

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۹، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۷

صفحات ۲۵۷ تا ۲۸۳

«تحلیل اقتصادی حقوق»

در کساکش مدرنیته حقوقی و پست مدرنیته حقوقی

مهدی شهابی*

دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۲۳)

چکیده

تردیدی در واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» نیست؛ باین حال، پرسش این است که آیا این واقع‌گرایی در تضاد با ذات‌گرایی مدرنیته حقوقی است؟ اگر واقع‌گرایی، تفسیر را اراده معنا تلقی کند، «تحلیل اقتصادی حقوق» به عنوان چارچوب نظری تفسیر قاعده حقوقی، نتیجه‌ای جز نفی ذات‌گرایی و پذیرش کثرت‌گرایی در اعتبار قاعده حقوقی ندارد؛ همان‌طور که فرمالیسم ماهوی و شکلی نیز اعتباری نخواهد داشت. این نتایج یادآور گفتمان پست‌مدرنیته حقوقی است. باین حال، به نظر می‌رسد، اگر ذات‌گرایی در «باید خودجوش اجتماعی» تجلی یابد، نماد تعامل متافیزیک و واقعیت است و تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر آن، بازخوانی مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش خواهد بود. در این صورت، تفسیر نیز کشف معنا خواهد بود تا روش حصول اطلاع اقتصادی به محاق کثرت‌گرایی نرود. اعتبار چنین روش تفسیری به معنای اعتبار فرمالیسم شکلی نیز خواهد بود؛ چراکه حصول اطلاع اقتصادی، حداقلی از این نوع فرمالیسم را اقتضا می‌کند.

واژگان کلیدی

ارزش، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق پست‌مدرن، حقوق مدرن، واقعیت.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر بر ساختار، ماهیت و کارکرد حقوق مدرن، نوع ارتباطی است که میان این پارادایم حقوقی و اقتصاد وجود دارد. این نکته از این نظر بیشتر اهمیت می‌یابد که اقتصاد نماد واقع‌گرایی است و حقوق مدرن نماد ارزش‌گرایی. برونو اپتی، استاد فرانسوی، با عنایت به همین تأثیرگذاری، رابطه حقوق و اقتصاد در سه قرن اخیر را یکی از صور سه‌گانه زیر می‌داند که البته، از لحاظ تاریخی نیز در پی یکدیگر شکل گرفته‌اند (Oppetit, 1998, p.169). گویا می‌توان تحولات حقوق مدرن را در تحولات رابطه حقوق و اقتصاد جستجو کرد؛ تحولاتی که می‌تواند به بحران حقوق مدرن تعبیر شده، گذار از این پارادایم حقوقی را موجب شود:

الف) «رابطه درهم‌تنیدگی» (Le rapport d'imbrication). ممکن نبودن تفکیک «انسان اقتصادی» از «انسان حقوقی»، از ویژگی‌های این نوع رابطه است؛ منظور از «انسان حقوقی»، همان انسانی است که در پارادایم مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت فطری مطرح می‌شود. به این ترتیب، جایگاه اصل مالکیت خصوصی و اصل آزادی قراردادی برآمده از عقلانیت فطری، به‌عنوان زیربنای نظام اقتصادی در میان اصول حقوقی برجسته می‌شود؛ از این منظر، اقتصاد هم لیبرالی خواهد بود، چراکه همانند حقوق در چارچوب پارادایم مدرنیته قرار دارد (Cf. Oppetit, 1998, p.170).

ب) تقابل یا «نادیده انگاشتن یکدیگر» (Le rapport d'ignorance mutuelle). ماکس وبر نقش عمده‌ای در جدایی اقتصاد از حقوق ایفا کرده است. از نظر وبر، نظام حقوقی، نظامی هنجاری، منطقی و سیستماتیک است. به‌علاوه، حقوق مبتنی بر ارزش بوده، محتوای آن را نرم‌ها و هنجارهایی شکل می‌دهند که ارزش تلقی می‌شوند و به همین دلیل، قابلیت اجرا پیدا می‌کنند؛ درحالی که اقتصاد، مبتنی بر واقعیت است و واقع‌نگری را باید ویژگی ممتاز آن دانست (Weber, 2007, p.40). تردیدی نیست که وبر از حقوق مدرن سخن می‌گوید. البته از نظر برونو اپتی، نگاه ارزش‌گرایانه به حقوق نمی‌تواند برای جدایی حقوق از اقتصاد کافی باشد. از نگاه اپتی، جدایی حقوق و اقتصاد را باید متأثر از فلسفه حقوق برآمده از جریان پوزیتیویستی، و به ویژه رویکردهای نرماتیویستی و فرمالیستی دانست (Oppetit, 1998, p.170)؛ به سخن دیگر و به تعبیر نگارنده، بدون کمک عقلانیت شکلی، عقلانیت ماهوی حقوق نمی‌توانست جدایی حقوق از اقتصاد را موجب شود. با وجود این، به‌نظر می‌رسد، تحلیل اپتی معنایی جز اصالت عقلانیت شکلی ندارد. از نظر نگارنده، عقلانیت شکلی در ساختار حقوق مدرن اصالت ندارد. اگر حقوق مدرن از اقتصاد تفکیک‌پذیر می‌شود، علت اصلی را باید در همان عقلانیت فطری که ذات حقوق مدرن است و اصالت دارد، جستجو کرد و نه در عقلانیت شکلی. کارکرد اصلی عقلانیت شکلی در گفتمان مدرنیته، همان کارکرد ابزاری است (شهبایی، ۱۳۸۸، ص ۷۸).

ج) نفع متقابل» (Le rapport d'intérêt réciproque). ماکس وبر سرانجام نمی‌تواند نوعی

دیالکتیک نیازهای اقتصادی و نهادهای حقوقی را نادیده بگیرد و بر آن تأکید می‌کند (Weber, 2007, p.67). وی می‌پذیرد که روند عقلانی کردن حقوق (La rationalisation du Droit)، نوعی حقوق شکلی (Droit formel) را نتیجه می‌دهد که تنها از منطق حقوقی یا همان سیلوژیسم حقوقی تبعیت می‌کند، اما او این را هم می‌افزاید که سرانجام عقلانی کردن حقوق، ایجاد نوعی حقوق عینی (Droit matériel) یا واقع‌گرایانه است (Weber, 2007, p.42-43)؛ حقوقی که بر عناصر فراحقوقی و به‌ویژه اقتضائات طبیعت اقتصادی و فایده‌گرایانه بنیاد نهاده شده است. تفکیک حقوق شکلی و حقوق عینی نیز خیلی مطلق نیست، زیرا عقلانیت شکلی نمی‌تواند به‌طور کامل موقعیت‌های عینی را نادیده بگیرد؛ با این حال، حقوق عینی نیز نمی‌تواند کاملاً تابع واقعیت‌های متغیر باشد و اگر این‌گونه باشد، به نفی ایدۀ حقوق که منظور همان حقوق مدرن است، می‌انجامد (Oppetit, 1998, p.171).

از نظر صاحب این قلم، رویکرد وبر را در واقع باید در تقابل با نگاه مارکس دید و تلاشی برای نفی دیدگاه مارکس؛ دیدگاهی که به‌نظر می‌رسد نوعی رابطه متفاوت را در مقایسه با روابط پیش‌گفته برای حقوق و اقتصاد در نظر دارد. رویکرد مارکس به اقتصاد را می‌توان نگاهی پارادایمی دانست؛ چراکه وی دو ویژگی مهم پارادایم، یعنی کل‌نگری و تأثیرگذاری (Binet, 1990, p.921&924؛ مبلغی، ۱۳۸۲، ص ۸) را برای اقتصاد قائل بود. بی‌تردید نگاه واقع‌گرایانه اقتصادی مارکس یکی از مهم‌ترین نقدهای از درون در ساختار مدرنیته و عقلانیت مدرن است؛ با این حال، دیدگاه وی را باید افراطی دانست، زیرا به جای نقد دیدگاهی که طبیعت آزادی را متافیزیک محض می‌داند و به جای نقد متافیزیک، به نقد خود آزادی فردی و زیرشاخه‌های آن، یعنی مالکیت خصوصی و آزادی قراردادی، می‌پردازد (Cf. Cotterrell, 1992, p.106&109-110). Pasukanis, 1990, p.90). مارکس به تحلیل مبانی اقتصادی نظام حقوقی می‌پردازد و بررسی می‌کند که مؤلفه‌های اقتصادی چه تأثیری بر نظام حقوقی دارند. وی همچنین تحلیل می‌کند که چگونه روابط جدید تولید که با عبور از فئودالیت به کاپیتالیسم اتفاق افتاده است، پارادایمی حقوقی و ایدئولوژی سازگار با این تحولات اقتصادی را ایجاد می‌کند (Pasukanis, 1990, p.133-). Oppetit, 1998, p.170). از نظر اپتی، مارکس با اعلام اینکه حقوق چیزی جز انعکاس تحول اقتصادی نیست، استقلال امر حقوقی را نادیده می‌انگارد (Oppetit, 1998, p.170).

امروزه اگر سخن از پارادایم اقتصادی به‌میان می‌آوریم، گویا باید آن را با نظریۀ «تحلیل اقتصادی حقوق» مرتبط دانست و حتی محصول آن تلقی کرد؛ پارادایمی که به‌نظر می‌رسد رویۀ قضایی، مفاهیم و نهادهای حقوقی- از جمله قرارداد- و حتی کارکرد نهادهای اقتصادی و مالی بین‌المللی نظیر «سازمان تجارت جهانی» و «سازمان همکاری و توسعه اقتصادی» را تحت تأثیر خود قرار داده است (Frydman, 1998, p.47). با این حال، نمی‌توان رویکرد مارکس را در

چارچوب «تحلیل اقتصادی حقوق» قرار داد و ارزیابی کرد. مارکس دغدغه مطالعه رابطه حقوق و اقتصاد را دارد، اما قواعد و نهادهای حقوقی را در نظام اقتصادی و برای مثال در نظام عرضه و تقاضا به مثابه قیمت (Cf. Posner, 1975, p.757) نمی‌داند. گویا در «تحلیل اقتصادی حقوق» از بحث رابطه حقوق و اقتصاد عبور کرده‌ایم و حقوق و داده‌های حقوقی را موضوع مطالعه اقتصادی قرار داده‌ایم (ر.ک. بابایی، ۱۳۸۶، ص ۱۶؛ آقایی، ۱۳۹۲، ص ۱ و ۱۳).

البته دغدغه نگارنده در این نوشتار، مقایسه و تحلیل رویکرد سنتی به رابطه حقوق و اقتصاد با رویکردی که «تحلیل اقتصادی حقوق» نامیده می‌شود، نیست. نگارنده در این نوشتار در صدد یافتن پاسخ این پرسش است که آیا مکتب «تحلیل اقتصادی حقوق» با ساختار مدرنیته حقوقی سازگار است و یا با آموزه‌های خود، زمینه گذار از مدرنیته حقوقی به پست‌مدرنیته حقوقی را فراهم می‌کند؟ همان‌طور که در نوشته‌های ماکس وبر ملاحظه می‌کنیم و به آن نیز اشاره شد، رابطه حقوق و اقتصاد از منظر چالش مدرنیته حقوقی همیشه مورد توجه بوده است. در هر حال، در نگاه اول این‌گونه می‌نماید که «تحلیل اقتصادی حقوق» به دلیل ارتباط اقتصاد با واقعیت‌های اجتماعی، بر رویکردی تجربی و واقع‌گرایانه به حقوق مبتنی است. از این منظر، «تحلیل اقتصادی حقوق» ذات‌گرا به نظر نمی‌رسد و به همین دلیل از مدرنیته حقوقی فاصله می‌گیرد و می‌تواند به پست‌مدرنیته حقوقی نزدیک شود؛ به‌ویژه اگر واقع‌گرایی تحلیل اقتصادی از عنصر «ارزش» خالی باشد و با بی‌تفاوتی نسبت به این عنصر، زمینه کثرت‌گرایی حقوقی را فراهم آورد (شهابی، ۱۳۹۲، ص ۶۴۴).

برونو اپتی «تحلیل اقتصادی حقوق» را چالش جدی مدرنیته حقوقی می‌داند. از نظر وی، عقلانیت شکلی حقوق مدرن، این حقوق را از متغیرهای اجتماعی و مادی (عینی) و حتی ارزش‌های اخلاقی فرانسوی و مذهبی دور می‌ساخته است، اما «تحلیل اقتصادی حقوق» همین عقلانیت شکلی را که «سیستم حقوقی» به معنای اخص، معنای خود را از آن أخذ می‌کند، زیر سؤال می‌برد؛ چراکه به «عینی‌سازی دوباره حقوق» (Re-matérialisation du Droit) انجامیده است. وانگهی «با تحلیل اقتصادی حقوق» دیگر حقوق نمی‌تواند اهداف برتر، متافیزیکی و مطلق را دنبال کند؛ بلکه رسیدن به اهداف مادی و عینی مد نظر آن است؛ گویا ارزش‌های مادی بر دیگر ارزش‌ها (ارزش‌های متافیزیکی) تقدم یافته‌اند. وظیفه حقوق از منظر پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» صرفاً تأمین منافع مادی، فوری و متغیر است (Oppetit, 1998, p.167). به این ترتیب، می‌توان گفت که قواعد حقوق اصالت خود را از دست داده، ابزاری می‌شوند (ر.ک. ابدالی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸؛ بادینی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۶).

باین‌حال، این پرسش نیز قابل طرح است که آیا واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» صرفاً عقلانیت شکلی مدرنیته را به چالش می‌کشد و یا افزون بر آن با عقلانیت ماهوی مدرنیته نیز

ناسازگار است؟ آیا این پارادایم هیچ میانه‌ای با متافیزیک و یا حداقل با «ارزش بنیادین خودجوش» ندارد تا ذات‌گرا تلقی شده، با مدرنیته حقوقی سازگار باشد؟ آیا می‌توان گفت «تحلیل اقتصادی حقوق» صرفاً با نوع خاصی از عقلانیت ماهوی مدرنیته چالش دارد و با مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت اجتماعی خودجوش مشکلی ندارد؟ به نظر می‌رسد قائل شدن به نسبتی میان «تحلیل اقتصادی حقوق» و مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت فطری دشوار است و واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» از آن جلوگیری می‌کند؛ همانی که برونو اپتی «عینی‌سازی دوباره حقوق» نام‌گذاری کرده است. اما آیا نمی‌توان قائل به نسبتی میان «تحلیل اقتصادی حقوق» با مدرنیته حقوقی مبتنی بر نظم خودجوش بود؟ پاسخ به پرسش پیش‌گفته، بدون تحلیل آموزه پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» در سطح مبنای اعتبار قاعده حقوقی دشوار می‌نماید؛ آیا این پارادایم، به مبنایی وحدت‌گرایانه قائل است یا نوعی کثرت‌گرایی را تداعی می‌کند؟ تحلیل آموزه «تحلیل اقتصادی حقوق» در سطح تفسیر قاعده حقوقی، اهمیتی دوچندان دارد. آیا در سطح تفسیر، به فرمالیسم حقوقی شکلی اعتماد دارد و تفسیر را با کمک آن به کشف معنای قاعده حقوقی تقلیل می‌دهد تا نوعی وحدت‌گرایی را در تفسیر دنبال کرده، با وحدت‌گرایی در مبنا انطباق پیدا کند؟ آیا واقع‌گرایی مکتب تحلیل اقتصادی، مانع از اعتماد آن به فرمالیسم حقوقی حتی شکلی^۱ شده، تفسیر را به اراده معنا ارتقا می‌دهد و به همین دلیل، نوعی کثرت‌گرایی در سطح تفسیر و اجرای قاعده حقوقی را به دنبال دارد؟ آیا نتیجه این کثرت‌گرایی در تفسیر، فاصله گرفتن از وحدت‌گرایی در مبنا - که شاخصه ساختار حقوقی مدرنیته است - و نزدیک شدن به کثرت‌گرایی - همان ویژگی ساختار پست‌مدرنیته حقوقی - نیست؟ تفسیر به‌عنوان اراده معنا، همان هرمنوتیک است که در چارچوب گذار از ارزش به واقعیت کثرت‌گرایانه قرار دارد. به نظر می‌رسد نفی ذات‌گرایی از یک سو و کثرت‌گرایی در مبنا و در تفسیر، یادآور گفتمان پست‌مدرنیته حقوقی است (شهابی، ۱۳۹۲، ص ۶۶۳ و ۶۶۴-۶۶۵) و از این منظر، «تحلیل اقتصادی حقوق» را اگر زمینه کثرت‌گرایی را فراهم کرده باشد، باید زمینه‌ساز گذار از مدرنیته حقوقی به پست‌مدرنیته حقوقی ارزیابی کرد.

نگارنده در مقاله حاضر در صدد پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته و تحلیل فرضیه‌های مطرح شده است. به این منظور در ابتدا به بررسی واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» و تأثیر آن بر نفی عقلانیت ماهوی فطری و عقلانیت شکلی می‌پردازد، سپس امکان تعامل متافیزیک و واقعیت را در پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» واکاوی خواهد کرد.

واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق»؛ نفی عقلانیت ماهوی فطری و

۱. از نظر نگارنده، می‌توان فرمالیسم حقوقی را به دو نوع ماهوی و شکلی تقسیم کرد؛ فرمالیسم حقوقی گاه نماد اراده دولت در ایجاد قاعده حقوقی است و گاه نماد اراده دولت در بیان قاعده حقوقی است.

عقلانیت شکلی مبتنی بر آن

تفکر واقع‌گرایی را باید وام‌دار رویکردهای تاریخی، جامعه‌شناختی و پراگماتیستی به حقوق دانست (Cf. Tumonis, 2012, p.1368). اینکه حقوق ماهیتی خودجوش دارد (Hayek, 1985, 1, p.30-31) یا برآمده از وجدان اجتماعی است (Duguit, 1927/1, p.15&105)، در بطن ساختار اجتماعی ایجاد می‌شود و تحول می‌یابد (Gurvitch, 1972, p.119; Durkheim, 1987, p.23)، پدیده‌ای اجتماعی بوده (Comte, 1929, 1, p.87) مبتنی بر تجربه است نه منطق (Cardozo, 1921, p.88-89; Holmes, 1909, p.108 Cf. Tumonis, 2012, p.1368, 1369)، آموزه‌هایی هستند که از اواخر قرن نوزدهم به تنزل متافیزیک سکولار و شکل‌گرایی مبتنی بر آن و نیز به افول فرمالیسم مبتنی بر اراده دولت^۱ انجامیده و واقع‌گرایی را نتیجه داده است. وانگهی این واقع‌گرایی از منظر بسیاری از اندیشه‌های پیش‌گفته به دلیل طبیعت کثرت‌گرایانه بطن ساختار اجتماعی می‌تواند به نوعی کثرت‌گرایی در مبنای اعتبار قاعده حقوقی بینجامد. باین حال، همان‌طور که مطالعه خواهد شد، نباید از نظر دور داشت که واقع‌گرایی ضرورتاً به کثرت‌گرایی نمی‌انجامد و تحلیل‌هایک از مکتب تاریخی و تأکید وی بر ارزش‌های برآمده از نظم خودجوش، گواه آن است (Hayek, 1985, 1, p.127). در هر حال، ویژگی مهم «تحلیل اقتصادی حقوق» را باید واقع‌گرایی آن دانست (Posner, 1987, p.762&764; Gjerdingen, 1986, p.907) و تردیدی نیست که واقع‌گرایی حقوقی، نقش مهمی در شکل‌گیری آن داشته است؛ شاخصه‌ای که از لحاظ روش نیز روش تحقیق و تجربی را نتیجه می‌دهد. به این ترتیب و منطقاً، مکتب تحلیل اقتصادی از لحاظ دیدگاه و از لحاظ روش، در تقابل با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت فطری قرار می‌گیرد.

۱. تقابل پارادایمیک «تحلیل اقتصادی حقوق» با حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت

فطری

۱.۱. چرایی تقابل

دلیل این تقابل را باید در این نکته جستجو کرد که بنیان حقوق طبیعی مدرن بر متافیزیک است (Habermas, 2003, p.112-113) و «تحلیل اقتصادی حقوق» به دلیل همان ویژگی واقع‌گرایی‌اش، با متافیزیک میانه‌ای ندارد (Posner, 1995, p.403). مدرنیته مبتنی بر عقلانیت فطری، اگر بر متافیزیک بنیان‌گذارده شده است و بر ذات‌گرایی مبتنی بر متافیزیک تأکید

۱. دولتی که مبنای اعتبار قاعده حقوقی یا ایجادکننده قاعده حقوقی است.

دارد، برای گذار از «هست» به «باید» و یا تثبیت این گذار است؛ به بیان دیگر، برای این است که از ساختار سنتی یا پیشامدرن عبور کند و به ساختار مبتنی بر آزادی فردی فطری و یا حداقل خودجوش بینجامد. به همین ترتیب، این گونه می‌نماید که «تحلیل اقتصادی حقوق» به گذار از «هست» به «باید» نمی‌اندیشد؛ بایستی که یادآور متافیزیک و یا پیش‌فرضی ساختگی و غیرتجربی است و گذاری که مبنا و توجیه ذات‌گرایی مدرنیته حقوقی است. با وجود این، اگر بتوان از «باید» تجربی یا به عبارت بهتر «باید خودجوش اجتماعی» سخن گفت، اندیشه گذار از «هست» به «باید» نمی‌تواند چندان در تقابل با واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» باشد؛ در این صورت، ذات‌گرایی با واقع‌گرایی همدوش شده است و نباید فراموش کرد که ذات‌گرایی به ذات‌گرایی متافیزیکی منحصر نیست.

می‌دانیم که مدرنیته حقوقی پیش‌گفته برای مراقبت از متافیزیک و تضمین آن گذار، به فرمالیسم یا شکل‌گرایی پناه می‌برد؛ یعنی همان فرمالیسم دولتی یا مبتنی بر عقلانیت دولتی که نوعی سیلوژیسم حقوقی یا منطق‌گرایی حقوقی را نتیجه می‌دهد و تفسیر را نه به‌عنوان اراده معنا، بلکه صرفاً به‌عنوان کشف معنای قاعده حقوقی برآمده از عقلانیت فطری می‌پذیرد (Tumonis, 2012, p.1366). البته عقلانیت فطری به این عقلانیت دولتی نمادیافته در قانون و یا در رویه قضایی اعتماد کامل می‌کند؛ تا آنجا که این عقلانیت، کارکرد صرفاً شکلی خود را از یاد می‌برد و نقشی ماهوی یافته، خود را مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی جلوه می‌دهد (Fasso, 1976, p.13) و در این صورت، کشف معنا جز در چارچوب اراده قانون‌گذار دولتی و راه‌های وصول به آن امکان‌پذیر نخواهد بود.

به نظر می‌رسد که «تحلیل اقتصادی حقوق» به شکل‌گرایی یا همان فرمالیسم دولتی، چه از نوع ماهوی- که قانون را چون ابزار ایجاد قاعده حقوقی می‌داند- و چه از نوع شکلی- که قانون را چون ابزار بیان قاعده حقوقی می‌داند- نیازی ندارد؛ چراکه واقع‌گرا است. البته پوزیتیویسم دولتی ماهوی را نیز می‌توان نوعی رویکرد تحقق‌ی یا واقع‌گرایانه دانست، اما بی‌تردید این تحقق‌گرایی بر اراده دولت مبتنی بوده و تعبیر دیگر آن، دولت‌گرایی یا واقع‌گرایی دولتی است. اما واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق»، بیش از آنکه از نوع دولتی باشد، از نوع اجتماعی است؛ حتی اگر برخی از جریان‌های آن، متأثر از اندیشه حداکثر کردن لذت و خوشی بنام دولت‌گرا باشند (Cf. Coleman, 1980, p.511) و یا برخی دیگر از شاخه‌های آن، دولت را ابزار واقع‌گرایی تلقی کنند (Cf. Posner, 1980, p.487).

در هر صورت، نباید تردید کرد که اگر واقع‌گرایی تحلیل اقتصادی با فایده‌گرایی بنامی همراه باشد، در تقابل با مدرنیته حقوقی است. دولت‌گرایی بنامی اگرچه نقش اصلاح ساختار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را دنبال می‌کند (Bentham, 1980, p.46)؛ نقشی که دغدغه

مدرنیته است (Chevallier, 1998, p.25)، اما این اصلاح، مبتنی بر متافیزیک یا حتی «ارزش خودجوش اجتماعی» نیست تا با مدرنیته مبتنی بر عقلانیت فطری و یا حتی مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش سازگار باشد. به طریق اولی باید پذیرفت که اگر «تحلیل اقتصادی حقوق» گذار از «هست» به «باید» را به عنوان آموزه خود در سطح هدف مد نظر قرار ندهد، یا به طور کلی کارکرد اصلاح ساختار اجتماعی-اقتصادی را برای خود قائل نباشد- که اگر این گونه باشد، منطقیاً به فرمالیسم هم نیازی نخواهد داشت- از مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت فطری و یا حتی از مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش دور شده است.

حداکثر کردن ثروت (Posner, 1979, p.103; Posner, 1980, p.487) یا حداکثر کردن لذت و خوشی (Cf. Posner, 1980, p.487; Coleman, 1980, p.511) و یا ارتقای رفاه اجتماعی (Kaplow and Shavelle, 2000, p.11-12) می تواند به عنوان «باید» تحلیل اقتصادی حقوق مطرح بوده، یادآور رویکرد اصلاح گرایانه آن باشد. باین حال، دو هدف اول همیشه از منظر ارزش گرایی مورد نقد بوده و ضد اخلاق تلقی شده است (Kaplow and Shavelle, 2000, p.22; Coleman, 1980, p.511). البته، حداکثر کردن ثروت از منظر پازنر، استاد برجسته امریکایی و از سردمداران «تحلیل اقتصادی حقوق»، در چارچوب دو اصل مالکیت خصوصی و آزادی قراردادی صورت می گیرد و به همین دلیل می توان گفت که به مبانی لیبرالیسم کانتی نزدیک می شود (Posner, 1979, p.103-104). به عبارت دیگر، نه تنها ضد اخلاقی تلقی نشده، بلکه با اخلاق لیبرالی یا همان اخلاق مدرنیته انطباق کامل پیدا می کند. باین همه، این «باید» خلاصه شده در مالکیت خصوصی و آزادی قراردادی، در صورتی می تواند در تعامل با واقع گرایی تحلیل اقتصادی قرار بگیرد که منشأ خود را نه در متافیزیک، بلکه در نظم خودجوش اجتماعی باز یابد.

حداکثر کردن لذت و خوشی در قالب فایده گرایی بنتامی، همان طور که اشاره شد، واقع گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» را از واقع گرایی اجتماعی دور کرده، به واقع گرایی دولتی سوق می دهد. ارتقای رفاه اجتماعی نیز تنها با تأکید بر این نکته که رفاه نمی تواند صرفاً جنبه مادی داشته باشد و وجهه معنوی آن نیز باید مورد توجه قرار گیرد (Kaplow and Shavelle, 2000, p.22)، از انتقاد ارزش گرایان تاحدودی می کاهد، اما از آنجا که ورود دولت گرایی ماهوی را اقتضا می کند، پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» را از مدرنیته حقوقی دور می سازد.

۱.۲. حقوق مدنی فرانسه، مصداق عینی تقابل

می دانیم که حقوق مدنی فرانسه در چارچوب تعامل عقلانیت فطری و عقلانیت شکلی مبتنی بر آن، معنا، تحلیل و تفسیر می شده است (شهابی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۳؛ Glaudet, 2004, p.621)؛ به همین دلیل از منظر برخی از حقوق دانان فرانسوی، کارکرد «تحلیل اقتصادی حقوق» را باید

بازسازی دکترین مدنی فرانسه دانست؛ دکترینی که در چنبره نوعی پوزیتیویسم آنتی-تئوریک و بدون آینده گرفتار آمده بود (Mackaay, 2000, p.31). می‌توان گفت که «تحلیل اقتصادی حقوق»، ابزارهای تطبیق با واقعیت‌های جدید و مقتضیات متغیر اجتماعی را در پایان قرن بیستم و ابتدای قرن بیست و یکم در اختیار حقوق مدنی قرار می‌دهد (Mackaay, 2000, p.31-32). از نظر این دسته از حقوق‌دانان فرانسوی، این نقش «تحلیل اقتصادی حقوق» را نه جامعه‌شناسی حقوق و نه جرم‌شناسی حقوق، هیچ‌کدام نتوانسته‌اند ایفا کنند و نیز نتوانسته‌اند حمایتی به این گستردگی، عینی و متنوع برای درک و فهم حقوق ارائه دهند (Mackaay, 2000, p.31).

بنابراین، اگر نظام حقوق مدنی فرانسه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نظام‌های حقوقی پیشگام مدرنیته از لحاظ پارادایمیک بر مبنای مدرنیته مبتنی بر عقلانیت فطری تفسیر و معنا شود، نمی‌تواند چندان با «تحلیل اقتصادی حقوق» سازگار باشد؛ زیرا در برداشت فرانسوی از نظام حقوقی نمی‌توان نظام حقوقی را به ابزاری در خدمت سیاست اقتصادی تنزل داد. به سخن دیگر، پارادایم مدرنیته اجازه نمی‌دهد تا حقوق، طفیلی واقعیت قرار گیرد و نقش یا کارکردی صرفاً ابزاری و فرعی داشته باشد. از منظر «تحلیل اقتصادی حقوق»، حقوق با تکیه بر عقلانیت حسابگر اقتصادی، ابزار کسب منفعت و افزایش آن است و چیزی جز بستر محاسبه فایده نیست؛ به همین دلیل، ابزار حمایت از بازار رقابت اقتصادی است (Muir-Watt, 2000, p.39). مثالی که برای تبیین کارکرد ابزاری حقوق بیان می‌شود، تقدم جبران خسارت به‌عنوان راه‌حلی برای رهایی بدهکار از رابطه قراردادی است؛ گویا بدهکار در صورتی که به نظرش برسد که قادر است قرارداد مفیدتری را منعقد کند، می‌تواند با پرداخت بهای آزادی خود به طرف رابطه قراردادی، از رابطه قراردادی رهایی یافته، به دنبال حداکثر کردن منفعت خود به‌عنوان یک «انسان اقتصادی» باشد (Muir-Watt, 2000, p.40). این‌گونه می‌نماید که در گفتمان حقوق مدنی فرانسه، حقوق جز انتقال ارزش‌های انسانی کارکردی ندارد؛ ارزش‌هایی که مبتنی بر عقلانیت فطری است. به این ترتیب، انسان را نباید صرفاً با منافعش سنجید؛ سنجش انسان تنها با معیار نفع اقتصادی و تنزل او از «انسان حقوقی» به «انسان اقتصادی» نمی‌تواند قابل پذیرش باشد. از نظر حقوق مدنی فرانسه، اینکه بدهکار بتواند با پرداخت مبلغ فسخ قرارداد، قرارداد را فسخ کند، هم با حق فردی طلبکار تضاد پیدا می‌کند و هم در تعارض با ارزش‌های اخلاقی است که این حق حامل آن است؛ از جمله ارزش احترام به عهد و پیمان (Muir-Watt, 2000, p.40).

از نظر برخی از حقوق‌دانان فرانسوی، نظام حقوق مدنی و به تبع آن رویه قضایی فرانسه به «تحلیل اقتصادی حقوق» علاقه چندانی ندارد و به‌نظر می‌رسد دلایل آن را باید در فرهنگ حقوقی جستجو کرد؛ فرهنگی که بی‌تردید از منظر متودولوژیک نیز تأثیرگذار است (Jestaz, 2000, p.82). منظور این دسته از حقوق‌دانان فرانسوی از فرهنگ حقوقی، عبارت است از فرهنگ

قانونی، فرهنگ «حقوق محض» و فرهنگ اخلاقی. منظور از فرهنگ اخلاقی، تأثیر مسیحیت بر اندیشه‌های حقوقی کسانی چون دوما و پوتیه و تأثیر این دو بر قانون مدنی فرانسه است. این تلقی در ابتدای قرن نوزدهم وجود داشته که حقوق و اخلاق از لحاظ ماهوی و ماهیتی یکی است و یگانه تفاوت آن دو را باید در ضمانت اجرا جستجو کرد (Jestaz, 2000, p.82-83). منظور این حقوق‌دان فرانسوی از اخلاق، باید اخلاق فطری باشد؛ اخلاقی که ریشه مسیحی داشته، ماهیتی متافیزیکی محض دارد؛ به این ترتیب، فرهنگ اخلاقی کنایه از همان پارادایم مدرنیته خواهد داشت که از عقلانیت شکلی، همان‌طور که گفته شد، برای تثبیت ارزش‌های خود استفاده می‌کند. فرهنگ قانونی، مدلی هرمی شکل را تداعی می‌کند که قاضی باید در چارچوب آن و با استناد به آن عمل کند؛ به همین دلیل، قضات فرانسوی از بحث‌های جامعه‌شناختی، فلسفی و به طریق اولی اقتصادی دوری می‌کنند؛ چراکه صرفاً باید با استناد به قانون و در چارچوب آن، حکم صادر کنند (Jestaz, 2000, p.82). از منظر نگارنده و همان‌طور که پیش‌تر تصریح شد، فرهنگ قانونی، حاصل اعتماد مستمر پارادایم حقوق مدرن به عقلانیت شکلی است. منظور این حقوق‌دان فرانسوی از حقوق محض، رویکردی است که حقوق را صرفاً مجموعه‌ای از هنجار می‌داند و تحلیلی فنی از آن داشته، دگماتیک به آن می‌نگرد (Jestaz, 2000, p.83). به این ترتیب و از نظر نگارنده، فرهنگ «حقوق محض»، دور از برداشت کلسن از حقوق نیست (Kelsen, 1999, p. 222-223 & 281)؛ البته منظور، عقلانیت دولتی ماهوی و یگانگی حقوق و دولت نیست. می‌توان آن را دوشادوش فرهنگ قانونی ارزیابی کرده، مؤلفه دیگری از مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت فطری دانست که نظام حقوقی فرانسه نماد آن است. باین‌حال و با همه آنچه گفته شد، نگارنده بر آن است که اگر قانون مدنی فرانسه بر اساس پارادایم عقلانیت اجتماعی خودجوش تحلیل و معنا شود، آن‌گونه که پرتالیس از تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه می‌اندیشید (Portalis, 2007/1, p.75&92)، حقوق مدنی فرانسه در تقابل با «تحلیل اقتصادی حقوق» هایک نخواهد بود (ر.ک. شهابی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۹ و ۱۴۰).

۲. تقابل متودولوژیک «تحلیل اقتصادی حقوق» با حقوق مدرن مبتنی بر

عقلانیت فطری

۲.۱. عبور از سیلوژیسم حقوقی

اگر کارکرد حقوق را در چارچوب پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» بنگریم، بی‌تردید بر متودولوژی استنباط حقوقی نیز تأثیرگذار خواهد بود. در مدرنیته حقوقی، منظور از متودولوژی استنباط از یک سو، همان روش تفسیری موسوم به سیلوژیسم حقوقی است (Frydman, 1998).

(p.16) و از طرف دیگر، نقش نظارتی و کنترلی دیوان تمییز و کارکرد نقض یا ابرام رأی از سوی آن است که در نظام حقوقی نوشته‌ای چون نظام حقوقی فرانسه به شدت نمود دارد؛ سیلوژیسم، منطق حقوق و استدلال حقوقی را از تجربه و واقعیت دور می‌سازد. وجود دیوان تمییز اگرچه به این معنا است که سیلوژیسم وحی مُنزل نیست، اما درعمل موجب می‌شود تا قاضی به «حقوق محض» و درواقع به نوعی فرمالیسم پناه ببرد و از چارچوب آن خارج نشود (Posner, 1986, p.181)؛ درغیر این صورت، رأی صادره نقض می‌شود (Jestaz, 2000, p.83-84). نتیجه این رویکرد، گرفتاری قاضی در زنجیر منطق استدلالیان است.

واقعیت این است که پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» برخلاف ساختار مدرنیتة حقوقی، روشی نتیجه‌گرا را به دنبال خواهد داشت (Mathis, 2011, p.6). بر اساس این روش، یک راه‌حل حقوقی، خوب یا بد ارزیابی می‌شود؛ اما نه به دلیل انطباقش با نُرم یا اصل حقوقی از پیش تعیین‌شده و معیار و ارزش برتری چون ارزش عدالت و آزادی فردی، بلکه بر اساس نتایج (اقتصادی) در موردی خاص (ر.ک. ابدالی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۴؛ بادینی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۴ و ۱۰۷؛ Muir-Watt, 2000, p.42). برای تبیین مسئله، می‌توان مثالی را از حقوق قرارداده‌ها ذکر کرد؛ با انعقاد قرارداد بیعی، الف کالایی قدیمی را به یک متخصص (عتیقه‌شناس) می‌فروشد. باین حال، بعد از انعقاد قرارداد، کاشف به عمل می‌آید که موضوع قرارداد، یک کار هنری بوده و ارزش آن، بی‌نهایت بالاتر از ثمن معامله است. دکترین حقوق مدنی فرانسه راه‌حل اشتباه در وصف ذاتی را مطرح می‌کند و اجازه می‌دهد که فروشنده ابطال قرارداد را بخواهد (Ghestin, 1993, p.490)، اما «تحلیل اقتصادی حقوق» پاسخ کاملاً متفاوتی ارائه می‌دهد. این کشف در وضعیت قرارداد تأثیری نخواهد داشت، زیرا فروشنده قربانی ناآگاهی خود از واقعیت است؛ وانگهی اطلاعات خریدار حرفه‌ای از نظر اقتصادی ارزش دارد و ارزان نیز به دست نیامده است. این راه‌حل و استدلال بر دکترین فرانسوی تأثیر بسیار کمی داشته و هیچ تأثیری نیز بر رویة قضایی نداشته است (Muir-Watt, 2000, p.42-43). از منظر برخی از حقوق دانان فرانسوی، دلیل این فقدان تأثیر را باید در ساختار رویة قضایی فرانسه جستجو کرد. متودولوژی «تحلیل اقتصادی حقوق» جای خود را در آن نوع از سیستم حقوقی پیدا می‌کند که قاضی در آن سیستم، ایجادکننده قاعده حقوقی است و گرفتار سیلوژیسم حقوقی نیست (Muir-Watt, 2000, p.43; Cf. Génay, 1919/1, p.21). در این صورت، منطق محاسبه اقتصادی جایگاه خود را بدون هیچ مشکلی پیدا می‌کند. اما در سیستمی که بر منطق قاعده استوار است، چنین متودولوژی‌ای می‌تواند در تضاد با سیلوژیسم حقوقی باشد (Muir-Watt, 2000, p.43).

واقعیت این است که در «تحلیل اقتصادی حقوق»، حقوق فردی به‌مثابه اموال اقتصادی خواهند بود که بر اساس فایده و هزینه‌ای که عاملان اقتصادی حاضرند برای آن بپردازند،

ارزیابی می‌شوند. اگر بناست مذاکره‌ای نیز در مورد حقوق و تعهدات قراردادی صورت پذیرد، در همین چارچوب انجام می‌گیرد. معنای این سخن که در پارادایم اقتصادی، «انسان اقتصادی» جایگزین «انسان حقوقی» می‌شود، همین نکته است. منظور از «انسان اقتصادی» هر سوژه حقوقی است که دغدغه اصلی‌اش به حداکثر رساندن ثروتش است و با تکیه بر عقلانیت محاسبه‌گر خود، رفتاری کاملاً محتاطانه را در برابر خطرهای اقتصادی دنبال می‌کند (بابایی، ۱۳۸۶، ص ۱۷؛ Frydman, 1998, p.57). همین رویکرد و انسان‌گرایی اقتصادی مذاکره مجدد و بازبینی قرارداد را با تغییر بنیادین اوضاع و احوال به دنبال خواهد داشت؛ چراکه واقع‌گرایی اقتصادی چنین نتیجه‌ای را اقتضا می‌کند. آزادی قراردادی انتزاعی یا متافیزیکی یا مبتنی بر الگوی «انسان حقوقی»، مانع مذاکره مجدد و بازبینی قرارداد است، اما آزادی قراردادی واقعی یا خودجوش و اجتماعی، مانع نیست (شهابی، ۱۳۹۴، ص ۶۰۹-۶۰۸).

۲.۲. «تحلیل اقتصادی حقوق»، چارچوب نظری تفسیر قاعده حقوقی

پوزنر «تحلیل اقتصادی حقوق» را چارچوب نظری تفسیر قاعده حقوقی تلقی می‌کند؛ در این چارچوب و از نظر پوزنر، تفسیر به دلیل همان نتیجه‌گرایی پارادایم تحلیل اقتصادی (ر.ک. ابدالی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۴) به مفهوم اراده معنای هنجار یا قاعده حقوقی خواهد بود (Posner, 2004, p.2). این برداشت از تفسیر، در واقع یادآور جریان هرمنوتیک در حقوق است (Cady, 1986, p.439-440; Taylor, 2000, p.1101-1102). بی‌تردید تفسیر مسئله جدیدی نیست، اما آغاز جریان هرمنوتیک به معنای عبور از سیلوژیسم در تفسیر است؛ سیلوژیسم، تفسیر را کشف یا شناخت معنا می‌داند (Frydman et Guy Haarscher, 2002, p.83). در این نوع تفسیر، نقش مفسر به کشف اراده قانون‌گذار که در متن یا در خارج از متن (مشروح مذاکرات تصویب) قابل بازبینی است، کاهش پیدا می‌کند؛ تا آنجا که می‌توان وی را دهان قانون‌گذار دانست (Cf. Lenoble, 1994, p.140). البته باید اشاره کرد که افول سیلوژیسم با هرمنوتیک آغاز نمی‌شود، بلکه مکتب آزاد علمی چون فرانسوا ژنی در فرانسه، زمینه‌ساز این افول است. با وجود این، اندیشه ژنی را باید نقد از درون به روش تفسیری مدرنیته حقوقی دانست؛ چراکه در هر حال، به دنبال کشف اراده قانون‌گذار است و اگر قانون باشد، به «تحقیق آزاد علمی» نمی‌پردازد (Gény, 1919/1, p.263&264). اما هرمنوتیک در پارادایمی متفاوت قرار دارد؛ تحولی که رخ داده، فقدان اعتماد نسبت به اعتبار معیارهای عینی و فرضی همانند کشف اراده قانون‌گذار در تعیین معنای متن است. در واقع، متن از مؤلفش استقلال پیدا می‌کند و می‌توان به لسان فوکو، از مرگ مؤلف سخن گفت (Cf. Foucault, 2001, p.817). به سخن دیگر، به جای مؤلف، این قاری متن است که مرکز ثقل روند تفسیر خواهد بود؛ به این ترتیب، امکان

اراده معنای متفاوت و البته متکثر از متن وجود خواهد داشت، زیرا قاری، واحد نیست (Rosenfeld, 1998, p.7; Taylor, 2000, p.1110&1120).

بنابراین، رویکرد هرمنوتیک در تفسیر را به‌ویژه با توجه به واقع‌گرایی آن باید زمینه‌ساز کثرت‌گرایی حقوقی دانست. همان‌طور که میشل ترور، استاد فرانسوی، تصریح دارد، اگر معنای قاعده قبل از مفسر و عمل تفسیر وجود نداشته باشد و اگر تفسیر به معنای اراده معنا است، به این ترتیب، موضوع تفسیر نمی‌تواند صرفاً یک قاعده باشد. اگر قانون دربردارنده این گزاره باشد که «پ ممنوع است»، این «پ» بنابر تفسیری که از آن ارائه می‌دهیم، می‌تواند «پ»های مختلفی باشد: پ (۱)، پ (۲)، پ (۳)، ...؛ به‌طوری که می‌توان گفت قانون دربرگیرنده یک قاعده نیست، بلکه بنابر تفسیر و به تعداد تفسیری که از آن ارائه می‌شود، قواعد حقوقی متعددی وجود دارد (Troper, 2000, p.56; Cf. Taylor, 2000, p.1119). نکته این است که نمی‌توان از میان تفسیرهای صورت‌گرفته، یک تفسیر را واقعی دانست و تفسیرهای دیگر را نادرست تلقی کرد؛ زیرا معنای آن این خواهد بود که یک معیار مشخص و برتر برای تفسیر واقعی داریم و این درحالی است که هرمنوتیک، گزاره برتری را دنبال نمی‌کند (ر.ک. کیوانفر، ۱۳۹۰، ص ۵۹ و ۷۱).

اهمیت و جایگاه تفسیر قانون در اقتصاد تا به آن حد است که برخی، «تحلیل اقتصادی حقوق» را اساساً محصول انقلابی دوگانه در حقوق و اقتصاد می‌دانند: انقلاب شناختی در اقتصاد و انقلاب هرمنوتیک در حقوق (Deffains, 2010, p.17). انقلاب شناختی در اقتصاد به معنای عبور از پیش‌فرض‌های ساختگی چون «انسان معقول» در مسئله «اطلاعات اقتصادی» و تأثیر آن در بازار است و هرمنوتیک نیز معنایی جز عبور از فرمالیسم به رئالیسم ندارد. در خود تئوری حقوق نیز امروزه بیش از آنکه تأکید بر «انسان مدنی» یا «انسان حقوقی» باشد، بر «انسان اقتصادی» است (Posner, 1975, p.763).

اگر تفسیر و اطلاعات اقتصادی با یکدیگر ارتباط مؤثری داشته باشند، پس در صورت نقص اطلاعات اقتصادی، رویکرد تئوریک در اقتصاد منطقی به سمت ارتقای اهمیت قواعد در تثبیت پیش‌فرض‌های فعالان اقتصادی پیش می‌رود (Deffains, 2010, p.52). به این ترتیب، اقتصاددان ترجیح می‌دهد تا تفسیر را عمل شناخت و کشف معنا تلقی کند. به همان ترتیب، وقتی که در حقوق، تفسیر را اراده معنای تلقی می‌کنیم، با توجه به اینکه این نوع تفسیر، قابلیت پیش‌بینی قواعد را با چالش مواجه می‌سازد، این پرسش خودبه‌خود مطرح می‌شود که چگونه فعالان اقتصادی می‌توانند از قاعده رفتار اقتصادی آگاه شوند و چگونه اطلاع اقتصادی برای فعالیت اقتصادی فراهم خواهد شد؟ روشن است که چالش و پرسش پیش‌گفته، به‌ویژه در برداشت واقع‌گرایانه از حقوق بیشتر مطرح می‌شود، چراکه در این برداشت، اعتقاد بر این است

که نرم حقوقی، وجود و ماهیتی قبل از تفسیر ندارد (Deffains, 2010, p.52). تفسیر قاعده حقوقی از منظر اقتصاد، از این نظر که منشأ اطلاعات مورد استناد و استفاده عامل اقتصادی است، اهمیت پیدا می‌کند. اگر تفسیر را اراده معنا تلقی کنیم، منطقاً مفهوم آن این خواهد بود که به‌دست آوردن یک اطلاع مشخص و از پیش تعیین شده از نرم حقوقی، بسیار دشوار و حتی غیرممکن است. اما اگر تفسیر را کشف و شناخت معنا تلقی کنیم، بی‌تردید مفهوم آن این خواهد بود که معنای قاعده از قبل وجود دارد و شیوه و روش کشف معنا نیز مشخص است و به همین دلیل از منظر اطلاع اقتصادی و ضرورت آن، روش تفسیری مناسب‌تری خواهد بود (Deffains, 2010, p.50-51). واقعیت این است که هر مفهومی از تفسیر می‌تواند به‌عنوان عاملی باشد که بر روی اطلاعات بازیگران اقتصادی تأثیرگذار است؛ چراکه تفسیر قاعده، معنایی جز تلاش برای استخراج اطلاع از آن ندارد و این اطلاع نیز برای عمل اقتصادی ضرورت دارد.

پوزنر، از پیشگامان «تحلیل اقتصادی حقوق» شیکاگو، تفسیر را اراده معنا تلقی می‌کند و این نکته نشان از تأثیرگذاری رویکرد واقع‌گرایی در بینش تحلیل اقتصادی وی دارد (Posner, 1987, p.186, 187). باین‌حال، اگر تفسیر، اراده معنا باشد، آنگاه تبیین این نکته از سوی پوزنر ضرورت دارد که چگونه عاملان اقتصادی که بناست قواعد بر رفتار آن‌ها اجرا شود و معنای این قواعد نیز به‌منزله اطلاع در بازار اقتصادی است، می‌توانند معنای قواعد را از قبل بدانند و واقعیت‌هایی را که بر آن‌ها حاکم است، بشناسند. پوزنر برای حل این مسئله، به فرض پیش‌بینی عقلی یا همان فرض «انسان معقول» پناه می‌برد (Posner, 1975, p.761; Cf. Cohen, 1985, p.1119&1125&1147; Allen Leff, 1974, p.456-457). فرض بر این است از تصمیمات آینده قضات اطلاع دارد و بر مبنای حداکثر کردن سود و منفعت عمل می‌کند (Deffains, 2010, p.62&77). به این ترتیب، مکتب شیکاگو بر اطلاع کامل و البته فرضی عاملان اقتصادی و ظرفیت نامحدود آن‌ها در به‌دست آوردن اطلاعات لازم برای تأمین منافعشان تأکید می‌کند، اما مکتب اقتصاد رفتاری، این فرض را مورد خدشه قرار می‌دهد و زیر سؤال می‌برد. بر اساس این مکتب، عاملان اقتصادی، همه اطلاعات لازم و معتبر برای اتخاذ تصمیم را در اختیار ندارند (Cf. Allen Leff, 1974, p.457-458)؛ در اقتصاد رفتاری، عقلانیت فردی، عقلانیت محدود انگاشته شده، بر این نکته تأکید می‌شود که تحصیل و تحلیل اطلاعات، همیشه بر اساس منطق عقلی نیست و روش‌های شناختی دیگری از جمله روش روان‌شناختی نیز تأثیرگذار است (بابایی، ۱۳۸۶، ص ۳۳).

هایک، سردمدار مکتب اتریشی، برای دوری از چالش پیش‌گفته، تفسیر را کشف یا شناخت معنا می‌داند (Hayek, 1985, 1, p.145). از نظر هایک، قواعد حقوقی ابزارهایی هستند که به

عاملان اقتصادی اجازه می‌دهند تا مؤثرتر عمل کنند؛ چراکه به‌طور کلی، قابلیت پیش‌بینی را در نظام بازار برای آن‌ها ارتقا می‌دهند. به سخن دیگر، قواعد حقوقی اطلاعاتی را به‌دست می‌دهند که به عاملان اقتصادی کمک می‌کند تا درست‌تر عمل کنند (Hayek, 1985, 1, p.58). کارکرد دیگر قواعد از دید هایک، تضمین نظم‌ی همیشگی برای عمل اقتصادی است (Hayek, 1985, 1, p.59). کارکرد مهم‌تر قواعد از دید هایک، ارتقای قابلیت پیش‌بینی واکنش دیگر اعضای جامعه در خصوص رفتار عاملان اقتصادی است. از نظر هایک، نتایج رفتار یک فرد بستگی کامل به قواعدی دارد که رفتار دیگر اعضای جامعه را هدایت می‌کند (Hayek, 1985, 1, p.17)؛ مالکیت خصوصی و یا اصل جبران خسارت از جمله این قواعد است.

بی‌تردید ترسیم چنین کارکردهایی برای قاعده حقوقی، نشان از اهمیت تفسیر قاعده دارد و روشن است که تفسیر به مفهوم اراده معنا، همه این کارکردها را به چالش می‌کشد. از این منظر، ضرورت دارد تا تفسیر قاعده حقوقی به کشف یا شناخت معنای قاعده حقوقی محدود باشد. باین‌حال، نکته مبهمی نیز در اندیشه هایک وجود دارد. اگر قاعده حقوقی به‌منزله اطلاع اقتصادی است و تفسیر قاعده نیز کشف معنا است، پس به تعداد عاملان اقتصادی، معناهای مختلفی کشف خواهد شد؛ چراکه عاملان اقتصادی باورهای مختلف و متفاوتی می‌توانند داشته باشند (Cf. Deffains, 2010, p.60). به این ترتیب، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این اختلاف نظر به نقش قاعده در تضمین پیش‌بینی کلی نتایج رفتار اقتصادی آسیب نمی‌زند؟ از منظر برخی، بدون تردید همین‌گونه خواهد بود (Deffains, 2010, p.60).

به نظر می‌رسد نقش قاضی برای رفع این ابهام می‌تواند تعیین‌کننده باشد؛ چراکه اوست که تفسیر رسمی و نهایی را ارائه می‌دهد؛ به همین دلیل است که هایک تأکید می‌کند که نقش قاضی کشف معنای قواعد است تا با اراده معنا به این چالش دامن نزنند (Hayek, 1985, 1, p.145). در این چارچوب، فرض بر این خواهد بود که قاضی نسبت به قاعده حقوقی از دیگران آگاه‌تر است. باورهای عاملان اقتصادی از قاعده حقوقی می‌تواند غلط یا درست باشد. این قاضی است که چون از نظم خودجوش آگاه فرض می‌شود، می‌تواند تفسیر مشروع و درست را ارائه دهد (Deffains, 2010, p.61)؛ تفسیری که اراده معنای جدید نیست، بلکه کشف معنا است. این شناخت معنا بی‌تردید مبتنی بر شناخت طبیعت نظم خودجوش است. با وجود این، هایک تأکید دارد که شناخت نظم خودجوش با توجه به طبیعت آن، امکان‌پذیر نیست (Hayek, 1985, 1, p.17&58). از سوی دیگر، قاضی نیز از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، عامل اقتصادی است و از این جنبه، کارکرد او را در رفع ابهام پیش‌گفته با چالش همراه می‌سازد. از نظر برخی نباید به هایک خرده گرفت، چراکه وی راه دیگری ندارد. اگر هایک تفسیر را اراده معنا تلقی می‌کرد، بی‌تردید قابلیت پیش‌بینی قواعد با ابهام بیشتری همراه بود (Deffains, 2010, p.61).

وانگهی اتخاذ این رویکرد از منظر نگارنده، اولین قدم برای تثبیت وحدت‌گرایی حقوقی و جلوگیری از ورود به مسیر کثرت‌گرایی است. همین نکته زمینه‌سازگاری «تحلیل اقتصادی حقوق» هایک را با مدرنیته حقوقی مبتنی بر نظم خودجوش یا مبتنی بر تقدم ماهوی حقوق خصوصی- و البته نه با مدرنیته مبتنی بر عقلانیت فطری- فراهم می‌کند. درحالی که «تحلیل اقتصادی حقوق» پوزنر با تکیه بر تفسیر همچون اراده معنا، به سمت کثرت‌گرایی می‌رود و همین نکته، وی را از چارچوب مدرنیته حقوقی دور و به پست‌مدرنیته نزدیک می‌کند.

«تحلیل اقتصادی حقوق» و تعامل متافیزیک و واقعیت

همان‌طور که بیان شد، «تحلیل اقتصادی حقوق» افزون بر اینکه با متافیزیک میانه‌ای ندارد، با فرمالیسم مبتنی بر متافیزیک نیز آشتی نمی‌کند. ظاهر امر هم این است که رد متافیزیک و شکل‌گرایی در این جریان اندیشه‌ای از یک سو و واقع‌گرایی کثرت‌گرایانه جریان پوزنری «تحلیل اقتصادی حقوق» از سوی دیگر، مکتب «تحلیل اقتصادی حقوق» را به گفتمان پست‌مدرنیته حقوقی نزدیک کرده، در تقابل با مدرنیته حقوقی قرار می‌دهد؛ زیرا در پارادایم پست‌مدرنیته نیز ذات‌گرایی نفی می‌شود و همین نفی، زمینه کثرت‌گرایی در مبنا را فراهم می‌کند. مدرنیته حقوقی مبتنی بر عقلانیت فطری دو ویژگی متافیزیکی بودن و وحدت‌گرایی در مبنا اعتبار قواعد حقوقی را با هم دارد.

با وجود این، اگر بتوان از «باید خودجوش اجتماعی» در «تحلیل اقتصادی حقوق» سخن گفت، در این صورت، می‌توان ادعا کرد که «تحلیل اقتصادی حقوق» با مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش سازگاری دارد و حتی می‌توان آن را به‌عنوان پارادایم جایگزین دولت رفاهی تلقی کرد (Frydman, 1998, p.46). از این منظر، «تحلیل اقتصادی حقوق» به رفع بحرانی که دولت رفاه با نوعی واقع‌گرایی دولتی و ایجاد قواعد دولتی برای حقوق مدرن ایجاد کرده بود (Habermas, 2003, p.23& 25& 150)، کمک کرده، زمینه احیای حقوق مدرن را فراهم ساخته است. علاوه بر این به سمت کثرت‌گرایی پست‌مدرنیته حقوقی نیز حرکت نکرده است، زیرا همان «باید خودجوش اجتماعی» مانع است. درنهایت، «تحلیل اقتصادی حقوق» چندان با فرمالیسم مبتنی بر همان «باید خودجوش اجتماعی» نیز مخالفتی نخواهد داشت؛ چراکه می‌توان ادعا کرد که ارزش اطلاعات در نظام اقتصادی و برای عامل اقتصادی ایجاب می‌کند تا حداقلی از فرمالیسم باقی بماند؛ این فرمالیسم حداقلی مانع عبور از تفسیر- کشف معنا به تفسیر- اراده معنا می‌شود و همان‌طور که گفته شد، روشن است که نوع اول تفسیر، تأمین اطلاعات در نظام اقتصادی را بهتر تضمین می‌کند؛ چراکه قاعده حقوقی که همان قاعده رفتار اقتصادی است، بیشتر قابل پیش‌بینی خواهد بود.

اما بنیان «تحلیل اقتصادی حقوق» بر «باید خودجوش اجتماعی» به معنای تعامل متافیزیک و واقعیت است؛ تعاملی که برای تحقق به مقدماتی نیاز دارد که در ادامه مطالعه خواهد شد:

۱. رد دستورگرایی دولتی (Constructivisme) در «تحلیل اقتصادی حقوق»؛

گام اول در ایجاد تعامل متافیزیک و واقعیت

«باید خودجوش اجتماعی» اگرچه واقع‌گرا است، اما با واقع‌گرایی دولتی میانه‌ای ندارد. بنابراین، اولین قدم برای ایجاد تعامل میان متافیزیک و واقعیت، رد دستورگرایی دولتی در پارادایم «تحلیل اقتصادی حقوق» است. سنت اتریشی «تحلیل اقتصادی حقوق»، قواعد حقوق را اساساً دستوری ندانسته، طبیعی یعنی مبتنی بر نظم خودجوش و قدیمی‌تر از حقوق موضوعه تلقی می‌کند و نقش عقلانیت دولتی را به تضمین حقوق و آزادی‌های فردی خودجوش و نه البته فطری فرو می‌کاهد (Hayek, 1985/1, p.28-29&56). این مکتب با دفاع از اساسی‌سازی حقوق به سمت تقابل با دولت می‌رود و از خلط حقوق و دولت جلوگیری می‌کند (Hayek, 1985, 1, p.162)؛ تا آنجا که برخی به دنبال ریشه‌های سوپرژکتیویسم در سنت اتریشی‌اند (Deffains, 2010, p.10). این سخن که اساسی‌سازی حقوق از منظر تحلیل اقتصادی فاکتور مهم کنترل دولت برای مراقبت از نظام بازار است (Deffains, 2010, p.40)، در چارچوب مکتب اتریشی «تحلیل اقتصادی حقوق» به خوبی قابل درک است.

مکتب شیکاگو نیز از منظر گستره دخالت دولت، به لیبرالیسم نزدیک می‌شود؛ چراکه به شدت از فایده‌گرایی متأثر بوده و البته بیشتر از فایده‌گرایی استوارت میل تأثیر پذیرفته است تا فایده‌گرایی جرمی بنتام (Kaplow and Shavell, 2000, p.15-16).

رویکرد لیبرالیستی «تحلیل اقتصادی حقوق» از اهمیت زیادی برخوردار است؛ تا آنجا که برخی آن را از دلایل ایدئولوژیک و مهم عدم اقبال حقوق فرانسه به «تحلیل اقتصادی حقوق» دانسته‌اند. از نظر هوراتیا موئیر-وات، استاد فرانسوی، رویکرد پیش‌گفته لیبرال «تحلیل اقتصادی حقوق» در تضاد با برداشتی توزیعی از عدالت قرار دارد که در فلسفه حقوق فرانسه نهادینه شده است. در فلسفه حقوق فرانسه بیش از آنکه فایده‌گرایی بنتام و هایدک تأثیرگذار باشد، برداشت ارسطویی از عدالت تأثیر داشته است (Muir-Watt, 2000, p.39). دلیل اشاره این استاد فرانسوی به عدالت ارسطویی را باید در این نکته جستجو کرد که این عدالت بر مبنای تعامل «متافیزیک» و «واقعیت» بنیان گذارده شده است و «واقعیت» می‌تواند در پیچه ورود قاعده دولتی باشد (ر.ک. شهابی، ۱۳۹۵، ص ۵۷۴-۵۷۳). با این حال، پذیرش استنباط هوراتیا در مورد حقوق فرانسه، به معنای نادیده انگاشتن تحول معاصر حقوق فرانسه هم هست؛

تحوالی که می‌توان آن را به گذار از عدالت به انصاف تعبیر کرد (Cf. Borgetto et Lafore, 2000, p.252&254-255)؛ همان تحوالی که بحران مبنایی یا فلسفی دولت رفاه فرانسوی را موجب شده است (Rosanvallon, 1992, p.41) و برداشت‌هایی از عدالت را ترجیح می‌دهد. در هر حال، نباید فراموش کرد که مکتب اقتصاد رفتاری با در نظر گرفتن این نکته که عاملان اقتصادی همیشه عقلی عمل نمی‌کنند و ممکن است اشتباه هم بکنند، مسیر ورود ماهوی و مؤثر عقلانیت دولتی و به‌طور خاص حقوق دولتی را می‌گشاید (Deffains, 2010, p.14). بنابراین، باز هم باید تحلیل مؤثر-وات را با این نکته اصلاح کرد که هر نوع «تحلیل اقتصادی حقوق» با برداشت این استاد فرانسوی از فلسفه حقوق فرانسه در تضاد نیست.

تلفی بنوا فریدمن، استاد بلژیکی، از «تحلیل اقتصادی حقوق»، متفاوت با مکتب اتریشی نیست. البته وی تصریح می‌کند که «تحلیل اقتصادی حقوق» در برخی از اصول بنیادین به مکتب جامعه‌شناسی حقوق و پارادایم حقوق اجتماعی نزدیک است (Frydman, 1998, p.47)؛ از جمله اصول مکتب پیش‌گفته این است که قاعده حقوقی دارای استقلال ذاتی و ماهیتی نبوده، بیش از آنکه خود قاعده مورد توجه باشد، بستر اقتصادی و اجتماعی که قاعده در آن شکل می‌گیرد و اجرا می‌شود، از اهمیت برخوردار است (Duguit, 1999, p.XIV).

نکته این است که فریدمن از منظر نتیجه معتقد است که «تحلیل اقتصادی حقوق» مسیر متفاوتی را از مکتب «جامعه‌شناسی حقوقی» و پارادایم «حقوق اجتماعی» طی می‌کند (Frydman, 1998, p.47-48)؛ توضیح اینکه تحلیل اقتصادی حقوق فریدمن، هر نوع حاکمیت جامعه و به‌ویژه حاکمیت دولتی-جامعه‌نماد یافته در دولت مظهر قدرت عمومی-و تحقق تحول اجتماعی از طریق دولت را بر نمی‌تابد و به همین دلیل می‌توان گفت که به نئولیبرالیسم نزدیک می‌شود و بر مکانیسم‌ها و ابزارهای تئوری اقتصادی نئوکلاسیک یا تئوری اقتصادی استاندارد تأکید دارد. به این ترتیب، نظام مبتنی بر رقابت کامل اقتصادی و مکانیسم‌های بازار مورد توجه قرار گرفته، نظارت اقتصادی از طریق مکانیسم قیمت دنبال می‌شود و تأکید دارد که همین نظارت، سرانجام به تعادل منافع عمومی می‌انجامد.

از نظر نگارنده، تأکید فریدمن بر تفاوت پیش‌گفته، در چارچوب برداشتی که هایدک از «تحلیل اقتصادی حقوق» ارائه می‌دهد، چندان بی‌وجه نیست، زیرا واقع‌گرایی مکتب «جامعه‌شناسی حقوق» نیز به جای نقد متافیزیک، به نفی آموزه آزادی فردی که زیربنای رقابت آزاد است، می‌انجامد. البته این نکته را نباید از نظر دور داشت که مکتب «جامعه‌شناسی حقوق» با پارادایم «حقوق اجتماعی» یکسان نیست. بی‌تردید مکتب «جامعه‌شناسی حقوق»، نقش قابل توجهی در «اجتماعی شدن حقوق» و شکل‌گیری پارادایم «حقوق اجتماعی» ایفا کرده است (ر.ک. شهبایی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹)، اما این اجتماعی شدن را برخلاف «حقوق

اجتماعی»، از طریق نه تقدم ماهوی و کارکردی دولت بر ساختار اجتماعی، بلکه از طریق توسعه نقش نهادهای مدنی و همبستگی اجتماعی دنبال می‌کند و به همین دلیل می‌تواند به شکل‌گیری پارادایمی با عنوان پارادایم «همبستگی اجتماعی» بینجامد (Duguit, 1911, p.7-). پارادایمی که خود فریدمن نیز آن را متفاوت با «حقوق اجتماعی» تلقی می‌کند (Frydman, 1998, p.48)؛ گویا پذیرفته است که شاخصه یا اصل بنیادین پارادایم «حقوق اجتماعی»، تقدم دولت بر فرد است. در هر حال، در تحلیل اقتصادی حقوق فریدمن، تقدم جامعه بر فرد، در هر قالبی - چه دولت و چه نهادهای مدنی - رد می‌شود.

علاوه بر دیدگاه پیش‌گفته، فریدمن از نظر نقشی که سرانجام، قاعده حقوقی در ساختار اجتماعی - اقتصادی ایفا می‌کند نیز مسیر رویکرد جامعه‌شناسی به حقوق و «تحلیل اقتصادی حقوق» را جدا می‌داند. از نظر فریدمن، مکتب «تحلیل اقتصادی حقوق»، قاعده حقوقی دولتی را به‌عنوان ابزار اداره امر اجتماعی و اقتصادی، غیرمفید ارزیابی می‌کند؛ گویا بازار رقابت کامل به چنین قاعده‌ای نیاز ندارد (Frydman, 1998, p.48). قاعده حقوقی دولتی بناست با اتخاذ سیاست حقوقی دولتی، وضعیت را از وضعیت موجود به وضعیت مطلوب برساند؛ اما بنابر عقیده فریدمن، در فضای رقابت کامل فاصله‌ای میان «آنچه هست» و «آنچه باید باشد» وجود ندارد (Frydman, 1998, p.48)؛ انگار که حقوق و واقعیت منطبق با یکدیگرند. باین حال، «واقعیت» فریدمن چیزی جز «طبیعت اشیا» نیست؛ همانی که حقوق نیز ریشه در آن داشته، بستر تعامل متافیزیک و واقعیت اجتماعی است. ماهیت بازار همان طبیعت اشیا است و قواعد آن یعنی آزادی قراردادی و مالکیت خصوصی نیز همان قواعد طبیعی زندگی اجتماعی هستند. پس تفاوت مهمی میان «واقعیت» جامعه‌شناسی حقوق و «واقعیت» تحلیل اقتصادی حقوق فریدمن وجود دارد؛ اولی، ماهیتی متغیر دارد و دومی که جز طبیعت اشیا نیست، بستر تعامل متافیزیک و واقعیت است؛ در اولی، آزادی فردی به محاق همبستگی اجتماعی فرستاده می‌شود و در دومی، ماهیتی خودجوش می‌یابد.

اما نکته این است که نگارنده از منظر کارکرد اصلاحی و برخلاف فریدمن، تفاوتی میان «جامعه‌شناسی حقوق» و «تحلیل اقتصادی حقوق» نمی‌بیند و بنابراین، هم‌عقیده با فریدمن نیست. به نظر می‌رسد قائل نبودن به کارکرد اصلاحی برای قاعده حقوقی، ویژگی مکتب «جامعه‌شناسی حقوقی» نیز است؛ اگرچه شاخص پارادایم «حقوق اجتماعی» نیست. در تحلیل جامعه‌شناختی از حقوق و از آنجا که قاعده حقوقی، استقلال ذاتی و ماهیتی در رویارویی با هست‌ها ندارد، نمی‌تواند کارکرد اصلاحی در خصوص ساختار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی داشته باشد و از «آنچه هست» به «آنچه باید» برسد؛ وانگهی، به «باید خودجوش اجتماعی» نیز اعتقادی نیست. اما در پارادایم «حقوق اجتماعی»، آن‌گونه که در آغاز روند «اجتماعی شدن

حقوق» ملاحظه می‌کنیم (شهبازی، ۱۳۹۰، ص ۲۶۰). قاعده حقوقی دولتی ابزار تحول اجتماعی است؛ چراکه استقلال ذاتی و ماهیتی در رویارویی با هست‌ها داشته، عهده‌دار اصلاح ساختار اجتماعی است.

واقعیت آن است که تحلیل اقتصادی حقوق فریدمن از منظر مبانی و اصول بنیادین به مکتب تاریخی بسیار نزدیک است و نئولیبرالیسم حقوقی و اقتصادی، همان‌طور که در اندیشه فردریک فون هایک ملاحظه می‌کنیم، بر آموزه‌های مکتب تاریخی مبتنی است. مهم‌ترین آموزه مکتب تاریخی این است که قاعده حقوقی محصول فرایند زمان‌بر تاریخی-اجتماعی است و به سخن دیگر به صورت خودجوش شکل گرفته، ماهیتی اجتماعی دارد و در بطن ساختار اجتماعی به وجود می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۰). اصول رقابت آزاد، یعنی اصل مالکیت خصوصی، اصل آزادی قراردادی و به‌طور کلی اصل آزادی رقابت، ماهیتی خودجوش دارد و البته به همین دلیل نیز قلمرو دخالت دولت در خصوص آن‌ها محدود می‌شود. اگر این اصول ماهیتی متافیزیکی داشته، مبتنی بر عقلانیت فطری باشد، نمی‌تواند با واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» همخوانی داشته باشد.

در هر حال، این نکته مسلم است که عقلانیت دولتی نسبت ماهوی با این اصول و ارزش‌ها پیدا نمی‌کند (Gjerdingen, 1986, p.925). با این‌همه، مکتب «تحلیل اقتصادی حقوق» نمی‌تواند کارکرد شکلی عقلانیت دولتی را در تضمین این اصول و بنیادها، و به لسان فریدمن در منطبق نگاه داشتن «هست» و «باید» نادیده انگارد؛ همان‌طور که عقلانیت فطری نمی‌توانست به آن کارکرد بی‌توجه باشد. به سخن دیگر، محیط رقابت آزاد و کامل از قواعد حقوقی دولتی بی‌نیاز نیست؛ بنابراین، همان‌طور که فریدمن به آن تصریح دارد، نقش این دسته از قواعد را در تحول اقتصادی نمی‌توان نادیده انگاشت (Frydman, 1998, p.49). اگر دولت با ادعای اصلاح ساختار اقتصادی-اجتماعی در جریان طبیعی و خودجوش رقابت اقتصادی و مبادلات اقتصادی دخالت کند، آنگاه باید از فرمالیسم ماهوی سخن گفت و از آن واهمه داشت؛ فرمالیسمی که به واقعیت‌های خودجوش نظام اقتصادی ضربه زده، مانع پیشرفت طبیعی جامعه می‌شود و پیشرفتی ساختگی و تصنعی را بر ساختار اجتماعی تحمیل می‌کند.

به این ترتیب، «تحلیل اقتصادی حقوق» به برداشتی حداقلی از کارکرد دولت رسیده، تفسیری لیبرال از قرارداد اجتماعی ارائه می‌دهد. تفسیر قاعده حقوقی از سوی قاضی دولتی نیز به کشف معنای قاعده محدود می‌شود و فراتر از آن نمی‌رود تا قابلیت پیش‌بینی نظام حقوقی - اقتصادی تضمین گردد. البته همان تفسیر لیبرال از قرارداد اجتماعی ایجاب می‌کند که قاضی دولتی صرفاً یک انتخاب تلقی شود؛ حتی می‌توان ادعا کرد که در چارچوب این پارادایم، مراجعه به قاضی دولتی نمی‌تواند اقدامی عقلایی تلقی گردد؛ زیرا هزینه‌های دادرسی و اقامه

دعوی از نظر اقتصادی چندان به صرفه نیست. با اتخاذ این رویکرد و از نظر فریدمن، ویژگی‌های پارادایم اقتصادی در موضوع حل و فصل دعاوی عبارت است از تقدم راه حل مذاکره بر راه حل قضایی و حاشیه‌ای، فرعی و محدود تلقی کردن راه حل قضایی (Frydman, 1998, p.56). با توجه به آنچه گفته شد، مکتب تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر طبیعت اشیا، با پارادایم حقوق مدرن مبتنی بر نظم خودجوش یا مبتنی بر تقدم ماهوی حقوق خصوصی سازگاری کاملی پیدا می‌کند. همان‌طور که پیش‌تر مطالعه شد، مکتب «تحلیل اقتصادی حقوق» به دلیل طبیعت و روش واقع‌گرایانه آن نمی‌تواند از نظر ماهیت به حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت فطری نزدیک باشد؛ اگرچه از منظر نتیجه که همان بازار رقابت آزاد است، با آن منطبق است. بنابراین، اگر از ارتباط «تحلیل اقتصادی حقوق» و حقوق مدرن سخن می‌گوییم، منظور چارچوب دوم مدرنیته حقوقی است که در تقابل با پارادایم همبستگی اجتماعی یا تعاون اجتماعی و پارادایم دولتی مطرح شده، آن را باید احیای دوباره مدرنیته حقوقی تلقی کرد.

۲. پذیرش مفهوم «حقوق طبیعی اقتصادی»؛ گام دوم در تعامل متافیزیک و

واقعیت

اما جدای از ملاک مداخله دولت، از لحاظ ماهوی این پرسش قابل طرح است که آیا واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» اساساً تضاد آن را با عنصر ارزش به‌دنبال خواهد داشت؟ ارزش در ساختار حقوقی مدرن با عنوان «حق» مطرح می‌شود؛ بنابراین، می‌توان پرسش را این‌گونه مطرح کرد که آیا «تحلیل اقتصادی حقوق»، مفهوم «حق» را نادیده می‌گیرد؟ یا اینکه این‌گونه نیست و صرفاً با حق متافیزیکی یا مبتنی بر فردگرایی افراطی میانه‌ای ندارد و به این ترتیب، حق با مبنای اجتماعی را می‌پذیرد؟ اگر «تحلیل اقتصادی حقوق» حق با مبنای اجتماعی (شهبابی، ۱۳۸۹، ص ۵۲-۵۳؛ Gjerdingen, 1986, p.888&925) را بپذیرد، در این صورت باید قائل بود که این مکتب، دومین قدم برای تعامل میان متافیزیک و واقعیت را به خوبی برداشته است. این تعامل را اگرچه در مدرنیته مبتنی بر عقلانیت فطری نمی‌توان سراغ گرفت، اما در مدرنیته مبتنی بر نظم خودجوش یا مدرنیته مبتنی بر طبیعت اشیا می‌توان یافت؛ مدرنیته‌ای که آزادی فردی، مالکیت خصوصی و آزادی قراردادی را پذیرفته است، اما آن را متافیزیکی نمی‌بیند و ماهیتی اجتماعی و خودجوش برای آن قائل است؛ البته بر آن، عنوان حق نمی‌نهد تا گمان نرود که ماهیتی متافیزیکی برای آن قائل است.

فریدمن از «حقوق طبیعی اقتصادی» به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های پارادایم تحلیل اقتصادی سخن به‌میان می‌آورد. وی توضیح می‌دهد که منظور از «حقوق طبیعی اقتصادی»،

مکانیسم‌هایی است که می‌توان آن‌ها را قواعد بنیادین حقوق دانست و البته منشأ آن‌ها نیز چیزی جز طبیعت اشیا نیست (Frydman et Haarscher, 2002, p.46-47). تعبیر دیگر طبیعت اشیا، ضرورت‌های اقتصادی بازار است که به عنوان وضعیت طبیعی و ایدئال نظام اجتماعی مطرح می‌شود.

از نظر نگارنده، این اصطلاح نماد تعامل ارزش و واقعیت است و با وجود آن، واقع‌گرایی «تحلیل اقتصادی حقوق» بی‌انتهای نخواهد بود و با تقدم واقعیت بر ارزش مواجه نخواهیم بود. البته نمی‌توان تناقض موجود در این اصطلاح را نیز نادیده انگاشت؛ اقتصاد، ماهیتی تجربی و واقع‌گرایانه دارد و حق طبیعی، ماهیتی متافیزیکی. باین‌حال، این تناقض با رویکرد عقلانیت فطری، پررنگ جلوه می‌کند. می‌توان به جای اصطلاح «حق»، اصطلاح «ارزش» را گذاشت. به علاوه، حق در صورتی ماهیتی متافیزیکی دارد که مبنای آن فردگرایی افراطی و ذات فردگرایانه باشد (شهابی، ۱۳۸۹، ص ۵۲)، اما اگر مبنای حق را جنبه اجتماعی زندگی فردی بدانیم و ریشه آن را نه فرد، بلکه شهروند دانسته، مفهوم شهروند و فرد را یکی تلقی نکنیم، آنگاه حق، مفهومی صرفاً متافیزیکی نخواهد بود. واقعیت هم آن است که حق فردی زاده وصف اجتماعی بودن انسان است. دابن، استاد بلژیکی، پا را فراتر نهاده، مبنای مفهوم حق را در طبیعت اشیا به معنای تاریخی و اجتماعی آن باز می‌جوید؛ حق‌های فردی در واقع ارزش‌هایی هستند که در روندی خودجوش و زمان‌بر تاریخی، نیک‌ارزیابی شده‌اند (Dabin, 2007, p.46-47). با این نگاه، اصطلاح «حق طبیعی اقتصادی» متناقض نخواهد بود. وصف طبیعی نه به فطری بودن، بلکه به ویژگی خودجوش بودن ماهیت حق بر می‌گردد.

نتیجه

«تحلیل اقتصادی حقوق» از منظر روش، واقع‌گرا است. در نگاه اول، به‌نظر می‌رسد از لحاظ موضوع نیز واقع‌گرای محض بوده، از عنصر ارزش خالی است و از همین زاویه، با فرمالیسم حقوقی ماهوی و شکلی مخالفت می‌کند. اگر این‌گونه باشد، «تحلیل اقتصادی حقوق» نسبتی با گفتمان حقوق مدرن پیدا نمی‌کند و آن را باید از مبانی فلسفی و نیز متودولوژیک بحران مدرنیته حقوقی تلقی کرد؛ چراکه حقوق مدرن مبتنی بر عقلانیت فطری، ذات‌گرا بوده، بر متافیزیک مبتنی است و حقوق مدرن مبتنی بر نظم خودجوش نیز بر «باید اجتماعی خودجوش» استوار است. به این ترتیب، «تحلیل اقتصادی حقوق» با نفی ذات‌گرایی در مسیر گفتمان حقوق پست‌مدرن قرار می‌گیرد. نفی ذات‌گرایی زمینه‌ساز کثرت‌گرایی است و تقدم «تفسیر—اراده معنا» در تحلیل اقتصادی حقوق پوزنری، گواه آن است و می‌دانیم که کثرت‌گرایی در اعتبار قاعده حقوقی، از ویژگی‌های پست‌مدرنیته حقوقی است.

با این حال و از منظر نگارنده، «تحلیل اقتصادی حقوق» می‌تواند با حقوق مدرن مبتنی بر نظم خودجوش سازگار باشد. موضوع «تحلیل اقتصادی حقوق» می‌تواند نماد تعامل متافیزیک و واقعیت باشد؛ به این ترتیب، هم نوعی ارزش‌گرایی و هم حداقلی از فرمالیسم شکلی پذیرفتنی خواهد بود؛ رد دست‌ورگرایی در حقوق و عبور از «باید متافیزیکی» به «باید خودجوش اجتماعی»، مقدمه آن است. تعامل پیش‌گفته با نقش و سازوکار اطلاعات در نظام اقتصادی منطبق‌تر است. بر همین اساس، تفسیر قاعده حقوقی به کشف معنا تنزل می‌یابد تا قاعده حقوقی که همان قاعده رفتار اقتصادی است، بهتر قابل پیش‌بینی باشد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۹)، «جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۸۲، ج ۶، ش ۲، ص ۱۲۶-۱۰۱.
۲. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۲)، «تحلیل «تحلیل اقتصادی حقوق»»، مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۴، ش ۲، ص ۱۷-۱.
۳. بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۲۳، ص ۶۰-۱۳.
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، ص ۱۳۶-۹۱.
۵. شهابی، مهدی (۱۳۸۹)، «توجیه و انکار مفهوم حق، تأملی بر تضاد یا تعامل واقعیت و ارزش در نظام حقوقی»، نامه مفید، حقوق تطبیقی، ش ۲، ص ۶۰-۴۳.
۶. شهابی، مهدی (۱۳۹۰)، «تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی»، مجله مطالعات حقوقی؛ دوره سوم، ش ۱، ص ۱۵۶-۱۲۳.
۷. شهابی، مهدی (۱۳۹۰)، «فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، ش ۱، ص ۲۷۷-۲۵۹.
۸. شهابی، مهدی (۱۳۹۲)، «از حقوق مدرن تا حقوق پست‌مدرن، تأملی در مبانی تحول نظام حقوقی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۱، ص ۶۸۶-۶۳۷.
۹. شهابی، مهدی (۱۳۹۴)، «قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی دوره ۶،

ش ۲، ص ۶۲۶-۶۰۴.

۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ج ۱، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، مبانی فلسفی تفسیر قانون، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. مبلغی، احمد (۱۳۸۲)، «پارادایم‌های فقهی»، مجله کاوشی نو در فقه، ش ۳۷ و ۳۸، ص ۳-۲۴.

ب) خارجی

13. Binet, Lise, (1990); «La thématique des transformations du droit et le paradigme du droit-phénomène social»; In. Les Cahiers de Droit, vol. 31, n° 3, pp. 917-931
14. Bentham, Jeremy (1980); «Vue générale d'un corps complet de législation», In. Œuvres; T. I., 1^e édition, Bruxelles : Société Belge de Librairie
15. Borgetto, Michel et Lafore, Robert (2000), La république sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France, 1^e édition, Paris : PUF
16. Cardozo, Benjamin N (1921); The Nature of the Judicial Process, 1^e édition, New Haven: Yale University Press
17. Chevallier, Jacques (1998), «Vers un droit postmoderne», In. Les transformations de la régulation juridique; Droit et Société, Recherches et Travaux, n° 5, p. 21-46
18. Cohen, George M. (1985), «Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench», In. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 133, pp. 1117-1166
19. Coleman, Jules L. (1980), «Efficiency, Utility, and Wealth Maximization», In. Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 509-551
20. Comte, Auguste (1929); Système de politique positive; T. I, 5^e édition, Paris : Édition Société positiviste
21. Cotterrell, Roger (1992), The Sociology of Law, second edition, London: Butterworths,
22. Dabin, Jean (2007), Le droit subjectif, Réimpression de l'édition 1952, Paris : Dalloz.
23. Deffains, Bruno (2010), Analyse économique du droit et théorie du droit : Perspectives méthodologique, Rapport final de la recherche financée par le GIP, mission droit et justice; Convention de recherche n° 27.10.10.12
24. Duguit, Léon (1911), Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, 2^e édition, Paris : Édition Félix Alcan
25. Duguit, Léon (1927), Traité de droit constitutionnel; T. I., La règle de droit et le problème de l'Etat, 3^e édition en cinq volumes, Paris : Ancienne librairie Fontemoing
26. Duguit, Léon (1999), Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, Réimpression de l'édition de Librairie Félix Alcan (1920), Paris :

- Édition de la Mémoire Du Duguit.
27. Durkheim, Emile (1987); La science sociale et l'action; 2^e édition, Paris : Puf,
 28. Fasso, Guido (1976); Histoire de la philosophie du droit, XIXe et XXe siècle; traduit de l'italien par Catherine Rouffet, 1^e édition, Paris: L.G.D.J.
 29. Foucault, Michel (2001), « Qu'est-ce qu'un auteur? », Dits et Écrits 1954-1988, Paris : Éditions Gallimard
 30. Frydman, Benoit (1998); Les transformations du droit moderne; Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin dans le cadre de la réflexion prospective « Citoyen, Droit, Société »; Centre de diffusion de la Fondation Roi Baudouin
 31. Frydman, Benoit et Guy Haarscher (2002); Philosophie du droit; 2^e édition, Paris : Dalloz
 32. Génay, François (1919), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T. I., 2^e édition, Paris, L.G.D.J
 33. Gjerdingen, Donald H. (1986), «The Politics of the Coase Theorem and Its Relationship to Modern Legal Thought», In. Buffalo law review, Vol 35, pp. 871-935
 34. Glaudet, Philippe (2004), « Le code Napoléon, fondateur de la Nation française », In. Répertoire du notariat Defrénois; n° 9, p. 621-632
 35. Gurvitch, Georges (1972), L'idée du droit social, Réimpression de l'édition 1932 chez Recueil Sirey, Paris : Édition Scientia Verlag
 36. Habermas, Jürgen (2003), L'espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise, Traduit en français par Marc B. de Launay, 6^e édition, Paris : Éditions Payot
 37. Hayek, Friedrich von (1985); Droit, législation et liberté; Traduit en français par Raoul Audouin, T. I. règles et ordre, 2^e édition, Paris : Puf
 38. Holmes, Oliver W (1909); The Common Law; New York: Little Brown
 39. Jacques, Ghustin (1993), Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e édition, Paris : L.G.D.J
 40. Jestaz, Philippe (2000), «Jurisprudence et Economie», In. Deffains, Bruno (sous la direction), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Avec préface de Guy Canivet, 1^e édition, Paris : Editions CUJAS, pp. 73-85
 41. Kelsen, Hans (1999), Théorie pure du droit, Traduit par Charles Eisenmann, 1^e édition, Paris : Bruylant et L.G.D.J.
 42. Leff, Arthur A. (1974), «Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism», In. Virginia Law Review, Vol. 60, pp. 451-482
 43. Lenoble, Jacques (1994), «Crise du juge et transformation nécessaire du droit» ; In. La crise du juge (J. Lenoble éd.), Bruxelles/ Paris, story-scientia/ L.G.D.J., pp. 139-156
 44. Linell E. Cady (1986); «Hermeneutic and Tradition, The role of the paste in

- Jurisprudence and theology», In. The Harvard theological review; Vol. 79, n° 4, pp. 439-463
45. Louis Kaplow and Steven Shavelle (2000), Principles of Fairness Versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy, Harvard Law School, Law-Econ Discussion Paper No. 277: Cf. http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract_id=224946; 20/03/2017
46. Mackaay, Ejan, (2000) «L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes», In. Deffains, Bruno (sous la direction), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Avec préface de Guy Canivet, 1^e édition, Paris : Editions CUJAS, pp. 11-35
47. Mathis, Klaus (2011), «Consequentialism in Law», In. Law and Philosophy Library, Vol. 98, pp. 3-29
48. Muir-Watt, Horatia, (2000), «Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil», In. Deffains, Bruno (sous la direction), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Avec préface de Guy Canivet, 1^e édition, Paris : Editions CUJAS, pp. 37-45
49. Murphy, Jeffery G., and Coleman, Jules L. (1990), Philosophy of Law, An introduction to Jurisprudence, Boulder: Westview Press; Rev edition (December 4, 1989)
50. Oppetit, Bruno, (1998); Droit et Modernité; 1^e édition, Paris : Puf
51. Pasukanis (E-B.) (1990), La théorie générale du droit et le marxisme, Traduit en français par J-M. Brohm, 2^e édition, Paris : EDI
52. Portalis, Jean-Etienne-Marie (2007); De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle; préface de Joel-Benoît d'Onorio, T. I., reprint de la 3^e édition chez Moutardier en 1834, Paris : Dalloz
53. Posner Richard A.(1975), «The Economic Approach to Law», In. Texas Law Review, Vol. 53, pp. 757-782
54. Posner, Richard A (2004), The Law and Economics of Contract interpretation, U Chicago Law and Economics, Olin Working. Paper n° 229, pp. 1-51
55. Posner, Richard A. (1980), «The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm», In. Common Law Adjudication, Hofstra Law Review, Vol. 8, pp. 487-507
56. Posner, Richard A. (1987), «Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution», In. Case Western Reserve Law Review, Volume 37, n° 2, pp. 179-217
57. Posner, Richard A. (1987), «The decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987», In. Harvard Law Review, Vol 100, 761-780
58. Posner, Richard A. (1995), Overcoming Law, 1^e edition, Cambridge: M A,

-
- Harvard University Press, p. 403
59. Posner, Richard, A. (1979), «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», In. The Journal of Legal Studies, Vol 8, n° 1, pp. 103-140
60. Rosanvallon, Pierre (1992), La crise de l'Etat-providence, 3^e édition, Paris : Edition du Seuil
61. Rosenfeld, Michel, (1998), Just Interpretation, Law Between Ethics and Politics, Berkeley: University of California Press
62. Taylor, George H. (1998), «Critical Hermeneutics: The Intertwining of Explanation and Understanding as Exemplified in Legal Analysis», In. Chicago-Kent Law Review, Vol. 76, pp. 1101-1123
63. Troper, Michel (2000), «Une théorie réaliste de l'interprétation», In. Théories réalistes du droit, edition Olivier Jouanjan, Annales de la faculté de droit, vol. 4, pp. 43-62, Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg
64. Tumonis, Vitalius (2012), «Legal realism and Judicial Decision-Making», In. Jurisprudence, 19 (4), pp. 1361-1382
65. Weber, Max (2007); Sociologie du droit; Introduction et traduction par Jacques Grosclaude, 2^e édition, Paris : Puf