
بسم الله الرحمن الرحيم

مطالب بیان شده در گزارش‌ها و انتشارات پژوهشگاه و مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، نتیجه تحقیقات پژوهشگران و بیان کننده دیدگاه‌های مولفان آنهاست و لزوماً موضع رسمی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران یا نظرات پژوهشگاه نیست، مگر آن که به آن تصریح شده باشد.

قوه قضاییه

حقوق دانان و قضات

جستاری در اثرگذاری

۹۶۱۰۶۰۳

پژوهشگاه قوه قضاییه

این نوشتار ترجمه‌ای است از:

Neil Duxbury, *Jurists and Judges: An Essay on Influence*, Oxford, Hart Publishing, 2001.



وب سایت: **www.ijri.ir** کـــدپستـــی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴ تلفـــکس: ۰۲۱ـ۲۲۰۹۲۰۶۱

نشانی: بزرگراه چمران ـ بزرگراه یادگار امام ـ بعد از خروجی اوین درکه ـ ساختمان پژوهشگاه قوه قضاییه

عنوان: حقوقدانان و قضات: جستاری در اثرگذاری

نویسنده: نیل داکسبری

مترجم: ابراهیم دهنوی

ویراستار: دکتر محمدرضا رفیعی

قیمت: غیرقابل فروش

تیراژ و نوبت چاپ: ۸۰ نسخه ـ اول ۱۳۹۷

فهرست مطالب

پیشگفتار مترجم ۷
پیشگفتار ۱۱
مقدّمه ۱۵
پویش‌شناسی اثرگذاری ۱۹
ایالات متحدهٔ آمریکا ۴۷
فرانسه ۸۱
انگلستان ۱۰۱
نتیجه‌گیری ۱۷۷
گفتار پایانی ۱۸۱
فهرست منابع و مآخذ ۱۸۳

پیش‌گفتار مترجم

کتاب پیش‌رو به مسأله‌ای می‌پردازد که می‌توان آن را ذیل «نسبت میان دانشکدهٔ حقوق و دادگاه» یا به‌طور کلی، تحت عنوان «نسبت میان نظریه حقوقی و عمل قضایی» صورت‌بندی کرد. به راستی نظریات حقوقدانان تا چه حد در دادگاه‌ها بازتاب می‌یابد؟ معیار سنجش کاربردی بودن نظریات حقوقی چیست؟ آیا صرف شمارش استنادات صورت گرفته به یک اثر می‌تواند نشانگر اثرگذار و کاربردی بودن آن باشد؟ و...

این کتاب ماهیّت اثرگذاری شرح‌ها و پژوهش‌های دانشگاهی بر فرآیند تصمیم‌گیری قضایی را بررسی می‌کند. نویسنده با تمرکز بر سه نظام قضایی مختلف، استدلال می‌کند که مقایسهٔ چنین موضوعی میان نظام‌های مختلف اغلب شکلی ساده‌انگارانه یافته و از سطح ضرب‌المثل «مرغ همسایه غاز است» فراتر نمی‌رود؛ زیرا به تعبیر وی، اثرگذاری همیشه و همه‌جا به یک شیوه صورت نمی‌پذیرد. داکسبری در انجام این مطالعه، از روش کیفی مناسبی بهره برده و در فصول مختلف به نظام‌های قضایی آمریکا، فرانسه و انگلستان و رابطهٔ آن‌ها با دانشکده‌های حقوقِ این کشورها پرداخته است. همچنین در فصل دوم بحثی فنّی و دقیق راجع به شیوه‌های مختلف تحقّق اثرگذاری یک نوشته بر دیگران را مطرح کرده که در نوع خود کم‌نظیر است.

مخاطبان احتمالی این کتاب در جامعهٔ ما را می‌توان به چهار گروه تقسیم کرد:

- دست‌اندرکاران نظام قضایی: مطالعهٔ اثر حاضر فارغ از اطلاعات ذی‌قیمت و جالب توجّهی که در خصوص نظام‌های قضایی آمریکا، فرانسه و انگلستان و جایگاه قضات در این کشورها ارائه می‌دهد، می‌تواند به عنوان چراغ راهی برای ارزیابی نسبت کنونی دادگاه و دانشگاه و یافتن راهکارهای بهره‌گیری قضایی بیشتر از فعالیت‌ها و پژوهش‌های دانشگاهی، به‌کار گرفته شود.
- استادان، پژوهشگران و نویسندگان دانشگاهی: مطالعهٔ متأمّلانهٔ اثر حاضر برای این بخش از جامعهٔ حقوقی ایران، می‌تواند مقدمه‌ای برای اندیشیدن

پیرامون هدف شغلی و رویکرد آن‌ها به مسألهٔ نگارش و پژوهش باشد. واقعاً تا چه حد یک استاد حقوق یا پژوهشگر دانشگاهی باید دغدغهٔ کاربردی بودن نظریاتش را داشته باشد؟ آیا وظیفهٔ او در صرف جابه‌جا ساختن مرزهای نظری حقوق یا ایضاح مفهومی خلاصه می‌شود؟ همچنین این کتاب برای اساتید دروس کار تحقیقی، سمینار، مقاله‌نویسی و اصول پژوهش و... مفید و جذاب خواهد بود.

- حقوقدانان تطبیقی: موضوع کتاب حاضر جزو جالب توجّه‌ترین موضوعاتی است که ذیل مطالعات تطبیقی دسته‌بندی می‌شود و از قضای روزگار، در میان پژوهش‌های حقوقیِ بومی ما کاملاً مغفول واقع شده است. مطالعهٔ این کتاب هم به لحاظ موضوعی و هم به لحاظ روش‌شناسانه می‌تواند برای پژوهشگران حقوق تطبیقی راهگشا باشد. اثر حاضر بسیاری از پیش‌فرض‌های موجود در اذهان را زیر سؤال می‌برد. برای مثال، مطالعهٔ فصول ابتدایی آن، تفکیک کلیشه‌ای کتاب‌های حقوق تطبیقی که «نظام‌های حقوق نوشته» با محوریت حقوقدانان و شروح آن‌ها بسط و توسعه می‌یابند و «نظام‌های کامن‌لا» توسّط قضات ساخته می‌شوند را فرو می‌ریزد.
- سیاستگذاران و متولیان امر پژوهش در دانشگاه‌ها: مطالعهٔ اثر حاضر برای هر کسی که می‌خواهد دربارهٔ وضعیت فعلی پژوهش‌های دانشگاهی حقوق در کشور ما بیاندیشد، ضروری است. این کتاب بستر مناسبی برای آشنایی با وضعیت سایر کشورها و نحوهٔ مواجههٔ آن‌ها با مسائل و دغدغه‌های مشترک هر نظام دانشگاهی است.

در پایان این‌که، رسالهٔ حاضر را پیش و بیش از هر چیز باید به عنوان الگویی عالی برای انجام پژوهش‌های بومی مشابه در کشور محسوب کرد. داکسبری در این کتاب از روش جالب توجّهی به کار برده که هر چند خود فروتنانه آن را روشی خُرد و مضیّق می‌نامد، اما می‌تواند زمینه‌ساز و راهگشای ما در زمینهٔ بسط این قبیل مطالعات در فضای نظام حقوقی و قضایی خود باشد. همچنین نویسندهٔ کتاب در بخش پانوشت‌ها از چیزی کم نگذاشته و گنجینهٔ ارزشمندی از منابع مرتبط در این موضوع را فراهم آورده است.

نیل داکسبری حقوقدان، پژوهشگر و استاد دانشگاه انگلیسی است. او دکترای حقوق خود را از مدرسهٔ اقتصاد و علوم سیاسی لندن اخذ نمود و هم‌اکنون در این مؤسسه به تدریس مشغول است. وی، علاوه بر این کتاب، کتاب ها و مقالات متعدد دیگری نیز نگاشته است.[۱] همچنین مدخل نوشته شده توسّط او در دایره‌المعارف فلسفهٔ حقوق ویلی ـ بلک‌ول (Wiley-Blackwell) با عنوان «پساواقع‌گرایی و فرایند حقوقی» به فارسی ترجمه و منتشر شده است.[۲]

در پایان، شایان ذکر است که پاورقی‌ها در متن اصلی کتاب به شماره منابع پیشین (supra n.) ارجاع داده است که با توجه به پاورقی‌های افزوده‌شده از سوی مترجم، نظم و ترتیب آن‌ها به هم خورده است. چاره کار در این بود که منابع مجدداً در پایان کتاب (البته با حذف شماره صفحه و به ترتیب الفبا) آورده شود تا برای خواننده فارسی زبان، یافتن هر یک از منابع میسر باشد.

۱. برای آشنایی با نوشته‌های داکسبری، نک:
http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/neil-duxbury

۲. این مدخل در قالب یکی از مقالات کتابی با این مشخصات، ترجمه و منتشر شده است: دنیس پترسون (ویراستار)، **مکاتب معاصر فلسفهٔ حقوق: کتاب راهنمای بلک‌ول برای فلسفه حقوق**، مترجم و سر ویراستار: محمد مهدی ذوالقدری، انتشارات ترجمان علوم انسانی، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۵، صص ۱۵۲-۱۳۵.

پیشگفتار

این کتاب شیرجه در آب‌های گل‌آلود است. این رساله از اساس یک اثر بلندپروازانه است و قصد بیان نکته‌ای را دارد که می‌تواند به همان اندازه که ویژه است، بی‌فایده نیز باشد. این نکته را می‌توان چنین بیان کرد: این ادّعای معروف که حقوقدانان انگلیسی در مقایسه با کشورهای دیگر بسیار غیرمؤثر هستند، اغلب بی‌اندازه ساده‌انگارانه ابراز می‌شود. به عبارت دیگر، هر چند ممکن است این پندار درست باشد، اما اغلب در میزان صحّتِ آن اغراق می‌شود. مقایسهٔ مختصر بین چند نظام حقوقی نشان می‌دهد که ادّعای غیرمؤثر بودن حقوقدانان دانشگاهی انگلستان، تا حدّ زیادی محل تردید است.

دربارهٔ کاستی‌های حقوقدانان دانشگاهی انگلستان بیش از حد بزرگنمایی شده است. روایت‌های موجود دربارهٔ روند توسعهٔ حقوق دانشگاهی در انگلستان معمولاً به این گرایش دارند که حقوقدان را ناتوان از اثرگذاریِ حرفه‌ای یا اثرگذاری فکری بر جهان دانشگاهی نشان دهند. این راویان باید به هر طریق ممکن، کاری کنند تا حقوقدان قصهٔ آن‌ها همواره عصبانی، متزلزل، ناکام، ناخشنود یا حتی تسلیم وضعیت موجود خود به نظر برسد. با این حال، به نظر می‌رسد که این سنخ روایت‌ها چیزی را نادیده می‌گیرند. خلاصه این‌که، دربارهٔ راه‌هایی که حقوقدانان دانشگاهی از آن‌ها برای اثبات اثرگذاری خود بهره برده‌اند، بسیار اندک سخن می‌گویند. پیشینه‌ای طولانی و غنی از حقوقدانانِ اثرگذار بر توسعهٔ حقوق انگلستان وجود دارد. هر چند که این کتاب به خصوص، تلاش دارد تا نکتهٔ خاصی را دربارهٔ اثرگذاری برجسته کند ـ که خلاصهٔ آن در پاراگراف قبل بیان شد ـ ، اما این اثر تنها مقدمه‌ای بر طرح دشوار گره‌گشایی و توضیح این تاریخ کلی است. این طرح هم‌اکنون از وجود شمار زیادی مشارکت‌کنندهٔ ارزشمند بهره‌مند است، و امیدوارم که بتوانم در آینده، به سهم خود، به پیش‌بُرد این طرح کمک کنم. اما با این حال، به نظر می‌رسد که پیش از آغاز تلاش‌هایم در این راستا، منطقی است که رسالهٔ حاضر را خارج از طرح خود تعریف نمایم،

زیرا احتمال می‌دهم که این پژوهش، زمینه‌ای باشد برای مطالعات دیگری که قصد دارم در پیش بگیرم.

در مسیر آماده‌سازی این کتاب، از حمایت‌های پژوهشی قابل ملاحظه‌ای بهره بردم که از سوی مؤسسهٔ مطالعات حقوقی پیشرفتهٔ لندن[۱] در اختیارم قرار گرفت، جایی که هم‌اکنون عضو هیأت علمی مدعو غیر مقیم آن هستم. همچنین تشکر می‌کنم از افرادی که در باب ارائه‌های این طرح در مؤسسه و دانشکده‌های حقوق دانشگاه اموری،[۲] دانشگاه منچستر،[۳] دانشگاه نیوکاسل،[۴] دانشگاه ساوثهمپتون،[۵] دانشگاه وندربیلت[۶] و دانشگاه ویرجینیا[۷] نظرات خود را بیان نمودند. همچنین، بهبود این طرح مدیون کمک‌ها و بازخوردهایی است که از ژان - برنارد آئوبی،[۸] جک بالکین،[۹] جان بل،[۱۰] برایان بیکس،[۱۱] دیوید بوتُن،[۱۲] مارگُت برزیر،[۱۳] راجر براونزوُرد،[۱۴] هزل کارتی،[۱۵] راب کرایر،[۱۶] مارتین دیوی،[۱۷] ماری فاکس،[۱۸] پیتر گودریچ،[۱۹] اندرو هالپین،[۱] تونی آنر،[۲] تونی

۱. Institute of Advanced Legal Studies, London
۲. Law faculty of Emory University
۳. University of Manchester
۴. University of Newcastle
۵. University of Southampton
۶. Vanderbilt University
۷. University of Virginia
۸. Jean-Bernard Auby
۹. Jack Balkin
۱۰. John Bell
۱۱. Brian Bix
۱۲. David Booton
۱۳. Margot Brazier
۱۴. Roger Brownsword
۱۵. Hazel Carty
۱۶. Rob Cryer
۱۷. Martin Davey
۱۸. Marie Fox
۱۹. Peter Goodrich

جالاویکز،[۳] گرث جونز،[۴] کرستی کی‌وود،[۵] متیو کرامر،[۶] نیکولا لاسی،[۷] مارتین لاگلین،[۸] انتونی اُگوس،[۹] ریچارد پاسنر،[۱۰] مایک ردماین،[۱۱] بن ریچاردسون،[۱۲] جک شلگل،[۱۳] رابرت استیونس،[۱۴] دیوید شوگرمن،[۱۵] رابرت توماس،[۱۶] مارتین واسیک[۱۷] و تد وایت[۱۸] دریافت نمودم.

منچستر، ۱۷ اکتبر ۲۰۰۰

۱. Andrew Halpin
۲. Tony Honoré
۳. Tony Jolowicz
۴. Gareth Jones
۵. Kirsty Keywood
۶. Matthew Kramer
۷. Nicola Lacey
۸. Martin Loughlin
۹. Anthony Ogus
۱۰. Richard Posner
۱۱. Mike Redmayne
۱۲. Ben Richardson
۱۳. Jack Schlegel
۱۴. Robert Stevens
۱۵. David Sugarman
۱۶. Robert Thomas
۱۷. Martin Wasik
۱۸. Ted White

مقدّمه

قضات تا چه حد به پژوهش‌های حقوقی[۱] توجّه دارند؟ در حقوق انگلستان، ادبیّات نسبتاً گسترده‌ای در این موضوع موجود است که پاسخ اغلب آن‌ها به این پرسش، چندان خوشبینانه نیست. با وجود این‌که شمار زیادی از تحقیقات حقوقی معاصر در انگلستان حاکی از این است که دانشگاهی‌ها بی‌تأثیر نیستند و در طول قرن گذشته، فاصلهٔ میان حقوقدانان و قضات [در انگلستان] به‌طور چشمگیری کاهش یافته است، اما هنوز هم در میان شارحان حقوق انگلستان[۲] گرایشی به این باور وجود دارد که مرغ همسایه غاز است.[۳]

یکی از شعارهای آشنایی که معمولاً تکرار می‌شود این است که، حقوقدانان دانشگاهی در سطح اروپای برّی (قارّه‌ای) و در آن سوی اقیانوس آتلانتیک (آمریکا)، نسبت به انگلستان از جایگاه بالاتری برخوردارند.[۴] یکی از قضات برجستهٔ انگلیسی در سال ۱۹۵۸ میلادی، در جمع مجمع مدرّسان دولتیِ حقوق[۵] گفته بود: «احساس می‌کنم واقعاً این از بزرگواریِ شماست که قضات یا هر حقوقدان عرصهٔ عمل دیگری را به اینجا دعوت می‌کنید، چرا که وقتی شما وضعیت کشور ما را با وضع سایر نظام‌های حقوقی مقایسه کنید، می‌بینید که در اغلب آن‌ها حقوقدانان دانشگاهی از ارج و احترام والاتری نسبت به اینجا

۱. legal scholarship

۲. Commentators on the English scene

۳. the grass must be greener elsewhere

۴. برای دیدن نمونه‌هایی از این دیدگاه نک.:

P. S. Atiyah, **Pragmatism and Theory in English Law** (London, Stevens & Sons, 1987), pp.38–42; R. C. van Caenegem, **Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1987), pp.53–65; W. L. Twining, "**Goodbye to Lewis Eliot: The Academic Lawyer as Scholar**" (1980) n.s. 15 J.S.P.T.L. 2.

۵. the Society of Public Teachers of Law

اصطلاح "Public Teachers" به استادانی اطلاق می‌شود که در دانشگاه‌های دولتی تدریس می‌کنند و در برابر "Private Teachers' قرار می‌گیرد. [م.]

برخوردارند».[۱] شکی نیست که این نگاه تا حد زیادی صحیح است؛ با این وجود، نباید از نظر دور داشت که تصویری بسیار ساده‌انگارانه از مسأله ارائه می‌دهد.

وقتی بناست که میزان اثرگذاری دانشگاه بر دادگاه‌ها در نظام‌های قضایی مختلف سنجیده شود، معیار مناسب سنجش چیست؟ میزان تمایل قضات به استناد به محشّاهای دانشگاهی ملاکی مناسب برای اندازه‌گیریِ این نفوذ به نظر می‌رسد. با این حال، شاید برای «استناد»، بیش از حد ارزش قائل شده باشیم.

استنادات صورت گرفته به یک کار پژوهشی ضرورتاً نشانگر اثرگذاریِ آن نیست، همچنین عدم استناد به یک کار نیز لزوماً به معنای فقدان اثرگذاریِ آن نمی‌باشد. احتمالاً در نظام قضاییِ الف، جایی که قضات مرتباً به پژوهش‌های دانشگاهی رجوع می‌کنند، استناد به یک اثر را می‌توان نشانهٔ مناسبی از اثرگذاریِ آن بر دادگاه‌ها دانست، اما در نظام قضاییِ ب، جایی که ارجاع قضایی به نوشته‌های دانشگاهیان به دلایلی مورد بی‌اعتنایی قرار گرفته است، بعید است که بررسی استنادات پرده از موضوع خاصی بردارد. این امر لزوماً بدین معنا نیست که آثار دانشگاهیان در نظام قضاییِ ب، هیچ اثری بر دادگاه‌ها ندارد. بلکه، این موضوع نشان می‌دهد که احتمالاً در نظام قضاییِ ب، «استناد» معیار مناسبی برای ارزیابی نگرش قضایی به پژوهش‌های دانشگاهی نیست. به بیان درست‌تر، ارزیابی میزان اثرگذاریِ پژوهش‌های دانشگاهی بر دادگاه‌ها در نظام قضاییِ ب، در مقایسه با آنچه برای برآورد این مسأله در نظام قضاییِ الف مناسب است، به روش متفاوتی نیازمند است.

به نظر می‌رسد این نکته در عموم بحث‌هایی که حول بررسی رویکرد نظام‌های مختلف قضایی به پژوهش‌های دانشگاهی صورت می‌گیرد، مغفول واقع شده است. شاید این ادّعاها که در فرانسه، «استادان دانشگاهی عموماً از جایگاهی بسیار بهتر و محترم‌تر نسبت به انگلستان برخوردارند»،[۲] یا «مکاتب حقوقی پیشرو در آمریکا اثرگذاری گسترده‌ای بر نظام حقوق آمریکایی دارند... و مکاتب

۱. Patrick Devlin, "Statutory Offences" (1958) n.s. 4 J.S.P.T.L. 206; repr. in his **Samples of Lawmaking** (London, Oxford University Press, 1962), pp.67–82 at 67.

۲. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, **Principles of French Law** (Oxford, Oxford University Press, 1998), p.36.

حقوقی انگلیسی اثری ناچیز بر نظم حقوقی انگلیسی دارند»[۱] درست باشند. اما آیا ممکن نیست موضوع صرفاً این باشد که در انگلستان کیفیّاتی مانند «احترام» و «اثرگذاری» به صورتی متفاوت با فرانسه و ایالات متّحده، نمود می‌یابند؟ آیا ممکن نیست که در این بحث، «چالش سنجش‌ناپذیری» مطرح باشد؟ اگر اثرگذاری دانشگاهیان بر نظام‌های قضایی مختلف، به روش‌های گوناگونی رخ می‌دهد، پس ما داریم چه چیزی را مقایسه می‌کنیم؟

این کتاب چگونگی اثرگذاری نظرات حقوقدانان بر دادگاه‌ها را در کشورهای ایالات متّحده، فرانسه و انگلستان بررسی می‌کند.[۲] فرضیهٔ کتاب این نیست که حقوقدانان تطبیقی، به اشتباه، حقوقدانان قارّه‌ای و آمریکایی را در اثرگذاری بر فکر قضایی از حقوقدانان دانشگاهی انگلیسی موفق‌تر دانسته‌اند. انکار درستی چنین سخنی بسیار سخت و عجیب است. با این حال، مدّعای کتاب حاضر این است که با توجّه به این واقعیّت که مسألهٔ اثرگذاری در هر نظام قضایی به صورت متفاوتی محقق می‌شود، مقایسهٔ نظام‌های مختلف بر مبنای آن، کار ساده‌ای نیست. امیدوارم با تلاش برای برشمردنِ برخی شیوه‌های اثرگذاری، نشان دهم که گاهی تأثیرات محشّاهای دانشگاهی در برخی نظام‌های قضایی خاص، بیشتر و در مواردی، کمتر از آن‌چیزی است که عموماً تصوّر می‌شود.

فصل دوم مقاله‌ای کوتاه دربارهٔ پیچیدگی مسألهٔ اثرگذاری است. فصول ۳، ۴ و ۵ اثر دکترین‌های حقوقی را بر تفکر قضایی در هر یک از کشورهای مورد نظر بررسی می‌کند. تمرکز اصلیِ این طرح بر میزان تأثیرِ نظرات حقوقدانان در انگلستان است؛ بنابراین فصل ۵ تقریباً نیمی از حجم کتاب را به خود اختصاص

۱. P. S. Atiyah and Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp.403–4.

۲. در کتاب حاضر، اصطلاح «حقوقدان» (Jurist) را مرادف با «حقوقدان دانشگاهی»، «دانشگاهی حقوقی» و «حقوقدان دانشگاه» به کار می‌برم. شاید با این کار تا حدی، مفهوم «حقوقدان» را، که دارای معانی پرطمطراقی است، تخفیف داده باشم. برای مطالعهٔ روایت تاریخیِ دلایل جایگاه رفیعِ «حقوقدان»، بنگرید به:

Roscoe Pound, **Interpretations of Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1923), pp.116–40; and Carleton Kemp Allen, Law in the Making (3rd edn., Oxford, Clarendon Press, 1939).

داده است. مطالعهٔ نظام‌های حقوقی دیگر هم می‌تواند مفید باشد؛ از باب نمونه، می‌توان گفت که در دو کشور آلمان و استرالیا پژوهش‌های حقوقی، اثرگذاری قابل توجّهی بر تفکر قضایی داشته‌اند.[۱] نه تنها این پژوهش صرفاً بر سه نظام قضایی (آمریکا، فرانسه و انگلستان) تمرکز دارد، بلکه در بررسی اثرگذاری شرح های دانشگاهی نیز به جای بررسی اثر آن‌ها بر توسعهٔ حقوق به‌طور کلی، تنها به اثرگذاری آن‌ها بر اندیشهٔ قضایی پرداخته است. اساسِ روش من در ارزیابیِ رابطهٔ میان دانشکده‌های حقوق و دادگاه‌ها در آمریکا، بر آنچه که دانشگاهیان و قضات دربارهٔ این رابطه گفته‌اند، استوار است. در حالی که تحلیل اوضاع در فرانسه و انگلستان، بیشتر بر نوع خاصی از محشّاهای حقوقی (عموماً دانشگاهی) متّکی است که نقد و بررسی پرونده[۲] خوانده می‌شود - چیزی که در ایالات متحده چندان مرسوم نیست.

در مجموع، رویکرد من بسیار مضیّق بوده است. با این حال، امیدوارم که برای هدفی که برای خود تعیین کرده‌ام بسنده باشد؛ مقصود اصلیِ کتاب حاضر این نیست که روایتی کلی از میزان تأثیر پژوهش‌های دانشگاهی بر دادگاه‌ها ارائه دهد، بلکه این است که سرشت متلوّن «اثرگذاری» را نمایش و نشان دهد که همیشه باید مراقب گزاره‌های مقایسه‌ای راجع به رویکردهای نظام‌های قضایی به پژوهش‌های دانشگاهی باشیم؛ چرا که پژوهش‌های حقوقی به علل مختلفی می‌توانند اثرگذار باشند (و همچنین علل اثرگذاری پژوهش‌های دانشگاهی از نظامی به نظام دیگر متفاوت است).

۱. برای بحث‌های مرتبط در این باب، بنگرید به:

Sir Anthony Mason, "**The Tort Law Review**" (1993) 1 Tort Law Rev. 5; Hein Kötz, "**Scholarship and the Courts: A Comparative Survey**", in D. S. Clark (ed.), Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday (Berlin, Duncker & Humblot, 1990), pp. 183–95 at 193–4; and B. S. Markesinis, "**A Matter of Style**" (1994) 110 L.Q.R. 607 at 609.

۲. case note

➞

پویش‌شناسی اثرگذاری

«اثرگذاری» یعنی اثر یک چیز بر چیزی دیگر. با توجّه به مشتق شدنِ این کلمه از واژهٔ لاتینِ «influere» باید بگوییم که «اثرگذاری» در جایی رخ می‌دهد که چیزی از الف به درون ب سرایت کند و بدین طریق ب را متأثر کند.[۱] لندز و پاسنر «اثرگذاری» را چنین تعریف می‌کنند: در صورتی می‌گوییم الف بر ب اثرگذار بوده که اگر الف وجود نمی‌داشت، ب با آنچه که اکنون هست متفاوت می‌بود یا چون الف نبود تا تغییرات را شتاب دهد، ب زمان بیشتری را برای تبدیل به آنچه که اکنون هست نیاز داشت.[۲] مشکلِ این نوع مفهوم‌پردازی، این است که بیش از حدِّ لازم، موضوع را با مفهوم «علّیّت»[۳] پیوند می‌دهد. مثال‌های خاصی که در چارچوب تلقّی لاندز و پاسنر از مسألهٔ «اثرگذاری» می‌گنجند، به جای «اثرگذاری» بر «علّیّت» متمرکزند. برای مثال، اگر ب توسّط الف مورد حمله قرار گرفته و فلج گردد، واضح است که ب نسبت به آنچه که اکنون هست متفاوت خواهد بود، اما عجیب است اگر ادّعا کنیم که الف بر ب اثرگذار بوده است (همچنین، می‌توانیم مثال‌هایی را ذکر کنیم که به جای علّیّت، بر اثرگذاری متمرکز باشند: برای مثال الف ممکن است سبب بهبود طرز کار ب شود، اما لزوماً علّت آن نباشد).[۴] پاسنر به تازگی مفهوم‌پردازی خود از «اثرگذاری» را بهبود داده

۱. برای مطالعه در باب ریشه‌شناسی (اتیمولوژی) اثرگذاری، بنگرید به:
Ronald Primeau, "Introduction", in R. Primeau (ed.), **Influx: Essays on Literary Influence** (Port Washington, N.Y., Kennikat Press, 1977), pp. 3–12 at 5–6.

۲. William M. Landes and Richard A. Posner, "**The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study**" (1993) 36 J. Law & Econ. 385 at 385–6.

۳. Cause

۴. بنابراین، هر چند ممکن است برنامهٔ تلویزیونی «L.A. Law» برای بسیاری از آمریکایی‌هایی که تصمیم داشته‌اند به مشاغل حقوقی وارد شوند، الهام‌بخش بوده است، اما نمی‌توان گفت که این سریال علّت وکیل شدنِ بسیاری از آن افراد بوده است:
Charles B. Rosenberg, "**An L.A. Lawyer Replies**" (1989) 98 Yale L. J. 1625 at 1627.
البته، مرز میان «الهام‌بخش بودن الف برای ب» و «علّت بودن الف برای ب» گاهی بسیار باریک است: هر چند شاید گفتن این‌که «خشونت‌های موجود در آن فیلم، علّت آسیب زدن بعضی افراد به دیگران شده است» یا این‌که «عکس‌های مستهجن علّت بی‌میلی جنسی برخی افراد شده است» یا اصلاً این‌که «تبلیغات علّت تعیین‌کنندهٔ انتخاب یک برند خاص توسط مصرف‌کنندگان است»

تا آن را با این واقعیّت سازگار نماید که این مفهوم می‌تواند همزمان مستلزم علّیّت («موقعیّتی که در آن، ب هرگز به این ایده دست نمی‌یافت، اگر الف بیانش نمی‌کرد») و الهام‌گیری[۱] («موقعیّتی که در آن، یک ایده توسّط ب از الف وام گرفته شده و مورد استفاده قرار می‌گیرد») باشد.[۲] خودِ این بهسازی را نیز می‌توان دقیق‌تر ساخت: وضعیت الهام‌گیری - که در آن ب ایده‌ای را از الف می‌گیرد - لزوماً امری آگاهانه نیست؛ گاهی ما تحت تأثیر خاطرات گذشته‌مان قرار می‌گیریم، بدون این‌که از این واقعیّت آگاه باشیم.[۳] از این رو، اثرگذاری با علّیّت در ارتباط است اما نه به صورت این‌همانی: اثرگذاری وقتی رخ می‌دهد که نگرش شخص در نتیجهٔ توجّه خودآگاه یا ناخودآگاه به محرّک بیرونی تغییر کند.

البته، اثبات این‌که نگرش شخص تحت تأثیر توجّه خودآگاه یا ناخودآگاه به محرّکی بیرونی دچار تغییر شده، امری دشوار یا حتی غیرممکن است. چه بسا در غیاب الف، باز هم ب به دلیل وجود پ (یا ت یا ث یا...) به همان چیزی که اکنون هست، تبدیل می‌شد. نه‌تنها ممکن بود پدیده‌ای دیگر به ب کمک کند تا به آنچه که اکنون هست تبدیل شود، بلکه اطمینان از این‌که در صورت نبود الف، ب به چه چیزی تبدیل می‌شد، برای ما غیرممکن است. نشان دادن این‌که الف بر ب اثر گذاشته سخت است؛ و نشان دادن این‌که الف اثری منحصربه‌فرد روی ب گذاشته است، حتی سخت‌تر از آن. سیّالیت «اثرگذاری» موضوعی است که نظریه‌پردازان ادبی مدت‌های مدیدی با آن دست‌به‌گریبان بوده‌اند. از منظر سنّت نظریهٔ ادبی، «اثرگذاری» به عنوان فرآیندی فهمیده می‌شود که در آن ایده‌ها، مضامین، افکار یا هر چیز دیگر، از یک اثر ادبی به دیگری سرایت می‌کند و از این طریق دیگری

← اغراق‌آمیز باشد؛ اما مفهوم علّیّت در این موارد چندان هم بی‌ربط به نظر نمی‌رسد و عجیب نیست اگر دریابیم که طرفین مشاجرات، گاهی در سخنان خود «اثرگذاری» و «علّیّت» را به عنوان مترادف استفاده می‌کنند.

۱. Inspiration

۲. Richard A. Posner, "**Bentham's Influence on the Law and Economics Movement**" (1998) 51 Current Legal Problems 425 at 426.

۳. برای مطالعه در باب پدیدهٔ «حافظهٔ ضمنی»، بنگرید به:

Daniel L. Schacter, **Searching for Memory: The Brain, The Mind, and the Past** (New York, Basic Books, 1996), pp.161–91.

را متأثّر می‌سازد.[۱] اما اثبات شده است که این مفهوم از «اثرگذاری» به‌طور خاص مسأله آفرین است. برخی «اثرگذاری»های به ظاهر قطعی و واضح، ممکن است در واقع مشابهت‌های اتفاقی باشند. برخی «اثرگذاری»ها می‌تواند کلّاً یا جزئاً قابل انتساب به دیگر آثار ادبی نباشد: مقولات فراوانی غیر از ادبیّات می‌تواند بر یک نویسنده اثرگذار باشد.[۲] علاوه‌براین، بعضی «اثرگذاری»ها در برابر تشخیص یا تفکیک مقاومت می‌کنند. تی. اس. الیوت[۳] تحت تأثیر ازرا پوند[۴] بود. ازرا پوند تحت تأثیر رابرت براونینگ[۵] بود. با این حال، الیوت وقتی [نوشته‌های] براونینگ را خواند، ادّعا کرد که تحت تأثیر او نبوده است. این‌که چه مقدار از اثری که فنّ شاعریِ الیوت از ویژگی‌های مکتب براونینگی پذیرفته -علیرغم تکذیب خودش- حاصل مطالعهٔ مستقیم آثار براونینگ و چه مقدار آن مدیون تأثیرپذیریِ او از پوند است، موضوعی است که تنها می‌توانیم دربارهٔ آن به گمانه‌زنی بپردازیم (احتمال سومی که وجود دارد و هیچ یک از دو فرض قبلی را کنار نمی‌گذارد، این است که، بهره‌گیری الیوت از تک-گویی‌های دراماتیک و ادبیّات محاوره‌ای، نشانه‌ای از اثرگذاریِ براونینگ بر کلّیّت فنّ شاعری در طول دهه‌های نخستین قرن بیستم

۱. برای مثال، بنگرید به:

Claudio Guillén, "**The Aesthetics of Literary Influence**", in Primeau, supra n. 1, pp.49–73 at 58:

«طبق نظریات قدیمی قرن نوزدهمی، اثرگذاری معادل انتقال و بازسازی فرم‌ها و مضامین یک اثر در اثری دیگر بود».

۲. «وقتی می‌گوییم که نویسنده‌ای خاص موضوع یک اثرگذاری مشهود شده است، دقیقاً چه معنایی را مُراد می‌کنیم؟ احتمالاً، منظور ما این است که او به طریقی خاص تحت تأثیر نویسندهٔ دیگری قرار گرفته است. اما، نویسندگان از چیزهای گوناگونی متأثر شده‌اند که همگی جزوی از تجارب انباشتهٔ آن‌ها است؛ چیزهایی مثل غروب خورشید، از دست دادن دختر، اعتیاد به مواد مخدر یا رابطه‌ای عاشقانه... بنابراین، مفهوم «عامل اثرگذار» مبهم‌تر از آن است که مفهوم اثرگذاری‌های ادبی را روشن سازد».

Ihab H. Hassan, "**The Problem of Influence in Literary History: Notes Towards a Definition**" (1955) 14 Jnl. of Aesthetics & Art Criticism 66 at 67.

۳. Thomas Stearns Eliot (شاعر، نمایشنامه‌نویس، منتقد ادبی و ویراستار آمریکایی-بریتانیایی)

۴. Ezra Pound (شاعر آمریکایی قرن بیستم میلادی)

۵. Robert Browning (شاعر و نمایشنامه‌نویس انگلیسی).

است).[۱] البته، شناخت اثرگذاری‌های ادبیِ خاص همواره نیازمند گمانه‌زنی نیست: مانند این‌که می‌توانیم با اطمینان بگوییم که پوند بر الیوت تأثیرگذار بوده است، همچنین می‌توانیم بگوییم که راسکین[۲] بر پروست[۳] یا وردزورث[۴] بر شلی[۵] اثرگذار بوده‌اند. اما از آنجا که تشخیص اثرگذاری معمولاً نیازمند حدس و گمان است، نظریه‌پردازان ادبی اغلب استدلال می‌کنند که چنین اقدامی چندان قابل تأیید نیست.[۶]

این‌که نظریه‌پردازان ادبی نسبت به مسألهٔ اثرگذاری همزمان «علاقه‌مند» و «گریزان»اند، امری قابل درک است. اغلب تصوّر می‌شود که برای بسیاری از پژوهشگران ادبیّات، کمتر چیزی مانند کشف و اعلام یک اثرگذاری ادبی که قبلاً قطعی نبوده یا حتی فراتر از آن، اصلاً محلّ توجّه نبوده است، هیجان‌انگیز است.[۷] علّت این امر، چنانکه متذکر شدیم، این است که اغلب نشان دادن (و نه صرفاً گمانه‌زنی) اثرگذاری‌های ادبی بسیار سخت است، دست‌کم به این دلیل که رمان‌نویس‌ها و شاعران به ندرت نسبت به منابع الهامشان آگاهی دارند.[۸]

دادگاه‌ها نیز تا حدّی همین‌طورند: در آنجا نیز اغلب چنین است که قضات استدلالشان را به منبعی که از آن الهام گرفته‌اند نسبت نمی‌دهند. البته ادامهٔ این مقایسه چندان اهمّیّتی ندارد. در خصوص اثرگذاری و در مقایسه با آثار ادبی، ←

۱. Richard D. Altick, **The Art of Literary Research** (rev. edn., New York, Norton, 1975), p.112.

۲. John Ruskin (منتقد و حامی هنر، طراح، نقاش و متفکر اجتماعی بریتانیایی)

۳. Marcel Proust (نویسنده و مقاله‌نویس فرانسوی)

۴. William Wordsworth (شاعر بزرگ انگلیسی سبک رمانتیک)

۵. Percy Bysshe Shelley (شاعر غزل‌سرای انگلیسی)

۶. برای مثال، بنگرید به:

Hassan, supra n. 7, passim; Haskell M. Block, "**The Concept of Influence in Comparative Literature**" (1958) 7 Yearbook of Comparative & General Literature 30.

۷. در این ارتباط، بنگرید به:

David Lodge, **Small World: An Academic Romance** (Harmondsworth, Penguin, 1985 [1984]), pp.51–2.

۸. علاوه بر این، وقتی آن‌ها به چنین منابعی آگاهی می‌یابند نیز، تلاش‌هایشان به پیچیده‌تر شدن بیشترِ ماجرا منجر می‌شود. برای مثال بنگرید به:

Nicholson Baker, **U and I: A True Story** (London, Granta, 1991).

تصمیمات قضایی می‌تواند شفاف‌تر باشد: قطعاً در درون سنّت کامن لا، قضات اغلب منابع برانگیزانندهٔ استدلالشان را می‌شناسند. ما به ندرت می‌توانیم اثرگذاری بر یک رمان‌نویس یا شاعر را با بررسی آنچه که او به آن ارجاع داده است، تشخیص دهیم، زیرا مرسوم نیست که رمان‌نویس‌ها یا شاعران به چیزی ارجاع بدهند؛ اما در مقابل قضات از استناد استفاده می‌کنند، حتی اگر این استناد (همان‌طور که گاهی چنین است) تنها به تصمیمات قضات دیگر باشد.

استناد و اهمّیّت آن

مطالعهٔ استنادات، به عنوان روشی برای شناسایی مواردی که نظریات دانشگاهی بر دادگاه‌ها اثرگذار بوده است، گاهی نتیجهٔ اندکی به بار می‌آورد، چرا که برخی دادگاه‌ها به صورت سنّتی به عرف‌هایی پایبندند که با هر گونه استناد به تفسیرها و محشّاهای دانشگاهی مخالف است. برای مثال، در حالی که مادهٔ ۳۸ (۱، d) اساسنامهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری به دادگاه اجازه می‌دهد تا «تصمیمات قضایی و عقاید برجسته‌ترین مؤلفین ملل مختلف را به منزلهٔ وسایل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی» به کار برد و با وجود این‌که دیوان بین‌المللی نیز مایل به استفاده از چنان تصمیمات و عقایدی است، قضاتِ دیوان در قضاوت‌های اکثریتی به دلیل فرآیند جمعی تهیهٔ پیش‌نویس چنین قضاوت‌هایی و تمایل به اجتناب از گزینش فردی استنادات، اغلب به مفاد این ماده عمل نمی‌کنند.[۱] البته قابل انکار نیست که در اغلب اوقات، استنادها ابزار مفیدی برای شناسایی موارد تأثیر پذیرفتن قضات از دانشگاهی‌ها محسوب می‌شوند. با این حال، «تشخیص» و

۱. بنگرید به:

Ian Brownlie, **Principles of Public International Law** (5th edn., Oxford, Oxford University Press, 1998).

استفادهٔ قضات از آثار شارحان را می‌توان از روی نظرات مخالف و مجزایی فهمید کـه در «مجموعـه آراء» هر یک به تفصیل بیشتری گردآوری شده‌اند. در ادعانامه‌های تقدیمی به دادگاه نیـز مـی‌تـوان ارجاع به آثار شارحان را پیدا کرد:

Brownlie, ibid., p.25.

برای مطالعهٔ بیشتر، بنگرید به:

Mohamed Shahabuddeen, **Precedent in the World Court** (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp.203–8.

«ارزیابی» میزان اثرگذاری دو مقولهٔ متفاوت هستند و معمولاً محدودیت‌های تحلیل استنادی هنگامی آشکار می‌شود که بخواهیم میزان اثرگذاری را تعیین کنیم و نه وقتی که بخواهیم جای اثرگذاری را تعیین کنیم.

حقوق به اندازهٔ دیگر رشته‌های علمی به «تحلیل استنادی» گرایش ندارد.[۱] با این حال، نگارش حقوقی همیشه با ارجاع و استناد به منابع حقوقی متّکی بوده و بنابراین به خوبی با چنان تحلیلی تناسب دارد.[۲] فرض بنیادین در تحلیل استنادی این است که اسنادی که اغلب مورد استناد قرار می‌گیرند، احتمالاً اثرگذاری بیشتری نسبت به سایر منابعی دارند که مورد ارجاع واقع نمی‌شوند و بنابراین، میزان اثرگذاری یک سند خاص را می‌توان با شمارش تعداد مواردی که به آن ارجاع داده شده تخمین زد. خلاصه این‌که، میزان استناد به عنوان ملاک و علامت اثرگذاری تلقّی می‌شود.

پیش از آنکه رابطهٔ میان استناد و اثرگذاری را بررسی کنیم، مناسب است تا مروری بر انگیزه‌های مختلف احتمالی برای استناد به یک اثر داشته باشیم.[۳] گاهی هدف اصلی از استناد، شناساندن منابع اطلاعاتی است که به خواننده این

۱. هر چند دانشمندان علوم تجربی در مقایسه با حقوقدانان، به‌وضوح به استفاده از تحلیل استنادی گرایش بیشتری دارند، با این حال، در ایالات متحدهٔ آمریکا ادعا شده که زادگاه واقعی مطالعهٔ استنادی «دانش حقوق» بوده است:

Fred R. Shapiro, "**Origins of Bibliometrics, Citation Indexing, and Citation Analysis: The Neglected Legal Literature**" (1992) 43 J. Am. Soc. for Info.Science 337.

۲. شاید بهترین نمونه برای چنین تحلیل‌هایی در زمینهٔ حقوق، اثر شاپیرو (Shapiro) دربارهٔ سلسله‌مراتب‌های استنادی در نقدنامه‌های حقوقی آمریکاست. بنگرید به:

Fred R. Shapiro, "**The Most-Cited Law Review Articles**" (1985) 73 Calif. L. Rev. 1540; **The Most-Cited Law Review Articles** (Buffalo, N.Y., Hein, 1987) (گلچینی از پُرارجاع‌ترین مقالات); "**The MostCited Articles from The Yale Law Journal**" (1991) 100 Yale L. J. 1449; "**The Most-Cited Law Review Articles Revisited**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev. 751; "**The Most-Cited Law Reviews**" (2000) 29 J. Leg. Studs. 389.

۳. مجموعهٔ انبوهی از ادبیات وجود دارد که چنین انگیزه‌هایی را مورد بررسی قرار داده است. برای یک مطالعهٔ کلی در این باب، بنگرید به:

Blaise Cronin, **The Citation Process: The Role and Significance of Citations in Scientific Communication** (London, Taylor Graham, 1984), pp.50–73.

امکان را می‌دهد تا دقت نقل‌قول‌های نویسنده را بسنجد. گرافتون[۱] اشاره کرده بود که پانوشت‌های تاریخی «شباهتی به گزارش‌های دانشمندان از داده‌های تجربی ندارد... پانوشت‌های تاریخی شامل فهرستی از نویسندگان بزرگی نیست که نقل‌قول از آن‌ها معتبر است یا نویسنده خلّاقانه از آن‌ها اقتباس کرده است؛ بلکه شامل اسناد و مدارکی است... که پایه و اساس ادّعای او را فراهم می‌کنند».[۲] نوع دیگری از استناد که گرافتون در جملهٔ بالا به آن اشاره نکرده، آن نوعی است که دیدگاهی خاص را برگزیده است و تلاش می‌کند تا برای افزایش اعتبار این دیدگاه، منابع و مراجعی در تأییدِ آن پیدا کند. هدف برخی دیگر از استنادات تصدیق یا افزایشِ اعتبار نقل‌قول نیست، بلکه توجّه دادن خواننده به اطلاعات مرتبط با آن نقل قول یا صرفاً افزایش اعتبار آثار مرتبط است. سایر استنادات صرفاً برای مقابله با سرقت ادبی صورت می‌گیرند.[۳] همچنین ممکن است استنادات بر مبنای «نفی» سازمان یافته باشد، یعنی آثاری در پاورقی معرفی شده اند که نویسنده با آن‌ها مخالف است.[۴] همچنین بعضی استنادات با هدف متمایز ساختن نظریات نویسنده از نظرات دیگران صورت می‌گیرد: در حالی که دیگران

۱. Anthony Grafton (مورخ معاصر و استاد تاریخ در دانشگاه پرینستون)

۲. Anthony Grafton, **The Footnote: A Curious History** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997), pp.vii, 33. Peter Novick, **That Noble Dream: The "Objectivity Question" and the American Legal Profession** (Cambridge, Cambridge University Press, 1988), p.220 fn. 25.

۳. برای مطالعهٔ بیشتر، بنگرید به:

Richard A. Posner, **The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics** (University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 83 (2d ser.), September 1999), p.5, available at http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html.

۴. کوز در رابطه با مقالهٔ مشهورش «مسألهٔ هزینهٔ اجتماعی» که به دفعات مورد ارجاع و استناد قرار گرفته بود، متذکر شده است که «بسیاری از استناداتی که در پژوهش‌های اقتصادی به مقالهٔ من داده شده بود، در واقع حمله به نظریات من بوده است»:

R. H. Coase, "**The Problem of Social Cost: The Citations**" (1996) 71 ChicagoKent L. Rev. 809 at 810.

وسوسه برانگیز است که این سخن کوز را شاهدی بر تأیید این ادعا بگیریم که این نوع استناد معادل اثرگذاری نیست. اما، چنانکه در ادامه استدلال خواهم کرد، استناد سلبی نشانهٔ نبود اثرگذاری نیست.

الف را ادّعا کرده‌اند، به عنوان استناد شاخص، من الف+ب را ادّعا کرده‌ام.[۱] همچنین صورت دیگری از استناد، پدیدهٔ «استناد آکَنی»[۲] است، یک روش اصولیِ دانشگاهی که در آن شخص با استنادات پرشمار تلاش می‌کند تا به مخاطب بقبولاند که در ادبیّات موضوع کاملاً خبره است.[۳]

دقت کنید، هر چه ما بیشتر دلایل احتمالی استفاده از استناد را تشریح می‌کنیم، از وضوح و سادگی موضوع کاسته می‌شود. گاهی ممکن است عمل استناد نه صرفاً برای این‌که خواننده را از اثرگذاری یا منابع متن مطلع کند، بلکه به عنوان بخشی از مراحل اجرای یک راهبرد خاص صورت بگیرد.[۴] استناد می‌تواند نشانه‌ای برای «وحدت» باشد، برای مثال، با هدف شناساندن یک همکار کمتر شناخته شده، یا اشاره به کسانی که نویسنده با آن‌ها به لحاظ فکری هم‌مشرب است.[۵] همچنین، می‌تواند برای «تملّق» صورت گیرد. ممکن است

۱. برای مطالعهٔ بیشتر، بنگرید به:
Arthur D. Austin, "**Footnotes as Product Differentiation**" (1987) 40 Vanderbilt L. Rev. 1131.

۲. Power-citing

← معادل «استناد آکندن» را مدیون راهنمایی عالمانهٔ دکتر یاسر میردامادی (پژوهشگر فلسفه و دین در دانشگاه ادینبورو اسکاتلند) هستم. [م]

۳. شاید زمینه‌ای که این پدیدهٔ خاص در آن بیشتر رخ می‌دهد، پژوهش‌هایی باشد که در آن دسته از نشریات حقوقی آمریکایی منتشر می‌گردد که توسط غیرمتخصصان ارزیابی می‌شوند؛ برای مثال، بنگرید به:
J. M. Balkin and Sanford Levinson, "How to Win Cites and Influence People" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev. 843 at 960–1 (identifying and parodying the phenomenon).
این‌که «استناد آکَنی» در چنین نشریاتی امری نسبتاً شایع است می‌تواند ناشی از این امر باشد که چنین نشریاتی معمولاً توسط دانشجویان (که در تشخیص خودنمایی توان چندانی ندارند) سردبیری و ارزیابی می‌گردند یا این‌که کار پانویسی توسط دانشجویان و دستیاران تحقیق تکمیل می‌شود، اگر کاملاً به آن‌ها واگذار نشده باشد.

۴. برای مطالعهٔ کلی، بنگرید به:
Mengxiong Liu, "**The Complexities of Citation Practice: A Review of Citation Studies**" (1993) 49 Jnl. of Documentation 370.

۵. برای مطالعهٔ بحثی روشنگر، بنگرید به:
Harriet Zuckerman, "**Citation Analysis and the Complex Problem of Intellectual Influence**" (1987) 12 Scientometrics 329 at 332; Balkin and Levinson,

نویسنده‌ای به آثار کسانی که می‌خواهد توجّه آن‌ها را جلب نماید (برای نمونه، اعضای هیأت سردبیری نشریه‌ای که مقاله‌اش را برای انتشار در آن ارائه داده است)[۱] یا برای افزایش تعداد استنادات به آثار خود استناد نماید.[۲] استناد می‌تواند به عنوان رفتاری علامت دهنده تفسیر شود: در اغلب موارد، می‌توانیم صرفاً با نگاه کردن به استنادات یک نوشته، در باب زاویهٔ دید نویسندهٔ آن به قضاوتی منصفانه برسیم. همچنین می‌توانیم با ملاحظهٔ یک نشریهٔ دانشگاهی و بررسی آنچه که در مقالات مندرج در آن، مورد استناد قرار نگرفته است، به این نتیجه برسیم که آن نشریه مناسب انتشار نوشتهٔ ما هست یا نیست.[۳]

علاوه بر این، استنادات می‌توانند «برای خوانندگان به مثابهٔ نشانه‌ای باشند که مقالهٔ پیش‌رویشان از سنخی است که برای آن‌ها جالب خواهد بود، چون به آثار افرادی استناد کرده است که شناخته شده و مورد اعتماد آن‌ها می‌باشد»[۴] یا برعکس. این موضوع یکی از عللی است که برخی نویسندگان را به استناد به آثار مشهور سوق می‌دهد تا از این طریق، با شخص بزرگی پیوند یابند. یکی از زندگینامه‌نویسان اُلیور وِندِل هُلمز اشاره کرده بود که نوشتن دربارهٔ هُلمز را «می‌توان به بازی کردن هملت در تئاتر تشبیه کرد: این کار شبیه دورهٔ کارآموزی

supra n. 20, p.868; and Norman Kaplan, "**The Norms of Citation Behaviour: Prolegomena to the Footnote**" (1965) 16 American Documentation 179 at 181.

۱. بنگرید به:

Dirk Schoonbaert and Gilbert Roelants, "**Citation Analysis for Measuring the Value of Scientific Publications: Quality Assessment Tool or Comedy of Errors?**" (1996) Tropical Medicine and International Health 739 at 748.

۲. برای مطالعه در باب عمل متقابل در استناد بنگرید به:

Laura M. Baird and Charles Oppenheim, "**Do Citations Matter?**" (1994) 20 Jnl. of Info. Science 2 at 5; Michael E. Solimine, "**The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note**" (1993) 56 Albany L. Rev. 773 at 777-8; Jon Wiener, Professors, Politics and Pop (London, Verso, 1991), p.343; and Balkin and Levinson, supra n. 20, p.859.

۳. البته، ممکن هم هست که نویسنده‌ای آگاهانه به منابعی ارجاع دهد تا اثرش برای نشـریه یـا ناشـری خاص جذاب جلوه کند. بنگرید به:

Baird and Oppenheim, supra n. 24, p.6.

۴. Balkin and Levinson, supra n. 20, p.868.

است که پژوهشگران حقوقی به عنوان روشی برای محک زدن آمادگی‌شان در مواجهه با مشقّت‌های آکادمیک آینده در پیش می‌گیرند».[۱]

این تشبیه را می‌توان بسط داد: نوشتن دربارهٔ هُلمز نویسنده را هم‌نشین شخصیتی بزرگ می‌نماید. علاوه بر این، استناد به آثار کسانی در مقام هُلمز، می‌تواند نشانه‌ای از آرمان‌های فکریِ شخص نویسنده و هم‌نشینی با کسی باشد که برای خود برگزیده است. این راهبرد با «استناد آکَنی» کمی متفاوت است؛ چرا که ممکن است نویسنده‌ای با استنادات کم‌شمار، اما تبعیض‌آمیز و هدفمند، چنین بنمایاند که برای افکار عوامانه اهمّیّتی قائل نیست و صرفاً دل‌مشغول اندیشه‌های بزرگان است. تمایلی ذاتی در عموم ما وجود دارد که استناد به بزرگان را بر افراد نه‌چندان بزرگ ترجیح می‌دهیم. تحلیل‌گرانِ مدل‌های استنادی آن را «اثر متّی»[۲] نامیده‌اند.[۳] اعتبار دانشگاهی میل به ارتقای خود دارد: پاداش‌ها به سمت کسانی روانه می‌شود که از شهرت بالایی برخوردار باشند.[۴] همان‌طور که عموماً به انتخاب محصولات برندهای مشهور تمایل داریم، در مقام انتخاب اسناد نظرمان به یک شخص دانشگاهی مشهور یا به یک شخص نسبتاً ناشناخته، به استناد به اولی، به مثابهٔ مطمئن‌ترین گزینه، گرایش داریم.[۵] توضیح اصولی علّت وجود چنین گرایشی این است که هزینه‌های اطلاعاتی استناد به نویسنده‌های خاص، با افزایش شمار ارجاعات به آثار آن‌ها، «کاهش» می‌یابد. استنادات می‌تواند به شناخته‌تر شدن شخص در فضای رشتهٔ تخصّصی‌اش منجر شود. هنگامی که این اتفاق رخ داد، دیگر نویسندگان آن حوزه، برای تشخیص اعتبار آن شخص، در مقایسه با افرادی که آثارشان کمتر

۱. G. Edward White, **Intervention and Detachment: Essays in Legal History and Jurisprudence** (New York, Oxford University Press, 1994), p.75.

۲. The Matthew Effect

۳. بنگرید به انجیل متّی ۱۳:۱۲ (بخش: «به کسی که دارد، باز هم داده می‌شود»)؛ همچنین انجیل متّی ۲۵:۲۹.

۴. «اثر متّی عبارتست از جدی‌تر گرفتن و اقبال بیشتر نسبت به آثاری که در آن‌ها به نوشته‌های دانشمندان مشهور و معتبر استناد شده باشد و دریغ داشتن چنین اقبالی از دانشمندانی که هنوز شُهرتی به هم نزده‌اند»:
Robert K. Merton, "**The Matthew Effect in Science**" (1968) n.s. 159 Science 56 at 58.

۵. Sherwin Rosen, "**The Economics of Superstars**" (1981) 71 Am. Econ. Rev. 845.

مورد استناد قرار گرفته است، به صرف هزینهٔ کمتری نیاز خواهند داشت.[۱] نه‌تنها برای کسانی که در اثرشان قصد استناد به دیگران را دارند یادآوری و دسترسی به آثار شخص مشهور آسان‌تر خواهد بود، بلکه استناد به یک اثر مشهور، نسبت به استناد به یک اثر کمتر شناخته شده، میزان اطلاعات بیشتری را به خواننده انتقال می‌دهد.

شکلی از استناد که اغلب اوقات (هر چند که همیشه این‌طور نیست) «ریاکارانه» تلقّی می‌شود، استناد شخص به اثر خود است. از آنجا که هدف کتاب حاضر بررسی استنادات صورت گرفته از سوی گروهی از اشخاص (قضات) به آثار گروهی دیگر (حقوقدانان دانشگاهی) است، پدیدهٔ «خود استنادی» به بحث ما مربوط نمی‌شود. با این حال، پدیدهٔ مذکور به تحلیلِ ما بی‌ارتباط نیست؛ زیرا یک انگیزهٔ اصلی برای «خود استنادی»، نمایان‌تر ساختن نظرات خود برای دیگران است. خوداستنادی، در کنار اموری دیگر، می‌تواند به عنوان نوعی تبلیغات به حساب بیاید که هدف آن، افزایش «فروش» (در اینجا، «استنادات») است.[۲]

پرسش قابل طرح این است که دقیقا چه تعداد از انگیزه‌هایی که در بالا برای استناد برشمرده شد، به استنادهای قضات به دانشگاهیان مرتبط است یا در این خصوص قابل شناسایی است؟ بسیاری از عللِ استناد، اعتبار خود را در درجهٔ اول از هنجارها و راهبردهای حاکم بر نظام دانشگاهی اخذ می‌کنند: در حالی که ممکن است یک شخصیت دانشگاهی با انگیزه‌هایی مانند برجسته ساختن اختلاف نظر علمی، متمایز نشان دادن نتیجه، نمایش اتفاق نظر، چاپلوسی و یا فضل‌فروشیِ آشکار، به دیگری یا دیگران استناد نماید؛ بعید است که قضات هم برای نیل به چنین اهدافی اقدام به استناد نمایند. هر چند که اغلب اوقات هدف قضات از استناد به محشّاهای دانشگاهی، مخالفت با محتوای آن‌هاست؛ به نظر می‌رسد عموم استنادات قضایی به آثار علمی-پژوهشی فارغ از انگیزه‌ها و انگاره های دانشگاهی صورت می‌گیرد. با این حال، نباید چنین نتیجه گرفت که همهٔ انگیزه‌هایی که در بالا برشمردیم، به موضوع بحث حاضر بی‌ارتباطند. زیرا که،

۱. Moshe Adler, "**Stardom and Talent**" (1985) 75 Am. Econ. Rev. 208.

۲. William M. Landes, Lawrence Lessig and Michael E. Solimine, "**Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges**" (1998) 27 J. Leg. Studs. 271 at 274.

پیگیریِ موفقیت آمیز این انگیزه‌ها توسّط دانشگاهیان، می‌تواند بر آنچه دادگاه‌ها مفید می‌یابند، تأثیر داشته باشد.

اگر دادگاه (و تا جایی که به بحث ما مربوط است، وکیل[۱])، آنجا که درصدد بهره‌گیری از پژوهش‌های دانشگاهی هستند، به دنبال آثار معتبرترین حقوقدانان دانشگاهی می‌گردند، و اگر شهرت حقوقدانان دانشگاهی تا حدی با تعداد استنادها سنجیده می‌شود، آنگاه توانایی فرد در پیگیری و اجرای موفقیت‌آمیز راهبردهای افزایشِ استناد، می‌تواند بخت اثرگذاری پژوهش دانشگاهی وی بر قضات را افزایش دهد.

مسألهٔ مهمی که در اینجا وجود دارد ـ و ما طرح آن را تاکنون به تأخیر انداختیم ـ راجع به رابطهٔ میان استناد و اثرگذاری است. دلایلی قوی برای مرتبط ساختن استناد و اثرگذاری وجود دارد. بسیاری از تحلیل‌گران استنادی توافق دارند که بعید است یک متن پراستناد، به طریقی بر دیگران اثرگذار نبوده باشد.[۲]

این واقعیّت که آثار یک استاد دانشگاه به صورت منظم توسّط مشاوران و قضات مورد استناد قرار گرفته است، احتمالاً به این معناست که نظرات او به‌طور کلّی در بین مشاوران و قضات معتبر شمرده می‌شود، زیرا نظرات دانشگاهیانی که نزد وکلای مدافع[۳] و قضات اعتباری ندارند، اغلب نادیده گرفته می‌شود.

۱. counsel

۲. برای مثال، بنگرید به:

Theodore & Eisenberg, "**Ranking & Explaining the Scholarly Impact of Law Schools**" (1998) 27 J. Leg. Studs. 373;

«به ندرت اتفاق می‌افتد که قرار گرفتن اثری در فهرست مقالات پُراستناد، نکته‌ای منفی تلقی شود»؛

Schoonbaert and Roelants, supra n. 23, p.748; Coase, supra n. 18, pp.809–10; and Posner, supra n. 17, p.17.

۳. Barristers

وکالت در حقوق انگلستان دارای سیستمی دو پایه است. این سیستم با تمام کشورهای دیگر متفاوت است و به دلایلی تاریخی در حقوق انگلستان حاکم شده است. وکلا از نظر حقوق انگلستان به دو شاخهٔ سولیسیتر (Solicitor) و بریستر (Barristor) تقسیم می‌شوند که هر شاخه از نظر چگونگی تحصیل و کارآموزی، مؤسسات صنفی مربوطه، وظایف شغلی و بسیاری مسائل دیگر، مشخصه‌های مربوط به خود را دارد.

پژوهش‌های صورت گرفته در رشته‌های علمی خاص، میان دفعات مورد استناد قرار گرفتن یک متن و اثرگذاری آن بر محیط پژوهشی مرتبط با خود، همبستگی مثبتی را نشان داده است.[۱] همچنین شایان ذکر است که در گذشته، شمار استنادات، ملاک قابل اعتمادی برای پیش‌بینی دریافت‌کنندگان احتمالی درجات معتبر علمی، محسوب می‌شد.[۲]

سولیسیترها (که اکثریت وکلای انگلستان را تشکیل می‌دهند) در حقیقت مانند پزشک عمومی و بریسترها (که تعدادشان حدوداً یک هفتم سولیسیترهاست) بیشتر شبیه پزشکان متخصص می‌باشند. بدین معنا که قسمت اعظم کار بریسترها را «دادرسی» تشکیل می‌دهد و عمدتاً وظیفهٔ دفاع از دعوی را در داخل دادگاه بعهده دارند و سولیسیترها به امور متعددی می‌پردازند که بیشتر آن‌ها ارتباطی با دادرسی ندارد. آمار نشان می‌دهد که تنها حدود ۲درصد از کلّ کاری که یک سولیسیتر به‌طور متوسط انجام می‌دهد، به دادرسی و اقامهٔ دعوی در دادگاه می‌انجامد که در مورد همین ۲ درصد نیز مطابق قانون، سولیسیتر تنها باید ترتیب تماس با موکل و آماده کردن پرونده را بدهد و امکان دفاع از پرونده در دادگاه برای او وجود ندارد؛ بلکه باید برای این کار پرونده را به یک بریستر ارجاع دهد.

مطابق این توضیحات که برگرفته از مقالهٔ دکتر حسین میرمحمّدصادقی با عنوان «سیستم دوپایهٔ وکالت در حقوق انگلستان» است (این مقاله در مجلهٔ حقوقی بین‌المللی، زمستان ۱۳۶۳ - شماره ۱ (از ۱۰۷ تا ۱۱۶) منتشر شده است)، ما در ترجمهٔ اثر حاضر برای صنف «بریستر» از معادل «وکیل مدافع» و برای صنف «سولیسیتر» از معادل «وکیل مشاور» استفاده کرده‌ایم. [م.]

۱. برای مثال، بنگرید به:

Julie Virgo, "**A Statistical Procedure for Evaluating the Importance of Scientific Papers**" (1977) 47 Library Quarterly 415; Henry Small, "**A Co-citation Model of a Scientific Speciality: A Longitudinal Study of Collagen Research**" (1977) 7 Social Studies of Science 139; and Michael E. D. Koenig, "**A Bibliometric Analysis of Pharmaceutical Research**" (1983) 12 Research Policy 15.

۲. البته این نیز ممکن است که تلازم بین تعداد استنادات و کسب درجات علمی بالا، تا حد زیادی نشانگر تأثیر تعدّد استنادات بر تصمیمات کمیته‌های جوایز باشد. با این حال، پژوهش‌هایی که این تلازم را تأیید می‌کنند، آمارهای نسبتاً جالب توجهی را نیز ارائه می‌دارند. برای مثال، یکی از این پژوهش‌ها دریافته بود که در شرایطی که در سال ۱۹۶۱ متوسط فیزیکدان‌ها ۵٫۵ بار مورد استناد قرار گرفته‌اند، آثار برندگان جایزهٔ نوبل از سال ۱۹۵۶ تا سال ۱۹۶۰ به طور متوسط ۴۲ بار مورد استناد واقع شده‌اند، و کسانی که بین سال های ۱۹۶۱ و ۱۹۶۵ به دریافت جایزه نائل شده‌اند، به طور میانگین ۶۲ بار مورد استناد قرار گرفته‌اند؛ بنگرید به:

Stephen Cole and Jonathan R. Cole, "**Scientific Output and Recognition: A Study in the Operation of the Reward System in Science**" (1967) 32 Am. Sociol. Rev. 377.

همچنین، بنگرید به:

Susan V. Ashton and C. Oppenheim, "**A Method of Predicting Nobel Prizewinners in Chemistry**" (1978) 8 Social Studies of Science 341; and Eugene

این‌که بدون ارائهٔ مدرک، مدعی شویم «معیار سنجش اثرگذاری فکری، تعداد استنادات است»،[۱] نسنجیده است. اما نادیده‌انگاریِ میزان استنادات، به عنوان یک منبع اطلاعاتی ارزشمند برای ارزیابی میزان اثرگذاری، نیز به همان اندازه نسنجیده است.[۲]

اگر چه تجزیه و تحلیل استنادات نمی‌تواند ما را به سنجشِ قطعی میزان اثرگذاری یک کار خاص قادر سازد، اما می‌تواند تصوّری نسبی از میزان اثرگذاری آن کار به ما بدهد. چنانکه گفته شد، هر چند برآوردِ اثرگذاری از طریق شمارش تعداد استنادات، می‌تواند کاری ارزشمند باشد، با این حال، باید با احتیاط انجام شود.

استناد لزوماً نشان‌دهندهٔ اثرگذاری نیست.[۳] همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، استناد به یک متن ممکن است بر اثر فرآیندهایی ـ مثل اثر متّی ـ صورت گیرد که نمی‌تواند به صورت قانع‌کننده‌ای در چارچوب اثرگذاری توضیح داده شود. علاوه بر این، ممکن است متنی مرتباً مورد استناد قرار گیرد، اما علّت این امر نه اثرگذاری، بلکه این است که یک منبع خوب و راهگشای اطلاعات، یا خلاصه مفیدی از یک نظریه یا موضوع خاص است.[۴]

Garfield, "**Do Nobel Prize Winners Write Citation Classics?**" (1986) 23 Current Contents 3.

۱. George J. Stigler, **The Economist as Preacher and Other Essays** (Chicago, University of Chicago Press, 1982), p.173.

با وجود این‌که استیگلر فصلی از کتابش را که به شیوه‌های استناد در علم اقتصاد اختصاص داده است، با این جمله آغاز می‌کند، اما بحث وی راجع به استنادات گونه‌گون است و تعداد استنادات به نحو سرراست معادل اثرگذاری قرار نمی‌گیرد.

۲. Eugene Garfield, "**From Citation Indexes to Informetrics: Is the Tail Now Wagging the Dog?**" (1998) 48 Libri 67 at 78.

۳. Zuckerman, supra n. 22, passim.

۴. برای مثال، بنگرید به:

Marc Galanter, "**This Week's Citation Classic**" (1983) 5 Current Contents 24,

گالانتر در این مقاله می‌گوید اغلب استنادات صورت گرفته به مقالهٔ مشهورش با این مشخصات:

"**Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change**" (1974) 9 Law & Society Rev. 95,

برای «استفاده از اصطلاحات "repeat player" و (به میزان کمتری) "one shotter' بوده است که در بسیاری از آثار به ترتیب برای اشاره به کسانی که به‌طور همیشگی یا گهگاهی از فرآیندهای

محبوب بودن لزوماً به معنای اثرگذار بودن نیست و برعکس، اثرگذار بودن نیز الزاماً به معنای محبوب بودن نیست. گاهی متون به دلیل موقعیّت نمادینی که پیدا کرده‌اند، به صورتی تقریباً ناخودآگاه مورد استناد قرار می‌گیرند؛ بسیاری از استناداتی که به این متون صورت می‌گیرد، نه به علّت محتوای آن‌ها، بلکه بر اثر چیزی است که آن را نمایندگی می‌کنند. از آنجا که برخی از این متون، می‌توانند تداعی‌گر هر چیزی برای هر کسی باشند ـ در اصطلاحِ آزمون‌های رورشاخ[۱] ـ به‌طور خاص مستعد استناد خواهند شد.[۲]

همان‌طور که شمار استنادات لزوماً نشانگر اثرگذاری نیست، میزان اثرگذاری را نیز نمی‌توان همیشه به وسیلهٔ بررسی استنادات بدست آورد. اگر من باور داشته باشم که رویکرد حقوقی‌ام، تحت تأثیر فیلسوف حقوقی است که در نوشته‌هایم به ندرت به او ارجاع داده‌ام، احتمالاً در این باور بر خطا هستم.

در سطحی عمومی‌تر، هر چند بی‌شک شمارش تعداد استنادات به کارهای کسانی مثل چارلز داروین[۳] یا کارل مارکس[۴]، نشانگر اثرگذاری این نویسندگان است، اما بعید است که این شمارش، بتواند در مورد ماهیّت و میزان اثری که آن‌ها بر فکر اجتماعی گذارده‌اند، حق مطلب را ادا کند.[۵] استناد به یک اثر جدید،

حقوقی بهره می‌برند، به کار برده شده است». البته این سخن را نباید به این معنا فهمید که مقالهٔ گالانتر صرفاً به صورت سطحی و ظاهری اثرگذار بوده است.

۱. Rorschach tests

آزمون رورشاخ یک آزمون روانی است که در آن افرادِ مورد معاینه، تلقّی خودشان را از لکّه‌های عجیب و غریب جوهر می‌گویند و بر اساس این تفسیر و تلقّی، روانشناس، نوع شخصیت یا عملکرد احساسی فرد یا حتی اختلالات ذهنی‌اش را تشخیص می‌دهد. آزمون رورشاخ توسط یک روان‌شناس سوئیسی به نام هرمان رورشاخ ابداع شد. [م.]

۲. برای مطالعهٔ بحث‌هایی روشنگر در این باره، بنگرید به:
Richard L. Marcus, "**Public Law Litigation and Legal Scholarship**" (1988) 21 Univ. Michigan Jnl. of Law Reform 647 at 655–6; Balkin and Levinson, supra n. 20, pp.861–4.

۳. Charles Darwin

۴. Karl Marx

۵. حال که نام کارل مارکس به میان آمد، بد نیست به یک یافتهٔ خاص اشاره کنم که توسط اسنایدر در اختیار ما قرار گرفته است. او مطالعه‌ای بر روی آراء صادره از دادگاه عالی ایالات متحده در بازهٔ

می‌تواند منشاء اثرگذار اصلی را پنهان سازد. ادّعا شده است که «هر مقاله‌ای دربارهٔ اقتصاد مدرن که مستقیماً به مقالات و کتب جدید استناد می‌کند، به زودی رد این استنادات به آثار [آلفرد] مارشال[۱] و از این رو، نویسندگان متقدم‌تر می‌رسد».[۲] هنگامی که اثرگذاری یک کار به‌طور ویژه‌ای عمیق شود، ممکن است استناد به آن کاهش یابد: پدیدهٔ «استناد عنوان‌دار»[۳] - یعنی آن مواردی که یک ایده به همراه یک نام شهرت می‌یابد (بهینگی پارتو، تیغ اوکام، قضیهٔ کوز و غیره) ـ نیز به اندازهٔ استناد، نشانگر اثرگذاری یک کار است. در واقع، اگر چه تعداد قابل توجّهی از کارها به علّت فقدان اثرگذاری، به ندرت مورد استناد قرار می‌گیرند، شمار اندکی از آثار نیز هستند که به علّت اثرگذاری فوق‌العاده‌شان، به ندرت مورد استناد واقع می‌شوند. نوشتهٔ انیشتین در باب نظریهٔ نسبیت خاص، یک نمونهٔ مناسب است: در حالی که نظریه‌اش و معادلهٔ $E = mc^2$ او، عمیقاً در علم مدرن تأثیرگذار بوده است، نوشته‌ای که او در آن، نظریه‌اش را تشریح و معادله‌اش را صورت‌بندی کرده است، در مقایسه با بسیاری از مقالات جدیدتر در خصوص نسبیت، به ندرت مورد

زمانی ۱۷۹۰ تا ۱۹۸۶ میلادی انجام داده و استناداتی را که در این آراء به آثار نویسندگان بزرگ صورت گرفته بود، بررسی نمود. طبق گفتهٔ اسنایدر، ارجاعاتی که توسط قضات دیوان عالی به مارکس صورت گرفته بود، اغلب گمراه‌کننده بودند، زیرا به ندرت موردی یافت می‌شد که به اندیشه‌های مارکس استناد نموده باشد؛ بلکه «در اکثر موارد، نام او در پرونده‌هایی برده شده بود که طرفدارانش در آن‌ها محاکمه شده بودند»:

Fritz Snyder, "**The Great Authors and Their Influence on the Supreme Court**" (1987) 7 Legal Reference Services Quarterly 285 at 287.

۱. Alfred Marshall

۲. Stigler, supra n. 36, p.184.

همچنین شایان ذکر است که ممکن است گاهی ترجیح استناد به آثار جدیدتر نسبت به آثار قدیمی، نه به دلیل کیفیت بهتر یا مناسبت‌تر آن‌ها، بلکه به دلیل دسترس‌پذیری فیزیکی یا مفهومی راحت‌تر، یا به علّت ایجادِ زمینهٔ ستایش یا نکوهش یکی از نویسندگان معاصر صورت گیرد. بنگرید به:

Richard A. Posner, **Cardozo: A Study in Reputation** (Chicago, University of Chicago Press, 1990).

۳. the phenomenon of eponymic citation

ارجاع قرار گرفته است.[۱] غالباً افکار نوآوران و اندیشمندان بزرگ به استناد صریح نیاز ندارد، زیرا این اندیشه‌ها در فرهنگ فکری ما نهادینه شده‌اند.

تجزیه و تحلیل استنادات همانقدر که می‌تواند از اثرگذاری منابع پرده بردارد، ممکن است به کژتابی نیز منجر شود. پیشتر گفتیم که همهٔ ارجاعات از یک نوع نیست. این مسأله می‌تواند ما را به این ادّعا ترغیب کند که برآوردهای اشتباه از اثرگذاری، جایی رخ می‌دهند که تحلیل‌های استنادی در تمییز «ارجاعات انتقادی»[۲] و «ارجاعات تأییدی»[۳] ناموفق باشند. پیش فرض چنین ادّعایی، این است که «ارجاع انتقادی» نسبت به «ارجاع تأییدی» به میزان کمتری نشان‌دهندهٔ اثرگذاری است. اما، به‌طور کلی، آیا چنین پیش‌فرضی قابل دفاع است؟ ما معمولاً کارهایی را که بر ما تأثیری نمی‌گذارند نادیده می‌گیریم؛ لذا این واقعیّت که به خودمان زحمت داده‌ایم تا به یک کار انتقادی استناد کنیم می‌تواند ملاکی منطقی برای سنجش اثرگذاری آن منبع بر ما باشد. در واقع، حتی می‌توانیم ادّعا کنیم که چون بسیاری از «ارجاعاتِ تأییدی» برای تملّق‌گویی دیگران، یا نمایش همبستگی و پیوند یا افزایش اعتبار فرد صورت می‌گیرند، ارجاعات انتقادی احتمالاً بیشتر «صادقانه» است و شاخص دقیق‌تری برای سنجش میزان اثرگذاری است).[۴]

۱. Eugene Garfield, **Essays of an Information Scientist: Volume Five (1981–1982)** (Philadelphia, ISI Press)

برای مشاهدهٔ نوشتهٔ اصلی انیشتین، بنگرید به:

Albert Einstein, "**Zur Elektrodynamik bewegter Körper [On the Electrodynamics of Moving Bodies]**" (1905) 17 Ann. Phys. Leipzig 891.

تحلیل استنادی گارفیلد در مورد این نوشته، شامل ارجاعات به تجدیدچاپ‌ها و ترجمه‌های آن است.

۲. references which are critical

۳. References which are favourable

۴. یکی از شارحان استدلال کرده بود که گاهی اثر دانشگاهی حقوقی بـه ایـن علـت مـورد ارجـاع واقـع می‌شود که «واجد اشتباهی کلاسیک است: بعضی آثار آنقدر اشتباه یا آنقدر بدند که همگان آن‌ها را به این دلیل، می‌شناسند».

Brian Leiter, "**Measuring the Academic Distinction of Law Faculties**" (2000) 29 J. Leg. Studs. 451 at 469.

کژتابی‌های ناشی از تحلیل استنادی، معمولاً ناشی از متدولوژی (روش‌شناسی) است. برای مثال، شمارش ارجاعاتی که به یک کار مستقل انجام شده است، ممکن است درک غیردقیقی از اثرگذاری نویسندهٔ آن پدید آورد. ممکن است یک شخصیت دانشگاهی آثاری بنویسد که به مجموع آن‌ها شمار قابل توجّهی ارجاع صورت گیرد، اما اگر هر یک از آثارش را به تنهایی در نظر بگیریم، این تعداد چندان زیاد نباشد. در چنین موردی، ملاک قرار دادن تعداد ارجاعات هر یک از آثار او به تنهایی، ما را به این نتیجه می‌رساند که میزان اثرگذاری او متوسّط است. در حالی که اگر مجموع آثار او را در نظر بگیریم، احتمالاً به نتیجهٔ متفاوتی می‌رسیم.[۱] هنگام تجزیه و تحلیل استنادات به منظور ارزیابی نفوذ، توجّه به هویت ارجاع‌دهنده نیز می‌تواند تعیین‌کننده باشد: یک پژوهش دانشگاهی که مرتباً مورد استناد دانشگاهیان قرار گرفته ممکن است در نظر قضات بی‌اهمّیّت باشد،[۲] همچینن آن دسته از آثار دانشگاهی که به شکل گسترده‌ای مورد تأیید قضات قرار دارند، نیز ممکن است تا حد زیادی توسّط دیگر دانشگاهیان نادیده گرفته شوند.[۳] برای برآورد میزان اثرگذاری متون خاص بر مبنای تعداد استنادات به آن‌ها، علاوه بر آنچه تاکنون گفته شد، لازم است که تحلیل‌گر به این موضوع نیز توجّه کند که این متون چه مدت به صورت عمومی در اختیار همگان بوده است. هر چه زمان طولانی‌تری از تاریخ انتشار یک مقاله بگذرد، استنادات بیشتری به آن صورت خواهد گرفت. اگر در حال حاضر، به مقالهٔ الف (که ۴ سال قبل منتشر شده) ۸۰ بار استناد شده باشد، و به مقالهٔ ب (که ۱۲ سال قبل منتشر شده است) ۲۴۰ استناد صورت گرفته باشد، می‌توان گفت که - در صورت ثابت بودن همهٔ شرایط دیگر- هر دوی این مقالات در طول زمان

به نظر می‌رسد مکتب «فرمالیسم لنگدلی» این مطلب را تأیید می‌کند. جالب اینجاست، در حالی که اکثر استنادات حقوقدانان دانشگاهی آمریکا به آثار لنگدل و همفکرانش، «انتقادی» است، دشوار است که تصور کنیم «لنگدلیسم» اثرگذار نبوده است.

۱. برای مطالعهٔ بحثی روشنگر، بنگرید به:

William M. Landes and Richard A. Posner, "**Heavily Cited Articles in Law**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev. 825 at 827.

۲. Marcus, supra n. 40, passim.

۳. Balkin and Levinson, supra n. 20, pp.865–6; Posner, supra n. 42, p.79.

کمابیش به یک میزان اثرگذاری داشته‌اند. با این حال، در حال حاضر، با شمارش تعداد ارجاعات صورت گرفته، این‌طور به نظر می‌رسد که اثرگذاری مقالهٔ ب از مقالهٔ الف به میزان قابل توجّهی بیشتر است. البته ممکن هست حقیقت این باشد که ب اثرگذارتر از الف است. برای مثال، اگر استنادات به الف کم و بیش به سقف خود برسد، بعید خواهد بود که بتواند طی هشت سال آینده ۱۶۰ استناد دیگر دریافت کند.[۱] این نکته، نه تنها ادّعای اصلی ما را تضعیف نمی‌کند، بلکه آن را تا حدی تقویت هم می‌نماید: این‌که اگر در تجزیه و تحلیل استنادی، قدمت را به حساب نیاوریم، ممکن است در تشخیص میزان اثرگذاری به خطا برویم.[۲]

آنچه را که در این بخش گفتیم می‌توان چنین خلاصه کرد: تجزیهٔ و تحلیل استنادات می‌تواند برای ارزیابی میزان اثرگذاری مفید باشد، اما همیشه باید در نتیجه‌گیری احتیاط کرد. در ادامهٔ پژوهش حاضر خواهیم دید که گاهی اوقات تجزیه و تحلیل استنادی برای ارزیابی میزان اثرگذاری تحقیقات دانشگاهی بر دادگاه‌ها بی‌فایده است، زیرا اساساً استنادی در آراء وجود ندارد که بخواهد تحلیل شود! همچنین خواهیم دید که عدم وجود استناد، به معنای عدم اثرگذاری نیست. با این حساب، ممکن است پرسیده شود، آیا نباید به هر نوع تلاش برای ارزیابی اثرگذاری با ارجاع به استنادات به دیدهٔ شک نگریست؟ دلیلی که نباید زیاد شکّاک باشیم، این است که مواردی هم هست که استنادات بازتاب‌دهندهٔ اثرگذاری است: چنین مواردِ فراوانی را در فصل بعد خواهیم دید (هر چند که این

۱. اگر الف یک مقالهٔ نقد حقوقی باشد، احتمالاً استنادات به آن، زود به سقف خود می‌رسد؛ بنگرید به:
Ian Ayres and Fredrick E. Vars, "**Determinants of Citations to Articles in Elite Law Reviews**" (2000) 29 J. Leg. Studs. 427 at 436
(نویسنده نشان می‌دهد که ارجاعات صورت گرفته به مقالات نقد حقوقی در آمریکا، پس از گذشت ۴ سال از انتشار به سقف خود می‌رسد). برای مشاهدهٔ چرخهٔ زندگی ارجاع‌ها در دیگر رشته‌های علمی، بنگرید به:
V. Cano and N. C. Lind, "**Citation Life-Cycles of Ten Citation Classics**" (1991) 22 Scientometrics 297
که نرخ ارجاعات در رشته‌های پزشکی و بیوشیمی را تخمین می‌زند.

۲. برای این‌که متوجه معناداری سن و سال اثر و نگارندهٔ اثر در توضیح استنادات دانشگاهی شوید، نک. به:
William M. Landes and Richard A. Posner, "**Citations, Age, Fame, and the Web**" (2000) 29 J. Leg. Studs. 319 at 321–9.

نکته را نیز درخواهیم یافت که برقراری ارتباط میان تعداد استنادات به یک متن و میزان اثرگذاری آن کار ساده‌ای نیست). در ادامهٔ فصل حاضر، بحث امکان سنجش اثرگذاری به وسیلهٔ تجزیه و تحلیل استنادات را کنار می‌نهیم و به جای آن به بررسی عواملی می‌پردازیم که نه تنها سنجش اثرگذاری، بلکه تشخیص آن را نیز دشوار می‌سازد.

ابهامِ نفوذ

آیا دانشگاهی‌ها می‌توانند کاری کنند تا اطمینان یابند آثارشان بر قضات اثرگذار خواهد بود؟ هر چند کارهایی هست که می‌توانند با انجام آن‌ها احتمال اثرگذاری خود را افزایش دهند، اما به نظر می‌رسد هیچ راهبردی وجود ندارد که موفقیت در این امر را تضمین کند. اکثر پژوهش‌های حقوقدانان دانشگاهی چه در ارتباط با دادگاه‌ها و چه یا سایر گروه‌های مردم، به وضوح «غیراثرگذار» است.[۱] آن دسته از دانشگاهی‌هایی هم که کاری اثرگذار ارائه می‌دهند، به زودی درمی‌یابند که اثرگذاری آن عمر کوتاهی دارد.[۲] از این گذشته، هر چند اثرگذاری یک پژوهش دانشگاهی ناممکن نیست، اما احتمال اثرگذاری چنین پژوهشی نیز تا حد زیادی به شهرت نگارندهٔ آن بستگی دارد (همان چیزی که «اثر متّی» نامیدیم).

حتی مشهورترین دانشگاهی‌ها هم ممکن است برای تدارک اثرگذاری به زحمت بیفتند. در واقع، تنها اندکی از دانشگاهیانی که هدف خود را ارائهٔ پژوهش‌هایی برای اثرگذاری بر قضات قرار می‌دهند، در این کار موفق می‌شوند.

می‌توان بین این مسأله و «پدیدهٔ شکست مقررات‌گذاری»[۳] مشابهتی برقرار کرد: همان‌طور که گاهی اوقات بی‌تأثیریِ طرح‌های مقررات‌گذاری یا حتی اثر

۱. Richard A. Posner, **Overcoming Law** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995), pp.99–100.

پاسنر در این کتاب استدلال می‌کند که حکایت «کار دانشگاهی» مثل تخم‌ریزی ماهی سالمون در دریای آزاد است؛ کاری پرخطر و کم‌بازده.

۲. البته شاید این مسأله، در مقایسه با دیگر رشته‌های علمی [که بعضاً داده‌هایشان روزانه تغییر می‌کند]، در مورد حقوق کمتر صدق نماید. بنگرید. به:

Balkin and Levinson, supra n. 20, p.851; and cf. Stigler, supra n. 36, pp.181–2.

۳. the phenomenon of regulatory failure

معکوس آن‌ها اثبات می‌شود، تلاش زیاد برای اثرگذاری، نیز گاهی اوقات بی‌فایده بوده یا تبعات پیش‌بینی‌نشده‌ای را به همراه می‌آورد.[۱] البته، راهبردها و مکانیسم‌هایی وجود دارند که شخص می‌تواند با اتّخاذ آن‌ها وجهه خود را بهبود دهد؛ کارهایی مثل: انواع مختلف شبکه‌سازی، انتخاب‌های شغلی دقیق و عاقلانه، اثر متّی، به‌کارگیری موفق راهبردهای بهسازی استنادات و غیره. اما، هر چند که این راهبردها و مکانیسم‌ها می‌تواند بخت کلّی فرد برای تبدیل شدن به یک دانشگاهی اثرگذار را افزایش دهد، اما تضمین نمی‌کند که همهٔ بخش‌های کار او، بر دیگران اثرگذار خواهند بود.

از قضا، گاهی اوقات اثرگذاری یک رسالهٔ دانشگاهی، یا حداقل بخشی از آن، ناشی از بی‌تفاوتی نویسنده نسبت به این موضوع است. برای مثال، هر چند که به وضوح تنها هدف رونالد کوز[۲] کمک به ارتقای اندیشهٔ اقتصادی بود و همواره مدعی بود که اعتنایی به دغدغه‌های حقوقدانان دانشگاهی ندارد؛[۳] با این حال، میزان استناداتی که به نوشته‌هایش صورت گرفته است، نشان می‌دهد که اثرگذاری عمیق او بر پژوهش‌های حقوقی آمریکا غیرقابل انکار است.[۴] شکی نیست که می‌توان دلایل متعددی را برای چرایی نفوذ کوز در حوزهٔ حقوق ذکر

۱. Gerald L. Neuman, "**Law Review Articles that Backfire**" (1988) 21 Univ. Mich. J. Law Reform 697.

۲. Ronald Coase

رونالد کوز (۱۹۱۰ – ۲۰۱۳) اقتصاددان و نویسندهٔ بریتانیایی که در سال ۱۹۹۱ موفق به دریافت جایزهٔ نوبل اقتصاد شد. [م.]

۳.«من هیچ علاقه‌ای به حقوقدانان یا آموزش حقوقی ندارم... علاقهٔ من به اقتصاد است و اگر در پیشبرد و ارتقای مجلهٔ «حقوق و اقتصاد» هم نقشی داشتم، به این دلیل بود که تصور می‌کردم این موضوع به اقتصاد کمکی خواهد کرد»: عبارت منتسب به رونالد کوز، برگرفته از:

Edmund W. Kitch (ed.), "**The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932–1970**" (1983) 26 J. Law & Econ. 163 at 192 .

همچنین بنگرید به:

Coase, supra n. 18, p.809

(نمی‌خواهم در پژوهش حقوقی مداخله‌ای داشته باشم.)

۴. برای مثال، بنگرید به:

Landes and Posner, supra n. 1, p.405; Shapiro, "**The Most-Cited Law Review Articles Revisited**", supra n. 14, p.759.

کرد، دست‌کم این‌که، اثر او پرسش‌های جالب (و مشکلی) را برای حقوقدانان طرح کرده است. همچنین واقعیّت این است که کوز، علی‌رغم تمجیدهای حقوقدانان دانشگاهی آمریکا از او، در جبران این تحسین‌ها ناموفق بوده است: با وجودی که آثار کوز حقوقدانان آمریکایی را مجذوب خود می‌کرد، آثار آن‌ها ذره‌ای هم در او علاقه و شوقی برنمی‌انگیخت.[۱] شاید این موضوع، لطیفهٔ مشهور گروچو مارکس[۲] را به ذهن متبادر کند (هر چند کاملاً به هم شباهت ندارند) که: «من مایل نیستم به عضویت باشگاهی درآیم که مایل است مرا به عضویت بپذیرد».[۳] در عصری که به کشف راهبردهای تأثیر مثبت بر دیگران و استفادهٔ از آن‌ها، بهای زیادی داده می‌شود، به احتمال زیاد شخصی که از خود قصدی برای تحت تأثیر قرار دادن دیگران نشان نمی‌دهد، حداقل برای دیگران مرموز و جذاب به نظر خواهد رسید. ـ البته به شرطی که صرفاً علاقه به این کار نداشته باشد، و اگر دیگران را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، رفتارهایش نیز زننده و موهن نیست-، راهبردهایی که هدفشان تحت تأثیر قرار دادن دیگران به وسیلهٔ کار یا رفتار است، اغلب «خودشکنانه» از آب درمی‌آیند.[۴] در شرایطی که عموم مردم سرمایه‌گذاری‌های سنگینی بر چنین راهبردهایی انجام می‌دهند، بعید نیست که گرایشی به ارج نهادن به «بی‌تفاوتی»[۵] ایجاد شود. پس بنابراین، نه تنها اثرگذاری قابل اندازه‌گیری دقیق نیست، بلکه حتی ـ وقتی بحث از پژوهش دانشگاهی و رابطه‌اش با اندیشهٔ قضایی در میان باشد ـ نمی‌توان از پیش برای حصول آن برنامه‌ریزی کرد. به نظر می‌رسد هر سخنی که دربارهٔ مسألهٔ اثرگذاری بگوییم

۱. برای مطالعهٔ بیشتر، بنگرید به:
Neil Duxbury, "**Ronald's Way**", in S. G. Medema (ed.), Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics (Boston, Kluwer, 1998), pp.185.

۲. Groucho Marx
کمدین و هنرپیشهٔ تئاتر، سینما و تلویزیون آمریکایی. [م.]

۳. I don't care to belong to any club that will have me as a member.

۴. Jon Elster, **Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality** (Cambridge, Cambridge University Press, 1983), pp.66–71; also Harold Bloom, **The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry** (New York, Oxford University Press, 1973), p.11; (در باب این ایده که «اثرگذاری امری خودخواسته نیست»).

۵. insouciance

شاهدی است بر ابهام آن. به جز استنادات، چه شاخص دیگری را می‌توان برای سنجش اثرگذاری تعریف کرد؟ مواجهه با این پرسش و پاسخگویی به آن مهم است، چرا که در برخی حوزه‌ها، دادگاه‌ها به‌طور سنّتی برای استناد به پژوهش‌های دانشگاهی بی‌رغبت هستند. اگر استناد تنها شاخص معناداری است که در اختیار داریم، با توجّه به عرف‌های قضایی خاص، تلاش برای شناسایی نفوذ دانشگاهیان بر دادگاه‌ها امری بی‌فایده و نشدنی است. اما، چه شاخص‌های دیگری را در اختیار داریم؟

به‌طور کلی، به نظر می‌رسد که «استنادات» قابل اعتمادترین و قابل شناسایی‌ترین شاخص برای اثرگذاری است، اما تنها شاخص موجود نیست. فاکتورهای دیگری هم وجود دارند که تمرکز جویندهٔ اثرگذاری بر آن‌ها می‌تواند مفید باشد. برای مثال، ارزیابی خصوصیات شخصی کسانی که احتمال داده می‌شود اثرگذار باشند، اغلب بسیار مهم است. برای مثال، اثرگذاری بنیامین کاردوزو[1] در جایگاه یک قاضی تا حدّ زیادی ناشی از خصوصیات انسانی تحسین‌برانگیز او بود.[2] در فصل پنجم خواهیم دید که فردریک پالاک[3] و آرتور ←

۱. Benjamin Cardozo

بنیامین ناتان کاردوزو حقوقدان آمریکایی قرن نوزدهم بود که در سال ۱۸۷۰ متولد شد و در سال ۱۹۳۸ در سن شصت و هشت سالگی در گذشت. شهرزادگاه او نیویورک بود و در همان شهر نیز دیده از جهان فرو بست. بنیامین کاردوزو به عنوان یک قاضی بسیار برجسته در جامعهٔ حقوقی آمریکا شهرت دارد. کاردوزو یهودی بود و بی‌آنکه فارغ‌التحصیل رشتهٔ حقوق باشد، دومین شهروند یهودی آمریکا بود که به سمت قاضی دیوان عالی آمریکا منصوب شد. او در جوانی مدتی در دانشکدهٔ حقوق به تحصیل پرداخت ولی نتوانست به تحصیل در این رشته ادامه دهد و به همین سبب ترک تحصیل کرد و در مؤسسهٔ حقوقی پدرش به کارپرداخت و بعد از چندسال به یک حقوقدان برجسته تجربی تبدیل شد و به پشتوانهٔ همان دانش تجربی، به عضویت کانون وکلای نیویورک درآمد و توانست شهرت زیادی به عنوان یک وکیل و حقوقدان کسب کند و از جایگاه برجسته‌ای در محاکم قضایی نیویورک برخوردار شود. کاردوزو در طول مدت خدمات قضایی خود، پایه‌گذار بسیاری از اصول و موازین در نظام قضایی آمریکا بود که همچنان مورد استناد قضات در دادگاه‌های این کشور است. [م.]

۲. Posner, supra n. 42, pp.130–2

۳. Frederick Pollock

سر فردریک پالاک، سومین بارونت (۱۰ دسامبر ۱۸۴۵ – ۱۸ ژانویه ۱۹۳۷) یک حقوقدان انگلیسی بود. او شهرتش را مدیون نگارش کتاب «تاریخچهٔ حقوق انگلیسی پیش از عصر ادوارد اول» و

گودهارت[۱] تا حدی توانسته بودند از طریق مقالاتی که به عنوان سردبیران *فصلنامهٔ نقد حقوقی*[۲] تأیید و منتشر می‌کردند بر قضات انگلیسی اثرگذار باشند. اثرگذاری این دو نفر را نه از طریق تعداد استنادات به نوشته‌هایشان، بلکه می‌توان از روی حکایاتی دریافت که از نقش آن‌ها به عنوان مشاوران قضایی غیررسمی نقل شده است. خصوصیاتی مثل صداقت، توانمندی، زیرکی، توان کارآفرینی، صراحت، جاذبهٔ شخصیتی، اعتبار فکری و شهرت ملاک‌هایی هستند که می‌توانند به اثرگذاری تبدیل شوند.[۳] در کنار بررسی استنادات صورت گرفته به کار شخص ـ و به خصوص در نبودشان ـ می‌توانیم تلاش خود را به شناخت خصوصیات شخصیتی او معطوف کنیم. چنین کاری، حداقل، سرنخ‌هایی از امکان اثرگذاری کار آن شخص را در اختیار ما می‌نهد.

تلاش برای برآورد میزان و اثرگذاری، مستلزم حساسیت نسبت به ویژگی‌های خاص فرهنگ‌های حقوقی مختلف است. در فصل بعد خواهیم دید که در فرهنگ حقوقی ایالات متحدهٔ آمریکا مطالعهٔ میزان اثرگذاری پژوهش‌های دانشگاهی بر دادگاه‌ها از طریق تجزیهٔ و تحلیل استنادی، روشی مناسب است. اما این روش برای انجام چنین تحقیقی در کشورهای فرانسه یا انگلستان مناسب نیست. علاوه بر این، ممکن است در فرهنگ‌های مختلف عرف‌ها و سنت‌های

مکاتبات طولانی خود با الیور وندل هولمز، قاضی دادگاه عالی عدالت قضایی ایالات متحده می‌باشد. او یکی از اعضای انجمن حواریون کمبریج بود. [م.]

۱. Arthur Goodhart (حقوقدان مشهور آمریکایی)

۲. Law Quarterly Review

۳. برای مطالعه در مورد این‌که چگونه اعتبار می‌تواند به اثرگذاری تبدیل شود، برای مثال بنگرید به:
David Klein and Darby Morrisroe, "**The Prestige and Influence of Individual Judges on the U. S. Courts of Appeals**" (1999) 28 J. Leg. Studs. 371.

تبدیل کارآفرینی به اثرگذاری به طور خاص با حرفهٔ سرسپردهٔ مکتب حقوق و اقتصاد نئوکلاسیک، هنری جی. مان، به خوبی روشن می‌شود. بنگرید به:
Symposium: The Legacy of Henry G. Manne—Pioneer in Law & Economics and Innovator in Legal Education (1999) 50 Case Western Reserve L. Rev. 203 ,
و به خصوص این مقالات:
Ronald A. Cass (pp.203–14), George L. Priest (pp.325–31), Paul H. Rubin (pp.333–50), Henry N. Butler (pp.351–420) and Jack B. Weinstein (pp.421–9).

خاصی بر میزان تأثیر پژوهش‌های دانشگاهی در فرآیندهای قضایی مؤثر باشند. برای مثال، مشهور است که بسیاری از قضات آمریکایی مسئولیّت تحقیقات دربارهٔ نظریات و حتی نگارش رأی را به منشی‌های خود محوّل می‌کنند.[۱] پژوهش‌ها نشان می‌دهند که پژوهش‌های دانشگاهی حقوق گاهی تأثیر بسزایی در تصمیمات قضایی آمریکا دارد و دلیل آن، بر مبنای خاطرات و پیش‌نویس‌های کارمندان دادگاه، گرایش و تمایل آن‌ها به ارجاع به نوشته‌های دانشگاهیان (اغلب آثار اساتیدی که شاگردشان بودند) می‌باشد[۲] نکتهٔ عام‌تر این‌که اثرگذاری

۱. Richard A. Posner, The Federal Courts: Challenge and Reform (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996), pp.139–59.

یکی دیگر از قضات تجدیدنظر فدرال اشاره کرده که او و همکارانش «هر سال ۴۰ تا ۸۰ نظریهٔ حقوقی می‌نگارند... این نظریات شامل هزاران استناد و نقل‌قول است و به جز اندک‌شمار افراد بنیادگرا و منزه‌طلب (purist) که هنوز مقاومت می‌کنند، سایرین منابع را تمام و کمال پانویس می‌کنند. قاضی قطعاً نمی‌تواند تمام این کارها را به تنهایی انجام دهد. تعداد اندکی از قضات هنوز این کارها را انجام می‌دهند... اما هر چه می‌گذرد چنین قضاتی نایاب‌تر می‌شوند. حقیقتا، حتی زمانی که در دههٔ ۱۹۵۰ منشی یکی از قضات پیشروی مشهور بودم، نویسندهٔ بسیاری از پیش‌نویس‌های اولیهٔ آرای وی من بودم. من حتی احتمال می‌دهم که این رفتار، تاریخی قدیمی‌تر هم داشته باشد»:

Patricia M. Wald, "**How I Write**" (1993) 4 Scribes Jnl. of Legal Writing 55 at 59.

سخن خانم «والد» دربارهٔ این‌که شاید این رفتار در سال‌های پیش از ۱۹۵۰ هم شایع بوده باشد، به خوبی قابل اثبات است. «دین اچسان» که به عنوان منشی حقوقی، تحت نظر قاضی لوئیس برندیز فعالیت می‌کرده است، این نکته را ذکر کرده است که هر چند در «پروندهٔ روپرت علیه کافی (۱۹۲۰)»، قاضی بندیز رأی نهایی را نگارش کرده، اما او بوده که پانویس‌ها را نوشته است:

Dean Acheson, "**Recollections of Service with the Federal Supreme Court**" (1957) 17 Alabama Lawyer 355, cited after Chester A. Newland, "**Innovation in Judicial Technique: The Brandeis Opinion**" (mimeograph, Idaho State College, Government Faculty Seminar, Pocatello, Idaho, 9 February 1960).

۲. Louis J. Sirico and Jeffrey B. Margulies, "**The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: An Empirical Study**" (1986) 34 U.C.L.A. L. Rev. 131 at 133–4.

گرایش بسیاری از منشی‌ها برای استناد کردن به پژوهش‌های حقوقی را می‌توان تا حد زیادی ناشی از این واقعیت دانست که اکثر آن‌ها فارغ‌التحصیلان جدید حقوق هستند، و همچنین این‌که بسیاری از آن‌ها در باطن به فضای دانشگاهی تمایل دارند، لذاست که درصد زیادی از کسانی که دورهٔ منشی‌گری قضایی را به پایان می‌رسانند، برای هیأت علمی شدن در دانشکده‌های حقوق اقدام می‌کنند:

Robert J. Borthwick and Jordan R. Schau, "**Gatekeepers of the Profession: An Empirical Profile of the Nation's Law Professors**" (1991) 25 Univ. Michigan J. Law Reform 191 at 214–17.

نوشته‌های دانشگاهی در هر نظام حقوقی، تا حد زیادی به رابطهٔ تاریخی حقوقدانان و قضات بستگی دارد. آنچه برای ارزیابی میزان اثرگذاری پژوهش‌های دانشگاهی در دادگاه‌ها در هر حوزه‌ای دارای اهمّیّت است، توجّه به این است که تا چه میزان قضات به‌طور سنّتی نسبت به لحاظ نظرات حقوقدانان دانشگاهی تمایل داشته‌اند. در نظام‌هایی که قضات به‌طور سنّتی حقوقدانان را جدی نمی‌گرفته‌اند، شانس این‌که این رفتارها کنار گذاشته شده باشد، بسیار پایین است؛ ولو این‌که برخی اعضای جدید نظام قضایی پذیرای نظرات دانشگاهی باشند.

همچنین، پیش از نتیجه‌گیری نهایی باید متذکر شویم، میزانی که پژوهش‌های دانشگاهی می‌توانند توجّه قضات را به خود جلب نمایند نیز در نظام‌های مختلف، تفاوت دارد. در قلمروی پژوهش‌های دانشگاهی هم، مانند هر جای دیگری، لازمهٔ تبلیغات کالاهای علمیِ نویسنده انتشار و توزیع آن‌هاست؛ با این حال، در فضای علمی برخی اشکال تبلیغات احتمال موفقیت بیشتری دارند. در فصل ۴ خواهیم دید که، در فرانسه به جای این‌که نقد و بررسی‌های پرونده‌ها در نشریات دانشگاهی حقوق انتشار یابند، در گزارش‌های پرونده، ذیل تصمیمات مربوط، منتشر می‌شوند. در سنّت حقوقی فرانسوی، نقد و بررسی‌های پرونده تنها یک شرح نیستند، بلکه منبع ارزشمندی از اطلاعات محسوب می‌شوند ـ به دلیل این‌که گزارش قاضی گزارش دهنده و تصمیم‌های وزارتی به ندرت منتشر می‌گردند- خلاصه این‌که، نقش نقد و بررسی‌های پرونده در حقوق فرانسه بسیار مشهود است، تا آنجا که به وکلا و قضات مربوط می‌شود آن‌ها را اجتناب‌ناپذیر می‌دانند. در انگلستان، یادداشت‌های پرونده به اندازهٔ فرانسه اهمّیّت نداشته و مورد توجّه نیستند. شاید یکی از دلایلی که می‌توان برای این تفاوت ذکر کرد، این باشد که گزارش‌های پرونده در انگلستان معمولاً (نه همیشه) در نشریاتی که به شرح‌های دانشگاهی اختصاص دارند، منتشر می‌شوند. با این وجود، در آن دسته از حوزه‌های حقوق انگلیسی که یادداشت‌های پرونده در کنار گزارش‌های پرونده منتشر می‌شوند (حوزه‌هایی مثل حقوق خانواده، حقوق برنامه‌ریزی و حقوق کیفری) اثرگذاری شرح پرونده‌های دانشگاهی بر اندیشهٔ قضایی واضح‌تر است.

در این فصل تلاش کردم راه‌های شناسایی و ارزیابی اثرگذاری پژوهش‌های دانشگاهی بر دادگاه‌ها را برشمارم. همچنین سعی کردم تا بر ماهیّت ابهام‌آلودِ اثرگذاری تأکید و توجّه خواننده را به این واقعیّت جلب نمایم که تمرکز عمیق بر یک مفهوم، می‌تواند مخاطره‌آمیز باشد. تمرکز صرف بر استنادات،که معمولاً بهترین دریچه برای تشخیص اثرگذاری است، همیشه ما را به حقیقت نمی‌رساند و می‌تواند با شکل‌های متنوعی از کژتابی همراه باشد. اگر فرض کنیم که اثرگذاری اصولاً قابل ردیابی باشد، اغلب ریشه‌هایی در بیش از یک منبع خواهد داشت. این منابعِ اثرگذاری، ممکن است آثار فوری نداشته باشند: با گذشت یک دورهٔ زمانی طولانی، بخشی از یک اثر دانشگاهی می‌تواند تأثیری فزاینده بر اندیشهٔ قضایی بیابد؛ یا اثرگذاری بخشی از یک اثر تنها به صورت تدریجی ظهور یابد.[۱] علاوه بر این، قضاتی که به پژوهش‌های دانشگاهی بها می‌دهند، به اندازهٔ متخصّصان دانشگاهی ذوق و شوق و فرصت پیگیری آثار مختلف را ندارند.[۲] بنابراین، تنها با گذشت زمان است که اثرگذاری دانشگاهی به سراغ دادگاه‌ها می آید و قطعه یا بخشی خاص از یک پژوهش دانشگاهی به تدریج تصدیق قضایی می‌یابد. اما این فرآیند هضم و جذب، لزوماً در استنادات نظریات قضایی بازتاب نمی‌یابد. حتی ممکن است قضات در نظریات و آرای خود به کارهای دانشگاهی ارجاع ندهند که بر اندیشهٔ آن‌ها برای دوره‌ای طولانی اثرگذار بوده‌اند، بلکه صرفاً به آثاری استناد نمایند که در حال حاضر به کار تأیید نظرشان می‌آید.[۳]

در بخش‌های بعدی، این فرصت را خواهیم داشت تا نگاهی اجمالی به بسیاری از پویش‌های نفوذ و اثرگذاری در عرصهٔ عمل داشته باشیم. در نظام‌های قضایی مختلف، پویش‌های کم و بیش متفاوتی، برجستگی دارند (و علّت «چالش سنجش‌ناپذیری» که در مقدمه به آن اشاره کردیم نیز همین می‌باشد). در فصل

۱. John Gava, "**Scholarship and Community**" (1994) 16 Sydney L. Rev. 443 at 449.

۲. Meir Dan-Cohen, "**Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 569.

۳. Edward L. Rubin, "**What Does Prescriptive Legal Scholarship Say and Who is Listening to It: A Response to Professor Dan-Cohen**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 731 at 750.

بعد به سراغ ایالات متحده می‌رویم، جایی که دهه‌های متمادی است که قضات برای استناد به پژوهش‌های دانشگاهی تمایل نشان می‌دهند. این تمایل، عموماً نشانه‌ای از پذیرندگی بالای قضات آمریکایی در برابر نظریات و استدلالات حقوقدانان دانشگاهی دانسته می‌شود. این سخن به عنوان فرضی عمومی و همه‌گیر، منطقی به نظر می‌رسد. با این وصف، هدف اصلی فصل بعدی تلاش برای نشان دادن این مطلب است که رابطهٔ میان حقوقدانان دانشگاهی و قضات در ایالات متحدهٔ آمریکا، چندان که در نگاه اول به نظر می‌رسد، واضح و بی‌شک و شبهه نیست. نوشته‌های دانشگاهیان بر قضات اثرگذار است، اما احتمالاً این اثرگذاری در نگاه یک ناظر دقیق متفاوت با چیزی است که برای اکثر ناظران معمولی به نظر می‌رسد.

ایالات متحدهٔ آمریکا

برای بسیاری از افرادی که در کشورهای دیگر زندگی می‌کنند، دانشکده‌های حقوق آمریکا شبیه سرزمین آرزوهاست؛ سرزمینی که در آن از پژوهش حمایت مالی صورت می‌گیرد و حمایت مالی از دانشجویان به ندرت با کمبودی مواجه است. حتی در دانشکده‌های حقوق نه‌چندان مشهور هم، کتابخانه‌ها به خوبی تجهیز شده و سایت‌های رایانه‌ای به آخرین فناوری‌های پیشرفتهٔ روز مجهز هستند. از آنجا که تقریباً تمام دانشکده‌های حقوق در آمریکا دست‌کم یک نشریهٔ حقوقی منتشر می‌کنند (معمولاً با ویرایش دانشجویی)، به نظر می‌رسد که برای پیدا کردن ناشر جای نگرانی وجود ندارد.[۱] گرایش افراد خارجی به زندگی آکادمیک در ایالات متحده، مانند سایر وجوه زندگی آمریکایی، به دلیل ارزان‌تر بودن قیمت‌ها و بیشتر بودن درآمدهاست: اکثر کتاب‌ها و نشریات آمریکایی، نسبت به مشابه‌های بریتانیایی‌شان، ارزان‌تر هستند و عموم مقاله‌هایی که مجلات حقوقی آمریکایی منتشر می‌کنند، چهار برابر بیشتر از میانگین مقالات نشریات حقوقی بریتانیایی حجم دارند. از منظر یک فرد خارجی، فضای دانشگاهی حقوق در آمریکا ویژگی‌های رشک‌برانگیز بسیاری را داراست.

با این حال، در هر خانهٔ رؤیایی‌ای هم ممکن است غم و اندوهی وجود داشته باشد. حتی حقوقدانان دانشگاهی آمریکا هم گاهی از خود می‌پرسند که آیا غنای علمی آن‌ها چنانکه شایسته است مورد تکریم و توجّه واقع می‌شود یا نه؟ در انتهای قرن بیستم، پژوهش‌های حقوقی منتشر شده در برخی از معتبرترین مجلات حقوق آمریکایی، با عناوینی چون «افراطی»، «مطوّل و درازگویانه»،

۱. به طور سنّتی، بستر اصلی انتشار پژوهش‌های حقوقی در ایالات متحده، نقدنامه‌های دانشجویی دانشکده‌های حقوق است. دانشجویان در این نشریات، علاوه بر عهده‌دار بودن وظیفهٔ سردبیری و ویرایش مقالات، مسؤولیت نوشتن یادداشت‌های پرونده، شرح پرونده‌ها و پانوشت‌های منتشر شده را نیز برعهده دارند (یادداشت پرونده نویسی، که در دو بخش بعدی به آن خواهیم پرداخت، فعالیتی است که تمامی دانشجویان حقوق در آمریکا باید در طول دوران تحصیلشان، به انجام آن اهتمام داشته باشند).

«مغلق و غامض»، «واجد پانوشت‌های بیش از حد»، «غیر سازنده»، «دارای روش‌شناسی خام و کودکانه»، «سرشار از سخنان نامفهوم» و... ـ و بی‌ارتباط با دغدغه‌های حقوقدانان عرصهٔ عمل محکوم می‌شدند. معمولا این محکومیت‌ها از سوی خود پژوهشگران حقوق صورت می‌گرفت.[۱]

در سراسر قرن بیستم، به‌طور کلی رابطهٔ خوبی میان دادگاه‌ها و دانشکده‌های حقوق در ایالات متحدهٔ آمریکا برقرار بود. دانشگاهیان در تلاش بودند تا بر اندیشهٔ قضایی اثر بگذارند و روی‌هم‌رفته، قضات نیز تلاش‌های آن‌ها را تحسین می‌کردند (یا حداقل از این تلاش‌ها نمی‌رنجیدند). اما در انتهای قرن، این رابطه زیر سؤال رفته بود. نه‌تنها برخی از استادان شاخص حقوق نسبت به قابلیت پژوهش‌های حقوقی برای اثرگذاری بر کار دادگاه‌ها تردید پیدا کرده بودند، بلکه در دادگاه‌ها هم نوعی نگرانی نسبت به بی‌تفاوتی آشکار دانشگاهیان نسبت به دغدغه‌ها و انتظارات نظام قضایی پدید آمده بود. در ابتدای دههٔ ۹۰ میلادی (۱۹۹۰)، یکی از قضات منطقه‌ای شاخص آمریکا (که سابقاً دانشگاهی بود) استدلال کرد که بخش اعظم استادان حقوق به رابطه‌ای که به صورت سنّتی با نظام قضایی داشتند بی‌اعتنا هستند و علی‌رغم این‌که دانشگاهیان در موقعیّتی بودند که می‌توانستند بر قضات و سایر اعضای حرفهٔ حقوقی اثرگذار باشند ـ چنانکه در استدلال وی نشان داده شده ـ شمار چشمگیری از آن‌ها هیچ علاقه‌ای به اثرگذار بودن نشان نمی‌دادند.[۲] اگر حکایت رابطهٔ میان قضات و حقوقدانان

۱. برای مثال، بنگرید به:

Kenneth Lasson, "**Scholarship Amok: Excesses in the Pursuit of Truth and Tenure**" (1990) 103 Harv. L. Rev. 926; Pierre Schlag, **Laying Down the Law: Mysticism, Fetishism, and the American Legal Mind** (New York, New York University Press, 1996), pp.17–41; Richard Delgado, "**Norms and Normal Science: Toward a Critique of Normativity in Legal Thought**" (1991) 139 Univ. Pennsylvania L. Rev. 933; Paul D. Carrington, "**Butterfly Effects: The Possibilities of Law Teaching in a Democracy**" (1992) 41 Duke L. J. 741 at 800–3; David P. Bryden, "**Scholarship about Scholarship**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 641; Steven Lubet, "**Is Legal Theory Good for Anything?**" [1997] Univ. Illinois L. Rev. 193; Alex M. Johnson, Jr., "**Think Like a Lawyer, Work Like a Machine: The Dissonance Between Law School and Law Practice**" (1991) 64 Southern Calif. L. Rev. 1231.

۲. Harry T. Edwards, "**The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession**" (1992) 91 Michigan L. Rev. 34.

دانشگاهی در انگلستان، چنانکه در فصل ۵ خواهیم دید، چیزی از جنس «در ناامیدی بسی امید است، پایان شب سیه سپید است»[۱] باشد؛ در آمریکا این رابطه را می‌توان به هوایی صاف و آفتابی تشبیه کرد که ناگهان مه‌آلود و گرفته شد.

دیدگاه قضات دربارهٔ پژوهش‌های دانشگاهی

پیشینهٔ استناد به پژوهش‌های حقوقی دانشگاهی در نظریات دیوان عالی آمریکا را می‌توان دست‌کم تا سال ۱۹۰۰ به عقب بُرد.[۲] از آنجا که قضات آمریکایی هرگز سنّت انگلیسیِ استناد نکردن به آثار شارحین زنده را نپذیرفتند، شاید دانستن این‌که ادبیّات حقوقی و قضایی آمریکا در قرن بیستم بسیار به پژوهش‌های حقوقی دانشگاهیان مدیون است، چندان تعجب‌برانگیز نباشد.[۳] بنیامین کاردوزو در سال ۱۹۲۳ نوشته است: «ما روز به روز بیشتر از قبل برای الهام‌گیری و راهنمایی، به جای مراجعه به قضات یا وکلا، به پژوهش‌های دانشگاهیان رجوع می‌کنیم».[۴] او تنها چند سال بعد از این نوشته، شاهد آن بود که: «رهبری اندیشهٔ حقوقی در روزگار ما، از کرسی‌های دادگاه‌ها به صندلی‌های دانشگاه‌ها انتقال یافته است» و «این تغییر در رهبری تمایل به استناد کردن به

۱. معادل انگلیسی ضرب‌المثل فوق که در متن اصلی به کار رفته « Every cloud has a silver lining» می‌باشد که ترجمهٔ تحت‌اللفظی آن چنین است: «در دل هر ابری، روزنهٔ نوری هست». [م.]

۲. Wes Daniels, "**'Far Beyond the Law Reports': Secondary Source Citations in United States Supreme Court Opinions October Terms 1900, 1940, and 1978**" (1983) 76 Law Library Jnl. 1 at 15.

۳. در خصوص دوری آمریکایی‌ها از سنّت «بهتر است وقتی مُرد خوانده شود» بنگرید به:
Borris M. Komar, "**Text-Books As Authority in Anglo-American Law**" (1923) 11 Calif. L. Rev.397 at 408–9; Borris M. Komar, "**Probative Force of Authoritative Law-Works: Works on the Law-Merchant**" (1924) 4 Boston Univ. L. Rev. 191 at 193; and Max Radin, "**Sources of Law—New and Old**" (1928) 1 Southern Calif. L. Rev. 411 at 415.

۴. Benjamin N. Cardozo, **The Growth of the Law** (Westport, Conn., Greenwood Press, 1973 [1924]), p.11.
این کتاب دربرگیرندهٔ سلسله گفتارهایی است که کاردوزو در دسامبر ۱۹۲۳ در دانشکدهٔ حقوق ییل ارائه کرده است.

مقالات نقدنامه‌های حقوقی در خلاصه پرونده‌ها و نظریات قضایی برای تقویت کردن آراء را افزایش داده است».[۱]

کاردوزو در سخنرانی‌های سال ۱۹۲۳ برای نشان دادن چگونگی اثرگذاری مقالات نقدنامه‌های حقوقی بر اندیشهٔ قضایی، به یکی از آراء دادگاه خودش، دادگاه تجدیدنظر ایالت نیویورک، اشاره کرده است.[۲] این مثال به هیچ‌وجه تنها نمونهٔ چنین تأثیری نیست. یکی از نخستین مقالات منتشر شده در مجلهٔ نقدنامهٔ حقوقی هاروارد با عنوان «حق بر حریم شخصی»[۳] نوشتهٔ وارن و برندیز، اغلب به عنوان «نمونهٔ بارز اثرگذاری فصلنامه‌های حقوقی بر حقوق آمریکایی» محسوب می‌شود.[۴] به‌طور خاص، برندیز یکی از هواداران سرسخت نقدنامه‌های حقوقی بود

۱. Benjamin N. Cardozo, "Introduction", in G. J. Thompson et al. (eds), **Selected Readings on the Law of Contracts from American and English Periodicals** (New York, Macmillan, 1931), pp.vii–xi at ix.

۲. Cardozo, supra n. 6, pp.13–16.

کاردوزو در سال ۱۹۱۷ به عنوان قاضی دادگاه تجدیدنظر ایالت نیویورک انتخاب شد و در سال ۱۹۲۷ به مقام ریاست دادگاه دست یافت. او در سال ۱۹۳۲ از سوی رئیس‌جمهور هربرت هوور به عضویت دیوان عالی ایالات متحده درآمد.

Andrew L. Kaufman, **Cardozo** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998), pp.162–96.

۳ Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, "**The Right to Privacy**" (1890) 4 Harv. L. Rev. 193.

هر چند که توجه به این مقاله با هدفِ اثبات اثرگذاری نقدنامه‌های حقوقی بر اندیشهٔ قضایی آمریکایی اهمیت دارد، اما در استفادهٔ از آن در پژوهش حاضر باید احتیاط کرد – زیرا هر چند که وارن و برندیز برای نقدنامه‌های حقوقی می‌نوشتند، اما آن‌ها بیش از این‌که حقوقدانانی دانشگاهی باشند، حقوقدانان دست‌اندرکار بودند.

۴. William L. Prosser, "**Privacy**" (1960) 48 Calif. L. Rev. 383.

برای نمونه‌هایی از اثرگذاری آن بر اندیشهٔ قضایی، بنگرید به:

"**The Right to Privacy**" (1891) 5 Harv. L. Rev. 148; and Denis O'Brien, "**The Right of Privacy**" (1902) 2 Columb. L. Rev. 438.

برای بحث‌هایی پیرامون اثرگذاری آن، به طور کلی، بنگرید به:

Palmer D. Edmunds, "**Hail to Law Reviews**" (1967) 1 John Marshall Jnl. of Practice and Procedure 1 at 2–4; James H. Barron, "**Warren and Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation**" (1979) 13 Suffolk University L. Rev. 875; Michael J. Swygert and Jon W. Bruce, "**The Historical Origins, Founding, and Early Development of StudentEdited Law Reviews**" (1985) 36 Hastings L. J. 739 at 787–8; and Mary

ـ او به تأسیس نقدنامهٔ حقوقی هاروارد کمک کرد-[۱] و به عنوان قاضی دیوان عالی ایالات متحده مشتاق بود که ببیند همکارانش برای مستند کردن داده‌های واقعی و کشف دیدگاه‌های دانشگاهیان دربارهٔ مسائل نظری به مقالات آن نشریات تمسّک بجویند. برندیز در متن نقیضهٔ خود بر رأی صادره در پروندهٔ آدامز علیه تَنِر که در سال ۱۹۱۷ منتشر شده، در توضیح مقررات‌گذاری ایالتی در خصوص مؤسّسات کاریابی و ملاحظات سیاسیِ محدودیت‌های اعمال شده از سوی واشینگتن بر دفاتر کاریابیِ خصوصی، به شمار زیادی از نوشته‌های دانشگاهی (و غیر دانشگاهی) استناد کرده بود.[۲] او در پروندهٔ شرکت راه‌آهن اِری علیه تامپکینز (۱۹۳۸) دست‌کم به بیست و هشت اثر دانشگاهی ارجاع داده است.[۳] برندیز در زمان بازنشستگی‌اش ۴۷ نظریه، ۲۵ رأی دادگاه، ۲۰ نظر مخالف و ۲ نظر موافق نوشته بود که در همگی آن‌ها به مقالات نقدنامه‌های حقوقی استناد کرده بود.[۴]

برندیز نه تنها از نقدنامه‌های حقوقی تأثیر می‌پذیرفت، بلکه بر آن‌ها اثر هم می‌گذاشت. او مرتّباً نامه‌هایی برای فلیکس فرانکفورتر (سردبیر وقت نقدنامهٔ حقوقی هاروارد) می‌نوشت و در آن‌ها موضوعات و تصمیمات قضایی‌ای را که شایستگی مورد بحث قرار گرفتن در نقدنامهٔ حقوقی هاروارد داشتند، به او معرفی

Ann Glendon, **Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse** (New York, Free Press, 1991), pp.54–5.

۱. Philippa Strum, **Louis D. Brandeis: Justice for the People** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1984), p.363.

۲. Adams v. Tanner 244 U.S. 590, 597, 603 n. 3, 613 n. 1–3, 615 n. 1 (1917) (dissenting).

دیوان عالی در رأی خود راجع به این پرونده، قانون موضوعهٔ واشینگتن کـه مؤسسـات کاریـابی را از دریافت هزینه از کارگرانی که برای آن‌ها کار پیدا می‌کردند منع می‌نمـود، نـاقض مـتمم چهـاردهم قانون اساسی تشخیص داد.

۳. Erie Railroad Co. v. Tomkins 304 U.S. 64, 72 n. 3, 4, 73 n. 5, 6, 74 n. 7, 75 n. 9, 10, 77 n. 20–2 (1938).

۴. John William Johnson, **The Dimensions of Non-Legal Evidence in the American Judicial Process: The Supreme Court's Use of Extra-Legal Materials in the Twentieth Century** (Ph.D. thesis, Graduate School, University of Minnesota, March 1974), p.133; and Chester A. Newland, "**Innovation in Judicial Technique: The Brandeis Opinion**" (mimeograph, Idaho State College, Government Faculty Seminar, Pocatello, Idaho, 9 February 1960), p.4.

می‌کرد.[۱] «برندیز، فرانکفورتر را با عناوین پیشنهادی‌اش برای نگارش مقاله‌هایی در خصوص «تنوع رسیدگی شهروندی» و آنچه او «کاربرد غلط کامن لای فدرال توسّط دیوان عالی» می‌نامید، بمباران می‌کرد. آنگاه، زمانی که [در پروندهٔ اری علیه تامپکینز] توانست دادگاه را متقاعد کند که چنین چیزی در کامن لای فدرال وجود ندارد، رأی خود را به یکی از مقالات فرانکفورتر در این موضوع مستند کرد».[۲] لوی و مورفی در شرح نکتهٔ اخیر آورده‌اند: «برندیز با اثرگذاری بر محتوای مقالات مجلّات حقوقی آن‌ها را به سوی حمایت از قانونی که او و فرانکفورتر حامی آن بودند سوق می‌داد، و آنگاه از آن مقالات [برای مثال در پروندهٔ اری] برای متقاعد ساختن قضات همکارش در دادگاه در خصوص حذف کردن قاعدهٔ کامن لایی که نمی‌پسندید، بهره می‌برد».[۳] در فصل ۲ ذکر شد که گاهی شخص به آثار دیگران استناد می‌کند تا جایگاه خود یا اثرش را ارتقاء دهد. به نظر می‌رسد برندیز آگاهانه این استراتژی را به کار می‌گرفته است. چه این‌طور بوده باشد و چه نبوده باشد، واضح است که گشاده‌رویی او در قبال نوآوری‌های دانشگاهیان از سوی آن‌ها نیز نادیده گرفته نمی‌شده است. او آن‌ها را ستایش می‌کرد و آن‌ها هم لطف او را پاسخ می‌دادند: در سالروز هفتاد و پنج سالگی‌اش،

۱. David W. Levy and Bruce Allen Murphy, "**Preserving the Progressive Spirit in a Conservative Time: The Joint Reform Efforts of Justice Brandeis and Professor Frankfurter, 1916–1933**" (1980) 78 Michigan L. Rev. 1252 at 1285–91; and Bruce Allen Murphy, Th**e Brandeis/Frankfurter Connection: The Secret Political Activities of Two Supreme Court Justices** (New York, Oxford University Press, 1982), pp.73–97; though cf. Leonard Baker, **Brandeis and Frankfurter: A Dual Biography** (New York, Harper & Row, 1984), pp.240–1.

در باب رابطهٔ فرانکفورتر و هاروارد، بنگرید به:

H. N. Hirsch, **The Enigma of Felix Frankfurter** (New York, Basic Books, 1981), pp.20–5, 66–7;

و برای یک پژوهش جالب در خصوص اثرگذاری شخص فرانکفورتر بر اندیشهٔ حقوقی آمریکا، بنگرید به:

Michael Ariens, "**A Thrice-told Tale, Or Felix the Cat**" (1994) 107 Harv. L. Rev. 620.

۲. Strum, supra n. 11, p.364.

۳. Levy and Murphy, supra n. 15, p.1291.

سه نشریهٔ مشهور دانشکده‌های حقوق آمریکا شماره‌های ویژه‌ای را به برندیز و فلسفهٔ حقوقیِ او پیشکش کردند.[۱]

شاید هیچ کدام از قضاتِ ابتدای قرن بیستم به اندازهٔ برندیز برای ارتقای جایگاه نقدنامه‌های حقوقی از خود شعف و انرژی نشان نمی‌دادند، اما با این وجود، برخی قضات، مانند کاردوزو، نسبت به کنش‌های میان حقوقدانان و قضات علاقه‌مند و حسّاس بودند. قاضی لرند هَند در مقاله‌ای که در سال ۱۹۲۵ به انجمن دانشکده‌های حقوق آمریکا ارائه کرده، به جای بررسی آنچه دانشگاهیان می‌توانند به قضات بیافزایند، به مطالبی که قضات می‌توانند به دانشگاهیان بیاموزند اشاره کرده است. «ما کارگران یک تاکستان واحد هستیم»[۲]، هَند متذکر شده بود که:

«من نقش شما [حقوقدانان دانشگاهی] را... نظام‌مندسازی، اصلاح و شفاف‌سازی آنچه در واقعیّت وجود دارد می‌دانم تا ما [قضات] بتوانیم داشته‌های خود را بشناسیم و قادر به استفاده از ابزارهایمان شویم. همچنین من به شما نقش بسیار والای پردازش روش‌های جدید، کشف ایده‌های جدید و پیمایش حوزه‌های جدید را منتسب می‌کنم، چیزی که ما نیز گاهی در آن مشارکت‌هایی داشته‌ایم. و من برای خودمان نقشی متواضعانه‌تر قائلم؛ ما جماعتی هستیم که از طریق ما اقتدار اخلاقی بر مردم اعمال می‌شود. ما حرکت را به وجود می‌آوریم و شما به آن جهت می‌دهید؛ بنابراین هر یک برای انجام کار خود به دیگری نیاز دارد، و هر دو باید یکدیگر را بفهمیم، به یکدیگر احترام بگذاریم و توجّه کنیم، وگرنه هر دو شکست خواهیم خورد».[۳]

۱. بنگرید به:

(1931) 45 Harv. L. Rev. 1; (1931) 31 Columbia L. Rev. 1071; (1931) 41 Yale L. J. 1;

و همچنین:

Brandeis to Frankfurter, 19 November 1931, in M. I. Urofsky and D. W. Levy (eds), **"Half Brother, Half Son": The Letters of Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter** (Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1991), p.471.

۲. Learned Hand, "**Have the Bench and Bar Anything to Contribute to the Teaching of Law?**" (1926) 24 Michigan L. Rev. 466.

۳. Ibid., p.480.

ویژگی‌هایی که در این متن وجود دارد ـ تأیید قضاییِ اهمّیّت شرح‌های دانشگاهی ـ مکرّراً در طول قرن بیستم در نوشته‌های حقوقی آمریکایی تکرار می‌شود. یک قاضی ارشد دیوان عالی در سال ۱۹۴۱ می‌نویسد: «مقالات ارائه شده به نقدنامه‌ها از سوی متخصّصان شهیر حقوق گسترهٔ وسیعی از پژوهش و بررسی را در اختیار وکلا و قضات قرار می‌دهد. راه‌های جذّاب و جدید بسیاری که بر راه‌های قدیمی و غیردلچسب ترجیح دارند».[۱] ویلیام اُ.داگلاس در سال ۱۹۶۵ می‌نویسد: «من تمایل خاصّی به نقدنامه‌های حقوقی دارم و ایده‌ها و راهنمایی‌های بسیار زیادی را از آن‌ها در در مقام وکیل، معلم و قاضی استخراج کرده‌ام».[۲] قاضی استنلی فولد در سال ۱۹۵۳، طی سخنانی در کنفرانسی که به نقدنامه‌های حقوقی اختصاص داده شده بود، اعلام کرد که قضات، «نقدنامه‌های حقوقی را به خاطر وزانت علمی، دقّت و فراتر از همه، انصاف [علمیِ] بسیار زیاد آن‌ها ستایش می‌کنند. ما به خوبی آگاهیم که ناقد بر اهمّیّت نقش خود به مثابه قاضیِ قُضات واقف است ـ و به همین دلیل، ما خواهان قوت بیشتر شما هستیم».[۳] قاضی ارشد وارِن دیدگاه خود را در نوشته‌ای که به مناسبت آغاز به کار نقدنامهٔ حقوقی دانشگاه کالیفرنیا در سال ۱۹۵۳ نگاشته بود، چنین بیان می‌کند: «نقدنامه‌های حقوقی آمریکا به درستی به عنوان چشمگیرترین نهاد دنیای دانشگاهی حقوق خوانده شده است... برای یک قاضی... ناقد هم می‌تواند به مثابه سنجشگری دقیق و بی‌رحم و هم در مقام راهنمایی مشفق باشد».[۴] او سه سال بعد، در سالگرد تأسیس یکی دیگر از نقدنامه‌ها، دربارهٔ این نوشت که چگونه «نقدنامه‌های حقوقی... به ساخته شدن مسیر آیندهٔ حقوق کمک می‌کنند».[۵] او

۱. Charles E. Hughes, "**Foreword**" (1941) 50 Yale L. J. 737.

۲. William O. Douglas, "**Law Reviews and Full Disclosure**" (1965) 40 Washington L. Rev. 227.

۳. Stanley H. Fuld, "**A Judge Looks at the Law Review**" (1953) 28 New York Univ. L. Rev. 915 at 918.

۴. Earl Warren, "**Messages of Greeting to the U.C.L.A. Law Review**" (1953) 1 UCLA L. Rev. 1.

۵. Earl Warren, "**The Northwestern University Law Review Begins Its Fifty-First Year of Publication**" (1956) 51 Northwestern Univ. L. Rev. 1.

در سال ۱۹۶۳ نیز بار دیگر به بحث دربارهٔ این موضوع پرداخت و ادّعا کرد که «نقدنامه‌های حقوقی... نمی‌توانند کاری جز ارتقای استانداردهای عدالت در سطح کشور انجام دهند».[۱] یکی از قضات مشهور دیوان عالی کالیفرنیا (و استاد سابق حقوق) در سال ۱۹۶۲ اعلام کرد: «من به آن‌ها به عنوان بهترین منتقدانی که یک قاضی می‌تواند داشته باشد، درود می‌فرستم».[۲] مطابق نظر یکی دیگر از قضات، «رابطهٔ میان دادگاه‌ها و نقدنامه‌های حقوقی همانند یک ازدواج دیرپا و شاد است، و ما در نظام قضایی در مقام تلاش مشترک و بی‌پایان خود برای حل اختلافات اجتماعی، عمیقا سپاسگزار همکاران دانشگاهیِ خود هستیم».[۳] در زمینهٔ ستایش از نقدنامه‌های حقوقی، قضات آمریکایی اغلب به دانشجویان سردبیر و نویسنده نیز همانند استادان بها می‌دادند. «نویسندگان دانشجو... نیز کمک‌های سازندهٔ بسیاری به ما روا داشته‌اند. پژوهش‌های منصفانه و بی‌غرضِ این تند و تیزترین منتقدانِ ما یک نیاز است و ما از آن‌ها ممنونیم».[۴] یک قاضی ارشد دادگاه تجدیدنظر نیویورک در سال ۱۹۳۵ ادّعا کرده است که «وقتی می‌بینم که یکی از آرای من توسّط این منتقدان جوان تأیید می‌شود، احساس رضایتمندی می‌کنم و مطمئنم این احساس من وقتی که می‌بینیم این دانشجویان با ذهن‌های اندیش‌گر نوپا، دارای حساسیت نسبت به درست و غلط و هر نوع ناعدالتی، پا به عرصهٔ حقوق گذاشته‌اند، احساسی منطقی است».[۵]

در پرتوی نقل‌قول‌های فوق، کسی به سختی می‌تواند ادّعا کند که قضات آمریکایی نسبت به تأیید نوآوری‌های دانشگاهیان و دیگر شارحان حقوقی بی‌میل

۱. Earl Warren, "**Upon the Tenth Anniversary of the U.C.L.A. Law Review**" (1962) 10 UCLA L. Rev. 1.

۲. Roger J. Traynor, "**To the Right Honourable Law Reviews**" (1962) 10 UCLA L. Rev. 3 at 10.

۳. Frank K. Richardson, "**Law Reviews and the Courts**" (1983) 5 Whittier L. Rev. 385 at 392.

۴. Warren, supra n. 25, p.1.

همچنین بنگرید به:

Fuld, supra n. 23, pp.917–18.

۵. Frederick Evan Crane, "**Law School Reviews and the Courts**" (1935) 4 Fordham L. Rev. 1 at 2.

بوده‌اند. اما با این حال، آیا این نقل‌قول‌ها نشان‌دهندهٔ این است که اندیشهٔ قضایی آمریکا به شدت تحت تأثیر آثار حقوقدانان دانشگاهی قرار داشته است؟ پاسخِ صریحاً مثبت به این سؤال، بیش از اندازه اغراق‌آمیز خواهد بود. ممکن است جمله‌ای مانند این‌که «به سختی می‌توان شوق و شعف یک قاضی را بعد از این‌که متوجّه می‌شود رأیی که صادر کرده توسّط یک مقالهٔ نقد حقوقی تأیید شده، توصیف نمود»،[۱] برخی خوانندگان را به این نتیجه‌گیری رهنمون سازد که گویندهٔ چنین سخنی باید بیشتر با قضات آشنا شود. قطعاً ما باید صحت و سقم کلّی چنین جملاتی را زیر سؤال ببریم. علاوه بر این، به سختی می‌توان سخنان یک قاضی در خصوص ارزش و اهمّیّت پژوهش‌های حقوقی را، آن هم وقتی که در حال ایراد سخنرانی در ضیافت بزرگداشت نقدنامه‌های حقوقی است، جدی گرفت. دلالت حقیقی سخنی مانند این‌که «باید کلاه‌هایمان را برای نقدنامه‌های حقوقی کشور از سر برداریم، زیرا نورافشانی کلام آن‌ها به کامن‌لا کمک می‌کند تا در مسیر درست باقی بماند» در واقع «راحت باش و سعی کن از تشویق و تمجیدها لذت ببری» است.[۲] واقعیّت این است که تمام نقل‌قول‌های پاراگراف قبلی برگرفته از سخنرانی‌های ایراد شده در جشن تأسیس نقدنامه‌های حقوقی است (مواردی مثل سخنرانی افتتاحیه، همایش‌های سالانه، سخنرانی‌های بعد از شام و مواردی از قبیل این). لذا شنیدن چنان ادّعاهایی از قضات سخنران اصلاً عجیب نیست، چون در چنین شرایطی خلاف مذاق میزبان سخن گفتن کاری ناشایست محسوب می‌شود. نکتهٔ کلیدی اینجاست که در چنان شرایطی، اهمّیّت رعایت آداب، صدق کلام را محلّ تردید قرار می‌دهد.

صدق کلام به این علّت محل تردید است که به نظر می‌رسد قضات در شرایط ترسیم شده در پاراگراف قبل، برای شنوندگانشان نقش بازی می‌کنند. اما این واقعیّت که فحوای کلامی ریاکارانه است، به این معنا نیست که لزوماً باید اشتباه باشد. شاید این قضات صرفاً نسخه‌ای اغراق شده از آنچه واقعاً در جهان

۱. Fuld, supra n. 23, p.916.

۲. Richardson, supra n. 28, p.386.

ویراستاران دانشجو نظرات قاضی را "الهام‌بخش تلاش همهٔ نقدنامه‌های حقوقی در راستای راهنمایی جامعهٔ حقوقی در بستر تحولات فعلی حقوق" می‌دانستند. (همان، ص ۳۸۵)

خارج وجود دارد را روایت کرده باشند؟ به نظر نمی‌رسد چنین امری درست باشد. سابقهٔ سخنان محتاطانه و شکّاکانهٔ قضات در خصوص ادبیّات نقدنامه‌های حقوقی آمریکا را می‌توان تا ابتدای قرن بیستم دنبال کرد. هر چند اولیور وندل هولمز به نقدنامه‌های حقوقی معاصر خود کمک‌های شایانی کرده و گاهی در آرای خود به ادبیّات فصل‌نامه‌های حقوقی نیز استناداتی داشته است، اما نگاه او به مقالات دانشجویی منتشر شده در این نقدنامه‌ها بسیار منفی بوده است.[۱] او در سال ۱۹۰۶ طی نامه‌ای به فردریک پالاک چنین نوشته است: «مشاهدهٔ این‌که یک شخص بی‌مسئولیّت یک لحن شبه قضایی جزمی را دربارهٔ بزرگترهایش برگزیده است، بسیار ناراحت کننده است. من وقتی شرح و نقدهای جوان‌ها را در نقدنامهٔ حقوقی هاروارد می‌بینم، چنین حسی پیدا می‌کنم».[۲] قاضی ارشد چارلز هوفز هم یادآور می‌شود که هولمز «همواره از یادداشت‌های منتشر شده در نقدنامه‌های دانشکده‌های حقوق با عنوان توهین‌آموز «خط‌خطی‌های بچه‌ها» یاد می‌کرد».[۳] ویلیام هاوارد تافت، سلف هوفز در جایگاه قاضی ارشد دیوان عالی، حتی از استناد کردن قضات به مقالات اساتید حقوق نیز ناراضی بود و «همکارانش (به خصوص هولمز، برندیز و استون) را برای استفادهٔ «خجالت‌آور» از محتوای نقدنامه‌های حقوقی در نظرات مخالفشان سرزنش می‌کرد.[۴]

۱. Newland, supra n. 14, p.6,

نیولند مدعی است که هولمز، در تمامی آراء دیوان عالی خود، تنها دو بار به مقالات نشریات حقـوقی استناد کرده است.

۲. Holmes to Pollock, 6 Sept. 1906, in M. DeWolfe Howe (ed.), **The PollockHolmes Letters: Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr Justice Holmes 1874–1932**, 2 vols., (Cambridge, Cambridge University Press, 1942), I, p.133.

همچنین در همین زمینه، بنگرید به:

Holmes to Pollock, 13 August 1906, in ibid., I, p.131; and Holmes to Pollock, 7 March 1909, in ibid., I, p.152.

۳. Hughes, supra n. 21, p.737; and cf. John Jay McKelvey, "**The Law School Review, 1887–1937**" (1937) 50 Harvard L. Rev. 868 at 880.

۴. Johnson, supra n. 14, p.133.

همچنین بنگرید به:

Alpheus Thomas Mason, **William Howard Taft: Chief Justice** (New York, Simon and Schuster, 1964), pp.268–9.

حتی در میان قضاتی که نسبت به محتوای نقدنامه‌های حقوقی گشاده‌رو هستند نیز می‌توان درجات زیادی از احتیاط را مشاهده نمود. قاضی هافمن از دادگاه منطقهٔ شمالی ایلینویز در سال ۱۹۵۶ گفته است، «از منظر من به عنوان یک قاضی، مقالات و یادداشت‌هایی که در دانشکده‌های حقوق ویراسته و نگاشته می‌شوند... برای ادبیّات حقوقی افزوده‌های بسیار مغتنمی محسوب می‌شوند».[۱] با این حال، اغلب قضات از «توجّه بیش از حدّ نقدنامه‌های حقوقی به دادگاه‌های تجدیدنظر» ناراضی‌اند.[۲] هافمن برای نشان دادن این نارضایتی، از قاضی دیگری به نام جروم فرانک نقل قول می‌کند. فرانک در نقد یکی از مجلّدات نوشته‌های فراقضاییِ کاردوزو، افسوس می‌خورد که او «با محدود کردن رویهٔ قضایی به دادگاه‌های تجدیدنظر، تصویری از نظام قضایی ما به نمایش گذاشته که گویی در کل عادلانه، قابل اطمینان و منظم است».[۳] از نظر فرانک، اشتباه کاردوزو توجّه نداشتن به «شمار بالای صلاحیت اعطایی به هیأت‌های منصفه و دادگاه‌های بدوی با توجّه به ادلّه» در هر پروندهٔ خاص است.[۴] فرانک ادّعا می‌کند که این اشتباه بیشتر توسّط «حقوقدان کتابی» صورت می‌گیرد که «تجربهٔ مواجههٔ عملی با این موضوع را ندارند که ادلّه می‌توانند به گونه‌ای متفاوت با آنچه که هستند به چشم جوینده بیایند... و این مسأله به سادگی می‌تواند اهمّیّت اساسی ارائهٔ مؤثر ادلّه را زیر سؤال ببرد».[۵] مطابق نظر هافمن، نه تنها بهتر است که نقدنامه‌های حقوقی توجّه بیشتری را به «مشکلات فراوان یافتن ادلّه و ارزیابی ادلّه توسّط دادگاه بدوی» معطوف دارند،

هیوز پس از مرگ تافت در سال ۱۹۳۰، جانشین او در کسوت قاضی ارشد شد. تافت در آخرین سال حضورش در این سمت، بسیار توسط هولمز و برندیز آزار دید، زیرا آن‌ها در مسائل قانون اساسی بـه اتخاذ مواضع دگراندیشانه گرایش داشتند. بنگرید به:

G. Edward White, **Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self** (New York, Oxford University Press, 1993), pp.462, 555 n. 128.

۱. Julius Hoffman, "**Law Reviews and the Bench**" (1956) 51 Northwestern Univ. L. Rev. 17.

۲. Ibid., p.19.

۳. Jerome Frank, "**Cardozo and the Upper Court Myth**" (1948) 13 Law and Contemporary Problems 369 at 374.

۴. Ibid., p.382.

۵. Jerome Frank, "**What Courts Do in Fact**" (1932) 26 Illinois L. Rev. 645, 761 at 763.

بلکه این مسألهٔ کلی‌تر نیز وجود دارد که «بخش اعظم خوانندگان علاقه‌مندند که نقدنامه‌ها صفحات بیشتری را به مسائل فنّی اختصاص دهند».[۱] او در پایان نتیجه می‌گیرد که «خوب است که سردبیران نقدنامه‌ها این پیشنهاد را جدی بگیرند که کار علمی با ارائهٔ نتایج عملی کاملا از ارزش نمی‌افتد».[۲]

می‌توان در دهه‌های پایانی قرن بیستم، شماری از قضات آمریکایی را یافت که این پیشنهاد آخر را تکرار می‌کنند. مشهورترین نمونه از چنین امری مقالهٔ هری ادوارد است که نویسنده در آن افسوس می‌خورد که چطور «بسیاری از دانشکده‌های حقوق... با تأکید بر نظریه‌های انتزاعی به جای پژوهش و آموزش عملی جایگاه درخور خود را از دست داده‌اند».[۳] ما در ادامه، این مقاله را بررسی خواهیم کرد. در حال حاضر، همین مقدار کافی است که اشاره کنیم ادواردز در بیان چنین احساس تأسفی تنها نبود. قاضی جودیث کایه در سال ۱۹۸۹ نوشته است: «هر چه بیشتر برای نحوهٔ اعمال قانون و چگونگی تطبیق پروندهٔ روبروی ما با آن، به مقالات نقدنامه‌های حقوقی نگاه می‌کنم... بیشتر ناامید می‌شوم، زیرا چیزی در آن‌ها نمی‌یابم که ارزشی برای کار ما و ارتباطی با پرونده‌های ما داشته باشد... این نگرانی که دانشگاهیان صرفاً برای همدیگر مقاله می‌نویسند، مسأله‌ای درست است».[۴] از نظر یکی از قضات حوزهٔ قضایی کلمبیا در سال ۱۹۹۲، «بسیاری از نقدنامه‌های حقوقی ما با پیشنهادهای عجیب کسانی پُر شده است که صرفاً عضو هیأت علمی دانشگاه‌ها هستند و هیچ تجربهٔ عملی‌ای ندارند».[۵] ریچارد پاسنر، کسی که تجربهٔ توأمان قضاوت و تدریس دانشگاهی را دارد، منتقد استدلال‌ها و روش‌شناسی نامناسب مقالهٔ ادواردز بوده است. پاسنر، علاوه بر موارد دیگر، استدلال می‌کرد که، ادواردز در کم‌ارزش شمردن پژوهش‌های نظری انجام

۱. Hoffman, supra n. 37, p.20.

۲. Ibid.

۳. Edwards, supra n. 3, p.34.

۴. Judith S. Kaye, "**One Judge's View of Academic Law Review Writing**" (1989) 39 Jnl. Leg. Educ. 313 at 319–20.

۵. United States of America v. $639,558 955 F.2d. 712, 722 (1992) (Silberman J., concurring).

شده توسّط دانشکده‌های حقوق آمریکا اغراق می‌کند و میزان اثرگذاری پژوهش‌های غیرنظری، مانند تحلیل اقتصادی حقوق، نظریهٔ احتمالات بیزی[۱] و فلسفهٔ حقوق فمینیستی، را بر اقدام و تصمیم‌گیری حقوقی دست‌کم می‌گیرد.[۲] با این حال، حتی پاسنر هم معتقد است که تذکّر ادواردز «در خصوص... منحرف شدن پژوهش‌های نظری در دانشکده‌های حقوق پیشرو درست است»[۳] و پژوهش‌های غیرنظری منتشر شده در نشریات دانشکده‌های غیرمطرح نیز از لحاظ ایده و محقق کردن [ایده] کم‌مایه هستند.[۴]

ممکن است استدلال شود که سوءشهرت بهتر از نداشتنِ شهرت است. شماری از قضات آمریکایی قرن بیست و یکمی به پژوهش‌های برآمده از دانشکده‌های حقوق بها داده‌اند. دیگر قضات دیدگاه محتاطانه‌ای داشته‌اند. در مجموع، پژوهش‌های حقوقی توسّط جامعهٔ قضایی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. چنانکه در فصل دو اشاره شد، کار بی‌ارزش نقد نمی‌شود بلکه نادیده گرفته می‌شود و مورد انتقاد قرار گرفتن یک اثر، خود می‌تواند نشانگر تأثیر آن باشد. مشکل این استدلال در سیاق بحث حاضر، این است که نمی‌توان تأیید ابتکارات دانشگاهی توسّط جامعهٔ قضایی را معادلِ اثرگذار بودن آن‌ها دانست. برخی از تأییداتی که گفتیم، مبتذل به نظر می‌رسیدند؛ علاوه بر این، به نظر می‌رسد قضاتی که منتقد پژوهش‌های دانشگاهی بودند نیز می‌خواستند بگویند که هر چند علاقه دارند که تحت تأثیر دانشگاهیان باشند، اما سبک کار بسیاری از دانشگاهیان به گونه‌ای است که آن‌ها را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. آتیا و سامرز نوشته‌اند: «نوشته‌های اساتید حقوق قضات را تحت تأثیر قرار می‌دهد»، و «دانشکده‌های حقوق پیشرو در آمریکا منابع اصلی ایده‌های پایه‌ای و دانش

۱. Bayesian probability theory

۲. Richard A. Posner, **Overcoming Law** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995), pp.91–101; also Richard A. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory** (Cambridge, Mass., Belknap Press, 1999), pp.299–303.

۳. Posner, **Overcoming Law**, supra n. 47, p.94.

۴. Ibid., p.98.

شکل‌دهندهٔ نظام حقوقی بوده‌اند و خواهند بود».[۱] اگر کسی در این ادّعا مداقّه کند و اظهارات قضات آمریکایی دربارهٔ نوشته‌های دانشگاهی را مورد بررسی قرار دهد، در خواهد یافت که هر چند، به‌طور کلّی، اعلان چنین ادّعایی منطقی به نظر می‌رسد، اما گاهی اثرگذاری نوشته‌های مذکور بر اندیشهٔ قضایی بیش از آنچه واقعاً هست فرض شده و از نگاه برخی قضات، این اثرگذاری آن‌قدرها که باید، جدی نبوده است. در بخش سوم از فصل حاضر، ما به این نکات کلّی بازگشته و آن‌ها را توسعه و سامان خواهیم داد. در بخش بعدی، منظر خود را عوض می‌کنیم و رابطهٔ میان نوشته‌های دانشگاهی و دادگاه‌ها را از زاویهٔ دید دانشکده‌های حقوق آمریکا مورد بررسی قرار خواهیم داد. در این فصل خواهیم دید که در بخش اعظم قرن بیستم، باور رایج در دانشکده‌ها این بوده که آثار حقوقی دانشگاهی مکمّل کار قضات و مؤثّر بر آن‌ها است.

دیدگاه دانشگاهیان [آمریکایی] دربارهٔ تألیفات دانشگاهی

در ابتدای بخش اخیر متذکر شدیم که به‌طور سنّتی دادگاه‌های آمریکایی، در مقایسه با همتایان انگلیسیِ خود تمایل بیشتری برای استناد به آثار شارحان زنده نشان می‌دهند. هر چند که این نکته درست است، اما استناد به پژوهش‌های حقوقی توسّط قضات آمریکایی، همیشه مورد تأیید واقع نشده است. دبلیو. ام. لیل در سال ۱۹۱۹ نوشته است: «تصمیمات قضایی تنها منابع و مستندات الزام‌آورِ بی‌همتای حقوق نانوشته هستند».[۲] علی‌رغم این‌که «گرایش فزاینده‌ای در کانون وکلا و دادگاه‌ها وجود دارد تا نویسندگان فرعی را تا جایگاه اعلای یک قانونگذار بالا ببرند و آن‌ها را با خودِ قضات در جایگاهی برابر قرار دهند»،[۳] «هیچ کتاب درسی و شرحی نمی‌تواند چیزی بیش از آنی باشد که ما در حقوق ادله شهادت

۱. P. S. Atiyah and Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 401, 404.

۲. W. M. Lile, "**The Exaltation of Secondary Authority**" (1919) n.s. 14 Bench and Bar 53.

۳. Ibid., p.58.

دست دوم یا شهادت بر شهادت می‌نامیم».[۱] مگز در مقاله‌ای که در سال ۱۹۲۹ به گردهمایی انجمن دانشکده‌های حقوق آمریکا ارائه داده، ادّعا کرده است که دادگاه‌های آمریکایی در آن دوره تمایل خاصّی به اتّکا و استناد صریح به نوشته‌های دانشگاهی نشان نمی‌دهند. او گزارش داده است که «نمی‌توان با اطمینان دربارهٔ میزان اثرگذاری مقالات و یادداشت‌های نقدنامه‌های حقوقی بر تصمیمات یا استدلال‌های مکتوب قضات سخن گفت. نظرات و استنادات مندرج در خلاصهٔ پرونده‌ها معمولاً بدون ذکر منبع، از محتوای نقدنامه‌ها استخراج می‌شوند».[۲] برخلاف روایت لیل، مگز مشاهده کرده بود که تحسین قضات نسبت به شرح‌های دانشگاهی هر روز بیشتر از قبل افزایش می‌یابد. تحلیلِ مگز از تمامی گزارش‌های منتشر شده دربارهٔ حقوق آمریکا در سال‌های ۱۹۲۸ و ۱۹۲۹ «نشان دهندهٔ آن است که از حدود ۸۵۰ قاضی، ۶۱ نفر از آن‌ها در ۸۰ پرونده از میان حدود ۳۰ هزار پروندهٔ خود، به ۱۶۱ مقاله و یادداشت دانشگاهی از ۲۷ نقدنامهٔ حقوقی مختلف استناد کرده‌اند».[۳]

لیمان ویلسون در سال ۱۹۴۵ طی سخنرانی خود در کانون وکلای ایالت نیویورک این نگاه را به چالش کشید که اثرگذاری نقدنامه‌های حقوقی در حال افزایش روزافزون است. او ادّعا کرد: «من هنوز دادگاهی را در هیچ‌کجای این کشور پیدا نکرده‌ام که تأثیر قابل توجّهی از نظرات یک دانشگاهی یا حتی از مقاله‌ای پیشرو پذیرفته باشد. بلکه کاملاً بر عکس، اساتید و دانشجویان بسیاری را دیده‌ام که به سختی بر روی یادداشت‌های یک پرونده کار کرده‌اند و هنگامی تلاش عالمانه‌شان نادیده گرفته شد، دل‌شکسته شده‌اند».[۴] دیدگاه ویلسون خلاف نظر اکثریت دانشگاهیان است. مک‌کلوی در سال ۱۹۳۷ نوشته است: «ما دست‌کم تعداد معدودی از وکلا را می‌بینیم که برای الهام گرفتن به دانشکده‌های

۱. Ibid., p.54.

۲. Douglas B. Maggs, "**Concerning the Extent to Which the Law Review Contributes to the Development of the Law**" (1930) 3 Southern Calif. L. Rev. 181 at 187.

۳. Ibid., p.188, and see also pp.191–204

۴. Lyman P. Wilson, "**The Law Schools, the Law Reviews and the Courts**" (1945) 30 Cornell L. Q. 488 at 496.

حقوق نگاه می‌کنند و دقیقاً همینجاست که نقدنامه‌های دانشکده‌های حقوق بیشتر می‌توانند متوجّه سودمندی خود شوند. این نشریات می‌توانند وسیلهٔ برقراری ارتباط فکری میان پژوهشگران حقوق و وکلا و قضاتی شوند که برای پژوهش شخصی وقت ندارند، اما می‌توانند فرابگیرند و اعمال کنند».[۱] هرچه قرن بیستم پیش رفت، دانشگاهیان حتی بیشتر از این، نسبت به ظرفیّت اثرگذاری نوشته‌هایشان بر اندیشهٔ حقوقی اطمینان یافتند. نیولند در سال ۱۹۵۹ داده‌هایی ارائه داد که حاکی از این بود که در فاصلهٔ سال‌های ۱۹۲۴ تا ۱۹۵۶، استناد به فصل‌نامه‌های حقوقی توسّط دیوان عالی به میزان چشمگیری افزایش یافته است.[۲] مطالعه‌ای که اسکورلاک در سال ۱۹۶۴ انجام داد، جزئیات استفادهٔ دیوان عالی و سه مورد از دادگاه‌های تجدیدنظر از پژوهش‌های دانشگاهی حوزهٔ حقوق جزا را نشان داده و ادّعا می‌کند که داده‌های نیولند - البته آن بخشی از داده‌ها که مربوط به استنادات دادگاه‌ها به نشریات حقوقی است ـ نتوانسته است به خوبی نشان دهد که کدام یک از دادگاه‌ها به نوشته‌های دانشگاهی متکی شده‌اند.[۳] برنشتین در سال ۱۹۶۸ چنین ادّعا کرد، «آنچه که در حال حاضر از روی آراء صادره در پرونده‌ها می‌توان در خصوص میزان استفادهٔ دیوان عالی از مقاله‌های نقدنامه‌های حقوقی و کتب حقوقدانان دانشگاهی گفت، این است که اتفاق تازه‌ای رخ نداده است. چنین استنادات و استفاده‌هایی شاید نیم قرن پیش عجیب بود،

۱. McKelvey, supra n. 35, p.877.

۲. Chester A. Newland, "**Legal Periodicals and the United States Supreme Court**" (1959) 7 Kansas L. Rev. 477.

۳. «درصد پرونده‌هایی که من در آن‌ها استنادهایی به آثار پژوهشی در حوزهٔ حقوق کیفری یافتم، از کلّ یافته‌های پروفسور نیومن بیشتر است... یافته‌های من ۳۶ درصد در مقابلِ ۲۶ درصد اوست»:
John Scurlock, "**Scholarship and the Courts**" (1964) 32 Univ. MissouriKansas City L. Rev. 228 at 242.
تفاوت یافته‌ها مانند آنچه میان این دو مطالعه مشاهده می‌شود، احتمالاً به تفاوت بسیار آن‌ها در نمونه‌گیری و روش‌شناسی بازمی‌گردد. همچنین توجه داشته باشید که هر دو مطالعه، یک تحلیل پیشا داده‌ای را ارائه می‌دهند: این سخن صریح اما دلنشین اسکارلاک را در نظر بگیرید که «جدول‌بندی‌های من شامل خطاهایی نیز هست، زیرا دقت در شمارش جزو نقاط مثبت من نیست». (همان، ص ۲۲۹)

اما اکنون سال‌هاست که رواج دارد و امری طبیعی است».[۱] او در سال ۱۹۶۵ افزود: «تقریباً نیمی از آرای دیوان عالی مشتمل بر چند ارجاع فرعی است و به‌طور متوسّط هر یک از این آراء چهار منبع فرعی دارند».[۲] طبق گفتهٔ دانیل، «شما استنادات به فصل‌نامه‌های حقوقی» در آراء دیوان عالی، «بین سال‌های ۱۹۴۰ تا ۱۹۷۸ تقریباً مضربی از ۱۰ بوده است».[۳]

خلاصه این‌که، با بررسی هر مطالعه‌ای این گزاره تقویت می‌شود که در طول قرن بیستم، تمایل قضات آمریکایی برای استناد به فصل‌نامه‌های حقوقی بیشتر شده است.[۴] جان هنری مریمن در تحلیل خود از استنادات دیوان عالی ایالت کالیفرنیا در سال ۱۹۵۰ هیچ توجّهی به ارجاع‌های قضات به محتوای نقدنامه‌های حقوقی نشان نداده است. اعضای دادگاه مزبور، به استثنای قاضی ترینور،[۵] عموماً علاقه‌ای به استناد به نوشته‌های دانشگاهی نداشته‌اند.[۶] با این حال، مری‌من در پژوهش بعدی خود دربارهٔ وضعیت استنادات همان دادگاه در فاصلهٔ سال‌های ۱۹۵۰، ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ متذکر شده است که استنادات قضات به فصل‌نامه‌های حقوقی «به طرز چشمگیری از ۸۷ مورد در سال ۱۹۵۰ به ۱۶۴ مورد در سال ۱۹۷۰ افزایش یافته است».[۷] اما چرا چنین اتفاقی افتاده است؟ طبق مشاهدات او، در فاصلهٔ سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۷۰، شمار پرونده‌هایی که به صورت بالقوه، قابل

۱. Neil N. Bernstein, "**The Supreme Court and Secondary Source Material: 1965 Term**" (1968) 57 Georgetown L. J. 55 at 66.

۲. Ibid., p.79.

۳. Daniels, supra n. 4, p.15.

۴. برای مطالعهٔ بیشتر بنگرید به:
Mary Anne Bobinski, "**Citation Sources and the New York Court of Appeals**" (1985) 34 Buffalo L. Rev. 965 at 998–1000.

۵. Justice Traynor

۶. John Henry Merryman, "**The Authority of Authority: What the California Supreme Court Cited in 1950**" (1954) 6 Stanford L. Rev. 613 at 656–62.
در طول دههٔ ۱۹۵۰، دادگاه عالی کالیفرنیا در ۸۷ مورد به محتوای نقدنامه‌های حقوقی استناد کرده است. تقریباً نیمی (۴۳ مورد) از این استنادها توسط قاضی ترینور صورت گرفته‌اند. در میان همکاران ترینور، قاضی کارتر جایگاه دوم را به لحاظ تعداد چنین استنادهایی در اختیار دارد (با ۱۶ مورد).

۷. John Henry Merryman, "**Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970**" (1977) 50 Southern Calif. L. Rev. 381 at 405.

تجدیدنظر توسّط دادگاه می‌باشند، بسیار افزایش یافته است، در حالی که تعداد پرونده‌های بررسی شده به میزان قابل توجّهی کاهش یافته است. این مسأله به صورت طبیعی دادگاه‌ها را به سوی احتیاط در پذیرش پرونده‌ها سوق می‌دهد و در عوض، آن‌ها را به سمت «تمرکز بر مسائل جدید ـ دارای اهمّیّت اجتماعی زیاد یا در حال رشد بر لبهٔ حقوق» هدایت می‌نماید؛ به عبارت دیگر، آن‌ها را به تمرکز بر روی «مسائل مورد علاقهٔ فصل‌نامه‌های حقوقی» تشویق می‌نماید.[۱]

واضح است که اکثر تحلیل‌هایی که در پاراگراف فوق به آن‌ها اشاره کردیم، تنها بر بررسی استنادات تمرکز داشتند. اما همان‌طور که در فصل دوم اشاره کردیم، هر چند استنادات اغلب بهترین ابزار برای ارزیابی میزان اثرگذاری است، با این حال ممکن است تصویری ناقص یا معوّج را به ما ارائه دهد. برای مثال، می‌توان نقش پررنگ اثر متّی را در دانشکده‌های حقوق آمریکا مشاهده کرد. از آنجا که اکثر اساتید حقوق آمریکا فارغ‌التحصیلان دانشکده‌های حقوق مشهور این کشور هستند،[۲] مقالات نقدنامه‌های حقوقی این دانشکده‌های مطرح نیز بیشتر از سایر نشریات دانشگاهی مورد استناد و ارجاع اساتید حقوق قرار می‌گیرد. همچنین شواهدی در دست است که قضات نیز، در مواردی که قصد ارجاع به آثار دانشگاهی را دارند، به استناد به نشریات مشهور گرایش دارند.[۳] هر چند این واقعیّت که مقالات این نشریات بیشترین سهم از استنادات قضایی را دارند، می‌تواند نشان‌دهندهٔ این باشد که آنها مراجع دانشگاهی ـ حقوقی هستند که بر

۱. Ibid., p.407; and cf. Robert A. Kagan, Bliss Cartwright, Lawrence M. Friedman and Stanton Wheeler, "**The Evolution of State Supreme Courts**" (1978) 76 Michigan L. Rev. 961 at 991–3.

۲. Robert J. Borthwick and Jordan R. Schau, "**Gatekeepers of the Profession: An Empirical Profile of the Nation's Law Professors**" (1991) 25 Univ. Michigan Jnl. of Law Reform 191 at 226–36.

۳. Richard A. Mann, "**The Use of Legal Periodicals by Courts and Journals**" (1986) 26 Jurimetrics Jnl. 400; Louis J. Sirico, Jr. and Jeffrey B. Margulies, "**The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: An Empirical Study**" (1986) 34 UCLA L. Rev. 131 at 132–4; and Deborah J. Merritt and Melanie Putnam, "**Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles?**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev. 871.

مطالعهٔ اخیر شواهدی ارائه می‌دهد که در مقایسهٔ با دانشگاهیان، دادگاه‌های آمریکایی اغلب بـه اسـتناد بـه نشریات مشهور گرایش دارند. آن‌ها اغلب در آن نشریات تنها به یک نوشته استناد نمی‌کنند.

دادگاه‌ها بسیار اثرگذار می‌باشند؛ از سوی دیگر می‌تواند نشان‌دهندهٔ این باشد که قضات نیز، مانند دانشگاهیان، اغلب مجذوب نمادهای تمایز می‌باشند و در نتیجه، آنجا که قضات به نظرات دانشگاهیان اتکا می‌کنند، ترجیحشان این است که نه به افراد نسبتا گمنام، بلکه بر اسامی شناخته شده تکیه کنند. مهمتر این‌که، کاربرد اثر متّی در این مثال را شاید بتوان تا حدودی به ابتکارات منشی‌های حقوقی نسبت داد: یعنی، «شاید شمار بالای ارجاعات به نشریات «خاص» ناشی از این واقعیّت باشد که منشی‌های قضایی» ـ که اکثراً از مؤسّسات معتبر فارغ‌التحصیل شده‌اند- «ترجیح می‌دهند به نشریات دانشکده‌های حقوق خودشان استناد کنند».[۱]

شکل‌های محتمل دیگری از کژتابی در این حوزه قابل شناسایی است. پیش‌تر بیان کردیم که چطور ستایش بعضی قضات از نقدنامه‌های حقوقی در واقع این تردید را ایجاد می‌کند که مطالب این نقدنامه‌ها به‌طور خاص اثرگذار نیست و این استنادات در مواقعی بازتاب‌دهندهٔ اثرگذاری آن‌ها نمی‌باشد ، بلکه صرفاً به جا آوردن مراتب چرب‌زبانی است.

شاید گاهی قضات آمریکایی به یادداشت‌های وکلا به عنوان منبع ارجاع اتکا کنند.[۲] مشهور است که بسیاری از قضات وظیفهٔ پانوشت زدن به آثار دانشگاهی مرتبط و دیگر منابع را به منشی‌های خود واگذار می‌کنند. در جایی که قضات چنین کارهایی را انجام می‌دهند، تصوّر این‌که آثار دانشگاهی مورد استناد لزوما بر تفکر و تصمیمات قضایی اثرگذار بوده‌اند، امری اشتباه است. برخی تحلیل‌های استناد حکایت از این دارند که قضاتی که سابقاً استاد دانشگاه بوده‌اند ـ راجر

۱. Max Stier, Kelly M. Klaus, Dan L. Bagatell and Jeffrey J. Rachlinski, "**Law Review Usage and Suggestions for Improvement: A Survey of Attorneys, Professors, and Judges**" (1992) 44 Stanford L. Rev. 1467 at 1474; and see also Sirico and Margulies, supra n. 69, pp.133–4.

۲. همچنین شایان ذکر است که حقوقدانان دانشگاهی آمریکا گاهی از طریق نگارش «خلاصه‌های دوستی با دادگاه (amicus curiae briefs) «بر تصمیمات قضایی اثر می‌گذارند. گر چه امروزه نگارش چنین خلاصه‌هایی – که در طول دهه‌های نخست قرن بیستم به ندرت اتفاق افتاده – بیشتر از قبل رواج یافته است، اما اثبات این‌که این خلاصه‌ها توانسته‌اند اثر قابل توجهی از خود به جای بگذارند، به سختی قابل اثبات است. بنگرید:

Joseph D. Kearney and Thomas W. Merrill, "**The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court**" (2000) 148 Univ. Pennsylvania L. Rev. 743 at 767–74.

ترینور مثال خوبی است[۱]- به وضوح بر داده‌ها اثر گذاشته‌اند، زیرا به صورت نامتناسبی ارجاعات زیادی به آثار دانشگاهی داشته‌اند.[۲] علاوه بر این، باید در نظر داشت که هر چند در اواخر قرن بیستم حقوقدانان دانشگاهی بیشتر از قبل راجع به قابلیت رو به افزایشِ آثارشان برای مورد استناد قرار گرفتن در دادگاه‌ها سخن می‌گویند، اما همزمان برخی قضات از این واقعیّت گلایه می‌کنند که بخش اعظم آثار دانشگاهیان جدید بر آن‌ها اثرگذار نیست و در واقع چنین قصدی ندارند. اسکارلاک در سال ۱۹۶۴ بیان کرده بود که هر چند اثرگذاری دانشگاهیان در حال افزایش است، «اما بخشی از پژوهش‌های دانشگاهی مرتبط با صلاحیت‌های قضایی به قدری آینده‌نگرانه و خیال‌اندیشانه است که در شرایط فعلی غیرقابل قبول می‌نماید».[۳] ما تا به اینجا دیدیم که شمار زیادی از قضات آمریکایی عقاید بسیار مشابهی با این سخن داشته‌اند. در بخش بعدی خواهیم دید که چگونه در طول دهه‌های بعدی این قرن، چنین ادراکی تقویت شده است.

چه باید کرد؟

یکی از مفسران در سال ۱۹۸۳ بیان داشت که «علم حقوق آمریکایی مکررا دل‌مشغول نظام قضایی شده است و جنبه‌های دیگر از ساختمان عظیم نظام حقوقی ما را نادیده انگاشته است».[۴] یک ناظر دیگر در حوالی همین زمان مدعی شده است که شصت تا هفتاد درصد از مقالات نقدنامه‌های حقوقی آمریکا با توجّه

۱. بنگرید به:

Merryman, supra n. 64, pp.662, 667; and note also G. Edward White, "**Roger Traynor**" (1983) 69 Virginia L. Rev. 1381 at 1384 ←

«ریشه‌های دانشگاهی ترینور بر گرایش او نسبت به قضاوت اثر گذاشته بود: او نه‌تنها نوشته‌های خود را خطاب به دست‌اندرکاران و طرفین متأثر می‌نوشت، بلکه شارحان را نیز در میان خوانندگان خود لحاظ می‌کرد. برای او، هیچ تفاوت چشمگیری میان جهان دانشگاهی و قضایی در بین نبود، همان‌طور که هیچ تفاوت ارزشی‌ای میان منابع دانشگاهی یا قضایی نیز قائل نبود».

۲. ممکن است کسی تصور کند علت مسألهٔ مذکور این واقعیت است که آن‌ها، در مقایسه با قضاتی که سابقهٔ استادی حقوق ندارند – بیشتر با ادبیات دانشگاهی مرتبط آشنا هستند و بهتر می‌توانند گلیم خود را از آب بیرون بکشند.

۳. Scurlock, supra n. 59, pp.261–2.

۴. Graham Hughes, "**The Great American Legal Scholarship Bazaar**" (1983) 33 Jnl. Leg. Educ. 424 at 427.

به نیازهای حرفه‌های حقوقی نگاشته می‌شوند.[۱] اغلب چنین مقالاتی در دستهٔ «تحلیل پرونده» قرار می‌گیرند که هدف واضح این نوع از مقالات، ارائهٔ « کمک پژوهشی به وکلا... و قضاتی است که آن وکلا در برابر آن‌ها حاضر می‌شوند».[۲]

هر چند که بخش قابل توجّهی از پژوهش‌های حقوقی آمریکا به مسائل دادگاه‌ها مرتبط است، روبین استدلال می‌کند که این پژوهش‌ها به ندرت راهنمایی‌های هنجاری و تجربی مورد نیاز قضات را در اختیار آن‌ها می‌نهد: حقوقدانان دانشگاهی به این گرایش دارند که «به جای شکل دادن یک برنامهٔ پژوهشی مستقل، استدلالات دادگاه‌ها را با همان چشم‌انداز نظری و اصطلاحات محدودی که خودِ دادگاه به کار می‌گیرد مورد محاجّه قرار دهند... آنچه قضات نیاز دارند نه تکرار روش خود، بلکه دریافت کمک در زمینه‌هایی است که الزامات این روش، فراتر از منابع نهادی و مفهومی آن‌هاست».[۳]

هر چند که چنین مشاهداتی مستند هستند ـ و البته افرادی هم هستند که مستند بودن آن‌ها را زیر سؤال می‌برند[۴] - مسألهٔ ما در اینجا این نیست. مسألهٔ جالب توجّه، این واقعیّت است که در دهه‌های پایانی قرن بیستم، حقوقدانان دانشگاهی نیز چنین مشاهداتی را نقل کرده‌اند. آیا مسأله این نبوده است که پژوهش‌های حقوقی بر دادگاه‌ها اثرگذار باشد؟ آیا تحلیل‌های استنادی مختلف، که بخشی از آن‌ها در فصل قبل مورد اشاره قرار گرفت، چنین امری را تأیید نمی‌کردند؟ هر چند که نوشتن برای اثرگذاری بر قضات جاه‌طلبانه‌ترین هدف پژوهشی در عالم نیست، اما اگر این نوشته‌ها اثرگذار هستند، پس چرا برخی دانشگاهی‌ها این واقعیّت را تخفیف داده و نادیده می‌گیرند؟ در اواخر دههٔ ۱۹۵۰،

۱. Mark Tushnet, "**Legal Scholarship: Its Causes and Cure**" (1981) 90 Yale L. J. 1205 at 1208.

۲. همان، ص ۱۲۰۹.

۳. Edward L. Rubin, "**The Practice and Discourse of Legal Scholarship**" (1988) 86 Michigan L. Rev. 1835 at 1890–1.

۴. برای مثال، پاسخ متفاوت میر دان‌کوهن را به روبین ملاحظه کنید:
"Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 569 especially at 588–91.

استناد به فصل‌نامه‌های حقوقی در نظرات ضدّ تراست[1] دیوان عالی به انتقاد کنگره از دیوان منجر شد.[2] در اواخر دهۀ ۱۹۸۰، نه‌تنها به‌طور گسترده به نفوذ پژوهش‌های نئوکلاسیک حقوق و اقتصاد بر آرای دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی در زمینۀ ضدّ تراست اذعان می‌شد، این موضوع در برخی بخش‌ها، شدیداً مورد تشویق نیز قرار می‌گرفت.[3] موضوع حقوق و اقتصاد شاهدی بر اثرگذاری دانشگاهیان بر دادگاه‌هاست. آیا نمی‌توان مدعی شد که اثرگذاری ابتکارات حقوقدانانِ اقتصاددان، ولو که به مذاق همگان خوش نیاید، مؤید این نکتۀ اساسی است که حقوقدانان می‌توانند به نوبۀ خود تحولی ایجاد کنند؟ و آیا این توانایی ایجاد تحول، نمی‌تواند مورد تجلیل قرار گیرد؟

خام‌دستانه است که به هر یک از پرسش‌های فوق قاطعانه پاسخ مثبت بدهیم. بسیاری از حقوقدانان دانشگاهی آمریکا در برابر این ایده که اثرگذاری، هدفی فی نفسه مطلوب است، مقاومت می‌کنند. اثرگذاری دانشگاهیان بر دادگاه‌ها ممکن است هزینه‌ای داشته باشد: تأکید بر نوشتن برای نظام قضایی ممکن است ـ این نکته برگرفته از نقل قولی است که در ابتدای این بخش آوردیم ـ اهداف ارزشمند دیگر را مغفول بگذارد. گاهی اثرگذار نبودن، بهتر از اثرگذاری بد است: از همین‌روست که رابرت گُردون علی‌رغم این‌که منکر اثرگذاری فراگیر

۱. Antitrust (ضد تراست (یا اتحادیه‌های صنایع بزرگ)

۲. Chester A. Newland, "**The Supreme Court and Legal Writing: Learned Journals as Vehicles of An Anti-Antitrust Lobby?**" (1959) 48 Georgetown L. J. 105.

این نقادی در فضای سیاسی آن روزگار بازتاب بسیاری پیدا کرد. مطابق نظر رایت پتمن (از اعضای کنگره)، دیوان عالی در «توجه به کتاب‌های درسی، مقالات نقدنامه‌ها و دیگر انواع نوشته‌های هنرمندان تبلیغاتچی و دلال سیاسی گمنام، ناشناس و غیرمرجع مرتکب اشتباه شده است». (۱۹۵۷) ۱۰۳ بایگانی ۱۶۱۶۰ کنگره (استناد شده در نیولند، همان، ص ۱۰۵).

پیشتر از این نیز پتمن به سختی اتّکای نظام قضایی «بر آثار آشوبگران هوادار کمونیسم و دشمنان نظام حکومتی ما، به جای اتکای بر قانون» را مورد نقّادی قرار داده بود (۱۹۵۵). ۱۰۱ بایگانی ۷۱۲۴ کنگره (استناد شده در نیولند، همان).

۳. Neil Duxbury, **Patterns of American Jurisprudence** (Oxford, Clarendon Press, 1995), pp.358–63.

حقوق و اقتصاد نیست، آرزو می‌کند کاش چنین موضوعی وجود نداشت.[۱] برخی حقوقدانان دانشگاهی نیز هستند که از اثرگذاری زیاد پژوهش‌های دانشگاهی بر قضات مطمئن نیستند. یک مطالعه که استنادات دیوان عالی به ادبیّات دانشگاهیان را در بازهٔ سال‌های ۱۹۷۱ تا ۱۹۸۳ مورد بررسی قرار داده بود دریافته بود که در طول این مدت شمار این دست ارجاعات به شکل چشمگیری افت کرده است.[۲] مجریان این پژوهش اعلام کرده‌اند که شاید این افت به این دلیل باشد که دانشگاهیان بیشتر به نگارش در موضوعاتی گرایش دارند که به جای کانون وکلا و دادگاه، مورد علاقهٔ دیگر دانشگاهیان باشد.[۳] در طول دههٔ ۹۰ ارتباط کم یا عدم ارتباطِ پژوهش‌های دانشگاهی با دغدغه‌های قضات به باوری رایج تبدیل شد. شلَگ[۴] در سال ۱۹۹۲ ادّعا کرد که «نوشته‌های دانشگاهیان در نظر قضات روز به روز بیشتر به چیزی شبیه کارهای هنری بی‌مقدار که هیچ گوش‌شنوا و چشم‌بینایی حاضر به شنیدن و دیدن آن‌ها نیست، شباهت می‌یابند».[۵] «روی‌هم‌رفته، هیچ قاضی و حتی هیچ تصمیم-گیرندهٔ اداری دیگری یافت نمی‌شود که به توصیه‌های دانشگاهیان گوش فرا دهد که پیشتر آمادگی باور به آنها را نداشته باشد».[۶]

چنانکه دیدیم، در طول قرن بیستم شمار قابل توجّهی از آثار، توسّط هر دو گروه قضات و دانشگاهیان، تولید شد که استدلال می‌کردند یا سعی می‌کردند این‌طور وانمود کنند که بسیاری از قضات بدون نقدنامه‌های حقوقی آن‌ها نمی‌توانند کاری از پیش ببرند و موضوع تا آنجا پیش رفت که تحلیل‌های دانشگاهی روز به روز بیشتر به مقام یکی از منابع فرعی حقوق نزدیک می‌شد. با این حال، در پایان این قرن تعداد زیادی از استادان حقوق پیدا شدند که قصد به

۱. Robert W. Gordon, "**Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 2075 at 2084.

۲. Sirico and Margulies, supra n. 69, p.134.

۳. بنگرید به: همان ص ۱۳۵.

۴. Schlag

۵. Pierre Schlag, "**Writing for Judges**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 419 at 422.

۶. Schlag, supra n. 2, p.70.

هم زدن بازی را داشتند. چنانکه در فصل پنجم خواهد آمد، در همین دوره حقوقدانان دانشگاهی در انگلستان تشنهٔ کوچکترین توجّهی از سوی جامعهٔ قضایی بودند. حقوقدانان دانشگاهی آمریکایی از این توجّه برخوردار بودند ـ یقینا بسیار بیشتر از همتایان انگلیسی خود مورد توجّه قرار داشتند ـ و با این حال برخی از آن‌ها از این توجّه ناراضی بودند یا مدعی بودند که این نحوهٔ ابراز توجّه به آن‌ها مناسب نیست یا حتی این‌که می‌گفتند که به اندازهٔ انگلیسی‌ها غریب و مغفول افتاده‌اند! در آمریکا چه اتفاقی افتاده بود؟

این وسوسه وجود دارد تا چنین فرض شود که حقوقدانان دانشگاهی آمریکا بسیار بدعُنُق بودند. به هر حال، بخشی از محصول هر زمین حاصلخیزی نیز آفت‌زده هست؛ احتمالاً این دانشگاهیان با بختِ خوبِ خود، بَد تا کرده‌اند. با این حال، به دو دلیل این تلقّی قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد. اول این‌که، حقوقدانان دانشگاهی آمریکایی نقدنامه‌های دانشکده‌های حقوق را به مثابه آینه‌ای می‌دیدند که در آن خود را وارسی می‌کردند. با این‌که نقدنامه‌ها اغلب در تلاش خود برای مغرور نشدن شکست می‌خوردند (که آن هم بیشتر مدیون سردبیری دانشجویان بود)، اما این مسأله باز هم مانع نمی‌شد که استادان حقوق آنجا که باید، بی‌رحمانه خود را به نقد نگیرند و دربارهٔ خود صادق نباشند. از این رو، گاهی مقاله‌های نقدنامه‌های حقوقی شبیه اعتراف‌نامه می‌شدند.[۱] فِرِد رادل[۲] در دورهٔ خود، به جهت ترکیب صداقت و غرور، مشهور بود. یکبار او نقدی تند علیه نقدنامه‌نویسی را در نقدنامه‌ای منتشر کرد و قول داد که دیگر هرگز مقاله‌ای برای چنین نقدنامه‌هایی ننویسد (قولی که نتوانست نگه دارد).[۳] در نقدنامه‌های حقوقی

۱. برای مثال بنگرید به:

Sanford Levinson, "**The Audience for Constitutional Meta-Theory (Or, Why, and To Whom, Do I Write the Things I Do?)**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 389.

نویسنده در این کتاب اعتراف می‌کند که هنگام نوشتن این کتاب به هیچ‌وجه قضات را به عنوان مخاطب مدنظر نداشته، زیرا تصور نمی‌کرده که قضات به هیچ‌یک از مطالبی که او می‌نویسد علاقه‌ای داشته باشند.

۲. Fred Rodell

۳. Fred Rodell, "Goodbye to Law Reviews" (1936) 23 Virginia L. Rev. 38.

آمریکا، کم و بیش، هر چیزی پیدا می‌شود و این اصلاً عجیب نیست که در آن میان، دانشگاهیانی را هم ببینیم که نسبت به توانایی‌های صنف خود شک دارند یا اساساً تلاش برای اثرگذاری بر آراء قضات را زیر سؤال ببرند.

دومین دلیل قابل ذکر این است که، هدف آن دسته از استادان حقوق متأخّری که چنان شک‌ها و پرسش‌هایی را مطرح می‌کردند این بود که، پرسشگر و اندیشمند باشند، نه این‌که بدبین و بی توجّه به نظر برسند. پژوهشگران حقوقی باید چه کاری انجام دهند؟ آیا باید از آن‌ها انتظار داشت که بر تصمیمات قضات اثر بگذارند یا حتی این‌که تلاش کنند تا اثرگذار باشند؟ آیا باید از این‌که آثارشان اثرگذار نیست متعجب شویم؟ هر چند که اغلب نوشته‌هایی که چنین پرسش‌هایی را طرح می‌کنند نسبتا غم‌انگیزند، اما معمولاً نوشته‌هایی جدی هستند و به ندرت پیش آمده که بی‌ادبانه باشند.[1] در اواخر دهۀ ۱۹۶۰، یکی از تأمل‌برانگیزترین مقالات کلاسیک اندیشۀ حقوقی در آمریکا، این پرسش را طرح می‌کرد که چرا باید استادان حقوق آمریکایی این‌قدر برای پرسه در حوزه‌هایی که

برای مطالعه در خصوص شکست وی در عمل به قولش می‌توانید بنگرید به:

Neil Duxbury, "**In the Twilight of Legal Realism: Fred Rodell and the Limits of Legal Critique**" (1991) 11 Oxf. Jnl. Leg. Studs. 354 at 374.

۱. می‌توان تعداد قابل توجهی از استادان حقوق را یافت که به نکوهش حرفۀ خود می‌پردازند؛ برای مثال بنگرید به:

Bryden, supra n. 2, passim; Robert L. Bard, "**Legal Scholarship and the Professional Responsibility of Law Professors**" (1984) 19 Connecticut L. Rev. 731 at 732

«اکثر استادان جدید حقوق در زمینۀ ارائۀ پژوهش‌های حقوقی ارزشمند ناتوانند».

James W. Ely, Jr., "**Through a Crystal Ball: Legal Education—Its Relation to the Bench, Bar, and University Community**" (1986) 21 Tulsa L. J. 650 at 654

«ما می‌دانیم که اکثر مقالات نقدنامه‌های حقوقی خواننده‌های اندکی دارند و حتی حقوقدانان دانشگاهی نیز، بیشترِ این مقالات را بی‌ارزش می‌شمارند»؛

John Henry Schlegel, "**A Certain Narcissism; a Slight Unseemliness**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 595

«من از این موضع که برایم اثبات شده می‌نویسم که ما در آماده‌سازی دانشجویان برای تبدیل شدن به حقوقدان بسیار ضعیف عمل می‌کنیم و این چیزی است که ما باید در آن بسیار بهتر از این عمل کنیم، زیرا این ابتدایی‌ترین وظیفۀ دانشکدۀ حقوق است».

در خصوص آن‌ها آموزش حرفه‌ای نداشته‌اند، مشتاق و مطمئن باشند.[۱] هر چند شکی نیست که مطالعات فلسفی می‌تواند بصیرت‌های مهمی را دربارهٔ حقوق عرضه کند، اما عجیب است که بسیاری از این استادان، با وجود نداشتنِ مدارج رسمی در حوزهٔ فلسفه، خود را موظف می‌دانند پروژه‌هایی را در دست بگیرند که واجد بلندپروازی‌های فلسفی چشم‌گیری است.[۲] کارِرینگتون[۳] استدلال کرده است: «برای حقوق‌دانان آکادمیک اغلب دو انتخاب وجود دارد، یکی نوشتن اثری که قابلیت و امکان آن را دارد که برای حل مسائل عمومی کنونی استفاده شود، و دیگری اثری که به لحاظ فکری بلندپروازانه و از نظر شخصی ارضاکننده باشد و به احتمال بیشتری تأیید دیگر دانشگاهیان را بدست می‌آورد».[۴] اغراقی در این ادّعا نیست که هر گرایش نظری کم و بیش جای خود را در دانشکده‌های حقوق آمریکا می‌یابد.[۵] هر چند بعید است «که پژوهش‌های حقوقی میان‌رشته‌ای که اکنون مُدِ روز فضای دانشگاهی هستند، در فضای قدرت رسمی کاربردی پیدا کنند»[۶] با این حال، چنین پژوهش‌هایی، درون فضای دانشگاهی به سکه‌ای رایج و محبوب بدل شده‌اند.[۷] با توجّه به این موضوع می‌توان نتیجه گرفت که پژوهش‌های دانشگاهی به تأمین دغدغه‌ها و علایق درون‌گروهی خود گرایش دارند. ثورمن آرنولد[۸] سال‌ها پیش در سال ۱۹۳۵ اعتراض کرده بود که نوشته‌های

۱. Thomas F. Bergin, "**The Law Teacher: A Man Divided Against Himself**" (1968) 54 Virginia L. Rev. 637 at 647.

۲. Jules L. Coleman, "**Legal Theory and Practice**" (1995) 83 Georgetown L. J. 2579; and cf. Lubet, supra n. 2, passim.

۳. Carrington

۴. Carrington, supra n. 2, p.802.

۵. George L. Priest, "**The Increasing Division Between Legal Practice and Legal Education**" (1988/89) 37 Buffalo L. Rev. 681.
این مشاهده از روی بدبینی ارائه نشده است. در نظر پرایست، ظرفیت و آمادگی دانشکده‌های حقـوق برای اتخاذ گرایش‌های نظری جدید، نشانگر نشاط و پیشرفت فکری بود. همچنین بنگرید به:
Robert Post, "**Legal Scholarship and the Practice of Law**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev. 615 at 620–1.

۶. Carrington, supra n. 2, p.802.

۷. Richard A. Posner, "**The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987**" (1987) 100 Harvard L. Rev. 761 at 766–72.

۸. Thurman Arnold

نقدنامه‌های حقوقی آمریکا اغلب اوقات «تنها برای افراد اندکی شناخته شده هستند که آن‌ها را با این هدف می‌خوانند که تعداد بیشتری از آن‌ها را بنویسند».[۱] در دهۀ ۱۹۹۰ ابراز نگرانی از انزوای عمدۀ پژوهش‌های حقوقی، به خصوص در معتبرترین دانشکده‌های حقوق، به امری رایج تبدیل شده بود. «به نظر می‌رسد پژوهشگران حقوق، به خصوص قشر نخبه، بیشتر علاقه‌مندند به عنوان مشارکت‌کننده در فضای فکری دانشگاه پذیرفته شوند تا این‌که هدف ارتباطشان با دیگر استادان حقوق، قضات، وکلا یا دانشجویان حقوق را ارتقای کیفیتِ عمل حقوقی قرار دهند».[۲] «دانشکده‌های حقوق برتر کشور، در بهترین حالت، پنج دانشجوی نخست خود را برای استادی حقوق آماده می‌کنند، اما در آماده‌سازی سایر دانشجویان خود، برای تبدیل شدن به حقوقدانان عرصۀ عمل ناموفق هستند».[۳] «در دانشکده‌های مهم... تحلیل‌گران دکترینال به ندرت مورد تشویق قرار می‌گیرند... و کمتر به کار گرفته می‌شوند».[۴] شکی نیست که ابراز نگرانی‌هایی از جنس جملات فوق احتمالاً اغراق‌آمیز است. بنا به یک پژوهش نسبتاً تازه، تقریباً سه‌چهارم مطالبی که در دهۀ ۶۰ میلادی در نقدنامه‌های حقوقی منتشر شده پژوهش‌های دکترینال یا عمل‌محور بوده‌اند، در صورتی که این نوع مقالات در سال ۱۹۸۵ نیمی از مطالب منتشر شده در نقدنامه‌ها را شامل می‌شده است.[۵] در حالی که پژوهش نظری یک کار رو به رشد است، این فرض خطاست که بپنداریم آثار دکترینال تولیدکننده‌ها و مصرف‌کننده‌های خود را ندارد.[۶] دکترینال‌نویسی هنوز هم یکی از برنامه‌های پژوهشی قابل توجّه است و

۱. Thurman W. Arnold, "**Apologia for Jurisprudence**" (1935) 44 Yale L. J. 729.

۲. Banks McDowell, "**The Audiences for Legal Scholarship**" (1990) 40 Jnl. Leg. Educ. 261 at 275.

۳. Johnson, supra n. 2, p.1252.

۴. Graham C. Lilly, "**Law Schools Without Lawyers? Winds of Change in Legal Education**" (1995) 81 Virginia L. Rev. 1421 at 1436.

۵. Michael J. Saks, Howard Larsen and Carol J. Hodne, "**Is There a Growing Gap Among Law, Law Practice, and Legal Scholarship?: A Systematic Comparison of Law Review Articles One Generation Apart**" (1996) 30 Suffolk Univ. L. Rev. 353 at 370.

۶. همچنین، بنگرید به:

اگر کسی تمرکزش را از محتوای نشریات مشهورتر دور کند، متوجّه این نکته خواهد شد. در واقع، پژوهش فوق‌الذکر این نتیجه را در بردارد، کسانی که نسبت به افزایش شمار پژوهش‌های بی‌ارتباط به نیازهای شاغلان ابراز نگرانی می‌کنند، اگر به گسترهٔ وسیع‌تری از نشریات حقوقی توجّه کنند، بهتر عمل خواهند کرد.[۱] البته، در بطن این توصیه، قبول ضمنی این مسأله وجود دارد: بخشی از پندار وجود فاصلهٔ میان پژوهش‌های حقوقی و عمل حقوقی با ارجاع به «اثر متّی» قابل توضیح است. نشریات مطرح ترجیح می‌دهند آثار غیردکترینال را منتشر کنند و همین نشریات هستند که توجّه اکثر افراد را به خود جلب می‌کنند؛ لذا در ظاهر به نظرمی‌آید که فاصله وجود دارد.

مهمترین ابراز تأسف در مورد این فاصله، به قلم هری ادواردز در سال ۱۹۹۲ منتشر شده است. ادواردز نوشته است: «کار پژوهشگر حقوقی باید ارزشمند باشد. «علایق شخصی» برای هیچ نوعی از پژوهش توجیه مناسبی محسوب نمی‌شود».[۲] فرصت‌های مناسب فراوانی برای حقوقی‌های دانشگاهی وجود دارد تا بتوانند ارزش خود را اثبات کنند. آن‌ها می‌توانند ارزش خود را با ترکیب اطلاعات («یک مقاله کاربردی یا شرح و نقد با کیفیت بالا می‌تواند برای قاضی بسیار قابل استفاده باشد»)[۳] و ارائهٔ تأملات نقادانه («به این صورت که نویسندهٔ مقاله در مقام «قاضیِ قضات» ظاهر شود»)[۴] اثبات کنند. «یک پژوهشگر «عمل‌گرای» خوب، برای پرونده‌ها، قوانین موضوعه و دیگر متون رسمی ارزش بسیار قائل است، اما در کنار آن‌ها نظریات را نیز به کار می‌گیرد تا به مدد آن‌ها دکترین را نقد کند و مسائلی را که دکترین آن‌ها را حل نشده باقی گذاشته است، حل نماید و تغییراتی را در قانون و نظام قضایی پیشنهاد دهد».[۵] «هراس اصلی» ادواردز این بود «که برخی از استادان

Posner, supra n. 47, pp.94–5; Gordon, supra n. 82, pp.2099–101.

۱. Saks et al., supra n. 100, pp.374–5.

۲. Edwards, supra n. 3, p.56.

۳. همان، ص ۴۶.

۴. همان، ص ۴۵. در اینجا دقت کنید که چطور ادواردز سخن فولد را تکرار می‌کند:

see text accompanying n. 23, supra.

۵. Edwards, supra n. 3, p.35.

حقوق، همانند نظریه‌پردازان، این اصل واضح را فراموش کرده‌اند»[۱] که «حقوقدانان دانشگاهی و حقوقدانان عرصهٔ عمل برای خدمت به نظام قضایی تکلیف مشترکی دارند».[۲] به باور او، شواهدی که این هراس را موجّه می‌سازد در میان دانشکده‌های حقوق برتر آمریکا فراوان است. «بسیاری از دانشکده‌های حقوق «نخبه‌پرور» در ایالات متحده این روزها به مأمن گروهی از پژوهشگران «دور از عمل» تبدیل شده‌اند که عمل حقوقی را خوار می‌شمارند».[۳] «نقدنامه‌های حقوقی ما اکنون سرشار از مقاله‌های بین رشته‌ای میان مایه است. بسیاری از استادان حقوق این روزها برج عاج‌نشین شده‌اند».[۴] وقتی پژوهش‌های دکترینال «منع»[۵] و «تحقیر شوند... آنگاه می‌بینیم که «استادان حقوقی» که از دانشکده‌ها بیرون می‌آیند، به کلّی از تجربه یا آموزش حقوقی بی‌بهره‌اند و از کرسی خود در دانشکدهٔ حقوق به مثابه منبر خطابه‌ای برای تحقیر و تخفیف مشاغل حقوقی استفاده می‌کنند».[۶] ادواردز نتیجه می‌گیرد که «نظر من این است که اگر دانشکده‌های حقوق به شانه خالی کردن از مأموریت اصلی خود یعنی آموزش و پژوهش حرفه‌ای، ادامه دهند، فاصلهٔ میان آموزش حقوقی و حرفهٔ حقوقی بیشتر خواهد شد و در نهایت این جامعه است که متضرر خواهد شد».[۷]

مقالهٔ ادواردز یقیناً به هدف زده بود. دانشگاهیان، دست‌اندرکاران و قضات به این مقاله پاسخ‌هایی متنوع دادند که حمایت‌گرانه، همدلانه و (اغلب) منتقدانه بود.[۸] ادواردز تلاش کرد تا ادّعاهایش را با آوردن نقل قول از پاسخ‌های مکتوب به

۱. همان، ص ۶۶.
۲. همان، ص ۳۸.
۳. همان، ص ۳۵.
۴. همان، ص ۳۶.
۵. همان، ص ۵۱.
۶. Edwards, supra n. 3, p.37.
۷. همان، ص ۴۱.
۸. برای مشاهدهٔ دفاعیه‌هایی از این دیدگاه، بنگرید به:
Paul D. Reingold, "**Harry Edwards' Nostalgia**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1998–2009; and Andrew Burrows, **Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution** (Oxford, Hart, 1998), pp 112–14, 118–19
برای تلاش‌های همدلانه، به عنوان مثال، بنگرید به:

یک ارزیابی غیررسمی که او توسّط منشی‌های حقوقیِ سابقش بدست آورده بود، اثبات کند. او با وجود اعتراف به اینکه «مقصود این ارزیابی، ارائهٔ داده‌های آماری قابل اتکا و معتبر نبوده است»، به شدت بر محتوای آن اتکا کرده بود.[۱] برخی نقدها لحن تندی داشتند.[۲] اگر چه ادواردز در مقالات بعدی خود تأکید کرد که «البته تدریس‌ها و پژوهش‌های «غیرعملی» به کلّی بد نیست»[۳] و نتیجه گرفت که او «شاید... در خصوص تأثیر منفی دانشگاهیان و پژوهش‌های «غیرعملی» اغراق کرده باشد»،[۴] با این حال، همچنان بر موضع بنیادی خویش ایستاد و با آن‌هایی که رسالهٔ او را از اساس نفی می‌کردند به محاجّه پرداخت. هدف بحث ما در اینجا این نیست که در جدل مذکور طرف کسی را بگیریم. موضوعی که نسبت به اهداف ما جالب توجّه به نظر می‌رسد این واقعیّت است که، چرا مقالهٔ ادواردز باید تا این اندازه بحث‌انگیز شود؟ چنانکه خود ادواردز هم اشاره کرده بود، و همان‌طور که تا کنون دیدیم، او نخستین شارحی نبود که از شکاف فزایندهٔ میان

George L. Priest, "**The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1929; and James Boyd White, "**Law Teachers' Writing**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1970 ;

و برای انتقاد، به عنوان مثال، بنگرید به:

Louis H. Pollack, "**The Disjunction Between Judge Edwards and Professor Priest**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 2113; Paul Brest, "**Plus ça change**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1945; John Gava, "**Scholarship and Community**" (1994) 16 Sydney L. Rev. 443 at 444–9; and Brian R. Cheffins, "**Using Legal Theory to Study Law: A Company Law Perspective**" (1999) 58 C.L.J. 197 at 203–6.

۱. Edwards, supra n. 3, p.42.

۲. برای مثال، بنگرید به:

Sanford Levinson, "**Judge Edwards' Indictment of 'Impractical' Scholars: The Need for a Bill of Particulars**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 2010 at 2021

«تلاش قاضی ادواردز برای سرزنش دانشگاهیان 'غیر واقع‌بین و خیال اندیش' و مسؤول دانستن آن‌ها در برابر وضعیت فعلی اخلاق در حوزهٔ خدمات حقوقی می‌توانست خنده‌دار باشد، اما در مقابل، می‌بینیم که این تشخیص بطرز رقت‌انگیزی برای شناخت مشکل فعلی ما گمراه‌کننده است».

۳. Harry T. Edwards, "**Another 'Postscript' to 'The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession'**" (1994) 69 Washington L. Rev. 561 at 564.

۴. Harry T. Edwards, "**The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 2191 at 2192.

اهداف پژوهشی و نیازهای وکلا و قضات ابراز نگرانی و تأسف می‌کرد.[۱] پس این همه جنجال برای چیست؟ شاید پاسخ این باشد که در این مورد خاص، این نگرانی نه از سوی یک استاد حقوق، بلکه از جانب یک قاضی ابراز شده بود. اگر چه ادواردز در دهۀ ۱۹۷۰ به عنوان استاد در دانشگاه‌های میشیگان و هاروارد به تدریس پرداخته بود، اما از سال ۱۹۸۰ بر جایگاه قاضی دادگاه تجدید نظر فدرال ایالت کلمبیا تکیه زده بود. لذا مقالۀ او، در وهلۀ نخست، نشانگر نگرانی‌های پژوهشگرانه نبود، بلکه بیانگر انتظارات قضایی بود. به نظر می‌رسد جان کلام ادواردز این است که، در طول قرن بیستم استادان حقوق آمریکا از وجود یک نظام قضایی بهره‌مند بودند که اغلب به آن‌ها گوش فرا می‌داد و نظراتشان را با روی باز می‌پذیرفت. به ندرت قضات تلاش‌های دانشگاهیان را زیر سؤال می‌بردند و معمول این بود که در امور مهم، مطابق آنها عمل می‌کردند. با این حال، اغلب این استادان خوش‌اقبال بعد از مدتی خود را افرادی آسمانی پنداشته و دچار خودبزرگ‌بینی شدند و به نیازهای حرفه‌ای قضات و وکلا با تحقیر و تخفیف نگریستند و حتی به ستایش‌های جامعۀ قضایی اعتنا نکردند، چه رسد به این‌که بخواهند به این تمجیدها پاسخی درخور بدهند. جامعۀ استادان فرصت خود را ضایع کرد و در برابر دعوت‌هایی که آن‌ها را به تغییر این رویه فرامی‌خواند، با غرور روی برگرداند. مهم نیست که این جمع‌بندی اغراق‌آمیز است و بسیاری از حقوقدانان دانشگاهی این دعوت به تغییر را پذیرفتند و از آن بهره برده‌اند، مهم این است که این مبالغه به هر حال این مخمصه را در برمی‌گیرد: استادان حقوق آمریکایی، در حالی که از همان روزگار کاردوزو و برندیز تا به امروز همواره اثرگذاری بر فکر قضایی را به عنوان یک هدف در دسترس می‌شناخته‌اند، اما همواره این دسترسی را با مطلوبیت معادل نمی‌دانستند.

بنابراین، به همین علّت بود که آسمانشان غبار گرفت. نوشته‌های دانشگاهیان می‌تواند بر تصمیم‌گیریِ قضایی در آمریکا اثرگذار باشد و چنین نیز است. این واقعیّت که قضات مرتبا به آثار دانشگاهیان استناد می‌کنند (حتی با

۱. Edwards, supra n. 3, p.34 n. 2.

احتساب نقشی که منشی‌های حقوقی ایفا می‌کنند) حاکی از این است که، دانشگاهیان باید برخی کارهای درست را نیز انجام دهند تا آثارشان، حدی از تأثیر را داشته باشد. در واقع این استدلال یکی از بیشترین مواردِ مرتباً ابراز شده، در مطالعات دانشگاهی است که به بررسی اثر پژوهش‌های دانشگاهیان بر دادگاه‌ها می‌پردازند. هر چند این ادّعا را نباید به سادگی نادیده گرفت، اما چنین سخنی به هیچ‌وجه جریانِ نارضایتی قضایی را، که در بخش‌های مختلف این فصل آن را مشاهده کردیم، متوقف نمی‌کند. وفور نعمت سستی‌های خاص خود را نیز همراه دارد. در نظامی که دادگاه‌ها نسبت به سخنان اهالی علم بی‌تفاوتند، دانشگاهیان تمام تلاششان را می‌کنند تا همان اندک توجّهی را که نصیبشان می‌شود، با چنگ و دندان حفظ کنند. در ایالات متحده که دادگاه‌ها چشم در چشم دانشکده‌های حقوق دوخته و لبخند می‌زنند، شاهد هستیم که درخشان ترین دانشکده‌ها، به جای این‌که روی خوش نشان بدهند، با بی‌تفاوتی باعث بهت و حیرت می‌شوند.

این واقعیت که هیچ کدام از دو گروه دانشگاهیان و قضات نسبت به تحلیل و بررسی فاصلهٔ میان این دو حوزه بی‌تفاوت نیستند، نشانگر شوق و شور آمریکایی برای خودکاویِ حقوقی است که در نوع خود فوق‌العاده است. برای مثال و از باب مقایسه، در فرانسه تقریباً هرگز قضاتی را نمی‌یابیم که به صورت‌بندی انتظارات خود از دانشگاهیان بپردازند و این قضات هستند که به‌طور سنّتی بی‌اعتنا هستند. هر کسی که شناختی اجمالی از نظام حقوقی فرانسه داشته باشد، می‌تواند با اطمینان بگوید که اثرگذاری دانشگاهیان بر دادگاه‌ها در آن نظام باید بسیار اندک باشد. اما در واقع، این نتیجه‌گیری بسیار شکننده است.

فرانسه

در کتاب «نام گل سرخ»، پژوهشگران فرانسوی به «بی‌دقتی زیاد در فراهم آوردن اطلاعات کتابشناختی» متهم شده‌اند.[۱] بی‌میلی قضات فرانسوی، به خصوص در دادگاه‌های عالی‌تر، نسبت به ارائهٔ هرگونه اطلاعاتی نیز مشهور و زبانزد است. «قضات کامن‌لا با هر کسی که گوش‌شنوایی داشته باشد (یا مجبور به شنیدن باشد) سخن می‌گویند، قضات آلمانی صرفاً با متفکران هم‌تراز خود سخن می‌گویند، و قضات فرانسوی (در سطوح عالی) افکارشان را برای خود نگاه می‌دارند!».[۲] به‌طور سنّتی، ایجاز و تکلّف آراء قضایی فرانسوی همواره مانعی مقابل استناد به پژوهش‌های حقوقی در دادگاه‌های عالی‌تر محسوب می‌شده است.[۳] در

۱. Umberto Eco, **The Name of The Rose** (Eng. trans. W. Weaver, London, Secker & Warburg, 1983 [1980]), p.3.

نام گل سرخ یا آنک نام گل (به ایتالیایی: Il nome della rosa) نخستین رمان اومبرتو اکو نویسندهٔ ایتالیایی است که در سال ۱۹۸۰ منتشر شد. کتاب یک داستان جنایی تاریخی است که در صومعه‌ای در ایتالیای سال ۱۳۲۷ میلادی می‌گذرد. در سال ۱۹۸۶ بر اساس این رمان، فیلمی به همین نام ساخته شد. این کتاب بار نخست به قلم شهرام طاهری (با عنوان نام گل سرخ توسط انتشارات شباویز) و بار دوّم به قلم رضا علیزاده (با عنوان آنک نام گل توسط انتشارات روزنه) به فارسی ترجمه شده است. [م.]

۲. B. S. Markesinis, "**Learning from Europe and Learning in Europe**", in B. S. Markesinis (ed.), **The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century** (Oxford, Clarendon Press, 1994), pp.1–32 at 30.

برای مشاهدهٔ نظری مشابه، بنگرید به:

Hein Kötz, "**The Role of the Judge in the Court-Room: The Common Law and Civil Law Compared**" [1987] Tydskrif v. S.-A. Reg. 35 at 41–2.

۳. Pierre Mimin, **Le style des jugements (Vocabulaire—Construction—Dialectique—Formes juridiques)** (4th edn., Paris, Librairies Techniques, 1978), p.274.

برای مشاهدهٔ منابعی موجز و خلاصه، بنگرید به:

Jean Louis Goutal, "**Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.**" (1976) 24 Am. J. Compar. Law 43 at 59–60; André Tunc, "**Synthèse**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 5 at 72–4; Pierre Bellet, "**La Cour de cassation**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 193 at 213–15; and B. S. Markesinis, "**A Matter of Style**" (1994) 110 L.Q.R. 607 at 608–9.

اواخر دهۀ ۱۹۷۰، آدولف تافیت،[۱] یکی از دادستان‌های مشهور فرانسوی، ادّعا کرده بود که شمار استادان حقوقی که بخت مصاحبت با او را یافته بودند و یا آثارشان توسّط محکمۀ تمیز[۲] مورد استناد قرار گرفته بود را می‌توان به راحتی با انگشتان یک دست شمارش کرد.[۳] با این حال، ما نباید از این ادّعا استنتاج کنیم که فکر قضایی در فرانسه بدون هرگونه توجّهی به نظرات حقوقدانان دانشگاهی توسعه یافته است. رنه داوید در سال ۱۹۴۸ متذکر شد که شرح‌های دانشگاهی در انگلستان، به هیچ‌وجه به اندازۀ فرانسه بر قضات اثرگذار نیست.[۴] بر طبق نظر مالوری،[۵] از اواخر قرن نوزدهم شمار زیادی از تصمیمات قضائی فرانسه، به خصوص آرای دادگاه تجدیدنظر، واجد استدلال‌هایی رسمی بوده‌اند که «از نظریات دانشگاهی ملهم شده بودند».[۶] او هنگام سخن گفتن از اثرگذاری

برای مطالعه در خصوص تاریخچۀ روش شرح‌نویسی منظم و مقیّد در نظام قضایی فرانسه، بنگرید به:
Tony Sauvel, "**Histoire du jugement motivé**" (1955) 71 Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger 5.

برای مشاهدۀ تقاضاهای ارائه شده برای استدلال‌های قضایی صریح و دقیق، بنگرید به:
Adolphe Touffait and André Tunc, "**Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment decelles de la Cour de cassation**" (1974) 72 Revue trimestrielle de droit civil 487; and Raymond Lindon, "**La motivation des arrêts de la Cour de cassation**" (1975) I— Doctrine La Semaine Juridique 2681;

و برای مشاهدۀ مقاومت‌هایی که در برابر چنین تقاضاهایی صورت گرفته است، بنگرید به:
André Tunc, "**Conclusions: La cour suprême idéale**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 433 at 461–3. Cf. also Michael Wells, "**French and American Judicial Opinions**" (1994) 19 Yale Jnl. Int'l Law 81.

۱. Adolphe Touffait

۲. the Cour de cassation

۳. Adolphe Touffait, "**Conclusions d'un practicien**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 473 at 484.
دادگاه‌های عالی فرانسه با مسائل حقوق خصوصی سر و کار دارند، لذا دیوان تمیز بر اعمال قانون بر واقعیاتی که توسط دادگاه‌های پایین‌تر کشف شده، و به‌طور کلی‌تر، بر شرح و بسط حقوق خصوصی تمرکز دارد.

۴. René David, **Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre** (Paris, Recueil Sirey, 1948), p.168.

۵. Malaurie

۶. Philippe Malaurie, "**Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges: Rapport français**" (1980) 31 Travaux de l'Association Henri Capitant 81 at 91.

دانشگاهیان بر فکر قضایی فرانسه، اشاره می‌کند که توجّه به کارکرد انتقادیِ متمایزِ «note d'arrêt» یا نقد و بررسی رأی بسیار مهم است.[۱] هدف اصلی این فصل تلاش برای نشان دادن این موضوع است که چگونه نقد و بررسی رأی‌نویسی در فرانسه، علی‌رغم سنّت کم حرفیِ قضایی، به یکی از اثرگذارترین انواع شرح‌های حقوقی تبدیل شد.

درآمدی تاریخی بر نقد و بررسی رأی «NOTE D'ARRÊT»

سنّت درخشان نقد و بررسی رأی در فرانسه، مطابق نگاه رایج از دوران فرانسوا ژنی[۲] تا کنون، حاصل این است که قضات فرانسوی، هر چند ظاهراً علاقه‌ای به این قبیل کارها ندارند، اما به‌طور منظّم نسبت به صورت‌بندی و توسعهٔ قواعد حقوقی اهتمام دارند.[۳] اگر قضات به کلّی بدون خلّاقیّت می‌بودند، بعید بود که تلاش‌های نویسندگان نقد و بررسی رأی (the arrêtistes) مهم یا ارزشمند تلقّی شوند (با وجود این، در مورد یک آیینِ تصمیم‌گیری که با خصوصیت فرمالیسم شناخته می‌شود و به انفعال قضایی تمایل دارد، چند نقد و بررسی رأی جالب توجّه ممکن است نوشته شود؟). در واقع، نقد و بررسی رأی‌نویسی در نظام فرانسوی عموماً توجّه زیادی را به خود جلب می‌کند. شاید توضیح اولیهٔ این امر، تاریخی باشد: چنانکه مشهور است، سنّت تفسیرنویسی حقوق رومی ـ که حقوق مدنی فرانسه روی آن بنا شده است ـ بر نقش پژوهش‌های حقوقی در شکل‌دهی به حقوق تأکید داشته است.[۴] «اصول حقوقی اساساً در فاصلهٔ قرون سیزدهم و نوزدهم، در دانشگاه‌ها پدید آمد. تنها به تازگی

۱. همان، ص ۹۰.

۲. Gény

در کتاب‌های حقوق خصوصی در ایران به این نویسنده حقوق مدنی فرانسه بسیار ارجـاع داده شـده است. برای مثال شادروان استاد ناصر کاتوزیان در کتاب‌های *مقدمه علم حقـوق*، *فلسـفه حقـوق* و ... بسیار به فرانسوا ژنی ارجاع داده است.[م.]

۳. François Gény**, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique**, 2 vols. (2nd edn., Paris, L.G.D.J., 1919), II, pp.210–12; Evelyne Serverin**, De la jurisprudence en droit privé: Théorie d'une pratique** (Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985), pp.145–54.

۴. Harold J. Berman, "**The Origins of Western Legal Science**" (1977) 90 Harv. L. Rev. 894 at 940.

است که تفوّق نوشته‌های دکترینال با استقرار اندیشه‌های دموکراتیک و ظهور تنقیح، راه را برای نقش‌آفرینی قانون موضوعه باز کرده است».[۱] حتی در حوزه‌هایی مثل حقوق اداری ـ که در فرانسه تا حد زیادی غیرمدوّن است و ذیل رویهٔ قضایی فهمیده می‌شود ـ سنّت نقد و بررسی رأی چشمگیری وجود دارد.[۲]

ظهور نقد و بررسی رأی را، به عنوان پدیده‌ای کلّی در فرانسه، می‌توان تا دههٔ ۱۸۴۰ به عقب بازگرداند. در این دهه، چند نشریه افتتاح شد که به گزارش و تحلیل آرای قضایی اختصاص داشت.[۳] نخستین نقد و بررسی رأی‌ها در سال ۱۸۴۵ منتشر شد و انتشارات «دالوز»[۴] در این زمینه پیشتاز بود. در سال‌های نخست انتشار، این شرح‌ها بی‌کیفیت به نظر می‌رسید (احتمالاً اکثر آن‌ها توسّط گروه سردبیری نوشته می‌شد). می‌نیال[۵] در سال ۱۹۰۴ گفت «با نگاهی به مجموعهٔ آراء قضایی معاصر ما می‌توان دید که»:

«بررسی دقیق آرای دادگاه‌ها توسّط دانشگاهیان، جایگاه شایان این مجموعه‌ها در نظام آموزشی حقوقی ما و ایفای نقش مصحّحانهٔ حقوقدانان دکترینال، می‌تواند ما را متوجّه روابط صمیمانه و روزانه‌ای کند که جهان دانشکده‌های حقوق (l'École) و دنیای قضات و حقوقدانان مرتبط با دادگاه‌ها (le Palais) را بهم پیوند می‌زند... می‌توانیم تصوّر کنیم اوضاع همیشه به همین خوبی بوده است و اصلاً امکان این‌که وقایع به نحو دیگری رقم بخورد، وجود نداشته است. با چنین باوری قطعاً دچار خودفریبی شده‌ایم. در نیمهٔ نخست قرن نوزدهم... عمل حقوقی و شرح‌های دانشگاهی یکدیگر را نادیده می‌انگاشتند و هر یک مسیر مجزّای خود را پی می‌گرفت. پس از انقلاب ۱۸۳۰ بود که حرکت این

۱. René David and John E. C. Brierley, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Study of Comparative Law** (London, Stevens & Sons, 1978), p.134.

۲. پیشینهٔ این سنّت را می‌توان تا ۱۸۹۰ به عقب بازگرداند. بنگرید به:
Fortsakis, **Conceptualisme et empirisme en droit administratif Français** (Paris, L.G.D.J., 1987), pp.109–20.

۳. Édouard J.-M. Meynial, Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes (Extrait du Livre du centennaire du code civil, publié par la Société d'études législatives, Paris, A. Rousseau, 1904), p.25.Rousseau, 1904), p.25.

۴. Dalloz

۵. Meynial

دو به سوی آشتی آغاز شد. تا پیش از آن، شرح‌های دانشگاهی سرشار از تحقیر کارهای حقوقدانان دست‌اندرکار بود و آن‌ها را معادل کارگرانی غیرماهر می‌انگاشتند ... حتی هفت سال پس از انقلاب نیز در سال ۱۸۳۷، لودرو-رولین[۱] در مقدمه‌ای که بر دورهٔ سوم نشریهٔ «مجله دادگستری»[۲] نوشت با ناراحتی اشاره کرده بود که مناسبات قدیم هنوز هم پابرجاست. در سال ۱۸۴۰ نیز دویلنیو[۳] در ویرایش جدیدش از نخستین جلدهای نشریهٔ «سی‌ری»[۴] سخنان مشابهی را گفته بود. تنها بعد از سال ۱۸۵۲ بود که... شرح‌های دانشگاهی به تدریج نقش سازمان دهندهٔ رویهٔ قضایی را پیدا کردند». [۵]

نشریاتی که در دههٔ ۴۰ قرن نوزدهم پدید آمد معمولاً محصول مشترکِ هر دو گروه حقوقدانان دانشگاهی و حقوقدانان دست‌اندرکار بود و به همین دلیل، نقد و بررسی رأی نیز که در آن‌ها منتشر می‌شد، فرآورده و معطوف به علایق هر دو گروه بود. مطابق گفتهٔ می‌نیال، نقد و بررسی رأی این دوره «متشکّل از نوع ظریفی از ادبیّات حقوقی که ظرفیّت این را دارد که توسّط سردبیر مجموعه به مقاله‌ای نظری یا کاربردی تبدیل شود و در عین حال، مورد توجّه و علاقهٔ هر دو گروه باقی بماند».[۶] می‌نیال معتقد است این واقعیّت که در فرانسهٔ قرن نوزدهم، نقد و بررسی رأی نه تنها توسّط دانشگاهیان، بلکه توسّط حقوقدانان دست‌اندرکار ـ و حتی در مواردی توسّط قضات ـ نیز نوشته می‌شد، می‌تواند تا حدودی توضیح دهد که چرا جهان حقوقدانان دانشگاهی در یک سو و حقوقدانان عرصهٔ عمل و قضات در سوی دیگر، به‌طور سنّتی به کلی از هم جدا نبوده است. هدف اصلی نقد و بررسی رأی‌نویسی تنها تحلیل رویهٔ قضایی نیست –به این معنا که تلاش شود تا منطق پشت تصمیمات آشکار و تشریح شود و بررسی شود که آیا باید نتیجهٔ خاصی که گرفته شده است با نتایج پیشین یا پرونده‌های مشابه سازگار

۱. Ledru-Rollin

۲. the Journal du Palais

۳. Devilleneuve

۴. Sirey

۵. می‌نیال، همان، ص ۴ و ۵.

۶. همان، ص ۲۴.

شود یا خیر؟ و اگر باید چنین شود، چگونه ؟ - بلکه همچنین باید در نظر داشت که شرح‌های حقوقی یا دکترین موجود باید نشان دهد که چگونه قضات در آینده می‌توانند نظام حقوقی را از جایگاه فعلی خود فراتر ببرند. به همین علّت است که می‌نیال تلاش‌های نویسندگان یادداشت پرونده را اقدامی کاملاً سازنده و منطقی توصیف کرده است: دانشگاهیان، حقوقدانان عرصهٔ عمل و قضات از طریق شرح های نوشته شده بر پرونده‌ها، قابلیت این را یافتند که وضعیت فلسفهٔ حقوق و دکترین و نیز رویهٔ قضایی و نگارش حقوقی را ارتقاء دهند. او ادّعا کرده است که «نقد و بررسی رأی‌ها به بهترین و دقیق‌ترین وجه، حرکتِ رویهٔ قضایی به سوی چشم‌انداز بررسی‌های دکترینال را نشان می‌دهد و با نگاه به آن‌ها معلوم می‌شود که این دو حوزه چگونه در طول تاریخ به سوی یکی شدن حرکت کرده‌اند... نقد و بررسی رأی و بررسی‌های دکترینال... قطعاً به زودی به ضروری‌ترین و قدرتمندترین ابزارها برای سازماندهی کلّیّت جهان حقوقی ما تبدیل خواهد شد».[۱] داوسن، نیز همچون می‌نیال، بیان داشته است که:

«نقد و بررسی رأی، در بستر حقوق فرانسوی کارکردی همانندِ میدان نقد آزادانه و تبادل دیدگاه‌ها را ایفا می‌کند. نظراتی که در باب پرونده‌ها طرح شده عبارتند از: اشاره به مسائل خاص، تمامی ظرافت‌های موجود در جرایم و داده‌های پرونده، انگیزه‌های آشکار و پنهانِ تصمیم، و بررسی امکان تطبیق و رفع تعارض رأی صادره با آرای پیشین. همچنین از یادداشت تحلیلی پرونده، انتظار می‌رود که تمامی منابع دکترین را گردآوری کند تا امکان نقد و ارزیابی آن در خصوص مسألهٔ خاصِ مورد بحث فراهم آید. این یادداشت ابزار بسیار انعطاف‌پذیری است که بیانگر مهارت، دانش و نگرش فردی نویسندهٔ آن است، اما نویسندگان یادداشت‌ها باید خود را، علاوه بر علایق و نیازهای همکاران دانشگاهی‌شان، به علایق و نیازهای حقوقدانان دست‌اندرکار نیز ملزم کنند».[۲]

۱. همان، ص ۲۵-۲۶، ۳۱.

۲. John P. Dawson, **The Oracles of the Law** (Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968), pp.398–9.

شایان ذکر است که، می‌نیـال و داوسـن هـر دو در گـزارشِ خـود از نقـد و بررسی رأی‌نویسی در فرانسه، وجود خلّاقیّـت قضـایی را فـرض گرفتـه‌انـد. البتـه، می‌نیال بر این عقیده بـود کـه مطالعـهٔ پدیـدهٔ نقـد و بررسـی رأی‌نویسـی، درک نادرسـت نماینـدگان «تفسـیر دانشـگاهی» (l'école de l'exégèse) در قـرن نوزدهم را آشکار کرده است که تصوّر می‌کردند متن قانون مدنی عموماً سرراست، واضح و غیرقابل مناقشه است و در موارد بحث‌انگیز نیز که به تفسـیر نیـاز باشـد، نیز می‌توان به مشروح مذاکرات قـانون (the travaux préparatoires) مراجعـه کرد. او ادّعا کرده است که آثار «نویسندگان نقد و بررسی رأی» کاری کرده اسـت که به دشواری می‌توان «حقوقدانان متعصّب قرن نوزدهمی را که با غرور و نخوت، عمیقاً به ساختار قاعده‌مند، دقیق و انعطاف‌ناپـذیر قـانون ایمـان داشـتند» جـدّی گرفت.[۱] می‌نیال با بررسی سردبیران نشریات و نویسندگان نقـد و بررسـی رأی در قرن نوزدهم دریافت که هر دو گروه نسبت به این موضوع آگاه بوده‌اند که مطالـب نشریات، گاهی بر توسعه رویهٔ قضایی مؤثر می‌افتد.[۲]

مهم‌ترین و پُرکارترین نویسندهٔ نقد و بررسی رأی در قرن نوزدهم، یک استاد حقوق به نام «جی. ای. لابه»[۳] است.[۴] لابه در فاصلهٔ انتشار نخستین نقد و بررسی رأی‌اش در سال ۱۸۵۹ تا درگذشتش در سال ۱۸۹۴ صدها یادداشت اثرگذار در باب پرونده‌های مختلفی نوشت که کم‌وبیش تمامی موضوعات مطرح در حقوق خصوصی فرانسه را در بر می‌گرفت. اکثر آثار او در نشریهٔ «سی‌ری» منتشر شده‌اند.[۵] داوسن می‌نویسد «او و امثالِ او عمق، غنا و پیچیدگی تفسیر

۱. Meynial, supra n. 12, pp.31–2.

۲. همان، ص ۲۶- ۲۸.

۳. J.-E. Labbé

۴. Fernand Baudet, **Labbé arrêtiste; aperçu générale de ses doctrines en droit civil, thèse pour le doctorat (Sciences Juridiques)**, Faculté de Droit, Université de Lille, 1908 (publ. Lille, C. Robbe, 1908).

۵. برای مطالعهٔ بیشتر بنگرید به:

Meynial, supra n. 12, pp.28–30.

قضات از قوانین را درک کرده و به همکاران خود نشان دادند».[۱] این سنّت درخشان نقد و بررسی رأی در فرانسه به قرن بیستم منتقل شد.[۲]

شاید مشهورترین مصداقی که نقد و بررسی رأی توانسته است بر تصمیم قضایی اثرگذار شود، پروندهٔ «جاندهور علیه گالری بلفورتس» (Jand'heur c. Les Galeries Belfortaises) در سال ۱۹۳۰ است که در آن تصمیم‌گیری دادگاه تمیز تحت تأثیر نقد و بررسی رأی‌های سالی و ژوسراند (Saleilles and Josserand) در خصوص تفسیر تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۳۸۴ قانون مدنی (در باب مسئولیّت مدنی ناشی از «مالکیت اشیاء») قرار گرفت که فرضِ «مسئولیّت شخصِ دارای کنترل بر شئ بی‌جان که به ورود ضرر به دیگری منجر شده است» را اثبات کرده است و مانع از این می‌شود که شخص با اثبات عدم تقصیر خود، از زیر بار مسئولیّت شانه خالی کند.[۳] ژوسراند به‌طور خاص با استفاده از ابزار نقد و بررسی رأی تلاش کرد تا با هدف اثرگذاری بر تفکر دادگاه تمیز دربارهٔ موضوع مسئولیّت مدنی ناشی از مالکیت اشیاء، کمپینی راه بیاندازد، در عوض، سر

۱. Dawson, supra n. 16, p.399.

۲. برای مثال، بنگرید به نقد و بررسی اثرگذار چارلز لیون- کین، وکیل تجاری مشهور قرن نوزدهمی، راجع به تعهدات قراردادی متصدیان حمل و نقل در مقابل مسافرانشان که در کتاب زیر نقل شده است:

Otto Kahn-Freund, Claudine Lévy and Bernard Rudden, **A Source-book on French Law: Systems—Methods—Outlines of Contract** (2nd edn., Oxford, Clarendon Press, 1979), pp.171–6;

و همچنین نقد و بررسی رأی‌های رنه ساواتیه را در اثری که ژان کاربونیه در بزرگداشت او منتشر کرده است، مطالعه کنید:

Jean Carbonnier, "**Notes sur des notes d'arrêts: Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz**", D. 1970, Chron. 137–9.

۳. Cass. ch. réun. 13 Feb. 1930, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter, 1930 S. Jur. 1. 121. DP 1930 1. 57 (note Ripert), DP 1930 1. 121 (note Esmein).

برای ملاحظهٔ ترجمهٔ انگلیسی این پرونده، بنگرید به:

A. T. von Mehren and J. R. Gordley (eds), **The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law** (2nd edn., Boston, Little, Brown & Co., 1977), pp.629–31.

برای مشاهدهٔ بازنشرهای تلخیص شده از نقد و بررسی های ریپر، اسمن و دیگران در خصوص پروندهٔ جاندهور، بنگرید به:

H. Lawson, **Negligence in the Civil Law: Introduction and Select Texts** (Oxford, Clarendon Press, 1950), pp.268–79.

فردریک پالاک تلاش کرد تا به مقابله با تصمیمی بپردازد که مجلس اعیان در پروندهٔ دری علیه پیک (Derry v. Peek) (به فصل پنجم رجوع کنید) به آن رسیده بود.[۱] با ورود دیگر نویسندگانِ نقد و بررسی رأی به فضای اظهار نظر در خصوص پروندهٔ ژاندهور و تأیید تفسیر دکترینال مذکور، موفقیت ژوسراند در اثرگذاری بر تفکر دادگاه تمیز به یک «پیروزی تمام‌عیار» منجر شد.[۲]

دقیقاً همان راهی را که لابه در قرن نوزدهم رفته بود، نویسندگان قرن بیستمی نقد و بررسی رأی مانند ژوسراند، پلانیول، کاپیتان و والین ادامه دادند، با استفاده از نقد و بررسی رأی به عنوان ابزاری که از طریق آن می‌توانستند الزامات، نارسایی‌های احتمالی و همچنین دلایل پشت تصمیمات قضایی و پیشینهٔ دکترینال آن‌ها را بررسی کنند.[۳] ژان کاربونیه دریافته بود که اساس هنر نقد و بررسی رأی، بر لحاظ آن به عنوان فرصتی برای اثرگذاری بر تفکر قضایی آینده قرار دارد؛ از طریق برجسته‌سازیِ دیگر نتایج ممکن، رویکرد و روش و خطوط استدلالی، با نگرش به تصمیمات پیشین دادگاه.[۴] بنابراین، نسل جدید از نقد و بررسی رأی در فرانسه توانسته‌اند به نظام قضایی، نظامی که به‌طور کلّی پاسخگو و گاهی اوقات آمادهٔ مشارکت در گفت‌وگو با دانشگاهیان است، بازخوردهای مناسبی ارائه دهند.[۵]

البته بسیار مهم است که تصویر بسیار خوش‌بینانه‌ای ترسیم نکنیم. آندره تنک متذکر شده است که اگر چه «اثری که برخی از نویسندگان دکترینال بر دادگاه تمیز داشته‌اند چشم‌گیر است» اما «روابط میان قضات و نویسندگان، آنچنان که باید، ثمربخش نیست»، چرا که ایجاز بسیاری از آراء قضایی گاهی باعث شده

۱. به‌طور خاص، بنگرید به:

Louis Josserand, note DH 1930, Chron. 25–9.

۲. Ripert, supra n. 23, p.57.

۳. برای مطالعهٔ بیشتر، بنگرید به:

Jean Roche, "**Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges: Rapport français**" (1980) 31 Travaux de l'Association Henri Capitant 555 at 562–4.

۴. Carbonnier, supra n. 22, p.138.

۵. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, **Principles of French Law** (Oxford, Oxford University Press, 1998), pp.35–6.

است تا مفسّران «مجبور باشند راجع به دلایل و چارچوب آرا به حدس و گمان رو بیاورند».[۱] شاید تا حدی ایجاز بسیار زیاد آراء فرانسوی را بتوان علّت پویایی سنّت نقد و بررسی رأی‌نویسی در فرانسه دانست: فارغ از هر چیز، یک رأی موجز معمولاً دارای نظری مبهم است که آزادی عمل قابل ملاحظه‌ای برای تفسیر فراهم می‌آورد. علاوه بر این، گرایش قضات فرانسوی به خلاصه‌نویسی رأی باعث شده است که نویسندگان نقد و بررسی رأی به لحاظ قانونی بتوانند مسئولیّت هدایت خوانندگان آراء را به موارد مشابه در رویهٔ قضایی برعهده بگیرند، در حالی‌که در حقوق آنگلو ـ آمریکایی این مسئولیّت به‌طور معمول توسّط دادگاه انجام می‌شود. چنانکه گوتال گفته است:

«دکترین... در فرانسه به آن بخش فعال، زنده و پویا از پژوهش‌های حقوقی اطلاق می‌شود که خود را در قالب یادداشت‌های طولانی در ذیل آراء کوتاه قضایی و مقالات فصلنامه‌های حقوقی به نمایش می‌گذارد... اثرگذاری این یادداشت‌ها... بر پیشرفت رویهٔ قضایی بسیار چشم‌گیر است. در فرانسه، دانشگاهیان پیشرو همان کاری را انجام می‌دهند که قضات در انگلستان برعهده دارند و حتی الگوهای استدلال و طول نوشته‌هایشان نیز بی‌شباهت نیست. یادداشت‌های فرانسوی بیشتر به آراء قضایی انگلیسی شباهت دارند، تا آراء دادگاه‌های فرانسوی... در این نظام حقوقی بیشترین بار اظهار نظر، تفسیر و سازندگی بر عهدهٔ استادان حقوق است. از این روست که دانشگاهیان در فرانسه از موقعیّت اثرگذاری برخوردارند».[۲]

رنه داوید با بازگشت تا دهه ۱۹۴۰ دریافته بود که ساختار گفتمان قضایی در انگلستان و ویژگی‌های تأمّلی نظام قضایی انگلیسی، تا حدّی که در سنّت

۱. André Tunc, "**Methodology of the Civil Law in France**" (1976) 50 Tulane L. Rev. 459 at 472. See also Carbonnier, supra n. 22, p.138.

برخی از نوشته‌های آندره تنک ترجمه و مقالاتی درباره او به فارسی نوشته شده است: تنـک، آنـدره، **حقوق ایالات متحده امریکا**، ترجمه حسـین صـفایی، تهـران: انتشـارات دانشـگاه تهـران، ۱۳۵۸؛ بیگدلی، سعید، تطبیق دیدگاه «آندره تنک» در خصوص مبنای مسئولیت مدنی و قراردادی با موضع قانون مدنی ایران، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، دوره ۱۵، شماره ۴۰، زمسـتان ۱۳۹۳، صـفحه ۱۳۳-۱۶۰؛ آندره تنک، مسؤولیت و قراردادها: ترجمه بخشی از کتاب «حقوق مسؤولیت مـدنی»، ترجمـه بابـایی، ایـرج، پژوهش حقوق عمومی، پاییز و زمستان ۱۳۷۸ - شماره ۱، صفحه - از ۱۸۳ تا ۲۰۸. [م.]

۲. Goutal, supra n. 3, pp.64–5.

فرانسوی گرته‌برداری شده است، به مقدار بسیار زیادی در حوزهٔ مسئولیتِ نویسنده نقد و بررسی رأی است.[۱] همچنین لازم به ذکر است که از آنجا که نقد و بررسی رأی اغلب اوقات بر مبنای گفت‌وگوهای غیررسمی میان نویسندگان نقد و بررسی رأی و قضات شکل می‌گیرند، علاوه بر تفسیر، برخی اطلاعات ارزشمند هم ارائه می‌دهد. در واقع، چنانکه دوگرگ اشاره کرده است، گاهی اوقات، نویسندگان نقد و بررسی رأی نقش «قاضی کمکی» را ایفا می‌کردند.[۲]

در اینجا باید متذکّر شویم که دیوان تمیز فرانسه هر سال به شمار بسیار زیادی پرونده رسیدگی می‌کند.[۳] گزارش تمامی این پرونده‌ها در «بولتن دیوان تمیز» «*Bulletin* des arrêts de la *Cour de cassation*» منتشر نمی‌شود. از میان آن پرونده‌هایی که در بولتن منتشر می‌شوند نیز، این‌که کدام یک در مجلّات

۱. David, supra n. 5, pp.140–1.

رنه داوید در دهه چهل در دانشکده حقوق دانشگاه تهران به‌عنوان استاد مدعو درس می‌داده است. کتاب مهم او با عنوان نظام‌های بزرگ حقوقی به فارسی ترجمه شده است. داوید، رنه، **نظام های بزرگ حقوقی**، ترجمه سید حسین صفایی، محمد آشوری، سید عزت الله عراقی، تهران، نشر دانشگاهی، ۱۳۷۷؛ داوید، رنه، اسپینوزی، کامی ژوفره، **درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر**، تهران، ترجمه سید حسین صفایی، تهران، میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۱. [م]

۲. Maryse Deguergue, **Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative** (Paris, L.G.D.J., 1994), pp.739–46.

با توجه به این‌که قضات در دادگاه‌های حقوق اداری فرانسه (juges administratifs) به‌طور معمول به شرح‌های دانشگاهی استناد نمی‌کنند، شاید اظهارات دوگرگ به شرح و بسط نیاز داشته باشد. در دادگاه‌های حقوق اداری چنین شرح‌هایی معمولاً توسط کمیسیونر دولت «Commissaire du Gouvernement» مورد اشاره قرار می‌گیرند. برخلاف آنچه ممکن است از عنوان کمیسیونر دولت به ذهن متبادر شود، این جایگاه هیچ ارتباطی با دولت ندارد، بلکه مسئول ارائه پیشنهاداتی عینی یا جمع‌بندی نظرات در محضر دادگاه است. همهٔ جمع‌بندی‌های ارائه‌شده توسط کمیسیونر دولت بر مبنای پژوهش‌هایی دقیق صورت می‌گیرند و اغلب در نشریات حقوقی منتشر می‌شوند. بنابراین، بهترین تفسیر از اظهارات دوگرگ مبنی بر این‌که گاهی نویسندگان نقد و بررسی رأی به مثابه «دستیار قاضی» عمل می‌کنند این است که با توجه به آنچه در رابطه با قضات حقوق اداری مطرح شد، بگوییم که ممکن است این قضات تحت تأثیر جمع‌بندی‌های محقّقانهٔ کمیسیونر دولت قرار بگیرند. مطابق گفتهٔ بل و دیگران(supra n. 28, p.58) ، «بسته به این‌که این جمع‌بندی‌ها به چه طرفی مایل باشند، تصمیمات قضات تحت تأثیر قرار می‌گیرند. مطالعهٔ تصمیمات «شورای دولتی» از منظر میزان بهره‌ای که از استدلال‌های کمیسیونر دولت برده‌اند، توصیه می‌شود».

۳. Bell et al., supra n. 28, p.48.

معتبر بازنشر گردند به انتخاب سردبیران نشریات یا تصمیم شخصی نویسندگان بستگی دارد که آیا می‌خواهند بر این پرونده یادداشتی بنویسند یا خیر. بنابراین، در هر حال بخت دیده و شناخته شدن هر یک از آرای دیوان عالی تمیز، تا حد زیادی به این بستگی دارد که آیا آن رأی برای نقد و بررسی رأی‌نویسی مناسب است یا خیر.

نقد و بررسی رأی و اثرگذاری

در ابتدای قرن بیست و یکم، نقد و بررسی رأی‌نویسی در فرانسه بیشتر از همیشه به عنوان یکی از روش‌های مناسب برای ارائهٔ تفسیر حقوقی مطرح است. حداقل دو دلیل برای این امر وجود دارد. اول این‌که، نقد و بررسی رأی در فرانسه، در طول نیمهٔ دوم سدهٔ گذشته به یک سبک جاه‌طلبانه در ادبیّات حقوقی تبدیل شده است. مالوری در سال ۱۹۸۰ بیان داشت که هر چند به‌طور سنّتی « نقد و بررسی رأی به بحث در مورد رأی محدود بود، اما امروز نقد و بررسی رأی صرفاً نام نقد و بررسی را یدک می‌کشد، و بیشتر به رساله‌ای در باب این یا آن نکتهٔ حقوقی مبدّل شده است».[۱] (در انگلستان نیز چنین تبدیلی در بخش مربوط به یادداشت پرونده در نقدنامه‌های حقوقی جدید دههٔ ۱۹۹۰ رخ داد).[۲] دلیل دوم این‌که، توجّه قضات به اظهارات یادداشت‌نویسان ـ و البته به کلیت پژوهش‌های حقوقی ـ بیش از پیش آشکار شده است. در ابتدای این فصل متذکر شدیم که

۱. Malaurie, supra n. 6, p.88.

۲. می‌توان به وضوح دید که نقد و بررسی‌های منتشر شده در دو نشریهٔ حقوقی انگلیسی‌زبان مهم دیگر، یعنی نقدنامهٔ فصلی حقوق که در سال ۱۸۸۵ تأسیس شده بود و مجلهٔ حقوقی کمبریج که در سال ۱۹۲۳ افتتاح شده بود، در طول قرن بیستم به تدریج طولانی‌تر شده است. اما تا سال ۱۹۳۲ تنها سه شماره از این نشریه منتشر شد (در این سال بود که با سردبیر شدن پی.اچ. وینفیلد، مجله جایگاه خود را یافت). با این حال، یادداشت‌نویسی پرونده تنها در «نقدنامهٔ حقوقی مدرن» و آن هم در دههٔ پایانی قرن بیستم (۱۹۹۰) بود که به‌طور جدی گسترش یافت. نقطهٔ عطف افزایش حجم این سبک از نگارش، بر طبق مشاهدات چند دههٔ سردبیر «نقدنامهٔ حقوقی مدرن»، یادداشت دیوید میرس در خصوص رأی مشهور مجلس اعیان در پروندهٔ پیر علیه هارت [۱۹۹۲] بوده است (Miers 56 M.L.R. 695 (1993)). پس از صدور این رأی بود که مجله انتشار منظم یادداشت‌های طولانی و استدلالی (علیه رأی صادره) را شروع کرد: برگرفته از نامهٔ راجر برونزورد به نویسنده، ۲۶ می ۱۹۹۹.

دادگاه‌های عالی‌تر در فرانسه به‌طور سنّتی از تأیید صریح پژوهش‌های حقوقی اجتناب می‌ورزند.[۱] با این حال، این سنّت نیز احتمالاً به همان راهی می‌رود که روزی سنّتِ (اکنون منسوخ شدهٔ) اجتناب قضات و مشاوران حقوق انگلستان از استناد به آثار نویسندگان زنده رفت (فصل پنجم را ببینید). در سال‌های اخیر، برخی از حقوقدانان تطبیقی آمریکایی در مقام مقایسه اشاره کرده‌اند که رابطهٔ میان دانشگاهیان و برون‌داد قضایی در فرانسه، به طرز چشمگیری به شرایط موجود در ایالات متحده نزدیک می‌شود. لاسر ادّعا کرده است که دادگاه‌های فرانسوی «مطابق استانداردهای آمریکایی، توجّه شایانی را به نظریات بیان شده توسّط دانشگاهیان و شارحان حقوقی ابراز می‌دارند. اهمّیّت پژوهش‌های دانشگاهی در تحلیل‌های قضات فرانسوی با نگاهی به استناداتشان به مقالات دانشگاهیِ بی‌شمارِ مؤیّد خود، روشن می‌شود».[۲] او نتیجه می‌گیرد که به‌طور کلی، شرح‌های دانشگاهی «نقش بسیار مهمی در طرح تحلیل‌های حقوقی دادستان ها و قاضی گزارش‌دهنده دارد».[۳]

چرا سنّت نقد و بررسی رأی‌نویسی در فرانسه به این میزان محترم و موثر است؟ نقد و بررسی رأی‌ها در انگلستان، عموماً به عنوان یکی از نازل‌ترین اشکال ادبیّات حقوقی محسوب می‌شوند. علّت این امر این است که بخش یادداشت‌های پرونده در نشریات حقوقی اغلب فضایی ابتدایی برای آن دسته دانشگاهیان تازه‌کاری است که هنوز فرصت یا اعتماد به نفس کافی برای انجام پژوهش‌های

۱. شاید ضرورت داشته باشد متذکر شویم که در فرانسه استناد به پـژوهش‌هـای حقـوقی اغلـب در آراء صادر شده در دادگاه‌های تالی صورت می‌گیرند. بنگرید به:
Hein Kötz, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in D. S. Clark (ed.), **Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday** (Berlin, Duncker & Humblot, 1990), pp. 183–95 at 185.

۲. Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, "**Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System**" (1995) 104 Yale L. J. 1325 at 1374.
در حمایت از جملهٔ آخر نقل قول فوق، لسر به گزارش‌های مختلف و جمع‌بندی‌های دیـوان تمیـز از اواخر دههٔ ۱۹۶۰ به بعد استناد می‌کند. همچنین برای مشاهدهٔ مقایسه‌هایی مشابه بنگرید به:
Wells, supra n. 3, pp.114–15.

۳. Lasser, supra n. 37, pp.1375–6.

جدی‌تر را نیافته‌اند. نقد و بررسی رأی ها در ایالات متحده به اندازهٔ مقالات (مطابق استانداردهای انگلیسی) طولانی هستند و در نشریات برخی دانشکده‌های حقوق خاص منتشر و همواره توسّط ویراستاران دانشجو نوشته می‌شوند. اکثر استادان حقوق آمریکا نوشتن چنین شرح‌هایی را دون شأن خود می‌دانند.[۱] پس چرا نقد و بررسی رأی در فرانسه از چنین شأن بالایی برخوردار است؟

حداقل چهار پاسخ احتمالی برای این پرسش وجود دارد. نخست این‌که، نقد و بررسی رأی یک راهبرد بازاریابی ارزشمند برای آن دسته از دانشگاهیانی است که به دنبال بهبود حقوق خود از طریق ارائهٔ مشاوره به وکلا هستند. نویسندهٔ یک نقد و بررسی رأی، معمولاً در موضوعات مرتبط با رأی تخصّص دارد و رسالهٔ خود را در حوزهٔ تخصّصی حقوقیِ ناظر به مباحث رأی، نوشته است. بنابراین، نقد و بررسی رأی ابزاری است تا نویسنده بتواند تخصّص خود را به کسانی که ممکن است به آن نیاز داشته باشند، نشان دهد. دوم این‌که، نویسندگان نقد و بررسی رأی در فرانسه به ندرت جزو تازه‌کاران حقوقی محسوب می‌شوند. یادداشت‌نویسی پرونده به عنوان یک افتخار و وجه تمایز محسوب می‌شود.[۲] یکی از علل این موضوع ـ که همزمان پاسخ سوم ما هم هست ـ این است که نقد و بررسی رأی های فرانسوی بسیار در معرض دید هستند. در سال ۱۹۲۹، یکی از سردبیران نشریهٔ Solicitors از نویسندهٔ گزارش‌های حقوقی دومینیون (the Dominion Law Reports) ستایش کرد برای این‌که در کنار گزارش مهمترین پرونده‌ها، «نقد و بررسی رأی های مرتبط» را نیز آورده بود. این سردبیر در تجلیل از این

۱. البته، یک نوع نسبتاً متفاوت از نقد و بررسی رأی نیز وجود دارد که من در اینجا تلاش دارم کاری مشابه آن را انجام دهم، و آن بخش «پیش‌گفتار» نقدنامهٔ حقوقی هاروارد است. این بخش از سال ۱۹۵۱ تاکنون جایگاه خود را در نشریه باز کرده و متکفّل بررسی کارهای دادگاه عالی است که هر سال توسط یکی از استادان برجستهٔ حقوق اساسی نوشته می‌شود. در نظام دانشگاهی حقوق آمریکا، پیدا کردن فرصت نگارش «پیش‌گفتار» در مجلهٔ هاروارد یک فرصت بسیار ارزشمند تلقی می‌شود. بنگرید به:

Mark Tushnet and Timothy Lynch, "**The Project of the Harvard Forewords: A Social and Intellectual Inquiry**" (1994–95) 11 Constitutional Commentary 463.

۲. Max Radin, "**Sources of Law—New and Old**" (1928) 1 Southern Calif. L. Rev. 411 at 419.

اقدام گفته بود که «علی‌رغم تقدیرهای انجام شده، هنوز چیزهای زیادی هست که می‌توان در تحسین اقدام تازهٔ همکاران کانادایی‌مان بگوییم».[۱] هر چند گزارش‌های حقوقی انگلستان در جلدهای نخست خود دارای یادداشت‌های سردبیر بود (۱۹۳۶ ـ ۱۹۴۰) و در حالی‌که برخی از مجلات تخصّصی گزارش پرونده‌ها و شرح پرونده‌ها را با هم ترکیب کرده بودند،[۲] سنّت رایج نشریات انگلیسی این بود که رویه‌های قضایی و نقد و بررسی رأی را در بخش‌هایی مجزا منتشر کنند. با این حال، چنانکه در بحث فوق نیز اشاره شد، فرانسوی‌ها ترجیح می‌دادند نقد و بررسی رأی‌ها را در گزارش پرونده‌ها و ذیل آراء مرتبط نشر دهند.[۳] نقل نظری که ماکس رادین در سال ۱۹۲۰ بیان کرده است، هر چند اغراق‌آمیز به نظر می‌رسد، جالب است: «تقریباً هر حقوقدان فرانسوی حداقل یکی از مجموعه گزارش‌های دالوز (the Dalloz)، سی‌ری (the Sirey) یا گَزِت دو پَلِه (the Gazette du Palais) را می‌خواند و به نظر آن‌ها مطالعهٔ خلاصهٔ آراء بدون نقد و بررسی‌هایی که در کنار آن‌ها منتشر می‌شود، نامفهوم و بی‌فایده است».[۴] کنار هم قرار دادن پرونده‌ها و نقد و بررسی‌های رأی نه‌تنها به این معناست که احتمال مطالعهٔ دومی توسّط حقوقدانان دست‌اندرکار و قضات بیشتر می‌شود، بلکه همچنین بعید است که نقد و بررسی‌های صریح بدون ارزیابی و واکنش بماند، چرا که نقد و بررسی‌ها به مثابه پاسخ‌هایی فوری است که بلافاصله پس از صدور رأی بیان شده است و این امکان را فراهم می‌کند تا به سادگی با

۱. Anon., "**Law Reports with Editorial Comments**" (1929) 73 Sol. Jo. 241.

۲. برای مثال، مجلهٔ حقوق خانواده حاوی خلاصه‌هایی از اثرگذارترین نقد و بررسی هـای دانشـگاهی آراء حقوقی است که در گزارش‌های حقوق خانواده منتشر می‌شوند. همچنین، نقدنامهٔ حقوق کیفری نیز خلاصهٔ پرونده‌ها و نقد و بررسی های نوشته شده در خصوص آن‌ها را منتشر می‌نمایـد (در خصـوص مثال آخر در فصل ۵ بیشتر بحث خواهیم کرد).

۳. روش فرانسوی استناد به نقد و بررسی رأی ها ایـن اسـت کـه آن‌هـا را ذیـل پرونـدهٔ مـرتبط منتشـر می‌کند. برای مثال:

Jacques Ghestin, note D. 1974, 414 sous Cass. com. 12 févr. 1974. See further Wells, supra n. 3, p.114; Dawson, supra n. 16, p.398; and Tunc, supra n. 29, pp.471–2.

۴. Radin, supra n. 40, p.419.

قضاوت‌های واقعی مقایسه شود.[۱] بنابراین، نقد و بررسی رأی این فرصت را برای شارحان حقوقی فراهم می‌آورد تا به عنوان «قضات در سایه» عمل کنند و مهارت‌های دکترینال خود را نشان دهند و تلاش کنند تا بر آیندهٔ تفکر قضایی اثر بگذارند. این بسیار غافلگیرکننده است که حقوقدانان دانشگاهی مطرح نیز باید به‌طور معمول خود را در قامت و قالب نویسندهٔ نقد و بررسی رأی قرار دهند.

چهارمین پاسخ به پرسشی که پیش‌تر طرح کردیم، به وضعیت حرفه‌ای حقوقدانان دانشگاهی مطرح مربوط است. چنانکه تا به اینجا نشان دادیم، دانشکدهٔ حقوق و نهاد قضاوت در فرانسه به لحاظ تاریخی رابطهٔ نسبتاً نزدیکی داشته‌اند. این رابطهٔ نزدیک تا امروز نیز همچنان برقرار است.[۲] اگر چه ارتباط وضعیت حرفه‌ای حقوقدانان دانشگاهی به این بحث کاملاً قابل توضیح نیست، اما می‌توان آن را با اشاره به این واقعیّت بیان کرد که اکثر دانشگاهیان برجسته قادر بوده‌اند تا صدایشان را به گوش قضات برسانند. همچنین ما باید ماهیّت ذاتاً نخبه گرایِ حقوق آکادمیک در فرانسه را متذکر شویم. همانند کلیت حرفهٔ حقوق در فرانسه، دانشکدهٔ حقوق نیز به‌طور محسوسی از نظامی طبقاتی برخوردار است.[۳] شاخص‌هایی چون پیشینهٔ دانشگاهی، وضعیت اجتماعی، موقعیّت حرفه‌ای و توانایی یافتن مکانی ثابت جهت انتشار مطالب در فصل‌نامه‌های مشهور، همگی شاخص‌هایی هستند که تعیین می‌کنند که آیا یک حقوقدان به طبقهٔ نخبه

۱. البته، از سوی دیگر نقد و بررسی‌های ضعیف نیز به دلیل قرار گرفتن در کنار سایر نقد و بررسی‌ها بیشتر به چشم می‌آید. لذا با توجه به این‌که نقد و بررسی رأی‌ها بسیار در معرض دید قرار دارند، و این واقعیت که نقد و بررسی‌های ضعیف ممکن است به شرمندگی و ناراحتی زیاد نویسنده منجر شود، احتمالاً نویسندگان نقد و بررسی رأی‌ها در نگارش آثار خود رویکردی بسیار محافظه‌کارانه اتخاذ خواهند کرد.

۲. Pierre Bourdieu, "**The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field**" (1987) 38 Hastings L. J. 805 at 822–5 (Eng. trans. R. Terdiman).

۳. Jean Rivero, "**La formation et le recrutement des professeurs des Facultés de Droit françaises**" (1962) 59 Doctrina: Revista de derecho, jurisprudencia y administración (Uruguay) 249 (Rivero's article appears here in both Spanish and French).

برای دریافت اطلاعات بیشتری در خصوص سلسله مراتب حرفه‌های حقوقی در فرانسه، بنگرید به:
Lucien Karpik, **French Lawyers: A Study in Collective Action, 1274 to 1994** (Eng. trans. N. Scott, Oxford, Clarendon Press, 1999), pp.191–206.

متعلّق است یا خیر.[۱] همین ویژگی به تنهایی، دانشگاهیان حقوقی فرانسوی را از دیگر همکارانشان در سایر نظام‌های حقوقی کاملاً متفاوت می‌کند. همچنین افراد متعلّق به طبقهٔ نخبه در فرانسه در قامت متخصّصان حقوق و دولتمرد- حقوقدان از جایگاه بسیار بالایی برخوردارند. بوردیو در سال ۱۹۸۰ متذکر شده بود که «حقوقدانان، به خصوص متخصّصان حقوق بین‌الملل، حقوق اقتصادی یا حقوق عمومی، نقش مشاور دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی را برعهده دارند» و ادّعا کرده بود که در فرانسه، «استادان حقوق نسبت به استادان علوم تجربی یا انسانی شانس بیشتری دارند تا رتبه‌های دانشگاهی را با کسب مقامات قدرت در جهان سیاست یا حتی جهان تجارت پیوند بزنند».[۲] شمار قابل توجّهی از استادان حقوق فرانسوی از مشاغل ممتازی همچون وزارت دولت برخوردار شده‌اند و تعدادی از آن‌ها نیز به عنوان قضات دیوان عالی تمیز فرانسه منصوب شده‌اند.[۳] «همچنین برخی دیگر از آن‌ها سمت مشاور شورای دولتی را دارا هستند، یعنی جایی که پیش‌نویس قوانین در آن نوشته یا ارزیابی می‌شود، و بنابراین به‌طور مستقیم بر روند قانونگذاری نیز اثرگذارند».[۴] فرهنگ حقوقی فرانسه به هیچ وجه نسبت به حقوقدانان دانشگاهی و دیدگاه‌هایشان بی‌تفاوت نیست.

این موفقیت حقوقدانان دانشگاهی فرانسه در کسب احترام و مطالبه تخصّص و قضاوت‌هایشان، آن‌ها را تا حدّی شبیه همتایان آمریکایی خود می‌کند. با این حال، چنانکه دیدیم، بسیاری از استادان حقوقی آمریکا پژوهش‌هایی را انجام می‌دهند که قضات هیچ فایده‌ای در آن‌ها نمی‌بینند. در مقابل، شارحان

۱. Philippe Jestaz and Christophe Jamin, "**The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Writers**" (1998) 18 Legal Studies 415 at 430–3.

۲. Pierre Bourdieu, **Homo Academicus** (Eng. trans. P. Collier, Cambridge, Polity Press, 1988 [1984]), p.51

۳. برای مشاهدهٔ اسامی متصدیان مناصب وزارتی بنگرید به:
Bell et al., supra n. 28, p.36; Jestaz and Jamin, supra n. 48, p.420.
برای مشاهدهٔ اسامی استادان حقوق منصوب شده در دیوان تمیز، بنگرید به:
Jestaz and Jamin, ibid., p.423; and Tunc, supra n. 29, p.471.

۴. R. C. van Caenegem, **Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1987), p.87.

حقوق در فرانسه کمتر پیچیده می‌نویسند و بیشتر به دغدغه‌های قضات گرایش دارند. به‌طور خاص، ارزشی که حقوقدانان فرانسوی برای عمیق و تحلیلی بودن نقد و بررسی رأی‌ها که در کنار گزارش پرونده‌ها منتشر می‌شوند قائل هستند، به این معناست که بدنهٔ دانشگاهی حقوق یکی از اصلی‌ترین تولیدکنندگان بخشی از ادبیّات حقوقی است که عموماً مورد احترام قضات بوده و توسّط آنان خوانده می‌شود. همان‌طور که تروپر[۱] و گرزگورزیک[۲] دریافته بودند، اثرگذاری این متون بر دادگاه‌ها لزوماً «مستقیم و فوری نیست، بلکه یک روند «طولانی مدت» است که نشان‌دهندهٔ رسوخ فزایندهٔ ایده‌های بسیار اثرگذار و ساختارهای فکری در اقدام قضایی است».[۳]

شایان ذکر است گزارشی که از وضعیت فرانسه ارائه کردیم، نشان می‌دهد که چگونه استنادات لزوماً نشانگر مفهوم اثرگذاری نیست. گرچه گرایش فزایندهٔ قضات جدید فرانسوی به استناد به نوشته‌های شارحان، نشانگر نقش مشورتی مهمی است که دانشگاهیان ایفا می‌کنند، اما این نقش به خودیِ خود امری تازه نیست. افزایش استنادات قضات به آثار دانشگاهی، توجّه‌ها را به اثرگذاری نوشته‌های دکترینال بر تفکّر قضایی فرانسه جلب کرده است، اما چنین نوشته‌هایی از نیمهٔ قرن نوزدهم تا کنون اثرگذار بوده است.

در یک جملهٔ بسیار خام، رابطهٔ میان دانشگاهیان و دادگاه‌ها در انگلستان، چیزی در میانهٔ تجربهٔ آمریکا و تجربهٔ فرانسه است. حقوقدانان دانشگاهی انگلیسی، همانند آمریکایی‌ها و برخلاف فرانسوی‌ها، با یک نظام قضایی طرف هستند که به برهان و استدلال توجّه بسیاری دارد. در مقابل، همانند فرانسوی‌ها و بر خلاف آمریکایی‌ها، دادگاه‌های انگلیسی به‌طور سنّتی به تصدیق صریح اثرگذاری دانشگاهی [بر خود] تمایلی ندارند. با این حال، در انگلستان نیز همانند

۱. Troper

۲. Grzegorczyk

۳. Michel Troper and Christophe Grzegorczyk, "**Precedent in France**", in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds), **Interpreting Precedents: A Comparative Study** (Dartmouth, Ashgate, 1997), pp.103–10 at 123.

فرانسه، نمی‌توان از این عدم تصدیق صریح، ضرورتاً نتیجه گرفت که دانشگاهیان بی‌اثر بوده‌اند.

انگلستان

در حالی که نقدنامه‌های حقوقی آمریکا به اعمال قواعد سختگیرانه نسبت به سبک استناد علاقه دارند، همتایان انگلیسی آن‌ها علاقهٔ کمتری به این موضوع نشان می‌دهند. مجلات انگلیسی نه‌تنها فاقد نظام استناد واحد هستند (بیشتر نشریات حقوقی راهنماهایی مختصر و اختصاصی برای نویسندگان تهیه می‌کنند) بلکه همچنین احتمال دارد درون مقالات یا در میان نشریات، تفاوت‌های قابل توجّهی در شکل ارجاع یافت شود. این رویکرد آزادانه نسبت به نحوهٔ استناد الزاماً بد نیست.[۱] نکتهٔ مهمی که در راستای اهدافمان باید بدان توجّه کنیم، تفاوت میان آمریکایی‌ها و انگلیسی‌ها در امر استناد است. این تفاوت‌ها نه تنها در زمینهٔ شکلی، بلکه در خصوص اهمّیّت عملکرد نیز وجود دارد. برای انگلیسی‌ها بررسی‌های استنادی، فهرست مقالات حقوقی پراستناد و اختصاص برخی شماره‌های نشریات به استنادات حقوقی و مسائل پیرامون آن، چندان اهمّیّتی ندارد. خلاصه این‌که انگلیسی‌ها به اندازهٔ آمریکایی‌ها برای استنادات، اهمّیّت و جایگاه قائل نیستند.

همچنین، حقوقدانان دانشگاهی انگلستان در قیاس با همکاران آمریکایی خود، برای استناد به یکدیگر اهمّیّت زیادی قایل نیستند. در شرایطی که در مقاله‌های دانشگاهی استناد چندانی یافت نمی‌شود اما در اظهارنظر یک قاضی مواردی از استناد به این آثار مشاهده می‌شود، ارزش آن استناد چندین برابر می‌شود. اواخر دههٔ ۱۹۸۰، یکی از مدرسان بخش حقوق مدرسهٔ اقتصاد لندن گزارش داده است که استناد مجلس اعیان به مقالهٔ نوشته شده توسّط یکی از همکارانش، مبنای بخشنامه‌ای از سوی ریاست دپارتمان شد که این موضوع را بسیار مهم ارزیابی کرده بود.[۲] در انگلستان دانشگاهیان رشتهٔ حقوق انتظار دارند

۱. Pierre Legrand, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer, Tjeenk Willink, 1999), pp.43–5.

۲. W. T. Murphy, **Book Review** [1987] Public Law 640.

توسّط دیگر دانشگاهیان حقوقی مورد استناد قرار گیرد، اما به ندرت توقع دارند که مورد استناد قضات قرار گیرند. گرچه امروزه محاکم انگلیسی عموماً مایلند تا به نظرات دانشگاهی استناد کنند، چنین امری به هیچ وجه امری رایج و معمول نیست.

ارزش مرگ

چرا حقوقدانان دانشگاهی انگلستان باید به تصدیق قضایی کارشان بها بدهند؟ احتمالاً پاسخ این است که ارزش آن در این است که اغلب قضات به ظاهر به ابراز چنین تصدیقی علاقه ای ندارند. هرچند در ادامه متوجّه خواهیم شد این‌که نظام قضایی انگلستان کلّاً ابتکارات دانشگاهی را نادیده می‌گیرد، تصوّری نسبتاً گمراه کننده است اما این‌که این تصوّر در طول زمان تکامل یافته و پابرجا باقی مانده است، عجیب نیست. به نظر بسیار باورنکردنی، یا حتّی تقریباً مضحک، می‌رسد که بگوییم قضات انگلیسی در گذشته ترغیب می‌شدند تا راهبردی را برای دلسرد کردن حقوقدانان دانشگاهی در پیش بگیرند. با این وجود، باید گفت که به سختی می‌توان برای تضعیف موقعیّت و اعتماد به نفس حقوقدانان دانشگاهی، چیزی بهتر از عرف قدیمی «مخالفت با استناد به نویسندگان زنده در دادگاه‌های انگلستان» طراحی کرد.[1]

استناد محل بحث از سوی لرد گاف در پروندهٔ «مؤسسهٔ دیانوردی اسپیلیادا علیه شرکت با مسؤولیت محدود کانسولکس» صورت گرفته بود:

[1987] (Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.) AC 460, 488 (citing, inter alios, Schuz)

۱. این گونه نبود که این عرف همیشه به‌طور خاص در ارتباط با آثار دانشگاهیان اعمال شود گاهی، قضات پیشنهاد می‌کردند که دادگاه‌ها باید تنها کتب درسی‌ای را لحاظ کنند که توسط اعضای کانون وکلا تهیه شده باشند. در پروندهٔ ری‌تامپسون [۱۹۳۶] (بخش ۶۷۶) بعد از این‌که وکیل مشاور هیأت امنا به ویراست ششم از کتاب دیموند در باب وظایف مالک استناد کرد، قاضی کلاوسون از او پرسید: «می‌توانم نگاهی به این کتاب بیاندازم؟ من فکر می‌کنم که شیوهٔ دادگاه این است که تنها به کتب درسی‌ای نگاه بیاندازد که توسط اعضای کانون وکلا فراهم آمده باشند، و این کتاب چنین نیست» (همان، ۶۸۰). این قاضی در همین پرونده در خصوص استناد وکیل مشاور وراث به ویراست ۲۱ کتاب انصاف اثر اسنل هیچ سخنی نگفت (این کتاب توسط یک مشاور حقوقی تهیه شده بود) بنگرید: همان، ۶۷۹. در موقعیتی دیگر، رییس سابق بخش اسناد و نامه‌ها اعلام کرده بود که کتب درسی نوشته شده توسط وکلا برای استفاده در دادگاه مناسب نیستند: بنگرید تیچبورن علیه ویر (۱۸۹۲) ۶۷ LT 735, 736 لرد اشر هم گفته بود که «کتب درسی‌ای که توسط وکلای در قید حیات نوشته شده‌اند، نباید در دادگاه‌ها منبع نقل قول قرار بگیرند».

از آنجا که اثبات این‌که این موضوع چیزی بیش از یک «عُرف» بوده، سخت است، به نظر نامناسب می‌رسد که مدعی وجود یک «قاعدهٔ مشخّص» در باب مخالفت با استناد به نویسندگان زنده در دادگاه شویم.[۱] اما وکیل مشاور در پروندهٔ ایون (۱۸۵۲) مدعی بود ـ و قضات مسئول جلسه نیز اعتراضی نکرده بودند ـ که «بی‌شک قاعده‌ای وجود دارد که حسب آن، نویسندگان حقوقی نباید در طول حیاتشان به عنوان منبع مورد استناد قرار بگیرند».[۲] با این حال، در پانوشت این سخن اشاره شده بود که «به نظر می‌رسد این قاعده بیش از آنکه پاس داشته شود، مورد نقض قرار گرفته است».[۳] قاضی ککویچ در سال ۱۸۸۷ وقتی دید که استدلال‌های وکلای مشاور در پروندهٔ پیش‌روی خود «تقریباً به‌طور کامل بر

۱. داوسَن، که در اواخر دههٔ ۶۰ میلادی می‌نوشت، این قاعده را «قاعدهٔ رعایت آداب قضایی» می‌نامد که «به تدریج در حال کنار گذاشته شدن است».

John P. Dawson, **The Oracles of the Law** (Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968), p.97.

برخی شارحان دیگر نیز نظر مشابهی دربارهٔ این عرف ابراز داشته‌اند. برای مثال، بنگرید به:

D. L. Carey Miller, "**Legal Writings as a Source in English Law**" (1975) 8 Compar. & Int'l. L. J. of Southern Africa 236 at 240; Hein Kötz, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in D. S. Clark (ed.), **Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday** (Berlin, Duncker & Humblot, 1990), pp.183–95 at 187–90; and Peter Birks, "**Adjudication and Interpretation in the Common Law: A Century of Change**" (1994) 14 Legal Studies 156 at 163.

۲. R. v. Ion (1852) 2 Den. CC 475, 488; 169 Eng. Rep. 588, 594.

۳. همان، ص ۵۹۴. برای مطالعهٔ بیشتر بنگرید به:

Percy H. Winfield, **The Chief Sources of English Legal History** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1925), pp.255–6.

در قرن هجدهم عرف مغایر دیگری شبیه این عرف برقرار شده بود که با استناد به ادبیات حقوق مدنی در دادگاه‌های انگلستان مخالفت می‌کرد. برای نمونه بنگرید به:

Omychund v. Barker (1744) 1 Atk. 21, 37; 26 Eng. Rep. 15, 25;

البته این عرف مانع اثرگذاری ادبیات حقوق مدنی بر روند توسعهٔ کامن‌لا نشد. برای دیدن نمونه‌های چنین تأثیری می‌توانید بنگرید به:

J. W. Tubbs, **The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions** (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000), pp.26–8 (on pre-eighteenth century influences); A. W. B. Simpson, "**Innovation in Nineteenth Century Contract Law**" (1975) 91 L.Q.R. 247; and David Ibbetson, "'**The Law of Business Rome': Foundations of the Anglo-American Tort of Negligence**" (1999) 52 Current Legal Problems 74.

بخشی از اثر قاضی لرد فرای در موضوعی خاص مبتنی است»، تلاش کرد تا دوباره این «قاعده» را اعمال کند. او گفت:

«به نظرم دلایل زیادی برای تأسّف وجود دارد، و یکی از این دلایل تأسّف‌برانگیز که معتقدم تمام قضات صاحب منصب در آن سهیم هستند، این است که روز به روز شاهد نقل قول‌های بیشتری از کتاب‌های درسی در دادگاه هستیم ـ البته منظورم آن دسته از کتاب‌های درسی است که نویسندگانشان در قید حیات هستند ـ و این مسأله باعث شده برخی قضات تا آنجا پیش بروند که بگویند چنین آثاری اصلاً نباید مورد استناد قرار بگیرند».[۱]

توجّه داشته باشید که ککویچ می‌خواست در برابر این جریان بایستد: او «قاعده» را بازگو و بر آن تأکید نمود، زیرا وکلای مدافع به صورت پیوسته آن را نقض می‌کردند. همچنین توجّه کنید که سرزنش‌های ناشی از نقض این قاعده، بیشتر متوجّه وکلای مدافع بود تا قضات.[۲] ککویچ مدعی بود که حتی خودِ لرد فرای نیز در برابر استناد به سخنان نویسندگان زنده در دادگاه محتاط بود.[۳] فرای چنین استدلال می‌کرد که: [به نظر می‌رسد] این برداشت که «آثار نوشته شده یا بازبینی شده توسّط نویسندگان صاحب منصب قضاوت از اعتباری شبه‌قضایی برخوردار است... دست‌کم تا حدودی غلط‌انداز است» زیرا «تفاوت شرایطی که حسب آن یک کتاب نوشته می‌شود و یک رأی صادر می‌شود» را نادیده می‌گیرد.[۴] کمی طنزآمیز است که خودِ ککویچ جهت حمایت از قاعدهٔ موسوم به

۱. Union Bank v. Munster (1887) 37 Ch D. 51, 54.

۲. داوید در اواخر دههٔ ۴۰ میلادی ادعا کرده بود (اما شواهد اندکی در حمایت از این گـزاره ارائـه داده بـود) که گرچه قضات وکلای مشاور را از استناد به نویسندگان زنده در دادگاه منع کرده‌اند، اما وقتی نوبت بـه خودشان می‌رسد، در رویکرد آسان‌گیرانه‌تری را در قبال این عرف در پیش می‌گیرند. بنگرید به:
René David, **Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre** (Paris, Recueil Sirey, 1948), pp.168–9.

۳. Union Bank v. Munster, supra n. 7, at 54 ("In the preface to this very book we have a warning against it by the learned author himself").

۴. Sir Edward Fry, **A Treatise on the Specific Performance of Contracts**, (2nd edn., London, Stevens, 1881), p.vii.
این متن از ویراست‌های بعدی کتاب حذف شد. یک دلیل که می‌توان برای حذف این قسـمت ذکـر کرد این است که این متن از پیشگفتار کتاب گرفته شـده، و احتمـالاً اظهـارات فـرای در پیشـگفتار

«ممنوعیت استناد به افراد زنده»، آن را زیر پا می‌گذارد: او «نمی‌تواند از آوردن نقل قول از فرای اجتناب کند».[۱] جالب تر این‌که، بحث خود فرای این نبود که هیچوقت نباید به سخن نویسندگان زنده در دادگاه استناد کرد، بلکه همان‌طور که برکس می‌گفت، «[بحث] این بود که نمی‌توان با خیال راحت به کتب حقوقی اتکا کرد... و همان کارکردی را که پرونده‌ها به صورت معمول دارند از این کتب انتظار داشت».[۲] شاید مهم‌تر از همه این باشد که، هر چند در آن زمان استناد قضات به نویسندگان زنده بی‌سابقه نبود،[۳] اما، خود ککویچ در فاصلهٔ کمی بیشتر از دو ماه مانده به صدور رأی در پروندهٔ بانک اتحادیه علیه مانستر، این عرف را زیر پا گذاشت.[۴] در واقع، پیش از صدور رأی در پروندهٔ بانک اتحادیه، «او اجازه داده بود تا در دادگاهش کتاب‌های درسی به میزان قابل ملاحظه‌ای مورد ارجاع قرار بگیرند».[۵]

کتابش نیز، به همراه لحن کلی این دوره، به سوی میانه‌روی و نقد درون‌گفتمانی میل کرده است. او در پیشگفتار ویراست نخست خود می‌گوید «این کتاب کوچک را... با خضوع بسیار... به همکاران خودم تقدیم می‌کنم، زیرا نسبت به دشواری‌های موضوعی که دربارهٔ آن نوشته‌ام و بضاعت اندکم جاهل نیستم»:

Sir Edward Fry, **A Treatise on the Specific Performance of Contracts:Including those of Public Companies, with a Preliminary Chapter on the Provisions of the Chancery Amendment Act** (London, Butterworths, 1858), p.iii.

(ویراست نخست کتاب بیش از ۴۵۰ صفحه حجم داشت).

۱. Union Bank v. Munster, supra n. 7, at 54.

۲. Birks, supra n. 4, p.164.

۳. دوازده سال بعد از صدور رأی پروندهٔ بانک اتحادیه علیه مانستر، قاضی بیرن به شرح‌های گوناگونی استناد کرد (از جمله نوشتهٔ فرای در باب اجرای خاص) تا اعلام کند که «برای تشریح حقوق اموال غیرمنقول پیچیدهٔ ما، خوب است تا در غیاب منابع قضایی، به کتب درسی‌ای رجوع کنیم که توسط دادگاه‌ها به عنوان نمایندگان دیدگاه‌ها و اعمال قابل احترام شناسایی شده‌اند»:

Re Hollis' Hospital and Hague's Contract [1899] 2 Ch. 540, 551, 555.

۴. Foster v. Wheeler (1887) 36 Ch. D 695, 698;

قاضی ککویچ بسیار به ویرایش سوم کتاب «قراردادها»ی پالاک استناد می‌کرد.

رأی پروندهٔ فاستر علیه ویلر در تاریخ ۱۲ آگوست ۱۸۸۷ صادر شد، در حالی‌که رأی پروندهٔ بانک اتحادیه علیه مانستر در تاریخ ۳۱ اکتبر ۱۸۸۷ صادر شده بود.

۵. David Pugsley, "**London Tramways (1898)**" (1996) 17 Jnl. Leg. Hist. 172 at 174.

چطور می‌توانیم تغییر گرایش ککویچ را توضیح دهیم؟ پاگسلی می‌گوید که ککویچ تا حد زیادی تحت تأثیر لرد هالسبری، رئیس وقت مجلس اعیان، بوده است و احتمالاً در طول مسافرت طولانی

تلاش‌های قضایی دیگری که برای حمایت از قاعدهٔ ممنوعیت استناد به زنده‌ها صورت گرفت نیز کمتر از کوشش‌های ککویچ سؤال‌برانگیز نیست. قاضی ارشد وگان ویلیامز در سال ۱۹۱۳ اظهار کرد: «فکر می‌کنم که ما هنوز هم در این دادگاه باید این ایدهٔ قدیمی را حفظ نماییم که وکلای مشاور نمی‌توانند از نویسندگان زنده برای موجه ساختن گزاره‌های ابرازی خود، نقل قول بیاورند، به جای آن می‌توانند از جملات این نویسندگان، به عنوان بخشی از استدلال خود استفاده کنند».[۱] در عمق این متن نوعی اعتراف ضمنی وجود دارد که ککویچ آن را آشکار می‌سازد: این‌که همگان حامی عرف ممنوعیت استناد به زندگان نبودند. به نظر می‌رسد وگان ویلیامز سعی دارد استدلال کند که ما باید این عرف را حفظ کنیم، هر چند واقعیّت این است که حرکتی برای کنار نهادن آن آغاز شده بود. صورت‌بندی او از این بحث تعجب‌آور است، زیرا تلاش می‌کند تا اثرگذاری و استناد را از هم جدا کند: هر چند تأثیر پذیرفتن وکیل مشاور از نویسندگان زنده پذیرفتنی است اما اعتراف به این اثرگذاری نادرست است! به سختی می‌توان این دیدگاه را چیزی جز تشویق قضات برای انجام عملی تفسیر کرد که در جمع‌های دانشگاهی به آن «سرقت ادبی» می‌گویند.

بیان مؤدبانه‌تر این دیدگاه توسّط لرد باکمستر در پروندهٔ دونوگو علیه استیونسون ارائه شد. او این‌طور اظهار نمود که «کار نویسندگان زنده، هرچند بسیار ارزشمند است اما در مقام مرجع قابل استفاده نمی‌باشد، هر چند ایده‌هایی که بیان می‌کنند ممکن است شایان توجّه باشد».[۲] چهار سال بعد و احتمالاً تحت تأثیر سخن باکمستر، لرد رایت در پروندهٔ نیکولاس علیه کارخانه شکر الی بیت، به سیزدهمین ویرایش کتاب «حقوق شبه‌جرم» سر فردریک پالاک حدوداً صد ساله

سال ۱۸۸۷، هالسبری (که با پالاک درگیری داشت و احتمالاً نمی‌خواست که شاهد استناد به آثار او در دادگاه باشد) چیزهایی را در گوش ککویچ خوانده باشد.

۱. Greenlands v. Wilmhurst (1913) 29 TLR 685, 687 (CA).

۲. Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562, 567 (HL).

از آنجا که سخنان لرد آتکین در این پرونده نشأت گرفته از دیدگاه‌های پرسی وینفیلد (درگذشته به تاریخ ۱۹۵۳) است، لذا می‌توان گفت که این جمله تقریباً شیطنت‌آمیز به نظر می‌رسد. بنگرید به: Donoghue v. Stevenson at 578–9, 599 (per Lord Atkin); and cf. Percy H. Winfield, "**The History of Negligence in the Law of Torts**" (1926) 42 L.Q.R. 184 at 196.

استناد کرد و بـا اشـاره‌ای شـیطنت‌آمیـز، آن را «اثـری کـه خوشـبختانه مرجـع محسـوب نمـی‌شـود» نامیـد.[۱] در ادامـه خـواهیم دیـد کـه در ایـن دورهٔ زمـانی شاخص‌های متعدد دیگری در گزارش‌های حقوقی موجود است که نشان می‌دهـد تعداد قابل توجّهی از قضات به عرف مخالفت با استناد، توجّه کمی داشتند یـا بـه کلّی به آن بی‌توجّه بودند.

با این وجود، باید تأکید کرد که هر چند حمایت قضایی مستقیم از این عرف، از اواسط قرن بیستم در حال کاهش بود، اما اکثریت قضات همچنان به وفاداری آن ادامه می‌دادند.[۲] پترسون ادّعا کرده بود: «روی‌هم رفته، وکلای مدافع در دههٔ ۱۹۵۰جهت نقض قاعدهٔ عدم استناد، در استدلال‌های ابرازی خود به دادگاه احساس ناتوانی می‌کردند».[۳] برکس با یادآوری دوران دانشجویی خود در ابتدای دههٔ ۱۹۶۰، بیان می‌کند که «استناد به نویسندگان زنده در دادگاه امری استثنائی بود و من این امر را، بدون هیچ سؤالی، به عنوان یک نظم طبیعی پذیرفته بودم».[۴] هود فیلیپس در سال ۱۹۷۰ به تکرار سخنان قاضی لرد وگان ویلیامز پرداخت و گفت که ممکن است «قضات و وکلا و مشاوران... برای دریافت اطلاعات شخصی و یافتن ایده‌ای برای استدلال‌های خود و همینطور پیدا کردن

۱. Nicholls v. Ely Beet Sugar Factory Ltd. [1936] Ch. 343, 349 (CA).

رایت بعد از نقل قول آوردن از «حقوق شبه‌جرم» می‌افزاید: «کلمـات ایـن کتـاب دقیقـاً در پرونـدهٔ حاضر کاربرد دارد، و من آن‌ها را به عنوان بخشی از رأی خودم می‌پذیرم». در دو مـورد از مجموعـه گزارش‌های حقوقی، بـه اشـتباه کلمـهٔ «متأسـفانه» از قـول رایـت نقـل شـده، در حالیکـه او کلمـهٔ «خوشبختانه» را به کار برده بود. بنگرید به:

R. E. Megarry, **Miscellany-at Law: A Diversion for Lawyers and Others** (London, Stevens, 1955), p.328.

پالاک در ۱۸ ژانویهٔ ۱۹۳۷ در سن ۹۱ سالگی درگذشت. این‌که رایت برای پالاک احترام زیادی قائل بود را، علاوه بر شواهد دیگر، می‌توان از این واقعیت دریافت که او دو شرح‌حال بـرای پـالاک نوشـته است. بنگرید به: ➡

(1937) 53 L.Q.R. 151; D.N.B. (1931–1940), pp.711–13.

۲. Lord Diplock, "**A. L. G.: A Judge's View**" (1975) 91 L.Q.R. 457 at 458.

(«امروزه به سختی می‌توان باور کرد که قاعدهٔ مخالفت با استناد به آثـار حقوقـدانان زنـده تـا دوران پس از جنگ جهانی دوم نیز پابرجا باقی مانده بود.»).

۳. Alan Paterson, **The Law Lords** (London, Macmillan, 1982), p.16.

۴. Birks, supra n. 4, p.165.

استنادات به قوانین موضوعه و پرونده‌های گزارش شده» به کتاب‌های درسی نگاهی بیاندازند، اما این «قاعدهٔ کلی» همچنان پابرجاست «که کتاب‌های درسی... هر قدر هم که نویسندگان برجسته‌ای داشته باشند، نباید به عنوان مرجع مورد استفاده قرار بگیرند».[۱] حتی تا همین اواخر در دههٔ ۱۹۸۰ نیز که تعداد آراء دادگاه تجدیدنظر واجد استناد به آثار نویسندگان زنده بسیار زیاد و متواتر شده بود،[۲] باز هم می‌شد ابراز نگرانی‌های برخی از اعضای مجلس اعیان را مشاهده کرد که نسبت به «یکی از خطرهایی که توسّط پیشینیان ما به خوبی درک شده بود اما در دورهٔ جدید گرایش به این است که نادیده گرفته شود» هشدار می‌دادند و می‌گفتند باید از «اتّکاء به کتاب‌های درسی به عنوان مرجعی برای تحلیل تصمیمات قضایی اجتناب کرد».[۳]

جالب‌تر از نفس وجود «عرف ممنوعیت استناد به زندگان»، دلایلی است که در حمایت از آن پیشنهاد می‌شد. حداقل هشت دلیل محتمل ارائه شده است. نخست، بعد از دورهٔ بلک‌استون[۴] در نتیجهٔ افزایش گزارش‌های قانونی، دسترسی به مجموعه‌ای از اصول کامن‌لا ممکن شد و این مسأله تضمین کرد که دیگر به استفاده از کتب درسی برای ارائهٔ تفاسیر دست دوم از پرونده‌ها نیازی نیست.[۵] دوم، نظریهٔ ماهیّت

۱. O. Hood Phillips, **A First Book of English Law**, (6th edn., London, Sweet & Maxwell, 1970), p.222.

۲. Carey Miller, supra n. 4, pp.240, 242–4; and Peter Birks, "**The Academic and the Practitioner**" (1998) 18 Legal Studies 397 at 398.

۳. Johnson v. Agnew [1980] AC 367, 395 (per Lord Wilberforce);

و برای موارد بیشتر، بنگرید به:

Paterson, supra n. 20, pp.17–19; but cf. Lord Wilberforce, "**La Chambre des Lords**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 85 at 95

در این اثر اشاره شده که «یادداشت‌های برخی شارحان خاص... تـأثیر چشـمگیری از خـود برجـای گذاشته است» و تجلیل فراوانی از توانایی آرتور گودهارت در اثرگذاری بر تصمیمات قضایی از طریق یادداشت پرونده‌هایی که در نقدنامهٔ فصلی حقوق (که در آن زمان گودهارت سردبیر آن بود) منتشـر می‌کرد به عمل آمده است. برای بحث‌های بیشتر دربارهٔ گودهارت به منابع زیر مراجعه کنید.

۴. Blackstone's Era

سر ویلیام بلـک‌اسـتون (۱۰ جـولای ۱۷۲۳م – ۱۴ فوریـه ۱۷۸۰م) حقوقـدان، قاضـی و سیاسـتمدار قـرن هجدهمی اهل انگلستان بود. شهرت او مدیون شرح‌هایی است که بر قوانین انگلستان نوشته است. [م.]

۵. Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Intro., iii, 72–3; also Carey Miller, supra n. 4, p.239.

اعلانی قانون است ـ نظریه‌ای که تا اواسط قرن بیستم بسیاری از قضات انگلیسی با اطمینان خاطر به آن استناد می‌کردند -[۱] که در بادی نظر مانع از این بود تا کتاب‌های درسی به عنوان مرجع حقوقی محسوب شوند. آستین[۲] این نظریه را با این عبارت خفیف شمرده است که «افسانهٔ کودکانه‌ای است که قضات ما از آن استفاده می‌کنند و مدعی هستند که نظام قضایی یا کامن‌لا ساختهٔ آن‌ها نیست، بلکه چیزی معجزه‌وار است که هیچکس آن را نساخته، و احتمالاً از ازل وجود داشته است و تنها گاه‌گاهی توسّط قضات اعلان می‌شود.»[۳] لرد اشر در سال ۱۸۹۲ گویی در دام آستین گرفتار شده است، بیان داشت که:

«در واقع، چیزی به نام قانونِ قاضی‌ساخته وجود ندارد، زیرا قضات قانون نمی‌سازند، بلکه صرفاً قانونی که از قبل موجود است را بر شرایط مستحدثه‌ای که پیش‌تر در خصوص آن رأیی صادر نشده است، اعمال می‌کنند».[۴]

نارسایی‌های نظریهٔ اعلانی در آثار دیگر به‌طور کامل مورد بررسی قرار گرفته است و در اینجا بیان آن‌ها مسئلهٔ ما نیست.[۵] آنچه در اینجا برای اهداف ما بیشتر

۱. نظریهٔ «ماهیّت اعلانی قانون» یکی از پذیرفته شده‌ترین اصول در نظام حقوقی انگلستان است. مطابق این اصل، قضات در هنگام صدور رأی، نه «قانون» را می‌سازند و نه آن را تغییر می‌دهند، بلکه صرفاً آن را «اعلام» می‌کنند. [م.]

۲. جان آستین (متولد: ۳ مارس ۱۷۹۰ – ۱ دسامبر ۱۸۵۹) یکی از حقوقدانان و متفکرین انگلیسی تبار قرن نوزدهم میلادی است. او با رویکرد پوزیتیویستی که به قانون داشت از سوی اکثر متخصصان به عنوان خالق مکتب حقوق تحلیلی شناخته شده است. [م.]

۳. John Austin, **Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law**, 2 vols. (R. Campbell (ed.), 5th edn., London, John Murray, 1885), II, p.634.

۴. Willis v. Baddeley [1892] 2 QB 324, 326 (CA).

همچنین برای مشاهدهٔ ادعاهایی کمابیش مشابه، بنگرید به:

Baylis v. Bishop of London [1913] 1 Ch. 127, 137 (per Farwell LJ); Harnett v. Fisher [1927] 1 KB 402, 424 (per Scrutton LJ);

و همچنین برای مشاهدهٔ نمونه‌هایی عینی بنگرید به:

Tom Bingham, **The Business of Judging: Selected Essays and Speeches** (Oxford, Oxford University Press, 2000), pp.25–7.

۵. برای مشاهدهٔ متنی که احتمالاً هنوز هم بهترین توضیح دربارهٔ عیوب این نظریه است، بنگرید به:

John Chipman Gray, **The Nature and Sources of the Law** (2nd. edn., New York, Macmillan, 1921), pp.93–103, 219–33.

برای مشاهدهٔ نمونه‌ای از نقد قضات بر این نظریه، بنگرید به صفحات ۲۸ تا ۳۰ اثر بینگهام، که در پانوشت ۳۵۳ مورد اشاره قرار گرفت.

اهمّیّت دارد، این واقعیّت است که پذیرش این نظریه، ظاهراً به معنای غیرمرجع دانستن تمامی نظرات غیرقضایی است. احتمال استناد به شرح‌های دانشگاهی در دادگاه، از سوی کسی که قائل به نظریهٔ اعلانی باشد، بسیار بعید است، زیرا در نظر او، حقوقدان نهایتاً یک شارح خوب قانون محسوب می‌شود و نه چیزی بیشتر.

سومین دلیل محتملی که در تأیید عرف مذکور مطرح می‌شود، ترس از رنجاندن دیگران است. ممکن است علّت مخالفت قاضی با استناد به آثار حقوقدانِ «الف» که در قید حیات است، نگرانی او از رنجش دیگر حقوقدانان زنده‌ای باشد که نظریات خود را به اندازهٔ نظریات «الف» مرجع و مرتبط با پرونده می‌دانند. قضات از طریق اکتفا به استناد به آثار حقوقدانانی که در قید حیات نیستند، احتمال ایجاد تنش و ناراحتی در جامعهٔ حقوقدانان را کاهش می‌دهند: به هر حال افرادی که نادیده گرفته شدن آثارشان را می‌بینند، خود را با این فکر تسلّی می‌دهند که ممکن است وقتی مُردند با آن‌ها به صورت متفاوتی رفتار شود.[۱]

چهارم، وجود این عرف می‌تواند مطلوب باشد، زیرا مانع یا کاهندهٔ استناد قضایی به شرح‌های ضعیف یا غیرمتفکّرانه است. مگاری استدلال کرده است که «گذشت سالیان و فعالیت‌های ویراستارانِ کتاب‌های نویسندگان درگذشته، باعث اصلاح یا حذف لغزش‌ها می‌شود و بنابراین، ماحصل کار، قابل اعتمادتر می‌باشد».[۲]

پنجمین دلیل حمایتی که مطرح می‌شود، این است: همان‌طوری که سبک نگارش رأی قضایی در آمریکا باعث شده تا در استناد به آثار حقوقدانان زیاده‌روی

۱. آنر شواهدی یافته است که نشان می‌دهد احتمالاً وجود عامل «ترس از رنجش و ایجاد ناراحتی دیگران» می‌تواند توضیح دهد که چرا در اواخر دورهٔ کلاسیک رومی حقوقدانان از استناد به آثار معاصران زندهٔ خود اجتناب می‌کردند. «آن‌ها احتمالاً نسبت به خطر رنجاندن یا رنجیده شدن حساس بودند. استفاده کردن از نظرات یک نویسندهٔ مُرده برای تأیید سخنان خود آسان‌تر و امن‌تر است»:
Tony Honoré, **Ulpian** (Oxford, Clarendon Press, 1982), p.218.

۲. Megarry, supra n. 18, p.328.
مگاری دلیل دیگری را نیز ذکر می‌کند: «برخی از نویسندگان زنده نیز هستند که مشاهدهٔ ظاهر و رفتارهایشان امکان اعتماد به نوشته‌هایشان را سلب می‌کند؛ در مقابل، افراد مُرده اغلب سرنخ‌های اندکی باقی گذاشته‌اند تا بدانیم که چگونه افرادی بوده‌اند و تنها چیزی که بر جای گذاشته‌اند آثاری است که در طول قرون کمک‌کار آموزش دانشجویان و حلّ و فصل مشکلات دادگاه‌ها بوده است»: همان.

شود، سبک انگلیسی دقیقاً خلاف جهت این وضع عمل می‌کند.[۱] چنانکه لاوسُن نیز بیان کرده است، آراء تجدیدنظر انگلستان:

«بلافاصله بعد از اتمام بحث‌های شفاهی یا با فاصلهٔ زمانی بسیار کوتاهی پس از آن، توسّط قضات به صورت شفاهی صادر می‌شوند... قضات برای انجام پژوهش‌های بیشتر به خانه نمی‌روند و یاری‌کنندگانی مانند منشی‌های قضایی آمریکا نیز ندارند... برای آنکه به قضات فرصت کافی برای تأمّل داده شود، رأی می‌تواند تا مدّتی مراعا بماند؛ و شکی نیست که رأی نوشته شده، از قطعیّت بیشتری برخوردار است. اما چنین رأیی نیز در همان حدود کلّی رأی شفاهی است».[۲]

یک قاضی آمریکایی، پس از مشاهدهٔ بحث‌های ارائه شده در یک دادگاه تجدیدنظر در اکتبر سال ۱۹۹۵، در رابطه با یک پروندهٔ خاص اظهار داشت که:

«وکیل مدافع حدود نیم ساعت بحث کرد... قضات برای اعلام رأی حداکثر ۵ دقیقه تنفس کردند و آنگاه به مسند قضاوت بازگشتند و قاضیِ رییس جلسه، بدون هیچ وقفه‌ای، رأیی را اعلام کرد... سپس رونوشتی از رأیی که شفاهاً اعلام شده بود به قاضی داده شد و او اصلاحاتی فوری انجام داد که تقریباً همهٔ آن‌ها در حدّ نقطه‌گذاری بود... وقتی می‌بینی که رسیدگی قضات انگلیسی به هر پرونده، شامل نیم‌ساعت استماع استدلال‌های وکیل مدافع بدون ارائهٔ هیچ خلاصه‌ای، و بدون بیان ترافعی و بدون کمک منشی‌های قضایی و حتی بدون داشتن زمان کافی برای تأمّل است، مطابق استانداردهای آمریکایی، عملکرد رییس جلسه در جمع‌بندی فی‌البداههٔ یک رأی خوب و جامع، فوق‌العاده است».[۳]

۱. برای مشاهدهٔ نقد یک قاضی آمریکایی بر سبک نگارش رأی کشورش و گرایش به استناد افراطی به آثار حقوقدانان در آمریکا، بنگرید به:
Abner J. Mikva, "**Goodbye to Footnotes**" (1985) 56 Univ. Colorado L. Rev. 647.

۲. F. H. Lawson, "**Comparative Judicial Style**" (1977) 25 Am. J. Compar. Law 364 at 364–6.

۳. Richard A. Posner, **Law and Legal Theory in England and America** (Oxford, Clarendon Press, 1996), p.126.

از آنجا که فرآیند صدور رأی در انگلستان یک سنّت اساساً شفاهی است، «لذا استناد به آثار حقوقدانان به اندازهٔ برخی کشورهای حقوق نوشته و همچنین ایالات متحده رواج ندارد».[۱] هر چند واضح است که استناد به ادبیّات دانشگاهی در آراء صادره از سوی قضات غیرممکن نیست و حتی این کار ـ فارغ از این‌که از سوی دادگاه پذیرفته می‌شود یا خیر ـ برای مشاوران آسان‌تر است تا به صورت غیررسمی در استدلال‌های خود به چنین ادبیّاتی استناد کنند، باید اذعان کرد که فرهنگ قضایی شفاهی در مقایسه با فرهنگ نوشتاری، به میزان کمتری افراد را به استناد تشویق می‌نماید.[۲]

ششمین دلیلی که احتمالاً در تأیید عرف مذکور ارائه می‌شود، نه به نحوهٔ نگرش قضات به دانشگاهیان، بلکه به تلقّی دانشگاهیان از خود مرتبط است. محیطی که حقوقدان دانشگاهی مدرن انگلیسی در آن قرار دارد، یک محیط به شدت رقابتی است. استخدام و ارتقاء شغلی در وهلهٔ نخست به دستاوردها و جاه‌طلبی‌های پژوهشی فرد بستگی دارد. امروزه کسی که اثری منتشر نکرده است ـ چه به جهت نداشتن پشتکار یا کمبود استعداد یا اعتمادبه‌نفس ـ بعید است بتواند در این محیط دوام بیاورد، البته بر فرض این‌که، ابتدا بتواند وارد این محیط بشود! اما شرایط همیشه این‌طور نبوده است. در ابتدای دههٔ ۱۹۷۰، یکی از استادان برجستهٔ حقوق آکسفورد در مصاحبه با یک روزنامهٔ سراسری اعلام کرده بود که نه ارزشی برای انجام پژوهش قائل است و نه فرصت آن را دارد.[۳] البته

هر چند که بدون شک پاسنر در معطوف ساختن توجهات به استعداد بداهه‌گویی قضات انگلیسی محق است، اما باید متذکر شد که دادگاه تجدیدنظر پیش از جلسهٔ استماع، نسبت به تشخیص قانون متناسب با پرونده اقدام می‌نماید و تصمیم‌گیری در این خصوص در اثنای جلسه صورت نمی‌گیرد. برای اطلاعات بیشتر بنگرید به:

Lord Mustill, "**What do Judges do?**" [1995–96] no. 3 Juridisk Tidskrift 611 at 621.

۱. Kötz, supra n. 4, p.189.

۲. Walter J. Ong, **Orality and Literacy: The Technologizing of the Word** (London, Methuen, 1982), p.34.

۳. Jilly Cooper, "**A Bird for High Table**", Sunday Times, 14 January 1973, pp.25–26 at 25

نتیجه‌گیری بر پایهٔ همین یک جمله، غیرمسئولانه است، اما شواهد دیگری نیز از آن دوره وجود دارند که اصل سخن را تأیید می‌کند. انان یک دهه پیشتر با ارائهٔ این نظریه که هدف بنیادین دانشگاه بارورسازی حیات ذهنی انسان است، ابراز کرده بود که علّت باقی ماندن رشتهٔ حقوق - «(چنانکه در انگلستان آموزش داده می‌شود) به صورت آشکاری صرفاً فنّی است و به آن به دیدهٔ پیش‌زمینه‌ای برای اشتغال نگریسته می‌شود» - در فهرست رشته‌های دانشگاهی، «رازآلود باقی مانده است».[۱] بریج در سال ۱۹۷۵ نوشته است که «اگر حقوقدانان دانشگاهی صادق باشند، تصدیق خواهند کرد که پژوهش‌های حقوقی اندکی انجام شده است».[۲] او نتیجه گرفته بود که هرچند حقوقی‌های دانشگاهی «قطعاً از سطح تکنیسین بودنِ صرف، فراتر رفته‌اند»، اما «هنوز هم نتوانسته‌اند رشتهٔ خود را به اندازهٔ سایر رشته‌های دانشگاهی ارتقا دهند».[۳]

تاریخ به تنبلی حقوقدانان دانشگاهی گواهی می‌دهد. وینستنلی در کتاب خود به نام «کمبریج در ابتدای دورهٔ ویکتوریایی» نوشته است که «دانشکدهٔ حقوق به‌طور کلّی به عنوان پناهگاهی برای کسانی که از کار فکری بیزار بودند، شناخته شد».[۴] نخستین کرسی حقوقی در انگلستان، یعنی کرسی وینرین،[۵] تا سال ۱۷۵۸ تأسیس نشده بود: پیش از انتصاب بلک‌استون به این جایگاه «هرگز، در هیچ جایی، کسی تحت عنوان استاد کامن‌لا وجود نداشت».[۶] وقتی حدود چهل و پنج سال بعد، یک کرسی حقوق انگلستان در کالج کینگ لندن افتتاح

از زبان یک استاد برجستهٔ حقوق آکسفورد نقل کرده بود که: «سر من آنقدر شلوغ است که نمی توانم هیچ پژوهشی انجام بدهم. از این گذشته... اصلاً مگر پژوهش چیزی جز نقل کردن گفته‌های افراد دیگر با درجات مختلفی از دقت و امانت است؟».

۱. Noel Annan, "**The Universities**" (1963) 20(4) Encounter 3 at 10.

۲. J. W. Bridge, "**The Academic Lawyer: Mere Working Mason or Architect**?" (1975) 91 L.Q.R. 488 at 494.

۳. همان، ص ۵۰۱.

۴. D. A. Winstanley, **Early Victorian Cambridge** (Cambridge, Cambridge University Press, 1940), p.3.

۵. The Vinerian Chair

۶. Birks, supra n. 23, p.398.

شد، متصدّی آن افشا کرد که وکلای همکارش از او خواسته‌اند تا این پست را نپذیرد، زیرا «جایگاه یک استاد حقوق در شأن و مقام یک حقوقدان دست‌اندرکار نیست؛ خلاصه این‌که این جایگاه تنها به درد کسانی می‌خورد که هیچ کار دیگری برای انجام دادن نداشته باشند».[۱] هر چند در دهۀ ۱۸۷۰ دانشکده‌های حقوق آکسفورد و کمبریج افتتاح شد، اما دایسی در سال ۱۸۸۳ طی سخنرانی افتتاحیۀ خود در مؤسسۀ قبلی گفته بود: «این‌که تا همین اواخر جایگاهی به نام استادی حقوق وجود نداشت» ما را به یقین می‌رساند که نمی‌توان از چیزی به نام «تاریخ حقوق انگلستان سخن گفت».[۲] در همان سال پالاک در سخنرانی افتتاحیۀ خود در کمبریج به نکته‌ای ناراحت‌کننده‌تر اشاره کرد. او اعتراض کرده بود که «مطالعۀ علمی و نظام‌مند حقوق هدفی است که هنوز هم افراد کمی در این سرزمین به دنبال آن هستند و افراد زیادی آن را مورد تمسخر و تحقیر قرار می‌دهند».[۳] البته آن اندک افرادی که در آن زمان چنین هدفی را دنبال می‌کردند؛ متفکرانی چون انسون، برایس، ماین و میتلند (و صدالبته دایسی و پالاک) ـ اکنون در زمرۀ بزرگترین حقوقدانان انگلیسی محسوب می‌شوند. با این حال، نسل آن‌ها جانشینان اندکی داشت.[۴] برایس در سال ۱۸۹۳ در سخنرانی تودیع خود از آکسفورد گفته است:

۱. J. J. Park, **The Dogmas of the Constitution: Four Lectures, being the First, Tenth, Eleventh, & Thirteenth, of a Course on the Theory & Practice of the Constitution** (London, B. Fellowes, 1832), p.2; and see also Bridge, supra n. 38, p.490.

۲. A. V. Dicey, **Can English Law be Taught at the Universities?** (London, Macmillan & Co., 1883), p.22.

۳. Frederick Pollock, **English Opportunities and Duties in the Historical and Comparative Study of Law** (London, Macmillan & Co., 1883), p.5.

۴. Brian Abel-Smith and Robert Stevens, **Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System, 1750–1965** (London, Heinemann, 1967), pp.166–8;

و همچنین:

F. H. Lawson, "**Doctrinal Writing: A Foreign Element in English Law?**", in E. von Caemmerer, S. Menstschikoff and K. Zweigert (eds), Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, 2 vols., (Tübingen, Mohr (Seibeck), 1969), I, pp.191–210 at 200

«ما حتی در قلب لندن نیز کمتر از آنچه انتظار داشتیم در تربیت گروهی از حقوقدانان جوانی توفیق یافتیم که علاقه‌ای باثبات به تاریخ حقوق و اندیشه‌های حقوقی داشته باشند. تعداد افرادی که در انگلستان به چنین موضوعاتی اهمّیّت می‌دهند، به‌طور غیرقابل انکاری اندک است. این میزان به لحاظ کمّی و میزان اثرگذاری بر جامعهٔ حقوقی از تمام کشورهای متمدّن دیگر کمتر است؛ و آنقدر کُند رشد می‌کند که می‌توان گفت موجب بی‌اعتباری فعالیت‌های دانشگاه‌ها شده است».[۱]

حقوق دانشگاهی در طول نیمهٔ نخست قرن بیستم به عنوان حرفه‌ای نسبتاً رو به زوال و مبتدیانه باقی ماند. اصلاً مهم نبود که قضات رغبتی برای استناد به نوشته‌های دانشگاهی در دادگاه نداشتند، زیرا همان تعداد اندک دانشگاهیان هم اغلب علاقه‌ای به نوشتن نداشتند. بل در سال ۱۹۹۹ در سخنرانی خود در مجمع مدرسان دولتی حقوق گفت که هیچ یک از دو استادی که قبلاً نقش ریاست این جامعه را برعهده داشتند، اشتغالی به پژوهش نداشته‌اند. «نه پروفسور فیلیپس (ریاست سال ۱۹۱۴) و نه پروفسور هاگز (ریاست سال ۱۹۳۱) مطلب قابل توجّهی ننوشته‌اند. برای آن‌ها موضوعاتی که درباره‌شان چیزی نوشته‌اند، سرگرمی محسوب می‌شد، و برای پروفسور هاگز دقیقاً مانند ماهیگیری در خانهٔ ولز شمالی بود».[۲] لسکی در سال ۱۹۲۹ به هولمز نوشت: «به جز متصدیان پست‌هایی مثل

در این آثار به «سقوط کلی در کیفیت و کمیّت فعالیت فکریِ در بین حقوقدانان پس از دورهٔ شکوهمند ویکتوریایی» اشاره شده است.

۱. James Bryce, "**Legal Studies in the University of Oxford**" (1893), in his Studies in History and Jurisprudence, 2 vols. (Oxford, Clarendon Press, 1901), II, pp.504–25 at 518.

۲. John Bell, "**Research and the Law Teacher**" (2000) 20 S.P.T.L. Reporter 5–7 at 5.

دبلیو. تی. اس. استالیبراس سخنرانی ریاست خود در مجمع مدرسان دولتی حقوق در سال ۱۹۴۸ را با تلفیق صراحت لهجه و نشان دادن بی‌میلی شخصی خود آغاز کرده بود: «من متأسفم که هرگز نیاموختم و در طول دو سال گذشته نیز وقتش را نداشتم تا بیاموزم و حتی وقت این را نداشتم که چیزهایی که می‌خواهم بگویم را بنویسم... متأسفم که سخنانم ممکن است با سخنرانی‌های قدیمی‌ام هم‌پوشانی داشته باشد، با این حال، حتی وقت آن را نداشته‌ام که آن‌ها را بازخوانی کنم»:
W. T. S. Stallybrass, "**Law in the Universities**" (1948) n.s. 1 J.S.P.T.L. 157.
سپس استالیبراس صحبت دربارهٔ تدریس حقوق در دانشگاه‌ها را آغاز کرد و در نهایت نتیجه گرفت که: «گرایش شدیدی به تخصص‌گرایی» در میان مدرسان حقوق دانشگاه وجود دارد. (همان، ص ۱۶۵)

کرسی وینرین، سایر مدرسان حقوق مجموعه‌ای از افراد حقیری هستند که بیشتر به این دلیل تدریس می‌کنند که نمی‌توانند در وکالت به موفقیت برسند». او پژوهش را «هدفی جانبی در مشاغل حقوقی و نه غایت اصلی و محور سازمان‌دهی آن‌ها» می‌دانست.[۱] گرایش حقوقدانان دانشگاهی انگلیسی به خودکم‌بینی، چهار سال قبل از این نیز مورد توجّه لسکی قرار گرفته بود، زمانی که او به مهمانی شام مجمع مدرسان دولتی حقوق رفته بود و مشاهده کرده بود که «قضاتی که مهمان بودند، بجز دو نفر، حس برتری بی‌حدّ و حصری داشتند»، درحالی‌که دانشگاهیان «کاملاً حس حقارت» داشتند».[۲] بیست و پنج سال بعد نیز، نکات تقریباً مشابهی در سخنرانی افتتاحیهٔ گوئر در مدرسهٔ اقتصاد لندن بیان شد:

«هیچ چیز به اندازهٔ جوّ فروتنانهٔ مسخره‌ای که معمولاً پس از سخنرانی از موضع بالای قضات عالیجناب در گروه‌های دانشگاهی به راه می‌افتد، منزجرکننده نیست. بی‌شک یک روانشناس با مشاهدهٔ چنین حرکتی تشخیص خواهد داد که منِ دانشگاهی از حقارت درونی رنج می‌برم. دقیقاً همینطور است. سخن من همین است که مدرّسان حقوق انگلستان از عقدهٔ حقارت حاد رنج می‌برند و این برای کلّیت حرفهٔ ما بد است».[۳]

۱. Laski to Holmes, 21 May 1933, in **Holmes-Laski Letters**, supra n. 48, II, p.1441.

۲. Laski to Holmes, 13 July 1925, ibid., I, p.763.

همچنین برای مشاهدهٔ نمونه‌ای مشابه بنگرید به:

Laski to Holmes, 23 July 1932, ibid., II, pp.1398–9.

برای مطالعه در خصوص تلاش‌های ناکام لسکی برای تغییر رویکردها در قبال حقوق دانشگاهی و آموزش حقوقی در انگلستان، بنگرید به:

Abel-Smith and Stevens, supra n. 45, pp.183–5.

۳. L. C. B. Gower, "**English Legal Training: A Critical Survey**" (1950) 13 M.L.R. 137 at 198.

گوئر در سخنرانی ریاست خود در مجمع مدرسان دولتی حقوق در سال ۱۹۷۷ شرح داده بود که بزرگان حقوقی، لرد چورلی، سردبیر اصلی نقدنامهٔ حقوقی مدرن را به محضر خود فراخوانده و سرزنش کرده بودند که چرا سخن گوئر را منتشر کرده است که تعداد زیادی از قضات با دانشگاهیان از موضع بالا برخورد می‌کنند. بنگرید به:

L. C. B. Gower, "**Looking Back**" (1978) n.s. 14 J.S.P.T.L. 155;

همچنین:

Cyril Glasser, "**Radicals and Refugees: The Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship**" (1987) 50 M.L.R. 688 at 703–5.

تا به اینجا با توجّه به وضعیت حقوق در دانشگاه‌ها و جایگاه حقوقدانان دانشگاهی، بسیار عجیب است که ببینیم حتی یک مورد در دادگاه، به شرح‌های دانشگاهی استنادی صورت بگیرد. حرفهٔ حقوق دانشگاهی، اگر قائل به وجود چنین حرفه‌ای باشیم، به وضوح دچار کمبود شخصیت بوده است. بریج در دههٔ ۱۹۵۰ بیان کرده است که «دانشکده‌های حقوق در دانشگاه‌ها تأسیس شده‌اند اما... پژوهش حقوقی زیاد نضج نگرفته است».[۱]

تا اواسط دههٔ بعد نیز، شرایط چندان تغییر نکرده بود: «دانشکده‌های حقوق... هنوز هم در میان سایر دانشکده‌های دانشگاه‌ها و همچنین حرفهٔ حقوقی اعتبار ندارند. به‌طور کلی، دپارتمان‌های حقوقی کوچک و به لحاظ امکانات ضعیف هستند و در جذب استعدادهای برتر حوزهٔ حقوق ناکام مانده‌اند».[۲]

با این حال، از دههٔ ۱۹۶۰ به بعد، حرفهٔ حقوق دانشگاهی به سرعت در حال توسعه است. مجمع مدرسان دولتی حقوق در سال ۱۹۷۴، بیش از ۷۰۰ عضو استاد داشت، در حالی‌که در سال ۱۹۵۳ این تعداد فقط ۲۰۰ نفر بود.[۳] این مجمع امروزه تقریبا ۲۵۰۰ عضو دارد.[۴]

امروزه دادگاه‌های انگلیسی تمایل بیشتری برای اجازهٔ استناد و حتی استناد به شرح‌های دانشگاهی دارند، زیرا این شرح‌ها، همانند کلیت فضای حقوق دانشگاهی، اعتبار بسیار بیشتری پیدا کرده‌اند. در انگلستان هرگز حقوقدانان دانشگاهی چنین حجم بالایی از ادبیّات تخصّصی را تولید نمی‌کردند. هر چند تعداد کمی از وکلای مدافع و قضات ـ بدون لحاظ توان ـ خواهان مطالعهٔ تمامی این ادبیّات هستند، اما می‌توان گفت که شمار اندکی از آن‌ها خواستار یا قادر به نادیده گرفتن کلّیت این ادبیّات هستند. در نیمهٔ دوم قرن بیستم، نه‌تنها حرفهٔ حقوق دانشگاهی در انگلستان به‌طور چشمگیری رشد کرده بود، بلکه بسیار سازمان‌یافته‌تر، پر بارتر، رقابتی‌تر، دارای اعتماد به نفس و توانایی جهت ارائهٔ

۱. Bridge, supra n. 38, p.493.

۲. Abel-Smith and Stevens, supra n. 45, p.375.

۳. Bridge, supra n. 38, p.493.

۴. Peter Niven, Administrative Secretary, SPTL, e-mail to author, 30 May 2000.

توصیه‌های حرفه‌ای و نقّادانهٔ مناسب به حقوقدانان عرصهٔ عمل و نیز تا حدی به قضات، شدند. ساده‌تر این است که بگوییم وجود عرف مخالفت با استناد، نشانگر بی‌فرهنگی قضایی است؛ با این حال نگاهی به تاریخ حقوق دانشگاهی انگلستان، به خصوص در نیمهٔ نخست قرن بیستم، ما را به ناچار با این پرسش مواجه می‌کند که چرا قضات باید به حوزه‌ای که اینقدر عقب‌مانده و فاقد اعتماد به نفس است، اهمّیّت بدهند و از آن انتظار دریافت توصیه داشته باشند؟

البته، این به معنای تبرئه نظام قضایی نیست. می‌توان برای دلایل دیگر نیز کمابیش به همین اندازه اهمّیّت قائل شد. هفتمین دلیلی که در حمایت از عرف ضدیّت با استناد ارائه شده، به‌طور خلاصه این است که شارحان دانشگاهی از دغدغهٔ تطبیق نظراتشان با رویهٔ قضایی معاف بودند. لذا اگر شرحی پس از انتشار، عجولانه به عنوان مرجع صدور رأی قرار می‌گرفت، خطر این وجود داشت که نویسنده بعدها نظر خودش را تغییر دهد و در نتیجه این مرجع حقوقی، دچار عدم‌قطعیت شود. یکی از شارحان این چالش قضایی را چنین شرح می‌دهد:

«یک اثر نمی‌تواند مرجعیتی بیشتر از نویسنده‌اش داشته باشد. فرض کنیم که نویسنده نظر خود را به دلایلی تغییر دهد. آنگاه ما چه چیزی را می‌توانیم به عنوان مرجع قرار دهیم ـ نظر منتشر شده در اثر یا آنچه بعداً نویسنده‌اش می‌گوید؟ مگر موقعیّت قاضی چگونه است که استناد به یک منبع زنده، او را تحت فشار قرار می‌دهد؟ قاضی باید رأی خود را که در مقام یک قاعده خواهد بود، بر یک مرجع استوار کند، اما اغلب اشخاص زنده‌ای که در موقعیّت قضاوت نیستند به چنین کاری نیاز ندارند».[۱]

به نظر می‌رسد لازم است کسی این استدلال را زیر سؤال ببرد. می‌توان به سادگی گفت که هر جا نویسنده نظر خود را در موردی تغییر داد، نشان‌دهندهٔ این است که قاضی در پذیرش ایدهٔ ابتدایی نویسنده، همانند نویسنده، دچار اشتباه شده است. گاهی تغییر نظر نویسنده، به تأسی از تغییر قانون است، در این

۱. Borris M. Komar, "**Text-Books as Authority in Anglo-American Law**" (1923) 11 Calif. L. Rev. 397 at 403; and cf. Ford Motor Co. Ltd. v. A.E.F. [1969] 2 All ER 481, 491, QBD (per Geoffrey Lane J).

مورد نه‌تنها نشان دهندهٔ اشتباه قاضی نیست، بلکه نشان می‌دهد که قانون از زمان صدور رأی تا کنون پیش‌تر رفته است. حتی در مواقعی ممکن است نویسنده به اشتباه، سخن خود را تغییر دهد، در این صورت قاضی‌ای که استدلال اولیهٔ نویسنده را پذیرفته بود، به سخنی درست‌تر قائل بوده است. در هر حالت، این استدلال نسبتاً سست به نظر می‌رسد که اتکای قضات بر نظریاتی که ممکن است تغییر کنند، استحکام فرآیند قضاوت را به خطر می‌اندازد.

هشتمین دلیلی که در تأیید عرف مخالفت با استناد ارائه شده است، شاید جالب‌ترین مورد این دلایل باشد. می‌توان آن را به این صورت خلاصه کرد: قضات باید برای استناد به کارهای شارحان زنده محتاط باشند ـ در واقع، اعتقاد به این‌که شارحان همگی می‌توانند دستیاران قضات باشند، تصوّری غیر واقعی است - زیرا هر یک از این دو گروه، ساکن دو جهان حقوقی متفاوت هستند و در فضاهای متفاوتی مشغول به کارند. اگر به نتیجهٔ منطقی این سخن ملتزم باشیم (هر چند که به نظر می‌رسد هیچ یک از قائلان به این سخن، قصد التزام به این نتیجهٔ منطقی را نداشته‌اند)، در می‌یابیم که این استدلال هشداری نسبت به ورود هر گونه شرح دانشگاهی به دادگاه است، فارغ از این‌که نویسندهٔ آن مُرده باشد یا زنده. اچ.جی. هانبری در سال ۱۹۵۸ نوشت که «گرایش قضات به حقوقدانان دانشگاهی نسبت به بیست یا حتی ده سال قبل بسیار افزایش یافته است». او افزود، قضات تدریجاً «استادان و نویسندگان را به عنوان دوست و همکار خود به حساب می‌آورند».[۱] با این حال، دولین جی همان سال در سخنرانی خود در مجمع مدرسان دولتی حقوق تلاش کرد تا از مخاطبانش با این اعتراف دلربایی کند. که فکر کردن به این‌که تا یک دههٔ قبل یا پیش‌تر، طرز نگاه و رفتار قضات با دانشگاهیان چطور بوده است تن شخص را به لرزه درمی‌آورد:

«این‌که دانشجویان حقوق یا حقوقدانان دانشگاهی از ورود به حقوق کیفری اجتناب می‌کنند و در مقابل به حقوق مدنی علاقه بسیار زیادی نشان می‌دهند و

۱. Harold Greville Hanbury, **The Vinerian Chair and Legal Education** (Oxford, Basil Blackwell, 1958), p.244.

دربارهٔ آن سخن می‌گویند، همواره توجّه مرا به خود جلب می‌کند. البته اگر ناراحت نشوید، به نظرم می‌رسد که این کار ساده‌تری است؛ شما آرای دادگاه تجدیدنظر و مجلس اعیان را دارید و نقش حقوقدان دانشگاهی نقد قسمت‌های بهتر آن‌هاست».[۱]

به عبارت دیگر، از نظر وی، نه تنها شرح‌های حقوقدانان وابسته به کار قضات است، بلکه تنها فایدهٔ آن نقّادی آراء است؛ و نقد هم کاری کم هزینه است: تبعات ارائهٔ نقدهای نادرست هرگز به‌اندازهٔ تبعات خطاهای قاضی در فرآیند صدور رأی، دارای اهمّیّت نمی‌باشد. مرگاری در سخنرانی‌های هاملین سال ۱۹۶۲ این موضوع را طرح کرد. مگاری در مخالفت با این پیشنهاد که برخی حقوقدانان دانشگاهی می‌توانند همانند وکلای مدافع به عنوان قاضی منصوب شوند، استدلال کرد در حالی‌که وکلای مدافع «بخش اعظم زندگی حقوقی خود را... در میان واقعیّت‌ها سپری می‌کنند... حقوقدانان دانشگاهی از هر واقعیّتی فراری هستند».[۲]

«وقتی یک وکیل مدافع با تجربه، قاضی می‌شود، آنقدر تجربهٔ وکالت دارد که شانه‌هایش بتواند بار این شغل را تاب بیاورد، تا بتواند هر نوع رفتار نامناسب را تشخیص داده و بررسی کند و بتواند تا آنجا که برای یک دادگاه بشری ممکن است، به حقیقت نزدیک شود. وکیل مدافع، در عمل، تشخیص و ارزیابی مسائلی چون نحوهٔ برخورد با بازجویی‌ای که با سؤالاتی جهت‌دار انجام شده، یا پاسخ‌هایی که در قالب اعتراف اما با هدف گمراه کردن قاضی ارائه شده، یا تشخیص صحّت سخنان مطرح شده در دادگاه را آموخته است. در حالی که حتی روح حقوقدان دانشگاهی هم از این موارد و بسیاری از جزئیات عملی و رویه‌ای دیگر بی‌خبر است».[۳]

قاضی شدن نیازمند خردی خاص است که تنها از طریق تجربهٔ عملی به دست می‌آید. حقوقدانان دانشگاهی هرگز چنین تجربه‌ای را کسب نمی‌کنند و لذا

۱. Patrick Devlin, "**Statutory Offences**" (1958) n.s. 4 J.S.P.T.L. 206 at 206–7; repr. In his **Samples of Lawmaking** (London, Oxford University Press, 1962), pp.67–82 at 69.

۲. R. E. Megarry, **Lawyer and Litigant in England** (London, Stevens & Sons, 1962), p.120.

۳. همان، ص ۱۲۰ – ۱۲۱.

قطعاً از این خرد بی‌بهره‌اند. اما، اگر دانشگاهیان به عنوان قضات تجدیدنظر منصوب شوند چه اشکالی دارد؟ مگاری در این مورد هم معتقد است که ویژگی‌های مورد نیاز این سمت در حقوقدانان دانشگاهی غایب است:

«زندگی طلبگی استاد و نویسنده، از زندگی سرشار از بحث و ستیزهٔ قضات به دور است. ضرب‌آهنگ‌های این دو زندگی کاملاً متفاوت است. یکی از جنس ایده‌ها و نظریاتی که با روش خاص خود پرورش می‌یابند و طی سال‌ها در پژوهش‌های دانشگاهی و کلاس‌های درس آزموده می‌شوند. دیگری از جنس نظریات متعارض قضات در فضای گلخانه‌ای دادگاه... من همچنین به این احتمال دست می‌یازم که ذهن فرد دانشگاهی، که به اندیشدن پیرامون موضوعات متنوع حقوق عادت دارد، ممکن است از حجم زیاد کارهای یک‌نواختی که بخش اعظم کار دادگاه‌ها، حتی دادگاه‌های تجدیدنظر، را تشکیل می‌دهند و هیچ جنبهٔ علمی ندارد و در دنیای آکادمیک به عنوان کارهایی کم‌ارج محسوب می‌شوند، یکّه بخورند».[۱]

این استدلال که قضات به‌طور معمول با محدودیت‌های نهادی و زمانی مواجه هستند که به ندرت در زندگی دانشگاهی رخ می‌دهد، یکی از استدلال‌هایی است که اغلب توسّط حقوقدانانی که تجربهٔ کار عملی یا نشستن بر مسند قضاوت را دارند اقامه می‌شود.[۲] مگاری نیز این استدلال را اقامه کرد اما پا را فراتر گذاشت: او ادّعا کرد که حقوقدان دانشگاهی کسل‌کننده، آرام، مؤدب، بی‌دست‌وپا و ساده‌تر از آن است که قادر به تحمّل کار قاضی باشد. حقوقدان دانشگاهی در مواجهه با چنین کاری یا غیرقابل‌اعتماد بودن خود را اثبات می‌کند و یا تحت فشار این شغل می‌شکند. ادّعا دوباره همان است: کار دانشگاهیان آسان‌تر است.

۱. همان، ص ۱۲۱ – ۱۲۲. همچنین بنگرید به:
Laski to Holmes, 13 May 1933, in Holmes-Laski Letters, supra n. 48, II, p.1439.

۲. برای مثال، بنگرید به:
Sir Leslie Scarman, "**Law Reform—Lessons From English Experience**" (1968) 3 Manitoba L. J. 47 at 57–8;
و همچنین برای مشاهدهٔ همین بحث در فضای آمریکایی، بنگرید به:
Thurman Arnold, "**Professor Hart's Theology**" (1960) 73 Harv. L. Rev. 1298.

این‌که کسی بتواند این اظهارات را بیان کند و سپس سه سال بعد، به عنوان رئیس مجمع مدرسان دولتی حقوق انتخاب بشود، احتمالاً بصیرت‌هایی ارائه می‌دهد که نشانگر روح جمعیِ حرفهٔ حقوق دانشگاهی در انگلستان در این بازهٔ زمانی است.[۱] مگاری در هنگام طرح شدن پروندهٔ کُردل علیه املاک کلنفیلد دوم (۱۹۶۹) به عنوان قاضی منصوب شده بود. او در بخشی از استدلال خود در این پرونده، تلاش کرد تا توضیح دهد چرا قضات باید هنگام استناد به نظرات شارحان محتاط باشند:

«فرآیند نویسندگی کاملاً با روند صدور رأی متفاوت است. نویسنده، بدون شک، از تحقیقاتی گسترده و جامع در زمینهٔ کلیت موضوع انتخابی‌اش بهره می‌برد، همچنین از فرصتی طولانی برای زایندگی و فرصت‌های متناوب برای بازاندیشی برخوردار است. اما او در معرض خطر تسلیم شدن به گرایش‌ها و پیش‌پنداشت‌هایش قرار دارد و لذا نمی‌تواند به اندازهٔ یک قاضی در جزئیات شواهد یک پروندهٔ خاص دقیق و متمرکز باشد. مهمتر از همه، او باید نظرات خود را بدون فرصت کافی برای اقامهٔ استدلال‌هایی خوب، بر پایهٔ شواهدی خاص از پروندهٔ محل نزاع شکل دهد. حقوق استدلالی، حقوقی دشوار است.[۲] این سخن همانقدر درست است که در سال ۱۴۰۹ میلادی بود. قاضی هنکفورد در آن سال گفت: «همان‌طور که انسان پیش از به صدا در آوردن زنگ کیفیت آن را نمی‌داند، قانون خوب نیز بدون بحث و استدلال شناخته نمی‌شود»[۳] و این کلمات بی‌کم‌وکاست مناسب حال قاضی‌ای است که، همانند من، در فضایی نشسته که صدای زنگ کلیسای سنت کلمنتس به گوش می‌رسد. بنابراین، من به کلمات

۱. مگاری در سال ۱۹۶۵ – ۱۹۶۶ ریاست مجمع مدرسان دولتی حقوق را برعهده داشت. برای مشاهدهٔ نقدهایی مشابه بر ذهنیت دانشگاهی، بنگرید به:

Stanley Fish, **There's No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing, Too** (New York, Oxford University Press, 1994), pp.273–9.

۲. Argued law is tough law.

۳. به لاتین:

Home ne scaveroit de quel metal une campane fuit, si ceo ne fuit batu, quasi diceret, le ley per bon disputacion serra bien conus.

نویسندگان معتبری که در کتاب یا مقاله‌شان ایده‌هایی قابل دفاع و قابل بحث را، به عنوان بذرهای اندیشه، مطرح می‌کنند و میوه‌های پژوهششان را براحتی در قالب زبانی مناسب و قانع‌کننده منتشر می‌سازند، احترام می‌گذارم. اما چیزی بیشتر از احترام برای آن‌ها قائل نیستم؛ و به‌طور خاص، به دیدگاه‌هایی بها می‌دهم که به کارِ آزمودن و بهبود فرآیند استدلال بیایند».[۱]

استدلال حقوقی با استدلال قضایی متفاوت است و همواره ارزشی پایین‌تر از آن دارد، زیرا به اندازهٔ کافی از طریق بحث و گفت‌وگو صیقل نمی‌خورد. این استدلال چنین ادامه می‌یابد: استناد به یک شرح دانشگاهی در دادگاه قطعاً موجب سوءظن قضایی خواهد شد، زیرا به ندرت، چنین شرحی پیش از آمدن به صحن دادگاه، به‌طور دقیق مورد موشکافی جدی قرار گرفته است. همان‌طور که حقوقدانان دانشگاهی ذاتاً برای وظایف قضایی مناسب نیستند، بسیاری از استدلال‌ها و نظریات آن‌ها نیز برای ورود به جهان واقعی دادگاه، بسیار شکننده است.

مگاری احتمالاً دربارهٔ این‌که دانشگاهیان و استدلال‌هایشان اغلب تاثیری مطلوب بر دادگاه‌ها نمی‌گذارند، درست می‌گفت؛ به هر حال او این سخنان را در دوره‌ای می‌نوشت که حرفهٔ حقوق دانشگاهی هنوز نوپا و تا حدی از خودراضی بود. هدف ما در اینجا نقد و بررسی اظهارات او یا دیگر افراد بدگمان نسبت به راهیابی دانشگاهیان و نظریاتشان به صحن دادگاه نیست. هدف اصلی ما علامتی است که خط کلّی استدلال‌ها به بیرون مخابره می‌کند. اگر کسی دربارهٔ عرف ممنوعیت استناد به زندگان و دلایلی که برای توجیه آن اقامه شد بیاندیشد، چه تصوّری از حقوقدانان دانشگاهی پیدا می‌کند؟ به نظر می‌رسد پاسخ این باشد: که آن‌ها به شکل‌های مختلف، نهال‌هایی ظریف، توپ‌هایی سرگردان و جماعتی فاقد جذبه و بازیگوش هستند که قابل اعتماد نیستند و هر لحظه ممکن است نظرشان دربارهٔ نکات حقوقی را عوض کنند و بعید است بتوانند نقش قاضی را ایفا کنند؛ آن‌ها در بیان نظرات حقوقی خود گاهی بسیار پرشتاب و گاهی بسیار بی‌روح هستند؛ آن‌ها زندگی آسودهٔ عالم بی عمل را دارند و برای ارائهٔ راه‌حل‌های سریع

۱. Cordell v. Second Clanfield Properties Ltd [1969] 2 Ch. 9, 16–17.

تحت هیچ فشاری قرار ندارند و چنانچه راه‌حل‌هایشان نامعقول از آب درآید، به هیچ کس پاسخگو نخواهند بود؛ آثار آن‌ها در وضعیت آرمانی، نباید به عنوان مرجع فرعی رأی استفاده شود یا اگر هم ناچار از چنین کاری بودیم، باید با کمال احتیاط از آن استفاده کنیم؛ مشاوران نباید تحت تأثیر دانشگاهیان باشند و اگر هم در موردی چنین تأثیری وجود داشت، بایستی به اطّلاع قضات برسد. پس تعجب ندارد که در گذشته حقوقدانان دانشگاهی انگلستان تشنهٔ توجّه از سوی دادگاه‌ها بودند و در مقابلِ قضات احساس حقارت می‌کردند.

خطوط امید

این فصل با یک تصویر ناخوش‌آیند از دورهٔ پیشین آغاز شد. خبر خوب این است که این تصویر تنها بخش کوچکی از داستان است. مشخّص است که در مقایسه با دادگاه‌های دورهٔ پیشین، دادگاه‌های تجدیدنظر اواخر قرن بیستم، به‌طور کلی برای به رسمیت شناختن اثرگذاری نظرات دانشگاهی پذیرش و تمایل بیشتری یافته‌اند. این بخش از داستان در بخش بعد خواهد آمد. بخش حاضر بر قسمتی از داستان تمرکز دارد که کمترین توجّه را به خود جلب کرده و با وجود خیره‌کننده بودن، تا حد زیادی نادیده گرفته شده است. این بخش از داستان را می‌توان چنین خلاصه کرد: دادگاه‌های انگلیسی هرگز کاملاً به عرف رایج ممنوعیت استناد به زندگان، ملتزم نبوده‌اند و حمایتی که از این عرف وجود داشته، مانع از اثرگذاری برخی حقوقدانان شاخص بر روند تصمیم‌گیری قضات نشده است. هر یک از این ادّعاها به تفصیل نیاز دارد. برای حمایت از ادّعای دوم، باید روشی مشابه آنچه که در فصل چهارم در پیش گرفتم را برگزینم و بیشتر بر پدیدهٔ یادداشت‌نویسی پرونده تمرکز کنم.

بعد از مرگ بهتر خوانده می‌شوند؟

شاهد استناد آشکار قضات انگلیسی به شرح‌های نویسندگان زنده را می‌توان حداقل تا ابتدای قرن نوزدهم به عقب بُرد. در پروندهٔ تایلور علیه کورتیس (۱۸۱۶) آمده است که «کتب نویسندگان زنده معمولاً مورد استناد قرار

نمی‌گیرند»، و خواسته شده است تا این عرف، استثنائاتی را بپذیرد.[۱] چهار سال بعد در پروندهٔ چالماندلی علیه کلینتون یک استثناء در نظر گرفته شد و اثر پلومر توسّط قاضی‌القضات ایرلند، لرد ردسدیل، به عنوان شرح مورد استناد انتخاب شد.[۲] نمونه‌هایی از این دست که دادگاه‌ها در قرن نوزدهم به شارمان زنده ارجاع بدهند، نسبتاً فراوان است.[۳] در طول قرن بیستم چنین مواردی فراوان‌تر شد. پالاک، که دربارهٔ او بیشتر سخن خواهیم گفت، در طول دو دههٔ پایانی عمرش به‌طور منظّم در آراء قضایی مورد استناد قرار می‌گرفت.[۴] مطابق گفتهٔ یکی از شارمان، «احتمالاً نوشته‌های او بیش از هر نوشتهٔ دیگری در دوران حیات نویسنده‌اش، توسّط دادگاه‌ها مورد استناد واقع شده است».[۵] دایسی نیز اغلب اوقات در طول دوران حیاتش و همچنین پس از آن، توسّط دادگاه‌ها مورد استناد قرار می‌گرفت (هر چند که به لحاظ تعداد این ارجاعات، قابل مقایسه با پالاک نیست[۶]).[۱] هر چه قرن بیستم جلوتر آمد، ارجاع آشکار به آثار شارحان زنده

۱. Taylor v. Curtis (1816) 6 Taunt. 608, 610; 128 Eng. Rep. 1172, 1173; and cf. also Johnes v. Johnes (1814) 3 Dow 1, 15; 3 Eng. Rep. 969, 974

«کسی که از جایگاهی قضایی برخوردار نیست، نباید مرتباً به عنوان مرجع مورد استناد قرار بگیرد».

۲. Cholmondeley v. Clinton (1820) 2 Jac. & W. 1, 151–2; 37 Eng. Rep. 527, 581–2.

۳. یازده مورد از چنین نمونه‌هایی را می‌توانید در زیر ببینید:

Komar, supra n. 56, pp.403–4.

۴. برای مثال، بنگرید به:

Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika [1917] AC 38, 59, HL (per Lord Sumner); Performing Right Society Ltd. v. Mitchell and Booker (Palais de Danse) Ltd. [1924] 1 KB 762, 767–8 (per McCardle J.); Haynes v. Harwood [1935] 1 KB 146, 163–4 (per Maugham LJ).

۵. O. Hood Phillips, "Legal Authors Since 1800", in **Then and Now, 1799–1974: Commemorating 175 Years of Law Bookselling and Publishing** (London, Sweet & Maxwell, 1974), pp.3–30 at 23.

۶. برای مثال، بنگرید به:

Rex v. Albany [1915] 3 KB 716, 726 (per Darling J); In re De Keyser's Royal Hotel Ltd. [1919] 2 Ch. 197, 205, CA (arguendo).

در تصمیم مجلس اعیان در پروندهٔ اخیر، لرد داندین به‌طور ضمنی به دایسی اشاره می‌کند، اما از ذکر نامش خودداری می‌کند:

A.-G. v. De Keyser's Royal Hotel [1920] AC 508, 526

(«مفهوم حق به مثابه امتیاز توسط یک حقوقدان اساسی فاضل تعریف شده است»). سر نویل فالکس این موضوع را هنگامی که به همراه سیریل (بعدها لُرد) سالمون در جایگاه مشاور مجلس اعیان در

فراگیرتر شد و مشاوران می‌توانستند بدون برانگیختن هر گونه اعتراض قضایی آشکارا به آثار شارحان زنده استناد کنند.[۲] دنینگ جی. در سال ۱۹۴۷ در یادداشت غیرنقّادانه‌ای که دربارهٔ کتاب «شبه‌جرم» اثر وینفیلد نوشته بود، اعلام کرد که:

«علّت مفید بودن چنین کتاب‌هایی برای دادگاه‌ها، تنها این نیست که چکیدهٔ پرونده‌ها هستند، بلکه منبعی از اصول محسوب می‌شوند. این کتاب‌ها توسّط افرادی نوشته می‌شوند که حقوق را به مثابه علم تجربی (Science) آموخته‌اند و بیش از حد تصوّر، در چنین حوزهٔ پُرتنشی با بی‌تفاوتی به کار مشغول هستند. اثرگذاری حقوقدانان دانشگاهی اکنون بیش از همیشه است و حتی بیشتر از آن چیزی است که خود می‌پندارند. مجرای عمدهٔ اثرگذاری آن‌ها، کتاب‌هایشان هستند. این انگاره که آثار دانشگاهیان تنها بعد از مرگشان مرجع قرار می‌گیرد، سال‌هاست که رد شده است».[۳]

← پروندهٔ هیل علیه شرکت با مسؤولیت محدود ویلیام هیل (پارک لین) [۱۹۴۹] خدمت می‌کرد، بازگو کرده است. وقتی تلاش آن‌ها برای استناد به دایسی (d. 1922) با مقاومت ویسکونت ژاویت مواجه شد، نویل نوشت: «لرد ژاویت از جایگاه والای خود فرموده‌اند که «ما را با نظریات پروفسور دایسی چه کار؟ مگر او مرجع است؟»... من آشکارا خودم را مضحکه کرده بودم!»:

Neville Faulks, **No Mitigating Circumstances** (London, William Kimber, 1977), pp.113–14.

جای تعجب ندارد که مداخلهٔ این قاضی در گزارش پروندهٔ فوق منعکس نشده است.

۱. برای مثال، بنگرید به:

Read v. J. Lyons & Co. Ltd. [1945] KB 216, 236, per Scott LJ (CA); Howard v. Walker [1947] KB 860, 863 (per Lord Goddard CJ); and also Carey Miller, supra n. 4, p.240; Birks, supra n. 4, p.165.

۲. برای مثال، بنگرید به:

Re O'Keefe [1940] 1 Ch. 124

(قاضی کراسمن استنادات مشاوران به چشیره و دایسی را در خصوص تعارض قوانین به عنوان تبیین درست از قانون می‌پذیرد)؛

R. v. Newland [1954] 1 QB 158, 162 (CCA); Re Ellenborough Park [1956] 1 Ch. 131, 163 (CA); Rookes v. Barnard [1964] AC 1129, 1141 (HL); and also Paterson, supra n. 20, p.16.

۳. A. T. Denning, **Book Review** (1947) 63 L.Q.R. 516.

در اینجا شایان ذکر است که ممکن است عرف مخالفت با استناد به نویسندگان زنده، به این علّت از بین رفته باشد که آثار متعددی از حقوقدانان مشهوری که سال‌ها از مرگشان می‌گذشت (و در نتیجه قابل استناد محسوب می‌شدند) توسط ویراستاران جدید مورد ویرایش و بازبینی قرار گرفت. هر چند که اغلب اوقات چنین آثاری را تنها با نام نویسندهٔ اصلی می‌شناختند، اما در جایی که متون رسمی

بحث پیشینِ ما در خصوص مقاومت سرسختانهٔ عرفِ ممنوعیت استناد به آثار شارحان زنده، نشان می‌دهد که جملهٔ آخر نقل قول فوق احتمالاً بیش از حد خوش‌بینانه است. از این گذشته، شخصیت دنینگ نیز تقریباً طوری بود که معمولاً از این‌که خلاف چیزی که می‌گفت عمل کند ابایی نداشت. ال.سی.بی. گوئر در سال ۱۹۵۷ در نظری که در خصوص رأی صادر شده از سوی دادگاه تجدیدنظر درپروندهٔ اشدون علیه ساموئل ویلیامز[۱] نوشته بود، اعتراض کرده بود که:

«این پرونده نمونه‌ای از عدم توجّه دست‌اندرکاران انگلیسی به ادبیّات مجلات علمی ـ پژوهشی است. اندکی پیش از برگزاری دادگاه تجدیدنظر، یادداشت‌های طولانی پروفسور گودهارت[۲] در فصلنامهٔ حقوق و نقدنامهٔ حاضر دربارهٔ رأی صادره در دادگاه بدوی منتشر شده بود. در عین حال می‌بینیم که هیچ کدام از این یادداشت‌ها مورد استناد قضات قرار نگرفته و وکلای طرفین حتی از وجود آن‌ها بی‌خبر بوده‌اند. من معتقدم که چنین چیزی در هیچ کشور دیگری در جهان متمدن رخ نمی‌دهد. برای مثال، در برخی کشورها یادداشت‌ها توسّط خود قضات مورد اشاره قرار گرفته و به آن‌ها پاسخ داده می‌شود. البته من اهل گلایه کردن نیستم؛ در کشور ما کارها به صورت متفاوتی انجام می‌شود. اما اگر اهالی عرصهٔ عمل بخواهند آثار دانشگاهیان را نادیده بگیرند، نباید از این‌که تصمیماتشان توسّط دانشگاهیان مورد انتقاد قرار گیرد، شکایتی داشته باشند».[۳]

← توسط نویسندگان جدید به صورت بنیادینی نوسازی می‌شدند، حتی پیش از کمرنگ شدن حمایت‌های قضایی از عرف مخالفت با استناد، دادگاه‌ها اجازه می‌دادند (یا شاید بهتر است بگوییم که مانع نمی‌شدند) تا به آثار حقوقدانان زنده نیز به صورت صریح اشاره شود.

۱. Ashdown v. Samuel Williams & Sons [1957] 1 QB 409.

۲. آرتور لیمن گودهارت (۱ مارس ۱۸۹۱ در شهر نیویورک – ۱۰ نوامبر ۱۹۷۸ در آکسفورد) یک حقوقدان دانشگاهی و وکیل آمریکایی‌الاصل بود. او از سال ۱۹۳۱ تا ۱۹۵۱، به مدت بیست سال صاحب کرسی «استاد علم حقوق» در دانشگاه آکسفورد بود و همزمان به عنوان عضو هیئت علمی کالج دانشگاه آکسفورد فعالیت می‌کرد. او نخستین شخص آمریکایی بود که به سمت استادی یک کالج دانشگاه آکسفورد رسید. [م.]

۳. L. C. B. G., "**Tortfeasors' Charter Upheld**" (1957) 20 M.L.R. 181 at 183.

یادداشت منتشر شده در نقدنامهٔ حقوقی مدرن در نخستین رأی ذکر شده نیز توسط «گوور» نوشته شده بود. بنگرید به:

L. C. B. G., "**A Tortfeasors' Charter?**" (1956) 19 M.L.R. 532.

دنینگ که در سال ۱۹۵۰ ریاست جلسه‌ای را برعهده داشت که گوئر سخنران افتتاحیهٔ آن بود، در خصوص پروندهٔ وایت علیه بلکمور به نقدهای اخیر گوئر بر پروندهٔ اشدون علیه ویلیامز اشاره کرده و نه تنها گفته بود که «مایلم با نظر گوئر موافقت کنم»، بلکه افسوس خورده بود که «متوجّه آن یادداشت‌ها نشده بودیم».[۱] هر چند عرف رایج در رویهٔ قضایی این بود که وکلا از آوردن شرح‌های دانشگاهیان زنده به صحن دادگاه خودداری کنند، اما دنینگ در مثال فوق کاملاً برعکس این عرف عمل کرد. البته این‌که او چنین رویکردی را برگزیده است اصلاً عجیب نیست؛ او پیش‌تر در قامت یک وکیل مدافع توانسته بود در پیشگاه دادگاه تجدیدنظر با موفقیت به اثر یک حقوقدان زنده استناد کند و به‌طور محسوسی بر رأی دادگاه در آن پرونده و پرونده‌های آینده اثرگذار باشد.[۲] او در سال ۱۹۸۴ تأکید کرده بود که نقدنامه‌های حقوقی «سبدهایی پُر از میوه‌های پژوهش‌های انجام شده هستند که برخی از میوه‌های داخل آن‌ها رسیده و آمادهٔ چیده شدن می‌باشند».[۳] او سی سال پیشتر مدعی شده بود که «مقالات و مقاله‌نویسان برجستهٔ این نقدنامه‌ها از اثرگذاری قابل توجّهی برخوردارند». نه تنها گاهی این نشریات شامل «نکاتی است که از چشم وکیل پرونده دورمانده است»، بلکه «آراء جاری دادگاه‌ها نیز در آن‌ها به بحث گذاشته شده و صحّتشان مورد بررسی قرار گرفته است. در نتیجه وقتی پرونده‌ها به دادگاه‌های تجدیدنظر ←

۱. White v. Blackmore [1972] 3 All ER 158, 167 (CA).

۲. Lord Denning, **The Discipline of Law** (London, Butterworths, 1979), pp.237–8; "**The Universities and Law Reform**" (1951) n.s. 1 J.S.P.T.L. 258 at 264–5; "**1885–1984**" (1984) 100 L.Q.R. 513 at 514

«زمانی که یک وکیل مدافع جوان بودم، از مقاله‌ای که [آرتور گودهارت] در سال ۱۹۳۸ نوشته بود، به آدرس:

(**Hospitals and Trained Nurses** 54 L.Q.R. 553)

در دادگاه تجدیدنظر نقل قول آوردم. این کار من اثر شگرفی بر قضات گذاشت. گزارش رأی صادر شدهٔ آن‌ها در:

Gold v. Essex County Council [1942] 2 K.B. 293»

منتشر شده است. این عمل نقل قول آوردن من باعث شد تا جهت رأی آن‌ها تماماً به سوی قصور پزشکی تغییر کند و تمام این‌ها را مدیون مقالهٔ آرتور هستم».

۳. Denning, "**1885–1984**", supra n. 77, p.513.

می‌رسند، قضات از امتیاز وجود این نقدها برخوردار خواهند بود».[۱] وقتی نظر او را در خصوص این پرسیدند که چرا مجلس اعیان در پروندهٔ هدلی بیرن علیه هلر،[۲] رأی مخالفِ او در پروندهٔ کندلر علیه کرین، کریسمس و شرکا[۳] را در باب مسئولیّت مدنیِ اظهارات اشتباه سهوی پذیرفته و بسط داده بود، پاسخ دنینگ صریح بود: «شارحان کمک بسیاری کردند. آن‌ها نقدهای مفیدی نوشتند. این نقدها علاوه بر دیگر آراء، حتی بر رأی مجلس اعیان نیز اثرگذار است».[۴]

ما در جای خود خواهیم دید که به نظر می‌رسد پالاک، بیش از هر حقوقدان دیگری، در اقناع دادگاه‌های تجدیدنظر به رأیی که در پروندهٔ هدلی بیرن در خصوص اظهارات اشتباه سهوی صادر کرده بودند، نقش داشته است. اما پیش از عطف توجّه به پالاک، لازم است تا به دو نکتهٔ دیگر در باب عرف ممنوعیت استناد به زندگان بپردازیم. مورد نخست که از دیگری تا حدودی مثبت‌تر است: عرف مذکور تا دههٔ ۱۹۷۰، اگر چه کاملاً ناپدید نشده بود، اما به طرز چشمگیری در حال کنار گذاشته شدن بود.[۵] لرد رید در سخنرانی خود در مراسم مجمع مدرسان دولتی حقوق در سال ۱۹۷۲، به جای این‌که مانند دیولین جی. که پیش‌تر در سال ۱۹۵۸ سخنران همین مراسم بود، از موضعی از بالا به پایین سخن بگوید، کلام خود را با تلاش برای یافتن نقاط مشترک آغاز کرد:

«من بسیار مفتخرم که فرصت ملاقات و تبادل نظر با شما را یافته‌ام که در شاخهٔ دیگری از حرفهٔ ما اشتغال دارید. تصوّر می‌کنم که به ناچار، چنین فرصت‌هایی برای تبادل نظر کمتر پیش می‌آید. اما بهترین کار این است که تلاش

۱. Denning, "**The Universities and Law Reform**", supra n. 77, p.264.

۲. Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] AC 465.

۳. Candler v. Crane, Christmas & Co. [1951] KB 154 (CA).

۴. نقل قول شده در:

Roland Goldich, "**Law and Social Change: An Interview with Lord Denning**" (1969) 22 King's Counsel 6 at 8.

همچنین بنگرید به:

Denning, **The Discipline of Law**, supra n. 77, p.241; and cf. Dennis R. Klinck, "**'This Other Eden': Lord Denning's Pastoral Vision**" (1994) 14 Oxf. Jnl. Leg. Studs. 25.

۵. همچنین بنگرید به:

Carey Miller, supra n. 4, p.240; Paterson, supra n. 20, p.17.

کنیم تا حتی‌الامکان گاه به گاه یکدیگر را ملاقات کنیم. این‌که ما باید آثار مکتوب یکدیگر را بخوانیم به تنهایی کافی نیست. هر چند که همین نیز همیشه برای ما آسان نیست. اما تصوّر می‌کنم که توانسته‌ایم پیشرفت‌هایی داشته باشیم. سرانجام ما در مجلس اعیان توانستیم تا این قاعدهٔ قدیمی را نادیده بگیریم که نویسندگان دانشگاهی تا نمرده‌اند، نباید مورد استناد قرار گیرند، چرا که در آن صورت او دیگر نخواهد توانست که [متوجّه اشتباهش شده و] نظر خود را تغییر دهد!».[۱]

چنانکه در ادامه خواهیم دید، این سخن که حقوقدانان و قضات باید با هم همکاری کنند، در سال‌های بعد سرسختانه ـ از سوی هر دو گروه ـ مورد حمایت قرار گرفت. نکته‌ای که در حال حاضر شایان توجّه است، آخرین جمله‌ای است که در نقل قول فوق بیان شد. لرد دیپلاک همین نکته را در سال ۱۹۷۵ تکرار کرده است: «این تفکر که منابع فهم قضایی باید به آرای صادر شده در پرونده‌های پیشین محدود باشد، دیگر در میان قضات جایگاهی ندارد... امروزه وقتی دادگاه‌های تجدیدنظر در هر رده‌ای با نکته‌ای مبهم در قانون مواجه می‌شوند، مایلند بدانند که حقوقدانان زنده در باب این موضوع چه گفته‌اند و وکیلی که نتواند جمع‌بندی این دیدگاه‌ها را ارائه دهد، از نظر دادگاه تکلیف خود را انجام نداده است».[۲] مجلس اعیان در سال بعد، برای تأکید بر این نکته، پروندهٔ اپن‌هایمر علیه کترمول را به کمیسیون ویژه‌ای ارجاع داد تا تحقیقات بیشتری را در زمینهٔ مطالعهٔ تطبیقی قانون آلمان انجام دهد (زیرا موضوع پرونده ادّعای معافیت مالیات بر درآمد برای مهاجران آلمانی‌ای بود که توانسته بودند تابعیت بریتانیایی را اخذ نمایند) و وقتی اعضای مجلس از مقالهٔ تازه منتشر شدهٔ اف.ای. مان مطلع شدند، درخواست تجدیدنظرخواهی را برای بحث بیشتر، اعاده کردند، زیرا طبق گفتهٔ لرد کراس، این مقاله به وضوح مشخّص کرده بود که «تقریباً می‌توان با اطمینان گفت که یافته‌های [اولیهٔ] اعضای کمیسیون در خصوص قانون آلمان، بر مبنای منابع ناکافی و ناقص جمع‌آوری شده بود».[۳] به نظر

۱. Lord Reid, "**The Judge as Law Maker**" (1972) n.s. 12 J.S.P.T.L. 22.

۲. Diplock, supra n. 19, p.459.

۳. Oppenheimer v. Cattermole [1976] AC 249, 268.

می‌رسد که در دهه‌های پایانی قرن بیستم، قضات دادگاه تجدیدنظر انگلستان، بیش از دوره‌های پیشین، پذیرای نظریات دانشگاهیان بودند.

گزارهٔ اخیر را در بخش آینده بسط خواهیم داد. اما بگذارید عجله نکنیم. تمایل بیشتر قضات برای ارجاع به شارحین زنده در دادگاه‌ها ـ و این نکتهٔ دوم و در عین حال، ناراحت‌کنندهٔ ماست ـ لزوماً به معنای این نیست که اثرگذاری این شارحان نسبت به قبل افزایش یافته است. مطابق تفکیکی که اغلب سیرل را مُبدع آن می‌پندارند، ارجاعات قضایی به شرح‌های دانشگاهی اغلب نه نمونه‌های از «بهره بردن» بلکه صرفاً «اشاره» هستند.[۱] در پروندهٔ هاینس علیه هاروود که موضوع آن دفاع از شخصی بود که آگاهانه خود را در موقعیّت خطر قرار داده بود، گریر ال‌جی به متنی برگرفته از مقالهٔ گودهارت در خصوص پروندهٔ مشابهی در رویهٔ قضایی آمریکا اشاره کرده و نتیجه گرفته بود که «این متن نه تنها نشانگر قانون ایالات متحده است، بلکه به نظر من دقیقاً بیانگر قانون کشور ما نیز هست».[۲] در همین پرونده، ارجاع گریر به گودهارت مورد اشارهٔ تأییدآمیز مائوگام ال‌جی قرار گرفته است.[۳] با این حال، هیچ دلیلی در دست نیست که مقالهٔ گودهارت در مثال مورد بحث، بر اندیشهٔ قضایی اثرگذار بوده است. درست است که مقاله مورد استناد قرار گرفته است، اما این مسأله صرفاً با هدف تقویت دیدگاهی صورت گرفته است که هر دو قاضی از پیش اتّخاذ کرده بودند. همین طور، به ارجاع زیر توجّه کنید که در پروندهٔ اینگرام علیه لیتل توسّط سلرس ال‌جی به گودهارت صورت گرفته است:

«حق کاملاً با دکتر گودهارت است، آنجا که [در مقالهٔ اشتباه در هویت در حقوق قراردادها (۱۹۴۱) ۵۷ ال.کیو.آر. ۲۲۸] می‌گوید که هیچ شاخه‌ای از حقوق

مشخصات مقالهٔ دیگری که مجلس اعیان صریحاً وامداری خود را به آن اعلام نمود، به شرح زیر است:
F. A. Mann, "**The Present Validity of Nazi Nationality Laws**" (1973) 89 L.Q.R. 194.

۱. John R. Searle, **Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language** (Cambridge, Cambridge University Press, 1969), pp.73–6.
سیرل به هیچ وجه تنها فیلسوفی نیست که دربارهٔ ایـن تفکیـک سـخن گفتـه اسـت. پـیش از سـیرل، ایـن تفکیک توسط فیلسوفان دیگر از جمله برتراند راسل، گیلبرت رایل و پی.اف. استراوسن مطرح شده بود.

۲. Haynes v. Harwood [1935] 1 KB 146, 157 (CA).

۳. همان، ص ۱۶۲.

قراردادها نیست که غیرقطعی‌تر و سخت‌تر از موضوعِ پروندهٔ مورد بحث باشد، و من به این نکته واقفم که رأی ما در این پرونده، هرگز از این عدم قطعیت نخواهد کاست».[۱]

همان‌طور که روشن است، به سختی می‌توان مدعی شد که ارجاع به گودهارت، مؤیّد اثرگذاری حقوقدانان است. همچنین نمی‌توان از این مثال نتیجه گرفت که گودهارت به‌طور کلی در اثرگذاری بر صدور رأی قضایی ناکام مانده است. حتی در پروندهٔ اینگرام علیه لیتل نیز بخش‌هایی وجود دارد که به خوبی نشانگر اثرگذاری تفکر اوست،[۲] و چنانکه در ادامه خواهیم دید، چند حقوقدانان دیگر نیز تقریباً به همین اندازه بر دادگاه‌های تجدیدنظر انگلستان اثرگذار بوده‌اند. آنچه ما در اینجا می‌خواهیم بر آن تأکید کنیم، این است که کمابیش، هدف قضات از استناد به شرح‌های دانشگاهی اغلب اوقات به عنوان یک تکیه‌گاه یا حتی یک زرورق است.

البته گاهی ارجاع قضات انگلیسی به شرح‌های دانشگاهی، همانند همتایان آمریکاییِ خود (بنگرید به فصل سوم)، نه از باب نشان دادن اثرپذیری، بلکه برای گزارش این موضوع است که از نظر آن‌ها چقدر این آثار نا امیدکننده یا اشتباهند. پارک جی در پروندهٔ اسمیت علیه دو (۱۸۲۱) با استناد به اثر ساجن در باب قدرت‌ها گفته بود که هرچند «نوشته‌ای تأثیرگذار است» اما واجد استدلالی است که او را «مبهوت ساخته است»، زیرا با نکته‌ای که این استدلال سعی در اثبات آن دارد، «نود درصد اجاره‌های کشور که حسب اختیارات واگذار شده‌اند، بی‌اعتبار می‌شوند. تنها می‌توانم بگویم که چنین نتیجه‌ای، عمیقاً اسف‌بار است».[۳] مخالفت قضات با آثار شارحان در طول قرن بیستم به شکل قاطع ادامه داشت. سر ویلفرید گرین ام‌آر و لوکسمور ال‌جی در پروندهٔ شنتون علیه تایلر (۱۹۳۹) هر دو به تفصیل استدلال کرده بودند که این ادّعای نویسندگان انگلیسیِ کتب درسی اشتباه است که کامن‌لا حق مصونیت (قضایی و شهادت راجع به) روابط میان زن

۱. Ingram v. Little [1960] 3 WLR 504, 513 (CA).

۲. بنگرید به: همان، ص ۵۱۲- ۵۱۳.

۳. Smith v. Doe (1821) 2 Brod. & B. 473, 535; 129 Eng. Rep. 1048, 1072.

و شوهر در طول ازدواج را به رسمیت می‌شناسد.[۱] به‌طور مشابه، لرد گاردینر در رأی مجلس عوام در پروندهٔ باتون علیه دادستان (۱۹۶۶) با تقویت استدلال مارشال جی در دادگاه تجدیدنظر جنایی، اعلام کرده بود که تقریباً تمامی شارحان انگلیسی از بلک‌استون به بعد، به اشتباه فرض کرده‌اند که عنصر اساسی اخلال در نظم عمومی این است که عمل مجرمانه باید در فضای عمومی اتفاق افتاده باشد.[۲] کمابیش به‌طور مرتب شاهد قضاتی هستیم که اعلام می‌کنند تکیهٔ یکی از وکلا بر فلان کتاب درسی یا شرح، در خصوص حکم قانون مربوط، اشتباه است.[۳] لرد گادارد سی‌جی در پروندهٔ باستین علیه داویس اعلام کرده است که «این دادگاه اگر تشخیص دهد که مخالفت با نکتهٔ کتب درسی لازم است، هرگز تردیدی به خود راه نمی‌دهد، حال این کتاب هر قدر که می‌خواهد مرجع و قدیمی باشد».[۴] وقتی لرد ویلبرفورس در پروندهٔ جانسون علیه اگنو از کتاب «دستفروش و خریدار» اثر سیپرین ویلیامز نقل قول آورد، تنها هدفش این بود که

۱. Shenton v. Tyler [1939] 1 Ch. 620.

۲. Button v. Director of Public Prosecutions [1966] AC 591, 624–5.

برای مشاهدهٔ نقد مارشال بر دیگر شرح‌ها، بنگرید به همان، ص ۶۰۷- ۶۰۹. او استدلال می‌کند که شارحان به اشتباه «به هم زدن نظم عمومی» را به عنوان یک جرم عمومی محسوب کرده‌اند و این اشتباه توسط مشاوران ملکه ادامه یافته است. بنگرید به: همان، ص ۶۱۹ – ۶۲۱.

۳. برای مثال، بنگرید به:

Nissan v. Attorney-General [1970] AC 179, 191 (arguendo), 212 (per Lord Reid) (HL); Re Union Accident Insurance Co. Ltd [1972] 1 All ER 1105, 1109, Ch. D. (per Plowman J); Barclays Bank Ltd v. Taylor [1972] 2 All ER 752, 757–8, Ch. D. (per Goulding J); White v. Jones [1995] 1 All ER 691, 716, HL (per Lord Browne-Wilkinson).

همچنین، بنگرید به:

R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Richmond upon Thames L.B.C. [1994] 1 All ER 577, 597 (QBD),

در اینجا سخن قاضی لاوز این نیست که آثار آکادمیک مورد استناد مشاوران ارتباطی با قانون ندارد و اشتباه است، بلکه او می‌گوید محتوای این آثار نمی‌تواند به درستی در خصوص مسألهٔ مطروحه به کار بیاید.

Henderson v. Merrett Syndicates Ltd [1995] 2 AC 145, 192–3 (HL),

در اینجا نیز لُرد گاف با نقد دانشگاهیان بر استدلال قاضی الیور در پروندهٔ شرکت با مسؤولیت محدود تراست بانک میدلند علیه هت، استوبز و کمپ [۱۹۷۹] بخش ۳۸۴، مخالف است.

۴. Bastin v. Davies [1950] 2 K.B. 579, 582–3.

بگوید، این متن «توده‌ای در هم و برهم از گزاره‌های مبهم بود که هیچ ربط منطقی به یکدیگر ندارند» و «نویسنده تلاش کرده است از ادّعاهای خود با پانوشتِ ارجاعاتی به پرونده‌هایی دفاع کند... که آن‌ها را توضیح نداده و تحلیل نکرده است».[۱] بنابراین احمقانه است اگر بپنداریم که استناد قضات به آثار شارحان، لزوما به معنای پذیرفتن آن‌ها به عنوان مرجع است.

آخرین جملهٔ پاراگراف فوق ما را به فصل دوم بازمی‌گرداند، جایی که خطرات معادل دانستنِ استناد با اثرگذاری را متذکّر شدیم. در طول قرن بیستم، قضات انگلیسی، حتی بیش از قبل، نسبت به استناد به آثار شارحان زنده یا دیدن چنین استناداتی از سوی وکلا، تمایل نشان دادند. ممکن است تصوّر شود استناد مکرّر به آثار شارحان مذکور، به‌طور کلّی به معنای افزایش اثرگذاری آن‌هاست. با این حال، رویهٔ قضایی نشان می‌دهد که اغلب استنادات قضات به آثار شارحان نه به خاطر اثرگذاری آن‌ها، بلکه برای تقویت و حمایت از تصمیمی است که قاضی از قبل به آن رسیده است یا حتی برای نشان دادن اشتباه نویسنده است. بنابراین، بی‌شک یک اثر می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، بدون این‌که اثرگذار بوده باشد. این گزاره جالب‌تر است که شارحان می‌توانند اثرگذار باشند، بدون این‌که مورد استناد قرار بگیرند. این گزاره به‌طور شهودی کاملاً منطقی به نظر می‌رسد. اما آیا می‌توان آن را اثبات کرد؟ در فصل دوم اشاره شد که برای تشخیص اثرگذاری گاهی لازم است تا بر ویژگی‌های شخصی مانند توان، روابط، شهرت و اعتبار در جامعهٔ شغلی و موارد مشابه تمرکز کنیم. در قسمت باقیمانده از این بخش در خصوص دو حقوقدانی صحبت می‌کنم که اثرگذاری آن‌ها بر آراء قضایی انگلستان، بسیار فراتر از استنادات به آثار آن‌هاست.

پالاک، گودهارت و یادداشت‌های پرونده

۱. Johnson v. Agnew, supra n. 24, at 395–6.

سر فردریک پالاک، یکی از اعضای مشهور جامعهٔ حقوقی و عضوی از بزرگان اشرافیّت فکری عصر ویکتوریایی است،[۱] که در انگلستان تقریباً جایگاهی معادل آن چیزی را داشته است که آمریکایی‌های معاصر اصطلاحاً «حقوقدان-دولتمرد» می‌نامیدند.[۲] قبلاً متذکّر شدیم که در سال‌های پایانی عمر پالاک، دادگاه‌های انگلیسی تا حدّی به آثار او مرجعیت بخشیدند که به‌طور معمول برای نویسندگان مُرده چنین می‌کردند. با این حال، کمی پیش‌تر از این دوره، به دنبال پروندهٔ دری علیه پیک[۳] بود که اثرگذاری وی بر قضات انگلیسی به بیشترین سطح خود رسید.[۴]

۱. پدربزرگ پالاک، سر جاناتان فردریک پالاک، لرد بارون ارشد خزانه‌داری بود؛ پدر او، سر ویلیام فردریک پالاک بازگیرِ ملکه (وصول‌کنندهٔ بدهی‌های افراد بدهکار به دربار) بود؛ و پسر عموی او، سر ارنست ماری پالاک (تحت عنوان لرد هانوُرث) رئیس دیوان رسائل بود. برای اطلاعات بیشتر در خصوص اشرافیت فکری عصر ویکتوریایی بنگرید به:

N. G. Annan, "**The Intellectual Aristocracy**", in J. H. Plumb (ed.), **Studies in Social History: A Tribute to G. M. Trevelyan** (London, Longmans, Green & Co., 1955), pp.241–87;

و در خصوص نقش پالاک در این اشرافیت، بنگرید به:

Sir John Pollock, **Time's Chariot** (London, John Murray, 1950), p.50; H. D. Hazeltine (1937) 53 L.Q.R. 190.

۲. در خصوص این جایگاه آرمانی، بنگرید به:

William H. Rehnquist, "**The Lawyer-Statesman in American History**" (1986) 9 Harvard J. Law & Pub. Pol. 537;

و در خصوص از بین رفتن این جایگاه آرمانی، بنگرید به:

Anthony T. Kronman, **The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession** (Cambridge, Mass., Belknap Press, 1993) .

در شرح حال پالاک در سوابق تایمز، مثال‌های متعددی ذکر شده که در آن‌ها او پیشنهاداتی را برای حل و فصل مسائل مرتبط با دولت ارائه کرده است. بنگرید به:

Anon., "**Sir Frederick Pollock, K. C.: The 'Old Broad Culture'**", The Times, 19 January 1937, p.14.

۳. Derry v. Peek (1889) 14 App. Cas. 337 (HL).

۴. خلاصهٔ این بحث را می‌توانید در منبع زیر بیابید:

Neil Duxbury, "**When We Were Young: Notes in the Law Quarterly Review, 1885–1925**" (2000) 116 L.Q.R. 474 at 491–3,

که به نوبهٔ خود بر بحث دیوید شوگرمن در خصوص پروندهٔ دری علیه پیک مبتنی است. برای مشاهدهٔ بحث شوگرمن بنگرید به:

در پروندهٔ دری علیه پیک، صاحبان یک شرکت خط تراموا در آگهی‌های خود قید کرده بودند که حق استفاده از نیروی بخار را دارند؛ در حالی‌که در واقع چنین حقی نداشتند، اما تصوّر می‌کردند که شورای بازرگانی به‌طور معمول و بزودی به آن‌ها چنین حقی را اعطا خواهد کرد. طرف دعوا، بر اساس این آگهی‌ها، نسبت به خرید سهام شرکت اقدام کرده بود. سپس، شورای بازرگانی از اعطای حق استفاده از نیروی بخار به شرکت امتناع کرده بود و خریدار سهام متضرر شده بود. رأی دادگاه تجدیدنظر این بود که همین که منطقاً اطمینان از صحّت یک اعلامیه ممکن نیست، برای در نظر گرفتن مسئولیّت در قبال فریبکاری کفایت می‌کند. مجلس اعیان خلاف این رأی را صادر و اعلام کرده بود که اهمال در صدور اعلامیهٔ اشتباه، به خودیِ خود، برای در نظر گرفتن مسئولیّت در قبال فریبکاری کفایت نمی‌کند.

پالاک رأی دادگاه تجدیدنظر را تأیید کرده بود.[۱] او همیشه در یادداشت‌های پرونده‌اش در نقدنامهٔ فصلی حقوق متذکر می‌شد که «اخلاق حقوق... کاملاً بر اخلاق زندگیِ تاجرمآبانهٔ معمولی مرجّح است».[۲] در پروندهٔ دری علیه پیک، که در آن خوانده به «اعلامیه‌ای» اعتماد کرده بود که مدیران شرکت «از صحّت محتوای آن اطمینان نداشتند»،[۳] جهان تجارت تنها بخشی کوچک از مکافاتی را می‌بیند که به خاطر تکیه بر استانداردهای اخلاقی سهل‌انگارانه سزاوار آن است. وقتی رأی دادگاه تجدیدنظر نقض شد، پالاک حرف‌های خود را پس نگرفت: «رأی مجلس اعیان به‌طور خطرناکی برداشت حقوقی درستکاری را نادیده گرفته است».[۴] او در سال‌های بعد از بخش یادداشت پرونده‌های نقدنامهٔ فصلی حقوق استفاده کرد تا

David Sugarman, "**Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition**", in W. Twining (ed.), **Legal Theory and Common Law** (Oxford, Blackwell,1986), pp.26–61 at 46–8.

۱. (1888) 4 L.Q.R. 369; (1889) 5 L.Q.R. 101.

۲. (1891) 7 L.Q.R. 99.

همچنین در همین خصوص، بنگرید به:

(1889) 5 L.Q.R. 107; (1890) 6 L.Q.R. 462; (1892) 8 L.Q.R. 187; (1894) 10 L.Q.R. 205; (1898) 14 L.Q.R. 115; (1905) 21 L.Q.R. 102.

۳. (1889) 5 L.Q.R. 102.

۴. Frederick Pollock, "**Derry v. Peek in the House of Lords**" (1889) 5 L.Q.R. 410 at 422.

جهادی طولانی و آشتی‌ناپذیر علیه این رأی به راه اندازد.[۱] او متأسف بود که «رأی پروندهٔ دری علیه پیک اکنون قانون است، اما قانون بدی است»،[۲] زیرا «انجام اعمالی را تشویق می‌کند که می‌تواند به راحتی به فریبکاری منجر شود»؛[۳] و رأیی «خلاف استنتاجات عقل سلیم است».[۴]

اما این جهاد چقدر مؤثّر بود؟ چنانکه شوگرمن ذکر می‌کند، پاسخ به این سؤال دشوار است.[۵] آنچه که واضح است این است که این یادداشت پرونده‌ها تازه بخش آغازین کار بود. قابل پیش‌بینی بود که پالاک در ویرایش ۱۸۹۰ از کتاب «حقوق شبه‌جرم» (Tort) خود نیز به نقّادی رأی مجلس اعیان پرداخته باشد.[۶] در همین سال بود که پارلمان ناخشنودی خود از این رأی را اعلام کرد.[۷] علاوه بر این، اعضای حقوقدان مجلس اعیان که در پروندهٔ دری علیه پیک اقدام به صدور رأی کرده بودند، همگی جزو وکلای عمومی بودند و رأی آن‌ها مورد قبول قضات دادگاه انصاف قرار نگرفت.[۸]پالاک در نامهٔ سال ۱۸۹۳ به هولمز، اظهار خرسندی کرده بود که «دشمن من، یعنی رأی صادره در پروندهٔ دری علیه پیک، در دادگاه‌ها به شکلی مورد استناد قرار می‌گیرد که به‌هیچ‌وجه شباهتی با یک

۱. برای مثال، بنگرید به:

(1890) 6 L.Q.R. 112; (1891) 7 L.Q.R. 5, 107, 309–10; (1896) 12 L.Q.R. 205; (1899) 15 L.Q.R. 236; (1900) 16 L.Q.R. 217; (1907) 23 L.Q.R. 133; (1911) 27 L.Q.R. 276.

۲. (1892) 8 L.Q.R. 7.

۳. (1893) 9 L.Q.R. 202.

۴. (1892) 8 L.Q.R. 113.

۵. Sugarman, supra n. 101, p.47.

۶. Sir Frederick Pollock, **The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law** (2nd. edn., London, Stevens & Sons, 1890), pp.254 et seq.

۷. نک. به:

the Directors' Liability Act 1890, s. 3(1)

(که برای افرادی که آگهی اشتباه منتشر می‌کنند، مسؤولیت کیفری وضع می‌کند).

۸. W. R. Cornish and G. de N. Clark, **Law and Society in England, 1750–1950** (London, Sweet & Maxwell, 1989), p.221.

رأی قضایی ندارد».[۱] البته، مجلس اعیان بموقع نسبت به محدود ساختن گسترهٔ رأی پروندهٔ دری علیه پیک اقدام کرد ـ مشهورترین اقدام در این راستا در سال ۱۹۶۳ انجام گرفت -[۲] اما آنچه با هدف ما در این بخش سنخیّت بیشتری دارد، رأیی است که تحت هدایت رئیس مجلس اعیان وقت، ویسکونت هالدین در پروندهٔ ناکتون علیه اشبرتون (۱۹۱۴) صادر شد. قضات (که اکثراً از لردهای دادگاه انصاف بودند) ضمن رأی، اعلام کردند که، علی‌رغم رأی پروندهٔ دری علیه پیک، هنوز می‌توان مطابق اصل انصاف، برای خسارت ناشی از اشتباه غیرعمدیِ افراد امین، غرامتی در نظر گرفت.[۳] البته عجیب نیست که در رأی صادر شده در پروندهٔ ناکتون علیه اشبرتون، هیچ ارجاعی به حملات پالاک به رأی دری علیه پیک صورت نگرفته است. با این حال، برخی متذکر شده‌اند که پروندهٔ اخیر «از برخی جهات تغییرات گسترده‌ای را در قانون پدید آورد»[۴] که «موضوع یادداشت‌های زیادی قرار گرفت»[۵] و «در برخی فصلنامه‌ها به اکراه» مورد قبول واقع شد.[۶] پالاک رضایت خود را از این رأی اعلام کرد.[۷] گزارش او از فعالیت‌های پشت‌صحنه‌اش بسیار غافلگیرکننده بود:

«هالدین هفتهٔ قبل من را به گفت‌وگویی در باب پروندهٔ دری علیه پیک و بررسی امکان به حداقل رساندن تبعات آن دعوت کرد. لردها قصد دارند تا اعلام کنند این رویه در موقعیّت‌هایی که تعهّدی قطعی برای امانتداری، مانند نمایندگان فروش، وجود دارد اجرا نشود. به عبارت دیگر، تا آنجا جلو رفته‌اند که

۱. Pollock to Holmes, 11 December 1893, in M. DeWolfe Howe (ed.), **The PollockHolmes Letters: Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes, 1874–1932**, 2 vols. (Cambridge, Cambridge University Press, 1942), I, p.49.

۲. Hedley Byrne v. Heller, supra n. 80, in particular at 610 (per Lord Devlin), and cf. (1907) 23 L.Q.R. 133.

همچنین به یاد بیاورید نقل قولی از لرد دنینگ را در ضمیمهٔ شمارهٔ ۸۲ متن فوق.

۳. Nocton v. Lord Ashburton [1914] AC 932 at 946–56; and cf. also Candler v. Crane, Christmas & Co., supra n. 81, at 177–8 (per Denning LJ, dissenting).

۴. Nocton v. Ashburton, ibid., p.969 (per Lord Shaw).

۵. همان، ص ۹۴۶ (per Viscount Haldane).

۶. همان، ص ۹۷۰ (per Lord Shaw).

۷. Frederick Pollock, "**Nocton v. Lord Ashburton**" (1915) 31 L.Q.R. 93.

بپذیرند این تصمیم اشتباه بوده است، یعنی همان عقیده‌ای که همهٔ اعضای مجمع لینکن در زمان صدور رأی داشتند».[۱]

اگر از آنچه در این فصل تا اینجا طرح شده است استنتاجی شود، باید این باشد که عرف‌های قضات در زمینهٔ این‌که چه چیزهایی جزو مراجعِ قابل ارائه به شمار می‌آیند، به‌طور سنّتی تأثیر بسیار زیادی در پنهان داشتن اثرگذاری نویسندگان دانشگاهی بر رویهٔ قضایی انگلستان داشته است. فارغ از تغییر موضع تدریجی از رأی پروندهٔ دری علیه پیک، به درستی نمی‌دانیم که پالاک چه نقش‌آفرینی‌ها و تأثیرات دیگری داشته است. اما واضح است که نظر او ارزشمند دانسته و دنبال شده و رأی جدید کاملاً مطابق و موافق خواسته‌های او صادر شده بود. درسی که از این واقعه می‌توان گرفت واضح است. در فصل دوم دیدیم که انگیزه‌های دخیل در استناد کردن پیچیده است و میزان اثرگذاری یک منبع، لزوماً نمی‌تواند از تعداد استنادات صورت گرفته به آن استنباط شود. همچنین بر عکس، از عدم استناد به منابع نباید نتیجه گرفت که آن منابع لزوماً فاقد اثرگذاری هستند.

آرتور لمن گودهارت در سال ۱۸۹۱، دو سال بعد از صدور رأی مجلس اعیان در پروندهٔ دری علیه پیک متولد شد. اگر پالاک نمونهٔ انگلیسی حقوقدان- دولتمرد بود، گودهارت، چنانکه در سوابق شغلی وی در «او که بود؟» آمده است، یک مقاله‌نویس اصیل و واقعی بود. او در آمریکا متولد شد، اما تقریباً تمام دوران حرفه‌ای‌اش را در انگلستان گذراند. او در سال ۱۹۳۱ عضویت خود در هیأت علمی کالج کورپوس کریستی دانشگاه کمبریج را رها کرد تا به عنوان استاد فلسفهٔ حقوق در دانشگاه آکسفورد مشغول به کار شود، سمتی که بیست سال آن را عهده‌دار بود. البته گودهارت بیشتر برای کرسی وینرین مناسب بود و خود نیز این سمت را بر کرسی استادی فلسفهٔ حقوق ترجیح می‌داد: او ذاتاً یک حقوقدان کامن لایی بود که علایقی نیز در زمینهٔ فلسفهٔ حقوق داشت، و اعتبار وی به عنوان یک فیلسوف حقوق اغلب اوقات توسّط دیگران زیر سؤال می‌رفت. هارولد لسکی، روسکو پاوند و

۱. Pollock to Holmes, 20 May 1914, in **Pollock-Holmes Letters**, supra n. 114, I, p.215.

فلیکس فرانکفورتر، هر سه در باب استعداد نداشتن گودهارت در زمینهٔ مسائل نظری هم‌نظر بودند.[۱] با این حال، همین جایگاه نه‌چندان مهم گودهارت به عنوان یک فیلسوف حقوق نیز مدیون تمجیدها و توجّهات بخش زیادی از وکلا و قضات ارشد انگلیسی است. تا به اینجا بخش زیادی از ارزیابی‌های قضایی از این فرد و کارش را ذکر کردیم. آلفرد دنینگ در سال ۱۹۴۷ نوشت: «مقالات پروفسور گودهارت بر آراء مهم زیادی، اثرگذاری قاطع داشته است».[۲] حدود چهل سال بعد نیز ادّعا کرد که گودهارت «بی‌شک بزرگترین حقوقدان زندهٔ روزگار ماست».[۳] قضات تقریباً به‌طور مرتب مدیون بودن خود به او را تصدیق کرده‌اند.[۴] یکی از قضات اسکاتلندی به شوخی گفته بود که اگر تقاضای تجدیدنظر از آرای مجلس اعیان

۱. برای مشاهدهٔ شواهدی مبنی بر این‌که «گودهارت خود کُرسی وینرین را ترجیح می‌داد» بنگرید به:

Robert F. V. Heuston, "**Goodhart, Arthur Lehman**", in A. W. B. Simpson (ed.), Biographical Dictionary of the Common Law (London, Butterworths, 1984), pp.211–212 at 212.

در خصوص عملکرد گودهارت در نقش یک حقوقدان عرفی، بنگرید به:

Anon., "**Professor A. L. Goodhart: Influence on Law in Britain**" (obituary), The Times, 11 November 1978, p.16

(«آشنا کردن کامن‌لا با فلسفهٔ حقوق دستاورد او بود، تا نشان دهد که اصول کامن‌لا قابلیت آن را دارند که موضوع تحلیل فلسفی باشند»).

برای نقد لسکی بر گودهارت، بنگرید به:

Laski to Holmes, 13 January 1932, in Holmes-Laski Letters, supra n. 48, II, p.1357

(«من... مقالات حقوق گودهارت و سی.کی. آلن را خواندم، اما فکر می‌کنم که هر دوی آن‌ها بی‌فایده‌اند. هیچ کدام تأثیرگذار نیستند و هر دو به طور تحمل‌ناپذیری پرحرف و اهل مطوّل‌نویسی‌های خسته‌کننده هستند. چرا انگلستان نمی‌تواند حقوقدانانی درجهٔ یک تربیت کند؟»).

و برای نقد پوند و فرانکفورتر بر گودهارت، بنگرید به:

Richard A. Cosgrove, **Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870–1930** (New York, New York University Press, 1987), pp.197–8.

همچنین بنگرید به:

William Twining, "**Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart**" (1979) 95 L.Q.R. 557 at 559.

۲. Denning, supra n. 73, p.516.

۳. Denning, "**1885–1984**", supra n. 77, p.514.

۴. برای مثال، بنگرید به:

Ingram v. Little, supra n. 90, p.512 (per Sellers LJ).

ممکن بود، رسیدگی به آن کار گودهارت بود.[۱] طبق گفتهٔ لرد رید، او حقوقدانی بود که شرح‌هایش قضات را مجبور می‌کرد که «بنشینند و نکته‌برداری کنند».[۲]

یکی از قضات دیوان عالی گزارش کرده است که بسیاری از اعضای حقوقدان مجلس اعیان «توجّهی فوق‌العاده به گودهارت دارند».[۳] حتی قضاتی که به نگاه از بالا و تحقیرآمیز به حقوقدان دانشگاه گرایش داشتند نیز او را استثناء محسوب می‌کردند. پاتریک دولین که تحت نظر گودهارت تحصیل کرده بود، اثر خود با نام «نمونه‌هایی از قانونگذاری» را با تشکر از استاد سابقش چنین آغاز کرده بود: «یگانه فردی که... سخنش در دنیای حقوق از اعتبار زیادی برخوردار بود».[۴] رابرت مگاری، کسی که برای نزدیک به بیست و پنج سال به گودهارت در امر ویراستاری و سردبیری نقدنامهٔ فصلی حقوق یاری رسانده بود، «گلچین قوانین»[۵] خود را به «آرتورو لمن گودهارت: یک دوست بسیار خوب و یک نویسنده و مشاور بسیار دانا» تقدیم کرده بود. لرد دیپلاک بیان داشت که «شاید او اولین کسی بود که به عنوان دوست و همدم بسیاری از اعضای قضایی توانسته بود به راحتی میان دانشگاه و دادگاه در رفت و آمد باشد و بر شکاف میان نظر و عمل حقوقی پُلی بزند».[۶]

به جنسِ «دوستی» توجّه کنید. او بیش از هر چیز به عنوان دوستِ قضات شناخته می‌شد. از این نظر، وضعیت او بسیار با پالاک متفاوت بود. لاوسُن در این باب نوشته است: «مشهور بود که پالاک به سختی می‌تواند با کسی که به‌طور

۱. Lord President Cooper, as reported by T. B. Smith, "**Authors and Authority**" (1972) n.s. 12 J.S.P.T.L. 3 at 6.
«رئیس فقید... بر این عقیده بودند که، اگر درخواست تجدیدنظر از تصمیمات مجلس اعیان ممکن بود، باید به محضر سردبیر نقدنامهٔ فصلی حقوق ارسال می‌کردیم».

۲. As reported in Paterson, supra n. 20, p.19

۳. As reported in Paterson, ibid., p.222 n. 50.

۴. Devlin, **Samples of Lawmaking**, supra n. 58, p.1.
این کتاب به گودهارت تقدیم شده است.

۵. supra n. 18.

۶. Diplock, supra n. 19, p.459.

کامل با او هم‌رأی نباشد ارتباط کلامی برقرار کند»[۱] و با این حال، گودهارت نه‌تنها به لحاظ شغلی با پالاک آشنا بود، بلکه «تا آنجا که در توان انسان هست، به لحاظ شخصی نیز با او ارتباط داشت».[۲] جملهٔ اخیر دربارهٔ هر دوی این افراد صحبت می‌کند: پالاک به‌طور آشکاری کم‌حرف بود و گودهارت توانایی خاصی در دوستی ورزیدن با کسانی داشت که گرایش به گوشه‌گیری داشتند. چنین بود که او توانست بر پالاک پیروز شود ـ کسی که توصیه‌نامهٔ او تضمین کرد تا گودهارت سمت سردبیری نقدنامهٔ فصلی حقوق را در سال ۱۹۲۶ احراز کند[۳] ـ؛ او همچنین توانست اعتماد و احترام قضات را در دوره‌ای به دست بیاورد که آن‌ها تمایلی به پذیرفتن دین خود به حقوقدانان زنده و تجلیل از آن‌ها نداشتند. بسیاری از شارحانِ گودهارت، به‌طور ضمنی متذکر شده‌اند که او فرصت‌طلبی ماهر بود که توانست از ثروتی که به او ارث رسیده بود به خوبی استفاده کند. او در مدتی که در کورپوس کریستی حضور داشت، نه‌تنها به شغل سردبیری مشغول بود بلکه همچنین بودجهٔ تأسیس مجلهٔ حقوق کمبریج را تأمین کرد.[۴] مطابق آگهی فوت تایمز، او سعی داشت تا با تأکید بر علایق فلسفهٔ حقوقی‌اش، بخت خود را برای انتقال به آکسفورد افزایش دهد (ادّعایی که مشکوک به نظر می‌رسد).[۵] او به عنوان یک میزبان مشهور و با دارا بودن شخصیتی بسیار جذاب و متمایز، توانسته

۱. F. H. Lawson, **The Oxford Law School, 1850–1965** (Oxford, Clarendon Press, 1968), pp.72–3.

۲. F. H. Lawson, "**A. L. G.: A Professor's View**" (1975) 91 L.Q.R. 461 at 462.

۳. Anon., "**Professor A. L. Goodhart: Influence on Law in Britain**", supra n. 122.

۴. همان. گودهارت مجله حقوقی کمبریج را در ابتدا به تنهایی و بعدها با همکاری اچ.ای.سالت در میانهٔ سال‌های ۱۹۲۱ و ۱۹۲۵ سردبیری نمود.

۵. گزارش‌های آگهی فوت تایمز مربوط به گودهارت (همان.)، هر چند او تدریس کامن‌لا را ترجیح می‌داد، اما زمینهٔ فلسفهٔ حقوق را برگزید زیرا استاد فلسفهٔ حقوق آکسفورد در جنگ کشته شده بود و بنابراین فرصتی برای گودهارت فراهم آمد تا به آکسفورد منتقل شود. گودهارت در بحبوحهٔ جنگ‌ها و در سال ۱۹۳۱، یعنی زمانی که کارلتون کمپ آلن (م. ۱۹۶۶) استعفا داد به آکسفورد منتقل شد. یکی از مهمترین مقالات فلسفهٔ حقوقی او در سال ۱۹۲۹ منتشر شد. بنگرید به:
G A. L. Goodhart, "Recent Tendencies in English Jurisprudence" (1929) 7 Canadian Bar Rev. 275; repr. in his **Essays in Jurisprudence and the Common Law** (Cambridge, Cambridge University Press, 1931), pp.27–49.

بود رابطهٔ دوستی خوبی را با قضات برقرار کند و با تعدادی از حقوقدانان مجلس اعیان نیز ارتباطی نزدیک داشته باشد.[۱] در واقع، به نظر می‌رسد او در مقایسه با هر حقوقدانان دیگری، توانسته بود رابطهٔ نزدیکتری را با قضات انگلیسی برقرار کند. هیچ کس دیگری نتوانسته بود به اندازهٔ گودهارت برای قضات مشاور و معتمد کامل باشد.

اگر خواننده‌ای این معرفی مختصر از گودهارت را تاحدی مزوّرانه بیابد، قابل چشم‌پوشی است. قطعاً آنچه گفتیم کاملاً قانع‌کننده نیست. در فصل دوم استدلال شد که نقشهٔ ریخته شده، ممکن است کاملاً نقش بر آب شود. از آنجا که اثرگذاری اغلب نتیجهٔ جنبیِ دارا بودن ویژگی‌های مختلفی است، اغلب نصیب کسانی نمی‌شود که تلاش دارند آن را به صورت مجزّا و ارادی کسب کنند. این ایده که ممکن است گودهارت توانسته باشد ثروت و جذبهٔ قابل توجّهش را در راه کسب توجّه و یا حتی تحسین برخی قضات خاص صرف کرده باشد، تا حدی قابل پذیرش است. با این حال، به سختی می‌توان این ادّعا را پذیرفت که ثروت و جذبهٔ گودهارت ممکن است به اثرگذاری او در میان قضات منجر شده باشد. سخن ما این نیست که چنین ویژگی‌هایی بی‌تأثیرند، بلکه این است که ویژگی‌های مذکور به تنهایی نمی‌توانند جایگاه ویژهٔ او در زمینهٔ اثرگذاری را توضیح دهند. برای توضیح چنین امری لازم است تا مؤلفه‌های مشخّص دیگری را نیز به حساب آورد.

چنانکه لاوسُن اشاره کرده بود، گرایش فکری گودهارت به عنوان یک حقوقدان تا حدّ چشمگیری آمریکایی بود.[۲] به نظر می‌رسد تمایل بخشی از قضات به شنیدن سخنان او ناشی از این بود که او می‌توانست به مسائل حقوقی از

۱. مهمان‌نوازی گودهارت از سوی دیپلاک و لاوسُن مورد تمجید قرار گرفته است:

Diplock, supra n. 19, p.459; and by Lawson, supra n. 133, p.463.

حتی لسکی که پیش‌تر نظر منفی او نسبت به پژوهش‌های حقوقی گودهارت را متذکر شدیم (supra n. 122)، نتوانسته بود منکر شخصیت دوست‌داشتنی گودهارت شود:

Laski to Holmes, 13 July 1925, in **Holmes-Laski Letters**, supra n. 48, I, p.764.

برای مطالعه در خصوص رفاقت گودهارت با قضات، بنگرید به:

Tony Honoré, "**Goodhart, Arthur Lehman**", in D.N.B. (1971–1980), pp.350–1 at 350; and Paterson, supra n. 20, p.222 n. 51 (noting friendship with Law Lords).

۲. Lawson, supra n. 133, p.462.

منظری آمریکایی نگاه کند. او معمولاً استدلال‌های قضایی را با جسارتی نقد می‌کرد که در آن زمان، بیشتر از آنکه انگلیسی باشد، یک خصلت آمریکایی بود؛[۱] با این حال، این جسارت او هرگز قضات را پس نمی‌زد، زیرا نقدهای گودهارت همیشه واضح، سازنده، مؤدبانه، صمیمی (و در عین حال، به دور از طعنه) و مبتنی بر عقل سلیم بود.[۲] مهارت‌های نقّادی او به خوبی توانست او را در جایگاه سردبیر و نویسندهٔ اصلی یادداشت پرونده‌های نقدنامهٔ فصلی حقوق کمک کند (سمتی که او برای حدود چهل و پنج سال برعهده داشت). او در مقام سردبیر توانست شرایطی را فراهم کند که حتی جدّی‌ترین نقدهای حقوقی نیز با لحنی مؤدّبانه نوشته شوند، موضوعی که قدردانی نظام قضایی را به دنبال داشت.[۳] دستاوردهای او در مقام یادداشت‌نویسِ پرونده، از این هم چشمگیرتر بود. او به‌طور متوسّط، برای هر شماره از مجله، دوازده یادداشت نوشته است. با این حال، شرح پرونده‌های گودهارت اغلب به عنوان برجسته‌ترین و اثرگذارترین مشارکت او در مطالعات حقوقی به شمار می‌آید.[۴] شرح‌حال‌نویسان معاصر وی خلاصهٔ دستاوردهای گودهارت در مقام یادداشت‌نویس پرونده را چنین برشمرده‌اند:

«هیچ حقوقدان آکادمیکی (احتمالاً به غیر از سر فردریک پالاک، سلفِ او [در نقدنامهٔ فصلی حقوق])، نتوانسته بود چنان اثر عمیقی بر حقوق این کشور بگذارد. برای مثال، تنها در یک سال دو تغییر بزرگ رخ داد که هر دو بسیار تحت تأثیر توصیه‌های مکرّر [گودهارت] بود: استقرار نهاییِ قابلیت پیش‌بینی منطقی به عنوان

۱. Honoré, supra n. 137, p.350.

۲. بنگرید به همان و همچنین:

Heuston, supra n. 122, p.212.

۳. Diplock, supra n. 19, pp.459–60; Paterson, supra n. 20, p.15.

۴. برای مثال، بنگرید به:

P. V. Baker, "**A. L. G.: An Editor's View**" (1975) 91 L.Q.R. 463 at 464, 466–8; Heuston, supra n. 122, p.212; Honoré, supra n. 137, p.350

«این یادداشت پرونده‌های او بود، موجزنویسی و پرداختن صریح به اصل موضوع حقیقتاً بیشترین تأثیر را داشت».

معیاری برای رابطهٔ بعید خسارت ناشی از تقصیر، و اعطای قدرت به دادگاه تجدیدنظر جنایی (وقت) برای دستور انجام یک رسیدگی جدید در پرونده‌های خاص».[۱]

در پذیرش بخش پایانی این نقل قول، باید احتیاط کرد: در حالی که گودهارت معمولاً تلاش می‌کرد تا با یادداشت پرونده‌های خود برای اعطای قدرت دستور انجام یک رسیدگی جدید به دادگاه تجدیدنظر جنایی زمینه‌سازی کند،[۲] حتی هواداران پرشور او نیز تصدیق می‌کنند که مبارزهٔ گودهارت در این مورد خاص نهایتاً با موفقیّت مشخّصی همراه نبود.[۳] با این حال، بخش پیشین این نقل قول، در مورد معیار قابلیت پیش‌بینیِ منطقی، نسبتاً جالبتر است. همان‌طور که پالاک از ابزار یادداشت پرونده برای جهاد علیه رأی مجلس اعیان در پروندهٔ دری علیه پیک استفاده کرده بود، گودهارت نیز از این ابزار برای پیکار با رأی دادگاه تجدیدنظر در سال ۱۹۲۱ استفاده کرد. دادگاه در این رأی اعلام کرده بود که مرتکبان تقصیر، باید در برابر تمام نتایج مستقیم اعمال خود یا کارگزارشان مسئول باشند، حتی اگر این نتایج به لحاظ منطقی قابل پیش‌بینی نبوده باشد.[۴] به نظر می‌رسد تلاش‌های گودهارت در این مورد، همانند پالاک، موفقیت‌آمیز بود. موضوع مورد بحث گودهارت، رأی صادره در پروندهٔ مشهور «ری‌پولمیس» بود. در این پرونده، تقصیر کارگر استخدام شده توسّط اجاره کنندهٔ کشتی، به سقوط یک الوار به درون انبار پُر از بشکه‌های بنزین کشتی منجر شده بود. بر اثر جرقهٔ حاصل از برخورد الوار، بخار بنزین موجود در هوای انبار مشتعل و آتش‌سوزی ایجاد شده بود. هر چند

۱. Anon., "**Professor A. L. Goodhart: Influence on Law in Britain**", supra n. 122.

۲. برای مثال، بنگرید به:
(1944) 60L.Q.R. 33, 135; (1948) 64 L.Q.R. 11; (1952) 68 L.Q.R. 327; (1960) 76 L.Q.R. 192.

۳. Baker, supra n. 142, p.465;
گرچه باید متذکر شد که سرانجام، با تصویب قانون تجدیدنظرهای کیفری ۱۹۶۴، دادگاه تجدیدنظر کیفری دارای اختیار انجام محاکمهٔ مجدد شد. برای بحث‌های بیشتر در این باره بنگرید به:
Richard Nobles and David Schiff, **Understanding Miscarriages of Justice: Law, the Media and the Inevitability of Crisis** (Oxford, Oxford University Press, 2000), pp.62–9.

۴. Re Polemis [1921] 3 KB 560.

این موضوع که سقوط الوار می‌تواند باعث خسارتی شود منطقاً قابل پیش‌بینی بود، اما نکته اینجاست که خسارت ایجاد شده به هیچ‌وجه قابل پیش‌بینی نبود. با این حال، علیرغم این‌که خسارت واقع شده قابل پیش‌بینی نبود، دادگاه تجدیدنظر به اتفاق آرا اعلام کرد که اجاره کننده در برابر خسارت وارد شده به کشتی، مسئول است. با این‌که اصل قضاوت صورت گرفته در پروندهٔ «ری‌پولمیس» به شدت بر ویرایش یازدهم کتاب «حقوق شبه‌جرم» پالاک مبتنی بود،[1] شخص پالاک از این رأی استقبال نکرد. او استدلال کرد که نه‌تنها تمام قضاوت‌های صورت گرفته کم‌مایه و فاقد بحث انتقادی کافی است («قضات محترم صرقاً نظراتی را نقل کرده‌اند که با رأی آن‌ها موافق باشد و هیچ سخنی از... نظرات کسانی به میان نیاورده‌اند که همدلی کمتری با دیدگاه آن‌ها داشته‌اند») بلکه همچنین بیش از حد مغلق است:

«پرسش‌هایی که دربارهٔ قضاوت‌های انجام شده طرح می‌شوند، کمابیش ترمینولوژیک (اصطلاح‌شناسانه) هستند و در خصوص مدلول صفاتی مانند «طبیعی»، «احتمالی» و «تقریبی» مطرح می‌گردند. اما، با کمال احترام، باید گفت وقتی که مسأله‌ای مثل وجود مسئولیّت مدنی از اساس محلّ بحث و اختلاف‌نظر است، پرسش صحیح— از جمله این پرسش که: آیا به لحاظ منطقی احتمال ورود خسارت قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر؟ - دور از این ظرافت‌های کلامی مطرح می‌شود. چنین پرسشی هیچ سخنی دربارهٔ طبیعت یا احتمال نمی‌گوید، و به وضوح بحث را به سوی جدال‌های فلاسفه بر سر رابطهٔ میان علّت و معلول هدایت می‌کند. این پرسشی است که برای افراد عامی نیز قابل فهم است، حتی اگر در همهٔ موارد، بر سر یک پاسخ مشترک در پرونده‌ای خاص به توافق نرسند».[2]

دیدگاه پالاک در خصوص رأی پولمیس توسّط گودهارت نیز تکرار شد. او پنجاه سال بعد از صدور این رأی، نوشت که حقوقدانان دانشگاهی نسبت به این رأی شور و شوق فراوانی نشان می‌دادند زیرا «تنها بهترین دانشجویان از پسِ فهم

۱. بنگرید به، همان، ص ۵۶۹ و ۵۷۰ (per Bankes LJ).

۲. Frederick Pollock, "**Liability for Consequences**" (1922) 38 L.Q.R. 165 at 166–7.

آن برمی‌آمدند»، به عبارت دیگر، این رأی «مسأله‌های مفیدی را برای برگه‌های امتحانی فراهم کرده بود».[۱] او در سال ۱۹۲۸ نوشت که هر چند پیچیدگی این رأی مورد استقبال استادان حقوق قرار گرفت، اما «هم جامعهٔ قضات و هم جامعهٔ وکلا نسبت به استناد و استفاده از این رأیِ غیررضایت‌بخش تردید داشتند».[۲] او با ذکر شواهدی نشان داده بود که «قضات و مشاوران» گرایش بیشتری به «نادیده گرفتن ری‌پولمیس» دارند.[۳] «هیچ دو شارحی پیدا نمی‌شوند که بر سر محتوا و همچنین موارد کاربرد این رأی اتفاق نظر داشته باشند».[۴] گودهارت در سال ۱۹۵۴ در حاشیهٔ خود بر رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ رو علیه وزیر بهداشت[۵] نتیجه‌گیری دنینگ ال‌جی را تحسین کرده بود. دنینگ ال‌جی گفته بود که رویکرد قضات به مقولهٔ «مسئولیّت مدنی نتایج عمل» در پروندهٔ ری‌پولمیس بیش از اندازه پیچیده بود، در حالی‌که در بسیاری از پرونده‌ها کافی است دادگاه این پرسش را طرح کند که آیا نتایج حاصل شده از عمل، مصداق «خطر» هستند یا خیر و پاسخ این پرسش را نیز بر حسب عقل سلیم بدهد. گودهارت افزوده بود که «این همان نتیجه‌ای است که ما سال‌ها برای رسیدن به آن تلاش کرده بودیم، زیرا قانون باید مطابق عقل سلیم باشد، نه مجموعهٔ نظریه‌های پیچیده‌ای که هیچ دو قاضی یا نویسندهٔ کتاب درسی از آن تفسیری مشترک ارائه ندهند».[۶] دادگاه‌ها به جای متوسّل شدن به چنین نظریه‌هایی، باید «بر این مسألهٔ نسبتاً ساده تمرکز کنند که: آیا خوانده اقدامات منطقی را برای جلوگیری از نتایج قابل‌پیش‌بینی انجام داده است یا نه؟»[۷] معیار مسئولیّت نیز باید کاملاً سرراست باشد: «مرتکب شبه‌جرم باید تنها برای آن دسته از نتایجی مسئول شناخته شود... که یک انسان

۱. (1970) 86 L.Q.R. 454.

۲. (1928) 44 L.Q.R. 142.

۳. همان، ص ۱۴۳.

۴. A. L. Goodhart, "**Liability and Compensation**" (1960) 76 L.Q.R. 567 at 568.

۵. Roe v. Minister of Health [1954] 2 WLR 915.

۶. (1954) 70 L.Q.R. 306.

۷. (1970) 86 L.Q.R. 454.

منطقی در آن موقعیّت، آن‌ها را تا حد امکان پیش‌بینی می‌کرده و برای جلوگیری از وقوع آن‌ها، اقداماتی احتیاطی را انجام می‌داده است».[۱]

بنابراین، چنین بود که گودهارت مرتّباً، اغلب از طریق بخش یادداشت پرونده‌های نقدنامهٔ فصلی حقوق، عقلانیت رأی صادره در پروندهٔ ری‌پولمیس را زیر سوال می‌برد. البته همگان این حملات او را قانع‌کننده نمی‌دیدند.[۲] با این وجود، به نظر می‌رسد که این نقدها اثرگذار بود و قطعاً این تأثیر در نظرات برخی از اعضای ارشد جامعهٔ قضات بازتاب یافت. گودهارت در سال ۱۹۵۲ تمامی نقدهایی را که بر رأی صادر شده در پروندهٔ پولمیس نگاشته بود، در مقاله‌ای طولانی جمع‌آوری و در نقدنامهٔ فصلی حقوق منتشر کرد.[۳] اول از همه، او این سخن پالاک را تکرار کرد که این رأی به خوبی با سابقهٔ قضایی مرتبط با موضوع تطبیق نیافته است.[۴] دوم، او میراث این رأی را ارزیابی کرد و نتیجه گرفت که پس از گذشت بیش از سی سال از صدور، این رأی «تنها در تعداد محدودی از پرونده‌ها مورد استناد واقع شده و... تنها در یک مورد مستقیماً اعمال شده است».[۵] البته، ممکن است کسی بپرسد که اگر تبعات این رأی واقعاً تا این حد ناچیز و کم‌اهمّیّت بوده‌اند، پس چرا این میزان از توجّه نقادانه به آن مبذول شده است. پاسخ گودهارت به این پرسش صریح و روشن بود: «قاعدهٔ به کار رفته در پروندهٔ ری‌پولمیس... مانند طنابی مزاحم دور گردن هر کسی است که بخواهد

۱. Goodhart, "Liability for the Consequences of a 'Negligent Act'" (1926), in his **Essays in Jurisprudence and the Common Law**, supra n. 136, pp.110–128 at 126.

۲. برای مثال، بنگرید به:

H. L. A. Hart and Tony Honoré, **Causation in the Law** (2nd edn., Oxford, Clarendon Press, 1985; 1st edn. publ. 1959), pp.254–75; and cf. Goodhart, supra n. 152, pp.574–5, 586–7.

۳. A. L. Goodhart, "**The Imaginary Necktie and the Rule in Re Polemis**" (1952) 68 L.Q.R. 514.

۴. بنگرید به، همان، صفحات ۵۱۴ تا ۵۲۶. مثل پالاک، برای گودهارت نیز پروندهٔ هدلی علیه بکسندیل (۱۸۵۴) ۹ Ex. 354 (پرونده‌ای که موضوع آن خسارات نقض قرارداد در مقابل مسؤولیت مدنی شبه جرم بود) یک مسألهٔ حیاتی ویژه تلقی می‌شد.

Cf. F. P., **Book Review** (1928) 44 L.Q.R. 100 at 101–2.

۵. Goodhart, supra n. 158, p.530.

اصول کلی قانون در ارتباط با خسارت را به نحو منطقی و واضح بیان کند».[۱] همچنین او افزوده بود «مادامی که قاعدهٔ ری‌پولمیس پابرجاست، قرار دادن حقوق خسارات بر یک بنیان محکم و عقلانی کاری دشوار است».[۲]

چرا گودهارت چنین تصوّری داشت؟ مهمترین اشکال رأی پولمیس در نظر او، اصرار دادگاه بر مسئول دانستن مرتکب شبه‌جرم برای خسارتی بود که، در عین قابل پیش‌بینی نبودن، «مستقیماً قابل انتساب به عمل تقصیرآمیز» بود.[۳] او در این یادداشت می‌پرسد، نتایج مستقیم چه هستند؟

«اگر الف در بستن اسب‌هایش مرتکب تقصیر شود و آن‌ها بر اثر ضربهٔ پسر بچه‌ای بازیگوش رم کنند و چهار کیلومتر دورتر، ب را مجروح کنند که برای نجات جان ج قصد متوقف کردن آن‌ها را داشته است، آیا جراحت ب نتیجهٔ مستقیمِ تقصیر الف محسوب می‌شود؟... به نظر می‌رسد که هیچ‌کس برای تعریف واژهٔ «مستقیم» تلاشی انجام نداده است، جز این‌که پیشنهاد شده یک علّت تا زمانی علّت مستقیم محسوب می‌شود که شخص ثالثی در رخداد دخالت کند. به نظر می‌رسد که اگر چنین بگوییم که علّت مداخله‌گری که قابل پیش‌بینی است، علّت مداخله‌گر محسوب نمی‌شود، توانسته‌ایم به معیار قالبیِ واضحی دست یابیم. الف ب را مجروح می‌کند.. جراحات عفونی شده و Y می‌میرد. آیا میکروب‌ها علّت مداخله‌گر در مرگ Y محسوب می‌شوند؟ آیا اگر بگوییم که این میکروب‌ها عامدانه یا بر اثر تقصیر کادر بیمارستان وارد بدن شده است، می‌توان آن‌ها را به عنوانِ علّت مداخله‌گر محسوب کرد؟ برای این‌که واژهٔ «مستقیم» بتواند ما را در پاسخگویی به چنین مسائلِ مرتبط با مسئولیّت یاری کند، لازم است تا این واقعیّت را نادیده بگیریم که این واژه هیچ معنای دقیقی ندارد».[۴]

درس اساسی ری‌پولمیس برای گودهارت این بود که رشد پیوستهٔ حقوق، وقتی که از الزامات تجربه متابعت کند، بسیار رضایت‌بخش‌تر از حالتی است که از

۱. همان.

۲. همان، ص ۵۳۱.

۳. Re Polemis, supra n. 146, at 577 (per Scrutton LJ).

۴. Goodhart, supra n. 158, pp.530–1.

گزاره‌های منطقی تبعیت نماید. «غیر عادی نیست که در تعارض میان حقوق عملی در یک سو و نظریه‌ای جذاب در سوی دیگر، پیروزی تمام و کمال نصیب حقوق عملی شود، زیرا تجربه نشان داده است که حقوق عملی بر اصلی استوارتر و کاراتر مبتنی است».[۱] وقتی در سال ۱۹۵۹ دیوان عالی ولز جنوبی جدید رأی خود در پروندهٔ واگُن موند را پس گرفت،[۲] گودهارت اعلان کرد که زمان نقض قضایی رأی ری‌پولمیس فرا رسیده است.[۳]

دو سال بعد، پس از استماع پروندهٔ واگُن موند توسّط کمیتهٔ قضایی شورای سلطنتی، فرمان نقض رأی ری‌پولمیس صادر شد.[۴] پروندهٔ واگُن موند در مورد بی‌دقتی در تخلیهٔ مقادیر زیادی نفت کوره از کشتیِ شخص خوانده در بندر سیدنی بود. کشتی حدود شش ساعت پس از تخلیه، بندر را ترک کرده بود. باد و امواج نفت را به زیر اسکلهٔ شاکی منتقل کرده بود، در حالی‌که ـ به شاکی اطمینان داده شده بود که تخلیه به صورت امن انجام گرفته است ـ در آن منطقه عملیات جوشکاری در حال وقوع بود. حدود پنجاه و پنج تا شصت ساعت بعد از تخلیه، فلز مذاب ناشی از عملیات جوشکاری روی پنبه یا تکه پارچه‌ای شناور روی آب ریخته و منجر به آتش گرفتن پارچه و وقوع یک آتش‌سوزی بزرگ شده بود که خساراتی جدی به اسکله وارد کرده بود. همچنین لبهٔ اسکله و شیب بارانداز آن نیز آغشته به نفت شده بود. خوانده نه می‌دانست و نه می‌توانست بداند که نفت پخش شده روی سطح آب قابلیت اشتعال دارد. شورای سلطنتی با ردّ لزوم پیروی از قاعدهٔ ری‌پولمیس اعلام کرد که خواندگان مسئولیّت ناشی از تقصیر ندارند، زیرا آن‌ها به لحاظ منطقی نمی‌توانستند پیش‌بینی کنند که اسکلهٔ شاکی بر اثر بی‌دقتی آن‌ها در تخلیهٔ نفت در بندر، می‌تواند دچار خسارت شود.

۱. همان، ص ۵۳۴.

۲. Morts Dock & Engineering Co., Ltd. v. Overseas Tankship (U.K.) Ltd. [1959] 2 Lloyd's Rep. 697.

۳. Goodhart, supra n. 152, pp.585–7.

۴. Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound) [1961] AC 388.

رأی صادر شده در پروندهٔ واگُن موند تنها دارای یک استناد ـ البته استنادی نسبتاً بی‌جهت ـ به اثر گودهارت بود.[۱] بنابراین، این مسأله تقریباً چیزی به ما نمی‌گوید. رأی گزارش شده، آن قدر دقیق بازتاب‌دهندهٔ دیدگاه‌های گودهارت در باب ری‌پولمیس و مسئولیّت ناشی از نتایج است که بعید نیست بخش‌های قابل توجّهی از رأی نیز مستقیماً حاصل قلم گودهارت باشد. با این حال، از آنجا که وکیل خواندگان به کارزار او علیه رأی پولمیس هیچ استنادی نکرده است، به نظر می‌رسد در خصوص این‌که طرفین پرونده از چه اندیشه‌ای تبعیت می‌کردند، کمی تردید وجود دارد. مطابق بحث‌های پیشین، ما می‌توانیم از اصطلاح فلسفهٔ وان ویلیامز استفاده کنیم: وکیل مشاور باید در دادگاه از استناد به نویسندگان زنده خودداری کند. اما می‌تواند، بدون ذکر نام، از اندیشه‌های آن‌ها استفاده کند. برای مثال، وکیل مشاور، دقیقاً مانند گودهارت، تلاش کرده بود تا نشان دهد که «قاعدهٔ پولمیس... هیچ اصالتی ندارد»[۲] زیرا دادگاه تجدیدنظر برای رسیدن به این قاعده، عامدانه رویکردی گزینشی در برابر سابقهٔ قضایی اتّخاذ کرده بود. آنچه از استدلال‌های وکیل مشاور مهمتر است، نظر شورای سلطنتی است که توسّط ویسکونت سیموندز ارائه شده بود. در سال ۱۹۵۵، سیموندز در پایان یکی از نظریات خود در مجلس اعیان اعلام کرد که به پژوهش‌های گودهارت بسیار مدیون است.[۳] البته نظریهٔ وی در پروندهٔ واگُن موند شامل چنین مطلبی نیست؛ اما به نظر نمی‌رسد به چنین چیزی هم نیاز داشته باشد، زیرا تأثیر گودهارت کمابیش در هر صفحهٔ آن مشهود است. سیموندز استدلال می‌کند که، ری‌پولمیس این ایده را «که فاعل مقصر برای نتایج غیر«مستقیم» عمل خود، هر آنچه که می‌خواهد باشد، مسئولیّتی ندارد» به حقوق تقصیر (law of negligence) معرفی می‌کند.[۴] اشارهٔ انتقادی وی به مفهوم نتایج مستقیم بازتابی

۱. بنگرید به: همان، ص ۴۲۰ – ۴۲۱ (per Viscount Simonds)

۲. Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound) [1961] AC 388 p.400, and see more generally ibid., pp.394–401.

۳. Benmax v. Austin Motor Co. Ltd. [1955] AC 370, 374, per Viscount Simonds

«من نباید بدون گفتن این‌که در فراهم آوری این نظر چقدر به برخی نوشته‌های پروفسور گودهـارت مدیون هستم، کار را به پایان ببرم».

۴. The Wagon Mound, supra n. 168, at 416.

کمرنگ از سخنان گودهارت است. البته بیان سیموندز هنگامی که بعداً در مرحلهٔ صدور رأی به مسألهٔ مستقیم بودن بازگشت، تقریباً کلمه به کلمه با سخنان گودهارت مطابق است.[۱]

سیموندز می‌پرسد، چرا دادگاه تجدیدنظر به چنین تصمیمی در باب مستقیم بودن نتایج رسید؟ «به نظر می‌رسد پاسخ این باشد که دادگاه بر مبنای ملاحظات تعداد اندکی از منابع خاص که در رأی دادگاه مورد استناد واقع شده بودند، به این تصمیم رسید».[۲] در اینجا، سیموندز همانند وکیل مشاور خوانده، این استدلال گودهارتی را تکرار می‌کند که ری‌پولمیس سابقهٔ قضایی را به هم زده و به ندرت در سال‌های بعد مورد استناد قرار گرفته است.[۳] علاوه بر این، همانند گودهارت که نسبت به توسّل قضات به «نظریه‌های پیچیده» هشدار داده بود، سیموندز نیز معتقد بود دادگاه‌ها با این خطر مواجهند که «توسّط نظریه‌های دانشگاهی مرتبط با علّیت و سخنان زشت و دشوارفهم آن‌ها منحرف شوند».[۴] بهتر است مسائل را ساده کنیم: در تعیین حدود مسئولیّت مرتکبان برای نتایج اعمالشان، قانع‌کننده‌ترین معیار این است که «انتساب یا عدم انتساب را با عقل عرفی بشری بسنجیم»، نه معیاری که «ما را به ناکجاآبادی با مسائل بی‌پایان و غیرقابل حلّ مرتبط با علّیت می‌رساند».[۵] گودهارت گزاره‌ای را که به نظرش مطابق با عقل عرفی بود، چنین صورت‌بندی کرده بود: مرتکب شبه‌جرم باید تنها برای آن دسته از نتایجی مسئول شناخته شود که شخص منطقی احتمالاً می‌توانسته با پیش‌بینی آن‌ها و انجام اقدامات احتیاطی از وقوعشان جلوگیری

۱. همان، ص ۴۲۴ («قاعدهٔ پلمیس با جایگزینی نتایج «مستقیم» به جای نتایج دارای «قابلیت پیش‌بینی عقلایی» به نتیجه‌ای غیرمنطقی و غیرمنصفانه منتهی شده است»)؛
and cf. Goodhart, supra n. 152, p.587
(«پولمیس هیچ مشکلی را حل نمی‌کند، زیرا «مستقیم» را جایگزین «قابل پیش‌بینی» کرده و واضح است که هیچکس نمی‌تواند در قبال تمامی نتایج اعمال اشتباه خود مسؤول شناخته شود»).

۲. The Wagon Mound, supra n. 168, at 416.

۳. همان، ۴۱۶ تا ۴۲۲. سیموندز تأکید کرده بود که محکوم شدن این تصمیم از سوی گودهارت نشان می‌دهد که «چقدر پولمیس از جریان اندیشهٔ حقوقی معاصر به دور است». (همان ص ۴۲۰).

۴. همان، ص ۴۱۹.

۵. همان، ص ۴۲۳.

کند. تصمیم شورای سلطنتی در پروندهٔ واگُن موند به وضوح این گزاره را به کار گرفته است. مطابق گفتهٔ سیموندز:

«اگر پرسیده شود که چرا فرد باید برای نتایج طبیعی یا ضروری یا احتمالیِ عملِ خود (یا هر توصیفِ مشابه دیگری از آن‌ها) مسئول شناخته شود، پاسخ این است که این امر نه براساس طبیعی یا ضروری یا احتمالی بودن آن نتایج، بلکه به علّت این است که انسان عاقل، نتایج دارای این ویژگی‌ها را باید پیش‌بینی کند».[۱]

به نظر می‌رسد که به هیچ‌وجه اغراق‌آمیز نیست که بگوییم بخش اعظم نظریهٔ ویسکونت سیموندز در پروندهٔ واگُن موند کاملاً گودهارتی است. جی. ای. جالوویکز در سال ۱۹۶۱ طی یادداشتی کنایه‌آلود در مجلهٔ حقوقی کمبریج نوشت: «رأی صادر شده در پروندهٔ واگُن موند به خوبی مورد استقبال قرار گرفت و حداقل برای خوانندگان نقدنامهٔ فصلی حقوق، «قابل پیش‌بینی عقلایی» است که استقبال‌های مشتاقانهٔ بیشتری نیز از این پرونده در راه است».[۲] گودهارت طی همان سال ابراز عقیده کرد که ری‌پولمیس مُرده و دفن شده است و او مشتاق ـ یا شاید بسیار مشتاق[۳] - است تا بر گور آن شادی کند. او بخش یادداشت‌های نقدنامهٔ فصلی حقوق را به «آگهی ترحیم» ری‌پولمیس اختصاص داد و در آنجا استدلال کرد، علی‌رغم این‌که رأی واگُن موند در شورای سلطنتی صادر شده است و برای دادگاه‌های انگلستان لازم‌الاتباع نیست و دادگاه تجدیدنظر باید فقط به سابقهٔ قضایی خود پایبند باشد، رأی ری‌پولمیس دیگر به عنوان یک مرجع حقوقی محسوب نخواهد شد.[۴] از نظر او احتمال کمی وجود داشت که مجلس اعیان بخواهد تصمیم اتّخاذ شده در پروندهٔ واگُن موند را نقض کند: «احتمال دارد

۱. همان.

۲. J. A. Jolowicz, "**The Wagon Mound—A Further Comment**" [1961] C.L.J. 30.

۳. R. W. M. Dias, "**Remoteness of Liability and Legal Policy**" [1962] C.L.J. 178 at 180.

۴. A. L. Goodhart, "**Obituary: Re Polemis**" (1961) 77 L.Q.R. 175 at 175–6; and cf. Glanville Williams, "The Risk Principle" (1961) 77 L.Q.R. 179 at 181.
«طبق یکی از آراء شورای مشاوران سلطنتی، [رأی صادره در پروندهٔ واگُن موند] همهٔ مسائل و شبهات را حل نمی‌کند. هر چند شورا سعی دارد به‌طور ضمنی تیر خلاص را به سوی ری‌پولمیس شلیک کند...، اما این نظر به خودی خود اثری بر حقوق انگلستان نخواهد گذاشت».

همان استدلال‌هایی که کمیتهٔ قضایی شورای سلطنتی را اقناع کرد، توسّط مجلس اعیان نیز معتبر شناخته شود. با این حال، این مسأله خطیرتر از آن است که بخواهد در یک یادداشت مورد بحث قرار گیرد».[۱] اما گودهارت باز هم خطر کرده و می‌نویسد، «من معتقدم که سیاست قضایی به این نتیجه خواهد رسید که ری‌پولمیس هیچ یک از اهداف عملی را تأمین نمی‌کند و نیازی نیست تا منتظر فرمان قتل محترمانهٔ مجلس اعیان بمانیم».[۲] در هر حال، خیلی طول نکشید تا فرمان قتل محترمانه نیز صادر شد.[۳] در کمال تعجّب، صدور این فرمان به انتشار یادداشت گرامیداشتی از سوی سردبیر نقدنامهٔ فصلی حقوق منجر شد.[۴]

استناد به آثار هیچ حقوقدان دیگری تاکنون به میزان پالاک و گودهارت بر سطوح بالای تصمیمات قضایی اثرگذار نبوده است. در ابتدای این بخش دیدیم که گاهی از زمانهٔ پالاک و گودهارت به عنوان «عهد دقیانوس» یاد می‌شود، گویی قضات انگلیسی تنها در دهه‌های پایانی قرن بیستم پذیرای نظرات حقوقدانان شده بودند. آیا تاریخ همیشه به صورت خطّی تکامل می‌یابد؟ شاید اگر همهٔ وجوه را لحاظ کنیم، چنین نباشد. اما اگر بخواهیم در ارزیابی تأثیر اندیشهٔ حقوقی بر تصمیم‌گیری‌های قضایی صادق باشیم باید بگوییم که این اثرگذاری در طول قرن بیستم پیشرفت داشته است. با این حال، مناسب به نظر می‌رسد، در پرتوی بحث‌هایی که پیش‌تر دربارهٔ پالاک و گودهارت داشتیم، این بخش را با این پرسش به پایان ببریم که آیا ارزیابی فوق بیش از حد ساده‌انگارانه نیست؟

وقتی پالاک در سال ۱۹۳۷ درگذشت، بریکس ادّعا کرد، «قبلاً امور وضعیت کنونی را نداشت. وضعیتی که ما آن را مفروض می‌گیریم، وضعیتی است که بعد از جنگ جهانی دوم پیش آمده است و تنها آخرین مرحلهٔ شناسایی آن اکنون اتفاق می‌افتد».[۵] اشارهٔ بریکس در اینجا به سرزندگیِ حقوق دانشگاهی– «همهٔ آن

۱. Goodhart, supra n. 181, p.178.

۲. Ibid., p.177; and cf. (1966) 82 L.Q.R. 444 at 448.

۳. Hughes v. Lord Advocate [1963] 2 WLR 779 (HL, Sc).

۴. (1964) 80 L.Q.R. 1; and see also (1962) 78 L.Q.R. 160; (1964) 80 L.Q.R. 145.

۵. Birks, supra n. 23, p.398.

مجلات قطور، رساله‌ها و کتب درسی»[۱] ـ و این واقعیّت است که، امروز، قضات ارشد، با رویی باز، برای بحث راجع به ارزش‌های آثار دانشگاهی آماده‌اند. او به پروندهٔ «هانتر علیه شرکت با مسئولیّت محدود اسکلهٔ قناری»[۲] به عنوان نشانه‌ای احتمالی از «پایانِ آغازِ تغییر شکل کامن‌لا»[۳] اشاره می‌کند، پرونده‌ای که در آن «دو نفر از لردهای مجلس اعیان بر سر نحوهٔ استفادهٔ مناسب از ادبیّات دانشگاهی اختلاف نظر پیدا کرده و به بحث پرداختند».[۴] پروندهٔ مورد بحث به عنوان نمونه‌ای از استفادهٔ قضایی از ادبیّات دانشگاهی جالب توجّه است. دو لُرد مذکور به جای بحث و مخالفت بر سر استفادهٔ صحیح از منابع دانشگاهی، از دو دستهٔ متفاوت از این آثار استفاده کرده و به نتایج متفاوتی رسیدند. لرد کوک، در نظر مخالف خود، به خطّ سیر شرح‌های آکادمیک متوسّل می‌شود که حق شکایت در مزاحمت خصوصی ناشی از تصرّف در امکانات رفاهی را به ذی‌نفعان ملک مورد تعرّض محدود نمی‌دانند.[۵] در طرف مقابل، لرد گراف بر استدلال‌های دانشگاهی که حامی این گزاره هستند تکیه می‌کند که، تنها کسانی در فرض وقوع مزاحمت خصوصی حق شکایت دارند که در ملک مورد تعرّض، حقوقی داشته باشند.[۶] لرد گاف با مدّنظر قرار دادن آثار مورد استفادهٔ لرد کوک می‌گوید «با کمال احترام، مجموعهٔ منابع آکادمیک مورد اشارهٔ شما... را مفید فایده نمی‌بینم»، زیرا که این آثار «صرفاً تأکید بر مطلوبیّتِ بسط حقّ جبران خسارت» محسوب می‌شوند و «هیچ تحلیلی از مشکل محلّ بحث ارائه نمی‌دهند».[۷]

می‌توان گفت که بریکس در برجسته ساختن پروندهٔ هانتر علیه اسکلهٔ قناری تا حدودی کاملاً حق دارد. در هر حال، این پرونده یکی از تصمیم‌های سطح بالای مجلس اعیان است که در آن بخش مهمی از تفاوت نظر قضایی، به

۱. همان.

۲. Hunter v. Canary Wharf Ltd. [1997] 2 All ER 426 (HL).

۳. the end of the beginning of the transformation of the common law

۴. Birks, supra n. 23, p.398.

۵. Hunter v. Canary Wharf, supra n. 188, at 461–3.

۶. بنگرید به، همان، ص ۴۳۴، ۴۴۱.

۷. همان، ص ۴۴۰، ۴۴۱.

تفاوت در منابع آکادمیک مورد مطالعه‌شان بازمی‌گردد. اما آیا درست است که بگوییم این پرونده نشانگر مرحلهٔ پایانی از تغییری است که در گرایش قضات نسبت به شرح‌های حقوقدانان ایجاد شده بود، تغییری که در زمان مرگ پالاک آغاز نشده بود و در واقع، شروع آن به نیمهٔ دوم قرن گذشته بازمی‌گردد؟ شکی نیست که تغییری رخ داده است. چنانکه پیش‌تر بحث کردیم، حرفهٔ حقوقِ دانشگاهی به‌طور کلی بسیار بزرگتر شده، سازمان بهتری یافته و خود را به عنوان یک حرفهٔ هم‌سطح با مشاغل حقوقی عملی مطرح ساخته است. علاوه بر این، بی‌میلی دادگاه تجدیدنظر به تصدیق ادبیّات حقوقیِ مرتبط با پرونده‌ها کاهش یافته است ـ هر چند، همان‌طور که بریکس اشاره می‌کند، حتی اکنون نیز اتّکای آشکار رأی قضایی بر آثار دانشگاهی، «استثناء محسوب می‌شود، نه یک قاعده».[۱] دشوارترین پرسشی که باید به آن پاسخ داد، این است که آیا از این تغییری که اتفاق افتاده می‌توان نتیجه گرفت که اکنون شرح‌های حقوقدانان، نسبت به دوره‌های پالاک و گودهارت، از اثرگذاری بیشتری برخوردارند؟

شاید به نظر برسد که پاسخ این پرسش باید مثبت باشد، زیرا با تضعیف تدریجی عُرف مخالفت با استناد و ازدیاد حقوقدانان دانشگاهی و آثار آن‌ها، می‌توان حدس زد که امروزه نفوذ حقوقدانان باید بیش از پیش باشد. با این حال، استدلال مخالف را نیز باید در نظر گرفت. پالاک و گودهارت بر دادگاه‌های تجدیدنظر انگلستان اثرگذاری عمیق داشتند. هر دو نفر در قامت یک حقوقدانِ دولتمرد بودند، زیرا که می‌توانستند مستقیماً و به صورت مرتّب، با اعضای ارشد جامعهٔ قضایی سخن بگویند. به نظر می‌رسد در برتری‌های هر دوی آن‌ها، «اثر متّی» نقش ایفا کرده باشد: قضات دورهٔ پالاک و گودهارت افرادی بودند که در یک فضای محافظه‌کارانه زندگی می‌کردند، بنابراین بر فرض که بخواهند به سخنان حقوقدانان گوش دهند، تنها آمادگی شنیدن سخنان آن دسته از حقوقدانانی را داشتند که نامشان با قضاوت درست، عقل سلیم یا هر ویژگی دیگری که برای جامعهٔ قضات مهم تلقّی می‌شد، مرتبط باشد. هر چه موارد

۱. Birks, supra n. 4, p.170.

بیشتری از توصیه‌های پالاک و گودهارت برای قضات مفید واقع می‌شد، جامعهٔ قضایی بیشتر متمایل می‌شد تا توصیه‌های آن‌ها را لحاظ کند.

مسلّماً در دورهٔ حضور هر دوی این افراد، تقریباً هیچ حقوقدان زندهٔ دیگری نبود که به اندازهٔ آن‌ها دارای احترام و اثرگذاری باشد؛ اما بعید به نظر می‌رسد که هنوز هم به جز اندکی از حقوقدانان جدید انگلیسی، کسانی باشند که قابل قیاس با هر یک از آن‌ها باشند. ممکن است تعدادی از حقوقدانان دانشگاهی باشند (هر چند این هم به هیچ‌وجه قطعی نیست و قابل بررسی است) که بیشتر از دیگران مورد استناد دادگاه قرار بگیرند و قطعاً تعداد زیادی از نظریات قضایی جدید نیز وجود دارد که به نظر می‌رسد تحت تأثیر آثار دانشگاهی صادر شده باشند. با این حال، آشکارتر شدن اثرگذاری شرح‌های دانشگاهی به این معنا نیست که امروزه باید این شرح‌ها، اثرگذاری بیشتری داشته باشند. آنچه می‌توان گفت این است که به احتمال بسیار، این آثار از اثرگذاری بیشتری نسبت به قبل برخوردارند: توجّه آشکار قضات به نظریات تعدادی از حقوقدانان جدید، قطعاً چنین احتمالی را تأیید می‌کند. اما ما باید در قبال این نتیجه‌گیری با احتیاط رفتار کنیم، دست‌کم به خاطر این‌که در گذشته خروجی قضایی پرونده‌هایی مانند دری علیه پیک و ری‌پولمیس نشان داده که چگونه نفوذ دانشگاهیان می‌تواند به‌طور عجیبی پایدار و مستحکم باشد. باید مدّ نظر داشت که هر چند برخی حقوقدانان دانشگاهی جدید، به طریقی، توانسته‌اند با موفقیت بر فرآیند صدور رأی قضایی اثرگذار باشند، با این حال، اثر آن‌ها محدود به حوزه‌های خاصی از حقوق بوده و دشوار می‌توان یکی از آن‌ها را نشان داد که به‌طور قابل ملاحظه‌ای از پالاک یا گودهارت اثرگذارتر بوده باشد.

استدلالی که ارائه شد به دنبال این نیست که گذشته را زیبا جلوه دهد؛ بلکه هدف این است که مراقب باشیم تا گذشته کوچک شمرده نشود. در طول نیمهٔ نخست قرن بیستم، حرفهٔ حقوق دانشگاهی در انگلستان بسیار متفاوت با چیزی بود که امروز با آن مواجهیم. روشی که در آن دوره دست‌اندرکاران این حرفه، اگر اساساً به وجود چنین حرفه‌ای در آن دوره قائل باشیم، تلاش می‌کردند تا از طریق آن، بر تفکر قضایی اثرگذار باشند، نیز در مقایسه با امروز بسیار متفاوت بود. بی‌شک در دوره‌های اخیر، موارد اثرگذاری دانشگاهیان پرشمارتر است؛ با این حال، وقتی قضات قدیمی‌تر

تحت تأثیر حقوقدانان قرار می‌گرفتند، این اثرگذاری به گونه‌ای بود که گاهی به نظر می‌رسید قضاوت قاضی را رنگ می‌کند، نه این‌که صرفاً روی آن‌ها روکشی رنگی بکشد. واضح است که امروز اثرگذاری دانشگاهیان در گسترهٔ وسیع‌تری رخ می‌دهد، اما با قطعیت نمی‌توان گفت که عمیق‌تر از قبل صورت می‌گیرد.

دوران جدید

استدلالی که بخش قبل با آن به پایان رسید، می‌تواند این طور خلاصه شود: در گذشته، قضات کمتر تحت‌تأثیر حقوقدانان قرار می‌گرفتند و تمایل کمتری داشتند تا به این اثرپذیری اذعان کنند؛ در این وضع، اگر گاهی نظریات حقوقدانان راه خود را به استدلال‌های قضایی باز می‌کرد، معمولاً ناشی از این بود که آن نظر به قدری قانع‌کننده لحاظ می‌شد که می‌توانست، مطابق اصل، این‌که قانون چه باید باشد را تعیین کند. منظور از این استدلال این نیست که چنین اثرگذاری‌ای را در فضای دانشگاهیِ دوران جدید نمی‌توان سراغ گرفت، بلکه این است که برخورد مشابه و یکسان با این دو دوره اشتباه است. این استدلال به دنبال برقراری نوعی مقایسه میان گذشته و حال است؛ در واقع، ایده‌ای که قلب این استدلال را تشکیل داده این است که پدیدهٔ اثرگذاری حقوقدانان موضوع جدیدی نیست، و تنها گستره و روش‌های بروز این پدیده، تغییر کرده است. هدف استدلال مذکور این است که تلاش کند مطلبی مثبت و اغلب نادیده گرفته شده را دربارهٔ گذشته بگوید. با این حال، تشخیص این موضوع آسان است که استدلال فوق، مستعد تفسیرهای اشتباهی از جنس «از تغییر خبری نیست» یا «سیاه‌نمایی زمان حال» است. بنابراین، ما باید این فصل را با بحث دربارهٔ راه‌هایی که از طریق آن‌ها امور تغییر کرده‌اند، به پایان ببریم. دربارهٔ تأثیر حقوقدانان در دوران جدید چه می‌توان گفت؟ امروزه روش‌های ظهور این پدیده، در مقایسه با دوره‌های پالاک و گودهارت، چه تفاوتی کرده است؟

در طول نیمهٔ دوم قرن بیستم، به رسمیت شناختن صریحِ ارزش بالقوهٔ نظریات حقوقدانان به نحو فزاینده امری کمتر نامعمول شد. در واقع، گزارش پرونده‌های آن دوره گواهی می‌دهند که قضات نسبت به ارجاع به حقوقدانان و نوشته‌های آن‌ها تمایل بیشتری پیدا کرده‌اند. همچنین شایان ذکر است که، فارغ

از دادگاه‌ها، تأسیس کمیسیون حقوقی نیز حاکی از این است که حقوقدانان دانشگاهی نقشی مهم در اصلاح نظام حقوقی پیدا کرده‌اند. بخش ۱(۲) از قانون کمیسیون‌های حقوقی (۱۹۶۵) تصریح می‌کند که اعضای کمیسیون‌های حقوقی انگستان باید از میان اشخاصی انتخاب شوند که «در نظر رئیس مجلس اعیان، به‌واسطهٔ برخورداری از سمت قضایی یا تجربهٔ کاری به عنوان وکیل مدافع یا وکیل مشاور یا به عنوان استاد حقوق در دانشگاه، دارای صلاحیت باشد».[۱] فارار در سال ۱۹۷۴ می‌نویسد، نظام حقوقی انگلستان، با تأسیس کمیسیون حقوقی، «بر کار و مشارکت فعالِ حقوقدانان دانشگاهی در نوشتن «دکترین»، ارائهٔ ایده‌های اصلاحی خلّاقانه، عضویت در گروه‌های اصلاحی و سنجش کارآمدی اجتماعیِ اصلاحات قانونی، بیش از پیش» اتکاء خواهد داشت.[۲]

در طول دو دههٔ پایانی این قرن، حقوقدانان دانشگاهی بحث پیرامون چشم‌انداز همکاریِ حقوقدانان و قضات را آغاز نمودند.[۳] این بحث به خودی خود امری نسبتاً عادی بود، اما چیزی که آن را قابل توجّه می‌سازد، این است که شکل‌گیری چنین بحث‌هایی در ابتدا توسّط یک قاضی ارشد مورد تشوق قرار گرفت. چنانکه پیشتر دیدیم، لرد رید در سخنرانی سال ۱۹۷۲ خود در مجمع مدرسان دولتی حقوق برای تدوین نوعی راهبرد همکاری ابراز تمایل کرده بود. با این حال، سخنان او در اصل از جنس آرزواندیشی بود و راهکارهای عملی اندکی را پیش‌نهاد می‌داد. پروندهٔ اسپیلیادا علیه کانسولکس واجد استنادی بود که مورد توجّه حلقه‌ای علمی در دانشکدهٔ اقتصاد و علوم سیاسی لندن قرار گرفت. لرد گاف در این پرونده نوشته بود که:

۱. در خصوص انتصابات کمیسیون حقوق در سال‌های نخست آن، بنگرید به:
J. H. Farrar, **Law Reform and the Law Commission** (London, Sweet & Maxwell, 1974), pp.30–1, 41 n. 4.
تا به امروز نیز حقوقدانان دانشگاهی مرتّباً به عضویت کمیسیون منصوب می‌شوند.

۲. Ibid., p.x.

۳. برای مثال، بنگرید به:
Kötz, supra n. 4, p.190; Birks, supra n. 4, p.166; K. J. M. Smith, Lawyers, **Legislators and Theorists: Developments in English Criminal Jurisprudence 1800–1957** (Oxford, Clarendon Press, 1998), p.1; and Basil Markesinis, "**Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany**" (2000) 59 C.L.J. 294 at 309.

«برای ادای دِین به نوشته‌های حقوقدانانی که مرا در فراهم کردن این نظریه یاری کرده‌اند... [باید بگویم که] هر چند در تمام موارد [با این حقوقدانان] موافق نبودم، اما حتی در جایی که با آن‌ها مخالف بودم نیز، اثر آن‌ها را مفید یافتم. زیرا حقوقدانان نیز در کنار ما سالکان راه بی‌پایان کمال هستند؛ و طبق گفتهٔ جفری چاسر (پدر ادبیّات انگلیسی) می‌دانیم که گفت‌وگوی میان سالکان خود می‌تواند عملی ارزشمند باشد».[۱]

گاف بخش نخست دههٔ ۱۹۵۰ (پیش از آنکه به عنوان یکی از اعضای کانون وکلای اقتصادی مشغول کار شود) را به عنوان یک دانشگاهی زندگی کرده بود و در طول زندگی حرفه‌ای‌اش نیز رابطهٔ نزدیکی با فضای دانشکده‌های حقوق داشت.[۲] بنابراین، شاید بیان چنین جملات احساسی از سوی او و تأکید بر آن‌ها در سایر نظریاتش،[۳] چندان عجیب نباشد. آنچه از سخنان احساسی او مهمتر است، سخنان او در سخنرانی مک‌کابائین سال ۱۹۳۸ است. او در آنجا ارزیابی و برآوردی ملموس دربارهٔ چگونگی وقوع همکاری بایسته میان قضات و حقوقدانان ارائه داد. او دریافته بود که، قضات و حقوقدانان آشکارا وظایف متفاوتی را برعهده دارند: زیرا، «در دادگاه‌ها، بخش‌های مشخّصی از قانون زیر میکروسکوپ قرار می‌گیرد»،[۴] و در طرف مقابل، حقوقدانان «رویکرد بسیار وسیعتری دارند که خیلی دغدغهٔ رسیدن به تصمیمی واحد در پرونده‌ای خاص را ندارد، بلکه به دنبال یافتن جایگاه هر رأی در نظام حقوقی به مثابه یک کلّ هستند».[۵] «هر قدر هم که کار قضات و حقوقدانان متفاوت باشد، باز هم مکمّل یکدیگر محسوب

۱. Spiliada v. Cansulex, supra n. 2, at 488.

۲. برای جزئیات بیشتر، بنگرید به مدخل او در:

Who's Who and also Gareth Jones, "Lord Goff's Contribution to the Law of Restitution", in W. Swadling and G. Jones (eds), **The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley** (Oxford, Oxford University Press, 1999), pp.207–33 at 207.

۳. برای مثال، بنگرید به:

Woolwich Equitable Building Society v. IRC [1993] AC 70, 163–4 (HL).

۴. Robert Goff, "The Search for Principle" (1983) 69 Proceedings of the British Academy 169 at 185.

۵. همان، ص ۱۸۴.

می‌شوند»،[۱] زیرا «جست‌وجوی اصل، وظیفه‌ای است که هر دو مشترکاً برعهده دارند».[۲] هر چند که اکثر قضات صورت‌بندیِ اصول حقوقی را به اندازه‌ای که برای حقوقدانان محوریت دارد، وظیفهٔ محوری خود نمی‌بینند،[۳] و اگر چه هر دو گروه به این اصول از زاویه‌های متفاوتی می‌نگرند ـ دغدغهٔ قضات این است که اصول کمتر نظری و بیشتر عمل‌گرایانه [پراگماتیک] باشند[۴]ـ؛ توسعهٔ این اصول چیزی است «که امروزه هر دو گروه قضات و حقوقدانان با دو روش متفاوت ... در آن مشارکت دارند».[۵]

با این حال، دیدگاه کدام یک از قضات یا حقوقدانان در خصوص اصول باید حاکم باشد؟ مطابق نظر گاف، «در... توسعهٔ اصول حقوقی، قدرت اصلی باید... از آن قضات باشد... زیرا... مؤلّفهٔ اصلی توسعهٔ حقوق» نباید «توسعهٔ نظری اصول حقوقی» باشد، بلکه باید واکنش‌های حرفه‌ای به واقعیات موردی باشند ـ در هر حال، «نظریات لزوماً به اندازه کافی گسترده یا دقیق نیستند تا تمامی... احتمالات پیش‌بینی نشده یا غیرقابل‌پیش‌بینی را نیز لحاظ کنند» ـ».[۶] به همین خاطر «عمل‌گرایی [پراگماتیسم] باید اسم رمز کار باشد»، با وجود این، توجّه حقوقدانان به اصول نیز مهم است: زیرا «هر چند قضات هستند که قطعات کوچک موزائیک‌هایی که [حقوق] با آن‌ها شکل می‌گیرد را تولید می‌کنند... این حقوقدانان هستند که با ارزیابی کیفیت هر قطعهٔ تولید شده، جایگاه کلی آن را

۱. همان، ص ۱۷۱.

۲. همان، ص ۱۸۷.

۳. همان، ص ۱۷۰، ۱۷۱.

۴. همان، ص ۱۸۴ تا ۱۸۷.

۵. همان، ص ۱۷۲. گاهی ممکن است مشارکت‌های آنان با هم تعارض پیدا کنند. مانند پروندهٔ رابرت گاف و گرث جونز، قانون جبران خسارت (ویرایش پنجم، لندن، سوئیت و مکسول، ۱۹۹۸؛ ویرایش نخست، منتشره در سال ۱۹۶۶)، و اصول نقد قضایی دی‌اسمیت، وولف و جوول (لندن، سوئیت و مکسول، ۱۹۹۹).

۶. Goff, supra n. 200, pp.185–6;

و همچنین بنگرید به:

The Right Hon. Lord Goff, "**Judge, Jurist and Legislature**" [1987] Denning L. J. 79 at 86–7.

تعیین می‌کنند و از این طریق بر روند تولید قطعات جدید اثر می‌گذارند و دیگر قطعات را بازتنظیم می‌کنند».[۱] بنابراین، نه تنها چشم‌انداز حقوقی به مسائل مهم است، بلکه روز به روز اثرگذاریِ بیشتری نیز می‌یابد:

«قضات، روز به روز بیشتر از قبل تحت تأثیر آموزه‌ها و نوشته‌های حقوقدانان قرار می‌گیرند. این اثرگذاریِ احتمالاً فزاینده ادامه خواهد یافت، بویژه این‌که در حال حاضر سه چهارم کسانی که وارد حرفه‌های حقوقی می‌شوند، حقوق را به خاطر مدارکشان می‌خوانند و در اثرگذارترین و سازنده‌ترین دورهٔ زندگی‌شان تحت تأثیر انتقادات استادان‌شان از اصول حقوق قرار می‌گیرند».[۲]

به عبارت دیگر، احتمال این‌که قضات جدید تحت تأثیر نظرات حقوقدانان دانشگاهی قرار بگیرند بیشتر از قبل است، زیرا بر خلاف گذشته، زاویهٔ نگاه آن‌ها به حقوق احتمالاً در دانشگاه شکل گرفته است. وبر معتقد بود، نوع یک نظام حقوقی تا حدّ زیادی به روشی بستگی دارد که برجسته‌ترین حقوقدانان آن (Rechtshonoratioren) با آن روش آموزش دیده‌اند.[۳] نظامی که در آن اغلب قضات ابتدا سمتی دانشگاهی داشته‌اند، احتمالاً توجّه بیشتری نسبت به نقدهای حقوقدانان نشان خواهد داد. همان‌طور که برعکس، نظامی که اکثر قضات بخش اصلی تجارب خود را در کسوت وکالت کسب کرده‌اند، تأکید بر پراگماتیسم و توجّهی اندک به آنچه که گاف موزائیک می‌نامد، بیشتر به چشم خواهد آمد. به بیانی نسبتاً خام، قضاتی که در دانشگاه آموزش دیده باشند، کمتر نسبت به نظرات حقوقدانان دانشگاهی بی‌تفاوت خواهند بود. گاف بیان داشه است، «در روزگاران قدیم، تصوّر بر این بود که حقوق موضوع مناسبی برای تحصیل علوم

۱. Goff, supra n. 200, p.186.

۲. همان، ص ۱۸۲.

۳. Max Weber, **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**, 2 vols. (G. Roth and C. Wittich (eds), Eng. trans. E. Fischoff et al., Berkeley, University of California Press, 1968 [1922]), II, pp.784–808; also Max Rheinstein, "**Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen**" (1970) 34 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1; and Konrad Zweigert and Hein Kötz**, Introduction to Comparative Law** (Eng. trans. T. Weir, 3rd edn., Oxford, Clarendon Press, 1998), pp.193– 4.

انسانی نیست؛ بهترین ذهن‌ها به تحصیل در ادبیّات کلاسیک یونانی و لاتین، فلسفه و تاریخ باستان می‌پرداختند». امروزه، نه‌تنها حقوق به عنوان «یکی از موضوعات عالی برای تحصیلات دانشگاهی» محسوب می‌شود، بلکه «اثرگذاری حقوقدانان... بر شکل‌گیری دیدگاه‌های حقوقدانان جوان و توسعهٔ حقوق انکارناپذیر است».[۱]

وقتی به نظرات گاف اشاره می‌کنیم، بد نیست که نظرات ناخوشایند برخی قضات نسبت به حقوقدانان دانشگاهی، را که پیش‌تر بیان شد، در ذهن داشته باشیم. اگر کسی نظرات گاف را در کنار پیش‌زمینه‌ای از نظرات بیان شده توسّط کسانی مانند دولین و مگاری در نظر آورد، برایش واضح خواهد شد که چرا برخی حقوقدانان دانشگاهی جدید از سخنرانی مک‌کابائینیِ گاف با آغوش باز استقبال می‌کنند. لذا شاید لازم است با مقداری تردید به این استقبال دانشگاهی نگاه کنیم. اکثر اشتیاق‌های ابراز شده نسبت به ایدهٔ همکاری میان قاضی و حقوقدان از درون مؤسّساتی برخاسته است که قضات دادگاه تجدیدنظر تمایل بیشتری دارند تا برای به دست آوردن نظرات حقوقدانان به آن‌ها رجوع کنند.[۲] این ایده، خارج از آکسفورد، کمبریج و لندن به کلّی یا حداقل به میزان زیادی با بی‌اعتنایی دانشگاهیان مواجه شده است.[۳] جدا از مؤسّسات، سؤال دیگری که پیش می‌آید

۱. Goff, supra n. 207, p.92.

۲. برای مثال، بنگرید به:

Birks, supra n. 4, pp.166–7; and cf. P. S. Atiyah, **Pragmatism and Theory in English Law** (London, Stevens & Sons, 1987), pp.183 4.

۳. یکی از نکاتی که در پیش‌نویس این فصل بیش از یک بار به آن پرداخته بودم این بود که گاهی اوقات دانشگاهیان بر قضات اثر می‌گذارند، زیرا قضات به دنبال توصیه‌های آکادمیک می‌گردند. نیکولا لسی، که اکنون در مدرسهٔ اقتصادی لندن مشغول به کار است، به یاد می‌آورد که وقتی در نیوکالج آکسفورد کار می‌کرد، از «شمار بالای قضاتی که به مراسم شام دانشکدهٔ حقوق می‌آمدند؛ و روابط فکری نزدیک بعضی از آن‌ها با برخی از استادان حقوق» شوکه شده بود. (نیکولا لسی، ایمیل به نویسنده، ۶ مارس ۲۰۰۰)

تونی آنر طی اظهاراتی مشابه در نامه‌ای به نویسنده به تاریخ ۲۰ آگوست ۲۰۰۰ می‌گوید که «بیشتر اثرگذاری دانشگاهیان از مجرای پرسش‌های قضات از اساتید سابقشان صورت می‌گیرد، راهکاری که اکثر قضات مرتباً به آن تمسّک می‌جویند». لسی و و آنر، هر دو، ادعاهایشان را با جزئیات دقیق بیان می‌کنند،

این است که آیا حقوقدانان باید در هر حالت تلاش کنند تا با قضات همکاری کنند یا خیر؟؛ برخی‌ها استدلال می‌کنند که اغلب پژوهش‌های حقوقی که با توجّه به دغدغه‌های قضات انجام شده‌اند، در مسائل فکری بی‌تفاوت یا بی‌فایده است.[۱] خواه کسی در این ملاحظات شریک باشد یا خیر، واقعیّت این است که نظرات گاف دربارهٔ حقوقدانان، نشان‌دهندهٔ نوعی گسست با گذشته است. در گذشته، به صورت اتفاقی یک قاضی بابت اظهار نظر مثبتش دربارهٔ دانشگاهیان مشهور می‌شد، یا هر از چند گاه به آثار حقوقدانان زنده ارجاع می‌داد، یا اصلاً هر دو کار را انجام می‌داد؛ اما وضعیت گاف متفاوت بود: نخست، به این دلیل که او تلاش کرد تا هم ارزش‌ها و هم محدودیت‌های کاربرد تفکر حقوقی در نسبت با آراء قضایی را شرح دهد؛ دوم، به این دلیل که قضاوت‌های او، که مرتّباً بر نظرات دانشگاهی استوار یا به آن‌ها معطوف بود،[۲] نشان می‌داد که او به حرف‌های خودش عمل می‌کند. به نظر نمی‌رسد که این اعتراف گاف که «من به سختی می‌توانم تصوّر کنم که بدون کتاب‌های درسی حقوقی جدید چگونه می‌توانستم کارم را جلو ببرم»[۳] ریاکارانه باشد ـ چه این‌که، اگر هر قاضی دیگری این سخن را گفته بود نیز، همین امر صادق بود.

برای آن‌هایی که دنبال ایرادگیری هستند، مطلب اخیر بهانهٔ خوبی است. چطور می‌توان گفت که وضعیت امروز بسیار با گذشته متفاوت است وقتی ارج گذاری قضایی به شرح‌های دانشگاهی تنها به یک قاضی قابل انتساب است؟ در پاسخ به این اشکال، باید گفت اشتباه است اگر تصوّر کنیم که گاف تنها قاضی‌ای

اما این سخن لسی که این شکل خاص از اثرگذاری را «با دشواری بسیار می‌توان ردیابی کرد» کاملاً درست است و سایر راویان این مشاهدات نیز این سخن را به گونه‌های مختلف تکرار کرده‌اند. مطلب شایان ذکری که نادیده گرفتن آن احمقانه است، این است که تمام روایت‌گرانی که این نکته را گزارش داده‌اند، در دانشکده‌های حقوق آکسفورد یا کمبریج یا لندن عضویت دارند یا داشته‌اند.

۱. برای مثال، بنگرید به:

W. T. Murphy and Simon Roberts, "**Introduction**" (1987) 50 M.L.R. 677 at 679.

۲. برای مشاهدهٔ یک نمونهٔ کاملاً جدید، بنگرید به:

Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council [1998] 4 All ER 513, 541–3 (HL).

۳. Goff, supra n. 207, p.92.

است که روی خوش نشان داده است. لرد براون ـ ویلکینسون هم حمایت مؤثر خود را از فکر همکاری میان قضات و حقوق‌دانان در پروندهٔ لیندن گاردنز علیه لنستا اعلام کرده بود. او تأکید کرده بود که مسألهٔ مطرح شده در پرونده، «شایستهٔ آن است که پیش از تصمیم‌گیری مجلس اعیان، ابتدا مورد بررسی حقوقدانان قرار بگیرد»؛[۱] مفهوم ضمنی سخن لرد براون ـ ویلکینسون این است که قضات وقتی بتوانند بر نحوهٔ مواجههٔ نظری حقوقدانان با موضوعات جدید یا اختلافی حقوقی تأمّل کنند، بهتر می‌توانند با این دست مسائل دست‌وپنجه نرم نمایند. پیش‌تر متذکر شدیم که وقتی در اوایل دههٔ ۱۹۷۰، لرد دنینگ در پروندهٔ وایت علیه بلک‌مور ناامیدی خودش را از این‌که وکلای مشاور در صحن دادگاه به هیچ شرح آکادمیکی ارجاع نداده‌اند، بیان می‌کرد، در واقع علیه اساس عرف قضایی مرسوم سخن می‌گفت. البته، امروز انتقاد او چندان افراطی به نظر نمی‌رسد. در طول بیست سال گذشته، ضعف وکلای مشاور در اشاره به ادبیّات آکادمیک مرتبط با پرونده، توسّط کسانی مانند لرد کیث (در پروندهٔ رولینگ علیه املاک تاکارو)[۲]، پیتر گیبسون ال‌جی (در پروندهٔ بانک ملی هند علیه سود)[۳] و لرد استین (در رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ وایت علیه جونز)[۴] مورد اشاره واقع شده است. در پروندهٔ اخیر، دادگاه رأی سر رابرت مگاری وی-سی را در پروندهٔ راس علیه کاونترس مورد بررسی دوباره قرار داده و در رأی خود اعلام کرد که وکیل مشاوری که در آماده‌سازی دادخواست مرتکب تقصیر شده باشد و بر اثر آن، کسانی از احقاق حق خود بازبمانند، در برابر این افراد مسئول است.[۵] استین در دادگاه تجدیدنظر پروندهٔ وایت علیه جونز خاطر نشان کرد:

«سه روز گذشته است، و... ما به حدود چهل رأی صادره در انگلستان و دادگاه‌های خارجی اشاره کرده‌ایم. صفحه به صفحهٔ بعضی از آرا را خوانده‌ایم. اما

۱. Linden Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd. [1994] AC 85, 112.

۲. Rowling v. Takaro Properties Ltd [1988] AC 473, 500 (PC).

۳. State Bank of India v. Sood [1997] Ch. 276, 281, 285 (CA).

۴. White v. Jones [1993] 3 All ER 481 (CA).

۵. Ross v. Caunters [1980] Ch. 297.

حتی به یک مورد از نوشته‌های دانشگاهیان پیرامون پروندهٔ راس علیه کاونترز اشاره‌ای نکرده‌ایم. نباید وکلای مشاور را سرزنش کرد: وکلای مشاور به صورت سنّتی، در مقایسه به سایر درسنامه‌های استاندارد، بسیار اندک از منابع دانشگاهی استفاده می‌کنند. در یک پروندهٔ دشوار، لحاظ کردن نظرات دانشگاهی در باب موضوع بسیار سودمند است. چنین نوشته‌هایی اغلب تاریخ مسأله و چارچوبی که رأی باید آن را رعایت کند بررسی می‌کنند و ملاحظات سیاسی را در سطحی عمیق‌تر از آنچه معمولاً برای قضات صادرکنندهٔ رأی امکان دارد، مورد کنکاش قرار می‌دهند، که با سیل بی‌پایانی از پرونده‌ها مواجه هستند و لحظه‌ای متوقف نمی‌شود و علاوه بر این، این نوشته‌ها واجد استدلال‌هایی است که می‌تواند بر تصمیمات قضات اثرگذار باشد، نه این‌که مثل شرایط فعلی، فقط خواندن صفحه پشت صفحهٔ آرای سابق باشد... استفادهٔ درست از منابع دانشگاهی، گاهی می‌تواند به شخص بینش بهتری در مورد استدلال‌ها اعطا کند... استدلال‌های له و علیه تصمیم پروندهٔ راس علیه کاونترس، برای من با مطالعهٔ نوشته‌های دانشگاهی روشن شد و وضوح یافت».[۱]

۱. White v. Jones, supra n. 220, at 500; and cf. Werner Lorenz and Basil Markesinis, "**Solicitors' Liability Towards Third Parties: Back Into the Troubled Waters of the Contract/Tort Divide**" (1993) 56 M.L.R. 558 at 563.

مورد آخر، یادداشت پرونده‌ای است که در خصوص رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ وایت علیه جونز بحث می‌کند. این نمونه را می‌توان شاهدی دانست برای این‌که گاهی به یادداشت‌نویسی پرونده به عنوان فعالیتی هنجاری نگریسته می‌شود. زمانی که این یادداشت نوشته شده است، راجر برونزورد، ویراستار یادداشت پرونده‌های نقدنامهٔ حقوقی مدرن، سیاست «عدم انتشار یادداشت پرونده‌ها پیش از اتمام تجدیدنظر خواهی‌ها را اجرا کرد (حتی در صورت نیاز، انتشار را تا اعلام رأی مجلس اعیان به تعویق می‌انداخت)». با این حال، نویسندگان این یادداشت پروندهٔ خاص «بسیار مشتاق بودند تا نظرشان در خصوص رأی صادر شده در پروندهٔ وایت علیه جونز را پیش از استماع تجدیدنظر توسط مجلس اعیان منتشر کنند» زیرا آن‌ها «به وضوح احساس می‌کردند که یادداشتشان می‌تواند در روند پرونده تغییری ایجاد کند». برونزورد اعتراف کرد که ممکن است سیاستش «اشتباه بوده باشد. به عبارت دیگر، من به اشتباه فکر می‌کردم که کارکرد یادداشت پرونده ارائهٔ تأملات نویسندگان در مورد رأی نهایی شده است (و بیشتر به کار جامعهٔ دانشگاهیان می‌آید) نه این‌که در فرآیند رسیدگی به پرونده در دادگاه‌ها مداخله کند»:

Roger Brownsword, letter to author, 26 May 1999.

اگر چه یادداشت پروندهٔ لورنز و مارکزینیس در رأی مجلس اعیان در پروندهٔ وایت علیه جونز بازتاب نیافت، اما تعدادی دیگر از نوشته‌های آن‌ها در رأی صادره مورد استناد قرار گرفت. بنگرید به:

البته احساس نهفته در این متن، برای ما آشناست. این‌که شرح‌های دانشگاهی می‌توانند به تصمیمات قضایی کمک کنند، ایده‌ای است که، چنانکه بالاتر دیدیم، در دوره‌های پیشین مورد حمایت قضات انگلیسی قرار داشته است. اما شاید آن قضات به اندازهٔ برخی همکاران جدید خود، پذیرای نظرات دانشگاهیان نبوده باشند. برای مثال، در پروندهٔ وایت علیه جونز، استین نه‌تنها به تعداد زیادی از آثار دانشگاهی اشاره می‌کند، بلکه پیش‌تر رفته و تلاش می‌کند ارتباط آن منابع را با رأی خود در خصوص مسئولیّت وکلای مشاور در قبال ذی نفع‌های ناکام نشان دهد.[۱] گذشته و امروز از منظرهای گوناگون، بسیار با هم متفاوت است: به رسمیت شناختن ارزش شرح‌های دانشگاهی توسّط قضات، دیگر پدیده‌ای مختص به پایان قرن بیستم نیست، چنانکه اثرگذاری حقوقدانان بر تصمیمات قضات نیز دیگر پدیده‌ای عجیب به حساب نمی‌آید. در کنار این موضوع، تفاوت‌های جزئی دیگری نیز وجود دارد: چنانکه پیش‌تر مقایسه شد، برخی قضات جدید نسبت به قضات هم‌ردهٔ خود در گذشته، نه تنها تمایل بیشتری برای پذیرفتن اثرگذاری دیدگاه‌های دانشگاهیان دارد، بلکه همچنین تلاش می‌کنند تا ماهیّت اثری را که پذیرفته‌اند نشان دهند یا حتی، اگر جایی شرح‌های دانشگاهی مرتبط با پرونده بر آن‌ها اثرگذار نبوده است، چرایی این امر را توضیح دهند. هر چند که اثرگذاری حقوقدانان امر تازه‌ای نیست، ولی چهرهٔ آن در طول زمان بدون تغییر باقی نمانده است.

به نظر وسوسه‌کننده می‌رسد که تصوّر کنیم با پیچیده‌تر شدن روزافزون قانون، بر اثرگذاری نظرات حقوقدانان افزوده خواهد شد. روی‌هم‌رفته برای ما عجیب نیست که با الحاق بخش اعظم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به حقوق انگلستان، به موجب قانون حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸، شاهد افزایش اتکا بر شرح های دانشگاهی باشیم. یکی از ویژگی‌های حقوق بین‌الملل خصوصی تکیه بر

White v. Jones, supra n. 95, at 705–8 (per Lord Goff).

۱. White v. Jones, supra n. 220, at 500–3.

لرد گاف در رأیی که در مجلس اعیان در خصوص این پرونده صادر کرد، با هدف مخالفت بـا نظـرات نویسندگان به آثار آن‌ها استناد کرد. بنگرید به:

White v. Jones, supra n. 95, at 705–8.

نظرات دانشگاهی در مواجهه با مشکلات حقوقی پیچیده است: به این معنا که، در پرونده‌های تعارض قوانین، وقتی که یکی از طرفین به دنبال اثبات یک قانون خارجی است، دادگاه باید دلیل تخصصی در خصوص قواعد مربوط تحصیل کند. عجیب نیست که این دلیل، اغلب اوقات توسّط حقوقدانان دانشگاهی فراهم شده است.[۱] یک مطالعهٔ تجربی منتشر شده در سال ۱۹۹۰، حمایت ضعیفی از این گزاره کرده بود که «قضات انگلیسی در پرونده‌هایی که بیرون چارچوب قرار می‌گیرند و به‌طور چشمگیری نیازمند دانشی گسترده هستند، بیشتر از پرونده‌هایی که جزو مسائل سنّتی‌تر محسوب می‌شوند، به شرح‌های دانشگاهی اتکا می‌کنند»[۲]. برای مثال می‌توان به پرونده‌های مطرح در حقوق پزشکی اشاره کرد. احتمالاً قضات تجدیدنظر هنگام تصمیم‌گیری در پرونده‌های مرتبط با اخلاق پزشکی ـ برای مثال، تعیین این‌که چه وقت باید به حفظ حیات فرد پایان داده شود یا چه وقت باید حق امتناع از مراقبت پزشکی را از بیمار سلب کرد ـ تمایل بیشتری دارند تا به نظرات دانشگاهیان استناد کنند (هر چند که همیشه نظرات مورد استناد، نظریات اساتید حقوق نیست).[۳] با این حال، ما باید در خصوص چنین گمانه‌زنی‌هایی احتیاط کنیم. گمانه‌زنی در مورد این‌که قضات در کدام حوزه‌های حقوقی بیشتر به آثار دانشگاهی استناد می‌کنند، بدون مقایسهٔ داده‌های ارائه شده در حوزه‌های مختلف حقوق، خیلی مفید نیست. در واقع، گمانی که چند خط بالاتر ارائه شد، با توجّه به وقایع رخ داده در طول نیمهٔ دوم قرن گذشته، زیر سؤال می‌رود. واقعیّت این است که یکی از سنّتی‌ترین حوزه‌هایی که به صورت پیوسته و چشمگیری تحت تأثیر شرح‌های دانشگاهی بوده، عبارتست از: حوزهٔ حقوق کیفری. هر کسی که به دنبال این است تا ظرفیّت حقوقدانان برای

۱. Dicey and Morris on **the Conflict of Laws**, 2 vols. (L. Collins et al. (eds), 13th edn., London, Sweet & Maxwell, 2000), I, pp.225 7.

۲. Peter Clinch, "**The Use of Authority: Citation Patterns in the English Courts**" (1990) 46 Jnl. of Documentation 287 at 315.

۳. برای مثال، بنگرید به:

Re W (A Minor) (Medical Treatment) [1993] Fam. 64, 75, CA (per Lord Donaldson MR); Airedale N.H.S. Trust v. Bland [1993] 1 All ER 821 (Fam. D, CA and HL).

اثرگذاری بر قضات را در دورهٔ جدید مشاهده کند، بعید است بتواند مطلوب خود را در هیچ حوزهٔ مطالعاتی دیگری جز «حقوق کیفری» بیابد.

اسمیت در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم استدلال کرد که پژوهش‌های انجام شده در حوزهٔ حقوق کیفری، در دادگاه‌های انگلستان جای خود را پیدا کرده‌اند.[۱] برای مستند کردن اثر این پژوهش‌ها بر اندیشهٔ قضایی، احتمالاً دوباره به مجالی هم‌اندازهٔ فصل حاضر نیاز خواهیم داشت و به همین خاطر، در ادامه تنها به ذکر نمونه‌هایی از نحوهٔ اثرگذاری نقدهای حقوقی، در دوران جدید، اکتفا خواهد شد. با وجود خطر تأکید بیش از حد بر یک شیوهٔ بیان خاص، اشارهٔ مجدد به اهمّیّت یادداشت پرونده ارزشمند است. همان‌طور که هر حقوقدان انگلیسی می‌داند، تمام یادداشت پرونده‌ها از یک سنخ نیستند. این یادداشت‌ها از نظر طول و سبک از نشریه‌ای به نشریهٔ دیگر تفاوت می‌کنند. برخی نشریات مختص انتشار یادداشت‌های دکترینال دقیق و فنّی، برای (و اغلب نوشتهٔ) حقوقدانان دست‌اندرکار است. بعضی از نشریات دیگر، شرح‌های جاه‌طلبانه‌تری را منتشر می‌کنند که اغلب توسّط دانشگاهیان برجسته نوشته می‌شود. تعدادی از نظریات مطالبی بینابین یا تلفیقی از هر دو سبک را منتشر می‌کنند. برخی دیگر، سالانه تنها دو یا سه شماره تولید می‌نمایند؛ این بدین معناست که یادداشت‌هایشان تنها بعد از استماع آرای مربوط منتشر می‌شوند. برخی دیگر سالانه شش شماره یا بیشتر منتشر می‌کنند تا احتمال این‌که یادداشت‌ها پیش از تشکیل دادگاه تجدیدنظر منتشر شود، افزایش یابد. نقدنامهٔ حقوق کیفری ماهانه منتشر می‌شود و شامل بخشی است که در آن گزارشی از تازه‌ترین پرونده‌های کیفری به صورت خلاصه منتشر می‌شود و هر یک موضوع نگارش شرح‌های مختصری قرار می‌گیرند. از آنجا که در این مجله پرونده‌ها و شرح‌ها کنار هم قرار می‌گیرند و از آنجا که هر دو به صورت خلاصه و مختصر منتشر می‌شوند (تا در هر شمارهٔ مجله بتوانند تعداد زیادی از یادداشت‌های پرونده را ارائه کنند) و از آنجا که شرح‌های مذکور اغلب پیش از طرح پرونده‌ها در دادگاه تجدیدنظر منتشر می‌شوند، می‌توان گفت که نقدنامهٔ حقوق کیفری کاملاً بر فرآیند

۱. Smith, supra n. 196, pp.369–78.

تصمیم‌گیری قضایی اثرگذار است: البته، قالب یادداشت پرونده‌نویسی تقریبا مشابه آن چیزی است که به صورت سنّتی در فرانسه وجود داشت (فصل چهارم را ببینید).

در سال ۱۹۵۶، دو سال بعد از تأسیس نقدنامهٔ حقوق کیفری، جی. جی. اسمیت به عنوان یکی از شرح‌نویسان این مجله منصوب شد. او تا به امروز یکی از اعضای تیم شرح نویسی مجله باقی مانده است. او در سال ۱۹۸۰ نوشت:

«من بابت این‌که بخش زیادی از زمانی را که می‌توانستم صرف نوشتن کتاب یا مقالات کنم، به یادداشت پرونده‌نویسی اختصاص دادم، اصلاً پشیمان نیستم. معتقدم که این کار ارزشش را داشت، زیرا پیام‌های نقدنامه به مقصد می‌رسد، و به سرعت هم می‌رسد، و این مقصد تنها شامل استادان و دانشجویان نمی‌شود، بلکه شامل بسیاری از آن‌هایی که حقوق را در عمل اجرا می‌کنند نیز می‌شود ـ کسانی مانند پلیس، مشاوران حقوقی، وکلای مدافع و قضات».[۱]

شرح‌هایی که اسمیت شخصا نوشته است همیشه به آراء صادره در دادگاه تجدیدنظر اختصاص داشته و می‌توان دید که در طول سالیان، بر مسیر حقوق کیفری اثرگذار بوده است.[۲] این موضوع را شاید بتوان از سه مثال ذیل استنتاج کرد: نخست این‌که، مجلس اعیان در پروندهٔ پردی[۳] (پرونده‌ای که موضوع آن تحصیل مال از طریق فریب بود و با بخش ۱۵(۱) از قانون سرقت مصوب ۱۹۶۸ مغایرت داشت) رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ هالای را نقض کرد.[۴] لرد گاف که نقش اصلی را در صدور رأی پردی داشت، اعلام کرد که با نقدهای اسمیت بر

۱. J. C. Smith, "**An Academic Lawyer and Law Reform**" (1981) 1 Legal Studies 119 at 120–1.

این مقاله، متن سخنرانی ریاست اسمیت در جامعهٔ استادان دولتی حقوق است که در سپتامبر ۱۹۸۰ ابراز شده است.

۲. تاریخ مصرف شرح‌های اسمیت احتمالاً کوتاه‌تر از بسیاری از یادداشت پرونده‌های دیگر است، زیرا اغلب شرح‌های او به صورت ضمیمهٔ ویرایش جدید دو کتابش، یعنی حقوق سرقت و حقوق کیفری اسمیت و هوگان منتشر شده‌اند. لذا وقتی قضات می‌خواهند به آن‌ها استناد کنند، به جای اشاره به شرح اولیه، به کتاب درسی استناد می‌کنند.

۳. R. v. Preddy [1996] AC 815.

۴. R. v. Halai [1983] Crim. LR 624.

←

تصمیم دادگاه تجدیدنظر اقناع نشده است،[۱] اما معتقد است که نقد او بر تصمیم هالای از «قوّت قابل ملاحظه‌ای» برخوردار است.[۲] همچنین، گاف با استناد به شرح‌های اسمیت بر دو رأی دیگر دادگاه تجدیدنظر در پرونده‌های میچل و دورو، تلاش کرد تا نشان دهد که این دو رأی چقدر اشتباه است.[۳] دوم، نقدنامهٔ حقوق کیفری در سال ۱۹۷۸ خلاصه‌ای از رأی دادگاه تجدیدنظر در پروندهٔ حسین را منتشر کرد، پرونده‌ای که موضوع آن مفهوم «قصد مشروط» در سرقت بود. نظر دادگاه بر این بود که چنین قصدی برای برقراری مسئولیّت کیفری ناکافی است: «نمی‌توان گفت که قصد سرقت در مورد کسی محقق شده است که در ذهنش قصد داشته است فقط اگر چیز باارزشی دید آن را بدزدد».[۴] اسمیت در شرح خود بر این رأی نوشته بود که اگر چنین رأیی درست باشد، آنگاه کسانی را که با قصد سرقت نه چیز خاصی، بلکه هر چه که ارزشمند یافتند، وارد یک ساختمان می‌شوند، نمی‌توان مصداق تحقق قصد سرقت دانست».[۵] خلاصه این‌که، چنین رأیی «می‌تواند مصداق اعطای حقی ویژه به دزدها» باشد.[۶] هر چند دادگاه تجدیدنظر بعدا ادّعا کرد که اسمیت به دلیل حذف برخی جزئیات حیاتی از گزارش پروندهٔ منتشر شده، در تشخیص نتایج ضمنی پروندهٔ حسین دچار بدفهمی شده است،[۷] کمیسیون حقوقی شورای سلطنتی در سال ۱۹۷۹ دادستان کل را مأمور کرد[۸] تا از آنجا که قانون مرتبط با قصد مشروط سرقت در پروندهٔ حسین «اندکی غامض و مبهم»[۹] است، آن را روشن‌تر کند. سوم، مجلس اعیان در

۱. R. v. Preddy, supra n. 230, at 834; and see also [1995] Crim. LR 565–6.

۲. R. v. Preddy at 840; and see also [1983] Crim. LR 626.

۳. R. v. Preddy at 836–7.

۴. R. v. Husseyn (Note) (1978) 67 Cr. App. R. 131, 132 (per Lord Scarman); [1978] Crim. LR 219 (sub nom. Hussein).

۵. [1978] Crim. LR 219.

۶. همان، ص ۲۲۰.

۷. Smith, supra n. 228, pp.121–2.

۸. Law Commission, 14th Annual Report, 1978–79 (House of Commons, 16 January 1980), p.11.

۹. Attorney-General's References (Nos. 1 and 2 of 1979) [1979] 3 WLR 577, 586.

پروندهٔ اندرتون علیه رایان، بخش ۱ قانون اعمال مجرمانه را به گونه‌ای تفسیر کرد تا متهمی که شروع به جرمی کرده که امکان وقوع آن وجود نداشته است، مجرم شناخته نشود: بر این اساس، شخصی که به اشتباه معتقد بوده جنسی را دزدیده است و شخصی که این مال را با فرض این‌که دزدی است از او خریده، هیچ یک نمی‌تواند بابت تحصیل اموال مسروقه مجرم شناخته شوند.[۱] بخش ۱(۲) از قانون ۱۹۸۱ به شکل صریحی اعلام می‌دارد که «شخص می‌تواند برای شروع به انجام جرمی [تحصیل اموال مسروقه] مجرم شناخته شود، حتی اگر در واقع، انجام این جرم محال باشد». گلنویل ویلیامز در متنی به‌یادماندنی می‌نویسد «کمیسیون حقوقی این قانون را پیشنهاد داده است، زیرا تجربه نشان داده که کلّ این موضوع یک زمین مین‌گذاری شدهٔ فکری است؛ لذا تنها کاری که می‌توان کرد این است که دور آن حصار کشید و تابلوی هشدار «دور شوید» را بالای آن نصب کنیم تا دادگاه‌ها بیشتر از این خود را مضحکه نسازند».[۲] وقتی مجلس اعیان به این هشدار اعتنایی نکرد، اسمیت شرحی نوشت که در آن، از هیچ حمله‌ای فروگذار نکرده بود:

«مجلس اعیان دوباره مرتکب این اشتباه شده است. اکنون گیجی و عدم قطعیت، جایگزین راه‌حل منظم و ساده‌ای شده که پارلمان برای این مشکل قدیمی ارائه داده‌است... این حوزه خطرناک‌تر از آن است که بتوان در خصوص آن بر استدلال‌های پوچ تکیه کرد؛ و اعضای مجلس اعیان، از باب کمک، برای منتقدان خود مهمات کافی فراهم ساختند تا بتوانند نشان دهند که آن عالیجنابان ما را در چه باتلاقی انداخته‌اند... اکنون وظیفهٔ ما باید این باشد که ببینیم چه چیزهایی را می‌توان از آوار تصمیمات کمیسیون حقوقی و پارلمان نجات داد».[۳]

مجلس اعیان در پروندهٔ شیوپوری رأی صادر شده در پروندهٔ اندرتون علیه رایان را نقض کرد. لد بریج (که توانسته بود در هر دو پرونده جزو اکثریت باشد!)

۱. Anderton v. Ryan [1985] AC 560

۲. Glanville Williams, "**The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?**" (1986) 45 C.L.J. 33 at 38.

۳. [1985] Crim. LR 504 at 504–5.

پروندهٔ اندرتون علیه رایان را با استفاده از استدلال‌ها و مثال‌هایی که در شرح اسمیت مورد استفاده قرار گرفته بود، نقد کرد.[۱] اثرگذاری گلنویل ویلیامز از این هم واضح‌تر بود. او حملات شدیدی را با نیّت حذف دفاعیهٔ امتناع وقوع جرم صورت داد و در قبال رأی صادر شده در پروندهٔ اندرتون علیه رایان، با لحنی سرشار از ناباوری و تحقیر سخن گفت.[۲] لرد بریج در سخنی مشهور چنین گفت:

«من نمی‌توانم این رأی را صادر کنم، مگر این‌که اعلام کنم که از زمان به جمع‌بندی رسیدن در این پرونده تاکنون، از مقاله‌ای نوشتهٔ پروفسور گلنویل ویلیامز با عنوان «لردها و تلاش برای شروع به جرم ممتنع، یا چه کسی از نگهبانان نگهبانی خواهد کرد؟» [۱۹۸۶] بهره برده‌ام. البته لحن نوشته متناسب با هدف آن نیست، اما احمقانه است اگر به این دلیل، قوّت این نقد را نادیده بگیرم و با ناسپاسی کمک‌های این نوشته به خودم را ذکر ننمایم».[۳]

به سادگی می‌توان این موضوع را با ذکر مثال‌هایی بسط داد که چطور ویلیامز، مثل اسمیت، قادر بود تا اثر چشمگیری بر توسعهٔ حقوق کیفری بگذارد.[۴] می‌توان این موضوع را همچنان ادامه داد و به بررسی اثرگذاری قابل ملاحظهٔ برخی حقوقدانان معاصر بر حقوق کیفری پرداخت،[۵] و البته، می‌توان باز هم ادامه

۱. Cf. R. v. Shivpuri [1986] 2 All ER 334, 344–5; and supra n. 243 at 506.

۲. Williams, supra n. 242, passim; also Atiyah, supra n. 212, pp.180–2.

۳. R. v. Shivpuri, supra n. 244, at 345.

ظاهراً زهر کلام مقالهٔ ویلیامز به توصیهٔ سردبیر گرفته شده است! بنگرید به:

A. T. H. Smith, "**Glanville Williams: Police Powers and Public Law**" (1997) 56 C.L.J. 462 at 464

۴. کسانی که به دنبال مثال‌هایی از این دست هستند، بنگرید به:

Smith, supra n. 196, pp.304–60; Atiyah, supra n. 212, pp.181–3; John Smith, "The Sad Fate of the Theft Act 1968", in **The Search for Principle**, supra n. 198, pp.97–113; P. R. Glazebrook, "**Glanville Williams: Criminal Law**" (1997) 56 C.L.J. 445; J. R. Spencer, "**Glanville Williams: Criminal Procedure and Evidence**" (1997) 56 C.L.J. 456; and Andrew Grubb, "**Glanville Williams: A Personal Appreciation**" (1998) 6 Medical L. Rev. 133 at 135–6.

من به جای ویلیامز بر اسمیت تمرکز کردم، زیرا به نظر می‌رسد کمک‌های اسمیت به توسعهٔ حقوق کیفری به خوبی نشانگر نقش مهم و اثرگذار یادداشت پرونده است.

۵. برای مثال، بنگرید به:

Luc Thiet Thuan v. The Queen [1996] 2 All ER 1033, 1041, per Lord Goff (PC); and also the judgments of Lord Clyde, Lord Millett, Lord Hobhouse and, especially, Lord Hoffmann in R. v. Smith [2000] 3 WLR 654 (HL).

داد و پا را از سطح حقوق کیفری نیز فراتر گذاشت. اما امیدوارم تا به اینجا توانسته باشم قابلیت اثرگذاری شرح‌های دانشگاهیان جدید بر تصمیمات قضایی را به اندازهٔ کافی نشان بدهم. دیگران نیز بحث‌های کلی‌تری دربارهٔ رابطهٔ میان دانشگاهیان و قضات در دوران جدید ـ و به‌طور کلی، میان دانشگاهیان و دست اندرکاران ـ داشته‌اند و به نظر نمی‌رسد ادامهٔ این فصل با تکرار یافته‌های آن‌ها، چندان فایده‌ای داشته باشد. با این حال، می‌توان مشاهده کرد که تفاوت‌های ظریفی میان استدلال‌های به کار گرفته شده در این گزارش‌ها وجود دارد. برخی از گزارشگران، البته نه بی‌دلیل، بیشتر بر وجوه منفی موضوع انگشت تأکید نهاده‌اند تا از این طریق بگویند که هر چند در طول قرن گذشته رابطهٔ میان دانشگاهیان و دست‌اندرکاران (از جمله دادگاه‌ها) به هم نزدیک شده است، با این حال، هنوز فاصلهٔ بسیار زیادی میان این دو گروه وجود دارد، فاصله‌ای که هر لحظه خطر بیشتر شدن آن وجود دارد.[۱] برخی نسبت به خوش‌بینی بیش از حد هشدار داده‌اند و چنین استدلال کرده‌اند که هر چند شواهد نشان می‌دهد که اثرگذاری حقوقدانان گسترش یافته است، اما هنوز هم در میان تعداد زیادی از قضات و شاغلان در فضای عملیِ حقوق، اگر نگوییم اکثریت آن‌ها، گرایش به نادیده گرفتن پژوهش‌های دانشگاهی وجود دارد.[۲] برخی با احتیاط کمتری خوش‌بینی خود را ابراز می‌کنند، به خصوص با توجّه به این‌که روابط میان حقوقدانان دانشگاهی و عملی را بسیار محکم می‌دانند.[۳] بر عکس این نوع

۱. به‌طور خاص، بنگرید به:

Birks, supra n. 4, pp.170–9; supra n. 23, pp.402–14.

کاسگرو یک استدلال کمتر خوش‌بینانه (و به نظر من غیر قابل پذیرش) ارائه داده است کـه بـه‌طـور خاص با فلسفهٔ حقوق انگلیسی نسبت دارد. بنگرید به:

Richard A. Cosgrove, **Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart** (New York, New York University Press, 1996); and cf. Neil Duxbury, "**The Narrowing of English Jurisprudence**" (1997) 95 Michigan L. Rev. 1990

۲. برای مثال، بنگرید به:

Geoffrey Wilson, "**English Legal Scholarship**" (1987) 50 M.L.R. 818 at 842–3; B. S. Markesinis, "**A Matter of Style**" (1994) 110 L.Q.R. 607 at 621–3.

۳. برای مثال، بنگرید به:

Martin Partington, "**Academic Lawyers and 'Legal Practice' in Britain: A Preliminary Reappraisal**" (1988) 15 Jnl. Law & Soc. 374; "**Academic Lawyers**

گزارش‌ها، هدف اصلی این فصل پیش‌بینی آینده نبود، بلکه ارائهٔ تحلیلی تاریخی بود. رابطهٔ میان حقوقدانان و قضات در انگلستان، رابطه‌ای ویژه، پیچیده و دشوارفهم بوده است. این‌که قضات جدید نسبت به پیشینیان خود، تمایل بیشتری برای به رسمیت شناختن اثرگذاری‌های حقوقدانان دارند، به این معنا نیست که این اثرگذاری‌ها پدیده‌ای جدید است. این موضوع تنها به این معناست که تشخیص اثرگذاری اکنون با سختی کمتری همراه است. هدف اصلی من در اینجا پرتو افکندن بر گذشتهٔ تقریباً مه‌آلود بود، تا نشان دهم که در گذشته، پیش از باب شدن استناد به شرح‌های دانشگاهی در دادگاه، نیز کمابیش رابطه‌ای احترام‌آمیز میان حقوقدانان و قضات وجود داشته است.

and Legal Practice in England: Towards a New Relationship?" (1992) 3 Legal Education Review 75; and cf. also Andrew Halpin, "**Law, Theory and Practice: Conflicting Perspectives?**", in A. Sherr and D. Sugarman (eds), **Theory in Legal Education** (Aldershot, Ashgate, forthcoming).

نتیجه‌گیری

آه و ناله فراوان است. «آثار دانشگاهیان انگلیسی به ندرت مورد استناد دادگاه‌ها قرار می‌گیرند و در جایی هم که مورد استناد قرار می‌گیرند، تأثیر کمی دارند».[۱] «هیچ یک [از انواع مختلف پژوهش‌های حقوقی] به لحاظ ارزش قابل مقایسه با تولیدات سایر رشته‌های علمی یا حتی پژوهش‌های حقوقی دیگر کشورها نیست».[۲] همچنین در مورد یادداشت پرونده گفته شده:

«چه هدفی مدّ نظر است؟ و در پایان، چه فایده‌ای حاصل می‌شود؟ در انتها، پرونده‌ها هنوز سر جای خود هستند؛ قواعد همچنان برقرارند؛ و همچنان دیگران تعیین‌کننده هستند... یادداشت پرونده‌ها چنین به پایان می‌رسد که امید است مجلس اعیان بتواند تا در اولین فرصت این شاخه از حقوق را مورد بازنگری قرار دهد و واژه‌ها، با هر ضرب و زوری که هست، صفحه را پُر می‌کند و بر هیاهوی دنیا می‌افزاید: اما برای چه هدفی؟ که چه بشود؟ من اغلب اوقات آرزو دارم که کاش پاسخ چنین سؤالاتی را می‌دانستم».[۳]

شکی نیست که تعداد قابل توجّهی از شرح‌های دانشگاهی نادیده گرفته می‌شوند. البته همان‌طور که در فصل دوم آوردیم، پژوهش دانشگاهی یک فعالیت پرخطر و کم بازده است. با این حال، شاید در انگلستان بازده‌ها چندان کمتر از آنچه که انتظارش را داریم، نباشد. ما دیدیم که آثار دانشگاهی می‌توانند تأثیر قابل توجّهی در دادگاه‌ها داشته باشد و حتی گاهی یادداشت پرونده‌ها بر تصمیمات دادگاه تجدیدنظر نیز اثر می‌گذارد. قطعاً تعداد کمی از دانشگاهیان توانسته‌اند آثار اثرگذاری، هم‌تراز با کارهای پالاک، گودهارت، جی.سی.اسمیت و گلنویل ویلیامز تولید کنند. با این حال، این‌که دستاوردهای این مردان را

۱. P. S. Atiyah and R. S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987), p.403.

۲. Wilson, supra n. 250, p.818.

۳. W. T. Murphy, "**Reference Without Reality: A Comment on a Commentary on Codifications of Practice**" (1990) 1 Law and Critique 61 at 74 n. 14.

استثنائی بدانیم، به معنای منحصر دانستن اثرگذاری دانشگاهی به آن‌ها نیست. چرا یک حقوقدان دانشگاهی باید تمایل داشته باشد تا به دادگاه توصیهٔ درخواست نشده‌ای را پیشنهاد دهد؟ علاوه بر وظیفهٔ انتشار یک اثر، می‌توان از طریق مطالعهٔ تاریخ به وجود برخی دلایل ترغیب‌کنندهٔ دیگری هم پی برد: در طول سدهٔ گذشته، آن دسته از دانشگاهیانی که اندک آگاهی‌ای از رابطهٔ میان حقوقدانان و قضات در انگلستان داشته‌اند، به احتمال زیاد به این جمع‌بندی رسیده‌اند که توصیهٔ پیشنهاد شده توسّط آن‌ها، هر چند که احتمالاً نادیده گرفته می‌شود، اما در طول زمان مخاطب مشتاق خویش را خواهد یافت.

متوجّه باشید که آه و ناله‌های فراوان، همگی از سوی حقوقدانان دانشگاهی ابراز شده‌اند. شاید چندان سبکسرانه نباشد که بگوییم، بهبود وضعیت حقوقدانان انگلیسی و ارتقای حقیقی جایگاه آن‌ها زمانی رخ نداد که قضات به تقلید از رابرت گاف پرداختند، بلکه هنگامی اتفاق افتاد که آن‌ها شروع به صورت‌بندی علل ناکامی خود، به سبک هری ادواردز، کردند (بنگرید به فصل سوم). شاید به نظر برخی تصوّر این‌که روزی یک قاضی انگلیسی بگوید که بسیاری از حقوقدانان نیازهای دست-اندرکاران و قضات را نادیده می‌گیرند، بیش از حد آینده‌گرایانه باشد. اما با این حال، ممکن است چنین چیزی از آنچه تصوّر می‌کنیم، به زمان حال نزدیکتر باشد.[1] در حالی‌که هنوز هم تفاوت‌های چشمگیری میان دادگاه‌های عالی ایالات متحدهٔ آمریکا و انگلستان وجود دارد، هر دوی این نکات شایان ذکر است که اکنون مجلس اعیان از کمک دستیاران پژوهشی استفاده می‌کند و وجود قضات دارای سابقه و شهرت دانشگاهی در دادگاه‌های تجدیدنظر انگلستان دیگر نادر نیست. علاوه بر این، نه‌تنها امروزه تعداد قضات عالی‌رتبه نسبت به دوره‌های پالاک یا گودهارت بسیار افزایش یافته است، بلکه شاید بتوان گفت کسانی که امروزه از میان وکلای مدافع به عنوان قضات دادگاه‌های عالی منصوب می‌شوند، از تجربهٔ عملی کمتری نسبت به گذشته برخوردارند. لذا با توجّه به رشد سریع و پیچیدگی روزافزون حقوق مدرن و افزایش

۱. برای ملاحظهٔ اعتراضات یک حقوقدان دانشگاهی عضو کمیسیون حقوق، بنگرید به:
Andrew Burrows, "Restitution: Where Do We Go From Here?" (1997) 50 C.L.P. 95 at 109–11, 115–17; repr. in his **Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution** (Oxford, Hart, 1998), pp.99–119 at 112–14, 118–19.

احتمال این‌که قضات برای تصمیم‌گیری در خصوص مسائل حقوقی ناچار به خروج از حوزهٔ تخصّصی خود شوند، شاید افزایش چشمگیر استفادهٔ آشکار از شرح‌های دانشگاهی در قضاوت‌های حقوقی در طول سه دههٔ گذشته عجیب و غافلگیرکننده نباشد. فرارسیدن روزی که قضات انگلیسی احساس کنند که توسّط حقوقدانان نادیده گرفته می‌شوند و نه حقوقدانان توسّط قضات، چندان دور از تصوّر نیست.

در بخش‌های اخیر این فصل، بحثی فرعی در خصوص انواع نگرانی‌های راجع به اثرگذاری حقوقدانان در دورهٔ جدید مطرح شد و در این باب، مقایسه‌ای میان زمان حال و دوره‌های پالاک و گودهارت صورت گرفت. هر موضعی که نسبت به این بحث فرعی داشته باشیم ـ چه موافق باشیم که سخن گفتن از افزایش اثرگذاری حقوقدانان در دنیای امروز نسبت به دوران گذشته ساده‌انگارانه است و یا نیست ـ نباید از این بحث اصلی منحرف شویم: مقایسهٔ میزان اهمّیّتی که دادگاه‌ها برای شرح‌های دانشگاهی قائل می‌شوند، اغلب باعث می‌شود تا این واقعیّت را نادیده بگیریم که اثرگذاری در هر نظام حقوقی خود را متفاوت از دیگری آشکار می‌کند. به نظر عجیب است که بتوانیم حقوقدان دانشگاهی‌ای را بیابیم که مدعی باشد حقوقدانان در انگلستان به اندازهٔ همکاران قاره‌ای و آمریکایی خود بر کار دادگاه‌ها تأثیرگذار نیستند. با وجود این، هر چند طرح چنین ادّعایی عجیب نیست، اما اثبات آن دشوار است. حتی بزرگترین اندیشمندان حقوقی هم در ارائهٔ استدلالی قانع‌کننده برای اثبات این‌که تأثیر نظرات حقوقدانان بر تفکر قضایی در انگلستان نسبت به ایالات متحده یا فرانسه بیشتر است، دچار مشکل هستند.[1] جان کلام ما در این کتاب، در مقایسه با ادّعای فوق کمتر جاه‌طلبانه به نظر می‌رسد (با این وجود، امیدوارم که همچنان به قدر کافی مناقشه‌برانگیز باشد): تحلیل رابطهٔ میان حقوقدانان و قضات در هر یک از

۱. برای ملاحظهٔ این استدلال که هر چه اثرگذاری حقوقدانان انگلیسی افزایش می‌یابد، اثرگذاری حقوقدانان آمریکایی رو به کاهش می‌رود، بنگرید به:

John H. Langbein, "Scholarly and Professional Objectives in Legal Education: American Trends and English Comparisons", in P. B. H. Birks (ed.), **Pressing Problems in the Law, Volume 2: What Are Law Schools For?** (Oxford, Oxford University Press, 1996), pp.1–7 at 3–6; and also, in a similar vein, Reinhard Zimmermann, "**Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science**" (1996) 112 L.Q.R. 576 at 583–4.

نظام‌های قضایی، با وضوح بسیار بالایی نشان می‌دهد که حقوقدانان دانشگاهی در ایالات متحده و فرانسه از اثرگذاری بیشتری برخوردارند، تا در انگلستان.

گفتار پایانی

در این کتاب به بررسی اثرگذاری حقوقدانان بر قضات پرداختیم. هدف ما در اینجا نسبتاً محدود و روش‌شناسی ما تا اندازه‌ای نامنظم بود. تنها به بررسی سه نظام حقوقی اکتفا کردیم و رویکردی بسیار گزینشی را نسبت به ادبیّات موجود در این نظام‌ها اتّخاذ نمودیم. بیشتر دربارهٔ انگلستان سخن گفتیم تا ایالات متحده یا فرانسه، و در بررسی هر نظام حقوقی نقطهٔ کانونی بحث ما با دیگری متفاوت بود. بحث نسبتِ میان پژوهش‌های دانشگاهی و دادگاه‌ها در آمریکا کمابیش تنها بر نقدنامه‌های دانشجویی دانشکده‌های حقوق متمرکز بود و این موضوع را از منظر هر دو گروه حقوقدانان و قضات بررسی کردیم. تأمّلات ما در خصوص فرانسه، بیشتر حول تاریخچه و اثرگذاری «note d'ârret» یا نقد و بررسی پرونده بود. البته نقد و بررسی پرونده در گزارش ما دربارهٔ تأثیر حقوقدانان انگلیسی نیز نقشی کاملاً محوری داشت؛ اگر چه ما در آنجا، نسبت به آنچه در خصوص آمریکا یا فرانسه انجام دادیم، رابطهٔ میان قضات و حقوقدانان را با جزئیات بیشتری مورد بررسی قرار دادیم. این رفتار ناهماهنگ تا حدّ زیادی ناشی از رویکردهای متفاوتی بود که دانشگاهیان و قضات هر یک از این نظام‌های حقوقی در قبال موضوع اثرگذاری حقوقی اتّخاذ کرده بودند. هر چند تفاوت رویکرد مطالعاتی میان این سه نظام حقوقی را اجتناب‌ناپذیر می‌دانم، اما طرح این نکته را به اهداف پروژهٔ حاضر بی‌ربط می‌دانم. هدف عام این کتاب التفات دادن مخاطب به گسترهٔ وسیع ارزیابی‌ها دربارهٔ اثرگذاری حقوقی در درون هر نظام حقوقی بود؛ هدف خاص‌تر ما این بود که تلاش کنیم تا نشان دهیم این گزارهٔ رایج در میان حقوقدانان دانشگاهی انگلستان که «حقوقدانان دانشگاهی انگلیسی در مقایسه با همکاران قاره‌ای و آمریکای شمالی خود از اثرگذاری کمتر از آنچه شایستهٔ آن هستند، برخوردارند» (به تعبیری که از قاضی هولمز وام گرفته‌ام) باید

با «اسید بدبینی»[۱] شسته شود. امیدوارم که در حمایت از هر دوی این اهداف، بـه اندازهٔ کافی موفق بوده باشم.

تنها مطلبی که باید روشن شود این است که، هر دریافتی که فرد از این کتاب و اهدافش داشته باشد، باز هم ماهی‌های بزرگتر بسیاری برای صید وجود دارد. ما در این کتاب تنها کمی از معرّفی اثرگذاری حقوقی فراتر رفتیم، در حالی که یک پژوهش جاه‌طلبانه‌تر می‌تواند تلاش خود را به شناسایی انواع قابل مشاهده از اثرگذاری حقوقدانان معطوف نماید. برای مثال، حقوقدانان در طول تاریخ حقوق انگلستان، چه مطالبی را به دادگاه‌ها و صاحبان مشاغل حقوقی می‌گفته‌اند؟ انتظارات آن‌ها از قضات، قانونگذاران، وکلا و مشاوران چه بوده است؟ انجام چه کارهایی را از آن‌ها می‌خواسته‌اند؟ آیا می‌توانیم حقوقدانان دانشگاهی خاصّی را بیابیم که بر مجموعهٔ متمایزی از استدلال‌ها، استعاره‌ها و نتیجه‌گیری‌ها تکیه داشته باشند؟ علاوه بر این، عمق احساس ناکامی آکادمیکی که ما در پیش‌گفتار به آن توجّه کردیم و در فصل قبل به آن نگاهی اجمالی انداختیم به چه میزان است؟ خلاصه بگویم، مطالعهٔ عملکرد حقوقدانان دانشگاهی به عنوان ناقدان تصمیمات قضایی، که در واقع تمام کاری است که ما کمابیش در اینجا انجام دادیم، پاسخ این پرسش‌ها را به ما ارائه نمی‌دهد. ما علاوه بر این نیاز داریم تا فرآیند توسعهٔ پژوهش‌های حقوقی و نگارش کتب درسی و در نگاهی کلّی‌تر، استدلال‌ها و توصیه‌های هنجاری‌ای که توسّط حقوقدانان دانشگاهی ارائه شده و پیش برده شده‌اند، نقش‌هایی که توسّط این دانشگاهیان ایفا شده‌اند و اهداف و دستاوردهایی که این افراد به عنوان پژوهشگر، استاد و مشاور حقوقی در پیش گرفته‌اند را نیز مطالعه کنیم؛ خلاصه، ما باید تاریخ حقوق و روند توسعهٔ آن به عنوان یک رشتهٔ دانشگاهی در انگلستان را با عمق بیشتری کندوکاو کنیم. بخشی از این کار، چنانکه در پیش‌گفتار متذکر شدیم، هم‌اکنون انجام شده است. اما هنوز راه زیادی برای رفتن باقی مانده است و این کتاب چیزی نیست جز گامی کوچک در این مسیر دشوار.

۱. cynical acid

فهرست منابع و مآخذ

1. Abel-Smith, Brian and Robert Stevens, **Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System, 1750–1965** (London, Heinemann, 1967).
2. Acheson, Dean, "**Recollections of Service with the Federal Supreme Court**" (1957) 17 Alabama Lawyer 355, cited after Chester A. Newland, "**Innovation in Judicial Technique: The Brandeis Opinion**" (mimeograph, Idaho State College, Government Faculty Seminar, Pocatello, Idaho, 9 February 1960).
3. Adler, Moshe, "**Stardom and Talent**" (1985) 75 Am. Econ. Rev.
4. Allen, Carleton Kemp, Law in the Making (3rd edn., Oxford, Clarendon Press, 1939).
5. Altick, Richard D. **The Art of Literary Research** (rev. edn., New York, Norton, 1975).
6. Annan, N. G. "**The Intellectual Aristocracy**", in J. H. Plumb (ed.), **Studies in Social History: A Tribute to G. M. Trevelyan** (London, Longmans, Green & Co., 1955).
7. Annan, Noel, "**The Universities**" (1963) 20(4) Encounter.
8. Anon., "**Law Reports with Editorial Comments**" (1929) 73 Sol. Jo.
9. Anon., "**Professor A. L. Goodhart: Influence on Law in Britain**" (obituary), The Times, 11 November 1978.
10. Anon., "**Sir Frederick Pollock, K. C.: The 'Old Broad Culture'**", The Times, 19 January 1937.
11. Ariens, Michael, "**A Thrice-told Tale, Or Felix the Cat**" (1994) 107 Harv. L. Rev.
12. Arnold, Thurman W. "**Apologia for Jurisprudence**" (1935) 44 Yale L. J. 729.
13. Arnold, Thurman, "**Professor Hart's Theology**" (1960) 73 Harv. L. Rev.

14. Ashton Susan V. and C. Oppenheim, "**A Method of Predicting Nobel Prizewinners in Chemistry**" (1978) 8 Social Studies of Science 341.
15. Atiyah, P. S. and R. S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987).
16. Atiyah, P. S. and Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987).
17. Atiyah, P. S. and Robert S. Summers, **Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions** (Oxford, Clarendon Press, 1987).
18. Atiyah, P. S. **Pragmatism and Theory in English Law** (London, Stevens & Sons, 1987).
19. Atiyah, P. S. **Pragmatism and Theory in English Law** (London, Stevens & Sons, 1987).
20. Austin, Arthur D. "**Footnotes as Product Differentiation**" (1987) 40 Vanderbilt L. Rev.
21. Austin, John, **Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law**, 2 vols. (R. Campbell (ed.), 5th edn., London, John Murray, 1885).
22. Ayres, Ian and Fredrick E. Vars, "**Determinants of Citations to Articles in Elite Law Reviews**" (2000) 29 J. Leg. Studs.
23. Baird, Laura M. and Charles Oppenheim, "**Do Citations Matter?**" (1994) 20 Jnl. of Info.
24. Baker, Nicholson, **U and I: A True Story** (London, Granta, 1991).
25. Baker, P. V. "**A. L. G.: An Editor's View**" (1975) 91 L.Q.R.
26. Balkin, J. M. and Sanford Levinson, "How to Win Cites and Influence People" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev. 843 at 960–1 (identifying and parodying the phenomenon).

27. Bard, Robert L. "**Legal Scholarship and the Professional Responsibility of Law Professors**" (1984) 19 Connecticut L. Rev.
28. Barron, James H. "**Warren and Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation**" (1979) 13 Suffolk University L. Rev.
29. Baudet, Fernand, **Labbé arrêtiste; aperçu générale de ses doctrines en droit civil, thèse pour le doctorat (Sciences Juridiques)**, Faculté de Droit, Université de Lille, 1908 (publ. Lille, C. Robbe, 1908).
30. Bell, John, "**Research and the Law Teacher**" (2000) 20 S.P.T.L. Reporter.
31. Bell, John, Sophie Boyron and Simon Whittaker, **Principles of French Law** (Oxford, Oxford University Press, 1998).
32. Bellet, Pierre, "**La Cour de cassation**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé.
33. Bergin, homas F. "**The Law Teacher: A Man Divided Against Himself**" (1968) 54 Virginia L. Rev.
34. Berman, Harold J. "**The Origins of Western Legal Science**" (1977) 90 Harv. L. Rev.
35. Bernstein, Neil N. "**The Supreme Court and Secondary Source Material: 1965 Term**" (1968) 57 Georgetown L. J.
36. Bingham, Tom, **The Business of Judging: Selected Essays and Speeches** (Oxford, Oxford University Press, 2000).
37. Birks, Peter "**Adjudic,ation and Interpretation in the Common Law: A Century of Change**" (1994) 14 Legal Studies 156 at 163.
38. Birks, Peter, "**The Academic and the Practitioner**" (1998) 18 Legal Studies.
39. Block, Haskell M. "**The Concept of Influence in Comparative Literature**" (1958) 7 Yearbook of Comparative & General Literature 30.

40. Bobinski, Mary Anne, "**Citation Sources and the New York Court of Appeals**" (1985) 34 Buffalo L. Rev.
41. Borthwick, Robert J. and Jordan R. Schau, "**Gatekeepers of the Profession: An Empirical Profile of the Nation's Law Professors**" (1991) 25 Univ. Michigan J. Law Reform.
42. Borthwick, Robert J. and Jordan R. Schau, "**Gatekeepers of the Profession: An Empirical Profile of the Nation's Law Professors**" (1991) 25 Univ. Michigan Jnl. of Law Reform.
43. Bourdieu, Pierre, "**The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field**" (1987) 38 Hastings L. J. 805 at 822–5 (Eng. trans. R. Terdiman).
44. Bourdieu, Pierre, **Homo Academicus** (Eng. trans. P. Collier, Cambridge, Polity Press, 1988 [1984]).
45. Boyd White, James, "**Law Teachers' Writing**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1970.
46. Brest, Paul, "**Plus ça change**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1945.
47. Bridge, J. W. "**The Academic Lawyer: Mere Working Mason or Architect**?" (1975) 91 L.Q.R.
48. Brownlie, Ian, **Principles of Public International Law** (5th edn., Oxford, Oxford University Press, 1998).
49. Bryce, James, "**Legal Studies in the University of Oxford**" (1893), in his Studies in History and Jurisprudence, 2 vols. (Oxford, Clarendon Press, 1901).
50. Bryden, David P. "**Scholarship about Scholarship**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
51. Burrows, Andrew, "Restitution: Where Do We Go From Here?" (1997) 50 C.L.P. 95 at 109–11, 115–17; repr. in his **Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution** (Oxford, Hart, 1998).
52. Caenegem, R. C. van, **Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1987).

53. Caenegem, R. C. van, **Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1987).
54. Cano, V. and N. C. Lind, "**Citation Life-Cycles of Ten Citation Classics**" (1991) 22 Scientometrics 297.
55. Carbonnier, Jean. "**Notes sur des notes d'arrêts: Chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du Doyen René Savatier au Dalloz**", D. 1970, Chron.
56. Cardozo, Benjamin N. "Introduction", in G. J. Thompson et al. (eds), **Selected Readings on the Law of Contracts from American and English Periodicals** (New York, Macmillan, 1931).
57. Cardozo, Benjamin N. **The Growth of the Law** (Westport, Conn., Greenwood Press, 1973 [1924]).
58. Carrington, Paul D. "**Butterfly Effects: The Possibilities of Law Teaching in a Democracy**" (1992) 41 Duke L. J.
59. cf. Lord Wilberforce, "**La Chambre des Lords**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé.
60. Clinch, Peter, "**The Use of Authority: Citation Patterns in the English Courts**" (1990) 46 Jnl. of Documentation.
61. Coase, R. H. "**The Problem of Social Cost: The Citations**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev.
62. Cole, Stephen and Jonathan R. Cole, "**Scientific Output and Recognition: A Study in the Operation of the Reward System in Science**" (1967) 32 Am. Sociol. Rev. 377.
63. Coleman, Jules L. "**Legal Theory and Practice**" (1995) 83 Georgetown L. J.
64. Cooper, Jilly, "**A Bird for High Table**", Sunday Times, 14 January 1973.
65. Cornish, W. R. and G. de N. Clark, **Law and Society in England, 1750–1950** (London, Sweet & Maxwell, 1989).

66. Cosgrove, Richard A. **Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870–1930** (New York, New York University Press, 1987).
67. Cosgrove, Richard A. **Scholars of the Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart** (New York, New York University Press, 1996).
68. Cronin, Blaise, **The Citation Process: The Role and Significance of Citations in Scientific Communication** (London, Taylor Graham, 1984).
69. Dan-Cohen, Meir, "**Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
70. Daniels, Wes, "**'Far Beyond the Law Reports': Secondary Source Citations in United States Supreme Court Opinions October Terms 1900, 1940, and 1978**" (1983) 76 Law Library Jnl.
71. David, René and John E. C. Brierley, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Study of Comparative Law** (London, Stevens & Sons, 1978).
72. David, René, **Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre** (Paris, Recueil Sirey, 1948).
73. David, René, **Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre** (Paris, Recueil Sirey, 1948).
74. Dawson, John P. **The Oracles of the Law** (Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968).
75. Deguergue, Maryse, **Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative** (Paris, L.G.D.J., 1994).
76. Delgado, Richard, "**Norms and Normal Science: Toward a Critique of Normativity in Legal Thought**" (1991) 139 Univ. Pennsylvania L. Rev.
77. Denning, A. T. **Book Review** (1947) 63 L.Q.R.
78. Denning, Lord, **The Discipline of Law** (London, Butterworths, 1979); "**The Universities and Law Reform**" (1951) n.s. 1 J.S.P.T.L. 258 at 264–5; "**1885–1984**" (1984) 100 L.Q.R.

79. Devlin, Patrick, "Statutory Offences" (1958) n.s. 4 J.S.P.T.L. 206; repr. in his **Samples of Lawmaking** (London, Oxford University Press, 1962).
80. Devlin, Patrick, "**Statutory Offences**" (1958) n.s. 4 J.S.P.T.L. 206 at 206–7; repr. In his **Samples of Lawmaking** (London, Oxford University Press, 1962).
81. Dias, R. W. M. "**Remoteness of Liability and Legal Policy**" [1962] C.L.J.
82. Dicey and Morris on **the Conflict of Laws**, 2 vols. (L. Collins et al. (eds), 13th edn., London, Sweet & Maxwell, 2000).
83. Dicey, A. V. **Can English Law be Taught at the Universities?** (London, Macmillan & Co., 1883).
84. Diplock, Lord, "**A. L. G.: A Judge's View**" (1975) 91 L.Q.R.
85. Douglas, William O. "**Law Reviews and Full Disclosure**" (1965) 40 Washington L. Rev.
86. Duxbury ,Neil, "**The Narrowing of English Jurisprudence**" (1997) 95 Michigan L. Rev. 1990.
87. Duxbury, Neil, "**In the Twilight of Legal Realism: Fred Rodell and the Limits of Legal Critique**" (1991) 11 Oxf. Jnl. Leg. Studs.
88. Duxbury, Neil, "**Ronald's Way**", in S. G. Medema (ed.), Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics (Boston, Kluwer, 1998).
89. Duxbury, Neil, "**When We Were Young: Notes in the Law Quarterly Review, 1885–1925**" (2000) 116 L.Q.R.
90. Duxbury, Neil, **Patterns of American Jurisprudence** (Oxford, Clarendon Press, 1995).
91. Eco, Umberto, **The Name of The Rose** (Eng. trans. W. Weaver, London, Secker & Warburg, 1983 [1980]).
92. Edmunds, Palmer D. "**Hail to Law Reviews**" (1967) 1 John Marshall Jnl. of Practice and Procedure.
93. Edwards, Harry T. "**Another 'Postscript' to 'The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession'**" (1994) 69 Washington L. Rev.

94. Edwards, Harry T. "**The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession**" (1992) 91 Michigan L. Rev.
95. Edwards, Harry T. "**The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript**" (1993) 91 Michigan L. Rev.
96. Einstein, Albert, "**Zur Elektrodynamik bewegter Körper [On the Electrodynamics of Moving Bodies]**" (1905) 17 Ann. Phys. Leipzig 891.
97. Elster, Jon, **Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality** (Cambridge, Cambridge University Press, 1983), pp.66–71; also Harold Bloom, **The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry** (New York, Oxford University Press, 1973).
98. Evan Crane, Frederick, "**Law School Reviews and the Courts**" (1935) 4 Fordham L. Rev.
99. Farrar, J. H. **Law Reform and the Law Commission** (London, Sweet & Maxwell, 1974).
100. Faulks, Neville, **No Mitigating Circumstances** (London, William Kimber, 1977).
101. Fish, Stanley, **There's No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing, Too** (New York, Oxford University Press, 1994).
102. Fortsakis, **Conceptualisme et empirisme en droit administratif Français** (Paris, L.G.D.J., 1987).
103. Frank, Jerome, "**Cardozo and the Upper Court Myth**" (1948) 13 Law and Contemporary Problems.
104. Frank, Jerome, "**What Courts Do in Fact**" (1932) 26 Illinois L. Rev.
105. Fry, Sir Edward **A Treatise on the Specific Performance of Contracts: Including those of Public Companies, with a Preliminary Chapter on the Provisions of the Chancery Amendment Act** (London, Butterworths, 1858).
106. Fry, Sir Edward, **A Treatise on the Specific Performance of Contracts**, (2nd edn., London, Stevens, 1881).

107. Fuld, Stanley H. "**A Judge Looks at the Law Review**" (1953) 28 New York Univ. L. Rev.
108. Galanter, Marc, "**This Week's Citation Classic**" (1983) 5 Current Contents 24,
109. Garfield, Eugene, "**Do Nobel Prize Winners Write Citation Classics?**" (1986) 23 Current Contents 3.
110. Garfield, Eugene, "**From Citation Indexes to Informetrics: Is the Tail Now Wagging the Dog?**" (1998) 48 Libri.
111. Garfield, Eugene, **Essays of an Information Scientist: Volume Five (1981–1982)** (Philadelphia, ISI Press).
112. Gava, John, "**Scholarship and Community**" (1994) 16 Sydney L. Rev.
113. Gava, John, "**Scholarship and Community**" (1994) 16 Sydney L. Rev. 443 at 444–9; and Brian R. Cheffins, "**Using Legal Theory to Study Law: A Company Law Perspective**" (1999) 58 C.L.J.
114. Gény**,** François, **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique**, 2 vols. (2nd edn., Paris, L.G.D.J., 1919).
115. Glasser, Cyril, "**Radicals and Refugees: The Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship**" (1987) 50 M.L.R.
116. Glazebrook, P. R. "**Glanville Williams: Criminal Law**" (1997) 56 C.L.J.
117. Glendon, Mary Ann, **Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse** (New York, Free Press, 1991).
118. Goff, Robert, "The Search for Principle" (1983) 69 Proceedings of the British Academy.
119. Goldich, Roland, "**Law and Social Change: An Interview with Lord Denning**" (1969) 22 King's Counsel.
120. Goodhart, A. L. "**Liability and Compensation**" (1960) 76 L.Q.R.
121. Goodhart, A. L. "**Obituary: Re Polemis**" (1961) 77 L.Q.R.

122. Goodhart, A. L. "**The Imaginary Necktie and the Rule in Re Polemis**" (1952) 68 L.Q.R.
123. Goodhart, G A. L. "Recent Tendencies in English Jurisprudence" (1929) 7 Canadian Bar Rev; repr. in his **Essays in Jurisprudence and the Common Law** (Cambridge, Cambridge University Press, 1931).
124. Gordon, Robert W. "**Lawyers, Scholars, and the 'Middle Ground'**" (1993) 91 Michigan L. Rev.
125. Goutal, Jean Louis, "**Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.**" (1976) 24 Am. J. Compar. Law 43.
126. Gower, L. C. B. "**English Legal Training: A Critical Survey**" (1950) 13 M.L.R.
127. Gower, L. C. B. "**Looking Back**" (1978) n.s. 14 J.S.P.T.L.
128. Grafton, Anthony, **The Footnote: A Curious History** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997).
129. Gray, John Chipman, **The Nature and Sources of the Law** (2nd. edn., New York, Macmillan, 1921).
130. Grubb, Andrew, "**Glanville Williams: A Personal Appreciation**" (1998) 6 Medical L. Rev.
131. Halpin, Andrew, "**Law, Theory and Practice: Conflicting Perspectives?**", in A. Sherr and D. Sugarman (eds), **Theory in Legal Education** (Aldershot, Ashgate, forthcoming).
132. Hanbury, Harold Greville, **The Vinerian Chair and Legal Education** (Oxford, Basil Blackwell, 1958).
133. Hand, Learned, "**Have the Bench and Bar Anything to Contribute to the Teaching of Law?**" (1926) 24 Michigan L. Rev.
134. Hart, H. L. A. and Tony Honoré, **Causation in the Law** (2nd edn., Oxford, Clarendon Press, 1985; 1st edn. publ. 1959).
135. Hassan, Ihab H. "**The Problem of Influence in Literary History: Notes Towards a Definition**" (1955) 14 Jnl. of Aesthetics & Art Criticism.

136. Heuston, Robert F. V. "**Goodhart, Arthur Lehman**", in A. W. B. Simpson (ed.), Biographical Dictionary of the Common Law (London, Butterworths, 1984).
137. Hirsch, H. N. **The Enigma of Felix Frankfurter** (New York, Basic Books, 1981).
138. Hoffman, Julius, "**Law Reviews and the Bench**" (1956) 51 Northwestern Univ. L. Rev.
139. Holmes to Pollock, 6 Sept. 1906, in M. DeWolfe Howe (ed.), **The PollockHolmes Letters: Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr Justice Holmes 1874–1932**, 2 vols., (Cambridge, Cambridge University Press, 1942).
140. Honoré, Tony, "**Goodhart, Arthur Lehman**", in D.N.B. (1971–1980).
141. Honoré, Tony, **Ulpian** (Oxford, Clarendon Press, 1982).
142. Howe, M. DeWolfe (ed.), **The PollockHolmes Letters: Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes, 1874–1932**, 2 vols. (Cambridge, Cambridge University Press, 1942).
143. Hughes, Charles E. "**Foreword**" (1941) 50 Yale L. J.
144. Hughes, Graham, "**The Great American Legal Scholarship Bazaar**" (1983) 33 Jnl. Leg. Educ.
145. Ibbetson, David, "'**The Law of Business Rome': Foundations of the Anglo-American Tort of Negligence**" (1999) 52 Current Legal Problems 74.
146. James W. Ely, Jr., "**Through a Crystal Ball: Legal Education—Its Relation to the Bench, Bar, and University Community**" (1986) 21 Tulsa L. J.
147. Jestaz, Philippe and Christophe Jamin, "**The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Writers**" (1998) 18 Legal Studies.
148. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, **Principles of French Law** (Oxford, Oxford University Press, 1998).
149. Johnson, Alex M. Jr., "**Think Like a Lawyer, Work Like a Machine: The Dissonance Between Law**

School and Law Practice" (1991) 64 Southern Calif. L. Rev.

150. Johnson, John William, **The Dimensions of Non-Legal Evidence in the American Judicial Process: The Supreme Court's Use of Extra-Legal Materials in the Twentieth Century** (Ph.D. thesis, Graduate School, University of Minnesota, March 1974).
151. Jolowicz, J. A. "**The Wagon Mound—A Further Comment**" [1961] C.L.J.
152. Kagan, Robert A., Bliss Cartwright, Lawrence M. Friedman and Stanton Wheeler, "**The Evolution of State Supreme Courts**" (1978) 76 Michigan L. Rev.
153. Kahn-Freund, Otto, Claudine Lévy and Bernard Rudden, **A Source-book on French Law: Systems—Methods—Outlines of Contract** (2nd edn., Oxford, Clarendon Press, 1979).
154. Kaplan, Norman, "**The Norms of Citation Behaviour: Prolegomena to the Footnote**" (1965) 16 American Documentation.
155. Karpik, Lucien, **French Lawyers: A Study in Collective Action, 1274 to 1994** (Eng. trans. N. Scott, Oxford, Clarendon Press, 1999).
156. Kaufman, Andrew L. **Cardozo** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998).
157. Kaye, Judith S. "**One Judge's View of Academic Law Review Writing**" (1989) 39 Jnl. Leg. Educ.
158. Kearney, Joseph D. and Thomas W. Merrill, "**The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court**" (2000) 148 Univ. Pennsylvania L. Rev.
159. Kitch, Edmund W. (ed.), "**The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932–1970**" (1983) 26 J. Law & Econ.
160. Klein, David and Darby Morrisroe, "**The Prestige and Influence of Individual Judges on the U. S. Courts of Appeals**" (1999) 28 J. Leg. Studs.
161. Klinck, Dennis R. "**'This Other Eden': Lord Denning's Pastoral Vision**" (1994) 14 Oxf. Jnl. Leg. Studs.

162. Koenig, Michael E. D. "**A Bibliometric Analysis of Pharmaceutical Research**" (1983) 12 Research Policy 15.
163. Komar, Borris M. "**Probative Force of Authoritative Law-Works: Works on the Law-Merchant**" (1924) 4 Boston Univ. L. Rev.
164. Komar, Borris M. "**Text-Books As Authority in Anglo-American Law**" (1923) 11 Calif. L. Rev.
165. Komar, Borris M. "**Text-Books as Authority in Anglo-American Law**" (1923) 11 Calif. L. Rev.
166. Kötz, Hein, "**Scholarship and the Courts: A Comparative Survey**", in D. S. Clark (ed.), Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday (Berlin, Duncker & Humblot, 1990).
167. **Henry Merryman on his Seventieth Birthday** (Berlin, Duncker & Humblot, 1990).
168. Kötz, Hein, "Scholarship and the Courts: A Comparative Survey", in D. S. Clark (ed.), **Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday** (Berlin, Duncker & Humblot, 1990).
169. Kötz, Hein, "**The Role of the Judge in the Court-Room: The Common Law and Civil Law Compared**" [1987] Tydskrif v. S.-A. Reg.
170. Kronman, Anthony T. **The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession** (Cambridge, Mass., Belknap Press, 1993).
171. L. Rubin, Edward "**The Practice and Discourse of Legal Scholarship**" (1988) 86 Michigan L. Rev.
172. Landes, William M. and Richard A. Posner, "**Citations, Age, Fame, and the Web**" (2000) 29 J. Leg. Studs.
173. Landes, William M. and Richard A. Posner, "**Heavily Cited Articles in Law**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev.

174. Landes, William M. and Richard A. Posner, "**The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study**" (1993) 36 J. Law & Econ.
175. Landes, William M., Lawrence Lessig and Michael E. Solimine, "**Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges**" (1998) 27 J. Leg. Studs.
176. Langbein, John H. "Scholarly and Professional Objectives in Legal Education: American Trends and English Comparisons", in P. B. H. Birks (ed.), **Pressing Problems in the Law, Volume 2: What Are Law Schools For?** (Oxford, Oxford University Press, 1996).
177. Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E. "**Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System**" (1995) 104 Yale L. J. Mark Tushnet and Timothy Lynch, "**The Project of the Harvard Forewords: A Social and Intellectual Inquiry**" (1994–95) 11 Constitutional Commentary.
178. Lasson, Kenneth, "**Scholarship Amok: Excesses in the Pursuit of Truth and Tenure**" (1990) 103 Harv. L. Rev.
179. Law Commission, 14th Annual Report, 1978–79 (House of Commons, 16 January 1980).
180. Lawson, F. H. "**A. L. G.: A Professor's View**" (1975) 91 L.Q.R.
181. Lawson, F. H. "**Comparative Judicial Style**" (1977) 25 Am. J. Compar. Law.
182. Lawson, F. H. "**Doctrinal Writing: A Foreign Element in English Law?**", in E. von Caemmerer, S. Menstschikoff and K. Zweigert (eds), Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, 2 vols., (Tübingen, Mohr (Seibeck), 1969).
183. Lawson, F. H. **The Oxford Law School, 1850–1965** (Oxford, Clarendon Press, 1968).
184. Lawson, H. **Negligence in the Civil Law: Introduction and Select Texts** (Oxford, Clarendon Press, 1950).

185. Legrand, Pierre, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer, Tjeenk Willink, 1999).
186. Leiter, Brian, "**Measuring the Academic Distinction of Law Faculties**" (2000) 29 J. Leg. Studs.
187. Levinson, Sanford, "**Judge Edwards' Indictment of 'Impractical' Scholars: The Need for a Bill of Particulars**" (1993) 91 Michigan L. Rev.
188. Levinson, Sanford, "**The Audience for Constitutional Meta-Theory (Or, Why, and To Whom, Do I Write the Things I Do?)**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
189. Levy, David W. and Bruce Allen Murphy, "**Preserving the Progressive Spirit in a Conservative Time: The Joint Reform Efforts of Justice Brandeis and Professor Frankfurter, 1916–1933**" (1980) 78 Michigan L. Rev.
190. Lile, W. M. "**The Exaltation of Secondary Authority**" (1919) n.s. 14 Bench and Bar 53.
191. Lilly, Graham C. "**Law Schools Without Lawyers? Winds of Change in Legal Education**" (1995) 81 Virginia L. Rev.
192. Lindon, Raymond, "**La motivation des arrêts de la Cour de cassation**" (1975) I— Doctrine La Semaine Juridique.
193. Liu, Mengxiong, "**The Complexities of Citation Practice: A Review of Citation Studies**" (1993) 49 Jnl. of Documentation 370.
194. Lodge, David, **Small World: An Academic Romance** (Harmondsworth, Penguin, 1985 [1984]).
195. Lorenz, Werner and Basil Markesinis, "**Solicitors' Liability Towards Third Parties: Back Into the Troubled Waters of the Contract/Tort Divide**" (1993) 56 M.L.R.
196. Lubet, Steven, "**Is Legal Theory Good for Anything?**" [1997] Univ. Illinois L. Rev.
197. Maggs, Douglas B. "**Concerning the Extent to Which the Law Review Contributes to the Development of the Law**" (1930) 3 Southern Calif. L. Rev.

198. Malaurie, Philippe, "**Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges: Rapport français**" (1980) 31 Travaux de l'Association Henri Capitant.
199. Mann, F. A. "**The Present Validity of Nazi Nationality Laws**" (1973) 89 L.Q.R. 194.
200. Mann, Richard A. "**The Use of Legal Periodicals by Courts and Journals**" (1986) 26 Jurimetrics Jnl. 400.
201. Marcus, Richard L. "**Public Law Litigation and Legal Scholarship**" (1988) 21 Univ. Michigan Jnl. of Law Reform.
202. Margulies, Jeffrey B. "**The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: An Empirical Study**" (1986) 34 UCLA L. Rev.
203. Markesinis, B. S. "**A Matter of Style**" (1994) 110 L.Q.R.
204. Markesinis, B. S. "**Learning from Europe and Learning in Europe**", in B. S. Markesinis (ed.), **The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century** (Oxford, Clarendon Press, 1994).
205. Markesinis, Basil, "**Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany**" (2000) 59 C.L.J.
206. Mason, Alpheus Thomas, **William Howard Taft: Chief Justice** (New York, Simon and Schuster, 1964).
207. McDowell, Banks, "**The Audiences for Legal Scholarship**" (1990) 40 Jnl. Leg. Educ.
208. McKelvey, John Jay, "**The Law School Review, 1887–1937**" (1937) 50 Harvard L. Rev.
209. Megarry, R. E. **Lawyer and Litigant in England** (London, Stevens & Sons, 1962).
210. Megarry, R. E. **Miscellany-at Law: A Diversion for Lawyers and Others** (London, Stevens, 1955).
211. Mehren, A. T. von and J. R. Gordley (eds), **The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law** (2nd edn., Boston, Little, Brown & Co., 1977).

212. Merritt, Deborah J. and Melanie Putnam, "**Judges and Scholars: Do Courts and Scholarly Journals Cite the Same Law Review Articles?**" (1996) 71 Chicago-Kent L. Rev.
213. Merryman, John Henry "**Toward a Theory of Citations: An Empirical Study of the Citation Practice of the California Supreme Court in 1950, 1960, and 1970**" (1977) 50 Southern Calif. L. Rev.
214. Merryman, John Henry, "**The Authority of Authority: What the California Supreme Court Cited in 1950**" (1954) 6 Stanford L. Rev.
215. Meynial, Édouard J.-M., Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes (Extrait du Livre du centennaire du code civil, publié par la Société d'études législatives, Paris, A. Rousseau, 1904), p.25.Rousseau, 1904).
216. Mikva, Abner J. "**Goodbye to Footnotes**" (1985) 56 Univ. Colorado L. Rev.
217. Miller, D. L. Carey, "**Legal Writings as a Source in English Law**" (1975) 8 Compar. & Int'l. L. J. of Southern Africa.
218. Mimin, Pierre, **Le style des jugements (Vocabulaire—Construction— Dialectique—Formes juridiques)** (4th edn., Paris, Librairies Techniques, 1978).
219. Murphy, Bruce Allen, Th**e Brandeis/Frankfurter Connection: The Secret Political Activities of Two Supreme Court Justices** (New York, Oxford University Press, 1982), though cf. Leonard Baker, **Brandeis and Frankfurter: A Dual Biography** (New York, Harper & Row, 1984).
220. Murphy, W. T. "**Reference Without Reality: A Comment on a Commentary on Codifications of Practice**" (1990) 1 Law and Critique.
221. Murphy, W. T. and Simon Roberts, "**Introduction**" (1987) 50 M.L.R.
222. Murphy, W. T. **Book Review** [1987] Public Law.
223. Mustill, Lord, "**What do Judges do?**" [1995–96] no. 3 Juridisk Tidskrift 611 at 621.

224. Neuman, Gerald L. "**Law Review Articles that Backfire**" (1988) 21 Univ. Mich. J. Law Reform 697.
225. Newland, Chester A. "**Innovation in Judicial Technique: The Brandeis Opinion**" (mimeograph, Idaho State College, Government Faculty Seminar, Pocatello, Idaho, 9 February 1960).
226. Newland, Chester A. "**Legal Periodicals and the United States Supreme Court**" (1959) 7 Kansas L. Rev.
227. Newland, Chester A. "**The Supreme Court and Legal Writing: Learned Journals as Vehicles of An Anti-Antitrust Lobby?**" (1959) 48 Georgetown L. J.
228. Niven, Peter, Administrative Secretary, SPTL, e-mail to author, 30 May 2000.
229. Nobles, Richard and David Schiff, **Understanding Miscarriages of Justice: Law, the Media and the Inevitability of Crisis** (Oxford, Oxford University Press, 2000).
230. Novick, Peter, **That Noble Dream: The "Objectivity Question" and the American Legal Profession** (Cambridge, Cambridge University Press, 1988).
231. Ong, Walter J. **Orality and Literacy: The Technologizing of the Word** (London, Methuen, 1982).
232. Park, J. J. **The Dogmas of the Constitution: Four Lectures, being the First, Tenth, Eleventh, & Thirteenth, of a Course on the Theory & Practice of the Constitution** (London, B. Fellowes, 1832).
233. Partington, Martin, "**Academic Lawyers and 'Legal Practice' in Britain: A Preliminary Reappraisal**" (1988) 15 Jnl. Law & Soc.
234. Paterson, Alan, **The Law Lords** (London, Macmillan, 1982).
235. Phillips, O. Hood, "Legal Authors Since 1800", in **Then and Now, 1799–1974: Commemorating 175 Years of Law Bookselling and Publishing** (London, Sweet & Maxwell, 1974).
236. Phillips, O. Hood, **A First Book of English Law**, (6th edn., London, Sweet & Maxwell, 1970).

237. Pollack, Louis H. "**The Disjunction Between Judge Edwards and Professor Priest**" (1993) 91 Michigan L. Rev.
238. Pollock, Frederick, "**Derry v. Peek in the House of Lords**" (1889) 5 L.Q.R.
239. Pollock, Frederick, "**Liability for Consequences**" (1922) 38 L.Q.R.
240. Pollock, Frederick, "**Nocton v. Lord Ashburton**" (1915) 31 L.Q.R.
241. Pollock, Frederick, **English Opportunities and Duties in the Historical and Comparative Study of Law** (London, Macmillan & Co., 1883).
242. Pollock, Sir Frederick, **The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law** (2nd. edn., London, Stevens & Sons, 1890).
243. Pollock, Sir John, **Time's Chariot** (London, John Murray, 1950).
244. Posner, Richard A. "**Bentham's Influence on the Law and Economics Movement**" (1998) 51 Current Legal Problems.
245. Posner, Richard A. "**The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987**" (1987) 100 Harvard L. Rev.
246. Posner, Richard A. **Cardozo: A Study in Reputation** (Chicago, University of Chicago Press, 1990).
247. Posner, Richard A. **Law and Legal Theory in England and America** (Oxford, Clarendon Press, 1996).
248. Posner, Richard A. **Overcoming Law** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995).
249. Posner, Richard A. The Federal Courts: Challenge and Reform (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996).
250. Posner, Richard A. **The Theory and Practice of Citations Analysis, with Special Reference to Law and Economics** (University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 83 (2d ser.), September 1999), available at

http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html.

251. Post, Robert, "**Legal Scholarship and the Practice of Law**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
252. Pound, Roscoe, **Interpretations of Legal History** (Cambridge, Cambridge University Press, 1923).
253. Priest, George L. "**The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards**" (1993) 91 Michigan L. Rev.
254. Priest, George L. "**The Increasing Division Between Legal Practice and Legal Education**" (1988/89) 37 Buffalo L. Rev.
255. Primeau, Ronald, "Introduction", in R. Primeau (ed.), **Influx: Essays on Literary Influence** (Port Washington, N.Y., Kennikat Press, 1977).
256. Radin, Max, "**Sources of Law—New and Old**" (1928) 1 Southern Calif. L. Rev.
257. **Re Hollis' Hospital and Hague's Contract** [1899] 2 Ch.
258. Rehnquist, William H. "**The Lawyer-Statesman in American History**" (1986) 9 Harvard J. Law & Pub. Pol.
259. Reid, Lord, "**The Judge as Law Maker**" (1972) n.s. 12 J.S.P.T.L.
260. Reingold, Paul D. "**Harry Edwards' Nostalgia**" (1993) 91 Michigan L. Rev. 1998–2009; and Andrew Burrows, **Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution** (Oxford, Hart, 1998).
261. Rheinstein, Max, "**Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen**" (1970) 34 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
262. Richard A. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory** (Cambridge, Mass., Belknap Press, 1999).
263. Richardson, Frank K. "**Law Reviews and the Courts**" (1983) 5 Whittier L. Rev.

264. Rivero, Jean, "**La formation et le recrutement des professeurs des Facultés de Droit françaises**" (1962) 59 Doctrina: Revista de derecho, jurisprudencia y administración (Uruguay) 249 (Rivero's article appears here in both Spanish and French).
265. Robert K. Merton, "**The Matthew Effect in Science**" (1968) n.s.
266. Roche, Jean, "**Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges: Rapport français**" (1980) 31 Travaux de l'Association Henri Capitant.
267. Rodell, Fred, "Goodbye to Law Reviews" (1936) 23 Virginia L. Rev.
268. Rosen, Sherwin. "**The Economics of Superstars**" (1981) 71 Am. Econ. Rev.
269. Rosenberg, Charles B. "**An L.A. Lawyer Replies**" (1989) 98 Yale L. J.
270. Rubin, Edward L. "**What Does Prescriptive Legal Scholarship Say and Who is Listening to It: A Response to Professor Dan-Cohen**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
271. Saks, Michael J., Howard Larsen and Carol J. Hodne, "**Is There a Growing Gap Among Law, Law Practice, and Legal Scholarship?: A Systematic Comparison of Law Review Articles One Generation Apart**" (1996) 30 Suffolk Univ. L. Rev.
272. Sauvel, Tony, "**Histoire du jugement motivé**" (1955) 71 Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger 5.
273. Scarman, Sir Leslie, "**Law Reform—Lessons From English Experience**" (1968) 3 Manitoba L. J.
274. Schacter, Daniel L. **Searching for Memory: The Brain, The Mind, and the Past** (New York, Basic Books, 1996).
275. Schlag, Pierre, "**Writing for Judges**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
276. Schlag, Pierre, **Laying Down the Law: Mysticism, Fetishism, and the American Legal Mind** (New York, New York University Press, 1996).

277. Schlegel, John Henry, "**A Certain Narcissism; a Slight Unseemliness**" (1992) 63 Univ. Colorado L. Rev.
278. Schoonbaert, Dirk and Gilbert Roelants, "**Citation Analysis for Measuring the Value of Scientific Publications: Quality Assessment Tool or Comedy of Errors?**" (1996) Tropical Medicine and International Health.
279. Scurlock, John, "**Scholarship and the Courts**" (1964) 32 Univ. MissouriKansas City L. Rev.
280. Searle, John R. **Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language** (Cambridge, Cambridge University Press, 1969).
281. Serverin**,** Evelyne, **De la jurisprudence en droit privé: Théorie d'une pratique** (Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985).
282. Shahabuddeen, Mohamed, **Precedent in the World Court** (Cambridge, Cambridge University Press, 1996).
283. Shapiro, Fred R. "**Origins of Bibliometrics, Citation Indexing, and Citation Analysis: The Neglected Legal Literature**" (1992) 43 J. Am. Soc. for Info.Science 337.
284. Shapiro, Fred R. "**The Most-Cited Law Review Articles**" (1985) 73 Calif. L. Rev.
285. Simpson, A. W. B. "**Innovation in Nineteenth Century Contract Law**" (1975) 91 L.Q.R.
286. Sir Anthony Mason, "**The Tort Law Review**" (1993) 1 Tort Law Rev. 5.
287. Sirico, Louis J. and Jeffrey B. Margulies, "**The Citing of Law Reviews by the Supreme Court: An Empirical Study**" (1986) 34 U.C.L.A. L. Rev.
288. Small, Henry, "**A Co-citation Model of a Scientific Speciality: A Longitudinal Study of Collagen Research**" (1977) 7 Social Studies of Science 139.
289. Smith, A. T. H. "**Glanville Williams: Police Powers and Public Law**" (1997) 56 C.L.J.
290. Smith, J. C. "**An Academic Lawyer and Law Reform**" (1981) 1 Legal Studies.

291. Smith, K. J. M. **Lawyers, Legislators and Theorists: Developments in English Criminal Jurisprudence 1800–1957** (Oxford, Clarendon Press, 1998).
292. Snyder, Fritz, "**The Great Authors and Their Influence on the Supreme Court**" (1987) 7 Legal Reference Services Quarterly.
293. Solimine, Michael E. "**The Impact of Babcock v. Jackson: An Empirical Note**" (1993) 56 Albany L. Rev. 773 at 777-8; Jon Wiener, Professors, Politics and Pop (London, Verso, 1991).
294. Spencer, J. R. "**Glanville Williams: Criminal Procedure and Evidence**" (1997) 56 C.L.J.
295. Stallybrass, W. T. S. "**Law in the Universities**" (1948) n.s. 1 J.S.P.T.L.
296. Stier, Max, Kelly M. Klaus, Dan L. Bagatell and Jeffrey J. Rachlinski, "**Law Review Usage and Suggestions for Improvement: A Survey of Attorneys, Professors, and Judges**" (1992) 44 Stanford L. Rev.
297. Stigler, George J. **The Economist as Preacher and Other Essays** (Chicago, University of Chicago Press, 1982).
298. Strum, Philippa, **Louis D. Brandeis: Justice for the People** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1984).
299. Sugarman, David, "**Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition**", in W. Twining (ed.), **Legal Theory and Common Law** (Oxford, Blackwell,1986).
300. Swygert, Michael J. and Jon W. Bruce, "**The Historical Origins, Founding, and Early Development of StudentEdited Law Reviews**" (1985) 36 Hastings L. J.
301. **Symposium: The Legacy of Henry G. Manne—Pioneer in Law & Economics and Innovator in Legal Education** (1999) 50 Case Western Reserve L. Rev.
302. **The Most-Cited Law Review Articles** (Buffalo, N.Y., Hein, 1987).
303. Theodore & Eisenberg, "**Ranking & Explaining the Scholarly Impact of Law Schools**" (1998) 27 J. Leg. Studs.

304. Touffait, Adolphe and André Tunc, "**Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment decelles de la Cour de cassation**" (1974) 72 Revue trimestrielle de droit civil 487.
305. Touffait, Adolphe, "**Conclusions d'un practicien**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé.
306. Traynor, Roger J. "**To the Right Honourable Law Reviews**" (1962) 10 UCLA L. Rev.
307. Troper, Michel and Christophe Grzegorczyk, "**Precedent in France**", in D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds), **Interpreting Precedents: A Comparative Study** (Dartmouth, Ashgate, 1997).
308. Tubbs, J. W. **The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions** (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000) (on pre-eighteenth century influences).
309. Tunc, André, "**Conclusions: La cour suprême idéale**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé 433 at 461–3. Cf. also Michael Wells, "**French and American Judicial Opinions**" (1994) 19 Yale Jnl. Int'l Law 81.
310. Tunc, André, "**Methodology of the Civil Law in France**" (1976) 50 Tulane L. Rev.
311. Tunc, André, "**Synthèse**" (1978) 30 Rev. Int. Droit Comparé.
312. Tushnet, Mark, "**Legal Scholarship: Its Causes and Cure**" (1981) 90 Yale L. J.
313. Twining, W. L. "**Goodbye to Lewis Eliot: The Academic Lawyer as Scholar**" (1980) n.s. 15 J.S.P.T.L.
314. Twining, William, "**Academic Law and Legal Philosophy: The Significance of Herbert Hart**" (1979) 95 L.Q.R.
315. Urofsky, M. I. and D. W. Levy (eds), **"Half Brother, Half Son": The Letters of Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter** (Norman, Okla., University of Oklahoma Press, 1991).

316. Virgo, Julie, "**A Statistical Procedure for Evaluating the Importance of Scientific Papers**" (1977) 47 Library Quarterly.
317. Wald, Patricia M. "**How I Write**" (1993) 4 Scribes Jnl. of Legal Writing 55 at 59.
318. Warren, Earl, "**Messages of Greeting to the U.C.L.A. Law Review**" (1953) 1 UCLA L. Rev.
319. Warren, Earl, "**The Northwestern University Law Review Begins Its Fifty-First Year of Publication**" (1956) 51 Northwestern Univ. L. Rev.
320. Warren, Earl, "**Upon the Tenth Anniversary of the U.C.L.A. Law Review**" (1962) 10 UCLA L. Rev.
321. Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "**The Right to Privacy**" (1890) 4 Harv. L. Rev.
322. Weber, Max, **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**, 2 vols. (G. Roth and C. Wittich (eds), Eng. trans. E. Fischoff et al., Berkeley, University of California Press, 1968 [1922]), II.
323. White, G. Edward, "**Roger Traynor**" (1983) 69 Virginia L. Rev.
324. White, G. Edward, **Intervention and Detachment: Essays in Legal History and Jurisprudence** (New York, Oxford University Press, 1994).
325. White, G. Edward, **Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self** (New York, Oxford University Press, 1993).
326. Who's Who and also Gareth Jones, "Lord Goff's Contribution to the Law of Restitution", in W. Swadling and G. Jones (eds), **The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley** (Oxford, Oxford University Press, 1999).
327. Williams, Glanville "The Risk Principle" (1961) 77 L.Q.R.
328. Williams, Glanville, "**The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?**" (1986) 45 C.L.J.

329. Wilson, Geoffrey, "**English Legal Scholarship**" (1987) 50 M.L.R. 818 at 842–3; B. S. Markesinis, "**A Matter of Style**" (1994) 110 L.Q.R.
330. Wilson, Lyman P. "**The Law Schools, the Law Reviews and the Courts**" (1945) 30 Cornell L.
331. Winfield, Percy H. **The Chief Sources of English Legal History** (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1925).
332. Winstanley, D. A. **Early Victorian Cambridge** (Cambridge, Cambridge University Press, 1940).
333. Woolwich Equitable Building Society v. IRC [1993] AC 70, 163–4 (HL).
334. Zimmermann, Reinhard, "**Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science**" (1996) 112 L.Q.R.
335. Zuckerman, Harriet, "**Citation Analysis and the Complex Problem of Intellectual Influence**" (1987) 12 Scientometrics.
336. Zweigert, Konrad and Hein Kötz**, Introduction to Comparative Law** (Eng. trans. T. Weir, 3rd edn., Oxford, Clarendon Press, 1998).