

حقوق تطبیقی در دادگاه: مطالعه پیوند قضایی در حقوق خصوصی

امیر صادقی نشاط*

حسنا حاج نجفی**

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۹/۱۵

چکیده

فوائد حقوق تطبیقی در جهان امروز دیگر محدود به قوه قانون‌گذار نیست. دادرسان نیز در مقام تفسیر قضایی از یافته‌های حقوق تطبیقی بهره می‌برند؛ به گونه‌ای که گاه حقوق خارجی دلیل عمده صدور رأی دادگاه در قضیه‌ای است که حقوق داخلی درباره آن نیازمند تفسیر است. استناد قاضی به حقوق خارجی در این معنا در مطالعات حقوق تطبیقی با عنوان «پیوند قضایی» بررسی می‌شود که موضوعی پیچیده و در شمار جدیدترین بحث‌های حقوقی روز دنیا است. در ادبیات حقوقی کشورمان، بررسی این موضوع و ابعاد و شرایط آن فاقد سابقه است. در این مقاله، نگارندگان کوشیده‌اند تا با روشی تحلیلی-تطبیقی و با استفاده از مطالعات موردی در حوزه حقوق خصوصی به معرفی و بررسی پیوند قضایی در نظام‌های کام‌لو، حقوق نوشته و نظام حقوقی کشورمان بپردازند. این مطالعه نشان می‌دهد، پیوند قضایی در خانواده کام‌لو در مقایسه با حقوق نوشته فراوانی و وضوح بیشتری دارد. با این حال، در حقوق نوشته نیز در سالیان اخیر، تحولات مهمی به نفع ترویج پیوند قضایی به چشم می‌خورد. بررسی پیوند قضایی در نظام حقوقی کشورمان، نشان می‌دهد با در نظر گرفتن اصول قانون اساسی و قوانین ملی، استناد دادرسان ایرانی به حقوق خارجی و پیوند احتمالی قواعد آن، راهکاری ممکن در تفسیر قضایی است. بدین‌سان، در ادامه این پژوهش، برخی مصادیق پیوند قضایی در نظام حقوقی کشورمان شناسایی و بررسی می‌گردد.

کلید واژگان:

پیوند حقوقی، پیوند قضایی، تفسیر قضایی، حقوق تطبیقی.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

asneshtat@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

hasnanajafi@gmail.com

مقدمه

یافته‌های حقوق تطبیقی و تاریخ حقوق بیانگر این است که نظام‌های حقوقی در چارچوب بسته‌ای محصور نیستند، بلکه از راه‌های گوناگون در معرض تأثیرگذاری و تأثیرپذیری قرار دارند؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت هیچ نظام حقوقی «خالص» در دنیا وجود ندارد و همه آنها دارای عناصری از سایرین هستند.^۱ به طور معمول، مطالعه تأثیر و تأثر نظام‌های حقوقی و نقل و انتقال قواعد حقوقی میان آنها، ذیل عنوان پیوند حقوقی^۲ مطالعه می‌شود. به این ترتیب، پیوند حقوقی عبارت است از حرکت و انتقال یک ایده حقوقی، قاعده حقوقی یا قانون از یک نظام یا مجموعه حقوقی به نظام یا مجموعه حقوقی دیگر یا از یک عامل دارای منشأ خارجی به نظام حقوقی داخلی.^۳ در نگاه نخست، بارزترین سبب و مجرای پیوند حقوقی، وضع قوانین توسط قوه قانون‌گذار با اقتباس از حقوق خارجی است که با عنوان پیوند تقنینی^۴ درباره آن بحث می‌شود.^۵ مثال ساده در این باره، اقتباس قانون تجارت کشورمان از قانون تجارت فرانسه است.^۶ با این حال، تأملی عمیق‌تر نشان می‌دهد که سبب پیوند در انحصار قانون‌گذار نیست. در سالیان اخیر، توجه نویسندگان به نقش‌آفرینی دستگاه قضا در فرایند پیوند حقوقی جلب شده است؛ به گونه‌ای که دادگاه نیز به عنوان یکی از مجاری انتقال قواعد حقوق خارجی به نظام داخلی مطرح می‌گردد. مطالعات جدیدتر نشان می‌دهد که گاهی دادرسان در مقام حل و فصل دعاوی داخلی در کنار دیگر راه‌های تفسیر قضایی، پیدا و پنهان از قواعد حقوق خارجی بهره می‌گیرند و به این ترتیب قواعد حقوق خارجی را به نظام داخلی پیوند می‌زنند. در حقوق تطبیقی، از اقتباس حقوق خارجی

1. Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 35.

2. Legal transplant

3. See Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Athens: University of Georgia Press, 1993, p.21; Twining, William, "Diffusion of Law: A Global Perspective", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 36, 2004, pp. 18-19.

4. Legislative transplant

۵. به نظر می‌رسد نخستین بار مرحوم دکتر حسن افشار، استاد پیشکسوت موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، اصطلاح پیوند تقنینی را در ادبیات حقوقی کشورمان به کار برده‌اند (ر.ک. افشار، حسن، *کلیات حقوق تطبیقی*، تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵، صص ۱۹۷-۲۸۰).

۶. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، (منابع حقوق)، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۱۱۰.

به سبب ابتکار دستگاه قضایی با عنوان *پیوند قضایی*^۱ یاد می‌شود که موضوعی جدید است.^۲ سابقه بحث در این خصوص، به چهاردهمین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال ۱۹۹۷ باز می‌گردد که موضوع «استفاده دادگاه‌ها از حقوق تطبیقی» یکی از سرفصل‌های کنفرانس بود و بر اساس گزارش‌های کنفرانس، کتابی^۳ نیز با همان نام منتشر گردید.^۴

در مقاله پیش‌رو، استناد دادرسی به حقوق خارجی با محوریت پیوند قضایی در حوزه حقوق خصوصی مطالعه می‌شود. بدین منظور، ابتدا از احکام عمومی پیوند قضایی بحث شده، سپس به مطالعه اختصاصی پیوند قضایی در خانواده‌های حقوقی مختلف و نظام حقوقی کشورمان پرداخته می‌شود.

پیش از ورود به موضوع، ذکر دو نکته بایسته است: نخست، در این مقاله، «حقوق خارجی» معنای وسیعی دارد و شامل قواعدی غیر از قواعد نظام ملی دادرسی می‌شود. بنابراین، حقوق خارجی علاوه بر قوانین خارجی، موازین حقوق بین‌الملل، حقوق بازرگانی فراملی و دکتین حقوق خارجی را نیز دربرمی‌گیرد. البته، استناد قاضی به منطوق معاهدات بین‌المللی که کشورها بدان ملحق شده‌اند، از شمول بحث این مقاله خارج است؛ چه آنکه برای مثال، بر اساس ماده ۹ قانون مدنی، این اسناد در حکم قانون داخلی است. دوم، مطالعه این مقاله متمرکز بر دعوی فاقد عنصر خارجی است. به بیان دیگر، موضوع این مقاله منصرف از پرونده‌های حقوق بین‌الملل خصوصی است که در آنها استناد قاضی به حقوق خارجی، دست‌کم در حقوق نوشته، تکلیفی اجباری و روی دیگر اعمال قواعد حل تعارض ملی دادرسی است.^۵

1 Judicial transplant / La greffe juridique

2 Bobek, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, 2013, pp. 9-13 & 16-1; Valcke, Catherine, "La Greffe Juridique en Droit Comparé", in *Internationalisation du droit, Internationalisation de la justice*, Actes du 3^e congrès Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays Ayant en partage l'usage du Français, 21-23 juin Cour Suprême du Canada, 2010, available at: http://v1.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf, pp. 86-87.

3 See Drobnig, Ulrich, Sief v. Erp, *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999.

4 Siems, Mathias, *Comparative Law (Law in Context)*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2018, p. 245.

5 Unberath, Hannes, Astrid Stadler, "Comparative Law in the German Courts" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 582.

۱. احکام عمومی پیوند قضایی

در این بخش از مقاله، احکام عمومی پیوند قضایی شامل دلایل توجیه‌کننده پیوند قضایی، اصل استثنایی و مشروط بودن پیوند قضایی، انواع استناد دادرسی به حقوق خارجی و رابطه آن با پیوند قضایی، مقایسه پیوند قضایی و پیوند تقنینی و نیز ایرادات استناد قاضی به حقوق خارجی بررسی می‌شود.

۱.۱. دلایل توجیه‌کننده استناد قاضی به حقوق خارجی و پیوند قضایی

امروزه، بسیاری از نظریه‌پردازان حقوق غربی توصیه می‌نمایند که قاضی خوب باید یک حقوق‌دان بین‌الملل و تطبیقی و آگاه به اقتضات حقوق خارجی نیز باشد.^۱ نویسندگان پیش‌بینی نموده‌اند که در سال‌های آینده میزان بهره‌گیری دادرسان از قواعد حقوق خارجی در پرونده‌های داخلی افزایش می‌یابد.^۲ پرسش اینجاست که پس از دوره تأکید بر حقوق ملی در دو قرن هجدهم و نوزدهم چه دلایل و شرایطی گذر از حقوق ملی و اقبال به حقوق خارجی را توجیه‌پذیر کرده است؟

از جمله مهم‌ترین دلایل به نفع استناد به حقوق خارجی، شباهت تحولات اجتماعی و اقتصادی در جوامع مختلف و اثرپذیری مشابه بیشتر نظام‌های حقوقی از تبعات جهانی‌شدن است. امروزه، دادگاه‌ها بیشتر از گذشته در معرض پرونده‌های مشابهی قرار می‌گیرند. پرونده‌هایی که موضوع اصلی آنها معضلاتی است که با توجه به سرعت تحولات، پیچیدگی موضوع یا عدم اجماع سیاست‌گذاران، قانون‌گذار ملی موفق نشده است درباره آنها قاعده‌گذاری نماید. این در حالی است که در برخی حوزه‌ها، روش‌های سنتی حقوق ملی فاقد کارایی لازم است. برای مثال، در سطح جهانی شمار قراردادهای الحاقی افزایش یافته است. اگر فرض نماییم، هنوز قانون‌گذار در این موضوع به وضع قاعده نپرداخته باشد، به نظر می‌رسد این دادگاه است که باید با استفاده

1. Bobek, Op. Cit, pp. 9-13 & 16-17; Örucü, Ensin, "Comparative Law in Practice: The Courts and the Legislator" in Örucü & Nelken, eds., *Comparative Law: A Handbook*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 432.

2. Mak, Elaine, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Hart Publishing, 2013, pp. 2-4; Graziano, Thomas Kander, "Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 42; Valcke, Op. Cit, pp. 87-88.

از روش‌های مختلف، با گذر از تظاهر به توافق دو اراده، قواعد سنتی قراردادهای را با هدف تأمین عدالت روزآمد نماید. یکی از این روش‌های پیشنهادی، استفاده از تجربه حقوق خارجی است. یعنی دادگاه جستجو کند کشورهایی که زودتر به این معضل دچار شده‌اند، چه تدابیر حقوقی را برای مدیریت این نهاد پیش‌بینی نموده‌اند.^۱

به علاوه، افزایش موازین بین‌المللی در زمینه حقوق خصوصی از جمله انعقاد معاهدات بین‌المللی که در مرحله اجرا باید توسط دادگاه‌های ملی تفسیر گردند، دادگاه‌های ملی را بیش از گذشته در معرض تفسیر متون مشترک قرار داده است. اینکه موضوع تفسیر به جای قوانین ملی متفاوت، متن مشترکی باشد، خود بر استقبال از تجربه حقوق خارجی تأثیرگذار است.^۲ این تحول به ویژه در حقوق اروپایی قابل تشخیص است. تشکیل اتحادیه اروپایی و هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی در کشورهای عضو، همچنین ایجاد دادگاه‌های اروپایی از جمله دیوان دادگستری اتحادیه اروپا و دیوان اروپایی حقوق بشر سبب تقویت موارد ارجاع دادگاه‌های ملی به آرای سایر محاکم ملی یا اروپایی شده است.^۳

همچنین، این واقعیت که به مدد پیشرفت حقوق تطبیقی، اقتباس از حقوق خارجی در مرحله وضع قاعده بیش از گذشته شده است، استناد به حقوق خارجی در مرحله تفسیر قوانین را نیز توجیه‌پذیرتر می‌نماید. به ویژه، در مواردی که یک قاعده حقوقی از نظام حقوق خارجی اقتباس می‌شود، ممکن است دادگاه در تفسیر نیز همچنان راه‌حل‌های حقوق خارجی را در نظر گیرد.^۴

1. Koopmans, Tim, "Comparative Law and the Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, 45(3), 1996, p. 549.

2. Markesinis, Basil, Jörg Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, London: Routledge-Cavendish Publishing, 2007, p. v; Kiikeri, Markku, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Springer, 2001, p. 59; Siems, Op. Cit, p. 245.

3. Mak, Elaine, "Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?" *Cambridge Law Journal*, vol. 70 (2), 2011, pp. 445-447; Mousourakis, George, "Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach", *Acta Juridica Hungarica*, 54 (3), 2013, pp. 228-229; Smits, Jan, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Kornet, Nicole trans., Antwerp: Intersentia, 2002, p. 22.

4. Mousourakis Op. Cit, pp. 227-228.

جانب دیگر، افزایش ارتباطات و ایجاد منابع برخط، حقوق خارجی را بیش از گذشته در دسترس قضات قرار داده و این امر خود استفاده قضات از منابع خارجی را آسان تر نموده است.^۱ لازم به توضیح است، بیشتر قوانین ملی در خصوص اعطای اختیار صریح به قاضی برای مراجعه به حقوق خارجی در فرایند تفسیر و تکمیل قوانین و مقررات داخلی ساکت است. متفاوت ترین مثال در این زمینه قانون اساسی آفریقای جنوبی مصوب ۱۹۹۶ است که در بند ۱ ماده ۳۹ خود از امکان استناد به حقوق خارجی در فرایند تفسیر قانون اساسی (که بندهایی از آن نیز مرتبط با حقوق خصوصی است)، سخن گفته است.^۲ با این حساب، در عمل، واقعیتی غیرقابل انکار است که دادگاهها در تعیین تکلیف برخی پروندهها، به حقوق خارجی به عنوان منبع صدور حکم مراجعه می نمایند.^۳

۱.۲. اصل استثنایی و مشروط بودن پیوند قضایی

به عنوان یک اصل کلی، باید همواره در نظر داشت که سخن درباره بهره‌مندی دادگاه از حقوق خارجی، به هیچ عنوان به معنی آن نیست که دادرس در استناد به منابع خارجی و اقتباس آن، آزاد است. بدیهی است، دادرس در فرضی که حکم قانون در پرونده‌ای مشخص است، الزام به اجرای قانون دارد و نمی‌تواند به بهانه رعایت انصاف یا به زعم خود برای اجرای حکم بهتر، مصلحت قانون‌گرایی و ثبات حقوقی را زیر پا گذارد.^۴ مجال بحث از پیوند قضایی محدود به شرایطی است که در حقوق داخلی حکمی برای موضوع پرونده یافت نمی‌شود یا کاربرد قاعده موجود به علت ابهام، نقص یا اجمال در مقام اجرا نیازمند تفسیر قضایی است و یا در صغرای

1. Graziano, Op. Cit, pp. 31-34 & 43.

2. *Ibid*, p.36; Örüçü, Op. Cit, p.427; Mak, Elaine, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Hart Publishing, 2013, p. 219.

3. Örüçü, Op. Cit, pp. 412-413.

۴. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۴، ص ۱۸؛ کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۳ (منطق حقوق)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص ۱۳۶-۱۳۹.

قیاس مسائل پیچیده‌ای وجود دارد که نیازمند توصیف است. در این قبیل موارد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان در کنار سایر روش‌ها، سهمی نیز برای حقوق خارجی متصور شد؟^۱ به دیگر بیان، استناد قاضی به حقوق خارجی در واقع از راه‌حلهایی است که برای «تفسیر قضایی» در اختیار دادرس است و به همین دلیل، محدود و مشروط به موقعیت‌هایی است که یا معنای درست و گستره دقیق یک قاعده حقوقی معین نباشد (تفسیر به معنی خاص) یا اینکه حقوق داخلی در زمینه‌ای فاقد حکم باشد (تفسیر به معنی عام).^۲ در واقع، هر اندازه قانون‌گذار ادعا نماید حکم کلیه مسائل را پیش‌بینی نموده است، مطالعه تاریخ قانون‌گذاری و تحولات اجتماع نشان می‌دهد این ادعا گزاره است. با وجود تلاش قانون‌گذار، گاه قانون در موضوعی ساکت، ناقص، مجمل، پراکنده یا دارای قواعد متناقض است.^۳ این موضوع به ویژه زمانی اهمیت می‌یابد که به خاطر بیابوریم قاضی طبق قواعد قضاء الزام به حق‌گزاری دارد و نمی‌تواند به بهانه عدم کمال قوانین از صدور حکم امتناع ورزد.^۴

۱.۳. انواع استناد دادرس به حقوق خارجی و رابطه آن با پیوند قضایی

پیوند قضایی تنها یکی از انگیزه‌های دادرس در مراجعه به حقوق خارجی است.^۵ هر گونه استناد به حقوق خارجی توسط دادرس، الزاماً اقتباس از قواعد خارجی محسوب نمی‌شود. ممکن است دادرس از طریق اجتهادی درون‌زا یا از طریق انتخاب یکی از راه‌حل‌های مطرح‌شده توسط دکترین، به صدور حکم خاصی رهنمون شده باشد، اما برای افزایش اعتبار و توجیه رأی خود به قواعد مشابه در حقوق خارجی یا به آرای محاکم خارجی استناد نماید. به بیان دیگر، در این

1. Mousourakis, Op. Cit, pp. 227-228; Unberath & Stadler, Op. Cit, p. 582; Mak, 2013, Op. Cit, p. 34.

۲. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۲۰۸-۲۱۰. همچنین: Örtücü, Op. Cit, p. 413.

۳. بر همین مبنا است که در لسان فقها معروف است: «النصوص معدوده و الحوادث ممدوده» (ر.ک. امامی، سید حسن، پیشین، صص ۲۳-۱۹؛ کاتوزیان، ناصر، *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹، صص. ۴۷۳-۴۸۲. همان، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۲۱۴-۲۱۲).

۴. کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۱۸۰-۱۸۱. همچنین ر.ک. ماده ۴ قانون مدنی فرانسه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران.

۵. برای مطالعه در خصوص دلایل و انگیزه‌های مختلف دادگاه برای استناد به حقوق خارجی، ر.ک. Andenas, Mads, Duncan Fairgrieve, "Courts and Comparative Law", in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 12-20; Graziano, Op. Cit, pp.42-51.

فرض، دادگاه با یک ارجاع تزئینی^۱ به حقوق خارجی، موضعی را که از قبل اتخاذ نموده است، توجیه می‌نماید؛ به گونه‌ای که حقوق خارجی در نتیجه حکم، نقش تعیین‌کننده ندارد و تنها ارجاعی پسینی محسوب می‌شود. در این موارد، حتی اگر استناد به حقوق خارجی به صورت واضح در رأی نیز بیاید، در واقع، هیچ پیوند قضایی صورت نگرفته است.^۲ همچنین، ممکن است حتی استناد به حقوق خارجی، برای ذکر نقاط افتراق و توجیه اتخاذ رویکردی متفاوت با قاعده خارجی مشهور یا برای نشان دادن اختلاف نظر نظام‌های حقوقی مختلف در موضوع پرونده، صورت پذیرد. ارجاع تزئینی به ویژه در شیوه استدلال قضات کامن‌لو قابل تصور است که از نظر نحوه نگارش آرا ظرفیت بیشتری برای توجیه اسباب و جهات رأی خویش در اختیار دارند.^۳

در مقابل، هرگاه حقوق خارجی دلیل عمده و اصلی صدور رأی دادگاه در قضیه‌ای باشد که حقوق داخلی در خصوص آن نیازمند تفسیر است، می‌توان گفت استناد دادرس به حقوق خارجی سبب اقتباس قاعده خارجی و پیوند آن به نظام حقوق داخلی را فراهم می‌آورد. در این موارد، حقوق خارجی در تعیین نتیجه پرونده، نقش تعیین‌کننده و پیشینی دارد و رأی دادگاه بستری برای ورود قاعده یا مفهومی از حقوق خارجی به نظام حقوق داخلی، محسوب می‌شود.^۴

۱.۴. مقایسه و ارتباط پیوند قضایی و پیوند تقنینی

در مقایسه پیوند قضایی و پیوند تقنینی چند نکته دارای اهمیت است: نخست اینکه فراوانی پیوند تقنینی بیشتر از پیوند قضایی است. همان‌گونه که گفته شد، دادرس در مراجعه و اقتباس از حقوق خارجی به هیچ عنوان آزاد نیست. حتی طرف‌داران استناد به حقوق خارجی نیز این اختیار را محدود به فرض عدم کمال قوانین داخلی می‌نمایند، در صورتی که این محدودیت دست کم به

1. Ornamental/decorative reference

2. Örücü, Op. Cit, p. 413, Gelter, Martin, Mathias Siems, "Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 212; Gelter & Siems, "Citations to Foreign Courts- Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 61, 2014, p. 80 {hereinafter Gelter & Siems, 2014 (A)}.

3. Mak, 2011, Op. Cit, p. 43; Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Graziano, Op. Cit, pp. 43-48

4. Gelter & Siems, 2015, Op. Cit, p. 550.

این وضوح، در خصوص قانون‌گذار وجود ندارد.^۱ دوم اینکه دامنه تأثیر پیوند قضایی در مقایسه با پیوند تقنینی محدودتر است. با در نظر گرفتن آنکه اعتبار امر قضاوت شده (جز در موارد استثنایی) نسبی است،^۲ گستره پیوند قضایی نیز اصولاً جزئی و محدود به همان پرونده می‌گردد.^۳ به بیان دیگر، پیوند حقوقی از طریق دستگاه قضا به ویژه اگر در نظامی صادر شود که رویه قضایی در شمار منابع حقوق شناسایی نشده (نظیر فرانسه) یا آنکه این استناد از جانب دادگاه‌های تالی صورت پذیرد، محدود به همان مورد دعواست. در مقابل، در نظام‌هایی که رویه قضایی خود به عنوان منبع رسمی حقوق است و پیروی از قاعده سابق^۴ الزامی است (نظیر انگلستان)، پیوند قضایی ممکن است دامنه تأثیر عام‌تری در پی داشته باشد و به معنای واقعی از اقسام تقنین قضایی^۵ محسوب شود.^۶ در نظام حقوقی ایران نیز که آرای نوعی وجود دارد، اگر مبنای صدور رأی وحدت رویه دیوان عالی، حقوق خارجی باشد، پیوند قضایی مانند قانون دارای دامنه تأثیر عام است.^۷

ارتباط میان پیوند تقنینی و قضایی نیز موضوعی درخور توجه است. از یک منظر، پیوند تقنینی ممکن است پیوند قضایی تبعی به منظور تفسیر موضوع پیوند و انتقال مفاهیم مرتبط، به دنبال داشته باشد. احتمال وقوع پیوند قضایی در فرضی که دادگاه درصدد اجرای قانونی است که از درون نظام حقوقی بر نیامده بلکه از نظام خارجی اقتباس شده یا در نتیجه موازین بین‌المللی نظیر پیوستن به کنوانسیون به نظام داخلی پیوند خورده باشد، قوت می‌گیرد.^۸ در این موارد، استناد به حقوق تطبیقی به عنوان مکمل روش تفسیر تاریخی، برای دادگاه در تفسیر قواعد و مقرراتی که به طریق پیوند تقنینی اخذ شده، دارای اهمیت است.^۹

1. Schlesinger, Rudolph, et al, *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, New York: Foundation Press, 2009, p. 242.

۲. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص. ۱۹۰.
۳. ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی.

4. Doctrine of stare decisis

5. Judicial law-making / judicial legislation

6. Valcke, Op. Cit, p. 87.

۷. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۴۷-۵۰ و ۲۲۲-۲۲۳؛ جعفری تبار، حسن، *دیودر*

شیشه: در فلسفه رویه قضایی، تهران: نگاه معاصر، صص ۵۰-۵۲ و ۱۳۷-۱۳۸.

8. Mousourakis Op. Cit, pp. 227-228; Unberath & Stadler, Op. Cit, p. 582; Mak, 2013, Op. Cit, p. 34.

9. Graziano, Op. Cit, p. 43.

اگر پیوند تقنینی مربوط به موضوعی باشد که در کشور گیرنده پیوند، فاقد پیشینه، دکترین مستقر و حقوق دانان زبده باشد، به دلیل آنکه هنوز نظام گیرنده، سنت حقوقی و چارچوب خود را در خصوص موضوع پیوند نیافته است، منبع پیوند، به شرط در دسترس بودن، در مرحله اجرا و تفسیر قضایی قاعده اقتباس شده نیز نقش مرجعیت خود را ادامه خواهد داد. از این نظر است که گفته‌اند بستر گیرنده پیوند تقنینی،^۱ نقش تعیین کننده‌ای در ادامه فرایند اقتباس در قالب پیوند قضایی خواهد داشت.^۲

پرونده معروف «طوطی‌ها»^۳ در حقوق سوئیس مثال جالبی از پیوند قضایی تبعی است. موضوع پرونده از این قرار بود که یک پرورش دهنده طوطی تعدادی طوطی برای پرورش در مزرعه خود خریداری نمود که در اثر آلودگی آنها به بیماری، تمام پرندگان مزرعه تلف شدند. دادگاه باید در خصوص دامنه خسارت قابل پرداخت در نقض تعهد قراردادی، تصمیم‌گیری می‌نمود؛ درحالی که قانون تعهدات سوئیس (بند ۲ و ۳ ماده ۲۰۸) مبهم و نیازمند تفسیر بود. دادگاه فدرال سوئیس با تلفیق رویکرد تاریخی و تطبیقی در تعیین قلمروی خسارت، به قانون مدنی فرانسه (ماده ۱۱۵۰) و رساله پوتیه در حقوق تعهدات که در زمان تدوین قانون تعهدات سوئیس در شمار منابع الهام بخش محسوب می‌شد، مراجعه نمود. بدین سان، ملاک تعیین خسارت قابل پرداخت توسط دادگاه از منبعی خارجی به نظام حقوقی سوئیس پیوند خورد.^۴

از سویی دیگر، پیوند قضایی نیز ممکن است واکنش نظام قانون گذاری را در پی داشته باشد و به پیوند تقنینی تبعی با دامنه تأثیر عام منجر گردد. در حقوق فرانسه، یکی از مهم ترین مثال های پیوند قضایی پروند، گلشنی علیه جمهوری اسلامی ایران^۵ است. خواسته در این پرونده عبارت بود از ابطال اجرائیه صادر شده از دادگاه پاریس بر مینای رأی داوری (دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده) به دلیل بی اعتباری قرارداد داوری.^۶ دیوان عالی فرانسه درخواست

1. Context of reception

2. Schlesinger *et al*, Op. Cit, p. 227.

3. TF (The Swiss Federal Court) 28.11.2006, ATF 133 III 257 (Parrots case).

4. Graziano, Op. Cit, p. 43.

5. *Golshani v. Gouvernement de la Re'publique islamique d'Iran*, Cass. Civ 1, July 6, 2005.

۶. ماروسی، علی، گزارش آرای دیوان داوری دعاوی ایران ایالات متحده، جلد ۱، تهران: مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، ص ۹۹.

خواهان را با استناد صریح به قاعده استاپل^۱ رد نمود. این رأی نمونه‌ای واضح از پیوندی است که یک مفهوم کامن‌لو را به حقوق داوری فرانسه وارد نموده است.^۲ استناد قضات به قاعده استاپل در پرونده‌های بعدی نیز ادامه یافت، تا در نهایت در سال ۲۰۱۱، قانون‌گذار این قاعده را در اصلاح مواد قانون آیین دادرسی مدنی^۳ پیش‌بینی کرد.^۴

۱.۵. ایرادات استناد قاضی به حقوق خارجی

استناد دادرسان به حقوق خارجی، مسئله‌ای پیچیده، حساس و نسبی است که با در نظر گرفتن ساختار سیاسی نظام‌های حقوقی، اختیارات و ساختار قوه قضائیه و پیشینه تاریخی آن و سایر مبانی، از نظامی به نظام دیگر متفاوت است. مهم‌ترین ایرادات مطرح شده درباره پیوند قضایی، همان انتقادهای مربوط به تقنین قضایی یعنی عدم رعایت تفکیک قوا با ورود قوه قضائیه به حیطة قانون‌گذاری، دموکراتیک نبودن این قسم قاعده‌گذاری و عدم آگاهی قبلی مردم از تکالیف خود است.^۵ افزون بر این، در موضوع پیوند قضایی به طور ویژه ملاحظات تضعیف حاکمیت ملی نیز مطرح می‌گردد. زیرا قاضی به عنوان کارگزار حاکمیت، باید تنها قانون ملی خود را اعمال نماید.^۶

با توجه به تفاوت مبانی کشورها، ایرادهای مورد اشاره بیشتر در خانواده حقوق نوشته مجال طرح می‌یابد و به همین دلیل تفاوت آشکاری میان دادگاه‌های حقوق نوشته و کامن‌لو در استناد به حقوق خارجی به چشم می‌خورد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود. البته، در حال حاضر، در

1. Règle de l'estoppel

2. Albarian, Alexis, "The Use of Comparative Law before the French Cour de Cassation", in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, p. 489; Cuniberti, Gilles, "Enhancing Judicial Reputation through Legal Transplants Estoppel Travels to France", *The American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, p. 385.

۳. ماده ۱۴۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه.

4. Bermann, George, "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of New York Convention by National Courts" in Bermann, ed., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of New York Convention by National Courts*, Springer, 2017, p.34.

۵. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج. ۲، پیشین، صص ۲۲۲-۲۲۳ و ۴۰۶-۴۰۷؛ جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۶۹-۷۰؛ همچنین: Gelter & Siems, 2014 (A), p. 40.

6. Ibid.

کشورهای نوشته نیز از نفوذ این قسم ایرادات نظری کاسته می‌شود و این گونه قانون‌گذاری‌های قضایی دیگر یک اصل جزمی غیر قابل تغییر^۱ محسوب نمی‌شود.^۲ بسیاری از ایرادات، زمانی که دریابیم امروزه قضات در هر نظام حقوقی کم و بیش در صدور آرا به حقوق خارجی مراجعه می‌نمایند، خواه به طور روشن بدان استناد نمایند یا آن را پوشیده دارند، نتایج عملی چندانی ندارد و تنها یک مقوله نظری صرف باقی می‌ماند.^۳

۲. مطالعه اختصاصی پیوند قضایی در خانواده‌های حقوقی مختلف

۲.۱. استناد دادرسی به حقوق خارجی و پیوند قضایی در کامن‌لو

در کشورهای کامن‌لو، البته به استثنای ایالات متحده، تفکیک قوا دست‌کم به صورت کامل، پذیرفته نشده است. در این کشورها، رویه قضایی همچنان مهم‌ترین منبع حقوق یا دست‌کم در شمار منابع اصلی سازنده حقوق است. فقدان قوانین ملی دارای گستره عام، عدم پذیرش نظریه تفکیک کامل قوا و جمع شدن دو وصف قاعده‌گذار و مجری، سبب شده اقتباس قضات کامن‌لو از حقوق خارجی همانند اقتباس قانون‌گذار از نظام خارجی، توجیه‌پذیری بیشتری داشته باشد.^۴ در این فضاست که قاضی معروف انگلیسی لرد بینگهام^۵ کتابی در خصوص اقبال روزافزون قضات انگلستان به حقوق خارجی و بین‌المللی در تعیین تکلیف پرونده‌های داخلی، نگاشته است. او در این کتاب، بهره‌گیری از حقوق خارجی توسط قضات را با عبارت «گسترش افق‌های قضایی» تعبیر نموده است.^۶

1. Dogma

2. Kischel, Uwe, *Comparative Law*, Andrew, Hammel, trans., Oxford University Press, 2019, p.72; Valcke, Op. Cit, p. 87; Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Gelter, Martin, Mathias, Siems, "Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe", *Supreme Court Economic Review*, 21(1), 2014, p. 220 {hereinafter Gelter & Siems, 2014 (B)},.

۳. برای مطالعه مفصل‌تر در خصوص ایرادات استفاده دادرسی از حقوق خارجی و پاسخ به آن ایرادات، ر.ک. Graziano, Op. Cit, pp. 26-40; Örücü, Op. Cit, pp. 412-413.

4. Valcke, Op. Cit, p. 87.

5. Lord Bingham

6. Bingham, Thomas H., *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

به‌طور کلی، کشورهای کامن‌لو بر این موضوع تأکید دارند که کامن‌لو به معنای حقوقی که منشأ ایجادش به رویه دادگاه باز می‌گردد، نه قوانین مصوب پارلمان - به عنوان یک کل و مجموعه واحد میان کشورهای عضو این خانواده ادراک گردد. این رویکرد که به نظریه وحدت کامن‌لو^۱ معروف است، تأثیر زیادی بر افزایش استناد محاکم کامن‌لو به آرای دیگر دادگاه‌های این خانواده حقوقی داشته است.^۲ به این ترتیب، آرای دادگاه‌های انگلستان سرشار از احکامی است که برای تفسیر قانون انگلستان یا قاعده کامن‌لو، به رویه قضایی سایر کشورهای کامن‌لو به خصوص استرالیا، نیوزلند و ایالات متحده استناد نموده‌اند. برای مثال، در یک پرونده^۳ برای تفسیر قاعده‌ای از قانون مالکیت فکری ۱۹۸۲ انگلستان، دیدگاه دیوان عالی استرالیا ملاک عمل قرار گرفت.^۴

نظریه وحدت کامن‌لو ایجاب می‌نماید در فرضی که قانون وجود ندارد و رویه قضایی در انگلستان فاقد قاعده سابقه^۵ است، یا آنکه رویه قضایی شامل احکام قدیمی و نیازمند اصلاح است، قاعده سابقه سایر کشورهای کامن‌لو با هدف خودداری از رقابت و دوباره‌کاری، به عنوان جلوه‌ای از مراعات آداب و نزاکت کامن‌لو،^۶ به مانند قاعده سابقه انگلستان تلقی گردد.^۷ در این موارد، دادگاه ابایی ندارد از اینکه اقتباس از حقوق خارجی را با استناد به منبع آن، تصریح نماید. البته باید توجه داشت وحدت کامن‌لو به معنای الزام‌آور بودن و تعیین تکلیف رویه قضایی خارجی برای دادگاه انگلستان نیست، بلکه به معنای آن است که در این موارد رویه قضایی خارجی برای قاضی اثری اقناع‌کننده خواهد داشت.^۸

با وجود اینکه سنت اقتباس دادرسی انگلیسی از حقوق خارجی بیشتر محدود به آرای صادره از محاکم کشورهای کامن‌لو است، برخی پرونده‌ها نیز وجود دارد که در آن منابع حقوق نوشته، سبب عمده صدور حکم بوده‌اند. برای نمونه، می‌توان به پرونده تأثیرگذاری در خسارت قراردادی^۹ اشاره نمود. لرد بینگهام از اینکه در این پرونده منبع مستقیم صدور حکم، قانون مدنی فرانسه،

1. Unity of common law

2. Örücü, Op. Cit, p. 415.

3. *Express Newspapers plc v News (UK) Ltd* [1990] 3 All ER 376 (Ch).

4. Örücü, Op. Cit, p. 420.

5. Precedent

6. Comity in common law

7. Örücü, Op. Cit, p. 421; Drobnig & Erp, Op. Cit, p. 275.

8. Mak, 2013, Op. Cit, p. 33.

9. *Hadley v. Baxendale* [1854] 9 ExCh 341.

رساله پوتیه در حقوق تعهدات مدنی و برخی رساله‌های غیر بومی بوده است، با عنوان ظرفیت و شکوفایی شگرف کامن‌لو یاد کرده است.^۱ باید توجه داشت که ضابطه ضرورت وجود خلأ در نظام داخلی به عنوان پیش شرط استناد به حقوق خارجی، حتی در نظام کامن‌لو نیز وجود دارد. برای نمونه، در انگلستان اگر قواعد حقوقی از طریق رویه قضایی یا قانون مشخص شده باشد، دیگر استناد به حقوق خارجی، حتی رویه قضایی کشورهای کامن‌لو، منتفی می‌گردد.^۲

ویژگی ممتاز کامن‌لو در اقتباس از حقوق خارجی، اعتراف به خارجی بودن منشأ قاعده در متن رأی است. نحوه نگارش آرا در این خانواده حقوقی بر این صداقت اثرگذار است. در سنت قضایی کامن‌لو، برخلاف رویه نظام‌های نوشته، آرای دادگاه‌ها طولانی‌تر و همراه با ذکر مفصل اسباب و جهات حکم و استدلال اقلیت قضات^۳ نگاشته می‌شود. قاضی کامن‌لو از لحاظ حرفه‌ای وظیفه دارد تا برای وکیل طرف بازنده توجیه نماید که چرا استدلال‌های وی مورد پذیرش قرار نگرفته است. او این امکان را دارد تا نقطه نظرات شخصی، سیاسی و اجتماعی خود را در دادگاه مطرح نماید. به بیان دیگر، قاضی کامن‌لو اساساً آزادی بیشتری در توجیه منابع رأی خود دارد و حقوق تطبیقی نیز در شمار همین منابع است.^۴

برای مثال، می‌توان به پرونده تأثیرگذار فرچایلد^۵ در حقوق انگلستان اشاره نمود که در آن قضات مجلس اعیان با اتکا به مطالعه تطبیقی وسیعی شامل نظام‌های حقوقی استرالیا، نیوزلند، کانادا، ایالات متحده، اسکاتلند، فرانسه، آلمان، نروژ، هلند، یونان، اسپانیا و حتی حقوق رم، معیار تشخیص رابطه سببیت در برخی دعاوی مسئولیت مدنی را تغییر دادند. اظهار نظر قضات در این پرونده، حاوی اطلاعات ارزشمندی در خصوص اهمیت حقوق تطبیقی برای قضات است.^۶

1. Graziano, Op. Cit, p. 41.

2. Örücü, Op. Cit, pp. 413 & 425-426.

3. Dissenting opinions

۴. جعفری تبار، حسن، پیشین، صص. ۱۶۸-۱۶۷؛ همچنین، ر.ک.

Mak, Op. Cit, p. 105; Mousourakis, Op. Cit, p. 228.

5. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22.

6. Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Örücü, Op. Cit, pp. 411 & 424-425.

در میان کشورهای کامن‌لو، ایالات متحده رویکردی متفاوت به پیوند قضایی دارد. اقتباس از حقوق خارجی در این کشور موضوعی بحث‌برانگیز و جنجالی است.^۱ با وجود سابقهٔ اقتباس‌های قضایی دو قرن هجدهم و نوزدهم،^۲ به تدریج از قرن نوزدهم موضوع استناد به حقوق خارجی به ویژه در قلمروی حقوق عمومی، کیفری و تفسیر قانون اساسی، حساسیت فراوان یافت؛ وضعیتی که تا به امروز نیز ادامه دارد. در حال حاضر، کانون بحث روایی یا ناروایی استناد قضات آمریکایی به حقوق خارجی و بین‌المللی، بر موضوعاتی چون لغو مجازات اعدام، مشروعیت حمل اسلحه و دادرسی منصفانه، متمرکز است. با این حال، حساسیت موضوع، حقوق خصوصی را نیز تحت تأثیر قرار داده است.^۳ با وجود این، استناد به حقوق خارجی در قلمروی حقوق خصوصی در ایالات متحده، به مراتب بیشتر از حوزه‌های دیگر حقوق است.^۴

قضات دیوان عالی آمریکا از حیث بهره‌گیری از حقوق خارجی مورد توجه نویسندگان حقوقی و رسانه‌ها هستند و در دو جبههٔ موافقان و مخالفان استناد به حقوق خارجی طبقه‌بندی می‌شوند.^۵ حساسیت و سیاست‌زدگی بحث استناد به حقوق خارجی در ایالات متحده تا بدان جاست که برخی قضات از جمله به دلیل ارجاع به حقوق خارجی، با لقب «خطرناک‌ترین مرد ایالات متحده»^۶ اطلاق شده‌اند. در برخی ایالت‌ها نظیر اوکلاهاما، کنزاس، لویزیانا، تنسی و آریزونا، مجادله

1. Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Gelter & Siems, 2014 (A), pp. 35-36; Gelter & Siems, 2014 (B), p. 220.

2. Markesinis & Fedtke, 2007, Op. Cit, p. 189.

3. Ibid, pp. xi & 224; Morag-levine, Noga, "Judges, Legislators, and Europe's Law: Common-Law Constitutionalism and Foreign Precedents", *Maryland Law Review*, 65(1), 2006, pp. 33-36.

4. Graziano, Op. Cit, p. 38.

۵. برای مثال، در دیوان عالی ایالات متحده، قاضی اسکالیا (Antonin Scalia) به عنوان چهره شاخص در جناح محافظه‌کار و مخالف استناد به حقوق دارای منشأ خارجی و قاضی کندی (Anthony Kennedy) و گینزبرگ (Ruth Bader Ginsburg) به عنوان چهره‌های برجسته در میان قضات لیبرال‌تر و موافق استناد به حقوق خارجی شناخته می‌شوند. ر.ک.

Small, Cathleen, Ruth Bader Ginsburg, *Supreme Court Justice*, Square Publishing, 2018, pp. 77-80; Finkelman, Paul "Foreign Law and American Constitutional Interpretation: A Long and Venerable Tradition", *Journal of New York University*, 63(1), 2007, pp. 29-35; Mak, 2013, Op. Cit, p.3.

6. Gelter & Siems, 2014 (A), p. 36; Hirschl, Ran, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 142-143.

پیرامون جواز یا عدم جواز استناد به حقوق خارجی تا بدان جا پیش رفته است که در نهایت قوانین اساسی یا عادی ایالتی، به صراحت، دادگاه ایالتی را از استناد به حقوق خارجی منع نموده‌اند.^۱ البته، دادگاه‌های ایالات متحده نیز در برخی پرونده‌ها به آرای محاکم کانادا و اروپای غربی استناد نموده‌اند، اما این استنادها در مقایسه با سایر نظام‌های کامن‌لو بسیار محدود است.^۲ با این حال، این نکته را نیز نباید از نظر دور داشت که در این کشور، استناد به حقوق سایر ایالت‌ها، شیوه‌ای مرسوم در نگارش و صدور حکم قضایی است.^۳

۲.۲. استناد دادرسی به حقوق خارجی و پیوند قضایی در حقوق نوشته

در کشورهای حقوق نوشته، ساختار سیاسی بر پایه قوانین ملی، مجالس ملی و محاکم ملی استوار بوده و قاضی به‌طور ویژه مأمور اجرای قانون ملی است.^۴ در حقوق نوشته، هرچند بخش عمده‌ای از حقوق خصوصی تحت تأثیر حقوق روم شکل گرفته است، مجموعه قوانین ملی پس از تدوین به نمادی از هویت ملی تبدیل شده و تحولات مجزایی را پشت سر گذارده است. در این خانواده، چیزی معادل اصل وحدت کامن‌لو وجود ندارد تا استناد دادرسان به حقوق کشورهای دیگر و اقتباس راه‌حل خارجی را توجیه نماید.^۵ بر اساس همین تفاوت در میانی و ساختارهاست

1. Resnik, Judith, "Constructing the Foreign: American Law's Relationship to Non-Domestic Sources" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 461; Silberman, Linda, "The Need for a Federal Statutory Approach to the Recognition and Enforcement of Foreign Country Judgments" in Stephan, ed., *Foreign Court Judgments and the United States Legal System*, Brill, 2014, p. 112.

2. Gelter & Siems, 2014 (B), pp. 215-269.

3. Örüçü, Op. Cit, p. 427.

4. Koopmans, Op. Cit, pp. 548-549.

۵. در این خصوص این نقل قول از کتاب روح القوانين مونتسکیو به بهترین شیوه برداشت سستی حقوق نوشته را درباره نقش قضات، منعکس می‌نماید: «قضات کشور... بیش از دهانی نیستند که کلمات قانون را تلفظ می‌کنند. موجودات بیجانی که نه می‌توانند قدرت قانون را و نه شدت آن را کاهش دهند».

“Mais les juges de la nation ne sont, ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ” (de Montesquieu, *De l'esprit des lois* ; les grands thèmes, Livre 11, chapitre 6, Paris : Gallimard, 1970, p. 178. Cited from Valcke, Op. Cit, pp. 87 & 183.

که در حقوق نوشته به طور کلی بهره‌گیری قضات از حقوق خارجی دست کم به وضوح کامن‌لو نیست.^۱

در خانواده حقوق نوشته، حقوق کلاسیک فرانسه به طور ویژه به منابعی غیر از قانون ملی روی خوش نشان نمی‌دهد. محاکم فرانسه در نگارش آرای خود حتی به رویه قضایی دادگاه‌های فرانسه نیز استناد نمی‌نمایند، تا چه رسد به حقوق خارجی.^۲ در این نظام، به طور سنتی استناد به منابعی غیر از قانون ملی، از جمله مبانی درخواست ابطال رأی است. بر این مبناست که رئیس پیشین دیوان عالی فرانسه گفته است دادگاه‌های فرانسه در استناد به حقوق خارجی با «اشکال ساختاری» مواجه‌اند.^۳ ورای تظاهر تاریخی به قانون‌گرایی در حقوق فرانسه، تحولات مهمی در این کشور به نفع رواج استناد قضات به حقوق خارجی قابل رصد است. هرچند، قضات فرانسوی برخلاف هم‌تایان انگلیسی‌شان، به دلیل سنت نگارش آرای کوتاه و رسمی، همچنان علاقه‌ای به استناد صریح به حقوق خارجی در اسباب و جهات رأی ندارند. بدین ترتیب، ممکن است خارجی بودن راه‌حل اتخاذی در متن رأی ذکر نگردد و مصداقی از پیوند حقوقی پنهان^۴ ایجاد نماید.^۵

هر چند دکتربین و آثار نویسندگان از منابع مستقیم حقوق در این کشور نیست، دادرسان در تفسیر قوانین و تعیین معنی دقیق آنها، به ویژه قوانینی که از نظام‌های دیگر اخذ شده، ناگزیر از مراجعه به این آثارند. این درحالیست که نویسندگان در بیان نظر محدودیتی ندارند. بسیار پیش می‌آید نویسندگان برای تفسیر قواعد و انسجام بخشیدن به نظام حقوق ملی، از حقوق خارجی بهره‌مند شوند. بدین سان، وقتی قاضی برای تفسیر قواعد ملی به دکتربین مراجعه می‌نماید، این امکان وجود دارد که به صورت غیرمستقیم از مفاهیم و قواعد حقوق خارجی نیز بهره گیرد.^۶ در حال حاضر، در سطح دیوان عالی فرانسه و نه دادگاه‌های تالی، تحولات چشمگیری به نفع اقتباس از حقوق خارجی مشهود است. با توجه به محدودیت‌های نظری و قانونی (اهمیت تفکیک

1. Örücü, Op. Cit, p. 426).

2. Gelter & Siems, 2014 (B), p. 253.

3. Markesinis & Fedtke, 2009, Op. Cit, p.221.

4. Undercover transplant, see: Fedtke, Jörg, "Legal Transplants" in Smits, ed., *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, 2006, p. 436.

5. Gelter & Siems, 2014 (B), p. 240; Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Gelter & Siems, 2014 (A), p.39.

6. Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Graziano, Op. Cit, p. 33.

قوا و مردود شمردن تقنین قضایی)، بیشترین بهره‌مندی از حقوق خارجی در حقوق فرانسه از مجرای گزارش‌های دادستان کل^۱ و قاضی گزارشگر^۲ در دیوان عالی صورت می‌پذیرد.^۳

توضیح آنکه در فرانسه و بسیاری از کشورهای حقوق نوشته، مقام دادستان کل در دیوان عالی پیش‌بینی شده است که وظیفه مشورت و اظهارنظر درباره کلیه پرونده‌های ارجاعی به دیوان را دارد. به‌طور معمول، بسیاری اظهارنظرهای دادستان کل، دربردارنده مطالعه تطبیقی پرونده در نظام‌های حقوقی دیگر و پیشنهاد تفسیر قانون همسو با تحولات دیگر کشورهاست. احکام صادره بر مبنای این گزارش‌ها، حتی اگر به صراحت نامی از حقوق خارجی به میان نیاورند، می‌توانند مجرای برای پیوند قواعد خارجی به نظام فرانسه فراهم آورند. بدین ترتیب، با توجه به اینکه دادگاه‌های فرانسه به ندرت به منشأ خارجی قوانین اشاره می‌نمایند، محقق باید به صورت خاص در هر پرونده از مطالعه گزارش دادستان کل و تطبیق آن با احکام صادره و مطالعه گزارش پرونده و صورت‌جلسه احتمالی به تأثیر حقوق خارجی پی برد.^۴ انجام این پژوهش کاری دشوار است، چه آنکه برخلاف احکام محاکم، گزارش‌های دادستان کل به ندرت منتشر می‌شود.^۵

در فرانسه، از زمان تصدی قاضی گای کانیهوه،^۶ رئیس پیشین دیوان عالی، روند استفاده از حقوق تطبیقی رونق بیشتری گرفته است. کانیهوه که خود یک حقوق‌دان تطبیقی برجسته و طرفدار بهره‌گیری دادگاه از حقوق خارجی است، نظرات خود را درباره ضرورت استفاده از حقوق خارجی، در قالب چند اثر پرورنده است.^۷ در زمان تصدی وی بر دیوان عالی، این نهاد در خصوص حل و فصل برخی پرونده‌ها از مؤسسات حقوق تطبیقی نظیر انجمن قانون‌گذاری تطبیقی^۸ و

1. Avocat Général

2. Conseiller rapporteur

3. Markesinis & Fedtke, 2009, pp. 221 & 223; Örucü, Op. Cit, p.426; Albarian, Op. Cit, p.485.

4. Örucü, Op. Cit, p.426; Mousourakis, Op. Cit, p. 228; Albarian, Op. Cit, p.485.

5. Lasser, Mitchel, "Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System", *the Yale Law Journal*, 104, 1995, p. 1357.

6. Guy Canivet

7. Markesinis & Fedtke, 2009, Op. Cit, pp. 221-222; Mak, 2013, Op. Cit, p. 107; Andenas and Fairgrieve, Op. Cit, p.4; See also: Canivet, Guy, "The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts", in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 472-482; Canivet, Guy "Le juge entre le progrès scientifique et mondialisation", *RTDCiv*, 33(1), 2005.

8. Société de Législation Comparée

مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه لیون، درخواست نمود تا اظهارنظر کارشناسی بر پایه مطالعات تطبیقی انجام دهند و در نهایت، دیوان عالی بر پایه این اظهارنظرها تصمیم‌گیری نمود.^۱ به این ترتیب، امروزه دیگر در حقوق فرانسه نیز به ویژه در خصوص مفاهیم و قواعدی که از نظام‌های حقوقی خارجی اقتباس شده است، در سطح دیوان عالی مراجعه به حقوق تطبیقی یک روش مستقل تفسیر قضایی محسوب می‌شود.^۲

از جمله مثال‌های پیوند قضایی توسط دیوان عالی فرانسه، شناسایی مسئولیت مدنی ناشی از تولد کودک ناقص‌الخلقه ناشی از اشتباه^۳ در پرونده بحث‌برانگیز پقوش^۴ است. در این پرونده مبنای حکم دادگاه، مطالعه تطبیقی موضوع توسط دادستان کل، قاضی گزارشگر و مؤسسات حقوق تطبیقی بود.^۵ پرونده پقوش از این نظر دارای اهمیت است که نشان می‌دهد ممکن است دادگاه در اقتباس از حقوق خارجی، راهی در پیش گیرد که مورد تأیید قانون‌گذار نباشد. شناسایی مسئولیت مدنی در این پرونده، پارلمان فرانسه را به تحرک واداشت تا خود به طریق قانونی در خصوص موضوع رفع ابهام نماید. در نهایت، قانونی به تصویب رسید که به قانون ضد پقوش معروف است و براساس آن هیچ‌کس به صرف زنده متولد شدن - حتی اگر دارای معلولیت باشد - مستحق دریافت خسارت نیست.^۶

در سایر کشورهای حقوق نوشته استناد به حقوق خارجی در پرونده‌های داخلی هرچند به وسعت کامن لو نیست، در مقایسه با فرانسه رونق و وضوح بیشتری دارد.^۷ دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در سال ۱۹۵۳ به صراحت استفاده دادگاه از حقوق تطبیقی را با هدف پرکردن خلأ

1. Canivet, Guy, "The Use of Comparative Law Before the French Private Law", in Canivet, Guy, et al., *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 191; Markesinis & Fedtke, Op. Cit, p. 222-223.

2. Albarian, Op. Cit, p.485.

3. Wrongful birth

4. *Perruche JCP 13 Dec 2000*, no. 50, pp 2293 ff.

5. Graziano, Op. Cit, p. 50; Canivet, Op. Cit, p. 187-191; Dam, Cees van, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2013, p. 17.

6. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (loi anti-Perruche). See: Dam, Op. Cit, p. 201.

7. Bobek, Op. Cit, pp.14-16; Örüçü, Op. Cit, p.428; Mak, 2011, Op. Cit, pp. 445-446.

حقوق داخلی به رسمیت شناخت.^۱ در این کشور، کم و بیش در احکام دیوان عالی ارجاع به حقوق خارجی دیده می‌شود. برای مثال، قانون مدنی آلمان در خصوص اینکه آیا خسارت معنوی در موارد نقض حریم خصوصی قابل پرداخت است، حکم صریح ندارد. تجویز پرداخت پس از مقایسه سایر نظام‌های حقوقی و اقتباس قواعد خارجی از مجرای تفسیر قضایی صورت گرفت.^۲ اقتباس دو نهاد تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله از حقوق فرانسه توسط رویه قضایی هلند و بلژیک نیز از دیگر مثال‌های پیوند قضایی در نظام نوشته است.^۳ قانون‌گذار هلند در استناد به حقوق خارجی علاوه بر نظام‌های ملی خارجی، به منابع حقوق فراملی نیز استناد می‌نماید. برای نمونه، بخش مدنی دادگاه عالی هلند در بازه زمانی ۲۰۰۲ تا ۲۰۱۰ در هفده پرونده به مجموعه اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۴ استناد نموده است.^۵

در سوئیس اختیار قضات در الهام از حقوق خارجی، از طریق تفسیر موسع ماده ۱ قانون مدنی که به قاضی نقش *قانون‌گذار جایگزین*^۶ داده، محملی قانونی یافته است. بند ۲ این ماده مقرر داشته است که اگر حکم قضیه‌ای در قانون یا حقوق عرفی موجود نباشد، دادگاه باید «بر اساس قاعده‌ای که اگر قانون‌گذار بود وضع می‌نمود، قضیه را حل و فصل نماید. در انجام این امر دادگاه باید از دکنترین رایج و حقوق عرفی استفاده نماید».^۷ نویسندگان با این استدلال که قانون‌گذاری در دنیای مدرن بر پایه آموزه‌های حقوق تطبیقی صورت می‌پذیرد، این ماده را تجویزی برای استناد به حقوق خارجی در فرض سکوت قوانین و فقدان عرف، قلمداد نموده‌اند.^۸ به تعبیر حقوق ما، وقتی به قاضی اذن در قانون‌گذاری داده شده، اذن در لوازم آن از جمله اقتباس از حقوق خارجی نیز اعطا شده است. دادگاه فدرال سوئیس نیز به صراحت، استفاده از حقوق تطبیقی را

1. Graziano, Op. Cit, p. 36.

2. Ibid, p. 50; Mousourakis, Op. Cit, pp. 227-228.

3. Smits, Jan, "On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum" in Örucü & Harding, eds., *Comparative Law in the 21st Century*, London: Kluwer Academic Publishers, 2002, p.142.

4. The Principles of the European Contract Law (PECL).

5. Mak, 2011, Op. Cit, pp. 441-442.

6. Substitute legislator

۷. ارسطو نیز در کتاب اخلاق نیکوماخس، راه حل موارد خلاء در قانون را در پاسخ به این پرسش دیده که اگر فرض شود مقنن حاضر بود، در خصوص قضیه چگونه حکم می‌نمود (ر.ک. جعفری تبار، حسن، پیشین، ص ۱۸۸).

8. Kischel, Op. Cit, p.72.

هم‌ردیف با سایر روش‌ها، مانند تفسیر ساختارگرا، تاریخی، ارزش‌گرا و نظایر آن، تلقی نموده است.^۱

۲.۳. استناد دادرسی به حقوق خارجی و پیوند قضایی در نظام حقوقی ایران

در این بخش از مقاله این موضوع بررسی می‌شود که آیا در نظام حقوقی کشورمان، با در نظر گرفتن اصول قانون اساسی و قوانین ملی، استناد دادرسی به حقوق خارجی و پیوند احتمالی قواعد آن به نظام داخلی امکان‌پذیر است؟ در ادامه نیز مصادیقی از پیوند قضایی در نظام حقوقی ایران بررسی می‌شود.

۲.۳.۱. امکان استناد دادرسی به حقوق خارجی در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران

قانون اساسی کشورمان در اصل ۱۶۷ ضمن تأکید بر الزام دادگاه به حق‌گزاری، مقرر داشته است که در صورت عدم کمال قوانین، قاضی «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» حکم قضیه را صادر نماید. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز در ماده ۳ «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد» را به منابع تفسیر قضایی افزوده است. با در نظر گرفتن مجموع این اوضاع و احوال، می‌توان چنین پیشنهاد داد که در حال حاضر در نظام حقوقی کشورمان در موضوعات مستحدثه، برخی منافذ برای استفاده و اقتباس دادرسی از حقوق خارجی در فرایند تفسیر قضایی، قابل پیشنهاد است. البته، همان‌گونه که از اصل ۴ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی قابل برداشت است، در کلیه موارد پیوند قضایی، دادرسی باید بر اساس منابعی حکم صادر نماید که با موازین اسلامی مغایرت نداشته باشد.

الف) از جمله روش‌های تفسیر قواعد حقوقی روش تفسیر تاریخی است. در این روش، دادرسی از ملاحظات تاریخی نظیر مقدمات تهیه قانون، مذاکرات نمایندگان و اوضاع و احوال تاریخی زمان تدوین و تصویب برای کشف منظور قانون‌گذار بهره می‌جوید تا قانون‌چنان تفسیر گردد که سازگار با اراده نویسنده‌گانش و هدف اجتماعی ایشان از وضع باشد.^۲ در حقوق

1. Graziano, Op. Cit, p. 35.

نویسندگان حقوقی کشورمان نیز بر این موضوع تأکید داشته‌اند که روش‌های مختلف تفسیر حقوقی از یکدیگر مجزا نیست و بایستی به صورت مکمل توسط قانون‌گذار در نظر گرفته شوند (ر.ک. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، ص ۲۳۵).

۲. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۲۴۷-۲۴۵؛ همان، جلد ۳، صص ۱۰۱-۱۰۰.

خصوصی ما به عنوان نظامی مختلط که ترکیبی از قواعد فقه اسلامی و اقتباس از حقوق خارجی است، معانی و کم و کیف نهادهایی از قانون مدنی نظیر لعان (ماده ۸۸۲)، طلاق عدی (ماده ۱۰۵۸) یا ارث خیار (ماده ۴۴۵) و نظایر آن که به صراحت در قوانین موضوعه نیامده است، جز با رجوع به منابع معتبر اسلامی مشخص نمی‌شود. در مقابل، از منظر روش تاریخی، رفع ابهام از قوانین در حوزه‌های جدیدتر، نظیر «استفاده بلاجهت» مذکور در ماده ۳۱۹ قانون تجارت یا خسارت تنبیهی^۱ پیش‌بینی شده در ماده ۴ قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی، نیز جز با استناد به حقوق خارجی و پیوند تبعی احتمالی برخی قواعد حقوق خارجی که توسط قانون‌گذار در قوانین موضوعه مشخص نشده است، میسر نیست. این بهره‌گیری از حقوق خارجی، دست‌کم تا زمانی که نهادهای جدید از طریق آرای محاکم و دکترین حقوقی موقعیت خود را در میان سایر قواعد نظام حقوقی بیابد، راهگشا خواهد بود. در این موارد، روش تاریخی ظن قابل‌اعتنایی ایجاد می‌نماید که هدف قانون‌گذار از این نهادها شناسایی همان آثار و احکام حقوق خارجی بوده است.^۲ در واقع، در مواردی که حقوق داخلی به طور عمده از حقوق خارجی اقتباس نموده، استفاده از حقوق خارجی مربوط به زمان وضع و تصویب، نه به عنوان یک روش تفسیری جدید، بلکه روی دیگر همان روش تفسیر تاریخی است.^۳

ب) قانون آیین دادرسی ۱۳۷۹ در کنار منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر از «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد» نیز یاد نموده است. در خصوص مفهوم «اصول حقوقی» البته میان نویسندگان اختلاف نظر فراوان است. به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از اصول حقوقی، قواعد کلی و راهنما است که اساس و سرچشمه قواعد جزئی‌تر قرار می‌گیرد.^۴ در مواردی، قانون‌گذار اصول حقوقی مورد احترام خود را به صراحت بیان نموده است. برای مثال، می‌توان به اصل عدم تأثیر قانون در گذشته (ماده ۴ قانون مدنی)، اشاره نمود. در مقابل، گاه

1. Punitive/exemplary damages

۲. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۳، پیشین، ص ۲۴۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، صص ۳۸۳-۳۸۲ و ۴۱۱-۴۱۰.

۴. کاتوزیان، ناصر، *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، پیشین، صص ۵۶۲-۵۶۱؛ کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، ص ۶۲۸.

قانون‌گذار اصول حقوقی را به وضوح بیان ننموده یا فقط به ذکر برخی مصداق‌های آن اکتفا کرده است.

در حوزه‌های جدیدتر که مبنای قواعد حقوقی ما اقتباس از نظام غربی است، به نظر می‌رسد دادرسی در مقام تفسیر قضایی بتواند با نظرداشت مجموعه قوانین داخلی و سابقه نظام حقوقی و به شرط عدم مغایرت با موازین شرعی، تصمیم‌گیری نماید که آیا اقتباس پاره‌ای قواعد از نظام خارجی به معنای اقتباس اصول حقوقی مبنایی نیز محسوب می‌شود، تا در صورت لزوم بر مبنای آن اصل تصمیم‌گیری نماید. به این ترتیب، دادرسی در صورت لزوم و تناسب می‌تواند به استناد آن اصل مبنایی از حقوق خارجی، رأی صادر نماید. تأکید قانون‌گذار بر عدم مغایرت اصول حقوقی با موازین شرعی، نیز می‌تواند قرینه‌ای بر این تفسیر باشد که قانون‌گذار از ذکر این اصول، نظری نیز به اصول حقوق خارجی داشته است؛ چه آنکه با توجه به ابتدای قواعد داخلی بر دین مبین اسلام و اعمال نظارت شورای نگهبان (اصل ۴ قانون اساسی)، شرطیت عدم تغایر با موازین شرعی در خصوص اصول حقوق داخلی، ضرورتی ندارد. البته، توجه به این نکته نیز ضروری است که در استخراج و شناسایی اصول حقوقی، اندیشه عالمان و دکترین حقوقی نقش تعیین‌کننده دارد و گاه استناد قضات به اصول حقوق خارجی به واسطه استناد ایشان به دکترین صورت می‌پذیرد.^۱

۲.۳.۲. سابقه و مصادیق پیوند قضایی در نظام حقوقی ایران

مطالعه تاریخ حقوق کشورمان حاوی اطلاعات ارزنده‌ای در رابطه با پیوند قضایی است که بررسی تفصیلی آن نیازمند پژوهش‌هایی مجزا است. با این حال، تلاش می‌شود تا در این مقاله به برخی آرای محاکم که بر پایه اقتباس از حقوق خارجی صادر شده است، اشاره گردد.

مطالعه تاریخ حقوق کشورمان نشان می‌دهد پیش از انقلاب اسلامی، در زمان تصدی دکتر علی‌آبادی بر سمت دادستانی کل کشور یعنی برهه ۱۳۴۲ تا ۱۳۵۲، در کشور ما نیز شیوه مرسوم کشورهای حقوق نوشته در استناد دیوان‌عالی به حقوق خارجی از مجرای گزارش دادستان کل، در زمینه حقوق تجارت و حوزه‌های جدیدتر حقوق مدنی سابقه داشته است. با توجه به قاعده‌ساز

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، پیشین، ص ۶۵۰.

بودن آرای نوعی دیوان عالی، بسیاری از این احکام همچنان نیز اعتباری نظیر قانون دارند و به واقع از مصادیق پیوند قضایی محسوب می‌شوند.

برای نمونه، می‌توان به رأی وحدت رویه با موضوع عدم اسقاط حق اقامه دعوا دارنده برات و ظهرنویس‌ها در صورت عدم ارسال اظهارنامه رسمی یا مراسله سفارشی یا اطلاع‌نامه^۱ اشاره نمود. در جریان این دادرسی، دادستان به صراحت به حقوق فرانسه و سوئیس اشاره نموده است و در نهایت نیز تفسیر پیشنهادی وی مورد قبول واقع شد. به همین نحو، در موضوع امتناع بازرگانان از ابراز دفاتر بازرگانی و حدود تأثیر آن در ارزیابی دلایل^۲ نیز دادستان کل ضمن اشاره به رویه قضایی و دکترین حقوق فرانسه، نقل قول‌هایی را از نویسندگان فرانسوی ذکر، و سپس نظر خود را مبنی بر صواب دانستن تفسیر مقررات به شیوه‌ای همسو با حقوق خارجی، اعلام می‌نماید که در نهایت مورد تأیید قرار می‌گیرد. همین شیوه استدلال در حوزه‌های جدید حقوق مدنی نیز در آرای وقت دیوان مشهود است. برای مثال، می‌توان به پرونده‌هایی با موضوع تغییر نام مندرج در شناسنامه،^۳ تحقق یافتن انتقال به غیر در صورت واگذاری عین مستأجره از شرکتی به شرکت دیگر در صورتی که مدیر هر دو شرکت یکی باشد،^۴ و تزامم دو اصل «عدم تأثیر قوانین در گذشته» و «حکومت فوری قانون بر آینده»^۵ اشاره نمود.

در نظام حقوقی فعلی کشورمان نیز مصادیقی از پیوند قضایی فراهم است. برای نمونه، هر چند ذکری از اصل عدم استناد ایرادات در متون حقوق تجارت ما به میان نیامده، قضات کشورمان در آرای مختلفی به این اصل استناد نموده‌اند. بدین‌سان، این اصل که ریشه خارجی دارد، به قلمروی حقوق رسمی در اسناد تجاری پیوند خورده است.^۶ به عنوان مثالی دیگر، قاضی

۱. رأی وحدت رویه ردیف ۱۲ مورخ ۱۳۴۱/۷/۱۱، برخط در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101593>

۲. رأی وحدت رویه شماره ۶۲ مورخ ۱۳۵۱/۱۱/۱۱، برخط در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101627>

۳. رأی وحدت رویه شماره ۴۲ مورخ ۱۳۵۱/۸/۲، برخط در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101615>

۴. رأی وحدت رویه شماره ۲۲۴ مورخ ۱۳۴۹/۷/۸، برخط در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101624>

۵. رأی اصراری شماره ۵۲/۳/۲۵، ر.ک.: علی آبادی، عبدالحسین، **تجربه و تحلیل رای دیوان کشور در مورد اجاره**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۱۴، ۱۳۵۲، صص ۸-۱؛ کاتوزیان، ناصر، «پیشگفتار» در علی آبادی، عبدالحسین، **موازین قضایی هیئت عمومی دیوان عالی کشور**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۰.

۶. برای مثال ر.ک. رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۱۲۵۶ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۷ شعبه ۵۰ دادگاه تجدید نظر استان؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۰۲۴ به تاریخ ۱۳۹۲/۱/۲۴ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ←

ایرانی در یک پرونده با هدف جلوگیری از سوءاستفاده از اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت و تأدیة مطالبات طلبکاران، به قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت بر مدیران، استناد نموده و به صراحت به جایگاه غیرقابل انکار این اصل در حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی و عدم مغایرت آن با مبانی فقهی ما اشاره کرده و آن را مبنای حکم قرار داده است.^۱ قاعده‌ای که به وضوح ریشه خارجی دارد و در قوانین مدون ما بی‌سابقه است. به همین نحو، قاضی در پرونده‌ای دیگر یکی از مستندات خود را این اصل قرار داده است که دادگاه در تفسیر قرارداد الحاقی نظیر قرارداد خرید خودرو، باید جانب طرف ضعیف‌تر (خریدار) را بگیرد.^۲ همان‌گونه که می‌دانیم، این اصل در حقوق ما بی‌سابقه است، اما در حقوق خارجی از قواعد کلیدی و یکی از جلوه‌های اصل «تفسیر علیه انشاءکننده» است.^۳

→ ۸۸۶-۰۲۲۳۳۰۰۹۹۷۰۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۵ شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۱۶۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۹/۹ شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۱. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۷ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، برخط در: <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UlhET0Z2aTJFdeK9>

۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۴۹۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۵/۲۸ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، برخط در: <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=K0RrYk9zV3F6Z009>

۳. ر.ک. ماده ۱۰۳:۵ اصول قراردادهای اروپایی؛ ماده ۴،۶ اصول یونیدوا؛ ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۴۳۲ قانون مدنی کبک، در حقوق امریکا:

American Law Institute, *Restatement (Second) of Contracts*, Vol. 2, Minnesota: American Law Institute Publishers, 1981, § 206.

نتیجه‌گیری

مطالعه صورت گرفته نشان می‌دهد امروزه دادرسان نیز برای یافتن راه‌حل پرونده، گاه از مرزهای حقوق داخلی عبور می‌کنند و پاسخ را در حقوق خارجی می‌یابند. بدین دلیلی است که از استناد قضات به حقوق خارجی به عنوان یکی از اسباب پیوند حقوقی یاد می‌شود. به دلیل تفاوت در مبانی، پیوند قضایی در کامن‌لو در مقایسه با حقوق نوشته فراوانی و وضوح بیشتری دارد. هرچند، در حقوق نوشته نیز در سالیان اخیر تحولاتی به نفع استفاده از حقوق خارجی ایجاد شده است. البته، تذکر این نکته ضروری است که استناد به حقوق خارجی توسط محاکم به عنوان استثنا، به قدر ضرورت و با هدف تکمیل حقوق داخلی صورت می‌پذیرد. بدین ترتیب، وقتی حقوق داخلی در موضوعی پیشرفته و پر بار است، استناد دادرس به حقوق خارجی وجهی ندارد. بررسی‌های این مقاله نشان می‌دهد در نظام حقوقی کشورمان نیز قضات ظرفیت‌هایی برای بهره‌مندی از حقوق خارجی در اختیار دارند. بررسی آرای چند از دیوان عالی و محاکم کشورمان نشان می‌دهد، مصادیقی از پیوند قضایی قابل شناسایی است که موضوعی در خور مطالعه و تأمل بیشتر است.

با توجه به افزایش شمار پیوندهای قضایی، به نظر می‌رسد برخی نویسندگان به درستی بیان داشته‌اند که امروزه دیگر حقوق تطبیقی برای دادگاه موضوعی اجتناب‌ناپذیر است. موضوع اصلی دیگر جواز یا عدم جواز بهره‌مندی قضات از حقوق خارجی نیست؛ بلکه مسئله، کیفیت و چگونگی بهره‌گیری است.^۱ بدین ترتیب، استخراج اصول و ضوابط استناد دادرس به حقوق خارجی اهمیت بسیار دارد. اینکه با افزایش بهره‌گیری قضات از حقوق خارجی، شاهد افزایش انتقادات دایر بر خروج قضات از حیطه اختیاراتشان نیز هستیم،^۲ تا حدی ریشه در مشخص نبودن کیفیت و اصول استناد به حقوق خارجی دارد. پرداختن دکتترین حقوقی به این موضوع و نظریه‌پردازی پیرامون آن می‌تواند راهگشای قضات در انجام وظیفه دشوار باشد. طبیعی است برگزاری جلسات هم‌اندیشی میان دانشگاه و دستگاه قضا، مباحثه و نقد آرای که بر مبنای استناد پیدا و پنهان به حقوق خارجی صادر شده‌اند، بهره‌مندی از ظرفیت نهادهایی چون پژوهشگاه قوه قضائیه، در روشن

1. Andenas and Fairgrieve, Op. Cit, p.5.

2. Murray, John Lovell, "Methods of Interpretation- Comparative Law Method", Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome, 2007, available at: https://curia.europa.eu/common/dpi/col_murray.pdf, p. 40.

ساختن کیفیت بهره‌مندی قضات از حقوق خارجی، مؤثر است؛ چه آنکه، استفاده از حقوق خارجی در مقام قضاوت اگر درست و به قدر ضرورت انجام نپذیرد، بیم آن می‌رود که انسجام، ثبات و پیش‌بینی‌پذیری حقوق داخلی را بر هم زند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. افشار، حسن، *کلیات حقوق تطبیقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵.
۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۸۴.
۳. جعفری تبار، حسن، *مبانی فلسفی تفسیر حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۴. -----، *دیو در تئیسبه: در فلسفه رویه قضایی*، ویراست ۲، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق انتقالی: تعارض قوانین در زمان*، تهران: نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۶. -----، *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
۷. -----، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سی و سوم، ۱۳۸۲.
۸. -----، *فلسفه حقوق (منابع حقوق)*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۵ (الف).
۹. -----، *فلسفه حقوق (منطق حقوق)*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۵ (ب).
۱۰. -----، «پیشگفتار» در علی آبادی، عبدالحسین، *موازین قضایی هیئت عمومی دیوانعالی کشور، بخش آرای کیفری*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۱. ماروسی، علی، *گزارش آرای دیوان داورى دعاوى ایران ایالات متحده*، جلد ۱، تهران: مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۰.

مقاله

۱۲. علی آبادی، عبدالحسین، تجزیه و تحلیل رأی دیوان کشور در مورد اجاره، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۵۲، دوره ۱۴.

آرای دادگاهها

۱۳. رأی وحدت رویه ردیف ۱۲ به تاریخ (۱۳۴۱/۷/۱۱)، برخط در
<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101593>

۱۴. رأی وحدت رویه شماره ۶۲ به تاریخ (۱۳۵۱/۱۱/۱۱)، برخط در
<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101627>

۱۵. رأی وحدت رویه شماره ۴۲ به تاریخ (۱۳۵۱/۸/۲)، برخط در
<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101615>

۱۶. رأی وحدت رویه شماره ۲۲۴ به تاریخ (۱۳۴۹/۷/۸)، برخط در
<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/101624>

۱۷. دادنامه شماره (۹۱۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۱۲۵۶) به تاریخ (۱۳۹۱/۱۰/۲۷)، صادره از (شعبه ۵۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران).

۱۸. دادنامه شماره (۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۰۲۴) به تاریخ (۱۳۹۲/۱/۲۴)، صادره از (شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۱۹. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۰۸۸۶ به تاریخ (۱۳۹۳/۷/۵)، صادره از (شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۲۰. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۱۱۶۳ به تاریخ (۱۳۹۳/۹/۹)، صادره از (شعبه ۴۴ دادگاه تجدید نظر استان تهران).

۲۱. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۱۷ به تاریخ (۱۳۹۲/۱۲/۱۲)، صادره از (شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، برخط در:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=UlhET0Z2aTJFdEk9>

۲۲. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۴۹۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۵/۲۸، صادره از (شعبه ۵۹ دادگاه

تجدیدنظر استان تهران)، برخط در:

<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=K0RrYk9zV3F6Z009>

ب) منابع انگلیسی

Books

23. American Law Institute, *Restatement (Second) of Contracts*, Vol. 2, Minnesota: American Law Institute Publishers, 1981.
24. Bingham, Thomas H., *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge University Press, 2010.
25. Bobek, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, 2013.
26. Dam, Cees van, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2nd ed, 2013.
27. Drobnig, Ulrich and Erp, Sjef van, *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, 1999.
28. Glenn, Patrick, *Legal Traditions of the World*, 4th ed., Oxford University Press, 2010.
29. Hirschl, Ran, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014.
30. Kiikeri, Markku, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Springer, 2001.
31. Kischel, Uwe, *Comparative Law*, Andrew, Hammel, trans., Oxford University Press, 2019.
32. Mak, Elaine, *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Hart Publishing, 2013.
33. Markesinis, Basil and Fedtke, Jörg, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, London: Routledge-Cavendish Publishing, 2007.
34. Markesinis, Basil and Fedtke, Jörg, *Engaging with Foreign Law*, Oregon: Hart Publishing, 2009.
35. Schlesinger, Rudolph et al, *Schlesinger's Comparative Law: Cases, Text, Materials*, Seventh ed. New York: Foundation Press, 2009.
36. Siems, Mathias, *Comparative Law (Law in Context)*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2018.
37. Small, Cathleen and Ginsburg, Ruth Bader, *Supreme Court Justice*, Square Publishing, 2018.

38. Smits, Jan, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Kornet, Nicole trans., Antwerp: Intersentia, 2002 (B).
39. Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., The University of Georgia Press, 1993.

Articles

40. Albarian, Alexis, “The Use of Comparative Law before the French Cour de Cassation”, Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
41. Andenas, Mads and Fairgrieve, Duncan, “Courts and Comparative Law”, Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
42. Bermann, George, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of New York Convention by National Courts” in Bermann, ed., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of New York Convention by National Courts*, Springer, 2017.
43. Canivet, Guy, “The Use of Comparative Law Before the French Private Law”, in Canivet, Guy, et al., *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, 2004.
44. Cuniberti, Gilles, “Enhancing Judicial Reputation through Legal Transplants Estoppel Travels to France”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, 2012.
45. Fedtke, Jörg, “Legal Transplants” in Smits, ed., *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, 2006.
46. Finkelman, Paul, “Foreign Law and American Constitutional Interpretation: A Long and Venerable Tradition”, *Journal of New York University Annual Survey of American Law*, vol. 63, issue 1, 2007.
47. Gelter, Martin and Siems, Mathias, “Citations to Foreign Courts— Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe”, *The American journal of Comparative Law*, vol. 61, 2014 (A).
48. Gelter, Martin, and Siems, Mathias, “Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe”, *Supreme Court Economic Review*, Vol. 21, No. 1, 2014 (B).
49. Gelter, Martin and Siems, Mathias, “Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of

- Europe's Highest Courts" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
50. Graziano, Thomas Kander, "Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
51. Koopmans, Tim, "Comparative Law and the Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 3, 1996.
52. Lasser, Mitchel, "Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System", *the Yale Law Journal*, vol. 104, 1995.
53. Mak, Elaine, "Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?", *Cambridge Law Journal*, vol. 70(2), 2011.
54. Morag-levine, Noga, "Judges, Legislators, and Europe's Law: Common-Law Constitutionalism and Foreign Precedents", *Maryland Law Review*, vol. 65, Issue 1, 2006.
55. Mousourakis, George, "Legal Transplants and Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach", *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, issue 3, 2013.
56. Murray, John Lovell, "Methods of Interpretation- Comparative Law Method", *Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome*, 2007. online at:
https://curia.europa.eu/common/dpi/col_murray.pdf
57. Örüçü, Ensin, "Comparative Law in Practice: The Courts and the Legislator" in Örüçü & Nelken, eds., *Comparative Law: A Handbook*, Oxford: Hart Publishing, 2007.
58. Resnik, Judith, "Constructing the Foreign: American Law's Relationship to Non-Domestic Sources" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
59. Silberman, Linda, "The Need for a Federal Statutory Approach to the Recognition and Enforcement of Foreign Country Judgments" in Stephan, ed., *Foreign Court Judgments and the United States Legal System*, Brill, 2014.
60. Smits, Jan, "On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum" in Örüçü & Harding, eds., *Comparative Law in the 21st Century*, London: Kluwer Academic Publishers, 2002 (A).
61. Twining, William, "Diffusion of Law: A Global Perspective", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Volume 36, Issue 49, 2004.

62. Unberath, Hannes and Stadler, Astrid, "Comparative Law in the German Courts" in Andenas & Fairgrieve, eds., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.
63. Valcke, Catherine, "La Greffe Juridique en Droit Comparé", in *Internationalisation du droit, Internationalisation de la justice*, Actes du 3 e congrès Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays Ayant en partage l'usage du Français, 21-23 juin Cour Suprême du Canada, 2010. online at:
http://v1.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf

Case Law

64. TF (The Swiss Federal Court) 28.11.2006, ATF 133 III 257 (parrots case)
65. Golshani v. Gouvernement de la Re'publique islamique d'Iran, Cass. Civ 1, July 6, 2005.
66. Express Newspapers plc v News (UK) Ltd [1990] 3 All ER 376 (Ch).
67. Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2002] UKHL 22.
68. Perruche JCP 13 Dec 2000, no 50, pp 2293 ff.