

مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق

چکیده:

از اواخر دهه ۱۹۵۰ میلادی عده‌ای از حقوقدانان و اقتصاددانان دانشگاه شیکاگو در صدد تسری اصول اقتصاد خرد مکتب کلاسیک جدید و روش فردگرایانه آن به حقوق و رفتارهای غیربازاری انسان برآمدند. دیری نپایید که نگرش اقتصادی به حقوق تمام آمریکا، سایر کشورهای کامن‌لا و تعداد زیادی از کشورهای حقوق نوشته را فرا گرفت و سلطه‌گری نگرش اقتصادی بر تفکر حقوقی به اوج خود رسید، به نحوی که عده‌ای از حقوقدانان، آن را مهم‌ترین تحول دانش پژوهی حقوقی در قرن بیستم قلمداد نموده‌اند. در نگرش اقتصادی، به حقوق و قواعد حقوقی به عنوان ابزارهایی برای «تغییر رفتار» و «سیاست‌گذاری» نگریسته می‌شود و سعی بر آن است برای پیش‌بینی آثار ضمانت اجرای حقوقی بر رفتار بشر نظریه‌ای علمی ارائه گردد. قواعد و ضمانت اجرای حقوقی مانند اثر قیمت بر عرضه و تقاضا است و همان‌گونه که افزایش یا کاهش قیمت کالا بر رفتار مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان اثر می‌گذارد، مردم هم نسبت به قواعد حقوقی عکس‌العمل نشان می‌دهند و رابطه مستقیمی بین نوع و ماهیت قواعد حقوقی و رفتار وجود دارد. در این نگرش، جنبه داخلی و هنجاری حقوق، که اساس نظریه‌های مرسوم حقوقی را تشکیل می‌دهد، نادیده گرفته می‌شود و درستی و اخلاقی بودن تمام قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای توانایی آنها در افزایش ثروت جامعه سنجیده می‌شود و حتی مفهوم عدالت نیز با مفاهیم مرسوم فرق می‌کند و عملی عادلانه محسوب می‌شود که «بهره‌وری اقتصادی» داشته باشد. نگرش اقتصادی به حقوق دارای دو شاخه اثباتی و هنجاری است: در نگرش اثباتی تنها

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
با سپاس از استاد ارجمند، جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان به خاطر راهنمایی‌های ارزنده‌شان.

چیستی حقوق و قواعد حقوقی مورد تحلیل قرار می‌گیرد و اثر حقوق بر متغیرهای قابل اندازه‌گیری به صورت کمی درمی‌آید؛ نگرش هنجاری نیز در پی انطباق قواعد حقوقی با اصول کارایی اقتصادی است. در این مقاله، پیشینه، اصول، مبانی و روش‌شناسی نگرش اقتصادی به حقوق، به طور خلاصه، مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی:

نگرش اقتصادی به حقوق، کارایی اقتصادی، اقتصاد هنجاری، اقتصاد

اثباتی، پیامدگرایی.

گفتار نخست: کلیات

الف - پیشینه تاریخی رابطه حقوق و اقتصاد

۱- مراحل سه‌گانه

در سه قرن گذشته رابطه حقوق و اقتصاد سه مرحله را پشت سر گذاشته است: ارتباط کامل، جدایی کامل و استفاده متقابل از یکدیگر (۱):

۲- الف. ارتباط کامل

نویسندگان قرن هجدهم، اعم از حقوقدانان، فلاسفه و اقتصاددانان، مسائل مربوط به روابط بین اخلاق، اقتصاد و حقوق را با هم مورد مطالعه قرار داده و آنها را از هم جدا نکرده‌اند: چنین رویه‌ای که قبلاً نزد طرفداران «فلسفه مدرسی» (۲) محسوس بوده در آثار نمایندگان مکتب حقوق طبیعی و حقوق بشر، فیزیوکرات‌ها (۳) و نخستین نظریه‌پردازان اقتصاد سیاسی جدید تثبیت شده است؛ موضوع «فرد» نقطه تلافی هسته اصلی تفکر و مرجع مشترک حقوقدانان و اقتصاددانان بود؛ حقوقدانان طرفدار حقوق طبیعی، مانند گروسیوس^۱، «فرد» را هدف و منشأ حقوق می‌دانستند: از نظر آنان، حقوق، که تابع قوانین دارای نظم طبیعی تغییرناپذیر است، باید در درجه اول نیازهایی را که ناشی از طبیعت انسانی فرد است برآورده سازد؛ از آنجا که انگیزه،

محرك اصلی فرد است، وظيفه حقوق اين است كه به خواسته‌ها و انگيزه‌های مختلف افراد نظم و ترتيب دهد و بين آنها مصالحه برقرار سازد؛ همچنين قرارداد وسيله‌ای است حقوقی كه به فرد اين امكان را می‌دهد تا به بهترين وجه رضایتمندی و نیازهایش را برآورده سازد. فیزیوکرات‌ها و اقتصاددانان آزادیخواه نیز «فرد» را به عنوان موجودی متشکل از انگیزه‌ها و نیازها، كه فعالیت‌هایش از طریق ابزار حقوقی قرارداد تجلی پیدا می‌کند، تلقی می‌کردند.

بدین سان «انسان حقوقی»^۱ (۴) یا «انسان اقتصادی»^۲ (۵) تلاقی پیدا کرد و اقتصاد سیاسی در حقوق ریشه دواند، به نحوی كه آدم اسمیت^۳ (۶) اقتصاد سیاسی را «شاخه‌ای از قانون‌گذاری» می‌دانست و عده زیادی از متفكران اقتصادی بر مبنای این اندیشه‌های حقوقی، اقتصاد سیاسی را به عنوان «علم مبادلات»^۴ تعريف كردند. (۷)

۳- ب- جدایی کامل

نظریه پردازی جدایی اقتصاد و حقوق توسط «ماكس وبر»^۵ (۸) كه علاوه بر عنوان تاریخدان و جامعه شناس، عنوان حقوقدان و اقتصاددان را نیز در خود جمع کرده بود، صورت گرفت: به نظری موضوع این دو رشته کاملاً با هم متفاوت است و هیچ‌گونه رابطه مستقیمی بین آنها وجود ندارد، زیرا نظم حقوقی نظریه حقوقی آرمانی، هنجاری، منطقی و نظام‌مند است، در حالی كه نظم اقتصادی ناظر به عالم واقع و تقسیم واقعی اختیار ساماندهی اموال و خدمات اقتصادی است. طرح جدایی موضوع و روش خاص این دو رشته باعث شد تا اقتصاددانان و حقوقدانان به تدریج از هم جدا شوند و حتی عده‌ای از اقتصاددانان، اقتصاد سیاسی را از منابع حقوقی جدا و آن را به عنوان «علم تكوین و توزیع ثروت» تعريف كردند. (۹)

عده‌ای نیز مانند ماركس (۱۰)، هرچند به نوعی قایل به وجود رابطه بین حقوق و اقتصاد

1- Homo juridicus

2- Homo-economicus

3- Adam Smith

4- La science des echanges

5- Max Weber.

بودند، اما با اعلام این مطلب که حقوق نمی‌تواند چیزی جز «انعکاس تحولات اقتصادی» باشد، به‌طور کلی استقلال حقوق را انکار کردند: (۱۱) از نظر مارکس عبور از نظام «اباب و رعیتی» به نظام «سرمایه‌داری» و نتیجتاً به وجود آمدن نظام جدید تولید ضرورتاً قواعد و شکل‌های حقوقی و مکتب‌هایی را، که از لحاظ کارکردی با آنها سازگار است، تعیین می‌کند و به‌طور خلاصه اقتصاد «زیربنا»^۱ و حقوق و سیاست «روبنا»^۲ است. (۱۲)

۲- ج. استفاده متقابل از یکدیگر

جدایی کامل حقوق و اقتصاد زیاد به طول نینجامید و به تدریج جریان‌هایی فکری به وجود آمد که «عوامل اقتصادی» را در حقوق و «پدیده‌های حقوقی» را در اقتصاد مورد توجه قرار داد. تا مدت‌ها مفاهیم بنیادی حقوق خصوصی مانند مالکیت و قرارداد ابزار حقوقی تحقق نظام اقتصادی محسوب می‌شد و توجه حقوق به اقتصاد تحت عنوان خاصی مانند «حقوق اقتصادی» تجلی پیدا نکرده بود و به دلیل سازگاری اصول کلی فردگرایی آزادیخواه با اصول و مبانی اقتصاد، حقوق اقتصادی و حقوق عام با هم گسترش پیدا کرده بودند؛ اما از اوایل قرن بیستم، به دلیل افزایش قواعد حقوقی قابل اعمال در اقتصاد و پیدایش «اقتصاد ارشادی» (۱۳)، توجه حقوق به اقتصاد فزونی یافت و عنوان «حقوق اقتصادی» (۱۴) شکل گرفت.

در عصر حاضر ارزیابی اثر اقتصادی قواعد حقوقی از دو جنبه نظری و عملی اهمیت خاصی پیدا کرده است: سنجش کمی یا کیفی نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی» با یکی از کارکردهای جامعه‌شناسی حقوق منطبق است، زیرا به قول کربونیه «مسئله پدیده‌های حقوقی دارای جنبه اقتصادی هستند» (۱۵) و افراد و عاملان فعالیت‌های اقتصادی در تصمیم‌گیری‌های خود اثر اقتصادی قواعد حقوقی را مدنظر قرار می‌دهند. (۱۶)

ب - سلطه‌گری تفکر اقتصادی

شگسترش قلمرو اقتصاد

در گذشته اقتصاد بر مبنای مسائلی مانند بررسی و مطالعه بازارها، پول، رفاه مادی و به‌طور کلی رفتار بازاری انسان شکل گرفته و تکامل یافته بود و تنها افراد و سازمان‌های درگیر در امر تولید، مبادله و مصرف کالاها و خدمات را دربرمی‌گرفت، اما از اواخر دهه ۱۹۵۰ عده‌ای در صدد برآمدند تا اساس اقتصاد را، که «منطق انتخاب کردن» است، به تمام رفتارهای سازمانی و انسانی تسری دهند که در نتیجه آن «رفتارها و فعالیت‌های غیربازاری»^۱ مانند ازدواج، طلاق، خانواده، سقط جنین، خودکشی، حضور در کلیسا، شورش و ... هم در قلمرو اندیشه اقتصادی قرار گرفت. (۱۷) پیامد این امر آن است که دیگر جداکردن اقتصاد از سایر رشته‌های علوم انسانی مانند حقوق، جامعه‌شناسی، انسان‌شناسی، تاریخ و سیاست، به دلیل اینکه انواع مختلف رفتار، هم در قلمرو موضوع این رشته‌ها و هم در قلمرو اقتصاد قرار می‌گیرد، بر اساس موضوع امکان‌پذیر نیست و تنها بر مبنای «روش پژوهش و نگرش» از سایر رشته‌های علوم انسانی متمایز می‌شود نه بر اساس موضوع. (۱۸)

نگرش اقتصادی به حقوق

در عمل تا چند دهه اخیر استفاده از اقتصاد در حقوق محدود به موضوعاتی بود که دارای اهداف و آثار روشن اقتصادی بودند: قوانین ضدتراست، (۱۹) صنایع تحت نظارت دولت، رقابت، سیاست‌گذاری، تنظیم و ساماندهی تجارت، مالیات، بیمه و ارزیابی میزان زیان‌های مالی. حقوق در موارد یاد شده برای پاسخگویی به این سوالات به اقتصاد نیاز داشت: آیا نظارت بر قیمت بیمه اتومبیل دسترسی به آن را کاهش خواهد داد؟ بار سنگین «مالیات بر عواید سرمایه»^۲ را در واقع چه کسی متحمل می‌شود؟ فرزندان به دلیل مرگ مادرانشان چه میزان از نظر اقتصادی زیان می‌بینند؟ اما از اوایل دهه ۱۹۶۰، در ادامه روند کلی نگرش اقتصادی به رفتار بشر، این وضعیت به کلی

تغییر پیدا کرد و با انتشار مقاله‌هایی چند، مخصوصاً مقاله آقای رونالد کوز با عنوان «مسئله هزینه اجتماعی» (۲۰) و مقاله آقای گایدو کالابرسی با عنوان «اندیشه‌هایی در خصوص توزیع خطر و حقوق خطاها» (۲۱) تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق به حوزه مباحث سنتی حقوق، مانند حقوق اموال، قراردادهای، مسئولیت مدنی، حقوق جزا، آیین دادرسی و حقوق اساسی کشیده شد و در این زمینه‌ها سئوالات زیر مطرح گردد: آیا مالکیت خصوصی اموال باعث «استفاده کارا» از آن می‌شود؟ چه نوع ضمانت اجرایی برای نقض قرارداد باعث اعتماد کارا به عهد و پیمان می‌شود؟ آیا مسئولیت بدون تقصیر تولیدکنندگان فرآورده‌ها در قبال زیان‌هایی که به مصرف کنندگان این قبیل کالاها وارد می‌آید آنها را و می‌دارد تا احتیاط و مراقبت کافی به عمل آورند؟ آیا مجازات‌های سنگین‌تر اثر بازدارندگی بیشتری دارد و جرم را کمتر می‌کند؟ نظام دو مجلسی چه تأثیری بر اختیار دادگاه‌ها دارد؟ (۲۲)

۷- اهمیت امروزی نگرش اقتصادی به حقوق

اقتصاد، ماهیت دانش پژوهی حقوقی، مفهوم مرسوم نهادهای حقوقی و حتی عملکرد حقوق را تغییر داده است، به نحوی که آقای بروس اکرمین^۱ استاد دانشکده حقوق ییل^۲ «نگرش اقتصادی به حقوق را مهم‌ترین تحول دانش پژوهی حقوقی در قرن بیستم قلمداد نموده است.» از سال ۱۹۹۰ در تمام دانشکده‌های معتبر حقوق آمریکای شمالی و تعداد زیادی از دانشکده‌های حقوق اروپای غربی اقتصاددانی به عنوان عضو هیأت علمی منصوب شده است؛ در حال حاضر «دوره‌های آموزشی مشترک حقوق و اقتصاد» (۲۳) در بسیاری از دانشگاه‌های معتبر وجود دارد؛ طبق تحقیقی که صورت گرفته مقاله‌هایی که در آنها از نگرش اقتصادی استفاده شده بیشترین تعداد مقالات منتشر شده در مجلات حقوقی آمریکا را به خود اختصاص داده است (۲۴) و حتی چند مجله وجود دارد که منحصراً به مطالعات انجام شده در زمینه حقوق و اقتصاد اختصاص پیدا کرده است (۲۵)؛ در برنامه آموزشی تمام دانشکده‌های حقوق آمریکا چند واحد در

1- Bruce Ackerman

2- Yale

زمینه تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق گنجانده شده است؛ از سال ۱۹۹۰ سازمان‌هایی تخصصی در زمینه حقوق و اقتصاد در آمریکا، کانادا و اروپا پا به عرصه وجود نهاده است؛ مطالعات میان رشته‌ای حقوق و اقتصاد در سال‌های ۱۹۹۱ و ۱۹۹۲ به اوج خود رسید؛ در این دو سال به‌طور متوالی جایزه نوبل در رشته اقتصاد به آقایان «رونالد کوز» (۲۶) و «گاری بکر» (۲۷)، که در زمینه تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق مطالعاتی انجام داده بودند، اعطا شد.

اثر اقتصاد بر حقوق تنها از لحاظ نظری و دانشگاهی نبوده، بلکه بر دادگاه‌ها و سیاست‌گذاری‌های عمومی هم تأثیر داشته است: مبنای فکری جنبش طرفداری از حذف نظارت دولت در دهه ۱۹۸۰، که منجر به تغییرات چشمگیری در آمریکا، از جمله حذف دستگاه‌های نظارتی گردید، نگرش اقتصادی بوده است؛ هیأتی که در سال ۱۹۸۴ توسط کنگره آمریکا تشکیل گردیده بود تا محکومیت‌های جزایی در دادگاه‌های فدرال را مورد بازنگری قرار دهد، صراحتاً از مطالعات نظری حقوق و اقتصاد برای دستیابی به یافته‌هایش بهره گرفت؛ همچنین، دانشمندان زیادی که در آمریکا در زمینه حقوق و اقتصاد مطالعات میان رشته‌ای انجام داده‌اند به عنوان قاضی دادگاه فدرال منصوب گردیده و در آرای که صادر کرده‌اند تجزیه و تحلیل اقتصادی را مورد استفاده قرار داده‌اند. (۲۸)

انقلابی که در زمینه تسری نگرش اقتصادی به حقوق ابتدا در آمریکا صورت گرفت به دیگر کشورهای کامن‌لا و حتی به کشورهای حقوق نوشته هم کشیده شده است (۲۹): دوره‌های آموزشی مربوط به حقوق و اقتصاد در چندین دانشگاه مشهور اتحادیه اروپا (۳۰) دایر گردیده و روز به روز در حال افزایش است؛ علاوه بر ایالات متحده آمریکا، در اروپا، آمریکای جنوبی و لاتین، حوزه دریای کارائیب و آسیای غربی نیز تشکیلاتی حرفه‌ای از دانشمندان وجود دارد که به مطالعه و تحقیق در زمینه رابطه حقوق و اقتصاد می‌پردازند. (۳۱)

گفتار دوم: اصول، مبانی و روش‌شناسی

۱- منشأ نگرش اقتصادی به حقوق در تاریخ عقاید اقتصادی

مکتب‌های اقتصادی مختلف مانند مکتب سوداگری، مکتب طبیعیون، مکتب کلاسیک،

مکتب مارکسیسم، مکتب تاریخی، مکتب کلاسیک جدید، مکتب نهادی و غیره هر یک دارای اندیشه‌های اقتصادی و فلسفی خاصی هستند و در خصوص مفهوم، ماهیت، اصول، مبنای، اهداف، قلمرو و روش‌شناسی علم اقتصاد دیدگاه‌های گوناگونی دارند که در این میان اصول «اقتصاد خرد» (۳۲) مکتب کلاسیک جدید^۱ بیشترین تأثیر را بر تحلیل اقتصادی حقوق داشته و در واقع زیربنای نهضت نگرش اقتصادی به حقوق اصول، روش‌شناسی و ابزارهای مورد استفاده آن مکتب در تحلیل مباحث اقتصادی است. (۳۳)

از دیدگاه بنیان‌گذاران مکتب کلاسیک جدید، علم اقتصاد بر مبنای این اصول استوار است که: «انسان همواره در جستجوی نفع بیشتر با کوشش کمتر است»؛ آنان نفع شخصی را محرک فعالیت‌های انسان می‌دانند و معتقدند که هر عملی را بر مبنای آن می‌توان توجیه کرد. (۳۴) از این لحاظ اصول این مکتب بر «روش‌شناسی فردگرایانه»^۲ و پیش‌بینی رفتار انسان در تحلیل مباحث اقتصادی مبتنی است.

الف - مفاهیم بنیادین

۹- فرض‌ها و ابزارهای نگرش اقتصادی

کمیابی منابع تولید و فراوانی و تنوع خواسته‌های انسان، که واقعیتی انکارناپذیر در زندگی اقتصادی بشر است، ایجاب می‌کند تا در هر جامعه‌ای منابع کمیاب به نحوی تخصیص داده شود که تا حد امکان بیشتر این خواسته‌ها برآورده شود؛ از این رو برخی علم اقتصاد را به عنوان «علم تخصیص اقتصادی منابع کمیاب تولید» تعریف کرده و معتقدند که اقتصاد چیزی جز مطالعه و بررسی چگونگی انتخاب اقتصادی انسان در زندگی نیست و در واقع «منطق انتخاب کردن» است. (۳۵)

در نگرش اقتصادی مفهوم خاصی از «عقلانیت فردی»، که بر اساس آن افراد در موقعیت‌های مختلف بهترین گزینه را انتخاب می‌کنند و نتایجی را که بازده بیشتری به همراه داشته باشد به

پیامدهای دارای بازده کمتر ترجیح می‌دهند از پیش فرض شده است (۳۶)؛ به عنوان مثال، در صورتی که فردی با انتخاب یکی از دو موقعیت «الف» و «ب» مواجه باشد گزینه‌ای را انتخاب خواهد کرد که منافع وی را بیشتر تأمین کند. لازمه انتخاب عقلایی «به حداکثر رساندن رفتار»^۱ است و انتخاب بهترین گزینه موجود را می‌توان به حداکثر رسانیدن نامید. هر عامل اقتصادی همواره در صدد به حداکثر رساندن چیزی (انتخاب بهترین گزینه) است (۳۷): مصرف‌کنندگان مطلوبیت و فایده خود (به عنوان مثال رضایت یا خوشحالی مورد انتظار از خرید کالاها یا خدمات)؛ شرکت‌ها سود؛ سیاستمداران رأی؛ مقامات اداری درآمد؛ مؤسسات خیریه رفاه اجتماعی و (۳۸)...

عاقلانه عمل کردن انسان تنها یک «فرض»^۲ است و دارای جنبه روانشناختی نیست و وارد فرایند تصمیم‌گیری انسان نمی‌شود و انتخاب عاقلانه انسان به این معنی نیست که افراد در همه موارد آگاهانه هزینه‌ها و منافع تمام رفتارهایشان را می‌سنجند و سپس تصمیم می‌گیرند؛ به عبارت دیگر، فرض عقلانیت جنبه توصیفی و واقع‌گرایانه ندارد و تنها یک اندیشه و پندار است (۳۹) منظور از انسان اقتصادی یک انسان متعارف است و افراد غیرمتعارف و استثنایی را در بر نمی‌گیرد. خلاصه اینکه از لحاظ نگرش اقتصادی گروه‌های افراد چنان رفتار می‌کنند «مثل اینکه» (۴۰) عاقل هستند. (۴۱)

فرض‌های «انتخاب عقلایی»، «تعادل بازار» (۴۲)، «اولویت‌های ثابت» (۴۳) و به‌طور کلی «بازارها» (۴۴) و «ابزارهای ریاضی» (۴۵) اساس نگرش اقتصادی را تشکیل می‌دهند.

۱۰- اعمال در زمینه رفتارهای غیربازاری

به نظر آقای گاری بکر نگرش اقتصادی از این جهت که رشته وسیعی از رفتارهای بشر را در برمی‌گیرد منحصر به فرد است. وضوح مفهومی (نظری) و چهارچوب روش‌شناسی قدرتمندش امکان تجزیه و تحلیل کمی تعداد زیادی از رفتارهای بشر را می‌دهد، به این دلیل عده زیادی از

حقوقدانان و اقتصاددانان طرفدار مکتب شیکاگو، مخصوصاً آقای بکر، معتقدند که مفهوم «انسان اقتصادی»، نه تنها رفتار اقتصادی، بلکه تمام رفتارها و فعالیت‌های فردی و تصمیم‌هایی را که در این زمینه اتخاذ می‌گردد، توجیه می‌کند و مهم نیست که این تصمیم‌ها بزرگ باشد یا کوچک، معمول باشد یا غیرمعمول، عاطفی و احساسی باشد یا غیرارادی؛ گیرنده این تصمیم‌ها فقیر باشد یا غنی، زن باشد یا مرد، جوان باشد یا پیر، باهوش باشد یا کندذهن، بیمار باشد یا پزشک، بازرگان باشد یا سیاستمدار، استاد باشد یا دانشجو؛ از نظر این اندیشمندان، همان‌گونه که برای کالاها و خدمات مادی بازار، قیمت و عرضه و تقاضا وجود دارد، برای فعالیت‌ها و رفتارهای غیربازاری هم یک نوع بازار و قیمت «فرضی» وجود دارد.

در این راستا فرض‌های انتخاب عقلایی (به حداکثر رساندن رفتار)، قوانین مربوط به عرضه و تقاضا و تعادل بازار، اولویت‌های ثابت و به‌طور کلی قواعد مربوط به بازار در اقتصاد خرد و ابزارهای ریاضی اقتصاددانان برای تجزیه و تحلیل بسیاری از رفتارها و فعالیت‌های انسان مورد استفاده قرار گرفته است: الف - افزایش قیمت باعث کاهش تقاضا می‌شود، خواه این افزایش مربوط به قیمت تخم‌مرغ در بازار باشد که باعث کاهش تقاضا برای تخم‌مرغ می‌شود، یا افزایش «قیمت فرضی» فرزند باشد که باعث کاهش تقاضا برای فرزند می‌شود و یا اینکه افزایش مدت زمان انتظار در مطب پزشک - که جزیی از قیمت تمام شده خدمات پزشکان محسوب می‌شود - باشد که باعث کاهش تقاضا برای خدمات آنان می‌شود؛ ب - کاهش قیمت باعث افزایش تقاضا می‌شود، خواه این افزایش مربوط به قیمت گاوگوشتی در بازار باشد که باعث رونق پرورش آن می‌شود، یا افزایش نرخ دستمزد پیشنهادی به زنان متأهل باشد که آنها را وادار به کارکردن در بیرون از منزل می‌کند و یا افزایش تعداد مسافر باشد که باعث افزایش تقاضا برای تاکسی می‌شود؛ ج - بازارهای رقابتی بهتر از بازارهای انحصاری می‌توانند نیازها و اولویت‌های مصرف‌کنندگان را برآورده سازند، خواه این بازارها بازار آلومینیم باشد یا بازار اندیشه‌ها؛ د - مالیات بر تولید محصول یک بازار مقدار محصول تولیدی را کاهش خواهد داد، خواه مالیات غیرمستقیم بر مصرف بنزین باشد که باعث کاهش استفاده از بنزین می‌شود، یا مجازات بزهکاران - که خود یک نوع مالیات است - باشد که میزان جرایم را کاهش خواهد داد و یا مالیات

بر دستمزد باشد که عرضه نیروی کار به بخش بازار را کاهش خواهد داد. (۴۶)

۱۱- اعمال در حقوق

از اوایل دهه ۱۹۶۰ اقتصاددانان دانشگاه شیکاگو الگوی انتخاب عقلایی و بازار را به حقوق تسری دادند و با انتشار کتاب آقای ریچارد پوزنر تحت عنوان «تحلیل اقتصادی حقوق» (۴۷) نگرش اقتصادی به حقوق در دانشکده‌های حقوق رونق گرفت و نظریه اقتصادی و روش‌های اقتصادسنجی برای بررسی و مطالعه در خصوص شکل‌گیری، ساختار، فرایند و اثر قواعد و نهادهای حقوقی به کار گرفته شد (۴۸) و حتی نگرش اقتصادی به حقوق به آرای دادگاه‌ها نیز راه پیدا کرد و توسط قضات مورد استناد قرار گرفت؛ به عنوان مثال، در آرای بعضی از دادگاه‌ها در آمریکا حتی تقصیر در زمینه مسئولیت مدنی نیز مفهومی اقتصادی پیدا کرده است: در حالی که بر اساس قواعد سنتی مسئولیت مدنی تقصیر عبارت از: «تجاوز از رفتاری است که انسانی معقول و متعارف در همه شرایط حادثه دارد» (۴۹)، قاضی لیرند هند^۱ در یکی از دعاوی^۲ تقصیر را به عنوان «عدم انجام اقدامات احتیاطی که از نظر هزینه قابل توجیه است»^۳ تعریف نموده است؛ به عبارت دیگر مقصر کسی است که با هزینه‌ای کمتر از آنچه که حادثه به بار آورده می‌توانست از وقوع حادثه جلوگیری کند اما این کار را نکرده است؛ از این لحاظ تقصیر رفتاری است که فاقد کارایی اقتصادی باشد. (۵۰)(۵۱)

یکی از اصول اساسی نگرش اقتصادی به حقوق این است که رابطه مستقیمی بین نوع قواعد حقوقی، تغییر قواعد حقوقی و رفتار انسان وجود دارد و روش و ابزارهای مورد استفاده اقتصاد خرد می‌تواند نظریه‌ای قابل قبول برای پیش‌بینی رفتار افراد در صورت تغییر قواعد حقوقی و بررسی مجدد کارکرد نهادهای حقوقی ارائه کند. این نظریه در بردارنده سه اصل است: الف - حقوق بر رفتار افراد تأثیر می‌گذارد؛ ب - تأثیر حقوق بر رفتار افراد ماهیت اقتصادی دارد؛ ج -

1- Judge Learned Hand

2- United States v. Carrol Towing Co

3- Cost-justified precautions

حقوق ابزاری است برای دستیابی به اهدافی خاص (کارایی اقتصادی و افزایش ثروت) (۵۲)؛ به طور خلاصه، نگرش اقتصادی در حقوق دارای سه هدف و کارکرد عمده است: ۱- پیش‌بینی آثار غیرمنتظره قوانین و فراهم نمودن چهارچوبی تحلیلی برای درک اهداف و تحولات نظام حقوقی (کارکرد انتقادی)؛ ۲- فراهم نمودن زمینه تغییر در قواعد حقوقی در صورت آشکار شدن عدم تطابق بین الگوهای مورد مطالعه و واقعیت و ارائه طریق به قانون‌گذار در زمینه نوع قوانینی که لازم است تصویب شود (کارکرد هنجاری)؛ ۳- پیش‌بینی این امر که در آینده چه قانونی به تصویب خواهد رسید (کارکرد پیش‌گویانه). (۵۳)

۱۲- معیارهای نگرش اقتصادی به حقوق

در نگرش اقتصادی، حقوق، قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی اقتصادی»^۱ مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. اینکه گفته می‌شود افراد همواره در صدد به حداکثر رساندن رفتار خود هستند در خصوص رفتار و عکس‌العمل آنان نسبت به حقوق و قواعد حقوقی هم صدق می‌کند؛ پس نخست باید این نکته روشن شود که کارایی اقتصادی به چه معنی است و افراد در صدد به حداکثر رساندن چه چیزی هستند:

در این خصوص که از لحاظ اقتصادی کارایی به چه معنی است اتفاق نظر وجود ندارد و نظریه‌های مختلفی مانند «وضعیت بهینه پارتو» (۵۴)، «وضعیت برتر پارتو» (۵۵)، «معیار کالدور - هیکس» (۵۶)، «به حداکثر رساندن مطلوبیت» (۵۷) و «کارایی به عنوان راهبرد و خط‌مشی» (۵۸) ارائه شده است؛ از نظر آقای ریچارد پوزنر آنچه از نظر اقتصادی کارا محسوب می‌شود و حقوق باید آن را برآورده سازد «به حداکثر رساندن ثروت»^۲ است. به نظر وی ثروت در صورتی افزایش خواهد یافت که منابع، از جمله امتیازات قانونی، در اختیار افرادی باشد که برای آن بیشترین ارزش را قایل هستند و حاضرند برای دارا شدن آن بیشترین مبلغ را پرداخت کنند؛ پس معیار

1- Economic efficiency

2- Wealth maximization

کارایی اقتصادی «تمایل به پرداخت»^۱ است. به نظری درستی و اخلاقی بودن تمامی نهادهای اجتماعی و حقوقی باید بر مبنای قابلیت و توانایی آنها در افزایش ثروت جامعه سنجیده شود. به عنوان مثال، وی دلیل به رسمیت شناختن مالکیت خصوصی توسط حقوق را کارایی اقتصادی می‌داند، زیرا بدون مالک بودن کالاهای ارزشمند برای جامعه مطلوبیت منفی^۲ و هزینه به همراه دارد و چون هزینه برقراری نظام مالکیت خصوصی کمتر از هزینه‌هایی است که به دلیل نبودن چنین نظامی متوجه جامعه می‌شود، ایجاد آن از نظر اقتصادی کارا است و منجر به افزایش ثروت جامعه و تخصیص کارای منابع می‌شود. (۵۹)

یکی از معایب معیار به حداکثر رساندن مطلوبیت این است که چون مطلوبیت جنبه شخصی دارد و برای افراد مختلف متفاوت است اندازه‌گیری آن دشوار است، در حالی که معیار به حداکثر رساندن ثروت به راحتی به وسیله مبلغی که افراد در مقابل به دست آوردن چیزی حاضر به پرداخت آن هستند و یا در صورت دارا بودن آن حاضر به انتقال آن هستند قابل اندازه‌گیری است؛ ثروت ارزش دلاری یا معادل دلاری تمام چیزهایی است که در جامعه وجود دارد: تمام خواسته‌ها، نیازها و اولویت‌ها قابل تبدیل به معیار پولی است و در بازار تنها یک اولویت وجود دارد که آن هم ثروت است، اعم از اینکه چنین بازاری «بازار واقعی» یا «بازار ضمنی» و یا «بازار فرضی» (۶۰) باشد. (۶۱)

ب - مفهوم و ماهیت حقوق از لحاظ اقتصادی

۱۳- پیامدگرایی

در نگرش اقتصادی به حقوق مرکز ثقل نظریه حقوقی تغییر پیدا کرده است: در حالی که هم از لحاظ «مکتب حقوق فطری»^۳ و هم از لحاظ «مکتب‌های تحقیقی»^۴ حقوق عبارت است از مجموعه قواعدی که دارای محتوا (مطابقت با دستورات خاصی که منشأ الهی یا بشری دارد) یا

1- Willingness to pay

2- Disutilities

3- Iusnaturalist

4- Iuopositivist

شکل خاصی (نظام‌مند بودن و دارای منطق داخلی) است، در نگرش اقتصادی جنبه داخلی و هنجاری حقوق نادیده گرفته می‌شود و این اندیشه که: «حقوق و رفتار به گونه‌ای ذاتی به هم وابسته‌اند و نظریه حقوق از نظریه رفتار عبور می‌کند و مبتنی بر آن است» جایگزین آن می‌گردد (۶۲)؛ حتی مفهوم عدالت نیز با مفاهیم مرسوم آن فرق می‌کند و عملی عادلانه محسوب می‌شود که «بهره‌وری اقتصادی» داشته باشد و درآمد و ثروت ملی را افزایش دهد. (۶۳) این نوع نگرش به حقوق منجر به «پیامدگرایی»^۱ می‌شود: آنچه از لحاظ نظری اهمیت دارد ارزیابی اثر و پیامد قواعد حقوقی و آرای قضایی بر افزایش خوشبختی و سعادت جامعه است. (۶۴) به عنوان مثال، در حالی که حقوق جزا در غالب نظریه‌های سنتی مبتنی بر «فلسفه عدالت کیفری»^۲ است و میزان مجازات باید متناسب با جرم ارتكابی باشد و علی‌الاصول رکن معنوی اساس جرم است، هرچند که از لحاظ اقتصادی قابل توجیه نباشد، در نگرش اقتصادی عملی باید جرم محسوب شود که جرم محسوب کردن آن از لحاظ اقتصادی کارا باشد و رفاه اجتماعی را افزایش دهد و به طور کلی هدف حقوق جزا کاهش هزینه‌های اجتماعی جرم (هزینه‌های ناشی از جرم و هزینه پیشگیری از آن) است و همواره این پرسش مطرح می‌شود که مجازات از لحاظ اقتصادی چه نفعی برای جامعه دارد. (۶۵)

در حالی که نظریه‌های مرسوم حقوقی «ناظر به گذشته»^۳ و عموماً در ارتباط با وقایعی که در گذشته اتفاق افتاده است شکل گرفته‌اند و در صدد یافتن راه‌حل‌های عادلانه برای مسائل و دعاوی فعلی حقوقی با توجه به آن وقایع هستند و توجه چندانی به اثر بعدی رأی دادگاه بر رفتار آینده ندارند، نگرش اقتصادی به حقوق «ناظر به آینده»^۴ است و در صدد پیش‌بینی اثر آرای دادگاه‌ها و قواعد حقوقی بر رفتار جمعی اجتماعی است. (۶۶) به عنوان مثال، در حالی که در زمینه مسئولیت ناشی از عیب تولید قواعد سنتی مسئولیت مدنی تمام نیروی خود را صرف ضرر ایجاد شده می‌کند، در نگرش اقتصادی به حقوق تنها نباید به مسئولیت تولیدکننده و

1- consequentialism

2- Retributivism

3- Ex post

4- Ex ante

مجازات خطاهای او و جبران خسارت زیان‌دیده اندیشید، بلکه باید به تمهیدی روی آورد که مانع از ورود خسارت و ایجاد مسئولیت شود و کالای مرغوب و بی‌خطر به بازار عرضه کند، زیرا همان‌گونه که در پزشکی بهداشت و پیشگیری اهمیت بیشتری از درمان دارد در امور اجتماعی و اقتصادی نیز پرهیز از خطر و دفع ضرر مقدم بر نهاد جبران خسارت است. (۶۷)

از لحاظ اقتصادی جامعه وقتی خوشبخت و سعادتمند است که منابع کمیاب آن به گونه‌ای کارا تخصیص یابد. (۶۸) گاهی به دلایلی بازار شکست می‌خورد، در این صورت اصول و قواعد حقوقی جایگزین آن می‌گردد و از این لحاظ حقوق دانش مستقلی نیست، بلکه تنها «ابزاری» است برای کاهش هزینه‌های معامله و جبران کاستی‌های بازار و تنها به نتایج مطالعات اقتصادی جنبه امری می‌دهد؛ حق مالکیت و نهادهای حقوقی در دراز مدت به وسیله نیروهای بازار شکل گرفته و تکامل پیدا کرده‌اند؛ پس «حقوق کلفت اقتصاد است و همواره باید در خدمت آن باشد» (۶۹)؛ قواعد حقوقی که اهداف علم اقتصاد را برآورده نسازد باید تغییر داده شود.

۱۲- اختلاط حقوق عمومی و خصوصی

برخلاف نظریه‌های مرسوم که حقوق خصوصی را از جنبه داخلی مورد توجه قرار می‌دهند و آن را تنها مربوط به رابطه طرفین دعوا می‌دانند (۷۰)، در نگرش اقتصادی هدف حقوق خصوصی نیز کارایی اقتصادی و رسیدن به سعادت و رفاه اجتماعی است و از این لحاظ تفاوتی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی وجود ندارد: حقوق خصوصی نیز همانند حقوق عمومی سازوکاری است در دست دولت برای کنترل و تنظیم رفتار افراد به منظور برآورده ساختن اهداف مورد نظر علم اقتصاد (تخصیص کارای منابع). (۷۱)

اینکه ساختار حقوق خصوصی به گونه‌ای است که خواهان خاصی باید علیه خواننده خاصی اقامه دعوا کند و حکم به نفع یکی از طرفین صادر می‌شود دلیل جدایی حقوق خصوصی از حقوق عمومی نیست؛ به عنوان مثال، صدور حکم به نفع زیان‌دیده در دعوی مسئولیت مدنی تنها به این دلیل صورت می‌گیرد که برای زیان‌دیدگان بالقوه این انگیزه فراهم شود تا در صورت به بار آمدن زیان اقامه دعوا کنند، زیرا در غالب موارد کسی که در نتیجه نقض

قواعد مسئولیت مدنی زیان می‌بیند بهتر از هرکس دیگری می‌تواند نقض این قواعد را اثبات نماید؛ بنابراین از لحاظ اقتصادی کاراترین راه اثبات تقصیر زیان‌زننده طرح دعوا از سوی زیان‌دیده است. مبلغی هم که خوانده به پرداخت آن محکوم می‌شود یک نوع «جریمه» است و علی‌الاصول خواهان حقی بر آن ندارد و پرداخت مبلغ محکوم به وی تنها به این دلیل صورت می‌گیرد تا این انگیزه برای افراد ایجاد شود تا در صورت تخطی از قواعد حقوق خصوصی علیه متخلف اقامه دعوا نمایند. البته لازم به ذکر است که این نتیجه‌گیری مبتنی بر این فرض است که قواعد حقوق خصوصی از لحاظ اقتصادی کارا است و در صورت نقض این قواعد و در پیش نگرفتن رفتاری خاص متخلف باید جریمه شود: عدم انجام تعهدات قراردادی برخلاف اهداف اجتماعی است، زیرا از لحاظ اقتصادی قواعد مسئولیت قراردادی کارا محسوب می‌شود؛ زیان‌زننده باید جریمه شود، زیرا هدف قواعد مسئولیت مدنی کارایی اقتصادی است؛ نقض حقوق مالکیت مانعی است در راه تخصیص کارای منابع، از اینرو کسی که رفتاری را در پیش گیرد که به زیر پا گذاشتن این حقوق منجر گردد باید جریمه شود. (۷۲)

۱۵- نگرش اقتصادی و فایده‌گرایی

بسیاری از نویسندگان (۷۳) منشأ نگرش اقتصادی به حقوق را «فایده‌گرایی»^۱ می‌دانند و معتقدند که تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق جایگزین علمی آن است. (۷۴) اما آقای ریچارد پوزنر و بسیاری دیگر از حقوق‌دانان و اقتصاددانانی که در این زمینه به تحقیق پرداخته‌اند معتقدند: هرچند که شباهت‌هایی بین این دو جریان فکری وجود دارد، تفاوت‌های بنیادین آنها را نیز نباید نادیده گرفت. (۷۵)

شعار اصلی بنتام (۷۶) که پیشگام مکتب فایده‌گرایی است «بیشترین سعادت برای بیشترین مردم است.»^۲ از نظر وی سعادت و خوشبختی فرد هنگامی افزایش می‌یابد که مجموع

1- Utilitarianism

2- The greatest happiness of the greatest number

لذت‌های فرد بیشتر از مجموع رنج‌های وی شود؛ منفعت جامعه نیز از مجموع منافع افرادی که جامعه را تشکیل می‌دهند حاصل می‌شود؛ اصل «سودمندی»^۱ و «محاسبه خوشی‌زا»^۲ مبنای قانون‌گذاری و اخلاق است و درستی هر عملی باید بر اساس اثری که در افزایش مجموع سعادت تمام اعضای یک جامعه دارد مورد ارزیابی قرار گیرد. (۷۷) فایده‌گرایی نیز همانند نگرش اقتصادی «پیامدگرا» است و به موجب آن اعمال باید بر مبنای وضعیت‌هایی که پیامدهای آن هستند انتخاب شوند و از این جهت از نظر هر دو مکتب «حقوق ابزاری است برای پیش‌بینی و تغییر رفتار». (۷۸)

دو ایراد اساسی فایده‌گرایی بنتام عبارت است از: عدم امکان اندازه‌گیری سودمندی و عجیب بودن آن از لحاظ اخلاقی (۷۹): محاسبه لذت و رنج افراد و سنجش نفع اکثریت در مقابل نفع اقلیت، چون دارای جنبه روانشناسی است، مشکل است، زیرا به صورت علمی و تجربی نمی‌توان دریافت که مردم نسبت به گزینه‌های مختلف چه عکس‌العملی نشان می‌دهند؛ همچنین نمی‌توان سودمندی و لذت و رنج افراد مختلف را با هم مقایسه کرد؛ اما در نگرش اقتصادی به حقوق به وسیله «فرض عقلانیت انسان» و اعمال معیار «به حداکثر رساندن ثروت» به جای معیار «سودمندی» این مشکل رفع شده است: بر طبق نظر پوزنر انسان‌ها عاقل‌اند و همواره در صدد به حداکثر رساندن رضایت خاطر و انتخاب اولویت‌های دلخواه خود هستند و چون تمام علایق و اولویت‌ها با معیار پولی قابل اندازه‌گیری است تنها یک نوع اولویت وجود دارد که آن هم پول و ثروت است و از لحاظ اقتصادی چیزی که افراد خواهان آن هستند و رضایت خاطر آنها را جلب می‌کند آن چیزی است که حاضرند برای آن «پرداخت» کنند (۸۰)؛ از لحاظ اخلاقی بر فایده‌گرایی بنتام این ایراد وارد است که در آن منافع افراد فدای سعادت و خوشبختی جامعه می‌شود: در این زمینه پوزنر گفته بنتام را نقل می‌کند که: «با به بردگی و به استثمار کشاندن گداها می‌توان در جامعه‌گردایی را از بین برد» (۸۱)؛ همچنین ایراد دیگر نظریه یاد شده این است که از نظر فایده‌گرایان از لحاظ اخلاقی تفاوتی بین انواع لذت‌ها وجود ندارد، به نحوی که لذتی که یک

شکنجه گر از شکنجه افراد به دست می آورد در محاسبه لذت مورد توجه قرار می گیرد؛ اما این ایرادات بر نگرش اقتصادی وارد نیست و پوزتر سعی می کند برای اصل به حداکثر رساندن ثروت مبنای رضایی و قراردادی جستجو کند.

ج- کاربرد اقتصاد اثباتی و اقتصاد هنجاری در حقوق

۱۶- کاربرد اقتصاد اثباتی در حقوق

در «اقتصاد اثباتی» (۸۲) تنها «چیستی» حقوق و آثار قواعد حقوقی مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد و از طریق پیش بینی این آثار نشان داده می شود که در حقیقت کدام قواعد حقوقی مطلوب و کارا خواهند بود و آیا حقوق در دستیابی به اهداف خود موفق بوده است یا نه؟ مهم ترین کاربرد روش اقتصاد اثباتی در حقوق مربوط است به «مطالعات مربوط به اثر قواعد حقوقی»^۱. در این مطالعات سعی می شود تا آثار حقوق بر متغیرهای قابل اندازه گیری مشخص شود و به صورت کمی درآید و به این سؤالات پاسخ داده شود: آثار محتمل قواعد حقوقی چیست؟ آیا در واقع این آثار محقق شده اند؟ آیا اهداف حقوق برآورده شده است؟ اقتصاددانان به وسیله روش های آماری پیچیده، تابع ها، نمودارها، فرمول های ریاضی و سایر روش های تجربی مورد استفاده در نظریه اقتصادی به این پرسش ها پاسخ می دهند، در حالی که حقوقدانان وقتی که با این مسائل مواجه می شوند عموماً سعی می کنند بر مبنای استدلال های غیر تجربی در زمینه آثار قواعد حقوقی بحث کنند و پژوهش های تجربی آنان غالباً دقت آماری لازم را ندارد و اعتبار آن مورد تردید است؛ به عنوان مثال، تحقیقی تجربی که در آمریکا با استفاده از ابزارهای نگرش اقتصادی و روش های پیچیده آماری در خصوص اثر بازدارندگی مجازات اعدام انجام شده است این اثر به اثبات رسیده و نشان داده شده که طی سال های ۱۹۶۹-۱۹۳۵ هر مورد اجرای مجازات اعدام در آن کشور به طور متوسط مانع وقوع ۷ الی ۸ مورد قتل عمد شده است. (۸۳) در واقع، در نگرش اقتصادی به قواعد و نهادهای حقوقی به عنوان متغیرهایی بیرونی

1- Legal impact studies (Effect evaluation).

که بر رفتار انسان تأثیر می‌گذارد نگریده می‌شود و سعی بر آن است تا واقعیت‌های موجود نظام حقوقی تبیین شود. (۸۴)

گیرایی تجزیه و تحلیل حقوق بر مبنای اصول و روش اقتصاد اثباتی از این اصل به ظاهر بدیهی نشأت می‌گیرد که به موجب آن: «هدف حقوق برآورده ساختن نیازهای بشر است»؛ پس، سرانجام حقوق باید بر مبنای موفقیتش در دستیابی به اهدافش مورد ارزیابی قرار گیرد نه فقط بر مبنای ساختار صوری نظریه حقوقی؛ بر این اساس وظیفه دانشمندان حقوق و اقتصاد این است که اهداف اساسی قواعد رشته‌های مختلف حقوقی را مشخص نمایند و با استفاده از ابزارهای نگرش اقتصادی موفقیت آن قواعد در دستیابی به اهداف تعیین شده را ارزیابی نمایند. (۸۵)

از لحاظ نگرش اقتصادی قواعد حقوقی کامن‌لا به گونه‌ای است که افراد را وادار می‌کند تا رفتاری را که از نظر اقتصادی «کارا و مطلوب» است در پیش گیرند و حتی ادعا شده که «ساختار کامن‌لا... ذاتاً اقتصادی است» و اندیشه‌های اقتصادی، «ماهیت داخلی» و «منطق ضمنی» کامن‌لا را آشکار می‌سازد و «مبنای واقعی» آرای قضایی را تشکیل می‌دهد. (۸۶) به عنوان مثال، به رسمیت شناختن حقوق مالکیت و حمایت از آن از طریق مسئولیت مدنی و کیفری مبادلاتی را که از نظر اقتصادی کارا است تسهیل می‌کند؛ از طریق حقوق قراردادها از روند مبادله که برای نظام اقتصادی حیاتی است، حمایت به عمل می‌آید؛ همچنین اتخاذ نظریه تقصیر در زمینه مسئولیت مدنی در حقوق کامن‌لا و نیز نظریه تقصیر مشارکتی^۱ مبتنی بر منطق اقتصادی است و به خاطر اثر بازدارندگی اقتصادی آن پذیرفته شده است. (۸۷)

۱۷- کاربرد اقتصاد هنجاری در حقوق

«اقتصاد هنجاری» یا «اقتصاد رفاه» (۸۸) در ارتباط است با این امر که «حقوق و قواعد حقوق چگونه باید باشد» و اینکه قانون‌گذار باید قواعدی را تصویب کند که از لحاظ اقتصادی کارا و با اصول و معیارهای اقتصادی سازگار باشد. (۸۹) به این منظور باید موقعیت‌هایی که در آن

مطلوبیت و کارایی خصوصی و عمومی اقتصادی به دست نمی‌آید مشخص گردد و راه‌حل‌های اصلاحی برای آن تجویز گردد.

بر اساس نظریه‌های اقتصادی، بازار تنها در شرایط رقابت کامل کارایی لازم را دارد. تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق از لحاظ هنجاری نیز با این فرض آغاز می‌شود که بازارهای رقابتی کامل مطلوبیت خصوصی را - تخصیص منابع را که از لحاظ شرکت‌کنندگان در معاملات مطلوب و کارا محسوب می‌شود - تأمین می‌کند و اصولاً تخصیص کارای منابع از لحاظ خصوصی از نظر اجتماعی نیز مطلوب و کارا خواهد بود و باعث رفاه جامعه خواهد شد، مگر اینکه عواملی باعث شود که بازار، کارایی خود را از دست دهد: خارج شدن بازار از حالت رقابت کامل و انحصاری شدن آن، نداشتن اطلاعات کافی و هزینه‌های خارجی از جمله مهم‌ترین مواردی است که به ناتوانی بازار منتهی می‌شود.

قدرت تجویزی اقتصاد هنجاری در حقوق مبتنی بر مفهوم «عدم کارایی بازار»^۱ است: در صورت ناتوانی بازار و عدم امکان معامله بین افراد به دلیل افزایش هزینه‌های معامله، کارایی اجتماعی نیز به دست نمی‌آید و به همین دلیل و برای رسیدن به مطلوبیت و کارایی اجتماعی دخالت حقوق لازم است: یکی از مهم‌ترین موارد شکست بازار، که از لحاظ حقوقی مهم است، هزینه‌های خارجی فعالیت‌های اقتصادی، مانند هزینه‌های ناشی از آلودگی محیط زیست، جرایم و زیان‌های وارد شده به افراد است. حقوق برای اینکه افراد را وادار کند تا این قبیل هزینه‌ها را هم به عنوان بخشی از هزینه‌های فعالیت خود به حساب آورند، مداخله می‌کند؛ به عنوان مثال، در صورتی که فعالیتی آلودگی به همراه داشته باشد و باعث شود افرادی از این آلودگی زیان بینند و به دلیل بالا بودن هزینه‌های معامله امکان مصالحه بین زیان‌زننده و زیان‌زننده وجود نداشته باشد حقوق باید برای به حداقل رساندن هزینه‌های خارجی فعالیت و رسیدن به کارایی اقتصادی مداخله نماید: این مداخله ممکن است به صورت ممنوع یا مباح کردن فعالیت آلوده‌کننده، محدود کردن آن و یا الزام زیان‌زننده به جبران زیان باشد. در واقع، حقوق ابزاری است برای

رسیدن به کارایی و رفاه اجتماعی، در صورتی که از طریق سازوکار بازار و دادوستد بین افراد نتوان به آن دست یافت، (۹۰)

نگرش هنجاری به حقوق به نتایج به دست آمده از تجزیه و تحلیل توصیفی حقوق نیازمند است، زیرا پیش‌بینی صحیح رفتار بشر و نحوه تأثیر حقوق بر آن برای تصمیم‌گیری در خصوص این امر که حقوق چگونه باید باشد ضروری است؛ پس نخست باید از طریق اقتصاد اثباتی قواعد حقوقی موجود را از لحاظ کارایی اقتصادی ارزیابی کرد و در صورت عدم انطباق آن با اصول و معیارهای علم اقتصاد راه‌حل تجویزی ارائه داد و قواعدی را که از لحاظ اقتصادی کارا است جایگزین آن نمود؛ به عبارت دیگر، «باید از هست فرضی به دست می‌آید» (۹۱)

گفتار سوم: نقد نگرش اقتصادی به حقوق

۱۸- طرح بحث

در تاریخ نگرش اقتصادی به حقوق سه دوره متمایز به چشم می‌خورد: دوره شکل‌گیری (۱۹۷۳-۱۹۵۸)، دوره اوج و پذیرش همگانی (۱۹۸۰-۱۹۷۳) و دوره نقد (از ۱۹۸۰ به بعد). از اواخر دهه ۱۹۷۰ نگرش اقتصادی به حقوق از جانب نهادگرایان^۱، فیلسوفان حقوق مانند دورکین^۲ و فرید^۳، اندیشمندان مطالعات حقوقی انتقادی مانند هروتیز^۴ و کندی^۵، حقوقدانان دانشگاه یل مانند کالابرسی^۶ و کرونمان^۷ و اقتصاددانان اتریشی مانند ریزو^۸ مورد انتقاد قرار گرفت. (۹۲) انتقادات وارد شده بر نگرش اقتصادی به حقوق را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: ایرادات وارد شده بر جنبه اثباتی نظریه اقتصادی حقوق (حقوق موجود را می‌توان از دیدگاه اقتصادی فهمید و توجیه نمود) و ایرادات وارد شده بر جنبه هنجاری نظریه اقتصادی حقوق

1- Institutionalists

2- Dworkin

3- Fried

4- Horwitz

5- Kennedy

6- Calabresi

7- Kronman

8- Rizzo

(حقوق باید با اصول کارایی اقتصادی وفق داده شود).

الف - نقد کاربرد اقتصاد اثباتی در حقوق

۱۹- نقد روش‌شناسی

عده زیادی از حقوق‌دانان نسبت به نگرش اقتصادی به حقوق، که روابط حقوقی و اجتماعی را به صورت مکانیکی و سودجویانه مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد و حقوق را به نتایج به دست آمده از فرمول‌های ریاضی، نمودارها و تابع‌های خاصی تنزل می‌دهد، نظر مساعدی ندارند و معتقدند به دلیل کیفی بودن ماهیت حقوق، نمی‌توان آن را به صورت داده‌های کمی و آماری درآورد؛ به علاوه، الگوهای نگرش اقتصادی در خصوص رفتار انسان و فرض عقلانیت وی واقع‌گرایانه نبوده و قواعد حقوقی در عمل بر رفتار تأثیر نمی‌گذارد و انسان در بسیاری از موقعیت‌ها به گونه‌ای نسنجیده، احساسی و خرافی عمل می‌کند و حتی از وجود این قواعد آگاه نیست و در صورت آگاهی ایمنی شخصی را به آثار مالی و حقوقی رفتار خود ترجیح می‌دهد (۹۳)؛ همچنین چون این الگوها تابع فرض‌ها، قیدها و شرط‌های زیادی هستند در غالب موارد بسیار مجرد و انتزاعی‌اند و در بردارنده تمام پیچیدگی‌های پدیده‌های حقوقی نیستند و از این لحاظ روش پژوهش علم اقتصاد در مقایسه با علوم طبیعی کاستی‌هایی دارد. (۹۴)

طرفداران نگرش اقتصادی در پاسخ چنین استدلال می‌کنند که چهارچوب نظری و روش پژوهش علم اقتصاد از همه علوم انسانی علمی‌تر و پیشرفته‌تر است و این ایرادات تا حد زیادی ناشی از عدم آشنایی حقوق‌دانان با روش‌شناسی پژوهش علمی است؛ الگوهای اقتصادی ماهیتاً واقع‌گرایانه نیستند، زیرا تنها انتزاع‌هایی از واقعیت محسوب می‌شوند نه توصیف واقعیت و آنچه که باید با واقع انطباق داده شود پیش‌بینی‌های نگرش اقتصادی است نه فرض‌های آن؛ به علاوه، بسیاری از کاستی‌های مربوط به روش‌شناسی علم اقتصادی در علوم طبیعی (۹۵) هم دیده می‌شود و این کاستی‌ها مانع از آن نیست که برای تجزیه و تحلیل اثر قواعد حقوقی از روش پژوهش علم اقتصاد استفاده کرد، زیرا سرانجام حقوق را باید بر مبنای موفقیتش در دستیابی به اهدافش مورد ارزیابی قرار داد نه بر اساس ساختار صوری نظریه حقوقی. (۹۶)

۲۰- انتقاد از سلطه‌گری فکری نگرش اقتصادی

عده‌ای از حقوقدانان، مخالف گسترش نگرش اقتصادی به رفتارهای غیربازاری‌اند و معتقدند که الگوهای نگرش اقتصادی تنها در خصوص فعالیت‌ها و رفتارهای بازاری کاربرد دارد و آن را به مسائلی مانند جرم، دادرسی و بسیار دیگری از موضوعات حقوقی نمی‌توان تسری داد (۹۷): اینکه رفتارهایی مانند قتل عمد، سرقت، تجاوز و ایراد ضرب و شتم جرم تلقی گردیده و دارای ضمانت اجرای کیفری‌اند به دلیل کارایی اقتصادی آن نیست، بلکه به این دلیل است که چنین اعمالی صرف‌نظر از آثار اقتصادی‌شان «ذاتاً جرم محسوب می‌شوند».^۱ در حالی که پوزنر چنین جرایمی را یک نوع «معامله اجباری»^۲ می‌داند که در آن بدون معامله‌ای رضایی ارزشی از قربانی به بزه‌کار منتقل شده است؛ به عنوان مثال، از نظر وی دلیل مجازات سارق توسط قانون وادار کردن وی به استفاده از بازار است و به دلیل آن نیست که سرقت به عبارتی غیراقتصادی ذاتاً بد است. (۹۸)

طرفداران نگرش اقتصادی در پاسخ اعلام داشته‌اند که بخش عمده‌ای از ضعف نگرش اقتصادی در زمینه رفتارهای غیربازاری ناشی از طبیعت پیچیده و خاص این‌گونه رفتارها است و همین ایرادها با شدت بیشتری به سایر مطالعات میان رشته‌ای نیز وارد است؛ به عبارت دیگر، درست است که نگرش اقتصادی به رفتارهای غیربازاری، از جمله حقوق، علاوه بر کاستی‌های علم اقتصاد، کاستی‌های مخصوص به خود را نیز دارد، اما آیا به روانشناسی حقوق^۳، جامعه‌شناسی حقوق^۴، انسان‌شناسی حقوقی^۵ و فلسفه حقوق^۶ به عنوان نظریه توصیفی حقوق هیچ ایرادی وارد نیست؟ قدمت این رشته‌ها به مراتب از نگرش اقتصادی به حقوق بیشتر است، با وجود این هیچ‌کدام از آنها در ساخته و پرداخته کردن نظریه توصیفی حقوق، ابزارها و توانایی‌های علم اقتصاد را ندارند و در بین نگرش‌های میان رشته‌ای به حقوق نگرش اقتصادی از

1- Mala in se.

2- Coerced transaction

3- Psychology of law

4- Sociology of law

5- legal antropology

6- Jurisprudence

همه علمی تر و قوی تر است. (۹۹) پس کاستی های علم اقتصاد و طبیعت خاص رفتارهای غیربازاری دلیلی قانع کننده برای جلوگیری از اعمال نگرش اثباتی اقتصادی در خصوص این گونه رفتارها نیست.

ب - نقد کاربرد اقتصاد هنجاری در حقوق

۲۱- نادیده گرفتن عدالت توزیعی

از نظر اقتصادی این امر که در حال حاضر حقوق و ثروت جامعه در دست چه افرادی است و آیا توزیع اولیه آن عادلانه بوده است یا نه مهم نیست؛ مهم این است که بر این ثروت افزوده شود و به نحوی کارا مورد استفاده قرار گیرد. اما بی توجهی به رابطه بین کارایی اجتماعی و توزیع اولیه حقوق، ثروت و درآمد نابرابری اجتماعی را تشدید می کند و برخلاف اصول و مبانی عدالت توزیعی در جامعه است، زیرا اگر کل ثروت جامعه ای در دست یک نفر یا عده معدودی باشد و بدون بر هم زدن نظام توزیع ثروت در چنین جامعه ای تنها به دنبال افزایش آن بود روز به روز بر ثروت آن یک نفر یا عده معدود افزوده می شود و تأثیری در وضعیت سایر افراد جامعه نخواهد داشت؛ به عبارت دیگر، رابطه مستقیمی بین توزیع اولیه ثروت در جامعه و کارایی وجود دارد، زیرا هر نوع نظام توزیع درآمدی پیامد کارای اجتماعی متفاوتی در پی خواهد داشت. نتیجه اینکه ارزش کارایی اجتماعی به عنوان یک هدف مستلزم قضاوت ارزشی در خصوص درستی و عادلانه بودن توزیع زیربنایی درآمد و حقوق مالکیت در جامعه است و اقتصاد هنجاری نیازمند نظریه ای در خصوص عدالت توزیعی است تا برای تحلیلگر امکان دسته بندی پیامدهای کارا بر مبنای گیرایی اخلاقی آنها وجود داشته باشد. (۱۰۰)

۲۲- انتقاد آزادیخواهانه

نگرش اقتصادی مانند فایده گرایی، ملی گرایی^۱، داروین گرایی اجتماعی^۲، نژادگرایی^۳ و

1- Nationalism

2- Social Darwinism

3- Racialism

نظریه‌های نهادی دولت^۱ به افراد به مثابه سلول‌های بدن یک موجود زنده می‌نگرد و رفاه و سعادت افراد (سلول‌ها) را تنها هنگامی مهم می‌داند که به نحوی به افزایش رفاه و سعادت جامعه (موجود زنده) منجر شود و حتی به منظور افزایش کارایی اجتماعی می‌توان شهروندان غیرمولد را به بردگی کشاند و آزادی آنها را زیر پا گذاشت (۱۰۱)؛ بدین سان منافع افراد فدای منافع جامعه می‌شود و به افراد تنها به عنوان ابزارهایی برای پیشبرد رفاه و سعادت جمعی نگریسته می‌شود؛ در حالی که افراد خود هدفند نه وسیله.

نقطه قوت این ایراد وقتی نمایان می‌شود که به «معیار کالدور - هیکس» برای کارایی اقتصادی توجه نماییم: تغییر یک وضعیت هنگامی از نظر اقتصادی کارا محسوب می‌شود که مجموع منافع منتفعین آن، که با معیاری پولی سنجیده می‌شود، از مجموع زیان‌های متضررین آن بیشتر باشد. در این معیار تنها به مجموع منافع و مضار جمعی توجه شده و وضعیت خاص افراد متضرر از تغییر وضعیت، که ممکن است به گونه‌ای اسفناک تحت تأثیر واقع شده باشند، نادیده گرفته شده است. (۱۰۲)

۲۳- نتیجه

مسئله در تمام نظام‌های پیشرفته حقوقی کارایی اقتصادی جزو یکی از اهداف نظام حقوقی است و در کنار عناصر اخلاقی، اجتماعی، فنی و غیره، داده‌های اقتصادی نیز در شکل‌گیری قواعد حقوقی نقش به‌سزایی دارند و به هنگام قانون‌گذاری مورد توجه قرار می‌گیرند؛ اما گسترش نگرش اقتصادی به کل نظام حقوقی و توجه تنها به عوامل اقتصادی و کنار گذاشتن سایر عناصر قاعده حقوقی بسیار از شاخه‌های حقوقی را، مانند حقوق اموال، قراردادهای، مسئولیت و حقوق جزا، از هم می‌پاشد و آنها را به ابزارهایی برای سیاست اقتصادی تبدیل می‌کند؛ انکار استقلال حقوق و تلقی آن به عنوان ابزاری برای اقتصاد نادیده گرفتن ماهیت حقوق است و با

نظریه حقوقی سازگار نیست و انسان، قواعد حقوقی و رفتارهای غیربازاری بشر قابل تنزل به کارایی اقتصادی صرف نیست. نگرش اقتصادی به حقوق نمی تواند جایگزین نظریه های مرسوم حقوقی شود، بلکه می توان از آن برای علمی کردن حقوق و از بین بردن جزم اندیشی در استدلال حقوقی استفاده کرد و حقوقدانان می توانند برای تأیید فرض هایشان از اقتصاد به عنوان وسیله ای فنی بهره گیرند و به جای اینکه حقوق ابزار سیاست اقتصادی باشد، «اقتصاد باید ابزاری باشد در خدمت حقوق و عدالت».

اما پرسشی که مطرح می شود این است که آیا نگرش اقتصادی به حقوق که ابتدا در حقوق آمریکا شکل گرفت و به سایر کشورهای نظام حقوقی کامن لا گسترش پیدا کرد و بر حقوق تعداد زیادی از کشورهای نظام حقوق نوشته هم تأثیر گذاشته است، به کشور ما (۱۰۳) و سایر کشورهای در حال توسعه (نظام های حقوقی سنتی) نیز راه پیدا خواهد کرد؟ پاسخ به این پرسش چندان ساده نیست، زیرا از طرفی نظام های حقوقی سرمایه داری (کامن لا و حقوق نوشته) از لحاظ زیرساخت های اقتصادی، سیاسی، حقوقی و فرهنگی با نظام حقوقی کشور ما و سایر کشورهای در حال توسعه تفاوت های بنیادینی دارند: در نظام حقوقی غرب بخش خصوصی (بازارهای رقابتی)، که زیربنای نگرش اقتصادی به حقوق محسوب می شود، اهمیت به سزایی دارد و تقریباً تمام قدرتهای اقتصادی جهان در این نظام جای دارند، در حالی که در کشورهای در حال توسعه، علاوه بر اینکه رشد اقتصادی کند و تولید ناخالص ملی پایین است، اهمیت بازار به مراتب کمتر است و روابط معاملاتی بیشتر از طریق نهادهای اجتماعی صورت می گیرد تا از طریق بازارهای رقابتی؛ همچنین در کشورهای سرمایه داری فرایند حقوقی از فرایند سیاسی جدا است و حقوق و مذهب کارکردهای متفاوتی دارند، اما در کشورهای در حال توسعه غالباً فرایند حقوقی و سیاسی به هم آمیخته است و حقوق و مذهب تداخل دارند؛ از همه مهم تر در این کشورها فرض های نگرش اقتصادی به حقوق (فرض عقلانیت و فردگرایی) مبنای مکتبی درستی ندارد و سنتی بودن این گونه جوامع باعث شده تا فردگرایی و رفتار مبتنی بر بازار و فایده گرایی نقش کم رنگی داشته اشد؛ از طرف دیگر، به دلیل جهانی شدن اقتصاد، روند رو به رشد اقتصاد و بازارهای رقابتی در کشورهای در حال توسعه و نوگرایی این جوامع بعید نیست که همانند سایر

رهاوردهای حقوق غرب، نگرش اقتصادی به حقوق به این کشورها هم راه پیدا کند و حتی در صورتی که جوامع یاد شده از لحاظ شرایط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی با کشورهای سرمایه‌داری همسانی پیدا کنند، چیرگی نگرش اقتصادی بر تفکر حقوقی آنها گریزناپذیر خواهد بود.

یادداشت‌ها و زیر نویس‌ها:

1 - Bruno Oppetit, Droit et économie, archives de philosophie du droit, tome 37, Éditions Sirey, 1992, p. 17.

۲ - فلسفه مدرسی (Scholasticism) فلسفه شایع در قرون وسطی بود که طرفداران آن (Scolastiques = Scholastics) سعی در اثبات نظری جهان‌بینی دینی داشتند و هسته اصلی تفکر آنها نظریه جوهر و عرض بود:

Robert Audi, The Cambridge dictionary of philosophy, Cambridge University Press, first ed. 1995, pp. 716-717.

۳ - مکتب فیزیوکرات‌ها (Physiocrats) یا طبیعیون، که بنیان‌گذار آن فرانسواکنه (François Quesnay) است، در قرن هجده و همزمان با زوال نظام اقتصادی سوداگری (Mercantilism) شکل گرفت و با ظهور آن مبانی تفکر اقتصادی به کلی تغییر پیدا کرد: طرفداری از قانون طبیعت، فردگرایی، آزادی کامل فعالیت‌های اقتصادی (Laisser passer laisser faire) و جدا کردن اقتصاد از دستورهای مذهبی و سیاسی از جمله ویژگی‌های اصلی این مکتب است: به نظر طرفداران آن جامعه انسانی جزئی از طبیعت است؛ پس از هر لحاظ باید تابع قوانین حاکم بر طبیعت باشد؛ اقتصاد هم جزئی از نظام طبیعی و تابع قوانین آن است و نقش و قدرت قوانین طبیعی در اقتصاد درست مانند قوانین طبیعی در فیزیک است و وظیفه دولت تنها حفظ دارایی‌های خصوصی و تنظیم این نظم طبیعی است؛ همچنین بهره‌مندی بیشتر با کمترین هزینه، کامل‌ترین و با صرفه‌ترین کردار بشری است و این در حقیقت همان نظام طبیعی است و تنها راه تحقق آن این است که دولت مردم را در کارشان آزاد بگذارد تا به دنبال منافع خود و مزایای بیشتر باشند و خود این امر در دراز مدت به نفع جامعه خواهد بود. دیدگاه‌ها و نظریه‌های طبیعیون تأثیر قابل توجهی بر روی مکتب اقتصادی کلاسیک جدید، به ویژه افکار و عقاید آدام اسمیت، داشته است. (در این زمینه مراجعه شود به: دکتر فریدون تفضلی، تاریخ عقاید اقتصادی، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۷۵، تهران، صص ۷۹-۶۸). همچنین برای اطلاع

از رابطه بین حقوق طبیعی و فیزیوکراسی (Physiocratie) مراجعه شود به:

Catherine Larrère, *Droit naturel et physiocratie, archives de philosophie du droit, Op.Cit.*, pp. 69-88.

۴ - یعنی انسانی که فقط به وظایف حقوقی خود عمل می‌کند و بدان می‌اندیشد. (محمدعلی طالقانی، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، لاتین - فارسی، مؤسسه نشر بلد، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳، ص ۶۹).

۵ - بسیاری از اقتصاددانان و جامعه‌شناسان معتقدند که انسان‌ها در محیط زیست و جامعه خود به طور اقتصادی عمل می‌کنند؛ بر این اساس در بسیاری از نظریه‌های اقتصادی از انسان به عنوان موجودی اقتصادی یاد می‌شود که می‌تواند از شرایط موجود در جامعه به طور مطلوب استفاده کند، و بدون اینکه به منافع دیگران لطمه‌ای وارد کند با استفاده از منابع و امکانات موجود، منافع اقتصادی خود را به حداکثر برساند.

۶ - آدام اسمیت از جمله علمای خوشبین مکتب اقتصادی کلاسیک است که به خاطر مطالعات عمیق و آرایه اندیشه‌های جدید اقتصادی به پدر علم اقتصاد معروف گردیده است. کتاب معروف وی با عنوان «تحقیق در ماهیت و علل ثروت ملل» اولین کتابی است که با روشی نو و بیانی علمی و روشن در علم اقتصاد نوشته شده است. وی اشاعه دهنده این نظریه بود که مهم‌ترین اصل اخلاقی، فراهم نمودن و گسترش خوشبختی بشریت است و برخلاف طبیعیون که زمین را منبع ثروت می‌دانستند، کار و فعالیت انسان را سرمایه اولیه هر جامعه قلمداد کرده است و معتقد بود که تقسیم کار در جامعه یک امر فطری و غریزی است و نتیجه منطقی تمایل طبیعی افراد به مبادله و به دست آوردن نفع شخصی است. (باقر قدیری اصلی، سیر اندیشه اقتصادی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، بهار ۱۳۷۶، ص ۷۵ به بعد).

7 - Oppetit, *Op.Cit.*, pp. 17-18.

۸ - ماکس وبر، یکی از بنیان‌گذاران مطالعه حقوق از دیدگاه علمی و اجتماعی است و از طرفداران مکتب تاریخی جدید در اقتصاد محسوب می‌شود. وی در کتاب مشهور خود تحت عنوان «اخلاق پروتستانی و روح سرمایه‌داری» تحقیق عمیقی در خصوص اثر مذهب بر پیشرفت اقتصادی انجام داده و در این زمینه به این نتیجه رسیده که مذهب در نظم اقتصادی کشورهای غربی نقش بسیار موثری داشته و در واقع «اخلاق پروتستانی» یکی از مهم‌ترین عوامل گسترش روح سرمایه داری در این کشورها بوده است. در این زمینه مراجعه شود به: ماکس وبر، اخلاق پروتستانی و روح سرمایه‌داری، ترجمه عبدالکریم رشیدیان و پریسا منوچهری کاشانی، چاپ اول، ۱۳۷۳، تهران؛ ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۲۷۸-۲۷۰؛ فریدون فضل‌ی، همان منبع، ص ۲۰۷ به بعد؛ همچنین مراجعه شود به:

Christopher Bery Gray, *The Philosophy of law, an encyclopedia*, vol. 2, Garland Publishing, Inc, 1999, pp. 900-901

۹ - البته خود ماکس وبر با پذیرش این امر که عقلانی شدن حقوق یک نوع حقوق شکلی که تنها مبتنی بر منطق حقوق است و یک نوع حقوق ماهوی که مبتنی بر عناصر غیرحقوقی، به ویژه ضرورت‌های دارای ماهیت اقتصادی یا سودجویانه است، به‌طور ضمنی قابل به نوعی رابطه بین نیازهای اقتصادی و نهاد‌های حقوقی است، به ویژه که به نظر وی این دو حقوق دارای قلمرو مطلق نیستند، زیرا عقلانیت حقوق شکلی نمی‌تواند کاملاً از موقعیت‌ها و ملاحظات عینی جدا باشد، همچنان که حقوق ماهوی نیز بدون انکار خود اندیشه حقوقی نمی‌تواند تنها متکی به موقعیت‌های ناپایدار و اتفاقی باشد.
Oppetit, Op.Cit., p. 18.

10 - Karl Marx (1818-1883).

۱۱ - در این خصوص مراجعه شود به: پرویز صانعی، حقوق و اجتماع (رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.

۱۲ - البته «وبر» با این نظر «مارکس» که اقتصاد زیربنای همه پدیده‌های اجتماعی است، مخالف بود: به نظر وی گاهی ممکن است عوامل غیراقتصادی زمینه‌ساز تحولات اقتصادی باشد، همچنان که «اخلاق پروتستانی» یکی از عوامل مهم گسترش روح سرمایه‌داری در کشورهای غربی بوده است (دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۱۰۴، ص ۲۷۶).

۱۳ - اقتصاد ارشادی (*L'économie dirigée*) اقتصادی است که تابع حقوق موضوعه و دارای چارچوبی حقوقی است:

G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2e ed, 1951, n° 97.

۱۴ - در خصوص تعریف حقوق اقتصادی (*Droit économie*) اختلاف نظر وجود دارد: عده‌ای حقوق اقتصادی را بر مبنای موضوعش تعریف نموده و آن را به عنوان حقوق قابل اعمال در خصوص تمام موضوع‌هایی که در قلمرو اقتصاد قرار می‌گیرد و دربردارنده تمام شاخه‌های حقوق خصوصی و حقوق عمومی است که به نحوی به اقتصاد پرداخته‌اند، تلقی نموده‌اند و در واقع «حقوق اقتصادی» را «حقوق اقتصاد» می‌دانند؛ تعاریف زیادی نیز از حقوق اقتصادی بر مبنای نوع قواعدش صورت گرفته است: از نظر ریبر حقوق اقتصادی عبارت است از «حقوق مربوط به مداخله دولت در زندگی اقتصادی و خود به خود اصالت ندارد»؛ از نظر فارجا (*Farjat G.*) حقوق اقتصادی عبارت است از: «حقوق تمرکز و اشتراکی کردن اموال تولیدی و ساماندهی اقتصاد به وسیله دولت یا بخش خصوصی»

Oppetit, *Op.Cit.*, p. 20.

15 - J. Carbonnier, *Sociologie Juridique*, PUF "Thémis", 1978, p. 34 (Cité par, *Ibid*, p. 22).

۱۶ - هزینه اجرای قانون مانند هزینه اقامه دعوا تا حدود زیادی در محاسبات فردی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ همچنین عاملان فعالیت‌های اقتصادی غالباً در تصمیم‌های خود نظم و موقعیت کنونی حقوق موضوعه و احتمال تغییر قوانین را در نظر می‌گیرند.

17 - Paul Burrows & Cento G. Veljanovski: *The economic approach to law*, 1981, pp. 2-3.

18 - Gary Becker: *The economic approach to human behavior*, *Foundations of the economic approach to law*, collection of essayes, edited by Avery Wiener Katz, Oxford University Press, 1998, p. 6.

۱۹ - قوانین ضد تراست (Anti-trust acts) قوانینی است که به منظور جلوگیری از ایجاد و رشد انحصارات، ترویج و تشویق رقابت آزاد بین تولیدکنندگان، حمایت از تجارت در مقابل محدودیت‌های غیرقانونی، تعیین و تثبیت قیمت و تبعیض در قیمت به تصویب رسیده است: از جمله این قوانین که در آمریکا در سطح فدرال یا ایالت‌ها به تصویب رسیده است می‌توان قوانین زیر را نام برد: قانون شرمن (Sherman Act) مصوب ۱۸۹۰، که براساس آن تشکیل انحصارات در زمینه تولید و تمرکز فعالیت‌های تجاری ممنوع اعلام شد؛ قانون کلایتون (Clayton Act) مصوب ۱۹۱۴ که به موجب آن در معاملات تجاری تبعیض در قیمت، خرید و فروش انحصاری و معامله بر روی سهام شرکت‌های رقیب غیرقانونی اعلام شد؛ قانون رابینسون - پتمن (Robbinson pattman) مصوب ۱۹۳۶ که براساس آن عرضه کالا، چه به صورت عمده و چه به صورت خرده، با قیمت‌های متفاوت ممنوع است مگر اینکه این عمل از طریق عوامل اقتصادی مانند هزینه‌های عرضه توجیه شود. شایان ذکر است که وظیفه اجرای قوانین ضد تراست در آمریکا بر عهده کمیسیون تجارت فدرال است، که در سال ۱۹۱۴ تأسیس شد. (مرتضی قره‌باغیان، فرهنگ اقتصاد و بازرگانی، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۲۱)؛ همچنین مراجعه شود به:

Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 6. ed., 1990, p. 94.

20 - "The Problem of social cost", 3 *Journal of law and Economics* (1960).

21 - "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", 70 *Yale Law*

Journal 499 (1961).

- 22 - Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and economics*, 3rd ed., Addison-Wesley Longman, Inc., 2000, pp. 1-2.

۲۳ - در پایان این دوره‌ها به دانشجو هم مدرک دکترای تخصصی اقتصاد (Ph. D. in economics) و هم مدرک دکترای حقوق (J.D. in law) داده می‌شود و اصطلاحاً به این گونه پژوهش‌ها «پژوهش‌های میان رشته‌ای» (Interdisciplinary studies) گفته می‌شود.

- 24 - William M. Landes and Richard A. Posner, *The influence of economics on law: A Quantitative study*, 36 *J. Law & Economics* 385 (1993). (mentioned by Cooter and Ulen, *Ibid.*, p. 2).

۲۵ - از جمله می‌توان این مجلات را نام برد: ۱- مجله حقوق و اقتصاد (Journal of law and economics) که با سردبیری آقای رونالد کوز (Ronald Coase) از سال ۱۹۵۸ شروع به انتشار مقالاتی در زمینه حقوق و اقتصاد نمود؛ مجله تحقیقات حقوقی (The Journal of Legal Studies) که از سال ۱۹۷۲ توسط دانشگاه شیکاگو منتشر می‌شود و به تجزیه و تحلیل اقتصادی نظام حقوقی می‌پردازد؛ مجله بین‌المللی حقوق و اقتصاد (International Review of Law and Economics) که آقای کسوت سر دبیر آن است و مجله حقوق، اقتصاد و سازماندهی (Law, Economics, and Organization) که از سال ۱۹۸۰ منتشر می‌شود.

۲۶ - عمده شهرت آقای کوز به خاطر دو مقاله وی است: یکی با عنوان «ماهیت بنگاه اقتصادی»، که در سال ۱۹۳۷ در مجله اکونومیکا (Economica) منتشر شد؛ وی در آن به این پرسش اساسی پاسخ می‌دهد که اساساً چرا بنگاه‌های اقتصادی به وجود می‌آیند؟ دیگری با عنوان «مسئله هزینه اجتماعی»، که در سال ۱۹۶۰ در مجله حقوق و اقتصاد منتشر شد که در واقع زیربنای «تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت، اموال و مسئولیت مدنی» محسوب می‌شود. وی در سال ۱۹۹۱ به خاطر تحقیقاتی که در زمینه هزینه‌های معاملاتی و حقوق اقتصادی در ساختار نهادی و عملکرد سیستم اقتصادی انجام داده بود به دریافت جایزه نوبل در رشته اقتصاد نایل آمد (مارک بلاگ، اقتصاددانان بزرگ جهان، ترجمه حسن گلریز، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۵، صص ۲۴۱-۲۴۲).

۲۷ - گاری بکر (Gary Becker)، که از سال ۱۹۷۰ استاد دانشگاه شیکاگو بوده است، یکی از اصیل‌ترین متفکران اقتصادی است که افق‌های جدیدی را در تجزیه و تحلیل اقتصادی گشوده است. وی در سال ۱۹۹۲ به خاطر تسری نگرش اقتصادی به رفتارهای غیربازاری انسان، که قبل از آن خارج از قلمرو علم اقتصاد محسوب می‌شود، به دریافت جایزه نوبل در رشته اقتصاد نایل آمد: آقای بکر زمینه تحقیقی

وسیمی را در علم اقتصاد گشود که پیش از آن جزو قلمرو حقوقدانان، جامعه‌شناسان، مردم‌شناسان و روانشناسان بود و به جرأت می‌توان گفت که با این کار بیش از هر اقتصاددان دیگری به گسترش مرزهای علم اقتصاد کمک کرده است. نظریه وی بر این مبنا قرار دارد که مفهوم «انسان اقتصادی»، یعنی کسی که همواره می‌کوشد منافع خود را به حداکثر برساند، نه فقط رفتار اقتصادی بلکه تمام رفتارهای فردی را توجیه می‌کند و از این لحاظ تمام امور انسانی را می‌توان براساس منفعت‌طلبی تجزیه و تحلیل کرد. شایان ذکر است که همسر بکر که خود تاریخ‌دانی مشهور است ایرانی‌الاصل است. (باقر قدیری اصلی، همان منبع، صص ۷۳۲-۷۳۰؛ مارک بلاگ، همان منبع، صص ۱۷۰-۱۶۸؛ کاتز وینر، همان منبع، ص ۳).

۲۸ - از جمله آنها می‌توان این افراد را نام برد: استفان بریر (Stephen Breyer) به‌عنوان قاضی دیوان عالی، ریچارد پوزتر (Richard A. Posner)، فرانک ایستریوک (Frank Easterbrook)، گایدو کالابرسی (Guido Calabresi)، دوگلاس گینسبرگ (Douglas Ginsburg)، رابرت برک (Robert Bork)، آلکس کزینسکی (Alex Kozinski) به‌عنوان قضات دادگاه استیناف.

۲۹ - برای اطلاع از گسترش و اهمیت نگرش اقتصادی - به حقوق در کشورهای استرالیا، بلژیک، دانمارک، فنلاند، فرانسه، آلمان، یونان، مجارستان، ایتالیا، مکزیک، هلند، نروژ، پرتغال، ایالت کبک کانادا، تابوان، صربستان اسپانیا، سوئد و سوئیس مراجعه شود به:

Encyclopedia of law and economics at: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>

۳۰ - از جمله این دانشگاه‌ها می‌توان دانشگاه گنت (Ghent) در بلژیک و دانشگاه هامبورگ (Hamburg) در آلمان را نام برد.

31 - Cooter & Ulen, Op.Cit., Preface, ix & x.

۳۲ - علم اقتصاد به دو شاخه اقتصاد خرد و اقتصاد کلان تقسیم شده است: موضوع اقتصاد خرد (Microeconomics) عبارت است از مطالعه و بررسی در خصوص تصمیم‌گیری توسط گروه‌های کوچک مانند افراد، خانواده‌ها، باشگاه‌ها، بنگاه‌ها و ادارات دولتی و تعادل و عدم تعادل بازارها و تعیین قیمت از طریق بهینه‌سازی رفتار عوامل اقتصادی. مهم‌ترین مسئله‌ای که باید در این رشته به آن پرداخته شود تخصیص بهینه منابع کمیاب میان راه‌های استفاده موجود است (Resource allocation): در اقتصاد کلان (Macroeconomics) شرایط کلی اقتصاد ملی و عوامل تعیین‌کننده درآمد ملی مورد بررسی قرار می‌گیرد و مهم‌ترین مباحث آن عبارت است از: تعیین درآمد ملی، تثبیت قیمت‌ها، اشتغال کامل، نقش سیاست‌های پولی و مالی در ایجاد تعادل در اقتصاد

ملی، رشد اقتصادی، توزیع عادلانه درآمدها و... (مراجعه شود به: Ulen, Cooter، همان منبع، ص ۹ به بعد؛ قره‌باغیان، همان منبع، صص ۴۸۷-۴۸۶ و صص ۵۲۲-۵۲۱؛ اقتصاد خرد و کلان، مجموعه مقالات، ترجمه احمد جعفری صمیمی و غلامعلی فرجادی، انتشارات دانشگاه مازندران، چاپ اول، ۱۳۷۸، مقاله آقای Henderson تحت عنوان اقتصاد خرد، صص ۲۰-۱۵ و مقاله Dornburg تحت عنوان اقتصاد کلان، صص ۱۹۲-۱۸۷).

33 - Heidi Li Feldman: "Science, reason and tort law, Looking for the reasonable person", In law and science, current legal issues, volume 1, Edited by Helen Reece, First ed., Oxford University Press, 1998.

۳۴ - باقر قدیری اصلی، همان منبع، ص ۳۲۳ به بعد.

۳۵ - فریدون تفضلی، همان منبع، صص ۸-۶.

۳۶ - البته افراد همیشه در انتخاب بهترین گزینه کاملاً آزاد نیستند، از این رو، از لحاظ ابزارهای ریاضیاتی مورد استفاده در نگرش اقتصادی، انتخاب بهترین گزینه موجود را با توجه به محدودیت‌ها می‌توان به «حداکثر رسانیدن» نامید؛ به عنوان مثال، مصرف‌کننده‌ای که به خرید می‌رود با توجه به میزان بودجه و توان مالی خود خرید می‌کند، لذا با توجه به محدودیت مربوط به بودجه می‌تواند فایده و مطلوبیت خود از خرید کالا را به حداکثر رساند؛ در اختیار نداشتن اطلاعات کافی یا ناتوانی در بررسی و پردازش اطلاعات از جمله دیگر محدودیت‌های انتخاب عقلایی افراد است. هر چند که در تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق، در بیشتر موارد، فرض عقلانیت متضمن «خودخواهی» است و فرد تنها در جهت منافع خود عمل می‌کند، اما این فردگرایی به معنی آن نیست که افراد در تصمیم‌گیری هایشان دیگران را در نظر نمی‌گیرند؛ تنها به فکر سعادت خود هستند و «دیگرگرایی» نیستند. به نظر آقای گاری بکر برخلاف آنچه که معمولاً گمان می‌شود تعیین مرز دقیق «خودخواهی» و «دیگرخواهی» ممکن نیست و این دو به هم آمیخته‌اند: منشأ رفتار نوع دوستانه واقعی، که در آن شخص از قسمتی از درآمد و سرمایه خود به نفع دیگران صرف نظر می‌کند، خودخواهی است، زیرا از نظر چنین شخصی «آثار سودمند غیرمستقیمی که در نتیجه نوع دوستی عاید وی می‌شود بیش از هزینه‌های مستقیمی است که برای آن متحمل می‌شود». از نظر آقای الاستر تمایل اقتصاددانان به برگرداندن «دیگرگرایی» به «خودخواهی» به دو دلیل صورت می‌گیرد: نخست اینکه، این امر مبتنی بر نگرش خاصی نسبت به طبیعت انسان است که به موجب آن: «محرك اصلی انسان اقتصادی نفع شخصی به مفهوم مضیق آن است»؛ دوم اینکه، این نوع توجیه به دلیل مقتضیات روش‌شناسی و ساده کردن الگوهای اقتصادی است.

۳۷ - در نگرش اقتصادی عملکرد و رفتار فرد موضوع تجزیه و تحلیل اقتصادی است: وقتی که گفته می‌شود

مردم درصدد به حداکثر رساندن هستند منظور افراد است. پس عملکرد گروه‌های متشکل از افراد را، مانند شرکت‌ها و دولت‌ها، باید به عنوان فرد مورد تجزیه و تحلیل قرارداد. روش‌شناسی فردگرایانه نگرش اقتصادی صرفاً یک ابزار تحلیلی است و به خودی خود متضمن معنی و محتوای اخلاقی و هنجاری نیست که حکم کند منافع افراد باید به حداکثر برسد.

- 38 - Becker, *The economic approach to human behavior*, Op.Cit., p. 6.
- 39 - Alain Strowel, *Utilitarianisme et approche économique dans la théorie du droit Autour de Bentham et Posner*, *Archives de philosophie de droit*, Tome 37, droit et économie, 1992, p. 147.
- 40 - "Groups of individuals behave as if their members are rational".
- 41 - Paul Burrows and Veljanovski (Cento G.), *The economic approach to law*, 1981, pp. 3-4.

۴۲ - یکی از اصول اساسی اقتصاد خرد این است که در صورت کاهش قیمت، تقاضا افزایش پیدا می‌کند و در صورت افزایش قیمت، عرضه نیز افزایش می‌یابد و برعکس. یعنی رابطه معکوسی بین قیمت و مقدار تقاضا و عرضه وجود دارد. ممکن است بازار به سمتی متمایل شود که با قیمت تعادلی خاصی عرضه برابر تقاضا باشد؛ به این وضعیت تعادل بازار (market equilibrium) گفته می‌شود. فرض اقتصاددانان بر این است که اصولاً کنش و واکنش‌های اجتماعی به سوی تعادل پیش می‌رود. خواه این فعل و انفعالات در بازارها روی دهد یا در انتخابات، کانون‌ها، بازی‌ها، تیم‌ها، شرکت‌ها و ازدواج‌ها. در اقتصاد خرد رابطه‌ای اساسی بین «به حداکثر رساندن رفتار» و «تعادل» وجود دارد: به حداکثر رساندن رفتار، افراد و گروه‌ها را به سوی یک نقطه سکون (تعادل) سوق می‌دهد. البته آنها خواهان تحقق این امر نیستند، زیرا تنها در پی به حداکثر رفتار خود هستند. تعادل ممکن است از نوع «تعادل ثابت» یا «تعادل ناپایدار» باشد. وضعیت تعادل پایدار را تنها نیروهای بیرونی می‌توانند بر هم زنند و معمول در زندگی اجتماعی قبل از اینکه کنش‌ها و واکنش‌ها به تعادل منجر شود این نیروها دخالت می‌کنند.

۴۳ - فرض بر این است که افراد چیزهایی را که دوست دارند از چیزهای دیگر تمییز می‌دهند و قادرند نیازهای خود را در زمینه کالاها و خدمات به ترتیب اولویت دسته بندی کنند. بدیهی است افراد مختلف دارای سلیقه‌ها و رغبت‌های متفاوتی هستند و از این لحاظ اولویت‌های مورد بحث جنبه شخصی دارد. از آنجا که اقتصاددانان معمولاً وارد مقوله نحوه شکل‌گیری و منبع اولویت‌ها نمی‌شوند و آن را به روانشناسان و جامعه‌شناسان واگذار می‌کنند، از لحاظ اقتصادی فرض بر این است که این اولویت‌ها ثابت اند و علاوه بر اینکه با گذر زمان تغییر نمی‌کند بین افراد ثروتمند و فقیر و حتی افراد در

جوامع و فرهنگ‌های مختلف یکسان هستند. منظور از اولویت‌های ثابت کالاها و خدمات بازار مانند اتومبیل، خدمات پزشکی، پرترغال، و غیره نیست بلکه منظور اهداف زیربنایی انتخابی است که بوسیله هر خانوار با استفاده از کالاها و خدمات، وقت آنها و سایر منابع به بار می‌آید. اولویت‌های بنیادین بر اساس جنبه‌های اساسی زندگی مانند سلامتی، آبرو حیثیت، امیال شهوانی، خیرخواهی و حسادت، که ارتباط تنگاتنگی با کالاها و خدمات بازار ندارد، مشخص می‌شوند؛ فرض ثابت بودن اولویت‌ها معیار ثابتی برای پیش‌بینی‌ها در زمینه پاسخ به تغییرات مختلف فراهم می‌کند و مانع می‌شود تا تحلیلگر اقتصادی تغییرات لازم در اولویت‌ها را برای توجیه تمام تناقض‌های ظاهری موجود در پیش‌بینی‌هایش مورد استفاده قرار دهد.

۴۴ - نگرش اقتصادی مستلزم وجود «بازارها» است که به درجات مختلف کارایی اعمال شرکت‌کنندگان گوناگون در آن بازارها را مانند افراد، شرکت‌ها یا حتی جنبه‌های اساسی زندگی مانند سلامتی، آبرو و حیثیت، امیال شهوانی، خیرخواهی و حسادت، که ارتباط تنگاتنگی با کالاها و خدمات بازار ندارد، تنظیم می‌کنند، به نحوی که رفتار آنها به گونه‌ای متقابل سازگار و منسجم می‌گردد. قیمت‌ها و سایر ابزارهای بازار منابع کمیاب را در یک جامعه تخصیص می‌دهند و خواسته‌های نامحدود شرکت‌کنندگان در بازار را محدود می‌سازند. این ابزارها بیشتر کارکردهایی را که در نظریه‌های اجتماعی به «ساختار» واگذار شده است انجام می‌دهند.

۴۵ - در اقتصاد خرد برای تجزیه و تحلیل اقتصادی متغیرهای گوناگون از ابزارهای ریاضی مختلفی مانند «تسایح‌ها» (Functions)، «نمودارها» (Graphs)، فرمول‌های ریاضی و «اقتصادسنجی» (Econometrics) استفاده می‌شود.

46 - Becker, the economic approach to human behavior, *Op.Cit.*, pp. 6-11.

47 - Economic analysis of law, 1973.

48 - Ejan Mackaay, History of law and economics, *Encyclopedia of law and economics*, at: <http://encyclo.findlaw.com/>, p. 76.

۴۹ - ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول مسئولیت مدنی، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، زمستان ۱۳۷۸، شماره ۱۵۲، ص ۳۴۶.

50- Richard Posner, The Learned Hand Formula for detemining liability, In foundations of the economic approach to law, Edited by Avery Wiener katz, *Op.Cit.*, pp. 105-109; Bames (David W.) & Stout (Lynn. A.), The economic analysis of tort law, West publishing Co., 1992, pp. 35-38.

۵۱- در خصوص اعمال معیار قاضی لیرنهند در زمینه مسئولیت ناشی از عیب تولید مراجعه شود به: ناصر کاتوزیان، مسئولیت ناشی از عیب تولید، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۱، شماره ۵۱، ص ۸۷.

52 - Strowel, *Op.Cit.*, p. 165.

53 - Oppetit, *Op.Cit.*, p. 23.

۵۴- یکی از فنی ترین برداشت هایی که از اصطلاح کارایی به عمل آمده و در نظریه های نوین اقتصادی دارای بیشترین کاربرد است وضعیت بهینه پارتو (Pareto optimality) است: کارایی و حالت مطلوب اجتماعی وضعیتی است که منابع توسط بازار به گونه ای تخصیص پیدا کرده باشد که نتوان بدون کاهش مطلوبیت و رضایت خاطر یکی از افراد جامعه مطلوبیت و رضایت خاطر فرد دیگری را افزایش داد؛ به عبارت دیگر، تغییر این حالت مطلوب و تخصیص مجدد منابع ممکن است وضعیت فردی را بهبود بخشد اما این امر به بهای بدتر شدن وضعیت فرد دیگری محقق خواهد شد. در صورتی که راهی برای بهبود وضعیت کسی وجود داشته باشد، بدون اینکه فرد دیگری زیان ببیند، حالت کارایی پارتو وجود ندارد و این به معنی امکان پذیر نبودن افزایش رفاه اجتماعی است.

۵۵- در وضعیت برتر پارتو (Pareto superiority) کارایی اقتصادی در صورتی وجود دارد که وضعیتی نسبت به وضعیت دیگری رفاه و مطلوبیت فردی را افزایش دهد بدون اینکه این امر باعث کاهش رفاه و مطلوبیت فرد دیگری شود.

۵۶- عده ای خواسته اند تفسیر سوم را - که براساس آن در صورتی که تغییر وضعیت منجر به کاهش مطلوبیت و رفاه فرد دیگری شود در هیچ فرضی کارایی اقتصادی وجود ندارد - تعدیل کنند و گفته اند: اگر تغییر وضعیتی رفاه و مطلوبیت فرد و یا افرادی را افزایش و مطلوبیت و رفاه عده دیگری را کاهش دهد، در صورتی که دسته نخست بتوانند در نتیجه تغییر وضعیت خسارت دسته اخیر را جبران کنند و با وجود این سود هم ببرند و بر رفاه آنها افزوده شود، باز هم کارایی اقتصادی وجود دارد. در غیر این صورت تصویب قانونی که به نفع تمام افراد جامعه ولی تنها به ضرر یک نفر است قابل توجه نخواهد بود. چنین وضعیتی به معیار کالدور - هیکس موسوم است؛ به دلیل اینکه این معیار برای نخستین بار در سال ۱۹۳۹ توسط دو اقتصاددان به نام های Sir John Richard Hicks و Nicholas Kaldor
ارایه شده است به "Kaldor - Hicks Test" موسوم است.

۵۷- عده ای کارایی اقتصادی را معادل به حداکثر رساندن مطلوبیت (Utility maximization) می دانند و معتقدند راهبرد یا وضعیتی که مطلوبیت افراد یا جامعه را افزایش دهد از نظر اقتصادی کارا محسوب می شود. مطلوبیت در ارتباط است با اولویت ها و خواسته های افراد و در صورتی که فردی

گزینه‌ای را انتخاب کند و آن را برگزینه دیگری ترجیح دهد این امر به آن معنی است که گزینه انتخاب شده برای وی مطلوبیت بیشتری دارد؛ مطلوبیت معیار ثابتی ندارد و افراد ممکن است چیزهای مختلفی را مانند تفریح، عشق، رفاه، نوع دوستی، احساسات، رعایت هنجارها و غیره را مطلوب بدانند و با آنها رضایت خاطرشان جلب شود و حتی ممکن است کسی مطلوبیت را در از دست دادن پولش بداند.

۵۸ - در یک معنی کارایی یعنی راهبرد و خط مشی که وسیله‌ای مؤثر و اقتصادی برای دستیابی به اهدافی خاص باشد؛ به عنوان مثال، راهبرد و برنامه دولت برای کاهش تورم در صورتی کارا است که با کمترین هزینه، تورم را کاهش دهد.

59 - M.D.A. Freeman, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, Sweet and Maxwell, Seventh edition, 2001, London,, p. 557; Richard Posner, *Consequentialism*, In *Introduction to the Philosophy of law, Readings & Cases, Problems of jurisprudence, reading 2*, edited by Jefferson White & Dennis Patterson, Oxford University Press, 1999, p. 100.

۶۰ - در نگرش اقتصادی به حقوق، بازارها به سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱- در صورتی که کالاها و خدمات اقتصادی مبادله شوند مفهوم بازار واقعی (*Marché explicite*) محقق می‌شود. برخلاف آنچه که مردم تصور می‌کنند بازار مستلزم مکان جغرافیایی خاصی نیست و هرگاه خرید و فروشی انجام شود نوعی بازار به وجود می‌آید؛ ۲- بازار ضمنی (*Marché implicite*) بازاری است که در آن هر چند که کالاها و خدمات اقتصادی مبادله نمی‌شود اما به نوعی عده‌ای عرضه‌کننده و متقاضی برای چیزی وجود دارد که باعث می‌شود ویژگی‌های بازار را پیدا کند مانند بازار ازدواج. خدمات موضوع این بازارها را می‌توان با مراجعه به خدمات جایگزینی که در بازارهای واقعی فروخته می‌شوند به صورت پول درآورد؛ ۳- در بازارهای واقعی مبادله کالاها و خدمات اقتصادی ارادی و مبتنی بر تراضی طرفین معامله است، اما گاهی به دلیل بالا بودن هزینه‌های معامله و یا شکست بازار در برقراری نظامی مناسب برای معاملات و در نتیجه به بار آمدن کارایی اقتصادی، قانونگذار برای تخصیص کارایی منابع یک نوع بازار فرضی (*Marché hypothétique*) ایجاد می‌کند. به عنوان مثال، در صورتی که (الف) از (ب) پرتغالی را در مقابل یک دلار بخرد یک نوع بازار واقعی بوجود می‌آید، اما اگر وی (الف) به جای خرید، همان پرتغال را له کند به حکم قانون ملزم به پرداخت بهای آن به زیان‌دیده (ب) است. چنین مبادله‌ای به حکم قانون صورت می‌گیرد و چون جایگزین بازار می‌شود فرض بر آن است که یک نوع معامله صورت گرفته است.

61 - Strowel, *Op.Cit.*, p. 154.

62 - Strowel, *Op.Cit.*, p. 167.

۶۳ - بلاک، همان منبع، ص ۱۸۰.

۶۴ - گیری این نگرش از آنجا ناشی می‌شود که اکثر نظریه‌های حقوقی هدف حقوق را سعادت جامعه می‌دانند.

65 - Larry Alexander, The philosophy of criminal law, In The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of law, Edited by Jules Colman & Scott Shapiro, First ed., Oxford University Press, 2002, p.816; Cooter and Ulen, *Op.Cit.*, pp. 427-488; Gray, *Op.Cit.*, p. 749.

66 - Anthony I. Ogus, Law and economics from the perspective of law, In The new Palgrave dictionary of economics and the law, In three volumes, Volume two, Edited by Peter Newman, first published in Paperback by Palgrave Macmillan, London, 2002, p. 487.

۶۷ - ناصر کاتوزیان، مسئولیت ناشی از عیب تولید، همان منبع، شماره ۵، ص ۱۷.

68 - Richard Posner, Consequentialism, In Introduction to the philosophy of law, Readings & Cases, edited by Jefferson White & Dennis Patterson, Oxford University Press, 1999, p.94.

69 - Gray, *Op.Cit.*, pp. 246-247.

۷۰ - از نظر آقای ارنست وینریب، که از طرفداران نگرش سنتی به حقوق خصوصی محسوب می‌شود و به شدت مخالف نگرش ابزاری به آن است «هدف حقوق خصوصی، حقوق خصوصی است» و از این لحاظ مانند «عشق» است زیرا بدیهی است که «هدف عشق نیز خود عشق است». پس، حقوق خصوصی را تنها باید از بعد داخلی آن فهمید و نباید آن را به عنوان وسیله‌ای برای نیل به اهداف خاصی تنزل داد. به عبارت دیگر حقوق خصوصی خود هدف است نه وسیله.

71 - J. Ernest Weinrib, The idea of private law, Harvard University Press, First ed., 1995, pp. 7-8.

72 - Benjamin C. Zipursky, Philosophy of private law, In The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of law, Edited by Jules Colman & Scott Shapiro, First ed., Oxford University Press, 2002, pp.

624-625.

۷۳ - از جمله این افراد می‌توان هارت (Hart) را نام برد. اما آقای پوزنر در مقاله‌ای در سال ۱۹۷۹ از وی انتقاد می‌کند که چرا به اشتباه این امر را عنوان نموده و نگرش اقتصادی به حقوق را همان فایده‌گرایی دانسته است. البته خود وی خاطر نشان می‌سازد که جای تعجب نیست که هارت چنین اظهار نظر کرده است، زیرا تا آن زمان به تفاوت‌های این دو جریان فکری توجه نشده است.

74 - Lloyd's, *Op.Cit.*, p. 557.

75 - Strowel, *Op.Cit.*, p. 151.

۷۶ - در خصوص افکار و عقاید جرمی بنتام و سایر فایده‌گرایان مراجعه شود به: ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، همان منبع، صص ۱۷۰-۱۵۴؛ همچنین مراجعه شود به:

Roger Crisp, *Utilitarianism*, J. S. Mill, *Oxford Philosophical Texts*, Oxford University Press, First ed. 1998.

77 - J.W. Harris, *Legal Philosophies, Utilitarianism and the economic analysis of law*, Butterworths, London, 1982, pp. 36-42.

78 - Strowel, *op.cit.*, p. 165.

79 - *Ibid.*, p. 151.

80 - Freeman, Lloyd's introduction to jurisprudence, *Op.Cit.*, pp. 557-559; Harris, *Op.Cit.*, pp. 42-43; Strowel, *Op.Cit.*, pp. 152-155.

81 - R. Posner *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, in *Journal of legal Studies*, 1979, p. 116 (Cité par Strowel, *Op.Cit.*, p. 155).

۸۲ - علم اقتصاد از جهانی به «اقتصاد اثباتی» (Positive economics) و «اقتصاد هنجاری» (Normative economics) تقسیم شده است: در اقتصاد اثباتی نظریه اقتصادی به صورتی که وجود دارد مورد بحث قرار می‌گیرد و به علم اقتصاد به عنوان یک علم تجربی نگاه می‌شود. این نوع اقتصاد که اقتصاد عملی و واقعی هم نامیده شده است برای بررسی آن دسته از موضوعات اقتصادی که از طریق مشاهده و تجربه و بدون قضاوت براساس ارزشهای ذهنی قابل اثبات است به کار می‌رود و بحث درباره خوب یا بد بودن یک عمل اقتصادی از قلمرو موضوع آن خارج است و از این جهت دارای بعد اخلاقی و ارزشی نیست و تنها از «آنچه که هست» بحث می‌شود؛ به عنوان مثال، هنگامی که از قوانین عرضه و تقاضا صحبت می‌شود و گفته می‌شود: «مقدار تقاضا با قیمت رابطه غیرمستقیم و مقدار عرضه با قیمت رابطه مستقیم دارد» این قوانین در حوزه اقتصاد اثباتی است. نتیجه‌گیری‌های

اقتصاد اثباتی یا «قطعی» است مانند این که «بیکاری زیاد است» و یا «شرطی» مانند این عبارت که «اگر اقتصاد وارد مرحله رونق شود، نرخ بیکاری کاهش خواهد یافت.» در اقتصاد اثباتی به تجزیه و تحلیل اقتصادی صرفاً به عنوان وسیله‌ای برای به دست آوردن دسته‌ای از پیش‌بینی‌های قابل آزمایش، که به وسیله دلیل تجربی قابل تأیید است، نگریسته می‌شود و به طور خلاصه این نوع اقتصاد عمدتاً برای پیش‌بینی‌های کیفی و سازماندهی اطلاعات برای سنجش عملی این پیش‌بینی‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد.

- 83 - Burrows and Veljanovski, *Op.Cit.*, pp. 6-8.
- 84 - Anthony I. Ogus, *Op.Cit.*, p. 487; Oppetit, *Op.Cit.*, p. 23.
- 85 - Posner, consequentialism, *Op.Cit.*, p. 95; Weinrib, the idea of private law, *Op.Cit.*, p. 4.
- 86 - Richard A. Posner, *The problems of jurisprudence*, 1990, p. 361; *Economic analysis of law*, 3rd ed. 1986, pp. 229-233 (mentioned by *ibid*, p. 47); *Problems of jurisprudence*, reading 1 and reading 2 in White & Patterson, *introduction to philosophy of law Op.Cit.*, pp. 97-104; Burrows and Veljanovski, *Op.Cit.*, p. 19.
- 87 - Richard Posner, *The economic approach to law*, In *philosophical problems of the law*, Edited by David M. Adams, Third edition, Wadsworth, 2000, pp. 118-119.
- ۸۸ - در اقتصاد هنجاری که اقتصاد دستوری (Normative economics) یا اقتصاد رفاه (Welfare economics) هم نامیده شده «از آنچه که باید باشد» بحث می‌شود و از این جهت دارای جنبه ارزشی و اخلاقی است؛ به عنوان مثال، در این نوع اقتصاد نتیجه‌گیری‌ها به شکل زیر است: «برای کاهش قیمت کالایی خاص دولت باید دخالت کند و یا بارانه بدهد.» «برای افزایش کارایی، صنعت باید متمرکز باشد.» در این نوع اقتصاد موقعیت‌هایی که در آن کارایی تخصیصی اجتماعی و خصوصی به دست نمی‌آید شناسایی و در خصوص آن راه حل‌های اصلاحی تجویز می‌گردد.
- 89 - Scott Shapiro & Edward F. MacClennen, *Law and economics from a philosophical Perspective*, In the new *Plaggrave dictionary of economics and the law*, Volume two, *Op.Cit.*, p. 460.
- 90 - Burrows and Veljanovski, *Op.Cit.*, pp. 8-13.

91 - The ought is derived form the presumed is (Heico Kerkmeester, Methodology: General, In Encyclopedia of law and economics, *Op.Cit.*, p. 390.)

92 - Mackaay, History of law and economics, *Op.Cit.*, p. 71 and p. 77.

93 - William M. Landes & Richard A. Posner, The economic Structure of tort law, Harvard University Press, 1987, pp. 9-10.

94 - Anthony I. Ogus, Law and economics from the perspective of law, *Op.Cit.*, p. 487; Burrows & Veljanovski, *Op.Cit.*, p. 14; Strowel, *Op.Cit.*, p. 147; Posner, Problems of jurisprudence, Reading 3, In introduction to Philosophy of law, *Op.Cit.*, p. 105.

۹۵ - بسیاری از نظریه‌های مربوط به فیزیک کیهانی (Astrophysics)، زمین‌شناسی (Geology)، دیرین‌شناسی (Palenology) و زیست‌شناسی (Biology) را نمی‌توان به صورت تجربی آزمایش کرد و در واقع بخش عظیمی از این علوم به معنی واقعی کلمه تجربی نیستند.

96 - *Ibid.*, p. 107; Burrows & Vellijanovski, *Op.Cit.*, pp. 6, 8 and 12.

97 - Posner, Problems of Jurisprudence, Reading 3 *Op.Cit.*, p. 105.

98 - Harris, *Op.Cit.*, p. 45.

99 - Posner, *Op.Cit.*, pp. 107-108.

100 - Freeman, Lloyd's introduction to jurisprudence, *Op.Cit.*, p. 560; Posner, Problems of jurisprudence, Reading 4, Criticisms of the normative theory, In introduction to philosophy of law, *Op.Cit.*, p. 109; Harris, *Op.Cit.*, p. 44; Burrowes and Veljanovski, *Op.Cit.*, pp. 12-13; Mackaay, *Op.Cit.*, pp. 77-88.

101 - Posner, *Op.Cit.*, p. 110.

102 - Ronald Dworkin, Is wealth a value?, 9 Journal of legal studies, Reprinted in Foundations of the economic approach to law, by Avery Wiener Katz, *Op.Cit.*, pp. 314-319.

۱۰۳ - اخیراً آقای دکتر کاتوزیان در کتاب جدیدشان با عنوان «مسئولیت ناشی از عیب تولید» در قالب تاریخ تحول و اصول حاکم بر مسئولیت سازنده کالا، مبانی اقتصادی این نوع مسئولیت را نیز مطرح کرده و

درصد فراهم آوردن زمینه ورود و جذب آن در نظام حقوقی ایران است و معتقدند در حقوق کنونی سرانجام تدبیر و ملاحظات اقتصادی به جای اصل سنتی تقصیر می‌نشیند. در این زمینه مراجعه شود به: مسئولیت ناشی از عیب تولید، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول ۱۳۸۱، خصوصاً شماره‌های ۵۳، ۵۲، ۵۱، ۲۲، ۲۱، ۲۰، ۱۴، ۷، ۶، ۵، ۴.

منابع فارسی:

- ۱ - اقتصاد خرد و کلان، مجموعه مقالات، ترجمه احمد جعفری صمیمی و غلامعلی فرجادی، انتشارات دانشگاه مازندران، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۲ - بلاگ، مارک، اقتصاددانان بزرگ جهان، ترجمه حسن گلریز، نشر نی، چاپ اول ۱۳۷۵.
- ۳ - تفضلی، فریدون، تاریخ عقاید اقتصادی، نشر نی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۵.
- ۴ - سالواتوره (دومینیک) و دیولیو (یوجین. ا.)، اصول علم اقتصاد، ترجمه محمد ضیایی بیگدلی و نوروز علی مهدی پور، موسسه عالی بانکداری ایران، چاپ سوم ۱۳۷۷.
- ۵ - صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع (رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۶ - طالقانی، محمدعلی، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، لاتین - فارسی، مؤسسه نشر یلدا، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳.
- ۷ - عبادی، جعفر، مباحثی در اقتصاد خرد، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۷۹.
- ۸ - قدیری اصلی، باقر، سیر اندیشه اقتصادی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، بهار ۱۳۷۶.
- ۹ - قره‌باغیان، مرتضی، فرهنگ اقتصاد و بازرگانی، مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، چاپ دوم ۱۳۷۶.
- ۱۰ - کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: جلد اول مسئولیت مدنی، مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، زمستان ۱۳۷۸.
- ۱۱ - کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ۱۲ - کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از عیب تولید، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۱.
- ۱۳ - ویر، ماکس، اخلاق پروتستانی و روح سرمایه‌داری، ترجمه عبدالکریم رشیدیان و پریسا منوچهری کاشانی، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳.
- ۱۴ - هال واریان، رویکردی جدید به اقتصاد خرد میانه، ترجمه سید جواد پورمقیم، نشر نی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰.

منابع لاتین:

- 1 - Alexander (Larry): The philosophy of criminal law, In the Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of law, Edited by Jules Colman & Scott Shapiro, First edition., Oxford University Press, 2000.
- 2 - Audi (Robert): The Cambridge dictionary of philosophy, Cambridge University Press first ed. 1995.
- 3 - Becker (Gary): The economic approach to human behavior, foundations of the economic approach to law, collection of esayes, edited by Avery Winer Katz., Oxford University Press, 1998.
- 4 - Black (Henry Campbell): Black's Law Dictionary, West Publishing co. 6th. ed., 1990.
- 5 - Burrows (paul) & Veljanovski (Cento G.): The economic approach to law, 1981.
- 6 - Calabresi (Guido), "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", 70 Yale Law Journal 499 (1961).
- 7 - Coase (Ronald), "The problem of social cost", 3 Journal of law and economics 1 (1960).
- 8 - Colman (Jules), Efficiency, Utility, and Wealth Maximization, In Foundations of The economic approach to law.
- 9 - Barnes (David W.) & Stout (Lynn): The economic analysis of tort law, West Publishing Co., 1992.
- 10 - Feldman (Heidi Li): "Science, reason and tort alw, Looking for the reasonable person", In law and science, current legal issues, volume 1, Edited by Helen Reece, First ed., Oxford University Press, 1998.
- 11 - Freeman (M.D.A.), Lloyd'sY introduction to jurisprudence, 7th edition, Sweet & Maxwell, London, 2001.
- 12 - Gray (Christopher Berry): The philosophy of law, an encyclopedia, 2 volumes, Garland Publishing, Inc, 199.

- 13 - Hanson (Jon D.) & Hart (Melissa R.): Law and economics, In A companion to philosophy of law and legal theory, Edited by Dennis Patterson, Blackwell Publishers, 2000.
- 14 - Kerkmeester (Heico), Methodology: General, Encyclopedia of law and economics at:<http://encyclo.findlaw.com>.
- 15 - Larrere (Catherin): Droit naturel et physiocratie, archives de philosophie du droit, droit et économie, Tome 37, Éditions Siry, 1992.
- 16 - Mackaay (Ejan), History of law and economics, Encyclopedia of law and economics, at: <http://encyclo.findlaw.com/>.
- 17 - Oppetit (Bruno): Droit et économie, archives de philosophie du droit, droit et économie, Tome 37, Éditions Sirey, 1992.
- 18 - Posner (Richard), Consequentialism, In Introduction to the philosophy of law, Reading & Cases, edited by Jeferson White & Dennis Patterson, Oxford University Press, 1999.
- 19 - Posner (Richard): the economic approach to law, In philosophical problems in the law, Edited by David M. Adams, Third edition, Wardsworth, 2000.
- 20 - Posner (Richard): The learned Hand Formula for determining liability, In Foundations of economic approach to law, Collection of essays, Edited by Avery Wiener Katz, Oxford University Press, 1998.
- 21 - Ripert (G.): Aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J., 2d éd., 1951.
- 22 - Strowel (Alain), Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et Posner, Archives de philosophie de droit, Tome 37, droit et économie , 1992.
- 23 - Weinrib (J. Ernest), The idea of private law, Harvard University Press, First ed., 1995.
- 24 - Zipursky (Benjamin C.), Philosophy of private law, In the Oxford

Handbook of Jurisprudence & Philosophy of law, Edited by Jules
Colman & Scott Shapiro, First ed., Oxford University Press, 2000.

