

فرایند و مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق و تأثیر آن بر رشد اقتصادی

محمدزمان رستمی^{*۱}

استادیار گروه اقتصاد دانشگاه قم

محمدهادی رستمی^۲

دانش آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی

دانشگاه شهید مطهری تهران ایران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۳/۲۶

چکیده

رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، علمی نوپاست و رویکردهای بسیاری زمینه‌ساز آن بوده‌اند که همگام با تحولات اقتصادی شکل گرفته و در راستای حمایت از اقتصاد، حقوق را متحول ساخته‌اند. این رویکرد از ابزارها و معیارهای علم اقتصاد برای تحلیل پدیده‌های حقوقی بهره می‌برد. این نگارش، جریانات فکری، مبانی، اصول، معیارها و تأثیر این رویکرد بر تحول نظام‌های حقوقی در راستای حمایت از اقتصاد را بررسی می‌کند و با روش تحلیلی - توصیفی، در پاسخ به این سؤال که ارتباط حقوق و اقتصاد چگونه به پیشرفت اقتصادی کمک می‌کند، این فرضیه را بیان می‌دارد که رویکرد مذکور، از طریق وارد کردن عنصر کارایی و بهره‌وری در مبانی نظام حقوقی، و موظف ساختن آن به حمایت از پیشروان اقتصاد به پیشرفت اقتصاد یاری می‌رساند. نوآوری مقاله آن است که مبانی نظری، معیارها و تأثیر این رویکرد بر تحول نظام حقوقی در راستای حمایت از تحولات اقتصادی را دقیق‌تر، اقتصادی‌تر و کاربردی‌تر بیان می‌کند. نتیجه اصلی مقاله آن است که کشور ما برای پیشرفت اقتصادی می‌باید یک نظام اقتصادی مشخص و مورد اتفاق، تدوین کند و نظام حقوقی را در راستای حمایت از آن متحول سازد؛ به گونه‌ای که اثر آن بر تصمیمات و رفتار افراد، در راستای افزایش کارایی، بهره‌وری، رشد و رفاه باشد.

کلیدواژه‌ها: رویکرد تحلیل اقتصادی به حقوق، حقوق و اقتصاد، بهره‌وری، کارایی.

۱. نویسنده مسئول: Mzrostami1962@gmail.com

2. h.rostami123@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v26i16.73538

طبقه‌بندی JEL: k0, k11, k12, k4

مقدمه

قدرت و رفاه یک ملت، ناشی از روحیه پیشگامان اقتصاد است که رقابت و مبارزه را به آرامش و فرار از مسئولیت ترجیح داده، برای کشف سرزمین‌های ناشناخته، دریاها و برای کشف معادن ناشناخته، صحراها را درنوردیده، و اندیشه‌ها و سرمایه‌ها را برای اختراع و توسعه صنعت بکار گرفته و با روحیه متهورانه، بازارهای جهان را به روی کالاهای خود گشوده‌اند. اینان جهان خارج را بزرگ و در انتظار خود می‌دانند و مشتاق‌اند راه‌ها و کارهای جدید و بزرگ را تجربه کنند. نقش اصلی رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، تحول در نظام حقوقی در راستای حمایت از این افراد فعال، باهوش، چالاک، چابک، سرزنده، خستگی‌ناپذیر، شکست‌ناپذیر، بی‌باک، خلاق، سازنده و کارآفرین است که لذت را در کار، حرکت و پیشرفت می‌دانند. نظام حقوقی کار را با حمایت از این افراد، تورم کمتر و اشتغال، رشد و رفاه بالاتر را نوید می‌دهد. نظامی حقوقی مجموعه‌ای از بایددها و نبایدها و قواعد رسمی حاکم بر رفتار و روابط افراد و سازمان‌ها است. حقوق می‌باید رفتار انسان را تکامل بخشد و هرآنچه به ضرر تکامل او است را مانع و هرآنچه موجب تکامل او است را باعث شود. حقوق می‌باید فرد، جامعه و اقتصاد را به جلو رهبری کند، اما در نیل به این هدف می‌باید از ابزارهای علم اقتصاد بهره‌گیرد. حقوق و اقتصاد رابطه‌ای تنگاتنگ دارند و نمی‌توان آن‌ها را به مثابه دو موضوع جدا از یکدیگر مورد مطالعه قرار داد. هر فعالیت اقتصادی بر مبنای یک قرارداد حقوقی است و هر قرارداد حقوقی، یک اثر اقتصادی دارد و میزانی از مطلوبیت برای طرفین قرارداد می‌آفریند. اقتصاد در بستر حقوق، تحول می‌یابد و با تحول اقتصاد، حقوق نیز می‌باید متحول شود. نظام حقوقی متکامل، عامل پیشرفت و نظام حقوقی غیرمتکامل، مانع پیشرفت است. تحلیل اقتصادی حقوق، بر کاراتر شدن نظام حقوقی و در نتیجه، بر کاراتر شدن اقتصاد تأثیر مستقیم دارد. تحلیل اقتصادی حقوق راه را برای استفاده بیشتر از علم اقتصاد در تحلیل حوزه‌های اصلی حقوق مانند حق مالکیت، قراردادها، حقوق شرکت‌ها، حقوق خانواده و شبه جرم (برای نمونه، مزاحمت یا بی‌احتیاطی) باز می‌کند و سبب می‌شود که قوانین بر انگیزه‌های بشر و کاراشدن رفتار او تأثیر گذارند.

سؤال اصلی آن است که آیا توسعه اقتصادی، بدون ارتباط حقوق و اقتصاد، تحول حقوق و حمایت آن از فعالان اقتصادی و بخش‌های مولد اقتصاد میسر است؟ فرضیه اصلی این است که

توسعه اقتصادی زمانی میسر است که عنصر کارایی و بهره‌وری حداکثری در اهداف و مبانی نظام حقوقی وارد شود و نظام حقوقی از فعالان اقتصادی و بخش‌های مولد حمایت کند. این مقاله سیر تحول رویکرد تحلیل حقوق اقتصادی را نشان می‌دهد، هسته‌های اصلی این رویکرد را آشکار می‌سازد و تأثیر آن بر تحول نظام حقوقی در راستای حمایت از پیشرفت اقتصادی را بیان می‌دارد. بی‌تردید، ابتدا می‌باید یک نظام اقتصادی مشخص و مورد اتفاق در کشور شکل گیرد و سپس نظام حقوقی، متناسب با آن متحول شود و از آن حداکثر حمایت را به عمل آورد. کشوری که فاقد نظام اقتصادی مشخص است نمی‌تواند از حمایت نظام حقوقی بهره‌مند شود و در صحنه رقابت جهانی پیشتاز گردد.

۱.۲ ادبیات و پیشینه موضوع

Dadghar (2006) در مقاله پیش‌درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد پس از بیان قلمرو، ابعاد، اصول عمومی و پیش‌زمینه‌های این رشته، به بلوغ و ابعاد متدلوثریک آن می‌پردازد و نتیجه می‌گیرد که این رشته ترکیبی، واقع‌نمایی بیشتری نسبت به گرایش‌های محض حقوق و اقتصاد دارد و در راستای تقویت علمی و اجرایی آن دو می‌باشد. Babaie (2007) در مقاله مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق که مبنای مقاله حاضر است، نمایی کلی از این علم جدید ارائه نماید و به سیر شکل‌گیری و تحول این علم می‌پردازد و ارتباط آن را با دیگر رویکردهای اقتصادی به حقوق تبیین می‌کند. وی در ادامه، مکتب واقع‌گرایی حقوق به‌عنوان خاستگاه فکری این نگرش و الگوی رفتاری انسان عقلایی^۱ به‌عنوان مبنای تحلیل رفتار افراد در مقابل قواعد حقوقی را معرفی و کارایی را به‌عنوان عنصر اصلی تحلیل اقتصادی و هدف ایجاد قواعد حقوقی، معرفی و مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد. Kaviani (2007) در مقاله درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق می‌نویسد: تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به‌کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، به‌ویژه کارایی، به‌عنوان مبنای ارزیابی و اصلاح قواعد حقوقی. تحلیل‌گران اقتصاد حقوق نتیجه گرفته‌اند که برای آشتی

۱. جای بررسی است که معنای انسان عقلایی چیست؟ آیا الگوی رفتاری انسان عقلایی، الگویی ثابت برای همه زمان‌ها است یا بر حسب شرایط و با تحول اقتصاد و تمدن بشری، تغییر می‌یابد؟

گریزناپذیر خواسته‌های نامحدود انسان با امکانات محدود، باید به مقایسه سود و زیان ناشی از خواسته‌ها پرداخت و قواعد حقوقی را در خدمت حداکثرسازی سود جمعی و حداقل رساندن هزینه اجتماعی قرار داد. (Naimi (2012) در مقاله پیشینه رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق این رویکرد را رویکردی بسیار مهم در حوزه فلسفه حقوق می‌داند که از ابزارهای علم اقتصاد برای تحلیل پدیده‌های حقوقی بهره می‌برد. وی ابتدا دیدگاه هیوم، اسمیت و بتام به منزله پیشگامان این رویکرد و سپس واقع‌گرایان و نهادگرایان و سرانجام رویکرد نوین را بررسی می‌کند. Aghaei (2013) در تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق می‌نویسد: تحلیل اقتصادی حقوق، عبارت مبهمی است که از فراوانی کاربرد، روشن به نظر می‌آید، حال آنکه برداشت‌های نادرست در این باب بسیار است. تحلیل اقتصادی حقوق به معنای به کارگیری روش‌ها و ابزارهای تحلیلی که اقتصاددانان برای تحلیل بازار به کار می‌برند، برای تحلیل موضوعات حقوقی است، نه بررسی آثار حقوق بر اقتصاد و یا آثار اقتصادی موضوعات حقوقی. برای تبیین این مسئله، عبارت «تحلیل اقتصادی» باید موشکافی شود. تحلیل اقتصادی حقوق به معنای ترجمه حقوق به زبان اقتصادی و سپس مطالعه آن، مشابه مطالعه بازار است. (Qasemi (2015) در مقاله حقوق اقتصادی نشان می‌دهد که حقوق اقتصادی اداره‌کننده زندگی اقتصادی و به خصوص تولید و گردش ثروت است و برای وضع و اجرای قوانین، به ویژه آن‌هایی که با فعالیت‌های اقتصادی ارتباط دارند، توجه به اصول، ضروریات و عوامل اقتصادی لازم است. (shahabi (2019) در مقاله تحلیل اقتصادی حقوق در کشاکش مدرنیته حقوقی و پست‌مدرنیته حقوقی می‌نویسد: تردیدی در واقع‌گرایی تحلیل اقتصادی حقوق نیست اما آیا این واقع‌گرایی در تضاد با ذات‌گرایی مدرنیته حقوقی است؟ از نظر او تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان چارچوب نظری تفسیر قاعده حقوقی، نتیجه‌ای جز نفی ذات‌گرایی و پذیرش کثرت‌گرایی در اعتبار قاعده حقوقی ندارد و باین حال، بازخوانی مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش خواهد بود. (Ebdali (2019) در مقاله جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق می‌نویسد: هدف بودن معیار کارایی در این رویکرد، از حیث اخلاقی قابل انتقاد است و اخلاق را می‌توان در کنار اصل کارایی در مقام تحلیل اقتصادی حقوق لحاظ کرد. از نظر او ایراد اخلاقی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق هم ناظر بر تحلیل اثباتی اقتصادی حقوق است و هم ناظر بر تحلیل هنجاری اقتصادی حقوق. بنابراین در تحلیل اقتصادی حقوق باید اخلاق را به‌مثابه قید لازم این رویکرد قرار داد تا اصل کارایی در حقوق وسیله‌ای برای تحقق عدالت باشد.

فرایند تاریخی حقوق و اقتصاد

افلاطون (۳۴۷-۴۲۷) در عصر خود و هیوم (۱۷۱۱-۱۷۷۶)، اسمیت (۱۷۲۳-۱۷۹۰) و بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۲) در عصر حاضر، به منزله پیشگامان رویکرد اقتصادی به حقوق معرفی می‌شوند، گرچه فهمی نظام‌مند از حقوق اقتصادی نداشته‌اند (dadghar, 2010: 70). پس از انقلاب صنعتی به تدریج همه نهادهای کشورهای اروپایی، از جمله نهاد حقوق، به خدمت توسعه صنعتی درآمدند تا از عرصه رقابت عقب‌نمانند و از دیگران پیشی گیرند. به تدریج، افکار و مکاتبی شکل گرفت که به تحول در نظام حقوقی، در راستای حمایت از توسعه صنعتی و رشد اقتصادی کمک کرد. در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، نگاه اقتصادی به حقوق، در افکار واقع‌گرایان حقوقی، نهادگرایان و مکاتبی مانند شیکاگو، ییل، ویرجینیا و اتریش مشاهده می‌شود (Mackaay, 2000: 69). برخی به دنبال بررسی تأثیر حقوق بر شاخص‌های اقتصادی هستند و معتقدند تحولات اقتصادی از طریق تحول در حقوق صورت می‌پذیرد. برخی تلاش می‌کنند با استفاده از ابزارها، مدل‌ها و روش‌های علم اقتصاد به توصیف، تحلیل، تفسیر و نظریه‌پردازی در شاخه‌های مختلف حقوق پردازند و بسیاری به دنبال استفاده از حقوق برای رشد حداکثری می‌باشند. حقوق و اقتصاد، از جریان‌ات تأثیرگذار در محافل آکادمیک، قضایی و قانون‌گذاری غرب محسوب می‌شود. کتاب‌های حوزه فلسفه حقوق و نظریه حقوقی، بخشی را به این رویکرد اختصاص داده‌اند.^۱ نظریه هیوم در باب مالکیت تأثیر فراوانی بر فیلسوفان بعدی و اندیشمندان حقوق و اقتصاد گذارد. او تعیین رژیم حقوقی مناسب برای تخصیص بهینه منابع^۲ و ثبات مالکیت، جهت تولید و رشد حداکثری را لازم می‌شمارد، تا هر کس به مالکیت مورد استحقاق خود دست یابد.^۳ او بر احترام به مال و مالکیت، انتقال مالکیت با حداکثر رضایت، آزادی قراردادی، اجرای تعهدات و قطعیت انتقال تأکید دارد. از دیدگاه نتیجه‌گرایانه او همه این قواعد، بر حداکثر کارایی، بهره‌وری، سودمندی و مطلوبیت استوار است (Hume, 2010: 33-35).

۱. به‌عنوان مثال، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، اثر جان کلی و فرهنگ نظریه حقوقی، اثر برایان بیکس

۲. تخصیص بهینه منابع به معنای سوق منابع کمیاب به سوی فعالیت‌های مولدی است که بالاترین بهره‌وری را به همراه دارد.

۳. در این‌که چه عواملی به عنوان عوامل استحقاق مالکیت شمرده شوند اختلاف نظر بسیاری در میان اندیشمندان، اقتصاددانان و سیاستگذاران است. قاعده اصلی این است که مالکیت، بر اساس بهره‌وری است.

از گذشته، اقتصاددانان راجع به نقش قواعد حقوقی در نهادها و روابط اقتصادی و ریشه حقوقی نظام‌های اقتصادی سخن گفته‌اند (Smith, 1978). به‌عنوان نمونه، آدام اسمیت، فیلسوف و اقتصاددان اسکاتلندی به مراحل تکامل جامعه و پیشرفت اقتصادی توجه دارد و به دنبال بهره‌وری و رشد حداکثری و اقتدار بین‌المللی است. از نظر او این تکامل و پیشرفت، با تحول در قانون، نهادهای حقوقی و مفهوم مالکیت همراه است. اگر قانون متحول نشود اقتصاد متحول نخواهد شد و رشدی صورت نخواهد گرفت (Paul and Evensky, 1995: 116-117). رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق به بازار آزاد و کاهش دخالت‌های ناکارآمد دولت در حوزه حقوق اموال، قراردادهای و مسئولیت مدنی جهت افزایش کارآمدی و بهره‌وری، متأثر از دیدگاه‌های او است. بسیاری از فیلسوفان و حقوق‌دانان انگلیسی از جمله جرمی بنتام، به اصل حداکثر بهره‌وری و حداکثر سود ناشی از آن، به‌عنوان مبنای حوزه قانون‌گذاری و اخلاق توجه دارند و این که معیار سود، گرایش‌ها و قضاوت‌ها را در هر حوزه زندگی شکل می‌دهد. از نظر او سود فعالیت‌های مولد باید بیشتر از دیگر فعالیت‌ها باشد تا افراد به سرمایه‌گذاری در این بخش تشویق شوند و نیز هزینه مجازات جرم‌های اقتصادی و غیراقتصادی باید بیشتر از سود ناشی از آن باشد تا افراد از فعالیت‌های مجرمانه کنار کشند. حقوق جزا، تحت تأثیر این نظریه قرار گرفت (Lyons, 1973: 19). بنتام از پیشگامان رویکرد اقتصادی به حقوق است و پس از او امواج گوناگون حقوق و اقتصاد شکل گرفت. یکی از این امواج، موج واقع‌گرایی حقوقی در اواخر قرن نوزدهم میلادی بود. واقع‌گرایان معتقد بودند که حقوق را نمی‌توان بدون رجوع به شرایط اقتصادی فهمید و قضات باید از شرایط اقتصادی مؤثر بر مسیر حقوق و تأثیر قضاوت خود بر اقتصاد آگاه باشند تا قضاوت‌های آنان به افزایش کارایی و بهره‌وری و رشد کمک کند. به باور ایشان، در اجتماع، هر فرد تلاش دارد منافع سایرین را فدای مصلحت خویش سازد. وظیفه حقوق آن است که با حمایت از افراد کارآمد و کارآفرین و بخش‌های مولد، حداکثر نیازها و حداکثر رفاه را با حداقل هزینه‌ها محقق سازد. این رویکرد، رویکرد غایت‌انگارانه و ابزارگرایانه به حقوق است و حقوق را به بهره‌وری حداکثری و هزینه حداقلی سوق می‌دهد (Pound, 1928: 1-9). اینان نقش قانون را در نظم اقتصادی، بازار رقابتی، تولید و توزیع مورد توجه قرار می‌دهند. آنان تحلیل اقتصادی را ابزاری مناسب برای فهم حقوق، تغییرات حقوقی و تدوین قوانینی که موجب ارتقاء شرایط اقتصادی شود می‌دانند (Llewellyn 1925: 678-683). موج دیگر، موج نهادگرایی بود که بر نقش نهادها در

اقتصاد تأکید داشت و معتقد بود نظام حقوقی می‌باید نهادها را متحول و کارآمد سازد به گونه‌ای که به تحول اقتصاد و رشد و توسعه بالاتر انجامد.^۱ موج دیگر، رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق بود که در دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو آغاز شد^۲ و آن دسته از نهادهای حقوقی که ماهیتی اقتصادی داشتند، مانند مالیات، بانک، بیمه، واردات، صادرات، ورشکستگی، بورس، حقوق کار و رفاه عمومی و سپس دیگر حوزه‌های حقوق، مانند حقوق مالکیت، حقوق قراردادهای، حقوق شرکت‌ها و حقوق مسئولیت مدنی را با رویکرد و روش اقتصادی مورد مطالعه قرار داد و تأثیر رژیم‌ها، نهادها، ساختارها، قواعد و قوانین حقوقی را بر اقتصاد بررسی نمود. در این دانشگاه تلاش بر این بود که نهادهای حقوقی به تخصیص بهینه منابع، افزایش کارایی، کاهش هزینه مبادلات و تولید، سلطه بر بازارهای خارجی، شکوفایی استعدادهای در جهت نوآوری و اختراع و افزایش انگیزه فعالیت‌های مولد کمک کند (Rowley, 2005: 350-382).

از منظر این رویکرد، عملکرد قواعد حقوقی مانند عملکرد قیمت کالاها است. همان‌گونه که تغییر قیمت کالاها بر رفتار مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان اثر می‌گذارد، تغییر قواعد حقوقی نیز بر رفتار افراد یک جامعه اثر می‌گذارد. به‌عنوان مثال، همان‌گونه که افزایش قیمت یک کالا موجب کاهش تقاضای آن می‌شود، می‌توان پیش‌بینی کرد که اگر مجازات یک جرم افزایش یابد از تعداد آن جرم کاسته می‌شود. قواعد حقوقی از طریق ایجاد انگیزه عمل یا ترک عمل، بر رفتار افراد تأثیر می‌گذارد و افراد با لحاظ این قواعد در پی حداکثر کردن منافع خود برمی‌آیند.^۳ افراد با توجه به سود و زیان هر اقدام، رفتار خود را برای کسب حداکثر منفعت تنظیم می‌کنند. بنابراین، تغییر قوانین حقوقی موجب تغییر در محاسبه سود و زیان افراد خواهد شد و رفتار آن‌ها بر اساس

۱. جای بررسی است که چگونه حقوق می‌تواند موجب کارآمدی نهادها گردد و کدامین دسته از حقوق‌دانان می‌توانند این رابطه را ایجاد کنند.

۲. جای بررسی است که چرا این رویکرد در این دانشکده شکل گرفت.

۳. این که افراد به دنبال حداکثر کردن چه نوع منافع باشند بسیار مهم است. برخی منافع فردی مانند منافع ناشی از تولید و نوآوری، منافع حداکثری برای جامعه دارد و برخی منافع فردی مانند منافع ناشی از سفته‌بازی، ضررهای حداکثری برای جامعه به بار می‌آورد. حقوق می‌باید منافع ناشی از سفته‌بازی و فعالیت‌های غیرمولد را به حداقل رساند یا از آن بازدارد و منافع ناشی از فعالیت‌های مولد را حداکثر سازد.

نتایج این محاسبه تغییر خواهد یافت. نکته اساسی رویکرد حقوقی جدید، ورود عامل کارائی و بهره‌وری حداکثری و کاهش هزینه مبادله در شکل دادن به قواعد حقوقی است تا از این طریق، رفتارهای مردم یک جامعه به تأمین حداکثر رشد اقتصادی و رفاه اجتماعی و کاهش هزینه مبادله بینجامد (Coase, 1960، 1-44). هزینه مبادله به هزینه‌هایی به جز قیمت گفته می‌شود که در جریان یک معامله وجود دارد و شامل هزینه‌های یافتن خریدار یا فروشنده، مذاکره، تنظیم قرارداد، اجرای قرارداد و نظارت بر آن می‌شود. این مسئله، هزینه تمام‌شده فعالیت‌های مولد و در نتیجه، قیمت کالا را کاهش می‌دهد. کاهش قیمت، موجب افزایش رفاه مصرف‌کننده داخلی و افزایش قدرت رقابت در بازار خارجی می‌شود و به توسعه صادرات می‌انجامد و تراز تجاری را بهبود می‌بخشد. همچنین تلاش بر این است که قوانین حقوقی، اختلافات ناشی از معاملات و حوادث زیان‌بار را به حداقل برساند و یا بدون هزینه حل و فصل کند. همچنین تلاش بر این است که مالکیت منافع و جبران خسارت به گونه‌ای باشد که میزان استحقاق هر کس از منافع و میزان مسئولیت هر کس از خسارت را مشخص نماید تا توزیع منافع و جبران خسارت بر مبنای عدالت و کارایی قرار گیرد. تخصیص بهینه منافع و حداقل سازی هزینه مبادله، موجب پویایی بازار و افزایش انگیزه فعالیت اقتصادی می‌شود و به رشد اقتصادی کمک می‌کند. به این خاطر، قضات باید در قضاوت خود در باره منافع، ملاحظات اقتصادی را مد نظر داشته باشند. پرونده‌های حقوقی در غرب آشکار می‌کند که دادگاه‌ها، تبعات اقتصادی تصمیمات خود را تشخیص می‌دهند (386- Coase 1937, 405). به کارگیری تفکر اقتصادی توسط قضات، موجب تحول کارآمد نظام حقوق عرفی شده است (1 : Mercurio and Medema 2006). در شرایطی که تکنولوژی هر روز پیچیده‌تر و با خطرات بیشتر همراه می‌شود نظام حقوقی کارآمد می‌تواند به توزیع بهینه منافع، خسارت و ریسک، تعیین سطح مطلوب احتیاط در فعالیت‌ها، بهترین بهره‌برداری از زمان، انرژی و منابع موجود با کم‌ترین اتلاف و خسارت کمک کند (499-533 : Calabresi, 1961). در مجموع، این موج‌ها سرآغازی بر سرایت رویکرد تحلیل اقتصادی به حوزه‌هایی چون نظریه‌های تقصیر حقوق عرفی، قراردادها، حقوق مالکیت، نظریه‌های مجازات، آیین دادرسی مدنی، کیفری و اداری، مجلس، قانون‌گذاری، اعمال قانون و سازمان قضایی بود و این باور شکل گرفت که همه موضوعات حقوقی که سودها و هزینه‌هایی را ایجاد می‌کنند (هزینه‌هایی که بر اساس تعداد و شدت حوادث محاسبه می‌شود، هزینه‌هایی که در نبود قاعده بهینه توزیع خطر به وجود می‌آید و

هزینه‌هایی که نظام حقوقی برای اثبات و اجرای مسئولیت متحمل می‌شود) مستعد تحلیل بر حسب معیار کارایی اقتصادی هستند (75، Posner, 1975). بنیان‌گذاران تحلیل اقتصادی حقوق جدید، با تکیه بر این اندیشه که اقتصاد، علم انتخاب است، از چارچوب نظریه قیمت مکتب شیکاگو، برای توضیح انتخاب‌ها در طیف وسیعی از رفتارهای خارج از بازار استفاده کردند. اینان به تحلیل اقتصادی جرم پرداختند و در صدد بودند تا زیان اجتماعی ناشی از جرائم را اندازه‌گیری و مجازات‌هایی که این زیان‌ها را کاهش می‌دهد مشخص نمایند. اینان، در پی ارائه نظریه‌ای درباره رفتار مجرمانه، نشان دادند که مجرمان در ارتکاب جرم، دست به تحلیل هزینه فایده می‌زنند و فواید ناشی از جرم را با مجازات آن مقایسه می‌نمایند. مجرمان پاداش‌های مالی و غیرمالی ناشی از جرم را با هزینه‌های ارتکاب جرم مانند دستگیری، محکومیت و شدت مجازات مقایسه می‌کنند. البته مجرمان پاداش‌های ناشی از جرم را با پاداش‌های ناشی از کارهای اقتصادی مولد نیز مقایسه می‌کنند و هر قدر در یک جامعه، فعالیت‌های مولد و پاداش آن‌ها بیشتر باشد اقدام به اعمال مجرمانه کمتر می‌گردد. بنابراین، از راهکارهای کاهش جرم و کاهش هزینه‌های فعالیت‌های مجرمانه، افزایش فعالیت‌های مولد است (Baker, 1975 : 140). بدین ترتیب، رویکرد اقتصادی به حقوق، با به کارگیری ابزارها، روش‌ها و تحلیل‌های اقتصادی در حوزه علم حقوق سعی کرد منطق حقوقی را با منطق اقتصادی درهم آمیزد. این رویکرد، چندین ادعا را مطرح کرد. اول این که قوانین حقوقی در نظام کامن‌لا، در جهت افزایش کارایی و رفاه اقتصادی تکامل یافته‌اند و قوانین و قواعدی که به افزایش کارایی و بهره‌وری منجر می‌شوند از شانس بقای بیشتری برخوردارند. دوم این که انسان‌ها پس از بررسی منافع و هزینه‌های یک عمل، دست به اقدام می‌زنند و بنابراین، می‌توان با تغییر قوانین بر رفتار افراد تأثیر گذارد؛ به عبارت دیگر با تغییر قوانین، منافع و هزینه‌ها تغییر می‌کند و رفتار افراد نیز متناسب با آن تغییر می‌یابد. سوم این که حقوق باید در خدمت بهره‌وری و کارایی و رشد اقتصادی باشد و به کسانی که کارایی و بهره‌وری بالاتری دارند، به‌ویژه کسانی که می‌توانند به‌عنوان پیشگامان توسعه عمل کنند، آزادی عمل بیشتری بخشد. جریان حقوق و اقتصاد، از مکاتب بسیار و متنوعی مانند شیکاگو، ییل، ویرجینیا، نهادگرایی، نهادگرایی جدید، اتریشی و ... تشکیل شده است (Posner, 1981). از آن‌جا که مکتب واقع‌گرایی حقوق، به‌عنوان خاستگاه فکری الف) نگرش تحلیل اقتصادی حقوق، ب) الگوی رفتار عقلایی به‌عنوان مبنای تحلیل رفتار افراد در مقابل قواعد حقوقی و ج) کارایی به‌عنوان عنصر اصلی

تحلیل اقتصادی و هدف ایجاد قواعد حقوقی بوده است، این سه نیز همراه این نگرش مورد بررسی قرار می‌گیرند.

مکتب واقع‌گرایی و رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق

مکتب واقع‌گرایی، خاستگاه فکری رویکرد تحلیل اقتصاد است. مکتب واقع‌گرایی در ظاهر در مخالفت با مکتب شکل‌گرایی حقوقی ایجاد شد.^۱ رویکرد شکل‌گرایی حقوقی، در جستجوی یک نظام حقوقی هماهنگ و در صدد استخراج اصول و قواعد کلی برای این نظام بود. از آن‌جا که مکاتب حقوقی کاراً^۲ وجود نداشت و گرایش‌ات حقوق طبیعی یا فطری و نیز آیین مسیحیت و یهود، یک نظام حقوقی کارا ارائه نکرده بودند این نگرش تلاش کرد قواعد کلی ثابت و مشخص حقوق را از آراء پرونده‌های قضایی که در طول زمان تکامل یافته بود به‌دست آورد و سپس این قواعد کلی را بر موارد عینی خارجی که در دعاوی به شکل‌های مختلف ظهور می‌کند اعمال کند. در مکتب شکل‌گرایی حقوقی، قواعد کلی از مشاهده آراء و اقدامات دادگاه‌ها در دعاوی قبلی استخراج می‌شود و حقوق‌دانان از این قواعد کلی، قواعد و احکام خاص را استخراج می‌کنند. این مکتب با تمرکز بر آراء دادگاه‌ها و استخراج قواعد حقوقی از آن‌ها کمک‌شایانی به شکل‌گیری و رشد حقوق به‌عنوان یک علم مستقل کرد و منشاء استخراج بسیاری از قواعد کلی حقوقی و منشأ تقسیم‌بندی حقوق به حقوق عمومی و خصوصی، حقوق قراردادهای، حقوق تجارت، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق کیفری، حقوق اداری و ... شد.

در مخالفت با آموزه‌های مکتب شکل‌گرایی از سوی حقوق‌دانان، قضات دیوان عالی امریکا و دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد، مکتب واقع‌گرایی از اواخر قرن نوزدهم آغاز شد. اکنون عصر انقلاب صنعتی وارد مرحله جدیدی از حیات خود، به‌ویژه در عرصه نوآوری، تنوع محصول و بازاریابی بین‌المللی، شده و رقابت اقتصادی شدت گرفته بود و پیشگامان اقتصادی نیاز به حمایت جدی‌تری از سوی نظام حقوقی داشتند. به این خاطر، مکتب واقع‌گرایی که شرایط زمانه را بیشتر

۱. به نظر می‌رسد مکاتب حقوقی که به دنبال هم می‌آیند همدیگر را نفی نمی‌کنند بلکه تکامل می‌بخشند.

۲. در این که کارایی چیست و کارایی در حقوق به چه معنا است مباحث بسیاری وجود دارد.

مورد توجه قرار می‌داد رواج یافت. منتقدان مکتب شکل‌گرایی اعتقاد داشتند که بدون رجوع به شرایط اجتماعی و اقتصادی نمی‌توان فهم درستی از حقوق داشت و قاضی باید نسبت به شرایط اجتماعی و اقتصادی و آثار اجتماعی و اقتصادی تصمیم خود آگاه باشد. هولمز، پدر واقع‌گرایی حقوق تاکید می‌کرد که حقوق بیانگر منافع و مصالح جامعه و وسیله‌ای برای حداکثرسازی رفاه و تولید و دیگر اهداف اجتماعی است و در حکم قاضی باید شرایط زمان و مکان لحاظ شود. واقع‌گرایان معتقد بودند که حقوق را نمی‌توان بدون رجوع به شرایط اقتصادی فهمید و دستاوردهای اقتصاد باید در حقوق بکار گرفته شود و قضات باید از شرایط اقتصادی مؤثر بر مسیر حقوق آگاه باشند، تا قضاوت‌های آنان به افزایش کارایی، بهره‌وری و رشد کمک کند. آنان نقش قانون را در نظم اقتصادی، بازار رقابتی، تولید و توزیع مورد توجه قرار می‌دهند و تحلیل اقتصادی را ابزاری مناسب برای فهم حقوق، تغییرات حقوقی و طراحی قوانینی که موجب ارتقای شرایط اجتماعی و اقتصادی شود می‌دانند (Llewellyn, op. cit: 678-683). از نظر پاوند، حقوق جدا از اقتصاد نیست و قضات باید از شرایط اجتماعی و اقتصادی مرتبط با حقوق و آثار رأی خود بر جامعه آگاهی داشته باشند. او مدافع تحول حقوق با لحاظ واقعیت‌های اقتصادی بود. از نظر او، حقوق در صدد حداکثر کردن بهره‌وری و حداقل ساختن هزینه‌ها است. واقع‌گرایان بر تفاوت میان حقوق در عالم واقع و حقوق در کتاب‌ها تاکید می‌کردند و در پی انطباق حقوق با حقایق اقتصاد و راهیابی روش‌های اقتصاد به حقوق بودند (44 : 2003 ، Mercurio and Medema). توجه واقع‌گرایان به تحول دائمی حقوق مطابق با تحولات صنعتی، این ادعای شکل‌گرایان که حقوق امری مشخص، ثابت و تابع منطق ثابت است را رد می‌کرد. از نظر ایشان حقوق باید در خدمت تحقق اهداف اقتصادی باشد. در بیانات واقع‌گرایان به نقش متقابل علم اقتصاد و حقوق اشارات بسیاری شده است. از نظر واقع‌گرایان، تحولات حقوقی تابعی از تحول در عقاید و شرایط اقتصادی است که تقاضای تحول حقوق را ایجاد می‌کند و تحولات اقتصادی به وسیله تحولات حقوقی مدیریت می‌شود. آنان ادعا می‌کنند که رأی دادگاه نباید تنها متکی بر مقررات حقوقی باشد، زیرا قواعد حقوقی، کلی و مبهم و مجرد است و قابلیت تفسیرهای بسیار متفاوت را دارد و دادگاه می‌تواند تفسیری موسع یا مضیق نسبت به قواعد و رویه قضائی داشته باشد و با توسل به قواعد حقوقی مختلف، پاسخ‌های متفاوت برای یافتن راه حل دعوی و مساله حقوقی بیابد. واقع‌گرایان منکر قواعد کلی نبودند بلکه در استخراج و بکارگیری قواعد کلی به عوامل دیگر نیز

توجه داشتند. در نظر ایشان با شناخت زمان و مکان می‌توان قواعدی جزئی‌تر آفرید که به نحو بهتری پاسخگوی نیازهای جامعه باشد (Llewellyn, op. cit: 678-683). رویکرد واقع‌گرایان به حقوق، بیشتر، عملی و تجربی بود. از نظر آن‌ها حقوق امری ساختنی است و نه یافتنی. حقوق به‌جای تکیه بر منطق شکلی، باید بر تجارب، سیاست و اخلاق تکیه کند. قواعد حقوقی، جهان‌شمول و همیشگی نیستند، بلکه ساخته بشرند که در برهه زمانی و موقعیت اجتماعی و برای نیل به اهداف خاصی ایجاد شده‌اند. حقوق راهی است که انسان‌ها برای زندگی اجتماعی خود به‌وجود می‌آورند. بنابراین، با تغییر شرایط و برای نیل به اهداف والاتر می‌باید نظام حقوقی را اصلاح کرد.

مکتب واقع‌گرایی، خاستگاه فکری رویکرد تحلیل اقتصاد بود. در دهه ۱۹۶۰ Coase (1960) مقاله‌ای محرک درباره انگیزه‌های کاهش صدمات ناشی از کاربرد حقوق اموال نوشت. Baker (1968) مقاله‌ای مؤثر در قالب شریط جدید و با توسعه نظرات بن‌تام در باره جرم نگاشت. Guido Calabresi (1970) بررسی مبسوط قواعد مسئولیت و مسئله حادثه را منتشر ساخت و Posner (1972) رساله‌ای جامعه و تعدادی مقاله نوشت و مجله مطالعات حقوقی را منتشر کرد که در آن، مطالعات و مقالات مربوط به تحلیل اقتصادی به طور منظم به چاپ می‌رسید. از آن زمان تاکنون تحلیل اقتصادی حقوق رشد نسبتاً سریعی داشته است (Shavell, 2009: 13). جریان تحلیل اقتصادی حقوق، ریشه در آموزه‌های مکتب واقع‌گرایی حقوق دارد (Kitch, 1983: 165). رشد واقع‌گرایی حقوق، مشوق شکل‌گیری مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق بود و مطالعات حقوق و اقتصاد را ترویج کرد. در بسیاری از کتب حقوق و اقتصاد، به آموزه‌های واقع‌گرایان حقوق استناد می‌شود و بر پایه افکار آن‌ها تجزیه و تحلیل حقوقی صورت می‌گیرد. اولیور هولمز، از تحلیل‌گران اقتصادی حقوق می‌گوید راه حقوق در آینده بر متخصصین اقتصاد متکی خواهد بود. هر دو جریان تئوری تحلیل اقتصادی حقوق و واقع‌گرایی در حقوق 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؛ حقوق ابزاری برای نیل به اهداف اجتماعی است و برای فهم حقوق باید شرایط و قواعد حاکم بر رفتار جامعه را شناخت؛ منظور اصلی از تحلیل حقوقی، شناخت آثار اجتماعی نظرات و قواعد حقوقی است؛ تنها راه عقلایی قضاوت در باره کارایی نظام حقوقی، بکارگیری روش‌های

علوم اجتماعی مرتبط، به ویژه علم اقتصاد است. تحلیل اقتصادی حقوق در پی تبیین و پاسخگویی به دو سؤال اساسی است، یکی اینکه آثار قواعد حقوقی بر رفتار افراد و روابط اقتصادی، مانند تقسیم ثروت و امکانات چیست و دیگری این که قاعده حقوقی چه هدفی را باید دنبال کند. از نظر این مکتب، رفتار انسان‌ها نسبت به قواعد حقوقی، همچون رفتار ایشان در مقابل قیمت کالا است. افراد در مصرف کالاها با توجه به میزان مطلوبیت و قیمت آن تصمیم‌گیری می‌کنند؛ هر چه قیمت کالا بیشتر باشد، تقاضای آن کاهش و تقاضای کالای جانشین افزایش می‌یابد و بالعکس. در رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی بر رفتار و تصمیمات افراد تأثیر می‌گذارد و افراد رفتار خود را بر آن اساس تنظیم می‌کنند. مثلاً اگر برای یک رفتار خاص، مسئولیت مدنی یا کیفری و یا ضمانت اجرا و حمایت‌های قانونی در نظر گرفته شده باشد، افراد رفتار خود را با توجه به آن تنظیم می‌کنند تا از مسئولیت ناشی از عمل خود بگریزند یا از حمایت‌های قانونی آن برخوردار شوند (Cooter 1994، 35).

تئوری رفتار عقلایی، مبانی تحلیل رفتار افراد در رویکرد تحلیل اقتصادی

اقتصاددانان در تحلیل‌های خود درباره بازار و روابط و تصمیم‌گیری‌های افراد، از الگوی رفتار عقلایی استفاده می‌کنند.^۱ بر این مبنا، افراد با لحاظ محدودیت‌ها مثل درآمد، وقت و منابع، در پی حداکثر کردن مطلوبیت یا سود هستند. شکل کامل‌تر این تئوری به شرایط عدم اطمینان توجه دارد، زیرا همواره افراد در شرایط مطمئن و با توجه به نتایج مطمئن انتخاب نمی‌کنند بلکه معمولاً میزان مطلوبیت و سود و زیان امری حتمی نیست و با ضریبی از احتمال همراه است. مطابق این تئوری، ارزش هر رفتار، حاصل ضرب میزان مطلوبیت آن در میزان احتمال وقوع آن است. برای مثال، اگر امری، 20 واحد ارزش داشته باشد و وقوع آن حتمی باشد، ارزش و مطلوبیت آن نزد افراد معمولی، معادل امری است که 40 واحد ارزش دارد و میزان احتمال وقوع آن 50 درصد است. علاوه بر این، افراد زمانی اقدام به انجام یک کار می‌کنند که سود آن بیشتر از هزینه آن باشد. مثلاً اگر ارزش یک ماده معدنی 1000 و احتمال کشف آن 10٪ باشد ارزش آن 100 است و

۱. آیا الگوی رفتار معقول در همه شرایط و زمان‌ها یکسان است یا تفاوت می‌پذیرد؟

تلاش برای کشف آن در صورتی انجام می‌گیرد که هزینه آن کمتر از ۱۰۰ باشد. اما کسی به درستی نمی‌داند ارزش یک ماده معدنی چه میزان است و احتمال کشف آن چقدر است. روشی که تا حدی به فرد کمک می‌کند رسم منحنی احتمالات و به‌دست آوردن واریانس و انحراف معیار است. اما این روش، کامل نیست (Shavell, op. cit: 44). همچنین یک فرد در صورتی به شکل کارا سرمایه‌گذاری می‌کند که ارزش کامل چیزی که ایجاد می‌کند را بداند و همه آن را از آن خود کند. به هر میزان که فرد از درآمد و هزینه یک فعالیت ناآگاه باشد از سرمایه‌گذاری کارا در آن فعالیت فاصله می‌گیرد. همچنین به هر میزان که از مالکیت بخشی از آن چه ایجاد کرده محروم شود انگیزه او برای انجام کار کمتر می‌شود.

رویکرد تحلیل اقتصادی، تأثیر تغییر قواعد حقوقی بر رفتار افراد جامعه را مانند تأثیر تغییر قیمت بر رفتار مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان می‌داند. طبق این مبنا، تغییر رفتار افراد در مقابل تغییر قواعد حقوقی قابل پیش‌بینی خواهد بود چونانکه تغییر رفتار افراد در مقابل تغییر قیمت قابل پیش‌بینی است. قابل پیش‌بینی بودن رفتار افراد، برای برنامه‌ریزی‌های اقتصادی و رشد اقتصادی امری ضروری است. این رویکرد الگوی رفتار عقلایی را می‌پذیرد، یعنی مردم فایده و هزینه هر عمل را می‌سنجند و در نهایت عملی را بر می‌گزینند که بالاترین منفعت خالص را دارد. فرض رفتار عقلایی برای روابط اقتصادی است که در آن، همه چیز با پول قابل تقویم است، ولی در زمینه‌های دیگر، مطلوبیت افراد، غیراقتصادی است و انگیزه فعالیت، ارزش‌های غیرمادی است و افراد نظری به حداکثر کردن منافع اقتصادی خود ندارند.^۱ به این خاطر، برخی انتقادات به الگوی رفتاری عقلایی مطرح شده است. از سویی بسیاری افراد معمولاً موفق به انتخاب راهی که متضمن حداکثر شدن مطلوبیت اقتصادی است نمی‌شوند و راهی با مطلوبیت کمتر را بر می‌گزینند و به‌جای محاسبه سود و زیان، بر اساس حس و شانس عمل می‌کنند. این محدودیت در رفتار عقلایی، از هزینه بالای کسب اطلاعات ناشی می‌شود. اطلاعات ناقص یکی از مهمترین علل این محدودیت است، ولی ضعف ذاتی فکر بشری و محدودیت در زمان نیز موجب کاهش اساسی در توانایی تصمیم‌گیری است. سیمون برنده جایزه نوبل اقتصاد می‌گوید: منبع کمیاب، توانایی محاسبه و فکر

۱. البته حداکثر کردن منافع اقتصادی جامعه، می‌تواند برای فرد، یک ارزش غیرمادی محسوب شود.

است. موضوعات بی‌شماری وجود دارد که هر فرد در طی روز باید در مورد آن‌ها تصمیم بگیرد. فکر کردن به تمامی موضوعات و برآورد دقیق سودوزیان ناشی از آن‌ها، ممکن و عقلایی نیست. به علاوه، ابهام در مورد نتایج تصمیم‌گیری همواره مانع محاسبه سودوزیان و انتخاب حداکثر مطلوبیت است. با توجه به این موارد معمولاً مردم به جای انتخاب مبنی بر حداکثر کردن مطلوب به انتخاب قابل قبول کفایت می‌کنند. مشکل دیگر در تکیه بر الگوی رفتار عقلایی، برآورد متفاوت افراد از میزان احتمال سودوزیان در شرایط یکسان است. افراد بیشتر از آن‌که بر درصد علمی احتمال وقوع یک امر یا بر احتمال سود و زیان یک امر در یک انتخاب تکیه کنند، متکی بر تجارب شخصی خود هستند. افراد، حتی در موردی که از احتمال وقوع امری مطلع باشند، در مورد اعمال این احتمال در باره خودشان رویه دیگری را اتخاذ می‌کنند و معمولاً به خود و آینده تصمیم خود اعتماد بیشتری دارند. مثلاً به‌رغم آن‌که افراد مطلع هستند درصد مشخصی از ازدواج‌ها به طلاق می‌انجامد، 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، یا در مورد بردن دعوی به محاکم، علی‌رغم آن‌که مشخص است که در هر دعوی معمولاً یکی برنده و دیگری بازنده است، هر یک از وکلای خواهان و خوانده درصد بالای برنده شدن را به‌خود می‌دهد و برآورد آن‌ها از بردن دعوی بیش از درصد واقعی بردو باخت دعوی است (437: Baker and Emery, 1993). 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 متفاوت اخذ می‌کنند. مثلاً ایشان در مورد اتخاذ تصمیم در فعالیتی که به نظرشان سودبخش 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. شکل عمل افراد، معمولاً با پیش‌بینی‌های مبتنی بر الگوی رفتاری انسان عقلایی متفاوت است. در زمینه‌های بسیاری، افراد تحت تأثیر پیروی از هنجارهای اجتماعی یا برای تحقق منافع و مصلحت عمومی و یا رعایت اصول عدالت و انصاف، عمل می‌کنند و تصمیماتی اخذ می‌نمایند که در تضاد با منافع شخصی آن‌ها است. این امر جزء تعالیم اخلاقی و دینی افراد محسوب می‌شود و رعایت آن و زیرپا گذاشتن منافع شخصی را

فضیلت و خلاف آن را نکوهیده می‌دانند. به این خاطر، برخی از متخصصان حقوق و اقتصاد در صدد تعدیل الگوی رفتار عقلایی برآمده‌اند تا ایده‌آل‌ها و مطلوب‌های شخصی مانند عدالت، انصاف، ایثار، دیگرخواهی و تلاش برای منافع عمومی را در خود بگنجانند (Kaplow and Shavell, 2002). ولی در این الگو رفتار انسان‌ها قابل پیش‌بینی نخواهد بود و در نتیجه، کارایی حقوق کاهش می‌یابد و تحلیل اقتصادی حقوق کم‌فایده می‌گردد. به این خاطر، برخی دیگر تعدیل‌های دیگری انجام داده‌اند. در مجموع، اکثراً اذعان دارند که گرچه الگوی رفتار عقلایی کامل نیست ولی کامل‌ترین مدل ارائه‌شده برای تحلیل و پیش‌بینی رفتاری است و 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 (Langevoort, 1998: 1500). مجموعه بررسی‌ها در مورد نحوه واکنش افراد در مقابل حقوق سبب پیدایش رشته جدیدی تحت عنوان تحلیل رفتاری حقوق و اقتصاد در بطن حقوق و اقتصاد شده است. برخی حقوقدانان راه‌حل‌های دیگری پیشنهاد کرده‌اند از جمله این که مسولیت افراد به میزان توان آنان در محاسبه احتمالات و سودزبان و حداکثرسازی کارایی و بهره‌وری باشد. هر کس توان بالاتری در این جهت دارد و بالطبع به مطلوبیت و بهره‌وری حداکثری نزدیک‌تر است مسولیت بیشتری دارد. نمونه بارز این افراد، اشخاص حقوقی و شرکت‌ها هستند که محاسبه سود و زیان و احتمالات را بهتر انجام می‌دهند. این روش با آنچه در تحلیل اقتصادی حقوق مسولیت مدنی آمده تفاوت بسیار دارد (Latin, 1985: 677).

حداکثر کردن کارایی، عنصر اصلی رویکرد تحلیل اقتصادی

تحلیل‌گران اقتصادی حقوق در پی حداکثر کارایی هستند. حداکثر کارایی جایی است که از نهاده‌های محدود بیشترین و باکیفیت‌ترین محصول تولید شود و بالاترین میزان مطلوب حاصل گردد. در این باب از دو اصطلاح کارایی پارتو و کارایی کالدور-هیکنز استفاده شده است. کارایی پارتو آن است که یک فعالیت یا قرارداد یا سیاست اقتصادی به گونه‌ای باشد که وضعیت یک عده بهبود یابد بدون این از مطلوبیت کسی کاسته شود. کارایی کالدور-هیکنز آن است که مطلوبیت یک عده بیشتر شود ولو مطلوبیت برخی کاهش یابد به شرطی که افزایش مطلوبیت آن عده، بیش از کاهش مطلوبیت دیگران باشد. معمولاً هر فعالیت یا قرارداد یا سیاست اقتصادی که موجب

افزایش مطلوبیت عده‌ای می‌شود از مطلوبیت عده‌ای می‌کاهد. بنابراین، کارایی پرتو قابل تحقق نیست. اما تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال حداکثر کردن کدام مطلوبیت است؟ انسان‌ها مطلوبیت‌های متنوع و گاه متضاد دارند. برخی ثروت و برخی قدرت و برخی ارزش‌های معنوی و برخی خدمت به دیگران را مطلوب اصلی خود می‌دانند. مکتب فایده‌گرایی در پی حداکثر مطلوبیت است و مطلوبیت جامعه را جمع مطلوبیت‌های افراد می‌داند و تفاوتی میان انواع مطلوبیت‌ها نمی‌گذارد و در مورد حق و باطل بودن مطلوبیت‌ها قضاوتی ندارد. فایده‌گرایی تنها در پی حداکثر کردن مجموع مطلوبیت است و به توزیع مطلوبیت نیز نظری ندارد. برای رفع این مشکل، معیار حداکثر ثروت به جای حداکثر مطلوبیت که مفهومی مبهم و غیر قابل اندازه‌گیری است جایگزین شد (Posner, 1979, : 103). امروزه در مباحث تحلیل اقتصادی حقوق بر معیار ثروت تکیه می‌شود و تحلیل تأثیر حقوق بر کارایی بر اساس میزان افزایش ثروت و نه مطلق مطلوبیت صورت می‌گیرد. تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال راه کارهای حقوقی است که این کارایی را از طریق حداقل‌سازی هزینه‌ها و حداکثرسازی ثروت عمومی، حداکثر سازد (: 905, Horwitz 1980). این رویکرد ادعا ندارد که حداکثر کردن ثروت، در مقابل عدالت قرار می‌گیرد. البته معنای عدالت در عمل بسیار مبهم است و رابطه حداکثر کردن ثروت با عدالت مشخص نیست. ثروت، ارزش مستقل ندارد و افراد از طریق کسب ثروت در پی تحقق مطلوبیت‌های دیگرند. بنابراین، لحاظ ثروت و حداکثر کردن آن به‌عنوان هدف اصلی اشتباه است. از سویی عدالت با کارایی سازگار است و می‌توان کارایی را جزئی از عدالت دانست. کارایی با کاهش هزینه و افزایش بهره‌وری همراه است. کاهش هزینه از هدررفت منابع جلوگیری می‌کند و افزایش بهره‌وری به معنای شکوفایی استعدادها و نهفته در اشخاص و اشیاء است. این هر دو می‌تواند جزئی از عدالت باشد. در کشاکش این گونه بحث‌ها عده‌ای حداکثر شدن رفاه اجتماعی را معیار ارزیابی حقوق ذکر کرده‌اند (Shavell, 2003). حداکثر شدن رفاه اجتماعی با حداکثر شدن کارایی همراه است اما توزیع ثروت را نیز در نظر می‌گیرد. هر قاعده حقوقی باید تأثیر عمده‌ای در توزیع عادلانه ثروت داشته باشد و حقوق باید با عنایت به آثار عدالت توزیعی شکل گیرد (Calabresi, 1984, 833). در مقابل عده‌ای اظهار داشته‌اند که در حقوق خصوصی نمی‌توان حقوق را بر اساس توزیع ثروت و عدالت توزیعی بنا نمود و وظیفه تأمین عدالت توزیعی را باید به نظام مالیاتی سپرد (Kaplow and Shavell 1994, : 667). این اظهار به چالش کشیده شد. در

مجموع، این ادعا که کارآیی، هدف منحصر در حقوق شود پذیرش عام نیافت ولی توجه به آن به عنوان یک هدف در حقوق از مقبولیت کلی برخوردار شد. در این که آیا حقوق باید عمدتاً مبتنی بر کارآیی اقتصادی باشد یا بر عدالت، وحدت نظر وجود ندارد. یک رویکرد آن است که حقوق می تواند در خدمت هر دو باشد و تضادی بین این دو هدف نیست زیرا معمولاً هر آنچه کارا است با عدالت نیز انطباق دارد، گرچه شاید در برخی موارد این انطباق موجود نباشد. اما جای بررسی است که در چه مواردی این دو با هم تضاد می یابند و در این هنگام چه تصمیمی باید گرفت. تحلیل گران اقتصاد و حقوق، کارایی را به عنوان ارزش در نظر گرفته اند و بنابراین، تحلیل های اقتصادی حقوق را متکی بر رویکردی هنجاری و ارزشی می دانند و بنابراین، تضادی میان کارایی و عدالت نمی بینند (Mercuro and Medema, ib. cit: 44). به هر حال، اعمال منطق اقتصادی در تحلیل حقوق، حقوق را به نوعی دیگر شکل می دهد و در خدمت رشد و توسعه اقتصاد و حداکثر رفاه در می آورد. تحلیل کارایی در حقوق به نگاه حقوقی چارچوب خاصی می دهد و از این راه موجب تغییر در اهداف حقوق می شود.

از نظر برخی حقوق دانان، کارآیی اقتصادی به عنوان هدف منحصر یا غالب در حقوق، مورد پذیرش عام صاحب نظران حقوق واقع نشده اما به عنوان یک مطلوب و یکی از عوامل سازنده و تأثیرگذار در حقوق قابل قبول است. کارآیی اقتصادی و عدالت اغلب قابل جمع هستند؛ یعنی قانونگذار در وضع قانون باید هم کارآیی اقتصادی و هم عدالت را در نظر بگیرد و هرگاه معارض باشند عدالت مقدم است. بدیهی است که تحلیل اقتصادی در همه موارد ممکن یا مناسب نیست. در زمینه حقوق قراردادها و روابط تجاری یا مسئولیت مدنی، اعمال معیار کارآیی اقتصادی و افزایش ثروت با مشکل کمتری مواجه است. لیکن در مواردی که اهداف غیراقتصادی مانند کمک به طبقات محروم و توزیع عادلانه ثروت یا روابط خانوادگی و به طور کلی ارزش های بالا در میان است نظریه تحلیل اقتصادی حقوق نمی تواند کاربرد چندانی داشته باشد (Safaei, 2016). به هر حال، اکثر موضوعات قانونی و حقوقی، ارزش پولی دارد و دربرگیرنده تقسیم برخی اشیاء میان برخی افراد است. این که هر چیز چگونه تقسیم می شود انگیزه هایی برای رفتار آینده افراد ایجاد می کند و تفاوت انگیزه ها موجب تفاوت رشد و رفاه یک ملت می شود. اما قانون نقش اصلی را در تقسیم سهم افراد دارد. اگر مدعی در یک پرونده، مصرف کننده یک کالای خاص، سرمایه گذار در یک سهام خاص یا راننده یک اتومبیل باشد، حکم به نفع او ممکن است به هر

کس که آن کالا را مصرف می‌کند یا در آن سهام سرمایه‌گذاری می‌کند یا یک اتومبیل را می‌راند نفع برساند. اگر قانون به نفع تولیدکننده باشد انگیزه تولید بالا می‌رود و اگر به نفع فن و تکنولوژی باشد انگیزه‌ها به آن سو می‌روند. قانون می‌تواند استعدادها را به یک سمت بکشاند یا از آن بازدارد. کارایی حقوقی به معنای شکوفایی استعدادها و سوق توانمندی‌ها در جهت فعالیت‌های مولد است. کارایی حقوقی به معنای بازداشتن استعدادها و توانمندی‌ها و سرمایه‌ها از فعالیت‌های غیرمولد است. کارایی منجر به افزایش تولید و ثروت و اشتغال می‌شود. بسیاری به جای فکر کردن به تولید و تکنولوژی به بازتوزیع درآمد برای حمایت از اقشار کم‌درآمد توجه دارند اما بازتوزیع درآمد، هدف اقتصاد و حقوق نیست بلکه اقتصاد و حقوق کاراترین روش‌های بازتوزیع درآمد را جستجو می‌کند (Cooter, 2016).

نتیجه‌گیری

رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، پس از انقلاب صنعتی و در راستای حمایت از آن شکل گرفت. اندیشمندان و مکاتب بسیاری از این رویکرد حمایت کردند و آن را تکامل بخشیدند. نظام اقتصاد صنعتی برای شکستن پیوندهای اقتصادی پیشین میان فئودال‌ها، دولت و کلیسا، به حمایت نظام حقوقی و قضات نیاز داشت. این رویکرد نظام حقوقی را در راستای اصول اساسی اقتصاد یعنی کارایی، بهره‌وری، رشد و رفاه متحول ساخت. تحلیل اقتصادی حقوق، استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی، برای توضیح روابط حقوقی و شناخت عکس‌العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی است. این رویکرد با تکیه بر عنصر کارایی و بهره‌وری و رفتار عقلایی، به دنبال آن است که از امکانات موجود با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها، به نحوی استفاده شود که بالاترین میزان رشد و رفاه حاصل گردد.

مقالات پیشین که این مقاله وام‌دار آن‌ها است، سیر تحول، هسته‌های اصلی و تأثیر رویکرد مذکور بر تحول نظام حقوقی در راستای حمایت از پیشرفت اقتصادی را بیان می‌دارند و تأکید می‌کنند که برای دست‌یابی به رشد، توسعه و رفاهِ حداکثری نیاز به تحول در نظام حقوقی، متناسب با تحولات اقتصادی است. خلأ موجود عدم تأکید بر نقش سرمایه‌داران و کارآفرینان مولد در شکل‌گیری این رویکرد است، آنان که برای غلبه بر نظام ناکارآمد فئودال و دولت‌ها و

دستگاه‌های دینی وابسته و دلالتان و سفته‌بازان غیرمولد و به کارگیری نهادهای پولی و مالی و آزادی تجاری، از نظام حقوقی بهره گرفتند و آن را در راستای حمایت از خود متحول ساختند. خلاصه دیگر، عدم توجه به این مسئله است که ابتدا باید نظام اقتصادی مشخصی مورد اتفاق واقع شود و سپس بر اساس معیارها و اصول آن، رویکرد حقوق اقتصادی شکل گیرد و نظام حقوقی را متحول سازد. خلاصه دیگر پرننگ‌تر کردن این معیارها و تأکید بر لزوم آشنایی کامل‌تر حقوق‌دانان با این معیارها است.

نوآوری این مقاله آن است که سیر تحول، فرایند، مبانی نظری، معیارهای اصلی و تأثیر رویکرد تحلیل اقتصادی بر تحول نظام حقوقی در راستای حمایت از اقتصاد را دقیق‌تر، اقتصادی‌تر و کاربردی‌تر بیان کرده تلاش می‌کند خلاصه‌های مذکور را برطرف سازد و نشان دهد که هر کشور نیاز به یک نظام اقتصادی مشخص و مدون دارد تا نظام حقوقی در راستای آن متحول شود و از آن و پیشگامانش حمایت کند. قواعد حقوقی باید هدف معینی را دنبال کند و آن حمایت از پیشگامان اقتصادی در راستای افزایش کارایی، بهره‌وری، رشد و رفاه است. اثر قواعد حقوقی بر تصمیمات و رفتار افراد و روابط اقتصادی می‌باید در راستای افزایش معیارهای مذکور باشد. اقتصاد بدون حمایت نظام حقوقی نمی‌تواند وارد مرحله نوآوری، تنوع محصول، رقابت و بازاریابی بین‌المللی شود و بدون شناخت کافی حقوق‌دانان و قضات از اقتصاد، این حمایت شکل نخواهد گرفت.

پیشنهاد می‌شود همه نهادهای حقوقی که ماهیت اقتصادی دارند مانند مالیات، بانک، بیمه، واردات، صادرات، ورشکستگی، بورس، حقوق کار و رفاه عمومی و سپس دیگر حوزه‌های حقوق، مانند حقوق مالکیت، آزادی قراردادی، حقوق قراردادهای، نقض کارآمد قراردادهای، قرارداد ناقص، شروط تحمیلی، جبران خسارات قراردادی، حقوق شرکت‌ها، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق خانواده و شبه جرم (برای نمونه، مزاحمت یا بی‌احتیاطی)، با رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق مورد مطالعه قرار گیرند و تأثیر رژیم‌ها، نهادها، ساختارها، قواعد و قوانین حقوقی بر اقتصاد و کمک آن‌ها به تخصیص بهینه منابع، افزایش کارایی، نوآوری، اختراع و انگیزه فعالیت‌های مولد و کاهش هزینه مبادلات و تولید و سلطه بر بازارهای خارجی، با استفاده از این رویکرد مورد بررسی قرار گیرند.

References

- [1] Abdali, Mehrzad. (2019). The Position of Ethics in Economic Analysis of Laws, Comparative Laws (Nameh-e-mofid): Vol.6 (16). N.2 (82); 101-126
- [2] Aghaee, Moslem. (2013). Economic Analysis of Law, *Legal Studies*, 2
- [3] Babaei, Iraj. (2007). Theoretical Foundations of the Law of Economic Analysis Approach, *Law and Politics*, 23
- [4] Baker, Lynn & Robert E. Emery. (1993). When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, *Law and Human Behavior*, Vol 17(4)
- [5] Bicks, Bryan. (2010). *Theory of Legal Theory*, Translated by Mohammad Rasekh, Tehran: Ney
- [6] Calabresi, Guido. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *Yale Law*, 70(4)
- [7] Calabresi, Guido. (1984). first party, third party, and product liability systems: Can economic Analysis of Law tell us anything about them? *Iowa Law Review*, 69(4)
- [8] Coase, Ronald. (1937). The Nature of the Firm, *Economica*, 4(16)
- [9] Coase, Ronald. (1960). The Problem of Social Cost, *Law and Economics*, 3(1)
- [10] Cooter, Robert. (1994). Law and Prices: How Economics contributed to Law by misunderstanding Morality, *Working Paper No. 94-2*, Program in Law and Economics
- [11] Cooter, Robert and Ulen, Thomas. (2016). *Law and Economics*, 6th edition
- [12] Dadgar, Yadollah. (2006). A Preview on the Synthesis of Law and Economics, *Legal Research*, 43
- [13] Dadgar, Yadollah. (2010). *The Essential Components and Dimensions of Law and Economics*, Tehran: Tarbiat Modarres Institute of Economics and Noor Alam Publications
- [14] Ghasemi Hamed, Abbas. (2015). Economic Law, *Legal Research*, 70
- [15] Horwitz, Morton. (1980). Law and Economics: Science or Politics, *Hofstra Law Rev*, 8(4)
- [16] Hume, David. (2009). *A Search for Ethics*, Translated by Majid Davoodi, Tehran: Markaz
- [17] Kaplow, Louis & Shavell, Steven. (1994). Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, *J. Legal Stud.* 23
- [18] Kaplow, Louis & Shavell, Steven. (2002). *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press
- [19] Kaviani, Cyrus. (2007). An Introduction to Economic Analysis of Law, *Law and Politics*, 9(23). 61-102
- [20] Kelly, John. (2003). *A Brief History of Legal Theory in the West*, Translated by Mohammad Rasekh, Tehran: tarh-e-no
- [21] Kitch, Edmund. (1983). The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970, *Law and Economics*, 26(1)
- [22] Langevoort, Donald. (1998). Behavioral Theories of Judgment and Decision

- Making in Legal Scholarship: A Literature Review, *Vand. L. Rev.* 51
- [23] Latin, Howard. (1985). Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability, *California Law Rev.* 73
- [24] Llewellyn, Karl. (1925). The Effect of Legal Institutions Upon Economics, *The American Economic Review*, 15(4)
- [25] Lyons, David. (1973). *In the Interest of Governed: A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law*, Oxford, Oxford University Press
- [26] Mackaay, Ejan, History of Law and Economics, in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit. (2000). *Encyclopedia of Law and Economics*, Chentelham: Edward Elgar Publishing, Vol. 1
- [27] Mercurio, Nicholas and Medema, Steven. (2006). *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*, Princeton University Press
- [28] Mercurio, Nicholas and Steven G. Medema. (2003). The Jurisprudential Niche of Law and Economics, *Legal Studies Research Paper*, No. 03 – 20
- [29] Naimi, Morteza. (2012). Background to the Law of Economic Analysis Approach, *Free Legal Research*, 16
- [30] Paul, Robin and Evensky, Jerry. (1995). *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, Kluwer Academic Publications
- [31] Posner, Richard. (1975). The Economic Approach to Law, *Texas Law Review*, 53
- [32] Posner, Richard. (1979). Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, *J. Legal Studies* 8
- [33] Posner, Richard. (1981). *The Economics of Justice*, Cambridge: Harvard University Press
- [34] Pound, Roscoe. (1928). Social and Economic Problems of the Law, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol.136
- [35] Rowley, Charles. K. (2005). *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*, Edward Elgar Publication
- [36] Safaei Farahani, Seyyed Hossein. (2015). *Relationship between Law and Economics*, Tehran: Lecture at the meeting of Humanities Department
- [37] Shahabi, Mehdi. (1979). Economic Analysis of Law in the Struggle of Legal Modernity and Legal Postmodernity, *Economic Analysis of Law*, 9(1). 257-283
- [38] Shavell, Steven. (2003). Economic Analysis of Welfare Economics, Morality and the Law, *NBER Working Paper*, No. 9700
- [39] Shawl, Steven. (2009). *Foundations of Economic Analysis of Law*, Tehran: Parliament Research Center
- [40] Smith, Adam. (1978). *Lectures on Jurisprudence: The Glasgow Edition*, Oxford University Press