

## معيار مبتنی بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف

### سونیا مرتاض پور

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز

#### چکیده

مسئولیت مدنی به واسطه تغییراتی که در زندگی انسان اتفاق می‌افتد همواره دچار تحولات اساسی شده است. نگرش‌های اقتصادی به حقوق و تحلیل اقتصادی حقوق از جمله مباحثی است که مسئولیت مدنی را تحت تأثیر خود قرار داده است. لذا در این تحقیق با روش تحلیلی-توصیفی به بررسی معیار مبتنی بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف پرداخته شده است. در این تحلیل مفهوم اقتصادی شخص متعارف به بررسی دو رویکرد تحقیقی و هنجاری در راستای نیل به کارایی اقتصادی پرداخته است که معیار اقتصادی شخص متعارف مبتنی بر سنجش منافع و هزینه‌ها است و بدین‌وسیله قادر خواهد بود تا انگیزه‌ی لازم را در عاملین زیان و متضررین بالقوه برای در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی مقتضی به‌منظور احتراز از ایراد ضرر به خویشان و سایرین ایجاد نماید. علاوه بر این از پیامدهای نابسامان اقتصادی پیشگیری شده و بدین ترتیب گامی مؤثر در کاستن از میزان هزینه‌ها و تحقق کارایی اقتصادی برداشته است. در واقع تحلیل اقتصادی شخص متعارف در عین این‌که بسیاری از ابهامات مفهوم انتزاعی و کلی انسان متعارف را برطرف می‌کند، در صورتی می‌تواند معیاری مطلوب و کارا باشد که تنها مبنا و هدف شخص متعارف نباشد و مطلوب و هدفی باشد در کنار سایر اهداف و مبانی شخص متعارف. بدین ترتیب، در رویکرد تحقیقی به دلیل این‌که تحلیل اقتصادی مبنایی است و همسو با سایر مبانی و اهداف شخص متعارف از جمله اخلاق و عدالت و انصاف، معیاری مطلوب و پسندیده بشمار می‌آید، همچنین در رویکرد هنجاری به دلیل این‌که معیار اقتصادی تنها مبنای شخص متعارف بشمار می‌آید باید، در درستی و موجه بودن آن شک کرد.

**واژه‌های کلیدی:** مسئولیت مدنی، شخص متعارف، تقصیر، کارایی اقتصادی

## مقدمه

در آغاز قرن هجدهم، آدام اسمیت<sup>۱</sup>، فیلسوف و اقتصاددان اسکاتلندی، تأثیر سیاست موازنه اقتصادی بر قانون‌گذاری را مورد بررسی قرار داد.<sup>۲</sup> اما به کار بستن اقتصاد به عنوان ابزار تحلیل قوانین تنظیم‌کننده فعالیت‌های غیر اقتصادی امری بود که تا سال ۱۹۶۰ و انتشار اثر رونالد کوآز اقتصاددان آمریکایی،<sup>۳</sup> سابقه نداشت. پس از وی، کالابرسی حقوقدان آمریکایی، در مقاله خود به شرح و بسط این نگرش پرداخت<sup>۴</sup> و این دو اثر، سنگ بنای رویکردی مدرن در تعامل حقوق و اقتصاد را بنیان نهادند. از طرفی مفهوم تقصیر مانند سایر پدیده‌های اجتماعی روز به روز در حال تغییر است و چون انسان همیشه در پی یافتن بهترین است، بهترین را برای تامین عدالت، تفسیر و تعریف تقصیر براساس مفاهیم ریاضیاتی و اقتصاددانسته است. در این مسیر با بدست آوردن معیارهای واقعی خود را از خطر احتمالی عقوبت مصون داشته است و مقصر را کسی دانست که می‌توانست با کمترین هزینه خطر را دفع کند ولی کارشکنی کرد؛ و اگر زیان دیده می‌توانست با هزینه به مراتب کمتر از خطر پیشگیری کند و نکرد، او را مقصر قلمداد می‌کند. بعنوان مثال در مورد اشخاص خطر پذیر این سوال مطرح می‌شود که آیا اهمال آنها در بیمه کردن عمل زیانبار خود، می‌تواند نوعی تقصیر عمدی محسوب شده و آنها را از پوشش حمایتی بیمه خارج کند؟ مسلماً بر اساس نظریات سنتی پاسخ دادن به این سوال دشوار است زیرا تشخیص اینکه انسان متعارف معقول در چنین موقعیتی الزاماً عمل زیانبار خود را بیمه می‌کند یا خیر بحث برانگیز است. از آنجا که انسانها در ریسک‌پذیری متفاوت هستند باید بیان داشت که انسان متعارف معقول در حد ریسک‌پذیری معمولی قرار دارد که خود را ملزم به بیمه کردن همه اعمال زیانبارش نمی‌داند و در مقابل ممکن است بیان شود که چنین انسان نوعی موظف است اعمال خود را تحت پوشش بیمه قرار دهد. این بحث صرف نظر از این مسئله است که قانون بیمه را اجباری کند یا اختیاری؛ موضوع در جایی مطرح است که فرض وجود بیمه اختیاری است. انسان اقتصادی می‌سنجد که کدام عملش هزینه بر خواهد بود و بر همین اساس هزینه احتیاط صرف می‌کند. درواقع انسان اقتصادی بهترین گزینه و انتخاب را بیمه کردن همه اعمال زیانبار خود می‌داند و اگر او با کمترین هزینه می‌توانست از زیان جلوگیری کند و نکرد از نظر حقوقدان اقتصادی مقصر است. درواقع انسان اقتصادی همیشه در تلاش برای صرف هزینه برای کاهش حوادث و هزینه‌های مربوط به آن است. وقتی از هزینه سخن به میان می‌آید نباید همیشه صرف کردن پول مدنظر باشد؛ گاهی هزینه احتیاط است و اهمال در آن حادثه ساز. در این راستا برخی اعتقاد دارند که هرچه میزان فعالیت بیشتر باشد حوادث مربوط به آن نیز بیشتر است و برعکس. و گروهی دیگر معتقدند که افزایش میزان مراقبت و احتیاط به هنگام پرداختن به فعالیتی خاص می‌تواند در کاهش حادثه مؤثر باشد. به عبارتی دیگر پرداختن به این دو معیار مبنای اصلی در تقصیر دانسته شده است.

در این تحقیق به بررسی مفهوم اقتصادی تقصیر در تشخیص این نوع تقصیر که به عدالت نزدیکتر است معیارها و راهکارهایی طی نظریات مختلف ارائه شده که هدف اصلی آن برآوردن عدالت توزیعی و در نتیجه تحقق کارایی اقتصادی در ارائه یک مفهوم جدید از تعدی و تفریط است که دارای معیار عینی در حل بحران تشخیص مقصر در امر قضاوت است.

<sup>۱</sup>. Adam, Smith

<sup>۲</sup>. Viner, Viner, Jacob, (1927), "Adam Smith and Laissez Faire", Journal of Political Economy, 35, p 201

<sup>۳</sup>. Coase, , Ronald, (1960), "The problem of social costs", Journal of Law and Economics, p. 1-44

<sup>۴</sup>. Calabresi, , Guido, (1961), "Some thoughts on risk distribution and the law efforts", The Yale Law Journal, 70, 499-553

**گفتار اول: مفاهیم****الف: مفهوم تقصیر اقتصادی**

از منظر اقتصادی، احتیاط هنگامی معقول و متعارف است که منطقی باشد؛ احتیاط هنگامی منطقی است که از نظر اقتصادی مقرون به صرفه باشد و احتیاط هنگامی مقرون به صرفه است که هزینه های به کار بستن آن از میزان خسارات احتمالی که در صورت بی احتیاطی بروز خواهد کرد افزون نباشد.<sup>۵</sup> به عنوان مثال، اگر اقدام به فعالیتی، سودی معادل صد واحد و ضرری معادل نود واحد را در پی داشته باشد، انصراف از آن فعالیت به منظور احتراز از بروز خسارت از منظر اقتصادی عملی غیر منطقی است؛ زیرا برآیند سود و زیان در نهایت مثبت خواهد بود. حال اگر منفعت ناشی از آن فعالیت نود واحد و ضرر حاصل صد واحد باشد، اقدام به آن فعالیت از نظر اقتصادی زیانده و در نتیجه غیر منطقی است. <sup>۶</sup> در تقصیر اقتصادی منطق اقتصادی معیار تمیز عمل صواب از ناصواب است. اگر عامل ورود زیان قادر باشد با بهره گیری از اصول احتیاطی، مانع از ورود خسارت به متضرر شود، عدم رعایت این اصول، غیر منطقی و در نتیجه تقصیر خواهد بود، مشروط بر این که هزینه اقدامات احتیاطی بیش از ضرر وارد نباشد. به همین ترتیب، اگر زیان زنده تنها با استفاده از اقدامات احتیاطی که هزینه آن ها بیش از خسارات احتمالی است بتواند از ورود ضرر جلوگیری نماید، عدم به کارگیری تدابیر احتیاطی از جانب او بر منطق اقتصادی منطبق بوده و تقصیر قلمداد نخواهد شد؛<sup>۷</sup> بنابراین، در صورت بروز خسارت مسئولیتی متوجه او نیست و زیان دیده می بایست بار جبران ضرر را به تنهایی بر دوش کشد.<sup>۸</sup> از آنچه گفته شد پیداست که مفهوم تقصیر دارای قابلیت لازم برای تامین هدف کارایی اقتصادی است؛ چرا که ضرر زندگان و متضررین بالقوه را به رعایت اصول احتیاطی که از نظر اقتصادی موجه قلمداد می شوند، ترغیب می نماید. بنابراین، از یک سو امنیت روانی لازم را برای اشخاص فراهم ساخته و به ایشان اطمینان می دهد که تنها هنگامی مسئول جبران ضررهای ناشی از فعالیت های خویش خواهند بود که در به کار بستن تدابیر احتیاطی مقرون به صرفه کوتاهی کرده باشند. از سوی دیگر افراد اجتماع را نسبت به مسئولیت خود در قبال خساراتی که بر آن ها وارد می آید آگاه ساخته و در نتیجه قربانیان بالقوه را نیز به در پیش گرفتن اقدامات و تدابیر به صرفه اقتصادی، به منظور جلوگیری از ورود ضرر به خویش تشویق می نماید.

**ب: مفهوم شخص متعارف از منظر اقتصاد**

در تحلیل اقتصادی تقصیر، مفهوم انسان متعارف رنگ و بوی اقتصادی پیدا می کند. بعضی از مشهورترین نویسندگان حوزه اقتصاد و حقوق سعی کرده اند تفسیر و تعریف جدیدی از انسان متعارف ارائه دهند. ایشان بیان داشتند که متعارفیت انسان متعارف که همزمان با اجتماعی شدن حقوق به عنوان ضابطه تمیز تقصیر پذیرفته شده بود، می بایست با مفهوم عقلانیت اقتصادی جایگزین گردد.<sup>۹</sup>

انسان متعارف از دیدگاه نگرش اقتصادی به حقوق، انسانی است که منطق و عقلانیت اقتصادی مبنای تصمیمات او را تشکیل می دهد. چنین فردی تنها به منافع خود نمی اندیشد. او قبل از اینکه فعلی را انجام دهد، خویش را در مقام منتفع و متضرر از

<sup>۵</sup> - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، الزام های خارج از قرارداد، جلد اول و دوم، چاپ ششم، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ص ۲۴۷

<sup>۶</sup> - قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، ص ۴۲

<sup>۷</sup> - صفایی، سید حسین، (۱۳۹۳)، الزامات خارج از قرارداد، چاپ هفتم، انتشارات سمت، تهران، ص ۳۲

<sup>۸</sup> - Keating, Gregory C, (1995-1996), "Reasonableness and rationality innegligence theory", Stanford Law Review, 48, p. 311

<sup>۹</sup> - Cooter, Robert, Ulen, Thomas, (1988), Law and Economics, Scott, Foreman, p360

آن عمل قرار داده و سپس با این فرض که سود و زیان آن فعل عاید خودش خواهد شد به سنجش پرداخته و اقدام می نماید.<sup>۱۰</sup> از دیدگاه اقتصادی شخص نامتعارف انسانی است که منافع شخصی خود را بر دیگران ارجح می داند، مشروط بر این که ارزش اقتصادی منافع مذکور از ارزش ضرر حاصل کمتر باشد.<sup>۱۱</sup>

برخی از پیروان مکتب اقتصادی حقوق از جمله شاول معتقدند که ویژگی های شخصی منتفع و متضرر را باید در تعیین میزان واقعی نفع و ضرر طرفین دعوا لحاظ نمود؛ به این معنی که حقوق می بایست ارزش منافع و هزینه ها را بر مبنای خصوصیات اصحاب دعوا تعیین کند، نه این که خود معیار ارزش گذاری باشد.<sup>۱۲</sup> اما گروهی دیگر، از جمله ترکیب ذهنیت گرایبی و عقلانیت اقتصادی را هدفی غیر قابل تحقق می دانند؛ زیرا، از نظر ایشان، برآورد ارزش واقعی منافع و هزینه ها به گونه ای شخصی نیازمند صرف زمان و هزینه های گزاف است، روندی که ضمن مغایرت با کارایی اقتصادی، نظام حقوقی را با مشکلات جدی و عدیده ای روبرو خواهد ساخت و در نتیجه نظام حقوقی چاره ای جز تعیین و برآورد میزان منافع و هزینه ها با توجه به ویژگی های انسانی متعارف از منظر اقتصاد نخواهد داشت.

### گفتار دوم: نظریه تحلیل اقتصادی

حقوق مسئولیت مدنی یکی از نخستین شعب دانش حقوق است که از منظر اقتصادی مورد بررسی قرار گرفت.<sup>۱۳</sup> علت این امر را می توان در تاثیر مستقیم قواعد این شاخه از حقوق بر اقتصاد باز جست. به عنوان مثال، پذیرش نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر عنصر تقصیر یا مسئولیت محض، پیامدهای اقتصادی عمده و متفاوتی را در پی دارد پیامدهایی که از سال های آغازین شکل گیری مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، بسیاری از حقوقدانان را برآن داشت که به بررسی تأثیر و تأثر مسئولیت مدنی و اقتصاد بپردازند.

هدف تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی، همانند تحلیل اقتصادی حقوق، تامین کارایی اقتصادی است. به منظور نیل به این هدف، نظام جبران خسارت باید بر مبنای آن دسته از قواعد ماهوی مربوط به مسئولیت بنا شود که انگیزه لازم را در میان عاملین زیان و متضررین بالقوه، جهت رعایت اقدامات احتیاطی به منظور پیشگیری از بروز خسارت ایجاد نموده و به این ترتیب هزینه های ناشی از وقوع ضرر و تدابیر ایمنی مورد نیاز را به حداقل برساند.<sup>۱۴</sup>

در تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی و نتیجه اعمال آن، بر رفاه اجتماعی و کارآمدی توجه خاص می شود. به عبارت دیگر هدف از قواعد مسئولیت مدنی در نظریه تحلیل اقتصادی ارتقای رفاه اجتماعی از سه طریق زیر است:

۱. ایجاد انگیزه برای کاهش حوادث و خطرها

۲. تحمیل و استناد درست و مناسب خسارات ناشی از حوادث

۳. کاهش هزینه های اداری نظام مطالبه خسارت<sup>۱۵</sup>

مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض که از اوایل دهه پایانی سده نوزدهم جای خود را در قوانین بسیاری از نظام های حقوقی باز کرد، در پی آن بود تا با تحمیل بار مسئولیت بر عامل زیان، صرف نظر از قصد و نیت وی، از افراد اجتماع در مقابل

<sup>10</sup> . Epstein, Richard A, (1990), Cases and Materials on Torts, Little, Brown, p. 124

<sup>11</sup> . Coleman, Jules L, (1988), Markets, Morals and the Law, CUP Archive, p.131

<sup>12</sup> . Shavell, Steven, (1987), Economic Analysis of Accident Law, Harvard University Press, p.41

<sup>۱۳</sup> . بادینی، حسین (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ص ۳۸۷

<sup>14</sup> . Grady, Mark F, (1983), "A new positive economic theory of negligence", The Yale Law Journal, 92, pp.799-800

<sup>۱۵</sup> . صفایی، سید حسین، پیشین، ص ۷۶

سرمایه داران حمایت کند؛ امری که اگرچه در ابتدا تصویر خوشایندی از عملکرد ترمیمی نظام مسئولیت مدنی ارائه نمود، پس از چندی با انتقادات زیادی روبرو گردید. گروهی از اندیشمندان، قواعد راجع به مسئولیت محض را فاقد ماهیتی کاملاً حقوقی دانستند، زیرا به اعتقاد ایشان شخص حتی اگر تمامی اقدامات احتیاطی را نیز به کار بندد، قادر نخواهد بود تبعیت خود را از این قواعد تضمین نماید، به عبارت دیگر مسئولیت محض نمی تواند مکانیزم قابل اعتمادی به دست دهد تا بر مبنای آن، شخص را از گام نهادن در مسیر قانون شکنی آگاه سازد.<sup>۱۶</sup> هارت استاد فلسفه حقوق دانشگاه آکسفورد نیز با پیروی از این منطق بر این باور بود که نظام حقوقی باید به افراد قدرت انتخاب داده و آن ها را پیش از اقدام به هر فعالیتی از پیامدهای حقوقی آن مطلع ساخته و به این ترتیب تبعیت از قانون را توجیه نماید.<sup>۱۷</sup> امری که نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض نمی تواند آن را بر آورده سازد.

همان طور که دیدیم در معیارهای سنتی، تمرکز اصلی بر نتیجه اقتصادی اعمال نیست و در آن کوشش می شود تا عادلانه ترین و منصفانه ترین راه جبران خسارت و عدالت اصلاحی<sup>۱۸</sup> نسبت به عمل انجام شده اعمال شود و به عدالت توزیعی<sup>۱۹</sup> و رفاه اجتماعی به عنوان هدف اصلی پرداخته نمی شود. به علاوه در معیار اقتصادی شخص متعارف بیمه به عنوان یکی از ابزارهای جبران خسارت و تحقق رفاه اجتماعی مدنظر تحلیل گران قرار میگیرد، در حالی که در معیارهای سنتی، بیمه موجب می شود که نقش تنبیهی و باز دارندگی کم رنگ شود و بر عامل زیان از این حیث چندان فشاری وارد نگردد.<sup>۲۰</sup> تحلیل اقتصادی با دو رویکرد هنجاری و تحقق به شخص متعارف نگرسته و با در نظر گرفتن اهداف نظام جبران خسارت و همچنین آثار خارجی قواعد و سیاست های اجرا شده، در خصوص اقتصادی ترین و بهینه ترین مبنای مسئولیت نیز به گزینش می پردازد.

### گفتار سوم: عناصر معیار هنجاری شخص متعارف و تحلیل اقتصادی آن

در این قسمت سعی بر آن داریم که مفهوم هنجاری متعارف بودن را ضمن توضیح و تشریح ۳ اصل بنیادی هنجاری بیان نماییم و بعد از هر اصل سراغ انتقادات وارد بر آن ها می رویم و در نهایت نیز به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری بپردازیم. این اصول بنیادی عبارتند از:

۱. حداکثر منفعت

۲. آزادی برابر

۳. اخلاق مراقبت

### الف: حداکثر منفعت

مشهورترین مفهوم متعارف بودن در اصطلاح "مقرون به صرفه بودن" خلاصه می شود. این مفهوم به اصطلاح اقتصادی بیان می دارد که اگر شخص در اعمال خود مراقبتی پایین تر از سطح مطلوب و استاندارد جامعه اتخاذ کند، آن شخص، شخص

<sup>16</sup> . Fuller, Lon L, (1969), the Morality of Law, New York: Yale University Press, pp. 33-38

<sup>17</sup> . Hart, Herbert L, (1968), Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, Oxford: Oxford University Press, pp. 44-47

<sup>18</sup> . corrective justice

<sup>19</sup> . distributive justice

<sup>۲۰</sup> . صفایی، سید حسین، پیشین، ص ۷۶

نامتعارف و آن عمل نیز عمل نامتعارف محسوب می شود. مفهوم اقتصادی را می توان در پرونده های مرجوعه به قاضی لرنند هند<sup>۲۱</sup> مشاهده کرد. قاضی هند معتقد است که مفهوم اقتصادی تابع سه متغیر به شرح زیر است:

اگر احتمال خطر،  $p$ ، شدت و اهمیت خطر،  $L$  و هزینه ی اقدامات احتیاطی لازم برای از بین بردن خطر  $B$  باشد، شخص زمانی مسئول است که  $(B)$  هزینه ی جلوگیری از خطر، کمتر از نتیجه خطر ضرب در احتمال خطر باشد  $(B < PL)$ . به عبارت دیگر قصور در اتخاذ اقدامات احتیاطی مقرون به صرفه، غفلت و سهل انگاری بشمار می آید.<sup>۲۲</sup>

مجموعه آراء کلیدی در مسئولیت مدنی<sup>۲۳</sup> را می توان تاییدی بر مفهوم اقتصادی متعارف بودن دانست. بند سوم آن بیان می دارد که اگر شخص مراقبت متعارف را در اعمال خود تحت هر شرایطی رعایت نکند، رفتار شخص نامتعارف است. پس از آن تصریح می دارد که عوامل اصلی قابل ملاحظه برای تشخیص مراقبت متعارف در رفتار، شامل موارد زیر می باشد:

۱. قابل پیش بینی بودن ضرر
۲. قابل پیش بینی بودن شدت و اهمیت ضرر
۳. هزینه اقدامات احتیاطی برای از بین بردن یا کاهش آسیب

### ۱: کارشناسان

توانایی کارشناسان برای تشخیص رفتار متعارف از غیر متعارف شرط مقدمه برای اثر بخشی مفهوم اقتصادی است. اگر کارشناسان اشتباه کنند، انگیزه های مسئولیت مدنی تحریف می شوند و رفتار کارآمد تضمین شده باقی نمی ماند. برای تعیین سطح مراقبتی که یک خواننده بالقوه باید آن را در رفتار خود اعمال کند، کارشناسان باید هزینه و سود مرتبط با هر سطح مراقبتی و احتمال و میزان و اهمیت آسیب مربوط را اندازه گیری کنند. اگر برخی از اطلاعات (داده ها) مفقود شده یا نادرست باشند، تعیین سطح مطلوب مراقبت غیر ممکن می شود و از این رو تعیین این که رفتار خواننده سهل انگاری است یا خیر، غیر ممکن است.

متاسفانه کارشناسان از منافع مربوط و به طریق اولی ارزش آن منافع با توجه به ماهیت دوجانبه اقدامات در حوزه مسئولیت مدنی اطلاع کمی دارند. به عبارت دیگر، خواهان یا خواننده معمولاً مدارک مربوط به منافع خود را می توانند ارائه دهند، در صورتی که دیدگاه اقتصادی ممکن است مدارک مربوط به منافع شخص ثالث را برای تصمیم گیری صحیح لازم بداند. تصمیم گیری ای که صرفاً مبتنی بر فرض منافع طرفین باشد ممکن است اطلاعات زیادی نخواهد، اما اگر بخواهیم حداکثر منفعت را ارزیابی کنیم و منافع شخص دیگر را در این تجزیه و تحلیل بگنجانیم مشکلات کمبود اطلاعات حادث می شود و فرمول هند در عمل کمتر می تواند کاربرد داشته باشد.

حتی زمانی که کارشناسان از ارزش منافع آگاه هستند، تعیین دقیق منافع ممکن است دشوار و یا حتی غیر ممکن باشد. به عبارت دیگر، هیچ کس نمی تواند بطور قطع گستره ضرر را مشخص کند، مخصوصاً زمانی که ضرر شامل ضرر غیر نقدی می شود و همچنین هیچ کس نمی تواند زمانی که هزینه اقدامات احتیاطی، کالا یا خدمت خاص نیست آن را تعیین کند یا زمانی که منافع اجتماعی ناملموس قابل نقض است مانند تعبیر عمومی از امنیت، هزینه های احتیاطی قابل تعیین نیست. این نیز غیر ممکن است که احتمال وقوع ضرر را با وجود فقدان اطلاعات آماری مربوط به آن عمل، برای اتخاذ یا عدم اتخاذ اقدامات

<sup>21</sup> . learned hand

<sup>22</sup> . United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947)

<sup>23</sup> . Restatement

احتیاطی سنجید. مفهوم متعارف بودن با توجه به حداکثر رساندن رفاه پیچیده تر می شود و اعمال آن به اطلاعات بیشتری برای حل مسئله متعارف بودن نیاز دارد.<sup>۲۴</sup>

بنابراین در اکثر قریب به اتفاق موارد سهل انگاری، کارشناسان فاقد اطلاعات کافی برای تصمیم گیری هستند. آن ها فقط برخی شاخصه های مرتبط را در نظر می گیرند و حتی ارزیابی این شاخصه ها اغلب حسی و تجربی هستند. در موارد خاص و بدیهی، ارزیابی تجربی مشکل ساز نخواهد بود. برای مثال اگر شخصی بتواند از آسیبهای بدنی و جدی و خاص با صرف هزینه اقدامات احتیاطی ناچیزی جلوگیری کند، قصور در اتخاذ اقدامات احتیاطی به سادگی سهل انگاری تحت عنوان تقصیر اقتصادی را تشکیل می دهد. مشکل در موارد مشکوک و حساس بروز می کند که ارزیابی تجربی ممکن است منجر به تصمیم گیری اشتباه شود و باعث مسئول قرار دادن خواننده بی تقصیر و بی گناه و بالعکس مسئول نشناختن خواننده سهل انگار شود.<sup>۲۵</sup>

## ۲: عاملین زیان بالقوه

برای شناخت عاملین زیان بالقوه دو مسئله بایستی مورد توجه قرار بگیرد:

### ۱- عدم توانایی شناخت خطا

تحمیل مسئولیت بر رفتار مسامحه کارانه با توجه به مفهوم اقتصادی فقط زمانی کار آمدی را توسعه می دهد که عاملین زیان بالقوه رفتار سهل انگارانه را تشخیص و از آن اجتناب کنند. بدین منظور آن ها باید قادر باشند تغییر در ارزش های مورد انتظار رفاه جمعی را ارزیابی و تشخیص دهند. با این حال عاملین زیان بالقوه اغلب به دلیل فقدان اطلاعات کافی از ارزیابی این تغییرات عاجز هستند. زمانی که مفهوم اقتصادی پیچیده تر شود و حداکثر رفاه را در نظر بگیرد، برای شناسایی و ارزیابی هزینه های مربوط و سود، نیاز به اطلاعات بیشتری است که ممکن است دستیابی به این اطلاعات در عمل کمتر اتفاق بیفتد و اطلاعات ناکافی نیز ممکن است منجر به رفتار نامطلوب شود. برای مثال فرض کنید اتخاذ اقدامات احتیاطی توسط  $D$  ۱۰۰ دلار و ضرری که به  $P$  می رسد ۵۰ دلار است، بنابراین عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی توسط  $D$  خطا نیست و  $D$  بخاطر عدم اتخاذ آن ها مسئول شناخته نمی شود. حال در نظر بگیرید اتخاذ اقدامات احتیاطی از ضرر ۶۰ دلاری به  $C$  نیز جلوگیری می کند و  $D$  از این قضیه آگاه نیست و به تصور غلط بر این باور است که عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی معقول و متعارف است و قوانین مربوط به خطا او را مجبور به اتخاذ اقدامات احتیاطی نمی کند.

علاوه بر این، در نتیجه تعصبات شناختی، ارزش گذاری ذهنی احتمال خطر لزوماً با احتمال واقعی خطر سازگار نیست و تعصبات شناختی ممکن است موجب ارزش گذاری بیشتر یا کمتر شوند. به عنوان مثال مردم تمایل دارند که اتفاقات را بر اساس خاطره یا تجربه ای که از آن دارند ارزش گذاری کنند؛ گرچه تجربه داشتن از حادثه ای یا به یاد آوردن آن خاطره احتمال واقعی خطر را نشان نمی دهد. همچنین طبیعت انسان این است حادثه ای را بخاطر می آورد که برای او مهم بوده است، همچنین ممکن است اصلاً از حادثه ای تجربه نداشته باشد. بنابراین نمی توان بر اساس ارزش گذاری ذهنی احتمال حادثه ی واقعی را ارزیابی کرد. بطور مشابه می توان گفت اعتماد به نفس کاذب شخص یا خوش بینی بیش از حد او در امور باعث می شود که برای احتمال وقوع حادثه کمتر ارزش گذاری کند و احتمال وقوع خطر را بعید بداند. این مشکل و غیر

<sup>24</sup>. Keating, op. cit, p. 340

<sup>25</sup>. Goldberg, (2003), Twentieth-Century Tort Theory, 91 GEO.L.J. 513, pp. 545-546

منطقی است که احتمال وقوع خطر را بر اساس ارزش گذاری ذهنی از آن خطر ارزیابی کرد و همچنین مشکل تر زمانی است که بخواهیم اثرات این تعصبات شناختی را با هم جمع کنیم.

در مواردی که اختلاف بین ارزش گذاری ذهنی هزینه معین و سود و احتمال واقعی آن است، این احتمال وجود دارد که به دلیل تعصبات شناختی یا اطلاعات ناکافی، مفهوم اقتصادی نتواند رفتار کارآمد را تضمین کند. عاملین زبان بالقوه ممکن است خطر واقعی را ناچیز و بعید بدانند و بالعکس خطر ناچیز را جدی و نزدیک بدانند. بنابراین تحلیل ذهنی مقرون به صرفه بودن از داده های عینی نشان داده شده و آماری متفاوت است. برای مثال، اگر یک هزارم درصد احتمال وجود داشته باشد که رفتار  $D$  منجر به خسارت یک میلیون دلاری به  $P$  شود و  $D$  بتواند ضرر را با  $800$  دلار از بین ببرد، تصور در اتخاذ اقدامات احتیاطی غفلت محسوب می شود، از آن جایی که  $PL > B$ . زمانی که  $D$  از خطر آگاه است و تعصبات شناختی بر او اثر نگذاشته باشد، او اقدامات احتیاطی لازم را اتخاذ می کند. اما اگر  $D$  بر اثر اطلاعات ناکافی یا تعصبات شناختی بر این باور باشد که مسئولیت مورد انتظار فقط  $500$  دلار است، اتخاذ اقدامات احتیاطی مطلوب به نظر نمی رسد. ( $800 > 500$ ). بنابراین فرمول هند اگر کاملاً هم اعمال شود منجر به رفتار کار آمد نمی شود.

نهایتاً، تمام فرض های بالا این است که عامل زبان بالقوه تلاش کند که هزینه ها و سود عملش را تخمین بزند و آن ها را متعادل کند. درواقع، بیشتر تصمیم های بشر بلافاصله و ناخود آگاه گرفته می شود. حتی اگر اطلاعات در دسترس هم باشد یا دست یافتن به آن ها کم هزینه باشد، ما قادر به بدست آوردن و پردازش آن ها به سرعت و دقت لازم برای تصمیم گیری صحیح در آن واحد و زمان کم نیستیم و تا زمانی که مردم فاقد دانش وسیع و ظرفیت محاسباتی فوق العاده باشند، تصمیم عجولانه و ناخود آگاه یک انتخاب عقلانی را بیان نمی کند. بنابراین قانون سهل انگاری کار آمد گرا، بر روی این تصمیمات حداقل بطور مستقیم اثر نمی گذارد. بند سوم مجموعه آراء این بحث را با توجه به بند چهارم بیان می دارد که زمانی سهل انگاری عمدتاً شامل کوتاهی در توجه و آگاهی نسبت به خطر شود، در نظر گرفتن صریح و روشن عوامل اصلی اغلب بیهوده است و رفتار انجام دهنده نمی تواند به بهترین شکل بوسیله ی معیار شخص متعارف مراقب ارزیابی شود.

## ۲-انگیزه متقابل

حال در نظر بگیرید که مسئولیت مدنی انگیزه های کافی برای عاملین زبان بالقوه برای جلوگیری از ضرر را مشخص کرده است. در نگاه اول، بیمه مسئولیت نباید در این انگیزه ها دخالت کند و باعث نادیده گرفتن آن ها توسط عاملین زبان شود. در یک دنیای ایده آل، حق بیمه ( $I$ ) با توجه به مسئولیت مورد انتظار بیمه شده در نظر گرفته می شود و کمتر از میزان خطر نمی تواند باشد ( $B < PL$ )، بنابراین عامل زیان احتمالی میتواند عواقب یک خطر را با هزینه کمتر از خسارت توسط بیمه از بین ببرد ( $B < PL=I$ ) و نیازی به جلوگیری از ضرر ندارد. و در فرض دیگر نیز اگر عامل زیان احتمالی نتواند خطر را با هزینه کمتر از خسارت از بین ببرد ( $B > PL$ )، تصور در از بین بردن خطر خطا به شمار نمی آید و در نتیجه آن شخص نیاز به بیمه مسئولیت ندارد، اگرچه مردم اغلب خود را بیمه مسئولیت می کنند. شخص عمدتاً به دلیل ترس از این که کارشناس به اشتباه او را مقصر تشخیص دهد یا جایی که نمی تواند سقف مطلوب مراقبتی را به دلایل مختلف تعیین کند یا زمانی که تمایل به حفاظت خود در مقابل هزینه های دفاع در مقابل ادعاهای غیر مستحق دارد خود را بیمه می کند. مهم تر از این ها مردم زمانی که حق بیمه را از هزینه های پیشگیری کمتر ببینند خود را بیمه می کنند.



**ب: آزادی برابر**

متعارف بودن خطر با تأثیرش بر آزادی اشخاص تعیین می شود و همچنین معیار مربوط دیگر برای تشخیص متعارف بودن، میزان و اهمیت خطر ایجاد شده توسط عامل زیان احتمالی است. خطر دور از ذهن، خطری است که هر شخص آماده تحمل آن است و باید دانست که همه ی اعمال افراد شامل چنین خطراتی می شود، ولی در نظر گرفتن و توجه به آن ها به منظور از بین بردن چنین خطراتی باعث می شود که هیچ کس عملی را انجام ندهد. در مقابل، هیچ کس نمی خواهد در معرض خطر واقعی و نزدیک قرار گیرد، از این رو محافظت از همه ی انسان ها باید برابر صورت گیرد و هر شخص باید از در معرض خطر قرار دادن دیگران صرف نظر کند.<sup>۲۶</sup>

برای تعیین میزان قابل پیش بینی بودن خطر توسط خواننده، کارشناسان نیاز دارند که میزان قابل پیش بینی بودن و احتمال ضرر را در نظر بگیرند. در مواردی که خطر واقعی با هزینه های نسبتاً پایین می تواند کاهش یابد، و در مواردی که خطر دور از ذهن با هزینه های نسبتاً بالا می تواند از بین رود، فرمول هند و فلسفه کانت نتیجه یکسانی دارند ولی ممکن است این دو معیار در دو فرض دیگر نتایج مختلفی به شرح زیر داشته باشند.

در اولین فرض، خطر نسبت به خواهان واقعی است اما هزینه جلوگیری از آن حتی با اتخاذ اقدامات احتیاطی معین بیشتر از ضرر خواهان است. در این مجموعه قضیه ها، دیدگاه کانتی، به عنوان دیدگاه مخالف دیدگاه اقتصادی، تحمیل مسئولیت بر خواننده را حمایت می کند. با این حال اگر رفتار خواننده خطرات اضافی برای مردم ایجاد کند تحت تعریف اقتصادی نیز ممکن است منجر به مسئولیت شود. این بدین دلیل است که تعریف اقتصادی هزینه مراقبت را با سطح کل خطر قابل پیش بینی، به جای ضرر مورد انتظار به خواهان خاص میسند.

در دومین فرض، خطر و ضرر خواهان ناچیز است اما هزینه های اجتماعی جلوگیری از آن کمتر از میزان خطر است. در این مجموعه در نظر گرفتن قانون سهل انگاری منجر به یافته های بدیهی از سهل انگاری می شود، به عبارت دیگر، شخص عامل زیان به دلیل این که می توانسته است از بروز خطر به بهای ناچیزی جلوگیری کند و این کار را نکرده است، مسئول تلقی می شود. ولی پذیرش مفهوم کانتی منجر به نتیجه مخالف آن می شود. بدین توضیح که وقتی ضرر خواهان ناچیز است، هر چند اقدامات احتیاطی جلوگیری از آن هم جزئی است، باز هم موجب عدم مسئولیت خواننده در عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی می شود. اما در تجزیه و تحلیل نهایی، دیدگاه اقتصادی نیز ممکن است عدم مسئولیت را حمایت کند؛ زیرا هزینه های اداری مسئولیت مدنی بیشتر از سود حاصل از بازدارندگی است. عملکرد این دو دیدگاه در شرایطی که رفتار خواننده بسیاری از مردم را در معرض همان خطر قرار دهد ممکن است متفاوت باشد. بدین توضیح که تجزیه و تحلیل کانتی که بر روی خطر خاص تحمیل شده بر خواهان خاص تمرکز میکند، هنوز هم تمایل به عدم مسئولیت دارد، در حالی که دیدگاه اقتصادی سطح کل خطر قابل پیش بینی را در نظر میگیرد، ممکن است موافق با تحمیل مسئولیت باشد.

**ج: اخلاق مراقبت**

تقصیر همواره در حقوق مسئولیت مدنی کشورهای مختلف از جمله ایران، از مبانی بسیار مهم تلقی می شود و با توجه به انگیزه و قصد وارد کننده زیان تقسیماتی را بر مبنای حسن نیت و سوء نیت شکل داده است که ناشی از التزام آن به موازین اخلاقی

<sup>26</sup> . Ernest J. Weinrib, (2001), Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice, 2 THEORETICAL INQUIRIES L. pp. 107, 116

می باشد، در مواردی که شخص عامداً به دیگری زیان وارد می کند،<sup>۲۷</sup> با توجه به سوء نیت وی مسئولیت کیفری دارد و ملزم به جبران کلیه ی خسارات مادی و معنوی نیز می باشد و اقدام وی در برخی از کشورها نیز موجب تشدید دامنه مسئولیت مدنی می شود که بدیهی است در نظر گرفتن چنین تمهیداتی نتیجه مستقیم مبانی اخلاقی می باشد. در نظریه جدید تقصیر نیز، با جایگزینی معیارهای اجتماعی به جای معیارهای شخصی، ظلم ستیزی، برابری انسان ها، عدم استثمار و بهره کشی افراد و در نهایت محقق شدن عدالت اجتماعی در جهت بر آورده ساختن اهداف کلان و اساسی اخلاق مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۲۸</sup> بنابراین نه تنها نظریه جدید تقصیر از مفاهیم اخلاقی دور نشده است بلکه با ساز و کارهای جدید، در شکوفایی هر چه بیشتر اهداف اخلاق نقش به سزایی داشته است. از این روی در تمامی تحولاتی هم که در نظریه تقصیر رخ داده است، نقش اخلاق به عنوان مبنای مهم در شکل دهی به نظریه، غیر قابل انکار است. فارغ از مبنای اخلاقی تقصیر، جبران خسارت معنوی در فحوای خود امری اخلاقی محسوب می شود و زیر پا نهادن حقوق مربوط به ابعاد معنوی از جمله حیثیت، آزادی، شرافت و... بسیار بدیهی است که غیر اخلاقی می باشد. قانون مسئولیت مدنی ایران نیز در خصوص جبران خسارت تدابیری از جمله الزام به عذر خواهی را در نظر گرفته است که پیش از این در قوانین دیگر سابقه نداشته است و از معیار های پیش بینی شده در قانون مدنی فاصله گرفته است، با مذاقه در این خصوص به این نتیجه میرسیم که اخلاق در حوزه ی مسئولیت مدنی نقش بسیار مهمی در جهت دادن به قانون ایفا می کند و گرچه صراحتاً در این حوزه از اخلاق نامی نبرده شده است اما فحوای مواد حاکی از پای بندی قانون گذار به مبانی اخلاقی می باشد. به این ترتیب باید نقش اخلاق را به عنوان یکی از پایه های اصلی و اساسی حقوق مسئولیت مدنی در نظر بگیریم که نه تنها حقوق مسئولیت مدنی حکمی برخلاف آن ندارد،<sup>۲۹</sup> بلکه در بسیاری از موارد هدف محسوب می شود و مسئولیت مدنی در راستای اعتلای سطح اخلاق و برآورده کردن اهداف اخلاقی بسیار قوی رخ می نماید، به بیانی دیگر حقوق مسئولیت مدنی تنها حداقل های اخلاقی را در نظر نمی گیرد بلکه به مراتب عالی اخلاق اجتماعی می اندیشد و در کنار رسالت مهم جبران خسارت، از تلاش در جهت شکوفایی هر چه بیشتر اخلاق غفلت نورزیده است. در نهایت می توان گفت که ریشه های اخلاقی در حقوق مسئولیت مدنی به وضوح به چشم می خورد و تار و پود این دو در هم تنیده شده است و مسئولیت مدنی، ریشه در قواعد اخلاق اجتماعی و مدنی دارد و به مرزهایی محصور است که اخلاق معین می کند.

#### گفتار چهارم: تحلیل اقتصادی معیار هنجاری شخص متعارف

از اوایل دهه ۱۹۸۰ بخش بیمه در غالب کشورهای اروپایی و ایالات متحده آمریکا با بحرانی فزاینده روبرو گردید که حاصل آن ورشکستگی بسیاری از شرکت های فعال در این صنعت بود. نگرانی از پیامدهای وضعیت نابسامان شرکت های بیمه، بسیاری از حقوقدانان و اقتصاددانان را بر آن داشت تا با توسل به تحلیل های اقتصادی، راهکاری برای برون رفت از بحران یاد شده بیابند؛ امری که حاصل آن پذیرش مفهوم کارایی اقتصادی به عنوان محوری ترین انگاره در تعیین هدف حقوق مسئولیت مدنی بود.<sup>۳۰</sup>

<sup>۲۷</sup> - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، تحول مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، مجله حقوق و علوم سیاسی تهران، ص ۱۸

<sup>۲۸</sup> - صانعی دره بیدی، منوچهر، (۱۳۷۷)، فلسفه اخلاق و مبانی رفتار، چاپ اول، انتشارات سروش، تهران، ص ۲۳۴

<sup>۲۹</sup> - صانعی دره بیدی، منوچهر، (۱۳۷۷)، فلسفه اخلاق و مبانی رفتار، چاپ اول، انتشارات سروش، تهران، ص ۳۷

<sup>۳۰</sup> - شهبازی، مهدی، مسعودی پور، آزاده، (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق و احیاء اندیشه تقصیر در نظام جبران خسارت، فصلنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، چاپ نوزدهم، شماره ۴ ص ۳۴

بر اساس رویکرد هنجاری، نظام مسئولیت مدنی باید افراد اجتماع را به پیروی از الگوهای رفتاری که تامین کننده کارایی اقتصادی اند، ترغیب نماید. یکی از لوازم نیل به کارایی اقتصادی، توزیع متناسب ثروت در جامعه است که طرفداران مسئولیت محض معتقد بودند نظام جبران خسارت از طریق اعمال قواعد این گونه مسئولیت، قادر است آن را تأمین نماید.<sup>۳۱</sup> به عنوان مثال، اگر راننده ای به هنگام رانندگی به دوچرخه سواری خسارتی وارد آورد، راننده بر مبنای مسئولیت محض موظف به جبران تمامی خسارات متضرر خواهد بود و این امر موجب توزیع درآمد در جامعه از طریق نظام مسئولیت مدنی می گردد.<sup>۳۲</sup> اما این دیدگاه قابل انتقاد به نظر می رسد؛ زیرا قواعد مسئولیت مدنی نسبت به بخشی از افراد اجتماع که در روابطی اتفاقی دچار زیان شده اند اعمال می گردد، لذا نمی توان آن را به عنوان ابزاری اصیل به منظور تامین کارایی اقتصادی محسوب کرد؛ به همین سبب، توزیع ثروت از طرق دیگر، از جمله نظام مالیاتی، معقول تر به نظر می رسد. بنابراین توزیع درآمد از کارکردهای قواعد مسئولیت مدنی نبوده و نمی تواند امتیازی برای مسئولیت محض باشد.<sup>۳۳</sup> به عنوان نمونه اگر دارنده یک ماشین ارزان قیمت با یک ماشین گران قیمت تصادف کند و به او خسارتی وارد آورد، از نظر قواعد مسئولیت مدنی باید خسارت وارده به او را جبران کند. در حالیکه در اینجا دارنده خودروی گران قیمت وضع مالی بسیار بهتری دارد. در اینجا مسئولیت مدنی نه تنها در جهت توزیع درآمد در جامعه ایفای نقش ننموده، بلکه اثر معکوس نیز داشته است. علاوه بر این، قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی افراد را به بهره گیری از تدابیر احتیاطی به منظور پیشگیری از بروز زیان و مسئولیت خویش تشویق نموده و در نهایت به انجام کار به صورتی ایمن تر منجر خواهد شد. این امری است که بر هدف کارایی اقتصادی نیز منطبق بوده است.

تحلیل تحقیقی شخص متعارف به بررسی آثار قواعد نظام جبران خسارت بر رفتار افراد اجتماع می پردازد؛ رفتارهایی که مطابق با رویکرد هنجاری و هدف نظام مسئولیت مدنی می بایست در جهت تامین کارایی اقتصادی تنظیم شوند.<sup>۳۴</sup> فرض کنیم راننده اتومبیل حین رانندگی با دوچرخه سواری تصادف کرده و به وی زیان وارد می سازد. مطابق با قواعد مسئولیت محض، راننده به صرف وقوع ضرر، مسئول جبران تمامی خسارات وارده به دوچرخه سوار می باشد و قربانی به صرف زیان دیدن، مستحق دریافت خسارت می گردد. بنابراین، بر اساس مسئولیت محض، تمرکز بر زیان حاصل و رابطه علیت میان آن و فعل واردکننده زیان است. این در حالی است که از منظر تحلیل اقتصادی، هیچ یک از راننده و دوچرخه سوار علت بروز خسارت نبوده و منشا زیان وارده، طبیعت دو سویه رفتارهای اجتماعی انسان و زندگی در جامعه است زیرا دوچرخه سوار نمی تواند از دادگاه بخواهد که حق رانندگی راننده را سلب کند تا وی زیانی نبیند.<sup>۳۵</sup> مطابق با تحلیل تحقیقی هر یک از ضرر زننده و متضرر، مسئول جبران خساراتی اند که به واسطه عدم اتخاذ رفتارهای بهینه از منظر اقتصادی از طرف ایشان حاصل شده است. به نظر می رسد عنصر تقصیر از منظر رویکرد تحقیقی نیز با تحلیل اقتصادی حقوق سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا در مثال یاد شده، راننده و دوچرخه سوار را به رانندگی با سرعت مجاز و رعایت قوانین راهنمایی و رانندگی ترغیب نموده و به این ترتیب موجب کاهش حوادث خسارت بار رانندگی و در نتیجه به حداقل رساندن هزینه ها می شود.

نظام جبران خسارت مبتنی بر اندیشه تقصیر، فاعل زیان و زیان دیده را به تنظیم رفتارهای خود با کارایی اقتصادی سوق می دهد؛ چرا که به آن ها این امکان را می دهد تا با رعایت احتیاط لازم و عدم ارتکاب تقصیر، در صورت ایراد ضرر به دیگری از بر

<sup>۳۱</sup>. ابدالی، پیشین، ص ۴۷

<sup>۳۲</sup>. Emons, Winand, (1993), "An introduction to the legal and economic theories of torts", Swiss Journal of Economics and Statistics, p.631

<sup>۳۳</sup>. شهابی، مسعودی پور، پیشین، ص ۳۵

<sup>۳۴</sup>. Emons, op. cit, p.663

<sup>۳۵</sup>. Posner, op. cit, p. 162

دوش کشیدن بار مسئولیت مصون بمانند؛ از سوی دیگر مشوق متضررین بالقوه به تنظیم رفتارهای خود با معیار کارایی اقتصادی است؛ زیرا در غیر این صورت نمی توانند خواهان جبران خسارات وارد به خویش شوند. همان گونه که ملاحظه می شود، علیرغم تفاوت در اهداف و شیوه استدلال رویکرد های هنجاری و تحقیقی شخص متعارف، هر دو در نهایت به نتیجه واحدی رسیده و بهترین معیار را معیار مبتنی بر کارایی اقتصادی دانسته اند.

### گفتار پنجم: مقایسه معیارهای تحقیقی و هنجاری

بحث کارایی اقتصادی هم در مفهوم تحقیقی و هم در مفهوم هنجاری شخص متعارف مطرح است. در مباحث تحقیقی تحلیل اقتصادی، میزان کارایی قواعد حقوقی و آراء و تصمیمات قضائی و آثاری که بر روابط افراد و نحوه عملکرد آنها دارند مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد. معیار تحقیقی بدون ادعای آنکه نظام و قواعد حقوقی و همچنین هدف از معیار شخص متعارف باید بر اساس افزایش و حداکثر کردن کارایی اقتصادی و ثروت شکل گیرد به تعیین میزان کارایی اقتصادی معیار شخص متعارف با توجه به تحلیل اقتصادی آن می پردازد و راه هایی را که می تواند این کارایی به واسطه کاهش هزینه ها یا افزایش ثروت عمومی جامعه تعالی یابد تبیین می کند. به این صورت که مفهوم تحقیقی وسیله ای مفید در اختیار تصمیم گیران و سیاست گذاران قرار می دهد تا با آگاهی لازم نسبت به عواقب اقتصادی و هزینه و سود و زیان ناشی از تصمیمات خود عمل کنند و کارایی اقتصادی را در کنار دیگر بایدهای سیاسی و اجتماعی و اخلاقی یا ایدئولوژیکی مد نظر قرار دهند.

بر این اساس معیار تحقیقی کمتر مورد انتقاد قرار گرفته است و اگر ملاحظه و انتقادی مطرح شده راجع به روش علمی و فرض های این تحلیل بوده است، ولی انتقادات اساسی نسبت به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری است که در آن به تعیین ارزش ها پرداخته شده و بایدهایی برای سیاست های اجتماعی تعیین شده است. در واقع، مادامی که حداکثر کردن کارایی اقتصادی از طریق حداکثر کردن مطلوبیت یا ثروت در جامعه به عنوان عاملی مهم و تنها در جهت تعیین آثار سیاست ها قواعد و تصمیمات معرفی می شود و راههای وصول به این کارایی تبیین می شود در مفید بودن آن تردیدی وجود ندارد، اما به محضی که حداکثر کردن سود و ثروت به عنوان بایدها و اهداف اصلی حقوق یا سیاست مطرح می شود، بحث وارد مرحله دیگری می شود و باید ارزش این ادعا با توجه به دیگر بایدهای اجتماعی و انسانی همچون عدالت، تعالی ارزش های معنوی انسانی و اخلاق تبیین شود و هر ادعایی در این باره عکس العمل های جدی دیگری را در پی دارد.<sup>۳۶</sup>

مکتب شیکاگو که مهد تولد و رشد تحلیل اقتصادی حقوق از دهه شصت قرن بیستم میلادی بوده است. در ابتدا عمدتاً به تحلیل اقتصادی حقوق از جنبه تحقیقی پرداخت. در نوشته های پازنر که از بارزترین متفکران این مکتب محسوب می شود، ابعاد مختلف حقوق کامن لا تحلیل شده و کارایی عمومی اقتصادی این سیستم و راه هایی که برای نیل به این کارایی قابل تصور است بر اساس معیار حداکثر کردن ثروت و مطلوبیت تبیین شد. بسیاری از دانشمندان این مکتب اعتراف داشتند که ظرفیت و توانایی اقتصاد برای ارزیابی کلی قواعد حقوقی محدود است. در واقع با توجه به وجود عوامل مختلف تصمیم گیری در مورد قاعده حقوقی و افزونی این بایدها در کارایی اقتصادی و افزایش ثروت در جامعه، ایشان به ضعف خود در تعیین بایدهایی برای تغییرات اجتماعی و حقوقی اعتراف داشتند و معمولاً به تحلیل تحقیقی اکتفا می کردند.<sup>۳۷</sup>

<sup>36</sup> . Morton J. Horwitz, (1980) Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev. p. 905

<sup>37</sup> . Jonathan Klick & Francesco Parisi, (1978), idem 593-595; see also: Ronald H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, 7 J. LEGAL STUD. 201, 207-0; Charles K. Rowley, (1981), Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories, OXFORD J. LEGAL STUD. 391, 393-95; Morton J. Horwitz, (1980) Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev.

در تحلیل اقتصادی معیار هنجاری معمولاً کارآیی اقتصادی به عنوان ارزش و باید، اصلی در سیاست های عمومی و حقوق معرفی شده و در مورد بایدهای اقتصادی و حقوقی سه نظریه کلی توسط حامیان حقوق و اقتصاد در معیار هنجاری مطرح شده است. فایده گرایی،<sup>۳۸</sup> حداکثر کردن ثروت،<sup>۳۹</sup> و رفاه اجتماعی.

از دیدگاه فایده گرایی ارزش و هدف اصلی سیاست و حقوق، افزایش لذت و خوشی در مقابل رنج است. مطلوبیت و لذت نیز امری شخصی است و می تواند بسته به ترجیحات افراد متفاوت باشد. حقوق و سیاست های عمومی نباید در مورد ترجیحات و مطلوب افراد دخالت کند و باید سازمان حقوقی و اجتماعی خود را در جهت تامین حداکثری تحقق لذت افراد در جامعه سامان دهد. ایراد و انتقاد عمده به این نظریه مربوط به جنبه ارزشی و هنجاری آن به عنوان هدف جامعه و نظام سیاسی و حقوقی است. در واقع، فایده گرایی از نظر اخلاقی منحط به نظر می رسد، چون مطابق این مکتب، اصالت و مطلوب جلب لذت و فایده بر اساس ترجیحات خود افراد است و نباید در مورد ارزش این مطلوب قضاوت کرد و هدف حقوق و سیاست باید حداکثر کردن میزان لذت و مطلوب در جامعه باشد. در این نظر توجهی به نوع لذت و مبنا و ماهیت آن نمی شود و تنها میزان آن برای حداکثر کردن مهم است. به این نحو اگر کس یا گروهی از آزار دیگران احساس لذت زیادی می کند، اگر لذتی که از این آزار کسب می شود بیشتر از اذیت و آزار و رنج زیان دیدگان باشد، با توجه به آنکه هدف و ارزش حداکثر کردن لذت در جامعه است و تایید این رویه موجب افزایش مجموع لذت در جامعه می شود، حقوق و سیاست باید در جهت تایید و تامین این امر گام بردارد. به این نحو اعمالی که از نظر اخلاقی پست یا خلاف عدالت محسوب می شوند، از سوی این مکتب شایسته ترویج و تایید محسوب خواهد شد. همچنین مطابق این آموزه ها می توان برای افزایش رفاه کل جامعه، حقوق و مطلوب عده کمتری را زیر پا گذاشت. نتایج این نظریه، غیر قابل قبول و خلاف باورهای اخلاقی و انسانی و اصول عدالت است.<sup>۴۰</sup>

نظریه دیگر که در تحلیل اقتصادی معیار هنجاری وجود دارد، حداکثر کردن ثروت است. پازنر نویسنده برجسته حقوق و اقتصاد که نقش تعیین کننده ای در شکل گیری و رشد تحلیل اقتصادی حقوق داشته، انتقادات جدی به نظریه فایده گرایی و اقتصاد مبتنی بر آن وارد کرد و حداکثر کردن ثروت را به جای حداکثر کردن لذت و مطلوب، به عنوان هدف حقوق نمایاند. بر این اساس بهایی را که افراد حاضرند برای کسب مطلوب خود یا از دست دادن آن به واحد پولی بپردازند، جایگزین لذت فردی که قابل اندازه گیری و مقایسه نیست می شود. روابط اجتماعی افراد که موضوع علم حقوق است با تبادل مطلوب ها و معامله بین آنها شکل می گیرد. هر معامله در صورتی شکل می گیرد که شخصی مال یا خدمت یا مطلوبی را در اختیار دارد 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 می شود و به این نحو جریان معامله به این امر می انجامد که مطلوب مورد نظر در دست کسی قرار گیرد که آن را بیش از بقیه ارزیابی می کند و حاضر به پرداخت بهای آن است. به این شکل جامعه در موقعیت حداکثر ثروت و بالاترین سطح کارآیی اقتصادی قرار می گیرد. هدف حقوق حداکثر کردن کارآیی به معنای حداکثر کردن ثروت است. پازنر و همفکران او معتقدند که این نگاه به حقوق و روابط اقتصادی و اجتماعی کاملاً منطبق بر عدالت است و از آنجا که روابط را بر

<sup>38</sup> . Utilitarianism

<sup>39</sup> . Wealth Maximaization

<sup>40</sup> . Richard A. Posner, (1979), Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies , Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of law p . 103

اساس معامله و رضایت و خشنودی افراد توجیه می کند و حقوق را در این جهت شکل می دهد با مبانی اعتقادات لیبرالیست کانتی نیز کاملاً انطباق دارد.<sup>۴۱</sup>

علیرغم روشن بودن منظور ثروت و معیار حداکثر ثروت در نوشته های پازنر، او هیچگاه دلیل روشنی برای این اعتقاد بیان نکرده است که حداکثر کردن ثروت، در مقابل دیگر اهدافی همچون عدالت و انصاف، باید به عنوان هدف اصلی حقوق شمرده شود. او تنها به توجیه برتری های این هدف در مقابل فایده گرایی و سازگاری آن با برخی آموزه های لیبرالیسم، همچون رضایت افراد به مسیری که منجر به حداکثر کردن سرمایه شود، پرداخته است. در مقابل، انتقادات جدی نسبت به ارزش علمی این نظریه، هم از نظر معیار تحلیل اقتصادی و هم از جهت هدف و ارزش بودن برای حقوق مطرح شده است و حتی لحاظ حداکثر کردن ثروت به عنوان معیار تحلیل تحققی به باد انتقاد گرفته شده است.<sup>۴۲</sup> در واقع، علاوه بر مشخص نبودن رابطه حداکثر ثروت با عدالت (که به طور معمول هدف حقوق شمرده می شود) و دیگر اهداف اجتماعی و سیاسی و همچنین ضعیف ارزیابی کردن بسیاری توجیحات برتری معیار ثروت نسبت به مطلوبیت در رفاه گرایی، اساساً امکان هدف قرار گرفتن ثروت به عنوان ارزشی مستقل محل سؤال است. حداکثر کردن ثروت به خودی خود مطلوب به نظر نمی رسد: ثروت ارزش مستقل ندارد و افراد از طریق کسب ثروت در پی تحقق مطلوب های دیگرند، لذا لحاظ ثروت و حداکثر کردن آن به عنوان هدف اصلی اشتباهی غیر قابل قبول است.

نهایتاً شاول و کاپلو مدعی هستند که تعالی رفاه اجتماعی باید هدف منحصر حقوق و معیار ارزیابی به حساب آید؛ قواعد حقوقی باید بر اساس اثر آنها بر رفاه افراد در جامعه انتخاب شوند.<sup>۴۳</sup> رفاه اجتماعی مفهومی وسیع است که تمامی آنچه مربوط به ترجیحات و ارزش ها و مطلوب های انسان هاست را در بر می گیرد و هر آنچه در این دایره ننگند از معیار رفاه اجتماعی خارج است. رفاه مورد نظر، تنها مربوط به سطح رفاه مادی افراد نمی شود، بلکه شامل جنبه ها و گرایشات معنوی همچون خدمت به دیگران، ارزش های اخلاقی و غیر مادی نیز می شود. در این رویکرد، بر خلاف رویه عمومی در نظریه حداکثر کردن ثروت یا کارآیی اقتصادی، هر آنچه مربوط به زندگی مطلوب انسانی است باید مدنظر قرار گیرد. به این نحو دامنه تحلیل اقتصادی به زمینه های راجع به افزایش ثروت یا کارایی اقتصادی به معنای شایع مادی خلاصه نمی شود و تمامی زمینه های حقوق و روابط اجتماعی، همچون روابط خانوادگی، حقوق اساسی و محیط زیست نیز در دامنه تحلیل اقتصادی و رویکرد هنجاری آن قرار می گیرد.

مطابق این نظر، حتی مفاهیمی همچون عدالت و انصاف نیز نباید هدف حقوق منظور شود؛ زیرا چنین گرایشاتی از عناصر تعالی رفاه افراد است، در معیار کلی تعالی رفاه اجتماعی لحاظ شده است و در کنار دیگر عناصر رفاه به آن توجه می شود و بنابراین نیازی به تخصیص جایگاه و ارزش مستقلی در مقابل معیار تعالی رفاه اجتماعی وجود ندارد. معمولاً تضادی بین معیار مبتنی بر ملاحظه عدالت و رفاه اجتماعی به وجود نمی آید: آنچه راه حل حقوقی به سوی تعالی رفاه اجتماعی افراد می گردد همان است که قاعده عادلانه نیز محسوب می شود. اما در مواقعی که اقتضای عدالت با قاعده ناشی از تعالی رفاه اجتماعی در تضاد باشد، باید ملاحظات عدالت کنار گذاشته شود، چون بنابر فرض، عدالت موجب کاهش خوشبختی و رفاه افراد در جامعه می شود. مشخصاً عدالت اصلاحی<sup>۴۴</sup> و عدالت جزایی<sup>۴۵</sup> به نحوه عمل افراد نظر دارد مثل عنصر خطا در مسئولیت مدنی نه به

<sup>41</sup> . Richard Schmalbeck, (1983) The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. p. 496-498

<sup>42</sup> . Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra LawRev.p. 511

<sup>43</sup> . Steven Shavell, op. cit, p.201

<sup>44</sup> . Corrective Justice

آثار قواعد بر رفاه و زندگی مطلوب افراد (مثل تاثیر مجازات در میزان کاهش ایراد خسارت)؛ پس در صورت تعارض این برداشت از عدالت با رفاه، باید این ملاحظات کنار گذاشته شود.

ایرادات جدی نسبت به ارزش و اصالت این نظریه مطرح شده است. به رغم ظاهر زیبا و منطقی این نظریه، مبنای تحلیلی که مبتنی بر استقلال و روشن بودن ملاک و دامنه رفاه اجتماعی، اشتباه است. در واقع، تنها در موردی که تصمیمی به نفع تمامی افراد جامعه باشد و موجب افزایش رفاه همگی شود، مشکلی برای اعمال این نظر به وجود نمی آید، ولی در معمول موارد که حقوق یا سیاستی در جهت منافع برخی و زیان دیگران است، باید بر اساس ملاک و مدلی از رفاه اجتماعی تعیین شود که کدامین منفعت یا زیان مرجح است. بر خلاف نظر شاول و کاپلو الگوی واحدی در مورد رفاه اجتماعی و بایدها وجود ندارد، بنابراین باید به دنبال ملاکی بود تا بتوان از بین مدل های مختلف انتخاب کرد که بر فلسفه ها و نگرش های متفاوت به انسان و جامعه شکل گرفته است. مشخصا برای این انتخاب و تعیین مدل و استاندارد رفاه اجتماعی نمی توان به خود مفهوم رفاه اجتماعی اکتفا کرد و باید از رویکردهای دیگر برای این امر استفاده نمود.<sup>۴۶</sup>

برای حل این مشکل کپلو و شاول تصریح کرده اند که ملاک رفاه مورد نظر ایشان، مکتب فایده گرایی است که در آن رفاه جامعه، مجموع ترجیحات و مطلوب تک تک افراد است، این امر انتقادات درباره معیار کارایی در فایده گرایی و مشخصا مشکل تعریف و اندازه گیری ترجیحات و مطلوب را متوجه این نظر می کند.

علاوه بر این، تکیه این نظریه بر مکتب فایده گرایی و ترویج این معیار به عنوان معیار ارزیابی و هدف منحصر در حقوق که دعوتی به بازگشت به نظریه فایده گرایی است، خلاف آموزه های دینی و اخلاقی اعلام شده و مورد انتقادات جدی قرار گرفته است.<sup>۴۷</sup>

انتقاد دیگری که کم و بیش نسبت به تمامی گرایشات تحلیل اقتصادی معیار هنجاری شده، عدم توجه به نقش توزیع ثروت در حقوق است. توجه منحصر به برآیند و مجموع ثروت و مطلوب کل جامعه به عنوان هدف حقوق و اقتصاد سبب شده است تا توجهی به نحوه توزیع ثروت و مطلوب نشود. این در حالی است که هر قاعده حقوقی تاثیر عمده ای در شیوه توزیع ثروت دارد و حقوق باید با عنایت به آثار عدالت توزیعی شکل گیرد.<sup>۴۸</sup>

در مقابل این ایراد، کاپلو و شاول اظهار داشته اند که در حقوق خصوصی نمی توان حقوق و تصمیمات را بر اساس توزیع ثروت و عدالت توزیعی بنا نمود و وظیفه تامین عدالت توزیعی را باید به نظام مالیاتی سپرد، ولی این پاسخ نیز از سوی نویسندگان به چالش کشیده شده و انتقادات جدی نسبت به ابهاماتی وارد آمده که در این نظر نسبت به نقش عدالت توزیعی حقوق و تأثیر نظام مالیاتی در نحوه تقسیم ثروت و مشکلات عملی ناشی از آن، شده است.

### گفتار ششم: راه حل میانه برای نقش کارایی اقتصادی و تعدیل هدف حقوق

ادعای آنکه کارایی اقتصادی باید به عنوان هدف منحصر یا غالب معیار شخص متعارف لحاظ شود، توجیه نظری و عملی قابل قبولی ندارد و عملا به نتایج مناسب و مطلوب منتهی نمی شود. تلاش هایی که در این راستا صورت گرفته، پذیرش عام و

<sup>45</sup> . Retributive Justice

<sup>46</sup> . Daniel A. Farber, (2003) What (If Anything) Can Economics Say About Equity?: A Review of Louis Kaplow and Steven Shavell, (1793) Fairness Versus Welfare, 101 Michigan L. Rev. pp.1801-1808

<sup>47</sup> . Mark A. Sargen, (2005), UTILITY, THE GOOD AND CIVIC HAPPINESS: A CATHOLIC CRITIQUE OF LAW AND ECONOMICS, 44 J. Catholic Legal Stud. P. 35

<sup>48</sup> . Guido Calabresi, (1984), First party, third party, and product liability systems: Caneconomic Analysis of Law tell us anything about them? 69 Iowa L. Rev. p.833

گسترده ای نزد صاحب نظران و سیاستگذاران و قانونگذاران نیافته است. جالب آنکه بسیاری از انتقادات به این نظرات از سوی خود متخصصان حقوق و اقتصاد صورت گرفته است.

ولی توجه به کارآیی اقتصادی به عنوان یک مطلوب و هدف در حقوق مورد توجه بوده و از مقبولیت کلی برخوردار است. مفید بودن تحلیل اقتصادی، به هیچ وجه موقوف به پذیرش ادعاهای گزاف نیست. بهتر آن است که بحث در مورد این که آیا معیار شخص متعارف باید عمدتاً مبتنی بر کارآیی اقتصادی باشد یا بر عدالت و انصاف، کنار گذاشته شود و پذیرفته شود که در این باره وحدت نظر وجود ندارد. لزوماً هیچ تضادی بین این دو عملکرد و هدف وجود ندارد و خوشبختانه در غالب موارد این دو با هم هماهنگی دارند و آنچه راه حل کارآمد اقتصادی است در عین حال با عدالت نیز انطباق دارد. البته ادعای هماهنگی مطلق و انطباق همیشگی این دو مطلوب نیست: در مواردی این دو ارزش با هم تضاد می یابند و قاعده و تصمیم متفاوتی را طلب می کنند. در این مواقع تحلیل اقتصادی با روشن کردن راه کارآیی اقتصادی و پیامدهای راه حل های دیگر، خدمت بسزایی به تصمیم گیران و سیاستگذاران می کند و این بر عهده ایشان است تا راه حلی را که اتخاذ کنند که با توجه به دیگر بایدها و اعتقادات حاکم بر جامعه و سیاست های عمومی، شایسته به نظر می رسد. به این نحو به بسیاری از بحث های معیار هنجاری و اقتصاد و تعیین رابطه و جایگاه کارآیی اقتصادی در مقایسه با دیگر بایدهای مبتنی بر عدالت یا اخلاق و باورها نیازی نیست و تعیین این رابطه و جایگاه به دیگر معارف بشری و سیاست محول می شود.

بر پایه همین نگرش بسیاری از برجستگان حقوق و اقتصاددانان نظر مثبتی به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری ندارند و معتقدند که در تحلیل اقتصادی نمی توان ادعای باید کرد و مدعی تعیین خوب و بد شد، بلکه در این زمینه بدون قضاوت ارزشی می توان از راه های کارآمد و غیر کارآمد سخن گفت و بر همین اساس آثار سیاست ها و قواعد و عملکردها را پیش بینی یا ارزیابی کرد.<sup>۴۹</sup>

البته نمی توان انکار کرد که تمامی تحلیل های اقتصادی، متکی بر رویکردی هنجاری و ارزشی است. درواقع، در معیار تحقیقی، شخص متعارف بر اساس میزان کارآیی اقتصادی آن و تاثیر بر افزایش ثروت بررسی می شود. این تحلیل گران مشخصاً در پس ذهن خود کارآیی اقتصادی را به عنوان ارزش و بایدهی در نظر گرفته اند. علاوه بر این عبور از مفهوم تحقیقی به هنجاری آن چنان مشکل نیست: رد یا قبول مطلوبیت سیاست عمومی از جمله قاعده و تصمیم حقوقی لزوماً متضمن قضاوت ارزشی در مورد باید یا نباید است. کارآیی اقتصادی به معنای تحلیل اقتصادی در معیار تحقیقی، متفاوت از بحث از کارا بودن یا نبودن است. عبور از بحث تحقیقی به ارزشی و هنجاری تنها نیازمند گامی است: این که کارآیی اقتصادی برای جامعه امری مطلوب و بایسته است. برداشتن این گام به راحتی صورت می گیرد و برای اکثر تحلیل گران اقتصادی این تصور امری قابل قبول است.<sup>۵۰</sup> به هر حال حتی اکتفا به تحلیل اقتصادی معیار تحقیقی موجب تغییرات عمده ای در نگرش به منطق و جایگاه حقوق می شود. درواقع، اعمال منطق اقتصادی در معیار تحقیقی، فکر و نگرش و زبان حقوقی را به نوعی دیگر شکل می دهد و آنچه را که در معیار شخص متعارف به دنبال آن هستیم تغییر می دهد. تحلیل کارایی به نگاه حقوقی چارچوب خاصی می دهد و از این راه موجب تغییر در اهداف معیار شخص متعارف می شود.<sup>۵۱</sup> چگونه می توان تصور کرد کسی که مرتباً با تحلیل کارآیی اقتصادی و

<sup>49</sup> . Thomas S. Ulen, (1989), Law and Economics: Settled issues and open questions, in Law and Economics edited by Nicholas Mercuro, pp. 210, 223

<sup>50</sup> . Nicholas Mercuro and Steven G. (2003), Medema, The Jurisprudential Niche of Law and Economics, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No, p. 44

3 . Johnston, Jason Scott,(1990) Law, Economics, and Post-Realist Explanation, 24 Law & Society Review p.1217



دقایق نگاه آن به موضوعات کارکند و اعتقاد نداشته باشد که کارآیی ارزش و هدف برای حقوق است؟ از این نگاه تحلیل اقتصادی معیار تحقق‌ی همچون پلی است که کارآیی اقتصادی به عنوان ارزش و هدف وارد شود. حتی در تحلیل اقتصادی معیار تحقق‌ی، در مورد ملاک کارایی، وحدت نظری وجود ندارد، اما با وجود ابهامات در ملاک کارآیی اقتصادی و اختلاف در تعیین ترجیحات و مطلوب‌های انسانی در زمینه‌هایی از روابط حقوقی مانند حقوق قراردادهای یا حقوق مسئولیت مدنی و روابط تجاری که هدف در آنها جلب سود و گریز از زیان مالی است، اعمال ملاک کارآیی اقتصادی در معیار شخص متعارف و افزایش ثروت با مشکل کمتری مواجه است. در این موارد تحلیل اقتصادی و تعیین و ارزیابی کارایی اقتصادی، راهنمایی بسیار مفید برای فهم روابط حقوقی و ترسیم حقوق مناسب خواهد بود و حتی منتقدین حقوق و اقتصاد در مفید و مناسب بودن آن کمتر تردید کرده‌اند.

ف معیارهای مختلفی در نظر گرفته شده است. نخستین معیار که بیشترین اهمیت را به حق آزادی و فعالیت می‌دهد، معیار شخصی است. در این معیار دایره مسئولیت محدود است و اشخاص تنها در صورتی مسئول شناخته می‌شوند که از لحاظ اخلاقی قابل سرزنش باشند. این معیار به دنبال انقلاب کبیر فرانسه و انقلاب صنعتی که فردگرایی در اوج خود بود، برای شکوفایی صنایع و علوم و به منزله دادن نوعی یارانه بود. اما به دلیل دشواری ارزیابی و احراز سرزنش اخلاقی و ملاحظات مربوط به عدالت اجتماعی، به تدریج گرایش به معیار نوعی افزایش یافت و برای رفتار افراد جامعه استانداردهایی مقرر شد، به نحوی که اگر رفتارشان پایین‌تر از این استانداردها باشد، مسئول شناخته می‌شوند. در حقوق کشورها به تدریج این استانداردها در قالب انسانی الگو و قاعده‌ی رفتاری که عملکرد وارد کننده زیان یا زیان دیده با آن سنجیده می‌شود، تجلی یافت. در معیار نوعی، برخلاف معیار شخصی، به جای آزادی و عدالت فردی بیشتر به امنیت و عدالت اجتماعی توجه می‌شود. بنظر می‌رسد نوعی بودن معیار شخص متعارف باید از غیر قابل انعطاف بودن خود بکاهد و نباید در خصوص تمام اشخاص یکسان اعمال شود، بلکه در این زمینه باید به مقتضیات عدالت ماهوی نیز توجه شود و تفاوت‌ها و ویژگی‌های فردی را که به گونه‌ای عینی و برون‌ذاتی قابل ارزیابی است، در نظر گرفته شود. بنابراین بنظر می‌رسد که باید از معیاری به نام معیار نوعی-شخصی استفاده شود که علاوه بر به دور بودن از سلیقه‌ای شدن در معیار شخصی، خشکی و عدم انعطاف معیار نوعی را ندارد و برخی استثنائات مانند کودکان، زنان، معلولین ذهنی و... را در نظر می‌گیرد. اما جایگاه برجسته اقتصاد در دنیای امروز سبب شده تا ملاحظات اقتصادی از نقش محوری در جهت‌دهی رویکردهای نظام حقوقی برخوردار شوند، تا آن‌جا که برخی از جمله ابزارگرایان ماهیت حقوق را به عنوان دانشی مستقل انکار نموده و آن را صرفاً ابزاری در جهت تأمین اهداف اقتصادی معرفی کرده‌اند و خطا و صواب چهره‌ای اقتصادی به خود می‌گیرد. مفهوم اقتصادی اگرچه از دیدگاه اخلاق‌گرایان و آرمان‌گرایان مورد انتقاد است، با این حال چندان هم از ارزش تهی نیست. بی‌تردید این دیدگاه سعی در ایجاد ارتباطی مؤثر بین قواعد و نهادهای حقوقی از یک طرف و واقعیت‌ها یا ضرورت‌های اجتماعی از طرف دیگر دارد. البته این ارتباط را از مسیر تعامل حقوق و اقتصاد دنبال می‌کند. اما نمی‌توان تأکید داشت که تحلیل اقتصادی شخص متعارف رویکردی عملگرایی محض یا واقع‌گرای محض است.

معیار اقتصادی شخص متعارف با تأکید بر اهمیت ملاحظات اقتصادی، تأمین کارایی اقتصادی و به حداقل رساندن هزینه‌ها را عالی‌ترین هدف می‌داند. مفهوم اقتصادی شخص متعارف به بررسی دو رویکرد تحقق‌ی و هنجاری در راستای نیل به کارایی اقتصادی می‌پردازد. معیار اقتصادی شخص متعارف مبتنی بر سنجش منافع و هزینه‌ها است و بدین‌وسیله قادر خواهد بود تا انگیزه‌ی لازم را در عاملین زیان و متضررین بالقوه برای در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی مقتضی به‌منظور احتراز از ایراد ضرر

به خویشتن و سایرین ایجاد نماید. علاوه بر این از پیامدهای نابسامان اقتصادی پیشگیری شده و بدین ترتیب گامی مؤثر در کاستن از میزان هزینه‌ها و تحقق کارایی اقتصادی برداشته است. وانگهی از آن جا که مفهومی بین واقعیت و متافیزیک است، نه دچار خلا ارزش نگری است و نه اسیر رویکردهای محض عملگرایانه و دقیقاً به همین دلیل است که می‌تواند بین عامل زیان و متضرر تعادل ایجاد کند. اما باید دانست تحلیل اقتصادی شخص متعارف در عین این‌که بسیاری از ابهامات مفهوم انتزاعی و کلی انسان متعارف را برطرف می‌کند، در صورتی می‌تواند معیاری مطلوب و کارا باشد که تنها مبنا و هدف شخص متعارف نباشد و مطلوب و هدفی باشد در کنار سایر اهداف و مبانی شخص متعارف. بدین ترتیب، در رویکرد تحقیقی به دلیل این‌که تحلیل اقتصادی مبنایی است در کنار سایر مبانی و اهداف شخص متعارف از جمله اخلاق و عدالت و انصاف، معیاری مطلوب و پسندیده بشمار می‌آید، ولی در رویکرد هنجاری به دلیل این‌که معیار اقتصادی تنها مبنای شخص متعارف بشمار می‌آید، باید در درستی و موجه بودن آن شک کرد.

### منابع و ماخذ

۱. ابدالی، مهرزاد، (۱۳۸۹)، "جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق"، چاپ ۸۲، نامه مفید، تهران
۲. ابدالی، مهرزاد، (۱۳۹۱)، "بررسی کارآیی بیمه اجباری وسیله نقلیه با تحلیل اقتصادی"، چاپ ۹۴، نامه مفید، تهران
۳. اصغری، سید محمد، (۱۳۸۶)، عدالت عقلانیت در فقه و حقوق، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، تهران
۴. باریکلو، علی رضا، (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، چاپ میزان، تهران
۵. بادینی، حسن، (۱۳۸۲)، "مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران
۶. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران
۷. شهبابی، مهدی، مسعودی پور، آزاده، (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق و احیاء اندیشه تقصیردر نظام جبران خسارت، فصلنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، چاپ نوزدهم، شماره ۴
۸. صانعی دره بیدی، منوچهر، (۱۳۷۷)، فلسفه اخلاق و مبانی رفتار، چاپ اول، انتشارات سروش، تهران
۹. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۳)، الزامات خارج از قرارداد، چاپ هفتم، انتشارات سمت، تهران
۱۰. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، الزام های خارج از قرارداد، جلد اول و دوم، چاپ ششم، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، تحول مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، مجله حقوق و علوم سیاسی تهران

13. Calabresi, , Guido, (1961), "Some thoughts on risk distribution and the law oftorts", The Yale Law Jurnal, 70, 499-553
14. Coase, , Ronald, (1960), "The problem of social costs", Journal of Law and Economics, p. 44
15. Coleman, Jules L, (1988), Markets, Morals and the Law, CUP Archive, p.131
16. Cooter , Robert, Ulen, Thomas, (1988), Law and Economics, Scott, Foreman, p360
17. Daniel A. Farber, (2003) What (If Anything) Can Economics Say About Equity?: A Review of Louis Kaplow and Steven Shavell, (1793) Fairness Versus Welfare, 101 Michigan L. Rev. pp.1801-1808

18. e mons, Winand, (1993), "An introduction to the legal and economic theories of torts", Swiss Journal of Economics and Statistics, p.631
19. Epstein, Richard A, (1990), Cases and Materials on Torts, Little, Brown, p. 124
20. Fuller, Lon L, (1969), the Morality of Law, New York: Yale University Press, pp. 33-38
21. Goldberg ,( 2003), Twentieth-Century Tort Theory, 91 GEO.L.J. 513, pp. 545-546
22. Grady, Mark F, (1983), "A new positive economic theory of negligence", The Yale Law Journal, 92, pp.799-800
23. Guido Calabresi, (1984), First party, third party, and product liability systems: Can economic Analysis of Law tell us anything about them? 69 Iowa L. Rev. p.833
24. Hart, Herbert L, (1968), Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, Oxford: Oxford University Press, pp. 44-47
25. Johnston, Jason Scott,(1990) Law, Economics, and Post-Realist Explanation, 24 Law & Society Review p.1217
26. Jonathan Klick & Francesco Parisi,(1978), idem 593-595; see also: Ronald H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, 7 J. LEGAL STUD. 201, 207-0; Charles K. Rowley,(1981), Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories, OXFORD J. LEGAL STUD. 391, 393-95; Morton J. Horwitz,(1980) Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev.
27. Jules L. Coleman, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, 8 Hofstra Law Rev.p. 511
28. Keating, Gregory C, (1995-1996), "Reasonableness and rationality innegligence theory", Stanford Law Review, 48, p. 311
29. Kyle D. Logue ,(1375), Solving the Judgment-Proof Problem, 72 TEX. L. REV. p. 46
30. Mark A. Sargen, (2005), UTILITY, THE GOOD AND CIVIC HAPPINESS: A CATHOLIC CRITIQUE OF LAW AND ECONOMICS, 44 J. Catholic Legal Stud. P. 35
31. Morton J. Horwitz,(1980) Law and Economics: Science or Politics, 8 Hofstra Law Rev. p. 905
32. Nicholas Mercurio and Steven G. (2003), Medema, The Jurisprudential Niche of Law and Economics, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No, p. 44
33. Posner, op. cit, p. 167; Landes and Posner, op. cit, p 120
34. Richard A. Posner,(1979), Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Studies , Richard A. Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 J. of law p . 103
35. Richard Schmalbeck,(1983) The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal, 83 Columbia Law Rev. p. 496-498
36. Shavell, Steven, (1987), Economic Analysis of Accident Law, Harvard University Press,p.41
37. Thomas S. Ulen, (1989), Law and Economics: Settled issues and open questions, in Law and Economics edited by Nicholas Mercurio, pp. 210, 223
38. Viner, Viner, Jacob, (1927), "Adam Smith and Laissez Faire", Journal of Political Economy, 35, p 201