

مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق

دکتر ایرج بابایی*

چکیده

تحلیل اقتصادی حقوق (یا حقوق و اقتصاد) در ایران علم نوپایی است و هنوز مفهوم و جایگاه آن برای حقوقدانان و اقتصاددانان ایرانی روشن نیست. نویسنده در این مقاله سعی دارد نمایی کلی از این علم جدید ارائه نماید و در این راستا به سیر شکل‌گیری و تحول این علم می‌پردازد و ارتباط آن را با دیگر رویکردهای اقتصادی به حقوق تبیین می‌کند. در ادامه مکتب واقع‌گرایی حقوق به عنوان خاستگاه فکری این نگرش و الگوی رفتاری انسان معقول به عنوان مبنای تحلیل رفتار افراد در مقابل قواعد حقوقی معرفی شده است. نهایتاً کارایی به عنوان عنصر اصلی تحلیل اقتصادی و هدف ایجاد قواعد حقوقی معرفی و مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق و اقتصاد، واقع‌گرایی حقوقی، فرض رفتار

انسان معقول، کارایی
شهرت‌شاه علم‌انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشکده علامه طباطبائی Email: Babaei.I@gmail.com

مقدمه

۱. شکل‌گیری و تعریف حقوق و اقتصاد

دانش حقوق به صورت سنتی به شناخت قواعد رسمی حاکم بر روابط افراد و سازمان‌ها و تعیین حقوق و تکالیف افراد اطلاق می‌شود. این حقوق و تکالیف و قواعد بسته به مکاتب فکری و فلسفی مختلف، از منابع گوناگونی هم چون فطرت، منابع دینی، دولت، جامعه و تاریخ استخراج می‌شده است.

به این نحو، حقوقدان به عنوان شخصی مطرح بوده که باید‌ها و نبایدهای ناشی از منابع حقوقی فوق را می‌شناسد و با شیوه اعمال این قواعد برای تعیین حکم موضوعات در اختلافات و موضوعات خارجی آشناست. از این منظر، حقوق هم چون دانشی مستقل از دیگر دانش‌های اجتماعی با موضوع معین و متفاوت از دیگر معارف بشری مطرح است که قواعد و منطق خود را دارد.

ولی گرایش‌های فکری جدید در حوزه علوم انسانی، موجب شد که اهمیت و نقش قواعد حقوقی در روابط اجتماعی و اقتصادی مورد توجه دیگر علوم قرار گیرد و ارتباط متقابل قواعد حقوقی و نهادهای اقتصادی و اجتماعی مورد بحث قرار گیرد. در همین راستا، بحث‌های اقتصاددانان، جامعه‌شناسان، روانشناسان و فلاسفه در خصوص ارتباط حقوق و دیگر علوم اجتماعی و انسانی طی دو قرن اخیر شکل گرفته و آغاز نگاهی بین رشته‌ای در دنیای حقوق شده است. در این میان مباحثی که توسط اقتصاددانان راجع به نقش قواعد حقوقی در نهادها و روابط اقتصادی و ریشه حقوقی نظام‌های اقتصادی که از آغاز با بحث‌های اقتصاددانانی هم چون آدام اسمیت مطرح شده، بیانگر توجه و ارتباط ویژه علم اقتصاد و حقوق بوده است.^۱

1. Adam Smith, Lectures on Jurisprudence: The Glasgow Edition, 1762-65 (1978); Jeremy Bentham, A Comment on the Commentaries: A Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Laws of England (1928); Richard A. Posner, The Economics of Justice 13-47 (1983); Keith Hylton, Calabresi and the intellectual history of Law & Economics, Boston University School of Law, Working Paper Series, Law and Economics Working Paper no. 04-04 (2004), ; David Lieberman, Adam Smith on Justice, <http://www.bu.edu/law/faculty/papers> Rights, and Law, UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, ; http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=207068 Working Paper No. 13 (1999), David Lieberman, Economy and Polity in Bentham's Science of Legislation, UC

از طرف دیگر، بروز مکاتب فکری جدید نزد حقوقدانان و نگاه ایشان به حقوق به عنوان ابزار مهندسی اجتماعی که در صدد تحقق اهداف خاص اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است، سبب شد که حقوقدانان نیز به نوبه خود به مطالعه و به کارگیری دیگر علوم اجتماعی در حوزه حقوق به منظور شناخت روابط و قواعد حاکم بر جامعه و نیازهای آن بپردازند تا حقوق را منطبق با واقعیات اجتماعی در جهت نیل به اهداف مورد نظر به کار گیرند. به این گونه مطالعات و ملاحظات میان رشته‌ای حقوق و دیگر علوم اجتماعی (اقتصاد، جامعه‌شناسی، روانشناسی، سیاست) بین حقوقدانان نیز به خصوص از نیمه‌های قرن بیستم میلادی توسعه یافت.

بین مطالعات میان رشته‌ای حقوق، حقوق و اقتصاد به عنوان بارزترین و پیشرفته‌ترین این مطالعات قابل توجه ویژه است. همانطور که گفته شد، توجه به رابطه حقوق و اقتصاد از دو قرن پیش مورد توجه و مطالعه دانشمندان علم اقتصاد قرار گرفته است، ولی این مطالعات دچار تحولات عمده‌ای شده است و به خصوص مطالعه حقوق و اقتصاد از دهه ۱۹۶۰ میلادی با انتشار مقاله رنالد کاوز (H. Coase, 1960) وارد مرحله جدیدی شده و از این تاریخ عملاً رشته مطالعاتی جدیدی با عنوان تحلیل اقتصادی حقوق یا حقوق و اقتصاد به وجود آمده و مطالعات وسیعی توسط حقوقدانان و اقتصاددانان در این باره صورت گرفته است. در واقع، علیرغم آنکه توجه حقوقدانان به مسائل اقتصادی و نقش حقوق در روابط اقتصادی از یک سو، و توجه و مباحث اقتصاددانان نسبت به پدیده حقوق و نقش آن در سازمان و روابط اقتصادی سابقه‌ای دیرین دارد، ولی حقوق و اقتصاد به معنای جدید، بیش از پنجاه سال (در آمریکا و بیش از دو دهه در دیگر کشورهای پیشرفته از نظر اقتصادی) قدمت ندارد. طبیعت مطالعات حقوق و اقتصاد جدید و قدیم تفاوت‌های اساسی دارند. موضوع این مقاله بررسی حقوق و اقتصاد جدید است. برای تبیین موضوع مورد بحث این مقاله، مناسب است اختلاف رویکرد و ماهیت مباحث حقوق و اقتصاد قدیم و جدید روشن شود.

مشخصه رویکرد سنتی اقتصاد به حقوق این بوده که اقتصاددانان حقوق را به عنوان چهره‌ای از مطالعه سیستم اقتصادی می‌دیدند. این نگاه، مطالعه حقوق را بیشتر به عنوان یکی از عناصر مطالعه سیستم اقتصادی در نظر می‌گرفت و توجه چندانی به شناخت اثر

محرك ها و قواعد حقوق بر نحوه رفتار اقتصادی افراد نداشت. هدف اصلی این تحلیل‌ها یافتن مبانی حقوقی سیستم اقتصادی و همچنین آثار تغییرات حقوقی در نظام اقتصادی و به خصوص نحوه اختصاص و توزیع ثروت در جامعه بوده است. این رویکرد بر این تصور استوار است که، با توجه به مسأله محدودیت منابع اقتصادی، نظام اقتصادی و بازار بر اساس سیستم حقوقی اداره می‌شود که به وسیله تعریف حق و تعیین شیوه ایجاد و اصلاح حقوق و تکالیف، نحوه اختصاص و توزیع قدرت و ثروت و فرصت‌ها را در مسیر خاصی قرار می‌دهد.

علاوه بر این، در این رویکرد برخی به دنبال تبیین آثار سیستم اقتصادی بر حقوق بوده‌اند. این رشته تحقیقاتی بر این تصور استوار است که نظام اقتصادی عامل مؤثری در شکل‌گیری و تغییر قواعد حقوقی است و موجب تغییرات حقوقی خاصی می‌شود که به نوبه خود این قواعد در نظام اقتصادی تأثیر گذار خواهند بود. قدرت‌های اقتصادی به صورت عوامل مشوق یا مانع تغییراتی در حقوق برای ایجاد منافع اقتصادی جدید یا دفاع از منافع اقتصادی قدیمی عمل می‌کنند؛ به این گونه حقوق به عنوان ابزاری برای کنترل و رقابت منافع مختلف اقتصادی در سطح دولت‌ها لحاظ شده است.

ولی حقوق و اقتصاد جدید، نگاهی متفاوت به رابطه حقوق و اقتصاد دارد و مطالعات انجام شده در مسیری متفاوت قرار گرفته است. در واقع، شاخصه حقوق و اقتصاد جدید، اعمال ابزار تحلیل اقتصادی (و مشخصاً اقتصاد خرد و سیستم قیمت‌ها) در روابط و زمینه‌هایی است که تا این زمان در حیطه مسائل اقتصادی شمرده نمی‌شد. این امر نمایانگر پدیده جدیدی است که در آن تحلیل اقتصادی به عنوان رویکرد و روش یا ابزاری قابل اعمال در تمامی جنبه‌های زندگی اجتماعی لحاظ می‌شود که در آن انتخاب صورت می‌گیرد. در این رویکرد اثر حقوقی به مثابه قیمت ضمنی رفتار لحاظ شده و عکس‌العمل افراد (یا سازمان‌ها) به این قیمت‌ها (قواعد حقوقی) می‌تواند به همان نحوی تحلیل شود که پاسخ به قیمت‌ها مورد تحلیل قرار می‌گیرد. به این شکل تئوری و تحلیل‌های سیستم قیمت (یا به تعبیری اقتصاد خرد) در مورد روابط و مسائل حقوقی اعمال می‌گردد. به عنوان مثال فرض کنیم که مجازات تجاوز به مال دیگری افزایش یابد. می‌توان این تغییر را همچون افزایش قیمت تجاوز به حدود قانونی تعبیر کرد و در نتیجه پیش‌بینی نمود که تجاوز کمتری تحقق یابد. (Cooter & Ulen, 1989)

هدف این تحلیل جدید، تبیین چگونگی تأثیر قواعد حقوقی - به واسطه ایجاد انگیزه عمل یا ترک عمل - بر رفتار افراد است. اختلاف اساسی بین فرض انسان عاقل و الگوی رفتاری او در بین حقوقدانان و تحلیل گران اقتصادی حقوق وجود دارد: در نگاه سنتی حقوق، افراد به این معنی عاقل فرض می‌شدند که بر اساس هنجارها و سنت های جامعه، آن چنان که در قواعد حقوقی منعکس شده، رفتار می‌کنند؛ ولی تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی را به عنوان انگیزه‌های رفتاری لحاظ می‌کند که افراد با لحاظ آنها در پی حداکثر کردن منافع خود هستند. در این نگرش قواعد حقوقی همچون قیمت کالاها و سرویس لحاظ می‌شوند که افراد با توجه به عواقب افعال و آثار هر اقدام برای نیل به منافع خود محاسبه سود و زیان می‌کنند و اعمال خود را برای نیل به حداکثر منفعت بر آن اساس تنظیم می‌نمایند. از این دید حتی عمل خلاف مقررات قانونی در مواردی که منافع بیشتر افراد را تامین کند، در چارچوب رفتار عقلایی قرار می‌گیرد. لذا تغییر قواعد حقوقی، موجب تغییر در محاسبه افراد خواهد شد و رفتار آنها بر اساس نتایج این محاسبه تغییر خواهد یافت.

نکته اساسی حقوق و اقتصاد جدید در ورود عامل بهره‌وری و کارایی اقتصادی در شکل دادن به قواعد حقوقی است. در واقع بر خلاف حقوق سنتی که قواعد حقوقی را در چارچوب و برای تامین «عدالت و انصاف» می‌دید، حقوق و اقتصاد کارایی اقتصادی را به عنوان هدف و پارامتر اصلی قواعد حقوقی در نظر می‌گیرد و تحلیل‌های خود را از قواعد حقوقی بر اساس میزان کارایی ترسیم می‌کند و پیشنهاد ایجاد یا اصلاح قواعد حقوقی را برای نیل به کارایی بیشتر ارائه می‌دهد.

به این ترتیب دو فرق اساسی بین حقوق و اقتصاد قدیم و جدید به چشم می‌خورد: از طرفی، حقوق و اقتصاد قدیمی به بررسی روابط دو علم و شاخه اجتماعی متفاوت حقوق و اقتصاد می‌پردازد؛ در حالی که تحلیل اقتصادی نوین راجع به اعمال تئوری اقتصادی برای تحلیل نحوه رفتار افراد در زمینه روابط حقوقی است و ارتباط چندانی با مبانی حقوقی سیستم اقتصادی ندارد. از طرف دیگر، حقوق و اقتصاد قدیمی بیانگر وجوه مختلف پدیده‌ها و روابط اجتماعی است و رویکردی بین رشته‌ای بین حقوق و اقتصاد به عنوان ترجمان جنبه‌های مختلف حیات اجتماعی دارد، ولی حقوق و اقتصاد جدید، در واقع ورود منطق و روش اقتصاد در حقوق است. در این رویکرد، تحلیل انتخاب عاقلانه - که مبنای

تحلیل اقتصاد خرد شمرده می‌شود - به عنوان کلید فهم شیوه رفتار انسان‌ها در زمینه‌های مختلف زندگی اجتماعی لحاظ شده و این نحوه انتخاب در زمینه روابط حقوقی مورد بحث قرار گرفته است. (G. Medema 1998)

به این ترتیب می‌توان حقوق و اقتصاد را به این نحو تعریف کرد.
 حقوق و اقتصاد به علمی اطلاق می‌شود که در آن تئوری اقتصادی (اساساً اقتصاد خرد) برای تحلیل شکل‌گیری، ساختار، روال و آثار اقتصادی حقوق و نهادهای حقوقی اعمال می‌شود. (Mercurio & Steven G. Medema)

۲. آموزه‌های واقع‌گرایی حقوقی بستر و مبنای تئوریک حقوق و اقتصاد

ریشه‌های تحلیل اقتصادی حقوق و دیگر مطالعات میان رشته‌ای حقوق را باید در آموزه‌های جریان فکری واقع‌گرایی در حقوق^۱ جستجو کرد. در نگاه واقع‌گرایان، حقوق علمی مستقل و بی‌نیاز از دیگر علوم اجتماعی نیست و شناخت آن نیاز به شناختن جنبه‌های مختلف انسان و زندگی اجتماعی او دارد و تنها آشنایی با قواعد حقوقی از مجرای مقررات و آراء دادگاه‌ها کفایت نمی‌کند. تحلیل اقتصادی حقوق که در واقع اعمال قواعد اقتصادی در تحلیل پدیده‌های حقوقی است، بر اساس نگاه واقع‌گرایان به حقوق شکل گرفته است.

از آنجا که مهد حقوق و اقتصاد در آمریکا بوده و به خصوص در این کشور گسترش یافته و از آنجا به دیگر کشورها وارد شده است، مباحث این بخش عمدتاً متوجه تحولات نظریات حقوقی در آمریکا خواهد بود. نظریه واقع‌گرایی در حقوق که از اوایل قرن بیستم در حقوق آمریکا شکل گرفت، واکنشی به جریان شکل‌گرایی در حقوق^۲ بود. از آنجا که بسیاری از مباحث واقع‌گرایی حقوق در مقابله با شکل‌گرایی حقوق مطرح شده، لازم است برای درک صحیح واقع‌گرایی حقوق، نگاهی به آموزه‌های شکل‌گرایی حقوقی داشته باشیم.

-
1. Legal Realism
 2. Legal formalism

مکتب شکل‌گرایی در حقوق

شکل‌گرایی حقوقی، آن را مجموعه‌ای از قواعد و مقررات می‌داند و حقوقدان را کسی معرفی می‌کند که این قواعد را می‌شناسد. به تعبیری، این نگرش، به حقوق مانند قواعد علوم طبیعی می‌نگرد که به جای روابط مادی و فیزیکی در طبیعت، قواعد حاکم بر روابط اجتماعی افراد را همان قواعد موضوعه حقوقی می‌بیند و برای شناخت آن دقت در منابع رسمی حقوق و استخراج قواعد کلی معمول در این منابع رسمی را لازم و کافی می‌شمرد. بر خلاف گرایشات حقوق طبیعی یا دینی در این مکتب، حقوق در پی جستجو برای یافتن اصول حقوق فطری یا دینی نیست، بلکه جستجو در یک نظام حقوقی و استخراج اصول و قواعد کلی و طبقه‌بندی مفاهیم حقوقی از مجرای احکام قضائی یا مقررات قانونی است (Duxbury, 1977). روش اصلی در این گرایش تحلیل اصطلاحات و رابطه منطقی میان قواعد حقوقی است که به عنوان کبرای استدلال در احکام قضایی و یا مقررات اعمال می‌شود.

شکل‌گرایی حقوقی در بسیاری از نظام‌ها و دکترین حقوقی دنیا حاکم است و در آمریکا از نیمه دوم قرن نوزدهم انسجام یافت. مظهر این مکتب حقوقی در آمریکا، لانگدل رئیس دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد بود که این فکر و نگاه به حقوق را در تعلیمات حقوقی این دانشگاه رواج داد و از آنجا به تمامی دانشکده‌ها و مراکز حقوقی آمریکا راه یافت. وی منشاء روش جدیدی در آموزش حقوق بود. او به همراه همکاران خود، بنیانگذار کتب مطالعه دعاوی^۱ به عنوان روش اصلی آموزش حقوق بود. مطابق آموزه‌های این مکتب، علم حقوق منحصر به شناخت قواعدی است که از مطالعه و تحلیل آراء دادگاه‌های عالی استخراج می‌شود و حقوق نیز چیزی جز اعمال این قواعد کلی ثابت و مشخص بر موارد عینی خارجی (که در دعاوی تحت شکل‌های مختلفی ظهور می‌کند) نیست. (Posner, 1990)

روش لانگدل و همفکرانش در مطالعه دعاوی استفاده از منطق ارسطویی و مشخصاً استقراء و قیاس منطقی برای ایجاد ارتباط بین قواعد حقوقی و احکام دادگاه‌ها است. این مکتب با تمرکز بر آراء دادگاه‌ها و استخراج قواعد حقوقی از آنها کمک شایانی به شکل‌گیری و رشد حقوق به عنوان یک علم مستقل در آمریکا کرد، علمی که در آن، همچون علوم طبیعی و ریاضی، پاسخ هر مورد و دعوی لزوماً از یک راه حل و مفهوم کلی حقوقی استخراج می‌شود. (Mercuro and Steven G. Medema, 2002, p.158) برخی نظریه

پردازان حقوقی معتقدند که از منظر مکتب شکل‌گرایی، حقوق، علمی خالص و مستقل است که داده‌های آن تنها در آراء محاکم و منابع نوشته حقوق یافت می‌شود. بر پایه همین منابع شناخت حقوق است که می‌توان در مورد دعاوی جدید با استفاده از ابزار استدلال منطقی (قیاس و تشبیه) رأی صادر نمود. (M. Friedman, 1973)

به این نحو، قاضی ایجاد‌کننده حقوق نیست، بلکه او حقوق را تفسیر و اجرا می‌کند. او با قضاوت در دعاوی، قواعدی را که قبلاً وجود داشته با خرد قضائی خود کشف و اعمال می‌کند: قاضی از درون سیستم حقوقی (و نه ماورای آن) و بر اساس تجارب متکی بر فرهنگ و قواعد حاکم بر جامعه، عمل می‌کند و خود واضح حقوق نیست و سیاست قضائی و حقوقی را در جامعه ایجاد نمی‌کند. (Cotterrell 1989) همین تکیه بر روابط و قواعد حاکم بر جامعه و عمل به عنوان نماینده کل جامعه و نه سیاستگذار و تولید‌کننده حقوق، موجب احترام و مشروعیت احکام قضائی می‌شود. (Roger Cotterrell, idem, 27)

در مکتب شکل‌گرایی حقوقی، حقوق همچون منظومه‌ای نظام یافته به علم هندسه شباهت دارد: هر نظریه و قاعده‌ای حول محورهای کلی و مشخص شکل می‌گیرد و از آنها منتج می‌شود، قواعدی که از مشاهده آراء و اقدامات دادگاه‌ها در دعاوی قبلی استخراج می‌شود. از این قواعد و محورهای کلی، افراد می‌توانند قواعد و احکام خاص بسیاری استنتاج کنند. در مواقعی که آراء دادگاه‌ها با این استنتاج و روال منطقی سازگار نیست، تلاش حقوقدانان و دانشگاهیان هوادار این مکتب فکری، منعطف به شناخت این موارد و دعوت به کنار گذاشتن آنها و بازگشت به قواعد و راه حل‌هایی است که با استنتاج منطقی از قواعد کلی حاصل می‌شود. در این صورت، با برخورداری از هماهنگی منطقی، حقوق، کامل و بی نقص می‌شود. (W. Fisher, J. Horwitz, and Thomas A. Reed, 1993) به این نحو هماهنگی و زیبایی هندسی و منطقی معیار صحت احکام و قواعد جزئی تر تلقی شده است.

شکل‌گرایی حقوقی پیوندهای بین حقوق و دیگر علوم اجتماعی را نادیده می‌گیرد و ارتباط حقوق را با دیگر نظریه پردازی‌ها و مباحث و جریان‌های اقتصادی و سیاسی موجود در جامعه قطع می‌کند. حقوق در این منظر مساوی حقوق قضات است و به قواعد مجرد و شکلی خلاصه می‌شود: حقوق مجموعه‌ای از قواعد و احکام و نظریه‌های قضایی مستقل است که ابتکار حقوقدان و قضات در آن به حداقل می‌رسد و رجوع به اخلاق، شرایط

اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، ایدئولوژی و دیگر معارف خارج از قواعد حقوقی، محل و جایگاه خاصی ندارد. (Friedman, idem, 535)

البته شکل‌گرایی در حقوق آمریکا منشاء برکات بسیاری برای جامعه حقوقی این کشور بوده است. این مکتب جایگاه عالی برای حقوق و تحصیلات حقوقی در جامعه تعریف، حقوق را به عنوان علم و فعالیتی مستقل و جدای از دیگر علوم و فعالیت‌های سیاسی و قانونگذاری و رویه مردم عادی معرفی کرد. همچنین اعتقاد به استقلال حقوق، لزوم آموزش رسمی و جدی و وجود جامعه صنفی جداگانه‌ای را توجیه نمود. اعتقاد و همت نهضت شکل‌گرایی در حقوق منشاء تقسیم بندی‌های معمول در حقوق، امروز (تقسیم به حقوق عمومی و خصوصی، حقوق قراردادهای، حقوق تجارت، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق کیفری، حقوق اداری ...) و استخراج و رواج بسیاری از قواعد کلی حقوقی و نظم منطقی در علم حقوق بوده است. (Mercurio and G. Medema, idem, 14)

از دیگر آثار مکتب شکل‌گرایی، مشخصاً باید به تشکیل مؤسسه حقوق آمریکا اشاره کرد. تحت تأثیر آموزه‌های شکل‌گرایی در سال ۱۹۲۳، مؤسسه حقوق آمریکا به وسیله جمعی از قضات و حقوقدانان به منظور بیان صریح و روشن قواعد و اصول حقوق کامن لو و استفاده و راهنمایی جامعه حقوقی و تعریف معیارهایی روشن برای ارزیابی آراء دادگاه‌ها تشکیل شد. نتیجه کار این مؤسسه در مجموعه‌های خاصی به چاپ می‌رسد و نقش سازنده و مؤثری در بیان اصول حقوقی آمریکا در زمینه‌های مختلف داشته است.

قابل ذکر است که قبل از توفیق شکل‌گرایی در آمریکا تئوری کلی برای حقوق معرفی نشده بود. در این دوران حقوق ترکیبی از بحث‌های تکنیکی مبتنی بر قصد افراد، اخلاق، سیاست، سابقه آراء قضائی و ملاحظات آزادی‌خواهی بود. جامعه حقوقی، حقوق را به عنوان ابزاری برای تحمیل تعهدات اخلاقی بر شهروندان تلقی می‌کرد. حقوقدانان افراد متخصص در استفاده از خرد برای شناخت تعهدات اخلاقی و شکل دادن به حقوق در جهت رفاه عمومی بودند. (Gordon 1960, pp-62-72)

هدف قواعد حقوقی در این برهه تنها تشویق شهروندان به زندگی مطابق تعهدات اخلاقی نبود و وصول به مقاصد و فواید تجاری نیز همواره مد نظر بوده است. قضات و دانشگاهیان توجه ویژه‌ای به سابقه آراء محاکم داشتند چون آنها به عنوان منبع حقوق

1. American Law Institute
2. Duxbury, idem, 1-7

محسوب شده و به علاوه نشانگر هنجارهای اخلاقی و سیاسی حاکم بر جامعه بودند. در همین حال قضات با تکیه بر تفسیر آزاد، به ایجاد و تحول قواعد حقوقی به منظور هماهنگ کردن حقوق با بایدهای جدید اخلاقی و سیاست عنایت داشتند. این گرایش موجب می‌شد که قضات و حقوقدانان به درک هدف قواعد و سیستم حقوقی، تعهدات منصفانه و عرفی جامعه توجه خاصی داشته باشند. (Kennedy 1979, p.496)

مخالفت با آموزه‌های مکتب شکل‌گرایی در حقوق - مکتب واقع‌گرایی در حقوق

مخالفت با مکتب شکل‌گرایی حقوق از همان اواخر قرن نوزدهم در آمریکا آغاز شد. حقوقدانان برجسته‌ای همچون هولمز و کاردوزا، از قضات دیوانعالی آمریکا، و پوند، رئیس دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد، ایرادات جدی به شکل‌گرایی حقوق داشتند.^۱ افکار این حقوقدانان نقش اساسی در شکل‌گیری مکتب واقع‌گرایی در حقوق آمریکا داشت. این نویسندگان مدعی شدند که بدون رجوع به شرایط اجتماعی نمی‌توان فهم درستی از حقوق داشت و روشنگری‌ها و یافته‌های دیگر علوم اجتماعی باید در حقوق وارد شود. در این تصور، حقوق رشته علمی خودکفا و بی‌نیاز به دیگر علوم نیست. قاضی باید نسبت به شرایط اجتماعی و اقتصادی مرتبط با تصمیمات حقوقی و نیز آثار اجتماعی و اقتصادی ناشی از تصمیم خود آگاه باشد و برای کسب این آگاهی به دیگر علوم اجتماعی مجهز شود. (Bodenheimer, 1974)

هولمز که به عنوان پدر واقع‌گرایی حقوق آمریکا شناخته شده و مورد توجه و احترام بسیار واقع‌گرایان است و نوشته‌ها و آراء او مکرراً مورد استناد ایشان قرار می‌گیرد، تاکید می‌کرد که حقوق استنتاج از اصول اخلاقی و اصول حقوقی کلی نیست، بل آن چیزی است که دادگاه‌ها در عمل انجام می‌دهند. (Wendell Holmes, 1923) با تخفیف نقش منطق ارسطویی در آراء قضائی، وی معتقد بود در حکم قاضی بیش از استدلال و نتیجه‌گیری منطقی از اصول حقوقی، تصورات قاضی از لوازم زمان و مکان، اخلاق و سیاست حاکم بر جامعه و سیاست عمومی و حتی پیش‌داوری‌هایی مؤثرند که او همچون مردم عادی نسبت به مسائل دارد. از نظر هولمز، حقوق بیانگر منافع و مصالح حاکم بر جامعه است. وی حقوق را وسیله‌ای برای نیل به اهداف اجتماعی می‌دانست و لذا معتقد بود شناخت شرایط

1. Duxbury, idem, 10, 32-64

اجتماعی لازمه فهم حقوق است و قضات باید با جنبه‌های تاریخی، اجتماعی و اقتصادی حقوق آشنا باشند. (Posner, 1987, P. 123)

کاردوزا، دیگر حقوقدان و قاضی برجسته دیوانعالی آمریکا بر لزوم هماهنگی قضات با حقایق اجتماعی تاکید می‌کند و، بدون آنکه ارزش تحلیل منطقی رویه قضائی را نفی کند، معتقد بود که ملاحظات مبتنی بر سیاست اجتماعی در آراء قضائی کاملاً نمایان است.^۱ کاردوزا به تفصیل نشان داد، در مواقعی که قواعد حقوقی در موضوع خاص تعارض پیدا می‌کنند، چگونه قضات با تکیه بر ملاحظات اجتماعی و سیاست عمومی تصمیم‌گیری می‌کنند. او این فکر را ترویج می‌کرد که علیرغم ارزش رویه قضائی، هر گاه قواعد ناشی از آنها با عدالت و رفاه اجتماعی تعارض پیدا کنند باید کنار گذاشته شوند.^۲ در نظر او حقوق و آراء قضائی به شدت تحت تاثیر احساس و اعتقادات و گرایش‌ها نسبت به نیازهای اجتماعی و سیاست عمومی است.^۳ او همچون هولمز معتقد بود که "حیات حقوق نه مبتنی بر منطق، بلکه مبتنی بر تجربه بوده است."^۴ البته او منکر ارزش منطق و اصول کلی حقوقی نبود، بلکه در کنار آنها توجه خاص به نقش ملاحظات اجتماعی و اقتصادی و سیاسی در حقوق و آراء دادگاه‌ها داشت.

پاوند، دیگر متفکر برجسته، انتقادات و ملاحظات جدی نسبت به افکار شکل‌گیری لانگدل و همفکرانش مطرح کرد. از منظر او روشنگری و یافته‌های دیگر علوم اجتماعی باید در حقوق وارد شود. در نظر او حقوق مجموعه و علم جدایی از دیگر علوم اجتماعی نیست. قضات باید از شرایط اجتماعی و اقتصادی که مرتبط با حقوق است و همچنین آثار رأی خود بر جامعه آگاهی داشته و برای کسب این آگاهی باید برای کسب و گسترش این شناخت کوشا باشند.^۵ او مدافع تحول حقوق با لحاظ واقعیت‌های اجتماعی بود. انتقاد او به شکل‌گیری حقوق به این علت بود که این گرایش، حقوق را به رویه مکانیکی تبدیل می‌کرد در حالی که حقوق پدیده اجتماعی است و به جای جدلی در میان نوشته‌ها و کتب باید به دنبال حقوق

1. Bodenheimer, idem. 121; Mercurio, & Medema, idem, 14; Benjamin N. Cardoza, The nature of the judicial process,

<http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNat.html>

2. Duxbury, idem, 217; Bodenheimer, idem, 121

3. Bodenheimer, idem, 121

4. "The life of the law has not been logic; it has been experience", Holmes, The Common law, p.1; Benjamin N. Cardoza, The nature of the judicial process, p. 33

5. Bodenheimer, idem, 12-21

زنده و عملی بود که در پی عملی شدن عدالت و خواسته‌های جامعه و رفع نیازهای جامعه است. بر این اساس شناخت جامعه و جایگاه حقوق در روابط اجتماعی، امری غیر قابل اجتناب در حیات حقوق شمرده می‌شود.^۱

پوند حقوق را به «مهندسی اجتماعی» تشبیه می‌کند که بین منافع و گرایش‌های مختلف اجتماعی (مشخصاً منافع خصوصی، عمومی و اجتماعی) تعادل برقرار می‌کند و در صدد حداکثر کردن بهره‌وری جامعه و حداقل ساختن زایدات و اصطکاک آن است. با به کارگیری روش‌ها و مطالعات علمی و موازنه در تعارض منافع، سیستم حقوق در خدمت عدالت و انصاف خواهد بود.^۲

افکار واقع‌گرایی در حقوق تا دهه ۱۹۳۰، شکل جریان فکری و مکتب حقوقی نداشت و در نوشته‌های متفکرین و حقوقدانان بزرگ مذکور پراکنده بود، ولی از این دهه به صورت موج و گرایش فکری جلوه نمود و در دانشگاه‌های آمریکا و به خصوص ییل و کلمبیا رواج یافت. لئوئیل استاد دانشگاه کلمبیا در اوج‌گیری این مکتب نقش برجسته داشته است و می‌توان نقش او را در این باره با نقش لانگدل در مکتب شکل‌گرایی حقوق مقایسه کرد.

واقع‌گرایان در پی هماهنگی حقوق با حقایق اجتماعی و راهیابی ملاحظات دیگر علوم اجتماعی در اندیشه و تربیت حقوقی بودند.^۳ طرفداران این مکتب مدام بر تفاوت میان حقوق در عالم واقع و حقوق در کتاب‌ها تأکید کردند و اعتقادی به استخراج قواعد حقوقی تنها از طریق طبقه‌بندی قواعد و اصول حقوقی و رویه قضائی نداشتند و ارزش اصول حقوقی را در ایجاد قواعد حقوقی بسیار کمتر از آنچه توسط شکل‌گرایان تبلیغ می‌شد، می‌دیدند.^۴ بر خلاف ظاهر آراء قضائی، که در آنها راه حل موضوع از طریق

1. Mercurio & Medema, idem, 14; Lloyd Hampstead & M.D.A. Freeman. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. London, Stevens Carwell, 564 (1985)

2. Mercurio & Medema, idem, 16; Edward White, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and the Social Change in Early Twentieth Century America, 58 Virginia Law Re. 1004-5

3. Friedman, idem, 535; Nicholas Mercurio and Steven G. Medema, idem, 14

4. Karl Llewellyn, The Constitution as an Institution, 34 Columbia Law Rev. 7 (1934); Edward Rubin, The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions." 109 Harvard Law Rev. 1395 (1996); Mercurio & Medema, idem, 16

استدلال منطقی و استنتاج از اصول کلی حقوقی استخراج می‌شود، آراء دادگاه‌ها به طور وسیعی تحت تأثیر احساسات و گرایشات و پیش‌داوری‌های قضات است.^۱ به همین دلیل باید عوامل مؤثر در شکل‌گیری آراء و رویه قضائی به طور کامل مد نظر قرار گیرد و علاوه بر اصول حقوقی استنادی، داده‌های دعوی و عوامل سیاسی و اجتماعی و اقتصادی مورد توجه قاضی، شناسایی شود.

در نظر واقع‌گرایان، توجه به تحول مدام حقوق در مسیر هماهنگی با تحولات صنعتی، این ادعای شکل‌گرایان را رد می‌کند که حقوق امری مشخص، ثابت و تابع منطق ثابت است. در نظر ایشان در مطالعه و آموزش علم حقوق باید داده‌های واقعی و عینی فوق را مد نظر قرار داد و حقوق را با مجموعه عوامل مؤثر بر آن شناخت. ایشان این رویکرد را «علم واقعی حقوق» نامیدند.^۲

دیگر آموزه بنیادین واقع‌گرایان آن است که حقوق ریشه خود کفایی نیست: حقوق باید به دیگر علوم اجتماعی توجه بسیار نماید و در خدمت تحقق اهداف اجتماعی باشد. در نظر ایشان حقوق ابزاری است برای تحقق اهداف اجتماعی و این امر در تمامی مراحل شکل‌گیری و اعمال حقوق باید مد نظر قرار گیرد.^۳ نتیجه این اعتقاد، لزوم شناخت روابط بین حقوق و جامعه و عوامل شکل‌دهنده حقوق و آثار اعمال حقوق و رأی قضائی در روابط اجتماعی و اقتصادی و سیاسی است که لازمه آن درک رابطه حقوق با علوم اجتماعی، از جمله جامعه‌شناسی، روانشناسی، علوم سیاسی و اقتصاد است.

در بیانات واقع‌گرایان به نقش متقابل علم اقتصاد و حقوق اشارات بسیاری شده است.^۴ از جمله ملاحظات واقع‌گرایان در این ارتباط آن است که تحولات حقوقی معمولاً تابعی از تحول در عقاید و شرایط اقتصادی بوده که تقاضای تحول حقوقی را ایجاد کرده و همچنین تحولات اقتصادی به وسیله تحولات حقوقی مدیریت شده است.^۵

1. Bodenheimer, idem, 125

2. True science of Law: Ref. to Duxbury, idem, 79-82

3. Friedman, 1973, p. 592

۴. برای نگاهی کلی به تأثیرات متقابل واقع‌گرایی و اقتصاد مراجعه شود به:

Samuels (1993) and Duxbury (1995, chapter 2, pp.

5. Llewellyn (1925), Litchman (1927), and Holdsworth (1927- 1928)

واقع گرایان حقوقی ادعا می‌کنند که برای پیش‌بینی رأی دادگاه نمی‌توان تنها به مقررات حقوقی تکیه کرد و برای توجیه ادعای خود حداقل سه دلیل ارائه کرده‌اند:^۱ اول آنکه قواعد حقوقی معمولاً کلی و مبهم هستند و در بسیاری موارد حاوی مفاهیم مجردند، قابلیت تفسیر بسیار متفاوتی دارند و دادگاه‌های نمی‌توانند برخوردی مکانیکی با آنها داشته باشند.^۲

دوم آنکه دادگاه‌ها می‌توانند تفسیری موسع یا مضیق نسبت به قواعد و رویه قضائی داشته باشند و در هر مورد آن را در زمینه‌ای محدود یا وسیع قابل اجرا بدانند.^۳ نهایتاً با توجه به مفاهیم مجرد و ابهام آمیز و امکان تفسیر متفاوت از رویه قضائی و قواعد حقوقی، همواره امکان توسل به قواعد حقوقی مختلف با پاسخ‌های متفاوت برای یافتن راه حل دعوی و مساله حقوقی وجود دارد.^۴

البته واقع‌گرایان منکر قواعد کلی و امکان عمومیت دادن به قواعد حقوقی نیستند. ایشان تنها در نقش و نحوه استخراج و به کارگیری این مفاهیم کلی به عوامل دیگری نیز توجه داشتند. در نظر ایشان از آنجا که اوضاع اجتماعی، داده‌های عینی هر دعوی، اعتقادات قاضی و تمایلات صنفی در تصمیمات قاضی تأثیرات بسیار دارد، شناخت این عوامل موجب افزایش قابلیت پیش‌بینی رأی دادگاه و حقوق در عالم واقع می‌شود و می‌توان قواعدی آفرید که به نحو بهتری پاسخگوی نیازهای جامعه باشد.^۵

یکی از اهدافی که توسط واقع‌گرایان دنبال می‌شد، ایجاد قواعد حقوقی خاص و جزئی تر بود. برای مثال در مورد حقوق قراردادهای، قواعد حاکم بر قرارداد بین صاحبان حرف می‌تواند با قواعدی که بر قرارداد با مصرف‌کننده منعقد می‌شود متفاوت باشد.^۶

1. See Andrew Altman, Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin, 15 PHIL. & PUB. AFF. 205, 208-09 (1986)

2. Dworkin, Id. at 208; Felix Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 35 COLUM. L. REV. 809, 809-21, 838-42 (1935)

3. Altman, idem, p. 208; KARL LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH 73-76 (Oceana Edition 1960)

4. Altman, idem, p. 209

5. KARL LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS 19-61, 121-32, 178-219 (1960)

6. Zipporah Batshaw Wiseman, The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, 100 Harvard Law Rev. 465, 503 (1987)

همچنین ایشان سعی کردند تا تحلیل عوامل سیاسی و اخلاقی و اجتماعی را جایگزین استنتاج‌های مجرد و منطقی از مفاهیم و قواعد حقوقی کنند تا بدین وسیله حقوق در هماهنگی بیشتری با این عوامل باشد.

رویکرد واقع‌گرایان به حقوق، رویکردی بیشتر عملی و تجربی بود. از نظر آنها حقوق امری ساختنی است و نه یافتنی. حقوق به جای تکیه بر منطق شکلی، باید بر اساس تجارب و سیاست و اخلاق بشری شکل گیرد. قواعد حقوقی پدیده‌های جهان شمول و همیشگی نیستند، بل ساخته بشرند که در برهه‌های زمانی و موقعیت اجتماعی و به منظور خاصی برای نیل، اهدافی ایجاد شده‌اند. حقوق و استدلال حقوقی بخشی از راهی است که انسان‌ها برای زندگی اجتماعی خود به وجود می‌آورند.^۱ واقع‌گرایی حقوقی باید به عنوان گرایش عملی به حقوق^۲ تلقی شود.

ریشه‌های تحلیل اقتصادی حقوق در مکتب واقع‌گرایی حقوق

همچنان که از مباحث فوق مشخص است، جریان تحلیل اقتصادی حقوق ریشه در آموزه‌های مکتب واقع‌گرایی حقوق دارد.^۳ مطالعه تاریخ تئوری حقوق نشانگر آن است که رشد واقع‌گرایی حقوق در دانشگاه‌های آمریکا مشوق شکل‌گیری مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق بوده و از همان ابتدا مطالعات و تحقیقات مختلف حقوق و جامعه‌شناسی، حقوق و روانشناسی و حقوق و اقتصاد (به معنای قدیمی آن) ترویج شد.^۴

در بسیاری از کتب حقوق و اقتصاد، مکرراً به آموزه‌های واقع‌گرایان حقوق استناد می‌شود یا بر پایه افکار آنها تجزیه و تحلیل حقوقی صورت می‌گیرد. در این میان اولیور

1. Singer, Legal Realism now, p. 475

2. Pragmatic movement in Law

3. Duxbury, idem, p. 301 ff.; Edmund W. Kitch, The intellectual foundations of Law and Economics, 33 J. Legal Education 184 (1983); Donald H. Gjerdingen, The Politics of the Coase Theorem and its relationship to Modern Legal Theory, 35 Buffalo Law Rev. 871 (1986); Jeffery G. Murphy & Jules L. Coleman, Philosophy of Law: n introduction to Jurisprudence, 227-228 (1990)

4. Duxbury, idem, 79 ff.; Thomas S. Ulen, The unexpected guest: law & economics, law & other cognate disciplines, & the future of legal scholarship, in Symposium: Law and Economics and Legal Scholarship, 79 Chicago - Kent law Rev. 2004, pp. 403 ff.; Richard A. POSNER, The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987, 100 Harvard Law Rev., 1987, pp. 761 f.

هولمز، جایگاه ویژه‌ای در بین تحلیل‌گران اقتصادی حقوق دارد و مکرر به این عبارت او در «راه حقوق» استناد می‌شود:

«برای امروز مطالعه عقلانی حقوق می‌تواند توسط مردان متکی بر کتاب و نوشته باشد، ولی برای فردا مردان متکی بر آمار و متخصصین اقتصاد خواهند بود.» (Wendell Holmes, 1987, P.768)

نقاط مشترک تئوری تحلیل اقتصادی حقوق و واقع‌گرایی در حقوق را می‌توان به طور اجمال در نکات زیر خلاصه کرد. هر دو جریان معتقدند که نمی‌توان قواعد حقوقی و حق و تکلیف را از مفاهیم مجرد حقوقی استخراج کرد؛ نمی‌توان نحوه عملکرد نظام حقوقی و ملاحظات دادگاه‌ها در صدور رأی را تنها از تحلیل قواعد حقوقی و خواندن آراء ایشان دریافت؛ (Posner, 1962-1987, P.762) حقوق‌ايزاری برای نیل به اهداف اجتماعی است و لذا برای فهم حقوق باید شرایط و قواعد حاکم بر رفتار جامعه را شناخت؛ منظور اصلی تحلیل حقوقی شناخت آثار اجتماعی نظرات و قواعد حقوقی است؛ تنها راه معقول قضاوت در مورد کارایی نظام حقوقی به کارگیری روش‌های علوم اجتماعی مربوط است. (Posner, 1960, P.778-79) به این نحو حقوق و اقتصاد (نظریه پردازی در مورد کارایی حقوقی) همچون واقع‌گرایی در حقوق، سعی در وحدت حقوق و دیگر علوم اجتماعی دارد.

یکی از علت‌های عمده تأخیر و دشواری ورود تحلیل اقتصادی حقوق در دیگر نظام‌های حقوقی و تردید این نظام‌ها در پذیرش این رویکرد به حقوق، عدم تجربه نهضت واقع‌گرایی حقوقی در این کشورها و تردید نسبت به منافع و روش مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق است. (Ulen, P.424)

البته علیرغم ریشه‌های عمیق واقع‌گرایانه حقوق و اقتصاد، نمی‌توان ادعا کرد که آموزه‌های هر دو مکتب و نگاه ایشان به حقوق و روابط اجتماعی و انسانی یکسان است. در واقع در کنار گرایش‌های واقع‌گرایانه حقوق و اقتصاد، برخی تحلیل‌های اقتصادی حقوق و پیش‌فرض‌های مربوط به نقش عوامل در روابط اقتصادی و حقوقی همچون هزینه‌های اجتماعی و فرض رفتار انسان معقول (موضوع بخش آینده) به نحوه استدلال مکتب شکل‌گرای حقوق شباهت دارد.¹ بسیاری از انتقاداتی که به تحلیل اقتصادی حقوق وارد

1. Duxbury, idem, 302-304; Singer, idem, 522-528; Arthur Leff, Economic Analysis of the Law: Some Realism About Nominalism, 60 VA. L. REV. 451 (1974); Gary Peller, The Politics of Reconstruction, 98 Harvard L. Rev. 871-73 (1985)

شده نیز بیشتر متوجه همین فرض ها و گرایشات است؛ به عنوان نمونه گرایشات حقوق واقتصاد هنجاری به عنوان نمونه‌ای از شکل‌گرایی جدید تعبیر شده است (White, 1986)

۳. پیش فرض نحوه رفتار افراد در تحلیل اقتصادی حقوق: فرض رفتار انسان معقول و تعارف در حداکثر کردن سود و حداقل ساختن هزینه

تحلیل اقتصادی حقوق در پی تبیین و پاسخگویی به دو سؤال اساسی راجع به قواعد حقوقی است: یک سؤال که جنبه توصیفی دارد و راجع به تبیین آثار قواعد حقوقی بر رفتار افراد و روابط اجتماعی و اقتصادی است. سؤال دیگر راجع به هنجارها و بایدهاست: قاعده حقوقی چه هدفی را باید دنبال کند؟

قواعد حقوقی طبیعتاً در نوع رفتار انسان‌ها و نحوه تقسیم ثروت و امکانات در جامعه تاثیر جدی دارد و جنبه توصیفی علم حقوق و اقتصاد با استفاده از ابزار تحلیل اقتصادی به بررسی این آثار می‌پردازد. جنبه هنجاری حقوق و اقتصاد، بایدهایی برای جامعه تعریف می‌کند و قواعد حقوقی را برای نیل به آنها راهنمایی می‌کند.

برای آنکه تحلیل اقتصادی قواعد حقوقی و رابطه رفتار انسان‌ها با قواعد حقوقی ممکن شود، قواعد حقوقی به مثابه قیمت در بازار لحاظ می‌شود و بر همین اساس رفتار انسان‌ها نسبت به قواعد حقوقی همچون رفتار ایشان در مقابل قیمت کالا و سرویس، پیش‌بینی و تحلیل می‌شود: افراد در مصرف کالاها با توجه به میزان مطلوبیت و قیمت آن تصمیم‌گیری می‌کنند؛ هر چه قیمت کالا و هزینه‌ای که برای آن باید پرداخت شود بیشتر باشد، افراد در مصرف آن خودداری می‌کنند و به سوی مصرف دیگری متمایل می‌شوند و بالعکس. در فرض تحلیل اقتصادی حقوق نیز، افراد آثار قواعد حقوقی بر نحوه رفتار و تصمیمات خود را همچون هزینه‌ای لحاظ می‌کنند و رفتار خود را بر آن اساس تنظیم می‌کنند. مثلاً اگر برای نحوه رفتاری مسئولیت مدنی یا کیفری در نظر گرفته شده باشد، افراد رفتار خود را با توجه به این مسئولیت و کیفر و میزان مطلوبیتی که رفتار برای آنها دارد تنظیم می‌کنند و سعی در احتراز از این هزینه می‌نمایند. در مقابل در مواردی که حقوق آثار مطلوبی برای رفتاری تعیین می‌کند، افراد سعی می‌کنند به نحوی عمل کنند که از این مطلوب بهره‌مند شوند: مثلاً در فعالیت خود هنجارهای رفتاری را رعایت می‌کنند تا

از مسئولیت مدنی ناشی از عمل خود بگریزند یا قرارداد را طوری تنظیم کنند که از ضمانت اجرا و حمایت‌های قانونی برخوردار شوند.^۱

معمول مباحث حقوق و اقتصاد در تحلیل و پیش‌بینی رفتار افراد در مقابل محرک‌های حقوقی و طراحی راه‌های نیل به بایدها بر فرض «انتخاب معقول افراد» بنا شده؛ فرضی که از مباحث اقتصاد خرد وام گرفته شده است. بر اساس این فرض افراد با مطالعه و شناخت آثار و پی‌آمدهای هر امر و سود و زیانی که برایشان در بر دارد تصمیم می‌گیرند و راهی را که از آن حداکثر بهره‌وری با حداقل هزینه حاصل می‌شود برمی‌گزینند. هر چند که این فرض مبنای قریب به اتفاق مباحث تحلیل اقتصادی حقوق است، ولی ملاحظات و انتقادات بسیاری از جانب موافقین و مخالفین تحلیل اقتصادی حقوق نسبت به آن مطرح شده است. همچنین تحت تاثیر این ملاحظات، برداشت‌های مختلفی نسبت به محتوا و دامنه این فرض مطرح شده که خود سر منشاء رویکرد و مطالعات خاصی در حوزه حقوق و اقتصاد است. اختلاف نظر در مورد فرض رفتار انسان معقول موجب اختلاف در تحلیل و پیش‌بینی رفتار افراد و آثار قواعد حقوقی می‌شود. لذا مناسب است که شناخت و بررسی روش و فرض‌های تحلیل اقتصادی حقوق از همین بحث مبنایی آغاز شود.

۱. تئوری رفتار و نحوه انتخاب انسان معقول^۲

اقتصاددانان در تحلیل‌های خود از بازار و روابط و تصمیم‌گیری‌های اقتصادی افراد بر الگوی رفتاری تکیه می‌کنند که از آن به «تئوری رفتار معقول» تعبیر شده است. براین مبنا، افراد ترجیحات مشخص و نظم یافته‌ای دارند و با لحاظ محدودیت‌ها (مثل درآمد، وقت و منابع)، در پی حداکثر کردن مطلوب‌های ناشی از این ترجیحات هستند.

در شکل تکمیل‌تر این تئوری به حداکثر کردن انتظار مطلوب اشاره شده است. این تعدیل در تعریف رفتار انسان معقول به شرایط عدم اطمینان از سود و زیان توجه دارد؛ به این صورت که افراد با توجه به محدودیت‌ها در پی حداکثر کردن انتظار مطلوب هستند. در واقع، همواره افراد بین شرایط و نتایج مطمئن انتخاب نمی‌کنند بلکه معمولاً تعیین میزان

1. Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 4th ed. 3-7 (2003); Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, *J. Legal Studies*, 585 (1998); Robert Cooter, *Law and Prices: How Economics contributed to Law by misunderstanding Morality*, 35 (1994)

2. Rational Choice Theory

مطلوبیت و سود و زیان امری حتمی نیست و با ضریبی از احتمال وقوع همراه است. مطابق این تئوری، میزان محاسبه و مقایسه در رفتار حاصل ضرب میزان مطلوبیت آن در میزان احتمال وقوع آن است؛ به این ترتیب اگر امری برای فرد، ۲۰ واحد ارزش داشته باشد و وقوع آن حتمی باشد، ارزش و مطلوبیت آن نزد معمول افراد، معادل امری است که ۴۰ واحد ارزش دارد، ولی میزان احتمال وقوع آن ۵۰ درصد است^۱.

بر اساس فرض الگوی رفتار معقول، اقتصاددانان رفتار افراد را در روابط بازار و تصمیم‌گیری‌های اقتصادی تجزیه و تحلیل می‌کنند و قواعد حاکم بر آن را کشف و رفتار اقتصادی آنان را پیش‌بینی می‌کنند. همانطور که گفته شد، تحلیل اقتصادی حقوق بر تشبیه حقوق به قیمت در بازار استوار شده و از همین راه منطق تحلیل اقتصادی و الگوی رفتار معقول در تحلیل حقوق نیز اعمال می‌شود.

برای روشن‌تر شدن الگوی رفتاری، متخصصان حقوق و اقتصاد معمولاً فرض می‌کنند که افراد برای منافع خود عمل می‌کنند و در پی حداکثر کردن ثروت و دارایی خود هستند و در هر مورد با اطلاع کامل از موقعیت و از سود و زیان ناشی از رفتارهای مختلف و روابط حاکم بر موضوع، انتخاب خود را انجام می‌دهند. به این نحو فرض بر این است که افراد به دنبال حداکثر کردن فایده، تمامی منافع و هزینه‌های عملی را ارزیابی می‌کنند و راه بهتر را بر می‌گزینند. مثلاً در زمینه مسئولیت مدنی، مسئولیت به مثابه افزایش هزینه عمل است و لذا تحریکی برای حداکثر کردن فایده محسوب می‌شود و افراد در فعالیتی که می‌تواند موجب مسئولیت شود، سود و زیان خود را در نظر گرفته و بر آن اساس رفتار خود را تنظیم می‌کنند و بین راه‌های ممکن عمل بهترین را بر خواهند گزید. رفتار افراد بر این مبنا قابل پیش‌بینی خواهد بود و از منظری که حقوق را مهندسی اجتماعی می‌داند بر اساس آثار قابل پیش‌بینی قاعده حقوقی بر رفتار انسان‌ها می‌توان به طراحی حقوق برای نیل به اهداف خاصی پرداخت.

ولی فرض رفتار انسان معقول علی‌الاصول برای محیط بازار و روابط اقتصادی بازار است و اعمال آن در سطح وسیع‌تر قواعد حقوقی، جهت تحلیل رفتار افراد در خارج از روابط بازار نیاز به دقیق‌تر شدن الگوی رفتاری دارد. در واقع، در زمینه روابط اقتصادی و

۱. در این بحث از بیان ملاحظات راجع به روحیات خطرپذیری یا ریسک‌گریزی یا بی‌تفاوتی نسبت به ریسک اجتناب شده است.

بازار، مطلوب -های اقتصادی روشن است و معمولاً حداکثر کردن مطلوب که عنصر اصلی رفتار معقول انسان ها لحاظ شده به روشنی دلالت بر حداکثر کردن بهره وری مادی و اقتصادی دارد که معمولاً با پول قابل تقویم است، ولی در دیگر زمینه های رفتاری و مشخصاً بسیاری از زمینه های حقوق، مطلوبیت برای افراد می تواند بسیار متفاوت و غیر مادی و غیر اقتصادی باشد: در بسیاری از زمینه ها، انگیزه فعالیت و رفتار اشخاص نیل به ارزش های غیر مادی به قیمت فدای مطلوب های مادی یا خیر خواهی برای دیگران و منافع جمع است و در پی تحقق این اهداف معنوی، افراد نظری به حداکثر کردن منافع مادی و اقتصادی خود ندارند. لذا اکتفا به این فرض که آنان در پی حداکثر کردن مطلوب هستند، عملاً نوری بر شیوه رفتار ایشان در مقابل قواعد حقوقی نمی تابد و نحوه رفتار افراد را قابل پیش بینی نخواهد کرد.

ملاک حداکثر کردن منافع از روشنایی کافی برای پیش بینی رفتار برخوردار است، ولی واقعی بودن و قابلیت اجرای آن برای شناخت و پیش بینی رفتار افراد در روابط حقوقی و بنا ساختن قواعد حقوقی برای رهنمایی رفتار در جهت حصول کارایی و رفاه بیشتر فردی و اجتماعی مورد تردیدهای جدی است. در ادامه به بررسی برخی از این ملاحظات و پاسخ هایی که در این باره داده شده است.

۲. ملاحظات راجع به ارزش فرض رفتار معقول در حقوق

انتقادات جدی نسبت به درستی الگوی رفتاری انسان معقول در مورد روابط حقوقی و قابلیت پیش بینی صحیح رفتار افراد در مقابل قواعد حقوقی و تکیه بر آنها برای طراحی قواعد حقوقی مطرح شده است.^۱

تجربه و مطالعات علمی نشان می دهد که این تصور از رفتار انسان های معقول، حداقل در شرایط بسیاری نادرست است و رفتار افراد در ارتباط با قاعده حقوقی با این فرض مغایر است. آنان معمولاً موفق به انتخاب راهی نمی شوند که متضمن حداکثر شدن

۱. برای بررسی تفصیلی انتقادات و پاسخهای داده شده به آنها در زمینه حقوق و اقتصاد مراجعه شود به:

Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics, California Law Review, no. 88, 2000, 1051 ff.; Jeanne L. Schroeder, Economic Rationality in Law and Economics Scholarship, Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper 021, 2000;

انتظار مطلوب باشد و راهی با مطلوبیت کمتر را در بین انتخاب های ممکن بر می‌گزینند و بیشتر به جای محاسبه سود و زیان بر اساس حس و شانس عمل می‌کنند (Simon, p.12). این محدودیت در رفتار عقلانی از هزینه بالای کسب و تحلیل اطلاعات، ضعف ذاتی بشری و یا ترکیبی از دو ناشی می‌شود.

از طرف دیگر، الگوی رفتاری فوق از تاثیر دیگر عوامل و شرایط تصمیم‌گیری و عمل غفلت می‌کند. معمولاً تصمیم‌گیری تحت تاثیر عوامل خارج از محاسبه سود و زیان صورت می‌گیرد. افراد در هر مورد با توجه به شرایط خاص و عادات شخصی یا عادات و رسوم تصمیم می‌گیرند. علاوه بر این، ایشان در موارد بسیاری کارهایی بر خلاف منافع شخصی خود انجام می‌دهند: ترجیحات افراد تنها متکی بر منافع شخصی و خودخواهی نیست، بلکه متوجه عدالت اجتماعی و انصاف و حتی بر ضد منافع شخصی می‌شود. تمامی این داده‌ها و امکان‌ها باید در پیش‌بینی رفتار افراد لحاظ شود.

بر خلاف فرض رفتار معقول در حداکثر کردن مطلوب و منافع توسط اقتصاددانان، روانشناسان و نظریه پردازان از این نظر دفاع می‌کنند که مردم نمی‌توانند و قادر نیستند که تمامی راه‌های ممکن در انتخابی را بررسی کنند. اطلاعات ناقص یکی از مهمترین علل این محدودیت است، ولی ضعف ذاتی فکر بشری و محدودیت در زمان و در انسجام توجه نیز موجب کاهش اساسی در توانایی تصمیم‌گیری است.

سیمون برنده جایزه نوبل اقتصاد در این باره می‌گوید: منبع کمیاب، همانا توانایی محاسبه و فکر است. موضوعات بیشماری وجود دارد که هر فرد در طی روز باید در مورد آنها تصمیم بگیرد. از آنجا که فکر کردن به تمامی موضوعات و برآورد دقیق سود و زیان ناشی از آنها ممکن و معقول نیست، اولین نکته اساسی آن است که افراد مواردی را که باید در آنها با دقت به برآورد آثار پردازند و با تکیه بر محاسبه سود و زیان تصمیم بگیرند (G. Katona, 1975, PP.218-19) تجربه نشان می‌دهد که افراد معمولاً در اتخاذ تصمیم و انتخاب های خود از میان‌برهایی استفاده می‌کنند که منجر به تصمیماتی می‌شود که با نتایج پیش‌بینی ناشی از الگوی رفتار انسان معقول متفاوت است.

افراد به دو علت مشخص از عقلانیت محدود استفاده می‌کنند. در مواردی افراد به انتخاب قابل قبول به جای انتخاب حداکثر کننده مطلوبیت، اکتفا می‌کنند. با توجه به هزینه کسب و تحلیل اطلاعات لازم برای حداکثر کردن و محدودیت توان فکری بشری، انتخاب مبنی بر حداکثر کردن مطلوب معمولاً ممکن نیست و لذا انتخاب قابل قبول برای انسان‌ها

راهی معمول است. در واقع، علاوه بر محدودیت های ذهن و توان بشری، پیچیدگی داده ها و راههای متصور برای عمل، توجیه کاملی برای ساده کردن فرایند تصمیم گیری و نیل به مطلوب است. حتی در شرایطی که امکان این محاسبه و عمل وجود دارد با توجه به تصمیمات بسیاری که افراد باید همواره اتخاذ کنند، راه معقول آن است که آنها با توجه به اهمیت این تصمیمات و سود و زیان وقت و هزینه ای عمل کنند که برای هر تصمیم صرف می کنند عمل کنند و در معمول موارد به تصمیم قابل قبول اکتفا کنند. (R. Bettman, 1998)

به علاوه، ابهام در مورد نتایج تصمیم گیری همواره مانع عمده ای برای محاسبه سود و زیان و انتخاب حداکثر مطلوب است. در مثال هایی که در مباحث تحلیل اقتصادی حقوق توسط نویسندگان به کار می رود، همواره درصد تحقق یک امر یا سود و زیان ناشی از آن فرض گرفته می شود در حالی که در عمل احتمال وقوع حوادث در آینده هیچگاه امری روشن نیست و از موانع عمده انتخاب حداکثر مطلوب است.

به این نحو انتخاب قابل قبول، با توجه به محدودیت های بالا عاقلانه ترین انتخاب محسوب می شود، پس در بحث از حداکثر کردن مطلوب باید این عوامل در تصمیم گیری لحاظ شود و پیش بینی بر آن اساس صورت گیرد، ولی مطالعه معمول مباحث حقوق و اقتصاد نشان می دهد که این محدودیت ها در آنها اعمال نشده است و انتخاب حداکثر مطلوب لحاظ شده است. (B. Korobkin & Thomas S. Ulen, P. 1076)

مشکل دیگر در تکیه بر الگوی انتخاب انسان معقول، برآورد متفاوت افراد از میزان احتمال سود و زیان ناشی از تصمیم گیری و انتخاب در شرایط یکسان است. از طرفی، تحقیقات انجام شده نشان می دهد افراد بیشتر از آنکه بر درصد علمی احتمال وقوع امری یا بر احتمال سود و زیان امری در یک انتخاب تکیه کنند، متکی به تجارب و برآورد شخصی خود هستند. (Laibson & Richard Zeckhauser, 1998) از طرف دیگر، مطابق این تحقیقات افراد، حتی در موردی که از درصد کلی احتمال وقوع امری مطلع باشند، در مورد اعمال این احتمال در باره خودشان رویه دیگری را اتخاذ می کنند و معمولاً به خود و آینده تصمیم خود اعتماد بیشتری دارند. مثلاً بنا بر این تحقیقات، به رغم آنکه افراد مطلعند درصد مشخصی از ازدواج ها به طلاق می انجامد، ولی احتمال آنکه ازدواج خود آنها نیز به طلاق خواهد انجامید نزد ایشان بسیار اندک است و رفتار خود را بر عدم تحقق طلاق

در آینده بنا می‌کنند؛^۱ یا در مورد بردن دعوی نزد محاکم، علیرغم آنکه مشخص است که در هر دعوی معمولاً یکی برنده و دیگری بازنده است، ولی در تحقیقات انجام شده مشخص شده که در دعوی واحد، هر یک از وکلای خواهان و خواننده درصد بالای برنده شدن را به خود می‌دهند و برآورد آنها از بردن دعوی بیش از درصد واقعی برد و باخت دعوی است.^۲

علاوه بر نکات فوق، تحقیقاتی در مورد نقش شرایط و موضوع تصمیم‌گیری در نحوه عمل افراد صورت گرفته است. نتیجه آنکه افراد در شرایطی که از نظر تحلیل‌گران اقتصادی و داده‌های مورد توجه آنها در مورد حساب سود و زیان ناشی از انتخاب در موقعیتی یکسان هستند با تکیه بر دیگر شرایط و داده‌ها که نوعاً مد نظر تحلیل‌گران اقتصادی قرار نمی‌گیرد، تصمیماتی کاملاً متفاوت اخذ می‌کنند. مثلاً ایشان در مورد اتخاذ تصمیم در فعالیتی که به نظرشان سود بخش است، بار احتمالات را به نحوی دیگر برآورد می‌کنند و تمایل آنها به انجام فعل بیشتر می‌شود؛ تجارب بد یا خوب آنها یا عواملی که منجر به قرار گرفتن آنها در موقعیت تصمیم‌گیری شده، نقش عمده‌ای در شیوه تصمیم‌گیری آنها دارد؛ یا در مورد بیع، بسته به آنکه شخص خریدار یا فروشنده است، تصمیم‌گیری و تمایل به انجام معامله و برآورد سود و زیان متفاوت خواهد بود. به این نحو، نتایج تحقیقات حاکی از آن است که شکل عمل افراد، معمولاً با پیش‌بینی‌های مبتنی بر الگوی رفتاری انسان معقول متفاوت است.

نهایتاً انتقادات جدی نسبت به الگوی رفتار انسان معقول با توجه به نقش هدف افراد در انتخاب و رفتارشان، مطرح شده است. در واقع برای آنکه بتوان رفتار اشخاص را در مقابل قواعد حقوقی پیش‌بینی کرد، صرف پذیرش آنکه افراد با لحاظ کامل منافع و مضار امری اقدام به انتخاب می‌کنند، کافی نیست، بل باید هدفی را که در انتخاب خود دنبال می‌کنند، مد نظر قرار داد: برآورد آثار عمل بستگی به هدفی دارد که از آن دنبال می‌شود. همین ملاحظه سبب شده که در الگوی انتخاب انسان معقول، فرض انتخاب برای حداکثر

1. Lynn A. Baker & Robert E. Emery, When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, 17 LAW & HUM. BEHAV. 439 (1993)

2. George Loewenstein et al, Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining, 22 J. LEGAL STUD. 151-152 (1993); Linda Babcock et al., Biased Judgments of Fairness in Bargaining, 85 AM. ECON. REV 1340 (1995)

کردن منافع شخصی لحاظ شود. تجربه و مطالعات علمی نشان می‌دهد که در زمینه‌های بسیاری، افراد تحت تأثیر پیروی از نرم‌های اجتماعی یا برای تحقق منافع و مصلحت عمومی و یا رعایت اصول عدالت و انصاف، عمل می‌کنند و تصمیماتی اخذ می‌کنند که در تضاد با منافع شخصی آنهاست.^۱ در واقع، معمول افراد اعمال و منش خود را بر اساس هنجارهای اجتماعی تنظیم می‌کنند و این رویه را حتی در مواردی که این نرم‌ها بر خلاف منافع شخصی آنها باشد ادامه می‌دهند؛^۲ یا برای تحقق مصالح جامعه یا دستگیری از دیگران، بر اساس اعتقادات خود، به راحتی منافع شخصی را زیر پا می‌گذارند و در مسیر تحقق دیگر مصالح گام بر می‌دارند؛ در مواقعی که عدالت و انصاف اقتضای رفتاری خلاف حفظ منافع شخصی دارد، مطابق عدالت و انصاف عمل می‌کنند. اساساً این امر جزء تعالیم اخلاقی و دینی افراد محسوب می‌شود و رعایت آن و زیر پا گذاشتن منافع شخصی را فضیلت و خلاف آن را عمل نکوهیده می‌دانند.^۳

تحلیل‌گران اقتصادی حقوق عکس‌العمل‌های متفاوتی در برابر انتقادات وارد بر فرض رفتار انسان معقول از خود نشان داده‌اند. این ملاحظات موجب تعدیل نظرات و احتیاط تحلیل‌گران نسبت به میزان کشف واقعیت و دامنه کارایی مطالعات مبنی بر این فرض شده است.

در این راستا، برخی از متخصصان حقوق و اقتصاد در صدد تعدیل فرض الگوی رفتار انسان معقول بر آمده‌اند. به عنوان نمونه شاول و کاپلو، فرض عمل برای منافع شخصی را

1. Lynn A. Stout, social norms and other-regarding preferences, UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series Research Paper No. 06-05 (2006)

2. Cass R. Sunstein, Social Norms and Social Roles, 96 COLUM. L. REV. 903, 914 (1996); Robert Cooter, Normative Failure Theory of Law, 82 CORNELL L. REV. 947, 954 (1997); Robert C. Ellickson, Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County, 38 STAN. L. REV. 623 (1986). Robert c. Ellickson, Order without law: how neighbors settle disputes (1991); Robert C. Ellickson, Law and Economics Discovers Social Norms, 27 J. LEGAL STUD. 537, 539-40 (1998)

3. Korobkin & Ulen, idem, 1135 ff.; Daniel Kahneman, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986); Steven Lubet, Notes on the Bedouin Horse Trade or "Why Won't the Market Clear, Daddy?" 74 TEX. L. REV. 1039, 1039-42 (1996); Colin Camerer & Richard H. Thaler, Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners, 9 J. ECON. PERSP. 209, 213-14 (1995).

به نحوی توسعه داده‌اند که همه ایده‌آل‌ها و مطلوب‌های شخصی، حتی عدالت و انصاف و ایثار و دیگر خواهی و تلاش برای منافع عمومی را در خود بگنجانند، که در بسیاری موارد با منافع شخصی تضاد پیدا می‌کنند، را در خود بگنجانند. در نظر ایشان از آنجا که مطلوب انسان‌ها بسیار متفاوت است و تحلیل اقتصادی حداکثر کردن مطلوب را فرض رفتار عاقلانه می‌داند، لازم نیست حرکت در جهت حداکثر مطلوب را به منافع مادی شخصی محدود کنیم و در این باره می‌توان تمامی مطلوب‌های شخصی را مدنظر قرار داد.^۱ ولی این تفسیر از منافع شخصی و الگوی رفتاری اشکال اساسی دیگری ایجاد می‌کند. همانطور که گفته شد، برای قابل پیش‌بینی بودن رفتار انسان‌ها و عکس‌العمل ایشان در مقابل حقوق، باید هدف خاصی را در رفتار و واکنش آنها فرض کرد. با لحاظ تمامی مطلوب‌ها در تعریف الگوی رفتار معقول و تعمیم منافع شخصی به اهداف متناقض، نمی‌توان رفتار افراد را در مقابل قواعد حقوقی پیش‌بینی کرد و سیاست حقوقی را در نیل به کارایی در نظر گرفت.^۲ به این نحو فایده اصلی تحلیل اقتصادی حقوق منتفی خواهد شد. عکس‌العمل دیگر در جهت تعدیل فرض الگوی رفتار معقول، توسط ریچارد پاسنر، از بنیان‌گذاران و مؤثرترین افراد به سوی رشد و توسعه حقوق و اقتصاد، صورت گرفته است. او تعریفی بسیار کلی از الگوی رفتار معقول ارائه کرده است: «انسان موجود عاقل و در پی حداکثر کردن اهداف خود است»^۳، بدون تصریح به اینکه اشخاص در پی حداکثر کردن چه اهدافی هستند یا چه وسائلی را در این راه به کار می‌گیرند. در این تعریف، عقلانیت منشی است که عملاً افراد برای تحقق هدفی در پیش می‌گیرند، بدون آنکه هیچ هنجار یا ملاحظه‌ای برای اهداف یا وسائل لحاظ شود.^۴ به این نحو هر انتخابی که انسان انجام دهد

1. Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press, 2002 (Internet version:

;Chris Sanchirico, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=224946

Deconstructing the New Efficiency rationale, 86 *Cornel L. Rev.* 1005 (2001)

2. Daniel A. Farber, WHAT (IF ANYTHING) CAN ECONOMICS SAY ABOUT EQUITY? 101 *Michigan L. Rev.* 1793; Korobkin & Ulen, *idem*, 1127

3. Richard A. Posner, Are We One Self or Multiple Selves?: Implications for Law and Public Policy, 3

LEGAL THEORY 23, 24 (1997)

4. ROBERT NOZICK, The nature of rationality 64-106 (1993); Martha C. Nussbaum, Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics, 64 *U. CHI. L. REV.* 1197 (1997)

قابل توجیه خواهد بود و در مسیر حداکثر کردن منافع او لحاظ خواهد شد و قابلیت ردّ یا اثبات نخواهد داشت. مشخصاً بر اساس این تعریف نمی‌توان رفتار افراد را در ارتباط با قاعده حقوقی پیش‌بینی کرد و لذا در جهت حقوق و اقتصاد قابل استفاده نخواهد بود.^۱

بسیاری از متخصصان حقوق و اقتصاد، ایرادات الگوی رفتار انسان معقول را پذیرفته‌اند، ولی ملاحظاتی در مورد بار و نتیجه ناشی از این ملاحظات دارند. به نظر ایشان، اعمال الگوی رفتار انسان معقول در زمینه‌هایی از حقوق که بیشتر متوجه روابط اقتصادی است و مستقیم یا غیر مستقیم مربوط به مسائل مالی می‌شود با مشکل کمتری مواجه است. حقوق تجارت و حقوق قراردادهای، حقوق مسئولیت مدنی و حقوق اموال از نمونه‌های بارزی است که معمولاً افراد در این زمینه‌ها برای کسب منفعت یا اجتناب از ضرر، یعنی با منطق اقتصادی کسب سود و اجتناب از زیان عمل می‌کنند. به عنوان مثال در مورد حقوق مسئولیت مدنی، قواعد حقوقی در پی تعیین شرایط و آثار مسئولیت جبران خسارت است و نتیجه انتخاب و عمل افراد به صورت تکلیف به جبران خسارت یا گریز از این تکلیف خواهد بود. در این موارد انتظار می‌رود شناخت مسئولیت در نحوه رفتار افراد تأثیر گذارد و ایشان رفتار خود را با محاسبه سود و زیان فعل و مسئولیتی که از آن متوجه آنها شود تنظیم کنند و شناخت مسئولیت به صورت عامل بازدارنده عمل کند.^۲

برخی از متخصصین حقوق و اقتصاد ضمن پذیرش آنکه تئوری الگوی رفتار معقول کامل نیست، اذعان دارند که تحقیقات انجام شده در زمینه "روانشناسی تصمیم‌گیری اقتصادی" نشان داده در موارد عدیده‌ای این الگو کاشف واقعیت نیست، ولی در عین حال معتقدند که این تئوری کامل‌ترین مدل ارائه شده برای تحلیل و پیش‌بینی رفتاری است و هنوز جایگزین کامل‌تر و مناسب‌تری که بتواند به نحو قابل قبولی رفتار اشخاص را در مقابل تحریکات اقتصادی یا حقوقی پیش‌بینی کند از سوی منتقدین این تئوری ارائه نشده است.^۳ مادامی که نظریه شامل و قابل قبول دیگری ارائه نشده و جای نظریه قبلی را

1. Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 VA. L. REV. 451, 458 (1974); Korobkin & Ulen, *idem*, 1061-1062
2. Thomas S. Ulen, *RATIONAL CHOICE THEORY IN LAW AND ECONOMICS*, *Encyclopedia of Law and Economics*, art. 0710, p. 797 (1999); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic structure of Tort Law*, p. 4 ff. (1987)
3. g., Gregory S. Crespi, *Does the Chicago School Need to Expand Its Curriculum?*, 22 L. & SOC. INQUIRY, 167 (1997); Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1559-60 (1998); Jennifer

نگرفته، منطقی است که از نظریه موجود بهره گرفت و آن را، البته با توجه به محدودیت ها و ملاحظات به کار برد که در مورد آن وجود دارد.^۱

انتقادات و ملاحظات در مورد نحوه رفتار و واکنش افراد در مقابل حقوق سبب پیدایش رشته جدیدی تحت عنوان «تحلیل رفتاری حقوق و اقتصاد»^۲ در بطن حقوق و اقتصاد شده است و بسیاری از بزرگان و بنیانگذاران حقوق و اقتصاد را به خود جلب کرده است. از جمله بزرگانی همچون کوتر، یولن و پاریزی تحقیقات وسیعی در این باره انجام داده‌اند. این جریان و رشته مطالعه، انتقادات مطرح شده به تئوری رفتار معقول را تهدیدی برای حقوق و اقتصاد نمی‌دانند، بلکه راهی برای تکمیل و توسعه هر چه بیشتر آن قلمداد می‌کنند. علیرغم نوظهور بودن این تفکر، ادبیات وسیعی تحت این عنوان به وجود آمده و رشد فزاینده‌ای داشته و حاصل تحقیقات این رشته موجب پخته‌تر شدن تحلیل اقتصادی حقوق و لحاظ عوامل مختلف در شناخت و پیش‌بینی رفتار افراد در ارتباط با قواعد حقوق شده است.

جالب توجه آنکه بسیاری از انتقادات نسبت به تئوری رفتار معقول و نحوه به کار گیری آن در تحلیل اقتصادی حقوق از سوی خود متخصصین حقوق و اقتصاد مطرح شده است. مکرر از سوی تحلیل‌گران اقتصادی حقوق و متخصصان تحلیل رفتاری حقوق و اقتصاد بر این امر تاکید شده که انتقاد از الگوی رفتار معقول و اینکه تئوری انتخاب معقول، الگوی رفتاری ناقصی برای اتخاذ سیاست حقوقی است به این معنا نیست که افراد، نامعقول رفتار می‌کنند (هر چند که در واقع در شرایطی رفتار آنها نامعقول می‌تواند باشد). این ملاحظات بیشتر در پی ترویج این فکر است که دکتین حقوقی خود را به تئوری رفتار معقول محدود نکند و به دنبال یافتن عوامل مختلف مؤثر در رفتار افراد باشد و تئوری قبلی را کامل کند. هدف تحلیل رفتاری حقوق و اقتصاد، جایگزینی تئوری رفتار

Arlen, COMMENT: THE FUTURE OF BEHAVIORAL ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, as: 51 Vanderbilt Law Rev. 1767-68 (1998)

1. Donald C. Langevoort, Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review, 51 VAND. L. REV. 1500 (1998); Theodore J. St. Antoine, How the Wagner Act Came to Be: A Prospectus, 96 MICH. L. REV. 2201, 2208 (1998); Jennifer Arlen, idem, 1768

2. behavioral economic analysis of law

معقول با ملاحظات و مباحث متناقض و نامنسجم نیست و حداقل در مرحله فعلی در پی تکمیل تئوری رفتار معقول است.^۱

نهایتاً برخی از حقوقدانان بر پایه همین ملاحظات و انتقادات در مورد الگوی رفتار معقول راه حل های حقوقی جدیدی را برای مسائل حقوقی پیشنهاد کرده اند که با قواعد حقوقی مبتنی بر فرض رفتار معقول افراد در روابط اجتماعی و اقتصادی متفاوت است. به عنوان مثال هاوارد لاتین در بحث از قواعد مسئولیت مدنی با تکیه بر ضعف معمول افراد در محاسبه احتمالات و لحاظ سود و زیان برای انتخاب رفتار مناسبی که منجر به افزایش کارایی در کل جامعه شود، پیشنهاد می کند بار مسئولیت به نحوی تعیین شود که بیشتر متوجه فردی شود که اصولاً بر اساس محاسبه سود و زیان عمل می کند و رفتارش با الگوی رفتار معقول انطباق دارد. به این ترتیب با شناخت مسئولیت او، می توان روابط اجتماعی را بهتر و در جهت مطلوب پیش برد. نمونه بارز این افراد اشخاص حقوقی و شرکت ها هستند که با انگیزه کسب منفعت شخصی و بر اساس محاسبه سود و زیان رفتار خود را تنظیم می کنند. در مقابل توجه مسئولیت به افراد عادی که در بسیاری موارد از الگوی رفتار معقول اقتصادی خارج می شوند، سبب نامطمئن شدن پیش بینی ها و لذا تردید در حصول نتیجه مورد نظر خواهد شد. این راه پیشنهادی که بر پذیرش محدودیت های فرض الگوی رفتار معقول استوار است با آنچه معمولاً در تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی آمده تفاوت بسیار دارد.^۲

۴. افزایش کارایی و حداکثر کردن ثروت به عنوان مبنای ارزیابی و هدف حقوق

الف - تعریف کارایی و ملاک های کارایی

رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، با نگاهی متفاوت از رویکرد سنتی به حقوق که محدود به شناخت قواعد حقوقی و ارتباط آنها با هم و ارزیابی آنها بر اساس عدالت و انصاف و سنت های حقوقی حاکم بر جامعه است، حقوق را با منطق اقتصادی بررسی

1. Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics, 88 California Law Rev. 1074-75 (2000); Richard A. Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 50 STAN. L. Rev. 1567 (1998)

2. Howard A. Latin, Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability, 73 California Law Rev. 677 (1985)

می‌کند و بدین نحو فهم حقوقی را تعالی بخشیده و تکمیل می‌کند. در رویکرد اقتصادی «کارآیی» مفهومی بنیادی است که اساس بررسی و تحلیلهای اقتصادی را تشکیل می‌دهد. در تعریف علم اقتصاد گفته شده:

اقتصاد عبارت است از مطالعه نحوه انتخاب افراد و جامعه از بین منابع محدودی که امکان استفاده متفاوتی دارند به منظور تولید تسهیلات متفاوت و توزیع برای مصرف حال یا آینده. این علم الگوهای مختلف هزینه و سود را در نحوه اختصاص منابع بررسی می‌کند!

این تعریف مبتنی بر فرض محدودیت منابع است و تحلیل و بررسی‌های خود را بر تخصیص منابع به فعالیت‌های تولید و توزیع ثروت در بین افراد جامعه متمرکز می‌کند و در این راه کارآیی و بهره‌وری در تخصیص منابع عمده‌ترین عامل ارزیابی‌هاست. حقوق ترکیبی از قوانین و مقررات و رویه دادگاه‌ها و مراجع تصمیم‌گیری و نظریه‌های حقوقی است که ساختار دولت و قدرت و حدود تکالیف و اختیارات ایشان را تعیین می‌کند، حقوق و تکالیف افراد حقیقی و حقوقی را مشخص و روابط آنها را با یکدیگر و با مراجع رسمی و دولتی تعیین می‌کند. تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی است برای توضیح روابط حقوقی و شناخت عکس‌العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی، و همچنین برای شناخت و معرفی قواعد حقوقی مفید و کارآمد که می‌تواند در تعیین و اعمال قواعد حقوقی برای قانونگذار و قضات نقش راهنما را بازی کند. تمامی این تحلیل و بررسی‌های اقتصادی با تکیه بر عنصر کارآیی صورت می‌گیرد. کارآیی یعنی از امکانات موجود با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها، به نحوی استفاده شود که بالاترین میزان مطلوب حاصل گردد. تحلیل‌گران اقتصادی حقوق در پی یافتن راه‌های کارآیی حقوق هستند به این نحو که با کمترین هزینه‌ها، مطلوب بیشتری حاصل شود.

در تعبیر اقتصادی، به جریان تولیدی که نتوان با همان میزان منابع محصول بیشتری به دست آورد یا نتوان با هزینه کمتر همان میزان محصول را تولید کرد، تولید کارآمد اطلاق می‌شود. در مورد اختصاص مطلوب منابع در تامین مطلوب‌های افراد نیز از دو اصطلاح کارآمدی پارتو^۱ و کالدر-هیکنز^۲ استفاده شده است. در تحلیل اقتصادی حقوق به پیروی از

1. Paul Samuelson, Economics, New York (1976)

2. Pareto

مکتب کلاسیک جدید اقتصاد خرد و اقتصاد رفاه که مکتب قالب و عمده اقتصادی در این رشته است، همین دو تعبیر شایع است. این دو مفهوم به نام اقتصاددان مبدع آنها نامگذاری شده است. پارتو یا بهره‌وری تخصیصی بیانگر حالتی است که در آن منابع به صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر (بنابر ارزیابی و مطلوب های خودش) نتواند در موقعیت بهتری قرار گیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند. به این شکل هرگاه موقعیتی را بتوان فرض کرد که در آن کسی مطلوبیت بیشتری کسب کند بدون آنکه از مطلوبیت افراد دیگر کاسته شود، موقعیت جدید نسبت به قبلی دارای کارایی بیشتری خواهد بود تا آنکه به نقطه‌ای منتهی شود که امکان تغییری در این جهت نباشد (نقطه مطلوبیت پارتو). بهره‌وری کالدور-هیگز راجع به حالتی است که در آن بر خلاف بهره‌وری پارتو، افزایش مطلوبیت برخی به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران باشد. این بهره‌وری به حالتی اطلاق می‌شود که در مقایسه با حالت قبل حداقل یک نفر از مطلوبیت بیشتری برخوردار شود هر چند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود، ولی میزان افزایش مطلوبیت بیش از خسارات و کاهش مطلوبیت دیگران باشد. به عبارت دیگر کارایی کالدور-هیگز حالتی است که اگر کسی که از موقعیت جدید بهره‌مند شده و مطلوبیتش افزایش یافته کاهش مطلوبیت ناشی از این تغییر به دیگران را جبران کند باز هم سود کرده باشد. البته برای تحقق این کارایی نیازی به جبران عملی وجود ندارد.^۲

به طور کلی کمتر سیاستی را می‌توان یافت که، آنچنانکه در معیار پارتو اشاره شده، باعث کاهش مطلوبیت هیچکسی نشود. معمولاً در تغییرات حقوقی بازنده و برنده‌ای وجود دارد. به این نحو در حقوق کمتر می‌توان به حصول بهره‌وری پارتو دل بست، چون معمولاً هر قاعده حقوقی که موجب افزایش مطلوبیت و بهره‌وری کسی می‌شود از طرف دیگر از مطلوبیت دیگران خواهد کاست. مشخصاً در آراء قضائی این پدیده آشکار است.^۳

1. Kaldor-Hicks

۲. تعریف بهره‌وری و دو حالت پارتو و کالدور-هیگز در معمول ادبیات اقتصادی و تحلیل اقتصادی حقوق ارائه شده است که به این بحث پرداخته‌اند. به عنوان مثال مراجعه شود به:

Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 15-17, 48; Nicholas Mercurio and Steven G. Medema, *The Jurisprudential Niche of Law and Economics*, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 03 – 20, (2003) 20 ff.;

3. Nicholas Mercurio and Steven G. Medema, *idem*, 25

سؤال اصلی راجع به کارایی آن است که در علم اقتصاد و تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال افزایش و حداکثر کردن چه چیزی هستیم و منظور از مطلوب در این مورد چیست؟ سؤال از این امر نشأت می‌گیرد که انسان‌ها و جوامع، مطلوب‌های بسیار متنوع و گاه متضاد دارند و در بسیاری موارد این مطلوب امری کاملاً شخصی است: برخی ثروت و توانایی مالی را مطلوب اصلی خود می‌دانند، برخی به دنبال کسب قدرت و مقام اجتماعی برتر هستند، برخی با آزار و اذیت دیگران ارضا می‌شوند (سادیسیم)، برخی کسب لذات دنیوی را به هر قیمت مطلوب خود می‌شمرند؛ در مقابل برخی مطلوب خود را در تعالی ارزش‌های معنوی می‌بینند، برخی برای تعالی جامعه و دیگر انسانها به راحتی از جان و مال و منافع خود می‌گذرند و مطلوب خود را در ایثار و گذشت می‌یابند. همانطور که انسان محصول ترکیب خاک پست و روح خدایی است، توجه به هر یک از این دو عنصر مطلوب-های متضادی را برای افراد رقم می‌زند.

مکتب فایده‌گرایی^۱ که به عنوان منبع الهام اقتصاد کلاسیک شناخته می‌شود در این باره پاسخ مشخصی دارد. مطابق این مکتب آنچه اهمیت دارد لذت و خوشی است. نظام اقتصادی و سیاسی باید در پی افزایش حداکثر میزان لذت (در مقابل رنج) در جامعه باشد. در آموزه‌های فایده‌گرایی تفاوتی میان لذت افراد وجود ندارد و تمامی آنها از ارزشی مساوی برخوردارند و آنچه مهم است افزایش برآیند لذت در جامعه است. از آنجا که لذت جامعه از جمع لذت‌های افراد حاصل می‌شود، افزایش لذت هر فرد موجب افزایش سطح لذت جامعه خواهد بود؛ به این نحو هر آنچه در نظر افراد مطلوب و منشاء خوشی و لذت بردن است، بدون قضاوت در مورد حق و باطل یا ارزش آن، معیار عمل است و لذا اقتصادی که بر پایه مکتب فایده‌گرایی بنا شده است باید بدون توجه به ارزش مطلوب نزد افراد در پی حداکثر کردن مطلوب افراد و کل جامعه باشد.^۲

1. Utilitarianism

۲. نوشته‌ها و نظرات بنتام به عنوان یکی از بنیانگذاران این مکتب در مورد مبانی فلسفی و اقتصادی در این باره گویا است:

Jeremy Bentham, *The Constitutional Code* (1830); John Harsanyi, *Rule Utilitarianism and Decision Theory*, 11 *ERKENNTNIS* 25-53 (1977); John Harsanyi, *Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior*, 12 *THEORY AND DECISION* 115-33 (1980);

انتقادات جدی نسبت به این معیار مطلوبیت مطرح شده است. به طور خلاصه، علاوه بر ایراد اساسی راجع به جنبه ارزشی و هنجاری این نظریه و پیامدهای خطرناک اخلاقی و اجتماعی آن به عنوان هدف اجتماعی و حقوقی، نسبت به آموزه های فایده گرایی در اقتصاد از نظر تکنیکی و قابلیت آن به عنوان معیاری علمی برای تحلیل توصیفی کارایی و استفاده از آن در جهت تعیین موقعیت کارا یا حداکثر کردن کارایی ایرادات جدی وجود دارد. در فایده گرایی مشخص نیست که رفاه و مطلوب چه کسانی مطرح است؟ چگونه می توان متوجه شد که چه امری و به چه میزان مطلوب اشخاص است؟ از آنجا که سیاست یا رفتار می تواند موجب خشنودی برخی و ناراحتی دیگران شود، چگونه می توان میزان این خشنودی و لذت را در بین افراد اندازه گرفت و با هم مقایسه کرد تا نهایتاً مشخص شود آیا این سیاست و عمل موجب افزایش یا کاهش رفاه و مطلوبیت در کل شده است؟ آیا فایده گرایی تنها در پی افزایش کل مطلوبیت و حداکثر کردن مجموع مطلوبیت است و به توزیع مطلوبیت در جامعه نظری ندارد؟^۱

در جهت رفع مشکلات ناشی از معیار فایده گرایی، معیار ثروت و ارزش پولی مطلوب در بازار به جای معیار لذت و حداکثر کردن ثروت^۲ به جای حداکثر کردن مطلوب پیشنهاد شده است. بر اساس این پیشنهاد به جای مطلوب که مفهومی مبهم و غیر قابل اندازه گیری و مقایسه بین افراد است، باید از میزان بها و پولی که افراد برای این مطلوب حاضر به پرداخت آن هستند استفاده شود. به این نحو مشکل عدم امکان مقایسه بین مطلوبیت از بین خواهد رفت و هدف حداکثر کردن کارایی به حداکثر کردن ثروت در جامعه تغییر شکل خواهد داد. پاسنر اعمال این معیار مطلوبیت را برای اعمال در زمینه حقوق و اقتصاد پیشنهاد نموده است.^۳

1. Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of Law, Ethics and Public Policy 85 (1985); Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983)

2. Wealth Maximization

3. Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of Law, Ethics and Public Policy 85 (1985); Richard A. Posner, The Economics of Justice, 1981

هر چند که این معیار از جنبه‌هایی روشن‌تر از معیار مطلوبیت به نظر می‌رسد، ولی به رغم ادعای پاسنر که اعمال آن را در تحلیل اقتصادی حقوق مناسب می‌بیند، همواره بسیاری انتقادات راجع به معیار مطلوبیت در مورد وی نیز صادق است: از جمله مشکل مقایسه بین مطلوب‌های بسیار متنوع در این مورد نیز مطرح است و تنها به واسطه تمایل به پرداخت و ارزیابی پولی مطلوب شخصی نمی‌توان از مشکل تنوع مطلوب گریخت؛ مشخص نیست به چه علت حداکثر کردن ثروت مطلوب جامعه شناخته شده است؛ به علاوه مشکل اخلاقی فایده‌گرایی در این مورد نیز همواره باقی است.^۱

با وجود انتقادات اولیه، امروزه در مباحث تحلیل اقتصادی حقوق عمدتاً بر معیار ثروت تکیه می‌شود و تحلیل آثار حقوق بر میزان کارایی در جامعه بر اساس میزان افزایش ثروت و نه مطلق مطلوبیت صورت می‌گیرد.^۲

ب- تحلیل اقتصادی توصیفی و دستوری و نقش عامل کارایی در مباحث مربوط

بحث کارایی و حداکثر کردن مطلوبیت و ثروت، هم در تحلیل توصیفی و هم دستوری حقوق و اقتصاد مطرح است. در مباحث توصیفی تحلیل اقتصادی حقوق میزان کارایی قواعد حقوقی و آراء و تصمیمات قضائی و آثاری که بر روابط افراد و نحوه عملکرد آنها دارند مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. تحلیل‌های توصیفی بدون ادعای آنکه نظام و قواعد حقوقی باید بر اساس افزایش و حداکثر کردن کارایی اقتصادی و ثروت شکل گیرد به تعیین میزان کارایی اقتصادی حقوق می‌پردازد و راه‌هایی را که می‌تواند این کارایی به واسطه کاهش هزینه‌ها یا افزایش ثروت عمومی جامعه تعالی یابد تبیین می‌کند. به این گونه تحلیل‌های توصیفی وسیله‌ای مفید در اختیار تصمیم‌گیران و سیاست‌گذاران قرار می‌دهد تا با آگاهی لازم نسبت به عواقب اقتصادی و هزینه و سود و زیان ناشی از تصمیمات خود عمل کنند و کارایی اقتصادی را در کنار دیگر بایدهایی سیاسی و اجتماعی و اخلاقی یا ایدئولوژیکی مد نظر قرار دهند.

بر این اساس تحلیل توصیفی به عنوان تحلیل علمی کمتر مورد انتقاد قرار گرفته است و اگر ملاحظه و انتقادی مطرح شده راجع به روش علمی و فرض‌های این تحلیل‌ها بوده

1. Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983);

2. Jonathan Klick & Francesco Parisi, Wealth, Utility, and the Human Dimension, NYU Journal of Law & Liberty, 600

است، ولی انتقادات اساسی نسبت به تحلیل اقتصادی حقوق راجع به جنبه دستوری است که در آن به تعیین ارزش‌ها پرداخته شده و بایدهایی برای سیاست‌های اجتماعی تعیین شده است. در واقع، مادامی که حداکثر کردن کارایی اقتصادی از طریق حداکثر کردن مطلوبیت یا ثروت در جامعه به عنوان عاملی مهم و تنها در جهت تعیین آثار سیاست‌ها، قواعد و تصمیمات معرفی می‌شود و راههای وصول به این کارایی تبیین می‌شود در مفید بودن آن تردیدی وجود ندارد، اما به محضی که حداکثر کردن سود و ثروت به عنوان بایدها و اهداف اصلی حقوق یا سیاست مطرح می‌شود، بحث وارد مرحله دیگری می‌شود و باید ارزش این ادعا با توجه به دیگر بایدهای اجتماعی و انسانی همچون عدالت، تعالی ارزش‌های معنوی انسانی و اخلاق تبیین شود و هر ادعایی در این باره عکس‌العمل‌های جدی دیگری را در پی دارد.^۱

مکتب شیکاگو که مهد تولد و رشد تحلیل اقتصادی حقوق از دهه شصت قرن بیستم میلادی بوده است در ابتدا عمدتاً به تحلیل اقتصادی حقوق از جنبه توصیفی پرداخت. در نوشته‌های پاسنر که بارزترین متفکران این مکتب محسوب می‌شود، ابعاد مختلف حقوق کامن لو آمریکا تحلیل شده و کارایی عمومی اقتصادی این سیستم و راه‌هایی که برای نیل به این کارایی قابل تصور است بر اساس معیار حداکثر کردن ثروت و مطلوبیت تبیین شد. بسیاری از دانشمندان این مکتب اعتراف داشتند که ظرفیت و توانایی اقتصاد برای ارزیابی کلی قواعد حقوقی محدود است. در واقع با توجه به وجود عوامل مختلف تصمیم‌گیری در مورد قاعده حقوقی و افزونی این بایدها از کارایی اقتصادی و افزایش ثروت در جامعه، ایشان به ضعف خود در تعیین بایدهایی برای تغییرات اجتماعی و حقوقی اعتراف داشتند و معمولاً به تحلیل توصیفی اکتفا می‌کردند.^۲

در حقوق و اقتصاد دستوری معمولاً کارایی اقتصادی به عنوان ارزش و باید، اصلی در سیاست‌های عمومی و حقوق معرفی شده و در مورد بایدهای اقتصادی و حقوقی سه

-
1. Morton J. Horwitz, Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev. 905 (1980)
 2. Jonathan Klick & Francesco Parisi, idem 593-595; see also: Ronald H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, 7 J. LEGAL STUD. 201, 207-08 (1978); Charles K. Rowley, Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories, OXFORD J. LEGAL STUD. 391, 393-95 (1981); Morton J. Horwitz, Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev. 905 (1980)

نظریه کلی توسط حامیان حقوق و اقتصاد دستوری مطرح شده است: فایده گرایی^۱، حداکثر کردن ثروت^۲ و رفاه اجتماعی^۳.

همانطور که قبلاً در مورد فایده گرایی گفته شد از دید این مکتب ارزش و هدف اصلی سیاست و حقوق افزایش لذت و خوشی در مقابل رنج است. مطلوبیت و لذت نیز امری شخصی است و می‌تواند بسته به ترجیحات افراد متفاوت باشد. حقوق و سیاست‌های عمومی نباید در مورد ترجیحات و مطلوب افراد دخالت کند و باید سازمان حقوقی و اجتماعی خود را در جهت تامین حداکثری تحقق لذت افراد در جامعه سامان دهد. به گفته بنتام هدف، تامین بیشترین خوشی برای بیشترین مردم است.^۴ قبلاً در مورد ایرادات تکنیکی این نظریه به عنوان معیار کارآیی صحبت کردیم، ولی ایراد و انتقاد عمده به این نظریه مربوط به جنبه ارزشی و هنجاری آن به عنوان هدف جامعه و نظام سیاسی و حقوقی است. در واقع، فایده‌گرایی از نظر اخلاقی منحل به نظر می‌رسد، چون مطابق این مکتب، اصالت و مطلوب جلب لذت و فایده بر اساس ترجیحات خود افراد است و نباید در مورد ارزش این مطلوب قضاوت کرد و هدف حقوق و سیاست باید حداکثر کردن میزان لذت و مطلوب در جامعه باشد. در این نظر توجهی به نوع لذت و مبنا و ماهیت آن نمی‌شود و تنها میزان آن برای حداکثر کردن مهم است. به این نحو اگر کس یا گروهی از آزار دیگران احساس لذت زیادی می‌کند، اگر لذتی که از این آزار کسب می‌شود بیشتر از اذیت و آزار و رنج قربانیان باشد با توجه به آنکه هدف و ارزش حداکثر کردن لذت در جامعه است و تایید این رویه موجب افزایش مجموع لذت در جامعه می‌شود، حقوق و سیاست باید در جهت تایید و تامین این امر گام بردارد. به این نحو اعمالی که از نظر اخلاقی پست یا خلاف عدالت محسوب می‌شوند از سوی این مکتب شایسته ترویج و تایید محسوب خواهد شد. همچنین مطابق این آموزه‌ها می‌توان برای افزایش رفاه کل جامعه، حقوق و مطلوب عده کمتری را زیر پا گذاشت. نتایج این نظریه، غیر قابل قبول و خلاف باورهای اخلاقی و انسانی و اصول عدالت است.^۵

1. Utilitarianism
2. Wealth Maximaization
3. Social Welfare
4. Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1780)
5. Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of law,

نظریه دیگر حقوق و اقتصاد دستوری، حداکثر کردن ثروت است. پاسنر نویسنده برجسته حقوق و اقتصاد که نقش تعیین کننده‌ای در شکل‌گیری و رشد تحلیل اقتصادی حقوق داشته، انتقادات جدی به نظریه فایده‌گرایی و اقتصاد مبتنی بر آن وارد کرد و حداکثر کردن ثروت را به جای حداکثر کردن لذت و مطلوب، به عنوان هدف حقوق نمایاند. بر این اساس بهایی را که افراد حاضرند برای کسب مطلوب خود یا از دست دادن آن به واحد پولی بپردازند جایگزین لذت فردی می‌شود که قابل اندازه‌گیری و مقایسه نیست می‌شود. روابط اجتماعی افراد که موضوع علم حقوق است با تبادل مطلوب‌ها و معامله بین آنها شکل می‌گیرد. هر معامله در صورتی شکل می‌گیرد که شخصی که مال یا سرویس یا مطلوبی را در اختیار دارد آن را کمتر از شخص دیگری که خواهان آن است ارزیابی کند. کسی که ارزش مطلوب نزد او بیشتر است، حاضر به خرید و پرداخت به مالک فعلی آن مطلوب می‌شود و به این نحو جریان معامله به این امر می‌انجامد که مطلوب مورد نظر در دست کسی قرار گیرد که آن را بیش از بقیه ارزیابی می‌کند و حاضر (هم از نظر میل و هم از نظر توانایی مالی) به پرداخت برای آن است. به این آیه شکل جامعه در موقعیت حداکثر ثروت و بالاترین سطح کارایی اقتصادی قرار می‌گیرد. هدف حقوق حداکثر کردن کارایی به معنای حداکثر کردن ثروت است. پاسنر و همفکران او معتقدند که این نگاه به حقوق و روابط اقتصادی و اجتماعی کاملاً منطبق بر عدالت است و از آنجا که روابط را بر اساس معامله و رضایت و خشنودی افراد توجیه می‌کند و حقوق را در این جهت شکل می‌دهد با مبانی اعتقادات لیبرالیست کانتی نیز کاملاً انطباق دارد.^۱ این نظریه به نوعی بیانگر جنبه هنجاری کارایی کالدر-هیکنز است.^۲

Ethics and Public Policy 85 (1985); Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983); Peter J. Hammond, The Economics of Justice and the criterion of Wealth Maximization, 91 yale l.j. 1500 (1982)

1. Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies 103 (1979);

2. Richard A. Posner, The Economics of Justice, 91-92; Peter J. Hammond, The Economics of Justice and the criterion of Wealth Maximization, 1406; Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 532

علیرغم روشن بودن منظور ثروت و معیار حداکثر ثروت در نوشته‌های پاسنر، او هیچگاه دلیل روشنی برای این اعتقاد بیان نکرده است که حداکثر کردن ثروت، در مقابل دیگر اهدافی همچون عدالت و انصاف، باید به عنوان هدف اصلی حقوق شمرده شود. او تنها به توجیه برتری‌های این هدف در مقابل فایده‌گرایی و سازگاری آن با برخی آموزه‌های لیبرالیسم، همچون رضایت افراد به مسیری پرداخته است که منجر به حداکثر کردن سرمایه شود، پرداخته است. در مقابل، انتقادات جدی نسبت به ارزش علمی این نظریه، هم از نظر معیار تحلیل اقتصادی و هم از جهت هدف و ارزش بودن برای حقوق مطرح شده است و حتی لحاظ حداکثر کردن ثروت به عنوان معیار تحلیل توصیفی حقوق به باد انتقاد گرفته شده است.^۱ در واقع، علاوه بر مشخص نبودن رابطه حداکثر ثروت با عدالت (که به طور معمول هدف حقوق شمرده می‌شود) و دیگر اهداف اجتماعی و سیاسی و ضعیف ارزیابی کردن بسیاری توجیحات برتری معیار ثروت نسبت به مطلوبیت در رفاه گرایی، اساساً امکان هدف قرار گرفتن ثروت به عنوان ارزشی مستقل محل سؤال است. حداکثر کردن ثروت به خودی خود مطلوب به نظر نمی‌رسد: ثروت ارزش مستقل ندارد و افراد از طریق کسب ثروت در پی تحقق مطلوب‌های دیگرند، لذا لحاظ ثروت و حداکثر کردن آن به عنوان هدف اصلی اشتباهی غیر قابل قبول است.

نهایتاً شاول و کاپلو مدعی هستند که تعالی رفاه اجتماعی باید هدف منحصر حقوق و معیار ارزیابی حقوق به حساب آید.^۲ قواعد حقوقی باید بر اساس اثر آنها بر رفاه افراد در جامعه انتخاب شوند. رفاه اجتماعی مفهومی وسیع است که تمامی آنچه مربوط به ترجیحات و ارزش‌ها و مطلوب‌های انسان‌هاست را در بر می‌گیرد و هر آنچه در این دایره

1. Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511;

۲. برای توضیح مطالب و نظرات این دو نویسنده مراجعه شود به:

LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAPELL, FAIRNESS VERSUS WELFARE (2002), A Digital draft of this book is available on web: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=224946; Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis (2004); Louis Kaplow and Steven Shavell, Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 411, 03/2003, http://papers.ssrn.com/abstract_id=391060; Steven Shavell, Economic Analysis of Welfare Economics, Morality and the Law, NBER Working Paper No. 9700 (2003), <http://www.nber.org/papers/w9700>

نگنجد از معیار رفاه اجتماعی خارج است. رفاه مورد نظر، تنها مربوط به سطح رفاه مادی افراد نمی‌شود، بلکه شامل جنبه‌ها و گرایشات معنوی همچون خدمت به دیگران، ارزش‌های اخلاقی و غیر مادی نیز می‌شود. در این رویکرد، بر خلاف رویه عمومی در نظریه حداکثر کردن ثروت یا کارایی اقتصادی، هر آنچه مربوط به زندگی مطلوب انسانی است باید مد نظر قرار گیرد. به این نحو دامنه تحلیل اقتصادی به زمینه‌های راجع به افزایش ثروت یا کارایی اقتصادی (به معنای شایع مادی) خلاصه نمی‌شود و تمامی زمینه‌های حقوق و روابط اجتماعی، همچون روابط خانوادگی، حقوق اساسی و محیط زیست نیز در دامنه تحلیل اقتصادی حقوق و رویکرد دستوری آن قرار می‌گیرد.

مطابق این نظر، حتی مفاهیمی همچون عدالت و انصاف نیز نباید هدف حقوق منظور شود زیرا چنین گرایشاتی از عناصر تعالی رفاه افراد است در معیار کلی تعالی رفاه اجتماعی لحاظ شده است و در کنار دیگر عناصر رفاه به آن توجه می‌شود و بنابراین نیازی به تخصیص جایگاه و ارزش مستقلی در مقابل معیار تعالی رفاه اجتماعی وجود ندارد. معمولاً تضادی بین حقوق مبتنی بر ملاحظه عدالت و رفاه اجتماعی به وجود نمی‌آید؛ آنچه راه حل حقوقی به سوی تعالی رفاه اجتماعی افراد می‌گردد همان است که قاعده عادلانه نیز محسوب می‌شود. اما در مواقعی که اقتضای عدالت با قاعده ناشی از تعالی رفاه اجتماعی در تضاد باشد، باید ملاحظات عدالت کنار گذاشته شود چون بنابر فرض، عدالت موجب کاهش خوشبختی و رفاه افراد در جامعه می‌شود. مشخصاً عدالت اصلاحی^۱ و عدالت جزایی^۲ به نحوه عمل افراد نظر دارد (مثل عنصر خطا در مسئولیت مدنی) نه به آثار قواعد بر رفاه و زندگی مطلوب افراد (مثل تاثیر مجازات در میزان کاهش ایراد خسارت)؛ پس در صورت تعارض این برداشت از عدالت با رفاه، باید این ملاحظات کنار گذاشته شود. ایرادات جدی نسبت به ارزش و اصالت این نظریه مطرح شده است. به رغم ظاهر زیبا و منطقی این نظریه، مبنای تحلیل که مبتنی بر استقلال و روشن بودن ملاک و دامنه رفاه اجتماعی، اشتباه است. در واقع، تنها در موردی که تصمیمی به نفع تمامی افراد جامعه باشد و موجب افزایش رفاه همگی شود، مشکلی برای اعمال این نظر به وجود نمی‌آید، ولی در معمول موارد که حقوق یا سیاستی در جهت منافع برخی و زیان دیگران است، باید بر اساس ملاک و مدلی از رفاه اجتماعی تعیین شود که کدامین منفعت یا زیان مرجح است.

1. Corrective Justice
2. Retributive Justice

بر خلاف نظر شاول و کاپلو الگوی واحدی در مورد رفاه اجتماعی و باید‌ها وجود ندارد، بنابراین باید به دنبال ملاکی بود تا بتوان از بین مدل‌های مختلف انتخاب کرد که بر فلسفه‌ها و نگرش‌های متفاوت به انسان و جامعه شکل گرفته است. مشخصاً برای این انتخاب و تعیین مدل و استاندارد رفاه اجتماعی نمی‌توان به خود مفهوم رفاه اجتماعی اکتفا کرد و باید از رویکردهای دیگر برای این امر استفاده نمود.^۱

برای حل این مشکل کپلو و شاول تصریح کرده‌اند که ملاک رفاه مورد نظر ایشان، مکتب فایده‌گرایی است که در آن رفاه جامعه، مجموع ترجیحات و مطلوب تک افراد است، این امر انتقادات درباره معیار کارایی در فایده‌گرایی و مشخصاً مشکل تعریف و اندازه‌گیری ترجیحات و مطلوب را متوجه این نظر می‌کند.^۲

علاوه بر این، تکیه این نظریه بر مکتب فایده‌گرایی و ترویج این معیار به عنوان معیار ارزیابی و هدف منحصر در حقوق که دعوتی به بازگشت به نظریه فایده‌گرایی است، خلاف آموزه‌های دینی و اخلاقی اعلام شده و مورد انتقادات جدی قرار گرفته است.^۳

انتقاد دیگری که کم و بیش نسبت به تمامی گرایش‌های دستوری حقوق و اقتصاد شده، عدم توجه به نقش توزیع ثروت در حقوق است. توجه منحصر به برآیند و مجموع ثروت و مطلوب کل جامعه به عنوان هدف حقوق و اقتصاد سبب شده است تا توجهی به نحوه توزیع ثروت و مطلوب نشود. این درحالی است که هر قاعده حقوقی تأثیر عمده‌ای در شیوه توزیع ثروت دارد و حقوق باید با عنایت به آثار عدالت توزیعی شکل گیرد.^۴

1. Daniel A. Farber, What (If Anything) Can Economics Say About Equity?: A Review of Louis Kaplow and Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 101 *Michigan L. Rev.* 1793, 1801-1808 (2003)
2. Daniel A. Farber, *idem*, 1793, 1808-1813
3. Mark A. Sargen, UTILITY, THE GOOD AND CIVIC HAPPINESS: A CATHOLIC CRITIQUE OF LAW AND ECONOMICS, 44 *J. Catholic Legal Stud.* 35 (2005)
4. Guido Calabresi, First party, third party, and product liability systems: Can economic Analysis of Law tell us anything about them? 69 *Iowa L. Rev.* 833 (1984); Guido Calabresi, The pointlessness of Pareto: Carrying Coase further, 100 *Yale L.J.* 1227-28 (1991); Richard S. Markovits, Legal analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency, 8 *Hofstra L. Rev.* 811 (1980); Richard S. Markovits, Legal analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency: A response to Professor Posner's reply, 11 *Hofstra L. Rev.* 667 (1983); Chris Sanchirico, Deconstructing the New Efficiency Rationale, 86 *CORNELL L. REV.* 1005 (2001)

در مقابل این ایراد، کیلو و شاول اظهار داشته‌اند که در حقوق خصوصی نمی‌توان حقوق و تصمیمات را بر اساس توزیع ثروت و عدالت توزیعی بنا نمود و وظیفه تامین عدالت توزیعی را باید به نظام مالیاتی سپرد^۱. ولی این پاسخ نیز از سوی نویسندگان به چالش کشیده شده و انتقادات جدی نسبت به ابهاماتی وارد آمده که در این نظر نسبت به نقش عدالت توزیعی و حقوق و تأثیر نظام مالیاتی در نحوه تقسیم ثروت و مشکلات عملی ناشی از آن، شده است^۲.

ج - راهی میانه برای نقش کارایی اقتصادی در مباحث حقوقی و تعدیل هدف حقوق و اقتصاد

ادعای آنکه کارایی اقتصادی باید به عنوان هدف منحصراً غالب در حقوق لحاظ شود، توجیه نظری و عملی قابل قبولی ندارد و عملاً به نتایج مناسب و مطلوب منتهی نمی‌شود. تلاش‌هایی که در این راستا صورت گرفته، پذیرش عام و گسترده‌ای نزد صاحب‌نظران و سیاستگذاران و قانونگذاران نیافته است. جالب آنکه بسیاری از انتقادات به این نظرات از سوی خود متخصصان حقوق و اقتصاد صورت گرفته است.

ولی توجه به کارایی به عنوان یک مطلوب و هدف در حقوق مورد توجه بوده و از مقبولیت کلی برخوردار است. مفید بودن تحلیل اقتصادی حقوق به هیچ وجه موکول به پذیرش ادعاهای گراف نیست. بهتر آن است که بحث از این که آیا حقوق باید عمدتاً مبتنی بر کارایی اقتصادی باشد یا بر عدالت و انصاف، کنار گذاشته شود و پذیرفت که در این باره وحدت نظر وجود ندارد. حقوق می‌تواند در عین حال در خدمت دو امر باشد: به نحوی کارا از منابع استفاده کند و در خدمت تأمین عدالت در جامعه باشد. لزوماً هیچ تضادی بین این دو عملکرد و هدف وجود ندارد و خوشبختانه در غالب موارد این دو با هم هماهنگی دارند و آنچه راه حل کارآمد اقتصادی است در عین حال با عدالت نیز انطباق دارد. البته ادعایی در مورد هماهنگی مطلق و انطباق همیشگی این دو مطلوب نیست: در مواردی این دو ارزش با هم تضاد می‌یابند و قاعده و تصمیم متفاوتی را طلب می‌کنند. در این مواقع تحلیل اقتصادی حقوق با روشن کردن راه کارایی اقتصادی و

1. Louis Kaplow & Steven Shavell, Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, 23 J. Legal Stud. 667 (1994)

2. Daniel A. Farber, What (If Anything) Can Economics Say About Equity? 1813-16

پیامدهای راه حل های دیگر، خدمت بسزایی به تصمیم گیران و سیاستگذاران می کند و این بر عهده ایشان است تا راه حلی را که اتخاذ کنند با توجه به دیگر بایدها و اعتقادات حاکم بر جامعه و سیاست های عمومی، شایسته به نظر می رسد. به این نحو به بسیاری از بحث های هنجاری حقوق و اقتصاد و تعیین رابطه و جایگاه کارآیی اقتصادی در مقایسه با دیگر بایدهای مبتنی بر عدالت یا اخلاق و باورها نیازی نیست و تعیین این رابطه و جایگاه به دیگر معارف بشری و سیاست محول می شود.

بر پایه همین نگرش بسیاری از برجستگان حقوق و اقتصاد و اقتصاددانان نظر مثبتی به تحلیل اقتصادی دستوری ندارند و معتقدند که در تحلیل اقتصادی حقوق نمی توان ادعای باید کرد و مدعی تعیین خوب و بد شد، بلکه در این زمینه بدون قضاوت ارزشی می توان از راه های کارآمد و غیر کارآمد سخن گفت و بر همین اساس آثار سیاست ها و قواعد و عملکردها را پیش بینی یا ارزیابی کرد.^۱

البته نمی توان انکار کرد که تمامی تحلیل های اقتصادی حقوق متکی بر رویکردی هنجاری و ارزشی است. در واقع، در تحلیل توصیفی اقتصاد و حقوق، حقوق بر اساس میزان کارآیی اقتصادی آن و تاثیر بر افزایش ثروت بررسی می شود. این تحلیل گران مشخصاً در پس ذهن خود کارآیی اقتصادی را به عنوان ارزش و بایدهی برای حقوق در نظر گرفته اند. علاوه بر این عبور از جنبه توصیفی به دستوری آن چنان مشکل نیست: رد یا قبول مطلوبیت سیاست عمومی (از جمله قاعده و تصمیم حقوقی) لزوماً متضمن قضاوت ارزشی در مورد باید یا نباید است. کارآیی اقتصادی به معنای تحلیل اقتصادی توصیفی، متفاوت از بحث از کارا بودن یا نبودن است. عبور از بحث توصیفی به ارزشی و هنجاری تنها نیازمند گامی است: این که کارآیی اقتصادی برای جامعه امری مطلوب و بایسته است. برداشتن این گام به راحتی صورت می گیرد و برای اکثر تحلیل گران اقتصادی این تصور امری قابل قبول است.^۲

به هر حال حتی اکتفا به تحلیل توصیفی حقوق و اقتصاد موجب تغییرات عمده ای در نگرش به منطق و جایگاه حقوق می شود. در واقع، اعمال منطق اقتصادی در تحلیل

1. Thomas S. Ulen, Law and Economics: Settled issues and open questions, in Law and Economics edited by Nicholas Mercuro, 210, 223 (1989); David D. Friedman, Price Theory: An Intermediate Text, (1990), Ch. Economic Efficiency
2. Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, The Jurisprudential Niche of Law and Economics, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 03 – 20, p. 44 (2003); Steven N.S. Cheung, The Myth of Social Cost. Cato Paper no. 16. San Francisco: Cato Institute, p. 3 (1980)

توصیفی حقوق، فکر و نگرش و زبان حقوقی را به نوعی دیگر شکل می‌دهد و آنچه را که در نگاه به حقوق به دنبال آن هستیم و می‌بینیم تغییر می‌دهد. تحلیل کارایی در حقوق به نگاه حقوقی چارچوب خاصی می‌دهد و از این راه موجب تغییر در اهداف حقوق می‌شود.^۱ چگونه می‌توان تصور کرد کسی که مرتباً با تحلیل کارایی اقتصادی و دقایق نگاه آن به موضوعات کار کند و اعتقاد نداشته باشد که کارایی ارزش و هدف برای حقوق است؟ از این نگاه تحلیل توصیفی همچون پلی است که کارایی اقتصادی به عنوان ارزش و هدف به حقوق وارد شود.

حتی در تحلیل توصیفی حقوق و اقتصاد، در مورد ملاک کارایی، وحدت نظری وجود ندارد، اما با وجود ابهامات در ملاک کارایی اقتصادی و اختلاف در تعیین ترجیحات و مطلوب های انسانی در زمینه‌هایی از روابط حقوقی مانند حقوق قراردادها یا حقوق مسئولیت مدنی و روابط تجاری که هدف در آنها جلب سود و گریز از زیان مالی است، اعمال ملاک کارایی اقتصادی و افزایش ثروت با مشکل کمتری مواجه است. در این موارد تحلیل اقتصادی و تعیین و ارزیابی کارایی اقتصادی حقوق، راهنمایی بسیار مفید برای فهم روابط حقوقی و ترسیم حقوق مناسب خواهد بود و حتی منتقدین حقوق و اقتصاد در مفید و مناسب بودن آن کمتر تردید کرده‌اند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

Donald A. I. Schön, Generative Metaphor: A Perspective on Problem-Setting in Social Policy. In *Metaphor and Thought*, edited by Andrew Ortony, 254-283. Cambridge: Cambridge University Press, 1979; Johnston, Jason Scott, Law, Economics, and Post-Realist Explanation, 24 *Law & Society Review* 1217 (1990)

References:

- Altman, idem, p. 208; KARL LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH 73-76 (Oceana Edition 1960)
- American Law Institute
- Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 VA. L. REV. 451, 458 (1974); Korobkin & Ulen, idem, 1061-1062
- Bodenheimer, idem. 121; Mercurio, & Medema, idem, 14; Benjamin N. Cardoza, *The nature of the judicial process*, <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNat.html>
- Bodenheimer, idem, 121
- Bodenheimer, idem, 12-21
- Case study books
- Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903, 914 (1996); Robert Cooter, Normative Failure Theory of Law, 82 CORNELL L. REV. 947, 954 (1997); Robert C. Ellickson, Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County, 38 STAN. L. REV. 623 (1986). Robert c. Ellickson, Order without law: how neighbors settle disputes (1991); Robert C. Ellickson, Law and Economics Discovers Social Norms, 27 J. LEGAL STUD. 537, 539-40 (1998)
- Corrective Justice
- Daniel A. Farber, *What (If Anything) Can Economics Say About Equity?* 1813-16
- David Laibson & Richard Zeckhauser, *Amos Tversky and the Ascent of Behavioral Economics*, 16 J. RISK & UNCERTAINTY 7 (1998)
- Daniel A. Farber, *What (If Anything) Can Economics Say About Equity?: A Review of Louis Kaplow and Steven Shavell, Fairness Versus Welfare*, 101 Michigan L. Rev. 1793, 1801-1808 (2003)
- Daniel A. Farber, *WHAT (IF ANYTHING) CAN ECONOMICS SAY ABOUT EQUITY?* 101 Michigan. L. Rev. 1793; Korobkin & Ulen, idem, 1127
- Donald C. Langevoort, *Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, 51 VAND. L. REV. 1500 (1998); Theodore J. St. Antoine, *How the Wagner Act Came to Be: A Prospectus*, 96 MICH. L. REV. 2201, 2208 (1998); Jennifer Arlen, idem, 1768
- Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 BUFFALO L. REV. 211, 328-32 (1979); Singer, idem.
- Duxbury, idem, 217; Bodenheimer, idem, 121
- Duxbury, idem, 10, 32-64
- Duxbury, idem, 79 ff.; Thomas S. Ulen, *The unexpected guest: law & economics, law & other cognate disciplines, & the future of legal scholarship*, in Symposium: Law and Economics and Legal Scholarship, 79 Chicago - Kent law Rev. 2004, ff.; Richard A. POSNER, The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987, 100 Harvard Law Rev., 1987.

- Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*. Rev. ed. Cambridge, Mass. Harvard Un. Press, 12-21 (1974); Mercurio & Medema, idem, 14
- Duxbury, idem, p. 301 ff.; Edmund W. Kitch, *The intellectual foundations of Law and Economics*, 33 J. Legal Education 184 (1983); Donald H. Gjerdingen, The Politics of the Coase Theorem and its relationship to Modern Legal Theory, 35 Buffalo Law Rev. 871 (1986); Jeffery G. Murphy & Jules L. Coleman, Philosophy of Law: an introduction to Jurisprudence (1990)
- Duxbury, idem, 302-304; Singer, idem, 522-528; Arthur Leff, *Economic Analysis of the Law: Some Realism About Nominalism*, 60 VA. L. REV. 451 (1974); Gary Peller, The Politics of Reconstruction, 98 Harvard L. Rev. 871-73 (1985)
- Edward White, From Realism to Critical Legal Studies: *A truncated intellectual history*, 40 Southwestern Law J., 819 (1986)
- Friedman, idem, 535; Nicholas Mercurio and Steven G. Medema, idem, 14
- Friedman, idem, 591; Mercurio & Medema, idem, 29
- G. Katona, *Psychological Economics*, 1975, R. Markin, Consumer behavior: A cognitive orientation, 1974.
- George Loewenstein et al, Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining, 22 J. LEGAL STUD. 151-152 (1993); Linda Babcock et al., *Biased Judgments of Fairness in Bargaining*, 85 AM. ECON. REV. 1340 (1995)
- Guido Calabresi, First party, third party, and product liability systems: Can economic Analysis of Law tell us anything about them? 69 Iowa L. Rev. 833 (1984); Guido Calabresi, The pointlessness of Pareto: Carrying Coase further, 100 Yale L.J. 1227-28 (1991); Richard S. Markovits, Legal analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency, 8 Hofstra L. Rev. 811 (1980); Richard S. Markovits, Legal analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency: A response to Professor Posner's reply, 11 Hofstra L. Rev. 667 (1983); Chris Sanchirico, Deconstructing the New Efficiency Rationale, 86 CORNELL L. REV. 1005 (2001)
- g., Gregory S. Crespi, Does the Chicago School Need to Expand Its Curriculum?, 22 L. & SOC. INQUIRY, 167 (1997); Richard A. Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 50 STAN. L. REV. 1559-60 (1998); Jennifer Arlen, COMMENT: THE FUTURE OF BEHAVIORAL ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, as: 51 Vanderbilt Law Rev. 1767-68 (1998)
- Howard A. Latin, Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability, 73 California Law Rev. 677 (1985)
- ¹ Paul Samuelson, Economics, 3 New York (1976)
- Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780)
- Jonathan Klick & Francesco Parisi, Wealth, Utility, and the Human Dimension, NYU Journal of Law & Liberty, 600
- Jonathan Klick & Francesco Parisi, idem 593-595; see also: Ronald H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, 7 J. LEGAL STUD. 201, 207-08 (1978);

- Charles K. Rowley, Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories, 1 OXFORD J. LEGAL STUD. 391, 393-95 (1981); Morton J. Horwitz, Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev. 905 (1980)
- Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511;
 - Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983);
 - Karl Llewellyn, *The Constitution as an Institution*, 34 Columbia Law Rev. 7 (1934); Edward Rubin, The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the
 - KARL LLEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS* 19-61, 121-32, 178-219 (1960)
 - Korobkin & Ulen, idem, 1135 ff.; Daniel Kahneman, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986); Steven Lubet, Notes on the Bedouin Horse Trade or "Why Won't the Market Clear, Daddy?" 74 TEX. L. REV. 1039, 1039-42 (1996); Colin Camerer & Richard H. Thaler, Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners, 9 J. ECON. PERSP. 209, 213-14 (1995).
 - Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*. New York: Simon and Schuster, 535 ff. (1973)
 - Legal Realism
 - Legal formalism
 - Llewellyn (1925), Litchman (1927), and Holdsworth (1927- 1928
 - Louis Kaplow & Steven Shavell, Fairness versus Welfare, Cambridge: Harvard University Press. 2002 (Internet version:)
 - ;Chris Sanchirico, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=224946
 - Deconstructing the New Efficiency rationale, 86 Cornell L. Rev. 1005 (2001)
 - Louis Kaplow & Steven Shavell, Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, 23 J. Legal Stud. 667 (1994)
 - Lynn A. Baker & Robert E. Emery, When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, 17 LAW & HUM. BEHAV. 439 (1993)
 - Lynn A. Stout, social norms and other-regarding preferences, UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series Research Paper No. 06-05 (2006)
 - Mark A. Sargen, UTILITY, *THE GOOD AND CIVIC HAPPINESS: A CATHOLIC CRITIQUE OF LAW AND ECONOMICS*, 44 J. Catholic Legal Stud. 35 (2005)
 - Microanalysis of Institutions." 109 Harvard Law Rev. 1395 (1996); Mercuru & - Medema, idem, 16
 - Mercuru & Medema, idem, 14; Lloyd Hampstead & M.D.A. Freeman. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. London, Stevens Carswell, 564 (1985)
 - Mercuru & Medema, idem, 16; Edward White, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and the Social Change in Early Twentieth Century America,

- Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 10 ff. (1995); Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1940*, Cambridge, Mass, Harvard Un. Press, 2 ff. (1977);
- Morton J. Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics*, 8 Hofstra Law Rev. 905 (1980)
- Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, *The Jurisprudential Niche of Law and Economics*, 2 (as a part of book: *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond*), <http://ssrn.com/abstract=889641>
- Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, *idem*, p. 12; Hayman, Levit, and Delgado, 2002.
- Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, *idem*, 25
- Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, *The Jurisprudential Niche of Law and Economics*, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 03 – 20, p. 44 (2003); Steven N.S. Cheung, *The Myth of Social Cost*. Cato Paper no. 16. San Francisco: Cato Institute, (1980)
- Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Rev. 1987, 457
- Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*. Boston, Little Brown, 1 (1923); Robert Hayman, Nancy Levit & Richard Delgado. *Jurisprudence, Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism*. 2d ed. St. Paul, Minn. West Group, 159 (2002)
- Posner, *idem*, p. 762
- Posner, *Idem*, pp. 778-79; Richard Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. LAW AND ECON. 1, 2 (1960) (arguing that the benefits of legal rules must be judged by their impact on all affected activities); Pierre Schlag, *An Appreciative Comment on Coase's The Problem of Social Cost: A View from the Left*, 1986 WIS. L. REV. 919, 944
- Pragmatic movement in Law
- Rational Choice Theory
- R. Bettman et al., *Constructive Consumer Choice Processes*, 25 J. CONSUMER RES. 187, 189 (1998); Korobkin & Ulen, *idem*, 1078
- Retributive Justice- Corrective Justice
- Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 15 ff. (1990); Nicholas Mercuro and Steven G. Medema, *idem*, 11; Neil Duxbury, *idem*, 11 ff.
- Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 HARV. L. REV.
- Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 Harvard Law Rev. 762 (1987); Bodenheimer, *idem*,
- Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, 91-92; Peter J. Hammond, *The Economics of Justice and the criterion of Wealth Maximization*, 1406; Jules L. Coleman, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, 8 Hofstra Law Rev. 532
- Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, *Wealth Maximization Revisited*, 2 J. of law,

- Ethics and Public Policy 85 (1985); Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983)
- Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of law, Ethics and Public Policy 85 (1985); Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev. 511; Richard Schmalbeck, The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. 496-498 (1983); Peter J. Hammond, *The Economics of Justice and the criterion of Wealth Maximization*, 91 yale l.j. 1500 (1982)
 - Richard A. Posner, Utilitarianism, *Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Studies 103 (1979);
 - Richard A. Posner, Are We One Self or Multiple Selves?: *Implications for Law and Public Policy*, 3 LEGAL THEORY 23, 24 (1997)
 - Richard A. Posner, Utilitarianism, *Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Studies 103 (1979); Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of law, Ethics and Public Policy 85 (1985); Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, 1981
 - Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 4th ed. 3-4 (2003); Thomas Ulen, Cognitive Imperfections and the Economic Analysis of law, 12 Hamline Law Rev. 388 (1989)
 - Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 4th ed. 3-7 (2003); Robert Cooter, Expressive Law and Economics, J. Legal Studies, 585 (1998); Robert Cooter, Law and Prices: How Economics contributed to Law by misunderstanding Morality, 35 (1994)
 - ROBERT NOZICK, The nature of rationality 64-106 (1993); Martha C. Nussbaum, Flawed Foundations: *The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics*, 64 U. CHI. L. REV. 1197 (1997)
 - Duxbury, idem, 1-7 - Robert Gordon, Legal Thought and Legal Practice in the Age of American Enterprise, 1870-1920, in Professions and professional ideologies in america 70; Karl Llewellyn, *The common law tradition: deciding appeals*, (1960), pp. 62-72; Zipporah Batschaw Wiseman, The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, 100 HARV. Law Rev. 492-503 (1987); Joseph William Singer, Legal realism now, 76 California Law Rev. 496 (1988)
 - Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*. London: Butterworths, 25 ff. (1989); Mercurio & Medema, idem, 12
 - Roger Cotterrell, idem, 27
 - William W. Fisher, Morton J. Horwitz, and Thomas A. Reed, American - Realism, p. vii (1993)
 - Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *Jornal of Law & Economics* (1960)

- Samuels (1993) and Duxbury 1995, chapter 2, pp. - Zipporah Batshaw Wiseman, -
- Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics*,
 - Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics*, 88 California Law Rev. 1074-75 (2000); Richard A. Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 50 STAN. L. Rev. 1567 (1998)
 - Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics*, California Law Review, no. 88, 2000, 1051 ff.; Jeanne L. Schroeder, Economic Rationality in Law and Economics Scholarship, Cardozo Law School, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, Working Paper 021, 2000;
 - Donald A. - Schön, Generative Metaphor: A Perspective on Problem-Setting in *Social Policy*. In Metaphor and Thought, edited by Andrew Ortony, 254-283. Cambridge: Cambridge University Press, 1979; Johnston, Jason Scott, Law, Economics, and Post-Realist Explanation, 24 Law & Society Review 1217 (1990)
 - See Andrew Altman, Legal Realism, *Critical Legal Studies, and Dworkin*, 15 PHIL. & PUB. AFF. 205, 208-09 (1986)
 - Steven G. Medema, Wandering the Road from Pluralism to Posner: *The Transformation of Law and Economics in the Twentieth Century*, 204-217, in History of Political Economy, Annual Supp. To V. 30, From Interwar Pluralism to Postwar Neoclassicism (1998)
 - “The life of the law has not been logic; it has been experience”, Holmes, *The Common law*, p.1; Benjamin N. Cardozo, The nature of the judicial process, p. 33 58 Virginia Law Re. 1004-5
 - True science of Law: Ref. to Duxbury, idem
 - The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, *100 Harvard Law Rev.* 465, 503 (1987)
 - Thomas Ulen, The unexpected guest: *law & economics, law & other cognate disciplines, & the future of legal scholarship*, p. 424, note 58
 - Thomas S. Ulen, Law and Economics: Settled issues and open questions, in Law and Economics edited by Nicholas Mercuro, 210, 223 (1989); David D. Friedman, Price Theory: An Intermediate Text, (1990), Ch. Economic Efficiency
 - Thomas S. Ulen, RATIONAL CHOICE THEORY IN LAW AND ECONOMICS, Encyclopedia of Law and Economics, art. 0710, p. 797 (1999); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic structure of Tort Law*, (1987)
 - Wealth Maximization