



Shiraz University
RICEST
ISC

ISSN: 2008-7926

Journal of

Legal Studies

Scientific

Vol. 17, Issue 3, Autumn 2025

JS

Journal of Legal Studies

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51548.5230>



Research Article

The Role of External Variables in the Formation and Expected Function of Comparative Public Law

Ahmad Ranjbar

Department of Law, BA.C, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran

Article history:

Received: 28-10-2024

Accepted: 24-03-2025

Abstract

Introduction: Comparative law was long characterized by two features: its inclination towards private law and its Eurocentrism. In addition to the composition of attendees at the first International Congress of Comparative Law in 1900 in Paris, who were mostly representatives of the two European "legal families" (Roman law and Common law), comparative law scholars have traditionally shown an interest in comparing the two Western legal families. Until after World War II, the majority of studies and handbooks on comparative law or foreign legal systems were the work of specialists in comparative civil law or comparative commercial law, and areas of public law were not significantly subjects of comparative study. This article seeks to identify the variables that, in the author's view, are characteristics of comparative public law and explain the belated process of its development and evolution.

Method: This article, in an analytical-descriptive manner, seeks to identify the variables that, in the author's view, are characteristics of comparative public law and explain the process of its development and evolution. Accordingly, this article is divided into six sections. Each section,

Please cite this article as:

Ranjbar, A (2025). The Role of External Variables in the Formation and Expected Function of Comparative Public Law. *Journal of Legal Studies*, 17(3), 291-320.
doi: <https://10.22099/JLS.2025.51548.5230>

* Corresponding author:

E-mail address: ranjbar.ahd@gmail.com

separated by numbering, addresses a characteristic or variable that, in the author's opinion, more or less distinguishes comparative public law from comparative law or comparative private law.

The processes of "The Emergence of Comparative Public Law," "The Methodology of Comparative Public Law" distinct from the methodology of comparative law in the general sense, "The Challenge of 'Tradition' or Legal Family," "The Fluid Boundaries of Public and Private Law," "The Greater Dependence of Public Law on History, Culture, and Politics," and finally, attention to "Linguistic Issues" and access to resources in any comparative study, are among the most important variables that, from the author's perspective, distinguish comparative public law from other branches of comparative law, and are addressed in this article.

Findings: In the author's view, this belated attention to comparative public law (constitutional law and administrative law) is due to the unique characteristics that distinguish public law, as the law governing the rulers and the ruled, from the law governing private relations between individuals. The proximity of public law and politics, and the greater dependence or sensitivity of, at least, constitutional law (the most political branch of public law) to internal political developments and dominant political currents, as well as international and so-called "meta-constitutional" developments, the fluid boundaries between public and private law, and the lexical dependence or interconnection between public law and other social sciences, endow comparative public law and its expected function with characteristics that distinguish it from other branches of comparative law, and form the main subject of the present article. Thus, despite recent developments, it seems there is still a kind of resistance to change in the realm of public law, indicating its dependence on the path of development and overall evolution of each society.

Conclusion: In the author's view, the belated attention to comparative public law (constitutional law and administrative law) is due to the unique characteristics that distinguish public law, as the law governing the rulers and the ruled, from the law governing private relations between individuals. In other words, although most issues and problems in the field of comparative public law are found in any comparative research, the proximity of public law and politics, and the greater dependence or sensitivity of, at least, constitutional law to internal political developments and dominant political currents, as well as international and so-called "meta-constitutional" developments, the fluid boundaries between public and private law, and furthermore, the lexical dependence or interconnection between public law

and other social sciences, endow comparative public law and its expected function with characteristics that distinguish it from other branches of comparative law, and form the main subject of the present article.

Keywords: Administrative Law, Constitutional Law, Comparative Law, Public Law, Legal Tradition.



نقش متغیرهای بیرونی در شکل‌گیری و کارکرد قابل انتظار حقوق عمومی تطبیقی

احمد رنجبر

گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران

تاریخ پذیرش: 1404/01/04

تاریخ دریافت: 1403/08/07

اطلاعات مقاله

چکیده

مقدمه: حقوق تطبیقی تا مدت‌ها با دو ویژگی شناخته می‌شده است؛ یکی گرایش آن به حقوق خصوصی و دیگری، غرب محوری. علاوه بر ترکیب حاضران در اولین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال ۱۹۰۰ در پاریس که عموماً نمایندگان دو «خانواده حقوقی» اروپایی (حقوق رومی و حقوق عرفی) بودند، به طور سنتی، بیشتر محققان حقوق تطبیقی به مقایسه دو خانواده حقوقی غربی علاقه نشان داده‌اند. تا پس از جنگ جهانی دوم همواره بخش عمده مطالعات و کتاب‌های راهنمای حقوق تطبیقی یا نظام‌های حقوقی خارجی، کار متخصصان حقوق مدنی تطبیقی یا حقوق تجارت تطبیقی بوده و حیطه‌های حقوق عمومی چندان موضوع مطالعه تطبیقی نبوده است. این مقاله به دنبال شناسایی متغیرهایی است که به گمان نویسنده شاخصه‌های حقوق عمومی تطبیقی بوده و تبیین‌گر روند توسعه و تکامل دیرهنگام آن است.

یافته‌ها: به گمان نویسنده، این توجه دیرهنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت

استناد به این مقاله:

رنجبر، احمد (۱۴۰۴). نقش متغیرهای بیرونی در شکل‌گیری و کارکرد قابل انتظار حقوق عمومی تطبیقی. مجله مطالعات حقوقی. شماره ۱۷، (۳) ۲۹۱-۳۲۰.

بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی (این سیاسی‌ترین رشته حقوق عمومی) به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و بعلاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است. این است که با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد همچنان نوعی مقاومت در برابر تغییر در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی هر جامعه نشان می‌دهد. روش: این مقاله به شیوه‌ای تحلیلی- توصیفی به دنبال شناسایی متغیرهایی است که به گمان نویسنده شاخصه‌های حقوق عمومی تطبیقی بوده و تبیین‌گر روند توسعه و تکامل آن است. بر همین اساس این مقاله به شش بخش تقسیم شده است. هر بخش که با شماره‌بندی از هم جدا شده، به ویژگی یا تغییری می‌پردازد که به گمان نویسنده حقوق عمومی تطبیقی را از حقوق تطبیقی یا حقوق خصوصی تطبیقی کم‌ویش متمایز می‌کند.

روند «پیدایش حقوق عمومی تطبیقی»، «روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی» متمایز از روش‌شناسی حقوق تطبیقی به معنی عام، «چالش «سنت» یا خانواده حقوقی»، «مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی»، «وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست» و سرانجام توجه به «مسائل زبانی» و دسترسی به منابع در هر مطالعه تطبیقی، از مهم‌ترین متغیرهایی است که از دید نویسنده، حقوق عمومی تطبیقی را از دیگر شاخه‌های حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و در این مقاله به آن‌ها پرداخته شده است.

نتیجه: به گمان نویسنده، توجه دیر هنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان از حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. به عبارت دیگر، هر چند بیشتر مسائل و مشکلات در عرصه حقوق عمومی تطبیقی، در هرگونه پژوهش مقایسه‌ای یافت می‌شود، همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و بعلاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است.

واژگان کلیدی: حقوق اداری، حقوق اساسی، حقوق تطبیقی، حقوق عمومی، سنت حقوقی.

سرآغاز

حقوق تطبیقی تا مدت‌ها با دو ویژگی شناخته می‌شده است؛ یکی گرایش آن به حقوق خصوصی و دیگری، غرب‌محوری. علاوه بر ترکیب حاضران در اولین کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در سال 1900 در پاریس که همگی نمایندگان دو «خانواده حقوقی» اروپایی (حقوق رومی و حقوق عرفی) بودند، به‌طور سنتی، بیشتر محققان حقوق تطبیقی به مقایسه دو خانواده حقوقی غربی علاقه نشان داده‌اند (Örücü, 2003: 467).

تمرکز دیرینه حقوق تطبیقی بر حقوق خصوصی به نظر عجیب می‌نماید اگر بپذیریم اولین کسی که در علوم اجتماعی دست به مقایسه زد، ارسطو بود که به مقایسه قانون اساسی‌ها¹ پرداخت (Aristotle, 1970؛ Aristotle, 2009) و در قرن هجدهم، روح‌القوانین شارل منتسکیو یک پژوهش پیش‌تاز و اثری مهم در حقوق تطبیقی و به‌ویژه «حقوق اساسی تطبیقی» شناخته می‌شود؛ با این حال، تا پس از جنگ جهانی دوم همواره بخش عمده مطالعات و کتاب‌های راهنمای حقوق تطبیقی یا نظام‌های حقوقی خارجی، کار متخصصان حقوق مدنی تطبیقی یا حقوق تجارت تطبیقی بوده و حیطه‌های حقوق عمومی چندان موضوع مطالعه تطبیقی نبوده است.

این توسعه‌نیافتگی یا توسعه دیر هنگام شاخه‌های تطبیقی حقوق عمومی (در اینجا به‌طور مشخص، حقوق اساسی و حقوق اداری) بخشی ناشی از توسعه دیر هنگام خود حقوق عمومی در مقایسه با حقوق خصوصی است که البته خود معلول ویژگی‌هایی است

1. ارسطو در کتاب سیاست (به‌ویژه در کتاب چهارم) به مقایسه انواع «پولیتیای» (politeia) پرداخت که به‌طور معمول به «قانون اساسی» (constitution) یا گاه «رژیم» و گاهی حتی (به اقتضای سیسرون و مترجمان فرانسوی) به جمهوری (republic) ترجمه می‌شود که البته با معنای نظام جمهوری (در برابر نظام پادشاهی) در حقوق اساسی مدرن متفاوت است. همین‌طور پولیتیای نام کتابی مستقل از ارسطو هست که در تکمیل سیاست نگاشته شده و در آن اصول حکومت 158 دولت شهر یونانی را مقایسه می‌کند. از این بین، در ظاهر فقط بخش مربوط به دولت شهر آتن (Athenaios Politeia) باقی مانده و زیر عنوان «اصول حکومت آتن» به فارسی نیز ترجمه شده است.

که حقوق عمومی به عنوان حقوق حاکم بر روابط حکومت کنندگان و حکومت شونده‌گان را به طور کلی، از حقوق حاکم بر روابط اشخاص خصوصی متمایز می‌کند. اگر افزایش روزافزون مداخله دولت در زندگی شهروندان عامل اصلی در توسعه حقوق عمومی بوده، تثبیت دولت‌ها و همگرایی منطقه‌ای و بین‌المللی آنها در عرصه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی- اجتماعی و فرهنگی به‌ویژه در دهه‌های اخیر، نقشی حیاتی در رونق حقوق تطبیقی و توجه دولت‌ها به تجارب قانون‌گذاری و قضایی و نتایج آن در کشورهای دیگر داشته است. هر چند کنجکاوی‌های علمی و آکادمیک نیز در پیشبرد این روند بی‌تأثیر نبوده است.

اما با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد نوعی مقاومت در برابر تغییر در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی جامعه نشان می‌دهد. این وابستگی به مسیر¹ تحولات فرهنگی و تاریخی و سیاسی گذشته جامعه (Sourgens, 2016; Husa, 2018) و نبود منافع تجاری کوتاه‌مدت که از مراودات حقوقی خصوصی انتظار می‌رود، ضمن ایجاد ثبات و پایداری، نوعی «اینرسی» یا مقاومت را در برابر تغییر در دولت‌مردان (و گاه حتی شهروندان) ایجاد می‌کند که بر کارکرد حقوق عمومی تطبیقی و نتایجی تأثیر می‌نهد که از آن انتظار می‌رود.²

1 «وابستگی به مسیر» (path dependency) نظریه‌ای است که ابتدا در اقتصاد مطرح و سپس وارد علوم سیاسی و اجتماعی شد. این نظریه گویای این است که تاریخ و فرهنگ مهم است و انتخاب‌های گذشته بر مقبولیت، امکان و هزینه گزینه‌های آینده تأثیر می‌نهد. در حقوق این نظریه همچون ابزاری تحلیلی می‌تواند چارچوبی مثلاً برای تحلیل نقش سنت حقوقی (برای مثال قاعده سابقه در کامن لا) یا ساختارهای نهادی (برای مثال، یک قانون اساسی دیرپا و قدیمی) یا فرهنگ قضایی و غیره در سیر آینده تحولات حقوقی یک کشور در حیطه‌های مختلف (اعم از حقوق عمومی و حقوق خصوصی) فراهم کند. در صفحات آتی خواهیم گفت که حقوق عمومی، به‌ویژه به مسیر تحولات سیاسی و فرهنگی جامعه وابستگی نزدیک دارد. با این حال، نویسنده در اینجا قصد ندارد تحلیلی براساس یا در چارچوب این نظریه ارائه دهد و در ادبیات و منابع حقوقی فارسی، تحلیل و نوشته‌ای بر این مبنا سراغ ندارد.

2 در امریکا، توسعه دیر هنگام حقوق تطبیقی از جمله در حیطه حقوق عمومی علاوه بر عوامل یادشده به گستردگی سرزمینی و موقعیت مکانی این کشور نیز نسبت داده شده است. گفته شده حقوق تطبیقی در این کشور

همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی (این سیاسی‌ترین رشته حقوق عمومی)، به تحولات سیاسی داخلی (از تغییر رژیم تا تغییر دولت انتخابی) و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی» (همانند استعمارزدایی و فروپاشی دیوار برلین و غیره) ویژگی‌هایی به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن بخشیده است که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد.

هر بخش این مقاله که با شماره‌بندی از هم جدا شده است به ویژگی یا تغییری می‌پردازد که به گمان نویسنده حقوق عمومی تطبیقی را از حقوق تطبیقی یا حقوق خصوصی تطبیقی¹ کم و بیش متمایز می‌کند. این تمایز هر چند ریشه در تمایز کلی‌تر حقوق عمومی از حقوق خصوصی دارد، همانند آن هرگز مطلق نیست. چه، به نظر می‌رسد همه ملاحظات یا محدودیت‌هایی که در همه رشته‌های حقوق تطبیقی محققان روا می‌دارند و در اختلاف‌نظرهای فراوان موجود به‌ویژه در روش‌شناسی حقوق تطبیقی رخ می‌نماید، در حقوق عمومی تطبیقی نیز ظهور و بروز دارد؛ آلا اینکه بستر سیاسی حقوق عمومی، به این ملاحظات حساسیت بیشتری بخشیده است. سیر تحول تاریخی نامتوازن حقوق عمومی تطبیقی و نقطه شروعی کم و بیش متمایز از دسته‌بندی‌های مرسوم خانواده‌ها یا سنت‌های حقوقی، به‌طور دقیق به همین نکته بازمی‌گردد.

بر این اساس، در این مقاله ابتدا به اختصار نگاهی می‌کنیم به روند پیدایش حقوق عمومی تطبیقی و سپس روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی متمایز از روش‌شناسی حقوق تطبیقی به معنی عام موضوع بحث قرار می‌گیرد. در بخش اخیر خواهیم گفت که

در ابتدا و اغلب به معنی نگاه به قوانین ایالتی بوده است. علاوه بر این، برخلاف کشورهای اروپایی که نزدیکی مرزها و مراودات فراوان شهروندان با کشورهای همسایه ضرورت شناخت حقوق خارجی را ایجاد می‌کرده است، در آمریکا این حجم مراوده با دولت‌های همسایه وجود نداشته است (Larsen, 1998).

1. Comparative private law

حقوق عمومی تطبیقی بیش از سایر رشته‌های حقوق تطبیقی به زمینه‌یابی¹ نیاز دارد و پژوهش در آن نیازمند دانش و آگاهی وسیع‌تر از تاریخ، جامعه و اقتصاد است. مسئله برگزیدن «سنت» یا خانواده حقوقی به‌عنوان نقطه شروع و موضوع مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی چالش‌های دیگری است که در هر مطالعه تطبیقی در حقوق عمومی باید مدنظر قرار گیرد و به ترتیب، موضوع بحث‌های بعدی ما را تشکیل می‌دهد. در بخش پنجم، وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست در مقایسه با حقوق خصوصی به‌عنوان مشخصه دیگر حقوق عمومی تطبیقی موضوع بحث قرار گرفته است و سرانجام در بخش آخر خواهیم گفت که هر چند توجه به مسائل زبانی و دسترسی به منابع در هر مطالعه تطبیقی، به‌راستی چالشی جدی است؛ به دلیل اینکه حقوق عمومی بیش از حقوق خصوصی وامدار واژگان و اصطلاحاتی است که در سایر رشته‌های علوم اجتماعی از جمله علوم سیاسی به کار می‌رود، به هنگام ترجمه و تطبیق باید توجه بیشتری به بار معنایی این اصطلاحات صورت گیرد. درنهایت ارائه یک نتیجه‌گیری پایان‌بخش مطالب ما خواهد بود.

1. پیدایی حقوق عمومی تطبیقی

گفته می‌شود متفکران سیاسی و حقوقی بسیاری در پیدایش آنچه امروز «حقوق عمومی تطبیقی» خوانده می‌شود، نقش داشته‌اند. شش کتاب درباره جمهوری (1576) ژان بُدن، درباره حقوق طبیعی و ملل، مطابق تعلیمات یهودیان (1640) جان سِلدن و نامه‌های ایرانی (1721) و روح القوانين (1748) شارل منتسکیو همگی شاهکارهای اولیه در پژوهش حقوق عمومی تطبیقی شناخته می‌شوند. از این رو، حقوق عمومی تطبیقی را به‌عنوان پژوهش در قوانین مؤسس ملل و جوامع دیگر بی‌تردید نباید محصول قرن بیستم دانست. گفته‌اند شاید بالاترین نوآوری در کار بُدن، بُعد تطبیقی کار او باشد که او

را به تأمل در فایده محدودیت‌های اساسی بر قدرت پادشاه کشانید (Hirschl, 2014, 119, 112-115). شش کتاب او علاوه بر تحقیق در ترتیبات حاکمیت در قانون فرانسه، قانون روم، قانون کلیسا و قوانین مصر و یونان قدیم، اشاراتی به تمدن‌های قدیم و همین‌طور قوانین قرن شانزدهم روسیه، لهستان و اسکاندیناوی دارد.

منتسکیو را علاوه بر اینکه پدر حقوق تطبیقی (David, 1990: 6)¹ و کار او را «جهشی بزرگ به سمت تکامل حقوق تطبیقی به‌عنوان یک روش، رشته و علم» می‌دانند، او را «اولین استاد بزرگ حقوق عمومی تطبیقی» می‌شناسند (Hirschl, 2014: 127). مهم‌ترین جنبه کار او علاوه بر ارائه استدلال به سود «تفکیک قوا» در حکومت (پادشاهی)، این بود که از دید او نه تنها قوانین بر موضوعات مختلف تأثیر می‌گذارد، خود نیز از عوامل محیطی، اجتماعی و فرهنگی اثر می‌پذیرد. بخش دوم و سوم روح‌القوانین به ترتیب به تأثیر عوامل مادی همچون آب و هوا و کیفیت خاک و اجتماعی و اقتصادی بر ساختار جوامع بشری، سنت‌ها و سازمان‌ها و نهادهای سیاسی آنها می‌پردازد.² از دید منتسکیو حقوق هم‌زمان «شاخص، علت و پیامد توسعه اجتماعی» است و بنابراین پژوهش او ربط و پیوند نزدیکی با شاخه‌های دیگر علوم اجتماعی و به‌ویژه جامعه‌شناسی دارد (Hirschl, 2014: 128-133)؛ چنانکه به عقیده امیل دورکیم، «این منتسکیو بود که در روح‌القوانین اصول علم نوین جامعه‌شناسی را پی ریخت» (Launay, 2001: 22).

1. به گفته رنه داوید: «منتسکیو را با کمی اغراق پدر حقوق تطبیقی نامیدند».

2. این رویکرد منتسکیو را بعدها دیگران دنبال کردند. به عقیده اتو کان فرویند (1900-1979) محقق حقوق تطبیقی و حقوق کار آلمانی، هر چند بسیاری از نیروهای مقاوم در برابر کاشت حقوقی که منتسکیو آنها را برشمرده است؛ اکنون اهمیت خود را از دست داده‌اند، برخی از آنها امروزه غلبه یافته‌اند. فرویند که در اوج جنگ سرد سخن می‌گفت، از این میان بر عامل سیاسی و تفاوت‌های سیاسی همچون مهم‌ترین مانع در استفاده از حقوق تطبیقی نام می‌برد (Kahn- Freund, 1974).

اما وقوع انقلاب‌های قرن نوزدهم در امریکا و فرانسه و نگارش و تدوین قانون اساسی در کشورهای مختلف بود که اندیشه قانون و حقوق را در کتاب‌ها در عمل به دستورالعمل‌های سیاسی برای تأسیس دولت‌های دموکراتیک و مشروطه‌خواه بدل کرد. نیاز به نوشتن قانون اساسی تازه و به اصطلاح «مهندسی اساسی» در قرن بیستم، افزایش تعداد دولت‌ها به یمن استعمارزدایی و فروپاشی دیوار برلین نقطه عطفی در شکل‌گیری حقوق اساسی تطبیقی به‌عنوان شاخه‌ای مستقل از حقوق تطبیقی محسوب می‌شود. چنانکه برخی از «رنسانس» حقوق اساسی تطبیقی از میانه دهه 1980 میلادی سخن گفته‌اند (Hirschl, 2014: 151).

توسعه «حقوق اداری تطبیقی» به دلایلی کم و بیش متفاوت حتی با تأخیر بیشتری همراه بوده است. یکی از متخصصان فرانسیسوی حقوق اداری و حقوق تطبیقی در مقاله‌ای در سال 1988 «استادان اندک، دانشجویان اندک، پژوهشگران اندک و بنابراین نشر اندک» را دلیل این توسعه‌نیافتگی دانسته بود. در همین سال، مرکز فرانسیسوی حقوق تطبیقی کنفرانس یک روزه‌ای را درباره حقوق اداری تطبیقی با شرکت استادانی از کشورهای مختلف سامان داد که گفته می‌شود نقش مهمی در توسعه حقوق اداری تطبیقی داشته است (Banggui, 1994, 134-135). توسعه کمتر یا دیرنگام حقوق اداری تطبیقی را به عوامل مختلفی نسبت داده‌اند: اول اینکه حقوق مدنی تطبیقی و حقوق تجارت تطبیقی با نیازهای عملی توسعه اجتماعی و علایق اقتصادی فراملی همخوانی بیشتری دارد. دوم اینکه تا مدت‌ها نبود قوانین اداری در برخی کشورها به انکار وجود حقوق اداری به‌عنوان یک حیطه حقوقی مستقل انجامید (Banggui, 1994, 133). چنانکه در بریتانیا اتکاء به ایده حقوق متحدالشکل عرفی (کامن لا)، مانع از توسعه نظام مجزای حقوق اداری شد. در آلمان نیز اولین تکنگراری در حقوق اداری آلمان را تنها در سال 1895 اتو مایر نگاشت. در این باره بنا به اظهار رنه داوید: «نخستین رساله حقوق اداری که در آلمان نوشته شد یک رساله درباره حقوق اداری فرانسه بوده است و تنها پس از نوشتن این کتاب حقوق اداری و با الگو قرار دادن آن

بوده که مؤلف آن اتومایر خود را قادر به نوشتن یک رساله در حقوق اداری آلمان دانست» (David, 1990: 81). دلایل دیگری نیز در کار بوده است: یکی پیچیدگی بیشتر مقررات و دعاوی‌ای است که در حقوق اداری موضوع استناد قرار می‌گیرد و دوم، تفاوت‌های بزرگ در مرزهای حقوق اداری از یک کشور به کشور دیگر (Ziller, 2006:606).

از ویژگی‌های حقوق اداری، ارتباط ویژه آن با سنت‌های اداری است. حقوق اداری حاصل تاریخ هر کشور است و به‌شدت صبغه ملی دارد (Vaezi, 2023: 49). از قرن نوزدهم تا مدت‌ها «نظام‌های اداری داخلی بازتاب انتخاب سازمانی منحصر به فرد دولت - ملت‌ها شناخته می‌شد که بیشتر با ویژگی‌های سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی ملی آنها همخوانی دارد تا ارزش‌ها یا منافع بنیادین مشترک فراملی؛ بنابراین، از مفاهیم سنتی حقوق اداری برای تأکید بر منحصر به فرد بودن نظام اداری استفاده می‌شد که به‌آسانی اجازه مقایسه با نظام‌های دیگر را نمی‌داد؛ چه رسد به فراکاشت. عکسِ حقوق خصوصی که به‌ویژه در جنبه‌های تجاری‌اش به‌طور سنتی، به روی تحلیل تطبیقی و همگرایی فراملی گشوده‌تر بوده است».

با این حال، گفته می‌شود این امر به معنی انکار تأثیر حقوق اداری تطبیقی بر توسعه‌های اولیه سیاست دموکراتیک مدرن نیست: علاوه بر آثار و تحلیل‌هایی که در اواخر قرن نوزدهم در حقوق اداری تطبیقی نگاشته شد، «مقایسه‌ها با نظام‌های مهم اداری قاره‌ای همچون فرانسه و آلمان به شکل‌گیری و تحکیم ساختارهای اداری تحت «حاکمیت قانون» در پاره‌ای دولت‌های نوظهور انجامید و آنان را تا امروزه زیر نفوذ و تأثیر آنان قرار داد». امروزه نیز براساس تعدادی عوامل «حقوق اداری تطبیقی به بخش مهمی از فعالیت‌های حقوقی حرفه‌ای و دانشگاهی بدل کرده است. بین‌المللی شدن و تحکیم فزاینده روابط اقتصادی بین کشورها و افراد (جهانی شدن)، توزیع بین‌المللی اطلاعات، دانش و نوآوری‌های فنی، موضوعات محیط‌زیستی فراملی و غیره همگی پاسخ‌های اداری مشترک به مسائل مشترکی را می‌طلبد» که از مرزهای ملی فراتر

می‌رود. یک عاملی که به توسعه این روند کمک کرده، کم‌رنگ شدن مرزهای تمایز سنتی بین دو خانواده حقوقی رومی و کامن‌لا از نیمه دوم قرن بیستم و هم‌زمانی آن با شناسایی حقوق اداری به‌عنوان یک رشته مستقل است. هم‌زمان انسجام اروپایی نیز در گرایش‌های همگرایانه در حقوق اداری نقش مهمی ایفا کرده است (Nehl, 2006, 18-; Sadeghi Neshat and Haj Najafi, 2019, 20).

2. روش‌شناسی حقوق عمومی تطبیقی

2-1. روش‌شناسی حقوق تطبیقی

شاید گمان رود این واقعیت که هر چیزی را با هر چیزی می‌توان مقایسه کرد، موضوع «مقایسه‌پذیری» و «روش‌شناسی» را به امری حاشیه‌ای بدل می‌کند؛ اما چنین نیست و بحث «روش» در حقوق تطبیقی به‌طور کلی یکی از موضوعات بحث‌انگیز و محوری بوده است. به گونه‌ای که عده‌ای حقوق تطبیقی را چیزی جز یک «روش» تحقیق نمی‌شناسند. از دید آنها حقوق تطبیقی نام مشترک مجموعه‌ای از روش‌های نگاه به حقوق است. بر این اساس، تمایز روشنی میان حقوق تطبیقی و روش‌های مطالعه آن وجود ندارد. با این پیامد که حقوق تطبیقی «درنهایت جایگاه خود را به‌عنوان یک حیطه فکری مجزا و خودمختار از دست می‌دهد». می‌توان از روش تطبیقی در هر حیطه و عرصه تحقیقاتی حقوقی برای کمک به پژوهش‌های آن رشته یا حیطه تحقیقاتی استفاده کرد؛ همان کاری که پژوهشگران دانشگاهی با رجوع به قوانین و قواعد هنجاری و نهادهای حقوقی دیگر کشورها و مقایسه تفاوت‌ها و شباهت‌های آنها با عناصر حقوق داخلی به‌طور معمول صورت می‌دهند. در عوض، به نظر عده‌ای دیگر، حقوق تطبیقی را باید ابزار معرفی و ارائه «چشم‌انداز» تازه‌ای دانست که «تبیین انتقادی یک نظام حقوقی - نظام حقوقی خود یا دیگری - را امکان‌پذیر می‌کند؛ بسیار شبیه همان شیوه‌ای که برای مثال، مطالعات حقوقی انتقادی، مطالعات حقوقی فمینیستی، نشانه‌شناسی

حقوق، تحلیل اقتصادی حقوق می‌توانند انجام دهند. آیا برای مثال می‌توان گفت، مطالعات فمینیستی در حقوق تنها یک روش است» (Samuel, 2014: 13-14)؛ در رویکرد اخیر، روش تحقیق، پیچیده‌تر است و حقوق تطبیقی همچون یک «دیسپلین» مستقل، از «پژوهش هنجاری صرف» و جست‌وجوی سنتی شباهت‌ها و تفاوت‌های قواعد موضوعه (حسب حیطه‌ها یا رشته‌های حقوقی) در کشورها یا نظام‌های حقوقی مختلف فراتر می‌رود و به دنبال حل مشکلات پیچیده‌ای است که جز با اتخاذ رویکردی کلان و چه بسا استفاده از روش‌ها یا یافته‌های سایر رشته‌های علوم اجتماعی حاصل نمی‌شود (Samuel, 2014, Introduction)؛ بدین ترتیب، می‌توان گفت حقوق تطبیقی حیطه‌ای از آن خود دارد و بسیاری یافته‌های آن جز با مطالعه حقوق تطبیقی (مستقل از سایر رشته‌های حقوقی) حاصل نمی‌شود (برای این نتیجه، رک به: Shiravi, 2014: 18-20).

به همراه این مباحث دامنه‌دار، انبوهی از طرح‌ها و مفاهیم را برای معرفی روش درست یا مبنای علمی مقایسه محققان مختلف ابداع کرده‌اند: کارکردگرایی، رابطه درونی،¹ روح ملی، سبک، ذهنیت،² ارزش‌ها، فرهنگ‌ها، تشابهات، تفاوت‌ها، تبارشناسی در برابر روش قیاسی، نمونه‌ای از معیارها و مفاهیم یا طرح‌واره‌هاست که به مثابه چارچوب یا مبنای مقایسه در حقوق مطرح شده‌اند. حسب موضوع تحقیق، روش تحقیق متفاوت خواهد بود. اینکه محقق چه موضوعی و به تبع آن، چه روشی را برگزیند، به رویکرد (معرفت‌شناختی) او و هدفی بستگی دارد که از مقایسه انتظار دارد؛ بنابراین، انتخاب روش، هرگز روندی بی‌طرف نیست این است که « اکنون اختلاف درباره رویکردها و روش‌ها در مطالعات حقوقی تطبیقی امری محوری است. به طور خیلی کلی، برای مثال بین اتخاذ رویکرد کلان و رویکرد خرد، بین روش‌شناسی شکلی و کارکردی، بین رویکردی که بر قواعد تأکید می‌کند و رویکردی که آن سوی قواعد

1. inner relationship
2. mentalité

نظر دارد و بین رویکرد پوزیتیویستی و رویکرد فرهنگی تنش وجود دارد» (Samuel, 2014: 48-49).

در سطح کلان که به طور معمول به مقایسه نظام‌ها یا سنت‌های حقوقی نظر دارد، موضوع مقایسه‌پذیری¹ را بسیاری از محققان حقوق تطبیقی با این استدلال حل کرده‌اند که مقایسه باید به نظام‌هایی با سطح تکاملی مشابه تعمیم یابد و اینکه آنها از نظر توسعه، خواه اقتصادی، اجتماعی یا حقوقی، به هم نزدیک باشند؛ هر چند باید گفت منطق مقایسه، مرز ناشناس است و انتخاب هر سطح یا واحد مقایسه، دلبخواهی است، در سطح خرد، «فراوان استدلال می‌شود که همسانی کارکردی² مبنای حقوق تطبیقی است» (Örücü, 2006: 443). در این رویکرد روش‌شناختی برای مثال، پرسیده می‌شود کدام نهاد در نظام «الف» دارای کارکردی همسان نهاد موضوع مطالعه در نظام «ب» است؟ از پاسخ به این سؤال مفهوم «همسانی کارکردی» حاصل می‌شود. رویکرد حل مسئله روی دیگر این سکه است و براساس آن محقق می‌پرسد چگونه مسئله یا معضل حقوقی یا اجتماعی خاصی که در جامعه «الف» و «ب» وجود دارد، حل می‌شود؟ یا کدام نهاد حقوقی یا غیرحقوقی با این مسئله سروکار دارد؟

رویکرد کارکردی زمانی است که محقق با چشم‌انداز حل مسئله و با هدف نزدیک اصلاح و بهبود وضعیت موجود نظام حقوقی خودی یا نزدیکی و هماهنگ‌سازی قواعد حقوقی نظام‌های مختلف³ پژوهش می‌کند، اما اگر هدف چیزی فراتر از این باشد، مقایسه مستلزم روش دیگری است؛ بنابراین محقق با رویکرد کارکردی به طور منطقی به دنبال نهادهایی می‌رود که به شرح بالا مقایسه‌پذیر باشند و موضوعاتی که مقایسه‌ناپذیر شناخته

1. comparability

2. functional equivalence

3. نمونه ای از این رویکرد کارکردگرایانه، بی‌هیچ نقطه عزیمت ایدئولوژیک و با هدف هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی کشورهای اروپایی را می‌توان در به اصطلاح «پروژه هسته مشترک» حقوق خصوصی کشورهای اروپایی مشاهده کرد. این رویکرد در اصل میراث فکری رودلف شلزینگر (Rudolf B. Schlesinger, 1909-1996) است که برخی او را پدر حقوق تطبیقی در امریکا می‌دانند (Mattei, 2001: 238-257).

می‌شوند یا گمان می‌رود تن به مقایسه نمی‌دهند، همانند ایدئولوژی سیاسی، ارزش‌های اخلاقی یا تفاوت‌های فرهنگی، از حوزه پژوهش تطبیقی خارج می‌شوند، اما اگر گمان و باور بر این باشد که قواعد و نهادهای موجود را باید در «متن» تاریخی، سیاسی، اقتصادی یا فرهنگی‌اش سنجید یا فهمید، آنگاه آنچه نیاز بیشتر به تأکید دارد نه کارکرد بلکه متن یا زمینه‌ای است که نهاد یا قاعده موضوع تحقیق در آن شکل گرفته‌اند. توصیف کارکردی، جدا از متن و به اصطلاح، «بعد محلی»، حوزه مغفول کارکردگرایی و جنبه‌ای است که محل توصیه و تأکید نقد پست‌مدرنیستی به کارکردگرایی است؛ بنابراین، از این منظر، در سطح کلان گفته می‌شود مقایسه نباید منحصر به همانندها باشد و پژوهش تطبیقی را می‌توان به مقایسه نظام‌هایی کشانید که سنخیت اندکی با یکدیگر دارند (Örücü, 2006: 444-445; Nelken, 2003: 440-442).

بر همین اساس و با همین رویکرد، برخی در استفاده از حقوق تطبیقی برای اصلاح نظام حقوقی، رویکرد فرهنگ‌گرا را بر رویکرد کارکردگرا ترجیح داده‌اند؛ با این استدلال که اگر مقایسه یا اقتباس از حقوق خارجی «بدون توجه به تفاوت اوضاع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کشورها یا نظام‌های مورد مقایسه باشد، محکوم به شکست است» (Borjian and Al-Dabbagh, 2019: 189-190).

به هر روی و با هر رویکردی مقایسه مستلزم اطلاعات یا وجود داده‌های در دسترس است که با ابزارهای مختلف قابل تحصیل است، اما محدودیت‌هایی وجود دارد که برخی مربوط به فرد محقق، برای مثال، ترجمه‌های نادرست و نداشتن دانش کافی و برخی مربوط به عوامل بیرونی است. حقوق تطبیقی در هر حال با قاعده و نهاد حقوقی «بیگانه» سروکار دارد که در متن و زمینه محلی متفاوتی شکل گرفته‌اند که چه بسا ترجمه‌ناپذیرند. به عبارت دیگر، ممکن است در یک مطالعه تطبیقی، عنصر یا حیطه‌ای ناگفته وجود داشته باشد؛ اما هرگونه «بدبینی روش‌شناختی» و تأکید افراطی بر تفاوت‌ها و باور به دسترس‌ناپذیر بودن حقوق در متن فرهنگ و جامعه بیگانه، مانع پژوهش حقوقی تطبیقی می‌شود.

اینکه چه داده‌هایی لازم است، به رویکرد روش‌شناختی برمی‌گردد. مقایسه، روش است؛ اما روش‌شناسی چیزی بسیار بیش از تصمیم به مقایسه است. در هر حال، مهم این است که روش محقق او را به هدف یا اهداف مورد نظر، خواه نظری خواه کاربردی برساند.

2-2. ویژگی‌های روش‌شناختی حقوق عمومی تطبیقی

در مورد روش‌شناسی حقوق تطبیقی به‌طور کلی دو نظر وجود دارد: نظر کسانی که قائل‌اند شاخه‌های فرعی حقوق تطبیقی برای مثال حقوق مدنی، حقوق کیفری، حقوق اداری هر یک به دلیل ویژگی خاص خود روش مقایسه‌ای متفاوت دارند؛ اما دسته‌ای دیگر از محققان حقوق تطبیقی، صرف‌نظر از هدف یا موضوع مقایسه، روش‌شناسی تطبیقی را یکسان و دارای قابلیت کاربرد عمومی می‌دانند (Banggui, 1994: 139-140).

واقعیت این است که حقوق عمومی تطبیقی در قیاس با حقوق خصوصی تطبیقی نیاز بیشتری به «زمینه‌یابی» دارد. بدین معنی که پژوهش در آن نیازمند دانش و آگاهی وسیع‌تر از تاریخ، جامعه و اقتصاد است. بنا بر تحلیل نویسنده‌ای، «ماهیت و محتوای حقوق اساسی و اداری تنها در پرتو نظریه سیاسی زیرینی که جامعه به واقع از آن حمایت می‌کند یا زیربنایی که نویسنده خود بر این باور است که جامعه باید بر آن مبتنی باشد، به‌درستی فهم می‌شود» (Thomson, 2017: 920)؛ به همین دلیل، یکی از استدلال‌هایی که گاه برای نشان دادن تفاوت حقوق عمومی و حقوق خصوصی تطبیقی ارائه می‌شد این بوده که تنها در حقوق خصوصی امکان نزدیکی قوانین یا متحدالشکل‌سازی آن وجود دارد. حقوق‌دانان عمومی از مدت‌ها پیش بر این باور بودند که «قواعد سازمان‌دهنده نهادهای اساسی، تقنینی، اداری یا قضایی... نهادهایی هستند که بیشترین مقاومت را در برابر جابه‌جایی دارند» (Kahn-Freud 1974: 17)؛ یا به نقل از مارتین لاگالین، نظریه‌پرداز انگلیسی حقوق عمومی گفته شده است که «سیر یافتن شرایط اثربخش، روشنی‌بخش و آزادی‌بخش برای [تأسیس] حکومت سیری است از درون تاریخ و در مسیرهایی که در سنت‌های فرهنگی خاص شکل گرفته است.

نقشه‌های ترسیم شده توسط جوامعی به‌جز جامعه ما بی‌شک دارای ارزشی ذاتی است، اما با آنها باید همچون راهنمای سفر با احتیاط برخورد کرد» (Bell, 2004: 267). اما اگر از دیدی کارکردگرایانه هدف حقوق تطبیقی را دستیابی به «هسته مشترک» حقوق بدانیم، گفته شده دست‌کم حقوق بشر را به‌مثابه بخشی محوری از حقوق عمومی مدرن باید یک نمونه عالی و در دسترس از «هسته مشترک» حقوق اروپایی به حساب آورد (Ziller, 2006: 607-608)¹ اگر «جهانی شدن» حقوق بشر محل مناقشه باشد رویکرد روش‌شناختی «هسته مشترک» (Mohseni, 2019: 705) که در اصل در مطالعات حقوق خصوصی تطبیقی در سطح اروپا مطرح شد، هر چند ممکن است پایه‌ای برای یافتن ارزش‌های مشترک اروپایی در زمینه حقوق بشر باشد، همچنان از دید عده‌ای نتایج محل مناقشه است. از دید اینان، «اهمیت اتحادیه اروپا و کنوانسیون اروپایی [حقوق بشر و آزادی‌های بنیادی] این است که از تمایز شکلی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، آن‌گونه که در نظم‌های حقوقی ملی خاص به کار می‌رود، می‌گیرند. آنها تعدادی اصول تنظیم می‌کنند و انتظار نتایجی دارند». آنچه مهم است، شباهت‌ها در نتیجه است؛ بی‌توجه به اینکه «از رهگذر سازکارهای خاص حقوق عمومی تحصیل شده‌اند یا حقوق خصوصی». نتیجه اینکه، تنها در یک متن خاص است که می‌توان فهمید مفاهیم، قواعد و نهادهای برآمده از محیط داخلی و خارجی چگونه با یکدیگر ارتباط می‌یابند (Bell, 2004: 268).

با این حال، واقعیت این است که هر چه بیشتر یک مفهوم در حقوق عمومی، بازتاب‌دهنده هویت و انتخاب‌های سیاسی و اجتماعی بنیادین دولت باشد، به همان میزان جای کمتری برای تحلیل مقایسه‌ای یا انطباق و سازگاری با راه‌حل‌های اقتباسی

1. مطابق ماده 49 معاهده اتحادیه اروپا (ماستریخت) «هر دولت اروپایی که به ارزش‌های اشاره‌شده در ماده 2 احترام بگذارد و متعهد به پیشبرد آنها شود» می‌تواند به عضویت اتحادیه درآید. ارزش‌های موضوع ماده 2 شامل «احترام برای کرامت انسانی، آزادی، دموکراسی، برابری، حاکمیت قانون و احترام برای حقوق بشر از جمله حقوق اشخاص متعلق به اقلیت‌ها» می‌شود.

وجود دارد (Nehl, 2006: 21). این است که هر چند به عقیده برخی «اصل روش‌شناختی بنیادی همه حقوق تطبیقی کارکرد داشتن¹ است» (Valcke and Grellette, 99: 2014) وقتی نوبت به مفاهیم یا قواعد حقوق عمومی می‌رسد، مقایسه نیاز بیشتری به زمینه‌یابی در موقعیت‌های واقعی دارد. تا کارکرد آنها آشکار شود.

3. چالش «سنت» یا خانواده حقوقی

به‌طور کلی، دسته‌بندی شایع نظام‌های حقوقی به خانواده‌های مختلف از جمله حقوق عرفی و حقوق نوشته (رومی) نمی‌تواند نقطه شروع مناسبی در مطالعات حقوق عمومی تطبیقی باشد. گفته می‌شود این ممکن است به دلیل پیدایی رژیم‌های حقوق بشر بین‌المللی و فراملی باشد؛ چیزی که به اصطلاح «اساسی‌سازی جهانی» خوانده شده است؛ در واقع، اگرچه «سنت حقوقی» هنوز ممکن است تفاوت‌های قابل ملاحظه را برای مثال در الگوهای دادرسی اساسی تبیین کند، اما نمی‌تواند تفاوت‌ها و شباهت‌های چشمگیر کشورها را در موضوعات حقوق اساسی توضیح دهد (Hischel, 2019: 20)؛ برای مثال این واقعیت که بریتانیا فاقد یک قانون اساسی مدون یا رسمی است و ایالات متحده آمریکا (و دیگر مستعمرات سابق این کشور) دارای یک قانون اساسی مکتوب و مدون هستند، مانع از این نشده است که همگی عضو یک خانواده حقوقی (عرفی) شناخته شوند. همین‌طور تفاوت‌های دیگری که از نظر موضوعات حقوق عمومی میان این نظام‌های به اصطلاح «هم‌خانواده» وجود دارد: برای مثال، نظام سیاسی آمریکا، پیشگام جمهوری ریاستی است؛ از نظر ساختار دولت کشوری، آمریکا دارای نظامی فدرال است؛ همین‌طور این کشور دارای یک نظام جافتاده دادرسی اساسی است که هیچ یک در تاریخ بریتانیا نظیر ندارد.

همین‌طور، حقوق اداری فرانسه، محصول سوابق آرای است که در طی حدود دو قرن، بیشتر شورای دولتی این کشور صادر کرده است؛ بی‌آنکه کوششی جدی برای نظام‌مند کردن همه جانبه آن صورت گرفته باشد. این «رویه‌ای» بودن (Vaezi, 2023: 97) همان ویژگی‌ای است که به‌طور معمول به نظام حقوقی عرفی نسبت داده می‌شود؛ بنابراین، در این زمینه، فرانسه و پادشاهی بریتانیا نزدیکی بیشتری به هم دارند. علاوه بر این، انگلستان و (تا همین سال‌های اخیر) فرانسه¹ کشورهایی هستند که در برابر تدوین رویه‌های اداری مقاومت کرده‌اند. این در حالی است که امریکا با وضع قانون رویه اداری² در سال 1946 و 30 سال بعد جمهوری فدرال آلمان با وضع مقررات فدرال و ایالتی³ در تدوین رویه‌های اداری پیشگام هستند.

به نظر می‌رسد به جای سنت حقوقی، دست‌کم در سطح حقوق اساسی، شناسایی نوع نظام سیاسی از نظر شکلی و ماهوی (برای مثال، جمهوری یا پادشاهی بودن؛ پارلمانی، ریاستی یا نیمه‌ریاستی) یا دسته‌بندی‌های سیاسی همچون دموکراتیک یا غیردموکراتیک بودن نظام سیاسی می‌تواند مبنای مقایسه قرار گیرد. اینکه در عمل تا چه اندازه عزم و اراده جدی برای بهره‌بندی از تجارب دیگر کشورها وجود دارد، (چنانکه در مورد امریکا خواهیم دید) همچنان موضوعی سیاسی است. در مورد حقوق اداری چنانکه خواهیم گفت «سنت اداره عمومی» یا «سنت دولت» می‌تواند مبنای مناسبی برای دسته‌بندی مقایسه‌ای باشد.

1. در فرانسه «قانون روابط مردم و اداره» در اکتبر 2015 به تصویب رسید و از ژانویه 2016 لازم‌الاجرا شد:

Code des Relations entre le Public et l'Administration (CRPA): Statutory provisions: Ordinance 2015- 1341, October 23, 2015.

2. Administrative Procedure Act (APA)

3. قانون آیین دادرسی اداری 25 مه 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG))

4. مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی

گستره حقوق عمومی و حقوق خصوصی در نظام حقوقی هر کشور چالش دیگری در مقایسه است. هر چند مرز حقوق عمومی و حقوق خصوصی در هر نظام حقوقی کم و بیش مشخص است، اما این مرزها ثابت نیست و در گذر زمان تغییر می‌کند. واقعیت این است که کارکردها¹ را می‌توان به «عمومی» یا «خصوصی» دسته‌بندی کرد؛ اما «عمومی بودن، چیزی مثل قرمز بودن نیست- ویژگی‌ای که بتوان به راحتی مشاهده کرد. فعالیت‌های دولت در ادوار مختلف و البته در کشورهای مختلف، متفاوت بوده است. از این رو هر کوششی برای یافتن پاسخی «درست» یا نهایی درباره تمایز عمومی- خصوصی یا عمومی (دولتی) بودن کارکردی خاص به‌ویژه در حوزه‌های مرزی ره به جایی نخواهد برد و در نهایت مستلزم قضاوت ارزشی و سیاسی است» (Cassie and Knight, 2007: 65). نظام حقوقی در هر کشور در متن وسیع‌تر سیاسی جای می‌گیرد. از این روست که گفته می‌شود: «در پس هر نظریه حقوق اداری یک نظریه دولت وجود دارد» (Harlow and Rawlings, 2009: 2) و استقرار یا سیطره هر نظریه‌ای درباره دولت (لیبرال-دموکراتیک، سوسیال-دموکراتیک، مارکسیستی، فاشیستی، اسلامی...)، به‌زودی زود اثر خود را در وضع یا تفسیر قوانین (اساسی و عادی) یا جابه‌جایی تأکیدات قانونی و قضایی بر جای می‌نهد؛ بنابراین علاوه بر اینکه مرزهای حقوق عمومی و خصوصی در طی تحولات تاریخی هر کشور همواره جابه‌جا می‌شود، از کشوری به کشور دیگر (حتی کشورهای عضو یک «خانواده حقوقی») نیز این مرزها متفاوت است. این تفاوت‌ها هم در سطح تعاریف مفهومی است و هم در سطح کارکردی.

5. وابستگی بیشتر حقوق عمومی به تاریخ، فرهنگ و سیاست

حقوق خصوصی ناظر به روابط خانوادگی و تجاری و شخصی اشخاص با یکدیگر است که دست‌کم در فرهنگ‌های غربی مشابه یکدیگرند و در فرهنگ‌های غیرغربی نیز احياناً از الگوی کم و بیش مشابهی پیروی می‌کنند. اما حقوق عمومی به نظر، بیشتر از حقوق خصوصی، بازتاب دهنده تاریخ، سنت و فرهنگ هر ملت است؛ به‌ویژه اگر بر مبانی ایدئولوژیک خاصی مبتنی باشد. گفته شده نهادهای حقوق عمومی «نه تنها از طراحی عامدانه (به نوعی از قانون‌گذار ملی یا حرفه‌های حقوقی ملی) بلکه از تاریخ و مسائل اجتماعی زیربنایی همچون تنوع مذهبی و زبانی ناشی می‌شوند» (Bell, 2004: 165-259).

واقعیت این است که قانون‌های اساسی در خلأ زاده نمی‌شوند و عمل نمی‌کنند و همواره متأثر از جریانات سیاسی داخلی و بین‌المللی هستند. در عرصه داخلی، یک نمونه از تأثیر سیاست و نظرگاه‌های ایدئولوژیک بر دیدگاه‌ها درباره نقش حقوق اساسی تطبیقی را می‌توان در مشاجرات درباره ارجاع یا عدم ارجاع به حقوق خارجی در آرای دادگاه‌های امریکا مشاهده کرد. اوج مشاجره هنگامی بود که در برخی احکام دیوان عالی این کشور، اکثریت قضات برای حمایت از تصمیمات خود به آرای خارجی ارجاع دادند.¹ این اشاره به آرای خارجی که در بسیاری از نظام‌های قضایی شایع است، بحث‌های زیادی درباره مشروعیت ارجاع و اشاره قضایی به قوانین خارجی به‌طور کلی و قوانین اساسی کشورهای دیگر به‌طور خاص برانگیخت. محافظه‌کاران و جمهوری‌خواهان مخالف این عاریه گرفتن هستند و در عوض دموکرات‌ها، لیبرال‌ها و ترقی‌خواهان موافق آن. دلایل مخالفان این‌گونه خلاصه شده است:

1. سه مورد از مهم‌ترین این دعاوی: (Lawrence v. Texas, (2003); Roper v. Simmons, (2005) Atkins v. Virginia, (2002) در این آرا به تجربه و رویه قضایی دیگر کشورها و به‌ویژه در چارچوب اتحادیه اروپا اشاره شده است.

اول، قانون اساسی مؤسس دولت - ملت است و بنابراین ارجاع به احکام خارجی ناقض حاکمیت اساسی ملت است؛ دوم، به طور اصولی تغییر اساسی بهتر است از طریق اصلاح و قانون گذاری صورت گیرد و نه از راه تفسیر انعطاف پذیر یا ارجاع به منابع خارجی؛ سوم، قضات دادگاه های خارجی منصوب یا مورد تأیید رئیس جمهور و کنگره نیستند و بنابراین هیچ گونه مسئولیت یا قدرتی از جانب مردم امریکا ندارند. چهارم اینکه، مشکلات روش شناختی جدی در ارجاع به دعاوی خارجی وجود دارد؛ از جمله گلچین کردن دعاوی مطلوب، تحلیل خارج از متن اصلی، گزینش منابع از برخی کشورها و مشروع شناختن آنها و نه منابع دیگر و سرانجام اینکه بار اثبات در این بحث بر دوش مدافعان ارجاع به احکام خارجی است؛ زیرا به لحاظ تاریخی، رویه غالب، ارجاع ندادن به این احکام بوده است.

به همین ترتیب، مشاجره درباره نقش حقوق اساسی تطبیقی در اختلافی که در رویکردهای تفسیری در امریکا وجود دارد، برای مثال، رویکرد «منشاگرایی» در برابر رویکرد تفسیری درخت زنده،¹ نیز بازتاب یافته است. منشاگرایی ارتباط نزدیکی با جایگاه نیمه مقدس قانون اساسی امریکا در نزد جریان های محافظه کارتر دارد و اینکه وقتی نوبت به قانون اساسی، این پایه «دین مدنی» امریکا می رسد، چیز چندانی برای یادگیری از دیگران وجود ندارد (Hirschl, 2014: 142-145).

به همین سان، باید گفت نقش و اهمیت قانون و حقوق در «اداره عمومی» در کشورها یکسان نیست؛ نحوه «اداره» بخش عمومی در کشورهای مختلف ویژگی هایی دارد که آنها را از یکدیگر متمایز می کند. سنت های اداره عمومی² یا سنت اداری بخشی از سنت دولت³ در هر کشور یا نظام سیاسی است که در برگیرنده مجموعه نهادهای حاکم در یک نظام سیاسی است.

1. living tree

2 . Traditions of public administration

3. State Tradition

در سنت انگلو-امریکایی، دولت «بخشی از گفتمان حقوق و سیاست محسوب نمی‌شود و در نوشته‌های آکادمیک مربوط به اداره عمومی به‌ندرت سخنی از دولت است. انگلیس و امریکا «جوامع بی‌دولت» خوانده می‌شوند. در این جوامع مرز میان دولت و جامعه، خوب روشن نیست و بازار و جامعه مدنی ایفاگر نقش مسلط هستند؛ به‌ویژه در ایالات متحده که تأکید بر اشکال متنوع خودسامانی و گونه‌های متکثر و داوطلبانه حکمرانی است. در این سنت، دولت به‌طور اساسی محصول قرارداد با جامعه است و فاقد هویت و اختیار ذاتی است و از این رو اداره فارغ از قیود ایدئولوژیک یا فرمالیسم حقوقی همواره آماده پذیرش تغییر است. نقش و جایگاه دولت در سنت انگلیسی- امریکایی اداره عمومی، پیوند نزدیکی با سنت حقوقی انگلو- ساکسونی دارد؛ نظام حقوق عرفی (کامن لا) نظامی است با رویکرد استقرایی و رویه‌ای که بر انباشت آراء قضایی تکیه دارد و برخلاف نظام قیاسی حقوق روم بر فلسفه ماهوی و تدوین تفصیلی قانون استوار نیست.

برعکس، در سنت فرانسوی یا ناپلئونی «حقوق ابزار دولت برای مداخله در اجتماع است تا ابزار حل اختلاف میان عاملان اجتماعی؛ یک نظام مجزای حقوق عمومی روابط دولت و شهروندان را تنظیم می‌کند؛ اداره پیوند نزدیکی با حقوق دارد» و یک سلسله‌مراتب پیچیده‌ای از قواعد حقوقی تعیین‌کننده حدود و محتوای همه اعمال اداری است؛ «هر زمان که صلاحیت‌گزینشی اداری اعمال می‌شود، توسط یک نظام بازنگری قضایی کنترل می‌شود که گستره آن به مراتب بیشتر از آن چیزی است که در سنت انگلو- امریکایی وجود دارد» (Ranjbar, 2016: 57-62).

به همین سان، سنت اداره دولت یا سنت دولت را در کشورهای مختلف می‌توان متفاوت دانست و هرگونه مقایسه نظام اداری یا نظام حقوق اداری در سطح کلان، بی‌توجه به این موارد تاریخی ناقص است. این تفاوت در رویکرد و تأکید بر آنچه بسا باعث مقاومت در برابر ایجاد «تغییر» و اصلاح می‌شود که یکی از اهداف مهم حقوق تطبیقی است. تأکید افراطی بر «خاص‌گرایی» یا «فرهنگ‌گرایی»، چنانکه پیشتر اشاره شد،

چه بسا نافی هرگونه کارکرد عملی برای حقوق تطبیقی است؛ مگر آنکه هدف، فراتر بردن مقایسه‌ها از سطح متون و اسناد رسمی و توجه به متغیرهای (سیاسی - اجتماعی - اقتصادی) دیگر مؤثر در وضع و اجرای قوانین و شکل‌گیری نظم حقوقی باشد.

6. مسائل زبانی

مسائل زبانی همیشه با حقوق تطبیقی همراه بوده است. در حقوق عمومی تطبیقی نیز این موضوع نباید دست‌کم گرفته شود. مقایسه به‌طور معمول براساس ترجمه متون و اسناد حقوقی صورت می‌گیرد. این متون و اسناد باید در دسترس باشد که البته با گسترش اینترنت و تکنولوژی اطلاعات و وجود سایت‌های رسمی دولتی نباید نگرانی چندانی وجود داشته باشد. نگرانی اصلی احياناً دسترسی به آرای مهم و جریان‌ساز دادگاه‌های اساسی و اداری است که بدون تعمق کافی در آنها، هرگونه تحلیلی، در سطح باقی می‌ماند.

علاوه بر این، حقوق عمومی تطبیقی اغلب وابسته به ادبیات غیرحقوقی و واژگانی است که از رشته‌های دیگر از جمله علوم سیاسی (یا برای مثال در کشورهایی همچون ایران از الهیات و فقه سیاسی) وام گرفته شده است. ترجمه این واژگان به زبان مقصد به‌ویژه اگر به زبان‌های اقلیت نگاشته شده باشند، مسئله‌ساز است.

نکته دیگر اینکه به نظر می‌رسد تنوع معانی واژگان مشترک در حقوق عمومی بیش از حقوق خصوصی باشد. برای مثال، واژه 'décret' در زبان فرانسه به معنی فرمان دولتی است و حال آنکه در کشور هم‌زبان بلژیک این اصطلاح ناظر به قوانین منطقه‌ای است. یا واژه 'parastataux' در بلژیک، به معنی سازمان‌های «نیمه‌دولتی» معادلی در فرانسه ندارد (Ziller, 2006: 608)؛ به همین سان نهاد «ولایت فقیه» یا اصطلاح فقهی «حکم حکومتی» که گاه در تبیین و توجیه فرامین ولی فقیه در نظام حقوق اساسی ایران به کار گرفته می‌شود (Esmaili and Ghotbi, 2013) با توجه به ریشه فقهی شیعی آن به نظر نمی‌رسد معادل دقیقی در حقوق اساسی دیگر کشورها داشته باشد.

فرجام سخن

تفکر حقوقی مقایسه‌ای یا همان به اصطلاح حقوق تطبیقی متضمن فراتر بردن توجه و نگاه به آن سوی یک نظم یا نظام حقوقی خاص است. هر چند با وجود سوابق تاریخی، این رویکرد فراملی ابتدا در پژوهش‌های حقوق خصوصی رخ نمود و منحصر به مقایسه‌های خرد و کلان در چارچوب نظام‌ها یا خانواده‌های حقوقی غربی بود، اما پس از جنگ جهانی دوم و به‌طور مشخص از دهه 1980 پژوهش‌ها در حقوق عمومی تطبیقی به‌ویژه و بیش از همه در حوزه حقوق اساسی رونق بیشتری گرفت. استعمارزدایی، فروپاشی دیوار برلین و افزایش تعداد کشورها و نیاز آنها به الگویی برای نگارش قانون اساسی، همین‌طور افزایش همکاری‌ها و پیوندهای منطقه‌ای به‌ویژه در قالب «اتحادیه اروپا» به این روند دامن زد. پژوهش‌ها در حقوق اداری تطبیقی نیز هر چند با تأخیر بیشتری همراه بود، به اذعان برخی نویسندگان، حقوق اداری تطبیقی «نشان» حقوق عمومی تطبیقی در قرن بیست و یکم شناخته می‌شود.

به گمان نویسنده، این توجه دیرنگام به حقوق عمومی (حقوق اساسی و حقوق اداری) تطبیقی به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردی است که حقوق عمومی را به‌عنوان حقوق حاکم بر حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان از حقوق حاکم بر روابط خصوصی افراد متمایز می‌کند. به عبارت دیگر، هر چند بیشتر مسائل و مشکلات در عرصه حقوق عمومی تطبیقی، در هرگونه پژوهش مقایسه‌ای یافت می‌شود، همسایگی حقوق عمومی و سیاست و وابستگی یا حساسیت بیشتر، دست‌کم حقوق اساسی به تحولات سیاسی داخلی و جریان‌ات سیاسی مسلط و همین‌طور، تحولات بین‌المللی و به اصطلاح «فرا اساسی»، مرزهای متغیر حقوق عمومی و حقوق خصوصی و به‌علاوه وابستگی یا پیوستگی واژگانی میان حقوق عمومی و سایر علوم اجتماعی، ویژگی‌هایی به حقوق عمومی تطبیقی و کارکرد قابل انتظار آن می‌بخشد که آن را از شاخه‌های دیگر حقوق تطبیقی متمایز می‌کند و موضوع اصلی مقاله حاضر را تشکیل داده است. این است که با وجود توسعه‌های اخیر به نظر می‌رسد همچنان نوعی مقاومت در برابر تغییر

در عرصه حقوق عمومی وجود دارد که وابستگی آن را به مسیر توسعه و تکامل کلی هر جامعه نشان می‌دهد.

References

- ارسطو، (1349)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- ارسطو، (1388)، اصول حکومت آتن، ترجمه و تحشیۀ محمدابراهیم باستانی پاریزی، تهران، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ چهارم.
- اسماعیلی، محسن و میلاد قطبی، (1392). فقه سیاسی و اختیارات تقنینی حاکم، با تأکید بر آرای امام خمینی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، 14(2)، 5-29.
- برجیان، علی و حارث الدباغ، (1397). اصلاح نظام‌های حقوقی در گذر تکامل حقوق تطبیقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، 20(60) 183-206.
- داوید، رنه، (1369). نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- رنجبر، احمد، (1395). عدالت اداری: چارچوب حقوقی، سازوکارهای نهادی، روندهای قضایی، تهران، نشر میزان.
- شیروی، دکتر عبدالحسین، (1393). حقوق تطبیقی، تهران، سمت.
- صادقی نشاط، امیر و حسنا حاج نجفی، (1398). هماهنگ‌سازی حقوق خصوصی در اتحادیه اروپا، مطالعات حقوقی، 11(4)، 293-328.
- محسنی، الهه، (1398). روش‌شناسی حقوق تطبیقی، مطالعات حقوق تطبیقی، 10(2)، 695-717.
- واعظی، دکتر سید مجتبی، (1402). حقوق اداری تطبیقی، تهران، نشر داتیک.
- Aristotle. (1970). *politics*, translated by Hamid Enayat, Tehran, Pocket Books Joint Stock Company. [In Persian]
- Aristotle. (2009). *The Athenian Constitution*, translated by Mohammad Ebrahim Bastani Parizi, Tehran, Pocket Books Joint Stock Company. [In Persian]
- Banggui, J. (1994). A preliminary study of Comparative Administrative Jurisprudence, *Special Asia Pac. L. Rev.* 132, 139-142. doi:10.1080/18758444.1994.11788014.

- Bell, J. (2004). Public Law in Europe: Caught between the National, the Sub-National and the European? in: M. V Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, Oxford.
- Borjian, A, and Al-Dabbagh, H (2019). Reform of Legal Systems through the evolution of comparative law, *Public Law Research*, 20(60) 183- 206. [In Persian]
- Cassie, J, and Knight, D. (2007). *The scope of judicial review: who and what may be reviewed*, NZLS CLE's Administrative Law Intensive, Wellington.
- David, R. (1990). *Major Contemporary Legal Systems*, translated by Safaii, H, Ashori, M, Eraghi, E, Tehran, Academic Publishing Center. [In Persian]
- Esmaili, M, and Ghotbi, M. (2013). jurisprudence and the legislative powers of the ruler, with emphasis on the views of Imam Khomeini, ***Journal of Islamic Law Research***, 14(2),5-29. [In Persian]
- Harlow, R., and Rawlings, C. (2009). *Law and Administration*, Cambridge University Press, New York.
- Hirschl, R. (2019). Comparative Methodologies, in: R. Masterman and R. Schutze, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters, the Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Holmes, S. (2012). Constitutions and Constitutionalism, in: Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Husa, J. (2018). Developing Legal System, Legal Transplants, and Path Dependence: Reflections on the Rule of Law, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6(2), 129–150,
- Kahn- Freud, O. (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law, 37 *Modern Law Review*
- Larsen, C. (1998). The Future of Comparative Law: Public Law Systems, 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 847 . Available at: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol21/iss4/7.
- Launay, R. (2001). Montesquieu: The specter of despotism and the origins of comparative law, in: A. Riles, (ed) *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, Portland, Oregon.

- Mttei, U. (2001). «The Comparative jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in legal influence», in: A. Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford- Portland, Oregon, 238-258.
- Mohseni, E. (2019). Methodology of Comparative Law, *Comparative Law Studies*, 10(2), 695- 717. [In Persian].
- Nehl, H. P. (2006). Administrative Law, in: Jan M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 18-33.
- Nelken, D. (2003). Comparatists and transferability, in: P. Legrand and R. Munday, (eds) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 437-466
- Örücü, E. (2006). Methodology of comparative law, in: J M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 442-455.
- Ranjbar, A. (2016). *Administrative Justice; legal framework, Institutional mechanism, judicial trends*, Tehran, Mizan Publishing, [In Persian]
- Sadeghi Neshat, A. and Haj Najafi, H. (2019). Harmonization of Private Law in the European Union, *Journal of Legal Studies*, 11(4), 293-328. [In Persian].
- Samuel, G. (2014). *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford and Portland.
- Shiravi, A. (2014). *Comparative Law*, Tehran, SAMT.
- Sourgens, F. G. (2016). The Virtue of Path Dependence in the Law, *Santa Clara Law Review*, Vol. 56, No. 2. Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol.56/iss2/3>.
- Thomson, S. (2017). Judicial Review and Public Law: Challenging the preconceptions of a Troubled Taxonomy, *Melbourne University Law Review*, 41. 920.
- Vaezi, S. M. (2023). *Comparative Administrative Law*, Tehran, Datik Publishing. [In Persian]
- Valcke, C, and Mathew G. (2014). Three Functions of Function in Comparative Legal Studies, in: M. Adams and D. Heirbaut (eds), *The Method and Culture of Comparative Law, Essays in Honor of Marck Van Hoecke*, Hart Publishing. 99-113.
- Ziller, J. (2006). Public Law, in: J. M. Smits, (ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Inc, 603-610.

