرهنگی، سیاسی واجتماعی یک ملت کمک شایان می نماید. به ویژه در کشورهایی که حقوق به عنوان ابزار سیاست مورد استفاده قرار می گیرد. برای نمونه در کشورهای سوسیالیستی این امر محسوس تر است. به طور که شناخت کاملی از حقوق این گونه کشور ها می تواند کمک فراوانی به شناخت نهادها و مفاهیم سیاسی آن کشورها، حتی در رابطه ی آنها با دیگر کشورها بنماید، حقوق تطبیقی در مورد این شناخت های حقوق می تواند مورد استفاده قرار گیرد.(رفیعی،1392: 66)

نقش حقوق تطبیقی در انعقاد قراردادهای بین المللی

در سده های اخیر سرنوشت کشورها چنان به هم مرتبط شده است که هیچ دولتی نمی تواند جدایی از دیگران باشد. معمولاً کسانی که درتنظیم قرار داد های دوجانبه یا چند جانبه بین المللی شرکت دارند لازم است آشنایی کامل به حقوق کشورهای طرف قرارداد داشته باشند؛ زیرا مهمترین مسئله ای که در تنظیم قرار داد ها بین کشورها با عث کندی تنظیم قرارداد یا اختلاف می شود عدم آشنایی طرفین به مفاهیم حقوقی و قضایی یکدیگراست. در بعضی موارد کلمه یا اصطلاح حقوقی در دو کشور معانی مختلفی دارد. امروزه پیشرفت های حیرت آوری که در کامل ساختن وسایل حمل و نقل بدست آمده به تجارت بین المللی رنگ تازه داده است، و هر دولتی ناگزیر است که برای حفظ حیات خود سایر ملت ها را بشناسد و از عادات و رسوم و قوانین آن ها آگاه شود و با توسعه­ی تجارت بین المللی اهمیت حقوق تطبیقی نیز روبه فزونی نهاده است، زیرا تاجری که قرار دادی را در خارج از کشور امضا می کند، برای دانستن حقوق و تکالیفی که از آن ناشی می شود، باید حقوق آن کشور را بشناسد و امکان اجرای آن را در دادگاه های داخلی مورد بررسی قرار دهد. (رفیعی،1392: 67)

در مورد عهدنامه های بین المللی نیز حقوق تطبیقی سهم قابل توجه دارد، زیرا، در مرحله ی نخست، ایجاد حسن تفاهم بین دو طرف منوط بر این است که هر کدام با اصول حقوقی دیگری آشنا باشد و بداندکه چه پیشنهادی امکان پذیرفته شدن را دارد. در مرحله ی دوم، هر دولت باید بداند عهدنامه ای را که امضا می کند چگونه تفسیر می شود و شروط آن تا چه اندازه الزام آور است و بر پایه ی منابع حقوقی که مورد قبول مراجع بین المللی است چه معنا می دهد.

مطابق ماده 38 «اساسنامه ی دیوان دائمی دادگستری بین المللی لاهه» یکی از منابع حقوقی معتبر، اصول کلی حقوقی است که ملت های متمدن پذیرفته اند. این اصول، جز با مقایسه ی حقوق ملت های متمدن، بدست نمی آید و تنها از راه سنجش اعتبار قواعد است که می توان نقاط مشترک و اصول مورد احترام همه ی حقوق ها را دریافت. (رفیعی،1392: 65)

بنابراین با افزایش روز افزون تبادلات تجاری و اقتصادی بین کشورها، حقوقدانان ناگزیرند فراتر از مرزهای ملی به حقوق سایر کشورها توجه کنند.

جهت دیپلمات ها و کار گزاران سیاسی

دیپلمات ها و کارگزاران سیاسی هم که با مسئولیت سفیر، کاردار، رایزن، وابسته و مانند آن به عنوان نماینده کشور خود به کشور، دیگر می روند لازم است به طور اجمال با نهادهای حقوقی در بعضی موارد با مفاهیم حقوقی کشور محل مأموریت خود آشنایی داشته باشند و این امر جز از طریق مطالعه ی حقوق تطبیقی میسر نمی گردد. (رفیعی،1392: 67)

نتیجه گیری

از مباحث که درین نوشتار بیان شد به این نتیجه دست خواهیم یافت که: حقوق تطبیقی نقش عمده ای در علم حقوق ایفا می کند. در واقع، حقوق تطبیقی نخست بر آن است که، با بهره گیری از تجربه ملی وبین المللی، حقوقدانان را در مورد نقش ومفهوم حقوق روشن کند. از سوی دیگر، حقوق تطبیقی در نظر دارد سازماندهی جامعه بین المللی را با نشان دادن امکانات، توافق و پیشنهاد فرمول هایی برای تنظیم روابط بین المللی آسان کند. وهم چنان حقوق تطبیقی به حقوقدانان ملل گوناگون امکان می دهد که از مورد حقوق داخلی خود از ابتذال و کار یکنواخت دوری جسته به اصلاح آن بپردازند. برای این که حقوق تطبیقی نقش خود را ایفا کند، باید حقوقدانان از این که کار خود را فقط بر مطالعه ی حقوق ملی متمرکز کنند چشم بپوشند و باید در هر موقع مناسبی، روش تطبیقی را به کار برند. بنابراین حقوق تطبیقی یکی از عناصر بسیار مهم این جهان شمولی در عصر ماست که به گونه ای روز افزون، نقشی درجه ی اول در شناخت و پیشبرد حقوق ایفا می کند.

پی نوشت ها

الف: کتب

1. جونی، محمدمدیبو، رساله دکترای دانشگاه تهران، (اصول حاکم برحقوق و تعهدات زوجین در نظام حقوقی ایران، فرانسه و مالی:1391)
2. خوئینی، غفور ،درآمدی بر حقوق تطبیقی، زاهد، تهران، 1378
3. رفیعی، محمد تقی، حقوق تطبیقی، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم،1392.
4. رنه داوید،ترجمۀ دکترحسین صفایی،آشوری و عراقی،نظامهای بزرگ حقوقی معاصر،تهران،78
5. شیروی، عبدالحسین، ،حقوق تطبیقی، سمت، تهران:1391، چاپ دهم،
6. عرفانی، محمود ، نظامهای حقوقی معاصر، تهران: جنگل، 1391
7. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق،ج1، تهران:نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم،1388)
8. لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، 1392
9. مسعود انصاری، محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: جنگل، جاودانه 1388.

ب: قوانین

1. اساسنامه ی دیوان دائمی دادگستری بین المللی لاهه.
2. قانون تجارت فرانسه.
3. قانون مدنی آلمان.
4. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.