

## A reflection on the place of justice in the link between law and economy

Mojtaba Ghasemi\*

Jamal Nikkar\*\*

### Abstract

Today, with the expansion of human societies, we are witnessing the formation of institutions and organizations with new legal functions, which the regulation and formulation of the laws governing them with a purely legal approach, has been called unjust and has caused the involvement of economics and, as a result, the economic analysis of law. Analyzes that aim to create or increase justice and efficiency sometimes cause restrictions on the implementation of people's rights and freedoms. This pursuit of efficiency has created this attitude in the minds of some that the economic analysis of rights is in conflict with justice, which is the basis and goal of legal rules; But the defenders of the economic analysis of rights, not only do not believe in any conflict, but also consider it necessary to pay attention to the perspective of economic analysis in formulating and amending laws in order to ensure social justice as much as possible. The following article, by adopting the descriptive-analytical method, tries to explain the relationship between the economic analysis of rights and the principles of justice and determine the position of this attitude in the legislation. The results show that the use of the perspective of the economic analysis of rights provides new horizons for the transformation of rights (in the direction of achieving justice as much as possible) and it is appropriate to take advantage of its capacities in the matter of legislation and amending laws.

**Keywords:** Economic analysis of rights, efficiency, individual justice, social justice.

---

\* Assistant Professor, Department of Economic Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, mojtaba.ghasemi3@gmail.com.

\*\* PhD student, private law, Gilan University, Gilan, Iran (corresponding author), jamalnikkar@yahoo.com.

## تأملی بر جایگاه عدالت در پیوند حقوق و اقتصاد

مجتبی قاسمی \*

جمال نیک‌کار \*\*

### چکیده

امروزه با گسترش جوامع بشری شاهد شکل‌گیری نهادها و سازمان‌ها با کارکردهای نوین حقوقی هستیم که تنظیم و تدوین قوانین حاکم بر آنها با رویکرد حقوقی صرف، ناروا عنوان شده و موجب دخالت علم اقتصاد و به تبع آن تحلیل اقتصادی حقوق شده است. تحلیل‌هایی که با هدف ایجاد یا افزایش عدالت و کارایی گاه سبب ورود محدودیت‌هایی بر اجرای حقوق و آزادی‌های افراد می‌شود. این پیگیری کارایی این نگرش را در ذهن برخی ایجاد نموده است که تحلیل اقتصادی حقوق در تعارض با عدالت می‌باشد که به عنوان مبنا و هدف قواعد حقوقی است؛ اما مدافعان تحلیل اقتصادی حقوق، نه تنها معتقد به هیچ تعارضی نبوده، بلکه توجه به نگرش تحلیل اقتصادی را امری ضروری در تدوین و اصلاح قوانین به منظور تأمین هر چه مناسب‌تر عدالت اجتماعی می‌دانند. مقاله پیش رو با اتخاذ روش توصیفی- تحلیلی، درصدد تبیین رابطه تحلیل اقتصادی حقوق با مبانی عدالت و تعیین جایگاه این نگرش در امر قانون‌گذاری است. نتایج نشان می‌دهد استفاده از نگرش تحلیل اقتصادی حقوق افق‌های جدیدی را برای تحول در حقوق (در راستای تحقق هرچه شایسته‌تر عدالت) در اختیار قوه مقننه قرار می‌دهد و شایسته است از ظرفیت‌های آن در امر قانون‌گذاری و اصلاح قوانین بهره برده شود. واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی، عدالت فردی، عدالت اجتماعی.

## مقدمه

«عدالت» به‌عنوان مفهومی در حوزه اجتماع انسانی به‌منزله یکی از باارزش‌ترین و درعین‌حال پیچیده‌ترین مفاهیم شناخته می‌شود؛ زیرا بسیاری از اندیشمندان در طول تاریخ، در پی رسیدن به معنا و مفهوم حقیقی عدالت و تحقق آن در جامعه بوده‌اند. حقوق و اقتصاد نیز یکی از جریان‌های تأثیرگذار در محافل علمی و حتی قضایی و قانون‌گذاری در جوامع غربی، به‌ویژه ایالات متحده، محسوب می‌شود که از دهه ۱۹۶۰ میلادی وارد مرحله جدیدی شده است.<sup>۱</sup> تحلیل اقتصادی حقوق به‌عنوان یکی از نتایج این جریان، استفاده از مفاهیم اقتصادی به‌منظور توضیح پیامدهای قوانین، ارزیابی کارایی اقتصادی مقررات و پیش‌بینی آثار قواعد حقوقی بیان شده که به‌دنبال ارتقای کارایی در شکل دادن به قواعد حقوقی بوده است (فریدمن،<sup>۲</sup> ۱۹۸۷، ص ۱۴۴)؛ به‌نحوی که، کارایی را به‌عنوان پارامتر اصلی قواعد حقوقی در نظر می‌گیرد و پیشنهاد ایجاد یا اصلاح قواعد حقوقی را برای دستیابی به کارایی بالاتر ارائه می‌دهد که این امر به‌نوعی ورود منطق و روش اقتصاد در موضوعات حقوقی است.

این نگرش نوین، به آثار جانبی احکام و قواعد حقوقی توجه داشته و با رویکردی اثباتی و هنجاری به حقوق و قواعد حقوقی می‌نگرد. در رویکرد اثباتی «چیستی» حقوق و آثار قواعد حقوقی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد تا مشخص شود کدام قواعد کارا و مطلوب خواهد بود؛ رویکرد هنجاری نیز بیان‌کننده آن است که حقوق و قواعد حقوقی چگونه باید باشد و اینکه قانون‌گذار قواعدی را باید تصویب کند که کارا و مطلوب است و موقعیت‌هایی را مشخص نماید که در آن مطلوبیت و کارایی به دست نمی‌آید تا راه‌حل‌های اصلاحی برای آن اتخاذ شود. البته گفتنی است که این نوع نگاه به مسائل حقوقی (تحلیل اقتصادی حقوق) از جهات مختلفی مورد انتقاد واقع شده است.<sup>۳</sup> به‌عنوان مثال، یکی از

۱. پیوند حقوق و اقتصاد نمونه‌ای از یک حرکت موفق در حوزه مطالعات میان‌رشته‌ای است که شامل دو گرایش یا دو رویکرد پژوهشی حقوق اقتصادی و تحلیل اقتصادی حقوق می‌شود. حقوق اقتصادی از پیشینه بیشتری برخوردار است و جنبه عام‌تر و سنتی‌تر دارد و اغلب به بررسی ساختار حقوقی سازمان‌ها، نهادها، تشکیلات و مسائل اقتصادی مربوط می‌شود. اما تحلیل اقتصادی حقوق که تقریباً از دهه ۱۹۶۰ به بعد را شامل می‌شود، تحلیل و بررسی موضوعات حقوقی با کمک ابزارها، نظریه‌ها و فنون اقتصادی است. تفاوت اصلی بین رویکرد قدیم و جدید حقوق و اقتصاد مربوط به جنس مطالعات آنهاست. رویکرد قدیم به‌دنبال بررسی تعاملات حقوق و اقتصاد است (به‌عنوان یک عنصر مهم و اساسی در نظریه‌پردازی اقتصادی)؛ حال آنکه رویکرد جدید به‌دنبال اعمال نظریه اقتصادی جهت بررسی رفتار افراد در فضای حقوق است. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲)، تحلیل اقتصادی حقوق، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۲.

2. Friedman

۳. از اواخر ۱۹۷۰ نگرش اقتصادی به حقوق از جانب نهادگرایان، فیلسوفان حقوق (دورکین) و اندیشمندان مطالعات حقوقی (هرویتز و کندی) و حقوقدانان دانشگاه یل (کالابرسی و کرنمان) مورد انتقاد بسیاری واقع شد (مکای، ۲۰۰۰، ص ۷۱).

مهم‌ترین نقدهای وارد آن است که نگرش اقتصادی به مسائل حقوقی، رفاه و سعادت افراد را تنها هنگامی مهم می‌داند که به افزایش رفاه و سعادت جامعه منجر شود (نگاه تکثرگرا دارد) و معتقد است حتی به منظور افزایش کارایی اجتماعی می‌توان برخی از حقوق گروه اقلیت را زیر پا گذاشت<sup>۱</sup> که این امر برخلاف عدالت و اخلاق خواهد بود (دورکین، ۱۹۹۴، ص ۳۱۴).

امروزه پیشرفت روزافزون جوامع بشری و مواجهه انسان با موضوعات جدید از یک‌سوی و دخالت اقتصاد در حوزه‌های مختلف و تأثیر انکارناپذیر آن بر عملکرد و حقوق افراد از سوی دیگر، ما را بر آن داشت تا آثار به‌کارگیری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، که کارایی را به‌عنوان پارامتر اصلی قواعد حقوقی بیان می‌کند، را در امر قانون‌گذاری و تدوین قوانین مورد شناسایی قرار داده و بررسی نماییم که آیا تحلیل قواعد حقوقی مبتنی بر نگرش اقتصادی با عدالت که به‌عنوان مهم‌ترین مبنای حقوق و قواعد حقوقی معرفی شده در تقابل است یا خیر؟ آیا معیار قرار دادن رفاه و سعادت جامعه (اکثریت) به منظور افزایش کارایی، برخلاف عدالت است؟ تحلیل اقتصادی حقوق در امر قانون‌گذاری چه جایگاهی دارد؟ به منظور دستیابی به پاسخ این پرسش‌ها، ابتدا به شناخت نگرش تحلیل اقتصادی و شیوه عملکرد آن خواهیم پرداخت و سپس به منظور بررسی نقد وارده، مفهوم عدالت را مورد بررسی قرار داده تا در نهایت با تطبیق عملکرد و کارکردهای این نگرش با مفهوم عدالت به پاسخی برای رفع ابهامات و پرسش‌های یادشده دست یابیم.

## ۱. تحلیل اقتصادی حقوق و مفاهیم کاربردی آن

«تحلیل اقتصادی حقوق» یکی از مهم‌ترین سنتزهای ناشی از ورود علم اقتصاد به دیگر علوم بوده است که حاصل پیوند میان حقوق و اقتصاد محسوب می‌شود. این رویکرد که تقریباً از دهه ۱۹۶۰ به بعد را شامل می‌شود، شیوه نوینی از تحقیق برای دستیابی به قوانین مطلوب است که با

---

- نگرش اقتصادی به حقوق که روابط حقوقی و اجتماعی را به صورت مکانیکی و سودجویانه مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد و حقوق را به نتایج به دست آمده از فرمول‌های ریاضی، نمودارها تنزل می‌دهد و این درحالی است که به دلیل کیفی بودن ماهیت حقوق نمی‌توان آن را به صورت داده‌های کمی و آماری درآورد (لندز و پوزنر، ۱۹۸۷، ص ۱۰).

- در نگرش اقتصادی به حقوق مرکز ثقل نظریه حقوقی تغییر پیدا کرده است و مفهوم عدالت نیز با مفاهیم مرسوم آن فرق می‌کند و عملی عادلانه محسوب می‌شود که بهره‌وری اقتصادی داشته باشد و درآمد را افزایش دهد که این نوع نگرش به حقوق منجر به پیامدگرایی می‌شود (strowel, 1992) به نقل از بادینی (۱۳۸۲).

۱. به بیانی ساده‌تر ایراد آن است که در مقام وضع یا اصلاح قوانین براساس رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، توجه و تمرکز بر منافع و رفاه اکثریت افراد جامعه (مخاطبان آن قانون) است. به‌طورمثال، اگر مخاطب یک قانون در یک جامعه یکصد نفر باشند و تغییر این قانون منجر به نفع ۸۰ نفر شود؛ اما ۲۰ نفر را نیز از برخی حقوقشان محروم نماید و یا حقوقشان را محدود کند و میزان منافع ۸۰ نفر نسبت به هزینه ۲۰ نفر بسیار بیشتر باشد، این حق را باید برای قانونگذار قائل شد که نسبت به تغییر قانون اقدام نماید.

به‌کارگیری نظریه‌ها و تئوری‌های علم اقتصاد (اساساً اقتصاد خرد)، به‌عنوان مبنای قواعد حقوقی به تحلیل و ارزیابی این قواعد و در صورت لزوم اصلاح آن‌ها می‌پردازند (بادینی، ۱۳۸۲، ص ۹۸). این نگرش نوین براساس نگاه واقع‌گرایان به حقوق ایجاد شده و ریشه در آموزه‌های جریان فکری واقع‌گرایی داشته و بر مفاهیمی چون «تبادل»، «انسان اقتصادی» و «کارایی» تکیه دارد. بدین‌نحوه، تبیین و پیش‌بینی رفتار کنشگران حقوقی (مخاطبین قواعد حقوقی) مبتنی بر فرض انسان اقتصادی و ارزیابی و سنجش مطلوبیت قواعد و قوانین یا نهادهای حقوقی بر پایه هدف کارایی صورت می‌گیرد.

### ۱-۱. تعادل

در نظام بازار، قیمت‌ها و تولید کالاها و خدمات به یکدیگر وابسته‌اند و تغییر در قیمت یک کالا می‌تواند بر قیمت کالاهای دیگر نیز مؤثر باشد (مانند تأثیر قیمت گوشت سفید بر گوشت قرمز یا تأثیر نوسان قیمت خوراک دام در قیمت گوشت). بنابراین محاسبه قیمت یک کالا مستلزم تحلیلی است که در آن کالاهای دیگر نیز در نظر گرفته شود که این تحلیل با استفاده از مفهوم تعادل انجام می‌شود. پژوهشگران حقوق و اقتصاد معتقدند تعادل فقط به فعالیت‌های بازاری محدود نبوده و این مفهوم در زمینه‌ها و فعالیت‌های غیر بازاری نیز کاربرد دارد. بنابراین، نباید تصور کرد تعادل را فقط می‌توان در بازارهای بیرونی و ملموس مانند بورس اوراق بهادار مشاهده کرد؛ بلکه در بازارهای پنهان مانند بازار اعمال مجرمانه و بازار ازدواج نیز مفهوم تعادل به‌راحتی قابل مشاهده است. بکر معتقد است این بازارها از نگاه حقوق و اقتصاد بیش از استعاره و تشبیه می‌باشند: به‌عنوان مثال، اگر قیمت اعمال مجرمانه در اثر نظام حقوقی کیفری شدید بالا رود، در نتیجه تقاضا برای انجام اعمال نیز نزول می‌کند (ذوقی، ۱۳۹۵، ص ۵۱).

### ۱-۲. عقلانیت اقتصادی (انسان اقتصادی)

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های رویکرد اقتصادی به حقوق، این است که کنشگران عرصه نظام حقوقی چگونه عمل می‌کنند و چگونه به دستورالعمل‌ها و اوامر قانونی واکنش نشان می‌دهند و در صورت تغییر این قواعد، چگونه تغییر رفتار داده و خود را تطبیق می‌دهند (کوروبکین و اولن، ۲۰۰۰<sup>۱</sup>، ص ۵۵). پیش‌فرض مورد انتظار در این خصوص، پیش‌فرض انسان اقتصادی یا همان نظریه «انتخاب عقلانی» است. منظور از عقلانی بودن انتخاب‌ها این است که کنشگران، منافع و هزینه‌های هر گزینه را منظور و

1. Korobkin & Ulen

براساس آنها تصمیم‌گیری می‌کنند (کوتر و یولن، ۱۳۸۸، ص ۸۱). به بیانی ساده‌تر، انسان‌ها بیشتر را بر کمتر ترجیح می‌دهند و به دنبال دستیابی به حداکثر نفع خالص در چارچوب ترجیحات خود هستند. در واقع، براساس این دیدگاه شخص مجموعه نفع و ضررهای حاصل از یک اقدام را ارزیابی می‌کند و به‌عنوان یک محاسبه‌گر با توجه به نتایج حاصله، اقدام به انتخاب گزینه برتر می‌نماید. بر مبنای این پیش‌فرض اشخاص در مقابل تحولات اجتماعی و تغییرات قوانین نیز دست به تحلیل هزینه فایده زده و با بررسی جوانب امر و منافع و هزینه‌های هر گزینه تصمیم می‌گیرند.<sup>۱</sup> از این‌رو انتظار بر آن است قانونگذار نیز در تدوین یا اصلاح قوانین باید هزینه‌ها و منافع هریک از راهکارهای پیشنهادی و اصلاحی موجود و نحوه عکس‌العمل افراد به آنها را بررسی و سرانجام پس از اقدام به تحلیل هزینه-فایده هریک از راهکارها و نتایج آنها اقدام به انتخاب گزینه برتر و کارآمد کند. این مفهوم و پیش‌فرض (عقلانیت اقتصادی) از جهاتی بسیاری موردنقد واقع شده است؛<sup>۲</sup> اما با وجود همه انتقادات، مدافعان تحلیل اقتصادی معتقدند که انسان اقتصادی هنوز جایگاه بالایی را در ادبیات اقتصادی دارد و ضعف پیش‌فرض انسان اقتصادی به‌کارگیری آن را منتفی نمی‌نماید (پوزنر،<sup>۳</sup> ۱۹۹۰، ص ۳۶۳).

### ۱-۳. کارایی

کارایی از مهم‌ترین محورهای موردتوجه صاحب‌نظران حقوق و اقتصاد است. این مفهوم اگرچه در آغاز عمدتاً به کارایی در تخصیص منابع محدود می‌شد، اما به تدریج به‌عنوان مفهومی بنیادی موردتوجه قرار گرفت که اساس بررسی و تحلیل‌های اقتصادی را تشکیل می‌دهد؛ به‌طوری‌که اندیشمندان عرصه تحلیل اقتصادی حقوق از آن به‌عنوان بهترین مفهوم اقتصادی یاد کرده که توانایی ارزیابی قواعد حقوقی را دارد و معتقدند که می‌توان با استفاده از آن دست به تغییرات

۱. امروزه با پیشرفت رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، این نگرش نوین در حوزه‌های مختلف حقوق ماهوی از جمله حوزه حقوق کیفری ورود نموده است. به‌کارگیری فرض انسان اقتصادی در رابطه با رفتار مجرمانه نخستین بار توسط اقتصاددانی به نام «گری بکر» صورت گرفت. به عقیده وی مجرم نیز مانند دیگر افراد به‌گونه‌ای عمل می‌کند که مطلوبیت خود را افزایش دهد و زمانی مرتکب جرم خواهد شد که مطلوبیت مورد انتظار ناشی از ارتکاب جرم، مثبت باشد؛ یعنی منافع موردانتظار از عمل مجرمانه، بیشتر از هزینه‌های موردانتظار آن باشد و اگر این تابع منفی باشد، یعنی هزینه‌های مورد انتظار بیش از سود مورد انتظار باشد، دست به ارتکاب جرم نخواهد زد. در نتیجه، همان‌گونه که با تغییر قیمت، انتخاب مصرف‌کننده و رفتار وی تغییر می‌کند با تغییر قانون و نظام پاداش‌ها و کیفرها، انتخاب کنشگر حقوقی و رفتار وی نیز تغییر خواهد کرد. این رویکرد موجب این تفکر شد که با تغییر هزینه‌ها و فواید ناشی از یک انتخاب (عمل مجرمانه)، که در نگرش آنها بیشتر بر شدت و قطعیت مجازات تأکید می‌شود، می‌توان انتخاب فرد و در نتیجه رفتار او را تغییر داد (نعمی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۰).

۲. برخی معتقدند انسان‌ها در جهت بقا و ارضای ترجیحات خود به نحو بهینه رفتار نمی‌کنند و قادر به انجام محاسبات لازم برای انتخاب بهینه نیستند (سیمون، ۱۹۹۳، ۱۵۶).

آگاهانه در حوزه حقوقی زد. کارایی بیان‌کننده حالتی است که مجموع فواید فردی حاصل از انجام عملی خاص، بیشتر از هزینه‌های آن باشد. به عبارتی وضعیتی که در آن، از یک سو می‌توان بیشترین فایده را کسب نمود و از سوی دیگر، نتوان با توجه به شرایط موجود میزان نفع را افزایش یا هزینه‌ها را کاهش داد و ملاک اصلی در آن (کارا بودن یک عمل)، توجه به نفع و ضرر آحاد افراد جامعه (اجتماع افراد شکل‌دهنده یک مجموعه) است. اما مسئله این است که با توجه به یکسان نبودن سلاقی اشخاص، چگونه می‌توان نفع و ضرر افراد مختلف را با یکدیگر مقایسه کرد؟ برای حل این موضوع مدل‌های علمی از سوی صاحب‌نظران اقتصادی مطرح شده است.

- کارایی پارتو: اصطلاح کارایی پارتو در زمینه تخصیص منابع اقتصادی به حالتی اطلاق می‌شود که در آن هیچ‌گونه تخصیص مجدد منابع (تغییر وضعیت کنونی تخصیص) بدون اضرار به دیگری امکان‌پذیر نباشد (وایت، ۲۰۰۹<sup>۱</sup>، ص ۲۴۳). براساس این، قانونی از لحاظ کارایی اقتصادی موجه است که یا مطلوبیت همگان را بالا ببرد یا اگر مطلوبیت گروهی را بالا می‌برد، رفاه کسی را کاهش ندهد<sup>۲</sup>. این معیار طرفداران بسیار زیادی دارد و علت آن نیز این امر است که از یک سو از لحاظ اخلاقی جذاب است و در واقع، پاسخی است به کسانی که اقتصاددانان را متهم به بی‌توجهی به اصول اخلاقی می‌کنند.

- کارایی کالدور هیکس: براساس معیار کالدور هیکس قاعده‌ای کارا محسوب می‌شود که منتفعان از قاعده بتوانند ضرر زیان‌دیدگان از قاعده را، به‌طور فرضی، جبران کرده و وضعیت بهتری را برای آنها ایجاد کنند و این امر با معیار پارتو از این جهت تفاوت دارد که معیار پارتو، جبران ضرر واقعی و عملی را پذیرفته است (کووتر و اولن، ۲۰۱۶<sup>۳</sup>، ص ۵۰). بنابراین، اگر تغییر یک قاعده حقوقی، سود و منفعتی بیشتر از زیان برخی بخش‌ها و گروه‌های اجتماعی به‌دنبال داشته باشد، از نظر اقتصادی مطلوب محسوب می‌شود.

- نظریه حداکثرسازی ثروت پازنر: براساس این نظریه، کارایی زمانی محقق می‌شود که یک معامله یا برخی تغییرات دیگر در استفاده یا مالکیت منابع، سبب افزایش ثروت اجتماعی شود

1. White

۲. گفتنی است بهبود پارتویی و بهینه پارتویی، کارکردهای مفهومی متفاوتی دارند. برای اینکه یک توزیع یا تخصیص، به‌عنوان بهبود پارتویی شناخته شود نه تنها باید وضعیت حداقل یک نفر را بهبود بخشد، بلکه باید موجب بدتر شدن وضعیت هیچ‌کس نشود. از سوی دیگر، بهینه پارتو وضعیتی را توصیف می‌کند که در آن مطلوبیت افراد مربوطه به حداکثر خود رسیده و اگر از این وضعیت بخواهیم به سوی هر وضعیت دیگری حرکت کنیم، وضعیت حداقل یک نفر بدتر خواهد شد. متفکران تحلیل اقتصادی حقوق، اصطلاح کارایی پارتو را در هر دو معنا به کار می‌برند؛ اما از آنجایی که حالت بهینه پارتو معمولاً نادر است، وقتی اقتصاددانان از کارایی پارتو سخن می‌گویند، منظورشان بیشتر وضعیتی است که در آن بهبود پارتو امکان‌پذیر است.

3. Cooter & Ulen

(انصاری، ۱۳۹۰، ص ۴۰). در نظر پازنر، ثروت در صورتی افزایش خواهد یافت که منابع و امتیازات در اختیار اشخاصی قرار گیرد که برای آن بیشترین ارزش را قائل هستند و حاضرند برای کسب نمودن آن بیشترین مبلغ را پرداخت کنند (پوزنر، ۱۹۹۹، ص ۱۰۰).

اگرچه هریک از این معیارها ظرفیت مناسبی برای اصلاح قوانین و مقررات دارند، اما هیچ‌یک از آنها را نمی‌توان به‌تنهایی مبنای ارزیابی قوانین قرار داد. هریک از این معیارها از جهاتی موردانتقاد قرار گرفته‌اند؛ بدین‌نحوکه کمتر سیاستی را می‌توان یافت که باعث کاهش مطلوبیت هیچ‌کس نشود. در نتیجه کمتر می‌توان به حصول کارایی پارتو امیدوار بود؛ چون معمولاً هر قاعده حقوقی که موجب افزایش مطلوبیت و بهره‌وری کسی می‌شود، از سوی دیگر، از مطلوبیت دیگران خواهد کاست و مشخصاً در آرای قضایی این پدیده آشکار است. به نظر می‌رسد در موارد عدم امکان اجرای معیار پارتو، اصل جبران کالدور هیکس می‌تواند ابزار مناسب و جامع برای پوشش ابعاد مربوط به تخصیص و توزیع در قوانین باشد.

بنابراین، در جمع‌بندی می‌توان گفت تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از فن‌ها، تحلیل‌ها و ارزش‌های اقتصادی است برای توضیح روابط حقوقی و شناخت عکس‌العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی، و همچنین، شناسایی و معرفی قواعد حقوقی مفید و کارآمد که می‌تواند برای قانون‌گذار و قضات نقش راهنما را بازی کند. تمامی این تحلیل و بررسی‌های اقتصادی با تکیه بر عقلانیت اقتصادی (تحلیل هزینه فایده) و با توجه به تعادل به‌منظور دستیابی به حداکثر مطلوبیت (کارایی) صورت می‌گیرد.

## ۲. مفهوم عدالت

«عدالت» مفهومی است که بشر از آغاز تمدن خود شناخته و برای استقرار آن کوشیده است. این واژه در زبان فارسی در معانی قسط، انصاف، امری بین افراط و تفریط به‌کار برده شده است (دهخدا، ۱۳۷۳). عدالت از ارزش‌هایی است که در طول تاریخ افراد بسیاری خواهان برقراری آن بوده و اندیشمندان متعددی در حوزه‌های معرفتی گوناگون، از زاویه دید خویش به آن نگریسته و تعاریف متفاوتی را برای آن بیان نموده‌اند.

### ۲-۱. عدالت از دیدگاه‌های اندیشمندان اسلامی و غربی

در دیدگاه اسلامی، جهان براساس عدالت استوار است و هر چیز در جایگاه واقعی خود جای گرفته و وظیفه اصلی خویش را انجام می‌دهد. برای عدالت در علم فقه و اندیشه فقهای اسلامی



تفاسیر متنوعی ارائه شده است؛ اما مهم‌ترین تفسیر از این واژه «اعطا کردن حق هر صاحب حقی» یا «قرار دادن هر چیزی در موضع و جایگاه خود» است (مطهری، ۱۳۵۴، ص ۱۱۱). در علم کلام عدالت مربوط به رابطه خالق و مخلوق بوده و بدین معناست که «خداوند متعال هرگز حتی به اندازه ذره‌ای ناچیز عمل ناپسندی مرتکب نمی‌شود» (نسا، ۴۰). در این علم «عدالت» بخشی از عدالت الهی است که در سه قالب تکوینی، تشریحی و جزایی از سوی پروردگار جریان می‌یابد<sup>۱</sup>. دقت در نظرات فقهی بیان‌کننده این امر است که شناخت عدالت متوقف بر شناخت حق بوده و رابطه بین عدالت و حق رابطه عینی است؛ عدالت چیزی نیست جز اینکه حق هرکسی به او داده شود. براساس این، مفهوم «حق» و «عدل» از یکدیگر تفکیک‌ناپذیر است و عدالت زمانی محقق می‌شود که تضییع یا محدودیتی بر حقوق افراد ایجاد نشود و حق هر فردی به صاحب آن اعطا شود.

در محافل علمی غرب نیز همانند مکاتب اسلامی درباره عدالت بحث‌های زیادی صورت گرفته است و اهم نظریات عدالت در سه گروه کلی آزادی‌گرایان، مطلوبیت‌گرایان و جامعه‌گرایان تبیین شده است. آزادی‌گرایان با اولویت بخشیدن به فرد و مقدم دانستن آن نسبت به جامعه، نظر به حاکمیت حق داشته و حقوق فردی را به‌عنوان دلیل حاکم یا مرجع عملی در نظر گرفته‌اند که بر منافع جمعی اولویت دارد. نوزیک به‌عنوان یکی از مدافعان این دیدگاه معتقد بود در هر شرایطی حق فرد باید محفوظ بماند و هویت فردی او محترم شمرده شود. به عقیده وی محدود کردن آزادی دیگران و تجاوز به حقوق افراد ناپسند است و هرکس حق دارد از ثمره کار خود برخوردار شود (موحد، ۱۳۸۱، ص ۳۲۹؛ کلی، ۱۳۸۲، ص ۶۰۲).

رالز، به‌عنوان دیگر مدافع این دیدگاه، عدالت را نخستین فضیلت نهادهای اجتماعی می‌داند و معتقد بود هر قانون یا نهادی فارغ از آنکه چقدر کارآمد و سامان یافته باشد، اگر ناعادلانه باشد، باید اصلاح یا کنار گذاشته شود؛ زیرا هر شخص از حرمت و مصونیتی بر پایه عدالت برخوردار است که حتی رفاه و بهروزی جامعه به‌مثابه یک کل نیز نمی‌تواند آن را تحت‌الشعاع قرار دهد و تنها چیزی که به ما اجازه می‌دهد یک بی‌عدالتی را تحمل کنیم، پرهیز از بی‌عدالتی بزرگ‌تر است

۱. در عدالت تکوینی، اعطای وجود به فراخور استعداد و ظرفیت افراد و بدون هیچ‌گونه تبعیضی معنا می‌شود. درواقع، خداوند متعال به هر یک از مخلوقات خویش، به‌اندازه ظرفیت وجودی آن، افاضه و آنها را به قدر قابلیت و استعدادشان از کمالات بهره‌مند می‌کند (پژوهشکده تحقیقات اسلام، ۱۳۸۶، ۳۳۶). مقصود از عدالت تشریحی آن است که خداوند متعال هر یک از موجودات را براساس قدرت و استعدادش مخاطب تکلیفی قرار داده است که نتیجه آن دستیابی به سعادت دنیا و آخرت می‌باشد (مصباح یزدی، ۱۳۷۴، ص ۱۹۴). در عدالت جزایی یا مجازاتی، خداوند در مقام پاداش و کیفر بندگان خود، جزای هر انسانی را متناسب با اعمالش مقرر می‌کند و در مقابل اعمال نیک نیکوکاران، آنان را پاداش می‌دهد و بدکاران را به سبب کارهای زشت، کیفر می‌دهد (طبرسی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۴۰).

(رالز، ۱۳۸۷، ص ۳۲). بنابراین، عدالت عبارت است از حذف بی‌وجه و ایجاد تعادلی واقعی میان خواسته‌های متعارض انسان‌ها، در یک ساختار نهاد اجتماعی (رالز، ۱۳۷۶، ص ۸۲).

در نقطه مقابل آزادی‌گرایان، جامعه‌گرایان قرار گرفته‌اند که در نظریات خود به دفاع هنجاری از ایده تقدم مصلحت پرداخته و ملاحظات مربوط به منافع عمومی جامعه را سزاوار توجه بیشتری می‌دانند و با انتقاد از فردگرایی انتزاعی طرفداران نظریه حاکمیت حق، بر خصلت اجتماعی انسان‌ها تأکید دارند. والزر، از اندیشمندان برجسته این نگرش، در بحث از عدالت از دو نوع برابری ساده و پیچیده سخن به میان می‌آورد<sup>۱</sup> و معتقد است هدف باید از برابری ساده و نفی انحصار به برابری پیچیده و نفی سلطه تغییر یابد. در نظر او جامعه عادلانه آن نیست که درون هر یک از قلمروهای عدالت برابری ساده حاکم باشد؛ بلکه جامعه عادل یعنی تحقق برابری پیچیده، یعنی نبود موهبت مسلط (والزر، ۱۳۸۹، ص ۴۶).

مطلوبیت‌گرایان نیز دیدگاهی نزدیک به جامعه‌گرایان را برگزیده و امری را عادلانه می‌دانند که در جهت بیشینه کردن متوسط فایده و کمینه کردن متوسط زیان برای کل جامعه باشد. از دیدگاه مدافعان این نگرش خیر، مقدم بر حق بوده و همان‌طور که اصل در انتخاب فردی، دستیابی به بیشترین نفع شخصی است، اصل در انتخاب اجتماعی نیز تحقق بیشترین نفع برای بیشترین اعضای جامعه است. پس به‌طور طبیعی هرگاه نهادهای اجتماعی به طریقی مرتب شوند که بیشترین مطلوبیت را در سطح جامعه محقق کنند، عدالت اجتماعی محقق شده است (کاپلستون، ۱۳۶۲، ص ۲۷).<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد هر یک از اندیشمندان و نظریه‌پردازان با توجه به حوزه مورد مطالعه خود اعم از اقتصاد، فلسفه، جامعه‌شناسی، حقوق و اخلاق، برداشت خود را ارائه و تعریفی را برای عدالت بیان کرده‌اند و از طرفی در تعاریف خود متأثر از اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی زمان خود نیز بوده‌اند. همین موضوع نیز سبب شده دو رویکرد و نگاه آزادی‌گرا (اصالت فردی) و جامعه‌گرا (اصالت اجتماعی) به موضوع عدالت شکل گیرد. اما سؤال اینجاست اگر هدف حقوق عدالت است، عدالت حقوقی متمایل به کدام یک از دو رویکرد فردی یا جمعی است.

۱. برابری ساده به آن نوع عدالت اطلاق می‌شود که مواهب اجتماعی به روشی مساوی بین اعضای جامعه تقسیم شود. در مقابل برابری پیچیده یعنی اینکه هر نفع و خیری مطابق معنا و تفسیر اجتماعی خودش تقسیم و توزیع شود.

۲. اگرچه دیدگاه مطلوبیت‌گرا یک دیدگاه واقع‌گرایانه است و مطلوب‌گرایان آشکارا بر تقدم مصلحت اجتماعی تأکید ندارند، اما بررسی نظرات مدافعان این مکتب همچون هابز، هیوم، بنتام و پازنر نشان می‌دهد امری عادلانه است که در جهت بیشینه کردن متوسط فایده و کمینه کردن متوسط زیان برای کل جامعه باشد. بنتام عقیده دارد هدف قانون‌گذار باید این باشد که حداکثر خوشی و آسایش را برای حداکثر افراد تأمین نماید.

## ۲-۲. رویکردهای نظری به حل تعارض حقوق فردی و مصالح جمعی

حق با گوهر ذاتی حیات انسانی در ارتباط است و امری است حداقلی، که بخشی کمینه از سرزمین عدالت را درنوردیده و تنها پاره‌ای از اقتضائات عدالت در روابط بین انسانی را مطرح می‌کند. در مقابل مصلحت، وسیله حفاظت از اصل حیات اجتماعی بوده و بر این مبنا، هویتی جمع‌گرایانه دارد و به همین دلیل، مصلحت نیز همچون حق، امری حداقلی است و تمامی لوازم عدالت در زندگی جمعی را تأمین و برآورده نمی‌کند. بنابراین، حق و مصلحت هریک به طریقی بخشی از عدالت را در روابط انسانی مطرح نموده و بر این مبنا، ادامه حیات انسانی بدون تأمین و تضمین آنها اساساً میسر نخواهد بود (راسخ، ۱۳۸۸، ۳۸۳). با توجه به اهمیت نهاد حق برای حفاظت از کیان فردی و نهاد مصلحت برای پاسداری از کیان جمعی، بروز حدی از تنش و تعارض میان این دو ارزش اجتماع امری قطعی است و حتی به تعبیر برخی «ذاتی حیات جمعی انسان» می‌باشد (لاگلین، ۱۳۸۸، ص ۲۱). نظام‌های فکری شیوه‌ای را برای حل تعارضات احتمالی موجود میان حقوق و آزادی‌های شهروندان و منافع و مصالح جامعه ارائه نکرده‌اند؛ اما مکاتب فکری مختلف، با اتخاذ مواضعی بیش و کم متفاوت درباره نسبت میان حق و مصلحت، راهکارهای نظری گوناگونی را برای مدیریت تعارض ارائه نموده‌اند.

## ۲-۲-۱. نظریه اصالت فرد و انتقادات وارد بر آن

براساس نظریه حقوق فردی، هدف قواعد حقوقی آزادی و آسایش برای فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی است و حمایت از منافع فردی و اجتماعی به وسیله اجرای حقوق فردی میسر می‌شود و وظیفه قانون هماهنگ کردن آزادی‌های افراد است؛ به نحوی که هر فرد بتواند از آزادی خود استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۵۵). به اعتقاد مدافعان این نظریه هدف اصلی اقدامات حکومتی حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان است. اگرچه مبانی این مکتب از لحاظ تأمین آزادی فردی مفید و جالب است و مانع از تجاوز دولت‌ها به حقوق اشخاص می‌شود، اما ترجیح بی‌قید و شرط حقوق فردی بر مصالح جمعی، در تمامی شرایط، انتخاب درستی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اجتماع از گروهی اشخاص آزاد و مستقل تشکیل نشده است و نیازمندی‌های اعضای اجتماع به یکدیگر سرنوشت انسان‌ها را مربوط به هم کرده است که ناگزیر باید در کنار حیات فردی، زندگی جمعی را نیز برای دیگران شناخت و اعتراف کرد که این زندگی مشترک نیازمندی‌ها و ضرورت‌های ویژه‌ای دارد که آزادی فردی

۱. البته گفتنی است برخی طرفداران آزادی فردی خود به این امر آگاه بوده و از مفهوم نسبی بودن آزادی سخن رانده‌اند.

همیشه آن را تأمین نمی‌کند (مطهری، ۱۳۶۹، ص ۳۳۱). در واقع، اگر بنا بر این باشد که هرکس در استفاده و به‌کارگیری حقوق خود آزادانه و بدون توجه به ضرورت‌های اجتماعی رفتار نماید، هرج و مرج و بی‌نظمی در جامعه حاکم خواهد شد.

## ۲-۲-۲. نظریه اصالت اجتماع و انتقادات وارد بر آن

بر اساس تفکر اصالت اجتماع، حقوق محصول زندگی اجتماعی برای برقراری نظم و عدالت در جوامع است و آزادی فرد تا جایی محترم است که با منافع جمعی تزاخم پیدا نکند. پیروان این نظریه حقوق را محصول زندگی اجتماعی افراد می‌دانند و معتقدند به علت حفظ نظم و عدالت در روابط اجتماعی است که وجود این قواعد ضرورت پیدا می‌کند. در نظر ایشان تأمین آزادی فرد همیشه به سود اجتماع تمام نمی‌شود؛ زیرا در غالب موارد حفظ منافع جمع با محدود کردن آزادی فردی همراهی دارد و برخلاف آنچه که طرفداران حقوق فردی ادعا می‌کنند، از دیدگاه اجتماعی، فرد هیچ حق مطلق در برابر منافع عموم ندارد. زندگی با دیگران یک سلسله تکالیف گوناگون را برای افراد به وجود آورده است و آزادی آنها چه در زمینه‌های سیاسی و اقتصادی و چه در قراردادهای تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۵۰). اگرچه این نظریه از حیث تعدیل افکار تند و مبالغه‌آمیز طرفداران آزادی فردی بسیار مفید است و از لحاظ نظری ترجیح حقوق جمعی بر امتیازهای فردی معقول و عادلانه به نظر می‌رسد، اما نباید فراموش کرد که قدرت بی‌انتهای دولت و ناچیز شمردن حقوق فردی نیز خطرناک و زیان‌آور است؛ زیرا ممکن است به بهانه حفظ حقوق عمومی و مصلحت آزادی‌های فردی از بین ببرد.

بنابراین، هدف قواعد حقوقی نه می‌تواند تضمین حقوق و آزادی‌های فردی باشد نه به‌طور مطلق پیشرفت اجتماع؛ از این رو باید میان ادعاهای فردی و مطالبات جمعی تعادل و توازن برقرار باشد. امروزه ایده توازن در قوانین اساسی اغلب کشورها ورود نموده و به عقیده برخی از اندیشمندان، شیوه صحیح داوری درباره تعارض حقوق فردی و منافع جمعی را عرضه می‌کند. از این شیوه در بسیاری از دادگاه‌های قانون اساسی در سراسر جهان از جمله اروپا، کانادا، هند و بسیاری از کشورهای دیگر نیز بهره برده می‌شود. در جامعه اروپا، رابرت الکسی، مشهورترین مدافع مدل توازن<sup>۱</sup> است. وی بر این عقیده است هم حقوق فردی و هم منافع جمعی می‌توانند موضوع اصولی باشند که آن اصول، «الزامات به حداکثرسانی» بوده و بیان‌کننده آن هستند که

1. balance Mode

منافع موردحمایت باید با توجه به امکانات قانونی و عملی، تا بیشترین حد امکان، تأمین و تضمین شوند (الکسی،<sup>۱</sup> ۲۰۰۲، ص ۵۰).

بر مبنای این نظریه در تصمیم‌گیری پیرامون میزان اهمیت منافع در خطر، باید پیامدهای انتخاب هریک از منافع را در شرایط و اوضاع و احوال خاص آن بررسی نمود و تصمیم‌گیری را بر ارزیابی دقیق و همه‌جانبه تمامی ملاحظات مرتبط استوار کرد. در حقیقت تعادل را می‌توان به سه مرحله تجزیه کرد: در مرحله نخست، «میزان عدم تحقق یا آسیب وارده به یکی از اصول متعارض» تعیین می‌شود.<sup>۲</sup> این مرحله با مرحله دوم دنبال می‌شود که طی آن، «میزان اهمیت اعمال اصل متعارض دیگر» مشخص خواهد شد. در مرحله سوم و مرحله نهایی، این امر بررسی می‌شود که «آیا اهمیت اعمال اصل متعارض، عدم اعمال اصل اول متعارض یا آسیب وارده بدان را توجیه می‌کند یا خیر؟». باید به این نکته توجه کرد که مراحل اول و دوم از فرایند تعادل، هم‌تراز و همسنگ‌اند. هر دو مرحله، در بردارنده عملیات مربوط به تعیین میزان اهمیت اصول در خطر هستند (الکسی، ۲۰۰۲، ص ۵۰ به نقل از: بیات کمیته‌کی و بالوی، ۱۳۹۶).<sup>۳</sup>

اگرچه در گذشته تعلیق حقوق و آزادی‌های فردی پذیرفتنی نبوده است، اما امروزه این ایده که، حقوق افراد به هنگام ضرورت می‌تواند محدود شود، توسط بسیاری به‌عنوان واکنشی عقلایی پذیرفته شده است؛ تا آنجا که امکان محدود و مقید نمودن حقوق و آزادی‌های فردی، در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی و آمریکایی حقوق بشر نیز مورد توجه قرار گرفته و ضمن تأکید بر عناصر محدودکننده‌ای همچون حقوق و آزادی‌های دیگران، نظم عمومی و رفاه عامه ملحوظ شده است.<sup>۴</sup> در واقع، این واقعیت که انسان‌ها در طول تاریخ زندگی خود به‌گونه‌ای تحول و تطور یافته‌اند که رشد برخی از ویژگی‌های ایشان، مانند ذهن و زبان و رفع بیشتر نیازهای آنان، اعم از مادی، روانی و عقلی، بدون زیستن با یکدیگر

1. alexy

۲. طبق نظر الکسی، هنگامی که دو اصل در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، تحقق یکی با هزینه کردن دیگری امکان‌پذیر خواهد بود؛ از این رو ضروری است تا میان اصول متعارض، تعادل برقرار شود.

۳. برای نمونه، بند دوم ماده ۲۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین است: «هرکس در اجرای حقوق و استفاده از آزادی‌های خود، تنها تابع محدودیت‌هایی است که به‌وسیله قانون، منحصرأ به منظور تضمین شناسایی و مراعات حقوق و آزادی‌های دیگران، رعایت مقتضیات عادلانه اخلاق، نظم عمومی و رفاه همگانی در یک جامعه دموکراتیک وضع شده است». بند سوم این ماده، محدودیت دیگری را نیز به این ترتیب مطرح نموده است: «این حقوق و آزادی‌ها، در هیچ حال نباید طوری اعمال شوند که با مقاصد و اصول سازمان ملل متحد مغایرت داشته باشند».

ممکن نیست، موجب می‌شود تا بتوانیم به نحوی عقلانی برای مصلحت عمومی استدلال نموده و تأمین بخشی از اقتضانات عدالت را در گرو تضمین منافع جمعی به شمار آوریم.

مصلحت عمومی به مثابه منفعت جمعی حیات انسانی، از آن جهت، اهمیت و ارزش دارد که زندگی هیچ‌یک از افراد و اشخاص بدون وجود این وجه، قابل تداوم و استمرار نخواهد بود. بنابراین، ادامه حیات جمعی در بخشی مستلزم آن است که میان مطالبات گوناگون فردی و نیازهای ضروری اجتماعی تعادل و توازن برقرار شود؛ از این رو در راستای ایجاد یک نظام عادلانه، نه می‌توان وجوه جمعی حیات انسانی را به قیمت توجه به فرد نادیده گرفت و نه می‌توان فردیت انسان را در پای نفع جمع قربانی کرد. حق، لازمه حداقلی عدالت است و بدون آن اساساً شخصیتی از انسانی باقی نمی‌ماند تا به دیگر وجوه عدالت برسیم؛ ولی این امر بدان معنا نیست که وجه اجتماعی زندگی فرد و آن بخش از وجود او را به کلی کنار بگذاریم که در رابطه‌ای تنگاتنگ با منافع جمعی قرار دارد (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۱، ص ۱۲)؛ بلکه باید با تأمین شخصیت فردی (کیان فرد) و مدنظر قرار دادن مصلحت جمعی (کیان جمع) در پی ایجاد توازن میان نهاد حق و نهاد مصلحت بود. در نتیجه نگرشی عادلانه است که از آزادی برابر و فرصت‌های برابر دفاع می‌کند و در همه حالات به حقوق و آزادی‌های افراد توجه دارد و صرفاً زمانی محدودیت‌هایی را بر این حقوق تحمیل می‌کند که نیازهای ضروری اجتماعی اقتضاء نماید، تا بتواند بدین طریق توازن و تعادل را میان حقوق افراد و اجتماع ایجاد نماید. پس نمی‌توان عدالت را یک مفهوم مطلق (متمایل به یک جهت اصالت فرد یا اصالت اجتماع) دانست بلکه این مفهوم امری نسبی است.

### ۳. جایگاه عدالت در نگرش تحلیل اقتصادی حقوق

نتایج حاصل از مفهوم عدالت (تعادل و توازن) و مطابقت آن با شیوه عملکرد نگرش تحلیل اقتصادی نشان می‌دهد ایراد منتقدان مبنی بر متفاوت بودن مفهوم عدالت در نگرش تحلیل اقتصادی از مفهوم مرسوم آن تعبیری ناصواب و ناشی از درک ناصحیح ایشان از مفهوم کارایی و عدالت بوده است؛ زیرا منتقدان رابطه بین عدالت و کارایی را تبیین می‌دانند. بدین نحو که عدالت معیار و سنجه‌ای برای دستیابی و تضمین حق و رعایت سزاواری‌های افراد و کارایی نیز به معنای دستیابی به ارزش‌های موردنظر از طریق عقلانی‌ترین مسیر و در پی حداکثرسازی ثروت کلی جامعه (ترجیح منفعت اکثریت بر اقلیت) است. این درحالی است که:

اولاً، عدالت امری نسبی است و برداشت یک‌جانبه از مفهوم عدالت و نگاهی صرفاً فردی یا جمعی به آن برداشت صحیحی نیست؛ زیرا ضرورت‌های اجتماعی و ادامه حیات جمعی اقتضاء

می‌نماید میان مطالبات گوناگون فردی و نیازهای اجتماعی تعادل و توازن برقرار شود و گاه بر حقوق و آزادی‌های فردی محدودیت‌هایی اعمال شود و اعمال این محدودیت‌ها، نه تنها بی‌عدالتی نیست؛ بلکه نیاز رسیدن به نظم می‌باشد که پیش‌زمینه و لازمه تحقق عدالت است.

ثانیاً، کارایی وضعیتی است که در آن، از یک‌سو می‌توان بیشترین فایده را کسب نمود و از سوی دیگر، نتوان با توجه به شرایط موجود میزان نفع را افزایش یا هزینه‌ها را کاهش داد و ملاک اصلی در تعیین کارا بودن یک عمل نیز توجه به نفع و ضرر افراد جامعه است که بر مبنای دو معیار کارایی پارتو و کالدورهی‌کس محقق می‌شود. در وضعیت نخست (پارتو) با استفاده از روش اقتصاد خرد، شیوه‌ای اتخاذ می‌شود که منفعت بیشتری کسب می‌شود، بدون اینکه حتی یک شخص زیان ببیند. بی‌تردید در این حالت بی‌عدالتی رخ نمی‌دهد؛ زیرا با اتخاذ سیاستی در وضعیت فرد یا افراد بهبود حاصل می‌شود.<sup>۱</sup> وضعیت دوم نیز (معیار کالدورهی‌کس) تغییر قواعد حقوقی را در صورت کسب مطلوبیت بیشتر برای اکثریت، حتی با اعمال محدودیت و زیان برای اقلیت مجاز دانسته است که به نظر می‌رسد موضع اصلی مورد ایراد منتقدان همین معیار کارایی باشد؛ زیرا به منظور تحقق منفعت اکثریت (مطلوبیت اجتماع) تضییع حقوق اقلیت (منافع و حقوق افراد) را مجاز دانسته است و دیدگاهی جامعه‌گرایانه دارد؛ غافل از آنکه، شرط این معیار آن است که مطلوبیت اخذ شده باید آنچنان گسترده باشد که با جبران خسارت اقلیت، همچنان سودمند باشد.

درواقع، با درج چنین شرطی در معیار کارآمدی کالدورهی‌کس، این معیار از چارچوب نظریه عدالت اجتماعی جامعه‌گرایان (مدافعان اصالت اجتماع) خارج می‌شود و به سمت توازن و تعادل سوق می‌یابد و این همان تعبیری است که از مفهوم عدالت (حل تعارض فردی و جمعی) ارائه شد. مصداق بارز این موضوع را می‌توان در سلب مالکیت مبتنی بر ماده واحده اصلاحی قانون «تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و یا قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها» مشاهده نمود که قانون‌گذار به منظور تحقق عدالت اجتماعی و حفظ حقوق اکثریت جامعه اقدام به اعمال محدودیت‌هایی برای مالکانی نمود که درصدد اجرای حقوق و آزادی‌های ناشی از حقوق مالکیت خود بوده‌اند تا نظم و عدالت در جامعه حاکم شود؛ اگرچه اعمال محدودیت در حقوق افراد را به همراه داشته است.

۱. در وضعیت پارتو دو فرض قابل تصور خواهد بود: نخست، نتیجه اتخاذ یک سیاست بهبود وضعیت مخاطبان آن خواهد بود بدون آنکه وضع یک نفر بدتر شود؛ دوم، درخصوص موضوعی، یک سیاست با سیاستی دیگر قرین است که در آن وضع ۱۰ نفر بهتر می‌شود؛ ولی وضع یک نفر بدتر نمی‌شود. هر دو سیاست بهینه پارتو هستند؛ اما یک نفر سود ببرد عادلانه است یا ۱۰ نفر؟ بدون شک اتخاذ سیاستی که موجب سود عده بیشتری از افراد است، بدون اینکه منجر به اضرار غیر باشد، بهینه‌تر و عادلانه‌تر است.

همچنین، ادعای دیگر منتقدان این جریان فکری مبنی بر اینکه «این نگرش به دنبال بهره‌وری اقتصادی و افزایش درآمد و ثروت است»، ریشه در فلسفه سودانگاری داشته و نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا منظور از حداکثرسازی نفع در نگرش تحلیل اقتصادی حقوق صرفاً نفع مادی و ثروت نیست، بلکه هرگونه افزایش مطلوبیت اعم از مادی یا معنوی در جهت تحقق هرچه بیشتر هدفی است که قواعد حقوقی موجود در آن حوزه، به دنبال دستیابی بدان بوده‌اند. در واقع، این رویکرد در صدد است با توجه به مفهوم تعادل<sup>۱</sup> و با به‌کارگیری روش تحلیل هزینه-فایده راهکار جدیدی ارائه نماید که بتواند با صرف هزینه کمتر (اعم از مادی یا معنوی) به همان نتیجه‌ای دست یابد که راهکار حقوقی موجود بدان دست یافته است یا با صرف همان هزینه‌های راهکار حقوقی، به نتایج مطلوب‌تری دست یابد و این همان امری است که از آن به‌عنوان کارایی یاد می‌شود.

بنابراین، باید بین تحلیل اقتصادی حقوق و تحلیل اقتصادی در علم اقتصاد تفکیک قائل شد و به موضوع این دو علم، یعنی حقوق و اقتصاد نیز توجه نمود؛ زیرا ما در موضوعات حقوقی به دنبال دستیابی به اهدافی هستیم که در اقتصاد با آنها روبه‌رو نیستیم. به‌طورمثال، در هریک از حقوق قراردادهای، حقوق خانواده، حقوق جزا و... هدفی خاصی دنبال می‌شود که با یکدیگر متفاوت می‌باشند و منظور از حداکثرسازی در هریک از این موارد، افزایش آن هدف و مطلوبیتی است که قانون‌گذار در صدد دستیابی بدان است. بنابراین، برداشت منتقدان از مفهوم حداکثرسازی در تحلیل اقتصادی حقوق، صحیح نبوده و ایشان باید میان حداکثرسازی در تحلیل اقتصادی حقوق به‌طور خاص و علم اقتصاد به‌طور عام تمایز قائل شوند؛ زیرا این رویکرد، هدفی غیر از اهدافی که قواعد حقوقی به دنبال آن هستند را دنبال نمی‌کند و صرفاً با استفاده از همان امکانات موجود و بهره‌گیری از روش عقلانیت اقتصادی (هزینه-فایده) در صدد دست یافتن به حداکثر عایدی و تمتع (اعم از مادی و معنوی) است.

به‌عنوان نمونه، یکی از موضوعات متأثر از نگرش تحلیل اقتصادی که به‌وضوح بیان‌کننده جایگاه عدالت در نگرش تحلیل اقتصادی حقوق می‌باشد، مسئله بطلان شروط غیرمنصفانه<sup>۲</sup> است. اگر صرفاً از زاویه دید مدافعان نظریه اصالت فرد به موضوع بنگریم، تدوین قانون برای جلوگیری از این شروط، اعمال نوعی محدودیت بر حقوق افراد (اصل آزادی قراردادی و حاکمیت

۱. توجه به تأثیرات تغییر قانون و راهکار پیشنهادی بر دیگر موارد مرتبط با موضوع مورد بررسی و تحلیل.  
 ۲. در واقع، شروط غیرمنصفانه شروط قراردادی هستند که نگاه‌های اقتصادی صاحب تخصص و دانش، با سوءاستفاده از نیاز و عدم تخصص مصرف‌کنندگان و همچنین، وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا تخصص خویش، در قراردادهای لحاظ نموده و شرایط غیرمنصفانه‌ای را به طرف ضعیف‌تر تحمیل می‌نمایند. این عدم تعادل قراردادی و نابرابری مربوط به شروط ناعادلانه و تحمیلی، که ریشه در توانایی و تخصص یکی از طرفین و سوءاستفاده او دارد، در دستورالعمل اروپایی نابرابری معنادار خوانده شده است.



اراده) بوده و ناعادلانه خواهد بود. این درحالی است که اگر با چنین شروطی مقابله نشود، شاهد آن خواهیم بود که در بازارهای انحصاری و غیررقابتی، با دستاویز قرار گرفتن اصل آزادی قراردادی، هر شرط ناعادلانه و غیرمنصفانه‌ای به مصرف‌کنندگان تحمیل خواهد شد. از سوی دیگر، قدرت‌های اقتصادی برتر به سمت تشکیل کارتل‌ها و ادغام شدن گام بر خواهند داشت و سرانجام، افزون بر تضییع حقوق مصرف‌کنندگان، ناکارآمدی ناشی از تنزل کیفیت محصول نیز بر ایشان تحمیل می‌شود<sup>۱</sup> که نتیجه آن در بلندمدت چیزی جز اغتشاش، بی‌نظمی، سوءاستفاده قوی‌ترها از ضعیف‌ترها و تضییع حقوق ذاتی و ابتدایی افراد نخواهد بود.

اقتصاددانان در این خصوص معتقدند عدالت ماهوی (تعادل در شرایط و محتوای قرارداد) و عدالت شکلی یا ابزاری (برابری در اوضاع و احوال که در آن قرارداد منعقد می‌شود) اصل آزادی قراردادی را تخصیص می‌زند و مانع اعتبار شروط غیرمنصفانه می‌شود (کوتر و اولن، ۲۰۱۶، ص ۳۹۱). از مصداق‌های بارز که بیان‌کننده توجه ضمنی قانون‌گذار به این رویکرد و پذیرش ضمنی آن است، «طرح اعمال مالیات برای خانه‌های خالی» می‌باشد که با هدف ساماندهی بازار مسکن در حقوق ایران اعمال شده است. درحقیقت، اگرچه اجبار مالکان به اجاره املاک خود و اعمال مالیات برای آنها در صورت امتناع، به نوعی دخالت در حقوق مالکانه افراد بوده و ناعادلانه جلوه می‌نماید، اما نباید فراموش شود که این طرح با هدف جلوگیری از سوءاستفاده مالکان و خروج بازار مسکن از دست دلالان و ایجاد رفاه برای مصرف‌کننده (مصلحت عامه افراد) تدوین شده است که به نوعی می‌توان آن را پرهیز از بی‌عدالتی بزرگ‌تر (سوءاستفاده اقویا) و ایجاد توازن و تعادل در اجتماع دانست.

بنابراین، باید پذیرفت که به منظور حفظ نظم و ایجاد عدالت (توازن و تعادل بین حقوق افراد و مصلحت اجتماع)، اعمال محدودیت بر حقوق و آزادی‌های افراد گاه امری اجتناب‌ناپذیر است و این امر بسیار نزدیک به تعبیر «برابری پیچیده» مایکل والزر و یا نظر جان رالز است که بیان می‌کند «تنها چیزی که به ما اجازه می‌دهد یک بی‌عدالتی را تحمل کنیم، پرهیز از بی‌عدالتی بزرگ‌تر است».

### نتیجه‌گیری

نتایج این پژوهش و بررسی مفهوم و جایگاه عدالت در تحلیل اقتصادی حقوق نشان می‌دهد برخلاف نقدهای وارد، این نگرش نوین به عدالت نظر داشته و ضمن مرکز توجه قرار دادن آن،

۱. مصداق بارز این مسئله در صنعت خودروسازی کشور ایران کاملاً مشهود است.

درصد ارائه راهکارهایی می‌باشد که نه تنها عادلانه باشد، بلکه نظم را نیز در جوامع بشری حفظ نماید؛ زیرا عدالت و نظم، دو هدف اصلی از وضع قواعد حقوق است که لازم و ملزوم یکدیگرند و بدون تحقق نظم دستیابی به عدالت ممکن نخواهد بود.

بررسی شیوه عملکرد این نگرش نوین (مبتنی بر عقلانیت اقتصادی و کارایی) و نتایج حاصل از به‌کارگیری آن در موضوعات حقوقی بیان‌کننده آن است که نقدهای وارد بر این نگرش تا حدودی به دلیل درک نادرست منتقدان از مفهوم کارایی و عدالت بوده است؛ زیرا برخلاف نظر منتقدان، عدالت امری نسبی است و ادامه حیات جمعی مستلزم آن است که میان مطالبات گوناگون فردی و نیازهای ضروری اجتماعی، تعادل و توازن برقرار شود و تحلیل شیوه عملکرد رویکرد تحلیل اقتصادی (بر مبنای کارایی پارتو و کالدور هیکس) نیز منطبق با مفهومی است که از عدالت (تعادل و توازن) ارائه شده است. به نظر می‌رسد در دستیابی به کارایی، معیار پارتو اصل و معیار کالدور هیکس استثناست، بدین توضیح که باید تلاش شود در درجه اول به وسیله اصل به قوانین کارآمد دست یافت و در صورت عدم امکان استفاده معیار اول استثنائاً می‌توان بر مبنای معیار دوم عمل نمود که نتیجه این امر نیز همان توازن و تعادلی خواهد بود که به‌عنوان مفهوم عدالت تبیین شد؛ زیرا اصول عدالت صرفاً دربرگیرنده برابری نیست، بلکه نابرابری‌ها را نیز به‌گونه‌ای ساماندهی می‌کند. در نتیجه می‌توان در مورد نسبت کارایی و عدالت با صراحت مدعی شد که کارایی شیوه‌ای برای تحقق عدالت در جامعه است.

امروزه به‌واسطه پیشرفت جوامع بشری شاهد شکل‌گیری موضوعات جدیدی هستیم که قانون‌گذاری در خصوص آنها تأثیر اقتصادی و اجتماعی بسیاری را به‌طور مستقیم و غیرمستقیم بر جامعه و حقوق افراد دارد؛ از این رو با توجه به اینکه در شرع مقدس در خصوص بسیاری از این موضوعات نظری بیان نشده است، چاره نداریم جز اینکه برای انتخاب راه‌حل‌های متعدد به تحلیل علمی اقتصادی روی آوریم و از علم اقتصاد به نفع ملموس‌تری بهره‌بریم. بنابراین، استفاده از نگرش تحلیل اقتصادی حقوق‌افق‌های جدیدی را برای تحول در حقوق و پیشبرد آن روی ما می‌گشاید که نباید از آن غافل شد؛ از این رو شایسته است از ظرفیت‌های این رویکرد در امر قانون‌گذاری و اصلاح قوانین به‌ویژه در حوزه‌های دارای جنبه اقتصادی بهره‌برد.

## منابع

۱. آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲)، «تحلیل اقتصادی حقوق»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۴(۲)، ص ۱-۱۷.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۶۲، ص ۹۱-۱۳۶.
۳. بیات کمیتکی، مهناز و مهدی بالوی (۱۳۹۶)، «روش حل تعارض حقوق فردی و منافع جمعی در رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۷۷، ص ۳۱۹-۳۴۴.
۴. پژوهشکده تحقیقات اسلامی (۱۳۸۶)، فرهنگ شیعه، چاپ دوم، قم: انتشارات زمزم هدایت.
۵. ذوقی، سعید (۱۳۹۵)، «آشنایی با مبانی تحلیل اقتصادی حقوق»، مجله گفتمان حقوقی، ۳۰، ص ۳۵-۶۲.
۶. راسخ، محمد (۱۳۸۸)، نظریه حق در حقوق بشر در جهان معاصر، تهران: انتشارات کمیسیون حقوق بشر اسلامی.
۷. راسخ، محمد و مهناز بیات کمیتکی (۱۳۹۱)، «حق و مصلحت در ترازوی عدالت»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۸، ص ۳۸۵-۴۲۶.
۸. رالز، جان (۱۳۸۷)، نظریه عدالت، ترجمه سید محمد کمال سروریان و مرتضی بحرانی، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۶)، عدالت و انصاف و تصمیم‌گیری عقلانی، ترجمه مصطفی ملکیان، نقد و نظر، ۱ (۲ و ۳)، ص ۸۰-۹۳.
۱۰. طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن (۱۳۸۱)، الاحتجاج، ترجمه آیت‌الله جعفری، تهران: انتشارات اسلامیه.
۱۱. کاپلستون، فردریک (۱۳۶۲)، تاریخ فلسفه، ترجمه سید جلال‌الدین مجتبیوی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگ.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
۱۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹)، کلیات حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱۵. کوتر، رابرت، و ویولن، تامس (۱۳۸۸)، حقوق و اقتصاد، ترجمه یدالله دادگر و حامد اخوان هزاوه، همدان: انتشارات نور علم.
۱۶. لاگلین، مارتین (۱۳۸۸)، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
۱۷. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۴)، آموزش عقائد، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۱۸. مطهری، مرتضی (۱۳۵۴)، سیری در نهج البلاغه، تهران: چاپخانه رودکی.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۹)، مقدمه‌ای بر جهان‌بینی اسلامی، جلد دوم، تهران: نشر صدرا.
۲۰. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت (از حقوق طبیعی تا حقوق بشر)، تهران: انتشارات کارنامه.
۲۱. نعیمی، سید مرتضی و محمد راسخ (۱۳۹۱)، «تیین و نقد انسان اقتصادی در رویکرد اقتصادی به حقوق»، دانشنامه حقوق اقتصادی، ۱۹(۲)، ص ۱۳۴-۱۶۸.
۲۲. والزر، مایکل (۱۳۸۹)، حوزه‌های عدالت در دفاع از کثرت‌گرایی و برابری، ترجمه صالح نجفی، تهران: نشر راهنما.
23. Alexy, R. (2002), A Theory of Constitutional Rights. (ed.) Julia Rivers, New York: Oxford University Press.
24. Cooter, Robert, & Ulen, Thomas, (2016), Law and Economic. 2nd edition, USA, Harper Collins publishers.
25. Dworkin, Ronald (1994), is wealth a value? 9 journal of legal studies. reprinted in foundations of the economic approach to law, by a very wiener kats.
26. Friedman, David (1987), Law and Economics. The New Palgrave: A Dictionary of Economics.
27. Korobkin, Russell. B and Ulen, Thomas.S. (2000), Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144 .
28. Lands.wiliam & posner Richard (1987), the economic structure of tort law. Harvard University Press.
29. Posner, A. Richard (1999), Consequentialism, In Introduction to the Philosophy of law, Readings & Cases, Problems of Jurisprudence. Oxford University Press.
30. Posner, A. Richard, (1990), The Problems of Jurisprudence. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
31. Simon, Herber A. (1993), Altruism and Economics. *The American Economic Review*, 83(2), 156-161.

32. White, Mark. D., (2009), *Theoretical Foundation of law and Economic*. Cambridge university press, first published.
33. Mackaay, Ejan (2000), *History of Law and Economics*. in: *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds), Cheltenham, UK, Edward Elgar.