

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۰، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۸

صفحات ۶۹۵ تا ۷۱۷

روش‌شناسی حقوق تطبیقی

الهه محسنی*

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه ژان مولن لیون ۳ فرانسه

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲)

چکیده

ارزش نتایج و یافته‌های مطالعات تطبیقی و کارآمدی آن تا حد زیادی به روش تحقیق وابسته است. به همین دلیل یکی از مباحث مهم در حقوق تطبیقی شناخت روش‌های موجود و مراحل انجام پژوهش است. پرسش‌ها و مباحث مربوط به روش تحقیق در حقوق تطبیقی برای نخستین بار در اواخر قرن نوزدهم میلادی از سوی حقوق‌دانان آلمانی مطرح شد. پس از آن، این مطالعات در سایر کشورها به‌ویژه فرانسه، ایتالیا و امریکا گسترش یافت و هم‌زمان با گسترش علوم دیگر به‌خصوص علوم میان‌رشته‌ای، رویکردهای حقوق تطبیقی نیز روزبه‌روز تنوع و توسعه بیشتری یافت. در ایران اما مطالعات در این حوزه بسیار محدود و عمدتاً منحصر به پاره‌ای توصیه‌های عملی و پراکنده برای انجام پژوهش‌های حقوق تطبیقی است. در این تحقیق بر آنیم نخست به معرفی روش‌های مختلف کیفی و کمی مطالعات حقوق تطبیقی به‌ویژه موارد نوپدید بپردازیم. در ادامه، مراحل اصلی انجام پژوهش تطبیقی در حوزه حقوق، مشکلات و موانع موجود در هر مرحله و راه‌های مقابله با آن بررسی می‌شود. بی‌شک به‌کارگیری مناسب رویکردهای جدید در حقوق تطبیقی، حقوق‌دان را در فهم بهتر موضوعات حقوقی، تحلیل علمی و دقیق آن‌ها و یافتن راه‌حل‌های حقوقی کارآمدتر یاری می‌رساند.

واژگان کلیدی

حقوق تطبیقی، روش تحقیق، روش‌شناسی، رویکرد میان‌رشته‌ای، مراحل پژوهش.

مقدمه

حقوق تطبیقی شاخه‌ای از علم حقوق است که به مطالعه دو یا چند نظام حقوقی و مقایسه آن‌ها می‌پردازد (تسویگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۱۱). ارزش نتایج مطالعات تطبیقی تا حد زیادی به روش تحقیق وابسته است. از این‌رو، یکی از مباحث مهم در حقوق تطبیقی بحث درباره شناخت روش‌ها و مراحل انجام پژوهش است.

پیش از ورود به بحث اصلی لازم است میان دو اصطلاح روش تحقیق (Research method) و روش‌شناسی (Methodology) تفکیک قائل شویم. روش تحقیق ابزار و وسیله جمع‌آوری داده و اطلاعات، طبقه‌بندی و تبدیل آنان به واحدهای مفهومی قابل استفاده برای رسیدن به هدف پژوهش است (Esin Öricü, 2006, p. 446). به‌طور کلی، هدف از آموزش روش تحقیق علمی، فراگیری روش وصول به حقایق و کشف مجهولات، و نیز کسب مهارت لازم برای اجرای هرچه بهتر و کارآمدتر پروژه‌های تحقیقاتی است (حافظ‌نیا، ۱۳۸۴، ص ۱۹). اما روش‌شناسی در معنای مشهور خود علم شناخت روش‌ها است که به سنجش و نقد روش‌ها و ارزیابی محدودیت‌ها و کارایی آن‌ها می‌پردازد (ملکیان، ۱۳۸۰، ص ۲۷۸).

پرسش‌ها و مباحث مربوط به روش تحقیق در حقوق تطبیقی در اواخر قرن نوزدهم خصوصاً از سوی حقوق‌دانان آلمانی مطرح شد (Ansel, 1971, p. 87). در فرانسه برای نخستین بار این بحث از سوی ادوارد لامبر (Édouard Lambert) در کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در پاریس در سال ۱۹۰۰م به‌طور رسمی طرح گردید^۱. در ابتدای امر، مباحث مربوط به روش تحقیق حقوق تطبیقی عموماً به صورت توصیه‌ها و دستورالعمل‌های تجربی و پراکنده مطرح می‌شدند. اما با گذشت زمان این مطالعات به سمت تحلیل‌های ژرف و منسجم پیش رفت و به صورت تلاش برای ارائه مجموعه‌ای از عملیات پیاپی، منطقی و منسجم برای رسیدن به هدفی مشخص تحول یافت (Jaluzot, 2005, p. 35). از آن زمان تاکنون روش‌های حقوق تطبیقی تحت تأثیر پیشرفت و تکامل این شاخه از علم حقوق و نیز یافته‌های جدید علوم دیگر چون ریاضی، اقتصاد، جامعه‌شناسی و روان‌شناسی، همواره پویا و در حال تغییر و تکامل بوده است.

در ایران مطالعات مربوط به روش‌شناسی حقوق تطبیقی بسیار پراکنده و محدود است و عمدتاً مطالب مربوط به آن را به صورت فصلی جداگانه در کتب تألیفی^۲ یا ترجمه^۳ پیرامون حقوق تطبیقی می‌توان یافت و نه به صورت پژوهشی مستقل و جامع.

1. Intervention d'Edouard Lambert au congrès international de droit comparé intitulée : «conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé».

۲. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۰)، حقوق تطبیقی، تهران: سمت، ص ۱۰۳-۱۰۰.

۳. لوگراند، پی‌یر (۱۳۸۷)، حقوق تطبیقی، مبانی و روش‌شناسی، مترجم: علیرضا محمدزاده وادقانی و حسن

برخلاف حقوق تطبیقی، مطالعات تطبیقی در فقه اسلامی نزد مسلمانان و ایرانیان از سابقه بسیار طولانی برخوردار است. شروع تألیف فقه مقارن در میان اهل تسنن به اواسط نیمه دوم قرن سوم هجری باز می‌گردد. پیدایش فقه مقارن و تطبیقی با شیوه رایج در حوزه‌های علمی شیعیه نیز به قرن پنجم و آثار سید مرتضی برمی‌گردد. نویسندگان کتب فقه مقارن به ذکر آرای مجتهدان و فتاوی فقهای مذاهب اسلامی در مسائل فرعی شرعی با ذکر ادله ایشان، موازنه بین آن‌ها و ترجیح بعضی بر بعض دیگر پرداخته‌اند (جناتی، ۱۳۷۴، ص ۴۰). بی‌شک بررسی روش پژوهش‌های فقه تطبیقی (مقارن) و سیر تحول آن از گذشته تاکنون در میان شیعیه و سنی قابل تأمل است اما بحث از آن در این مجال نمی‌گنجد.

کشف روش مناسب تحقیق با آزمون و خطا امکان‌پذیر است و حقوق‌دانان تطبیقی مجرب نیز می‌دانند که نمی‌توان از پیش روش دقیقی را تعیین کرد (تسویاگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۵۳). در مطالعات حقوق تطبیقی یک روش واحد وجود ندارد که در همه موارد قابل توصیه و اجرا باشد، بلکه روش‌ها متعددند. همچنان که ماهیت، هدف و کارکرد حقوق تطبیقی گوناگون و دارای وجوه بسیار است، روش مورد استفاده نیز متناسب با کارکرد و هدف مطالعه تطبیقی متفاوت می‌شود. شاید بتوان گفت حقوق‌دانان تطبیقی روش‌ها و فنون استفاده‌شده در علم خود را ابداع نکرده‌اند، بلکه ایشان روش‌ها و فنون مختلفی چون تاریخی، ساختاری، کارکردی، آماری، تکاملی و غیره را از علوم دیگر عاریه گرفته و آن‌ها را با ابتکار عمل برای مسائل و موضوعات پژوهش‌های حقوق تطبیقی به خدمت گرفته‌اند (Esin Örüctü, 2006, p. 446).

نظر به اقبال روزافزون حقوق‌دانان ایران به مطالعات تطبیقی و لزوم آشنایی ایشان با روش‌های انجام این مطالعات، در این پژوهش بر آنیم به مطالعه روش‌ها و رویکردهای مختلف موجود در پژوهش‌های تطبیقی حقوق و نقاط ضعف یا قوت هر یک از آن‌ها پردازیم. در ادامه، مراحل مختلف انجام پژوهش حقوق تطبیقی، تنگناها و دشواری‌های هر مرحله و راه‌های مقابله با آن را بررسی می‌نماییم.

شناخت روش‌ها و رویکردهای موجود در مطالعات حقوق تطبیقی

پس از پذیرش تعدد و تنوع روش‌های حقوق تطبیقی، اکنون به معرفی این روش‌ها می‌پردازیم. در اینجا قصد ارائه دسته‌بندی کامل و جامع از روش‌های موجود یا ممکن در حقوق تطبیقی را نداریم، بلکه به معرفی مهم‌ترین روش‌های مطرح‌شده از سوی حقوق‌دانان تطبیقی دنیا و شرح و ارزیابی آن‌ها (روش‌شناسی مطالعات حقوق تطبیقی) می‌پردازیم.

۱. روش قانونی

روش قانونی (Méthode législative) در قرن نوزدهم ظهور یافت و تا جنگ جهانی اول با رشد و اقبال فزاینده‌ای به‌ویژه در برخی مراکز و نهادهای حقوق تطبیقی فرانسه چون مجمع قانون‌گذاری تطبیقی (Société de législation comparée) و کمیته قانون‌گذاری خارجی فرانسه (Comité de législation étrangère) استفاده شد. پژوهشگر در این روش که برخی نویسندگان از آن به روش توصیفی (Méthode descriptive) یاد می‌کنند (Jaluzot, 2005, p. 38; Constantinesco, 1974)، با هدف شناخت پیشرفت‌های صورت‌گرفته در کشورهای خارجی صرفاً به مطالعه متون قانونی کشورهای موردنظر و ترجمه این متون می‌پردازد. اما از آنجا که در این روش تمرکز بر متون قانونی است و منابع دیگر حقوق مانند رویه قضایی و دکترین مغفول می‌ماند، دامنه تحقیق بسیار محدود و نتایج آن نیز ناکافی است. همین امر موجب شد که به‌مرور زمان انتقادات فراوانی متوجه این روش شود و از اهمیت آن بکاهد (Jaluzot, 2005, p. 31).

۲. رویکرد تکاملی

هم‌زمان با روش قانونی، رویکرد تکاملی (Approche évolutionniste) نیز گسترش یافت. این نگرش تحت تأثیر نظریات داروین در خصوص تکامل شکل گرفت و مبتنی بر به‌کارگیری این نظریات در حقوق بود. پیروان نظریه یادشده با پذیرش این اصل که جوامع و تمدن‌ها همگی مراحل تکاملی یکسانی را دنبال می‌کنند، معتقد بودند که همه تمدن‌ها در مسیر تکامل از مراحل مشابهی عبور می‌کنند. در این میان، جوامعی وجود دارند که همچنان در وضعیت ابتدایی (État primitif) باقی مانده‌اند و برخی نظام‌ها به مراحل عالی‌تر سیر تکامل دست یافته‌اند. پژوهشگران در این روش گاه یک نظام، گاهی شاخه‌هایی از آن و گاه نهادهایی از آن را با توجه به توسعه و تکامل آن‌ها در طی زمان مورد بررسی قرار می‌دادند. اما پس از آشکار شدن نادرستی اصل یادشده، امروزه این روش حقوق تطبیقی نیز منسوخ شده است (Ibid., p. 38).

۳. روش مفهوم‌محور

روش قانونی به‌سرعت راه را برای روش مفهوم‌محور (Méthode conceptuelle) باز کرد. این روش حقوق تطبیقی بر پایه مطالعه مفاهیم حقوقی بنا شده است و در آن نهادها یا مفاهیم حقوقی مشخص در نظام‌های مختلف بررسی و مقایسه می‌شوند. این روش بسیار دارد و دست‌کم هر حقوق‌دان تطبیقی در آغاز پژوهش‌های خود از این روش استفاده می‌کند. در ایران

نیز بیشتر پژوهش‌های حقوق تطبیقی این روش را دنبال می‌کنند.^۱ با این همه، انتقاداتی نیز به آن وارد شده است. رنه داوید، حقوق‌دان تطبیقی فرانسوی، در این باره می‌گوید: «عدم ارتباط و همخوانی میان مفاهیم حقوقی و حتی تقسیم‌بندی‌های پذیرفته‌شده در نظام‌های مختلف یکی از بزرگ‌ترین چالش‌ها و مشکلات مطالعه تطبیقی است. وقتی پژوهشگر دسته‌بندی یا مفاهیم شناخته‌شده حقوق داخلی خود را در نظام‌های دیگر نمی‌یابد دچار سردرگمی می‌شود» (David et Jauffret-Spinosi, 2002, p. 12). این مشکلات و دشواری‌های مطالعه تطبیقی مفهوم‌محور در یافتن مشابه مفاهیم و نهادها در نظام‌های خارجی باعث شد تا به تدریج روش کارکردی مورد توجه و اقبال قرار گیرد (Jaluzot, 2005, p. 39).

۴. روش کارکردی

در روش کارکردی (Méthode fonctionnelle) پژوهشگر بیش از هر چیز به نقش و کارکرد نهادها و قواعد حقوقی توجه دارد و پرسشی را که در مطالعه تطبیقی در صدد پاسخگویی به آن است به صورت کارکردی مطرح می‌کند. بر اساس این روش، مقایسه غیرقابل مقایسه‌ها سودمند نیست و در حقوق تنها موضوعاتی قابل مقایسه‌اند که کارکردی یکسان داشته باشند.

این روش بر پایه مبانی جامعه‌شناختی استوار است. نظریه کارکرد قواعد حقوقی برگرفته از این اندیشه است که حقوق دراصل ابزاری برای سازمان‌دهی و نظارت اجتماعی است، از این رو هر نهاد یا قاعده حقوقی برای حل و فصل مسئله و مشکلی از مسائل اجتماعی تأسیس شده است. از آنجا که نظام‌های حقوقی در جوامع مختلف با مشکلات مشابهی دست و پنجه نرم می‌کنند، بهترین روش در مقایسه، تکیه بر کارکرد نهادهای حقوقی و نقش آن‌ها در حل مشکلات اجتماعی است. بنابراین در این روش، قواعد حقوقی از دو منظر متفاوت مورد بررسی قرار می‌گیرند؛ از منظر کارکردی که برای آن ایجاد شده‌اند و از منظر صلاحیت و شایستگی نهاد مورد مطالعه برای ایفای کارکرد موردنظر (Ibid, p. 40).

با استفاده از این روش، به قاعده‌ای بنیادین در حقوق تطبیقی دست می‌یابیم مبنی بر اینکه علی‌رغم تفاوت‌های موجود در توسعه تاریخی، ساختار مفهومی و سبک اجراء، نظام‌های حقوقی مختلف در رویارویی با مشکلات زندگی راهکارهایی را ارائه می‌دهند که حتی در جزئیات یکسان و کاملاً مشابه‌اند. البته یک استثنا بر این قاعده وجود دارد؛ در حوزه‌هایی از زندگی اجتماعی که تحت تأثیر شدید باورهای مذهبی یا اخلاقی شکل می‌گیرند (مانند قواعد ارث و

۱ برای نمونه می‌توان از این اثر نام برد: صفایی، حسین (۱۳۹۵)، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.

حقوق خانواده)، نمی‌توان انتظار همسویی قواعد حاکم را داشت، از این رو قضاوت در این موارد دشوار و گاه حتی بی‌نتیجه است (تسویگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۶۴).

نظریه‌پرداز اصلی این روش ارنست رابل (Ernest Rabel) آلمانی است. وی به‌ویژه برای مطالعات و نوشته‌هایش در خصوص بیع که مینا و شالوده کنوانسیون وین ۱۹۸۰م قرار گرفت، شهرت بسیار یافت. اما این روش بیش از همه در اثر تسویگرت (K. Zweigert) و کوتس (H. Kötzt)، حقوق‌دانان تطبیقی آلمانی^۱، معرفی و مطرح شد.

در روش کارکردی، دو جریان یا رویکرد را می‌توان از یکدیگر تمییز داد:

• **رویکرد کارکرد- نهادی (Functional-institutional approach)**. در این رویکرد

پرسش این‌گونه مطرح می‌شود که «چه نهاد یا قاعده‌ای در نظام «الف» کارکرد معادل نهاد یا قاعده‌ای خاص در نظام «ب» را دارد؟»

• **رویکرد حل مشکل (Problem-solving approach)**. در این رویکرد پژوهش با

پرسش از این امر آغاز می‌شود که «چگونه یک مسئله اجتماعی یا حقوقی خاص در دو یا چند نظام حقوقی مختلف حل می‌شود؟»

این دو رویکرد بر مبنای یکسانی استوارند و در واقع دو روی یک سکه محسوب می‌شوند. به دیگر سخن، این دو، راه‌های مختلف طرح پرسش در تحقیق تطبیقی کارکردی هستند (Esin Örüçü, 2006, p. 443).

این روش تا مدت‌ها با اقبال عمومی بسیاری مواجه بود، به‌طوری که گاه به‌عنوان تنها روش حقوق تطبیقی مطرح می‌شد. اما امروزه از این پذیرش و اقبال کاسته شده است و خصوصاً مکاتب و حقوق‌دانان تطبیقی امریکایی از این روش فاصله گرفته‌اند. به این ترتیب، روش کارکردی در علوم اجتماعی و دانش‌های مرتبط با آن چون حقوق تطبیقی، در چند دهه اخیر جایگاه خود را تا حدودی از دست داده و نظریات جدید دیگر مانند نظریه انتخاب عقلانی (Théorie du choix rationnel) یا تحلیل اقتصادی رفتار بشر جایگزین آن شده است (Jaluzot, 2005, p. 41).

از جمله انتقاداتی که به این روش وارد شده است، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

• رویکرد کارکردی همواره قابل استفاده نیست و از این رو، انتقادات اساسی بر آن به دلیل محدودیت حیطه موضوعات قابل بررسی وارد است؛ همچنان که به تأیید نویسندگان اصلی آن، کاربرد این روش در برخی شاخه‌های حقوق مانند حقوق خانواده و قواعد ارث که در آن‌ها ارزش‌های اخلاقی و دینی غلبه دارند، با محدودیت‌های جدی همراه است (تسویگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۶۴).

1. ZWIEGERT Konrad and KÖTZ Hein, *An introduction to comparative law*, translated by Tony WEIR, Third ed., Oxford New York, Clarendon Press Oxford University Press, 2011.

- رویکرد کارکردی با پذیرش «فرض شباهت» و تکیه بر آن، بیش از همه بر شباهت‌های میان نظام‌ها در مطالعه تطبیقی تأکید دارد، به طوری که گاه تفاوت‌ها را نادیده و کوچک می‌شمارد. این انتقاد بیشتر از سوی پیروان اندیشه چارچوب نسبی‌گرایی فرهنگی مطرح می‌شود (Esin Öricü, 2006, p. 445).

۵. روش واقعیت‌گرا

مطالعه تطبیقی در روش واقعیت‌گرا (Méthode factuelle) از طریق کنار هم گذاشتن و مقایسه موقعیت‌های واقعی یا همان دعاوی و پرونده‌های قضایی صورت می‌گیرد و مبتنی است بر کلیت بخشیدن به عناصر مشترک حاصل از موقعیت‌های عینی حقوقی. این روش از سوی اشلزینگر (R. Schlesinger) در سال ۱۹۶۰م در سمینارهای دانشگاه کورنل (Cornell seminars) راجع به انعقاد قرارداد به کار گرفته شد.

روش کار در این سمینارها به این صورت بود که پرسش‌نامه‌هایی در قالب موارد عملی (پرونده‌های قضایی) تنظیم و نگاشته می‌شدند. دعاوی و پرونده‌های مورد پرسش از تجربیات حقوق‌دانان حاضر در کنگره انتخاب می‌شدند. در اجرای این روش رعایت چند نکته ضروری است: از یک سو باید اطمینان حاصل کرد که پاسخ‌ها به پرسش‌های مشابه داده شده و به طریق مشابهی از سوی همه اعضای گروه تفسیر شوند؛ از سوی دیگر باید از پاسخ‌هایی که خود نیاز به تفسیر و شرح دارند، خودداری کرد و آن‌ها را طوری مطرح نمود که در سطح جزئی‌ترین قواعد باشند و اصطلاحات بکاررفته در آن برای همه قابل فهم باشد. به این ترتیب، شرکت‌کنندگان در کنگره بیش از آنکه توجه خود را به سؤالات انتزاعی معطوف نمایند، باید بر روی پرسش‌های واقعی بسیار جزئی کار می‌کردند (Jaluzot, 2005, p. 41-42). در ادامه و ضمن فرایند مقایسه، تفاوت راه‌حل‌ها و استدلال‌ها آشکار می‌شود. در نتیجه ضرورت تبیین آن‌ها فرا می‌رسد و پژوهشگر به مرحله‌ای عمیق‌تر از پژوهش که بیشتر مستلزم جستجو از دلایل سیاست حقوقی است تا راهکارهای به کار گرفته شده، وادار می‌شود (Van Hoecke, 2015, p. 17).

برخی معتقدند این روش از جهات مختلف دنباله و امتداد روش کارکردی است. با این حال، تفاوت عمده آن با روش کارکردی این است که در روش پیشین، مقایسه با طرح مشکل یا پرسش حقوقی آغاز می‌شد و پژوهشگر به جستجوی پاسخ آن در هر یک از نظام‌ها و مقایسه راه‌حل‌های ارائه شده می‌پرداخت. اما در این روش، تحقیق با پرسش‌های از پیش مطرح شده، یعنی همان دعاوی و پرونده‌های دادگاه‌ها آغاز می‌شود. به این ترتیب، تمرکز پژوهشگر تطبیقی در اینجا بر آرا و احکام دادگاه‌ها و مقایسه و تحلیل آن‌ها است.

نویسندگان متعددی چون ساکو (Sacco) و مارکزینیس (Markesinis) این روش را مورد

تأیید قرار داده و آن را ستوده‌اند. مارکزینیس در این باره می‌نویسد: «کنار هم گذاشتن و مقایسه موقعیت‌های عملی مشابه باعث راحتی ما است. درواقع، پژوهشگر موقعیت‌هایی را مقایسه می‌کند که برایش آشنا هستند، بدون آنکه درگیر ساختارها، اصطلاحات یا مفاهیم نامأنوس و دشوار و گاه غیرقابل ترجمه شود». این نویسنده در شرح روش یادشده پیشنهاد می‌دهد از پرونده‌های موجود در رویه قضایی استفاده شود و آن‌ها را «معادل‌های واقعی (عملی)» می‌نامد. روش واقعیت‌گرا همچون روش کارکردی، هرچند همچنان از اقبال و توفیقات گسترده‌ای در میان حقوق‌دانان تطبیقی برخوردار است، اما به‌ویژه به دلیل تأکید بیش از حد بر شباهت‌ها در روند مقایسه، مورد انتقاد قرار گرفته است.

۶. روش متن‌محور و زمینه‌گرا

مطالعات حقوق تطبیقی را می‌توان بر اساس منابع مورد استفاده و بستر مقایسه، بر دو دسته تقسیم کرد: روش متن‌محور (Approche textualiste) و روش زمینه‌گرا (Approche contextualiste). در روش متن‌محور، حقوق تنها در متون جستجو می‌شود. اما واقعیت این است که حقوق تطبیقی را نمی‌توان تنها به مقایسه قواعد، مفاهیم یا نظام‌های حقوقی در صفحات و خطوط کتب محدود کرد. حقوق‌دانان حتی در مطالعات حقوق داخلی نیز سعی می‌کنند دست کم روش اجرا و کارکرد قواعد و مفاهیم را در عمل نیز بررسی نمایند.

در مقابل روش اخیر، روش موقعیت‌محور یا زمینه‌گرا قرار دارد. در این روش پژوهشگر تلاش می‌کند حقوق فعال و پویا (Droit en action) را دریابد و به این منظور، زمینه و بستر قاعده حقوقی را که از رهگذر فاکتورهای محیطی همچون اقتصاد، سیاست، جامعه‌شناسی و غیره تبیین می‌شوند، مورد تأکید قرار دهد. بنابراین، بیش از آنکه به مطالعه راه‌حل‌های ارائه‌شده برای مشکلات حقوقی پرداخته شود، لازم است این راه‌حل‌ها در بافت و شرایط محیطی‌اش مورد بررسی قرار گیرد. حتی برخی تا آنجا پیش رفته‌اند که معتقدند در این روش، مفهوم قابل مقایسه بودن دو قاعده حقوقی در دو یا چند نظام بستگی اساسی به این دارد که بدانیم آیا ساختارهای اجتماعی جوامع مورد مطالعه به یکدیگر شباهت دارند یا خیر (Jaluzot, 2005, p. 43).

روش زمینه‌گرا به‌عنوان یک روش حقوق تطبیقی نمی‌تواند از سایر روش‌ها جدا باشد، بلکه آن‌ها مکمل یکدیگرند و برای فهم مناسبی از حقوق به یکدیگر وابسته‌اند. اساساً طیف وسیعی از روش‌های تحقیق زمینه‌گرا وجود دارد. یک پژوهشگر ممکن است عوامل اقتصادی را مد نظر قرار دهد و دیگری از منظر تاریخی، جامعه‌شناسی، مردم‌شناسی یا روان‌شناسی به موضوع بنگرد. حتی ممکن است پروژه تطبیقی میان رشته‌ای بزرگی با بهره‌گیری از چندین رشته غیرحقوقی انجام شود. به این ترتیب، روش زمینه‌گرا می‌تواند از گستره مختلفی برخوردار باشد؛

هرچه وسعت و تنوع رویکردها بیشتر باشد، به زمان، هزینه و نیروی بیشتری نیاز است و البته نتایج تحقیق کامل‌تر و قابل اعتمادتر خواهد بود (Van Hoecke, 2015, p. 16).

۷. روش تاریخی

پژوهشگر در روش تاریخی (Méthode historique) ریشه‌ها و مبانی تاریخی نظام‌های مورد مطالعه در موضوع موردنظر را بررسی می‌کند. این روش در واقع گونه‌ای از روش زمینه‌گرا است. ویژگی خاص روش تاریخی آن است که کاربرد آن در اکثر یا همه مطالعات تطبیقی اجتناب‌ناپذیر است. درک کامل از کارکرد حقوق در زمان حاضر تنها با شناخت پیشینه و روند تغییر آن ممکن است. مقایسه تاریخی به تبیین ریشه‌های تاریخی و علل وضعیت موجود محدود نمی‌شود، بلکه گاه در این بررسی این واقعیت ممکن است مکشوف گردد که قواعد یا رویکردهای حقوقی که در یک نظام در حال حاضر یافت می‌شود، در نظام دیگر در گذشته وجود داشته و اکنون دچار دگرگونی شده است. در این صورت، پژوهشگر تطبیقی باید به دنبال چرایی این مشابهت (غیرهم‌زمان) و مغایرت (هم‌زمان) باشد (Ibid, p. 18).

مطالعه تاریخی حقوق چنانچه نسبت به یک نظام حقوقی واحد به صورت بررسی مفاهیم، قواعد و نهادهای حقوقی در گذر زمان اعمال شود، از آن به مطالعات عمودی یاد می‌شود. هرچند در این مطالعات نیز نوعی از مقایسه و تطبیق به کار می‌رود، اما در اینکه آن‌ها را مطالعه حقوق تطبیقی بدانیم تردید وجود دارد. نظر غالب این است که این مطالعات مربوط به علم تاریخ حقوق شده و از دایره حقوق تطبیقی خارج است.^۱ باین‌همه، حوزه تاریخ حقوق (Legal history) و حقوق تطبیقی بسیار به یکدیگر نزدیک‌اند و یافتن مرز این دو در مطالعات میان دو یا چند نظام حقوقی دشوار است. چراکه از سویی، مورخ حقوقی از روش مقایسه و تطبیق استفاده می‌کند و از سوی دیگر، حقوق‌دان تطبیقی نیز جز در مواردی که صرفاً به زمان حاضر می‌پردازد، اصولاً ناگزیر از بررسی تاریخی نهادها و مفاهیم است. از این رو در خصوص مرز این دو نمی‌توان هیچ پاسخی قاطعی داد (تسوايگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۲۱).

۸. روش گونه‌شناسی (دسته‌بندی) در حقوق تطبیقی خرد

در این رویکرد، مطالعات حقوق تطبیقی با هدف دسته‌بندی خانواده‌های حقوقی در موضوعی

۱. درمقابل، برخی نویسندگان مطالعات تاریخ حقوق در نظام حقوقی واحد را نیز نوعی مطالعه حقوق تطبیقی می‌دانند: McEvoy Sebastian, "Descriptive and purposive categories of comparative law", in : Pier Giuseppe Monateri, *Methods of comparative law*, Cheltenham (UK) & Northampton (USA), E. Elgar, 2012, p. 149.

خاص صورت می‌گیرد. این مطالعات از دسته مطالعات تطبیقی در سطح خرد هستند که الزاماً از دسته‌بندی‌های مرسوم در مطالعات سطح کلان (رومی-ژرمنی، کامن‌لا، ...) پیروی نمی‌کنند، بلکه دسته‌بندی با توجه به ساختار نظام‌های حقوقی مربوط و قواعد و قوانین موجود در موضوع مورد مطالعه صورت می‌گیرد. در این روش وجود تنوع و گوناگونی کافی میان نظام‌های حقوقی در سطح قوانین، جزئی از لوازم و شروط کارآمدی پژوهش است و لذا قاعده معروف قابل مقایسه یا نزدیک بودن نظام‌های حقوقی مورد مطالعه در پژوهش تطبیقی به کلی مردود است. برای مثال، اگر کسی بخواهد حقوق اراضی (Land law) را در سراسر دنیا بررسی و مقایسه کند و تلاش نماید آن‌ها را در دسته‌هایی طبقه‌بندی کند، شاید دسته‌بندی معمول و پذیرفتنی در نظر اول پیروی از همان دسته‌بندی معروف به سیویل‌لا و کامن‌لا باشد. اما می‌توان از ملاک دیگری نیز برای دسته‌بندی حقوق کشورها در این زمینه استفاده کرد؛ مانند تفکیک میان کشورهایایی که در آن‌ها احکام و قواعد مربوط به املاک و اراضی تحت حاکمیت حقوق خصوصی است و آن‌ها که در حیطه حقوق عمومی می‌گنجد. برای نمونه در کشورهای کمونیست (سوسیالیست) قدیم در اروپای شرقی مالکیت ابزارهای تولید در حوزه حقوق عمومی قرار می‌گرفت، در حالی که در بیشتر کشورهای دنیا این مباحث در حقوق خصوصی بحث می‌شد. یا در تقسیم‌بندی دیگری می‌توان دامنه حقوق شهروندان برای تملک اراضی را ملاک دسته‌بندی قرار داد؛ یعنی تفکیک میان آنجا که همه اراضی ملک حقیقی حکومت است و شهروندان حقوق محدودتری دارند، مانند بریتانیای کبیر (ملکه مالک همه اراضی در خشکی و دریا است)، جمهوری کنگو و جمهوری خلق چین، با کشورهایی که شهروندان در تملک اراضی از حقوق کامل برخوردارند (Van Hoecke, 2015, p. 11).

از دیگر مطالعات کلان صورت‌گرفته با استفاده از این روش می‌توان به مطالعه انجام‌شده از سوی پارلمان اروپا در خصوص قانون‌گذاری در حوزه باروری از طریق رحم جایگزین نام برد. این مطالعه با بررسی حقوق کشورهای مختلف اروپایی و غیراروپایی، سعی در ارائه مدل‌های مختلف قانون‌گذاری در این زمینه دارد (European Parliament, 2013). همچنین آثاری را که سعی در ارائه نمایی کلی از یک رشته حقوق در کشورهای مختلف دنیا دارند نیز می‌توان در این دسته از پژوهش‌ها جای داد؛ مانند کتاب حقوق اساسی تطبیقی نوشته بیژن عباسی^۱ و یا کتاب حقوق اساسی کشورهای اسلامی نوشته اسماعیل آجرلو^۲.

۱. عباسی، بیژن (۱۳۹۴)، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: نشر دادگستر.

۲. آجرلو، اسماعیل (۱۳۹۵)، حقوق اساسی کشورهای اسلامی، پژوهشکده شورای نگهبان.

۹. روش هسته مشترک (The common core method) یا واژگان خنثی

در پایان قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم میلادی، حقوق‌دانان تطبیقی به دنبال پاسخ این پرسش بودند که چه مفاهیم، نهادها و قواعد حقوقی در همه جوامع مشترک‌اند. هرچند این آرزو خیلی زود به کشورهای متمدن و هم‌سطح از نظر پیشرفتگی محدود شد، اما باز هم نتیجه چندان‌ی از این تحقیقات حاصل نشد. در نیمه دوم قرن بیستم تلاش‌های تازه‌ای با هدف یافتن هسته مشترک در میان نظام‌های حقوقی در برخی مناطق آغاز شد. نکته جدید و متفاوت در این تلاش‌ها این بود که این بار تمرکز به جای آن که بر نهادها یا مفاهیم حقوقی باشد، بر این مطلب بود که چگونه نظام‌های مختلف مشکلات و مسائل حقوقی را حل می‌کنند؛ به بیان دیگر این بار روش کارکردی جایگزین روش نهاد یا مفهوم‌محور شد. بزرگ‌ترین پروژه تحقیقاتی از این دست از سوی اشلزینگر (Schlesinger) در دانشگاه کورنل بین سال‌های ۱۹۵۷ تا ۱۹۶۷م در زمینه انعقاد قراردادها انجام شد.

روش هسته مشترک (The common core method) عمدتاً بر پایه رویکرد کارکردی (و واقعیت‌گرا) و تا حدی همراه با روش زمینه‌گرا صورت می‌گیرد. ویژگی و ممیزه این روش آن است که حقوق‌دان تطبیقی با هدف هماهنگ‌سازی برخی شاخه‌های حقوق در کشورهای مختلف به دنبال یافتن هسته مشترک است. در این روش که امروزه در اروپا بسیار پویا و فعال است، پژوهشگران پس از مطالعه اشتراکات و اختلافات نظام‌های مختلف حقوقی، سعی در یافتن پاسخ این پرسش دارند که هماهنگ‌سازی تا چه اندازه و در چه حوزه‌هایی از حقوق امکان‌پذیر است (Ibid, p. 19).

برخی گروه‌های تحقیقاتی که برای تدوین قواعد مشترک در اروپا فعالیت می‌کنند، روش‌های جدید دیگری را نیز در مطالعات تطبیقی در سطح گسترده پدید آورده‌اند. یکی از مهم‌ترین آنان عبارت است از ایجاد واژگان خنثی (Vocabulaire neutre) که جایگزین «زبان مرجع (Langue de référence)» شود (Moréteau, 2005, p. 407). پژوهشگران در این روش سعی دارند به تحلیل سودمند نهاد‌های موجود در نظام‌های مربوط بپردازند. هدف اصلی در اینجا جلوگیری از برخی لغزش‌های زبانی است که موانع اصلی در کارهای تطبیقی با گستره زیاد محسوب می‌شود. به این ترتیب، در این روش تلاش برای کاستن خطر متشابه‌نماهای حقوقی (Faux amis juridiques) است که نویسندگانی را که به اشتباه گمان می‌کنند عناصر مشابه را مقایسه می‌کنند، می‌تواند در حوزه‌ها و سطوح مختلف گمراه نماید (Jaluzot, 2005, p. 48).

۱۰. روش‌های کمی در مطالعات حقوق تطبیقی

در ادامه، دو دسته عمده از روش‌های کمی در مطالعات حقوق تطبیقی می‌آید.

۱.۱۰. رویکرد اقتصادی در حقوق تطبیقی

«حقوق و اقتصاد» یا «تحلیل اقتصادی حقوق» از تلاقی علم اقتصاد و حقوق پدید آمده و به دنبال تحلیل و تفسیر پدیده‌های حقوقی به کمک روش‌ها و مفاهیم علم اقتصاد است. ریچارد پازنر (Richard Posner) پایه‌گذار و پدر تحلیل اقتصادی حقوق (Economic analysis of law) است. تحلیل حقوق و اقتصاد پیشینه طولانی دارد. اما به‌طور جدی‌تر، نگرش اقتصادی به حقوق ابتدا در امریکای شمالی شکل گرفت و ریشه‌های این مکتب در قرن هجدهم و در آثار افرادی چون آدام اسمیت، سزار بکاریا، کندورسه و جرمی بنتام یافت می‌شود. با انتشار کتاب ریچارد پازنر با عنوان «تحلیل اقتصادی حقوق» در سال ۱۹۷۲م جریان حرکت مکتب حقوق و اقتصاد سرعت گرفت. پایه‌گذار تحلیل اقتصادی حقوق در ایران ناصر کاتوزیان است. وی برای نخستین بار در کتاب مسئولیت ناشی از عیب تولید، تحلیل اقتصادی را مورد ملاحظه قرار داد (انصاری، ۱۳۹۰، ص ۴).

از برخورد «حقوق تطبیقی» با «تحلیل اقتصادی حقوق»، «رویکرد اقتصادی حقوق تطبیقی» یا همان «حقوق تطبیقی و اقتصاد» (Economic approach to comparative law) به‌وجود آمده است. حقوق تطبیقی و اقتصاد رویکردی جوان در حقوق تطبیقی است که از نیم قرن گذشته در امریکا پدید آمده است و به اعتقاد برخی نویسندگان، نسل سوم حقوق تطبیقی نیز محسوب می‌شود.^۱ هدف در این روش شناسایی قواعد و نهادهای حقوقی است که از منظر اقتصادی کارآمدتر هستند. به این منظور نظام‌های حقوقی از منظر اقتصادی مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته، با یکدیگر مقایسه می‌شوند.

این روش هرچند با اقبال روزافزون از سوی اندیشمندان و دانشگاهیان مواجه است، اما انتقادات و تردیدهایی نیز نسبت به آن وجود دارد که عموماً ناظر بر استفاده نادرست از تحلیل‌های اقتصادی در حقوق تطبیقی (و حقوق به‌طور کلی) است (Parisi & Luppi, 2012, p. 306).

۱. نسل اول حقوق تطبیقی (مانند آثار رنه داوید فرانسوی) مربوط می‌شود به دوره‌ای که در آن تمرکز عمده پژوهش‌ها بر خصوصیات کلی نظام‌های حقوقی دنیا، پیشینه تاریخی آن‌ها و تفاوت‌های اصطلاحی عمده آن‌ها بود. در اینجا مطالعات بیشتر محدود می‌شد به توصیف در سطح کلان با تبیین تاریخی. در نسل دوم که همان جریان اصلی حقوق تطبیقی امروزه است، تمرکز از مطالعات سطح کلان به سطح خرد تغییر یافت. در این دوره روش کارکردی و واقعیت‌گرا رواج دارد و تأکید آن بیشتر بر شباهت‌های میان نظام‌های حقوقی است (and Van Den Bergh, 2004, p. xi De Geest).

۲.۱۰. رویکرد آماری در حقوق تطبیقی

در این رویکرد پژوهشگر سعی می‌کند با استفاده از داده‌های آماری، مقررات، قواعد و نهادهای حقوقی دو یا چند نظام حقوقی و کارکرد و کارایی آنان را مورد ارزیابی قرار دهد.^۱ همچنان که پیداست، روش‌های یادشده در بالا گاه مشترکاتی نیز با یکدیگر دارند. بی‌شک پژوهشگر می‌تواند در یک تحقیق از دو یا چند روش بهره‌مند شود. در فصل دوم در خصوص ملاک انتخاب روش مناسب برای پژوهش حقوق تطبیقی به اختصار توضیح داده خواهد شد.

بررسی مراحل انجام پژوهش حقوق تطبیقی

هر تحقیق علمی نیازمند روشی نظام‌مند و منسجم برای رسیدن هرچه بهتر و سریع‌تر به هدف موردنظر است. شناخت مراحل مختلف تحقیق، ترتیب و ارتباط آنان با یکدیگر، مشکلات و آسیب‌های احتمالی موجود در هر مرحله و راه‌های مقابله با آن‌ها برای انجام هر پژوهش علمی ضروری است. به‌طور کلی می‌توان گفت که مطالعه حقوق تطبیقی پنج مرحله اصلی دارد: انتخاب موضوع و تعیین حیطه تحقیق، توصیف، مقایسه، تبیین و ارزیابی (De Geest & Van den Bergh, 2004, p. x; Jan M. Smits, 2006, p. 442).

این مراحل در همه روش‌ها و رویکردهای حقوق تطبیقی که توضیح آن‌ها در فصل نخست گذشت، کم و بیش وجود دارد. با این حال، ممکن است گاه برخی مراحل تحقیق در برخی روش‌ها پررنگ‌تر و در برخی دیگر اهمیت کمتری داشته باشد. در ادامه، هر مرحله به تفصیل خواهد آمد.

۱. مرحله انتخاب موضوع و تعیین حیطه تحقیق

برای شروع هر مطالعه تطبیقی، پیش از هر چیز لازم است حیطه تحقیق و چارچوب آن معین گردد. به این منظور، نخست لازم است که پژوهشگر موضوع و نظام‌های حقوقی مورد مطالعه را بر پایه ملاک‌های علمی و معتبر تعیین کند. سپس با توجه به موضوع انتخابی، در یافتن معادل برای مفاهیم و قواعد حقوقی مورد مطالعه در نظام‌های حقوقی برگزیده تلاش نماید. سرانجام نیز باید روش یا رویکرد مناسب برای انجام تحقیق را از میان روش‌های موجود برگزیند.

۱. در این خصوص، برای نمونه می‌توان از این پژوهش نام برد: قاسمی، مجتبی (۱۳۹۵)، قتل در آیین آماری: ارائه الگوی تحلیلی از عوامل اقتصادی-اجتماعی مؤثر بر وقوع قتل در کشورهای منتخب (گزارش پژوهشی)، پژوهشگاه قوه قضائیه.

۱.۱. تعیین حیطة تحقیق و ملاک‌های تحدید آن

از حیث نظری، حیطة تحقیق تطبیقی نامحدود است اما در عمل تحدید و تعیین محدوده آن ضروری است و پژوهشگر باید با واقع‌بینی و اجتناب از بلندپروازی، حیطة پژوهش خویش را به‌درستی تعیین کند. انتخاب موضوع و نظام‌های حقوقی مورد مطالعه به عوامل متعددی بستگی دارد؛ از جمله هدف و کارکرد پژوهش تطبیقی، قابل مقایسه بودن نظام‌های مورد مطالعه و شناخت زبان و دسترسی به منابع.

الف) اهداف و کارکردهای مطالعه حقوق تطبیقی

کارکردهای حقوق تطبیقی را در دو دسته کلی نظری و کاربردی می‌توان دسته‌بندی کرد:

کارکرد نظری. در اینجا، نقش حقوق تطبیقی بیش از هر چیز بهبود شناخت و دانش حقوقی است. این همان کارکرد اساسی حقوق تطبیقی است که جنبه تئوری و نظری دارد. اساساً اعتبار و مشروعیت حقوق تطبیقی در گرو کارکردهای احتمالی کاربردی آن نیست، بلکه به عنوان دانشی نظری مورد تایید است. در این رویکرد، مقایسه، ابزار شناخت تحلیلی و نقادانه حقوق است. و از آنجا که آثار و جنبه‌های عملی کمتر مورد توجه است، لذا مطالعه حقوق کشورهای ناهمگون از حیث ساختار و قواعد حقوقی یا نادر بیشتر رواج دارد (Lathier, 2009, p. 15).

کارکرد کاربردی. کارکردهای عملی حقوق تطبیقی شامل موارد زیر است:

- **بهبود حقوق داخلی.** در میان کارکردهای عملی بیش از همه بهبود حقوق داخلی مورد پذیرش و استقبال قرار گرفته است. در راستای همین کارکرد است که برای حقوق تطبیقی وجهه و ویژگی هنجاری (Caractère normatif) متصور است.

- **یکسان‌سازی نظام‌های حقوقی مختلف (Unification des droits).** این به معنای ایجاد مجموعه حقوقی واحد برای کشورهای مختلف دنیا یا منطقه‌ای از آن و الزام ایشان به تبعیت از آن است. در اوایل قرن بیستم، هدف حقوق تطبیقی یکسان‌سازی حقوقی بود، اما با گذشت زمان و ناممکن نمودن آن، فکر قدیمی وحدت حقوقی جای خود را به فکر جدید فهم نظام‌ها و ساختارهای گوناگون به‌منظور همزیستی مسالمت‌آمیز و هماهنگی حقوقی داد (Ancel, 1971, p. 114-115).

- **ایجاد هماهنگی و همسویی میان نظام‌های مختلف حقوقی (Harmonisation des**

droits). این به معنای نزدیک کردن دو یا چند نظام حقوقی است. در اینجا هدف مطالعات تطبیقی بیشتر یافتن نهادها و قواعد حقوقی مشترک میان دو یا چند نظام است تا بر پایه آن، مشترکات شناسایی و راه‌های گسترش آن جستجو گردد. این هدف در جوامع اروپایی به‌طور

جدی دنبال می‌شود و از همین رو شاهد تدوین و تصویب کنوانسیون‌ها و معاهدات متعدد در اتحادیه اروپا هستیم.

مطالعه گستره وسیعی از نظام‌های حقوقی، افزون بر دشواری و زمان و هزینه بر بودن، بنابر آنچه به تجربه ثابت شده است، از کیفیت نتایج حاصله می‌کاهد. از این رو پژوهشگر برای مطالعه تطبیقی لازم است یک یا چند نظام حقوقی را با هوشیاری و دقت کافی برگزیند. در مواردی که اهداف و کارکردهای عملی مطالعه تطبیقی مورد تأکید است، توصیه‌های زیر را می‌توان به این منظور ارائه کرد:

- انتخاب و مطالعه نظام‌های حقوقی مادر که معرف خانواده بزرگ حقوقی‌اند؛ مانند حقوق فرانسه و ایتالیا برای خانواده حقوق رومی، حقوق آلمان و سوئیس در خانواده حقوقی ژرمنی، حقوق انگلیس و امریکا برای خانواده کامن‌لا، در حقوق اسکاندیناوی نیز حقوق دانمارک و سوئد. چراکه نظام‌های حقوقی مادر از سوی نظام‌های حقوقی تابع مورد پذیرش و پیروی قرار می‌گیرند. نظام‌های تابع فاقد اصالت و انسجام نظام مادر بوده، عموماً در سطح پایین‌تری از نظر توسعه و پیچیدگی قرار دارند؛ از این رو لازم است از آن‌ها صرف نظر شود (تسوايگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۶۵ به بعد).
- در موضوعات تخصصی‌تر، استفاده از حقوق کشورهای پیشرفته و نیز برجسته در زمینه مورد تحقیق که از جذابیت و پیچیدگی بیشتری نسبت به سایر کشورها برخوردارند (که الزاماً از آن نظام‌های مادر نیست)؛ برای مثال، انتخاب حقوق انگلیس برای حقوق دریایی یا حقوق امریکا برای مقررات حوزه حقوق رقابت (Lathier, 2009, p. 27).
- توجه به آثار و زمینه‌های عملی آن همچون ایجاد بستر مناسب برای فعالیت‌های (یک‌سویه یا متقابل) فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و غیره، یا فراهم‌سازی زمینه برای ایجاد هماهنگی یا وحدت حقوقی (شیروی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۰).

ب) قابل مقایسه بودن نظام‌های مورد مطالعه

یکی از بحث‌های رایج و پر دامنه در روش تحقیق حقوق تطبیقی، موضوع قابل مقایسه بودن نظام‌های حقوقی مورد مطالعه است. برای مطالعه تطبیقی می‌توان دو یا چند نظام حقوقی را برگزید که به یکدیگر شباهت و نزدیکی بسیار دارند یا از یکدیگر دورند. بی‌شک اینکه یک نظام و کشور را صرفاً به دلیل دور بودن آن از نظام داخلی یا هم‌سطح نبودن دو نظام حقوقی از نظر پیشرفتگی کنار بزنیم، روش مناسبی نیست. اساساً اختلافات و تفاوت‌ها شالوده و بنیان مقایسه حقوقی است. بنابراین به همان دلیل که می‌توان دو نظام بسیار نزدیک را با یکدیگر مقایسه کرد، دو نظام با تفاوت و فاصله بسیار را نیز می‌توان مورد بررسی تطبیقی قرار داد. هرچه

نظام‌های انتخابی و نسبت آن‌ها پیچیده‌تر باشد، یافته‌های تحقیق بیشتر و سودمندتر خواهد بود. با وجود این، تصمیم‌گیری در این خصوص بسیار وابسته به هدف و کارکرد مطالعه تطبیقی است. در مطالعاتی که بیشتر با هدف آشنایی و شناخت نظام‌های گوناگون انجام می‌گیرند (مانند مطالعات با رویکرد گونه‌شناسی)، نزدیکی نظام‌های حقوقی موضوعیت ندارد. اما آنجا که هدف صرفاً عملی و کاربردی باشد، اصل نزدیکی و قابل مقایسه بودن بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد (Laithier, 2009, p. 27).

ج) شناخت زبان و دسترسی به منابع

برای انجام تحقیق بر روی حقوق خارجی، شناخت زبان کشور مورد مطالعه مطلوب و گاه ضروری است. پژوهشگر در صورت شناخت زبان اصلی امکان بهره‌مندی از منابع دست اول را خواهد داشت؛ در غیر این صورت باید صرفاً به منابع دست دوم اکتفا کند.

۱.۲. شناسایی معادل برای مفاهیم یا نهادهای مورد مطالعه در نظام حقوقی خارجی

در مطالعات تطبیقی در سطح خرد، پس از تعیین موضوع تحقیق و نظام‌های مورد مطالعه، پرسش اساسی مفهوم‌شناسی یا شناسایی معادل در نظام‌های حقوقی خارجی مطرح می‌شود (Esin Öricü, 2006, p. 447; Ancel, 1971, p. 94). بسیار اتفاق می‌افتد که یک قاعده یا نهاد حقوقی در نظام‌های مختلف ذیل دسته‌بندی و عناوین گوناگونی مطرح شود. چنانچه پژوهشگر تطبیقی برای شروع پژوهش صرفاً از طریق ترجمه و مقایسه کلمات و اصطلاحات به دنبال معادل نهاد یا قاعده حقوقی در نظام حقوقی خارجی باشد، پژوهش او در معرض آسیب جدی خواهد بود. چراکه در این صورت ممکن است معادل را نیافته، با گمان اینکه قاعده یا نهاد حقوقی مشابهی در نظام خارجی وجود ندارد، دیگر از مطالعه دست بکشد و یا در این شناسایی به خطا رفته، موارد یافته‌شده به کلی کارکرد متفاوتی در نظام‌های مورد مطالعه داشته باشد. بهترین روش برای مقابله با مشکل مشابه‌یابی مفاهیم و نهادهای حقوقی، به‌کارگیری روش کارکردی (Functional method) است که توضیح آن در فصل نخست این نوشتار آمد. در این روش، پژوهشگر با تعیین دقیق کارکرد نهاد یا قاعده حقوقی در نظام حقوقی داخلی، در جستجوی نهاد یا قواعد حقوقی با کارکرد مشابه در نظام خارجی است (شیروی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۱).

برای مثال، فرض کنید بخواهیم در پژوهشی تطبیقی سرپرستی کودکان بدسرپرست یا بی‌سرپرست را در حقوق ایران و حقوق فرانسه مطالعه کنیم. از آنجا که گاه در متون حقوق داخلی از نهاد سرپرستی به تسامح به فرزندخواندگی یاد می‌شود، ممکن است پژوهشگر در مرحله معادل‌یابی، نهاد Adoption را به‌عنوان معادل در حقوق فرانسه شناسایی و به مطالعه و

مقایسه آن با نهاد سرپرستی بپردازد. حال آنکه فرزندخواندگی با مفهوم و کارکردی که در حقوق فرانسه دارد (برقراری نسب جدید، حق متقابل ارث‌بری، ممنوعیت مطلق ازدواج میان فرزندخوانده و پذیرنده فرزند و غیره)، در حقوق ایران وجود ندارد، بلکه معادل کارکردی سرپرستی کودکان در حقوق ایران یا کفالت در حقوق برخی کشورهای اسلامی، بیش از هر چیز معادل واگذاری ولایت ابوینی (Délégation de l'autorité parentale) در حقوق فرانسه است. در نتیجه لازم است افزون بر مطالعه نهاد فرزندخواندگی در حقوق فرانسه، واگذاری ولایت ابوینی نیز بررسی شود.

۳.۱. انتخاب روش مناسب برای انجام تحقیق

پس از تعیین دقیق موضوع و مسائل تحقیق و شناسایی معادل (ها) در نظام‌های مورد مطالعه، پژوهشگر باید روش یا رویکرد مناسبی برای یافتن پاسخ پرسش‌های تحقیق را از میان روش‌های موجود انتخاب کند. روش تحقیق ابزاری برای رسیدن به هدف و غایت پژوهش است و بی‌شک ابزار باید متناسب با هدف انتخاب شود. در این مرحله، پژوهشگر می‌تواند روش واحدی را برگزیند و یا از تلفیقی از روش‌های مختلف بهره‌گیرد. روش خوب آن است که پژوهشگر را در مراحل بعدی تحقیق، یعنی توصیف، تطبیق و به‌ویژه مرحله تبیین و ارزیابی، به‌خوبی هدایت کرده، راه را برای او هموار سازد (De Geest and Van den Bergh, 2004, p. Xi). در فصل نخست، روش‌ها و رویکردهای مختلف شرح داده شد. عوامل مختلفی در انتخاب روش مناسب تحقیق می‌توانند تأثیرگذار باشند، از جمله موضوع و گستره مطالعه تطبیقی، غایت و هدف تحقیق، سطح مقایسه، منابع و امکانات موجود.

برای نمونه، روش مفهوم‌محور بیش از همه در مطالعه حقوق تطبیقی با هدف بهبود حقوق داخلی مورد استفاده قرار می‌گیرد. در مقابل، روش هسته مشترک در تحقیقات با هدف یکسان‌سازی یا هماهنگ‌سازی حقوق مورد توجه بوده و روش کارکردی نیز در هر دو دسته تحقیقات قابل استفاده است.

از دیگر عوامل مؤثر در انتخاب روش تحقیق، سطح مقایسه است. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان مطالعات حقوق تطبیقی را از نظر سطح مقایسه به دو دسته تقسیم کرد: مقایسه کلان و مقایسه خرد. در مقایسه کلان (Macro-comparaison)، واحد مقایسه نظام حقوقی است که در آن به بررسی ریشه، اصول اساسی، منابع، راه‌های اجرای حقوق، روح و نظام کلی ارزش‌های هر سیستم پرداخته می‌شود. این مطالعات از دسته پژوهش‌های بنیادی محسوب می‌شوند. در مقابل، مقایسه در سطح خرد (Micro-comparaison) قرار دارد که به بررسی امور جزئی و عینی از جمله قواعد، نهادها یا مفاهیم حقوقی و یا مطالعه مسائل و مشکلات عینی جامعه و

راه‌حل‌های حقوقی موجود برای آن‌ها می‌پردازد. بی‌شک روش‌های مورد استفاده در مقایسه خرد و مقایسه کلان متفاوت هستند. برای نمونه، روش کارکردی به مطالعات خرد مربوط می‌شود و برای مطالعه تطبیقی کلان قابل اجرا نیست (Jaluzot, 2005, p. 46).

۲. مرحله توصیف

پس از تعیین حیطه تحقیق و پرسش‌های پژوهش، زمان گردآوری داده و اطلاعات است که در آن حقوق‌دان تطبیقی به مطالعه کامل و جامع نظام‌های حقوقی مربوط در موضوع مورد مطالعه می‌پردازد. شناخت حقوق خارجی تنها از راه ترجمه قوانین آن کشور حاصل نمی‌شود، بلکه باید با توجه به واقعیت‌های حقوقی صورت گیرد. به این منظور، از روش‌هایی چون پرسش‌نامه، مکاتبه با اشخاص صلاحیت‌دار، ملاقات‌های دوجانبه بین حقوق‌دانان و از همه مهم‌تر از تماس مستقیم با حقوق بیگانه با راهنمایی اهل خبره می‌توان بهره برد (Ansel, 1971, p. 98).

از شروط و لوازم مطالعه تطبیقی در این مرحله، ژرف‌نگری (گذر از مقایسه ظاهری و سطحی)، جامع‌نگری (عدم اکتفا به متون قانونی، بلکه بررسی همه منابع حقوق و برخورداری از نگاهی کل‌نگر در مقایسه) و بی‌طرفی است (صادق‌منش، ۱۳۹۰، ص ۱۳-۱۲). همچنین حقوق‌دان تطبیقی واقعی باید با کنجکاوی بسیار و میل به خروج از چارچوب‌های شناخته‌شده سیستم حقوقی بومی خود، حقوق خارجی را با تکیه بر مفاهیم، قواعد، ساختار مفهومی و چارچوب منحصر به فرد همان نظام مورد مطالعه قرار دهد.

یکی از دشواری‌های پژوهش تطبیقی به‌ویژه در این مرحله، بحث ترجمه و یافتن معادل برای اصطلاحات حقوقی خارجی است. از اصول مهم در ترجمه، دقت و دوری از شتاب‌زدگی است. گاه اتفاق می‌افتد که کلمه‌ای در زبان‌های مختلف املائی یکسان یا نزدیک، اما معنا و مفهوم متفاوت دارد. به این عبارات متشابه‌نما در اصطلاح «دوستان دروغین» (Faux-amis) گفته می‌شود.^۱ برای مثال واژه «Transaction» در انگلیسی به معنای معامله و عمل تجاری است، اما هرگز در معنای صلح و سازش آن‌چنان که در فرانسه به‌کار می‌رود، به‌کار برده نمی‌شود.

تهیه گزارش جداگانه و بی‌طرفانه از هر نظام. پس از مطالعه و گردآوری اطلاعات، باید گزارشی جداگانه و بی‌طرفانه از هر نظام (فارغ از هرگونه ارزیابی انتقادی و دربرگیرنده تمامی

۱. برای اطلاعات کامل‌تر در خصوص فن ترجمه حقوقی، ر.ک. کریمی، عباس (۱۳۹۰)، «آسیب‌شناسی مطالعه حقوق تطبیقی از طریق ترجمه»، در: گروهی از نویسندگان، تأملاتی در حقوق تطبیقی، چاپ سوم، تهران: سمت. Jean-Claude Gémar, *Langage du droit et traduction : Essais de jurilinguistique*, Linguat ch, 1982 ; Mor teau Olivier, « Les frontières de la langue et du droit : vers une méthodologie de la traduction juridique », *Revue internationale de droit comparé*, 61-4, 2009, p. 695-713.

اوصاف و خصوصیات نظام مربوط) تهیه کرد. هر گزارش تصویر کاملی از راهکار آن نظام برای مشکلات عملی مورد مطالعه با تکیه بر مفاهیم، قواعد قانونی، ساختار مفهومی و چارچوب منحصر به فرد همان نظام ارائه می‌کند (تسواایگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۶۹).

هرچند دستاوردهای حاصل از مرحله توصیف ارزشمند و ضروری است، اما به پژوهش در این مرحله هنوز عنوان حقوق تطبیقی اطلاق نمی‌شود، بلکه در زمره مطالعات حقوق خارجی قرار می‌گیرد. نویسندگان حقوق تطبیقی میان حقوق تطبیقی و حقوق خارجی تفکیک قائل شده‌اند. در مطالعات مربوط به حقوق خارجی پژوهشگر صرفاً به مطالعه یک نظام حقوقی بیگانه و شرح و توصیف ویژگی‌های نهادها، قواعد یا مقررات خاصی از آن کشور بیگانه می‌پردازد، بدون آنکه آن را با نظام دیگر مقایسه کند. در واقع آثار پژوهشگران حقوق خارجی همان منابع دسته دوم برای محققان حقوق تطبیقی را تشکیل می‌دهد و از این نظر دارای اهمیت است (Reitz, 1998, p. 619).

۳. مرحله مقایسه

از این مرحله به مرحله شناسایی (Identification) نیز یاد کرده‌اند، چراکه وظیفه پژوهشگر در آن شناسایی و تعیین اختلافات و اشتراکات میان نظام‌های مورد مطالعه است (Esin Öricü, 2006, p. 448). مقایسه و گنجاندن گزاره‌ها و مطالب تطبیقی در نوشتار به فهم بهتر مطلب کمک می‌کند، افراد بیشتری را راغب به مطالعه آن کرده و در نتیجه اثرگذاری تحقیق را افزایش می‌دهد. در واقع، مقایسه و تطبیق وجه تمایز مطالعات حقوق خارجی با حقوق تطبیقی است. بی‌شک مقایسه نیز خود دارای مراتب و درجات است؛ اما صرف این‌که پژوهش متضمن مقایسه صریح باشد، می‌توان آن را تحقیق تطبیقی نامید (Reitz, 1998, p. 620).

مرحله مقایسه دشوارترین بخش هر اثر تطبیقی است. ملاک‌ها و معیارهای مقایسه بستگی به روش و رویکرد انتخابی در انجام تحقیق دارد. برای نمونه در روش کارکردی، برای مقایسه نیز باید از اصل کارکردی پیروی نمود؛ راهکارها را باید خارج از چارچوب مفهومی ملی و در پرتو کارکردشان نگریست.

مقایسه صرفاً فهرست کردن شباهت‌ها و تفاوت‌های مکشوفه نیست، که این تکرار مطالب آمده در گزارش‌ها با بیانی روشن‌تر خواهد بود. در این مرحله، برخلاف مرحله گردآوری اطلاعات و تهیه گزارش، باید از یک دیدگاه به قواعد، نهادها یا راهکارهای حقوقی مختلف نگریست. با آغاز روند مقایسه، هریک از راهکارها باید از چارچوب نظام خود خارج شده، در چارچوب واحدی که راهکارهای سایر نظام‌ها در آن جای گرفته، قرار گیرند. به این ترتیب، قدم نهایی در روند مقایسه، ایجاد یک سیستم است. به این منظور باید واژگان و مفاهیم جدیدی ساخت. این سیستم باید خیلی انعطاف‌پذیر و مفاهیم آن به قدر کافی وسیع، فراگیر و

درعین حال منسجم باشد تا نهادهای حقوقی ناهمگن دارای کارکردهای قابل مقایسه را دربر گیرد. هرچه شمول بین‌المللی حقوق تطبیقی گسترش یابد، ایجاد ساختار مفهومی آن ضرورت بیشتری یافته، البته دشوارتر می‌شود. به این ترتیب، پژوهشگر در نگارش و تدوین تحقیق به جای آوردن مطالب به تفکیک کشور و نظام حقوقی، مطالب را به تفکیک موضوعی برابر سیستم طراحی شده می‌آورد (تسوايگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۷۰).

گاه غایت و هدف مطالعه تطبیقی به همین توصیف و شناسایی شباهت‌ها و تفاوت‌ها محدود می‌شود. باید گفت که این نوع پژوهش نیز در قلمرو مطالعات تطبیقی می‌گنجد؛ هرچند از درجه و اعتبار کمتری برخوردار است. غایت و هدف بالاتر در حقوق تطبیقی، همانا تحلیل و ارزیابی اطلاعات حاصله از توصیف و مقایسه است (مراحل ۴ و ۵) (McEvoy, 2012, p. 151).

۴. مرحله تبیین

پژوهشگر تطبیقی در مرحله تبیین به کشف دلایل و زمینه‌های تفاوت‌ها و شباهت‌های شناسایی شده در مرحله پیشین می‌پردازد. برای انجام این تحلیل، وی باید پا در سایر حوزه‌های زندگی اجتماعی گذارده، در اموری چون تاریخ، فلسفه، اقتصاد و جامعه‌شناسی تحقیق نماید (تسوايگرت و کوتس، ۱۳۹۳، ص ۷۰). به این منظور می‌توان از تفسیر تاریخی یا تفسیر کارکردی بهره برد. در این مرحله، همچنین رعایت اصل بی‌طرفی ضروری است.

۵. مرحله ارزیابی و پیشنهاد

پس از مطالعه نظام‌های حقوقی، مقایسه آنان، یافتن شباهت‌ها و اختلافات و تبیین دلایل آن، این پرسش مطرح می‌شود که کدام راه‌حل مطرح شده در کدام نظام بهتر است؟ پژوهشگر در این مرحله به ارزیابی انتقادی یافته‌های خویش می‌پردازد و سرانجام یکی از راهکارها را به‌عنوان بهترین یا بدترین معرفی می‌کند. در صورتی که راهکارها از اعتبار برابری برخوردار باشند، انتخابی منطقی کار بسیار دشواری خواهد بود. گاه روش بهینه و برتر هیچ‌یک از راه‌حل‌های موجود در نظام‌های مورد مطالعه نیست، بلکه راه‌حل جدیدی است که پژوهشگر آن را ارائه می‌کند.

انتخاب روش و رویکرد مناسب در تحقیق تطبیقی بیش از هر چیز می‌تواند پژوهشگر را در این مرحله یاری دهد. ضعف پژوهشگران حقوق تطبیقی عموماً در این مرحله آشکار شده و ناشی از ضعف در روش‌شناسی است. از این رو، در بیشتر موارد انتخاب ایشان نه بر اساس مبانی و ملاک‌های علمی دقیق، بلکه بر پایه ذوق حقوقی و حس درونی یا به صورت ارائه راه‌حلی تلفیقی از میان راه‌های موجود در نظام‌های مختلف و با هدف راضی نگه داشتن حقوق دانان همه کشورهای مورد مطالعه انجام می‌گیرد.

بنابراین شناخت ملاک‌ها و معیارهای ارزیابی انتقادی ضرورت می‌یابد. از جمله این معیارها می‌توان این موارد را نام برد: تشخیص هدف از وضع قانون، تعیین و شناخت ارزش‌ها و دیدگاه‌های مورد پذیرش در هر نظام، بررسی اینکه آیا راه‌حل‌های به‌دست‌آمده کارایی و موفقیت لازم را در عمل داشته‌اند یا خیر؛ تا چه میزان (شیروی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۴). سنجش کارایی قوانین به روش‌ها و رویکردهای مختلف ممکن است، از جمله به‌کارگیری رویکرد اقتصادی در حقوق تطبیقی (De Geest and Van den Bergh, 2004, p. xi).

یکی از مسائل مهم در این مرحله در خصوص ارائه پیشنهادها قانونی برای اصلاح حقوق داخلی، توجه به موضوع بومی‌سازی حقوق است. به این منظور، لازم است شناخت جایگاه نهاد حقوقی و تحلیل آن در نظام حقوقی مبدأ و ترتیب مناسب درج آن در نظام حقوقی مقصد به‌درستی صورت گیرد (منصوریان، ۱۳۹۲، ص ۲۴۴؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۴، ص ۶۱).

نتیجه

شناخت روش‌های تحقیق (روش‌شناسی) و مراحل انجام پژوهش تطبیقی در حقوق (روش تحقیق) بیش از هر چیز پژوهشگر را در رسیدن به هدف یاری می‌رساند. با گسترش و توسعه علوم به‌ویژه علوم میان‌رشته‌ای از جمله زبان‌شناسی حقوق، روان‌شناسی حقوق، جامعه‌شناسی حقوق، اقتصاد و حقوق و مردم‌شناسی حقوق، رویکردهای جدیدی نیز در حقوق تطبیقی به‌کار گرفته می‌شود که حقوق‌دان را در فهم بهتر موضوعات حقوقی، تحلیل و ارزیابی علمی و دقیق آن‌ها و یافتن قواعد و راه‌حل‌های حقوقی کارآمدتر یاری می‌دهد. به این ترتیب، پیوسته بر گستره حقوق تطبیقی افزوده شده، جلوه‌های نوینی از آن بروز می‌کند. امید است با شناساندن و به‌کارگیری این روش‌ها و رویکردهای گوناگون و کارآمد در مطالعات حقوق تطبیقی از سوی حقوق‌دانان ایران، هر روز گام‌های بیشتر و محکم‌تری در راه اصلاح و کارآمدی قوانین داخلی برداشته شود.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. اس. آر. میننی (۱۳۹۵)، روش‌شناسی تحقیق در حقوق، مترجم: نازآفرین ناظمی، تهران: نشر میزان.
۲. انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
۳. تسوایگرت، کنارد و کوتس، هاین (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق تطبیقی، مترجم: الیاس نوعی و محمد نوعی، تهران: مجد.

۴. جناتی، محمدابراهیم (۱۳۷۴)، «فقه تطبیقی و پیشگامان آن»، کیهان اندیشه، ش ۵۹.
۵. حافظنیا، محمدرضا (۱۳۸۴)، مقدمه‌ای بر روش تحقیق در علوم انسانی، تهران: سمت.
۶. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۴)، «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، مجله فقه و حقوق، ش ۷.
۷. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۰)، حقوق تطبیقی، تهران: سمت.
۸. صادق‌منش، جعفر (۱۳۹۰)، «درآمدی بر قواعد مطالعه تطبیقی در حقوق»، دادرسی، ش ۸۶.
۹. گروهی از نویسندگان (۱۳۹۰)، تأملاتی در حقوق تطبیقی، چ ۳، تهران: سمت.
۱۰. ملکیان، مصطفی (۱۳۸۰)، «روش‌شناسی در علوم سیاسی» (متن مصاحبه)، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۱۴.
۱۱. منصوریان، ناصرعلی (۱۳۹۲)، «روش‌شناسی بومی‌سازی در حقوق»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۶، ش ۵۸۸.

۲. خارجی

12. Ancel, Marc (1971), *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Suisse, Editions Ides et calendes.
13. Constantinesco, Léontin-Jean (1974), *Traité de droit comparé*, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
14. David R. et Jauffret-Spinozi C. (2002), *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Dalloz, 11 éd.
15. De Geest, Gerrit and Van den Bergh, Roger (2004), *Comparative law and economics*, Cheltenham (UK), E. Elgar, vol. I.
16. European Parliament (2013), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*.
17. Gémar, Jean-Claude (1982), *Langage du droit et traduction: Essais de jurilinguistique*, Linguattech.
18. Jaluzot, Béatrice (2005), "Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective", *Revue internationale de droit comparé*, 57-1, p. 29-48.
19. Laithier, Yves-Marie (2009), *Droit comparé*, Paris, Dalloz.
20. McEvoy, Sebastian (2012), "Descriptive and purposive categories of comparative law" in : Pier Giuseppe Monateri, *Methods of comparative law*, Cheltenham (UK), E. Elgar, p. 144-162.
21. MORÉTEAU, O. P. (2005), "Premiers pas dans la comparaison des droits" (First steps in comparative law), in : *Jurilinguistique : entre langues et droits ; Jurilinguistics: Between Law and Language*, Jean-Claude Gémar et Nicholas Kasirer (Eds.), Bruylant (Bruxelles) and Thémis (Montréal), p. 407-430.
22. Örücü Esin (2006), A., "Methodology of comparative law", in: Smits, Jan M.,

- Elgar encyclopedia of comparative law*, Northampton, USA, E. Elgar, p. 442-454.
23. PARISI, Francesco and LUPPI, Barbara (2012), "Quantitative methods in comparative law" in: P.G. MONATERI, *Methods of comparative law*, Cheltenham (UK), E. Elgar, p. 306-316.
 24. Reitz, John C. (1998), "How to Do Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, 46, p. 617.
 25. Van Hoecke, Mark (2015), "Methodology of Comparative Legal Research", *Law and Method*: <http://www.bjutijdschriften.nl/doi/10.5553/REM/000010>.
 26. Zweigert, Konrad and Kötz, Hein (2011), *An introduction to comparative law*, translated by Tony Weir, Third ed., Oxford New York, Clarendon Press Oxford University Press.