

اهمیت روش استنتاج علی در دانش حقوق اساسی تطبیقی

حسن وکیلان*

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۱۴

تاریخ دریافت: ۹۵/۶/۳۱

چکیده

مقاله حاضر به بررسی اهمیت و جایگاه روش استنتاج‌های علی در دانش حقوق اساسی تطبیقی اختصاص دارد. مدعای اصلی این مقاله آن است که برخی پرسش‌ها و فرضیه‌ها در حقوق اساسی تطبیقی با استفاده از روش‌های معمول و متداول در این رشته قابل پاسخ دادن نیستند. به این منظور در این مقاله به روش تحلیل مفهومی دو روش کارکردی و هرمنوتیکی و مزایا و کاستی‌های هر یک به ترتیب مورد نقد و بررسی قرار گرفته است. سپس روش استنتاج علی معرفی و قابلیت آن برای پاسخ‌گویی به پرسش‌های خاصی مورد تحلیل قرار گرفته است. روش یاد شده اغلب برای بررسی و سنجش تأثیر متغیرهای مختلف در حوزه سیاست تطبیقی و اقتصاد سیاسی به کار می‌رود که به تازگی دانشمندان دانش حقوق اساسی تطبیقی نیز از این روش‌ها استفاده می‌کنند. نکته مهم و قابل انتقاد این است که حقوق‌دانان به نحو نظام‌مند و روشمند از روش یاد شده استفاده نمی‌کنند. در پایان اصول و روش‌های درست انتخاب موارد مطالعه و نمونه‌هایی از کاربرد این روش‌ها در این قبیل مطالعات مورد اشاره قرار گرفته است.

کلید واژگان

روش کارکردی - روش هرمنوتیکی - استنتاج علی - تطبیقی.

* استادیار حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

حقوق تطبیقی یکی از رشته‌های دانش حقوق است که نهادها، قواعد، سنت‌ها و رویه‌های نظام‌های حقوقی دیگر را با روش تطبیقی مورد مطالعه قرار می‌دهد. این رشته حقوقی از دیرباز در قالب چند واحد درسی در برنامه درسی دانشکده‌های حقوق در مقاطع مختلف، به فراخور رشته‌ها و گرایش‌های مختلف دانش حقوق، وجود داشته است. با این حال این رشته هرگز در محور مطالعه و برنامه‌ریزی درسی دانشکده‌های حقوق قرار نداشته و به عبارت دیگر در حاشیه مانده است. این وضعیت درست در نقطه مقابل روندی است که در دنیا مشاهده می‌شود. واقعیت این است که دانش حقوق نیز تحت تأثیر روند جهانی شدن و رشد ارتباطات و سرعت انتقال اطلاعات، از یک دانش وابسته به زیست‌بوم محلی و ملی خود به در آمده و در تعامل نزدیک و عمیق با سایر نظام‌های حقوقی قرار گرفته است. بی‌تردید، حقوق خصوصی و رشته‌های زیرمجموعه آن، پیش و بیش از سایر رشته‌های حقوق تحت تأثیر این روندها بوده‌اند؛ اما امروزه حقوق عمومی و به‌ویژه حقوق اساسی نیز پا در همین مسیر نهاده‌اند و حقوق‌دانان در این رشته‌ها نیز از روش تطبیقی در مطالعات خود به وفور استفاده می‌کنند.

اهمیت و ضرورت استفاده از مطالعات تطبیقی در حوزه حقوق عمومی و اساسی، به‌ویژه برای نظام‌هایی مانند نظام حقوقی ایران، از آن جهت دوچندان است که اصل ایده و فکر تأسیس نهادهای اساسی، کم‌وبیش خود ریشه غیربومی دارد؛ به این معنا که اصل و بنیان نهادهای اساسی که در حوزه حقوق عمومی مورد مطالعه قرار می‌گیرند، اغلب صبغه اقتباسی دارند. اگر یکی از غایت‌های مهم مطالعات تطبیقی را شناخت نظام حقوقی خودی از طریق مقایسه و تطبیق آن با موارد دیگر بدانیم، آنگاه حقوق‌دان اساسی مانند سایر شاخه‌های دانش حقوق، هم در مرحله تأسیس و هم در مرحله اصلاح و نوسازی نهادها و قواعد و رویه‌ها، نیازمند مراجعه به اصل و بنیان ایده‌ها و نهادها است. اما پرسش مهم آن است که این کار چگونه باید انجام شود؟ بررسی روش‌شناسی حقوق تطبیقی، و در اینجا به‌طور خاص حقوق اساسی تطبیقی، و تأمل درباره آن، از این جهت مهم است که در آثار و منابع موجود داخلی یا اشاره‌ای به آن نشده و یا در

حد ناقص و ناچیز چند سطری را به خود اختصاص داده است. بررسی انتقادی کتب^۱ و پایان نامه^۲ های حقوق اساسی تطبیقی از حیث روشمندی، به خوبی گویای این مطلب است که مطالعات تطبیقی فاقد راهبردی مشخص و مدون برای تحقیق در یک موضوع با استفاده از روش تطبیقی هستند. این مقاله بر آن است ضمن نقد و بررسی روش‌های رایج در مطالعات حقوق اساسی تطبیقی، جایگاه استفاده از روش استنتاج علی در این قبیل مطالعات را تحلیل کند.

۱. روش تطبیقی به مثابه روش شناخت

یکی از روش‌های مهم شناخت پدیده‌ها، دسته‌بندی و تمایز آنها از یکدیگر از طریق روش مقایسه یا تطبیق است. در این روش از طریق کشف شباهت‌ها و تفاوت‌ها، مقولات یا پدیده‌ها در طبقات و دسته‌های جداگانه‌ای قرار داده می‌شوند؛ مانند آنچه در منطق ارسطویی جنس (پدیده‌های مشابه) و فصل (پدیده‌های متفاوت) نامیده می‌شود. لوی اشتراوس، انسان شناس فرانسوی، «ساختار ذهن انسان را بر منطق دو دویی^۳ استوار می‌داند که در اساس چیزی جز شناخت از طریق کشف شباهت‌ها و تفاوت‌ها نیست.»^۴

منظور از این روش، بررسی تطبیقی مواردی است که از جهاتی مشابه با یکدیگر هستند و از جهات مهمی نیز با یکدیگر تفاوت دارند. از روش تطبیقی به‌طور گسترده‌ای در مطالعه پدیده‌های اجتماعی استفاده می‌شود. در این روش، پرسش مهم این است که چرا موارد ظاهراً مشابه، نتایج متفاوت به بار می‌آورند. ویگور در تعریف روش تطبیقی خاطر نشان می‌کند: «تطبیق یا مقایسه عبارت است از استخراج برخی نقاط افتراق و نقاط اشتراک بر اساس معیار و رویکردی

۱. برای نمونه نگاه کنید به: کتاب حقوق اساسی تطبیقی، تألیف دکتر سید جلال الدین مدنی، انتشارات جنگل جاودانه،

۱۳۸ و کمال الدین هریسی نژاد، چاپ دوم، تبریز، انتشارات آیدین، ۱۳۹۰.

۲. مطالعه نگارنده در ۱۶ پایان‌نامه کارشناسی ارشد (به‌عنوان نمونه، عمدتاً در حوزه حقوق اساسی تطبیقی) در دانشکده حقوق یکی از دانشگاه‌های کشور از نظر رعایت ملاحظات روش‌شناسی نشان می‌دهد که بخش روش‌شناسی در این پایان‌نامه‌ها یا وجود ندارد یا به روش‌های عمده مطالعات حقوق اساسی تطبیقی هیچ اشاره‌ای نشده است. همچنین به منطق‌گزینش مورد یا موارد مطالعه اشاره‌ای نشده است.

3. Binary.

۴. کوثری، مسعود، روش مقایسه‌ای، در: عباس منوچهری (به اهتمام)، رهیافت و روش در علوم سیاسی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.

که در باید در ابتدای تحقیق تعریف شود»^۱ روش تطبیقی بر بررسی نمونه‌های مورد مطالعه (اعم از نمونه‌های زیاد یا کم) استوار است و این احتمال داده می‌شود که اگر در نمونه‌های مورد مطالعه، یک نمونه واجد پیامدی است و نمونه دیگر چنین نیست، حتماً عامل مولدی در یکی هست که در دیگری آن عامل مولد غایب است. «به دنبال کشف تفاوت‌ها، شخص پژوهشگر به دنبال کشف عواملی می‌رود که حضور و غیبت‌شان چنان با حضور و غیبت آن تفاوت‌ها هماهنگ است که می‌توانند به منزله علل پدیده مورد تبیین نامزد گردند.»^۲

۲. روش تطبیقی در مطالعات حقوق اساسی

دانشمندان از دیرباز از همین منطق برای دسته‌بندی و تمایز انواع حکومت‌ها از یکدیگر استفاده کرده‌اند. اولین نمونه‌های مطالعات تطبیقی در شناخت و دسته‌بندی حکومت‌ها به یونان باستان باز می‌گردد؛ ارسطو در بخش دوم کتاب معروف خود، سیاست، برای نظریه‌پردازی راجع به طراحی بهینه نظام‌های حکومتی، به مقایسه سازمان حکومت‌های اسپارت، کورت و کارتاژ می‌پردازد و شیوه‌های حکمرانی در آنها را با یکدیگر مقایسه می‌کند.^۳ متفکران کلاسیک امپراطوری‌های چین و هند درباره شیوه‌های ماهرانه حکمرانی از منظر هنجاری تأمل کرده و مطالب ارزنده‌ای عرضه کرده‌اند. بسیاری از روشنفکران و دانشمندان برجسته غربی، از ماکیاولی گرفته تا مونتسکیو و جان استوارت میل، نیز تلاش‌های فکری خود را بر یافتن بهترین شیوه‌های حکمرانی معطوف کردند. در قرن هجدهم، به غیر از مونتسکیو، افراد کمتر شناخته شده‌ای مانند مونتفرید آخن وال و وون ژوستی، به مطالعه اشکال سیاسی حکومت‌ها پرداختند. در قرن نوزدهم نیز طراحان نظام حقوق اساسی در کشورهای آمریکای لاتین و اروپای غربی و حتی ژاپن در

1. Samuel, G., Does one need an understanding of methodology in law before one can understand methodology in comparative law? In Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing, 2011, p.182.

۲. لیتل، دانیل، تبیین در علوم اجتماعی؛ درآمدی بر فلسفه علم الاجتماع، ترجمه عبدالکریم سروش، تهران: انتشارات صراط، ۱۳۸۸.

۳. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۴۹.

جستجوی یافتن بهترین ترتیبات نهادی برای حکمرانی مؤثر و کارآمد بودند و نهایت اینکه قرن نوزدهم، شاهد شکل‌گیری دانش جدیدی به نام حقوق تطبیقی بود.^۱

حقوق اساسی تطبیقی به‌مثابه یک دانش، به‌طور خاص به مطالعه و مقایسه نظام‌مند قوانین اساسی جوامع سیاسی مختلف می‌پردازد. اما قانون اساسی چیست؟ در پاسخ می‌توان میان معنای شکلی و ماهوی قانون اساسی تمایز قائل شد. در معنای شکلی، قانون اساسی به سند مدونی اشاره دارد که حاوی قواعد و اصولی است که بر سایر قواعد حقوقی برتری دارد و به آنها اعتبار و جاهت قانونی می‌بخشد. در معنای ماهوی، منظور از قانون اساسی، مجموعه‌ای از قواعد و هنجارها هستند که حکومت را تأسیس کرده و آن را سازماندهی می‌کند و محدوده‌های قدرت آن را به‌نحو توصیفی و تجویزی تعریف و تعیین می‌کند.^۲ با توجه به این دو معنا، می‌توان کشورهای مختلف را بر روی طیفی قرار داد که در یک سر آن، برخی از آنها معنایی کاملاً شکلی از قانون اساسی را اتخاذ کرده‌اند، و برخی دیگر واجد مفهوم ماهوی قانون اساسی هستند. به‌عبارت دیگر منظور از مفهوم ماهوی قانون اساسی، وجود اندیشه مشروطه‌گرایی به معنای حکومت مشروط و محدود و مبتنی بر حاکمیت قانون است. در این معنا می‌توان گفت هیچ رابطه ضروری میان قانون اساسی و حکومت مشروطه وجود ندارد؛ گرچه معمولاً میان این دو مفهوم نوعی مقارنت وجود دارد. برخی از کشورها ممکن است قانون اساسی شکلی داشته باشند ولی فاقد حکومت مشروطه باشند و بر عکس. بنابراین گرچه مطالعه قوانین اساسی در محور دانش حقوق اساسی تطبیقی قرار دارد، اما مقصود تنها متون نوشته‌ای نیست که در اغلب کشورها وجود دارد بلکه بافت سیاسی، نحوه تقسیم قوای واقعی، ساختار واقعی قدرت و نظایر آن در یک جامعه سیاسی نیز در حوزه مطالعه حقوق اساسی تطبیقی قرار دارد.

۳. هدف مطالعات حقوق اساسی تطبیقی

یکی از انگاره‌های رایج درباره هدف حقوق تطبیقی این است که هدف اصلی این رشته هماهنگ‌سازی^۱ حقوق است نه یکی کردن^۲ آن. از این‌رو، در حقوق تطبیقی نه یک کشور بلکه

1. Dixon, R., Ginsburg, T., Introduction, in Comparative Constitutional law, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), UK: Edward Elgar publishing, 2011, p.1.

2. Claes, M., Constitutional law, in Elgar encyclopedia of comparative law, Jan, M. Smite, UK: Glos. 2006, pp.187-199. P. 188.

چندین کشور مورد مطالعه قرار می‌گیرد. از نظر بسیاری از حقوق‌دانان تطبیقی، تمرکز اصلی این رشته بر تحلیل دینامیک‌های داخلی و اصول حقوقی موجود در کشورهای مورد مطالعه قرار دارد. به‌طور کلی عده‌ای از دانشمندان معتقدند مشکلات حقوقی که جوامع با آن مواجه هستند، اساساً با یکدیگر شباهت دارند و راه‌حلی‌هایی که می‌توان برای حل آنها پیشنهاد کرد نیز جنبه همگانی و عام دارد. در مقابل عده‌ای دیگر بر این باور هستند که مسائل حقوق اساسی هر جامعه، خاص زیست‌بوم و در پیوند مستحکم با بسترهای تاریخی همان جامعه است و به همین سبب مسائل و راه‌حل‌های آن نیز نمی‌تواند مشابه و عام‌الشمول باشد. از جمله طرفداران مهم‌گرایش اخیر، مونتسکیو است که بخش‌های زیادی از کتاب *روح القوانین* را به این موضوع اختصاص داده است. او معتقد بود قوانین هر جامعه باید برای کسانی که این قوانین بنا است بر آنها حاکم باشد مناسب و متناسب باشد.^۳ برخی نظرات در میانه این دو نظر مطرح شده است؛ با این توضیح که گرچه مسائل و مشکلات شبیه یکدیگر هستند اما با توجه به شرایط و اوضاع و احوالی که یک جامعه را از جامعه دیگر متمایز می‌سازد، راه‌حل‌ها می‌تواند متفاوت باشد. بنابراین مأموریت اصلی حقوق اساسی تطبیقی از رهگذر تطبیق و مقایسه، برجسته کردن تفاوت‌ها و نشان دادن خصائص هر جامعه سیاسی در وهله اول و یافتن راه‌حل‌های متناسب با آن شرایط در وهله دوم است.^۴

مطالعه ادبیات موجود در حقوق اساسی تطبیقی نشان می‌دهد که نویسندگان مختلف اهداف متفاوت و متعددی را برای حقوق اساسی تطبیقی بر شمرده‌اند. این اهداف عبارتند از نخست، شناخت نظام‌های بهتر نظام حقوق اساسی خود محقق یا نظام حقوقی کشور دیگر به‌ویژه از طریق توصیف پرمایه و عمیق آنها.^۵ به این منظور از مطالعه موردی یک کشور استفاده می‌شود. البته درباره تطبیقی بودن مطالعه موردی یک کشور میان صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد.^۶

1. Harmonization.

2. Unification.

۳. مونتسکیو، *روح القوانین* (جلد اول)، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر.

4. Rosenfeld, M. and Sajo, A., Introduction, in *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Rosenfeld, M. and Sajo, A., (eds), Oxford, Oxford University Press 2012. pp.24-25.

5. Jackson, V. C., *Methodological challenges in comparative constitutional law*, Georgetown Public law and Legal Theory Research Paper No 11, 11. 2010, p. 320.

ع. کوثری، پیشین، ۲۷۴.

هدف دوم دسته‌بندی نظام‌های حقوق اساسی است. به جز طبقه‌بندی نظام‌های حقوقی کشورها در خانواده‌های بزرگ حقوقی، در حقوق اساسی دسته‌بندی‌ها و طبقه‌بندی‌های متعدد و متفاوتی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌عنوان نمونه، نظام‌های حکومتی تحت سه دسته بزرگ پارلمانی، ریاستی و مختلط یا نیمه‌ریاستی نیمه‌پارلمانی تقسیم می‌شود. همچنین کشورها از نظر تقسیم قوای عمومی به چندپارچه و بسیط یا فدرالی و تکبافت و نظایر آن تقسیم می‌شوند. این کار بیشتر در راستای فهم پیچیدگی‌ها و کشف ترتیبات حقوق اساسی کشورهای متعدد و کشف و استخراج الگوهای حقوق اساسی انجام می‌شود.^۱

هدف سوم از مطالعات تطبیقی، به‌ویژه در علوم سیاسی و حقوق اساسی که پیوندی عمیق با یکدیگر دارند، عبارت است از استنتاج علی و آزمون فرضیه‌ها. در این روش دانشمندان می‌کوشند از طریق مطالعه تعداد معدود یا تعداد زیادی از کشورها رابطه علی و معلولی یا تأثیر و تأثر یا مقارنت دو یا چند پدیده را کشف و تبیین کنند. برای مثال به منظور پاسخ به این پرسش که انتخاب نظام‌های حکومتی چه تأثیری بر ثبات قوه مجریه دارد، یکی از برجسته‌ترین طرف‌داران نظام پارلمانی، جان لینز، با مطالعه کشورهای آمریکای لاتین در خلال سال‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۷۰ که در آنها نظام ریاستی به تقلید از آمریکا رواج پیدا کرد و مقایسه آنها با برخی از نظام‌های پارلمانی، نتیجه گرفت که خطر فروپاشی نظام‌های ریاستی به مراتب بیشتر از نظام‌های پارلمانی است.^۲

در مجموع می‌توان انگیزه و هدف اصلی مطالعات تطبیقی را تلاش برای یافتن بهترین نهادها یا راه‌حل‌ها و به‌طور خاص در حقوق اساسی تطبیقی نزدیک شدن به استانداردهای حکمرانی خوب دانست. به گفته زویگر و کوتز، «مراجعه به حقوق تطبیقی اغلب در پی احساس عدم رضایت از راه حل اتخاذ شده در نظام حقوقی خود محقق است که او را به این پرسش رهنمون می‌کند که شاید نظام حقوقی دیگر راه‌حل بهتری اتخاذ کرده باشد».^۳ به عبارت دیگر یافتن نظام حقوق اساسی بهتر یا راه‌حل‌های بهتری که در سایر نظام‌ها ابداع و به کار گرفته می‌شود، هدف ثابت

1. Jackson, V., Comparative constitutional law: methodologies, in The Oxford handbook of comparative constitutional law, Rosenfeld, M. and Sajo, A., (eds), Oxford, Oxford University Press, 2012, p.63.

۲. وکیلان، حسن، پیامدهای نهادی انتخاب نظام‌های حکومتی، مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۸۵.

3. Zweigert, K., Kotz, H., Comparative law, Oxford: Oxford University Press, 1995. p.34.

این قبیل مطالعات بوده است. این هدف خود را در قالب ایجاد قوانین اساسی جدید یا اصلاح قوانین اساسی موجود نشان می‌دهد. برای نمونه در آمریکا نویسندگان فدرالیست مرتبا در جهت توجیه اندیشه‌های خود در طراحی یک نظام سیاسی (قانون اساسی آمریکا) جدید، به تجربه‌های کشورهای خارجی استناد می‌کردند و تطبیق و مقایسه، منبع الهام بخش و عامل موجهه ایده‌ها و اندیشه‌های ایشان بود. در جریان انقلاب فرانسه نیز ترجمه قوانین اساسی ایالت‌های مختلف آمریکا به یکی از مهم‌ترین منابع فکری انقلابیون تبدیل شد و مقایسه ترتیبات حقوق اساسی آمریکا و انگلستان در مذاکرات مجلس مؤسسان فرانسه امر رایجی بود. همچنین در دوران معاصر قوانین اساسی مختلفی از جمله بخش اول (منشور حقوق بشر و آزادی‌های) قانون اساسی کانادا در ایجاد قوانین اساسی آفریقای جنوبی، نیوزلند و هنگ کنگ تأثیر بسزایی داشته است.^۱

علاوه بر ایجاد و اصلاح قوانین اساسی، یکی از مهم‌ترین اهداف توسل به مطالعات حقوق اساسی تطبیقی، و به‌طور خاص در مقام اعمال کنترل قضایی، تفسیر قوانین اساسی ملی کشورها است؛ به‌ویژه اگر این امر از سوی خود قوانین اساسی کشورها مورد تأیید و تأکید قرار گرفته باشد. برای نمونه، دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، دادگاه‌ها را مکلف می‌کند در هنگام تفسیر منشور حقوق، حقوق کشورهای خارجی را در نظر بگیرند.^۲ هرشل در توضیح این رویکرد خاطرنشان می‌کند که دادگاه قانون اساسی در آفریقای جنوبی در موضوع مغایر بودن مجازات اعدام با قانون اساسی، به‌طور مفصل رویه‌های قضایی در کشورهای کانادا، آلمان، هنگ کنگ، مجارستان، هند، جامائیکا، تانزانیا، ایالات متحده آمریکا، دادگاه اروپایی حقوق بشر و نظایر اینها را مورد بررسی قرار داده است.^۳

بنابراین اهداف و کاربردهای حقوق اساسی تطبیقی، مختلف و متفاوت است و همین اهداف مختلف خود تعیین‌کننده ماهیت و روش مطالعه در حقوق اساسی تطبیقی است. در ادامه پس از مرور برخی روش‌های عمده و پر کاربرد مطالعه در حقوق اساسی تطبیقی، روش استنتاج علی به‌عنوان رویکرد جدید در این رشته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

1. Rosenfeld and Sajo, Op. cit. p.20.

2. ibid, p.23.

3. Hirschl, R., The rise of comparative constitutional law: taught on substance and method, in The research handbook in comparative constitutional law, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p.12.

۴. برخی روش‌های عمده تحقیق در دانش حقوق اساسی تطبیقی^۱

منظور از متد یا روش، در پیش گرفتن راهی یا معین کردن گام‌هایی است که باید برای رسیدن به هدفی با نظم خاص دنبال شود.^۲ روش در علم، ناظر بر شیوه حل یک مسئله است و خود مسئله و نوع آن می‌تواند محقق را به انتخاب ابزار و شیوه حل آن دلالت کند. بنابراین، نوع پرسش مطرح شده در هر تحقیق، تعیین‌کننده روش مناسب برای پاسخ به آن است. مثلاً کارکرد نهاد آبودزمان (یا بازرسی) چیست؟ نهاد‌های مشابهی که در سایر نظام‌های حقوقی وجود دارند کدام هستند؟ چه تفاوت‌ها و شباهت‌هایی میان آنها وجود دارد؟ این قبیل پرسش‌ها بیشتر ناظر به کارکرد یک نهاد است. اما برخی پرسش‌ها که در دانش حقوق اساسی تطبیقی مطرح می‌شود، جنس متفاوتی از انواع پرسش‌های مطرح شده در بالا دارند. به‌عنوان مثال، علت تفاوت نظام‌های حقوق اساسی یا قوانین اساسی چیست؟ چرا برخی از نظام‌های حقوق اساسی پایدار و با ثبات هستند و برخی دیگر بیشتر در معرض فروپاشی و اضمحلال هستند؟ و پرسش‌هایی نظیر آن که به تازگی مورد توجه حقوق‌دانان تطبیقی قرار گرفته است.^۳

نوع اخیر پرسش‌ها به روش‌های تفسیری یا کارکردی قابل پژوهش نیستند؛ زیرا، در اینجا مسئله فهم معنای عبارات یک متن مانند قانون اساسی و کشف معنای آن نیست. همچنین از کارکرد یک نهاد در سطح خرد پرسشی به میان نیامده است. هرشل در این باره خاطر نشان می‌کند که پرسش‌های بنیادین درباره هدف و عقلانیت پژوهش تطبیقی، در دانش حقوق اساسی تطبیقی محوریت نیافته است و روش پرداختن به این قبیل پرسش‌ها در حقوق اساسی تطبیقی نیز همچنان نامدون و نامشخص است.^۴

۱. نویسندگان مختلف گاه ذیل عنوان روش و گاه با عنوان رویکرد در این باره سخن گفته‌اند. در مجموع در این مطالعه، فهرست جامع و مورد اجماعی در خصوص روش‌های تحقیق در حقوق اساسی تطبیقی به دست نیامد. با این حال برای مشاهده فهرست نسبتاً مفصل‌تر نگاه کنید به:

Jackson, V., Comparative constitutional law: methodologies, in *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Rosenfeld, M. and Sajo, A., (eds). Oxford, Oxford University Press, 2012, pp 62-80.

۲. کاز، پیتر، *روش علمی، در علم شناسی فلسفی*، ترجمه و تألیف عبدالکریم سروش، تهران: انتشارات صراط، ۱۳۸۸.

3. Whytock, C., A., Taking the causality seriously in comparative constitutional law: insights from comparative politics and comparative political economy. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2008, Vol. 41. pp. 629-630.

4. Hirschl, op. cit. p. 26.

۴.۱. روش کارکردی^۱

برخی از حقوق دانان تطبیقی مانند زویگرت و کوتز معتقدند روش کارکردی تنها روش مفید در مطالعات حقوق تطبیقی است. زویگرت و کوتز در این باره تصریح می‌کنند: «روش‌شناختی بنیادین برای حقوق تطبیقی روش کارکردی است. از این اصل بنیادین است که کلیه قواعد دیگر در خصوص انتخاب قواعد مورد مقایسه، دامنه آن... ناشی می‌شود».^۲ با این حال ایشان یادآوری می‌کنند که روش مطالعه کارکردی بیشتر مناسب و متناسب با موضوعاتی است که در حقوق خصوصی مطرح می‌شود.^۳

در روش کارکردی مسئله اصلی این است که کدام نهاد در یک نظام کارکرد مشابهی در نظام دیگر دارد. این تحقیق با یک مسئله اجتماعی یا یک نیاز و نهادی که به این مسئله یا نیاز می‌پردازد آغاز می‌شود و سپس همین موضوع را در سایر جوامع مورد بررسی قرار می‌دهد؛ به این معنا که در نظام‌های حقوقی یا جوامع دیگر قواعد و نهادها چگونه با این مسئله یا نیاز برخورد می‌کنند. روش کارکردی در پی کشف شباهت‌ها، نهاد بهتر، قانون یا قاعده بهتر، فراگیرتر و نظام‌مندتر است. زویگرت و کوتز این روش را در حقوق تطبیقی مبنایی می‌دانند، زیرا، این امکان را فراهم می‌کند که نهادهای [حقوقی] را به اجزای مستقل تجزیه کرده و به‌طور مستقل مورد مطالعه قرار دهیم.^۴

برخی از صاحب‌نظران ضمن تأکید بر اینکه مبنای مقایسه در مطالعات تطبیقی سطح خرد باید مشابهت کارکردی باشد، در توضیح واژه «کارکرد» خاطرنشان می‌کنند که کارکرد یک قاعده یا نهاد را از روی پاسخگویی به نیازها می‌توان تشخیص داد. بر این اساس حقوق‌دان تطبیقی در جستجوی نهادها و قواعدی است که به مسئله مشابهی پاسخ می‌دهند یا راه‌حل‌های مشابهی برای این مسائل ارائه می‌دهند. مبنای روش کارکردی این پیش فرض است که مسائل مشابه در

1. Functional.

2. Zweigert and Kotz, op. cit. p. 34.

3. Whytock, op. cit. p. 455.

4. Samuel, G., (2011), Does one need an understanding of methodology in law before one can understand methodology in comparative law? In Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing, 2011 pp. 65-66.

نظام‌های حقوقی مختلف راه‌حل‌های مشابه دارند، ولی از مسیرهای متفاوت. همین مشابهت مسائل است که امکان تطبیق و مقایسه را فراهم می‌کند.^۱

مطالعات تطبیقی با استفاده از روش کارکردی صرفاً جنبه هنجاری ندارد، یعنی محقق در صدد ارزیابی بهتر یا بدتر بودن موضوع مطالعه نیست، بلکه پرسش اصلی این است که چگونه نهادهای مختلف می‌توانند نقش‌های مشابه یا معادل ایفا کنند. یا چگونه تفاوت‌ها در طراحی نهادی حقوق اساسی می‌تواند با تفاوت‌های گسترده در جامعه سیاسی یا رفتار منطبق باشند.^۲

وایتوک بر این باور است که بسیاری از آثار تحقیقی در حوزه مطالعات حقوق اساسی که درباره کنترل قضایی، تفکیک قوا و فدرالیسم نوشته شده است، از این روش استفاده شده است.^۳

یکی از مزیت‌های روش کارکردی این است که موانع زبانی را در می‌نوردد و به هسته و کارکرد نهادها و قواعد حقوقی می‌پردازد. همچنین روش کارکردی بر رابطه میان حقوق و جامعه نور می‌تاباند و محقق را از ذهنیت‌گرایی حقوقی‌رهایی می‌بخشد. زویگر و کوتز در اثر مهم خود با عنوان *مقدمه‌ای بر حقوق تطبیقی* تصریح می‌کنند: «رویکرد کارکردی در حقوق تطبیقی بر زندگی واقعی متمرکز است که اغلب پشت مفاهیم نظام‌های حقوقی ملی مخفی شده است».^۴

روش کارکردی نه تنها به حقوق‌دان تطبیقی اجازه می‌دهد که هدف از یک قاعده را شناسایی کند، بلکه امکان ارزیابی آن هدف را نیز فراهم می‌کند.

با این حال، انتقادهایی به روش کارکردی مطرح شده است. ساموئل مهم‌ترین انتقادهای وارد شده به روش کارکردی را به شرح زیر خلاصه می‌کند: اولین کاستی، ابهام در خود معنای کارکرد است. برخی از نویسندگان تا هفت معنای متفاوت برای کارکرد شناسایی کرده‌اند. مشکل دیگر تمیز میان هدف و کارکرد است. ایراد سوم و مهم این است که این روش چیزی زیادی درباره ساختار داخلی واقعی یک نظام حقوقی به ما نمی‌گوید یا درباره چگونگی بوجود آمدن یک ساختار ساکت است؛ «این روش اطلاعات اندکی راجع به دینامیک‌های نظام‌های حقوقی ارائه می‌کند و اینکه چگونه یک نظام حقوقی در طول زمان توسعه و تغییر یافته است».^۵ در جمع‌بندی می‌توان

1. Örucu, A. E., Methodology of comparative law, in Elgar Encyclopedia of comparative law, Jan, M. Smith (ed), UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 443.

2. Jackson, 2012, op. cit. p. 66.

3. Whytock, op. cit. p. 637.

4. Zweigert and Kotz, op. cit. p. 45.

5. Samuel, 2014. op. cit. p. 79.

گفت روش کارکردی چنانچه صرفاً بر کارکرد یا هدف نهادها، قواعد یا رویه‌های حقوقی متمرکز باشد، نمی‌تواند همواره ابزار مناسبی برای پاسخ به همه پرسش‌های قابل طرح در حقوق تطبیقی باشد؛ به‌ویژه جایی که جنس پرسش مطرح‌شده، نیازمند مطالعه بافت و زمینه‌های تاریخی، سیاسی، اقتصادی یک پدیده حقوقی باشد. شاید به همین سبب است برخی نویسندگان مانند زویگر و کوتز، مطلوبیت این روش را بیشتر برای مطالعات حوزه حقوق خصوصی ارزیابی می‌کنند تا حقوق عمومی.

۴.۲ روش هرمنوتیکی (معناکاوانه)

یکی از روش‌های فهم پدیده‌های اجتماعی در پژوهش‌های علوم اجتماعی، معنا کاوی یا هرمنوتیک است. لیتل معتقد است: «هدف تحقیق اجتماعی عبارت است از بازسازی معنا و محتوای اعمال و نظم‌های اجتماعی. ... به این معنی که پدیده‌های اجتماعی را همچون متنی می‌بیند که معنای عناصر مختلف حوادث و اعمال اجتماعی را باید به کمک بازسازی خلاق از دورن آنها در آورد.»^۱

با این توضیح می‌توان ادعا کرد که دانش حقوق که بخش عمده آن به تفسیر متون قانونی یا آرای دادگاه‌ها و انتخاب تفاسیر درست اختصاص دارد، از دیر باز (امپراطوری روم) بسیار زیاد به دانش هرمنوتیک متکی بلکه مبتنی بوده است.^۲ در استدلال‌های حقوقی، بخش عمده کار حقوق‌دان، تفسیر کلمات قانون و گرفتن نتیجه‌ای است که تفسیر مختار او از کلمات قانون را تأیید می‌کند. مک کرومیک معتقد است حقوق‌دان تلاش می‌کند توضیح دهد قانون از نقطه‌نظر عضوی از اعضای جامعه که یک قاعده حقوقی را به‌مثابه راهنمای عمل پذیرفته و به کار می‌برد، چه معنایی می‌دهد. صاحب‌نظرانی مانند ایوالد از این دیدگاه طرف‌داری می‌کنند؛ وی معتقد است ما باید تلاش کنیم نظام حقوقی را آنچنان که به نظر مشارکت‌کنندگان آن می‌رسد، تبیین کنیم ولو اینکه دیدگاه‌های ایشان مانند دیدگاه حقوق‌دانان قرون وسطی که موش را محاکمه

۱. لیتل، پیشین، ۱۱۳.

2. Hoecke, M. V., Legal doctrine: which method (s) for what kind of discipline? in Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke (ed), Oxford: Hart Publishing, 2011. p 5.

می‌کردند، عجیب به نظر برسد.^۱ بنابراین گوهر روش هرمنوتیکی عبارت است از هنر تفسیر و هدف آن فهم درون یک پدیده از علامت‌های بیرونی است. از این روش در ابتدا برای فهم کلام باری در متون مقدس استفاده می‌شد. این کار از طریق تفسیر محتاطانه انجام می‌شود. اما استفاده از این روش به تدریج از انحصار فهم کلام باری خارج شد.^۲

جان بل در توضیح روش هرمنوتیکی خاطر نشان می‌کند: «قواعد و اصول حقوقی به مثابه دلایل معتبر برای عمل هستند و این رویکرد با تحلیل‌های تجربی و عقلانی در دیگر شاخه‌های علوم اجتماعی در تعارض است. ویژگی حقوق این است که در آن متن‌هایی وجود دارد که پاسخ صحیح باید از آنها استنباط شود.»^۳

اهمیت روش هرمنوتیکی در آن است که محقق را ملزم می‌کند ترتیبات نهادی‌ای که قانون از درون آن سر بر می‌آورد و مورد استفاده قرار می‌گیرد را درک کند. البته برخی از حقوق دانان تطبیقی تکیه بر بافت در مطالعات حقوق تطبیقی را رد می‌کنند. واتسون معتقد است ما در حقوق، به دنبال نمونه‌های مفیدی برای راه‌حل‌های حقوقی در سایر نظام‌ها هستیم تا بتوانیم آنها را به عاریت بگیریم و به نظام حقوقی داخلی پیوند بزنیم. از نظر واتسون، این فرایند حداقل گاه منعضل از تغییرات اقتصادی و فرهنگی کشور پذیرنده این پیوند است. از سوی دیگر ایوالد این تز - یعنی تز جدایی و انفصال بافتار^۴ - را رد می‌کند و معتقد است نمی‌توان در این پیوند به صرف قواعد متمرکز بود و باید به بافتار وسیع یک نظام حقوقی که قرار است کار پیوند در آن انجام شود توجه کرد.^۵ بر خلاف زویگر و کوتز که روش کارکردی را بهترین روش در مطالعات تطبیقی می‌دانند، پییر لگراند مناسب‌ترین روش در مطالعات تطبیقی را روش هرمنوتیکی می‌داند. از نظر او کار حقوق دان تطبیقی صرفاً مقایسه قواعد نیست زیرا، قواعد چیزی جز یک رشته کلمات نیستند؛ آنها ظاهر سطحی حقوق هستند. آنچه یک حقوق دان تطبیقی باید انجام دهد، فراتر رفتن از این ظاهر و کشف ذهنیت فرهنگی است که این قواعد در آن بیان شده است. این قاعده نیست

1. Bell, J., Legal research and the distinctiveness of comparative law, in methodologies of legal research: what kind of method for what kind of discipline, Mark, Van Hoecke (ed), Oxford: Hart publishing, 2011, p.159.

2. Samuel, op. cit., p.86-87.

3. Bell, op. cit. p.175-176.

4. insulation thesis.

5. ibid, p.170.

که باید در محور مقایسه قرار گیرد بلکه بستر سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و ایدئولوژیکی قاعده باید در محور مقایسه قرار گیرد.^۱

با این حال، آنچه بیشتر در محور مطالعات تطبیقی قرار می‌گیرد، تفسیر متون است و برخی از حقوق دانان مانند ساموئل اظهار کرده‌اند که مشکل اصلی دانش حقوق تطبیقی این است که بسیار زیاد گرفتار مقایسه متون و قواعد است. مطالعه آنها معمولاً به بررسی دو یا چند گزاره هنجاری ختم می‌شود، بدون اینکه بدانند که قابلیت این متون در ساختن آنچه به آن واقعیت اجتماعی گفته می‌شود محدود هستند.^۲

یکی از ویژگی‌های مهم تفاوت نظام حقوق کامن لا و مدون عبارت است از اینکه بیشتر محققان حقوق، به‌ویژه دکترین در فرانسه، در درون مفهومی کار می‌کنند که پارادایم مرجع^۳ نامیده می‌شود. در پارادایم مرجع، ابزار فهم عبارت است از هرمونتیک در رابطه با یک متن (مانند قانون موضوعه و حکم دادگاه) که اعتبار مرجع آن هیچ‌گاه زیر سؤال نمی‌رود. محوریت متن به محقق تطبیقی صرفاً اجازه می‌دهد که اندکی بیش از معیارهای روش‌های استدلال استقرایی و استدلال استنتاجی استفاده کند، زیرا، حتی استفاده از روش کارکردی مستلزم آشنایی خاصی با رشته‌های علوم اجتماعی است. متخصصان حقوق تطبیقی در این پارادایم، تمام اهتمام خود را بر مخرج مشترک‌ها متمرکز می‌کنند و هدف مطالعه حقوقی فقط متون است. مخرج مشترک‌ها نیز چیزی بیش از تصریحاتی که از متون استخراج شده نیستند. این روش نیز بر این پیش فرض استوار است که به دنبال موارد مشابه با یکدیگر باشند نه موارد متفاوت.^۴

محدود ماندن مطالعات حقوق اساسی تطبیقی به متون رسمی می‌تواند ضعف بزرگی برای این دانش تلقی شود. برای نمونه چنانچه محقق در شناخت نظام حقوق اساسی یک کشور فقط به اصول قانون اساسی بسنده کند و سعی در فهم و تفسیر مفاد آن داشته باشد، معلوم نیست تا چه حد می‌تواند به واقعیت ترتیبات حقوق اساسی پی ببرد. خاصه آنکه همواره میان ترتیبات حقوق

1. Samuel, G., Epistemology and comparative law, in Epistemology and methodology in comparative law, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing. 2004. p. 60-61.

2. Samuel, 2014. Op. cit. 172.

3. Authority paradigm.

4. Samuel, G., Does one need an understanding of methodology in law before one can understand methodology in comparative law? In Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 179.

اساسی واقعی و شکلی شکاف عمده‌ای وجود دارد. وانگهی برخی مطالعات که نیازمند بررسی تأثیر و تأثر عوامل مختلف دخیل در بروز یک پدیده حقوقی هستند، از طریق به کار بردن روش هرمونتیک یا تفسیر امکان‌پذیر نیستند.

البته برخی نویسندگان گسترش دامنه روش در حقوق تطبیقی را تا این حد به‌طور کلی رد می‌کنند. از نظر پروفیسور فووقه کوسن، نقش اصلی حقوق‌دان دانشگاهی تولید دکترین است. این رویکرد حقوق را منحصر از منظر درونی که هدف آن تحلیل یا تبیین سازگار و منطقی متن قانونی یا تصمیم دادگاه است می‌بیند.^۱

۴.۳ استنتاج علی^۲

یکی از مهم‌ترین اشتغالات دانشمندان علوم اجتماعی، کشف رابطه علی میان پدیده‌ها است. روابط علی در حوزه تحلیل‌های اجتماعی بسیار متنوع است و شامل «اعمال فردی، اعمال جمعی، ساختارهای اجتماعی، فعالیت دولت، اشکال مختلف سازمانی، نظام‌ها، ارزش‌ها، انجای تجلیات فرهنگی، روابط اجتماعی و شئون جغرافیایی و بوم‌شناختی، محیط زندگی... و نظایر اینها می‌شوند».^۳

در تحلیل‌های علی، سه‌گونه رابطه را می‌توان تشخیص داد: نخست مفهوم مکانیسم علی که علت را به معلول پیوند می‌دهد؛ مفهوم تلازم میان دو یا چند متغیر؛ و مفهوم شرط لازم بودن یا کافی بودن حادثه‌ای برای وقوع حادثه دیگر.^۴

اهمیت استفاده از استنتاج علی با استفاده از روش تطبیقی یا مقایسه‌ای در انواع علوم اجتماعی در آن است که در این قبیل علوم تقریباً اصلاً نمی‌توان از روش تجربی استفاده کرد^۵ به این معنا که فراهم کردن یکی از شروط مهم آزمون تجربی که همانا تکرارپذیری پدیده‌ها در شرایط یکسان است، در علوم اجتماعی با دقت و همانندی علوم تجربی تقریباً ناممکن است. مثلاً اگر بنا

1. ibid, p 180.

2. Causal inference .

۳. لیتل، پیشین، ۱۹.

۴. همان، ۲۰.

۵. مک کی، تام و دیوید مارش، روش مقایسه‌ای، در: دیوید مارش و جری اسکوتر، روش و نظریه در علوم سیاسی، ترجمه امیر محمد یوسفی، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۷.

به طراحی نظام حکومتی برای یک جامعه سیاسی باشد، نمی‌توان انواع الگوهای نظام‌های حکومتی را به حفظ ثبات سایر شرایط یک به یک آزمود و سپس دست به انتخاب نهایی آنها زد. علوم اجتماعی و انسانی از این جهت با علوم تجربی متفاوت است. اما مطالعه تطبیقی با شرایط و لوازم بسیار، می‌تواند این نقیصه را تا حدی جبران کند.

در تبیین‌های علی، محقق از صرف توصیف یک پدیده فراتر می‌رود و در صدد کشف رابطه غالباً علی و معلولی میان متغیرها یا عوامل متعدد می‌پردازد. این کار اغلب از طریق گردآوری داده‌های بیشتر کمی در مقیاس زیاد انجام می‌شود؛ روشی که در علوم اجتماعی و تحلیل آماری پدیده‌های اجتماعی بسیار رایج است. ممکن است ادعا شود که استفاده از چنین روش‌هایی گرچه برای حقوق‌دان اساسی مفید است، اما جزء روش‌شناسی خاص رشته حقوق محسوب نمی‌شود، زیرا، موضوع اصلی حقوق تبیین‌های علی نیست و این امر بر عهده سایر علوم اجتماعی است. گرچه حقوق‌دانان می‌توانند از این روش‌ها که اغلب در دانش سیاست تطبیقی و اقتصاد سیاسی مورد استفاده قرار می‌گیرد برای مقایسه نظام‌مند بهره‌مند شوند، اما حقوق‌منطق درونی و روش خاص خود را دارد. با این حال برخی از نویسندگان استفاده از روش تبیین علی و رعایت شرایط و لوازم استفاده از این روش‌ها را برای حقوق‌دان تطبیقی ضروری می‌دانند. ایشان معتقدند حقوق‌دانان اساسی به کرات مدعیاتی را مطرح و ارائه می‌کنند که از جنس تبیین‌های علی هستند. برای نمونه به گزاره‌های زیر توجه کنید: قوانین اساسی حکومت‌ها را محدود می‌کنند، کنترل قضایی حافظ حقوق بشر است، حقوق سیاسی و اجتماعی فاقد ضمانت اجرا هستند و نظایر آن. اینها اغلب مدعیات تجربی اما آزمون‌نشده هستند؛ اما حقوق‌دانان بر اساس همین گزاره‌های آزمون‌نشده، توصیه‌های سیاستی کلان ارائه می‌دهند. دلیل دوم روند جهانی شدن است با این توضیح که نوآوری‌های فناورانه، موانع تبادل اقتصادی، فرهنگی و سیاسی را کاهش داده است و همین امر باعث نوعی یکپارچگی و شباهت در انتخاب نهادهای سیاسی شده است. جهانی شدن موجب شده است مطالعات موردی یا مطالعه با مقیاس کوچک قادر نباشد تأثیر این روند را بر حقوق اساسی کشورها نشان دهد. همین امر توسل به مطالعات تطبیقی با مقیاس بزرگ در

بازه‌های زمانی متعدد و طولانی را ضروری می‌سازد. از این‌رو، توسل به روش استنباط آماری و تبیین‌های علی اهمیت زیادی پیدا کرده است.^۱

با این حال توسل به مطالعات تطبیقی با روش تحلیل علی پدیده‌ها به دلایل زیر چندان محل اعتنا در مطالعات حقوق اساسی تطبیقی نبوده است. هرشل در این باره می‌نویسد: دلیل اصلی، عدم تمایل این رشته به تئوری‌سازی از طریق استنتاج علی است. یک نظریه خوب باید ضمن طبقه‌بندی مفاهیم، برای پدیده مشاهده شده تبیین علی ارائه کند. علوم اجتماعی فقط به توصیف بسنده نمی‌کند، بلکه در پی تبیین علی پدیده‌های مشاهده شده و نیز تأیید یا ابطال گزاره‌ها و فرضیه‌ها راجع به جهان خارج نیز هست. دلیل فقدان استنتاج علی در مطالعات حقوق اساسی تطبیقی، نادیده گرفتن اصول مقایسه کنترل‌شده و انتخاب مورد مطالعه است. به همین دلیل است که بیشتر حقوق‌دانان به دانشمندان علوم اجتماعی استناد می‌کنند و نه بالعکس و اغلب ایده‌ها از علوم اجتماعی به حقوق تطبیقی منتقل می‌شوند. مانع دیگر، سنت آموزشی و نیز مقاومت مداومی که در دانش حقوق به‌طور کلی درباره این معنا وجود دارد که حقوق نه تنها به‌عنوان یک رشته نیمه‌مستقل با قواعد و عقلانیت خود عمل می‌کند، بلکه عرصه جدال و نزاع سیاسی نیز هست. بر خلاف بسیاری از دانشمندان علوم اجتماعی، جریان اصلی در میان دانشمندان حقوقی همچنان در مقابل این واقعیت مقاومت می‌کنند که حقوق گونه‌ای از سیاست است و دادگاه‌ها بخشی از نظام سیاسی هستند.^۲

۵. شیوه‌های انتخاب مورد مطالعه در روش استنتاج علی

انتخاب مورد مطالعه به‌طور کلی در مطالعات تطبیقی و به‌طور خاص در مطالعات حقوق اساسی تطبیقی، از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. در این قبیل مطالعات، گاه یک نظام حقوقی در قالب مطالعه موردی^۳ بررسی می‌شود. گاهی نیز نظام حقوقی چند کشور محدود و محدود^۴ مورد

1. Meuwese, Anne, and Versteeg, Mila, Quantative methods for compataive constitutional law, in, Practice and theory in Comparative law, Maurice Adams and Jacco Bamhoff, Cambridge, Cambridge University Press. 2012. p. 233-235.

2. Hirschl, R., Comparative matters, the renaissance of comparative constitutional law, Oxford, Oxford University Press, 2014, p 31.

3. Case study.

4. Small-N.

بررسی قرار می‌گیرد و برخی اوقات تعداد این کشورها زیاد^۱ است و در سطح جهانی مطالعه تطبیقی انجام می‌شود یا چند کشور یا عناصری از نظام حقوقی آنها مورد تطبیق و مقایسه قرار می‌گیرد. در این صورت پرسش مهم این است که معیار انتخاب نمونه‌های مورد مطالعه چیست و چه منطقی بر آن حاکم است؟ در پاسخ پنج نوع منطق یا اصل انتخاب مورد مطالعه بر شمرده شده است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵.۱. موارد مطالعه‌ای که بیشترین شباهت را با هم دارند

منظور از این موارد آن است که کشورهای مورد مطالعه در بیشتر موارد با هم شباهت دارند و فقط از یک جهت با هم متفاوت باشند. در این صورت عنصر متفاوت شرط لازم و کافی بروز پدیده مورد مطالعه است. در این روش، «یک پژوهشگر معمولاً دو یا چند کشوری را انتخاب می‌نماید که جزء آن جنبه‌ای که او می‌خواهد روی آن مطالعه نماید در سایر جوانب مشابه هستند. ... جای تعجب نیست که این طرح پژوهشی توسط نویسندگان در مطالعات منطقه‌ای اتخاذ شده است.»^۲ برای نمونه انتخاب دو کشور ایالات متحده آمریکا و چین از نظر تأثیر کنترل قضایی بر وضعیت حقوق مدنی و آزادی‌ها از منظر مطالعه تطبیقی درست به نظر نمی‌رسد. میان این دو کشور تفاوت‌های زیادی از لحاظ گرایش‌های فرهنگی و میراث نظام مشروطه وجود دارد که جدا کردن تأثیر مستقل کنترل قضایی بر وضعیت حقوق مدنی و آزادی‌ها را در چارچوب این دو کشور غیرممکن می‌کند. اما اگر در اینجا به جای چین، انگلستان انتخاب شود، برای مطالعه تطبیقی مناسب به نظر می‌رسد. همچنین مطالعه وضعیت حقوق مدنی و آزادی‌ها در هلند به‌عنوان یکی از معدود کشورهای اروپایی که تا چندی پیش با ایده اعمال کنترل قضایی، آنچنان که در آمریکای شمالی فهمیده می‌شود، به‌شدت مقاومت می‌کرد، انتخاب منطقی‌تری است.^۳

1. Large- N.

۲. مک کی و مارش، پیشین، ۲۹۰.

3. Hirschl, op. cit., p. 250.

۵.۲ موارد مطالعه‌ای که بیشترین تفاوت را با یکدیگر دارند

در این روش اگر دو یا چند کشور در متغیرهای «الف»، «ب» و «ج» متفاوت باشند، ولی در متغیر «د» (متغیر مورد مطالعه) با یکدیگر اشتراک داشته باشند، می‌توان گفت که علت‌های «الف»، «ب» و «ج» شروط لازم ولی «د» شرط لازم و کافی بروز یک پدیده واحد در میان کشورهای مورد مطالعه است. به عبارت دیگر، متغیری که میان موارد مورد مطالعه مشترک است، قدرت تبیینی دارد. در این روش کشورهای مورد مطالعه باید «در برخی ویژگی‌ها، به‌ویژه حقوق سیاسی رسمی عام؛ دارای اشتراک باشند. اما هم‌زمان و تا حدی مهم‌تر، این کشورها باید در بسیاری از موارد مانند سطح توسعه اقتصادی، فرهنگ، مذهب و تاریخ از یکدیگر متفاوت باشند»^۱. برای مثال فرض کنید محقق علاقه‌مند است میزان تأثیر سابقه و پیشینه اقتدارگرایی یک جامعه سیاسی را بر رویکرد تفسیری دادگاه قانون اساسی در مسائل سیاسی را بررسی کند. به این منظور انتخاب کشور شیلی و آرژانتین به‌عنوان دو مورد مطالعه مناسب نیست؛ زیرا، آن دو کشور از جهات بسیاری به یکدیگر شباهت دارند الا در پیشینه اقتدارگرایی. در این صورت بسیار دشوار است که تعیین کنیم آیا شباهت‌ها در گرایش دادگاه عالی به قوه مجریه ناشی از شباهت تاریخ دو کشور در رژیم نظامی قدرتمند است یا گذار شکننده به دموکراسی. اما مقایسه شیلی و ترکیه معنادار است، زیرا، این کشورها از هر جهت با هم تفاوت دارند الا در شباهت‌شان در داشتن تاریخ نظامی‌گری و اقتدارگرایی نظامی و گذار شکننده به دموکراسی. همچنین اگر موضوع مطالعه تطبیقی، بررسی ارزیابی نحوه تأثیر میراث حقوقی کشورهای استعمارگر بر ترتیبات قانون اساسی کشورهای تحت استعمار باشد، آن‌گاه انتخاب دو کشور نیجر و مالی انتخاب مناسبی نیست، زیرا، این دو کشور از بسیاری جهات شبیه یکدیگر هستند جز مستعمره فرانسه بودن. به این منظور بهتر است دو کشور اندونزی و سورینام به‌عنوان موارد مطالعه انتخاب شوند زیرا، این دو کشور جز آنکه هر دو مستعمره هلند بوده‌اند، نقطه اشتراک دیگری ندارند.^۲

۱. مک کی و مارش، پیشین، ۲۹۱-۲۹۰.

2. ibid. p. 254.

۵.۳ موارد نمونه‌های اصلی

مبنای این روش بر بداهت استوار است به این شرح که اگر محقق بخواهد یک نظریه یا ادعا را در چند کشور مورد مطالعه بررسی قرار داده و آزمون کند، این موارد یا کشورها باید تا جایی که ممکن است، حاوی بیشترین خصایصی باشد که در تعدادی زیادی از نمونه‌ها مشاهده می‌شود. در این روش، مورد یا موارد انتخاب شده برای آزمون نظریه همچون الگوها یا الگوهای برای سایر موارد است. در این صورت نظریه‌ها یا ادعایی که قابل انطباق بر مورد یا موارد نمونه اصلی است، بر سایر موارد مشابه از طریق قیاس قابل تسری است. منطق زیربنایی این نظریه آن است که اگر دو واحد یا دو مورد مطالعه از هر حیث مهم با یکدیگر مشابه باشند، آنگاه وزن‌های مشابه در متغیرهای مشابه، منجر به وزن‌های مشابه در متغیرهای وابسته خواهد شد. مارتین شاپیرو از این روش در اعمال نظریه رابرت دال مبنی بر دادگاه‌ها به‌مثابه نهادهای سیاسی استفاده کرده است. شاپیرو معتقد است باید دادگاه‌ها در سراسر دنیا را به‌مثابه دستگاه‌های سیاسی و قضات را همچون کنشگران سیاسی تلقی کرد که عمدتاً به‌عنوان حامیان رژیم‌های سیاسی عمل می‌کنند. ویژگی مشترک همه دادگاه‌ها همچون استقلال قضایی، فرایندهای انتخاب قضات، تصوراتی که از بی‌طرفی وجود دارد و عدالت رویه‌ای و نظایر آن از نظر سیاسی برای حمایت از ثبات، سلسله مراتب و مشروعیت سیاسی ساخته شده‌اند. شاپیرو به منظور اعمال این نظریه بر نظام‌های حقوقی مختلف، چهار نمونه اصلی را انتخاب کرد: نخست انگلستان به‌عنوان نمونه اصلی نظام حقوقی کامن‌لا که واجد ساختار سیاسی استقلال قضایی و بی‌طرفی است؛ دوم فرانسه و ایتالیا به‌عنوان نمونه‌های اصلی نظام حقوقی رومی - ژرمنی که در آن قضات به مجموعه قوانین از پیش موجود ملتزم هستند و رویه خود را به منظور انطباق با منافع رژیم تعدیل می‌کنند؛ سوم نظام حقوقی امپراطوری چین به‌عنوان نمونه اصلی نظام‌های حقوقی مبتنی بر اخلاق کنفوسیوسی و داوری غیرترافعی، و چهارم، نظام حقوقی امپراطوری عثمانی به‌عنوان نمونه اصلی نظام حقوقی غیرمتمرکز که به‌طور موزاییکی بر رویه قضایی مذهبی و سکولار استوار است و اقتدار سیاسی متمرکز در آن غایب است. شاپیرو در این مطالعه به‌نحو صریح نتیجه می‌گیرد که به‌رغم تفاوت

در فرهنگ‌ها و سنت‌های حقوقی در چهار مورد نمونه اصلی ذکر شده، محاکم قضایی در موارد مطالعه منعکس کننده و پیشبرنده منافع اجتماعی-سیاسی هستند.^۱

۵.۴ موارد بسیار دشوار

اساس این روش بر برهان خلف استوار است؛ یعنی اعتماد ما به اعتبار یک ادعا یا قدرت تبیینی یک فرضیه، وقتی که ثابت شود ادعا یا فرضیه یاد شده در موردی که بر حسب ظاهر چالشی است یا به نفع آن نیست نیز صادق است، بیشتر می‌شود. همچنین اگر محقق موردی را برای مطالعه انتخاب کند که بنا به دلایل پیشینی یا بر حسب ظاهر با پیش‌بینی‌های نظری انطباق نداشته باشد اما در نهایت فرضیه در این مورد نیز درست از آب درآید، در این صورت تأیید فرضیه از قوت بیشتری برخوردار می‌شود. برعکس اگر ادعا یا فرضیه‌ای در موردی که حدس زده می‌شود بیشترین انطباق را دارد درست نباشد، در این صورت قابل پذیرش بودن آن به شدت تضعیف می‌شود. خلاصه اینکه حتی یک مورد مطالعه مهم در چنین فرضی می‌تواند به نحو مثبتی به یک فرضیه اعتبار ببخشد یا آن را از اعتبار ساقط کند. جرالد روزنبرگ در اثر خود به نام *واید واهی*،^۲ تأثیر آرای برجسته دادگاه‌ها را مورد مناقشه قرار داد. موضوع مطالعه روزنبرگ دیوان عالی کشور آمریکا بود که طی آن او ادعا کرد نقش آرای این دادگاه در ایجاد اصلاحات اجتماعی، دست‌کم در تبعیض نژادی و سقط جنین، بسیار کمتر از آن اندازه‌ای است که در میان عامه مشهور است. او نشان داد که گشایش اندکی که در نهایت یک دهه پس از رأی مشهور دیوان پرونده *Brown v. Board of Education* در سال ۱۹۵۴ رخ داد، به سبب تغییر در نیروهای سیاسی بود که بیش از هر چیز ناشی از تغییر نقش اقتصادی آمریکایی‌های آفریقایی‌تبار و فعالیت فرا حقوقی آنها بود و ربط کمی با رأی دیوان عالی داشت. روزنبرگ خاطر نشان می‌کند، از آنجا که دادگاه فاقد قدرت اعمال و اجرای مستقل است، آنها از نظر نهادی برای ایجاد اصلاحات اجتماعی محدودیت دارند. او مدعی شد آرای دادگاه‌ها فقط وقتی می‌تواند به اصلاحات اجتماعی ختم شود که عوامل سیاسی فرا قضایی به چنین اصلاحاتی منتهی شود یا نیروهای بازار، محرک‌هایی در جهت اجابت چنین اصلاحاتی به کار بیفتند. روزنبرگ با برجسته کردن تأثیر

1. *ibid*, p. 256-258.

2. *The hollow hope*.

مستقیم ناچیز مشهورترین آرای دیوان عالی، از روش دشوارترین مورد مطالعه در جهت توجیه نظریه خود استفاده کرد.^۱

۵.۵ موارد حاشیه‌ای

هنگامی که خروجی نهایی، به‌سختی با نظریه‌های موجود قابل تبیین است اما ممکن است با نظریه یا تحلیل جدیدی قابل تبیین باشد، بهتر است از موارد مطالعه حاشیه‌ای استفاده شود. این روش به منظور اعتبار بخشیدن به یک تبیین جدید از طریق نفی و رد تبیین‌های دیگر برای یک پدیده طراحی شده است؛ زیرا، به‌رغم اینکه پدیده مورد مطالعه به‌کرات رخ می‌دهد یا مشاهده می‌شود، اما تبیین‌هایی که علت آن رخداد محسوب می‌شوند، قادر به تبیین آن نیستند. روش یاد شده بر این منطق استوار است که تا وقتی که بی‌ارتباط بودن یک تبیین احتمالی برای پدیده‌ای اثبات نشده، این تبیین همچنان یک تبیین محتمل باقی خواهند ماند. بر عکس اگر نشان داده شود که تبیین موجود با توضیح یک پدیده بی‌ارتباط است، آنگاه اعتماد ما به سایر تبیین‌های احتمالی بیشتر خواهد شد. انتخاب موارد مطالعه حاشیه‌ای که با نظریه‌های موجود قابل تبیین نیستند، زمینه را از طریق رد تبیین‌های دیگر برای طرح تبیین‌های جدید فراهم می‌کند.^۲

هرشل در اثر خود، به سوی حکومت قضات،^۳ از همین شیوه استفاده می‌کند. او با استفاده از مطالعه موردی عمیق بر اصلاحات قانون اساسی در کشورهای کانادا، نیوزلند، و آفریقای جنوبی متمرکز شد. او در این مطالعه دیدگاه رایج مبنی بر اینکه اعطای صلاحیت و اقتدار بیشتر به دستگاه قضایی، اقلیت را در مقابل استبداد اکثریت محافظت می‌کند مورد چالش قرار داد و به منظور نشان دادن علت واقعی دادن صلاحیت و اختیار به دستگاه قضایی، کشورهای یاد شده را انتخاب کرد که به وی امکان داد علت و نتیجه اصلاحات حقوقی را بررسی کند؛ در حالی که تأثیر تاریخ منحصر به فرد، متغیرهای منطقه‌ای مانند جنگ، استعمارزدایی و تغییر رژیم را کنترل کرده و ثابت نگه می‌دارد. دلیل انتخاب این موارد از سوی هرشل این است که گنجاندن حق‌ها در قانون اساسی در این کشورها همراه با تغییرات سیاسی یا اقتصادی نبوده است. او به این منظور کانادا، نیوزلند، و آفریقای جنوبی را به‌عنوان موارد مطالعه انتخاب می‌کند و با مطالعه تفصیلی

1. *ibid*, p. 260-261.

2. *ibid*, p. 262-263.

3. *Toward Juristocracy* .

موضوع مورد مطالعه نشان می‌دهد که چگونه نخبگان حاکم مورد تحدید (یعنی مقامات عمومی منتخب)، اصلاحات قانون و واگذاری قدرت سیاسی به دادگاه‌ها را به‌عنوان ابزاری برای حفظ منافع خود آغاز کردند. نخبگان قضایی به‌جای تضمین حق‌های مهم اجتماعی و اقتصادی مانند حق بر مسکن و بهداشت، از قدرت جدید خود برای تضمین و اجرای حق‌هایی مانند حق بر مالکیت خصوصی استفاده کردند که به این ترتیب اقتصاد تئولیرالی که در خدمت منافع نخبگان حاکم و به ضرر گروه‌های محروم بود را تداوم و تثبیت کردند. هرشل استدلال می‌کند که اصلاحات قانون اساسی و اقتدار بیشتر دستگاه قضایی، به حل مسائل ناظر به نابرابری نظام‌مند اجتماعی و اقتصادی کمکی نکرد. پژوهش هرشل از این جهت مهم است که فرضیه‌های موجود حول موضوع گنجاندن حق‌ها در قوانین اساسی را به چالش می‌کشد و این پرسش را مطرح می‌کند که حفاظت معنادار از حقوق اقلیت در یک دموکراسی مشروطه چگونه باید باشد. حق‌های مدنی و سیاسی بر مالکیت و خودمختاری فردی، به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان قلب حق‌های اساسی شمرده می‌شود. اما اگر دادگاه‌ها این حق‌ها را چنان تفسیر کنند که مانع از تنظیم‌گری دولت در موضوعات خاص اجتماعی و اقتصادی باشد، آنها باعث تقویت نخبگان حاکم به ضرر گروه‌های محروم جامعه خواهند شد. تحلیل هرشل کتاب مذکور، روشی را که طی آن دادگاه‌ها در خدمت منافع نخبگان حاکم به ضرر دیدگاه برابری طلبانه عدالت توزیعی قرار می‌گیرند، برجسته می‌سازد.^۱

1. Roesler, M. S., Book reviews, Comparative Political Studies, 2005, Vol. 38. No. 6. pp. 728-729.

نتیجه گیری

مقاله حاضر به بررسی روش‌های عمده مطالعات حقوق اساسی تطبیقی با تأکید بر اهمیت و جایگاه استنتاج‌های علی اختصاص دارد. در ابتدا تحول تاریخی مطالعات این رشته مرور شده و مهم‌ترین اهداف انجام این قبیل مطالعات برشمرده شد. در ادامه دو روش عمده و متداول مطالعات حقوق اساسی تطبیقی یعنی روش تحقیق کارکردی و هرمنوتیکی مورد نقد و بررسی قرار گرفت و به مزایا و کاستی‌های هر یک اشاره شد. گفته شد که گرچه دو روش یاد شده مفید و در جای خود راهگشا هستند اما قادر نیستند به همه پرسش‌های مهمی که در این حوزه مطرح می‌شوند پاسخ دهند. پاره‌ای از مدعیات که ناظر بر کشف رابطه علی و معلولی یا تأثیر و تأثر پدیده‌ها یا مقارنت آنها با یکدیگر در حوزه حقوق اساسی تطبیقی هستند با اینکه نیازمند پژوهش به شیوه متداول در علوم اجتماعی است از سوی حقوق‌دانان اساسی بدون آزمون و رعایت استلزامات روش شناختی این قبیل مطالعات مطرح می‌شود. گفته شد که تبیین و استنتاج علی واجد شرایط و لوازمی است اغلب حقوق‌دانان اساسی در مطالعات خود چندان به نحو نظام‌مند به آن ملتزم نیستند و مطالعات حقوق اساسی تطبیقی از این جهت دچار کاستی‌های جدی است. مهم‌ترین لازمه انجام این قبیل مطالعات رعایت شرایط و لوازم انتخاب مورد یا موارد مطالعه در استنتاج‌های علی است. از این‌رو، پنج اصل یا شیوه انتخاب مورد مطالعه با استفاده از نمونه‌هایی که به این شیوه‌ها مورد مطالعه قرار گرفته‌اند معرفی شده است. مدعای اصلی این مقاله آن است که پاره‌ای از پرسش‌های مهم در دانش حقوق اساسی تطبیقی صرفاً با استفاده از روش استنتاج‌های علی به‌طور صحیح قابل انجام است و استفاده از سایر روش‌های مطالعات تطبیقی به جای روش استنتاج علی می‌تواند به پاسخ‌های نادرست و گمراه‌کننده منجر شود.

فهرست منابع

فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. ارسطو، **سیاست**، ترجمه حمید عنایت، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، ۱۳۴۹.
۲. کاز، پیتر، **روش علمی، در علم‌شناسی فلسفی**، ترجمه و تألیف عبدالکریم سروش، تهران: انتشارات صراط، ۱۳۸۸.
۳. کوثری، مسعود، **روش مقایسه‌ای**، در: عباس منوچهری (به اهتمام)، رهیافت و روش در علوم سیاسی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۴. لیتل، دانیل، **تبیین در علوم اجتماعی؛ درآمدی بر فلسفه علم الاجتماع**، ترجمه عبدالکریم سروش، تهران: انتشارات صراط، ۱۳۸۸.
۵. مک کی، تام و دیوید مارش، **روش مقایسه‌ای**، در: دیوید مارش و جری اسکوتر، روش و نظریه در علوم سیاسی، ترجمه امیر محمد یوسفی، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۷.
۶. مونتسکیو، **روح القوانین** (جلد اول)، چاپ نهم، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۰.

ب) مقالات

۷. وکیلیان، حسن، **پیامدهای نهادی انتخاب نظام‌های حکومتی**، مجلس و راهبرد، ۱۳۹۵، سال بیست و پنجم، شماره ۸۵، ۳۳-۵۵.

English

A) Books

8. Meuwese, A. and Versteeg, M., Quantitative methods for comparative constitutional law, in: Practice and theory in comparative law, Maurice Adams and Jacco Bomhoff, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp230-257.
9. Bell, J., Legal research and the distinctiveness of comparative law, in methodologies of legal research: what kind of method for what kind of discipline, Mark, Van Hoecke (ed), Oxford: Hart publishing, 2011, pp155- 209
10. Claes, M., Constitutional law, in Elgar encyclopedia of comparative law, Jan, M. Smite, UK: Glos, 2006, pp187-199.

11. Dixon, R., Ginsburg, T., Introduction, in Comparative Constitutional law, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), UK: Edward Elgar publishing, 2011.
12. Hirschl, R., Comparative matters, the renaissance of comparative constitutional law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
13. Hoecke, M. V., Legal doctrine: which method (s) for what kind of discipline? in Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke (ed), Oxford: Hart Publishing, 2011.
14. Örucu, A. E., Methodology of comparative law, in Elgar Encyclopedia of comparative law, Jan, M. Smith (ed), Uk: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, pp 442-454.
15. Samuel, G., Does one need an understanding of methodology in law before one can understand methodology in comparative law? In Methodologies of legal research, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp 177-208.
16. Samuel, G., An introduction to comparative law theory and method, Oxford: Hart Publishing. 2014.
17. Meuwese, Anne, and Versteeg, Mila, Quantative methods for compataive constitutional law, in, Practice and theory in Comparative law, Maurice Adams and Jacco Bamhoff, Cambridge, Cambridge University Press. 2012, pp 23-257.
18. Samuel, G., Epistemology and comparative law, in Epistemology and methodology in comparative law, Mark Van Hoecke, Oxford: Hart Publishing, 2004.
19. Whytock, C., A., Taking the causality seriously in comparative constitutional law: insights from comparative politics and comparative political economy. Loyola of Los Angeles Law Review, 2008, Vol. 41. pp 629- 682.
20. Zweigert, K., Kotz, H., Comparative law, Oxford: Oxford University Press, 1995.

B) Articles

21. Roesler, M. S., Book reviews, Comparative Political Studies, 2005, Vol. 38. No. 6. pp 728-739.

c) Electronic sources

22. Hirschl, R., The rise of comparative constitutional law: taught on substance and method, in The research handbook in comparative constitutional law, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, Available online at:
23. <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course->

- [outline/hirschl-2008-the-rise-of-comperative-constitutional-law-pdf.pdf](#) (last visited, 22 July, 2016)
24. Jackson, V. C., Methodological challenges in comparative constitutional law, Georgetown Public law and Legal Theory Research Paper, 2010, No 11, 11. pp. 319-326, available online at: <http://ssrn.com/abstract=1739756>
 25. Jackson, V., Comparative constitutional law: methodologies, in The Oxford handbook of comparative constitutional law, Rosenfeld, M. and Sajo, A., (eds), 2012, available at:
 26. <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610> (last visited, 17 July, 2016)
 27. Rosenfeld, M. and Sajo, A., Introduction, in The Oxford handbook of comparative constitutional law, Rosenfeld, M. and Sajo, A., (eds), 2012, available online at:
 28. <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610> (last visited, 15 June, 2016)

