تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک

مقایسه مکتب آمریکایی «حقوق و اقتصاد»

با مکتب دکترینالیسم حقوقی آلمان

نویسندگان

کریستوفل گریچنیگ

دانشکدهٔ حقوق دانشگاه سنکت گالن، سوئیس

مارتین گلتر

دانشگاه اقتصاد و مدیریت بازرگانی، اطریش

دانشکدهٔ حقوق دانشگاه فوردهام، آمریکا

مترجم

دکتر ماشاءاله بناء نیاسری

مشاور حقوقی تجارت داخلی و تجارت بین‌المللی

مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی

تهران ـ ۱۳۹۸

سرشناسه	:	گرشنیگ، کریستوفل Grechenig, Kristoffel
عنوان و نام پدیدآور	:	تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک مقایسه مکتب آمریکایی «حقوق و اقتصاد» با مکتب دکترینالیسم حقوقی آلمان/نویسندگان کریستوفل گریچنیگ، مارتین گلتر؛ مترجم ماشاءاله بناءنیاسری؛ ویراستار نرگس صادقی.
مشخصات نشر	:	تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۸
مشخصات ظاهری	:	۱۳۸ص.
شابک	:	۹۷۸-۶۰۰-۴۷۵-۰۵۵-۴
وضعیت فهرست‌نویسی	:	فیپا
یادداشت	:	عنوان اصلی: The Transatlantic Divergence in LegalThought: American Law and Economicsvs. German Doctrinalism.
یادداشت	:	کتابنامه.
موضوع	:	حقوق و اقتصاد -- ایالات متحده
موضوع	:	Law and economics -- United States
موضوع	:	حقوق و اقتصاد -- آلمان
موضوع	:	Law and economics -- Germany
موضوع	:	حقوق تطبیقی -- جنبه‌های اقتصادی
موضوع	:	Comparative law -- Economic aspects
شناسه افزوده	:	گلتر، مارتین
شناسه افزوده	:	Gelter, Martin
شناسه افزوده	:	بناء نیاسری، ماشاءاله، ۱۳۵۷ -، مترجم
شناسه افزوده	:	موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
رده‌بندی کنگره	:	K۴۸۷
رده‌بندی دیویی	:	۳۴۰/۱۱
شماره کتابشناسی ملی	:	۵۷۶۸۶۸۰

با مراجعه به فروشگاه اینترنتی شهر دانش از مزایای خرید آنلاین و تخفیف ویژه برخوردار شوید

www.**shahredanesh**.com

عنوان	:	**تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک مقایسه مکتب آمریکایی «حقوق و اقتصاد» با مکتب دکترینالیسم حقوقی آلمان**
مؤلفان	:	**کریستوفل گریچنیگ، مارتین گلتر**
مترجم	:	**دکتر ماشاءاله بناء نیاسری**
ناشر	:	مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
صفحه‌آرا	:	سودابه رسولی
ویراستار و طراح جلد	:	نرگس صادقی
نوبت چاپ	:	اول
تاریخ چاپ	:	۱۳۹۸
شمارگان	:	۵۰۰
شابک	:	۹۷۸-۶۰۰-۴۷۵-۰۵۵-۴
بهاء	:	۷۰,۰۰۰ تومان

حق چاپ محفوظ است.

تهران ـ خیابان کریم‌خان زند ـ خیابان سنایی ـ خیابان نهم ـ خیابان گیلان ـ پلاک ۵

کد پستی ۱۵۸۵۷۴۳۱۱۱ صندوق پستی: ۱۵۸۷۵/۴۵۳۹ تلفن: ۸۸۸۱۱۵۸۱ نمابر: ۸۸۸۱۱۵۸۰

Website: http://www.sdil.ac.ir Email: publication@sdil.ac.ir

تقدیم به

دکتر محمد علی اسلامی ندوشن

ادیب حقوق دان

به نام خداوند جان و خرد

سخن ناشر

توسعه ادبیات حقوقی در هر کشور، نقش مهمی در پیشرفت نظام حقوقی آن کشور ایفاء می‌نماید. اندیشمندان و پژوهشگران دنیای بیکران حقوق که شیفته نظم‌اند و سرباز عدالت، آموزه‌های علمی و تجربیات عملی خویش را به جامعه حقوقی عرضه می‌دارند تا بتوانند در تثبیت و تنویر نظم اجتماعی و استقرار عدالت و اصلاح و پیشرفت کشور سهیم گردند.

قانون‌گذار فهیم و آگاه، هیچ‌گاه در مقام تهیه پیش‌نویس و مهیا شدن جهت وضع قانون، خود را بی‌نیاز ادبیات و دکترین حقوقی کشور و مشورت با خبرگان نخواهد یافت و هیچ‌گاه مصوبات قبلی خویش را دائمی و مصون از نقد و اصلاح قلمداد نخواهد نمود. قضات متخصص و عدالت‌پیشه نیز نقد علمی و منصفانه آرای خود را مایه تکامل و پیشرفت می‌دانند.

دانشکده‌های حقوق که به مأموریت خطیر تربیت قضات، وکلا، مشاوران حقوقی، سردفتران، پژوهشگران و اساتید حقوق و فقه همت می‌گمارند علاوه‌بر اینکه از آموزه‌های علمی و قضایی کشور بسیار بهره می‌برند متقابلاً رسالت مهمی در غنی‌سازی ادبیات و دکترین حقوقی کشور برعهده دارند.

کشور ایران به ویژه در دو دهه اخیر پیشرفت قابل‌توجهی در توسعه کمّی ادبیات حقوقی کشور را شاهد بوده است. تعداد کتب و نشریات حقوقی منتشره در کشور طی بیست سال اخیر، به نسبت گذشته به مراتب افزایش یافته است. این دستاورد را باید به فال نیک گرفت و امیدوار بود که این پیشرفت کمّی به همین میزان با توسعه‌ای کیفی در بارور شدن دکترین حقوقی مورد نیاز کشور همراه باشد و با احترام به حقوق مالکیت فکری دیگران انتشار یابد.

انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش که همواره سعی داشته است علاوه‌بر انتشار آثار حاصل از تحقیقات پژوهشکده حقوق، به صورتی

هدفمند و با ارزیابی علمی به گزینش و چاپ و انتشار کتاب‌های حقوقی در حوزه‌ها و موضوعات مورد نیاز جامعه حقوقی کشور مبادرت ورزد، زحمات آقای **دکتر ماشاءاله بناء نیاسری** در ترجمهٔ کتاب **تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک مقایسه مکتب آمریکایی «حقوق و اقتصاد» با مکتب دکترینالیسم حقوقی آلمان** را ارج نهاده، امیدوار است این کتاب مورد استقبال جامعه حقوقی کشور و مورداستفاده متولیان امر قرار گیرد.

وحید اشتیاق

فهرست اختصاری مطالب

سخن ناشر ۷

فهرست تفصیلی مطالب ۱۱

دیباچهٔ پروفسور مارتین گلتر بر ترجمهٔ فارسی ۱۳

اول. مقدمه ۱۷

دوم. موقعیت نسبتاً ضعیف جنبش حقوق و اقتصاد در کشورهای آلمانی‌زبان ۲۱

سوم. بررسی اجمالی فرضیهٔ مطرح در این مقاله ۳۷

چهارم. تجربه ایالات متحدهٔ آمریکا: مکتب واقع‌گرایی حقوقی و فایده‌گرایی ٤۱

پنجم. سیر تکامل مطالعات حقوق و اقتصاد در اروپای آلمانی‌زبان ۸۱

ششم. نتیجه‌گیری ۱۱۷

فهرست منابع و مآخذ ۱۱۸

فهرست تفصیلی مطالب

سخن ناشر ۷

فهرست اختصاری مطالب ۹

دیباچهٔ پروفسور مارتین گلتر بر ترجمهٔ فارسی ۱۳

اول. مقدمه ۱۷

دوم. موقعیت نسبتاً ضعیف جنبش حقوق و اقتصاد در کشورهای آلمانی‌زبان ۲۱

الف. وضع کنونی استقبال از سبک آمریکایی تحلیل اقتصادی حقوق ۲۱

ب. مروری اجمالی بر ادبیات و نوشته‌های موجود ۲۹

۱. تفاوت میان نظام حقوقی کامن‌لا و نظام حقوقی رومی ـ ژرمنی ۲۹

۲. پیروزی و شکست پوزیتیویسم حقوقی ۳۰

۳. آموزش حقوق و پیشهٔ حقوقی ۳۲

۴. رانت‌جویی و مشوّق‌های دانشگاهی ۳۳

سوم. بررسی اجمالی فرضیهٔ مطرح در این مقاله ۳۷

چهارم. تجربه ایالات متحدهٔ آمریکا: مکتب واقع‌گرایی حقوقی و فایده‌گرایی ۴۱

الف. مکتب واقع‌گرایی حقوقی آمریکا به‌مثابهٔ پیشینهٔ جنبش حقوق و اقتصاد ۴۱

ب. مبنای فایده‌گرایانهٔ جنبش حقوق و اقتصاد ۵۷

ج. خاستگاه‌ها و تحولات جنبش جدید حقوق و اقتصاد ۶۶

د. حال‌وروز امروزی تفکر حقوقی آمریکا و جنبش حقوق و اقتصاد ۷۱

هـ. جنبش حقوق و اقتصاد به‌عنوان یک برنامه و طرح سیاسی؟ ۷۳

پنجم. سیر تکامل مطالعات حقوق و اقتصاد در اروپای آلمانی‌زبان ۸۱

الف. پیوند حقوق و اقتصاد در اواخر قرن نوزدهم ۸۱

ب. نگاه درونی به مصلحت و تفسیر ۸۸
ج. واقع‌گرایی حقوقی به‌عنوان یک حلقهٔ مفقوده؟ ۹۹
د. بازتولید در «مکتب حقوقی مصلحت‌گرا» و «مکتب حقوقی هنجاربنیاد» ۱۰۶
هـ. غایت قانونگذاری و مصلحت به‌مثابهٔ جزء و عنصری از علم حقوق ۱۱۱
ششم. نتیجه‌گیری **۱۱۷**
فهرست منابع و مآخذ ۱۱۸

دیباچهٔ پروفسور مارتین گلتر بر ترجمهٔ فارسی

تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک: یک مقدمه

به سال ۲۰۰۸ میلادی، کریستوفل گریچنیگ و راقم این سطور، مقالهٔ «تفاوت تفکر حقوقی در دو سوی آتلانتیک: مقایسهٔ مکتب آمریکایی «حقوق و اقتصاد» با مکتب دکترینالیسم حقوقی آلمان» را در *مجلهٔ حقوق بین‌الملل و تطبیقی هاستینگز* منتشر ساختیم.[1] در همان سال، متن اندکی کوتاه‌تر آلمانی پژوهش‌مان که به‌طور هم‌زمان به نگارش درآمده بود، تحت عنوان «تفاوت تحوّل تفکر حقوقی: در باب مکتب آمریکایی حقوق و اقتصاد و مکتب دکترینالیسم (دگماتیک) حقوقی آلمان» در مجلهٔ آلمانی‌زبان *مجلهٔ حقوق خصوصی بین‌المللی و تطبیقی رابل* به زیور طبع آراسته شد.[2] از متن انگلیسی مقاله، ترجمه‌هایی به زبان‌های چینی، روسی و پرتغالی (در برزیل) نیز منتشر شده است.

سطح توجه و علاقهٔ بین‌المللی به این مقاله نشان از آن دارد که نویسندگان به موضوع مهمی انگشت نهاده‌اند. به گمانم، یک عامل کلیدی در جلب توجه گسترده به موضوع این مقاله، آن است که در جهانی که هر روز بیش از پیش جهانی می‌شود، وکلاء و حقوق‌دانان و پژوهشگران حقوقی‌ای که در سطح بین‌المللی در جابه‌جایی‌اند، کراراً شوک‌ها و تکانه‌های فرهنگی را تجربه می‌کنند. درخصوص بنده و نویسندهٔ همکارم باید بگویم، ما نخستین‌بار این شوک و تکانه را زمانی دریافتیم و آزمودیم که برای تحصیل علم حقوق در دانشگاه‌های برتر آمریکا، راهی این کشور شده بودیم و سپس به هنگام بازگشت، به یک محیط دانشگاهی بسیار متفاوت در اتریش مراجعت نمودیم. همانند شمار فزایندهٔ حقوق‌دانان و پژوهشگران حقوقی‌ای که به هردو زبان مادری و زبان انگلیسی آثاری منتشر می‌کنند، این بنده نیز برای مدت زمانی کوشیده‌ام در هردو این جهان‌ها بزیم، هرچند اینک در یک دانشکدهٔ حقوق آمریکایی به تدریس مشغولم.

---

1. Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, "The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism," *Hastings International & Comparative Law Review* 31 (2008): 295-360.
2. Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, "Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik," *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationals Privatrecht* 72(3) (2008): 513-561.

تفاوت کلیدی در این دو فرهنگ‌های حقوقی دانشگاهی، بدان‌گونه که ما در این مقاله کاویده‌ایم، در این نکته خلاصه می‌شود: در کشورهای آلمانی‌زبان، مأموریت و رسالت اصلی و محوری پژوهش‌های حقوقی دانشگاهی کشف و یافتن این است که تفسیر صحیح از قانون و حقوق چیست. اصطلاحی که برای اشاره به این روش در زبان آلمانی استعمال می شود (*Rechtsdogmatik*) است، حال آنکه در زبان فرانسه بدان «دکترین» (*la doctrine*) گفته می‌شود. نزد پژوهشگران حقوقی آمریکایی، پژوهش‌های حقوقی‌ای که در این چهارچوب و با چنین طرز نگاهی به نگارش درمی‌آیند، اکثراً پژوهش‌های توضیحی محض یا شکل‌گرایی صرف پنداشته می‌شوند. به نظر من، این نقد، نقدی افراطی است، و به سطح پختگی و پیچیدگی‌ای که در پژوهش‌های حقوقی اروپای قاره‌ای موجود است، توجه کافی مبذول نمی‌دارد؛ ولیکن درعین‌حال از این واقعیت پرده برمی‌دارد که چقدر اکثر پژوهش‌های حقوقی اروپای قاره‌ای بر قوانین و حقوق جاری و موجود بسیار تمرکز دارد و تظاهر و وانمود می‌کند که امکان یافتن پاسخ درست برای هر مسأله وجود دارد، ولو اینکه یافتن این پاسخ دشوار است.

برعکس، پژوهش‌های حقوقی آمریکا تا حدّ زیادی به مصلحت و سیاست‌گذاری توجه دارند. دانشگاهیان در ایالات‌متحدهٔ آمریکا، آثار و پیامدهای اجتماعی و اقتصادی قوانین و قواعد حقوقی را برمی‌رسند و می‌کاوند، و نیز بدین موضوع می‌پردازند که چه نیروهای سیاسی‌ای، قوانین و قواعد حقوقی را شکل می‌بخشند و پی می‌ریزند. مقالهٔ ما که متن پارسی آن به همّت دکتر ماشاءاله بناء نیاسری در اختیار خوانندگان ایرانی نهاده شده است، بر تحلیل اقتصادی حقوق تمرکز دارد که خود یکی از روش‌های برتر و پیشرو در این عرصه است و بر پژوهش‌ها و مطالعات حقوق بازرگانی سلطه دارد و در پژوهش‌های حقوق خصوصی به طور کلی نیز نقشی بس برجسته به دوش می‌کشد. در این مقاله، ما استدلال کرده‌ایم که وجود جنبش واقع‌گرایی حقوقی و پذیرش و مقبولیت فلسفهٔ فایده‌گرایانه چرایی موفقیت بسی بیشتر جنبش حقوق و اقتصاد در ایالات متحدهٔ آمریکا در قیاس با کشورهای آلمانی‌زبان را توضیح می‌دهد.

ما زحمات آقای دکتر ماشاءاله بناء نیاسری را به پاس ترجمهٔ این مقاله به زبان پارسی بسیار ارج می‌نهیم. یقیناً وکلاء، حقوق‌دانان و پژوهشگران حقوقی ایرانی نیز به هنگام فعالیت و پژوهش در نظام حقوقی کشوری که از سنت‌های حقوقی اسلامی، اروپای قاره‌ای و حقوق بومی ایران که ریشه در تاریخ کهن این سرزمین دارد، سیراب می‌شود، خواه‌ناخواه با شوک‌ها و تکانه‌های فرهنگی مشابهی روبه‌روی‌اند.

حقوق تطبیقی بسیار به ما کمک می‌کند نظام حقوقی خود را بهتر فهم کنیم و بشناسیم. در کلاس درس حقوق شرکت‌های تطبیقی که عهده‌دار تدریس آن در دانشکدهٔ حقوق دانشگاه فوردهام می‌باشم، یک زمانی دانشجویی در لابلای سؤال و جواب‌های کلاسی توضیح داد که مطالعهٔ مستمر قوانین و حقوق شرکت‌های تجاری کشورهای خارجی به او بسیار کمک کرده است که حقوق شرکت‌های تجاری آمریکا را که برای نخستین‌بار دارد مطالعه می‌کند، به‌خوبی بفهمد و دریابد. با این نگاه و نگرش، امید دارم که ترجمهٔ آقای دکتر بناء نیاسری به خوانندگان ایرانی کمک خواهد کرد چیزهای جدیدی را دربارهٔ نظام حقوقی خودشان بیاموزند، و شاید به برخی از آنها امکان خواهد داد حتی وکلاء و پژوهشگران حقوقی بهتری نیز در آینده بگردند.

مارتین گلتر
نیویورک، مارس ۲۰۱۹

اول.

مقدمه

جنبش حقوق و اقتصاد امروزه در ایالات متحدهٔ آمریکا به بخشی جدایی‌ناپذیر از پژوهش‌های حقوقی و برنامهٔ درسی دانشکده‌های حقوق این کشور مبدّل گشته است. از زمان ظهور مکتب واقع‌گرایی حقوقی (رئالیسم حقوقی) در این کشور، حقوق‌دانان و پژوهشگران حقوقی اکثراً به حقوق از نگاه بیرونی نگریسته‌اند.[۳] در ایالات متحدهٔ آمریکا شاید برای بسیاری عجیب بنماید که تفکر حقوقی اروپایی در برابر این تحول اصولاً از خود مقاومت نشان داده است. حقوق‌دانان اروپایی نوعاً به حقوق «از درون» نگریسته‌اند، به این معنا که حقوق را چونان رشته‌ای خودکفا و مستقل از دیگر علوم اجتماعی انگاشته‌اند. غالبِ پژوهش‌های حقوقی در اروپا دکترینی است، به این معنا که حقوق‌دانان روش‌های تفسیری را به خدمت می‌گیرند که به مدد آن نظمی منطقی از حقوق عرضه دارند و دریابند و فهم نمایند که حقوق چیست، غالباً حتی پیش از آنکه دادگاه‌ها به موضوع بپردازند. تفکر حقوقی به سبک آمریکایی در اروپا اغلب غریب و بیگانه می‌نماید و به‌ویژه آموزه‌های مکتب حقوق و اقتصاد در بیشتر موارد با طعن و مخالفت آشکار مواجه است.

در مقالهٔ حاضر می‌کوشیم نحوهٔ مواجههٔ تفکر حقوقی در کشورهای آلمانی‌زبان با جنبش حقوق و اقتصاد را به‌عنوان شاهد مدّعا اخذ کنیم و به یاری آن، این تباین و تفاوت در گفتمان حقوقی علمی و دانشگاهی را شرح و تبیین نماییم. درست است که در اینجا از کشورهای آلمانی‌زبان اروپا سخن می‌گوییم، اما به گمان ما با توجه به

3. James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy* 104-07 (1996).