

## اصلاح نظام‌های حقوقی در گذر تکامل حقوق تطبیقی

علی برجیان<sup>۱</sup> - حارث الدباغ<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۵/۸/۲۰ - پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶

### چکیده

سیر تکاملی حقوق تطبیقی بیانگر این نکته است که استفاده از تطبیق در حقوق با هدف اصلاح سیستم‌های حقوقی، خصوصاً در مرحله قانون‌گذاری، آغاز شده است. حقوق تطبیقی نه تنها از ابتدای شکل‌گیری مدرن خود با این رسالت متولد شده؛ بلکه همواره در طول دوره رشد خود نیز در صدد یافتن بهترین راهکارها به همین منظور بوده است. این نوشتار بر آنست که تکامل نقش مهم و بنیادین حقوق تطبیقی را در روند انجام اصلاحات حقوقی بررسی و با مطالعه روش‌های گوناگون انتقال حقوق، به عنوان یکی از راه‌های عمده پیشنهادی و معمول در اصلاح و تکامل یک سیستم حقوقی، مناسب‌ترین روش آن را بیان کند که منتهی به ارائه نظام حقوقی منسجم و کارا می‌شود. مطابق آخرین دستاوردهای حقوق تطبیقی، فرآیند انتقال حقوق ممکن است توسط دو روش کارکردگرا و فرهنگ‌گرا یا اوضاع محور انجام گیرد. روش نخست هرچند مورد استفاده و مبنای اولین اصلاحات حقوقی بوده است؛ اما به‌تنهایی و بدون در نظر گرفتن اوضاع و شرایط مختلف فرهنگی دو جامعه مورد اقتباس و پذیرنده نمی‌تواند مدل حقوقی مقبولی به دست دهد. بنابراین، مراجعه به آخرین داده‌های حقوق تطبیقی ما را به این حقیقت رهنمون می‌سازد که استفاده متوازن از هر دو روش در کنار هم می‌تواند روش مناسب و بهینه را تشکیل دهد.

**واژگان کلیدی:** انتقال حقوق، اصلاحات حقوقی، روش‌شناسی حقوق تطبیقی، کارکردگرایی، فرهنگ‌گرایی.

## مقدمه

امروزه یکی از زمینه‌های پویای حقوق مدرن، حقوق تطبیقی است که شاهد تغییرات بسیاری در مفهوم و نیز حیطه اعمال آن بوده است. روند این تکامل مفهومی در شناخت‌شناسی حقوق تطبیقی به طرز چشمگیری ادامه دارد. هدف اصلی از نگارش این مقاله، بررسی اجمالی نقش اصلاح‌گرانه حقوق تطبیقی است و پس از آن یادآوری لزوم ارائه مختصر مدلی منسجم و مؤثر در انجام اصلاحات حقوقی با تکیه بر دستاوردهای اخیر علم حقوق تطبیقی می‌باشد. مدلی که به‌نوبه خود و با توجه به مجموع اوضاع فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی بسیاری از کشورها، از جمله ایران، برای اصلاحات حقوقی نیز مفید و درخور استفاده خواهد بود.

پرسش‌های بنیادین مقاله پیش رو عبارت‌اند از اینکه: اولاً چگونه حقوق تطبیقی خصوصاً در سایه پیشرفت روش‌ها و تکنیک‌های اخیر آن می‌تواند به اصلاح سیستم‌های حقوقی کمک کند؟ به عبارت دقیق‌تر، روش‌شناسی حقوق تطبیقی چه تطوراتی را پشت سر گذاشته و چه ابزارهایی در فرایند انتقال حقوق به کار گرفته می‌شوند؟ ثانیاً انتقال حقوق به چه دلایلی، چگونه و تحت تأثیر چه عواملی از نظامی به نظام دیگر، به صورت بهینه و در راستای اصلاح حقوق کشور یا نظام حقوقی پذیرنده، انجام‌پذیر می‌شود؟

در واقع، تحقیقات انجام شده تاکنون در زمینه نقش سازنده حقوق تطبیقی در اصلاح و بازسازی نظام‌های حقوقی، معمولاً بدون ارائه مدلی جامع و درخور استفاده برای تمام سیستم‌های حقوقی، به مطالعه یک یا چند کشور محدود شده است. اصطلاحات گوناگون و متنوعی در این زمینه به عرصه ادبیات و پیشینه حقوق تطبیقی پیشنهاد شده است؛ مانند انتقال حقوق، مسافرت یا مبادله سیستم‌های حقوقی، صدور یا وارد کردن حقوق، کاشت یا پیوند زدن حقوق، ترکیب یا تلفیق حقوقی و حساسیت‌زایی در حقوق؛ از این لحاظ که با ورود عناصر حقوق خارجی که زمینه پذیرش آن در یک نظام دیگر نیست، همانند ورود عوامل نامطلوب به بدن که ایجاد حساسیت و خارش می‌کند، سیستم حقوقی نیز دچار ناسازگاری شده و در برابر آن واکنش منفی نشان می‌دهد؛ برای سامان دادن به این گوناگونی و تنوع، نیاز به تحلیلی انتقادی و نظری است که بتوان از خلال آن یک تئوری عمومی را در این راستا ارائه کرد. بر این مبنا باید هر نظام حقوقی را در مجموع زمینه‌های تشکیل‌دهنده آن بررسی کرد که در مکتب فرهنگ‌گرایی مورد بحث است و به صرف مطالعات کارکردگرایانه حقوق تطبیقی اکتفا نکرد. چه اینکه این مکتب به‌نوبه خود

مستلزم توجه به تفاوت‌های بنیادین بین جوامع غالباً غیر غربی و ام‌گیرنده از حقوق‌های مدرن غربی با جوامع دارای چنین نظام‌هایی است و خود نیازمند انجام مطالعات میان‌رشته‌ای بین حقوق و سایر علوم انسانی است. روش‌شناسی حقوق تطبیقی از مباحث عمده و کلیدی چنین پژوهش‌هایی است که همواره در حال پالایش و تکامل است. از همین روست که به درستی ادعا شده است «در زمان ما که در دوره جهانی شدن به سر می‌بریم، هر حقوق‌دان، نظریه‌پرداز یا سایر مشاغل حقوقی، نظیر قاضی، وکیل، سردفتر یا مشاوران حقوقی باید از حقوق تطبیقی اطلاع داشته باشد و این شناخت نه تنها به شناخت از دیگران کمک می‌کند بلکه وسیله شناخت بیشتر از خود نیز است» (Gambaro, Sacco, & Vogel, 2011: متن پشت جلد).

در این نوشتار، موضوع‌های مورد مطالعه عبارت‌اند از:

- الف- سیر تکاملی و کارکردهای کلی حقوق تطبیقی؛
- ب- روش‌شناسی حقوق تطبیقی در انجام اصلاحات حقوقی؛
- پ- بررسی نقش حقوق تطبیقی به عنوان ابزار اصلاح نظام‌های حقوقی؛
- ت- روش‌های مختلف انتقال حقوق؛
- ث- انتقال حقوق در مکتب فرهنگ‌گرا؛
- ج- مدل مناسب برای انجام اصلاحات حقوقی؛
- چ- دلایل انتقال و عوامل تأثیرگذار بر یک اصلاح حقوقی موفق؛
- ح- نقش حقوق تطبیقی در ساختن یا بازسازی یک نظام نوین حقوقی (۸).

## ۱. سیر تکاملی و کارکردهای حقوق تطبیقی

در این قسمت، ابتدا اشاره‌ای گذرا به سیر تاریخی و تکاملی حقوق تطبیقی و در ادامه کارکردهای اصلی حقوق تطبیقی تبیین می‌شود.

### ۱-۱. قدمت حقوق تطبیقی و پیدایش حقوق تطبیقی مدرن

از منظر تاریخی، استفاده از روش تطبیقی قدمتی چشمگیر دارد؛ یعنی از زمان یونان باستان، فلاسفه برای مقایسه نهادهای سیاسی و دموکراتیک از این روش استفاده می‌کرده‌اند (داوید و اسپینوزی، ۱۳۹۱: ۱۱-۱۲)؛ اما مطالعه تطبیقی به مفهوم علمی در حقوق پیشینه‌ای تازه‌تر دارد و می‌توان آن را مقارن قرن هجدهم با خلق اثر معروف مونتسکیو، *روح‌القوانین*، دانست و از همین رو

او را پدر حقوق تطبیقی نامیده‌اند. از دهه‌های ۱۸۶۰ و ۱۸۷۰ میلادی حقوق تطبیقی را نخست به‌عنوان ابزاری برای حل مشکلات عملی و بهبود بخشیدن و اصلاح قوانین به کار گرفته‌اند؛ اما رواج حقوق تطبیقی به مفهوم مدرن و امروزی آن را باید از مقایسه در حقوق (های) خصوصی (Ponthoreau, 2010: 33-35, 60) و از سال ۱۹۰۰ میلادی، معروف به سال نمایشگاه‌های جهانی، در پاریس در نظر بگیریم (Kotz, 1998: 2 & 186ontext186i). می‌توان از ادوارد لامبرت و ریموند سالیس به‌عنوان بنیان‌گذاران حقوق تطبیقی مدرن نام برد (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۲؛ صفایی، ۱۳۷۳: ۳۱۰) که قصد داشته‌اند از این رشته حقوق برای ایجاد یک «حقوق مشترک انسانی» استفاده کنند تا بدان‌وسیله اختلاف میان سیستم‌های حقوقی پراکنده در همه دنیا را به حداقل ممکن برسانند (Fumichon, 2013؛ داوید و اسپینوزی: ۱۳۹۱).

## ۱-۲. کارکردهای حقوق تطبیقی

دو زمینه علمی و عملی، بنیاد دکتترین حقوق تطبیقی را تشکیل می‌دهند. کارکرد علمی یا دانشگاهی آن که حاصل مباحث درازمدت و تدریس دانشگاهی است و فاقد بار هنجاری و دستوری است (Fauvarque-Cosson, 2005: 71). این کارکرد علمی و پژوهشی حقوق تطبیقی در خدمت پروژه‌های انسان‌دوستانه و فرهنگی و نقادانه قرار می‌گیرد. زمینه عملی حقوق تطبیقی نیز کارکردهای گوناگون و متنوعی دارد که از جمله می‌توان به نقش آن در کمک‌رساندن به قانون‌گذار در اصلاح نظام‌های حقوقی (Fumichon et al., 2013; Hill, 1989; Zweigert & Kötz, 1998) و نیز شناخت بهتر سیستم خود (داوید و اسپینوزی، ۱۳۹۱: ۱۶-۱۸؛ شیروی، ۱۳۹۳: ۳۹-۴۴) یا یکسان‌سازی آن نظام‌ها اشاره کرد؛ مثل آنچه در اتحادیه اروپا درباره حقوق خصوصی اروپایی اتفاق افتاده است (Fauvarque-Cosson, 2005: 5; Zweigert & Kötz, 1998: 15) و در سرتاسر دنیا «قانون‌گذاران‌گذاران مدرن چنین راه‌حلی را از حقوق تطبیقی آموخته‌اند» (Zweigert & Kötz, 1998: 18).

علاوه بر نقش مؤثر حقوق تطبیقی در زمینه قانون‌گذاری، می‌توان به کارکرد قضایی و حقوقی آن در نظام‌های مختلف مانند نقش تفسیری در حقوق ملی و حل و فصل اختلافات داخلی نیز توجه کرد (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۴-۵۳؛ Fauvarque-Cosson, 2005: 80-82). کشورهای اروپایی مثل یونان، پرتغال و سوئیس مثال‌های خوبی در این زمینه هستند. همچنین در کشورهای

دارای سیستم حقوقی کامن‌لا، سنتی قدیمی مابین دادگاه‌های کشورهای مشترک‌المنافع مثل انگلیس، کانادا و استرالیا در ارجاع به آرای صادره از محاکم یکدیگر وجود دارد (Zweig et & Riles, 2001: 18). طبق قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نیز قاضی دادگاه‌های داخلی می‌تواند در صورت فقدان قانون مناسب، راه‌حل را در بین قوانین خارجی جست‌وجو کند (Riles, 2001: 2). قانون اساسی آفریقای جنوبی هم در اصل سی‌ونهم خود رویه مشابهی را اتخاذ کرده و این‌گونه بیان می‌کند: «دادگاه‌ها در تفسیر قوانین باید حمایت از ارزش‌های جوامع باز و دموکراتیک را در کانون توجه خود قرار دهند که بر اساس: الف- کرامت انسان، برابری و آزادی؛ ب- قوانین بین‌الملل و ج- در صورت لزوم قوانین خارجی بنا شده‌اند» (Lupo & Scaffardi, 2004: 1).

بنا بر ملاحظات فوق چنین استنباط می‌شود که «امروزه به‌ندرت می‌توان ادعا کرد که هدف نهایی حقوقدانان تطبیقی صرفاً مباحث علمی باشد؛ بلکه برعکس و بیش از پیش به سمت ایجاد تعادلی دائمی مابین جنبه‌های نظری و هنجاری آن پیش می‌رود» (Jestaz & Jamin, 2004: 213)؛ بنابراین، امروزه حقوق تطبیقی نسبت به گذشته، تعاریف و روش‌های گوناگونی دارد که در هر تحقیق بسته به موضوع و هدف آن تفاوت می‌یابد. تکامل و تحول حقوق تطبیقی در سال‌های اخیر، بویژه در زمینه افزایش منابع تطبیق، بسیار چشمگیر بوده است (ر.ک: شهبازی‌نیا، ۱۳۷۳). پس از این منبع، تطبیق حقوق‌های مختلف به مقایسه صرف قوانین آن‌ها محدود نشده؛ بلکه حقوق در کلیت و روح آن را در بر می‌گیرد (Ponthoreau, 2010: 13; Lupo & Scaffardi, 2014: 60 & 35-33). ادبیات حقوق تطبیقی معاصر نه تنها دربرگیرنده منابع حقوقی؛ شامل قوانین، رویه قضایی و دکترین است؛ بلکه منابع غیرحقوقی نظیر اوضاع فرهنگی، اعتقادی، سیاسی، تاریخی، اقتصادی و اجتماعی را نیز در بر می‌گیرد (Reitz, 1998). به دسته اخیر عنوان «منابع خاموش حقوق» اطلاق شده است که کلیه عوامل و هنجارهای غیرحقوقی مؤثر بر یک نظام حقوقی را لحاظ می‌کند (Ponthoreau, 2010: 75).

## ۲. روش‌شناسی<sup>۱</sup> حقوق تطبیقی در انجام اصلاحات حقوقی

امروزه حقوق به معنای مدرن، چه در مرحله نظری و چه عملی، وضعیتی ایستا و ثابت ندارد و متناسب با اوضاع اقتصادی و اجتماعی هر جامعه در حال طی کردن تکامل مختص خود است.

سرعت این تحولات حقوق در جوامع توسعه یافته و در حال توسعه یکسان و درخور مقایسه نیست. بنا به اقتضائات جهانی شدن اقتصاد و به منظور پیوستن به قافله پرشتاب تحولات کشورهای توسعه یافته، بسیاری از کشورها دغدغه مند بازنگری و انجام اصلاحات نظری و عملی در سیستم های حقوقی خود هستند (شیروی، ۱۳۹۳: ۳۳-۳۶) یا خود را ناگزیر از پذیرفتن شرایط تحمیل شده از سوی جامعه جهانی می بینند (منصوریان، ۱۳۹۴: ۲۵۳-۲۵۶). انتقال حقوق و اقتباس آن از کشورهای پیشرفته تر یکی از ابزارهای تحقق این منظور است که در زمره مباحث حقوق تطبیقی جای می گیرد. در این زمینه، معرفت شناسی و روش شناسی حقوق تطبیقی در دو دهه اخیر؛ یعنی از سال ۱۹۹۰ میلادی تاکنون، شاهد نوآوری های چشمگیری بوده است (Ponthoreau, 2010: 62).

تجزیه و تحلیل تجربیات کشورهایایی که برای اصلاح نظام حقوقی خود متوسل به پذیرش یک یا چند حقوق خارجی شده اند، ممکن است موضوع مطالعه خوبی برای بررسی کامیابی یا ناکامی انتقال حقوق خارجی به کشور پذیرنده و همچنین افزایش موفقیت در کارکرد سازنده حقوق تطبیقی باشد. از آنجا که تاکنون روش شناسی روشن و معینی برای این کارکرد حقوق تطبیقی به صورت جامع ارائه نشده است (Hill, 1989: 115)، پرداختن به این مسئله بیش از پیش ضروری به نظر می رسد (شهبازی نیا، ۱۳۸۳). بسیاری از مباحث کلیدی به تازگی مطرح شده در حقوق تطبیقی، هنوز به صورت تئوریک باقی مانده و فاقد اعتبار رسمی و اجماعی در نزد صاحب نظران این رشته هستند. چنان که مفاهیم زیادی از آن هنوز در فرهنگ های لغات حقوقی معتبر وجود ندارد و شناسایی آن ها منوط به جستجوی تک به تک آن ها در خلال نوشته ها و مقالات مؤلفانی است که آن را برای نخستین بار پیشنهاد کرده اند. به عنوان مثال می توان از مفاهیم ترکیب منابع حقوق<sup>۱</sup> یا تلفیق<sup>۲</sup> نام برد. فایده عملی این مقاله و تحقیقات مشابه در ارائه مدلی کاربردی و نسبتاً مشابه برای همگی کشورهایی همچون ایران است که قصد اصلاح نظام حقوقی خود را از طریق دستاوردهای دانش حقوق تطبیقی و الگوبرداری از حقوق کشورهای دیگر دارند. علاوه بر وارد کردن سیستم های حقوقی خارجی، نکته مهم دیگری که باید لحاظ کرد، تلفیق بین این نهادهای جدید و سنت های موجود در جامعه پذیرنده است که در صورت کردتوجه نکردن به ظرفیت های هر جامعه ممکن است منجر به ناکارایی اصلاحات در آن سیستم شود.

مطالعات و بررسی های صورت گرفته بر انتقال سیستم های حقوقی تاکنون بیشتر از زاویه دید

1. Mixité.

2. Hybridation.

کشورهای صادرکننده انجام شده است که اغلب از راه استعمار کشورهای ضعیف‌تر، نظام‌های حقوقی خود را به آن مستعمرات تحمیل کرده‌اند؛ اما در این مقاله بر آنیم که این فرایند را از زاویه دید دیگری؛ یعنی نظرگاه کشورهای واردکننده یا پذیرنده حقوق خارجی به قصد بهبود بخشیدن یا اصلاح نظام فعلی حقوقی خود، تحلیل کنیم. تفاوت این دو دیدگاه از تحولات تاریخی نشأت می‌گیرد که بین دوره مدرن و استقلال کشورهای نسبت به دوران استعمارگری و وابستگی وجود دارد. از مهم‌ترین مسائل و دل‌مشغولی‌های اغلب کشورهای پذیرای حقوق خارجی، ایجاد بهترین شکل ممکن تلفیق بین نهادها و مقررات خارجی و مدرن با نهادها و مقررات سنتی خود است که مدت‌ها بر روابط اجتماعی و اقتصادی حاکم بوده و با سامان‌دهی نظام حقوقی، عهده‌دار حل و فصل اختلافات و دعاوی آن جامعه بوده است.

مبحث روش‌شناسی حقوق تطبیقی در تعیین مناسب‌ترین راه‌حل برای اصلاح نظام‌های حقوقی نقشی اساسی ایفا می‌کند. چنان‌که یکی از محققان حقوق تطبیقی ابراز می‌دارد اگر مقایسه را به‌عنوان مبنای معرفت‌شناختی<sup>۱</sup> مطالعات حقوقی قرار دهیم، آنگاه روش‌های مختلفی متناسب با هدف تحقیق برای یک مطالعه تطبیقی تصورپذیر است. طبق این دیدگاه، حقوق تطبیقی دارای نقشی کلیدی در فهم حقوق خواهد بود (Ponthoreau, 2010: 62-63). از میان تمام این روش‌ها، دو روش کلی در مطالعات حقوق تطبیقی شناخته‌شده‌تر هستند: روش اول یا روش سنتی که معروف به روش کارکردگرا<sup>۲</sup> است و روش دوم که متعلق به دوره پست‌مدرن بوده و مبتنی بر ملاحظه تفاوت‌ها و اختلاف‌های ساختاری جوامع گوناگون است، به روش فرهنگ‌گرا یا اوضاع‌محور<sup>۳</sup> موسوم است (Ponthoreau, 2010: 61).

به بیان دیگر، محقق در روش کارکردگرا بیشتر به یافتن شباهت‌های موجود بین نظام‌های حقوقی مختلف و تطبیق و انتقال آن‌ها نظر دارد اما در رویکرد فرهنگ‌گرا، تکیه اصلی محقق در یافتن تفاوت‌های ساختاری بین دو نظام حقوقی مختلف است (Ponthoreau, 2010: 62) به نظر می‌رسد که ملاحظه روش دوم یا روش فرهنگ‌گرا در کنار روش سنتی‌تر کارکردگرا، روش متناسب‌تری برای مقصود ما و استفاده از حقوق تطبیقی برای اصلاح سیستم‌های حقوقی است؛ چرا که هر اصلاح در سیستم حقوقی که بر مبنای صرف اقتباس قوانین خارجی؛ ولی بدون توجه

1. Epistemology.  
2. Functionalist.  
3. Culturaliste or Contextualiste.

به تفاوت اوضاع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورها یا نظام‌های مورد مقایسه باشد، محکوم به شکست است (Piquet, 2003: 111).

### ۳. حقوق تطبیقی به‌عنوان ابزار اصلاحات حقوقی

سؤال اساسی در اینجا است که آیا در اصل می‌توان از روش تطبیقی یا پذیرش قوانین، نهادها یا ساختارهای یک نظام دیگر برای اصلاح حقوقی خود استفاده کرد و در صورت مثبت بودن جواب، چگونه؟ یکی از مناسب‌ترین و مرسوم‌ترین راه‌حل‌های ارائه شده توسط حقوق تطبیقی در این زمینه، انتقال حقوق<sup>۱</sup> است (WG. Hart Workshop, 190ontext190, Orucu, 2005: 5) چنان‌که ابراز شده: «قانون‌گذاران در همه‌جای دنیا به این نتیجه رسیده‌اند که در بسیاری از موارد تهیه قوانین خوب بدون استفاده از حقوق تطبیقی ممکن نخواهد شد» (Zweigret & Kötz, 1998: 15). چنین ادعایی به این خاطر است که «با مطالعه سایر نظام‌های حقوقی، اصلاح‌کنندگان حقوق می‌توانند به این نکته پی ببرند که چگونه سایر کشورها یا نظام‌های حقوقی دیگر به حقوق و مسائل حقوقی نگاه می‌کنند و از این راه خواهند توانست مشکلات و مسائل مشترک خود را حل و فصل کنند» (Hill, 1998: 102). مثال گویای استفاده از حقوق تطبیقی در فرآیند قانون‌گذاران را در حقوق آلمان مشاهده می‌کنیم. «از نیمه دوم قرن نوزدهم به بعد قانون‌گذاری در آلمان بر پایه تحقیقات تطبیقی بنا شده است. حتی امروزه نیز می‌توان ادعا کرد که، پس از جنگ جهانی دوم تاکنون، هیچ قانون مهمی در آلمان به تصویب نرسیده است، مگر اینکه از سد چنین تحقیقات تطبیقی در حقوق سایر کشورها گذشته باشد» (Pomthoreau, 2010: 150).

از نظر سابقه تاریخی، نظریه انتقال حقوقی به دوران باستان بر می‌گردد (Piquet, 2003: 119) و معمولاً مبدأ آن را زمان حمورابی یا زمان روم باستان ذکر کرده‌اند (Watson, 2000: 12). با این حال، می‌توان پیشینه‌ای قدیمی‌تر از آن یافت که مربوط به انتقال حقوق بابلیان در زمان امپراطوری هخامنشیان است. به‌رغم اینکه هخامنشیان سرزمین‌های پهناوری را تحت حکومت خود درآورده بودند؛ اما قوانین خود را به این مناطق تحمیل نمی‌کردند و برعکس، به هریک از آنها اجازه می‌دادند که قوانین و سنن و رسوم خود را حفظ کرده و طبق آن رفتار نمایند. تنها در برخی موارد استثنایی اقدام به انتشار قوانین در سایر سرزمین‌های تابع حکومت خود کردند؛ مانند اقتباس قوانین بابلیان که خود از مناطق تحت سلطه ایران بود، خصوصاً قوانین تجاری آنها که آن را مؤثرتر از



قوانین خود تشخیص داده و علاوه بر اقتباس و اعمال آن در خاک ایران آن قوانین را در سایر مناطق تحت نفوذ خود نیز رواج دادند (پاشا صالح، ۱۳۴۳: ۲).

حقوق روم باستان و دوره میانه نیز به گرات مورد اقتباس سایر اقوام و ملل قرار گرفته است؛ خواه به دلیل سلطه کشورهای دارای این حقوق بر سایر کشورها و خواه به صورت داوطلبانه (داوید و اسپینوزی، ۱۳۹۱: ۱۲؛ شیروی، ۱۳۹۳: ۱۱). به همین منوال، در دوران اخیر نیز می‌توان از انتقال سیستم‌های حقوقی مختلف، از جمله فرانسه و انگلیس، به کشورهای مستعمره خود یا اقتباس دیگر کشورها از این نمایندگان بزرگ نظام‌های حقوقی نوشته و کامن‌لا نام برد.

#### ۴. روش‌های مختلف انتقال حقوق

چنان‌که گذشت، مدل‌های دو سیستم حقوقی فرانسه و انگلیس بیشترین مهاجرت و انتقال را در کشورهای دیگر، خصوصاً کشورهای غیر اروپایی به خود اختصاص داده‌اند (Agostini, 1998: 25-29). این تبادل را می‌توان از نظر محققین و نظریات گوناگون به اقسام مختلفی مانند صدور و وارد کردن، وام گرفتن، پیوند یا کاشت یک نظام حقوقی<sup>۱</sup>، یکسان‌سازی<sup>۲</sup> یا هماهنگ‌سازی<sup>۳</sup> حقوق‌های مختلف و نهایتاً ترکیب یا تلفیق حقوقی طبقه‌بندی کرد. در ادامه هر کدام از این نظریات را با شرح مختصری بررسی خواهیم کرد.

##### ۴-۱. صدور و ورود حقوق

وجه تمایز این دو اصطلاح از نظر اریک آگوستینی چنین است که صدور حقوق معمولاً با تصرف و مستعمره کردن کشوری ضعیف‌تر و تحمیل حقوق استعمارگر به مستعمره پدید آمده؛ اما ورود حقوق پدیده‌ای اختیاری بوده است که کشورهای غیرغربی برای مدرنیزه کردن حقوق خود به آن توسل جسته‌اند. به‌طور خلاصه اولی در اثر و با استفاده از قدرت<sup>۴</sup> و دومی با اتکا به قدرت عقل و منطق<sup>۵</sup> به وجود آمده‌اند (Agostini, 1998: 304-305).

الف - صدور حقوق: فرآیند صدور یا تحمیل حقوق توسط کشورهای استعمارگر با انگیزه مدرن کردن مناطق تحت استعمار خود از اواخر قرون وسطی یا آغاز دوره استعمار مدرن، عمدتاً به وسیله دو قدرت استعماری وقت، اسپانیا و پرتغال پایه‌گذاری شده است. این روند با ضعیف

---

1. Legal Transplant.  
2. Uniformisation.  
3. Harmonisation.  
4. Par la raison du pouvoir.  
5. Par le pouvoir de raison.

شدن کشورهای نام برده توسط جانشینان آن‌ها، انگلیس و فرانسه، ادامه یافته و با وجود کم‌رنگ شدن سلطه استعماری دو کشور اخیر بر سایر کشورها، اثر نظام حقوقی آن‌ها کماکان برجای مانده است (Agostini, 1998: 304-305). صدور حقوق معمولاً به دو شکل اعمال می‌شده: ادغام یا مشابه‌سازی<sup>۱</sup> و اتخاذ یا پذیرش<sup>۲</sup>.

ادغام: این روش که بیشتر توسط فرانسوی‌ها اعمال شده است، در شکل‌های مختلفی بروز کرده، مثلاً در قرن هفدهم قضات مستعمرات فرانسه موظف به تبعیت از عرف‌ها، قوانین و دستورالعمل‌های صادره از پاریس بودند. پس از آن و با تصویب مجموعه قوانین ناپلئون، هر مستعمره ملزم به تصویب رسانی آن قوانین در پارلمان‌های داخلی خود شد؛ مانند قوانین مدنی گویان، مارتینیک، گوادلوپ و غیره؛ برخلاف اسپانیا که قانون مدنی ۱۸۹۸ خود را مستقیماً و به همان شکل اصلی به مستعمراتی همچون کوبا و ریکو و فیلیپین تحمیل کرد (Agostini, 1998: 247-249).

اتخاذ: این روش که طبق آن کشور استعمارگر آزادی و انعطاف بیشتری در تحمیل قوانین خود به مستعمرات می‌داده، غالباً توسط انگلیسی‌ها به کار گرفته شده. به‌عنوان نمونه، انگلیس در فاصله قرون پانزدهم تا نوزدهم سیاست‌های مختلفی را در قبال مستعمرات مسیحی و غیر مسیحی اتخاذ کرد؛ به این صورت که اجازه ابقای قوانین سابق مسیحیان را به آن‌ها داده است؛ ولی قوانین خلاف آیین مسیح را در کشورهای غیرمسیحی نسخ کرده و در آن موارد، جایگزینی قانون انگلیس را الزامی کرده بود. پس از مدتی، این روش تغییر کرد و مناطق غیر مسیحی، مثل دومینیون‌ها، مختار به پذیرش قوانین پارلمان انگلیس یا اجرای قوانین سابق خود شدند. غالباً نیز پارلمان انگلیس از تصویب قانون در چنین مواردی اکراه داشته و از انجام آن طفره رفته است. پس از استقلال مستعمرات نیز انگلیس بیشتر تمایل به کنترل قضایی داشته تا مقننه؛ چنان‌که اثر آن در ایجاد وحدت رویه قضایی در کشورهای مشترک‌المنافع به چشم می‌خورد (Agostini, 1998: 269-271). نمونه حقوق آمریکا نیز موردی جالب و نادر است که پذیرش و اقتباس از کامن‌لای انگلیسی بیشتر در شکل انجام شده تا محتوا و تفاوت ماهوی دو سیستم به‌خوبی از آن حکایت می‌کند (Agostini, 1998: 304-276).

ب- وارد کردن حقوق: این روش برخلاف روش تحمیلی پیش‌گفته، گزینش و اخذ اختیاری

1. Assimilation.  
2. Adoption.

قوانین خارجی است و در راستای بنا کردن نظام حقوقی مدرن‌تر و پیشرفته‌تر صورت می‌گیرد. برای مثال، می‌توان نمونه جالب آن را در ژاپن مشاهده کرد که تلفیقی است از اقتباس حقوق‌های فرانسه و آلمان و آمریکا در زمینه‌های گوناگون حقوقی و در دوره‌های زمانی متفاوت (Agostini, 1998: 308-315). در پاره‌ای موارد خاص، این گرایش چندان هم آزادانه و از سر اختیار صورت نگرفته است؛ بلکه تا حدودی نتیجه فشارهای خارجی نیز بوده است؛ مانند آنچه در الجزایر و مراکش اتفاق افتاد (Agostini, 1998: 308). مراحل مدرن‌سازی حقوق مصر هم بسیار درخور توجه و کمیاب است؛ از این جهت که فرآیند اقتباس مجموعه قوانین ناپلئون را در چند مرحله و گام به گام طی کرده است. در اولین قدم، مصری‌ها برای تأسیس دادگاه‌های مختلط که عهده‌دار رسیدگی به دعاوی بین خارجی‌های مقیم تحت حمایت کاپیتولاسیون با اتباع مصر یا خارجی‌های دارای ملیت‌های گوناگون بوده‌اند، اخذ قوانین شکلی دادرسی را اخذ کردند. اقتباس قوانین ماهوی فرانسه در گام بعد اتفاق افتاد (Arminjon, Nolde & Wolff, 1950: 184).

#### ۲-۴. پیوند حقوق

پیوند حقوق به اصطلاحی نسبتاً جدیدتر اطلاق می‌شود که در مباحث روز حقوق تطبیقی به چشم می‌خورد و به نحوی می‌توان گفت مشابه وارد کردن حقوق خارجی از زاویه‌ای نوتر است. این اصطلاح برای اولین بار به تقلید از قلمه زدن گیاهان در علوم کشاورزی توسط آلن واتسون ارائه شد (Watson, 1974: 22). به تعبیر او «وام گرفتن از یک نظام حقوقی متفاوت در اغلب موارد و در مناطق مختلف راه اصلی پیشرفت و توسعه حقوقی بوده است» (Watson, 1974: 22). این روش محدودیت‌های خاص خود را نیز دارد؛ مثل تفاوت‌های بنیادین و فرهنگی ما بین دو کشور مرجع و وام‌گیرنده یا اختلاف در اصطلاحات و نهادهای حقوقی که مانع از فهم کامل یک سیستم در محلی دیگر می‌شود (Lupo & Scaffardi, 2014: 14).

#### ۳-۴. یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی نظام‌های حقوق

این روش که تکیه اساسی آن بر یکسان‌سازی یا هماهنگ‌سازی نظام‌های حقوقی است، از ابتدایی‌ترین و ساده‌ترین روش‌های انتقال حقوق و بر مبنای عمل حقوق‌دانان تطبیقی کارکردگرا ابراز و انجام شده است (Zweigret & Kötz, 1998: 24). همسانی یا هماهنگی بین نظام‌های مختلف حقوقی از طرق مختلف از جمله کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی، سازمان‌های فراملی یا مدل‌های

پیشنهادی ایجاد می‌شود؛ نظیر آنچه در کنوانسیون بیع بین‌المللی در وین یا آنچه در مؤسسه UNIDROIT در زمینه قوانین راجع به تجارت بین‌الملل تهیه شده است (Gamroetal, 2011). این روش، همانند سایر روش‌ها، معایب و مزایای خاص خود را دارد. برخی از مزایای آن عبارتند از: تسهیل مبادلات بین‌المللی، کم‌شدن تعارض قوانین بین طرف‌های مختلف قرارداد از کشورهای مختلف و بالا بردن ضریب امنیت و قابلیت پیش‌بینی در روابط تجاری بین‌المللی (Zweigret & Kötz, 1998: 25). به‌رغم چنین فواید ارزشمندی، یافتن مناسب‌ترین راه‌حلی که برای همگی کشورها با فرهنگ‌ها و پیشینه‌های حقوقی متفاوت پذیرفتنی یا عملی باشد، از بزرگترین موانع دستیابی به چنین وحدت حقوقی است (Gambaro et al, 2011: 28).

### ۵. ترکیب<sup>۱</sup> دویا چند نظام حقوقی

از جمله نتایج روش‌های سه‌گانه بالاست و پس از مرحله انتقال حقوق در جهت ایجاد تعادل بین دو نظام حقوقی، موضوع تبادل مورد توجه محققین قرار گرفته و ترکیبی است بین دیا چند سیستم حقوقی از خانواده‌های متفاوت؛ مانند نظام‌های حقوقی مصر (حاصل اختلاط حقوق نوشته اروپایی و حقوق اسلام)، ایالت کبک در کانادا و آفریقای جنوبی (حقوق نوشته و کامن‌لا) و اسرائیل (حقوق نوشته، کامن‌لا، حقوق یهودی و اسلامی) (Morin, 2011: 645). می‌توان روش تلفیق<sup>۲</sup> را نیز از زیرمجموعه‌های ترکیب حقوقی به شمار آورد (Walton & Tancelin, 1980) که طبق آن یک نظام حقوقی متشکل از حداقل دو نظام هنجاری یا قواعد حقوقی پذیرنده و وارداتی است؛ اما تشخیص این قضیه به راحتی امکان پذیر نیست که کدام قسمت از آن سابقاً موجود بوده و کدام بخش مورد اقتباس قرار گرفته است (Morin, 2011: 645). از منابع عمده این تلفیق می‌توان از نظام‌های دینی یا ایدئولوژیک نام برد و کشورهایی که دارای نظام‌های مبتنی یا متأثر از سنن دینی و ایدئولوژیک‌اند، از مثال‌های بارز در این زمینه هستند. برای مثال، می‌توان از مولفه‌های تلفیقی حقوق دینی و حقوق نوشته رومن ژرمنی در کشورهای عربی یاد کرد که پس از پایان دوره استعمار، مجموعه قوانین را به سبک کشورهای اروپایی با تکیه بر حفظ آداب و رسوم ملی و میهنی خود تهیه کرده‌اند (Aldabbagh, 2013: 389) و همچنین حقوق ایران که نمونه موفق در این زمینه بوده است (Morin, 2004: 131).

1. Mixité.

2. Hybridation, Métissage.

این روش به مکتب تکثرگرایی<sup>۱</sup> حقوقی شباهت‌های بسیاری دارد؛ از جمله نقشی که هر دو این مکاتب در پویایی بخشی به سیستم‌های حقوقی دارند. برای مثال، می‌توان از حقوق مدنی و آئین دادرسی مدنی در استان کبک کانادا یاد کرد که در آن، قسمت ماهوی ادله اثبات دعوا که در قانون مدنی آمده، برگرفته از نظام حقوق مدنی (نوشته) است و قسمت‌های شکلی مصرح در آیین دادرسی مدنی غالباً طبق سیستم کامن‌لای انگلیس است. از این تلفیق به‌عنوان عاملی مفید در تفسیر و غنا و توسعه حقوق مدنی کبک یاد شده است (Piche, 2015: 149).

چنان‌که سابقاً بیان شد، تا به حال هیچ اجماع موثقی در باب پذیرش و کاربرد این اصطلاحات ارائه نشده است و نیاز به دستیابی به مفاهیمی واحد کماکان وجود دارد که برای مجامع معتبر علمی پذیرفتنی باشد.

## ۶. انتقال حقوق و مکتب فرهنگ‌گرا<sup>۲</sup> یا اوضاع محور<sup>۳</sup>

این مکتب که به اسم‌های گوناگونی از جمله «فرهنگ و حقوق»<sup>۴</sup> و «مکتب نقد حقوق تطبیقی»<sup>۵</sup> و «حقوق و اجتماع»<sup>۶</sup> شناخته می‌شود، از نظر بسیاری از حقوق‌دانان تطبیقی، خواه صراحتاً و خواه به‌طور ضمنی، پذیرفته شده است. از برجسته‌ترین کارکردهای این روش در جایی است که هدف از مقایسه حقوق، اصلاح یک سیستم حقوقی غیر غربی است؛ از جمله در کشورهای شرق، اروپای مرکزی، آمریکای لاتین و آفریقایی (Wg. Hart Workshop et al, 2002). بر مبنای این روش، در مقایسه بین نظام‌های حقوقی، مطالعه صرف قوانین آن‌ها کافی نیست؛ بلکه باید کلیه اوضاع و احوال حاکم بر یک حقوق را در مجموع ملاحظه کرد یا به عبارت دیگر روح یک حقوق خارجی را شناخت (Lupo & Scaffardi, 2014: 75; Ponthoreau: 13). چنان‌که رنه د‌وید، محقق نامدار حقوق تطبیقی، خاطرنشان کرده است: «شناخت حقوق بدون شناخت جامعه‌ای که در آن شکل گرفته یا بی‌توجه به قواعد رفتاری و نحوه تفکر و احساسات افراد آن جامعه غیرممکن است» (David, 1950: 17). سابقه این طرز تلقی از حقوق همچنین در آثار قدمایی همچون مونتسکیو مشاهده می‌شود؛ در جایی که راجع به اصالت قوانین ابراز می‌دارد:

1. Legal Pluralism.
2. Culturelle.
3. Contextuelle.

۴. در انگلیسی Law as Culture و در فرانسه Droit et culture.

5. Critique du droit comparé.
6. Law and the Society.

«قوانین وضع شده برای یک ملت باید کاملاً متناسب با اوضاع و احوال جامعه آنان باشد، چنان که این احتمال بسیار ضعیف است که قوانین موضوعه یک کشور به درد کشور دیگر بخورد» (Montesquieu, 3, ouveres complets, L.I, ch.III, by Agostini, 1988: 243).

پیرلوگراند، از حقوقدانان معاصر فرانسوی، مدافع سرسخت و افراطی چنین نظریه‌ای است. او در بسیاری از آثارش امکان تطبیق و انتقال حقوق خارجی به کشورهای دیگر، خصوصاً یکسان‌سازی نظام‌های حقوقی را غیرممکن می‌داند. از نظر او اساساً مقایسه دو سیستم حقوقی متفاوت، سنجش‌ناپذیر است؛ به این معنی که معیار و مقیاس واحدی برای مقایسه بین آن‌ها وجود ندارد و همان طور که دو نفر با دو زبان مختلف نمی‌توانند با همدیگر گفت‌وگو کنند، امکان مبادله اطلاعات بین دو حقوق مختلف هم به همین صورت ناممکن خواهد بود؛ زیرا هر حقوق، مبانی معرفت‌شناختی خاص خود را دارد؛ یعنی همان چارچوب‌های خاص اجتماعی و تاریخی که فرهنگ و آداب و سنن جامعه موردنظر در آن شکل گرفته و بالیده است (Legrand, 2009: 209-211). چنان که یکی از حقوق‌دانان ژاپنی در این راستا مثال زده است: «برای خندیدن و خندانندن به وسیله یک شوخی خارجی نیاز به شرح و توضیحات بسیاری است» (Kitamura, 1995: 865).

مطابق نظر لوگراند، فرهنگ سازنده حقوق است (Legrand, 2009: 230-231). روح فرهنگ یک جامعه که خود برآمده از ارکانی چون اوضاع سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و تاریخی است، در تک‌تک کلمات قوانین و رویه قضایی یک کشور نهفته است (Legrand, 2009: 232). از نظر او تطبیق حقوق غیرممکن نیست؛ اما آنچه تاکنون انجام گرفته، نوعی «حقوق تطبیقی موضوعه»<sup>۱</sup> بوده است که در آن تنها به ابعاد مرئی و مشاهده‌پذیر حقوق یا همان حقوق موضوعه (کلمات و عبارات قوانین و رویه قضایی) و مقایسه آن‌ها با مشابه خود در حقوق خارجی پرداخته شده است. در حالی که یک مقایسه کامل باید دربرگیرنده ابعاد نامرئی حقوق و اثری نیز باشد که بر قوانین و آرای گذاشته‌اند. چنین مقایسه‌ای نیاز به مطالعات بین‌رشته‌ای کافی دارد (Legrand, 2009: 221-225). به‌طور خلاصه: «مطالعه علمی حقوق، چه مطالعه یک سیستم خاص و چه مطالعه تطبیقی آن، مستلزم بررسی اوضاع حاکم بر آن است؛ بنابراین، مطالعات بین‌رشته‌ای پیش شرط لازم برای مطالعه و بررسی علمی یک حقوق است» (Van Hoecke, 2013: 193).

## ۷. مدل مناسب برای اصلاحات حقوقی در تضارب آرای مکاتب مختلف حقوق تطبیقی

پس از بیان نظرات دو مکتب اصلی حقوق تطبیقی، نوبت به نقد آن‌ها و سپس یافتن راه‌حل مناسب برای اصلاح نظام‌های حقوقی از خلال مباحث مطروحه می‌رسد.

نکته اول در بازبینی نظرات نظریه‌پردازانی چون لوگراند این است که: هرچند این چنین مذاقه‌های فلسفی در باب ملاحظه تفاوت‌های فرهنگی در عالم نظر بجاست؛ اما از دیگر سو در واقعیت عینی مقایسه و اقتباس حقوق‌های دیگر کاری اجتناب‌ناپذیر است. ما در حال حاضر در عصری زندگی می‌کنیم که نیاز رو به افزایش ما به روابط تجاری بین‌المللی و نیز اقتضائات سیاست‌های جامعه بین‌المللی ما را وادار به بازنگری در قوانین و مقررات داخلی خود کرده و به این منظور ناگزیر از مواجهه با حقوق‌های خارجی و مطالعه و تعامل با آن‌ها هستیم (Kitamura, 1995: 861).

از سوی دیگر، پدیده نقل و انتقال مدل‌های حقوقی در عمل هم در موارد فراوانی با موفقیت اتفاق افتاده است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴: ۶۲). به تعبیر واتسون، این از تضادهای عجیب حقوق است که علی‌رغم اینکه حقوق هر کشور متعلق به آن کشور و به نحوی هویت ممیزه آن از دیگر کشورهاست؛ اما از دیرباز و به کرات انتقال و اقتباس حقوق در کشورهای فراوانی روی داده است (Waatson, 2000: 21). به همین دلیل است که آگوستینی پس از نقل جمله پیش‌گفته از مونتسکیو در باب یگانه بودن هر نظام حقوقی ملی، این‌گونه اضافه می‌کند که: «اما واقعیت حقوقی در دنیا چیز دیگریست. ما از دیرزمان و با آزادی کامل شاهد جهانی‌شدن بسیاری از نهادهای حقوقی، مانند اسناد تجاری هستیم. به همین ترتیب، در سرتاسر دنیا مجموعه‌های کامل قوانین در حال گسترش و پراکنده‌شدن هستند» (Agostini, 1998: 243). در نتیجه، نظرات لوگراند را نمی‌توان به نفی کلی استفاده از حقوق تطبیقی تعمیم داد و چنان‌که خود او در مواردی تصریح کرد کرده است، وی تنها مخالف نظریه همسان‌سازی یا هماهنگی بین حقوق‌ها است (Legrand, 2009).

نکته دوم؛ راجع به این واقعیت است که هر اقتباسی از حقوق خارج، ولو با کاربرد یا ترجمه عین عبارات و اصطلاحات اصلی، ممکن است که در مجموعه حقوق پذیرنده، به حقوقی دیگر یا حقوقی با آثاری متفاوت تبدیل شود (Watson, 2000: 2)؛ اما این مسئله مانع از امکان مبادله و انتقال نظرات و داده‌های حقوقی نخواهد بود. چنان‌که حتی خود واتسون هم از این حد فراتر رفته و اذعان می‌کند که امکان بروز اختلاف در فهم و وضع قاعده حقوقی منتقل شده نه تنها در درون دو کشور طبیعی و ممکن است که وقوع آن حتی در درون اجزا یک سیستم حقوقی واحد نیز

محتمل است. این حالت، نتیجه طبیعی تفاوت‌های قضایی است که در مواردی همچون تفاسیر گوناگون، مبتنی بودن نظام حقوقی بر سنت‌های قضایی و حقوقی مختلف یا تنوع تفکرات حقوقی روی می‌دهد. می‌شود چنین نتیجه گرفت که از منظر فرهنگ‌گرایان، مبادله مابین نظام‌های حقوقی تا جایی که به اصالت و هویت حقوق یک کشور لطمه وارد نکند، امکان دارد. واتسون شاهد این مدعا را تکرار مکرر تجربه اقتباس حقوق در طول تاریخ می‌داند (Watson, 2000: 3-4).

واتسون تأکید می‌کند که وام گرفتن مفاهیم، نهادها، قواعد و قوانین و حتی ساختارهای حقوقی بیگانه ممکن است مشکلات جدی برای سیستم پذیرنده ایجاد کند و به همین خاطر گزینش موارد مذکور الزامی است و می‌بایست با دقت زیادی انجام گیرد (Watson, 2000: 10). چه بسا نهادی کارآمد در نظام حقوقی دیگر به دلیل بی‌توجهی به ساختارهای جامعه پذیرنده یا قطع ارتباط یک نهاد عاریه گرفته شده با سایر نهادهای حقوقی آن جامعه، در عمل باعث ناکارایی آن نهاد یا تشتت آن نظام حقوقی گردد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴: ۷۰).

بنا بر آنچه گذشت، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که هیچ‌یک از دو رویکرد کارکردگرا و فرهنگ‌گرا به‌تنهایی در ایجاد اصلاحات حقوقی از طریق حقوق تطبیقی کافی نیستند؛ بلکه برعکس، مکمل همدیگرند. به عبارت دیگر، هریک از این دو روش جایگاه خود را دارند و با توجه به همدیگر می‌توانند منجر به یک اصلاح موفق شوند. مثلاً اگر منظور اصلاح قوانین راجع به حقوق قراردادها باشد، چاره‌ای نیست مگر اینکه ابتدا بر اساس روش کارکردگرا قوانین مربوط به موضوع را یک‌به‌یک در حقوق مبدأ شناسایی و سپس مورد ملاحظه قرار داد و آنگاه این مطلب را بررسی کرد که آیا چنین راه‌حلی با توجه به اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی و سیاسی (فرهنگی به معنای عام) جامعه مبدأ، همان کارکرد موفق را دارد یا اینکه اساساً اعمال‌شدنی می‌باشد یا خیر. در صورتی که جواب در حدی پذیرفتنی مثبت باشد، می‌توان آن قاعده یا مورد حقوق خارجی را مستقیماً در حقوق داخلی وارد کرده یا پس از اعمال تغییراتی ملی و محلی کرد. به عبارت دیگر از فرآیند بومی‌سازی استفاده کرد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴؛ منصوریان، ۱۳۹۴). این فرآیند در جهت از بین بردن یا کاهش تعارضات و اختلافات احتمالی اصول و قواعد حقوقی خارجی و ملی و خود محصول اختلافات فرهنگی آن دو جامعه است (منصوریان، ۱۳۹۴: ۲۳۷-۲۳۸).



## ۸. دلایل انتقال حقوقی و عوامل تأثیرگذار بر اصلاحات حقوقی

در این قسمت، بحث بر سر این است که اولاً انتقال حقوق به چه دلایل و انگیزه‌هایی صورت می‌گیرد و در مرحله بعد، کدام عوامل باعث افزایش یا کاهش موفقیت در اصلاحات حقوقی می‌شوند. از مزایای مکتب فرهنگ گرا این است که ما را وادار می‌کند تا به همه ابعاد چندوجهی حقوق توجه کنیم؛ چه ابعاد صرفاً حقوقی و چه ابعاد غیرحقوقی. از آن‌رو که در این روش بررسی ریشه‌های تفاوت بنیادین سیستم‌های حقوقی مختلف و نیز هدف محقق از انتقال حقوق که در کانون توجه و اهمیت ویژه‌ای قرار دارد، سبب می‌شود تا بیش‌ازپیش به دلایل انتقال حقوق و نیز معیارهای تأثیرگذار بر افزایش کارآیی اصلاحات مبتنی بر اقتباس پی ببریم.

### ۸-۱. دلایل و عوامل انتقال حقوق

طبق نظر ژان گودمه هر چند که در پاره‌ای موارد، عوامل قهری مانند اشغال نظامی، الحاق یک کشور به کشور دیگر یا تسلط افراد دیکتاتور سبب پذیرش حقوق خارجی شده است؛ اما چنین مواردی حالت استثنایی دارند. به‌طور کلی انتشار و انتقال سیستم‌های حقوقی به دلایل، وسایل و تحت اوضاع دیگری صورت گرفته‌اند (Gaudemet, 1976: 57).

در وهله نخست، دلیل اخذ از یک سیستم حقوقی، موفقیت آن سیستم و کیفیت بالای نهادها و روش‌های حقوقی آن می‌باشد که در اثر کامل بودن و سادگی آن نظام به وجود آمده است. در این مورد می‌توان پذیرش حقوق روم قرون سیزده را مثال زد که قوانین آن امپراطوری به همین دلیل در بیشتر کشورهای اروپایی نفوذ پیدا کردند. دومین دلیل به نارسایی و کمبود در قوانین موجود و رسوم کهنه و از کار افتاده کشورهای پذیرنده حقوق بر می‌شود که برای جبران این نقاط ضعف یافتن راه‌حل‌های روزآمد و مناسب و همگامی با دنیای معاصر خود به اقتباس از کشورهای پیشرفته‌تر متوسل می‌شوند. موفقیت چشمگیر کدها و مجموعه قوانین ناپلئون در قرن نوزدهم در اثر ایجاد چنین چشم‌اندازی در سایر کشورها به وجود آمده است (Gaudent, 1976: 57).

### ۸-۲. عوامل موفقیت در پذیرش حقوق (های) دیگر

مهم‌ترین عامل موفقیت و تسهیل در نقل و انتقال سیستم‌های حقوقی، قرابت‌های ساختاری، فرهنگی و زبانی بین کشورها یا نظام‌های مورد تبادل است. به همین دلیل بلژیک پس از پایان سلطه فرانسه بر این کشور کماکان به سیستم حقوق کشور همسایه و سابقاً اشغالگرش، فرانسه،

پایبند ماند؛ در حالی که در هلند برعکس این مسئله رخ داد اما در حالت عکس و چنان که حقوق وارد شده در تعارض با ارزش‌ها، عقاید و تفکرات اهالی کشور پذیرنده قرار گیرد، باعث ایجاد مشکلاتی در اجرا یا حتی به رسمیت شناخته نشدن آن می‌شود (Gaudemet, 1976: 58). تجربه ترکیه در اقتباس و ترجمه کامل قانون مدنی سوئیس در سال ۱۹۲۶، علی‌رغم فوایدی که در مدرن کردن نهادهای حقوقی داشت، مشکلاتی جدی را نشان داد که ناشی از تعارض فرهنگی آن دو کشور بود. برای مثال، دویا چندهمسری که طبق قانون سوئیس منع شده بود، در جامعه سنتی ترکیه کاملاً مرسوم بود و به‌رغم ممنوع کردن آن در قانون مدنی ترکیه، کماکان اجرا می‌شده است. مشکل مشروعیت بخشیدن به نسب فرزندان حاصل از چنین ازدواج‌هایی، که قابلیت ثبت در اسناد رسمی را نیز نداشته، دادگاه‌ها را با مشکلات زیادی روبه‌رو کرد و در نتیجه، قانون‌گذار وادار به انجام اصلاحات بسیار و وضع قوانین و تبصره‌های مختلفی به این منظور شده است (Velidedoglu, 1957: 63-65).

همچنین تجربیات تاریخی و مطالعات جامعه‌شناسی، عوامل دیگری را برای افزایش کیفیت اقتباس ذکر کرده‌اند. به‌عنوان نمونه هر مقدار که فرآیند ترجمه و انتقال مفاهیم حقوقی خارجی توسط متخصصین و خصوصاً حقوق‌دانانی که هم به زبان و هم مفاهیم و نهادهای حقوقی کشور واردکننده مسلط‌تر باشند انجام گرفته باشد، باعث کاهش ضریب خطا در فهم و انتقال خواهد بود. مثلاً انتقال حقوق و سنن تجاری روم در اروپای قرون وسطی توسط تجاری که آشنایی چندانی با حقوق و زبان کشور مبدأ نداشته‌اند، منجر به بروز اشتباهات شکلی و ماهوی فراوانی در مفاهیم حقوقی مأخوذه شده است (Gaudemet, 1976: 58).

## ۹. نقش حقوق تطبیقی در اصلاحات: ساختن یا بازسازی حقوقی جدید

حقوق تطبیقی به‌مثابه یک سنتز در بازسازی یک نظام حقوقی اصلی ظاهر می‌شود؛ یعنی مواجهه دو حقوق گوناگون به‌عنوان تز و آنتی‌تز، سنتز یا حقوق جدیدی را شکل می‌دهد که متفاوت از دو قسم اول است و به این صورت، حقوق‌های جدیدی در مقیاس‌های گوناگون حقوق‌های ملی، فدرال، منطقه‌ای و بین‌المللی ایجاد می‌شوند. به‌عنوان مثال، در تشکیل حقوق ملی توسط حقوق تطبیقی می‌توان از حقوق فرانسه قرن شانزدهم که از جمع‌آوری عرف‌های پراکنده مناطق مختلف شمال و جنوب آن کشور به وجود آمد یا از حقوق آلمان قرن نوزدهم که محصول

تطبیق حقوق مناطق پادشاهی مختلف و حکمرانان آنجا بوده است (Fumichon, 2013: 20)، نام برد. به همین نحو است اقتباس کشورهای عربی که پس از دوره استعمار، قوانین ملی خود را بر اساس نمونه‌های غربی در درجات مختلف تلفیق شکلی و ماهوی با حقوق مدرن غربی تصویب کردند (Al-Dabbagh, 2013).

همچنین بازسازی نظام‌های حقوقی ممکن است شامل نظام‌های حقوقی تطبیقی بین‌المللی و حتی جهانی نیز شود. این بدان معناست که حقوق تطبیقی مرزهای سنتی خود را که با طبقه‌بندی کلی نظام‌های حقوقی آغاز شده، پشت سر گذاشته و وارد مراحل جدید بین‌المللی و فراملی شده است. پس از این، دیگر نه تنها محدودیتی در مقایسه و صرف استناد به قوانین خارجی هم‌عرض بین دو یا چند کشور وجود ندارد؛ بلکه قوانین و هنجارهای بین‌المللی نیز به صورت طولی خود را در فرآیند شکل‌گیری حقوق و قوانین جدید داخلی یا فراملی تحمیل می‌کنند (Fauvarque-Cosson, 2005: 80). برای مثال تشکیل حقوق اروپایی (Fauvarque-Cosson, 2005: 82) و حقوق کشورهای فدرال بر همین مبنا استوار شده است (Glenn, 1999: 845).

هنگامی که حقوق‌دانان تطبیقی معاصر از تطبیق برای مقاصد وضع یا اصلاح قانون‌گذاری استفاده می‌کنند، تمایل تازه‌ای به گسترش استفاده از راه‌های جدید و گذر از محدودیت‌های موضوعی و جغرافیایی پیشین دارند (Fauvarque-Cosson, 2005: 85). نقش جدید حقوق تطبیقی در تشکیل یا بازسازی نظام‌های حقوقی، در اوضاعی که ضرورتی غیر رسمی، هماهنگ‌سازی نظام‌های حقوقی خود را به همگان تحمیل کرده است، خارج از کنترل حقوق‌دانان داخلی به نظر می‌رسد. دیگر؛ قانون‌گذاران داخلی کشورها نمی‌توانند به حرکت‌ها و پدیده‌های اجتماعی مورد وفاق جامعه بین‌الملل از قبیل مسائلی چون حمایت از محیط زیست، حمایت از حقوق مصرف‌کننده یا حقوق مالکیت فکری بی‌اعتنا باشند یا در مقابل آن مقاومت نشان دهند (Glenn, 1999: 844). حقوق تطبیقی نقشی بسیار فعال در شکل‌گیری و توسعه قواعد حقوقی ایفا می‌کند، به حدی که می‌توان از یک حقوق تطبیقی آمره نام برد که به همگی قانون‌گذاران تحمیل شده است (Fauvarque-Cosson, 2005: 82). به همین ترتیب، حقوق تطبیقی به سیستم‌های داخلی اجازه می‌دهد که نواقص و خلاهای خود را پرکنند و حقوق داخلی خود را پالایش نمایند (Glenn, 1999: 845).

در واقع، حقوق تطبیقی ممکن است عامل پویایی سیستم‌های حقوقی باشد در جایی که «شیوه

هماهنگ‌سازی حقوق تقریباً جایگزین یکسان‌سازی آن شده است. حقوقی که قابلیت پذیرش تفسیرهای گوناگون را دارد، حقوقی نرم و منعطف است و حقوق تطبیقی از این پس در ربط دادن و تفسیر چنین متون قانونی نقش مهمی ایفا می‌کند که تمعداً تفسیرپذیر وضع شده‌اند» (Glenn, 1999: 843).

### نتیجه‌گیری

با توجه به این مطلب که «اصلاح سیستم‌های حقوقی از طریق حقوق تطبیقی همواره یکی از اهداف مهم حقوق تطبیقی به‌عنوان یک علم مستقل بوده است» (Glenn, 1999: 843)، مرور پاسخ پرسش‌های نخستین بحث در ذیل می‌آید.

در بررسی سیر تطورات روش‌شناسی حقوق تطبیقی از منظر تاریخی دیدیم که چگونه در کشورهای در حال توسعه با تغییر وضعیت استعماری به استقلال (هرچند ظاهری)، پدیده انتقال حقوق از تحمیل یا صدور آن به پدیده وارد کردن اختیاری و با تمایل کشورهای رسته از تسلط استعمار تبدیل شد. در چنین شرایطی که تحمیل جای خود را به پذیرش داوطلبانه مدل‌های حقوقی داده، روش سنتی کارکردگرایی صرف، جای خود را به تلفیق با ملاحظات روش فرهنگی‌گرا یا اوضاع محور می‌دهد. بنابراین از میان روش‌های مختلف انتقال حقوق، روشی کارآیی بیشتر خواهد داشت که با در نظر گرفتن جمیع اوضاع و احوال سیاسی، اجتماعی و اقتصادی حاکم بر یک جامعه بتواند داده‌های وارداتی خارج از سیستم را با شرایط و هنجارها و قواعد موجود در آن جامعه منطبق کند. به همین دلیل است تجربه کشورهای که قوانین خارجی را به همان شکل و تنها به‌صورت ترجمه در پارلمان خود یا مستعمرات‌شان تصویب کرده‌اند یا آن‌ها که مدل‌های پیشنهادی واحدی را برای یکسان‌سازی کلیه سیستم‌های حقوقی ارائه کرده‌اند، در عمل ناموفق مانده یا به نتایج مطلوب نرسیده‌اند.

ملاحظه شد که دلیل انتقال حقوق هرچند در مواردی محدود، تسلط نظامی یا اشغال سیاسی کشورهای دیگر بوده است؛ اما قاعده کلی از خواست کشورهای حکایت می‌کند که تمایل به انجام اصلاحات حقوقی در جامعه خود دارند. مهم‌ترین عامل موفقیت یک پیوند حقوقی بین قواعد جدید وارد شده و قواعد حقوقی موجود، مشابهت‌های فرهنگی بین دو نظام در حال تعامل است. به دلیل وجود چنین مشابهت‌ها و پیوندهای فرهنگی است که حتی اگر انتقال قواعد و

ساختارهای حقوقی در بدو امر به صورت تحمیلی صورت گرفته باشد، سبب جذب قواعد جدید و ماندگاری آن می‌شود؛ اما انتقال قهری حقوق تا زمانی دوام می‌آورد که زور و نیروی اجبارکننده وجود داشته باشد و پس از آن یا به کلی نابود شده یا تغییر شکل خواهد داد.

از همین رو در حال حاضر مطالعات تاریخی و جامعه‌شناسانه و مردم‌شناسانه نقش اساسی و پررنگی در مطالعات تطبیقی ایفا می‌کنند. حقوق تطبیقی علاوه بر ورود به حوزه‌های یادشده و همکاری با آنها، در فلسفه حقوق و بازتعریف تئوری‌ها و نظریه‌های حقوقی نیز سهم برجسته‌ای دارد و منجر به ارائه تعاریف جدیدی از علم حقوق شده که خود موضوع مطالعه‌ای مجزا و مستقل است.



## منابع

### الف - فارسی

#### کتاب‌ها

- داوید، رنه و اسپینوزی، کامی ژوفره، (۱۳۹۱)، *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، سید حسین صفائی، چاپ نهم، تهران: میزان.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، *حقوق تطبیقی*، چاپ سیزدهم، تهران: سمت.
- پاشا صالح، علی، (۱۳۴۳)، *قوه مقننه و قضائیه در ایران؛ نظری به تاریخ حقوق ایران و سازمان‌های قضایی تاشهریور ۱۳۴۱*، (جزوه درسی دانشکده حقوق)، دانشگاه تهران.

#### مقاله‌ها

- حکمت‌نیا، محمود، (۱۳۸۴)، «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، *حقوق اسلامی*، دوره ۲، شماره ۷.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، (۱۳۸۳)، «جایگاه حقوق تطبیقی و ضرورت بازنگری در آموزش آن»، *فصلنامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی*، دوره ۱۰، شماره ۴.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۷۳)، «آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی و چهاردهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۲، شماره ۱۱۳۷.
- منصوریان، ناصرعلی، (۱۳۹۴)، «روش‌شناسی بومی‌سازی در حقوق»، *تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۶، شماره ۲.

### ب - انگلیسی و فرانسه

#### Books

- Agostini, Éric, (1988), *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France.
- Arminjon, Pierre, Nol de, B. È., & Wolff, Martin, (1950), *Traité de droit comparé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- David, René. (1950), *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Fumichon, Bruno de Loynes. (2013), *Introduction au droit compare*, Association de législation comparée des pays du Pacifique, Victoria University of Wellington, Law Review, & New Zealand Association for Comparative Law.

- Gambaro, Antonio, Sacco, Rodolfo, & Vogel, Louis (2011), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ.

- Jestaz, Philippe, & Jamin, Christophe, (2004), *La doctrine*, Paris: Dalloz.

- Legrand, Pieree, (2009), *La comparaison des droits, expliquée à mes étudiants* dans Pierr Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris: Presses universitaires de France.

- Lupo, Nicola, & Scaffardi, Lucia, (2014), *Comparative Law in Legislative Drafting: the Increasing Importance of Dialogue Amongst Parliaments*.

- Piquet, Hellene. A. F., (2003), *Les transferts de droit en Chine: contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, Retrieved from [http://digitool.Library.McGill.CA/R/?func=dbin-jump-full&object\\_id=84685](http://digitool.Library.McGill.CA/R/?func=dbin-jump-full&object_id=84685).

- Ponthoreau, Marie-Claire, (2010), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris: Économica.

- Riles, Annelise, (2001), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Portland, Hart Pub.

- Walton, Frederick Parker & Tancelin, Maurice A, (1980), *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*. Toronto, Butterworths.

- Watson, Alain, (1974), *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press.

- Watson, Alain, (2000), *Legal Transplants and European Private Law*, Maastricht, METRO, Institute for Transnational Legal Research.

- Watson, Alain, (2001), *Society and Legal Change*, Philadelphia: Temple University Press Retrieved.

- W.G. Hart Workshop, Harding, Andrew, Örüçü, Esin, University of London, & Institute of Advanced Legal Studies (Eds.), (2002), *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century*, London, New York, Kluwer Academic.

Zweigert, Konrad, & Kötz, Hein, (1998), *Introduction to Comparative Law*, Oxford, New York, Clarendon Press, Oxford University Press.

#### Articles

- Al-Dabbagh, Harith, (2013), "Le droit comparé comme instrument de modernisation: l'exemple des codifications civiles des états arabes du -

Moyen-Orient“, *Revue de Droit : Université de Sherbrooke*, No. 43.

- Fauvarque-Cosson, Bénédicte, (2005), “Le droit comparé: art d’agrément ou entreprisestratégique?”, In *De tous horizons : Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris : Société de législation comparée.
- Gaudemet, Jean, (1976), “Les transferts de droit“, *L’Année Sociologique* (1940/1948-), No. 27.
- Glenn, H. Patrick, (1999), “Vers un droit 206ontext 206ontext?“, *Revue 206ontext206ive206l de droit 206 onttext*, Vol. 5, No. 4.
- Hill, Jonathan, (1989), “Comparative Law, Law Reform and Legal Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 1.
- Velidedoglu H. V. (1956), “La 206ontext206i des droits étrangers en Turquie, International Association of Legal Science, & Colloque d’Istanbul (Eds.), Istanbul.
- Kitamura, Ichiro, (1995), “Cultures différentes, Enseignement et 206ontext206i en droit 206ontext, Brèves réflexions sur la 206ontex de comparaison franco-japonaise”, *Revue 206ontext206ive206l de droit 206ontext*, Vol. 47, No. 4.
- Marin, Soudabeh, (2004), “La 206ontext206i mitigée des codifications napoléoniennes en Iran (1911-1935)“, *Droit et cultures. Revue 206ontext206ive206l interdisciplinaire*, No. 48.
- Morin, Michel, (2011), “Dualisme, mixité et métissage juridique: Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël”, *McGill LJ*, 57.
- Piché, Catherine, (2015), “La 206ontex québécoise et le nouveau modèle 206ontext206ive de justice civile à l’ère de la scientification du droit”, In Rousseau Stephane (Ed.), *Juriste sans frontières: mélanges Ejan Mackaay*, Éditions Thémis, Montréal.
- Reitz, John C, (1998), “How to Do Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, No. 4.
- Van Hoecke, Mark, (2013), “Le droit en 206ontext”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, Volume Vol. 70, No. 1.