

تحلیل اقتصادی حقوق کیفری

بر اساس نظریه‌های همسو با عمل‌گرایی حقوقی*

- ابوالفتح خالقی^۱
- سیدحمید شاهچراغ^۲

چکیده

مطالعه رویکرد اقتصادی دانش حقوق با محدودیت‌ها و موانعی ذاتی روبه‌روست؛ از جمله نبود مبانی اقتصادی برای محاسبه سود و زیان، رنج و لذت، مطلوب و نامطلوب، مفید و غیر مفید و میزان آن‌ها، به ویژه در حقوق کیفری. رویکرد مزبور، مشکلی مضاعف دارد که غالباً به خصیصه غیر مالی آن بازمی‌گردد. اما انتخاب رویکردی میانه و مختلط (بینابین)، این مشکل را در بُعد نظری برطرف می‌سازد. رویکرد اقتصادی در سیستم عدالت کیفری غالباً با مانع دیگری هم روبه‌روست؛ زیرا پیش از آنکه در رویه قضایی مؤثر باشد، می‌باید بر قانون‌گذار تأثیر گذارد. این حرکت علمی ریشه در واقع‌گرایی و عمل‌گرایی حقوقی دارد. بنابراین برای کاربرد این رویکرد در حقوق کیفری ایران، مطالعه نحوه ورود، تقویت و نیز تحولات نظری آن اندیشه‌ها در این عرصه ضرورت دارد.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۸/۱۶.

۱. استادیار دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (ab-khaleghi@qom.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی (law.hamid@gmail.com).

واژگان کلیدی: رویکرد اقتصادی، حقوق کیفری، واقع‌گرایی و عمل‌گرایی حقوقی.

درآمد

در بررسی‌های اولیه فلسفه حقوق نوین، نهضت فکری حقوق و اقتصاد به رویکرد راست‌گرا و مطالعات انتقادی حقوقی به رویکرد چپ‌گرا معروف شد. خاستگاه این حرکت علمی در گذشته دور، مکتب سودانگاری بنتام و میل و در فاصله زمانی نزدیک‌تر، یعنی اوایل سده بیستم، مکتب مهندسی اجتماعی یا کنترل اجتماعی پاند و نیز نظریه واقع‌گرایی حقوقی می‌باشد (کلی، ۱۳۸۲: ۶۳۰).

اگرچه آموزه‌های مکاتب فوق، ویژه حقوق کیفری نیستند و غالباً ابتدا در حقوق مدنی یا اساسی مطرح و به حقوق شبه جرم توسعه داده شده و سپس به حقوق کیفری نیز تسری یافته‌اند، بدون توجه به مبانی کلی آن‌ها، نمی‌توان دیدگاه‌های نظریه‌پردازان این مکاتب را درباره حقوق کیفری به خوبی درک نمود. مباحث معرفت‌شناختی نظریه عمل‌گرایی حقوقی و نظریه‌های همسو با آن، تأثیر مهم و مستقیمی بر منطق حقوق کیفری و روش‌شناسی فرایند تصمیم‌گیری کیفری، به ویژه درباره جرایم علیه اموال داشته و دارد.

بنابراین در بخش نخست، ابتدا مبانی فکری رویکرد اقتصادی علم حقوق و سپس ترکیب و تغییر نظریه‌های راست‌گرا و چپ‌گرای فلسفه حقوق در قالب نظریه عمل‌گرایی بررسی می‌شود. در بخش دوم با هدایت مباحث به حوزه حقوق کیفری، تأثیر نظریه عمل‌گرایی حقوقی بر رویکرد اقتصادی حقوق کیفری و ایرادهای نظری و عملی آن ارزیابی می‌گردد.

بخش اول: مبانی نظری تحلیل اقتصادی حقوق

جنبش حقوق و اقتصاد، به رویکرد راست‌گرایی فلسفه حقوق نوین شهرت یافته است و مطالعات انتقادی حقوقی به عنوان رویکردی چپ‌گرا شناخته می‌شود. بنابراین برای ریشه‌یابی بحث، ابتدا بایسته است اندیشه‌های دو جناح فلسفی فوق را تحلیل شود.

مبحث اول: اندیشه‌های راست‌گرا

الف) از لذت‌گرایی محض تا پیامدگرایی

اندیشه فایده‌گرایی^۱ با نام لذت‌گرایی در گفتار اپیکور، فیلسوف یونان باستان یافت می‌شود (صابری تولایی، ۱۳۸۶: ۱۲)، ولی نگرش اقتصادی به پدیده مجرمانه را در آثار بنتام و بکاریا می‌توان یافت (بابایی، ۱۳۹۱: ش ۸۱/۹۴). بنتام، معیار مناسب برای فعالیت‌های حکومت را «اصل منفعت» یعنی «بیشترین خوشبختی برای بیشترین تعداد» تشخیص داد و آن را «حساب خوشبختی» نامید (کلی، ۱۳۸۲: ۴۲۴)، ولی جان استوارت میل، برای تعدیل این دیدگاه افراطی بنتام دو تمهید اندیشید؛ یکی رجحان لذت‌های معنوی بر لذت‌های مادی و دیگری نامشروع دانستن لذت‌های مضر به مصالح عمومی (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۶۳). «میل با تأکید بر ضابطه کیفی، ارج‌گذاری ارزش‌های معنوی را نیز در نظریه فایده‌گرایی جای داد» (صابری تولایی، ۱۳۸۶: ۱۳)، لذا امروزه به جای عنوان فایده‌گرایی که متعین در ابزارها و اهداف مشخصی است، از عبارت «پیامدگرایی» استفاده می‌شود که نظر بر توسعه قلمرو مصداقی آن دارد (همان، ۱۱۵). پیامدگرایی، مشروعیت مجازات را در گرو پیامدهای مطلوب آن می‌داند و به دو گروه افراطی و تعدیل‌شده تقسیم می‌شود. گونه افراطی، جلب منفعت مورد نظر را تنها دلیل توجیه‌کننده مجازات می‌داند و رویکرد متعادل، استحقاق را قیدی برای دستیابی به منافع تعریف‌شده می‌داند (همان: ۱۵).

ب) مهندسی اجتماعی پاندا

روسکو پاندا، حقوق را به اجتماعی تشبیه می‌کند که بین منافع و گرایش‌های مختلف تعادل برقرار می‌سازد و در صدد حداکثر کردن بهره‌وری جامعه است (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۲۳/۲۴). برای پی بردن به ماهیت حقوق باید دید که حقوق به چه کار می‌آید و قواعد آن چه وظیفه‌ای دارند و از این ایده به «مهندسی اجتماعی» تعبیر می‌کند. وظیفه علم حقوق است که تعیین کند کدام منفعت باید فدای مصالح دیگر شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۸۳). حقوق، وسیله بازرسی اجتماعی است و همگام با جامعه تحول می‌یابد (همان:

۱. Utilitarianism: سودمندگرایی، اعتقاد به اینکه نیکی یا بدی هر چیز بسته به درجه سودمندی آن برای عامه مردم است. بر اساس این مکتب معیار سنجش همه چیز حداکثر خوبی و فایده برای حداکثر اشخاص است.

۴۸۶-۴۸۸). ایده و تفکر پاندهام‌بخش واقع‌گرایان حقوقی است (همان: ۱۸۴).

ج) واقع‌گرایی حقوقی

واقع‌گرایی حقوقی باید به عنوان گرایش عملی به حقوق تلقی شود (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۲۳/۲۷). از نظر آن‌ها حقوق امری ساختنی است، نه یافتنی. بنیان‌گذار واقع‌گرایی حقوقی «اولیور وندل هومز»، حقوق را وسیله‌ای برای نیل به اهداف اجتماعی می‌دانست و معتقد بود که قضات باید با جنبه‌های تاریخی، اجتماعی و اقتصادی حقوق آشنا باشند (همان: ش ۲۳/۲۳-۲۲). به نظر وی از دید متهم به عنوان یک «انسان بد» حقوق چیزی جز این نیست که بداند احتمالاً دادگاه‌ها در عمل چه تصمیمی خواهند گرفت. از دید این فرد، تعریف متخصصان از حقوق، هیچ ارزشی ندارد (کلی، ۱۳۸۲: ۵۳۰). او اعلام می‌دارد: قطعاً اعتقاد دارم که دادرسان ایجاد حقوق می‌کنند و باید نیز چنین کنند. مقصود من از حقوق فقط پیش‌بینی آرای است که دادگاه‌ها در وقایع خارجی صادر خواهند کرد.

این تعریف محدود حقوق، مانع نشده است که هومز شیوه کار دادگاه‌ها و تعلیمات حقوقی را به باد نکوهش گیرد و نقش قواعد حقوقی را به عنوان وسیله رفع نیازهای عمومی به یاد داشته باشد. در این مرحله است که نفوذ پراگماتیسم در هومز، او را در زمره پیروان «مصلحت‌گرایی» می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۷۹-۱۸۰). براین لیتز، مدعای اصلی واقع‌گرایی را این می‌داند که قضات در تصمیم‌گیری، ابتدا به انگیزه‌های برخاسته از حقایق پرونده و نه به استدلال و قواعد حقوقی پاسخ می‌دهند (Leiter, 2002: 6).

کاردوزا با نشان دادن اتکای قضات به ملاحظات اجتماعی و سیاست عمومی برای حل تعارض در قواعد حقوقی، همچون هومز معتقد بود که «حیات حقوق نه مبتنی بر منطق، بلکه مبتنی بر تجربه بوده است» (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۲۳/۲۳). هرچند ریچارد پاسنر عقیده دارد عمل‌گرایی حقوقی، «هم با واقع‌گرایی حقوقی و هم با مطالعات انتقادی حقوق متفاوت است»، گرچه ریشه در آن‌ها دارد (Posner, 2003: 60). هومز، جایگاه ویژه‌ای در بین تحلیل‌گران اقتصادی حقوق دارد و مکرر به این عبارت او استناد می‌شود:

برای امروز، مطالعه عقلانی حقوق می‌تواند توسط مردان متکی بر کتاب و نوشته باشد، ولی برای فردا مردان متکی بر آمار متخصصان اقتصاد خواهند بود (بابایی، ۱۳۸۶: ۲۳/۲۸).

مبحث دوم: اندیشه چپ‌گرا

نماد اندیشه چپ‌گرا «جنبش مطالعات انتقادی حقوقی» است. در دهه هفتاد میلادی، جنبش مزبور با نقد دیدگاه‌های کلی درباره قانون و نهادهای حقوقی آغاز شد و هدف آن تحول بنیادین جامعه بود (آلمن، ۱۳۸۵: ۴۸۰). «به گفته آنگر^۱ دو دغدغه شاکله اصلی این جنبش را سامان می‌دهد: نخست نقد شکل‌گرایی و عینیت‌گرایی ادعایی نظام حقوقی لیبرال؛ دوم، استفاده ابزاری از عمل و دکتترین حقوقی برای پیشبرد اهداف چپ‌گرایانه» (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۳). طرف‌داران این جنبش، برای حقوق و آرای قضایی که حقوق را از سیاست جدا می‌سازد، ویژگی خاصی قائل نیستند. حقوق را همان سیاست در لباسی دیگر می‌دانند که ادعای آن بر مبنای عینیت، واقعیت ندارد (کلی، ۱۳۸۲: ۶۲۴)، «بدین سان نقد جنبش تنها به قانون همچون امری انتزاعی معطوف نیست؛ بلکه نهادهای قضایی و اجرایی مرتبط با قانون را هم در بر می‌گیرد» (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۳). طرف‌داران این جنبش می‌گویند هیچ زیرمجموعه جداگانه‌ای در استدلال عملی وجود ندارد که از نظر قانونی بتوان آن را استدلال حقوقی دانست. نوع استدلال عملی قضات و وکلا، هیچ تفاوتی با استدلال افراد دیگر به هنگام تصمیم‌گیری اخلاقی یا سیاسی ندارد (آلمن، ۱۳۸۵: ۴۸۳). پاسنر هم در این زمینه می‌گوید:

هیچ رویه تحلیلی و کلی، استدلال حقوقی را از سایر استدلال‌ات عملی متمایز نمی‌کند.

عمل‌گرایی حقوقی مکملی برای صورت‌گرایی نبوده، موافق مفهوم سوفسطایی و ارسطویی علم خطابه و فن بیان، شیوه‌ای از استدلال است (Posner, 2003: 60). البته پاسنر، این دو رویکرد را متفاوت از هم می‌داند.

مبحث سوم: کاربست اندیشه‌های دو جناح در عمل‌گرایی حقوقی

در آمریکا، مکتب شیکاگو مهد تولد و رشد تحلیل اقتصادی حقوق بوده است. قاضی پاسنر، بارزترین متفکر این مکتب، ضمن تحلیل ابعاد مختلف حقوق عرفی، کارایی اقتصادی این سیستم و راه‌های نیل به آن را بر اساس معیار حداکثرسازی ثروت تبیین می‌نماید (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۴۶/۲۳).

1. Roberto Mangaberia Unger.

الف) از عمل‌گرایی فلسفی تا عمل‌گرایی حقوقی

عمل‌گرایی بیش از آنکه قالبی از یک نظریه باشد، یک سلوک اخلاقی است. مدل فلسفی عمل‌گرایی به وسیله فلاسفه طرف‌دار حکمت سقراط شروع شد. عمل‌گرایان تردید ندارند که حقیقت و اشتباه با تأکید بر نتایج و پیامدها، به گزاره‌ها نسبت داده می‌شوند؛ بدین معنا که یک گزاره در صورتی حقیقت دارد که پیامدهای احتمالی یا قابل انتظار آن، در عالم خارج واقع شود؛ برای مثال گزاره «باران می‌بارد» وقتی حقیقت دارد که من بدون یک چتر از منزل بیرون بروم و خیس شوم. پاسنر عمل‌گرایی حقوقی را چنین تعریف می‌کند:

گرایش به بنا نهادن رویه قضایی بر واقعیت‌ها و دستاوردها، نه بر تصورات ذهنی و اصول کلی. عمل‌گرایی حقوقی یک عبارت موهوم دربارهٔ قضاوت‌های موردی نیست؛ مفهومی است دربرگیرنده بررسی نتایج سیستماتیک (و نه فقط نتایج خاص) پرونده‌ای معین (Posner, 2003: 59).

معیار کلی قضاوت عمل‌گرایانه، معقولیت است. بنابراین با وجود تأکید بر پیامدها، عمل‌گرایی حقوقی نوعی از پیامدگرایی نیست؛ زیرا بر خلاف عقیده فایده‌گرایان، مفید بودن نتیجه لازم است، اما کافی نیست، نتیجه باید معقول هم باشد. عمل‌گرایی حقوقی تجربه‌گراست و رویکردی رو به جلو و آینده دارد. توجه به پیروی از تصمیم‌های قضایی گذشته، بیشتر یک شرط ضروری است تا یک تکلیف اخلاقی (Ibid.: 60).

به نظر پاسنر، عمل‌گرایی «عادماً قاضی را مکلف می‌کند که با مقررات و رویه قضایی به عنوان مهم‌ترین منابع اولیهٔ تصمیم‌های قضایی روبه‌رو شود؛ زیرا منابع مزبور، هنگام طرح دعوی حقوقی، تکیه‌گاه افراد جامعه برای احقاق حق خود توسط قضات می‌باشند» (Somin, 2004: 5). وی با اتخاذ موضع هومز (فرد بد) حقوق را تعریف می‌کند و عبارت مشهور هومز مبنی بر حیات تجربی حقوق را شعار عمل‌گرایی حقوقی می‌داند (Posner, 2003: 57).

ب) از عمل‌گرایی حقوقی تا تحلیل اقتصادی حقوق کیفری

پاسنر، عمل‌گرایی حقوقی را به خاطر داشتن جامعهٔ پرسرعت، رقابتی، آینده‌نگر، اقتصادی و مادی‌گرا، مختص جامعهٔ سرمایه‌داری می‌داند. بنابراین مهد تحلیل اقتصادی

حقوق نیز چنین جامعه‌ای است (کاویانی، ۱۳۸۶: ش ۶۳-۶۲/۲۳؛ بابایی، ۱۳۸۶: ش ۱۸/۲۳). این رویکرد جدید با مقاله گری بکر تحت عنوان «جرایم و مجازات‌ها با نگرش اقتصادی» در سال ۱۹۶۸ مطرح شد (بابایی، ۱۳۹۱: ش ۸۱/۹۴). تبادل آرای پاسنر با بکر در وبلاگی به نام هر دو^۱ هنوز در کانون توجهات قرار دارد. به نظر پاسنر، مهم‌ترین کارکرد حقوق کیفری در جامعه سرمایه‌داری، بازداشتن مردم از تجاوز به سیستم مبادله‌ی ارادی و معاوضه‌ای است (Posner, 1985: 105). نظریه‌های فلسفی، نه تنها ارتباط اندکی با زندگی اقتصادی دارند، بلکه با دور کردن منابع [اقتصادی] و توجه افراد از بازار، مانع آن نیز هستند (Posner, 2003: 3).

ج) تحلیل اقتصادی حقوق در ارتباط با اندیشه‌های فوق

ارتباط این رویکرد با سودانگاری کلاسیک، به تلاش برای یافتن ضابطه علمی و دقیق از فرمول مبهم «بالاترین خوشبختی برای بیشترین تعداد» برمی‌گردد (کلی، ۱۳۸۲: ۶۳۰). در مکتب فایده‌گرایی که الهام‌بخش اقتصاد کلاسیک شناخته می‌شود، آنچه اهمیت دارد، افزایش برآیند لذت در جامعه است. اقتصادی که بر پایه مکتب فایده‌گرایی بنا شده است، بدون توجه به ارزش‌ها در پی حداکثر کردن مطلوب عموم افراد جامعه می‌باشد. در توضیح ارتباط این رویکرد با مهندسی اجتماعی پاندمی توان گفت: بسیاری از آموزه‌ها و نهادهای نظام حقوقی به بهترین وجه به عنوان تلاش برای بهبود روند تخصیص منابع به نحو کارآمد، قابل درک و تبیین هستند. تعجب‌آور نخواهد بود اگر دریابیم که آموزه‌های حقوقی بر حرکت‌های ضعیف به سوی کارآمدی استوارند (همان: ۶۳۱).

پاسنر در ارتباط با واقع‌گرایی حقوقی نیز می‌افزاید:

بی‌شک بیشتر قضات و وکلای می‌پندارند که چراغ راهنمای تصمیم‌ها در حقوق عرفی باید احساس شهودی درباره عدالت یا معقولیت یا سودانگاری غیر رسمی باشد (همان: ۶۳۲).

در هر حال، پاسنر به نظریه فایده‌گرایی و اقتصاد مبتنی بر آن انتقادهای جدی وارد می‌کند و هدف حقوق را حداکثر کردن ثروت به جای حداکثر کردن لذت و مطلوب

1. <<http://www.becker-posner-blog.com/>>.

می‌شمارد. طبق این معیار، به جای «مطلوب» که مفهومی مبهم و غیر قابل اندازه‌گیری است، باید از ارزش و بهای مطلوب استفاده شود. ارزش در نظر پاسنر، «تمایل به پرداخت بهای چیزی است» (Posner, 1985: 1196). بنابراین مشکل عدم امکان مقایسه بین مطلوبیت نیز از بین خواهد رفت و هدف حداکثر کردن کارایی به حداکثر کردن ثروت در جامعه تغییر شکل خواهد داد (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۴۴/۲۳). هرچند منتقدان اظهار می‌دارند که مشخص نیست چرا حداکثرسازی ثروت، مطلوب جامعه است، چنین اذعان دارند: با وجود انتقادهای اولیه، امروزه در مباحث تحلیل اقتصادی حقوق، عمدتاً بر معیار ثروت تکیه می‌شود و تحلیل آثار حقوق بر میزان کارایی در جامعه، بر اساس میزان افزایش ثروت و نه مطلق مطلوبیت صورت می‌گیرد (همان: ش ۴۵/۲۳).

د) تفاوت تحلیل حقوقی اقتصاد با تحلیل اقتصادی حقوق

رابطه حقوق و اقتصاد از دو قرن پیش مورد توجه اقتصاددانان قرار گرفت، ولی تحلیل اقتصادی حقوق، بیش از دو دهه قدمت ندارد (همان: ش ۱۵/۲۳). اما ما می‌خواهیم حقوق را از دید اقتصادی تحلیل کنیم یا اقتصاد را از نگاه حقوقی؟ تحلیل حقوقی اقتصاد بدین معناست که ما آثار، ابزارها، قواعد، روش‌ها یا حتی راهبردهای اقتصادی را با در نظر گرفتن اصول و قواعد حقوقی تحلیل و تفسیر کنیم (حاجیانی، ۱۳۹۱). این رویکرد قدیمی بر این تصور استوار است که با توجه به محدودیت منابع اقتصادی، نظام اقتصادی و بازار و توزیع قدرت و ثروت و فرصت‌ها بر اساس سیستم حقوقی اداره می‌شود (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۱۶/۲۳)، اما در تحلیل اقتصادی حقوق، نتیجه و مطلوبی را که از نهادهای حقوقی انتظار داریم، بر اساس مطلوب اقتصادی خواستار می‌شویم. در واقع، آثاری برای اعمال حقوقی در نظر می‌گیریم که از حیث اقتصادی توجیه‌پذیر باشند (حاجیانی، ۱۳۹۱). «تحلیل اقتصادی حقوق عبارت از به کارگیری نظریه‌های اقتصادی، خاصه نظریه کارایی، به عنوان مبنای قواعد حقوقی، به منظور ارزیابی این قواعد و عندالزوم اصلاح آن‌هاست» (کاوپانی، ۱۳۸۶: ش ۷۲/۲۳). بنابراین، تحلیل اقتصادی نوین راجع به اعمال تئوری اقتصادی برای تحلیل نحوه رفتار افراد در زمینه روابط حقوقی است و ارتباط چندانی با مبانی حقوقی سیستم اقتصادی ندارد. اما حقوق و اقتصاد جدید، در واقع ورود منطقی و روش اقتصاد در حقوق است (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۱۸/۲۳).

مبحث چهارم: اوصاف خاص تحلیل اقتصادی حقوق

الف) ادعاهای دوگانه

ادعاهای مکتب حقوق و اقتصاد دوگانه است: اثباتی و هنجاری. در بُعد اثباتی یا توصیفی، این مکتب ادعا می‌کند که با دقت عملکرد قضات حقوق عرفی درمی‌یابیم که آنان قواعدی را می‌ساختند که به بهترین وجه حداکثرسازی ثروت را دنبال می‌نمود (کلی، ۱۳۸۲: ۶۳۱). «بُعد هنجاری یا دستوری» حقوق و اقتصاد اساساً به این پیشنهاد ختم می‌شود که قانون‌گذاری باید به «حداکثرسازی ثروت» منتهی شود. به دیگر سخن، نظریه حقوق و اقتصاد با آگاهی از عملکرد واقعی قضات، به گزاره «بایدانگار» منتقل می‌شود که قانون‌گذار نیز باید همین‌گونه عمل کند (همان: ۶۳۴).

پاسنر، در تبیین ابعاد مختلف حقوق عرفی آمریکا از زاویه کارایی عمومی این سیستم در بُعد اقتصادی می‌گوید:

وقتی هزینه‌های معاملاتی کم باشد، بازار به معنای واقعی کلمه، بهترین ابزار برای توزیع و تخصیص منابع است؛ در نتیجه تلاش برای حذف بازار، توسط یک سیستم حقوقی متمایل به گسترش کارایی تشویق نمی‌شود (Posner, 1985: 1195-1196).

هر معامله هنگامی انجام می‌شود که شخصی که دارای امر مطلوبی است، آن را کمتر از شخص دیگری که خواهان آن است، ارزیابی کند. کسی که ارزش مطلوب، نزد او بیشتر است، حاضر به خرید و پرداخت به مالک فعلی آن مطلوب می‌شود و بدین ترتیب جریان معامله به این امر می‌انجامد که مطلوب مورد نظر در دست کسی قرار گیرد که آن را بیش از بقیه ارزیابی می‌کند و حاضر به پرداخت بهای آن است. به این شکل جامعه در موقعیت حداکثرسازی ثروت و بالاترین سطح کارایی اقتصادی قرار می‌گیرد. هدف حقوق حداکثر کردن کارایی به معنای حداکثر کردن ثروت است و باید باشد. پاسنر و هم‌فکران او معتقدند که این نگاه به حقوق و روابط اقتصادی و اجتماعی کاملاً منطبق بر عدالت است و با مبانی اعتقادات لیبرالی کانتی نیز کاملاً انطباق دارد (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۴۸/۲۳).

در بُعد توصیفی، هدف آن «هست» که منابع محدود، به بهترین وجه ممکن بین همه انسان‌ها برای تأمین حداکثر ممکن خواسته‌های همگان تقسیم شود. اما در صورت نقض

چنین عدالتی و در بُعد هنجاری، هدف آن «باید باشد» تا تقسیم منابع محدود به حالت عادلانه خود بازگردد. این گذار «از هست به باید» در حقوق را باید از گذار «هست به باید» در اقتصاد جست. «آنچه که هست، عبارت است از کارایی در دنیای فرضی رقابت ناب و آنچه که باید باشد، نیل به کارایی در دنیای واقعی است» (کاویانی، ۱۳۸۶: ش ۷۱/۲۳).

ب) معیار ارزیابی

در حقوق سنتی، مبنای ارزیابی قواعد حقوقی عدالت است. قاعده حقوقی باید عادلانه باشد (همان: ۷۰)، اما عدالت امری مبهم است و از دیدگاه اقتصادی، دادگاه باید بررسی کند که کدام طرف قرارداد می‌توانست با هزینه کمتری مانع بروز زیان شود. «سخن تحلیل‌گران اقتصادی حقوق آن است که کارایی در اقتصاد هدفی است که در حقوق نیز باید تعقیب شود. قواعد حقوقی نباید مانع کارایی باشند، بلکه باید به تحقق این هدف یاری رسانند» (همان: ۷۲). این خواسته را می‌توان در تقسیم دوگانه عدالت در افکار ارسطو یافت: عدالت توزیعی و عدالت اصلاحی. عدالت توزیعی در مورد توزیع امتیازات، ثروت و هرگونه دارایی قابل تقسیم در جامعه به کار می‌رود که ممکن است به طور برابر یا نابرابر میان اعضای جامعه توزیع گردد. از سوی دیگر، عدالت اصلاحی، عدالت تقنینی نیست و می‌توان آن را عدالت قضایی یا عدالت دادگاه‌ها نامید. عدالت اصلاحی، بازگرداندن توازن عادلانه‌ای است که پیش از این موجود بوده است (کلی، ۱۳۸۲: ۶۷-۶۸).

بخش دوم: تحلیل اقتصادی حقوق کیفری در عمل

حقوق کیفری درباره سه محور کلی جرم، مسئولیت کیفری و مجازات بحث می‌کند. از دید اقتصادی، این سه محور به عنوان «نظریه کلی تضمین حقوق عمومی» مورد بحث قرار می‌گیرند. مراد از چنین نظریه‌ای، «استفاده از عوامل تضمین حقوق عمومی از جمله پلیس، بازرسان مالیاتی و مجموعه ضابطان قانونی، به منظور تضمین قواعد حقوقی است». تأکید عمده تضمین حقوق عمومی بر نظارت و کنترل رفتار مضر یا بالقوه مضر است (شاول، ۱۳۸۸: ۵۵۰). پاسنر، آغاز تحلیل اقتصادی حقوق کیفری را به فعالیت‌های بکاریا و بنتام و احیای آن را به انتشار مقاله گری بیکر، درباره «جرم و

مجازات» در سال ۱۹۶۸ منتسب می‌نماید. وی معتقد است که در عرصه مبادله بهینه، میان شدت و قطعیت مجازات و آثار بازدارنده و پیشگیرانه مجازات کیفری، مباحث کافی طرح شده است، اما درباره نظریه‌ها و مفاهیم ماهوی حقوق کیفری تألیفات اقتصادی اندکی وجود دارد (Posner, 1985: 1193). نظریه‌های ماهوی حقوق کیفری می‌توانند دارای معانی اقتصادی باشند، لکن اذعان می‌دارد:

مطمئناً انتظار ندارم که هر قاعده‌ای در حقوق کیفری کارآمد باشد یا اینکه کارایی تنها ارزش اجتماعی بوده یا باید باشد که ضرورت دارد توسط قانون‌گذار و دادگاه‌ها در وضع و تفسیر قواعد حقوق کیفری مورد ملاحظه قرار گیرد (Ibid.: 1194).

در واقع پاسنر ادعای کامل و جایگزین بودن نظریه اقتصادی خود در حقوق کیفری همانند نظریه عمل‌گرایی حقوقی را ندارد. لکن الیزابت کرک، همین امر را نقصی برای این رویکرد تحلیلی می‌داند (Krecké, 2012: 15).

مبحث اول: معیار اقتصادی جرم‌انگاری

در نگرش اقتصادی، جرم شناختن اعمال باید به گونه‌ای باشد که از لحاظ اقتصادی کارآمد بوده و رفاه اجتماعی را افزایش دهد. از این منظر، هدف حقوق کیفری کاهش هزینه‌های جرم و یافتن پاسخ این پرسش است که مجازات از لحاظ اقتصادی چه نفعی برای جامعه دارد (بابایی، ۱۳۹۱: ش ۸۲/۹۴). بنابراین قانون‌گذار در جرم‌انگاری باید به نکات زیر توجه نماید:

الف) توجه به معیار مفید بودن

در سال ۱۸۵۹ استوارت میل با انتشار مقاله‌ای درباره آزادی، در فلسفه و اقتصاد شهرت یافت (کلی، ۱۳۸۲: ۴۹۴). او در مقدمه مقاله‌اش می‌گوید:

به لحاظ قانونی نمی‌توان فردی را مجبور به انجام یا خودداری از انجام کاری کرد، به این دلیل که برای او بهتر است که چنین کند... برای توجیه چنین اجبار یا مجازاتی باید عملی را منع کنیم که به دیگری صدمه وارد می‌آورد. شخص تنها در مورد آن بخش از عمل خود که متوجه دیگران است، در برابر جامعه مسئول است. در بخشی که آثار فعل صرفاً متوجه خود اوست، استقلال او به حق مطلق است (همان: ۴۹۵-۴۹۶).

تحلیل گران اقتصادی حقوق، همین استدلال میل را پذیرفته و توسعه داده‌اند. به نظر آن‌ها اگر معیار ارزیابی حقوق و قواعد حقوقی، کارایی باشد، این معیار باید در وهله نخست در وضع مجازات از سوی قانون‌گذار مد نظر قرار گیرد. از این رو، بسیاری از جرم‌انگاری‌ها می‌تواند یا باید به جرم‌زدایی منتهی شود. پاسنر مدعی است که سعی در استنتاج ممنوعیت‌های بنیادین کیفری از مفهوم کارایی دارد. وی بر این باور است که آنچه ممنوع است، دسته‌ای از اقدامات غیر مفید است (Posner, 1985: 1196). در این ارتباط، جرم‌انگاری تحصیل مال مسروقه را به عنوان مثال بیان می‌کند. برخی نویسندگان معتقدند که خریدار با حسن نیت مال مسروقه، مالک آن نمی‌شود، اما برخی سیستم‌های حقوقی، خریدار را مالک می‌شناسد. حال اگر ملاک ما کارایی باشد، دو هزینه باید با یکدیگر مقایسه شوند؛ هزینه‌ای که مالباخته می‌توانست با پرداخت آن از وقوع سرقت جلوگیری کند یا در صورت وقوع، دیگران را از مسروقه بودن آگاه سازد و هزینه‌ای که خریدار می‌توانست با صرف آن از مسروقه بودن مال آگاهی حاصل کند.

اگر این دو هزینه را به ترتیب C1 و C2 بنامیم، دو فرضیه زیر طرح می‌شوند:
 اگر C1 کوچک‌تر از C2 باشد ($C1 < C2$)، هدف کارایی حکم می‌کند که خریدار با حسن نیت به زیان مالک اصلی، مالک شناخته شود. در نتیجه نمی‌توان اقدام وی را جرم دانست. اگر C2 کوچک‌تر از C1 باشد ($C1 > C2$)، هدف کارایی حکم می‌کند که مالکیت مالک اصلی به زیان خریدار با حسن نیت باقی بماند. در نتیجه اقدام خریدار جرم خواهد بود (کاوپانی، ۱۳۸۶: ش ۷۸/۲۳). اهمیت این نکته در نظام کیفری ما وقتی بیشتر آشکار می‌شود که با نگاهی به رسانه‌های جمعی دریابیم که سرقت^۱ دارای بالاترین آمار در میان جرایم ارتكابی است.

ب) معیار کارایی در جرم‌انگاری شروع به جرم

برای اقتصادی کردن مجازات‌های هزینه‌بر برای جرایم تام، شروع به جرم نیز باید در سطحی کمتر از جرم تام، مجازات شود. پاسنر با بیان مثالی از شروع به سرقت و بیان دو

1. C.f: <<http://fararu.com/fa/news/145671/10>> & <<http://zolalnews.ir/contents/view/one-eight-six-two-eight.aspx>> .

فرمول اقتصادی، لزوم جرم‌انگاری شروع به جرم و کمتر بودن مجازات آن نسبت به جرم تام را بیان می‌کند (Posner, 1985: 1195). در فرمول اول، درآمد خالص احتمالی ناشی از برخی جرایم در فرض عدم جرم‌انگاری شروع به جرم، تفاوت میان سود احتمالی ناشی از جرم که محصول فرعی آن منفعت است اگر جرم موفق باشد، (G) و احتمال موفقیت (Ps) و هزینه‌های احتمالی مجازات (Ppf) می‌باشد. اگر شروع به جرم شکست بخورد، هیچ سودی در کار نخواهد بود، اما هیچ هزینه‌ای (مجازاتی) هم نخواهد داشت (Ibid.: 1217). معادله به این صورت خواهد بود: فرمول اول: $E(I) = Ps \cdot G - Ppf$ درآمد خالص احتمالی [E(I)] برابر است با احتمال موفقیت در جرم [Ps] ضرب در سود ناشی از آن [G] منهای هزینه‌های احتمالی مجازات [Ppf]. در این معادله چون هزینه احتمالی مجازات به خاطر عدم جرم‌انگاری آن برابر با صفر است، در واقع معادله این‌گونه خواهد بود: $E(I) = Ps \cdot G - 0$. در نتیجه معادله نهایی برابر است با $E(I) = Ps \cdot G$ اما اگر تصور شود که شروع به جرم ناموفق مجازاتی به میزان Fa داشته باشد، به احتمالی (هزینه احتمالی مجازات برای شروع به جرم) به میزان Ppa تحمیل شود. حال سود خالص احتمالی بزهکار در آینده از دست خواهد رفت (Ibid.).

فرمول دوم: $E(I) = Ps \cdot G - Ppf - (1 - Ps) \cdot Ppa$ درآمد خالص احتمالی [E(I)] برابر است با احتمال موفقیت در جرم [Ps] ضرب در سود ناشی از آن [G] منهای هزینه‌های احتمالی مجازات [Ppf] (یک منهای احتمال موفقیت) منهای احتمال تحمیل محکومیت [Ppa] ضرب در میزان مجازات شروع به جرم [fa]. در معادله اول برای محاسبه درآمد احتمالی ناشی از جرم، به محاسبه هیچ چیز جز احتمال موفقیت در اتمام جرم نیاز نیست. اما در این معادله باید در محاسبه سود محتمل، احتمال عدم موفقیت و در نتیجه دستگیری و محکومیت و میزان مجازات را به حساب آورد.

این، راهی برای افزایش هزینه‌های احتمالی مجازات بدون تشدید مجازات جرم تام است. از این جهت پاسنر مجازات شروع به جرم را کارآمد می‌داند. لکن وی عقیده دارد به دو دلیل اقتصادی، مجازات شروع به سرقت نباید به شدت مجازات جرم تام سرقت باشد: یکی، دادن انگیزه به بزهکار برای تغییر دادن خواست خود در آخرین

لحظه و دیگری، به حداقل رساندن هزینه‌های اشتباهات قضایی (Ibid.). اندرو اشورت حقوق‌دان کلاسیک که تألیفات متعددی درباره تعیین مجازات دارد، صحت این ادعای پاسنر را مبنی بر اینکه «یکی از اصول تعیین مجازات که دادگاه کیفری استیناف بنا نهاد، این است که حداکثر مجازات قانونی باید برای بدترین پرونده ممکن تعیین شود»، تأیید می‌کند (Ashworth, 2005: 52).

ج) معیار کارایی در جرم‌انگاری جرایم علیه اموال

هرچند پاسنر، تقسیم دوگانه بین جرایم اکتسابی و جرایم احساسی را گزاف می‌داند، معتقد است که رویکرد کنار نهادن بازار، یک مبنای اقتصادی درست برای ممنوع کردن سرقت و سایر جرایم اکتسابی ارائه می‌دهد. جرایم اکتسابی نقض قواعد آشکار بازار و جرایم احساسی نقض قواعد ضمنی بازار است. کسی که وقت خود را بیشتر با جدال می‌گذراند تا با کار کردن، در حال نقض قواعد آشکار بازار است. مجرمی که مثلاً وقت خود را بیشتر صرف اهانت تا احترام می‌کند، در حال نقض قواعد ضمنی بازار است. نکته اساسی در هر دو مورد این است که او خشنودی خویش از زندگی را نه از اقداماتی که در مقابله با منافع دیگر مردمان است، بلکه از هزینه منابع صرفه‌جویی شده از این طریق در سایر موارد انتقال ارادی در بازار به دست می‌آورد. اگر کسی خودرویی را بدزدد، معمولاً بدین خاطر نیست که او خودرو را خواسته و می‌باید آن را بخرد، بلکه حقوق کیفری او را از سرقت باز داشته بود. پس او آن را دزدید تا در خرید سایر کالاها و خدمات از دیگر مردمان، به آن‌ها پول پرداخت کند. مبادله بازاری که او آن را کنار نهاد، مصرف نیروی کار خود برای دریافت دستمزد در شغلی قانونی بود. اما با این حال، باز هم این کار، کنار نهادن بازار است (Posner, 1985: 1196-1197).

د) معیار کارایی در جرم‌انگاری جرایم غیر مالی

پاسنر در خصوص جرایم غیر مالی به بزه جعل اسکناس اشاره می‌کند. وی جعل پول را نوعی دزدی به وسیله تظاهر متقلبانه می‌داند؛ تظاهر متقلبانه به اینکه پرداخت‌کننده واقعاً در حال پرداخت است. بزه‌دیده هر کسی است که پول را در اختیار دارد، وقتی که ثابت شود آن پرداخت جعلی بوده است. بزه‌دیده جرم جعل اسکناس رایج کشف‌نشده

هم همه کسانی هستند که در اثر تورم ناشی از افزایش میزان پول رایج در گردش، قیمت بالاتری می‌پردازند (Ibid.: 1198). بنابراین پاسنر با معیار اقتصادی کارایی، بر لزوم جرم‌انگاری چنین رفتاری تأکید کرده و معتقد است:

حتی اگر جعل پول رایج یک جرم نباشد، پول جعلی از نظر قانونی پول قابل قبولی نیست. اگر چنین باشد، انگیزه‌های کار و صرفه‌جویی به طور کلی کاهش خواهد یافت. هر کسی که خواهان چیزی باشد، به راحتی مقداری اسکناس چاپ می‌کند و چیزی را که می‌خواهد، می‌خرد (Ibid.).

ه) معیار کارایی و لزوم توجه به خواست و فعل ارادی مرتکب

تحلیل متعارف تحمیل مسئولیت کیفری بر فعل ارادی آن است که عمل غیر ارادی، از نظر اخلاقی استحقاق سرزنش ندارد. اما می‌توان گفت که این شرط در تعریف جرم، یک اصل عقلایی اقتصادی را در بر دارد؛ مجرم باید میان فعل و ترک آن، قدرت انتخاب داشته باشد. از آنجا که قانون جزا در صدد هدایت رفتار بشری از طریق تحمیل هزینه بر انواع معینی از فعالیت‌هاست، وضع مجازات بر فعالیت‌های تحقق‌نیافته یا غیر ارادی ناکارآمد است (هیرش، ۱۳۸۲: ش ۱۴۱/۳۶).

از دیدگاه پاسنر، شاید قصد مجرمانه تنها عبارتی باشد که عوام برای توصیف یک انتقال اجباری محض به کار می‌برند. ولی باید در تمیز قصد از علم، دقیق باشیم؛ چراکه ممکن است به اشتباه تصور کنیم که مدیران شرکت راه آهن، قاتلان عمدی هستند؛ زیرا آن‌ها با اطمینان کافی اطلاع دارند که قطارها تعدادی از مردم را در تقاطع‌های راه آهن زیر خواهند گرفت. آن‌ها می‌دانند، اما هیچ سودی از کشتن نمی‌برند. قصد مجرمانه، قصد وقوع یا انجام یک امر ممنوع با صرف هزینه در به دست آوردن آن می‌باشد (Posner, 1985: 1221). در نتیجه، قصد مدیران راه آهن مجرمانه نیست، بلکه قصد صرفه‌جویی در هزینه‌هایی را دارند که برای پیشگیری از کشته شدن افراد باید مصرف کنند، اما چنین کاری نمی‌کنند تا سود بیشتری ببرند، نه اینکه مردم کشته شوند. هدف نظام عدالت کیفری و مجازات‌های آن، ایجاد الگوی هزینه‌هاست که انگیزه‌هایی علیه افعال مجرمانه بیافریند (هیرش، ۱۳۸۲: ش ۱۴۱/۳۶). بنابراین در اعمال غیر ارادی، چون مجازات تأثیر بازدارنده ندارد، جرم‌انگاری آن ناکارآمد خواهد بود.

مبحث دوم: رویکرد اقتصادی به تعیین مسئولیت کیفری

در حقوق، افراد به این معنا عاقل فرض می‌شوند که بر اساس هنجارها و سنت‌های جامعه، آن‌چنان که در قواعد حقوقی منعکس شده، رفتار می‌کنند. ولی تحلیل اقتصادی حقوق، قواعد حقوقی را به عنوان انگیزه‌های رفتاری لحاظ می‌کند که افراد با لحاظ آن‌ها در پی حداکثر کردن منافع خود هستند (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۱۷/۲۳). تحلیل‌گران اقتصادی حقوق، معیار «انسان متعارف» را که معیار غالب حقوقی برای تعیین حدود مسئولیت طرفین پرونده است، فاقد کارایی و مردود می‌دانند. اقتصاد معیار دقیق‌تر «انسان منطقی» را ارائه می‌کند. برای فهم بهتر، این موضوع را در پرونده‌های حوادث منتهی به قتل یا صدمه غیر عمدی بررسی می‌کنیم.

الف) تعیین مسئولیت کیفری بر اساس معیار کارایی

طبق این رویکرد، در صورت وقوع صدمه جسمانی غیر عمدی، برای احراز مسئولیت مرتکب و میزان آن، نباید اقدام به مقایسه رفتار مرتکب با رفتار شخص متعارف در همان اوضاع و احوال وقوع جرم نمود، بلکه باید هزینه‌ای را که هر کدام از طرفین می‌توانست یا می‌بایست برای جلوگیری از وقوع جرم متحمل آن می‌شد، با هزینه ناشی از جرم به وقوع پیوسته سنجید. انسان منطقی در مفهوم اقتصادی می‌کوشد تا برای جلوگیری از اضرار به غیر، متحمل هزینه‌ای بیش از زیانی که به غیر وارد می‌شود، نگردد تا در صورت اضرار، جبران زیان از سوی مرتکب یا تحمل زیان از سوی بزه‌دیده، پرهزینه‌تر از اقدام آن‌ها به جلوگیری از ایراد صدمه نشود. در نتیجه قاضی به جای تعیین میزان تقصیر طرفین در وقوع حادثه بر اساس رفتار انسان متعارف، تلاش می‌کند تا دریابد که کدام یک با هزینه کمتر قادر به پیشگیری از بروز صدمه بوده است؛ زیرا انسان منطقی از بیم احتمال اندک تصادف، خود را از سود حاصل از رانندگی محروم نمی‌کند. عکس آن هم صادق است، انسان منطقی برای پیشگیری از ضرر صد و یک واحدی دست به هزینه‌ای معادل صد واحد می‌زند؛ چون یک واحد سود می‌برد. اما انسان متعارف نه از پرداخت آن صد و یک واحد خسارت احتمالی بیمناک است، نه به خاطر یک واحد کمتر، دست به هزینه‌ای صد واحدی خواهد زد و در هر دو حالت، رفتار

وی از دید اقتصادی غیر منطقی است (کاویانی، ۱۳۸۶: ش ۲۳/۸۰-۸۱).

ب) عوامل رافع مسئولیت کیفری

۱- قاعدهٔ اکراه

به استثنای قتل عمدِ فرد ثالثِ بی‌گناه، به فرد گرفتار در وضعیت اضطراری تهدید به مرگِ قریب‌الوقوع یا ضرر شدید جسمی، اجازه داده می‌شود که شرّ کوچک‌تر را به منظور اجتناب از شرّ بزرگ‌تر برگزیند. می‌توان استدلال نمود که این قاعده به نفع جامعه است؛ زیرا هزینه‌های بسیار بالای ناشی از تهدید به قتل عمد یا جرح بدنی شدید را کاهش می‌دهد، ولی منع این‌گونه دفاع‌ها برای تخلّفات کوچک‌تر که ارتکاب آن‌ها از هزینه‌های بالاتری پیشگیری می‌کند، هزینه‌های اجتماعی را افزایش می‌دهد. اما اگر تنها چارهٔ مجرم، قتل عمد شخص دیگر است، این دفاع کاربرد ندارد و قتل عمد شخص بی‌گناه تنها انتقال منفعت از شخص ثالث به متهم است و نفع خالص اجتماعی به همراه ندارد (هیرش، ۱۳۸۲: ش ۳۶/۱۴۷-۱۴۸).

۲- عذر تحریک

یکی از مفاهیم کاملاً مرتبط با شروع به جرم، تحریک است. غالباً پلیس از کسی می‌خواهد که مرتکب جرم شود یا او را در این مسیر یاری می‌رساند. شایع‌ترین نمونهٔ این شیوه، اعزام یک مأمور لباس شخصی برای خرید مواد مخدر از یک توزیع‌کنندهٔ مواد است. بی‌تردید فروش مواد مخدر به یک مأمور لباس شخصی که بعداً آن مواد را نابود خواهد کرد، به هیچ کس صدمه‌ای نمی‌زند. اما علت اساسی اعمال مجازات در فرض مزبور، پیشگیری است.

عذر تحریک فقط زمانی به کار می‌آید که شخص تحریک‌شده فاقد یک «زمینهٔ مجرمانه» باشد. تصور کنید به جای صرف شبیه‌سازی فرصت‌های مجرمانهٔ عادی، پلیس فراتر رفته و او را وادار به ارتکاب جرایمی کند که هرگز در شرایط عادی مرتکب نمی‌شد. مأمور به مرد فقیری که هیچ‌گونه سابقهٔ مجرمانه‌ای ندارد هزار واحد پیشنهاد می‌دهد تا دوجرخه‌ای را سرقت کند. او این کار را می‌کند و بازداشت می‌شود. منابع

به کار رفته برای دستگیری و محکومیت سارق دوچرخه از نظر اجتماعی به هدر رفته است؛ زیرا آن‌ها از ارتکاب هیچ جرمی پیشگیری نکرده‌اند. اگر به خاطر پیشنهاد مأمور نبود، او دوچرخه را سرقت نمی‌کرد؛ زیرا منافع احتمالی سرقت نسبت به او منفی بود. رفتار مأمور حاصلی ندارد جز انحراف منابع مالی از مسیر اصلی پیشگیری از جرم. لذا دفاع مبتنی بر تحریک قابل استناد خواهد بود. انگیزه‌های مأمور که صرفاً بر زمان و نه در میزان فعالیت مجرمانه مؤثر باشد، از نظر اجتماعی مولد است، اما انگیزه‌هایی که میزان جرایم را افزایش می‌دهند، مولد نیستند (Posner, 1985: 1220). در کشور ما، این مهم سبب شد تا به دلیل امتناع رویه قضایی از تفهیم اتهام «فروش مواد مخدر یا روان‌گردان» به متهمی که به تحریک مأموران در معامله صوری به آن‌ها مواد می‌فروخت، در قانون مبارزه با مواد مخدر، اتهامی تحت عنوان «عرضه برای فروش» برای این رفتار مرتکب پیش‌بینی شود.

مبحث سوم: رویکرد اقتصادی در وضع و تعیین مجازات‌ها

الف) بازدارندگی تنها هدف مجازات

در اندیشه بنّام هدف اصلی مجازات باید بازدارندگی باشد و نه انتقام. «پیشگیری عمومی باید هدف اصلی مجازات باشد، همچنان که توجیه واقعی مجازات همین است» (کلی، ۱۳۸۲: ۵۰۱). بازدارندگی مجازات فقط به میزان مجازات بستگی ندارد، بلکه میزان احتمال دستگیری مجرم و اعمال مجازات و هزینه‌های اجرایی مجازات نیز در بازدارندگی مؤثر است. «اگر هزینه دستگیری مجرم زیاد، اما اجرای مجازات مالی پس از دستگیری کم‌هزینه باشد، بهتر است در امر تعقیب و دستگیری مجرمان، سرمایه‌گذاری زیادی صورت نگیرد، در عوض مجازات مالی دستگیرشدگان شدید باشد. به علاوه اعمال مجازات زندان مادامی که مجازات مالی مؤثر است، کارآمد تلقی نمی‌شود» (کاویانی، ۱۳۸۶: ش ۶۶/۲۳).

«سودمندگرایان از بنّام تا اقتصاددانان جدید امروزی، در صدد تقلیل حقوق جزا به محاسبه‌ای از سود یا کارایی اجتماعی هستند. در چنین تحلیل‌هایی، مفهوم عدالت خصوصی نسبت به متهم، به ندرت قابل درک به نظر می‌رسد، چه رسد به یک اصل

تحلیلی بنیادین [در باره مفهوم جرم]» (Leonard, 2002: 137). در رد این نظریه، نسل جدید نظریه مکافات گرا پایه‌های فلسفی محکم‌تری دارد. به نظر کانت «هیچ‌گاه نباید انسان‌ها را ابزار قرار داد». این اصل، پایه‌ی بازدارندگی را به عنوان دلیلی موجه برای مجازات سست کرد (کلی، ۱۳۸۲: ۶۴۸).

در الگوی اقتصادی بیکر، جرم (به استثنای جرایم جنسی)، فعالیت اقتصادی با شرکت‌کنندگانی عاقل است. آنان به شرطی اقدام به فعالیت مجرمانه می‌کنند که منفعت مورد انتظار از آن بیش از منفعت حاصل از یک فعالیت غیر مجرمانه باشد (هیرش، ۱۳۸۲: ۱۵۱/۳۶). بنابراین با رویکرد مزبور می‌توان در مطالعات تجربی درباره‌ی بازدارنده‌های جرم تجدیدنظر کرده، آن‌ها را ارزیابی نمود و برخی راهکارهای عمومی را به دست آورد. در این حوزه دو عامل بازدارنده بررسی می‌شوند: اول آنکه افزودن هزینه رفتار مجرمانه از میل و رغبت مجرمان بالقوه به آن می‌کاهد و دیگر آنکه جذاب‌تر و با درآمدتر ساختن فعالیت‌های قانونی، تمایل برای رفتار مجرمانه را کاهش می‌دهد. در نوع دوم، توجه اصلی به بهبود بازار کار و فرصت‌های آموزشی معطوف می‌گردد (همان: ۱۴۰). رویکرد قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباره‌ی نهادهای ارفاقی، مؤید توجه وی به عامل بازدارندگی در اصلاح و بازسازی اجتماعی مرتکب است.

ب) نحوه تعیین مجازات

در یک دادرسی کیفری، تصمیماتی اتخاذ می‌شود که با اقداماتی مانند گزارش وقوع یک جرم یا دستگیری یک مظنون شروع شده، با تصمیماتی درباره‌ی آزادی یک زندانی یا آزادی مشروط یا لغو یک مجازات اجتماعی ادامه می‌یابد (Ashworth, 2005: 22). مجازات بهینه مجازاتی است که با افزایش هزینه ناشی از جرم احتمالی، تا حد معقولی بزهکاران بالقوه را از ارتکاب آن باز دارد، ولی به طور کلی مانع انجام رفتار مطلوب نشود، مثل مجازات رانندگی که باید به قدری شدید باشد که مانع تخلف شود، ولی نه آن قدر که همگان به ویژه افراد محتاط یا بی تفاوت در برابر خطر را برای همیشه از رانندگی باز دارد. جرمه باید متناسب با آسیب و نه منافع حاصل از جرم باشد؛ چون اگر منفعت جرمی ۱۰۰ واحد و آسیب آن ۱۰۰/۰۰۰ واحد باشد، اگر منفعت مجرم به اشتباه ۹۵ واحد

برآورد شود، بزهکار با وجود تحمل مجازات ۵ واحد هم سود می‌برد. اما اگر منفعت با آسیب برابر باشد، در هر حال آسیب از منفعت وی بیشتر و بازدارنده خواهد بود.

افراد خنثی در مقابل خطر، «در صورتی مرتکب عمل خواهند شد که منفعت ارتکاب جرم برای آن‌ها فراتر از ضمانت اجرای مورد انتظار باشد» (شاول، ۱۳۸۸: ۵۵۳).

چنین شخصی جریمه را بر حسب ارزش مورد انتظارش ارزیابی خواهد کرد. بنابراین تنها در صورتی مرتکب عمل خواهد شد که منفعتش فراتر از جریمه مورد انتظار باشد. اگر فرد خطرگریز باشد، تنها در صورتی مرتکب عمل زیان‌آور خواهد شد که منفعت مورد انتظارش با انجام کار افزایش یابد. به طور کلی چنین شخصی با ترکیبات مختلف ضمانت اجرا و احتمال باارزش مورد انتظار مساوی، از ارتکاب عمل بازداشته نخواهد شد، اما هر چه وسعت جریمه بالقوه در ترکیب بالاتر باشد و جریمه مورد انتظار ثابت بماند، احتمال امتناع وی بیشتر خواهد شد. برای مثال، یک جریمه ۱۰۰ واحدی با احتمال ۲۰ درصد، بیش از یک جریمه ۵۰۰ واحدی با احتمال ۴۰ درصد می‌تواند یک شخص خطرگریز را از عمل باز دارد، ولو اینکه ارزش‌های مورد انتظار در هر دو صورت به طور یکسان ۲۰۰ واحد باشد. دلیل این است که برای یک شخص خطرگریز، بی‌فایده‌گی تحمل جریمه‌ها بیش از بالا رفتن حجم آن‌ها افزایش می‌یابد؛ یعنی وقتی جریمه از ۵۰۰ واحد به ۱۰۰۰ واحد افزایش می‌یابد، بی‌فایده‌گی تحمل آن بیش از دو برابر می‌شود (همان: ۵۶۰). «خطرگریزی افراد به این معناست که تحمل خطر ضمانت اجراها، برای آن‌ها شکلی از هزینه اجتماعی را تشکیل می‌دهد» (همان: ۵۶۸). «اگر ضمانت اجرا بسیار بیش از سطح احتمال افزایش یابد، افزایش در این سطح اثر بزرگ‌تری بر بازدارندگی خواهد داشت تا افزایش احتمال [افزایش ضمانت اجرا] و برعکس». اگر اشخاص در برابر خطر خنثی باشند، هر درصد معینی از احتمال افزایش ضمانت اجراها اثر یکسانی با درصد معادل افزایش وسعت ضمانت اجراها دارد؛ زیرا موجب افزایش ضمانت اجرای مورد انتظار مساوی با همان درصد می‌شود. اگر جریمه ۵۰۰ واحدی با ۲۰ درصد احتمال به ۴۰ درصد احتمال افزایش یابد یا جریمه ۵۰۰ واحدی به ۱۰۰۰ واحد با همان ۲۰ درصد احتمال تغییر کند، هر دو ضمانت اجرایی معادل ۲۰۰ واحد خواهند داشت. بنابراین یک فرد خنثی به یک صورت تحت

بازدارندگی قرار می‌گیرد، اما افزایش وسعت ضمانت اجراها نسبت به افراد خطرگریز بازدارندگی بیشتری دارد، چون متحمل بی‌فایده‌گی بیشتری می‌شوند (همان: ۵۶۱). بنابراین یک ضمانت اجرای دارای احتمال کم و وسعت زیاد از نظر اجتماعی مفید است؛ زیرا می‌توان در تلاش برای تضمین صرفه‌جویی کرد و با افزایش وسعت ضمانت اجراها از کاهش بازدارندگی ناشی از احتمال کم ضمانت اجراها اجتناب نمود (همان: ۵۶۶). بنابراین ضمانت اجراها باید تا حد اکثر ممکن افزایش، لکن احتمال وضع آن‌ها کاهش یابد و گرنه با افزایش هر دو، با خطر بازدارندگی بیش از حد مواجه می‌شویم. اما ممکن است بر مبنای انصاف، در برابر افزایش ضمانت اجراها مقاومت شود. انصاف خواهان برابری ضمانت اجرا با شدت عمل بد است. همچنین تعیین احتمال وضع ضمانت اجراها نیز دشوار است (همان: ۵۶۵).

ج) تعیین مجازات بهینه

پاسنر در پاسخ به این سؤال خود که چرا قواعد شبه جرم برای تضمین ضوابط حقوق عمومی کافی نیست، می‌گوید:

مجازات صحیح انتقال اجباری محض، چیزی بیش از برآورد خسارات وارد بر بزه‌دیده است. آن چیز تعیین شده تا هر گونه نقل و انتقال دارایی را محدود به قواعد بازار کند، هر جا که هزینه‌های انتقال در بازار گران و منع‌کننده نباشد (Posner, 1985: 1201).

سپس با ذکر مثالی این قاعده را توضیح می‌دهد:

«ب» جوهری دارد که برای او ۱۰۰۰ واحد می‌ارزد اما برای «الف» که آن را می‌دزدد ۱۰/۰۰۰ واحد ارزش دارد. ما می‌خواهیم این جوهر را در بازار معامله کنیم و این مستلزم آن است که انتقال اجباری یک گزاره ضروری برای «الف» باشد. اگر «الف» از نظر خطرپذیری یک فرد بی‌طرف و خنثی بوده و احتمال گرفتن حکمی توسط «ب» علیه «الف»، یک از یک یعنی ۱۰۰ درصد و دادرسی قانونی بدون هزینه باشد، در این صورت الزام «الف» [سارق] به پرداخت ۱۰۰۰ واحد به منظور جبران خسارت، نتیجه مطلوب را به همراه نخواهد داشت، همچنان که [به منظور اعاده وضع به حال سابق] تکلیف به پرداخت ۱۰/۰۰۰ واحد نیز به طور کامل چنین اثری را در پی نداشته، بلکه تنها او را بین سرقت و خرید آن بی‌تفاوت خواهد کرد. ما باید چیزی بر این مبلغ بیفزاییم و جبران خسارات را ۱۱/۰۰۰ واحد تعیین کنیم تا بازدارنده باشد (Ibid.).

اگر احتمال اینکه مرتکب شبه جرم واقعاً دستگیر شده، ملزم به پرداخت خسارات شود، کمتر از آن باشد که هست، برای تصمیم‌گیری در این باره که حکم به جبران خسارات باید به چه میزان معین شود، از معادله شماره یک استفاده می‌شود:

میزان خسارت محکوم‌به (D) مساوی است با میزان ضرر (L) تقسیم بر احتمال

$$D=L/P=(P)$$

محکومیت به جبران خسارت:

این معادله را پاسنر از فرمول معروف قاضی لرنند هند اقتباس کرده است (Hanson & Hart, 2009: 302-310). اگر L صدمه‌ای باشد که مرتکب در پرونده‌ای که در آن دستگیر شده است، به وجود آورده و متضمن هر گونه تعدیل به منظور کنار گذاشتن بازار به وسیله یک انتقال اجباری باشد، اگر $P=1$ باشد، آنگاه L و D هم‌اندازه خواهند بود. اما برای مثال، اگر $L=10.000$ و $P=0.1$: یعنی به احتمال نه‌دهم، مرتکب از چنگال قانون فرار کند، بنابراین D یعنی مجازات بهینه، 100.000 خواهد بود. تنها در این صورت است که مجازات از دید مرتکب (PD) با صدمه ناشی از عمل وی (L) برابر خواهد بود (Posner, 1985: 1203).

کاربست این فرمول در نظام حقوق کیفری ایران هم ممکن به نظر می‌رسد؛ چراکه در مرحله اثبات جرایم مستوجب حد، یعنی تعیین مسئولیت کیفری و انتساب بزه، رویکرد فایده‌گرایانه پذیرفته شده است (برهانی، ۱۳۸۸: ۲۵۷). در جرایم مستوجب قصاص و دیات نیز با توجه به نقش رضایت بزه‌دیده و اجرای قصاص با اذن ولی امر می‌توان نوعی توجیحات فایده‌گرایانه را ملاحظه کرد (همان: ۲۵۸). در مجازات‌های تعزیری که بخش اعظم جرایم ارتكابی و مجازات‌ها را شامل می‌شود، با توجه به باز بودن دست قانون‌گذار و قاضی در تعیین نوع و میزان مجازات، اهداف این بخش از نظام کیفری ما به تبع نیازهای جامعه، متفاوت است. قابلیت انعطاف در این مجازات‌ها راه را برای انتخاب بهترین گزینه‌ها برای دستیابی به اهداف اجتماعی ممکن می‌سازد. به نظر می‌رسد رویکرد فایده‌گرایانه، وجهه اصلی این دسته از جرایم باشد (همان: ۲۵۹). درجه‌بندی مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و پیش‌بینی انواع نهادهای ارفاقی مانند حکم به معافیت از کیفر یا تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای آن و تعیین حدود کمی و کیفی تشدید و تخفیف مجازات‌های تعزیری را می‌توان با نگاه

اقتصادی توجیه نمود. در واقع با تعیین حدود کمی و کیفی مجازات، با حق انتخاب یک یا چند نوع از آن مجازات‌ها، دست قاضی برای اعمال ضابطه کارایی به منظور تأمین حداکثر بازدارندگی مجازات تعزیری با کمترین هزینه برای بزهکار، بزه‌دیده و جامعه، بازتر شده است. در نتیجه اگر مال مسروقه، برای متهم فقیر به اندازه نان شب وی می‌ارزد، تعیین جزای نقدی به میزان ارزش بازاری مال مسروقه به علاوه مقدار بیشتری برابر با درصد کمی از آن ارزش، می‌تواند بازدارنده باشد تا بار دیگر وی به جای سرقت به پرداخت بهای آن مال یا مذاکره با مالک برای تهیه ارزان‌تر یا به نحو اقساط یا حتی صرف نظر کردن از بهای آن روی آورد. اما برای فرد مرفه و ثروتمندی که برای تفریح سرقت می‌کند، تعیین این جزای نقدی نباید بر اساس ارزش بازاری آن به‌علاوه کمی بیشتر باشد؛ چون به راحتی آن را می‌پردازد یا حداکثر نسبت به سرقت دوباره یا تحصیل قانونی آن مال بی تفاوت می‌شود. بلکه باید به میزان بسیار بیشتر از آن و معادل ارزش ذهنی وی باشد تا چنان این تفریح برای وی گران به نظر آید که از روی آوردن دگرباره بدان پشیمان گردد یا با توجه به انگیزه غیر مالی وی در ارتکاب جرم، مجازاتی غیر مالی برای وی تعیین شود تا وی و دیگران را از آن انگیزه باز دارد.

د) کارایی و منع بازدارندگی بیش از حد

هر جا احتمال ضرری وجود دارد، مجازات افراد را تحریک می‌کند تا انگیزه‌های مطلوب اجتماعی را در مرز اقدام مجرمانه نادیده گرفته و از امور مطلوب اجتماعی به خاطر خطر وقوع جرم و احتمال مجازات کیفری صرف نظر کنند. اگر مردم مخالف ریسک کردن بوده و مجازات‌ها هم شدید باشد، این امر تشدید می‌شود. برای مثال اگر مجازات ایراد صدمه بدنی ناشی از بی احتیاطی در رانندگی، اعدام باشد، برای اجتناب از یک مجازات کیفری یا یک محکومیت اشتباه، مردم بسیار آهسته رانده یا حتی اصلاً رانندگی نخواهند کرد (Posner, 1985: 1206). به محض اینکه هزینه مورد انتظار از مجازات جرمی تعیین شود، ضروری است که ترکیبی از احتمال مجازات و شدت آن انتخاب شود که آن هزینه بزهکاران احتمالی را متقاعد کند. مثلاً یک مجازات مورد انتظار با هزینه ۱۰۰۰ واحد می‌تواند با ترکیبی از جریمه‌ای به مقدار ۱۰۰۰

واحد با یک درصد احتمال دستگیری و محکومیت همراه باشد، جریمه‌ای به مقدار $10/000$ واحد با $0/01$ درصد احتمال دستگیری و محکومیت، و جریمه‌ای به مقدار $1000/000$ با $0/001$ درصد احتمال دستگیری و محکومیت همراه باشد. اگر صرف‌نظر از میزان جریمه، هزینه‌های وصول جریمه‌ها صفر فرض شود، مفیدترین ترکیب احتمالی آن است که احتمال دستگیری و محکومیت به طور قراردادی نزدیک به صفر و جریمه به طور قراردادی نزدیک به حداکثر ممکن باشد (Ibid.).

در انتقاد از مدل گری بیکر (هیرش، ۱۳۸۶: ش ۱۵۱/۳۶-۱۵۴) که برای جرایم متفاوت جزای نقدی شدید و یکسانی را به کار می‌گیرد، پاسنر معتقد است که یکسان بودن شدت مجازات، بازدارندگی فرعی^۱، یعنی انگیزه جایگزینی جرایم کم‌اهمیت با جرایم مهم‌تر را تحلیل می‌برد. اگر سرقت به همان شدت قتل عمدی مجازات شود، سارق ممکن است بزه‌دیده را به قتل برساند تا شهادی را حذف کرده باشد. به عبارت دیگر، کاهش مجازات برای جرایم کم‌اهمیت‌تر می‌تواند منجر به کاهش وقوع جرایم بزرگ‌تر شود (Posner, 1985: 1207). رویکرد اقتصادی در خصوص دو پرونده جنجال‌آفرین در کشور ما مؤید عدم توجه قضات به اهمیت این تحلیل در بازدارندگی مجازات‌هاست. در پرونده‌ای دو زورگیر فقیر، محارب تشخیص داده شده و به اعدام محکوم شدند. در پرونده‌ای دیگر، یک جوان شرور در درگیری مسلحانه با ضربات چاقو یک سرباز وظیفه را می‌کشد و خبر گذشت اولیای دم و نجات وی از چوبه‌دار نیز از رسانه‌ها پخش می‌شود. حال جای این سؤال باقی است که با این رویه قضایی، آیا همان طور که پاسنر بیان می‌دارد، زورگیران بالقوه در صورت عزم بر ارتکاب جرم سرقت، نباید کشتن مقتول را به نفع خود ارزیابی کنند؟ چون اولاً در دادگاه کیفری استان و با ۵ قاضی باسابقه به اتهام آنان رسیدگی می‌شود و نه در دادگاه انقلاب و با یک قاضی. ثانیاً مجازات عمل ارتكابی، قصاص و قابل گذشت است و نه اعدام حدی. لذا حکم اعدام آن دو جوان زورگیر، با این رویکرد اقتصادی ناکارآمدترین گزینه ممکن بود. مهم‌ترین کاربرد این قاعده، درباره قتل‌های عمدی در زندان است. یک فرد

1. Marginal deterrence.

زندانی که به خاطر قتل عمدی در حال تحمل مجازات حبس ابد بوده و احتمال هم ندارد که با آزادی مشروط آزاد شود، هیچ مانعی برای ارتکاب قتل در زندان ندارد، مگر اینکه مجازات قتل عمدی در زندان، اعدام باشد. احتمال دستگیری و محکومیت در مورد قتل عمدی داخل زندان یک است. مسئله این است که بر قاتلی که در حال حاضر محکوم به گذراندن مابقی عمر خود در زندان است، در اثر ارتکاب قتل عمد و محکومیت مجدد هیچ مجازات اضافه‌ای تحمیل نمی‌شود (Posner, 1985: 1211).

در ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار در باب معافیت مرتکب از کیفر مقرر می‌دارد:

اگر دادگاه تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود، با شرایطی می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند.

این ماده را می‌توان مصداقی از توجه قانون‌گذار به این مهم دانست که وضع مجازات و نحوه تعیین و اجرای آن به هدف بازداشتن مرتکب از تکرار جرم و دیگران از ارتکاب آن می‌باشد، اما این بازدارندگی نباید بیش از حد باشد، به طوری که افراد را از فعالیت‌های مشروع دارای حداقل ریسک اجتماعی باز دارد.

مبحث سوم: نقد رویکرد اقتصادی حقوق کیفری

الف) مخالفت با رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق

در سال ۱۹۸۶ اوئن ام. فیس علیه مکتب «مطالعات انتقادی حقوق» و «حقوق و اقتصاد»، در مخالفت با ادعای پاسنر مبنی بر اینکه اگر دادگاه بر سر چند راهی قرار گرفت، باید راهی را انتخاب کند که ملاحظات بازار آن را توصیه می‌کند، نظر داد که «وظیفه قاضی خدمت به بازار نیست، بلکه تعیین این نکته است که آیا بازار غالب شود یا نه؟». وی با اشاره به اموری (غیر از حداکثرسازی ثروت) که برای انسان‌ها مهم است، می‌گوید: «ارزش، ارزش است». اما پاسنر این مطلب را انکار نمی‌کند، بلکه با قبول اینکه اعمال هر گونه اصل سازگار با اصل حداکثرسازی ثروت به طور مطلق، انسانیت را از سلول‌های یک موجود می‌گیرد، معتقد است که پیامدهای اعمال چنین اصلی در تضاد با شهود اخلاقی قرار می‌گیرد، در حالی که تطابق با شهود، آزمون نهایی

یک نظریه اخلاقی و در حقیقت هر نظریه‌ای است (کلی، ۱۳۸۲: ۶۳۶).

ب) ایراد عملی تحلیل اقتصادی حقوق کیفری

همان طور که پاسنر تصدیق می‌کند، بعید است در آینده‌ای نزدیک، یک متخصص قضایی در زمینه تحلیل‌های جامعه‌شناختی حضور داشته باشد. بیشتر قضات یا هیچ معلومات جامعه‌شناختی ندارند یا معلومات کمی در این زمینه دارند و وضعیت موجود احتمالاً ادامه خواهد داشت (Somin, 2004: 58). پاسنر ادعا می‌کند که «ضابطه نهایی قضاوت عمل‌گرایانه»، «عقلانیت» است (Ibid.: 59)، اما «عقلانیت» چیزی بیش از مفهوم خود معرّف اصطلاحاتی مانند «عدالت» و «برابری» نیست که پاسنر به استفاده از آن‌ها به وسیله قضات انتقاد می‌کند؛ زیرا «آن‌ها معنای مشخصی ندارند» (Ibid.: 66).

ج) عدم تعریف اقتصادی از ضرر

در تعیین ضرر یا ضرر جبران‌شدنی، در نهایت راهی جز توسل به عرف یا معیار انسان متعارف نداریم. تطبیق رفتار فرد با معیارهای روشن و مشخص دور از انتظار نیست، اما عمل به فرمول قاضی هند، یعنی الزام به محاسبه سود و زیان، در مواردی تکلیفی شاق و در مواردی اساساً ناممکن است. الیزابت کرک در مقاله خود با عنوان «پوچ‌گرایی تحلیل اقتصادی حقوق» این رویکرد را توخالی و بی‌معنا می‌داند (Krecké, 2012: 15).

طبق فرمول قاضی لرنند هند، شخصی را که بیش از حد احتیاط می‌کند نیز باید مقصر شناخت و به جبران خسارت محکوم کرد؛ زیرا او نیز منابع را تلف می‌کند! «نمی‌توان مدعی شد معیارهای عرفی که اساس حقوق مسئولیت مدنی را تشکیل می‌دهد، فاقد هر گونه مبنای اقتصادی است». پاسنر معتقد است که حقوق عرفی غالباً اما نه در همه موارد کارآمد است (Ibid.: 5) با وجود این، جاذبه تحلیل اقتصادی حقوق، آنان را تشویق می‌کند تا در اندیشه پایه‌ریزی مبانی کارآمدتری برآیند (کاویانی، ۱۳۸۶: ش ۹۲-۹۱/۲۳).

د) نقص معیار کارایی در جرم‌انگاری اعمال غیر مالی

در مورد تحلیل اقتصادی جرایم جنسی مختلف در قالب حقوق خانواده، برای تشخیص اینکه اساساً کجا با سود و کجا با ضرر مواجهیم، پاسنر، ناخودآگاه متکی بر عقاید

مذهبی یا عرفی است. چگونه ممکن است که معیارهایی نظیر عدالت، اخلاق و مذهب را مبهم بدانیم، حال آنکه هنگام تحلیل اقتصادی حقوق و ارزیابی قواعد موجود، کم و بیش بر همین معیارها تکیه کنیم؟ از پاسنر باید پرسید وقتی ابزار تشخیص سود و زیان را از دست داده یا بر فرض وجود آن، از قیمت گذاری عاجزیم، چگونه قادریم به تحلیل اقتصادی بپردازیم؟» (همان: ۹۳). وانگهی «اضرار به غیر» یگانه فلسفه و دلیل جرم‌انگاری یک رفتار نیست که در صورت وجود آن به جرم‌انگاری و در غیر این صورت، به جرم‌زدایی آن رفتار اقدام شود. بلکه جرم‌انگاری یک رفتار ممکن است دلایل دیگری از جمله ضرورت‌هایی مانند حمایت از اخلاق برای توانمند کردن، استحکام و پیوسته کردن اجزای جامعه انسانی داشته باشد که ایجاب نماید دخالت دولت در آزادی‌های فردی را ولو به شکل کیفری و با جمع سایر شرایط بپذیریم (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۲۷۳).

ه) نقص معیار انسان منطقی

در انتقاد به معیار انسان منطقی، تجربه و مطالعات علمی نشان می‌دهند که این تصور از رفتار انسان‌های معقول، حداقل در شرایط بسیاری نادرست است. آنان معمولاً موفق به انتخاب راهی که متضمن حداکثر شدن انتظار مطلوب باشد، نشده و به جای محاسبه سود و زیان، بیشتر بر اساس حس و بخت عمل می‌کنند (Somin, 2004: 12). این محدودیت در رفتار عقلانی، از هزینه بالای کسب و تحلیل اطلاعات، ضعف ذاتی بشری یا ترکیبی از این دو ناشی می‌شود (بابایی، ۱۳۸۶: ش ۳۳-۳۲/۲۳). در مقابل، پاسنر در جهت تعدیل فرض الگوی رفتار معقول، تعریفی بسیار کلی از الگوی رفتار معقول ارائه می‌نماید: «انسان موجودی است عاقل و در پی حداکثر کردن اهداف خود می‌باشد» (همان: ش ۳۷/۲۳)، اما ایراد وارده مرتفع نمی‌شود؛ زیرا در این تعریف، عقلانیت منشی است که افراد در عمل برای تحقق هدفی در پیش می‌گیرند، بی‌آنکه هنگامی یا ملاحظه‌ای برای اهداف یا وسایل لحاظ شود. به این نحو هر انتخابی که انسان انجام دهد، قابل توجه بوده، در مسیر حداکثر کردن منافع او لحاظ شده، قابلیت رد یا اثبات نخواهد داشت و در دو علم حقوق و اقتصاد قابل استفاده نخواهد بود (همان: ش ۳۸/۲۳).

نتیجه‌گیری

حقوق کیفری دارای یک منطق اقتصادی مؤثر است. هر جرمی هزینه‌های مختلفی را به بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه تحمیل می‌کند، به نحوی که جامعه نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. حقوق کیفری مدرن، محصول تکاملی است که تا حدود زیادی تحت تأثیر رویکرد به صراحت اقتصادی «جرمی بتنام» قرار دارد. هرچند قانون‌گذاران و قضات، اغلب به زبان اقتصاددانان صحبت نمی‌کنند، در بیشتر موارد به طور ضمنی در قالب عبارات اقتصادی استدلال می‌کنند. بنابراین تحلیل‌های اقتصادی در تشریح ساختار اساسی حقوق و از جمله حقوق کیفری مفید است.

اگرچه بعد هنجاری تحلیل اقتصادی حقوق به ویژه در عرصه حقوق کیفری، توجیه نظری و عملی قابل قبولی نداشته و نزد عالمان و عاملان حقوق، مقبولیت چندانی نیافته است، توجه به کارایی به عنوان یک هدف در حقوق کیفری نیز از مقبولیت نسبی برخوردار است. به طور کلی هدف حقوق می‌تواند خدمت به دو امر باشد: از منابع به گونه‌ای کارآمد استفاده کند و اینکه در خدمت تأمین عدالت برای جامعه باشد. این دو هیچ تضادی با هم ندارند، بلکه در غالب موارد با هم هماهنگی دارند؛ آنچه راه حل کارآمد اقتصادی است، منطبق با عدالت نیز می‌باشد.

درباره کاربست این رویکرد در حقوق کیفری ایران باید توجه داشت که در نظام کامن‌لا، قضات در ایجاد حقوق سهم بیشتری دارند، اما مبنای حقوق را نباید در خود آن جستجو کرد. بسیاری از احکام حقوقی و معیارهای زندگی اجتماعی در کشور ایران مبتنی بر فقه شیعه است و بنابراین هرگز نمی‌توان استخراج اصول، قواعد کلی و مبانی حقوق کیفری را در نظریه‌های اقتصادی جستجو کرد. با این همه در مقام اجرای آن‌ها و در راستای ایجاد مقررات فرعی، رویکرد اقتصادی به حقوق کیفری می‌تواند راهگشا باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آلتمن، اندرو، *درآمدی بر فلسفه حقوق*، ترجمه بهروز جندقی، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۵ ش.
۲. بابایی، ایرج، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۶ ش.
۳. بابایی، محمدعلی، «تحلیل هزینه‌های جرم»، *نامه مفید*، سال هیجدهم، شماره ۹۴، زمستان ۱۳۹۱ ش.
۴. برهانی، محسن، *تأثیر نظریه‌های اخلاقی بر حقوق کیفری (با تأکید بر حقوق ایران)*، رساله دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، خرداد ۱۳۸۸ ش.
۵. جعفری، مجتبی، *جامعه‌شناسی حقوق کیفری؛ رویکرد انتقادی به حقوق کیفری*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۶. حاجیانی، هادی، *رابطه متقابل حقوق و اقتصاد (مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق)*، قابل دستیابی در وبگاه <http://hoghogh.mihanblog.com/post/35>، < ۱۳۹۱/۹/۲۰ >.
۷. شاول، استیون، *مبانی تحلیل اقتصادی حقوق*، ترجمه محسن اسماعیلی، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۸. صابری تولایی، علی، *توجیه کیفر در حقوق اسلامی و حقوق عرفی معاصر*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۶ ش.
۹. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد اول (تعریف و ماهیت حقوق)، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. کاویانی، کوروش، «درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۶ ش.
۱۱. کلی، جان موریس، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. محمودی جانکی، فیروز، *مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌نگاری*، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه تهران، مهرماه ۱۳۹۲ ش.
۱۳. هیرش، ورنر، «تحلیلی از حقوق جزا با رویکرد اقتصادی»، ترجمه محمدزمان رستمی، حوزه و دانشگاه، سال نهم، شماره ۳۶، پاییز ۱۳۸۲ ش.
14. Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, 4th edition, New York, Cambridge University Press, May 2005.
15. Hanson, Jon D., Kathleen Hanson & Melissa Hart, *Law and Economics*, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, ed. by Dennis Patterson, University of Colorado Law Legal Studies Research Paper, No. 1529806, Harvard Public Law Working Paper, No. 10-14, 2010, Available at: < <http://ssrn.com/abstract=1529806> > .
16. Krecké, Elisabeth, *The Nihilism of the Economic Analysis of Law*, Available at: < <http://www.mises.org/journals/scholar/Krecke.pdf> > , 2012/12/25.
17. Leiter, Brian, *American Legal Realism*, University of Texas Law, Public Law Research Paper, No. 42, 2002, Available at: < <http://ssrn.com/abstract=339562> > or < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.339562> > .

18. Leonard, Gerald, *Towards a Legal History of American Criminal Theory: Culture and Doctrine from Blackstone to the Model Penal Code*, Boston University School of Law, Research Paper Series, Public & Legal Theory, Research Paper, No. 02-19, 2002.
19. Posner, Richard A., *An Economic Theory of the Criminal Law*, Columbia Law Review, Vol. 85, No. 6, 1985, Available at: <<http://www.jstor.org/stable/1122392>>.
20. Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, United States of America Harvard University Press, 2003.
21. Somin, Ilya, *Richard Posner's Democratic Pragmatism*, George Mason Law & Economics Research Paper, No. 04-09, 2004.