

تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی

دکتر نجادعلی الماسی*

چکیده

اقتصاد حقوق (شکلی) در مقام بازخوانی قواعد شکلی از منظر مکتب پیامد‌گرایی اقتصاد است. این مکتب به دنبال کارایی و بهینه‌سازی قواعد شکلی و ادله اثبات دعوا به منظور کاهش خطاهای دادرسی، کاهش هزینه‌های خصوصی از قبیل هزینه‌های یافت، پالایش و ارائه دلیل و هزینه‌های اجتماعی و همچنین تخصیص هزینه‌های ناشی از اشتباه در قالب تئوری وزن دلیل و مسئولیت بار اثبات دعاوی می‌باشد. بنابراین اهداف اقتصادی ادله اثبات دعوا، تضمین کشف حقیقت، تولید ارزش افزوده، گسترش قواعد حل اختلاف محلی، تأمین آزادی افراد و منافع کلان اجتماعی است. به همین علت، منطلق اقتصادی، هم در نگرش کلان و هم در نگرش خرد، بدنبال دلایل فرهنگ گرا - اخلاقی - و هنجار گرا است. در مقاله حاضر ضمن تعریف اقتصاد حقوق، اقدام به تعریف دلیل، تبیین جایگاه اقتصادی آن و همچنین بیان نظریه‌ها و چالش‌های اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی خواهد شد.

کلید واژگان

تحلیل اقتصادی، ادله اثبات دعوا، کارآیی، تخصیص هزینه، الگوی اقتصادی جستجو.

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق یا اقتصاد حقوق^۱ بسان تحلیل حقوقی اقتصاد (حقوق اقتصادی)^۲ سابقه دیرینه دارد. حقوق علمی هنجارگرا، اثباتی و دستوری است و به هدف‌ها می‌اندیشد، حال آنکه اقتصاد علمی روشمند، حسابگر و انتخابی است. حقوق به عنوان رشته ممتاز و ذو وجه رشته علوم انسانی، همیشه و در تمامی ابواب و شاخه‌های خود از علوم دیگر انسانی، تجربی و... بهره جسته است. مکتب اقتصاد حقوق نیز به دنبال بهره‌گیری از ابزارهای مقبول اقتصاد در مسیر توجه به قواعد حقوقی به منظور نایل شدن به دو هدف کلان است: هدف نخست اندازه‌گیری و تحلیل قواعد حقوقی جهت یافتن معایب سیستم حقوقی و آسیب شناسی آن در راستای کاهش هزینه‌های فردی و اجتماعی است و هدف دوم استخدام "بهترین قاعده" از میان قواعد هم‌عرض و جایگزین دیگر در راستای بهینه‌سازی و انعطاف‌پذیری قواعد حقوقی است. لذا منطق اقتصادی رویکردی وسیع‌تر و جامع‌تر نسبت به قواعد اجتماعی به‌ویژه قواعد حقوقی در قیاس با منطق حقوقی دارد. ریشه‌های مطالعات آکادمیک راجع به تحلیل اقتصادی حقوق در آثار آدام اسمیت، سزار بکاریا، کندورست و جرمی بنتام در سده هیجدهم یافت می‌شود. بلوغ مکتب تحلیل اقتصادی حقوق از قرن نوزدهم و مشخصاً با مقاله رونالد کاوز درباره "قضیه هزینه اجتماعی" شروع گردیده و توسط اندیشمندانی همچون دمزر، کالابرسی، گری بکر، ریچارد پاسنر، استیون شاولز، کوتر و یولن و... در قالب ارائه مقالات علمی، تدوین و نشر کتب، برگزاری همایش و سخنرانی‌ها، راه اندازی موسسات حقوق و اقتصاد و نشریات میان رشته‌ای گسترش یافت. کشورهای برخوردار از سیستم کامن لایز اقدام به دایر کردن رشته حقوق اقتصادی در دانشگاه‌ها و استخدام اساتید اقتصاد در دانشکده‌های حقوق نموده

1. Law and Economic or Land E.

2. Economic Law.

و تا به امروز سعی در تعالی اهداف پژوهشی، آموزشی و کاربردی رشته مذکور بوده (دادگر، ۱۳۸۵: ۱۶۳). در سطح داخلی و در سال‌های اخیر نیز در سطح آموزش عالی اقدام به دایر کردن رشته حقوق اقتصادی یا رشته حقوق اقتصادی - تجاری شده و جنبش مطالعات میان رشته‌ای از میان دکترین حقوقی شروع شده است. باید اشاره کرد که تحلیل اقتصادی حقوق ماهوی بیشتر مورد استقبال پژوهشگران و محققین قرار گرفته است. لکن حقوق شکلی و به‌خصوص تحلیل اقتصادی ادله اثبات مدنی و کیفری از اقبال متوقع برخوردار نبوده‌اند. در مقاله حاضر با موضوعیت تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی ابتدا به تعریف دلیل و ویژگی‌های آن پرداخته و در ادامه به نظریه‌ها و کارکردهای اقتصادی ادله اثبات دعوا و چالش‌های اقتصادی آن اشاره خواهد شد.

۱. مفهوم دلیل

دلیل^۲ در زبان و ادب پارسی به معنای "راهنما"، "رهنمون"، "نشان" و علامت آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۲: ۹۷۳۵، آذرنوش، ۱۳۸۸: ۲۰۱) دلیل، همچنین، به معنای حجت و برهان و آنچه برای ثابت کردن امری بیاورند می‌باشد. (ابن منظور، بی تا: ۳۹۴، خوئینی، ۱۳۸۱: ۹، مهاجری، ۱۳۸۰: ۷۶، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۰۸، انصاری، ۱۳۸۷: ۱۳۹) در اصطلاح عرفی نیز به چیزی گفته می‌شود که امر مجهولی را ثابت نماید. در ذیل به تبیین مفهوم حقوقی و اقتصادی دلیل پرداخته خواهد شد.

۱.۱. مفهوم حقوقی دلیل

دلیل به معنای حقوقی عبارت از چیزی که برای اثبات امری در خصوص دعاوی

به کار می‌رود. بنابراین قوانین که جنبه اثباتی دارند و کاشف از امری می‌باشند، دلیل نامیده می‌شوند (همان، ۳۰۹). از نقطه نظر حقوقی، دلیل دارای دو مفهوم اخص و اعم است. در مفهوم اخص، به هر وسیله‌ای گفته می‌شود که در قانون پیش بینی شده و در مرجع قضاوتی سبب اقناع وجدان دادرس به واقعیت امر مورد ادعا شود. در راستای همین مفهوم می‌توان به ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) اشاره داشت که به موجب این ماده: "دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند". دلیل در مفهوم اعم عبارت از فراهم آوردن وسایلی است که وجدان دادرس (جستجوگر) را اقناع می‌نماید. (شمس، ۱۳۸۵: ۸۴-۸۵ کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۶۹)

۲. ۱. مفهوم اقتصادی دلیل

مفهوم اقتصادی دلیل در رابطه با «کارکرد ادله اثبات» در دو سطح کلان^۴ که شامل دلایل استاندارد و «تصمیمات استاندارد» از یک سو و قواعد اثباتی در سطح خرد^۵ از قبیل کارشناسی، شهادت و ... از سوی دیگر است (Sanchirico, 2006: 27). رویکر اقتصادی بدنبال پیروی از اصل انتخاب عقلایی و «اصل استخدام بهترین دلیل»^۶ است. اصل فوق تأکید می‌کند که دلیل باید قابل قبول، قابل اعتماد - اتکاء - و صحیح باشد. کفایت و مقبول بودن دلیل برخاسته از «نوع رژیم حقوقی» است لذا در تحلیل اقتصادی علاوه بر توجه به رهیافت کارکردگرایی ادله، باید به رهیافت فرهنگ گرایی ادله که برگرفته از خرد جمعی، منطق حقوقی، تجربه و دانش علمی هست، توجه نمود. چه اینکه «کشف حقیقت» دعاوی بی توجه به این مبادی، مقدور نمی‌باشد. شاخص‌های اقتصادی «دلیل»

4. Macro – level issues : burdens and decision standards .

5. micro – level exclusionary rules : hersay , expert and etc .

6. the best evidence principle.

عبارت از شاخص کیفی و شاخص کمی است. (Parker, 1999:12-13) توضیح مطلب اینکه هم از نظر اقتصادی و هم از نظر اخلاقی، دلایل باید "اقناع کننده" و "واقعی" باشند. زیرا، "ادله احتمالی" بنا به برداشت‌های اخلاقی، غیر قابل قبول بوده و باعث "انتقال حق" به من غیر حق می‌شود و بنا به برداشت‌های اقتصادی، باعث تولید هزینه‌های ساختاری و مضاعف شده و امکان تخصیص هزینه‌های دعاوی را با تسر مواجه خواهد ساخت (Ibid: 15). شاخص کیفی دلیل ناشی از "اصل حداکثر سازی فردی" (PMI) است. این اصل توسط مولف کتاب "مبانی ادله اثبات دعوا"، پروفیسور استین، ارائه شده است که حاوی "روش مدیریت دلایل در موارد ابهام" است (Posner, 1973:1451) اصل فوق دربردارنده "بررسی همه احتمالات پرونده" در شرایط "عدم اطمینان" است که نظریه‌های راجع به شرایط عدم اطمینان در مباحث بعدی تشریح خواهد شد.

دستاوردهای شاخص کیفی را می‌توان موارد زیر دانست:

۱. حذف هر گونه وابستگی اطلاعات در خصوص "اصالت و اعتبار رأی".
 ۲. اعطاء فرصت به طرف مقابل در جهت استدلال راجع به رد "دلیل ترجیحی"^۸ مستند رأی.
 ۳. خلق فضای توافقی برای طرفین در راستای رد دلایل موازی یا مخالف با استدلال‌های کلی از واقعیت (امور موضوعی پرونده).
- شاخص کمی نیز تأکید بر لزوم پوشش دادن هر گونه ادعاهای واقعی مرتبط با پرونده است (Ibid: 11). یعنی اینکه اگر دلیلی بر پایه ادله اثبات ارائه شد دلیل کیفی دیگری بتواند آن را پوشش دهد. بنابراین مفهوم اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی، بر انضباط‌گرایی بودن دلایل، تکیه بر وزن دلایل از جهت توان اثباتی و مرتبه اثباتی آنها، عینی و واقعی

7. the principle of maximal individualization .

8. preferred evidence .

بودن دلایل، مدیریت دلایل توسط طرفین و قضات تأکید دارد که نهایتاً به صدور آراء " مستند " و " اقناعی " با توجیه تولید منافع اجتماعی و تخصیص هزینه‌های مربوط به یافت، پالایش و ارائه دلیل ختم می‌گردد. (Lempert, 2001:53)

۲. مؤلفه‌های اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی

در ذیل به مؤلفه‌های اقتصادی ادله اثبات که عبارت از توجه به دلایل کارا (بهینه) و قاعده بهترین دلیل (در نتیجه فرآیند وزن‌کشی ادله) می‌باشد، اشاره خواهد شد.

۱. ۲. دلایل کارآمد (بهینه)

تئوری کارایی^۹، به‌طور کلی، ابتدا دارای نگرش تدابیر بازدارندگی است. به‌این معنی که هنجارهای حقوقی بایستی رویکرد پیشگیرانه داشته باشند. از جمله اهداف رویکرد اخیر

۹. در مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، سه معیار از کارایی ارائه شده است. معیار نخست راجع به " حداکثر رساندن ثروت " است. این معیار را ریچارد پاستر در مقاله " فایده‌گرایی، اقتصاد و نظریه حقوقی " در سال ۱۹۷۹ مطرح ساخت. منظور وی از این معیار، به حداکثر رساندن ثروت اجتماعی از طریق حقوق کارآمد است. قابل ذکر است که مراد از واژه " ثروت " معادل برداشت اقتصادی از عبارت " ارزش " می‌باشد. معیار دیگر کارایی را ویلفردو پارتو (۱۸۹۶) بیان کرد که طی آن " عمل اقتصادی بهتر است که در یک رابطه شرایط یک نفر بهتر از قبل گردد بدون اینکه ضرری متوجه شخص دیگری شود ". این معیار معروف به معیار کارآمدی پارتویی است که دارای ایرادهایی مثل عدم رعایت تخصیص اولیه منابع و عدم ارائه جایگزین ترجیح‌های افراد می‌باشد. معیار دیگر کارایی توسط دو شخص به نام‌های کالدور و هیکس صورت گرفته است. معیار ارائه شده توسط این دو نفر، در واقع، تعالی معیار پارتو است. در این معیار تأکید بر تحقق رفاه اجتماعی است هر چند که در روابط خصوصی نیز یک طرف به دارایی مثبت خود اضافه و طرف دیگر به دارایی منفی خود اضافه نماید. (برای مطالعه مبسوط در باب کارایی به مقاله " مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی (نظریه‌ها و کاربردها) "، دادگر، یدالله، و " درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق "، کورش، کاویانی، هر دو مقاله مندرج در مجله پژوهش حقوق و سیاست، دانشگاه علامه طباطبائی، سال نهم، ش ۲۳، ۱۳۸۶ مراجعه شود).

در باب ادله اثبات دعوا را می‌توان "خط مشی دولتی" در اتخاذ سیاست‌های تقنینی به منظور دستیابی به رهیافت "امنیت تقنینی" و به تعاقب آن "امنیت قضایی" است. چنین سیاست‌های کلان، باعث تغییر باورداشت‌های طرفین دعوا، در قبل و حین دعوا، نیز گردیده و به دو عنصر مبنایی در هدف از "طراحی ادله حقوقی" که همان "پیش‌بینی هزینه‌ها" و تسهیل دستیابی به "اطلاعات متقارن" هست، دست خواهد یافت. این مسئله فی‌نفسه در "انضباط فرآیند اثبات" اثر گذار است. بنابراین اتخاذ سیاست‌های پیش‌گیرانه، که متوجه مدیریت کلان می‌باشد، موجبات "استاندارد سازی تولید دلیل" را به وجود خواهد آورد. ترسیم تولید دلیل نیز در مراحل تحصیل دلیل و شیوه و شخص ارائه دهنده دلیل موثر خواهد گردید (Zhong, 2000: 27). به عنوان مثال چنانچه قانون‌گذار در خصوص تمامی دعاوی راجع به اموال غیرمنقول، قائل به پذیرش "سند رسمی" - با تعریفی که از این سند و معیارهای آن در قانون به عمل آورده است - به عنوان "دلیل برتر"^{۱۱} باشد و دلایل دیگر "توان و وزن" برابری با دلیل فوق را نداشته باشند، در این حالت است که سیاست صحیح و کارآمدی از جانب مقنن در شکل‌گیری و اثبات حقوق، پدید می‌آید. لذا طبقه‌بندی دلایل، تعیین وزن دلایل، احصاء دلایل و ... در این مرحله صورت می‌گیرد. رویکرد دیگر کارایی^{۱۲}، معطوف به نگرش اثباتی آن می‌باشد که مشتمل بر "سیاست‌های اصلاحی" از قبیل پیش‌بینی همگرا توسط طرفین دعوا از نتیجه اقامه دعوا بر مبنای دلایل

10. superior evidence.

۱۱. پیش نیاز کارایی اقتصادی ابتدا قواعد حقوقی استاندارد است. این قواعد اقدام به تشریح چگونگی تخصیص منابع و توزیع اولیه حقوق و تکالیف افراد و آرایش آنها در جامعه می‌نمایند. پیش نیاز دیگر کارایی معطوف به ابزارهای حقوق عمومی و دولتی است که عوارض خارجی ناخواسته را به حد صفر می‌رساند. جهت مطالعه ابزارهای راجع به کنترل عوارض خارجی - مثل مالیات پیگویی و عدالت معاوضی انعطاف پذیر- به مقاله Ronald, H. (1960), "the problem of social cost", journal of law and economic, Vol 3 مراجعه شود.

موجود، انتقال هزینه‌های تهیه و ارائه دلایل به طرف بازنده، تحمل هزینه‌های اجتماعی ناشی از تهیه ادله و .. است. در این نگرش، سعی در اصلاح رفتار توافقی طرفین با هشدارهایی مثل تحمل هزینه‌های اقامه و اثبات ادله می‌باشد که با هدف جلوگیری از توسل به دلایل ساختگی، ناکارا و هزینه ساز صورت می‌گیرد.

۲.۲. قاعده بهترین دلیل^{۱۲}

دکترین ادله اثبات دعوی انگلیسی - آمریکایی قائل به قاعده بهترین دلیل هستند که دربردارنده دو موضوع است. موضوع نخست مربوط به قدرت "اقتناع کنندگی" ادله (در مقابل ادله ساکت کننده) هست که بر محوریت "قابل قبول"^{۱۳} یا قابل استماع بودن "ادله استوار است. طبیعی است که توان دلیل و مهلت تهیه و ارائه آن بایستی که توجیه حقوقی و اقتصادی داشته باشد. چه اینکه باعث تولید هزینه مادی و هزینه زمانی در دو سطح فردی و اجتماعی می‌شود. به همین دلیل موضوع دوم مکمل موضوع نخست بوده و مشعر بر "فروض قانونی" از یک سو، و "مسئول اثبات دلیل" (بار اثبات دلیل) از سوی دیگر است. (Jeffrey, 2005:18)

در ارتباط با قدرت اقتناع کنندگی دلیل، قانون ادله اثبات فدرال آمریکا^{۱۴}، به سه مسئله محوری "تناسب ادله"، "قابل اعتماد و اطمینان بودن ادله" و "محدودیت‌های قانونی" توجه دارد. ماده ۴ از قانون ذکر شده، به قاعده تناسب ادله پرداخته و در مقام نسبت سنجی و ارتباط بین امور موضوعی و دلایل مطروحه در هر پرونده‌ای است. بر مبنای

12. The Best Evidence Rule. For more study : Thomas R. Lee, Pleading and Proof: The Economics of Legal Burdens , The University of Chicago , 1991.

13. Admissibility .

14. Federal Rules of Evidence (FRE) 1975 .

مواد ۴۰۱ و ۴۰۲ نیز قاعده تناسب یا مرتبط بودن ادله عبارت از حداقل اقناع لازم به وسیله یک استدلال منطقی است که نشان دهنده آن است که دلیل ارائه شده ارزش اثباتی غیر صفر دارد (Parker:4). ارزش اثباتی غیر صفر نیز اشاره به یک الگوی اقتصادی دارد که طی آن چنانچه دلیلی سود اجتماعی تولید نمی‌کند و باعث ارزش افزوده نمی‌شود، لاقط تولید هزینه اجتماعی آن - ارزش منفی دلیل - صفر باشد. در قاعده مرتبط بودن، ادله شخصیت، از قبیل شهادت، قسم و شهادت بر شهادت، نقشی استثنائی داشته و در شرایط "عدم اطمینان"، به صورت محدود، باید مورد استفاده قرار بگیرند. توضیح مطلب اینکه چنین دلایل شهودی، از جمله دلایل ساکت کننده هستند که ایجاد ابهام کرده و تولید هزینه مادی و معنوی - مثل تنزیل مقام و منزلت شرع - را در جامعه به همراه دارند. با تدق در مواد ۴۰۳ لغایت ۴۰۶ و همچنین مواد ۴۱۳ الی ۴۱۵ قانون ادله اثبات فدرال آمریکا، می‌توان به نتایج اخیر دست یازید. بنابراین ادله اثباتی با رویکرد اقتصادی باید دارای ویژگی‌های عینی، واقعی کردن حکم صادره، تخصیص بهنگام و معقول هزینه و توجه به ارزش‌های اجتماعی از قبیل ارزش‌های بنیادین حقوقی، اخلاقی، مذهبی و... باشد. مسئله "محدودیت‌های قانونی" نیز جهت تشویق، تقویت و حمایت از برخی روابط یا فعالیت‌های بیرونی از قبیل فعالیت‌های خاص دولتی، مقررات حفظ اسرار، مقررات راجع به حریم خصوصی و حریم تجاری است. لذا در تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوا به مقوله اخلاق گرایی ادله اثبات نیز توجه می‌شود. بنابراین "احصاء ادله" و "شخص ذی‌نفع در خصوص تحصیل دلیل" و برشمردن محدودیت‌های تحصیل دلیل، توأمان، مؤثر در این مقوله است. اثر محدودیت قانونی به غیر از قابل اطمینان و قابل استناد نبودن ادله، رهیافت پیشگیرانه آن می‌باشد. لذا اگر چه که نقش ادله اثبات در راستای "کشف حقیقت" امور مورد ادعا هست، لکن کشف حقیقت باید تعریف شده، قانونی و دارای مشروعیت باشد. (Prakken, 2007:4-6)

موضوع دوم در خصوص "فروض قانونی" و "انتقال بهینه بار اثبات دلایل" است

(Ibid&Cohn,2000:558). از جمله چالش‌های رویکرد اقتصادی ادله اثبات، دغدغه راجع به "یافت یا جستجوی ادله" و تخصیص هزینه‌های ناشی از آن است. بنابراین یکی از کارکردهای اقتصادی ادله، در جهت درونی کردن هزینه‌ها، می‌تواند فروض قانونی و انتقال بار اثبات دعوا در دعاوی مدنی باشد (Parker:7). تحلیل هزینه - فایده قضیه فوق در ارتباط با اتخاذ موضع طرفین نیز مؤثر است. نسبت به موضوع "بار اثبات دعوا" نیز باید اشاره کرد که به‌طور کلی در دعاوی مدنی بار اثبات دلیل بر عهده مدعی است. یعنی اینکه مدعی هم باید بار تهیه یا پیش بردن دلیل را بر عهده بگیرد و هم بار متقاعد کردن یا ریسک متقاعد نشدن را متحمل شود (Ibid). حال آنکه انتقال بار اثبات می‌تواند موجب تخصیص هزینه جستجو و توجیه دلیل شود. به عنوان مثال، چنانچه مبنای مسئولیت ناشی از تولید سیگار و یا حوادث رانندگی، از مبنای تقصیر به مبنای "خطر" انتقال یابد، در این حالت بار اثبات دعوا معکوس و منقلب خواهد شد. قانون‌گذار و قاضی پرونده می‌توانند، به‌خصوص در رابطه با موضوع قوانین حمایتی مثل قوانین مصرف، استخدامی و ...، اقدام به انتقال بار اثبات دلیل نمایند که هم توجیه اخلاقی و هم توجیه اقتصادی دارد.^{۱۵}

۳. سیستم‌های تحصیل دلیل

رهبری و مدیریت دلیل بستگی به نوع نظام حقوقی کشورها و همچنین موضوع اختلاف - کیفری یا حقوقی - دارد و در دو سطح یافت (جستجوی) دلیل و گستره آن مطرح می‌شود. ذیلاً به الگوهای جستجوی دلیل پرداخته و در ادامه به گستره تحصیل دلیل اشاره خواهد شد. (Posner: 1479)

۱۵. در این رابطه می‌توان به فصل دوم از اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپا در خصوص مبنای مسئولیت مدنی استناد کرد.

۱. ۳. الگوهای جستجوی دلیل

در گفتار حاضر به دو الگوی مرسوم در جستجوی دلیل که عبارت از الگوی اتهامی و الگوی تفتیشی هست، اشاره خواهد شد.

۱-۱-۳. الگوی اتهامی^{۱۶}

در الگوی اتهامی، که یکی از شیوه‌های جستجوی دلیل است، تقابل ادعاها منتفی است و اظهارات و ادعاها کتبی و محرمانه است. در این شیوه "قاضی" نقش مدیریت تحصیل ادله را؛ که بیشتر قائم به شخص می‌باشند، بر عهده دارد و البته از وجود همکاران انتظامی، کارشناسان دادگستری و وکلای دادگستری نیز بهره می‌برد. سه مسئله مهم در این شیوه مطرح است که به قرار زیر هستند:

- شخص ذی سمت در تحصیل دلیل^{۱۷}

الگوی اتهامی که به الگوی تحقیقات قضایی و بازپرسی نیز شهره دارد، در فرآیند رسیدگی از یک "جستجوگر"^{۱۸} (قاضی) بهره می‌برد. اگر چه ممکن است جستجوگران دیگری، هر کدام با انگیزه‌هایی موازی یا در تقابل یکدیگر، نیز به عنوان "جستجوگر کمکی"^{۱۹} عمل کنند، لکن تحقیقات و یافته‌های جستجوگران کمکی بایستی که مورد وثوق جستجوگر اصلی باشد. فرض است که فضای تهیه دلیل - مثل اقرار، شهادت و غیره - باید بر ابتای اصل انتخاب عقلایی باشد. لذا جمع‌آوری و تحصیل دلیل از طریق عوامل

16. inquisitorial model.

17. Evidence – gathering.

18. searcher.

19. auxilliary searcher .

غیر ارادی از قبیل شکنجه، اجبار، اکراه، تلفین، تحریک و ... نه تنها توجیه اخلاقی نداشته بلکه توجیه اقتصادی نیز ندارد (رستمی، ۱۳۸۲: ۸۱). توجه دیگر بند فوق، دایر مدار " سلامت"، " تخصص" و " عادل" بودن جستجوگر است.^{۲۰} این ممیزات باعث تعالی شخصیت جستجوگر و حد دقت وی در عدم تولید هزینه اولیه یا مضاعف از طریق صدور آراء غیر معتبر و خلاف حقیقت است.

- صحت و اعتبار ادله (دلایل واقعی)

دلایل جمع آوری شده در الگوی اتهامی را در اصطلاح، " دلایل قضایی"^{۲۱} گویند. این دلایل، به معنای عام، شامل تحصیل هر گونه دلیل مؤثر از طرفین دعوا، نهادهای متولی - مثل پلیس قضایی در امور کیفری - و قاضی پرونده، که مدیریت و راهبری دلایل را بر عهده دارد، می باشد.^{۲۲} اصرار بر تفکیک نوع و کیفیت دعوی مدنی بر پایه نوع اختلافات

۲۰. در این زمینه سازمان ملل متحد با برگزاری نشست‌ها و بررسی‌های گوناگون و الهام از سیستم‌ها و مکاتب حقوقی و مذهبی اقدام به تدوین متنی با عنوان " شرح اصول رفتار قضایی" (معروف به اصول بنگلور) نمود که دربردارنده شرایط سلی و ایجابی جستجوگران سیستم عدالت است. این متن مبنای لایحه‌ای موسوم به " لایحه نظارت انتظامی بر رفتار قضایی" در قوه قضائیه شده است. جهت مطالعه تکمیلی به کتاب " شرح اصول رفتار قضایی"، همتی، مجتبی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹ مراجعه شود.

21. judicial evidence

۲۲. در این زمینه می‌توان به اصول آیین دادرسی مدنی فراملی استناد جست که با همکاری انجمن حقوق آمریکا و مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی در سال ۲۰۰۴ تهیه شده است. این اصول توسط انتشارات کمبریج دانشگاه کمبریج در سال ۲۰۰۶ انتشار یافته و در ایران توسط دکتر مجید پوراستاد با همکاری مؤسسه حقوقی شهر دانش در سال ۱۳۸۶، به فارسی ترجمه شده است. در ارتباط با شیوه‌های همکاری افراد در مدیریت دعوا و تحصیل دلیل نیز می‌توان به مقاله " مدیریت پیگیری پرونده حقوقی ... " مندرج در کتاب " تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی"، حبیبی، بهنام، انتشارات مجد، ۱۳۸۹ مراجعه نمود.

است. به عنوان مثال در دعاوی قراردادی - به خصوص قراردادهای مالی متوسط و بزرگ - دلایل اثباتی، از قبل^{۲۳}، باید توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده و وزن ادله نیز که در مقام معارضه و تقابل با سایر ادله مطرح می‌شود، جهت شناسایی دلیل برتر، تعیین گردد. بنابراین دلایل باید، بیشتر، از نوع متن محور باشند تا اینکه امکان "پیش‌بینی" رفتارهای متداعین بالقوه و جستجوگران وجود داشته باشد. لکن در برخی ابواب حقوق مدنی، مثل مسئولیت مدنی^{۲۴}، از آنجایی که وقوع فعل در قالب "حادثه" اتفاق افتاده و جزء امور مستحدثه به شمار می‌رود، سیاست‌های پیشگیرانه در باب ادله اثبات توسط اصول اقتصادی مثل "نظریه اجتماعی کردن خطرات"^{۲۵}، "انتقال بار اثبات دعوا"، "مسئولیت نیابتی" و غیره است. چنین سیاست‌هایی هم باعث کاهش هزینه و هم باعث تخصیص ریسک‌ها و خطرات می‌شوند.

- هزینه جستجوی دلیل^{۲۶}

هزینه جستجوی دلیل شامل تهیه، طبقه‌بندی، انطباق، ارائه و وزن دلیل می‌شود.^{۲۷} در عین حال، هدف اقتصادی تحلیل ادله اثبات دعوی مدنی نیز، به حداقل رساندن این

23. ex ante evidence .

24. ex post evidence .

۲۵. نظریه اجتماعی کردن خطرات عبارت از پیش‌بینی نهادهای جبران خسارات اجتماعی از قبیل صندوق‌های ضمانت، نهادهای بیمه و غیره است. در این نظریه تکیه بر شعاری است که طی آن "خطر، فردی ایجاد شده و جبران، اجتماعی صورت می‌گیرد". در این رابطه و برای مطالعه بیشتر می‌توان به کتاب "اصول حقوق مسئولیت مدنی اروپا" از انتشارات تیلورگ، سال ۲۰۰۵ مراجعه کرد که کاملاً بر مبنای رویکرد مکتب اقتصاد حقوق تدوین گردیده است.

26. searching cost.

27. Obtaining, shifting, marshaling, presenting and weighting evidence, See: parker, op. cit, p23.

هزینه‌ها است. هزینه جستجوی دلیل، به‌طور کلی، به دو بخش هزینه‌های اولیه^{۲۸} و هزینه‌های مضاعف^{۲۹} تقسیم می‌شود. باید اذعان داشت که به دو دلیل بایستی کمتر سراغ جستجوی مضاعف (ثانویه) رفت. دلیل نخست مربوط به سرمایه سنگین اولیه جهت تحصیل دلیل است و دلیل دوم بیانگر رابطه میزان و مقدار تحصیل دلیل با افزایش هزینه جستجو^{۳۰} است. هزینه مضاعف ناشی از عدم رعایت مؤلفه‌های اقتصادی ادله می‌باشد که انعکاس دهنده عدم انضباط گرایی ساختاری، فراوانی و یا ابهام تقنینی در تعریف و تدوین ادله اثبات است. به منظور کاهش هزینه‌های اولیه تحصیل دلیل و ازاله هزینه‌های ثانویه بایستی که از دو مدل اقتصادی سخت افزاری و نرم افزاری استفاده نمود. مدل اقتصادی سخت افزاری به طبقه‌بندی و ساختار نظام عدالت و همچنین داده‌های حقوقی - از قبیل قوانین مشتمل بر ادله کارآمد و بهینه - نظر دارد. حال آنکه مدل نرم افزاری حقوقی به رتبه‌بندی و تعدد کمی و کیفی جستجوگران و همکاران قضایی از یک سو و آموزش همگانی حقوق، توسعه پژوهش و آموزش حقوق، کاهش تصدی گری قضائی حکومت و خصوصی سازی دادرسی از سوی دیگر توجه دارد. نتیجه اینکه اقتصاد حقوق شکلی و ادله اثبات دعوی مدنی به دنبال استقرار اصول اقتصادی و پویا در جهت "تعریف و کنترل فرآیند تحصیل دلیل" به منظور نایل شدن به "صدور آراء صحیح و کارآمد" است.

۲.۱.۳. الگوی تفتیشی^{۳۱}

برخلاف الگوی اتهامی که از یک جستجوگر بهره می‌برد، الگوی تفتیشی از دو

28. primary searching .

29. additional searching .

30. the cost of searching. posner , op. cit , p.1491.

31. adversarial model .

جستجوگر اصلی که شامل قاضی و طرفین دعوا باشند در فرآیند دادرسی و دلیل سازی استفاده می‌نماید. فضای الگوی نفتیشی متکی بر مجادله کلامی و حقوقی است. به همین دلیل دلایل شفاهی و حسی کاربرد بیشتری دارند. پر واضح است که روش اتهامی به علت کنترل و نظارت بیشتر بر پروسه تحصیل دلیل، بهره‌گیری از یک جستجوگر اصلی و برخورداری از قواعد منعطف ادله‌ای، کارایی بیشتری در قیاس با الگوی نفتیشی دارد (bid) قانون ادله اثبات فدرال آمریکا نیز بیشترین طراحی الگوی جستجوی ادله را متمایل به الگوی اتهامی نموده است. (۴۰۱ الی ۴۰۷)

۲.۳. گستره تحصیل دلیل

نوع ادله و توان اثباتی آنها نشانگر نوع نظام حقوق شکلی هر کشوری است. لذا گفتار حاضر گذری بر مبانی فلسفی در باب ادله اثبات دعوا است (Sanchirico, 2007:23). به این معنی که اخلاق گرایان قائل به قاعده دلایل احصایی هستند و فایده گرایان و پراگماتیست ها تمایل به تحصیل آزاد دلیل هستند. هر چند که برداشت از این دو قاعده در ادله اثبات کیفری و مدنی، تا حدودی، متمایز است لکن در دعاوی مدنی، باید دید که بنیاد حقوق و قواعد شکل گرفته، کشف حقیقت را به هر نحو و شمایل پذیرا هستند و یا حدود و ثغور مشخصی در "احصا دلیل"، "دلیل یابی" و "حدود اختیارات جستجوگران" قائل هستند. این مسئله بستگی به تلقی از حقوق در مواجهه با سایر ارزش‌های اجتماعی دارد و این سؤال را پدید می‌آورد که حقوق همگرا با سایر قواعد اجتماعی است و یا نسبت به آنها واگرایی دارد؟ در زیر به دو قاعده پیش گفته پرداخته می‌شود:

۱. ۲. ۳. قاعده تحصیل آزاد دلیل^{۳۲}

نظریه فایده گرایی^{۳۳}، قائل به تئوری هزینه - فایده یا همان تئوری حسابگرانه است. از جمله طرفداران نظریه فوق را می‌توان جرمی بنتهام و جان استوارت میل دانست. موضوع نظریه فایده گرایی "مطلوبیت" هنجارها و قواعد حقوقی است. نظریه فایده گرایی دارای سه ملاک است. ملاک نخست با عنوان "فایده گرایی لذت گرا، دایر مدار سنجش قواعد حقوقی و میزان صحت یا عدم صحت آنها، مرتبط با پیامدهای خوب یا بد آنها است. (باقری، ۱۳۸۹: ۱۹) گروهی دیگر از طرفداران نظریه اخیر نیز که قائل به "فایده گرایی قاعده مند" هستند، عقیده دارند که درستی یا نادرستی یک عمل با رعایت خوبی یا بدی پیامدهای آن قاعده حقوقی که حکم می‌کند هر کس باید در اوضاع و احوال مشابه، آن عمل را انجام دهد، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. ملاک سوم، در خصوص "فایده گرایی آرمانی" است که ضمن توجه به "میزان و وسعت سعادت و خیر" ناشی از قواعد حقوقی، به ارزش‌های بنیادین اجتماعی نیز توجه دارد. به‌طور کلی در نظریه فایده گرایی، حقوق را جدای از اخلاق در نظر گرفته و در باب ادله اثبات دعوی مدنی نیز قائل به "کشف حقیقت" از هر طریق ممکن است^{۳۴}. در واقع، دلایل مندرج در قانون، تمثیلی بوده و هر نوع دلیل مکشوفه در مرحله جستجوی دلیل امکان پذیر است. (انصاری، ۱۳۸۵: ۲۸۴) این دیدگاه در خصوص ادله مورد نقد اساتید ادله اثبات همچون پروفیسور استین و ریچارد پاسنر قرار گرفته است. پروفیسور استین در کتاب مبانی ادله اثبات دعوی بیان

32. free – proof rule .

33. utilitarianism .

۳۴. در مخالفت با این برداشت نگاه کنید به: باقر، انصاری؛ پیشین، صص ۱۴۰ و ۱۴۱؛ که مؤلف در آنجا دو نوع نظام ادله قانونی و نظام اثبات اخلاقی را با تکیه بر حقوق فرانسه و دکترین فرانسوی - ایرانی بیان نموده و تحصیل آزاد دلیل را اخلاقی استدلال می‌نماید.

می‌نماید که اولاً حقوق در اصول زیربنایی خود جدای از اخلاق فرض نمی‌شود. ثانیاً بر نظریه فایده گرایی هم نقد فنی و هم نقد ماهوی وارد است. نقد فنی راجع به تعیین قلمرو قواعد حقوقی است که بیشترین مطلوبیت و خیر و سعادت را به همراه دارند. با کدام معیار بایستی که "مطلوبیت قواعد" را اندازه گرفت؟ آیا از این معیار در جوامع گوناگون برداشت یکسان می‌شود؟ دلیل ماهوی اینکه اولاً، فایده گرایی غیر از پیامدگرایی است و علم اقتصاد اعم از آن می‌باشد. ثانیاً، کما اینکه ریچار پاسنر در مقاله "فایده گرایی، اقتصاد و نظریه حقوقی" بیان نموده است، هدف اقتصاد حقوقی، "به حداکثر رساندن ثروت" جامعه با تکیه بر اقتصاد هنجاری است. لذا تحصیل آزاد دلیل، که توجیه مبنای فایده گرایی دارد، به دو دلیل عمده مورد تردید مکتب تحلیل اقتصادی حقوق‌ها است: دلیل نخست مربوط به داده‌ها و نهاده‌های حقوقی است که با ملاحظه "اصول کلی حقوق" و "اصول زیربنایی حقوق" به دنبال "طراحی دلایل اثبات دعوا" و "برشمردن دلایل و وزن آنها" است. دلیل دیگر "عرضه دلایل قابل قبول" و "تعیین جستجوگر" آن به همراه "ایجاد ممنوعیت و محدودیت‌های" عمومی و یا خصوصی در راستای حفظ سایر ارزش‌های انسانی از قبیل حریم خصوصی، اسرار شخصی و دولتی و غیره است. دلایل برشمده، از ایجاد هزینه‌های فردی و اجتماعی - کوتاه مدت و دراز مدت - جلوگیری کرده و امکان پیش‌بینی رفتارهای ترافیکی را فی مابین طرفین دعوا، با یکدیگر، و طرفین دعوا با جستجوگر، پدید خواهد آورد. در حقوق ایران می‌توان توجیه اقتصادی - اخلاقی فوق را از سیاق قانون، در کنار منطوق ماده ۱۹۹ آیین دادرسی مدنی، استنباط کرد. به این مفهوم که قاضی بایستی تلاش کند تا به مدیریت و رهبری دعوا پرداخته و از حدود قانون تجاوز نکند.

۲.۲.۳. قاعده تحصیل محدود دلیل

برخلاف قاعده تحصیل آزاد دلیل که قائل به "تمثیلی بودن ادله" و "تحصیل و

گردآوری ادله از هر منبع ممکن" بود، در قاعده تحصیل محدود دلیل به "احصایی بودن ادله" و "منابع ذی صلاح تحصیل ادله" تأکید می‌گردد. این قاعده با اقتصاد هنجاری نیز انطباق دارد. چه اینکه هدف اقتصادی از طراحی و ارائه دلیل مشرف بر کاهش خطا و اشتباه جستجوگر، کاهش هزینه‌های تحصیل و ارائه ادله و تخصیص خطرات ناشی از اشتباهات شخص جستجوگر است. لذا احصاء دلایل با رویکرد انضمامی - که در آن مبانی اقتصادی، اخلاقی و عرفی لحاظ گردد - و طبقه‌بندی و تعیین توان اثباتی آنها، موجب تحقق اهداف اقتصادی فوق خواهد شد. به‌ویژه اینکه شناسایی و یافت دلیل نیز نه از هر منبعی، بلکه از منابع مورد تأکید قانون‌گذار و مورد وثوق جستجوگر بایستی به‌عمل آید.

۴. چالش‌های اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی

چارچوب اقتصادی تعریف شده در ادله اثبات دعوی مدنی در رابطه با به حداقل رساندن مبلغ هزینه‌های خطا و هزینه‌های مستقیم و غیر مستقیم در دو سطح خصوصی و اجتماعی است (Posner:1543). لذا اتخاذ استراتژی‌های بالقوه توسط قانون‌گذار در مرحله دلیل‌سازی و طرفین دعوا، در مرحله اثبات و یا انکار دلایل (تئوری جنگ ادله^{۳۵}) می‌تواند باعث صرف هزینه‌ای زیاد و، احیاناً، کاهش صحت و اعتبار تصمیمات دادگاه و دستگاه عدالت شود. بنابراین اگر چه که جایگاه ادله اثبات دعوا در فرآیند دادرسی و حقوق شکلی، متوجه کشف حقیقت (واقعی یا قانونی) و توجیه "استنادات" احکام صادره است، لکن ویژگی "کشف حقیقت"، با خود، دو مفهوم عمده برای تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی دارد که عبارت از درونی کردن هزینه‌های خطا^{۳۶} و اثر گذاری آن در تبادل اطلاعات است که ذیل آن به اختصار به تشریح این مفاهیم پرداخته

35. battle of evidence theory.

36. the internalization of most factual error costs .

خواهد شد.

۱. ۴. درونی کردن هزینه‌های خطا

هزینه‌های تهیه و ارائه دلیل زمانی "درونی" می‌شوند که "اثرات خارجی"^{۳۷} توسط مقنن پیش بینی شده و موانع حقوقی و فنی تحصیل و اثبات دلیل برطرف گردد (محسنی، ۱۳۸۹: ۲۸۴، دادگر، ۱۳۸۸: ۳۲۱) ضمن اینکه اگر هزینه‌ای نیز ناشی از سیستم قضایی، به خطا، تولید شود، طرفین دعوا موظف به جبران و برطرف کردن آن باشند^{۳۸}. اصطلاح درونی کردن هزینه‌ها به منظور تسهیل، دقت و کارآمدی تصمیم‌گیری است و از رفتارهای غیر منطقی که ممکن است در قالب ارائه دلایل مبهم، غیر واقعی و ایدئاتی شکل گیرد، جلوگیری می‌کند. بنابراین مهم‌ترین عنصر در درونی کردن هزینه‌های ناشی از خطا، استاندارد و متعالی بودن "نظام تقنینی" است که در عین حال باعث "توسعه حقوقی" و استقرار امنیت حقوقی خواهد شد. (حبیبی، ۱۳۸۹: ش ۴۹-۵۳) در واقع، ابهام، خلا، سکوت و تناقض قواعد مرتبط با ادله اثبات دعوا، فرآیند رسیدگی را "پر هزینه" می‌نماید. لذا به منظور جلوگیری از بروز ایرادات و معایب تقنینی، بایستی که سیستم تقنینی

37. external effect.

۳۸. تخصیص هزینه‌ها و خسارات بر عهده حقوق است. در این راستا و در عرصه دادخواهی دو نظام حقوقی وجود دارد. نظام نخستین مشهور به "قاعده آمریکایی" است که طی این قاعده، پرداخت هزینه‌های تحصیل و اثبات دلیل و همچنین تقبل کلیه هزینه‌های دیگر دادخواهی، بر عهده هر کدام از طرفین دعوا است. حال آنکه نظام دیگر که دربرگیرنده "قاعده اروپایی" هست، پیانگر تقبل نهایی هزینه‌ها توسط طرف بازنده می‌باشد. حقوق ایران مشابه قاعده اروپایی می‌باشد. جهت مطالعه بیشتر به کتاب "مبانی تحلیل اقتصادی حقوق" پرفسور استیون شاول با ترجمه محسن، اسماعیلی، انتشارات معاونت پژوهشی مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۸۸، فصل چهارم و همچنین به مقاله "روش‌های حقوقی: وجه مشترک مطالعات تطبیقی حقوق شکلی" مندرج در کتاب "تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی"، پیشین، مراجعه شود.

دریافت قانون، پالایش داده‌های اجتماعی و هنر تصویب قانون، هوشمند و روشمند عمل نماید تا اینکه هزینه‌های قراردادی، هزینه‌های دادخواهی، هزینه‌های اثباتی و به‌طور کلی، هزینه‌های حقوقی، تا حد ممکن، درونی شوند. اثر درونی کردن، عقلایی نمودن نظام قانون‌گذاری و ارشاد رویه قضایی، در سطح کلان است و در سطح خرد نیز به‌طور سلیبی باعث انتفاء "کشف نادرست حقیقت دعوا" شده و ایجاباً نیز به ارزش افزوده ادله و افزایش کارایی، منفعت و رفاه اجتماعی مساعدت می‌نماید.^{۳۹}

۲. ۴. اصل تبادل حداکثری اطلاعات

اطلاعات کامل (حکمی و موضوعی)، که در مقابل اطلاعات ناقص مطرح است، نه تنها باعث صدور رأی واقعی (مقرون به واقع) می‌شود بلکه بستر موجودیت هزینه‌های ناشی از خطا و اشتباه را نیز از بین می‌برد. به دلیل رابطه اطلاعات و مبادله اطلاعات با هزینه‌های اجتماعی دو تکنیک تقنینی در وهله نخست بایستی در نظر گرفته شود. تکنیک نخست مربوط به "پیدایش اطلاعات عمومی" است. توضیح مطلب اینکه اطلاعات، در یک تقسیم بندی، یا عمومی‌اند و یا خصوصی. اطلاعات عمومی به جهت نشان دادن نقطه تهدید در دعاوی، از تولید دعاوی اضافی جلوگیری کرده و باعث تسهیل نظریه چانه زنی می‌شوند. لذا چنانچه اطلاعات عمومی در خصوص ادله اثبات دعوا و در تمامی مراحل برشمرده برای آنها گسترده‌تر باشد، امکان کارایی ادله نیز بیشتر است. اثر رواج اطلاعات عمومی ادله‌ای نسبت به طرفین دعوا، ملاحظه ارزش متوقع از فرآیند رسیدگی و پیش‌بینی

۳۹. این رویکرد، به نظر، مطابق با مبنای فقهی "بنای خردمندان" بر پایه اصطلاح فقهی "منطقه الفراغ" باشد. جهت رویکرد حقوق اسلام به اقتصاد حقوق، به‌ویژه اقتصاد حقوق مالکیت، به مقاله "تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت در اسلام" (با تأکید بر مفهوم هزینه‌های مبادله)، "الیاس، نادران و محمد جواد، شریف زاده؛ مجله اقتصاد اسلامی، ش ۳۶ سال نهم، ۱۳۸۸، مراجعه شود).

راه حل همکارانه و مشارکتی - مثل سازش - است. در خصوص اطلاعات خصوصی نیز، که امری متفرع بر اصل و استثنایی به حساب می‌آید، توسل به اصل اقتصادی فرض عقلانیت رفتاری و تئوری بازی مشارکتی، با مدیریت جستجوگر، باعث ملاک بندی در خصوص میزان مورد انتظار و مطلوبیت مورد انتظار از طریق ایجاد حس خوش بینی یا بدبینی نسبی در طرفین دعوا خواهد شد. (دادگر، ۱۳۸۷: ۱۰۳)

تکنیک دیگر تقنینی، مبادله اجباری اطلاعات (خصوصی) است. افشاء اطلاعات باعث ایجاد دو اثر حقوقی می‌شود. اثر نخست: صرفه جویی در هزینه‌های رسیدگی یا همان کارایی است و اثر دوم: تقویت موقعیت چانه زنی طرفین و توزیع صحیح دعاوی در چرخه نظام عدالت مدنی است. تحصیل اطلاعات باعث "کشف حقیقت" شده و با اعمال "نظریه کشف" نیز هم هزینه‌های اداری و هم هزینه‌های قضایی کاهش پیدا خواهند کرد. (Lempert, 1983: ch9)

۵. کارکرد اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی

منظور از کارکرد ادله اثبات دعوی مدنی، شیوه‌های استناد به ادله در صدور احکام و آراء دادگاه بعد از تحصیل و تبادل اطلاعات است. به نظر، کارکرد حقوق شکلی را، به طور کلی، - که ادله اثبات نیز تحت الشمول آن است - باید به دو کارکرد بیرونی و درونی تقسیم کرد. کارکرد بیرونی با منطق فراخ‌تر از منطق حقوق به قضایا و گزاره‌های منعکس شده در منطق و فحوای قواعد حقوقی و قواعد شکلی می‌پردازد و عرضه خدمات حقوقی، پایه‌ریزی قوانین توسعه‌گرا، دسترسی آزاد و معقول به عدالت، اخذ تصمیمات بهینه و مؤثر و ... را مد نظر دارد (Macino, 2007: 12) لکن کارکرد درونی به مجموعه‌ای از کارکردهای وابسته و استاندارد اشاره دارد که برای پیشبرد هدف غایی حل و فصل اختلافات ابداع شده‌اند و جزء "تکنیک و فن" حقوق شکلی به شمار می‌روند. کارکرد درونی را می‌توان در قالب نظریه تصمیم‌گیری نیز تعمیم داد. در نظریه

تصمیم‌گیری^{۴۰} به دو موضوع تصمیم‌گیری در شرایط اطمینان و تصمیم‌گیری در شرایط عدم اطمینان و نظریه‌های زیر مجموعه آن اشاره دارد که ذیلاً تبیین می‌گردند.

۱. ۵. تصمیم بر مبنای اطمینان (قطعیت)

تصمیم بر مبنای اطمینان، عبارت از "کشف واقعی حقیقت" توسط جستجوگر است که از ترکیب توصیف امور موضوعی و نتیجه جنگ ادله به دست می‌آید. در تصمیم ناشی از اطمینان، جستجوگر به حد آستانه تعادل و "اقتناع‌کنندگی" می‌رسد (Sanchirico, 1996: 14). تصمیم اخیر از منظر اقتصادی به دلیل جلوگیری از جستجوی مضاعف ادله و توزیع صحیح حق و همچنین کاهش هزینه‌های مستقیم و غیر مستقیم دادرسی، موجه می‌باشد. از منظر مکتب وظیفه‌شناسی و اخلاق‌گرایی حقوق نیز موجب تحقق عدالت ماهوی خواهد گردید. لازمه تحقق "ادله قانع‌کننده"، دو مقوله هم پیوست می‌باشد که عبارت از "قانون‌گذاری استاندارد ادله اثبات" و سپردن مدیریت ادله به جستجوگر، در عین ترسیم منابع تحصیل دلیل است. در حقوق اسلامی و مشخصاً در اصول فقه نیز - به عنوان آیین دادرسی فقهی - با تکیه بر ملاک "میزان قطعیت تصمیم"، دلایل اثباتی، به دلایل واقعی (اجتهادی) از قبیل اقرار، شهادت و غیره و دلایل جایگزین (فقه‌ای) از قبیل اصول لفظیه و اصول عملیه تقسیم می‌شود (مظفر، ۱۴۰۵ه ق: ۵۳، محقق داماد، ۱۳۸۱) چنانچه ترکیب داده‌ها و اطلاعات موجب اقتناع قاضی (جستجوگر حق و عدالت) شود، درجه رأی به حد تعادل و آستانه می‌رسد. در غیر این صورت، عدالت‌جویی ایجاب می‌کند تا در راستای "فصل خصومت" و جلوگیری از اطاله دادرسی و هزینه‌های فردی و اجتماعی، جستجوگر اتخاذ تصمیم نماید که در واقع ناشی از مدل اقتصادی تصمیم‌گیری در شرایط عدم اطمینان

40. The theory of decision .

(یا ابهام در کشف حقیقت) می‌باشد.

۲. ۵. تصمیم بر مبنای عدم اطمینان^{۴۱}

تصمیم‌گیری بر مبنای عدم اطمینان و عدم قطعیت^{۴۲} ناشی از دو مسئله است. مسئله نخست مربوط به ابهام حقوق و مسئله دوم مربوط به اطلاعات ناقص و نامتقارن می‌باشد. اگر چه که تأکید تحلیل اقتصادی ادله اثبات بر رویکرد پیشگیرانه بوده و ابزارهایی از قبیل گسترش اطلاعات عمومی، افشاء اطلاعات خصوصی (اجباری و اختیاری)، کشف پیش از دادرسی قابل پیشنهاد است. لکن بنا به دلایل برشمرده، مواجه شدن با شرایط عدم اطمینان و لزوم تصمیم‌گیری امری ناگزیر است. در ذیل، ابتدائاً، به تبیین ابهام حقوقی پرداخته و در ادامه به نظریه‌های زیرمجموعه اطلاعات غیر متقارن تمرکز خواهد شد.

۱. ۲. ۵. ابهام حقوقی^{۴۳}

اصطلاح "ابهام" یکی از اصطلاحات تخصصی فلسفه زبان است. از جمله گزاره‌های فلسفه زبان اشاره به خصوصیت ابهام و نامتعیّن زبان است (Brain, 1993: 285). ابهام حقوقی نیز یا ادبی و فنی^{۴۴} و یا ابهام ماهوی است که عبارت از "ابهام مفهومی" و "

۴۱. برای مطالعه بیشتر به کتاب رابرت کوتر، ترجمه: یدالله، دادگر؛ پیشین، ص ۵۶۷ به بعد و کتاب شاول، استیون، ترجمه: محسن، اسماعیلی؛ پیشین، ص ص ۲۷۰ و ۳۰۲ (مربوط به باب مسئولیت مدنی) مراجعه شود.

42. the theory of decision making under uncertainty

43. indeterminacy

۴۴. عباراتی از قبیل "نظم عمومی"، "سوء استفاده از حق"، "حسن نیت"، "تقصیر"، "حریم خصوصی"، "امنیت ملی" و غیره را می‌توان از مصادیق تمثیلی ابهام ادبی در حقوق دانست. راه حل گریز از ابهام را روش سلبی بیان نموده‌اند که مشعر بر تعیین مصادیقی است که خروج از مفهوم دارد.

ابهام تجربی" است. ابهام مفهومی^{۴۵} حول محور "قواعد مشکوک" حقوقی است که باعث عدم قابلیت پیش‌بینی در رسیدگی‌های قضایی می‌شود. ابهام ناشی از وقایع تجربی (= وقایع مشکوک) نیز حاصل ترکیب ویژگی خاص هر دعوا، نحوه معرفی وقایع و امور موضوعی، گستره تحصیل و ارزیابی ادله و همچنین اعتقادات، سلاقی و علاقه قاضی (جستجوگر) می‌باشد.

گریزی از پذیرش واقعیتی به نام "ابهام حقوقی" در سیستم‌های حقوقی نیست لکن می‌توان با توسل بر تصویب قوانین استاندارد و فنون قانون‌گذاری^{۴۶} از یک سو، و عرضه وسیع خدمات حقوقی^{۴۷} در کنار ارتقای سیستم عدالت مدنی از سوی دیگر، حد ابهام را، تا اندازه ممکن، کاهش داده و تصمیم‌قضایی را در بستر اطمینان و کشف واقعی حقیقت صادر نمود.

۵. ۲. ۲. اطلاعات نامتقارن^{۴۸}

از جمله عوامل دیگری که باعث ایجاد شرایط عدم اطمینان می‌شود، مربوط به

۴۵. به عنوان مثال مفاد ماده ۲۶۵ قانون مدنی را گروهی حمل بر عدم تبرع پرداخت کننده و گروهی محمول بر اماره تأدیه دین تلقی می‌نمایند. طبیعی است که ابهام مفهومی اخیر در تصمیم دادرس مؤثر است.

۴۶. به عنوان مثال می‌توان فصل نخست هر قانونی را به تعاریف واژگان حقوقی و فعال آن قانون اختصاص داد. به این صورت که مثلاً در قانون مالکیت فکری اقدام به تعریف مالکیت، مالکیت فکری، مالکیت فکری فردی و جمعی، اختراع، مخترع، ثبت اثر و غیره نمود. علاوه بر فنون قانون‌گذاری، دریافت داده‌های و مواد خام اولیه نیز که تبدیل به قواعد حقوقی می‌شوند، باید از نظریه اقتصادی این زمان - این قانون پیروی کرد تا دچار تورم تقنینی و تولید هزینه نشود. (حییبی، بهنام: ۱۳۸۹)

۴۷. به عنوان مثال اجباری بودن وکالت و آموزش گسترده حقوق، می‌تواند در این راستا، و در دراز مدت، ضمن تعالی فرهنگ حقوقی، به کاهش هزینه‌های اجتماعی نیز کمک نماید.

48. asymmetry information.

اطلاعات نامتقارن است. باید اشاره داشت که، کما اینکه گذشت، در جریان تهیه، پالایش و عرضه ادله اثبات، بایستی که در تحقق تقارن اطلاعات و ایجاد فضای ذهنی قابل پیش‌بینی بودن نتیجه دعوا، تلاش سیستماتیک صورت بگیرد. لکن منفعت طلبی طرفین و محاسبه "هزینه - فایده" یک طرفه - بی توجه به هزینه‌های اجتماعی - باعث ایجاد ابهام، ابهام و اطلاعات ناقص، معارض و غیر کارآمد در تصویر از "امور موضوعی" شده و تهیه و تعیین دلیل را متعذر یا متعسر می‌کند. از طرف دیگر، اگر چه اطلاعات نامتقارن وجود دارد اما جستجوگر، مکلف به تعیین تکلیف دعوی مطروحه و صدور حکم است.

موضع حقوق اسلامی در مواجهه با لزوم "تصمیم‌گیری در شرایط عدم اطمینان"، تکیه بر اصول عملی و یا لفظی از قبیل "اصل برائت"، "اصل استصحاب"، "اصل اشتغال"، "قاعده قرعه" و ... است. این دلایل، برخلاف دلایل واقعی که در شرایط اطمینان مورد استناد و تصمیم‌گیری قرار می‌گیرند، جنبه "ساکت‌کنندگی" - و نه قانع‌کنندگی - دارند. به لحاظ اقتصادی نیز نظریه‌هایی از قبیل حد آستانه افزوده، سطح اطمینان و غیره بر مبنای تئوری‌های بنیادینی همچون تئوری احتمالات^{۴۹} و مدل بیسان^{۵۰} در شرایط عدم قطعیت مطرح است که در ذیل بیان می‌گردند. (Sanchirico:8-11)

۱. ۲. ۵. نظریه آستانه افزوده (برجسته)^{۵۱}

به‌طور کلی، انتخاب‌های تحت شرایط عدم اطمینان نوعی قمار به حساب می‌آیند.^{۵۲}

49. theory of probability .

50. Bayesian theory .

51. The raised threshold .

۵۲. به عنوان مثال، قاعده قرعه (القرعه لكل امر مشکل) نوعی قمار عقلانی در تصمیم‌گیری به حساب می‌آید.

تصمیم گیرندگان عقلانی (جستجوگران) نیز چهار مرحله را طی می کنند: نخست اینکه، احتمال هر حالت ممکن را تعیین می نمایند. دوم اینکه مطلوبیت را به هر حالت ممکن متصل می کنند. سوم اینکه این احتمالات را ضرب در مطلوبیت ها می نمایند تا مطلوبیت مورد انتظار بدست آید و چهارم اینکه عملی را انتخاب می کنند که مطلوبیت مورد انتظار را حد اکثر می سازد.

در نظریه آستانه افزوده دادگاه باید مجاب شود که حد آستانه همواره $p \geq 50$ است. در اینجا یک مشکل کماکان باقی می ماند که چرا بایستی در پرونده های مدنی به خواننده، بیشتر، توجه داشته باشیم؟ پاسر در جواب دفاع از نظریه آستانه افزوده استدلال می کند که ظاهراً دلیلی برای برتری تیرنه نادرست بر تعهد نادرست وجود ندارد. توجه دیگر اینکه مدعی در دعاوی مدنی باید درجه ای حداقلی از اطمینان را ثابت نماید^{۵۳}، در غیر این صورت، خواننده مستحق بری شدن است. (Posner:1532)

۲.۲.۵. قاعده "جانب داری از قبل"^{۵۴}

قاعده جانب داری از قبل توسط کوتر و یولن مطرح شده است (یدالله:۱۱۸). به موجب این قاعده، ادله اثبات دعوا باید سیاست های خود را به سود خواننده دعوا جهت گیری نماید. بنابراین جانب داری پیشین در فرض تساوی احتمال، روشی مطلوب به شمار می رود. به نظر، نتیجه این قاعده با نظریه حد آستانه افزوده یکسان است. از جمله نظریه های دیگر را می توان نظریه سطوح اطمینان پروفیسور کوهن (۱۹۸۵) و قانون ۵۰ درصدی کلاین و

۵۳. در فقه قاعده "الینه علی المدعی و الیمین علی من انکر" (= نافی را نفی وی کافی است) در دعاوی مدنی و در مقام یافت و استناد ادله کاربرد دارد.

54. Biased prior.

پریست (۱۹۸۴) دانست که بیشتر رویکرد اقتصاد ریاضی داشته و نتایج مشابه با دو مورد اخیر را دارند.

نتیجه گیری

تحلیل اقتصادی ادله اثبات دعوی مدنی، به دنبال مکانیسمی برای طرح " ادله بهینه " است که دو نقش پیشگیرانه و تشخیص صحیح امور موضوعی در پروسه رسیدگی را بر عهده دارد. مکتب فوق به کارآمدی ادله، مقرون به صرفه بودن ادله و تسهیل دسترسی معقول به عدالت تأکید دارد. پیش شرط تحقق منظور پیش گفته، تصویب قوانین استاندارد، به منظور تخصیص عقلایی منابع حقوقی، و فرآیند دادرسی معقول و کم هزینه است. به نظر می رسد هر چند که فرآیند دادرسی، اعم از رسیدگی، تهیه و اثبات دلیل، در ایران، به طور کلی، هزینه بر و زمان بر است، لکن می توان با مدیریت و نظارت بر فرآیند جستجوی دلیل، ضمن کاهش هزینه ها به تخصیص آنها نیز در درونی کردن هزینه ها کمک کرد.

منابع

الف) فارسی

۱. آذرنوش، آذرتاش؛ "فرهنگ معاصر عربی - فارسی"، نشر نی، چاپ دهم، ۱۳۸۸.
۲. ابن منظور؛ "لسان العرب"، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۴.
۳. اسماعیلی، محسن؛ "مبانی تحلیل اقتصادی حقوق" انتشارات معاونت پژوهشی مجلس شورای اسلامی، سال ۱۳۸۸.
۴. انصاری، باقر؛ "ابهام حقوقی و تأثیر آن بر تصمیمات قضایی"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۳، ۱۳۸۵.
۵. انصاری، باقر؛ "نقش قاضی در تحول نظام حقوقی"، نشر میزان، ۱۳۸۷.
۶. باقری، محمود؛ "در جستجوی مطلوبیت: تحلیلی از قضیه کاوز در تعامل حقوق و اقتصاد"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، ش ۱، بهار ۱۳۸۹.
۷. پوراستاد، مجید؛ "اصول آیین دادرسی مدنی فراملی"، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۶.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ "ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
۹. حبیبی، بهنام؛ "آسیب شناسی نظام تعلیم و تربیت حقوقی در ایران"، مجله مدرسه حقوق، کانون وکلای اصفهان، ش ۴۹، ۱۳۸۹.
۱۰. حبیبی، بهنام؛ "تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی (ماهوی و شکلی)"، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
۱۱. حبیبی، بهنام؛ "حقوق شهروندی و امنیت حقوقی"، مجله مدرسه حقوق، کانون وکلای اصفهان، ش ۵۳، ۱۳۸۹.
۱۲. حبیبی، بهنام؛ "سوء تقنین کیفری"، مجله مدرسه حقوق، کانون وکلای اصفهان،

- ش ۵۴، ۱۳۸۹.
۱۳. حبیبی، بهنام؛ "مدیریت پیگیری پرونده حقوقی"، مندرج در کتاب تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
۱۴. حبیبی، بهنام؛ "نظریه اقتصادی این زمان - این قانون"، مجله حقوق و سیاست دانشگاه تربیت معلم، ۱۳۸۹.
۱۵. خوئینی، غفور؛ "ادله اثبات دعوا و بررسی تطبیقی آن"، انتشارات فضیلت علم، ۱۳۸۱.
۱۶. دادگر، یدالله؛ "ابعاد و عملکرد نظریه بازی در رشته های مختلف"، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۷، سال، ۱۳۸۷.
۱۷. دادگر، یدالله؛ "پیش درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد"، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۴۳، ۱۳۸۵.
۱۸. دادگر، یدالله؛ "حقوق و اقتصاد"، انتشارات نور علم، سال ۱۳۸۸.
۱۹. دادگر، یدالله؛ مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی (نظریه ها و کاربردها)، "مجله پژوهش حقوق و سیاست، دانشگاه علامه طباطبائی، سال نهم، ش ۲۳، ۱۳۸۶.
۲۰. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه، چاپ نخست از دوره جدید، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ج ۷.
۲۱. رستمی، محمد رضا؛ "تحلیلی از حقوق جزا با رویکردی اقتصادی"، مجله حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۲.
۲۲. شمس، عبدالله؛ "آیین دادرسی مدنی"، جلد سوم، انتشارات دراگ، چاپ ششم، ۱۳۸۵.
۲۳. کاتوزیان، ناصر؛ "قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی"، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۸.

۲۴. کاویانی، کوروش؛ "درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق"، مجله پژوهش حقوق و سیاست، دانشگاه علامه طباطبائی، سال نهم، ش ۲۳، ۱۳۸۶.
۲۵. محسنی، حسن؛ "اداره جریان دادرسی مدنی"، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ "مباحثی از اصول فقه"، دفتر اول، دوم و سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، سال ۱۳۸۱.
۲۷. مظفر، محمد رضا؛ "اصول الفقه"، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۵. ق، شهر قم.
۲۸. مهاجری، علی؛ "شرح قانون آیین دادرسی مدنی" جلد دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
۲۹. نادران، الیاس و شریف زاده، محمد جواد؛ "تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت در اسلام (با تأکید بر مفهوم هزینه‌های مبادله)"، مجله اقتصاد اسلامی، ش ۳۶ سال نهم، ۱۳۸۸.
۳۰. همتی، مجتبی؛ "شرح اصول رفتار قضایی"، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.

(ب) لاتین

1. Brain Bix, "law, language and legal determinacy", Oxford Clarendon Press, 1993.
2. Chris William Sanchirico , A Primary Activity Approach to Proof Burdens, University of Pennsylvania Law School , February 2007, www.cstone.net/~csanchir.
3. Coase, Ronald H. , " the problem of social cost", journal of law and economic, Vol3 Thomas R. 1960 .
4. Ellen S. Cohn, Susan O. White, Joseph Sanders, Distributive and Procedural Justice in Seven Nations, Law and Human Behavior, Vol. 24, No. 5 (Oct., 2000).

5. Jeffrey S. Parker, ECONOMICS OF EVIDENCE AND PROOF, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, at http://ssrn.com/abstract_id=1024024.
6. Lee, Pleading and Proof: The Economics of Legal Burdens , The University of Chicago , 1991.
7. Lempert & Salzburg , " A Modern Approach to Evidence" , 2nd , 1983.
8. Mo Zhong & Paul Zwier , Burden of Proof : Developments In Modern Chinese Evidence Rules , Temple University Beasley School Of Law 2000 .
9. Parker, Jeffrey , " Evidence" , George Mason University press, 1999.
10. posner, Richard. " An Economic approach to the law and Evidence" , <http://papers.ssrn.com>, No 165176, 1973 .
11. Prakken , Henry , " presumptions and Burdens of proof " , European University Institute , Department of law , <http://ssrn.com/963761> .
12. R. macino, J, " legal methodes as a point of reference for camparative studies of procedural law " , presenting in the conference Bahia , salvador, 16-22 septamber 2007 .
13. Richard Lempert, The Economic Analysis of Evidence Law: Common Sense on Stilts, Virginia Law Review, 2001.
14. Sanchirico , Chris William , " The Burden of Proof In Civil Litigation", Columbia University press, 1996 .
15. Sanchirico, William, "the economic analysis of evidence, procedure, and litigation", Edvard Elger Publishing, 2006.