

The Position of Comparative Law in The Judgments of The Constitutional Courts in The Common Law and Civil Law Countries

Alireza Jalali*

Assistant Professor, Department of Law, Damghan University, Damghan, Iran

(Received: 2020/02/23, Accepted: 2020/06/06)

Abstract

The problem of the position of comparative law in the judgments of the constitutional courts in the Common law and Civil law countries is a very interesting research topic since each of these bodies has a different view on the issue. In other words, the different opinions on the subject show well how constitutional judges consider the effects and characteristics of the citation of foreign norms in their decisions. In this article based on the descriptive and deductive method, we will try to answer the following question: what are the strengths and weaknesses of citing foreign norms in the judgments of the national Constitutional courts? After the presentation of the data, we will demonstrate that despite some weaknesses such as dangers for State sovereignty and the widening of the sources of law, thanks to the caution of the Constitutional judges and the citation of norms of legal systems which are close from a geographical and cultural point of view and to the use of comparison not exclusively for applying foreign law, the use of judicial and legal sources from other countries can help the development of domestic law and expand the protection of fundamental rights.

Keywords

Civil Law, Common Law, Comparative Law, Constitutional Courts, Jurisprudence.

* Email: a.jalali@du.ac.ir

Fax: +982335220247

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۱۱، شماره ۲
پاییز و زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۴۸۱ تا ۴۹۹ (علمی - پژوهشی)

جایگاه حقوق تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی

کشورهای کامن لا و سیویل لا

علیرضا جلالی*

استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۱۷)

چکیده

مسئله جایگاه حقوق تطبیقی در رویه محاکم محافظ قانون اساسی کشورهای کامن لا و سیویل لا، موضوع مطالعاتی جذاب و خاصی است، زیرا رویکرد متفاوت این نهادها نسبت به مبحث مورد مطالعه، مشخصات و تأثیرات اشاره به نهادهای حقوقی و رویه‌های کشورهای دیگر از سوی دادرسان اساسی داخلی هر رژیم را به وضوح نشان می‌دهد. در پژوهش پیش‌رو با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی می‌خواهیم به این پرسش پاسخ دهیم که نکات قوت و ضعف مراجعه قضات اساسی در آرای خود به نظام‌های حقوقی کشورهای خارجی چیست؟ پس از ارائه داده‌های مربوطه، ثابت خواهیم کرد که علی‌رغم وجود مسائلی چون مخاطره برای حاکمیت دولت‌ها و گسترش بیش از حد منابع حقوقی مورد استفاده از سوی دادرسان، به نظر می‌رسد مشروط بر اینکه ملاحظاتی صورت گیرد، مانند محدود کردن نظام‌های خارجی مورد توجه، استناد با نیت یکسان نمودن ارجاعات از لحاظ جغرافیایی و فرهنگی، عدم ذکر حقوق خارجی فقط با انگیزه اجرای مقررات غیربومی، و سعی بر انطباق نهادهای خارجی با حقوق داخلی، مراجعه به حقوق کشورهای دیگر در آرای دادگاه‌های قانون اساسی می‌تواند برای تطبیق نظام داخلی با خصوصیات رژیم‌های حقوقی توسعه‌یافته و ارتقای سطح تضمین حقوق بنیادین شهروندان ابزار مناسبی شمرده شود.

واژگان کلیدی

حقوق تطبیقی، رویه قضایی، سیویل لا، کامن لا، محاکم محافظ قانون اساسی.

مقدمه

در سال‌های اخیر مؤلفان بسیاری درباره اهمیت و جایگاه حقوق تطبیقی قلم رانده و مباحث ارزنده‌ای برای جامعه حقوقی در سطح داخلی و خارجی ارائه کرده‌اند. بدون شک یکی از کاربردهای مهم حقوق تطبیقی تلاش برای اصلاح نظام‌های حقوقی محسوب می‌شود؛ خصوصاً زمانی که برخی کشورها تبدیل به الگو شده، بنابه قدمت و کیفیت بالای مقررات و رویه‌های حاکم، جایگاه ممتازی در جامعه بشری پیدا می‌کنند، دیگر کشورها سعی دارند از این نظام‌های پیشرفته تقلید کنند (برجیان و الدباغ، ۱۳۹۷: ۱۸۴). روش‌های متعددی برای مطالعات تطبیقی از سوی حقوق‌دانان پیشنهاد شده است و در کنار انواع روش‌های پژوهشی، ابزارهای گوناگونی در جهت تکمیل و اصلاح نظام‌های حقوقی به شیوه دانشمندان شاخه‌های مختلف این علم معرفی شده‌اند؛ از جمله می‌توان به موضوع قانون‌گذاری با استناد و الگوبرداری از دیگر کشورها اشاره کرد (Pepe, 2018: 653). در کنار این روش نسبتاً قدیمی، راهکار جدیدتری از سوی علمای حقوق پیشنهاد شده است؛ یعنی ارجاع یا استناد به نظام‌های حقوقی دیگر در آرای محاکم؛ به سخن دیگر، اگر در روش اول رجال سیاسی و نمایندگان مردم در نهادهایی چون قوه مقننه نقش ممتازی در بهره‌گیری از حقوق تطبیقی دارند، در روش دوم، مقامات قضایی جایگاه ویژه‌ای پیدا می‌کنند و سعی دارند با توجه و تمرکز نسبت به مقررات و رویه‌های موجود در دیگر نظام‌ها، تصمیمات خود را با شاخصه‌ها و علم حقوقی روز دنیا تطبیق یا حداقل آن‌ها را هم در استدلال‌های خویش مد نظر قرار دهند. استناد به نظام‌های حقوقی دیگر در آرای محاکم داخلی در حال گسترش است (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۴)، لکن در مقاله حاضر بین انواع دادگاه‌ها به محاکم محافظ قانون اساسی تمرکز شده است، زیرا این نهاد عالی قضایی متضمن ارزش‌های والای یک نظام حقوقی محسوب می‌شود و به‌نوعی مدافع حاکمیت ملی دولت‌ها است (Lehmann, 2010: 25). از این حیث، ارجاع یا استناد این دادگاه‌ها به دیگر نظام‌ها می‌تواند چالش‌ها و فرصت‌های بیشتری نسبت به محاکم عمومی ایجاد کند. ضمن اینکه از نظر قلمرو پژوهش این مقاله در خصوص جایگاه حقوق تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی خواهد بود؛ هرچند منظور از حقوق تطبیقی فقط ارجاع، استناد و اشاره به نظام‌های کشورهای دیگر بوده، مسائل مربوط به ذکر مقررات و رویه‌های بین‌المللی (منطقه‌ای و جهانی) از محدوده این پژوهش خارج است. اهمیت مطالعه یادشده از این حیث قابل اثبات است که کنکاش در باب جایگاه حقوق تطبیقی در رویه و احکام دادگاه‌های قانون اساسی کمکی خواهد بود در راستای درک بهتر روش‌های نوین حل و فصل دعاوی مطروحه نزد محاکم عالی حوزه حقوق عمومی، خصوصاً در مسائلی چون تضمین حقوق بنیادین یا همان رابطه میان حکومت و ملت؛ یعنی قلمرویی که در علم حقوق اساسی حیاتی و اصلی به حساب می‌آید. پرسش اصلی تحقیق

این است که نکات قوت و ضعف مراجعه قضات اساسی در آرای خود به نظام‌های حقوقی کشورهای خارجی چیست؟ با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و با ارائه دکترین و خصوصاً رویه محاکم محافظ قانون اساسی در کشورهای مختلف کامن‌لا و سیویل‌لا، بخش‌های مقاله به این شرح ترسیم خواهند شد: نخست، مروری خواهیم داشت به ادبیات علمی این موضوع در منابع خارجی و داخلی، پس از آن با مطالعه رویه قضایی موجود در برخی کشورهای حوزه کامن‌لا و سیویل‌لا، رویکرد دادگاه‌های محافظ قانون اساسی این کشورها نسبت به بیان منابع حقوقی خارجی را درک خواهیم کرد، سپس مشخصات و تأثیرات مراجعه به حقوق تطبیقی از سوی قضات اساسی را توضیح خواهیم داد، و در پایان به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

۱. پیشینه مطالعات

از میانه دهه نود قرن گذشته میلادی نویسندگان و پژوهشگران خارجی مطالعات خود را در زمینه جایگاه حقوق تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی آغاز کردند. نخست پژوهشگران حوزه نظام‌های کامن‌لا به موضوع ورود پیدا کردند و اشاره و استناد قضات عالی کشورهای مربوطه مانند ایالات متحده آمریکا و انگلیس به نظام‌های دیگر در تصمیمات خود را بررسی نمودند (Slaughter, 1994: 104). در سال‌های آغازین مطالعه درباره جایگاه حقوق تطبیقی در احکام دادگاه‌های قانون اساسی، نویسندگان اعتقاد داشتند که ارجاع و اشاره محاکم محافظ قانون اساسی به رویه‌های یکدیگر اوضاعی را فراهم می‌کند تا ارزش‌های علم حقوق اساسی از حالت ملی و منطقه‌ای خارج شوند و جنبه جهانی پیدا کنند (Ackerman, 1997: 771). در کشورهای حوزه سیویل‌لا این نوع پژوهش‌ها قدمت کمتری دارند؛ در سال ۲۰۰۶م استادان ایتالیایی تأکید کردند که امروزه ارجاع و استناد به رویه و مقررات نظام‌های خارجی فقط مربوط به قضات عالی و اساسی کشورهای کامن‌لا نمی‌شود، بلکه این پدیده به تدریج به یک مسئله جهانی تبدیل شده است (Ferrari, Gambaro, 2006: 10). در مطالعات جدیدتر هم توجه مؤلفان به یکی از جنبه‌های مهم مبحث مورد بررسی متمرکز شد؛ یعنی موضوع تأثیر استناد احکام قضایی محاکم محافظ قانون اساسی به مقررات دیگر کشورها در راستای ایجاد وحدت رویه بین دولت‌های یک منطقه خاص جغرافیایی مانند اروپا. در واقع، توجه قضات اساسی کشورهای مختلف به نظام‌های حقوقی یکدیگر کمک شایانی برای هم‌گرایی قوانین و تصمیمات قضایی، نه تنها در قلمرو ملی، بلکه در سطح منطقه‌ای خواهد بود (De Vergottini, 2010: 25). پژوهش در باب جایگاه حقوق تطبیقی نزد رویه دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای مختلف تا حدی توسعه پیدا کرد که در سال‌های اخیر «انجمن بین‌المللی حقوق اساسی» (International Association of Constitutional Law) کارگروه ویژه‌ای را با عنوان «استفاده از

رویه خارجی از سوی قضات اساسی» (Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges) تأسیس نمود. جالب این است که اکثر حقوق دانان و نویسندگانی که با چنین نهاد مطالعاتی همکاری می‌کنند، مربوط به کشورهای سیویل لایستند؛ با اینکه پدیدآورندگان این نوع مطالعات نویسندگان انگلیسی و امریکایی بوده‌اند و این امر نشان‌دهنده اهمیت پژوهش در این حوزه است که فراتر از فرهنگ‌های حقوقی مختلف در تمام جهان می‌باشد (Groppi, 2011: 970). هرچند بررسی علمی جایگاه حقوق تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی با چنین استقبالی مواجه شده، لکن در ایران توجه نویسندگان و حقوق دانان کمتر به این مسئله اختصاصی متمرکز شده است. زمانی هم که برخی مؤلفان به جایگاه حقوق تطبیقی اشاره کرده‌اند، بیشتر از لحاظ مبانی علمی، سیر تکاملی و کارکردهای کلی، روش‌شناسی و بررسی نقش حقوق تطبیقی در اصلاح نظام‌های حقوقی موضوع را مورد مطالعه قرار داده‌اند (برجیان و الدباغ، ۱۳۹۷: ۱۸۵). در برخی منابع هم بحث ارجاع و استناد به منابع حقوقی خارجی در رویه قضایی به صورت خیلی کلی و مختصر و آن هم با نگاه انحصاری به محاکم عمومی و نه دادگاه‌های اختصاصی حقوق اساسی مورد بررسی قرار گرفته است (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۵). در بعضی آثار علمی داخلی، دوباره رویه محاکم عمومی، اما به صورت دقیق‌تر و اختصاصی، در خصوص ارجاع و اشاره به نظام‌های حقوقی دیگر عنوان شده است؛ هرچند در این نوع پژوهش‌ها موضوع اصلی نحوه اجرای حقوق بین‌الملل به شیوه‌های آرای محاکم داخلی است (ایزدی، ۱۳۹۴: ۵۰۸). اخیراً هم بحث جایگاه حقوق تطبیقی در آثار علمی کشورمان بار دیگر مورد بررسی قرار گرفته، هرچند در این مورد خاص تمرکز نویسنده به سمت روش تحقیق در این علم معطوف شده است (محسنی، ۱۳۹۸: ۶۹۶). از این حیث می‌توان ادعا کرد که مقاله پیش‌رو با نوآوری بسیار زیادی همراه است، زیرا در ادبیات علمی داخلی هیچ اثری درباره جایگاه حقوق تطبیقی (استناد به رویه دیگر کشورها و مقایسه آن‌ها) در آرای دادگاه‌های محافظ قانون اساسی تولید نشده است.

۲. رویکرد رویه محاکم محافظ قانون اساسی نسبت به حقوق تطبیقی

دلیل اصلی توجه رو به افزایش حقوق دانان در خصوص مسئله جایگاه اشاره، استناد و ارجاع به نظام‌های حقوقی دیگر کشورها در رویه دادگاه‌های قانون اساسی، رویکرد متفاوت این نهادها نسبت به حقوق تطبیقی است. به بیانی دیگر، تکرر رویه‌ها در این امر سبب شده است تا برای دکرترین مسئله مورد مطالعه جذابیت خاصی پیدا کند. در این بخش از مقاله دو رویکرد متفاوت محاکم محافظ قانون اساسی درباره جایگاه حقوق تطبیقی بررسی خواهد شد.

۲. ۱. رویکرد محافظه کارانه نسبت به حقوق تطبیقی

۲. ۱. ۱. کشورهای حوزه کامن لا

برخی دادگاه‌ها به بحث شناسایی مقامی ممتاز برای رویه‌های خارجی در احکام خود نگاهی منفی دارند. در رأس این دادگاه‌ها دیوان عالی ایالات متحده آمریکا (U. S. Supreme Court) قرار دارد. این نهاد به مثابه دادگاه محافظ قانون اساسی کشور خویش، رویکردی بی تفاوت و حتی همراه با خصومت نسبت به حقوق تطبیقی نشان داده است (Harding, 2003: 417). این دیدگاه از چند منظر قابل بررسی است: اولاً مسئله قابل توجه این است که آمریکا جزء نظام‌های کامن لا به حساب می‌آید و این نوع رژیم‌ها بنابه خصوصیات تاریخی مربوطه، قاعداً با ذکر حقوق خارجی در آرای قضات خود مشکلی ندارند، مخصوصاً اگر نظام حقوقی مورد استناد از جنس خودشان باشد؛ یعنی آن هم عضوی از خانواده حقوق مشترک محسوب گردد. از این حیث آمریکا یک نمونه مهم، ولی استثنایی است (Buonuomo, 2006: 283). ثانیاً برخی از نویسندگان بی تفاوتی و دشمنی مطلق قضات دیوان عالی آمریکا را رد کرده، بیشتر از دوگانگی رویه‌ها صحبت می‌کنند. اینها اعتقاد دارند که از یک طرف جریانی وجود دارد که فراتر از کاربرد حقوق تطبیقی، با ذکر مقررات و آرای دیگر نظام‌های حقوقی، حتی بین کشورهای کامن لا، مخالفت می‌کند؛ برای نمونه، قاضی اسکالیا (Scalia)، از دادرسان معروف دیوان، هم در آرا و هم در سخنرانی‌های علمی مخالفت خود با شناسایی جایگاه رسمی حقوق تطبیقی در رویه دادگاه عالی آمریکا را اعلام کرده است. در سال ۲۰۰۴م این قاضی در حین بررسی یک پرونده قضایی طرح شده نزد دیوان عالی به موضوع پیروی از نظام‌های حقوقی خارجی در آمریکا شدیداً انتقاد کرد. وی اعلام داشت که اگر مردم ایالات متحده موافقت خود را با اجرای مجازات اعدام برای قاتلان نشان دهند، قوه مقننه نمی‌تواند با استناد به رویه حاکم در کشورهای دیگر (که معمولاً کیفر سلب حیات را مغایر اصول حقوق بشری می‌دانند) نسبت به رأی ملت خویش بی تفاوت باشد، زیرا چنین رویکردی حاکمیت مردم آمریکا را زیر سؤال می‌برد و اصل مردم‌سالاری را خدشه‌دار می‌کند (U. S. Supreme Court, Sosa v. Alvarez-Machain, Scalia Concurring Opinion, 2004). در راستای همین رویکرد منفی در خصوص مراجعه به حقوق تطبیقی در نظام داخلی، نمایندگان حزب جمهوری خواه در سال ۲۰۰۵م سعی کردند لایحه‌ای را در مجلس سنا تصویب کنند تا اشاره، استناد و ذکر نظام‌های حقوقی دیگر کشورها در آرای دادگاه‌های تالی و عالی آمریکا غیرقانونی محسوب شود. اقدامی مشابه یک سال قبل در مجلس نمایندگان هم به تأیید رسیده بود با عنوان «قطعنامه تأکید بر استقلال آمریکا» (Reaffirmation of American Indipendence Resolution). در متن این مقرر اعلام شد که مراجعه به نظام‌های خارجی در احکام قضات

امریکایی تهدید برای حاکمیت کشور و خطری برای اصل تفکیک قوا محسوب می‌شود (Buonuomo, 2006: 282). در کنار این دیدگاه، برخی دیگر از قضات عالی امریکا رویکرد مثبتی نسبت به حقوق تطبیقی داشته‌اند. این دسته اعتقاد دارند که مراجعه به حقوق تطبیقی، خصوصاً در بحث مهم و حساس تفسیر اصول حقوق بنیادین مردم، کمک شایانی در راستای افزایش کیفیت نظام حقوقی امریکا می‌کند. برای مثال، در سال ۲۰۰۳ دیوان عالی در جهت تأیید نظریه بیان شده، با استناد به رویه حاکم در انگلیس و عدم جرم‌انگاری همجنس‌گرایی در آن رژیم، موجودیت این جرم در ایالت تگزاس را مغایر با قانون اساسی امریکا عنوان کرد (U. S. Supreme Court, Lawrence v. Texas, 2003). نمونه دیگر، دیدگاه قاضی کندی (Kennedy) در سال ۲۰۰۵ است. وی با تأکید بر اینکه در خیلی از کشورها مجرمان صغیر اعدام نمی‌شوند، رویه حاکم در امریکا مبنی بر سلب حیات این افراد را به شدت مورد انتقاد قرار داد و خواستار تغییر مقررات موجود در این زمینه شد (U. S. Supreme Court, Roper v. Simmons, 2005). دکتربین نسبت به این دوگانگی تفاسیر مختلفی ارائه کرده است؛ برخی با وجود اختلاف نظر میان قضات دیوان عالی درباره ذکر یا عدم استناد به نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر در رویه نهاد یادشده، اعلام می‌کنند که به هر حال در مجموع، روحیه محافظه‌کارانه دیوان عالی امریکا بر رویکرد موافق رسمیت بخشیدن به حقوق تطبیقی ارجحیت پیدا کرده است (Groppi, 2011: 971). حقوق دانان دیگری تفسیری متفاوت دارند. این گروه بر این باورند که علی‌رغم نگرش مخالف تطبیق مقررات داخلی با قوانین کشورهای خارجی، در سال‌های اخیر قضات موافق حقوق تطبیقی آرای بیشتری نسبت به گذشته صادر کرده‌اند که این مسئله افزایش گرایش به حقوق تطبیقی در دیوان عالی امریکا را ثابت می‌کند (Parrish, 2007: 680). با وجود این، همچنان امریکا یک استثنا در قلمرو نظام‌های حقوق مشترک به حساب می‌آید، زیرا همان‌گونه که توضیح داده شد، معمولاً این نوع رژیم‌ها به آسانی در محاکم خویش به مقررات و رویه‌های کشورهای دیگر مراجعه می‌کنند و در ایالات متحده این روش از سوی اقلیتی از حقوق دانان مورد استفاده قرار می‌گیرد. برای درک این استثنا یک دلیل مهم که می‌شود عنوان کرد این است که امریکا در جهان خود را به‌عنوان یک ابرقدرت می‌داند و این اعتقاد نه تنها در حوزه سیاسی، نظامی و اقتصادی بروز پیدا کرده، بلکه در روابط حقوقی هم تأثیر ملموسی داشته است؛ برای همین است که جریان مخالف استناد به حقوق تطبیقی در آرای قضایی داخلی، یک گروه سیاسی - حقوقی خاص با گرایش‌های انزواطلبانه (Isolationism) است. به سخن دیگر، عدم رجوع به حقوق خارجی یکی از ابعاد شعار «اول امریکا» (America First) جریان محافظه‌کار و ملی‌گرا در ایالات متحده به حساب می‌آید که پیروی از حقوق کشورهای دیگر را یک ایراد و خیانت نسبت به ارزش‌های ملی خود می‌داند.

۲.۱.۲. کشورهای حوزه سیویل لا

معمولاً در کشورهای حوزه سیویل لا ارجاع و استناد به دیگر نظام‌های حقوقی (کشورهای خارجی) در رویه دادگاه‌های محافظ قانون اساسی مرسوم نیست؛ برای مثال، دادگاه قانون اساسی ایتالیا (Corte costituzionale) در موارد بسیار محدودی به حقوق خارجی مراجعه کرده است. آمارها نشان می‌دهند در دهه اخیر فقط چند رأی همراه با ذکر مطالعات تطبیقی صادر شده‌اند، در صورتی که این دادگاه در همین مدت زمان بیش از سه هزار رأی ابلاغ کرده است (Passaglia, 2013: 594). زمانی هم که رجوع به حقوق تطبیقی صورت می‌گیرد، بسیار کلی به آن اشاره می‌شود؛ حتی بدون بیان صریح نظام مورد استناد. برای مثال، در پرونده‌ای مربوط به سال ۲۰۱۰م، دولت مرکزی ایتالیا نزد دادگاه قانون اساسی علیه یکی از استان‌ها شکایتی را طرح کرد؛ استان متخلف قانونی را در خصوص قواعد حاکم بر مقررات کار صادر کرده بود و حکومت مرکزی ادعا می‌کرد که طبق کلیات نظام حقوقی ایتالیا و مستندات مربوط به قانون اساسی، این حوزه در قلمرو انحصاری دولت مرکزی قرار می‌گیرد و استان‌ها صلاحیت قانون‌گذاری درباره این موضوع را ندارند. قضات اساسی با تأیید نظر حکومت مرکزی و با استناد به رویه‌های مشابه در دیگر کشورهای اروپایی، اقدام استان متخلف را مغایر با اصول قانون اساسی اعلام کردند (Corte costituzionale, 2010: 4.2). دادرسان عالی از مفهوم «دیگر کشورهای اروپایی» (altri paesi europei) استفاده نموده و به‌طور مشخص نظام‌های مدنظر را ذکر نکرده‌اند. در سال ۲۰۱۱م دادگاه دوباره به صورت کلی با استناد به رویه‌های حاکم در دیگر کشورها و مقررات موجود در نظام‌های خارجی، برخی قوانین مربوط به مصادره املاک شخصی به نفع دولت به نام منفعت عمومی را مغایر قانون اساسی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر عنوان کرد (Corte costituzionale, 2011: 6). اما در قضیه‌ای دیگر استناد به حقوق تطبیقی واضح‌تر است؛ در سال ۲۰۱۴م دادگاه قانون اساسی در رأی خود مقرر می‌دارد که کلی‌گویی و عدم ارائه توضیحات جزئی در مقررات کیفری به معنی خدشه‌دار کردن اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیست، زیرا در نظام حقوقی آلمان هم چنین نگاه کلی به جرم‌انگاری‌ها وجود دارد (Corte costituzionale, 2014: 4.2). در این مورد دادرسان برای اتخاذ تصمیم مقتضی به مقررات حاکم در کشوری دیگر مراجعه، و با استناد به حقوق تطبیقی قضیه را حل و فصل کردند. البته رویه اخیر بسیار محدود است و اکثر دادرسان اساسی ایتالیا، فارغ از اینکه استناد به حقوق خارجی دقیق باشد یا به صورت کلی اعلام گردد، تمایلی به مراجعه به حقوق تطبیقی در آرای خویش ندارند (Passaglia, 2013: 593). در دیگر کشورهای اروپایی حوزه سیویل لا هم همین اوضاع قابل مشاهده است. در آلمان دادگاه قانون اساسی (Bundesverfassungsgericht) به‌طور استثنایی و موردی به حقوق تطبیقی مراجعه می‌کند (Levi Catellani, 1988: 779). یکی از

آرای خاص در این حوزه در سال ۲۰۰۹م صادر شد؛ بر اساس این حکم قضات آلمانی با توجه به تفسیری که همکاران خود در دادگاه قانون اساسی جمهوری چک ارائه کرده بودند، جایگاه معاهده لیسبون صادره از سوی اتحادیه اروپا را از حیث سلسله مراتب منابع حقوق مشخص نمودند (BverfGe, 2009: 2). در برخی مواقع هم دادگاه قانون اساسی مطالعات تطبیقی خود را به صورت خیلی دقیق و با توضیحات کامل و استناد به چندین کشور ارائه کرده است. برای مثال، در قضیه‌ای درباره جرم‌انگاری زنا با محارم (Inzest) و بررسی مغایرت آن با اصول قانون اساسی، دادرسان عالی آلمانی با توجه به اینکه خیلی از کشورها این جرم را در مقررات کیفری خود پیش‌بینی کرده‌اند، رأی خویش را مبنی بر عدم مغایرت این قاعده با اسناد بالادستی آلمان صادر کردند. در بخشی از حکم، نظام‌های چین، روسیه، ترکیه، اسپانیا و فرانسه ذکر شده و در ادامه به آرای محاکم محافظ قانون اساسی ایتالیا و مجارستان اشاره شده است. همه این موارد دادرسان آلمانی را برای دستیابی به تصمیم مقتضی یاری کرد و سرانجام چون کشورهای دیگر زنا با محارم را غیرقانونی عنوان نمودند، قضات دادگاه قانون اساسی آلمان همین رویه را پیش بردند (BverfG, 2008: 392)؛ هرچند این آرا از موارد خاص و استثنایی به حساب می‌آیند و اکثریت مطلق آرای دادگاه قانون اساسی آلمان (مانند ایتالیا) بدون ارجاع به حقوق تطبیقی صادر شده‌اند. در قیاس با رویکرد دیوان عالی آمریکا، دلیل عدم رجوع دادگاه‌های قانون اساسی ایتالیا و آلمان به حقوق تطبیقی در احکام خود به مسائل فرهنگی مربوط می‌شود. اگر امریکایی‌ها بر اساس غرور ملی و حس برتری نسبت به ملل دیگر تمایلی به پیروی از حقوق تطبیقی ندارند، کشورهای اروپایی حوزه سیویل لا روش ارجاع به نظام‌های خارجی را برخلاف ادبیات و آموزه‌های انقلاب کبیر فرانسه می‌دانند؛ زیرا یکی از دست‌آوردهای مهم آن مکتب در علم حقوق، تأسیس دولت-ملت (Nation State) است. بر اساس این مهم، قلمرو هر کشور نه تنها حوزه اعمال اراده مردم بومی آن است، بلکه حوزه اجرای مقررات ملی هم می‌باشد. این قواعد فقط در داخل مرز کشور قابل اعمال هستند و غیر از موارد خاص نمی‌توانند خارج از حدود نظام حقوقی نفوذ کنند. همین اصل برای آرای قضایی هم صدق می‌کند. هرچند این محدودیت به معنی اعتقاد به برتری ملت خود بر دیگر ممالک نیست، زیرا پدیده دولت-ملت در کنار شعار «آزادی، برابری، برادری» (Liberté, Egalité, Fraternité) قرار می‌گیرد. در واقع، بین کشورهای سیویل لا احترام به حاکمیت ملی ذیل اصول برادری و برابری مورد پذیرش است و مانع از رجوع به مقررات و رویه‌های غیربومی برای حل پرونده‌های قضایی می‌شود.

۲.۲. رویکرد موافق حقوق تطبیقی

در مقابل رویکرد مخالف، بی‌اعتماد یا حداقل دوگانه محاکمی چون دیوان عالی آمریکا و

دادگاه‌های قانون اساسی بیشتر کشورهای حوزه سیویل لا مانند ایتالیا و آلمان نسبت به حقوق تطبیقی، در برخی کشورها دادگاه‌های محافظ قانون اساسی جایگاهی ممتاز برای استناد یا ارجاع به مقررات دیگر کشورها شناسایی کرده‌اند.

۲.۲.۱. کشورهای حوزه کامن لا

بیشتر کشورهای کامن لا نسبت به استناد به حقوق تطبیقی در رویه دادگاه‌های محافظ قانون اساسی نگاهی مثبت دارند. مثال روشن این امر رویه دادگاه قانون اساسی جمهوری آفریقای جنوبی (Constitutional Court of South Africa) است. رویکرد مثبت این دادگاه درباره استناد و ارجاع به مقررات و رویه‌های دیگر کشورها در سطح جهانی بی‌همتاست (Sperti, 2006: 137). این دیدگاه در قانون اساسی سال ۱۹۹۶م آفریقای جنوبی تأیید شده است، زیرا طبق اصل ۳۹ این سند، زمانی که یک دادگاه موظف می‌شود در باب حقوق بنیادین تفسیری ارائه کند، ملزم است به اصول حاکم در حقوق بین‌الملل مراجعه کند. افزون بر این، دادگاه اجازه دارد به رویه‌های موجود در دیگر کشورها هم استناد کند. ناگفته نماند که اصل ۳۵ قانون اساسی موقت سال ۱۹۹۳م هم، همین مسئله را بیان می‌کرد (48: Dau, 2011). یکی از اولین آرای دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در خصوص جایگاه حقوق تطبیقی با عنوان قضیه «دولت علیه ماکوانیانه» (The State v. Makwanyane) در بهار سال ۱۹۹۵م صادر شد. در حین بررسی موضوع مهم پیش‌بینی مجازات اعدام در نظام کیفری این کشور و پاسخ به این پرسش که آیا اعدام موافق یا مخالف حقوق بشر و کرامت انسانی محسوب می‌شود، دادرسان اساسی این حکومت آفریقایی پس از مطالعه رویه‌های حاکم در هند و ایالات متحده آمریکا (که اعدام را مغایر با اصول حقوق بشری شناسایی نمی‌کردند) و نظام حقوقی مجارستان (که در آن دادگاه قانون اساسی مربوطه به‌صراحت مجازات اعدام را مترادف برخورد غیرانسانی و تحقیرآمیز عنوان کرده بود)، با استناد به کشور اخیر حذف کیفر بیان‌شده از نظام حقوقی خویش را اعلام کردند (3: Constitutional Court S. A., 1995). افزون بر این، دادگاه قانون اساسی در سال ۲۰۰۵م به موضوع مغایرت قانون منع فروش مشروبات الکلی در فضاهای عمومی^۱ با اصول قانون اساسی پرداخت. پس از بررسی رویه دادگاه‌های عالی کشورهای چگون کانادا و ایالات متحده آمریکا در خصوص مسائل مشابه، قضات اساسی به این نتیجه رسیدند که فروش مشروبات الکلی در فضاهای پیش‌گفته با قواعد بیان‌شده در قانون اساسی و مسائل اخلاقی مغایرت ندارد؛ لذا مقررۀ مورد مطالعه نسبت به اصول مهم‌ترین سند حقوقی آفریقای جنوبی متضاد اعلام گردید و ابطال

۱. این قانون فروش مشروبات را در اماکنی که در آن‌ها نمایش‌ها و مراسم‌های هنری با محتوای غیراخلاقی (مثلاً با پوشش نامناسب بازیگرها) برگزار می‌شد، منع کرده بود.

شد (Constitutional Court S. A., 2005: 505). در قضیه‌ای دیگر مربوط به سال ۲۰۰۴م، دادگاه به قانون منع اعمال حق رأی برای مجرمان می‌پردازد و آن را با آزادی‌های سیاسی بیان شده در قانون اساسی مقایسه نمود. دادرسان اساسی افریقای جنوبی پس از بررسی مقررات کشورهایمانند ایالات متحده آمریکا، استرالیا و برخی کشورهای اروپایی به این برآیند دست یافتند که نظام‌های حقوقی دیگر به صورت مطلق حق رأی مجرمان را مخدوش نمی‌کنند، بلکه این حق بنیادین فقط برای مجرمانی منع می‌شود که مرتکب جرایم سنگین شده باشند. بنابراین، دادگاه مغایرت قانون مورد مطالعه را با قانون اساسی افریقای جنوبی صادر نمود (Constitutional Court S. A., 2004: 445). در حوزه رژیم‌های حقوق مشترک، دیوان عالی کانادا^۱ (Supreme Court of Canada) تلاش زیادی برای ارتقای جایگاه حقوق تطبیقی در آرای خود انجام داده است. دادگاه یادشده از سال ۱۹۸۲م به بعد، بنابه صدور منشور حقوق (Charter of Rights)، بحث نظارت دقیق بر اجرای حقوق بنیادین به مثابه یک دیوان قانون اساسی را آغاز نمود و در رویه خود بارها به نظام‌های حقوقی کشورهای خارجی مراجعه کرده است (Martino, 2014: 41). در سال ۱۹۸۴م اولین رأی دادگاه در باب تفسیر منشور حقوق در حوزه آزادی تردد صادر گردید. در بخشی از این رأی، قضات به صراحت نظام حقوقی کانادا را با رویه‌های مربوطه در ایالات متحده آمریکا مقایسه کرده، پس از ارائه تفاسیر خویش به این نتیجه رسیدند که این مقررات با منشور حقوق در تضاد نیست (Supreme Court C, 1984: 357). دیوان عالی استرالیا (High Court of Australia) یکی دیگر از دادگاه‌های محافظ قانون اساسی حوزه کامن‌لا است که جایگاهی ممتاز برای حقوق تطبیقی در آرای خود شناسایی کرده است (D'Alessandro, 2018: 49). در قضیه معروف «کیبل» (Kable v. Director of Public Prosecutions) که درباره محدودیت‌های مربوط به آزادی شخصی متهمان پرونده‌های کیفری طرح شده بود، قضات پس از مراجعه به نظام‌های حقوقی دیگر کشورهای حوزه حقوق مشترک، مقرر تحت مطالعه را مغایر با اصول حقوق اساسی اعلام کردند (High Court A, 1996: 24). در راستای تحلیل داده‌های عنوان شده می‌توان ادعا نمود که مراجعه دادرسان اساسی کشورهای کامن‌لا به حقوق تطبیقی دو دلیل کلی دارد: اولاً به صورت سنتی این محاکم حقوق نظام‌های دیگر را تحت مطالعه خود قرار می‌دهند و این موضوع پیشینه بسیار طولانی دارد. علاوه بر این، قضات این نظام‌ها رابطه ویژه‌ای با همکاران خود در دیگر رژیم‌های حقوق مشترک و کشورهای مشترک‌المنافع دارند و به معنی اختصاصی مفهوم، این‌ها نسبت به هم قلمروهای بیگانه به حساب نمی‌آیند. در واقع، مهم‌ترین میراث استعمار جوامع آنگلو ساکسون همین یکپارچگی حقوقی بر اساس وابستگی به مؤلفه‌های کامن‌لا است که برآیند آن تثبیت رویه استناد به حقوق تطبیقی در

۱. این نهاد نقش دادگاه محافظ قانون اساسی کانادا را ایفا می‌کند.

آرای محاکم عالی و محافظ قانون اساسی است. ثانیاً افزون بر بحث سنت حاکم در رژیم‌های حقوق مشترک، دلیل دیگر مراجعه به حقوق خارجی نزد دادگاه‌ها قصد و نیت قضات اساسی برای تضمین بیشتر حقوق بشر در داخل کشورهای خویش است. به سخن دیگر، بنابه رسالت ویژه دادگاه‌های محافظ قانون اساسی درباره پاسداری از حقوق مردم در برابر تخلفات حکومتی، دادرسان از ظرفیت سنتی رژیم‌های حقوق مشترک در راستای ارتقای حقوق ملت‌های جوامع مشترک‌المنافع استفاده حداکثری می‌کنند و با مراجعه به حقوق تطبیقی سعی دارند قلمرو حفظ حقوق بنیادین را گسترش دهند.

۲.۲.۲. کشورهای حوزه سیویل لا

معمولاً محاکم محافظ قانون اساسی در کشورهای سیویل لا تمایلی به مطالعات تطبیقی در آرای خود ندارند، لکن در میان این دادگاه‌ها موارد خاص و استثنایی قابل مشاهده است. در این باب، دادگاه قانون اساسی پرتغال (Tribunal Constitucional) جزء محاکم کشورهای سیویل لا است که به نظام‌های حقوقی دیگر کشورها رجوع می‌کند. از این حیث جایگاه دادگاه یادشده در بین دادگاه‌های محافظ قانون اساسی حوزه سیویل لا شاذ است (Ciccarelli, Gargiulo, 2012: 175). یکی از آرای معروف دادگاه پرتغالی در خصوص مسئله تضمین حقوق اساسی شهروندان خود و مراجعه به حقوق تطبیقی برای درک بهتر موضوع و کمک در راستای دستیابی به تصمیم مناسب، در سال ۲۰۰۹م صادر گردید. در این قضیه دادرسان اساسی ماده ۱۵۷۷ قانون مدنی درباره عقد نکاح را با اصل برابری همه مردم (بدون تبعیض جنسیتی) بررسی کردند (Bernardini, 2009: 173). در واقع، در مقررات پرتغال مفهوم تشکیل خانواده به این صورت تفسیر می‌شود: پایه و اساس این نهاد پیوند بین مرد و زن است و ازدواج همجنس‌گرایان غیرقانونی به حساب می‌آید. اما قانون اساسی برابری همه شهروندان را شناسایی کرده است، لذا اگر عملاً دو فرد همجنس نتوانند با هم ازدواج کنند (که از محتوای قانون مدنی چنین قاعده‌ای استخراج می‌شود)، پس به‌نوعی حق افراد همجنس‌گرا در خصوص انعقاد عقد نکاح رسمیت پیدا نمی‌کند. قضات اساسی پس از بررسی‌های تطبیقی و مطالعه نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر به این نتیجه رسیدند که قانون تحت مطالعه با اصول قانون اساسی و اصول حقوق بشری مغایرت دارد. در این زمینه دادگاه قانون اساسی به رویه محاکم ایالات متحده آمریکا و قانون ازدواج مدنی (Civil Marriage Act) سال ۲۰۰۵م کانادا اشاره کرد و با استناد به قانون اخیر موضوع را حل و فصل نمود. مقررۀ یادشده ازدواج را به‌عنوان پیوند دو انسان معرفی می‌کند و در متن آن اشاره‌ای به جنسیت زوجین نمی‌شود (Tribunal Constitucional, 2009: 359). رأی یادشده دادگاه قانون اساسی پرتغال سبب شد تا در سال بعد قانون‌گذار به مسئله مورد

مطالعه ورود کند و مقرره‌ای جدید و صریح درباره ازدواج همجنس‌گرایان صادر نماید. بر اساس ماده ۱ قانون شماره ۹ سال ۲۰۱۰م، افراد همجنس می‌توانند از این سند حقوقی بهره‌مند شوند و به پیوند خود رسمیت بخشند. سپس اعتراضاتی در جامعه پرتغال نسبت به قانونی که امری غیراخلاقی را مجاز می‌دانست مطرح، و دادگاه قانون اساسی مجبور شد حکم جدیدی صادر کند (Cavino, Tripodina, 2012: 15). دادرسان اساسی با ارجاع دوباره به نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر و با تأکید بر رویه یک سال قبل خود علی‌رغم شباهت موجود، اساسی بودن قانون شماره ۹ را اعلام کردند (Tribunal Constitucional, 2010: 121). از طریق این قضایا به خوبی مشخص می‌شود که استناد به حقوق تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی ظرفیت مناسبی برای ارتقای حقوق بنیادین ایجاد می‌کند و حتی کشورهای خارج از قلمرو حقوق مشترک هم می‌توانند از این روش بهره‌مند شوند؛ هرچند مسئله رجوع به حقوق خارجی در احکام قضات رژیم‌های سیویل‌لا همچنان بسیار محدود است.

۳. مشخصات و تأثیرات مراجعه به حقوق تطبیقی از سوی قضات اساسی

پس از معرفی چند نمونه از آرای دادگاه‌های محافظ قانون اساسی و توجه به رویکردهای متفاوت در کشورهای گوناگون نسبت به مطالعات تطبیقی در رویه قضایی، در بخش بعدی درباره تأثیرات کمی و کیفی این پدیده توضیحاتی ارائه می‌کنیم.

۳.۱. تأثیرات کمی مطالعات تطبیقی در آرای دادگاه‌های محافظ قانون اساسی

در خصوص تأثیرات کمی شناسایی جایگاه خاص برای حقوق تطبیقی در رویه دادگاه‌های قانون اساسی، موضوعی که اهمیت پیدا می‌کند، رجوع صریح به حقوق خارجی است. به بیانی دیگر، همان‌طور که در بخش پیشین اشاره شد، همه دادگاه‌ها در آرای خود به دیگر نظام‌های حقوقی به‌صراحت مراجعه نمی‌کنند. از یک طرف، برخی دادگاه‌های محافظ قانون اساسی بارها و به‌روشنی برای حقوق تطبیقی جایگاه رفیع قائل هستند که نمایندگان حوزه حقوق مشترک اکثراً جزء این دسته‌اند. محاکم افریقای جنوبی، کانادا، استرالیا و غیره علاقه خاصی به مطالعات تطبیقی دارند. به صورت استثنایی و خارج از قلمرو کامن‌لا، دادگاه قانون اساسی پرتغال هم جزء محاکمی است که برای حقوق تطبیقی احترام ویژه‌ای در نظر می‌گیرد. برای پژوهشگران مطالعه درباره ارجاع به حقوق تطبیقی در رویه قضایی در حوزه محاکم کامن‌لا و در مجموع دادگاه‌هایی که رویکرد مثبت نسبت به نظام‌های خارجی دارند آسان‌تر است، زیرا بنابه صراحت ارجاعات و اشاره‌ها، گردآوری داده‌ها سریع‌تر و بهتر صورت می‌گیرد (Diurni, 2008: 279).

مقابل این گروه، محاکم کشورهای سیویل لا قرار دارند (مانند دادگاه‌های قانون اساسی ایتالیا و آلمان) که به صورت استثنایی به حقوق تطبیقی مراجعه می‌کنند. در این دسته هم استثنا وجود دارد، زیرا دیوان عالی امریکا که جزء دادگاه‌های کامن لا محسوب می‌شود، تمایلی به حقوق تطبیقی نشان نمی‌دهد؛ هرچند همان‌گونه که دیده شد، ظاهراً در سال‌های اخیر نسبت به گذشته گرایش بیشتری داشته است. در باب محاکمی که رویکرد منفی نسبت به حقوق تطبیقی دارند، دکتترین دیدگاه‌های متفاوتی را اعلام می‌کند. برخی اعتقاد دارند که بیشتر دادگاه‌های قانون اساسی حوزه سیویل لا داده‌های زیادی درباره رویه کشورهای دیگر گرد هم می‌آورند، اما این اطلاعات را در آرای رسمی منتشر نمی‌کنند. به سخن دیگر، عدم مراجعه به حقوق تطبیقی در آرا به معنی بی‌تفاوتی نسبت به اوضاع نظام‌های حقوقی خارجی نیست. برای مثال، دادگاه قانون اساسی ایتالیا یک بخش مطالعاتی با عنوان «مرکز حقوق تطبیقی، پژوهش و جمع‌آوری رویه‌ها» (Area di diritto comparato del Servizio studi e massimario) دارد که از این طریق قضات از وضعیت حقوقی دیگر کشورها آگاه می‌شوند (Passaglia, 2013: 604). در بسیاری از مواقع هم ارجاع به صورت کلی است، مانند استفاده از الفاظی چون «در دیگر کشورها» یا «در نظام‌های خارجی». این موضوع، با وجود غیرمستند بودن ارجاعات، اهمیت توجه فزاینده به حقوق تطبیقی را نزد محاکم محافظ قانون اساسی کشورهای سیویل لا اثبات می‌کند (Gilardi, 2016: 40). دلیل اصلی عدم صراحت در ارجاع به رویه کشورهای خارجی بحث فرهنگ حقوقی است. تحولات حقوقی و قضایی در کشورهای سیویل لا نسبت به کشورهای حقوق مشترک سبب شده تا در مورد اول، ارجاع به مقررات و رویه‌های کشورهای دیگر رسمیت پیدا نکند، در صورتی که بین کشورهای دوم این موضوع تبدیل به عرف شده است. احتمالاً پیروی نظام‌های کامن لا از کشورهایی که از لحاظ حقوقی مقتدرتر هستند، مانند ایالات متحده امریکا، دلیل اصلی به وجود آمدن رسم ارجاع به نظام‌های همجنس (حقوق مشترک) است، در صورتی که بین نظام‌های اروپایی سیویل لا به نوعی کشورهای مهم یکدیگر را یکسان می‌دانند و حاضر نیستند خود را مقلد دیگر حکومت‌ها تلقی کنند.

۲.۳. تأثیرات کیفی مطالعات تطبیقی در آرای محاکم محافظ قانون اساسی

از لحاظ کیفی آرای که در آن‌ها حقوق تطبیقی جایگاه روشنی پیدا می‌کند، فارغ از اینکه دادگاه صادرکننده جزء نظام‌های کامن لا یا سیویل لا باشد، معمولاً به منظور اجرای دقیق مقررات و رویه‌های خارجی عنوان نمی‌شوند. به بیانی دیگر، زمانی که دادرسی اساسی یک قاعده خارجی را در متن رأی خود نگارش می‌کند، منظور وی این نیست که برای اعمال آن قاعده در کشور خویش الزامی وجود دارد. قاضی با تأکید بر حقوق تطبیقی فقط می‌خواهد در کنار

داده‌های حقوقی داخلی، دلایل و استنادهای بیشتری برای حل مسئله در اختیار داشته باشد. برای مثال، در رأی سال ۱۹۹۵م دادگاه قانون اساسی افریقای جنوبی درباره مجازات اعدام، دادرسان اساسی مقرر می‌دارند که حقوق خارجی توانایی راهنمایی نظام حقوقی داخلی را دارد، اما تحت هیچ شرایطی اجباری به پیروی از آن نیست (Chenwi, 2007: 128). اگر بخواهیم به صورت جزئی‌تر به موضوع بپردازیم، زمانی که محاکم محافظ قانون اساسی به صورت واضح و صریح به حقوق تطبیقی مراجعه می‌کنند، سه نوع استناد قابل مشاهده است: نخست اینکه قضات می‌توانند در ابتدا رأی نظام‌های خارجی را مورد بررسی قرار دهند. در چنین مواردی دادرسان برخی رویه‌های حاکم در کشورهای دیگر را عنوان می‌کنند، با این انگیزه که چارچوب موضوع بهتر شناسایی شود. برای نمونه، این روش از سوی محاکم حوزه سیویل لا بیشتر مورد استفاده قرار می‌گیرد، چون قاضی از عرف مراجعه به حقوق تطبیقی برای حل قضیه پیروی نمی‌کند؛ طبیعی است که حقوق خارجی را در بخش ابتدایی رأی که بیشتر جنبه توصیفی دارد مورد اشاره قرار می‌دهد (Martino, 2014: 10). این روش ارجاع به حقوق تطبیقی را می‌شود در آرای دادگاه قانون اساسی پرتغال (شماره ۳۵۹ سال ۲۰۰۹م و شماره ۱۲۱ سال ۲۰۱۰م) و آلمان (شماره ۳۹۲ سال ۲۰۰۸م) مشاهده کرد.^۱ دوم اینکه دادگاه می‌تواند اشاره به حقوق تطبیقی را در بخش مرکزی رأی عنوان کند. در این مورد استناد به حقوق تطبیقی جنبه مقتدرانه‌تری پیدا می‌کند و منظور قضات اساسی از اعمال چنین روشی مجاب کردن مخاطب و تأکید بر این نکته است که اعتقاد محکمه مترادف با نظری است که در نظام‌های خارجی ارائه می‌گردد. این روش از سوی دادگاه‌های کامن لا بیشتر استفاده می‌شود، زیرا بین رسمیت بخشیدن به حقوق تطبیقی و اتخاذ تصمیم نهایی ارتباط مستقیم وجود دارد. در این نوع ارجاع، قاضی موارد خارجی را با نیت پیروی از آن‌ها بیان می‌کند و منظور وی ارائه گزارش توصیفی محض نیست (Rolla, 2010: 2). برای نمونه، دیوان عالی نیوزیلند (Supreme Court of New Zealand)، یکی دیگر از محاکم محافظ قانون اساسی حوزه کامن لا، در قضیه‌ای مربوط به اخراج اتباع بیگانه به دلیل محافظت از امنیت ملی، دقیقاً به رویه حاکم در کانادا اشاره می‌کند و با استناد به جزئیات این موضوع، تصمیم خود را اعلام می‌دارد. در واقع، رأی صادره در سال ۲۰۰۶م مربوط به اخراج یک شهروند کشور الجزایر بود؛ دادرسان اساسی در پاسخ به اعتراض این تبعه افریقایی درباره نقض حقوق بنیادین خویش از سوی محاکم تالی که حکم اخراج وی

۱. در رأی شماره ۳۹۲ سال ۲۰۰۸م، دادگاه قانون اساسی آلمان درباره زنا با محارم، اشاره به نظام‌های خارجی در بند ۱۵ متن رأی گنجانده شده است، در صورتی که کل حکم متشکل از ۱۲۸ بند است. در واقع، قضات اساسی هم رویه‌های موافق نظر خویش را بیان می‌کنند و هم به قواعد مخالف اعتقاد خود در کشورهای دیگر اشاره دارند؛ از این حیث، این‌گونه روش استنادی به حقوق تطبیقی فقط جنبه گزارشی و اخباری دارد.

را ابلاغ کرده بودند، اعلام نمودند که بر اساس نظر دیوان عالی کانادا در قضیه «شورش علیه وزیر شهروندی و مهاجرت» (Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration)، باید رابطه سببیت بین خطر به وجود آمده از سوی فرد اخراج شده و مخدوش شدن امنیت ملی کشوری که اتباع خارجی در آن ساکن هستند تجلی پیدا کند. چون تفسیر دادگاه نیوزیلند از اعمال شهروند الجزایری این بوده که او با گروه‌های افراطی رابطه تگاتنگی داشته است، پس خطرناک بودن وی واضح شمرده شد و حکم اخراج تأیید گردید (Supreme Court N. Z., 2006: 289). سوم، در برخی موارد اشاره به حقوق تطبیقی نه جنبه توصیفی و گزارشی (در ابتدای رأی) پیدا می‌کند، نه از لحاظ توجیهی (در اواسط متن حکم) مورد استناد قرار می‌گیرد. در روش سوم، دادرسان اساسی می‌خواهند تفاوت موجود بین کشورها را (چه از لحاظ حقوقی، چه از بُعد فرهنگی و اجتماعی) توصیف کنند (De Schutter, 2019: 55). برای مثال، دیوان عالی کانادا در سال ۱۹۹۰م قضیه‌ای مبنی بر رابطه آزادی بیان و توهین همراه با تبعیض نژادی را بررسی کرد. در این پرونده دادرسان پس از ارائه الگوی موجود در امریکا در خصوص توازن بیان شده، اعلام کردند با اینکه در ایالات متحده توهین همراه با تبعیض نژادی نمی‌تواند جرم‌انگاری شود، چون دیوان عالی آن کشور این موضوع را مغایر آزادی بیان اعلام می‌کند، بنابر ویژگی‌های فرهنگی و اجتماعی کانادا و تفاوت‌های موجود نسبت به کشور همسایه، وجود محدودیت برای حق بنیادین یادشده و پیش‌بینی کیفر برای فردی که دیگری را با الفاظ غیراخلاقی و با تأکید بر تبعیض نژادی خطاب می‌کند، کاملاً قابل تطبیق با قانون اساسی و اصول حقوق بشری است (Supreme Court C, 1990: 697).

نتیجه

مسئله شناسایی یک جایگاه رسمی برای حقوق تطبیقی اکثراً مربوط به دادگاه‌های محافظ قانون اساسی کشورهای کامن‌لا است، لکن با گذشت زمان و مخصوصاً در سال‌های اخیر، دادرسان اساسی نظام‌های سیویل‌لا بسیار بیشتر به حقوق دیگر حکومت‌ها مراجعه کردند که این امر در مرحله اول اثبات‌کننده روند رو به گسترش استناد به حقوق تطبیقی در رویه قضایی دادگاه‌ها بیان شده است. افزون بر این، در کنار گسترش ارجاع به مطالعات تطبیقی، روحیه محافظه‌کارانه خیلی از نظام‌ها نسبت به اعمال مقتدرانه ابزار قضایی مورد مطالعه همچنان پابرجا است.^۱ این دوگانگی ما را به نتیجه‌گیری نهایی و پاسخ به پرسش تحقیق هدایت می‌کند:

۱. مسئله قابل توجه این است که چنین روحیه محافظه‌کارانه‌ای برای استناد یا اجرای رویه‌های حاکم در حقوق بین‌الملل یا فراملی و منطقه‌ای (مانند قواعد مربوط به شورا و اتحادیه اروپایی) بین قضات اساسی حوزه

از یک طرف، گسترش ارجاع به حقوق تطبیقی در رویه محاکم محافظ قانون اساسی کشورهای مختلف نشان‌دهنده نکات قوت این روش است. این نکات به شرح زیر می‌باشند:

- ظرفیت بالا برای ایجاد توسعه در نظام حقوقی داخلی با استناد به موارد مترقی دیگر کشورها؛
- توجیه بهتر افکار عمومی و مخاطبان آرای قضایی دادگاه‌های محافظ قانون اساسی، زیرا زمانی که دادرس علم حقوقی خویش را به‌نمایش می‌گذارد و ثابت می‌کند که نه تنها به مسائل حقوقی نظام خود تسلط دارد، بلکه به حقوق رژیم‌های خارجی هم اشراف پیدا کرده است، حکم وی بدون شک نسبت به دادرسی با دانش محدودتر تأثیر بیشتری از لحاظ روانی خواهد گذاشت؛
- دادگاهی که به حقوق دیگران مراجعه می‌کند و با علم حقوقی روز دنیا ارتباط تنگاتنگی دارد، در سطح جهانی مطرح می‌شود و امکان استناد محاکم کشورهای دیگر به خود را افزایش می‌دهد؛
- محاکم محافظ قانون اساسی که تصمیمات آن‌ها مورد توجه دیگر دادگاه‌های خارجی قرار می‌گیرند، در قلمرو داخلی هم اقتدار بیشتری پیدا می‌کنند و آرای صادره آن‌ها حتی از سوی قوای سیاسی حکومت‌ها راحت‌تر پذیرفته می‌شوند. از طرف دیگر، مقاومت در اجرای گسترده روش تطبیقی خصوصاً از سوی دادرسان اساسی حوزه سیویل لا و حتی ایالات متحده آمریکا نکات ضعف و خطر مراجعه به حقوق تطبیقی در آرای قضایی را مشخص می‌کند. چنین نکاتی به شرح زیر اعلام می‌شوند:
 - مسئله حاکمیت. دادگاه‌های قانون اساسی به دلیل داشتن جایگاهی ویژه در پاسداری از مهم‌ترین سند حقوقی کشور، محافظ حاکمیت دولت‌ها هم هستند. اگر قضات اساسی به‌طور گسترده و مکرر به حقوق خارجی در آرای خویش استناد کنند، این امکان به وجود می‌آید که به‌تدریج نهادهای حقوقی کشورهای دیگر از طریق رویه قضایی نهادهای داخلی را ابطال یا مخدوش سازند که این امر حاکمیت حقوقی رژیم‌های سیاسی را زیر سؤال می‌برد؛ خصوصاً که استنادها معمولاً از طرف دادگاه‌های محافظ قانون اساسی کشورهای ضعیف‌تر صورت می‌گیرد و فقط در موارد محدود دادگاه‌های حکومت‌های مقتدر به رویه دولت‌های در حال توسعه اشاره می‌کنند.
 - گسترش بیش از حد منابع حقوق. یکی از خطرهای نکات ضعف اشاره، ارجاع و استناد به حقوق تطبیقی در رویه محاکم محافظ قانون اساسی، مخدوش کردن شفافیت و

سیویل لا در قاره اروپا وجود ندارد؛ دلیل چنین تفاوتی تصور دادرسان بر تلفیق نظام‌های یادشده با حقوق داخلی است، زیرا این قلمروها به معنی اخص کلمه «خارجی» محسوب نمی‌شوند.

اطمینان روابط حقوقی است. زمانی که دعوایی مطرح می‌شود، اصحاب آن و افکار عمومی باید بتوانند به صورت کلی نتیجه آن را پیش‌بینی کنند. گسترش بیش‌ازحد منابع حقوقی در اختیار دادرسان اساسی (برای مثال، تمام منابع، مقررات عمومی و رویه‌های داخلی، به اضافه نهادهای حقوق اساسی نظام‌های حقوقی دیگر کشورها) ثبات و اطمینان جامعه از برآیند تصمیمات قضات را به‌شدت زیر سؤال می‌برد.

- درک تخصصی زبان‌های خارجی. دادرسی که بخواهد به حقوق تطبیقی مراجعه کند باید به زبان‌های کشورهای دیگر مسلط باشد؛ در غیر این صورت، مسئله استناد و حتی درک اشتباه نهادهای حقوقی نظام‌های خارجی به‌وجود می‌آید.
- طولانی شدن فرایندها. رجوع به حقوق تطبیقی و نیاز قضات برای مطالعه حقوق خارجی و مقایسه آن با موضوعات داخلی، خصوصاً در حوزه حساس تضمین حقوق بنیادین، زمان صدور احکام را به تأخیر می‌اندازد و دیوان سالاری قضایی و اداری مربوطه را گسترش می‌دهد. سرانجام با وجود عدم انکار خطرهای بیان‌شده، به‌نظر می‌رسد مشروط بر اینکه ملاحظاتی صورت گیرد (مانند محدود کردن نظام‌های خارجی مورد توجه، استناد با نیت یکسان نمودن ارجاعات از لحاظ حوزه جغرافیایی و فرهنگی مورد مطالعه، عدم ذکر حقوق خارجی فقط با انگیزه اجرای مقررات غیربومی و سعی بر انطباق نهادهای خارجی با حقوق داخلی)، مراجعه به حقوق کشورهای دیگر در آرای محاکم محافظ قانون اساسی می‌تواند ابزار مناسبی برای ارتقای دانش حقوقی دکترین و نظریه پردازان، تطبیق نظام داخلی با مؤلفه‌ها و خصوصیات رژیم‌های حقوقی توسعه‌یافته و ارتقای سطح تضمین حقوق بنیادین شهروندان محسوب شود.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. ایزدی، علی (۱۳۹۴)، «نگاهی تطبیقی به اجرای حقوق بین‌الملل در محاکم ملی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، ش ۳.
۲. برجیان، علی و الدباغ، حارث (۱۳۹۷)، «اصلاح نظام‌های حقوقی در گذر تکامل حقوق تطبیقی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، ش ۶۰.
۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، حقوق تطبیقی، تهران: سمت.
۴. محسنی، الهه (۱۳۹۸)، «روش‌شناسی حقوق تطبیقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، ش ۲.

٢. خارجی

5. Ackerman, B. (1997), "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review*, V. 83, N. 4, 771-797.
6. Bernardini, A. M. (2009), *Diritti diversi*, Milano, Bompiani.
7. Buonomo, G. (2006), "Il diritto straniero e la Corte Suprema Statunitense", *Quaderni costituzionali*, A. 26, N. 2, 281-295.
8. Cavino, M., Tripodina, C. (2012), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè.
9. Chenwi, L. (2007), *Towards the Abolition of the Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective*, Pretoria, Pretoria University Press.
10. Ciccarelli, A., Gargiulo, P. (2012), *La dimensione sociale dell'Unione Europea alla prova della crisi globale*, Roma, Franco Angeli.
11. D'Alessandro, C., Marchese, C. (2018), *Ius Dicere in a Globalized World*, Roma, Roma Tre Press.
12. Dau, F. R. (2011), *Costituzionalismo e rappresentanza. Il caso del Sudafrica*, Milano, Giuffrè.
13. De Schutter, O. (2019), *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
14. De Vergottini, G. (2010), *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna, Il Mulino.
15. Diurni, A. (2008), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Torino, Giappichelli.
16. Ferrari, G., Gambaro, A. (2006), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
17. Gilardi, M. G. (2016), *Cultura e comparazione giuridica. Profili generali*, Varazze, PM Edizioni.
18. Groppi, T. (2011), "La citazione delle sentenze straniere da parte delle Corti costituzionali: effettività, novità, rischi e potenzialità", in D'Amico, M., Randazzo, B. (Eds.), *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 969-983.
19. Harding, S. (2003), "Comparative Reasoning and Judicial Review", *Yale Journal of International Law*, V. 28, I. 2, 409-464.
20. Lehmann, W. (2010), "Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità", *Bruxelles, Policy Department C - Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 1-29.
21. Levi Catellani, E. (1988), *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Milano, Giuffrè.
22. Martino, P. (2014), *I giudici di Common Law e la cross-fertilization: I casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Rimini, Maggioli.
23. Parrish, A. L., (2007), "Storm in a Teacup: the U. S. Supreme Court's Use of Foreign Law", *University of Illinois Law Review*, V. 37, N. 2, 637-680.
24. Passaglia, P. (2013), "Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte

- costituzionale", Consulta On Line, N. 2, 589-611.
25. Pepe, V. (2018), "La prospettiva vichiana nella comparazione giuridica: natura comune e identitaria nell'età della globalizzazione", Rivista AIC, N. 4, 651-660.
26. Rolla, G. (2010), Il sistema costituzionale italiano, Milano, Giuffrè.
27. Slaughter, A. M. (1994), "A Typology of Transjudicial Communication", University of Richmond Law Review, V. 29, I. 1, 99-137.
28. Sperti, A. (2006), "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente", Rivista di diritto costituzionale, N. 1, 125-165.

۳. آرای محاکم

29. Bundesverfassungsgericht, n. 392-07, 2008.
30. Bundesverfassungsgericht, n. 2-08, 2009.
31. Constitutional Court of South Africa, The State v. Makwanyane, n. 3-94, 1995.
32. Constitutional Court of South Africa, Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders, n. 445-04, 2004.
33. Constitutional Court of South Africa, Phillips and Others v. National Director of Public Prosecutions, n. 505-04, 2005.
34. Corte costituzionale, n. 334, 2010.
35. Corte costituzionale, n. 180, 2011.
36. Corte costituzionale, n. 172, 2014.
37. High Court of Australia, Kable v. Director of Public Prosecutions, n. 24-96, 1996.
38. Supreme Court of Canada, Law society of Upper Canada v. Skapinker, n. 357-84, 1984.
39. Supreme Court of Canada, Regina v. Keegstra, n. 697-90, 1990.
40. Supreme Court of Canada, Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration, n. 3-02, 2002.
41. Supreme Court of New Zealand, Zaoui v. Attorney General, n. 289, 2006.
42. Supreme Court of United States, Lawrence v. Texas, n. 558, 2003.
43. Supreme Court of United States, Sosa v. Alvarez-Machain, n. 692, 2004.
44. Supreme Court of United States, Roper v. Simmons, n. 551, 2005.
45. Tribunal Constitucional, n. 359, 2009.
46. Tribunal Constitucional, n. 121, 2010.