

کارایی؛ به عنوان مبنای قاعده حقوقی

| رامین افتقاری* | دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
| سیامک ره‌پیک | استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
| علی اکبر فرحزادی | دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

چکیده

بیشینه‌سازی ثروت و فایده‌گرایی همواره دو برداشت عمده از مفهوم کارایی بوده‌اند. هر دوی این تعابیر از سوی فیلسوفان و حقوقدانان به‌عنوان مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی پیشنهاد شده‌اند. مدعای پیروان کارایی به‌عنوان یک معیار هنجاری این است که هدف نهایی قواعد حقوقی باید حداکثر کردن فایده و یا ثروت باشد. در تاریخ تحلیل اقتصادی حقوق برای دفاع از کارایی از چهار استدلال عمده فایده‌گرایانه، اختیارگرایانه، قراردادگرایانه و در نهایت عمل‌گرایانه استفاده شده است. با این وجود، منتقدان بر این باورند که استدلال‌هایی که قرار است تقویت‌کننده ادعای حداکثر کردن کارایی باشد، به‌لحاظ اخلاقی با مشکلات عدیده‌ای مواجه‌اند. ضمن اینکه مفهوم افزایش ثروت به‌عنوان هدف نهایی و وضعیت مطلوب به‌لحاظ درونی از انسجام برخوردار نیست. در این نوشته با شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی، مفهوم کارایی و معیارهای ارزیابی آن در هر دو تعبیر بیشینه‌سازی فایده و ثروت روشن شده است. سپس مبانی توجیهی کارایی و انتقادات وارد شده به آن ارزیابی شده است. در نهایت به این نتیجه رسیدیم که کارایی نمی‌تواند به‌عنوان هنجار بنیادین و ارزش اصلی حقوق پذیرفته

شود. با این وجود، ارزش اثباتی تحلیل‌های اقتصادی همچنان باقی خواهد ماند و از اهمیت آن به‌عنوان واقعیتهای از علم اقتصاد، نزد قانون‌گذاران کاسته نخواهد شد. واژگان کلیدی: پیشینه‌سازی ثروت، فایده، کارایی، مبنای الزام‌آوری، معیار هنجاری.

مقدمه

بحث از مبنای قواعد حقوقی یکی از مهم‌ترین مسائل موجود در فلسفه حقوق است. مفهوم مبنای در قواعد حقوقی دو معنای عمده دارد. گاهی مقصود از آن مبنای مستقیم یا مبنای تضمین است که منشأ اصلی آن را باید در اراده دولت و حاکمیت جست (شهابی، ۱۳۹۶: ۴۳۰-۴۳۱-۴۳۲). این مفهوم از مبنا همانی است که پوزیتیویست‌هایی نظیر جان آستین، تأکید داشتند که قانون را فقط باید به فرمان^۱ حاکم محدود دانست و خارج از فرمان حاکم برای اشخاص حقی قائل نشد (Austin, 1995: 211-212). مدعای این گروه این است که حاکمیت با نیروهای مختلفی در جامعه در حال تعامل است و در نهایت هموست که تعیین می‌کند که کدام‌یک از نیروها تا چه میزانی با ضمانت اجرای حقوقی همراه شود. بنابراین گفته شده است که مبنای مستقیم حقوق به‌طور کلی اراده دولت می‌باشد (کاتوزیان، ۱/۱۳۶۵: ۳۴۶). با این حال مبنا در معنای دلیل موجهه یک قاعده حقوقی که آن قاعده را برای دولت اخلاقاً الزام‌آور^۲ ساخته است نیز به‌کار می‌رود. قانون‌گذاران به‌عنوان عاملان اخلاقی برخوردار از عقل عملی^۳ باید بتوانند دلیل اخلاقی کافی برای وضع قواعد حقوقی خود داشته باشند. در این معنا مبنای الزام‌آوری،^۴ همان اصل راهنمایی است که نشان می‌دهد چه امری اخلاقاً^۵ استفاده از قدرت دولت را برای اعمال قاعده حقوقی علیه یک شخص موجه می‌سازد (Barnett, 1986: 269)؟ این واقعیت گوشزد می‌کند که اگر قرار است حکومت قانون وضع شده در نظم حقوقی، دولت مستعجل نباشد، محتوای این قوانین باید اخلاقاً موجه باشد و اراده بدون پشتوانه اخلاقی دولت نمی‌تواند تعیین‌کننده محتوای قوانین باشد.^۶

دسته‌ای از نظریات حقوقی برای الزام‌آوری قواعد حقوقی و توجیه اخلاقی تضمین الزامات و تعهدات از سوی دولت احراز یک معیار خاص را ضروری دانسته‌اند. بارزترین این قسم نظریه‌ها،

1. command
2. enforceable
3. practical reason
4. enforcement
5. morally

۶. از این رو بسیار پیش می‌آید که قانون‌گذاران از محتوای قانون نیز بی‌خبرند و تشریفات قانون‌گذاری صرفاً فرایندی برای تضمین محتوای آن است (هایک، ۱۳۹۲: ۶۱-۶۲).

دیدگاهی است در تحلیل اقتصادی حقوق که براساس آن کارایی^۱ باید مبنای هنجارهای حقوقی قرار گیرد. کارایی در مفهوم بیشینه‌سازی فایده در میان فایده‌گرایان از پیشینه طولانی برخوردار بوده است، اما کارایی در مفهوم بیشینه‌سازی ثروت نیز نخستین بار توسط پازنر مطرح شده است و حجم زیادی از ادبیات حقوق اقتصادی را به خود اختصاص داده است. این نظریه‌ها دست دولت‌ها برای تطبیق قواعد حقوقی از جمله قراردادها را با معیار و الگوی از پیش تعیین شده باز می‌گذارند و به این ترتیب نقش دادرسان و فرایند رسیدگی قضایی در آن اهمیت خاصی می‌یابد (نوزیک، ۱۳۹۶: ۲۱۶-۲۱۷)، زیرا دادرسان به‌طور دائم باید سیاست کلان دولت در بیشینه‌سازی کارایی را در هر قاعده حقوقی و قرارداد جزئی احراز کنند.

برای پی بردن به پرسش اصلی این نوشته باید توجه کرد که وظیفه یک نظریه مناسب این است که قدرت توجیه‌کنندگی بالایی داشته باشد. ضمن اینکه باید بتواند پدیده‌های جزئی‌تر حقوقی را نیز به‌صورت یک منظومه منطقی پیرامون هسته مرکزی‌ای که آن را توجیه کرده است گرد آورد. در مورد مشکلات احتمالی آینده نیز تاب‌آوری و مقاومت بیشتری داشته باشد (Barnett, op.cit: 270). حال باید گفت که عمده پرسشی که این نوشتار با آن مواجه خواهد شد، قسم نخست، وظایف یک نظریه است. یعنی آیا کارایی به‌عنوان یک رویکرد معیارمحور در هنجارهای حقوقی توان توجیه‌کنندگی اخلاقی مناسبی دارد یا خیر؟ آیا دلایل قانع‌کننده‌ای برای دفاع از پذیرش بیشینه‌سازی رفاه و ثروت به‌عنوان چراغ راه قانون‌گذاری و حل‌وفصل دعاوی وجود دارد؟ یا اینکه اساساً مفاهیمی نظیر بیشینه‌سازی ثروت تا چه اندازه منضبط و در امان از انتقادات هستند؟ به‌طور خلاصه باید گفت که کارایی بعد از گسترش چشم‌گیر اولیه میان حقوقدانان علاقه‌مند به اقتصاد به مرور با اشکالاتی هم در حوزه مفهومی و هم در حوزه توجیه مبنایی مواجه شد. عمده اشکال نیز به هر دو مفهوم فایده و ثروت از کارایی این است که به نادیده انگاشتن ارزش‌های اخلاقی و حقوق بنیادین افراد جامعه منجر می‌شود. ضمن اینکه مشکلاتی در انسجام مفهومی تعبیر افزایش ثروت در کارایی وجود دارد.

نوشتار پیش‌رو، با شیوه توصیفی-تحلیلی، درصدد بررسی و ارزیابی کارایی به‌عنوان مبنای الزام‌آوری و ارزش بنیادین هدایت‌کننده قواعد حقوقی است. در این مسیر، در ابتدا مفهوم کارایی و معیارهای ارزیابی میزان کارایی در وضعیت‌های مختلف بررسی خواهد شد و سپس مبنای و توجیحات و تعدیل‌های صورت گرفته در دفاع از کارایی به بحث گذاشته خواهد شد و در هر دسته از توجیحات دیدگاه منتقدان آن نیز بیان می‌شود. در نهایت به‌طور خلاصه به نحوه تأثیر کارایی در تصمیم‌گیری‌های قانونی اشاره خواهد شد.

1. Efficiency

۱- مفهوم کارایی و معیارهای ارزیابی آن

پیش از بحث از مبانی و توجیحات کارایی به عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد ضروری است که مفهوم کارایی پیشاپیش روشن شود. البته برای تبیین کامل این مفهوم باید معیارهای ارزیابی کارایی نیز به بحث گذاشته شود.

۱-۱- کارایی در دو مفهوم بیشینه‌سازی فایده و ثروت

مفهوم کارایی به‌طور سنتی به اقتصاد رفاه^۱ باز می‌گردد. در اقتصاد رفاه کارایی معیاری برای ارزیابی تولید در طول زمان و سال‌های متوالی به اقتصاددانان ارائه می‌دهد و به این وسیله رشد اقتصاد ارزیابی می‌شود. معمولاً برای درک بهتر مفهوم کارایی می‌توان گفت که برخلاف انصاف و عدالت که مربوط به تقسیم یک اقتصاد است، مسئله کارایی حجم این یک می‌باشد (Polinsky, 1989: 7). مفهوم کارایی به مرور از اقتصاد رفاه وارد مباحث اقتصاد خرد^۲ شده است (Sanchirico, 2000: 797-798). اقتصاد خرد موضوع مطالعات خود را افراد به‌عنوان عامل‌های اقتصادی^۳ می‌داند (Mathis, 2009: 7). انسان در شرایط کمیابی ناچار به گزینش بهینه خواهد بود و انسان عاقل نیز که همواره با شرایط کمیابی دست و پنجه نرم می‌کند، می‌داند برای اینکه چیزی را به‌دست آورد باید چیز دیگری را از دست بدهد. از این رو سعی خواهد کرد با حداقل منابع، بیشترین ترجیحات خود را برآورد تا به این وسیله بیشترین رفاه را از آن خود سازد (ایران‌پور، ۱۳۹۸: ۳۴). چنین برداشتی از انسان به‌عنوان عامل عقلانی اقتصادی به حوزه حقوق نیز راه پیدا کرد و دیری نپایید که نگاه اقتصادی به حقوق در شاخه‌های متعدد حقوق از جمله حقوق خانواده و حقوق جزا نیز نفوذ کرد. بنابراین روشی به‌دست آمد که نه تنها ادعای توان تجزیه و تحلیل رفتارهای بازاری انسان را داشت، بلکه از این توان در مورد رفتارهای غیربازاری نیز استفاده کرد (بادینی، ۱۳۸۲: ۱۰۰).

با نفوذ مفهوم کارایی به دانش حقوق، در حقوق اقتصادی نیز با وجود اختلافات متعدد می‌توان گفت افزایش کارایی یعنی افزایش تولید و بازده^۴ اقتصادی بدون توجه به اینکه توزیع تولیدات و عایدی‌ها^۵ به چه نحو خواهد بود (Mathis, op.cit: 191). بسیاری از اوقات این افزایش بازده را با هدف غایی بیشینه کردن بازده تعریف می‌کنند. در چنین شرایطی وضعیت کارا نمایانگر حرکت به سوی افزایش فایده و یا بنا به نظری دیگر نمایانگر حرکت به سوی افزایش ثروت است (طوسی، ۱۳۹۳: ۷۹). مفهوم

-
1. welfare economics
 2. economic growth
 3. Microeconomic
 4. individual economic agents
 5. output
 6. income

بیشینه‌سازی فایده در نظر فایده‌گرایان دو مفهوم بسیار زورمند لذت و رنج^۱ را در خود مستتر ساخته است. برای افزایش کارایی باید بر لذت افزود و از رنج کاست. از نظر ایشان همین دو نیرو است که از یک سو تعیین می‌کند که ما باید چه کنیم و از سوی دیگر تعیین می‌نماید که چه خواهیم کرد، چه همین دو نیرو است که سلسله علت و معلول را تعیین می‌کند (Bentham, 2000: 14). بیشینه‌سازی ثروت نیز یعنی معامله یا استفاده از منابع یا مالکیت آن منابع باید به نحوی باشد که ثروت جامعه را افزایش دهد. ثروت از نظر پازنر ارزش دلاری یا معادل دلاری تمامی چیزهایی است که در جامعه وجود دارد. نحوه اندازه‌گیری ثروت نیز براساس تمایل به پرداخت برای به دست آوردن چیزها است. اگر هم در حال حاضر مالکیت آن‌ها در دست شخص است، اندازه‌گیری آن براساس قیمتی می‌باشد که شخص حاضر است با دریافت آن میزان دلار، آن منبع را به دیگری واگذار کند. تنها ترجیح موجود در نظام افزایش ثروت نیز ترجیحاتی است که با پول پشتیبانی شود و قابلیت ثبت در بازار را داشته باشد (Posner, 1979: 119).

نکته پایانی که باید در مورد مفهوم کارایی به آن اشاره کرد این است که کارایی در حقوق اقتصادی مانند اقتصاد رفاه به دو جنبه اثباتی^۲ و هنجاری^۳ تقسیم شده است. در جنبه اثباتی فرض بر این است که عامل‌های عقلانی آینده‌نگرند و همواره در پی حداکثر کردن مطلوبیت خود هستند (شاول، ۱۳۸۸: ۶۹۲-۶۹۴). کارایی در جنبه هنجاری خود از قلمرو «هست»ها فراتر می‌رود و حکم «بایددار» صادر می‌کند (Blaug, 1980: 34-112; انصاری، ۱۳۹۳: ۸۸). در این مفهوم ادعا این است که قواعد حقوقی باید به نحوی تنظیم شود که فایده یا ثروت - بسته به هدف نظریه‌پرداز - افزایش یابد (Micili, 2004: 3). این جنبه هنجاری کارایی است که می‌تواند معیاری تام برای تصمیم‌گیری‌های عقل عملی فراهم کند و توسط آن از عوامل اخلاقی از جمله دادرسان خواست که تنها قواعد حقوقی یا قراردادهای کارآمد را لازم‌الاجرا سازند. البته حتی با نفی جنبه هنجاری تحلیل‌های اقتصادی باز هم تحلیل‌های اثباتی مانند هر واقعیت علمی دیگر ارزش خود را حفظ می‌کند و می‌تواند مورد توجه تصمیم‌گیرنده قرار گیرد، اما در این نوع تحلیل ادعای اقتصاددان ارائه یک توجیه اخلاقی برای نحوه عمل عامل اخلاقی نیست. بلکه عامل اخلاقی، تحلیل‌های اقتصادی را نیز در نظر می‌گیرد، اما در نهایت می‌تواند تصمیم خود را بر ارزش‌های اخلاقی دیگری استوار سازد.

1. pleasure and pain

2. positive

3. normative

۱-۲- معیارهای ارزیابی کارایی

در حقوق اقتصادی از میان معیارهای ارزیابی کارایی سه معیار پارتوی برتر^۱، پارتوی بهینه^۲ و کالدور-هیكس^۳ بیش از باقی معیارها مورد توجه بوده است. افزایش ثروت^۴ نیز گاهی به این معیارها افزوده می‌شود که البته در صحت چنین عملی تردیدهای جدی شده است (Coleman, 1980: 521)، زیرا افزایش ثروت معیار اندازه‌گیری نیست بلکه هدف نهایی کارایی به عنوان هنجار اخلاقی است. معیار پارتوی برتر زمانی محقق خواهد شد که وضعیت یک نفر بهبود یابد بدون این که وضعیت شخص دیگری بدتر شود. به عبارت دیگر حرکت از وضعیت «الف» به وضعیت «ب» مطلوب است مشروط بر این که شرایط حداقل یک یا چند نفر در وضعیت «ب» نسبت به وضعیت «الف» بهتر شود بدون این که شخص دیگری در وضعیت بدتری قرار گیرد (Wonnell, 2001: 643-714). همانطور که تعریف گویاست در وضعیت برتر پارتو امکان تغییر کارآمد وجود دارد (Coleman, op.cit: 513). نظر غالب بر این است که معیار پارتوی برتر ریشه در فایده‌گرایی دارد. استدلال کنندگان معتقدند که چون بنا به تعریف حرکت به سمت وضعیت پارتوی برتر حداقل شرایط یک نفر را بهبود می‌بخشد بدون این که وضع دیگری را بدتر نماید و همواره برنده‌ای وجود دارد بدون این که بازنده‌ای وجود داشته باشد، این معیار رفاه را افزایش می‌دهد (Coleman, op.cit: 515).

بر اساس معیار بهینه پارتو نیز منابع زمانی به صورت بهینه تخصیص یافته است که وضعیت امور در حالتی است که هر گونه تخصیص دوباره منابع و بهبود وضعیت یک شخص تنها به هزینه یک شخص دیگر ممکن است (Coleman, op.cit: 513). در چنین حالتی امکان هیچ تغییری از طریق پارتوی برتر به سوی پارتوی بهینه وجود ندارد، چرا که هر تغییر ممکن به سوی رفاه از طریق پارتو از پیش صورت گرفته است (Wonnell, op.cit: 643-714). بهینه پارتو اصطلاحاً جزء معیارهای معطوف به وضع نهایی^۵ امور تلقی می‌شود (Coleman, op.cit: 72)، چرا که برای رسیدن به وضعیت مطلوب صرفاً به توزیع نهایی ثروت توجه دارد و برای این که وضع ایده‌آل این معیار حاصل آید هیچ نیازی به بررسی نحوه توزیع منابع در گذشته وجود ندارد (نوزیک، ۱۳۹۶: ۲۰۴-۲۰۵-۲۰۶).

معیار کالدور-هیكس ابتدا توسط نیکولاس کالدور مطرح شد و بعد توسط جان هیكس به حوزه‌های دیگر تعمیم یافت. پرسش عمده نیکولاس کالدور این بود که آیا می‌توان قانون را به نحوی تنظیم کرد که برای نفع عامه مناسب باشد حتی اگر به قیمت ضرر برخی باشد؟ پاسخ به این سوال

-
1. Pareto superiority
 2. Pareto optimality
 3. Kaldor-Hicks efficiency
 4. Wealth Maximization
 5. end-state principle

منجر به ایجاد معیاری جدید شد (Fletcher, 1996:158). از منظر کالدور-هیگس یک تغییر زمانی بهبود محسوب می‌شود که مجموع رفاه آنانی که بعد از این تغییر وضعیتشان بهبود یافته است، بتواند از ضرر زیان‌دیدگاه بیشتر باشد (Kaldor, 1939:550-551; Hicks, 1939:712). باید توجه کرد که بر طبق معیار کالدور-هیگس کسانی که ضرر می‌بینند ضررشان جبران نمی‌شود، چرا که اگر آن میزان ضرری که برای رسیدن به وضعیت بهبود کالدور-هیگس ایجاد شده است قرار باشد به زیان‌دیدگان پرداخت شود در آن حالت معیار کارایی ما به وضعیت برتر پارتو تغییر خواهد کرد (کوتر و یولن، ۱۳۹۱: ۶۶). این خصوصیت معیار کارایی کالدور-هیگس که قائل به جبران ضررها به طور واقعی نیست اما مجموع رفاه باید ضررها را درونی سازد سبب شده است برخی آن را کارایی بالقوه برتر پارتو بنامند (Calabresi & Bobbitt, 1978:85-86).

۲- مبنای کارایی و نقد آن

در توجیه کارایی به عنوان هنجار بنیادین قواعد حقوقی چهار گونه توجیه به چشم می‌خورد که مختصراً به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲-۱- مبنای فایده‌گرایانه و نقد آن

فایده‌گرایی جزء قدیمی‌ترین نظریات اخلاقی است که از دیرباز پیشنهاد شده است که معیاری برای وضع قوانین نیز باشد.

۲-۱-۱- مبنای فایده‌گرایانه

بنام فایده‌گرای برجسته توجه به افزایش لذت و دوری از رنج را نه تنها برای ارزیابی اعمال افراد مهم دانست، بلکه راهنمای اصلی دولت را نیز توجه به افزایش یا کاهش خوشی می‌دانست (Bentham, op.cit: 14). بنابراین اقدامی به لحاظ اخلاقی صحیح و موجه خواهد بود که نتیجه آن بیشترین رفاه را برای افراد تحت تأثیر آن اقدام ایجاد کند (Hutcheson, 2004: xvi). از منظر فایده‌گرایان خوب بودن فایده و لذت بدیهی است و نیاز به استدلال ندارد، چه تنها امری که ذاتاً می‌توان لفظ خوب را به آن نسبت داد لذت است و تنها امری هم که لفظ بد به صورت ذاتی به آن اطلاق می‌شود رنج و درد است (Bentham, op.cit: 16). مدعای فایده‌گرایی را به این نحو می‌توان خلاصه کرد که اخلاق عقلی که در تعارض با رانه‌ها و تمایلات است، بهره‌ای از حقیقت ندارد و به اخلاقی شدن نمی‌انجامد. پیروی از تمایلات لذت‌جویانه و منفعت‌طلبانه منجر به ایجاد آشوب و خودخواهی در جهان نمی‌شود. بنابراین باید لذت‌جویی و نفع‌طلبی افراد را تصدیق و تأیید کرد، زیرا چاره‌ای جز از پذیرش آن نیست و خود آن می‌تواند پشتوانه اخلاقیات باشد. زیرا نخست عقل خالی

1. potential Pareto-superior

از رانه‌ها و تمایلات است، بنابراین برای عنصر تحریک‌کننده باید به دنبال میل بود. دوماً عقل درک می‌کند لذت‌جویی خودخواهانه در نهایت به آشوب و از بین رفتن لذت فردی خواهد شد. از این رو عقل به لذت‌جویی فردی که منجر به اختلال در نظام اجتماعی شود، لگام خواهد زد. از این رو فایده‌گرایی از حوزه توصیف فراتر می‌رود و جنبه هنجاری می‌یابد و حتی ادعای ورود به سیاست‌گذاری‌های جمعی دارد (میل، ۱۳۹۵: ۲۷).

گفته شده است که پازنر مبدع نظریه افزایش ثروت در ابتدای راه برای توجیه بیشینه‌سازی ثروت نیز از همین نحو استدلال سودانگاران بهره‌جسته است (نعیمی، ۱۳۹۶: ۷۲۸). هرچند در ادامه از این نظر خود بازگشته است و بیان داشته است که: «پرسش مهم این است که آیا سودانگاری و علم اقتصاد واقعاً یک چیز هستند. من بر این باورم که نه، و علاوه بر این، باور دارم که هنجار اقتصادی که من آن را بیشینه‌سازی ثروت می‌نامم، نسبت به سودانگاری، مبنای محکم‌تری برای یک نظریه هنجاری حقوقی فراهم می‌سازد» (Posner, 1979: 103).

۲-۱-۲- نقد مبنای فایده‌گرایانه

توجیه کارایی از طریق استدلال‌های سودانگاران مشکلات عدیده‌ای را به دنبال دارد. نخستین مشکل آن نامعلوم بودن مرز اندازه‌گیری سود است. یعنی معلوم نیست دقیقاً معیار افزایش لذت شامل چه کسانی می‌شود؟ آیا خوشی همه انسان‌هایی که در حال حاضر تحت تأثیر عمل قرار می‌گیرند را شامل می‌شود و یا نسل‌های آینده را هم باید در نظر گرفت؟ چه فرقی میان افزایش لذت میان انسان‌ها و حیوانات وجود دارد؟ آیا هر موجودی که حس رنج و لذت دارد را نباید در محاسبات لحاظ کرد (Mackie, 1991: 127)؟ البته فایده‌گرایان مانند بنتام به این امر که لذت و رنج باید به صورت گسترده توجه شود، به نحوی که لذت حیوانات هم باید لحاظ شود، به دیده مثبت می‌نگرند (Bentham, op.cit: 16). مشکل دوم مربوط به اطلاعات است. افراد عواقب و نتایج امور را براساس اطلاعات خود ارزیابی می‌کنند. اطلاعات هر شخص هم در مورد آینده محدود است. ضمن این که آینده و نتایج امور اغلب پیچیده و نامتعیین می‌باشد، از این رو ظرفیت شناختی انسان‌ها در این مورد بسیار محدود است. محدودیت شناخت بشری و نامتعیین بودن امور سبب می‌شود که بسیاری از پیش‌بینی‌ها و برآورده‌ها اشتباه باشد (Mathis, op.cit: 112). حال می‌توان پرسید اگر افراد با اطلاعات خود توافقاتی را ایجاد کنند که برخلاف عقلانیت باشد، آیا به صرف اینکه طرفین گمان کرده‌اند که آن توافق به سودشان خواهد بود، باید آن را الزام‌آور دانست؟ یا اگر قراردادهایی در شرایط عدم تعیین مناسب بوده است، اما بعد که این شرایط رفع شد، مشخص شده است که عقد کاملاً به ضرر یک نفر بوده است، آیا باز هم باید او را ملزم به توافق بدون بازده دانست؟

مشکل سوم به تعیین رفاه و مقایسه آن باز می‌گردد. رفاه به آسانی قابل اندازه‌گیری نیست. چه طور می‌توان ارزیابی کرد که برای مثال رفتن به سینما و تماشای یک فیلم بیشتر موجب لذت خواهد شد یا با خانواده به یک رستوران رفتن؟ مقایسه رفاه حتی در مورد یک شخص^۱ نیز بسیار دشوار است، زیرا نفس محاسبات کمی آن دقیق نخواهد بود. اگر هر دو احساسی که قرار است ارزیابی شود در یک زمان حاضر باشند، تفکیک بین دو احساسی که در یک زمان اتفاق افتاده دشوار خواهد بود. اگر هر دو احساس هم‌زمان موجود نباشد، نیاز به نوعی تخیل برای یادآوری هر دو احساس خواهد بود. همچنین اگر فرد بخواهد به میزان لذت آگاهانه بیندیشد ممکن است میزان لذت تحت شعاع قرار گیرد و کاهش یابد. جستجوی دائمی رفاه ممکن است فی‌نفسه منجر به کاهش رفاه شود، امری که از آن با عنوان تناقض لذت‌گرایی خودم‌محور^۲ نامبرده می‌شود (Sidgwick, 1962: 136). مقایسه احساس بین اشخاص^۳ نیز دشوار است، زیرا آگاهی از حالات درونی افراد معضلی پیچیده می‌باشد. ضمن اینکه حدس‌ها در آن مورد هم در حد احتمالات باقی خواهد ماند. این امر سبب شده است که فایده‌گرایی به لحاظ فنی و در عمل با مشکل مواجه باشد (Mathis, op.cit: 113). مشکل چهارم نیز تعارض رفاه شخص در قبال رفاه جامعه است. این مورد یکی از اساسی‌ترین انتقادات به فایده‌گرایی است. این نظریه رفاه جامعه را بر رفاه فرد مقدم می‌دارد. به این معنی که برای افزایش سر جمع رفاه به اشخاص می‌گوید باید رفاه خود را کنار بگذارند (Fletcher, 1996: 116). اگر چنان‌که بنام می‌گوید به لحاظ روان‌شناختی برای هر شخص رنج و لذت اوست که اهمیت دارد و هر فرد باید به دنبال افزایش لذت خود باشد، چه طور باید پذیرفت که فرد باید این میل درونی را فدای رفاه جمع کند؟ چنین اقدامی قطعاً به نادیده انگاشتن حقوق بنیادی افراد خواهد شد و دولت‌ها نمی‌توانند هیچ حقوقی را از پیش برای افراد محافظت کنند.

۲-۲- مبنای اختیارگرایانه و نقد آن

توجیهات فایده‌گرایانه محض برای دفاع از کارایی کافی به نظر نمی‌رسید، بنابراین جریانی ایجاد شد تا از اختیار و وجود اراده آزاد در انسان برای توجیه کارایی استفاده شود.

۲-۲-۱- مبنای اختیارگرایانه

تصور بسیاری از فیلسوفان حقوق و حقوقدانان این بود که تحلیل اقتصادی حقوق که در آن نظریه کارایی به عنوان یک نظریه مهم مطرح شده است، ریشه در افکار فایده‌گرایانه دارد و دو مفهوم کارایی و فایده‌باوری به هم گره خورده‌اند (Hart, 1997: 987-988; Schwartz, 1978: 1299-1300). سپس

1. intrapersonal comparison of utility

2. the paradox of egoistic hedonism

3. interpersonal comparison of utility

به تدریج در میان برخی حقوقدانان مباحثی مطرح شد که سبب شد اقتصاد رفاه^۱ را با اندیشه‌های فلسفه کانت نیز قابل هم‌سویی بدانند (Ackerman, 1977:222). همین نحوه توجیه رفاه سبب شد که بعداً پازنر نیز که فایده‌باوری را دیدگاه نامناسبی می‌پنداشت و هدف کارایی را نیز حداکثرسازی ثروت می‌دانست، از نحوه توجیه اختیارگرایانه^۲ بهره جوید (Posner, 1979:103-104-125). مدعای توجیه اختیارگرایانه این است که معاملاتی که با اختیار انجام می‌شوند و از قواعد بازار آزاد^۳ تبعیت می‌کنند، عموماً در جهت بهبود و افزایش رفاه حرکت خواهند کرد و طبق معیار پارتوی برتر شرایط بعد از معامله ارادی بهبود خواهد یافت، بدون اینکه شرایط شخص دیگری بدتر شود (Coleman, 1980: 540). توضیح اینکه در جهانی که هزینه‌های معاملی صفر^۴ است، وقتی دو یا چند شخص حاضر به تبادل آزادانه می‌شوند، به‌طور قطع سود خود را در انجام این مبادله دیده‌اند. هر کدام از طرفین در نقطه‌ای که معامله برای آن‌ها صرفه اقتصادی دارد، راضی به وقوع آن می‌شوند و رضای آزادانه تضمینی برای حداکثر شدن فایده و تخصیص کارآمد است، چه رضایت نشانه‌ای است بر اینکه هر کدام از طرفین برای کالای طرف مقابل ارزش بیشتری از کالای نزد خویش قائل است (Cheung, 1970: 49-50).

چنین استدلالی را در مورد پارتوی بهینه نیز می‌توان مطرح کرد. به این نحو که گفته شود چون در پارتوی بهینه هیچ امکانی در جهت حرکت به سوی رفاه بیشتر از طریق پارتوی برتر وجود ندارد، بنابراین پارتوی بهینه حاصل پارتوی برتر است. از طرفی چون مبادلاتی که منجر به پارتوی برتر می‌شود، حاصل بازار آزاد می‌باشد و موجب افزایش ثروت می‌گردد، به‌صورت تحلیلی و منطقی باید پذیرفت که شرایط پارتوی برتر نیز مورد اراده‌ی طرفین است (Coleman, 1980: 541). بنابراین افراد با اراده خود آن‌قدر معامله‌ها را ادامه خواهند داد تا دیگر معامله‌ای که وضعیت‌شان را بهبود ببخشد، امکان‌پذیر نباشد. این نشان می‌دهد در شرایطی که هزینه معاملی صفر است و انسان‌های عاقل و آگاه تصمیم می‌گیرند معامله‌ای انجام پذیرد، نتیجه این معاملات به بهینه پارتو خواهد انجامید. در نهایت باید گفت کارایی منتج به پارتوی برتر و پارتوی بهینه فقط به‌خاطر ارتباط با رفاه نیست که موجه است، بلکه به این دلیل منطقی موجه می‌باشد که مبتنی بر معاملاتی است که بر اجبار بنا نشده‌اند و هر کس با سنجش نفع خود به آن تن داده است. پازنر نیز برای نظریه خود در رابطه با افزایش ثروت سعی می‌کند به توجیهات اختیارگرایانه نزدیک شود. وی در دوره‌ای از حیات فکری

1. welfare economics
 2. libertarian consensual grounds
 3. free markets
 4. In a world of no transaction costs

خود چنین استدلال می‌کند که می‌توان نوعی توجیه کانتی برای افزایش ثروت فراهم آورد و هر معامله‌ی آزادانه‌ای را موجب افزایش ثروت پنداشت (Coleman, 1980: 541).

۲-۲-۲- نقد مبنای اختیارگرایانه

با توجه به اینکه اختیارگرایی مبتنی بر اراده واقعی طرفین عقد است. چنین توجیهی برای کارایی موجب خوش‌بینی بسیاری از پیروان نظریات اختیارگرا شده است. برخی از آنان در حوزه حقوق قراردادها الزام عقد براساس اراده را با نظریه کارایی بسیار کم‌مناقشه دانسته‌اند، تا جایی که گویی مغایرت‌های این دو دسته فقط در حوزه نظریه‌پردازی باقی مانده است (Charles, 2015: 140). لکن چنین دیدگاهی درباره هر سه مفهوم کارایی انتقادبرانگیز است. در مورد کارایی کالدور-هیگس این بحث اصلاً موضوعیت ندارد، چه برای انجام یک حرکت به‌سوی بهبود وضعیت کالدور-هیگس نیاز به توافق و حتی جبران واقعی زیان نیست. بنابراین اختیارگرایی تنها برای عقود آن هم تا جایی که بتوان ادعا کرد که مبتنی بر اراده واقعی هستند، کاربرد دارد. باید گفت که پارتوی بهینه را نیز نمی‌توان بر اختیارگرایی استوار ساخت، چه بنا بر تعریف پارتوی بهینه وضعیتی است که امکان ندارد شرایط یک شخص بهبود یابد، بدون اینکه شرایط دیگری یا دیگرانی بدتر نشود. اما وضعیت پارتوی بهینه همواره محصول حرکت به‌سوی پارتوی برتر نیست و ممکن است از طریق کالدور-هیگس نیز به وجود آمده باشد (Coleman, 1980: 518)، و چنانکه گفته شد کارایی کالدور-هیگس که قائل به جبران واقعی ضررها نیست، سنخیتی با اراده واقعی نخواهد داشت.

یکی از مهم‌ترین انتقادهای مطرح شده راجع به توجیه کارایی پارتوی برتر از طریق اختیارگرایی این است که حقوق‌دانانی که این رویکرد را پذیرفته‌اند، به‌طور پیش‌فرض معاملاتی که از طریق بازار آزاد و بدون اجبار انجام می‌گیرد را به‌لحاظ هزینه معاملی صفر انگاشته‌اند. در نتیجه چون بر طبق این فرض وقتی معامله صورت می‌گیرد که هر کدام از طرفین برای کالای مقابل ارزش بالاتری قائل است، پس معتقد شده‌اند که در هر معامله ارادی ارزش مبادلی افزایش می‌یابد. بدین جهت اینان پیشبرد مبادلات از طریق بازار آزاد را تجویز کرده‌اند و موافق اصول اقتصاد دانسته‌اند. این درحالی است که این پیش‌فرض صحیح نیست و هزینه معاملاتی در بازار آزاد در اغلب موارد آن‌چنان بالاست که بسیاری از افراد از ورود به معاملات اجتناب می‌کنند و چنین فرض‌هایی واقع‌نما نخواهد بود. بنابراین همه معاملات بازار آزاد منجر به کارایی پارتوی برتر نخواهد شد و این اشتباه است که چون پیش‌فرض صفر بودن هزینه‌های معاملی می‌باشد، هر جا معامله‌ای با اراده باشد، رفاه افزایش خواهد یافت. گاهی نیز اقتصاددانان در جستجوی این امر هستند که مواردی را بیابند که مبادلات بازار آزاد از هنجار یا نرم مورد پذیرش آن‌ها یعنی صفر فرض کردن هزینه‌های مبادلات تخطی می‌کند

تا ناکارآمدی را کاهش دهند (Posner, 1981:70; Calabresi & Melamed, 1972: 1096-1097). مشکل کار چنین اقدامی این است که این اقتصاددانان باید از قبل پیش فرض بگیرند که مبادلات بازار آزاد تا حدودی و براساس قواعدی غیر از کارایی صحیح هستند و بعد در پی اصلاح مواردی برآیند که معاملات بازار آزاد هزینه صفر ندارند و کارایی را حداکثر نمی‌کنند.

انتقاد دیگری که چنین توجیهی در مورد مبنای الزام‌آوری قرارداد در پی خواهد داشت، این است که هر قرارداد یا مبادله آزادانه‌ای الزاماً منجر به کارایی پارتوی برتر نخواهد شد. چه بسیار که اقدامی با رضایت طرفین صورت می‌گیرد و به دلایلی منجر به افزایش رفاه نمی‌شود، بلکه وضع معامله‌کننده را بدتر نیز می‌کند. این امر به خصوص در مواردی که اطلاعات طرفین در یک عقد ناقص است، اتفاق می‌افتد. البته برخی گفته‌اند معامله‌ای که با اطلاعات ناقص انجام شود، واقعا آزادانه نیست (Feinberg, 1971; 110-112). بنابراین از نظر این عده می‌توان گفت که هر چند در این موارد اطلاعاتی رد و بدل شده است و معامله ممکن است در جهل کامل واقع نشده باشد، اما طرفین به آن اندازه که بتوانند معامله‌ای آزادانه بکنند اطلاعات در دست نداشته‌اند. با این حال در پاسخ می‌توان گفت در بسیاری از این موارد طرفین عاقل آگاهانه و به دلیل اجتناب از هزینه معاملی چندان برای به دست آوردن اطلاعات تلاش نمی‌کنند و از این امر نمی‌توان برداشت کرد که معاملاتی که با اطلاعات ناقص انجام شده، بدون اختیار صورت گرفته است.

ضمن اینکه پذیرش ادعای غیراختیاری بودن معامله موجب می‌شود که دولت به طور دائم در مبادلات بازار دخالت کند. زیرا در بسیاری از موارد مبادلات انجام شده در شرایط تعادل رقابتی^۱ و بازار کاملاً رقابتی صورت نمی‌گیرد و منجر به حداکثر کردن رفاه نخواهد بود. در چنین شرایطی دخالت دولت برای افزایش کارایی منجر به از بین رفتن آزادی مبادلات خواهد شد و از بازار آزاد نشانی باقی نخواهد ماند (Coleman, 1980: 542). حال اگر معاملات آزادی پذیرفته شود و دخالت دولت برای اعمال معیار کارایی به کار گرفته نشود بهتر است گفته شود مبنای قرارداد همان اراده آزاد می‌باشد و دیگر نیاز به مبنا گرفتن کارایی نیست، اما اگر کارایی مقدم شود دیگر نمی‌توان برای توجیه کارایی از توجیحات اختیارگرایانه بهره جست.

حال به فرض که دخالت دولت پذیرفته شود و صرفاً معاملات ارادی‌ای الزام‌آور باشد که منجر به افزایش رفاه کلی می‌شوند (Posner, 1977:415)، باید پرسید چه کسی صلاحیت دارد تشخیص دهد معامله واقع شده منجر به کارایی شده است یا خیر؟ در این مورد ممکن است گفته شود یک متخصص بی طرف اقتصاد باید تأیید کند که معامله موجب افزایش ثروت شده است. این امر خود

1. competitive equilibrium

دو مشکل عمده در پی دارد. نخست اینکه چه طور صحت عمل وی تضمین شود. به طور اساسی آیا چنین متخصصی اطلاعات کافی برای چنین تصمیم‌گیری‌ای پیش از اینکه ترجیحات افراد مشارکت‌کننده در بازار مشخص شود را دارد؟ دوم اینکه به فرض که قبول کنیم یک متخصص اقتصادی دانای کل به صورت متمرکز این اطلاعات را در دست دارد، آنگاه این پرسش پیش خواهد آمد که چرا همه فرایند توزیع منابع و تخصیص را به او نسپاریم؟ در واقع با وجود چنین دانایی دیگر چه نیازی به وجود اراده آزاد است. او خود بهتر از دیگران خیر آن‌ها را می‌داند. بنابراین تأکید بیش از حد به کارایی ممکن است به نوعی اجبار و الزام به ایجاد روابط قراردادی را هم موجب شود (Coleman, op.cit: 542). با همه این احوال پازنر با اندیشه وجود دانایی که اطلاعاتش در مواردی از اشخاص بیشتر است، پیشنهاد مفهوم «بازار فرضی» را مطرح می‌کند. این دانا است که باید در جایی که هزینه‌های معاملی مانع تبادل است، از بازار تقلید کند. وی گاهی در این زمینه راه افراط پیموده است و آن خصوصیتی که باید از بازار آزاد تقلید شود را همان کارایی معرفی کرده است (Posner, 1979: 120). بنابراین به نظر عده‌ای از نظریه نقض کارآمد نوعی سرقت کارآمد^۱ ساخته است (Macneil, 1982: 968). به این معنی که می‌توان اراده آزاد را در جهت تأمین معیار کارایی به کناری نهاد و در مواردی دزدی و سرقت کارآمد را هم تجویز کرد، به این نحو که در موردی مانند سرقت که هیچ اراده‌ی آزادی وجود ندارد، دادرس خود در مورد مال به سرقت رفته می‌تواند تصمیم بگیرد که اگر ملاحظات کارایی اقتضا کند، توزیع منابع هرچند از طریق غصب بوده است، مال در دست غاصب بماند و حداکثر میزانی خسارت از طرف او پرداخت شود (Barnett, 1986: 281).

۲-۳- مبنای قراردادگرایانه و نقد آن

مبنای دیگری که در توجیه کارایی با معیار کالدور-هیکس به کار رفته قراردادگرایی است. در ادامه این مبنا و نقد آن خواهد آمد.

۲-۳-۱- مبنای قراردادگرایانه

قراردادگرایی در نظر پازنر چیزی شبیه استدلال‌های جان رالز در کتاب معروف نظریه عدالت است (رالز، ۱۳۹۲: ۳۱-۱۰۰). در نظریه عدالت جان رالز، انسان‌ها از آن حیث که عاقل‌اند در پس پرده بی‌خبری تصمیم‌هایی کلان برای تنظیم عادلانه نهادهای اجتماعی می‌گیرند. بنابراین پرده بی‌خبری در واقع بازسازی فرضی وضع آغازین^۲ است. به این ترتیب رالز شیوه‌ای را طرح می‌کند که معتقد است همه انسان‌های عاقل با به کار بردن عقلانیت خود بر سر آن توافق^۳ خواهند کرد (Hevia, 2013: 59).

1. efficient theft
2. Original Position
3. a hypothetical agreement

ریچارد پازنر نیز بدون اینکه وارد جزئیات روش رالز شود بر آن است که انسان‌های عاقل بر سر افزایش ثروت از طریق معیار کالدور-هیگس توافقی نظیر توافق عاقلانه رالز خواهند داشت. چنین توجیهی اغلب در مورد معیارکاری کالدور-هیگس مطرح شده است. کالدور خود در اشاره به معیار کالدور-هیگس بیان می‌کند که آن را می‌توان مانند سیاست‌های عمومی که با نوعی توافق اجماعی^۱ توجیه می‌شود، توجیه کرد (Kaldor, 1939: 551). از نظر پازنر توافق در این معنی مفهومی است همزاد و همراه مفاهیم کانتی که با آن می‌توان کارایی پارتو را توجیه نمود (Posner, 1980: 490).

نکته مهم دیگری که باید به آن توجه کرد این است که چون اعمال معیار کالدور-هیگس برای افزایش ثروت همواره متضمن فرد یا افرادی است که به خاطر افزایش ثروت کل مجموعه ضرر می‌کنند باید توجیهی برای این ضرر بدون اراده واقعی و بدون جبران توسط پازنر ارائه می‌شد. پازنر برای توجیه اعمال معیار کالدور-هیگس استدلال مربوط به جبران به اعتبار گذشته یا جبران پیشینی^۲ را مطرح کرده است (Posner, op.cit: 491-492). منظور از جبران به اعتبار گذشته این است که در مورد خسارت و زیانی که در اثر اقدامی به وجود آمده است، به دریافت مبلغ معادل آن زیان در گذشته استناد شود و از این رو زیان‌زننده خود را بی‌نیاز از پرداخت خسارت وارد آمده بعد از ورود زیان به متضرر بالقوه ببیند. وی برای تقریب به ذهن و باورپذیری مدعای خود مثال‌هایی می‌زند که از نظر او نشان می‌دهد که افراد در آن جبران پیشینی را معقول می‌دانند و در آن مشارکت می‌کنند. یکی از مثال‌ها مربوط به شرکت و خرید بلیت بخت‌آزمایی است. به نظر او کسی که بلیت بخت‌آزمایی می‌خرد به صورت پیشینی به نتیجه نهایی بخت‌آزمایی رضایت داده است. بنابراین، بعد از پایان قرعه‌کشی بخت‌آزمایی نمی‌تواند مدعی جبران خسارتی باشد. پازنر هزینه‌های رقابت تجاری را نتیجه هزینه‌کرد برای نتیجه احتمالی می‌داند و معتقد است در نظر رقابت‌کننده صرف احتمال به دست آوردن سود کلان آینده ارزش داشته است. بنابراین هزینه پرداخت پیشاپیش جبران شده است. پازنر افت قیمت خانه‌ها در اثر ایجاد یک کارخانه یا شرکت در یک محله را هم از پیش جبران شده می‌داند. استدلال او این است که صاحب‌خانه‌های آن محله وقت خرید خانه به خاطر وجود این احتمال خانه‌ها را با قیمت کمتری خریده‌اند و گرنه می‌باید برای یک محله اختصاصی قیمت‌گزافی می‌پرداختند (Posner, 1981: 94).

پازنر در مورد تصادفات رانندگی و مسئولیت مدنی ناشی از آن نیز به استدلال ناشی از جبران پیشینی می‌آویزد. وی معتقد است اگر مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی از مسئولیت محض

1. unanimous consent
2. ex ante compensation

تغییر کند و به مسئولیت ناشی از تقصیر تبدیل شود می‌توان گفت مبنای تقصیر از کارایی بیشتری برخوردار است. علت این نظر این است که هزینه کل پرداخت بیمه‌ها مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی کاهش چشم‌گیری خواهد داشت و این به افزایش ثروت کمک خواهد کرد. در نتیجه پذیرش نظامی متکی بر تقصیر به نفع همه تمام خواهد شد. از این رو نفعی که همه از وضع چنین نظامی خواهند برد در واقع همان جبران پیشینی خسارت‌هاست (Posner, op.cit: 95). البته مسلماً این به معنی جبران بعدی در نظام مبتنی بر تقصیر نیست، ولی جبران از پیش و با افزایش ثروت کلی اتفاق افتاد می‌باشد. پازنر مدعی است که می‌توان استدلال کرد که اعمال معیار کالدور-هیگس برای افزایش ثروت از طریق استناد به جبران پیشینی معقول خواهد بود. این چنین روشی از نظر پازنر از یک سو به فایده و رفاه ارزش خواهد نهاد هر چند کمتر از آن چه فایده‌گرایی ارزش می‌نهد و از سوی نیز به رضایت ارزش می‌دهد، هر چند کمتر از آن چه خود کانت ارزش می‌نهد (Posner, op.cit: 98).

۲-۳-۲- نقد مبنای قراردادگرایانه

نخستین انتقادی که به دفاع پازنر از افزایش ثروت از طریق قراردادگرایانه شده این است که پذیرش ادعای وجود جبران پیشینی، معیار کالدور-هیگس مورد قبول پازنر را به پارتوی برتر تبدیل می‌کند. براساس این انتقاد خصوصیت اصلی معیار کالدور-هیگس یعنی عدم توجه به جبران واقعی زیان‌ها در قبال متضررین بالقوه نادیده گرفته می‌شود. به بیان دیگر قرار بر این است که کارایی کالدور-هیگس نسبت به نحوه توزیع منابع بی‌اعتنا باشد و با اعمال این معیار صرفاً ثروت افزایش یابد. از این رو سخن از جبران حتی اگر این جبران پیشینی باشد، به معنی رها کردن معیار کالدور-هیگس است (Kronman, 1980: 238). اما بر طبق استدلالی که پازنر ارائه می‌دهد در واقع این ضررها با رضایت ضمنی جبران شده است. دومین انتقاد این است که آن چه پازنر نامش را توافق اجتماعی بر سر جبران پیشینی می‌گذارد، با یک توافق فاصله زیادی دارد. زیرا پازنر فقط بر خصیصه منفعت طلب بودن عامل‌ها تأکید دارد و آن هم عامل‌هایی که به مولد بودن اقتصادی توجه دارند. از این رو برخی نظیر رونالد دورکین توافق پازنر را یک نسخه ضعیف از توافق نمی‌دانند، بلکه آن را اساساً توافق نمی‌دانند (Dworkin, 1980: 579).

۲-۴- مبنای عملگرایانه و نقد آن

پازنر بعد از عقب‌نشینی‌های متعدد دوباره به فایده‌گرایی اقبال نشان می‌دهد و با تأکید بر شباهت نگاه اخیرش به فایده‌گرایی، معتقد است که این نوع استدلال می‌تواند با بسیاری از توجیهات اخلاقی

سازگار باشد. در نهایت نیز در کتاب مسائل فلسفه حقوق^۱ به صورت کامل به سوی نظریه عمل‌گرایی^۲ عقب می‌نشیند. هرچند به اصل مفهوم بیشینه‌سازی ثروت به عنوان بهترین مبنای لازم‌الاجرا کردن قواعد حقوقی پایبند می‌ماند و آن را رها نمی‌کند (Mathis, 2009: 179).

۲-۴-۱- مبنای عمل‌گرایانه

پازنر به مرور از ادعای وجود یک توجیه اخلاقی کامل و جهان‌شمول در مورد افزایش ثروت دست کشید. وی در مقاله «تجدیدنظر بیشینه‌سازی ثروت» در سال ۱۹۸۵ چنین نوشت که: «هدف من کاملاً تعدیل شده است. من در پی تغییر نظر کسی به سوی افزایش ثروت نیستم. تنها می‌خواهم شما را متقاعد کنم که پذیرش [بیشینه‌سازی ثروت] معقول است، هرچند نمی‌توان آن را به صورت یک ادعای قابل اثبات و اخلاق جهان‌شمول مطرح ساخت» (Posner, 1985: 90). در نظر پازنر استدلال مبتنی بر اجماع و توافق کاملاً از میان رفته یا لاقفل جنبه بسیار فرعی و تابع پیدا کرده است. پازنر بعد از پذیرش عمل‌گرایی دیگر تلاشی نمی‌کند که کارایی یا حداکثرسازی ثروت را به عنوان تنها معیار ارزشمند برای انتخاب اجتماعی معرفی کند. با این وجود مدعی می‌شود که کارایی یا بیشینه‌سازی ثروت معیار مهمی است و بیشتر افراد نیز در این زمینه با او موافق خواهند بود (Posner, 1998: 13).

پازنر می‌گوید که اقتصاددانان ادعا نمی‌کنند که صلاحیت تام برای تعیین معیار نهایی قضاوت برای لازم‌الاجرا ساختن ارزش‌ها را دارند، بلکه تنها به سیاست‌مداران پیشنهاد اعمال قواعد حقوقی براساس معیار مورد پذیرش خودشان را می‌دهند. آن‌ها می‌توانند اثر سیاست‌های عمومی را بر کارایی روشن سازند، اما نمی‌توانند بگویند تصمیم‌سازان در سیاست‌های خود چه وزنی برای کارایی به عنوان هدف سیاسی قائل شوند. البته اقتصاددانان در مورد عملی بودن سایر اهداف مانند برابری توزیع ثروت نیز می‌توانند به سیاستمداران کمک کنند (Posner, 1998: 16).

وی دریافته بود که افزایش ثروت مانند فایده‌گرایی در بسیاری از موارد با شهودات قدرتمند افراد تزاخم پیدا می‌کند. وی اعتراف می‌کند که یک انتقاد اساسی راجع به افزایش ثروت این است که افزایش ثروت همچون فایده‌گرایی افراد را مانند سلول‌های یک ارگانیسم واحد می‌بیند و حاضر است برای تولید بیشتر و شکوفایی بیشتر جامعه، افراد کمتر مولد را به بردگی بکشد و آزادی‌شان را به قربانگاه کارایی ببرد. اما چنین برداشتی خلاف شهودات بنیادی آمریکایی‌هاست. بنابراین موافقت با شهودات بنیادی جامعه باید آخرین معیار ارزیابی برای اعمال معیار افزایش ثروت باشد (Posner, 1993: 376-377). از نظر پازنر جهان نوین دیگر سعی در تلائم و هماهنگی همه باورهای اخلاقی خود با هم ندارد، حتی

1. The Problems of Jurisprudence (1990)

2. Pragmatism

در درون یک شخص هم ممکن است که باورهای متعارض وجود داشته باشد. اما افزایش ثروت با بسیاری از این باورها- به جز در موارد استثنایی- سازگار است و بنابراین تا حد زیادی مخرج مشترک باورهای متنوع اجتماعی است (Posner, 1995: 103). در مواردی هم که شهودات اخلاقی جامعه به صورت قطعی با افزایش ثروت در تعارض است، می توان افزایش ثروت را به کناری نهاد و از آن شهودات قطعی تبعیت کرد.

پازنر تمایل دارد که دیدگاه خود را با بسیاری از توجیحات اخلاقی مهم نزدیک نشان دهد. بنابراین سعی می کند دوباره به فایده گرایی نزدیک شود. پازنر برای این هدف می گوید آن چیزی که مبنای اخلاقی اعمال معیار کالدور- هیکس است این است که در واقع سازنده اصلی غالب چیزهایی نظیر کالاهای لوکس، تفریحات راحتی، خدمات پزشکی نوین و فرصت برای خود تحقیقی که مردم آن را برای خوشی و سعادت خود لازم می دانند ثروت است. از نظر پازنر بیشینه سازی ثروت همان قاعده صحیحی است که به فایده گرایی کمک می کند (Posner, 1998: 16). با این برداشت ابزارگرایانه از ثروت، پازنر سعی می کند بازگشت مجددی به سوی فایده گرایی داشته باشد. مکتبی که نقطه آغاز حرکت پازنر بود، اما کاملاً آن را نپذیرفته بود. به این ترتیب او پلی می سازد بین اقتصاد رفاه که مبتنی بر فایده گرایی کلاسیک است با مفهوم افزایش ثروت که مورد پذیرش خود اوست. بر این اساس برخی محققان اقتصاد و حقوق در تحقیق های خود ثروت را نماینده ای برای رفاه اجتماعی فایده گرایانه می دانند (Kaplow & Shavell, 2006: 35-36). بنابراین افزایش ثروت نوعی فلسفه اخلاق نتیجه گرایانه است که به فایده گرایی مرتبط می باشد، اما از آن متفاوت است (Posner, 2003: 65).

او دیگر برای پذیرش بیشینه سازی ثروت دلیل قاطعی ندارد. اما این امر که دلیلی برای پذیرش بیشینه سازی ثروت نیست، برای پازنر نمی تواند دلیل مناسبی برای رها کردن نظریه اش باشد. همان طور که وجود پرسش ها و مشکلات لاینحل در مبانی علوم تجربی دلیل کافی برای رها کردن علوم تجربی نیست (Posner, 1993: 386). پازنر معتقد است بهترین دلیل برای پذیرش بیشینه سازی ثروت دلیل اخلاقی نیست و دلیل عمل گرایانه است و «[وقتی به] جای جای جهان می نگریم، می بینیم که به طور کلی مردمی که در جوامعی با بازار آزاد زندگی می کنند، نه تنها ثروتمندتر از مردم سایر جوامع اند، بلکه از حقوق سیاسی، آزادی و شرافت انسانی بیشتری برخوردار و راضی ترند. بنابراین، بیشینه سازی ثروت به مثابه ابزار و روش می تواند مستقیم ترین مسیر برای رسیدن به اهداف اخلاقی مختلف باشد» (Posner, 1993: 382). هدف از توجیه عمل گرایانه این است که بحث ها از

موضوعات زبان‌شناختی و متافیزیکی^۱ دور شوند و به سمت مسائل واقعی و تجربی پیش روند (Posner, 1993: 387).

۲-۴-۲- نقد مبنای عملگرایی

با وجود همه تلاش‌های پازنر حتی اگر نحوه استدلال عملگرایانه او را بپذیریم، نظریه او به لحاظ مفهومی هنوز منتقدان خود را دارد. بالاخره هر دفاع و توجیهی باید از مفهومی منضبط و محصل صورت گیرد. ضمن اینکه اگر مفهوم ثروت قرار است غایت قواعد حقوقی باشد، به این اعتبار باید به طور ذاتی ارزشمند باشد، حال آنکه مفهوم ثروت چنین خصوصیتی را ندارد و استدلال اخلاقی در نهایت ناقص می‌ماند و توان توجیه پیشینه‌سازی ثروت را نخواهد داشت. در این مورد در ادامه تنها به چند انتقاد اساسی توجه داده می‌شود:

الف) ثروت مدنظر پازنر نوعی تناقض و بی‌ثباتی مفهومی دارد. طبق تعریف ثروت عبارت است از معادل دلاری که شخص حاضر است برای کالایی که در تملکش نیست بپردازد و یا اگر کالا در تملک شخص می‌باشد، قیمتی که حاضر است آن را بفروشد، ثروت خوانده می‌شود. مشکلی که در این مورد پیش می‌آید این است که برخی مواقع افراد برایشان مرغ همسایه غاز است^۲ و آن را ارزشمندتر می‌بینند. اما غالب مردم برای یک کالا وقتی در مالکیت خودشان هست، پول بیشتری تقاضا می‌کنند. درحالی‌که همان کالا اگر نزد دیگران باشد و بخواهند آن را خریداری کنند، مبلغ کمتری برای آن حاضرند بپردازند (Dworkin, 1980: 192). حال می‌توان تصور کرد که فردی کالای خود را فروخته است، اما بعد از فروش آن دچار پدیده مرغ همسایه غاز شده و حالا احساس می‌کند از معامله‌اش راضی نیست. چنین حالتی خلاف پیش‌فرض حقوق اقتصادی خواهد بود که می‌پندارد معاملات ارادی اغلب منجر به افزایش ثروت می‌شوند. همچنین می‌توان تصور کرد کسی که کالایی را در مالکیت خود دارد به دلیل قیمت‌گذاری غیر معقول آن را نگه می‌دارد و حاضر به فروش آن نیست. با وجود چنین پدیده‌هایی در مورد ثبات نتایج ناشی از پذیرش معیار افزایش ثروت تردید شده است. البته به نظر برخی این اشکالات در کل تأثیر چندانی در نظریه افزایش ثروت نخواهد داشت (Mathis, op.cit: 165).

اما همین مسئله پیچیدگی‌های دیگری نیز به همراه خواهد داشت، چه در بسیاری از موارد تغییر قوانین نیز روی قیمت‌ها تأثیرگذار است. این‌گونه نیست که قوانین تغییر کند و قیمت‌ها به‌عنوان فاکتور ارزیابی در سیستم افزایش ثروت بدون تغییر بماند. برای نمونه گفته شده است که تغییر در قوانین

1. semantic and metaphysical

2. grass is greener phenomenon

مسئولیت مدنی برای کارا تر کردن و ایجاد ثروت بیشتر الزاماً به اهداف از پیش تعیین شده منجر نخواهد شد، زیرا اهداف با قیمت کنونی تعیین و اعمال شده است، در حالی که قیمت‌ها بعد از تغییر قانون ثابت نمانده‌اند تا بتوان آثار اعمال قانون را به نسبت قبل سنجید. این انتقاد به نظر برخی به حدی جدی است که امکان چارچوب‌بندی و ایجاد قوانین براساس نظام افزایش ثروت را امکان‌پذیر نمی‌کند (Coleman, 1980: 526).

ب) سوگیری مفهوم افزایش ثروت نسبت به توزیع درآمد و شکاف عمیق در حقوق بنیادین افراد براساس ثروت، یکی از مسائلی است که مفهوم افزایش ثروت را به مخاطره می‌اندازد. این امر حتی در مورد معیار اصلی اندازه‌گیری ثروت یعنی کالدور-هیگس صدق می‌کند. معیار کالدور-هیگس به نحوه توزیع ثروت توجهی ندارد و صرفاً حق را به کسی می‌دهد که ثروت بیشتری دارد یا در مجموع می‌تواند با اقدامش ثروت بیشتری نسبت به ضررهایی که به بار می‌آورد ایجاد کند (Veljanovski, 1981: 12). در چنین جامعه‌ای بعید نیست شخصی که شدیداً دچار فقر است به ناچار آزادی خود را در قبال به دست آوردن حداقل معاش بفروشد. پازنر خود نیز این امر را تأیید می‌کند که گاهی ناچار می‌شویم اموری را لازم‌الاجرا گردانیم تا فقرا بتوانند رفاه خود را اندکی بهبود بخشند. بنابراین اگرچه پذیرش بردگی امر خوشایندی نیست، اما از محکوم دانستن افراد به گرسنگی کشیدن بهتر است (Parisi, 2000: 123). به نظر می‌آید معیار افزایش ثروت در جوامع مختلف با توزیع‌های اولیه متفاوت آثار متفاوتی داشته باشد. در واقع نظریه افزایش ثروت در یک جامعه با مبنای اقتصادی مبتنی بر توزیع برابر منابع و یک جامعه با توزیع متفاوت، قدرت‌های مختلف و حقوق متفاوتی به اعضای آن اعطا کند. از این رو چنین نظریه‌ای به نفع کسانی که از توزیع اولیه مواهب بهره بیشتری برده‌اند و ثروت بیشتری دارند، سوگیری خواهد داشت. بنابراین به نظر می‌آید بسیاری درست گفته‌اند که بایسته است که حقوق افراد بدون در نظر گرفتن میزان ثروت آن‌ها از طریق منصفانه در نظر گرفته و تضمین شود (Veljanovski, op.cit: 12).

ج) مسئله کمیابی با مفهوم مورد نظر پازنر از ثروت تداخل پیدا خواهد کرد. علم اقتصاد و مطالعات اقتصادی اساساً دانشی است که به نحوه به‌کارگیری منابع کمیاب برای تولید کالاهای دیگر یا توزیع میان افراد و گروه‌ها می‌پردازد. تقریباً در تمام تعریف‌ها از علم اقتصاد مفهومی از کمیابی و انتخاب به چشم می‌خورد (Samuelson & Nordhaus, 1998: 5). مطالعات حقوق اقتصادی نیز بر همین فرض کمیابی^۱ استوار است. اما مشکل این است که نظریه افزایش ثروت نیز از این جهت که معیار خود را قیمت و بیشینه کردن ثروت دانسته و باید مخالف رفع یا کاهش کمیابی باشد، زیرا با رفع کمیابی قیمت‌ها کاهش خواهد یافت و با نیاز به قیمت‌گذاری از بین خواهد رفت (Coleman, op.cit: 524)، کما

1. Scarcity

اینکه بسیاری از چیزها نظیر هوا با وجود ضروری بودن قیمت گذاری نمی‌شوند. در چنین حالتی با از بین رفتن کمیابی در واقع با تعریف پازنر از ثروت دارایی و ثروت جامعه و افراد کاهش پیدا خواهد کرد، بنابراین برخی بر این نظر هستند که مفهوم پیشینه‌سازی ثروت الزاماً با رفع کمیابی سر سازگاری نخواهد داشت (Coleman, op.cit: 524).

۳- نحوه تأثیر کارایی در تصمیم‌گیری‌های قانون‌گذاران

با وجود تمام مشکلاتی که درباره نظریه کارایی بیان شد، نمی‌توان توجه به کارایی را در تصمیم‌گیری‌های عاملان عقلانی به‌طورکلی انکار کرد. پُر واضح است که هم قانون‌گذاران و هم کسانی که فرار است قانون برایشان حکومت کند، آن‌گونه که اقتصاددانان می‌گویند ذاتاً انسان‌های اقتصادی هستند (Mathis, op.cit: 7). خصلت منفعت‌طلبی انسان به‌میزانی اهمیت دارد که هرگونه قانون‌گذاری بدون توجه به آن بی‌تردید محکوم به شکست خواهد بود. ضمن اینکه بررسی فرایند تصمیم‌گیری‌های قانونی نیز بدون توجه به ملاحظات اقتصادی قانون‌گذاران درک ناقصی از فرایند قانون‌گذاری برای ما ایجاد خواهد کرد.

اما سخن این است که محاسبات مرتبط با کارایی چه جایگاهی در این تصمیم‌گیری‌ها دارد و چگونه در فرایند تصمیم‌گیری اثر می‌گذارد؟ باید گفت آنچه تاکنون بیان شد، نشان می‌دهد که کارایی هم به‌لحاظ مفهومی و هم به‌لحاظ مبانی و توجیحات اخلاقی با معضلاتی مواجه است که نمی‌تواند هنجار بنیادین قواعد حقوقی باشد. منظور از هنجار بنیادین، هنجارهای است که توزیع حقوق اساسی انسان‌ها براساس آن صورت می‌گیرد. این امر همان ادعایی است که در کارایی در معنای هنجاری بر آن تأکید می‌شود که کلیه قواعد حقوقی تنها باید با لحاظ معیار افزایش کارایی اقتصادی تنظیم شود. بنابراین اگر اقتصاددانان به اعمال کارایی در معنای هنجاری اصرار نورزند، بسیاری از مشکلات اخلاقی و مفهومی کارایی تقلیل خواهد یافت.

توضیح اینکه اگر خصلت منفعت‌طلبی انسان توسط یک نظریه عدالت یا استحقاق^۲ لگام زده و مقید شود، آن‌گاه هر عامل اخلاقی در محدوده حقوق خود، می‌تواند برای کارایی ارزش خاصی قائل شود و تصمیم خود را با لحاظ آن اتخاذ کند. در واقع نظریه عدالت است که زمین بازی ارزش‌های بعضاً متعارض را معین می‌کند. چه، هدف اصلی نظریه عدالت این است که تعیین نماید هرکس در چه حدود و ثغوری می‌تواند مصلحت خود و آنچه خیر و سعادت شخصی خود می‌پندارد را دنبال کند. از طریق این نظریه‌ها در واقع آزادی عمل افراد در زندگی مرزبندی مشخصی می‌یابد (Dworkin, 1977: 22-39). حال اگر

1. Homo Economicus

2. Entitlement Theory

شخصی واقعاً افزایش کارایی اقتصادی را به منزله خیر و سعادت خود بیندارد، می‌تواند این هدف شخصی را در دامنه حقوق از پیش تعیین شده توسط تئوری عدالت اعمال کند. اما این تشخیص فقط در بازه حقوق او تأثیرگذار است، زیرا حقوق و آزادی‌هایی که به اقتضای عدالت برای اشخاص مفروض تلقی می‌شود را نمی‌توان به بهانه خیر کل جامعه - مانند افزایش کارایی - نقض کرد (Rawls, 1999: 3).

برای مثال فرض کنید که دولت یا یک وزارتخانه و یا یک شخص عمومی غیردولتی به این نتیجه می‌رسد که با ایجاد یک وزارت جدید و یا یک معاونت، بسیاری از امور با سرعت و صرفه‌جویی بیشتری انجام خواهد پذیرفت و تغییر جدید در کل منجر به افزایش کارایی خواهد شد. بی‌تردید در چنین شرایطی کارایی می‌تواند در قانون‌گذاری و یا تصمیم‌گیری تأثیرگذار باشد. اما نخست در این حالت کارایی هنجار توزیع حقوق بنیادین نیست و دوماً به آسانی می‌توان دریافت که این تغییر در راستای پیشبرد اهداف عادلانه‌ای عمل می‌کند که پیش‌تر به‌عنوان هنجار اصلی جامعه انتخاب شده است. مثال واضح‌تری نیز وجود دارد. فرض کنید دولت به این نتیجه می‌رسد که بانکداری الکترونیک برای ارائه بسیاری از خدماتی که سابقاً حضوری انجام می‌شده است، به صرفه‌تر و کارآمدتر است. در نتیجه دولت لایحه قانون بانکداری الکترونیک را برای تصویب به مجلس تقدیم می‌کند. در چنین حالتی نیز واضح است که کارایی در تصمیم‌گیری مؤثر است. اما کارایی تنها، ابزاری است برای توزیع حقوقی که سابقاً با هنجارهای بنیادین عدالت برای آن تعیین تکلیف شده است و تصمیم جدید اغلب یا درون‌سازمانی است و یا بر توزیع حقوق اساسی دیگران تأثیری ندارد. ضمن اینکه دولت می‌تواند در فرایند تصمیم‌گیری ارزش‌های دیگری را بر کارایی مقدم دارد. برای مثال دولت می‌تواند به این نتیجه برسد که علی‌رغم وجود کارایی اقتصادی، به‌کارگیری بانکداری الکترونیک به دلیل احتمال افشای اطلاعات بانکی شهروندان دست‌کم در مواردی اجرا نشود و شیوه سابق ارائه خدمات ادامه یابد و به این ترتیب برای امنیت، ارزش بیشتری از کارایی قائل شود. این درحالی است که ادعای پیروان رویکرد هنجاری کارایی این است که همه قوانین همواره باید تنها با معیار کارایی ارزیابی شود و براساس آن نیز تخصیص یابد (Barnett, 1986: 278).

در نهایت باید گفت بسیاری از مشکلات مبنایی و مفهومی کارایی در این حالت تقلیل می‌یابد. زیرا، عمده این مشکلات به این دلیل ایجاد می‌شود که در رویکرد هنجاری به کارایی قرار بر این است که حقوق اساسی انسان‌ها نه به صرف انسانیت، بلکه با ملاک افزایش ثروت تعیین شود، در نتیجه برای مثال نظریه کارایی در تعیین حقوق اساسی دچار سوگیری به نفع ثروتمندان می‌شود.

در حالی که در تئوری عدالتی مانند نظریه عدالت جان رالز، بنیاد حقوق بر اساس هنجار کلان اخلاق مدرن یعنی حمایت از برابری عامل‌های اخلاقی تعیین می‌شود (Murphy, 2002: 93). درباره مشکلات مفهومی ثروت در نظریه کارایی نیز باید گفت برخی محققان دست‌کم در مواردی، انتقادهای مفهومی به این نظریه را قابل اغماض دانسته‌اند (Mathis, op.cit: 165). اما باز هم اگر مفهوم ثروت را معیار توزیع حقوق اساسی ندانیم، بسیاری از مشکلات مفهومی حل خواهد شد. برای مثال مفهوم افزایش ثروت به وجود بازار و قیمت وابسته است، حال اگر اساساً بازار و قیمت‌گذاری وجود نداشته باشد، مسلماً تبادل کالاها منجر به افزایش ثروت نیز نخواهد شد. از این رو طرفین در چنین شرایطی معیار مبادله خود را باید بر امری غیر از افزایش ثروت - مانند تحقق ترجیحات- بنا کنند. بنابراین بعد از تعیین حقوق بنیادین اشخاص، هر شخص با توجه به شرایط حاکم بر مبادله و ارزش‌های خود تصمیم خواهد گرفت (Coleman, op.cit: 523). این اتفاق در مورد توزیع حقوق بنیادین نیز خواهد افتاد و افزایش ثروت را به لحاظ تئوریک ناکامل^۲ خواهد کرد. زیرا، بازاری وجود ندارد که بتوان ارزش دلاری و اگذاری حقوقی نظیر مالکیت هر شخص بر جسم را بر اساس آن قیمت‌گذاری کرد و تشخیص داد هر حقی اگر به چه کسی واگذار شود، ارزش دلاری منابع جامعه افزایش خواهد یافت (Coleman, op.cit: 524)؟

نتیجه‌گیری

در این نوشتار بیان شد که عاملان اخلاقی از جمله دولت و قانون‌گذار همواره برای تضمین قواعد حقوقی با این پرسش مواجه هستند که چرا برای تضمین یک قاعده حقوقی باید از ابزار قدرت قانونی استفاده کنند؟ برای پاسخ به این پرسش، توجیحات اخلاقی متنوعی ارائه شده است که یکی از این توجیحات، معیاری را فرا روی عاملان اخلاقی قرار می‌دهد، مبنی بر اینکه قواعد حقوقی آنگاه که کارایی را در جامعه حداکثر سازند، باید از حمایت و تضمین دولت برخوردار باشند. چنین نگاهی به کارایی حاوی نوعی رویکرد هنجاری است. به این معنی که پیشنهاددهندگان آن از دولت می‌خواهند که بر اساس معیار مورد نظر ایشان قانون‌گذاری کند. بنابراین ادعای مطرح‌شده آن‌ها فراتر از توصیف خصوصیت منفعت‌طلب بودن عاملان اخلاقی و تمایل عاملان برای به حداکثر رساندن سود خود خواهد رفت و به نوعی باید و الزام تبدیل می‌شود.

1. Master norm
2. Theoretical Incompleteness

مفهوم بیشینه کردن کارایی نیز عمدتاً به دو معنی حداکثرسازی فایده یا ثروت گرفته شده است. کارایی به طور کلی تعیین کننده خصوصیت وضعیت مطلوب یا به عبارتی هدف غایی جامعه است، لکن معیاری برای اندازه گیری هر کدام از این دو تعبیر لازم است تا به وسیله آن بین دو وضعیت و میزان نزدیکی آن به هدف غایی به داوری نشست. برای داوری در مورد کارایی چند معیار پیشنهاد شده است که از جمله مهم ترین آن عبارت است از معیار پارتوی برتر، پارتوی بهینه و کالدور-هیگس (وضعیت پارتوی برتر بالقوه).

پرسش عمده برای ما این بود که آیا می توان از مفهوم کارایی و اخلاقی بودن اعمال آن در مورد تعیین قواعد حقوقی دفاع کرد یا خیر؟ در این مورد و برای توجیه کارایی به عنوان مبنای اخلاقی قواعد حقوقی در ادوار مختلف از چهار استدلال عمده فایده گرایانه، اختیارگرایانه، قراردادگرایانه و در نهایت عمل گرایانه بهره گرفته شده است. فایده گرایی در حالت اولیه خود با مشکلات عدیده ای در زمینه محدوده و نحوه اندازه گیری فایده و تعارض سود و فایده فردی و جامعه مواجه بوده است. پازنر مبدع رویکرد افزایش ثروت به کارایی، در آخرین دوره و بعد از اشکالات عدیده ای که به بیشینه سازی فایده وارد شد، نهایتاً رو به نوعی استدلال عمل گرایانه آورد. او در این دوره بر این عقیده است که با وجود همه اشکالات ممکن در توجیه افزایش ثروت، باز هم باید هدف غایی را افزایش ثروت بدانیم، اما این بار افزایش ثروت را با شهودات قطعی اخلاق محدود سازیم. از نظر او چنین جامعه ای قرین حداکثر رفاه و آزادی خواهد بود و بسته ای از خیرات مطلوب را برای افراد به ارمغان خواهد آورد.

در این نوشته نتیجه گرفته شد که با همه تعدیل هایی که در نحوه برخورد پازنر با مفهوم کارایی اتفاق افتاده است، برای موجه بودن اخذ یک مبنا در مرحله نخست باید معیار و مفهوم اخلاقی منسجم و محصلی ارائه شود. این در حالی است که به صورت بندی پازنر از مفهوم ثروت انتقادات بسیاری وارد شده است. سه انتقاد عمده به مفهوم کارایی در معنای بیشینه کردن ثروت عبارت است از بی ثباتی و دور مفهومی ثروت نسبت به تغییر قوانین، سوگیری مفهوم ثروت نسبت به درآمد و دارایی اشخاص و اینکه در نهایت معضل کمیابی که حل آن از آرزوهای انسان اقتصادی است، در مفهوم مورد پذیرش پازنر که در آن همه چیز با ارزش دلاری سنجیده می شود، امری مقبول و مورد ستایش خواهد شد؛ چراکه کمبود منابع منجر به افزایش قیمت دلاری منابع در دسترس خواهد شد و ثروت را افزایش خواهد داد.

- با همه این انتقادات باید توجه کرد که غالب این مشکلات مفهومی متوجه رویکرد هنجاری کارایی است. از این رو می توان گفت توجه به معیار کارایی، دست کم به عنوان یک واقعیت که با علم اقتصاد به آن دست یافته ایم، در محاسبات تصمیم گیرندگان لحاظ خواهد شد. در واقع عاملان

اخلاقی به خصوص در تصمیمات شخصی و یا درون‌سازمانی که در توزیع حقوق دیگران تأثیر ندارد، می‌توانند به آن اهمیت دهند. لکن تحمیل افزایش کارایی به‌عنوان هنجار اساسی به سایر عاملان اخلاقی با دشواری‌های بسیاری همراه خواهد بود. از این‌رو لزوم توجه به برابری عاملان اخلاقی نیازمند تمسک به ارزش‌های مشترکی است که جز از طریق حاکمیت نوعی نظریه عدالت بر سایر هنجارها نظیر کارایی امکان‌پذیر نخواهد بود.



منابع

فارسی

- انصاری، مهدی (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران: جاودانه جنگل.
- ایران‌پور، فرهاد (۱۳۹۸)، مبانی کاربردی تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات دنیای اقتصاد.
- بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره شصت و دوم، صفحات ۹۱-۱۳۶.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳)، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، چاپ اول، تهران: شهر دانش.
- رالز، جان (۱۳۹۲)، نظریه عدالت، مترجم: سیدمحمدکمال سروریان و مرتضی بحرانی، چاپ دوم، تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- شاول، استیون (۱۳۸۸)، مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، مترجم: محسن اسماعیلی، تهران: مرکز پژوهش‌ها.
- شهابی، مهدی (۱۳۹۶)، فلسفه حقوق مبانی نظری تحول نظام حقوقی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۵)، فلسفه حقوق: ماهیت و تعریف حقوق، جلد اول، چاپ دوم، تهران: بهنشر.
- کوتر، رابرت و تامس یولن (۱۳۹۱)، حقوق و اقتصاد، مترجم: یدالله دادگر و حامده اخوان هزاوه، چاپ هفتم، تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نورعلم.
- میل، جان استیوارت (۱۳۹۵)، فایده‌گرایی، مترجم: مرتضی مردیها، چاپ پنجم، تهران: نشر نی.
- نعیمی، سید مرتضی (۱۳۹۶)، «بیشینه‌سازی ثروت به مثابه معیاری برای ارزیابی قواعد حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هفتم، شماره چهار، صفحات ۷۴۲-۷۲۳.
- نوزیک، رابرت (۱۳۹۶)، بی‌دولتی دولت آرمان شهر، چاپ دوم، مترجم: محسن رنجبر، تهران: نشر مرکز.
- هایک، فردریش فون (۱۳۹۲)، قانون، قانون‌گذاری و آزادی، جلد دوم، مترجم: مهشید معیری موسی غنی‌نژاد، تهران: دنیای اقتصاد.

انگلیسی

- Ackerman, Bruce A. (1977). Private Property and the Constitution. New Haven and London: Yale University Press.
- Austin, John, (2001). The province of jurisprudence determined. Edited by Wilfrid E. Rumble. UK: Cambridge University Press.
- Barnett, E., Randy. (1986). "A Consent Theory of Contract Source". Columbia Law Review. Vol. 86. No. 2. pp. 269-321.
- Bentham, Jeremy. (2000). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. UK: Batoche Books Kitchener.
- Blaug, Mark. (1980). The Methodology of Economics: Or How Economists Explain, First edition, England: Cambridge University Press.
- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1972). "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral". Harvard law review. pp.1089-1128.
- Calabresi, Guido & Philip Bobbitt. (1978). "Tragic Choices". W. W. Norton & Company. pp. 85-86.

- Cheung, S. N. (1970). "The structure of a contract and the theory of a non-exclusive resource". *The Journal of Law and Economics*, 13(1). pp. 49-70.
- Coleman, Jules. (1980). "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". 8 *Hofstra L. Rev.* pp. 509-551.
- Coleman, Jules. (1998). *Markets, Morals, and the Law*, First Edition, US: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*. US: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. (1980). "Is Wealth a Value?". *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9. pp. 191-226.
- Dworkin, Ronald. (1980). "Why Efficiency?". *Hofstra Law Review*, Vol. 8, pp. 563-590.
- Fletcher, George P. (1996). *The Basic Concepts of Legal Thoughts*, 1st edition. New York et al: Oxford University Press.
- Fletcher, George P. (1996). *The Basic Concepts of Legal Thoughts*. Edition illustrated. US: OUP USA.
- Fried, Charles. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Second Edition. US: Oxford University Press.
- Furubotn, Eirik G. & Pejovich, Svetozar. (1972). "Property Rights and Economic Theory A Survey of Recent Literature". *Journal of Economic Literature*, Vol. 10, No. 4. pp. 1137-1162.
- Hart, H. L. A. (1977), "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". 11 *Ga. L. Rev.* pp. 969-989.
- Hevia, Martín (2013). *Reasonableness and Responsibility_ A Theory of Contract Law*- Netherlands: Springer.
- Hicks, J.R. (1939). "The Foundations of Welfare Economics". 49 *ECON. J.* pp. 696-712.
- Hutcheson, Francis (2004). *An Inquiry into the Original of our Ideas of Beauty and Virtue*. Liberty Fund.
- Kaldor, N. (1939). "Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility". *The economic journal*. pp. 549-552.
- Kaldor, N. (1939). "Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility". *The economic journal*. pp. 549-552.
- Kaldor, N. (1939). "Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility". *The economic journal*, pp. 549-552.
- Kaplow, Louis & Steven Shavell. (2006). *Fairness versus Welfare*. US: Harvard University Press.
- Kronman, Anthony T. (1980). "Wealth Maximization as a Normative Principle". in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, pp. 227-242.
- Mackie, J. L. (1991). *Ethics_ Inventing Right and Wrong*. UK: Penguin.
- Macneil, I. R. (1982). "Efficient breach of contract: Circles in the sky". *Virginia Law Review*. pp. 947-969.
- Mathis, Klaus. (2009). *Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Translated by Deborah Shannon, Switzerland: Springer.
- Miceli, Thomas J. (2004). *The Economic Approach to Law*, US: Stanford University Press.
- Murphy, J. B. (2002). *Equality in Exchange*. *American Journal of Jurisprudence*, 47, pp. 85-121.

- Polinsky, A. Mitchel. (1989). An Introduction to Law and Economics. Second edition. US: Boston Little Brown & Co Law & Business.
- Posner, R. A. (1977). "Gratuitous promises in economics and law". The Journal of Legal Studies, 6(2), pp. 411-426.
- Posner, R. A. (1985). "Wealth maximization revisited". Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y, 2, pp. 85-105.
- Posner, Richard A. (1979). "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory". 8 J. LEGAL STUD. pp. 103-140.
- Posner, Richard A. (1981). The Economics of Justice. US: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. (1993). The Problems of Jurisprudence. England & US: Cambridge et al Harvard University Press Cambridge, Massachusetts London.
- Posner, Richard A. (1995). "Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry", in David G. Owen (ed.), Philosophical Foundations of Tort Law. US Clarendon Press.
- Posner, Richard A. (1998). Economic Analysis of Law. 5th edition. New York: Aspen Law & Business.
- Posner, Richard A. (2003). Law, Pragmatism, and Democracy. Uk: Cambridge and London.
- Posner, Richard A.. (2000). The Collected Economic Essays of Richard A. Posner, Volume 3. edited by Francesco Parisi. US: Edward Elgar Pub.
- Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 8 HOFSTRA L. REV. 487, 491 (1980). P 490
- Rawls, John. (1999). A Theory of Justice, Revised Edition, US: Belknap Press.
- Samuelson, Paul A. & William D. Nordhaus. (1998). Economics. 16th edition. China: McGraw-Hill Companies.
- Sanchirico, Chris William (2000). "Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", 29 J. LEGAL STuD. pp. 797-820
- Sandel, Michael J. (1998). Liberalism and the Limits of Justice, Second Edition, US: Cambridge University Press.
- Sidgwick, Henry. (1962). The Methods of Ethics, Seventh Edition, Toronto: Palgrave Macmillan.
- Veljanovski, Cento G. (1981). "Wealth Maximization, Law and Ethics – On the Limits of Economic Efficiency". International Review of Law and Economics, Vol. 1, pp. 5-28.
- Wonnell, Christopher T. (2001). "Efficiency and Conservatism". 80 Neb. L. Rev. Available at: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol80/iss4/>, pp. 643-714