

# بخش مقالات

ک بررسی و ارزیابی نظریه‌ی سرمنشأ نظام حقوقی

ک نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، استصوابی یا استطلاعی

ک بررسی تطبیقی شرایط انتخاب کنندگان و انتخاب شوندگان در نظام انتخاباتی ریاست جمهوری ایران و فرانسه

ک شرایط خاص انتخاب پذیری در انتخابات سیاسی

ک نفی حاکمیت فردی و ابهامات آن در قانون اساسی

ک مصونیت‌های شغلی در حقوق ایران

ک قانون اساسی ایران و اصل برائت

ک مطالعه تطبیقی مصونیت پارلمانی در حقوق اساسی ایران و برخی از کشورهای جهان

ک عرف در حقوق اساسی

ک بررسی و تحلیل حقوق وسیله‌ای (حق بر سندیکا) در میثاق بین‌المللی حقوق

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

## "بررسی و ارزیابی نظریه‌ی سرمنشأ نظام حقوقی"

مسلم آقایی طوق\*

چکیده: از نیمه‌ی دوم دهه‌ی ۹۰ میلادی، عرصه‌ی حقوق و اقتصاد شاهد رشد روزافزون مقالاتی بوده است که با رویکردی خاص به مسأله‌ی رشد اقتصادی و رابطه‌ی آن با سرمنشأ نظام حقوقی پرداخته‌اند. صاحبان این نظریه، که همگی از اقتصاددانان می‌باشند، معتقدند که آن نظام‌های حقوقی که از کامن لوی انگلستان سرچشمه گرفته‌اند از لحاظ اقتصادی کارآمد تر و پیشرفته تر از نظام‌هایی هستند که از سیویل لوی فرانسوی نشأت گرفته‌اند.

در این مقاله، سعی شده است به شکلی مختصر و مفید، این نظریه مورد بررسی قرار گیرد. لذا در سه مبحث به گونه‌ی شناسی نظریه، محتوا شناسی نظریه و نهایتاً به انتقادات صورت گرفته، پرداخته‌ایم.

واژگان کلیدی: حقوق تطبیقی، کامن لو، سیویل لو، توسعه‌ی اقتصادی.

### درآمد

از نیمه‌ی دوم دهه‌ی ۹۰ تا به امروز، عرصه‌ی اقتصاد و حقوق شاهد رشد روز افزون مقالاتی بوده است که همگی به دنبال شناخت و تحلیل رابطه‌ی بین ریشه‌های خانوادگی نظام حقوقی یک کشور و وضع دارایی و رشد اقتصادی آن بوده و هستند.

"رافائل لا پورتا"<sup>۱</sup>، "فلورنچیو لویز دو سیلانز"<sup>۲</sup>، "آندره اشلیفر"<sup>۳</sup> و "روبرت ویشنی"<sup>۴</sup> با ارائه‌ی اولین کار مستقیم در این زمینه به سال ۱۹۹۸ در مجله‌ی اقتصاد سیاسی با عنوان "Law And Finance" آغازگران این جنبش نظری محسوب می‌شوند.<sup>۵</sup>

\* - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی؛ دانشگاه شهید بهشتی. آدرس پست الکترونیکی:

moslemtog@yahoo.com

<sup>۱</sup>- Rafael La Porta of Dartmouth's Tuck School of Business

<sup>۲</sup>- Florencio Lopez-de-Silanes of the Yale School of Management

<sup>۳</sup>- Andrei Shleifer of Harvard's Economics Department

<sup>۴</sup>- Robert Vishny of the University of Chicago's Business School

<sup>۵</sup>- طبق آمار سایت Essential Science Indicators اقتصاددانان زیر به ترتیب دارای رتبه اول تا چهارم بین نویسندگانی

هستند که در حوزه اقتصاد و تجارت بیشترین ارجاعات به نوشته‌هایشان صورت گرفته است:

البته قبل از آنان، همواره افرادی بودند که در پی ریشه‌یابی پیشرفتگی امور مالی و اقتصادی برخی از کشورها و عدم آن در برخی دیگر به فحوص پرداخته بودند ولی لاپورتا و همکاران وی بودند که توانستند نظریه‌ای منسجم و مهم‌تر از همه، پردازشی از داده‌های آماری در مورد امور اقتصادی حدود ۵۰ کشور ارائه دهند. همچنین، پیش از این نظریه‌پردازان همواره کسانی بوده‌اند که درباره‌ی حقوق تطبیقی و ویژگی‌های فراگیری آن به بحث پرداخته بودند ولی در واقع، هیچکدام از آن‌ها فرآورده‌های حقوق تطبیقی را در خصوص موفقیت یا عدم موفقیت بازار به کار نگرفته بودند.<sup>۶</sup>

نظفه‌ی اولیه‌ی این نظریه در حیطه‌ی حقوق شرکت‌ها بسته شد. سؤال این بود که آیا فرضاً کسی که در فرانسه سهام‌دار است به همان اندازه از حمایت قواعد حقوقی (قوانین، مقررات و ...) برخوردار است که یک سهام‌دار در آمریکا و یا مکزیک؟ جواب منفی این پرسش، تنها رویان این نظریه بود.<sup>۷</sup> ولی پردازش این نظریه از ۱۹۹۸ تا به حال، این نظریه را از تنگنای حقوق شرکت‌ها یعنی زادگاه اصلی خویش بدر آورده و به عرصه‌های گسترده‌تری رهنمون شده است.<sup>۸</sup> بر اساس این نظریه، کشورها دارای شرکت‌های مالی گسترده‌ای خواهند بود اگر اولاً دارای سیستم حسابداری پیشرفته‌ای باشند، ثانیاً طلب طلبکاران در امنیت باشد و ثالثاً قراردادها دارای ضمانت اجرایی قدرتمندی باشند. در حالی که نظام سیویل‌لو و علی‌الخصوص نوع فرانسوی آن با اعمال مقررات گسترده و سنگین، تزلزل و ضعف حمایت از مالکیت خصوصی و فساد و نا کارآمدی دولت و در کل، آزادی سیاسی کمتر در مقایسه با نظام کامن‌لو، دارای مقامی دون در رشد اقتصاد می‌باشد.<sup>۹</sup>

اشلیفر با ۳۰۸۶ ارجاع  
لاپورتا با ۱۸۵۷ ارجاع  
لوپز با ۱۸۰۸ ارجاع  
ویشنی با ۱۳۳۴ ارجاع

Source: <http://www.in-cites.com/top/2006/first06-eco.html>

<sup>۶</sup>- Thompson.N (2005) "Common Denominator", Available at: [www.legalaffairs.org/issues/January-February-2005/feature\\_thompson\\_janfeb05.msp-32k-](http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2005/feature_thompson_janfeb05.msp-32k-)

<sup>۷</sup>- La Porta et al. (1998) "Law & Finance", Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=139134-26k-](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=139134-26k-)

<sup>۸</sup>- برخی از این گسترده‌ها به غایت حیرت آورند. مقاله زیر نمودی از این گسترده‌ها است:

West.M (۲۰۰۲) "Legal Determinants of World Cup Success", Available at:

<http://ssrn.com/abstract=318940>

<sup>۹</sup>- Lee.B (2004) "Doing Business in Foreign Countries: The Differences Legal Origins Make", Available at:

[www.vercoradviser.com/articles/international.html-17k-](http://www.vercoradviser.com/articles/international.html-17k-)

به هر روی، این بررسی‌ها از سوی بانک جهانی مورد توجه قرار گرفته تا بر اساس آن‌ها بتواند شناخت بهتری از نظام حقوقی کشورها و توانایی‌ها و عدم توانایی‌های ذاتی آن‌ها کسب کند.<sup>۱۰</sup> آنچه در این مقاله مورد توجه ما می‌باشد، معرفی دلایل و تحلیلات این دسته از نظریه‌پردازان و نهایتاً آرائی تحلیلی انتقادی از این نظریه است. بر این اساس خواهیم کوشید با تعیین موقعیت و گونه شناسی این نظریه در میان سایر نظریات (مبحث نخست) و پس از آن با شناخت حدود و ثغور ماهوی خود نظریه (محتواشناسی نظریه) به شناختی اجمالی از آن دست بیابیم. نهایتاً نیز با ارائه‌ی نقدی از آن، کاستی‌های آنرا شناسانده و بر ادعاهای قابل تأمل آن توجه خواهیم کرد. (مبحث سوم)<sup>۱۱</sup>

### مبحث نخست: گونه‌شناسی نظریه

هدف از گونه‌شناسی این است که بدانیم هم‌پا و موازی با این نظریه، کدام نظریات مطرح شده‌اند. همچنان که اشاره رفت این نظریه با موضوع اصلی علل پیشرفت و یا عدم پیشرفت اقتصادی کشورها عنوان می‌کند که کشورهای با نظام حقوقی کامن‌لو از لحاظ اقتصادی در مقابل کشورهای با نظام حقوقی سیویل‌لو از درجه‌ی پیشرفت و کارآمدی بیشتری برخوردارند. در مقابل این نظریه، نظریاتی دیگر مطرح شده‌اند. تعدادی از این نظریات نا منسجم و گذرا بوده ولی تعدادی معدود نیز دارای انسجام و پختگی لازم می‌باشند. ما این نظریات را تحت عناوین آتی مورد اشاره قرار خواهیم داد.

#### ۱- مذهب و اقتصاد

گروهی از نظریه‌پردازان بر این باورند که آموزه‌های مذاهب مختلف به خصوص در دوران‌های پیش از این، تأثیرات متفاوت بر روی زندگی اقتصادی ملل گذارده است. یکی از بزرگ‌ترین متفکران در این زمینه، ماکس وبر، جامعه‌شناس آلمانی است. وی در بررسی خود به خصوص بین دو مذهب کاتولیک و پروتستان تمرکز کرد. به عقیده‌ی وی، مذهب‌هایی که دارای بیشترین حد از آموزه‌های غیر تعقلی هستند- مثل مذهب کاتولیک، تائوئیسم و هندو- از لحاظ رشد سرمایه و سرمایه‌داری در سطوح

<sup>۱۰</sup> Siems.M.M (2006) "Legal Origins: Reconciling Law & Finance & Comparative Law", Available at: [econpapers.repec.org/paper/cbrcbwrwps/wp321.htm](http://econpapers.repec.org/paper/cbrcbwrwps/wp321.htm) - 10k -

<sup>۱۱</sup> - از نظر نگارنده، این مقاله به عنوان اولین نوشته‌ی فارسی در این زمینه، اگر بتواند یک معرفی بسیار اجمالی را از این نظریه به دست بدهد، مایه‌ی خرسندی خواهد بود.

بسیار پایین‌تری قرار دارند تا مذاهب تعقل‌گرا- مثل پروتستانیسم.<sup>۱۲</sup> به عقیده‌ی برخی دیگر، در حالی- که بر اساس آموزه‌های کاتولیکی مؤمن از مال‌اندوزی و کسب سود بر حذر داشته می‌شد، بر اساس آموزه‌ی پروتستانی چنین رویکردی در قبال سرمایه‌اندوزی توصیه نمی‌شده است.<sup>۱۳</sup> از آن سو گفته شده است که مسیحیت کاتولیک برعکس پروتستانیسم، به عوض برقراری "رشته‌ی پیوند افقی"<sup>۱۴</sup> دست به ایجاد "سلسله‌ی عمودی اقتدار"<sup>۱۵</sup> زد و این عدم وجود جو اعتماد، باعث عدم شکل‌گیری فعالیت‌های جمعی و نهایتاً عدم رشد اقتصادی گردید.<sup>۱۶</sup>

## ۲- مواهب طبیعی و اقتصاد

این نظریه تأکید بر این دارد که در دوره‌ی استعمار، اوضاع و احوال جغرافیایی در کل، عامل اصلی در مرزبندی حقوق مالکیت خصوصی به شمار می‌رفت.<sup>۱۷</sup> انگرمن و سوکولوف در این باره به وضع اقتصادی و حقوق مالکیت خصوصی در آمریکای شمالی و جنوبی اشاره می‌کنند. به نظر آن‌ها منابع طبیعی جنوب آمریکا عبارت بودند از معادن و مزارع مخصوص تنباکو. اسپانیایی‌ها انحصار این منابع را در اختیار مدار بسته‌ای از نخبگان قرار دادند و این نخبگان، به خاطر دفاع از مونوپولی خود هیچ‌گاه حاضر نبودند تن به قوانینی بدهند که تساوی بین همهی مردم را تضمین می‌کرد. در حالی‌که وضع در پهنه‌های شمالی آمریکا به گونه‌ای دیگر بود؛ پهنه‌ی گندم و ذرت. در این مزارع به خاطر نوع فعالیت، انحصاری در کار نبود و خانواده‌ها برای خودشان کار می‌کردند و بدین ترتیب یک طبقه‌ی متوسط در این نواحی پدیدار شد؛ طبقه‌ای که دارای حقوق شناسایی شده‌ی مالکیت بودند. همین حقوق مالکیت بود که به آن‌ها اجازه داد بعدها در قرون ۱۹ و ۲۰ دست به سرمایه‌گذاری در امر صنعت زده و قسمت شمالی آمریکا را تبدیل به ایالات صنعتی آمریکا بکنند.<sup>۱۸</sup> از آن سو، وجود شرایط نامناسب برای زندگی استعمارگران در برخی مناطق، آن‌ها را ترغیب کرد تا نهایت استفاده‌ی خود را از منابع موجود در آن

12. Weber.M (1904-5) *The Protestant Ethic & Sprit of Capitalism*. Available at: [xroads.virginia.edu/~hyper/WEBER/toc.html](http://xroads.virginia.edu/~hyper/WEBER/toc.html) - 2k -

13- Stulz.R.M & Williamson.R (2003) "*Culture, Openness & Finance*", Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=263507](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263507) - 29k -

14- Horizontal Bonds Of Fellowship

15- Vertical Bonds Of Authority

16- Beck et al (2001) "*Law, Politics & Finance*", Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=269118](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269118) - 31k -

17- Levine.R (2006) "*Law, Endowments & Property Rights*", Available at: [www.econ.brown.edu/.../Publication/Forthcoming/Forth\\_JEP\\_RL\\_Law%20Endowments%20Property%20Rights.pdf](http://www.econ.brown.edu/.../Publication/Forthcoming/Forth_JEP_RL_Law%20Endowments%20Property%20Rights.pdf) -

18- Engerman & Sokolof (2002) "*Factor Endowments, Inequality & Paths of Development among New World Economies*", Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=338866](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=338866) - 29k -

مناطق ببرند و به همین جهت، هیچ‌گاه سعی نکردند که قواعد مالکیت خصوصی را در آنجا ایجاد و یا تقویت کنند ولی در مناطقی که دارای آب و هوا و شرایط زندگی بود، آن‌ها راه دیگری را برگزیدند.<sup>۱۹</sup>

### ۳- سیاست و اقتصاد

این نظریه ادعاهای نظریه‌ی حقوق و دارایی را نقض نمی‌کند، بلکه در پی اثبات این مدعا است که در وهله‌ی اول این سیاست است که نهادهای اقتصادی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. از این دید، گروهی که قدرت سیاسی را در دست می‌گیرد در جهت گیری‌های اقتصادی نیز منافع گروهی خود را دنبال خواهد کرد.<sup>۲۰</sup> در این سری از نظریات، تأثیر مارکس مشهود است. در این میان، سیاست‌های دخالت‌گرانه‌ی دولت در قراردادهای خصوصی نیز قابل توجه است. حتی گاه، مصادره‌ی اموال مخالفین سیاسی به حد نگران‌کننده‌ی نظام اقتصادی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. نمونه‌های زیادی از این گونه مصادرات در ادوار تغییرات بنیادین سیاسی رخ می‌دهد. این رویکرد، سخن سیسرو را به یاد می‌آورد که می‌گفت: حقوق در میان سپاهیان، لال می‌شود.<sup>۲۱</sup>

### ۴- تأثیرات پوزنر و هایک

در این نظریه، از ایده‌های ریچارد پوزنر و نیز فردریش فون هایک به تناسب موضوع، استفاده‌های وافر شده است.

ایده‌های پوزنر، مجموعاً تحت عنوان مکتب "حقوق و اقتصاد"<sup>۲۲</sup> قرار می‌گیرند. بر اساس نظریه‌ی حقوق و اقتصاد مفاهیم، ساختارها و نهادهای حقوقی داده‌ها و پدیده‌هایی خارج از گستره تحلیلی اقتصاد نمی‌باشند و بلکه انتخاب‌هایی اقتصادی هستند.<sup>۲۳</sup> بطن ادعاهای مکتب حقوق و اقتصاد کارآمدی کامن‌لو در مقابل سیویل‌لو است.<sup>۲۴</sup> به این معنا که دادگاه‌های کامن‌لو قواعدی را می‌ساخته‌اند که در کل،

<sup>19</sup>- Acemoglu, D et al (2001) "The Colonial Origins of Comparative Development: an Empirical Investigation", Available at: [econ-www.mit.edu/faculty/download\\_pdf.php?id=144-](http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=144-)

<sup>20</sup>- Beck et al, op cit.

& Beck et al (2002), "Law & Finance: Why Does Legal Origin Matter", Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=355820](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=355820) - 30k -

<sup>21</sup>- Latin Form: "Inter arma silent leges"

As quoted in: Levine, op cit.

<sup>22</sup>- Law And Economics

<sup>23</sup>- Mackaay, E (1999) "History of Law & Economics", Available at: [www.leanz.org.nz/SITE\\_Default/SITE\\_papers/default.asp](http://www.leanz.org.nz/SITE_Default/SITE_papers/default.asp) - 19k -

<sup>24</sup>- پروفیسور تولوک البته ادعا می‌کند که سیویل‌لو بیشتر از کامن‌لو کارآتر است. بنگ

به دنبال حداکثر سازی ثروت جامعه بودند.<sup>۲۵</sup> این ادعا اساساً از همان استدلال و توجیهاتی استفاده می کند که قبل از آن مکتب فلسفی- اخلاقی سود انگاری<sup>۲۶</sup> از آن بهره می برده است.<sup>۲۷</sup> پروفیسور پل روبین از این نظریه تحت عنوان نظریه ی خرد و از نظریه ی حقوق و اقتصاد- که به زعم وی نشأت گرفته از تفکرات هایک بوده است- با عنوان نظریه ی کلان یاد می کند.<sup>۲۸</sup>

اندیشه ی هایک، گستره ای است جدا ولی جای جای این گستره، دارای نکاتی است که در این نظریه به آن ها اشاره شده است. از یک سو "نظم خود انگیخته ای"<sup>۲۹</sup> که هایک به آن اشاره می کند با کامن لو منطبق است در حالیکه بر سیویل لو صنع گرایی<sup>۳۰</sup> حاکم است.<sup>۳۱</sup> از سوی دیگر، مفهوم "تقسیم شناخت"<sup>۳۲</sup> نیز در همین راستا قابل توجه است. پارلمان در مقابل خیل عظیمی از قضات ادعا می کند که آنان نباید دست به حل و فصل دعاوی بر اساس دانش خویش بنمایند و بلکه صرفاً باید قوانین مربوطه را یافته و اعمال نمایند و بدین طریق، بخش عظیمی از دانش حقوق که در میان قضات پراکنده بوده است به خاطر انحصار حقوق از سوی پارلمان، از بین می رود. می توان با استفاده از مفهوم نظم انتزاعی نیز که هایک به کار می برد، به تحلیل کامن لو و سیویل لو پرداخت. در کامن لو از قضات خواسته نمی شود<sup>۳۳</sup> که در چارچوب واژه های متنی معین به صدور حکم بپردازند بلکه از آنان خواسته می شود که یکسری قواعد اساسی را رعایت نمایند.<sup>۳۴</sup> همگی این موارد، باعث می شوند تا در اغلب موارد کامن- لو سرزنده مانده و پا به پای مسائل نوظهور اقتصادی و مالی پیش برود.

عقیده جرمی بتام نیز در همین راستا بوده است. به نظر او کامن لو منطق منسجم نداشته و ناکارآمد است.

<sup>۲۵</sup>- کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ نخست، تهران: طرح نو، ص ۶۳۲

<sup>۲۶</sup>- Utilitarianism

<sup>۲۷</sup>- Bix, B (1996) *Jurisprudence: Theory & Context*, London: Sweet & Maxwell, p. 161

<sup>۲۸</sup>- Rubin, P (2005) "Why Was the Common Law Efficient", Available at:

[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=498645 - 25k -](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=498645)

<sup>۲۹</sup>- Spontaneous Order

<sup>۳۰</sup>- Constructivism

<sup>۳۱</sup>- Mahoney, P.G (2000) "The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right", Available at:

[ssrn.com/abstract=206809 - 24k -](http://ssrn.com/abstract=206809)

<sup>۳۲</sup>- Division of Knowledge

<sup>۳۳</sup>- البته این بیشتر در مورد کامن لوی کلاسیک جاری است.

<sup>۳۴</sup>- برای دیدن شرح مفاهیم سه گانه پیش گفته بنگرید به مقدمه دکتر عزت الله فولادوند در کتاب "در سنگر آزادی"، تهران:

### مبحث دوم: محتواسناسی نظریه

این نظریه بر پایه‌ی حقوق تطبیقی ساخته و پرداخته شده است و در این مسیر، می‌خواهد با رویکردی تاریخی، عناصر اصلی یک نظام را در بستر تاریخی آن شناسایی کند. امروزه شاید نتوان از این ایده که حقوق اوتونومی و استقلال دارد دفاع کرد و بلکه در عوض، باید این ایده را که پیدایی و رشد حقوق و عناصر آن در متنی از پدیده‌های اجتماعی<sup>۳۵</sup> صورت گرفته است جدی گرفت.<sup>۳۶</sup> بر این پایه، این نظریه سعی دارد اولاً با تخلص نظام‌های حقوقی همگی کشورها در دو نظام اصلی و مادر تحت عنوان سیویل‌لو و کامن‌لو و ثانیاً با شناسایی متن تاریخی- اجتماعی زایش و بالش این دو نظام، عناصر منحصر به فرد هر کدام و نتایج اقتصادی آن عناصر را معرفی کند. از آنچه تا حال مذکور افتاد، نقش حقوق تطبیقی نیز روشن می‌شود. هر چند برخی از محققین می‌خواستند از حقوق تطبیقی به عنوان امری فروپاشیده یاد کنند،<sup>۳۷</sup> ولی در عوض، برخی دیگر نیز قرن ۲۱ را "عصر حقوق تطبیقی"<sup>۳۸</sup> نامیده‌اند و به خصوص نظریه‌پردازان حقوق و دارایی نشان دادند که هنوز هم می‌توان بر اساس یافته‌های حقوق تطبیقی به نتایج جدیدی دست یافت.<sup>۳۹</sup> به این ترتیب، در بحث‌های بعدی به مطالب زیر خواهیم پرداخت:

- ۱- تقسیم نظام‌های حقوقی به سیویل‌لو و کامن‌لو
- ۲- عناصر تاریخی پیدایی این دو نظام
- ۳- ویژگی‌های منحصر به فرد هر یک از این دو نظام
- ۴- تأثیر این ویژگی‌ها بر روند توسعه اقتصادی

<sup>۳۵</sup> - ادعای اصلی مکتبی که امروزه به عنوان Law And Society با اقتباس از اندیشه‌های ماکس وبر و پس از جنگ جهانی دوم در آمریکا شکل گرفته است همین می‌باشد.

<sup>۳۶</sup> - Friedman.L.M (2005) "Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club", Available at: [arjournals.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115951](http://arjournals.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115951) -

<sup>۳۷</sup> - برای نمونه، مقاله زیر از این گونه است:

Reimann.M (2001) "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age", in:

Tulane Law Review. Vol. 75, Issue 4. pp 1103-19.

<sup>۳۸</sup> - Era of Comparative Law

<sup>۳۹</sup> - Siems, op cit.



## ۱- تقسیم نظام‌های حقوقی به سیویل‌لو و کامن‌لو

بر اساس مدعای این دسته از محققین، اکثریت قاطع نظام‌های حقوقی کشورها را می‌توان تحت دو عنوان مجزا از هم طبقه‌بندی کرد: نظام حقوقی کامن‌لو و سیویل‌لو که از قرن دوازدهم میلادی به بعد به تدریج از هم جدا شده‌اند.<sup>۴۰</sup> کامن‌لو، نظام حقوقی انگلستان است و سیویل‌لو خود، به سه دسته‌ی اصلی تقسیم می‌شود: سیویل‌لوی فرانسه، سیویل‌لوی آلمان و سیویل‌لوی اسکاندیناوی. این دو نظام از طریق فتوحات نظامی، استعمارگری، تقلید آزادانه و ... در اکثریت کثیری از کشورها راه یافته و نظام حاکم شده است.<sup>۴۱</sup> بر این اساس امروزه در آمریکا، استرالیا، کانادا، هند و در کل، ۵۴ کشور نظام حقوقی کامن‌لو که در اصل از انگلستان نشأت گرفته است، برقرار می‌باشد. سیویل‌لو نیز که نشأت گرفته از نظام حقوقی فرانسه می‌باشد، در حدود ۹۴ کشور را در لیست خود جا داده است.<sup>۴۲</sup> آنچه مسلم است اینکه هیچ یک از این کشورها خود دچار خلأ کامل نبودند و رگه‌هایی از نوعی از حقوق هر چند ابتدائی در همگی آن‌ها وجود داشته است که این نظام‌ها در هنگام ورود به آن‌ها با آن رگه‌ها عجین شده‌اند و در نتیجه این‌همانی بین حقوق کشورهایی که تحت یک نظام مادر قرار می‌گیرند، وجود ندارد. ولی نباید این را نیز از نظر دور داشت که تک‌ویژگی‌های هر یک از این دو نظام چنان پررنگ می‌باشند که هنوز هم می‌توانند نظام حقوقی و به تبع آن دیگر عرصه‌ها را- اجتماعی، اقتصادی و غیره- در کشورهای عضو نظام، تا حدودی معین تحت تأثیر قرار دهند.

## ۲- عناصر تاریخی پیدایی این دو نظام

تاریخ فرانسه و انگلستان به مثابه‌ی مادران این دو نظام، همانند هم نبوده و از جهات بسیاری با هم تفاوت دارند. ما این تاریخ را در چند گام مورد بررسی قرار می‌دهیم:

**گام نخست:** به هنگام بسته شدن نطفه‌ی نظام حقوقی این دو کشور در قرون ۱۲ و ۱۳ وضع سیاسی و اجتماعی دو کشور به سان هم نبود. اشراف فرانسه بسی بیشتر از اشراف انگلستان، در برابر پادشاه دارای قدرت بودند. علت قدرت اشراف فرانسه در مقایسه با اشراف انگلستان را باید در زمینه‌های تاریخی این دو کشور جست:

<sup>40</sup>- Foster.D.M(2005) "Politics, Legal Origins, and the Roots of Modern Economic Institutions", Available at: [www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/corporate\\_governance/papers/FosterBrudney\\_June.2005.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers/FosterBrudney_June.2005.pdf)

<sup>41</sup>- La Porta et al, op cit.

<sup>42</sup>- Rubin, op cit.

\* در انگلستان، ویلیام فاتح هیچگاه اجازه نداد که اشراف زمین‌های بزرگ داشته باشند و به همین دلیل سعی می‌کرد یک مالکیت پاره پاره را به اشراف بسپارد - ضعف اشراف انگلستان

\* در خاک فرانسه بر خلاف انگلستان در طول سالیانی دراز جنگ و آشوب بر پا بوده است. جنگ دائمی در خاک فرانسه به این معنا است که همیشه سلاح و عده‌ی کثیری جنگجو برای کسانی که می‌خواستند از عدالت سر باز نهند، وجود داشت - قدرت اشراف فرانسه

**گام دوم:** صلح نسبی در طول تاریخ انگلستان و آشوب نسبی در طول تاریخ فرانسه و نیز قدرت و یا ضعف اشراف محلی در مقابل قدرت دولت مرکزی، امنیت مجریان قضایی را نیز تحت تأثیر قرار می‌داد. اشراف قدرتمند می‌توانستند امنیت قضایی را در مواقعی که احساس می‌کردند نتیجه به نفعشان نخواهد بود با استفاده از انواع روش‌های نامشروع مثل تهدید قاضی و یا ارتشا از بین ببرند. قرار گرفتن مجریان امور قضایی فرانسه در مقابل تهدیدات و خطرات قدرت اشراف محلی اقتضا می‌کرد که این مجریان به قدرت مرکزی و خود دستگاه پادشاهی وابسته باشند. در حالیکه در انگلستان وضع طور دیگری بود. از یک طرف، ضعف اشراف انگلستان در مقابل پادشاه و از طرف دیگر، وجود امنیت بیشتر در انگلستان در مقایسه با فرانسه، مجریان قضایی را کمتر در معرض تهدید و خطر و در نتیجه کمتر محتاج حمایت دولت مرکزی می‌کرد.<sup>43</sup>

**گام سوم:** کامن‌لو از سال ۱۰۶۶ به تدریج بر پایه‌ی حل و فصل دعاری مالی شکل گرفت. گفته شده است که کامن‌لو در اصل حقوق مالکیت بوده است. همچنین به سال ۱۰۸۵ ویلیام فاتح پادشاه انگلستان دستور داد آمارى از زمین‌ها، قلاع و مزارع موجود در کشور گرفته شود. نتایج این آمار در کتابی تحت عنوان "کتاب رستاخیز"<sup>44</sup> گرد آوری شد. این کتاب از دیدی دیگر، به عنوان سند مالکیت زمینداران به شمار می‌رفت و شاهان آینده نمی‌توانستند دست به تصاحب و مصادره آن‌ها بزنند.<sup>45</sup> با شروع قرن ۱۷ و با رویارویی خاندان استوارت با کمبود بودجه، جیمز اول کوشید بار دیگر حقوق فئودالی شاه را زنده کند و ادعا کرد که "پادشاه، قانون است"<sup>46</sup> ولی پارلمان و دادگاه‌ها در مقابل او صف کشیدند. این تنش، به انقلاب شکوهمند ۱۶۸۸ انجامید که طی آن، پادشاه خلع شد. شاه جانشین او متعهد شده بود که "سند حقوق" را امضا کند؛ سندی که یکی از بندهایش، حمایت از مالکیت خصوصی بود.

<sup>43</sup> - Glaeser.E.L & Shleifer.A (2001) "Legal Origins", Available at: [ssrn.com/abstract=267852](http://ssrn.com/abstract=267852) - 31k -

<sup>44</sup> - Doomsday Book

<sup>45</sup> - Beck et al (2002), op cit.

<sup>46</sup> - Lex Rex

ولی در فرانسه در همین دوران وضع طور دیگری بود. پیش از آن در فرانسه *لوئی نهم* در راستای نظارت دقیق تر دولت، نهاد قضاوت و تحقیق دلایل را در یک شخص جمع کرده بود و پس از کشف قوانین ژوستینیان این روند تشدید شد. این ایده در عصر *لوئی چهاردهم* و پانزدهم نیز همچنان دنبال شد ولی با انقلاب فرانسه بود که در این روند نیز تغییرات انقلابی به وقوع پیوسته و "انحراف فرانسه"<sup>۴۷</sup> به وجود آمد. مدتی پیش از انقلاب، شاه مناصب قضایی را به اشراف می فروخت. این پارلمان‌ها نیز به نوبه‌ی خود، دور منافع خودشان حلقه‌ای را تشکیل می دادند که حتی در مقابل تصمیمات گاه اصلاحی دربار نیز مقاومت می کرد. با این وضع، طبیعی بود که یکی از کانون‌های مورد توجه انقلابیون انحلال قدرت پارلمان‌ها باشد. انقلابیون در این مسیر کوشیدند "علم قضا"<sup>۴۸</sup> را از بین برده و حقوق را "قضای -رها"<sup>۴۹</sup> سازند تا از این راه، از قدرت آن‌ها بکاهند. از سوی دیگر، فلاسفه‌ی فرانسوی عصر روشنگری نیز معتقد بودند که وضع حاضر - نبود قوانین مدون - غیر منطقی است و باید یک حقوق متحدالشکل پدید آورد.<sup>۵۰</sup> اکثر حقوقدانان قرن نوزدهم فرانسه نیز بر همین سیاق معتقد بودند اگر قضاوت قواعد را بسازند در واقع به صلاحیت نهاد قانونگذاری تجاوز کرده‌اند. حتی رویسپیر تا آنجا پیش رفت که می گفت که این واژه را باید از زبان فرانسه ناپدید کرد.<sup>۵۱</sup> به این ترتیب، قضاوت که در کامن‌لو همچون قهرمانی مورد ستایش بودند، در این نظام جزو اراذل و اوپاش شمرده شدند.<sup>۵۲</sup> این بود که با اقدام ناپلئون، فرانسه دست به آفرینش "قواعد روشن و صریح"<sup>۵۳</sup> زد. قواعدی که دست قضاوت را از استدلال قضایی (قانونی) کوتاه می کرد. قضاوت چنان از اقتدارشان کاسته شد که حتی بر اساس ماده ۱۲۱ قانون ۱۷۹۰ موظف شدند در موارد معین مسأله‌ی تفسیر را به مقنن واگذار کنند. این پروسه که با عنوان "ارجاع تقنینی"<sup>۵۴</sup> یاد می شد تا سال ۱۸۳۷ برقرار بود.<sup>۵۵</sup> بدین ترتیب فرانسه از یک قوه‌ی قضایی مستقل و قدرتمند به سوی یک دولت بوروکرات و وسیع رهسپار شد.<sup>۵۶</sup>

47. French Deviation

48. Jurisprudence

49. Judge- Free

50. Bell et al (1998) *Principles of French Law*, NY: Oxford University Press. p.23

51. Beck et al (2001), op cit.

52. Mattei.U.A et al (1999) "Comparative Law & Economics", Available at:

[www.press.umich.edu/titleDetailDesc.do?id=11209-26k](http://www.press.umich.edu/titleDetailDesc.do?id=11209-26k) -

53. Bright Line Rules

54. Référé Législatif

55. Bell et al, op cit. p.31

56. Mahoney, op cit.

## ۳- ویژگی‌های منحصر به فرد هر یک از این دو نظام

ویژگی‌های تاریخی هر کدام از این دو کشور، نظام اندیشه‌ی سیاسی خاصی را برای هر کدام به ارمغان آورد. حکومت در فرانسه هم قبل و هم بعد از انقلاب قدرتمند بود و به دنبال رویکردهای جمع‌گرایانه به عوض پاسداشت حقوق فردی حرکت می‌کرد. آنچنانکه هایدک نیز معتقد بود، کامن‌لو از مفهوم انگلیسی آزادی (هیوم و لاک) و سیویل‌لو از مفهوم فرانسوی آزادی (هابز و روسو) بهره می‌برد. اولی معتقد است بر آزادی فردی برای جستجوی خیر فردی و دومی معتقد است بر قدرت دولت برای جستجوی خیر اجتماعی.<sup>۵۷</sup> سیویل‌لو در پی استقرار نهادهایی است که قدرت دولت را در مسایل مالی بیشتر می‌کند. دولت اغلب در پی این است که از تقدینگی جامعه در راستای اهداف از پیش معین سود بجوید. چیزی که پادشخت بازار رقابتی است.<sup>۵۸</sup> از آنسو دولت هر چه قدر که دخالت بیشتری در امور اقتصادی و ارائه دیگر خدمات انجام دهد به همان اندازه نیز هزینه‌هایش متورم می‌شود و لازم می‌آید که مالیات را افزایش دهد.<sup>۵۹</sup> دولت فرانسه نیز در ذات خود چنین دولتی است. در حالیکه در انگلستان کامن‌لو در حدود قرن هفدهم در اصل حقوق مالکیت خصوصی بود.<sup>۶۰</sup>

از سوی دیگر قوه قضاییه در فرانسه از همان احترامی برخوردار نیست که همین قوه در نظام‌های کامن‌لو علی‌الخصوص انگلستان دارد. تأکید بر اراده<sup>۶۱</sup> پارلمان و نه بر اندیشه‌ورزی<sup>۶۲</sup> قضات، متسکیو را بر آن داشت که ادعا کند: "قاضی چیزی بیش از دهانی نیست که کلمات قانون را تلفظ می‌کند. قاضی موجود بی‌جانی است که نه می‌تواند قدرت قانون را و نه شدت آن را بکاهد."<sup>۶۳</sup> با همین هدف، بخش عظیمی از قوانین در فرانسه به تصویب رسیده است که آیین دادرسی را تا ریزترین مسایل حل کرده است. عدم اعتماد به قضات، کشورهای سیویل‌لو را آنچنان در فورمالیزم حقوقی غرق کرده است که عملاً قاضی به یک بوروکرات، تنزل مقام پیدا کرده است. در حالیکه همین قاضی در انگلستان از

<sup>57</sup>- Beck et al (2001), op cit. & Mahoney, op cit.

<sup>58</sup>- La Porta et al, op cit.

<sup>59</sup>- Ham.Ch & Hill.M (1984) *The Policy Process in the Modern Capitalist State*. Hertfordshire: Wheat sheaf Press. p.24

<sup>60</sup>- Graff.M (2006), "Myths and Truths: The Law and Finance Theory Revisited", Available at:

[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=881546-26k](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=881546-26k) -

<sup>61</sup>- Will

<sup>62</sup>- Reason

<sup>63</sup>- "Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui ne peuvent ni en adresser la force ni la rigueur"

Montesquieu, Charles de Secondat (1748) *L'esprit des Lois*, Livre XI, Ch. III, p 127

چنان احترامی برخوردار است که Adicks از او تحت عنوان "قاضی شاه‌گون"<sup>۶۴</sup> یاد می‌کند.<sup>۶۵</sup> ریزترین مسایل حرفه‌ای قاضی کامن‌لو از پیش مقرر نشده بود و او می‌توانست با توجه به اوضاع و احوال و با تکیه بر دانش خویش، از این یا آن ادله استفاده کند و طرح دادرسی را در جهت قضاوتی موردی و عادلانه طراحی کند. این عدم اقتدار در قضات فرانسوی باعث شده است که در طی سالیانی دراز نخبگان حقوقی کشور در قوه قضاییه و به عنوان قاضی اشتغال نورزند در حالیکه برعکس، بزرگترین عالمان حقوق در نظام‌های کامن‌لو همان قضات عالی رتبه بوده و می‌باشند. تجمع صفات احترام در قاضی انگلیسی، نتیجه‌ی لفظی نیز داشته است. در حالیکه در هیچ یک از نسخ رسمی فرانسوی از قاضی با عنوان Justice یاد نمی‌شود بر عکس در کشورهای کامن‌لوی انگلیسی، این استفاده معمول است: در واقع، در نظام کامن‌لو قاضی و در کشورهای سیویل‌لو قانون مظهر عدالت هست.

به هر حال، ذات دخالت محور دولت فرانسوی و عدم اقتدار قاضی در مقام قضا دو ویژگی عمده‌ای هستند که نظام فرانسه را از نظام حقوقی انگلستان جدا می‌کند. این دو ویژگی اصلی، دو محوری هستند که بسیاری از نتایج دیگر بر حول آن می‌چرخند. در بحث آینده از طرق این تأثیرات سخن خواهیم گفت.

#### ۴- روند تأثیر این ویژگی‌ها بر روند توسعه اقتصادی

ویژگی‌های ماژ الذکر تصویری ساده شده از تفاوت‌های دو نظام حقوقی کامن‌لو و سیویل‌لو می‌باشد. "جزئیات" بسیاری هستند که هر چند نمی‌توان آن‌ها را شناسایی کرد ولی با این حال، شمس علمی هر محقق را به خود مشغول می‌دارند. تأثیراتی هم که این جزئیات بر روند زندگی هر یک از این دو نظام می‌گذارند به تبع آن، ناشناخته می‌مانند. هر از چند گاهی اشاره‌هایی جسته و گریخته از این جزئیات در لابه‌لای نوشته‌های آکادمیک دیده می‌شود ولی این‌ها هیچ‌گاه نمی‌توانند تمامیت فیل مسأله را به تصویر بکشاند. با این وجود، ناتوان از آن نیستیم که کلیت مسأله را درباره‌ی چگونگی تأثیر سر منشأ نظام حقوقی بر روند رشد اقتصادی توضیح دهیم. از این رو در زیر به چندین عاملی که از یک سو با ویژگی‌های هر یک از این دو نظام عمده‌ی حقوقی گره خورده‌اند و از سوی دیگر دستی در روند رشد اقتصادی نیز دارند، اشاره خواهیم کرد. به هر حال، عمده‌ترین کانال‌های این تأثیر را می‌توان تحت دو عنوان زیر مورد اشاره قرار داد:

<sup>۶۴</sup>- Regal Judge

<sup>۶۵</sup>- Friedmann.W (1967) Legal Theory, London: Stevens & Sons. p 535

۱- کانال سیاسی<sup>۶۶</sup>

چنان که مذکور شد، یکی از عناصر مهم تفاوت این دو نظام در درجه‌ی دخالت دولت در امور جامعه است. دولت دخالت محور فرانسوی در انگلستان تبدیل می‌شود به یک دولت هماهنگ کننده. دخالت دولت فرانسوی، حرمت حیطه‌ی خصوصی را کاهش می‌دهد و از نتایج این کاهش یافتن نسبی ارزش مالکیت خصوصی می‌باشد.<sup>۶۷</sup> از طرف دیگر، نفس دخالت دولت و برنامه‌ریزی مرکزی، اقتصاد را در مسیر رشد خود دچار کند می‌کند. ارزش قراردادهای خصوصی مورد تردید واقع می‌شود و در نتیجه، قراردادها بازده مطلوب خود را از دست می‌دهند. از آن سو، تمرکز قدرت در دولت و آنهم اغلب در قوای دیگر جز قضاییه و از بین بردن استقلال این قوه تا حد قابل توجه، درجه‌ی فساد اداری و سیاسی را نیز بالا می‌برد.<sup>۶۸</sup> علی وجه الاختصار، می‌توان گفت که اولاً نظام‌های حقوقی در خصوص درجه‌ی حمایت از مالکیت خصوصی در برابر دولت با هم فرق می‌کنند. ثانیاً مالکیت خصوصی بنیاد رشد اقتصادی می‌باشد.<sup>۶۹</sup> با این محاسبه، چون نظام سیویل لو در احترام به مالکیت خصوصی در مقایسه با کامن لو دارای ضعف تاریخی است، اقتصاد کشورهای دارای این نظام علیرغم چالش‌های روزمره خود نمی‌تواند از حد معینی فراتر رود.

۲- کانال انطباق<sup>۷۰</sup>

کارآیی نبض اقتصاد است و ویژگی کامن لو.<sup>۷۱</sup> قاضی سیویل لو در درون انبوهی از قوانین جزئی و در چارچوبی از فورمالیسم شدید حقوقی به سر می‌برد. قاضی سیویل لو یک بوروکرات دون پایه است و در هر موردی منتظر قانون، آیین‌نامه و دستورالعمل. قاضی سیویل لو به تمام معنا یک "موجود بی-جان" است و وابسته به "اراده"ی مقنن. در حالیکه اقتصاد کارآ وابسته به اراده‌ی دولت نبوده و در بستری از خودجوشی‌های هائیکو جریان دارد. رشد اقتصادی تابعی است از عملکرد آزادانه‌ی اندیشه‌ی عمومی. از سوی دیگر، اقتصاد حوزه‌ای است با هزاران مستحدثات روزمره. در همان حالیکه در نظام

<sup>۶۶</sup>- Political Channel

<sup>۶۷</sup>- بر اساس رتبه بندی سایت Heritage Foundation در مورد حمایت از مالکیت خصوصی از نمره ۱ تا ۵، نظام سیویل لو نمره ۳ و کامن لو نمره ۳،۶ را کسب نموده است. برای جزئیات رتبه بندی در این خصوص رجوع کنید به:

[www.heritage.org](http://www.heritage.org)

<sup>۶۸</sup>- Thompson, op cit.

<sup>۶۹</sup>- Beck et al (2002), op cit.

<sup>۷۰</sup>- Adaptability Channel

<sup>۷۱</sup>- ترجیح بند بخش عظیمی از کارهای ریحارد پوزنر، فردریش فون هایک و پل روبین همین مسأله بوده است.

سیویل‌لو باید برای هر مورد جزئی ولی خارج از مقدرات قانون، خود قانونگذار دست به کار شود در کامن‌لو چنین لزومی در اکثریت موارد پیش نمی‌آید. این خود قاضی است که با اعتمادی که بر او شده است می‌تواند با توجه به سابقه‌ی دعوا و روند کنونی آن، کارآمدترین حکم را که اغلب نیز اقتصادی‌ترین حکم است صادر کند.

### مبحث سوم: ارزیابی و نتیجه‌گیری

ارزیابی یک نظریه به مثابه‌ی قبول اجمالی ارزش آن است. به همین سیاق، این نظریه از نقد بر کنار و از توجه و ارزش تهی نمانده است. هر چند این نقدها در مواردی شدید بوده و گاه نیز طعنه آمیز بوده است<sup>۷۳</sup> با این حال، در طی ده سال که از معرفی این نظریه می‌گذرد، هر روز دائره‌ی نویسندگانی که بر این موضوع می‌اندیشند وسیع‌تر می‌شود. ارائه‌ی همین نظریه بود که برای آقای اشلیفر، مدال John Bates Clark را در سال ۱۹۹۹ به ارمغان آورد؛ مدالی که در حیطه‌ی اقتصاد، پس از جائزه‌ی نوبل در رتبه‌ی دوم قرار دارد.<sup>۷۴</sup>

آن چنانکه ذکر شد، مهم‌ترین مقدمه‌ی این نظریه بر پایه‌ی حقوق تطبیقی و تاریخ تشکیل دو نظام سیویل‌لو و کامن‌لو بنا شده است. منتقدین در این خصوص یادآور شده‌اند که اولاً خود تفکیک بین سیویل‌لو و کامن‌لو به این قاطعیتی که در این نظریه دنبال شده است امروزه دیگر خالی از وجه بوده و شکاف بین این دو نظام تا حدود زیادی بر طرف شده است. از طرف دیگر، نمی‌توان به این سادگی نظام حقوقی کشورها را در درون دو نظام حقوقی عام الشمول تحت عناوین کامن‌لو و سیویل‌لو خلاصه کرد و این نظریه پردازان دچار "ساده انگاری مفرط" شده‌اند.<sup>۷۵</sup> زیرا اولاً این نظام‌ها در موارد بسیار زیادی با هم مطابقت و هم‌خوانی ندارند تا بتوان آن‌ها را نزد هم نشانند و ثانیاً این نظام‌ها در اساسی‌ترین مواد خود نیز با خود نظام‌های دوگانه مذکور نیز تعارضاتی دارند و چگونه می‌توان به صرف اینکه بالفرض کشور معینی قبلاً مستعمره انگلستان بوده است یا مردمانش به زبان انگلیسی تکلم می‌کنند، نظام حقوقی کنونی آن را داخل در نظام کامن‌لو دانست. از سوی دیگر، برخی از نظام‌ها از لحاظ تاریخی در معرض ارتباطی مشابهی با هر دوی این نظام‌ها بوده‌اند و ما چگونه می‌توانیم این کشورها را نیز تنها به یکی از این نظام‌ها مرتبط کنیم. علاوه بر این، برخی بر این باورند که در همه‌ی

<sup>۷۳</sup> - نمونه‌ای از این نقد طعنه آمیز و نا آشکار در مقاله زیر مورد اشاره قرار گرفته است:

West.M (2002) op cit.

<sup>۷۳</sup> - Thompson, op cit.

<sup>۷۴</sup> - Siems, op cit.

نظام‌های حقوقی و اقتصادی، مقنن به تقنین خود در امور اقتصادی مشغول است و دولت به صدور آیین‌نامه‌ها و هیچکدام در این باره به سکوت ننشسته‌اند و بدین ترتیب، نمی‌توان در بازشناسی کامن‌لو و سیویل‌لو از همدیگر به نفس دخالت و یا عدم دخالت دولت تکیه کرد و بلکه این محتوای قوانین و مقررات وضع شده است که تعیین‌کننده می‌باشد<sup>۷۵</sup>

تا حدود قابل توجهی می‌توان به این انتقادات توجه کرد، ولی نباید از نظر دور داشت که مبانی قسمتی از این انتقادات، فاسد است. تفکیک بین کامن‌لو و سیویل‌لو از حدت سابقه افتاده ولی باز همچنان پای بر جا است.<sup>۷۶</sup> آنچنانکه پیش از این گفتیم، آنچه که دو نظام را از هم جدا می‌کند وجود قوانین نوشته مفصل و یا عدم وجود آن نیست بلکه انفکاک بین این دو نظام انفکاک تاریخی است که فقط به طول زمان می‌تواند از میان برداشته شود. مبنای تفکیک، مسأله‌ی حدود دخالت دولت در امور قضایی و اعتبار قاضی و یا به عبارتی موجزتر مسأله "جایگاه قاضی در برابر قانونگذار" تکیه دارد. هر چند که مجموعه قوانینی که در کشورهای کامن‌لو امروزه به تصویب می‌رسند به خاطر بروز مسایل و پدیده‌های جدید رو به فزونی نهاده است،<sup>۷۷</sup> ولی آنچه مهم است جایگاه قاضی در برابر این قوانین است که آیا به مقام متسکویی آن افول کرده است یا خیر، نه حجم قوانین.

قسمت دیگری از این انتقادات از سوی کسانی برگزار شده است که صاحبان اندیشه‌ی دیگری در خصوص مالیه و اقتصاد هستند. از نظر این دسته از محققان - که در مبحث نخست مورد اشاره قرار گرفتند - آنچه که می‌تواند بر رشد و یا عدم رشد مالیه و اقتصاد تأثیر مهمی داشته باشد عواملی هستند غیر از حقوق. عواملی همچون سیاست و مذهب و جغرافیا در این زمینه نقشی به مراتب جدی‌تر از نظام حقوقی دارند.

ولی باید طوری دیگر اندیشید. ما درون شبکه‌ای پیچیده و در هم تنیده از روابط انسانی زندگی می‌کنیم. این شبکه به ما اجازه نمی‌دهد که در هیچ یک از زمینه‌ها، از اقتصاد گرفته تا حقوق و جامعه‌شناسی به "انحصار گرایی" دچار شویم. نه مذهب می‌تواند یگانه عامل تعیین‌کننده‌ی کارایی اقتصاد باشد نه سیاست و نه نظام حقوقی. ما در دنیای ریاضی زندگی نمی‌کنیم بلکه حرفه‌ی ما بررسی

<sup>75</sup>- Roe.M.J (2006) "Legal Origins & Stock Markets in the Twentieth Century", Available at: [www.law.nyu.edu/colloquia/ceal/papers/LegalOriginsArticle.pdf](http://www.law.nyu.edu/colloquia/ceal/papers/LegalOriginsArticle.pdf) -

<sup>۷۶</sup>- این تفکیک و تفکیک‌هایی مشابه - مانند تفکیک بین حقوق عمومی و خصوصی - در عالم خارج از ذهن فاعل شناسا وجود نداشته و انتزاعی است. ولی البته "وجود" دارد. در موارد زیادی می‌توان بین این دو طرف تقسیم مشابهت‌هایی را مشاهده کرد ولی ویژگی‌های منحصر به فرد هر کدام از این‌ها آن چنان ذاتی و اساسی هستند که عدم اعتراف به وجود تفکیک به عدم شناخت مطلوب منتهی خواهد شد.

<sup>77</sup>- Friedman.W, op cit, p. 450



مسائل علوم انسانی است. "یگانه‌گزینی"<sup>۷۸</sup> امری که گاه بسیار رایج می‌شود در حوزه‌ای که ما از اهالی آن هستیم کاربرد نداشته و باید از خطرات علمی به کار بردن آن دوری گزید. نظریه‌ی "سر منشأ نظام حقوقی" نیز از این امر مستثنا نمی‌باشد. حقوق در خالص‌ترین حالت خود، چهار راهی است که در آن علوم مختلفه و علی‌الخصوص چهار علم اقتصاد، جامعه‌شناسی، علوم سیاسی و فلسفه به تلاقی هم می‌رسند. قائل شدن ارزش بیش از حد به تأثیرات حقوق در زندگی اقتصاد همان اندازه موهوم است که عدم توجه به تأثیر آن در سایر نظریات. از سوی دیگر، پرداختن به این نظریه به این معنا نیست که آنچنان که برخی به انتقاد گفته‌اند<sup>۷۹</sup> ما باید کامن‌لو را جایگزین سیویل‌لو بکنیم. امری که به نا ممکن می‌ماند. نظام حقوقی، ثمره‌ی سال‌ها مدنیت است و معامله‌ی میان عناصر تمدن یک ملت. بلکه بر اساس این نظریه، می‌توان شناخت با ارزشی از ذات و ظرفیت اقتصادی کشورها به دست آورد. آنچه که بانک جهانی را به توجه به این نظریه واداشته است نه پروژه‌ای برای قلب نظام‌های حقوقی که تلاشی است برای شناسایی ظرفیت اقتصاد ملل و نهایتاً تعامل آگاهانه مالی - اقتصادی با آنها. همچنان که پیش از این نیز گفتیم، این نظریه هنوز در کودکی خویش به سر می‌برد. این نظریه به خوبی توانسته ویژگی‌های بنیادین نظام‌های بزرگ حقوقی را از منظری کاربردی مورد مذاقه‌ای دیگر قرار داده و چشم انداز جدیدی در مقابل دیدگان حقوق تطبیقی قرار دهد. ادامه‌ی این مسیر به نتایج مستحکم و پخته‌ای خواهد انجامید که ارزش بررسیدن را دو چندان خواهد کرد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

<sup>۷۸</sup> - این اصطلاح را برای حالتی برگزیده‌ام که در آن قائل به کافی و وافی بودن اثر یک علت برای بروز پدیده‌ای می‌شویم.  
<sup>۷۹</sup> - آنچه Roger Noll استاد اقتصاد دانشگاه استنفورد در انتقاد از این نظریه اظهار داشته است، از همین نوع است. به نظر وی "این نظریه نمی‌تواند از لحاظ عملی مثمر ثمر باشد زیرا بسیار فراگیر است... لاپورتا و همکارانش نتوانسته‌اند آفتی را شناسایی کنند که بتوان با تلاش آن را از بین برد. آنها به روی یک مسأله بسیار اساسی انگشت گذاشته‌اند: یک مشکلی در آب و هوای این منطقه وجود دارد! و به همین علت آنها نمی‌توانند نسخه‌ای را برای حل این مشکل بیچند."

## ارجاعات

### (۱) فارسی

۱- کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ نخست، تهران: طرح نو.

### (۲) انگلیسی

- 2- **Acemoglu, D et al** (2001) "*The Colonial Origins of Comparative Development: an Empirical Investigation*" Available at: [econ-www.mit.edu/faculty/download\\_pdf.php?id=144](http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=144)- Available at: *Politics & Finance*"
- 3- **Beck et al** (2001) "*Law papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=269118 - 31k -* , "*Law & Finance: Why Does Legal Origin Matter*"
- 4- **Beck et al** (2002) Available at: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=355820 - 30k -](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=355820 - 30k -) NY: Oxford University Press.
- 5- **Bell et al** (1998) *Principles of French Law* London: Sweet & Maxwell.
- 6- **Bix, B** (1996) *Jurisprudence: Theory & Context Inequality & Paths of*
- 7- **Engerman & Sokolof** (2002) "*Factor Endowments Available at: Development among New World Economies*" [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=338866 - 29k -](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=338866 - 29k -) and the Roots of Modern , *Legal Origins*
- 8- **Foster, D.M** (2005) "*Politics Available at: Economic Institutions*" [www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/corporate\\_governance/papers/FosterBrudney\\_June.2005.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/corporate_governance/papers/FosterBrudney_June.2005.pdf) -
- 9- **Friedman, L.M** (2005) "*Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club*" Available at: [arjournals.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115951 -](http://arjournals.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115951) London: Stevens & Sons.
- 10- **Friedmann, W** (1967) *Legal Theory* Available at: [ssrn.com/abstract=267852 - 31k -](http://ssrn.com/abstract=267852 - 31k -)
- 11- **Glaeser, E.L & Shleifer, A** (2001) "*Legal Origins*" [ssrn.com/abstract=267852 - 31k -](http://ssrn.com/abstract=267852 - 31k -)
- 12- **Graff, M** (2006) "*Myths and Truths: The Law and Finance Theory* Available at: *Revisited*" [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=881546 - 26k -](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=881546 - 26k -)
- 13- **Ham, Ch & Hill, M** (1984) *The Policy Process in the Modern Capitalist State* Hertfordshire: Wheat sheaf Press. Available at:
- 14- **La Porta et al.** (1998) "*Law & Finance*" [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=139134 - 26k -](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=139134 - 26k -)
- 15- **Lee, B** (2004) "*Doing Business in Foreign Countries: The Differences Legal* Available at: *Origins Make*" [www.vercoradvisor.com/articles/international.html - 17k -](http://www.vercoradvisor.com/articles/international.html - 17k -)

Available at: *Endowments & Property Rights* 16- Levine.R (2006) "Law  
[www.econ.brown.edu/.../Publication/Forthcoming/Forth JEP RL Law%20Endowments%20Property%20Rights.pdf](http://www.econ.brown.edu/.../Publication/Forthcoming/Forth%20JEP%20RL%20Law%20Endowments%20Property%20Rights.pdf) -

Available at: 17- Mackaay.E (1999) "History of Law & Economics"  
[www.leanz.org.nz/SITE\\_Default/SITE\\_papers/default.asp](http://www.leanz.org.nz/SITE_Default/SITE_papers/default.asp) - 19k -

18- Mahoney.P.G (2000) "The Common Law and Economic Growth: Hayek  
Available at: *Might Be Right*"  
[ssrn.com/abstract=206809](http://ssrn.com/abstract=206809) - 24k -

Available at: 19- Mattel.U.A et al (1999) "Comparative Law & Economics"  
[www.press.umich.edu/titleDetailDesc.do?id=11209](http://www.press.umich.edu/titleDetailDesc.do?id=11209) - 26k -

20- Roe.M.J (2006) "Legal Origins & Stock Markets in the Twentieth Century"  
Available at:

[www.law.nyu.edu/colloquia/ceal/papers/LegalOriginsArticle.pdf](http://www.law.nyu.edu/colloquia/ceal/papers/LegalOriginsArticle.pdf) -

Available at: 21- Rubin.P (2005) "Why Was the Common Law Efficient"  
[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=498645](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=498645) - 25k -

22- Siems.M.M (2006) "Legal Origins: Reconciling Law & Finance &  
Available at: *Comparative Law*"  
[econpapers.repec.org/paper/cbrcbwrps/wp321.htm](http://econpapers.repec.org/paper/cbrcbwrps/wp321.htm) - 10k -

, *Openness & Finance* 23- Stulz.R.M & Williamson.R (2003) "Culture  
Available at:

[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=263507](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263507) - 29k -

Available at: 24- Thompson.N (2005) "Common Denominator"  
[www.legalaffairs.org/issues/January-February-2005/feature\\_thompson\\_janfeb05.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-2005/feature_thompson_janfeb05.msp) - 32k -

Available at: 25- Weber.M (1904-5) *The Protestant Ethic & Sprit of Capitalism*  
[xroads.virginia.edu/~hyper/WEBER/toc.html](http://xroads.virginia.edu/~hyper/WEBER/toc.html) - 2k -

\*\*\*\*\*

### Abstract

Second half of the 90s, there was an increasing amount of articles discussing in very special way the economic development in relation with legal origins. These theorists, all of them economist, believe that legal systems originated from English Common Law economically are more efficient and more developed than their French Civil Law- based counterparts.

In this article, it was my aim to discuss this theory in very concise and compendious format. Realising this, the subject has been presented in three parts as follow: typology of the theory, then study of its very content and finally considering the critics.

**Key Words:** Comparative Law, Common Law, Civil Law, Economic Development.