

## کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق

حسن بادینی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مهدی مهاد

دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۲/۲۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۲/۲۴)

### چکیده

اهداف قواعد حقوقی، به صورت سنتی، اغلب به دو عنوان عمده نظم و عدالت تعلق گرفته است؛ در حقوق امروز، با توجه به نیازهای جدید و تجربیات نظام‌های حقوقی دیگر، مبانی و اهداف دیگری مانند قطعیت حقوقی و کارایی نیز برای قواعد حقوقی مطرح شده است. کارایی با ساختار و مبانی عقلایی آن، در کنار عدالت، در انجام وظایف نظام حقوقی بسیار مؤثر و مفید است. کارایی با نگاه عقلایی و عدالت با مبنای عمدتاً معنوی و ایدئالیستی، به تنظیم قواعد و روابط مختلف اشخاص در جامعه می‌پردازند. کارایی، در کنار مبانی سنتی قواعد حقوقی، مانند عدالت، سبب تکمیل نقش نظام حقوقی و در عین حال، ایجاد تعارض میان آنها می‌شود. کارایی می‌تواند در مرحله ایجاد حقوق و تعهدات، اجرای اختیاری یا اجباری آنها و همچنین در حل و فصل اختلافات استفاده شود.

### واژگان کلیدی

حقوق و اقتصاد، عدالت، قاعده حقوقی، نظریه حداکثرسازی ثروت.

## ۱. مقدمه

حقوقدانان و فلاسفه درباره مبانی حقوق و قواعد حقوقی نظرهای مختلفی دارند (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۱۱۸) و این مبانی در هر کشور، با توجه به مجموعه قواعد و هنجارهای اجتماعی، دارای خصوصیات متفاوتی است (Sumner maine, 1906:70). در نگاهی کلی و در مقام جمع‌بندی این مبانی، به‌طور سنتی دو دیدگاه در زمینه مبانی قواعد حقوقی وجود دارد: یکی از این دیدگاه‌ها با تکیه بر نقش ابزارانگاران حقوق (بادینی، ۱۳۸۵: ۱۹)، مبانی هر نوع قاعده و قانون را ایجاد نظم می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۴۲ و ۴۸۶). در این زمینه، بر مبنای نظم مورد نظر، قواعد تنظیم و وضع می‌شوند. از سوی دیگر، برخی با نگاه ارزشی و موضوعیت قائل شدن برای قواعد حقوقی، مبانی حقوق را نه فقط ایجاد نظم، بلکه قبل از آن و مهم‌تر از سایر مبانی، ایجاد عدالت دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۵۰). در این مبانی تئوریک (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۸۸)، قواعد حقوقی در پی غایت متصور و محکوم برای بشر، یعنی رسیدن به تعالی و حاکمیت عدل جامع و کامل است، حتی اگر گاه اجرای قواعد حقوقی به ایجاد بی‌نظمی ظاهری در جامعه منتهی شود؛ در غایت و در نگاه کلی، نظم و تنسيق امور نیز در پناه تحقق عدالت به دست خواهد آمد (Sumner maine, 1906:396).

این دو رویکرد، خود دارای فروع و اشکال مختلف‌اند که گاه با غلبه یکی بر دیگری یا تعادل میان آنها همراه بوده است (بادینی، ۱۳۸۵: ۷).

در کنار این دو نگاه به مبانی حقوق، در مهر و موم‌های اخیر، با توجه به رشد و ترویج استفاده از مفاهیم و روش‌های علوم مختلف در یکدیگر که اصطلاحاً به مطالعات میان‌رشته‌ای موسوم شده، استفاده از روش‌های اقتصادی و مبانی آن در علم حقوق، همانند سایر رشته‌ها، رشد چشمگیری داشته است (صادقی، ۱۳۸۹: ۱۶۹)؛ این‌گونه مباحث ذیل عنوان اقتصاد و حقوق طرح می‌شود و دربرگیرنده تئوری‌های اقتصادی حقوق به‌طور کلی است (Shavell, 2004:2). نگرش تحلیل اقتصادی حقوق که صورت پیشرفته‌تر، حقوق و اقتصاد است، بر مدل اقتصادی در ارائه توجیه در مورد رفتار انسان مبتنی است؛ در این رویکرد نوین به حقوق، مفهوم انسان اقتصادی مبانی تحلیل‌ها و بررسی است و رویکرد اقتصادی حقوق با پیش‌فرض نهادن مفهوم انسان اقتصادی به‌عنوان عنصر اصلی در روابط حقوقی که طرف حق و تکلیف قرار می‌گیرد (بادینی، ۱۳۸۵: ۲۵)، به تبیین و توجیه رفتار شخص در برابر مقررات و اصولاً در ایجاد و وضع قاعده حقوقی در نظام حقوقی می‌پردازد.

تحلیل اقتصادی حقوق را به‌عنوان یک خیزش مهم در استفاده از مفاهیم و روش‌های استدلال اقتصادی برای ایجاد درک بهتر و عمیق‌تر از مسائل حقوقی تعریف کرده‌اند که در نهایت به

دلیل استفاده از عقلانیت بیشتر در ارائه استدلال حقوقی، به منطقی شدن بیشتر حقوق منتهی می‌شود (Wittman, 2006:8).

با ورود اقتصاددانان به حقوق و با توجه به روش آنها در استفاده از مدل‌های انتزاعی و استفاده از قیاس<sup>۱</sup> و ارائه مدل‌های قیاسی<sup>۲</sup> در ارائه توجیه و استدلال (صادق، ۱۳۸۹: ۱۷۱)، از جهت روش نیز در نحوه استدلال حقوقدانان (بادینی، ۱۳۸۵: ۱۱) که عمدتاً به‌طور استقرایی<sup>۳</sup> استدلال می‌کنند تغییراتی ایجاد می‌شود (Wittman, 2006:10).

در توجیه مبنایی قواعد حقوقی و از منظر حاکمیت عدالت بر ایجاد و اعمال قواعد حقوقی (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۱۱۸)، اصولاً آثار جانبی ناشی از قواعد حقوقی در نظر حقوقدان مورد توجه قرار نمی‌گیرد (بادینی، ۱۳۸۵: ۲۵)؛ به‌عنوان مثال، در صورت تجاوز به ملک غیر و ساخت بنا در آن، بدون توجه به زیان‌های مالی هنگفت متصور بر تخریب ابنیه احداثی، حقوقدان حکم بر تخریب و رفع تصرف می‌دهد؛ اما اقتصاددان به آثار جانبی پدیده‌ها و وضعیت‌ها توجه فراوان دارد و سعی فراوانی در پیش‌بینی، محاسبه و کنترل آثار جانبی ناشی از چگونه عمل یا واقعه دارد و این کاملاً به‌عکس نگاه حقوق است که در پی اثر مستقیم قاعده حقوقی است. شاید به‌جرات بتوان گفت تأثیر اصلی ورود نگاه و تحلیل اقتصادی در حقوق، توجه به همین آثار جانبی احکام، قواعد و وضعیت‌های حقوقی باشد (Kenneth, 2007:1799). از سوی دیگر، توجه بیش از حد به آثار جانبی قواعد حقوقی، می‌تواند به تغییر و حتی از بین رفتن خود قاعده منتهی شود؛ امری که حقوقدانان مخالف دخالت اقتصاد در حقوق آن را به‌مثابه دلیلی مهم در مقابل استفاده از روش‌های اقتصادی در حقوق مطرح کرده‌اند (Wacks, 2006:92). به‌طور خلاصه می‌توان گفت، حقوقدان عمدتاً بر اهداف تمرکز دارد (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۲)، اما اقتصاددان به آثار جانبی اعمال و قواعد حقوقی توجه می‌کند. این تفاوت خود گویای آثار بسیار زیاد و متفاوت دخالت اقتصاد در حقوق است. در واقع، بر مبنای همین تفاوت است که حقوقدان یکی از اوصاف قاعده حقوقی را عمومی بودن آن و امکان اجرای آن بر تمام مشمولان قاعده می‌داند، اما اقتصاددان در پی تعیین مدل برای هر وضعیت به‌طور خاص و بر مبنای آثار ناشی از ایجاد آن وضعیت است (Ogus, 2006:253).

در جهت کاهش و رقیق کردن تفاوت فوق، جنبه‌های اثباتی و هنجاری مدل‌ها و روش‌های اقتصادی به‌کار برده می‌شوند. در جنبه اثباتی تحلیل اقتصادی حقوق، موضوع صرفاً تحلیل قاعده و کمک به درک ساده‌تر قواعد است، اما در جنبه هنجاری، تحلیل اقتصادی حقوق به ایجاد و تغییر قاعده می‌پردازد (J. Miceli, 1997:3)؛ در قواعد هنجاری اقتصادی، با استفاده از

1. Deduction
2. Deductive
3. Inductive

اصول اقتصادی همچون کارایی و اعمال آن در حقوق، به بررسی حقوق، قواعد حقوقی، وضع قاعده و اجرای قاعده با نگاه یک اقتصاددان می‌پردازیم (بادینی، ۱۳۸۵: ۳۹). مقاله حاضر از این دیدگاه که استفاده از مبانی اقتصادی در توجیه و وضع قواعد حقوقی چه جایگاه و اثری می‌تواند داشته باشد، تدوین شده و از میان عمده مفاهیم اقتصادی، بحث کارایی مبنای این مطالعه است. مفهوم کارایی در وضع، اجرا و تفسیر قواعد حقوقی، در کنار مبنای سنتی حقوق خصوصی، یعنی عدالت و نظم، مسائل خاصی ایجاد می‌کند؛ این رابطه ممکن است به بررسی امکان در نظر گرفتن مفهوم کارایی به عنوان یکی از مبانی قواعد حقوقی منتهی شود و در این حالت با توجه به مبانی سنتی قواعد حقوقی، بررسی رابطه کارایی با این مبانی، به نظر بسیار چالش برانگیز و همزمان مفید است (J. Miceli, 1997: 11).

## ۲. جایگاه کارایی در حقوق ایران

### ۲.۱. عمده نظریه‌های مطرح در زمینه کارایی در حقوق ایران

تعریف و تعیین معیار کارایی، دغدغه سنتی اقتصاد رفاه است (Mercuro, 2007: 299). در کنار اقتصاد خرد که به رفتار عوامل اقتصادی در بازار و به کارکرد بازار می‌پردازد، وظیفه اقتصاد رفاه، گسترش معیارها برای ارزیابی مقررات و نظامات اقتصادی است (باقری، ۱۳۸۵: ۴۷). اقتصاد رفاه دارای دو عنصر ثبوتی و هنجاری است. از یک طرف، در پی تشریح چگونگی تأثیر رویه‌های اقتصادی و سیستم مقررات اقتصادی در روند توسعه اقتصادی یک کشور است و از طرف دیگر به ارزیابی وضعیت‌های اجتماعی می‌پردازد (Georgakopoulos, 2005: 111) و در پی بررسی آثار ناشی از یک عمل خاص در افزایش یا کاهش رفاه است (Klaus, 2001: 31). عمده معیارهای کارایی، به منظور تعیین نظریه منتخب، به صورت مختصر در ذیل عناوین آتی بررسی می‌شود.

### ۲.۱.۱. کارایی پارتو

اصطلاح کارایی پارتو در زمینه تخصیص منابع اقتصادی به حالتی اطلاق می‌شود که در آن هیچ‌گونه تخصیص مجدد منابع (تغییر وضعیت کنونی تخصیص) بدون اضرار به دیگری امکان‌پذیر نباشد (White, 2009: 243).

در کارایی پارتو منابع به کسانی اختصاص می‌یابد که در فرایند بازتخصیص منابع به آنها، هیچ‌گونه اثر منفی از آن ایجاد نشود و همزمان حداقل یک اثر مثبت از تخصیص حاصل شود. برای تحقق کارایی پارتو، هر دو شرط مذکور همزمان باید وجود داشته باشد، اما اگر هر یک از

این دو شرط وجود نداشته باشد، در واقع وضعیت بهینه پارتو وجود دارد و فرض می‌شود تخصیص منابع به بهترین صورت ممکن حاصل است (Mercuro 2007:170).

### ۲.۱.۲. کارایی کالدور - هکس

پذیرش این نظریه بسیار گسترده است و به همین علت، هرگاه اقتصاددانان (کارایی) را بدون پسوند یا قرینه به کار می‌برند، در کارایی کالدور - هکس اطراد دارد (Posner, 1972:12). براساس معیار کالدور - هکس (معیار کالدور - هکس را بهبود بالقوه پارتو<sup>۱</sup>، یا معیار جبران فرضی<sup>۲</sup> نیز نامیده‌اند)، قاعده‌ای کارا محسوب می‌شود که منتفعان از قاعده بتوانند ضرر زیان‌دیدگان از قاعده را، به‌طور فرضی، جبران کرده و وضعیت بهتری را برای آنها ایجاد کنند و این با معیار پارتو از این جهت تفاوت دارد که معیار پارتو، جبران ضرر واقعی و عملی را پذیرفته است (Cooter, Ulen, 2000:50).

### ۲.۱.۳. نظریه حداکثرسازی ثروت ریچارد پازنر؛ نظریه منتخب

براساس این نظریه، کارایی زمانی محقق می‌شود که یک معامله یا برخی تغییرات دیگر در استفاده یا مالکیت منابع، سبب افزایش ثروت اجتماعی شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۰). براساس نظر پازنر، ثروت جامعه متشکل از مجموع کالاهای ملموس<sup>۳</sup> و غیرملموس<sup>۴</sup> قابل ارزش‌گذاری با پول است؛ بدین شکل که یا براساس تمایل و اراده افراد به پرداخت، به حداکثر قیمتی که یک خریدار بالقوه حاضر به پرداخت است (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۵)، یا در صورتی که کسی از قبل مالک کالایی است، کالا را براساس حداقل قیمتی که برای ترغیب فروشنده بالقوه به فروش لازم است قیمت بگذارد (Burruss, 2004:40)؛ در واقع، در حالت اخیر، حداقل قیمتی که مالک کالا حاضر است در مقابل دریافت آن، کالا را رها کند، ارزش آن کالا محسوب می‌شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۶)، حتی اگر به‌صورت بالفعل خریداری وجود نداشته باشد (Posner, 1979:119).

در نظر پازنر، اراده خریداران برای پرداخت باید به‌طور خاص در مورد هر واحد از کالا در نظر گرفته شود، چراکه اراده پرداخت به‌طور کلی در خریدار وجود دارد، اما مقصود وی، اراده پرداخت در مورد هر کالای مشخص است (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۵). از سوی دیگر، باید توجه داشت که اراده پرداخت مطابق قانون اول گوسن<sup>۵</sup> به‌نام قانون کاهش سودمندی فرعی (حاشیه‌ای)، در

1. pareto potential improvement
2. Hypothetical Compensation test
3. Tangible
4. Intangible
5. Gossen's First law

صورت افزایش تعداد واحدها کاهش می‌یابد. این اراده مد نظر گوسن، امری فرعی است و مقصود پازنر اراده پرداخت در مورد هر کالای مشخص است (Posner, 1993: 353).

بازار محل مبادله کالاها و ارزش‌گذاری آنهاست، اما در نظر پازنر، مبادله کالاها بدون نیاز به استفاده از پول نیز در بازار اتفاق می‌افتد؛ بازارهایی که در آنها، کالا با پول مبادله می‌شود، بازار صریح یا واضح<sup>۱</sup> است، اما بازارهایی که در آنها، کالاها نه با پول، بلکه به صورت پایاپای<sup>۲</sup> مبادله می‌شوند، بازار ضمنی<sup>۳</sup> نام دارند؛ این قبیل بازارها بیشتر در حوزه خصوصی افراد تشکیل می‌شوند و حتی می‌توان گفت قسمت عمده زندگی اقتصادی افراد، مانند بازار ازدواج و تربیت بچه، در بازارهای ضمنی انجام می‌گیرد (Kirkwood, 2009: 178)؛ این خدمات ارزشی دارند که تبدیل‌شدنی به پول<sup>۴</sup> است و با ارجاع آنها به خدمات جایگزینی که در بازار واضح (صریح) وجود دارند قابل ارزش‌گذاری هستند (Posner, 1999: 242).

ثروت مد نظر پازنر به مفهوم ثروتی که در مفاهیمی مانند تولید به‌کار می‌رود، نیست و لزوماً از محاسبه میزان قیمت کالاها و تعدادشان به دست نمی‌آید؛ این مفاهیم و معیارها در بازارهای صریح به‌کار می‌روند و مبنای معاملات در آنها محسوب می‌شوند، اما بازارهای ضمنی یا بازارهای سایه<sup>۵</sup>، بی‌تردید کالاهای ضمنی (سایه) و قیمت‌های ضمنی (سایه) را به همراه دارند (Posner, 1989: 17). پازنر ثروت را مفهومی قابل محاسبه به روش اقتصاددانان نمی‌داند، بلکه معتقد است ثروت تنها با «آنچه مردم باید بپردازند برای چیزها یا آنچه تقاضا می‌کنند برای پذیرش مبادله و رها کردن چیزهایی که در تصرف دارند» محاسبه می‌شود.

به نظر این حقوقدان، قوی‌ترین دلیل اعتبار کارایی، دلیل اخلاقی نیست (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۸)، بلکه در ماهیت عمل‌گرایانه این نظریه است که مبتنی بر منافع زندگی در کشورهایی است که بازارها کم‌وبیش آزاد عمل می‌کنند و نه تنها مردم آن جوامع ثروتمندتر از سایر کشورها هستند، بلکه حتی از حقوق سیاسی و آزادی بیشتری برخوردارند؛ از این جهت، ممکن است کارایی مسیر مستقیم‌تری به اهداف مختلف اخلاقی باشد (Mathis, 2001: 182). مهم‌ترین استدلال پازنر در پافشاری بر کارایی این است که تحت نظام کارا، تولیدکننده بابت تلاش و تولیدش پاداش می‌گیرد و این امر از نظر اخلاقی مطلوب است (Posner, 1989: 18).

- 
1. Explicit Market
  2. Barter
  3. Implicit Market
  4. Monetize
  5. Shadow Markets

## ۲.۲. جایگاه قانونی کارایی در حقوق ایران

در مقدمه قانون اساسی ایران با عنوان «اقتصاد وسیله است نه هدف»، مقنن بر هدف نبودن اقتصاد تأکید کرده است و این عبارت شاید بتواند مستمسک قرار گیرد و ادعا شود که در نظام حقوقی ایران، کارایی جایگاهی موضوعی ندارد و بیشتر وسیله تحقق سایر اهداف است؛ اما با دقت در توضیح همین عنوان در قانون اساسی، مشاهده می‌شود که مقنن بین کارایی و اقتصاد تفاوت قائل شده است و می‌گوید: «در تحکیم بنیادهای اقتصادی، اصل، رفع نیازهای انسان در جریان رشد و تکامل اوست، نه همچون دیگر نظام‌های اقتصادی تمرکز و تکثیر ثروت و سودجویی، زیرا در مکاتب مادی، اقتصاد خود هدف است و بدین جهت در مراحل رشد، اقتصاد عامل تخریب و فساد و تباهی می‌شود، ولی در اسلام اقتصاد وسیله است و از وسیله انظاری جز کارایی بهتر در راه وصول به هدف نمی‌توان داشت» و اتفاقاً وجود کارایی را لازم دانسته است. حال آیا این کارایی صرفاً در اقتصاد مطرح می‌شود یا در تمام شئون و مسائل اجتماعی از جمله در حقوق؛ بی‌گمان با توجه به مفهوم کارایی و منشأ منطقی آن، پاسخ منفی به این سؤال ممتنع است و کارایی در تمام زمینه‌ها و مباحث حقوقی را نمی‌توان نادیده گرفت. همین مفهوم از قسمت دیگری از مقدمه قانون اساسی با عنوان «قوه مجریه» قابل استنباط است: «... نتیجتاً محصور شدن در هر نوع نظام دست‌وپاگیر پیچیده که وصول به این هدف را کند و یا خدشه‌دار کند از دیدگاه اسلامی نفی خواهد شد... تا نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری به وجود آید». در واقع، مقنن در این قسمت از قانون اساسی، در کنار عدل، کارایی را نیز پذیرفته و و بر آن تصریح کرده است.

همچنین در اصل ۴۳ قانون اساسی، مجموعه اهداف تعیین شده برای اقتصاد کشور، حاکی از لزوم رعایت کارایی در اداره امور است. در هیچ یک از سایر منابع حقوقی، تاکنون، به کارایی به عنوان منبع ایجاد قاعده حقوقی اشاره نشده است؛ گرچه اگر بتوانیم مفهوم «اصول حقوقی» را به نظریه‌های حقوقدانان نیز تسری دهیم، می‌توان کارایی را از این جهت نیز به عنوان یکی از منابع حقوق پذیرفت. به نظر می‌رسد با توجه به پذیرش کارایی در قانون اساسی و همچنین امکان اطلاق نظریه‌های حقوقدانان به عنوان عرف متخصصان (عرف خاص) و توسعه دامنه اصول حقوقی، بتوان کارایی را به عنوان یکی از منابع حقوق تعبیر و قبول نمود.

بی‌گمان مفهوم کارایی با لحاظ تعابیر جدید آن را نمی‌توان به طور مستقیم در فقه و منابع فقهی بررسی کرد؛ از این رو به نظر می‌رسد از جهت ثبوتی نمی‌توان کارایی را به فقه منتسب کرد؛ گرچه برخی (باقری، شیخ سیاه، ۱۳۸۹: ۲۵) با لحاظ عوارض پاره‌ای مباحث فقهی در پی یافتن اثر این مباحث و استفاده از آن در حقوق و اقتصادند که بی‌گمان تلاش مطلوب و پسندیده‌ای است (انصاری، ۱۳۹۰: ۵۰)، اما به نظر می‌رسد در مباحث جدید، که مبنای قواعد در آنها زاینده

فرهنگ و نگاهی متفاوت از فرهنگ ماست، باید مبنای قواعد را در جامعه منشأ ایجاد قاعده جست‌وجو کرد و در فرایند انتقال مفاهیم، صرف عدم تعارض با قواعد داخلی را کافی دانست؛ به نظر، صرف فقدان اثر سلبی در این امر کفایت می‌کند. این روش کاملاً با نظام قانونگذاری ایران نیز مطابقت دارد؛ چراکه مطابق اصل ۹۶ قانون اساسی، در صورت «عدم مغایرت» مصوبات مجلس با احکام اسلام به تشخیص اکثریت فقهای شورای نگهبان، قانون مصوب مجلس قابل «و لازم‌الاجرا» خواهد بود؛ می‌توان گفت قانون اساسی در این اصل حتی پا را فراتر نهاده و نظر اقلیت فقهای شورای نگهبان در خصوص مغایرت مصوبه مجلس با احکام اسلامی را واجد اهمیت و تأثیر ندانسته است که این خود نشان‌دهنده لزوم انعطاف در پذیرش احکام جدید است.

با لحاظ تفسیر مذکور، به نظر می‌رسد نظریه کارایی در کلیت خود با فقه و احکام اسلامی مغایرت ندارد، اما مانند هر نظریه دیگر، به صورت مطلق و با جمیع توابع و آثارش قابل پذیرش و اجرا نیست (انصاری، ۱۳۹۰: ۴۹)؛ البته این نحوه ورود یک موضوع به حقوق لازمه و مقدمه پیوند در حقوق تطبیقی است.

به نظر، کارایی می‌تواند در مواردی که با احکام مسلم اسلامی مغایرت ندارد، مبنای تقنین، قضاوت و روابط اشخاص قرار گیرد، اما بی‌تردید، همچنان‌که مقررات عادی نمی‌تواند با احکام اسلامی مغایر باشد، به طریق اولی، آن دسته از آثار و تبعات نظریه کارایی که با احکام اسلامی مغایرت دارد، پذیرفتنی بوده و اجرایشدنی نیست.

نکته مهم، توجه به این مسئله است که استناد به عدالت در تقنین و قضا، نمی‌تواند مستمسک نفی احکام مسلم باشد، چراکه اصل ۴ قانون اساسی، عدم مغایرت مقررات با احکام اسلامی را بر اطلاق و عموم سایر اصول قانون اساسی حاکم دانسته است و از این جهت می‌توان گفت کارایی و عدالت، وضع یکسان و اعتبار مشابهی در مقابل احکام اسلامی دارند؛ از این رو نمی‌توان قلمرو و اعتبار کارایی را در مقابل عدالت محدود تلقی کرد؛ البته در تعیین مصداق احکام مسلم و دامنه این احکام می‌توان از معیار کارایی استفاده کرد.

### ۳. اعمال کارایی در حقوق ایران

در وضعیت‌های حقوقی میان اشخاص و در مرحله حل اختلاف توسط مراجع ذی‌مدخل، آیا نیازی به تقنین و تجویز امکان اعمال کارایی وجود دارد یا با وضع قوانین جاری موجود کشور، امکان استفاده از معیار کارایی وجود دارد؟



### ۳.۱.۱. اعمال کارایی در روابط اشخاص؛ اجرای ارادی معیار کارایی

در روابط میان اشخاص، در صورتی که اشخاص حقیقی یا حقوقی غیردولتی در موضوعی توافق و اراده مشترک داشته باشند، با توجه به اصل آزادی قراردادی که در ماده ۱۰ قانون مدنی ذکر شده است، قراردادهای خصوصی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است و در خصوص قانون نیز، منظور قوانین امری است و نه هر قانونی؛ از این رو مشکلی در اعمال معیار کارایی وجود ندارد؛ در مورد اشخاص حقوقی عمومی، به نظر با توجه به مبنای کارایی که حداکثرسازی ثروت در جامعه است (posner, 1989:16)، مقامات عمومی و دولتی، علی‌القاعده، با اجرای معیار کارایی در تصمیمات، به وظیفه قانونی‌شان عمل کرده‌اند که این وظیفه همانا، تسهیل امور عمومی مردم و تأمین منافع آنهاست. قطع به یقین، اگر مبنای عمل هر شخص عمومی یا خصوصی تأمین و افزایش ثروت جامعه باشد، اصولاً عمل وی قانونی و پذیرفته است.

مسلم است که اشخاص نمی‌توانند از برخی الزامات و احکام اسلامی و اولیه در توافقات و روابط خود چشم‌پوشی کنند، از این رو اشخاص حقیقی نمی‌توانند برخلاف قواعد امری مانند منع تملک اموال عمومی (مواد ۲۳ تا ۲۸ قانون مدنی و اصل ۴۵ قانون اساسی و سایر مقررات این اموال را مشخص کرده‌اند)، ممنوعیت سلب حق به‌طور کلی (مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی این حکم را اعلام می‌نمایند)، لزوم رعایت شرایط اساسی قراردادها (ماده ۱۹۰ قانون مدنی و مقررات بعدی آن حاوی این شروطند)، نظامات عمومی (ماده ۹۷۵ قانون مدنی، رعایت اخلاق حسنه، نظم عمومی و در نظر گرفتن احساسات جامعه را در هر قرارداد و اجرای آن لازم می‌داند) و به‌طور کلی، هر گونه قاعده حقوقی نقض‌ناپذیر، به بهانه کارا بودن موضوع عمل و توافقشان فعالیت کنند.

روزانه در جامعه، اشخاص بر مبنای معیار کارایی، روابطشان را تنظیم میکنند؛ نکته مهم در اعمال معیار کارایی با توافق طرفین، این است که اصولاً نقش حقوق در این میان صرفاً به حفظ و حمایت از چنین توافقی‌ها و وضعیت‌هایی خلاصه می‌شود و ایجاد و شکل‌دهی به این اعمال صرفاً در دایره اختیار طرفین باقی می‌ماند و نمی‌توان اشخاص را مجبور به چنین توافقاتی کرد (Zerbe Jr, 2001:42) و نقش حقوق در این خصوص صرفاً حمایتی است، نه ایجابی؛ گرچه ایجاد شرایط تحقق و حصول چنین توافقاتی از وظایف ذاتی حقوق است.

### ۳.۱.۱. اعمال معیار کارایی در روابط مالی اشخاص

به‌صورت سنتی، یکی از ویژگی‌های اموال، امکان انجام هر گونه تصرف در آنها دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۵-۲۲) و از این جهت در حقوق اموال، ویژگی‌های مال، امکان انتقال،

استعمال و استثمار آن عنوان می‌شود و این امر در مورد تمام اشخاص حقیقی اعم از مرد و زن و حقوقی اعم از عمومی و خصوصی، با لحاظ قیود قانونی، صادق است؛ از این‌رو، تصرفات اشخاص در حقوق مالی آنها که با معیار کارایی صورت می‌گیرد، اصولاً مجاز و صحیح است (Zerbe Jr, 2001: 41) و در این دسته مشکلی وجود ندارد. تصرف در حقوق مالی در بازارهای صریح انجام می‌گیرد و عمدتاً و اصولاً اختیاری است (posner, 1979: 120).

### ۳. ۱. ۲. اعمال معیار کارایی در روابط غیرمالی اشخاص

با توجه به نظریه پازنر مبنی بر تشکیل بازار ضمنی در مورد امور غیرمالی، که در نهایت به افزایش ثروت منتهی می‌شود و همچنین انتقادات وارد بر این نظریه در مورد اخلاقی نبودن اعمال معیارهای اقتصادی بر امور غیرمالی و انسانی، به نظر می‌رسد باید این موارد در بررسی امکان یا عدم امکان اعمال معیار کارایی در وضعیت‌های حقوقی واجد جنبه غیرمالی مدنظر قرار گیرد:

۱. تفکیک امور مالی و غیرمالی، خود اولین و بهترین دلیل بر تفاوت ماهیت و بسیاری از آثار مترتب بر آنهاست و نمی‌توان این مهم را نادیده گرفت که مبنای اصلی در قواعد مربوط به امور غیرمالی اشخاص، رفع نیازها و مشکلات غیرمالی آنهاست؛ از این‌رو هر گونه اقدام، تقنین، قضاوت و اجرای امور غیرمالی باید با لحاظ این هدف انجام گیرد، اما ایرادی به وجود نخواهد آمد اگر، در ضمن رعایت هدف مذکور، رعایت کارایی در امور غیرمالی نیز مدنظر قرار گیرد؛ هیچ عمل و تفسیری برخلاف هدف اصلی از مقررات مربوط به امور غیرمالی، به هر دلیلی از جمله اجرای معیار کارایی، پذیرفته شده نخواهد بود (Claes; Devroe, 2009: 237).

۲. نگاه حمایتی در امور غیرمالی اشخاص نباید بدون در نظر گرفتن مسائل مالی آنها صورت گیرد، چراکه در هر عدم تعادل، به صورت طبیعی خسارتی نهفته است. بسیار است مواردی که با وجود تأکیدها، تضمین‌ها و حمایت‌های مقنن و دستگاه قضا، اشخاص خود و با توجه به مجموع شرایط، از استفاده از حمایت‌های قانونی چشم‌پوشی می‌کنند و چه بسا این مسئله سبب ضررهای بیشتر شود؛ حمایت غیرمنطقی، خود بیشترین آسیب را به حمایت‌شونده و موضوع مورد حمایت می‌زند. به عنوان مثال، در موضوع حضانت اطفال، بسیار است مواردی که زوجین بدون توجه به حکم قانون (ماده ۱۱۶۸ ق. م: نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است)، از حق حضانت خود صرف‌نظر می‌کنند و قانون و اقوال حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۷۹) در مورد حکم بودن این حق نیز متروک مانده است. حد اعمال کارایی در امور غیرمالی را باید حفظ ماهیت اولیه امور غیرمالی دانست. شایان ذکر است که در برخی از موضوعات

حقوقی، امور مالی و غیرمالی همزمان مطرح و جاری است که به نظر می‌رسد در این‌گونه موارد، زمینه اعمال معیار کارایی بیشتر و بهتر فراهم است.

ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، در فرضی که ابویین در محل مشترک سکونت ندارند و براساس ماده ۱۱۶۹ همین قانون، حضانت بر عهده یکی از آنها قرار دارد، امکان ملاقات برای طرف مقابل قائل شده و زمان، مکان و جزئیات آن را به توافق طرفین واگذار کرده است.

به نظر می‌رسد در صورت توافق طرفین، با وجود حق و تکلیف بودن حضانت طفل تا هفت‌سالگی کودک، برای مادر، طرفین می‌توانند این امر را به پدر واگذار کنند. در واقع، گرچه ممکن است گفته شود کودک در کودکی بیشتر به مادر نیاز دارد تا به پدر و به همین دلیل، در هفت سال اول، حضانت به مادر تعلق دارد، اگر مادر امکان تأمین هزینه‌های خود را صرفاً از طریق اشتغال داشته باشد، فرصت و امکان صرف زمان برای نگهداری طفل تحت حضانتش را نخواهد داشت و این امر سبب می‌شود به‌درستی از کودک نگهداری نکند یا مجبور به ارتکاب اعمال خلاف نظم و منافع اجتماع شود؛ در مقابل، پدر بتواند به دلیل ملائت مالی، بهتر از کودک نگهداری کند و همزمان مادر هم می‌تواند به کار مشغول شود و ایجاد ثروت کند و جامعه نیز از هزینه‌های اعمال غیرقانونی احتمالی مادر معاف می‌شود؛ در کنار این موارد، طفل نیز در شرایط مناسب‌تری نگهداری و تربیت می‌شود و می‌تواند به‌عنوان شخصی مولد به جامعه وارد شود.

همین فرض پس از هفت‌سالگی و به‌صورت معکوس متصور است که در آن مادر بتواند حضانت را به توافق، به‌جای پدر عهده‌دار شود.

مقررۀ قانونی مذکور با ایجاد اختیار تعیین زمان و مکان و جزئیات به ابویین، امکان اجرای موارد مذکور را می‌دهد و در عمل نیز بسیاری از خانواده‌ها به همین صورت، گرچه ممکن است بدون توجه به دلایل و آثار یادشده، عمل و توافق می‌کنند.

اما در همین فرض، اگر والدین، حضانت طفل را به شخصی غیر از خودشان واگذار کنند، بی‌تردید با هدف کلی از ایجاد تکلیف حضانت که همان نظارت حداقلی یکی از ابویین بر کودک است مغایرت دارد و این توافق مجاز نیست. در واقع، مقنن با حق دانستن امکان ملاقات طفل برای پدر یا مادر، حسب مورد، صرف نظارت و دخالت یکی از طرفین را کافی دانسته و در نتیجه، اگر پدر یا مادر، در پی اجرای حق ملاقات نباشد یا حتی آن را یک سال یک‌بار تعیین کنند، مشکلی از نظر حقوقی به‌وجود نمی‌آید.

### ۳.۲. اعمال کارایی در حل و فصل اختلافات؛ اجرای اجباری معیار کارایی

در اجرای ارادی حقوق و تعهدات بر مبنای معیار کارایی، پذیرش بیشتری وجود داشته و مباحث کمتر است، چراکه اراده طرفین حق و تکلیف نافذ است، البته دو نکته در این خصوص مهم است:

اول، از نظر پازنر، محل دقیق و اولیه اجرای معیار کارایی «حداکثرسازی ثروت»، بازارهای واقعی و صریح است (posner, 1979:120) و تحقق اجباری کارایی را باید بازار فرضی دانست، یعنی جایی که به دلیل عدم امکان تحقق ارادی کارایی، به موجب حکم دادگاه، کارایی محقق می‌شود، همانند وضعیتی که در نظریه شکست بازار مطرح می‌شود و دولت، برای ایجاد تعادل در بازار، مجبور به مداخله می‌شود (posner, 1989:121).

دوم، استفاده از بازارهای فرضی صرفاً در صورت شکست در ایجاد شرایط تحقق بازار صریح، مجاز است؛ این خود نشان می‌دهد که حقوق و قواعد حقوقی باید در پی ایجاد شرایطی باشند که امکان تحقق معاملات ارادی و تشکیل بازار صریح فراهم شود. این امر صرفاً با تجویز و عمل مقنن مقدور می‌شود، به گونه‌ای که محدودیت‌های مربوط به توافقات اشخاص را با نگاه ایجاد امکان افزایش ثروت در معاملات، کاهش دهد یا رفع کند.

در خصوص اجرای معیار کارایی در فصل خصومت میان اشخاص در امور مالی و غیرمالی، می‌توان گفت با ملاک ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، اصولاً قضات نمی‌توانند برخلاف مفاد قوانین امری رسیدگی و اصدار رأی کنند، ولو بر مبنای معیار کارایی باشد؛ در واقع، فرض بر این است که در مواردی که مقنن حکمی الزام‌آور را وضع و اعلام کرده است، تمام ملاحظات، از جمله کارایی در فرایند وضع قانون مدنظر قرار گرفته است و در نتیجه، اگر قانون امری، برخلاف کارایی باشد، حتماً مقنن صلاح را بر این امر دانسته است؛ هم‌زمان، در مواردی که قانون تصمیم‌گیری در مورد موضوعی را از حیث شرایط اجرا یا هر امر دیگری، در صلاحیت و وابسته به تصمیم قاضی اعلام کرده است، بی‌تردید امکان استفاده از معیار کارایی مجاز است. در کنار قضات، برخی اشخاص دیگر نیز اختیار تصمیم‌گیری در امور مختلف را دارند که این امور، لزوماً با فصل خصومت ارتباطی ندارد، مانند متولی وقف، امین، ولی، وصی یا هر یک از متعاملین در مقام اجرای اختیار ناشی از عقد؛ همچنین در جایی که قانون به عرف ارجاع می‌دهد، قاضی یا هر ذی‌اختیاری را می‌توان ملزم به رعایت کارایی در انتخاب و تفسیر عرف دانست.

دیوان عالی کشور، در مواردی که اقدام به صدور رأی وحدت رویه می‌کند، به خصوص با توجه به این‌که رأی وحدت رویه در موضوع مشخص صادر می‌شود، بهتر و صحیح‌تر، می‌تواند

با شرایط ناظر به مورد خاص و نه با کلیت مختص به قانونگذار، تصمیمش را از جمله با لحاظ کارایی اخذ کند.

- ماده ۲۷۷ قانون مدنی مبنی بر اینکه «متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط بدهد»، کاملاً دست قاضی را باز گذارده که به مدیون مهلت بدهد یا انجام جزئی موضوع تعهد را به صورت اقساط، تا انجام کامل تعهد تجویز کند؛ قاضی باید در تعیین مهلت عادلانه یا تقسیط و نیز میزان مهلت یا میزان هر قسط، با رعایت معیار کارایی حکم دهد. متأسفانه، امروزه قضات کاملاً سلیقه‌ای و بی‌منا عمل می‌کنند و از همین روی، هیچ‌گونه ملاک و معیاری برای نظارت و ارزیابی تصمیم آنها و چرایی پذیرش اعسار یا تعیین میزان هر قسط وجود ندارد.

- در خصوص ماده ۳۴۸ قانون مدنی که «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالکیت و یا منفعت عقلایی ندارد... باطل است...»، قاضی می‌تواند با تفسیر این ماده از جهت تعیین گستره چیزهایی که منفعت عقلایی دارند یا ندارند، به کارا شدن نظام حقوقی کمک کند. قبول اعضای بدن انسان، به عنوان چیزی که منفعت عقلایی دارد و حکم به صحت قرارداد حاوی خرید و فروش آن قسمت از اعضای بدن انسان که نبود آنها به حیات و تمامیت جسمانی انسان صدمه نمی‌زند، سبب ایجاد ثروت در جامعه و کاهش ضرر و هزینه‌های جامعه می‌شود.

اگر شخص A نتواند از حمایت قانون و دستگاه قضایی در خرید کلیه از شخص B برخوردار شود، عملاً بازار سیاه به وجود می‌آید که در این روند، قیمت‌ها افزایش می‌یابد و اشخاص فقیر از این بازار حذف می‌شوند و بسیاری از صورت‌سازها و مسائل حاشیه‌ای دیگر به وجود می‌آید (posner, 1979: 139); همچنین با پذیرش صحت بیع کلیه، فروشندگان کلیه نیز به طور قانونی از حاصل بهای فروش کلیه ثروتمند می‌شوند. از این رو بهتر است این‌گونه قراردادها را با توجه به کارا بودن آنها صحیح و نافذ محسوب کرد.

به صورت سنت در میان حقوقدانان، در اموری که شخصی اختیار تصرف و عمل در حقوق خود یا دیگران را دارد، عدم رعایت متعارف و عرف جاری در موضوع، عموماً سبب ایجاد مسئولیت دانسته می‌شود و در جهت توجیه این مسئولیت عناوینی مانند تسبیب یا سوءاستفاده از حق مطرح می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱۰، ۱۱۳ و ۱۲۳).

به نظر می‌رسد یکی از مبانی مهم در ارزیابی نحوه استفاده از اختیارات اشخاص ذی‌الخیار، معیار کارایی است که تاکنون به نحو لازم و شایسته عنوان و بررسی نشده است. به یقین می‌توان گفت اگر معیار کارایی در اجرای حقوق و اختیارات، لازم‌الرعايه تلقی شود، بسیاری از

مصادیق اعمالی که به عنوان سوءاستفاده از حق یا تسبیب در ورود خسارت مطرح شده است، با معیار مشخص و قابل ارزیابی کارایی، امکان بررسی خواهد داشت.

از سوی دیگر، در میان ادله استنباط احکام، عقل جایگاه مهمی دارد (صدر، ۱۳۷۵: ۲۸۹). عقل در کنار منابع دیگر استنباط احکام، نقش مهمی در تشکیل احکام دارد (الهاشمی الشاهرودی، ۱۳۸۴: ۱۱)؛ نکته مهم در مورد جایگاه عقل در استنباط احکام، حصری و محدود نبودن قلمرو استنباط‌های عقلی است و حسب نیازها و موضوعات در هر زمان و مکان می‌تواند احکام جدید از طریق عقل استنباط و شود (الهاشمی الشاهرودی، ۱۳۸۴: ۲۲۶). چنانکه گفته شد، عمده مبنای کارایی، منطقی و عقلایی بودن آن است، از این رو حکم به تجویز امکان استفاده از معیار کارایی در هر سه زمینه تقنین، اجرای حقوق یا تکالیف و فصل خصومات و اختلافات، با یکی از مبانی مهم استنباط احکام در فقه اسلامی نیز سازگار است و از این جهت نیز می‌توان امکان اجرای کارایی را توجیه و مستدل کرد.

#### ۴. نتیجه‌گیری

۴. ۱. عدالت و نظم، دو هدف اصلی از وضع قواعد در حقوق است؛ نظم پایگاه منطقی و عقلی دارد و بیشتر بر مبنای اصول و مبانی اعتقادی و ذهنی افراد جامعه مستقر است. هر دو هدف عدالت و نظم به محدودیت دچارند. نمی‌توان به عدالتی پایبند بود که حداقل در بلندمدت، نظم را نادیده بگیرد و همچنین، تنظیم امور بدون رعایت عدالت در میان افراد جامعه پذیرفتنی نیست. قواعد بسیاری وجود دارد که متروک شده‌اند و این روی گردانی مردم از اجرای آنها، خود دلیل عدم تطابق با اهدافی است که مجموعاً در وضع و اجرای قواعد حقوقی باید لحاظ می‌شد؛ در غیر این صورت، قواعد متروک می‌شوند و جامعه نظم و عدالت را، آن‌گونه که باید، معنا و اجرا خواهد کرد.

از نظر تعریف نظم در حقوق، می‌توان ضوابط هر موضوع یا حوزه یا وضعیت را که با هدف ایجاد جریان منطقی و کارا ایجاد می‌شود نظم نامید، از این رو نظم می‌تواند اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و ... باشد. اما در تمام حوزه‌ها می‌توان کارایی را حاکم دانست؛ چراکه بر مبنای منطق حاکم بر آن که در پی حداکثرسازی ثروت است، می‌توان تمام وضعیت‌ها و حوزه‌های حقوقی را قلمرو اعمال کارایی دانست؛ به همین دلیل، فقدان کارایی در هر حوزه حقوقی، ضرورتاً به بی‌نظمی منتهی خواهد شد و از این رو، یکی از اهداف حقوق و قواعد آن که نظم است را می‌توان محل تعریف و جایابی مفهوم کارایی تعبیر و تعریف کرد؛ بنابراین می‌توانیم به صراحت بگوییم که نبود کارایی، به‌طور حتم، با بی‌نظمی همراه خواهد بود.

نتیجه اینکه، در هر قسمت از حقوق، اعم از وضع قاعده یا اجرای آن که بحث نظم حقوقی مطرح می‌شود، مفهوم کارایی جایگاه اساسی دارد و باید کارایی را شرط لازم در تحقق نظم در حقوق دانست.

۲. ۴. هدف کارایی در هر حال، تحقق بیشترین ثروت برای جامعه است و مطابق قاعده، معاملات ارادی افراد در جامعه بیشتر به این هدف نائل می‌شود؛ از این رو اولویت با معاملات ارادی است تا معاملات تحت کنترل و دخالت دولت. این نحوه تعامل در هر معامله در مورد کالای ملموس یا غیرملموس، مادی یا غیرمادی قابل طرح و اجراست، به گونه‌ای که اعطای حق طلاق به زن یا مرد، تعیین حدود اختیار قاضی و قواعد مبنای اصدار حکم، تعیین مبنای مسئولیت در خسارات غیرقراردادی، درجه الزام متعاقدين به حفظ قرارداد، تعیین موضوعات قابل معامله، تعیین حق حضانت یا امکان محدود کردن زوجه در اشتغال و به‌طور کلی، تمامی روابط میان اشخاص با استفاده از معیار مذکور، اصولاً قابل تنظیم است.

۳. ۴. معاملات افراد در ذیل معیار کارایی و براساس نظریه حداکثرسازی ثروت می‌تواند در بازارهای واقعی اعم از صریح یا واضح، مانند بازارهای معمول و نیز در بازارهای ضمنی یا در سایه انجام گیرد. در مواردی که موضوع معامله افراد، پول و مال نیست، اصطلاحاً کالاهای ضمنی یا کالاهای در سایه مبادله می‌شوند. اعطای حق طلاق (اختیار طلاق) از سوی مرد به زن در قالب وکالت در طلاق، نوعی معامله ضمنی است؛ همچنین ایجاد حق تأسیس کارخانه واجد آثار مخرب زیست‌محیطی، در صورتی که منافع آن برای جامعه بیشتر از مضار آن باشد، نوعی مبادله ضمنی است.

در صورتی که بازار ارادی شکل نگیرد، بازار فرضی (اجباری) ناگزیر است. بازار فرضی در جایی استفاده می‌شود که امکان شکل‌گیری بازار ارادی وجود نداشته باشد؛ قواعد ضمان قهری از جمله این بازارهاست که در آن دولت به تعیین قواعد بازار اقدام می‌کند. همچنین است تعیین حقوق غیرمالی یا اختیارات غیرمالی اشخاص مانند حق طلاق یا اختیار قاضی در تعیین مدت عادلانه برای مدیون یا تقسیط بدهی مدیون که همگی بازارهای فرضی (اجباری) هستند و در آنها هدف باید ایجاد حداکثر ثروت اجتماعی باشد.

در حقوق داخلی ایران نیز می‌توان به دلایل زیر، امکان اعمال کارایی را توجیه و تصویب کرد:

- در بخش‌های مختلف قانون اساسی به کارایی اشاره و آن را مبنای اقدامات دولت محسوب کرده‌اند (اصل ۴۳ و مقدمه قانون اساسی)؛

- از ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی به‌طور ضمنی امکان پذیرش و اعمال کارایی استنباط می‌شود؛

- اصول حقوقی را نیز می‌توان مجرای دیگری برای ورود کارایی در نظام حقوقی ایران محسوب کرد؛ کارایی در میان حقوقدانان نیز پذیرفته شده است و از این جهت می‌توان آن را عرف خواص محسوب کرد؛

- در فقه نیز منعی در اعمال این معیار وجود ندارد و حتی عقل به‌عنوان یکی از میان‌استنباط احکام پذیرفته شده است؛

- کارایی در امور مالی کاملاً پذیرفتنی و اعمال‌شدنی است و در امور غیرمالی نیز تا جایی که با هدف و ماهیت قواعد ایجادشده در امور غیرمالی منافات نداشته باشد اعمال‌شدنی است. اموری که واجد هر دو جنبه مالی و غیرمالی‌اند، محمل مناسب‌تری برای اعمال معیار کارایی محسوب می‌شوند.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی و عربی

۱. انصاری، مهدی (۱۳۹۰). «نظریه نقض کارآمد قرارداد از مکتب تحلیل اقتصادی حقوق». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱، بهار.
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۵). «آیا حقوق دانش مستقلی است؟». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۴، زمستان.
۳. باقری، محمود (۱۳۸۵). «تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی». نامه حقوقی مفید، ج ۲، ش ۲.
۴. باقری، محمود؛ شیخ سیاه، جواد (۱۳۸۹). «در جستجوی مطلوبیت: تحلیلی از قضیه کاوز در تعامل حقوق و اقتصاد». فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۱۰۱، بهار.
۵. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۵). «شرح حق پایان ندارد همچو حق گفتاری در سیر تاریخی تقلیل مفهوم حق از عدالت به مالکیت». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۲، تابستان.
۶. صادقی، محسن (۱۳۸۹). «مبانی از مباحث حقوق و اقتصاد: چالش‌های حقوقی و اقتصادی ثبت کاربرد جدید دارویی برای کشورهای در حال توسعه». فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۱، بهار.
۷. صدر، سید محمدباقر (۱۳۷۵). قواعد کلی استنباط. ترجمه رضا اسلامی، ج اول، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۸. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج اول، ج دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. نظریه عمومی تعهدات. تهران: نشر دادگستر.
۱۰. مقدمه علم حقوق، ج پنجاه و هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. قواعد عمومی قراردادها. آثار قرارداد، ج سوم، قم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. حقوق خانواده (دوره مقدماتی). ج اول، تهران: نشر دادگستر.
۱۳. دوره حقوق مدنی (حقوق اموال و مالکیت). ج اول، تهران: نشر دادگستر.
۱۴. الهاشمی الشاهرودی، سید علی (۱۳۸۴). الدراسات فی علم الاصول. الجزء الثالث، ج اول، قم: مؤسسه دائره‌المعارف الفقه الاسلامی.
۱۵. الهاشمی الشاهرودی، سید محمود (۱۳۸۴). بحوث فی علم الاصول، الجزء الاول. ج سوم، قم: دائره‌المعارف الفقه الاسلامی.
۱۶. قانون اساسی
۱۷. قانون تجارت
۱۸. قانون مدنی



## (ب) خارجی

20. B. Kirkwood, John (2009) *Research in Law and Economics*, Emerald Group Publishing Limited, First edition
21. Burrell, David (2004) *Economic Analysis And Distributive Justice*, Institute for Public Policy and Business Research.
22. Claes, Erik ; Devroe; Wouter (2009) *Facing the Limits of the Law*, springer.
23. Coleman, Jules (2003) *Market, morals and The Law*, Oxford university press, First publish.
24. Cooter, Robert. ulen, Thomas (2000) *law and Economics*, An imprint of Addison Wesley Longman, Inc. Third Edition.
25. Georgakopoulous, Nicolas (2005) *Principles and methods of law and economics*, First edition, Cambridge University Press.
26. J. Miceli, Thomas (1997) *Economics of The Law*, Oxford University Press.
27. Kenneth J. Arrow (2007) *Handbook of Law and Economics*, Volume 1, Elsevier, First edition.
28. Mercurio, Nicholas (2007) *Law and Economics*, Volume 1, Rout ledge, first Edition.
29. Mercurio, Nicholas (2007) *Law and Economics*, Volume 5, Rout ledge, first Edition.
30. Mathis, Klaus (2001) *Efficiency instead of Justice*, translated by: Shannon, Deborah. Springer.
31. Ogus, Anthony (2006) *Legal Theory Today Costs and Cautionary Tales*, Oregon, Oxford and Portland.
32. Raymond, Wacks (2006) *Philosophy of Law*, Oxford university press.
33. Shavell, Steven, (2004) *Foundations of Economic Analysis of law*, Massachusetts, Cambridge.
34. Sumner Maine, Henry (1906) *ancient law*, New York, Henry Holt and company.
35. Richard A. Posner (1972) *Economic Analysis of law*, 3th ed, university of Chicago.
36. Posner, A. Richard (1979) "utilitarianism, Economics, and legal theory", *journal of legal studies*, Vol. 8.
37. Posner, A. Richard (1993) *The Problems of Jurisprudence*, Harvard university press.
38. Posner, A. Richard (1999) *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard university press.
39. White, Mark. D (2009) *Theoretical Foundation of law and Economic*, Cambridge university press, First published.
40. Wittman, Donald, (2006) *Economic Foundation of law and organization*, Cambridge university press.
41. Zerbe Jr, Richard.O (2001) *Economic Efficiency In Law And Economics*, USA, Edward Elgar Publishing Limited.