

## Criterion based on economic efficiency in determining the conventional person: looking at the perspective of international philosophers

Hojat Mobin<sup>1</sup>, Sonia Mortazpour<sup>2</sup>✉

### Abstract

**Field and Aims:** Civil responsibility has always undergone fundamental changes due to the changes that happen in human life. Economic attitudes to rights and economic analysis of rights are among the topics that have influenced civil responsibility. Therefore, in this research, the criterion based on economic efficiency has been investigated in the verification of the conventional person.

**Method:** In terms of purpose, this research is practical and in terms of information gathering, it was done in a documentary way and through the study of valid laws and sources, and the obtained information was analyzed in a descriptive-analytical way.

**Finding and Conclusion:** The economic concept of the conventional person examines two realistic and normative approaches in order to achieve economic efficiency, which the economic criterion of the conventional person is based on the measurement of benefits and costs. And in this way, she will be able to create the necessary motivation in the perpetrators of damage and potential victims to take appropriate precautionary measures in order to prevent harm to themselves and others. In addition, the chaotic economic consequences have been prevented and thus an effective step has been taken in reducing the amount of costs and realizing economic efficiency. In fact, the economic analysis of the conventional person, while it resolves many ambiguities of the abstract and general concept of the conventional person, it can be a desirable and efficient criterion if it is not the only basis and goal of the conventional person and is desirable and a goal along with other goals and foundations of the conventional person. Thus, in the realist approach, because economic analysis is the basis and in line with other principles and goals of the conventional person, such as ethics, justice, and fairness, it is considered a desirable and acceptable criterion, also in the normative approach, because the economic criterion is the only basis of the conventional person. It is necessary to doubt its correctness and justification.

**Keywords:** Civil responsibility, conventional person, fault, economic efficiency, international philosophers.

\*Citation (APA): Mobin, H., Mortazpour, S. (2022). Criterion based on economic efficiency in determining the conventional person: looking at the perspective of international philosophers. *International Legal Research*, 15(57), 171-196.

[https://alr.ctb.iau.ir/article\\_691384.html?lang=en](https://alr.ctb.iau.ir/article_691384.html?lang=en)

1. Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: Hojjat.mobayen@gmail.com

2. Master of Private Law, Shiraz University, Shiraz, Iran (Author).

Email: Soniamortazpour@gmail.com

## معيار مبتنی بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف: با نگاهی به دیدگاه فلاسفه بین‌المللی

حجت مبین<sup>۱</sup>، سونیا مرتاض پور<sup>۲</sup> ✉

### چکیده

**زمینه و هدف:** 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 به بررسی معیار مبتنی بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف پرداخته شده است.

**روش:** این پژوهش از نظر هدف، کاربردی و به لحاظ گردآوری اطلاعات، به روش اسنادی و از طریق مطالعه قوانین و منابع معتبر انجام شده و اطلاعات به دست آمده به صورت توصیفی-تحلیلی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

**یافته‌ها و نتایج:** 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 بدین وسیله قادر خواهد بود تا انگیزه‌ی لازم را در عاملین زیان و متضررین بالقوه برای در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی مقتضی به منظور 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 این که 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 این که 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 این که معیار اقتصادی تنها مبنای شخص متعارف بشمار می‌آید باید، در درستی و موجه بودن آن شک کرد.

**کلیدواژه‌ها:** مسئولیت مدنی، شخص متعارف، تقصیر، کارایی اقتصادی، فلاسفه بین‌المللی.

\* استناددهی (APA): مبین، حجت؛ مرتاض پور، سونیا. (۱۴۰۱). معیار مبتنی بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف: با نگاهی به دیدگاه فلاسفه بین‌المللی. تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۵(۵۷)، ۱۷۱-۱۹۶.

[https://alr.ctb.iau.ir/article\\_691384.html](https://alr.ctb.iau.ir/article_691384.html)

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: Hojjat.mobayen@gmail.com

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: Soniamortazpoor@gmail.com

## 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. (وینر<sup>۲</sup>، ۱۹۲۷: ۲۰۱) اما به کار بستن اقتصاد به عنوان ابزار تحلیل قوانین تنظیم‌کننده فعالیت‌های غیراقتصادی امری بود که تا سال ۱۹۶۰ و انتشار اثر رونالد کواز اقتصاددان آمریکایی سابقه داشت. (کوآس<sup>۳</sup>، ۱۹۶۰: ۴۴) پس از وی، کالابرسی<sup>۴</sup> حقوقدان آمریکایی، در مقاله خود به شرح و بسط این نگرش پرداخت (کلبرسی<sup>۴</sup>، ۱۹۶۱: ۴۹۹) و این دو اثر، سنگ بنای رویکردی مدرن در تعامل حقوق و اقتصاد را بنیان نهادند.

از طرفی مفهوم تقصیر مانند سایر پدیده‌های اجتماعی روزبه‌روز در حال تغییر است و چون انسان همیشه در پی یافتن بهترین است، بهترین را برای تأمین عدالت، تفسیر و تعریف تقصیر بر اساس مفاهیم ریاضیاتی و اقتصاد دانسته است. در این مسیر با به دست 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 زیان‌دیده می‌توانست با هزینه به مراتب کمتر از خطر پیشگیری کند و نکرد، او را مقصر قلمداد می‌کند. به عنوان مثال در مورد اشخاص خطرپذیر این سؤال 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 سؤال دشوار است؛ زیرا تشخیص اینکه انسان متعارف معقول در چنین موقعیتی الزاماً عمل زیان‌بار خود را بیمه می‌کند یا خیر بحث‌برانگیز است. از آنجاکه 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 درجایی مطرح است که فرض وجود بیمه اختیاری است. انسان اقتصادی، می‌سنجد که کدام عملش هزینه‌بر خواهد بود و بر همین اساس هزینه احتیاط صرف می‌کند. در واقع 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. در واقع 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 حادثه‌ساز. در این راستا برخی اعتقاد دارند که هرچه میزان فعالیت بیشتر باشد

1. Adam, Smith
2. Viner
3. Coase
4. Calabresi

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.

### ۱. مفاهیم

به منظور شناخت و تبیین بهتر موضوع پیرامون بر کارایی اقتصادی در احراز شخص متعارف لازم است تا بدوا پیرامون مفاهیم مربوطه مطالبی ارائه نماییم.

#### ۱-۱. 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 هزینه‌های به کار بستن آن از میزان خسارات احتمالی که در صورت بی احتیاطی بروز خواهد کرد افزون نباشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۴۷) 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. (قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۴۲)

در تقصیر اقتصادی منطلق اقتصادی معیار تمیز عمل صواب از ناصواب است. اگر عامل ورود زیان قادر باشد با بهره‌گیری 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 زننده تنها با استفاده از اقدامات احتیاطی که هزینه آن‌ها بیش از خسارات احتمالی است بتواند از ورود ضرر جلوگیری نماید، عدم به کارگیری تدابیر احتیاطی از جانب او بر منطبق اقتصادی منطبق بوده و تقصیر قلمداد نخواهد شد؛ (صفایی، ۱۳۹۳: ۳۲) بنابراین، در صورت بروز خسارت مسئولیتی متوجه او نیست و زیان دیده می‌بایست بار جبران ضرر را به تنهایی بر دوش کشد (کیتینگ، ۱۹۹۶: ۳۱۱) از آنچه گفته شد پیداست که مفهوم تقصیر دارای قابلیت لازم برای تأمین هدف کار آیی اقتصادی است؛

چراکه ضرر زندگان و متضررین بالقوه را به رعایت اصول احتیاطی که از نظر اقتصادی موجه قلمداد می‌شوند، ترغیب می‌نماید. بنابراین، از یک سو امنیت روانی لازم را برای اشخاص فراهم ساخته و به ایشان اطمینان می‌دهد که تنها هنگامی مسئول جبران ضررهای ناشی از فعالیت‌های خویش خواهند بود که در به کار بستن تدابیر احتیاطی مقرون‌به‌صرفه کوتاهی کرده باشند. از سوی دیگر افراد اجتماع را نسبت به مسئولیت خود در قبال خساراتی که بر آن‌ها وارد می‌آید آگاه ساخته و در نتیجه قربانیان بالقوه را نیز به در پیش گرفتن اقدامات و تدابیر به‌صرفه اقتصادی، به‌منظور جلوگیری از ورود ضرر به خویش تشویق می‌نماید.

## ۱-۲. مفهوم شخص متعارف از منظر اقتصاد

در تحلیل اقتصادی تقصیر، مفهوم انسان متعارف رنگ و بوی اقتصادی پیدا می‌کند. بعضی از مشهورترین نویسندگان حوزه اقتصاد و حقوق سعی کرده‌اند تفسیر و تعریف جدیدی از انسان متعارف ارائه دهند. ایشان بیان داشتند که متعارفیت انسان متعارف که هم‌زمان با اجتماعی شدن حقوق به‌عنوان ضابطه تمیز تقصیر پذیرفته شده بود، می‌بایست با مفهوم عقلانیت اقتصادی جایگزین گردد. (کووتر<sup>۱</sup>، ۱۹۸۸: ۳۶۰)

انسان متعارف از دیدگاه نگرش اقتصادی به حقوق، انسانی است که منطق و عقلانیت اقتصادی مبنای تصمیمات او را تشکیل می‌دهد. چنین فردی تنها به منافع خود نمی‌اندیشد. او قبل از اینکه فعلی را انجام دهد، خویش را در مقام منتفع و متضرر از آن عمل قرار داده و سپس با این فرض که سود و زیان آن فعل عاید خودش خواهد شد به سنجش پرداخته و اقدام می‌نماید. (اپستاین<sup>۲</sup>، ۱۹۹۰: ۱۲۴) از دیدگاه اقتصادی شخص نامتعارف انسانی است که منافع شخصی خود را بر دیگران ارجح می‌داند، مشروط بر این‌که ارزش اقتصادی منافع مذکور از ارزش ضرر حاصل کمتر باشد. (کلمن<sup>۳</sup>، ۱۹۸۸: ۱۳۱)

برخی از پیروان مکتب اقتصادی حقوق از جمله شاول معتقدند که ویژگی‌های شخصی منتفع و متضرر را باید در تعیین میزان واقعی نفع و ضرر طرفین دعوا لحاظ نمود؛ به این معنی که حقوق می‌بایست ارزش منافع و هزینه‌ها را بر مبنای خصوصیات اصحاب دعوا تعیین کند، نه این‌که خود معیار ارزش‌گذاری باشد. (شاول<sup>۴</sup>، ۱۹۸۷: ۴۱) اما گروهی دیگر، از جمله ترکیب ذهنیت‌گرایی و عقلانیت اقتصادی را هدفی غیرقابل تحقق می‌دانند؛ زیرا، از نظر ایشان، برآورد ارزش واقعی منافع و هزینه‌ها به گونه‌ای شخصی نیازمند صرف زمان و هزینه‌های گزاف است، روندی که ضمن مغایرت با کار آیی اقتصادی، نظام حقوقی را با مشکلات جدی و عدیده‌ای روبرو خواهد ساخت

1. Cooter  
2. Epstein  
3. Coleman  
4. Shavell

و در نتیجه نظام حقوقی چاره‌ای جز تعیین و برآورد میزان منافع و هزینه‌ها با توجه به ویژگی‌های انسانی متعارف از منظر اقتصاد نخواهد داشت.

### ۳-۱. نظریه تحلیل اقتصادی

حقوق مسئولیت مدنی یکی از نخستین شعب دانش حقوق است که از منظر اقتصادی مورد بررسی قرار گرفت. (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۸۷) علت این امر را می‌توان در تأثیر مستقیم قواعد این شاخه از حقوق بر اقتصاد باز جست. به‌عنوان مثال، پذیرش نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر عنصر تقصیر یا مسئولیت محض، پیامدهای اقتصادی عمده و متفاوتی را در پی دارد پیامدهایی که از سال‌های آغازین شکل‌گیری مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، بسیاری از حقوقدانان را بر آن داشت که به بررسی تأثیر و تأثر مسئولیت مدنی و اقتصاد بپردازند.

هدف تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی، همانند تحلیل اقتصادی حقوق، تأمین کار آیی اقتصادی است. به‌منظور 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 به‌منظور پیشگیری از بروز خسارت ایجاد نموده و به‌این ترتیب هزینه‌های ناشی از وقوع ضرر و تدابیر ایمنی موردنیاز را به حداقل برساند. (گریدی<sup>۱</sup>، ۱۹۸۳: ۸۰۰)

در تحلیل اقتصادی مسئولیت مدنی و نتیجه اعمال آن، بر رفاه اجتماعی و کارآمدی توجه خاص می‌شود. به‌عبارت 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 هزینه‌های اداری نظام مطالبه خسارت. (صفایی، منبع پیشین: ۷۶)

مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض، که از اوایل دهه پایانی سده نوزدهم جای خود را در قوانین بسیاری از نظام‌های حقوقی باز کرد، در پی آن بود تا با تحمیل بار مسئولیت بر عامل زیان، صرف‌نظر از قصد و نیت وی، از افراد اجتماع در مقابل سرمایه‌داران 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، به‌عبارت‌دیگر مسئولیت محض نمی‌تواند مکانیزم قابل‌اعتمادی به دست دهد تا بر مبنای آن،

1. Grady

شخص را از گام نهادن در مسیر قانون‌شکنی آگاه سازد. (فولر<sup>۱</sup>، ۱۹۶۹) 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 آن‌ها را پیش از اقدام به هر فعالیتی از پیامدهای حقوقی آن مطلع ساخته و به این ترتیب تبعیت از قانون را توجیه نماید. (هارت<sup>۲</sup>، ۱۹۶۸: ۴۷-۴۴) امری که نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض نمی‌تواند آن را برآورده سازد.

همان‌طور که دیدیم در معیارهای سنتی، تمرکز اصلی بر نتیجه اقتصادی اعمال نیست و در آن کوشش می‌شود تا عادلانه‌ترین و منصفانه‌ترین راه جبران خسارت و عدالت اصلاحی<sup>۳</sup> نسبت به عمل انجام‌شده اعمال شود و به عدالت توزیعی<sup>۴</sup> و رفاه اجتماعی به‌عنوان هدف اصلی پرداخته نمی‌شود. به‌علاوه در معیار اقتصادی، شخص متعارف بیمه به‌عنوان یکی از ابزارهای جبران خسارت و تحقق رفاه اجتماعی مدنظر تحلیل گران قرار می‌گیرد، درحالی‌که در معیارهای سنتی، بیمه موجب می‌شود که نقش تنبیهی و بازدارندگی کم‌رنگ شود و بر عامل زیان از این حیث چندان فشاری وارد نگردد. (صفایی، منبع پیشین: ۷۶) تحلیل اقتصادی با دو رویکرد هنجاری و تحقیقی به شخص متعارف نگریسته و با در نظر گرفتن اهداف نظام جبران خسارت و همچنین آثار خارجی قواعد و سیاست‌های اجراشده، در خصوص اقتصادی‌ترین و بهینه‌ترین مبنای مسئولیت نیز به‌گزینش می‌پردازد.

## ۲. 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 اصل بنیادی هنجاری بیان نماییم و بعد از هر اصل سراغ انتقادات وارد بر آن‌ها می‌رویم و درنهایت نیز به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری پردازیم. این اصول بنیادی عبارت‌اند از:

۱. حداکثر منفعت؛
۲. آزادی برابر؛
۳. اخلاق مراقبت.

### ۲-۱. حداکثر منفعت

مشهورترین مفهوم متعارف بودن در اصطلاح "مقرون‌به‌صرفه بودن" خلاصه می‌شود. این مفهوم به اصطلاح اقتصادی بیان می‌دارد که اگر شخص در اعمال خود مراقبتی پایین‌تر از سطح مطلوب و استاندارد جامعه اتخاذ کند، آن شخص، شخص نامتعارف و آن عمل نیز عمل نامتعارف محسوب

1. Fuller  
2. Hart  
3. corrective justice  
4. distributive justice

می شود. مفهوم اقتصادی را می توان در پرونده های مرجوعه به قاضی لرنند هند<sup>۱</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 اقدامات احتیاطی لازم برای از بین بردن خطر  $B$  باشد، شخص زمانی مسئول است که،  $B$  هزینه 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>۲</sup>

مجموعه آراء کلیدی در مسئولیت مدنی<sup>۳</sup> را می توان تأییدی 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 فراوان 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.

## الف. کارشناسان

توانایی کارشناسان برای تشخیص رفتار متعارف از غیر متعارف شرط مقدمه برای اثربخشی 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 غیرممکن می شود و از این رو تعیین این که رفتار خواننده سهل انگاری است یا خیر، غیرممکن است.

متأسفانه 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 بدانند. 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 تر می شود و فرمول هند در عمل کمتر می تواند کاربرد داشته باشد.

1. learned hand

2. United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947)

3. Restatement



حتی زمانی که کارشناسان از ارزش منافع آگاه هستند، تعیین دقیق منافع ممکن است دشوار و یا حتی غیرممکن باشد. به عبارت دیگر، هیچ کس نمی‌تواند به‌طور قطع گستره ضرر را مشخص کند، مخصوصاً زمانی که ضرر شامل ضرر غیر نقدی می‌شود و همچنین هیچ کس نمی‌تواند 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، هزینه‌های احتیاطی قابل تعیین نیست. این نیز غیرممکن است که احتمال وقوع ضرر را با وجود فقدان اطلاعات آماری مربوط به آن عمل، برای اتخاذ یا عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی سنجید. مفهوم متعارف بودن با توجه به حداکثر رساندن رفاه پیچیده‌تر می‌شود و اعمال آن به اطلاعات بیشتری برای حل مسئله متعارف بودن نیاز دارد. (کیتینگ، ۱۹۹۶: ۳۴۰)

بنابراین در اکثر قریب به اتفاق موارد سهل‌انگاری، کارشناسان فاقد اطلاعات کافی برای تصمیم‌گیری هستند. آن‌ها فقط برخی شاخصه‌های مرتبط را در نظر می‌گیرند و حتی ارزیابی این شاخصه‌ها اغلب حسی و تجربی هستند. در موارد خاص و بدیهی، ارزیابی تجربی مشکل‌ساز 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 به‌سادگی سهل‌انگاری تحت عنوان تقصیر اقتصادی را تشکیل می‌دهد. مشکل در موارد مشکوک و حساس بروز می‌کند که ارزیابی تجربی ممکن است منجر به تصمیم‌گیری اشتباه شود و باعث مسئول قرار دادن خواننده بی‌تقصیر و بی‌گناه و بالعکس مسئول شناختن خواننده سهل‌انگار شود. (گلد برگ، ۲۰۰۳: ۵۴۵)

## ب. عاملین زیان بالقوه

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

- نخست؛ عدم توانایی شناخت خطا.

تحمل مسئولیت بر رفتار مسامحه کارانه با توجه به مفهوم اقتصادی فقط زمانی کارآمدی را توسعه می‌دهد که عاملین زیان بالقوه رفتار سهل‌انگارانه را تشخیص و از آن اجتناب کنند. بدین منظور آن‌ها باید قادر باشند تغییر در ارزش‌های مورد انتظار رفاه جمعی را ارزیابی و تشخیص دهند. باین حال عاملین زیان بالقوه اغلب به دلیل فقدان اطلاعات کافی از ارزیابی این تغییرات عاجز هستند. زمانی که مفهوم اقتصادی پیچیده‌تر شود و حداکثر رفاه را در نظر بگیرد، برای شناسایی و ارزیابی هزینه‌های 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) می‌رسد ۵۰ دلار است، بنابراین عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی توسط (D) خطا نیست و (D) به

1. Goldberg

خاطر عدم اتخاذ آن‌ها مسئول شناخته نمی‌شود. حال در نظر بگیریید اتخاذ اقدامات احتیاطی از ضرر ۶۰ دلاری به (C) نیز جلوگیری می‌کند 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 نمی‌کند.

علاوه بر این، در نتیجه تعصبات شناختی، ارزش‌گذاری ذهنی احتمال خطر لزوماً با احتمال واقعی خطر سازگار نیست و تعصبات شناختی ممکن است موجب ارزش‌گذاری بیشتر یا کمتر شوند. به‌عنوان مثال مردم تمایل دارند که اتفاقات را بر اساس خاطره یا تجربه‌ای که از آن دارند ارزش‌گذاری کنند؛ گرچه تجربه داشتن از حادثه‌ای یا به یاد آوردن آن خاطره احتمال واقعی خطر را نشان نمی‌دهد. همچنین طبیعت انسان این است حادثه‌ای را به خاطر می‌آورد که برای او مهم بوده است، همچنین ممکن است اصلاً از حادثه‌ای تجربه نداشته باشد. بنابراین نمی‌توان بر اساس ارزش‌گذاری ذهنی احتمال حادثه‌ی واقعی را ارزیابی کرد. به‌طور مشابه می‌توان گفت اعتماد به نفس کاذب شخص یا خوش‌بینی بیش‌ازحد او در امور باعث می‌شود که برای احتمال وقوع حادثه کمتر ارزش‌گذاری کند و احتمال وقوع خطر را بعید بداند. این مشکل و غیرمنطقی است که احتمال وقوع خطر را بر اساس ارزش‌گذاری ذهنی از آن خطر ارزیابی کرد و همچنین مشکل‌تر زمانی است که بخواهیم اثرات این تعصبات شناختی را با هم جمع کنیم.

در مواردی که اختلاف بین ارزش‌گذاری 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 زیان بالقوه ممکن است خطر واقعی را ناچیز و بعید بدانند و بالعکس خطر ناچیز را جدی و نزدیک بدانند. بنابراین تحلیل ذهنی مقرون به‌صرفه بودن از داده‌های عینی نشان داده شده و آماری متفاوت است. برای مثال، اگر یک‌هزارم درصد احتمال وجود داشته باشد که رفتار (D) منجر به خسارت یک‌میلیون دلاری به (P) شود و (D) بتواند ضرر را با ۸۰۰ دلار از بین ببرد، قصور در اتخاذ اقدامات احتیاطی غفلت محسوب می‌شود، از آنجایی که  $PL > B$ . زمانی که (D) از خطر آگاه است و تعصبات شناختی بر او اثر نگذاشته باشد، او اقدامات احتیاطی لازم را اتخاذ می‌کند. اما اگر (D) بر اثر اطلاعات ناکافی یا تعصبات شناختی بر این باور باشد که مسئولیت مورد انتظار فقط ۵۰۰ دلار است، اتخاذ اقدامات احتیاطی مطلوب به نظر نمی‌رسد.  $(800 > 500)$  بنابراین فرمول هند اگر کاملاً هم اعمال شود منجر به رفتار کارآمد نمی‌شود.

نهایتاً، تمام فرض‌های بالا این است که عامل زیان بالقوه تلاش کند که هزینه‌ها و سود عملش را تخمین بزند و آن‌ها را متعادل کند. در واقع، بیشتر تصمیم‌های بشر بلافاصله و ناخودآگاه گرفته می‌شود. حتی اگر اطلاعات در دسترس هم باشد یا دست یافتن به آن‌ها کم‌هزینه باشد، ما قادر به

دست آوردن و پردازش آن‌ها به سرعت و دقت لازم برای تصمیم‌گیری صحیح در آن واحد و زمان کم نیستیم و تا زمانی که مردم فاقد دانش وسیع و ظرفیت محاسباتی فوق‌العاده باشند، تصمیم عجولانه و ناخودآگاه یک انتخاب عقلانی را بیان نمی‌کند. بنابراین قانون سهل‌انگاری کارآمد گرا، بر روی این تصمیمات حداقل به‌طور مستقیم اثر نمی‌گذارد. بند سوم مجموعه آراء این بحث را با توجه به بند چهارم بیان می‌دارد که؛ زمانی سهل‌انگاری 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 نمی‌تواند به بهترین شکل به وسیله‌ی معیار شخص متعارف مراقب ارزیابی شود.

- دوم؛ انگیزه متقابل

حال در نظر بگیرید که مسئولیت مدنی انگیزه‌های کافی برای عاملین زیان بالقوه برای جلوگیری از ضرر را مشخص کرده است. در نگاه اول، بیمه مسئولیت نباید در این انگیزه‌ها دخالت کند و باعث نادیده گرفتن آن‌ها توسط عاملین زیان شود. در یک دنیای ایده‌آل، حق بیمه (I) با توجه به مسئولیت مورد انتظار بیمه‌شده در نظر گرفته می‌شود و کمتر از میزان خطر نمی‌تواند 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 ( $B > PL$ )، قصور در از بین بردن خطر خطا به شمار نمی‌آید و در نتیجه آن شخص نیاز به بیمه مسئولیت ندارد، اگرچه مردم اغلب خود را بیمه مسئولیت می‌کنند. شخص عمدتاً به دلیل ترس از این که کارشناس به اشتباه او را مقصر تشخیص دهد یا جایی که نمی‌تواند سقف مطلوب مراقبتی را به دلایل مختلف تعیین کند یا زمانی که تمایل به حفاظت خود در مقابل هزینه‌های دفاع در مقابل ادعاهای غیر مستحق دارد خود را بیمه می‌کند. مهم‌تر از این‌ها مردم زمانی که حق بیمه را از هزینه‌های پیشگیری کمتر ببینند خود را بیمه می‌کنند.

## ۲-۲. آزادی برابر

متعارف بودن خطر با تأثیرش بر آزادی اشخاص تعیین می‌شود و همچنین معیار مربوط دیگر برای تشخیص متعارف بودن، میزان و اهمیت خطر ایجادشده توسط عامل زیان احتمالی است. خطر دور از ذهن، خطری است که هر شخص آماده تحمل آن است و باید دانست که همه‌ی اعمال افراد شامل چنین خطراتی می‌شود، ولی در نظر گرفتن و توجه به آن‌ها به‌منظور از بین بردن چنین خطراتی باعث می‌شود که هیچ‌کس عملی را انجام ندهد. در مقابل، هیچ‌کس نمی‌خواهد در معرض خطر واقعی و نزدیک قرار گیرد، از این رو محافظت از همه‌ی انسان‌ها باید برابر صورت

گیرد و هر شخص باید از در معرض خطر قرار دادن دیگران صرف نظر کند. (ارنست، ۲۰۰۱: ۱۱۶-۱۰۷)

برای تعیین میزان قابل پیش‌بینی بودن خطر توسط خواننده، کارشناسان نیاز دارند که میزان قابل پیش‌بینی بودن و احتمال ضرر را در نظر بگیرند. در مواردی که خطر واقعی با هزینه‌های نسبتاً پایین می‌تواند کاهش یابد، و در مواردی که خطر دور از ذهن با هزینه‌های نسبتاً بالا می‌تواند 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 قضیه‌ها، دیدگاه کانتی، به عنوان دیدگاه مخالف دیدگاه اقتصادی، تحمیل مسئولیت بر خواننده را حمایت می‌کند. باین 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 پیش‌بینی، به جای ضرر مورد انتظار به خواهان خاص می‌سنجد.

در دومین فرض، خطر و ضرر خواهان ناچیز است اما هزینه‌های اجتماعی جلوگیری از آن کمتر از میزان خطر است. در این مجموعه در نظر گرفتن قانون سهل‌انگاری منجر به یافته‌های بدیهی از سهل‌انگاری می‌شود، به عبارت دیگر، شخص عامل زیان به دلیل این که می‌توانسته است از بروز خطر به بهای ناچیزی جلوگیری کند و این کار را نکرده است، مسئول تلقی می‌شود. ولی پذیرش مفهوم کانتی منجر به نتیجه مخالف آن می‌شود. 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 می‌شود. اما در تجزیه و تحلیل نهایی، دیدگاه اقتصادی نیز ممکن است عدم مسئولیت را حمایت کند؛ زیرا هزینه‌های 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 پیش‌بینی را در نظر می‌گیرد، ممکن است موافق با تحمیل مسئولیت باشد.

## ۲-۳. اخلاق مراقبت

تقصیر همواره در حقوق مسئولیت مدنی کشورهای مختلف از جمله ایران، از مبانی بسیار مهم تلقی می‌شود و با توجه به انگیزه و قصد واردکننده زیان تقسیماتی را بر مبنای حسن نیت و سوء نیت

شکل داده است که ناشی از التزام آن به موازین اخلاقی می‌باشد، در مواردی که شخص عامداً به دیگری زیان وارد می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۸) با توجه به سوءنیت وی مسئولیت کیفری دارد و ملزم به جبران کلیه خسارات مادی و معنوی نیز می‌باشد و اقدام وی در برخی از کشورها نیز موجب تشدید دامنه مسئولیت مدنی می‌شود که بدیهی است در نظر گرفتن چنین تمهیداتی نتیجه مستقیم مبانی اخلاقی می‌باشد. در نظریه جدید تقصیر نیز، با جایگزینی معیارهای اجتماعی به جای معیارهای شخصی، ظلم‌ستیزی، برابری انسان‌ها، عدم استثمار و بهره‌کشی افراد و در نهایت محقق شدن عدالت اجتماعی در جهت برآورده ساختن اهداف کلان و اساسی اخلاق مورد توجه قرار گرفته است. (صانعی دره بیدی، ۱۳۷۷: ۲۳۴)، بنابراین نه تنها نظریه جدید تقصیر از مفاهیم اخلاقی دور نشده است بلکه با سازوکارهای جدید، در شکوفایی هر چه بیشتر اهداف اخلاق نقش به‌سزایی داشته است.

از این روی در تمامی تحولاتی هم که در نظریه تقصیر رخ داده است، نقش اخلاق به‌عنوان مبنای مهم در شکل‌دهی به نظریه، غیرقابل‌انکار است. فارغ از مبنای اخلاقی تقصیر، جبران خسارت معنوی در فحوای خود امری اخلاقی محسوب می‌شود و زیر پا نهادن حقوق مربوط به ابعاد معنوی از جمله حیثیت، آزادی، شرافت و... بسیار بدیهی است که غیراخلاقی می‌باشد. قانون مسئولیت مدنی ایران نیز در خصوص جبران خسارت تدابیری از جمله التزام به عذرخواهی را در نظر گرفته است که پیش از این در قوانین دیگر سابقه نداشته است و از معیارهای پیش‌بینی شده در قانون مدنی فاصله گرفته است، با مذاقه در این خصوص به این نتیجه می‌رسیم که اخلاق در حوزه مسئولیت مدنی نقش بسیار مهمی در جهت دادن به قانون ایفا می‌کند و گرچه صراحتاً در این حوزه از اخلاق نامی نبرده شده است اما فحوای مواد حاکی از پای بندی قانون‌گذار به مبانی اخلاقی می‌باشد. به این ترتیب باید نقش اخلاق را به‌عنوان یکی از پایه‌های اصلی و اساسی حقوق مسئولیت مدنی در نظر بگیریم که نه تنها حقوق مسئولیت مدنی حکمی برخلاف آن ندارد، بلکه در بسیاری از موارد هدف محسوب می‌شود و مسئولیت مدنی در راستای اعتلای سطح اخلاق و برآورده کردن اهداف اخلاقی بسیار قوی رخ می‌نماید، به بیانی دیگر حقوق مسئولیت مدنی تنها حداقل‌های اخلاقی را در نظر نمی‌گیرد بلکه به مراتب عالی اخلاق اجتماعی می‌اندیشد و در کنار رسالت مهم جبران خسارت، از تلاش در جهت شکوفایی هر چه بیشتر اخلاق غفلت نورزیده است. در نهایت می‌توان گفت که ریشه‌های اخلاقی در حقوق مسئولیت مدنی به وضوح به چشم می‌خورد و تاروپود این دو درهم تنیده شده است و مسئولیت مدنی، ریشه در قواعد اخلاق اجتماعی و مدنی دارد و به مرزهایی محصور است که اخلاق معین می‌کند.

### ۳. 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 شرکت‌های فعال در این صنعت بود. نگرانی از پیامدهای وضعیت نابسامان شرکت‌های بیمه، بسیاری از حقوقدانان و اقتصاددانان را بر آن داشت تا با توسل به تحلیل‌های اقتصادی، راهکاری برای برون‌رفت از بحران یادشده بیابند؛ امری که حاصل آن پذیرش مفهوم کار آیی اقتصادی به‌عنوان محوری‌ترین انگاره در تعیین هدف حقوق مسئولیت مدنی بود. (شهابی و مسعودی پور، ۱۳۹۳: ۳۴)

بر اساس رویکرد هنجاری، نظام مسئولیت مدنی باید افراد اجتماع را به پیروی از الگوهای رفتاری که تأمین‌کننده کار آیی اقتصادی‌اند، ترغیب نماید. یکی از لوازم نیل به کار آیی اقتصادی، توزیع متناسب ثروت در جامعه است که طرفداران مسئولیت محض معتقد بودند نظام جبران خسارت از طریق اعمال قواعد این‌گونه مسئولیت، قادر است آن را تأمین نماید. (ابدالی، پیشین، ص ۴۷) به‌عنوان مثال، اگر راننده‌ای به هنگام رانندگی به دوچرخه‌سواری 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 می‌گردد. (ایمنوس<sup>۱</sup>، ۱۹۹۳: ۶۳۱) اما این دیدگاه قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا قواعد مسئولیت مدنی نسبت به بخشی از افراد اجتماع که در روابطی اتفاقی دچار زیان شده‌اند اعمال می‌گردد، لذا نمی‌توان آن را به‌عنوان ابزاری اصیل به‌منظور تأمین کار آیی اقتصادی محسوب کرد؛ به همین سبب، توزیع ثروت از طرق دیگر، از جمله نظام مالیاتی، معقول‌تر به نظر می‌رسد. بنابراین توزیع درآمد از کارکردهای قواعد مسئولیت مدنی نبوده و نمی‌تواند امتیازی برای مسئولیت محض باشد. (شهابی و مسعودی پور، منبع پیشین: ۳۵) به‌عنوان نمونه اگر دارنده یک ماشین ارزان‌قیمت با یک ماشین گران‌قیمت 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 گران‌قیمت 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 بهره‌گیری از تدابیر احتیاطی به‌منظور پیشگیری از بروز زیان و مسئولیت خویش تشویق نموده و درنهایت به انجام کار به صورتی ایمن‌تر منجر خواهد شد. این امری است که بر هدف کار آیی اقتصادی نیز منطبق بوده است.

تحلیل تحقیقی شخص متعارف به بررسی آثار قواعد نظام جبران خسارت بر رفتار افراد اجتماع می‌پردازد؛ رفتارهایی که مطابق با رویکرد هنجاری و هدف نظام مسئولیت مدنی

1. Emons

می‌بایست در جهت تأمین کار آیی اقتصادی تنظیم شوند. (ایمونس، منبع پیشین: ۶۶۳) فرض کنیم راننده اتومبیل حین رانندگی با دوچرخه‌سواری تصادف کرده و به وی زیان وارد می‌سازد. مطابق با قواعد مسئولیت محض، راننده به‌صرف وقوع ضرر، مسئول جبران تمامی خسارات وارده به دوچرخه‌سوار می‌باشد و قربانی به‌صرف زیان دیدن، مستحق دریافت خسارت می‌گردد. 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، هیچ‌یک از راننده و دوچرخه‌سوار علت بروز خسارت نبوده و منشأ زیان وارده، طبیعت دوسویه رفتارهای اجتماعی انسان وزندگی در جامعه است زیرا دوچرخه‌سوار نمی‌تواند از دادگاه بخواهد که حق رانندگی راننده را سلب کند تا وی زبانی نبیند. (پوسنر، منبع پیشین: ۱۶۲) مطابق با تحلیل تحقیقی هر یک از ضرر زنده و متضرر، مسئول جبران خساراتی‌اند که به‌واسطه عدم اتخاذ رفتارهای بهینه از منظر اقتصادی از طرف ایشان حاصل شده است. به نظر می‌رسد عنصر تقصیر از منظر رویکرد تحقیقی نیز با تحلیل اقتصادی حقوق سازگاری بیشتری دارد؛ زیرا در مثال یادشده، راننده و دوچرخه‌سوار را به رانندگی با سرعت مجاز و رعایت قوانین راهنمایی و رانندگی ترغیب نموده و به‌این ترتیب موجب کاهش حوادث خسارت بار رانندگی و در نتیجه به حداقل رساندن هزینه‌ها می‌شود.

نظام جبران خسارت مبتنی بر اندیشه تقصیر، فاعل زیان و زیان‌دیده را به تنظیم رفتارهای خود با کار آیی اقتصادی سوق می‌دهد؛ چراکه به آن‌ها این امکان را می‌دهد تا با رعایت احتیاط لازم و عدم ارتکاب تقصیر، در صورت ایراد ضرر به دیگری از بر دوش کشیدن بار مسئولیت مصون بمانند؛ از سوی دیگر مشوق متضررین بالقوه به تنظیم رفتارهای خود با معیار کار آیی اقتصادی است؛ زیرا در غیر این صورت نمی‌توانند خواهان جبران خسارات وارد به خویش شوند. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، علیرغم تفاوت در اهداف و شیوه استدلال رویکردهای هنجاری و تحقیقی شخص متعارف، هر دو در نهایت به نتیجه واحدی رسیده و بهترین معیار را معیار مبتنی بر کارایی اقتصادی دانسته‌اند.

#### ۴. 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 کار آیی قواعد حقوقی و آراء و تصمیمات قضائی و آثاری که بر روابط افراد و نحوه عملکرد آن‌ها دارند مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. معیار تحقیقی بدون ادعای آنکه نظام و قواعد حقوقی و همچنین هدف از معیار شخص متعارف باید بر اساس افزایش و حداکثر کردن کار آیی اقتصادی و ثروت شکل گیرد به تعیین میزان کار آیی اقتصادی معیار شخص متعارف با توجه به تحلیل اقتصادی آن می‌پردازد و راه‌هایی را که می‌تواند این کار آیی به‌واسطه کاهش هزینه‌ها یا افزایش ثروت عمومی جامعه تعالی یابد تبیین می‌کند. به

این صورت که مفهوم تحقیقی وسیله‌ای مفید در اختیار تصمیم‌گیران و سیاست‌گذاران قرار می‌دهد تا با آگاهی لازم نسبت به عواقب اقتصادی و هزینه و سود و زیان ناشی از تصمیمات خود عمل کنند و کار آیی اقتصادی را در کنار دیگر بایدهای سیاسی و اجتماعی و اخلاقی یا ایدئولوژیکی مدنظر 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 فرض‌های این تحلیل بوده است، ولی انتقادات اساسی نسبت به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری است که در آن به تعیین ارزش‌ها پرداخته شده و بایدهایی برای سیاست‌های اجتماعی تعیین شده است. در واقع، مادامی که حداکثر کردن کار آیی اقتصادی از طریق حداکثر کردن مطلوبیت یا ثروت در جامعه به‌عنوان عاملی مهم و تنها در جهت تعیین آثار سیاست‌ها قواعد و تصمیمات معرفی می‌شود و راه‌های وصول به این کار آیی تبیین می‌شود در مفید بودن آن تردیدی وجود ندارد، اما به محضی که حداکثر کردن سود و ثروت به‌عنوان بایدها و اهداف اصلی حقوق یا سیاست مطرح می‌شود، بحث وارد مرحله دیگری می‌شود و باید ارزش این ادعا با توجه به دیگر بایدهای اجتماعی و انسانی همچون عدالت، تعالی ارزش‌های معنوی انسانی و اخلاق تبیین شود و هر ادعایی در این باره عکس‌العمل‌های جدی دیگری را در پی دارد. (مورتون<sup>۱</sup>، ۱۹۸۰: ۹۰۵)

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 نوشته‌های پازنر که از بارزترین متفکران این مکتب محسوب می‌شود، ابعاد مختلف حقوق کامن‌لا تحلیل شده و کار آیی عمومی اقتصادی این سیستم و راه‌هایی که برای نیل به این کار آیی 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 تصمیم‌گیری در مورد قاعده حقوقی و افزونی این بایدها در کار آیی 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 می‌کردند. (کلیک و پارسی<sup>۲</sup>، ۱۹۷۸: ۲۰۱)

در تحلیل اقتصادی معیار هنجاری معمولاً کار آیی اقتصادی به‌عنوان ارزش و باید، اصلی در سیاست‌های عمومی و حقوق معرفی شده و در مورد بایدهای اقتصادی و حقوقی سه نظریه کلی

1. Morton  
2. Klick & Parisi



توسط حامیان حقوق و اقتصاد در معیار هنجاری مطرح شده است.<sup>۱</sup> فایده‌گرایی،<sup>۱</sup> حداکثر کردن ثروت،<sup>۲</sup> و رفاه اجتماعی.

از دیدگاه فایده‌گرایی ارزش و هدف اصلی سیاست و حقوق، افزایش لذت و خوشی در مقابل رنج است. مطلوبیت و لذت نیز امری شخصی است و می‌تواند بسته به ترجیحات افراد متفاوت باشد. حقوق و سیاست‌های عمومی نباید در مورد ترجیحات و مطلوب افراد دخالت کند و باید سازمان حقوقی و اجتماعی خود را در جهت تأمین حداکثری تحقق لذت افراد در جامعه سامان دهد. ایراد و انتقاد عمده به این نظریه مربوط به جنبه ارزشی و هنجاری آن به‌عنوان هدف جامعه و نظام سیاسی و حقوقی است. در واقع، فایده‌گرایی از نظر اخلاقی منحط به نظر می‌رسد، 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 نمی‌شود و تنها میزان آن برای حداکثر کردن مهم است. به این نحو اگر کس یا گروهی از آزار دیگران احساس لذت زیادی می‌کند، اگر لذتی که از این آزار کسب می‌شود بیشتر از اذیت و آزار و رنج زیان دیدگان باشد، با توجه به آنکه هدف و ارزش حداکثر کردن لذت در جامعه است و تأیید این رویه موجب افزایش مجموع لذت در جامعه می‌شود، حقوق و سیاست باید در جهت تأیید و تأمین این امر گام بردارد. به این نحو اعمالی که از نظر اخلاقی پست یا خلاف عدالت محسوب می‌شوند، از سوی این مکتب شایسته ترویج و تأیید محسوب خواهد شد. همچنین مطابق این آموزه‌ها می‌توان برای افزایش رفاه کل جامعه، حقوق و مطلوب عده کمتری را زیر پا گذاشت. نتایج این نظریه، غیرقابل قبول و خلاف باورهای اخلاقی و انسانی و اصول عدالت است. (پوسنر،<sup>۳</sup> ۱۹۷۹: ۱۰۳)

نظریه دیگر که در تحلیل اقتصادی معیار هنجاری وجود دارد، حداکثر کردن ثروت است. پازنر نویسنده برجسته حقوق و اقتصاد که نقش تعیین‌کننده‌ای در شکل‌گیری و رشد تحلیل اقتصادی حقوق داشته، انتقادات جدی به نظری فایده‌گرایی و اقتصاد مبتنی بر آن وارد کرد و حداکثر کردن ثروت را به‌جای حداکثر کردن لذت و مطلوب، به‌عنوان 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 اندازه‌گیری و مقایسه نیست می‌شود. روابط اجتماعی افراد که موضوع علم حقوق است با تبادل مطلوب‌ها و معامله بین آن‌ها شکل می‌گیرد. هر معامله در صورتی شکل می‌گیرد که شخصی مال یا خدمت یا مطلوبی را در اختیار دارد آن را کمتر از

1. Utilitarianism  
2. Wealth Maximaization  
3. Posner

شخص دیگری که خواهان آن است ارزیابی کند، کسی که ارزش مطلوب نزد او بیشتر است، حاضر به خرید و پرداخت به مالک فعلی آن مطلوب می‌شود و به این نحو جریان معامله به این امر می‌انجامد که مطلوب موردنظر در دست کسی قرار گیرد که آن را بیش از بقیه ارزیابی می‌کند و حاضر به پرداخت بهای آن است. به این شکل جامعه در موقعیت حداکثر ثروت و بالاترین سطح کار آیی اقتصادی قرار می‌گیرد. هدف حقوق حداکثر کردن کار آیی 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 اساس معامله و رضایت و خشنودی افراد توجیه می‌کند و حقوق را در این جهت شکل می‌دهد با مبانی اعتقادات لیبرالیست کانتی نیز کاملاً انطباق دارد. (اشمالبک، ۱۹۸۳: ۴۹۶-۴۹۸)

علیرغم روشن بودن منظور ثروت و معیار حداکثر ثروت در نوشته‌های پازنر، او هیچ‌گاه دلیل روشنی برای این اعتقاد بیان نکرده است که حداکثر کردن ثروت، در مقابل دیگر اهدافی همچون عدالت و انصاف، باید به‌عنوان هدف اصلی حقوق شمرده شود. او تنها به توجیه برتری‌های این هدف در مقابل فایده‌گرایی و سازگاری آن با برخی آموزه‌های 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 به‌عنوان معیار تحلیل تحققی به باد انتقاد گرفته شده است. (کلمن، منبع پیشین: ۵۱۱) در واقع، علاوه بر مشخص نبودن رابطه حداکثر ثروت با عدالت (که به‌طور معمول هدف حقوق شمرده می‌شود) و دیگر اهداف اجتماعی و سیاسی و همچنین ضعیف ارزیابی کردن بسیاری توجیهاات برتری معیار ثروت نسبت به مطلوبیت در رفاه گرایی، اساساً امکان هدف قرار گرفتن ثروت به‌عنوان ارزشی مستقل محل سؤال است. حداکثر کردن ثروت به‌خودی‌خود مطلوب به نظر نمی‌رسد: ثروت ارزش مستقل ندارد و افراد از طریق کسب ثروت در پی تحقق مطلوب‌های دیگرند، لذا لحاظ ثروت و حداکثر کردن آن به‌عنوان هدف اصلی اشتباهی غیرقابل 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. (شاول، منبع پیشین: ۲۰۱) رفاه اجتماعی مفهومی وسیع است که تمامی آنچه مربوط به ترجیحات و ارزش‌ها و مطلوب‌های انسان‌هاست را در بر می‌گیرد و هر آنچه در این دایره ننگنجد از معیار رفاه اجتماعی خارج است. رفاه موردنظر، تنها مربوط به سطح رفاه مادی افراد نمی‌شود، بلکه شامل جنبه‌ها و گرایش‌های معنوی همچون خدمت به دیگران، ارزش‌های اخلاقی و غیرمادی نیز

می‌شود. در این رویکرد، برخلاف رویه عمومی در نظریه حداکثر کردن ثروت یا کارایی اقتصادی، هر آنچه مربوط به زندگی مطلوب انسانی است باید مدنظر قرار گیرد. به این نحو دامنه تحلیل اقتصادی به زمینه‌های راجع به افزایش ثروت یا کارایی اقتصادی به معنای شایع مادی خلاصه نمی‌شود و تمامی زمینه‌های حقوق و روابط اجتماعی، همچون روابط خانوادگی، حقوق اساسی و محیط‌زیست نیز در دامنه تحلیل اقتصادی و رویکرد هنجاری آن قرار می‌گیرد.

مطابق این نظر، حتی مفاهیمی همچون عدالت و انصاف نیز نباید هدف حقوق منظور شود؛ زیرا چنین گرایش‌هایی از عناصر تعالی رفاه افراد است، در معیار کلی تعالی رفاه اجتماعی لحاظ شده است و در کنار دیگر عناصر رفاه به آن توجه می‌شود 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 نمی‌آید: آنچه راه حل حقوقی به سوی تعالی رفاه اجتماعی افراد می‌گردد همان است که قاعده عادلانه نیز محسوب می‌شود. اما در مواقعی که اقتضای عدالت با قاعده ناشی از تعالی رفاه اجتماعی در تضاد باشد، باید ملاحظات عدالت کنار گذاشته شود، چون بنا بر فرض، عدالت موجب کاهش خوشبختی و رفاه افراد در جامعه می‌شود. مشخصاً عدالت اصلاحی<sup>۱</sup> و عدالت جزایی<sup>۲</sup> به نحوه عمل افراد نظر دارد مثل عنصر خطا در مسئولیت مدنی نه به آثار قواعد بر رفاه و زندگی مطلوب افراد (مثل تأثیر 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. به‌رغم 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 نمی‌آید، 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. برخلاف نظر شاول و کاپلو الگوی واحدی در مورد رفاه اجتماعی و بایدها وجود ندارد، بنابراین باید به دنبال ملاکی بود تا بتوان از بین مدل‌های مختلف انتخاب کرد که بر فلسفه‌ها و نگرش‌های متفاوت به انسان و جامعه شکل گرفته است. مشخصاً برای این انتخاب و تعیین مدل و استاندارد رفاه اجتماعی نمی‌توان به خود مفهوم رفاه اجتماعی اکتفا کرد و باید از رویکردهای دیگر برای این امر استفاده نمود. (فاربر<sup>۳</sup>، ۲۰۰۳: ۱۸۰۸-۱۸۰۱) برای حل این مشکل کپلو و شاول تصریح کرده اند که ملاک رفاه

1. Corrective Justice  
2. Retributive Justice  
3. Farber

موردنظر ایشان، مکتب فایده‌گرایی است که در آن رفاه جامعه، مجموع ترجیحات و مطلوب تک‌تک افراد است، این امر انتقادات درباره معیار کار آیی در فایده‌گرایی و مشخصاً مشکل تعریف و اندازه‌گیری ترجیحات و مطلوب را متوجه این نظر می‌کند.

علاوه بر این، تکیه این نظریه بر مکتب فایده‌گرایی و ترویج این معیار به‌عنوان معیار ارزیابی و هدف منحصر در حقوق که دعوتی به بازگشت به نظریه فایده‌گرایی است، خلاف آموزه‌های دینی و اخلاقی اعلام شده و مورد انتقادات جدی قرار گرفته است. (سارگن<sup>۱</sup>، ۲۰۰۵: ۳۵)

انتقاد دیگری که کم و بیش نسبت به تمامی گرایش‌های 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 به‌عنوان هدف حقوق و اقتصاد سبب شده است تا توجهی به نحوه توزیع ثروت و مطلوب نشود. این درحالی است که هر قاعده حقوقی تأثیر عمده‌ای در شیوه توزیع ثروت دارد و حقوق باید با عنایت به آثار عدالت توزیعی شکل گیرد. (کالابرسی<sup>۲</sup>، ۱۹۸۴: ۸۳۳)

در مقابل این ایراد، کاپلو و شاول اظهار داشته‌اند که در حقوق خصوصی نمی‌توان حقوق و تصمیمات را بر اساس توزیع ثروت و عدالت توزیعی بنا نمود و وظیفه تأمین 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.

## ۵. راه‌حل میانه برای نقش کارایی اقتصادی و تعدیل هدف حقوق

ادعای آنکه کار آیی اقتصادی باید به‌عنوان هدف منحصر یا غالب معیار شخص متعارف لحاظ شود، توجیه نظری و عملی قابل قبولی ندارد و عملاً به نتایج مناسب و مطلوب منتهی نمی‌شود. تلاش‌هایی که در این راستا صورت گرفته، پذیرش عام و گسترده‌ای نزد صاحب‌نظران 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 کار آیی اقتصادی به‌عنوان یک مطلوب و هدف در حقوق مورد توجه بوده و از مقبولیت کلی برخوردار است. مفید بودن تحلیل اقتصادی، به‌هیچ‌وجه موقوف به پذیرش ادعاهای گزاف نیست. بهتر آن است که بحث در مورد این که آیا معیار شخص متعارف باید عمدتاً مبتنی بر کار آیی 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 باهم هماهنگی دارند و آنچه راه‌حل کارآمد اقتصادی است

1. Sargen  
2. Calabresi



در عین حال با عدالت نیز انطباق دارد. البته ادعای هماهنگی مطلق و انطباق همیشگی این دو مطلوب نیست: در مواردی این دو ارزش باهم تضاد می‌یابند و قاعده و تصمیم متفاوتی را طلب می‌کنند. در این مواقع تحلیل اقتصادی با روشن کردن راه، کارآیی اقتصادی و پیامدهای راه‌حل‌های دیگر، خدمت بسزایی به تصمیم‌گیران و سیاست‌گذاران می‌کند و این بر عهده ایشان است تا راه‌حلی را که اتخاذ کنند که با توجه به دیگر بایدها و اعتقادات حاکم بر جامعه و سیاست‌های عمومی، شایسته به نظر می‌رسد. به این نحو به بسیاری از بحث‌های 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 می‌شود.

بر پایه همین نگرش بسیاری از برجستگان حقوق و اقتصاددانان نظر مثبتی به تحلیل اقتصادی معیار هنجاری ندارند و معتقدند که در تحلیل اقتصادی نمی‌توان ادعای باید کرد و مدعی تعیین خوب و بد شد، بلکه در این زمینه بدون قضاوت ارزشی می‌توان از راه‌های کارآمد و غیر کارآمد سخن گفت و بر همین اساس آثار سیاست‌ها و قواعد و عملکردها را پیش‌بینی یا ارزیابی کرد. (اولن<sup>۱</sup>، ۱۹۸۹: ۲۲۳-۲۱۰)

البته نمی‌توان انکار کرد که تمامی تحلیل‌های اقتصادی، متکی بر رویکردی هنجاری و ارزشی است. در واقع، در معیار تحقیقی، شخص متعارف بر اساس میزان کارآیی اقتصادی آن و تأثیر برافزایش ثروت بررسی می‌شود. این تحلیل‌گران مشخصاً در پس ذهن خود کارآیی اقتصادی را به‌عنوان ارزش و بایدهی در نظر گرفته‌اند. علاوه بر این عبور از مفهوم تحقیقی به هنجاری آن‌چنان 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 به‌راحتی صورت می‌گیرد و برای اکثر تحلیل‌گران اقتصادی این تصور امری قابل قبول است. (مرکوری و استیون<sup>۲</sup>، ۲۰۰۳: ۴۴)

به‌هر حال حتی اکتفا به تحلیل اقتصادی معیار تحقیقی موجب تغییرات عمده‌ای در نگرش به منطق و جایگاه حقوق می‌شود. در واقع، اعمال منطق اقتصادی در معیار تحقیقی، فکر و نگرش و زبان حقوقی را به‌نوعی دیگر شکل می‌دهد و آنچه را که در معیار شخص متعارف به دنبال آن هستیم تغییر می‌دهد. تحلیل کارآیی به نگاه حقوقی چارچوب خاصی می‌دهد و از این راه

1. Ulen  
2. Mercurio and Steven

موجب تغییر در اهداف معیار شخص متعارف می‌شود. (جیسون اسکات<sup>۱</sup>، ۱۹۹۰: ۱۲۱۷) چگونه می‌توان تصور کرد کسی که مرتباً با تحلیل کارآیی اقتصادی و دقایق نگاه آن به موضوعات کار کند و اعتقاد نداشته باشد که کارآیی ارزش و هدف برای حقوق است؟ از این نگاه تحلیل اقتصادی معیار تحقیقی همچون پلی است که کارآیی اقتصادی به‌عنوان ارزش و هدف وارد شود. حتی در تحلیل اقتصادی معیار تحقیقی، در مورد ملاک کارآیی، 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 قراردادها 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 کارآیی 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.

---

1. Jason Scott

## بحث و نتیجه‌گیری

منظور از متعارف و عرف در اصطلاح انسان متعارف و قوانین مسئولیت مدنی سیره عقلا است نه عرف عام. افزودن عقل بر عرف و استفاده از عبارت انسان معقول و متعارف به خاطر تأکید بر این نکته بوده است. همان‌طور که دیدیم شخص متعارف معیاری است که از قدیم‌الایام به‌عنوان الگو و وسیله سنجش میزان غفلت و سهل‌انگاری افراد بوده است. غفلت و سهل‌انگاری زمانی به وقوع می‌پیوندد که شخص عملی را انجام دهد که شخص متعارف تحت آن شرایط آن عمل را انجام نمی‌داد یا بالعکس عملی را ترک کند که شخص متعارف تحت همان شرایط یا شرایط مشابه آن عمل را انجام می‌داد. همچنین معیار شخص متعارف برای تشخیص این که شخص زیان‌دیده تقصیر مشارکتی داشته است یا خیر، بکار می‌رود. به عبارت دیگر شخص زیان‌دیده اقدامات احتیاطی را برای جلوگیری یا کاهش آسیب به خود را، بکار بسته است یا با غفلت و عدم اقدام برای کاهش یا جلوگیری از آسیب باعث بروز یا گسترش آن شده است؟ برای شخص متعارف معیارهای مختلفی در نظر گرفته شده است. نخستین معیار که بیشترین اهمیت را به‌حق 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 به‌منزله 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 انسانی‌الگو و قاعده‌ی رفتاری که عملکرد واردکننده زیان یا زیان‌دیده 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. سبب نظر می‌رسد نوعی بودن معیار شخص متعارف باید از غیرقابل 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 به‌گونه‌ای عینی و برون‌ذاتی قابل ارزیابی است، در نظر گرفته شود. بنابراین به نظر 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 به‌عنوان 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 عمل‌گرای محض یا واقع‌گرای محض است.

معیار اقتصادی شخص متعارف با تأکید بر اهمیت ملاحظات اقتصادی، تأمین کارآیی اقتصادی و به حداقل رساندن هزینه‌ها را عالی‌ترین هدف می‌داند. مفهوم اقتصادی شخص متعارف به بررسی دو رویکرد تحقیقی و هنجاری در راستای نیل به کارآیی اقتصادی می‌پردازد. معیار اقتصادی شخص متعارف مبتنی بر سنجش منافع و هزینه‌ها است و بدین وسیله قادر خواهد بود تا انگیزه‌ی لازم را در عاملین زیان و متضررین بالقوه برای در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی مقتضی به منظور 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 کارآیی اقتصادی برداشته است. وانگهی از آنجا که مفهومی بین واقعیت و متافیزیک است، نه دچار خلأ ارزش‌نگری 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 این که 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 این که 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 این که معیار اقتصادی تنها مبنای شخص متعارف بشمار می‌آید باید، در درستی و موجه بودن آن شک کرد.



## منابع

- ابدالی، مهرداد، (۱۳۸۹)، "جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق"، چاپ ۸۲، نامه مفید، تهران
- ابدالی، مهرداد، (۱۳۹۱)، "بررسی کارآیی بیمه اجباری وسیله نقلیه با تحلیل اقتصادی"، چاپ ۹۴، نامه مفید، تهران
- اصغری، سید محمد، (۱۳۸۶)، عدالت عقلانیت در فقه و حقوق، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، تهران
- باریکلو، علی رضا، (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، چاپ میزان، تهران
- بادینی، حسن، (۱۳۸۲)، "مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران
- بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران
- شهابی، مهدی، مسعودی پور، آزاده، (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق و احیاء اندیشه تقصیردر نظام جبران خسارت، فصلنامه حقوق اقتصادی، دوره جدید، چاپ نوزدهم، شماره ۴
- صانعی دره بیدی، منوچهر، (۱۳۷۷)، فلسفه اخلاق و مبانی رفتار، چاپ اول، انتشارات سروش، تهران
- صفایی، سید حسین، (۱۳۹۳)، الزامات خارج از قرارداد، چاپ هفتم، انتشارات سمت، تهران
- قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، الزام های خارج از قرارداد، جلد اول و دوم، چاپ ششم، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، تحول مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، مجله حقوق و علوم سیاسی تهران
- Calabresi, Guido. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law oftorts. *The Yale Law Jurnal*, 70(4), 499-553.  
<http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Calabresi/Some%20Thoughts%20on%20Risk%20Distributions%20and%20the%20Law%20of%20Torts.pdf>
- Coase, Ronald. (1960). The problem of social costs. *Journal of Law and Economics*, 3, 1 – 44.  
<https://www.jstor.org/stable/724810>
- Coleman, Jules L. (1988). *Markets, Morals and the Law*. Oxford University Press.
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas. (1988). *Law and Economics*. Scott Foreman.
- Daniel A. Farber. (2003). What (If Anything) Can Economics Say About Equity?. *Michigan Law Review*, 101(6), 1791 – 1823.  
<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1854&context=mlr>
- Emons, Winand. (1993). An introduction to the legal and economic theories of torts. *Swiss Journal of Economics and Statistics*, 129(5), 625 – 642.  
<https://ideas.repec.org/a/ses/arsjes/1993-iv-3.html>
- Epstein, Richard A. (1990). *Cases and Materials on Torts*. Little, Brown.
- Fuller, Lon L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Goldberg. (2003). Twentieth-Century Tort Theory. *GEO*, 1 – 92.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=347340](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=347340)
- Grady, Mark F. (1983). A new positive economic theory of negligence. *TheYale Law Journal*, 92(5), 799-800.  
<https://www.jstor.org/stable/796145>
- Guido, Calabresi. (1984). First party, third party, and product liability systems: Caneconomic Analysis of Law tell us anything about them?. *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 69, 833 - 851  
<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/1303?show=full>



- Hart, Herbert L. (1968). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford Oxford University Press.
- Johnston, Jason Scott. (1990). Law, Economics, and Post-Realist Explanation. *Law & Society Review*, 24(5), 1217-1254.  
<https://www.jstor.org/stable/3053667>
- Klick, Jonathan & Parisi, Francesco. (1978). *Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories*. Oxford.
- Coleman, Jules L. (1980). Efficiency, Utility and Wealth Maximization. *Hofstra Law Review*, 8(3), 1 – 44.  
<https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol8/iss3/3/>
- Keating, Gregory C. (1995-1996). Reasonableness and rationality innegligence theory. *Stanford Law Review*, 48, 10 – 94.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=6131](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=6131)
- Kyle D. Logue. (1994). Solving the Judgment-Proof Problem. *TEX Low REV*, 72(6), 75 – 94.  
<https://repository.law.umich.edu/articles/1741/>
- Mark A. Sargen. (2005). Utility, the Good, and Civic Happiness: A Catholic Critique of Law and Economics. *Journal of Catholic Legal Studies*, 44(1), 34 – 56.  
<https://scholarship.law.stjohns.edu/jcls/vol44/iss1/5/>
- Morton J. Horwitz. (1980). Law and Economics: Science or Politics. *Hofstra Law Review*, 8(4), 905 – 912. <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol8/iss4/2/>
- Nicholas Mercurio and Steven G. (2003). Medema, The Jurisprudential Niche of Law and Economics. *Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, 3(20), 1 – 80.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=889641](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=889641)
- Richard A. Posner. (1979). Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *Legal Studies*, 30(3), 307-332. <https://www.jstor.org/stable/825489>
- Schmalbeck, Richard. (1983). The justice of economics: an analysis of wealth Maximization as a normative goal. *Columbia Law Rev*, 83(2), 488-4522.  
<https://www.jstor.org/stable/1122106>
- Shavell, Steven. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press.
- Thomas S. Ulen. (1989). *Law and Economics: Settled issues and open questions*. Law and Economics.
- Viner, Jacob. (1927). Adam Smith and Laissez Faire. *Journal of Political Economy*, 35(2), 198 – 232.  
<https://www.jstor.org/stable/i331669>