

درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق

دکتر کوروش کاویانی*
Archive of SID

چکیده

«حقوق و اقتصاد» یا «تحلیل اقتصادی حقوق» نامی است که بر شیوه نوینی از تحقیق برای دستیابی به قوانین مطلوب نهاده‌اند. به زعم پیروان این روش، واکنش انسان منطقی در برابر قانون، تغییر رفتار با هدف جلب حداکثر منفعت است و نه اطاعت بی‌چون و چرا از آن. بنابراین با کمی کردن سود و زیان ناشی از این واکنش‌ها می‌توان قواعدی را به عنوان قواعد برتر و مطلوب برگزید که مجموعاً بیشترین سود و کمترین زیان را به بار آورند. این شیوه نباید به هیچ وجه انقلابی در روش تحقیق در حقوق به شمار آید اما ممکن است به‌عنوان کوششی در مسیر سنجش دقیق‌تر آثار هر قاعده حقوقی در خور تأمل باشد. به علاوه نباید از نظر دور داشت که تمیز سود از زیان و کمی نمودن آن دو، تنها در پرتو قواعدی کلی میسر است که تحلیل اقتصادی حقوق از ارزیابی و اثبات مطلوبیت آنها ناتوان به نظر می‌رسد. بنابراین توجه به محدودیت‌های این روش نیز دارای اهمیت است.

واژگان کلیدی: حقوق و اقتصاد، تحلیل اقتصادی حقوق

پذیرش دانشجویان برای رشته‌ی جدید «حقوق اقتصادی» در مقطع کارشناسی ارشد برای اولین بار در ایران توسط دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی از سال تحصیلی ۱۳۸۳ - ۱۳۸۴ آغاز شد. هدف این رشته ارائه مجموعه‌ای کاربردی از دروس حقوقی مرتبط با نیاز بنگاه‌های اقتصادی، صرف‌نظر از تقسیم‌بندی رایج حقوق به چهار گرایش خصوصی، عمومی، کیفری و بین‌المللی است. بنابراین نو بودن رشته‌ی حقوق اقتصادی بیش از آنکه به متفاوت بودن محتوی علمی آن مرتبط باشد به ارائه ترکیب جدیدی از دروس حقوقی مربوط می‌شود. معذک طراحان این رشته^۱ گنجاندن درس کاملاً جدید «تحلیل اقتصادی حقوق»^۲ را در کنار دروس رایج، خالی از فایده ندانسته‌اند و آن را عاملی برای ایجاد پویایی و خلاقیت بیشتر دانشجویان تلقی کرده‌اند.

به هیچ وجه نمی‌توان مدعی شد که حقوقدانان ایرانی هیچگاه از منظر اقتصاد قواعد حقوقی را مورد ارزیابی و اصلاح و تفسیر قرار نداده‌اند، اما تردیدی نیست که تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان درسی مشتمل بر مجموعه‌ای منظم از مطالب، کاملاً جدید است. از این رو تصمیم گرفته شد که بعضی از اعضاء هیئت علمی، مطالعه‌ی این رشته را عهده دار شوند. در این میان، من هم توفیق یافتم که از مامورین انجام این وظیفه باشم. با آغاز مطالعه به زودی دریافتم «تحلیل اقتصادی حقوق» و یا «حقوق و اقتصاد»^۳ به رغم تصور اولیه، وسعت بسیار زیادی یافته است. پیدایش مکاتب مختلف در تحلیل اقتصادی حقوق به تنهایی برای اثبات گستردگی این رشته کافی است. بنابراین در مواجهه با این وسعت ناگزیر شدم با تمرکز بیشتر بر ادبیاتی که در زادگاه

۱. آقای دکتر ایرج بابائی با مشورت آقایان دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی و دکتر مجتهد طرح رشته حقوق اقتصادی را تدوین نموده‌اند.

۲. این درس سه واحدی در آمریکا و بعضی کشورهای اروپائی عنوان یک دوره کارشناسی ارشد است. برای ملاحظه ریز دروس این رشته به عنوان نمونه رجوع شود به سایت دانشگاه بولونیای ایتالیا به نشانی:

www.unibo.it

۳. دو اصطلاح Economic Analysis of law and Economics, law and Economics مترادف با یکدیگر به کار می‌روند. شایسته ذکر آنست که law and Economics رواج بیشتری یافته است. معذک تصور می‌کنم اصطلاح اخیر خیلی کلی است و آنچه را که متبادر به ذهن می‌کند بسیار گسترده‌تر از وسعت واقعی این رشته است. اصطلاح «تحلیل اقتصادی حقوق» به واقعیت امر نزدیکتر است و معنی روشن‌تری دارد.

این رشته یعنی آمریکا^۱ به وجود آمده، دامنه‌ی مطالعه را محدود کنم، **Archive of SID** چند که تحقیق درباره‌ی دیدگاه دیگر نظام‌های حقوقی و چگونگی بر خورد آنان با این پدیده کاملاً جالب توجه و در خور بررسی است.

دیگر نکته لازم به ذکر آنکه، سابقه‌ی علوم انسانی جدید، نظیر: اقتصاد، روانشناسی، علوم سیاسی و نظایر آن در کشور ما حاکی از آن است که این علوم غالباً بدون نگاه انتقادی و بی تأثیر پذیری از مبانی فرهنگی و اعتقادی ما، همانگونه که در زادگاهشان تولید شده‌اند به دانشگاه‌های ما راه یافته و تدریس شده‌اند.

در این مقاله کوشیده‌ام به سهم خود از تکرار این امر جلوگیری کنم، ابتدا دربابم که اساساً این رشته قابلیت پیوند با حقوق ایران را دارد یا نه و در صورت وجود این قابلیت اصلاحات لازم در روش‌ها و گستره‌ی کاربرد آن کدامند.

۱. تعریف

هدف از تعریف تحلیل اقتصادی حقوق دستیابی به شناختی اجمالی از موضوع، هدف و فایده‌ی این رشته‌ی جدید است. به این منظور ابتدا چند تعریف ارائه شده در کتاب‌ها و مقالات را نقل می‌کنم، آنگاه به نقد آن‌ها پرداخته و در نهایت تعریف پیشنهادی خود را عرضه می‌کنم.

۱.۱. نقل تعاریف

۱-۱-۱- مثال‌های روبرت کوتر و توماس اولن

روبرت کوتر^۲ و توماس اولن^۳ در کتاب حقوق و اقتصاد ترجیح داده‌اند که به جای ارائه تعریفی از این رشته با ذکر سه مثال به معرفی آن بپردازند. (کوتر و اولن، حقوق و اقتصاد، ص ۱ به بعد) من نیز ترجیح می‌دهم برای آشنایی ساده‌تر خواننده با موضوع حقوق و اقتصاد یا تحلیل اقتصادی حقوق، همین مثال‌ها را ذکر کنم، هر چند بعداً به نقل بعضی تعاریف نیز می‌پردازم.

مثال اول: شرکتی نفتی طی قرار دادی تعهد می‌کند تا در تاریخ معینی به تولیدکننده‌ای

۱. اساس و بنیان این رشته در اروپا شکل گرفته است اما صورت جدید و امروزی آن در آمریکا پدید آمده و دارای سابقه‌ای لااقل سی ساله است. جهت مطالعه تفصیلی راجع به تحلیل اقتصادی حقوق رجوع شود به: ایجان مک کی، تاریخ حقوق و اقتصاد، دائرة المعارف حقوق و اقتصاد، جلد ۱، ص ۶۵

اروپایی نفت تحویل دهد. وقوع جنگ مانع اجرای تعهد می شود و *Archives SID* اروپایی دعوائی به خواسته عدم النفع ناشی از نقض قرارداد طرح می کند. قرار داد راه حل این مسئله را پیش بینی ننموده است و دادگاه باید تصمیم بگیرد که دعوی را به دلیل تعذر اجرای قرار داد رد یا خواننده را به دلیل نقض عهد، محکوم به تأدیه عدم النفع کند.

تحلیل گران اقتصادی حقوق در پاسخ به این مسئله راه حل سستی را رها کرده و از طریق تحلیل اقتصادی به این نتیجه می رسند که پاسخی کاملاً برعکس آنچه تصور می شود (خصوصاً برای خوانندگان مأنوس با حقوق ایران) مناسب تر و به تعبیری جسورانه، عادلانه تر برای حل مشکل بدهند.

توجه داشته باشیم که در نظام کامن لا، قضات سهم زیادتری در ایجاد حقوق دارند، بنابراین توقع رها کردن راه حل سستی توسط قاضی نه تنها در حقوق ایران، بلکه اساساً در نظام حقوقی مکتوب توقعی بی مورد است. چنانچه ما را راه حل ارائه شده را بپذیریم، باید از قانونگذار توقع تغییر و اصلاح قانون را داشته باشیم.

و اینک تحلیل اقتصادی ارائه شده برای حل مسئله:

نویسندگان کتاب معتقدند این واقعیت اهمیتی ندارد که عدم اجرای تعهد خارج از اراده‌ی متعهد بوده است. از دیدگاه اقتصادی آنچه منطقی می نماید تحقق هدف کارآئی^۱ یعنی تخصیص منابع محدود برای پاسخ به خواسته‌های نامحدود به بهترین وجه ممکن است. درست است که هر یک از طرفین قرارداد بیشترین منفعت را برای خود می جوید اما همین منفعت جوئی ایجاب می کند که طرفین خواهان آن باشند که اجرای قرار داد با کمترین هزینه میسر شود. بنابراین دادگاهی که عدالت را از منظر اقتصاد می بیند و نگران آن است که قراردادها با کمترین هزینه اجرا شوند و به عبارت دیگر منابع محدود به بهترین وجه مورد استفاده قرار گیرند، این محاسبه را مبنای حکم قرار می دهد که کدام طرف قرارداد می توانست با هزینه‌ی کمتری مانع بروز زیان (عدم النفع) وارده به تولید کننده اروپایی شود. بر این اساس دادگاه گمان می کند که برای شرکت نفتی علاوه بر اینکه پیش بینی وقوع جنگ آسانتر بوده است، انجام اقداماتی نظیر بیمه در مقایسه با آنچه که تولید کننده اروپایی می توانست برای جبران عدم النفع انجام دهد، هزینه کمتری در پی داشته باشد. در نتیجه شرکت نفتی محکوم به جبران خسارت می شود.

دادگاه در توجیه حکم خود خواهد گفت که از این پس طرف‌های قرارداد (چه این قرارداد و چه هر قرارداد دیگر) بر اساس این حکم رفتار خود را تغییر داده و خواهند آموخت که به جای گریختن از اجرای تعهد خود به امکان اجرای قرارداد با کمترین هزینه‌ی تبعی بیانیدهند!

مثال دوم: دود حاصل از فعالیت کارخانه‌ای، لباس‌های شسته توسط لباسشویی مجاور را کثیف می‌کند. چنانچه مدیر لباسشویی به ادعای غیر متعارف بودن عمل کارخانه محکومیت وی را بخواهد، آیا دادگاه باید هم خود را مصروف تشخیص وقوع تقصیر از ناحیه کارخانه کند یا باید فارغ از توجه یا عدم توجه تقصیر به خواننده، دریابد که چگونه می‌توان با صرف کمترین هزینه از ورود زیان جلوگیری کرد؟

پاسخ به این مسئله نیز از منظر علاقمندان به تحلیل اقتصادی حقوق پاسخی نامأنوس و در عین حال جالب توجه است؛ اگر قرار باشد به جای یافتن مقصر در جست و جوی ارزانترین راه برای پیش‌گیری از وقوع خسارت باشیم، فرقی نمی‌کند که کارخانه را مجبور به جبران خسارت کنیم یا نه. به عبارت دیگر حکم دادگاه هر چه باشد، تأثیر در برآورده شدن هدف اقتصادی کارایی ندارد.

در توضیح این امر نویسندگان فرض می‌کنند که لباسشویی قادر است با هزینه‌ی ۵۰۰۰ دلار از کثیف شدن لباس‌ها جلوگیری کند. متقابلاً کارخانه با هزینه ۱۰۰۰۰ دلار قادر به حذف دود حاصله است. اینک اگر دادگاه دعوی لباسشویی را رد کند مؤسسه‌ی اخیر ناگزیر است مبلغ ۵۰۰۰ دلار برای رفع مشکل هزینه کند و البته کارخانه نیز چون گذشته به تولید دود ادامه خواهد داد. و اگر فرضاً دادگاه، کارخانه را محکوم به جبران خسارت کند، همچنان تولید دود ادامه می‌یابد و برای جلوگیری از کثیف شدن لباس‌ها هزینه ۵۰۰۰ دلاری صرف خواهد شد. علت این نتیجه‌گیری ظاهراً عجیب آن است که در شرایطی که معامله میان طرفین به سادگی و به تعبیری با هزینه اندک میسر است، هیچگاه کارخانه مبادرت به صرف ۱۰۰۰۰ دلار جهت حذف دود نخواهد کرد، بلکه با ارائه‌ی پیشنهادی به مدیر لباسشویی، مسئله را به مصالحه ختم خواهد کرد. مثلاً کارخانه پیشنهاد پرداخت ۷۵۰۰ دلار را به مدیر لباسشویی می‌دهد. این پیشنهاد منطقیاً پذیرفته می‌شود، زیرا علاوه بر تأمین ۵۰۰۰ دلار هزینه جلوگیری از آلودگی لباس‌ها، ۲۵۰۰ دلار سود نیز عاید مؤسسه‌ی اخیر خواهد شد، ضمن آنکه کارخانه نیز بدون آنکه مبادرت به حذف تولید دود کند، محکومیت دادگاه را از طریق مصالحه از ۱۰۰۰۰ دلار به ۷۵۰۰ دلار تقلیل

Archive of SID

داده است.

ملاحظه می‌شود که نکته ظریف در این قضیه آن است که مشکل به وجود آمده یعنی آلوده شدن لباس‌ها، از جهت اقتصادی با صرف ۵۰۰۰ دلار قابل رفع است اما ممکن است دادگاه با حکم خود راه حلی گران‌تر به طرفین ارائه کند (صرف ۱۰۰۰۰ دلار). در اینجا است که طرفین در می‌یابند در مصالحه‌ی فی‌مابین سودی نهفته است که در اجرای حکم دادگاه وجود ندارد.

مثال سوم: کمیسیون‌ی مأمور انجام اصلاحاتی در قوانین کیفری می‌شود. کمیسیون متوجه جرائمی می‌شود که یقه سفیدها^۱ پس از محاسبه احتمال دستگیری و مجازات و محاسبه پولی که به دست می‌آورند، باید بپردازند. در حال حاضر مجازات این اشخاص حبس است، اما پس از نظر خواهی گسترده از متخصصین، به ویژه اقتصاددانان، کمیسیون به این نتیجه می‌رسد که برای این جرائم مجازات مالی مناسب‌تر از زندان است. کمیسیون جرائم مزبور را بر اساس شدت آن‌ها طبقه بندی می‌کند تا مجازات مالی را نیز بر همین اساس تشدید کند. اینک سوال این است که میزان مجازات مالی چقدر باید باشد؟

نکته مهم در پاسخ به مسئله آن است که مجازات‌های تعیین شده بازدارنده باشد. بازدارندگی مجازات در این مورد فقط به میزان مجازات بستگی ندارد، بلکه میزان احتمال دستگیری مجرم و اعمال مجازات نیز مؤثر در بازدارندگی است؛ به عبارت دیگر خطری که یقه سفیدها را تهدید می‌کند حاصل ضرب میزان مجازات و میزان احتمال دستگیری و مجازات است.

به این ترتیب اگر هزینه دستگیری مجرم زیاد باشد، اما اجرای مجازات مالی پس از دستگیری آسان و کم هزینه باشد، بهتر است در امر تعقیب و دستگیری مجرمین سرمایه گذاری زیادی صورت نگیرد و در عوض مجازات مالی دستگیر شدگان، سنگین باشد. به علاوه اعمال مجازات زندان مادامی که مجازات مالی مؤثر باشد، کارآمد^۲ تلقی نمی‌شود.^۳

۱-۲- تعریف ریچارد ای پوزنر^۴

ریچارد ای پوزنر نیز در کتاب «تحلیل اقتصادی حقوق» نیازی به تعریف این رشته نمی‌بیند. اما در مقام تبیین هدف می‌نویسد: «این کتاب مبتنی بر این باور تدوین شده که دانش اقتصاد، ابزار

1. White - collar

2. efficient

۳. توجه داریم که سوال نویسنده در این مثال، نحوه تعیین مجازات بود اما پاسخ انطباق کامل با سوال ندارد.

4. Richard A. posner

قدرتمندی برای تحلیل طیف وسیعی از مسائل حقوقی است.» (پوزنر، تحلیل اقتصادی حقوق،
 Archive of SID
 ص ۳)

وی پس از مقدمه‌ای کوتاه به شرح اهم اصول اقتصادی دارای کاربرد در تحلیل اقتصادی حقوق می‌پردازد.

۱-۱-۳- تعریف دیوید فریدمن^۱
 دیوید فریدمن در کتاب نظم حقوقی^۲ که همانند منابع پیشین مشتمل بر دوره کامل و فشرده‌ی مسائل حقوق و اقتصاد است، می‌نویسد:

«... اقتصاد ... ابزار اساسی برای فهم تأثیر قواعد حقوقی است. دانستن اینکه قواعد حقوقی چه تأثیراتی خواهند داشت، هم برای فهم قواعدی که مجری است و هم برای تصمیم‌گیری در مورد قواعدی که باید به وجود آوریم، جنبه اساسی دارد...»^۳
 ۱-۱-۴- تعریف ایجان مک کی^۴

ایجان مک کی، نویسنده کانادایی در مقاله‌ای که در زمره‌ی مقالات منتخب منتشره در دائرة المعارف حقوق و اقتصاد^۵ قرار گرفته است، تعریف موجزی در این مورد به دست می‌دهد:
 «... کاربرد تئوری اقتصاد و روش‌های اکونومتری برای بررسی نحوه‌ی شکل‌گیری، ساختار، فرآیند و تأثیر قواعد حقوقی و نهادهای حقوقی...»^۶

۲.۱. نقد تعاریف

تعاریف نقل شده و خصوصاً مثال‌های سه‌گانه روبرت کوتر و توماس اولن تا حدود زیادی

1. David D. Friedman

۲. دیوید فریدمن، نظم حقوقی، انتشارات دانشگاه برنستون، ۲۰۰۰، ص ۸، قابل دسترسی از طریق نشانی
 www.david dfriedman.com اینترنتی:

3. "...effects of legal rules knowing what effects rules will have is central both to understanding the rules we have and to decide what rules we should have."

4. Ejan Mackaay

۵. دائرة المعارف حقوق و اقتصاد در پنج جلد به همت Gerrit De Geest , Boudewijn Bouckaert
 منتشر گردیده و از طریق نشانی اینترنتی <http://encyclo.findlaw.org> قابل دسترسی است.

6. "the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions".

خواننده را به موضوع تحلیل اقتصادی حقوق نزدیک می‌کند، اما همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، انتظار می‌رود در همین مرحله برطرف شود.

گمان می‌کنم در تعاریف نیز سه نکته، بدیهی انگاشته شده یا مورد غفلت قرار گرفته است. اول آنکه از دانش حقوق درک واحدی وجود ندارد. مقصود از حقوق در تحلیل اقتصادی حقوق چیست و آیا معیاری برای ارزیابی درستی یا نادرستی قواعد حقوقی وجود دارد؟ دوم آنکه از اقتصاد نیز همانند حقوق درک واحدی وجود ندارد. تعریف اقتصاد چیست؟

مشخصاً کدام اصول اقتصادی در تحلیل اقتصادی حقوق به کار می‌روند؟ و از این‌ها مهمتر مفهوم کاربرد اصول اقتصادی در تحلیل حقوق چیست؟

سوم آنکه آیا تحلیل اقتصادی حقوق فقط هدف تحلیل و فهم بهتر قواعد حقوقی را مدنظر دارد یا به تولید قاعده نیز می‌پردازد؟ به عبارت دیگر فایده‌ی هدف تحلیل اقتصادی چیست؟ امیدوارم یادآوری بعضی مطالب و یافتن پاسخ‌هایی حتی اجمالی به پرسش‌های پیش گفته، دستیابی به تعریف روشن‌تری را ممکن سازد.

۱-۲-۱- مفهوم و مبنای حقوق

عقیده ما راجع به ماهیت حقوق در درک موضوع تحلیل اقتصادی حقوق، تأثیر به‌سزائی دارد. به عنوان مثال اگر مانند پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی معتقد باشیم وظیفه عالم حقوق همانند یک جامعه‌شناس، تنها کشف قواعد است یا در مقام یک فقیه به استنباط حکم شارع از طریق اجتهاد پردازیم، تحلیل اقتصادی حقوق، موضوعاً متفی است.

این مقدمه را به منظور اثبات این امر بیان کردم که حقوق مورد نظر تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، مجموعه‌ای از قواعد موجود و لایتغیر نیست، به عبارت دیگر حقوق مورد نظر ایشان از مقوله‌ی هنر است و نه علم. بنابراین هدف و فایده‌نهایی تحلیل اقتصادی حقوق، ساختن و یا تولید حقوق جدید است. در تعاریف ارائه شده فقط دیوید فریدمن به این هدف تصریح دارد.^۱

سوال بعدی آن است که اگر حقوقدان^۲ خویش را مجاز و مکلف به وضع قاعده می‌داند، مبنای و ملاک ارزیابی ساخته‌های او چیست؟

۱. به هر حال برای حقوق و اقتصاد دو مرحله تحقیقی (Positive) و معیاری (normative) متصور است. جهت شرح مطلب رجوع شود به:

هیکو کرک میستر (Heico Kerkmeester)، متدولوژی: کلیات، دائرةالمعارف حقوق و اقتصاد، ج ۱، ص ۳۹۰
 ۲. حقوقدان در اینجا به مفهوم عام به کار رفته است و فرض کرده‌ام که حقوق را حقوقدانان می‌سازند.

پاسخ قدیمی که هنوز هم نو و تازه می‌نماید، آن است که عدالت (از دیدگاه Sidgwick) قاعده حقوقی باید عادلانه باشد.^۱ متقابلاً متخصصین تحلیل اقتصادی حقوق به صراحت اعلام می‌کنند که عدالت، مبهم است و در نتیجه به وسیله آن نمی‌توان صحت یک قاعده را ارزیابی کرد. همین جاست که نتیجه‌ی مهم دیگر به دست می‌آید، مقصود از کاربرد اقتصاد در تحلیل اقتصادی حقوق آن است که صحت قواعد حقوقی بر مبنای اصول اقتصادی سنجیده شود. به زودی خواهیم گفت که مقصود از اصول اقتصادی چیست و کدام اصل از اصول یا نظریه‌های مزبور، نقطه اصلی توجه اقتصاددانان و حقوقدانان متمایل به تحلیل اقتصادی حقوق است.

۱-۲-۲-۲- تعریف اقتصاد و مفهوم کاربرد نظریه‌های اقتصادی در تحلیل حقوق

۱-۲-۲-۱- تعریف اقتصاد: کوتر و اولن در کتاب حقوق و اقتصاد مدعی ارائه تعریف وسیعی از علم اقتصاد هستند:

«علم اقتصاد به مطالعه‌ی رفتار منطقی (عقلانی) می‌پردازد. رفتار منطقی یعنی جست و جوی هدف‌های سازگار و هماهنگ با یکدیگر به وسیله روش‌های کارآمد»^۲

تعریف پوزنر از دانش اقتصاد محدودتر به نظر می‌رسد:

«... دانش انتخاب منطقی (عقلانی) در جهانی که منابع آن در مقایسه با خواسته‌های انسانی، محدود هستند...»^۳

ماکس فوگلیل در کتاب مبانی اقتصاد خرد، دانش اقتصاد را چنین تعریف کرده است:

«... اقتصاد یکی از شاخه‌های علوم اجتماعی است که به مطالعه‌ی مسائل جامعه در زمینه انتخاب مقادیر محدودی از منابع به منظور پاسخگویی به بالاترین رضامندی عملی خواسته‌های نامحدود می‌پردازد...» (ایازی، گزیده مطالب اساسی اقتصاد خرد، ۱۳۸۰، ص ۱)

همچنین ریچارد لفت و یچ در کتاب سیستم قیمت‌ها و تخصیص منابع تولیدی با اذعان به دشواری ترسیم مرزی میان علم اقتصاد و سایر علوم، آنچه را که راجع به آن توافق کلی وجود

۱. جهت آشنایی با این نظریه رجوع شود به: دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع، ص ۷، ش ۵

2. "Economics studies rational behavior, defined as the pursuit of consistent ends by efficient means".

3. "...Science of rational choice in a world in which resources are limited in relation to human wants..."

«علم اقتصاد علمی است درباره‌ی رفاه و آسایش آدمی و شامل آن دسته از روابط یا تشکیلات اجتماعی است که متضمن توزیع منابع نادر اقتصادی بین خواسته‌های متعدد انسانی بوده و استفاده از این منابع را برای تامین حداکثر خواسته‌های بشر در بر می‌گیرد.» (سجادی، سیستم قیمت‌ها و تخصیص منابع تولیدی، ۱۳۷۹، ص ۲)

۱-۲-۲- نظریه‌های علم اقتصاد و کاربرد آن در تحلیل حقوق: علمای اقتصاد از طریق مطالعه‌ی رفتار انسان در مواجهه با خواسته‌های نامحدود در برابر منابع محدود به اصولی دست یافته‌اند که به مدد آن‌ها دانش اقتصاد را پی ریزی کرده‌اند.

نقطه آغازین، همان خواسته‌های نامحدود و به عبارت دیگر تمایل انسان به تحصیل حداکثر مطلوبیت یا رضایت^۱ است.

اگر وجود این خصیصه را در انسان بدیهی یا ثابت شده انگاریم و آن را به عنوان اولین اصل در مبنای دانش اقتصاد برگزینیم، قهراً دومین مسئله این خواهد بود که نتیجه برخورد این تمایل انسانی با محدودیت منابع چه خواهد بود؟

همه افراد جامعه، هم مصرف کننده کالا و خدمت هستند و هم عرضه کننده‌ی کالا و خدمت. معذک می‌توان تصور کرد که در مورد کالا یا خدمت خاصی مثلاً میوه، گروهی عرضه کننده هستند و گروهی مصرف کننده یا متقاضی. خصیصه حداکثر طلبی مصرف کننده ایجاب می‌کند که بکوشد حداکثر نیاز خویش را به میوه در ازای پرداخت حداقل پول ممکن به دست آورد. متقابلاً عرضه کننده نیز می‌کوشد حداکثر سود را در ازای فروش میوه به دست آورد. اقتصاددانان بر این باورند که عرضه و تقاضا، خود بخود منجر به حالتی می‌شود که آن را حالت تعادل^۲ می‌نامند.

در این حالت فروش به قیمت بالاتر نا ممکن و موجب کاهش سود عرضه کننده می‌شود، همچنانکه فروش به قیمت ارزانتر هم منجر به همین نتیجه می‌شود. متقابلاً برای مصرف کننده نیز اصرار بر خرید بیشتر کالای مزبور به قیمت بیشتر منجر به کاهش مطلوبیت و رضایت او می‌شود.

ثابت بودن نسبی قیمت کالایی در یک دوره زمانی معین، علی‌الاصول حکایت از تحقق حالت تعادل دارد. دخالت بعضی عوامل می‌تواند موجب بر هم خوردن تعادل شود، اما دوباره

این حالت ایجاد می‌شود، مانند آبی را کد که در آن سنگی انداخته شود. بنابراین اگر به عنوان مثال درآمد مصرف‌کننده فزونی یابد، ممکن است افزایش مطلوبیت و رضایتمندی خویش را در افزایش مصرف گوشت و کاستن از مصرف میوه بیابد. در این صورت باید انتظار داشت که تعادل عرضه و تقاضا راجع به میوه بر هم خورده و پس از اندکی حالت تعادل با قیمت کمتر میوه برقرار شود.

اقتصاددانان به نکته سومی نیز توجه می‌کنند و آن اینکه در شرایط فرضی وجود رقابت خالص قهرآبه کارایی اقتصاد به حداکثر ممکن می‌رسد. مقصود از رقابت خالص وضعیتی است که واحدهای اقتصادی فراوان باشد، قیمت صرفاً بر مبنای تقابل عرضه و تقاضا تعیین شود و نه با عواملی چون قوانین دولتی و نظایر آن و بالاخره امکان انتقال یا جابه‌جایی منابع تولیدی و کالاها به میزان کافی موجود باشد. (سجادی، همان منبع، ص ۶۲)

این شرایط در دنیای واقعی وجود ندارد، اما می‌توان با مشاهده‌ی عملکرد بازار و نوسانات آن در دنیای واقعی، دنیای فرضی رقابت خالص را تصور کرد.

در این جهان فرضی، مطلوب‌ترین تعادل محقق شده و منابع محدود به بهترین وجه ممکن مورد استفاده قرار می‌گیرند. یعنی اینکه با منابع در دسترس، تولید بیشتر ناممکن است و متقابلاً توزیع کالا و خدمت بین مصرف‌کنندگان به نحوی که مطلوبیت و رضایتمندی آنان افزایش پیدا کند ناممکن است.^۱

اگر آنچه را که اقتصاددانان در دنیای فرضی، رقابت ناب یافته‌اند، صحیح باشد، در این صورت می‌توان گفت:

آنچه که هست، عبارت است از کارایی در دنیای فرضی رقابت ناب؛ و آنچه باید باشد، نیل به کارایی در دنیای واقعی است. در این مرحله است که از اقتصاد واقعی^۲ به اقتصاد دستوری^۳ می‌رسیم و اقتصاددان علاوه بر مطالعه‌ی آنچه که هست، درباره‌ی آنچه که باید باشد نیز اظهار نظر می‌کند.

سخن تحلیلگران اقتصادی حقوق آن است که کارایی در اقتصاد هدفی است که در حقوق نیز باید تعقیب شود. قواعد حقوقی نباید مانع کارایی باشند، بلکه باید به تحقق این هدف یاری

۱. برای ملاحظه توصیف ثورم کارایی (efficiency) همچنین رجوع شود به: کوتر و اولن، همان منبع، ص ۴۴

2. Positive

3. normative

رسانند. به عبارت دیگر حقوق باید موجب شود که منابع به بهترین شکل مصرف و استفاده قرار گیرند.

۳.۱. تعریف پیشنهادی

تعریف پیشنهادی با تعاریفی که نقل شد، تفاوت ماهوی ندارد، اما کوشیده‌ام که اولاً مقصود از استفاده از نظریه‌های اقتصادی را به نحو روشتری بیان کنم و ثانیاً هدف تحلیل اقتصادی حقوق را در تعریف بگنجانم:

«تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، خاصه کارآئی به عنوان مبنای قواعد حقوقی به منظور ارزیابی این قواعد و عنداللزوم اصلاح آن‌ها.»
اینک نمونه‌هایی از تحلیل اقتصادی حقوق را در سه حوزه‌ی حقوق اموال، حقوق مسئولیت مدنی و حقوق خانواده ارائه می‌کنم:

۲. تحلیل اقتصادی حقوق اموال

حقوق اموال از اجزاء اصلی و بلکه بنیادین تحلیل اقتصادی حقوق است. (کوتر و اولن، همان منبع، ص ۸) در این جزء ابتدا کارآئی حق مالکیت به نحو کلی مورد تحلیل قرار گرفته و به این سوال اساسی پاسخ داده می‌شود که آیا شناسایی حق مالکیت برای اشخاص فی الجمله به استفاده بهتر از منابع محدود در برابر خواسته‌های نامحدود می‌انجامد یا خیر. آنگاه جزئیات امر با همین رویکرد مورد بررسی قرار می‌گیرد، از جمله انواع مالکیت، حدود مالکیت، مالکیت خصوصی و مالکیت عمومی، مالکیت بر اموال غیر مادی و نظائر آن.
در این فصل بعضی از یافته‌های تحلیل گران اقتصادی بازگو می‌شود:

۱.۲. مالکیت خصوصی

پوزنر برای بیان کارآئی مالکیت خصوصی به ذکر دو مثال اکتفا می‌کند. (پوزنر، همان منبع، ص ۳۲ به بعد) مثال اول راجع به زارعی است که زحمات زیادی برای تولید محصول متحمل می‌شود، اما نهایتاً با صاحب آن از سوی همسایه مواجه می‌شود و قادر به انجام واکنش نیست، زیرا فرض بر این است که هنوز مالکیت خصوصی شناخته نشده است. نتیجه این امر آن است که

زارع از زراعت دست کشیده و به کارهای ساده‌تر و سریع‌الفایده‌تر نظیر شکار روی می‌آورد و کوشش در باروری اراضی به فراموشی سپرده می‌شود. بنابراین شناسائی حق مالکیت انگیزه‌ی لازم را به وجود آورده و کارآمد است.

مثال دوم پوزنر، پیچیده‌تر از مثال اول است. از یک مرتع که بنابر فرض هنوز مشمول مالکیت خصوصی نشده است، اشخاص متعددی برای چراندن گاوهایشان استفاده می‌کنند. تعداد گاوها تدریجاً از ظرفیت مرتع بیشتر شده و گاوها ناگزیر می‌شوند برای تغذیه مسافت بیشتری طی کنند، تا آنجا که چرای گاوها موجب چاق شدن آن‌ها نشده، بلکه حتی به لاغر شدنشان می‌انجامد، اما از آنجا که هیچ یک از مالکین برای چرای گاوها مبلغی نمی‌پردازد، نظامی برای متعادل شدن تعداد گاوهای ورودی به مرتع برای استفاده بهینه از مرتع به وجود نیامده و به نابودی مرتع نیز منجر می‌شود.

راه حل این مسئله مالکیت بر مرتع است. اگر شخصی مالک مرتع بوده و به ازای ورود هر گاو مبلغی دریافت کند، نظام خودکار استفاده بهینه از مراتع به وجود می‌آید. فرض کنیم که مالک جهت ورود هر گاو در هر نوبت چرا، مبلغ هزار تومان دریافت کند، در این صورت صد رأس گاو وارد مرتع شده و همچنان وضعیت سابق یعنی چاق نشدن گاوها استمرار می‌یابد. در این صورت تقاضای مالکین جهت استفاده از مرتع کاهش می‌یابد (مثلاً به هشتاد گاو تقلیل می‌یابد) اما برخلاف تصور اولیه مالک مرتع ناگزیر است برای حفظ سود خویش قیمت را افزایش دهد. مثلاً حق چرا به هزار و صد تومان افزایش می‌یابد. در این صورت تقاضا مجدداً افزایش می‌یابد، اما نه به میزان صد رأس گاو، بلکه به میزان نود گاو. ملاحظه می‌شود که در این مسئله، گران کردن حق چرا تا رسیدن به قیمت تعادلی برای مالک گاو به معنی استفاده بهتر از مرتع است و برای مالک مرتع به معنی سود حداکثری است.

پوزنر برای تفهیم موضوع از خوانندگان می‌خواهد که به موضوع حق ورود به بزرگراه‌ها بیاندیشند. به نظر من موضوع استخرهای عمومی نیز مثال خوبی است. تصور کنیم مالک استخر به گمان جلب مشتری بیشتر و سود بیشتر قیمت را کاهش دهد، غافل از اینکه شلوغ شدن استخر نهایتاً به کاهش تعداد مشتری‌ها و سود کمتر می‌انجامد و بنابراین ناگزیر است مجدداً قیمت‌ها را تا حدودی افزایش دهد که به حالت تعادل برسد.

به هر حال صرف‌نظر از این مسئله‌ی به ظاهر پیچیده که قیمت تعادلی چگونه حاصل می‌شود،

مقصود پوزنر آن است که مالکیت خصوصی علی‌الاصول به کارآئی ^۱جامعه‌ها و همکار است خوانندگانی که وجود حق مالکیت خصوصی را امری بدیهی تلقی می‌کنند، از تلاش پوزنر در اثبات آن تعجب کنند، اما فراموش نکنیم که وی به عنوان یکی از بنیانگذاران تحلیل اقتصادی حقوق، تلاش در اثبات این امر دارد که برای دستیابی به قواعد حقوقی مناسب باید به جای تکیه بر معیارهای مبهم عدالت و اخلاق و عرف، بر معیار کارآئی و دیگر اصول اقتصاد تکیه نمود. به این منظور باید به قواعد بدیهی نیز به دیده تردید نگریسته و مجدداً صحت آن‌ها از طریق تحلیل اقتصادی ثابت نمود.

کوטר و اولن برای رسیدن به همین نتیجه از یادآوری تئوری بازیها^۱ و تئوری چانه زنی^۲ آغاز می‌کنند.^۳ آنگاه جامعه‌ای فاقد دولت را تجسم کرده و می‌پرسند مالکیت چگونه و چرا شکل می‌گیرد؟ مثلاً در چنین جامعه‌ای زارع برای حفاظت از محصول خویش ناگزیر از دفاع شخصی است و با فرض این که منطقی^۴ باشد، مادامی که نفع زراعت بیش از هزینه دفاع باشد به این فعالیت ادامه می‌دهد.

این روش از نظر اجتماعی کارآمد نیست، زیرا تحصیل درآمد بیشتر فقط با صرف چنین هزینه‌ای مقدور است. به این ترتیب اندیشه‌ی تشکیل شبه دولت^۵ شکل می‌گیرد. مثلاً ممکن است هر یک از مالکین مبلغی را به عنوان مالیات پردازند تا در عوض، حمایت از مالکیت آنان محقق شود. مطمئناً چنین مالیاتی در مقایسه با هزینه دفاع شخصی از مالکیت، اندک است. (کوטר و اولن، همان منبع، ص ۹۷ به بعد)

شاول نیز به زبانی ساده‌تر، ایجاد انگیزه برای کارکردن و نگهداری و اداره‌ی اشیاء را توجیه‌کننده‌ی حق مالکیت می‌داند. (استیون شاول، تحلیل اقتصادی حقوق، ص ۵)

1.Game theory

2.Bargaining theory

۳. نظریه‌های مذکور از این جهت که رفتار طرفین معامله کالا یا خدمت را به هنگام تقارن اشتراک منافع و تضاد منافع، مورد تحلیل قرار می‌دهد، مبنای تحلیل اقتصادی حق مالکیت قرار گرفته است. مثلاً کارگر و کارفرما در مورد میزان دستمزد تضاد منافع دارند و در عین حال هر دو در ادامه تولید و عدم توقف آن نفع مشترک دارند.

4.rational

۲.۲. انتقال مالکیت

Archive of SID

انتقال مالکیت و به تعبیر دقیق‌تر حق انتقال مالکیت از دیدگاه تحلیل گران اقتصادی حقوق، مکمل حق مالکیت و طریق مهم تحقق کارآئی است، زیرا فرض بر این است که در نقل و انتقال آزادانه‌ی حق مالکیت، منابع به مالکیت اشخاصی در می‌آیند که بیشترین منفعت را از آن تحصیل می‌کنند. پوزنر زارعی را مثال می‌زند (پوزنر همان منبع، ص ۳۳) که مهارت چندانی در زراعت ندارد و زمین او در دست دیگری محصول بیشتری خواهد داشت. کارآئی ایجاب می‌کند که راهکاری مالک را به انتقال ملک به غیر ترغیب کند. فرض کنیم زارع الف سالانه صد دلار از ملک خود تحصیل درآمد می‌کند و بر مبنای این درآمد سالانه، ارزش ملک خویش را ۱۰۰۰ دلار محاسبه می‌کند و قهراً این مبلغ حداقل قیمتی خواهد بود که او برای انتقال می‌پذیرد. همچنین فرض کنیم زارع ب گمان می‌کند بیش از الف در همین زمین محصول تولید می‌کند. ارزش فعلی زمین طبق محاسبات ب، ۱۵۰۰ دلار و برای الف ۱۰۰۰ دلار است، بنابراین قیمتی میان ۱۰۰۰ دلار و ۱۵۰۰ دلار جهت فروش ملک هر دو را در موقعیت بهتری قرار می‌دهد. پس انگیزه‌ای قوی برای جابه‌جایی ارادی پول ب و زمین الف وجود دارد.

معذک هزینه‌های نقل و انتقال را نباید از نظر دور داشت، زیرا این هزینه‌ها ممکن است مانع نقل و انتقال آسان و در واقع مانع تحقق کارآئی شوند.

۳.۲. مالکیت خصوصی و عمومی

در هر نظام حقوقی که مالکیت خصوصی به عنوان اصل شناخته شده است، بعضی از اموال مستثنی شده و در زمره اموال عمومی تلقی شده‌اند. همچنانکه ارائه‌ی بعضی خدمات نیز توسط بخش خصوصی ممنوع و منحصرأ توسط دولت عرضه می‌شود.

این پرسش که ملاک این مرزبندی چیست برای حقوق‌دانانی که تنها به آموزش حقوق موضوعه محدود شده و به شرح و تفسیر مواد قانون کفایت می‌کنند، غیر مستظره است. اما تحلیلگر اقتصادی حقوق، فارغ از احکام قانونی می‌کوشد که ملاک این مرزبندی‌ها را از منظر اقتصاد بیابد. پاسخ کوتر و اولن به این مسئله چنین است: (کوتر و اولن، همان منبع، ص ۱۰۸

از نظر اقتصاددانان، کالائی که برای خرید و مصرف آن رقابت وجود دارد و مصرف آن توسط هر شخص، لامحاله دیگران را مستثنی می‌کند، کالای خصوصی^۲ نامیده می‌شود. مانند سیبی که شخصی آن را می‌خورد یا جورابی که در آن واحد فقط یک نفر آن را می‌پوشد. همچنین اتومبیلی که در آن واحد در دو جهت حرکت نمی‌کند.

برعکس، کالاها و خدماتی وجود دارند که برای به دست آوردن آنها رقابت وجود ندارد و مصرف آن دیگران را مستثنی نمی‌کند یا اینکه مستثنی کردن اشخاصی که از آن استفاده مجانی می‌کنند، بسیار پر هزینه است. مثلاً وقتی نظامیان برای کشوری در برابر خطرات هسته‌ای امنیت برقرار می‌کنند نمی‌توان این امنیت را به یک یا گروهی از شهروندان عرضه نموده و دیگران را از آن مستثنی کرد. به عبارت دیگر خواه ناخواه همگان از این امنیت برخوردار می‌شوند. این نمونه‌ای از خدمت کاملاً عمومی^۳ است که عرضه‌ی آن توسط بخش خصوصی با موانع زیادی همراه است. در این میان کالا و خدماتی نیز هستند که از نظر اقتصادی کاملاً عمومی یا کاملاً خصوصی نیستند. مثلاً اهالی محلی که در آنجا دزدی‌های زیادی اتفاق می‌افتد مشترکاً نگهبانی را استخدام می‌کنند، در این صورت همه اهالی از خدمت این نگهبان سود می‌برند حتی اگر سهم خود را از حقوق او نپردازند.

معیار تمیز میان کالای عمومی و کالای خصوصی از سوی اقتصاددانان پاسخ به سوالی است که در ابتدا مطرح کردیم. آنچه می‌تواند به مالکیت خصوصی درآید و توسط بخش خصوصی عرضه شود، کالا یا خدمتی است که بنا به تعریف اقتصاددانان کالای خصوصی است. در مورد این قبیل کالاها و خدمات، نقش دولت فقط حصول اطمینان از آن است که بازار به صورتی قابل قبول کار می‌کند و در نتیجه کارآئی تحقق می‌یابد.

در مورد آنچه که کالای عمومی نامیده می‌شود، دولت باید حسب مورد یا عرضه‌کننده منحصر آن باشد و یا باید از طریق سوبسید یا دیگر سیاست‌ها عرضه‌ی آن توسط بخش خصوصی را کارآمد سازد.

کوتر و اولن در فصل راجع به تحلیل اقتصادی حقوق اموال، بحث مختصری را نیز به حکم خرید مال مسروقه اختصاص داده‌اند. (کوتر و اولن، همان منبع، ص ۱۵۲) ممکن است این موضوع مرتبط با حقوق قراردادها و خصوصاً حقوق بیع به نظر برسد، معذک این نکته قابل اغماض است، زیرا صرف‌نظر از تقسیم‌بندی‌های رایج، هدف آن است که با دیدگاه اقتصادی حقوق و شیوه‌ی تحقیق آنان آشنا شویم. در این میان موضوع خرید مال مسروقه کاملاً قابل توجه به نظر میرسد. سؤال این است که خریدار مال مسروقه را باید مالک شناخت یا خیر؟ به عبارت دیگر زیان ناشی از نقل و انتقال مال مسروقه را بهتر است به خریدار ناآگاه تحمیل کنیم یا به مالکی که مال وی مورد سرقت واقع شده است؟

این همان بحثی است که در حقوق اسناد تجارتي تحت عنوان حمایت از دارنده با حسن نیت دارای سابقه‌ی طولانی و پاسخی روشن است، اما در مورد نقل و انتقال دیگر اموال میان نظام‌های مختلف حقوقی اتفاق نظری حاصل نشده است. کوتر و اولن اظهار می‌دارند که در حقوق آمریکا، خریدار مال مسروقه، هر چند ناآگاه و بی‌گناه، مالک نمی‌شود^۱، اما در حقوق برخی کشورهای اروپایی تحول ایجاد شده و خریدار را مالک می‌شناسند. در این جا نیز از منظر اقتصادی باید ذهن را از قواعدی که کاملاً بدیهی بنظر می‌آیند زدود و به جای آن، کارآئی را معیار قضاوت قرار داد. بر این اساس دو هزینه باید با یکدیگر مقایسه شوند؛ هزینه‌ای که مال باخته می‌توانست با صرف آن از وقوع سرقت جلوگیری کند یا در صورت وقوع سرقت، دیگران را از مسروقه بودن آگاه سازد و هزینه‌ای که خریدار می‌توانست با صرف آن از مسروقه بودن مال آگاهی حاصل کند. اگر این دو هزینه را به ترتیب C_1 و C_2 نامگذاری کنیم، دو فرضیه زیر قابل طرح خواهند بود:

- ۱- اگر عموماً C_1 کوچکتر از C_2 ($C_1 < C_2$) باشد هدف کارآئی حکم می‌کند که خریدار با حسن نیت به زیان مالک اصلی، دارای عنوان مالکیت شناخته شود.
- ۲- اگر عموماً C_1 بزرگتر از C_2 ($C_1 > C_2$) باشد هدف کارآئی حکم می‌کند که سمت مالک اصلی به زیان خریدار با حسن نیت باقی بماند.

این نویسندگان اذعان دارند که اثبات یکی از دو فرضیه به طریق تجربی بسیار دشوار است، زیرا در مورد هزینه تحمیلی به دو طرف اطلاعات بسیار اندکی وجود دارد.

۳. تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی

۱.۳. طرح مسئله

حقوق خصوصی در هر نظام حقوقی لاقفل دو وظیفه عمده را بر عهده دارد که عبارتند از تنظیم روابط قراردادی و روابط خارج از قرارداد اشخاص حقوق خصوصی با یکدیگر. در تنظیم روابط قراردادی اصل آزادی اراده حکومت دارد، اما در تنظیم روابط خارج از قرارداد قاعده‌ی منع اضرار به غیر مهمترین قاعده به شمار می‌آید. در تبیین جزئیات این قاعده دو پرسش اساسی مطرح می‌شود:

اول - ضرر چیست؟

دوم - شرایط ایجاد مسئولیت در برابر زیان دیده کدامند؟

تحلیلگران اقتصادی حقوق، پرسش نخست را نادیده گرفته‌اند. در نقد تحلیل اقتصادی حقوق، توضیح خواهم داد که پاسخ به این پرسش اهمیت زیادی دارد، اما فعلاً از آن صرف‌نظر می‌شود. در مورد پرسش دوم مطالب قابل توجهی ملاحظه می‌شود که تکیه اصلی آن تردید در صحت به‌کارگیری معیار عمل شخص متعارف^۱ در تمیز شخص مسئول از شخص غیر مسئول است.

۲.۳. مبنای تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی

تحلیلگران آمریکایی که طبیعتاً حقوق آمریکا را مورد ارزیابی قرار داده‌اند، ادعا می‌کنند که معیار عمل شخص متعارف علاوه بر اینکه دارای ابهام است، لزوماً به کارآئی منجر نمی‌شود. آن‌ها معتقدند که دانش اقتصاد قادر به ارائه معیاری دقیقتر است^۲ که اشخاص را نیز در چارچوب روابط خارج از قرارداد به رفتاری کارآمد فرا می‌خواند. این معیار و مبنای جدید بسته به اینکه چگونه توضیح داده شود، ممکن است بسیار پیچیده یا برعکس بسیار ساده و قابل فهم جلوه کند.

1. reasonable person

۲. در تأیید این نظر رجوع شود به: کوتر و اولن، همان منبع، ص ۳۲۸ و ص ۳۴۷ - استیون شاول، همان منبع، ص

تصور می‌کنم ماحصل و خلاصه سخن تحلیلگران اقتصادی این **SHH** که در **Arrow** حقوق استی برای تشخیص مسئولیت شخص در برابر زیان وارده باید در مقام مقایسه عمل او با عمل شخص متعارف برآمد، اما راه حل دقیقتر و منطبق بر اصول اقتصادی آن است که به جای انجام این مقایسه به این نکته توجه کنیم که هزینه‌ای که زیان زننده برای جلوگیری از بروز زیان متحمل شده است از زیان وارده کمتر است یا خیر.

این اندیشه مبتنی بر رفتار انسان منطقی^۱ در مفهوم اقتصادی است. انسان منطقی می‌کوشد برای جلوگیری از اضرار به غیر متحمل هزینه‌ای بیش از زبانی که به غیر وارد می‌شود نگردد، همچنانکه می‌کوشد این هزینه کمتر نباشد.

برای درک بهتر مسئله بیاد آوریم که انسان منطقی از منظر اقتصاد، فداکار و ایثارگر نیست، بلکه انسان منطقی در اندیشه‌ی سود و زیان است. انسان منطقی از بیم احتمال بسیار ضعیف نشت رطوبت به خانه همسایه، خود را از داشتن باغچه‌ای زیبا در حیاط محروم نمی‌سازد. عکس این مسئله نیز صادق است. انسان منطقی برای پیشگیری از بروز زبانی که وی را در برابر غیر به میزان یک میلیون و صد هزار تومان مسئول می‌سازد، به صرف هزینه‌ای معادل یک میلیون تومان تن می‌دهد، زیرا با این عمل صد تومان سود می‌برد! اینک برای خواننده این نکته مطرح می‌شود که اضرار به غیر غالباً امری محتمل الوقوع است و نه قطعی. انسان منطقی در برابر این واقعیت چه واکنشی نشان می‌دهد؟

پاسخ این مسئله را نیز تحلیل گران اقتصادی حقوق داده‌اند. از نظر آنان انسان منطقی علاوه بر اینکه میزان اضرار به غیر در صورت وقوع را در نظر می‌گیرد، احتمال وقوع آن را نیز در محاسبات خویش (محاسبه سود و زیان) مورد توجه قرار می‌دهد.

توجه همزمان به این دو از طریق عمل ضرب صورت می‌گیرد، به این ترتیب اگر احتمال وقوع حادثه‌ی زیانبار یک در هزار باشد و مسئولیت ناشی از آن هزار تومان، حاصل ضرب هزار تومان در یک هزارم، مبلغ یک تومان را به دست خواهد داد. پس شخصی که برای پیشگیری از بروز چنین زبانی کمتر از یک تومان هزینه کرده باشد، باید مسئول شناخته شود. ملاحظه می‌شود که تحلیلگران اقتصادی حقوق، معیار عمل متعارف و به عبارتی معیار تقصیر را کنار نهاد و به جای آن **قره‌قروالی** را ابداع نموده‌اند که حسب ادعا مؤید رفتار انسان منطقی است و نتیجه‌ی آن

صرف حداقل منابع برای تحصیل حداکثر منافع است. بر این اساس قاضی طرفدار تحلیل اقتصادی در نظام کامن لا به جای آنکه برای حل و فصل یک دعوی مسئولیت مدنی درصدد تعیین مقصر برآید، تلاش می‌کند دریابد کدامیک از خواهان و خوانده با هزینه کمتر قادر به پیشگیری از بروز زیان بوده است.

۳.۳. فرمول قاضی لرنند هند^۱

ظاهراً چنین تحلیلی از حقوق مسئولیت مدنی برای اولین بار توسط قاضی لرنند هند وارد حقوق آمریکا شده است. پوزنر فصل ششم از کتاب خود را که به مسئولیت مدنی اختصاص یافته است با ذکر مثال‌های مبین عقیده این قاضی که به فرمول "لرنند هند" شهرت یافته آغاز می‌کند: (پوزنر، همان منبع، ص ۱۶۷ به بعد) فرض کنیم در یک تصادف اتومبیل انگشت شما آسیب می‌بیند و ارزاترین راه برای جلوگیری از حادثه از سوی راننده دیگر این بوده که آهسته‌تر براند. فرض کنیم احتمال بروز حادثه یک در هزار و هزینه جبران آن در صورت وقوع ۱۰۰۰۰ دلار است که در نتیجه‌ی ضرب این دو (ده هزار در یک هزارم) مبلغ ۱۰ دلار به عنوان هزینه تصادف به دست می‌آید و هزینه‌ای که راننده‌ی دیگر برای آهسته راندن (و دیرتر به مقصد رسیدن) متحمل می‌گردد ۸ دلار است. به این ترتیب هدف کارآئی ایجاب می‌کند که راننده آهسته‌تر براند.

مفهوم مثال ارائه شده از سوی پوزنر آن است که اگر راننده به میزان معینی که در مثال به آن اشاره نشده، سرعت خود را کاهش نهد و در واقع برای پیشگیری از اضرار ۱۰ دلاری، حاضر به تحمل هزینه ۸ دلاری نشود عملی غیر کارآمد انجام داده و مستحق آن است که مسئول شناخته شود.

کوتر و اولن نیز در فصل هشتم کتاب خود فرمول "لرنند هند" را یکی از مشهورترین فرمول‌ها در تحلیل اقتصادی حقوق دانسته و به درج خلاصه‌ی دادنامه‌ای پرداخته‌اند که توسط قاضی لرنند هند صادر شده است.^۲ در این دادنامه نیز فرمولی که قبلاً به آن اشاره شد بیان گردیده است، اما تصور می‌کنم دشواری انجام محاسبات موجب گردیده که مجدداً همان معیار سستی

1. Learned hand

2. United States v. Carrol Towing Co, 159.F.2d 169(2d Cir. 1947)

تمیز عمل متعارف از غیر متعارف مورد توجه قرار گیرد.

۴.۳. نقش زیان به خود در فرمول "لرندهند"

در مثال هایی که قبلاً ارائه شد، زیان فقط به طرف مقابل وارد می شود. در فرضی که عامل ورود زیان به خویشتن نیز آسیب رساند، این مسئله مطرح می شود که این زیان نیز باید در محاسبات وارد شود یا خیر. پوزنر بدون ذکر دلیل به این پرسش پاسخ مثبت می دهد. (پوزنر، همان منبع، ص ۱۷۰) مثلاً در فرضی که شخص ۱۰۰ دلار به غیر خسارت وارد نموده است و ۱۰۰ دلار به خود و احتمال بروز خسارت نیز یک به ده است و از طرف دیگر هزینه جلوگیری از بروز تصادف ۱۵ دلار است، در این صورت باید مجموع دو خسارت $(100 + 100)$ را در احتمال بروز تصادف (یک دهم) ضرب نمود تا عدد ۲۰ به دست آید. عدد ۲۰ از عدد ۱۵ بزرگتر است؛ به عبارت دیگر عامل ورود زیان می توانسته است با هزینه ۱۵ دلار از بروز خسارتی به میزان ۲۰ دلار جلوگیری کند و چنین نکرده است، پس چنین شخصی باید مسئول شمرده شود.

۵.۳. معیار شخصی ونوعی در محاسبه هزینه جلوگیری از خسارت

پوزنر اظهار عقیده می کند که رعایت معیار شخصی برای محاسبه هزینه جلوگیری از وقوع خسارت برای دادگاهها بسیار دشوار و هزینه دار است. (پوزنر، همان منبع، ص ۱۷۱) لذا دادگاهها برای خلاصی از این دشواری از معیار نوعی استفاده کرده و پرسش را چنین مطرح می کنند که شخص متعارف با چه هزینه ای می توانست از بروز خسارت جلوگیری کند. پوزنر این روش را کارآمد نمی داند زیرا بعضی اشخاص با تحمل هزینه بسیار زیاد هم نمی توانند از بروز حادثه جلوگیری کنند و به عکس بعضی می توانند با هزینه ای اندک از آن پیش گیری کنند.

۴. تحلیل اقتصادی حقوق خانواده

جاذبه کاری نزد طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق، موجب شده که حتی حقوق خانواده نیز مستثنی از تحلیل اقتصادی باقی نماند. پوزنر فصلی از کتاب خود را (حدود ۲۰ صفحه) به حقوق

خانواده و حقوق جنسی اختصاص داده است. مقالات متعددی نیز در تحلیل جنبه‌های گوناگون حقوق خانواده نگاشته شده است. تصور می‌کنم برای کسی که قصد آشنایی مقدماتی با موضوع، روشن و هدف تحلیل اقتصادی حقوق دارد، این کنجکاوی وجود دارد که چگونه ممکن است روابط حقوقی غیر اقتصادی را به مدد اصول اقتصادی تحلیل کرد. از این رو در کنار دو نمونه‌ی حقوق اموال و حقوق مسئولیت مدنی، نمونه حقوق خانواده را به عنوان مصداق بارز حقوق روابط غیر اقتصادی جهت عرضه به خوانندگان برگزیدم. آنچه ارائه می‌شود، ترجمه خلاصه شده‌ی قسمت‌هایی از فصل پنجم کتاب پوزنر است:

۱.۴. نظریه مولد بودن خانواده (پوزنر همان منبع، ص ۱۴۵ به بعد)

خانواده فقط مصرف کننده نیست، بلکه تولید کننده نیز هست. تحلیل اقتصادی خانواده بر همین مبنا استوار است. نهاد خانواده مصرف کننده‌ی کالاهائی نظیر مواد غذایی، لباس، مبلمان و خدمات پزشکی است، اما متقابلاً غذا، دوستی، شادمانی، مهر و محبت، بچه و دیگر محصولات محسوس و غیر محسوس تولید نهاد خانواده به شمار می‌آیند. ناگفته نماند که یکی از عوامل تولید خانواده به هیچ وجه اشیا موجود در بازار نیست، بل وقتی است که اعضای خانواده صرف این نهاد می‌کنند، خصوصاً وقت زوجه در خانواده‌های سنتی.

تأکید بر خانواده به عنوان نهاد اجتماعی این مسئله را در ذهن اقتصاددان ایجاد می‌کند که اسباب صرفه جویی در خانواده چیست؟ به عبارت دیگر اگر پذیرفتیم که خانواده نهادی تولیدی است، کدام مزیت‌ها موجب می‌شود که خروجی این نهاد افزون بر ورودی آن باشد؟ یکی از عوامل مهم، آسان شدن تقسیم کار و تحصیل منفعت از طریق شایسته سالاری است. در خانواده‌ی سنتی، شوهر بیرون از خانه کار می‌کند تا تهیه مواد اولیه برای خانواده میسر شود. زن نیز وقت خود را صرف اموری نظیر طبخ غذا و نگهداری کودک می‌کند. به این ترتیب از طریق تخصصی شدن کارها تحصیل درآمد توسط شوهر به حداکثر میرسد و زن نیز بازده و ارزش وقت خود را در خانه به حداکثر می‌رساند. البته امروزه ممکن است یکنواختی و خستگی ناشی از کار در منزل، مانع به حداکثر رسیدن کارائی شود و ترکیبی از کار در منزل و خارج از منزل مطلوبتر باشد. پوزنر در ادامه، این سؤال را مطرح می‌کند که کدامیک از زن و مرد باید در خانه کار کند و

کدامیک در خارج از خانه و انگاه در پاسخ به آنچه که خود مطرح کرد و اظهار عقیده می‌کند که بنا به دلائلی از جمله وجود تبعیض جنسی معمولاً درآمد زن در خارج از خانه کمتر از مرد است؛ به علاوه زن در اداره امور منزل و خاصه نگهداری کودک توانائی بیشتری دارد. به عبارت دیگر هزینه کار زن در منزل در مقایسه با مرد کمتر است.

مسئله دیگر در مورد خانواده اینکه اگر چه با یک شرکت^۱ مواجهیم اما نحوه‌ی تقسیم درآمد مشترک با شرکت تجارتي متفاوت است و در آن تقسیم درآمد به نسبت کار هر عضو پیش بینی نشده است. اقتصاددانان مبنای تقسیم درآمد را نوعی گذشت^۲ می‌دانند یعنی شرایطی که رفاه^۳ شخص اثر مثبت در رفاه دیگری دارد. این حالت، جانشینی ارزان و کارآمد برای قرارداد رسمی در مورد نحوه تقسیم درآمد است.

۲.۴. انعقاد و انحلال نکاح (پوزنر، همان منبع، ص ۱۴۸ به بعد)

پوزنر پس از تشبیه ازدواج به شرکت از استعاره بازار ازدواج^۴ سود جسته و می‌گوید که این بازار بازاری منطقی است. مثلاً مردان باهوش به زنان باهوش تمایل دارند.

تحلیلی در حوزه کشاورزی علت این امر را روشن می‌کند. فرض کنیم دو مزرعه داریم که محصول یکی دو برابر دیگری است و مقداری کود شیمیایی هم داریم که قابلیت دو برابر کردن محصول را دارد، اما فقط برای یک مزرعه کافی است. برای استفاده از این کود سه گزینه متصور است؛

- مصرف آن در مزرعه کم محصول، زیرا نسبت به مزرعه پر محصول به کود نیازمندتر است،

- تقسیم کود بین دو مزرعه،

و سرانجام استفاده از تمام کود در مزرعه‌ی پر محصول،

معلوم است که انتخاب گزینه آخر نفع بیشتری دارد، زیرا اگر مثلاً مزرعه کم محصول ۱۰ واحد گندم تولید کند، با مصرف کود ۲۰ واحد گندم تولید خواهد کرد و اگر مزرعه پر محصول ۲۰ واحد گندم تولید کند با استفاده کود ۴۰ واحد گندم تولید می‌شود. در نتیجه نفع ما در مصرف کود در مزرعه‌ی کم محصول ۱۰ واحد (۲۰ - ۱۰) و در مزرعه‌ی پر محصول (۴۰ - ۲۰) خواهد بود.

مسئله به گونه‌ای دیگر نیز قابل تحلیل است. برای ایجاد شرکت، شریک خوب منطقی‌تر جست و جوی شریک خوب است و در ازدواج هم به همین صورت است. به رغم شباهت ازدواج به شرکت تجاری، رابطه‌ی زناشویی، مثالی غیر قابل مناقشه مبتنی بر اصول بازار آزاد نیست. سه ویژگی، ازدواج سنتی را از حقوق قرار دادها متمایز می‌کند: اولاً: در ازدواج طرفین نمی‌توانند تعیین مدت کنند. ثانیاً: ضمانت اجرای نقض تعهدات ناشی از نکاح از قرار دادهای متعارف شدیدتر است. اگر شوهر زوجه را ترک کند نه تنها باید حمایت مالی خود را ادامه دهد، بلکه نمی‌تواند با دیگری نیز ازدواج کند.

ثالثاً: معمولاً دادگاه‌ها در حل اختلافات زناشویی دخالت نمی‌کنند، حتی اگر زن و شوهر طی قرار دادی حقوق و وظائف فی‌مابین را تعیین کرده باشند و یکی از طرفین مدعی نقض آن باشد، دادگاه آنان را وادار می‌کند که خودشان به حل اختلاف مبادرت کنند.^۱ به این ترتیب قواعد ازدواج مجموعه‌ای از اجبارهای غیر قابل دخل و تصرف است. شاید علت این است که قرار داد ازدواج، اشخاص ثالث، یعنی بچه‌ها را تحت تاثیر قرار می‌دهد. به هر حال دشواری طلاق با وجود تصور اولیه، دقت ازدواج را بالا می‌برد و عمر ازدواج‌ها را افزایش می‌دهد. به علاوه مردم ترغیب میشوند که روش‌هایی بیابند تا از طریق آن خودشان به حل اختلافات بپردازند.

البته تحلیلی که ارائه شد، کامل نیست. منع طلاق همواره بدون هزینه نیست و برای جلوگیری از بروز ناسازگاری، کارآئی کامل ندارد. راه زوجین در طول زمان تغییر می‌کند و نهایتاً نفع ادامه‌ی ازدواج از هزینه‌های آن کمتر می‌شود. بنابراین نمی‌توان ثابت نمود که دستیابی به طلاق باید دشوار باشد.

به هر حال با فرض اعتقاد به مفید بودن دشواری طلاق، می‌توان درک کرد که چرا حقوق، حتی تقلب را جز در موردی که تقلب مربوط به مسائل جنسی باشد (مثلاً ناتوانی جنسی)، به عنوان مجوز انحلال نکاح نمی‌پذیرد. در نظامی که طلاق دشوار است، طرفین این فرصت را دارند که در دوره دوستی قبل از ازدواج خصوصیات یکدیگر را بشناسند. بنابراین هر چقدر

امکان تحقیق قبل از قرارداد بیشتر باشد، برای مسائل پس از قرار داد ضمیمه *Archive of SID* لازم است، اما تقلب در امور جنسی در جوهر و ذات این قرارداد تأثیر می‌گذارد، ضمن اینکه انحلال ازدواج بدون فرزند حداقل هزینه اجتماعی در پی دارد.

در مورد خیانت به طور سستی یک نوبت خیانت از ناحیه زن مبنای طلاق بود در حالی که ارتکاب همین عمل از سوی مرد در صورتی به زن اجازه طلاق را می‌داد که به صورت عادت درآمد باشد. تحلیل اقتصادی مسئله آن است که خیانت زن برای شوهر پرهزینه‌تر است تا خیانت مرد به زن، حتی اگر از جهت احساسی برای هر دو هزینه‌ی یکسان داشته باشد. زن خائن ممکن است بجهای به دنیا آورد که متعلق به شوهرش نیست و چون شوهر می‌خواهد فرزند از خون او باشد، نفع ازدواج برایش از بین می‌رود. اما خیانت شوهر از تعداد فرزندان که همسرش به دنیا می‌آورد نکاسته و حمایتی نیز که شوهر باید از آنان به عمل بیاورد تقلیل نمی‌یابد. بنابراین نفع ازدواج برای زن، لااقل در مورد موضوع فرزندان، آسیب کلی نمی‌بیند.

معذک اگر شوهر خیانت پیشه باشد^۱ ممکن است انچنان به نیازهای همسر و فرزندانش بی توجه شود که هزینه تحمیلی از ناحیه او به همسرش معادل هزینه‌ای شود که زن خائن به شوهرش تحمیل می‌کند.

۳.۴. چرا رفتار جنسی را قانونمند می‌کنیم؟ (پوزنر، همان منبع، ص ۱۶۱ به بعد)

در جوامع مذهبی، خصوصاً جوامع مسیحی و اسلامی، دولت نه تنها متعهد است که ازدواج را قانونمند کند، بلکه نسبت به رفتارهای جنسی حتی در فرضی که طرفین دارای اهلیت بوده و راضی باشند نیز مسئول است. مثلاً در بسیاری از ایالت‌های آمریکا همچنان زنا و هم جنس بازی را جرم می‌دانند، اگر چه به ندرت اعمال قانون می‌شود. فحشا در همه ایالات آمریکا، مگر در بخش‌های معدودی از ایالت نوادا جرم است و فروش تصاویر مستهجن نیز اسماً غیر قانونی است. آیا این ممنوعیت‌ها توجیه اقتصادی دارند یا به دلیل دخالت در آزادی قراردادی غیر قابل توجیه هستند؟

احتمالاً پاسخ سؤال به این بستگی دارد که فعالیت‌های ممنوع شده، هزینه‌ای را به اشخاص ثالث تحمیل می‌کنند یا خیر. به نظر میرسد که خیانت (زنا یا محصنه) هزینه‌ای را به همسر

شخص خائن، تحمیل می‌کند. زنانی غیر محصنه نیز در قالب بچه‌های رها شده و بی سرپرست هزینه‌ای بر جامعه تحمیل می‌کند.

هرگونه نزدیکی زن و مرد مگر در شکل تک همسری، خطر انتشار بیماری را در پی دارد و بیماری ایدز ما را در این زمینه خیلی حساس کرده است.

مشکلترین سؤال درباره‌ی تاثیر عملکرد جنسی بر اشخاص ثالث که اقتصاددانان نمی‌توانند جواب آن را بدهند این است که آیا هزینه تحمیل شده به جنین سقط شده از جهت دردی که متحمل میشود و برای از دست دادن مطلوبیت زندگی باید در محاسبه‌ی سود و زیان در مورد سقط جنین مدنظر قرار گیرد یا خیر؟

دادگاه عالی در این مسئله قائل به تفکیک شده است و در مورد سقط جنین پس از سپری شدن اولین ثلث ایام بارداری، محدودیت بیشتری در نظر گرفته است، زیرا جنین شباهت بیشتری به نوزاد پیدا کرده و به عنوان عضو جامعه شناسایی شده است. عدول از این رویکرد مبتنی بر این واقعیت است که سقط جنین دیر هنگام گرانتر، تنش زا و خطرناکتر است و مادر باید وقتی تصمیم به این عمل بگیرد که سود سقط جنین برای او، در مقایسه با هزینه‌ای که به جنین تحمیل شود بیشتر باشد.

مثلاً در مورد جنین ناقص الخلقه، اگر سقط جنین دیر هنگام ممنوع بود، بعضی از این زنان مبادرت به سقط جنین زود هنگام و بی مورد می‌کردند. آیا در مورد جواز کمک پزشکی به خودکشی بیمار همین مباحث قابل طرح است؟

تولدهای ناخواسته برای زنان فاحشه خطر کوچکی است و در مورد همجنس بازان اساساً منتفی است، معذک بیماری‌های مسری جنسی خطر بزرگ این فعالیت‌ها است، اگر چه وزن دقیق این مسائل در سیاست اقتصادی نامعین است.

در مورد همجنس بازان و مردانی که با زنان فاحشه رابطه دارند، هزینه‌ای متوجه همسران ایشان است. البته این مسئله قابل بحث است که اگر این راه‌ها برای مردان ازدواج کرده بسته باشد، چه بسا برای تنوع جنسی راه‌های تهدید آمیزتری را برگزینند. مثلاً روابط نامشروع طولانی که به طلاق از همسر فعلی و ازدواج مجدد با شخص اخیر منجر شود. برای اینکه این مسائل را در چارچوب و ازگان اقتصادی قرار دهیم، ممکن است فحشا، جانشین و نیز مکملی برای نزدیکی متکی به ازدواج باشد. در همین راستا پورنوگرافی هم ممکن است این دو نقش را ایفا کند.

به فرض اینکه جامعه بخواهد تعداد بیماری‌های جنسی مسری را کاهش دهد، آیا باید در ممنوعیت نزدیکی همجنس‌بازها و سایر اشخاص بی‌بند و بار تلاش کند؟
Archive of SID
 هزینه جلوگیری از جرائم بدون قربانی (در فرض رضایت طرفین) که در خفا انجام می‌شود، بسیار زیاد است. علاوه بر هزینه‌های مستقیم این اقدام، جرم دانستن عمل موجب می‌شود که تست‌های پزشکی، انجام درمان و همکاری در یادگیری روش‌های جلوگیری از بیماری و غیره و همه‌ی اموری که برای کنترل بیماری‌های مسری مهم است، انجام نگیرد.
 ممنوعیت ازدواج همجنس‌بازها، هزینه تک همسری هم جنس‌بازها را افزایش می‌دهد. تحقیقات نشان می‌دهد در جوامعی که همجنس‌بازی را تحمل نمی‌کنند، تعداد بیشتری از مردان همجنس‌باز ناگزیر از ازدواج با زنان بوده و این امر بیماری ایدز را گسترش می‌دهد.
 دیگر هزینه‌ی ممنوعیت این امور، هزینه‌ای است که در نتیجه منع مردم از اعمالی حادث می‌شود که از آن لذت می‌برند، البته ممکن است این هزینه با نفع حاصل از افزایش مطلوبیت زندگی برای اشخاصی جبران شود که از این اعمال نفرت دارند.

۵. نقد تحلیل اقتصادی حقوق

در این فصل تلاش می‌کنم ارزیابی مختصری از تحلیل اقتصادی حقوق ارائه داده و نقاط ضعف و قوت آن را بیان کنم. تحلیل اقتصادی حقوق با انتقادهای زیادی مواجه شده است،^۱ اما منتقدان متهم به شتابزدگی و عدم درک صحیح موضوع شده‌اند. (کوتر و اولن، همان منبع، ص ۹) امیدوارم در زمره‌ی متهمین نباشم!

۱.۵. پرسش اساسی در نقد تحلیل اقتصادی حقوق

سخن‌آغازین تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، ارائه‌ی مبانی جدید برای ایجاد حقوق است، بنابراین نقد این دانش‌نویس نیز منوط به تاملی دوباره درباره‌ی این پرسش اساسی است که مبنای

۱. حتی گفته شده است که تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر کارآئی، نظریه‌ای توخالی و بی‌معنی است. الیزابت کرک (Elisabeth Krecke)، مقاله پوچی تحلیل اقتصادی حقوق (The Nihilism of The Economic Analysis of Law)، قابل دسترسی از طریق نشانی اینترنتی www.mises.org/Journals/scholar، برای ملاحظه خلاصه‌ای از سایر انتقادات رجوع شود به: دکتر حسن بادینی، مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲، ص ۱۱۱ به بعد

حقوق چیست؟

Archive of SID

در پاسخ به این پرسش، شاهد طیف گسترده‌ای از اندیشه‌های گوناگون هستیم. اگر در این طیف گسترده اندیشه دینی مبتنی بر ارزش وحی و عقل را در یک سو قرار دهیم، در پی آن شاهد اندیشه‌های مبتنی بر خردگرایی مستقل از وحی و آنگاه عقاید مبتنی بر تجربه‌گرایی هستیم. شاید در انتهای این طیف نیز بتوانیم در پس پرده‌ی دموکراسی‌های عرفی، اندیشه‌ی نسبی‌گرایی در حقوق را بیابیم. مقصود من از نسبی‌گرایی، مرحله‌ای از تنزل حقوق است که قواعد حقوقی نه محصول وحی و عقل است و نه حتی تجربه، بلکه تنها و تنها محصول تعادل حاصل از تقابل منافع و خواسته‌های گروه‌های مختلف تاثیر گذار در جوامع انسانی است.

این شیوه‌ی دستیابی به وضع قواعد حقوقی کاملاً قابل تشبیه به نحوه‌ی تعیین قیمت کالا در بازار کاملاً رقابتی است. در چنین بازاری قیمت خوب و بد یا عادلانه و غیر عادلانه مفهومی ندارد. قیمت کالا نتیجه‌ی قهری تقابل عرضه و تقاضاست. تولید قواعد حقوقی نیز چنانچه متکی بر چنین اندیشه یا چنین واقعیتی باشند قابل اتصاف به خوب و بد و یا عادلانه و ظالمانه نیستند، بلکه حاصل قهری تقابل منافع هستند.^۱

اینک باید دید تحلیلگران اقتصادی حقوق چنانکه ادعا می‌کنند به مبنای جدیدی برای ایجاد حقوق دست یافته‌اند یا در نقطه‌ای از طیف گسترده‌ای که به آن اشاره شد قرار گرفته‌اند.

۲.۵. گستره‌ی حقوق نزد تحلیلگران اقتصادی حقوق

تحلیلگران اقتصادی حقوق با تأکید بر اصول اقتصادی بر این باورند که حقوق معیار توزیع منابع محدود در برابر خواسته‌های نامحدود است. خالی از فایده نیست که عقیده‌ی یکی از پیشروان تحلیل اقتصادی را تکرار کنیم:

«... حقوق مرکب از مجموعه‌ای قرار داد است و انسان‌ها آموخته‌اند که برای میسر شدن همزیستی در جهان آکنده از محدودیت‌ها باید به آن‌ها عمل کنند.»

اگر این عقیده را بپذیریم، باید بخشی از قواعد رایج را از حوزه حقوق خارج کنیم، زیرا همه‌ی قواعد حقوقی زائیده محدودیت منابع نیستند. برای تفهیم مقصود جامعه‌ای کوچک

۱. چنانچه گفته شده است قرار داد قانون طرفین قرار داد است و حال آنکه قرارداد در میدان فرضی رقابت کامل چیزی جز برآیند قدرت چانه زنی دو طرف نیست.

همچون خانواده را در نظر آوریم که پدر فرزند کاهل در تحصیل علم را تنبیه می‌کند. آیا می‌توان گفت هدف اصلی این تنبیه لزوماً عجز پدر از پرداخت شهریه مجدد است؟! آیا می‌توان گفت پدر به طمع شرکت در درآمد فرزند تحصیل کرده خویش در آینده، وی را تنبیه می‌کند؟ آیا نمی‌توان پذیرفت که فقط و فقط عشق پدر به سعادت فرزند، او را به این عمل وامی‌دارد؟ در جامعه بزرگ انسانی نیز نمی‌توان هدف قواعدی نظیر آموزش اجباری، منع شرب خمر، موانع نکاح و مانند آن را صرفاً نتیجه برخورد خواسته‌های نامحدود با منابع محدود دانست.

به عبارت دیگر، چنانچه هدف حقوق، سعادت انسان باشد، این هدف صرفاً با توزیع کارآمد منابع تامین نمی‌شود و بالعکس اگر هدف حقوق را صرفاً به توزیع کارآمد منابع محدود کنیم، نیل به این هدف با حذف انسان‌های ضعیفتر مانند بیماران صعب‌العلاج، عقب‌ماندگان ذهنی و مانند آن بهتر تحقق می‌یابد و معلوم نیست که کدام اصل اقتصادی حرمت نوع انسان را ثابت می‌کند؟

۳.۵. نسبت معیار اقتصادی کارائی

کارائی در اقتصاد به معنی بهترین شکل تخصیص منابع محدود است و گفته شده است که این حالت در دنیای فرضی رقابت خالص محقق می‌شود.

اینک این مسئله مطرح است که حتی در دنیای فرضی رقابت خالص، آنچه اتفاق می‌افتد بهترین شکل تخصیص منابع بر مبنای تمایلات انسانی در هر برهه زمانی است و نه آنچه که حقیقتاً بهترین شکل توزیع منابع است.

به عبارت دیگر معیار کارائی وقتی در حوزه حقوق قابل پذیرش است که در مواجهه با منابع محدود، هدفی برتر از ارضاء حداکثر تمایلات انسانی در هر برهه زمانی وجود نداشته باشد و خطاهای انسانی نادیده گرفته شود.

۴.۵. عدم قابلیت آزمودن مطلوبیت کارائی به عنوان مبنای حقوق

تحلیلگران اقتصادی حقوق مدعی هستند که حقوق سستی فاقد روش‌های علمی است و تحول حقوق منوط به آن است که برای حل مسائل آن همچون علوم تجربی مراحل تولید نظریه و آزمون آن صورت پذیرد.

اگر این عقیده را بپذیریم، ناگزیر خواهیم بود که برای ایجاد فرضیات حقوقی و آزمودن آن‌ها در ابتدا نظریه‌های اقتصادی را به اثبات برسانیم. درست است که نظریه‌های اقتصادی ممکن

است به عنوان هست‌ها، قابل اثبات باشند اما پس از تبدیلهان به باید‌ها، مشکل مواجه خواهیم شد. اقتصاددانان ثابت می‌کنند که در یک جهان فرضی رقابت خالص، کارآئی محقق می‌شود، اما تحلیلگران اقتصادی حقوق ادعا می‌کنند که کارآئی باید مبنای حقوق قرار گیرد بدون اینکه صحت این ادعا از طریق تجربه قابل رسیدگی باشد.^۱

بدیهی است در این جا قصد ندارم از تجربه‌گرایی در حقوق دفاع کنم، اما فقط بیان این نکته مورد نظر است که عمل تحلیلگران اقتصادی حقوق با ادعای ایشان سازگاری ندارد.

۵.۵. نقد تحلیل اقتصادی حقوق اموال

با محدود ساختن توقع از کارکرد تحلیل اقتصادی حقوق می‌توان به نتایج مفیدی در حوزه‌ی حقوق اموال دست یافت. به عنوان مثال نگاهی دوباره به مرزبندی کالاها و خدمات عمومی و خصوصی از منظر اقتصادی جالب توجه و آموزنده است.

متقابلاً چنانچه گمان کنیم که تحلیل اقتصادی حقوق پاسخگوی تمامی پرسش‌هاست، به راه خطا رفته‌ایم. کافی است توجه کنیم که اولین گام تحلیلگران اقتصادی حقوق در حوزه‌ی حقوق اموال، کوشش در اثبات کارآئی مالکیت خصوصی است.

در این مسیر اگر تعالیم دینی را معیار قرار دهیم، راه درازی در پیش نداریم، زیرا ادیان الهی اصل مالکیت خصوصی را پذیرفته‌اند. اگر فطرت انسانی را معیار قرار دهیم، ممکن است به مدد روانشناسان دریابیم که انسان فطرتاً میل به مالکیت خصوصی دارد. همچنین ممکن است به مدد جامعه‌شناسان و مورخین پی ببریم که مالکیت خصوصی در همه‌ی جوامع و در طول تاریخ امری پذیرفته شده است، اما اگر ذهن خویش را به توهم دستیابی به نتیجه‌ی علمی، از همه این آموزه‌ها خالی کنیم با دشواری بزرگی مواجه می‌شویم. این دشواری عبارت است از عدم امکان تجربه مالکیت غیرخصوصی و در نتیجه عدم امکان اثبات برتری مالکیت خصوصی.

ممکن است مالکیت عمومی قابل تجربه باشد، اما هیچگاه قادر نیستیم فضایی را تجربه کنیم که در آن فارغ از هرگونه مالکیت خصوصی باشیم. بنابراین نمی‌توان با بیانی به اصطلاح علمی (متکی بر آزمون) رجحان مالکیت خصوصی را ثابت نمود.

توجه داشته باشیم که تحلیلگران اقتصادی حقوق با مثال‌هایی که ارائه می‌کنند، مالکیت

۱. در همین راستا گفته شده است که تحلیل اقتصادی حقوق بر اساس یک ایدئولوژی بنا شده است! (الیزابت

خصوصی را با عدم مالکیت مقایسه می‌کنند و در واقع انواع مالکیت‌ها را مقایسه می‌کنند. بنابراین برای سود جستن از تحلیل اقتصادی حقوق، ناگزیریم قواعد اساسی راجع به مالکیت را با اتکا به مبانی دیگر به دست آوریم و آنگاه برای دستیابی به قواعد فرعی و جزئی، از قابلیت‌های تحلیل اقتصادی بهره‌مند شویم.

۶.۵. نقد تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی

تحلیل اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی، به هیچ وجه به آنچه که مختصراً بیان شد محدود نمی‌شود، بلکه فروع زیادی دارد که جزئی از آن‌ها در کتب و بسیاری از آن‌ها در مقالات مورد بررسی قرار گرفته است. معذک به نظر می‌رسد که وجه مشترک همه این تحلیل‌ها به حداقل رساندن هزینه پیشگیری (احتیاط) از یک سو و به حداقل رساندن خسارات وارده است. به این دو باید هزینه اداره‌ی دعاوی مسئولیت مدنی (خاصه هزینه‌های دادرسی) را نیز افزود. به این ترتیب هدف تحلیلگران اقتصادی حقوق دارای جاذبه‌ای انکارناپذیر است و اگر انتقادی متصور باشد، ناظر به مرحله تعیین روش برای تحقق این هدف است.

تصور می‌کنم که چند عامل مانع از تحقق هدف تحلیلگران اقتصادی حقوق برای ایجاد تحول در حوزه حقوق مسئولیت مدنی است:

اولاً: مهم‌ترین سؤال حقوق مسئولیت مدنی، تعریف ضرر است. اگر به زندگی اجتماعی بدبین باشیم، آن را آکنده از زیان خواهیم دید و اگر برعکس زندگی اجتماعی را ضرورت لاینفک حیات انسانی بدانیم، باید بسیاری از آنچه را که ممکن است بدبینان ضرر تلقی‌کننده نادیده انگاریم.

غرض از ذکر این مقدمه بیان این نکته مهم است که در تعیین ضرر یا ضرر قابل جبران، نهایتاً راهی جز توسل به عرف نداریم؛ به عبارت دیگر تحلیل اقتصادی حقوق به رغم ادعای مبانی علمی هیچ راهی برای تمیز ضرر قابل جبران از انبوه ضررهایی ندارد که ممکن است در زندگی اجتماعی تصور شود.

ثانیاً: هدف حقوق قبل از آنکه به حداقل رساندن هزینه‌ها باشد، ایجاد نظم و آرامش و به عبارتی تعیین معیارهایی روشن جهت رفتار اجتماعی است.

برای من قابل تصور نیست که اشخاص بتوانند دائماً در زندگی روزمره رفتار خود را با فرمول‌رندهند تطبیق دهند! تطبیق رفتار فرد با معیارهای از پیش تعیین شده و شناخته شده دور

از انتظار نیست، اما عمل به فرمول هند یعنی الزام به محاسبه دائمی سود و زیان در مواردی تکلیفی شاق است و در مواردی اساساً ناممکن به نظر می‌رسد.^۱

ثالثاً: در مثال‌هایی که برای توضیح فرمول لرندهند ارائه شد، ملاحظه می‌کنیم که غالباً اعداد تعیین شده فاقد مبنا بوده و متکی به قوانین و عرف‌های موجود هستند و نه متکی بر تحلیل اقتصادی مورد ادعا.

مثلاً گفته می‌شود شخصی با سرعت ۱۴۰ کیلومتر در ساعت رانندگی می‌کند و باعث بروز ۱۰۰ تومان ضرر می‌شود. محاسبات نشان می‌دهد که اگر وی سرعت خود را به ۱۳۰ کیلومتر تقلیل می‌داد زیانی بروز نمی‌کرد و راننده نیز از بابت تقلیل سرعت متحمل ۱۰ تومان هزینه (بابت دیر رسیدن به مقصد و مانند آن) می‌شد؛ پس رفتار او رفتاری غیر اقتصادی بوده است.

این تحلیل بسیار جالب است، اما معلوم نیست که مبنای محاسبات، یعنی ۱۴۰ کیلومتر در ساعت از کجا به دست آمده است. سرعت ۱۴۰ کیلومتر در ساعت سرعتی است که راننده انتخاب کرده است و هزینه تقلیل سرعت به ۱۳۰ کیلومتر در ساعت بر این مبنای انتخابی سنجیده شده است، حال آنکه اگر راننده به عنوان مثال سرعت ۱۶۰ کیلومتر در ساعت را انتخاب می‌کرد، نتیجه دیگری به دست می‌آمد؛ مثلاً ممکن بود هزینه تقلیل سرعت به ۱۳۰ کیلومتر در ساعت ۲۰۰ تومان محاسبه شود و رفتار وی توجیه اقتصادی پیدا کند.

رباعاً: بنابر فرمول لرندهند شخصی را نیز که بیش از حد احتیاط می‌کند باید مقصر شناخته، به جبران خسارت محکوم کرد؛ زیرا او نیز منابع را تلف می‌کند!

در خاتمه توجه به این نکته ضروری است که نمی‌توان مدعی شد معیارهای عرفی که اساس حقوق مسئولیت مدنی را تشکیل می‌دهند فاقد هرگونه مبنای اقتصادی هستند. برخی تحلیلگران اقتصادی حقوق نیز به این حقیقت معترف هستند^۲، با این وجود جاذبه تحلیل اقتصادی حقوق، آنان را تشویق می‌کند تا در اندیشه‌ی پایه ریزی مبنای کارآمدتری برآیند. اما گمان نمی‌کنم بر هم ریختن حقوق به اصطلاح سنتی در این زمینه و جایگزینی فرمول‌های ناشی از تحلیل اقتصادی حقوق، نظم جدیدی برقرار سازد. تنها می‌توان امیدوار بود که در مواردی محدود که انجام محاسبات اقتصادی آسان و کاملاً قابل پیش‌بینی است، معیارهای عرفی و قانونی رفتار اجتماعی

۱. در تأیید دشواری و بلکه ناممکن بودن انجام محاسبات همچنین رجوع شود به: الیزابت کرک، همان منبع،

ص ۴. www.SID.ir
 ۲. پوزنر عقیده دارد که حقوق عرفی (کامن لا) غالباً اما نه در تمامی موارد کارآمد (efficient) است (نقل از الیزابت کرک، همان منبع، ص ۵).

۷.۵. نقد تحلیل اقتصادی حقوق خانواده

پوزنر تحلیل اقتصادی را به حقوق خانواده نیز راه داده است. او در این راه ناگزیر است که همچون تحلیل اقتصادی دیگر شاخه‌های حقوق، برای هر یک از اعمال و خواسته‌های انسان در این حوزه، حسب مورد سود یا زیانی در نظر گرفته و از این منظر قواعد موجود را ارزیابی نموده، قواعد جدیدی را نیز پیشنهاد کند. از همین روست که وی از به‌کارگیری اصطلاح بازار ازدواج^۱ که در نظر ما اصطلاحی موهن و زننده است ابایی ندارد!

اگر بخواهیم گفته‌های پوزنر را در خوش‌بینانه‌ترین صورت ممکن ارزیابی کنیم، باید بگوئیم که او از تعیین مبلغ برای اعمال و خواسته‌های انسان در حوزه‌ی خانواده ناتوان است و از این مهم‌تر حتی در تشخیص اینکه کدام عمل و خواسته سود است و کدام یک زیان، توفیقی ندارد. پوزنر ناخودآگاه برای تشخیص اینکه اساساً کجا با سود مواجهیم و کجا با ضرر، متکی بر عقاید مذهبی یا نهایتاً عرفی است و این امر با اصل ادعای تحلیل‌گران اقتصادی حقوق متناقض است. چگونه ممکن است که معیارهایی نظیر عدالت، اخلاق و مذهب را مبهم بدانیم و هنگام تحلیل اقتصادی حقوق و ارزیابی قواعد موجود، کم و بیش بر همین معیارها تکیه کنیم؟

از پوزنر باید پرسید وقتی ابزار تشخیص سود و زیان را از دست داده‌ایم یا بر فرض وجود آن، از قیمت‌گذاری عاجز هستیم، چگونه قادریم به تحلیل اقتصادی بپردازیم؟ در بخشی از تحلیل اقتصادی حقوق خانواده ملاحظه می‌کنیم که در مقایسه میان سود و زیان ناشی از تجویز یا منع همجنس‌بازی، سودی برای تجویز آن متصور شده است. اگر شیوه استدلال صورت پذیرفته برای نیل به این نتیجه را بپذیریم، باید آنچه را نیز بپذیریم که من بر همین اساس ابداع کرده‌ام:

تکدی را نباید جرم شمرد زیرا منع تکدی موجب روی آوردن متکدیان به سرقت می‌شود که هزینه بیشتری بر جامعه تحمیل می‌کند. سرقت را نیز نباید جرم شمرد، زیرا ممنوعیت سرقت موجب می‌شود که سارقین هم خویشت را صرف کلاهبرداری کنند که خطر آن به مراتب بیش از سرقت است. کلاهبرداری نیز...!!

با وجود انتقادهایی که بیان شد فوایدی برای تحلیل اقتصادی حقوق متصور است. تحلیلگران اقتصادی حقوق در دهه‌های اخیر کوشیده‌اند حقوق را محصول تحلیل اقتصادی معرفی کنند، حال آنکه اگر از این مبالغه و زیاده‌روی آشکار پرهیز کرده و تحلیل اقتصادی حقوق را در خدمت عدالت قرار دهیم، به نتایج مفیدی دست خواهیم یافت.

مبنای حقوق را باید در وحی و عقل جست و جو کرد. حرمت نوع انسان اعم از سفید و سیاه، پیر و جوان، عاقل و مجنون، همچنین حرمت جنین در رحم و حتی حرمت مردگان جز از طریق تعالیم دینی قابل دستیابی نیست. بسیاری از احکام خانواده و دیگر معیارهای زندگی اجتماعی، خودآگاه یا ناخودآگاه بر تعالیم دینی متکی هستند. بنابراین چارچوب‌های کلی قواعد حقوقی را به هیچ وجه نمی‌توان در نظریه‌های اقتصادی جست و جو کرد. با این همه، جهت تولید قواعد فرعی، در حدودی که موضوع و هدف یک قاعده جزئاً یا کلاً به توزیع منابع محدود و قابل اندازه‌گیری نسبی مربوط می‌شود، تحلیل اقتصادی راهشگا است. در فصل آینده به بعضی از این موارد در حقوق ایران اشاره خواهیم نمود.

۶. تحلیل اقتصادی حقوق ایران

در این فصل پرسش اساسی این است که آیا در حقوق ایران می‌توان برای تحلیل اقتصادی حقوق جایگاهی یافت یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، مشخصات و حدود این جایگاه کدام است؟ به این منظور ابتدا باید اصول کلی پذیرفته شده در حقوق ایران را بهتر شناخت و آنگاه پیشنهادهای عملی برای تحلیل اقتصادی حقوق ایران را ارائه نمود:

۱.۶. نظام حقوقی ایران و مبانی تحلیل اقتصادی حقوق

۱-۱-۱- اختلاف حقوق نوشته و حقوق عرفی

تحلیل اقتصادی حقوق در دامن حقوق عرفی رشد یافته است و حال آنکه حقوق ایران یک حقوق نوشته است. این اختلاف ممکن است در ابتدا اساسی به نظر آید، اما در واقع این اختلاف قابل اعتنا نیست. در نظام حقوق عرفی، رویکرد اقتصادی قاضی در آراء او و نهایتاً در رویه‌ی قضایی تحول ایجاد می‌کند، اگرچه این خصیصه‌ی حقوق عرفی به هیچ وجه مانع آن نیست که قوانین نیز تحت تأثیر تحلیل اقتصادی اصلاح شوند یا تغییر یابند. برعکس در حقوق ایران انتظار

می‌رود که تحلیل اقتصادی حقوق در وهله اول در وضع قوانین جدید یا اصلاح قوانین موجود به کار آید، هر چند که بدون تغییر قوانین نیز می‌توان تصور کرد که تحلیل اقتصادی حقوق موجب ارائه تفاسیر جدیدی از قوانین شده و از دانشگاه‌ها به رویه‌ی قضایی راه یابد. بنابراین اختلاف نظام حقوقی نوشته و حقوق عرفی مانع بهره‌گیری از تحلیل اقتصادی حقوق نیست.

۶-۱-۲- تقابل حقوق دینی و حقوق لائیک

به موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه‌ی قوانین باید براساس موازین اسلامی باشد. اصل نود و چهارم نیز چگونگی تحقق این اصل را از طریق نظارت شورای نگهبان معین ساخته است.

مفاد این اصول خاصه اصل نود و چهارم که وظیفه‌ی شورای نگهبان را تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین اسلامی مقرر داشته است و نه موافقت با آن‌ها، مبین آن است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صرفنظر از بحث‌های نظری، وجود میدان‌های آزاد قانونگزاری^۱ را مورد تایید قرار داده است. بنابراین قوانین را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: قوانینی که وضع یا اصلاح آن‌ها براساس یافته‌های تحلیل اقتصادی حقوق منتفی است و قوانینی که تحلیل اقتصادی آن‌ها از این حیث با ممانعی رو به رو نیست. تجربه‌ی عملی قانونگزاری جمهوری اسلامی نشان می‌دهد که قوانین گروه دوم در مقایسه با قوانین گروه اول حجم بسیار بیشتری دارد. بنابراین میدان تحلیل اقتصادی حقوق ایران محدودی به نظر نمی‌رسد.

۶-۱-۳- محدودیت‌های ذاتی تحلیل اقتصادی حقوق

در شماره پیشین توضیح دادیم که ادعای تحلیل‌گران اقتصادی مبالغه‌آمیز است. تکرار مطالب قبل در اینجا ضرورت ندارد. تنها توجه به این نکته ضروری است که طبیعتاً در تحلیل اقتصادی حقوق ایران نیز باید به دقت محدودیت‌های ذاتی تحلیل اقتصادی را مدنظر داشت و از رفتن به بیراهه با احتیاط و وسواس فراوان پرهیز کرد.

۶-۲. کاربرد تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق ایران

در شماره ۶-۱ محدودده‌های تحلیل اقتصادی حقوق ایران را تحت سه عنوان برشمردم. اینک مناسب است کاربردهای تحلیل اقتصادی حقوق را مورد توجه قرار دهیم، زیرا در واقع هدف

نهایتاً این مقاله هم چنان که در پیشگفتار نیز اشاره شد، عبارت از آن است که سودمندی‌های تحلیل اقتصادی حقوق را به خدمت گرفته و از زیان‌های ناشی از تقلید بدون تحقیق و گزینش پرهیز شود.

تحلیل اقتصادی حقوق در هر دو بعد تفسیر قوانین موجود و وضع قوانین جدید با میدان گسترده‌ای رو به رو است که انجام آن همکاری حقوقدانان و اقتصاددانان را طلب می‌کند. طبیعتاً اولین گام این همکاری باید توسط دانشکده‌های حقوق و دانشکده‌های اقتصاد برداشته شود و تدریجاً به مراجع اجرائی و قضائی تسری یابد.^۱

۶-۲-۱- تفسیر صحیح قوانین

در بسیاری قوانین خاستگاه اقتصادی کاملاً غلبه دارد و تفسیر و اجرای این گونه قوانین جز از طریق تحلیل اقتصادی میسر نیست. برای توضیح بیشتر مطلب به چند نمونه اشاره می‌کنم:

۶-۲-۱-۱- تفسیر حقوق اسناد تجاری: دقت در قواعد حقوق اسناد تجاری و مقایسه آن با احکام راجع به مالکیت و نقل و انتقال اسکناس مبین آن است که اسناد تجاری به مفهوم خاص (چک، سفته، برات) اسنادی هستند که زائیده ذهن خلاق بازرگانان بوده و قواعد حاکم بر آن که ابتدا به صورت عرف مسلم بوده و سپس به لباس قانون درآمده است، جملگی این هدف را تعقیب می‌کنند که اسناد مزبور اگرچه پول نیستند اما همچون پول قابل اعتماد باشند. ملاحظه می‌شود که بدون توجه به این مسئله‌ی مقدماتی اساساً حقوق اسناد تجاری قابل درک نیست. اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات یا اصل حمایت از دارنده با حسن نیت سند تجاری نمونه بارزی از این قواعد است.

سال‌ها قبل در راستای تدوین رساله‌ی دکتری، پرسشنامه‌ای میان تعدادی از قضات محترم دادگستری توزیع کردم. از جمله سؤالات این بود که اگر اسکناس تحت مالکیت شخص الف مفقود شود و پس از چند بار گردش در بازار در ید شخص ب یافت شود، آیا حکم به استرداد اسکناس خواهید داد یا خیر؟ تعدادی از پاسخگویان با طرح جنبه‌های اثباتی مسئله از ارائه‌ی پاسخ به اصل سوال دور شدند و تعدادی دیگر صراحتاً پاسخ دادند که حکم به استرداد خواهند داد. بدیهی است با چنین اندیشه‌ای که برگرفته از قواعد سنتی حقوق مدنی است، دست‌آبی به

۱. استاد ارجمند جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان با تالیف کتاب «مسئولیت ناشی از عیب تولید» گام مهمی در این راه برداشته و در صفحه ۱۸ ضرورت توجه به اثر متقابل عوامل اقتصادی و قواعد حقوقی را مورد تأکید قرار داده‌اند.

تفسیری جلیح از اصل حمایت از دارنده‌ی با حسن نیت سند تجارتي منتفی است. همین‌طور، در تفاسیر حقوقدانان نیز قابل ملاحظه است. از جمله گفته شده است که سکوت قانون تجارت ایران مبین آن است که اصل حمایت از دارنده‌ی با حسن نیت سند تجارتي اساساً به حقوق ایران راه نیافته است^۱ و حال آن که تحلیل اقتصادی اسناد تجارتي به خوبی ثابت می‌کند حذف این اصل از قواعد حاکم بر اسناد تجارتي همانند آن است که انتقال مالکیت از عقد بیع حذف گردد.

۶-۲-۱-۲- تفسیر حقوق شرکت‌های تجارتي: فلسفه وجودی شرکت‌های تجارتي در مقایسه با شرکت‌های مدنی چیزی جز نگاه کاملاً اقتصادی به نهاد شرکت نیست. با اندک مبالغه می‌توان گفت در حقوق اسناد تجارتي احترام اراده قربانی مصلحت‌های اقتصادی شده است و بدون توجه به این خصیصه تفسیر حقوق شرکت‌های تجارتي میسر بنظر نمی‌رسد.

به عنوان مثال لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت در مورد وضعیت سهم پس از فوت مالک آن هیچ‌گونه حکمی ندارد و این پرسش مطرح می‌گردد که ورثه سهامداران چگونه ممکن است حقوق و تکالیف خود را به عنوان سهامدار، از جمله حضور در مجامع عمومی شرکت اعمال نمایند.

ممکن است پاسخ داده شود که سهم قهراً میان ورثه تجزیه شده و هر یک به نسبت پاره سهم خویش اعمال حقوق می‌نماید. ممکن است چنین اظهار نظر گردد که ورثه ناگزیرند در تعیین نماینده واحد توافق نموده و نماینده مزبور به عنوان صاحب سهم اعمال حقوق نماید. همچنین می‌توان تصور نمود مادامی که سهم مزبور از طریق نقل و انتقال به مالکیت شخص واحد در نیامده سهم دارای حق رأی شناخته نشود.

اینک در مقام پاسخ به این پرسش پیچیده نیستیم بلکه صرفاً قصد تأکید بر این مهم را داریم که دستیابی به پاسخی موجه، جز از طریق اصول اقتصادی حاکم بر شرکت سهامی ممکن نیست. فلسفه وجودی نهاد شرکت سهامی، امکان استفاده بهینه از سرمایه مشترک به قیمت نفی سلطه کامل سهامداران بر سهام خویش است.

۶-۲-۱-۳- تفسیر قواعد راجع به قرارداد حق العمل کاری: ماده ۳۵۷ قانون تجارت در تعریف حق العمل کاری مقرر می‌دارد:

۱. برای ملاحظه آرا، حقوقدانان رجوع شود به: کورش کاویانی، اصل عدم قابلیت استناد به ابرادات، رساله دکتری، ۱۳۷۷، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ص ۱۳۸ به بعد

«حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتش کرده و در مقابل حق العملی دریافت می‌دارد.»

آنگاه در ماده ۳۵۸ قرارداد مزبور را جز در موارد مصرح در قانون تجارت مشمول قواعد وکالت می‌داند. معذک علی‌رغم تعریف ارائه شده درک قواعد حاکم بر این قرارداد دشوار است. خاصه این که احکام مقرر در این قانون بسیار مختصر بوده و ارجاع موارد سکوت به قواعد وکالت بدون پی بردن به خاستگاه اقتصادی نهاد حق العمل کاری منحرف کننده است. بدین ترتیب برای شناخت و تفسیر صحیح قواعد حق العمل کاری باید دریافت که این نهاد زائیده یک نیاز اقتصادی است که نهاد وکالت قادر به برآورده ساختن آن نیست. امر بنا به دلایل گوناگون قادر یا مایل به انجام معامله مستقیم نبوده و خواهان استفاده از وکیل است. در عین حال طبیعت موضوع معامله و یا شرایط بازار به گونه‌ای است که اشخاص، حاضر به معامله با وکیل نیستند. این تضاد خواسته‌ها در بادی امر غیر قابل حل به نظر می‌رسند، اما نهاد حق العمل کاری دقیقاً همین تضاد را به بهترین صورت ممکن حل و انجام معاملات را آسان می‌کند.

۶-۲-۲- اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین جدید

در راه اصلاح قوانین موجود و وضع قوانین جدید نمونه‌های بسیاری را می‌توان یافت که تحلیل اقتصادی در مورد آن‌ها نقش غالب و بلکه کاملاً تعیین کننده دارد. امیدوارم چند نمونه‌ای که به آن اشاره خواهم کرد، الهام بخش دانشجویان رشته حقوق اقتصادی در آغاز این حرکت بوده و از همین طریق بتوان دانشکده‌های اقتصاد را به یاری و مشارکت فرا خواند.

۶-۲-۲-۱- قانون کار و قانون تأمین اجتماعی و مسئله اشتغال: همواره راجع به تأثیر قانون کار و قانون تأمین اجتماعی در توسعه اشتغال مطالبی شنیده شده است، حتی اقداماتی نیز صورت پذیرفته که حکایت از نقش منفی این دو قانون در امر اشتغال دارد، از جمله می‌توان از قانون معافیت کارگاه‌های زیر پنج نفر از شمول قانون کار نام برد.

اینک این پرسش مطرح است که آیا تاکنون درجه‌ی تأثیر این دو قانون در امر اشتغال و راه‌های تعدیل آن در قالب علمی بیان شده است یا خیر؟

هر دو قانون کار و تأمین اجتماعی هدف فراهم کردن امنیتی قابل قبول برای کارگران را تعقیب می‌کنند، اما از آنجا که این هدف از طریق وضع تکالیفی برای کارفرمایان محقق می‌گردد، قهراً اشتغال کارفرمایان در امر استخدام را نیز در پی دارد. بنابراین تردیدی نیست که قوانین مزبور همانند تیغی دولبه هستند که از یک سو امنیت شاغلین را فراهم می‌کنند و از سویی دیگر

اشتغال بیکاران را به مخاطره می‌اندازند.

Archive of SID

با تحلیل اقتصادی اجزاء این دو قانون می‌توانیم درجه تأثیر قوانین مزبور را بر اشتغال مورد سنجش قرار داده و عنداللزوم پیشنهادهای اصلاحی ارائه دهیم. برای تفهیم بهتر مقصود فرض کنیم که امنیت شغلی را بتوان در یازده درجه (از صفر تا ده) و میزان اشتغال را نیز به همین ترتیب از صفر تا ده طبقه‌بندی کرد. اگر درجه امنیت شغلی ناشی از قوانین مورد بحث را ۷ فرض کنیم و درجه اشتغال را ۴، مجموعاً به عدد یا امتیاز ۱۱ می‌رسیم و اگر امنیت شغلی را به ۶ کاهش دهیم و در نتیجه درجه اشتغال مثلاً به ۶ افزایش یابد، مجموعاً به امتیاز ۱۲ می‌رسیم که از امتیاز پیشین بهتر است. بنابراین، سؤال اصلی در تحلیل اقتصادی قوانین کار و تأمین اجتماعی آن است که آیا کاستن از امنیت شغلی ناشی از این دو قانون آن چنان تأثیری در افزایش اشتغال دارد که تقلیل امنیت شغلی را موجه سازد؟ و اگر پاسخ مثبت است چگونه باید قوانین مزبور را تعدیل نماید.

۶-۲-۲- تحلیل اقتصادی خسارت تأخیر تأدیه: خسارت تأخیر تأدیه پیش از وقوع انقلاب اسلامی مبتنی بر قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بود. با اظهار نظر شورای نگهبان مبنی بر ربا بودن خسارت تأدیه بحث در این زمینه درگرفت و موجب تحولات متعددی در حقوق ایران شد.

تصور می‌کنم اهم دشواری‌های موضوع خسارت تأخیر تأدیه این هاست:

- ماهیت پول با دیگر اموال متفاوت است؛ توضیح این که ارزش همه کالاها در برابر یکدیگر نوسان دارد، اما آثار نوسان ارزش پول متفاوت است.

- مفهوم ربا و خسارت تأخیر تأدیه با درصد معین (مانند ۱۲٪ و ۶٪) به یکدیگر نزدیک به نظر می‌رسد و به پیچیدگی موضوع می‌افزاید.

- نرخ تورم در کشور ما در چند دهه اخیر بسیار بالا بوده و اندیشه ما نسبت به خسارت تأخیر تأدیه به صورت ناخواسته در فضایی تورمی شکل گرفته است، حال آن که مبنای خسارت تأخیر تأدیه باید مبنایی باشد که در همه شرایط پاسخی منطقی به این مسئله بدهد.

- قابل جبران بودن عدم النفع مورد اختلاف فقها است. این اختلاف نظر در مورد تأخیر تأدیه پول، اهمیت تعیین‌کننده‌ای دارد.

مقصود من از طرح مطالب بالا رسیدن به این نتیجه است که غلبه بر اختلاف نظرها و دستیابی به نتایج قابل قبول، جز از طریق تحلیل اقتصادی میسر نیست؛ به عبارت دیگر بدون درک ماهیت پول و مفهوم اقتصاد پولی هرگونه اظهار نظر راجع به خسارت تأخیر تأدیه به مثابه‌ی اظهار نظر در

خلاق خواهد بود.

درفنی این گونه اظهار نظر، ذکر این نمونه جالب است که سال‌های قبل، محاسباتی را در مورد نحوه تعیین مهریه به نرخ روز انجام دادم. نتیجه محاسبات حاکی از آن بود که در بعضی موارد (به تناسب تاریخ ازدواج و تاریخ تأدیه) نرخ محاسبه تأخیر تأدیه از ۷۰ تا ۸۰ درصد در سال تجاوز می‌کند. بعید می‌دانم که بتوان با نرخ‌های متعارف ربح مرکب نیز به چنین اعدادی دست یافت و حال آنکه نقطه آغازین بحث ما در ردّ نرخ ۱۲٪ مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ شبیه ریوی بودن آن بود^۱

۶-۲-۳- حقوق عمومی و تحلیل اقتصادی: در حقوق عمومی به طور کلی و خصوصاً حقوق اداری، میدان وسیعی از تحلیل اقتصادی پیش رو است. بسیاری از ترتیبات اداری از منظر اقتصادی فاقد کارآئی هستند و اصلاح آن‌ها مفید است. به عنوان مثال بحثی که اخیراً راجع به چگونگی نقل و انتقال خودرو در گرفته و نهایتاً منجر به صدور رأی به نفع کانون سردفتران و دفتریاران شد، قابل توجه است.

تصور می‌کنم وجه غالب در تعیین مکانیزم نقل و انتقال خودرو، جنبه اقتصادی آن است. احراز مالکیت خودرو و مسائلی که منوط به تشخیص مالک خودرو است از طریق مداخله نیروی انتظامی میسر به نظر می‌رسد، بنابراین مسئله‌ای که باقی می‌ماند هزینه حق الثبت و حق التحریر است که در صورت الزامی بودن نقل و انتقال رسمی به طرفین معامله تحمیل شده و هزینه معاملات اتومبیل را به شدت بالا می‌برد.

باید افزود که ارزش اقتصادی خودرو نسبت به گذشته کاهش یافته و به سرعت از صورت یک کالای سرمایه‌ای به کالایی مصرفی تبدیل می‌شود که دارای عمری کوتاه است. به یادآوریم که از منظر اقتصادی هر قدر هزینه‌ی معاملات تقلیل یابد، هدف کارآئی بهتر محقق می‌گردد، بنابراین ضروری است که کلیه مزایای ثبت نقل و انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی با ثبت آن در نیروی انتظامی مقایسه شده و نهایتاً کم هزینه‌ترین روش به این منظور انتخاب شود.

نتیجه‌گیری

تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، خاصه کارآئی، به

۱. توجه کنیم که نرخ مزبور به صورت ساده محاسبه شد و نه مرکب به این معنا که اخذ خسارت از خسارت مجاز نبود.

عنوان مبنای ارزیابی و عنداللزوم و اصلاح قواعد حقوقی. تحلیلگران اقتصادی حقوق، نتیجه گرفته‌اند که برای آشتی‌گریز ناپذیر خواسته‌های نامحدود انسان با امکانات محدود باید به مقایسه سود و زیان ناشی از خواسته‌ها پرداخته و قواعد حقوقی را در خدمت به حداکثر رساندن سود جمعی و به حداقل رساندن هزینه اجتماعی قرار داد. هر چند این پرسش اساسی بدون پاسخ ماند که معیار علمی ثابت شده برای تمیز سود از زیان و آنگاه محاسبه میزان سود و زیان ناشی از رفتار آدمی، چیست؟

ولی پرواضح است که می‌توان با محدود ساختن ادعای تحلیلگران اقتصادی حقوق، از روش آنان برای تولید بعضی قواعد فرعی حقوق بهره برد.
فهرست منابع

- فارسی

- کاتوزیان ناصر، مسئولیت ناشی از عیب تولید، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.

- کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق، ج ۲۱، شرکت انتشار، ۱۳۷۵.

- ایازی، احمد، گزیده مطالب اساسی اقتصاد خرد، چاپ اول، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۰.

- میرسجادی نظام، سیستم قیمت‌ها و تخصیص منابع تولیدی، چاپ هشتم، ۱۳۷۹.

- جعفری لنگرودی محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۶۲.

✓ - بادینی حسن، مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲ زمستان ۱۳۸۲.

- کاویانی کوروش، اصل عدم استناد به ایرادات، رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.

- انگلیسی

- Cooter, Robert and Ulen, *Thomas. Law and Economics*. 1988. Harper Collins Publisher. USA.

- Posner, Richard A. *Economic analysis of law*. 6th ed. 2003. Aspen Publishers. New York.

- Heico Kerkmeester, Methodology: General (Bouckaert, Boudevijn and De Geest, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics*. 2000. Edward Elgar Publishine, <http://encyclo.findlaw>)

- Elisabeth Krecke, *The Nihilism of the Economics Analysis of Law*, *Archive of SID* (www.mises.org/journals/scholar).
- Ejan Mackaay, *History of Law and Economics* (Boudewijn and De Geest, Gerri. Encyclopedia of Law and Economics 2000. Edward Elgar Publishing, <http://encyclo.findlaw>).
- Steven Shavell, *Economics Analysis of Law*, 2004, Foundation Press, New York.
- David D.Frideman, *Law's order*, 2000, Princeton University Press, Princeton, New Jersey. *www.SID.ir*