



# جزوه باما

دانلود جزوات، نمونه سوالات  
و پروپونته‌های دانشگاهی

**Jozvebama.ir**



## ۱. کلیات حقوق تطبیقی

### ۱-۱ جایگاه حقوق تطبیقی در تقسیمات حقوقی

موضوعات و مباحث حقوقی در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف - دسته اول شامل مباحثی است که قواعد و مقررات ناظر به بخش معینی از روابط اجتماعی را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد که مجموع این مباحث حقوق یک کشور را تشکیل می‌دهد، مثل حقوق خانواده که روابط خانوادگی را تنظیم می‌کند حقوق تجارت که ناظر به فعالیت‌های تجاری است، حقوق جزا که ناظر به تعیین رفتارهای جزایی و میزان مجازات آنهاست یا آیین دادرسی که شیوه‌های رسیدگی قضایی را تعیین می‌کند. بیشتر تحقیقات و بررسی‌های حقوقی درباره این قبیل قوانین و مقررات است که اصطلاح حقوق مثبت نامیده شده و بدنه اصلی یک نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد. هدف از مطالعه این موضوعات و مباحث، آگاهی از قوانین و مقررات موجود، تفسیر آنها و در نهایت اعمال آنها نسبت به مصادیق است.

ب - دسته دوم موضوعات و مباحثی است که حقوق را در کلیت خود بررسی و مطالعه می‌کند و فقط ناظر به روابط معینی نیست. موضوعاتی مانند تاریخ علم حقوق، فلسفه حقوق، جامعه‌شناسی حقوق و حقوق تطبیقی از جمله مباحثی هستند که حقوق را کم و بیش در کلیت خود مطالعه و بررسی می‌کنند.

### ۲-۱ تعریف حقوق تطبیقی

در مورد تعریف حقوق تطبیقی دانشمندان حقوقی اتفاق نظر ندارند و هر نویسنده‌ای کوشیده است مطابق با تلقی خود حقوق تطبیقی را تعریف کند. در مورد ارائه تعریفی جامع و مانع از حقوق تطبیقی این مشکل وجود دارد که دامنه مباحث آن، جایگاهش در کنار سایر موضوعات حقوقی و اهمیت و ضرورت آن همواره مورد بحث و مناقشه بوده و نسبت به آنها نظریات گوناگونی مطرح بوده است. برخی از تعاریف حقوق تطبیقی عبارت‌اند از:

- حقوق تطبیقی، تطبیق و مقایسه نظام‌های حقوقی متفاوت در سطح جهانی است.
- حقوق تطبیقی صرفاً یک عنوان کلی برای روش‌های گوناگون مطالعات حقوقی است.
- حقوق تطبیقی، مطالعه نظام‌مند نظام‌های حقوقی مشخص یا مقررات حقوقی خاص بر اساس روش تطبیقی است.
- حقوق تطبیقی یک شیوه علمی است که به منظور مقایسه حقوقی کشورها و تعیین نقاط مشترک و امتیازهای آنها به کار می‌رود.
- و حقوق تطبیقی یک روش علمی برای مطالعه حقوق از طریق فرایند مقایسه و تعلیق است.

عبارت حقوق تطبیقی مشتمل بر دو عنوان «حقوق» و تطبیق است؛ بنابراین در حقوق تطبیقی با نوعی از فعالیت علمی روبه‌رو هستیم که موضوع آن خود حقوق و فرایند آن مقایسه و تطبیقی است؛ بنابراین در حقوق تطبیقی مقایسه و تطبیق دست‌کم در چارچوب دو نظام حقوقی انجام می‌گیرد و نتایج حاصل از آن مورد تجزیه و تحلیل علمی قرار می‌گیرد. برای افزایش ارزش علمی یافته‌های حقوق تطبیقی، این رشته از حقوق بایستی به مسائل و مشکلات مربوط به مقایسه و تطبیق و نحوه نتیجه‌گیری و تجزیه و تحلیل یافته‌ها توجه کرده و راه‌حلی را در این خصوص ارائه دهد. از مطالب بالا نتیجه می‌گیریم که حقوق تطبیقی شامل سه دسته از مباحث کلی به این شرح است:

- ✓ مقایسه و تطبیق نظام‌های حقوقی متفاوت با برخی از نهادها و قوانین و مقررات آنان برای تعیین مشابهت‌ها و اختلافات موجود بین آنها.
- ✓ بررسی و تحقیق در خصوص مشابهت‌ها و اختلافات به‌دست‌آمده برای تعیین دلایل این مشابهت‌ها یا اختلافات، ارزیابی راه‌حل‌های متفاوت ارائه‌شده در نظام‌های متفاوت، دسته‌بندی نظام‌های حقوقی در خانواده‌های حقوقی، به دست آوردن مشترکات حقوقی کشورها و امثال آن؛
- ✓ بررسی و یافتن راه‌حل برای مشکلات مربوط به روش‌شناسی مطالعات تطبیقی و همچنین بررسی مشکلات مربوط به روش‌شناسی مطالعات خارجی.

### ۱-۳ انواع مطالعات تطبیقی

از لحاظ نظری دامنه تحقیقات و مطالعات تطبیقی بی‌حد و حصر است. فرض کنیم در سطح جهانی بیش از ۲۰۰ نظام حقوقی وجود داشته باشد. یک موضوع حقوقی می‌تواند بین دو، سه و چهار نظام یا بیشتر انجام گیرد. با جابه‌جایی نظام‌های مورد مطالعه، یک مسئله واحد ممکن است موضوع صدها مطالعه تطبیقی قرار گیرد.

#### الف. مطالعات تطبیقی توصیفی

مطالعات تطبیقی در این روش صرفاً برای تشخیص مشابهت‌ها و اختلافات و ارائه نتایج به‌دست‌آمده انجام می‌گیرد و هدف خاص دیگری دنبال نمی‌شود. این دسته از مطالعات ممکن است از روی کنج‌کاو علمی یا برای ارائه به مؤسسات و مراکز بین‌المللی به منظور مطالعات بعدی انجام پذیرد. مثلاً در سال ۱۹۳۷ کمیسیون تحت نظر جامعه ملل جایگاه زن را در نظام‌های حقوقی متفاوت بررسی کرد که هدف از آن صرفاً جمع‌آوری اطلاعات و روشن کردن جایگاه حقوقی زنان در کشورهای گوناگون بود.

#### ب. مطالعات تطبیقی کاربردی

مطالعات تطبیقی در این روش به منظور اهداف عملی خاصی انجام می‌گیرد. مثلاً، برای اصلاح مقررات داخلی یا تنظیم یک کنوانسیون بین‌المللی مطالعات تطبیقی در نظام‌های حقوقی متفاوت انجام می‌گیرد تا بهترین راه‌حل‌ها انتخاب یا مقبول‌ترین آنها پیشنهاد شود؛ بنابراین برخلاف حقوق تطبیقی توصیفی، در حقوق تطبیقی کاربردی نتایج مطالعات تطبیقی به صورت مشخص برای رفع یک مشکل مورد توجه و استناد قرار می‌گیرد.

#### ج. مطالعات تطبیقی کلان

در این روش بین روش‌های قانون‌گذاری، شیوه‌های تفسیر مقررات، نقش مؤسسات علمی حقوقی در توسعه حقوق، روش‌های گوناگون حل و فصل اختلافات، نقش دادگاه‌ها در نظام حقوقی و امثال آن مقایسه و تطبیق صورت می‌گیرد. در برخی از مطالعات تطبیقی کلان نقش مردم یا برخی از گروه‌ها در روند توسعه و تکامل حقوق در نظام‌های متفاوت بررسی می‌شود.

#### د. مطالعات تطبیقی خرد

در این روش نهادها یا مقررات حقوقی معینی مورد مطالعه تطبیقی قرار می‌گیرد، برای مثال، مقررات و آیین رسیدگی ناظر به تصادفات رانندگی و یا مقررات و آیین رسیدگی ناظر به مسائل خانوادگی در دو یا چند نظام حقوقی مورد مطالعه تطبیقی قرار می‌گیرد.

### ۱-۴. ارتباط حقوق تطبیقی با سایر رشته‌های حقوقی مرتبط

برای درک بهتر حقوق تطبیقی ضروری است ارتباط حقوق تطبیقی با سایر رشته‌های حقوقی که به نحوی با مطالعات حقوق خارجی مرتبطاند یا حقوق را در کلیت خود مورد مطالعه و پژوهش قرار می‌دهند بررسی شود؛ بنابراین در این قسمت ارتباط حقوق تطبیقی با مطالعه خارجی، حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق بین‌الملل عمومی، تاریخ حقوق، جامعه‌شناسی حقوق به اختصار مطرح می‌گردد.

#### الف. ارتباط حقوق تطبیقی با مطالعه حقوق خارجی

هر کشوری متناسب با سابقه تاریخی و وضعیت سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و مذهبی خاص خود حقوق ملی خود را دارد که آن را از حقوق سایر کشورها جدا می‌سازد هر چند مشکلات انسانی در جوامع گوناگون به یکدیگر شباهت زیادی دارند، راه‌حل‌های اتخاذشده در یک نظام حقوقی اصولاً مستقل و جدا از سایر نظام‌ها برقرار شده است. در چنین شرایطی راه‌حل‌های به‌دست‌آمده ممکن است مشابه نباشند. مثلاً تعیین مسئولیت بایع و مشتری در عقد بیع از مسائل مشترک کلیه جوامع است، ولی این بدین معنا نیست که کلیه نظام‌های حقوقی به پاسخ یکسانی رسیده‌اند. از طرف دیگر معمولاً قوانین و مقررات یک کشور در چهارچوب مرزهای آن کشور اعمال می‌شود و به ندرت وضعیتی پیش می‌آید که نیاز باشد قانون و مقررات خارجی اعمال شود.

با اینکه چنین تلقی از حقوق خارجی هنوز غالب و حاکم است، ولی به دلایل متعدد، حقوقدانان، وکلا و مشاوران حقوقی نیاز دارند از حقوق خارجی اطلاع داشته باشند. فرض کنید یک ایرانی می‌خواهد شرکتی را در کشور آذربایجان تأسیس کند به حقوقدانی مراجعه کرده و در این خصوص از وی راهنمایی و مشورت می‌خواهد. برای راهنمایی و مشاوره، حقوقدان مزبور ناگزیر است نحوه تشکیل شرکت را در کشور آذربایجان مطالعه و بررسی و تعیین کند تحت چه شرایطی یک فرد خارجی می‌تواند در آن کشور شرکت تجاری تأسیس کند. با فرض کنید شخصی یک برنامه نرم‌افزار رایانه‌ای تهیه کرده است و تمایل دارد برای حفظ حقوق مادی و معنوی نرم‌افزار خود، آن را در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا به ثبت برساند. وی به یک دفتر حقوقی در تهران مراجعه و سه سؤال را به این شرح مطرح می‌کند: تحت چه شرایطی می‌تواند اثر خود را در آلمان به ثبت رساند؟ با توجه به اینکه آلمان عضو اتحادیه اروپاست، آیا ثبت اثر مزبور در این کشور مشمول حمایت‌های قانونی در سایر کشورهای عضو می‌شود یا اینکه اثر مزبور باید در سایر کشورهای عضو نیز ثبت شود؟ آیا با ثبت این اثر در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیازی هست که اثر مزبور در کشور - مثلاً ایالات متحده آمریکا نیز به ثبت برسد؟ در این مثال نیز حقوقدان طرف مشاوره باید به مطالعه قوانین و مقررات آلمان، اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا بپردازد تا بتواند موکل خود را راهنمایی کند. افزایش حجم مبادلات تجاری با سایر کشورها، گسترش صنعت گردشگری و مهاجرت برای تحصیل، جستجوی کار یا شرایط بهتر سیاسی و اقتصادی موجب شده تا حقوقدانان برای ارائه خدمات و رفع نیازهای حرفه‌ای خود قوانین و مقررات خارجی را بررسی و مطالعه کنند و نسبت به آنها آگاهی داشته باشند.

به طور کلی کسب آگاهی از حقوق خارجی و مطالعه و بررسی آن نمی‌تواند فی‌نفسه - حقوق تطبیقی تلقی شود، زیرا هدف از این آگاهی رفع نیازهای حرفه‌ای است بدون اینکه فرد به دنبال مقایسه یا تطبیق آن مقررات با مقررات داخلی و یا با مقررات کشور دیگری باشد و بخواهد نتایج این مقایسه و تطبیق را مورد تجزیه و تحلیل علمی قرار دهد و نسبت به ارزیابی آن اقدام کند.

با وجود این چند نکته باید مدنظر قرار گیرد اول اینکه آگاهی نسبت به حقوق خارجی از پیش شرط‌های مُسَلِّم مطالعات تطبیقی است و بدون کسب چنین آگاهی نمی‌توان مطالعه تطبیقی انجام داد. این آگاهی همچنین باید دقیق و به‌روز باشد وگرنه نتایج حاصل از مطالعات تطبیقی بی‌ارزش یا کم‌ارزش خواهد بود، زیرا در این صورت مقایسه بر اساس اطلاعات نادرست بنا شده است. دوم اینکه هر فردی - ولو برای نیازهای حرفه‌ای خود قوانین و مقررات خارجی را مطالعه می‌کند، در ذهن خود به مقایسه و تطبیق دست می‌زند و امکان ندارد که مقایسه و تطبیق در کار نباشد. دست کم برای انتقال مفاهیم حقوق خارجی لازم است از مفاهیم، کلمات و عبارات حقوق داخلی استفاده کرد که این امر مستلزم مقایسه و انتخاب عباراتی است که نزدیک‌ترین معنی را نسبت به مفهوم اصلی برساند. مسلماً این مقایسه‌های غیر مقصود و غیرمنظم نمی‌تواند حقوق تطبیقی تلقی شود. اصولاً چنین مقایسه‌هایی در کلیه مواردی که افراد با عناصر خارجی روبه‌رو می‌شوند وجود دارد، مثل اینکه کسی به یک کشور خارجی مسافرت کرده و نحوه غذا خوردن یا لباس پوشیدن مردم آن سرزمین را با سرزمین خود مقایسه کنند. سوم اینکه بسیاری از مواقع افراد به دلیل کنجکاوی یا صرفاً برای افزایش آگاهی‌های خود قوانین و مقررات خارجی را مطالعه می‌کنند تا بینند مردم سرزمین‌های دیگر چطور روابط اجتماعی خود را تنظیم می‌نمایند.

### ب. ارتباط حقوق تطبیقی با حقوق بین‌الملل خصوصی

حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین به قواعد و مقررات ملی اطلاق می‌شود که روابط خصوصی افراد را در زندگی بین‌المللی تنظیم می‌کند. زمانی که در یک موضوع خصوصی عنصر خارجی دخالت داشته باشد و آن موضوع به بیش از یک نظام حقوقی ملی مرتبط شود، حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین می‌کند کدام یک از این نظام‌ها نسبت به موضوع مذکور اعمال‌شدنی است. حقوق بین‌الملل خصوصی جزء حقوق مثبت یک نظام ملی است و هر دادگاهی از طریق استناد به مقررات ملی حل تعارض خود، قانون حاکم بر موضوع را تعیین خواهد کرد. ارجاع به مقررات ملی حل تعارض ممکن است به اعمال قانون خارجی منجر شود که در این صورت دادگاه موضوع را مطابق مقررات آن کشور خارجی حل و فصل می‌کند؛ و با توجه به تعریف و کارکرد حقوق بین‌الملل خصوصی به نظر می‌رسد که حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق تطبیقی دو رشته مجزا محسوب می‌شود که دو قلمرو و دو کارکرد جداگانه دارد. به طور مشخص حقوق بین‌الملل خصوصی جزء حقوق مثبت یک نظام ملی تلقی شده و هدف آن تعیین تکلیف رابطه حقوق خصوصی است که با بیش از یک نظام ملی مرتبط است، در حالی که حقوق تطبیقی جزء حقوق مثبت یک نظام ملی محسوب نشده و هدف آن صرفاً حل و فصل مشکل خاصی نیست.

با وجود این، حقوق بین‌الملل خصوصی با حقوق تطبیقی ارتباط تنگاتنگی دارد. در حقوق بین‌الملل خصوصی اعمال قانون خارجی در یک نظام ملی مطرح است که این امر مستلزم استفاده از شیوه‌ها و روش‌هایی است که در حقوق ملی ایجاد شده و توسعه یافته است. مثال‌های ذیل ارتباط حقوق بین‌الملل خصوصی را با حقوق تطبیقی نشان می‌دهد. در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مسائل مربوط به احوال شخصیه اتباع خارجی تابع قانون کشور متبوع آن‌هاست، در حالی که مسائل مربوط به قراردادهای اصولاً تابع محل انعقاد عقد می‌باشد. چنانچه دادگاه ایران با توافقی مواجه شود که به موجب آن زن و شوهر خارجی پذیرفته‌اند که مالکیت کلیه اموال به دست آمده در دوره زناشویی بالسویه بین آنها مشترک باشد، در این صورت ابتدا دادگاه ایرانی باید تشخیص دهد که رابطه مذکور جزء عقد ازدواج و تابع قانون متبوع زن و شوهر است یا قراردادی خصوصی است و تابع قانون محل انعقاد عقد می‌باشد. بدین دلیل دادگاه باید رابطه مزبور را توصیف کرده و آن را در گروه مربوط قرار دهد که اصطلاحاً به آن (تشخیص) یا «توصیف» اطلاق می‌شود. برخی از دانشمندان معتقدند که این توصیف باید مطابق با «قانون مقر دادگاه» و برخی دیگر معتقدند مطابق با «قانون سبب» یعنی قانون خارجی حاکم بر موضوع انجام گیرد. به دلیل نارسایی‌های هر دو نظریه فوق امروزه این نظریه مورد توجه قرار گرفته است که امر توصیف باید از طریق بررسی‌ها و پژوهش‌های تطبیقی انجام پذیرد تا عادلانه‌ترین و منصفانه‌ترین نتایج حاصل شود.

همچنین برخی از مواقع دادگاه‌های ایران با مفاهیم یا نهادهای حقوقی خارجی روبه‌رو می‌شوند که در حقوق ایران وجود ندارد. در این صورت لازم است ابتدا موضوع مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته و با مفاهیم مشابه در حقوق ملی مورد مقایسه و تطبیق قرار گیرد. با توجه به اینکه مثلاً نهاد «تراست» که در حقوق انگلستان مطرح است در حقوق ایران وجود ندارد، دادگاه باید تراست را در فضای حقوق انگلستان تحلیل کرده و سپس با انتخاب نزدیک‌ترین نهاد داخلی (مثلاً وقف) تصویری از این نهاد خارجی (تراست) ترسیم کند. تلقی صحیح از (تراست) منوط به استفاده از روش‌های حقوق تطبیقی است.

به طور خلاصه، اعمال قواعد حل تعارض به شناسایی و اعمال قوانین خارج و آراء دادگاه‌های خارجی منجر خواهد شد که این امر مستلزم اطلاع از قواعد قوانین و مقررات خارجی است. هرچند صرف اطلاع از حقوق خارجی، حقوق تطبیقی تلقی نمی‌شود ولی برای اعمال حقوق خارجی و شناسایی آراء آن به بررسی‌ها و پژوهش‌های تطبیقی نیاز خواهد بود. توصیف رابطه حقوقی، تشخیص احواله نوع اول و دوم، تشخیص نهادهایی که در حقوق مقر دادگاه موجود نیستند، تشخیص نظم عمومی و اخلاق حسنه به منظور اجتناب از اعمال حقوق خارجی یا شناسایی آراء خارجی از جمله مواردی است که مستلزم بررسی و تحلیل حقوق خارجی از طریق روش‌ها و شیوه‌های حقوق تطبیقی است.

### ج. ارتباط حقوق تطبیقی با حقوق بین‌الملل عمومی

حقوق بین‌الملل عمومی مجموعه قواعد و اصولی است که ناظر به روابط دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است. در نگاه اول به نظر می‌رسد که مشترکات زیادی بین حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل عمومی وجود ندارد، زیرا حقوق بین‌الملل عمومی به عنوان یک نظام حقوقی فراملی است در حالی که در حقوق تطبیقی موضوع مقایسه و تطبیق بین دست‌کم دو نظام ملی مطرح است. با وجود این، روش‌ها و یافته‌های حقوق تطبیقی در حقوق بین‌الملل عمومی قابل بهره‌برداری و استفاده است که در ادامه به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

اولاً: طبق بند ج (۱) ماده ۳۸ اساسنامه دادگاه دادگستری بین‌المللی یکی از منابع حقوق «اصول کلی حقوقی اصولی است که از سوی کشورهای متمدن شناسایی شده است». تشخیص و تعیین این اصول کلی - که بعضاً به «قواعدی که مورد شناسایی کلیه ملل قرار گرفته» یا «قواعدی که مورد شناسایی بیشتر کشورها قرار گرفته» تفسیر شده - فقط از طریق مطالعات و بررسی‌های تطبیقی عملی است.

ثانیاً: برای تهیه و تنظیم معاهدات بین‌المللی که بتواند مورد قبول کشورها قرار گیرد باید به محدودیت‌های موجود در قوانین اساسی کشورها توجه شود و متناسب با آن محدودیت‌ها متن معاهدات تنظیم گردد. همچنین در تنظیم معاهدات چندجانبه ضروری است مناسب‌ترین و مقبول‌ترین راه‌حل‌ها و مقررات اتخاذ شود که این امر نیز تنها در پرتو بررسی‌های تطبیقی بین نظام‌های حقوقی متفاوت ممکن خواهد بود.

### د. ارتباط حقوق تطبیقی با تاریخ حقوق



"تاریخ حقوق" علمی است که پیدایش، تکامل و تحول نهادها، سازمان‌ها، مفاهیم و مقررات حقوقی را در فرایند تاریخی مطالعه می‌کند. بدون شک، هم تاریخ حقوق و هم حقوق تطبیقی موجب درک بهتری از حقوق خواهد شد و دید ما را نسبت به حقوقی که بر ما اعمال می‌شود بهبود خواهد بخشید. شیوه‌های مورد استفاده در هر یک از این دو رشته، «تاریخ حقوق» و «حقوق تطبیقی» و نتایج حاصل از این مطالعات و پژوهش‌ها قابل استفاده در رشته دیگر نیز می‌باشد هر چند که مطالعات و پژوهش‌های تاریخی بیشتر به روش‌ها و نتایج حقوق تطبیقی نیازمندند.

با اینکه مطالعات تطبیقی غالباً بدون بررسی جنبه‌های تاریخی انجام می‌پذیرد و صرفاً به نهادها و مقررات حقوقی موجود می‌پردازد. شیوه‌های مورد استفاده در تاریخ حقوق و نتایج حاصل از آن برای افزایش کیفیت و دقت مطالعات تطبیقی و سودمند است. مثلاً در برخی از موارد برای بررسی تطبیقی لازم است که شرایط تاریخی ایجاد، توسعه و تکمیل مقررات حقوقی مورد توجه قرار گیرد تا نتایج حاصل از دقت و صحت کافی برخوردار شود.

روش‌های حقوق تطبیقی ممکن است به سه شیوه، تاریخ حقوق را تحت تأثیر قرار دهد:

اولاً - بررسی تطبیقی عوامل و حوادث تاریخی متفاوت موجب خواهد شد که دلایل ایجاد نهادها و مقررات حقوقی در یک فرایند تاریخی مشخص شود. مثلاً از طریق بررسی عوامل تاریخی متفاوت مشخص خواهد شد که وجود مقررات خاص در یک کشور و عدم وجود آن در کشورهای هم‌جوار نشان‌دهنده نقشی است که عوامل و حوادث تاریخی مورد نظر در ایجاد آن مقررات خاص داشته‌اند.

ثانیاً - حقوق تطبیقی به دانشمندان تاریخ حقوق، کمک خواهد کرد که مشخص کنند تا چه حدی نهادها، سازمان‌ها، مقررات، نظریه‌ها و تئوری‌های حقوقی در نتیجه روند «داد و ستد» فرامرزی شکل گرفته و توسعه یافته‌اند. مثلاً بررسی‌های تاریخ نشان می‌دهد که قانون مدنی فرانسه تا چه حدی از مرزهای آن کشور عبور کرده و در سرزمین‌های دیگر مورد اقتباس و تقلید قرار گرفته است.

ثالثاً - حقوق تطبیقی می‌تواند از طریق ارائه روش ارزیابی و نقد در شکل‌گیری تاریخ تحلیلی مؤثر باشد. حقوق تطبیقی به دانشمندان تاریخ حقوق کمک می‌کند که نظریات غالب در بین جامعه تاریخ‌دانان حقوقی را مورد نقد و ارزیابی قرار داده و به آنان آگاهی بخشد. در بررسی‌های تاریخی ممکن است «گذشته» همانند یک نظام حقوقی تلقی شده و همان‌طور که در حقوق تطبیقی مثلاً نظام حقوقی ملی با یک نظام حقوقی خارجی مورد مقایسه و تطبیق قرار می‌گیرد، دانشمندان تاریخ حقوق نیز نظام فعلی حقوق را با نظام گذشته مورد مقایسه و تطبیق قرار دهند. این امر دانشمندان تاریخ حقوق را از این مسئله آگاه می‌کند که مطالعات تاریخی ممکن است مطالعه این موضوع باشد که چگونه حقوق ناظر به آباء و اجداد ما نسبت به ما متفاوت بوده است.

بنابراین پژوهش‌های تاریخ حقوق مستلزم مقایسه و تطبیق خواهد بود. این مقایسه و تطبیق به صورت طولی و در ظرف تاریخی انجام می‌پذیرد، در صورتی که در حقوق تطبیقی این مقایسه و تطبیق به صورت عرضی و بین نظام‌های حقوقی موجود انجام می‌گیرد؛ بنابراین حقوق تطبیقی و تاریخ حقوق می‌تواند به حقوقدان کمک کند که تلقی بهتری از حقوق ملی خود در عصر حاضر داشته باشند.

## ۵. ارتباط حقوق تطبیقی با جامعه‌شناسی حقوق

در جامعه‌شناسی حقوق، نهادها، مفاهیم، نظریه‌ها و قواعد و مقررات حقوقی همانند سایر پدیده‌های اجتماعی مانند اخلاق، زبان، هنر و اندیشه، معلول فشارهای اجتماعی تلقی شده که برای پاسخگویی به ضرورت‌های جامعه در برهه‌ای از زمان شکل گرفته است. جامعه‌شناسی حقوق به دنبال کشف این واقعیت است که حقوق تا چه حدی و تحت چه شرایطی رفتار انسانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و متقابلاً حقوق تا چه حدی تحت تأثیر تغییرات اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و جمعیتی قرار می‌گیرد.

بین حقوق تطبیقی و جامعه‌شناسی حقوق ارتباط تنگاتنگی وجود دارد و روش‌ها و یافته‌های هر یک از این دو رشته برای رشته دیگر کاربرد دارد. اولاً - سال‌هاست این امر در حقوق تطبیقی پذیرفته شده است که فقط مقرراتی مقایسه و تطبیق داده می‌شوند که در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه دارای کارکرد یکسانی بوده و درصدد حل مشکل واحدی باشند. برای تشخیص کارکرد مقررات، ضرورت دارد از پیش‌دآوری‌ها و ذهنیت‌ها خود را آزاد کنیم تا نتایج دقیقی از مطالعات تطبیقی حاصل شود. جامعه‌شناسی حقوق به حقوقدان تطبیقی کمک خواهد کرد که بخش کند مقررات موضوع تطبیق تا چه اندازه فارغ از پیش‌دآوری‌ها و پیش‌فرض‌ها کارکرد یکسانی در نظام‌های مورد نظر دارد.

ثانیاً - زمانی که حقوق خارجی مورد بررسی و تطبیق قرار می‌گیرد، جامعه‌شناسی حقوقی به محقق آگاهی می‌دهد که حقوق یک کشور به منابع رسمی موجود در نوشته‌های حقوقی مانند قوانین، رویه قضایی و معاهدات محدود نیست باید کلیه اموری که به نحوی رفتار افراد را کنترل می‌کنند مورد توجه قرار گیرند، زیرا برخی از رفتارهای اجتماعی از طریق سازوکارهای غیرحقوقی کنترل می‌شوند. مثلاً برخی از قوانین مفصل که در یک نظام حقوقی وجود دارد ممکن است در نظام حقوقی دیگر وجود نداشته باشد، زیرا کارکرد چنین مقررات مفصلی در نظام دیگر از طریق کنترل‌های غیرحقوقی محقق می‌شود.

ثالثاً - پس از مقایسه و تطبیق و هنگام تشریح دلایل مشابهت‌ها و اختلافات موجود بین دو نظام موردنظر، دانشمندان حقوق تطبیقی نیازمند، یافته‌های جامعه‌شناسی حقوق هستند که مشخص کنند تا چه حدی عوامل سیاسی، اقتصادی، سطح رشد یافتگی، مذهب، ساختار خانواده، ارزش‌های اخلاقی و محدودیت‌های ناشی از ساختار اجتماعی و غیره در این اختلافات و مشابهت‌ها دخیل‌اند.

## ۱-۵- فواید و اهداف حقوق تطبیقی

### یک. افزایش آگاهی‌های عمومی حقوقدانان

حقوق تطبیقی سبب افزایش آگاهی‌های عمومی حقوقدانان شده و کیفیت آموزش و عملکرد آنان را بهبود می‌بخشد. حقوق تطبیقی موجب می‌شود که آگاهی و درک حقوقدانان از فرهنگ و زندگی سایر جوامع افزایش یابد و زمینه برای تماس و ارتباط مؤثر با سایر حقوقدانان سراسر جهان هموار شود.

حقوق تطبیقی تمرین مفید علمی است که موجب افزایش انگیزه برای یادگیری زبان خارجی و به کارگیری آن می‌گردد و در مجموع می‌شود که درک متقابل بین حقوقدانان گسترش یابد.

حقوق تطبیقی موجب خواهد شد که درک ما از حقوق به عنوان یک پدیده اجتماعی افزایش یابد. وقتی مثلاً این موضوع مورد بررسی حقوق تطبیقی قرار می‌گیرد که چگونه برخی از کشورها باوجود تعداد محدودی دادگاه، دانشکده حقوق و حقوقدان قادرند به نحو مطلوبی مشکلات حقوقی خود را حل و فصل کنند، نتایج این بررسی به حقوقدان آگاهی می‌بخشد که برداشت صحیح‌تری از نقش حقوق در جامعه داشته باشد.

### دوم: درک بهتر از حقوق داخلی

زمانی که یک حقوقدان تنها در داخل نظام ملی خود مطالعه و بررسی می‌کند، به بسیاری از نقاط قوت و ضعف نظام ملی خود واقف نخواهد شد. چنانچه حقوقدان مزبور نسبت به حقوق ملی خود تعصب داشته باشد، بسیاری از اصول، قواعد و روش‌های موجود در حقوق ملی خود را منطقی، بدیهی و تنها راه حل مقبول تلقی خواهد کرد. در حالی که اگر وی نسبت به حقوق ملی خود بدبین بوده و آن را عقب مانده، غیرمنطقی یا توسعه نیافته انگارد، بسیاری از اصول، قواعد راه حل‌ها و روش‌های موجود در حقوق ملی خود را غیرمنطقی، ارتجاعی، کهنه و نامناسب خواهد دانست. این پیش‌داوری‌ها، تعصبات، بدبینی‌ها و ذهنیت‌ها ممکن است متقابلاً نسبت به حقوق کشورهای دیگر نیز وجود داشته باشد.

مطالعات و بررسی‌های تطبیقی این پیش‌داوری‌ها، تعصبات، بدبینی‌ها و ذهنیت‌ها را تصحیح و نقاط قوت و ضعف یک نظام ملی را در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی مشخص می‌کند. حقوق تطبیقی نشان خواهد داد که تا چه اندازه راه‌حل‌های پذیرفته شده و بدیهی در یک نظام ملی واقعاً بهترین و مناسب‌ترین راه حل است و به حقوقدان آگاهی می‌بخشد که تا چه اندازه مقررات، قواعد، اصول، نهادهای حقوقی، روش‌های تفسیر مقررات و نحوه حل و فصل اختلافات در یک نظام ملی از شرایط تاریخی، اجتماعی، سیاسی یا عوامل تصادفی موجود در آن کشور نشئت می‌گیرد و اینکه این مسائل در سایر کشورها قابل دفاع نیستند و با عدم پذیرش آنها در کشورهای دیگر نه تنها به نظم اجتماعی آنان خللی وارد نمی‌شود بلکه با فقدان آنها نظم مطلوب‌تری برقرار می‌گردد. مطالعات تطبیقی ممکن است به این نتیجه منجر شود که برخی و مقررات قواعد، اصول، راه‌حل‌ها و روش‌های موجود در نظام ملی نسبت به موارد مشابه در سایر نظام‌ها ارجحیت دارد و قابل طرح و دفاع در سطح جهانی است؛ بنابراین حقوق تطبیقی به حقوقدان دید تازه‌ای می‌دهد تا از بیرون به حقوق خود بنگرد و این دید جدید موجب می‌شود که تلقی حقوقدان از حقوق ملی بهبود یابد.

### سوم: اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین جدید

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 به دست آمده 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 پذیرفته‌شده 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 قضاوت 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:

هر یک از کشورهای ایران و ترکمنستان قوانین و مقررات خاص خود را دارند و ممکن است نحوه تلقی و برداشت این دو کشور از حقوق نیز متفاوت باشد. / مطابق این قرارداد بناست سرمایه و دانش فنی از کشور ایران به کشور ترکمنستان انتقال یابد، بنابراین نباید مقررات آمره کشور ایران را نقض کند. / محل اجرای این سرمایه‌گذاری مشترک کشور ترکمنستان است، بنابراین باید مقررات تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، حمایت از دانش فنی و فناوری خارجی، تضمین بازگشت سرمایه از کشور ترکمنستان، مقررات صادرات و واردات، مقررات ارزی و غیره مورد توجه قرار گیرد. / طرفین مذاکره تمایل ندارند در قرارداد خود از اصطلاحات و مفاهیم حقوقی خاص یکی از کشورهای ایران یا ترکمنستان استفاده شود، بنابراین باید فراتر از حقوق این دو کشور به رویه و عرف بازرگانی یا اصطلاحاً به «حقوق بازرگانی فرامرزی» مراجعه شود.

این قرارداد بناست به زبان انگلیسی تنظیم شود، بنابراین باید متوجه بود که اصطلاحات حقوقی رایج در زبان انگلیسی که عمدتاً از حقوق کامن‌لا نشأت گرفته است تا چه اندازه بیانگر خواست طرفین و به خصوص موکل خواهد بود. این امر مستلزم بررسی تطبیقی بین مفاهیم حقوقی رایج در انگلیسی و مفاهیم حقوقی مورد نظر طرفین بر اساس تلقی خود در حقوق ملی خواهد بود.

مطالعات حقوق تطبیقی به حقوقدان کمک می‌کند که بتواند به نحو و مؤثری به موکل خود مشاورت دهد و به او کمک کنند که مناسب‌ترین قرارداد را در جهت منافع موکل منعقد کند و یا دست کم موکل را از تبعات انعقاد چنین قراردادی آگاه سازد.

### ششم. سایر فواید حقوق تطبیقی

یکی از مهم‌ترین فواید حقوق تطبیقی متحدالشکل و هماهنگ ساختن قوانین و مقررات ملی است که به دلیل اهمیت آن در عصر حاضر به صورت مفصل در مباحث بعدی بررسی می‌شود.

### ۱-۶. دلایل نیاز به یکسان‌سازی مقررات حقوقی

در یک دسته‌بندی کلی موضوعات حقوقی ممکن است به سه گروه تقسیم شود.

**الف -** موضوعات صرفاً داخلی هستند که ایجاد، استمرار و پایان آنها در داخل‌های یک کشور اتفاق می‌افتد و تبعات و آثار فرامرزی ندارد. مثلاً یک ایرانی در ایران فوت می‌کند در حالی که کلیه ورثه، اموال، حقوق مالی و تعهدات وی در محدوده مرزهای ایران قرار دارند و عنصر خارجی در آن دخالتی ندارد.

**ب -** دسته دوم موضوعاتی است که آثار و تبعات آن به دلایلی به خارج از مرزها کشیده می‌شود. مثل انعقاد یک قرارداد بین‌المللی با ورشکستگی یک شرکت تجاری! که اموال، تعهدات یا دیونی در سایر کشورها دارد. در رابطه با این موضوعات، کشورهای ممکن است مقررات خاص خود را وضع کنند و هیچ تلاشی برای هماهنگی با مقررات سایر کشورها انجام ندهند، ولی قطعاً این امر مستلزم هزینه برای آن کشور خواهد بود. این هزینه ممکن است رفتارهای تلافی‌جویانه سایر کشورها، معاملات گران‌تر، محرومیت از سرمایه‌گذاری خارجی و انزوای اقتصادی باشد.

**ج -** دسته سوم موضوعاتی هستند که وجود مقررات ملی به تنهایی برای انضباط آنها کافی نیست و حتماً باید از طریق وضع مقررات یکسان و هماهنگ با کشورها چنین موضوعاتی را تحت نظم و انضباط بین‌المللی قرار داد و به اهداف قانونی موردنظر رسید. مثلاً یکی از معضلات جامعه بشری قاچاق و به خو قاچاق انسان و مواد مخدر و سلاح‌های کشتار جمعی میکروبی است که برای مبارزه با این پدیده باید منافذ پول‌شویی آنها مسدود شود تا این افراد نتوانند سابقه درآمدهای نامشروع خود را با به کارگیری این درآمدها در شغل‌های شرافتمندانه محو کنند. برای تحقق این اهداف لازم است کلیه کشورها از طریق وضع مقررات مشابه با این پدیده مبارزه کنند و الا اگر کلیه منافذ بسته نشود، نمی‌توان در این خصوص موفقیتی کسب کرد. همچنین جرائم اینترنتی، تروریسم استفاده از ماهواره و حفظ مالکیت معنوی از جمله موضوعاتی است که به مقررات متحدالشکل و یکسان در سطح جهانی نیاز دارد.

بنابراین یکسان‌سازی قوانین و مقررات در بخشی از موضوعات، غیرضروری در بخشی موردنیاز و در بخشی دیگر ضروری است.

### ۱-۷. طرق ایجاد مقررات متحدالشکل

یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی مقررات قانونی ممکن است از طرق متفاوتی محقق شود. این فرایند ممکن است در سطح ملی از طریق اصلاح مقررات موجود با وضع مقررات جدید و در سطح بین‌المللی از طریق انعقاد معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی و از طریق پذیرش داوطلبانه بعضی از مقررات از سوی تجار، شرکت‌ها و مؤسسات انجام پذیرد.

### الف. یکسان‌سازی مقررات حقوقی در سطح ملی

تقریباً در کلیه کشورهای دنیا فرایند اصلاح مقررات موجود و وضع قوانین جدید در جریان است و در بسیاری از آنها مؤسسات ویژه‌ای مأمور شده‌اند تا مقررات موجود به طور مستمر بررسی و مطالعه علمی کنند. یافته‌های علمی و تجارب کشورهای دیگر به قانون‌گذار آگاهی می‌بخشد تا تبعات یک قانون را پیش‌بینی کرده و از میان روش‌های موجود بهترین را انتخاب کند. البته در عمل، این امر با چالش‌های جدی سیاسی، فرهنگی و ایدئولوژیک روبه‌روست، ولی دست‌کم در بخش‌هایی که این حساسیت‌ها ضعیف است می‌توان به استناد یافته‌های علمی به وحدت حقوقی یا دست‌کم مشابهت مقررات حقوقی رسید.

از آنجا که اقتباس از مقررات سایر کشورها ممکن است از نظر سیاسی و احساسات ملی ناخوشایند باشد و از طرف دیگر مقررات کشورهای مورد اقتباس به قدر کافی مدرن و متکی بر یافته‌های علمی نباشد، سال‌هاست که مؤسسات معتبری در سطح دنیا به تهیه و تدوین قوانین نمونه در زمینه‌های گوناگون مبادرت کرده‌اند.

### ب. یکسان‌سازی مقررات حقوقی در سطح بین‌المللی

یکسان‌سازی مقررات حقوقی ممکن است در سطح بین‌المللی و از طریق تهیه و تدوین معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی و پذیرش آنها از سوی کشورها انجام گیرد. سازمان‌ها و مؤسسات بین‌المللی فراوانی وجود دارند که می‌کوشند از طریق تهیه و تدوین معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی بخشی از مقررات حقوقی کشورهای عضو را هماهنگ و یکسان کنند. در این خصوص و در یک تقسیم‌بندی کلی، معاهدات و کنوانسیون‌ها ممکن است به دو گروه به این شرح تقسیم شوند:

۱. برخی از معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی تعهدات مشخصی را به کشورهای عضو تحمیل می‌کنند که اعضا باید در وضع مقررات ملی خود آن تعهدات را که عموماً یک حداقل تلقی می‌شوند رعایت کنند.

۲. پذیرش برخی دیگر از معاهدات و کنوانسیون‌ها موجب خواهد شد که بخشی از مقررات ملی مطابق با مفاد این معاهدات و کنوانسیون‌ها یکسان شود. مثلاً کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای فروش بین‌المللی کالا مجموعه‌ای از مقررات ناظر به انعقاد و آثار فروش بین‌المللی کالا است که در صورت الحاق کشوری به آن کنوانسیون، مقررات داخلی آن کشور نسبت به قراردادهای فروش بین‌المللی کالا تابع آن مقررات خواهد شد. مثلاً چون فرانسه و سوریه هر دو عضو این کنوانسیون هستند، بنابراین مقررات این دو کشور در خصوص فروش بین‌المللی در حدود مفاد کنوانسیون یکسان خواهد شد.

### ج. پذیرش داوطلبانه مقررات

یکی دیگر از طرق نیل به وحدت حقوقی استفاده داوطلبانه افراد و مؤسسات از مقررات واحدی است که از سوی سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای تهیه و ارائه شده است. این مسئله ممکن است از طریق پذیرش قراردادهای استاندارد با شرایط عمومی متحدالشکل در زمان انعقاد قراردادی تحقق یابد و یا از طریق پذیرش داوطلبانه مجموعه‌ای از مقررات خاص ایجاد شود که این دو در ذیل به اختصار بررسی می‌شود.

## ۸-۱ مشکلات و موانع مطالعه حقوق خارجی

هرچند حقوق تطبیقی با مطالعه حقوق خارجی متفاوت است، با وجود این آگاهی صحیح و درست نسبت به حقوق خارجی از پیش شرط‌های مسلم مطالعات تطبیقی است و بدون کسب چنین آگاهی نمی‌توان نتایج علمی و ارزشمندی از مطالعات تطبیقی انتظار داشت؛ بنابراین مشکلات و تنگناهایی که در رابطه با مطالعه حقوق خارجی وجود دارد عملاً به بررسی‌ها و پژوهش‌های تطبیقی سرایت می‌کند.

### اول - دسترسی نداشتن به منابع معتبر و به روز



دسترسی به منابع حقوقی معتبر و به روز از جمله نیازهای حتمی مطالعه حقوق خارجی است. منابع حقوقی در هر نظام حقوقی اصولاً به دو گروه عمده تقسیم می‌شود: منابع دست اول و منابع دست دوم و منابع دست اول به منابع رسمی حقوقی اطلاق می‌شود و شامل قوانین، مقررات، آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها، آراء وحدت رویه، آراء قضایی، معاهدات، کنوانسیون‌ها و امثال آن خواهد بود منابع دست دوم به آن دسته از منابع حقوقی اطلاق می‌شود که در جهت شرح، تفسیر، تحلیل، ارزیابی و نقد و بررسی منابع دست اول هستند، مثل کتب حقوقی، مقالات حقوقی، گزارش‌های پژوهشی، پایان‌نامه‌های دانشگاهی، جزوات آموزشی، دایرة‌المعارف‌ها و فرهنگ‌های حقوقی.

در مطالعه حقوق خارجی استفاده از منابع دست اول بسیار اساسی است، زیرا حقوق یک کشور اصولاً در منابع دست اول آن کشور متبلور است. با رجوع به منابع دست اول می‌توان مطمئن شد که منابع حقوقی لازم، به طور مستقیم و بدون واسطه در دسترس قرار گرفته است. بدون مراجعه به منابع دست اول نمی‌توان ادعا کرد که یک پژوهش علمی و دقیق ارائه شده است. با وجود این در خصوص مراجعه به منابع دست اول دو مشکل عمده وجود دارد. مشکل اول دسترسی بلا منابع دست اول است، زیرا بسیاری از منابع دست اول یک کشور در سایر کشورها وجود ندارد مشکل به روز بودن منابع در دسترس است، زیرا مقررات و قوانین مرتب در حال تغییر، اصلاح و تکمیل هستند و ممکن است منابعی مورد استناد قرار گیرند که نسخ، اصلاح یا تکمیل شده‌اند.

در استفاده از منابع دست دوم باید به چند امر مهم توجه کرد. اول اینکه منابع دست دوم باید معتبر باشند و صرف یافتن یک نوشته در مورد حقوق یک کشور به این معنا نیست که آن منبع معتبر است. تشخیص منابع معتبر و درجه‌بندی آنها از شرایط ضروری برای پژوهش‌های علمی است. مقالاتی که در مجلات علمی و دانشگاهی تحت نظارت و داوری هیئت تحریریه منتشر می‌شود، از مهم‌ترین منابع دست دوم تلقی می‌شود. اصولاً منابعی باید در مطالعات تطبیقی به کار رود که به زبان رایج آن کشور و از سوی حقوقدانان تألیف شده باشد. در بسیاری از موارد، منابع حقوقی که به زبان کشور مورد نظر تألیف شده یا کلاً در دسترس نیست و یا به دلیل ضعف زبان امکان استفاده از آنها وجود ندارد. این مشکل به خصوص در مورد حقوق کشورهایی که زبان آنان جنبه بین‌المللی ندارد مشخص‌تر است.

### دوم - ترجمه و انطباق نهادها، مفاهیم و اصطلاحات حقوق خارجی با حقوق داخلی

ترجمه متون حقوقی همواره مورد نیاز حقوق تطبیقی است. تهیه گزارش از حقوق خارجی به زبان داخلی یا تهیه گزارش از حقوق داخلی به زبان خارجی مستلزم برگرداندن کلمات، اصطلاحات و مفاهیم از یک زبان به زبان دیگر است.

یکی از مشکلات مربوط به ترجمه این است که برخی از اصطلاحات حقوقی در زبان اصلی در زبان ترجمه معادل و مترادفی ندارد. مثلاً اصطلاح frustration در حقوق کامن‌لا معادل مشخصی در زبان فارسی ندارد. در چنین مواردی ممکن است معادل‌سازی شود یا نزدیک‌ترین مفاهیم موجود در زبان ترجمه برای آن اصطلاح به کار رود.

مشکل دیگر ترجمه متون حقوقی این است که بسیاری از کلمات و اصطلاحات حقوقی معانی عادی و غیرحقوقی نیز دارند که ممکن است هر دو نوع معنا در یک متن حقوقی به کار رود. تشخیص معنای عادی از معنای اصطلاحی همواره ساده نیست و موجب خواهد شد که ترجمه دقیق نباشد. همچنین متون حقوقی نسبتاً از ساختار پیچیده‌تری برخوردارند و ممکن است با عبارات لاتین ممزوج باشد که همین امر برگرداندن دقیق و صحیح آنها را مشکل می‌کند.

در بسیاری از موارد مطالعات حقوق خارجی و حقوق تطبیقی بر مبنای منابع ترجمه‌شده استوار است. این ترجمه ممکن است بی‌واسطه باشد، مثلاً کتب با مقالات فرانسوی که مربوط به حقوق فرانسه است به زبان فارسی ترجمه شوند. گاهی این ترجمه‌ها با واسطه است، مثلاً کتابی یا مقاله‌ای ابتدا به فرانسه یا عربی ترجمه‌شده و سپس به زبان فارسی برگردانده شود. هر چه تعداد واسطه‌ها افزایش یابد دقت مطالب کاهش می‌یابد و سوءتعبیرها افزایش پیدا می‌کند و ارزش نتایج حاصل از مطالعات تطبیقی پایین می‌آیند؛ زیرا برگرداندن مفاهیم، اصطلاحات و نهادهای حقوقی به چند زبان واسطه موجب خواهد شد در هر ترجمه بخشی از مفهوم اصلی از بین برود و زوایدی جذب شود. حال هر چه تعداد این واسطه‌ها زیاده‌تر باشد، مفهوم به دست آمده از معنای اصلی دورتر خواهد بود.

### سوم: توجه نکردن به کلیت حقوق خارجی (جزئی‌نگری)

در هر نظام حقوقی قوانین و مقررات مرتبط کم و بیش طبقه‌بندی شده و در دسته‌های خاص قرار گرفته‌اند. مثلاً مقررات ماهوی مربوط به قراردادهای در حقوق مدنی، مقررات مربوط به نحوه طرح دعاوی و رسیدگی به آنها در آیین دادرسی.

زمانی که حکم یک مسئله در حقوق خارجی مطرح می‌شود، یک حقوقدان ۲ ممکن است از همین روش استفاده کرده، بکوشد قوانین و مقررات مربوط را در همان جایی جستجو کند که در حقوق ملی او وجود دارد. به کارگیری این روش در جستجوی قوانین و مقررات خارجی با تنگنمایی به این شرح روبه روست:

اولاً - هر نظام حقوقی تقسیمات خاص خود را دارد که این تقسیمات ممکن است در سایر نظام‌ها مشابه با متفاوت باشد؛ بنابراین دسته‌بندی‌هایی که در یک نظام حقوقی وجود دارد ممکن است در سایر نظام‌ها وجود نداشته باشد و در نتیجه حقوقدانی که به یک تقسیم‌بندی عادت کرده است وقتی متوجه می‌شود که در حقوق خارجی چنین تقسیمانی وجود ندارد، با سردرگمی رو به رو می‌شود. مثلاً یک حقوقدان ایرانی که عادت کرده مقررات استخدامی مربوط به کارگران را در قانون کار جستجو کند، دچار سردرگمی خواهد شد اگر متوجه شود که اساس قانون کار در آن کشور خارجی وجود ندارد.

ثانیاً - حتی در صورت مشابهت این تقسیم‌بندی‌ها، هیچ تضمینی وجود ندارد که موضوعات مطرح در آن دسته‌ها با یکدیگر مشابه باشند. مثلاً برخی از موضوعاتی که در یک کشور جزء حقوق تجارت است، در جای دیگر ممکن است جزء حقوق تعهدات باشد یا خود عنوان مستقلی داشته باشد.

ثالثاً - در هیچ نظامی نمی‌توان ادعا کرد که کلیه قوانین و مقررات مرتبط با یک موضوع در یک جا و با یک عنوان گرد آمده است. بسیاری از مواقع لازم است برای یافتن حکم یک مسئله مصوبات گوناگونی را بررسی و مطالعه کرد که برخی از این مصوبات ممکن است ارتباط منطقی نیز با موضوع موردنظر نداشته باشد. مثلاً هزینه دادرسی به جای اینکه در قانون آیین دادرسی ذکر شده باشد، در قانون بودجه ذکر شود یا ارث همسر به جای اینکه در قانون ارث ذکر شود در قانون خانواده ذکر شده باشد.

#### چهارم: برخورد با منابع حقوق خارجی و تفسیر آنها بر اساس حقوق داخلی

مانع دیگری که در مطالعات حقوق خارجی وجود دارد این است که حقوقدانان با همان تلقی که از منابع حقوق داخلی دارند به تفسیر و تعبیر حقوق خارجی می‌پردازند و همین امر موجب خواهد شد که سوءتفاهم و درک نادرست نسبت به حقوق خارجی افزایش یابد. به عبارت دیگر در مطالعه حقوق خارجی باید همان عینکی را به چشم زد که حقوقدان خارجی در تفسیر مقررات خود از آن استفاده می‌کند و استفاده از عینکی متفاوت به درک نادرست از حقوق خارجی منجر خواهد شد.

مثلاً در حقوق کامن لا قوانین موضوعه همواره در پرتو آراء قضایی معنا می‌یابند. این آراء قضایی ممکن است دامنه یک قانون را محدود کند یا به آن وسعت بخشد. اهمیت این امر تا حدی است که امکان دارد پس از مدتی ارجاع به قانون موضوعه فراموش شده و به جای آن به آراء قضایی که در جهت اعمال قانون مزبور صادر شده است ارجاع شود.

#### پنجم: استناد به قوانین متروک

در هر نظام حقوقی برخی از قوانین ممکن است رسماً نسخ نشده و در نتیجه ظاهراً اعتبار داشته باشند، ولی به دلایلی اجرا نشوند. مثلاً ممکن است در قانون اساسی یک - کشور حقوق و آزادی‌های سیاسی، مدنی، اجتماعی و مذهبی برای شهروندان مقرر شده باشد، ولی امکان اجرای آنها از طریق مقامات قضایی یا اداری صالح فراهم نباشد. چنین مقرراتی بیش از اینکه قانونی لازم‌الاجرا تلقی شود بیانیه‌ای سیاسی است. همچنین در برخی از کشورها با اینکه مجازات اعدام برای برخی از جرائم پیش‌بینی شده است، ولی سال‌هاست که در عمل هیچ دادگاهی به اعدام رأی نداده است یا چنانچه رأی داده باشد در مراجع بالاتر نقض یا به مجازات پایین تبدیل شده است. چنین قوانینی مشخصه اصلی قانون یعنی لازم‌الاجرا بودن را ندارند و در عمل متروک شده‌اند و از این حیث به آنها «قوانین متروک» اطلاق می‌شود.

#### ۹-۱ عوامل کلی در بروز مشابهت‌ها و تفاوت‌ها در نظام‌های مختلف حقوقی

الف - عامل اقتصادی: تفاوت یا مشابهت در نظام اقتصادی دو کشور ممکن است برخی از تفاوت‌ها و مشابهت‌ها را در قوانین و مقررات آن دو کشور توجیه کند. کشوری که بر اساس اقتصاد آزاد پایه‌ریزی شده نیازمند قوانین و مقررات خاصی است و اقتصاد دولتی و کنترل شده نیز به قوانین و مقررات خاص خود نیاز دارد. سطح رشد یافتگی، عوامل تولید، توزیع ثروت، درآمد سرانه، نرخ بیکاری و آزادی تجاری از جمله عوامل اقتصادی هستند که مستقیم یا غیرمستقیم در شکل‌گیری برخی از قوانین و مقررات نقش اساسی دارند.

ب - عامل سیاسی: نظام‌های حقوقی همچنین تحت تأثیر نظام سیاسی قرار دارند و متناسب با نوع نظام سیاسی قوانین و مقررات خاصی خواهند داشت. بسیاری از مقررات موجود در قوانین اساسی کشورها، قوانین اداری و قوانین جزایی متأثر از نظام سیاسی حاکم بر آن کشور است و کشورهای دیکتاتوری برای حفظ قدرت حاکمه و مطلقه خویش قوانین و مقررات جزایی خاصی را وضع و رفتارهای معینی را مجرمانه تلقی می‌کنند. در مقابل در حکومت‌های دموکراسی، حقوق و آزادی‌های مردم تضمین و تعرض به آنها به خصوص از طرف مقامات دولتی به شدت مجازات می‌شود. مسلماً نظام سیاسی یک کشور نیز به نوبه خود تا حدی تحت تأثیر نظام اقتصادی قرار دارد. اقتصاد دولتی، عدم رشد یافتگی اقتصادی، فقر درآمد، سرانه پایین، میزان بالای بیکاری از جمله عواملی است که موجب می‌شود دولت از روش‌های دموکراتیک دور شده و دلایل امنیتی و خطر بی‌ثباتی را مستمسک قرار داده و آزادی‌های مردم را محدود کند. اتخاذ این روش‌های غیر دموکراتیک نیز در عمل ممکن است به وخامت اقتصادی منجر شده و فساد اقتصادی را در کشور افزایش دهد.

ج - مذهب: مشابهت یا تفاوت در مذهب ممکن است سبب مشابهت یا تفاوت در برخی از قوانین و مقررات کشورها شود. در برخی از کشورها با اینکه حکومت به صورت غیر مذهبی اداره می‌شود ولی برخی از مقررات آن کشورها تحت تأثیر مذهب شکل گرفته است، مثل قوانین راجع به احوال شخصیه در بسیاری از کشورها که متأثر از مذهب است. در برخی دیگر از کشورها، حکومت مذهبی است و بنا بر تعلیمات آن مذهب پایه و اساس بسیاری از قوانین را تشکیل می‌دهد.

د - سابقه تاریخی: هر نظام حقوقی در فرایند تاریخی خاصی شکل گرفته و توسعه یافته است. بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوقی یک کشور به تاریخ آن کشور باز می‌گردد. حتی پذیرش مذهب رایج در یک کشور تحت تأثیر عوامل تاریخی بوده است. تاریخ مشترک کشورها موجب شده که مشابهت‌های فراوانی بین نظام حقوقی آن کشورها وجود داشته باشد. مثلاً کشورهای استرالیا، کانادا و آفریقای جنوبی هر سه مستعمره انگلستان بوده‌اند و بنابراین تحت تأثیر حقوق کامن‌لا قرار داشته‌اند. در مقابل بسیاری از کشورهای شاخ آفریقا مستعمره کشورهای متعلق به حقوق رومی - ژرمنی بوده و تحت تأثیر حقوق نوشته قرار دارند؛ بنابراین تاریخ مشترک یا متفاوت می‌تواند توجیه‌کننده مشابهت یا تفاوت بین دو نظام حقوقی باشد.

ه - وضعیت جغرافیایی و اقلیمی: وضعیت جغرافیایی، شرایط اقلیمی و منابع طبیعی یک کشور ممکن است در نظام حقوقی آن کشور مؤثر باشد. مثلاً در کشورهایی مثل انگلستان و استرالیا که مرز خشکی ندارند و ارتباط آنها با خارج از کشور اصولاً از طریق دریاست، مقررات مفصل و پیشرفته‌ای در خصوص صنعت کشتیرانی و حمل و نقل دریایی وجود دارد که در کشوری مثل افغانستان که به دریاهای آزاد دسترسی ندارد وجود نخواهد داشت. همچنین کمبود آب در بخش‌های مهمی از کشور ایران از دیرباز موجب شده تا از طریق حفر قنات، آب به مناطق خشک منتقل شود. این امر مستلزم وجود مقرراتی است که تضمین‌کننده حقابه کسانی باشد که ده‌ها فرسخ آن طرف‌تر به این آب نیاز دارند. مسلماً در کشوری که آب فراوان دارد و نیازی به انتقال آن بدین شکل نیست، مشابه این مقررات وجود ندارد.

همچنین وجود منابع طبیعی مثل نفت و گاز مستلزم وضع قوانین خاص در رابطه با مالکیت، اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری از این منابع خواهد بود که در کشوری که این منابع طبیعی وجود ندارد سالبه به انتفای موضوع می‌باشد. به همین روال کشورهای زلزله‌خیز مقررات ساخت‌وساز خاصی دارند که برای مقابله با خطر زلزله باید رعایت شود که در سایر کشورها به وضع آن نیازی نیست.

و - عوامل جمعیتی: هر جامعه ممکن است از گروه‌های نژادی تشکیل شده باشد که هر نژاد سابقه تاریخی، زبان، مذهب و اعتقادات خاص خود را دارد. وجود نژادهای گوناگون در یک کشور و گرایش‌های استقلال طلبانه آنان ممکن است به وضع مقررات خاصی در جهت کنترل احساسات نژادی، حفظ زبان بومی، حفظ لباس و آیین‌های خاص منجر شود که در کشورهایی که چنین تنوع نژادی وجود ندارد مطرح نیست.

همچنین پراکندگی جمعیت و پیر با جوان بودن آن در یک کشور روی برخی از قوانین و مقررات آن کشور تأثیر دارد. مثلاً در کشوری که جمعیت آن جوان است باید قوانین و مقرراتی در جهت آموزش آنان، اشتغال و پر کردن ساعات فراغتشان تنظیم شود، در صورتی که در جامعه‌ای با جمعیت نسبتاً پیر، تلاش‌ها در جهت حفظ بهداشت و سلامتی کهن سالان، ایجاد خانه‌های مخصوص سالمندان، مقررات بازنشستگی و غیره خواهد بود و مقرراتی متناسب با وضعیت جمعیتی جامعه تنظیم می‌گردد.

## ۲. دسته‌بندی نظام‌های مختلف حقوقی

با توجه به اختلاف در معیارها و ملاک‌های مربوط به طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی نسبت به تعداد آنها نیز توافق وجود ندارد. رنه داوید در کتاب نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر این نظام‌ها را به چهار گروه تقسیم کرده است: نظام رومی - ژرمنی، کامن‌لا، سوسیالیستی و متکی به مذهب یا سنت. تحت پوشش دسته چهارم، نظام‌های متعددی مثل حقوق اسلامی، حقوق آفریقایی و حقوق کشورهای خاور دور مطرح شده است که بین آنها تفاوت‌های اساسی وجود دارد. این نوع تقسیم‌بندی این برداشت را به وجود می‌آورد که این نظام‌ها اهمیت زیادی ندارند و ذکر آنها صرفاً برای اجتناب از انتقاداتی است که ممکن است بیان شود: چرا این نظام‌ها مطرح نشده است؟

### ۳. نظام حقوقی کامن‌لا

نظام حقوق کامن‌لا در انگلستان شکل گرفت و طی قرون متمادی به تدریج رشد و توسعه یافت. با اینکه حدود چهار قرن انگلستان تحت سیطره امپراتوری روم بود، تأثیر حقوق روم بر این کشور بسیار محدود بوده است. در این چهار قرن (از قرن هشتم تا یازدهم)، اختلافات بر اساس عرف‌های محلی مطابق با اصول و قواعد فئودالی حل و فصل می‌شد. نزاع‌های موجود بین قبایل به سازش سیاسی آنان و شناسایی مالکیت شخصی زمین از سوی اربابان منجر گردید. در سال ۱۰۶۶ که نورمن‌ها انگلستان را فتح کردند، این کشور هشت پادشاهی کوچک داشت که فئودال‌های مستقل را با همدیگر مرتبط می‌ساخت. در هر یک از این مناطق مقررات فئودالی و قبیله‌ای خاص خود حاکم بود. با پیروزی نورمنها، ویلیام اول اعلام کرد که کلیه اراضی و حقوق مرتبط با آن - از جمله دادگاه‌ها - به پادشاه تعلق دارد. با وجود این، پادشاه فاتح تلاش نکرد نظام حقوقی فئودالی ناظر به دعاوی بین افراد را تغییر داده و عرف‌های موردنظر خود را تحمیل کند، بلکه کوشید نظام اداری منسجم و متمرکزی برای مدیریت کشور ایجاد کند.

با توجه به عدم شناسایی تفکیک قوا، کلیه اختیارات مربوط به وضع قانون اجرای آن و قضاوت به شاه تعلق داشت. در قرن ۱۲ شورای سلطنتی به نهادهای فرعی منشعب شد که از جمله آنها دادگاه‌های سلطنتی بود.

و با توجه به عدم کارایی نظام حل و فصل فئودالی در حل و فصل اختلافات و ضعف اجرایی آراء صادره، تمایل به استفاده از دادگاه‌های سلطنتی افزایش یافت که این امر موردنظر پادشاه نیز بود، زیرا وی بدین وسیله قدرت خود را توسعه می‌داد. گسترش نفوذ پادشاه در حل و فصل دعاوی به تشکیل سه دادگاه در کنار دادگاه‌های محلی و فئودالی از قبیل «دادگاه خزانهداری دادگاه شاهی» و «دادگاه عریض عامه» منجر شد. در ابتدا قضاوت دادگاه‌های سلطنتی سیار بودند و در بهار و تابستان به اطراف کشور مسافرت و به دعاوی رسیدگی می‌کردند. با اینکه قضاوت به زبان فرانسه و به لهجه نورمن صحبت می‌کردند و این امر تا قرن هفدهم ادامه داشت و آثار آن هنوز در حقوق کامن‌لا وجود دارد، ولی بر اساس عرف‌های محلی رسیدگی و حکم می‌کردند.

قضاوت سلطنتی از طریق مسافرت‌های خود با عرف‌ها و مقررات محلی متفاوتی آشنا می‌شدند و زمستان‌ها که در وستمنستر گرد می‌آمدند امتیازات و معایب این عرف‌ها را مورد مذاکره قرار می‌دادند. بسیاری از موارد، راه‌حل اتخاذی برای حل و فصل یک اختلاف مسبوق به سابقه نبود و هر دادرسی متناسب با شرایط خاص اختلاف، موضوع را به شیوه‌ای حل و فصل می‌کرد. وجود عرف‌های متنوع محلی و صدور احکام متفاوت و بعضاً متناقض در موارد مشابه از سوی قضاوت سلطنتی به وضعیتی منجر شد که آنان تمایل یافتند به جای اعمال عرف‌ها و مقررات محلی؛ مقررات واحدی را در سراسر کشور اعمال کنند (کامن‌لا) و مقید باشند در موارد مشابه از احکام قبل متابعت نمایند (رویه قضایی).

قوانین و مقرراتی که از سوی دادگاه‌های شاهی در موارد مشابه در سراسر کشور اعمال می‌شد و به منطقه و محل خاصی اختصاص نداشتن کامن‌لا نامیده شد. این حقوق نه بر اساس قوانین موضوعه بلکه مبتنی بر آراء قضایی دادگاه‌های شاهی ایجاد شد.

دسترسی به دادگاه‌های شاهی از حقوق مردم محسوب نمی‌شد، بلکه امتیازی بود که پادشاه به افراد اعطا می‌کرد. کسی که تمایل داشت از دادگاه‌های شاهی بهره‌مند شود به وزیر دربار یا مهربرداری مراجعه می‌کرد و با پرداخت هزینه دادرسی یک فرم طرح دعوی دریافت می‌نمود که به نام شاه به خواننده دستور می‌داد که خواسته خواهان را برآورده سازد و الا مشمول رسیدگی قضایی و محکومیت قرار خواهد گرفت. این فرم حاوی دلایل و مستندات خواهان بود و تنها برای همان موضوع اعتبار داشت.

با توجه به اینکه آیین دادرسی ادله اثبات دعوی و ضمانت اجراهای موجود در هر فرم با فرم دیگر متفاوت بود، پیروزی خواهان تا حد زیادی به نوع فرم انتخابی او بستگی داشت که برای احقاق حق خویش انتخاب کرده بود.

پیچیدگی آیین رسیدگی در دادگاه‌های کامن‌لا و فقدان انعطاف لازم در برقراری عدالت در عمل موجب صدور آراء مخالف انصاف و عدالت شد که به تدریج سبب افزایش اعتراضات نسبت به آراء کامن‌لا و انعکاس آن به شخص پادشاه گردید.

در اوایل مقرراتی با عنوان قوانین انصاف وجود نداشت و انصاف همان بود که پادشاه یا وزیر دربار وی با توجه به جمیع جهات منصفانه تشخیص می‌داد. در قرن شانزدهم ایجاد رویه در دادگاه انصاف شروع شد و دادرسان در موارد مشابه به همان احکامی رأی می‌دادند که سابقاً دادگاه رأی داده بود. رویه ایجادشده در دادگاه انصاف فقط برای همان دادگاه اعتبار داشت و دادگاه‌های کامن‌لا رویه‌های خود را متابعت می‌کردند.

دادگاه انصاف نماینده پادشاه بود و در مواردی دخالت می‌کرد که یکی از طرفین به حکم صادره از سوی دادگاه کامن‌لا معترض بود. دادگاه‌های انصاف توجه خاصی به (افراد فقیر) و طبقات آسیب‌پذیر جامعه داشتند. با توجه به اینکه مقررات کامن‌لا و انصاف در دو دادگاه متفاوت اجرا می‌شد، دادگاه انصاف بعضاً قراری صادر و از اجرای حکم دادگاه کامن‌لا پیشگیری می‌کرد.

وجود انصاف در کنار کامن‌لا سبب ایجاد رقابت در نظام قضایی انگلستان شد و تا سال ۱۸۷۵ که دادگاه‌های انصاف و کامن‌لا در یکدیگر ادغام شدند، افراد آزاد بودند که اختلاف خود را نزد دادگاه‌های کامن‌لا یا انصاف طرح کنند و از مزایای آن بهره‌مند شوند.

### نکات ضروری برای درک بهتر نظام حقوقی کامن‌لا:

الف - دادگاه‌هایی که ایجاد رویه می‌کنند: به طور کلی در نظام کامن‌لا دادگاه‌های بالاتر برای دادگاه‌های پایین‌تر ایجاد رویه می‌کنند که در رأس آنها دادگاه‌های عالی هستند. همچنین برخی از دادگاه‌ها برای خودشان ایجاد رویه می‌کنند. مثلاً در انگلستان دادگاه‌های تجدیدنظر برای دادگاه‌های پایین‌تر و برای خود آن دادگاه ایجاد رویه می‌کنند.

ب - شیوه حل و فصل اختلاف بر اساس رویه: فرض کنید فردی به وسیله مار متعلق به دیگری مجروح می‌شود و برای جبران خسارت علیه صاحب مار طرح دعوی می‌کند. وکیل خواهان به رأی سابق دادگاه استناد می‌نماید که در آن سگ متعلق به همسایه فردی را گاز گرفته و فرد مجروح علیه صاحب سگ طرح دعوی کرده و دادگاه او را به پرداخت خسارت به نفع خواهان محکوم کرده است. در اینجا دادگاه این دو مورد را با یکدیگر مقایسه می‌کند. مسلماً تفاوت‌های زیادی بین این دو مورد وجود دارد، ولی این تفاوت‌ها تا چه حدی موجب تفاوت در حکم خواهد شد؛ به عبارت دیگر آیا تفاوت‌های موجود به نحوی هستند که مستلزم احکام جداگانه‌ای باشند. این روش استدلال بر اساس قیاس است. بدین نحو که دو پرونده با داشتن مشخصه‌ها و عناصر اساسی مشابه باید شیوه واحدی در حل و فصل داشته و احکام مشابهی صادر شود.

ج - بخش‌های الزام‌آور یک رأی: در نظام کامن‌لا، این یک اصل پذیرفته‌شده است که دادگاه حکم قضایی صادر نمی‌کند مگر اینکه واقعاً اختلافی نزد وی طرح شود و بنابراین دادگاه‌ها حق ندارند نسبت به اختلافات فرضی حکم صادر کنند. بر این اساس آن بخش از رأی که ضرورتاً به حل و فصل موضوع مطروح مربوط و مبنای صدور رأی محسوب می‌شود الزام‌آور است.

د - حل و فصل مسائل جدید بر اساس رویه: موضوع مهم مطرح‌شده در حقوق کامن‌لا این است که چنانچه قاضی باید رأی خود را به استناد آراء سابق صادر کند، چگونه موضوعات جدید که فاقد سابقه‌اند حل و فصل می‌شوند؟ در این صورت دادگاه ممکن است یکی از دو روش ذیل را در خصوص حل و فصل موضوع اتخاذ کند. روش اول این است که حکم به بی‌حقی خواهان صادر کند و متذکر شود که جبران خسارت ناشی از مسأله موردنظر در حقوق کامن‌لا شناسایی نشده است روش دوم این است که بکوشد موضوع خسارت وارده به وسیله موضوع را با مفاهیمی که سابقه دارد تطبیق دهد.

ه - گزارش آراء: در هر نظام حقوقی که بر آرای قضایی متکی است باید برای انتشار آراء روش منسجمی وجود داشته باشد. انتشار آرا زیر ضرورت دارد:

- کلیه آرای که ظاهراً یک قاعده یا اصل حقوقی جدید مقرر می‌دارد؛
- کلیه آرائی که به طور عمده یک قاعده یا اصل حقوقی را تعدیل کرده یا تغییر داده است؛
- کلیه آرائی که از یک موضوع حقوقی مورد اختلاف یا مجمل رفع ابهام کرده و آن را شفاف سازد.
- کلیه آرائی که به طور مشخص اطلاعات و راهنمایی‌های مفیدی داشته باشد.

## ۴. حقوق انگلستان



انگلستان بر اساس یک نظام سلطنتی مشروطه و دموکراسی پارلمانی قرار دارد. بخشی از قوانین اساسی انگلستان مکتوب نیست و متناسب با اوضاع و احوال انعطاف دارد.

## الف - قوه مجریه (دولت)

تا پایان قرن هفدهم انگلستان یک کشور پادشاهی مطلق بود که ملکه یا پادشاه نه تنها رئیس قوه مجریه و دولت محسوب می‌شد، بلکه قدرت قانون‌گذاری نیز داشت. در قرن هجدهم انگلستان به مشروطه سلطنتی تبدیل و ملکه یا پادشاه به رعایت قوانین و مقررات مقید و از نظر سیاسی بی‌طرف شد. امروزه ملکه در رأس حکومت قرار دارد و امور جاری به وسیله نخست وزیر و هیئت دولت انجام می‌گیرد.

### ۱- ملکه

ملکه یا پادشاه به طور رسمی رئیس حکومت تلقی می‌شود. او مظهر اتحاد کشور و نماینده آن کشور در سطح جهانی است و به عنوان رئیس حکومت انگلستان در مراسم رسمی شرکت می‌کند. با توجه به نظام مشروطه سلطنتی که در انگلستان پذیرفته شده، ملکه تصمیمات هیئت دولت را به اجرا می‌گذارد؛ بنابراین وی به عنوان رئیس حکومت، نخست وزیران را رسماً منصوب می‌کند، برخی از قوانین را تأیید و عناوین و نشان‌های دولتی را اعطا می‌کند. ملکه همچنین در نیروهای مسلح و کلیسای انگلستان نقش دارد.

### ۲- نخست وزیر

در نظام حقوقی و سیاسی انگلستان، نخست وزیر و هیئت دولت دارای کلیه اختیارات و مسئولیت‌های سیاسی بوده و ملکه (پادشاه) بر اساس نظر و رأی آنها عمل می‌کند. نخست وزیر انگلستان رئیس حزبی است که بیشتر کرسی‌های مجلس عوام را در اختیار داشته و خود نیز نماینده مجلس عوام باشد. سمت نخست وزیر به کسی اختصاص می‌یابد که یا رئیس حزبی است که بیشتر کرسی‌های مجلس را تصاحب کرده و یا رئیس ائتلاف احزابی است که نمایندگان - آن احزاب اکثریت را تشکیل می‌دهند.

نخست وزیر موظف است در طول سمت خود به عنوان نماینده مجلس عوام باقی بماند. در صورتی که حزب وی در رأی‌گیری عمومی شکست بخورد، سمت وی نیز به تبع به رئیس حزب دارنده اکثریت واگذار می‌شود. نخست وزیر ممکن است حمایت پارلمانی خود را از دست بدهد و مجبور به کناره‌گیری شود.

مهم‌ترین وظایف و اختیارات نخست وزیر به عنوان رئیس دولت عبارت است از:

۱. ریاست دولت،
  ۲. اختیار نصب و عزل وزیران،
  ۳. ریاست جلسات کابینه،
  ۴. اتخاذ تصمیم در خصوص اداره و سازمان دولت،
  ۵. نصب و عزل مقامات عالی دولتی و سایر نهادهای عمومی،
  ۶. تصدی مسئولیت‌های نظامی و امنیتی،
  ۷. ایجاد ارتباط بین دولت و ملکه،
  ۸. ایجاد ارتباط بین دولت و وسایل ارتباط جمعی.
- علاوه بر وظایف فوق، نخست وزیر به عنوان رئیس حزب حاکم مسئولیت‌هایی را در قبال حزب خود دارد، از جمله مواردی مانند مدیریت حزب، تعیین استراتژی انتخاباتی و شرکت در کنگره حزب.

### ۳- هیئت دولت

اعضای هیئت دولت به وسیله نخست وزیر و اصولاً از حزب حاکم و از بین نمایندگان پارلمان انتخاب می‌شوند. عمده‌ترین وظایف هیئت دولت عبارت است از:

- اتخاذ تصمیم در خصوص بسیاری از امور مهم کشور،
- تصویب کلیه لوایح ارسالی به پارلمان،
- حل و فصل اختلافات بین وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی،

• اعمال نظارت کلی بر مسائل کشور و ایجاد هماهنگی در سیاست‌های عمومی کشور

شایان ذکر است که بسیاری از تصمیمات عمده کشور به خصوص در زمینه مسائل امنیتی، مالی و دفاعی به وسیله نخست وزیر و مشاوران وی اتخاذ و صرفاً برای تأیید در هیئت دولت طرح می‌شود. با توجه به اینکه دولت مورد حمایت اکثریت نمایندگان مجلس عوام است، حاکمیت قانونی پارلمان به وسیله هیئت دولت اعمال می‌گردد. با وجود این اعضای هیئت دولت در مقابل مجلس عوام مسئول اند و ممکن است به آنها رأی عدم اعتماد داده شود.

**ب - قوه مقننه (قانونگذاری)**

علاوه بر نقش دادگاه‌ها در ایجاد و توسعه مقررات حقوقی، امر قانون‌گذاری در انگلستان بر عهده پارلمان و مقام سلطنت است. در قرن هفدهم تنش بین پارلمان و مقام با سلطنت بالا گرفت که در نهایت به تصویب منشور حقوق ملت منجر گردید که بر اساس آن وضع قانون بدون مجوز پارلمان ممنوع و آزادی بیان در پارلمان تضمین شد. پارلمان انگلستان یکی از قدیمی‌ترین مجالس نمایندگان در سطح جهان است که تشکیل آن به اواسط قرن سیزدهم برمی‌گردد.

وظایف اصلی پارلمان:

- وضع کلیه قوانین موضوعه
- تأمین منابع مالی دولت از طریق وضع مالیات‌ها
- حفظ منافع عمومی و حقوق فردی
- نظارت بر سیاست‌های دولت

تنظیم لایحه جهت تصویب قانون، در سه مرحله انجام می‌پذیرد ۱: ارائه لایحه به پارلمان بدون اینکه محتوای آن بررسی شود (شور اول) تلقی می‌گردد. در (شور دوم) مباحث کلی راجع به لایحه و حدود آن بررسی می‌شود. این بررسی معمولاً یک روز به طول می‌انجامد و ممکن است لایحه رد گردد. در صورتی که لایحه رد نشود، موضوع به کمیته بررسی ارجاع می‌گردد. کمیته مزبور که از ۱۸ - ۲۵ عضو تشکیل شده است، لایحه را ماده به ماده بررسی می‌کند. رسیدگی در کمیته بررسی ممکن است هفته‌ها به طول انجامد. با توجه به اینکه گروه‌های متشکل در کمیته بررسی نقطه نظرات حزب خود را ارائه می‌کنند، در خصوص تغییرات عمده با حزب خود هماهنگی می‌کنند. نتیجه مذاکرات و مطالعات کمیته بررسی و تغییرات احتمالی در گزارشی به مجلس عوام ارائه می‌شود و بلافاصله پس از ارائه گزارش به مجلس، (شور سوم) آغاز می‌گردد.

**ج - قوه قضائیه**

دادگاه‌ها مهم‌ترین بخش حقوق انگلستان را تشکیل می‌دهند. برخی از این دادگاه‌ها ایجاد رویه می‌کنند و بعضی دیگر نمی‌کنند. به طور کلی دادگاه‌ها به دو بخش حقوقی و کیفری (نمودار او ۲) تقسیم می‌شوند که در ذیل به اختصار تشریح خواهد شد.

**۱- دادگاه‌های حقوقی**

الف - دیوان‌های اداری: در خصوص برخی از تصمیمات اداری، رسیدگی به اختلافات، ابتدا در دیوان‌های اداری بررسی می‌شود، مثل اعتراض به تصمیمات اداره مهاجرت، مالیات، تأمین اجتماعی و بازنشستگی این دیوان‌ها (صلاحیت محدودی) داشته و در خصوص موضوعات خاصی رسیدگی می‌کنند. رسیدگی در این دیوان‌ها بیش از اینکه جنبه قضایی داشته باشد، جنبه اداری دارد. مرجع تجدیدنظر دیوان‌های اداری دادگاه‌های دادگستری هستند.

ب - دادگاه بخش: رسیدگی بدوی در اکثر دعاوی مدنی، از جمله دعاوی پرداخت دیون، صدمات بدنی، نقض قرارداد، مسائل خانوادگی و اعاده تصرف، به وسیله دادگاه‌های بخش انجام می‌شود که هم از نظر ماهیت و هم از نظر مبلغ مورد ادعا صلاحیت محدودی دارد. هدف تشکیل این دادگاه دسترسی ساده و کم‌هزینه مردم به نظام دادگستری برای دعاوی حقوقی کم‌اهمیت است.

نحوه رسیدگی در دادگاه‌های بخش متناسب با ارزش خواسته به شرح ذیل متفاوت است: - دعاوی کوچک: خواسته‌های زیر ۵ هزار پوند تحت دعاوی کوچک طبقه‌بندی شده و رسیدگی به صورت اختصاری، غیر تشریفاتی و اصولاً بدون حضور وکیل و مشاور حقوقی انجام می‌شود.

- دعاوی سریع: خواسته‌های بین ۱۵-۵ هزار پوند حداکثر ظرف یک روز رسیدگی می‌شود.

- دعاوی پیچیده: دعاوی بالاتر از ۱۵ هزار پوند یا دعاوی پیچیده کمتر از ۱ هزار پوند به صورت قضایی و به وسیله قضاوت رسیدگی می‌شود.

این دادگاه ایجاد رویه نمی‌کند و آراء وی نیز منتشر نمی‌شود.

ج: دادگاه عالی: دادگاه عالی عدالت در لندن و ۲۴ مرکز دیگر در سراسر انگلستان و ولز مستقر است. این دادگاه به سه بخش تقسیم می‌شود:

۱- دادگاه ملکه این دادگاه جانشین دادگاه‌های کهن کامن لا است و نسبت به دعاوی مربوط به مسئولیت مدنی نقض قراردادها و تقاضای خسارات صلاحیت دارد. دادگاه ملکه دو دادگاه فرعی با عنوان دادگاه تجاری و دادگاه امور دریایی دارد.

۲- دادگاه مهرداری: این دادگاه جانشین دادگاه‌های انصاف است که به وسیله وزیر دربار شاه (مهر دار) اداره می‌شود. دادگاه مهرداری در خصوص دعاوی مربوط به اجرای موضوع قراردادها، تراست، دستورها و قرارهای مبنی بر جلوگیری از نقض حق قانونی یا قراردادی، شرکت‌های تجاری و مالکیت معنوی صلاحیت دارد. این دادگاه دارای دو دادگاه فرعی با عنوان دادگاه شرکت‌ها و دادگاه مربوط به امتیازات و ثبت اختراعات است.

۳- دادگاه خانواده: مسائل مربوط به امور خانواده از قبیل ازدواج، طلاق، حضانت اطفال، ولایت بر صغار و امور حسبی در صلاحیت این دادگاه است.

آراء هر یک از دادگاه‌های عالی (مهرداری، ملکه و خانواده) برای همان دادگاه ایجاد رویه می‌کند و در نتیجه آراء مهم آنان نیز منتشر می‌شود. آراء هر دادگاه برای دادگاه هم‌عرض ایجاد رویه نمی‌کند، ولی بسیار مورد احترام دادگاه‌های هم‌عرض قرار می‌گیرد و به ندرت به صراحت نقض می‌شود.

د- دادگاه تجدیدنظر. دادگاه تجدیدنظر دو بخش مدنی و کیفری دارد. این دادگاه مرجع رسیدگی به آراء صادره از سوی دادگاه‌های بخش یا دادگاه عالی است. در این دادگاه، هم مسائل موضوعی و هم مسائل حکمی و قانونی مورد تجدیدنظر و بررسی قرار می‌گیرد. رسیدگی در این دادگاه با حضور ۳ قاضی انجام می‌شود. آراء دادگاه تجدیدنظر برای خود دادگاه و کلیه دادگاه‌های تالی ایجاد رویه می‌کنند و بیشتر این آراء منتشر می‌شود. ه- مجلس اعیان: مجلس اعیان مرجع عالی در سلسله مراتب رسیدگی قضایی در انگلستان است و نقش دیوان عالی کشور را ایفا می‌کند. این مجلس هر چند کمیته فرعی مجلس اعیان تلقی می‌شود ولی از اواسط قرن نوزدهم، اعضای آن از دانش‌آموختگان حقوق و از قضات با سابقه هستند. اعضای این مجلس ۱۲ نفر است که تصمیمات عادی نیازمند دست کم ۵ نفر خواهد بود. مجلس اعیان مرجع تجدیدنظر در آراء مهم دادگاه‌های تجدیدنظر است. آراء مجلس اعیان برای کلیه دادگاه‌های تالی ایجاد رویه می‌کند، ولی برای خودش ایجاد رویه نمی‌کند.

## ۲- دادگاه‌های کیفری

الف- دادستانی سلطنتی: در بیشتر پرونده‌های کیفری، متهمان به نام مقام سلطنت (ملکه یا پادشاه) از سوی یک نهاد دولتی به نام "دادستانی سلطنتی" تحت تعقیب قرار می‌گیرند. زمانی که پلیس دلایل لازم را برای ارتکاب جرم گردآوری کرد، موضوع را برای تعقیب متهم به دادستانی سلطنتی گزارش می‌کند. در صورتی دادستانی سلطنتی دستور تعقیب متهم را صادر می‌کند که اعتقاد داشته باشد احتمال محکومیت متهم از تیره او بیشتر است. پس از دستور تعقیب دادستانی موضوع در دادگاه صلح مطرح می‌شود و چنانچه موضوع در صلاحیت دادگاه صلح باشد، رسیدگی می‌گردد و الا در صورت وجود دلایل کافی کیفرخواست صادر و پرونده برای رسیدگی به دادگاه سلطنتی ارجاع می‌شود.

ب- دادگاه ماجیستری (صلح). دادگاه‌های ماجیستری نسبت به جرائم خرد و کم‌اهمیت صلاحیت رسیدگی دارند. این جرائم به صورت اختصاری و بدون حضور هیئت منصفه رسیدگی می‌شود. حداکثر مجازات این جرائم شش ماه زندان یا مجازات نقدی تا ۲ هزار پوند است. در صورت رضایت متهم، دادگاه ماجیستری صلاحیت رسیدگی بر جرائم متوسط را نیز خواهد داشت. تصمیمات این دادگاه قابل تجدیدنظر در دادگاه سلطنتی است. برخی از دادگاه‌های ماجیستری صلاحیت یافته‌اند که به جرائم اطفال زیر ۱۴ سال و جرائم نوجوانان (بین ۱۴ و ۱۷ سال) رسیدگی کنند و بدین ترتیب نقش دادگاه‌های اطفال را ایفا می‌کنند.

عمده قضات دادگاه‌های ماجیستری را افراد غیرحقوقی و غیرموظف (کسانی که در ازای ارائه خدمات خود حقوق و مزد دریافت نمی‌کنند) تشکیل می‌دهند.

ج- دادگاه سلطنتی: دادگاه سلطنتی دادگاه واحدی است که حدود ۹۰ مرکز در انگلستان و ولز دارد. در این دادگاه سه نوع قاضی وجود دارد (قاضی عالی، قاضی منطقه‌ای و دستیار دادگاه). در حقوق کیفری انگلستان، جرائمی که مستلزم کیفرخواست هستند به چهار گروه تقسیم می‌شوند:

۱. دسته اول جرائم بسیار جدی مثل (قتل عمد جاسوسی و جرائم امنیتی) که از سوی قضات عالی رسیدگی می‌شوند.

۲. دسته دوم جرائمی که به وسیله قضاات عالی یا قضاات منطقه‌ای رسیدگی می‌شوند، مثل (قتل شبه عمد، تجاوزات جنسی، سوءاستفاده جنسی از کودکان و کودک‌آزاری)

۳. دسته سوم جرائمی که علاوه بر قاضی عالی و قاضی منطقه‌ای به وسیله منشی دادگاه نیز رسیدگی می‌شوند، مثل آدم‌ربایی، هتک حیثیت و سرقت‌های مهم

۴. دسته چهارم جرائمی که معمولاً به وسیله قاضی منطقه‌ای یا منشی دادگاه رسیدگی می‌شوند، مثل جراحات بدنی شدید، دزدی، توطئه و جعل

در کلیه موارد فوق، در کنار دادگاه، هیئت منصفه قرار دارد که از ۱۲ شهروند عادی تشکیل شده است. چنانچه متهم به ارتکاب جرم اقرار نکند و ادعا کند که بی‌گناه است، هیئت منصفه تشکیل می‌شود و نسبت به گناهکاری یا بی‌گناهی وی اظهارنظر می‌کند.

د - دادگاه ملکه: دادگاه ملکه ممکن است مرجع تجدیدنظر آراء دادگاه سلطنتی باشد. ولی این دادگاه صرفاً پرونده را از نظر رعایت قوانین یا نحوه تفسیر قانون و یا مسائل مربوط به صلاحیت بررسی می‌کند (رسیدگی فرجامی). دادگاه ملکه هم مرجع تجدیدنظر دادگاه سلطنتی و هم دادگاه‌های ماجیستری است.

هـ - دادگاه تجدیدنظر: همان طور که ذکر شد دادگاه تجدیدنظر دو بخش مدنی و کیفری دارد. این دادگاه، مرجع رسیدگی به آراء صادره از سوی دادگاه سلطنتی است و پرونده را هم از نظر موضوعی و هم از نظر حکمی و قانونی بررسی مجدد می‌کند. تجدیدنظر فقط به وسیله متهم مجاز است و شاکی یا مدعی العموم حق تقاضای تجدیدنظر ندارد. در رسیدگی‌های دادگاه تجدیدنظر، دادگاه از سه قاضی تشکیل می‌شود.

و - مجلس اعیان همان طور که ذکر شد، مسائل مهم قانونی و حقوقی چه در زمینه مسائل کیفری و یا مدنی ممکن است در نهایت به وسیله مجلس اعیان رسیدگی شود؛ بنابراین چنانچه نسبت به اعمال قانون یا تفسیر آن به وسیله دادگاه تجدیدنظر اعتراضی وجود داشته باشد، متهم می‌تواند از مجلس اعیان تقاضا کند که نسبت به موضوع تصمیم بگیرد. معمولاً این امر در مسائل مهم قانونی و حقوقی انجام می‌شود. دست کم سه قاضی باید در رسیدگی شرکت داشته باشند و هر یک نظر خود را بیان کند که در نهایت تصمیم بر اساس رأی اکثریت اتخاذ می‌شود.

## ۵. حقوق امریکا

در خصوص شکل‌گیری نظام حقوقی امریکا دو مرحله را باید از یکدیگر تفکیک نمود ابتدا دوره ایجاد مستعمرات سیزده‌گانه و سپس مرحله استقلال امریکا. در مرحله اول، در سال ۱۴۹۷ یعنی پنج سال بعد از این که کریستف کلمب در قاره امریکا لنگر انداخت، یک دریانورد ونیزی به عنوان نماینده پادشاهی انگلستان به نیو فوندلاند رسید. این مسافرت بعداً مبنای ادعای انگلستان نسبت به امریکای شمالی شد.

کریستف کلمب هرگز سرزمینی را که بعداً ایالات متحده امریکا نام گرفت ندید ولی متصرفان اسپانیایی که با کمک وی در قاره امریکا ساکن شده بودند کشف منطقه مزبور را آغاز کردند. اولین گروه اسپانیایی در سال ۱۵۱۳ به ساحل فلوریدا رسیدند. در سال ۱۶۰۷ تلاش انگلستان برای استعمار امریکای شمالی به نتیجه رسید و اولین مستعمره انگلستان در ویرجینیا تأسیس و امریکای شمالی وارد مرحله جدیدی شد. در سال ۱۷۳۲ مستعمره جورجیا تأسیس شد که آخرین مستعمره از مستعمرات سیزده‌گانه محسوب می‌شود. از این مستعمرات سیزده‌گانه ده تایی آنها انگلیسی بودند و سه مستعمره دیگر که عمدتاً در تصرف هلندی‌ها بودند، در سال ۱۶۶۴ به تصرف انگلیسی‌ها درآمدند.

در سال‌های بین ۱۶۸۹ و ۱۷۶۳ امریکای شمالی شاهد جنگ با فرانسویان و بومیان بود. مستعمرات سیزده‌گانه در معرض تهدید فرانسویان و متحدان بومی آنها قرار گرفت که سرانجام این جنگ به نفع انگلیسی‌ها پایان پذیرفت و سرنوشت فرهنگی امریکا به نفع فرهنگی و نظام حقوقی کاملاً رقم خورد. شکست فرانسویان سبب ایجاد اعتماد و غرور در ساکنان مستعمرات شده و روندی را پایه‌ریزی کرد که در نهایت به استقلال ایالات متحده امریکا از انگلستان منجر شد.

این روند ادامه داشت تا در چهارم جولای ۱۷۷۶ بیانیه استقلال امریکا به تصویب کنگره بین مستعمرات رسید. جنگ بین نیروهای امریکایی با انگلیسی‌ها ادامه یافت تا اینکه معاهده صلح بین انگلستان و نمایندگان امریکا در سوم سپتامبر ۱۷۸۳ در پاریس به امضا رسید و استقلال سیزده مستعمره با نام ایالات متحده امریکا رسمیت یافت.

## ساختار حکومت در ایالات متحده امریکا

همان طور که ذکر شد مستعمرات سیزده‌گانه در قالب پنجاه ایالت از انگلستان استقلال یافتند و مجموعاً کشور ایالات متحده آمریکا را تشکیل دادند؛ بنابراین - ساختار حکومتی ایالات متحده آمریکا بر مبنای نظام فدرالی پایه‌ریزی شده است. در این نظام در ایالت قوای اجرایی قانون‌گذاری و قضائیه خاص خود را دارد. این ایالت‌ها از طریق یک حکومت فدرال که به نوبه خود قوای اجرایی قانون‌گذاری و قضائیه دارد به یکدیگر مرتبط شده و یک نظام ملی را تشکیل می‌دهند.

در قانون اساسی ایالات متحده آمریکا (قانون اساسی فدرال) اختیارات، وظایف و مسئولیت‌های حکومت فدرال تعیین و تعریف شده است و در نتیجه آنچه مشخصاً به حکومت فدرال اختصاص نیافته است در حیطه اختیارات، وظایف و مسئولیت‌های ایالت‌ها قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر ایالت‌ها می‌توانند در مورد کلیه مسائل تصمیم بگیرند مگر موضوعاتی که طبق قانون اساسی فدرال در حیطه اختیارات حکومت فدرال است. علاوه بر نظام فدرالی، ساختار حکومتی آمریکا بر مبنای تفکیک قوا قرار دارد که هم در سطح ایالتی و هم در سطح فدرال پذیرفته شده است. در سطح ایالتی قوه قانون‌گذاری اصولاً در اختیار مجلس شورا و سنات قوه مجریه به وسیله فرماندار اعمال می‌شود و قوه قضائیه از طریق تشکیلات دادگستری ایالتی که در رأس آن دادگاه عالی قرار دارد. در ایالت نیویورک دادگاه تجدیدنظر در رأس تشکیلات دادگستری قرار دارد. در سطح فدرال قوه قانون‌گذاری در اختیار کنگره قرار گرفته است و قوه مجریه در اختیار ریاست جمهوری است که به وسیله مردم انتخاب می‌شود و قوه قضائیه از طریق تشکیلات قضایی فدرال اعمال می‌گردد.

این قوا همچنین نسبت به یکدیگر کنترل‌هایی را اعمال می‌کنند. تشکیلات قضایی فدرال و همچنین حیطه صلاحیت هر یک از دادگاه‌ها - به جز دادگاه عالی فدرال که در قانون اساسی معین شده است از سوی کنگره تعیین می‌گردد کنگره همچنین بودجه تشکیلات قضایی فدرال را تعیین و تعداد قضات فدرال را مشخص می‌کند و به قضات معرفی شده به وسیله ریاست جمهوری جهت تصدی مناصب قضایی فدرال رأی می‌دهد. بدین ترتیب مقامات قضایی فدرال به وسیله رئیس قوه مجریه و پس از مشورت با سنا منصوب می‌شوند. همچنین وزارت دادگستری آمریکا وظیفه مدعی‌العموم را در جرائم فدرال ایفا و در پرونده‌های مدنی از حقوق دولت حمایت می‌کند. ریاست جمهوری آمریکا ممکن است به وسیله کنگره عزل شود.

## الف - قوه مجریه فدرال

طبق قانون اساسی آمریکا، قوه مجریه در اختیار ریاست جمهوری قرار گرفته است که از طریق (مجمع انتخاباتی) برگزیده می‌شود. نحوه انتخاب رئیس جمهور بدین صورت است که:

مردم آمریکا در یک رأی‌گیری عمومی نمایندگان خود را در سطح هر ایالت انتخاب نموده سپس هر حزب نامزد ریاست جمهوری و معاون وی را تعیین می‌کند. در مرحله بعد نامزدها برای مجمع انتخاباتی ثبت‌نام می‌کنند. روز بعد از دوشنبه ماه نوامبر مردم به نامزدهای مجمع انتخاباتی رأی می‌دهند. مجمع انتخاباتی در هر ایالت یک نفر را به عنوان رئیس‌جمهور و یک نفر را به عنوان معاون وی انتخاب می‌کند. آرا مهر و موم شده و به رئیس مجلس سنا ارسال می‌شود. آرا با حضور اعضای کنگره قرائت شده و کسی که اکثریت مطلق آرای مجمع انتخاباتی را به خود اختصاص داده باشد به عنوان رئیس‌جمهور و معاون وی معرفی می‌شود.

برخی از مهم‌ترین وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور آمریکا به این شرح است:

مراقبت از قانون اساسی آمریکا / به اجرا گذاشتن قوانین مصوب کنگره / پیشنهاد لوایح به کنگره / تقاضای تشکیل جلسات اضطراری کنگره / ارسال پیام به کنگره / ایراد سخنرانی در کنگره / وتو کردن لوایح قانونی مگر اینکه دوسوم آراء کنگره وتوی رئیس‌جمهور را رد کند / نصب قضات دادگاه‌های فدرال از طریق مشورت با سنا / نصب و عزل وزرا و سایر مقامات عالی‌مقام دولتی و فدرال / نصب و عزل نمایندگان و سفرا نزد کشورهای خارجی / فرماندهی کل قوای مسلح / و عفو یا تخفیف مجرمان که مطابق با قوانین فدرال محکوم شده‌اند.

## ب - قوه قانون‌گذاری فدرال

طبق قانون اساسی آمریکا، صلاحیت وضع قانون در سطح فدرال به کنگره آمریکا تفویض شده است. این کنگره از دو مجلس سنا و نمایندگان تشکیل شده است تعداد نمایندگان هر ایالت در مجلس نمایندگان آمریکا متناسب با وسعت و جمعیت آن ایالت است در حالی که تعداد نمایندگان هر ایالت در مجلس سنا دو نفر می‌باشد. از طریق این روش منافع و تقاضاهای ایالت‌های کم‌جمعیت‌تر و کوچک‌تر حفظ می‌شود.



از سال ۱۹۱۳ اعضای مجلس سنا را مستقیماً مردم انتخاب می‌کنند. نامزدهای سنا باید دست‌کم ۹ سال سابقه تابعیت آمریکا و ۳۰ سال سن داشته و در ایالت مزبور ساکن باشند. هر سناتور برای یک دوره شش ساله انتخاب و هر دو سال یک بار برای انتخاب یک‌سوم اعضای سنا انتخابات در سطح ایالتی برگزار می‌شود. این امر موجب می‌شود که همواره دوسوم نمایندگان سنا سابقه قانون‌گذاری داشته باشند. اعضای مجلس نمایندگان آمریکا را مردم انتخاب می‌کنند. نامزدهای مجلس نمایندگان باید دست‌کم ۷ سال سابقه تابعیت آمریکا و ۲۵ سال سن داشته و در ایالت مورد نظر ساکن باشند. تعداد اعضای مجلس نمایندگان را کنگره مشخص می‌کند و این عدد به تناسب جمعیت بین ایالت‌ها به نحوی تقسیم می‌شود که هر ایالت دست‌کم یک کرسی داشته باشد. شش ایالت فقط یک کرسی دارند در حالی که شش ایالت دیگر بیش از بیست کرسی دارند و کالیفرنیا به تنهایی ۴۵ کرسی دارد.

کنگره آمریکا از جمله اختیارات ذیل را دارد: وضع مالیات‌ها، اخذ وام برای خزانه عمومی، وضع قوانین و مقررات در خصوص تجارت بین ایالتی و تجارت خارجی، وضع مقررات یکسان در خصوص اعطای تابعیت آمریکا به اتباع کشورهای خارجی، وضع قوانین راجع به ضرب سکه و چاپ اسکناس و تعیین مجازات جاعلان، وضع قوانین راجع به ورشکستگی در سطح کشور، وضع قوانین و مقررات راجع به حق اختراع و حق انتشار، وضع قوانین راجع به سیستم قضایی فدرال، تعیین مجازات برای دزدی دریایی، وضع قوانین لازم برای اجرای قانون اساسی آمریکا.

### ج - قوه قضائیه فدرال

طبق قانون اساسی آمریکا قوه قضائیه قوه مستقلی است که دسترسی کلیه شهروندان آمریکا به یک نظام قضایی بی‌طرف و منصفانه را تضمین می‌کند. مردم از طریق قانون اساسی صلاحیت رسیدگی قضایی را به قوه قضائیه تفویض کرده‌اند و بنابراین قدرت و صلاحیت آن قوه تا حدی است که در قانون اساسی مقرر شده است.

در تشکیلات قضایی فدرال، دادگاه‌های ناحیه‌ای نقش دادگاه بدوی را ایفا می‌کنند. این دادگاه‌ها صلاحیت دارند تا به دعاوی مدنی و کیفری مرتبط با مسائل فدرال رسیدگی کنند. در حال حاضر کل آمریکا به ۱۰۰ ناحیه تقسیم شده است که در هر ایالت دست‌کم یک دادگاه ناحیه‌ای وجود دارد. در هر ناحیه، علاوه بر دادگاه‌های ناحیه‌ای دادگاه‌های ورشکستگی، مالیاتی، تجدیدنظر نظامی و رسیدگی به اختلافات اداری وجود دارد.

رسیدگی در دادگاه‌های تجدیدنظر به وسیله سه قاضی انجام می‌گیرد. علاوه بر حوزه‌های قضایی دوازده‌گانه مذکور یک حوزه قضایی ویژه وجود دارد که مرجع تجدیدنظر از سه دادگاه و نهاد اداری ایالات متحده است. این سه دادگاه و نهاد شامل «دادگاه دعاوی ایالات متحده و تجدیدنظر قراردادها»، «دادگاه تجارت بین‌الملل و کمیسیون تجارت بین‌الملل» و «کمیته حل و فصل اختلافات مربوط به حق اختراع و علائم تجاری» است.

دیوان عالی آمریکا متشکل از ریاست دیوان و هشت دستیار است که جلسات با شش عضو رسمیت می‌یابد. دیوان عالی آمریکا اصولاً مرجع تجدیدنظر از آراء صادره از سوی دادگاه‌های تجدیدنظر فدرال می‌باشد. به دلیل حجم زیاد پرونده‌هایی که به دیوان ارجاع می‌شود، دیوان مجاز است بدون ارائه دلیل از پذیرش برخی از پرونده‌ها که از نظر حقوقی کم‌اهمیت تلقی می‌شود خودداری کند. برای طرح یک پرونده در دیوان عالی، دست‌کم چهار قاضی از نه قاضی باید به قابل طرح بودن آن رأی مثبت دهند. دیوان عالی تمایلی به دخالت در تصمیمات دادگاه‌های تالی ندارد. رسیدگی در دیوان اصولاً به صورت فرجامی و مرتبط با تفسیر و نحوه اعمال قانون است و چنانچه دیوان تشخیص دهد که رسیدگی به پرونده جنبه موضوعی دارد؛ در این صورت آن را برای تکمیل به دادگاه تالی ارجاع می‌دهد.

قضات دادگاه ناحیه‌ای، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی آمریکا از سوی ریاست جمهوری آمریکا نامزد و به وسیله سنای آمریکا (مجلس اعلی کنگره) انتخاب می‌شوند. این قضات برای مدت عمر خودشان انتخاب می‌گردند و برکناری آنان مستلزم اثبات تخلفات معین و طی تشریفات خاصی است.

دادگاه‌های ایالتی در هر یک از پنجاه ایالت در آمریکا تشکیلات قضایی خاصی وجود دارد که هر چند از جنبه‌های بسیاری با سایر تشکیلات قضایی ایالتی شبیه‌اند، ولی ویژگی‌ها و مشخصه‌های هر یک غیرقابل اغماض است. سه دسته از قوانین و مقررات ذیل ناظر به تشکیلات قضایی ایالتی هستند اول: قانون اساسی ایالتی که تشکیلات و چهارچوب کلی سیستم قضایی آن ایالت را مشخص می‌کند دوم: قوانین و مقررات ایالتی که به استناد قانون اساسی ایالتی تصویب شده و نوع دادگاه‌ها، صلاحیت آنها، مقررات آیین دادرسی، نحوه انتخاب و وظایف قضات را مقرر می‌دارد سوم: هر دادگاهی که در چهارچوب قوانین موجود مقررات تفصیلی دارد و نحوه شروع دادرسی، روند دادرسی، مواظبت، انشای رأی و غیره را به تفصیل بیان می‌کند.

پایین‌ترین دادگاه در هر ایالت (دادگاه بدوی) است که در ایالت‌های گوناگون با نام‌های متفاوتی عنوان می‌شود. سابقاً دادگاه بدوی به دو شاخه (دادگاه قانون) و (دادگاه انصاف) تقسیم می‌شد که امروزه در بیشتر ایالت‌ها این دو بخش در یکدیگر ادغام شده‌اند. دادگاه‌های بدوی به نوبه خود زیرمجموعه‌هایی دارد از قبیل «دادگاه جرائم اطفال»، «دادگاه محلی (دعاوی شهری)»، «دادگاه کیفری»، «دادگاه امور حسبی» و «دادگاه دعاوی کوچک» است.

دادگاه دعاوی کوچک تشریفات بسیار کمی داشته و اصولاً رسیدگی‌های آن بدون حضور وکیل انجام می‌شود و به دعاوی رسیدگی می‌کند که خواسته دعوی بین ۵۰۰ تا ۵۰۰۰ دلار باشد. این دادگاه به دلیل کم‌هزینه و سریع بودن رسیدگی در آن عملاً به مرجع حل و فصل دعاوی بین مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان تبدیل شده است و بسیاری از دعاوی افراد علیه فروشندگان و تولیدکنندگان به سرعت در این دادگاه‌ها رسیدگی می‌شود.

در کلیه ایالت‌های آمریکا حق تجدیدنظر نسبت به آراء صادره از سوی دادگاه‌های بدوی به رسمیت شناخته شده است. دادگاه‌های تجدیدنظر اصولاً از سه تا پنج قاضی تشکیل می‌شود. این دادگاه‌ها هم مسائل موضوعی و هم مسائل حکمی را بررسی می‌کنند.

## ۶. نظام حقوقی رومی ژرمنی

نظام حقوق نوشته یکی از مهم‌ترین نظام‌های بزرگ حقوقی است که بر بخش اعظم اروپا، امریکای مرکزی، امریکای جنوبی و بخشی از آسیا و آفریقا تسلط دارد. بخش بزرگی از حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق جامعه اروپا به وسیله کسانی توسعه یافته است که در این نظام حقوقی آموزش دیده‌اند: نظام حقوق نوشته که بعضاً «نظام حقوقی رومی - ژرمنی» یا «نظام مدنی» نامیده می‌شود ریشه در حقوق روم و مجموعه قوانین مدنی ژوستینیان دارد.

درک صحیح نظام حقوق نوشته مستلزم شناخت تحولات تاریخی این نظام است که با امپراتوری روم شروع شد. نظام حقوق نوشته ریشه در حقوق روم دارد. در دوره جمهوری روم، مجموعه قانونی با عنوان الواح دوازده‌گانه تهیه و تنظیم شد. به دلیل وجود قوانین متفاوت نسبت به «عوام» و «نجبا»، در سال ۴۵۵ قبل از میلاد مسیح کمیته ده نفره‌ای مأمور شدند تا قانون واحدی را که قابل اعمال به همه ساکنان روم (اعم از عوام و نجبا) باشد تنظیم کنند. این کمیته ده لوح را تهیه کرد که رضایت عوام را که عمدتاً به طبقات کشاورزان، صنعتگران، کسبه و خارجیان تعلق داشتند، جلب نکرد و بنابراین کمیته دیگری تشکیل و دو لوح دیگر را تهیه کرد که مجموعاً به الواح دوازده‌گانه معروف‌اند. با پایان جمهوری روم و تأسیس امپراتوری روم در سال ۲۷ قبل از میلاد، صنفی از «حقوقدانان» جدا از قضات شکل گرفت که نقش مؤثری را در شکل‌گیری نظام حقوق نوشته ایفا کردند.

در نظام قضایی روم ابتدا دعوی را «دستیار دادگاه» استماع می‌کرد و پس از تعیین نوع اختلاف و بیان حکم قانونی آن، پرونده برای رسیدگی به قاضی ارجاع می‌شد. اظهارات دستیار دادگاه در خصوص حکم پرونده منبع اصلی حقوق خصوصی را تشکیل می‌داد. دستیار دادگاه تنها برای مدت یک سال انتخاب می‌شد و اختیارات محدودی داشت. هم دستیار دادگاه و هم قاضی دادگاه نیازمند مشاوره حقوقی بودند و بدین دلیل به حقوقدانان مراجعه می‌کردند. این حقوقدانان کارمند موظف یا مزدبگیر دولت نبوده و برای انجام دادن خدمات خود نیز تقاضای پول نمی‌کردند. این حقوقدانان به دستیار دادگاه کمک می‌کردند بیانیه خود را در خصوص نحوه اداره دادرسی در طول یک سال مزبور اعلان کند. این بیانیه‌ها نقش زیادی در شکل‌گیری اصول حقوقی به خصوص حقوق ناظر به شهروندان غیر رومی ایفا کرد، زیرا هر دستیار از طریق حک و اصلاح بیانیه‌های قبلی می‌کوشید اصول مورد قبول خود را اعلان کند.

۴ جریان اصلی که مبنای نظام حقوقی رومی ژرمنی را تشکیل داد: جریان اصلی حقوق روم است که در مجموعه قوانین مدنی ژوستینین منعکس بود و به وسیله حقوقدانان دانشگاهی توسعه و تکمیل شد. جریان دیگر عرف‌ها و رویه‌های محلی بود که به وسیله دانشگاهیان مُنَّح و برای تکمیل قوانین روم مورد بهره‌برداری قرار گرفت. علاوه بر این، قوانین شریعت که از سوی کلیساها در دادگاه‌های شرع اعمال می‌شد و قوانین تجاری که در دادگاه‌های ویژه صنفی و تجاری اعمال می‌گردید تأثیر فراوانی بر شکل‌گیری نظام حقوق نوشته داشت.

در مورد نحوه تدوین قانون در نظام حقوق نوشته دو روش رایج است. در روش اول که به اقتباس از کد ناپلئون رایج شده است، قوانین، به صورت درک‌پذیری برای عموم، تنظیم شده و از اصطلاحات غیر مأنوس حقوقی و ارجاع مواد به یکدیگر خودداری شده است. در روش دوم که قانون مدنی آلمان نمونه بارز آن است قانون از یک بیان فنی و تخصصی برخوردار بوده است و به تناسب از اصطلاحات حقوقی استفاده می‌شود.

## ۷. نظام حقوقی فرانسه

از انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹ این کشور فاقد یک نظام حقوقی منسجم و یکپارچه بود. در هر منطقه قوانین و مقررات محلی حاکم بود که از یک منطقه به منطقه دیگر تفاوت داشت. علی‌رغم این تفاوت‌های محلی، فرانسه به طور کلی به دو منطقه شمال و جنوب تقسیم می‌شد. در منطقه شمال که سه‌پنجم فرانسه را تشکیل می‌داد، عمده‌تاً حقوق عرفی حاکم بود. با بروز انقلاب کبیر فرانسه، قوانین سنتی و قدیمی این کشور لغو شد و انقلابیون بر ایجاد یک نظام حقوقی منسجم و یکپارچه در فرانسه تأکید کردند. در ده سال انقلاب (۱۷۸۹-۱۷۹۹) عملاً چنین نظام یکپارچه و منسجمی به وجود نیامد ولی تصویب اعلامیه حقوق مدنی و حقوق بشر فرانسه که هنوز جزئی از حقوق فرانسه را تشکیل می‌دهد. از مهم‌ترین دستاوردهای این دوره محسوب می‌شود.

در سال ۱۷۹۹ ناپلئون بناپارت به قدرت رسید و شدیداً به ایجاد یک نظام حقوقی یکپارچه و منسجم نه تنها برای فرانسه بلکه برای کل اروپا اعتقاد داشت. تصویب قانون مدنی فرانسه در سال ۱۸۰۴ و تشکیل «شورای دولتی» برای کنترل و نظارت بر قانونی بودن فعالیت‌های دولتی از جمله مهم‌ترین دستاوردهای وی محسوب می‌شود.

در سال ۱۸۰۰ ناپلئون چهار حقوقدان متخصص را برگزید تا یک مجموعه کامل حقوقی تهیه کنند. این حقوقدانان دارای تجارب عملی زیاد و آشنا به افکار دانشمندان حقوق فطری مانند گروسوسوس بودند. در طول چهار سال و طی ۱۰۲ نشست، متن نهایی تهیه شد و در سال ۱۸۰۴ با عنوان حقوق مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به تصویب قوه قانون‌گذاری این کشور رسید.

## الف - قوه مجریه (دولت)

در فرانسه قوه مجریه در اختیار رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر و هیئت‌وزیران (کابینه) است.

۱. **ریاست جمهوری:** رئیس‌جمهور در رأس قوه مجریه قرار دارد و بالاترین مقام کشور محسوب می‌شود. از سال ۱۹۶۲ رئیس‌جمهور را از طریق برگزاری انتخابات عمومی مردم به طور مستقیم برای یک دوره ۷ ساله برمی‌گزینند و انتخاب مجدد وی منعی ندارد. رئیس‌جمهور با کسب اکثریت مطلق آراء برگزیده می‌شود.

مهم‌ترین وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور عبارت‌اند از:

- انتخاب نخست‌وزیر
- فرمان انجام دادن همه‌پرسی (رفراندوم)
- انحلال مجلس نمایندگان،
- اعلان حالت اضطراری در کشور،
- انتخاب رئیس و سه عضو از اعضای شورای قانون اساسی،
- ارسال پیام به پارلمان، نصب و عزل مقامات عالی‌کشی و لشکری،
- اعطای عفو ریاست جمهوری،
- انجام دادن مذاکرات و امضای معاهدات بین‌المللی،
- نصب وزیران پس از معرفی نخست‌وزیر،

- عزل وزیران در صورت توصیه نخست‌وزیر،
- ریاست جلسات هیئت دولت،
- فرمانده کل قوای مسلح و
- توشیح قوانین مصوب پارلمان.

**۲. نخست‌وزیر:** نخست‌وزیر را رئیس‌جمهور انتخاب می‌کند و لازم نیست وی در این خصوص با کسی مشورت نماید. نخست‌وزیر نیز به نوبه خود وزرای خود را تعیین و برای تأیید به رئیس‌جمهور معرفی می‌کند. نخست‌وزیر وزارتخانه مستقلی ندارد و وظیفه وی هدایت و رهبری دولت و هماهنگی بین وزراست و ریاست جلسات داخلی وزرا را بر عهده دارد. وظیفه و امنیت کشور بین رئیس‌جمهور به عنوان فرمانده کل نیروهای مسلح و وزیر به عنوان مسئول مستقیم نیروهای نظامی مشترک است و باید با هماهنگی بین این دو انجام پذیرد. تنها در زمان بروز حالت اضطراری کلیه این وظایف در اختیار رئیس‌جمهور قرار می‌گیرد. نخست‌وزیر همچنین نماینده دولت در قبال پارلمان است و باید برنامه دولت خویش را به مجلس نمایندگان ارائه داده و رأی اعتماد مجلس نمایندگان را نسبت به هیئت دولت و برنامه آن جلب کند، ولی برای این امر زمان‌بندی مشخصی وجود ندارد و ممکن است با تأخیر انجام پذیرد. مجلس نمایندگان تنها با اکثریت مطلق ممکن است برنامه دولت را رد کند و به آن رأی عدم اعتماد دهد. دولت ممکن است از پارلمان تقاضا کند که برای مدت معینی صلاحیت وضع برخی از قوانین به دولت تفویض شود که در این صورت در مسائل جزئی نخست‌وزیر رأساً و در مسائل مهم‌تر پس از مشورت با هیئت دولت و کسب نظر رئیس‌جمهور نسبت به وضع قانون اقدام می‌کند. وظیفه تهیه و تنظیم آیین‌نامه‌های اجرایی نیز بر عهده نخست‌وزیر است که در عمل از طریق مشورت با وزیر یا وزرای مربوط تهیه و تنظیم می‌شود: نخست‌وزیر حق دارد لوایح قانونی را تهیه و برای تصویب به پارلمان ارائه کند. نخست‌وزیر همچنین در بسیاری از امور طرف سورت رئیس‌جمهور قرار می‌گیرد هر چند که ممکن است رئیس‌جمهور برخلاف نظر نخست‌وزیر عمل کند. مثلاً برای انحلال پارلمان با اعلان حالت ام‌الشراری رئیس‌جمهور باید با نخست‌وزیر مشورت نماید.

**۳ - هیئت دولت:** هیئت‌وزیران معمولاً هر هفته یک‌بار تشکیل جلسه می‌دهد که به طور سنتی در روز چهارشنبه است و تحت ریاست رئیس‌جمهور و در کاخ الیزه برگزار می‌شود. هیئت دولت تنها در موارد استثنایی و برای موضوعات از قبل تعیین شده ممکن است به ریاست نخست‌وزیر به عنوان معاون رئیس‌جمهور تشکیل جلسه دهد.

### ب - قوه قانون‌گذاری (پارلمان)

پارلمان فرانسه متشکل از مجلس نمایندگان و سناست. اعضای مجلس نمایندگان را (که در حال حاضر ۵۷۷ کرسی است) مردم به طور مستقیم انتخاب می‌کنند و بدین دلیل این مجلس اهمیت بیشتری نسبت به مجلس سنا دارد. هر چند اعضای مجلس نمایندگان از احزاب گوناگون به مجلس راه می‌یابند، ولی آنان تنها نماینده حزب خود تلقی نشده و نماینده کل مردم هستند. دوره مجلس نمایندگی پنج سال است مگر اینکه مجلس نمایندگان را قبل از اتمام دوره، رئیس‌جمهور منحل کند. دولت برنامه خویش را تنها به مجلس نمایندگان ارائه می‌دهد و تنها این مجلس است که می‌تواند به دولت رأی عدم اعتماد دهد.

اعضای مجلس سنا را (که در حال حاضر ۳۴۸ کرسی است) به طور غیر مستقیم انجمن‌های محلی و شهرداران برای مدت ۶ سال انتخاب می‌کنند. هر سه سال یک‌بار یک‌سوم اعضای مجلس سنا انتخاب می‌شوند.

پارلمان فرانسه در مقایسه با سایر کشورهای دموکراتیک در مقابل دولت قدرت کافی ندارد. برای نمونه، پارلمان نمی‌تواند به رئیس‌جمهور رأی عدم اعتماد دهد در حالی که رئیس‌جمهور می‌تواند مجلس نمایندگان را منحل کند، بسیاری از موضوعات مهم خارجی و امنیتی خارج از کنترل و نظارت پارلمان به وسیله رئیس‌جمهور انجام می‌شود. قوانین بودجه سالیانه چنانچه ظرف ۷۰ روز از سوی پارلمان تصویب نشود، دولت می‌تواند قوانین مزبور را به هر نحوی که تمایل دارد به تصویب برساند. دولت می‌تواند با مراجعه مستقیم به آراء عمومی از طریق همه‌پرسی قوانین مصوب پارلمان را لغو یا آنها را جایگزین کند. عدم رأی اعتماد به دولت مستلزم تقاضای یک‌دهم کل اعضای مجلس نمایندگان و تصویب اکثریت مطلق آراء خواهد بود.

### ج - قوه قضائیه

در فرانسه دو گروه دادگاه مجزا وجود دارد که در عرض یکدیگرند. گروه اول متشکل از دادگاه‌های قضایی است که به نوبه خود به دادگاه‌های مدنی و کیفری تقسیم می‌شود و گروه دوم متشکل از دادگاه‌های اداری است که به دعوی اداری رسیدگی می‌کند و به قوه مجریه وابسته است. در هر دو گروه، صلاحیت برخی از دادگاه‌ها عام و برخی دیگر خاص و تخصصی است.

## ۱- دادگاه‌های مدنی

دادگاه‌های مدنی در یک سلسله مراتب کلی به دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و (عالی) تقسیم می‌شود. در دادگاه‌های بدوی، شش دادگاه اهمیت زیادی دارد:

### ۱-۱ دادگاه بدوی:

الف. دادگاه مدنی دو. دادگاهی باصلاحیت خاص است که به دعوی مدنی مربوط بر اشخاص و اموال تا ارزش ۷ هزار و ۶۰۰ یورو رسیدگی می‌کند. هر چند این دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوی مربوط به املاک و ساختمان‌ها را ندارد ولی دعوی مربوط به اجاره املاک و ساختمانی در سقف مالی فوق در آن مطرح می‌شود. این دادگاه همچنین به دعوی مربوط حضانت رسیدگی می‌کند.

ب. دادگاه مدنی یک. دادگاهی با صلاحیت عام است که به کلیه دعوی مدنی رسیدگی می‌کند مگر دعوی که مشخصاً در صلاحیت سایر دادگاه‌هاست. دادگاه همچنین نسبت به دعوی خانوادگی و املاک صلاحیت انحصاری دارد.

ج. دادگاه تجاری. دادگاهی تخصصی است که به دعوی تجاری بین اصناف، بازرگانان و بانک‌ها رسیدگی می‌کند. با توجه به وجود قانون تجاری در فرانسه، دعوی تجاری تعاریف خاص خود را دارد و شامل کلیه کسانی که به کسب و کار مشغول اند نمی‌شود. این دادگاه همچنین به دعوی بین شرکای تجاری و قراردادهای تجاری رسیدگی می‌کند قضات آن افراد غیرحقوقی هستند که از طرف اتحادیه‌ها و اصناف انتخاب شده و به صورت افتخاری و غیرموظف در این دادگاه مشغول اند. در کنار این قضات غیرحقوقی دستیار تحصیل کرده حقوق وجود دارد که قاضی را در صدور رأی و مسائل قانونی کمک می‌کند. آراء صادره این دادگاه در دادگاه‌های بالاتر قابل تجدیدنظر است مگر اینکه ارزش محکوم‌به از یک مبلغ خاصی کمتر باشد که در این صورت رأی صادره قطعی است.

د. دادگاه کار. دادگاهی تخصصی است که به دعوی مربوط به قراردادهای استخدامی کارآموزی شخصی و همچنین به دعوی مربوط بر اخراج غیرمنصفانه کارگران و مازاد بودن آنان رسیدگی می‌کند. این دادگاه نسبت به دعوی مربوط به قراردادهای دسته‌جمعی کار یا دعوی مربوط به مستخدمان دولتی صلاحیت رسیدگی ندارد. قضات این دادگاه نیز مانند دادگاه تجاری افراد غیرحقوقی هستند که آنها را کارگران و کارفرمایان برای یک دوره ۵ ساله انتخاب می‌کند.

ر. دادگاه اجاره املاک کشاورزی. دادگاه ویژه‌ای است که به دعوی مربوط بر مالکیت موقت و اجاره املاک کشاورزی رسیدگی می‌کند. این دادگاه تحت نظر دادگاه مدنی دو و به ریاست قاضی آن دادگاه و با حضور دو قاضی غیرحقوقی از میان مستأجران و دو قاضی غیرحقوقی از میان مالکان تشکیل می‌شود.

ز. دادگاه تأمین اجتماعی. دادگاهی تخصصی است که به دعوی مربوط به تأمین اجتماعی مثل بازنشستگی بهداشت و مانند آن رسیدگی می‌کند. این دادگاه به ریاست قاضی دادگاه مدنی یک منطقه و با حضور دو کارشناس تأمین اجتماعی یکی نماینده کارگران و دیگری نماینده کارفرمایان تشکیل می‌شود. کارشناسان مزبور را رئیس دادگاه تجدیدنظر محلی برای یک دوره سه‌ساله انتخاب می‌کند.

۱-۲. دادگاه تجدیدنظر. این دادگاه در نظام قضایی فرانسه ابزاری است که صحت آراء صادره را تا حد زیادی تضمین می‌کنند و اشتباهات را چه از نظر موضوعی، قانونی با شکلی تصحیح می‌نماید.

۱-۳ دیوان عالی تمیز. دیوان عالی تمیز بالاترین مرجع قضایی فرانسه تلقی می‌شود که نسبت به دعوی مدنی و کیفری صلاحیت رسیدگی دارد. آراء دادگاه‌های تجدیدنظر و ابتدایی که قابل تجدیدنظر نیستند، در دیوان عالی تمیز رسیدگی و فرجامی می‌شود. در این رسیدگی پرونده دوباره مفتوح نشده و موضوع از نظر موقوف بررسی نمی‌شود، بلکه تنها اعمال صحیح و درست قانون کنترل می‌گردد؛ بنابراین یکی از نقش‌های اساسی دیوان عالی تمیز ایجاد وحدت رویه در بین دادگاه‌ها نسبت به تفسیر و تلقی قانون است.

## ۲- دادگاه‌های کیفری



نظام کیفری فرانسه سه مرحله دارد: مرحله بازجویی تحقیق به وسیله پلیس؛ مرحله بازجویی و تحقیق به وسیله مقامات قضایی (دادسرا) و مرحله رسیدگی و صدور رأی دادگاه‌های کیفری در فرانسه به دو گروه دادگاه‌های عمومی کیفری و دادگاه‌های خاص کیفری و دادگاه‌های عمومی کیفری نیز به نوبه خود به دادگاه‌های تحقیق و رسیدگی کننده تقسیم می‌شود.

دادگاهی عمومی کیفری:

۱-۲ دادگاه تحقیق. در جرائم سنگین گردآوری دلایل، تحقیق از شهود، معاینه محل، انتخاب کارشناس، صدور قرار بازداشت یا قبول وثیقه و غیره را دادرسی انجام می‌دهد که یک قاضی عضو دادگاه مدنی یک است. پس از پایان تحقیقات چنانچه نظر دادرسی در تعقیب مجرم باشد، در این صورت پرونده به دادگاه کیفری ارجاع می‌شود، در غیر این صورت به دادستانی مرجوع می‌گردد.

۲-۲ دادگاه پلیس. این دادگاه بخشی از دادگاه مدنی دو می‌باشد و به جرائم کوچکی رسیدگی می‌کند که حداکثر مجازات آن از ۳ هزار و ۸۰۰ یورو تجاوز نمی‌کند، مثل جرائم راهنمایی و رانندگی و ضبط اموال مسروقه.

۲-۳ دادگاه جنحه. این دادگاه بخشی از دادگاه مدنی یک تلقی شده و به جرائم متوسط و جنح‌های رسیدگی می‌کند که مجازات آنها بیش از ۳ هزار و ۸۰۰ یورو یا حبس است.

۲-۴ دادگاه جنایی. این دادگاه به جرائم سنگینی رسیدگی می‌کند که مجازات یا از ده سال حبس به بالاست. در این دادگاه رسیدگی با حضور هیئت منصفه انجام می‌گیرد. آراء صادره با حضور هیئت منصفه فقط در دیوان عالی تمیز و تنها از جهت رعایت مسائل قانونی و آیین دادرسی قابل تجدید نظر است.

- دادگاه‌های کیفری خاص. علاوه بر دادگاه‌های فوق که صلاحیت عام دارند، در نظام کیفری فرانسه دادگاه‌های خاصی مثل دادگاه جرائم دریایی یا دادگاه اطفال وجود دارد که به جرائم خاصی رسیدگی می‌کند.

- دادگاه تجدیدنظر. تجدیدنظر از آراء دادگاه‌های مدنی و کیفری بر عهده دادگاه تجدیدنظر است که در بالا توضیح داده شد. شعبه کیفری این دادگاه به پرونده‌های کیفری رسیدگی می‌کند. دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند میزان مجازات را افزایش دهد مگر اینکه تقاضاکننده تجدیدنظر دادستانی باشد. این دادگاه مرجع تجدیدنظر دادگاه پلیس و دادگاه جنحه است و همانند پرونده‌های مدنی، پرونده را از نظر موقوف و مسائل قانونی بررسی مجدد می‌کند.

- دیوان عالی تمیز. بخش کیفری این دیوان که در بالا توضیح داده شد به پرونده‌های کیفری رسیدگی می‌کند و تنها رعایت قانون و آیین دادرسی را مدنظر قرار می‌دهد. در صورت نقض رأی، پرونده به دادگاه هم‌عرض دادگاه صادرکننده حکم ارسال می‌شود.

### ۳. دادگاه‌های اداری

دادگاه‌های اداری وابسته به دولت بوده و یک نظام مجزا از دادگاه‌های قضایی است. دادگاه‌های اداری به دو گروه عمده تقسیم می‌شود: دسته اول دادگاه‌های اداری با صلاحیت عام که به کلیه دعاوی بین شهروندان و ادارات دولتی رسیدگی می‌کند مگر مواردی که مشخصاً در صلاحیت یک دادگاه اداری ویژه است و دسته دوم دادگاه‌های اداری با صلاحیت ویژه که تنها به دعاوی مشخصی رسیدگی می‌کند، مانند دادگاه اداری حسابرسی. آراء صادره در دادگاه‌های اداری بدوی قابل تجدیدنظر در دادگاه‌های تجدیدنظر اداری است. رئیس دادگاه تجدیدنظر اداری عضو شورای دولتی نیز می‌باشد. بالاترین دادگاه اداری در فرانسه شورای دولت است که در برخی از مسائل مثل رسیدگی به تخلفات مأموران عالی‌رتبه کشوری به عنوان دادگاه بدوی عمل می‌کند. شورای دولتی همچنین مرجع تجدیدنظر آراء صادره از سوی دادگاه‌های تجدیدنظر اداری است که موضوع را تنها از نظر قانونی بررسی می‌کند. در موارد بسیار نادری، شورای دولتی موضوع ارجاعی را و از نظر موقوف و هم از نظر قانونی مجدداً بررسی می‌کند.

### ۸. حقوق آلمان

نظام حقوق نوشته در اروپا مشخص به دو بخش مرتبط تقسیم می‌شود. بخش رومی که فرانسه نماینده آن محسوب می‌شود و بخش ژرمنی که آلمان نماینده آن است. با این دلیل برخی نظام حقوق نوشته را نظام حقوقی رومی - ژرمنی عنوان کرده‌اند.

دولت‌های محلی در آلمان سابقه طولانی دارند و در دوره‌هایی که دولت مرکزی یا اصلاً وجود نداشته یا بسیار ضعیف بوده قدرت زیادی نیز داشته‌اند؛ بنابراین قانون اساسی آلمان نظام فدرالیته را پذیرفت و هم‌اکنون جمهوری فدرال آلمان از ۱۵ ایالت تشکیل شده که هر ایالت قانون اساسی محلی، دولت، نظام قضایی و قدرت قانون‌گذاری محدودی دارد.

## الف - قوه مجریه

**۱- ریاست جمهوری فدرال:** رئیس‌جمهور فدرال رسماً بالاترین مقام کشور محسوب می‌شود و از سوی کمیته ویژه‌ای انتخاب می‌گردد که متشکل از اعضای مجلس فدرال آلمان و نمایندگان ایالت‌هاست. دوره ریاست جمهوری پنج سال می‌باشد و او فقط برای دو دوره متوالی می‌تواند به این مقام انتخاب شود. رئیس‌جمهور، نماینده کشور آلمان در انعقاد معاهدات و روابط خارجی است و اختیار دارد که قضات فدرال را انتخاب یا آنها را عزل کند و به نمایندگی از طرف دولت آلمان مجرمان را عفو نماید. با توجه به اینکه ریاست جمهوری اصولاً یک مقام تشریفاتی و معنوی تلقی می‌شود. تصمیم‌گیری در خصوص مسائل کشور، روابط خارجی و سایر امور جاری کشور در اختیار دولت فدرال است و رئیس‌جمهور این سیاست‌ها را اجرا می‌کند.

**۲- دولت فدرال:** دولت فدرال متشکل از صدراعظم آلمان و وزراست. صدراعظم آلمان را رئیس‌جمهور معرفی می‌کند و با اکثریت آراء مجلس فدرال انتخاب می‌شود. صدراعظم رئیس دولت محسوب شده و وظیفه تعیین سیاست‌ها و اولویت‌های دولت را بر عهده دارد. این سیاست‌ها و اولویت‌ها از طریق وزرا به اجرا درمی‌آید. وزرا را صدراعظم معرفی و رئیس‌جمهور انتخاب می‌کند. انتخاب وزرا به وسیله رئیس‌جمهور جنبه تشریفاتی دارد و در عمل او وزرای معرفی شده به وسیله صدراعظم را بدون مخالفت انتخاب می‌نماید. صدراعظم تعداد وزارتخانه‌ها و شرایط تصدی آنها را تعیین می‌کند و وزرا مجازند که وظایف محوله را در حیطه خط و مشی تعیین شده از سوی صدراعظم با استقلال انجام دهند. با پایان دوره مجلس فدرال آلمان، دوره دولت اعم از صدراعظم و وزرا نیز پایان می‌پذیرد. در صورتی که مجلس فدرال به صدراعظم رأی عدم اعتماد دهد، در این صورت مجلس یک نفر دیگر را به عنوان صدراعظم انتخاب می‌کند و از رئیس‌جمهور می‌خواهد که صدراعظم قبلی را عزل و صدراعظم جدید را منصوب کند.

## ب - قوه قانون‌گذاری (پارلمان)

پارلمان فدرال آلمان متشکل از: مجلس فدرال (نمایندگان/بوندستاگ) و مجلس دولت‌های ایالتی (مجلس عالی/مجلس سنا/بوندسرات) است. اعضای مجلس فدرال را هر چهار سال یک بار مردم در سراسر آلمان انتخاب می‌کنند. هر چند نمایندگان مجلس فدرال ممکن است عضو حزب سیاسی خاصی باشند، ولی در تصمیمات خود مستقل هستند. اعضای مجلس سنا یا ایالتی از سوی دولت‌های ایالتی انتخاب می‌شوند. هر ایالت حداقل ۳ کرسی در مجلس دارد.

## ج - قوه قضائیه

طبق اصل ۹۲ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان، دادگاه‌ها (قضات) تنها مرجع قضایی رسیدگی‌کننده به اختلافات هستند. اصل ۹۷ نیز مقرر می‌دارد که قضات باید مستقل بوده و تنها تابع قانون باشند و کسی حق ندارد آنان را در طول خدمت بدون کسب رضایتشان برکنار، تعلیق، منتقل یا بازنشسته کند. مطابق اصل ۹۲ قانون اساسی، دادگاه‌ها در آلمان به سه گروه تقسیم می‌شوند:

**۱- دادگاه‌های عادی:** دادگاه‌های عادی که به دعاوی مدنی و کیفری رسیدگی می‌کنند؛ ۲. دادگاه‌های تخصصی که شامل دادگاه مالی، دادگاه کار و دادگاه تأمین اجتماعی است و ۳. دادگاه‌های قانون اساسی که بالاترین مقام قضایی در جمهوری فدرال آلمان تلقی می‌شود.

دادگاه عادی که به دعاوی حقوقی و کیفری رسیدگی می‌کنند مشتمل بر:

(۱) دادگاه‌های مدنی. (دادگاه بخش / دادگاه منطقه‌ای / دادگاه تجدیدنظر)

- دادگاه بخش پایین‌ترین دادگاه مدنی ایالتی در نظام قضایی آلمان محسوب می‌شود که به دعاوی مالی زیر ۵۱۱۳ یورو و همچنین دعاوی مربوط به اجاره، امور خانوادگی (حضانت و ولایت رسیدگی می‌کند. رسیدگی در این دادگاه را یک قاضی انجام می‌دهد. آراء این دادگاه در خصوص دعاوی مالی و اجاره قابل تجدیدنظر در دادگاه منطقه‌ای است. در دعاوی خانوادگی، حضانت و ولایت، دادگاه تجدیدنظر ایالتی مرجع تجدیدنظر می‌باشد.

-دادگاه منطقه‌ای علاوه بر اینکه مرجع تجدیدنظر نسبت به آراء دادگاه بخش می‌باشد، مرجع بدوی رسیدگی به کلیه دعاوی مدنی نیز هست که در صلاحیت دادگاه بخش نمی‌باشد. رسیدگی در این دادگاه را اصولاً سه قاضی انجام می‌دهد. در کنار این دادگاه اتاق بازرگانی وجود دارد که به دعاوی بازرگانی می‌کند و متشکل از یک قاضی حقوقی و دو قاضی تجاری است. آراء این گاه در دادگاه تجدیدنظر ایالتی بررسی می‌شود.

-دادگاه تجدیدنظر ایالتی بالاترین دادگاه در سطح ایالتی است که پرونده ارجاعی را از جهت موقوف و جنبه حقوقی مجدداً بررسی می‌کند. تصمیمات این دادگاه از جنبه صرفاً حقوقی در دادگاه عالی عدالت فدرال طرح می‌شود.

**۲ - دادگاه‌های کیفری:** رسیدگی به پرونده‌های کیفری را همان دادگاه‌هایی انجام می‌دهند که به دعاوی مدنی رسیدگی می‌کنند. جرائم کم‌اهمیت‌تر در دادگاه‌های بخش مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. این دادگاه متناسب با نوع و شدت جرم به صورت‌های متفاوتی تشکیل می‌شود. در خصوص جرائم کم‌اهمیتی که حداکثر مجازات آن دو سال زندان است، دادگاه با حضور یک قاضی به پرونده رسیدگی می‌کند. در خصوص جرائمی که حداکثر مجازات آن چهار سال زندان می‌باشد، دادگاه با حضور یک قاضی حقوقدان و دو قاضی کارشناس غیرحقوقی تشکیل می‌شود.

اگر در حین مطالعه با موارد سهو قلم و یا خطاهای انسانی دیگر که ما از آن غافل مانده‌ایم، مواجه شدید؛ از طریق ایمیل mollakarimi.omid@gmail.com یا fa.binazadeh93@gmail.com یا شماره ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ با ما در میان بگذارید تا اصلاح نماییم.

به‌روزرسانی جزوه: زمستان ۱۳۹۹ اینستاگرام شخصی: @omid\_mollakarimi

امید ملاکریمی هستم؛ به حواس‌پرتی متولد دهه ۶۰! ارزش اصلی من در زندگی، کمک به دیگران و تأثیرگذاری بر زندگی آنهاست. به یادگیری و اشتراک گذاشتن آموخته‌هایم با دیگران علاقه‌ی زیادی دارم. البته همه تلاشم را می‌کنم تا روش‌هایی را که به افزایش کیفیت یادگیری کمک می‌کنند یاد بگیرم و بعد از افزودن تجربیات خودم، آنها را به دیگران هم انتقال بدهم. در حوزه آموزش و نویسندگی در رشته حقوق با روش «ساده‌نویسی» و «به کار بردن مثال‌های روان» متفاوتم! من به این جمله ایمان دارم: «اگر موفقیت بیشتری می‌خواهی باید به دیگران کمک کنی تا به موفقیت بیشتری دست یابند.»



**داستان نویسنده:** بعد از اینکه لیسانس رو گرفتم مثل خیلی از دانش‌آموخته‌های حقوق وارد دوره کارشناسی ارشد شدم؛ البته باید بگم که به کار ثابت هم داشتم که ماهانه به حقوق ثابت از اوون می‌گرفتم. رفته رفته به این نتیجه رسیدم که اگر بخوام اینجوری ادامه بدم دست آخر بعد از دریافت مدرک کارشناسی ارشد و یا حتی دکتری در بهترین حالت می‌خوام به کارمند سطح بالا توو به اداره بشم که نهایتاً به حقوق خوب دریافت کنم. شاید برای خیلی‌ها رسیدن به حقوق کارمندی خوب نقطه اوج آرزوهایشون محسوب بشه اما من رسیدن به حقوق ثابت خوب رو مطلوب نمی‌دیدم. همیشه دوست داشتم مثل قهرمانای این فیلما به آدمایی که توو موقعیت‌های بد قرار گرفتن کمک کنم و با کلی غرور و کمال رضایت از مفید بودن خودم به نفس عمیق بکشم و بگم «تونستم!». از این فیلما که بگذریم ذات زندگی آدمیزاد اینه که باید بجنگه و از «به جا نشستن» یا همون «صبح به صبح کارت زدن توو به محیط اداری» فراری باشه. خلاصه اواخر اسفند ماه بود که تصمیم گرفتم عطای حقوق ثابت را به لقایش ببخشم و از اول فروردین شروع کنم به خوندن! البته این اشتیاق سوزان باید اول اول توو خود آدم ایجاد بشه و حتی اگر دوستان و اطرافیان با تمسخر بهت بگن: «تو که کار ثابت داری، می‌خوای بشینی و بخونی که چی!»، یا بگن: «صد و ده هزار تا شرکت می‌کنن و نهایتاً سه هزار تا وَر می‌دارن و تو بدون سهمیه عمراً شانس نداری!» اطمینان نداشتم که به موفقیت برسم اما با خودم عهد کردم که اول فروردین «بسمه‌الله» بگم و با همه توانم پیش برم؛ البته قبلش از خانواده‌ام خواستم که توو این مسیر کمک کنن و این هشت ماه به کم توقع و انتظارشون رو از من کم کنن. من ریسک شیرین بلندپروازانه‌ای رو آغاز کرده بودم؛ خلاصش کنم برات: «با وجود تمام ترسی که از شکست داشتم، از تصمیم‌ام راضی بودم!». جمله‌ی بنده‌ی خدا اوومد توو ذهنم که می‌گفت اگر آرزوت اینه که به ماشین بخری، اول برو به جاسوییچی برای ماشینی که توو رویاته تهیه کن و یقین داشته باش که به ماشینه می‌رسی! منم بدون معطلی، رفتم یک سنجاق‌سینه کوچولو که رووش آرم کانون رو داره و وکیل‌های کانون همیشه روی گت یا مانتوشون می‌زنن تهیه کردم. تا شروع کردم کمک‌های خدا رو دیدم که یکی یکی برام می‌اومد. مثلاً با مسوول به کتابخونه صحبت کردم و با وجود اینکه ساعت کار اوونجا تا ۶ بعد از ظهر بود بهم گفت: می‌تونی با نگرهبان مجموعه هماهنگ کنی و تا ۱۱ شب هم از کتابخونه استفاده کنی! خلاصه اینکه ایمان داشتم اگر امروز زحمت بکشم فردا از نتیجه و میوه شیرین اوون زحمات بهره‌مند می‌شم؛ به فرموده قرآن: «فان مع العسر، یُسرا». خوشحالم از اینکه که امروز که این متن رو نوشتم در وضعیتی هستم که در تمامی آزمون‌های حقوقی (وکالت، قضاوت، ارشد، دکتری) قبول شدم و به عضویت «هیأت علمی» رسیدم و می‌خوام متنم رو با به جمله تموم کنم: «تووی سکوت تلاش کن و اجازه بده صدای موفقیت همه جا بیچه!»

چشم‌انتظار خواندن داستان موفقیت‌تان هستم. به امید موفقیت تو؛ امید ملاکریمی (پایان گفتار ما: حمد و سپاس مخصوص پروردگار جهانیان است.)

Telegram Channel: @OmidMollakarimi E-mail: mollakarimi.omid@gmail.com

Instagram: @vekalatyar web: mollakarimi.ir

به شماره ۰۹۳۵۲۲۱۳۱۷۵ واتس‌آپ بدین تا لینک جزوات تضمین‌کننده قبولی در

آزمون‌های وکالت و قضاوت را برایتان به رایگان بفرستم!



# جزوه باما

دانلود جزوات، نمونه سوالات  
و پروپوزنت‌های دانشگاهی

**Jozvebama.ir**

