

یکی از مهم‌ترین اهداف حقوق تطبیقی کمک به قانون‌گذار در اصلاح قوانین موجود و یا وضع و تصویب قوانین جدید است. فرایند قانون‌گذاری اصولاً شامل مراحل ذیل است: انتخاب موضوع، تهیه و تنظیم پیش‌نویس 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 اصولاً در مرحله دوم مورد توجه جدی قرار می‌گیرد و در این جهت در بیشتر کشورها کمیسیون‌ها و کمیته‌های ویژه‌ای برای تهیه و تنظیم لوایح تشکیل شده است. برای مثال در سال ۱۹۶۵ «کمیسیون حقوقی» به عنوان واحدی مستقل از سوی قانون‌گذار تشکیل شد تا با دید اصلاحی و انتقادی، قوانین انگلستان را بررسی کند. کمیسیون مذکور موظف شده است تا در جهت تنظیم قوانین جدید، تشخیص و کنار گذاشتن قوانین غیرمنطقی، غیرمعمول، کهنه و غیرضروری و ساده و مدرن کردن قوانین فعالیت کند.

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 تهیه‌کنندگان لوایح بهبود یابد که در عمل به تهیه و تنظیم قوانین مناسب‌تری منجر خواهد شد و از طرف دیگر تجارب سایر کشورها را در معرض دید و استفاده تهیه‌کنندگان قوانین قرار خواهد داد. استفاده مطلوب از نتایج حقوق تطبیقی در وضع و اصلاح قوانین با دو مانع مهم روبه‌رو بوده است. مانع اول اینکه حقوق تطبیقی ممکن است عملاً به اقتباس و تقلید از حقوق خارجی منجر شود و مانع دوم اینکه نتایج حقوق تطبیقی ممکن است به دلیل ملاحظات غیرعلمی، نادیده گرفته شود.

در بسیاری از کشورها استفاده از حقوق تطبیقی در وضع و اصلاح قوانین عملاً به اقتباس و پذیرش قوانین خارجی منجر شده است و به جای اینکه با استفاده از تجارب سایر کشورها قوانین و مقررات، متناسب با شرایط سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی تهیه و تنظیم شود، مقررات و قوانین خارجی در بست یا با اصلاحات اندکی مورد اقتباس و پذیرش قرار گرفته است.

انتقال قوانین از یک کشور به کشور دیگر در دو بیست سال گذشته شاهد سه تحول بزرگ بوده است. در سال‌های استعمار، کشورهای استعمارگر قوانین خود را به کشورهای مستعمره تحمیل کردند. تحمیل حقوق استعمارگر بر مستعمره هم در مورد حقوق کامن‌لا و هم حقوق رومی-ژرمنی صادق است و هر دو، حقوق خود

را به کشورهای دیگر تحمیل کرده‌اند. تحول دوم پس از جنگ جهانی دوم این بود که کشورهای تازه استقلال یافته یا تازه تأسیس شده مقررات و قوانین کشورهای غربی را پذیرفتند. کشورهای مورد اقتباس عمده همان کشورهایی بودند که به صورت سنتی (استعماری) با کشورهای تازه استقلال یافته رابطه داشتند. تحول سوم، پس از فروپاشی بلوک شرق (شوروی سابق و هم‌پیمانان آن) در اوایل دهه ۱۹۹۰ اتفاق افتاد. کشورهای تازه استقلال یافته متعلق به اتحاد جماهیر شوروی و کشورهای اروپای مرکزی و شرقی متعلق به بلوک سوسیالیستی کوشیدند که نظام‌های حقوقی خود را بازسازی کنند که در عمل این امر به پذیرش گسترده حقوق اروپایی و آمریکایی در این کشورها منجر شد.

فرایند اقتباس و پذیرش قوانین خارجی به کشور پذیرنده امکان می‌دهد که بتواند به سرعت و بدون نیاز به 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 زمینه‌ها و ساختارهای لازم است نمی‌تواند به نتایج مورد نظر منجر شود. فرض کنید فردی به خارج از کشور مسافرت می‌کند و یک اتومبیل سواری آخرین مدل را می‌بیند و از چراغ‌های خطر آن بسیار خوش می‌آید. او تصمیم می‌گیرد که چراغ‌های خطر آن اتومبیل را خریداری و روی اتومبیل پیکان خود نصب کند. برای نصب چراغ‌های مزبور اولاً لازم است تغییراتی در بدنه پیکان داده شود تا امکان نصب فراهم شود این تغییر ممکن است چنانچه فرد مزبور بتواند با موفقیت عمل تطابق را انجام دهد در این صورت نتیجه به‌دست‌آمده مسلماً با نتیجه مورد نظر فرد مزبور متفاوت خواهد بود و حتی ممکن است این امر به استهزاء و تمسخر فرد مزبور منجر شود. تقلید و اقتباس کورکورانه از حقوق خارجی بدون در نظر گرفتن شرایط اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی کشور پذیرنده، همواره مورد استقبال افراد بی‌بضاعتی است که تمایل دارند در اسرع وقت و بدون نیاز به سرمایه‌گذاری و استفاده از کارشناسان خبره و دانشمندان و اساتید دانشگاه به وضع یا اصلاح قوانین اقدام کنند. مسلماً چنین امری مورد نظر حقوق تطبیقی نیست. حقوق تطبیقی درصدد است فضایی فراهم سازد که ضمن شفاف‌سازی نقاط قوت و ضعف نظام‌های حقوقی، کشورها بتوانند از تجارب ارزشمند سایر کشورها بهره‌مند 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 یافته‌های حقوق تطبیقی مورد توجه و بهره‌برداری قرار نمی‌گیرد. منافع ملی، منافع گروهی یا سایر ملاحظات از جمله موانعی است که باعث می‌شود نتایج و یافته‌های حقوق تطبیقی نادیده گرفته شود.

چهارم: نقش حقوق تطبیقی در حل و فصل دعاوی در دادگاه‌های ملی

نسبت به نقشی که حقوق تطبیقی در امر قانون‌گذاری دارد، نقش آن در حل و فصل دعاوی در دادگاه‌ها در درجه بعدی قرار می‌گیرد. دادگاه‌ها هنوز تمایل زیادی نشان نمی‌دهند 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 می‌کنیم که نه فقط دانشگاهیان بلکه قضات و وکلای نیز به تحولات حقوقی در خارج از مرزهای ملی کشور خود توجه دارند. بدون شک توجه قضات به نحوه حل و فصل اختلافات در کشورهای دیگر روز به روز در حال گسترش است. بهره‌برداری از روش‌های تطبیقی برای حل و فصل یک دعوی در یک دادگاه ملی ممکن است برای آن دادگاه جنبه الزامی یا اختیاری داشته باشد. زمانی که دادگاه با اعمال حقوق خارجی روبه‌رو می‌شود. باید مفاهیم و نهادهای موجود در حقوق خارجی را با مفاهیم و نهادهای موجود در قانون مقرر دادگاه تطبیق دهد.

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.

(الف) موارد الزامی مراجعه به حقوق تطبیقی در حل و فصل اختلافات

در این گروه از موضوعات، اعمال صحیح و مقتضی قوانین و مقررات داخلی مستلزم مراجعه به حقوق خارجی یا انجام دادن مطالعات تطبیقی است که به برخی از این موارد اشاره می‌شود:

۱: در بحث تعارض قوانین مواردی یافت می‌شود که دادگاه‌ها ناگزیرند 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 باید نسبت به آن اجرا شود. مثلاً مطابق ماده ۷ قانون مدنی ایران، احوال شخصیه اتباع خارجه مقیم ایران تابع مقررات کشور متبوع آنهاست. فرایند تعیین مفهوم (احوال شخصیه) و موضوعاتی که تحت پوشش این مفهوم است توصیف نامیده می‌شود. مطابق یک نظریه سنتی و پذیرفته شد توصیف یک مفهوم یا نهاد حقوق خارجی که دادگاه رسیدگی‌کننده بدان آگاهی ندارد بر اساس قانون مقرر دادگاه انجام می‌پذیرد ولی با این قید که دادگاه ابتدا باید مفهوم یا نهاد حقوقی خارجی را بر اساس معانی و اهداف آن در کشور خارجی بررسی و تجزیه و تحلیل کند و سپس از طریق مقایسه آن با مفاهیم و نهادهای مشابه داخلی، آن را با مفاهیم و نهادهای داخلی تطبیق دهد. مثلاً چنانچه دادگاه کشوری مثل فرانسه که در آن تعدد زوجات وجود ندارد با موضوع تعدد زوجات که در یک کشور اسلامی قانونی است مواجه شود، نمی‌تواند به صرف عدم وجود این نهاد در حقوق مقرر دادگاه فرانسه در این مثال از شناسایی آن خودداری کند، بلکه دادگاه با بررسی معنا و هدف این نهاد (تعدد زوجات) در حقوق کشور مبدأ می‌کوشد نزدیک‌ترین نهاد داخلی مشابه آن را یافته و نهاد تعدد زوجات را با آن تطبیق دهد. این امر مسلماً مستلزم بررسی تطبیقی است.

همچنین در تعیین مفاد «نظم عمومی» در تعارض قوانین باید به مطالعات تطبیقی توجه شود. مطابق یک اصل پذیرفته شده در تعارض قوانین، هرگاه در نتیجه اعمال قواعد حل تعارض، دادگاه رسیدگی‌کننده ملزم شود قانون خارجی را اعمال کند، این الزام تا حدی است که اجرای قانون خارجی مخالف نظم عمومی نباشد. برای تعیین مفاد «نظم عمومی» دادگاه رسیدگی‌کننده نمی‌تواند صرفاً به مقررات داخلی خود توجه کند و از اجرای هر قانونی که مخالف مقررات امری کشور متبوع دادگاه باشد خودداری کند. برای تشخیص مفهوم «نظم عمومی»، دادگاه بایستی به حقوق خارجی مراجعه و مشخص نماید که آیا قانون خارجی مورد بحث (مثل حق محدود زنان در تقاضای طلاق در حقوق ایران) نسبت به قانون متبوع دادگاه، صرفاً راه‌حل متفاوتی را ارائه می‌کند و یا اینکه قانون خارجی مذکور آن چنان ناقض اصول تمدن، مبانی و ارزش‌های نظام حقوقی کشور متبوع دادگاه است که دادگاه‌های آن کشور باید از اجرای قانون خارجی خودداری کنند. قضاوت در اینکه آیا راه‌حل پذیرفته شده در قانون خارجی مخالف نظم عمومی است یا نه مستلزم مطالعه و بررسی تطبیقی خواهد بود تا مشخص شود آیا راه‌حل مزبور یکی از چندین راه‌حل برخورد با موضوع است یا نه. نتیجه این مطالعات و بررسی‌های تطبیقی در اکثر موارد به اعمال قانون خارجی منجر شده است.

مورد دیگری که در ارتباط با تعارض قوانین، دادگاه ملی مجبور به مراجعه به حقوق خارجی و تطبیقی می‌شود، مربوط به مواد ۵ و ۶ کنوانسیون رم در خصوص تعیین قانون حاکم بر روابط تجاری است. مطابق این دو ماده چنانچه قرارداد منعقد با مصرف‌کننده (ماده ۵) یا کارگران (ماده ۶)، قانون کشوری غیر از قانون متبوع دادگاه را به عنوان قانون حاکم تعیین کرده باشد و این قانون حمایت‌های کمتری نسبت به قانون متبوع دادگاه مقرر کند، در این صورت دادگاه باید دست‌کم حمایت‌های قانونی مقرر در کشور متبوع دادگاه را نسبت به آنان اعمال کند. برای تعیین میزان حمایتی که قانون منتخب طرفین نسبت به مصرف‌کنندگان یا کارگران مقرر کرده‌اند، دادگاه باید به قانون کشور مزبور مراجعه کند و در صورتی که تشخیص دهد حمایت‌های مزبور کمتر از میزان حداقل موجود در قانون متبوع دادگاه است این حداقل‌ها را نسبت به آنان اعمال نماید.

(ب) موارد ترجیحی مراجعه به حقوق تطبیقی در حل و فصل اختلافات

در این قسمت، بررسی تطبیقی پیش شرط حتمی برای حل و فصل دعاوی تلقی نمی‌شود، ولی از آنجا که عناصر و عوامل بین‌المللی و خارجی در خصوص این دسته از دعاوی دخیل‌اند، ترجیح دارد که قضات قبل از صدور رأی روش‌های تطبیقی را به کار برند. در ذیل چهار دسته از این نوع مسائل به اختصار تشریح می‌شود: ۱. مقررات علم و مقررات متحدالشکل بین‌المللی

گروهی از موضوعاتی که دخالت عنصر بین‌المللی در آنها بسیار مشهود است مربوط به اعمال آن دسته از مقررات ملی است که بر اساس معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی تنظیم شده‌اند. در برخی از کنوانسیون‌ها صراحتاً مقرر شده است که دادگاه‌های ملی باید در اعمال و تفسیر کنوانسیون به جنبه بین‌المللی آن و نقشی که کنوانسیون در همسانی مقررات در کشورهای عضو ایفا می‌کند توجه کنند - که در بالا جزء موارد الزامی ذکر شد. در مواردی که خود کنوانسیون چنین تکلیفی را مقرر نمی‌دارد، منطقی و پسندیده است که تفسیر و اعمال کنوانسیون به نحوی انجام پذیرد که خصیصه بین‌المللی بودن آن و نقشی که در ایجاد وحدت حقوقی بین کشورها ایفا می‌کند کمرنگ و ضایع نشود.

مثلاً دادگاه عالی فدرال آلمان نظر داد که در تفسیر مقررات متحدالشکل بین‌المللی باید فراتر از جنبه‌های سنتی به نحوی عمل کرد که تا حد ممکن تفسیر متحدالشکل بین کشورهای عضو تضمین شود؛ بنابراین تفسیر چنین مقرراتی باید مستقل از سایر مقررات داخلی انجام پذیرد، زیرا رجوع به مفاهیم مشابه داخلی متحدالشکل بودن را که هدف اصلی از وضع این نوع مقررات است به خطر می‌اندازد. در صورتی که نسبت به معنا و مفهوم این مقررات شک و شبهه‌ای وجود داشته باشد، مقتضی است به منظور تعیین معنا و مفهوم آنان به مقررات کشوری ارجاع شود که این مقررات از آن نظام حقوقی اتخاذ شده است.

۲. مقررات مشترک با سایر کشورها

امروزه کمتر کشوری است که برخی از مقررات خود را از سایر کشورها اقتباس نکرده باشد. هر چه 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 می‌کند که برای تفسیر آن مقررات لازم است که به نظام حقوقی خارجی رجوع کند. مثلاً آراء دادگاه‌های عالی انگلستان در رویه قضایی کشورهای مثل کانادا، استرالیا، آفریقای جنوبی، شبه جزیره هند و امثال آنکه تحت تأثیر حقوق کامن‌لا بوده‌اند نقش مهمی داشته است.

در حقوق ایران نیز مثلاً قانون تجارت با اقتباس از قانون تجارت فرانسه و برخی دیگر از کشورهای اروپایی تنظیم شده است و در مواردی که دادگاه‌های ایران در تفسیر این مقررات اختلاف نظر پیدا کنند، موضوع جهت حل و فصل نهایی به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع داده می‌شود، در گزارش توجیهی یا در نظریه دادستان ارجاع به حقوق فرانسه مشهود است. مثلاً دادگاه‌ها در خصوص حق مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ایام بعد از توقف از سوی طلبکاران ورشکسته اختلاف نظر پیدا می‌کنند و موضوع جهت اتخاذ تصمیم نهایی به هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع داده می‌شود. دادستان در گزارش خود به ماده ۴۹۶ قانون تجارت فرانسه استناد می‌کند و بعد در نظر تفصیلی خود نظریات حقوقدانان فرانسه و رویه دادگاه‌های فرانسه در این خصوص را مورد بررسی و مطالعه تطبیقی قرار می‌دهد.

۳. قواعد حل تعارض

در برخی از کشورها قواعد حل تعارض به صورت کامل وجود ندارد و دادگاه‌ها مجبورند موضوع را به نحوی حل و فصل کنند. مثلاً در آلمان این بحث مطرح شد چنانچه دو کشتی در منطقه دریایی یک کشور با یکدیگر تصادف کنند، قانون کدام کشور حاکم است. دادگاه آلمان با رجوع به رویه پذیرفته 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 وحدت حقوقی در این خصوص کمک کند.

۴. استرداد مجرمان

اصولاً استرداد مجرمان منوط به تحقق شرایطی است و متهم ممکن است استدلال کند که قانون کشور تقاضاکننده غیرعادلانه یا رسیدگی‌های کیفری غیرمنصفانه است. در این صورت مقتضی است از طریق و مطالعات و بررسی‌های تطبیقی مشخص شود که آیا در کشور تقاضاکننده دست کم استانداردهای قابل قبول در دادرسی کیفری رعایت می‌شود و آیا مقررات آنان غیرعادلانه است یا نه. مثلاً کشوری که در آن، مجازات اعدام برای قتل عمد در نظر گرفته شده از آلمان تقاضا می‌کند فردی را که به قتل عمد متهم است مسترد دارد. متهم به دادگاه آلمان شکایت می‌کند که به دلیل وجود اعدام در کشور تقاضاکننده چنین استردادی مخالف قانون اساسی آلمان است که اعدام را لغو کرده است. دادگاه با بررسی تطبیقی کشورهای مختلف به این جمع‌بندی می‌رسد که مجازات اعدام هنوز در بسیاری از کشورهای متمدن وجود دارد و استدلال متهم را با این نظریه رد می‌کند که آلمان نمی‌تواند صرفاً با مراجعه به مقررات ملی خود در این امور اظهارنظر کند.

(ج) موارد اختیاری مراجعه به حقوق تطبیقی در حل و فصل اختلافات

در این قسمت دادگاه‌های ملی با موضوعاتی مواجه‌اند که صرفاً داخلی بوده و فاقد جنبه بین‌المللی است. در این موارد توجه به مطالعات تطبیقی و حقوق خارجی زیاد مشهود نیست. دادگاه ملی ممکن است برای ارائه تفسیری مغایر با ظاهر عبارات قانونی به مطالعات تطبیقی مبادرت کند. مثلاً ظاهر ماده ۲۵۳ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد که خسارات معنوی وارده به افراد مطالبه شدنی نیست. دادگاه بدون توجه به ظاهر ماده، رأی می‌دهد که خسارات معنوی وارد به افراد مطالبه شدنی است و برای نادیده گرفتن ظاهر قانون استدلال می‌کند 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 و صورت تعرض به زندگی خصوصی افراد به عنوان ضمانت اجرای مدنی موردپذیرش قرار گرفته است.

همچنین دادگاه ممکن است برای پر کردن خلأ موجود در قوانین داخلی به مطالعات و بررسی‌های تطبیقی اقدام کند. در برخی از کشورها دادگاه‌ها با عنوان جدیدی در مبحث مسئولیت مدنی مواجه شده‌اند که تا قبل سابقه نداشته است. در پرونده‌ای، زنی که از بیماری وراثتی رنج می‌برده به پزشک مراجعه می‌کند و نظر او را در خصوص انتقال بیماری به بچه خود جویا می‌شود. پزشک پس از انجام دادن معاینات و آزمایش‌ها به زن اطمینان می‌دهد که بیماری به بچه وی منتقل نخواهد شد. زن بچه خود را به دنیا می‌آورد و بیماری به فرزند وی منتقل می‌شود. والدین بچه به نیابت از طرف بچه علیه پزشک مذکور اقامه دعوی کرده و پرداخت خسارت به دلیل «حیات نادرست» را تقاضا می‌کنند. به دلیل عدم وجود سابقه در قوانین و آراء قضایی آن کشور، دادگاه با مراجعه به آراء قضایی مطرح در حقوق ایالت متحده آمریکا و انگلستان اظهارنظر می‌کند که چنین خسارتی مطالبه شدنی نیست.

غیر از موارد بالا، مراجعه به حقوق تطبیقی در موضوعات صرفاً داخلی ممکن است برای اعطای اعتبار بیشتر به رأی صادره باشد، مثل اینکه قاضی درصدد است با بیان نمونه‌هایی از سایر کشورها مطرح کنند که اطلاعات تطبیقی داشته و با آگاهی از رویه سایر کشورها رأی را صادر کرده است. در مجموع توجه دادگاه‌های ملی به مقررات و آراء قضایی سایر نظام‌های حقوقی ضعیف است، ولی با تأثیری که جهانی شدن بر حقوق ملی کشورها دارد و افزایش مقررات متحدالشکل بین کشورها، روز به روز دادگاه‌های ملی به حقوق تطبیقی توجه بیشتری خواهند داشت و مطالعات تطبیقی وسیله‌ای است که دادگاه‌ها می‌توانند از آن طریق از اندیشه‌های حقوقی سایر کشورها بهره‌مند شوند.

پنجم. نقش حقوق تطبیقی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی

با افزایش روزافزون تبادلات تجاری و اقتصادی بین کشورها، حقوقدانان ناگزیرند فراتر از مرزهای ملی به حقوق سایر کشورها توجه کنند. برای نمونه اکثر قراردادهای تجاری و اقتصادی ایران با سایر کشورها به زبان انگلیسی تنظیم می‌شود که در این قراردادها، اصطلاحات و مفاهیم رایج در نظام‌های رومی - ژرمنی یا کامن‌لا مورد استفاده قرار می‌گیرد. انتخاب قوانین این کشورها به عنوان قانون حاکم بر قرارداد و ارجاع اختلافات به دادگاه‌های آنها با موافقت بر داوری باعث شده که نیاز به درک این مفاهیم افزایش یابد.

مثلاً وقتی از یک وکیل یا مشاور حقوقی نسبت به یک قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک در کشور ترکمنستان بین یک شرکت ایرانی و یک شرکت ترکمن تقاضای مشاوره می‌شود، وکیل یا مشاور مذکور ناگزیر است که از جمله به این مسائل توجه کند: