

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۴ - شماره ۲۸ - پاییز ۱۴۰۱

صفحات ۱۵۷-۱۹۴ (مقاله پژوهشی)

## نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام

سیده فاطمه زبرجد\* / محمد علی خورسندیان\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۵

### چکیده

تحلیل اقتصادی حقوق، عنوان نظریه‌ای است که با استفاده از روش‌های تحلیلی علم اقتصاد به ارزیابی مقررات حقوقی پرداخته و عنداللزوم آنان را اصلاح می‌نماید. این دیدگاه با تلقی معیار کارآیی به عنوان مهم‌ترین هدف حقوق، خواستار آن است که تصمیمات حقوقی به نحوی اتخاذ شوند که بالاترین حد مطلوبیت اقتصادی ایجاد گردد. علیرغم پیشرفت چشمگیر نظریه در عرصه جهانی، بازخوانی نقدهای نوینی که در پارادایم معرفتی نظریه به آن وارد گردیده، امکان بهره‌گیری از جمیع دستاوردهای آن را در اسلام با تردید مواجه می‌سازد. هرچند در آثار برخی اندیشمندان مسلمان، تلاش‌هایی پیرامون اثبات نظریه بر مبنای مستقالات عقلی و قاعده مصلحت صورت پذیرفته، لیکن، مبانی مزبور کلیت آن را در تمامی مصادیق ثابت نمی‌نمایند. لذا، سؤال مهمی که همچنان بی پاسخ مانده، این است که آیا می‌توان مبنایی در فقه اسلامی یافت که نظریه را به نحو موجهه کلیه اثبات نماید؟ نوشتار حاضر که بر مبنای ضرورت فوق نگاشته شده، ضمن باور به عدم امکان ارائه چنین مبنایی در حقوق اسلام، برای نخستین بار نگرشی نوین به نظریه در پرتو قاعده نفی اختلال نظام ارائه می‌دهد. هرچند پذیرش امکان تحلیل اقتصادی هنجاری (اصلاح) احکام اسلام به منظور تحقق کارآیی اقتصادی در منافع خصوصی اشخاص به عنوان قاعده‌ای کلی، دشوار به نظر می‌رسد لیکن، اگر ناکارآمدی احکام اولیه یا ثانویه و یا فقدان حکم شرعی، منجر به اختلال در منافع خرده نظام اقتصادی در سطح کلان گردد، رفع احکام ناکارآمد و یا اثبات حکم به منظور حفظ منافع عمومی

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

\*\* دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)

جایز و بلکه ضروری تلقی می‌گردد؛ زیرا احکام حکومت، بر مبنای نفی اختلال در نظام اقتصادی، بر کلیه احکام اولیه و ثانویه حکومت دارد. تحلیل اقتصادی احکام اسلام برای حفظ کارایی در سطح کلان، صرفاً در صورت مغایرت احکام شرع با مصالح اقتصادی «حکومت» جایز است؛ همچنین مادام المصلحه و منوط به عدم تعارض با مصالح اقوی می‌باشد، لذا در قیاس با نظریه گستره محدودتری می‌یابد.

**کلیدواژه:** تحلیل اقتصادی حقوق، کارایی، نظام حقوقی اسلام، حکم حکومتی، نفی اختلال نظام.

## مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق، تحلیل قواعد حقوقی از دیدگاه اقتصادی است. این مکتب از فلسفه پیامدگرایی<sup>۱</sup> نشأت گرفته و نگرش حاکم بر آن، بکارگیری اصول اقتصادی بالأخص کارایی، در تصمیم سازی حقوقی است. از اواخر قرن بیستم میلادی، برخی از اساتید حقوق و اقتصاد دانشگاه شیکاگو و ییل، اصول حاکم بر اقتصاد خرد را به قواعد حقوقی سرایت دادند و این طرز نگرش که مبتنی بر ارزیابی کارایی اقتصادی قواعد مزبور است، به سرعت در نظام حقوقی آمریکا و سپس در سایر نظام‌های حقوقی سرمایه داری و شماری از کشورهای در حال توسعه گسترش یافت (بادینی، ۱۳۸۲: ۹۱). ریچارد پازنر<sup>۲</sup> از سردمداران تحلیل اقتصادی حقوق، گستره اقتصاد را فراتر از مطالعه تورم، بیکاری، چرخه تجاری و دیگر پدیده‌های رازگونه اقتصاد کلان که از مسائل روزمره نظام حقوقی به دور است، می‌داند. از دیدگاه وی، انسان همواره به دنبال حداکثرسازی منطقی دستیابی به اهداف و افزایش رضایتمندی خویش است که از آن به «نفع شخصی»<sup>۳</sup> فرد، تعبیر می‌گردد و گستره آن تمامی ابعاد زندگی (اعم از اقتصادی و غیر اقتصادی) را دربر می‌گیرد (posner, 1986: 3). تحلیل اقتصادی

---

1. Consequentialism  
2. Richard Posner  
3. Self-Interest

حقوق در دو سطح مطالعاتی اثباتی<sup>۱</sup> و هنجاری<sup>۲</sup> ارائه گردیده است. تحلیل اقتصادی اثباتی، نگاهی عمدتاً توصیفی داشته و ناظر به تفسیر رابطه حقوق و اقتصاد «چنان که هست» می باشد. در این تحلیل، سؤالاتی از این قبیل مطرح می گردند که جرمه‌های راهنمایی رانندگی به چه میزان در کاهش تخلفات رانندگی مؤثرند؟ یا نظام مسئولیت مدنی مطلق تا چه حد در کاهش ورود آسیب به غیر مؤثر است؟ در حالی که تحلیل اقتصادی هنجاری، با نگاهی عمدتاً دستوری، به حقوق «چنان که باید» می نگرند. در این تحلیل، هدف از مطالعه پدیده‌های حقوقی، اصلاح حقوق به منظور منطبق ساختن قواعد حقوقی ناکارآمد با معیار کارآیی اقتصادی می باشد و به سؤالاتی از این قبیل پاسخ می دهد که چه اصلاحاتی در قوانین مسئولیت مدنی یا قوانین مالکیت یا قراردادها باید اعمال گردد تا قوانین مزبور، حداکثر کارآیی را تأمین نمایند؟ (ابدالی، ۱۳۸۹: ۱۰۴).

پژوهش‌های اندیشمندان مسلمان پیرامون نظریه، با رویکردهای متفاوتی صورت پذیرفته است. پاره‌ای آثار به صرف انتقال ادبیات موضوع در قالب تشریح مبانی حاکم بر نظریه و ذکر دستاوردهای آن اکتفا نموده اند.<sup>۳</sup> برخی دیگر، به منظور سنجش میزان کارآیی احکام اسلام و عندالاقضاء اصلاح آن، به تحلیل اقتصادی اثباتی و هنجاری مقررات اسلامی پرداخته اند.<sup>۴</sup> برخی نیز سعی نموده‌اند در پرتو تحلیل اقتصادی اثباتی پاره‌ای از مهم ترین احکام اسلام، برون دادهای نظریه را در فقه اسلامی بازنمایی

### 1. Positive analysis

### 2. Normative Analysis

۳. ر.ک: کتاب «درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق» به قلم سید مرتضی نیمی و مقاله «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق» به قلم ایرج بابایی.

۴. ر.ک: مقاله «تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت در اسلام: (با تأکید بر مفهوم هزینه‌های مبادله)» به قلم محمدجواد شریف زاده و الیاس نادران و مقاله «بررسی کارآیی مسئولیت محض از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق» به قلم حسن بادینی و سمیه عباسی.

نمایند. هرچند اهتمام این قبیل آثار به اثبات کارآیی نظام حقوقی اسلام درخور توجه است، لیکن به نظر می‌رسد کارآیی اقتصادی در تشریح کافه احکام اسلامی مهم‌ترین مقصد شریعت نمی‌باشد. لذا، بازنمایی تمامی برون داده‌های نظریه در اسلام امکان‌پذیر نبوده و مبتنی بر استقرای ناقص از متون و مستندات فقهی است. برخی دیگر از نویسندگان نیز تلاش نموده‌اند که کلیت نظریه را در اسلام با استفاده از مستقالات عقلیه و قاعده مصلحت اثبات نمایند؛<sup>۱</sup> لیکن به نظر می‌رسد منابع اجتهادی مزبور هرچند نظریه را به نحو موجهه جزئیّه ثابت می‌نمایند، لیکن کلیت آن (به شرحی که در آتی عنوان می‌گردد)، از طریق منابع مزبور اثبات نمی‌گردد. معدودی از اندیشمندان نیز انتقاداتی را در پاره‌ای ابعاد بر نظریه و برخی قواعد مستخرج از آن - از جمله نظریه نقض کارآمد قرارداد - وارد نموده‌اند؛ لیکن تلاشی در تبیین جایگاه نظریه در اسلام در پرتو ایرادات وارده ملاحظه نمی‌گردد.<sup>۳</sup>

گسترش قابل توجه نظریه در مجامع حقوقی جهان، نگرش اقتصاد محور به قواعد حقوقی را مصون از انتقاد باقی نگذاشته است و به موازات پژوهش‌های همسوی با نظریه، پژوهش‌های انتقادی گوناگونی نیز با مبانی نظری متفاوت به بازخوانی، نقد و ارزیابی آن پرداخته‌اند.<sup>۴</sup> توجه به آثار اقتصادی پدیده‌های حقوقی و امعان نظر به

---

۱. ر.ک: کتاب «حقوق و اقتصاد در اسلام» به قلم محمدجواد شریف زاده و مقاله «تبیین فقهی اقتصادی قراردادها و فعالیت‌های سلفی در حوزه‌های کلان و شرایط اقتصادی نوین» به قلم محمدزمان رستمی و محمدهادی رستمی.

۲. ر.ک: مقاله «عقل در مبانی تحلیل اقتصادی حقوق در مقایسه با حقوق اسلامی با تکیه بر انگاره‌های علامه طباطبائی (ره)» به قلم سید مصطفی محقق داماد و محمد امین کیخای فرزانه و مقاله «به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقالات عقلی و قاعده مصلحت» به قلم بیژن حاجی عزیزی و فیض‌الله جعفری و مینا بلوری فر.

۳. ر.ک: مقاله «جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق» به قلم مهرزاد ابدالی و مقاله «نظریه نقض کارآمد قرارداد مطالعه تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا» به قلم عباس قاسمی حامد و علی‌رضا نوازیان.

۴. ر.ک:

تدوین مقررات کارآمد، گامی مثبت در مطالعات حقوق و اقتصاد قلمداد می‌گردد، لیکن، از نتایج نامطلوب استخدام پدیده‌های غیر اقتصادی (بالاخص حقوقی) در تأمین اهداف اقتصادی، نیز نمی‌توان غافل بود؛ نتایجی که بعضاً با جهان بینی حاکم بر نظام‌های حقوقی فطری، از جمله نظام حقوقی اسلام، ناسازگار خواهد بود. در پرتو بازخوانی برخی از نقدهای نوین وارد بر نظریه در بستر پارادایمیک آن، امکان بهره‌گیری از برخی یافته‌های آن در اسلام با تردید مواجه می‌گردد. سؤال مهمی که در پژوهش‌های اسلامی صورت گرفته پیرامون نظریه کماکان بی‌پاسخ مانده، این است که آیا می‌توان مبنا یا منبعی در فقه اسلامی یافت که نظریه را به نحو موجه کلیه و در تمامی مصادیق آن اثبات نماید؟ پاسخ به پرسش فوق نقطه عطفی در پژوهش‌های اسلامی محسوب گردیده و ضرورت آن مقدم بر هر پژوهشی احراز می‌شود، زیرا در صورت ردّ کلی نظریه در اسلام و یا اثبات پذیرش آن به نحو موجه جزئی، بکارگیری آن در تحلیل اقتصادی کافه احکام اسلام جایز نخواهد بود. نوشتار حاضر که بر اساس ضرورت فوق و بر مبنای قواعد و احکام فقه مدنی امامیه به رشته تحریر درآمده است، ضمن اعتقاد به عدم امکان استخراج کلیت نظریه از منابع فقه اسلامی، برای نخستین بار نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام ارائه می‌دهد.

پژوهش حاضر، پس از تعریف مفاهیم اصلی و مرتبط با نوشتار، به بازخوانی برخی از مهم‌ترین نقدهای وارد بر نظریه در بستر پارادایمیک آن می‌پردازد. سپس، ضمن تردید در صدق کلیت نظریه در اسلام، تمسک برخی از اندیشمندان مسلمان به مستقلات عقلیه و قاعده مصلحت به عنوان مبنای بکارگیری نظریه در اسلام را خوانش

نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام — ۱۶۲

و نقد می‌نماید. آنگاه به منظور کشف جایگاه نظریه در اسلام، ابوابی از فقه و قواعد فقه اسلامی را بازخوانی نموده و ضمن اثبات عدم امکان اصطیاد کلیت نظریه از فقه، نظریه ای همسو با نظام حقوقی اسلام بر مبنای قاعده نفی اختلال نظام ارائه می‌نماید.

## ۱- مفهوم شناسی

واژه «تحلیل» را در لغت به معنای حل کردن و هضم کردن و از هم گشادن چیزی دانسته‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه تحلیل) تحلیل از مجموعه اطلاعات متداولی آغاز می‌گردد که اجزای اطلاعات ما محسوب می‌شوند. این اطلاعات که پیچیده، مبهم و منطقاً به یکدیگر وابسته‌اند، با استفاده از تحلیل به گزاره‌هایی ساده و جزئی تقلیل می‌یابند (راسل، ۱۳۵۹: ۲۰۰)

واژه «اقتصاد» در لغت به معنای میانه نگه داشتن و میانه‌روی در هر کاری آمده است (دهخدا، همان: ذیل واژه اقتصاد) و در اصطلاح اندیشمندان حقوق در سه مفهوم به کار می‌رود: مفهوم اول ناظر به نظام اقتصادی است و منظور از آن تبیین یک سیستم اقتصادی خاص است. مفهوم دوم، ناظر به علم اقتصاد است که در دو سطح مطالعاتی خرد و کلان مطالعه می‌گردد. در معنای سوم، اقتصاد به معنای نوعی روش تحلیل است که با بکارگیری آن می‌توان پدیده‌های مختلفی را تبیین نمود. واژه اقتصاد در تحلیل اقتصادی حقوق در معنای اخیر به کار رفته است (آقایی طوق، ۱۳۹۲: ۷-۸).

اصطلاح «تحلیل اقتصادی حقوق»<sup>۱</sup> برای نخستین بار توسط ریچارد پازنر، قاضی معروف آمریکایی، بکار برده شد. وی علیرغم بکارگیری این اصطلاح تعریفی از آن ارائه نمی‌دهد. ایجان مک کی<sup>۲</sup> از محققان کانادایی در مقاله ای تحت عنوان «تاریخ حقوق و اقتصاد»، به نقل از راولی<sup>۳</sup> به ارائه تعریفی از تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته و

---

1. Economic Analysis of Law

2. Ejan Mackaay

3. Rowley

اظهار می‌دارد: تحلیل اقتصادی حقوق یا حقوق و اقتصاد را می‌توان به عنوان «بکارگیری تئوری اقتصادی و روش های اقتصادسنجی به منظور بررسی نحوه شکل گیری، ساختار، فرآیند و تاثیر قواعد و نهادهای حقوقی» (Rowley, 1989: 125) تعریف نمود. (Mackaay, 1990: 65). تعریف فوق دربرگیرنده مفهوم تحلیل اقتصادی اثباتی است؛ لیکن، دیوید فریدمن<sup>۱</sup>، در کتاب نظم حقوقی<sup>۲</sup>، پای را از مرحله اثباتی فراتر نهاده و تحلیل اقتصادی حقوق را مؤثر در اصلاح مقررات موجود (تحلیل اقتصادی هنجاری) نیز دانسته است. از دیدگاه وی: «اقتصاد یک ابزار اساسی برای فهم تأثیر قواعد حقوقی است. دانستن پیامدهای بعدی قواعد حقوقی هم در درک قواعد موجود و هم در تصمیم گیری راجع به این که چه قواعدی باید داشته باشیم، مهم و ضروری است» (Friedman, 2000: 8).

«کارآیی»، از جمله مفاهیم بنیادین علم اقتصاد است که در تحلیل اقتصادی حقوق نقش مؤثری ایفا می‌کند. کارآیی را نزد اقتصاددانان به معانی مختلفی از جمله تخصیص منابع به ارزشمندترین مصارف، حصول حداکثر فایده، تکمیل سود و ابزار مناسب رسیدن به وضعیتی که بدون ایراد ضرر به دیگری امکان تغییر آن نباشد، تعریف نموده اند (Arnold, 1982: 49)؛ لذا از دیدگاه اقتصاددانان، کارآیی به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن، مجموع فواید فردی حاصل از امری بیش از ضررهای ناشی از آن باشد. «عقلانیت اقتصادی» مفهوم دیگری است که تحلیل اقتصادی حقوق برمبنای آن استوار گردیده و بر این باور مبتنی است که افراد همواره در تصمیم گیری های خویش به نحو منطقی (اقتصادی) عمل می‌نمایند. از دیدگاه اندیشمندان تحلیل اقتصادی حقوق، فرد منطقی همواره در جستجوی نفع بیشتر بوده و از ضرر بیشتر احتراز می‌نماید؛ این فرضیه نه تنها کارآمد، بلکه ضروری نیز می‌باشد؛

- 
1. David D. Friedman
  2. Law's rr drr
  3. Rational Person

زیرا اگر نظام حقوقی بخواهد اعمال افراد را تحت کنترل قرار دهد، باید بتواند عکس العمل های آنان به مقررات را نیز پیش بینی نماید. فرض رفتار عقلایی انسان ها و نهادها امکان این پیش بینی را برای دولت ها فراهم می نماید (Veljanovski, 2007: 20).

هرچند نظریه تحلیل اقتصادی حقوق، به واسطه ارائه نگرشی نوین در ارزیابی قوانین و مقررات حقوقی، نقطه عطفی در مطالعات مشترک حقوق و اقتصاد محسوب می گردد، لیکن از زمان پیدایش تا کنون زمینه تضارب آرای موافقین و مخالفین خود را در سطح وسیعی فراهم نموده است. با مطالعه برخی از مهم ترین انتقاداتی که به نظریه در پارادایم معرفتی آن وارد گردیده، امکان بهره گیری از جمیع دستاوردهای آن در نظام حقوقی اسلام با تردید مواجه می گردد.

## ۲- بازخوانی نقدهای نوین وارد بر نظریه در بستر پارادایمیک آن

ذیلاً برخی از مهم ترین نقدهای نوینی که به نظریه در بستر پارادایمیک<sup>۱</sup> آن وارد گردیده بازخوانی و ارزیابی می گردند:

### ۲-۱- نقد روش شناسی

تحلیل اقتصادی پدیده های حقوقی، از طریق تبدیل این مفاهیم به زبان اقتصاد و سپس تحلیل آنها با ابزارهای مورد استفاده در علم اقتصاد صورت می پذیرد. تعداد قابل توجهی از حقوقدانان با نگرش اقتصادی به حقوق که روابط حقوقی

---

۱. «پارادایم» به معنای یک جهان بینی و نظریه کلی است که انسان راجع به قلمروی از هستی دارد و با توجه به آن نظریه به تفحص و بررسی جزئیات درون آن قلمرو می پردازد (زرشناس، ۱۳۸۳: ۷۷) لذا پارادایم را می توان چارچوبی فرهنگی - نظری دانست که در برگزیده الگوهای فکری است که افراد یک جامعه بسیاری از تصمیمات خود را بر مبنای همین الگو اتخاذ می کنند و در زبان فارسی به الگو، مدل یا طرح، قابل ترجمه است. منظور از نقدهای وارد به نظریه در بستر پارادایمیک آن، انتقاداتی است که از جانب اندیشمندان غیر مسلمان و بر مبنای الگوهای فکری حاکم بر نظام های حقوقی غربی مطرح گردیده است.



را در قالب اعداد و ارقام ریاضی مورد بررسی قرار داده و نتیجتاً حقوق را به نتایج به دست آمده از فرمول های ریاضی، نمودارها و تابع های خاصی تنزل می دهد، مخالفت نموده و معتقدند به دلیل کیفی بودن ماهیت حقوق، نمی توان آن را به داده های کمی و آماری تبدیل نمود. به علاوه، پیش فرض های نگرش اقتصادی به رفتار انسان از جمله عقلانیت اقتصادی، همواره مطابق با واقع نبوده و انسان در بسیاری موارد به گونه ای نسنجیده، احساسی و خرافی عمل می کند و حتی از وجود این قواعد مطلع نیست و در صورت آگاه بودن نیز، آثار اقتصادی و حقوقی عملکرد خود را همواره مدنظر ندارد (Landes and Posner, 1978: 9-10)؛ همچنین از آنجایی که این الگوها از فرض ها، قیدها و شرط های زیادی تبعیت می کنند در غالب موارد، بسیار مجرد و انتزاعی اند و تمامی پیچیدگی های پدیده های حقوقی را در بر نمی گیرند (Burrows and Veljanovski, 2002, 487; Ogus, 1993, 105; Poner, 1993: 147; Strowel, 1981: 14).

بکارگیری مطلق ابزار علم اقتصاد در تحلیل پدیده های حقوقی، شکل گیری نگرش کالامحور به انسان و افعال انسانی را در پی داشته است. به نظر می رسد نقد روش شناسی نظریه، در حیطه مسائل مرتبط با شأن و کرامت انسانی از جمله حقوق کودکان و خانواده بیش از مسائل مرتبط با حقوق اموال و اشیاء وارد می باشد؛ زیرا از دیدگاه اسلام پذیرش تلقی موضوعات مرتبط با کرامت انسان به عنوان کالای اقتصادی و فرض افراد دخیل در آن موضوعات به عنوان خریدار و فروشنده کالاهای مزبور، دشوار به نظر می رسد. یکی از مهم ترین مصادیق این امر، تجویز فروش کودکان در آثار تحلیل گران اقتصادی حقوق است. از دیدگاه آنان، پرداخت پول به مادران طبیعی و در ازای آن به دست آوردن حق فرزند خواندگی طفل، دارای آثار مثبت متعددی است: از جمله این که «سبب کاهش سقط جنین می شود، سطح کمبود اطفالی که امکان فرزند خواندگی آنان

نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام — ۱۶۶

کمتر است را کاهش داده و از تعداد اطفال ناخوانده که در مراکز نگهداری اطفال بی سرپرست نگهداری می‌شوند، می‌کاهد» (Landes and Posner, 1978: 323-324) لیکن، منتقدان تحلیل اقتصادی حقوق این امر را مردود دانسته و اذعان داشته‌اند: «اگر تلقی کودکان به عنوان دارایی ممکن بود، آنگاه خرید و فروش آنان مجاز قلمداد می‌شد و اگر خرید و فروش آنان جایز نباشد، بنابراین تلقی آنان به عنوان دارایی نیز صحیح نخواهد بود» (Radin, 1995: 135).

همچنین، ادعای رفتار اقتصادی محض در پدیده‌های حقوقی مالی از جمله حقوق قراردادهای که تحلیل اقتصادی حقوق در پی اثبات و ترویج آن است، نیز خلاف واقع به نظر می‌رسد؛ زیرا افراد بعضاً در معاملات خود نیز ملاحظات انسانی و اخلاقی را دخیل می‌دارند که ممکن است لزوماً منافع اقتصادی آنان را به بهترین نحو تأمین ننماید.

## ۲-۲- نقد وجود ابهام در مفهوم کارآیی

برخی از اقتصاد دانان استرالیایی، مفهوم کارآیی را مبهم و واهی دانسته و آن را معیاری مناسب در فرآیند تصمیم سازی حقوقی نمی‌دانند. از دیدگاه آنان زمانی می‌توان رفتار شخص را کارآمد دانست که وی از پیش آمدهای طبیعی و کنش و واکنش‌های دیگران در آینده آگاهی کامل داشته باشد و از آنجایی که در هیچ زمان نمی‌توان آگاهی کاملی از آینده کسب نمود، رفتار هیچ فردی را نمی‌توان کارآمد نامید (Rothbard, 1979: 90). از دیدگاه آنان، ایده کارآیی به نحو اسف باری در حاله‌ای از ابهام احاطه شده و روشن‌سازی مفهوم آن نیازمند تفکر بیشتر نیست (Rizzo, 1978: 86)؛ لذا این قبیل نویسندگان، تصمیم‌گیری در خصوص سیاست عمومی، حقوق مسئولیت مدنی و حقوق و تکالیف بر پایه کارآیی یا حداقل‌سازی هزینه‌ها را ناممکن می‌دانند (Ibid: 95).

## ۲-۳- نقد عدم قطعیت کارآیی

برخی دیگر از منتقدین نظریه، هرچند تبیین مفهوم کارآیی را ممکن می‌دانند،

لیکن، معتقدند معیار مزبور در عمل معین نبوده و از عدم قطعیت برخوردار است، زیرا میزان هزینه‌ها و منافع افراد را نمی‌توان به نحو دقیقی معین نمود. در تحلیل اقتصادی حقوق، هرچند افراد به این امر واقف‌اند که ارزیابی عملکرد آنان بر مبنای معیار کارآیی صورت می‌گیرد، لیکن هرگز اطمینان نخواهند داشت که منافع و هزینه‌های مزبور به نحوی دقیق و واقعی، توسط دیگران سنجیده شود؛ زیرا هر فردی میزان این هزینه‌ها و منافع را براساس تصوّرات خویش تخمین می‌زند که ممکن است با ارزیابی قاضی پرونده متفاوت باشد؛ لذا حداقل نیمی از اشخاص دخیل در پرونده احساس بی‌عدالتی می‌کنند، زیرا این طور می‌پندارند که در تشخیص معیار کارآیی، به درستی عمل نشده است. از سوی دیگر، اشخاص معمولاً تمایل دارند که آرای قضات دادگاه‌ها را بر مبنای قوانین یا رویه مرسوم قضایی پیش‌بینی نمایند. معین نبودن میزان هزینه‌ها و منافع در هر پرونده، قابلیت این پیش‌بینی را از بین برده و این پندار را در افراد تقویت می‌نمایند که قانون از عمومیت خویش خارج گشته و دادگاه به نحوی جانبدارانه و خارج از انصاف در خصوص آنان داوری نموده است. چنین وضعیتی به خودی خود برای ایجاد تنش اجتماعی کافی به نظر می‌رسد. از سوی دیگر، نحوه تأمین معیار کارآیی در داوری‌ها نیز برای قضات دادگاه‌ها نامشخص است و آنان بار عظیم سنجش هزینه‌ها و منافع را در حالی به دوش می‌کشند که دقیقاً نمی‌دانند به چه نحوی مسئولیت را بین اشخاص توزیع نمایند که بیش‌ترین میزان کارآیی حاصل گردد (Arnold, 1982: 53-54).

## ۲-۴- نقد ارزش‌انگاری کارآیی

برخی دیگر، اساساً در تلقی معیار کارایی به عنوان یک ارزش، تردید نموده‌اند. «تحلیل اقتصادی حقوق در نگرش هنجاری خود، حداکثرسازی ثروت اجتماعی را هدفی ارزشمند می‌داند، لذا تصمیمات قضایی نیز باید به نحوی اتخاذ شوند که ثروت اجتماعی را حداکثر سازند...؛ اما علت این که ثروت اجتماعی هدفی ارزشمند دانسته شده، روشن نمی‌باشد. چه کسی این طور می‌پندارد که جامعه‌ای با ثروت بیشتر، بهتر

یا آسوده‌تر از جامعه ای است که ثروت کمتری دارد؟» (Dworkin, 1980: 194). در واقع، سؤال اینجاست که «آیا می‌توان افزایش ثروت اجتماعی را نوعی پیشرفت در ارزش‌ها دانست؟ ... اگر پاسخ به این پرسش منفی باشد، این ادعا که ثروت اجتماعی جزئی از ارزش‌ها محسوب می‌شود مردود و تحلیل اقتصادی هنجاری برای اثبات خویش نیازمند دلیل دیگری می‌گردد» (Ibid: 196). از دیدگاه این قبیل منتقدین، حداکثرسازی ثروت فی نفسه ارزش محسوب نمی‌شود و صرفاً وسیله‌ای برای دستیابی به ارزش‌هاست: «هرچند پازنر قبول دارد که پیشرفت در ثروت لزوماً به افزایش رضایتمندی منتهی نمی‌شود؛ اما او باید این حقیقت را بپذیرد که افزایش ثروت گاهی نیز رضایتمندی را کاهش می‌دهد، زیرا همان‌گونه که او اذعان دارد افراد مطلوبیات دیگری بجز ثروت نیز دارند که ممکن است با ثروت بیشتر به مخاطره انداخته شود ... تصور کنید شخصی در انتخاب زندگی با خوشبختی و رضایتمندی بیشتر و زندگی‌ای که در آن از ثروت بیشتری بهره‌مند است، مخیر گردد. اگر دومی را انتخاب کند رفتاری نامعقول داشته است، زیرا با انتخاب اولی ارزشی را از دست نداده و قربانی نمی‌نماید ... ثروت تا جایی مفید است که دستیابی فرد به حیاتی ارزشمندتر، موفق‌تر، رضایتمندانه‌تر و اخلاقی‌تر را ممکن گرداند» (Ibid: 200-201).

لازم به ذکر است که انتقاد از تلقی معیار کارآیی اقتصادی به عنوان ارزش، در مکاتب حقوق فطری ظهور و بروز می‌یابد. در این قبیل نظام‌های حقوقی، اقتصاد وسیله‌ای برای دستیابی به اهداف حقوق است و حداکثر هدفی در خدمت سایر اهداف تلقی می‌گردد (ابدالی، ۱۳۸۹: ۱۲۴). از آنجایی که تفکر برخاسته از نظام حقوقی اسلام نیز با اندیشه‌های حقوق فطری در گرایش خداپاورانه‌ی آن شباهت دارد، لذا ایراد مزبور از دیدگاه اسلام نیز وارد به نظر می‌رسد.

## ۲-۵- نقد معرفت‌شناختی نظریه

از جمله مبانی معرفتی نظریه تحلیل اقتصادی حقوق که از تقدّم اهداف اقتصادی بر

سایر اهداف حقوق نشأت می‌گیرد، تلقی معیار کارآیی اقتصادی به عنوان ملاک اّصاف افعال به خوبی و بدی است. از دیدگاه این قبیل منتقدین، در عرصه موضوعات حقوقی، رفتارهای ممنوع از جمله جرایم ذاتاً ممنوع می‌باشند و علت ممنوعیت چنین رفتارهایی، عدم کارآیی اقتصادی آنان نیست. این در حالی است که اندیشمندان تحلیل اقتصادی حقوق از جمله پازنر، به خوبی یا بدی ذاتی افعال اعتقادی ندارند. پازنر جرم را یک نوع معامله‌ی اجباری می‌داند که در آن بدون انجام معامله‌ی مبتنی بر رضایت، ارزشی از قربانی به بزه‌کار منتقل شده است. برای مثال، از نظر وی دلیل مجازات سارق توسط قانون مجبور کردن وی به استفاده از بازار است (Harris, 1982: 45) و این امر به دلیل بد بودن ذاتی سرقت نیست؛ لذا این قبیل منتقدان، به علت تفاوت قلمروی معرفتی حقوق و اقتصاد، با گسترش نگرش اقتصادی به رفتارهای غیر بازاری مخالفت می‌نمایند. آنان الگوهای اقتصادی را تنها در خصوص فعالیت‌ها و رفتارهای بازاری مجری دانسته و غیر قابل تسری به موضوعات حقوقی می‌دانند (Ibid).

تحدید به کارگیری الگوهای اقتصادی به رفتارهای بازاری (غیر حقوقی) نقدی سختگیرانه بر تحلیل اقتصادی حقوق به نظر می‌رسد؛ چراکه از دیدگاه اسلام توجه به کارآیی اقتصادی در تحلیل پدیده‌های حقوقی همواره با مصالح و مفاسد ملزمه افعال مغایر نمی‌باشد. لذا در مصادیق مطابقت کارآیی با مصالح ملزمه، تحلیل اقتصادی پدیده‌های حقوقی نه تنها ممکن، بلکه سودمند نیز به نظر می‌رسد. هرچند کارایی اقتصادی، در منطق پیروان حقوق فطری، ملاک اّصاف فعل به خوبی و بدی قرار نمی‌گیرد، لیکن از دستاوردهای مثبت توجه به کارآیی اقتصادی و تحلیل اقتصادی پدیده‌های حقوقی در موارد عدم مغایرت با مصالح و مفاسد ملزمه افعال نیز نباید غافل ماند.

تحلیل اقتصادی حقوق با دیدگاهی اجتماع محور، به افراد به منزله سلول های بدن یک موجود زنده می نگرد و رفاه آحاد افراد را تنها هنگامی مهم می داند که به نحوی به افزایش رفاه کلی جامعه منجر شود و حتی گفته شده است که به منظور افزایش کارآیی اجتماعی می توان شهروندان غیر مولد را به بردگی کشاند و آزادی آنان را مخدوش کرد (Posner, 1993: 110). ریشه های خصلت جمع گرایی منعکس در نظریه را می توان در اندیشه سود گرایی (اصالت فایده) یافت. بنتام - از سردمداران این مکتب - با توجه به خوشی و لذت دیگران، مسیرش را از خود گرایی جدا می کند و اساساً شعار «بیشترین سعادت و خوشی برای بیشترین افراد» مشعر بر جدایی از خود گرایی است (جلیلی مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۳).

جمع محوری تحلیل اقتصادی حقوق نیز از انتقاد مصون نمانده است. معیار کالدور هیکس، مثالی مناسب در تبیین این خصلت می باشد؛ زیرا براساس این معیار، تغییر یک وضعیت هنگامی از نظر اقتصادی کارآمد محسوب می شود که مجموع منافع منتفعین آن از مجموع زیان های متضررین آن بیشتر باشد. در این معیار تنها به مجموع منافع و مضار جمعی توجه شده و از وضعیت خاص افراد متضرر از تغییر وضعیت که ممکن است به گونه ای اسفناک تحت تأثیر واقع شده باشند، غفلت شده است (Dworkin, 1980: 314-319).

## ۲-۷- نقد نسبیّت گرایی نظریه

نظریه تحلیل اقتصادی حقوق با تأثیرپذیری از مکتب پوزیتیویسم، به نسبیّت در قواعد حقوقی منتهی می گردد و از این منظر، مورد انتقاد واقع گردیده است (Miller, 1986: 430-431). کارآیی در اقتصاد به معنی دستیابی به بهترین شکل تخصیص منابع محدود است، لیکن، به نظر می رسد آن چه در اثر بکارگیری معیار کارآیی در توزیع منابع اتفاق می افتد، مطلوب ترین شکل تخصیص منابع بر مبنای تمایلات انسانی و نفع فردی در هر برهه زمانی است و نه آن چه فی الواقع بهترین شکل توزیع منابع می باشد. صاحب نظران تحلیل اقتصادی حقوق با مقدم دانستن معیار کارآیی در حوزه

حقوق، گویی در مواجهه با منابع محدود هدفی برتر از ارضای حداکثر تمایلات انسانی نداشته و خطاهای انسانی را نیز نادیده گرفته‌اند؛ امری که به وضوح قابل ایراد بوده و نسبت حقوق را در پی دارد. برای مثال، هرگاه نفع حاصل از عملی که متضمن ورود ضرر به دیگری است (فرضاً سرقت) برای آسیب زنده بیشتر از ضرری باشد که نامبرده برای جبران آسیب وارده به زیان‌دیده متحمل می‌گردد، آن عمل کارآمد و انجام آن مجاز قلمداد می‌گردد؛ لیکن چنان چه زیان حاصل از چنین اقدامی بر نفع آن تجاوز نماید، اقدامی ناکارآمد و غیر مجاز تلقی می‌شود؛ لذا با تمسک به معیار نسبی کارآیی در عرصه حقوق، داوری در خصوص فعل واحد صرفنظر از خوبی یا بدی ذاتی آن، نسبی و متغیر می‌گردد. پذیرش نسبت حقوق بر مبنای آموزه‌های اسلام به عنوان مکتبی فطری، مورد تردید به نظر می‌رسد؛ چراکه اصول و قواعد حقوق فطری در همه جوامع و زمان‌ها، ثابت، دائمی و غیر قابل تغییر است و گذشت زمان و تغییرات اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و نظایر آنها موجب دگرگونی اصول و قواعد حقوقی نخواهد شد (پژوهشکده حوزه و دانشگاه و ابراهیمی، ۱۳۶۸: ۳۶۷).

با تردید در امکان پذیرش کلیت نظریه در اسلام در پرتو نقد‌های وارده، تبیین جایگاه آن در نظام حقوقی اسلام ضروری می‌گردد. برخی اندیشمندان مسلمان سعی در ارائه مبنایی برای بکارگیری نظریه در اسلام نموده‌اند که خوانش انتقادی پاره‌ای از این قبیل اندیشه‌ها، به این مهم کمک شایان توجهی می‌نماید.

### ۳- خوانش انتقادی برخی از مهم‌ترین اندیشه‌های دانشیان مسلمان

برخی اندیشمندان اسلامی، بکارگیری نظریه را در اسلام، بر مبنای «مستقلات عقلیه» و «قاعده مصلحت» ممکن دانسته‌اند. لیکن به نظر می‌رسد در صدق هر دو مبنا بر کلیه مصادیق موضوع، تردید وجود دارد. ذیلاً مبنای مزبور تبیین و تمسک به آنها به عنوان مبنای اثبات کلیت نظریه در اسلام نقد می‌گردد.

### ۳-۱- تمسک به مستقالات عقلی

برخی از نویسندگان مسلمان، عقلانیت اقتصادی را از مقوله تمسک به مستقالات عقلی در استنباط احکام شرعی دانسته و معتقدند در فرآیند تحلیل اقتصادی حقوق، استنتاج عقل در قالب قیاسی منطقی صورت می‌گیرد و نتیجه صورت پذیرفته نیز لاجرم منطبق با شرع خواهد بود. از دیدگاه آنان، قیاس مزبور که از دو مقدمه تشکیل شده است، می‌تواند مبنای مناسبی برای تحلیل اقتصادی قوانین باشد؛ به این ترتیب که بر اساس مقدمه اول، حسن و قبح افعال از طریق روش های اقتصادی احراز می‌گردد و با در نظر گرفتن مقدمه دوم که عبارت است از تلازم میان حکم عقل و شرع، نتیجه حاصل از تحلیل اقتصادی به مثابه حکمی شرعی پذیرفته می‌شود (حاجی عزیزی و جعفری و بلوری فر، ۱۳۹۸: ۱۰).

به نظر می‌رسد، قیاس مزبور از حیث مطابقت همیشگی مقدمه اول با واقع به خطا رفته است. مدعای مقدمه اول، دلالت مطلق حکم عقل محض بر کارآیی افعال است؛ به این معنا که عقل مستقل از شرع، همواره حُسن ملزومه افعال کارآمد و قبح ملزومه افعال ناکارآمد را درک نموده و به مصلحت و مفسده آنان حکم می‌نماید. در حالی که به نظر می‌رسد صرف کارآیی، حُسن ملزومه و صرف ناکارآمدی، قبح ملزومه ندارد و حکم عقل محض لزوماً کارآیی را به نحو موجه کلیه و در تمامی مصادیق آن اثبات نمی‌کند؛ لذا دلالت آن بر کارآیی به نحو موجه جزئی به صواب نزدیک تر است. به عبارت دیگر، دستاوردهای عقلانیت اقتصادی و عقل محض همواره یکسان نبوده و بین این دو، رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است. حسن کارآیی و قبح ناکارآمدی، آنجا که با مصالح و مفاسد ملزومه مطابقت می‌نماید به حکم عقل محض ثابت می‌گردد، لیکن اگر کارآیی با مصالح و مفاسد مزبور مغایرت یابد، پذیرش دلالت حکم عقل محض بر آن دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا عقل فطری، عقلی مبراً از شوائب و اوهام و فارغ از اشتباهات نفسانی، غریزی و میلی است (محقق داماد و



کیخای فرزانه، ۱۳۹۸: ۱۸۴)، در حالی که عقلانیت اقتصادی که بر سودمحوری مبتنی است آنجا که با مصالح و مفاسد ملزمه در تعارض می‌افتد، از غرایز نفسانی متأثر است، نه قوای عقلانی؛ لذا عقل محض را نمی‌توان مدرک این قبیل افعال دانست. ذکر مثالی در این خصوص به درک بهتر مدعا کمک می‌نماید: همان‌طور که سابقاً اشاره شد، برخی از صاحب‌نظران تحلیل اقتصادی حقوق، فروش کودکان را به علت کارآیی اقتصادی، تجویز و توصیه نموده‌اند (Landes and Posner, 1978: 323-324). در این تحلیل، کارآیی به عنوان تنها ملاک اِتصاف فعل فروش کودک به وصف خوبی قلمداد شده است، لیکن حسن کارآیی در این مثال و مثال‌های مشابه، با مفاسد ملزمه فعل در اسلام مغایرت دارد؛ لذا حسن آن با عقل مستقل از شرع ثابت نمی‌گردد. از سوی دیگر، ممکن است عقل محض، مصلحت ملزمه برخی افعال ناکارآمد را نیز درک نماید؛ چراکه شارع حکیم، جمیع مصالح و مفاسد - نه صرف مصالح اقتصادی - را مدنظر قرار می‌دهد، و کارآیی اقتصادی اولویت همیشگی وی نیست.

لازم به ذکر است که مدعای فوق، به معنای عدم پذیرش تلازم حکم عقل و شرع (مقدمه دوم قیاس) نمی‌باشد، چراکه در مصادیق مطابقت کارآیی با حکم عقل محض، حکم کارآمد عقلی به دلالت قاعده فقهی «کَلِّمًا حَكْمٌ بِه الْعَقْلُ حَكْمٌ بِه الشَّرْعُ» مورد تأیید شرع نیز خواهد بود؛ لذا با اثبات عدم صحت مقدمه اول در تمامی مصادیق (عدم تلازم همیشگی کارآیی با حکم عقل محض)، نتیجه قیاس که تأیید نظریه در اسلام است نیز محدود به موارد عقلانی بودن کارآیی اقتصادی می‌گردد.

### ۳-۲- تمسک به قاعده مصلحت

برخی نویسندگان مسلمان، بکارگیری نظریه را در اسلام از طریق قاعده مصلحت توصیه نموده و معتقدند که تحلیل اقتصادی اثباتی در قالب مصالح معتبر و تحلیل اقتصادی هنجاری در قالب مصالح مرسله صورت می‌پذیرد (حاجی عزیزی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۶). توضیح مطلب این که مصلحت معتبر، مصلحتی است که دلیل شرعی بر

اعتبار آن وجود دارد، مانند ضرورت برپایی قسط و عدل در جامعه. در مصالح معتبر، هدف از تحلیل اقتصادی اثباتی، دستیابی به این هدف دانسته شده است که مصلحت از بعد اقتصادی رعایت شده است یا نه؟ برای نمونه، یکی از موارد لزوم رعایت مصلحت، رفتار قیّم در ارتباط با محجور است. از قیّم درخواست شده که در اداره امور محجور، غبطه و مصلحت وی را رعایت نماید. شرایط رعایت مصلحت به طور کلی از ادله شرعیّه قابل استنباط است، اما هیچ معیار دقیقی نه در منابع شرعی و نه در قوانین موضوعه وجود ندارد. پس قاضی می‌تواند برای احراز رعایت مصلحت، از روش‌های اقتصادی بهره گیرد (همان: ۱۷)؛ اما در خصوص مصالح مرسله، یعنی مصالحی که مورد تأیید یا ردّ شارع قرار نگرفته، از طریق تحلیل اقتصادی هنجاری، وضع قاعده می‌گردد. در آثار نویسندگان مزبور، برای مصالح مرسله، به مجازات‌های جایگزین حبس از قبیل خدمات عامّ المنفعه اشاره شده است؛ اما قانونگذار یا دادرس مصلحت را در جایگزینی این مجازات با مجازاتی می‌بیند که به لحاظ اقتصادی، مقرون به صرفه است. همچنین، در باب ضمان ناشی از ایراد ضرر به دیگری، ممکن است با توجیّهات اقتصادی به افراد تکلیف شود که از موقعیت‌هایی که احتمال وقوع زیان در آنها وجود دارد جلوگیری نمایند؛ لذا تحلیل اقتصادی ایجاب می‌نماید که اگر کسی خود را در موقعیت زیان قرار دهد نه تنها در برابر زیان وارده به خود مسئول باشد، از آن جهت که با وقوع زیان، به هزینه‌های اجتماع افزوده، در برابر اجتماع نیز مسئول قلمداد شود (همان: ۱۸-۱۹)؛ لذا تحلیل اقتصادی سبب توسعه مصادیق ضمان می‌گردد.

در نقد این سخن باید گفت: اولاً، فقهای شیعه قاعده استصلاح را به عنوان منبع شناخت احکام الهی نپذیرفته‌اند، زیرا بر این اعتقادند که تمام اصول احکام و قوانین کلی در زمینه‌های مختلف به ما رسیده است؛ لذا برای شناخت احکام حوادث واقعه و موضوعات مستحدثه نیازی به این منبع نداریم (جناتی، ۱۳۶۹: ۷۱). تمسک به مصالح

مرسله به علت ظنی بودن، پیروی از هوای نفس به بهانه وجود مصلحت دانسته شده است، حتی اگر به ظن خود تصور کنیم که این مصلحت با مقاصد شرع هماهنگ بوده و قائل به آن نیز اهل اجتهاد باشد؛ زیرا ظن، کشف از حقیقت نمی‌کند (ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً) و برخلاف قطع، حجیت ذاتی ندارد (تسخیری، ۱۳۸۳: ۱۰۲-۱۰۳).

ثانیاً، امور کیفری و ضمانات در حقوق اسلامی مرسل نیستند، بلکه منصوص و انحصاری اند؛ زیرا فقط در امور منصوصه شرعی می‌توان به آزادی و اموال افراد تعرض نمود و هیچ نوعی از انواع ضمان یا مجازات را نمی‌توان مرسل دانست؛ لذا حتی در صورت پذیرش حجیت استصلاح، در احکام منصوص کیفری و ضمانات، به استناد مصالح مرسله نمی‌توان تصرف نمود. ثالثاً، تحلیل اقتصادی هنجاری با تمسک به قاعده مصلحت تنها به موارد فقدان نص محدود می‌گردد؛ زیرا شأن قاعده صرفاً اثبات حکم در مراسلات بوده و قادر به رفع احکام اولیه و ثانویه در منصوصات نمی‌باشد؛ در حالی که در تحلیل اقتصادی هنجاری، اصلاح قوانین موجود نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. بنابراین، قاعده مصلحت حتی به فرض حجیت نیز نظریه‌ای جامع در باب تحلیل اقتصادی حقوق به دست نمی‌دهد.

#### ۴- بازخوانی ابوابی از فقه اسلامی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

با توجه به عدم اثبات کلیت نظریه با جمیع برون داده‌های آن از طریق تمسک به برخی از کلیات فقهی (مستقلات عقلیه و قاعده مصلحت)، شایسته است به منظور کشف جایگاه واقعی نظریه در اسلام، امکان اصطیاد آن از جزئیات (ابوابی از فقه و قواعد فقه اسلامی) نیز بررسی گردد. لازم به ذکر است بازخوانی قواعد فقهی بر مبنای فلسفه تشریح آنان صورت خواهد گرفت و کاربرد قواعد مزبور به عنوان ملاک استنباط حکم (شبهه کارکردی که برای قاعده مصلحت بیان گردید) مدنظر نمی‌باشد.

نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام — ۱۷۶

بدیهی است که زاویه نگرش ما در این تحلیل، اثباتی است نه هنجاری؛ چراکه هدف از آن صرفاً کشف میزان مطابقت نظریه و جمیع برون داده‌های آن با فقه اسلامی می باشد.

#### ۴-۱- بازخوانی شماری از قواعد فقهی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

به نظر می‌رسد قاعده فقهی «اصاله اللزوم» در قراردادها که بر مبنای عقلایی لزوم پابندی به عهد و پیمان مبتنی است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۷۰/۱) را می‌توان در ایجاد کارآیی اقتصادی مؤثر دانست؛ زیرا در جوامعی که پابندی به قراردادها به عنوان یک اصل پذیرفته شده، رغبت عمومی به کسب و کار افزایش می‌یابد؛ لیکن ممکن است در برخی مصادیق نیز آثاری خلاف کارآیی از قاعده حاصل گردد، زیرا نظریه تحلیل اقتصادی حقوق، وفای به عهد را فی نفسه مطلوب ندانسته و تا جایی ارزشمند می‌داند که هدف والاتر (کارآیی) را مخدوش نکند. مؤید این مدعا، ظهور نظریه نقض کارآمد قرارداد به عنوان نظریه ای برخاسته از تفکرات اندیشمندان حقوق و اقتصاد نوین، از جمله پازنر می‌باشد. «براساس این نظریه، چنان چه شخصی قراردادی راجع به خدمات یا ارائه کالایی منعقد کند، در صورتی که کالای موضوع معامله به قیمت بالاتری از سوی فردی دیگر درخواست شود، فروشنده می‌تواند با نقض قرارداد و فروش آن به خریدار دوم، سود بیشتری نسبت به معامله اول به دست آورد که در این صورت، نقض قرارداد از نظر این دانشمندان کارآمد است. منتها شرط اعمال این نظریه آن است که خسارت خریدار اول به وی پرداخت شود؛ به این ترتیب، وضعیت هر دو بهینه خواهد بود» (قاسمی حامد و نوازیان، ۱۳۹۰: ۷۹). به نظر می‌رسد جریان نقض کارآمد قرارداد هر چند در عقود جایزه با مانعی مواجه نمی‌باشد (چراکه نقض عقود جایزه به هر سبب مجاز است؛ خواه به سبب کارآیی بیشتر نقض بوده، یا به هر علت دیگری باشد)، لیکن اصاله اللزوم، مانع پذیرش آن در عقود لازم است.

قواعد فقهی «اتلاف و تسبیب»، را نیز می‌توان در ایجاد کارآیی اقتصادی مؤثر دانست؛ زیرا با به رسمیت شناختن امکان مطالبه زیان از مسبب حادثه اولاً، موجب کاهش سهل‌انگاری در برخورد با اموال و انفس دیگران می‌شود و ثانیاً، با تدارک زیان به زیان‌دیده، وی را از طریق تحویل مثل یا پرداخت قیمت مال تالف، حتی الامکان در وضعی مشابه وضعیّت سابق قرار می‌دهند. لیکن به نظر می‌رسد مبنای توزیع مسئولیت در قواعد مزبور، لزوماً با منطق حاکم بر نظریه سازگار نمی‌باشد؛ زیرا تحلیل اقتصادی حقوق، به تمامی مناسبات حقوقی از جمله مسئولیت مدنی نیز از دریچه نقشی که در تخصیص بهینه منابع ایفا می‌نماید، می‌نگرد.

ذکر مثالی در این خصوص به تبیین موضوع کمک می‌نماید: فرض کنیم در یک تصادف اتومبیل، انگشت شما دچار آسیب می‌گردد و مقرون به صرفه ترین راه برای پیشگیری از وقوع حادثه از سوی راننده دیگر این بوده که وی آهسته تر رانندگی کند. تصور کنیم که شانس وقوع حادثه، یک هزارم و هزینه جبران آن در صورت بروز حادثه، ده هزار دلار است، که در اثر ضرب کردن این دو (ده هزار دلار در یک هزارم) هزینه تصادف معادل ۱۰ دلار به دست می‌آید و هزینه ای که راننده دیگر برای دیر به مقصد رسیدن متحمل می‌گردد ۸ دلار است. بنابراین، کارآیی ایجاد می‌نماید که راننده آهسته تر براند (Posner, 1986: 170). تحلیل اقتصادی حقوق برخلاف حقوق سنتی، مترصد کشف مسبب حادثه و محکوم نمودن او نیست، بلکه توجه خویش را بر این امر مصروف می‌دارد که کدام یک از طرفین خسارت، با هزینه کمتر می‌توانست جلوی ورود خسارت را بگیرد و نهایتاً همان فرد محکوم به جبران خسارت می‌گردد، زیرا اقدام وی خلاف کارآیی است. لذا به نظر می‌رسد بین نظریه فوق که به فرمول قاضی لرنند هند شهرت یافته، با قواعد فقهی اتلاف و تسبیب، ملازمه ای وجود ندارد.

هرچند قاعده فقهی «تسلیط» نیز با پذیرش مالکیت خصوصی اشخاص بر اموالشان، تسهیل مبادلات و نقل و انتقال مالکیت بین افراد را موجب گردیده و به کارآیی اقتصادی منتهی می‌گردد، لیکن به نظر می‌رسد مالکیت خصوصی افراد در برخی از مصادیق، با کارآیی در تعارض قرار می‌گیرد. برای مثال، پذیرش مالکیت خصوصی افراد بر اراضی ای که در مسیر شوارع عمومی قرار گرفته اند خلاف کارآیی (نفع عمومی اقتصادی) است. از آنجایی که طبق اصل مالکیت حاکم نسبت به منافع عمومی و اصل ولایت حاکم عادل اسلامی، وی حق تصرف در منابع عمومی را دارد، اخراج این قبیل اراضی از مالکیت خصوصی افراد توسط حاکمیت به منظور تأمین مصلحت عمومی اقتصادی مجاز شمرده می‌شود (گواهی و ثقیفی، ۱۳۹۵: ۴۱).

در تحلیل «قاعده غرور» نیز اثری از واکاوی در استنتاجات اقتصادی فاعل زیان و زیان‌دیده و برآوردهای آنان از سود و ضرر مترتب بر افعال خویش، آنچنان که در تحلیل اقتصادی حقوق مدنظر است، ملاحظه نمی‌گردد؛ زیرا در اسلام، صدق غرور و انتساب آن به مغرور - حتی فارغ از اثبات تعمد غار - مسئولیت را متوجه وی می‌گرداند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۳: ۲۲۵/۱) در حالی که انتظاری رود تحلیل‌گر اقتصادی حقوق، فعل غار و واکنش مغرور را در ترازوی سنجش اقتصادی قرار دهد. برای مثال، چنان چه در اثر عدم توسل به فعل متقلبانه و نتیجتاً عدم انعقاد قرارداد مدنظر غار، هزینه ای معادل ۱۰ واحد بر وی وارد گردد لیکن خساراتی که مشاراً الیه در اثر اقدام به فریفتن دیگری متحمل خواهد شد (با در نظر گرفتن درصد احتمالی طرح شکایت توسط متضرر) معادل ۸ واحد باشد، اقدام به انعقاد معامله از طریق فریب دیگری از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، کارآمد و مجاز قلمداد می‌گردد.<sup>۱</sup>

لذا به نظر می‌رسد قواعد فقه اسلامی، هرچند در برخی مصادیق همسو با کارآیی

۱. برای مطالعه مثال‌هایی از این قبیل در مسئولیت مدنی ر.ک:

اقتصادی وضع گردیده اند، لیکن کلیت نظریه را در تمامی مصادیق آن ثابت نمی نمایند. بازخوانی ابوابی از فقه امامیه از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، مقصد بعدی این نوشتار خواهد بود.

#### ۴-۲- بازخوانی ابوابی از فقه امامیه از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق

با عنایت به این که نظریه تحلیل اقتصادی حقوق با خاستگاهی غیر دینی، صرفاً به کارآمد سازی حقوق به منظور تأمین منافع دنیوی شخص و اجتماع توجه دارد، بازخوانی موردی ابوابی از فقه امامیه نیز به فقه المعاملات محدود می گردد و فقه العبادات تخصصاً از حیثه بررسی تحلیل گرایانه اقتصادی خارج است. در بازخوانی فقه المعاملات نیز بررسی خویش را به ابوابی از فقه مصروف می داریم که از دیدگاه این نظریه مهم و ذی اثر محسوب می گردند.

توجه شارع به کارآیی اقتصادی در تشریح برخی از احکام عقود، قابل استنباط به نظر می رسد. برای مثال، در احکام ناظر بر شرایط متعاقدين، احکمت حجر را حمایت از منافع اقتصادی شخص محجور و دیگران دانسته اند؛ زیرا از این که شخصی سربار امت و موجب حیف و میل اموال خویش و امت شود، جلوگیری می نماید. به علاوه، از این طریق مصلحت طلبکاران نیز مراعات و ضرر از آنها نیز دفع می گردد (الزحیلی، ۱۴۰۷: ۴۰۳). در اداره دارایی محجور از طریق ولی قهری یا قیم نیز منفعتی اقتصادی نهفته است. «بدیهی است اگر مبادله دارایی های محجورین به طور کامل ممنوع شود، کارآیی تخصیصی تأمین نخواهد شد، زیرا دسته ای از عوامل تولید که به دلایل گوناگونی مانند ارث یا هبه به مالکیت این افراد درآمده است تا مدتی قابل توجه و گاه تا پایان عمر آنان قابل مبادله نخواهد بود (شریف زاده، ۱۳۹۱: ۲۷۶). عدم نفوذ عقدی که فرد غیر قاصد یا نائم یا هازل منعقد نماید نیز از تضييع اموال آنان جلوگیری

---

۱. فقهای امامیه غالباً در بحث از شرایط متعاقدين، بلوغ، عقل، قصد، اختیار و ملکیت و عدم منع از تصرف را

ذکر نموده اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۵/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۲۲۶/۳).

می‌نماید؛ النهایه، حکمت لزوم مالک بودن متعاقد یا دارا بودن اذن از مالک یا شارع را نیز می‌توان حمایت اقتصادی از مالک مال دانست؛ زیرا نقض حق مالکیت، ضدّ کارآیی است.

به نظر می‌رسد شارع در تشریح برخی از شرایط مورد معامله نیز به کارآیی اقتصادی توجه داشته است. برای مثال، شرط معلوم و معین بودن مورد معامله با کاهش معاملات ریسکی و غرری، دارایی‌های افراد را از ضرر مصون نگه داشته و از تشاحّ و بی‌نظمی اقتصادی جلوگیری می‌نماید. لیکن تقدّم نگرش اقتصادی شارع بر سایر مقاصد در تشریح احکام مورد معامله، همواره محرز نمی‌باشد. برای مثال، حکم به بطلان خرید و فروش اموال فاقد مالیت اعتباری همواره از حیث اقتصادی قابل توجیه نیست. به نظر می‌رسد هرچند محدودیت مزبور را می‌توان در برخی احکام از جمله تحریم معامله آلات قمار به علّت بازگشت به ضرورت نفی غرر و جلوگیری از تضییع اموال بر پایه شانس، کارآمد دانست لیکن، کارآیی اقتصادی در برخی دیگر از احکام از جمله تحریم فروش خون نجس، فروش مرداری که خون جهنده دارد و اجزای آن که روح در آن بوده است، فروش سگی غیر از سگ‌های چهارگانه و همچنین فروش شراب و خوک (علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۴۸۳/۲؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۳۳۹) به عنوان هدفی مقدّم بر سایر اهداف مدّ نظر شارع استنباط نمی‌گردد، زیرا منع خرید و فروش اموال مزبور که حقیقتاً مال محسوب و عرفاً نیز قابل داد و ستد می‌باشند خلاف کارآیی اقتصادی است که به علّت مصالح والا تر منع گردیده است.

کارآیی در تشریح برخی ایقاعات نیز مدّ نظر بوده است. برای مثال، طلاق با فراهم نمودن مجوز خاتمه دادن به زندگی زناشویی در وضعیتی که طرفین یا یکی از آنان از زندگی مشترک ناخورسند اند، از هدر رفت منابع در فصل نزاع و خصومت می‌کاهد.

---

۱. فقهای امامیه غالباً شرایط مورد عقد را معلوم و معین بودن، مقدور التسلیم بودن و مالیت داشتن دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۲۶۴/۳).



در اخذ به شفعه نیز از آنجایی که شراکت با فردی ناخواسته ممکن است از حیث اقتصادی برای شریکِ دیگر ناخوشایند باشد شارع از وقوع نزاع بین شرکاء و ناکارآمدی جلوگیری نموده است؛ لذا اکثر قریب به اتفاق فقها، فلسفه وضع حقّ شفعه را قاعده لاضرر عنوان کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۰/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۰/۲۵).

در تشریح وصیّت تملیکی و ممنوعیّت وصیّت مازاد بر ثلث مال به منظور محروم نمودن وراثت قانونی (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۰۷) نیز منافع اقتصادی نهفته است؛ لیکن، به نظر می‌رسد تشریح وصیّت عهدی بیش از هر چیز، بر پایه ملاحظات انسانی بوده و برخلاف وصیّت تملیکی، همسویی آن با نظریه احراز نمی‌گردد؛ لذا به نظر می‌رسد تقدّم کارآیی اقتصادی بر سایر مقاصد شریعت به صورت قاعده‌ای کلی، چنان که در تحلیل اقتصادی حقوق مدّ نظر است از احکام و قواعد فقه امامیه اصطیاد نمی‌گردد؛ لذا شایسته است با اتخاذ نگرشی نوین، نظریه ای همسو با نظام حقوقی اسلام طرح و ارائه گردد.

## ۵- ارائه نظریه همسو با نظام حقوقی اسلام

بی‌شک، بهبود ساختارهای حقوقی کشورهای اسلامی به منظور تأمین حدّ اکثری مقاصد اقتصادی شریعت، صرفاً در قالب پژوهش‌های اثباتی میسر نیست و هر گونه توفیق در این زمینه، نیازمند مطالعات هنجاری نیز می‌باشد. به نظر می‌رسد به علت عدم اثبات مطابقت کامل نظریه تحلیل اقتصادی حقوق با مقاصد تشریح احکام اسلامی، نظریه مزبور بستری جامع برای تحلیل اقتصادی احکام اسلام فراهم نمی‌نماید؛ لذا ضروری است با اتخاذ نگرشی نوین به نظریه، ظرفیّتی شایسته برای تحلیل اقتصادی اثباتی و هنجاری احکام اسلام، شناسایی و معرفی گردد؛ لیکن به علت وجود مغایرت‌هایی در مبانی معرفتی، غایات مدّ نظر و همچنین نوع و منطق حاکم بر نظریه و نظام حقوقی اسلام، ارائه نظریه‌ای همسو با اسلام با چالش‌هایی مواجه می‌گردد.

از حیث مبانی معرفتی، تحلیل اقتصادی حقوق، رفتارهای انسان را بر مبنای خصلتِ نفع طلبی تبیین و توجیه می نماید (posner, 1986: 3) در حالی که خوی منفعت طلبی انسان در اسلام مطلق نبوده و با اراده الهی محدود می گردد. از دیگر سو، در تحلیل اقتصادی حقوق، کارآیی برتر از سایر اهداف دانسته شده (شاول، ۱۳۸۸: ۷۰۷) لیکن در اسلام اقتصاد، ابزار دستیابی به سایر اهداف و حداکثر هدفی در کنار آنها تلقی می گردد. همچنین به نظر می رسد این نظریه، با نظام حقوقی کامن لا و منطق حاکم بر آن، در مقایسه با نظام های حقوقی نوشته، مطابقت بیشتری دارد؛ زیرا به دلیل ابتنای این قبیل نظام ها بر رویه قضایی (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۱۱؛ و کیلیان، ۱۳۹۷: ۶۶) کارآیی به تدریج به ضابطه تشخیص حق و رویه ای لازم الاتباع بین قضات محاکم تبدیل می گردد؛ لیکن فقها در مقام استنباط قوانین و قضات نیز در مقام تفسیر و اجرای آن، امکان خروج از احکام موضوعه شرعی را نخواهند داشت.

لیکن به نظر می رسد اختلافات فوق، مانعی جدی برای نظریه پردازی ایجاد نمی نماید؛ زیرا اولاً، هرچند هدف غایی تشریح حکم در اسلام همواره تحقق کارآیی در منافع شخصی افراد نمی باشد، لیکن تأمین کارآیی در منافع عمومی جامعه را می توان واجد چنین جایگاهی دانست؛ لذا به نظر می رسد اگر مصالح عامه، کارآیی اقتصادی را اقتضاء نماید اصلاح احکام شرعی ناکارآمد، موجه قلمداد می گردد؛ ثانیاً، وجود تفاوت در جایگاه کارایی در نظریه و اسلام نیز مانع محسوب نمی شود، زیرا اهمیت اقتصاد در اسلام به حدی است که در وضع بسیاری از احکام، هدف شریعت یا دستکم یکی از اهداف مهم بوده است. اقتصاد اسلامی آنجا که مقصد شریعت محسوب نمی گردد نیز مقدمه ضروری جهت دستیابی به سایر اهداف می باشد، چراکه تحقق مقاصد غیر اقتصادی شریعت، بدون داشتن اقتصادی پویا ناممکن است (مطهری، ۱۳۹۰: ۴۰۸/۲۰). نوع و منطق حاکم بر نظام حقوقی اسلام نیز هرچند مبتنی بر رویه قضایی نمی باشد، لیکن ظرفیت های موجود در فقه، از جمله احکام ثانویه و حکومتی، زمینه

پویاسازی اقتصادی احکام اسلام را فراهم می‌نمایند.

با توجه به ابتدای احکام اولیه اسلام بر مصالح و مفاسد حقیقیه‌ای که لزوماً کارآیی را در تمامی مصادیق تأمین نمی‌نمایند تحلیل اقتصادی اثباتی احکام اسلام از طریق کشف میزان تطابق مصالح ملزمه احکام با معیار کارآیی صورت می‌پذیرد. لیکن، چنان چه مصالح مزبور کارآیی اقتصادی را تأمین ننمایند می‌توان در خصوص امکان تحلیل اقتصادی هنجاری (اصلاح) احکام اسلام قائل به تفکیک شد. به نظر می‌رسد اصلاح احکام اسلام به منظور ایجاد کارآیی در منافع شخصی افراد تا حدودی از طریق تشریح احکام ثانویه ممکن می‌باشد؛ لیکن، پذیرش آن به عنوان قاعده‌ای کلی، دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا احکام مزبور، مبنایی جامع در تحلیل اقتصادی همه ابواب فقهی به دست نمی‌دهند. توضیح این که چنان چه به واسطه حدوث عناوین ثانویه از قبیل اضطراب، عسر و حرج، ضرر، تقیه و ... حکمی از احکام اولیه ناکارآمد گردد، می‌توان با تحلیل اقتصادی هنجاری، حکم اولیه ناکارآمد را مرتفع و حکم ثانویه کارآمد جایگزین آن نمود. برای مثال، چنان چه ضرری بودن تسلط مالک بر ملک خویش در شرایط خاصی ثابت گردد تسلیط ناکارآمد مالک با حکمی ثانویه مرتفع می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۵۴)؛ لیکن تحلیل اقتصادی هنجاری حقوق در حوزه احکام ثانویه با محدودیت‌هایی مواجه است. نخست آن که، عناوین ثانویه لاضرر و لاجرح صرفاً بر احکامی حکومت دارند که در ذات خود ضرری یا حرجی نیستند و می‌توانند در شرایطی واجد این اوصاف و در شرایطی فاقد آن باشند. مثلاً نمی‌توان با تمسک به لاضرر در باب ضمانات و با توسل به لاجرح در باب جهاد، تحلیل اقتصادی نمود؛ زیرا ضمان در اصل تشریح خود، ضرری و جهاد نیز در اصل تشریح خود، حرجی است. عنوان ثانویه اضطراب نیز صرفاً حکم تکلیفی را رفع می‌کند و قادر به رفع حکم وضعی (ضمان) نیست. ثانیاً، کاربرد احکام ثانویه در تحلیل اقتصادی هنجاری به رفع احکام ناکارآمد محدود بوده و در مواردی که ناکارآمدی از فقدان حکم ناشی

می‌شود، قادر به اثبات آن نمی‌باشد؛ لذا باید ظرفیت دیگری در فقه اسلامی جستجو نمود که فارغ از محدودیت‌های فوق، تحلیل اقتصادی هنجاری تمامی احکام اسلام را ممکن سازد.

به نظر می‌رسد، اگر ناکارآمدی احکام اولیه یا ثانویه اسلام و یا فقدان حکم شرعی، منجر به اختلال در منافع اقتصادی عمومی در سطح کلان گردد، رفع کلیه احکام ناکارآمد و یا اثبات حکم به منظور حفظ منافع عمومی جایز و بلکه ضروری تلقی می‌گردد؛ لذا تحلیل اقتصادی هنجاری احکام اسلام به منظور ایجاد کارآیی در مصالح عامه را می‌توان از طریق صدور احکام حکومتی بر مبنای قاعده نفی اختلال نظام ممکن دانست. این قاعده که از آن به ضرورت حفظ نظام نیز تعبیر شده است (جعفری هرنندی و عرب، ۱۳۹۲: ۲۶) زمینه اتخاذ نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق را فراهم می‌آورد. ضرورت حفظ نظام از نابسامانی و نفی اختلال در آن را بر تمامی احکام اولیه و ثانویه حاکم دانسته‌اند: «حفظ نظام در مواردی ممکن است چند واجب دیگر را که اهمیت کمتری دارند، نادیده بگیرد. به عنوان نمونه، در فتوای تحریم استعمال تنباکو، احکام فقهی و رساله‌ای فقهای زمان، هیچ‌کدام استعمال تنباکو را حرام نمی‌دانست، ولی چون تحریم آن حکم حکومتی و فقهی و برای حفظ قوت اسلام لازم بود، عمل کردن به آن جزو اهم واجبات شد» (حق پناه، ۱۳۷۸: ۵۰).

هرچند در کلام فقها، لفظ «نظام» به طور مطلق یا عام به کار رفته و حکم حفظ آن بیان گشته است لکن بدون تردید، این حکم فی الجمله شامل حکم حفظ سایر خرده نظام‌هایی که در درون آن نهفته است نیز می‌شود؛ چراکه بدون حفظ هر یک از خرده نظام‌های تحت نظام عام یا کلان جامعه، این نظام نیز محفوظ نخواهد ماند (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۸۹: ۱۱۲). یکی از این خرده نظام‌ها، خرده نظام اقتصادی است که با تحلیل اقتصادی حقوق ارتباط یافته و می‌تواند مبنای صدور احکام حکومتی اقتصادی واقع گردد. مشروعیت وضع قوانین مربوط به مالکیت، عبور و مرور،

رانندگی، وضع جرایم و مجازات های تعزیری و ... توسط حکومت و بلکه ضرورت وجود نفس این قوانین و مقررات را مبتنی بر وجوب حفظ نظام معیشت دانسته اند (رهبرپور، ۱۳۸۹: ۲۹۴).

قاعده نفی اختلال نظام از گستره شمول زیادی برخوردار و قابل جریان در تمامی ابواب فقهی است (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۸۹: ۱۱۴)؛ بدین جهت آن را درحوزه احکام اولیّه، ثانویّه و احکام حکومتی منشأ صدور حکم دانسته اند. «حکم سازی ضرورت حفظ نظام اسلامی درحوزه احکام اولیه هنگامی میسر است که عمل فرد یا گروهی، مصداقی برای یکی از مفاد (حفظ محتوای دین، حفاظت عملی در پابندی جامعه به دین، اجرای عملی و عینی احکام اسلامی و اقامه شعائر دین) باشد» (جعفری هرنندی و عرب، ۱۳۹۲: ۳۲). گاه نیز حفظ خرده نظام اقتصادی مدنظر است، لذا فقهای شیعه احکامی همچون حجّیت ید مسلمانان، اعتبار سوق المسلمین، حلیّت ارزاق تهیه شده از بازار مسلمین، جواز اقامه نماز در لباس خریداری شده از بازار مسلمین و مواردی از این دست را با هدف حفظ نظام معیشت مسلمانان مطرح کرده‌اند (خمینی، ۱۴۰۹: ۵۴۰ و ۱۳۶۹: ۲۶۴-۲۶۵). به نظر می‌رسد به موجب قاعده در حوزه احکام اولیّه، می‌توان به تحلیل اقتصادی اثباتی احکام از حیث مطابقت یا عدم تطابق با مصالح نظام اقتصادی پرداخت. برخی حکم سازی قاعده را در حوزه احکام ثانویّه نیز ممکن دانسته و جواز انفراد از نماز جماعت در نماز خوف، جواز کشتن غیر نظامیان و مسلمانانی که دشمن، آنها را سپر خود در مقابل لشکر اسلام قرار داده است (تترس)، جواز تجسس از امور خصوصی مردم به منظور شناسایی و کشف دشمنان نظام اسلامی که بر ضدّ اسلام و مصالح عمومی مردم فعالیت مخفی می‌کنند و جواز یا وجوب تقیّه خوفی را از این قبیل دانسته‌اند (جعفری هرنندی و عرب، همان: ۳۶)؛ لذا چنان چه فقیه بر مبنای مصالح خرده نظام اقتصادی به استنباط احکام ثانویّه پردازد، لاجرم باید قائل به نوعی تحلیل اقتصادی هنجاری شد.

پذیرش این سخن از جهاتی محلّ تردید است، زیرا تشخیص مصالح حکومت از اختیارت ولیّ امر مسلمین است، نه هر فقیه مجتهدی. به نظر می‌رسد قول به وجود نوعی اختیار اجرای حکم برای صاحبین این قبیل فتاوی خالی از وجه نمی باشد؛ لذا شاید بتوان صدور آن را از باب حکم حکومتی دانست. برای مثال، فتوای معروف میرزای شیرازی در باب تحریم تنباکو هرچند در زمان حکومت اسلام صورت نپذیرفته، لیکن یقیناً فتوا دهنده در اداره امور مسلمین مبسوط الید بوده است؛ تبعیت قاطبه جامعه از حکم مزبور (نه صرف مقلّدین فتوا دهنده)، گواه بر شأن حکومتی داشتن حکم است (کدی، ۱۳۵۸: ۱۱۳/۱)؛ لذا تحلیل اقتصادی هنجاری به موجب قاعده نفی اختلال نظام، والاترین جلوه خویش را در حوزه احکام حکومتی می‌یابد. «منظور از احکام حکومتی احکامی است که از اختیارات و ولایت مفوضه الهی به ولیّ و حاکم اسلامی ناشی می‌شود و در پرتو آن می‌تواند با توجه به مصلحت و مفسده ملزمه ای که تشخیص می‌دهد حکمی را صادر کند و یا تغییر دهد و نیز مقرراتی را وضع نماید» (خمینی، ۱۳۷۹: ۱۷۰/۲۰).

حکم حکومتی را ظهور خارجی حاکمیت دانسته اند: «حاکمیت، مدیریت و سرپرستی جنبه‌های مختلف روابط اجتماعی است و مصلحت، رکن ارتكازی سرپرستی است و به تعبیری می‌توان گفت مشروعیت حاکمیت، وابسته به رعایت مصلحت هاست. مصلحت، لازمه لاینفک سرپرستی است. اگر ما از حاکمیت به ولایت تعبیر کنیم می‌توان گفت که ولایت یعنی مدیریت مصلحت‌ها؛ بنابراین، ولایت حکومت تا جایی مشروعیت دارد که تصمیماتش در جهت مصلحت مردم اتخاذ شود» (فتاحی، ۱۳۹۲: ۹۶).

به نظر می‌رسد، احکام حکومتی که به صورت موقت و مادام‌المصلحه و به منظور حفظ مصالح خرد نظام اقتصادی وضع می‌گردند، بستر مناسبی برای ارائه نظریه‌ای همسوی با نظام حقوقی اسلام مهیا می‌نمایند؛ زیرا حکم حکومتی از طرفی، بر جمیع

احکام اولیّه و ثانویّه حاکم است و از سوی دیگر، با صدور احکام حکومتی نه تنها نفی احکام ناکارآمد، بلکه اثبات حکم در موارد فقدان آن (مرسلات) نیز امکان پذیر می گردد. برای مثال، در شرایط حاضر، اطلاق حکم اولیّه حبس زوج ممتنع در محکومیت به پرداخت مهریه که مبالغ گزافی را در بر می گیرد، تعداد کثیری از مردان را برای مدت های مدید محبوس نموده و به نظام معیشت جامعه خلل وارد می آورد، لذا حاکم می تواند با احراز مغایرت اطلاق حکم مزبور با مصالح نظام اقتصادی، آن را اصلاح و مقید به میزان مشخصی از حق (برای مثال تعداد مشخصی سگه) نماید. همچنین تکلیف متعهد به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در تعهدات پولی به منظور حفظ ارزش پول در شرایط تورّم، با احکام فقه معاملات سازگاری ندارد، چراکه ضمانی بیش از ضمانات منصوص شرعی ایجاد می نماید؛ لیکن چنان چه عدم پذیرش آن، نظام معاملات مردم را به مخاطره اندازد حاکم می تواند در فقه معاملات تغییر ایجاد نموده و آن را بپذیرد. همچنین، خسارت تنبیهی در احکام ضمانات یا مالیات بر ثروت در احکام اقتصادی اسلام پیش بینی نشده است، اما چنان چه مصالح اقتصادی جامعه ایجاب نماید احکام اقتصادی و ضمانات به موجب حکم حکومتی قابل تغییراند. در خرده نظام خانواده نیز چنان چه به واسطه وجود حق طلاق در ید زوج، زوجه در تنگنای اقتصادی قرار گیرد، حاکم می تواند از طریق صدور حکم حکومتی حق مزبور را در موارد عسر و حرج از انحصار زوج خارج نماید؛ لیکن کاربرد احکام حکومتی محدود به موارد نفی حکم نیست، بلکه قادر به اثبات آن در موارد فقدان حکم (منطقه الفراغ) نیز می باشد؛ وضع مقررات خاصّ مربوط به اسناد تجاری، شرکت های تجاری و ورشکستگی تجار را می توان از این قبیل دانست.

نظریه ارائه شده هرچند همانند نظریه تحلیل اقتصادی حقوق، مجال تحلیل اقتصادی اثباتی و هنجاری احکام اولیّه و ثانویّه اسلام را فراهم می نماید، لیکن از جهاتی نیز محدود و از آن متمایز می گردد: نخست آن که گستره آن، صرفاً در

محدوده تغایر با مصالح اقتصادی حکومت محرز است، نه مغایرت با هرگونه مصلحت اقتصادی غیر حکومتی؛ ثانیاً، تحلیل مزبور چون بر مبنای مصالح اقتصادی جوامع مسلمین صورت می‌گیرد، به صورت موقتی و مادام المصلحه خواهد بود. ثالثاً، از آنجایی که بکارگیری قاعده نفی اختلال نظام دارای شرایطی از جمله عدم تعارض با مصالح آقوی می‌باشد (خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۵: ۹۱) لذا اگر مصالحی آقوی و در تعارض با مصلحت خرده نظام اقتصادی وجود داشته باشد، حاکم حق تحلیل اقتصادی احکام اسلام را نخواهد داشت، در حالی که تحلیل اقتصادی حقوق، مصالح اقتصادی را یگانه هدف قوانین حقوقی و مقدم بر هر مصلحت دیگری می‌داند.

### نتیجه گیری

هرچند ظهور نظریه تحلیل اقتصادی حقوق در مجامع حقوقی جهان، بستری نوین برای کارآمدسازی مقررات حقوقی فراهم نموده است لیکن، به نظر می‌رسد نتایج حاصل از آن همواره مورد تأیید شرع نخواهد بود؛ زیرا کارآیی اقتصادی در اسلام هدفی در کنار سایر اهداف است و همواره مقدم بر آن تلقی نمی‌گردد. لذا باید در جستجوی نظریه‌ای همسو با نظام حقوقی اسلام بود که کارآمد سازی احکام شرع را در تمامی مصادیق ممکن گرداند. به نظر می‌رسد، قاعده نفی اختلال نظام، بستری جامع و شایسته برای تحلیل اقتصادی احکام اسلام فراهم می‌آورد. هرچند، نتایج حاصل از تحلیل اقتصادی هنجاری (اصلاح) احکام اسلام، به منظور ایجاد کارآیی در منافع خصوصی افراد لزوماً و در تمامی مصادیق قابل انتساب به شرع به نظر نمی‌رسد لیکن، چنان چه منافع عمومی جامعه، اصلاح احکام شریعت را اقتضا نماید به صورت مادام المصلحه و به شرط عدم تعارض با مصالح آقوی مورد پذیرش خواهد بود؛ زیرا در مواردی که احکام اولیّه و ثانویّه یا عدم وجود حکم، موجب اختلال در مصالح خرده نظام اقتصادی و نظام معیشت مردم گردند، ظرفیت رفع حکم ناکارآمد و اثبات



آن در موارد فقدان حکم از طریق صدور احکام حکومتی فراهم می‌گردد. به نظر می‌رسد حکم سازی احکام حکومتی بر مبنای مصالح عمومی اقتصادی، زمینه خروج از معضلات اقتصادی مستحدثه را فراهم آورده و کارآیی اقتصادی را به نحوی مشروع ارتقاء می‌بخشد. پذیرش خسارت تأخیر تأدیه، خسارت تنبیهی، مقررات نوین حقوق تجارت و مقررات مربوط به آئین دادرسی در محاکم، مقررات راهنمایی و رانندگی و سایر قوانین و مقررات مرتبط با نظم عمومی اقتصادی را می‌توان از این قبیل دانست.

## منابع

- آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲)، **تحلیل «تحلیل اقتصادی حقوق»**، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره چهارم، ۲، ۱-۱۷.
- ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۸)، **درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی**، ج ۲، تهران: مجد.
- ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۹)، **جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق**، حقوق تطبیقی (نامه مفید)، ۸۲، ۱۰۱-۱۲۶.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات**، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، **مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق**، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳-۶۰.
- بادینی، حسن (۱۳۸۲)، **مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۶۲، ۹۱-۱۳۵.
- بادینی، حسن؛ عباسی، سمیه (۱۳۹۷)، **بررسی کارآیی مسئولیت محض از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق**، حقوق تطبیقی (نامه مفید)، ۱، ۲۴-۳.
- پژوهشکده حوزه و دانشگاه؛ ابراهیمی، محمد (۱۳۶۸)، **درآمدی بر حقوق اسلامی**، تهران: سمت.
- تسخیری، محمد علی (۱۳۸۳)، **مصالح مرسله و امکان حجیت آن**، فقه اهل بیت، ۳۹ و ۴۰، ۹۷-۱۰۸.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه**

نگرشی نوین به تحلیل اقتصادی حقوق در پرتو قاعده فقهی نفی اختلال نظام — ۱۹۰

الدمشقیه، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی.

- جعفری هرنندی، محمد؛ عرب، علی (۱۳۹۲)، حکم سازی ضرورت حفظ نظام در قلمرو احکام شرعی از دیدگاه فقهی مذاهب اسلامی، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی، ۳۳، ۲۶-۳۸.

- جلیلی مقدم، مجتبی (۱۳۹۸)، بررسی سودگرایی بتنام، معرفت، ۱۵۹، ۱۰۹-۱۲۱.

- جنّاتی، محمد ابراهیم (۱۳۶۹)، جایگاه مصالح مرسله و استصلاح در منابع اجتهاد، فلسفه و کلام، نشریه کیهان اندیشه، ۳۱، ۵۷-۷۳.

- حاجی عزیزی، بیژن؛ جعفری، فیض الله؛ بلوری فر، مینا (۱۳۹۸)، بکارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقالات عقلی و قاعده مصلحت، فقه و حقوق اسلامی، ۱۸، ۱-۲۳.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- حق پناه، رضا (۱۳۷۸)، حکومت و ولایت، اندیشه حوزه، ۱۷، ۳۰-۵۰.

- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰ق)، نهایت الاحکام، قم: اسماعیلیان.

- خمینی (امام) سید روح الله (۱۴۰۹ق)، کتاب الطهاره، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۶۹)، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (الرسائل)، قم: اسماعیلیان.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۹)، صحیفه نور، چ ۲، تهران: طبع و نشر.

- خورسندیان، محمد علی؛ شرعی، الهام (۱۳۹۵)، مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و نهم، ۱، ۸۳-۱۰۴.

- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- راسل، برتراند (۱۳۵۹)، علم ما به عالم خارج، ترجمه: منوچهر بزرگمهری، تهران: ترجمه و نشر کتاب.

- رستمی، محمدزمان؛ رستمی، محمدهادی (۱۳۹۹)، تبیین فقهی اقتصادی قراردادها و فعالیت های سفهی در حوزه های کلان و شرایط اقتصادی نوین، مطالعات اقتصاد اسلامی، ۲۵، ۱-۳۲.

- رهبر پور، محمدرضا (۱۳۸۹)، مجموعه مقالات بزرگداشت دکتر ابوالقاسم گرچی، تهران:

- انجمن آثار و مفاخر فرهنگی ایران.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۷ق)، **العقود المستأه فی قانون المعاملات المدنیه الاماراتی و القانون المدنی الاردنی**، دمشق: دار الفکر.
- شاول، استیون (۱۳۸۸)، **مبانی تحلیل اقتصادی حقوق**، ترجمه: محسن اسماعیلی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- شریف زاده، محمدجواد؛ نادران، الیاس (۱۳۸۸)، **تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت در اسلام: (با تأکید بر مفهوم هزینه‌های مبادله)**، اقتصاد اسلامی، ۳۶، ۵-۳۱.
- شریف زاده، محمد جواد (۱۳۹۱)، **حقوق و اقتصاد در اسلام**، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چ ۲، بیروت: دار الکتب العربی.
- فتاحی، سید محسن (۱۳۹۲)، **دامنه اختیارات حکومت در جعل قانون از منظر فقه**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹، ۸۷-۱۰۸.
- قاسمی حامد، عباس؛ نوازیان، علی رضا (۱۳۹۰)، **نظریه نقض کارآمد قرارداد مطالعه تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا**، تحقیقات حقوقی، ۷، ۷۵-۱۰۸.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، چ ۷۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کدی، نیکی (۱۳۵۸)، **تحریم تنباکو در ایران**، ترجمه: شاهرخ قائم مقامی، تهران: بی نا.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، چ ۵، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- گواهی، زهرا؛ ثقفی، مریم (۱۳۹۵)، **مبانی فقهی - حقوقی سلب مالکیت توسط دولت**، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۵، ۲۳-۴۵.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ کیخای فرزانه، محمدامین (۱۳۹۸)، **عقل در مبانی تحلیل اقتصادی حقوق در مقایسه با حقوق اسلامی** (با تکیه بر انگاره‌های علامه طباطبائی (ره)، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاه و دوم، ۱، ۱۸۳-۲۰۳.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، چ ۳۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، **مجموعه آثار استاد شهید مطهری**، چ ۸، تهران: صدرا.
- ملک افضل‌الدکانی، محسن (۱۳۸۹)، **آثار قاعده حفظ نظام، حکومت اسلامی**، ۴، ۱۰۹-۱۰۹.

- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۳ق)، **القواعد الفقهیه**، قم: الهادی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۴۰۱ق)، **قواعد فقهیه**، ج ۳، تهران: عروج، تهران.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، تهران: المکتبه المحمديه.
- نعیمی، سید مرتضی (۱۳۹۲)، **درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق**، تهران: میزان.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۷)، **جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکتربین حقوقی**، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۵۸، ۵۷-۸۱.

-Burrows, Paul and Veljanovski, Cento G, (1981). **The Economic Approach to Law**.

- Dworkin, Ronald M, Is Wealth a Value? The Journal of Legal Studies, Volume 9, Number 2, (1980). **Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**, The University of Chicago Press.

-Friedman, David D, **Law's Order**, (2000). Princeton University Publications.

-Goleman, Jules L, (1988). **Criticizing the Economic Analysis of Law, Markets, Morals and the Law**, Cambridge University Press.

-Harris, J.W, Legal Philosophies, (1982). **Utilitarianism and the economic analysis of law**, Butterworths, London.

-Landes, Elizabeth M and Posner, Richard. A, (1978). **The Economics of the Baby Shortage**, The Journal of Legal Studies, Vol.7.No. 29, The University of Chicago Press.

-Landes, William M and Posner, Richard A, **The Economic Structure of Tort Law**, Harvard University Press, 1987

- Mackaay, Ejan, (1990). **History of Law and Economics**, Edward Egar Publishers.

- Miller, Jeremy. (1986). M, **Economic Analysis of Legal Method and Law; The Danger in Valueless values**, Gonzaga Law Review, Vol 21, Issue 2.

- Ogus, Anthony I, (2002) **Law and Economics from the Perspective of Law**.

- Posner, Richard, A, (1986). **Economic Analysis of Law**, Aspens Publishers, third edition.

- Posner, Richard, A, (1993). **Problems of Jurisprudence**, Reading 3, in Introduction to Philosophy of Law.

-Radin, Margaret Jane, (1995). **What, if anything, Is Wrong with Baby Selling**, Stanford University, 26 PAC. L.J. 135.

- Rizzo, Mario J, (1978). "Uncertainty, Subjectivity and The

- Economic Analysis of Law"**, in Time, Uncertainty and Disequilibrium.
- Rothbard, Murray N, (1979). "**Comment: The myth of Efficiency.**", in Mario J. Rizzo, ed., Time, Uncertainty and Disequilibrium (Lexington, Mass.; Lexington Books.
  - Rowley, Charles k, (1989). **Public Choice and the Economic Analysis of Law, in Nicholas Mercuro** (ed), Law and Economics, Boston, Kluwer Academic Publishers.
  - Strowel, Alain, (1992). **Utilitarianisme et approche economique dans la theorie du droit autour de Bentham et Posner**, Archives de philosophie de droit, Tome 37, droit et economie.
  - Veljanovski, Cento, (2007). **Economic Principles of Law**, Cambridge University Publications.
  - Arnold, Roger A, (1982). **Efficiency VS. Ethics: Which is the Proper Decision Criterion in Law Cases?** The Journal if Libertarian, Vol, VI. No. 1.





پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی