

سه تفسیر از جهانی شدن حقوق نگرش انتقادی بر جهش‌های حقوق عمومی

نویسنده: ماری - کلر پونتورو*

مترجم: دکتر اسدالله یآوری**

مقدمه مترجم

اندیشه یک حکومت جهانی یا نظامی جهانی در حقوق بین‌الملل از دیرباز مانعی به نام حاکمیت ملی را در مقابل داشته است. اگر در گذشته تاثیر و تاثیر جوامع و نظام‌های ملی از یکدیگر حداقلی بوده و روابط و مناسبات افراد تنها در چارچوب نظام‌های منطقه‌ای (اتحادیه اروپا) و یا مبتنی بر تعهدات قراردادی دولت‌ها متأثر از هنجارهای فراملی بوده است، امروزه جوامع در حوزه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، حقوقی و... به طور مستقیم و یا غیر مستقیم تحت تاثیر هنجارهایی با داعیه جهانی و کم و بیش به دور از اقتدارات دولت‌ها قرار گرفته‌اند. در واقع، اندیشه و گفتگمانی نو تحت عنوان جهانی‌سازی و جهانی‌شدن مجموعه این فرایندها و تحولات ناشی از آن را تحت تاثیر قرار داده است.

سخن از جهانی‌شدن امروزه تمامی حوزه‌های حیات بشری و روابط انسانی را در بر گرفته است. به عبارت دیگر، جهانی‌شدن گفتمان جدیدی است از روابط بین‌الملل که کلیه شوون روابط بشری را تحت تاثیر خود قرار می‌دهد. حتی در برخی حوزه‌ها جلوه‌ها و آثار جهانی‌شدن از هم اکنون قابل مشاهده است. اگر سخن بیشتر از جهانی‌شدن در حوزه اقتصاد و اطلاعات به میان می‌رود؛ این امر ناشی از ویژگی‌های خاص این دو حوزه و سرعت توسعه بیشتر آن نسبت به سایر ابعاد جهانی‌شدن است.

Marie-Claire Ponthoreau - **

استاد دانشگاه مونته‌سکیو (دانشگاه بور دو IV) است و مقاله او در شماره ۹ ژانویه ۲۰۰۶ مجله نازده‌های حقوق اداری در فرانسه (AJDA) به چاپ رسیده است.

*** - استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

حقوق نیز به عنوان یکی از عرصه‌های بنیادین حیات اجتماعی بشر از جهانی شدن مستثنی نبوده است. البته لزوم جهان شمولی برخی از هنجارها سابقه نسبتاً طولانی در فلسفه سیاسی و حقوقی داشته است و حقوق مدرن را به ویژه از بعد از جنگ دوم جهانی تحت تاثیر قرار داده است (اندیشه جهانی بودن حقوق بشر). اگر امروزه با حقوق پست مدرن^(۱) سخن از تغییرات بنیادین در حقوق مدرن و لزوم انجام چنین تغییراتی در مفاهیم و طبقه‌بندی‌های حقوقی مدرن به میان می‌رود، شاید بتوان جهانی شدن حقوق را یکی از مؤلفه‌های حقوق پست مدرن دانست^(۲) اگر، به عنوان مثال، بحث از شکستن مرزهای کلاسیک میان حقوق عمومی و خصوصی، و ضرورت متحول شدن رابطه میان شهروند و دولت مبتنی بر تغییر بیش از پیش نقش و کارکردهای دولت پست مدرن، توجه به راه حل‌های غیر قضایی دعاوی و... هر روزه مباحث مجامع مختلف حقوقی را در سراسر جهان تشکیل می‌دهد، در سطح بین‌المللی و به خصوص در سطح منطقه‌ای، نظام‌های بزرگ حقوقی بیش از پیش به نوعی تعامل و همگرایی در بسیاری از حوزه‌ها، دست یافته‌اند. در حصول به این امر، به عنوان مثال، می‌توان به فراملی شدن تصمیمات قضایی و یا آثار چنین تصمیماتی در سطح بین‌المللی (علاوه بر آنچه ناشی از تعهدات قراردادی کشورها در سطح بین‌المللی است)، به عنوان عاملی تعیین کننده، اشاره داشت. به رغم آنکه پدیده جهانی شدن نگرانی و مقاومت برخی کشورها را به جهت جریان

۱- اگر کانت (در «نقد عقل عملی») معتقد بود که می‌توان رفتار آتی انسان را (ضمن اعتقاد به آزاد بودن انسان) با همان اطمینانی که خسوف و کسوف قابل پیش‌بینی است، محاسبه نمود گفت‌مان پست مدرن در واقع ناظر به عدم قطعیت و ثبات علم (به ویژه در علوم انسانی) مبتنی بر معارف مشخص و معین، طبقه‌بندی‌های جزمی ارائه شده، تحلیل‌های مجرد علمی و متفک از سایر علوم و همچنین غایت علوم در عصر مدرنیسم و ضرورت بازنگری در آن‌ها و ارائه اندیشه‌ها و راهکارهای مبتنی بر تکثر و متغییر بودن نظریه‌ها است. در خصوص حقوق پست مدرن نک به عنوان مثال:

J. Chevallier., Vers un droit post-moderne? , in J. Clam et G. Martin (sous dir.). Les Transformations de la régulation juridique, LGDJ, 1998., p. MAISANI, F. WIENER, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, Revue Droit et Société, no27 , Paris LGDJ, 1994.

۲- به تعبیری، جهانی شدن به انسان پست مدرن کمک کرده تا به درک این موضوع که انسانیت در بر دارنده واقعیتی است فراتر از جامعه ملی، نائل گردد. نک:

S. Diebolt., Droit en mouvement, Thèse Université Paris X, ۲۰۰۰, p. ۷۶

یک سویه آن (که نوعاً براساس مدل‌های ارائه شده به وسیله قدرت‌های بزرگ جامعه بین‌الملل است) به دنبال داشته است، نباید از نظر دور داشت که امروزه جهانی شدن امری نیست که، در دراز مدت، متوقف به اراده جوامع و دولت‌های‌شان، حداقل در برخی از حوزه‌ها، باشد، به ویژه در مواردی که ورود کشورها در برخی نهاد و یا نظام‌های منطقه‌ای^(۳) و جهانی لزوم رعایت تصمیمات آتی نهاد مزبور را مستقیماً در پی دارد. به عنوان مثال می‌توان به لزوم رعایت مقررات سازمان جهانی تجارت و یا مقررات اتحادیه اروپا برای اعضا اشاره نمود. البته، شدت وضعف این تحول و مقاومت نسبت به آن از یک حوزه به حوزه دیگر متفاوت است. به عنوان مثال مقاومت جوامع نسبت به جهانی شدن می‌تواند در حوزه‌هایی که مستقیماً در قلمرو حاکمیت ملی ست شدیدتر باشد. اگر چه می‌توان این امر را در چارچوب تعهدات قراردادی دولت‌ها مبتنی بر اراده آن‌ها و به عنوان یکی از مؤلفه‌های کلاسیک حقوق بین‌الملل محسوب نمود، دو نکته شایان ذکر است: همان‌گونه که ژان برنارد او بی می‌نویسد: اگر بین‌المللی شدن حقوق (به عنوان محصول هنجارهای بین‌المللی یا داخلی) جزئاً به اراده دولت‌ها وابسته است، در هر حال «رابطه تنگاتنگی را با جهانی شدن حقوق حفظ می‌نماید. بی تردید این جهانی‌سازی بیشتر مربوط به روندهای انتقال، تردد و تحمیل نرم‌ها در نظام‌های حقوقی است تا [نحوه] تشکیل، محتوی و آثار این هنجارها».^(۴) همچنین می‌توان به مواردی اشاره داشت که ابزار اعمال حاکمیت ملی در ممانعت از تأثیرپذیری مستقیم یا غیر مستقیم جامعه داخلی نمی‌تواند تأثیر تعیین‌کننده و طولانی مدت داشته باشد (مثلاً در خصوص جریان اطلاعات با استفاده از تکنولوژی‌های نوین). بر همین اساس، برخی کشورها و نظام‌های حقوقی سعی دارند از طریق ارائه مدل‌هایی از جهانی سازی حقوق که دارای انطباق بیشتری با نظام ملی آن‌هاست، کمتر تحت تأثیر الزامات ناشی از جهانی شدن قرار گیرند.

۳- شایان ذکر است که، ورود برخی از کشورها در نظام‌های منطقه‌ای مبتنی بر ایجاد بلوک‌های نوعاً اقتصادی سیاسی و نظامی از یک سو در جهت مقابله با کشورهای قدرتمند و با سایر بلوک‌های قدرت منطقه‌ای در جهان، و از سوی دیگر در جهت ارائه و توسعه دیدگاهی خاص از اقتصاد، سیاست، حقوق و... در جهان است.

۴- ن. ک: متن، ص ۶.

صرف نظر از اینکه جهانی شدن ضرورتی است فی الذاته در روند تکاملی حیات اجتماعی بشر یا امری است که از سوی بخش یا بخش‌هایی از جامعه انسانی با مبانی و اهداف مشخص (مثلاً داعیه جهانی داشتن یک تفکر با ریشه‌های الهی یا اومانیستی) ارائه شده است؛ هیچ مدلی نمی‌تواند بدون در نظر گرفتن عنصر فرهنگ و به خصوص تنوع فرهنگی جوامع (به عنوان یکی از پارامترهای بنیادین هرگونه راه‌حل)، موفقیتی پایا و پویایی در این زمینه داشته باشد. در مقابل، حتی در صورتیکه در برخی جوامع حکومت و حاکمان به هر دلیلی تمایل به پذیرش یا الحاق به چنین و چنان اندیشه فراملی را نداشته باشند؛ اگر اندیشه مزبور همسو با فرهنگ جامعه مورد نظر بوده و یا حداقل مغایر با اصول و باورهای آن جامعه نباشد، به نظر می‌رسد، دیدگاه مزبور قادر به تاثیرگذاری در آن جامعه خواهد بود. در واقع، این رویکرد ناظر به در نظر گرفتن هریک از عرصه‌های جهانی شدن و تحلیل آن‌ها در یک زمینه فرهنگی است: سیاست به مثابه فرهنگ، حقوق به مثابه فرهنگ و الخ. با عنایت به تنوع فرهنگی جوامع، مدل ارائه شده نمی‌تواند مدلی ساده و مبتنی بر اندیشه‌ای واحد طرح ریزی گردد. به عبارت دیگر نباید انتظار داشت که جهانی شدنی که براساس ویژگی‌های یکی از نظام‌های حقوقی موجود شکل می‌گیرد قابلیت پذیرش و موفقیت فراگیر داشته باشد. در مقابل، با توجه به تفاوت‌ها و تنوع فرهنگی یاد شده، تحقق شرط فراگیر بودن که ضامن موفقیت هر مدلی است در این خصوص دشوار به نظر می‌رسد. به همین دلیل، نیل به همگرایی حقوقی در سطح منطقه‌ای، مشروط به نزدیکی فرهنگ‌ها، آسان‌تر خواهد بود.

اگر پدیده جهانی شدن در حقوق عمومی پیچیدگی بیشتری داشته است، این امر به دلیل موضوع حقوق عمومی است. در واقع، جهانی شدن هنجارهای حقوق عمومی (نوعاً مبتنی بر اندیشه‌های دموکراتیک) مقاومت بیشتری را از سوی نظام‌های ملی، به خصوص در مواردی که نظام سیاسی و حقوقی معرف یک دیدگاه جزئی و نوعاً ایدئولوژیک از نهادهای عمومی و ارزش‌های حقوقی بوده، به دنبال داشته است. به دلیل فقدان همگرایی در نهادها، ارزش‌ها و به طور خاص در سنن سیاسی و اداری ملی، در نظر داشتن تنوع فرهنگی در مدل‌های مدعی جهان شمولی به نحو چشم‌گیری تعیین کننده‌تر از سایر حوزه‌های حقوقی است. اما این امر لزوماً به این معنی نیست که در

حقوق خصوصی؛ پدیده جهانی شدن به راحتی مورد پذیرش جوامع قرار می‌گیرد؛ بلکه از برخی زوایا، شاید بتوان جهانی شدن هنجارهای حقوق خصوصی (به ویژه در مواردی که مبتنی بر مدلی تنها ملهم از یکی از نظام‌های حقوقی است) را امری دشوارتر و حتی غیر ممکن به شمار آورد.^(۵) در واقع، قواعد حقوق خصوصی نوعاً ریشه در ارزش‌های فرهنگی (مذهبی یا غیر مذهبی) کهن جوامع داشته و تغییر آن به راحتی امکان‌پذیر نیست.^(۶) همچنین، شایان ذکر است که، مقاومت مذکور در نظام‌های سیاسی ایدئولوژیک به طور جدی مقاومت دولت‌ها را نیز در پی داشته است.

اما پرسش اساسی که در این جا مطرح می‌گردد عبارت است از اینکه آیا مدل نظری که جهانی شدن حقوق (عمومی) را در کلیه ابعاد پیچیده آن توضیح دهد و جود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، ویژگی‌های مدل مزبور کدامند؟ مقاله حاضر با اشاره به نظریه‌های غالب در این حوزه و نقد آن‌ها با استفاده از دیدگاه‌های صاحب نظران امر در پاسخگویی به این پرسش کوشیده است.

آثار بین‌المللی شدن و جهانی شدن هویدا هستند. از این پس، آثار مزبور، به دلیل ماهیت تشکیلات منسجم و واحد دولت، حقوق را نیز تحت تاثیر قرار می‌دهند. به ویژه، این آثار دارای پیچیدگی بوده و شاید برای برخی قابل رویت نباشند. جهانی شدن حقوقی منجر به ارائه تفاسیر متعددی (مبتنی بر آثار برجسته‌تر ناشی از جهانی شدن) گردیده است. شایسته است که نظریه فراگیرتر، یعنی همگرایی حقوق، در پرتو دو تفسیر دیگر، یعنی برتری مدل آنگلو ساکسون و نسبت‌گرایی فرهنگی، مورد بحث قرار گیرد.

جهانی شدن و بین‌المللی شدن حقوق از جمله روندهایی به شمار می‌روند که

۵- همین طور که خواهیم دید، حتی در مواردی که ارزش‌های اجتماعی برخی جوامع در یک منطقه دارای همگرایی‌های بسیار است، پیشنهادهای مبتنی بر ارائه مقررات واحد مورد مخالفت قرار گرفته است. به عنوان مثال می‌توان به موضوع پیشنهاد قانون مدنی مشترک اروپایی اشاره نمود.

۶- مثلاً در خصوص حقوق مربوط به احوال شخصیه، اقلیت‌های مذهبی می‌توانند به مقررات مذهبی خود استناد و تقاضای اعمال آن را نمایند. همین طور، در دعاوی مربوط به احوال شخصیه خارجیان قانون کشور متبوع اعمال می‌گردد.

نمی‌توان درباره آن پاسخ قطعی داد. ما در برابر پدیده‌ای فراگیر و در عین حال متکثر قرار گرفته‌ایم. فراگیر از آن جهت که، از این پس، بین‌المللی شدن حقوق به وضوح قابل رویت است؛ چرا که این پدیده، حقوق عمومی و، بر این اساس، حقوق را (به دلیل ماهیت یک پارچه تشکیلات دولت) تحت تاثیر قرار داده است.

حقوق بین‌الملل عمومی بیش از پیش فرد را محور توجه خود قرار داده و دیگر فقط به روابط میان دولت‌ها محدود نمی‌شود. مدت‌ها، بین‌المللی شدن حقوق موضوعی بود که بیشتر ذهن حقوق‌دانان حقوق خصوصی را مشغول نموده، و تنها مدت کوتاهی است که این امر توجه حقوق‌دانان حقوق عمومی را نیز به خود مشغول کرده است.^(۷) فایده این موضوع قبل از هر چیز بر تاثیر حقوق جامعه اروپا و حقوق اروپایی بر مفاهیم حقوق اداری^(۸) و سپس حقوق اساسی مشترک اروپایی^(۹) متمرکز است^(۱۰).

به منظور خودداری از طرح مباحث بیش از حد طولانی می‌توان سه حلقه هم محور را تصور نمود: اروپایی شدن، بین‌المللی شدن و جهانی شدن حقوق. «جهانی سازی به طور ریشه‌ای با موضوع بین‌المللی نمودن حقوق، که پس از جنگ جهانی دوم صورت گرفت، متفاوت است: در حالی که بین‌المللی کردن حقوق بر مفهوم دولت - ملت (که به عنوان ساز و کار میانجی‌گری مورد اعمال قرار گرفته است) تکیه داشته، جهانی شدن حقوق به طور قابل ملاحظه‌ای خارج از تسلط آن قرار دارد. امروزه جهانی سازی تنها یک موضوع اقتصادی نبوده، بلکه دارای ابعاد اجتماعی، فرهنگی و سیاسی نیز هست».^(۱۱) تمایز اعمال شده به وسیله ژاک شوالیه^(۱۲) می‌تواند بعد حقوقی آن را روشن

7- Zoller E., Préface, H. Tourard, L'interprétation des constitutions nationales, LGDJ, ۲۰۰۰.

8- Schwarze J., Droit administratif européen, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruylant, ۱۹۹۴.

9- Haberle p., L'Etat constitutionnel (traduction de l' allemand par C. Grewe), Economica, ۲۰۰۴.

۱۰- مفهوم «حقوق اساسی مشترک اروپایی» برای اولین بار در سال ۱۹۹۱ مورد توجه و توسعه قرار گرفته است. ن. ک به پانویس قبل.

11- Chevallier J., Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? in Morand C-A, (sous dir.) Le droit saisi par la mondialisation, Bruylant, ۲۰۰۱, p. ۳۷.

نماید. اگر بین‌المللی شدن حقوق (به عنوان محصول هنجارهای بین‌المللی یا داخلی، که در این مورد با یکدیگر منطبق می‌شوند) جزئاً به اراده دولت‌ها وابسته است، در هر حال «رابطه تنگاتنگی را با جهانی شدن حقوق حفظ می‌نماید. بی تردید این جهانی‌سازی بیشتر مربوط به روندهای انتقال، تردد و تحمیل نرم‌ها در نظام‌های حقوقی است تا تشکیل، محتوی و آثار این نرم‌ها».^(۱۳)

براساس اینکه پدیده مزبور در چارچوب نظم حقوقی داخلی یا در نظم حقوقی بین‌المللی بررسی گردد، موضوع بین‌المللی نمودن پدیده‌ای است مربوط به سلسله مراتب نرم‌ها. اما در فراسوی مفاهیم وحدت‌گرا^(۱۴) یا دوگانه‌گرا^(۱۵) در رابطه میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، به نظر می‌رسد نظام‌های حقوقی بیشتر تحت نفوذ حقوق بین‌الملل و حقوق خارجی باشند.

چه چیزی واقعاً تغییر می‌کند؟ قابلیت رؤیت این پدیده ممکن است فربد دهنده باشد. آیا می‌توان از جهش‌های نظم حقوقی سخن گفت؟ آیا این جهش‌ها قواعدی فراتر از حقوق موضوعه را نیز در بر می‌گیرد؟ تشخیص و تمایز تغییرات نظم حقوقی و درون نظم مزبور آسان نیست. تحلیل این امر به مشخصات بنیادینی که ما برای نظم حقوقی قائل هستیم، بستگی دارد. به ویژه اینکه تغییرات ممکن است قابل مشاهده نبوده، یا به عبارت دقیق‌تر ممکن است حقوق، را آن‌گونه که دریافت، اعمال، مشاهده یا تدریس شده مورد تأثیر قرار دهد؛ موضوعی که لزوماً قابل تشخیص فوری نیست. به علاوه، به نظر نمی‌رسد که کلیه دولت‌ها در مواجهه با بین‌المللی شدن حقوق در شرایط یکسانی قرار داشته باشند. به دیگر سخن، این موضوع برای کشوری که در

۱۲- ژاک شوالیه از اساتید بزرگ و به نام حقوق اداری و حقوق عمومی فرانسه (استاد دانشگاه پاریس ۲) است. اندیشه‌های حقوقی ژاک شوالیه که از مرزهای کلاسیک حقوق فراتر رفته اند دائماً مورد انتقاد حقوق‌دانان قرار گرفته بود. اما گفتمان‌های امروزی در خصوص پست مدرنیسم و جهانی شدن از سال‌ها پیش در اندیشه حقوقی وی دیده می‌شود. جهت آشنایی با دیدگاه‌های شوالیه در این خصوص، ن. ک به ویژه به کتاب «دولت پست مدرن» (L'Etat post-moderne, LGDJ, coll. Droit et société, n°35, ۲۰۰۳) مترجم.

13- Auby J-B., La globalisation, le droit et l'Etat, Monchrestien, ۲۰۰۳, p. ۷۸

14- Moniste.

15- Dualiste.

مرحله گذار دموکراتیک است و یک کشور دموکراتیک با ثبات به نحو یک سان مطرح نمی‌گردد. مثلث «حقوق بشر-دموکراسی-تکثرگرا-حکومت قانون»^(۱۶) تشکیل دهنده فرمول جادویی شرکت در بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی مانند شورای اروپا، یا جهت الحاق به اتحادیه اروپا و یا برای دسترسی به کمک‌های بانک جهانی است. به رغم این موضوع، نباید فراموش کرد، در حالی که قواعد تجارت^(۱۷) جهانی است، حضور دایم و متعدد رژیم‌های دیکتاتور مؤید این امر است که بین‌المللی سازی حقوق عمومی همه کشورها را متأثر نخواهد کرد.

پرسش‌های مطرح شده در این جا حول محور از دست دادن تسلط کشورها بر تدوین حقوق متمرکز می‌گردد. به طور مشخص تر، قانون دیگر به عنوان مکانیسم اصلی تنظیم روابط اجتماعی نخواهد بود. در مقابل، به نظر می‌رسد که قاضی به عنوان ژاندارم بین‌المللی کردن حقوق، نقش محوری را به عهده داشته باشد. کافی است، به عنوان مثال، می‌توان به یکی از قوانین سابق بلژیک مشهور به صلاحیت جهانی^(۱۸) (اولین مورد پیش‌بینی صلاحیت جهانی)^(۱۹) و یا موضوع ایجاد دادگاه‌های بین‌المللی در جهت تضمین حمایت از حقوق بشر اشاره نمود.

16- Chevallier J., Préc. p. ۳۹

17- lex mercatoria.

۱۸- قانون ۱۹۹۳ اصل صلاحیت جهانی را که از اصول حقوق بین‌الملل است پیش‌بینی نموده بود. مطابق این اصل، هر دولتی در رسیدگی قضایی به عاملان جنایات خاص حقوق بین‌الملل، صرف نظر از محل ارتکاب آن‌ها، تابعیت شخص یا اشخاص مرتکب و قربانیان جنایات مزبور، ذی‌نفع محسوب می‌گردد. در حقوق بین‌الملل پیش‌بینی این اصل در جهت ممانعت از پناه بردن مرتکبین و مسئولین جنین جنایت‌هایی به کشورهای خارجی (به منظور فرار از عدالت) است. مترجم.

۱۹- البته این اصل قبلاً در برخی اسناد بین‌المللی وجود داشته است. به عنوان مثال براساس کنوانسیون ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ سازمان ملل علیه شکنجه و سایر مجازات‌ها و اعمال وحشیانه، غیر انسانی و تحقیرآمیز (که به تصویب ۱۳۲ کشور رسیده است)، کشورها ملزم به تعقیب یا استرداد اشخاصی که متهم به اعمال شکنجه هستند، صرف نظر از محل ارتکاب عمل، می‌باشند. همین امر در کنوانسیون‌های ژنو در خصوص جنایات جنگی مورد تصریح قرار گرفته است. براساس مطالعه انجام شده وسیله عفو بین‌الملل، در اکثر کشورها صلاحیت جهانی حداقل برای برخی از جرایم قانوناً پیش‌بینی شده است

Universal jurisdiction: The duty of states to enact and <http://Web.amnesty.org> (legislation). مترجم.

با توجه به اینکه پارلمان نقش سازمان دهنده [اصلی] را از دست می‌دهد، بسیاری از صاحب‌نظران معتقدند که از این پس، باید موضوع ایجاد ارتباط میان نرم‌ها در چارچوب سلسله مراتب نرم‌ها مورد بررسی قرار گیرد. آثار دلماس مارتی^(۲۰) در فرانسه، پیتر هابرل^(۲۱) در آلمان، فرانسوا اوست و میشل وان دو کرچوو^(۲۲) در بلژیک به این دیدگاه اشاره دارند. تمامی این نویسندگان مدل سنتی کلسن را رد کرده و آن را با فضایی هنجاری و نامتجانس حول محور قاضی جایگزین می‌کنند: نظامی حقوقی، متکثر، مشارکتی و سازمان یافته. با این حال، مورد تردید قرار دادن نظم حقوقی متحد و سلسله مراتبی هنوز مورد اتفاق نظر همه حقوق‌دانان نیست. در هر حال دیدگاه غالب مورد توافق، وجود گفتگویی میان قضات داخلی و اروپایی است. این موضوع همچنین به تبادلات رویه قضایی بین دادگاه‌های قانون اساسی در خارج اتحادیه اروپا تسری یافته است: به عنوان مثال می‌توان به تمایل دکترین آنگلو ساکسون به تبادل رویه قضایی در سطح بین‌المللی اشاره کرد.^(۲۳) همچنین در این جا، دکترین به ایده فضایی نرم‌اتوبدون مرز و متحرک راکه به وسیله قاضی ترسیم و مورد بازنگری قرار می‌گیرد، گرایش دارد. نفوذ حقوق جامعه اروپا و حقوق خارجی خود را بر فعالیت قانون‌گذار ملی نیز نمایان می‌کند. موضوع اقتباس حقوقی امری قدیمی است اما امروزه اشکال گوناگون به خود می‌گیرد. کافی است به حقوق اداری فرانسه که به طور سنتی به عنوان یک تولید صادراتی مطرح بوده، اشاره گردد. امروزه، حقوق اداری فرانسه تحت نفوذ حقوق خارجی و اساساً حقوق جامعه اروپا از حیث توجه به آزاد سازی و توجه بیش از پیش به

20- V. par exemple, Delmas-Marty M., Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel, Seuil, ۲۰۰۴

21- Habermas p., Préc.

22- Ost F. et Van de Kerchove M., De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit, Publications des facultés universitaires Saint-louis, ۲۰۰۲.

23- Ponthoreau M-C., Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques, in F. Melin-Soucrmanien (sous. dir.), L'interprétation constitutionnelle, Dalloz, ۲۰۰۵, pp. 167 et ss.

حقوق شهروندان قرار گرفته است. (۲۴)

آیا این تغییر شکل‌ها در نظم حقوقی بین‌المللی منجر به جهش در نظم حقوقی ملی خواهد شد؟ آیا بین‌المللی شدن و جهانی شدن دارای آثار مستقیم بر نظم حقوقی و به‌طور مشخص‌تر بر مفاهیم سازنده آن هستند؟ در این‌جا، یک حقوق‌دان فرانسوی فوراً به ترکیب سه گانه «دولت - قانون اساسی - حاکمیت» می‌اندیشد. مهم‌ترین عنصر در این ترکیب به احتمال بسیار قوی قانون اساسی است، چراکه قانون اساسی نظم حقوقی حکومتی را بنیان نهاده و محدودیت‌های آن را تعیین می‌نماید. با عنایت به ارتقاء رو به رشد موقعیت قضات، بی‌تردید مسئله پذیرش قضات قانون اساسی به عنوان نگهبانان استقلال نظم حقوقی امری محوری است. اما سوالی که فراتر از این موضوع مطرح می‌گردد این است که: ضرورت همگونی قوانین اساسی در جهت اروپایی شدن تا کجا پیش خواهد رفت. برخی نویسندگان به «افراط در غرور ملی» در خصوص بعضی از رزروهای برخی از دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی اشاره می‌کنند؛ اما، آیا نباید عناصر سازنده هویت ملی منبعث از قانون اساسی که ممکن است وسیله روند ادغام در نظم فراملی جذب شوند، را مورد توجه قرار داد؟ به عبارت دیگر باید به حوزه‌هایی که در خارج از روند اروپایی شدن و بین‌المللی شدن قرار می‌گیرند، توجه نمود.

در این‌جا موضوعی را مورد اشاره قرار می‌دهیم که در مفهوم عام‌تر پرسش ذیل را مطرح می‌کند: آیا سنن حقوق و روش‌های ملی اندیشه حقوقی تحت تاثیر بین‌المللی سازی و جهانی‌سازی حقوق قرار گرفته است؟ اگر چه تشخیص این امر غیر ممکن نیست، اما، در این‌جا، ما خارج از قلمرو قواعد حقوق موضوعه (که به سادگی قابل شناسایی هستند) می‌باشیم. بنابراین، پیچیدگی و پراکندگی روند مذکور مبین چند وجهی بودن این پدیده است. مطمئناً درک این موضوع مستلزم بررسی آن از دیدگاه‌های مختلف است. به عبارت دیگر، برای تفسیر این پدیده نمی‌توان به یک تفسیر واحد قناعت کرد؛ حداقل لازم است نگرشی انتقادی را مورد بحث قرار داد. نظری که بیشتر مورد توجه قرار گرفته، همگرایی حقوق داخلی و حقوق فراملی، به ویژه آنچه در

24- Melleray F., L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français, AJDA ۲۰۰۴ p. ۱۲۲۴.

چارچوب ادغام اروپایی مطرح شده، است. نظریه همگرایی در حوزه ادغام حقوق ملی در حقوق اروپایی دربردارنده روایتی موسع و دارای صبغه ایدئولوژیک وسیع‌تری از استیلاء مفهوم آنگلو ساکسون حقوق بر مفهوم رومانو-ژرمنی آن است. این امر احتمالاً به این علت است که در ابتداء دکترین نگاهی یک سویه را از مدل ادغام اروپایی (مبتنی بر حقوق آنگلو ساکسون) پیشنهاد کرده است.

امروزه، مباحث مطروحه در حقوق تطبیقی^(۲۵) مبین این است که نمی‌توان ادعا نمود همگرایی نظام‌های حقوقی به خودی خود حادث می‌گردد. این موضوع سئوالات متعددی را مطرح می‌نماید. در نظریه نسبی گرایی فرهنگی که به‌طور خاص به وسیله پیر لوگراند^(۲۶) مورد دفاع قرار گرفته، نویسنده ضمن مخالفت با ایده قانون مدنی اروپایی به دلیل فقدان نقطه مشترک معین ما بین دو ذهنیت حقوقی حاضر در اروپا (تفکر آنگلو ساکسون و رومانو-ژرمن) مباحث مذکور را مجدداً مطرح کرده است. با کنار گذاردن روایت رادیکال این نظریه، در هر حال، به منظور ارزش گذاری مجدد ایده همگرایی، می‌توان بر منافع سنن و فرهنگ‌های حقوقی ملی تکیه نمود: ماهیت عمیق چنین همگرایی چیست؟ مکانیسم‌ها و محدودیت‌های آن کدامند؟

نظریه همگرایی نظام‌های حقوقی

این نظریه می‌تواند دو وجهی باشد: یک روایت اروپایی و یک روایت جهانی. اولی در مجموعه‌ای منطقه‌ای که ارائه دهنده مفهومی خاص است. به عنوان مثال، کوئن کالینارتر آن را این چنین تعریف می‌نماید: «مجموعه‌ای از نظم‌های حقوقی به هم متصل که، جهت استحکام ادغام اروپایی، زمینه و زیر بنای مشترک را می‌سازد. حقوق مشترکی که از اجزاء حقوق تطبیقی تشکیل شده است».^(۲۷) از نظر ژاک شوالیه، حقوق

25- Ponthoreau M-C., Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique, RIDC, ۲۰۰۵, p.7 et Débats méthodologiques récentes droit comparé et théorie juridique, in du Bois de Gaudusson J (sous dir.) le devenir du droit comparé en France, PU Aix-Marseille, ۲۰۰۵ p. ۵۱.

26- Pierre Legrand.

27 Interlocking legal orders in The European Union and comparative law,

جهانی شده مطابق است با «ساخت تدریجی پایه‌ای از قواعد و اصولی که مبین جریان نزدیکی نظام‌های حقوقی دولتی است».^(۲۸) به عبارت دیگر، تئوری همگرایی بر ایجاد حقوقی مشترک ناشی از نظام‌های حقوقی بنیان می‌گردد. از سوی دیگر، حقوق مشترک یاد شده نظام‌های حقوقی سازنده‌اش را در جهت نزدیک نمودن آن‌ها به یکدیگر (اما نه یک‌سان کردن)، تحت تاثیر قرار می‌دهد. ذکر دو نکته در خصوص این تئوری ضروری است: یکی در رابطه با ابزار این همگرایی و دیگری در خصوص رابطه دو روایت اروپایی و جهانی آن.

در هر دو روایت، ساختن حقوقی مشترک بر منطق دوگانه هماهنگی و وحدت استوار می‌گردد. از نظر خانم دلماس مارتی، وجه تمایز این دو عبارت است از وجود یا عدم وجود حاشیه مانور حقوق ملی: «درحالی که وحدت، مبتنی بر فرض قواعدی است که براساس آن و در چارچوب اعمال مضیق سلسله مراتب نرم‌ها، کشورها به طور یک‌سان موظف به تطبیق خود با آن‌ها هستند، هماهنگی، تضعیف سلسله مراتب هنجارها را اقتضاء می‌نماید؛ امری که فقط الزام نزدیکی نظام‌ها با یکدیگر حول اصولی مشترک را در پی داشته و نوعی حق متفاوت بودن را پیش‌بینی می‌نماید. در این حالت، هر کشور حاشیه عملی را برای اعمال این اصول برای خود، مشروط به آنکه این حاشیه عمل ملی با اصول مشترک سازگار باشد، حفظ می‌کند. بنابراین، تعیین آستانه سازگار بودن، نتیجه بدیهی پیش‌بینی حاشیه عمل ملی است».^(۲۹) در حالی که وجود حاشیه عمل مزبور مبین در نظر گرفتن تنوع نظام‌های حقوقی است، در مقابل، از نظر طرفداران نظریه همگرایی، حقوق تطبیقی به عنوان یک ابزار ادغام مطرح است.^(۳۰) به نظر پروفیسور اوبی و پروفیسور دلماس مارتی، جهانی نمودن جابه‌جایی حقیقی تئوری با عمل را به

International comparative law Quarterly. Vol . 2003, P. 906.

28- Chevallier J., op. Cit., p. 39.

29- Delmas-Marty M. Les processus de mondialisation du droit, in Le droit saisi par la mondialisation, op. cit., p. 72.

30- Lenaerts K., Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, RTD eur. 2001, p. 503.

همراه خود خواهد داشت:^(۳۱) یعنی جابه جایی تئوری با عمل به همراه تغییر شکل روش‌ها که بیشتر مبتنی بر محوریت تحلیل نظام‌ها و ارزیابی راه حل‌های ارائه شده وسیله نظام‌های مختلف در چنین و چنان حوزه است.^(۳۲)

این عمل‌گرایی می‌تواند توجیه‌کننده حمایت‌هایی نظری که به وسیله یورگن شوارتز در خصوص حقوق اداری مشترک در اروپا انجام شده، باشد.^(۳۳) از نظر یان وارد، که پروژه شوارتز را رد کرده، طرح مزبور (ضمن به رسمیت شناختن این امر که استفاده از حقوق تطبیقی در جامعه اروپا جهت از میان بردن تفاوت‌ها و افزایش شباهت‌ها در بالاترین حد غیر قابل انکار است)^(۳۴) در صدد به حداقل رساندن تفاوت‌ها و مطمئناً تضادهاست.^(۳۵) به رغم تردید در نفس موضوع همگرایی، می‌توان در این امر که همگرایی به حذف تفاوت‌ها (صرف نظر از این که آیا قادر به انجام آن است؟) می‌انجامد، تردید نمود؛ موضوعی که در مرکز نظریه نسبی‌گرایی فرهنگی قرار دارد.

رابطه مطمئناً تنگاتنگ است. همان طور که ژان برنارد اوبی آن را مورد اشاره قرارداده است، در مقابل جهانی نمودن حقوق، تشکیل جامعه اروپایی «همزمان یک سپر باز دارنده و یک وسیله حرکت است. وسیله باز دارنده از آن جهت که این جامعه در صدد سازگار نمودن جریان جهانی با هنجارهای آمره خاص مورد شناسایی ملل اروپایی است. حداقل جامعه اروپا این امر را در حوزه اقتصادی و در روابط خود با سازمان جهانی تجارت انجام می‌دهد (به عنوان مثال و به طور مشخص در موضوعات مربوط به ارگانیزم‌هایی که مورد اصلاح ژنتیکی قرا گرفته‌اند). در مقابل، در خصوص جهانی نمودن حقوق بشر، اراده جامعه اروپا در هماهنگی بسیار قوی بوده و کم‌تر در

31- Auby J-B La globalisation, le droit et l'Etat, op. cit., p.131.

32- Delmas- Marty M., Critique de l'intégration normative, PUF, 2004, p. 47.

33- Schwarze J., Tendencias towards a common administrative law in Europe, European law review, 1991, vol. 16. pp. 17 et ss.

34- Eard I., The limits of comparativism : Lessons from UK-EC integration, Maastricht Journal of European and comparative law. 1995, p. 31.

35- Ibidem.

جستجوی استقلال ویژگی‌های ملی ست.^(۳۶)

جامعه اروپا «در عین حال وسیله انتقال حقوق جهانی نیز هست؛ و این امر تنها در حوزه تجارت بین‌المللی نیست بلکه در حوزه‌های دیگری نیز اتحادیه به‌عنوان ابزار الزامی نمودن هنجارهای بین‌المللی برای دولت‌های عضو (که پیش از این ملزم به رعایت آن‌ها نبوده‌اند) عمل می‌کند. برای مثال می‌توان به آنچه در خصوص تجارت گیاهان و جانوران وحشی براساس کنوانسیون ۱۹۷۳ واشنگتن در سال ۱۹۸۲ اتفاق افتاد اشاره نمود.^(۳۷)

قلمرو اصلی حقوق جهانی شده را حقوق بشر تشکیل می‌دهد. از نظر خانم دلماس مارتی، حقوق بشر، در جهت جهانی شدن هماهنگ (یا با اصطلاح نویسنده «یک جهانی شدن ملایم»^(۳۸))، وزنه تعادل درمقابل منطق اقتصادی به شمار می‌رود.^(۳۹) به روی این ایده آل اتفاق نظر وجود ندارد و جهانی شدن حقوقی می‌تواند دارای روایتی بیشتر ایدئولوژیک باشد.

نظریه تفوق یک مدل حقوقی

این نظریه متکی بر ایده‌ایست که مطابق آن، هم‌رنگ شدن با محیط، دولت‌ها را به سوی ملحق‌گردیدن به مدل حقوقی کشورهای برتر یعنی مدل لیبرال که مبتنی بر مثلث «حقوق بشر، دموکراسی متکثر و حکومت قانون»^(۴۰) است، سوق می‌دهد. از میان کشورهای غالب، در هر حال مدل آنگلو ساکسون قدرتمندتر است چرا که کامن‌لو (به ویژه در حوزه اقتصادی) موثرتر و در نتیجه جذاب‌تر از حقوق رومن و ژرمنی است. این نقطه نظر در گزارشی از بانک جهانی^(۴۱) (که موجب اعتراضات زیادی به خصوص

36- Auby J-B., La globalisation, le droit et l'Etat op. cit., p. 28.

37- Ibidem. p. 29.

38- Une mondialisation douce.

39- Le droit saisi par la mondialisation, op. cit., p. 78.

40- Chevallier J., op. cit., p. 41.

41- Doing business in 2004 (Rapport de la Banque mondiale).

در فرانسه گردید^(۴۲)،^(۴۳) مورد توجه قرار گرفته است. این نظریه دو مسئله را برای صدور حقوق مطرح می‌نماید: از یک سو مسئله اقتصادی، که در حقوق عمومی قبل از هر چیز مربوط به حقوق اداری است، و از سوی دیگر مسئله فرهنگی است. این ایده که میان نظام‌های حقوقی امکان رقابت به وجود آید از این پس به نحو گسترده‌ای پذیرفته شده است. حتی تحلیل در خصوص رقابت میان نظم‌های حقوقی، به ویژه در درون اتحادیه اروپا (به دلیل تعیین روش تولید هنجارهای جامعه اروپا) امری عادی است. در حالی که هدف جامعه اروپا هماهنگی حقوقی ست کشورهای عضو در صدد آن هستند که با پیشنهاد نمودن مدل‌ها و مفاهیم متناسب با نظام حقوقی خود در ابتدای روند تدوین هنجارهای جامعه، موجب کمترین اصلاح در حقوق داخلی خود گردند.

تحلیل‌هایی متفاوت از آنچه آمد نیز از رقابت یاد شده ارائه شده است: رقابت و اتحاد یا اتحاد بدون رقابت و یا اتحاد با رقابت کم‌تر^(۴۴). اما، به طور خاص، به دلیل عدم تعیین و یا به طور دقیق‌تر فقدان اتفاق نظر روی معیارهای ارزیابی کارایی یک نظام حقوقی (که منبعث از تحلیل اقتصادی از حقوق است) مقایسه و ویژگی انگیزشی نظام‌های حقوقی مشکل‌سازتر است. شورای دولتی فرانسه در گزارشی مربوط به نفوذ بین‌المللی حقوق این کشور، نفوذ مدل آنگلو ساکسون را در حوزه حقوق مالی و بورسی طی سال گذشته؛ و همین‌طور سازگاری دقیق حقوق اداری را، تحت فشار ملاحظات اقتصادی، پذیرفته است.^(۴۵)

شورای دولتی همچنین اشاره نموده است که بین‌المللی کردن موجب تغییر شکل مسئله فرهنگی صدور حقوق شده است: «مانند گذشته، این امر عبارت است از تجلی

۴۲- یک گروه کاری تحت مدیریت برتراند دو ماره از ممیزین شورای دولتی در وزارت دادگستری مامور تحقیق در خصوص جذابیت اقتصادی حقوق گردید.

43- Du Marais B. (sous dir.) L'attractivité économique du droit www.gip-recherche-Justice/aed/présentation..htm.

44- V., à propos de ces analyses, Zoppini (sous dir.) La concorrenza tra ordinamenti giuridici, Bari, Laterza, 2004.

45- L' influence internationale du droit français (Rapport du Conseil d'Etat), La Documentation française, 2001.

حضور یک دولت به واسطه حقوق و حقوق دانان آن کشور از طریق مذاکرات بین‌المللی کنوانسیون‌های دو یا چند جانبه، انجام مأموریت‌های کارشناسی و شرکت در ساختار و فعالیت‌های سازمان‌های بین‌المللی. علاوه بر این، از این پس، موضوع عبارت است، از یک سو، دفاع از نوعی تنوع فرهنگی ضمن امتناع از ورود کنترل نشده مفاهیم حقوقی نامتجانس در حقوق داخلی و بالعکس، و از سوی دیگر، تسهیل گسترش مفاهیم حقوق داخلی در سایر نظام‌های حقوقی از طریق پذیرش آن‌ها در سطح بین‌المللی.^(۴۶) تمایل و ادعای مشخصاً اعلام شده، از یک طرف عبارت است از تحت نفوذ قرار دادن حقوق بین‌الملل عمومی (به دلیل قابلیت اعمال مستقیم در محاکم فرانسه) و از طرف دیگر عبارت است از نسبی نمودن تضاد سنتی میان نظام‌های حقوقی کامن لو و رومنو-ژرمن با تاکید این امر که از این پس مرزهای بین نظام‌های حقوقی مختلف نامشخص هستند (گزارش فوق‌الذکر بر تغییر شکل حقوق عمومی انگلیس به ویژه تحت نفوذ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تاکید می‌نماید).

برخلاف این تحلیل، برخی معتقدند که جهانی‌سازی موجب تفوق کامن لو می‌گردد. دلیل اصلی این نگرش اعتبار شخصیتی قاضی در کامن‌لوست^(۴۷). بر همین اساس، اهمیت قضات در روند جهانی‌سازی و بین‌المللی کردن حقوق امری است که مورد توافق گسترده‌دکترین است. علاوه بر اعتبار شخصیتی قضات (مفهومی فاقد بار حقوقی)، به ویژه خصوصیات مدل آنگلو ساکسون است که باید، به عنوان محور صدور کامن لو، مورد تاکید قرار گیرند: سبک حقوقی استدلالی، روایتی و تحلیلی متکی بر ارائه نظریات فردی قضات، در تقابل قرار دادن طرفین دعوی، اعتبار قاعده سابقه و بی‌طرفی قاضی. بررسی تبادلات رویه‌های قضایی میان دادگاه‌های قانون اساسی نشان می‌دهد که اغلب، رویه قضایی دادگاه‌هایی که نظرات جداگانه قضات (نظر اقلیت) را نیز در تصمیمات خود مورد اشاره قرار می‌دهند، مورد ارجاع قرار می‌گیرد. تصمیمات این محاکم مانند مجموعه خشک و تک ساختی نیست بلکه نوعی تبادل استدلالات است. بنابراین، آن‌ها سازگاری بسیار بیشتری برای صدور دارند. به ویژه، چنین رویه‌های

46- Ibidem, p. 13.

47- Allard J. et Garapon A., Les juge dans la mondialisation, Seuil, 2005, p. 42.

قضایی پاسخگوی نیازهای قضائی است که فراتر از اقتباس از یک راه حل حقوقی خارجی، از آن‌ها استفاده می‌کنند.^(۴۸) هر چند عناصر دیگری توجیه کنند. نفوذ رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده و دادگاه قانون اساسی آلمان هستند، باید تایید کرد که استنادات موجز و شکلی در تصمیمات شورای عالی قانون اساسی فرانسه مانع از سازگاری مناسب آن‌ها برای صدورشان می‌گردد.

البته، مسئله فرهنگی صدور حقوق فراتر از موضوع سبک تصمیمات قضایی (برای مورد توجه قرار گرفتن آن‌ها در روشی که حقوق درک، اعمال و تدریس می‌گردد) است. به طور مشخص، نظریه نسبی‌گرایی فرهنگی مبتنی بر توجه به تفاوت‌های فرهنگی است.

نظریه نسبی‌گرایی فرهنگی

مدافع اصلی این نظریه پیروگراند، ضمن توجه به روش‌های متفاوت تفکر و استدلال در حقوق، «جدایی کاهش‌ناپذیر معنی‌شناسی میان کامن‌لو و حقوق رومنو-ژرمنی» را آشکار نموده، و بر این اساس، مخالف نظریه همگرایی نظام‌های حقوقی است.^(۴۹) به عبارت دیگر همگرایی چند قاعده حقوقی در حقوق موضوعه بیان‌گر اینکه ما دارای یک کادر حقوقی واحد بوده و اینکه ما درک واحد از حقوق داریم، نیست. با تکیه بر تفاوت‌های روش در دو نظام حقوقی (نگرش عمل‌گرا و اهمیت واقعیات در سنت آنگلو ساکسون در مقابل استدلال مبتنی بر طبقه‌بندی‌های انتزاعی و سیستم سازی در نظام رومنو-ژرمنی)، نویسنده به‌طور بنیادین مخالف ایده یک قانون مدنی اروپایی است.^(۵۰) در درون حقوق عمومی، نویسنده عرصه مستعدتری را برای توسعه نظریه خود یافته است.^(۵۱)

48- Ponthoreau M-C., op.cit. pp. 167 et ss.

49- European legal systems are not converging, International comparative law Quarterly, 45, 1996, p. 79.

50- Legrand P., Sens et non-sens d'un code civil européen, RID comp. 1996, en Particulier, pp. 779 et ss.

51- Legrand P., Public law, europeanisation and convergence: Can comparatists

پیر لوگراند متعلق به جریانی از مطالعات تطبیقی «حقوق به مثابه فرهنگ» است که به موضوع توجه بسیار بیشتری نسبت به «روش خاصی که به وسیله آن ارزش‌ها، عمل و مفاهیم در نهادهای حقوقی و در تفاسیر متون حقوقی ادغام می‌گردند»^(۵۲) دارد. این نگرش جدید از مفاهیمی کلیدی چون «سنت»، «ذهنیت‌ها» و «فرهنگ» استفاده کرد، و به ویژه مبتنی بر نوعی انتقاد از عمل‌گرایی (به عنوان روش مسلط در مطالعات تطبیقی خصوصاً در حوزه حقوقی آنگلو ساکسون و حقوق خصوصی)^(۵۳) توسعه یافته است. کتاب کوتز و ذویگرت^(۵۴) در بر دارنده نشانه‌های اصلی این روش که مشتمل بر «تحقیق در اعمال مشابه در نظام‌ها که مورد مطالعه حقوق‌دان تطبیقی است، می‌باشد. از نظر این نویسندگان، هر چند ابزار و امکانات حقوقی (هنجارها، مفاهیم و نهادها) متفاوت هستند، اما کارکردهای اجتماعی و راه حل‌های پذیرفته شده [در نظام‌های مختلف] یک‌سان هستند»^(۵۵) برای این نویسندگان، زمینه نسبتاً مشابه نظام‌های مورد مقایسه فرض است، و می‌پذیرند که حقوق‌دانان تطبیقی می‌توانند این مشابهت را نقطه آغاز مطالعه قرار دهند: نتایج عملی مشابه هستند چرا که در خصوص نیازهای اقتصادی، کشورهای توسعه یافته با اصطلاحات یک‌سان و یا بسیار نزدیک پاسخ می‌دهند. فرض مشابهت برای کشورهای صنعتی به‌ویژه توسط جان بل مورد اعتراض قرار

contribute? in *Convergence and divergence in European public law*, (eds) p. Beaumont, C. Lyons, N. Walker, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 225 et ss. en particulier, p. 246.

52- Bell J; (cité par Van Hoecke M. et Warrington M., *Legal cultures, legal paradigms, legal doctrine: Toward a new model for comparative law*. *International comparative law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 498).

53- Van Hoecke M. et Warrington M., op. cit., pp. 495 et ss. V. également, Graziadei M., *The functionalist heritage*, in Legrand et Munday R., *Comparative legal studies : Traditions and transitions*, Cambridge University Press, 2003, pp. 100 et ss.

54- Kötz et Zweigert., *An introduction to comparative law*, 3ème éd. (trad. par A. Weir), Oxford University Press, 1998, pp. 21-40.

55- Bell J., *La comparaison en droit public*, in *Mélanges Denis Talons*, Société de Législation comparée, 1999 p. 35.

گرفته است. وی معتقد است، در حقوق عمومی به دلیل فقدان همگرایی در نهادها، ارزش‌ها و به‌طور خاص در سنن اداری ملی (که از نظر سنتی به خانواده‌های حقوق - عادتاً مورد شناسایی حقوق‌دانان تطبیقی حقوق خصوصی - مربوط نمی‌شوند) چنین مشابهتی باید به اثبات برسد.^(۵۶) در چارچوب اروپایی جان بل از همگرایی که متکی بر روند ترکیب نظام‌های حقوقی اروپایی است، دفاع می‌نماید. پویایی اروپایی‌سازی به شکل رسمی (قانون و رویه قضایی) و غیر رسمی (دکترین، آموزش، همکاری بین قضات و یا بین وکلا) تجلی می‌کند. تضادی میان همگرایی (قابل شناسایی در چندین حوزه به ویژه در قانون‌گذاری روابط اداری) و سنن حقوقی ملی که مربوط به «مجموعه‌ای از فعالیت‌های عملی در جامعه حقوق‌دانان داخلی است» وجود ندارد.^(۵۷) چرا که جان بل، برخلاف پیر لوگراند، مفهومی رادیکال از فرهنگ حقوقی را پیشنهاد نمی‌کند: «فرهنگ‌های حقوقی نه همگن هستند و نه غیر قابل تغییر».^(۵۸) بنابراین، وی تشکیل فرهنگی حقوقی مشترک را رد نمی‌کند.

اروپایی شدن و بین‌المللی شدن حقوق از روندهایی به شمار می‌روند که به سرعت قابل رویت نیستند. دقیقاً، ارزش والای کارهای پیر لوگراند و جان بل در جلب توجه به روندهای مذکور ضمن توجه به فرهنگ‌ها و سنن ملی است. با این وجود، مشکل، عدم تعیین و نامشخص بودن این فرهنگ‌هاست. غالباً آن‌ها به‌طور عام و همگن در نظر گرفته می‌شوند. به‌رغم اینکه مفهوم «فرهنگ حقوقی» مایع عظیم شورانگیز جوشانی است که همه چیز و هر چیزی را می‌توان در درون آن قرار داد، دشوار بتوان از کنار آن گذر کرد، چرا که سنت‌ها عمیقاً تبادل سازنده میان فرهنگ‌ها و شیوه‌های متفاوت اندیشیدن را تحت تاثیر قرار می‌دهند.^(۵۹) اما، وجود سنن حقوقی متفاوت، نیابستی توجیهی بر

56- Ibidem. p. 41.

57- Bell J., Comparative law and Legal theory, In Krawietz W., MacCormick N. et Von Wright G-H., Perspectives

58- Bell J., Mechanismes for Cross-fertilisation of administrative law in Europe, in Beatson J., Tridimas T., New directions in European public law. Oxford. Hart publishing. 1998, p. 148

59- Allison J. W.F. Transplantation and cross-fertilisation, in New directions in

مقاومت در برابر اصلاحات ضروری باشد. به عنوان مثال می توان به مقاومت شورای دولتی فرانسه در مقابل رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص بی طرفی قاضی اشاره کرد.

برای شناخت عمیق تر، روند ترکیب نظام های حقوقی باید دربر دارنده پاسخ به پرسش های زیر باشد: عناصر خارجی نسبت به یک نظام حقوقی چگونه نفوذ می کنند؟ چگونه عناصر یاد شده با ضرورت های نظام حقوقی میزبان سازگار می شوند؟ آیا مفاهیم حقوقی ملی و یا تفاسیر حقوقی ملی وابسته به سنن تاریخی وجود دارند؟ آیا برخی نظام های حقوقی نسبت به برخی دیگر قابلیت نفوذ پذیری بیشتری دارند؟ یا اینکه آیا می توان از خصوصی سازی حقوق عمومی و یا عمومی سازی حقوق خصوصی و یا از «حقوق ترکیبی» سخن گفت؟ شناختی بهتر از این مکانیسم های ترکیب نظام ها بایست اجازه اصلاح فرمول نظریه همگرایی حقوق را حول یک جانشین بدهد: همگرایی عمقی و واگرایی سطحی و یا همگرایی سطحی، تفاوت عمقی.

در هر حال، روندهای ترکیب حقوق دارای تنوع وسیعی است: این روندها ضرورتاً «طرق و اهداف یکسان را تعقیب نمی نمایند. به عنوان مثال در بحث گفتگو میان قضات قانون اساسی، کاترین دوپره از فرض سازگار کردن رویه قضایی دادگاه قانون اساسی آلمان به وسیله دادگاه قانون اساسی مجارستان دفاع می کند.^(۶۰) دادگاه پذیرنده به عنصری از حقوق خارجی در زمینه اصلی آن اشاره، و آن را در استدلال خود (اغلب بدون مقایسه صریح و بدون توضیح دلایل انتخاب خود) درج می نماید. این حرکت اقتباسی جزئی از روش قاضی دیوان دادگستری جوامع اروپایی است که سنن مشترک اروپایی را در حوزه حقوق اساسی (به نحوی که رابطه ای میان نظام های حقوقی داخلی ایجاد کند) مورد استفاده قرار می دهد: سنن مزبور فقط سازنده منبع الهامی برای دیوان هستند، که به این منوال میراث مشترک در حقوق اساسی (با ادغام آن مطابق با اهداف پی گیری شده به وسیله جامعه اروپا) را بازایی می کنند. در این صورت می توان از حرکت به سوی استقلال قاضی جامعه اروپا سخن گفت. برای قاضی اساسی مجار رجوع

european public law, précité., p. 174.

60- Importing the law in post-communist transitions, Oxford, Hart publishing, 2003.

به رویه قضایی خارجی به وی امکان ایجاد رابطه با رویه قضایی یکی از معتبرترین دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی (بدون اینکه، مطابق فرمول جالب رئیس دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، یک «قانون اساسی خارجی» مورد استناد قرار گیرد) را می‌دهد: در واقع چنین تفسیری فقط می‌تواند با در نظر گرفتن «سیستم حقوقی، تاریخ و سیاق قانون اساسی» مورد استفاده قرار گیرد.^(۶۱) این مثال نشان‌گر آن است که می‌توان به بیش از یک جایگزین فکر کرد. به سخن دیگر، براساس حوزه مورد بحث، می‌توان به راحتی همگرایی عمیقی را در یک حوزه تصور کرد در حالی که این همگرایی در حوزه‌ای دیگر سطحی خواهد بود.

قلمرو کار در این حوزه بسیار وسیع و کارهای انجام شده هنوز بسیار کم است. در هر حال، چنانچه نگاهی به این روندهای ترکیب حقوق‌ها در یک دوره طولانی بیاندازیم، متقاعد خواهیم شد که در این رابطه هیچ چیز جدیدی وجود ندارد. حقوق، همیشه ثمره منابع الهام متفاوت و به ویژه حقوق خارجی، بوده است. بی تردید، اقتباس در حقوق بسیار بیشتر از ابداع وجود دارد. حقوق‌دانان حقوق تطبیقی می‌توانند با پی‌گیری و تجدید آثار پایه‌ریزی شده به وسیله آلن واتسون^(۶۲) در این امر مشارکت کنند، و این امر نباید مبتنی بر رد یکی از تفاسیر مورد بررسی در این جا، بلکه بالعکس، باید با تجمیع آن‌ها صورت پذیرد.

61- Opinion du président Arthur Chaskalson sous l'affaire sur la peine de mort (citée par Carey-Miller D. A world in one country on the long road to reality, in Harding A. et Olrticti E. Comparative law in the 21st centry, Kluwer law international, Dordrecht, 2002. p. 294.

62- Watson A., Legal transplants: An approach of comparative law, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.