

## رویکردی نوین به حقوق تطبیقی و رابطه آن با حقوق بین‌الملل

محمود جلالی\*

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۶/۱۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۸/۱۱)

### چکیده:

حوزه‌های مختلف حقوق با استفاده از مطالعات تطبیقی آماج تدوین و هماهنگ‌سازی قرار گرفته و نهادهای بی‌شمار جهت ایجاد وحدت بین نظام‌های حقوقی جهان تأسیس شده‌اند. تجربه منطقه اروپا نشان می‌دهد که برای دستیابی به نظام حقوقی متحد‌الشکل جهانی ابتدا هماهنگ‌سازی ساختارهای حقوقی داخلی کشورها ضروری می‌نماید. حقوق تطبیقی از این لحاظ یکی از منابع حقوق بین‌الملل بوده و کمک می‌کند تا بتوان بدنبال قواعدی مشترک در حقوق داخلی بود تا آن قواعد مبنایی برای حقوق متحد‌الشکل قرار گیرد؛ به دادگاه بین‌المللی کمک خواهد کرد تا به دلیل ابهام یا خلاء موجود در حقوق بین‌الملل از رسیدگی به اختلافات بین‌المللی خودداری ننماید و بالاخره این حقوق با توسل به «اصول کلی حقوقی» به رسمیت شناخته شده توسط ملل متحد یا با روشن ساختن ابهامات در قوانین موجود و یا با مطابقت دادن آنها با شرایط جدید اجتماعی، نقش تکمیلی و اصلاحی را ایفاء می‌کند.

### واژگان کلیدی:

حقوق تطبیقی، حقوق بین‌الملل، اتحادیه اروپا، حقوق متحد‌الشکل.

Email: dm\_jalali@yahoo.com

\* فاکس: ۷۹۳۳۰۲۲ (۰۳۱۱)

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«تأسیس دادگاه بین‌المللی محیط زیست و مشکلات آن» سال ۱۳۸۸، شماره ۱.

## ۱- مقدمه

در ابتدای این مقاله کلیاتی در خصوص حقوق تطبیقی و توسعه آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای مقایسه مفاهیم حقوق «داخلی»، «منطقه‌ای» و «بین‌المللی» اطلاع از این کلیات ضروری می‌نماید. سپس به نقش حقوق تطبیقی و ارتباط آن با توسعه حقوق منطقه اروپا پرداخته خواهد شد. این مطالعه موردی، درک نظام های حقوقی خارجی و حرکت به سوی تفاهم حقوقی بین‌المللی را تسهیل می‌کند. در آخرین قسمت ارتباط حقوق تطبیقی با حقوق بین‌الملل مطالعه می‌شود. به نظر می‌رسد بدون وجود این ارتباط و شناخت دقیق آن، ایجاد «حقوق متحد الشکل جهانی» میسر نباشد.

یکی از اهداف مطالعه حقوق تطبیقی شناخت سایر نظام های حقوقی و احترام به آنهاست (Kropholler, 1987: 52, دوبید، ۱۳۶۹ و 3, 22, 1998: 3, 22 و Farran, 2009, pp 181-195). از طرف دیگر، بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل، هویت فرهنگی هر ملت و نظام حقوقی آن را تحت حمایت قرار می‌دهد. با استفاده از حقوق تطبیقی می‌توان در جهان چند فرهنگی کنونی در جهت «حقوق عام جهانی» یا «حقوق مشترک بشریت» (Common Law of Mankind) حرکت کرد (Menski, 2000: 22 et seq). به کمک تطبیق حقوق یا حقوق تطبیقی اختلافات و مشابهت های مسائل حقوقی تعیین و راه حل مناسب تر و بهتر برای آنها انتخاب خواهد شد. بر خلاف تصور اولیه، پدیده «جهانی شدن» (Globalization) نیز نیاز به مطالعات تطبیقی حقوق را کاهش نداده است. بر عکس، این پدیده، روحی تازه به مطالعات تطبیقی بخشیده است به نحوی که در اکثر کشورهای دنیا از جمله ایران مؤسسات مختلف در زمینه حقوق تطبیقی دایر شده است. دولت ها به دلایل مختلف ناچار به انطباق و یکسان سازی قوانین ملی خود با نظام حقوقی بین‌المللی شده‌اند. این امر سبب ایجاد اصلاحات و تغییرات در حقوق ملی کشورها از جمله حقوق خصوصی (حتی احوال شخصیه و حقوق خانواده) و حقوق کیفری، نیز شده است. خصوصاً گسترش روابط تجاری نیاز روز افزون به حقوق تطبیقی را چند برابر کرده است (Bogdan, 1994). بدین جهت برای تهیه و تنظیم موافقتنامه‌های بین‌المللی مختلف، مطالعات تطبیقی متعدد در حال انجام است. همچنین توجه به حقوق تطبیقی در حقوق ملی، منطقه‌ای، و جهانی افزایش چشمگیر را در «روند یکسان سازی و وحدت حقوق» اعم از عمومی و خصوصی نشان می‌دهد. اتحادیه اروپا، سازمان تجارت جهانی، سازمان کنفرانس اسلامی، اتحادیه آفریقا، کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه و تشکیل مؤسسات متعدد حقوق تطبیقی داخلی، منطقه ای و جهانی همگی شاهد این مدعاست.

از ابتدای قرن نوزدهم تاکنون، «حقوق عمومی تطبیقی» هنوز جایگاه واقعی خود را نسبت به «حقوق خصوصی تطبیقی» بدست نیاورده است. با این حال، امروزه خط تمایز سنتی بین

حقوق عمومی و خصوصی رو به فرسایش است و تحقیقات تطبیقی به صورت قابل توجه در عرصه حقوق عمومی نیز توسعه یافته است. «هماهنگ سازی» (Harmonization) حقوق عمومی کشورهای عضو اتحادیه اروپا در قالب پول واحد (Euro) و تلاش برای تصویب قانون اساسی اتحادیه، نمونه‌های بارز در این خصوص محسوب می‌شود. زمزمه ایجاد پول واحد اسلامی بین کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی نیز تا حدودی مؤید همین مطلب است (<http://www.oic-oci.org>). در حالی که در گذشته حقوق اساسی تطبیقی مرکز توجه بود، اکنون تأکید بر استفاده از روش تطبیقی به حقوق اداری و امور اجتماعی نیز انتقال یافته است. در همین راستا، دادگاه‌های اداری و نظام‌های تجدید نظر قضایی از تصمیمات اداری، در بسیاری از کشورها بوجود آمده و بطور روز افزونی حقوق خارجی در دادگاه‌های داخلی کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرد (Howard, 2009, pp. 21, 31). از نقطه نظر روش شناسی (متدولوژی)، پژوهش تطبیقی، البته با اوصاف ویژه خود، در حقوق عمومی نیز با بسیاری از مشکلات مشابه در حقوق خصوصی روبروست. این اوصاف از ساختار خاص این رشته از حقوق نشأت می‌گیرد.

حقوق تطبیقی در خصوص مفاهیم حقوق عمومی که ماهیت بین‌المللی دارند مانند «حقوق اتحادیه اروپا» و «حقوق بین‌الملل عمومی» نیز دارای اهمیت چشم گیر است که بعد به آن پرداخته خواهد شد. بخصوص کشف «اصول کلی حقوقی» مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، بعنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل، بدون مطالعه تطبیقی امکان ندارد. همچنین یکی از منابعی که سبب ایجاد قواعد و اصول حقوق بین‌الملل می‌شود «معاهدات» است. گاهی در یک مورد خاص معاهدات مختلف وجود دارد ولی دقیقاً با هم همخوانی ندارند. این امر در مورد توسعه معنی اصل «دول کامله الوداد» (Most Favoured Nations) صادق است. با مطالعه تطبیقی این اصل در معاهدات مختلف، جامعه بین‌المللی موفق به دستیابی به قاعده مورد قبولی گردید که در قضیه «حقوق اتباع ایالات متحده در مراکش» در دیوان بین‌المللی دادگستری، مورد بهره برداری قرار گرفت (ICJ Rep., 1952: 176).

با این حال، شاید مهم ترین هدف حقوق تطبیقی مدرن نقشی است که در جهت متحدالشکل سازی در روابط بین‌الملل ایفاء می‌نماید. مطالعات تطبیقی برای «یکسان سازی حقوق در سطح بین‌المللی» (International Uniform Law) لازم است. مطالعات مزبور به پیدا کردن موضوعاتی که نیاز به یکسان سازی دارد و همچنین در یافتن راه حل‌های ماهوی مناسب برای تدوین حقوق واحد، کمک می‌کند. این گونه مطالعات در تهیه و تنظیم پیش نویس قوانین متحدالشکلی که با قوانین ملی مربوطه هماهنگی داشته و انتخاب مستقل عبارات و ترجمه درست متون حقوقی واحدی را ترویج می‌کند، نقش مهم دارد. بنابر این، بر خلاف

تصور برخی نویسندگان مبنی بر پایان عمر حقوق تطبیقی (Siems, 2007)، قرن حاضر، عصر بلوغ این حقوق است. بعنوان مثال، حقوق بین‌الملل کیفری پیشرفته امروز، حاصل توسعه حقوق تطبیقی در نظام های کیفری کشورهای مختلف است. این امر در خصوص حقوق بین‌الملل دریاها، حقوق بشر و حقوق تجارت بین‌الملل نیز کاملاً صادق است.

## ۲- حقوق تطبیقی داخلی، منطقه ای و جهانی

علاوه بر سایر تقسیمات حقوق تطبیقی (ن.ک بطور کلی قرائی، ۱۳۴۷)، با در نظر گرفتن چارچوب جغرافیایی مسائل، می‌توان بین حقوق تطبیقی داخلی، منطقه ای و بین‌المللی قائل به تفکیک شد.

حقوق تطبیقی داخلی یا درون-دولتی (Internal or Intra-State)، در کشورهای دارای نظام های مختلف حقوقی (پلورالیسم حقوقی)، کمتر با مشکل روبروست. زیرا نظام های مختلف در یک کشور یا یک فدراسیون همزمان عمل می‌کند و قاعدتاً به هم خیلی مرتبطند. قسمت اعظم تدوین‌های بعمل آمده در حقوق مدنی، (به طور مثال در قوانین مدنی فرانسه، آلمان یا سوئیس)، بر اساس تحلیل‌های تطبیقی «داخلی» پایه گذاری شده است. در ایالات متحده آمریکا، وجود درس حقوق تطبیقی داخلی در برنامه آموزشی دانشگاه‌ها ضروری بوده و حقوق کامن لای آمریکا (نه حقوق ایالات بصورت فردی)، تدریس می‌شود. دروس «شرح، تفسیر و توسعه قوانین» (Restatements)، «قوانین متحدالشکل» (Uniform Laws)، و «کنفرانس ملی کمیسیونرها در باره قوانین متحدالشکل دولتی»، محصولات حقوق تطبیقی داخلی در این کشور می‌باشد.

حقوق تطبیقی منطقه ای (Regional)، حقوق تطبیقی خارجی است. با این حال به خاطر هدف خاص آن که معمولاً هماهنگ سازی و ایجاد وحدت در قوانین منطقه ای است، تابع محدودیت های جغرافیایی و منطقه‌ای ویژه می‌باشد. این یگانه سازی یا متحدالشکل کردن، غالباً "بوسیله سازمان‌های منطقه‌ای مانند شورای اروپا، جامعه اقتصادی اروپا، شورای نوردیک (Nordic Council)، اتحادیه آفریقا، سازمان کشورهای آمریکایی و سازمان کنفرانس اسلامی صورت می‌گیرد و لذا مطالعات تطبیقی بر قوانین کشورهای عضو این سازمان‌ها، متمرکز می‌باشد.

حقوق تطبیقی جهانی (Universal) که اصولاً تمام سیستم های حقوقی دنیا را شامل می‌شود، بدلیل اینکه در اهداف اعضای آن تجانس کامل وجود ندارد، مشکل ترین شکل حقوق تطبیقی است. در واقع در اینجا تحقیقات تطبیقی غالباً محدود به سیستم های حقوقی گزینش شده ای

است که یا به طور کلی و یا بخاطر وجود مسئله خاص، به عنوان نظام های اصلی جهان محسوب و مورد تطبیق قرار می‌گیرد.

به دلیل اهمیت و ارتباط موضوع با هدف مقاله، در اینجا حقوق تطبیقی منطقه‌ای و ارتباط حقوق تطبیقی جهانی با حقوق بین‌الملل به تجزیه و تحلیل گذاشته می‌شود.

### ۳- حقوق تطبیقی منطقه ای اروپا

حقوق اروپا را می‌توان به عنوان مجموعه‌ای از قواعد حقوقی سازمان یافته و ماهوی تعریف کرد که توسط کشورهای اروپایی توسعه پیدا کرده است ([http://en.wikipedia.org/wiki/Law\\_of\\_the\\_European\\_Union](http://en.wikipedia.org/wiki/Law_of_the_European_Union)). در طول تاریخ، دولت هایی که در منطقه اروپا قرار دارند به منظور توسعه حقوق داخلی خویش، از منابع خارجی به وفور استفاده کرده اند (Hilf, 1987: 45). در واقع، «خانواده های حقوقی» خصوصاً در کشورهای نزدیک، انگلوساکسون، رومی و کشورهای آلمانی زبان گسترش یافت. بنابراین، قبل از آنکه «حقوق منسجم اروپایی» در سطح منطقه موصوف توسعه یابد، شباهت های حقوقی ساختاری مدتی طولانی بین کشورهای اروپایی وجود داشته است. در حالی که تا قرون ۱۸ و ۱۹ م مطالعات تطبیقی تلاش کرد «حقوق بین‌الملل» را در میان دولت های اروپایی تثبیت نماید؛ کاربرد روش تطبیقی برای توسعه حقوق اروپایی متناسب با مفاهیم مختلف خارج از چارچوب حقوق بین‌الملل نیز بسیار اهمیت داشت.

در حالی که قواعد مندرج در معاهداتی که سازمان های گوناگون اروپایی را تأسیس و توسعه داده اند، ریشه عمده‌تاً داخلی دارند، قواعدی که در چارچوب اتحادیه اروپا ایجاد می‌شود، ریشه اروپایی دارد. اکنون سازمان های منطقه ای در اروپا محدود به مناطق جغرافیایی خاص بوده و بین کشورهای اسکاندیناوی (مثل شورای نوردیک و شورای وزیران نوردیک) و بین کشورهای بنلوکس (مثل اتحادیه اقتصادی بنلوکس - Benelux) بوجود آمده‌اند. کشورهای تشکیل دهنده سه جامعه اروپایی، ساختار حقوقی جدید را تشکیل داده‌اند که اکثر مسائل اقتصادی و اجتماعی دولت های عضو را متأثر می‌سازد. شورای اروپا که (تا مارس ۲۰۰۹)، از ۱۵ کشور اروپایی ترکیب یافته ([http://www.coe.int/T/E/Com/About\\_Coe/Member\\_states/](http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Member_states/)) تاکنون نقش اصلی را در یکسان سازی حقوق اروپا داشته است. بنابراین، کنوانسیون هایی که در چارچوب مؤسسات آن شورا مورد توافق قرار گرفته دارای قلمرو وسیع بوده و نمایانگر خصوصیات و ارزش های مورد قبول در کشورهای اروپایی است.

با پایان جنگ دوم جهانی، روند یکسان سازی حقوق کشورهای اروپایی با استفاده از حقوق تطبیقی به صورت سازمان یافته شروع و با خاتمه جنگ سرد و فروپاشی بلوک شرق،

در این روند تسریع شده است. با اینکه باید اذعان داشت اعضای اتحادیه اروپا در این روند «وزن یکسان» ندارند، این اتحادیه تاکنون موفق به هماهنگ سازی بسیاری از مسائل در زمینه کیفری شده است. البته قلمرو هماهنگ سازی در حقوق کیفری اروپایی به اندازه حقوق خصوصی نبوده است ولی اتحادیه موفق شده با تأسیس «سازمان نیروی انتظامی اروپا» (Europol)، زمینه همکاری مقامات اروپایی به منظور جلوگیری از تروریسم و مبارزه با آن، قاچاق مواد مخدر و دیگر جرائم سازمان یافته را فراهم نماید. سازمان مذکور در سال ۱۹۹۲ از طریق معاهده ماستریخت بوجود آمد و مقر آن در شهر لاهه است (http://www.europol.eu/).

در حال حاضر، هماهنگ سازی بخش هایی از حقوق جزا که به مسائل اقتصادی و محیط زیست مربوط می شود در دستور کار اتحادیه است. همچنین بحث تهیه پیش نویس «حقوق جزای اقتصادی اروپا» (European Economic Criminal Law) و قانون جزای نمونه اروپا (European Model Penal Code) از مباحث جدی روز در اروپاست. در زمینه حقوق خصوصی، حرکت یکسان سازی موفق تر بوده و تاکنون صدها سمینار و کنفرانس برگزار گردیده و هم اکنون با جدیت در زمینه هماهنگ کردن حقوق خانواده، حقوق تعهدات و قراردادهای، مسئولیت مدنی و... فعالیت می شود (Niglia, 2006, pp. 401-427).

در خصوص تأثیرات قواعد حقوقی اروپا، باید بین قواعدی که دولت های اروپایی را بر اساس مقررات «حقوق بین الملل عمومی» متعهد می کند و قواعدی که وصف فراملی داشته و مربوط به «اتحادیه اروپا» است، تمایز قایل شد. بنابراین، حقوق اتحادیه اروپا باید مستقیماً در میان کشورهای عضو اتحادیه و طبق معیارهایی واحد که با توجه به اولویت معین می شود و برتر از حقوق ملی است، اجرا شود. مثال بارز این حقوق، «حقوق بشر» و بخصوص مسئله محدود کردن این حقوق است به حدی که اجرای آنها به عنوان شرط لازم در جامعه دموکراتیک اروپا مورد توجه قرار می گیرد (مواد ۸ تا ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ۴ نوامبر ۱۹۵۰). کنوانسیون اخیر همراه با پروتکل های آن، هسته اصلی حقوق اساسی اروپا در زمینه حمایت از حقوق بشر محسوب می شود (http://www.hri.org/docs/ECHR50.html).

هم اکنون «دادگاه حقوق بشر اروپایی» (European Court of Human Rights)، «دیوان دادگستری جوامع اروپایی» (Court of Justice of the European Communities) یا دیوان دادگستری اروپایی (European Court of Justice)، و بطور کلی «جنبش اتحادیه اروپا»، از تکنیک های تطبیقی جهت مباحث حقوقی و ایجاد و توسعه «حقوق مشترک اروپایی» استفاده می کنند. همچنین جدای از نظام واحد پولی اروپا (یورو)، «قانون اساسی اروپا» در صورت تصویب توسط کشورهای عضو اتحادیه، یکی از مهم ترین اسناد تاریخ معاصر حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل در زمینه وحدت حقوق اروپا خواهد بود (http://europa.eu.int/constitution/).

(index\_en.htm)

همچنین روش های تطبیقی مورد استفاده سازمان های مختلف در اروپا می باشد. برای تمام این سازمان ها، حقوق داخلی کشورهای عضو، به عنوان منبعی برای تصویب مقررات متحدالشکل و حتی هماهنگ ساز مفاهیم ملی متفاوت در نظر گرفته می شود. در مواردی که اختلاف قوانین دولت های عضو اتحادیه بر «همکاری و تشریک مساعی» آنها تأثیر منفی دارد، هر یک از سازمان های مزبور ملزم هستند قواعد حقوقی جدید هماهنگ با حقوق اتحادیه ایجاد نمایند. در این صورت، روش تطبیقی از طریق «پژوهش در قواعد عرفی اروپا» مورد استفاده قرار می گیرد که می تواند بر این اختلافات فائق آید.

در «اسناد تأسیس» سازمان های اروپایی نیز به نحوی مؤثر روش تطبیقی استفاده می شود. بعنوان مثال در شورای نوردیک و اتحادیه بنلوکس، در جریان توسعه حقوق عرفی اروپا، حقوق داخلی دولت های عضو مورد توجه واقع می شود. در سازمان های اروپایی، زبان های ملی تمامی کشورهای عضو، بطور همزمان، زبان اداری هر سازمان است. علی رغم اختلافات موجود بین حقوق ملی کشورهای عضو، این مسئله باعث توسعه حقوق اروپایی شده است. در شورای اروپا، به واسطه کثرت دولت های عضو و محدود بودن زبان های رسمی به فرانسه و انگلیسی، استفاده از روش تطبیقی با مشکل همراه است. اما حتی در اتحادیه اروپا، فرصت لازم برای مداخله کشورهای عضو جهت مشارکت در ایجاد «وحدت حقوقی» وجود دارد. با این حال، برتری آراء «کمیسیون حقوق بشر اروپایی» سابق و «دادگاه حقوق بشر اروپایی» فعلی، نه فقط مفاهیم مورد استفاده در حقوق انگلیس و فرانسه را منعکس می کند، بلکه عرف های معمول همه کشورهای عضو شورای اروپا را مد نظر دارد. در سال ۱۹۹۴ پروتکل شماره ۱۱ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کمیسیون مزبور را منحل و عملاً از سال ۱۹۹۸

فعالیت آن خاتمه یافت ([http://en.wikipedia.org/wiki/European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights](http://en.wikipedia.org/wiki/European_Court_of_Human_Rights)).

اگر چه اتحادیه اروپا اکنون محدود به ۲۷ دولت از کشورهای آن قاره است ([http://www.delidn.ec.europa.eu/en/eu\\_guide/eu\\_guide\\_2.htm](http://www.delidn.ec.europa.eu/en/eu_guide/eu_guide_2.htm))، حقوق آن اتحادیه به عنوان «هسته حقوق اروپایی» مورد توجه می باشد. همان طور که قبلاً اشاره شد، حقوق اتحادیه شامل قواعد عمومی در تمام شاخه های حقوق اقتصادی و اجتماعی است و از روش تطبیقی برای مشارکت دادن دولت های عضو در شکل گیری قواعد حقوقی اتحادیه استفاده می شود. اگر چه سازمان های اروپایی، مقررات حقوقی جدید اروپا را به صورت یک «مجموعه» توسعه داده اند، این مقررات به عنوان نظرات حقوقی دولت های عضو، مجموعه ای کامل نیست. لذا بیشتر خلاءهایی که بوجود می آید باید بوسیله مؤسساتی که در تفسیر و بکارگیری حقوق اتحادیه

فعال هستند، پر شود. رجوع به حقوق داخلی کشورهای عضو، می‌تواند این خلاءها را در بیشتر موارد پر نماید.

روش تطبیقی در تأکید بر جوانب خاص حقوق اتحادیه در ارتباط با حقوق بین‌الملل عمومی نیز مفید بوده است. در دوره اولیه معاهدات، قواعد حقوق تطبیقی کم و بیش اعمال می‌شد. با توسعه حقوق جوامع اروپایی در اواسط دهه ۱۹۶۰ و شکل‌گیری سیستم حقوقی جدید، روش تطبیقی، اهمیت مضاعفی پیدا کرد و در فرایند «مجموعه اروپا» نقش مهمی یافت. به منظور کمک به «مجموعه اروپا»، اتحادیه و شورای اروپا برای مستند کردن تصمیماتشان، به مطالعات حقوقی تطبیقی پرداختند. اکنون سیاستمداران و متخصصان قانون‌گذاری داخلی، خصوصاً در مورد مفاهیم ملی قوانین، در فرایند قانون‌سازی اروپا مشارکت دارند.

بدون شک هماهنگ‌سازی قوانین کشورهای عضو (ماده ۱۰۰ معاهده تأسیس جامعه اقتصادی اروپا)، فقط از طریق روش‌های تطبیقی می‌توانسته عملی شود. اتحادیه، امروزه از طریق «تشریک مساعی جدی» با کشورهای عضو که حقوق اتحادیه را از طریق حقوق داخلی خود به اجرا می‌گذارند، توسعه می‌یابد. بنابراین، شرط مؤثر بودن حقوق اتحادیه، استفاده از روش تطبیقی است. مشارکت اعضای اتحادیه در مرحله اجرا، برای کشورهای عضو مشکلات را آسان می‌سازد. بنابراین، پیوند حقوقی «مجموعه اروپا»، بستگی به ارتباط بین نظرات حقوقی اتحادیه و حقوق داخلی تمام کشورهای عضو دارد. حقوق اتحادیه که مبتنی بر مکانیسم‌های تطبیقی است، فرصت خوبی را برای پذیرش آن حقوق بعنوان «حقوق برتر» از طرف کشورهای عضو فراهم کرده است.

روش تطبیقی برای «دیوان اروپایی دادگستری»، رکن قضایی اتحادیه که تفسیر حقوق اتحادیه را بر عهده دارد، اهمیت بیشتر دارد. زیرا دیوان مسئولیت خاص پر کردن خلاءها را از طریق استفاده از حقوق تطبیقی عهده دار است. در سال‌های اولیه تشکیل اتحادیه، دیوان علاقه‌ای چندان به روش مقایسه و رجوع به مفاهیم حقوق داخلی، نداشت. بعلاوه، دیوان سعی می‌کرد بر «ساختار اتحادیه اروپا» و اقتدار خاص «مجموعه قوانین فراملی»، تأکید کند. مسلماً تفسیرهای دیوان از حقوق «مجموعه اروپا» به تأسیس ساختار حقوقی جدید اروپا کمک کرده است [http://curia.eu.int/en/transitpage.htm].

در موارد بسیاری رویه قضایی دیوان بصورت خاص، در بر دارنده ارجاعات تطبیقی است، گرچه به حقوق دولت‌های ثالث یا حقوق بین‌الملل عمومی فقط در موارد استثنایی ارجاع می‌دهد. لذا رجوع به قوانین داخلی کشورهای عضو آشکارا مقدم و مرجح است. این ارجاعات مخصوصاً برای توجیه «اصول کلی حقوقی» است که دولت‌های عضو آنها را به رسمیت شناخته‌اند. بر این اساس، «دیوان اروپایی دادگستری» حمایت از حقوق بشر و سایر



اصول کلی حاکم بر رویه قضایی اداری و قانون‌گذاری یا حقوق اساسی را در تمام شاخه‌ها بر اساس عرف‌های حقوقی دولت‌های عضو، گسترش داده است. بعلاوه در کار روزانه دیوان، مثل سایر نهادهای وابسته به اتحادیه اروپا، تطبیق نظام‌های حقوقی اعضا نقش مهمی را ایفاء می‌کند. بعنوان مثال می‌توان از توسعه مفهوم قانون‌گذاری ثانوی یا «نظامنامه‌ها و دستورالعمل‌ها» (Regulations and Directives) و رویه قضایی دیوان نام برد. یک مثال بارز در رویه قضایی اتحادیه، پرونده شرکت ای ام و یوروپ (دیوان دادگستری اروپایی، ۱۹۸۲، ۱۵۷۵) می‌باشد که در آن دیوان مفهوم «اصل محرمانه بودن مکاتبات بین وکلا و موکلان» آنها را بر اساس تحلیل‌های تطبیقی توسعه داد. البته، این نوع ارجاعات برای «دیوان اروپایی دادگستری» الزام آور نیستند. هنوز هم، وظیفه اولیه دیوان این است که حقوق اتحادیه را بر اساس اهداف مندرج در معاهدات، تفسیر نماید. لذا، بهترین راه حلی که با مقاصد اتحادیه سازگار و در عین حال موافق هدف معاهدات باشد، توسط دیوان انتخاب می‌شود (دیوان دادگستری اروپایی، ۱۹۸۳، ۱۴۴۳). دیوان مرکب از قضات دولت‌های عضو است. لذا تمامی نظام‌های حقوقی داخلی کشورهای عضو در دیوان نمایندگی دارند و دیوان به صورت واقعی یک نهاد فعال حقوق تطبیقی به شمار می‌رود.

#### ۴- حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل

هنگام ظهور حقوق تطبیقی، حقوق بین‌الملل بطور روزافزون به عنوان یک نظام حقوقی با «قواعد موضوعه» خاص خود محسوب می‌شد. گرچه در حقیقت حقوقدانان بین‌المللی شیوه تطبیقی را غالباً در پژوهش‌های حقوقی بین‌المللی بکار می‌بردند، اما حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل که در آن زمان «حقوق ملل» (Law of Nations) نامیده می‌شد، تحت عنوان دو شاخه کاملاً مجزا از یکدیگر، به حساب می‌آمدند. گاتریج، تئوری اصلی حاکم در دوران بین دو جنگ اول و دوم جهانی را چنین تشریح می‌کند «هر رابطه یا نسبتی میان حقوق تطبیقی و حقوق ملل... دارای ماهیت نامعلومی است و تنها حلقه پیوندی که امکان دارد میان این دو مقوله وجود داشته باشد آن است که مطالعه تطبیقی حقوق خصوصی تا اندازه‌ای می‌تواند به عنوان وسیله‌ای برای ترویج و ترقی و رشد و توسعه حقوق ملل در نظر گرفته شود» (Gutteridge, 1949: 61). گاتریج اعتقاد داشت حقوقدانان بین‌المللی دارای چارچوبی اساسی بوده که آنان را مستعد می‌سازد در پی «جهانی ساختن» قواعد باشند نه تجزیه و تحلیل اختلافات درونی نظام‌های حقوقی داخلی. نظرات گاتریج با اظهارات لاترپاخت، تقویت گردید. او ادعا کرد: «دلیل واقعی اینکه چرا مقررات حقوق داخلی در دسته‌ای از کشورها متفاوت از دسته دیگری از کشورهاست، ارتباطی به اهداف حقوق بین‌الملل ندارد. اصولاً

حقوق بین‌الملل به موضوعات حقوق داخلی ربطی ندارد؛ حقوق بین‌الملل حاکم بر روابط بین دولت‌هاست» (Lauterpacht, 1931: 31, 38).

از جنگ جهانی دوم به بعد، تحلیل‌های تطبیقی نسبت به حقوق بین‌الملل در مقیاسی گسترده شروع و با دو قطبی شدن سیستم بین‌المللی و همچنین نیاز به شناخت دیدگاه‌های متضاد در حقوق بین‌الملل، این تحلیل‌ها توسعه پیدا کرد. از نیمه دوم دهه ۱۹۵۰ با استقلال دوازده مستعمره و سرزمین سابق، شمار تابعان حقوق بین‌الملل به نحو شایانی افزایش یافته است؛ به نحوی که با عضویت مونته‌نگرو در ۲۸ ژوئن ۲۰۰۶، اکنون ۱۹۲ کشور عضو سازمان ملل متحد بوده (<http://www.un.org/members/list.shtml>) و کوزوو و آبخازیا داوطلب عضویت می‌باشند. این مسئله به نوبه خود در تشکیل یا ظهور دوباره بلوک‌های متعدد و دیدگاه‌های فرهنگی یا ملی نسبت به حقوق بین‌الملل سهیم بوده است (Butler, 1987: 44-66). به هم وابستگی زیادتر جامعه بین‌المللی در عمل منجر به هماهنگ سازی بین‌المللی حقوق ملی شده است. این امر از طریق تصویب معاهدات بین‌المللی در همه شاخه‌های حقوق بین‌الملل، از جمله موافقتنامه‌های کنترل و خلع سلاح که نیاز به هماهنگی مقررات کنترل صادرات و استانداردهای امنیت هسته‌ای داشته و کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بشر و محیط زیست که احتیاج به پذیرش حداقل معیارهای اجرایی قابل قبول ملی دارد و همچنین معاهدات در زمینه‌های کیفری، کار و تجاری و بازرگانی صورت گرفته است. بنابراین، امروزه حقوقدانان بین‌المللی نسبت به وابستگی حقوق بین‌الملل به سیستم‌های حقوق ملی و اجراء مؤثر مقررات بین‌المللی، آگاهی بیشتر دارند. این امر منجر به مطالعات تطبیقی زیادتر شده است به نحوی که دولت‌ها از آنها در اجرای تعهدات بین‌المللی، رفع موانع نهادینه و بنیادین در مقابل اجرای معاهدات و بهبود بخشیدن روابط اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و بین‌المللی، یاری می‌جویند.

بنابراین، حقوق تطبیقی برای نظام دادن بهتر به روابط بین‌الملل سودمند است. این فایده هم در حقوق بین‌الملل خصوصی و هم در حقوق بین‌الملل عمومی مشاهده می‌شود. در حقوق بین‌الملل خصوصی بحث اساسی مسائل مربوط به تابعیت، اقامتگاه، وضعیت بیگانگان، تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌هاست. حل و فصل این امور در روابط بین‌الملل فقط در سایه حقوق تطبیقی میسر بوده و بدین منظور ناگزیر باید موافقتنامه‌های بین‌المللی تنظیم شود. قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی اجرای حقوق خارجی توسط دادگاه‌ها و دیگر مقامات داخلی را تسهیل می‌کند. چنین کاربردی مستلزم این است که دادگاه‌ها یا مقامات مزبور، اطلاعات لازم در مورد نظام حقوقی خارجی را داشته باشند. تحصیل اطلاعات و اجرای قانون خارجی به تنهایی تطبیق محسوب نمی‌شود. اما این امر حداقل مستلزم این است که بطور غیرمستقیم، بین قانون خارجی (قانون سبب) و قانون کشور مقر دادگاه مقایسه صورت گیرد. البته ممکن است در متن

رای دادگاه یا تصمیم مقامات مربوط، به مقایسه هیچ اشاره‌ای نشود. این مقایسه در خصوص شناسایی و اجرای احکام صادره از محاکم خارجی نیز صادق است. مثلاً طبق اصل مندرج در ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران، جایی که آراء خارجی مخالف اصول بنیادین حقوقی یا نظم عمومی و اخلاق حسنه کشور باشد از اجراء آنها جلوگیری می‌شود (الماسی، ۱۳۸۲، ۱۷۸، به بعد). این امر فقط در سایه مقایسه حقوق خارجی با اصول حقوقی ایران، بعنوان کشور مقرر دادگاه، امکان دارد. این موضوع در خصوص آراء داوری خارجی و اسناد تنظیم شده در خارج نیز صادق است.

حقوق تطبیقی برای کسانی که به حقوق اقتصادی و معاملات بین‌المللی علاقمندند نیز مفید است (Davidson, 2008, pp. 213-224 and Picker, 2008). دولت‌ها و نهادهای قضایی بین‌المللی در حل و فصل دعاوی بین‌المللی از حقوق تطبیقی استفاده می‌نمایند. بخصوص جاهایی که حقوق بین‌الملل مبهم است یا در آن خلاء وجود دارد، برای جلوگیری از استتکاف از احقاق حق بدلیل فقدان قانون یا ابهام و اجمال آن (Non-Liquet)، با توسل به حقوق ملی کشورهای و تصمیمات دادگاه‌های داخلی، در موارد مشابه تصمیم‌گیری می‌شود. نمونه بارز این امر در پرونده داوری «ترایل اسملتر» بین ایالات متحده آمریکا و کانادا اتفاق افتاد که در آن اتباع کانادا سبب ایجاد آلودگی در آمریکا شده بودند. طرفین موافقت کردند (ماده ۴ موافقتنامه)، دیوان داوری با استفاده از حقوق داخلی ایالات متحده و حقوق بین‌الملل اختلاف آنها را حل و فصل نماید. دیوان داوری با توسل به آراء صادره از دادگاه‌های آمریکا خصوصاً نظرات دیوان عالی آن کشور، تصمیم‌گیری نمود (Trail Smelter Case, UNRIAA, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. II pp. 1905-1982).

در دهه ۱۹۷۰ حقوق‌دانان بین‌المللی شروع به بررسی اصولی‌تر نقش حقوق تطبیقی در حقوق بین‌الملل عمومی و موارد استعمال بیشتر آن کردند به نحوی که امروزه گرایش عمومی به سمت مطالعات در دو رشته مزبور توسعه آنها را تسهیل کرده است. حداقل سه ارگان بین‌المللی بزرگ، یعنی «آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی» (International Academy of Comparative Law)، «کمیته بین‌المللی حقوق تطبیقی» (International Committee of Comparative Law) و «مجمع بین‌المللی علوم قضائی» (International Association of Legal Sciences)، هیأت‌ها و سمپوزیوم‌هایی را به این موضوع اختصاص داده‌اند که از چندین انجمن داخلی حقوق بین‌الملل تشکیل شده‌اند. هر چند اختلاف عمیق بین حقوق‌دانان شاخه‌های مختلف حقوق بین‌الملل وجود دارد، ولی همه آنها ارزش دیدگاه تطبیقی را تصدیق می‌نمایند. برای مثال می‌توان به «تاریخ حقوق بین‌الملل» شوارزنبرگر (Schwarzenberger)؛ «حقوق سازمان‌های بین‌المللی» گولد (Gould)؛ آثار ولتیکس (Valticos) و منکیواکز (Mankiewicz)؛ «مطالعه حقوق برای

مقاصد مصلحت اندیشانه و سیاسی» مک دوگال (McDougal)؛ «استفاده از حقوق تطبیقی توسط ارگان‌های قضایی» پرات (Prott) و موسلر (Mosler)؛ آثار پروفیسور برانلی (Brownlie)؛ هریس (Harris)؛ ریزمن (Reisman) و روزلین هیگینز (Higgins) اشاره کرد. به طور خلاصه شیوه های گوناگون بکار رفته توسط حقوقدانان بین‌المللی در بر دارنده روش تطبیقی به عنوان یکی از عوامل ضروری جهت توسعه حقوق بین‌الملل می‌باشد.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، یافته‌های مطالعات تطبیقی در حقوق بین‌الملل عمومی نیز قابل بهره برداری است. مثلاً علاوه بر ماده ۹ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که انتخاب قضات از «نظام های حقوقی مختلف» را ضروری می‌داند، بند ۱ (ج) ماده ۳۸ آن اساسنامه، منابع حقوق بین‌الملل را که دیوان بین‌المللی دادگستری باید به آنها استناد کند، فهرست می‌نماید. در میان آن منابع «اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده توسط ملل متملن» نیز وجود دارد. به نظر می‌رسد منظور از این اصول، اصول حقوقی داخلی است که به حقوق بین‌الملل راه یافته است. تنها راه تعیین و تفسیر این اصول حقوقی که در حقوق داخلی ملّت های متملن جهان مشترک است، «مقایسه سیستم‌های حقوقی» آنهاست. تاکنون قضات و حقوقدانان بیشتر براساس یافته‌ها و حدس و گمان خود تعیین می‌کرده‌اند کدام اصول از «اصول کلی حقوقی» مورد نظر ماده ۳۸ است. در این راستا، اصولی که واجد وصف «جهانی» هستند را در این دسته قرار داده‌اند. با این حال هنوز هیچ‌گونه مطالعه تطبیقی علمی و شایسته‌ای در این مورد که کدامیک از اصول حقوقی واقعاً جهانی و مورد پذیرش بین‌المللی است، به عمل نیامده است. اگر دقت شود در ماده ۳۸ ارجاع به «اصول کلی حقوقی شناخته شده در حقوق بین‌الملل» مدنظر نبوده بلکه بدلیل کاربرد این اصول توسط «ملل متملن» است که جزء حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند. تفسیر این عبارت فقط در سایه مطالعات و متدولوژی تطبیقی ممکن است (Eberle, 2009, p. 470). قبل از اینکه قاضی بین‌المللی بتواند اصلی را تحت عنوان «اصل کلی حقوقی» از حقوق داخلی مستند رأی خود قرار دهد، باید اطمینان حاصل نماید که ماهیت آن اصل در نظام‌های حقوقی اصلی جهان به رسمیت شناخته شده و کاربرد آن خدشه‌ای به این نظام‌ها وارد نخواهد کرد. مثلاً اصل «دارا شدن غیرعادلانه» (Unjust Enrichment) و «اصل وفای به عهد» (Pacta Sunt Servanda) در اغلب سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده و در عین حال از اصول اساسی حقوق بین‌الملل می‌باشند.

در برخی از موارد، حقوق تطبیقی سهمی عمده در تعیین «عرف بین‌المللی» دارد. عرف بین‌المللی قواعد حقوقی است که ناشی از رویه دولتهاست. بعنوان مثال بر اساس قواعد کلی حقوق بین‌الملل عمومی، دولتها متعهدند در قلمرو خود با بیگانگان طبق اصل «حداقل استانداردهای بین‌المللی» (Minimum International Standards) که خود اصلی برخاسته از حقوق

داخلی است، رفتار نمایند. این امر در خصوص «پرداخت خسارت مناسب» توسط دولت‌ها، زمانی که اموال خارجی را مصادره می‌کنند نیز صادق است. حدود و ثغور و مفهوم واقعی این اصول فقط از طریق تطبیق نظام‌های حقوقی موجود ممکن است.

ممکن است بین قانون داخلی و خارجی در چارچوب «حقوق کیفری بین‌المللی» نیز تطبیق ضروری باشد. در بسیاری از کشورها بدلیل اعمالی که شخص در خارج انجام داده، اگر اعمال او مطابق قانون آن کشور خارجی جرم نباشد، نمی‌توان وی را مجازات کرد. مجازاتی هم که صورت می‌گیرد نباید سنگین‌تر از شدیدترین مجازاتی باشد که در محل ارتکاب جرم وجود دارد. تعیین این امور از طریق حقوق تطبیقی امکان‌پذیر است.

همچنین حقوق تطبیقی در بسیاری از زمینه‌های دیگر نقشی با ارزش را برای حقوق بین‌الملل عمومی در بر دارد. در اینجا کافی است به این نکته اشاره شود که در «تهیه پیش‌نویس» موافقتنامه‌های بین‌المللی و «تفسیر» آنها مشکلات بسیار در مورد مفاهیم و ترمینولوژی بکار گرفته شده، بوجود می‌آید. بدین لحاظ دیپلمات‌هایی که معاهدات و قراردادهای بین‌المللی را منعقد می‌کنند باید حقوق تطبیقی را بیاموزند. مذاکراتی که انجام می‌شود ریشه در نظام‌های مختلف حقوقی دارد که سبب می‌شود دولت‌ها آن مفاهیم و ترمینولوژی را بر سر میز مذاکره بیاورند. مطالعات حقوق تطبیقی در سیستم‌های حقوقی مختلف این امکان را بوجود می‌آورد که در زمان تهیه موافقتنامه‌های مورد اشاره، مذاکره‌کنندگان از خطر تفاسیر و سوء تفاهمات متعدد آگاهی یابند. همچنین مطالعات مذکور حتی پس از انعقاد توافقنامه‌ها و در صورت بروز اختلاف، می‌تواند در تفسیر، «قصد واقعی» منعقدکنندگان را آشکار کند.

در حال حاضر، به موجب برخی معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی، کشورها متعهدند تعهداتی خاص را در حقوق ملی خود بپذیرند و یا حقوق ملی خود را با آنها یکسان سازند. بعنوان مثال می‌توان از معاهدات بین‌المللی مربوط به حقوق بشر، حقوق محیط زیست، حقوق کیفری، حقوق کار و حقوق تجارت بخصوص رشد چشمگیر داوری تجاری بین‌المللی و تجارت الکترونیک و تأثیر آنها بر نظام‌های داخلی حقوق نام برد. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ و قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ هر دو اقتباس از مدل آنسیترال یعنی قانون نمونه داوری ۱۹۸۵ و قانون نمونه تجارت الکترونیک ۱۹۹۶ است. همچنین مؤسسات و سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای بسیار در جهت یکسان‌سازی قوانین در حال فعالیت می‌باشند. آنسیترال، کنوانسیون سازمان ملل متحد در باب شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ با ۱۴۲ عضو منجمله ایران، کنوانسیون لاهه مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی که در سال ۱۸۹۳ در کنفرانس لاهه تصویب و اکنون ۶۷ کشور و سازمان عضو آن هستند ([http://www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php))، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ و

مؤسسه بین‌المللی متحدالشکل سازی حقوق خصوصی (International Institute for the Unification of Private Law) با ۶۱ عضو از جمله ایران (<http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>) از این قبیل بوده که در زمینه ایجاد «وحدت حقوقی» فعالیت می‌کنند. بعلاوه، ارتباط نزدیک بین حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل سبب تأسیس مؤسسات بزرگی چون «مؤسسه حقوق عمومی تطبیقی و حقوق بین‌الملل ماکس پلانک» (Max Planck Institute for Comparative Public and International Law) در هایدلبرگ آلمان، «مؤسسه حقوق تطبیقی اروپا» (Institute of European and Comparative Law) که در سال ۱۹۹۵ در دانشکده حقوق دانشگاه آکسفورد تأسیس شد و «مؤسسه حقوق بین‌الملل و تطبیقی بریتانیا» (British Institute of International and Comparative Law) در لندن و انتشار دهها مجله تخصصی معتبر در سطح بین‌المللی، شده است. از جمله این مجلات «فصلنامه حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی» (International and Comparative Law Quarterly) مؤسسه حقوق بین‌الملل و تطبیقی بریتانیاست که از سال ۱۹۵۲ تاکنون توسط مرکز انتشارات دانشگاه آکسفورد چاپ و مسائل تطبیقی و حقوق بین‌الملل عمومی و خصوصی را تحت پوشش قرار می‌دهد. «مجله حقوق بین‌الملل و تطبیقی دوک» (Duke Journal of Comparative and International Law) که از سال ۱۹۹۰ تاکنون در ایالات متحده آمریکا بچاپ می‌رسد؛ «مجله حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی هیزتینگ» (Hasting International and Comparative Law) که از سال ۱۹۷۶ تاکنون منتشر می‌شود و «مجله حقوق بین‌الملل و تطبیقی کاردوزو» (Cardozo Journal of International and Comparative Law) که بوسیله دانشکده یشیوا در نیویورک از سال ۱۹۹۲ تاکنون بچاپ می‌رسد نیز در این خصوص از اهمیت بسیار برخوردارند.

##### ۵- رابطه حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل در جهان امروز

با توجه به مطالب گفته شده، بین حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل ارتباطی تنگاتنگ وجود دارد. بنابر این در رویکردی جدید که به دیدگاه‌های تطبیقی در حقوق بین‌الملل می‌شود، موارد ذیل می‌تواند مورد استفاده واقع شود.

هر تجزیه و تحلیل حقوقی حاکم بر روابط خارجی منجمله قانون‌گذاری داخلی دولت‌ها، تصمیمات قضایی و ارگان‌های دولتی که عملکرد آنها مستقیماً در حقوق بین‌الملل دخالت دارد، در فرآیند هنجار سازی در حقوق بین‌الملل شرکت دارد و اجرای حقوق بین‌الملل را تسهیل یا از آن ممانعت می‌کند. بسیاری از خلاءهای موجود در حقوق بین‌الملل از این طریق برطرف می‌شود.

حقوق تطبیقی در تحلیل اثرات ناشی از کاربرد حقوق بین‌الملل در نظام‌های حقوقی داخلی، یعنی انجام وظیفه واقعی نظام حقوق داخلی در رابطه با قواعد حقوق بین‌الملل و آگاهی از آنچه که آن را «زیر ساخت‌ها و عکس‌العمل‌های قوانین بین‌المللی» نامیده‌اند، مساعدت می‌کند. اهمیت این نقش حقوق تطبیقی نسبی بوده و از کشوری به کشور دیگر متفاوت است.

تجزیه و تحلیل منابع حقوق بین‌الملل یعنی بررسی اصول کلی حقوقی برسمیت شناخته شده توسط ملت‌های متملن که در بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به آنها ارجاع شده است منوط به انجام تطبیق است. علاوه بر دادگاه‌های بین‌المللی مثل دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای، نهادهای منطقه‌ای نیز دارای سازمان‌های قضایی و محاکم داوری هستند که اغلب مجبورند به «اصول کلی حقوق داخلی» متوسل شوند. در باب تعهدات بین‌المللی، رویه دولت (عنصر مادی عرف - State Practice)، به عنوان منعکس‌کننده عنصر روانی عرف (Opinio Juris)، دلیلی بر وجود یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است و این امر فقط در سایه شیوه تطبیقی می‌تواند مورد ارزیابی قرار گیرد. در حقیقت وحدت و هماهنگ سازی حقوق صرفاً از طریق ایجاد هماهنگی در تدوین قوانین ملی صورت نمی‌گیرد. دولت‌ها معمولاً برای انعقاد یک معاهده بین‌المللی به توافق می‌رسند و سپس قانون ملی خود را بر اساس شرایط آن پیمان تعدیل می‌کنند.

تحلیل دیدگاه‌های ملی، منطقه‌ای و دیگر دیدگاه‌ها نسبت به حقوق بین‌الملل، یعنی بررسی ماهوی مواضع دولت یا گروهی از دولتها نسبت به حقوق بین‌الملل و قواعد حقوقی متعاقب آنها نیز وابسته به مطالعات تطبیقی است. مثال‌های این امر کشورهای وابسته به ایدئولوژی شوروی سابق و چین با مفاهیم سوسیالیستی، دیدگاه‌های کشورهای آمریکای لاتین، کشورهای اسلامی، هند و بودایی و امثال آنهاست.

حقوق تطبیقی در تجزیه و تحلیل ارزش‌ها و رویه‌ها، یعنی عناصری که توسط افراد و جوامع بکار رفته و شناسایی، شکل‌بندی، یا ایجاد اهدافی که در نظام جهانی سهمیم هستند را تسهیل می‌کنند، مساعدت می‌نماید. این دیدگاه توسط هرولد لاسول (Lasswell) و مک دوگال (McDougal) ارائه شد که شیوه تطبیقی را ابزاری ضروری در حقوق بین‌الملل می‌دانند. این دیدگاه حقوق بین‌الملل را صرفاً مجموعه‌ای از «قواعد» نمی‌داند بلکه به شکل‌گیری آن بعنوان یک «پروسه» می‌نگرد (Higgins, 1994).

حقوق تطبیقی در تجزیه و تحلیل تحولات حقوق بین‌الملل و زیرمجموعه‌های آن، در گذشته و یا در حال حاضر به صورت منظم مؤثر بوده است. این امر به نحو خاص در کشف

نقش تاریخی حقوق بین‌الملل در شکل‌های متفاوت نظام حقوقی بین‌المللی مفید و سودمند است.

ساختار، وظیفه، فعالیت‌ها و آئین‌رسیدگی و قانونمند نمودن سازمان‌های بین‌الدولی بمنظور شناسایی و تفکیک اصول و قواعد کلی حاکم بر آنها، وابسته به تحلیل تطبیقی است. این شیوه در مورد نهادهای دیگری که تا اندازه‌ای از شخصیت حقوقی بین‌المللی برخوردارند نیز اعمال شود.

بالاخره، مورد دیگر که ارتباط این دو شاخه را بخوبی نشان می‌دهد بکارگیری علم و دانش حقوق تطبیقی سنتی در حقوق بین‌الملل یعنی توجه به نظام حقوقی بین‌المللی به عنوان حقوقی است که مانند سیستم‌های حقوقی دیگر باید در راستای اهداف حقوق تطبیقی مورد تحلیل قرار گیرند. این دیدگاه به هیچ وجه ساختار مستقل حقوق بین‌الملل را رد نمی‌کند. زیرا این امر عناصر مشترک نظام‌های مختلف را مقایسه و تحقیق در مورد آنها را تسهیل می‌نماید.

## ۶- نتیجه‌گیری

بدون شک نقش حقوق تطبیقی در زمینه افزایش آگاهی‌های عمومی حقوقدانان، درک بهتر حقوق داخلی، اصلاح و تکمیل قوانین موجود و وضع قوانین جدید (Maine, 1871: 4)، نقش مؤثر در حل و فصل دعاوی در دادگاه‌های ملی و بین‌المللی، نقش مهم در انعقاد قراردادهای بین‌المللی، وحدت حقوقی جهانی و بالاخره نقش آن در متحدالشکل و هماهنگ ساختن قوانین و مقررات ملی، همگی در جهت اهداف حقوق بین‌الملل است. اگر چه شاخه‌های جدید مثل «حقوق جزای تطبیقی» و «حقوق مدنی تطبیقی» اکنون بوجود آمده‌اند در گفتمان حقوق تطبیقی کنونی، نیاز به تحقیق در زمینه‌های حقوق تطبیقی و فلسفه حقوق یا فلسفه تطبیقی حقوق، حقوق تطبیقی و تاریخ حقوق یا حقوق تطبیقی تاریخی، حقوق تطبیقی و فرهنگ یا حقوق تطبیقی فرهنگ‌های حقوقی و مطالعات فرهنگی، حقوق تجارت و اقتصاد یا حقوق تجارت اقتصادی تطبیقی، به شدت احساس می‌شود.

همانطور که در این مقاله اشاره شد، در اروپا تطبیق نظام‌های داخلی حقوق و حرکت به سمت وحدت حقوقی منطقه‌ای به مقدار زیاد رشد و پیشرفت داشته است. بیشتر دولت‌های اروپایی، در عین همکاری با هم، از یکدیگر استقلال داخلی دارند. آنها به شکل فزاینده، از طریق چارچوب‌های سازمان‌یافته‌ای که حتی شامل نهادهای کوچک نیز می‌شود (به‌طور مثال، اتحادیه بنلوکس)، عمل می‌کنند. برای جوامع اروپایی، روش تطبیقی دارای اهمیت خاص در زمینه «اجتماع» دولت‌های عضو است. با این حال با افزایش اعضاء، خصوصاً از کشورهای اروپای شرقی پس از جنگ سرد، توجه به حقوق داخلی کشورهای عضو، بیش از پیش مشکل



می‌شود. به موجب اصل «همبستگی و تشریک مساعی»، تمام کشورهای عضو، از فرایند «اجتماع» تبعیت می‌کنند. بنابراین در ملزم ساختن حقوقی اتحادیه و دولتهای عضو به رعایت کردن عرف‌های گوناگون حقوقی و برای یکسان سازی حقوق اتحادیه در کشورهای عضو و در نتیجه توسعه قواعدی که به حقوق عرفی دولت‌های اتحادیه واگذار شده، بکار بردن روش تطبیقی ضروری است. عرف‌های اصلی اروپایی، عموماً در تمامی سازمان‌های وابسته در این منطقه بوجود آمده و در محدوده‌ای وسیع توسط شورای اتحادیه گسترش یافته و اعمال می‌گردد. تجربه اروپا نشان می‌دهد که برای دستیابی به نظام حقوقی متحدالشکل جهانی، ابتدا هماهنگ سازی ساختارهای حقوقی داخلی کشورها ضروری می‌نماید.

کاربرد شیوه تطبیقی در حقوق بین‌الملل نیز یکی از امید بخش‌ترین پیشرفت‌ها در طول سال‌های گذشته در جامعه بین‌المللی بوده است. امروزه حقوق تطبیقی مفهوم قدیمی خود را که عمدتاً بر مبانی نظری صرف استوار بود و فقط یک «فعالیت روشنفکرانه» در ارتباط با حقوق تلقی می‌گردید (Cruz, 1999: vii)، از دست داده و عملاً در خدمت «جامعه جهانی» قرار گرفته است. نقش حقوق تطبیقی در آموزش و تحقیق به مسائل کاربردی دیگری مثل تصمیم‌گیری‌های قضایی و داوری، تهیه و تنظیم معاهدات بین‌المللی و قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی و تصویب قوانین مربوط به امور خارجی، گسترش یافته است. فراگیری حقوق تطبیقی همان‌گونه که برای یک حقوقدان اروپایی، آمریکایی، آسیایی، آفریقایی یا افرادی که در فضای حقوق فراملی کار می‌کنند ضروری است، برای حقوقدانان بین‌المللی نیز یک امر حیاتی محسوب می‌شود. در طول نیم قرن گذشته جهان شاهد توسعه چشمگیر ارتباط حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل بوده است. حقوق تطبیقی دیگر بصورت سرگردان در سایه بین حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی حرکت نمی‌کند. در سال‌های اخیر نوشته‌های حقوقی در زمینه حقوق تطبیقی به نحو گسترده‌ای افزایش نشان می‌دهد (Merriman, 1998: 772). همچنین در هزاره جدید این شاخه از علم حقوق از قلمرو محدود و قدیمی خارج و با اقیانوسی از مسائل جدید مرتبط با زندگی غنی گشته است (Oruca, 2004: 242). اکنون حقوق تطبیقی «دانش» قرن جدید است و حتی «جهانی شدن» از ارزش آن نمی‌کاهد. جهانی شدن که در زمینه حقوق نیز نمودی چشمگیر پیدا کرده است، نیاز به اصول و ضوابطی دارد که در سایه روش‌های تطبیقی قابل تحصیل است (Cassese, 2005, pp. 973-993). در حالی که دیدگاه‌های متعدد در حقوق بین‌الملل استفاده از شیوه تطبیقی را تشویق می‌کند، همه بدون استثناء وظیفه‌ای مهم تر دارند و آن اینکه قبل از آنکه به نقطه بالقوه کامل خود برسند، باعث توسعه و پالایش شیوه تطبیق گردند تا حقوق تطبیقی همچنان به مثابه

«نورافکنی» بر حقوق داخلی کشورها بتابد، ریزه کاری های آنها را روشن کند و آنها را به سمت «وحدت حقوقی بین المللی» سوق دهد.

آثار و نتایج حقوق تطبیقی در حقوق بین الملل به مراتب بیش از دیگر رشته های حقوق احساس می شود. استفاده از روش های تطبیقی از یک طرف در استحکام قوانین بین المللی نقشی رو به افزایش داشته و از طرف دیگر سبب نفوذ بسیاری از اصول و قواعد حقوق بین الملل در قوانین اساسی کشورها شده است (مدنی، ۱۳۷۹، قسمت ضمائم). بدون شک در جهان معاصر که در آن کشورها روز به روز به یکدیگر نزدیک تر می شوند، حقوقدانانی موفق ترند که دارای درک و بینش تطبیقی برای انجام مشاغل حقوقی مثل دادرسی، قانون گذاری، وکالت و آموزش و پژوهش باشند. به همین دلیل هیچ زمانی مردم جهان به اندازه امروز اشتیاق به آموزش و پژوهش در زمینه حقوق تطبیقی نداشته اند.

## منابع و مأخذ

### الف - فارسی

۱. الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۲)، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، نشر میزان.
۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۳)، *حقوق تجارت تطبیقی*، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
۳. دیوان دادگستری اروپائی، (۱۹۸۲)، پرونده شماره ECR ۱۵۵/۷۹، ص. ۱۵۷۵.
۴. دیوان دادگستری اروپائی، (۱۹۸۳)، پرونده شماره ECR ۲۶۳/۸۲، ص. ۴۱۴۳.
۵. دیوید، رنه، (۱۳۶۹)، *نظام های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه صفائی، حسین، عاشوری، محمد و عراقی، عزت الله، چاپ دوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۶. ردیر، رنه، مقدمه ای بر حقوق تطبیقی، ترجمه علوی، سید محمد، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین المللی ج.ا.ا، ۱۳۷۱.
۷. زراعت، عباس، (۱۳۸۴)، *حقوق جزای عمومی تطبیقی*، تهران، انتشارات فکر سازان.
۸. شیروی، عبد الحسین (۱۳۸۴)، *حقوق تطبیقی*، تهران، انتشارات سمت.
۹. صفائی، سید حسین، (۱۳۷۵)، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، نشر میزان.
۱۰. عرفانی، محمود، (۱۳۷۳)، *حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی معاصر*، جلد اول، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).
۱۱. قرائی، خسرو، (۱۳۴۷)، *دو طرز فکر حقوقی: مطالعه سیستم حقوقی انگلیس و فرانسه*، مجموعه حقوق تطبیقی شماره ۳، تهران، چاپ کیهان.
۱۲. مدنی، جلال الدین، (۱۳۷۹)، *حقوق اساسی تطبیقی*، انتشارات پایدار.

### ب - خارجی

- 1- Bogdan M., (1994), *Comparative Law*, Kluwer Norstedts Juridisk Tano, Norway.
- 2- Bothe M. and Ress G., (1980), "The Comparative Method and Public International Law", in Butler W. E. (ed.), *International Law in Comparative Perspective*, Alphan van den Rijn: Sijthoff & Noordhoff.
- 3- Butler W. E., (1987), "Comparative Law and International Law", 10 *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland.

- 4- Cassese S., (2005), "The Globalization of Law", *International Law and Politics*, Vol. 37.
- 5- Cruz P., (1999), **Comparative Law in a Changing World**, 2<sup>nd</sup> ed., Cavendish Publishing Ltd.
- 6- Davidson P. J., (2008) "The Role of International Law in the Governance of International Economic Relations in Asean", 12 *Singapore Year Book of International Law*.
- 7- Eberle E. J., (2009), "The Method and Role of Comparative Law", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8 No. 3.
- 8- Farran S., (2009), "Palm Tree Justice? The Role of Comparative Law in the South Pacific", 58 *International and Comparative Law Quarterly*.
- 9- Gutteridge H. C., (1949), **Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research**, 2<sup>nd</sup> ed.
- 10- Higgins R., (1994), **Problems and Process: International Law and How we Use It**, Oxford, Clarendon Press.
- 11- Hilf M., (1987), "**Comparative Law and European Law**", 10 *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland.
- 12- Howard A.E. D., (2009) "A Traveler from an Antique Land: The Modern Renaissance of Comparative Constitutionalism", *Virginia Journal Of International Law*, Vol. 50, No. 1
- 13 - <http://www.iuscomparatum.org/>.
- 14 - [http://europa.eu.int/constitution/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/constitution/index_en.htm).
- 15 - <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>.
- 16 - [http://en.wikipedia.org/wiki/European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights](http://en.wikipedia.org/wiki/European_Court_of_Human_Rights).
- 17 - <http://iclj.oxfordjournals.org/>.
- 18 - <http://www.law.duke.edu/journals/djcl/index.htm>.
- 19 - <http://www.cardozo.yu.edu/cjicl/>.
- 20 - <http://www.uchastings.edu/?pid=1792>.
- 21 - <http://www.mpil.de/ww/en/pub/news.cfm>.
- 22 - <http://www.biicl.org/index.asp?contentid=953&menuid=98>.
- 23 - <http://www.europol.europa.eu/>.
- 24 - <http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/index1.asp>.
- 25 - [http://www.coe.int/T/E/Com/About\\_Coe/Member\\_states/](http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Member_states/).
- 26 - <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>.
- 27 - [http://www.delidn.ec.europa.eu/en/eu\\_guide/eu\\_guide\\_2.htm](http://www.delidn.ec.europa.eu/en/eu_guide/eu_guide_2.htm).
- 28 - <http://www.un.org/members/list.shtml>.
- 29 - <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>.
- 30 - [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).
- 31 - [http://www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php).
- 32 - <http://www.oic-oci.org/>.
- 33- ICJ Rep., 1952, p. 176.
- 34- Kropholler J., (1987), "**Comparative Law, Function and Method**", 10 *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland.
- 35- Lauterpacht H., (1931), "**The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law**", *British Yearbook of International Law*, Vol. 12.
- 36- "**Law of the European Union**", at [http://en.wikipedia.org/wiki/Law\\_of\\_the\\_European\\_Union](http://en.wikipedia.org/wiki/Law_of_the_European_Union), viewed on 23 Sept. 2009.
- 37- Maine H., (1871), **Village Communities in the East and West**, London.
- 38- Menski W. F., (2000), **Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa**, Platinum Publishing Limited, London.
- 39- Merriman J. H., (1998), "**Comparative Law Scholarship**", 21 *Hasting International and Comparative Law*.
- 40- Niglia L., (2006) "Taking Comparative Law Seriously: Europe's Private Law and the Poverty of the Orthodoxy", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 2, pp. 401-427
- 41- Oruca E., (2004), **The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- 42- Picker C. B., *et al*(eds), (2008), **International Economic Law: The State and Future of the Discipline**, Hart Publishing, Oxford.
- 43- Siems M. M., (2007), "**The End of Comparative Law**", at <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/wp340.pdf>.

- 
- 44- Trail Smelter Case, (1905, 1920, 1938-41), **United Nations Reports of International Arbitral Awards**.
- 45- **United Nations Treaty Series(UNTS)**, vol. 298.
- 46- Zumbansen P., (2005), "**Comparative Law's Coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons**", *German Law Journal*, Vol. 6, No. 7.
- 47- Zweigert K., and Kotz H., (1998), **An Introduction to Comparative Law**, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Clarendon Press.