

مقایسه اثر مکاتب تفسیری اقتصادی و فرمالیستی بر حقوق

عصمت گلشانی¹

دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی

دانشگاه شهید بهشتی تهران

سید مهدی حسینی مدرس²

دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی

دانشگاه شهید بهشتی تهران

تاریخ پذیرش 1394/10/12

تاریخ دریافت 1393/12/14

چکیده

علی‌رغم زمان و دقتی که قانون‌گذاران به هنگام تصویب قوانین به خرج می‌دهند؛ مسائلی از قبیل عدم امکان پیش‌بینی همه احتمالات، تغییرات و دگرگونی‌های جوامع پس از تصویب قانون، اقتضانات و احتمالات ناشی از به‌کارگیری الفاظ و مسائل زیان‌شناسی، احیاناً اشتباهات شخصی قانون‌گذاران و صدها علت دیگر باعث می‌شوند که امکان برداشت‌های متفاوت از متن قانون میسر گردد. در این جاست که تفسیر و اصول حاکم بر آن اهمیت می‌یابند و دیدگاه‌های فلسفی پشتیبان هر یک از مکاتب و روش‌های تفسیری با هم به مباحثه و مجادله می‌نشینند؛ در میان این دیدگاه‌های فلسفی، تقابل رویکرد تفسیر اقتصادی و رویکرد شکل‌گرایی در تفسیر چشم‌گیر است. روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش، کتابخانه‌ای است و تجزیه و تحلیل مباحث به دو روش توصیفی و تحلیلی انجام خواهد شد. در این مقاله، نخست تصویر روشنی از آنچه در ذهن مبدعان و طرفداران دو رویکرد مذکور است، ارائه گردیده، سپس به تحلیل این دو رویکرد فلسفی در تفسیر قوانین پرداخته شده است و ناهم‌نشینی‌ها و تقابل‌های میان آن دو روشن گردیده است. به‌عنوان نتیجه باید گفت، تحلیل اقتصادی حقوق و فرمالیسم حقوقی در دو حیطه نظری و عملی با هم در کشاکش و نزاع هستند؛ به لحاظ نظری این دو در مبانی فکری، بحث بر سر ادعای کمال قانون و حصول نتیجه قطعی و یکسان از متن قانون با هم متفاوت‌اند. به لحاظ عملی نیز از روش‌های کاملاً متفاوتی برای تفسیر بهره می‌جویند.

1- نویسنده مسئول Esmat.Golshani@gmail.com

2- Mahdi.Modarres@gmail.com

کلیدواژه‌ها: تفسیر قانون، تحلیل اقتصادی حقوق، فرمالیسم حقوقی، اصول و روش‌های تفسیری، دیدگاه‌های فلسفی.

طبقه‌بندی K12:JEL

1. مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق در ارتباط با قوانین در دو مرحله قابل طرح است: مرحله نخست مرحله وضع قانون است مانند فرضی که قوانین چه با رویکرد اقتصادی و چه بدون توجه به آن تدوین و تصویب می‌شوند و آنگاه مورد ارزیابی تحلیل اقتصادی حقوق قرار می‌گیرند. دخالت رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق در مرحله وضع قانون را می‌توان با ذکر مثالی توضیح داد:

به‌عنوان مثال سنچس و تحلیل اقتصادی وضع ماده 416 قانون مدنی، نامناسب بودن «خیار غبن» مندرج در این ماده¹ را آشکار می‌سازد؛ فرضی را تصور کنید که خریداری پس از مدت زمان طولانی پس از انعقاد عقد متوجه ضرر وارد آمده به خود می‌شود درحالی که بازار در حالت تورم و کاهش روزانه و شدید ارزش قیمت پول قرار دارد. در چنین وضعیتی فسخ معامله بر اساس ماده فوق‌الذکر و دسترسی مجدد به ثمن از سوی خریدار، هیچ سودی برای وی نخواهد داشت.

خیار غبن در معاملات تنها یکی از نمونه‌های بی‌تدبیری اقتصادی قانون‌گذار است؛ قانون‌گذاری که برای برقراری «عدالت» چنین ماده‌ای را مقرر کرده است غافل از این که عدالت مقصود او جز با تحلیل اقتصادی وضعیت طرفین حاصل نخواهد شد. در واقع بر اساس مکتب تحلیل اقتصادی حقوق که نظریه‌ای پیامدگراست، عادلانه بودن یک عمل با مراجعه به پیامدهای آن مشخص می‌شود؛ عملی که پیامد خوب داشته باشد عادلانه است و عملی که نتیجه بد داشته باشد ناعادلانه است (Yntema, 1933, p. 21) (Bentham & Dumont, 1864, pp. 88-97)؛ به عبارت دیگر، عملی عادلانه محسوب می‌شود که «بهره‌وری اقتصادی» داشته و درآمد و ثروت ملی را افزایش دهد.

1. هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

لذا در همین مثال غبن، اعمال رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق به هنگام تصویب ماده 416 قانون مدنی، احتمالاً می‌توانست طُرُق جبران‌کننده¹ دیگری را پیشنهاد کند یا آن‌ها را به طریق جبرانی «فسخ» اضافه نماید، از جمله حق درخواست «تعدیل قرارداد»² یا حق «تقلیل ثمن»³ متناسب با شرایط موجود در هنگام آگاهی مغبون از غبن یا «مذاکره مجدد قرارداد»⁴؛ پیشنهادهایی که نه تنها با اصل استحکام قرارداد هم سو هستند، بلکه می‌توانند به نحو شایسته‌ای «عدالت توزیعی» را بر قرارداد جاری سازند و منابع را به شکلی به طرفین قراردادی اختصاص دهند که در محدوده توقعات و انتظارات مشروع طرفین به هنگام انعقاد قرارداد بوده است. در همین مثال انتظار مشروع خریدار از انعقاد عقد بیع، حصول وضعیت اقتصادی مشخصی بوده است و این انتظار با توافق بر سر قیمت در شرایط عدم تورم، وارد قلمرو انتظارات مشترک طرفین نیز شده است؛ حال اگر این انتظار به دلیل فقدان اطلاعات یا اطلاعات نادرست، محقق نشود، طبق نظریه تحلیل اقتصادی، حقوق باید خریدار را هر چه بیشتر به انتظار وی از انعقاد قرارداد نزدیک کند و این امر با فسخ قرارداد در شرایط تورم حاصل نمی‌شود.

مرحله دوم کارکرد تحلیل اقتصادی حقوق، تفسیر قانون است و در اینجا است که تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان نقطه مقابل تفسیر صورت‌گرا قرار می‌گیرد؛ به عنوان مثال، قانون‌گذار در مسئله «خیار عیب» در «عقد بیع» راه حل «آرش» را نیز در کنار حق فسخ در اختیار زیان دیده گذاشته است. دیدگاه صورت‌گرا در تفسیر - با توجه به عدم پیش‌بینی حق آرش در سایر عقود معاوضی - اعمال آن را در حوزه‌های مذکور روا نمی‌داند؛ در حالی که تحلیل اقتصادی حقوق با ضروری دانستن جبران ضرر مالی واقعی از زیان دیده و با عمومی شمردن نظریه عمومی آرش در مقام تفسیر، تلاش می‌کند آن را در سایر عقود معاوضی نیز جاری بداند. (Katouzian, 2008, p.265) (Mohaghegh Damad, 2013, p. 21)

تحلیل اقتصادی حقوق در این مرحله دچار تقابل و ناهم‌نشینی با همه روش‌های تفسیری می‌شود که با تأکید بیش از حد بر قُرْم یا متن و یا قصد اصلی مؤلفان قوانین، امکان بازیابی مجدد

1- remedies

2- adaptation of contract, adjustment of contract

3- price reduction

4- renegotiation of contract

قوانین مصوب را به موازات تغییرات و نیازهای جامعه، نمی دهند. در پژوهش پیش رو در ابتدا سعی شده است با ارائه اطلاعات توصیفی، مفاهیم «تحلیل اقتصادی حقوق» و «شکل‌گرایی تفسیری» تبیین گردند (قسمت نخست) و آنگاه بر اساس شناخت به دست آمده ناهم نشینی‌های آنان با هم مورد تحلیل قرار گیرند (قسمت دوم). بدیهی است بخش اخیر موضوع اصلی پژوهش است و پرداخت بخش نخست برای ورود به مباحث تحلیلی ضروری است.

2. توصیف مفاهیم

2,1 تبیین تحلیل اقتصادی حقوق

2,1,1 سابقه

ترکیب دو رشته اقتصاد و حقوق و پیدایش شاخه آکادمیک جدیدی به نام «تحلیل اقتصادی حقوق» که برخی آن را «اقتصاد و حقوق» نام نهاده‌اند (Cooter & Ulen, 2000, pp. 9-11)، ابتدا و به‌طور رسمی از دهه 1970 میلادی از کشور آمریکا و در زمینه‌های مشخصی مانند حقوق رقابت آغاز شد و پس از آن به سایر زمینه‌های حقوقی چون حقوق شرکت‌ها، حقوق مسئولیت مدنی، حقوق جزا، حقوق مالکیت، حقوق قراردادها، حقوق بیمه، حقوق علائم تجاری، حقوق مالیاتی و... نیز تسری یافت. (Posner R., 2007, p. 23) و به تدریج جای خود را در میان رشته‌های نوین حقوقی باز کرد.

حضور اقتصاددانان در دانشکده‌های برجسته حقوق در آمریکای شمالی، ارائه برنامه‌های مدرک مشترک میان رشته‌های حقوق و اقتصاد، انتشار مجلات جدید با رویکرد حقوقی - اقتصادی¹، ارائه واحدهای درسی حقوق با گرایش اقتصادی در دانشکده‌های حقوق، تأسیس سازمان‌های حرفه‌ای حقوقی - اقتصادی و اعطای جوایز نوبل اقتصاد به اقتصاددانانی که در زمینه تحلیل اقتصادی حقوق پیشگام بودند (رونالد کوز و گری بکر) و نهایتاً تأثیری که گرایش‌های

1. برای مثال:

International Review of Law and Economics, Journal of Law and Economics, European Journal of Law and Economics, Law-Economics and organizations (Journal of International Economic Law)

اقتصادی بر قوانین مختلف¹ بخصوص در سطح آمریکا گذاشته‌اند، به خوبی سیر تحول و تکامل این رشته علمی را نشان می‌دهند. (Cooter & Ulen, 2000, pp. 10-11)

2,1,2 مفهوم شناسی

تحلیل اقتصادی حقوق دو عملکرد را نسبت به مسائل حقوقی در پیش گرفته است: نمایش وضعیت موجود قواعد حقوقی از منظر اقتصادی (آن چه هست) و ارائه یا انتخاب قواعد حقوقی مطلوب از منظر اقتصادی (آن چه باید باشد) دیوید فریدمن در کتاب «نظم حقوقی» خود به خوبی این دو عملکرد را از یکدیگر تفکیک کرده است؛ او می‌نویسد: «اقتصاد... ابزار اساسی برای درک تأثیر قواعد حقوقی است. درک تأثیرات قواعد حقوقی، هم برای فهم قواعدی که مجراست جنبه اساسی دارد و هم برای تصمیم‌گیری در مورد قواعدی که باید به وجود آوریم. (Frideman, 2000, p.8)

عملکرد نخست نوعی استفاده از الگوهای اقتصادی برای تبیین رفتارهای حقوقی است به معنای بررسی تأثیری که قوانین مختلف بر رفتارها و انتخاب‌های مردم از منظر اقتصادی می‌گذارند مانند اثر ضمانت اجرای متفاوت قانونی بر کاهش یا افزایش آمار جرم یا آگاهی و افزایش میزان دقت افراد جامعه در مسئله شبه جرم‌ها (مسئولیت مدنی).

اما عملکرد دوم نوعی استفاده ابزاری از حقوق برای شکل‌دهی یا رسیدن به بازده‌های مطلوب است. از این منظر حقوق، صرفاً یکسری مباحث فنی و تئوریک محض نیست بلکه ابزاری است برای رسیدن به اهداف مهم اجتماعی و اقتصادی. (Cooter & Ulen, 2000, p.13)

بوکانان - از پیش‌تازان تحلیل اقتصادی در حوزه حقوق اساسی - قانون را مجموعه رهنمودهایی می‌داند که به موجب آن فعالیت افراد و کارگزاران حقوقی، اقتصادی و اجتماعی را مقید به نتایج و اهداف مد نظر خود می‌داند. (Buchanan, 1974, p. 234).

از میان اهداف مهمی که قانون بایستی بدان‌ها معطوف باشد، تحلیل اقتصادی حقوق به اهدافی

1- مانند قوانین ضد تراست در دهه‌های 1970 و 1980.

مانند «کارآیی»¹ یا «افزایش ثروت»² و توزیع مناسب درآمد و ثروت بین طبقات و گروه‌های مختلف جامعه توجه دارد.

اما از این میان کارایی توجه اصلی مکتب تحلیل اقتصادی حقوق را به خود اختصاص داده است. از این جهت است که پازنر - مدرس دانشکده حقوق دانشگاه شیکاگو، قاضی فدرال و از بزرگان مکتب تحلیل اقتصادی حقوق - قانون را در ادبیات اقتصادی، مجموعه اطلاعاتی می‌داند که از آن توقع انضباط‌گرایی، توسعه‌گرایی و کارآمدی نهادهای اجتماعی می‌رود (Posner R., 2007, p.12).

حقوقدانان کشورمان نیز اهمیت این نوع نگاه به قواعد حقوقی را دریافته‌اند: در جایی گفته شده است که تولید قانون باید به موقع، مفید، کارآمد و قابل پذیرش باشد. (Almasi & Habibi, 2012, p.10)

بنابراین مؤلفه و هدف اصلی تحلیل اقتصادی حقوق را کارآمدی و یافتن قواعد حقوقی مناسب برای رسیدن به نتیجه کارآمد و بهینه از منظر اقتصادی، توصیف کرده‌اند. لذا نخستین سؤالی که مطرح می‌شود این است که نتیجه کارآمد و بهینه چیست؟

در پاسخ باید گفت که منظور از نتیجه کارآمد و بهینه، حصول حداکثر منافع اقتصادی با کمترین هزینه ممکن از نظر اقتصادی است. در خصوص تعیین ضابطه تعیین نتیجه کارآمد و بهینه، دو برداشت از «کارآمدی» مطرح شده است:

ضابطه پارتویی کارآمدی³:

طبق نظریه پارتو - اقتصاددان ایتالیایی⁴ - وضعیت کارآمد یا بهینه وضعیتی است که در آن منابع به گونه‌ای تخصیص یافته است که امکان ایجاد هیچ گونه تغییری برای بهتر شدن وضعیت یک فرد، بدون لطمه وارد کردن به موقعیت دیگر افراد درگیر در آن وضعیت وجود ندارد (Schiäfer, 2004, p. 23).

به عبارت دیگر طبق این ضابطه، وضعیت کارآمد در صورتی حاصل می‌شود که تمام افراد

1- Efficiency

2- Wealth Maximization

3- Pareto Efficiency or Pareto Optimality

4- Vifredo Pareto (1848- 1923)

در گیر در وضعیت، آن را بر هر وضعیت ممکن دیگری ترجیح دهند یا این که برخی از افراد نسبت به آن وضعیت بی تفاوت باشند و سایرین آن را بر دیگر وضعیت‌ها ترجیح دهند.

در رابطه با «کارآمدی قوانین» از منظر ضابطه پارتویی، قانونی بهینه و کارآمد است که تمامی افراد مخاطب آن قانون همان قاعده حقوقی وضع شده را ترجیح دهند به نحوی که تغییر قاعده حقوقی به نفع عده‌ای از مخاطبان قانون، به موقعیت دیگر مخاطبان لطمه وارد کند و لذا تخصیص منابع قانونی به شکل قاعده مزبور، کاراترین قاعده حقوقی ممکن بوده است.

محدودیتی که بر ضابطه بیان شده قائل شده‌اند این است که مخالفت تنها یک نفر با وضعیت یا قاعده، برای رد آن کافی است هر چند که همه دیگر افراد آن وضعیت یا قاعده را بر دیگر وضعیت‌ها یا قواعد ترجیح دهند.

ضابطه کالدور - هیکس کارآمدی:

برای رفع اشکال مطرح شده در ضابطه پارتویی کارآمدی، دو اقتصاددان انگلیسی به نام‌های نیکلاس کالدور¹ و جان هیکس² در سال 1939 ضابطه جدیدی را مطرح کردند بدین شرح که اگر ایجاد تغییر در یک وضعیت باعث بهتر شدن موقعیت یک عده و بدتر شدن موقعیت عده‌ای دیگر شود، لیکن دسته اول بتواند زبانی را که در نتیجه تغییر وضعیت به دسته دوم وارد شده است جبران کنند و باین وجود هم چنان سودی هم برای خود آنان باقی بماند، باز هم کارآمدی اقتصادی وجود دارد. (Schäfer, 2004, p. 28)

شاید بتوان در مورد «کارآیی قوانین» از منظر ضابطه دوم این طور اظهار نظر کرد که قاعده‌ای کاراست که گرچه با تصویبش موجب بهتر شدن وضعیت عده‌ای و بدتر شدن موقعیت عده‌ای دیگر می‌شود، اما به نحوی سازمان یافته است که در کنار تخصیص فایده به گروه نخست، با کسر هزینه‌هایی از این گروه و اختصاص دادن آن به گروه دوم - به گونه‌ای که در سنجش هزینه و فایده، باز هم میزان فایده گروه نخست بیشتر باشد - منافع هر دو گروه را به نحوی تأمین می‌نماید. در کاربرد هر یک از دو روش فوق‌الذکر، برای تحلیل اقتصادی موضوعات حقوقی ابتدا باید نتیجه کارآمد و مطلوبی که از وضع قاعده حقوقی مد نظر است، مشخص گردد و سپس با تحلیل

1- Nicholas Kaldor

2- John Hicks

قواعد مختلف و ممکن حقوقی، قاعده‌ای انتخاب شود که می‌تواند به حصول نتیجه مورد نظر منجر گردد.

2,2 تبیین شکل‌گرایی تفسیری

2,2,1 مفهوم شناسی

شکل‌گرایی در اساس و ریشه خود بیشتر در ادبیات معنا یافته است و بحث‌های پیرامون آن در حوزه ادبیات تفسیری بسیار موسع است اما «فرمالیسم حقوقی» که به نام‌های «صورت‌گرایی» و «اصالت صورت» در حقوق و «فلسفه حقوق ماشینی»¹ نیز شناخته می‌شود، گرایش‌های در حقوق‌شناسی فلسفی است که بسیار وابسته به فرم متن می‌باشد و با پیروی از چارچوب‌های شکلی، عواملی مانند ظرف تاریخی ساخت اثر (قانون)، وضعیت یا هدف مؤلف از ایجاد اثر (قانون)، روح قانون، نتایج حاصله از قواعد قانونی و ... را در درجات بعدی اهمیت قرار می‌دهد چرا که این گرایش معتقد است که مجموعه‌های مصوب قوانین شامل تمامی حقوق می‌شوند و لذا با وجود آن‌ها دیگر نیازی به مراجعه به سایر منابع ندارد (Badini, 2006, p.9)؛ بنابراین این دیدگاه با تشبیه علم حقوق به ریاضی یا سایر علوم، کار قاضی را استنباط منطقی اصول و قواعد حقوقی با نتیجه مشخص در هر دعوا می‌داند (Stone, 2002, pp. 196-205).

در صورت‌گرایی به جای آن که چارچوب کنش‌های حقوقی معنا دار، وسیله‌ای برای ایجاد مقاصد افراد تلقی شود، این چارچوب هدف انگاشته شده و ترک و تغییر آن مجاز نیست (Alizadeh, 2008, p. 7).

مکتب فرمالیسم حقوقی، با اصیل شناختن فرم، صورت و واژگان قانون معتقد است قواعد و مفاهیم ایجاد شده در آموزه‌های حقوقی، عوامل اصلی تعیین‌کننده آراء دادگاه‌ها هستند (Alizadeh, 2008, p.152). بر اساس این مکتب حقوقی تفسیری، قاضی باید حکم مسأله را صرفاً با توجه به خود اثر (قانون) و بدون دخالت دادن عواطف، احساسات و اخلاقیات خویش بیابد. در این میان بررسی جنبه‌های تاریخی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و ... اثر نیز مستقیماً اهمیتی در

تفسیر قانون ندارد.

همان‌طور که ارنست وینریب - از مدافعان فرمالیسم - تفسیر قانون را تنها بر اساس واژگان آن و به عبارتی «از یک پایگاه درونی»¹ مجاز می‌داند و بر نوعی «فهم‌پذیری ذاتی»² قانون تأکید می‌کند. (Weinrib, 1988, p. 949)

مکتب صورت‌گرایی حقوقی، قانون را به‌عنوان اثری کامل، فراگیر، قاعده‌مند و همواره قابل فهم معرفی می‌کند و در توجیه خود دلایلی چون نظم و انسجام، جلوگیری از هرج‌ومرج و دیکتاتوریت قضات، و تبدیل شدن دادرسی به فرآیندی دلبخواهی را عنوان می‌کند. قطعیت، پیش‌بینی‌پذیری، یکپارچگی و یکنواختی حقوق از مزایای برشمرده شده برای مکتب فرمالیسم است. بنابراین مکتب برای ثبات و یکپارچگی حقوق لازم است نظمی کلی و فراگیر بر قواعد حقوقی حاکم باشد و این نظم تنها از طریق نگاه ساختاری به قانون میسر است.

2.2.2. شباهت شکل‌گرایی با سایر نحله‌های فلسفی

الف) شکل‌گرایی و تفسیر لفظی

«تفسیر لفظی، تفسیر یک سند مطابق با الفاظ و کلمات آن است، بدون در نظر گرفتن قصد کسانی که آن را طرح یا تصویب کرده‌اند؛ در واقع در این تفسیر از گفتارهای زبانی برای تفسیر استفاده می‌شود». (Campbell Black, 1983, p. 480).

بنابراین می‌توان تفسیر لفظی³ و نیز متن‌گرایی⁴ را انواعی از صورت‌گرایی دانست (Mitchell, 2007, p. 95)؛ این دو گرایش تفسیری با اهمیت دادن به متن و واژگان آن به هنگام تفسیر، به نوعی وابسته به شکل و صورت سند حقوقی (قانون) هستند و آن‌ها نیز در تقابل با بافت‌گرایی⁵، ملاحظات دیگری مانند قصد اصلی مدوتین، تاریخ، اصول استنباط شده از متن، اوضاع و احوال متغیر، مطالعه قضایی ارزش‌های اجتماعی، سوابق تفسیری و ... در تفسیر را کم‌اهمیت می‌دانند. در

1- From the internal point of view
2- Immanent intelligibility
3- Literalism or Literal Construction
4- Textualism
5- Contextualism

این مکتب قضات در تفسیر قانون آزاد نیستند و کوشش آن‌ها در جهت یافتن معنای الفاظ و کاربرد حقوقی آن‌ها خلاصه می‌شود (Alawi & Babazadeh, 2011, pp. 163-164).

ب) شکل‌گرایی و اصل‌گرایی

دیدگاه اصل‌گرا¹ قانون را بر اساس قصد اصلی مدوّنین آن تفسیر می‌کند و بیشترین توجه را به مؤلف و شرایط تاریخی وی مبذول می‌دارد؛ یکی از زیرمجموعه‌های اصل‌گرایی، قصد‌گرایی² است که بر طبقان برای یافتن قصد اصلی مقنن به متن قانون، پیش‌نویس‌های آن، مشروح مذاکرات و مواردی از این قبیل توجه می‌شود. از دیدگاه طرفداران این دیدگاه تفسیری که بر اساس الفاظ صریح قانون یا شواهد حاکی از قصد مدوّنین نباشد، تفسیری نادرست است. (Bork, 1990, p. 143)

ج) شکل‌گرایی و نظریه مرسوم حقوق طبیعی

حقوق طبیعی نظریه‌ای در فلسفه حقوق است که حقوق را نه قوانین موضوعه که مجموعه قواعدی برتر و والاتر از قواعد موضوعه می‌داند و قانون‌گذار را نیز مکلف به پیروی از این قواعد فطری و طبیعی می‌شمرد. معتقدان به این نظریه منشأ حقوق طبیعی را گاه نیروی الهی (مذهبی) و گاه عقل بشر می‌دانند. (Katouzian, 2009, pp. 44-61).

گرچه نظریه حقوق طبیعی از سایر جهات با شکل‌گرایی کاملاً متفاوت است، اما از این جهت که آن هم مقید به توجیه نظری داخلی است و نه توجیه تجربی، سیاسی، اجتماعی و یا اقتصادی، به فرمالیسم شباهت می‌یابد.

د) شکل‌گرایی و اثبات‌گرایی

بر اساس مکتب اثبات‌گرایی حقوقی³ برای تشخیص این که قانون چیست، تنها باید دید که چه

1- Originalism
2- Intentionalism
3- Positivism

چیزی از طرف مقامات به‌عنوان قانون اعلام شده است. (Dworkin, 1995, p. 137) پوزیتیویسم تنها قاعده‌ای را قاعده موضوعه و معتبر تلقی می‌کند که نیروی حاکمیت را در اختیار داشته باشد. از این دیدگاه آن چه مهم است معتبر بودن قاعده است (یعنی صدور قاعده از مرجع صلاحیت‌دار) نه موجه بودن قاعده (مطابق بودن با مؤلفه‌های اخلاقی)؛ به عبارت دیگر، اعتبار قاعده حقوقی به منبع آن وابسته است نه به محتوای آن. (McLeod, 2005, p. 244)

صورت‌گرایی و اثبات‌گرایی هر دو از مکاتب قانون‌سالار هستند (Keyvanfar, The philosophical basis of interpretation of the law, 2008, p. 74)؛ از دیدگاه آنان اعتبار قانون به تطابق آن با اخلاق یا همگامی با نیازهای جامعه نیست؛ قانون، قانون است و باید از آن اطاعت کرد. به لحاظ تفسیری، منطقی‌فرمالیسم از دل پوزیتیویسم بیرون می‌آید.

3. تحلیل موضوع

3,1 تحلیل اقتصادی حقوق و پراگماتیسم¹

با بررسی اهداف و کارکرد تحلیل اقتصادی حقوق و تطبیق آن بر نحله‌های تطبیقی فلسفی حقوق می‌توان تحلیل اقتصادی حقوق را به نوعی تفسیر پراگماتیکی یا عمل‌گرایانه از حقوق دانست.

پراگماتیسم یکی از جریان‌های فکری - فلسفی است که از منظر حقوقی، در تفسیر اسناد حقوقی (قانون) به نتایج و آثاری که آن قانون در عمل به بار می‌آورد بیش از هر چیزی توجه دارد و تلاش می‌کند تا با در نظر گرفتن هزینه - فایده، تفسیر متن قانونی را به گونه‌ای انجام دهد که عملاً نتایج مطلوب‌تری به همراه داشته باشد.

ویلیام جیمز² - بنیان‌گذار مکتب پراگماتیسم - آن را چنین توصیف می‌کند: پراگماتیسم به مسائل، اصول و مقولات نخستین به‌عنوان ضروریات نمی‌نگرد بلکه به ثمرات، پیامدها و امور واقعی توجه می‌کند (Treviño, 2007, p. 204). ویلیام جیمز با اعمال پراگماتیسم در حقوق، به نقد صورت‌گرایی پرداخت و اصول حقوقی را اصولی مقید و نه مطلق دانست.

1- Pragmatism

2- William James (1842-1910)

(Treviño, 2007, p. 69)

یک پراگماتیست در تفسیر حقوقی به «حقیقت» توجهی ندارد بلکه آن چه در نظر او مهم است توجیه پذیری قاعده حقوقی در ترازوی سنجش نیازها و مصالح اجتماعی است. توجه به آثار و نتایج تصویب و اجرای قانون و همگامی آن با نیازهای جامعه به خصوص از منظر اقتصادی، تحلیل اقتصادی حقوق و پراگماتیسم را به هم پیوند می دهد. استفاده ابزاری از قواعد حقوقی (ابزارگرایی)¹ برای ایجاد نتایج مطلوب (در مسئله حاضر، نتایج مطلوب اقتصادی) و نگاه فایده گرایانه² - که معتقد به هدایت همه کنش های اجتماعی، سیاسی و حقوقی به سمت ایجاد بیشترین خیر برای بیشترین تعداد افراد مردم است - نقطه مشترک تحلیل اقتصادی حقوق و پراگماتیسم حقوقی است؛ به عبارت روشن تر، هر دو مکتب کارکردگرایی³ حقوق را سرلوحه کار خود قرار داده اند.

بنجامین کاردوزو - از متفکران حوزه های عمل گرایی و واقع گرایی⁴ حقوق - با نگاهی که بسیار به تحلیل اقتصادی حقوق نزدیک است، انگیزه نهایی قانون را «رفاه» جامعه می داند و معتقد است که اگر قوانین وظیفه خود (ایجاد رفاه) را به درستی انجام ندهند معیوب هستند (Keyvanfar, The philosophical basis of interpretation of the law, 2008, p. 120).

بسیاری از حقوقدانان کشورمان تحلیل اقتصادی حقوق را در رسته واقع گرایی حقوقی⁵ جای می دهند (Babaei, 2008, p. 18) (Ansari, 2011, pp. 63-69)؛ این امر به این دلیل است که واقع گرایی به موازات عمل گرایی و تحت تأثیر آن شکل گرفت و حتی در آثار برخی متفکران - مانند جان دیویی⁶ - این دو به هم ملحق شده اند (Keyvanfar, Legal Pragmatism, 2008, p. 148).

به نظر نگارندگان گرچه اصولاً و به لحاظ تاریخی واقع گرایی به تقابل با صورت گرایی برخواسته است، اما تحلیل اقتصادی حقوق با توجه به هدف مصلحت جویانه ای که دنبال می کند،

1- Instrumentalism

2- Utilitarianism

3- Functionalism

4- Benjamin Cardozo

5- Legal Realism

6- John Dewey

بیشتر در ارتباط با پراگماتیسم خواهد بود. البته نزدیک بودن مرزهای میان عمل‌گرایی و واقع‌گرایی عملاً این دو را چنان به هم نزدیک ساخته است که می‌توان گفت مبانی هر دو مکتب به نحوی تقابلی تحلیل اقتصادی با فرمالیسم را توجیه می‌کنند.

3,2 نقد پراگماتیستی تحلیل اقتصادی حقوق بر شکل‌گرایی

منشأ اختلاف تحلیل اقتصادی حقوق - به‌عنوان یک مکتب پراگماتیکی و گاه رئالیستی - با فرمالیسم به رویکرد قانونی یا فرا قانونی آن‌ها باز می‌گردد.

در رویکرد قانونی - که مطمح نظر مکتب شکل‌گرایی است - کشف اراده قانون‌گذار مبنای تفسیر را شکل می‌دهد و توجه به فرم و قالب سند حقوقی مهم‌ترین ابزار کشف این اراده تلقی می‌گردد؛ این رویکرد در نگاه سنتی حقوق نوشته به روشنی به چشم می‌خورد و از آن به رویکرد «قانون سالار» یاد شده است. (Keyvanfar, The philosophical basis of interpretation of the law, 2008, p.74)

اما در رویکرد فرا قانونی، پاسخ‌گویی به نیازها و مصالح اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و ... مبنای تفسیر بوده و عقیده بر این است که تبعیت محض از اراده قانون‌گذار، حرکت، پویایی و انعطاف را از جامعه سلب خواهد کرد. تحلیل اقتصادی حقوق با چنین رویکردی عمل می‌نماید. این رویکرد را که در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی جایگاه مناسب‌تری دارد، «فرا قانون سالار» نیز نامیده‌اند. (Keyvanfar, The philosophical basis of interpretation of the law, 2008, p. 103).

در ادامه به بیان چالش‌های مبنایی و فنی (روشی) تحلیل اقتصادی حقوق و صورت‌گرایی خواهیم پرداخت.

3,2,1 نقد تئوریک بر شکل‌گرایی

- **نقد بر مبنا:** از نظر مبنایی، تحلیل اقتصادی حقوق با گرایش عمل‌گرایانه‌ای که دنبال می‌کند، جمود بر فرم و شکل قوانین موضوعه را، بدون توجه به نیازهای اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و ... رسالت حقوق نمی‌داند و معتقد است که کشف اراده قانون‌گذار با تکیه بر ابزار تفسیر شکلی و فرمی از متن قانونی نمی‌تواند پاسخگوی مسائل جدیدی باشد که احتمالاً به ذهن

قانون‌گذار هم‌خطور نمی‌کرده است. حتی در مورد مسائلی هم که مقنن در مورد آن‌ها به وضع حکم پرداخته است، با تغییر شرایط ممکن است حکم مذکور کارآیی خود را از دست داده و نه تنها مفید نباشد بلکه موجب آشفتگی و نابسامانی نیز گردد.

در چنین شرایطی افراط در تمرکز بر قالب و متن قوانین موضوعه تا هنگام اصلاح، تغییر و به‌روزرسانی آن‌ها، نامناسب خواهد بود.

اولیور وندل هولمز¹ معتقد است که حقوق، قواعد حقوقی و تفاسیر حقوق‌دانان باید به نیازها و مقتضیات اجتماعی توجه داشته باشند. (Alizadeh, 2008, p. 136)

- نقد بر ادعای کامل بودن قانون: بر اساس مکتب صورت‌گرایی، «حقوق کامل است»؛ بنابراین حکم همه مسائل و دعاوی را می‌توان با مراجعه صرف به قانون به دست آورد و نیازی به خروج از محدوده قانون نیست. (Hart, 1961, p. 129)

بنابراین فرمالیسم، حقوق را مجموعه قواعدی قطعی، تغییرناپذیر، روشن و شفاف می‌داند و قاضی را مجاز به خروج از محدوده قانون نمی‌داند؛ درحالی‌که تحلیل اقتصادی حقوق قاضی را به‌عنوان یک شناساگر صرف و عمل‌وی را عمل‌شناسایی نمی‌داند. از نظر تحلیل اقتصادی حقوق قاضی یا مفسر مکلف به شناسایی قواعد حقوقی از پیش تعیین شده نیستند بلکه عمل تفسیر یک عمل مبتنی بر اراده است و مفسر یا قاضی می‌تواند قاعده‌ای را با اراده خود به‌صورتی متفاوت با مفهوم مستقیم آن تفسیر کنند. (Ansari, 2011, p. 67). از این جهت مفسر از حد یک شناساگر صرف فراتر می‌رود و به قلمرو «یجاد» نزدیک می‌شود البته مفسر در این معماری آزاد نیست بلکه مقید به حدودی است که الفاظ متن بر می‌تابند.

گذار از شناسایی قواعد حقوقی در تحلیل اقتصادی حقوق و نگاه پراگماتیکی از این جهت است که از دیدگاه آنان قواعد حقوقی منعکس در قوانین موضوعه به‌تنهایی برای اداره جامعه کافی نیستند و از لحاظ منطقی و به‌صورت نظام‌مند نمی‌توانند، برای همیشه به‌صورت تغییرناپذیر جامعه را اداره کنند. پازنر نیز می‌گوید قواعد حقوقی و حق و تکلیف را نمی‌توان از مفاهیم مجرد حقوقی استخراج کرد. (Posner R. A., 1987, p. 762)

1- Oliver Wendell Holmes

- **نقد بر ادعای حصول نتیجه قطعی و یکسان:** بر اساس آن چه گفته شد، بر طبق صورت‌گرایی، قاضی (مفسر) باید حکم هر دعوا را از قانون با قُرم و قالب خاص آن بیرون بکشد و در انجام این کار نباید سلیقه‌ها و پیش‌زمینه‌های شخصی خود یا عواملی خارج از قُرم مانند مصلحت‌گرایی‌های اقتصادی و اجتماعی یا سوابق تاریخی و... را در تفسیر خود دخالت دهد. صورت‌گرایان بر آنند که با اِعمال این روش، تمامی دعاوی حقوقی با موضوع واحد باید نتیجه یکسانی داشته باشند؛ حال آنکه از منظر رئالیسم، پراگماتیسم و طبعاً تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی معمولاً کلی و گاه مبهم‌اند و قابلیت تفسیرهای مختلفی را دارند و حکم هر دعوا را باید با توجه به شرایط خاص آن دعوا یافت.

به گفته جیمز «حقیقتی که در دعوایی با ملاحظه دلایل و اوضاع و احوال ویژه آن احراز شده است، در دعوای دیگر ارزشی ندارد». (James, 1922, pp. 250-257)

در واقع در نقد اخیر، تحلیل اقتصادی به «قابلیت پیش‌بینی» حقوق که به‌عنوان نقطه قوت شکل‌گرایی از آن یاد می‌شود می‌تازد.

3,2,2 نقد فنی بر شکل‌گرایی

شکل‌گرایی و تحلیل اقتصادی حقوق علاوه بر مبانی و اهداف، از نظر روش نیز با هم متفاوت‌اند؛ در تحلیل اقتصادی حقوق، نتیجه مشخص است (کارآیی) و تمامی تفسیرها باید بر اساس نیل به این نتیجه - با ابزارهایی چون ایجاد انگیزه، برآورده ساختن ترجیح‌های افراد، تأثیرگذاری بر آینده، انتخاب‌های عقلانی اقتصادی و... - صورت‌گیرند (منطق استقرایی)؛ در واقع روش تفسیر از دل نتیجه مورد نظر به دست می‌آید.

اما در شکل‌گرایی - به دلیل استنتاج تمامی نتایج از قانون - روش از کل به جزء رفتن است (منطق استنتاجی). شکل‌گرایی از روش استدلال قیاسی¹ استفاده می‌کند بدین معنا که قواعد کلی مندرج در قوانین موضوعه را به‌عنوان کبرای قیاس و مسئله طرح شده برای قضاوت یا اِعمال تفسیر را به‌عنوان صغرای قیاس در نظر می‌گیرد و بر آن اساس نتیجه‌گیری می‌کند.

1- Syllogism

بکاریا می‌گوید: «قاضی باید یک قیاس کامل را ترتیب دهد. کبرای قیاس باید قانون کلی و صغرای آن عمل منطبق یا غیر منطبق با آن قانون و نتیجه، آزادی یا مجازات خواهد بود» (Alsharif, 2007, p.3)

اما در کنار تفاوت روش‌های دو مکتب تحلیل اقتصادی حقوق و شکل‌گرایی، ایراداتی هم بر روش قیاسی مورد استفاده در شکل‌گرایی وارد شده است. مهم‌ترین ایراد وارده بر این روش، در نظر نگرفتن دخالت ناخودآگاه و غیر ارادی عامل انسانی یا همان سلايق، پیش‌فرض‌ها و تفکرات قیاس‌کننده (قاضی / مفسر) است.

ذهن قاضی یا مفسر برای استنتاج نتیجه موارد جزئی از احکام کلی قانونی، هم در بخش موضوعی قضیه (صغری) و هم در بخش حکمی آن (کبری) درگیر می‌شود؛ همان‌طور که کانت گفته است، ذهن آینه نیست بلکه پردازش‌کننده است؛ نمی‌توان انتظار داشت که ذهن همه قضات و مفسران به صورت ماشینی مشابه هم عمل کند و خروجی ذهن‌های متعدد، نتیجه واحدی باشد. به عنوان مثال این که آیا در موضوعی تقصیر رخ داده است یا خیر یا این که یک وضعیت به خصوص را می‌توان از مصادیق عسر و حرج دانست یا نه، چیزی نیست که بدون دخالت ذهن خاص هر مفسر، به صورت بدیهی و مکانیکی روشن باشد. در حوزه حکمی مسائل هم اجمال و سکوت قوانین، نقص قوانین و یا تعارض آن‌ها با یکدیگر و... دخالت فعال عنصر انسانی را می‌طلبد.

تأکید بر صلاحیت دادرسان، چندمرحله‌ای بودن رسیدگی‌ها (بدوی، استیناف، فرجام)، وجود هیأت منصفه و مکانیسم تعدد قاضی، همگی تمهیداتی برای کنترل منطقی دخالت اجتناب‌ناپذیر عنصر انسانی بوده‌اند (Alsharif, 2007, pp.9-13).

نتیجه‌گیری

پس از آشنایی با مفاهیم تحلیل اقتصادی حقوق و شکل‌گرایی تفسیری، روشن شد که این دو رویکرد از دو جنبه تئوریک و عملی با هم در تقابل هستند.

در جنبه تئوریک، سه مورد ناهم‌نشینی میان این دو مکتب را می‌توان برجسته کرد: به لحاظ مبنایی یکی در جست‌وجوی کشف اراده مقنن با تکیه انحصاری بر قُرْم متن است و دیگری

رسیدن به نتایج اقتصادی مطلوب را صرف نظر از قصد واقعی یا قابل انتساب به سازنده متن، هدف تفسیر می‌داند.

به لحاظ جامعیت یکی مجموعه‌های قانونی که شکل دهنده فُرم و قالب هستند، را کامل و پاسخ گوی تمام مسائل می‌داند و دیگری با پیش فرض عدم امکان طرح و پیش‌بینی همه مسائل در قانون خود را از وابستگی به قالب می‌رهاند.

در بحث تعیین نتیجه دعاوی، یکی با ادعای کفایت متن، به حصول نتیجه یکسان و قابل پیش‌بینی در همه موارد اصرار دارد و دیگری بر آن است که حکم هر دعوا را باید با توجه به شرایط خاص آن دعوا یافت.

در جنبه عملی و یا به عبارت دیگر روش‌های به کار برده شده نیز میان دو مکتب تقابل جدی وجود دارد؛ یکی از منطق استنتاجی و استدلال قیاسی استفاده می‌کند و دیگری از منطق استقرایی. یکی دخالت عواطف، احساسات و پیش‌زمینه‌های قاضی و مفسر را نادیده می‌گیرد و دیگری بر این روش اشکالات جدی وارد می‌کند.

References:

- [1] Alawi, M. & Babazade, B. (2011). The Interpretation of Contract in Common Law Legal System. *Allameh Journal*, 29, 149-176. (In Persian)
- [2] Alizadeh, A. (2008). *Foundations of Social Approach to Law*. Tehran: SAMT Publication. (In Persian)
- [3] Almasi, N., & Habibi Dargah, B. (2012). Principles Governing the Efficient Laws from an Economic Analysis of Law. *Private Law Journal*, 8(2), 5-24. (In Persian)
- [4] Alsharif, M. (2007). Formalism in Judicial reasoning: a Research on Relation between Judicial and Formal SIllogism. *Law Quarterly: Journal of the Faculty of Law and Political Science of Tehran University*, 37(2), 1-39. (In Persian)
- [5] Ansari, M. (2011). *Economic Analysis of Comparative Law*. Tehran: Javdaneh Publication. (In Persian)
- [6] Babaei, I. (2008). Fundamental Principles in Economic Analysis of Law. *Law & Politics Research Journal*, 9(23), 13-60. (In Persian)
- [7] Badini, H. (2006). Is Law an Autonomous Discipline?. *Law and Politics Science Journal of Tehran University*, 74, 1-46. (In Persian)
- [8] Bentham, J., & Dumont, É. (1864). *Theory of legislation*. (R. Hildreth, Trans.) K. Paul, Trench, Trübner.
- [9] Bork, R. H. (1990). *The Tempting of America: The Political Seduction of The Law*. New York: Free Press.
- [10] Buchanan, J. M. (1974). Good Economics-Bad Law. *Virginia Law Review*,

- 60(3), 483-492.
- [11] Campbell Black, H. (1983). *Black's Law Dictionary: Abridged* (5th ed.). West Publishing.
- [12] Cooter, R. & Ulen, T. (2000). *Law and Economics* (Dadgar, Y. & Akhavan, H. Trans.). Tehran: Noorelm Publication. (In Persian)
- [13] Dworkin, R. (1995). *Laws and Morals*. in *Oxford Companion to Philosophy*. Oxford University Press.
- [14] Frideman, D. (2000). *Law's order*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- [15] Hart, H. (1961). *Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [16] Katouzian, N. (2008). *General Principles of Contracts Vol. X*. Tehran: Sahami Enteshar Publication. (In Persian)
- [17] Katouzian, N. (2009). *Philosophy of Law Vol. I*. Tehran: Sahami Enteshar Publication. (In Persian)
- [18] Keyvanfar, S. (2008). *Legal Pragmatism*. *Legal researches Journal*, 46, 147-167. (In Persian)
- [19] Keyvanfar, S. (2008). *The philosophical basis of interpretation of the law*. Tehran: Sahami Enteshar Publication. (In Persian)
- [20] James, W. (1922). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*. New York: Longmans Green and Co.
- [21] Mcleod, I. (2005). *Legal Theory* (3th ed.). (M. Cremona, Ed.) Palgrave Macmillan.
- [22] Mitchell, C. (2007). *Interpretation of Contracts- Current Controversies of Law*. Routledge Cavendish Publishing.
- [23] Mohaghegh Damad, M. (2013). *The Pamphlet of Discursive Islamic Jurisprudance*. Tehran: Shahid Beheshti University. (In Persian)
- [24] Posner, R. (2007). *Economic Analysis of Law* (Seventh ed.). Wolters Kluwer (Aspen Publishing).
- [25] Posner, R. A. (1987). *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*. *Harvard Law Review*, 100(4), 761-780.
- [26] Schiäfer, H.-B. C. (2004). *The Economic Analysis of Civil Law*. (E. Braham, Trans.) Cheltenham: Elgar Publishing Limited.
- [27] Stone, M. (2002). *Formalism*. In J. Coelman, & S. Shapiro, In *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press.
- [28] Treviño, A. J. (2007). *Classic Writings in Law and Society*. New Jersey: Transaction Publishers.
- [29] Weinrib, E. J. (1988). *Legal Formality: On the Immanent Rationality of Law*. *Yale Law Journal*, 97.
- [30] Yntema, H. E. (1933). *The Theory of Legislation by Jeremy Bentham*. *Columbia Law Review*, 33(1), 176-182.