

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مبانی تحلیل اقتصادی حقوق

استون شاول
ترجمه: محسن اسماعیلی

معاونت پژوهشی
مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

استیون، شاول، ۱۹۴۶-
 Shavell, Steven
 مبنای تحلیل اقتصادی حقوق / استیون شاول؛ ترجمه محسن اسماعیلی. --
 تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۸۸.
 ۸۲۸ ص.: جدول. - (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ ۱۳۸۸/۷۲)
 ISBN: 978-964-8427-58-5: ۱۵۰۰۰ ریال
 فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیپا.
 عنوان اصلی: *Foundations of Economic Analysis of Law*
 کتابنامه: ص. ۷۸۱-۸۲۸؛ همچنین به‌صورت زیرنویس.
 ۱. حقوق اقتصادی. الف. اسماعیلی، محسن، مترجم. ب. مجلس شورای اسلامی،
 مرکز پژوهش‌ها. معاونت پژوهشی. ج. عنوان.
 ۵الف ۷ الف/۴۸۷ K
 ۱۳۸۸

این کتاب ترجمه‌ای از اثر زیر است:

Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press
 of Harvard University Press, USA, 2004.

عنوان: مبنای تحلیل اقتصادی حقوق

مؤلف: استیون شاول

ترجمه: محسن اسماعیلی

ناشر: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

نوبت چاپ: اول، تابستان ۱۳۸۸

تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۵۰۰۰ ریال

مسئولیت صحت مطالب کتاب با مترجم است.

کلیه حقوق برای مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی محفوظ است.

فهرست اجمالی

۱	 سخن ناشر
۵	 یادداشت مترجم
۷	 پیشگفتار
۹	 مقدمه
۱۵	 فصل اول حقوق اموال
۲۰۷	 فصل دوم حقوق حادثه
۳۴۱	 فصل سوم حقوق قراردادها
۴۵۱	 فصل چهارم دادخواهی و فرایند قانونی
۵۴۹	 فصل پنجم تضمین حقوق عمومی و حقوق جزا
۶۵۹	 فصل ششم ساختار کلی حقوق
۶۸۹	 فصل هفتم اقتصاد رفاه، اخلاق و حقوق
۷۸۱	 منابع و مآخذ

فهرست مطالب

سخن ناشر	۱
یادداشت مترجم	۵
پیشگفتار	۷
مقدمه	۹
۱ تحلیل تشریحی	۹
۲ تحلیل اصولی	۱۰
۳ تاریخچه روش تحلیل اقتصادی حقوق	۱۳
۴ رئوس مطالب و هدف این کتاب	۱۳
فصل اول حقوق اموال	۱۵
۱-۱ تعریف، توجیه و ظهور حقوق اموال	۱۷
۱-۱-۱ تعریف حقوق اموال	۱۸
۱-۱-۱-۱ حقوق مالکانه	۱۸
۱-۱-۲ حقوق انتقال	۱۹
۱-۱-۳ توجیهاتی برای حقوق اموال	۲۰
۱-۱-۳-۱ مبنای کلی توجیه	۲۰
۱-۱-۳-۲ انگیزه‌هایی برای کار	۲۰
۱-۱-۳-۳ انگیزه‌های نگهداری و بهبود چیزها	۲۵
۱-۱-۳-۴ انگیزه‌های انتقال چیزها	۲۷
۱-۱-۳-۵ اجتناب از اختلاف و تلاش برای حمایت یا گرفتن چیزها	۳۰
۱-۱-۳-۶ حمایت در مقابل خطر	۳۱
۱-۱-۳-۷ دستیابی به توزیع مطلوب ثروت	۳۱
۱-۱-۳-۸ موارد فوق‌الذکر توجیهاتی برای نوعی از حقوق اموال هستند و نه لزوماً برای اموال خصوصی	۳۲
۱-۱-۳-۹ مروری بر پیشینه مباحث	۳۳

۱-۱-۴	ظهور و بروز حقوق اموال	۳۳
۱-۱-۴-۱	کلیات	۳۳
۱-۱-۴-۲	مثال ها	۳۴
۱-۲	تقسیم حقوق اموال	۳۸
۱-۲-۱	تشریح تقسیم اموال	۳۸
۱-۲-۲	مزایا و معایب اجتماعی تقسیم حقوق مالکانه	۳۹
۱-۲-۳	مزایا و معایب اجتماعی تفکیک حقوق مالکانه از حقوق انتقال	۴۱
۱-۲-۴	تقسیم مطلوب اجتماعی حقوق اموال، تقسیم واقعی آنها و قانون	۴۱
۱-۳	تحصیل و انتقال اموال	۴۳
۱-۳-۱	تحصیل مال بلاصاحب	۴۴
۱-۳-۱-۱	مقدمه	۴۴
۱-۳-۱-۲	تحصیل مال از سوی یک نفر	۴۴
۱-۳-۱-۳	تحصیل مال توسط چند نفر	۴۵
۱-۳-۱-۴	راه چاره های مشکل جست و جوی بیش از حد	۴۸
۱-۳-۱-۵	قانون	۴۹
۱-۳-۲	فقدان و بازیابی مال	۵۰
۱-۳-۲-۱	مقدمه	۵۰
۱-۳-۲-۲	تلاش مطلوب اجتماعی برای جلوگیری از فقدان مال و بازیابی مال گم شده	۵۰
۱-۳-۲-۳	وضعیت هایی که در آن مالکان اولیه فرصت تلاش برای بازیابی اموال یا استخدام دیگران برای این منظور را دارند	۵۲
۱-۳-۲-۴	وضعیت هایی که در آن مالکان اولیه فرصت خوبی برای اعمال تلاش جهت بازیابی ندارند	۵۴
۱-۳-۲-۵	قانون راجع به حقوق اموال در خصوص مال گم شده، جا گذاشته شده یا متروکه	۵۷
۱-۳-۳	فروش مال - کلیات	۵۸
۱-۳-۳-۱	دلایل فروش	۵۸
۱-۳-۳-۲	مشکلات پیرامون فروش: مشروعیت ادعای مالکیت فروشنده؛ قراردادهای راجع به مبادله به تأخیر افتاده	۵۹

- ۱-۳-۴ فروش و سرقت مال با وجود یک نظام ثبتی ۵۹
- ۱-۳-۴-۱ تعریف نظام ثبتی ۵۹
- ۱-۳-۴-۲ هزینه‌ها و شرایط یک نظام ثبتی ۶۰
- ۱-۳-۴-۳ اثرات اصلی نظام ثبتی: باعث ترویج معاملات فروش و کاهش سرقت می‌شود ۶۰
- ۱-۳-۴-۴ دیگر مزایای نظام‌های ثبتی ۶۱
- ۱-۳-۴-۵ مطلوبیت اجتماعی نظام‌های ثبتی در مقابل انگیزه‌های خصوصی برای ایجاد و استفاده از آنها ۶۱
- ۱-۳-۴-۶ استفاده واقعی از ثبت ۶۴
- ۱-۳-۵ فروش و سرقت مال بدون وجود یک نظام ثبتی ۶۵
- ۱-۳-۵-۱ کالاهای ثبت نشده ۶۵
- ۱-۳-۵-۲ دو دیدگاه حقوقی راجع به مالکیت: قاعده خرید با حسن نیت، قاعده مالکیت اولیه ۶۶
- ۱-۳-۵-۳ قاعده خرید با حسن نیت نمی‌تواند مانع سرقت و فروش اموال مسروقه شود ۶۶
- ۱-۳-۵-۴ قاعده مالکیت اولیه می‌تواند مانع سرقت و فروش اموال مسروقه شود ۶۷
- ۱-۳-۵-۵ نتیجه‌گیری: قاعده مالکیت اولیه ممکن است ارجح باشد ۶۸
- ۱-۳-۵-۶ قانون ۶۹
- ۱-۳-۶ قیود تحمیلی از سوی دولت بر فروش اموال ۶۹
- ۱-۳-۶-۱ مداخله برای تصحیح اثرات خارجی ۷۰
- ۱-۳-۶-۲ مداخله برای حل مشکلات مربوط به فقدان اطلاعات ۷۱
- ۱-۳-۶-۳ مداخله به دلایل پدرسالارانه ۷۲
- ۱-۳-۷ هبه‌ها ۷۲
- ۱-۳-۷-۱ هبه‌ها و محرکشان ۷۲
- ۱-۳-۷-۲ مطلوبیت تشویق دولتی هبه‌ها ۷۳
- ۱-۳-۸ انتقال مال هنگام فوت: ارثیه‌ها ۷۵
- ۱-۳-۸-۱ انتقال هنگام مرگ یک واقعه مهم است ۷۵
- ۱-۳-۸-۲ نوع دوستی و عدم اطمینان درباره متهمان ۷۵
- ۱-۳-۸-۳ عدم اطمینان درباره طول مدت عمر: ارثیه‌های اتفاقی ۷۶
- ۱-۳-۸-۴ بیمه عمر ۷۸

- ۷۸..... نظارت بر رفتار فرزندان ۱-۳-۸-۵
- ۷۹..... وضع مالیات ۱-۳-۸-۶
- ۸۰..... وصیت‌نامه: سند قانونی برای تضمین انتقال مال بعد از مرگ ۱-۳-۸-۷
- ۸۱..... سیاست درخصوص میراث ۱-۳-۸-۸
- ۸۲..... قانون ۱-۳-۸-۹
- ۸۳..... کنترل اموال تا مدت‌ها پس از مرگ: «ید متوفی» ۱-۳-۹
- ۱-۳-۹-۱ آیا اختیار «ید متوفی» - اختیار کنترل اموال برای سال‌ها پس از مرگ شخص - باید محدود گردد؟ ۸۳.....
- ۱-۳-۹-۲ چرا افراد ممکن است بخواهند اموال خود را تا مدت‌ها پس از مرگ کنترل کنند؟ ۸۴.....
- ۱-۳-۹-۳ استدلال کلی به نفع کنترل مال براساس ید متوفی ۸۴.....
- ۱-۳-۹-۴ استدلال ناصحیح در مقابل کنترل مال براساس ید متوفی ۸۵.....
- ۱-۳-۹-۵ استدلال‌های معتبر در مقابل کنترل مال از طریق ید متوفی ۸۶.....
- ۱-۳-۹-۶ چرا از دولت انتظار داریم بدون توجه به مطلوبیت اجتماعی چنین سیاستی از کنترل اموال به‌واسطه ید متوفی جلوگیری کند؟ ۸۸.....
- ۱-۳-۹-۷ قانون ۱-۳-۹-۷
- ۱-۳-۱۰ انتقال غیرارادی اموال: تصرف معارض ۸۹.....
- ۱-۳-۱۰-۱ تعریف تصرف معارض ۸۹.....
- ۱-۳-۱۰-۲ استفاده از زمینی که شخص می‌داند مال او نیست ۹۰.....
- ۱-۳-۱۰-۳ استفاده از زمین وقتی مرزها نامعلوم هستند ۹۲.....
- ۱-۳-۱۰-۴ فروش زمین وقتی عنوان مالکیت فروشنده روشن نیست ۹۳.....
- ۱-۳-۱۰-۵ مبادی تاریخی قاعده تصرف معارض ۹۳.....
- ۱-۴ تعارض و تعاون در استفاده از اموال: مشکل اثرات خارجی ۹۴.....
- ۱-۴-۱ نظریهٔ اثرات خارجی در استفاده از اموال ۹۴.....
- ۱-۴-۱-۱ تعریف کلی ۹۴.....
- ۱-۴-۲ رفع اثرات خارجی به‌نحو مطلوب اجتماعی ۹۷.....
- ۱-۴-۲-۱ کلیات ۹۷.....
- ۱-۴-۲-۲ رفع اثرات خارجی به‌نحو مطلوب اجتماعی در یک نمونه ساده ۹۷.....

- ۱-۴-۲-۳ توضیح درباره ماهیت دوجانبه اثرات خارجی ۹۸
- ۱-۴-۲-۴ توضیح درباره ماهیت مشروط مسئله رفع اثرات خارجی به نحو مطلوب اجتماعی ۹۸
- ۱-۴-۲-۵ مثال هایی از رفع اثرات خارجی به نحو مطلوب ۹۹
- ۱-۴-۳ رفع اثرات خارجی از طریق مذاکره بدون اختلاف ۱۰۱
- ۱-۴-۳-۱ فرضیه مذاکره بدون اختلاف: مذاکرات وقتی انجام می شوند که یک قرارداد سودمند دوجانبه وجود دارد ۱۰۱
- ۱-۴-۳-۲ قراردادهای سودمند دوجانبه وجود دارند هر وقت که جمع مطلوبیت های طرفین قابل افزایش باشد ۱۰۲
- ۱-۴-۳-۳ به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی و مذاکره بدون اختلاف ۱۰۳
- ۱-۴-۳-۴ بازارها و رفع اثرات خارجی ۱۰۴
- ۱-۴-۳-۵ رفع واقعی اثرات خارجی از طریق مذاکره ۱۰۵
- ۱-۴-۴ چرا مذاکره انجام نمی شود یا در صورت انجام منجر به قراردادهای سودمند دوجانبه نمی گردد؟ ۱۰۶
- ۱-۴-۴-۱ عواملی که توضیح می دهند چرا وقتی قراردادهای سودمند دوجانبه وجود دارند ممکن است مذاکره انجام نشود ۱۰۶
- ۱-۴-۴-۲ مثال ها ۱۰۷
- ۱-۴-۴-۳ حتی اگر مذاکره انجام شود و امکان یک قرارداد سودمند وجود داشته باشد، ممکن است توافق به دلیل عدم تقارن اطلاعات حاصل نشود ۱۰۸
- ۱-۴-۴-۴ شواهدی بر اینکه اشخاص مذاکره کننده ممکن است در دستیابی به نتایج سودمند دوجانبه شکست بخورند ۱۱۰
- ۱-۴-۴-۵ توضیح در مورد عدم احتمال بازارها برای رفع اثرات خارجی ۱۱۰
- ۱-۴-۵ رفع اثرات خارجی از طریق مقررات قانونی در فقدان شرایط مذاکره موفقیت آمیز ۱۱۲
- ۱-۴-۵-۱ انواع مقررات قانونی برای کنترل اثرات خارجی ۱۱۲
- ۱-۴-۵-۲ مقایسه مقررات ۱۱۴
- ۱-۴-۵-۳ استفاده واقعی از قواعد قانونی برای کنترل اثرات خارجی ۱۲۲
- ۱-۴-۶ رفع اثرات خارجی به واسطه مقررات قانونی با فرض احتمال مذاکره ۱۲۳

- ۱-۴-۶-۱ مذاکره بدون اختلاف و عدم ارتباط مقررات قانونی: تفسیر تغییرناپذیری برهان کوز..... ۱۲۳
- ۱-۴-۶-۲ توضیحات و محدودیت‌ها ۱۲۴
- ۱-۴-۶-۳ مذاکره هزینه‌بر است ۱۲۹
- ۱-۴-۶-۴ مذاکره مواجه با مشکلات اطلاعات ناقص است ۱۳۰
- ۱-۴-۶-۵ نتیجه‌گیری درباره مذاکره و قواعد حقوقی برای کنترل اثرات خارجی ۱۳۰
- ۱-۴-۶-۶ مروری بر پیشینه مباحث ۱۳۰
- ۱-۵ اموال عمومی ۱۳۲
- ۱-۵-۱ توجیهاتی برای اموال عمومی ۱۳۲
- ۱-۵-۱-۱ تعاریف و توجیهات کلی ۱۳۲
- ۱-۵-۱-۲ تهیه و استفاده رایگان از بعضی اموال از نظر اجتماعی مطلوب است ۱۳۳
- ۱-۵-۱-۳ بعید است تهیه خصوصی چنین اموالی کافی باشد ۱۳۳
- ۱-۵-۱-۴ حتی اگر مالی که تهیه آن از نظر اجتماعی مطلوب است ازسوی اشخاص خصوصی تأمین شود، دو مشکل باقی می‌ماند ۱۳۴
- ۱-۵-۱-۵ تهیه مال ازسوی بخش عمومی که باید برای استفاده رایگان باشد ۱۳۵
- ۱-۵-۱-۶ مشکلات تدارک عمومی ۱۳۵
- ۱-۵-۱-۷ توضیح درخصوص استخراج اولویت‌ها ۱۳۶
- ۱-۵-۱-۸ وقتی تدارک عمومی بهترین راه است ۱۳۸
- ۱-۵-۱-۹ نمونه‌ها ۱۳۸
- ۱-۵-۱-۱۰ اموال عمومی که باید فقط در مقابل پرداخت عوارض در معرض استفاده قرار گیرند ۱۴۳
- ۱-۵-۱-۱۱ اموال عمومی که برای ارائه خدمات عمومی لازم هستند ۱۴۴
- ۱-۵-۱-۱۲ اموال عمومی تحصیل شده از طریق غلبه یا خرید از کشورهای دیگر ۱۴۷
- ۱-۵-۱-۱۳ مروری بر پیشینه مباحث ۱۴۸
- ۱-۵-۲ تحصیل اموال ازسوی دولت: از طریق خرید یا اختیار قدرت حاکمه ۱۴۸
- ۱-۵-۲-۱ کلیات ۱۴۸
- ۱-۵-۲-۲ دولت هرازگاهی نیازمند تحصیل مال است ۱۴۹
- ۱-۵-۲-۳ تحصیل مال از طریق خرید ۱۴۹

- ۱-۵-۲-۴ ۱۵۱ تحصیل اموال از طریق اعمال قدرت حاکمه در مقایسه با تحصیل از طریق خرید
- ۱-۵-۲-۵ ۱۵۲ اختیار قدرت حاکمه را می‌توان به وسیله مشکلات خرید دولتی توجیه کرد
- ۱-۵-۲-۶ ۱۵۳ خواست افراد خطرگیز برای جبران زیان‌ها دلیلی برای دولت در پرداخت غرامت برای مالی که می‌گیرد نیست
- ۱-۵-۲-۷ ۱۵۴ پرداخت غرامت‌ها، هزینه‌های اداری و هزینه‌های افزایش سرمایه‌ها
- ۱-۵-۲-۸ ۱۵۵ پرداخت غرامت و انگیزه‌های دولت برای اخذ مال
- ۱-۵-۲-۹ ۱۵۶ پرداخت غرامت و انگیزه‌های افراطی افراد برای سرمایه‌گذاری در بهسازی مال
- ۱-۵-۲-۱۰ ۱۵۸ توضیحات در خصوص انگیزه‌های سرمایه‌گذاری
- ۱-۵-۲-۱۱ ۱۶۰ جبران خسارت در مقابل اخذ مال؛ خلاصه عوامل پشتیبان و عوامل مخالف
- ۱-۵-۲-۱۲ ۱۶۱ توضیح در خصوص اقدامات دولت که بر ارزش‌های اموال اثر می‌گذارد اگرچه اخذ مال کامل محسوب نمی‌شوند
- ۱-۵-۲-۱۳ ۱۶۲ قانون
- ۱-۵-۲-۱۴ ۱۶۳ مروری بر پیشینه مباحث
- ۱-۶ ۱۶۳ حقوق اموال در اطلاعات
- ۱-۶-۱ ۱۶۴ حق اختراع، حق طبع و اسرار تجاری: حقوق اموال در اطلاعات دارای ارزش مکرر
- ۱-۶-۱-۱ ۱۶۴ کلیات
- ۱-۶-۱-۲ ۱۶۵ استفاده ایدئال اجتماعی از اطلاعات موجود
- ۱-۶-۱-۳ ۱۶۶ ارزش اجتماعی اطلاعات
- ۱-۶-۱-۴ ۱۶۶ تولید ایدئال اطلاعات از نظر اجتماعی
- ۱-۶-۱-۵ ۱۶۶ استفاده از اطلاعات تولید شده در نبود حقوق اموال: میل به سوی حد مطلوب
- ۱-۶-۱-۶ ۱۶۷ تولید اطلاعات در نبود حقوق اموال، میل به سوی عدم کفایت دارد
- ۱-۶-۱-۷ ۱۶۷ تبیین: ممکن است تکثیر اطلاعات زمانبر یا غیرممکن باشد
- ۱-۶-۱-۸ ۱۶۸ آیا حقوق اموال در اطلاعات، برای ترغیب به تولید آن ضروری است؟
- ۱-۶-۱-۹ ۱۶۸ حقوق اموال در اطلاعات
- ۱-۶-۱-۱۰ ۱۶۹ استفاده از اطلاعات تولید شده با وجود حقوق اموال: میل به عدم کفایت
- ۱-۶-۱-۱۱ ۱۶۹ تولید اطلاعات با فرض وجود حقوق اموال: فراتر از وقتی است که حقوق اموال وجود ندارد
- ۱-۶-۱-۱۲ ۱۷۱ فروش حقوق اموال

- ۱۳-۱-۶-۱ آیا حقوق اموال در اطلاعات، دارای مطلوبیت اجتماعی است؟ ۱۷۱
- ۱۴-۱-۶-۱ مسائل اضافی راجع به حقوق اموال در اطلاعات ۱۷۲
- ۱۵-۱-۶-۱ قانون حق اختراع ۱۷۸
- ۱۶-۱-۶-۱ قانون حق طبع ۱۸۴
- ۱۷-۱-۶-۱ حقوق سری تجارت ۱۸۹
- ۱۸-۱-۶-۱ پاداش برای خلق اطلاعات: جایگزینی برای حقوق اموال در اطلاعات ۱۹۲
- ۱۹-۱-۶-۱ تعیین پاداش ۱۹۲
- ۲۰-۱-۶-۱ مسائل دیگر راجع به نظام پاداش ۱۹۴
- ۲۱-۱-۶-۱ استفاده واقعی از نظام پاداش و بحث راجع به آن ۱۹۵
- ۲۲-۱-۶-۱ رویه‌های مشابه نظام پاداش، حمایت دولتی از تحقیق بنیادی؛ اعطای جوایز و نشان‌های افتخار ۱۹۶
- ۲۳-۱-۶-۱ مروری بر پیشینه مباحث ۱۹۷
- ۲-۶-۱-۲ حقوق اموال در دیگر انواع اطلاعات ۱۹۷
- ۱-۶-۲-۱ تنوع دیگر انواع اطلاعات ۱۹۷
- ۲-۶-۲-۲ تولید و استفاده مطلوب اجتماعی از انواع اطلاعات پیش گفته؛ حقوق اموال در این گونه اطلاعات ۱۹۸
- ۳-۶-۱ علائم تجاری: حقوق اموال در برچسب ۲۰۰
- ۱-۶-۳-۱ کالاها و خدماتی که تعیین کیفیت آنها به‌طور مستقیم برای مصرف‌کنندگان دشوار است ۲۰۰
- ۲-۶-۳-۲ ارزش اجتماعی برچسب‌ها برای کالاها و خدماتی که تعیین کیفیت آنها به‌طور مستقیم دشوار است ۲۰۰
- ۳-۶-۳-۳ ارزش اجتماعی حقوق اموال در برچسب‌ها ۲۰۱
- ۴-۶-۳-۳ هزینه‌های اجتماعی حقوق اموال در برچسب‌ها ۲۰۲
- ۵-۶-۳-۳ دوام و گستردگی مطلوب حقوق اموال در برچسب‌ها ۲۰۳
- ۶-۶-۳-۳ حقوق اموال در برچسب‌ها با حقوق اموال در اطلاعات دارای ارزش مکرر مغایرت دارند ۲۰۴
- ۷-۶-۳-۱ قانون علائم تجاری ۲۰۴
- ۸-۶-۳-۱ مروری بر پیشینه مباحث ۲۰۶

فصل دوم حقوق حادثه ۲۰۷

- ۲-۱ مسئولیت و بازدارندگی: نظریه اصلی ۲۱۰
- ۲-۱-۱ حوادث یک‌جانبه و سطوح احتیاط ۲۱۱
 - ۲-۱-۱-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی ۲۱۱
 - ۲-۱-۱-۲ بدون مسئولیت ۲۱۲
 - ۲-۱-۱-۳ مسئولیت محض ۲۱۳
 - ۲-۱-۱-۴ قاعده اهمال ۲۱۳
 - ۲-۱-۱-۵ مقایسه قواعد مسئولیت ۲۱۵
 - ۲-۱-۱-۶ ابعاد متعدد احتیاط ۲۱۵
- ۲-۱-۲ حوادث دوجانبه و سطوح احتیاط ۲۱۶
 - ۲-۱-۲-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی ۲۱۶
 - ۲-۱-۲-۲ رفتار در نمونه دوجانبه ۲۱۷
 - ۲-۱-۲-۳ بدون مسئولیت ۲۱۸
 - ۲-۱-۲-۴ مسئولیت محض ۲۱۸
 - ۲-۱-۲-۵ مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال ۲۱۹
 - ۲-۱-۲-۶ قاعده اهمال ۲۲۱
 - ۲-۱-۲-۷ قاعده اهمال با دفاع مشارکت در اهمال ۲۲۱
 - ۲-۱-۲-۸ قاعده اهمال تطبیقی ۲۲۲
 - ۲-۱-۲-۹ مقایسه قواعد مسئولیت ۲۲۳
 - ۲-۱-۲-۱۰ مقایسه قواعد مسئولیت هنگامی که احتیاط دارای ابعاد متعددی است ۲۲۵
 - ۲-۱-۲-۱۱ اجتناب‌کننده با کمترین هزینه ۲۲۵
 - ۲-۱-۲-۱۲ قواعد مسئولیت در استفاده ۲۲۶
 - ۲-۱-۲-۱۳ تعیین احتیاط مقتضی و تفسیر «انگار که» ۲۲۶
 - ۲-۱-۲-۱۴ مروری بر پیشینه مباحث ۲۲۹
- ۲-۱-۳ حوادث یک‌جانبه: سطوح احتیاط و سطوح فعالیت ۲۲۹
 - ۲-۱-۳-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی ۲۳۱
 - ۲-۱-۳-۲ در میان نبودن مسئولیت ۲۳۲
 - ۲-۱-۳-۳ مسئولیت محض ۲۳۳

۲۳۳.....	۲-۱-۳-۴	قاعده اهمال
۲۳۵.....	۲-۱-۳-۵	مقایسه قواعد مسئولیت
۲۳۶.....	۲-۱-۳-۶	منشأ نقص قاعده اهمال
۲۳۷.....	۲-۱-۳-۷	مروری بر پیشینه مباحث
۲۳۷.....	۲-۱-۴	حوادث دوجانبه: سطوح احتیاط و سطوح فعالیت
۲۳۸.....	۲-۱-۴-۱	حد مطلوب رفاه اجتماعی
۲۴۰.....	۲-۱-۴-۲	مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی
۲۴۱.....	۲-۱-۴-۳	قاعده اهمال با یا بدون دفاع اهمال مشارکتی
۲۴۱.....	۲-۱-۴-۴	مقایسه قواعد مسئولیت
۲۴۲.....	۲-۱-۴-۵	نبود هرگونه قاعده مسئولیت که منجر به سطوح مطلوب فعالیت می شود
۲۴۳.....	۲-۱-۴-۶	ماهیت دوجانبه صدمه
۲۴۴.....	۲-۱-۴-۷	استفاده واقعی از قواعد مسئولیت محض و اهمال
۲۴۵.....	۲-۱-۴-۸	مسئولیت محض و قواعد اهمال در پرتو نظریه راجع به سطوح فعالیت
۲۴۶.....	۲-۱-۴-۹	مروری بر پیشینه مباحث
۲۴۶.....	۲-۲	مسئولیت و بازدارندگی: شرکتها
۲۴۸.....	۲-۲-۱	وقتی که قربانیان برای شرکتها غریبه هستند
۲۴۸.....	۲-۲-۱-۱	سطوح احتیاط
۲۴۹.....	۲-۲-۱-۲	سطوح فعالیت
۲۵۱.....	۲-۲-۱-۳	مستثنا کردن سطح تولید در تعیین اهمال
۲۵۱.....	۲-۲-۱-۴	مسئولیت واقعی شرکتها در مقابل غریبه ها
۲۵۲.....	۲-۲-۱-۵	مروری بر پیشینه مباحث
۲۵۲.....	۲-۲-۲	وقتی که قربانیان مشتریان شرکتها هستند
۲۵۳.....	۲-۲-۲-۱	وقتی که آگاهی مشتریان از خطر کامل است
۲۵۵.....	۲-۲-۲-۲	وقتی که آگاهی مشتریان از خطر ناقص است
۲۵۶.....	۲-۲-۲-۳	آگاهی واقعی مشتری از خطر
۲۵۸.....	۲-۲-۲-۴	مشکلات اعمال قاعده اهمال
۲۵۸.....	۲-۲-۲-۵	مشکلات اعمال قاعده اهمال در تحقیق و توسعه و تصمیمات مربوط به
۲۵۹.....		طراحی محصول

۲۶۰.....	۲-۲-۲-۶ مشکلات اعمال دفاع اهمال مشارکتی تحت مسئولیت محض
۲۶۱.....	۲-۲-۲-۷ بررسی مجدد مسئولیت محض در مقابل اهمال
۲۶۲.....	۲-۲-۲-۸ ضمانت‌نامه‌های محصول
۲۶۴.....	۲-۲-۲-۹ رقابت ناقص و قدرت بازار
۲۶۴.....	۲-۲-۲-۱۰ مسئولیت واقعی شرکت‌ها در مقابل مشتریان
۲۶۵.....	۲-۲-۲-۱۱ مروری بر پیشینه مباحث
۲۶۶.....	۲-۳ الحاقات تحلیل بازدارندگی
۲۶۶.....	۲-۳-۱ مشکلات تعیین اهمال
۲۶۶.....	۲-۳-۱-۱ عدم قطعیت در کشف اهمال
۲۷۰.....	۲-۳-۱-۲ ملاحظات دربارۀ عدم قطعیت
۲۷۱.....	۲-۳-۱-۳ اشتباهات مورد انتظار در اتخاذ سطح احتیاط مقتضی
۲۷۲.....	۲-۳-۱-۴ درک نادرست از سطح احتیاط مقتضی
۲۷۲.....	۲-۳-۱-۵ مقایسه با مسئولیت محض
۲۷۲.....	۲-۳-۲ دلایل وجودی و دلالت‌های ضمنی یافته‌های اهمال
۲۷۲.....	۲-۳-۲-۱ دلایل تشخیص اهمال
۲۷۳.....	۲-۳-۲-۲ اهمیت تشخیص اهمال
۲۷۴.....	۲-۳-۳ ناتوانی آسیب‌رسانندگان در پرداخت خسارات: موضوع مصونیت از حکم
۲۷۴.....	۲-۳-۳-۱ تضعیف انگیزه‌ها برای کاهش خطر
۲۷۴.....	۲-۳-۳-۲ اهمیت تضعیف انگیزه‌ها
۲۷۵.....	۲-۳-۳-۳ راه‌حلهایی برای مشکل تضعیف انگیزه‌ها
۲۷۶.....	۲-۳-۴ مسئولیت نیابتی
۲۷۶.....	۲-۳-۴-۱ تعریف مسئولیت نیابتی
۲۷۶.....	۲-۳-۴-۲ مسئولیت نیابتی سطوح احتیاط را افزایش می‌دهد و سطوح فعالیت را کاهش می‌دهد اگر نماینده مصون از حکم باشد
۲۷۷.....	۲-۳-۴-۳ عوامل مؤثر بر جاذبه مسئولیت نیابتی
۲۷۹.....	۲-۳-۴-۴ استفاده واقعی از مسئولیت نیابتی
۲۸۰.....	۲-۳-۵ تناسب میزان غرامت‌ها با میزان زیان‌ها
۲۸۰.....	۲-۳-۵-۱ غرامت‌ها معادل میزان زیان‌ها

۲۸۱.....	۲-۳-۵-۲ حجم واقعی غرامت‌ها
۲۸۲.....	۲-۳-۶ غرامت‌ها و احتمال زیان‌ها
۲۸۲.....	۲-۳-۶-۱ غرامت‌های مطلوب تحت تأثیر احتمال زیان‌ها نیستند
۲۸۲.....	۲-۳-۶-۲ محدودیت غرامت‌ها برای زیان‌های غیرمعمول
۲۸۴.....	۲-۳-۶-۳ غرامت‌های واقعی برای زیان‌های غیرمحتمل
۲۸۵.....	۲-۳-۶-۴ غرامت‌ها برای زیان‌های بسیار محتمل
۲۸۵.....	۲-۳-۶-۵ مسئولیت واقعی برای زیان‌های بسیار محتمل
۲۸۵.....	۲-۳-۷ غرامت‌ها و عدم اطمینان محاکم درباره میزان زیان‌ها
۲۸۵.....	۲-۳-۷-۱ غرامت‌ها معادل زیان‌های مورد انتظار
۲۸۶.....	۲-۳-۷-۲ توضیحات درباره عدم اطمینان محاکم
۲۸۶.....	۲-۳-۷-۳ تعیین واقعی غرامت‌ها علی‌رغم عدم اطمینان در مورد میزان زیان‌ها
۲۸۷.....	۲-۳-۸ غرامت‌ها و زیان‌های مالی در مقابل زیان‌های غیرمالی
۲۸۷.....	۲-۳-۸-۱ تعریف این دو نوع زیان
۲۸۷.....	۲-۳-۸-۲ غرامت‌ها یا جمع زیان‌های مالی و غیرمالی
۲۸۸.....	۲-۳-۸-۳ توانایی محاکم در تعیین زیان‌های مالی و غیرمالی
۲۸۸.....	۲-۳-۸-۴ مسئولیت واقعی در قبال زیان‌های غیرمالی
۲۸۹.....	۲-۳-۹ غرامت‌های بیش از زیان‌ها: غرامت‌های ناشی از مجازات
۲۸۹.....	۲-۳-۹-۱ توضیح غرامت‌های ناشی از مجازات
۲۸۹.....	۲-۳-۹-۲ غرامت‌های بیشتر از زیان‌ها معمولاً انگیزه‌های مضاعف برای کاهش خطر ایجاد می‌کنند
۲۹۰.....	۲-۳-۹-۳ فرار از محاکمه
۲۹۰.....	۲-۳-۹-۴ مطلوبیت نامشروع از ایجاد آسیب
۲۹۱.....	۲-۳-۹-۵ تشویق معاملات بازاری
۲۹۳.....	۲-۳-۹-۶ مجازات
۲۹۳.....	۲-۳-۹-۷ اجرای واقعی غرامت‌های ناشی از مجازات
۲۹۴.....	۲-۳-۱۰ غرامت‌ها و فرصت‌های قربانیان برای تخفیف زیان‌ها
۲۹۴.....	۲-۳-۱۰-۱ اقدامات قربانی برای تخفیف زیان‌ها
۲۹۴.....	۲-۳-۱۰-۲ حد مطلوب رفاه اجتماعی

۲۹۵.....	۲-۳-۱۰-۳ حد مطلوب غرامت‌ها
۲۹۶.....	۲-۳-۱۰-۴ قانون واقعی در مورد تخفیف
۲۹۶.....	۲-۳-۱۱ سببیت
۲۹۶.....	۲-۳-۱۱-۱ تعریف و مقدمه
۲۹۷.....	۲-۳-۱۱-۲ مسئولیت محض
۲۹۸.....	۲-۳-۱۱-۳ قاعده اهمال
۳۰۱.....	۲-۳-۱۱-۴ سببیت نزدیک
۳۰۲.....	۲-۳-۱۱-۵ عدم اطمینان بر سببیت
۳۰۴.....	۲-۴ مسئولیت، خطرپذیری و بیمه
۳۰۵.....	۲-۴-۱ خطرگریزی و راه حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه
۳۰۵.....	۲-۴-۱-۱ خطرگریزی
۳۰۶.....	۲-۴-۱-۲ راه حل ایدئال اجتماعی
۳۰۷.....	۲-۴-۲ موضوع حادثه در فقدان مسئولیت و بیمه
۳۰۷.....	۲-۴-۳ موضوع حادثه با فرض صرف مسئولیت
۳۰۹.....	۲-۴-۴ موضوع حادثه با فرض مسئولیت و بیمه
۳۰۹.....	۲-۴-۴-۱ بیمه
۳۰۹.....	۲-۴-۴-۲ مسئولیت محض
۳۱۳.....	۲-۴-۴-۳ قاعده اهمال
۳۱۵.....	۲-۴-۴-۴ خلاصه
۳۱۶.....	۲-۴-۴-۵ مسئولیت و بیمه در واقعیت
۳۱۷.....	۲-۴-۴-۶ مروری بر پیشینه مباحث
۳۱۷.....	۲-۴-۵ هدف مسئولیت
۳۱۷.....	۲-۴-۵-۱ جبران خسارات قربانیان مفهوم سنتی هدف مسئولیت حادثه است
۳۱۸.....	۲-۴-۵-۲ امروزه کاهش خطر از طریق بازدارندگی، هدف واقعی مسئولیت است، اما جبران خسارت و اجتناب از دعوا نیز از جنبه تاریخی اهمیت داشته‌اند
۳۱۹.....	۲-۴-۵-۳ آیا استفاده از نظام مسئولیت موجه است؟
۳۱۹.....	۲-۴-۶ الحاقیه: زیان‌های غیرمالی
۳۱۹.....	۲-۴-۶-۱ زیان‌های غیرمالی و بیمه

۳۲۱.....	۲-۴-۶-۲ پوشش بیمه واقعی در مقابل زیان‌های غیرمالی
۳۲۲.....	۲-۴-۶-۳ زیان‌های غیرمالی و راه‌حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه
۳۲۲.....	۲-۴-۶-۴ راه‌حل ایدئال اجتماعی تحت نظام مسئولیت قابل حصول نیست
۳۲۳.....	۲-۴-۶-۵ قضیه جریمه‌ها به‌عنوان جایگزینی برای مسئولیت
۳۲۵.....	۲-۴-۷ الحاقیه: موضوع مصونیت از حکم
۳۲۵.....	۲-۴-۷-۱ موضوع مصونیت از حکم و بیمه
۳۲۶.....	۲-۴-۷-۲ مشکلات مربوط به عملکرد نظام مسئولیت و بیمه
۳۲۷.....	۲-۴-۷-۳ قاعده‌بندی بیمه مسئولیت
۳۳۰.....	۲-۴-۷-۴ توضیح در مورد فرار از مسئولیت و قاعده‌بندی بیمه مسئولیت
۳۳۰.....	۲-۴-۷-۵ قاعده‌بندی بیمه مسئولیت در واقعیت
۳۳۱.....	۲-۵ مسئولیت و هزینه‌های اداری
۳۳۱.....	۲-۵-۱ ماهیت و اهمیت هزینه‌های اداری
۳۳۱.....	۲-۵-۱-۱ تعریف هزینه‌های اداری
۳۳۳.....	۲-۵-۱-۲ حد هزینه‌های اداری بیمه
۳۳۴.....	۲-۵-۱-۳ مسئولیت محض در مقابل اهمال و هزینه‌های اداری
۳۳۵.....	۲-۵-۲ استفاده مطلوب اجتماعی از نظام مسئولیت با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری
۳۳۵.....	۲-۵-۲-۱ آیا نظام مسئولیت از نظر اجتماعی ارزشمند است
۳۳۶.....	۲-۵-۲-۲ پرداخت‌های مطلوب آسیب‌رسانندگان با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری
۳۳۷.....	۲-۵-۳ انگیزه خصوصی در مقابل انگیزه اجتماعی استفاده از نظام مسئولیت با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری
۳۳۷.....	۲-۵-۳-۱ انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی ممکن است تبیین داشته باشند
۳۳۹.....	۲-۵-۳-۲ اختلاف انگیزه‌های اقامه دعوی ممکن است مداخله اجتماعی را برای محدود کردن یا کمک به استفاده از نظام حقوقی توجیه کند
۳۴۰.....	۲-۵-۳-۳ مروری بر پیشینه مباحث
۳۴۱.....	فصل سوم حقوق قراردادهای
۳۴۳.....	۳-۱ مروری بر قراردادهای
۳۴۳.....	۳-۱-۱ تعریف و چارچوب تحلیل
۳۴۳.....	۳-۱-۱-۱ تعاریف اصلی

۳۴۵.....	۳-۱-۱-۲ قراردادهای سودمند دوجانبه
۳۴۶.....	۳-۱-۱-۳ تضمین قراردادها.....
۳۴۷.....	۳-۱-۱-۴ رفاه اجتماعی و رفاه طرفین قرارداد
۳۴۷.....	۳-۱-۲ تشکیل قرارداد
۳۴۹.....	۳-۱-۳ استدلال‌های کلی برای قراردادها و اجرای آنها
۳۴۹.....	۳-۱-۳-۱ چرا قراردادها تشکیل می‌شوند
۳۵۰.....	۳-۱-۳-۲ چرا تضمین قرارداد مطلوب است
۳۵۲.....	۳-۱-۴ نقص قراردادها
۳۵۵.....	۳-۱-۵ تفسیر قراردادها
۳۵۷.....	۳-۱-۶ مقیاس‌های خسارت برای نقض قرارداد
۳۵۷.....	۳-۱-۶-۱ تعریف مقیاس‌های خسارت
۳۵۸.....	۳-۱-۶-۲ مقیاس‌های خسارت و انگیزه‌های ایفای تعهدات قراردادی
۳۶۴.....	۳-۱-۶-۳ آیا نقض قرارداد و پرداخت خسارات غیراخلاقی است؟
۳۶۵.....	۳-۱-۶-۴ انگیزه‌هایی برای اعتماد
۳۶۵.....	۳-۱-۶-۵ تحمل خطر
۳۶۶.....	۳-۱-۶-۶ مروری بر پیشینه مباحث
۳۶۷.....	۳-۱-۷ اجرای معین قرارداد به‌عنوان وسیله جبران خسارت نقض قرارداد
۳۶۷.....	۳-۱-۷-۱ تعریف اجرای معین
۳۶۷.....	۳-۱-۷-۲ انگیزه‌های اجرای قرارداد و اجرای معین
۳۶۹.....	۳-۱-۷-۳ انگیزه‌هایی برای اعتماد؛ تحمل خطر
۳۶۹.....	۳-۱-۷-۴ توانایی تضمین
۳۷۰.....	۳-۱-۸ مذاکره مجدد درباره قراردادها
۳۷۰.....	۳-۱-۸-۱ دلایل وقوع یا عدم وقوع مذاکره مجدد
۳۷۱.....	۳-۱-۸-۲ مذاکره مجدد و اجرای قراردادی
۳۷۳.....	۳-۱-۸-۳ مذاکره مجدد و اعتماد
۳۷۴.....	۳-۱-۸-۴ مذاکره مجدد و تحمل خطر
۳۷۴.....	۳-۱-۸-۵ گرانی مذاکره مجدد
۳۷۵.....	۳-۱-۸-۶ مطلوبیت تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد

۳۷۶.....	۳-۱-۸-۷ مرورری بر پیشینه مباحث
۳۷۷.....	۳-۱-۹ ابطال قانونی قراردادهای
۳۷۷.....	۳-۱-۹-۱ اثرات خارجی مضر
۳۷۷.....	۳-۱-۹-۲ زیانهای وارده بر رفاه طرفین قرارداد
۳۷۸.....	۳-۱-۹-۳ عدم قابلیت انتقال - پدرسالاری
۳۷۹.....	۳-۱-۹-۴ توانایی دولت در جلوگیری از قراردادهای نامطلوب
۳۷۹.....	۳-۱-۱۰ طرق فراقانونی تضمین قرارداد
۳۷۹.....	۳-۱-۱۰-۱ داوری خصوصی
۳۸۰.....	۳-۱-۱۰-۲ اعتبار
۳۸۱.....	۳-۲ تشکیل قرارداد
۳۸۱.....	۳-۲-۱ تلاش برای جستوجو
۳۸۳.....	۳-۲-۲ قاعده بنیادی شناسایی قراردادهای: رضایت دوجانبه
۳۸۴.....	۳-۲-۳ ایجاب و قبول
۳۸۶.....	۳-۲-۴ تدلیس
۳۸۷.....	۳-۲-۵ اشتباه
۳۸۸.....	۳-۲-۶ افشای اطلاعات
۳۸۸.....	۳-۲-۶-۱ اثرات تعهد به افشا
۳۸۹.....	۳-۲-۶-۲ مطلوبیت اجتماعی تعهد به افشا
۳۹۲.....	۳-۲-۶-۳ توضیح درباره ارتباط با تدلیس و اشتباه
۳۹۲.....	۳-۲-۷ اکراه
۳۹۳.....	۳-۲-۷-۱ اکراه ترغیب شده
۳۹۳.....	۳-۲-۷-۲ اکراهی که به طور طبیعی روی می دهد
۳۹۵.....	۳-۳ قراردادهای تولید
۳۹۵.....	۳-۳-۱ قراردادهای کاملاً معین
۳۹۵.....	۳-۳-۱-۱ فرضیات درباره وضعیت قراردادی
۳۹۶.....	۳-۳-۱-۲ قراردادهای کاملاً معین سودمند دوجانبه
۳۹۹.....	۳-۳-۱-۳ خطرگریزی
۴۰۰.....	۳-۳-۲ جبران خسارت برای نقض و قراردادهای ناقص

۳-۳-۲-۱	مقیاس‌های خسارت با در نظر گرفتن قراردادهای کاملاً معین	۴۰۰
۳-۳-۲-۲	فرض نقض	۴۰۰
۳-۳-۲-۳	فرض درباره نقض	۴۰۱
۳-۳-۲-۴	رفتار به موجب مقیاس‌های خسارت	۴۰۱
۳-۳-۲-۵	وسیله جبران خسارت مورد ترجیح دو طرف برای نقض: مقیاس انتظار	۴۰۳
۳-۳-۲-۶	عمومیت نتایج درباره مقیاس انتظار	۴۰۸
۳-۳-۲-۷	خطرگریزی	۴۱۰
۳-۳-۲-۸	وجه‌التزام در مقابل مقیاس‌های خسارت تعیین شده از سوی دادگاه	۴۱۱
۳-۳-۲-۹	اطلاعات غیرمستقارن و وسائل جبران خسارت برای نقض	۴۱۲
۳-۳-۲-۱۰	تباین با دیدگاه‌های محققان حقوقی	۴۱۴
۳-۳-۳	اعتماد	۴۱۵
۳-۳-۳-۱	تعریف اعتماد	۴۱۵
۳-۳-۳-۲	اعتماد به عنوان مقیاس خسارات	۴۱۵
۳-۳-۳-۳	تفسیر دیدگاه‌های محققان حقوقی در خصوص مقیاس اعتماد	۴۱۷
۳-۳-۳-۴	سطح اعتماد؛ اعتماد مطلوب	۴۱۷
۳-۳-۳-۵	وسائل جبران خسارت برای نقض و سطح اعتماد	۴۱۹
۳-۳-۳-۶	مطالب بیشتری در مورد اعتماد و وسائل جبران خسارت برای نقض	۴۲۱
۳-۳-۴	مذاکره مجدد	۴۲۳
۳-۳-۴-۱	مقدمه	۴۲۳
۳-۳-۴-۲	اجرای قرارداد	۴۲۳
۳-۳-۴-۳	اعتماد	۴۲۶
۳-۳-۴-۴	خطرگریزی	۴۲۸
۳-۳-۴-۵	خلاصه نتایج درباره مذاکره مجدد و وسائل جبران خسارت برای نقض	۴۲۹
۳-۴	دیگر انواع قرارداد	۴۲۹
۳-۴-۱	قراردادهای انتقال مالکیت	۴۲۹
۳-۴-۱-۱	مقدمه و تعریف	۴۲۹
۳-۴-۱-۲	قراردادهای کاملاً معین	۴۳۱
۳-۴-۱-۳	وسائل جبران خسارت برای نقض	۴۳۷

۴۴۰.....	تذکر ۳-۴-۱-۴
۴۴۱.....	توضیح: جاذبه اجرای معین قرارداد ۳-۴-۱-۵
۴۴۲.....	حقوق قراردادهای ۳-۴-۱-۶
۴۴۲.....	مغایرت با قراردادهای تولید ۳-۴-۱-۷
۴۴۳.....	مروری بر پیشینه مباحث ۳-۴-۱-۸
۴۴۴.....	قراردادهای هبه ۳-۴-۲
۴۴۴.....	تعریف و طرح مسائل ۳-۴-۲-۱
۴۴۴.....	چرا هدایا داده می‌شوند: نوع دوستی ۳-۴-۲-۲
۴۴۴.....	چرا واهبان نوع دوست ممکن است هدایا را به تعویق اندازند ۳-۴-۲-۳
۴۴۴.....	چرا واهبان نوع دوست ممکن است بخواهند - یا نخواهند - برای هبه کردن قرارداد منعقد کنند ۳-۴-۲-۴
۴۴۵.....	دلالات‌های ضمنی برای حقوق قراردادهای ۳-۴-۲-۵
۴۴۷.....	انگیزه‌های غیرنوع‌دوستانه برای هبه ۳-۴-۲-۶
۴۴۹.....	قانون ۳-۴-۲-۷
۴۵۰.....	مروری بر پیشینه مباحث ۳-۴-۲-۸

فصل چهارم دادخواهی و فرایند قانونی ۴۵۱.....

۴۵۴.....	۴-۱ نظریه اصلی دادخواهی
۴۵۴.....	۴-۱-۱ اقامه دعوی
۴۵۴.....	۴-۱-۱-۱ تعریف دعوی
۴۵۴.....	۴-۱-۱-۲ خواهان وقتی اقامه دعوی خواهد کرد که هزینه دعوی کمتر از منافع مورد انتظارش باشد
۴۵۵.....	۴-۱-۱-۳ حجم دعوی و هزینه‌های آن
۴۵۶.....	۴-۱-۲ تباین بنیادی بین سطح مطلوب خصوصی و اجتماعی اقامه دعوی
۴۵۶.....	۴-۱-۲-۱ کلیات
۴۵۶.....	۴-۱-۲-۲ اختلاف در یک نمونه ساده
۴۵۹.....	۴-۱-۲-۳ ادامه بحث اختلاف؛ اهمیت و تفسیر آن
۴۶۴.....	۴-۱-۲-۴ سیاست اصلاحی
۴۶۵.....	۴-۱-۲-۵ توضیحاتی بر آنچه گفته شد

- ۴۶۸..... ۴-۱-۲-۶ مروری بر پیشینه مباحث
- ۴۶۸..... ۴-۱-۳ مصالحه در مقابل دادرسی
- ۴۶۸..... ۴-۱-۳-۱ نمونه ساده
- ۴۷۵..... ۴-۱-۳-۲ نمونه‌هایی با مذاکره صریح و یک مرکز اطلاعات
- ۴۷۷..... ۴-۱-۳-۳ توضیحاتی درباره نمونه‌های پیش‌گفته و تفسیر آنها
- ۴۷۸..... ۴-۱-۳-۴ میزان واقعی دادرسی در مقابل مصالحه
- ۴۷۹..... ۴-۱-۳-۵ مروری بر پیشینه مباحث
- ۴۷۹..... ۴-۱-۴ تباین سطح مطلوب خصوصی و سطح اجتماعی مصالحه
- ۴۷۹..... ۴-۱-۴-۱ کلیات
- ۴۸۱..... ۴-۱-۴-۲ تفاوت انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی برای مصالحه - ادامه بحث
- ۴۸۳..... ۴-۱-۴-۳ سیاست حقوقی مؤثر بر مصالحه در مقابل دادرسی
- ۴۸۴..... ۴-۱-۴-۴ یک هدف اجتماعی مهم نهاد دادرسی دارای جنبه مغایر است - تقویت مصالحه
- ۴۸۴..... ۴-۱-۵ مخارج دادرسی و دادخواهی
- ۴۸۴..... ۴-۱-۵-۱ انگیزه‌های خصوصی برای صرف هزینه دادخواهی
- ۴۸۵..... ۴-۱-۵-۲ مخارج واقعی دادخواهی
- ۴۸۵..... ۴-۱-۵-۳ انگیزه‌های اجتماعی در مقابل انگیزه‌های خصوصی برای صرف هزینه دادخواهی
- ۴۸۷..... ۴-۱-۵-۴ سیاست حقوقی مؤثر بر مخارج دادخواهی
- ۴۸۸..... ۴-۲ الحاقیه‌های نظریه اصلی
- ۴۸۹..... ۴-۲-۱ دعاوی دارای ارزش منفی
- ۴۸۹..... ۴-۲-۱-۱ تعریف و جنبه گنج‌کننده دعاوی دارای ارزش منفی
- ۴۸۹..... ۴-۲-۱-۲ توضیحاتی برای دعاوی دارای ارزش منفی
- ۴۹۲..... ۴-۲-۱-۳ آیا دعاوی دارای ارزش منفی از نظر اجتماعی نامطلوب هستند؟
- ۴۹۳..... ۴-۲-۲ سهمیم شدن در اطلاعات پیش از دادرسی
- ۴۹۳..... ۴-۲-۲-۱ انگیزه سهمیم شدن در اطلاعات
- ۴۹۵..... ۴-۲-۲-۲ بعضی اطلاعات به شراکت گذاشته نمی‌شوند و ممکن است دادرسی به وجود آید
- ۴۹۷..... ۴-۲-۳ افشای اجباری اطلاعات پیش از دادرسی: کشف
- ۴۹۷..... ۴-۲-۳-۱ اثر کشف فقط کمی بیش از اثر افشای داوطلبانه است
- ۴۹۸..... ۴-۲-۳-۲ کشف یک تهدید پرهزینه

۴۹۸.....	کشف و مطلوبیت اجتماعی	۴-۲-۳-۳
۴۹۹.....	انتقال هزینه‌های قانونی به بازنده دادرسی	۴-۲-۴
۵۰۰.....	اثرات انتقال هزینه بر اقامه دعوی	۴-۲-۴-۱
۵۰۱.....	اثرات انتقال هزینه‌ها بر مصالحه در مقابل دادرسی	۴-۲-۴-۲
۵۰۲.....	اثرات انتقال هزینه بر مخارج دادرسی	۴-۲-۴-۳
۵۰۳.....	مطلوبیت اجتماعی انتقال هزینه	۴-۲-۴-۴
۵۰۴.....	دشواری استنتاج آماری از نتایج دادرسی	۴-۲-۵
۵۰۵.....	عناصر نتایج دادرسی به‌استثنای حکم	۴-۲-۶
۵۰۶.....	نقش وکلا	۴-۲-۷
۵۰۷.....	توصیف تصمیمات وکلا	۴-۲-۷-۱
۵۰۸.....	قراردادهای سودمند دوجانبه بین وکیل و موکل	۴-۲-۷-۲
۵۰۹.....	قرارهای مطلوب اجتماعی	۴-۲-۷-۳
۵۱۰.....	نقش بیمه‌گران	۴-۲-۸
۵۱۱.....	توصیف اثرات	۴-۲-۸-۱
۵۱۴.....	شرایط قرارداد بیمه مطلوب دوجانبه در ارتباط با دادخواهی	۴-۲-۸-۲
۵۱۵.....	مطلوبیت اجتماعی شرایط قراردادی پیش‌گفته	۴-۲-۸-۳
۵۱۶.....	عناوین کلی درباره فرایند قانونی	۴-۳
۵۱۷.....	نظام‌های قانونی عمومی در مقابل خصوصی	۴-۳-۱
۵۱۷.....	مقدمه	۴-۳-۱-۱
۵۱۷.....	نظام قانونی مطلوب اجتماعی	۴-۳-۱-۲
۵۱۸.....	فرضیه‌هایی درباره نظام‌های قانونی عمومی و خصوصی	۴-۳-۱-۳
۵۱۸.....	نظام قانونی عمومی به‌عنوان تنها نظام	۴-۳-۱-۴
۵۱۹.....	انتخاب نظام خصوصی ازسوی شخص منفرد نامطلوب است	۴-۳-۱-۵
۵۱۹.....	مطلوب خواهد بود	۴-۳-۱-۶
۵۱۹.....	اگر انتخاب نظام خصوصی ازسوی اشخاص تحت تأثیر، چنانچه بعداً صورت گیرد	۴-۳-۱-۷
۵۲۰.....	ممکن است مطلوب باشد یا نباشد	

نظریه مبتنی بر اینکه انتخاب قواعد قانونی و قضاوت از وظایف طبیعی دولت	۴-۳-۱-۸
است	۵۲۲
رویه عملی در پرتو این نظریه	۴-۳-۱-۹
دقت فرایند قانونی	۴-۳-۲
مقدمه	۴-۳-۲-۱
ارزش اجتماعی دقت	۴-۳-۲-۲
درجه مطلوب اجتماعی دقت	۴-۳-۲-۳
دیدگاه سنتی درباره دقت در مقابل دیدگاه اقتصادی	۴-۳-۲-۴
ارزش خصوصی دقت در مقابل ارزش اجتماعی، و مفاهیم	۴-۳-۲-۵
پژوهش خواهی و نظام حقوقی	۴-۳-۳
مقدمه	۴-۳-۳-۱
نمونه اصلی: فرایند پژوهش خواهی و تصحیح خطا	۴-۳-۳-۲
قیود و الحاقیه های نمونه اصلی تصحیح خطا	۴-۳-۳-۳
وظایف فرایند پژوهش خواهی غیر از تصحیح خطا: هماهنگ سازی قانون و	۴-۳-۳-۴
قانون سازی	۵۳۸
مشاوره حقوقی	۴-۳-۴
مقدمه	۴-۳-۴-۱
مشاوره مقدم؛ درباره اقداماتی که به انجام آنها فکر می شود	۴-۳-۴-۲
مشاوره مؤخر درباره اعمالی که قبلاً ارتکاب یافته اند	۴-۳-۴-۳
عوامل دیگر مؤثر بر مشاوره	۴-۳-۴-۴
فصل پنجم تضمین حقوق عمومی و حقوق جزا ۵۴۹	
۵-۱ بازدارندگی با ضمانت اجرای پولی	۵۵۲
۵-۱-۱ تضمین خاص: نظریه اصلی مسئولیت	۵۵۳
۵-۱-۱-۱ مقدمه	۵۵۳
۵-۱-۱-۲ مسئولیت محض در مقابل آسیب	۵۵۴
۵-۱-۱-۳ مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای آسیب	۵۵۵
۵-۱-۱-۴ مسئولیت مبتنی بر عمل	۵۵۸
۵-۱-۱-۵ استفاده واقعی از قواعد	۵۵۹

۵-۱-۲	تضمین با یک احتمال: احتمال مطلوب و وسعت ضمانت اجراها	۵۵۹
۵-۱-۲-۱	مقدمه	۵۵۹
۵-۱-۲-۲	رفتار با در نظر گرفتن احتمال و وسعت ضمانت اجراها	۵۶۰
۵-۱-۲-۳	ضمانت اجرای مطلوب وقتی احتمال وضع آنها مفروض است	۵۶۳
۵-۱-۲-۴	ضمانت اجرای مطلوب وقتی احتمال وضع آنها نیز به طور مطلوب تعیین می شود	۵۶۶
۵-۱-۲-۵	توضیح در خصوص این نظریه گمراه کننده که ضمانت اجراها مشابه قیمت های بازار هستند - تمایل به مواجه شدن با ضمانت اجراها در مقابل اعمال زیان آور متضمن این است که ارتکاب چنین اعمالی از نظر اجتماعی صحیح است	۵۷۰
۵-۱-۲-۶	مسئولیت مبتنی بر تقصیر	۵۷۱
۵-۱-۳	خلاصه	۵۷۲
۵-۱-۴	مروری بر پیشینه مباحث	۵۷۳
۵-۲	بازدارندگی با ضمانت اجرای غیر پولی	۵۷۴
۵-۲-۱	تضمین خاص با ضمانت اجرای غیر پولی: نظریه اصلی مسئولیت	۵۷۵
۵-۲-۱-۱	مقدمه	۵۷۵
۵-۲-۱-۲	مسئولیت محض در مقابل آسیب	۵۷۵
۵-۲-۱-۳	مسئولیت مبتنی بر تقصیر در مقابل آسیب	۵۷۷
۵-۲-۱-۴	ادامه مسئولیت مبتنی بر تقصیر: وقتی اطلاعات مقام اجتماعی ناقص است	۵۷۹
۵-۲-۱-۵	مسئولیت مبتنی بر عمل	۵۸۴
۵-۲-۱-۶	نتایج	۵۸۵
۵-۲-۲	احتمال مطلوب و وسعت ضمانت اجرای غیر پولی	۵۸۵
۵-۲-۲-۱	مقدمه	۵۸۵
۵-۲-۲-۲	رفتار با در نظر گرفتن احتمال و وسعت ضمانت اجراها	۵۸۵
۵-۲-۲-۳	توضیحات: بازدارندگی واقعی مبتنی بر رفتار مشاهده شده	۵۸۷
۵-۲-۲-۴	وسعت مطلوب ضمانت اجراها با در نظر گرفتن احتمالشان چیست؟	۵۸۸
۵-۲-۲-۵	ضمانت اجرای مطلوب وقتی که احتمال وضع آنها نیز به طور مطلوبی تعیین می شود	۵۸۹

۵-۲-۲-۶	توضیح نادرستی این نظریه که تمایل به مواجهه با ضمانت اجرا در مقابل یک عمل، متضمن آن است که ارتکاب آن از نظر اجتماعی صحیح است	۵۹۲
۵-۲-۳	هنگامی که کاربرد ضمانت اجرای غیرپولی مطلوب است	۵۹۳
۵-۲-۳-۱	کلیات	۵۹۳
۵-۲-۳-۲	عوامل مؤثر بر مطلوبیت استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی	۵۹۴
۵-۲-۴	استفاده مشترک از ضمانت اجرای پولی و غیرپولی	۵۹۵
۵-۲-۴-۱	ضمانت اجرای غیرپولی باید فقط به عنوان مکمل ضمانت اجرای پولی حداکثری مورد استفاده قرار گیرند	۵۹۵
۵-۲-۴-۲	مفاهیم این نتیجه گیری که ضمانت اجرای غیرپولی را فقط باید به عنوان مکمل ضمانت اجرای پولی حداکثری استفاده کرد	۵۹۵
۵-۲-۴-۳	نتیجه گیری درباره ضمانت اجرای غیرپولی و امکان ضمانت اجرای پولی پرهزینه	۵۹۶
۵-۲-۵	انواع مختلف ضمانت اجرای غیرپولی	۵۹۷
۵-۲-۵-۱	تنوع ضمانت اجرای غیرپولی	۵۹۷
۵-۲-۵-۲	هزینه، عدم مطلوبیت و کارآمدی ضمانت اجرای غیرپولی	۵۹۷
۵-۲-۵-۳	انتخاب مطلوب در میان ضمانت اجرای غیرپولی	۵۹۸
۵-۲-۵-۴	مروری بر پیشینه مباحث	۵۹۸
۵-۳	الحاقیه های نظریه بازدارندگی	۵۹۹
۵-۳-۱	بازدارندگی فردی	۵۹۹
۵-۳-۱-۱	تعریف	۵۹۹
۵-۳-۱-۲	دلایل بازدارندگی فردی	۶۰۰
۵-۳-۱-۳	اهمیت بازدارندگی فردی	۶۰۲
۵-۳-۲	بازدارندگی نهایی	۶۰۲
۵-۳-۲-۱	تعریف	۶۰۲
۵-۳-۲-۲	سیاست تضمین و بازدارندگی نهایی	۶۰۳
۵-۳-۳	هزینه های وضع ضمانت اجرای پولی	۶۰۴
۵-۳-۳-۱	نتیجه گیری اصلی: هزینه باید به یک ضمانت اجرا افزوده شود	۶۰۴
۵-۳-۳-۲	الحاقیه های نظریه	۶۰۵

۶۰۷.....	۵-۳-۴ خوداعلامی تخلفات
۶۰۷.....	۵-۳-۴-۱ تعریف
۶۰۷.....	۵-۳-۴-۲ ترغیب خوداعلامی و مطلوبیت اجتماعی آن
۶۰۹.....	۵-۳-۵ اجرای عمومی
۶۰۹.....	۵-۳-۵-۱ تعریف
۶۱۰.....	۵-۳-۵-۲ سیاست اجرای مطلوب
۶۱۲.....	۵-۳-۶ بیمه در مقابل ضمانت اجراها
۶۱۴.....	۵-۳-۷ ضمانت اجراها برای مجرمین به عادت
۶۱۶.....	۵-۴ ناتوان سازی، بازپروری و کیفر
۶۱۶.....	۵-۴-۱ ناتوان سازی
۶۱۶.....	۵-۴-۱-۱ تعریف ناتوان سازی
۶۱۶.....	۵-۴-۱-۲ ناتوان سازی از بازدارندگی متمایز است
۶۱۷.....	۵-۴-۱-۳ نمونه اصلی تضمین و ناتوان سازی
۶۱۹.....	۵-۴-۱-۴ اهمیت واقعی حبس به عنوان شکلی از ناتوان سازی
۶۲۰.....	۵-۴-۲ بازپروری
۶۲۰.....	۵-۴-۲-۱ تعریف بازپروری
۶۲۰.....	۵-۴-۲-۲ نمونه اصلی تضمین و بازپروری
۶۲۲.....	۵-۴-۲-۳ اهمیت واقعی بازپروری
۶۲۲.....	۵-۴-۳ کیفر
۶۲۲.....	۵-۴-۳-۱ تعریف کیفر
۶۲۳.....	۵-۴-۳-۲ توضیحات درباره خواست کیفری
۶۲۴.....	۵-۴-۳-۳ نمونه اصلی تضمین و کیفر
۶۲۵.....	۵-۵ حقوق جزا
۶۲۵.....	۵-۵-۱ تعریف حقوق جزا
۶۲۵.....	۵-۵-۱-۱ قلمرو حقوق جزا
۶۲۷.....	۵-۵-۱-۲ ضمانت اجرای جزایی
۶۲۹.....	۵-۵-۲ شرح حقوق جزا
۶۲۹.....	۵-۵-۲-۱ سؤالی که مطرح می شود

۵-۲-۲	پاسخ به‌طور اجمال	۶۲۹
۵-۲-۳	امعالي که در دستۀ جرائم عمده قرار مي‌گيرند به‌قدر کفايت به‌وسيلۀ ضمانت اجراهاي پولي صرف بازداشته نمي‌شوند	۶۲۹
۵-۲-۴	استفاده از مجازات حبس براي اعمالي که در دستۀ جرائم عمده قرار مي‌گيرند بازدارندگي را افزايش مي‌دهد	۶۳۲
۵-۲-۵	اگرچه گاهي مجازات حبس در بازدارندگي جرائم عمده ناموفق است اما باعث ناتوان‌سازي افراد مي‌شود	۶۳۲
۵-۲-۶	انواع ديگر اعمال جزايي - دسته‌هاي (ب) و (ج) - اگر به‌عنوان اعمال جزايي شناخته نشوند ممکن است به‌قدر کافي بازداشته نشوند	۶۳۳
۵-۲-۷	تفسير متفاوتي براي حقوق جزا - براساس کيفيت اخلاقي اعمال - در مقابل تفسير کاربردي فعلي	۶۳۴
۵-۳	بررسي مجدد استفاده مطلوب از مجازات حبس	۶۳۷
۵-۳-۱	بازدارندگي مطلوب و مجازات حبس	۶۳۷
۵-۳-۲	ناتوان‌سازي مطلوب و مجازات حبس	۶۳۸
۵-۳-۴	اصول حقوق جزا	۶۳۸
۵-۴-۱	قصد	۶۳۹
۵-۴-۲	شروع جرم	۶۴۳
۵-۴-۳	سببيت	۶۴۷
۵-۴-۴	مسئوليت	۶۴۹
۵-۴-۵	جهل به قانون	۶۵۰
۵-۴-۶	اشتباه	۶۵۱
۵-۴-۷	اغفال	۶۵۳
۵-۴-۸	اکراه	۶۵۴
۵-۴-۹	اضطرار	۶۵۵
۵-۴-۱۰	دفاع از نفس، از ديگري، يا از مال	۶۵۵
۵-۴-۱۱	رضايت	۶۵۵
۵-۴-۱۲	اغماض و مصالحه	۶۵۶
۵-۴-۱۳	مروري بر پيشينه مباحث	۶۵۷

فصل ششم ساختار کلی حقوق ۶۵۹

- ۶-۱ ساختار کلی حقوق و مطلوبیت آن ۶۶۱
- ۶-۱-۱ ابعاد بنیادی مداخله حقوقی ۶۶۲
- ۶-۱-۱-۱ زمان مداخله: قبل از عمل، بعد از عمل، بعد از آسیب ۶۶۲
- ۶-۱-۱-۲ شکل مداخله: پیشگیری یا دفع یک ضمانت اجرا (و نوع آن) ۶۶۳
- ۶-۱-۱-۳ مداخله شروع شده به طور خصوصی در مقابل مداخله عمومی ۶۶۴
- ۶-۱-۱-۴ روش های مداخله حقوقی توصیف شده بر حسب سه بعد بنیادی ۶۶۴
- ۶-۱-۲ ساختار مطلوب مداخله حقوقی ۶۶۵
- ۶-۱-۲-۱ معیار رفاه اجتماعی ۶۶۶
- ۶-۱-۲-۲ تعیین کننده های زمان مطلوب مداخله ۶۶۶
- ۶-۱-۲-۳ تعیین کننده های شکل مطلوب مداخله ۶۶۹
- ۶-۱-۲-۴ تعیین کننده های مطلوبیت اجرای خصوصی در مقابل اجرای عمومی ۶۷۰
- ۶-۱-۳ تشریح تمثیلی ساختار مطلوب مداخله حقوقی ۶۷۳
- ۶-۱-۳-۱ حقوق شبه جرم ۶۷۳
- ۶-۱-۳-۲ مقررات ایمنی ۶۷۵
- ۶-۱-۳-۳ دستورات دادگاه ۶۷۸
- ۶-۱-۳-۴ حقوق قراردادهای ۶۷۹
- ۶-۱-۳-۵ حقوق جزا ۶۸۱
- ۶-۱-۳-۶ استفاده مشترک از روش های مداخله حقوقی ۶۸۲
- ۶-۱-۳-۷ تغییرات سودمند ممکن در ساختار مداخله حقوقی ۶۸۵
- ۶-۱-۴ ملاحظات: نقص تحلیل ۶۸۵
- ۶-۱-۴-۱ مروری بر پیشینه مباحث ۶۸۶

فصل هفتم اقتصاد رفاه، اخلاق و حقوق ۶۸۹

- ۷-۱ اقتصاد رفاه و اخلاق ۶۹۱
- ۷-۱-۱ اقتصاد رفاه ۶۹۲
- ۷-۱-۱-۱ چارچوب کلی ۶۹۲
- ۷-۱-۱-۲ مطلوبیت فردی ۶۹۲
- ۷-۱-۱-۳ امتزاج مطلوبیت ها از طریق کارکرد رفاه اجتماعی ۶۹۳

- ۷-۱-۲ تشریح قواعد اخلاقی ۶۹۵
- ۷-۱-۲-۱ تعریف یک قاعده اخلاقی ۶۹۵
- ۷-۱-۲-۲ ادامه تعریف: نشانه‌های روان‌شناسانه مربوط به نظریات اخلاقی ۶۹۷
- ۷-۱-۲-۳ سلیقه‌ها برای قواعد اخلاقی و مطلوبیت فردی ۶۹۸
- ۷-۱-۲-۴ توضیح: وجود سلیقه‌ها در قبال قواعد اخلاقی با اهمیت علم‌الاخلاقی آنها متفاوت است ۶۹۹
- ۷-۱-۲-۵ تجزیه و تحلیل توصیفی است ۷۰۰
- ۷-۱-۳ کاربری قواعد اخلاقی ۷۰۰
- ۷-۱-۳-۱ قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهند ۷۰۰
- ۷-۱-۳-۲ توضیح: تقویت رفاه ما با مبنای علم‌الاخلاقی برای قواعد اخلاقی تفاوت دارد ۷۰۰
- ۷-۱-۳-۳ متابعت از قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهد: زیرا نفع شخصی که از نظر اجتماعی نامطلوب است با متابعت از این قواعد محدود می‌شود ۷۰۰
- ۷-۱-۳-۴ متابعت از قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهد زیرا با متابعت از این قواعد از تصمیمات کوتاه‌نظرانه جلوگیری می‌شود ۷۰۱
- ۷-۱-۳-۵ چرا میل به اطاعت از قواعد اخلاقی داریم: انگیزه‌های درونی و بیرونی مربوط به نشانه‌های روان‌شناسانه قواعد اخلاقی ۷۰۱
- ۷-۱-۳-۶ قواعد اخلاقی باید دارای یک ماهیت خاص برای کاربردی بودن باشند؛ در منطق محض ممکن است آنها گمراه‌کننده باشند ۷۰۲
- ۷-۱-۴ منشأ قواعد اخلاقی ۷۰۲
- ۷-۱-۴-۱ کلیات ۷۰۲
- ۷-۱-۴-۲ مزیت تکاملی ۷۰۳
- ۷-۱-۵ اقتصاد رفاه و قواعد اخلاقی ۷۰۶
- ۷-۱-۵-۱ کلیات ۷۰۶
- ۷-۱-۵-۲ کاربرد قواعد اخلاقی این است که جامعه باید در جاگیر ساختن آنها سرمایه‌گذاری کند ۷۰۷
- ۷-۱-۵-۳ قواعد اخلاقی به صورت سلايق بر رفاه اجتماعی اثر می‌گذارند ۷۰۷
- ۷-۱-۵-۴ انتساب اهمیت مستقل به قواعد اخلاقی، رفاه اجتماعی را کاهش می‌دهد ۷۰۸

۷-۱-۵-۵	برهان تضاد پارتو	۷۰۹
۷-۱-۵-۶	مروری بر پیشینه مباحث	۷۱۱
۷-۲	دلالت‌های ضمنی تجزیه و تحلیل حقوق	۷۱۲
۷-۲-۱	رابطه مشهود بین قانون و اخلاق	۷۱۲
۷-۲-۱-۱	بین قانون و اخلاق تجانس تقریبی وجود دارد	۷۱۲
۷-۲-۱-۲	اما تفاوت‌های اساسی نیز بین قانون و اخلاق آشکار هستند	۷۱۳
۷-۲-۱-۳	توضیح مطالب پیش‌گفته	۷۱۵
۷-۲-۱-۴	اثر قانون بر اخلاق	۷۱۷
۷-۲-۲	قلمرو مطلوب قانون و اخلاق	۷۱۸
۷-۲-۲-۱	مقایسه کلی قانون و اخلاق به عنوان تنظیم‌کننده‌های رفتار	۷۱۹
۷-۲-۲-۲	قلمرویی که در آن اخلاق به تنهایی مطلوب است	۷۲۷
۷-۲-۲-۳	قلمرویی که در آن اخلاق و قانون مطلوب هستند	۷۲۹
۷-۲-۲-۴	قلمرویی که در آن قانون به تنهایی مطلوب است	۷۳۴
۷-۲-۳	طرح مطلوب قانون با در نظر گرفتن اخلاق	۷۳۸
۷-۲-۳-۱	کلیات	۷۳۸
۷-۲-۳-۲	شبه جرم‌ها	۷۳۸
۷-۲-۳-۳	قراردادها	۷۴۱
۷-۲-۳-۴	اجرای حقوق عمومی و حقوق جزا	۷۴۴
۷-۲-۳-۵	تأثیر قانون بر عقاید اخلاقی و کارآمدی آنها	۷۴۸
۷-۲-۴	ماهیت مباحثه اصولی درباره قانون و اخلاق	۷۴۸
۷-۲-۴-۱	ویژگی‌های مباحثه مشهود	۷۴۹
۷-۲-۴-۲	تفاوت اصلی بین مباحثه اصولی مشهود و دیدگاه اصولی مناسب	۷۵۰
۷-۲-۴-۳	نتیجه	۷۵۱
۷-۳	انصاف توزیعی درآمد و حقوق	۷۵۱
۷-۳-۱	توزیع درآمد و رفاه اجتماعی	۷۵۱
۷-۳-۲	نظام مالیات بر درآمد، توزیع درآمد و رفاه اجتماعی	۷۵۳
۷-۳-۲-۱	نظام مالیات بر درآمد	۷۵۳
۷-۳-۲-۲	نظام مالیات بر درآمد و توزیع مجدد مطلوب	۷۵۴

- ۷-۳-۳ اثر قواعد حقوقی بر توزیع درآمد ۷۵۷
- ۷-۳-۳-۱ کلیات ۷۵۷
- ۷-۳-۴ آیا اثرات قواعد حقوقی بر توزیع درآمد، در انتخاب آنها نقش دارد؟ ۷۵۹
- ۷-۳-۴-۱ با توجه به در دسترس بودن نظام مالیات بر درآمد برای نیل به اهداف توزیعی، قواعد حقوقی معمولاً نباید بر مبنای اثرات توزیعی شان انتخاب شوند ۷۵۹
- ۷-۳-۴-۲ سرعت تعدیل نظام مالیات بر درآمد ۷۶۱
- ۷-۳-۴-۳ تعدیل نظام مالیات بر درآمد به قواعد حقوقی خاص ۷۶۱
- ۷-۳-۴-۴ هزینه‌های اداری ۷۶۲
- ۷-۳-۴-۵ تعدد قواعد حقوقی ۷۶۲
- ۷-۳-۴-۶ تحریف تلاش کاری به موجب مالیات بر درآمد و توزیع درآمد کمتر از ایدئال متعاقب ۷۶۳
- ۷-۳-۴-۷ فرایند سیاسی که مالیات بر درآمد را تعیین می‌کند از نظر اجتماعی مطلوب نیست ۷۶۵
- ۷-۳-۴-۸ نتیجه ۷۶۶
- ۷-۴ ملاحظات پایانی ۷۶۶
- ۷-۴-۱ تحلیل تشریحی راجع به اثرات قواعد حقوقی ۷۶۶
- ۷-۴-۱-۱ مبنای این تصور عمومی که رفتار افراد به وسیله پیگیری محاسبه شده نفع شخصی توضیح داده می‌شود چیست؟ ۷۶۶
- ۷-۴-۱-۲ چرا عموماً در نمونه‌های نظری فرض می‌شود که فقط یک رشته نسبتاً مضیق از ملاحظات بر رفتار حاکم است؟ ۷۶۷
- ۷-۴-۱-۳ پیش‌بینی در نمونه‌های نظری و پیش‌بینی تجربی ۷۶۸
- ۷-۴-۲ تحلیل اصولی راجع به مطلوبیت اجتماعی قواعد حقوقی ۷۶۹
- ۷-۴-۲-۱ چرا مقیاس مطلوبیت اجتماعی غالباً به صورت یک مجموعه ساده در نظر گرفته می‌شود که بسیاری از عواملی را که در واقع برای رفاه اجتماعی مهم است، به ویژه جبران خسارت قربانیان، توزیع درآمد و برآورده ساختن اصول انصاف منعکس نمی‌کند؟ ۷۶۹
- ۷-۴-۲-۲ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه اجتماعی یک عامل منعکس‌کننده جبران خسارت قربانیان، یا به طور معمول تر، تخصیص خطر مالی در نظر گرفته شود؟ ۷۷۱

- ۷-۴-۲-۳ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه اجتماعی یک عامل منعکس‌کننده انصاف توزیعی در نظر گرفته شود؟ ۷۷۲
- ۷-۴-۲-۴ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه اجتماعی، قواعد اخلاق، انصاف و عدالت در نظر گرفته شود؟ ۷۷۳
- ۷-۴-۲-۵ درباره هدف اجتماعی شناخته شده «به حداکثر رساندن ثروت» چه می‌توان گفت؟ ۷۷۴
- ۷-۴-۲-۶ قواعد حقوقی ملاحظه شده چقدر با قواعد حقوقی مطلوب از نظر اجتماعی در مفهومی که مقیاس‌های رفاه اجتماعی مورد مطالعه را به حداکثر می‌رسانند، سازگار هستند؟ ۷۷۷
- ۷-۴-۲-۷ تفسیر هرگونه سازگاری مشهود بین قواعد حقوقی و مطلوبیت آنها در خصوص مقیاس‌های رفاه اجتماعی مورد مطالعه چیست؟ ۷۷۸
- ۷-۴-۲-۸ تفسیر عدم مطلوبیت نظام حقوقی در خصوص مقیاس‌های رفاه اجتماعی مورد مطالعه چیست؟ ۷۷۹

منابع و مآخذ ۷۸۱

سخن ناشر

کتابی که فراروی شما قرار دارد ترجمه‌ای است از کتاب *Foundations of Economic Analysis of law* نوشته آقای استیون شاول که تاکنون مقالات و کتب متعددی در زمینه موضوعات حقوقی و اقتصادی از وی چاپ شده است.

نویسنده در این کتاب مسائل مختلف حقوقی را از جنبه اقتصادی مورد بررسی و تحلیل قرار داده و تلاش کرده است تا عناصر اساسی و ضروری چنین تحلیلی را حداقل به صورت نظری تعیین و معرفی نماید، اگرچه در تحلیل‌های صورت گرفته به مطالعات آماری و مشاهدات تجربی نیز توجه شده است. وی مبانی و اصول تحلیل اقتصادی حقوق را به زبانی روان و با استفاده از مثال‌های ساده و بدون کاربرد معادلات ریاضی مرسوم در علم اقتصاد و نیز بدون استعانت از دکترین‌های پیچیده حقوقی بیان می‌نماید، به نحوی که هم برای اقتصاددانان و هم برای حقوق‌دانان به راحتی قابل استفاده باشد. البته در هر جا که لازم دانسته از توضیح ریاضی در پاورقی‌ها نیز سود جسته است. آنچه که بیشتر در این تحلیل‌ها مدنظر وی قرار داشته، تحلیل و ارزیابی سیاست‌های اجتماعی و قواعد حقوقی با استفاده از معیار رفاه اجتماعی بوده است.

نویسنده با طرح مباحث مختلف حقوقی در طی فصول متعدد کتاب، آنها را با دیدگاه اقتصادی و معیار رفاه اجتماعی تجزیه و تحلیل کرده و آثار این امور را بر رفاه اجتماعی جامعه و متقابلاً اثر رفاه اجتماعی بر آنها را بررسی می‌نماید و در این راستا از سه ویژگی تحلیل اقتصادی بهره می‌گیرد: اولاً از نمونه‌های آماری و آزمون‌های تجربی در تحلیل اقتصادی استفاده می‌کند، ثانیاً در توصیف رفتارها - در مقایسه با روش‌های

دیگر - اهمیت بیشتری به منطقی و آینده‌نگر بودن افراد می‌دهد و ثالثاً از روشنگر بودن تحلیل اقتصادی در میزان رفاه اجتماعی سود می‌برد.

اما آنچه بر اهمیت این کتاب می‌افزاید کاربرد نتایج تحلیل‌ها در امر تدوین قانون و متعاقباً اجرا و صیانت از قوانین است. برای تهیه و تدوین قواعد و مقررات حقوقی و قوانین حاکم بر هر جامعه، متناسب با طرز تلقی و رفتار افراد آن، قانون‌گذاران قطعاً به این مطلب توجه می‌کنند که آن قانون تا چه حد میزان رفاه اجتماعی افراد جامعه را افزایش یا کاهش داده و میزان مطلوبیت آن در بین مردم چگونه است.

بدون شک قوانین و مقرراتی ماندگار و اثرگذار خواهند بود که از جنبه‌های مختلف، از جمله از نظر اقتصادی و میزان رفاه اجتماعی مورد پذیرش و قبول اکثریت افراد جامعه قرار گیرند. نویسنده برای توضیح مطلب به مثال‌های معمولی و قابل فهم تمسک می‌جوید. مثلاً میزان مجازات قانونی برای عدم رعایت مقررات راهنمایی و رانندگی را به چالش می‌کشد و این مطلب را مطرح می‌کند که چنانچه هدف کاهش حجم تصادفات باشد باید میزان مجازات افزایش یابد. از این‌رو چنانچه هدف قانون‌گذار ارتقای سطح رفاه اجتماعی و افزایش آزادی‌های فردی در استفاده آزادانه از اتومبیل باشد قطعاً با افزایش مجازات در تضاد خواهد بود. یا این پرسش را در مورد حقوق قراردادهای مطرح می‌کند که میزان ضمانت اجرای لازم برای ایفای تعهدات قراردادی چگونه باید تعیین شود. سپس با استفاده از معیار رفاه اجتماعی و مطلوبیت فردی به آن پاسخ می‌دهد. این روال در سراسر کتاب و در مورد موضوعات مختلف از جمله اجرای قوانین تکرار می‌شود و تحلیل اقتصادی حقوق با استفاده از معیار رفاه اجتماعی و با طرح پرسش‌های ساده از قبیل چگونگی مطلوبیت مجازات حبس در مقایسه با جایگزین‌های آن و مواردی از این قبیل، در بوتۀ آزمایش قرار می‌گیرد. از آنجاکه بسیاری از قوانین حاکم بر جوامع نشئت گرفته از اصول اخلاقی و منطبق بر آنهاست، این موضوع نیز از دید نویسنده دور نمانده و در فصول پایانی کتاب هرچند به‌طور مختصر، رابطه این اصول با رفاه اجتماعی و تأثیر متقابل آنها را بر یکدیگر مورد تحلیل قرار می‌دهد.

اگرچه تحلیل‌های به‌عمل آمده در این کتاب در نظام حقوقی کامن‌لا صورت پذیرفته که با نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تفاوت‌های آشکار دارد، اما نتایج

چنین تحلیل‌هایی و تأثیر آنها در امر تدوین قانون و اجرای آن کلیت و عمومیت داشته و منحصر به نظام حقوقی و یا کشور خاصی نمی‌شود. از آنجاکه در این حوزه ادبیات جدی در کشورمان وجود نداشته و آشنایی با این مفاهیم به تدریج در حال شکل‌گیری است، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی بنابر رسالتی که در امر تحقیق و پژوهش برعهده دارد اقدام به ترجمه و انتشار این کتاب نموده است. انتشار ترجمه این کتاب و دسترسی علاقه‌مندان به یک متن تخصصی - تحلیلی جدی در این حوزه می‌تواند به بسط موضوع کمک کند و حداقل مبنایی برای آغاز مطالعات و پژوهش و زمینه‌ای برای کارهای آینده باشد.

امید است کتاب حاضر مورد استفاده تمامی علاقه‌مندان و به‌ویژه دانشجویان رشته اقتصاد و حقوق و همچنین کلیه کسانی که به‌نحوی با تدوین و اجرای قوانین سروکار دارند قرار گیرد و راهگشایی برای تألیف و ترجمه آثاری از این‌دست باشد. مرکز پژوهش‌ها از هرگونه نقد و نظری در این‌باره استقبال کرده و منتظر دریافت نظرات علاقه‌مندان است.

دکتر بهزاد پورسید

معاون پژوهشی مرکز

یادداشت مترجم

بررسی حقوق از دیدگاه اقتصادی که نباید آن را با حقوق اقتصادی به مفهوم خاص خود اشتباه گرفت، از موضوعاتی است که در ایران و دیگر کشورها کمتر به آن پرداخته شده است. نویسنده کتاب، آقای استیون شاول، دارای مدرک پی اچ دی در رشته اقتصاد از مؤسسه تکنولوژی ماساچوست و دانش‌آموخته علوم انسانی دانشکده حقوق هاروارد می‌باشد، در حال حاضر مدیر مرکز حقوق، اقتصاد و تجارت جان ام الین و پروفیسور حقوق و اقتصاد مرکز ساموئل آر. رزنتال دانشکده حقوق هاروارد است. وی تاکنون بیش از ۱۲۶ عنوان مقاله و کار تحقیقی و ۵ عنوان کتاب در زمینه‌های حقوقی-اقتصادی به رشته تحریر درآورده است.

کتاب حاضر، یکی از آثار برجسته وی به‌شمار می‌رود. نویسنده در این کتاب موضوعات مختلف حقوقی، همچون حقوق اموال، حقوق قراردادهای، مسئولیت و خطرپذیری، دادخواهی و فرایند دادرسی، اجرای حقوق عمومی و حقوق جزا و تأثیر متقابل این موضوعات با رفاه اجتماعی را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است. این کتاب منبع پژوهشی و تحقیقی مناسبی برای دانشجویان رشته‌های اقتصاد و حقوق محسوب می‌شود. امید است تمامی عزیزانی که آن را مطالعه خواهند کرد مرا از، رهنمودهای خویش بی‌نصیب نگذاشته و ایرادات نهان و آشکار ترجمه را که قطعاً کم نخواهند بود، متذکر گردند.

بر خود فرض می‌دانم که از دوست گران‌قدرم آقای دکتر بهزاد پورسید که راهنما و مشوق من در انجام این مهم بودند، از آقای محمدعلی محمدی ویراستار محترم که با قلم شیوا و سلیس خود به این ترجمه اعتبار بخشیدند تشکر و قدردانی نمایم.

پیشگفتار

هدف این کتاب انتقال انگاره‌های اساسی پیرامون موضوعی است که به‌عنوان تحلیل اقتصادی حقوق شناخته می‌شود. زمینه‌های مورد توجه ما همان زمینه‌های اصلی هر نظام حقوقی، یعنی قوانین حاکم بر اموال، حوادث، قراردادهای، جرم و فرایند دادرسی هستند. همان‌گونه که برای خواننده کتاب آشکار خواهد شد، تحلیل «اقتصادی» حقوق به عوامل اقتصادی مرسوم محدود نمی‌شود، بلکه همه عوامل غیراقتصادی (از قبیل انگیزه‌های نوع‌دوستانه) را نیز دربرمی‌گیرد؛ هرچند تحلیل اقتصادی حقوق براساس نظریه علمی اجتماعی نظم اقتصادی انجام می‌گیرد که به موجب آن، عمل‌کنندگان آینده‌نگر و منطقی تلقی می‌شوند و مبانی منفعت اجتماعی را در ارزیابی خط‌مشی‌ها صراحتاً مورد تأکید و تشریح قرار می‌دهند.

هدف من ارائه اصول تحلیل اقتصادی حقوق به روشی است که هم برای افراد علاقه‌مند به حقوق که اطلاعاتی از روش‌های اقتصادی ندارند و هم برای جامعه اقتصاددانان قابل حصول باشد؛ بنابراین از تحلیل اقتصادی به شکل ریاضی (به‌جز در پاورقی‌ها) و بحث مفصل دکترین حقوقی اجتناب کرده‌ام.

در پیرامون تألیف کتاب، از تفاسیر و نظر افراد بی‌شماری سود برده‌ام و به‌ویژه میل دارم از لوئیس کاپلو و میشل پولینسکی در این خصوص تشکر کنم.

همکاران دیگری که در این کار مرا یاری کردند عبارت‌اند از: لوسین بچاک، دیوید کوپ، چارلز دوناهو، رابرت الیکسون، دانیل کلرمن، دوگلاس لیتمان، توماس میلز، اریک پوسنر، ریچارد پوسنر، مارک رامزیر، دیوید رزنبرگ، کاترین اسپایر و کاس سانستین. همچنین مایلم تعدادی از دانشجویان را که در این تحقیق به من کمک کردند نام

ببرم: جورجیو آفرنی، برت هوانگ، سرگئی لاگودینسکی، لی مورلاک، دوتان اولیار، فردریک پولاک و اندرو سانگ.

از مرکز حقوق، اقتصاد و تجارت جان ام الین دانشکده حقوق هاروارد نیز به‌خاطر مساعدت‌هایی که در انجام این تحقیق به‌عمل آوردند قدردانی می‌کنم و سرانجام، از ماتئو سکومب به‌خاطر کمک در ویراستاری، از کارل کولمان برای کمک در تهیه دست‌نویس، از جولی کارلسون به‌خاطر ویراستاری نسخه دست‌نویس و از میشل آرنسون از چاپخانه دانشگاه هاروارد به‌خاطر نظارت بر روند انتشار کتاب تشکر می‌کنم.

مقدمه

به موجب روش اقتصادی تحلیل حقوق، دوگونه اصلی سؤالات درباره قواعد حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرند. نوع اول سؤالات تشریحی و راجع به اثرات قواعد حقوقی است. مثلاً، تأثیر نظام مسئولیت در قبال تصادفات اتومبیل بر تعداد این تصادفات، جبران خسارت قربانیان تصادف و بر هزینه‌های دادرسی چیست؟ نوع دیگر سؤال‌ها مبتنی بر اصولی است که به مطلوبیت اجتماعی قواعد حقوقی مربوط می‌شود.

بنابراین، ممکن است سؤال شود که آیا نظام مسئولیت ما در قبال تصادفات اتومبیل با فرض نتایج مختلفش از نظر اجتماعی خوب است؟ در پاسخ به این دو نوع سؤال به موجب روش اقتصادی، توجه نظری معمولاً بر مصادیق رویه‌ساز رفتار فردی و نظام حقوقی متمرکز می‌شود. مزیت مطالعه نمونه‌ها آن است که پاسخ دادن به سؤالات تشریحی و اصولی را به‌وضوح امکان‌پذیر می‌سازند و ممکن است درک تأثیر واقعی قواعد حقوقی بر رفتار را آسان‌تر ساخته و در اتخاذ تعیین سیاست حقوقی کمک کنند.

۱ تحلیل تشریحی

هنگام بررسی و پاسخ به سؤالات تشریحی پیرامون مصادیق، نظر غالب این خواهد بود که عمل‌کنندگان منطقی‌اند؛ یعنی آنها با آینده‌نگری به‌نحوی رفتار می‌کنند تا مطلوبیت مورد انتظارشان را به‌حداکثر برسانند. با فرض منطقی بودن رفتار افراد، می‌توان تأثیر قواعد حقوقی بر رفتار را معین کرد. این کار را می‌توان با دقت در مصادیق انجام داد؛ زیرا به این طریق تمامی فرضیه‌های مربوط به تمایلات افراد، دانش آنها، توانایی‌هایشان و محیط سنجیده خواهد شد. مثلاً، میزان احتیاط شخص در هنگام رانندگی قابل تعیین خواهد بود

- زیرا قبلاً تأکید شده که اعمال احتیاط برای شخص چقدر بااهمیت است - اینکه خود شخص در صورت به وجود آوردن یک تصادف اتومبیل در معرض چه آسیب دیدگی هایی خواهد بود، نقش مسئولیت چیست، چه شرایطی منتهی به دعوا خواهند شد و اینکه شخص دارای بیمه تصادف و بیمه مسئولیت است و نظایر اینها.

۲ تحلیل اصولی

ارزیابی سیاست های اجتماعی و براساس آن ارزیابی قواعد حقوقی با رجوع به میزان تعیین شده رفاه اجتماعی^۱ انجام پذیر است. زمانی یک قاعده حقوقی بر دیگری ارجح خواهد بود که قاعده اول منجر به سطح بالاتری از میزان تعیین شده رفاه اجتماعی گردد. بنابراین تحلیل اصولی ماهیتاً مشروط به شناسایی بهترین قاعده حقوقی متناسب با معیار رفاه اجتماعی تحت بررسی است. اگر هدف اجتماعی صرفاً به حداقل رساندن تعداد تصادفات اتومبیل باشد، بهترین قاعده احتمالاً در نظر گرفتن مجازات های شدیدی برای ایجادکننده یک تصادف خواهد بود، درحالی که اگر هدف اجتماعی دربرگیرنده حفظ منفعتی باشد که مردم از رانندگی در نظر دارند، بهترین قاعده مسلماً در نظر گرفتن مجازات های شدید برای ایجادکنندگان تصادف نخواهد بود.

این امر منتهی به این پرسش می شود که چه میزان از رفاه اجتماعی در تحلیل اقتصادی قواعد حقوقی مورد نظر است؛ اما پیش از آنکه این پرسش را مورد بحث قرار دهیم، اجازه دهید به طور مختصر درباره ماهیت مقیاس های رفاه اجتماعی توضیح دهیم.

طبق چارچوب اقتصاد رفاه می توان رفاه اجتماعی را به منزله کارکرد تندرستی افراد یعنی مطلوبیت هایشان تلقی کرد. مطلوبیت های هر فرد ممکن است به هر چیزی که فرد به آن اهمیت می دهد بستگی داشته باشد و نه تنها خواسته های مادی، بلکه مثلاً سلاقی وی درباره زیبایی، احساسات نوع دوستانه و انصاف گرایی را شامل شود. لذا احساس رفاه اجتماعی ممکن است به هریک از این عناصر بستگی داشته باشد و تا حد زیادی به مطلوبیت های افراد بستگی دارد. پس این تصویری اشتباه است که بگوییم از دید اقتصادی، رفاه اجتماعی فقط عوامل اقتصادی یعنی میزان کالاها و خدمات تولید شده و

۱. بحث رفاه اجتماعی و تحلیل اصولی آن در فصل هفتم به تفصیل مطرح خواهد شد.

مصرف شده را آن هم به صورت محدود دربرمی گیرد. علاوه بر این، مقیاس رفاه اجتماعی می تواند دربرگیرنده مطلوبیت تساوی مطلوبیت ها در میان افراد باشد. یعنی کارکردی که نشانگر مقیاس رفاه اجتماعی است ممکن است چنان باشد که داشتن مطلوبیت های مشابه را در نظر افراد والاتر از داشتن مقادیر مساوی از مطلوبیت های مختلف سازد.

کارکردهای رفاه اجتماعی با تأکید بر این ویژگی که تساوی مطلوبیت ها میل به افزایش رفاه اجتماعی را دربردارد، در موارد متعدد و به ویژه در ارتباط با مالیات بر درآمد مورد مطالعه اقتصاددانان قرار می گیرد.

بنابراین، مفهوم رفاه اجتماعی مورد استفاده در اقتصاد رفاه کاملاً عمومیت دارد و احتمالاً دیدگاه های اکثر خوانندگان را پیرامون منفعت اجتماعی دربرخواهد گرفت. با وجود این، روش استاندارد تحلیل گران اقتصادی محدود کردن توجه به مقیاس های نسبتاً ساده رفاه اجتماعی است و من نیز در اینجا همین کار را خواهم کرد.

دو نوع فرضیه ای که من در نظر خواهم گرفت باید در ابتدا مورد توجه قرار گیرند. یک فرضیه این است که رفاه اجتماعی معمولاً به توزیع مطلوبیت ها اهمیت نمی دهد؛ بنابراین اثر قواعد حقوقی بر توزیع رفاه با ارزیابی آنها به موجب مقیاس رفاه اجتماعی ارتباطی نخواهد داشت. این فرضیه مبتنی بر این عقیده است که توزیع مطلوبیت ها درواقع بی اهمیت است. در نظر گرفتن اثر قواعد حقوقی بر عوامل توزیعی موجب پیچیدگی تحلیل ما خواهد شد و با وجود این نتیجه گیری های ما را نیز در انتهای کار تغییر نخواهد داد. اگر بپرسید که چرا در نظر گرفتن عوامل توزیعی نتیجه گیری های ما را تغییر نمی دهد؟ پاسخ این است که جامعه دارای یک نظام مالیات بر درآمد و انتقال است که می تواند جهت توزیع مجدد درآمد مورد استفاده قرار دهد، بنابراین اگر من نظام مالیات بر درآمد و انتقال را در تحلیل خود در نظر می گرفتم، هر تغییری در این نظام می توانست هرگونه نتیجه توزیعی غیرمطلوب یک قاعده حقوقی را خنثی کند. به عنوان مثال اگر برخی از قواعد حقوقی در موازنه طوری از کار درمی آمد که به ثروتمندان کمک کند و به فقرا آسیب برساند، این امکان وجود داشت که با تغییر نظام مالیاتی از ثروتمندان مالیاتی سنگین تر و از فقرا مالیاتی کمتر گرفته شود و در نتیجه استفاده از قاعده حقوقی مورد نظر لزوماً هیچ گونه اثر توزیعی پس از تنظیم مطلوب نظام

مالیات و انتقال نداشته باشد. از این رو اگر فرض شود که نظام مالیات بر درآمد و انتقال برای ایجاد تغییرات مطلوب در توزیع درآمد مورد استفاده قرار خواهد گرفت، اثر توزیعی انتخاب قواعد حقوقی دیگر نباید اهمیت داشته باشد. البته ممکن است چنین فرض نشود که نظام مالیات بر درآمد و انتقال همیشه برای توزیع مجدد ثروت به نحو مطلوب مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ در آن صورت، انتخاب قواعد حقوقی ممکن است در بخش‌هایی بر اساس اثرات توزیعی مجددشان صورت گیرد.

فرضیه دیگر نظریات مربوط به انصاف و اخلاق را مورد توجه قرار می‌دهد. به طور مثال، مفهوم کلاسیک عدالت اصلاحی را در نظر بگیرید که مستلزم جبران خسارت قربانی برای صدمه وارده از سوی خطاکار می‌باشد. فکر می‌کنم بسیار روشن است که ایده عدالت اصلاحی به‌ویژه در ارتباط با تصادفات اهمیت اساسی برای افراد دارد، لذا ممکن است تصور شود که باید وارد مقیاس‌های رفاه اجتماعی شد. من معمولاً این گونه نظریات مربوط به انصاف را به‌خاطر سهولت بررسی از تحلیل خارج می‌کنم. اگرچه گاهی اوقات بعد از تحلیل یک قاعده حقوقی ذکر خواهم کرد که یک نظریه مربوط به انصاف چگونه بر نتیجه‌گیری‌هایم اثر می‌گذارد «من اصل کلی یکپارچگی اخلاق و نظریات مربوط به انصاف را در تحلیل اصولی در فصل هفتم پی خواهم گرفت».

چه چیزی تحلیل اقتصادی حقوق را از دیگر تحلیل‌های حقوق متمایز می‌سازد؟ ممکن است سؤال شود که آیا هیچ‌گونه اختلاف کیفی بین تحلیل اقتصادی حقوق به‌گونه‌ای که در اینجا توضیح داده شد - و دیگر روش‌های ارزیابی آن وجود دارد؟ آیا این مورد علاقه هر تحلیل‌گر حقوقی نیست که تعیین کند قواعد حقوقی چگونه بر رفتار اثر می‌گذارند و آنگاه قواعد را با ارجاع به معیار منفعت اجتماعی ارزیابی کند؟ پاسخ ظاهراً مثبت خواهد بود و از این رو در مفهوم کلی، نمی‌توان تحلیل اقتصادی را از دیگر تحلیل‌های حقوقی متمایز ساخت. اما آنچه ظاهراً تحلیل اقتصادی را متمایز می‌سازد دارا بودن سه ویژگی است. اول، تحلیل اقتصادی بر استفاده از مصادیق رویه‌ساز و نمونه‌های آماری و آزمون تجربی فرضیه‌ها تأکید دارد درحالی‌که دیگر روش‌ها معمولاً چنین تأکیدی ندارند. دوم، در توصیف رفتار، تحلیل اقتصادی نسبت به روش‌های دیگر اهمیت بیشتری به این دیدگاه می‌دهد که عمل‌کنندگان منطقی هستند و با نظر به

نتایج محتمل انتخاب‌هایشان عمل می‌کنند. سوم، در ارزیابی اصولی، تحلیل اقتصادی میزان رفاه اجتماعی مورد نظر را آشکار می‌سازد درحالی‌که روش‌های دیگر غالباً جایگاه معیار منفعت اجتماعی را مبهم و تلویحی باقی می‌گذارند.

۳ تاریخچه روش تحلیل اقتصادی حقوق

می‌توان گفت که نظریه اقتصادی اصولاً از نوشته‌های مربوط به جرم در آثار بکاریا (۱۷۶۷) و بنتام (۱۷۸۹) نشئت گرفته است. بنتام به تفصیل این نظریه را بسط داد که ضمانت اجرای قانونی ممکن است رفتار بد را کاهش دهند و این ضمانت اجراها باید هنگامی مورد استفاده قرار گیرند که بازدارنده هستند، نه در موارد و شرایطی که حائز چنین تأثیری نیستند (مثلاً در مورد دیوانه). پس از بنتام روش تحلیل اقتصادی حقوق تا دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ در حالت رکود و کمون قرار گرفت. در آن دوره، کوز (۱۹۶۰) یک مقاله محرک درباره انگیزه‌های کاهش صدمات ناشی از کاربرد حقوق اموال نوشت، بکر (۱۹۶۸) یک مقاله مؤثر در قالب شرایط جدید و با توسعه نظرات بنتام درباره جرم نوشت، کالابرسی (۱۹۷۰) بررسی مبسوط قواعد مسئولیت و مسئله حادثه را منتشر ساخت و پوسنر (۱۹۷۲) یک رساله جامع و تعدادی مقاله نوشت و مجله مطالعات حقوقی را منتشر کرد که در آن مطالعات و مقالات مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق به‌طور منظم به چاپ می‌رسید. از آن زمان تاکنون تحلیل اقتصادی حقوق رشد نسبتاً سریعی داشته است.

۴ رئوس مطالب و هدف این کتاب

این کتاب به چندین فصل تقسیم شده است، چهار فصل اول به زمینه‌های اساسی حقوق خصوصی - حقوق اموال، مسئولیت در قبال حوادث، حقوق قراردادها - و دادرسی مدنی مربوط می‌شود. به این زمینه‌های حقوقی، حقوق خصوصی اطلاق می‌شود زیرا همه آنها از طریق اقامه دعوی از سوی اشخاص خصوصی به جریان درمی‌آیند. در فصل پنجم کتاب، با اجرای حقوق عمومی سروکار داریم که در آن دولت از عوامل اجرایی مانند پلیس، بازرسان امنیتی و ممیزان مالیاتی برای ردیابی متخلفین و

تنبيه آنان استفاده می‌کند. جرم و حقوق جزا در این بخش مورد بحث قرار خواهند گرفت.

در فصل ششم به‌طور اختصار به بررسی سؤالات کلی درباره ساختار عمومی نظام حقوقی خواهیم پرداخت از این قبیل که چرا یک رفتار از طریق حقوق خصوصی و رفتار دیگر از طریق حقوق عمومی کنترل می‌شود.

سپس در فصل پایانی کتاب، به بررسی رابطه بین اقتصاد رفاه و اخلاق، مسائل مربوط به انصاف توزیعی درآمد و حقوق و پرسش‌های مشترک درباره روش اقتصادی تحلیل حقوق می‌پردازم.

هدف اصلی این کتاب عبارت از شناسایی و معرفی نقش عناصر عمده تحلیل اقتصادی در زمینه‌های اصلی حقوق با تأکید بر تئوری‌ها خواهد بود، اما درعین حال مطالعات مصداقی و آماری نیز مورد توجه قرار می‌گیرند. این تحلیل به طریقی ارائه خواهد شد که برای طیف وسیعی از مخاطبان قابل استفاده باشد. بنابراین اگرچه اکثر قسمت‌های کتاب حول نمونه‌های رفتاری و نظام حقوقی سازمان داده شده‌اند، این تحلیل فنی نخواهد بود (تمامی محاسبات در پاورقی‌ها درج شده‌اند). در نتیجه، خوانندگان حقوقی بدون هیچ‌گونه پیش‌زمینه جدی در علم اقتصاد، کتاب را قابل فهم خواهند یافت و در همین حال، اقتصاددانان نیز موضوع را دارای جاذبه طبیعی فکری می‌یابند و هیچ‌گونه مشکلی به‌خاطر فقدان پیش‌زمینه حقوقی نخواهند داشت زیرا حقوق تحت بررسی در اغلب قسمت‌ها یک دانش عمومی یا چیزی نزدیک به آن است.

فصل اول

حقوق اموال

در این فصل ابتدا به عناصر اصلی حقوق اموال پرداخته و آنگاه به بررسی این پرسش بنیادی می‌پردازم که چه چیزی نهاد اجتماعی اموال را توجیه می‌کند، یعنی بنیاد دسته‌ای از حقوق را که ما مشترکاً مالکیت می‌نامیم؛ بررسی خواهیم کرد. همچنین نمونه‌هایی از ظهور حقوق اموال را مورد بحث قرار می‌دهم.

سپس تعدادی از مسائل مهم درخصوص حقوق اموال را مورد بررسی قرار خواهیم داد و آنگاه درباره تقسیم حقوق اموال تحقیق خواهیم کرد (حقوق اموال ممکن است به‌طور هم‌زمان، در طول زمان یا برطبق احتمال تقسیم شود). در فراز بعدی، تنوعی از موضوعات راجع به اکتساب و انتقال اموال، شامل کشف اموال بلاصاحب یا گم شده، نظام‌های ثبت انتقال اموال و انتقال اموال در هنگام مرگ را مطالعه خواهیم کرد. در فرازی دیگر، اثرات خارجی و مشکلات اموال شامل تعاون و تعارض در استفاده از اموال و نحوه رفع چنین مشکلاتی را از طریق مذاکره و قواعد حقوقی مورد تحقیق قرار می‌دهم. سپس در مورد اموال عمومی بحث می‌کنم و این پرسش را که چرا دولت باید صاحب اموال باشد و همچنین روش دولت در اکتساب اموال از طریق خرید یا اعمال اختیارات قدرت حاکمه را مورد توجه قرار می‌دهم.

سرانجام، در فراز پایانی این فصل، عنوان خاص مالکیت فکری را تحلیل خواهیم کرد.

۱-۱ تعریف، توجیه و ظهور حقوق اموال

در این فصل، ابتدا حقوق اموال را تعریف می‌کنم، سپس به مزایایی که ممکن است برای توضیح وجودشان تصور شود می‌پردازم و در انتها مثال‌های متعددی از ظهورشان را مورد بحث قرار می‌دهم.

۱-۱-۱ تعریف حقوق اموال

من از اصطلاح حقوق اموال برای اشاره گسترده به دو گونه فرعی حقوق یعنی حقوق مالکانه و حقوق انتقال استفاده می‌کنم.

۱-۱-۱-۱ حقوق مالکانه

آنچه اغلب حقوق مالکانه نامیده می‌شود به افراد اجازه می‌دهد که از چیزها استفاده کنند و مانع استفاده دیگران از آنها شوند.^۱ یک حق مالکانه خاص عبارت است از حق انجام یک عمل خاص یا حق ممانعت از مبادرت دیگران به انجام آن.^۲

با تعمق در موضوع می‌توان مشاهده کرد که ترتیبات معمولی اموال، توده قابل ملاحظه‌ای از حقوق مالکانه را با محدودیت‌های خاصی به دنبال دارد. نظریه اولیه مالکیت دربرگیرنده مجموعه‌ای بزرگ از حقوق مالکانه اما با برخی استثنائات است. وقتی می‌گوییم که شخصی مالک قطعه‌ای زمین است، منظورمان به‌طور معمول این است که او می‌تواند مطابق میلش هر کاری (کاشت محصول، ایجاد بنا، بلااستفاده گذاشتن) را بر روی زمین، در هر زمان و به موجب هرگونه احتمال وقوعی انجام دهد. همچنین در نظریه مالکیت، حق مالک در ممانعت دیگران از استفاده آنچه که او مالک آن است در هر زمان و تحت هرگونه احتمال وقوعی مستتر است. هرچند حقوق مالکانه مالک مطلق نیست و اگر استفاده‌ای به دیگران آسیب برساند (نگهداری یک پشته کود که بوی سمی تولید می‌کند)، ممکن است ممنوع شود، یا تحت بعضی شرایط ممکن است مالکی مجبور گردد که به دیگران اجازه استفاده از چیزی را بدهد (در حالت ضرورت، ممکن است فردی اجازه داشته باشد در زمین غیر پناه بگیرد).

همچنین، به موجب مقررات اجاره، مستأجر مال عموماً از دسته بزرگی از حقوق مالکانه منتفع می‌گردد که اغلب آنها با مالکیت ارتباط دارند. به‌عنوان مثال، کسی که

۱. برخی از نویسندگان حقوق مالکانه را صرفاً به‌عنوان حق استفاده از چیزها و نه حق ممانعت دیگران از استفاده تعریف می‌کنند. موضوع تضمین این حقوق و سایر حقوق به‌طور کلی در فصل پنجم مورد بحث قرار گرفته است. در اینجا من فقط فرض می‌کنم که حقوق اموال مورد تأیید و حمایت هستند.

۲. یک عمل کاملاً خاص در توصیف شامل مکان، زمان و احتمالی که تحت آن ارتکاب یافته است، می‌شود. مثلاً حفر چاه در یک مکان معین در روز پنجشنبه در ساعت چهار بعدازظهر اگر بارانی نباشد (احتمال).

آپارتمان را اجاره می‌کند می‌تواند کمابیش همان‌گونه که میل دارد از آن استفاده نماید و مانع ورود دیگران حتی ماجر شود؛ اما ممکن است محدودیت‌هایی بر حقوق مالکانه مستأجر وجود داشته باشد که یک متصرف مالک با آنها مواجه نیست، مثلاً مستأجر یک آپارتمان مجاز به انجام تغییرات اساسی در آن نیست.

مثال شایان توجه دیگر عبارت است از ترتیبات اموال در مؤسسات اقتصادی. وقتی شخصی برای یک مؤسسه کار می‌کند اغلب از حقوق مالکانه خاصی منتفع می‌شود. یک فرد می‌تواند کارهای مختلفی در دفتر کاری که برای آن استخدام شده است انجام دهد و تحت شرایط نسبتاً گسترده‌ای دیگران را از انجام آنها ممنوع سازد. در استدلال محض و به‌خاطر بعضی از اهداف، محدود کردن این‌گونه ترتیبات عادی اموال به عناصر اصلی‌شان از جمله صفوف حقوق مالکانه‌ای که دربرمی‌گیرند مفید خواهد بود.

۲-۱-۱ حقوق انتقال

نوع دیگر حق در ارتباط با نظریه حقوق اموال، حق انتقال حق مالکانه یعنی اختیار شخصی که دارای یک حق مالکانه است در انتقال آن به شخص دیگر (معمولاً در عوض چیزی). حق دریافت‌کننده در انتقال بعدی حق مالکانه‌اش به شخص دیگر (و برای آن شخص در انجام همین کار و به همین ترتیب) نیز به این موضوع ارتباط نزدیک دارد ولی متمایز است. اگر خلاف آن مشاهده نشود ما فرض می‌کنیم که حق انتقال حقوق مالکانه به‌طور تلویحی شامل این رشته بعدی حقوق انتقالی هم می‌شود.

بدیهی است که ترتیبات عادی اموال، برخی حقوق انتقال حقوق مالکانه را به دنبال دارد و مفهوم مالکیت نه تنها حقوق مالکانه بلکه حقوق انتقال این حقوق مالکانه را نیز دربرمی‌گیرد. معمولاً فرض می‌شود که یک مالک قادر به فروش یا بذل اموالش می‌باشد و در این صورت تحصیل‌کننده مال همه حقوق مالکانه مالک و نیز حق انتقال این حقوق را به‌دست می‌آورد. هرچند به موجب مقررات اجاره، مستأجر نیز ممکن است حق انتقال حقوق مالکانه را به دیگری داشته باشد یا نداشته باشد. شخصی که آپارتمانی را اجاره می‌کند ممکن است مجاز به اجاره دادن آن به دیگری (اجاره فرعی) باشد یا از انجام این عمل برطبق قرارداد اجاره منع شده باشد.

به‌طور کلی، اگر بخواهیم در خصوص معنای حقوق اموال دقیق باشیم، باید یک وضعیت را بر حسب حقوق مالکانه و حقوق انتقال متعاقب آن توصیف کنیم.

۳-۱-۱ توجیهاتی برای حقوق اموال

۱-۱-۳-۱ مبنای کلی توجیه

یک پرسش بنیادی و قابل احترام به لحاظ قدمت، این است که چرا باید در چیزها حقوق اموال وجود داشته باشد؟ یعنی فواید حمایت از منافع مالکانه در چیزها و توانایی انتقال آنها برای ترویج رفاه اجتماعی در چه جنبه‌هایی به‌طور موسع تفسیرپذیر است؟ اکنون برخی از عواملی را که نشان می‌دهد وجود حقوق اموال باعث پرورش رفاه اجتماعی می‌شود مورد بررسی قرار می‌دهم.

۲-۱-۳-۱ انگیزه‌هایی برای کار

غالباً گفته می‌شود که حقوق اموال به افراد انگیزه کار می‌دهد و بررسی تفصیلی این استدلال به‌نوبه خود ارزشمند است. به این منظور، ابتدا یک نمونه رویه‌ساز را که در آن افراد یک کالا را تولید می‌کنند و مقیاس رفاه اجتماعی عبارت است از مطلوبیت کالا منهای بی‌فایده‌گی کار در نظر بگیرید. تعیین میزان کار مطلوب اجتماعی در این نمونه ساده است و بهترین حالت برای یک فرد یک ساعت اضافه کار کردن خواهد بود، تنها به شرطی که افزایش مطلوبیت مصرف آنچه در آن ساعت تولید می‌شود از بی‌فایده‌گی کار در آن ساعت بیشتر شود.

جدول ۱-۱ ساعات کار، بازده و رفاه اجتماعی

ساعات کار	بازده	مطلوبیت بازده	بی‌فایده‌گی کار	رفاه اجتماعی
۰	۰	۰	۰	۰
۱	۱	۱۰	۶	۴
۲	۲	۱۸	۱۳	۵
۳	۳	۲۴	۲۲	۲

مثال ۱. افراد می‌توانند ۰، ۱، ۲ یا ۳ ساعت کار کنند و هر ساعت کار یک فرد یک

واحد بازده داشته باشد. مطلوبیت کل بازده، بی‌فایده‌گی کل کار و رفاه اجتماعی به‌ازای هر فرد (مطلوبیت از بازده منهای بی‌فایده‌گی از کار) به‌نحوی است که در جدول ۱-۱ نشان داده شده است.

بدین ترتیب، رفاه اجتماعی به حداکثر خواهد رسید اگر هر فرد دو ساعت کار کند. کار در ساعت اول مفید است؛ زیرا مطلوبیت را تا عدد ۱۰ افزایش می‌دهد و بی‌فایده‌گی را فقط در حد ۶ نگه می‌دارد. کار در ساعت دوم رفاه فرد را بیشتر افزایش می‌دهد؛ زیرا مطلوبیت را تا ۸ و بی‌فایده‌گی را فقط تا ۷ افزایش می‌دهد، اما کار در ساعت سوم مطلوبیت را تا ۶ افزایش می‌دهد درحالی‌که شامل بی‌فایده‌گی بزرگ‌تری در حد ۹ خواهد شد.

میزان کار مطلوب اجتماعی در غیاب حقوق اموال انجام نخواهد شد؛ اگر هیچ‌گونه حقوق اموالی وجود نداشته باشد، افراد تمایلی به انجام کار در حد مطلوب اجتماعی نخواهند داشت و رفاه اجتماعی کمتر از حد مطلوب در نمونه تشریح شده خواهد بود زیرا در این حالت افراد انگیزه کار کردن ندارند. در شرایطی که حقوق اموال وجود ندارد، یک فرد در نظر خواهد گرفت که بازده کارش ممکن است از او گرفته شود، بنابراین در تصمیم‌گیری درخصوص یک ساعت کار اضافی، افزایش مطلوبیت بازده میزان اضافی تولیدش نسبت به کل میزان اضافی تولید را با بی‌فایده‌گی کار آن ساعت مقایسه می‌کند و هنگامی که این مقایسه را انجام می‌دهد ممکن است تصمیم بگیرد که کمتر از کمال مطلوب کار کند، زیرا او مطلوبیتی کمتر از بازدهی که می‌تواند برای مصرف خویش نگهدارد به‌دست می‌آورد. اجازه دهید این نکته را با یک مثال روشن کنیم.

مثال ۲. مثال یک را با این فرض اصلاح کنید که هر فرد نیمی از آنچه تولید می‌کند را به دیگرانی که می‌توانند این مقدار را دریافت کنند، می‌دهد. پس هر فرد تصمیم می‌گیرد که اصلاً کار نکند زیرا وضعیتی که هر فرد با آن مواجه می‌شود در جدول ۱-۲ نشان داده شده است.^۱ در اینجا یک فرد حتی اولین ساعت را هم کار نخواهد کرد چرا که با آن یک ساعت کار قادر خواهد بود فقط ۰/۵ واحد از بازده را برای خود حفظ و مصرف کند و بنابراین از مطلوبیت ۵ منتفع خواهد شد که کمتر از بی‌فایده‌گی کار معادل ۶ خواهد بود و قس علی‌هذا.

۱. سودمندی برای تولیدهای ۰/۵ و ۱/۵ به‌نحوی که نشان داده شده فرض می‌شوند و با جدول قبلی سازگار هستند.

جدول ۱-۲ ساعات و بازده در فقدان حقوق اموال

ساعات کار	بازده حفظ شده	مطلوبیت بازده	بی‌فایده‌گی کار	رفاه فردی
۰	۰	۰	۰	۰
۱	۰/۵	۵	۶	-۱
۲	۱	۱۰	۱۳	-۳
۳	۱/۵	۱۴	۲۲	-۸

در این مثال، افراد تصمیم می‌گیرند که اصلاً کار نکنند و بنابراین رفاه اجتماعی برابر صفر است. هرچند اگر مثال تغییر کند و افراد مقدار کمتری از تولیدشان را از دست بدهند، به میزان مثبتی کار خواهند کرد. این بدان معناست که یک میزان مثبت از بازده کار آنها گرفته خواهد شد که دو مسئله پیچیده ایجاد می‌کند. اول اینکه، هرکسی بازده را می‌گیرد باید مصرف کند، به عبارت دیگر آنچه گرفته می‌شود هنوز در رفاه اجتماعی مؤثر است. دوم اینکه، انگیزه‌های کار دریافتی هرکسی از دیگران باید دوباره مورد بررسی قرار گیرد. اما هیچ‌یک از این دو نکته این نتیجه‌گیری را تغییر نمی‌دهد که میزان کار و سطح رفاه اجتماعی کلاً از حد مطلوب منحرف خواهند شد.^۱

در نبود حقوق اموال این نیز امکان خواهد داشت که افراد تصمیم بگیرند بیش از تعداد

۱. به عنوان مثال فرض کنید که افراد در این نمونه شبیه یکدیگرند و هریک این فرصت را دارد که نه تنها کار کند و تولید نماید بلکه همچنین بخشی از تولید فرد دیگر را آزادانه بگیرد. پس انگیزه‌های یک فرد برای کار کماکان نامطلوب خواهد بود، زیرا این هنوز یک واقعیت است که در تصمیم‌گیری راجع به یک ساعت کار اضافه، فرد به خوبی می‌داند که قادر به حفظ کامل آنچه در این ساعت تولید می‌کند نخواهد بود.

ما می‌توانیم به تفصیل نشان دهیم که افراد تحت تصورات خاصی خیلی کم کار خواهند کرد. فرض کنید a بخشی از تولید است که گرفته می‌شود، w ساعات کار و نیز بازده تولیدی $u(w)$ عبارت از مطلوبیت ناشی از بازده مصرف شده است، در جایی که $u'(w) > 0$ و $u''(w) < 0$ و $d(w)$ عدم نفع کار باشد، جایی که $d'(w) > 0$ و $d''(w) > 0$. از نظر اجتماعی مطلوب است که w افزایش بدهد $u(w) - d(w)$ ، با این مفهوم که w مطلوب برقرار می‌کند $u'(w) = d'(w)$ ؛ فرض کنید w^* حد مطلوب w باشد. اگر بخش a از افراد گرفته شود و سپس اگر w' کاری می‌باشد که افراد مشابه معمولاً انتخاب می‌کنند، هر فرد خاص قادر خواهد بود مقدار aw' را از دیگری بگیرد. بنابراین هر فرد w خود را انتخاب می‌کند تا $u(aw' + (1-a)w) - d(w)$ را به حداکثر برساند، به این مفهوم که $(1-a)u'(aw' + (1-a)w) = d'(w)$. اما در موازنه، $w = w'$ تا اینکه بتوانیم $(1-a)u'(w') = d'(w')$ داشته باشیم. این بدان معناست که $w' < w^*$ تفکیک ضمنی $(1-a)u'(w') = d'(w')$ در ارتباط با a نشان می‌دهد که w' در حال کاهش در a می‌باشد و w^* با $a=0$ مربوط است.

ساعت مطلوب کار کنند نه کمتر از آن.^۱ توجه کنید که داشتن حداقل میزان بازده جهت مصرف برای امرار معاش ضروری است. پس یک فرد با اطمینان از آنکه می‌تواند این مقدار را پس از آنکه دیگران مقداری از بازده کار او را از وی گرفتند برای خود نگه دارد، مسلماً متمایل به کار بیش از آنچه در غیر این صورت انجام می‌داد خواهد بود.^۲ بازده کلی در این مثال، هنگامی که افراد بیش از حد مطلوب کار کنند بیشتر خواهد بود، ولی رفاه اجتماعی به‌سوی پایین‌تر از حد مطلوب خواهد رفت، زیرا ساعاتی که افراد بیش از میزان مطلوب کار می‌کنند ممکن است ساعاتی باشند که برای آنها میزان بی‌فایده‌گی کار بالاست (بی‌فایده‌گی کار ممکن است رشد کند همان‌طور که تعداد ساعات باقی‌مانده روز کاهش می‌یابد)^۳ همچنین تولید اضافی ممکن است بر اثر همکاری نسبتاً کم فردی که قبلاً دارای بازده قابل توجه بوده است، به‌طور نامساوی توزیع شود.^۴

۱. این احتمال که افراد ممکن است در نبود حقوق اموال بیشتر کار کنند تا در صورت وجود آن، معمولاً - و به‌طور اشتباه - به‌عنوان دلیلی علیه حقوق اموال تفسیر می‌شود. من قصد دارم تشریح کنم که وقتی افراد در نبود حقوق اموال بیشتر کار می‌کنند، رفاه اجتماعی باز هم پایین‌تر از وقتی است که حقوق اموال وجود دارد و سؤال عمده این است که آیا نبود حقوق اموال برانگیزه‌های کار اثر می‌گذارد و رفاه اجتماعی را کاهش می‌دهد اینکه تلاش برای کار و تولید به‌خودی‌خود کاهش یا افزایش می‌یابد؟

۲. وضعیت ذیل را مورد توجه قرار دهید:

ساعات کار	بازده	مطلوبیت بازده	بی‌فایده‌گی کار	رفاه اجتماعی
۰	۰	۰	۰	۰
۱	۱	۴۰	۲	۳۸
۲	۲	۴۵	۱۰	۳۵

توجه کنید که فرد بیشترین مطلوبیتش را از اولین واحد بازده کسب می‌کند (تفسیر شده به‌عنوان لازم برای امرار معاش) و اینکه کار برای یک ساعت دارای مطلوبیت اجتماعی است، اما اگر افراد نیمی از آنچه را تولید می‌کنند از دست بدهند بنابراین دو ساعت طول می‌کشد تا یک واحد بازده به‌دست آورند و لذا فرد دو ساعت کار خواهد کرد: پس رفاه او عبارت است از $30 = 40 - 10$ درحالی‌که اگر او یک ساعت کار می‌کرد رفاه او برابر با $18 = 20 - 2$ بود (با فرض آنکه مطلوبیت از 0.5 واحد بازده برابر با 20 باشد).

۳. این موضوع درخصوص مثال مذکور در یادداشت قبلی صدق می‌کند، در جایی که ساعت دوم کار بازدهی ایجاد می‌کند که به اندازه ۵ واحد ارزش دارد ولی شامل ۸ واحد بی‌فایده‌گی می‌شود.

۴. برای نشان دادن احتمال اخیر، اجازه دهید فرض کنیم که افراد یکسان هستند و یک احتمال موجود عبارت است از P که هر شخص بخشی از تولیدش a را از دست خواهد داد و یک احتمال برابر از یک واقعه مستقل که a ←

نتیجه مطلوب اجتماعی تحت حقوق اموال قابل حصول است: هنگامی که هر فرد دارای حقوقی در بازده خویش باشد. اگر هر فرد دارای حقوق مالکانه در بازده تولیدی اش باشد، به اندازه مطلوب اجتماعی کار خواهد کرد و رفاه اجتماعی به حداکثر می‌رسد. این یک استدلال کلاسیک برای مطلوبیت حقوق اموال است. به‌ویژه، یک فرد با حقوق مالکانه می‌داند که می‌تواند آنچه را تولید می‌کند مصرف کند و بنابراین مطلوبیت ناشی از بازده تولیدی اش را در یک ساعت اضافه کار با بی‌فایده‌گی کار مقایسه خواهد کرد. در مثال اول، افراد دو ساعت کار کردن یعنی میزان مطلوب را انتخاب خواهند کرد. طریق دیگر بیان این نکته که چرا مطلوبیت اجتماعی ایجاد می‌شود آن است که یادآوری کنیم در این حالت هدف هر فرد با هدف اجتماعی منطبق خواهد شد.

نتیجه مطلوب اجتماعی تحت حقوق اموال قابل حصول است: در صورتی که یک موجودیت نظارتی دارای حقوقی در تولید فرد باشد. یک روش متفاوت که منجر به نتیجه مطلوب اجتماعی می‌شود شامل موجودیتی است که دارای حقوق مالکانه در بازده افراد است و می‌تواند کار افراد را مورد نظارت قرار دهد. چنین دستگاه نظارتی مثلاً ممکن است مالک یک مزرعه باشد. اگر یک دستگاه نظارتی بتواند کار افراد را کنترل کند، با استفاده از پاداش یا مجازات متناسب، می‌تواند تضمین کند که آنها به میزان مطلوب کار کنند. اینکه آیا انگیزه‌های یک دستگاه نظارتی آن را به‌سوی انتخاب نتیجه

→ بازده شخص دیگری را به‌دست خواهد آورد. پس (با استفاده از پاورقی یک صفحه ۲۲) مطلوبیت مورد انتظار فرد عبارت خواهد بود از:

$$P^2u((1-a)w+aw')+(1-P)pu(w+aw')+p(1-P)u((1-a)w)+(1-P)^2u(w)-d(w)$$

شرایط مربوط است به اینکه او مقدار a از تولیدش را از دست می‌دهد و a از بازده شخصی دیگر به‌دست می‌آورد، اینکه او چیزی از دست نمی‌دهد اما a از تولید شخصی دیگر را به‌دست می‌آورد و قس علی‌هذا. چون او w را انتخاب می‌کند تا مطلوبیت مورد انتظارش را افزایش دهد و چون در موازنه $w=w'$ ، شرط موازنه حاصل می‌شود.

$$P^2(1-a)u'(w')+(1-P)Pu'((1+a)w')+(1-a)(1-P)pu'((1-a)w')+(1-P)^2u'(w')=d'(w')$$

اکنون عبارت سوم در طرف چپ این شرط ممکن است بیش از $u'(w')$ باشد زیرا $(1-a)w'<w'$. بنابراین موازنه ممکن است به شکلی باشد که افراد بیشتر کار کنند و بیش از حد مطلوب تولید کنند. آنها همچنان بدتر از وضعیت مطلوب هستند. برای آنکه صراحتاً ببینیم چرا این‌گونه است توجه کنید که همان‌گونه که نشان داده می‌شود، اگر آنها به‌اندازه w' کار کنند و کل بازده‌شان را حفظ کنند، افراد نسبت به وضعیت پرخطر درآمد بیشتری خواهند داشت، اما ما می‌دانیم که وقتی آنها بازده‌شان را حفظ کنند، درآمد بیشتری خواهند داشت اگر به‌اندازه w^* کار کنند تا w' .

مطلوب هدایت خواهد کرد و اینکه چگونه دخالت دستگاه‌های نظارتی با شرایط دخالت افراد به‌عنوان مالکان حقوق اموال در بازده‌شان مقایسه می‌شود البته پرسش‌های متفاوتی است، اما نکته صرفاً این است که رسیدن به نتیجه مطلوب تنها چنانچه ناظر، اطلاعاتی درباره کار افراد و حقوق مالکانه‌شان در بازده داشته باشد، ممکن خواهد بود.

توضیحات

الف) نتایج آنچه درباره حقوق اموال و انگیزه‌های کار مورد بحث قرار گرفت به مجموعه‌های واقعی و عمومی‌تر منتقل می‌شوند (همان‌گونه که نتایج مربوط به دیگر مزایای حقوق اموال مورد بحث قرار خواهند گرفت). به‌ویژه در اقتصادی با انواع متعدد کالاها و پول به‌عنوان وسیله مبادله، انگیزه فرد برای کار ذاتاً ناشی از توانایی‌اش برای مصرف محصول واقعی کارش نخواهد بود، بلکه انگیزه‌اش برای کار متأثر از توانایی‌اش در مصرف کالاهای مختلف خریداری شده با دستمزدش خواهد بود. اما چنین واقعیتی این نکته را تغییر نمی‌دهد که انگیزه‌های یک فرد برای کار در صورت وجود حقوق اموال به‌طرف مطلوب سیر می‌کند و در نبود این حقوق به‌سمت کمتر از حد مطلوب می‌رود.

ب) در کشورهای مدرن صنعتی، اکثر افراد انگیزه کار دارند نه به‌خاطر اینکه آنها می‌توانند محصولی را که تولید می‌کنند مصرف کنند یا بفروشند بلکه بیشتر به‌خاطر انگیزه‌ها و ساختار دستمزد ایجاد شده توسط دستگاه‌های نظارت در جایی که استخدام شده‌اند. افرادی که دارای حقوق مالکانه در تولیدشان هستند اصولاً محدود می‌شوند به برخی کشاورزان، صنعتگران، مغازه‌داران و صاحبان مشاغل مستقل.

ج) در مثال‌هایی که حقوق اموال شکسته می‌شود، مشاهده می‌کنیم که کار مولد کمتری انجام می‌گیرد. در طول جنگ‌های داخلی و دیگر تحولات عظیم، کار مولد عموماً متوقف می‌شود (در عوض، مردم خودشان را وقف حمایت از آنچه که دارند می‌کنند ولی برخی نیز مشغول غارت می‌شوند).

۳-۱-۱ انگیزه‌های نگهداری و بهبود چیزها

یک توضیح ضرورتاً مشابه برای حقوق اموال این است که آنها با انگیزه‌های حفظ و

بهبود چیزها مرتبط می‌باشند. اگر ما نمونه قبلی را دوباره تفسیر کنیم و فرض کنیم که نتیجه تلاش کاری عبارت است از حفظ یا بهبود چیزهای بادوام (مثل وقتی که افراد روغن ماشین‌ها را عوض می‌کنند یا به زمین کشاورزی کود می‌دهند)، ممکن است بگوییم یک ساعت کار اضافی برای فرد مطلوب اجتماعی خواهد بود اگر مطلوبیت حاصل از حفظ و بهبود، فراتر از میزان بی‌فایده‌گی کار باشد. به‌علاوه، در نبود حقوق اموال چنین نتیجه‌ای روی نخواهد داد؛ هنگامی که احتمال می‌رود چیزهای بادوام از افراد گرفته شوند، آنها احساس می‌کنند از بهبود این چیزها سودی نخواهند برد (اگر یک ماشین از فردی گرفته شود، او انگیزه‌ای برای نگهداری خوب آن نخواهد داشت). از طرف مقابل، افرادی که صاحب زمینه دارا شدن حقوق اموال در چیزهای بادوام هستند انگیزه مطلوبی برای بهبود چیزها دارند، چون در آینده مالک آنها خواهند بود. از عواید نگهداری و بهبود منتفع خواهند شد. بر همین اساس، اگر یک دستگاه نظارتی نیز وجود داشته باشد که رفتار فردی را مورد نظارت قرار دهد، می‌تواند افراد را به کار مطلوب جهت حفظ و نگهداری چیزها ترغیب نماید.

توضیحات

الف) این احتمال را در نظر می‌گیریم که چیزهای بادوام در آینده منتقل خواهند شد، مثلاً اینکه زمین کشاورزی وقتی مالک آنقدر پیر می‌شود که نمی‌تواند به کار ادامه دهد دست‌به‌دست خواهد شد. بنابراین میزان مطلوبیت اجتماعی تلاش در بهبود چیزهای بادوام متأثر از امکان استفاده آتی از چیزها برای مالکین جدید و نیز مالکین فعلی خواهد بود و در مثال مورد نظر میزان مطلوب اجتماعی بارورسازی زمین کشاورزی، انگیزه و عامل غنی‌سازی ظرفیت حاصلخیزی آن برای استفاده‌کنندگان فعلی و آتی است. علاوه بر این، بهبود مطلوبیت اجتماعی در چیزهای بادوام نه تنها به وسیله حقوق مالکانه بلکه به واسطه حقوق انتقال چیزها ترویج می‌گردد. قابل توجه اینکه، مالکان اغلب چیزها را از طریق فروش آنها انتقال می‌دهند و قیمت‌های فروش، عموماً از بهسازی صورت گرفته در چیزها تأثیر می‌پذیرند و چون مالکان فعلی چنین چیزی را پیش‌بینی می‌کنند به‌سوی انجام بهسازی‌های متناسب به نفع مالکان آتی ترغیب خواهند شد.

به عنوان مثال مالک فعلی زمین کشاورزی آن را به نفع مالکان آینده کود می دهد چون این کار او را قادر می سازد تا زمین را با قیمت بالاتر به آنها بفروشد.

ب) هر دو شکل انگیزه ها برای حفظ و بهبود چیزهای بادوام، چه آنهایی که از مالکیت ناشی می شوند و چه آنهایی که با روش نظارتی مرتبط هستند، درواقع کاملاً مهم به نظر می رسند. افراد چیزهای زیادی را مالک هستند که از لباس ها و دیگر اقلام شخص تا وسایل الکترونیکی، اتومبیل ها و زمین را دربرمی گیرد و طبیعتاً به سویی مراقبت از آنها هدایت می شوند. در جایی که چیزهای بادوام اجاره شده اند (یا مورد استفاده کارمندان مؤسسات قرار می گیرند) نیز متصرفان فعلی نیازمند انگیزه برای در نظر گرفتن منافع مالکان آتی هستند. این کار معمولاً با استفاده از الزامات حفظ و نگهداری (کود دادن زمین کشاورزی اجاره شده)، تعهدات مربوط به اجازه دادن به دیگران برای نگهداری چیزها (اجازه دادن به موجر برای ورود به آپارتمان جهت تعمیرات) و جریمه هایی برای ایراد صدمه (برای صدمه زدن به خانه یا اتومبیل اجاره شده) صورت می گیرد.

ج) به طور هم زمان ما به مشکلات مراقبت از چیزهای بادوام می پردازیم وقتی که هیچ کس مالک آنها نیست یا هنگامی که دشواری های اساسی در کنترل رفتار استفاده کنندگان از چیزها وجود دارد. به عنوان مثال، پارک های عمومی غالباً با بی مسئولیتی مورد استفاده قرار می گیرند (یا ویران می شوند) چون یک فرد معمولاً نمی تواند در آینده شخصاً از تلاشی که جهت حفظ پارک و امکانات آن صورت داده است منتفع گردد (اگر شخصی یک میز پیک نیک را تمیز کند احتمالاً از این کار در آینده سودی نخواهد برد چون بعید است که بعدها همان میز خاص را بی آنکه شخص دیگری از آن استفاده کرده و آن را کثیف کرده باشد مورد استفاده قرار دهد).

۴-۳-۱ انگیزه های انتقال چیزها

یک مزیت اضافی حقوق اموال این است که انگیزه انتقال سودآور را تقویت می کند. وقتی انواع مختلف کالاها وجود دارند، دلایل مستقیم و غیرمستقیمی وجود دارند که به موجب آنها از نظر اجتماعی مطلوب است که کالاها در میان مردم منتقل شوند.

مزیت مستقیم انتقال کالاها یعنی تجارت آن است که مطلوبیت اجتماعی را برای

کسانی که درگیر آن هستند افزایش می‌دهد. این امر شاید ناشی از متفاوت بودن اولویت‌های افراد با یکدیگر باشد. وقتی شخصی که مالک قطعه‌ای زمین (x) است و قطعه (y) را ترجیح می‌دهد با شخصی که مالک قطعه (y) می‌باشد ولی قطعه (x) را ترجیح می‌دهد معامله کند، هر دو نفر از این تبادل سود خواهند برد. معامله ممکن است حتی مطلوبیت افرادی را که اولویت‌های مشابه یا حتی یکسان دارند نیز افزایش دهد زیرا آنان ممکن است تمایل داشته باشند ترکیبی از انواع مختلف کالاها را مصرف کنند اما فقط یک یا چند نوع کالا را قبل از معامله مالک باشند. تصور کنید که شخصی دارای دو عدد سیب است ولی موز ندارد، شخص دیگری دارای دو عدد موز است ولی سیب ندارد و هریک ترجیح می‌دهد یک عدد از هر میوه مصرف کند تا دو عدد از یک نوع میوه. پس هریک با معامله یک عدد میوه در مقابل یک عدد از میوه نوع دیگر سود خواهد برد.

علاوه بر این توانایی انجام معامله باعث توسعه غیرمستقیم رفاه اجتماعی می‌گردد، زیرا موجب استفاده از روش‌های کارآمد تولید می‌شود. روش‌های کارآمد تولید از گردآوری تخصص‌های افرادی سود می‌برند که خود را وقف ساختن یک یا چند کالای وابسته نموده‌اند. اما خصوصیات کالاهای تولیدی یک مجموعه دور از آن چیزی است که ترکیب اهداف مصرف کارکنان آن را تشکیل می‌دهد و افراد در کارخانه‌ای که هزاران واحد از یک نوع کالا را تولید می‌کند نمی‌توانند فقط آن کالا را مصرف کنند. انتقال و معامله کالاهای تولیدی باعث می‌شود هر فرد بتواند انواع بسیار متفاوت کالاها را مصرف کند.

واضح است که اگر فقط حقوق مالکانه وجود داشته باشد دستیابی به حد مطلوب امکان‌پذیر نخواهد بود، چرا که چیزهای موجود مورد معامله قرار نخواهند گرفت و افراد به جای آنکه به‌طور جمعی سازمان‌دهی شوند و روش‌های کارآمد تولید را به‌کار گیرند صرفاً برای مصرف شخصی تولید خواهند کرد. حال آنکه اگر افراد از حقوق انتقال آنچه تولید می‌کنند همانند حقوق مالکانه منتفع شوند، یک نتیجه مطلوب قابل حصول می‌باشد. معاملات دوجانبه ممکن است برای طرفین کاملاً سودمند باشند و چون این امکان قابل پیش‌بینی است، افراد تمایل خواهند داشت چیزهایی را تولید کنند که می‌خواهند به نفع خودشان معامله کنند. لذا تولید کارآمد توسعه خواهد یافت. به همین ترتیب، اگر موجودیتی نظارتی نیز دارای حقوق مالکانه و حقوق انتقال چیزها باشد،

نتیجه مطلوب قابل دستیابی است؛ هرچند این امر مستلزم آن است که ناظر دارای اطلاعات لازم، به‌ویژه اطلاعاتی درخصوص ترجیحات افراد باشد.

توضیحات

الف) در بحث از تجارت، ذکر از کالاهای واسطه یعنی کالاهایی که در تولید کالاهای دیگر مورد استفاده قرار می‌گیرند به‌عمل نیامده است. قابلیت انتقال این کالاهای واسطه‌ای برای رسیدن به حد کمال مطلوب حائز اهمیت است. چنانچه انتقال کالاهای واسطه‌ای با مانع برخورد کند، مؤسسات مجبور خواهند بود این کالاها را خود تولید کنند (تولیدکنندگان اتومبیل مجبور خواهند بود قطعات مورد نیاز خودشان را تولید کنند) و این شیوه تولید بسیار ناکارآمد خواهد بود.

ب) مشاهده می‌کنیم که هم معامله‌گری افرادی که دارای حقوق انتقال هستند و هم اقدامات ناظران، در رسیدن به حد کمال مطلوب مؤثر هستند. درخصوص معامله‌گری افراد، نحوه فروش اموال شخصی کاملاً روشن است، همان‌گونه که معاملات بین مؤسسات در کشورهای سرمایه‌داری این‌گونه هستند. درخصوص دستورات ناظران باید یادآوری کرد که انتقال تجهیزات و انتقال بازده در مراحل مختلف تولید نوعاً از این طریق در یک مؤسسه کنترل می‌شوند. مثال دیگر در این مورد عبارت است از انتقال کالاها بین مؤسسات دولتی در اقتصادهای برنامه‌ریزی شده متمرکز.

ج) همچنین مشاهده می‌کنیم که وقتی حق انتقال وجود ندارد یا ناظری که از آن سود می‌برد آن را به‌خوبی اعمال نمی‌نماید، نتایج امر دارای مطلوبیت اجتماعی نخواهند بود. هنگامی که حقوق مربوط به زمین کشاورزی تحت حاکمیت حق کلاسیک عمری و رقبی قرار دارند - که به موجب آن شخص از حقوق مالکانه منتفع می‌شود اما نمی‌تواند آن را به دیگری بفروشد - ممکن است مشاهده شود که از زمین استفاده بیش از حد به‌عمل می‌آید زیرا مالک هیچ‌گونه نفع آتی از ارتقای کیفیت اصل مال ندارد. وقتی حقوق مربوط به آپارتمان‌ها ازسوی یک مقام اجتماعی تعیین می‌شوند، غالباً مواردی به‌وجود می‌آید که برخی خانواده‌ها از معامله آپارتمان‌ها با یکدیگر خشنود خواهند بود (چون مثلاً هرکدام از آنها می‌تواند نزدیک‌تر به جایی که کار می‌کند زندگی کند) اما

اجازه مبادله ندارند. وقتی انتقال کالاها در یک اقتصاد به موجب دستورات برنامه‌ریزی شده متمرکز صورت می‌گیرد، ناکارآمدی‌ها فراوان است و با تعداد زیادی معامله بالقوه سودمند مواجه خواهیم بود که انجام نمی‌پذیرند.

۵-۳-۱ اجتناب از اختلاف و تلاش برای حمایت یا گرفتن چیزها

اختلافات - که ممکن است شامل برخورد فیزیکی هم باشند - و تلاش برای حمایت از چیزها یا گرفتن آنها از دیگران به‌خودی‌خود از نظر اجتماعی نامطلوب هستند، زیرا ممکن است منجر به آسیب شوند و منجر به تولید چیزی نمی‌شوند. در صورت نبود حقوق اموال، افراد اغلب این را منطقی می‌دانند که تلاش و منابع خویش را مصروف گرفتن چیزها از دیگران کنند و این امر منجر به وقوع اختلافات خواهد شد، به‌علاوه افراد این را نیز منطقی می‌دانند که وقت و منابع خود را صرف حمایت و حفظ تصرف خود بر چیزهایشان کنند. این نتایج نامطلوب قابل اجتناب خواهند بود اگر دولت آماده و قادر به جلوگیری از گرفته شدن چیزهای افراد از سوی دیگران باشد و در ایدئال‌ترین حالت، تضمین حقوق اموال از سوی دولت انگیزه گرفتن یا صرف نیرو برای حفظ تصرف و حمایت از چیزها و نیز وقوع اختلاف را از بین خواهد برد.

توضیحات

الف) مشکلاتی که در صورت عدم حمایت مناسب از حقوق اموال ممکن است ایجاد شوند، در برخی قسمت‌های روسیه امروزی، آفریقای جنوبی و نقاط دیگر قاره آفریقا شایع هستند. به‌علاوه، حتی در کشورهایی که دولت تلاش زیادی در تضمین اموال می‌کند، افراد بسیاری به ارتکاب سرقت و غصب و تصرف عدوانی مشغول‌اند، ارقام بزرگی به حمایت از اموال تخصیص داده می‌شود و صدمه به اشخاص غالباً در طول تجاوز و سرقت روی می‌دهد.

ب) دو هزینه غیرمستقیم اما بسیار مهم دیگر علاوه بر موارد یاد شده در رابطه با فقدان تضمین حقوق اموال وجود دارند. اول اینکه، اموال ممکن است در هنگام سرقت خسارت ببینند (سارق ممکن است برای سرقت رادیوپخش اتومبیل، شیشه اتومبیل را بشکند و به رادیو نیز آسیب برساند). دوم اینکه، افراد ممکن است نوع اموالی را که استفاده یا

تولید می‌کنند با تمایل به آنچه که راحت‌تر قابل حفاظت است تغییر دهند (یک مزرعه‌دار ممکن است محصول بکارد به جای اینکه دام پرورش دهد زیرا دام هنگام چرا قابل سرقت است، ولو اینکه پرورش دام ارزش بیشتری داشته باشد).

۶-۳-۱-۱ حمایت در مقابل خطر

دیگر مزیت حقوق اموال این است که از اشخاص در مقابل خطر حمایت می‌کند و این امر به دلیل خطرگریزی عمومی افراد دارای ارزش اجتماعی است. روشن‌ترین موردی که حقوق اموال چنین حمایتی را تأمین می‌کند از طریق حفظ دارایی‌های افراد در مقابل تصرف عدوانی و سرقت شده است. به علاوه، نظام حقوق اموال اجازه انعقاد قراردادهای بیمه و تقسیم خطر برای حمایت در مقابل دامنه وسیع خطرات احتمالی طبیعی (از بین رفتن محصول به دلیل آفات، سیل)، فنی (بد عمل کردن محصولات) و ناشی از عدم ثبات بازار را می‌دهد.

۷-۳-۱-۱ دستیابی به توزیع مطلوب ثروت

توزیع مطلوب اجتماعی ثروت که رفاه اجتماعی را به حداکثر می‌رساند با هر اقدام مفروض رفاهی اجتماعی مرتبط است. البته صرفاً در چارچوب حقوق اموال، بعید است که توزیع ثروت به سوی حد مطلوب پیش رود، بلکه این کار از طریق توانایی افراد در گرفتن مشروع چیزها از یکدیگر، حمایت از آنچه دارند و به وسیله عناصر اتفاقی انجام می‌گیرد. متقابلاً تنها به موجب رژیم حقوق اموال، هرگونه توزیع ثروت مطلوب قابل حصول است زیرا هرچند ممکن است دولت ثروت را توزیع مجدد کند ولی در توزیع جدید نیز لزوم تضمین حقوق اموال رعایت خواهد شد.^۱

توضیحات

الف) درحقیقت، رساندن رفاه اجتماعی به حداکثر ممکن نه تنها شامل توزیع مقدار موجود ثروت می‌شود بلکه تولید ثروت را نیز دربرمی‌گیرد و هرگونه تلاش برای توزیع مجدد ثروت به منظور دستیابی به یک توزیع مطلوب عموماً بر انگیزه‌های تولید ثروت اثر

۱. این مزیت حقوق اموال با مزیت راجع به حمایت در مقابل خطر متفاوت است، زیرا افراد به موجب رژیم حقوق اموال و علی‌رغم توزیع ثروت در مقابل خطر مورد حمایت قرار خواهند گرفت.

می‌گذارد.^۱ شایان توجه آنکه اگر مالیاتی که یک فرد باید به دولت بدهد با افزایش ثروت یا درآمدش افزایش یابد، انگیزه وی برای کار کردن غالباً تضعیف خواهد شد و این مسئله عموماً دستیابی به توزیع ایدئال ثروت را غیرعملی می‌سازد، اما روشن است که فضای زیادی برای پیشرفت در توزیعی که از وجود نظام حقوق اموال ناشی می‌شود وجود دارد. (ب) این مزیت تحت بررسی حقوق اموال به‌وضوح یک مزیت بالقوه است زیرا توزیع واقعی ثروت به نظام سیاسی بستگی دارد و ممکن است به‌طور اساسی از نظریه ایدئالیستی منشأ گرفته باشد. نکته در اینجا صرفاً این است که بدون حقوق اموال، توزیع ثروت به مقدار زیادی از حالت ایدئال فاصله خواهد گرفت (و حجم ثروت موجود قابل توزیع کوچک خواهد بود).

۸-۳-۱ موارد فوق‌الذکر توجیهاتی برای نوعی از حقوق اموال هستند و نه لزوماً برای اموال خصوصی

اگر مزیت‌های حقوق اموال به‌قدر کافی زیاد باشند، وجود نوعی از حقوق را تضمین خواهند کرد. اما در حمایت از هر شکل خاص حقوق اموال و به‌ویژه برای یک رژیم اموال خصوصی که در آن چیزها معمولاً در مالکیت اشخاص خصوصی قرار دارند (و قابل فروش هستند) استدلال‌هایی آورده نشده است. غالباً ممکن است مزایای حقوق اموال، تحت رژیم‌های مختلف حقوق اموال مورد انتفاع قرار گیرند. قابل توجه آنکه در یک کشور سوسیالیست، همانند یک کشور سرمایه‌داری، حمایت از حقوق مالکانه به اجتناب از اختلاف و تلاش برای نفع بردن یا حمایت از چیزها منجر می‌شود، به‌علاوه انگیزه‌های کار در یک مجموعه سوسیالیست، همانند یک مجموعه سرمایه‌داری، با استفاده از ساختاری حقوقی که به رفتار خوب پاداش می‌دهد تقویت می‌شود ولو آنکه افراد مالک بازده خود نباشند. بر این اساس شرايطی که در آن، یک رژیم اموال خصوصی در مقایسه با یک رژیم سوسیالیست یا هر رژیم حقوق اموال دیگری بهترین محسوب می‌شود به‌وضوح و به‌صورت قابل توجهی پیچیده‌تر از توجیه فی‌نفسه حقوق اموال است و فراتر از حیطه کاری ما قرار دارد.^۲

۱. این موضوع در قسمت دوم از بخش سوم فصل هفتم مورد بحث قرار گرفته است.

۲. البته امروزه نوشته‌های مفصل و گسترده‌ای راجع به خواص اموال خصوصی و سیستم قیمت در مقابل برنامه‌ریزی مرکزی و سوسیالیسم وجود دارد. برای معرفی قابل دسترس و تفاسیری در مورد این نوشته‌ها به‌عنوان نمونه نگاه کنید به هیل برونر ۱۹۸۷، کوالیک ۱۹۸۷ و شلیفر ۱۹۹۸.

۹-۳-۱-۱ مروری بر پیشینه مباحث

توجیه حقوق اموال، مورد علاقه خاص نظریه پردازان سیاسی قرون هفدهم و هجدهم، به ویژه هابز، لاک، هیوم، بلک استون و بنتام بوده است (اگرچه مبنای حقوق اموال از زمان های اولیه موضوع تحقیق پژوهشگران بوده است).^۱ این نویسندگان عموماً تأکید می کنند که در نبود حمایت از حقوق مالکانه، افراد چیزها را از یکدیگر خواهند گرفت و اختلافاتی به وجود خواهد آمد و در چنین شرایطی انگیزه کار کردن تضعیف می شود. آنها همچنین اغلب به مزیت حق انتقال و معامله چیزها اشاره می کنند اما در استدلال های خود آن را بیشتر نتیجه وجود حقوق اموال می دانند نه جنبه ای مستقل از حقوق.^۲ امروزه، اکثر نوشته ها درباره حقوق اموال به مبانی اساسی آنها مربوط نمی شوند بلکه بیشتر به ویژگی های مطلوب حقوق اموال مربوط می گردند.^۳

۴-۱-۱ ظهور و بروز حقوق اموال

۱-۴-۱ کلیات

هنگامی که مزایای مختلف حقوق اموال بر هزینه های نهادینه کردن و حفظ حقوق غلبه

۱. سابقه ای طولانی از نوشتن راجع به حقوق اموال وجود دارد که حداقل به زمان یونانی ها و رومی ها برمی گردد. به عنوان مثال، ارسطو در کتاب سیاست خویش به این نکته توجه کرد که وقتی مال خصوصی نیست ممکن است انگیزه ها دستخوش تغییر شوند. برای مشاهده یک گاه شناسی انتقادی از نظریه اموال رجوع کنید: به شلاتر ۱۹۵۱.

۲. هابز (۱۹۵۸ [۱۶۵۱]) تأکید داشت که در فقدان حالت حمایت از اموال، خشونت همیشگی وجود خواهد داشت و هیچ گونه صنعتی به خاطر عدم قطعیت بازده وجود نخواهد داشت، به ویژه نگاه کنید به بخش اول از فصل حقوق قراردادها. لاک (۱۹۸۸ [۱۶۸۹]) تأکید نمی کرد که حقوق اموال موجب افزایش تلاش کاری می گردد. مرکز استدلال او برای حقوق اموال آن بود که وقتی شخصی تلاش خود را در تولید چیزی مصرف می سازد منصفانه خواهد بود که او در نتیجه این کار حقی را در آن چیز به دست آورد، نگاه کنید به رساله دوم، فصل ۵. هیوم (۱۹۹۲ [۱۷۳۹]) معتقد بود که تأسیس دولتی حقوق اموال برای جلوگیری از سرقت فردی از فرد دیگر ضروری است اما در خصوص انگیزه های تولید چندان صریح نبود اگرچه او ارزش معامله را نیز ذکر می کرد، نگاه کنید به کتاب ۳، بخش ۲، قسمت ۲ و ۴. بلک استون (۱۹۹۲ [۱۷۶۹-۱۷۶۵]) حمایت از حقوق اموال را ارزشمند می دانست زیرا باعث دفع اختلافات و ایجاد انگیزه برای تولید می شود، او همچنین به ماهیت سودمند تجارت نیز توجه داشت، نگاه کنید به کتاب ۲، فصل ۱. بنتام (۱۹۸۷ [۱۸۰۲]) بر انگیزه های ایجاد شده از طریق حقوق اموال تمرکز کرده بود و همچنین به خواص تجارت اشاره می کرد، نگاه کنید به *اصول قانون مدنی*، بخش ۱، فصل ۷، ۸ و ۱۰ و بخش ۲، فصل ۲.

۳. الیکسون ۱۹۹۳، در خصوص توجیه ضرورت وجود حقوق اموال در زمین بحث می کند. همچنین مطالعات تجربی در مورد منافع کلی حقوق اموال وجود دارند، نگاه کنید به تحقیق بسلی ۱۹۹۸ و به عنوان نمونه های خاص نگاه کنید به الستون و دیگران ۱۹۹۶، بسلی ۱۹۹۵ و فدروفینی ۱۹۹۱.

می‌کند، انتظار داریم که حقوق اموال از دل سابقه نبود حقوق یا از میان حقوقی که به خوبی استقرار نیافته‌اند ظهور کند. حقوق اموال احتمالاً در چنین شرایطی بوجود خواهد آمد زیرا اگر نسبت قابل توجهی از جمعیت پرمفعت‌تر بودن آن را به طور قطع یا احتمال بپذیرد فشارهای فردی و جمعی برای توسعه آنها تحت یک رژیم حقوق اموال شکل خواهد گرفت.^۱

۲-۴-۱-۱ مثال‌ها

مثال‌های متعددی از ایجاد حقوق اموال حاکی از مزایای آنهاست.

الف) حقوق بر زمین در طول دوره هجوم برای به دست آوردن طلا در کالیفرنیا

هنگامی که در سال ۱۸۴۸ در کالیفرنیا طلا کشف شد، هنوز حقوق اموال بر زمین و مواد معدنی در این منطقه نامشخص بود، زیرا آن سرزمین به تازگی از مکزیک گرفته شده بود، جمعیت منطقه کم بود و هیچ قدرت حاکمه‌ای نیز برای اجرای قانون وجود نداشت. پس از مدت کوتاهی، ناحیه طلاخیز کالیفرنیا به دو ناحیه تقسیم شد و در هر ناحیه، مردم درخصوص حقوق اموال پیمان‌های صریح و روشنی منعقد کردند. این پیمان‌ها نوعاً و به تفصیل ذکر می‌کردند که زمین چگونه واگذار می‌شود و سرقت و دیگر تخلفات از قوانین چگونه تضمین خواهند شد (اغلب به وسیله از دست رفتن و مصادره زمین یا طلای متخلف). جویندگان طلا برای به دست آوردن طلا، مجبور بودند به یکی از طرق سرمایه‌گذاری کنند. مثلاً، حفاری زمین باید انجام می‌گرفت و آب‌بندهایی باید ساخته می‌شد که در آنها طلا از خاک جدا گردد. این کارها انجام نمی‌گرفت و در نتیجه طلای کمی جمع‌آوری می‌شد اگر افراد به طور معقولی اطمینان پیدا نمی‌کردند که طلایشان سرقت نخواهد شد و زمینی که در آن گودال حفر کرده‌اند یا آب‌بند ساخته‌اند به نفع دیگران گرفته نخواهد شد.

علاوه بر این، پیمان‌هایی برای جلوگیری از خشونت (که درواقع کم بود) و کاهش نیاز به اینکه هر شخص وقت باارزش خود را صرف حفاظت از زمین خود کند طراحی

۱. نوشته‌ها درخصوص ظهور حقوق اموال در لیب کاپ ۱۹۸۶ مرور شده‌اند، همچنین رجوع کنید به کار بیلی ۱۹۹۸ و رز ۱۹۹۸.

شد و مزایای حقوق اموال مورد شناسایی دو جانبه مردمی قرار گرفت که چنین پیمان‌هایی را در این مراحل دراماتیک ظهور حقوق اموال منعقد کردند.^۱

ب) حقوق بر زمین در شبه‌جزیره لابرادور در دوران تجارت خز

در زمان توسعه تجارت خز در شبه‌جزیره لابرادور در آمریکای شمالی، بعضی از قبایل سرخ‌پوست نظام خاصی از حقوق مالی بر زمین به‌وجود آوردند که قبلاً وجود نداشت. قلمرو یک مالک غالباً به‌وسیله رنگ‌های درخشان قابل تشخیص بر روی درختان مشخص می‌شد و مالکیت شامل حق تلافی علیه متجاوزان بود. توضیحی که برای این نظام حقوقی بیان گردیده عبارت است از آنکه بدون این حقوق، شکار بیش از حد حیوانات خردار (به‌ویژه سگ آبی) نسل این حیوان را از بین می‌برد. با وضع حقوق اموال، مالکین زمین برای سرپرستی منابع حیوانی‌شان انگیزه می‌یافتند (مثلاً از طریق چشم‌پوشی کردن از حیوانات جوان و چرخشی کردن ناحیه‌هایی از زمینشان که در آن حیوانات را به دام می‌انداختند) زیرا آنها بعداً می‌توانستند از منافع داشتن ذخیره بزرگ‌تر منتفع شوند. پیش از ظهور تجارت خز، سرخ‌پوستان هیچ دلیلی نداشتند تا بیش از مقدار محدودی که برای مصرفشان لازم بود به جمع‌آوری خز بپردازند. بنابراین هیچ‌گونه خطر از بین رفتن ذخیره حیوانی وجود نداشت و طبعاً به حقوق مالی بر زمین نیازی نبود.^۲ (هرچند روشن نیست که چرا سرخ‌پوستان به‌جای ایجاد حقوق اموال پیمان‌های جمعی برای محدود کردن شکار به‌وجود نیاوردند).^۳

ج) حقوق بر منابع دریا: ماهیگیری، نفت و مواد معدنی کف دریا

تقریباً در اکثر دوران‌های تاریخی هیچ‌گونه حقوق اموال درخصوص ماهیگیری در اقیانوس وجود نداشته است، زیرا ذخیره‌های ماهی برای هر هدفی پایان‌ناپذیر بودند. با

۱. توسعه حقوق اموال در طول هجوم طلا در کالیفرنیا به‌خوبی مستندسازی شده و از نقطه‌نظر علم اقتصاد در لیب کاپ ۱۹۸۹ و آمیک ۱۹۸۱ تفسیر شده است.

۲. رجوع کنید به دمستر ۱۹۶۷.

۳. این مزیت حقوق اموال قاعداً بر هزینه‌های اجرای حقوق برتری داشته است. روشن نیست که این هزینه‌ها چه بوده‌اند. بعید است که سرخ‌پوستان به‌طور فعالی به مراقبت از مرزهای زمین‌هایشان پرداخته باشند زیرا این کار بیش از حد گران تمامی شده است. شاید فقط کفایت می‌کرد که یک مالک زمین به مراقبت از ناحیه کوچکی نزدیک لانه‌های سگ‌های آبی‌اش بپردازد و تله‌های بیگانه را شناسایی کند و سپس به شناسایی و تنبیه تله‌گذاران متجاوز بپردازد.

شکل‌گیری ناوگان قایق‌های ماهیگیری در اواخر قرن نوزدهم ماهیگیری شدت گرفت و امروزه جمعیت ماهیان تحت فشار بسیار بیشتری است که از افزایش میزان صید و روش‌های نوین مورد استفاده در ماهیگیری (کشتی‌های دارای کارخانه، تورهای بسیار طویل، ردیابی الکترونیکی ماهی) فاش می‌شود.

نیاز به حفظ جمعیت ماهی‌ها، کشورها را واداشت که از طریق یک‌سری معاهدات، حقوق اموال را بر ماهی‌هایی که در آب‌های ساحلی‌شان یافت می‌شوند گسترش دهند و در حال حاضر هر کشور از چنین حقوقی در یک منطقه اقتصادی انحصاری^۱ که تا دویست مایل از خط مبدأ ساحلی بسط می‌یابد منتفع می‌گردد. این وضعیت به هر کشور یک انگیزه طبیعی می‌دهد که ذخیره ماهی‌های خود را تهی نسازد تا بعداً بتواند از صید بیشتری سود برد، البته به این شرط که ماهی‌های مورد نظر به سمت خارج از منطقه اقتصادی انحصاری شنا نکنند.

به همین ترتیب هیچ‌گونه حقوق اموال برای نفت و مواد معدنی حاصل از کف دریا وجود نداشت، تا آنکه در اواخر جنگ جهانی دوم آشکار گردید که استخراج آنها می‌تواند از نظر تجاری برای رشد و ترقی مناسب باشد. امروزه، کشورهای ساحلی، دارای حقوق اموال بر منابع کف دریا در منطقه اقتصادی انحصاری هستند که به آنها (یا دقیق‌تر، به شرکت‌هایی که از آنها مجوز گرفته‌اند) انگیزه اکتشاف، توسعه فناوری برای استخراج و سپس بهره‌برداری از منابع معدنی (تا این تاریخ اصولاً کلوخه‌های مگنیز) و نفت را می‌دهد. در خارج از منطقه اقتصادی انحصاری، حقوق اموال بر کف دریا جزئی خواهد بود و این امر تحت حاکمیت یک مقام بین‌المللی که برطبق مقررات پیچیده معاهده حقوق دریاها تعیین می‌شود قرار دارد.^۲

د) حقوق بر طیف الکترومغناطیسی

با اختراع رادیو و دیگر وسایل ارتباط بی‌سیم، طیف الکترومغناطیسی — رسانه‌ای که سیگنال‌های الکترومغناطیسی از طریق آن حرکت می‌کنند — واجد ارزش شد و حقوق

1. Exclusive Economic Zone (EEZ)

۲. برای توصیف خلاصه‌ای از روند توسعه حقوق اموال در منابع اقیانوس رجوع کنید به بیلوویت ۱۹۹۱، ۷۹-۸۱. همچنین نگاه کنید به اکرت ۱۹۷۹، هانسون ۱۹۹۱، اسکات ۱۹۸۸ و سویینی، تالیسون و ویلر ۱۹۷۴ برای تحلیل‌های اقتصادی موضوع. در مورد معاهده حقوق دریاها، رجوع کنید به موافقت‌نامه مربوط به اجرای بخش ۱۱ کنوانسیون سازمان ملل در مورد حقوق دریاها و ضمیمه آن، ۲۸ جولای ۱۹۹۴.

اموال در آن به وجود آمد. چرا که اگر دو طرف به طور همزمان برای انتقال سیگنال‌ها در یک ناحیه و بر یک فرکانس تلاش کنند، سیگنال‌هایشان با یکدیگر تداخل پیدا می‌کنند و نتیجه سیگنال‌های منحرف شده خواهد بود. در روزهای اولیه پیدایش رادیو، این مشکل باعث شد که دولت آمریکا قانون رادیو را در سال ۱۹۲۷ به تصویب برساند (و در سال ۱۹۳۴ کمیسیون ارتباطات فدرال را تأسیس کند) و به موجب آن حقوق انحصاری ارسال طیف در زمان‌ها و نواحی معین بر روی خطوط مبنای خاص تخصیص داده شد. این حقوق اموال در طیف الکترومغناطیسی عموماً شکل مجوزهای غیرقابل انتقال با مدت محدود به خود گرفتند که قابل تمدید بودند. عدم امکان انتقال مجوزها و هزینه‌ها و دیگر موانع و مشکلات صدور مجوز و روند تمدید آن در طول سال‌ها منجر به نارضایتی از نحوه تخصیص طیف گردید. اخیراً، قرعه‌کشی‌ها و حراج‌ها برای تخصیص حقوق بخش‌هایی از طیف که این حقوق دارای قابلیت انتقال محدود هستند مورد استفاده قرار می‌گیرند.^۱

ه) حقوق بر اجرام ماورای زمینی و فضای ماورای جو

می‌توان انتظار داشت همان‌گونه که به تدریج زمینه‌های استفاده از اجرام ماورای زمینی و فضای ماورای جو آشکار می‌شود، حقوق اموال بر آنها نیز به وجود آید. در حال حاضر یک «معاهده ماه» وجود دارد که امضاکنندگان را ملزم می‌سازد یک رژیم بین‌المللی جهت حاکمیت بر استخراج منابع طبیعی ماه ایجاد کنند (اما تخصیص حقوق اموال را به تأخیر می‌اندازد).^۲ همچنین بحث‌های موجود (و برخی ادعاها) برای حقوق اموال بر مدار ثابت زمینی، پهنای فضای ۲۲۳۰۰ مایلی بالای خط استوا که ماهواره‌ها با سرعت چرخش زمین حرکت می‌کنند و لذا یک وضعیت ثابت نسبت به زمین را حفظ می‌کنند، قابل توجه است و به هر تقدیر این پرارزش‌ترین مدار برای ماهواره‌های مخابراتی و درعین حال یک منبع کمیاب است، به خاطر اختلالات الکترونیکی بین ماهواره‌ها که بسیار به یکدیگر نزدیک هستند.^۳

۱. رجوع کنید به کوز ۱۹۵۹، دی وانی و دیگران ۱۹۶۹ و اخیراً اندروز ۱۹۹۵، مک آفی و مک میلان ۱۹۹۶ و استانی ۱۹۹۴.

۲. موافقت‌نامه حاکم بر فعالیت‌های کشورها در ماه و دیگر اجرام سماوی، ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹، ماده (۵) ۱۱، ۱۸ مواد حقوقی بین‌المللی ۱۴۴۱-۱۴۳۴.

۳. نگاه کنید به کاسمو ۱۹۸۸، رابرتس ۲۰۰۰ و استاپل ۱۹۸۶.

۱-۲ تقسیم حقوق اموال

با بررسی دلایل کلی برای وجود حقوق اموال، اکنون تعدادی از عناوین حقوق اموال را مورد بررسی قرار می‌دهیم و این بررسی با مزایا و معایب تقسیم آنها شروع می‌شود.^۱

۱-۲-۱ تشریح تقسیم اموال

مجموعه حقوق اموال در یک زمان ممکن است به طرق متفاوت قابل تقسیم باشد: به حقوق مختلفی که به‌طور هم‌زمان مورد استفاده قرار می‌گیرند، به حقوقی که صرفاً تحت احتمالات خاصی مورد استفاده قرار می‌گیرند و به حقوقی که صرفاً در زمان‌های خاص مورد استفاده قرار می‌گیرند. به‌علاوه، حقوق مالکانه و حقوق انتقال آنها را می‌توان از یکدیگر تفکیک کرد. مثال‌های ذیل را درباره تقسیم حقوق اموال مورد توجه قرار دهید.

الف) مالک زمین ممکن است دارای حقوق مالکانه کامل نباشد اگر در آن زمین دیگران از حق ارتفاق منتفع باشند، یعنی حق عبور هم‌زمان از ملک او مانند عبور در امتداد یک راه یا عبور از یک جاده اختصاصی. همچنین دیگران ممکن است در زمین وی دارای حق انتفاع باشند که بتوانند چیزی مثل الوار، نفت یا مواد معدنی از آن زمین بردارند.

ب) مواد یک وصیت‌نامه ممکن است مقرر نمایند که واگذاری مال بستگی به احتمالات مختلفی داشته باشد، از قبیل اینکه نوه‌ها به دنیا آمده باشند، اینکه بچه‌ای هنوز زنده باشد، یا اینکه شخص تحصیلات خاصی را کسب کرده باشد.

ج) قرارداد اجاره باعث تقسیم حقوق اموال در طول زمان می‌شود و به موجب آن بسیاری از حقوق در طول مدت اجاره اما نه قبل یا بعد از آن دوره در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد.

د) فروش مال یا هبه آن موقعیت‌هایی هستند که به موجب آنها همه حقوق مربوط به مالکیت از آن لحظه به بعد به خریدار یا متب‌ب منتقل می‌شوند.

ه) به موجب رابطه امانی، امین حق اعمال مالکیت بر مال را به نفع دیگری در اختیار دارد. ذی‌نفع می‌تواند از استفاده از مال منتفع شود اما معمولاً حق فروش یا انتقال آن را که موجب تقسیم حقوق مالکانه و حقوق انتقال می‌شود نخواهد داشت. مثلاً یک طفل

۱. برای بررسی اقتصادی تقسیم حقوق اموال، نگاه کنید به استاک ۲۰۰۰.

یتیم می‌تواند در خانه‌ای زندگی کند اما یک امین بزرگسال از قبیل یک خویشاوند می‌تواند تصمیم به فروش یا عدم فروش آن بگیرد.

۲-۱- مزایا و معایب اجتماعی تقسیم حقوق مالکانه

تقسیم حقوق مالکانه ممکن است از نظر اجتماعی ارزشمند باشد هنگامی که اشخاص مختلف منافع مختلفی از یک مال به‌دست آورند؛ زیرا در صورت رعایت چیزهای دیگر، منافی قابل حصول است اگر حقوق مالکانه به کسانی تخصیص داده شوند که بیشترین منفعت را از آنها به‌دست می‌آورند. مثلاً این‌گونه خواهد بود اگر مالک غایب زمین‌های جنگلی به گردشگران حق عبور از مالش را بدهد یا اگر مالک یک خانه در یک منطقه بیابانی آن را در طول زمستان که خود نیازی به استفاده از آن ندارد، به کسی اجاره دهد.

مشکلات مختلفی در تقسیم حقوق مالکانه یا دقیق‌تر بگوییم تقسیم حقوق وجود دارند. اولین مشکل به این مسئله مربوط می‌شود که برخی نقل و انتقال‌های جزئی و هزینه‌های مربوطه باید برای انتفاع از حقوق مالکانه در یک چیز تحمل شوند. برای منتفع شدن از منافع یک زمین (راهپیمایی در آن، برداشت چوب از آن)، باید به محل زمین سفر کرد و احتمالاً تجهیزاتی را به آن انتقال داد. اگر حقوق مورد انتفاع خیلی محدود باشند این هزینه‌ها ارزش تحمل نخواهند داشت (هیچ‌کس یک سفر طولانی نخواهد کرد تا در یک جاده اختصاصی پنجاه فوتی راهپیمایی کند). اشکال دوم تقسیم حقوق مالکانه آن است که تقسیم منتهی به شانس بیش از یک فرد برای اعمال این حقوق بشود و لذا منتهی به اختلافات گردد. اگر افراد زیادی حق استفاده از استخر شنای واقع در حیاط یک شخص را در زمان‌های مختلف داشته باشند، بروز اختلاف میان افراد مختلفی که تمایل دارند به‌طور هم‌زمان از استخر استفاده کنند بدیهی خواهد بود، هرچند اگر تقسیم حقوق اموال صریح و روشن باشد این مشکل نباید به‌وجود آید و البته از نقطه‌نظر عملی این‌گونه نخواهد بود (در ساعت‌های استفاده ممکن است اختلاف داشته باشند).

مشکل سوم تقسیم حقوق مالکانه این است که استفاده یک شخص ممکن است با استفاده شخصی دیگر در تعارض باشد و منجر به اثرات خارجی زیان‌آور شود.^۱ اگر

۱. در مورد اثرات خارجی به قسمت ۴-۱ همین فصل رجوع کنید.

کشاورزی حق ارتفاق عبور از زمینش را به کسی بدهد، این فرد ممکن است در هنگام اعمال حق خویش محصولات کشاورز را لگدمال نماید. اما این مشکلات ایجاد نمی‌شد اگر حقوق مالکانه کاملاً قابل مشخص کردن و تضمین می‌بود زیرا در آن صورت حق مبادرت به رفتارهای مشکل‌ساز به کسی داده نمی‌شد و به‌عنوان مثال کشاورز با دادن حق ارتفاق به شخص عملاً حق لگدمال کردن محصولاتش را به او نمی‌داد. اما در هر حال تعیین اینکه شخص دارای حق ارتفاق محصولات را لگدمال کرده است یا خیر نیز ممکن است مشکل باشد (شاید او مدعی شود که حیوانات محصولات را لگدمال کرده‌اند). بنابراین دادن حق ارتفاق به یک شخص در عمل ممکن است به این معنا باشد که آن شخص حق لگدمال کردن محصولات را هم به‌دست آورده است.

همچنین یک مشکل کاملاً مرتبط تقسیم حقوق مالکانه این است که می‌تواند منتج به شکست در کسب سود از استفاده هماهنگ از مال شود؛ شخص با این حقوق ممکن نیست کارهایی انجام دهد که به دیگری در استفاده از مال کمک کند زیرا اولی هیچ سودی از انجام این کار به نفع دومی کسب نمی‌کند. اگر شخصی حق استفاده از زمین کشاورز را به‌عنوان چراگاه گله‌اش داشته باشد، می‌تواند از طریق پخش کردن کود کمک کند تا زمین کشاورز به‌خوبی حاصلخیز شود، اما او ممکن است این کار را نکند زیرا هیچ سود واقعی در آن نمی‌بیند (درحالی‌که، اگر خود کشاورز حیواناتش را در آن زمین بچراند، طبیعتاً انگیزه استفاده متناسب از کود را برای حاصلخیز کردن زمینش خواهد داشت). همان‌گونه که در مورد مشکل تعارض استفاده گفته شد، این مشکل نیز ایجاد نمی‌شد اگر حقوق مالکانه کاملاً مشخص و تضمین شده بودند، زیرا در آن هنگام اقدامات سودمند مثل پخش کردن کود مورد نیاز می‌بود.

مشکل دیگر تقسیم حقوق وقتی ظاهر می‌شود که تقسیم طولانی مدت باشد. مثلاً ممکن است حق ارتفاق عبور از زمین به کسی داده شده باشد و درعین حال مالک تصمیم به فروش زمین خود بگیرد. در این صورت هزینه معامله قدری افزایش خواهد یافت زیرا خریدار باید ماهیت تقسیم حقوق را درک کند و شاید دوست داشته باشد این احتمال را نیز که دیگران دارای حقی در مال هستند که او از آن آگاه نیست مورد تحقیق قرار دهد.

۳-۲-۱ مزایا و معایب اجتماعی تفکیک حقوق مالکانه از حقوق انتقال

شاید تصور شود که قرار داشتن حقوق مالکانه و حقوق انتقال آنها در اختیار یک شخص از نظر اجتماعی مطلوب است، زیرا تلقی معمول این است که دارنده حقوق مالکانه هم دانش و هم انگیزه اتخاذ تصمیمات درست درباره انتقال حقوق را دارد. دارنده حقوق مالکانه قاعده‌تاً دانش لازم برای تصمیم‌گیری راجع به انتقال را خواهد داشت چون با ویژگی‌های مال آشناست و طبیعتاً ارزش آن را برای خود می‌داند. وی همچنین طبیعتاً دارای انگیزه مطلوب اجتماعی برای تصمیم‌گیری درخصوص انتقال یک حق مالکانه می‌باشد چون می‌داند که منفعت حق مالکانه‌اش را از دست خواهد داد اگر آن را انتقال دهد و در مقابل صرفاً از آنچه در ازای این انتقال به وی داده شده است سود خواهد برد. به‌هرحال، شرایطی وجود دارند که تفکیک حقوق انتقال حقوق مالکانه را از خود حقوق مالکانه مفید می‌سازند. از جمله چنین شرایطی وقتی به‌وجود می‌آید که صاحب حقوق مالکانه دانش یا توانایی فکری برای تصمیم‌گیری درباره انتقال را نداشته باشد، مثل وقتی که یک بچه صاحب مال است و یک امین بزرگسال حق تصمیم‌گیری درخصوص فروش مال را دارد چون او قادر است بهتر از کودک تصمیم بگیرد. حالت مهم دیگری که در آن تفکیک حقوق مالکانه از حقوق انتقال ممکن است مفید باشد وقتی اتفاق می‌افتد که صاحب حقوق مالکانه انگیزه مناسب برای رعایت مصالح لازم در انتقال آنها را ندارد. به‌عنوان مثال، وقتی که یک نفر اتاقی را در خانه یک نفر دیگر اجاره می‌کند، انگیزه بررسی شخصیت مستأجر بعدی را ندارد، بنابراین بهتر است که وی حق اجاره فرعی دادن اتاق مورد اجاره را نداشته باشد.^۱

۴-۲-۱ تقسیم مطلوب اجتماعی حقوق اموال، تقسیم واقعی آنها و قانون

تقسیم حقوق اموال از نظر اجتماعی تنها هنگامی مطلوب خواهد بود که مزایای تقسیم بر معایب آن غلبه کند.

می‌توان انتظار داشت که تقسیم واقعی حقوق اموال ازسوی اشخاص خصوصی

۱. این مثال را می‌توان به‌صورت کلی بیان کرد. تقسیم حقوق مالکانه، همان‌گونه که پیشتر گفته شد، ممکن است با مشکلات تعارض استفاده و هماهنگی مرتبط باشد. اگر چنین باشد، بهتر است به صاحب بعضی از این حقوق اجازه انتقال آنها به دیگری داده نشود چون این کار ممکن است به شدیدتر شدن مشکلات بیانجامد.

به‌طور کلی منعکس‌کننده تقسیم مطلوب باشد. دلیل بنیادی این انتظار آن است که وقتی انتقال حقوق خاصی از نظر اجتماعی مطلوب باشد، نوعاً یک تبادل خصوصی دوجانبه سودمند حقوق نیز وجود خواهد داشت. مثلاً اگر مالک یک زمین دارای تجهیزات برای بریدن چوب نباشد و شخص دیگری این تجهیزات را در اختیار داشته باشد، مسلماً قیمتی وجود خواهد داشت که مالک زمین با آن حاضر به فروش حقوق خود بر چوب‌ها و شخص دیگر حاضر به خرید این حقوق خواهد بود. به‌علاوه، قانون در جهت کمک به اشخاصی که تمایل به تقسیم حقوق اموال دارند حرکت می‌کند. افراد عموماً قادر به تقسیم حقوق اموال با انعقاد قراردادهای هستند. بنابراین، مالک زمین ممکن است براساس یک قرارداد ترتیبی بدهد که شخص دیگری از حقوق بر چوب‌ها در طول یک دوره مشخص منتفع شود. همچنین، افراد غالباً می‌توانند به تقسیم دوجانبه مطلوب حقوق اموال برای دوره‌های طولانی، از طریق ابزار شناخته شده حقوق اموال شامل حق ارتفاق، حق انتفاع و عقود امانی مبادرت ورزند.

اما قانون محدودیت‌های مختلفی را بر تقسیم حقوق اموال اعمال می‌کند. شکل‌های عمومی حقوق اموال که افراد مجاز به استفاده از آنها هستند، محدود شده‌اند.^۱ به‌عنوان مثال، تا همین دوران اخیر، شراکت زمانی در مال غیرمنقول شکل مجاز مال شناخته نمی‌شد. مفسران بسیاری معتقدند که چنین محدودیت‌هایی از نظر اجتماعی مطلوب هستند زیرا آنها باعث ساده شدن معاملات فروش^۲ می‌شوند یا چون از قطعه‌قطعه شدن بیش از حد اموال که از طریق ادغام خصوصی^۳ قابل رفع نیست

۱. رجوع کنید به رادن ۱۹۸۷ که تأکید دارد بر این نکته که محدودیت اشکال حقوق اموال موجب معمای برای فکر اقتصادی می‌شود چون این محدودیت‌ها آشکارا مانع تقسیم مطلوب حقوق می‌شوند.

۲. معاملات فروش ممکن است با وجود محدودیت بر حقوق اموال شکل ساده‌ای به‌خود بگیرند چون همان‌گونه که در قسمت ۲-۲-۱ مورد توجه قرار گرفت، خریدار مجبور نخواهد بود شکل جدیدی از حقوق اموال را تفسیر کند، یا نگران و یا در جست‌وجوی امکان وجود یک منفعت پنهان در مالی که می‌خرد خواهد بود. بنابراین اگر شراکت زمانی مجاز نباشد، خریدار مال نیازی ندارد نگران معانی عبارات قرارداد باشد یا معلوم کند که آیا شخص ناشناس دیگری در آن مال دارای شراکت زمانی است. این نظریه توسط رادن ۱۹۸۷ مورد بحث قرار گرفته است و تفسیرهای آن از سوی مریل و اسمیت ۲۰۰۰ و توسط هانسمان و کراکمان ۲۰۰۲ مورد بسط و گسترش قرار گرفته‌اند.

۳. اگر تعداد زیادی شراکت زمانی فروخته شوند و ادغام آنها موجب کارآمدی بیشتر آنها باشد، بحث این است که ادغام از طریق خرید خصوصی به‌وجود خواهد آمد. لذا قانون ممکن است قطعه‌قطعه کردن را در وهله اول ممنوع سازد. این امکان توسط رادن ۱۹۸۷ مورد بحث قرار گرفته و به‌وسیله هلر ۱۹۹۹ مورد تأیید قرار گرفته است.

جلوگیری می‌کنند. این نظرات باید دقیقاً مورد تفسیر قرار گیرند.^۱ اگرچه در برخی موارد، محدودیت‌های تقسیم حقوق توجیه نسبتاً روشنی دارند. مثلاً به قواعد منطقه‌بندی توجه کنید که مانع کوچک‌تر شدن اندازه هر قطعه زمین از حداقل مجاز می‌شوند. قطعات کوچک ممکن است مورد علاقه صاحبان قطعات مجاور نباشند زیرا موجب تراکم و کاهش فضای سبز برای استفاده همگان می‌شوند. اگر چنین باشد و اگر برای افرادی که در مجاورت یکدیگر زندگی می‌کنند دشوار باشد که برای جلوگیری از کوچک شدن بیش از حد اندازه قطعات زمین با یکدیگر قرارداد ببندند، وجود مقررات مربوط به اندازه هر قطعه زمین برای دستیابی به این هدف مشترک ضروری خواهد بود.

۳-۱ تحصیل و انتقال اموال

در این فصل از کتاب، تحصیل و انتقال اموال را مورد بررسی قرار می‌دهیم، اهمیت این موضوع از آن‌روست که اکثر اموال حداقل یک‌بار تغییر مالک می‌دهند (در اقتصاد مدرن، کالا باید از سوی تولیدکننده به مصرف‌کنندگان فروخته شود). من بحث را با تحصیل مال

۱. در ارتباط با هدف ساده‌سازی معاملات فروش دو توضیح باید داده شود: اول، اگر تقسیم حقوق اموال باعث دشواری در فروش مال شود، مالک حق طبیعی خواهد داشت که اثر تقسیم حقوق بر هزینه‌های معامله را در نظر بگیرد. هرچند این استدلال که مالک دلیلی ندارد تا معاملات غیر از معامله خویش را در نظر بگیرد ممکن است به واسطه نگرانی عمومی میان خریداران مبنی بر آنکه مالشان ممکن است تحت منافع مخفی قرار داشته باشد، رد شود. این مشکل اغلب با اتکا به دو نوع قاعده حقوقی تخفیف یافته است: (الف) قاعده‌ای که به موجب آن تقسیم حقوق اموال تضمین نخواهد شد مگر آنکه صراحتاً در اسناد فروش ذکر شده باشد. درحقیقت تقسیم حقوق اموال بدین طریق محدودیت قانونی ندارد زیرا طبق تعریف، از طریق قراردادهایی بین اشخاص ذی‌نفع به وجود آمده‌اند (آنچه ممکن است ممنوع باشد تقسیم حقوق اموالی است که علیه شخصی اعمال می‌شود که هنگام انعقاد قرارداد برای اکتساب مال از وجود حق شخص دیگری در آن مال آگاه نبوده است). (ب) قاعده‌ای که به موجب آن تقسیم حقوق اموال تضمین نخواهد شد مگر آنکه تقسیم در دفتر ثبت درج شده باشد و احتمالاً حق الثبتی هم برای آن پرداخت شده باشد (تا کسانی را که این حقوق را به دست می‌آورند ترغیب نماید که هزینه‌ای را که دیگران برای بازبینی دفتر ثبت متحمل خواهند شد در نظر بگیرند). در مورد این مسائل رجوع کنید به هانسمان و کراکمان ۲۰۰۲.

در مورد عدم توانایی اشخاص خصوصی در ادغام مالی که بیش از حد تقسیم شده است، تعجب این است که چرا ادغام توسط اشخاص خصوصی معمولاً اتفاق نمی‌افتد (مثلاً چرا معمولاً شخصی موفق نمی‌شود شراکت‌های زمانی افراد مختلف را خریداری کند اگر آپارتمان در صورت استفاده یک شخص در طول سال ارزش بسیار بیشتری پیدا کند). به این سؤال اساسی تا به حال پاسخ قانع‌کننده‌ای داده نشده است اگرچه در برخی شرایط ممکن باشد مشکلات در معامله باعث تأخیر یا جلوگیری از ادغام خصوصی سودمند شوند.

بلاصاحب و با موضوعات مربوط به تحصیل مال گم شده یا جا گذاشته شده آغاز می‌کنم. سپس طرق معمول تحصیل مال، شامل انتقال به صورت فروش، در قالب هبه یا به صورت ارث را بررسی می‌کنم. سپس محدودیت‌های تحمیلی از سوی دولت بر فروش مال و انتقال غیرارادی مال به واسطه تصرف اصطلاحاً معارض را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۳-۱ تحصیل مال بلاصاحب

۱-۳-۱-۱ مقدمه

در اینجا انگیزه‌های یک فرد تنها و سپس اشخاص متعدد را در یافتن چیزهای بلاصاحب مثل ماهی در دریا یا حیوانات وحشی یا نفت یا ذخایر معدنی بررسی می‌کنم.^۱ (به دست آوردن چیزهایی که سابقاً هرگز در مالکیت کسی نبوده است گاهی اوقات تحصیل اولیه خوانده می‌شود).

مقیاس رفاه اجتماعی ارزش خالص مورد انتظار چیزها یعنی احتمال یافتن آنها ضربدر ارزششان منهای هزینه‌های جست‌وجو خواهد بود. من ابتدا وضعیت ساده تحصیل مال از سوی یک نفر و سپس وضعیت واقعی‌تر و پیچیده‌تر شامل چندین نفر را بررسی می‌کنم.

۱-۳-۱-۲ تحصیل مال از سوی یک نفر

اجازه دهید ابتدا رفتار مطلوب اجتماعی را تشریح کنم. وضعیتی را در نظر بگیرید که فردی فرصت دارد برای کشف یک چیز از کار خود یا منابع‌اش سرمایه‌گذاری کند. سرمایه‌گذاری برای آن فرد وقتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که باعث افزایش عایدی مورد انتظار به میزان بیش از هزینه‌هایش گردد. بنابراین اگر یک منبع مواد معدنی زیردریا دارای ارزش ۱۰۰۰ باشد و جست‌وجوی اکتشافی باعث افزایش احتمال کشف آن تا ۱۰ درصد شود، ارزش مورد انتظار تلاش برابر ۱۰۰ خواهد بود و این تلاش برای جست‌وجو فقط در صورتی باید انجام گیرد که هزینه‌اش کمتر از ۱۰۰ باشد.

۱. اغلب چیزهایی که در این قسمت نوشته شده است در مورد مال متروکه نیز قابل اعمال است، به قسمت ۲-۲-۱ همین فصل رجوع کنید.

الف) قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان منجر به مطلوبیت خواهد شد: یک فرد در صورتی به شکل مطلوب اجتماعی سرمایه‌گذاری خواهد کرد که ارزش کامل چیزی که کشف می‌کند را به‌دست آورد. در نتیجه، قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان «که به موجب آن یابنده مالک چیزی محسوب می‌شود که کشف کرده است» یابنده را به‌سوی عملکرد مطلوب برای یافتن چیزها هدایت خواهد کرد.^۱ در مقابل، قاعده‌ای که فقط بخشی از ارزش آنچه یابنده کشف کرده است را به او می‌دهد منجر به عدم کفایت انگیزه‌ها برای کشف چیزها خواهد شد.

۳-۱-۳-۱ تحصیل مال توسط چند نفر

در این حالت، تشریح رفتار مطلوب اجتماعی با پیچیدگی روبه‌روست. وقتی فردی در جست‌وجوی چیزی است، غیرحتمی بودن و احتمالی بودن آنکه آن فرد خاص آن چیز را پیدا کند نوعاً از احتمال کلی کشف - این احتمال که فردی آن چیز را پیدا کند فراتر خواهد بود. چرا که این شخص ممکن است جاهایی را که دیگران جست‌وجو کرده‌اند مورد - کاوش قرار دهد و از این‌رو احتمال کشف آن چیز از سوی شخص خاص اغلب به هزینهٔ احتمال کشف آن چیز از سوی دیگران می‌رسد. این عامل را می‌باید در تعیین مطلوبیت اجتماعی تلاش فرد در جست‌وجو مورد نظر قرار داد زیرا فقط افزایش احتمال کلی موفقیت است که تصمیم‌گیری و تلاش یک فرد مفروض را از نظر اجتماعی قابل توجیه می‌سازد.

مثال ۱. فرض کنید که «الف» به تنهایی چیزی را جست‌وجو می‌کند، درجهٔ احتمال کشف برای او ۱۰ درصد خواهد بود، ولی اگر «ب» به «الف» بپیوندد، درجهٔ احتمال کشف از سوی «ب» ۴ درصد خواهد بود و درجهٔ احتمال کشف از سوی «الف» به ۷ درصد سقوط می‌کند زیرا «ب» در مناطقی که «الف» جست‌وجو کرده است به جست‌وجو خواهد

۱. استثنای وارد بر نکتهٔ این پاراگراف به پول بلاصاحب مربوط می‌شود. تلاش مطلوب اجتماعی که به کشف آن اختصاص داده شود معادل صفر خواهد بود زیرا هیچ‌گونه ارزش اجتماعی برای پول وجود ندارد. دولت می‌تواند پول بیشتری با هزینهٔ ناچیز چاپ کند. اگرچه، ارزش پول برای یک فرد به‌ندرت صفر است؛ افراد تمایل دارند برای به‌دست آوردن پول گم شده مقادیر قابل توجهی سرمایه‌گذاری کنند. بنابراین، شاید بخشیدن مالکیت پول به یک شخص مطلوب نباشد اگر مثلاً آن پول در گاوصندوق کشتی باشد و کشتی در دریا گم شده باشد و این شخص جست‌وجوی پرهزینه‌ای را برای بازیابی آن پول متحمل شود.

پرداخت. اما اگر «ب» به همراه «الف» به جست‌وجو بپردازد، احتمال کلی کشف تنها یک درصد افزایش خواهد یافت - یعنی $10\% - 7\% + 4\%$ و نه چهار درصد.^۱

در نتیجه، افزایش یک درصدی در احتمال کلی کشف آن چیزی است که به محاسبه مطلوبیت اجتماعی جست‌وجو توسط «ب» مربوط می‌شود. اگر ارزش چیزی که مورد جست‌وجو قرار دارد ۱۰۰۰ باشد، هزینه جست‌وجو برای «الف» برابر ۱۵ و برای «ب» برابر ۲۰ خواهد بود، پس «الف» به تنهایی جست‌وجو خواهد کرد زیرا هزینه «ب» از افزایش ۱۰ (یعنی $10 \times 1\%$) در عایدی کلی مورد انتظار که او ایجاد خواهد کرد فراتر می‌رود.^۲

به‌طور کلی، آغاز یا تشدید جست‌وجو زمانی برای فرد دارای ارزش اجتماعی خواهد بود که هزینه آن با افزایش مورد انتظار احتمال کلی کشف آن چیز که معادل افزایش احتمال کشف آن چیز از سوی او منهای کاهش احتمال موفقیت دیگران در انجام همان کار می‌باشد، تضمین شود.^۳

الف) قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان منجر به جست‌وجوی بیش از حد می‌شود: اگر هرکس که چیزی را پیدا می‌کند مالک آن شود، در نتیجه انگیزه‌های اجتماعی جست‌وجو از حد

۱. من فرض می‌کنم که «الف» و «ب» به‌طور هم‌زمان یک چیز را کشف نمی‌کنند، لذا احتمال اینکه یکی از آن دو آن چیز را کشف نماید معادل جمع ۴ درصد و ۷ درصد خواهد بود.

۲. دقیق‌تر بگوییم اگر «الف» به تنهایی جست‌وجو کند، عایدی خالص مورد انتظار معادل $15 = 1000 \times 1\%$ خواهد بود، اگر «ب» به تنهایی جست‌وجو کند و با احتمال ۱۰٪ آن چیز را پیدا کند، عایدی خالص مورد انتظار معادل $80 = 20 - 1000 \times 1\%$ خواهد بود و اگر «الف» و «ب» جست‌وجو کنند، عایدی خالص مورد انتظار معادل $75 = 15 - 20 + 1000 \times 11\%$ خواهد بود، پس بهتر است «الف» به تنهایی جست‌وجو کند.

۳. برای تفصیل موضوع، فرض کنید که هزینه جست‌وجو برای هر شخص c است و اینکه x تعداد نفراتی است که جست‌وجو می‌کنند و اینکه $p(x)$ عبارت از احتمال هر شخص برای یافتن چیزی به ارزش v است. توجه داشته باشید که احتمال کلی پیدا شدن آن چیز برابر با $x p(x)$ می‌باشد (با فرض آنکه مردم آن چیز را به‌طور هم‌زمان پیدا نخواهند کرد). فرض کنید که $p'(x) < 0$ به‌علت دلایل مطروحه در متن (از جمله اینکه دیگران جایی را که یک شخص مفروض ممکن است گشته باشد جست‌وجو خواهند کرد) و اینکه $p''(x) > 0$. هدف جمعی برای x به حداقل رساندن اضافات جمعی است، $x p(x) v - c x$ یعنی x مطلوب (مدام در تغییر) واجد $p(x) v + x p'(x) v = c$ خواهد بود. یعنی افراد تا زمانی که حاصل مورد انتظار $p(x) v$ منهای کاهش در حاصل دیگران $x p'(x) v$ معادل هزینه c شود به جست‌وجو می‌پردازند. ضمناً x مطلوب را با x^* مشخص کنید.

مطلوب منحرف می‌شوند و میل به جست‌وجوی بیش از حد وجود خواهد داشت. زیرا انگیزه یک شخص برای جست‌وجو ناشی از این احتمال است که خود او آن چیز را پیدا خواهد کرد و جست‌وجوی او باعث کاهش شانس دیگران در یافتن آن چیز خواهد شد. بنابراین عایدی شخصی فرد از جست‌وجو به موجب قاعده یابندگان – نگهدارندگان از عایدی جمعی فراتر خواهد رفت و چون عایدی شخصی موجب انگیزش وی به جست‌وجو می‌شود، او غالباً بیش از حد مطلوب اجتماعی به جست‌وجو خواهد پرداخت. در مثال قبل، قاعده‌ای که به یابنده مالکیت می‌بخشد منجر به پیوستن «ب» به «الف» در جست‌وجو خواهد شد حتی اگر این کار از نظر اجتماعی مطلوب نباشد: «ب» یک عایدی مورد انتظار ۴۰ در مقابل هزینه‌اش ۲۰ خواهد داشت و «ب» اهمیتی نخواهد داد که عایدی مورد انتظار «الف» به ۳۰ سقوط می‌کند.^۱

توضیحات

الف حالت‌های جست‌وجو ممکن است از نظر اجتماعی بیش از حد متفاوت و متضمن قیود مختلفی باشد. اول، شاید اشخاص مختلف نواحی مختلفی را جست‌وجو کنند و لذا تلاش‌هایشان رقابتی نخواهد بود، اگر چنین شود عایدی خصوصی و عایدی اجتماعی یکسان خواهد بود و جست‌وجو از سوی هر شخص مطلوب می‌باشد. دوم، اشخاص ممکن است گاهی اوقات با یکدیگر همکاری و توافق کنند که حوزه جست‌وجو را به مناطق انحصاری مختلف تقسیم کنند، در این حالت نیز جست‌وجو از سوی هر شخص مطلوب خواهد بود. سوم، اگر جست‌وجوی یک شخص اطلاعاتی را درباره محل احتمالی آن چیز به دیگران منتقل کند، تلاش در جست‌وجو از نظر اجتماعی کمتر مطلوب خواهد بود: یک فرد ممکن است از سرمایه‌گذاری در جست‌وجو خودداری کند زیرا پیش‌بینی می‌کند دیگران به او ملحق شوند و عایدی‌اش کاهش یابد، یا ممکن است تلاش‌هایش را

۱. در وضعیت مطروحه در پاورقی پیشین، می‌توان مشاهده کرد که افراد بسیاری به جست‌وجو می‌پردازند. یک فرد به جست‌وجو می‌پردازد تا زمانی که عایدی مورد انتظارش $p(x)v$ حداقل معادل c است بنابراین شرط تعیین‌کننده x برابر است با $p(x)v = c$ ، البته x را که چنین تعیین شده است x^{**} بخوانید. واضح است که $x^{**} > x^*$ خواهد بود زیرا x^* واجد $p(x)v = c - xp'(x) > c$ می‌باشد. برای بررسی نوشته‌های اقتصادی گسترده در خصوص عدم کارآمدی ممکن تحت قاعده یابندگان – نگهدارندگان و رابطه‌اش با قانون به لاک ۱۹۹۸ رجوع کنید.

محدود کند تا از دید دیگران پنهان بماند (کار فقط در شب به منظور عدم جلب توجه).
 ب) علی‌رغم قیود مورد اشاره روشن است که در هریک از مثال‌های مذکور تلاش بسیار زیادی برای پیدا کردن چیزها صرف شده است. یک مورد شناخته شده در این خصوص ماهیگیری است. تلاش در این جهت کاملاً معمول است که تعداد ماهی‌های مورد نظر را بتوان با ناوگان کوچک‌تری صید کرد. به این منظور سرمایه‌گذاری در تجهیزات ماهیگیری (موتورهای قوی برای زودتر رسیدن از کشتی‌های دیگر به یک نقطه، سونار برای ردیابی ماهی‌ها) به‌طور قابل ملاحظه‌ای بیش از حد بوده است؛ روش‌های ارزان‌تر تنها برای حفظ میزان بازده فعلی کافی هستند.^۱ متقابلاً تلاش‌ها برای کشف و استخراج نفت گاهی اوقات غیرقابل توجیه بوده‌اند. مثلاً در مناطق نفتی تگزاس شرقی، بیش از نیمی از همه حفاری‌ها در اواخر دهه ۱۹۳۰ غیرضروری و بی‌فایده بوده‌اند.^۲

۱-۳-۱-۴ راه‌چاره‌های مشکل جست‌وجوی بیش از حد

یک پاسخ به مشکل جست‌وجوی بیش از حد به موجب قاعده یابندگان - نگهدارندگان عبارت است از کاهش عایدی ناشی از کشف از طریق اعطای فقط بخشی از مالکیت به یابندگان یا تحمیل مالیات بر آنچه پیدا می‌شود.^۳ راه‌چاره دیگر، کنترل حجم فعالیت جست‌وجو (تعداد ماهیگیران، طول فصل ماهیگیری)، روش‌های جست‌وجو (اندازه‌های مجاز تور، انواع کشتی‌ها) و کمیت صید از سوی دولت است. مشکل اصلی در این ارتباط، همچون هر روش کنترلی دیگری، به کیفیت نگرش دولت درباره مقررات مناسب و صراحت قواعدش مربوط می‌شود (صرف تحدید تعداد ماهیگیران لزوماً به انتخاب بهترین ماهیگیران منجر نمی‌شود). روش مطلوب دیگر برای دولت عبارت از فروش یا اعطای حق انحصاری

۱. یک مثال مهیج در این مورد آن است که تلاش و تجهیزات بسیار زیادی به‌منظور شکست دادن رقیبان در صید شاه‌ماهی در آلاسکا اختصاص داده شده است درحالی‌که در جریان یک سفر به من گفته شد فصل ماهیگیری ممکن است کمتر از یک ساعت باشد. واضح است که صید شاه‌ماهی به‌صورت ارزان‌تر و در مدت طولانی‌تر از نظر اجتماعی قابل ترجیح خواهد بود. در مورد عدم کارایی سرمایه‌گذاری و افراط در تلاش مصروف شده در ماهیگیری، رجوع کنید به جانسون و لیبکاب ۱۹۸۲.

۲. رجوع کنید به الی ۱۹۳۸، ۱۲۳۳.

۳. اما این امر به سطوح ناکافی جست‌وجو منتهی خواهد شد اگر جست‌وجوگران همکاری کرده باشند و قلمرو جست‌وجو را به مناطق انحصاری متمایز تقسیم کرده باشند.

جست‌وجو به یک فرد یا جمعی از افراد خواهد بود. از جمله، دولت می‌تواند حق اکتشاف نفت در ناحیه فراساحلی را بفروشد. این کار باعث رفع مشکلات مربوط به انگیزه‌های اکتشاف خواهد شد زیرا خریدار حق اکتشاف، این انگیزه را خواهد داشت که تعداد مطلوب از کاوشگران را انتخاب و اعمال آنها را هماهنگ کند و انگیزه خریدار به حداکثر رساندن عایدی کلی مورد انتظار منهای هزینه‌های کلی کاوشگران استخدام شده خواهد بود. اما وقتی فعالیت جست‌وجو و کشف مورد توجه دولت قرار نداشته باشد، وضعیت بالفعل با وضعیتی که یابندگان، مالکیت آنچه را کشف می‌کنند تحصیل می‌نمایند یکسان خواهد بود و هیچ راه چاره‌ای برای این وضعیت وجود ندارد.

۵-۱-۳-۱ قانون

ویژگی قانون مربوط به حقوق یابندگان چیزها بستگی دارد به اینکه آن چیزها ماهی، شکار، نفت یا منابع مواد معدنی زیر دریا یا چه چیز دیگر هستند؟^۱ در بسیاری موارد حق مالکیت آنچه کشف شده به یابندگان داده می‌شود اما به‌منظور مقابله با مشکل جست‌وجوی بیش از حد محدودیت‌هایی برای یابندگان ایجاد می‌گردد.^۲ آنهایی که در دریا ماهی صید می‌کنند و آنهایی که در مناطق مخصوص به شکار می‌پردازند معمولاً مالکان مناسبی فرض می‌شوند اما محدودیت‌هایی بر مقدار ماهی و شکاری که می‌توانند بگیرند و زمان‌های صید و شکار و اینکه چه کسانی می‌توانند به جست‌وجوی اینها بپردازند، در نظر گرفته می‌شود.^۳ در روزهای اولیه اکتشاف و استحصال نفت، آنهایی که نفت به‌دست می‌آوردند حق مالکیت آن را نیز بدون توجه به اینکه نفت زیر زمین چه کسی قرار داشت کسب می‌کردند؛ هرچند در طول زمان، مقررات مختلفی باعث کاهش کمیت‌های قابل استحصال شدند و روش‌های مجاز استحصال تعیین شدند و اکنون در بسیاری از حوزه‌های صلاحیت قضایی از طریق طرح‌های مشترک و رویه‌های

۱. رجوع کنید به لاک ۱۹۹۸، ۱۴۱-۱۳۷ علاوه بر ارجاعات مذکور در پاورقی ۳ و پاورقی‌های صفحه بعد.

۲. انگیزه استفاده از این راه‌چاره‌ها فقط کنترل جست‌وجوی بیش از حد نیست. از این راه‌چاره‌ها برای جلوگیری از مشکلات بسیار مرتبط تهی‌سازی بیش از حد ذخایر (در مورد ماهی و حیات وحش) یا افزایش درآمد برای کشور نیز استفاده می‌شود.

۳. رجوع کنید به براون ۱۹۷۵، ۲۳-۱۳، بین ۱۹۸۳ و لاد ۱۹۸۰.

همسان از مسابقه برای استخراج نفت جلوگیری می‌شود، طرح‌هایی که به موجب آنها همه مالکان زمین‌های روی یک منبع نفت باید با هدف افزایش نفت این زمین‌ها به یکدیگر ملحق شوند.^۱ اکتشاف نفت در نواحی فراساحلی به صورت متفاوتی تحت کنترل قرار دارد و کشورها حق جست‌وجو و تولید نفت در نواحی فراساحلی معین را می‌فروشند.^۲ در گذشته این حق بر مواد معدنی کف اقیانوس، مورد استفاده هرکسی که آنها را می‌یافت قرار می‌گرفت، اما اکنون طبق یک موافقت‌نامه بین‌المللی، نواحی مختلف اقیانوس به کشورهای اطراف اختصاص داده شده‌اند^۳ و کشورها می‌توانند حق جست‌وجوی مواد معدنی را به اشخاص خصوصی بفروشند یا اعطا کنند.

۲-۳-۱ فقدان و بازیابی مال

۱-۳-۲-۱ مقدمه

موضوع فقدان و بازیابی مال گم شده شامل انگیزه‌های مالکان اولیه برای جلوگیری از فقدان مالشان و سپس اگر مال گم شد، انگیزه‌های مالکان اولیه یا دیگران برای بازیابی مال می‌گردد. هریک از این دو نوع انگیزه تحت تأثیر این امر قرار دارند که آیا قانون به مالکان اولیه اجازه می‌دهد که مالکیتشان را بر مالی که گم شده است حفظ کنند یا مالکیت آنها را به یابندگان می‌دهد.

۲-۳-۲ تلاش مطلوب اجتماعی برای جلوگیری از فقدان مال و بازیابی مال گم شده

معیار رفاه اجتماعی در هر حال ارزش مورد انتظار مال منهای هزینه‌های تلاش خواهد بود اما اکنون این تلاش گام‌های برداشته شده جهت جلوگیری از فقدان و نیز تلاش مورد انتظار صرف شده برای بازیابی مال گم شده را در برمی‌گیرد. برای سهولت بررسی، ابتدا تلاش مطلوب اجتماعی برای بازیابی و سپس تلاش مطلوب اجتماعی جهت جلوگیری از فقدان را مورد توجه قرار می‌دهیم.

وقتی مال گم می‌شود، معیار رفاه اجتماعی به ارزش مورد انتظار مال منهای هزینه تلاش

۱. مثلاً رجوع کنید به ویلیامز و میرز ۲۰۰۱ فصل ۹.

۲. مثلاً رجوع کنید به جونز ۱۹۸۴ و ویگول ۱۹۹۲.

۳. رجوع کنید به کنوانسیون سازمان ملل در مورد حقوق دریاهای ۱۹۸۲.

بازیابی کاهش می‌یابد و بنابراین، تلاش برای بازیابی فقط موقعی از نظر اجتماعی مطلوب است که هزینه‌اش کمتر از عایدی مورد انتظار باشد. پس تعریف تلاش مطلوب اجتماعی برای بازیابی با تعریف تلاش مطلوب اجتماعی برای جست‌وجوی مال بلاصاحب یکسان خواهد بود.

حالا تلاش مطلوب اجتماعی برای جلوگیری از فقدان را در نظر بگیرید. این سطح از تلاش نشانگر این نکته است که اگر فقدان مالی اتفاق بیافتد، یک بازیابی نیز متعاقب آن وجود خواهد داشت و لذا نهایتاً هیچ‌گونه ضرر اجتماعی به‌وجود نیامده است. فرض کنید یک گاو سرگردان به ارزش ۱۰۰۰ پس از تلاش بازیابی به میزان ۱۰ با احتمال ۴۰ درصد پیدا شود در این صورت هیچ‌گونه ضرر اجتماعی وارد نشده است.^۱ پس ضرر اجتماعی مورد انتظار از سرگردان شدن یک گاو فقط معادل $1000 \times 60\%$ یا ۶۰۰ خواهد بود و نه ۱۰۰۰، و با اضافه کردن این رقم به هزینه ۱۰ واحدی تلاش برای بازیابی، به رقم ۶۱۰ به‌عنوان ضرر اجتماعی مورد انتظار در ارتباط با سرگردان شدن گاو می‌رسیم. بنابراین، قرار دادن گاو در حصار برای جلوگیری از گم شدن آن از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود اگر هزینه‌های حصارکشی کمتر از ۶۱۰ باشد، اما حصارکشی ارزنده نخواهد بود اگر مثلاً ۸۰۰ هزینه داشته باشد اگرچه این مقدار کمتر از ارزش ۱۰۰۰ واحدی گاو است؛ هزینه ۸۰۰ واحدی وقتی ارزش دارد که یک گاو سرگردان قطعاً و برای همیشه گم شده باشد نه اینکه با احتمال ۴۰ درصد پیدا شود. همان‌گونه که در این مثال نشان داده شد، نتیجه اجتماعی ضرر اولیه مال معادل ارزش کلی مال نیست اما نسبتاً یک ضرر تعدیل شده کمتر، معادل احتمال شکست در بازیابی اموال ضربدر ارزش آن به‌اضافه هزینه (مطلوب) تلاش بازیابی است. بنابراین، تلاش برای جلوگیری از ضرر فقط تا حدی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که احتمال این ضرر تعدیل شده را کاهش دهد و لذا وقتی احتمال بازیابی مال گم شده وجود دارد کمتر مطلوب خواهد بود تا زمانی که هیچ شانس وجود ندارد.^۲

۱. برای سهولت بررسی فرض می‌کنم که گله گم شده برای هر شخصی که پیدایش کند به یک اندازه ارزش خواهد داشت. هرچند، به‌طور کلی، یک چیز گم شده ممکن است به مبلغ متفاوتی (معمولاً مبلغ کمتر) برای یابنده نسبت به مالک اولیه ارزش داشته باشد. اثرات این بررسی برای خواننده روشن است.

۲. برای بیان تفصیلی آنچه در این قسمت نوشته شده است تصور کنید که y معادل تلاش برای جلوگیری از فقدان، $q(y)$ معادل احتمال فقدان است، وقتی $q'(y) < 0$ و $q''(y) > 0$ باشد، x معادل تلاش بازیابی، $p(x)$ معادل احتمال موفقیت در بازیابی است، وقتی $p'(x) > 0$ و $p''(x) < 0$ باشد و v ارزش مال است. هدف اجتماعی عبارت است از به ←

۳-۲-۱ وضعیت‌هایی که در آن مالکان اولیه فرصت تلاش برای بازیابی اموال یا استخدام دیگران برای این منظور را دارند

در بسیاری از شرایط، مالکان اولیه حداقل به همان اندازه دیگران فرصت یافتن مال گم شده یا استخدام افراد دیگر برای این کار را دارند زیرا از زمان و مکان تقریبی گم شدن مال خود خبر دارند (مثل اینکه کجا یک کشتی غرق شده یا تقریباً کجا یک ساعت مچی جا گذاشته شده است). بیاید در چنین وضعیت‌هایی، نتایج را تحت دو رژیم حقوقی مربوط به مالکیت مال بازیافته بررسی کنیم:

الف) قاعده مالکیت اولیه: بدیهی است تحت قاعده‌ای که به موجب آن مالکان اولیه مالکیت مال گم شده را حفظ می‌کنند نتیجه از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. تلاش برای بازیابی مطلوب مالک اولیه خواهد بود زیرا مالکیت آنچه را که می‌یابد حفظ می‌کند؛ هیچ‌گونه مشکل انگیزه‌های افراطی برای جست‌وجو نیز وجود نخواهد داشت چون هیچ‌کس جز کسانی که از سوی مالک استخدام شده‌اند درگیر جست‌وجو نخواهد شد و مالک بر تلاش آنها نظارت خواهد کرد تا به‌طور رقابتی کار نکنند و درگیر فعالیت‌های تکراری نشوند.

همچنین، تلاش برای جلوگیری از فقدان مال نیز مطلوب خواهد بود اما مالکان اولیه بیش از حد در جهت جلوگیری از فقدان مال سرمایه‌گذاری نخواهند کرد. از آنجاکه مالکان اولیه انتظار دارند حقوق مالکانه را در صورت بازیابی مال گم شده‌شان حفظ کنند، به‌طور متناسبی به ضرر در شرایط تعدیل شده نگاه می‌کنند و از نظر اجتماعی میزان مناسبی از تلاش را برای جلوگیری از ضرر اعمال می‌کنند. از آنجاکه مالک یک گله گاوی می‌داند که حقوق اموال را در مورد گاوهای سرگردان پیدا شده حفظ خواهد کرد موضوع سرگردان شدن گاوها را در مقایسه با گم شدن‌های گله گاوی با قائل شدن

→ حداکثر رساندن ارزش مورد انتظار مال منهای تلاش مورد انتظار، یا به حداقل رساندن تلاش مورد انتظار به‌اضافه ضرر ارزش، یعنی به حداقل رساندن $y + q(y)[x + (1-p(x))v]$ است. x مطلوب به‌وضوح شرط مذکور در قلاب را به حداقل می‌رساند و واجد $p'(x)v = 1$ می‌باشد، با فرض آنکه x مطلوب، x^* مشخص شده، مثبت باشد. y مطلوب، y^* مشخص شده، واجد $-q'(y)[x^* + (1-p(x^*))v] = 1$ است، کاهش محدود در ضرر تعدیل شده مورد انتظار معادل هزینه محدود تلاش برای جلوگیری یعنی ۱ است. ضرر تعدیل شده مطلوب $x^* + (1-p(x^*))v$ کمتر از v است زیرا x^* را به حداقل می‌رساند. $x + (1-p(x))v$ بر x ، ما می‌دانیم که $x^* + (1-p(x^*))v < 0 + (1-p(0))v \leq v$.

اهمیت کمتری خواهد نگریست و در نتیجه بیش از حد مطلوب اجتماعی در جهت جلوگیری از سرگردان شدن گاوها سرمایه‌گذاری نخواهد نمود.^۱

ب) قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان: تحت قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان، نتیجه از نظر اجتماعی مطلوبیت کمتری دارد. به موجب این قاعده، مالکان اولیه و اشخاص دیگر ممکن است در تلاش برای جست‌وجو بیش از حد سرمایه‌گذاری کنند تا اولین نفری باشند که مال گم شده را می‌یابند.

علاوه بر این، مالکان اولیه تمایل خواهند داشت تلاش بیش از حدی را برای جلوگیری از فقدان اموال اعمال کنند، زیرا اگر اموال گم شوند و شخص دیگری آنها را پیدا کند، مالکان اولیه مالکیت آنها را حفظ نخواهند کرد. یعنی مالک اولیه، تحت قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان، بازیابی اموال خود را از سوی شخص دیگر به منزلهٔ خسارت کامل برای خود تلقی می‌کند بی‌آنکه برای جامعه هیچ‌گونه ضرری در میان باشد؛ بنابراین او ضرر را فراتر از ضرر تعدیل شده و پایین‌تر اجتماعی می‌بیند. اگر یک گاو سرگردان هرگز از سوی مالک اولیه پیدا نشود بلکه از سوی دیگران با احتمال ۴۰ درصد پیدا شود، مالک، سرگردان شدن یک گاو را به عنوان یک فقدان قطعی تلقی خواهد کرد و بنابراین هروقت که هزینه کمتر از ۱۰۰۰ باشد در زمینه حصارکشی سرمایه‌گذاری خواهد کرد، مثل وقتی هزینه‌اش ۸۰۰ است تا فقط وقتی هزینه کمتر از ۶۱۰ است.^۲

ج) مقایسهٔ قواعد: در وضعیت‌هایی که مالکان اولیه فرصت خوبی برای شرکت در تلاش برای جست‌وجو دارند، اجازه دادن به مالکان اولیه برای حفظ حقوق مالکیت بر مالی که گم کرده‌اند، قاعدهٔ بهتری است. به موجب قاعدهٔ مالکیت اولیه، هیچ مشکلی از قبیل یک مسابقه بی‌فایده برای پیدا کردن مال گم شده وجود ندارد، همچنین هیچ مشکلی در خصوص سرمایه‌گذاری بیش از حد مالکان اولیه برای جلوگیری از فقدان وجود ندارد.

۱. برحسب پاورقی پیشین، مالک اولیه خودش به دنبال به حداقل رساندن $y+q(y)[x+(1-p(x))v]$ خواهد بود لذا x^* و y^* را انتخاب خواهد کرد.

۲. برای تفصیل مطلب و برای سهولت فرض کنید مالک اولیه هرگز کسی نخواهد بود که مال گم شده‌اش را پیدا می‌کند. پس مالک y را انتخاب می‌کند برای به حداقل رساندن $y+q(y)v$ ، بنابراین انتخاب y از سوی او با این شرط تعیین می‌شود که $-q'(y)v=1$ اجازه دهید این y با y^{**} مشخص شود، از آنجا که $v > x^* + (1-P(x^*))v$ همان‌طور که در پاورقی شمارهٔ ۱ بیان شد ما خواهیم داشت $y^{**} > y^*$.

این احتمال که مالکان اولیه به موجب قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان، ترغیب به مراقبت بیش از حد برای جلوگیری از فقدان خواهند شد دارای اهمیت اساسی در بسیاری از جاهاست زیرا احتمال بازیابی مال گم شده از سوی دیگران ممکن است دارای اهمیت باشد. مثال سرگردان شدن حیوانات در این رابطه نیز مناسب است زیرا درجهٔ احتمال پیدا شدن یک حیوان سرگردان از سوی شخصی غیر از مالک غالباً بسیار بالاست. لذا اگر حقوق اموال برای مالکان حیوانات سرگردان باقی نماند، مالکان، در شرایطی نیز که از نظر اجتماعی قابل توجیه نیست، ممکن است سرمایه‌گذاری قابل توجهی برای حصارکشی به عمل آورند. یا تصور کنید که اگر فردی یک شیء شخصی از قبیل ساعت مچی را در جایی بگذارد و فرد دیگری آن را پیدا کند، یابنده خودبه‌خود مالک آن می‌شود، در این صورت مردم به‌طور جدی به این سمت هدایت می‌شوند که توجه بیش از حد به حفظ اموال داشته باشند و اشیای شخصی را حتی به‌طور موقت جایی نگذارند.

۴-۲-۳-۱ وضعیت‌هایی که در آن مالکان اولیه فرصت خوبی برای اعمال تلاش جهت بازیابی ندارند

اکنون بیایید وضعیت‌های بسیاری را بررسی کنیم که در آنها مالکان اولیه فرصت کاملاً مناسب یا هرگونه فرصت عملی برای اعمال تلاش جهت بازیابی ندارند. این وضعیت‌ها شامل مواردی می‌شوند که مالکان اولیه ضرورتاً هیچ تصویری ندارند که مالشان را در کجا گم کرده‌اند و نمی‌دانند کجا دنبال آن بگردند. به‌خاطر اهداف تفسیری، اجازه دهید فرض کنیم که مالکان اولیه هیچ فرصتی برای بازیابی مال ندارند و دیگران چنین فرصتی را خواهند داشت. این وضعیت را تحت دو قاعده متفاوت بررسی می‌کنیم:

الف) قاعدهٔ مالکیت اولیه: براساس فرضیه‌های ما، به موجب قاعدهٔ مالکیت اولیه انگیزه‌های کمی برای اشخاص دیگر جهت بازیابی مال گم شده باقی می‌ماند.^۱ بنابراین، مالی که گم شده است اغلب پیدا نخواهد شد. همچنین، تلاش مالک برای جلوگیری از

۱. برخی افراد ممکن است به‌ویژه در یک موقعیت نجات نوع دوست باشند و به این دلیل برای بازیابی تلاش نمایند. دلیل دیگری که افراد ممکن است با وجود قاعدهٔ مالکیت اولیه برای بازیابی تلاش کنند این است که ممکن است شناسی وجود داشته باشد که آنها مالکیت آنچه را پیدا می‌کنند به‌دست آورند اگر مالکان شناخته نشوند (بعداً خواهیم دید) یا اگر چیزهایی که پیدا می‌کنند مورد اعراض قرار گرفته باشند.

فقدان بیش از حد خواهد بود زیرا فقدان برای او یک فقدان حتمی خواهد بود.
ب) قاعده یابندگان - نگهدارندگان: اگر آنهایی که مال گم شده را می‌یابند بتوانند آن را نگهدارند، یک فرد تنها انگیزه‌های مطلوب برای بازیابی خواهد داشت و اشخاص متعدد انگیزه‌های مفرط خواهند داشت. تلاش مالک برای جلوگیری از فقدان نیز بیش از حد خواهد بود زیرا شانس بازیابی برای او صفر است.

ج) مقایسه قواعد: قاعده یابندگان - نگهدارندگان برتر است. به موجب این قاعده، امکان جست‌وجوی بیشتری برای بازیابی مال گم شده وجود دارد. به موجب هر دو قاعده مالکان اولیه انگیزه‌های بیش از حد برای جلوگیری از فقدان دارند و تفاوت اصلی بین این قواعد آن است که مال گم شده بیشتری تحت قاعده یابندگان - نگهدارندگان پیدا می‌شود. اگرچه قاعده یابندگان - نگهدارندگان برتر است اما با این مشکل روبه‌روست که مالکان اولیه دارای انگیزه‌های بیش از حد برای جلوگیری از فقدان هستند. نوعی از قواعد که از قاعده یابندگان - نگهدارندگان و نیز از قاعده مالکیت اولیه برتر است یک قاعده مالکیت اولیه است که با پرداخت یک جایزه اجباری از سوی مالک به یابنده ترکیب شده است. این قاعده مرکب دارای جاذبه‌ای است که به غیر مالکان انگیزه بازیابی مال گم شده را می‌دهد - چون آنها جایزه دریافت خواهند کرد - و همچنین مشکل تلاش‌های بیش از حد مالکان برای جلوگیری از فقدان را نیز تخفیف می‌دهد زیرا آنها مالکیت در مال گم شده را حفظ می‌کنند. چگونگی و میزان دقیق تأثیر چنین قاعده‌ای بر رفتارها بستگی به فرمول جایزه خواهد داشت.^۱

توضیحات

برای سروسامان دادن به بحثمان، اجازه دهید چندین مسئله مربوط دیگر را نیز بررسی کنیم:
الف) مال متروکه: قاعده یابندگان - نگهدارندگان در رابطه با مال متروکه با در نظر داشتن تحلیل قبلی، با فرض آنکه اعراض وقتی روی می‌دهد که مالکان اولیه قادر به

۱. اگر جایزه بخش ساده‌ای از ارزش مال پیدا شده باشد، هرچه این بخش جایزه بزرگ‌تر باشد، انگیزه بازیابی بیشتر خواهد بود و این مطلوب است اما انگیزه مالکان اولیه برای جلوگیری از فقدان نیز بیش از حد خواهد بود. اگر جایزه به تلاش مطلوب بازیابی بستگی داشته باشد، شرایط به سمت رفتار مطلوب برای هر دو نوع شخص هدایت می‌شود و به همین ترتیب است اگر جایزه از سوی دولت به یابنده پرداخت شود.

انجام بازیابی نیستند (وضعیت مذکور در قسمت ۴-۲-۳-۱) دارای جاذبه است. به علاوه، اعراض ممکن است نشان این باشد که مالک ارزش نسبتاً کمی برای مال قائل است و این حالت باز هم به نفع قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان می‌باشد.

ب) مالی که به‌طور اتفاقی پیدا شده است: چیزهایی که طی جریان عادی فعالیت‌های یک فرد پیدا می‌شوند (از قبیل یک ساعت مچی که شخصی روی صندلی‌اش در یک اتوبوس پیدا می‌کند) چیزهایی هستند که صرف‌نظر از قاعدهٔ حقوقی راجع به اشیای گم شده پیدا می‌شوند. بنابراین هیچ نیازی به ایجاد انگیزه برای پیدا کردن چنین چیزهایی نیست. ساعت مچی در هر حال روی صندلی اتوبوس پیدا خواهد شد فارغ از اینکه قاعدهٔ حقوقی چه باشد؛ در نتیجه، هیچ نیازی به اعمال قاعدهٔ یابندگان - نگهدارندگان نیست و برای مالکان اولیه خوب است که حقوق اموال را در چیزهایی که به‌طور اتفاقی پیدا می‌شوند حفظ کنند تا اینکه بیش از حد در جهت جلوگیری از گم شدن اموال و اشیای سرمایه‌گذاری نکنند.

ج) شناسایی مالکان اولیه اموال: همچنین فرض شده است که وقتی قاعده حاکم به نفع مالکان اولیه است آنها قابل شناسایی هستند، اما اغلب این‌گونه نیست. در این رابطه، قاعدهٔ مطلوب قاعده‌ای است که یابندگان را ملزم می‌سازد تلاش معقولی جهت تعیین هویت مالکان اولیه به‌عمل آورند (مثلاً از طریق گزارش کشف به پلیس) و نیز قاعده‌ای که اگر مالکان بعد از یک دورهٔ زمانی مقرر شناسایی نشوند به یابندگان حق مالکیت می‌دهد. این قاعده همچنین این اثر را دارد که مالکان اولیه را تحریک می‌کند تا اموالشان را علامت‌گذاری کنند. به علاوه این قاعده به یابندگان انگیزهٔ جست‌وجو و به مالکیت درآوردن اشیائی را می‌دهد که قابل استفاده هستند.

د) مراقبت از مال: برخی از انواع اموال گم شده باید مورد مراقبت قرار گیرند تا قابل حفظ کردن باشند، یک مثال قابل توجه احشام سرگردان هستند. در چنین مواردی، برای یابندگانی که چیزها را به تصرف درمی‌آورند مطلوب است که تلاش معقولی برای نگهداری چیزها به‌عمل آورند. یابندگان ممکن است مایل باشند اینکار را انجام دهند یا حداقل بی‌تمایل نباشند اگر توسط مالکان در صورت شناسایی به‌طور متناسبی جبران گردد، پس قاعده‌ای که چنین جبران‌هایی را مقرر کند مطلوب است.

ه) قابلیت تضمین حقوق مالکانه اولیه: اگرچه فرض شده است که هیچ مشکلی در تضمین قواعد حقوقی وجود ندارد، مشکل آشکاری در تضمین حقوق مالکان اولیه وجود دارد زیرا گاهی اوقات چیزها وقتی پیدا می‌شوند که هیچ شاهی حضور ندارد و می‌توانند مورد استفاده یابندگان قرار گیرند بدون آنکه این موضوع آشکار گردد. تاحدی که موضوع این‌گونه باشد، قاعده بالفعل همان قاعده یابندگان- نگهدارندگان خواهد بود.

۵-۲-۳-۱ قانون راجع به حقوق اموال درخصوص مال گم شده، جا گذاشته شده یا متروکه به‌عنوان یک موضوع کلی، مالکان اموال حقوق خود را در چیزهایی که گم کرده‌اند یا جا گذاشته‌اند حفظ می‌کنند.^۱ یابندگان چنین مالی معمولاً محق به دریافت جایزه نیستند ولی حق دریافت هزینه‌های معقول حفظ و مراقبت از مال مکشوفه را دارند.^۲ هرچند، یابندگان به موجب قانون دریایی و اغلب به موجب مقررات قانون مدنی کشورها محق به دریافت پاداش هستند.^۳ وقتی یابنده‌ای هویت مالک اولیه را نمی‌داند، بسیاری از صلاحیت‌های قانونی مقرر می‌دارند یابندگان رویه‌هایی را دنبال کنند که به مالکان اولیه اجازه می‌دهند در عرض یک مدت محدود ادعای خود را نسبت به مال مکشوفه مطرح کنند و پس از آن یابندگان حق مالکیت مال مکشوفه را به‌دست می‌آورند.^۴ (ممکن است پیچیدگی‌هایی در این باره که چه کسی مالکیت را کسب می‌کند در مواردی که آن چیز در اموال یک شخص ثالث پیدا می‌شود، به‌وجود آید).^۵ حقوق بر دفینه، یعنی پول، طلا و نقره

۱. نگاه کنید به براون ۱۹۷۵، قسمت‌های ۱-۳، ۴-۳ و ۵-۳.

۲. مثلاً، آنهایی که احشام سرگردان را پیدا می‌کنند مجاز به دریافت هزینه‌های حفظ آنها هستند (اگر آنها بتوانند صاحبان حیوانات را پیدا کنند)؛ نگاه کنید به سنت جولیان ۱۹۹۵، بخش ۵۶. در مورد وظیفه بازپرداخت هزینه‌های معقول حفظ مال مکشوفه، نگاه کنید به براون ۱۹۷۵، بخش ۵-۳. باید اضافه کرد که گاهی اوقات قوانین موضوعه دادن پاداش را نیز مقرر می‌کنند همان‌گونه که براون بیان می‌کند.

۳. به موجب قانون دریایی، هرکسی که یک شناور گم شده در دریا را یا کالای آن را به تصرف خود درمی‌آورد مستحق پاداشی خواهد بود که در صلاحیت دادگاه‌ها قرار می‌گیرد و میزان آن از سود مالک فراتر نخواهد رفت، نگاه کنید به دیتز ۲۰۰۰، بخش‌های ۶۹-۶۶ درخصوص پاداش‌ها در مقررات قانون مدنی کشورها به‌عنوان نمونه نگاه کنید به تشریح وضعیت آلمان در دوکمنیر و کرایر ۱۹۹۸، ۱۱۵.

۴. نگاه کنید به براون ۱۹۷۵، بخش ۵-۳ و دوکمنیر و کرایر ۱۹۹۸، ۱۱۶.

۵. مالک زمینی که در آن چیزی پیدا می‌شود اغلب مالک محل مورد نظر یا به‌صورت مختصر مالک محل خوانده می‌شود. اگر یابنده به ملک تجاوز کرده باشد، معمولاً حق مالکیت او در مقابل مالک محل نفی می‌شود، اما وقتی ←

پنهان شده که مالکش باستانی یا نامشخص است معمولاً به یابنده داده می‌شود.^۱ چیزهای متروکه معمولاً به مالکیت یابندگان درمی‌آیند (باز هم در جایی که چیزهای متروکه در مال اشخاص ثالث یافت می‌شوند ممکن است پیچیدگی‌هایی به وجود آید).^۲ این مورد از جمله شامل کشتی‌های شکسته رها شده در دریا می‌شود که طبق قانون دریایی، به مالکیت یابندگان درمی‌آیند. اما حق مالکیت بر کشتی شکسته رها شده در داخل آب‌های سرزمینی گاهی اوقات به کشوری داده می‌شود که در آنجا کشف شده است.^۳

۳-۱-۳ فروش مال - کلیات

۱-۳-۳-۱ دلایل فروش

حالا اجازه دهید برگردیم به معمول‌ترین روشی که یک شخص مالکیت مال را به دست می‌آورد: از طریق فروش آن. فروش مال در زمان‌های مختلف به دو دلیل اساسی مطلوب بوده است. اول اینکه تولید کارآمد مستلزم آن است که شرکت‌ها محصولات واسطه را با یکدیگر مبادله کنند و محصولات نهایی به مشتریان نهایی فروخته شوند. دوم اینکه

→ یابنده از طرف مالک محل دعوت شده است یا به او مجوز داده شده است، درخصوص آنکه چه کسی حق مالکیت را به دست می‌آورد در بین مقررات اختلاف وجود دارد. به علاوه، به تمایز حقوقی بین مال گم شده - که به صورت سهوی به واسطه اهمال یا سهو گم شده است - و مال جا گذاشته شده - که عمداً در جایی گذاشته شده یا پنهان شده است و سپس فراموش شده است - باید اهمیت داده شود. وقتی مال جا گذاشته شده است حقوق مربوط به آن غالباً به مالک محل اعطا می‌شود نسبت به وقتی که مال گم شده است. نگاه کنید به براون ۱۹۷۵، قسمت ۲-۳ و ۳-۴. همچنین وقتی اشیای پیدا شده در خاک قرار دارند یا به آن چسبیده‌اند، حق مالکیت معمولاً به مالک محل داده می‌شود؛ نگاه کنید به دایرةالمعارف حقوقی مجموعه حقوقی دوم، ۱۹۶۱، الف ۳۶، ۴۲۴-۴۲۱.

۱. معمولاً یابنده حق مالکیت را در مقابل مالک محل مورد نظر به دست می‌آورد (گاهی اوقات حتی اگر یابنده متجاوز باشد). هرچند از نظر تاریخی دفینه به پادشاه برگشت می‌شد و در اکثر کشورهای خارجی حقوق بر دفینه بین یابنده و مالک محل تقسیم می‌شوند. نگاه کنید به دوکمینیر و کرایر ۱۹۹۸، ۱۱۳-۱۱۲ و ایزوئل ۱۹۹۱، ۱۶۷۵-۱۶۶۵.

۲. دولت همچنین تحت شرایط خاصی دارای اختیار مدعی شدن نسبت به اموالی است که آشکارا مورد اعراض قرار گرفته‌اند. در مورد اعراض، به عنوان مثال رجوع کنید به گابل ۱۹۹۴.

۳. در قانون کشتی شکسته متروکه مصوب ۱۹۸۷، قانون ۴۳ ایالات متحده، قسمت‌های ۲۱۰۶-۲۱۰۱ (۱۹۸۸)، ایالات متحده حق مالکیت بر کشتی شکسته را به طور مؤثری به کشوری اعطا می‌کند که کشتی شکسته در آبهایش قرار دارد. پیرو تصویب این قانون اکثر ایالات مدعی حق مالکیت بر کشتی شکسته موجود در آب‌هایشان شدند ولی موفق به ارائه مدارک قانونی کافی نشدند که منجر به حوادث خرابکاری و سوءاستفاده گردید. رجوع

کنید به استیونس ۱۹۹۲ و فاستر ۲۰۰۰.

تغییر نیاز به مال بادوام، به‌ویژه به زمین و تجهیزات، منتهی به مبادلهٔ چنین اموالی می‌شود.

۲-۳-۱ مشکلات پیرامون فروش: مشروعیت ادعای مالکیت فروشنده؛ قراردادهای راجع به مبادلهٔ به تأخیر افتاده

مسئلهٔ اساسی در هنگام فروش مال به مشروعیت ادعای مالکیت فروشنده مربوط می‌شود، زیرا ممکن است مال ازسوی فروشنده یا شخص دیگری که قبل از وی آن را در اختیار داشته است سرقت یا به‌طور نامشروع تحصیل شده باشد. این موضوع در دو قسمت بعدی این فصل مورد بحث قرار خواهد گرفت. مشکل دیگر پیرامون فروش اموال این است که طرفین ممکن است بخواهند برای مبادلاتشان پیش‌قرارداد تنظیم کنند. پیش‌قراردادها اغلب مورد درخواست طرفین هستند چون از یک‌سو انجام فوری مبادله برای آنها آسان نیست و ازسوی دیگر آنها می‌خواهند قادر به برنامه‌ریزی براساس مبادلاتی که انجام خواهند شد، باشند. به‌عنوان مثال ممکن است یک شخص قادر به انتقال فوری به خانه‌ای که می‌خواهد در شهر دیگری خریداری کند نباشد چون او مجبور است در جایی که اکنون زندگی می‌کند ترتیب کارهایش را بدهد و مقدمات حمل‌لوازم منزلش را فراهم سازد و در همان زمان باید بتواند در مورد انتقال به منزل جدید، ثبت‌نام بچه‌ها در مدرسه، خرید مبلمان مناسب و نظایر آن برنامه‌ریزی کند. موضوع تضمین آنکه قراردادهای مربوط به مبادلهٔ به تأخیر افتاده در موقع مقتضی مورد احترام قرار دارند، در فصل سوم این کتاب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۴-۳-۱ فروش و سرقت مال با وجود یک نظام ثبتی

۱-۴-۳-۱ تعریف نظام ثبتی

اکنون بیایید یک روش مهم برای تصدیق هویت مالکان اموال را بررسی کنیم. تحت یک نظام ثبتی، فهرستی از اقلام مالی نگهداری می‌شود که هریک از آنها منحصراً شناسایی شده و در ارتباط با نام مالکش قرار می‌گیرد و هنگام فروش یک مال ثبت شده، نام خریدار به‌عنوان مالک جدید ثبت می‌شود. به موجب این نظام، اگر کسی دوست داشته

باشد نام مالک یک قلم خاص از اموال را در دفتر ثبت بداند، فقط کافی است که دفتر ثبت را بررسی کند زیرا شخصی که نامش در دفتر ثبت موجود است مالک تلقی خواهد شد. به علاوه، فرض بر این است که اگر مال به ثبت رسیده از مالکش سرقت شود و بعداً پیدا شود به مالک مسترد خواهد شد.

۲-۴-۳ هزینه‌ها و شرایط یک نظام ثبتی

برای به اجرا در آمدن یک نظام ثبتی، هزینه‌هایی باید صورت گیرد و شرایطی فراهم گردد. اول اینکه سوابق نظام ثبتی باید حفظ شوند. دوم اینکه افراد باید هنگام انجام معامله با ثبت تماس بگیرند. سوم اینکه هر قطعه از اموال باید منحصراً مورد شناسایی قرار گیرد. البته ملک از طریق حدود جغرافیایی و اموال منقول مثل اتومبیل یا هواپیما نوعاً به وسیله شماره سریال و نیز از طریق توصیف فیزیکی (مدل و ساخت) شناسایی می‌شوند و حیوانات مثل گله گاو و اسب ممکن است از طریق علامت یا توصیف فیزیکی مورد شناسایی قرار گیرند.

۳-۴-۳ اثرات اصلی نظام ثبتی: باعث ترویج معاملات فروش و کاهش سرقت می‌شود

یک مزیت نظام‌های ثبتی این است که فروش و بازفروش چیزها را تسهیل می‌کند زیرا خریداران را از اعتبار ادعاهای مالکیتی فروشندگان مطمئن می‌سازد. در صورتی که نظام ثبتی وجود نداشته باشد، عدم اطمینان در مورد اعتبار مالکیت ممکن است باعث شود که یک خریدار محتاط خرید نکند. از سوی دیگر، این عدم اطمینان ممکن است باعث شود که خریدار ناگزیر شود برای تحقیق در خصوص اعتبار مالکیت بیش از آنچه در صورت وجود ثبت لازم بود تلاش کند.

علاوه بر این، وجود یک نظام ثبتی به دو طریق عمده موجب کاهش سرقت می‌شود.^۱ اول اینکه سارقین با خطر محکومیت جدی‌تر روبه‌رو می‌شوند زیرا اگر با چنین

۱. دلیل آنکه کاهش دادن دزدی دارای مزیت اجتماعی است اصولاً همان چیزی است که در قسمت ۲-۱ به عنوان مزیت حمایت از حقوق اموال گفته شد: اینکه امکان سرقت مال باعث می‌شود افراد برای جلوگیری از سرقت تلاش کنند و برخی از افراد را تحریک می‌کند تا تلاش به انجام سرقت نمایند، هر دو نوع تلاش از نظر اجتماعی بی‌حاصل است.

مالی گیر بیفتند نمی توانند مدعی مالکیت آن شوند. اگر سارق هنگام دستگیری اتومبیلی را در تصرف داشته باشد که به نام شخص دیگری به ثبت رسیده است نمی تواند مدعی مالکیت آن شود درحالی که اگر دزدی با یک مال ثبت نشده مانند الماس های نتراشیده دستگیر شود ممکن است در انکار اینکه الماس ها به شخص دیگری تعلق دارند موفق شود.

دوم اینکه با وجود یک نظام ثبتی، ارزش مال مسروقه برای سارق کاهش می یابد. اگر سارق بخواهد خودش از مال مسروقه استفاده کند، به خاطر احتمال کشف و مجازات شدن ارزش آن مال برایش کاهش می یابد. اگر دزدی قصد فروش مال مسروقه را داشته باشد وجود ثبت ممکن است قیمت فروش آن را کاهش دهد زیرا خریدار می تواند از طریق تماس با ثبت مشخص کند که مال مسروقه است و چون خریدار ممکن است به نوبه خود در فروش مجدد مال با مشکل روبه رو شود، طبعاً حاضر به پرداخت مبلغ کمتری برای خرید آن خواهد بود.

۴-۳-۱ دیگر مزایای نظام های ثبتی

نظام های ثبتی دارای مزایای متعدد دیگری نیز هستند. اول، ثبت به مالکان این امکان را می دهد که مالکیتشان را به راحتی برای وام دهندگان اثبات کنند و به این گونه توانایی آنان در استفاده از مالشان به عنوان وثیقه و همچنین در بیمه کردن مال افزایش می یابد. دوم، دولت می تواند از ثبت برای شناسایی مالکان اموال پرارزش به منظور وضع مالیات استفاده کند. سوم، دولت می تواند از ثبت برای شناسایی مالکان اموال (به ویژه وسایل نقلیه) به منظور اجرای مقررات ایمنی استفاده کند.

۵-۳-۱ مطلوبیت اجتماعی نظام های ثبتی در مقابل انگیزه های خصوصی برای ایجاد و استفاده از آنها

جامعه هنگامی استفاده از نظام ثبتی را مفید می داند که منافع متعدد آن بر هزینه هایش غلبه کند. انگیزه های خصوصی برای ایجاد و استفاده از نظام های ثبتی ممکن است به هر حال با انگیزه های اجتماعی انجام این کار متفاوت باشند.

به‌ویژه سه مزیت اجتماعی ثبت ممکن است به‌دلیل تحمیل هزینه ثبت از نظر یک شخص خصوصی به‌عنوان مزیت تلقی نشوند. یک شخص معمولاً جلوگیری از سرقت را به‌منزلهٔ مزیت ثبت کردن مال خود به‌حساب نمی‌آورد و انگیزه جلوگیری از سرقت معمولاً تحت تأثیر این موضوع قرار خواهد گرفت که آیا گروهی از افراد به این منظور از ثبت استفاده می‌کنند یا خیر.^۱ یک فرد بیشتر تمایل خواهد داشت از بازدارندگی ایجاد شده به‌اهتمام کسانی که از ثبت به این منظور استفاده می‌کنند منتفع گردد و نمی‌خواهد وقت و انرژی خود را برای ثبت مالش به‌منظور بازدارندگی از سرقت صرف کند. همچنین، یک فرد مسلماً به اختیار توسعه‌یافته دولت در جمع‌آوری مالیات یا اجرای مقررات ایمنی به‌عنوان مزیت استفاده از ثبت اعتقادی نخواهد داشت. یک فرد ممکن است به سه دلیل بخواند از ثبت استفاده کند که دو تای اول قبلاً ذکر شده‌اند و ممکن است قصد فروش مجدد مالش را داشته باشد که با ثبت آن آسان‌تر خواهد بود و ممکن است بخواند در مقابل مالش وام بگیرد یا آن را بیمه کند. دلیل سوم این است که اگر مال ثبت شده‌ای دزدیده شود، احتمال بازپایی‌اش بیشتر خواهد بود. اگر این دلایل خصوصی برای استفاده از ثبت (دو تای اولی دلایل اجتماعی هم هستند) برای تحریک افراد به استفاده از ثبت کافی نباشند و ثبت از نظر اجتماعی مطلوب باشد، بهترین راه برای دولت ایجاد ثبت و الزام یا کمک به استفاده از آن است.^۲

۱. اگر سارقین بالقوه فقط آگاهی آماری در مورد استفادهٔ مالکان از ثبت داشته باشند نیز وضع به همین صورت خواهد بود یعنی اگر سارقین قبل از سرقت ندانند که آیا یک مالک خاص مالش را ثبت کرده است یا خیر. اگر چه به‌نظر می‌رسد معمولاً این‌گونه باشد اما همیشه این‌طور نیست. مثلاً، اگر دزدان گله در نزدیکی مزرعه زندگی کنند و بدانند که کدام گله‌دار گله‌اش را داغ می‌زند و کدام یک این کار را نمی‌کند، پس تصمیم یک گله‌دار خاص در داغ زدن بر گله‌اش دارای اثر بازدارندگی بر سرقت از وی خواهد بود بنابراین او داغ زدن یا نزدن را در محاسبات جامع و ترجیحی‌اش در نظر خواهد گرفت.

۲. ممکن است شک کنیم که دلایل اجتماعی استفاده از ثبت معمولاً از دلایل خصوصی مهم‌ترند. هر چند امکان دارد که طرفین از یک نظام ثبتی استفاده کنند وقتی که از نظر اجتماعی نامطلوب است. مثلاً فرض کنید که هیچ‌گونه مزیت اجتماعی برای یک نظام ثبتی وجود ندارد چون باعث بازدارندگی نمی‌شود (سهولت مورد انتظار سرقت ممکن است بر ضمانت اجرای مورد انتظار علی‌رغم وجود یک نظام ثبتی غلبه کند) و مزایای اجتماعی دیگری نیز ندارد. با وجود این ممکن است ثبت دارای مزیت‌های خصوصی باشد چون برخی کالاهای مسروقه در صورت وجود ثبت کشف خواهند شد. بنابراین، ممکن است ثبت ایجاد شود حتی اگر از نظر اجتماعی مطلوب نباشد. چنین موردی بیشتر نظری است تا عملی.

توضیحات

الف) اموالی که برای آنها ثبت از نظر اجتماعی احتمالاً مطلوب است (اموال بادوام پرارزش به‌ویژه ملک و اتومبیل)

ثبت اموال پرارزش به دو دلیل اساسی از نظر اجتماعی ارزشمند خواهد بود. اول، بسیاری از مزایای ثبت با افزایش ارزش مال افزایش پیدا می‌کنند. این موضوع در مورد توسعه معاملات فروش (هرچه ارزش مال بالاتر باشد، مازاد یک معامله برای خریدار و برای فروشنده احتمالاً بالاتر خواهد بود)، در مورد بازدارندگی از سرقت (هرچه ارزش مال بالاتر باشد، افراد بیشتری برای حفاظت از آن پول صرف می‌کنند و افراد بیشتری برای به سرقت بردن آن تلاش می‌کنند، بنابراین مزایای بازدارندگی از سرقت بیشتر خواهد بود)، در مورد توانایی وام گرفتن در مقابل مال و بیمه کردن مال و در مورد توانایی دولت در افزایش درآمدهای مالیاتی صادق است. دوم، هزینه‌های مربوط به ثبت که ضرورتاً هزینه‌های دفترداری را شامل می‌شوند، ظاهراً به ارزش مال ثبت شده بستگی زیادی دارند. لذا به‌طور کلی ما انتظار داریم که مزایای ثبت از هزینه‌هایش در مورد اموال پرارزش بیشتر از مزایای آن در مورد اموال کم‌ارزش باشد.

به‌علاوه، چون اموال بادوام غالباً فروخته و باز فروش می‌شوند، مزیت ترویج معاملات فروش آنها نسبت به اموال دیگر بیشتر است. در نتیجه، باید فرض کنیم که ثبت برای املاک و برخی از دیگر انواع اموال بادوام پرارزش از نظر اجتماعی مطلوبیت دارد. دسته‌ای از اموال بادوام پرارزش که غالباً فروخته می‌شوند و ثبت برای آنها مطلوب به نظر می‌رسد عبارت‌اند از اختراعات و علائم تجاری. در واقع از آنجاکه این اموال بیشتر مجازی هستند تا فیزیکی و قابل تصرف نیستند، ثبت آنها دارای مزیت ویژه خواهد بود.^۱ دلایل بیشتری وجود دارند که چرا ما انتظار داریم ثبت برای اتومبیل‌ها، قایق‌ها و هواپیماها واجد مطلوبیت اجتماعی باشد. برای مثال، از آنجاکه این وسایل برای حمل‌ونقل مورد استفاده قرار می‌گیرند و ممکن است باعث حوادث شوند، این مزایا برای دولت برحسب اجرای مقررات ایمنی قابل توجه خواهند بود. همچنین از آنجاکه این وسایل برای حمل‌ونقل مورد استفاده قرار می‌گیرند، از آنها در مناطق عمومی استفاده

۱. تنها جایگزین بدیهی ثبت می‌تواند سیستمی باشد که در آن گواهینامه‌ای صادر می‌شود و مالک گواهینامه، مالک و دارنده مال مجازی تلقی می‌شود.

می‌شود یعنی در شرایطی که اعتبار دعاوی مالکیت به‌سادگی ازسوی مأموران مجری قانون و از طریق یک نظام ثبتی قابل تحقیق خواهد بود (همین امر درخصوص ملک نیز که به‌خاطر ماهیتش قابل پنهان کردن نیست صادق است).

ب) اموالی که ثبت برای آنها احتمالاً فاقد مطلوبیت اجتماعی است

وضعیت مربوط به انواع اموالی که مورد بحث قرار گرفت عکس وضعیت مربوط به رادیو، تلویزیون و اقلام مشابه است. به‌طوری‌که مشاهده شد، هزینه نظام‌های ثبتی برای اموال کم‌ارزش به همان زیادی اموال پرارزش است، اما مزایای نظام‌های ثبتی با ارزش کالاها در ارتباط است و لذا برای کالاهای کم‌ارزش‌تر، کمتر خواهد بود. به‌علاوه، کالاهایی مثل رادیو و تلویزیون، اگرچه به نوعی بادوام هستند، اما بعید است همانند سایر کالاهای بادوام دوباره به فروش برسند و این امر منجر به کاهش مزیت معامله‌ای ثبت آنها می‌گردد. همچنین، بسیاری از کالاهای کم‌ارزش مورد بحث به‌طور معمول در منازل مورد استفاده قرار می‌گیرند، بنابراین احتمال اینکه تصرف غیرقانونی چنین کالاهایی ردیابی شود اگر ثبت هم شده باشند کم است. علاوه بر این، دلیل محکمی برای تنظیم مقررات ایمنی ازسوی دولت برای استفاده از این کالاها وجود ندارد. پس احتمال اینکه ثبت برای چنین کالاهایی واجد مطلوبیت اجتماعی باشد در مقایسه با ملک و کالاهای بادوام کمتر خواهد بود.

دسته دیگری از کالاها که ثبت برای آنها مطلوب نیست عبارت‌اند از کالاهایی که شناسایی منحصربه‌فرد برایشان دشوار یا نسبت به ارزششان پرهزینه است، از قبیل کالاهایی که ظاهرشان با نقش یک شماره سریال یا علامت شناسایی بر روی آنها آسیب خواهد دید و نیز بسیاری از کالاهای مثلی همچون گندم و الماس.

۶-۴-۱ استفاده واقعی از ثبت

مالکیت زمین ازسوی دولت در دفاتر ثبت یا نظام‌های مشابه ضبط می‌شود و اگرچه لزوماً مورد نیاز نیست، ضبط سوابق به شدت مورد حمایت قرار دارد.^۱ استفاده از ثبت برای

۱. در ایالات متحده، افراد معمولاً معاملات ملکی را در یک نظام ثبتی وارد می‌کنند: یک خریدار برای ضبط معامله‌اش انگیزه دارد زیرا اگر این کار را نکند و فروشنده همان مال را به شخص دیگری بفروشد و او معامله‌اش را ضبط کند، این نفر دوم حق مالکیت را کسب خواهد کرد و اولی فقط می‌تواند فروشنده را برای خسارت مالی تحت پیگرد قرار دهد. نظام‌های ضبط شبیه نظام‌های ثبتی که در این قسمت تشریح شد نیستند زیرا شخصی که نامش ←

اتومبیل و موتورسیکلت، هواپیما و قایق‌های بزرگ‌تر از یک اندازه خاص الزامی است.^۱ به‌علاوه، گله‌های گاو و حیوانات دیگر غالباً دارای داغ هستند و این داغ‌ها در دفاتر ثبت درج شده یا مورد شناسایی عموم قرار دارند؛ داغ زدن حیوانات اغلب الزامی و گاهی اوقات نیز داوطلبانه است.^۲ حق ثبت اختراع، حق تألیف، علائم تجارتي و منافع امنیتی مختلف در مال نیز به ثبت می‌رسند.^۳ آثار هنری نسبتاً مشهور ممکن است به‌طور مجازی ثبت شده به‌نظر برسند چون مالکان واقعی آنها شناخته شده می‌باشند (اگر شخصی تابلوی مونالیزا را از موزه لوور بدزدد نمی‌تواند آن را بفروشد و امیدوار باشد که به‌عنوان مال مسروقه شناخته نشود).^۴ استفاده از ثبت برای دیگر انواع مال معمول نیست.

۵-۳-۱ فروش و سرقت مال بدون وجود یک نظام ثبتی

۱-۵-۳-۱ کالاهای ثبت نشده

اکنون بیایید فرض کنیم هیچ‌گونه دفتر ثبتی وجود ندارد که نام مالکان قانونی اموال در آن درج شود. در مورد اکثر کالاها این‌گونه است؛ همان‌طور که بحث شد، استفاده واقعی

→ به‌عنوان دارنده حق مالکیت در نظام ضبط درج می‌شود ممکن است درواقع دارنده حق مالکیت نباشد و نظام ضبط به‌طور قابل اعتمادی همه آنها را که منافع در مال دارند در فهرست نمی‌آورد. یازده ایالت دارای نظام‌های ثبتی هستند، اگرچه استفاده از آنها الزامی نیست. نگاه کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۸۶۹-۸۹۷، ۹۲۳-۹۳۰. در اروپا استفاده از نظام‌های ثبتی بیشتر معمول است، نگاه کنید به مک کورمک ۱۹۹۲، ۷۰. برای تحلیل اقتصادی نظام‌های ضبط در مقابل نظام‌های ثبتی رجوع کنید به میچلی ۱۹۹۸.

۱. در مورد ثبت اتومبیل و موتورسیکلت نگاه کنید به باسانو و دیگران ۱۹۹۷، قسمت ۵۵؛ درخصوص هواپیما نگاه کنید به فیلبین ۱۹۹۷، قسمت ۳۰؛ و در مورد قایق‌ها رجوع کنید به زابولسکی ۱۹۹۷، ۲۳-۲۴.

۲. بیش از ۳۰ ایالت نوعی از قانون داغ‌گذاری را تصویب کرده‌اند که معمولاً بر گله گاو، اسب، قاطر و الاغ اعمال می‌شود. در غرب، داغ‌گذاری معمولاً الزامی است اما در جایی دیگر ممکن است اختیاری باشد. نگاه کنید به می‌یر ۱۹۹۰ و همچنین نگاه کنید به سنت جولیان ۱۹۹۵، قسمت ۸-۹. استفاده از داغ در عهد کهن (مصریان از داغ استفاده می‌کردند)؛ در مورد تاریخ داغ‌گذاری رجوع کنید به اگوست ۱۹۹۳، ۴۶۶-۴۷۴.

۳. درباره ثبت حق ثبت اختراع، حق تألیف و علائم تجارتي رجوع کنید به‌عنوان مثال به فلین ۲۰۰۱، ۲-۲۳، ۲-۲۴، ۲-۴۳، ۲-۴۴. درباره ثبت منافع امنیتی در مال، نگاه کنید به کلارک ۲۰۰۱، جلد یک، ۱-۱۳، ۱-۱۴، ۲-۱۱۸، ۲-۱۱۹، ۲-۱۲۰.

۴. این بدون شک مشکل سرقت آثار مشهور را کاهش می‌دهد. هرچند چنین وضعیتی برای آثار هنری که زیاد شناخته شده نیستند وجود ندارد: بدون ثبت آثار هنری، شخصی که مثلاً یک مجسمه کوچک ساخته شده از سوزی یک مجسمه‌ساز ناشناخته عصر رنسانس را می‌دزد، ممکن است بتواند آن را بدون هیچ مشکلی به فروش برساند.

از دفاتر ثبت نسبتاً محدود است. کالاهای ثبت نشده ممکن است هیچ‌گونه علائم شناسایی یا برجستگی نداشته باشند؛ این مطلب نوعاً در مورد لوازم خانگی معمولی، اغذیه، لباس و جواهرات صادق است. وقتی چنین کالاهایی در تصرف یک شخص قرار دارند یا ازسوی وی برای فروش پیشنهاد می‌شوند غالباً هیچ‌گونه راه آسانی برای تعیین اینکه آیا کالاها قبلاً دزدیده شده یا به‌صورت غیرمجاز تحصیل شده‌اند وجود ندارد. همچنین امکان دارد کالاهای ثبت نشده دارای برجستگی شناسایی، به‌ویژه شماره سریال تولیدکننده باشند، همان‌طور که در مورد اغلب تجهیزات الکترونیکی این چنین است. مالک چنین کالاهایی مثلاً با درج شماره سریال اموالش روی سند فروش می‌تواند برای حفظ دلیل مالکیت تلاش کند.^۱

۲-۵-۳ دو دیدگاه حقوقی راجع به مالکیت: قاعده خرید با حسن‌نیت، قاعده مالکیت اولیه

وقتی در فقدان یک نظام ثبتی، فروش واقع می‌شود دو دیدگاه اساسی وجود دارد که ممکن است قانون در تعریف مالکیت حقوقی اتخاذ کند. یکی آنکه فرض شود خریدار مالک است اگر در زمان مبادله، اعتقاد داشته باشد که مال قبلاً به نادرستی تحصیل نشده است و او نمی‌تواند طور دیگری تصور کند این قاعده را قاعده خرید با حسن‌نیت می‌نامند زیرا خریدار معتقد است که مبادله به‌درستی و با حسن‌نیت صورت می‌گیرد. به موجب دیدگاه دیگری که قانون ممکن است اتخاذ کند، خریدار باید مبیع را به مالک سابق تسلیم کند اگر مالک سابق بتواند اثبات نماید که آن چیز به‌طور غیرقانونی از وی گرفته شده است. این قاعده به نام قاعده مالکیت اولیه نامیده می‌شود.

۳-۵-۳ قاعده خرید با حسن‌نیت نمی‌تواند مانع سرقت و فروش اموال مسروقه شود

به موجب قاعده خرید با حسن‌نیت، اگر سارق هنگام دزدی دستگیر نشود، مالک در موقعیت نامناسب قرار خواهد داشت. مالک بعید است آنچه را که از او گرفته‌اند باز پس گیرد. این امر در مورد همه کالاهایی که مالک برای آنها دلیل مالکیت ندارد صادق است.

۱. من فرض می‌کنم که تولیدکننده فهرستی از مالکان فعلی محصولش را نگهداری نمی‌کند. درواقع حتی خریداران اولیه نیز اغلب مالشان را نزد تولیدکننده ثبت نمی‌کنند. در غیر این صورت وضعیت ممکن است شبیه وضعیت تحت یک نظام ثبتی باشد.

اگر پس از آنکه سارق قلم مرا می‌دزدد، اتفاقاً شخصی را ببینم که احتمالاً قلم مرا در دست دارد (شاید من خراشیدگی‌های روی آن را می‌شناسم)، چگونه باید آن را ثابت کنم؟ حتی اگر مالک دلیلی برای مالکیتش داشته باشد، اثبات آنکه شخص متصرف مال دزد بوده یا خریدار با حسن نیت نبوده است خیلی دشوار خواهد بود. اگر من شخصی را ببینم که سوار دوچرخه من است که برای آن سند فروش حاوی شماره سریال دارم و بخواهم خواستار استرداد آن شوم باید نشان دهم که آن شخص آن را دزدیده یا با علم به مسروقه بودنش از شخص دیگری خریده است.

حال وضعیت یک دزد را در نظر بگیرید. همان‌گونه که بحث شد، دزدان می‌دانند که اگر به هنگام ارتکاب سرقت دستگیر نشوند، نسبتاً بعید خواهد بود که بعداً دستگیر شوند. به‌علاوه، دزدان پیش‌بینی می‌کنند که اگر قصد فروش آنچه را که دزدیده‌اند داشته باشند این کار غالباً به‌خاطر با حسن نیت به‌نظر رسیدن فروش‌ها نسبتاً آسان خواهد بود. خریداران انگیزه کمی دارند برای اینکه کشف کنند آیا در حال خرید از سارقان هستند؛ بلکه نفع شخصی خریداران از نظر اجتماعی اقتضا می‌کند که از سرقت چشم‌پوشی کنند تا بتوانند خرید را با قیمت‌های سودمند به پایان رسانند و مالک قانونی کالاها شوند. به‌علاوه، امکان خریدار در تعیین اینکه کالایی از سوی فروشنده سرقت شده است اغلب ضعیف خواهد بود. اگر سارق مدعی مالکیت مال شود، یا اگر سندی را ارائه کند و مدعی شود که سند فروش است، خریدار به‌آسانی قادر به بررسی صحت آن سند نخواهد بود. همچنین، تحمیل بار مسئولیت مهم بررسی ادعاهای فروشندگان بر دوش خریداران قبل از آنکه فروش‌ها با حسن نیت محسوب شوند موجب اخلال در روند تجارت خواهد بود. به موجب این دلایل مختلف، مقدمتاً باید با تقویت امکان دستگیری سارقان در حین انجام عمل مانع سرقت شد.^۱

۴-۵-۳-۱ قاعده مالکیت اولیه می‌تواند مانع سرقت و فروش اموال مسروقه شود
قاعده مالکیت اولیه اثرات متنوعی بر فروش کالاها و سرقت دارد. اول، مالک

۱. نمی‌توان انکار کرد که مراجع اجرای قانون می‌توانند با استراتژی‌هایی از قبیل استخدام مأموران مخفی موفق شوند اثبات کنند که برخی خریداران عالمانه کالاها را مسروقه می‌خرند.

یک چیز به موجب این قاعده انگیزه مثبتی برای تحصیل دلیل مالکیت دارد زیرا بعد از سرقت برای او دارای منفعت بالقوه است و او خواهد توانست مالش را پس بگیرد اگر بتواند آن را پیدا کند، حتی اگر ازسوی سارق به شخص ثالث بی اطلاع فروخته شده باشد.

علاوه بر این، سارقان از آنجاکه مالکان ممکن است اسناد و دلایل مالکیت داشته باشند و قادر به بازیابی مال سرقتی شان باشند، مال مسروقه را کم ارزش خواهند یافت و نخواهند توانست چیز زیادی از فروش آنها به دست آورند. کاهش قیمت فروش، این احتمال را منعکس می کند که کالاها سرقتی هستند و به نفع خریداران خواهد بود که تعیین کنند آیا کالاها سرقتی هستند یا نه.

۵-۳-۱ نتیجه گیری: قاعده مالکیت اولیه ممکن است ارجح باشد

از آنجاکه سارقان مال مسروقه را کم ارزش تلقی می کنند، به موجب قاعده مالکیت اولیه در مقایسه با قاعده خرید با حسن نیت، سرقت بیشتر کاهش می یابد. این نشان می دهد که قاعده مالکیت اولیه قاعده ارجح است. اما وقتی کسی هزینه های معاملاتی تبادل را به موجب این دو قاعده در نظر می گیرد - نگاه کنید به بند (ب) ذیل - متقاعد می شود که قاعده خرید با حسن نیت ارجحیت خواهد داشت.

توضیحات

الف) اثر محدود انتخاب این قاعده بر سرقت: اگرچه قاعده مالکیت اولیه باید به بازدارندگی بیشتر سرقت منتهی شود اما اثر آن بر سرقت ظاهراً بر اثر دو موضوع محدود می گردد. اول، مالکان اولیه به خاطر هزینه های خاص انجام این کار و ماهیت غیرقطعی منافع شاید به سوی تحصیل دلیل مالکیت نروند. این موضوع به ویژه در خصوص کالاهایی که دارای شماره سریال نیستند صحت دارد. دوم، حتی اگر مالکان اولیه دارای دلیل مالکیت باشند غالباً یافتن کالاهای مسروقه برای آنها دشوار است.

ب) این تلقی که قاعده مالکیت اولیه به طور نامطلوبی مانع تجارت می شود: گاهی اوقات تصور می شود که قاعده مالکیت اولیه به سهم خود موجب کاهش تجارت می شود زیرا

خریداران درباره حقوق مالکیت فروشندگان و لذا درباره حقوق مالکیت خودشان مطمئن نیستند، یا چون خریداران باید تلاش زیادی صرف کنند تا خود را درخصوص صحت مالکیت فروشندگان مطمئن سازند. اما این دیدگاه بیش از حد ساده است و خطر برای خریداران معمولاً نسبتاً کم یا بی‌اهمیت به نظر می‌رسد: احتمال دزدیده شدن کالاهای اغلب کم است و همان‌طور که مورد بحث قرار گرفت، اگر کالاهای دزدیده شوند، مالکان اولیه غالباً دشواری تحصیل دلیل مالکیت را نمی‌پذیرند یا نمی‌دانند کجا دنبال اموالشان بگردند. به همین دلیل خریداران تمایلی به صرف تلاش زیاد برای کشف عنوان فروشنده نخواهند داشت. بنابراین عموماً به موجب قاعده مالکیت اولیه، تجارت با مانع روبه‌رو نخواهد شد. تجارت وقتی با مانع روبه‌رو می‌شود که تعداد کالاهای مسروقه زیاد باشد یا زمانی که احتمالاً توقف تجارت از نظر اجتماعی مطلوب باشد.^۱

۶-۵-۳ قانون

در ایالات متحده، عموماً قاعده مالکیت اولیه اعمال می‌شود اگرچه محدودیت‌هایی بر آن وارد است که به موجب آنها یک خریدار با حسن‌نیت حق مالکیت را از مالک اولیه می‌گیرد.^۲ در اروپا، قاعده خریدار با حسن‌نیت بیشتر مورد استفاده قرار دارد و البته استثنائاتی هم دارد.^۳ از نظر تاریخی، هر دو نوع قاعده حاکم بوده‌اند.^۴

۶-۳-۱ قیود تحمیلی از سوی دولت بر فروش اموال

با طرح بحث فروش اموال در دو قسمت قبل، حالا اجازه دهید توجیهات مداخله دولت در فروش را به‌طور مختصر مورد بررسی قرار دهیم.

۱. برخی از خریداران ممکن است بکوشند تا مشخص کنند چه کالاهایی مسروقه هستند و این امر صرفاً موجب می‌شود که فروشندگان به‌سوی خریداران دیگر بروند. همچنین تلاش خریداران در تعیین آنکه چه کالاهایی مسروقه هستند ممکن است در بازدارندگی مشارکت کمی داشته باشد و ممکن است یک اتلاف اجتماعی را به‌وجود آورد.

۲. به‌عنوان مثال، اگر مالک اولیه به‌واسطه کلاهبرداری ترغیب به فروش مالش به شخصی شود و این شخص مال را به یک خریدار با حسن‌نیت بفروشد، خریدار در مقابل مالک اولیه صاحب حق مالکیت می‌شود. رجوع کنید به براون ۱۹۷۵، فصل ۹ و توماس ۱۹۹۴ قسمت ۱۳.

۳. نگاه کنید به پرات و اوکیف ۱۹۹۵، ۳۹۷-۳۶۷.

۴. نگاه کنید به تحلیل اقتصادی این دو قاعده در برد و جکسون ۱۹۸۴، لومور ۱۹۸۷ و وینبرگ ۱۹۸۰.

۱-۳-۶-۱ مداخله برای تصحیح اثرات خارجی

یک توجیه اساسی برای اقدام دولت به تحمیل محدودیت بر فروش اموال این است که این کار ممکن است به حل مشکل اثرات خارجی زیان‌آور کمک کند (درباره اثرات خارجی کلاً نگاه کنید به قسمت ۴-۱ این فصل). اگر فروش اموال به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم منجر به خسارت افرادی که در خود معامله درگیر نیستند بشود آنگاه ایجاد قیودی برای فروش اموال از نظر اجتماعی مفید خواهد بود. این مداخله دولت ممکن است در حل مشکلات مربوط به اثرات خارجی مفید باشد زیرا روش‌های جایگزین مثل استفاده از مسئولیت شاید به‌درستی عمل نکنند یا شاید استفاده از آنها دشوارتر باشد. اجازه دهید انواع مختلف مداخله را بررسی کنیم:

الف) ممنوعیت فروش: یک شکل افراطی مداخله عبارت از ممنوعیت کلی فروش انواع خاصی از اموال، مثل برخی از انواع اسلحه است، زیرا اثرات خارجی مضر آنها عبارت خواهد بود از اینکه خریداران ممکن است از اسلحه برای صدمه رساندن به کسی استفاده کنند یا مرتکب جرم شوند. یک اشکال ممنوع کردن فروش این است که شاید استفاده‌های مشروع و غیرمضر از اسلحه هم وجود داشته باشد. این ایراد بستگی به نوع سلاح دارد؛ در مورد اسلحه شکاری این موضوع بامعناتر است تا درخصوص مسلسل‌ها. نوعی از کالاها که ممنوعیت فروش آنها شاید قوی‌ترین توجیه را داشته باشد کالایی است که صرفاً برای اجتناب از قانون استفاده می‌شود و بنابراین در ایراد صدمه مشارکت دارد و هیچ‌گونه اشکال اجتماعی در ممنوعیت آن وجود ندارد. مثال ردیاب رادار که فقط به‌منظور ردیابی حضور پلیس برای شناسایی افرادی که با سرعت رانندگی می‌کنند به کار می‌رود؛ اگر سرعت از نظر اجتماعی نامطلوب تلقی شود آنگاه ردیاب‌های رادار زیان‌آور هستند زیرا احتمال جریمه به‌خاطر سرعت را کاهش می‌دهند.

در چنین مواردی که ممنوعیت بر فروش خوشایند به نظر می‌رسد، این ممنوعیت باید کاملاً مبتنی بر مقایسه با دیگر روش‌های حقوقی برای کنترل اثرات خارجی مضر باشد. به‌عنوان مثال برای ممنوعیت فروش اسلحه و ردیاب‌های رادار، توجیه باید این باشد که ممنوعیت نسبت به روش‌های دیگر کنترل ارجحیت دارد زیرا وقتی این کالاها فروخته شدند، کنترل استفاده آنها و آسیبی که با آنها وارد می‌شود برای دولت دشوار است.

ب) **محدودسازی نوع خریداران:** دولت ممکن است به جای ممنوعیت فروش یک محصول سیاست محدود کردن فروش آن به دسته خاصی از خریداران را که بعید است از آن در راه خطا استفاده کنند، اتخاذ کند. بنابراین فروش اسلحه ممکن است محدود شود به پلیس خصوصی، باشگاه‌های تیراندازی و قس‌علی‌هذا. دولت همچنین ممکن است از طریق محدود کردن نوع خرید اعمال کنترل کند. مثلاً، قوانین مربوط به منطقه‌بندی ممکن است حداقل اندازه هر قطعه زمین را مقرر کنند که فضای یک ناحیه را با در نظر گرفتن افزایش میزان فضای سبز، ثروت ساکنان و خصوصیات مشابه آنها تغییر دهد.

ج) **محدودیت‌ها بر قیود تحمیلی خصوصی برای فروش:** ممکن است اشخاص خصوصی هم دوست داشته باشند قیودی برای فروش مال قرار دهند و گاهی اوقات این کار باعث اثرات خارجی مضر خواهد شد. مثلاً فردی ممکن است بخواهد از فروش زمین به افراد دارای مذاهب یا نژادهای خاص اجتناب کند و اگر این کار وی آسیب اجتماعی به بار آورد، جلوگیری از این قیود برای فروش مطلوب خواهد بود.

۲-۳-۶-۱ مداخله برای حل مشکلات مربوط به فقدان اطلاعات

توجیه کلی دوم برای مداخله دولت در فروش عبارت است از حل مشکل فقدان اطلاعات شرکت‌کنندگان در فروش، به‌منظور تحقق نوعی از معامله که با آنچه در صورت مطلع بودن طرفین به انجام می‌رسید نزدیک‌تر باشد.

به‌عنوان مثال برخی داروها بدون تجویز پزشک قابل فروش نیستند، زیرا بدون وجود محدودیت بر فروش، شخصی که نمی‌داند چه داروهایی باید مصرف کند ممکن است دارویی را مصرف کند که در صورت داشتن اطلاعات پزشکی یا دریافت توصیه‌های یک کارشناس مصرف نمی‌کرد.

هرچند این روش استدلال دو امکان را نادیده می‌گیرد. اول اینکه یک خریدار بالقوه که دانش او در مورد یک کالا ناکافی است ممکن است به‌خوبی این نقص را دریابد و به جست‌وجوی اطلاعات بیشتر برود. شخصی که خواص یک دارو را نمی‌فهمد ممکن است با یک دکتر یا داروساز تماس بگیرد تا تعیین کند مصرف دارو چه هنگامی مطمئن و مفید خواهد بود. دوم اینکه دولت ممکن است اطلاعات لازم را به خریداران بالقوه کالاها

ارائه کند. ممکن است مثلاً افراد از ویژگی‌های اساسی کالاها با درج بر روی برچسب مطلع شوند و اگر این ویژگی‌ها خیلی پیچیده‌تر از این باشند که به اختصار بیان شوند به افراد توصیه شود که با یک کارشناس مشورت کنند. اگر مردم بتوانند چنین اطلاعاتی را درک کنند، تدارک آنها از سوی دولت راه حل ارجح‌تری در مقایسه با مداخله علیه فروش خواهد بود.

۳-۶-۱ مداخله به دلایل پدرسالارانه

توجیه دیگر ذکر شده، برای مداخله دولت، پدرسالاری است؛ یعنی آنکه دولت از افراد می‌خواهد که حداقل تحت شرایط خاص، کالاهای خاصی را مصرف نکنند. گاهی اوقات پدرسالاری نشانگر یک اثر خارجی است. مثلاً، تلاش‌های جامعه برای محدود کردن مصرف الکل شاید ناشی از این حقیقت باشد که اگر گروهی از مردم بیش از حد الکل مصرف کنند دیگران آسیب خواهند دید. همچنین پدرسالاری ممکن است نشانگر مشکل فقدان اطلاعات باشد. مثلاً اگر خردسالان مجاز به خرید سیگار نیستند، شاید به این دلیل باشد که آنها به اندازه کافی قادر نیستند خطرات سیگار کشیدن را ارزیابی کنند. پدرسالاری گاهی اوقات نیز به عنوان منعکس کننده اثرات خارجی یا فقدان اطلاعات تلقی نمی‌شود بلکه بیشتر به منزله تصمیم و اراده جامعه برای از بین بردن یا تغییر اولویت‌های دیگران در برابر آن چیزهایی است که جامعه فکر می‌کند به نفع آنهاست. مثلاً، این عقیده که بزرگسالان با درک خطرات قصور در استفاده از کمربند ایمنی در اتومبیل‌ها باید ملزم به این کار شوند ممکن است محصول چنین نظریه پدرسالارانه‌ای باشد.^۱

۷-۳-۱ هبه‌ها

۱-۳-۷-۱ هبه‌ها و محرکشان

هبه‌ها شکل مهمی از انتقال مال هستند به‌ویژه وقتی کسی میزان ارثیه‌ها را در نظر

۱. با وجود این، در منطق محض، ممکن است گفته شود یک‌گونه از اثر خارجی بسیار مهم وقتی است که افراد در جامعه می‌خواهند اولویت‌های یک شخص را از بین ببرند، مثل اولویت یک شخص برای رانندگی بدون کمربند ایمنی: اثر خارجی عبارت است از عدم مطلوبیت که افراد در جامعه تجربه می‌کنند وقتی برخی افراد براساس اولویت‌های خویش عمل می‌کنند (رانندگی بدون کمربند ایمنی).

می‌گیرد.^۱ یک محرک قوی برای اعطای هبه نوع دوستی خالص است: واهب به رفاه متهدب اهمیت می‌دهد؛ یعنی واهب از مطلوبیت متهدب مطلوبیت کسب می‌کند. در مورد هبه‌هایی که به اعضای خانواده یا دوستان اعطا می‌شود غالباً این گونه است و این انگیزه ممکن است به جمعیت بزرگ‌تر و یا به سازمان‌ها گسترش یابد.

به‌هر حال غیر از نوع دوستی دلایل متفاوت دیگری هم برای اعطای هبه وجود دارند. از جمله اینکه صرف عمل هبه می‌تواند مستقل از درجه رضایتمندی که به متهدب می‌دهد به واهب مطلوبیت بخشد.^۲

دیگر اینکه هبه‌ها می‌توانند موجب ابراز قدرشناسی یا علاقه از طرف متهدب شوند یا احترام آنهایی را که از هبه آگاه می‌شوند برانگیزند (مثل وقتی جامعه مطلع می‌شود که شخصی کمک قابل توجهی به یک ارکستر سمفونی کرده است)؛ لذا هبه چیزی مثل فروش است که دریافت یک خدمت (ابراز قدرشناسی) را به همراه دارد. به‌علاوه، هبه ممکن است نشانه‌ای از واهب به‌دست دهد که منجر به رفتاری می‌شود که او با ارزش می‌داند.^۳

۲-۷-۳-۱ مطلوبیت تشویق دولتی هبه‌ها

یک دلیل عمومی برای دولت وجود دارد که اعطای هبه‌ها را حمایت کند و در اصل به آنها کمک مالی بدهد: واهبان پول هبه‌ها را از متهدبان به‌طور کامل نمی‌گیرند ولی از لحاظ ترویج رفاه اجتماعی باید این کار انجام شود، ممکن است به این دلیل واهبان خیلی کم ببخشند و بنابراین کمک هزینه دادن دولت به هبه‌ها مطلوب خواهد بود. موردی

۱. مثلاً، گیل و شولتز ۱۹۹۴، ۱۵۴-۱۵۲، تخمین می‌زنند که بخشش مورد نظر به ۱۷ درصد ارزش خالص دارایی افراد بالغ می‌شود و اینکه ارثیه‌های سالیانه تقریباً ۱ درصد ارزش خالص را تشکیل می‌دهند. همچنین بخشش‌های خیریه‌ای تقریباً به ۲ درصد درآمد خانواده می‌رسد؛ رجوع کنید به اطلاعات مجمل آماری ایالات متحده ۲۰۰۱، جدول ۵۵۹، صفحه ۳۶۰.

۲. مطلوبیت ناشی از بخشش گاهی اوقات به‌عنوان «محبت گرم» توصیف می‌شود؛ نگاه کنید به آندرونی ۱۹۹۰.

۳. اگر من یک هدیه سخاوتمندانه به کارمند جدیدم بدهم ممکن است به این معنا باشد که از کارش راضی هستم و احتمالاً کار کردن او ادامه خواهد داشت زیرا سرمایه‌گذاری من در آن هدیه چه علت دیگری می‌تواند داشته باشد؟ این احتمالاً به نفع من خواهد شد چون کارمند سخت‌تر کار خواهد کرد و بعید است که در جست‌وجوی شغل دیگری باشد.

را در نظر بگیرید که انگیزه هبه نوع دوستی است (این نکته به طور گسترده‌ای بر دیگر انگیزه‌های هبه نیز مؤثر است). فرض کنید اگر «الف» به «ب» هدیه‌ای می‌داد منفعت نوع‌دوستانه‌ای معادل ۳۵ کسب می‌کرد و «ب» نیز منفعتی معادل ۷۰ از هدیه به دست می‌آورد اما هدیه برای «الف» به خاطر چشم‌پوشی از مصرف آن معادل ۴۰ هزینه در بر می‌داشت، بنابراین فرد «الف» هبه‌ای انجام نمی‌داد زیرا منفعت نوع‌دوستانه که برای او معادل ۳۵ است کمتر از هزینه او بود که معادل ۴۰ است، اما انجام هبه با فرض مقیاس مجموع مطلوبیت‌های رفاه اجتماعی از نظر اجتماعی مطلوب است؛ لذا اگر هبه انجام شود، تغییر خالص در رفاه مثبت خواهد بود، $۳۵ + ۷۰ - ۴۰ = ۶۵$. در اینجا یک کمک هزینه برای انجام هبه می‌تواند الف را ترغیب به دادن هدیه نماید و بنابراین ممکن است از نظر اجتماعی سودمند باشد.^۱

همچنین دلایل خاصی برای دولت وجود دارند که از هبه به سازمان‌های خاصی حمایت کند. به‌ویژه، اگر یک سازمان یک کالای عمومی را تهیه می‌کند (به بخش ۱-۶-۳ رجوع کنید) و منفعتی به اجتماع می‌رساند که قابل تأمین از سوی بخش خصوصی نیست، یک راه برای کمک مالی به آن سازمان تشویق افراد خیر به بخشش بیشتر از طریق پرداخت کمک هزینه به بخشندگان خواهد بود. لذا یک دانشگاه را که نوعی کالاهای عمومی تولید می‌کند می‌توان از طریق تشویق دولتی هبه‌ها تقویت مالی کرد.

۱. استدلال مربوط به این بند از سوی کاپلو ۱۹۹۵ صورت گرفته است. برای توضیح آن، فرض کنید $u(y)$ مطلوبیت ثروت (y) واهب، $v(w)$ مطلوبیت ثروت w متهد و $av(w)$ مطلوبیت ناشی از مطلوبیت متهد برای واهب باشد، وقتی $a > 0$ نشانگر قدرت نوع دوستی است و v و u در حال افزایش هستند واهب هدیه‌ای x انتخاب می‌کند تا $u(y-x) + av(w+x)$ را به حداکثر رساند، تا اینکه او یک هدیه مثبت بدهد اگر $u'(y) < av'(w)$ باشد و اگر او یک هدیه مثبت بدهد، آن هدیه توسط $u'(y-x) = av'(w+x)$ تعیین خواهد شد. با فرض آنکه میزان رفاه اجتماعی جمع مطلوبیت‌های واهب و متهد است، x باید $u(y-x) + av(w+x) + v(w+x) = u(y-x) + (1+a)v(w+x)$ را به حداکثر رساند تا اینکه هدیه مطلوب اجتماعی اگر مثبت باشد توسط $u'(y-x) = (1+a)v'(w+x)$ تعیین گردد که به این مفهوم است که هدیه مطلوب اجتماعی از مقداری که واهب خواهد داد فراتر می‌رود. از آنجاکه واهب هدیه کوچک‌تری از آنچه مطلوب اجتماعی است می‌دهد می‌توان نشان داد که کمک هزینه افزایش یافته از طریق مالیات کلی باعث افزایش رفاه اجتماعی می‌شود، هنگامی که دولت قادر نیست تعیین کند که چه کسی واهب است و چه کسی متهد بالقوه (تشخیص این امر برای دولت شاید دشوار باشد و اگر قابل تعیین باشد به دولت اجازه می‌دهد که مستقیماً به هدفش دست یابد).

۸-۳-۱ انتقال مال هنگام فوت: ارثیه‌ها

۱-۸-۳-۱ انتقال هنگام مرگ یک واقعه مهم است

ارثیه عبارت است از انتقال مال هنگام مرگ یک فرد، که به اصطلاح مورث و موصی خوانده می‌شود، برطبق خواسته‌هایش. ارثیه‌ها شکل مهمی از انتقال مال هستند و حداقل ۳۰ درصد کل ثروت افراد در ایالات متحده از طریق ارثیه‌ها به دست می‌آید.^۱ در این قسمت هدف اصلی تشریح این موضوع است که چرا ارثیه‌ها واقع می‌شوند. به عبارت دیگر، چرا افراد کل دارایی‌شان را در طول زندگی مصرف نمی‌کنند یا نمی‌بخشند؟^۲ (هبه‌های صورت گرفته در طول زندگی یک فرد را هبه‌های بین اشخاص زنده می‌نامند). همان‌طور که خواهیم دید، پاسخ به این سؤال بدیهی نیست. پس از کاوش پیرامون این پرسش، درباره وصیت‌نامه‌ها و سیاست حقوقی مربوط به ارثیه‌ها توضیح خواهیم داد.

۲-۸-۳-۱ نوع دوستی و عدم اطمینان درباره متهمان

نوع دوستی دلیلی برای بخشیدن مال از سوی یک شخص است اما توضیحی ارائه نمی‌کند که چرا شخص باید اموالش را به صورت ارثیه ببخشد به جای اینکه هنگام زنده بودن آنها را ببخشد. با این همه، اگر شخصی وقتی زنده است هدیه‌ای بدهد، متهم می‌تواند از آن برای یک هدف خوب استفاده اولیه کند (مثلاً برای کسب دانش در یک کالج) یا حداقل کارهایش را با علم به اینکه هدیه را در دست دارد بهتر طراحی کند. از طرف دیگر، منفعت متهم به طور غیرمستقیم به واهب به خاطر نوع دوستی‌اش نفع خواهد رساند (و شاید به همین خاطر است که ارزش دلاری هبه‌های بین اشخاص زنده بیش از ارثیه‌ها تخمین زده می‌شود).^۳

۱. نگاه کنید به گیل و شولتز ۱۹۹۴، ۱۴۷.

۲. برای دیدن یک تحقیق مفید و گسترده اقتصادی در خصوص ارثیه‌ها (در رابطه با ارثیه‌های تصادفی که در ادامه تشریح می‌شود و دیگر موضوعات علاوه بر نوع دوستی) نگاه کنید به کوتلیکوف ۱۹۹۸؛ همچنین نگاه کنید به کوتلیکوف ۲۰۰۱. در مورد هبه‌های صورت گرفته در طول زندگی یک شخص و انتخاب بین چنین هبه‌ها و ارثیه‌هایی، مسائلی که قدری کمتر به آنها توجه شده است، رجوع کنید به کاکس ۱۹۸۷، گیل و شولتز ۱۹۹۴ و آلتونی، هایاشی و کوتلیکوف ۱۹۹۷.

۳. نگاه کنید به کاکس ۱۹۸۷، ۵۱۱.

لیکن عدم اطمینان از متهمان مبین این نکته است که چرا نوع دوستان ممکن است هبه را احتمالاً تا زمان فوت به تعویق اندازند. واهب ممکن است در خصوص نیازهای یک متهم بالقوه (اینکه یک فامیل نیاز به پول خواهد داشت بستگی دارد به ازدواج، سلامتی و شغلش) یا دربارهٔ خصوصیاتش مطمئن نباشد. خصوصیات و شرایط مردم در طول زمان آشکار می‌شود بنابراین ممکن است واهب نخواهد هبه کند مگر آنکه تا حد ممکن در خصوص نیاز یا شخصیت یک متهم بالقوه به جمع‌بندی رسیده باشد. در همین ارتباط، واهب ممکن است نداند به کدام شخص یا سازمان می‌خواهد مالی هبه کند. مثلاً واهی ممکن است تصور کند که شاید دلیل بارزشی در آینده برای او آشکار گردد (چه کسی می‌توانست تصور همه‌گیر شدن ایدز را بکند پیش از آنکه تحقق یابد؟). لذا واهب ممکن است بخواهد اختیاراتش را به منظور اصلاح طرح‌هایش دربارهٔ اینکه چه کسی باید مال را دریافت کند تا زمان مرگ خود حفظ کند.

۳-۸-۳-۱ عدم اطمینان دربارهٔ طول مدت عمر: ارثیه‌های اتفاقی

دلیل دوم آنکه چرا مال ممکن است فقط با مرگ یک شخص منتقل شود عدم قطعیت اطلاع وی در مورد طول مدت عمر خویش است. اگر شخصی مطمئن نباشد که چقدر عمر خواهد کرد، می‌خواهد به قدر کفایت ثروت در تصرفش داشته باشد تا زندگیش را در صورت عمر طولانی تأمین کند. این به نوبهٔ خود به معنای آن است که وقتی او می‌میرد با ثروت خواهد مرد. لذا ارثیه‌ها از حادثهٔ مرگ ناشی می‌شوند و این حادثه است که ثروت یک فرد را برای انتقال به وارث آماده می‌کند.^۱ توجه داشته باشید که این دلیل برای انتقال مال در هنگام مرگ حتی اگر شخص انگیزهٔ نوع دوستانه نداشته باشد اعمال می‌شود.

در عین حال وجود بازار فعال قراردادهای مستمری این استدلال را محدود می‌کند که افراد باید اموالشان را تا زمان مرگ نگهدارند تا خویش را از پشتیبانی کافی در صورت طولانی‌تر بودن عمرشان مطمئن سازند. به موجب یک قرارداد مستمری، هر فرد حق بیمه‌ای می‌پردازد و در عوض مادامی که زنده است و نه بیشتر عایدی مستمر دریافت

۱. در مورد عدم اطمینان درباره طول عمر به عنوان توضیحی برای ارثیه‌ها، رجوع کنید برای مثال به آبل ۱۹۸۵، دیویس ۱۹۸۱ و هارد ۱۹۸۹.

خواهد کرد. یک فرد خطرگریز که درآمد کمی دارد یا هیچ‌گونه درآمدی ندارد ممکن است قرارداد مستمری را روش جالبی برای صرف ثروتش بباید زیرا او را از درآمد جهت مصرف، بدون توجه به اینکه چقدر عمر خواهد کرد مطمئن می‌سازد. درحقیقت، اگر قراردادهای مستمری از نظر آماری مناسب باشند، یک فرد خطرگریز قاعدتاً باید بیشتر ثروتش را در این قراردادها سرمایه‌گذاری کند و چیزهای دیگر برابر خواهند بود.^۱

طبق تعریف هرچه فردی در قراردادهای مستمری بیشتر سرمایه‌گذاری کند، در هنگام مرگ ثروت کمتری در تصرف خواهد داشت؛ اگر قرار باشد او همه چیز را در قراردادهای مستمری سرمایه‌گذاری کند، بدون هیچ‌گونه پولی می‌میرد و هیچ ارثیه‌ای نخواهد داشت. از این رو، اهمیت عدم اطمینان از طول عمر به‌منزله توضیحی برای حفظ ثروت تا زمان مرگ و برای انتقال ثروت در هنگام مرگ، تاحدی که افراد به خرید قراردادهای مستمری مبادرت می‌کنند کاهش می‌یابد.

این نیز ممکن است که شخص حتی اگر تمایل به گذاشتن ارثیه نیز نداشته باشد نخواهد خیلی زیاد در قراردادهای مستمری سرمایه‌گذاری کند (بدیهی است اگر او قصد گذاشتن ارثیه را داشته باشد ثروتش را برای آن هدف نگه خواهد داشت). این گرایش ناشی از عدم اطمینان درباره نیازها و سلاقی آینده خود می‌باشد. به‌عنوان مثال، او نمی‌داند اگر سلامتی‌اش رو به زوال گذارد چقدر خرج خواهد کرد (آیا او نیازمند پرستاری تمام‌وقت خواهد بود؟)، یا نمی‌داند که آیا به مسافرت خواهد رفت یا خانه‌ای در محل دیگری خواهد خرید. اگر شخصی همه سرمایه‌اش را برای قرارداد مستمری صرف کند آزادی کمتری در افزایش هزینه‌هایش خواهد داشت. برای به‌دست آوردن این آزادی ممکن است خود به‌طور منطقی قسمتی از ثروتش را نگهدارد به‌جای آنکه آن را کلاً به قراردادهای مستمری اختصاص دهد.^۲

۱. یک شخص مخالف خطرپذیری در اصل می‌خواهد همه ثروتش را در یک قرارداد مستمری سرمایه‌گذاری کند اگر از نظر آماری مناسب باشد، او هیچ انگیزه‌ای برای ارثیه گذاشتن ندارد و مشمول هیچ‌گونه عدم اطمینان دیگری که در متن مورد اشاره قرار خواهد گرفت نخواهد بود. در مورد نظریه قراردادهای مستمری و بیمه عمر رجوع کنید به مقاله اولیه یاری ۱۹۶۵ و برای یک تحقیق تجربی مربوط رجوع کنید به برن‌هایم ۱۹۹۱.

۲. دلایل متعدد دیگری برای آنکه شخص نخواهد در قراردادهای مستمری سرمایه‌گذاری کند باید ذکر شوند. یکی از آن دلایل این است که عایدی ناشی از مستمری مواجه با مالیات بر درآمد با نرخ معمولی است درحالی‌که درآمد ←

۴-۸-۳-۱ بیمه عمر

عدم اطمینان درخصوص میزان طول عمر همچنین می‌تواند شخص را به‌سوی خرید بیمه عمر و انتقال ثروت به شکل عایدات بیمه عمر در زمان مرگش هدایت کند. به‌ویژه شخصی که حقوقی دارد و بخشی از آن را به‌خاطر احساسات نوع‌دوستانه به متهم می‌دهد ممکن است بیمه عمر بخرد اگر با نرخ‌های مناسب فروخته شوند و اگر متهم خطرگریز باشد.^۱ میزان پوشش بیمه‌ای که واهب خریداری می‌کند منعکس‌کننده درآمدی است که متهم در صورت مرگ واهب از دست خواهد داد. این تلقی که یک متهم ممکن است هنگام مرگ واهب ثروتی کسب کند اعمال خواهد شد حتی اگر واهب از میزان ثروتی که می‌خواهد به متهم بدهد مطمئن باشد؛ واهب نمی‌تواند اکنون درآمد آینده‌اش را به متهم بدهد اما می‌تواند بیمه عمر بخرد و نام متهم را به‌عنوان ذی‌نفع در بیمه‌نامه درج کند.

۵-۸-۳-۱ نظارت بر رفتار فرزندان

افراد اغلب دوست دارند فرزندان آنها (یا دیگران) در طول سال‌های آخر عمرشان به آنها توجه داشته باشند. گاهی اوقات بحث می‌شود که برای تقویت این رفتار، یک شخص می‌تواند میراث فرزند را مشروط به ارائه میزان لازم و بایسته‌ای از توجه، کند.^۲ هریک از والدین می‌تواند بگوید یا بفهماند که میراث دریافتی یک فرزند به میزان توجه‌اش بستگی دارد و اینکه در غیر این صورت او از ارث محروم خواهد شد یا سهم‌اش از میراث

→ ناشی از سرمایه‌گذاری‌ها فقط مواجه با نرخ‌های پایین‌تر سود سرمایه است. دلیل دیگر این است که ممکن است پرداخت‌های مستمری از نظر آماری به دلیل هزینه‌های اداری و انتخاب مخالف مناسب نباشد و (انتخاب مخالف اشاره دارد به این حقیقت که خرید قراردادهای مستمری ازسوی فرد سالم و دارای عمر طولانی باعث کاهش پرداخت مستمری سالیانه ازسوی شرکت می‌شود. این مطلب باعث می‌شود که قراردادهای مستمری از نظر آماری برای افراد ناسالم منصفانه نباشد). یک دلیل دیگر این است که قراردادهای مالی یک خانواده ممکن است از قراردادهای مستمری تبعیت کنند. به‌ویژه، وقتی شوهر و زن سرمایه‌هایشان را از طریق وصیت به یکدیگر واگذار می‌کنند، همسر زنده مانده درواقع نوعی مستمری به‌دست می‌آورد. درباره مورد اخیر رجوع کنید به کوتلیکوف و اسپواک ۱۹۸۱.

۱. در مورد نظریه بیمه عمر نگاه کنید به یاری ۱۹۶۵.

۲. رجوع کنید به برن‌هایم، شلیفر و سامرس ۱۹۸۵.

به‌طور قابل توجهی کاهش خواهد یافت. هرچند مشکل این استدلال آن است که اگر یکی از والدین نیازمند مراقبت باشد، مشخص نیست چرا نمی‌تواند آن را از طریق هبه‌ها در طول مدت عمر بخرد (مثلاً از طریق هدایای بزرگ یا وام‌هایی برای تحصیل نوه‌ها).^۱ از این‌رو، خواست والدین برای تحت تأثیر قرار دادن رفتار فرزندان به‌خودی‌خود و به‌طور متقاعدکننده‌ای توضیح نمی‌دهد که چرا والدین ثروشان را تا زمان مرگشان حفظ می‌کنند.

با وجود این، تمایل به تحت تأثیر قرار دادن رفتار فرزندان باعث تقویت استدلال‌های دیگر می‌شود تا افراد ثروشان را تا زمان مرگ حفظ کنند. به‌ویژه، والدین ممکن است بخواهند ثروشان را تا زمان مرگ حفظ کنند چون کماکان از نیازهای متبیه بالقوه اطمینان ندارند و از سویی، عدم اطمینان‌های مختلفی ممکن است والدین را به محدود کردن خرید قراردادهای مستمری رهنمون شوند. به‌عنوان یک نتیجه فرعی، آنها می‌توانند نظارت گسترده‌ای بر ارائه مراقبت و توجه از سوی فرزندان به‌دست آورند.

۶-۸-۳-۱ وضع مالیات

ملاحظات مالیاتی ممکن است تقویت‌کننده گرایش به بخشش مال بعد از مرگ باشند. مثلاً، به موجب قانون مالیاتی ایالات متحده تأمین‌های داده شده برای هبه بعد از مرگ دارای مبنای افزایش یافته هستند که می‌توانند برای متبیهان بسیار بارزتر از تأمینات هبه قبل از مرگ باشند.^۲

۱. درواقع، اگر تمایل برای توجه و مصرف شخصی همه آن چیزی باشد که یکی از والدین به آن اهمیت می‌دهد و تاریخ مرگ او از قبل معلوم باشد، وی هیچ دلیلی برای عدم صرف کل ثروتش برای برخورداری از توجه و برای مصرف شخصی ندارد، او هیچ ثروتی تا زمان مرگ حفظ نخواهد کرد چون این نشانگر اتلاف سرمایه خواهد بود.

۲. رجوع کنید به قسمت ۱۰۲ (الف) قانون درآمد داخلی آمریکا که مقرر می‌دارد ارثیه‌ها از درآمد گیرنده آن مستثنا هستند و قسمت ۱۰۱۴ که بیان می‌کند مبنای مالیات اموال حاصله از طریق ارث ارزش بازاری اموال در تاریخ مرگ موصی می‌باشد. قسمت ۱۰۱۴ به این معناست که مالی که بر ارزش آن بعد از مرگ موصی افزوده شده است چنین تلقی خواهد شد که با ارزش زمان مرگ موصی ازسوی گیرنده آن تحصیل شده است. بدین‌جهت، اگر ملکی که به قیمت ۱۰ هزار دلار ازسوی موصی خریداری شده در زمان مرگش ۱۰۰ هزار دلار ارزش داشته باشد و متعاقباً ازسوی گیرنده مال به ۱۰۵ هزار دلار فروخته شود وی فقط برای ۵ هزار دلار مالیات بدهکار خواهد بود - تفاوت نرخ فروش و مبنای ۱۰۰ هزار دلار - نه برای سود ۹۵=۱۰۵-۱۰ هزار دلاری.

۷-۸-۳-۱ وصیت‌نامه: سند قانونی برای تضمین انتقال مال بعد از مرگ

دلایل عمومی برای اینکه چرا فردی ممکن است در هنگام مرگ مالک مالی باشد و بخواهد آن را منتقل کند قبلاً بیان شد. وصیت‌نامه سندی است که به واسطه آن چنین فردی می‌تواند دستور انتقال مالش را به شخص دیگری بدهد. وصیت‌نامه سندی است که دریافت‌کنندگان اموال یک شخص را پس از مرگ موصی مشخص می‌کند.

خصوصیات متعدد وصیت‌نامه‌ها محتاج تفسیر است. اول، وصیت‌نامه‌ها اغلب حاوی شروطی هستند، چرا که برخی احتمالات (از قبیل نیازهای فرزندان) ممکن است مبلغی را که نویسنده وصیت‌نامه دوست دارد موصی‌له دریافت کند یا هویت موصی‌لهم را تحت تأثیر قرار دهند.

دوم، وصیت‌نامه‌ها غالباً بر اثر وقوع احتمالاتی که خواست‌های نویسنده را تغییر می‌دهند دچار تغییر می‌شوند. باین‌حال، ممکن است پرسیده شود چرا وقوع چنین احتمالاتی به اصلاح یک وصیت‌نامه منجر می‌شود، چون نویسنده می‌توانست نیاز به اصلاح وصیت‌نامه‌اش را با پیش‌بینی صریح جوانب وقوع احتمالات در وصیت‌نامه مرتفع سازد. هرچند گاهی اوقات این کار عملی نیست زیرا وقوع یک احتمال قابل احراز توسط دادگاه نیست. مثلاً تعیین کیفیت رابطه پدر یا مادر سالخورده با فرزند (مثل اینکه فرزند به پدر یا مادر سر می‌زند یا خیر) ممکن است برای دادگاه دشوار باشد و در این صورت شرطی در وصیت‌نامه که مقرر می‌دارد میراث فرزند در صورت رفتار نامناسب با والدینش باید کاهش یابد قابل اجرا نخواهد بود. از این‌رو، پدر یا مادر باید وصیت‌نامه‌اش را به‌منظور تغییر سهمیه فرزند اصلاح کند. دلیل دوم که چرا یک شخص ممکن است وصیت‌نامه‌ای را اصلاح کند صرفاً این است که نویسنده احتمال خاصی را در وصیت‌نامه ذکر نکرده است زیرا در هنگام تحریر وصیت‌نامه آن احتمال بعید بوده است یا حتی به آن فکر نشده است (منطق عدم درج برخی مقررات در قراردادهای که وصیت‌نامه هم نمونه خاصی از آنهاست در قسمت ۴-۱-۳ فصل سوم مورد بحث قرار خواهد گرفت).

سوم، گاهی اوقات نویسندگان وصیت‌نامه می‌خواهند وصیت‌نامه‌ها قطعی باشند. علت این است که گیرنده می‌تواند روی دریافت موصی‌به حساب کند و بنابراین برای او ارزش بیشتری خواهد داشت. به‌عنوان مثال، فرزندی که در انتظار یک ارثیه است می‌تواند

سرمایه خویش را در یک بنگاه تجاری موفق سرمایه‌گذاری کند. ارزش افزایش یافته میراث به عطای نویسنده وصیت‌نامه به‌خاطر نوع دوستی‌اش افزوده خواهد شد.^۱ علت دوم قطعی کردن یک وصیت‌نامه این است که ممکن است نویسنده واهمه داشته باشد که بعداً فاقد صلاحیت گردد (اما نه بر اثر حکم دادگاه) و از این رو برخلاف بهترین منافعش عمل کند.

۸-۳-۸-۱ سیاست در خصوص میراث

آیا جامعه باید در تصمیمات خصوصی مربوط به واگذاری مال از راه وصیت مداخله کند؟ واگذاری مال از راه وصیت صرفاً یک راه استفاده از مال است و بنابراین به موجب همان دلایل عمومی که برای جامعه نامطلوب است استفاده از مال را مضیق سازد، جامعه نباید در واگذاری مال از طریق وصیت مداخله کند؛ یعنی این کار مستقیماً باعث کاهش مطلوبیت افراد خواهد شد (یک شخص مطلوبیت کمتری از مال کسب می‌کند اگر از واگذاری مال خود ممنوع شود) و نیز انگیزه‌هایشان برای کار کردن را کاهش می‌دهد (یک شخص برای جمع‌آوری مال به‌سختی کار نخواهد کرد اگر نتواند آن را همان‌گونه که دوست دارد به ارث گذارد). هرچند ممکن است استدلال شود که اثرات خارجی (به قسمت ۴-۱ همین فصل رجوع کنید) به میراث هم مربوط می‌شوند. شاید گفته شود که اجازه دادن به خانواده‌ها برای حفظ مقادیر بزرگی ثروت، از همبستگی اجتماعی خواهد کاست زیرا به برگزیدگان اجازه می‌دهد خود را تقویت کنند. اگر چنین شود، دولت برای تحمیل مالیات بر ارث توجیهی خواهد یافت.^۲

دیگر اثر خارجی قابل توجه وصیت این است که همسر یا فرزند مستقل که ارث نمی‌برند ممکن است حمایت اجتماعی دریافت کنند (به شکل پرداخت‌های رفاهی عمومی، آموزشی یا مراقبت بهداشتی). یک شخص ممکن است بسته به حمایت‌های

۱. برای بحث بیشتر به قسمت ۲-۴-۳ در فصل سوم، در مورد قراردادهای هبه رجوع کنید.

۲. برای تفصیل مطلب باید گفت که اساس چنین مالیات‌هایی فقط منع یک شخص از کسب ثروت نیست. اگر هدف اجتماعی این بود، به‌خوبی و مستقیماً از طریق مالیات بر ثروت قابل حصول بود و هیچ نیازی به مالیات بر ارث فی‌نفسه نبود (و یک مالیات بر ارث از جمع‌آوری بیش از حد ثروت جلوگیری نمی‌کند)؛ این نوع استدلال به‌وسیله تالوک ۱۹۷۱ مورد تأکید قرار گرفته است. اساس مالیات بر ارث باید این باشد که نگهداری ثروت به‌وسیله خانواده‌های خاص در طول چندین نسل یک مشکل اجتماعی تلقی می‌شود.

اجتماعی سهم همسر یا فرزندان را کاهش دهد یا به آنها ارثی ندهد تا روش استفاده از پول خود را بهبود بخشد. این اثر خارجی ممکن است این اصل قانونی را که باید بخش حداقلی از مال به همسران و فرزندان داده شود توجیه کند.

یک عامل اضافی که می‌تواند ضمانت تحمیلی دولت مبنی بر حداقل میراث برای همسران و فرزندان را توجیه کند این است که اگر اعضای خانواده قراردادی بسته بودند چنین حمایتی را مشخص می‌کرد. مثلاً، قراردادی بین زنی که کار نمی‌کند و شوهری که ممکن است عنوان کرده باشد که اگر شوهر قبل از او بمیرد نیمی از دارایی خانواده به زن به ارث می‌رسد.^۱

عدم توانایی واگذارنده مال در اخذ تصمیم درست نیز ممکن است اساس کنترل دولت بر ارثیه‌ها باشد؛ در آخرین مراحل عمر قوه تمیز فرد اغلب با مشکل روبه‌روست. هرچند باید توجه داشت که سیاست‌های قانونی کنترل‌کننده میراث را می‌توان به‌طور جزئی با افزایش هبه‌های بین اشخاص زنده دور زد. مثلاً، اگر قانون مستلزم این باشد که نیمی از اموال شخص به همسر و فرزندان وی منتقل گردد، آن شخص می‌تواند بیشتر ثروتش را در طول مدت عمرش به یک گیرنده دیگر انتقال دهد. البته بعید است که شخص این کار را با همه ثروتش بکند، به‌رحال باید برای شخص حفظ ثروت تا مرگ به نوعی ارزش داشته باشد زیرا در غیر این صورت او همه ثروتش را به متهم مرجع می‌بخشید.

۹-۸-۳-۱ قانون

افراد عموماً در تعیین فردی که اموالشان هنگام مرگ باید به او منتقل شود آزادی عمل زیادی دارند، اما اکثر کشورها مقرر می‌دارند که همسر یک متوفی (و گاهی اوقات فرزندان) حداقل سهمی دریافت خواهند کرد^۲ و محدودیت‌هایی بر هبه‌های بین اشخاص زنده نیز تحمیل می‌شوند تا تضمین کنند که این حداقل سهم قبل از فوت

۱. اینکه چرا شوهر و زن قراردادی درباره انتقال دارایی‌ها در زمان مرگ منعقد نمی‌کنند پرسش دشوار دیگری است.

گاهی اوقات عنوان می‌شود که انجام چنین کاری با اعتماد و دوجانبه بودن اعتماد در روابط زن و شوهری ناسازگار است.

۲. تقریباً هر حوزه صلاحیت قضایی آمریکا به همسر متوفی اجازه می‌دهد که نسبتی قانونی از ملک متوفی را مدعی شود (معمولاً از یک سوم تا یک دوم). در آلمان و فرانسه، قانون مشابه است؛ در انگلستان همسر نفقه و دیگر مزایای مورد حکم دادگاه را دریافت خواهد کرد. برای دیدن مثال رجوع کنید به گلندون ۱۹۸۹، ۲۵۱-۲۳۸.

موصی کاهش نیافته باشد.^۱ وصیت‌نامه‌ها ممکن است هر وقت که نویسنده آنها بخواهد، کلاً تغییر کنند مگر زمانی که نویسنده فاقد صلاحیت شناخته شود و اختیار نویسنده برای قطعی کردن وصیت‌نامه محدود یا غیر موجود باشد.^۲ اموال داده شده در زمان مرگ عموماً با نرخ‌های بالای مالیاتی روبه‌رو می‌شوند اگر از حد آستانه فراتر روند.^۳

۹-۳-۱ کنترل اموال تا مدت‌ها پس از مرگ: «ید متوفی»

۹-۳-۱-۱ آیا اختیار «ید متوفی» - اختیار کنترل اموال برای سال‌ها پس از مرگ شخص - باید محدود گردد؟

مسئله‌ای که در اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد این است که آیا از نظر اجتماعی مطلوب است که برای اختیار افراد در اعمال کنترل بر اموال خود تا سال‌ها پس از مرگشان محدودیت‌هایی در نظر گرفته شود.^۴ مثلاً، آیا یک شخص باید بتواند مقرر دارد که ثروتش برای دو قرن جمع‌آوری گردد و سپس به اولادش داده شود، یا اینکه زمینش برای ابد به یادبود گریه‌اش نگهداری شود، یا اینکه کلکسیون هنری‌اش در یک موزه معین در معرض نمایش دائمی گذاشته شود؟^۵

۱. مثلاً رجوع کنید به لانگبین و واگنر ۱۹۸۷، ۳۱۷-۳۰۳.

۲. رجوع کنید به واگنر و دیگران ۱۹۹۱، ۵۳۱.

۳. در حال حاضر «زمان تألیف کتاب» در آمریکا تا یک میلیون دلار از ارثیه، از مالیات معاف است (این مبلغ تا سال ۲۰۰۶ به دو میلیون دلار افزایش خواهد یافت)؛ قانون درآمد داخلی، قسمت ۲۰۱۰ (۲۰۰۲)، نرخ مالیات قابل اعمال در آن زمان از ۱۸ درصد به ۵۰ درصد افزایش می‌یابد؛ رجوع کنید به قسمت (۲۰۰۲) ۲۰۰۱.

۴. اگرچه اختیار واهب در کنترل اموال پس از مرگش امروزه غالباً به نام اختیار ید متوفی خوانده می‌شود، اصطلاح «ید متوفی» ابتدائاً به متهم اشاره می‌کرد به‌ویژه به یک مؤسسه مذهبی که ملکی به آن اعطا شده بود. یک جنبه از این استفاده آن است که مؤسسات مذهبی که ملک در اختیار داشتند قبلاً از تعهد ناشی از تصرف در انجام خدمت شوالیه معاف بودند، بنابراین فرض می‌شد که انگار فقط ایادی متوفی برای تأمین این شکل از کمک نظامی وجود داشتند، رجوع کنید به سیمز ۱۹۵۵، ۳-۲.

۵. در این مثال‌ها و به‌طور کلی در این قسمت، من درباره کنترل اموال اساساً پس از مرگ شخص بحث خواهم کرد نه صرفاً در دوره بلافاصله پس از مرگ که لازم است وصیت‌نامه‌ای که انتقال دارایی‌ها را به اشخاص مقرر می‌کند تنظیم و اجرا شود. اشخاصی که از آن پس مختار خواهند بود همان‌طور که مایل‌اند اموال را مورد استفاده قرار دهند یا بفروشند یا انتقال دهند.

۲-۹-۳ چرا افراد ممکن است بخواهند اموال خود را تا مدت‌ها پس از مرگ کنترل کنند؟

افراد غالباً به‌طور منطقی انتخاب می‌کنند که پس از مرگشان بر اموال کنترلی نداشته باشند. یک واهب نوع‌دوست عموماً برایش بهتر خواهد بود اگر ذی‌نفع را در استفاده از مال طبق صلاحدید خود آزاد بگذارد زیرا در این حالت ذی‌نفع می‌تواند رفاه خویش را تا حداکثر ممکن بالا ببرد و این بر نفع واهب خواهد افزود. اگر من ثروتی به یک کودک بدهم و کودک بتواند همان‌گونه که مایل است و همان‌طور که در آینده به طرق غیرقابل پیش‌بینی‌اش آشکار می‌شود از این ثروت استفاده کند، کودک بیشتر سود خواهد برد و از این‌رو من نیز بیشتر منتفع خواهم شد با این فرض که من به رفاه کودک اهمیت بدهم. با وجود این، یک واهب ممکن است بخواهد استفاده از مال را پس از مرگش به دلایل مختلف کنترل کند. یک دلیل اینکه، اگرچه واهب نوع‌دوست می‌باشد، باور نمی‌کند که متهم از مال برای افزایش مطلوبیتش استفاده خواهد کرد؛ یک نمونه عبارت از متهمی است که برای اتخاذ تصمیمات عاقلانه به نفع خود بسیار جوان است. دلیل دوم اینکه حوادث آتی ممکن است تعیین کنند که متهم مرجح چه کسی خواهد بود. مثلاً، واهب ممکن است قصد داشته باشد ثروت را به طفلی بدهد فقط به این شرط که آن طفل نهایتاً بچه‌هایی داشته باشد. دلیل دیگر برای آنکه ممکن است شخصی بخواهد سال‌ها پس از مرگش مالی را کنترل کند این است که او خواسته مستقیم دارد که این کار را انجام دهد، یعنی واهب از علم به اینکه مال همان‌گونه که آرزو داشته است مورد استفاده قرار خواهد گرفت مطلوبیت حاصل می‌کند و نه به‌خاطر آنکه به ترقی مطلوبیت افراد دیگری که زنده خواهند بود و واهب به آنها اهمیت می‌دهد کمک می‌کند. واهبی که مقرر می‌دارد ملک به یادبود گربه‌اش حفظ شود در این طبقه قرار می‌گیرد، همچنین واهبی که آرزو دارد نقاشی‌هایش دقیقاً به همان روشی که مقرر می‌کند به نمایش گذاشته شوند (به‌جای مکان و روشی که بازدیدکنندگان آتی ترجیح خواهند داد) نیز جزء همین طبقه است.

۳-۹-۳ استدلال کلی به نفع کنترل مال براساس ید متوفی

در قسمت ۸-۳-۸ مشاهده شد که به ارث گذاشتن مال صرفاً یکی از طرق استفاده از مال است، به همان طریق کنترل مال پس از مرگ نیز صرفاً یکی از طرق استفاده از مال می‌باشد و بدین‌ترتیب، یک معیار فکری این است که جامعه نباید در تمایلات افراد برای

کنترل مال تا مدت‌ها پس از مرگشان مداخله کند و در غیر این صورت مطلوبیت افراد از مال کاهش خواهد یافت و انگیزه‌هایشان برای کار تقلیل خواهد یافت.

۴-۹-۳ استدلال ناصحیح در مقابل کنترل مال براساس ید متوفی

استدلالی که غالباً به نفع مداخله در کنترل مال از طریق ید متوفی مطرح می‌شود این است که چون مرده نمی‌تواند از مطلوبیت منتفع شود، از نظر اجتماعی بی‌فایده خواهد بود و حماقت است، که مرده مال را کنترل کند، در استفاده از آن به زیان آنهایی که زنده هستند مداخله نماید.^۱ این استدلال از انعکاس دو نکته عاجز است. اول، افرادی که مایل به کنترل ید متوفی هستند درواقع وقتی زنده‌اند متحمل زیان‌های مطلوبیت خواهند شد با این فرض که پیش‌بینی می‌کنند بعد از مرگشان مال به طریقی که می‌خواهند مورد استفاده قرار نگیرد. بدین لحاظ، سیاست اجتماعی مبنی بر چشم‌پوشی از خواسته‌های مرده درواقع به برخی افراد در هنگامی که زنده هستند صدمه می‌زند. دوم، زیان وارده بر فرد زنده به‌خاطر کنترل مال از طریق ید متوفی به‌وسیله شخصی که خواهان کنترل ید متوفی است مورد چشم‌پوشی قرار نمی‌گیرد بلکه حداقل مورد توجه تلویحی این شخص قرار دارد. به‌عنوان مثال، اگر شخصی ملکش را به‌عنوان یادبود گربه‌اش کنار گذارد، قیمت ملک را می‌پردازد (یا اگر قبلاً در مالکیتش باشد از فروش ملک صرف‌نظر می‌کند) و این قیمت ارزش ملک برای افراد در آینده را دربر خواهد داشت (قیمت هر دارایی همه ارزش‌های آتی را دربردارد). بنابراین تصمیم یک شخص برای کنترل مال بعد از مرگ متضمن سنجش مطلوبیت چنین کنترلی در مقابل قیمت است که نشانگر ارزش آن برای دیگران در آینده است. در نتیجه، تصمیم شخص از دیدگاه اجتماعی متناسب و مانند هر تصمیم‌گیری که شخص در مورد مصرف اتخاذ می‌کند^۲ (مثل اینکه یک مخزن پر از بنزین برای حرکت اتومبیلش بخرد) ضروری به‌نظر می‌رسد.^۳

۱. مثلاً رجوع کنید به خلاصه‌ای از این دیدگاه در سیمز و اسمیت ۱۹۵۶، ۱۱-۱۰ و همچنین نگاه کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۱۲۰.

۲. من در اینجا به یکی از نتیجه‌گیری‌های اساسی نظریه اقتصاد خرد اشاره می‌کنم که تصمیمات راجع به مصرف براساس قیمت دارای ویژگی مطلوب اجتماعی هستند با فرض توزیع اصولی ثروت، اگر بازارها جامع و رقابتی باشند. مثلاً رجوع کنید به فلدمن ۱۹۸۷.

۳. درواقع، وقتی شخصی از بنزین استفاده می‌کند، از اجازه دادن به نسل‌های آینده برای استفاده از آن امتناع می‌کند. از این‌رو استفاده از بنزین بسیار شبیه به کنار گذاشتن ملک برای ابد است. بنابراین، اگر کسی تصمیمات مبنی بر^۴

استدلال دیگر در مقابل کنترل ید متوفی که گاهی اوقات با آن مواجه می‌شویم این است که منافع شخص مرده برای کنترل مال با مرور زمان تنزل می‌یابند و در نقطه‌ای منافع شخص زنده بر آنها غلبه می‌کند.^۱ به‌رحال این استدلال همان‌طور که ذکر شد کامل نیست زیرا این نکته را در نظر نگرفته است که خود واهبان به‌سوی مقایسه منافعشان به‌عنوان عملکرد دوره‌ای از زمان که آنها کنترل ید متوفی را در آن اعمال می‌کنند با هزینه‌های مربوطه برای افرادی که متعاقباً زندگی می‌کنند، هدایت می‌شوند. به‌ویژه، یک شخص در اصل مجبور به پرداخت بیشتر برای کنترل ید متوفی خواهد شد هر چقدر طولانی‌تر بخواهد آن را اعمال کند. مثلاً، شخصی که می‌خواهد ملکش را به یادبود گربه‌اش فقط برای مدت یک سال پس از مرگ خود اجاره دهد مجبور نخواهد بود چیز زیادی برای آن بپردازد. پس یک شخص برای یادبود گربه‌اش ملک خود را برای مدت ده‌سال به‌جای فقط برای یک سال اجاره خواهد داد فقط اگر منفعت اضافی که از آن کسب می‌کند ارزش هزینه اضافه را داشته باشد (این هزینه اضافه نشانگر ارزش استفاده از ملک برای نه سال اضافی نزد دیگران است). به‌عبارت دیگر، واهبانی که مایل‌اند کنترل ید متوفی را اعمال کنند درگیر همان نوع از سنجش می‌شوند که استدلال مورد بحث پیشنهاد می‌کند، لذا باید برای توجیه مداخله در تصمیماتی که واهبان درباره کنترل ید متوفی اتخاذ می‌کنند بیشتر بحث شود.

۵-۹-۳-۱ استدلال‌های معتبر در مقابل کنترل مال از طریق ید متوفی

علی‌رغم آنچه گفته شد، تعدادی از توجیهات برای مداخله در کنترل مال از طریق ید متوفی قابل شناسایی هستند.

یکی از این توجیهات به هزینه و غیرعملی بودن تهیه قراردادهای کاملاً پالایش شده

→ استفاده از بنزین براساس قیمتش را از نظر اجتماعی خوب و معقول تلقی کند (زیرا مردم در این صورت وقتی از بنزین استفاده خواهند کرد که ارزشش بیش از هزینه اجتماعی‌اش باشد)، بنابراین باید تصمیمات اشخاص برای کنار گذاشتن زمین برای ابد را نیز از نظر اجتماعی خوب و معقول محسوب کرد (تفاوت اصلی این است که اگر زمین بلااستفاده بماند همیشه از سوی نسل آینده قابل استرداد است اما بنزین که مصرف می‌شود این‌گونه نیست. این تفاوت برای نکته حاضر حیاتی است اما در ادامه بحث نیز اهمیت خواهد داشت و من در قسمت ۶-۹-۳-۱ راجع به آن بحث خواهم کرد).

۱. مثلاً نگاه کنید به الیکسون ۱۹۸۶.

برای کنترل مال از طریق ید متوفی مربوط می‌گردد که به موجب آن کنترل در حالت‌های احتمالی مختلف و در زمان‌های خاص آزاد است. به‌عنوان مثال، شخصی که مقرر می‌دارد نقاشی‌هایش می‌بایست همیشه به روش خاصی در یک موزه معین به نمایش گذاشته شوند درواقع ممکن است ترجیح دهد که نقاشی‌هایش در موزه دیگری نمایش داده شوند اگر حمایت موزه معین به‌طور قابل توجهی سقوط کند (شاید به‌خاطر تغییرات جمعیتی در طول زمان) یا اگر روش‌های نوینی برای نمایش نقاشی‌ها ظهور کنند که وی در طول عمرش به آن فکر نکرده باشد. یا شخصی که ظاهراً می‌خواهد قطعه زمین معینی را به یادبود گریه‌اش برای همیشه کنار بگذارد ممکن است درواقع ترجیح دهد که این یادبود به محل دیگری تغییر یابد اگر آن زمین پس از گذشت یک قرن بسیار پرازش گردد یا اگر روش نوینی برای یادبود گریه ممکن شود (فرض کنید دی. ان. ای گریه را بتوان برای شبیه‌سازی آن مورد استفاده قرار داد). هرچند تهیه طرح‌های بسیار مفصل برای کنترل مال پس از مرگ برای افراد غالباً غیرمنطقی خواهد بود، زیرا هزینه تهیه یک طرح با قطعیت صورت می‌گیرد درحالی‌که منفعت به‌خاطر احتمال بسیار نازل وقوع یک ضرورت و شاید به‌واسطه دور بودن از نظر زمانی کاهش داده می‌شود. علاوه بر این بسیاری از انواع نتایج آتی هنگام تهیه مقررات کنترل مال ازسوی شخص حتی مورد تصور هم قرار ندارند (دوستدار گریه ممکن است قبل از آنکه دی. ان. ای. کشف شود و امکانات شبیه‌سازی پذیرفته شوند این مقررات را تهیه کرده باشد). پس اگر طرح‌هایی که برای کنترل مال پس از مرگ تهیه شده‌اند منعکس‌کننده طرح‌های مفصل حقیقی نباشند که با دسترسی افراد به زمان و توانایی در نظر گرفتن همه امکانات تهیه می‌شدند، اصلاح طرح‌هایشان ازسوی دولت ممکن است گاهی اوقات به‌منزله تلاش در جهت اجرای طرح‌های واقعی‌شان قابل توجیه باشد.^۱

۱. با تأمل متوجه می‌شویم که هیچ تعارضی بین نکته مورد بحث در این بند و نکته کلی مورد اشاره در قسمت قبلی وجود ندارد، تصمیمات مبتنی بر قیمت‌های بازار به نتایج مطلوب اجتماعی منجر خواهند شد. تلفیق این دو نکته این است که مطلوبیت نتایج مبتنی بر فرض جامع بودن بازار است. تفسیر بازار جامع برای زمین عبارت است از بازارهای جداگانه برای استفاده از زمین نه تنها در زمان آینده بلکه به موجب هر احتمال آتی. اگر چنین بازارهایی وجود داشتند، شخصی که می‌خواهد زمین را به‌عنوان یادبود گریه‌اش کنترل کند، تصمیمات خرید جداگانه درباره زمین برای یادبود گریه‌اش برای هر سال آتی و برای هرگونه ارزش احتمالی ملک اتخاذ می‌کرد. اما چنین بازارهایی ضرورتاً به دلایلی که در متن مورد بحث قرار گرفتند وجود ندارند.

چیزی که این استدلال را برای مداخله قانونی در جهت کنترل ید متوفی تقویت می‌کند البته این است که به مرده نمی‌توان درباره مشکلاتی که ایجاد می‌شوند توضیح داد و مرده نمی‌تواند اجازه تغییر شرایط را بدهد. بنابراین، برای جامعه متناقض نیست که قراردادهای ید متوفی برای کنترل استفاده از مال را اصلاح یا ابطال کند اما در استفاده از مال در طول عمر شخص وقتی چانه زدن با او ممکن است مداخله نکند (اگر زمینی که شخص زنده به‌عنوان یادبود گریه مرده‌اش استفاده می‌کند خیلی با ارزش شود، می‌توان او را متقاعد به فروش آن کرد). یک توجیه اضافی برای منع کنترل اموال از طریق ید متوفی وقتی ایجاد می‌شود که استفاده خاص از مال موجب اثرات خارجی مضر گردد. یک مثال کلاسیک (به قسمت ۱-۳-۶ رجوع کنید) عبارت از این الزام است که فقط افراد یک نژاد یا مذهب خاص از مال استفاده کنند درحالی‌که زمین به‌عنوان پارک در نظر گرفته شده است. اثر خارجی در اینجا این است که این محدودیت ممکن است احساس انفکاک را در جامعه به‌طور کلی افزایش دهد و به اختلاف اجتماعی دامن بزند. وقتی کنترل مال از طریق ید متوفی اثرات خارجی به‌وجود می‌آورد مداخله دولت ممکن است پذیرفته باشد.

توجیه احتمالی سوم برای محدود کردن ید متوفی عبارت است از عدم تساوی ذاتی ثروت نسل فعلی با ثروت نسل‌های آتی. به‌خاطر تقدم زمانی، نسل فعلی مالک کل زمین و آنچه که روی آن است می‌باشد. این بدان‌معناست که نسل فعلی توانایی کنترل اموال را بیش از آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است دارد، با فرض آن‌که مقیاس رفاه اجتماعی ارزش زیادی برای نسل‌های آینده قائل است.^۱ پس به‌منظور حفظ تساوی بین‌نسلی، محدود کردن توانایی نسل حاضر در کنترل اموال پس از مرگ ممکن است از نظر اجتماعی قابل پذیرش باشد.

۶-۹-۳ چرا از دولت انتظار داریم بدون توجه به مطلوبیت اجتماعی چنین سیاستی

از کنترل اموال به‌واسطه ید متوفی جلوگیری کند؟

فارغ از آنکه آیا توجیه اجتماعی معتبری برای جلوگیری دولت از کنترل اموال به‌واسطه

۱. مثلاً، آنها که امروز زنده‌اند ممکن است توجه کمی نسبت به رفاه افراد ده نسل آینده داشته باشند، اما یک مقیاس رفاه اجتماعی ممکن است ارزش مشابهی برای رفاه افراد ده نسل آینده با رفاه نسل حاضر قائل باشد.

ید متوفی وجود دارد یا خیر، ما پیش‌بینی می‌کنیم که دولت به یک دلیل ساده مداخله خواهد کرد: نسلی که زنده است همیشه از اختیار استفاده از اموالی که مرده می‌خواسته است کنترل کند بهره می‌برد و قطعاً در انجام آن نفع دارد. این به‌ویژه وقتی واقعیت دارد که مرده حداقل یک نسل از نسل حاضر فاصله دارد، یعنی وقتی نسل حاضر تعهد شخصی نسبت به نسل قبل احساس می‌کند.

۷-۹-۳ قانون

قانون به چند طریق اختیار مرده در کنترل اموال را محدود می‌کند. اول، دادگاه‌ها می‌توانند از اجرای شرایط ارثیه‌ها و امانت‌ها امتناع کنند؛ اگر آنها غیرمعقول تلقی شوند یا اگر اختیار ذی‌نفع‌ها را در فروش مال بی‌جهت محدود کنند. دادگاه‌ها می‌توانند به موجب دکترین نزدیک‌ترین منظور ممکن، از اجرای شرایط نامعقول یا منسوخ در ارثیه‌ها و امانت‌های خیریه خودداری کنند و مقرر نمایند که مجریان هدف نزدیکی را جایگزین هدف اصلی کنند. همچنین، دادگاه‌ها می‌توانند از اجرای انواع خاصی از پیمان‌های محدودکننده وقتی مخالف نفع عمومی هستند، امتناع ورزند. به‌علاوه، برطبق قاعده کذابی علیه جاودانگی‌ها، واهبان از ارثیه‌هایی که تا مدت‌ها لزوماً چیزی به متعب اعطا نمی‌کنند منع شده‌اند (مثلاً، یک شرط ممنوع ممکن است این باشد: برای اولین اولاد که به نمایندگی کنگره انتخاب می‌شود). درواقع، قاعده علیه جاودانگی‌ها از نوع خاصی از کنترل اموال براساس ید متوفی برای بیش از یک زمان محدود جلوگیری می‌کند.^۱

۱۰-۳-۱ انتقال غیرارادی اموال: تصرف معارض

۱-۱۰-۳-۱ تعریف تصرف معارض

تصرف معارض هنگامی روی می‌دهد که شخصی که مالک زمین نیست، زمین را بدون اجازه و به‌طور آشکار تصرف و از آن به‌طور مداوم برای حداقل یک مدت زمان مقرر مثلاً ده سال استفاده می‌کند. قاعده تصرف معارض حق مالکیت قانونی زمین را به متصرف

۱. درباره قانونی که تشریح شد رجوع کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۱۴۵-۱۱۸، ۴۷۱.

معارض می‌دهد (منوط به شرط خاص دیگر).^۱ از این رو قاعده مزبور به‌طور مؤثری انتقال غیرارادی مال را مجاز می‌شمارد.^۲

این قاعده در سه زمینه مورد بررسی قرار خواهد گرفت: وقتی کسی در نظر دارد از زمینی که می‌داند مال او نیست استفاده کند، وقتی کسی در نظر دارد از زمینی که به‌خاطر عدم قطعیت خطوط مرزی مطمئن نیست که مال اوست استفاده کند و وقتی کسی در حال خریدن زمینی است که از مالکیت معتبر فروشنده مطمئن نیست.^۳

۲-۱۰-۳-۱ استفاده از زمینی که شخص می‌داند مال او نیست

در برخی وضعیت‌ها، کسی در نظر دارد از زمینی استفاده کند که می‌داند به شخص دیگری تعلق دارد. مثلاً، کشاورزی ممکن است بخواهد در یک زمین خالی متعلق به یک مزرعه بزرگ مجاور یا به یک شرکت راه‌آهن محصول بکارد. در چنین مواردی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قاعده تصرف معارض ممکن است به‌دلیل آنکه زمین را از حالت بلااستفاده به حالت مولد تبدیل می‌کند از نظر اجتماعی مطلوب باشد؟^۴ پاسخ منفی به‌نظر می‌رسد زیرا از یک طرف، زمین بلااستفاده گاهی اوقات واقعاً می‌تواند در خدمت یک هدف مفید باشد و از سوی دیگر، کسی که می‌خواهد از زمین استفاده کند می‌تواند آن را اجاره کند یا بخرد بنابراین تمسک به قاعده تصرف معارض برای حصول تغییر در استفاده ضروری نخواهد بود. علاوه بر این، ممکن است این قاعده به ائتلاف اجتماعی منجر شود.

۱. برای تشریح این قاعده رجوع کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۸۶۰-۸۵۳. یک قاعده بسیار مربوط به نام قاعده تصرف مملک بیان می‌کند که شخص نه تصرف زمین بلکه در عوض حقوق استفاده از آن را در طرق خاص (مثل قدم زدن در طول یک جاده) به‌دست خواهد آورد اگر استفاده از زمین بیش از یک دوره زمانی مقرر انجام شده باشد و دیگر شرایط تصرف معارض را داشته باشد، مثلاً رجوع کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۴۵۷-۴۵۱. تصرف مملک به‌طور صریح در این قسمت مورد اشاره قرار نخواهد گرفت اما نکات متشابه با آنها که در اینجا مطرح می‌شوند به آن نیز قابل تسری است.

۲. درحالی‌که این قاعده اجازه انتقال غیرارادی زمین را بین افراد می‌دهد، قاعده دیگر انتقال غیرارادی زمین را به دولت مجاز می‌شمارد. این مسئله در قسمت ۲-۵-۱ همین فصل مورد بحث خواهد بود.

۳. برای مشاهده تحقیقات درخصوص تحلیل اقتصادی تصرف معارض رجوع کنید به بوکارت و دیپورتر ۲۰۰۰ و نتر ۱۹۹۸.

۴. این امکان معمولاً ذکر می‌شود: مثلاً رجوع کنید به بالانتین ۱۹۱۸، ۱۳۵ و استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۸۶۰، و کوتر و اولن ۲۰۰۰، ۱۴۳.

برای تفصیل موضوع باید گفت، دلایل موجهی وجود دارند که یک مالک زمین بخواهد آن را بلااستفاده نگه‌دارد. یک مزرعه‌دار شاید بخواهد زمین را برای چرای حیوانات به حالت طبیعی‌اش نگه دارد، یک توسعه‌دهنده ممکن است بخواهد زمینش را دست‌نخورده بگذارد چون قصد دارد در آینده روی آن ساختمان بسازد و یک مالک طرف‌دار محیط زیست شاید دوست داشته باشد به نفع حیات‌وحش زمین را به حالت طبیعی‌اش حفظ کند. پس حالت بلااستفاده زمین درواقع ممکن است ارزش بالاتری از حالتی که متصرف معارض ممکن است برای زمین ایجاد کند داشته باشد.

دوم، اگر مالک زمین بلااستفاده‌اش را به اندازه دیگر اشخاص باارزش نداند می‌تواند آن را اجاره دهد یا بفروشد. اگر مالک چنین انتخابی نکرده باشد، احتمال آن است که ارزش حفظ زمین به حالت بلااستفاده برای او بیش از ارزش زمین برای دیگران باشد. به‌علاوه، ممکن است گفته شود متصرف بالقوه معمولاً می‌داند که مالک چه کسی است (متصرف معارض معمولاً هویت همسایگانش را می‌شناسد و اگر نظام‌های ضبط مشخصات مالک یا دفاتر ثبت وجود داشته باشند، به‌آسانی قادر به تعیین مالک خواهد بود) و می‌تواند تقریباً به‌آسانی او را پیدا کند، در نتیجه متصرف معارض می‌تواند زمینی را که قصد استفاده از آن را دارد اجاره یا خریداری کند. کشاورزی که به کاشتن محصول در زمین متعلق به شرکت راه‌آهن می‌اندیشد نیز همیشه قادر است با راه‌آهن تماس بگیرد تا ببیند که آیا یک معامله رضایت‌بخش دوجانبه قابل انجام است. ازاین‌رو، برای جامعه کاملاً ضروری است که به‌منظور تقویت امکان انتقال زمین به حالت مولد به قاعده تصرف معارض توسل جوید زمانی که ممکن است این کار از طریق روش‌های عادی اجاره یا فروش دیرتر یا کندتر صورت گیرد.

سوم، قاعده تصرف معارض ممکن است از نظر اجتماعی به وضعیت بی‌فایده‌ای منجر شود. این قاعده ممکن است مالکان زمین مثل شرکت راه‌آهن را ترغیب کند که پیرامون ملکشان حصار بکشند و آن را تحت نظارت قرار دهند تا از تصرف معارض جلوگیری کنند. همچنین، این قاعده ممکن است متصرفین معارض را ترغیب کند تا برای تحصیل زمین منابع خویش را به‌طور نامتناسب سرمایه‌گذاری کنند (مثلاً، کاشت محصولاتی که ارزش اقتصادی پایینی دارند). گذشته از این مطلب، اگر متصرفان معارض از زمین استفاده نکنند

و متعاقباً این موضوع کشف و مجبور به استرداد شوند، تلاش‌هایشان به هدر خواهد رفت و اگر آنها موفق شوند ممکن است در مصارف پرارزش‌تر زمین مداخله کرده باشند. علی‌رغم آنچه گفته شد، شرایط قاعده تصرف معارض به‌نحوی است که طبیعتاً برای مالک زمین آسان خواهد بود که تعدیات دیگران به زمین خود را ردیابی کند؛ زیرا زمین باید به‌طور مداوم برای یک دوره چندساله مورد استفاده قرار گیرد و استفاده باید آشکار باشد نه پنهانی. در نتیجه، توانایی متصرفین معارض برای موفقیت در گرفتن زمین دیگری از طریق استفاده از آن بسیار ناچیز و اتلاف منابع نیز معمولاً محدود است.

۳-۱۰-۱-۳ استفاده از زمین وقتی مرزها نامعلوم هستند

شرایط متفاوتی که قاعده تصرف معارض ممکن است در آن اعمال شود، بر اثر نامعلوم بودن مرزها به‌وجود می‌آید.^۱ مثلاً ممکن است شخصی نداند آیا گاراژی که در حال ساخت است به زمین همسایه تجاوز خواهد کرد یا خیر چون در مورد محدوده زمین مطمئن نیست. قاعده تصرف معارض گاهی اوقات در این زمینه از نظر اجتماعی مطلوب به‌نظر می‌رسد زیرا مشکلات ناشی از اشتباه را کاهش می‌دهد؛ کسی که مشخص می‌گردد روی زمین دیگری ساختمان ساخته است اگر از نظر اجتماعی اتلاف محسوب شود مجبور به تغییر سازه و ابعاد ساختمان نخواهد شد. اگر کسی گاراژی بسازد که مشخص شود در ساخت آن شش اینچ به زمین همسایه تجاوز شده است، احتمالاً برای آن فرد اتلاف محسوب می‌شود که هزینه زیادی متحمل شود تا گاراژ را از زمین همسایه بیرون بکشد. هرچند این استدلال به نفع قاعده تصرف معارض امکان معامله را که منجر به اجتناب از نتایج ناخواسته می‌گردد نادیده می‌گیرد. اگر انتقال گاراژ پرهزینه‌تر از ارزش شش اینچ اضافی زمین برای همسایه باشد، این دو فرد اغلب به توافقی دست خواهند یافت که به موجب آن گاراژ جابه‌جا نخواهد شد.^۲ علاوه بر این، استدلال طرفدار قاعده تصرف معارض، زیان‌های احتمالی مربوط به

۱. برای تحلیل اقتصادی این مسئله رجوع کنید به میچلی و سیرمانز ۱۹۹۵.

۲. البته مشکلات انجام معامله ممکن است منجر به بن‌بست و نهایتاً انتقال گاراژ گردد. برای رفع این مشکل لازم نیست که به موجب قاعده تصرف معارض به‌طرف متجاوز مالکیت در زمین داده شود بلکه به آن شخص می‌توان فقط حق استفاده برای مدت محدود اعطا کرد مثلاً به‌اندازه عمر طبیعی یک گاراژ.

سرمایه‌گذاری‌ها در زمین غیرمشابه آنچه در قسمت پیشین ذکر شد را در نظر نمی‌گیرد. مثلاً، این قاعده ممکن است افراد را به سرمایه‌گذاری بی‌فایده برای به‌دست آوردن مالکیت زمین‌های بیشتر، ترغیب کند (توسعه گاراژ هنگامی که به هیچ هدف واقعی کمک نمی‌کند). بنابراین، استدلال طرف‌دار قاعده تصرف معارض جاذبه آشکاری ندارد.

۴-۱۰-۳-۱ فروش زمین وقتی عنوان مالکیت فروشنده روشن نیست

به موجب قاعده تصرف معارض، غالباً گفته می‌شود که فروش زمین ساده است زیرا خریدار برای اطمینان یافتن از اینکه فروشنده دارای مالکیت زمین است کافی است مشخص کند که فروشنده خودش به‌طور مداوم و به مدتی که جهت کسب عنوان مالکیت به‌واسطه تصرف معارض لازم است بر روی زمین زندگی کرده است.^۱ اگر چنین باشد، پس حتی اگر فرد دیگری وجود داشته باشد که قبلاً مدعی زمین بوده است، آن شخص دیگر ادعای معتبری نخواهد داشت؛ بنابراین ادعای مالکیت فروشنده با اعمال قاعده تصرف معارض، معتبر خواهد بود. در مقابل، اگر قاعده تصرف معارض وجود نداشت، خریدار در اصل مجبور بود گذشته نامحدود را بررسی کند تا اطمینان حاصل کند که هیچ فرد دیگری غیر از فروشنده ادعای معتبری ندارد؛ این کار پرهزینه خواهد بود و عملاً مانع فروش زمین می‌شود.

۵-۱۰-۳-۱ مبادی تاریخی قاعده تصرف معارض

قاعده تصرف معارض به‌طور آشکاری منشأ خود را مدیون مزیت مورد بحث در قسمت ۴-۱۰-۳-۱، یعنی انگیزه کاهش هزینه‌های معاملات و تسهیل حل و فصل اختلافات درخصوص مالکیت زمین است.^۲ قانون اولیه در انگلستان که قانون تصرف معارض در

۱. این نکته مورد تأکید اکثر مفسران قاعده تصرف معارض قرار گرفته است، نگاه کنید به بالانتین ۱۹۱۸ و نتر ۱۹۹۸.

۲. بالانتین ۱۹۱۸، ص ۱۳۵، تأکید می‌کند که اساس قانونی این قانون عبارت است از تأمین عنوان مالکیت و اصلاح اشتباهات در انتقال. مقدمه یک قانون قدیمی انگلیسی که تصرف معارض را مجاز می‌شمرد در مورد هدف قانون بسیار صریح بیان می‌کند که عبارت است از اجتناب از دعاوی و تأمین املاک اشخاص. رجوع کنید به جیمز ۲۱، فصل ۱۶ (۱۶۲۳). همچنین پیشنهاد می‌شود مراجعه کنید به طرح قانون روم که به روش‌های مشابه با تصرف معارض عمل می‌کرد، یعنی تحصیل مالکیت از طریق تصرف با حسن نیت غیرمنقطع، هدفش برطرف کردن نقایص در حق مالکیت و انتقال بود. مثلاً رجوع کنید به نیکولاس ۱۹۶۲، ۱۲۲.

حقوق انگلوآمریکن از آن ناشی می‌شود، یک سال خاص (۱۱۸۹)، شروع حکومت ریچارد اول) را به عنوان نقطه‌ای مقرر کرد که شخص باید از زمین استفاده می‌کرد تا به واسطه تصرف معارض عنوان مالکیت را به دست آورد. نهایتاً، این قاعده تغییر داده شد و در نتیجه شخص باید تعداد سال‌های معینی از زمین استفاده کند تا به واسطه تصرف معارض عنوان مالکیت را به دست آورد. امروزه، مورد تردید است که قاعده تصرف معارض بتواند هزینه‌های فروش زمین را کاهش دهد زیرا مالکیت زمین‌ها در نظام‌های ضبط یا در دفاتر ثبتی یادداشت می‌شود.^۱

۴-۱-۱ تعارض و تعاون در استفاده از اموال: مشکل اثرات خارجی

این فصل به مسائل مختلف تعارض و تعاون در رابطه با استفاده از اموال می‌پردازد. هدف این فصل ابتدا تشریح این مطلب است که رفتار یک شخص در استفاده از مال چگونه می‌تواند بر رفاه دیگران تأثیر گذارد، سپس توضیح راه حل ایدئال چنین اثراتی ارائه و متعاقباً راه حل آنها از طریق مذاکره و قواعد حقوقی بررسی خواهد شد.

۴-۱-۲ نظریه اثرات خارجی در استفاده از اموال

۴-۱-۲-۱ تعریف کلی

عمل یک فرد یک اثر خارجی دربر خواهد داشت - یا یک اثر خارجی^۲ ایجاد می‌کند - اگر بر رفاه شخص دیگر در مقایسه با معیار رجوع تأثیر بگذارد.^۳ در اینجا به آن دسته اثرات خارجی اشاره خواهیم کرد که با حقوق اموال در ارتباطاند، یعنی اثرات خارجی ناشی از

۱. رجوع کنید به بالانتین ۱۹۱۸ در مورد تاریخچه تصرف معارض و در مورد این نکته که با وجود دفاتر ثبت و نظام‌های ضبط برای زمین، این قاعده برای تسهیل معاملات لازم نیست.

۲. به قول کوز ۱۹۸۸، ص ۲۳، اصطلاح «اثر خارجی» از سوی ساموئلسون ۱۹۵۸ ابداع شد.

۳. ممکن است بیان تعریف به صورت ریاضی مفید باشد. دو شخص را در نظر بگیرید، یک مولد بالقوه اثر خارجی G و یک دریافت‌کننده بالقوه اثر R (قربانی یا ذی‌نفع) و یک وضعیت رجوع تشریح شده توسط قانون رجوع a مربوط به G و احتمالاً عوامل دیگر مربوط به او و به R . در حالت رجوع، R دارای سطح رجوع مطلوبیت مورد انتظار $ER(a)$ خواهد بود. عمل دیگر a' متعلق به G دارای یک اثر خارجی بر R خواهد بود که مربوط به وضعیت رجوع است اگر $ER(a')$ با $ER(a)$ مساوی نباشد.

اعمالی که با فرض حقوق اموال یک فرد مجاز هستند، در جایی که این اثرات ازسوی افراد دیگر با حقوق اموال خودشان تجربه می‌شوند.^۱

اثرات خارجی در ابعاد مختلفی تغییر می‌کنند. این اثرات ممکن است برای شخص متأثر از آنها سودمند یا زیان‌آور باشند. آنها ممکن است هم‌زمان با اعمالی که صورت گرفته‌اند ظاهر شوند یا در آینده روی دهند؛ ممکن است فقط تحت احتمالات خاصی به‌وجود آیند و ممکن است یک یا چند نفر یا اشخاص بسیاری را تحت تأثیر قرار دهند. اجازه دهید چند نمونه کلاسیک اثرات خارجی را بررسی کنیم.

الف) آزار و اذیت: هنگامی که شخصی با ایجاد صدا، تولید بوهای بد، آزاد گذاردن یک حیوان خانگی بدرفتار و نظایر آن مزاحم همسایگانش می‌شود، عرفاً می‌گویند که او ایجاد آزار و اذیت می‌کند. این نوع اثر خارجی زیان‌آور و اغلب هم‌زمان است (صدا بلافاصله مزاحمت ایجاد می‌کند) و غالباً تعداد نسبتاً محدودی از افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

ب) آلودگی: وقتی کارخانه‌ای ماده‌ای را در آب یا هوا تخلیه می‌کند، موجب کاهش مطلوبیت دیگران می‌شود که از آب استفاده می‌کنند یا هوا را استنشاق می‌کنند. این اثر خارجی زیان‌آور ممکن است به‌طور هم‌زمان یا در آینده روی دهد و معمولاً قربانیان زیادی خواهد داشت.

ج) رفتار خطرناک مولد خطر: فرد ممکن است به‌گونه‌ای عمل کند که قطعاً باعث صدمه نشود اما در شرایط خاص امکان صدمه وجود داشته باشد. ممکن است کارخانه‌ای اجازه دهد لجن در یک ناحیه تحت کنترل جمع شود و این احتمال وجود داشته باشد که مثلاً اگر زلزله‌ای رخ دهد آن ماده به‌سمت جلو پاشیده شده و به اموال مجاور آسیب برساند. رفتار خطرناک مولد خطر رفتاری است که تحت احتمالات خاصی موجب بروز خسارت می‌شود.

د) استفاده از یک منبع مشترک: دسترسی به یک منبع از قبیل مرتع، رودخانه، یا یک ذخیره نفت گاهی اوقات ممکن است مورد انتفاع افراد بسیاری قرار گیرد. در چنین مواردی،

۱. من اثرات خارجی مربوط به معاملات در بازار (مثل ضرری که یک شخص به دیگر خریداران یک کالا وارد می‌کند اگر قیمت آن را به‌واسطه خریدهایش افزایش دهد)، را مستثنا می‌کنم. در مورد چنین اثرات خارجی مالی رجوع کنید به لافونت ۱۹۸۷.

استفاده یک فرد از منبع ممکن است به واسطه تهی کردن منبع یا ایراد خسارت به آن موجب ورود خسارت به دیگران شود. این اثر گاهی هم‌زمان است و گاهی هم‌زمان نیست.

ه) رفتار سودمند: اعمال یک شخص گاهی ممکن است نه تنها به خودش بلکه به دیگران هم کمک کند مثل وقتی که زنبورهای یک پرورش‌دهنده زنبور عسل به گرده‌افشانی درختان میوه کشاورز مجاور کمک می‌کند، یا هنگامی که شخصی برای کشتن پشه‌ها از اسپری استفاده می‌کند و همسایه‌اش را نیز از شر آفات خلاص می‌کند، یا وقتی کسی زمین خود را زیباسازی می‌کند به سود دیگران نیز هست. این اثرات خارجی مفید هستند و شاید اشخاص بسیار زیادی را تحت تأثیر قرار دهند.

و) رفتار با مال استیجاری: وقتی کسی مزرعه‌ای را اجاره می‌کند ممکن است با سوءاستفاده، بی‌توجهی به فرسایش و امثالهم باعث کاهش مطلوبیت آن شود؛ همچنین ممکن است ارزش آتی آن را با حاصلخیز کردن یا کاشت گردشی محصولات افزایش دهد. هنگامی که شخصی یک مسکن یا یک کالای منقول مثل اتومبیل را اجاره می‌کند، باز هم او می‌تواند بر مطلوبیت آتی آن مال با توجهی که در استفاده و نگهداری آن به کار می‌برد تأثیر بگذارد. در این موارد، اثر خارجی یک اثر آتی است، امکان دارد زیان‌آور یا سودمند باشد و معمولاً بر یک نفر یا تعداد کمی از افراد اثر می‌گذارد.

توضیحات

الف) برای آنکه وقتی شخصی اقدام خاصی به عمل می‌آورد یک اثر خارجی نیز وجود داشته باشد، باید شخص دیگری مالک حقوق اموال مربوطه باشد تا تحت تأثیر قرار بگیرد. بنابراین، ایجاد سروصدا در شب موجب آزار و اذیت می‌شود اگر افراد دیگری وجود داشته باشند که دارای حقوقی در زمین مجاور باشند. اگر من از اتومبیلی که مالکیت آن را تا زمان اوراق شدن خواهم داشت درست استفاده نکنم، هیچ‌گونه اثر خارجی برای دارندگان آتی حقوق بر اتومبیل نخواهد داشت زیرا هیچ مالک آتی وجود نخواهد داشت و همه اثرات، داخلی و برای خود من خواهند بود.

ب) اگر معیار رجوع ذکر شده در تعریف اثر خارجی تغییر کند، ممکن است بر اینکه عملی اثر خارجی دارد یا خیر و تعریف اثر خارجی مؤثر باشد. مثلاً اگر من در وضعیت رجوع ساکت

باشم، عمل بعدی من در ایجاد صدا یک اثر خارجی زیان آور به وجود خواهد آورد، درحالی که اگر در وضعیت رجوع شلوغ باشم، شلوغ بودن بعدی من اثر خارجی به وجود نمی آورد و اگر ساکت بمانم این عمل به عنوان عمل واجد اثر خارجی سودمند توصیف خواهد شد.

ج) اینکه یک اثر خارجی را سودمند یا زیان آور بنامیم بستگی به تصور ما حتی به طور تلویحی از معیار رجوع دارد. ما تمایل داریم بگوییم ساختن یک کپه کود که بوهای بدی منتشر خواهد کرد زیان آور است زیرا احتمالاً تصور می کنیم معیار رجوع این است که افراد درگیر کود دادن نمی شوند و اینکه همه از هوای پاک لذت می برند، یا احتمالاً خواهیم گفت که نگهداری زنبور عسل از سوی یک فرد سودمند است چون معیار رجوع آن است که مردم زنبور عسل نگه نمی دارند.

د) لازم نیست که یک اثر خارجی با یک اثر فیزیکی مرتبط باشد. اگر مثلاً من یک ساختمان بد منظره بسازم، شاید بدون هرگونه تغییر واقعی به سادگی موجب نارضایتی همسایگان شود. درواقع، موضوع این است که حتی اگر دیگران هیچ نشانه ای از آن نبینند، گاهی صرف اطلاعاتشان از اینکه من در حال انجام کاری در اموالم هستم (پرداختن به یک مذهب مغضوب) رفاه آنها را تحت تأثیر قرار می دهد.

۲-۴-۱ رفع اثرات خارجی به نحو مطلوب اجتماعی

۱-۴-۲-۱ کلیات

رفتاری که رفاه اجتماعی را به حداکثر می رساند نشانگر اثرات خارجی ممکن در ارتباط با استفاده از مال خواهد بود. مخصوصاً، برای افراد از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که کمتر درگیر اعمالی شوند که بر نفع شخصی شان اثرات خارجی زیان آور دارد و می کوشند بیشتر به اعمالی بپردازند که اثرات خارجی سودمند تولید می کنند.

۲-۴-۲-۲ رفع اثرات خارجی به نحو مطلوب اجتماعی در یک نمونه ساده

نمونه ای را در نظر بگیرید که در آن هدف اجتماعی عبارت از به حداکثر رساندن جمع مطلوبیت های افراد است، آنگاه عملی مطلوب است که احتمالاً و فقط احتمالاً مطلوبیتش برای عامل و اثر خارجی اش بر مطلوبیت دیگران به طور خالص مثبت باشد. در یک نسخه ساده از این نمونه، یک طرف - آسیب رساننده بالقوه - می تواند از

آسیب به شخص دوم - قربانی بالقوه - جلوگیری کند اگر طرف اول احتیاط کند که عمل وی مستلزم هزینه است و بنابراین مطلوبیتش را پایین می‌آورد. این احتیاط ممکن است نصب یک جمع‌آوری‌کننده دود یا قرار دادن یک کپه کود در جایی باشد که بوهای مضر برای دیگران تولید نکند. در این نمونه، برای آسیب‌رساننده مطلوب است که احتیاط کند اگر و فقط اگر هزینه‌اش کمتر از آسیبی باشد که از آن جلوگیری خواهد شد و این کار زیان‌های هر دو طرف را به حداقل یا جمع مطلوبیت‌هایشان را به حداکثر می‌رساند. بنابراین اگر هزینه نصب یک جمع‌آوری‌کننده دود ۳۰ واحد باشد و بتواند جلوی آسیبی معادل ۵۰ واحد را بگیرد، نصب آن مطلوب خواهد بود.

۳-۲-۴-۱ توضیح درباره ماهیت دوجانبه اثرات خارجی

همان‌گونه که در بند (الف) توضیحات در صفحه ۹۶ ذکر شد، اثرات خارجی دوجانبه هستند یعنی یک طرف باید به‌عنوان قربانی (یا ذی‌نفع) یک اثر خارجی حاضر باشد، در غیر این صورت هیچ اثر خارجی به‌وجود نخواهد آمد.^۱ این جنبه از اثرات خارجی را می‌توان به‌سادگی در نمونه ساده‌ای که مورد بررسی قرار گرفت جای داد. در مثال جمع‌آوری‌کننده دود، فرض کنید قربانی اختیار دارد که به محل دیگری منتقل شود که دور از آسیب خواهد بود اما جابه‌جایی او هزینه‌ای معادل ۱۰ واحد خواهد داشت. پس برای قربانی مطلوب خواهد بود که به‌جای دیگری منتقل شود؛ زیرا در آن صورت هیچ دلیلی وجود ندارد که آسیب‌رساننده برای اجتناب از ایجاد آسیب احتیاط کند، او می‌تواند ۳۰ واحد پس‌انداز کند درحالی‌که قربانی هزینه‌ای معادل ۱۰ واحد خواهد داشت. این مثال نشان می‌دهد که ماهیت دوجانبه اثرات خارجی را به‌سادگی می‌توان مورد تحلیل قرار داد و هیچ‌گونه مشکلات مفهومی مطرح نخواهد بود.^۲

۴-۲-۴-۱ توضیح درباره ماهیت مشروط مسئله رفع اثرات خارجی به‌نحو مطلوب اجتماعی

همان‌گونه که معمولاً بیان می‌شود، مسئله رفع اثرات خارجی به‌نحو مطلوب با مسئله

۱. ماهیت دوجانبه اثرات خارجی توسط کوز ۱۹۶۰، ۲، ۱۳-۱۲ مورد تأکید قرار گرفت.

۲. بااین‌حال، اکنون به‌نظر می‌رسد این بخشی از عادات دانشگاهی حقوقی باشد که جنبه دوجانبه اثرات خارجی یک چالش نظری بنیادین ایجاد می‌کند.

جامع به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی یکسان نیست؛ زیرا مسئله اثر خارجی معمولاً شامل فرضیه‌های ضمنی درباره واگذاری حقوق اموال است. در مسئله اثر خارجی مربوط به آلودگی، به عنوان مثال فرض کردیم که قربانی از دود آسیب می‌بیند و سؤال کردیم که آیا نصب یک جمع‌آوری‌کننده دود رفاه اجتماعی را افزایش می‌دهد؟ اما راه حل جامع برای به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی فرض نمی‌کند که واگذاری فعلی حقوق اموال مطلوب است، بلکه در میان دیگر عناصر اجازه واگذاری مجدد حقوق اموال را وقتی مطلوب باشد می‌دهد. در مثالی که در قسمت ۳-۲-۴-۱ ذکر شد، این راه حل ممکن است شامل انتقال قربانی به محل دیگری شود و همان طور که مورد توجه قرار گرفت، ممکن است به افزایش رفاه اجتماعی منجر گردد زیرا بدان معناست که آسیب‌رساننده مجبور به احتیاط نخواهد بود. عموماً، موقعیت‌های طرفین که تحت تأثیر اثرات خارجی قرار می‌گیرند با فرضیه‌های مربوط به رد کامل حقوق اموال تعیین می‌شوند؛ لذا رفع مشکلات اثر خارجی به نحو مطلوب باید به عنوان مشکل به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی تلقی گردد.

۵-۲-۴-۱ مثال‌هایی از رفع اثرات خارجی به نحو مطلوب

با توجه به تعریف مطلوبیت مذکور در قسمت ۲-۲-۴-۱، اجازه دهید ماهیت کلی قراردادهای مطلوب اجتماعی را در رابطه با اثرات خارجی در مثال‌های مطالعه شده در قسمت ۱-۴-۱-۱ بررسی کنیم.

الف) آزار و اذیت، آلودگی و رفتار خطرناک: هرگونه اقدام برای کاهش یا از بین بردن آزار و اذیت وقتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که هزینه آن اقدام کمتر از صدمه‌ای باشد که در صورت عدم مبادرت به آن ایجاد خواهد شد. بنابراین، از بین بردن بوهای سمی برای یک کارخانه مزیت اجتماعی خواهد داشت اگر هزینه انجام این کار (تغییر در روند تولید یا خرید وسیله‌ای برای از بین بردن بوها) کمتر از صدمه وارده به مردمی که در مجاورت آنجا زندگی می‌کنند باشد و همین طور است در مورد یک آلوده کننده یا یک عمل خطرناک.

یک جنبه از رفتار مطلوب ممکن است به جای کاهش یا حذف صدمه از طریق انجام اقدامات احتیاطی، از طریق کاهش یا توقف فعالیت‌هایی که آن صدمه را ایجاد می‌کند

باشد. شاید برای یک کارخانه کار نکردن مطلوب‌تر باشد اگر هزینه کاهش صدمه وارده بر دیگران بسیار زیاد و منفعت حاصل از عملیات کارخانه کم باشد. به همین ترتیب یک جنبه از رفتار مطلوب ممکن است شامل انتقال قربانی بالقوه صدمه به محل دیگری شود که او در معرض صدمه نباشد. همچنین رفتار مطلوب ممکن است اقدامات قربانی برای کاهش صدمات مثل نصب صافی‌های هوا یا ضدصدا را دربرگیرد.

ب) رفتار سودمند: عمل دارای نتایج سودمند برای دیگری از نظر اجتماعی مطلوب محسوب خواهد شد وقتی که هزینه‌اش کمتر از ارزش آن برای متعهد و برای دیگری که از آن منتفع می‌شوند، باشد. به عنوان مثال سم‌پاشی علیه پشه‌ها وقتی مطلوب خواهد بود که هزینه‌اش کمتر از جمع منافع شخصی سم‌پاشی‌کننده و همسایگانش باشد.

ج) استفاده از منبع مشترک: استفاده یک فرد از یک منبع مشترک وقتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که منافع او بیشتر از صدمه وارده به دیگران باشد. پس، برای یک فرد چراندن حیواناتش در نواحی مشترک وقتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که سود حیوانات برای او بیش از آسیبی باشد که آنها به واسطه جلوگیری از چرای حیوانات دیگر، یا با مشارکت در فرسایش و نظایر آن ایجاد می‌کنند. به همین ترتیب برای یک شخص، ماهیگیری یا به دام انداختن حیوانات وقتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که ارزش آنها برای او بیش از کاهش ارزش موجودی آبی، ناشی از فقدان ماهی یا حیواناتی که تکثیر خواهند شد، باشد. «شایان توجه آنکه، اگر تعداد ماهیان یا شکارها خیلی به سرعت کاهش یابد، تکثیر کافی برای حفظ جمعیت وجود نخواهد داشت». همچنین برای یک شخص استخراج نفت از یک حوضچه نفتی وقتی مطلوب خواهد بود که ارزش آن برای او از هرگونه افزایش هزینه‌های آبی استخراج فراتر رود (وقتی نفت استخراج می‌شود ممکن است باعث شود که فشار گاز و آب زیر آن کاهش یابد و این امر منجر به افزایش هزینه‌های استخراج در آینده می‌شود زیرا مثلاً باید آب به زیر زمین پمپ کرد تا نفت باقی‌مانده را به بالا براند).^۱

۱. نکته این بند بسیار مربوط است به آنچه که در قسمت ۳-۱-۳-۱ در خصوص انگیزه‌های افراطی برای جست‌وجو تحت قاعده یابندگان- نگهدارندگان بیان شد وقتی که اشخاص زیادی وجود دارند که ممکن است به دنبال مال بلاصاحب بگردند.

د) رفتار با مال استیجاری: رفتار با مال استیجاری مطلوب خواهد بود اگر منفعت این رفتار برای مستأجر بیشتر از صدمه‌ای که در آینده به مالک می‌زند، باشد. بنابراین احتمالاً برای مستأجر مطلوب نخواهد بود که تغییرات اساسی در یک آپارتمان ایجاد کند اگر این تغییرات هزینه بزرگی به استفاده‌کنندگان آتی تحمیل کند. فرض کنید که مستأجر بخواهد یک دیوار داخلی را بردارد تا یک اتاق بزرگ از دو اتاق کوچک‌تر درست کند اما استفاده‌کنندگان آتی احتمالاً بخواهند دو اتاق کوچک‌تر داشته باشند. ممکن است برای یک شخص که آپارتمانی را اجاره کرده است اصلاح آن به‌صورت جزئی مثل آویزان کردن قاب عکس روی دیوارها مطلوب باشد زیرا این اصلاحات ممکن است بیش از آنچه که در آینده به مالک آسیب می‌رساند به مستأجر منفعت برساند (مالک احتمالاً در هر حالت مجبور خواهد بود آنجا را مجدداً رنگ کند و در آن زمان انجام هرگونه گچ‌کاری ضروری برای تعمیر خسارت ناشی از آویزان کردن قاب عکس‌ها برای او ارزان خواهد بود). همچنین شاید انجام بعضی چیزها در طول مدت اجاره مطلوب باشد اگر سودی که آنها در آینده به مالک برساند بیش از صدمه‌ای باشد که به مستأجر وارد می‌شود. نمونه‌های بسیاری از نگهداری مال (رفع نشستی کوچکی که فقط در طول زمان باعث خسارت خواهد شد) واجد این خصوصیت هستند.

۳-۴-۱ رفع اثرات خارجی از طریق مذاکره بدون اختلاف

در این قسمت من به‌طور خلاصه درباره رفع اثرات خارجی از طریق مذاکره میان طرفین درگیر بحث خواهم کرد با این فرض که مذاکره یک روند بی‌هزینه و به‌طور تردیدناپذیری موفق است. در قسمت‌های بعد، هزینه‌های مذاکره و موانع آن و آنگاه رفع اثرات خارجی از طریق استفاده از قواعد حقوقی را نیز بررسی خواهم نمود.

۱-۳-۴-۱ فرضیه مذاکره بدون اختلاف: مذاکرات وقتی انجام می‌شوند که یک قرارداد

سودمند دوجانبه وجود دارد

فرضیه ما در اینجا این است که مذاکره واقع خواهد شد و یک توافق سودمند دوجانبه درباره اثرات خارجی منعقد خواهد شد هر وقت چنین توافقی در اصل وجود داشته باشد.

در مورد وضعیت مربوط به جمع‌آوری‌کننده دود، طرفین سود بیشتری خواهند برد اگر آسیب‌رساننده موافقت کند که اقدامات احتیاطی را با هزینه ۳۰ واحد به‌عمل آورد و در مقابل ۳۵ واحد از قربانی دریافت کند؛ زیرا در آن صورت مطلوبیت آسیب‌رساننده ۵ واحد افزوده می‌شود و مطلوبیت قربانی ۱۵ واحد افزایش خواهد یافت چون او از یک آسیب ۵۰ واحدی اجتناب خواهد کرد. از این‌رو، فرضیه ما این است که چنین توافقی صورت خواهد گرفت (اما توجه کنید که اگر آسیب وارده به قربانی از دود فقط ۲۵ واحد باشد، هیچ‌گونه توافق سودمند دوجانبه‌ای ممکن نخواهد بود و آسیب‌رساننده اقدام احتیاطی انجام نخواهد داد).^۱

این نظریه که توافق سودمند دوجانبه صورت خواهد گرفت هروقت که سودی محتمل برای یکی از طرفین وجود داشته باشد - با این فرض که هیچ‌چیز مانع طرفین برای حصول به این نوع توافق نخواهد شد - نسخه‌ای از برهان کوز است و یک حاشیه‌پردازی زائد محسوب می‌شود.^۲

۲-۳-۴-۱ قراردادهای سودمند دوجانبه وجود دارند هروقت که جمع مطلوبیت‌های طرفین قابل افزایش باشد

در قضیه جمع‌آوری‌کننده دود، توافق سودمند دوجانبه برای نصب جمع‌آوری‌کننده هروقت آن تغییر باعث افزایش جمع مطلوبیت طرفین شود وجود خواهد داشت و این امر را می‌توان چنین توضیح داد که وقتی تغییری باعث افزایش جمع مطلوبیت‌های دو طرف

۱. برای دیدن اینکه هیچ تغییر سودمند دوجانبه‌ای در این حالت امکان ندارد، توجه کنید که برای آنکه آسیب‌رساننده مایل به انجام اقدام احتیاطی باشد باید قربانی به او حداقل ۳۰ واحد بپردازد اما قربانی مایل است حداکثر ۲۵ واحد برای اجتناب از صدمه بپردازد.

۲. این نسخه از برهان گاهی با گفتن این نکته بیان می‌شود که نتیجه سودمند دوجانبه با نبود هزینه‌های مذاکره حاصل خواهد شد هنگامی که این هزینه‌ها به‌منزله مانعی برای مذاکره تفسیر می‌شوند - خواه هزینه‌های مذاکره و خواه هزینه‌های ناشی از موانع دیگر به‌ویژه عدم تقارن اطلاعات بین طرفین مذاکره (بعداً مورد بحث قرار می‌گیرند). این نسخه برهان کوز گاهی اوقات به نام نسخه کارایی خوانده می‌شود زیرا می‌گوید که نتیجه (پارتو) کارآمد خواهد بود، مترادفی برای سودمند دوجانبه.

نسخه دیگر برهان کوز، نسخه ثبات، بعداً در قسمت ۶-۴-۱ مورد بحث قرار می‌گیرد. رجوع کنید به کوز ۱۹۶۰ و دی‌متزا ۱۹۹۸.

می‌شود، اندازه کیک موجود برای تقسیم بین آنها را افزایش می‌دهد و اگر اندازه کیک قابل افزایش باشد، باید راه تقسیمی وجود داشته باشد که موجب بیشتر شدن سهم هریک از طرفین نسبت به سهم اولیه‌اش در کیک کوچک‌تر شود. یعنی باید توافقی بین مولد اثر خارجی و طرف زیان‌دیده وجود داشته باشد که به موجب آن هر طرف سود ببرد.^۱

۳-۳-۴-۱ به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی و مذاکره بدون اختلاف

از بحث قبلی این نکته حاصل می‌شود که مقیاس رفاه اجتماعی جمع مطلوبیت‌ها بر اثر مذاکره بدون اختلاف علی‌رغم وجود اثرات خارجی به حداکثر خواهد رسید. مخصوصاً اگر هنگامی که طرفین به نفع شخصی‌شان عمل می‌کنند جمع مطلوبیت‌هایشان به حداکثر نرسد، قراردادهای سودمند دوجانبه‌ای وجود خواهد داشت که مستلزم تغییراتی هستند که جمع مطلوبیت‌هایشان را به حداکثر می‌رساند و این قراردادها از طریق مذاکره بدون اختلاف منعقد می‌گردند.

اما اگر ثروت به طریق مطلوب اجتماعی توزیع نگردد، مذاکره بدون اختلاف لزوماً به افزایش رفاه اجتماعی منجر نمی‌شود. فرض کنید شخصی به اندازه کافی ثروت ندارد تا برای یک تغییر مطلوب اجتماعی در رفتار شخص دیگر پرداخت کند. اگر ثروت قربانی دود کمتر از ۳۰ باشد، او قادر نخواهد بود مبلغ کافی به آسیب‌رساننده بپردازد تا او را به خرید و نصب جمع‌آوری‌کننده دود ترغیب کند حتی اگر از نظر اجتماعی مطلوب باشد.^۲

۱. این نکته را می‌توان به صورت جبری به شرح ذیل بیان کرد. فرض کنید به ترتیب X_1 و Y_1 سطوح مطلوبیت مولد اثر خارجی و طرف دیگر در یک وضعیت اولیه باشند و X_2 ، Y_2 سطوح مطلوبیتشان در وضعیت دوم به میزان بالاتر باشند، یعنی $X_2 + Y_2 > X_1 + Y_1$. به هر حال فرض کنید که با نبود یک توافق، مولد در وضعیت اولیه نسبت به وضعیت ثانوی سود می‌برد، به عبارت دیگر $X_1 > X_2$ (در غیر این صورت، طرف اول تغییر را انجام داده است در حالی که فرض ما این است که تغییر صورت نگرفته است). پس یک قرارداد سودمند دوجانبه به طور آشکار قابل ایجاد خواهد بود: اگر به مولد برای انجام تغییر حداقل معادل $X_1 - X_2$ غرامت پرداخت شود او مایل به انعقاد قرارداد خواهد بود. طرف دیگر در وضعیت دوم $Y_2 - Y_1$ کسب می‌کند و این از $X_1 - X_2$ فراتر می‌رود (زیرا $X_2 + Y_2 > X_1 + Y_1$)؛ از این رو وی مایل به پرداخت مبلغ کافی به مولد برای ترغیب او به انجام تغییر خواهد بود.

۲. این نکته با شرح پاورقی قبلی تعارض ندارد. در آنجا نشان داده شد که طرف دوم تمایل خواهد داشت مبلغ کافی برای ترغیب طرف اول جهت تغییر وضعیت بپردازد. اما تلویحاً فرض می‌شد که طرف دوم ثروت کافی جهت انجام آن کار را دارد.

(در اینجا نتیجه‌ای که در آن قربانی از دود رنج می‌برد تحت قلمرو یک توافق سودمند دوجانبه قرار ندارد زیرا هیچ ترتیب قابل اجرای دیگری که در چشم طرفین بهتر از وضع موجود باشد وجود ندارد). هرچند حتی اگر مذاکره منجر به حد مطلوب رفاه اجتماعی نشود صرفاً می‌تواند رفاه اجتماعی را از طریق افزایش رفاه طرفین درگیر در مذاکره بهبود بخشد (با این فرض که همه طرفین تحت تأثیر اثر خارجی در مذاکره شرکت می‌کنند و ماهیتش را درک می‌کنند).

۴-۳-۱ بازارها و رفع اثرات خارجی

تا به حال در این باره بحث کرده‌ایم که چگونه می‌توان اثرات خارجی را از طریق مذاکره بین یک مولد اثر خارجی و اشخاص تحت تأثیر بالقوه مثل همسایگان تخفیف داد. یک امکان عبارت است از رفع اثرات خارجی از طریق معاملاتی که به‌طور مؤثر بین اشخاص غیرمربوط واقع می‌شوند وقتی بازار رقابتی در پی بروز یک اثر خارجی ایجاد می‌گردد. به‌عنوان مثال، به‌جای آنکه یک پرورش‌دهنده زنبور عسل با یک مزرعه‌دار درباره رهاسازی زنبورهایش در باغ میوه مزرعه‌دار برای تقویت گرده‌افشانی مذاکره کند، ما می‌توانیم مجسم کنیم که پرورش‌دهنده زنبور عسل در یک بازار مذاکره کند و زنبورهایش را به هر مزرعه‌داری که خدمات زنبورها را می‌خرد منتقل کند.

در جایی که چنین بازاری وجود دارد، تمامی تغییرات سودمند دوجانبه به‌طور خودکار و به‌خاطر استدلال استاندارد راجع به رفتار با وجود بازارها ایجاد خواهند شد. برای نشان دادن این موضوع، فرض کنید قیمت خدمات زنبور ۵ واحد است. پس هر پرورش‌دهنده زنبوری که بتواند این خدمات را با هزینه کمتر از ۵ واحد ارائه کند چنین کاری را انجام خواهد داد و هر مزرعه‌داری که ارزش بیش از ۵ واحد برای این خدمات قائل باشد آنها را خواهد خرید؛ این بدان معناست که برای تجارت سودمند دوجانبه، یعنی تجارت بین یک پرورش‌دهنده زنبور عسل که می‌تواند خدمات زنبور به هزینه کمتر از ۵ واحد ارائه کند و یک مزرعه‌دار که آن خدمات را بیش از ۵ واحد ارزش می‌گذارد از هر فرصتی استفاده می‌شود.^۱

۱. درباره این نظریه عمومی که تأسیس بازارها برای کالاها یا خدمات خاص - در اینجا خدمات زنبورها - می‌تواند مشکلات ناشی از اثرات خارجی را برطرف کند برای مثال رجوع کنید به آرو ۱۹۶۹ و لافونت ۱۹۸۷.

۵-۳-۴-۱ رفع واقعی اثرات خارجی از طریق مذاکره

معمولاً اشخاص به منظور رفع آزار و اذیت‌ها یا اثرات خارجی دیگر مذاکره می‌کنند. مثلاً، شخصی ممکن است به همسایه‌اش برای کاشت یک حفاظ از بوته‌ها در اطراف یک محل زباله‌بدمنظره پول بپردازد تا بتواند از منظره بهتری استفاده کند (یا او ممکن است صرفاً از همسایه‌اش تقاضای انجام چنین کاری را بکند و تلویحاً در مقابل این اقدام در آینده برای همسایه‌اش کاری مشابه انجام دهد)؛ یک رستوران ممکن است برای حق باز بودن تا دیروقت به ساکنان مجاور پول بپردازد وقتی آن ساکنان حق اصرار بر بسته بودن رستوران را داشته باشند؛ شخصی ممکن است بخشی از زمینش را با قیدی که مانع استفاده مضر می‌شود (مثل استفاده تجاری) بفروشد؛ گروهی از افراد استفاده‌کننده از یک منبع مشترک (مثل یک مرتع) ممکن است توافق کنند که آن را حفظ کنند (بیش از حد از آن استفاده نکنند).^۱ مضافاً، شواهد تجربی نشان می‌دهند که لااقل وقتی تعداد افراد کم باشد، اغلب برای حل مشکلات مربوط به اثرات خارجی قراردادهای سودمند دوجانبه منعقد می‌کنند.^۲ همچنین بدیهی است که وقتی افراد رابطه قراردادی جاری دارند معمولاً برای رفع اثرات خارجی شرایطی را در قراردادهایشان می‌گنجانند. پس وقتی شخصی زمین، ملک یا تجهیزات اجاره می‌کند، قراردادهای عموماً مشخص می‌کنند که او نمی‌تواند اصلاحات عمده در آنها ایجاد کند یا باعث خرابی آنها شود (که به مالکان صدمه می‌زند). بازارهای سازمان‌یافته جهت رفع اثرات خارجی معمول نیستند (به دلایلی که در قسمت ۵-۴-۴-۱ توضیح داده خواهد شد)، اما آنها وجود دارند و یک نمونه معروف راجع به زنبورهاست.^۳

۱. درباره موضوع کلی توافقات صورت گرفته میان طرفین استفاده‌کننده از یک منبع مشترک جهت کاهش اثرات خارجی رجوع کنید به لیبکاپ ۱۹۸۹ و اوستروم ۲۰۰۰.

۲. مثلاً رجوع کنید به هافمن و اسپیتزر ۱۹۸۲ و کراسن و جانستون ۲۰۰۰.

۳. این بازار بسیار توسعه‌یافته با این خصوصیات شناخته می‌شود که مزرعه‌داران برای اجاره زنبورها در طول فصل گرده‌افشانی به پرورش‌دهندگان زنبور عسل پول می‌پردازند و بعد از آن فصل، پرورش‌دهندگان زنبور عسل برای استفاده از زمین به مزرعه‌داران پول می‌پردازند چون خوراندن نکتار به زنبورها تولید عسل را افزایش می‌دهد. رجوع کنید به چونگ ۱۹۷۳. همچنین نگاه کنید به قسمت ۲-۵-۴-۱ راجع به بازار حقوق آلوده‌سازی.

۴-۴-۱ چرا مذاکره انجام نمی‌شود یا در صورت انجام منجر به قراردادهای سودمند دوجانبه نمی‌گردد؟

تجربه نشان می‌دهد که وقتی یک قرارداد سودمند دوجانبه وجود دارد، مذاکره همیشه انجام نمی‌شود و حتی وقتی مذاکره انجام می‌شود ممکن است موفقیت‌آمیز نباشد. چگونگی این مطلب در قسمت حاضر مورد بحث قرار می‌گیرد.

۴-۴-۱-۱ عواملی که توضیح می‌دهند چرا وقتی قراردادهای سودمند دوجانبه وجود دارند ممکن است مذاکره انجام نشود

در کلی‌ترین سطح، توضیح برای اینکه چرا وقتی قراردادهای سودمند دوجانبه وجود دارند ممکن است مذاکره انجام نشود (برخلاف آنکه انجام شود اما موفق نباشد) این است که هزینه‌های مذاکره - شامل هزینه‌های گرد هم آمدن و زمان و تلاش اختصاص داده شده به روند مذاکره - بیش از منافع مورد انتظار است. ما می‌توانیم عوامل ویژه وقوع یا عدم وقوع مذاکره را به شرح ذیل فهرست کنیم.

الف) نزدیکی اطراف مذاکره: اگر اطراف مذاکره از نظر فیزیکی نزدیک هم نباشند، ترتیب دادن مذاکره دشوار خواهد بود. شخصی ممکن است در حال تصمیم‌گیری در مورد ساخت یک حصار باشد، که احتمال دارد همسایه‌اش مخالف باشد، اما همسایه ممکن است حضور نداشته باشد و لذا انجام بحث درخصوص یک قرارداد مرجح و جایگزین (مثل شراکت در هزینه کاشت حفاظی از درخت‌ها به جای ساخت حصار) برای او غیرممکن گردد.

ب) تعداد اطراف مذاکره: اگر تعداد افراد درگیر در مذاکره زیاد باشد توانایی آنها برای گرد هم آمدن با هدف مذاکره کم خواهد بود زیرا مشکلات هماهنگی با افزایش تعداد افراد افزایش می‌یابد. به علاوه، انگیزه افراد برای مذاکره ممکن است با افزایش تعدادشان کاهش یابد. مثلاً اگر هر شخص همسایه معتقد باشد که می‌تواند برای انجام مذاکره جهت قراردادی که به نفع او خواهد بود مثل جلوگیری از سوت کشیدن کارخانه در صبح زود روی دیگران حساب کند آنگاه تعداد بسیار کمی در مذاکره با کارخانه برای حصول به یک قرارداد شرکت خواهند کرد و حتی ممکن است همه به انتظار یکدیگر بمانند. این مشکل استفاده مجانی به حساب دیگران، ممکن است حاد شود اگر منفعی که از مذاکره به دست می‌آید برای هر فرد ناچیز باشد.

ج) **عدم آگاهی از اثرات خارجی:** بدیهی است اگر شخصی که زیانی متحمل شده یا منفعتی را تجربه کرده اطلاع قبلی راجع به آن نداشته باشد بعید است در مذاکره شرکت کند. اگر من نزدیک کارخانه‌ای زندگی کنم و ندانم که در خطر ابتلا به سرطان به‌خاطر تخلیه مواد زائد آن کارخانه هستم به‌سختی ممکن است برای تغییر در رفتار آن کارخانه وارد مذاکره شوم.

د) **احتمال شکست مذاکره:** اگر کسی معتقد باشد احتمال زیادی وجود دارد که مذاکره نتیجه موفقیت‌آمیزی نداشته باشد، این امر او را از دخالت در مذاکره منصرف خواهد کرد. (همان‌گونه که در قسمت بعدی توضیح داده خواهد شد، اگر کسی درباره هزینه‌ها یا منافع طرف دیگر به‌خوبی آگاه نباشد، یا اگر طرف دوم در مورد هزینه‌ها یا منافع طرف اول اطلاعات کمی داشته باشد، احتمال شکست مذاکره افزایش می‌یابد).

۲-۴-۱-۲ مثال‌ها

زمینه‌های مختلفی را که اثرات خارجی در آنها وجود دارند می‌توان در پرتو عوامل سابق‌الذکر بررسی کرد تا ببینیم آیا به توضیح این نکته کمک می‌کنند که چرا مذاکره معمولاً به نتیجه مطلوب نمی‌رسد یا اینکه حتی انجام نمی‌شود.

الف) **تصادفات بین بیگانگان:** بعید است مذاکره بتواند کمکی به کاهش خطر نوع معمول تصادف بین بیگانگان مثل تصادفات اتومبیل بکند. درواقع، نظریه مذاکره بین صدمه‌زندگان و قربانیان احتمالی در چنین زمینه‌هایی خیال‌پردازانه به‌نظر می‌رسد و با تعمق بیشتر علت آن نیز آشکار می‌شود. طرفین بالقوه درگیر در تصادف، که بیگانه هستند، نوعاً رابطه به حد کفایت نزدیکی ندارند که با یکدیگر درباره رفتارشان مذاکره کنند. به‌علاوه، منفعت ناشی از مذاکره بین طرفین به‌خاطر دور بودن این احتمال که این یا آن غریبه در یک تصادف دخیل باشند، کم خواهد بود.

ب) **آلودگی ایجاد شده توسط کارخانه‌ها:** در اینجا، وضعیت‌هایی را تصور می‌کنیم که در آنها احتمال وقوع مذاکره وجود دارد و وضعیت‌هایی که این احتمال وجود ندارد. مذاکره ممکن است در وضعیت‌هایی روی دهد که تعداد افراد تحت تأثیر آلودگی کم است، صدمه‌ای که هریک متحمل می‌شود قابل توجه است و آنها به‌خوبی از آن آگاه‌اند. هرچند

مذاکره انجام نخواهد شد اگر آلودگی تعداد زیادی را اما هریک فقط به میزان کمی تحت تأثیر قرار دهد یا اگر قربانیان منبع آلودگی یا حتی این واقعیت را که از آن در رنج هستند تشخیص ندهند.

ج) **آزار و اذیت بین همسایگان:** در این وضعیت مذاکره اغلب انجام می‌گیرد. اگر همسایه من سگی داشته باشد که گل‌های باغ مرا خراب می‌کند، هیچ مانعی برای مذاکره ناشی از عدم نزدیکی وجود ندارد؛ زیرا برای من مشکل نخواهد بود که پیش همسایه‌ام بروم و هر دوی ما به خوبی می‌دانیم که مشکل چیست. بنابراین اگر یک توافق سودمند دوجانبه امکان‌پذیر باشد (چون به عنوان مثال روشن است که همسایه‌ام می‌تواند به سادگی جلوی سگش را بگیرد یا به آن یاد بدهد که گل‌های مرا خراب نکند)، مذاکره ممکن است روی دهد (با صرف نظر از اثری که یک استدلال خودخواهانه یا احساساتی بودن ممکن است بر تمایل همسایگان به مذاکره درباره چنین آزاری داشته باشد).

د) **قرارداد اجاره:** وقتی طرفین گردهم آمده‌اند تا در مورد اجاره مذاکره کنند، هزینه نهایی مذاکره در مورد مشکل اثر خارجی بالقوه برای آنها نوعاً کم خواهد بود و به نحوی که قبلاً ملاحظه شد، تمایل به گنجاندن شرایط در قراردادهای اجاره برای رفع مشکل خواهند داشت. مثلاً وقتی شخصی اتاقي را در خانه کسی اجاره می‌کند غالباً می‌توان انتظار داشت که درباره سر و صدا و دیگر مزاحمت‌های ممکن در طول دوره اجاره و شرایط حاکم بر آنها در قرارداد اجاره مذاکره شود.

۳-۴-۱ حتی اگر مذاکره انجام شود و امکان یک قرارداد سودمند وجود داشته باشد، ممکن است توافق به دلیل عدم تقارن اطلاعات حاصل نشود

فرض کنید که مذاکره انجام می‌شود، روند مذاکره پرهزینه نیست و نیل به یک قرارداد سودمند دوجانبه ممکن است. آیا چنین قراردادی موفق خواهد بود؟ می‌دانیم که در حقیقت موفقیت تضمین شده نیست و همان‌طور که اقتصاددانان تأکید می‌کنند، توضیح نظری این است که اطلاعات بی‌تناسب بین طرفین به محاسبات اشتباه در مذاکره و شکست در توافق منجر می‌شود.

مثال ۱. برگردیم به وضعیت مربوط به جمع‌آوری‌کننده دود که برای آسیب‌رساننده ۳۰

واحد هزینه خواهد داشت اما دود را از بین خواهد برد و لذا آسیب ۵۰ واحدی را نیز از بین می‌برد. در اینجا، همان‌گونه که بحث شد، یک قرارداد سودمند دوجانبه ممکن است و اگر قربانی هر مبلغی بین ۳۰ تا ۵۰ واحد برای نصب دستگاه جمع‌آوری‌کننده به آسیب‌رساننده بپردازد، قربانی و آسیب‌رساننده هر دو سود خواهند برد.

یک روند ساده مذاکره را در نظر بگیرید که به موجب آن قربانی، یک پیشنهاد واحد و بلاترجیح به آسیب‌رساننده می‌دهد. ابتدا فرض کنید که قربانی اطلاعات کاملی درباره هزینه دستگاه جمع‌آوری‌کننده برای آسیب‌رساننده دارد. پس قربانی می‌داند که هر رقمی بالای ۳۰ را پیشنهاد کند، آسیب‌رساننده خواهد پذیرفت. از این‌رو، قطعاً یک توافق به‌وجود خواهد آمد؛ قربانی رقمی بیش از ۳۰ (مثلاً ۳۱) را پیشنهاد خواهد کرد و آسیب‌رساننده منطقی‌اً خواهد پذیرفت. این نشان می‌دهد که هرگاه اطلاعات یک طرف درباره طرف دیگر کامل باشد، تمایل به توافق وجود خواهد داشت هنگامی که امکان یک قرارداد سودمند دوجانبه وجود دارد.

حالا فرض کنید که قربانی هزینه دستگاه جمع‌آوری‌کننده دود برای آسیب‌رساننده را به‌طور قطع نمی‌داند. به‌ویژه فرض کنید که قربانی فکر می‌کند دو احتمال وجود دارد: هزینه جمع‌آوری‌کننده به احتمال ۸۰ درصد ممکن است ۲۰ واحد باشد و به احتمال ۲۰ درصد ممکن است ۳۰ واحد باشد. پس قربانی معتقد است که اگر کمی بیش از ۲۰ پیشنهاد کند پیشنهادش با احتمال ۸۰ درصد پذیرفته خواهد شد و تنها به احتمال ۲۰ درصد پیشنهادش رد می‌شود، که در آن صورت او متحمل صدمه‌ای معادل ۵۰ خواهد شد. بنابراین زبان‌های مورد انتظار او تقریباً $0.8 \times 20 + 0.2 \times 50$ یا ۲۶ خواهد بود. اگر او کمی بیش از ۳۰ پیشنهاد کند، درست است که پیشنهادش قطعاً پذیرفته خواهد شد اما هزینه‌هایش حدود ۳۰ و فراتر از ۲۶ خواهد بود. بنابراین بهترین پیشنهادش کمی بیش از ۲۰ است و هیچ مذاکره‌ای در کار نخواهد بود زیرا درواقع فرض می‌کنیم که هزینه اقدام احتیاطی برای آسیب‌رساننده ۳۰ واحد است.^۱

۱. اگر جمعیتی از آسیب‌رسانندگان وجود داشت که ۸۰ درصد از آنها با هزینه‌های ۲۰ واحدی برای جمع‌آوری‌کننده‌های دود روبه‌رو می‌شدند و ۲۰ درصد از آنها با هزینه‌های ۳۰ واحدی مواجه می‌شدند، آنگاه در ۲۰ درصد از مواقع هیچ مذاکره‌ای وجود نداشت حتی اگر در همه موارد احتمال یک مذاکره دوجانبه سودمند موجود باشد.

بنابراین، می‌بینیم که به‌خاطر فقدان اطلاعات دقیق از وضعیت طرف دیگر، در مذاکره ممکن است شخصی مبلغی را که می‌داند احتمالاً رد خواهد شد به‌منظور کسب بهترین حالت در یک معنای مورد انتظار خویش پیشنهاد کند.

نقص اطلاعات ممکن است علاوه‌بر هزینه‌های اقدامات احتیاطی مثل مثال یک، به عظمت اثرات خارجی و هزینه‌های خود مذاکره مربوط شود. چنین هزینه‌هایی را نباید به‌عنوان علت شکست مذاکره نادیده گرفت. برای مثال اگر یک طرف اشتباهاً فکر کند که هزینه مذاکره طرف دیگر پایین است و اینکه او برای دور دیگری به مذاکره ادامه خواهد داد، طرف اول احتمالاً پیشنهاد به‌قدر کفایت مناسبی را پیش از آنکه طرف دوم کنار بکشد ارائه نخواهد داد. به‌طور کلی، هر نوع عدم تقارن اطلاعات می‌تواند احتمال شکست در حصول توافق را حتی وقتی قراردادهای سودمند دوجانبه ممکن هستند موجب شود.

۴-۴-۱ شواهدی بر اینکه اشخاص مذاکره‌کننده ممکن است در دستیابی به نتایج

سودمند دوجانبه شکست بخورند

شواهد بسیاری از این امکان که اشخاص مذاکره‌کننده ممکن است در حصول به توافق سودمند دوجانبه موفق نشوند وجود دارد. مثال‌های زیادی از آزار و اذیت وجود دارند که اقدام چاره‌ساز را می‌شد با هزینه کمتر از صدمه انجام داد و با وجود این روند مذاکره درهم شکسته است.^۱

به‌طور موسع، این واقعیت که طرفین اغلب به محکمه می‌روند به‌جای آنکه مصالحه کنند، کارمندان اعتصاب می‌کنند به‌جای آنکه مصالحه کنند و جنگ‌ها بعد از شکست در مذاکرات روی می‌دهند، همه حاکی از شکست طرفین در توافق بر نتایج سودمند دوجانبه است.^۲

۴-۴-۵ توضیح در مورد عدم احتمال بازارها برای رفع اثرات خارجی

در قسمت ۴-۳-۱ ذکر گردید که اثرات خارجی را می‌توان از طریق معاملات بازار

۱. مثلاً دبلیو فارتسورث ۱۹۹۹ در مطالعه اختلافات مربوط به آزار و اذیت هیچ موردی از مذاکره پیدا نمی‌کند.

۲. رجوع کنید به مطالعه کنان و ویلسون ۱۹۹۳ و ارجاعات مذکور در آن.

به جای مذاکره بین طرفین رفع کرد. چرا از لحاظ نظری رفع مشکلات اثرات خارجی از طریق بازار بعید است؟ (آن طور که من مشاهده کرده‌ام در واقع آنها غیرمعمول هستند).

یک پیش شرط برای وجود بازار این است که هر فروشنده‌ای قادر باشد با هر خریداری که انتخاب می‌کند معامله کند. به نظر می‌رسد این امر در مورد خدمات گرده‌افشانی زنبورها ممکن باشد، یک پرورش‌دهنده زنبور عسل می‌تواند خدمات زنبورهایش را به مزرعه‌داری که انتخاب می‌کند با انتقال زنبورهایش به زمین مزرعه‌دار ارائه کند. هر چند برای بسیاری از اثرات خارجی، فروشنده می‌تواند فقط با یک خریدار خاص معامله کند و بنابراین بازاری به وجود نخواهد آمد. به عنوان مثال، اگر من حیاط خود را تزیین و زیباسازی کنم، فقط همسایگان نزدیکم (و خودم) منفعت می‌برند، من نمی‌توانم منظره حیاط را به هر خریدار دیگری که محیط زیباسازی شده را دوست دارد انتقال دهم (برخلاف پرورش‌دهنده زنبور عسل که می‌تواند زنبورهایش را به هر مزرعه‌داری که آنها را می‌خواهد انتقال دهد). به همین ترتیب، اگر من سر و صدا کنم یا اگر یک کپه کود را نگهداری کنم، این باعث آزار و اذیت همسایگانم می‌شود، نه شخص دوری که مایل است حق قربانی آزار و اذیت بودن را به من بفروشد. بنابراین در چنین مواردی، تنها راه رفع آزادی اثرات خارجی از طریق مذاکره بین فقط دو یا تعداد کمی از اشخاص است که به طور مؤثری به یکدیگر چسبیده‌اند.^۱

به علاوه، برای برخی از آثار خارجی دلیل دیگری وجود دارد که نشان می‌دهد چرا امکان تأسیس بازار وجود ندارد. بعضی از اثرات خارجی تعداد زیادی از اشخاص را به طور هم‌زمان تحت تأثیر قرار می‌دهند، مانند آلودگی عمومی هوا؛ وقتی کارخانه‌ای در هوا دود منتشر می‌کند به طور کلی به جمعیت آن ناحیه صدمه وارد می‌کند. در اینجا بازاری نمی‌تواند

۱. حتی اگر پیش شرط‌های لازم برای وجود یک بازار برقرار باشند - مولدان فردی یک اثر خارجی می‌توانند حقوق مربوط به ایجاد صدمه را از قربانیان فردی خریداری کنند (با خدماتشان را به ذی‌نفع‌های فردی بفروشند) - ممکن است مشکل وجود موازنه رقابتی باقی بماند. همان‌طور که استارت ۱۹۷۲ تأکید می‌کند، اگر به عنوان مثال قیمت حق آلوده‌سازی مثبت باشد، یک قربانی بالقوه برای فروش تعداد فوق‌العاده و بالقوه نامحدودی از این حقوق به آلوده‌کنندگان انگیزه خواهد داشت، زیرا او بعداً همیشه می‌تواند از مالش دور شود و به واسطه فروش حقوقش ثروتمند گردد. این بدان معناست که در هر قیمت مثبتی، تعداد نامحدودی از حقوق به آلوده‌کننده پیشنهاد خواهد شد که مانع به تعادل رسیدن بازار حقوق می‌شود.

وجود داشته باشد تا در آن یک فرد قربانی حقوقش را جهت اجازه آلوده کردن مالش بفروشد و فرد دیگری این کار را نکند (اگرچه بازاری نمی‌تواند وجود داشته باشد تا در آن قربانی‌ها بالاستقلال حقوقشان را جهت اجازه آلوده کردن بفروشند، اما دولت می‌تواند تصمیم بگیرد که اجازه آلودگی را بدهد و بازاری ایجاد کند تا در آن آلوده‌کنندگان حقوق مربوط به آلوده کردن را خریداری کنند. به قسمت ۲-۵-۴-۱ رجوع کنید).

۵-۴-۱ رفع اثرات خارجی از طریق مقررات قانونی در فقدان شرایط مذاکره موفقیت‌آمیز

به‌منظور تسهیل کار در این قسمت فرض کنید که اشخاص مذاکره نمی‌کنند یا مذاکره به‌خاطر موانع مختلفی که پیشتر مورد بحث قرار گرفت موفقیت‌آمیز نیست. در عوض اشخاص به طریقه نفع شخصی عمل می‌کنند و در صورت تساوی شرایط دیگر این را که اعمالشان چگونه بر دیگران اثر می‌گذارد در نظر نمی‌گیرند.^۱ اگرچه مقررات قانونی می‌توانند رفتار آنها را به طریقی که برای قربانیان مطلوب باشد تغییر دهند.^۲

۱-۵-۴ انواع مقررات قانونی برای کنترل اثرات خارجی

تنوعی از مقررات قانونی وجود دارند که می‌توان برای کنترل اثرات خارجی مورد استفاده قرار داد، اکنون یک گروه مهم از آنها را تشریح می‌کنیم. به موجب قانون، دولت یک‌سری از اعمال را که در غیر این صورت و با فرض حقوق اموال برای افراد، ارتکابشان مجاز بود محدود می‌کند تا بتواند یک اثر خارجی را به‌طور مطلوبی رفع کند. به‌عنوان مثال، ممکن است کارخانه‌ای ملزم شود که برای جلوگیری از آلودگی از یک جمع‌آوری‌کننده دود استفاده کند، ماهیگیری ممکن است ملزم به محدود کردن صیدش شود تا خطر تهی‌سازی جمعیت ماهیان کاهش یابد، یا یک فرد

۱. در اینجا و بعداً برای سادگی اثرات خارجی مضر را مورد تأکید قرار خواهیم داد؛ معمولاً موضوع اثرات خارجی سودمند مشابه است.

۲. من به اینکه ضمانت اجرای اجتماعی غیررسمی مثل لطمه به اعتبار چگونه ممکن است رفتار طرفین را تحت تأثیر قرار دهند اشاره‌ای نمی‌کنم. برای دیدن یک بررسی قابل توجه در این مورد رجوع کنید به الیکسون ۱۹۹۱. همچنین نگاه کنید به بحث اخلاق در قسمت ۱-۷.

ممکن است با یک فرمان منطقه‌ای به منظور حفظ محیط از افتتاح یک بنگاه تجاری در یک منطقه مسکونی منع شود.

آنچه بسیار به قانون مربوط می‌شود عبارت از تعیین حقوق اموال و حمایت از آنها به درخواست دارندگان حقوق است. اگر شخصی مثلاً حق تمیز بودن هوا را داشته باشد، می‌تواند از طریق تقاضا از دولت برای مداخله، کارخانه‌ای را از ادامه فعالیت‌های آلوده‌کننده منع کند.^۱ مداخله غالباً از طریق کسب یک دستور قضایی از سوی شاکی علیه صدمه‌زننده صورت می‌گیرد؛ سپس از نیروی پلیس دولتی برای اجرای دستور قضایی استفاده خواهد شد. برخلاف وضعیت تحت نظر مستقیم قانون، هنگامی که به موجب حقوق اموال قربانی در هوای پاک، آلوده‌کننده‌ای ملزم به عدم آلودگی می‌شود، منع آلوده‌کننده از آلودگی به نظر قربانی بالقوه آلودگی بستگی دارد (و قربانی می‌تواند به صدمه‌زننده اجازه آلوده کردن را بدهد - اگر به اندازه کافی غرامت دریافت کرده باشد - لیکن ما مذاکره در این خصوص را در این قسمت نادیده می‌گیریم).

جامعه همچنین می‌تواند از انگیزه‌های مالی برای کاهش اثرات خارجی مضر استفاده کند. به موجب قانون مسئولیت، اشخاصی که متحمل آسیب می‌شوند می‌توانند علیه آسیب‌رسانندگان اقامه دعوی کنند و برای زیان‌های وارده غرامت دریافت کنند و این امر آسیب‌رسانندگان را ترغیب به اجتناب از صدمه می‌کند. همان‌طور که در بخش دوم بحث خواهیم کرد، دو شکل عمده مسئولیت وجود دارد: مسئولیت محض که به موجب آن صدمه‌زننده باید به قربانی غرامت بپردازد حتی اگر تقصیر نکرده باشد؛ و قاعده اهمال که به موجب آن صدمه‌زننده ملزم به پرداخت خواهد شد فقط اگر مقصر باشد. برحسب نمونه ساده ما، گفته می‌شود که یک صدمه‌زننده مقصر است و به‌طور نامطلوب عمل کرده است اگر وسعت آسیب فراتر از منفعت ناشی از عمل یا هزینه از بین بردن صدمه باشد.^۲

۱. به موجب یک قاعده قانونی که مورد بحث ما نیست، شخص می‌تواند از دولت بخواهد که جلوی آلودگی را بگیرد اما باید به‌خاطر کاهش سودی که در نتیجه آن حاصل خواهد شد به کارخانه غرامت بپردازد.

۲. در رابطه با مسئولیت محض و قاعده اهمال دو شکل جریمه به دولت پرداخت می‌شوند، جریمه‌ای معادل آسیب که هروقت آسیب وارد شد پرداخت می‌گردد، یا جریمه‌ای معادل آسیب که فقط وقتی آسیب وارد شد و منفعت کمتر از آسیب بود پرداخت می‌گردد. من ملاحظات مربوط به این جریمه‌ها را در اینجا حذف کرده‌ام.

انگیزه مالی دیگر برای کاهش آسیب، مالیات اصلاحی است.^۱ به موجب این مالیات، یک فرد معادل آسیب مورد انتظاری که ایجاد می‌کند به دولت می‌پردازد، مثل وقتی که کارخانه‌ای به خاطر آسیب مورد انتظار ناشی از تخلیه یک آلوده‌کننده در یک دریاچه مالیات می‌پردازد. چون تصور می‌شود مالیات اصلاحی آسیب مورد انتظار (آسیب احتمالی ناشی از آلودگی) را منعکس می‌کند، با مسئولیت محض که مسئولیت در مقابل آسیب وارد شده واقعی است، تفاوت دارد. همچنین، مالیات اصلاحی به دولت پرداخت می‌شود درحالی‌که پرداخت‌های مربوط به مسئولیت به قربانیان صورت می‌گیرد. یک شکل دیگر از محرک مالی یارانه است، مبلغی که از سوی دولت به یک شخص پرداخت می‌شود و معادل کاهش آسیب مورد انتظار از یک سطح مشخص می‌باشد.

۲-۵-۴-۱ مقایسه مقررات

اکنون اجازه دهید اثرات مقررات قانونی پیش‌گفته برای کنترل اثرات خارجی را با تمرکز بر فهرست عوامل مربوط احتمالی به‌طور خلاصه مقایسه کنیم.

الف) اطلاعات دولت: اگر دولت درباره اقدامات انجام شده اطلاعات کامل داشته باشد یعنی اگر منفعت صدمه‌زننده و آسیب وارده بر قربانی را بشناسد، آنگاه هریک از قواعد منجر به مطلوبیت خواهد شد. برای تفصیل بحث برحسب مثال آلودگی، فرض کنید دولت می‌تواند تأیید کند که هزینه جمع‌آوری‌کننده دود کمتر از آسیب ناشی از آلودگی است و بنابراین می‌تواند تکلیف کند که جلوگیری از آلودگی بهترین راه است. اگر دولت بر این تصمیم باشد که باید جلوی آلودگی گرفته شود، می‌تواند با استفاده از مقررات قانونی هدفش را به انجام رساند و آلودگی را ممنوع سازد. دولت همچنین می‌تواند با اعطای حق اموال به قربانی برای هوای پاک به مطلوبیت لازم دست یابد. دولت همچنین می‌تواند قاعده مسئولیت محض را به کار برد و این باعث خواهد شد که صدمه‌زننده ایجاد آسیب نکند زیرا مجبور به پرداخت در مقابل آن خواهد بود و بر فرض آسیب، هزینه آن فراتر از هزینه اقدام احتیاطی خواهد بود. به همین ترتیب، به موجب قاعده اهمال، آسیب‌رساننده مجبور

۱. پیگو ۱۹۱۲ اولین فردی بود که بر سودمندی مالیات‌ها برای کنترل اثرات خارجی تأکید کرد و لذا چنین مالیات‌هایی گاهی اوقات مالیات‌های پیگویی خوانده می‌شوند.

به پرداخت در مقابل صدمه خواهد بود و بنابراین آلوده‌سازی نخواهد کرد. بر همین قیاس در صورت وضع مالیات اصلاحی نیز او موجب آلودگی نخواهد شد، همچنین در صورت وجود مقررات پرداخت یارانه، آسیب‌رساننده آلوده نخواهد کرد چون مبلغی معادل آسیب برای خودداری کردن دریافت می‌کند و این فراتر از هزینه اقدام احتیاطی خواهد بود.

اما اگر دولت اطلاعات کامل نداشته باشد نمی‌تواند به‌طور قطع تعیین کند که آیا عملی مثل آلوده‌سازی باید یا نباید صورت گیرد. بدین جهت، دولت لزوماً نمی‌تواند از طریق قانون، تعیین حقوق اموال یا قاعده اهمال به نتیجه مطلوب دست یابد؛ زیرا به موجب این روش‌ها دولت باید بداند چه عملی مطلوب است. مثلاً به موجب قانون، اگر صدمه ناشی از آلودگی ۱۰۰ باشد و دولت نداند که هزینه یک جمع‌آوری‌کننده دود ۷۵ یا ۱۵۰ است، نخواهد دانست که جمع‌آوری‌کننده لازم است یا خیر.

باین‌حال مادام که دولت دربارهٔ وسعت آسیب اطلاعات کافی دارد هنوز می‌تواند تحت مقررات مسئولیت محض، مالیات اصلاحی و یارانه به مطلوبیت دست یابد؛ زیرا به موجب مسئولیت محض یا مالیات اصلاحی، این آسیب‌رساننده است که هزینه نصب جمع‌آوری‌کننده را با مسئولیت یا با مالیات برای صدمه مقایسه می‌کند و طبیعتاً هزینه جمع‌آوری‌کننده را می‌داند، پس آسیب‌رساننده ایجاد آلودگی خواهد کرد اگر و صرفاً اگر هزینه جمع‌آوری‌کننده فراتر از صدمه باشد. آسیب‌رساننده‌ای که هزینه جمع‌آوری‌کننده برای او ۷۵ است آن را برای جلوگیری از پرداخت ۱۰۰ نصب خواهد کرد و آسیب‌رساننده‌ای که هزینه جمع‌آوری‌کننده برای او ۱۵۰ است آن را نصب نخواهد کرد؛ در هر دو مورد نتیجه مطلوب حاصل خواهد شد. ضرورتاً همین حالت به موجب یارانه هم صحت دارد زیرا آسیب‌رساننده پاداشی معادل ۱۰۰ واحد دریافت خواهد کرد اگر باعث ایجاد صدمه نشود. خاصیت مسئولیت محض، مالیات اصلاحی و یارانه این است که اطلاعاتی را که آسیب‌رسانندگان احتمالی دربارهٔ هزینه‌های کاهش آسیب دارند، یا منفعتی را که آنها از اقدام به‌دست می‌آورند با مجبور کردن آنها به مقایسه این هزینه‌ها یا منافع با وسعت آسیب تحت کنترل درمی‌آورند.^۱

۱. استدلال مطرح شده در اینجا فرض کرده که دولت وسعت آسیب را می‌داند. هرچند می‌توان نشان داد که این استدلال حتی اگر دولت وسعت آسیب را نداند نیز اعمال خواهد شد: اگر دولت مسئولیت محض، مالیات اصلاحی ←

بدین جهت توضیح دادیم که چرا وقتی اطلاعات دولت درباره هزینه کاهش صدمه ناقص است، مسئولیت محض، مالیات‌های اصلاحی یا یارانه‌ها، بر قانون، واگذاری حقوق اموال، یا قاعده اهمال ارجحیت دارند.^۱

برای تشریح این نتیجه اجازه دهید بررسی کنیم که چرا یک طرح حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار^۲ کم‌اهمیت‌تر از مالیات‌های اصلاحی آلودگی است، وقتی اطلاعات دولت درباره هزینه‌های کنترل آلودگی ناقص است. به موجب یک رژیم حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار، یک کارخانه باید برای هر واحد آلودگی که تولید می‌کند یک حق آلودگی به دولت تسلیم کند. دولت مقدماً حقوقی برای کارخانه‌ها قائل می‌شود (شاید براساس اندازه کارخانه). کل میزان این حقوق با کل میزان آلودگی که دولت مطلوب می‌داند برابر است و یک کارخانه خاص می‌تواند یا از حقوقی که برای آن تعیین شده استفاده کند یا آن حقوق را در بازار حقوق به کارخانه‌های دیگر بفروشد. این طرح نسبت به قانون مرسوم میزان آلوده‌کنندگی مجاز هر کارخانه خاص، دارای یک مزیت است: کارخانه‌هایی که جلوگیری از آلودگی را نسبتاً ارزان می‌بینند تمایل به انجام آن خواهند داشت و بنابراین حقوق اضافه‌ای دارند که می‌فروشند و کارخانه‌هایی که

→ یا یارانه را برای یک آسیب مورد انتظار مبنا قرار دهد، آنگاه به‌طور متوسط نتیجه برتر از نتیجه تحت قواعد دیگر یعنی قانون، واگذاری حقوق اموال یا قاعده اهمال خواهد بود. رجوع کنید به کاپلو و شاول ۱۹۹۶ ب، ۲۰۰۲.

۱. اگرچه این نکته غالباً از سوی اقتصاددانان به‌ویژه در رابطه با قانون در مقابل مالیات‌های اصلاحی ذکر شده، اما به‌طور آشکار از سوی وایتمن در ۱۹۷۴ مورد مخالفت قرار گرفته است. وایتمن معتقد است که قانون مثل حد مورد نیاز در مورد میزان آلودگی ممکن است بر یک مالیات اصلاحی ارجحیت داشته باشد. استدلال وی ضرورتاً این است که آسیب مورد انتظار ممکن است به‌شدت افزایش یابد اگر کمیت آلودگی از سطح آستانه بگذرد. اگر مالیات بر هر واحد اعمال می‌شد و دولت نرخ اشتباه را انتخاب می‌کرد، امکان داشت کارخانه‌ها آنقدر آلودگی تولید کنند که از سطح آستانه فراتر رود درحالی‌که به‌وسیله قانون کمیت مستقیم می‌توان از این خطر احتراز کرد. به‌هرحال استدلال وایتمن به این فرض بستگی دارد که مالیات اصلاحی یک مالیات بر واحد ثابت می‌باشد. اگر مالیات معادل آسیب مورد انتظار باشد، آنگاه نرخ مالیات با کمیت قابل افزایش خواهد بود اگر آسیب آن ویژگی را داشته باشد. در نتیجه، به‌سادگی می‌توان نشان داد که مالیات اصلاحی همان‌گونه که در باورقی قبلی ادعا شد بر قانون کمیت ارجح است.

۲. همان‌گونه که تشریح خواهد شد، حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار پیوندی از قانون کل میزان آلودگی و رژیم مالیات‌گونه آلودگی است. رجوع کنید به دالس ۱۹۶۸ برای دیدن یک بحث اولیه راجع به حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار؛ برای مباحثات تازه‌تر رجوع کنید به کراپر و اوتس ۱۹۹۲، هالم و استاوینس ۱۹۹۱ و تیتنبرگ ۱۹۹۶.

جلوگیری از آلودگی را گران می‌یابند به حقوق بیشتر از آنچه به آنها تخصیص داده شده است نیاز و تمایل دارند این حقوق را به‌منظور آلوده‌سازی خریداری نمایند. در نتیجه، توزیع ترغیب‌شده تلاش برای جلوگیری و توزیع آلودگی در میان کارخانه‌ها از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. اما مقدار کل آلودگی از سوی دولت تعیین می‌شود و در تنظیم این کمیت، دولت باید از برآورد ناقص‌اش از هزینه‌های کنترل آلودگی استفاده کند؛ بنابراین به‌طور کلی، مجموع میزان آلودگی از نظر اجتماعی نامتناسب خواهد بود. در مقابل، اگر دولت مالیات‌های آلودگی را به‌کار گیرد، نه تنها توزیع آلودگی در میان کارخانه‌ها از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود (کارخانه‌هایی که جلوگیری کردن از آلودگی را نسبتاً ارزان می‌بینند تمایل به انجام آن خواهند داشت تا اینکه مالیات بپردازند و کارخانه‌هایی که آن را نسبتاً گران می‌یابند مالیات خواهند پرداخت و آلوده خواهند کرد)، بلکه همچنین کل میزان آلودگی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود و از آنجاکه کارخانه‌ها با مقایسه هزینه‌های کنترل آلودگی‌شان با مالیات آلودگی که معادل آسیب مورد انتظار ناشی از آلودگی تعیین می‌شود، خودشان تصمیم خواهند گرفت که چقدر آلوده کنند.

ب) اطلاعات قربانیان: اطلاعات قربانیان به عملکرد آن دسته قواعد قانونی مربوط می‌شود که مستلزم ایفای نقش قربانیان در اجرای قانون هستند. یعنی برای آنکه قربانیان بتوانند برای جلوگیری از اعمال زیان‌آور دستور دادگاه بگیرند و حقوق اموالشان را حمایت کنند، باید بدانند که چه کسی ممکن است به آنها صدمه بزند - مثل اینکه چه کسی ممکن است آلوده کند - و از صدمه در صورت وقوع آگاه باشند. اگر ردیابی آلودگی دشوار باشد (شاید بدون رنگ و بدون بو) و فقط در طول زمان ایجاد آسیب کند، آنها ممکن است این آلودگی را مشاهده نکنند و بنابراین آگاهی کافی برای گرفتن دستور دادگاه نخواهند داشت. برای آنکه قواعد مسئولیت عمل کنند نیز قربانیان باید بدانند چه کسی باعث صدمه شده و اینکه صدمه روی داده است. اما برای آنکه قانون یا وضع مالیات یا یارانه‌ها عمل کنند، قربانیان به چنین اطلاعاتی نیاز ندارند؛ دولت مالیات‌ها را وضع می‌کند یا رفتار زیان‌آور را صرف‌نظر از آنکه قربانیان بدانند چه کسی مسبب ورود آسیب به آنهاست یا ماهیتش را بدانند، تحت قاعده درمی‌آورد.

ج) **اطلاعات آسیب‌رسانندگان:** آسیب‌رسانندگان باید بعضی چیزها را بدانند تا قواعد مختلف به‌طور متناسب عمل کنند، اما روشن نیست که آیا این ملاحظه در مقایسه با قواعد دیگر به نفع نوع خاصی از قواعد است. در ابتدا این وسوسه وجود دارد که باور کنیم برای آنکه قواعد مسئولیت به‌خوبی عمل کنند، آسیب‌رسانندگان باید بیشتر از آنچه به موجب قانون و روش‌های دیگر می‌دانند آگاهی داشته باشند، زیرا به موجب قواعد مسئولیت آسیب‌رسانندگان باید بتوانند مسئولیتشان را پیش‌بینی کنند و به این منظور باید اطلاع قبلی از آن داشته باشند، درحالی‌که به موجب روش‌های دیگر آنها ظاهراً چندان نیازمند دانستن نیستند. به موجب قانون، به‌عنوان مثال، آنها باید صرفاً به الزامات قانونی بچسبند. با وجود این اگر یک الزام قانونی از قبیل الزام به نصب لوازم اطفای حریق به‌خوبی درک شود، درک این نکته آسان خواهد بود که دادگاه‌ها یک شخص را اهمال‌کار خواهند دانست اگر لوازم اطفای حریق را نصب نکرده باشد.^۱

یک نظریه جالب دیگر این است که قواعدی مانند مسئولیت محض که آسیب‌رسانندگان را ملزم به محاسبه و اتخاذ تصمیم برای عمل می‌کنند، نسبت به قانون و قواعدی که رفتار آسیب‌دیدگان را مقرر می‌دارند بار بیشتری را بر دوش آنان می‌گذارند. اما این دیدگاه غامض است، زیرا اگر انجام محاسبه دشوار تلقی شود، دولت می‌تواند با اطلاعاتی دربارهٔ اتخاذ انتخاب‌های صحیح از افراد حمایت کند (از جمله با ارائه جدولی نشانگر انجام یا عدم انجام اقدام احتیاطی، عمل عناصر مربوط به آسیب، احتمال آن و هزینه انجام اقدام احتیاطی).

د) **هزینه‌های اداری:** هزینه‌های اداری عبارت‌اند از هزینه‌هایی که دولت و اشخاص در رابطه با استفاده از یک قاعدهٔ قانونی متحمل می‌شوند (به‌استثنای هزینه‌های عمل مطابق با قاعده، از قبیل هزینه‌های نصب یک جمع‌آوری‌کنندهٔ دود). قواعد مسئولیت نسبت به قواعد دیگر دارای این مزیت از نظر هزینهٔ اداری عمومی هستند که به موجب قواعد مسئولیت، نظام قانونی صرفاً اگر آسیب واقع شود درگیر می‌شود، درحالی‌که به موجب

۱. برعکس اگر وضعیت‌های متعددی وجود داشته باشند که کسی نسبت به توانایی شخص در دانستن یا پیش‌بینی اینکه در کدام وضعیت اهمال کارشناخته خواهد شد، شک داشته باشد، آنگاه اگر قانون مفصل بود، تعیین اعمالی که قانون نیاز دارد به همین نسبت دشوار می‌بود.

روش‌های دیگر، نظام قانونی خواه آسیب روی دهد خواه روی ندهد درگیر می‌شود. این مزیت به‌ویژه وقتی که احتمال آسیب کم است ممکن است مهم باشد. با وجود این ممکن است به موجب روش‌های غیر از قاعده مسئولیت گاهی اوقات هزینه‌های اداری پایین باشد. مثلاً در برخی شرایط ممکن است متابعت از قانون به راحتی مورد تصمیم قرار گیرد (تأیید اینکه دودکش‌ها به قدر کفایت بلند هستند آسان خواهد بود) و ممکن است حفظ منابع از طریق کنترل اتفاقی حاصل شود. همچنین، اعمال مالیات‌های اصلاحی ممکن است ارزان باشد اگر مثلاً در زمان خرید یک محصول انجام شود (کارخانه‌ای را می‌توان مجبور به پرداخت مالیات کرد وقتی که سوختی آلاینده می‌خرد).

همچنین وقتی نیازهای اطلاعاتی یک قاعده پایین‌تر باشند هزینه‌های اداری پایین‌تر خواهند بود. این ملاحظه به نفع قواعد مسئولیت محض و مالیات اصلاحی است که دولت را ملزم می‌کند فقط درباره آسیب اطلاعاتی کسب کند، در مقایسه با قوانین و قواعد دیگری که دولت را ملزم می‌کنند به منظور تعیین رفتار مناسب درباره منافع نیز اطلاعاتی کسب کند. در مقابل سابقه این عوامل عمومی دربردارنده هزینه‌های اداری، باید خصوصیات وضعیت موجود را بررسی کرد تا بتوان تعیین کرد چه نوع قاعده‌ای بر مبنای هزینه اداری ارجحیت دارد.

ه) سطح فعالیت: تمایزی که در بحث تصادفات در فصل دوم استخراج خواهد شد بین اقدامات احتیاطی است که یک آسیب‌رساننده هنگام اشتغال به یک فعالیت خاص انجام می‌دهد (آیا یک کارخانه از جمع‌آوری‌کننده دود در هنگام تولید استفاده می‌کند، آیا کسی مانع پارس کردن سگش در شب می‌شود؟) و سطح فعالیتش (کارخانه چند واحد کالا تولید می‌کند، آیا شخص سگ دارد؟) این تمایز برای انتخاب قواعدی که اثرات خارجی را کنترل می‌کنند مناسب است زیرا بعضی از قواعد منجر به کاهش مناسب سطح فعالیت آسیب‌رسانندگان نمی‌شوند.

شایان توجه است که قانون و قاعده اهمال نوعاً با اقدام‌های احتیاطی و نه با سطح فعالیت ارتباط دارند. کارخانه‌ای ممکن است به موجب قانون ملزم به نصب جمع‌آوری‌کننده‌های دود شود یا به خاطر قصور در نصب آنها اهمال‌کار شناخته شود، اما سطح فعالیت‌های کارخانه معمولاً مورد شمول قانون یا منوط به قاعده اهمال نخواهد بود.

اگر چنین باشد، کارخانه انگیزه‌ای برای انجام چیزی بیشتر از متابعت از قانون یا قاعدهٔ اهمال نخواهد داشت. با این حال حتی اگر کارخانه چنین کند، هنوز ممکن است آسیب باقیمانده‌ای ناشی از فعالیت کارخانه وجود داشته باشد (زیرا همیشه مطلوب نیست که اقدامات لازم جهت حذف همهٔ احتمالات آسیب صورت گیرد و این کار بسیار گران تمام خواهد شد). در نتیجه، اگرچه افزایش سطح فعالیت‌های کارخانه موجب افزایش آسیب خواهد شد، اما کارخانه هیچ انگیزه‌ای برای در نظر گرفتن آن نخواهد داشت.

در مقابل، به موجب قواعد قانونی که اشخاص را مجبور به پرداخت در مقابل آسیب وارد شده می‌کنند، یعنی به موجب مسئولیت محض یا مالیات اصلاحی، اشخاص به‌طور متناسبی سطح فعالیت‌شان را تعدیل می‌کنند. لذا ملاحظهٔ سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان باعث می‌شود مسئولیت محض و مالیات اصلاحی در مقایسه با قانون و قاعدهٔ اهمال جذاب‌تر باشند.^۱

(و) رفتار بهترکنندهٔ وضعیت قربانیان: قربانیان اغلب می‌توانند اقداماتی جهت کاهش آسیب به‌عمل آورند (خرید خشک‌کن برای لباس‌های شسته شده به‌جای آویزان کردن آنها در فضای باز که ممکن است با دود پوشانده شوند)، لذا برای آنها مطلوب خواهد بود این اقدامات را وقتی به‌قدر کفایت ارزان و مؤثر هستند با در نظر گرفتن فرصت‌های آسیب‌رسانندگان برای کاهش آسیب انجام دهند.

به موجب قانون، وضع مالیات اصلاحی و روش‌های دیگری که جبران خسارت قربانیان را نمی‌کنند، قربانیان یک انگیزهٔ طبیعی دارند که احتیاطات مطلوب را به‌عمل آورند زیرا آنها هستند که زیان‌ها را متحمل می‌شوند و مایل‌اند هر اقدام احتیاطی را که هزینه‌اش کمتر از کاهش آسیب حاصله است به‌عمل آورند.^۲ به موجب مسئولیت محض، قربانی چنین انگیزه‌ای را نخواهد داشت زیرا هرگونه زیان وارده بر او جبران خواهد شد. اما همان‌طور که در فصل دوم مورد بحث قرار خواهد گرفت، مسئولیت محض با یک احتمال

۱. همچنین باید توجه داشت که به موجب روش یارانه، مشکل سطوح بیش از حد فعالیت تشدید می‌شود.

۲. دقیق‌تر بگوییم، قربانیان انگیزه‌هایی دارند تا با فرض رفتار آسیب‌رسانندگان به‌طور مطلوب عمل کنند. اگر، همچنان که تحت قانون چنین است، دولت رفتار آسیب‌رسانندگان را تعیین کند، مهم است که دولت آنچه را قربانیان می‌توانند برای کاهش خطر انجام دهند را نیز در نظر بگیرد و مثلاً پافشاری نکند که آسیب‌رسانندگان اقدامی کنند که بسیار گران‌تر از اقدام به همان نسبت مؤثری است که قربانیان می‌توانند انجام دهند.

مشارکت در اهمال به قربانیان انگیزه خواهد داد که احتیاطات مناسب را اعمال کنند. نتیجه دیگر فرصت قربانیان برای انجام اقدامات بهبودبخش، آن است که اطلاعات بیشتری برای دولت لازم است تا قواعد مطلوب را شکل دهد. حتی محاسبه مالیات‌های اصلاحی - همان‌گونه که ذکر شد فقط مستلزم این است که دولت آسیب مورد انتظار را برآورد کند - ممکن است دشوار شود، زیرا تعیین مالیات اصلاحی برای دولت مستلزم دانستن آسیبی است که رفتار آسیب‌رساننده ایجاد می‌کند با فرض آنکه قربانی به‌طور مطلوب عمل می‌کند یعنی اقدامات بهبود بخش مثل نصب تهویه مطبوع هوا (یا حتی انتقال از محل) را به‌عمل می‌آورد. لذا درواقع دولت باید راه‌حل مطلوب برای مشکل اثرات خارجی را به‌منظور تنظیم مالیات مطلوب تعیین کند.^۱

(ز) توانایی آسیب‌رسانندگان در پرداخت خسارت: برای آنکه قواعد مسئولیت بتوانند آسیب‌رسانندگان بالقوه را ترغیب به رفتار متناسب کنند، آسیب‌رسانندگان باید دارایی کافی برای انجام پرداخت‌های مورد نیاز داشته باشند؛ در غیر این صورت آنها انگیزه کافی برای کاهش آسیب نخواهند داشت. همان‌گونه که در قسمت ۳-۲-۳ فصل دوم بحث خواهد شد، این مسئله خصوصاً هنگامی مطرح خواهد بود که آسیب بزرگ و فراتر از دارایی‌های آسیب‌رساننده بالقوه باشد (آتش ممکن است باعث آسیب بزرگی فراتر از دارایی‌های مالک مال شود؛ انفجار در یک کارخانه یا نشت مواد سمی ممکن است آسیبی بسیار بیشتر از دارایی‌های شرکت به‌وجود آورند). مسئله عدم توانایی پرداخت ظاهراً در مورد مالیات اصلاحی کم‌اهمیت‌تر است زیرا مالیات با آسیب مورد انتظار برابری می‌کند و معمولاً کمتر از آسیب واقعی است. همچنین، مالیات اصلاحی احتمالاً وقتی اشخاص اقدامات موجد آسیب به‌عمل می‌آورند پرداخت می‌شود؛ لذا اگر طرف نتواند مالیات را بپردازد از ادامه اقدام ممانعت خواهد شد (او اجازه نخواهد داشت آلوده‌کننده‌ای را در هوا پخش کند اگر نتواند مالیات بپردازد). در جایی که عدم توانایی پرداخت یک مشکل باشد، قانون و دیگر روش‌ها جذاب‌تر می‌شوند (اگرچه ممکن است آنها مستلزم اجرا از طریق

۱. هرچند این نکته را می‌توان بزرگ‌نمایی کرد. درحالی‌که مالیات در معنای لفظی بدون اینکه دولت رفتار مطلوب قربانی را بداند قابل انتخاب به‌صورت مطلوب نیست، اگر فعل و انفعالاتی بین رفتار قربانی و رفتار آسیب‌رساننده وجود داشته باشد، ممکن است هنوز بتوان به‌سادگی مالیات را به واقعیت نزدیک کرد اگر این فعل و انفعالات خیلی مهم نباشند.

تهدید به استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی و جزایی باشند).

ح) نتیجه: مرور عوامل دربردارنده تأثیر قواعد نشان می‌دهد که نیروی نسبی آنها بستگی بسیاری زیادی به زمینه دارد. اجازه دهید مطلب را با بررسی مشکل کلاسیک آلودگی ناشی از سوزاندن سوخت در کارخانه‌ها توضیح دهیم. در اینجا، قواعد مسئولیت به‌خاطر مشکلاتی که قربانیان در ردیابی آسیب و تأیید آنکه چه کسی باعث آن شده است، خواهند داشت احتمالاً کارایی ندارند و استفاده از دستور دادگاه نیز به همان دلائل عملی نخواهد بود. قانون کمیت سوخت مصرف شده نیز جذاب نخواهد بود زیرا مستلزم آن است که دولت کمیت مطلوب را تعیین کند یعنی دولت باید ارزش تولید، یا هزینه سوخت‌های جایگزین را تعیین کند و اینها به عوامل متعددی بستگی دارند که اگر غیرعملی نباشد گران خواهد بود. بنابراین مالیات اصلاحی که اصولاً بر شناخت دولت از آسیب ناشی از آلودگی مبتنی است، خوشایند خواهد شد. به‌علاوه اجرای چنین مالیات‌هایی ارزان‌تر خواهد بود زیرا آنها را می‌توان هنگام خریداری سوخت تحمیل کرد.

۳-۵-۴ استفاده واقعی از قواعد قانونی برای کنترل اثرات خارجی

قانون و نظام مسئولیت ابزارهای برتری هستند که جامعه برای کنترل اثرات خارجی از آنها استفاده می‌کند. دولت از وسایل قانونی متعددی نظیر مقررات ایمنی برای غذا و دارو، محصولات مصرفی، محل کار، محدودیت‌های سرعت و دیگر مقررات ایمنی ترافیک، مقررات منطقه‌ای حاکم بر ساختار فیزیکی و نحوه استفاده از ساختمان‌ها و نظایر آن برای این منظور استفاده می‌کند.^۱ مسئولیت برای صدمه نیز در همه جا معمول است و افراد و کارخانه‌ها مسئول بالقوه همه انواع صدمه هستند.^۲ دستور دادگاه از نظر قلمرو قدری محدود است و فقط وقتی اعمال می‌شود که قربانی بالقوه یا واقعی وجود یک خطر نسبتاً مهم و مداوم را اثبات می‌کند.^۳ یارانه‌ها تقریباً به‌ندرت مورد

۱. در مورد قانون به‌طور کلی رجوع کنید به عنوان مثال به برادر ۱۹۸۲، هان ۱۹۹۰، کان ۱۹۹۸ و ویسکوزی، ورنون و هارینگتون ۲۰۰۰.

۲. برای مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰.

۳. برای مثال رجوع کنید به آیین فدرال ۲۰۰۰، ۱۹، ۵۲۷-۵۲۶ و توماس ۱۹۹۴، ۸، ۱۲۴-۱۲۲.

استفاده قرار می‌گیرند و مالیات‌های اصلاحی نیز ندرتاً استفاده می‌شوند، اگرچه حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار برای کنترل مشکلات آلودگی خاص به کار گرفته شده‌اند.^۱

۶-۴-۱ رفع اثرات خارجی به واسطه مقررات قانونی با فرض احتمال مذاکره

اکنون اجازه دهید مختصراً رفع اثرات خارجی به واسطه استفاده از مقررات قانونی را در شرایطی که برخلاف آنچه در قسمت اخیر آمد، فرض می‌شود طرفین قادر به مذاکره با یکدیگر باشند دوباره مورد بررسی قرار دهیم. با این فرض که اولاً مذاکره به طور کامل و بدون هزینه پیش می‌رود، ثانیاً مذاکره یک فرایند پرهزینه است و ثالثاً مذاکره مواجه با مشکلات اطلاعات ناقص است.

۱-۶-۴ مذاکره بدون اختلاف و عدم ارتباط مقررات قانونی: تفسیر تغییرناپذیری

برهان کوز

در این حالت طرفین همیشه بدون هزینه به یک نتیجه سودمند دوجانبه که رفاه اجتماعی را به حداکثر می‌رساند دست می‌یابند، با فرض آنکه رفاه اجتماعی برابر با جمع مطلوبیت‌هاست و نمونه ساده‌ای که ما قبلاً مورد بحث قرار داده‌ایم اعمال می‌شود. نقطه شروع طرفین در هنگام آغاز مذاکره هرچه باشد و حقوق اموالشان هرچه باشد یا به طور کلی تر قاعده حقوقی حاکم هرچه باشد. نتیجه مطلوب اجتماعی به دست خواهد آمد؛ یعنی قاعده حقوقی اثر مهمی بر نتیجه نخواهد داشت. به عنوان مثال، در بحث راجع به جمع‌آوری دود در قسمت ۳-۴-۱ دیدیم که اگر آسیب‌رساننده از حقوق اموال برای تولید دود منتفع باشد مذاکره منجر به اجتناب قربانی از آسیب معادل ۵۰ واحد با پرداخت حداقل ۳۰ واحد به آسیب‌رساننده برای نصب جمع‌آوری‌کننده دود می‌شود. روشن است که اگر در عوض، قربانی حق جلوگیری از تولید دود را داشته باشد، او این کار را خواهد کرد و آسیب‌رساننده یک دستگاه جمع‌آوری دود نصب می‌کند. آسیب‌رساننده ترجیح خواهد داد ۳۰ واحد برای این کار خرج کند به جای آنکه حداقل

۱. برای توصیف استفاده از یارانه‌ها، مالیات‌های اصلاحی و حقوق آلودگی قابل عرضه در بازار، برای مثال رجوع کنید به هان و استاوینس ۱۹۹۱ و منل و استوارت ۱۹۹۴، ۶۹، ۷۲، ۳۸۴-۳۷۷، ۵۲۰-۵۱۹.

۵۰ واحد به قربانی بپردازد تا یک قرارداد را برای قبول در معرض دود بودن به دست آورد. بنابراین، خواه آسیب‌رساننده حق تولید دود را داشته باشد یا قربانی حق جلوگیری داشته باشد، عمل انتخابی پس از مذاکره احتمالی یکسان خواهد بود.

حالا نسخه دیگری از این مثال را بررسی می‌کنیم و نشان می‌دهیم که نتیجه تحت قاعده مسئولیت محض در جایی که آسیب به درستی از سوی دادگاه‌ها برآورد شده است نیز همان نتیجه‌ای خواهد بود که اگر آسیب به درستی برآورد نشده باشد رخ می‌نماید (که ممکن است به عنوان قاعده حقوقی دیگری تلقی شود). اگر آسیب به درستی از سوی محاکم ارزیابی شود، آنگاه آسیب‌رساننده البته به سوی خرید جمع‌آوری‌کننده در مقابل ۳۰ واحد رهنمون می‌شود تا از اجبار به پرداخت ۵۰ واحد در مسئولیت اجتناب کند. به هر حال اگر آسیب فقط ۲۵ واحد تخمین زده شود چه خواهد شد؟ در این صورت، با فقدان مذاکره، آسیب‌رساننده موجب آسیب خواهد شد و ۲۵ واحد خسارت می‌پردازد به جای آنکه ۳۰ واحد برای جمع‌آوری‌کننده صرف کند. اما قربانی تمایل خواهد داشت که به اندازه کافی به آسیب‌رساننده بپردازد تا او را ترغیب به خرید جمع‌آوری‌کننده سازد: اگر قربانی به او ۱۵ واحد بپردازد و آسیب‌رساننده جمع‌آوری‌کننده را در مقابل ۳۰ واحد خریداری کند، هزینه خالص او ۱۵ به جای ۲۵ خواهد بود و قربانی ۱۵ واحد به جای ۲۵ واحد از دست خواهد داد (نسبت به وقتی که قرار بود او آسیب ۵۰ واحدی را تحمل کند و پرداخت ۲۵ واحدی مسئولیت را دریافت کند).

از آنجا که، همانند این مثال‌ها وقتی مذاکره روی می‌دهد نتیجه با قاعده حقوقی تغییر نمی‌کند نکته تحت بررسی گاهی به عنوان تفسیر تغییرناپذیری برهان کوز خوانده می‌شود. هرچند باید توجه داشت که اگرچه تحت فروض حاضر قاعده حقوقی ارتباطی به نتیجه نخواهد داشت، قاعده حقوقی آشکارا وضعیت مطلوبیت طرفین را تغییر می‌دهد. قربانی بدترین وضعیت را دارد وقتی آسیب‌رساننده مسئولیت نداشته باشد یا وقتی قربانی حق مصونیت از دود را نداشته باشد، زیرا او مجبور است برای نصب جمع‌آوری‌کننده به آسیب‌رساننده پول بپردازد.

۲-۴-۱ توضیحات و محدودیت‌ها

اگرچه این نتیجه تغییرناپذیر در نمونه ساده‌ای که هم‌اکنون با مثال‌ها توضیح داده شد

درست است، لزوماً معتبر نیست حتی اگر مذاکره بدون اختلاف باشد یا ظاهراً این‌طور به نظر برسد.

الف) برهان کوز و اثرات ثروت: به دلایلی مشابه دلایل مورد بحث در قسمت ۳-۳-۴-۱، اثر ثروت بر رفتار اشخاص ممکن است نتیجه را متکی به قاعده حقوقی سازد.

توضیح آنکه، اگر قربانی ثروتی معادل ۳۰ واحد نداشته باشد، جمع‌آوری‌کننده دود نصب نخواهد شد اگر آسیب‌رساننده حق قانونی تولید دود داشته باشد، درحالی‌که آسیب‌رساننده دستگاه جمع‌آوری‌کننده را نصب خواهد کرد اگر قربانی حق مصون بودن از دود را داشته باشد.^۱ همچنین اگر قربانی ثروتی معادل ۳۰ واحد داشته باشد اما به‌خاطر پایین بودن ثروتش ارزش نهایی ثروت برای او بالا باشد قاعده حقوقی ممکن است بر نتیجه و رفاه اجتماعی تأثیر بگذارد. این قربانی مایل نخواهد بود که ۳۰ واحد بپردازد تا آسیب‌رساننده یک جمع‌آوری‌کننده دود نصب کند، بنابراین هیچ جمع‌آوری‌کننده‌ای نصب نخواهد شد اگر آسیب‌رساننده حق تولید دود را داشته باشد؛ با وجود این قربانی ممکن است بر دریافت بیش از ۳۰ واحد تأکید کند تا بپذیرد که در معرض دود قرار گیرد، لذا یک جمع‌آوری‌کننده نصب خواهد شد اگر قربانی حق مصون بودن از دود را داشته باشد.^۲

۱. زیرا آسیب‌رساننده ترجیح می‌دهد ۳۰ واحد برای نصب جمع‌آوری‌کننده دود بپردازد به‌جای آنکه ۵۰ واحد به قربانی بدهد تا او را ترغیب به قبول در معرض دود بودن کند.

۲. توجه کنید مبلغی که قربانی تأکید بر دریافت دارد تا در معرض دود بودن را قبول کند مبلغی است که مطلوبیتش را تا ۵۰ افزایش می‌دهد. این مقدار به‌آسانی می‌تواند از ۳۰ واحد ثروت فراتر رود - حتی اگر از دست دادن ۳۰ واحد ثروت از دست دادن مطلوبیت فراتر از ۵۰ را به دنبال داشته باشد. دلیل این دو احتمال - از دست دادن ۳۰ واحد ثروت برابر است با از دست دادن بیش از ۵۰ واحد مطلوبیت و کسب ۳۰ واحد ثروت برابر است با کسب کمتر از ۵۰ واحد مطلوبیت - این است که مطلوبیت نهایی ثروت با سطح آن تنزل پیدا می‌کند. از نظر ریاضی، فرض کنید h آسیب در مطلوبیت باشد که قربانی از یک حادثه مضر غیرمالی متحمل می‌شود، فرض کنید $v(0)$ مطلوبیت ثروتش باشد، وقتی v در حال افزایش است لیکن به‌صورت مقعر، فرض کنید w ثروت اولیه‌اش باشد و فرض کنید c هزینه اقدام احتیاطی برای جلوگیری از h باشد. آنگاه ممکن خواهد بود که $v(w) - v(w-c) > h > v(w+c) - v(w)$ که در آن صورت قربانی c را نمی‌پردازد تا از h اجتناب کند با این‌حال بر مقدار بیشتر c تأکید می‌کند تا h را قبول کند.

نوشته‌ها راجع به نکته در حال بررسی اغلب تحت عنوان «پیشنهاد نرخ در مقابل درخواست نرخ» یافت می‌شوند (قیمت پیشنهاد نرخ است که قربانی پیشنهاد پرداخت آن را برای جمع‌آوری‌کننده دود می‌نماید، قیمت درخواست نرخ است که او مطالبه می‌کند تا در معرض دود بودن را قبول کند). بعضی نویسندگان یک نرخ ←

پس به‌طور کلی، به‌خاطر اثرات میزان ثروتی که اشخاص دارند، انتخاب قواعد حقوقی ممکن است نتیجه نهایی را تحت تأثیر قرار دهد، حتی اگر هیچ مشکلی درباره مذاکره بین طرفین وجود نداشته باشد. باین‌حال، تغییر ناپذیری نتیجه نسبت به انتخاب قاعده حقوقی احتمالاً یا حداقل تقریباً حفظ می‌شود اگر آسیب یا هزینه جلوگیری از آن در رابطه با ثروت طرفین درگیر، زیاد نباشد.

ب) برهان کوز در یک صنعت در بلندمدت: مسئله‌ای که مورد توجه برخی قرار گرفته این است که آیا تفسیر تغییر ناپذیری برهان کوز در صنعتی که در آن تولید باعث اثرات خارجی می‌شود در بلندمدت باقی می‌ماند؟ ادعا شده که این برهان باقی نمی‌ماند زیرا قواعد حقوقی بر هزینه‌ها تأثیر می‌گذارند؛ بنابراین در بلندمدت هنگامی که قیمت و محصول طبق هزینه‌ها تنظیم می‌شوند، قاعده حقوقی که اتخاذ می‌شود بر میزان فروخته شده به‌وسیله یک صنعت اثر خواهد گذاشت، فرض کنید که هر کارخانه صنعتی شبیه کارخانه‌ای است که ما قبلاً مورد بحث قرار داده‌ایم و قادر است با تهیه یک جمع‌آوری‌کننده که ۳۰ واحد هزینه دارد دود را از بین ببرد و در نتیجه جلوی آسیب ۵۰ واحدی به قربانی را بگیرد. درست است که با فرض مذاکره بدون اختلاف بین کارخانه‌ها و قربانیان احتمالی، جمع‌آوری‌کننده‌ها خریداری خواهند شد خواه قاعده حقوقی حق آلودگی را به کارخانه بدهد خواه ندهد، اما هزینه‌های یک کارخانه به این قاعده بستگی خواهد داشت؛ اگر کارخانه‌ها حق آلودگی داشته باشند هزینه‌هایشان کمتر از موقعی خواهد بود که این حق را ندارند و باید خودشان برای تهیه جمع‌آوری‌کننده پول بپردازند. از این‌رو در طول زمان وقتی قیمت‌ها و محصول تنظیم می‌شوند، قیمت‌ها پایین‌تر و کمیت تولید شده و به فروش رسیده بالاتر از وقتی خواهد بود که کارخانه‌ها حق آلودگی دارند.^۱ همان‌گونه که ذکر شد، این استدلال که قاعده حقوقی بر نتایج اثر می‌گذارد صحیح

→ درخواستی بالاتر از نرخ پیشنهادی را نه براساس اثرات ثروت بلکه بیشتر براساس یک اثر موهبتی توضیح می‌دهند. اثر موهبتی اشاره می‌کند به تمایل یک فرد برای ضمیمه کردن یک ارزش اضافی به مال اگر به تصرف فرد درآید (اگر مال به شخص اعطا شود). برای مثال رجوع کنید به کانمان کنتش و تالر ۱۹۹۰، کروبکین ۱۹۹۴، ژولس، سانسیتین و تالر ۱۹۹۸، ۱۵۰۱-۱۴۹۷ و آرلن، اسپیترز و تالی ۲۰۰۲.

۱. مقالاتی که مدعی هستند قواعد حقوقی بر نتیجه اثر می‌گذارند، همراه با خطوطی که به‌وسیله مثال ارائه شده مشخص گردیده‌اند، عبارت‌اند از کارلتون و لوری ۱۹۸۰.

است و بنابراین به نظر می‌رسد تفسیر تغییرناپذیری برهان کوز را ابطال می‌کند. اما این استدلال تنها مذاکره بین کارخانه‌ها و قربانیان احتمالی آلودگی را مجاز می‌شمارد. اگر ما به قربانیان اجازه دهیم که با مصرف‌کنندگان محصول مذاکره کنند، آنگاه می‌توانیم نشان دهیم که وقتی کارخانه‌ها حق آلوده‌سازی دارند تعداد محصول بالاتر نخواهد بود (دلیل این امر آن است که قربانیان به مصرف‌کنندگان پول خواهند پرداخت تا کمتر خرید کنند؛ قربانیان این عمل را انجام خواهند داد تا خود را در مقابل اجبار به پرداخت برای تعداد زیادی جمع‌آوری‌کننده‌های دود حفظ کنند).^۱ از آنجاکه اساس برهان کوز این است که هیچ مانعی برای مذاکره وجود ندارد، ما باید به قربانیان اجازه دهیم وارد مذاکره با مصرف‌کنندگان شوند تا بتوانیم با منطق محض نتیجه‌گیری کنیم که این برهان در وضعیت حاضر مصداق دارد. با وجود این چون بعید است که قربانیان با مصرف‌کنندگان^۲ مذاکره کنند، باید پیش‌بینی کرد که درواقع انتخاب قاعده حقوقی برای محصول و فروش اهمیت دارد.

ج) برهان کوز و مالیات‌های اصلاحی: وضع مالیات‌های اصلاحی وقتی طرفین بدون اختلاف با یکدیگر مذاکره می‌کنند بر نتایج اثر می‌گذارد و بنابراین ظاهراً با برهان کوز تعارض دارد. به‌ویژه با وجود مذاکره، مالیات‌های اصلاحی عموماً منجر به نتایج زیر حد

۱. به‌عنوان مثال، فرض کنید که هزینه و قیمت هر واحد وقتی کارخانه‌ای حق آلوده‌سازی دارد معادل ۱۰ است، اما اینکه قربانیان برای تهیه جمع‌آوری‌کننده‌های دود به‌ازای هر یک‌پنجم واحد می‌پردازند. مصرف‌کننده‌ای را در نظر بگیرید که برای داشتن یک واحد از کالا ارزش ۱۱ قائل می‌شود. در صورت فقدان مذاکره با قربانیان او این کالا را به قیمت ۱۰ خواهد خرید. اما یک قربانی مایل خواهد بود به مصرف‌کننده تا ۵ واحد بپردازد که آن را نخرد، زیرا پس‌انداز قربانی برای عدم اجبار به حمایت از خرید جمع‌آوری‌کننده‌های دود معادل ۵ است. بنابراین، تنها مصرف‌کنندگانی که پس از مذاکره احتمالی با قربانیان کالا را می‌خرند مصرف‌کنندگانی هستند که مایل‌اند برای کالا بیش از ۱۵ بپردازند. اما این افراد دقیقاً مصرف‌کنندگانی هستند که اگر کارخانه‌ها مجبور به مصرف ۵ واحد روی جمع‌آوری‌کننده‌های دود شوند و لذا قیمت ۱۵ را برای هر واحد کالا طلب کنند، کالا را خواهند خرید. باید توجه داشت که در اینجا مذاکره بین قربانیان و مصرف‌کنندگان باید مذاکره بین همه قربانیان و همه مصرف‌کنندگان باشد. مذاکره یک قربانی با یک مصرف‌کننده برای خودداری از مصرف کفایت نمی‌کند، چون مصرف‌کننده دیگری از کارخانه نزدیک قربانی خرید می‌کند و باعث می‌شود که او برای تهیه جمع‌آوری‌کننده دود مبلغی بپردازد. باید میان همه مصرف‌کنندگان احتمالی قراردادی به‌وجود آید که از مصرف خودداری کنند.

این نکته کلی که، با فرض مذاکره عمومی کافی، نتیجه تغییرناپذیری حتی در بلندمدت هم وقتی محصول تعدیل می‌شود باقی خواهد ماند توسط کالا برسی ۱۹۶۸، فرچ ۱۹۷۳ و همیلتون، ششینسکی و اسلاتسکی ۱۹۸۹ بیان شده است.

۲. به‌ویژه چون (رجوع کنید به باورقی پیشین) قربانیان مجبورند با همه مصرف‌کنندگان مذاکره کنند.

مطلوب می‌شوند که دربرگیرنده تلاش بیش از حد اجتماعی برای کاهش آسیب هستند.^۱ برای توضیح مطلب، فرض کنید که یک آلوده‌کننده قادر است ۱۰۰ واحد آسیب را با صرف ۱۱۰ واحد روی یک جمع‌آوری‌کننده دود از بین ببرد و بنابراین چنین هزینه‌ای غیرمطلوب خواهد بود. با فقدان مالیات و اگر آسیب‌رساننده حق تولید دود داشته باشد قربانی مایل به پرداخت کافی به او برای خرید جمع‌آوری‌کننده نیست، لذا او باعث ۱۰۰ واحد آسیب خواهد شد. با وجود مالیات برای آسیب‌آلودگی، به‌هرحال آسیب‌رساننده دستگاه جمع‌آوری‌کننده را می‌خرد زیرا با انجام این کار از ۱۰۰ واحد مالیات اجتناب می‌کند و می‌تواند بیش از ۱۰ (درواقع تا ۱۰۰) واحد بیش از قربانی برای انجام آن دریافت کند.

چرا مذاکره با برقراری مالیات‌های اصلاحی برخلاف زمانی که مالیات وجود ندارند منجر به نتیجه نامطلوب می‌شود؟ دلیل آن است که برای آسیب‌رساننده و قربانی به‌طور مشترک، آسیب باعث دو برابر شدن هزینه شامل مالیات و زیان وارده به قربانی شده است. اینکه نتیجه به موجب مالیات‌ها با نتیجه در حالت نبود مالیات تفاوت می‌کند با تفسیر تغییرناپذیری برهان کوز مغایرتی ندارد. فرض ثابت برهان این است که همه طرفین مربوط مذاکره می‌کنند که دولت را هم دربرمی‌گیرد و اگر دولت با آسیب‌رساننده و قربانی مذاکره کند، آنگاه به‌سادگی می‌توانیم نشان دهیم که مالیات منجر به نتیجه نامطلوب نمی‌شود.^۲

نکات مطرح شده در اینجا و در بند (ب) مبنی بر آنکه قواعد حقوقی ممکن است اثرات آشکاری بر نتایج داشته باشند نشان می‌دهند که تغییرناپذیری برهان کوز نیازمند تفسیر دقیق است و این تفسیر لزوماً راهنمای خوبی برای تفکر نیست حتی اگر مذاکره به‌روشنی بدون اختلاف باشد.

۱. این مطالعه ابتدا توسط بوشانان و استابل بین ۱۹۶۲ صورت گرفت.

۲. در مثال مربوط به جمع‌آوری‌کننده دود، فرض کنید در صورت عدم مذاکره دولت، قربانی برای خرید جمع‌آوری‌کننده به آسیب‌رساننده ۲۰ واحد می‌پردازد، بنابراین دولت صفر دریافت می‌کند، قربانی ۲۰ واحد ضرر می‌کند و آسیب‌رساننده ۹۰ واحد زیان می‌کند (چون ۱۱۰ واحد برای جمع‌آوری‌کننده صرف می‌کند). اکنون فرض کنید دولت مذاکره می‌کند و پیشنهاد می‌نماید که مالیات را مثلاً به ۵ واحد کاهش دهد اگر آسیب روی دهد و آسیب‌رساننده به قربانی ۸۲ بپردازد، آنگاه هر سه طرف منتفع خواهند شد: دولت ۵ واحد به‌جای صفر واحد می‌گیرد، آسیب‌رساننده ۸۷ واحد به‌جای ۹۰ واحد زیان می‌کند و قربانی ۱۸ واحد به‌جای ۲۰ واحد ضرر می‌کند.

۳-۶-۴ مذاکره هزینه‌بر است

اکنون فرض کنید که مذاکره یک فرایند هزینه‌بر است. از این‌رو، وقتی وضعیت مطلوب نیست و یک قرارداد سودمند دوجانبه در اصل امکان‌پذیر است، یکی از دو نتیجه نامطلوب روی خواهد داد. اول، طرفین ممکن است مذاکره را برگزینند و هزینه‌های مذاکره را تا زمانی که این هزینه‌ها به اندازه کافی کم است بپذیرند. دوم، طرفین ممکن است به منظور اجتناب از هزینه‌های مذاکره - اگر به اندازه چشمگیری زیاد باشد - تصمیم بگیرند که مذاکره نکنند و نتیجه‌ای کمتر از حد مطلوب روی خواهد داد. اگر آسیب‌رساننده حق تولید دود داشته باشد و هزینه مذاکره برای هر طرف فقط ۵ واحد باشد، انتظار می‌رود طرفین مذاکره کنند و قراردادی منعقد شود. اگر قربانی مجبور به پرداخت ۳۸ واحد به آسیب‌رساننده برای نصب جمع‌آوری‌کننده باشد، هزینه کل قربانی ۴۳ خواهد بود و او بیشتر سود خواهد برد نسبت به وقتی که متحمل ۵۰ واحد زیان شود و عایدی خالص آسیب‌رساننده پس از نصب جمع‌آوری‌کننده به هزینه ۳۰ واحد معادل ۳ واحد خواهد بود که باعث می‌شود او نیز بیشتر منتفع گردد. اما اگر هزینه‌های مذاکره برای هر طرف بیش از ۱۰ واحد باشد، طرفین مذاکره نخواهند کرد و آسیب‌رساننده اقدام به نصب جمع‌آوری‌کننده نخواهد کرد.^۱

نتیجه آن است که انتخاب قواعد حقوقی به رفاه اجتماعی ربط خواهد داشت؛ باید قواعد حقوقی به کار گرفته شوند تا مذاکره پرهزینه‌تر برای حصول به نتیجه مطلوب اجتماعی لازم نباشد. بنابراین اگر معمولاً آلوده نکردن برای کارخانه‌ها مطلوب باشد، چون منفعتی که آنها در صورت ایجاد آلودگی کسب می‌کنند بعید است بیش از آسیب وارده باشد، یا باید قربانیان از حق استفاده از هوای پاک بهره‌مند باشند، یا کارخانه‌ها تحت فشار قانون، مالیات یا مسئولیت محض برای آسیب ناشی از آلودگی قرار گیرند، چون به موجب این سیاست‌های حقوقی، وقتی آلوده نکردن برای آسیب‌رسانندگان مطلوب باشد مذاکره ضرورتی نخواهد داشت. در مقابل اگر کارخانه‌ها حق آلوده‌سازی داشته باشند، مذاکره برای حصول نتیجه مطلوب لازم خواهد بود هر وقت که عدم آلوده‌سازی برای آنها بهتر باشد.

۱. وقتی هزینه مذاکره برای هر طرف بیش از ۱۰ واحد باشد، قربانی مایل به پرداخت بیش از ۴۰ واحد برای اجتناب از آسیب ۵۰ نخواهد بود (زیرا $40 + 10 = 50$). اما آسیب‌رساننده حداقل ۴۰ واحد نیاز دارد تا تمایل به خرید جمع‌آوری‌کننده پیدا کند زیرا وی ۳۰ واحد هزینه دارد (زیرا $30 + 10 = 40$).

۴-۶-۱ مذاکره مواجه با مشکلات اطلاعات ناقص است

درست همان طور که هزینه مذاکره ممکن است از تشکیل یک قرارداد سودمند دوجانبه جلوگیری کند، اطلاعات بی تناسب بین طرفین نیز ممکن است به دلایل مذکور در قسمت ۳-۴-۱ مانع چنین قراردادهایی شوند. بنابراین ما مبنای دیگری (مثل مسئولیت) برای حمایت از قواعد حقوقی داریم که بدون الزام طرفین به مذاکره منجر به نتایج مطلوب می شود. برای آنکه دولت بداند چه قاعده حقوقی را اعمال کند لازم است اطلاعات خاصی درباره طرفین (مثل آسیب ناشی از دود) داشته باشد. با وجود این، فرضیه فعلی ما این است که طرفین خودشان نیز درباره یکدیگر با فقدان اطلاعات روبه رو هستند و به همین دلیل ممکن است مذاکره موفق نباشد. به طور کلی، بعید است که دولت بیش از آنچه طرفین درباره یکدیگر می دانند درباره آنها اطلاعات داشته باشد. (اگر آسیب رساننده میزان آسیب قربانی ناشی از دود را نداند، آیا دولت خواهد دانست؟) در نتیجه، ممکن است دولت نتواند یک قاعده حقوقی را انتخاب کند که بدون مذاکره طرفین به مطلوبیت منجر شود و این باعث پیچیده تر شدن مشکل انتخاب بهترین قاعده حقوقی از نظر اجتماعی خواهد شد.

۵-۴-۱ نتیجه گیری درباره مذاکره و قواعد حقوقی برای کنترل اثرات خارجی

اکنون می توانیم موضوع را خلاصه و به شرح ذیل نتیجه گیری کنیم. وقتی شرایط به نحوی است که طرفین ممکن است با یکدیگر مذاکره کنند، انتخاب قواعد حقوقی کمتر به کنترل مطلوب اثرات خارجی مربوط می شود حال آنکه در غیر این صورت چنین خواهد بود. زیرا مذاکره ممکن است به نتایج سودمند اجتماعی و دوجانبه منجر شود. با وجود این، انتخاب قواعد حقوقی مهم است چون می تواند مستقیماً چنین نتایجی را به وجود آورد و نیاز طرفین به مذاکره و تحمل هزینه های مذاکره را کاهش دهد و در جایی که مذاکره به خاطر عدم تقارن اطلاعات بین طرفین موفق نمی شود، از عدم مطلوبیت جلوگیری کند.

۶-۴-۱ مروری بر پیشینه مباحث

موضوع اثرات خارجی در سیدویک (۴۱۸-۳۹۹، ۱۹۰۱) طرح شده و می توان گفت که طرح آن از پیگو (۲۰۳-۱۷۲، ۱۹۳۲؛ ۱۷۱-۱۴۸، ۱۹۱۲) آغاز شده است. پیگو ابتدا

عمومیت مسئله اثرات خارجی را مورد تأکید قرار داد و راه حل را در دخالت دولت به شکل مالیات‌ها، یارانه‌ها و قانون دانست. اکنون نوشته‌های بسیار زیادی در خصوص اثرات خارجی وجود دارند.^۱ اقتصاددانان در اکثر موارد از جنبه نظری بر مالیات‌های اصلاحی و یارانه‌ها به عنوان راه حل ارجح برای مشکل اثر خارجی تأکید کرده‌اند (علی‌رغم به ندرت استفاده‌شان)، اگر چه بعضی به دشواری‌های محاسبه مالیات‌های متناسب نیز اشاره کرده‌اند.^۲

اقتصاددانان همچنین به قانون به منزله راه‌حلی برای مشکلات اثر خارجی توجه کرده‌اند و آن را با مالیات‌های اصلاحی مقایسه کرده و عموماً ضعیف‌تر دانسته‌اند زیرا مستلزم آن است که دولت اطلاعات بیشتری داشته باشد.^۳ با وجود این، اقتصاددانان به کلی از راه‌حل‌های مسئولیت و حقوق اموال برای مشکلات اثر خارجی تا زمان توسعه تحلیل اقتصادی حقوق که اساساً به وسیله کوز (۱۹۶۰)، کالابرسی (۱۹۷۰) و پوسنر (۱۹۷۲) شروع شد، صرف نظر کرده‌اند. کوز که کارش به طور ویژه مؤثر بود، سه نکته را مورد تأکید قرارداد:

۱. ماهیت دوجانبه مشکل اثر خارجی: توانایی قربانی در تخفیف آسیب یا تغییر فعالیتش برای اجتناب از در معرض آسیب بودن،
 ۲. امکان آنکه مشکلات اثر خارجی را بتوان به وسیله مذاکره برطرف کرد و عدم ارتباط بعدی قانون با نتایج اساسی وقتی طرفین می‌توانند با هزینه کم مذاکره کنند،^۴
 ۳. مشکلات مربوط به اطلاعات که دولت در تلاش برای رفع مشکلات اثر خارجی با آن روبه‌روست و مداخله‌اش را غامض و پیچیده می‌سازد.
- کتاب کالابرسی و ملامد (۱۹۷۲) محتوی یک تحلیل پیشنهادی از مسئولیت در مقابل

۱. برای مثال رجوع کنید به دی‌متزا ۱۹۹۸، بون برگ و گولدر ۲۰۰۲، لافونت ۱۹۸۷، استروم ۱۹۹۰، ۲۰۰۰.
 ۲. مشکلات در برآورد آسیب که برای وضع مالیات‌های مناسب ضروری است ابتدا توسط دیویس و وینستون ۱۹۶۲ مورد تأکید قرار گرفت.
 ۳. برای مثال رجوع کنید به این استدلال که مالیات‌ها نسبت به قانون برتر هستند در متن اقتصاد مقدمه‌ای از مان کیو ۲۰۰۱، ۲۱۷-۲۱۵. (ویتسمان ۱۹۷۴ و دیگران پیشنهاد می‌کنند که قانون ممکن است بر مالیات‌ها ارجح باشد، اما این دیدگاه بر فرضیه‌ای استوار است که به نظر غیرمنطقی می‌رسد. رجوع کنید به پاروقی ۱ صفحه ۱۱۵).
 ۴. اگر چه پیگو مورد انتقاد کوز قرار گرفته است به خاطر این نظر که مداخله دولت برای حل مشکلات اثر خارجی ضروری است، خود پیگو بر این امکان تأکید می‌کند که اثرات خارجی از طریق مذاکره وقتی طرفین در یک رابطه قراردادی واقع شده‌اند برطرف می‌گردد.

قواعد اموال به عنوان راه حل های کلی برای مشکلات اثرات خارجی است^۱ و لاندس و پوسنر (۱۹۸۷) و شاول (۱۹۸۷) تحلیل اقتصادی نظام مسئولیت را جمع بندی می کنند. تا حال حاضر، تحلیل مقایسه ای راه های مختلف کنترل اثرات خارجی نسبتاً پیشرفت نازلی داشته است.^۲

۵-۱ اموال عمومی

اکثر اموال در کشورهای امروزی عمومی هستند و من این بخش را با تحقیق در خصوص استدلال هایی برای وجود اموال عمومی آغاز می کنم. سپس اکتساب مال از سوی دولت از طریق خرید و از طریق قدرت یک جانبه دولت برای گرفتن اموال را مورد بررسی قرار می دهم.

۱-۵-۱ توجیهاتی برای اموال عمومی

۱-۵-۱-۱ تعاریف و توجیهات کلی

منظور من از اموال عمومی همان زمین، ساختمان ها، یا کالاهای منقول متعلق به دولت است. اموال عمومی برای استفاده رایگان در دسترس هستند اگر شخصی بتواند وارد آنها شود و بدون هیچ قید واقعی از آنها استفاده کند. روشن است که اکثر اموال دولتی برای استفاده رایگان در دسترس اند: جاده ها، پیاده روها، پارک ها، رودخانه ها و دریاچه ها، فضای هوایی، مدارس و کتابخانه ها غالباً برای عموم باز هستند. هر چند برخی اموال عمومی فقط در مقابل پول در دسترس اند و برای رانندگی در یک بزرگراه، بریدن چوب از زمین های عمومی یا ورود به یک موزه ممکن است از افراد پول گرفته شود. اموال عمومی دیگری فقط برای استفاده افراد مجاز در دسترس می باشند. پایگاه های نظامی و ایستگاه های آتش نشانی در این طبقه قرار می گیرند.

من تلاش خواهم کرد در این قسمت توضیح دهم که چرا اموالی مثل آنهایی که در این مثال ها ذکر شد باید عمومی باشند و چرا چنین اموالی باید یا نباید برای استفاده عمومی رایگان در دسترس باشند. استدلال های اصلی برای اموال عمومی یا این است که بخش خصوصی نمی تواند به اندازه کافی به سوی تهیه مال خاصی رهنمون شود وقتی

۱. در مورد قواعد مسئولیت و اموال به طور کلی رجوع کنید به الیکسون ۱۹۷۳، پولینسکی ۱۹۸۰، و کاپلو و شاول ۱۹۹۶.

۲. برای دیدن تلاشی جهت مقایسه روش های عمده کنترل اثرات خارجی رجوع کنید به شاول ۱۹۹۳. برای بررسی مسئولیت و قانون به تنهایی رجوع کنید به ویتمان ۱۹۷۷، شاول ۱۹۸۴ ب، ۱۹۸۴ ج و کلسن، اولن و جانسون ۱۹۹۰.

از نظر اجتماعی مطلوب است، یا اینکه یک تهیه‌کننده خصوصی اموال، قیمت بسیار بالایی طلب می‌کند و لذا استفاده از آن مال را به‌طور نامطلوبی کاهش می‌دهد.

۱-۵-۱-۲ تهیه و استفاده رایگان از بعضی اموال از نظر اجتماعی مطلوب است

وقتی هزینه توسعه یا کنار گذاشتن مالی برای هدف خاصی تحمل شود، هیچ‌گونه هزینه اضافی مربوط به استفاده فرد از مال وجود نخواهد داشت. مثلاً وقتی جاده‌ای ساخته می‌شود استفاده افراد از آن منابع اضافی را جذب نخواهد کرد.^۱ پس اگر مال توسعه یابد، از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که برای استفاده رایگان در دسترس باشد و هروقت که جمع ارزش‌هایش برای همه افرادی که از آن استفاده می‌کنند از هزینه توسعه‌اش فراتر رود، باید توسعه یابد.^۲

۱-۵-۱-۳ بعید است تهیه خصوصی چنین اموالی کافی باشد

آیا بخش خصوصی مالی را که برای آن یک هزینه ویژه تحمیل می‌شود یا باید برای استفاده رایگان تهیه شود را تأمین خواهد کرد؟ دو دلیل وجود دارد برای آنکه فکر کنیم اشخاص خصوصی نمی‌توانند از تهیه چنین مالی سود کافی ببرند. اول، یک سرمایه‌گذار خصوصی مایل خواهد بود مانع استفاده کسانی شود که چیزی نمی‌پردازند. اما این ممکن است دشوار یا گران باشد؛ مستثنا کردن کسانی که هزینه‌ای پرداخت نمی‌کنند از استفاده از جاده مستلزم کنترل دستیابی به آن است.

۱. این فرض که هیچ هزینه‌ای برای استفاده یک فرد از مال عمومی مثل یک جاده وجود ندارد بسیار به فرض عدم رقابت در استفاده از مال نزدیک است، جایی که استفاده یک شخص از مال باعث کاهش توانایی شخصی دیگر در استفاده از آن مال نمی‌شود. فرض عدم رقابت، یا ضرورتاً تساوی و فرض هیچ‌گونه هزینه نهایی نداشتن استفاده، البته انتزاعی است؛ استفاده از یک جاده در واقع باعث فرسایش جاده و تراکم احتمالی می‌شود. اما چنین هزینه‌هایی اغلب کوچک هستند. مخصوصاً در رابطه با هزینه خرید زمین و ساخت یک جاده. من این فرض را تا قسمت ۱-۵-۱-۱۰ حفظ می‌کنم و آنجا به‌صراحت موردی را بررسی خواهم کرد که در آن یک هزینه نهایی مثبت مربوط به استفاده یک شخص از مال وجود دارد.

۲. در بیان این موضوع، فرض می‌کنم که مقیاس رفاه اجتماعی عبارت از جمع ارزش‌هایی که افراد از استفاده از چیزها به‌دست می‌آورند منهای هزینه‌های تولید است و من این فرض را در کل این فصل حفظ می‌کنم مگر آنکه خلاف آن مشاهده شود.

هزینه مستثنا کردن کسانی که پرداخت نمی‌کنند از دستیابی به مالی که باید به‌نحو مطلوب توسعه پیدا کند ممکن است به این معنا باشد که تهیه‌کنندگان خصوصی تهیه آن را فاقد سودآوری ببینند (یا اینکه میزان توسعه‌اش کمتر از حد مطلوب باشد). دوم، حتی اگر یک سرمایه‌گذار خصوصی بتواند نسبتاً به ارزانی کسانی را که پرداخت نمی‌کنند مستثنا سازد و برای استفاده از مال پول بگیرد، درآمدهایی که تهیه‌کننده قادر به کسب خواهد بود عموماً کمتر از کل ارزشی است که مردم برای استفاده خود از آن قائل‌اند. فرض کنید که ارزش‌هایی که ده نفر روی استفاده از مال می‌گذارند ۱ و ۲ تا ۱۰ واحد باشد و جمع ارزش‌هایشان ۵۵ باشد و فرض کنید قیمتی که تهیه‌کننده می‌خواهد ۵ است. آنگاه، چون افرادی که استفاده را کمتر از ۵ واحد ارزش می‌گذارند از مال استفاده نخواهند کرد، درآمدی که تهیه‌کننده از استفاده‌کنندگان دریافت می‌کند دربرگیرنده جمع ارزش‌گذاری‌های افرادی که مایل به پرداخت ۵ واحد نیستند، نخواهد بود (یعنی ۱۰ یا $1+2+3+4$). به‌علاوه، آنچه از کسانی که ۵ واحد را پرداخت می‌کنند دریافت می‌شود کاملاً حاکی از ارزش‌گذاری آنها نیست (این شش نفر ۳۰ واحد می‌پردازند، اما جمع ارزش‌گذاری‌هایشان $10+9+8+7+6+5$ یا ۴۵ می‌باشد). چون درآمدها کمتر از کل ارزش‌گذاری‌های عمومی مال است، سرمایه‌گذار خصوصی ممکن است به‌اندازه کافی به‌دست نیآورد تا هزینه تهیه آن را پوشش دهد حتی اگر ارزش‌گذاری کل از هزینه‌اش بیشتر باشد.^۱

۴-۱-۵-۱ حتی اگر مالی که تهیه آن از نظر اجتماعی مطلوب است از سوی اشخاص خصوصی تأمین شود، دو مشکل باقی می‌ماند

فرض کنید علی‌رغم عوامل مورد بحث، بخش خصوصی توسعه مالی را که تهیه آن از نظر اجتماعی مطلوب است با ارزش بباید، باز هم دو عامل دلالت دارند بر اینکه هنوز معایبی

۱. در این بند فرض می‌کنم که تهیه‌کننده قادر نیست ارزش‌گذاری هر فرد را تشخیص دهد و از او قیمت جداگانه‌ای بگیرد. اگر تهیه‌کننده‌ای قادر به این کار باشد - درگیر شدن در تبعیض قیمت کامل - درآمدش مساوی کل ارزش‌گذاری خواهد بود چون می‌تواند از هر شخص یک قیمت کاملاً مساوی با ارزش‌گذاری آن شخص دریافت کند؛ شخص با ارزش‌گذاری ۱ معادل ۱، شخص با ارزش‌گذاری ۲ معادل ۲ و به همین ترتیب (تقریباً به‌صورت همت عالی).

در رابطه با تهیه خصوصی مال وجود خواهند داشت. اول، هزینه‌های تهیه‌کنندگان خصوصی برای منع دستیابی اشخاصی که پول نمی‌پردازند یک ائتلاف اجتماعی خواهد بود. اگر یک شرکت خصوصی دو میلیون دلار برای ساخت دروازه‌ها و ایستگاه‌های دریافت عوارض خرج کند تا درآمد استفاده از یک جاده را جمع‌آوری کند، دو میلیون دلار یک ائتلاف اجتماعی خواهد بود زیرا موانع ورود به جاده باعث بهبود مطلوبیت جاده نمی‌شوند و هیچ‌گونه نیاز اجتماعی مستقیم را برآورده نمی‌سازند و تنها هدفشان کسب درآمد از جاده برای مالک است.

دوم، افرادی که ارزش کمتر از نرخ دریافتی برای استفاده قائل هستند از مال استفاده نخواهند کرد حتی اگر انجام آن مطلوب باشد. افرادی که ارزش مثبتی کمتر از نرخ دریافتی برای دستیابی برای استفاده از یک جاده می‌گذارند، از آن استفاده نخواهند کرد حتی اگر همه کسانی که برای آن ارزش قائل‌اند قادر به استفاده از آن باشند.

۵-۱-۱-۵ تهیه مال از سوی بخش عمومی که باید برای استفاده رایگان باشد

دولت با مشکلات فرا روی بخش خصوصی برای آنچه باید تهیه گردد و به‌منظور استفاده رایگان در دسترس قرار گیرد مواجه نمی‌شود؛ زیرا در درجه اول دولت می‌تواند هزینه توسعه مال (مثل یک جاده)، را با کل ارزش گذاشته شده بر مال مقایسه و اگر ارزش کل فراتر از هزینه بود آن را تهیه کند. برخلاف بخش خصوصی، دولت مجبور نیست برای مستثنا کردن کسانی که پول نمی‌پردازند متحمل هزینه شود، به این دلیل ساده که لازم نیست از درآمدهای ناشی از استفاده تأمین منابع مالی کند- زیرا می‌تواند از درآمدهای مالیاتی استفاده کند (به قسمت بعد نگاه کنید). دوم اینکه اگر دولت مالی را که باید برای استفاده رایگان در دسترس باشد توسعه دهد، به‌سادگی می‌تواند اجازه دهد مال به رایگان مورد استفاده قرار گیرد. بنابراین نتیجه ایدئال از نظر اجتماعی ممکن است روی دهد اگر دولت به‌عنوان تهیه‌کننده بالقوه این نوع مال عمل کند.

۶-۱-۵-۱ مشکلات تدارک عمومی

به‌هرحال مشکلات احتمالی متعددی در تدارک عمومی مال برای استفاده رایگان وجود

دارند. یک مشکل به نیاز دولت به افزایش درآمدها از طریق وضع مالیات برای توسعه مال مربوط می‌شود. افزایش درآمدها از طریق وضع مالیات از نظر اجتماعی بدون هزینه نیست، بلکه شامل مخارج اداری می‌شود و تحریف‌هایی از نوع خود را ایجاد می‌کند (به‌ویژه، یک مالیات بر درآمد ممکن است تلاش برای کار اصلی را کاهش دهد).^۱ بنابراین، یک هزینه تلویحی مربوط به مخارج عمومی برای توسعه مال وجود دارد. اگرچه باید گفت این مشکل همیشه ایجاد نمی‌شود چون در بعضی موارد دولت از ابتدا مالک مال است (مثل فضای هوایی و رودخانه).

مشکل احتمالی دوم در مورد تدارک دولتی مال به توانایی دولت در کسب اطلاعات درخصوص ارزش عمومی مال و نیز درباره هزینه توسعه‌اش مربوط می‌شود. قبلاً فرض شد که دولت قادر است ارزش کلی که افراد روی استفاده از مال می‌گذارند و هزینه توسعه آن را تعیین نماید. درواقع، دولت ممکن است در کسب چنین اطلاعاتی مشکل داشته باشد (به قسمت بعد نگاه کنید). به‌علاوه، تصمیم دولت ممکن است تحت تأثیر یک فرایند سیاسی قرار گیرد که به تصمیمات نادرست منتهی می‌گردد.

۷-۱-۵ توضیح درخصوص استخراج اولویت‌ها

دولت چگونه می‌تواند درباره ارزشی که مردم روی مالی که قصد توسعه آن را دارد، می‌گذارند اطلاعات کسب کند؟ یک امکان برای این منظور استفاده از اطلاعات درباره خریدهای مربوط به مال یا کالاهای مشابه است. بنابراین اگر دولت بخواهد برای توسعه یک پارک تصمیم بگیرد و پارک مشابهی وجود داشته باشد که افراد برای استفاده از آن پول می‌پردازند یا برای رسیدن به آن باید پول و وقت صرف کنند، آمار موجود درخصوص نحوه استفاده از آن، اطلاعاتی درباره ارزش‌گذاری به‌دست خواهد داد. امکان دیگر عبارت است از تحقیق از افراد درباره ارزش‌گذاری‌هایشان.^۲

۱. کاپلو ۱۹۹۶، تأکید می‌کند که در اصل می‌توان درآمدهای مالیاتی برای اموال عمومی را بدون منحرف شدن از کار اصلی افزایش داد.

۲. رأی‌گیری از افراد برای تعیین تمایلشان به پرداخت در مقابل چیزها را ارزش‌گذاری اتفاقی می‌نامند (ارزش‌گذاری‌هایی که افراد گزارش می‌کنند اتفاقی هستند به این مفهوم که آنها فرضی هستند - آنچه افراد به گفته خود برای چیزها صرف می‌کنند - نه آنچه که واقعاً صرف می‌کنند). درخصوص ارزش‌گذاری اتفاقی برای مثال رجوع کنید به میچل و کارسون ۱۹۸۹ و برای یک تحلیل انتقادی، هاسمان ۱۹۹۳.

هرچند اگر پرسش مطرح شده در یک تحقیق به سادگی این باشد که ارزش گذاری یک شخص چیست، آنگاه او ممکن است انگیزه داشته باشد که پاسخش را تحریف کند. اشخاصی که روی یک پارک ارزش مثبت می گذارند، مثلاً ۱۰۰ دلار، ممکن است انگیزه داشته باشند که ارزیابی شان را به صورت اغراق آمیز، ۱۰۰۰ دلار یا ۱۰۰۰۰ دلار اعلام کنند زیرا این کار ممکن است احتمال ساخته شدن پارک را افزایش دهد،^۱ همان طور که دیگران ممکن است انگیزه داشته باشند که در مخالفت با توسعه پارک اغراق کنند. راه هایی برای طراحی پرسش ها وجود دارند که می توانند حقیقت را از میان پاسخ های افراد استخراج کنند.^۲ اما این روش ها هم مشکلات خود را

۱. برای توضیح مطلب، فرض کنید که اگر پارک ساخته شود، مردم می دانند که هریک مجبور خواهد بود ۵۰ دلار بیشتر در مالیات ها بپردازد و اینکه پارک ساخته خواهد شد اگر جمع ارزش های گزارش شده فراتر از یک حد آستانه باشد. پس هرکسی که ارزش پارک را بیش از ۵۰ دلار می داند انگیزه ای خواهد داشت که در ارزش گذاری خویش به منظور افزایش احتمال ساخته شدن پارک اغراق کند.

۲. به عنوان مثال فرض کنید که به شخصی گفته می شود که ارزش گذاری اش با دیگر ارزش گذاری ها جمع خواهد شد و فقط در صورتی که ارزش گذاری او محوری باشد مالیات خواهد پرداخت، یعنی فقط در صورتی که ارزش گذاری ویژه او جمع ارزش گذاری ها را فراتر از هزینه پارک ببرد. بنابراین اگر جمع موارد اعلام شده دیگر ۲۰۰۰ دلار باشد، گزارش ارزش گذاری او ۲۰۰ دلار باشد و هزینه پارک ۲۱۰۰ دلار باشد، ارزش گذاری اعلامی وی محوری خواهد بود زیرا باعث می شود که جمع ارزش گذاری ها از ۲۰۰۰ دلار که کمتر از هزینه ۲۱۰۰ دلاری است، به ۲۲۰۰ دلار افزایش یابد. اگر ارزش گذاری اعلامی وی محوری باشد، فرض کنید مالیاتی که او باید بپردازد معادل اختلاف بین هزینه پارک و جمع ارزش گذاری های اعلام شده دیگر باشد. بنابراین در مثالی که ذکر شد او مالیاتی معادل $2200 - 2000 = 200$ دلار خواهد پرداخت به شرطی که ارزش گذاری اش محوری باشد. پس می توان نشان داد که شخص انگیزه خواهد داشت که درباره ارزش گذاری خویش حقیقت را اعلام نماید. برای توضیح مطلب، فرض کنید که ارزش گذاری واقعی او ۲۰۰ دلار است و وضعیت او را در حالتی در نظر بگیرید که عددی مثل ۳۰۰ دلار را اعلام می کند که بیش از ارزش گذاری واقعی او می باشد. این کار باعث افزایش این احتمال می شود که ارزش گذاری او محوری خواهد بود (این احتمال را بیشتر می کند که ارزش گذاری اعلامی وی باعث شود جمع ارزش گذاری ها از ۲۱۰۰ دلار فراتر رود، زیرا وضعیت همین خواهد بود هر وقت جمع اعلامی دیگران بین ۱۸۰۰ دلار و ۲۰۰۰ دلار باشد تا فقط وقتی که جمع آنها بین ۱۹۰۰ دلار و ۲۱۰۰ دلار می باشد). اما گزارش نادرست او هیچ اثری روی مالیاتی که او می پردازد نخواهد داشت اگر او محوری باشد، زیرا آن میزان مالیاتی به بزرگی گزارش وی بستگی ندارد (مالیات او معادل ۲۱۰۰ دلار، هزینه پارک منهای جمع آنچه که دیگران گزارش کرده اند می باشد). به علاوه، تنها شرایط جدیدی که در آن ارزش اعلامی بالاتر از واقعیت وی منجر به محوری بودنش خواهد شد شرایطی هستند که در آن با اغراق در ارزش گذاریش وضعیت بدتری پیدا می کند: مثلاً اگر جمع گزارش های دیگر به ۱۸۵۰ دلار برسد، مالیات او ۲۵۰ دلار خواهد بود، اما چون ارزش گذاری او ۲۰۰ دلار است او ۴۰

دارند.^۱ یک مشکل بارز این است که افراد ممکن است با نوع کالای مورد تحقیق ناآشنا باشند و بنابراین به راحتی قادر به ارزیابی آن نباشند.

۸-۱-۵-۱ وقتی تدارک عمومی بهترین راه است

تدارک عمومی مال که باید توسعه یابد و به رایگان مورد استفاده قرار گیرد وقتی بهترین راه است که معایب تدارک خصوصی (قصور احتمالی در تهیه مال، هزینه مستثنا کردن افرادی که پرداخت نمی کنند و کاهش استفاده بخش خصوصی از مال به خاطر درخواست قیمت استفاده) از معایب تدارک عمومی (هزینه های احتمالی افزایش سرمایه ها از طریق وضع مالیات و جنبه های پیچیده احتمالی فرایند تصمیم گیری درباره توسعه مال) بیشتر شود.

۹-۱-۵-۱ نمونه ها

در اینجا نمونه های مختلفی از اموال را بررسی می کنیم که معمولاً از سوی بخش عمومی تهیه می شوند و در این خصوص بحث می کنیم که چرا این گونه تدارک کردن آنها ممکن است در پرتو ملاحظات که ذکر شد معنا داشته باشد.

الف) جاده ها: اختصاص زمین برای ساخت شبکه جاده ای از نظر اجتماعی طبعاً مطلوب است. نیاز مردم و کالاها به امکان انتقال از طریق شبکه جاده ای در اقتصاد امروز روشن است. همچنین واضح است که حداکثر دستیابی به شبکه جاده ای باید ضرورتاً بدون محدودیت باشد (زیرا فرسایش جاده ها و اثرات تراکم غالباً دارای اهمیت اساسی نخواهند بود).

→ نسبت به وضعیتی که همان ۲۰۰ دلار را گزارش می کرد به میزان ۵۰ دلار عقب تر است زیرا در آن صورت او محوری نخواهد بود. یک استدلال مشابه نشان می دهد که او نمی خواهد رقمی کمتر از ارزش گذاری واقعی اش یعنی ۲۰۰ دلار اعلام کند. برای بحث بیشتر راجع به این موضوع و روش های دیگر برای استخراج حقیقت از افراد رجوع کنید به اتکینسون و استیگلیتز ۱۹۸۰، ۵۱۶-۵۱۳ و برای دیدن یک تحقیق نگاه کنید به لافونت ۱۹۸۷ ب. ۱. یک مشکل این است که افراد باید نسبتاً ماهرتر باشند تا بفهمند که برای آنها منطقی تر است که حقیقت را گزارش کنند؛ مشکل دیگر این است که این روش ها در مقابل تبانی بین افراد مورد تحقیق آسیب پذیرند. برای بحث بیشتر رجوع کنید به ارجاعات در پاورقی پیشین.

پیشتر بیان شد که اگر جامعه می‌خواست روی تدارک جاده‌ها ازسوی بخش خصوصی حساب کند مشکلاتی حادث می‌شد. توضیح اینکه در آن صورت به‌خاطر هزینه و دشواری محدود کردن دسترسی به‌منظور اخذ هزینه استفاده جاده‌ها احتمالاً بسیار کم بودند؛ هزینه ساخت حصار و نصب باجه‌های اخذ عوارض و هزینه‌های اداری مربوط به جمع‌آوری پرداخت‌ها حائز اهمیت هستند. لذا در این صورت نه تنها جاده‌ها بسیار کم بودند بلکه از نظر مشخصات نیز با آنچه مطلوب است تفاوت داشتند. برای بهره‌برداری مطلوب از جاده‌ها سودمند است که اجازه داده شود مردم از نقاط مختلفی در طول راه وارد و خارج شوند زیرا مکان‌های مبدأ و مقصد پراکنده هستند. اما برای یک نظام خصوصی بسیار گران تمام می‌شود که اجازه دهد ورود و خروج به جاده از نقاط متعددی صورت گیرد زیرا هزینه‌های نظارت و جمع‌آوری پرداخت‌ها بیش از اندازه خواهد بود (عامل چندگانگی مالکان خصوصی جاده‌ها نیز بر این مشکلات می‌افزاید زیرا هر وقت که شخصی از جاده یک مالک به جاده مالک دیگر برود باید مبلغی بپردازد). البته همه هزینه‌های کنترل دسترسی و جمع‌آوری عوارض یک اتلاف اجتماعی خواهد بود زیرا آنها هیچ‌گونه ارزش مستقیمی برای مردم ایجاد نمی‌کنند. به‌علاوه، بسیاری از افراد از جاده‌ها استفاده نخواهند کرد چون آنها تمایلی به پرداخت عوارض ندارند یعنی منفعتی که از نظر خود می‌توانسته‌اند بدون هزینه یا با هزینه کم اجتماعی از آن بهره‌مند شوند مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرد.

در عوض وقتی جاده‌ها به‌دست بخش عمومی تدارک می‌شوند، چون نیازی به محدودیت دسترسی نیست، چیزی برای نظارت بر دسترسی و جمع‌آوری عوارض هزینه نمی‌شود، جاده‌ها دارای نقاط ورودی و خروجی متعددی خواهند بود و قس‌علی‌هذا. به‌طور کلی این تردید وجود دارد که آیا مزایای تدارک جاده‌ها توسط بخش عمومی آنقدر زیاد هستند که بر معایب احتمالی تدارک عمومی در رابطه با نیاز به افزایش پول از طریق وضع مالیات و در رابطه با فرایند سیاسی غلبه کنند. اگر ساخت جاده‌ها به بخش خصوصی سپرده می‌شد جامعه در وضع بدتری قرار می‌گرفت این استدلال نظری برای عقلانی بودن تدارک جاده‌ها به‌دست بخش عمومی در عمل نشان داده می‌شود که صحت دارد. شبکه‌های جاده‌ای امروزه در همه کشورها عمدتاً عمومی هستند و شبکه

جاده‌ای در نواحی توسعه‌یافته شهری بخش مهمی (در حدود یک‌چهارم) از زمین را می‌پوشاند.^۱

درعین حال با فناوری نوین، این امکان در آینده وجود خواهد داشت که مؤسسين شرکت‌های خصوصی بتوانند بدون ساخت موانع فیزیکی گران‌قیمت برای نظارت بر دسترسی، عوارض استفاده از جاده‌ها را دریافت کنند. اگر استفاده از جاده‌ها را بتوان به‌وسیله وسایل الکترونیکی به ارزانی کنترل کرد (هر اتومبیل می‌تواند علامت مشخصی ارسال کند که ازسوی گیرندگان ثبت شود)، وادار کردن استفاده‌کنندگان به پرداخت نسبتاً ارزان‌تر تمام خواهد شد (چنین روش‌های الکترونیکی اخذ عوارض جاده‌ای عملاً در کالیفرنیا، شمال شرق ایالات متحده، هنگ‌کنگ و سنگاپور به اجرا درآمده است).^۲ در این صورت معایب تدارک جاده‌ها ازسوی بخش خصوصی اصولاً محدود به نرخ‌گذاری استفاده از جاده خواهد بود.^۳

ب) رودخانه‌ها: همانند جاده‌ها، روشن است که عبور رایگان از بسیاری از رودخانه‌ها دارای مطلوبیت اجتماعی است. اما ظاهراً مالک خصوصی یک رودخانه برای نظارت بر دسترسی به آن با هزینه جدی یا حداقل هزینه‌ای قابل مقایسه با هزینه لازم برای جاده‌ها روبه‌رو نخواهد شد (مردم نمی‌توانند کشتی‌ها را همانند راندن اتومبیل در جاده در رودخانه‌ها به حرکت درآورند زیرا شبکه قطع‌کننده رودخانه‌ها همانند جاده‌ها وجود ندارد). بااین حال یک مشکل مهم بالقوه مالکیت خصوصی رودخانه‌ها این است که نرخ‌هایی که گرفته می‌شوند ممکن است استفاده از آنها را کاهش دهند. حذف این

۱. برای مثال رجوع کنید به ژاکوبس ۱۹۹۳، ۶، که می‌گوید در حدود ۲۵ تا ۳۵ درصد از زمین توسعه‌یافته در شهرها در ایالات متحده به حقوق عمومی راه‌ها و اکثراً خیابان‌ها اختصاص یافته است. نیدرسون و هرل ۱۹۶۴، ۶، تخمین می‌زنند که در حدود ۲۶ درصد از زمین توسعه‌یافته در ۴۸ شهر آمریکایی به جاده‌ها و بزرگراه‌ها تخصیص داده شده است.

۲. در کالیفرنیا یک شرکت خصوصی یک سیستم صدور صورت‌حساب الکترونیکی برای استفاده در یک جاده دارای عوارض برقرار کرده است؛ نگاه کنید به آپریس ۱۹۹۶. در شمال شرقی ایالات متحده، دولت سیستم صدور صورت‌حساب الکترونیکی عبور ای-زد برای برخی شاهراه‌ها، پل‌ها و تونل‌ها برقرار کرده است؛ نگاه کنید به سایت www.ezpass.com در هنگ‌کنگ و سنگاپور، دولت سیستم‌های صدور صورت‌حساب الکترونیکی را آزمایش کرده است؛ رجوع کنید به مک کارتی و تای ۱۹۹۳، ۲۹۷ و هائو ۱۹۹۰.

۳. این معایب جدی بودند اگر رقابت زیادی بین مالکان جاده‌های مختلف وجود نداشت.

مشکل به‌عنوان یک مانع جدی برای تجارت در فرانسه و آلمان در قرون وسطی پدیدار شد، وقتی که زمین بین تعداد زیادی مالکان فئودال تقسیم شده بود که هریک برای عبور از قسمتی از رودخانه که تحت کنترل آنها بود عوارض می‌گرفتند.^۱ درواقع، استدلال شده است که یکی از دلایل ترقی انگلستان به‌عنوان یک قدرت اقتصادی این است که به‌دلیل یکپارچگی داخلی انگلستان، حمل‌ونقل بر روی رودخانه‌هایش بر اثر وضع عوارض کاهش داده نشد.^۲ چنین مشکلاتی درباره مالکیت خصوصی رودخانه‌ها ممکن است مالکیت گسترده بخش عمومی بر آنها را توجیه کند.

ج) فضای هوایی: شرایط فضای هوایی نیز مشابه شرایط رودخانه‌هاست. فضای هوایی برای حمل‌ونقل مفید است و باید به رایگان برای استفاده در دسترس باشد (به‌استثنای نظارت بر تراکم). محدود کردن دسترسی به فضای هوایی ممکن است برای یک تدارک‌کننده خصوصی دشوار باشد یا نباشد (شاید استفاده از فضای هوایی را بتوان به‌صورت الکترونیکی مورد نظارت قرار داد). در هر صورت هزینه محدود کردن دسترسی به فضای هوایی ممکن است اتلاف محسوب شود و نرخ دریافتی ممکن است استفاده را کاهش دهد. بنابراین، همانند رودخانه‌ها، استدلال به نفع مالکیت عمومی فضای هوایی، یعنی آنچه در عمل مشاهده می‌شود، نسبتاً قوی به‌نظر می‌رسد.^۳

د) مناطق تفریحی: مطلوبیت اجتماعی حفظ برخی مناطق برای سرگرمی و لذت بردن از طبیعت بدیهی است. هزینه‌ای که یک تدارک‌کننده خصوصی برای نظارت بر دسترسی افراد به چنین مناطقی متحمل می‌شود گاهی نسبتاً کم است. به‌عنوان مثال، حتی نظارت بر ورود به یک پارک بزرگ ممکن است صرفاً از طریق جمع‌آوری عوارض در کنار تنها جاده‌ای که به پارک منتهی می‌شود انجام شود و حصارکشی در پارک ضروری نخواهد بود اگر بازدیدکننده پارک در حال عبور با اتومبیل باشد. همچنین حصارکشی دور یک پارک نسبتاً کوچک در شهر و اخذ عوارض ورود چندان گران نخواهد بود. اما نظارت بر دسترسی

۱. برای مثال، در اواخر قرن پانزدهم نیمی از قیمت فروش نهایی گندم حمل شده به ۲۰۰ مایل پایین رودخانه سن به‌خاطر عوارض محاسبه می‌شد. رجوع کنید به پوستان و میلر ۱۹۸۷، ۱۳۵-۱۳۴.

۲. رجوع کنید به هیلبرونر ۱۹۶۲، ۵۱.

۳. مالکیت فضای هوایی بیش از پانصد فوت در ایالات متحده، عمومی محسوب می‌شود؛ برای مثال رجوع کنید به کاهون ۱۹۹۰.

به مایل‌ها نوار ساحلی یا به یک مسیر راهپیمایی طولانی (مثل مسیر آپالاچیا) آنقدر پرهزینه است که غیرعملی به نظر می‌رسد، بنابراین نمی‌توان به راحتی تصور کرد که بخش خصوصی این گونه مناطق تفریحی را تدارک کند. در هر صورت اگر یک پارک یا دیگر منطقه تفریحی از سوی بخش خصوصی تدارک می‌شد، هزینه نظارت بر ورود یک اتلاف اجتماعی بود^۱ و سیاست نرخ‌گذاری که دنبال می‌شد تمایل به کاهش استفاده نسبت به میزان مطلوب می‌داشت. بنابراین موردی برای مالکیت عمومی وجود دارد اگرچه قدرت آن به هزینه نظارت بر ورود و میزانی که استفاده کاهش می‌یابد در مقابل معایب توسعه عمومی که قبلاً مورد بحث قرار گرفت بستگی دارد.

درواقع پارک‌ها «به‌ویژه پارک‌های شهری، ایالتی و ملی آمریکا» غالباً تحت مالکیت بخش عمومی هستند. همچنین، بیشتر سواحل تحت مالکیت عمومی است. هرچند تعداد زیادی پارک‌های خصوصی و اردوگاه‌های تحت مالکیت مؤسسات انتفاعی وجود دارند. (ه) زمین و چیزهای منقول با ویژگی‌های انحصاری: زمینی با ارزش منحصر به فرد «مثل یک سرزمین شگفت‌انگیز طبیعی، یا یک میدان جنگ تاریخی» یا چیزهای منقول با اهمیت خاص برای عموم «مثل نقاشی‌ها، اسناد دارای اهمیت تاریخی و مثل آنها» را در نظر بگیرید و فرض کنید که دسترسی رایگان به آنها جهت عموم دارای مطلوبیت اجتماعی است «مادامی که مشکلات تراکم ایجاد نشده است».

در کنار دو مشکل عمومی تدارک این چیزها از سوی بخش خصوصی، یک مشکل خاص در مورد لذت بردن از آنها از راه دور وجود دارد. مثلاً ممکن است تصور شود فردی از دانستن اینکه میدان جنگ گیتس‌بورگ، پارک ملی یلواستون، اعلامیه استقلال و تابلوی مونالیزا حفظ می‌شوند لذت ببرد حتی اگر آن فرد هرگز واقعاً به دیدن این چیزها نرود. یعنی افراد ممکن است برای صرف وجود چیزهای خاص ارزش قائل باشند.^۲

۱. هرچند اگر نظارت بر دسترسی برای جلوگیری از تراکم مطلوب باشد، آنگاه به موجب مالکیت عمومی، دسترسی نیز تحت نظارت قرار خواهد گرفت. بنابراین هزینه نظارت بر دسترسی یک اتلاف اجتماعی نخواهد بود؛ رجوع کنید به بحث قسمت ۱-۵-۱۰.

۲. نظریه ارزش وجودی از سوی کروتیلا ۱۹۶۷ معرفی شد؛ این را باید به دقت از ارزشی که مردم برای قادر بودن به دیدن چیزی در آینده (یا برای قادر بودن فرزندانشان به انجام آن) یا برای قادر بودن به تماشای عکس‌ها یا دیگر

به هر حال، یک مالک خصوصی قادر به اخذ چیزی از این ارزش وجودی نخواهد بود، زیرا مالک خصوصی درآمدش را تنها از کسانی که واقعاً از زمین یا آن چیز دیدن می‌کنند دریافت می‌کند.

اگر یک شرکت خصوصی مالک میدان جنگ گیتس بورگ بود، امکان داشت تصمیم بگیرد که زمین را به یک توسعه‌دهنده املاک به فروشد زیرا سودی که از بازدیدکنندگان می‌برد کوچک است و فقط ارزش‌گذاری‌های اشخاصی را نشان می‌دهد که به پنسیلوانیا می‌روند تا آن مکان را ببینند، سودهای حاصله، میزانی که دیگر اعضای جمعیت برای آگاهی از اینکه محل گیتس بورگ حفظ می‌شود، تأمین می‌کنند و وقتی جمع شوند زیاد خواهند بود را انعکاس نمی‌دهند. بنابراین اگر ارزش وجودی مهم باشد، یک دلیل خاص وجود دارد که منتظر تدارک کمتر از سوی بخشی خصوصی باشیم. این موضوع به توجیه آنچه ما غالباً مشاهده می‌کنیم کمک می‌کند: مالکیت عمومی زمین و اشیاء دارای ویژگی انحصاری.

۱۰-۵-۱ اموال عمومی که باید فقط در مقابل پرداخت عوارض در معرض استفاده

قرار گیرند

این استدلال که بعضی اموال باید به رایگان در دسترس باشند بر این فرض مبتنی بود که استفاده یک شخص منابع را جذب نمی‌کند یا از استفاده دیگران نمی‌کاست. اکنون اجازه دهید این فرض را رها کنیم و مثلاً در نظر بگیریم که فرسودگی سطح جاده و تراکم (که از سرعت رفت‌وآمد می‌کاهد و خطر تصادف را افزایش می‌دهد) استفاده از یک جاده از سوی یک فرد را پرهزینه می‌سازد. این متضمن آن است که اگر تحمیل عوارض بر استفاده‌کنندگان از یک جاده (یا اموال دیگر) آسان بود، بهتر آن بود که یک تدارک‌کننده عمومی مال مبلغی معادل هزینه نهایی استفاده بر افراد تحمیل کند. آنگاه، چون از نظر اجتماعی مطلوب است، یک شخص از مال استفاده نمی‌کرد مگر آنکه ارزش‌گذاری‌اش

→ تصاویر یک چیز قائل‌اند، تمیز داد. مفهوم ارزش وجودی به نظر می‌رسد از سوی بعضی‌ها مورد اغراق قرار گرفته است، زیرا در میان چیزهای دیگر، بعد از آنکه علت مناسب از ارزش‌هایی که ذکر شد گرفته می‌شود، ارزش باقی‌مانده بسیار کمی وجود دارد، یعنی ارزش وجودی بسیار کم. برای مثال رجوع کنید به میلگروم ۱۹۹۳ جهت دیدن یک بحث نقادانه در خصوص ارزش وجودی.

فرا تر از هزینه نهایی استفاده‌اش می‌رفت. اما چون مستثنا کردن کسانی که پرداخت نمی‌کنند و وضع عوارض ممکن است گران تمام شود، تدارک‌کننده عمومی فقط وقتی باید برای وضع عوارض هزینه کند که مخارج او کمتر از منافع ناشی از محدود کردن استفاده برای آنهایی است که ارزش‌هایشان فرا تر از هزینه نهایی است. به عنوان مثال، برای یک پل یا یک تونل قضیه ممکن است همین‌گونه باشد زیرا هزینه مستثنا کردن کسانی که پرداخت نمی‌کنند فقط با هزینه نظارت بر دسترسی در هر طرف برابر است.

وقتی که برای یک تدارک‌کننده عمومی مطلوب است که برای استفاده از مال عوارض وضع کند، یکی از دو مزیت تدارک عمومی بر خصوصی از بین می‌رود و دیگر این موضوع صحت نخواهد داشت که فقط تدارک‌کنندگان خصوصی هزینه‌های مستثنا کردن کسانی که پرداخت نمی‌کنند را تحمل می‌کنند؛ اکنون تدارک‌کننده عمومی نیز چنین هزینه‌ای دارد. لیکن تدارک‌کنندگان خصوصی هنوز هم میل دارند عوارض را به نرخی بگیرند که خیلی زیاد است و از هزینه نهایی استفاده بیشتر است. عوارضی را در نظر بگیرید که ممکن است برای عبور از یک پل دارای مالک خصوصی اخذ شود و بنابراین به‌طور ناخواسته‌ای موجب کاهش استفاده گردد.

۱-۵-۱۱ اموال عمومی که برای ارائه خدمات عمومی لازم هستند

تنوعی از خدمات وجود دارند که تدارک آنها برای عموم از نظر اجتماعی مطلوب است یا ممکن است باشد، از جمله دفاع ملی، برخی خدمات آموزشی و بهداشتی، آتش‌نشانی و پلیس. برای ارائه این خدمات دولت نیازمند کسب برخی اموال است. ارتش نیازمند پایگاه‌هایی برای سربازان و تجهیزات است و مدارس، کتابخانه‌ها، بیمارستان‌ها و ادارات آتش‌نشانی و پلیس همگی برای ارائه خدماتشان نیازمند اموال هستند. در برخی موارد، دسترسی داشتن به اموال دولتی برای افراد مطلوب نیست. مثلاً دلایل امنیتی روشنی برای محدود کردن دسترسی مردم به پایگاه‌های نظامی و ایستگاه‌های پلیس وجود دارند. برای تدارک خدمات به‌وسیله بخش عمومی دو توجیه مقدماتی وجود دارد. اول ممکن است یک خدمت به‌خاطر عدم امکان عمل یک فروشنده خصوصی جهت منع استفاده کسانی که هزینه آن را پرداخت نمی‌کنند قابل ارائه از سوی بخش خصوصی نباشد. اگر کسانی که پول نمی‌پردازند خود به‌خود خدمتی را دریافت کنند، هیچ‌کس جز

شخصی که روحیه عمومی دارد آن را نخواهد خرید و بنابراین یک فروشنده خصوصی نمی‌تواند از ارائه آن سود ببرد. دفاع ملی یک نمونه کلاسیک است. اگر یک شرکت خصوصی تلاش کند که خدمتی مثل دفاع ملی را بفروشد که باید به کل کشور ارائه شود، شخصی که به دنبال نفع شخصی است منطقاً از خرید خودداری خواهد کرد با این فکر که حتی اگر پول نپردازد از دفاع ملی برخوردار خواهد شد. یک فانوس دریایی، یا به‌طور دقیق‌تر، کمکی که نور آن به دریانوردان ارائه می‌کند نیز یک نمونه روشن از خدمتی است که باید به‌وسیله بخش عمومی تدارک شود. استدلال این است که برای یک مالک خصوصی فانوس دریایی غیرممکن خواهد بود که نور را فقط به کشتی‌هایی که پول می‌پردازند ارائه کند. تمامی کشتی‌ها نور فانوس دریایی را خواهند دید و هیچ‌کس داوطلبانه برای آنچه در هر صورت خواهد دید پولی نمی‌پردازد. بنابراین، انتظار نمی‌رود بخش خصوصی اقدام به تدارک فانوس‌های دریایی کند.^۱

استدلال بعدی برای ارائه یک خدمت ازسوی بخش عمومی به دشواری مستثنا کردن استفاده افرادی که پول نمی‌پردازند مربوط نمی‌شود بلکه بیشتر به اثرات خارجی مثبت خرید آن خدمت مربوط می‌گردد. محدود کردن استفاده از کتابخانه‌ها یا مدارس به کسانی که پول می‌پردازند یا محدود کردن ایمن‌سازی به کسانی که پول می‌پردازند، دشوار نخواهد بود اما اگر این خدمات ازسوی بخش خصوصی ارائه می‌شدند مردم تمایلی نداشتند به اندازه اثرات خارجی سودمندی که مدارس و کتابخانه‌ها ایجاد می‌کنند و برای جامعه ارزش دارند برای آنها پول بپردازند. مثلاً وقتی شخصی در برابر یک بیماری مسری ایمن‌سازی می‌شود، نه تنها خود بلکه دیگران را نیز ایمن می‌سازد زیرا بیماری را به آنها سرایت نخواهد داد. هرچند، آنچه شخص مایل است در مقابل ایمن‌سازی بپردازد فقط منفعت شخصی‌اش را نشان خواهد داد و ممکن است برای ایمن‌سازی دیگران پول نپردازد درحالی‌که انجام آن از نظر اجتماعی مطلوب است. استدلال‌های مشابهی در مورد آموزش به‌طور کلی، شامل کتابخانه‌ها، قابل ارائه است زیرا

۱. تغییر در فناوری می‌تواند این نتیجه‌گیری را تغییر دهد. فرض کنید که هشدارهای ارسالی به‌وسیله فانوس‌های دریایی الکترونیکی را بتوان با وسایلی ارائه کرد که علائم هشداردهنده الکترونیکی رمزدار را ارسال می‌نمایند که صرفاً بر روی کشتی‌هایی قابل دریافت است که برای دستگاه‌های رمزگشا پول پرداخته باشند. آنگاه ممکن است یک تدارک‌کننده خصوصی علائم هشداردهنده به‌وجود آید که می‌تواند برای خدماتش پول دریافت کند.

منافع سرریز مختلفی از دریافت آموزش وجود دارند و جامعه از داشتن یک جمعیت فرهیخته سود می‌برد.

وقتی افراد خدمات را کمتر از ارزش اجتماعی‌شان ارزش‌گذاری می‌کنند، کمیت خدمات فروخته شده خصوصی به‌طور نامطلوبی پایین خواهد بود و بنابراین توقعی عرفی برای تدارک عمومی آنها وجود خواهد داشت یا برای خرید آنها یارانه داده می‌شود.

هر دوی این توجیهات قابل اعمال بر بعضی خدمات هستند. مثلاً حمایت در مقابل آتش را در نظر بگیرید. اگرچه این امکان برای یک شرکت حمایت‌کننده در مقابل آتش وجود دارد که خدماتش را به پرداخت‌کنندگان محدود کند، اما ممکن است تصمیم بگیرد که آتش‌سوزی مربوط به کسانی را نیز که پرداخت نمی‌کنند خاموش کند تا از گسترش آن به اموال پرداخت‌کنندگان جلوگیری شود و ترس از عصبانیت عمومی برای عدم خاموش کردن آتش نیز ممکن است یک شرکت را به‌سوی خاموش کردن آتش‌سوزی مربوط به کسانی که پرداخت نمی‌کنند رهنمون شود. بنابراین افراد ممکن است به‌طور منطقی معتقد باشند که حتی اگر چیزی نپردازند از خدمات حمایت در مقابل آتش منتفع خواهند شد. صرف‌نظر از این مطلب، انگیزه یک شخص برای خرید خدمات حمایت در مقابل آتش صرفاً خاموش کردن آتش‌سوزی مربوط به خودش خواهد بود و منفعتی را که با کاهش احتمال گسترش آتش‌سوزی به دیگران خواهد رساند در نظر نخواهد گرفت. به این دلایل، تعداد زیادی ممکن است تصمیم بگیرند که خدمات حمایت در مقابل آتش را علی‌رغم ارزش اجتماعی‌اش خریداری نکنند و این ضعف در بازار تقاضا ممکن است ضرورت تدارک عمومی آن را ناگزیر سازد (این توجیهات تقریباً با تاریخچه آتش‌نشانی در انگلستان سازگار است که خدمات خصوصی حمایت در مقابل آتش جای خود را به خدمات عمومی داد).^۱ استدلال‌های مشابهی را می‌توان برای خدمات پلیس ارائه کرد. به‌ویژه، پلیس خصوصی برای دستگیری جنایت‌کارانی که در حال قربانی کردن افراد گریزان از پرداخت هزینه پلیس هستند دلیلی خواهد داشت که همانا جلوگیری از آسیب زدن متعاقب جنایت‌کاران به

۱. رجوع کنید به آیر و هادفیلد ۱۹۴۵ و ایوانز ۱۹۸۷. در ایالات متحده، آتش‌نشانی ابتدا به‌وسیله سازمان‌های داوطلب انجام می‌شد و تاریخچه‌ای که در پی آن آتش‌نشانی عمومی شد متفاوت است؛ رجوع کنید به مک کنزی ۱۹۸۶.

پرداخت کنندگان هزینه است و انگیزه یک فرد برای خرید حمایت در مقابل جرم نشانگر توجه وی به کاهش جرم برای دیگران نخواهد بود. در نتیجه، تقاضای ارائه خدمات پلیسی از سوی بخش خصوصی ممکن است ضعیف‌تر از حد متناسب اجتماعی باشد که تدارک عمومی آن را توجیه می‌کند.^۱

اکنون درباره استدلال‌هایی که در این قسمت درخصوص توجیه تدارک عمومی برخی خدمات و نیاز عمومی برای اموال مربوط به آن بیان شد باید یک اظهار نظر قاطع صورت گیرد. اگرچه انتظار نمی‌رود بازار خصوصی خدمات مختلفی را اساساً به اندازه کافی ارائه کند، این بدان معنا نیست که بخش عمومی آنها را مستقیماً تأمین کند. بخش عمومی می‌تواند برای انجام این گونه امور به یک شرکت خصوصی پول بپردازد، مثلاً می‌تواند به یک شرکت خصوصی برای ارائه خدمات آتش‌نشانی پول پرداخت کند. این نحوه تدارک خصوصی خدمات عمومی می‌تواند از تدارک عمومی مستقیم به دلایل مختلف از جمله توانایی بیشتر شرکت‌های خصوصی برای اخراج کارمندان فاقد صلاحیت، کارآمدتر باشد (توجه کنید که ارائه خدمات بخش خصوصی تحت حمایت مالی بخش عمومی را نباید با ارائه خدمات خصوصی واقعی یعنی تدارک خصوصی که با فروش خصوصی در بازار تأمین مالی می‌شود، اشتباه گرفت).^۲

۱۲-۵-۱ اموال عمومی تحصیل شده از طریق غلبه یا خرید از کشورهای دیگر

طبقه دیگر از اموال عمومی عبارت است از زمین توسعه‌نیافته تحصیل شده از طریق غلبه یا از طریق خرید از یک دولت دیگر. توجیهاتی وجود دارند که چرا چنین اموالی

۱. استدلال‌های مربوط به ارائه عمومی خدمات پلیس در مقابل ارائه خصوصی آن شامل تعدادی عوامل بیشتر از آنچه در اینجا طرح شد می‌شود؛ برای بحث بیشتر رجوع کنید به قسمت ۴-۲-۱-۶ فصل ششم.

۲. یک نمونه از چنین اشتباهاتی به فانوس‌های دریایی مربوط می‌شود. کوز ۱۹۷۴ تأکید می‌کند که فانوس‌های دریایی در انگلستان در اغلب قرون هجده و نوزده میلادی عموماً توسط اشخاص خصوصی ارائه می‌شدند. این موضوع از سوی افراد بسیاری به عنوان نمونه‌ای از تدارک خصوصی مستقیم فانوس‌های دریایی تفسیر شده اما اشتباه است. تنها دلیلی که فانوس‌های دریایی از سوی اشخاص خصوصی تدارک می‌شدند این است که پادشاه کشتی‌هایی را که به بندر وارد می‌شدند مجبور به پرداخت عوارضی به مالکان فانوس دریایی می‌کرد. به عبارت دیگر، تأمین کنندگان خصوصی خودشان قادر به اخذ عوارض برای خدمات فانوس دریایی نبودند و به قدرت دولت برای انجام این وظیفه مهم نیاز داشتند. در این مورد رجوع کنید به فان زانت ۱۹۹۳.

باید تحت مالکیت اولیه دولت باشند. به طور خلاصه، این به خاطر جلوگیری از هجوم بیهوده اشخاص خصوصی برای به دست آوردن زمین است.^۱ اما این گونه اموال دولتی تحصیل شده به وسیله دولت باید در طول زمان فروخته شوند یا برای استفاده خصوصی واگذار گردند مگر با بودن یک هدف اجتماعی خاص که قبلاً تشریح شده باشد.

امروزه در بعضی کشورها زمین های عمومی بسیاری وجود دارند که تحت مالکیت دولت هستند و در این طبقه جای می گیرند. زمین های وسیعی در ایالات متحده غربی و اکثر آلاسکا باقی مانده های غلبه و خرید هستند^۲ و در برزیل هم این موضوع مصداق دارد. همچنین، در آینده این نکته ممکن است به اجرام سماوی ماورای زمین مربوط شود.

۱-۵-۱-۱۳ مروری بر پیشینه مباحث

این نظریه که دولت باید مالک برخی اموال باشد و بعضی خدمات را ارائه کند در طول سال ها توسعه یافته است، اما اولین اظهار نظر صریح مطابق با رئوسی که در اینجا مورد بحث قرار گرفت از سوی ساموئلسون (۱۹۵۴) مطرح گردید. برای دیدن تاریخچه ای از مفهوم کالاهای عمومی نگاه کنید به موسگراو (۱۹۸۵)؛ برای دیدن یک رساله قابل دسترسی در خصوص نظریه اموال عمومی رجوع کنید به استیگلیتز (۱۹۸۶) و برای دیدن تحقیقی در مورد این نظریه رجوع کنید به اوکلند (۱۹۸۷).

۱-۵-۲ تحصیل اموال از سوی دولت: از طریق خرید یا اختیار قدرت حاکمه

۱-۵-۲-۱ کلیات

تحصیل اموال از سوی دولت اتفاق می افتد چون دولت گاهی به اموال جدید برای اهدافی که در قسمت های قبل مورد بحث قرار گرفت، نیاز خواهد داشت. دولت می تواند و ممکن است از نظر اجتماعی برای دولت سودمند باشد که یا مالی را به سادگی از مالکانش خریداری کند یا با استفاده از اختیار قدرت حاکمه آنها را در اختیار بگیرد. اگر دولت

۱. در خصوص این موضوع کلی برای مثال رجوع کنید به اندرسون و هیل ۱۹۹۰.

۲. در سال ۱۹۹۹، حدود ۲۷/۷ درصد از زمین ها در ایالات متحده تحت مالکیت دولت فدرال بود؛ ۸۲/۹ درصد از زمین ها در نوادا و ۶۲/۴ درصد از زمین ها در آلاسکا نیز تحت مالکیت دولت فدرال بود. رجوع کنید به مجمل آماری از ایالات متحده، ۲۰۰۱، ۲۰۰۹.

اختیار گرفتن مالی را داشته باشد، یک سؤال فرعی نیز مطرح می‌شود که آیا دولت باید غرامت بپردازد؟

۲-۲-۵ دولت هرازگاهی نیازمند تحصیل مال است

همان‌گونه که بحث شد، برخی اموال باید عمومی باشند. برخی از اموالی که باید عمومی باشند از آغاز به همین عنوان شناخته می‌شوند: دولت از ابتدا می‌داند که رودخانه‌ها، فضای هوایی، شگفتی‌های طبیعی (مثل چشمه‌های آب گرم در پارک ملی یلواستون) باید عمومی باشند و بنابراین هیچ نیازی نیست که دولت به این دلیل اموال اضافی تحصیل کند. اما نیازهای دولت به جاده‌ها، مدارس، کتابخانه‌ها و نظایر اینها متفاوت است و از جنبه‌های مختلف غیرقابل پیش‌بینی است. به همین دلیل، یک نیاز مستمر برای دولت وجود دارد که از اشخاص خصوصی مال تحصیل کند. بنابراین ضرورتاً این سؤال مطرح می‌شود که دولت چگونه باید چنین اموالی را به‌دست آورد.

۳-۲-۵ تحصیل مال از طریق خرید

وقتی از نظر اجتماعی برای دولت مطلوب است که مالی را به‌دست آورد معمولاً انتظار می‌رود که دولت قادر به خرید آن باشد. هرچند در بعضی شرایط، مشکلاتی در معامله ممکن است خرید مال را از سوی دولت درحالی که تحصیل آن از نظر اجتماعی مطلوب است مانع شوند یا حداقل با تأخیر مواجه سازند. به‌ویژه، چون عموماً دولت به‌طور دقیق نمی‌داند که یک مالک خصوصی مالش را چقدر قیمت خواهد گذاشت ممکن است قیمتی بسیار پایین پیشنهاد کند؛ یا چون مالک خصوصی مال به‌طور دقیق نمی‌داند که دولت چقدر مایل است بپردازد ممکن است رقمی بیش از آنچه دولت مایل به پرداخت آن است طلب کند. اما امکان چنین شکست‌هایی در معامله مخصوص معاملات با دولت نیست و این یک جنبه بالقوه همه معاملات است. بنابراین چنین مسئله‌ای به تنهایی توجیهی برای استفاده دولت از اختیار اخذ مال نیست. اما بن‌بست در معامله ممکن است شدت یابد وقتی که تعداد زیادی مالک خصوصی قطعات مختلف را در اختیار داشته باشند و با عدم تمایل هریک از آنها به فروش کل پروژه به‌طور جدی تحت تأثیر

قرار گیرد یا متوقف شود. در ساخت یک جاده، به عنوان مثال، توانایی هر فرد در مسیر طراحی شده جاده برای جلوگیری از پیشرفت پروژه می تواند باعث مشکلات معاملاتی جدی برای یک نمایندگی دولتی شود که ملزم به تحصیل زمین ها از طریق خرید است.^۱ مشکل دیگری که می تواند مانع انجام یک معامله شود درحالی که تحصیل مال از سوی دولت از نظر اجتماعی مطلوب است، آن است که هیچ قیمت قابل توافق دوجانبه ای موجود نباشد. مثلاً ممکن است فردی تعلق خاطری به زمینش داشته باشد، ثروت کافی برای برآورده ساختن نیازهایش داشته باشد و مایل به فروش زمین به هر قیمتی که دولت پیشنهاد می کند نباشد.^۲ غیر از این مشکلات، دو عامل دیگر باید در بررسی سیاست تحصیل مال دولت از طریق خرید، مورد ارزیابی قرار گیرند. یکی هزینه های معامله است؛ این هزینه ها وقتی مالکان خصوصی زیادی وجود دارند که دولت باید با آنها معامله کند، اهمیت زیادی می یابند. عامل دیگر این است که دولت باید سرمایه های لازم برای خرید را از طریق وضع مالیات افزایش دهد که شامل هزینه های اداری می شود و رفتار خصوصی را منحرف می کند.

۱. در بعضی موارد، چنین مشکلاتی را می توان با خریدهای سری از طریق نمایندگی دولتی به همان طریقی که اشخاص خصوصی قطعات بزرگ زمین را به وجود می آورند (مثلاً برای ساخت یک مرکز تجاری) و از طریق خرید توسط نمایندگانی که هویت یا هدف خریدار قطعات را آشکار نمی کنند، کاهش داد. اما دولت غالباً قادر به مخفی نگهداشتن طرح هایش نیست (درحقیقت، طرح ها ممکن است از طریق یک فرایند تصمیم گیری عمومی به وجود آمده باشند) و اگر چنین باشد، خرید سری امکان پذیر نخواهد بود.

۲. برای دقیق تر بررسی کردن موضوع فرض کنید که مطلوبیت زمین برای یک فرد معادل v باشد و مطلوبیت او از ثروت y ناشی شده و معادل $u(y)$ باشد درحالی که u در حال افزایش در y می باشد اما با یک نرخ نزولی. فرض کنید w معادل ارزش پولی زمین شخصی برای دولت باشد (یعنی w عبارت از جمع ارزش ها برای افرادی است که از زمین استفاده خواهند کرد مثلاً برای یک کتابخانه). اگر $w > v$ آنگاه برای زمین از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود (به موجب عملکرد جمع مطلوبیت های رفاه اجتماعی) مورد استفاده دولت قرار گیرد. به هر حال چون مطلوبیت مالک از پول u با میزان پول به طور خطی صعود نمی کند، قیمتی که دولت مایل به پرداخت آن باشد و برای ترغیب مالک به فروش کفایت کند، وجود ندارد یعنی $u(y)$ ممکن است زیر v تعیین گردد (درحقیقت، چون برهان مطلوبیت مورد انتظار متضمن آن است که مطلوبیت محدود باشد - برای مثال رجوع کنید به آرو ۱۹۷۱- این امر به روشنی امکان پذیر خواهد بود). ماهیتاً نکته این است که افزایش مطلوبیت ناشی از دریافت پول در مقابل مال محدود است و ممکن است کمتر از مطلوبیت خود مال برای شخص باشد. بنابراین حتی اگر ارزش زمین شخصی برای اجتماع زیاد باشد و از مطلوبیت آن برای خود شخص فراتر رود، هیچ قیمت قابل پیشنهادی وجود ندارد که او را به فروش زمینش ترغیب کند.

۴-۲-۱ تحصیل اموال از طریق اعمال قدرت حاکمه در مقایسه با تحصیل از طریق خرید

چه تفاوت‌هایی بین رژیم‌ی که در آن دولت اختیار گرفتن مال را دارد و رژیم‌ی که در آن دولت باید مالی را که نیاز دارد خریداری کند، وجود دارند؟

اول، مشکلات در معامله که می‌توانند انجام خرید اموال را مانع شوند یا به تأخیر اندازند قابل اجتناب هستند وقتی که دولت قادر باشد اموال را به خود اختصاص دهد. اگر دولت قصد داشته باشد زمین جمع‌آوری کند تا جاده بسازد، می‌تواند به‌سادگی زمین را بگیرد؛ دولت نیازی ندارد با تعداد زیادی مالک برای تحصیل زمین معامله کند و با تأخیر یا عدم تمایل به فروش روبه‌رو شود. این یک مزیت اولیه استفاده از اختیارات قدرت حاکمه بر تحصیل از طریق خرید است.

دوم، هزینه‌های معامله ممکن است تفاوت داشته باشند اما اینکه در نظر گرفتن هزینه‌های معامله به نفع قدرت حاکمه است یا تحصیل از طریق خرید، روشن نیست. چنین حدس زده می‌شود که هزینه عملیات قدرت حاکمه فراتر از هزینه‌های خرید باشد به‌ویژه اگر دولت ملزم به تعیین ارزش‌های خصوصی و پرداخت غرامت به مالکان در مقابل اخذ مال باشد. باین حال هزینه اخذ اموال ممکن است کمتر از هزینه خرید باشد. مثلاً یک اقدام مبتنی بر قدرت حاکمه، که به دولت اجازه می‌دهد زیر زمین مردم لوله آب بگذارد، به سرعت انجام می‌شود و غرامات را برطبق یک فرمول ساده تعیین می‌کند (یا اینکه آنها حتی غرامت دریافت نمی‌کنند). اگر دولت مجبور به خرید این حقوق برای لوله‌گذاری باشد، هزینه‌های معامله بسیار زیاد و احتمالاً بازدارنده خواهند بود.

سوم، هزینه‌های دولت برای افزایش سرمایه‌ها به‌منظور تحصیل مال ممکن است به مقایسه دو رژیم مربوط باشد. اگر دولت مجبور باشد در مقابل اخذ مال غرامت بپردازد، آنگاه هزینه ضمنی افزایش سرمایه‌ها از طریق وضع مالیات، تحت هر دو رژیم وجود خواهد داشت. اگر فرض این باشد که دولت در مقابل اخذ مال غرامت نخواهد پرداخت، قدرت حاکمه نسبت به تحصیل مال از طریق خرید از یک مزیت هزینه‌ای سود می‌برد.

چهارم، امکان تحصیل غیرمطلوب از سوی دولت وقتی ایجاد می‌شود که دارای اختیارات قدرت حاکمه است اما نه در شرایطی که باید مال را از طریق خرید اکتساب کند. دولت ممکن است ارزش خصوصی مال را کمتر برآورد کند و درحالی‌که ارزش

خصوصی واقعی آن فراتر از ارزش آن برای اجتماع است آن مال را بگیرد.^۱ این نوع نتیجه نامطلوب اجتماعی روی نخواهد داد اگر دولت مجبور به تحصیل مال از طریق خرید باشد زیرا یک مالک خصوصی پیشنهادی را که کمتر از ارزش مورد نظر او برای مال است قبول نخواهد کرد.^۲

۵-۲-۵ اختیار قدرت حاکمه را می‌توان به وسیله مشکلات خرید دولتی توجیه کرد

اساس قدرت حاکمه از مقایسه انجام شده ناشی می‌شود. به کارگیری قدرت حاکمه

۱. دولت همچنین ممکن است مالی را بگیرد که نباید، زیرا انگیزه‌هایش برای اخذ آن مال از نظر اجتماعی نامطلوب هستند؛ رجوع کنید به قسمت ۸-۲-۵-۱.

۲. برای تفصیل مقایسه بین یک رژیم اخذ مال بدون پرداخت غرامت و یک رژیم خرید مال، با در نظر گرفتن عواملی که در دو بند اخیر ذکر شد، فرض کنید که مال متعلق به اشخاص خصوصی گاهی اوقات برای دولت ارزش مثبت دارد و دولت به تحصیل آن مال فکر می‌کند. فرض کنید v ارزش مال برای مالکش، $f(v)$ معادل تراکم v در میان جمعیت مالکان است، وقتی v در $[0, m]$ است و w ارزش مال برای دولت است. فرض کنید که دولت میزان v را در یک مورد خاص نمی‌داند اما توزیع f آن را می‌داند. رفاه اجتماعی عبارت است از ارزش مال برای هر کسی که از آن استفاده می‌کند دولت یا شخص خصوصی، منهای هزینه افزایش سرمایه‌های لازم برای دولت جهت انجام پرداخت‌ها؛ هزینه‌های سرمایه‌ها را a برای هر دلار فرض می‌کنیم وقتی $a > 0$ است.

تحت یک رژیم اخذ مال بدون پرداخت غرامت، دولت مالی را اخذ خواهد کرد اگر و فقط اگر $w > E(v)$ باشد زیرا آن وقتی است که اخذ مال باعث افزایش رفاه اجتماعی مورد انتظار می‌شود (E عامل انتظار است). تحت یک رژیم خرید، فرض کنید که دولت یک پیشنهاد x به یک شخص می‌کند که او می‌پذیرد یا رد می‌کند. رفاه اجتماعی به عنوان یک عمل x معادل $\int_x^m v f(v) dv + F(x)(w - ax)$ خواهد بود، زیرا یک پیشنهاد وقتی پذیرفته می‌شود که $v \leq x$ باشد (F معادل توزیع جمع شونده f است). وضعیت اولین سفارش تعیین‌کننده x مطلوب عبارت است از: $x = w / (1 + a) - aF(x) / [f(x)(1 + a)] < w$ ، or $f(x)(w - ax) - aF(x) - xf(x) = 0$ ، بنابراین اگر هزینه افزایش سرمایه نبود، پیشنهاد مطلوب دولت w خواهد بود، زیرا در آن صورت همه کسانی که مال را کمتر از دولت ارزش گذاشته‌اند آن را خواهند فروخت؛ اما از آنجایی که هزینه افزایش سرمایه وجود دارد دولت پیشنهاد را کم می‌کند.

رژیم اخذ مال بدون پرداخت غرامت یا یک رژیم خرید می‌تواند بر یکدیگر ارجحیت داشته باشند. مثلاً اگر دولت مطمئن باشد که w فراتر از v برای همه v احتمال می‌رود، به موجب یک رژیم اخذ مال آن را اخذ می‌کند و رفاه اجتماعی خوب خواهد بود. اما تحت یک رژیم خرید، پیشنهاد دولت ممکن است رد شود و اگر پذیرفته شود شامل هزینه اجتماعی ax می‌شود و بنابراین رفاه اجتماعی خوب نخواهد بود. اگر w کمتر از v باشد حتی اگر از $E(v)$ بیشتر باشد، دولت تحت یک رژیم اخذ مال اقدام می‌کند و رفاه اجتماعی معادل $w - E(v)$ خواهد بود. با وجود این رفاه اجتماعی ممکن است به موجب یک رژیم خرید بالاتر باشد: همان‌طور که a به سمت صفر میل می‌کند، پیشنهاد مطلوب دولت به سمت w می‌رود و رفاه اجتماعی به سمت خوب میل می‌کند، $E(\max(w, v))$.

ممکن است با استناد به مزیت اجتناب از مشکلات مذاکره در ارتباط با خرید و احتمالاً با استناد به امکان پس انداز هزینه معامله توجیه شود. هرچند چنین مزایایی باید از این نقص که دولت ممکن است اشتباهاً مالی را بگیرد قطعی تر باشند. به علاوه، اگر لازم باشد دولت وقتی که اختیار قدرت حاکمه‌اش را اعمال می‌کند غرامت بپردازد هزینه‌های ضمنی مشابه زمان تأمین مال سرمایه‌ها برای خرید را تحمل خواهد کرد. در هر صورت اجازه دهید اکنون فرض کنیم که اختیار قدرت حاکمه تضمین شده است و بررسی کنیم که آیا دولت باید برای مالی که می‌گیرد غرامت پرداخت کند.

۶-۲-۵-۱ خواست افراد خطرگریز برای جبران زیان‌ها دلیلی برای دولت در پرداخت

غرامت برای مالی که می‌گیرد نیست

آیا خطرگریزی افراد دلیلی برای پرداخت غرامت از سوی دولت برای اخذ مال است؟ در جامعه‌ای مثل جامعه آمریکا با بازارهای بسیار پیشرفته بیمه، خواست افراد خطرگریز را برای داشتن قراردادی که به موجب آن جبران خسارت آنها صورت گیرد می‌توان با خرید پوشش بیمه از سوی آنها در مقابل اخذ مال از سوی دولت برآورده کرد. هیچ نیازی برای خود دولت وجود ندارد که افراد را در مقابل اخذ مال به وسیله پرداخت غرامت به آنها بیمه کند. در حقیقت، به طور مشهود و در صورت تساوی شرایط دیگر موازنه‌ای بین پرداخت غرامت توسط دولت در صورت اخذ مال و خرید فردی پوشش بیمه در مقابل اخذ مال بدون غرامت وجود دارد. فرض کنید که افراد با یک‌دهم درصد خطر اخذ اموالشان از سوی دولت روبه‌رو باشند و اینکه مال مورد نظر ۱۰۰ هزار دلار ارزش داشته باشد. حق بیمه مناسب برای بیمه خصوصی در مقابل اخذ مال معادل ۱۰۰ دلار خواهد بود. اما اگر دولت برای اخذ مال غرامت بپردازد، مجبور خواهد بود مالیات‌های بیشتری برای تأمین منابع مالی وضع کند و افزایش لازم در مالیات برای انجام این کار همانند حق بیمه معادل ۱۰۰ دلار خواهد بود. بنابراین از طریق پرداخت مالیات‌های بیشتر جهت تأمین منابع مالی پرداخت غرامت در مقابل اخذ مال، افراد به طور ضمنی دقیقاً همان حق بیمه‌ای را خواهند پرداخت که برای پوشش بیمه فردی در مقابل اخذ مال لازم است. لذا با فرض وجود بازارهای بیمه با کارکرد مناسب، نیاز اجتماعی برای افراد

خطرگریز جهت جبران خسارت به این معنا نیست که دولت باید در صورت اخذ مال غرامت بپردازد؛ رژیمی که در آن اشخاص خصوصی پوشش بیمه‌ای می‌خرند ضرورتاً مشابه رژیمی است که دولت غرامت می‌پردازد. بازارهای بیمه ممکن است با مشکلات مختلفی به‌ویژه خطر اخلاقی روبه‌رو باشند (افراد بیمه شده در مقابل اخذ مال ممکن است دلیل کمی برای مبارزه با آن داشته باشند و این امر خطر اخذ بیش از حد مال را افزایش می‌دهد). اما این مشکلات در رابطه با خطر اخذ مال به‌نظر نمی‌رسد جدی‌تر از خطراتی باشند که برای آنها بیمه فروخته می‌شود (مثلاً آتش‌سوزی). به‌علاوه حتی اگر این مشکلات باعث کاهش میزان پوشش فروخته شده در یک بازار خصوصی شوند، این موضوع توجیه‌کننده ارائه پوشش از سوی دولت نخواهد بود مگر آنکه دولت در مبارزه با این مشکلات نسبت به شرکت‌های بیمه از مزیتی برخوردار باشد.^۱

۷-۲-۱ پرداخت غرامت‌ها، هزینه‌های اداری و هزینه‌های افزایش سرمایه‌ها

اگر دولت غرامت بپردازد دو نوع هزینه متحمل خواهد شد: اول، هزینه‌های اداری و انحرافات در رابطه با وضع مالیات و دوم، هزینه‌های اداری در رابطه با خود فرایند جبران خسارت. در بررسی هزینه‌های اخیر، به‌خاطر داشته باشید که اگر دولت برای اخذ مال غرامت نپردازد و افراد بیمه خریداری کنند، هزینه‌های اداری در رابطه با جمع‌آوری حق بیمه‌ها، تسویه مطالبات از سوی بیمه‌گران و تصمیم دولت راجع به اینکه اخذ مال

۱. مثلاً این مشکل را در نظر بگیرید که افراد بیمه شده در مقابل اخذ مال مقاومت نمی‌کنند و این امر تناوب آنها را آنقدر افزایش می‌دهد که بیمه برای آنها فروخته نخواهد شد چون حق بیمه‌ها از آنچه ارزش دارد بسیار گران‌تر خواهد شد. پس اگر دولت برای اخذ مال غرامت می‌پردازد، تصور می‌شد که افراد درخصوص مقاومت در مقابل اخذ مال به‌طور مساوی اهمال‌کار هستند و لذا حق بیمه ضمنی (به شکل مالیات برای تأمین منابع مالی اخذ مال) به همان زیادی حق بیمه واقعی می‌بود. بنابراین، فقدان بازار بیمه به این مفهوم است که دولت نباید برای اخذ مال غرامت بپردازد به‌جای آنکه آن را توجیه کند. بلوم و رابین فلد پیشنهاد می‌کنند که مشکلات بازارهای بیمه موجب تضمین پرداخت غرامت به‌عنوان بیمه ضمنی می‌شوند؛ اما استدلالشان ضرورتاً به همان دلایلی که در این پاورقی بیان شد پیچیده یا حداقل ناقص است. همچنین میشل‌مان ۱۹۶۷، ۱۲۱۷ این استدلال را بیان می‌کند که خطرات مربوط به اخذ مال قاعده‌دار هستند و نباید از سوی بیمه‌گران خصوصی بیمه شوند بلکه دولت باید برای آنها غرامت بپردازد. اگرچه این استدلال متقاعدکننده نیست حداقل به‌خاطر این که دلایل اخذ مال عدیده و متفاوت به‌نظر می‌رسند و همانند بسیاری از خطراتی که تحت پوشش بازار بیمه قرار دارند با یکدیگر مرتبط نمی‌باشند. برای مشاهده انتقاد از این نظریه که دولت بیمه‌گر ارجح‌تری در مقابل خطر اخذ مال است رجوع کنید به کاپلو ۱۹۶۸ الف، ۵۴۲-۵۳۳.

چه زمانی متناسب است، وجود خواهد داشت. به هر حال این تردید وجود دارد که هزینه‌های اداری وابسته به بیمه کمتر از هزینه‌هایی خواهند بود که دولت تحت رژیم پرداخت غرامت متحمل می‌شود، چون فرایندی که دولت میزان غرامت را تعیین می‌کند احتمالاً طاقت‌فرساتر از رویه‌های بیمه‌گران خواهد بود.

۸-۲-۵-۱ پرداخت غرامت و انگیزه‌های دولت برای اخذ مال

تا این مرحله، فرض شده است که انگیزه دولت برای اخذ مال از نظر اجتماعی صحیح است اما در واقع ممکن است این گونه نباشد. در این رابطه، غالباً تصدیق می‌شود که اگر دولت باید در مقابل مالی که اخذ می‌کند چیزی بپردازد، تناوب اخذ مال از سوی دولت ممکن است به طرف مسیر مطلوبیت تغییر کند. سؤال این است که چرا ممکن است انگیزه دولت در اخذ مال از نظر اجتماعی نامتناسب باشد اگر مجبور نباشد در مقابل آن چیزی بپردازد؟ پاسخ‌های متعددی مطرح شده‌اند: از جمله اینکه کسانی که قدرت را به دست دارند ممکن است از این اختیار برای تنبیه مخالفان سیاسی استفاده کنند؛ افرادی که برای دولت کار می‌کنند ممکن است از اخذ مال منتفع شوند چون حقوق و وضعیتشان ممکن است با گسترش قلمرو فعالیت‌هایشان افزایش یابد یا چون آنها از صرف اعمال قدرت لذت می‌برند؛ یا افرادی که برای دولت کار می‌کنند ممکن است به نحوی از سوی شرکت‌هایی که به دنبال کسب سود از قراردادهای اجرای پروژه‌های عمومی (مثل ساخت جاده) هستند تطمیع شوند. اگر به این دلایل انگیزه دولت در اخذ مال بیش از حد و بدون نیاز به پرداخت غرامت را اضافه کنیم، آنگاه الزام به پرداخت ممکن است به عنوان یک نظارت سودمند بر اخذ مال تلقی گردد. به هر حال این استدلال را می‌توان در زمینه‌های مختلف به چالش کشید.

اول اینکه شاید انگیزه دولت در اخذ مال بدون نیاز به پرداخت غرامت افراطی تلقی نشود. مثلاً افرادی که برای دولت کار می‌کنند ممکن است دیوان سالاران بیش از حد محتاطی باشند. اگر انگیزه بسیار کمی برای دولت در اعمال قدرت حاکمه‌اش حتی وقتی غرامت نمی‌پردازد وجود داشته باشد، الزام دولت به پرداخت غرامت فقط مشکل کندی فعالیت دولت را تشدید خواهد کرد. دوم، مجدداً با فرض آنکه مشکل انگیزه‌های افراطی برای اخذ مال بدون پرداخت غرامات وجود داشته باشد، میزان کاهش اخذ مال

مورد سؤال خواهد بود؛ زیرا با وجود آنچه گفته شد، دولت می‌تواند برای تأمین هزینه‌های مالی اخذ مال اقدام به افزایش مالیات‌ها کند و در هر صورت کسانی که تصمیم می‌گیرند که مالی گرفته شود یا خیر ممکن است خودشان چندان تحت تأثیر هزینه‌های پرداخت غرامت از سوی دولت نباشند. سوم، اگر در مقابل اخذ مال غرامت پرداخت شود، آنگاه قربانیان دلیل کمی برای مقاومت در برابر اخذ مال خواهند داشت و بنابراین مشکل اخذ مال افراطی به‌خاطر رویهٔ پرداخت غرامت به‌وجود خواهد آمد.

ممکن است به‌نظر برسد این استدلال که پرداخت غرامت در مقابل اخذ مال برای ترغیب دولت به رفتار بهتر ضروری است در امتداد برداشت ما نسبت به رفتار دولت خارج از قلمرو اخذ مال قرار دارد و این خود نکته‌ای قابل بررسی است. ما هیچ‌گونه تقاضای عمومی برای پرداخت در مقابل نتایج منفی اقدامات دولت مشاهده نمی‌کنیم حتی اگر تصویب هرگونه مقررات یا قانونی موجب زیان بعضی از افراد شود. ممکن است تصور شود دلیل اینکه هیچ‌گونه سیاست کلی برای اقدام دولت به پرداخت خساراتی که مقرراتش ایجاد می‌کنند وجود ندارد این است که ما معتقدیم از یک‌سو، انگیزه‌های دولت در حد قابل قبولی برای پیشرفت رفاه اجتماعی هستند و از سوی دیگر اینکه الزام دولت به پرداخت در مقابل نتایج منفی به‌روشنی مشکلات انگیزه‌ای که وجود دارند برطرف نخواهد کرد. بنابراین لازم است توضیح داده شود که چرا الزام دولت به پرداخت غرامت دارای مزیت ویژه است و رفتار دولتی را در زمین اعمال اختیارات قدرت حاکمه‌اش بهبود می‌بخشد.^۱

۹-۲-۵-۱ پرداخت غرامت و انگیزه‌های افراطی افراد برای سرمایه‌گذاری در بهسازی مال

اگر دولت در صورت اخذ مال غرامت بپردازد، افراد ممکن است دارای انگیزه‌های افراطی و از نظر اجتماعی نامطلوب برای سرمایه‌گذاری در بهسازی مالشان باشند. فرض کنید یک احتمال ۴۰ درصدی وجود دارد که زمین یک فرد به‌خاطر ساخت یک جاده گرفته شود و اینکه در صورت اخذ، هر چیز ساخته شده روی زمین خراب خواهد شد. پس هنگام تصمیم‌گیری در خصوص سرمایه‌گذاری در بهسازی زمین باید این احتمال را در نظر گرفت که اگر زمین گرفته شود، سرمایه‌گذاری یک اتلاف اجتماعی خواهد بود.

۱. در مورد این مسئله که الزام به جبران خسارت چگونه ممکن است بر انگیزه‌های دولت برای اخذ مال اثر بگذارد، به‌عنوان مثال رجوع کنید به فاربر ۱۹۹۲ و رجوع کنید به بحث کلی و ارجاعات مذکور در کاپلو ۱۹۸۶ الف، ۵۷۵-۵۶۶.

فرض کنید شخصی به اقدامی مثل افزودن یک ایوان فکر می‌کند که ارزش خانه‌اش را تا ۱۰ هزار دلار افزایش خواهد داد. پس ارزش اجتماعی مورد انتظار سرمایه‌گذاری در ایوان فقط ۶ هزار دلار است تا ۱۰ هزار دلار (زیرا ۶۰ درصد احتمال وجود دارد که زمینش گرفته نشود) و از نظر اجتماعی برای او متناسب خواهد بود که ایوان را بسازد فقط اگر هزینه آن کمتر از ۶ هزار دلار باشد. اما اگر در صورت اخذ زمین از سوی دولت معادل ارزش مال به شخصی غرامت پرداخت شود، وی بدون در نظر گرفتن احتمال تلف تصمیم می‌گیرد که به سرمایه‌گذاری در ساخت ایوان اقدام کند. برای او، نتیجه نهایی سرمایه‌گذاری قطعی خواهد بود، زیرا اگر زمینش گرفته نشود او از سرمایه‌گذاری در ایوان تا ۱۰ هزار دلار سود می‌برد و اگر زمین از سوی دولت گرفته شود او با دریافت ۱۰ هزار دلار غرامت اضافی از دولت به همین اندازه سود خواهد برد. از این‌رو، مادام که هزینه او کمتر از ۱۰ هزار دلار باشد به سوی سرمایه‌گذاری در ایوان هدایت می‌شود. اگر هزینه از ۶ هزار دلار فراتر رود اما کمتر از ۱۰ هزار دلار باشد، مثلاً اگر ۸ هزار دلار باشد، او سرمایه‌گذاری را انجام خواهد داد حتی اگر از نظر اجتماعی نامطلوب باشد.^۱

دولت ممکن است با این مشکل مبارزه کند اگر تشخیص دهد که سرمایه‌گذاری

۱. فرض کنید z عبارت از سرمایه‌گذاری یک شخص در مال باشد و $v(z)$ ارزش داده شده به z در حالی که $v'(z) > 0$ ، $v''(z) < 0$ است. فرض کنید که با احتمال p ، مال ارزش w را برای دولت خواهد داشت در حالی که $w > v(z)$ (هرچه که z باشد)، تا اینکه برای دولت مطلوب باشد که مال را بگیرد. سرمایه‌گذاری مطلوب اجتماعی z^* معادل z است که معادله $(1-p)v(z) + pw - z$ را به حداکثر می‌رساند (توجه کنید که ارزش z با احتمال p تلف می‌شود)؛ بنابراین z^* به وسیله $(1-p)v'(z) = 1$ تعیین می‌شود. اکنون به چندین نکته توجه کنید.

الف) اگر اخذ مال بدون پرداخت غرامت باشد، فرد این معادله را به حداکثر می‌رساند که $(1-p)v(z) - z$ ، بنابراین او z^* را انتخاب خواهد کرد (همچنین اگر طرفین خطرگریز باشند و مال را بیمه کنند، فرد z^* را انتخاب خواهد کرد و حق بیمه عبارت خواهد بود از $pv(z)$ بنابراین او این معادله را به حداکثر خواهد رساند $pv(z) - p v(z) - z$. ب) اگر اخذ مال با پرداخت غرامتی معادل $v(z)$ باشد، فرد $v(z) - z$ را به حداکثر می‌رساند زیرا او در صورتی که اخذ مال صورت نگیرد $v(z)$ را به دست می‌آورد و اگر اخذ مال صورت گیرد $v(z)$ را به عنوان غرامت دریافت خواهد کرد. بنابراین او z را انتخاب خواهد کرد که براساس $v'(z) = 1$ تعیین می‌شود و لذا $z^* = z^*$ انتخاب خواهد شد (زیرا $v''(z) < 0$). دلیل آنکه $z^* > z^*$ همان‌طور که در متن تأکید شد آن است که شخص سرمایه‌گذاری در مالش را به عنوان سرمایه‌گذاری با منفعت قطعی تلقی می‌کند حتی اگر از نظر اجتماعی منفعت آن قطعی نباشد. ج) اگر اکتساب مال از طریق خرید باشد، نتیجه مشابه وقتی است که غرامت $v(z)$ وجود دارد زیرا دولت مجبور خواهد بود حداقل $v(z)$ پرداخت کند تا مالک را ترغیب به فروش کند. این نکات ابتدا در بلوم، رابین فلد و شاپیرو ۱۹۸۴ مطرح گشت.

شخصی تحت چنان شرایطی بیش از حد متعارف و مورد انتظار بوده است. اگر دولت بداند که ارزش سرمایه‌گذاری در ایوان، با احتمال تلف محسوب شدن آن تخفیف‌یافته هزینه ۸ هزار دلاری آن را توجیه نمی‌کند و آنگاه می‌تواند از پرداخت غرامت اضافی برای ایوان امتناع کند. دولت می‌تواند سیاست پرداخت در مقابل ارزش بهبودیافته مال را اتخاذ کند و بنابراین انگیزه بهسازی نامتناسب مال را از بین ببرد. اما دولت همیشه اطلاعات لازم را برای انجام موفقیت‌آمیز این کار در اختیار ندارد.^۱

بدون پرداخت غرامت از سوی دولت، هیچ مشکلی در رابطه با انگیزه‌های افراد برای بهسازی مال وجود ندارد (اما به بند ب در قسمت بعد نگاه کنید). اگر افراد بیمه اخذ مال خریداری نکنند، واضح است که یک شخص بین هزینه بهسازی و منفعتی که به واسطه احتمال اخذ مال تخفیف یافته است توازن برقرار می‌کند و از آنجاکه به‌خاطر اخذ مال متحمل ضرر خواهد شد، به‌طور مناسبی احتمال زیان را در نظر خواهد گرفت و بیش از حد سرمایه‌گذاری نخواهد کرد. با تعمق در موضوع می‌توان مشاهده کرد که بهتر است شخص در مقابل اخذ مال بیمه شده باشد، زیرا حق بیمه‌اش افزایش خواهد یافت اگر مالش را بهسازی کند و پوشش‌اش را افزایش دهد. در این مثال، اگر فردی مالش را تا ۱۰ هزار دلار بهسازی کند و احتمال اخذ مال ۴۰ درصد باشد، آنگاه حق بیمه به ۴ هزار دلار افزایش می‌یابد. بنابراین، او با سرمایه‌گذاری به یک سود خالص ۶ هزار دلاری دست می‌یابد و لذا فقط در صورتی که هزینه کمتر از ۶ هزار دلار باشد سرمایه‌گذاری می‌کند و این از نظر اجتماعی مطلوب است.

۱۰-۲-۵ توضیحات در خصوص انگیزه‌های سرمایه‌گذاری

الف) اهمیت عملی ولی محدود انگیزه مفراط برای سرمایه‌گذاری وقتی دولت برای اخذ مال غرامت می‌پردازد: اهمیت انگیزه‌های مفراط افراد برای سرمایه‌گذاری در مال به‌خاطر

۱. برای دقیق‌تر بودن (و در ادامه پاورقی پیشین)، فرض کنید که غرامت معادل k ثابت است، صرف‌نظر از $v(z)$ واقعی. پس z به‌طور مطلوب انتخاب خواهد شد: طرفین $(1-p)v(z)+pk-z$ را به حداکثر می‌رسانند تا شرایط اولین تقاضای تعیین‌کننده z مطلوب‌ترین باشد. ثابت k درواقع می‌تواند معادل $v(z^*)$ باشد - یا برآوردی از آن. بنابراین، نه پرداخت غرامت برای اخذ مال بلکه ارتباط غرامت با ارزش بهبودیافته مال است که انگیزه‌های مفراط برای سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کنند.

پرداخت غرامت در مقابل اخذ مال اغلب بسیار کم است زیرا احتمال اخذ مال برای اکثر اموال ناچیز است و بنابراین بعید است که در اکثر تصمیمات مربوط به سرمایه‌گذاری تجسم یابد. می‌توان تصور کرد مالی که احتمال اخذ آن وجود دارد فقط برای مدت کوتاهی در آن شرایط قرار گیرد و در طول آن مدت سرمایه‌گذاری‌های کمی انجام خواهد گرفت.

ب) امکان انگیزه‌های مفرط برای سرمایه‌گذاری وقتی دولت در مقابل اخذ مال غرامت نمی‌پردازد: عاملی که هنوز مورد بررسی قرار نگرفته این است که شخص ممکن است به‌واسطه سرمایه‌گذاری کافی در مال به‌منظور افزایش ارزش خصوصی آن در حد بیش از سطح ارزش عمومی‌اش در صورت اخذ از سوی دولت، قادر باشد از اخذ مال جلوگیری کند. این می‌تواند شخصی را به سرمایه‌گذاری بیش از حد هدایت کند اگر باعث شود که اخذ مال در مقابل پرداخت غرامت انجام نشود.^۱ چنین سرمایه‌گذاری‌های مفرطی وقتی فاصله زیادی بین ارزش خصوصی مال یک فرد و ارزش عمومی مال وجود دارد بعید خواهد بود (همان‌گونه که نوعاً صحت دارد اگر ارزش عمومی مربوط متعلق به اجتماعی از قطعات زیاد باشد) و وقتی که تصمیمات سرمایه‌گذاری در مال در حالت مواجهه با عدم قطعیت نیاز دولت به اخذ مال گرفته می‌شوند.

ج) نظریه نادرست مبنی بر اینکه غرامت برای تأمین انتظارات سرمایه‌گذار لازم است: برخی مفسران و حقوق‌دانان معتقدند که برآورده کردن انتظارات سرمایه‌گذاران درباره منافع اموالشان توجیهی برای دولت جهت پرداخت غرامت است.^۲ اما همان‌گونه که توضیح

۱. برای مثال فرض کنید که ارزش عمومی مال اگر اخذ شود معادل ۱۱۰ هزار دلار باشد و ارزش خصوصی فعلی مال ۱۰۰ هزار دلار است و شخصی می‌تواند ۳۰ هزار دلار در مال سرمایه‌گذاری کند و ارزش خصوصی آن را به ۱۱۵ هزار دلار برساند و در نتیجه از اخذ مال به‌وسیله دولت جلوگیری کند (زیرا ۱۱۵ هزار دلار بیش از ۱۱۰ هزار دلار است و اخذ مال روی نخواهد داد). شخصی ۳۰ هزار دلار صرف می‌کند تا از زیان ۱۰۰ هزار دلاری ناشی از اخذ مال اجتناب کند اما هزینه‌ها از نظر اجتماعی نامطلوب خواهند بود زیرا ارزش مال را فقط ۱۵ هزار دلار افزایش می‌دهد. این امکان در پاورقی قبل و ماقبل ایجاد نشد زیرا در آنجا فرض بر این بود که ارزش مال برای دولت w بیش از ارزش خصوصی $v(z)$ است بدون در نظر گرفتن سرمایه‌گذاری z . اما اگر آن فرض رها شود و $w > v(z)$ ممکن باشد افراد ممکن است یک z مفرط را در فقدان غرامت انتخاب کنند (همانند وجود غرامت). این نکته از سوی بلوم، رابین فلد و شاپیرو در سال ۱۹۸۴ مطرح شد.

۲. برای مثال رجوع کنید به جونز ۱۹۹۵، ۸-۷ و میچلمان ۱۹۶۷، ۱۲۱۳-۱۲۰۸ که این دیدگاه را مورد بحث قرار می‌دهند. تعدادی از مفسران از این استدلال درباره انتظارات سرمایه‌گذار به‌دلیل تسلسل آن انتقاد کرده‌اند: هیچ‌گونه انتظار بازگشت سرمایه‌گذاری وجود ندارد اگر از سوی دولت اعلام شود که در مقابل اخذ مال غرامت^۳

داده شده ایجاد این انتظار در مالکان که سرمایه‌گذاری‌هایشان در زمان اخذ مال پرداخت خواهد شد از نظر اجتماعی زیان‌آور است، زیرا در شرایطی که چنین سرمایه‌گذاری‌هایی نوعی تلف به‌شمار می‌روند انگیزه‌های گمراه‌کننده اجتماعی به‌وجود می‌آورد (حتی اگر این انگیزه‌ها کم باشند) به عبارت دیگر از نظر اجتماعی نامطلوب است که چنین انتظاراتی مورد حمایت قرار بگیرند.^۱

د) تبیین - وقتی سرمایه‌گذاری خصوصی با اخذ مال اتلاف محسوب نمی‌شود: این استدلال که پرداخت غرامت به سرمایه‌گذاری مفرط اجتماعی منجر می‌شود بر این فرض متکی است که بعد از اخذ مال معلوم شود سرمایه‌گذاری‌های اشخاص خصوصی یک اتلاف اجتماعی بوده‌اند «مثل افزودن یک ایوان به خانه‌ای که برای ساختن یک جاده ویران خواهد شد»، اما اگر خانه از سوی دولت برای منظور خاصی مورد استفاده قرار گیرد، ایوان پس از اخذ مال نیز دارای ارزش اجتماعی خواهد بود و در آن وضعیت پرداخت غرامت ممکن است منتهی به سرمایه‌گذاری مناسب شود و قصور در پرداخت غرامت به کاهش سرمایه‌گذاری منجر خواهد شد.

۱-۵-۲-۱۱ جبران خسارت در مقابل اخذ مال؛ خلاصه عوامل پشتیبان و عوامل مخالف

بحث ما را راجع به اینکه دولت باید در مقابل اخذ مال ملزم به پرداخت غرامت شود یا خیر، می‌توان به صورت ذیل خلاصه کرد:

اول، خلاصه دلایل حمایت از پرداخت غرامت، این است که پرداخت ممکن است به منزله کنترل بر اخذ مال به صورت افراطی عمل کند. این نکته با پرسش‌هایی راجع به اینکه انگیزه‌های واقعی دولت در اخذ مال افراطی هستند و با طرح مسائل مربوطه تبیین گردید.

→ پرداخت نخواهد کرد؛ برای مثال رجوع کنید به گراتس ۱۹۸۵، ۱۸۲۳، کاپلو ۱۹۸۶، ۵۲۳-۵۲۲ و لومور ۱۹۹۳، ۲۸۸.

۱. نکته‌ای که در اینجا مرور می‌شود این است که جبران خسارت نامطلوب است زیرا با فرض احتمال اخذ مال موجب سرمایه‌گذاری مفرط می‌شود. نکته متفاوتی که می‌تواند شرط جبران خسارت را توجیه کند این است که این شرط با انگیزه‌های ناقص مانع دولت از اخذ مال در شرایط غیرضروری می‌شود، همان‌گونه که در قسمت ۸-۲-۱ مورد بررسی قرار گرفت.

دوم، خلاصه دلایل مخالفت با پرداخت غرامت عبارت‌اند از هزینه‌های بالای اداری، هزینه‌های ضمنی افزایش سرمایه‌ها از طریق وضع مالیات و امکان بالقوه افراد برای سرمایه‌گذاری بیش از حد در اموالشان.

۱۲-۲-۱ توضیح در خصوص اقدامات دولت که بر ارزش‌های اموال اثر می‌گذارند

اگرچه اخذ مال کامل محسوب نمی‌شوند

دولت ممکن است به طرقی عمل کند که بر ارزش مال متعلق به یک فرد اثر گذارد. از جمله دولت ممکن است مدرسه‌ای نزدیک مال یک شخص بسازد و در نتیجه ارزش آن را برای او شاید به‌خاطر سروصدا یا چون در منظره اطراف مال ایجاد خلل می‌کند کاهش دهد. یا دولت ممکن است قانونی وضع کند که بر ارزش مال اثر گذارد، مثلاً قانونی مستلزم اقدامات پرهزینه برای جلوگیری از فرسایش خاک که باعث کاهش ارزش زمین می‌شود (چنین نتیجه‌ای گاهی اوقات به‌عنوان اخذ مال به‌صورت قانونی مورد اشاره قرار می‌گیرد). در این مورد، دولت درگیر یک اخذ مال کامل نیست یعنی کل مجموعه حقوق مالکانه‌ای را که شخص در یک چیز دارد ضبط نمی‌کند، هرچند حقوق مالکانه خاصی را می‌گیرد و تحلیلی که ارائه شده است قابل اعمال بر این حقوق مالکانه خاص می‌باشد.

ابتدا این مسئله را بررسی می‌کنیم که آیا دولت لازم است به‌جای خرید مال، آن را اخذ کند؟ این نکته قبلاً مورد توجه قرار گرفت که یک مزیت اولیه اجازه دادن به دولت برای اخذ مال این است که مانع شکست در مذاکره برای خرید می‌شود. بروز چنین شکست‌هایی در برخی زمینه‌ها احتمالی به‌نظر می‌رسند اما نه در همه زمینه‌ها. در قضیه ساخت یک مدرسه، تعداد افرادی که به طرق مختلف (مثل سروصدا) تحت تأثیر قرار می‌گیرند نوعاً بسیار زیاد خواهد بود. در نتیجه، اگر دولت مجبور بود حقوق مالکانه لازم را از همه این افراد خریداری کند این احتمال ذاتی وجود داشت که برخی از آنها از فروختن امتناع کنند و مانع ساخت مدرسه گردند. در صورت وجود قانونی که مستلزم اقداماتی جهت جلوگیری از فرسایش خاک است وضعیت متفاوت به‌نظر می‌رسد زیرا شکست در انعقاد قرارداد با یک کشاورز به این معنا نیست که کل پروژه جلوگیری از فرسایش مورد

مصالحه قرار گرفته است. بنابراین می‌توان تصور کرد که دولت با هر کشاورز به‌طور جداگانه مذاکره و حقوقی را خریداری کند تا او را درگیر اقدامات جلوگیری از فرسایش خاک سازد به‌جای آنکه با استناد به قانون یا حکومت حاکمه به این کار حکم کند.

اکنون این پرسش را بررسی می‌کنیم که آیا دولت در صورت داشتن اختیار اخذ برخی از حقوق مالکانه باید غرامت بپردازد. به‌نظر می‌رسد هزینه‌های اداری پرداخت غرامت در رابطه با زیان‌های وارده گاهی نسبتاً بالا هستند، شاید به‌خاطر تعداد افرادی که مدعی نوعی زیان مثل مزاحمت ازسوی وجود مدرسه می‌شوند و اغلب مدعی زیانی با ماهیت نسبتاً کوچک هستند. این مشکل گاهی اوقات هم ممکن است از جهات قانونی مهم باشد اگر هزینه تعیین غرامت نسبت به اهمیت قانونی مسئله بیشتر باشد.

به‌طور خلاصه، در برخی نمونه‌های اقدام دولت که ممکن است به‌منزله اخذ ضمنی حقوق مالکانه بدون پرداخت خسارت محسوب شوند، تحلیل اخذ مال نشان می‌دهد که عمل بدین‌شکل برای دولت منطقی است (مثل ساخت مدرسه). اما در نمونه‌های دیگر، روشن نیست که سیاست فعلی مطلوب باشد. در هر صورت، نکته اصلی این است که می‌توان اقدامات دولت را با استفاده از چارچوب تشریح شده تحلیل کرد.

۱۳-۲-۵-۱ قانون

در ایالات متحده، دولت از یک حق کلی برای اخذ مال برخوردار است وقتی اخذ مال برای استفاده عمومی باشد و دولت غرامت عادلانه بپردازد و قانون در بسیاری کشورهای دیگر نیز مشابه است.^۱ هرچند در مورد حدود این حق و الزام به پرداخت غرامت به‌ویژه در مورد آنچه به یک استفاده عمومی مربوط می‌شود جای تردید و بحث وجود دارد. (اگر دولت قصد داشته باشد زمینی را که می‌گیرد به یک شرکت خصوصی که افراد بیکار را استخدام می‌کند بفروشد، آیا این کار یک استفاده عمومی خواهد بود؟) وقتی مقررات دولتی و دیگر اقدامات دولتی که اخذ مال به‌طور کامل محسوب نمی‌شوند (به قسمت قبل رجوع کنید) ارزش مال را کاهش می‌دهند، این مقررات و اقدامات اخذ مالی تلقی

۱. در مورد قانون اخذ مال در ایالات متحده رجوع کنید به ساکن ۲۰۰۰ و نوآک و روتاندا ۲۰۰۰، قسمت ۱۲، ۱۱؛ در خصوص قانون در کشورهای دیگر، برای مثال نگاه کنید به گارنر ۱۹۷۵ و واندروال ۱۹۹۹. درباره تاریخچه اخذ مال، برای مثال نگاه کنید به باسمن، کالیز و بانا ۱۹۷۳، فصل ۶.

می‌شوند که فقط در شرایط محدود برای آنها پرداخت غرامت در نظر گرفته شده است.^۱

۱۴-۲-۵-۱ مروری بر پیشینهٔ مباحث

تحلیل‌های عمدهٔ اقتصادی از اخذ مال عبارت‌اند از بلوم، رابین فلد و شاپیرو (۱۹۸۴) که بر اثرات پرداخت غرامت بر انگیزه‌های بهسازی مال تمرکز داشته و تأکید کرده‌اند که پرداخت غرامت ممکن است منجر به سرمایه‌گذاری بیش از حد در مال شود، و کاپلو (۱۹۸۶ الف) یک مقالهٔ عمومی ترکیبی که علاوه بر تأکید بر این نکته که پرداخت غرامت ازسوی دولت ممکن است منجر به سرمایه‌گذاری بیش از حد شود، این نکته را نیز مؤکداً عنوان می‌کند که بازار خصوصی می‌تواند در مقابل اخذ مال ازسوی دولت اقدام به ارائه بیمه کند.^۲

۶-۱ حقوق اموال در اطلاعات

در این بخش تولید و استفادهٔ بعدی از اطلاعات و میزان ارتقای آنها را بر مبنای روش مطلوب اجتماعی از طریق حقوق اموال در اطلاعات مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد. با بیان حقوق اموال در اطلاعات، به حق اختراع، حق طبع و حقوق علائم تجاری اشاره می‌کنم و همچنین حقوق سری تجارت و جنبه‌های بسیار مربوط به حقوق قراردادهای و حقوق مسئولیت مدنی را در نظر می‌گیرم. به جهت سهولت، گاهی در مورد اطلاعات به‌طور خلاصه خواهیم نوشت اما در مواقع دیگر به تجسم اطلاعات در کالاها و خدمات و اشکال ویژهٔ بیان اطلاعات به‌ویژه بیان لفظی، مواد چاپی و پخش از طریق رسانه‌ها و ضبط در وسایل الکترونیکی اشاره خواهیم کرد.

۱. برای مثال رجوع کنید به استوباک و ویتمن ۲۰۰۰، ۵۴۵-۵۲۴.

۲. نوشته‌های اقتصادی در مطالب میچلی و سگرسون ۲۰۰۰ مورد بررسی قرار گرفته‌اند که شامل موارد ذیل می‌شود: بلوم و رابین فلد ۱۹۸۴، اپستین ۱۹۸۵، فابر ۱۹۹۲، هرمالین ۱۹۹۵، کننش و بورشردینگ ۱۹۷۹، مریل ۱۹۸۶، مانچ ۱۹۷۶، و کوئین و تربیل کاک ۱۹۸۲؛ همچنین نگاه کنید به فیشال ۱۹۹۵، میچلی و سگرسون ۱۹۹۶ و ۱۹۹۸ درخصوص اخذ مال قانونی. هرمالین ۱۹۹۵ قابل توجه ویژه است به‌خاطر تحلیلش از راه‌های جایگزین اخذ مال با پرداخت غرامت، شامل رژیمی که در آن اخذ مال وجود دارد و افراد این فرصت را دارند که مال خود را به قیمتی که دولت پیشنهاد می‌کند مجدداً خریداری کنند. تعدادی از مقالات اولیه راجع به اخذ مال که دارای ابعاد مهم اقتصادی و تحلیل روش هستند شامل باکستر و آلتی ۱۹۷۲، برگر ۱۹۷۴، میچلمان ۱۹۶۷ (که به‌خصوص بسیار مؤثر بود) و ساکس ۱۹۷۱ می‌شوند.

این بخش به سه فراز عمده تقسیم می‌شود. اولین فراز اطلاعات دارای ارزش مکرر را مورد بررسی قرار خواهد داد: اطلاعاتی که برای تولید واحدهای متعدد مفید هستند. مثلاً کلمات یک کتاب دارای ارزش مکرر هستند زیرا می‌توان کتاب را چاپ مجدد کرد و طرح یک وسیله جدید دارای ارزش مکرر است زیرا واحدهای متعددی از آن وسیله قابل ساخت با آن طرح است. اطلاعات دارای ارزش مکرر، تحت حمایت حق اختراع، حق طبع و حقوق سری تجارت قرار دارد. فراز دوم این بخش به‌طور خلاصه دیگر انواع مختلف اطلاعات را مورد بررسی قرار می‌دهد و از جمله درباره اطلاعاتی که فقط برای یک‌بار قابل استفاده هستند (از قبیل اطلاعات درباره محل منابع نفتی) بحث خواهد شد. فراز آخر این بخش به اطلاعاتی که به‌عنوان یک برچسب حاکی از ویژگی‌های یک کالا یا خدمت مثل علائم مشخصه، بسته‌بندی محصول و مارک‌ها دارای ارزش هستند خواهد پرداخت. برچسب‌ها نیز تحت حمایت حقوق علائم تجاری قرار دارند.

۱-۶-۱ حق اختراع، حق طبع و اسرار تجاری: حقوق اموال در اطلاعات دارای

ارزش مکرر

۱-۶-۱-۱ کلیات

ارزش اجتماعی اطلاعات دارای ارزش مکرر معمولاً فراتر از هزینه گسترش آن است و تولید اطلاعات را از نظر اجتماعی مطلوب می‌سازد. هرچند اگر اطلاعات ازسوی کسانی که مالک آن هستند قابل تکثیر با هزینه پایین باشد، شخصی که اولین بار اطلاعات را جمع‌آوری کرده نخواهد توانست آن را به خریداران زیادی بفروشد و اکثر خریداران قادر خواهند بود این اطلاعات را خودشان منتشر کنند یا مجدداً به فروش رسانند. در نتیجه، پاداشی که برای ایجاد اطلاعات به یک شخص داده می‌شود کمتر و شاید بسیار کمتر از ارزش اجتماعی‌اش خواهد بود. بنابراین، گسترش اطلاعات در صورت برابر بودن سایر شرایط، به‌طور نامطلوبی با تأخیر صورت خواهد گرفت.

برای سرعت بخشیدن به تولید اطلاعات، دولت می‌تواند به صاحبان آنها حقوق اموال اعطا کند. اگر به ایجادکننده اطلاعات حق انحصاری فروش کالاهای دربردارنده آن اعطا شود، او ممکن است سود ببرد و چشم‌انداز چنین سودهایی می‌تواند در وهله اول

مشوق تلاش برای تولید اطلاعات باشد. بنابراین، حقوق اموال در اطلاعات، می‌تواند یک تأسیس باارزش اجتماعی باشد.

بااین حال نتیجه نامطلوب اجتماعی اعطای حقوق اموال این است که کالاهای دربردارنده اطلاعات بسیار کمی تولید خواهند شد چون کسانی که حقوق اموال را در اختیار دارند می‌توانند قیمتی فراتر از هزینه تولید کالاهای طلب کنند. برای رفع این مشکل، حقوق اموال در اطلاعات را می‌توان به طرق مختلف محدود کرد.

یک جایگزین برای حقوق اموال در اطلاعات، نظام پرداخت پاداش‌های دولتی به تولیدکنندگان اطلاعات است زیرا پاداش‌ها محرکی برای ایجاد اطلاعات خواهند بود و چون خالق اطلاعات تحت نظام پاداش هیچ‌گونه حقوق اموال در اطلاعات را به‌دست نخواهد آورد، کالاهای دربردارنده اطلاعات با قیمت‌های رقابتی به فروش می‌رسند. لذا در چنین وضعیتی قیمت‌ها نسبت به موقعی که خالقان اطلاعات دارای حقوق اموال در اطلاعات هستند ارجح خواهند بود. با وجود این، جنبه‌های پیچیده نظام‌های پاداش وجود دارند. اکنون اجازه دهید توضیح این نکات را با بررسی تولید مطلوب اجتماعی و استفاده از اطلاعات آغاز کنیم.

۲-۱-۶-۱ استفاده ایدئال اجتماعی از اطلاعات موجود

وقتی اطلاعات تولید شد و گسترش یافت چگونه باید از آن استفاده کرد؟ واضح است که در بهترین حالت، کالای دربردارنده اطلاعات باید تولید و ازسوی فردی که رفاه اجتماعی وی با تحصیل آن افزایش می‌یابد و ارزش کالا برای او فراتر از هزینه تولید آن است تحصیل شود.^۱ بنابراین باید وسیله جدیدی برای هر شخصی که آن را بیش از هزینه تولیدش ارزش‌گذاری می‌کند تولید شود؛ کتاب باید برای هرکسی که آن را خیلی بیشتر از هزینه چاپش ارزش‌گذاری می‌کند چاپ شود. نرم‌افزار کامپیوتری باید در دسترس هر فردی قرار گیرد که آن را خیلی بیشتر از هزینه لوحی که برنامه رویش ضبط شده است (یا هزینه استخراج برنامه از اینترنت) ارزش‌گذاری کند.

۱. در این بخش عموماً معیار معمول رفاه اجتماعی را به کار می‌برم: جمع مطلوبیت‌های حاصل از کالاهای منهای هزینه‌های مربوط به تولید، منهای هزینه‌های گسترش اطلاعات و منهای برخی هزینه‌های دیگر به‌ویژه آنهایی که مربوط به اجرای قانون هستند.

۳-۱-۶ ارزش اجتماعی اطلاعات

ارزش اجتماعی اطلاعات عبارت از میزانی است که رفاه اجتماعی برای کل گروه افرادی که کالای دربردارنده اطلاعات را به دست می آورند افزایش می یابد. ارزش اجتماعی مطلوب اطلاعات عبارت است از ارزش اجتماعی آن وقتی کالا به طور مطلوب یعنی برای همه افرادی که آن را بالاتر از هزینه تولیدش ارزش گذاری می کنند تولید می شود. به عنوان مثال اگر هریک از ۱۰۰۰ نفر کتابی را معادل ۱۰ ارزش گذاری می کنند و هزینه چاپ آن ۴۰۰۰ است، پس کتاب باید برای هریک از این افراد تولید شود و ارزش اجتماعی مطلوب کتاب ۶۰۰۰ خواهد بود.^۱

۴-۱-۶ تولید ایدئال اطلاعات از نظر اجتماعی

با فرض ارزش اجتماعی مطلوب اطلاعات، واضح است که ما چگونه باید تولید ایدئال اطلاعات را از نظر اجتماعی تعیین کنیم. اطلاعات باید تولید شوند اگر و فقط اگر هزینه گسترش آنها کمتر از ارزش اجتماعی مطلوب آنها باشد.^۲ اگر کتابی که ذکر شد از سوی نویسندگان با هزینه کمتر از ۶۰۰۰ نوشته شود، آنگاه نوشته شدن آن مطلوب است^۳ اما نه در حالات دیگر.

۵-۱-۶ استفاده از اطلاعات تولید شده در نبود حقوق اموال: میل به سوی حد مطلوب

در نبود حقوق اموال در اطلاعات، وقتی اطلاعات از سوی شخصی که مالکیت آن را دارد

۱. در این مثال، این اطلاعات اجازه تولید یک کالای جدید یعنی یک کتاب جدید را می دهد. احتمال دیگر این است که اطلاعات یک نوآوری تولیدی ایجاد کند یعنی اجازه دهد تا یک کالای موجود بسیار ارزان تر تولید شود. در مثال عددی که نوآوری تولیدی هزینه های چاپ را از ۴ به ۳ برای هر کتاب تقلیل می دهد و برای هر کتاب ۱ واحد پس انداز می شود، ارزش اجتماعی مطلوب اطلاعات ۱۰۰۰ خواهد بود. به طور کلی افزایش رفاه اجتماعی مربوط به نوآوری تولیدی برابر است با کاهش هزینه تولید برای هر واحد ضربدر تعداد واحدهای تولید شده فعلی به علاوه مقداری که حاکی از رفاه کسب شده از سوی افرادی است که برای آنها اکنون مطلوب است که به خاطر کاهش هزینه های تولید اقدام به تولید نمایند (چنین افرادی در مثال عددی وجود نداشتند). برای سادگی تفسیر، من در متن اصولاً به اطلاعاتی که اجازه تولید کالاهای جدید را می دهند و نه نوآوری تولید اشاره خواهم کرد.

۲. برای سهولت فرض کنید که هزینه گسترش از قبل معلوم است.

۳. اگر ارزش اجتماعی کتاب کمتر از حد مطلوب باشد - چون سطح تولید کتاب کمتر از حد مطلوب خواهد بود - آنگاه چاپ کتاب فقط وقتی مطلوب خواهد بود که هزینه انجام آن کمتر از این ارزش و زیر حد مطلوبی که کتاب دارد باشد.

آزاد می‌شود، کالاهای دربردارنده اطلاعات متمایل به در دسترس بودن با قیمت معادل هزینه تولیدشان خواهند بود و بنابراین سطح تولید کالاها به‌سوی حد مطلوب اجتماعی میل خواهد کرد. اگر هیچ‌گونه حقوق اموال در کتاب‌ها وجود نداشت، آن وقت هر چاپ‌کننده‌ای می‌توانست یک نسخه از کتاب مورد نظر را به‌دست آورد و آن را مجدداً چاپ کند. با فرض آنکه میان تولیدکنندگان کتاب رقابت وجود دارد، قیمت کتاب‌ها نشانگر صرف هزینه‌های تولید است و لذا کتاب با قیمت معادل هزینه‌اش برای خرید در دسترس خواهد بود. از این‌رو هرکسی که کتاب را بیش از هزینه تولید آن ارزش‌گذاری کند آن را خواهد خرید و بنابراین تعداد کتاب‌های چاپ شده مطلوب خواهد بود.

۱-۶-۱-۶ تولید اطلاعات در نبود حقوق اموال، میل به‌سوی عدم کفایت دارد

در نبود حقوق اموال در اطلاعات، پاداش یک تولیدکننده اطلاعات کمتر از ارزش اجتماعی اطلاعات خواهد بود زیرا کالاهای دربردارنده اطلاعات، همان‌طور که بحث شد، میل به فروش در قیمت‌های حاکی از صرف هزینه تولیدشان دارند. درحقیقت، اگر قضیه این باشد، یک تولیدکننده بالقوه اطلاعات انتظار هیچ سودی ندارد و لذا هیچ انگیزه‌ای برای گسترش اطلاعات نخواهد داشت.

۱-۶-۱-۷ تبیین: ممکن است تکثیر اطلاعات زمانبر یا غیرممکن باشد

به‌طورکلی، تکثیر اطلاعات و تولید کالاهایی مثل کالاهای تولیدکننده برای رقیبان وقت‌گیر خواهد بود و در این میان تولیدکننده می‌تواند سود ببرد. برای یک کتاب که به‌آسانی تکثیر می‌شود، مدتی که تولیدکننده می‌تواند سود به‌دست آورد ممکن است کوتاه باشد اما در مورد محصولات که نیازمند مهندسی و یک فرایند تولید قابل توجه هستند، تولیدکننده ممکن است از یک وضعیت نسبتاً انحصاری برای مدت زمان قابل توجهی بهره‌مند گردد. در بعضی موارد، استخراج اطلاعات لازم برای تولید مجدد یک کالا از خود آن کالا ممکن است آنقدر دشوار باشد که تولیدکننده از یک وضعیت انحصاری برای یک مدت طولانی بهره‌مند گردد. مثلاً، نسخه‌برداری از یک محصول غذایی ممکن است بسیار دشوار باشد (همان‌طور که ظاهراً در مورد کوکاکولا وضع به همین منوال است که بیش از یک‌صد سال است نسخه‌برداری نشده اگرچه حق اختراعی

هم برای آن وجود ندارد).^۱ به علاوه، تولیدکننده اطلاعات انگیزه خواهد داشت کالای دربردارنده آن را به روشی تولید کند که نسخه برداری از آن دشوار باشد.

۸-۱-۶ آیا حقوق اموال در اطلاعات، برای ترغیب به تولید آن ضروری است؟

به دلایلی که ذکر شد، تولیدکنندگان اطلاعات غالباً حتی در فقدان یک نظام حقوق اموال می‌توانند انتظار سود مثبت را داشته باشند و این امر پرسش‌هایی را درباره نیاز به حقوق اموال به منظور تعیین میزان قابل تحمیلی از گسترش اطلاعات مطرح می‌کند. برخی مفسران استدلال کرده‌اند که حتی در مورد کتاب‌ها، استناد به اولین بودن در انتشار ممکن است برای منجر شدن به یک میزان رضایت‌بخش تحریر و انتشار کافی باشد.^۲ اگرچه این باور در خصوص کتاب‌ها احتمالاً امیدوارکننده است، این نکته نیز ارزش توجه دارد که درواقع ما می‌توانیم انتظار میزان مهمی از تولید اطلاعات را در نبود حمایت حقوق اموال داشته باشیم. در این ارتباط، گفتنی است که در دوره‌های تاریخی، حمایت وسیع حقوق اموال در اطلاعات نسبتاً جدید است (به قسمت ۱-۶-۱-۱۵ نگاه کنید) و برخی کشورهای بسیار صنعتی تا پایان قرن نوزدهم قانون حق اختراع را تصویب و اعمال نکردند.^۳

۹-۱-۶ حقوق اموال در اطلاعات

حقوق اموال در اطلاعات، عبارت از حقوق اشخاص برای به کارگیری برخی اطلاعات

۱. پاندرگراست ۱۹۹۳، ۱۱، ۴۲۱. هرچند کوکاکولا از حقوق اسرار تجاری، به عنوان شکل دیگری از حقوق اموال در اطلاعات، سود می‌برد.

۲. برای مثال رجوع کنید به هارنت و شوکمان ۱۹۶۶ و برایر ۱۹۷۰. این نویسندگان هم تأکید کرده‌اند که نویسندگان برای کسب شهرت و احترام ترغیب به نوشتن می‌شوند. هرچند چنین پاداش‌های غیر پولی ویراستاران و ناشران را تحریک نخواهد کرد. برای دیدن دیگر عکس‌العمل‌های تردیدآمیز نسبت به این دیدگاه که حق طبع لازم نیست، به عنوان مثال نگاه کنید به بحث بعد از مقاله هارت و شوکمان، ۴۳۵-۴۳۸ و همچنین تایرمن ۱۹۷۱، همچنین ممکن است بیان شود که بعد از انقلاب فرانسه، حق طبع از بین رفت، آنگاه صنعت چاپ به دلیل غارت آثار به آشفته‌گی اقتصادی تبدیل شد و در نتیجه حق طبع دوباره برقرار شد؛ نگاه کنید به هس ۱۹۸۹.

۳. در مورد هلند و سوئیس این امر واقعیت داشت؛ رجوع کنید به قسمت ۱-۶-۱-۲۱ با این حال حمایت اسرار تجاری ممکن است نوعی حمایت حق مالکیت فکری در این کشورها ارائه کرده باشد؛ همچنین باید توجه داشت که آنها از ابداعات حاصله در خارج منتفع می‌شوند.

جهت تولید کالاها یا خدمات قابل عرضه در بازار و منع دیگران از انجام آن کار است. سه راه اصلی وجود دارد که نظام حقوقی، حقوق اموال در اطلاعات دارای ارزش مکرر را برای اشخاص بپذیرد: از طریق قانون حق اختراع که با محصولات و فرایندهای نوین سروکار دارد؛ از طریق قانون حق طبع راجع به کار کتبی اصلی و برخی از دیگر انواع آثاری که قابل نسخه‌برداری هستند؛ و از طریق اسرار تجاری و قانون مربوطه که رفتارهایی مثل افشای فرایند تولید ازسوی یک کارمند را برای رقیب کارفرمایش منع می‌کند. اگرچه از تشریح آنها مشخص خواهد شد (در قسمت‌های ۱۷-۱-۶ و ۱۵-۱-۶-۱) که این انواع حقوق اموال از جنبه‌های مختلف ناقص هستند، من در قسمت‌های بعدی برای سهولت کار فرض می‌کنم که حقوق اموال کامل هستند.

۱۰-۶-۱ استفاده از اطلاعات تولید شده با وجود حقوق اموال: میل به عدم کفایت

اشخاصی که دارای حقوق اموال در اطلاعات هستند، کالاهای دربردارنده اطلاعات را با قیمت‌هایی فراتر از هزینه تولید می‌فروشند و در نتیجه سطح خرید کالاها کمتر از حد مطلوب است. اگر دارنده حق طبع یک کتاب که هزینه چاپ آن ۴ واحد است به میزان ۱۵ واحد برای آن طلب کند، تعداد نسخ چاپ شده از نظر اجتماعی کفایت نخواهد کرد زیرا افرادی که مایل به پرداخت بیش از ۴ واحد برای آن هستند و آن را می‌خرند، در صورتی که ارزش‌گذاری آنها پایین‌تر از قیمت فروش یعنی ۱۵ باشد آن را نخواهند خرید. اهمیت این نکته به وسعت فاصله بین قیمت و هزینه تولید بستگی دارد. هنگامی که تفاوت قابل توجه است زیان اجتماعی بیشتر خواهد بود. مثلاً درخصوص داروهای دربردارنده حق اختراع که به چند برابر هزینه تولید به فروش می‌رسند^۱ و در مورد نرم‌افزار کامپیوتری دربردارنده حق طبع که قیمت‌های آن اغلب ۱۰۰ دلار یا بیشتر

۱. مثلاً شیرر ۱۹۸۰، ۴۵۰ توجه می‌دهد که در طول دوره‌ای که شرکت پی‌فیزر دارای حق اختراع در مورد تتراسایکلین، یک آنتی‌بیوتیک قوی، بود بطری‌های حاوی ۱۰۰ کپسول را در حدود ۳۰ دلار به داروسازان می‌فروخت درحالی‌که هزینه تولید بین ۱/۶ تا ۳/۸۰ دلار بود. مقایسه قیمت داروهای دارای حق اختراع با قیمت‌های آنها وقتی حق اختراعشان به پایان رسید و تبدیل به داروی عمومی شدند (و لذا وقتی قیمت‌هایشان به قیمت تولید نزدیک شد) نشان می‌دهد که قیمت داروهای دارای حق اختراع غالباً ۳ تا ۵ برابر هزینه تولید یا حتی بیشتر است، برای مثال رجوع کنید به برنت، کاک بورن و گرلیشس ۱۹۹۶ و گرابوفسکی و ورنون ۱۹۹۲.

است اما هزینه نسخه‌برداری از برنامه روی یک وسیله ذخیره‌سازی جزئی است، وضع به همین منوال است.^۱

۱-۶-۱۱ تولید اطلاعات با فرض وجود حقوق اموال: فراتر از وقتی است که حقوق

اموال وجود ندارد

چون افرادی که دارای حقوق اموال هستند می‌توانند کالاهای دربردارنده اطلاعات را به قیمت‌هایی بالاتر از هزینه نهایی بفروشند، از تولید اطلاعات سودهای مثبت کسب خواهند کرد، برخلاف زمان نبود حقوق اموال که کالاها به دلیل رقابت به قیمت تمام شده فروخته می‌شوند. به علاوه هنگامی که به خاطر نبود حقوق اموال می‌توان سودهای مثبت کسب کرد، به دلایلی که پیشتر مورد بحث قرار گرفت (به قسمت ۱-۶-۷ نگاه کنید) هنوز می‌توان انتظار داشت که تولیدکنندگان اطلاعات، سودهای بیشتری کسب کنند اگر دارای حقوق اموال باشند (دوره زمانی که در طول آن تولیدکننده از قدرت انحصاری منتفع می‌شود طولانی‌تر خواهد بود و تولیدکننده مجبور نیست برای مخفی نگهداشتن نوآوری خویش اقدامات پرهزینه به عمل آورد).

به هر حال باید توجه داشت که حقوق اموال انگیزه‌های کامل اجتماعی برای تولید اطلاعات را به وجود نمی‌آورد زیرا سودهای انحصاری عموماً کمتر از ارزش کامل اجتماعی محصولات است و فروشندگان نوعاً قادر به تشخیص و استخراج رقمی معادل

۱. حذف نکته‌ای که در این بند مطرح شد در مورد نوآوری تولید قابل تبیین است؛ دارنده حق اختراع در یک نوآوری تولید ممکن است یک قیمت انحصاری را طلب نکند زیرا محصولش در یک بازار رقابتی به فروش می‌رسد. اما هنوز میل به سوی زیان به خاطر حق اختراع در نوآوری وجود دارد زیرا تولیدکنندگان دیگر قادر به استفاده از نوآوری برای کاهش هزینه‌های تولیدشان نیستند. (این یک واقعیت است که دارنده حق اختراع ممکن است برای نوآوری تولید خویش در آنها پروانه بگیرد. اما در آن صورت قیمت طلب شده در صنعت احتمالاً فراتر از هزینه اجتماعی تولید خواهد رفت زیرا هزینه جواز گرفتن را هم دربرخواهد گرفت). باید اضافه کرد که اگر نوآوری تولید هزینه تولید را به قدر کفایت کاهش دهد، دارنده حق اختراع انحصارگرا خواهد شد و هنگامی که قیمت انحصاری او، با فرض هزینه تولید پایین، کمتر از قیمت قابل دریافت از سوی رقبا با در نظر گرفتن هزینه‌های زیادشان باشد نیز وضع به همین منوال خواهد بود. بنابراین، این نتیجه‌گیری که در رابطه با حقوق اموال در اطلاعات اشکالاتی وجود دارند در مورد نوآوری تولید مصداق دارد لیکن با موارد نوآوری محصول و آثار دارای حق طبع از حیث جزئیات و استنتاج متفاوت است.

ارزش گذاری خاص هر خریدار نخواهند بود. بنابراین، انگیزه تولید اطلاعات با وجود حقوق اموال از نظر اجتماعی ایدئال نیست حتی اگر در صورت فقدان حقوق اموال بیشتر باشد.

۱۲-۱-۶ فروش حقوق اموال

مجاز کردن افراد به فروش حقوق اموال در اطلاعات آنها را قادر می سازد تا سودهایشان را افزایش دهند، به ویژه به این دلیل که ممکن است تولیدکننده اطلاعات در وضعیت ضعیفی جهت تولید کالاهای دربردارنده اطلاعات باشد. نویسنده یک کتاب معمولاً به کار چاپ و انتشار نمی پردازد و مخترع گاهی اوقات موفق به تولید ماشینی که طراحی کرده است نخواهد شد؛ از این رو توانایی نویسندگان و مخترعان در فروش و جواز گرفتن برای آثار فکری شان ممکن است به طور قابل توجهی باعث افزایش سودآوری تولید اطلاعات گردد. به این دلیل و چون این کار موجب میل تولید به هزینه های پایین تر می شود، اجازه فروش حقوق اموال از نظر اجتماعی مطلوب است با این فرض که حقوق اموال در وهله اول دارای مطلوبیت اجتماعی است.

۱۳-۱-۶ آیا حقوق اموال در اطلاعات، دارای مطلوبیت اجتماعی است؟

اینکه حقوق اموال در اطلاعات منجر به نتیجه ارجح اجتماعی می شود بستگی به این دارد که مزیتشان، شامل گسترش بیشتر اطلاعات، مهم تر از زیان ناشی از کاهش تولید کالاهای دربردارنده اطلاعات به خاطر قیمت های بالای مورد مطالبه مالکان حقوق اموال باشد. در وضعیت ساده ای که یک تولیدکننده اطلاعات، درواقع به خاطر سهولت تکثیر کالای دربردارنده اطلاعات هیچ سودی نمی برد، وجود حقوق اموال به وضوح دارای مطلوبیت اجتماعی است و برای آنکه انگیزه ای جهت تولید اطلاعات وجود داشته باشد وجود حقوق اموال ضروری است. درعین حال این صرفاً یک نکته قابل بحث است که اگر اطلاعات با وجود حقوق اموال تولید می شدند، سطح تولید کالاهای وابسته بالاتر بود.

اما درواقع تولیدکنندگان اطلاعات اغلب می توانند سودهای مثبتی در نبود حقوق اموال به دست آورند تا انگیزه مثبتی برای تولید اطلاعات با نبود حقوق اموال وجود داشته باشد یعنی پاسخ به پرسش درخصوص مطلوبیت اجتماعی حقوق اموال در اطلاعات

مبهم خواهد شد.^۱ با وجود این و شاید با استدلال، اقتصاددانان میل دارند تصدیق کنند که انگیزه مضاعف تولید اطلاعات تحت حقوق اموال بر اشکالات آن حداقل در یک مفهوم موسع غلبه می‌کند.^۲

۱۴-۱-۶ مسائل اضافی راجع به حقوق اموال در اطلاعات

برای تکمیل بحث، بررسی تعدادی مسائل اضافی نیز مفید خواهد بود.

الف) تلاش بی‌فایده برای تولید اطلاعات، در مسابقه برای اول شدن: افراد زیادی که توان تولید اطلاعات را دارند ممکن است هرکدام انگیزه‌ای برای تولید اطلاعات داشته باشند به این امید که به‌عنوان اولین نفر موفق شوند و لذا حقوق اموال به‌دست آورند. اما این مسابقه برای اول شدن از نظر اجتماعی بی‌فایده است زیرا ممکن است شامل دو برابر کردن تلاش‌ها و مخارج برای سرعت بخشیدن به انجام این کار شود وقتی که ارزش اجتماعی تولید اولیه اطلاعات کم است.^۳ چنین مشکلاتی را می‌توان سبک کرد اگر به حقوق اموال زودتر پاداش داده شود؛ به‌ویژه به محض آنکه مشخص شد که شخصی ضروریات یک اختراع را انجام داده است بدون منتظر شدن برای اصلاح و تکمیل آن. بدین ترتیب مدت مسابقه و احتمال دو برابر شدن تلاش‌ها را می‌توان از بین برد.^۴ به‌علاوه، گاهی می‌توان از مسابقه اجتناب کرد؛ اگر افرادی که به تولید اطلاعات فکر می‌کنند هویت یکدیگر را بشناسند و برای اداره یک اقدام مشترک قرارداد موفقی منعقد

۱. این ابهام در مغایرت با مطلوبیت حقوق اموال در چیزهای مادی قرار می‌گیرد (اگر ما از هزینه اجرای حقوق اموال صرف‌نظر کنیم). دلیل اختلاف این است که اجازه وجود حقوق اموال در چیزهای مادی به‌هیچ شکلی منجر به قیمت‌گذاری انحصارگرایانه کالاها نخواهد شد.

۲. هرچند جنبه‌های بسیاری از حقوق اموال وجود دارند که نامطلوب به‌نظر می‌رسند؛ برای بحث موسع و فهرست کردن این جنبه‌ها رجوع کنید به اسکاچمر ۱۹۹۸.

۳. فرض کنید با صرف ده هزار دلار اضافی، شرکتی می‌تواند یک ابداع را یک روز زودتر تمام کند و بنابراین احتمال شکست رقبا و کسب حق اختراعی به ارزش یک میلیون دلار را تا ده درصد افزایش دهد. این شرکت قطعاً ده هزار دلار را خرج خواهد کرد چون منفعت مورد انتظار آن معادل صد هزار دلار خواهد بود، با وجود این ارزش اجتماعی یک روز زودتر تمام کردن ابداع ممکن است قابل اغماض باشد.

۴. این نکته یک مقاله از کیچ ۱۹۷۷ است. باید توجه داشت که در بسیاری موارد پاداش زود هنگام به حقوق اموال باعث کاهش مسابقه بی‌فایده اجتماعی نخواهد شد که آن را به‌سوی جلو در زمان سوق دهد.

کنند، دیگر به جای رقابت همکاری می‌کنند و لذا تلاش‌ها را دو برابر نمی‌کنند یا وقت و انرژی بیش از حد برای زودتر تمام کردن تحقیق خود صرف نمی‌کنند.

به هر حال، باید دقت کرد که مشکل مسابقه برای اول بودن هیچ ارتباطی به حق طبع ندارد. به موجب قانون حق طبع، برخلاف حق اختراع، حقوق اموال فکری به نوآورانی داده می‌شود که لزوماً اول نیستند. مادام که یک شخص به طور مستقل اثری به وجود می‌آورد، حق طبع آن را کسب خواهد کرد ولو آنکه دیگران قبلاً آن کار را انجام داده باشند.^۱

ب) مدت حقوق اموال: مدت حقوق اموال مورد توجه است زیرا هرچه عمر یک حق اختراع یا یک حق طبع بیشتر باشد منافع آن و انگیزه تولید اطلاعات بیشتر خواهد بود، اما زیان ناشی از قیمت‌های افراطی نیز بیشتر خواهد بود. به طور کلی، طول عمر مطلوب حقوق اموال برای دسته‌ای از اختراعات، برابر دوره حداقل لازم برای ترغیب اختراع است؛ یعنی دوره حداقل لازم برای تولید منافع انحصاری که معمولاً برای پوشش هزینه‌ها کافی باشد. این نشان می‌دهد که طول عمر مطلوب حقوق اموال باید بالاتر و هزینه‌های توسعه بزرگ‌تر باشند به شرطی که چیزهای دیگر مساوی باشند. با این وصف هیچ رابطه روشنی بین ارزش اجتماعی یک نوآوری و طول عمر مطلوب حقوق اموال وجود ندارد: نوآوری‌های با ارزش‌تر به منافع انحصاری بالاتر در سال منجر می‌شوند که میل به کاهش زمان لازم برای پوشش هزینه‌ها دارد، اما نوآوری‌های با ارزش‌تر همچنین برای تحریک کردن مطلوب‌تر هستند (ممکن است هزینه را افزایش دهند) و میل به افزایش دوره مطلوب حمایت حقوق اموال دارند.^۲

۱. به قسمت ۱۶-۱-۶-۱ نگاه کنید. این جنبه از قانون حق طبع و کل مسئله مسابقه برای اول شدن به نظر می‌رسد که با فعالیت نوآوری بی‌ارتباط است، مثل تألیف یک کتاب، زیرا اگر غیرممکن نباشد بسیار بعید است که بیش از یک فرد تلاش کند که یک کتاب را بنویسد. همان‌طور که در قسمت ۱۶-۱-۶-۱ مشاهده خواهد شد ممکن است بیش از یک شخص همان عکس را بگیرند، یا به همان ساخت موسیقی برسند، بنابراین مسابقه‌ای برای اول بودن در این زمینه‌ها وجود دارد اما دکترین قانون حق طبع مانع آن می‌شود.

۲. شاید طرح یک نمونه ساده در اینجا مفید باشد. فرض کنید اختراعات احتمالی به شرح ذیل توصیف می‌شوند: c هزینه محصول جدید، q احتمال محصول جدید موفقیت‌آمیز اگر به میزان c سرمایه‌گذاری شود؛ b منفعت اجتماعی حاصل از نوآوری در هر دوره اگر هیچ حقوق اموال مفروض در آن وجود نداشته باشد؛ $\pi < b$ عبارت است از منافع هر دو با فرض وجود حقوق اموال در اختراع؛ و $b-m$ منفعت اجتماعی در هر دوره اگر حقوق اموال وجود داشته باشد، درحالی‌که m زیان اجتماعی ناشی از قیمت‌گذاری انحصاری است. همچنین اگر r معادل نرخ تخفیف^۴

ج) قلمرو حقوق اموال: اگرچه در اینجا صرفاً در خصوص تحصیل یا عدم تحصیل حقوق اموال نوشته‌ام اما اغلب می‌توان آنها را با توجه به درجه کاربریشان و بسته به اینکه قلمروشان چه نامیده شود بهتر از نظر گذراند. مسائل قلمرو حمایت به این طریق تشریح می‌شوند که آیا پیشرفت بسیار مرتبط در ابتکار دارای حق اختراع تخلف محسوب خواهد شد (آیا ساخت یک راکت تنیس جدید با سطح ۱۴۵ اینچ مربع تخطی از حق اختراع یک راکت با سطح ۱۳۵ اینچ مربع خواهد بود؟) و آیا یک مالک حق اختراع مجبور خواهد بود برای اختراعش در مقابل دیگران جواز بگیرد (و اگر چنین باشد با چه قیمتی؟) و آیا یک مالک حق طبع در یک برنامه تلویزیونی مجاز خواهد بود که از ضبط و استفاده بعدی از برنامه جلوگیری کند؟ هرچه قلمرو حمایت حقوق اموال وسیع‌تر باشد منافع دارنده حقوق اموال بیشتر و انگیزه تولید اطلاعات بزرگ‌تر خواهد بود، اما هرچه قلمرو بزرگ‌تر باشد مشکل قیمت‌های افراطی و استفاده ناکافی از اطلاعات نیز بزرگ‌تر می‌باشد. بنابراین موازنه اجتماعی مربوط به افزایش قلمرو حمایت دارای همان ویژگی موازنه مربوط به مدت حمایت است.

دو تفسیر دیگر نیز ممکن است درباره قلمرو صورت گیرد. اول، قلمرو مطلوب حمایت و مدت مطلوب حمایت به هم وابسته هستند زیرا افزایش قلمرو حمایت و مدت

→ باشد، تصور کنید که دولت می‌تواند همه متغیرها c, π, q, b و m را مراعات کند و یک اختراع از نظر اجتماعی ارزش ترغیب را دارد. آنگاه طول عمر مطلوب حقوق اموال معادل زمان حداقل T است که برای تولید منافع تخفیف‌یافته مورد انتظار c برای نوآوری ضروری می‌باشد یعنی T مطلوب عبارت است از $\int_0^T q\pi e^{-\pi t} dt = c$. توجه

کنید که با فرض وجود T ، رفاه اجتماعی معادل $\int_0^T q(b-m)e^{-\pi t} dt + \int_T^\infty qbe^{-\pi t} dt - c$ خواهد بود. به‌طور کلی، دولت قادر نخواهد بود متغیرهای مختلف را مراعات کند اما امکان توزیع احتمال بر آنها خواهد داشت. در آن صورت برای هر T ، رفاه اجتماعی معادل ارزش مورد انتظار (در ارتباط با توزیع احتمال بر متغیرها) $\int_0^T q(b-m)e^{-\pi t} dt + \int_T^\infty qbe^{-\pi t} dt - c$ برای همه c که به‌خاطر آن نوآوری ترغیب می‌شود یعنی برای آن $c \leq \int_0^T q\pi e^{-\pi t} dt$ است. T مطلوب این ارزش مورد انتظار را بر T به حداکثر می‌رساند.

مطالعه کلاسیک مدت مطلوب حمایت حق اختراع همان نوردهاوس ۱۹۶۹ است، همچنین رجوع کنید به شیرر ۱۹۷۲. اسکاچمر ۱۹۹۹ سیاستی را بررسی می‌کند که بدان‌وسیله دارندگان حق اختراع می‌توانند حق اختراعشان را با پرداخت هزینه لازم تمدید آن طولانی‌تر کنند. همچنین به بحث و ارجاعات مربوط در زیرقسمت بعدی توجه کنید.

حمایت هر کدام راه‌های بالا بردن منافع و انگیزه‌های تولید اطلاعات هستند.^۱

دوم، یک قلمرو حمایت معین را می‌توان به طرق مختلفی به‌دست آورد اگر دولت بعضی از رفتارها را تجاوز تلقی کند و برخی دیگر را این چنین تلقی نکند. این به‌طور کلی از نظر اجتماعی برای دولت مطلوب است که رفتارهایی را که با هزینه اجتماعی نسبتاً کم برای مالک حقوق اموال منافع تولید می‌کنند تجاوز تلقی کند و رفتارهایی را که اگر متجاوزانه بودند منجر به هزینه‌های اجتماعی نسبتاً زیاد در برابر هر دلار سود برای مالک حقوق اموال می‌شدند، تجاوز محسوب نکند. از جمله ممکن است تجاوز تلقی کردن ضبط و استفاده از یک واقعه ورزشی پخش شده از تلویزیون از سوی یک هیئت ورزشی مطلوب باشد اما تجاوز تلقی نکردن ضبط و استفاده از همان واقعه از سوی شخصی در خانه‌اش مطلوب خواهد بود. تجاوز تلقی کردن استفاده خانگی از این‌گونه برنامه‌های تلویزیونی، به‌ویژه به‌خاطر مخارج زیاد اداری و اجرایی در برابر هر دلار از منافع برای مالک برنامه، ممکن است هزینه‌های اجتماعی قابل توجهی را دربرداشته باشد.^۲

د) وابستگی نوآوری‌های فعلی به نوآوری‌های قبلی:^۳ نوآوری‌های امروز بر شانه‌های

۱. هنگامی که به ماهیت جانشین قلمرو و مدت حقوق اموال به‌عنوان راه‌های تأمین انگیزه تولید اطلاعات نگاه می‌کنیم، نتیجه‌گیری‌ها درباره ماهیت مطلوبشان قابل تغییر است. مثلاً به موجب فرضیات خاصی همیشگی بودن حقوق اموال بسیار خوب است مگر برای مشکل قیمت‌گذاری انحصاری که باید با محدود کردن قلمرو حقوق اموال رفع شود. درخصوص این مسائل رجوع کنید به گیلبرت و شاپیرو ۱۹۹۰ و کلمپیر ۱۹۹۰.

۲. نکته مورد بحث در این بند را می‌توان به‌صورت ریاضی به‌شرح ذیل بیان کرد: فرض کنید رفتارهای مختلف متعددی وجود دارند b ، که می‌توان آنها را تجاوز محسوب کرد و اگر چنان محسوب شوند، b_i برای دارنده حقوق اموال منفعت π_i را خواهد داشت و شامل هزینه اجتماعی c_i می‌شود به‌دلیل استفاده کاهش‌یافته کالاهای دربردارنده اطلاعات و هزینه‌های اداری و اجرایی. یک قلمرو حمایت مفروض عبارت است از انتخاب خاصی از رفتارها (مثل $b_1, b_2, b_5, b_8, b_{10}$). یک انتخاب در صورتی از نظر اجتماعی کارآمد است که سود کلی مربوط به آن (مثل $\pi_1 + \pi_2 + \pi_5 + \pi_8 + \pi_{10}$) را نتوان با هزینه اجتماعی پایین‌تر به‌دست آورد (کمتر از $c_1 + c_2 + c_5 + c_8 + c_{10}$). یعنی یک انتخاب از نظر اجتماعی کارآمد نخواهد بود اگر انتخاب احتمالی دیگری وجود داشته باشد که حداقل با هزینه اجتماعی پایین‌تر بیشترین سود را حاصل کند. اگر π کوچک باشد آنگاه رفتارها باید انتخاب شوند فقط در صورتی که نسبت سود π به هزینه اجتماعی c به‌قدر کفایت بالا باشد. این مطلب کلی به‌طور غیررسمی در زمینه حق اختراع در کاپلو ۱۹۸۴ طرح شده است.

۳. رجوع کنید به اسکاچمر ۱۹۹۱ و همچنین نگاه کنید به چانگ ۱۹۹۵، گرین و اسکاچمر ۱۹۹۵ و مرگیس و نلسون ۱۹۹۰.

نوآوری‌های قبلی ایستاده‌اند؛ تولید علم و توسعه محصولات یک فرایند تدریجی و مرحله‌ای است. مثلاً اختراع موتور متراکم‌کننده بخار از سوی جیمزوات در قرن هجدهم به وسیله موتورهای فشار قوی جاناتان هورن بلوئر و ریچارد ترویتیک توسعه پیدا کرد؛ نفرت اخیر نمی‌توانستند موتورهایشان را اختراع کنند اگر وات زمینه کار را با موتورش ایجاد نکرده بود. به‌طور مشابه، ابداع یک سیستم عامل کامپیوتر کارآمد مثل Dos تولید بعدی برنامه کامپیوتری را با اتکا به آن امکان‌پذیر ساخت. وابستگی ابداعات ثانوی بر ابداعات اولیه چگونه بر عرضه مطلوب حمایت اعطا شده ابداعات اول اثر می‌گذارد؟ به‌خاطر دو عامل رقابت‌کننده، پاسخ کلی در مسیر روشنی قرار ندارد. از یک طرف، هرچه حمایت اعطایی به ابداعات اولیه وسیع‌تر باشد انگیزه ایجاد چنین ابداعاتی بیشتر خواهد بود. درحقیقت، برای آنکه انگیزه‌های ابداع اولیه ایدئال باشند، به‌وجودآورندگان آنها باید منافع اجتماعی کامل به‌خاطر ابداعات اولیه کسب کنند، یعنی از منافع مستقیم ابداعات به‌علاوه منفعی که ناشی از وابستگی هستند، ابداعات ثانوی برخوردار شوند. و دارندگان حق اختراع در ابداعات اولیه قادر به جذب منفعی از ابداعات ثانوی خواهند بود چنانچه حمایت حق اختراشان به قدر کافی وسیع باشد و نسبت به این ابداعات نیز حقی به آنها بدهد. ازطرف دیگر، هرچه حمایت اعطایی به ابداعات اولیه گسترده‌تر باشد، انگیزه‌های دیگران برای تولید ابداعات ثانوی کمتر خواهد بود^۱ (درواقع، امتناع وات از جواز استفاده کردن موتور بخارش موجب تأخیر در تولید موتور هورن بلوئر و ترویتیک گردید؛ آنها مجبور بودند صبر کنند تا حق اختراع وات در سال ۱۸۰۰ خاتمه یابد تا بتوانند موتورهایشان را تولید کنند و به فروش رسانند)^۲.

به‌هرحال باید توجه داشت، اگر برای کسانی که ابداعات اولیه را به‌وجود می‌آورند

۱. دقیق‌تر بگوییم وضعیت یک نوآور ثانویه را که نوآوریش تجاوز به نوآوری اولیه محسوب می‌شود در نظر بگیرید. نوآور ثانویه که قبلاً منابع گسترده‌ای را برای ابداعش صرف کرده ممکن نیست از طریق معامله با نوآور اولیه موفق به کسب منافع کافی جهت جبران مخارجش شود (به‌علاوه، چون فعالیت نوآوری ذاتاً با خطر همراه است، او باید بیش از اندازه کافی جهت پوشش مخارجش به‌دست آورد در آن مواقعی که موفق می‌شود). با پیش‌بینی منافع احتمالاً ناکافی که آنها قادر به تأمین از طریق معامله با نوآوران اولیه خواهند بود، نوآوران بالقوه ثانوی ممکن است تصمیمی غیر از سرمایه‌گذاری در ایجاد نوآوری‌هایشان اتخاذ کنند.

۲. رجوع کنید به سینگر و دیگران ۱۹۵۸، ۱۹۷-۱۸۸.

محتمل باشد که خودشان ابداعات بعدی را نیز به وجود آورند (اغلب آنها با فرض دانشی که از ابداعات اولیه به دست آورده‌اند)، آنگاه باید حمایت وسیع‌تر از ابداعات اولیه به عمل آید؛ این کار منجر به انگیزه‌های خوبی برای به وجود آوردن ابداعات اولیه و از بین رفتن انگیزه‌های ابداع ثانوی می‌شود. نتیجهٔ مشابهی به دست می‌آید وقتی نوآوران اولیه، اگرچه خودشان مہیای به وجود آوردن ابداعات بعدی نیستند، بتوانند با اشخاص دیگر تشکیل سرمایه‌گذاری‌های مشترک دهند.^۱ به علاوه، اعطای حمایت وسیع به ابداعات اولیه ممکن است مشکل مسابقه برای نوآوری ثانوی را رفع کند.

ه) نسخه‌برداری و جلوگیری از آن: یک مزیت نظام حقوق اموال در اطلاعات آن است که تلاش‌های پرهزینه تولیدکنندگان اطلاعات به منظور حمایت از دستاوردشان را کاهش می‌دهد و تلاش‌های دیگران برای اطلاعات از طریق نسخه‌برداری در جای ممکن، مهندسی معکوس و دیگر اقدامات «دزدی هنری یا ادبی» را نیز کاهش می‌دهد. به عنوان مثال، تاحدی که حقوق اموال در نرم‌افزار کامپیوتری تضمین می‌شود، یک برنامه‌نویس نیازی به سرمایه‌گذاری در یک ساختار ذخیره‌سازی را که نسخه‌برداری از آن دشوار باشد نخواهد داشت و افراد به سویی تلاش در استنباط رمز اولیه برنامه یا پیدا کردن راهی برای صرف نظر از حصار حمایتی در مقابل نسخه‌برداری هدایت نخواهند شد. کاهش این گونه تلاش‌های بیهودهٔ اجتماعی برای حمایت از اطلاعات و کاوش آن ممکن است تشکیل‌دهندهٔ مزیت عمده حقوق اموال در اطلاعات در برخی زمینه‌ها باشد.

و) افشای اطلاعات و حقوق اموال: از آنجا که جامعه میل دارد مشکل قیمت‌گذاری انحصاری را در زمانی که حقوق اموال در ابداعات به پایان می‌رسد از بین ببرد، از دارندگان حق اختراع خواهد خواست که اطلاعات مربوط به ابداعاتشان را افشا کنند (بدیهی است هیچ‌گونه مسئله قابل افشا برای دارندگان حق طبع در چیزهای کتبی وجود ندارد). به هر حال توجه کنید که گاهی با عدم اخذ حق اختراع از سوی نوآور و

۱. اگر آنها بتوانند پیش از تعهد تلاش به ایجاد ابداعات ثانوی، تشکیل سرمایه‌گذاری‌های مشترک بدهند، آنگاه مادام که پرداخت برای سرمایه‌گذاری در نوآوری کمتر از منافع باشد، در اصل توافقاتی بین طرفین شکل خواهد گرفت که مورد قبول هریک خواهد بود. به هر حال، حصول یک قرارداد ممکن است دشوار باشد؛ درخصوص مشکلات پیرامون تعاون و حق اختراع رجوع کنید به هلر و آیزنبرگ ۱۹۹۸.

چنانچه به اندازه کافی مطمئن باشد که رقبا محصولش را از طریق مهندسی معکوس تکثیر نخواهند کرد، می‌توان از این الزام صرف‌نظر کرد (به بحث حقوق سری تجارت در قسمت ۱۷-۱-۶ رجوع کنید).

(ز) **هزینه‌های تضمین حمایت از حقوق اموال:** البته مزایای حقوق اموال در اطلاعات را باید با هزینه‌های تضمین آنها مقایسه کرد که دربرگیرنده مخارج ردیابی نقض حقوق اموال در اطلاعات و تحمیل ضمانت اجرایی برای تخلفات است. ردیابی تخلفات باید غالباً آسان باشد چون وقتی کالاها از سوی شخصی فاقد حقوق اموال ارائه برای فروش به عموم می‌شوند، معمولاً خیلی سریع مشخص می‌شود. اگر بتوان کالاها را به‌طور پنهانی فروخت یا مبادله کرد، ردیابی دشوار خواهد شد، اما نیاز به مخفی بودن نوعاً به معنی وسعت مشکل تخلفات کوچک خواهد بود.^۱ ردیابی تخلفات مربوط به حق اختراع ممکن است دشوار باشد چون شامل نظارت بر فعالیت‌های تولید می‌شود که پشت درهای بسته صورت می‌گیرند.

همچنین وقتی می‌توان اطلاعات را به طرق متعدد غیرمستقیم مورد استفاده قرار داد یا وقتی قابل ساخت در ترکیب با اطلاعات دیگر است، ردیابی و نظارت بر استفاده از آن ممکن است دشوار باشد (همان‌گونه که در مورد تحقیق بنیانی صحت دارد، به قسمت ۲۲-۱-۶ رجوع کنید). در هر صورت، دیگر هزینه‌های تضمین یک نظام حقوق اموال عبارت است از هزینه نگهداری دستگاه اداری و تدارک قانونی برای تصمیم‌گیری در این خصوص که چه کسی حقوق اموال را کسب خواهد کرد و مقررات حل‌وفصل اختلافات درباره حقوق اموال.

۱۵-۱-۶ قانون حق اختراع

حقوق اختراع، حقوق انحصاری در رابطه با استفاده، ساخت و فروش اختراعات برای یک دوره زمانی خاص هستند.^۲ اولین قانون حق اختراع که به‌طور کلی حقوقی را به مخترعان

۱. یک استثناء احتمالی به نسخه‌برداری خصوصی از یک نرم‌افزار کامپیوتری مربوط می‌شود. تصور می‌شود وسعت این تخلف از حقوق اموال بسیار زیاد است و شاید مبارزه با آن مشکل باشد.

۲. در خصوص قانون حق اختراع در ایالات متحده که من بر آن تمرکز کرده‌ام رجوع کنید به مثلاً چیسوم ۱۹۹۶، چیسوم و دیگران ۲۰۰۱، میلر و دیویس ۲۰۰۰ و اسکلیکر ۲۰۰۱. در مورد قانون حق اختراع در کشورهای دیگر برای مثال رجوع کنید به دین وودی، هنسی و پرل مائر ۲۰۰۱ و متاکساز-مرانگیدیس ۱۹۹۵.

اعطا می‌کرد قانونی بود که در اواخر قرن پانزدهم از سوی دولت-شهر ونیز به تصویب رسید (اگرچه قبل از آن حق اختراع بر مبنای فردی به مخترعان داده شده بود). قانون حق اختراع انگلیس را می‌توان در قانون سال ۱۶۲۴ ریشه‌یابی کرد و برخی از مستعمرات آمریکا نیز قوانین حق اختراع را مدتی کوتاه پس از آن تصویب کردند. ایالات متحده اولین قانون حق اختراع خود را در سال ۱۷۹۰ به تصویب رساند و اکثر کشورهای اروپایی قانون‌گذاری در خصوص حق اختراع را در اوایل قرن نوزدهم به انجام رساندند (اگرچه در قسمت ۱-۶-۱-۲۱ اشاره خواهد شد که برخی از کشورها موقتاً قانون حق اختراع را در همان قرن ملغی کردند).^۱

موضوع ابداعاتی که قابلیت برخورداری از حق اختراع را دارند، محصولات، ماشین‌ها، تولیدات و ترکیبات (مثل مواد شیمیایی جدید)، فرایندها (روش‌های ساخت چیزها) و چندین دسته دیگر از جمله طراحی کارخانه‌ها، اطلاعات عمومی، طرح‌های زینتی برای کالاهای تولیدی و برخی برنامه‌های کامپیوتری را دربرمی‌گیرد.^۲

به ابداعی که موضوعش خارج از آنچه در قانون حق اختراع مقرر شده است می‌باشد نمی‌توان حق اختراع اعطا کرد (اما ممکن است تحت حمایت حق طبع یا حقوق سری تجارت قرار گیرد). یک طبقه مهم از ابداعاتی که نمی‌توانند تحت حمایت حق اختراع قرار گیرند عبارت‌اند از ایده‌های مجازی. از جمله کشف قانون طبیعت $E=mc^2$ از سوی انیشتین قابلیت اعطای حق اختراع را نداشت. همین‌طور احتمالاً ایده ریختن آب‌جوش روی رومیزی برای از بین بردن لکه‌ها در شمار این گروه ابداعات است. علل جلوگیری از اعطای حق اختراع به چنین کشفیاتی متفاوت است: از جمله دشواری در اجرای حقوق اموال در ایده‌های مجازی (نظارت بر استفاده از یک ایده بسیار دشوارتر از نظارت بر استفاده و فروش محصولات است عملاً چگونه می‌توان استفاده از ایده از بین بردن لکه‌ها با آب‌جوش را ردیابی کرد؟ این واقعیت که بعضی ایده‌ها یا بسیار بدیهی هستند (شاید از بین بردن لکه‌ها) یا در هر صورت احتمال کشف آنها در موقع خود و بدون سرمایه‌گذاری اساسی وجود

۱. رجوع کنید به مک لاپ ۱۹۵۸، ۴-۲ و ارجاعات مذکور در آن.

۲. برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد اول، فصل اول، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل دوم و اسکلیگر ۲۰۰۱، فصل سوم.

دارد؛ این واقعیت که ارائه‌دهندگان ایده‌های جدید مهم اغلب پاداش خواهند گرفت و لذا به طرق مختلف انگیزه پیدا می‌کنند (به‌ویژه، از طریق شهرت و پیشرفت حرفه‌ای، یا با دریافت جوایز و امتیازات) و زیان بزرگی که جامعه متحمل خواهد شد، دلایل خیلی کلی و مفیدی هستند که با طرح آنها زمینه‌های اعطای حق انحصاری به یک شخص در حوزه‌های مورد اشاره محدود شدند.^۱

هرچند باید تأکید کرد که اگر ایده‌ها خیلی مجازی نباشند و در قالب مفیدی قرار گرفته باشند قابلیت دریافت حق اختراع را دارند. ابداعات فرایندی (مثلاً یک روش خاص بسته‌بندی مواد غذایی) نوعاً در این طبقه قرار می‌گیرند؛ توجیه این واقعیت را که ابداعات فرایندی قابلیت اعطای حق اختراع را دارند ولی ایده‌های مجازی عموماً این قابلیت را ندارند می‌توان به‌طور جزئی در خصوصیات برجسته ابداعات فرایندی دارای قابلیت دریافت حق اختراع و توانایی اجرای حقوق اموال در آنها پیدا کرد.^۲ برای تحصیل حق اختراع در یک محصول یا فرایند، باید نشان داده شود که آن محصول یا فرایند جدید، غیرمنتظره [ابداعی] و مفید است.^۳ برای برآورده کردن شرط جدید بودن باید نشان داده شود که اختراع جدید است یعنی قبلاً حق اختراع نگرفته، فروخته نشده، استفاده و تشریح به‌طور کتبی نشده است یا مورد انتظار نبوده است (به این مفهوم که به‌اندازه کافی شناخته شده بوده است که یک فرد دارای مهارت فنی در زمینه مربوط بتواند آن محصول را بسازد یا آن فرایند را مشخص کند).^۴ یک دلیل اقتصادی برای شرط جدید بودن آن است که محصولات یا فرایندهایی که آن را برآورده نمی‌سازند آنهایی هستند که یا جامعه قبلاً از آنها بهره‌مند شده یا به‌زودی خواهد شد (یعنی قبلاً

۱. در مورد عدم امکان اعطای حق اختراع به ایده‌های مجازی برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد اول، فصل اول، ۸۵-۸۴ و اسکلیکر ۲۰۰۱، قسمت ۳۲/۰۳۲ الف.

۲. اکثر ابداعات مجازی اگر نه تمامی آنها، به تولید محصولات تجاری یا خدمات پیشنهادی برای فروش مربوط می‌شوند، در جایی که توانایی تعیین اینکه تخلفی وجود دارد ممکن است خوب باشد. به‌عنوان مثال، اگر روش جدید شکستن هیدروکربن‌ها برای تولید محصولات نفت پالایش شده به‌کار گرفته شود، شاید بتوان آن را از مشاهده طرح کارخانه یا از ویژگی محصولات پالایش شده معلوم کرد.

۳. شروط لازم برای حق اختراع در کارخانه‌ها و طرح قدری متفاوت هستند؛ رجوع کنید به آلسس، ۱۹۹۴، ۵۶-۵۵.

۴. برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد اول، فصل سوم، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل سوم و اسکلیکر ۲۰۰۱، فصل چهارم.

به‌طور کتبی تشریح شده است یا مورد انتظار است)، بنابراین جامعه دلیلی برای تحمل زیان‌های مربوط به انحصار حق اختراع ندارد.

شرط دوم در تأکید این نکته که یک اختراع نه تنها باید جدید باشد بلکه باید غیرمنتظره [ابداعی] هم باشد از شرط جدید بودن فراتر می‌رود.^۱ معنای داده شده به «غیرمنتظره» به روش پیچیده‌ای تعیین می‌شود و نکته اصلی آن شامل شناسایی اختراعاتی است که نمی‌توانسته‌اند به‌آسانی از سوی اشخاص آشنا با هنر مربوطه تولید شوند. به‌عنوان مثال، بهسازی ماشین که شامل اعمال آسان اصول مهندسی می‌شود احتمالاً در آزمایش غیرمنتظره بودن رد خواهد شد. توجیه برای شرط عمومی غیرمنتظره بودن مشابه توجیه برای شرط جدید بودن است: یعنی تضمین آنکه جامعه هزینه‌های امتیاز انحصاری حق اختراع را متحمل نخواهد شد اگر یک محصول یا فرایند، به‌خاطر بدیهی بودنش و احتمالاً بدون انگیزه حق اختراع، در مدت کوتاهی تولیدشده باشد.^۲ شرط سوم، مطلوبیت، با نشان دادن اینکه اختراع از آستانه مفید بودن عبور کرده است برآورده می‌شود.^۳ بنابراین، مثلاً داروی جدیدی که هیچ‌گونه کارکرد آشکاری ندارد، یا دارویی که ارزشش خیلی قابل تأمل است، شرط را برآورده نخواهد کرد. ممکن است به‌نظر رسد که نیاز مثبت کمی به‌شرط مطلوبیت وجود دارد، زیرا چرا فردی مخارج حق اختراع را برای یک داروی بی‌مصرف که سودمند بودن تولید و فروش آن مورد انتظار نیست تحمل می‌کند؟ پاسخی که غالباً بیان

۱. برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد دوم، فصل پنجم، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل پنجم و اسکلیکر ۲۰۰۱، فصل پنجم.

۲. هرچند لازم به ذکر نیست که اصول حاکم بر شرط غیرمنتظره بودن همیشه با تحلیل اقتصادی سازگار هستند. مثلاً، اختراعی که احتمالاً برای شخصی ناآشنا با آن هنر روی داده است به‌خاطر آنکه جنبه‌ای غافلگیرکننده داشته است این شرط را برآورده خواهد کرد. اما چنین اختراعی در صورت فقدان حق اختراع ممکن بود ارزان‌تر انجام شود و به خالقش سود خیلی بیشتری نسبت به هزینه آن برساند. بنابراین تحلیل اقتصادی ممکن است پیشنهاد کند که نباید حق اختراع اعطا شود، زیرا این اختراع در هر صورت انجام می‌گرفت. متقابلاً اختراعی که تصور کنید به‌نحو منتظره است که آنهایی که با آن هنر آشنا هستند معتقدند که صورت خواهد گرفت. چنین اختراعی در برآورده ساختن شرط غیرمنتظره بودن موفق نخواهد شد و لذا قابلیت دریافت حق اختراع نخواهد داشت. اما اگر هزینه انجام کار بالا باشد و از طریق سودها پوشش داده نشود با فقدان حمایت حق اختراع، ندادن حق اختراع به موجب تحلیل اقتصادی یک اشتباه خواهد بود.

۳. در مورد شرط مطلوبیت رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد اول، فصل چهارم، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل چهارم و اسکلیکر ۲۰۰۱، قسمت ۲-۳.

می‌شود این است که حق اختراع بی‌مصرف می‌تواند به‌طور غیرمستقیم سودآور باشد. یک حق اختراع بی‌مصرف ممکن است مانع اخذ حق اختراع از سوی یک ابداع مفید بعدی شود و لذا برای اخذ پول از نوآور بعدی به‌کار رود.^۱ اگرچه جلوگیری از چنین حق اختراع سدکننده‌ای می‌تواند شرط مطلوبیت را توجیه کند.^۲ این شرط نیز یک اشکال دارد. برخی ابداعاتی که از نظر اداره ثبت اختراع بی‌فایده به‌نظر می‌رسند، ممکن است درحقیقت ارزشمند باشند و به‌وجودآوردندگان‌شان همچنین نظری داشته باشند. ازاین‌رو، این مانع که باید مطلوبیت کافی به اداره ثبت اختراع نشان داده شود می‌تواند باعث کاهش ابداعاتی شود که از نظر به‌وجودآوردندگان‌شان دارای مطلوبیت اجتماعی هستند. به‌طور خلاصه، وضعیت شرط مطلوبیت به‌روشنی وضعیت دو شرط دیگر نیست.

برای تحصیل یک حق اختراع لازم نیست که ابداع پالایش شده باشد یا از نظر تجاری بادوام ساخته شده باشد. درحقیقت، مطالعات نشان می‌دهند که برای بسیاری محصولات مهم (مثلاً، جابه‌جایی اتوماتیک، قلم خودکار و تیغ ایمنی)، دوره بین اعطای حق اختراع و فروش محصول بیش از ۵ سال بوده است.^۳ اعطای زودهنگام حق اختراع در مرحله پیشرفت کار ابداع با کاهش مشکل مسابقات حق اختراع موجب تلاش دو برابر می‌شود همان‌گونه که قبلاً مورد توجه قرار گرفت (به قسمت ۱۴-۱-۶ رجوع کنید). مدت حق اختراع عموماً بیست سال است، اگرچه ممکن است برای یک مدت اضافی در مورد داروها تمدید شود.^۴ مدت حق اختراع ظاهراً دارای منشأ تاریخی است

۱. یک استدلال دیگر برای شرط مطلوبیت که گاهی با آن مواجه می‌شویم این است که شرط مطلوبیت ممکن است باعث کاهش هزینه‌های جست‌وجوی حق اختراع و نیز مخارج اداری دفتر ثبت اختراع شود، اما این عمل غربالگری شرط مطلوبیت را می‌توان با تحمیل یک هزینه بایگانی متناسب برای تقاضاهای حق اختراع به‌دست آورد.

۲. من می‌گویم «ممکن است» چون الف: اگر یک ابداع بی‌فایده برای یک ابداع مفید بعدی لازم باشد، پس شاید ابداع «بی‌فایده» از نظر اجتماعی مطلوب باشد و می‌بایست مورد تشویق قرار گیرد و گذشته از این نکته، ب: اگر هدف جلوگیری از حق اختراع بی‌فایده از مورد استفاده قرار گرفتن برای ایجاد مانع برای ابداعات مفید بعدی باشد، دادگاه‌ها می‌توانند مسیر مستقیم مجاز دانستن تحصیل حق اختراع در ابداعات مفید بعدی را برگزینند (به عبارت دیگر، متجاوز دانستن آنها نسبت به حق اختراع بی‌فایده).

۳. رجوع کنید به کیج ۱۹۷۷، ۲۷۲.

۴. ماده ۳۵ قانون ایالات متحده قسمت ۱۵۴. درباره تمدید احتمالی مدت حق اختراع برای دارو، برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد پنجم، فصل ۱۶، ۲۱۴-۲۱۰.

(اصولاً از محاسبه مدت لازم برای تربیت دوسری کارآموز ناشی شده است).^۱ اگر مدت زمان حق اختراع در رابطه با انگیزه، منافع حق اختراع و هزینه‌های اجتماعی آن مورد تصمیم‌گیری قرار می‌گرفت، مدت حق اختراع به طبقه ابداعات بستگی داشت (مثلاً ممکن بود مدت کوتاه‌تر باشد وقتی منافع فراتر از هزینه تولید، در عرض چند سال ایجاد می‌شدند). ماهیت یکنواخت مدت حق اختراع در مغایرت قابل توجه با این ملاحظه قانونی کاملاً تشریحی قرار می‌گیرد که آیا حق اختراع باید اعطا شود یا خیر و حوزه عمل مناسب آن کدام است.^۲ لذا این تلقی وجود دارد که مدت ثابت بیست‌ساله حق اختراع می‌تواند اصلاح گردد.

در طول عمر یک حق اختراع، دارنده حق اختراع آزاد است که از آن برای حداکثر اهداف استفاده کند یا نکند، همچنین آزاد است که قیمت‌ها را تعیین کند.^۳ درعین حال در اروپا، اغلب شرایطی برای استفاده یا کار با حق اختراع وجود دارند و در غیر این صورت اخذ گواهی حق اختراع با قیمت‌های تعیین شده ازسوی دادگاه اجباری است.^۴ سیاست‌های ترغیب‌کننده کار با حق اختراع، مانع کنار گذاردن حق اختراع می‌شوند (تحصیل یک حق اختراع فقط برای جلوگیری از انجام آن کار ازسوی یک رقیب و سپس رقابت با یک محصول موجود شرکت)، اما ممکن است منجر به استفاده از حق اختراع گردند پیش از آنکه به‌قدر کافی ازسوی دارنده پالایش و تکمیل شده باشد. دارندگان حق اختراع همچنین مجازند که حق اختراعشان را بفروشند یا پروانه فروش آن را بگیرند و این کار همان‌گونه که پیشتر اظهار شد، ارزش آن را برای جامعه و برای دارندگان حق اختراع بالا می‌برد و لذا انگیزه ابداع کردن را نیز افزایش می‌دهد. قلمرو حمایت حق اختراع که دارندگان حق اختراع از آن منتفع می‌شوند به‌وسیله

۱. نگاه کنید به وایت ۱۹۵۶.

۲. اگر دادگاه‌ها اطلاعاتی را که در این قلمرو در ارتباط با مدت حق اختراع استفاده می‌کنند به‌کار گیرند، احتمالاً قادر خواهند بود مدت بیست‌ساله فعلی را اصلاح کنند.

۳. قصور در استفاده از یک حق اختراع ممکن است باعث شود که دارنده حق اختراع گرفتار قانون ضد تراست شود؛ برای مثال رجوع کنید به میلر و دیویس ۲۰۰۰، قسمت ۴-۸.

۴. در مورد کارکرد حق اختراع و اخذ اجباری پروانه در کشورهای دیگر، برای مثال رجوع کنید به هانری ۱۹۷۷ و راستر ۱۹۹۱.

مجموعه‌ای از دکترین‌ها و اصول تعیین می‌شود.^۱ آزمایشات مربوط به نوظهوری، غیرمنتظره بودن و مطلوبیت تا حدی قلمرو حمایت را تعیین می‌کنند زیرا بر این نکته اثر می‌گذارند که آیا محصولات دیگر قادر به اخذ حق اختراع هستند یا نه؟ قلمرو حمایت همچنین تحت تأثیر تعیین زمینه‌های تجاوز به حق اختراع، یعنی محصولات و رویه‌های اشخاص دیگر قرار دارد که فرض می‌شود در حقوق یک دارنده حق اختراع مداخله می‌کنند.

۱-۶-۱-۱۶ قانون حق طبع

حقوق طبع مشابه حقوق اختراع می‌باشند؛ این حقوق ضرورتاً انحصاری، برای تکثیر نوشته‌ها و برخی دیگر از محصولات فکری برای یک مدت مشخص به کار می‌روند.^۲ در قرون وسطی، صومعه‌ها و دیگر مالکان کتب خطی حق اخذ هزینه نسخه‌برداری را داشتند. با اختراع دستگاه چاپ، امتیازات انحصاری چاپ اعطا شد. همانند اعطای امتیازات به تولیدکننده کالاهای جدید، اعطای حقوق چاپ نیز ظاهراً برای اولین بار در ونیز در سال ۱۴۶۹ روی داد و این رویه به سرعت در سراسر اروپا گسترش یافت. در انگلستان امتیازات چاپ ابتدا هم به افراد و هم به شرکت فروشندگان لوازم التحریر که نماینده صنف چاپگران بود اعطا می‌شد که این شرکت نظام حق طبع مخصوص به خود را به وجود آورد. رواج حق طبع در ایالات متحده با قانون ۱۷۹۰ آغاز شد.^۳ امروزه در اکثر کشورها، حق طبع اصولاً تحت حاکمیت قوانین عمومی قرار دارد که به مبتکران آثار یا به کسانی که مبتکران، آثارشان را به آنها واگذار می‌کنند، حقوق انحصاری می‌دهد.

امروزه، اقلیمی که قابلیت دریافت حق طبع دارند نه فقط ترکیب کلمات بلکه نقشه‌ها، نقاشی‌ها و دیگر آثار هنری، عکس‌ها، تصاویر متحرک، قطعات موسیقی و آثار

۱. درباره قلمرو حمایت و تجاوز، برای مثال رجوع کنید به چیسوم ۱۹۹۶، جلد پنجم، فصل ۱۶، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل ۸ و اسکلیکر ۲۰۰۱، فصل ۸.

۲. درخصوص قانون حق طبع در ایالات متحده، کلاً رجوع کنید به گلداشتاین ۲۰۰۱، نیمر و نیمر ۱۹۹۵، پاتری ۱۹۹۴ و میلر و دیویس ۲۰۰۰. درخصوص حق طبع در کشورهای دیگر، برای مثال رجوع کنید به گلداشتاین ۲۰۰۱، متاکاس-مرانگیدیس ۱۹۹۵، تریتون و دیگران ۲۰۰۲ و واین‌بورگ ۱۹۹۹.

۳. برای مشاهده خلاصه‌ای از تاریخچه کلی حق طبع رجوع کنید به رز ۱۹۹۳، فصل دوم؛ برای تاریخچه در انگلستان رجوع کنید به داوینپورت ۱۹۹۳، ۳۱-۲۲ و پاترسون ۱۹۶۸، فصل‌های ۸-۱ و برای تاریخچه در ایالات متحده رجوع کنید به گلداشتاین ۲۰۰۱، جلد اول، فصل اول، ۴۰-۳۲ و پاترسون ۱۹۶۸، فصول ۹-۱۱.

ضبط شده موسیقی، برنامه‌های کامپیوتری، طرح‌های معماری و طرح‌های تراشه نیمه‌هادی را دربرمی‌گیرند.^۱ اینکه تعداد زیادی از انواع آثار واجد شرایط دریافت حق طبع وجود دارند، این پرسش را برمی‌انگیزد که آیا یک اصل کلی وجود دارد که براساس آن بتوان گفت یک اثر قابلیت دریافت حق طبع یا حق اختراع دارد. با فهرستی که هم‌اکنون ارائه شد به‌نظر می‌رسد آثاری که قابلیت دریافت حق طبع را دارند دارای کیفیت آشکاری هستند که تکثیر آنها را آسان می‌سازد؛ درحالی‌که آثار دارای قابلیت دریافت حق اختراع را غالباً بدون مهندسی معکوس قابل توجه نمی‌توان تکثیر کرد. هرچند این اصل اختلافاتی را که قانون بین قابلیت دریافت حق طبع و حق اختراع قائل است کاملاً توضیح نمی‌دهد و در هر صورت از نظر قانونی مناسبتی بین این دو وجود ندارد.^۲

برای تحصیل حق طبع یک اثر باید دو شرط اصلی برآورده شوند (با فرض آنکه آن اثر در گروه آثار قابل دریافت حق طبع قرار می‌گیرد). شرط اول تثبیت است، یعنی یک اثر باید در یک رسانه ملموس مطرح شده باشد. مثلاً برای آنکه یک خطابه بتواند حق طبع دریافت کند باید به طریقی نوشته یا ضبط شده باشد. بدون احراز این شرط تثبیت، رسیدگی به صحت و سقم دعاوی نسخه‌برداری برای دادگاه‌ها دشوار است زیرا هیچ‌گونه مدرک ملموسی از مالکیت اولیه در دست نخواهد بود.^۳

شرط دیگر برای حق طبع اصالت است، یعنی یک اثر باید از سوی خواهان ابداع شده باشد و غالباً باید نشانگر مقداری خلاقیت باشد. اصالت در این معنای محدود،

۱. نگاه کنید به گلدشتاین ۲۰۰۱، جلد اول، فصل دوم، میلر و دیویس ۲۰۰۰، فصل بیستم و پاتری ۱۹۹۴ فصل دوم.
 ۲. مشکل اصلی در مورد تشخیص این است که بعضی از آثاری که قابلیت دریافت حق اختراع دارند به‌آسانی قابل نسخه‌برداری هستند، مثلاً یک حلقه پلاستیکی مخصوص ورزش. دادگاه‌ها تا حد زیادی از این تمایز یا اصول کلی دیگر برای تصمیم‌گیری درخصوص قابلیت دریافت حق طبع استفاده نمی‌کنند، در عوض آنها به قانون اشاره می‌کنند که طی شرایط خاصی مقرر می‌دارد که چه چیز قابلیت دریافت حق طبع را دارد. اما نظریات خاصی وجود دارند که در موارد غامض به آنها توسل می‌شود. به‌ویژه، آثار «مطلوبیت‌گرا» مثل لامپ قابلیت دریافت حق طبع را ندارند؛ رجوع کنید به گلدشتاین ۲۰۰۱، جلد اول، فصل دوم، ۵۵-۶۰ و میلر و دیویس ۲۰۰۰، ۳۰۱-۳۰۰ (هرچند ممکن است سؤال شود که چرا کتاب، یک مقاله، یا یک برنامه کامپیوتری مطلوبیت‌گرا محسوب نمی‌شوند؛ آنها به‌وضوح ارائه‌کننده مطلوبیت هستند و با وجود این آنها قابلیت دریافت حق طبع را دارند). نهایتاً، همچنین باید توجه داشت که گاهی اوقات قانون به شخصی اجازه می‌دهد که هر دو شکل حمایت برای یک اثر را تحصیل کند؛ رجوع کنید به گلدشتاین ۲۰۰۱، جلد اول، فصل دوم، ۵۷ و میلر و دیویس ۲۰۰۰، ۳۰۵.
 ۳. رجوع کنید به لیشت مان ۲۰۰۳.

همان‌گونه که قبلاً بیان شد، معمولاً برای حق طبع کافی است و لازم نیست که اثر مورد نظر به موجودی آثار مشابه بیافزاید یا جدید یا غیرمنتظره باشد، برخلاف مورد حق اختراع. مثلاً وقتی عکاسی از همان منظره‌ای عکس می‌گیرد که عکاس قبلی گرفته است (مثلاً از آبشار نیاگارا)، می‌تواند برای آن حق طبع تحصیل کند هرچند که تصویرش به تصویر گرفته شده از سوی نفر قبلی شبیه باشد.^۱

چرا باید اصالت برای اعطای حق طبع کفایت کند ولی برای حق اختراع کافی نباشد؟ آیا این تمایز از نظر اجتماعی منطقی است؟ یک پاسخ قابل تأمل، از این نکته سرچشمه می‌گیرد که در مورد اغلب اقلامی که قابلیت دریافت حق طبع دارند، ویژگی‌های یک اثر رسا، ارزش آن را بیش از ایده‌های اصلی بیان می‌کنند. زبان واقعی به کار گرفته شده از سوی شکسپیر در رومئو و ژولیت چیزی است که آن را تبدیل به کمک ارزشمندی به ادبیات می‌کند (می‌توان تصور کرد که دیگر نمایشنامه‌های ساخته شده براساس همان طرح کاملاً متفاوت باشند). بنابراین، جامعه باید خلق آثار کتبی جدید را حتی اگر به آثار قدیمی با ایده‌های اصلی بسیار شبیه باشند با اعطای حق طبع به هرگونه بیان ایده مورد تشویق قرار دهد؛ بدین ترتیب شخصی که بیان ایده‌هایش بسیار با ارزش است پاداش خواهد گرفت. متقابلاً جامعه مایل نیست تولید دستگاه‌هایی را که به دستگاه‌های موجود بسیار شبیه هستند تشویق کند، زیرا ویژگی‌های یک دستگاه نیست که به دستگاه ارزش می‌بخشد؛ بلکه یک نوع جدید موتور، مثل موتور بخار، به خاطر عملکردش دارای ارزش خواهد بود و تفاوتی نمی‌کند که اندازه قطعات مختلف و دیگر خصوصیاتش چه باشند.^۲

توجیه دوم برای کفایت اصالت جهت حق طبع به مشکل خواهان در تعیین اینکه اثرش به اثر دیگری نزدیک است مربوط می‌شود. از آنجاکه آثار کتبی به طریقی که به آسانی قابل کنترل برای مشابهت باشند فهرست‌بندی یا ثبت نمی‌شوند، تصدیق اینکه

۱. رجوع کنید به گلداشتاین ۲۰۰۱، جلد اول، فصل دوم، ۲۱-۶.

۲. به علاوه، اعطای حق اختراع به یک موتور بخار بسیار مشابه، باعث کاهش درآمدهای دارنده اولین حق اختراع می‌شود. اما اعطای یک حق طبع به کتابی براساس زمینه مشابه با کتاب نویسنده دیگر ظاهراً موجب کاهش درآمدهای نویسنده اول نخواهد شد؛ زیرا تفاوت‌های موجود در بیان زمینه مشترک در هر کتاب آنها را بیشتر به محصولات مستقل شبیه می‌سازد.

اثر یک شخص به هر اثر موجود دیگر نزدیک شده است بسیار دشوار خواهد بود. بنابراین اگر شرط نوظهوری وجود داشت، مردم یا خطر تخلف را می‌پذیرفتند یا مجبور می‌شدند برای تصدیق نوظهوری اثر خود هزینه کنند. از این هزینه‌های اجتماعی اجتناب خواهد شد وقتی که اصالت حق طبع را تضمین کند.^۱

مدت حق طبع در طول زمان تغییر کرده و اکنون معادل طول عمر دارنده آن به‌اضافه ۷۰ سال است (اما اگر دارنده یک شرکت باشد کمی تفاوت خواهد کرد).^۲ چرا باید این‌گونه باشد و چرا مثلاً مدت حمایت باید آنقدر طولانی‌تر از مدت حق اختراع باشد، روشن نیست و می‌توان حدس زد که هیچ اساس روشنی ندارد. دارندگان حق طبع در استفاده یا عدم استفاده از آثارشان، تعیین قیمت برای استفاده و فروش حق طبع خود آزادند.

قلمرو حمایت از حق طبع به‌طور جزئی به عامل مشابهت بین آثار بستگی دارد. هرچه مشابهت بین یک اثر جدید و یک اثر دارای حق طبع بیشتر باشد، احتمال کمتری برای شخص وجود دارد که حق طبع برای اثر جدید تحصیل کند. بنابراین خلق یک اثر ادبی که از طرح یک اثر موجود به‌صورت خیلی نزدیک پیروی می‌کند، یک قطعه موسیقی که از یک قطعه موجود چیز زیادی وام می‌گیرد، یک شخصیت نقاشی متحرک که از نظر ظاهری و «شخصیت» با یک شخصیت جاافتاده (مثل اسنوی) بسیار شباهت دارد، ممکن است تخلف تلقی شوند (به‌هرحال به‌نظر می‌رسد یک اثر باید از نظر موضوعی به اثر موجود بسیار نزدیک باشد تا تخلف شناخته شود و با این فرض، مفهوم خواهد داشت که، همان‌گونه که در بالا بیان شد، بگوئیم غالباً ویژگی بیان ایده‌های اساسی، چیزی است که ارزش یک اثر را معین می‌کند). عامل دیگری که بر قلمرو حمایت از حق طبع اثر می‌گذارد عبارت است از دسترسی شخص به یک اثر دارای حق طبع. هرچه فرصتی که یک شخص برای بررسی یک اثر دارای حق طبع داشته است بیشتر باشد، این استنتاج که

۱. این نکته هم صحت دارد که نظارت بر اینکه ابداع یک شخص با یک حق اختراع شباهت دارد دارای هزینه می‌باشد اما سازمان مربوطه حق اختراع می‌تواند این نظارت را آسان‌تر کند. این نکته از سوی لاندز و پوسنر ۱۹۸۹، ۳۴۵ مورد تأکید قرار گرفته است.

۲. ماده ۱۷ قانون ایالات متحده، قسمت ۳۰۲.

اثر جدیدش اصالت ندارد قوی‌تر است و لذا احتمال تحصیل حق طبع برای اثر جدید کمتر خواهد شد. همچنین دکترین استفاده منصفانه نیز درباره قلمرو حمایت دارای اهمیت است، دکترینی که دفاعی در مقابل ادعای تجاوز است و به‌طور مؤثر شرایطی را ذکر می‌کند که در آن به اشخاص اجازه داده می‌شود از آثار دارای حق طبع بدون پرداخت وجه به دارندگان حق طبع، استفاده کنند.^۱ مثال‌هایی از استفاده‌هایی که منصفانه تلقی شده‌اند عبارت‌اند از: تکثیر قسمت‌های کوتاه مواد دارای حق طبع در مواد درسی، ضبط یک برنامه تلویزیونی از سوی یک فرد بر روی یک نوار ویدئویی به‌منظور تماشای آتی و نقل قول از یک کتاب دارای حق طبع در یک کتاب دیگر با یک نوشته تقلیدی. توجیه اقتصادی برای مجاز کردن استفاده از یک‌سو این است که ممکن است خیلی کم از سود دارنده حق طبع بکاهد (و لذا انگیزه‌های تولید را کاهش ندهد) و از سوی دیگر اینکه ممکن است بر مطلوبیت استفاده‌کنندگان به‌طور اساسی بیافزاید.^۲ اجازه تکثیر صفحات متعدد از یک کتاب برای استفاده در مواد درسی چندان باعث کاهش فروش کتاب نمی‌شود (بعید است که دانش‌آموزان کتابی را فقط برای خواندن صفحات کمی خریداری کنند) و بنابراین انگیزه‌های نویسنده برای تألیف آن نیز کاهش نمی‌یابد اما توانایی دانش‌آموزان در خواندن چنین انتخاب‌هایی ممکن است ارزش آموزشی مواد درسی‌شان را تا حد زیادی افزایش دهد.^۳ اگرچه به‌نظر می‌رسد استفاده‌هایی که منصفانه تلقی می‌شوند به طریق تلویحی چنین استدلال اقتصادی را منعکس می‌کنند، برخی آزمایشات قانونی مورد استفاده در تعیین استفاده منصفانه با این استدلال ناسازگارند.^۴

۱. درخصوص قانون استفاده منصفانه، رجوع کنید به پاتری ۱۹۹۵؛ این کتاب دکترین‌های مربوط در کشورهای دیگر را نیز تشریح می‌کند، ۵۹۹-۵۸۹.

۲. در مورد اقتصادیات استفاده منصفانه رجوع کنید به فیشر ۱۹۸۸، گوردن ۱۹۸۲، ولاندز و پوسنر ۱۹۸۹، ۳۶۱-۳۵۷.

۳. یک تبیین بالقوه مهم بر این حدس که نویسنده کتاب سود زیادی از دست نخواهد داد باید ذکر شود: او ممکن است نه از طریق فروش نسخ اضافی کتاب بلکه از طریق اخذ هزینه تکثیر صفحات سود ببرد. هزینه‌های معامله در رابطه با کسب اجازه و پرداخت به نویسنده، ممکن است به‌هرحال مانع استفاده کلاس شوند یعنی نویسنده به‌خاطر دکترین استفاده منصفانه سودی از دست نخواهد داد. درخصوص استفاده منصفانه و فتوکپی کردن رجوع کنید به گلدشتاین ۲۰۰۱، جلد دوم، فصل دهم، ۷۰۸، ۳۹-۳۶.

۴. برای دیدن یک بحث انتقادی با محور اقتصادی درباره عقلانیت معیارهای قانونی مورد استفاده برای تعیین منصفانه بودن استفاده رجوع کنید به فیشر ۱۹۸۸، ۱۶۹۵-۱۶۶۷.

دیگر جنبه مهم قلمرو حمایت از حق طبع این است که دارندگان حق طبع از حقوق بر آثار فرعی مثل ترجمه‌ها، فیلم‌های ساخته شده بر مبنای کتاب‌ها، لباس و دیگر اقلام نشانگر شخصیت‌های نقاشی متحرک دارای حق طبع و به‌طور کلی هر شکلی که در آن یک اثر ممکن است از نو طرح شود یا تغییر شکل دهد، سود می‌برند. این سیاست قانونی را می‌توان براساس بحث نوآوری‌های وابسته در قسمت ۱-۶-۱۴ (د) توجیه کرد. برای مثال فرض کنید که دارندگان حق طبع اغلب خودشان به‌خوبی برای توسعه آثار فرعی مناسب هستند یا می‌توانند برای انجام آن کار قرارداد ببندند. آنگاه تولید آثار فرعی تشویق خواهد شد (ترجمه‌ها انجام خواهد شد) و امکان تلاش تکراری برای تولید آثار فرعی (مسابقات تکمیل ترجمه‌ها) از بین می‌رود. به‌علاوه، تولید آثار اصیل افزایش خواهد یافت زیرا آنها ممکن است تولید نشوند اگر پاداش‌ها تنها از آن خود آثار اصیل باشد. (یک فیلم ممکن است تولید نشود اگر از نسخه‌های تهیه شده برای بینندگان خارجی سودی حاصل نشود). هرچند در جایی که دارنده حق طبع تولید نخواهد کرد یا با شخصی برای تولید یک اثر فرعی قرار داد نخواهد بست، شاید به‌خاطر واضح نبودن موضوع، معلوم نیست که اعطای حق بر اثر فرعی به دارنده آن مطلوب باشد.

۱-۶-۱۷ حقوق سری تجارت

حقوق سری تجارت نامی است که به دکترین‌های مختلف حقوق قراردادهای و حقوق مسئولیت مدنی که برای حمایت از اطلاعات دارای ارزش تجاری از قبیل طرح‌ها، فرایندهای تولید و فهرست‌های مشتریان به‌کار می‌رود، داده شده است.^۱ برای آنکه بتوان از اطلاعات حمایت کرد، آنها نباید برای عموم شناخته شده باشند و دارنده اطلاعات باید اقداماتی برای جلوگیری از عمومی شدن اطلاعات به‌عمل آورد. حقوق سری تجارت تحت حاکمیت قانون ایالتی قرار دارند برخلاف قانون‌گذاری فدرال که حق اختراع و حق طبع را مقرر می‌دارد. مثال‌های اصلی حقوق سری تجارت عبارت‌اند از تضمین

۱. در مورد حقوق سری تجارت در ایالات متحده رجوع کنید به میلگریم ۱۹۹۵، کوهن و گاترمن ۱۹۹۸، و پولی ۲۰۰۱ و در مورد حقوق سری تجارت در کشورهای دیگر برای مثال رجوع کنید به لاداس ۱۹۶۴ و دین وودی، هنسی و پرل مائر ۲۰۰۱.

به کارگیری قراردادهایی که مقرر می‌کنند که کارگران نباید از اسرار تجاری کارفرما برای رقابت با کارفرمایان استفاده کنند (نوعاً پس از ترک کارفرما)؛ اجرای قراردادهای مشابه برای محدود کردن حق شرکت‌هایی که برای یک شرکت معین کار می‌کنند در استفاده از برخی اطلاعات جهت رقابت با آن یا استفاده از افشای آن برای یک رقیب؛ و اجازه اقامه دعوی برای خسارات شبه جرم جهت به دست آوردن اطلاعات ارزشمند از طریق راه‌های نامناسب، دربرگیرنده نه تنها رفتار غیرقانونی، به‌ویژه سرقت، بلکه همچنین اقداماتی نظیر به پرواز درآوردن یک هواپیما بر فراز یک کارخانه برای عکس گرفتن جهت پی بردن به فرایند تولیدش. حمایت از حقوق اموال تحت حقوق سری تجارت به مهندسی معکوس گسترش نمی‌یابد. یک رقیب آزاد است که اسرار تجاری را مثلاً به وسیله آزمایش محصول و تحلیل آن، یا با شناسایی مشتریان رقیب دیگر دریابد. حقوق سری تجارت چگونه به حق اختراع و حق طبع مربوط می‌شود؟ البته این دو در این نکته شباهت دارند که شکلی از حمایت از حقوق اموال در اطلاعات می‌باشند. با این حال در مواردی هم متفاوت‌اند. اول، یک شخص قادر است بدون تحمل هزینه واقعی حمایت سری تجارت به دست آورد (اما باید گام‌هایی برای حفاظت از اطلاعاتش برداشته باشد) و بدون برخورد با آزمایشات لازم برای حمایت حق اختراع یا حق طبع. دوم، حمایت سری تجارت محدود به زمان نیست. اسرار تجاری هیچ‌گاه نباید فاش شوند. همان‌طور که پیشتر ذکر گردید، فرمول کوکاکولا به مدت بیش از یک قرن به موجب حقوق سری تجارت حمایت شده است. سوم، حمایت سری تجارت در برخی جنبه‌ها ضعیف‌تر از حمایت حق اختراع است. همان‌گونه که ملاحظه شد، یکی از این جنبه‌ها این است که حمایت سری تجارت از مهندسی معکوس جلوگیری نمی‌کند. جنبه دیگر این است که ممکن است فروش یک سر تجاری دشوار باشد چون خریدار اغلب به قدری که آن سر می‌ارزد نخواهد پرداخت، مگر آنکه ابتدا به او گفته شده باشد که سر چیست، اما آنگاه او می‌تواند از خرید و استفاده از آن امتناع کند (مشکلی که فروش اطلاعات حق اختراع یا حق طبع را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد).^۱

۱. رجوع کنید به آرو ۱۹۷۱، ۱۵۲. برای توضیح، مشکل شخص در تلاش برای فروش یک طرح بازاریابی جدید را در نظر بگیرید: پیش از دیدن طرح واقعی با جزئیات، خریدار بالقوه اغلب مدت زمان سختی را برای ارزیابی آن ←

حمایت سری تجارت، مکملی برای حق اختراع و حق طبع است؛ چون وقتی اشخاص قادر به تأمین حق اختراع و حق طبع یا اضافه بر آنها نیستند، می‌توان آن را تحصیل کرده و حمایت سری تجارت همچنین جایگزینی برای حق اختراع و حق طبع است، زیرا شخص در انتخاب چنین حمایتی به‌جای هریک از آنها آزاد است.

ارزیابی حقوق سری تجارت شامل بررسی دو نکته زیر می‌شود. اول، چون حقوق سری تجارت تنها شکل حمایت از حقوق اموال را برای برخی اطلاعات ارائه می‌کند، دارای مطلوبیت اجتماعی به‌نظر می‌رسد بر این مبنای عمومی که حمایت از حقوق اموال در اطلاعات دارای مطلوبیت اجتماعی است.

این موضوع به‌ویژه در مورد اطلاعاتی که ارزش نسبتاً کمی دارند صادق است و بنابراین هزینه‌هایی که اشخاص خصوصی و جامعه برای حق اختراع و حق طبع می‌کنند تضمین نمی‌شود.

دوم، دادن این اختیار به افراد که بین حمایت حقوق سری تجارت و حق اختراع یا حق طبع انتخاب کنند (وقتی آنها صلاحیت این کار را داشته باشند)؛ در اینجا یک جنبه مطلوب دارد: اگر افراد در خصوص منافع و هزینه‌های نسبی حمایت سری تجارت در مقابل حق اختراع یا حق طبع اطلاعات بهتری نسبت به دولت داشته باشند، درباره اینکه چه شکلی از حمایت، منافع خالص بیشتری به آنها می‌دهد تصمیمی بهتر از دولت اتخاذ خواهند کرد. اما چون منافع خالص خصوصی ممکن است با منافع خالص اجتماعی تفاوت داشته باشند، اجازه دادن به اشخاص برای انتخاب حمایت سری تجارت بر حق اختراع یا حق طبع ممکن است زیان‌آور باشد. مثلاً اگر کوکاکولا حق اختراع برای فروش کسب کرده بود از حمایت حقوق اموال فقط برای بیست سال برخوردار می‌شد به‌جای مدت بسیار بیشتری که درواقع فرمولش را مخفی نگه داشته و شاید این مدت بسیار فراتر است از آنچه معمولاً برای ترغیب به وجود آوردن چنین فرمولی لازم است.

→ می‌گذارد، بنابراین مایل به پرداخت ارزش کامل آن نیست. این مشکل به‌طور دائم وجود ندارد، زیرا در برخی موارد خریدار می‌تواند ارزش یک سر را ارزیابی کند (و انعقاد قرارداد بستگی به این ارزش دارد) بدون دانستن خود آن سر. مثلاً می‌توان به یک خریدار گفت که یک فرایند تولید سری تا چه حد هزینه‌های تولیدش را کاهش خواهد داد بدون آنکه گفته شود فرایند سری چیست.

۱۸-۱-۶-۱ پاداش برای خلق اطلاعات: جایگزینی برای حقوق اموال در اطلاعات

نظامی که یک جایگزین بنیادی برای حقوق اموال در اطلاعات ارائه می‌کند نظامی است که در آن دولت به خالقین اطلاعات پاداش می‌دهد و سپس اطلاعات را در قلمرو عمومی قرار می‌دهد تا به رایگان در دسترس همه باشد و در نتیجه هیچ‌گونه حقوق اموالی در اطلاعات وجود ندارد. لذا به موجب نظام پاداش، نویسنده یک کتاب از دولت برای نوشتن کتاب پاداش دریافت خواهد کرد (بعداً خواهیم دید که پاداش ممکن است فقط در طول مدت پرداخت شود)، اما هر شرکتی نیز که بخواهد کتاب را چاپ کند و بفروشد می‌تواند به این کار اقدام کند. نظام پاداش ظاهراً خاصیت نظام حقوق اموال را دارد لیکن زبانی ندارد. نظام پاداش همانند نظام حقوق اموال، تولید اطلاعات را تشویق می‌کند زیرا خالق اطلاعات یک منفعت مالی یعنی پاداش به‌دست می‌آورد. اما برخلاف نظام حقوق اموال، نظام پاداش احتمالاً منجر به پخش مطلوب اطلاعات می‌شود، چون اطلاعات در قلمرو عمومی قرار دارد هرکس می‌تواند از آن استفاده کند.

به موجب نظام حقوق اموال، یک کتاب با قیمتی بالاتر از هزینه به فروش می‌رسد چون دارنده حق طبع قادر به تعیین و دریافت چنین قیمتی خواهد بود اما به موجب نظام پاداش، کتاب به قیمت منعکس‌کننده هزینه به فروش می‌رسد چون هر شرکتی می‌تواند کتاب را بفروشد. به‌طور کلی به‌خاطر رقابت، کالاهای دربردارنده اطلاعات جدید با قیمت‌هایی نزدیک هزینه تولید به فروش می‌رسند، یعنی تعداد فروخته شده به‌سوی حد مطلوب میل خواهد کرد. بنابراین به‌نظر می‌رسد نظام پاداش بر نظام حقوق اموال ارجحیت دارد چون انگیزه‌هایی برای ابداع ایجاد می‌کند بی‌آنکه باعث بالا بودن قیمت‌ها نسبت به هزینه گردد و باعث شود که استفاده از اطلاعات کمتر از حد مطلوب اجتماعی باشد. هرچند ما هنوز این مطلب را که پاداش چگونه محاسبه خواهد شد بررسی نکرده‌ایم.

۱۹-۱-۶-۱ تعیین پاداش

نظام پاداش انگیزه‌هایی برای خلق اطلاعات مطابق با حجم پاداشی که خالقین بالقوه می‌توانند انتظار داشته باشند ایجاد می‌کند. اگر پاداش با آنچه خالقین در صورت داشتن

حقوق اموال کسب می‌کنند مساوی باشد، نظام پاداش منجر به انگیزه‌های یکسان برای خلق اطلاعات می‌شود و بنابراین نسبت به حقوق اموال ارجحیت خواهد داشت چون اطلاعات تولید شده به‌طور مطلوبی پخش می‌شوند. در ایدئال‌ترین حالت، نظام پاداش منجر به پاداش به‌قدر کافی زیاد برای ترغیب خلق همه اطلاعات با ارزش اجتماعی می‌شود؛ این کار با پیشنهاد پاداشی نشانگر ارزش اجتماعی کامل اطلاعات قابل دستیابی خواهد بود.^۱

برای دادن پاداش‌هایی که نشانگر ارزش اجتماعی اطلاعات باشند، دولت ممکن است مبنای پاداش را حجم استفاده از اطلاعات (مثل حجم فروش یک کتاب و مقیاس مطلوبیت آن) قرار دهد. احتمالاً، پاداش‌ها در طول زمان پرداخت می‌شوند، مثلاً سالیانه یا زمانی که فروش کالای دربردارنده اطلاعات روی می‌دهد و وقتی اطلاعات درباره ارزش اجتماعی آن تولید می‌شود.

درعین حال مشکلاتی که دولت در اتخاذ تصمیم درباره پاداش‌ها با آنها روبه‌رو می‌شود ممکن است منجر به نتایجی پایین‌تر از نتایج تحت نظام حقوق اموال گردند. به‌عنوان مثال، فرض کنید نویسنده کتابی می‌داند که می‌تواند آن را با قیمت بالا بفروشد چون آن کتاب برای بخش کوچکی از بازار بسیار باارزش خواهد بود، مثل یک کتاب تخصصی یا فنی که مورد علاقه فراوان چندین هزار فرد است اما نه برای دیگران. به موجب نظام حقوق اموال، نویسنده به احتمال زیاد آن را خواهد نوشت چون می‌داند که قادر خواهد بود آن را به قیمتی که توجیه تلاش‌های اوست به فروش رساند. متقابلاً، اگر به موجب نظام پاداش، پرداخت به او اصولاً براساس حجم فروش باشد (چون ممکن است برای دولت اندازه‌گیری ارزش بالای کتاب دشوار باشد)، او به‌اندازه‌ای که ارزش نوشتن کتاب را داشته باشد دریافت نخواهد کرد. بنابراین نمی‌توان گفت که نظام پاداش به‌وضوح بهتر از نظام حقوق اموال است. باین‌حال، می‌توان فرض کرد که در بسیاری از موقعیت‌های محتمل، نظام پاداش نسبت به نظام حقوق اموال ارجحیت خواهد داشت.

۱. خاصیت تعیین پاداش معادل ارزش اجتماعی اطلاعات، با مساوی بودن سایر شرایط، این است که یک خلق‌کننده بالقوه تصمیم درست اجتماعی درخصوص تولید اطلاعات اخذ خواهد کرد. البته اگر دولت نه تنها ارزش اجتماعی اطلاعات بلکه همچنین چگونگی هزینه تولید آن را بداند می‌تواند تعیین کند که آیا تولید اطلاعات مطلوب خواهد بود و می‌تواند پاداش به‌اندازه کافی زیاد برای ترغیب تولید اطلاعات پیشنهاد کند؟! چنین پیشنهادی عموماً کمتر از ارزش اجتماعی اطلاعات خواهد بود.

در هر صورت، به نظر نمی‌رسد وضعیت روشن و جذابی برای نظام حقوق اموال در مقایسه با نظام پاداش وجود داشته باشد.^۱

۲۰-۱-۶-۱ مسائل دیگر راجع به نظام پاداش

الف) تلاش مکرر و مسابقه برای اول بودن: مشاهده شد که به موجب نظام حقوق اموال غالباً تلاش مکرری برای تولید اطلاعات و مسابقه بی‌فایده‌ای برای اول بودن وجود دارد. نظام پاداش نیز از این معایب رنج می‌برد زیرا فقط اولین شخصی که اطلاعات را تولید کند پاداش دریافت خواهد کرد.

ب) وابستگی ابداعات فعلی به ابداعات گذشته: نظام پاداش از یک مزیت بر نظام‌های حقوق اموال در ارتباط با وابستگی ابداعات فعلی به ابداعات گذشته سود می‌برد. به موجب نظام پاداش، نوآوران فعلی به وسیله تعریف این نظام، قادر به استفاده رایگان از همه ابداعات گذشته می‌باشند اما همان‌گونه که پیشتر بحث شد، به موجب نظام حق اختراع، ابداع جدید گاهی اوقات به تأخیر می‌افتد زیرا معلوم می‌شود که نسبت به ابداع قبلی تخلف کرده است.

ج) هزینه اجتماعی حمایت از حقوق اموال؛ تلاش‌هایی برای نسخه‌برداری و جلوگیری از نسخه‌برداری: به موجب نظام پاداش برخلاف نظام حقوق اموال، هیچ‌گونه تلاش اجتماعی گسترده برای حمایت از حقوق اموال وجود ندارد و بنابراین نوعی صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا وجود خواهد داشت. به علاوه، نوآوران دلیلی نخواهند داشت که مانع نسخه‌برداری دیگران از اثرشان شوند و آنهایی که قصد نسخه‌برداری دارند برای انجام این کار مجبور به غلبه بر موانع نیستند. اما هزینه اداره نظام پاداش باقی می‌ماند.

د) تأمین مالی نظام پاداش: نظام پاداش باید از سوی دولت، یعنی از طریق مالیات‌ها

۱. همان‌گونه که بعداً خواهیم دید، نظام پاداش موضوع مطالعه جدی اقتصاددانان و موضوع بحث عمومی در قرن نوزدهم بود. هرچند امروزه این موضوع توجه نسبتاً کمی را از سوی اقتصاددانان به خود جلب می‌کند؛ در اینجا من آن را به خاطر جاذبه فکری و پتانسیل ظاهری‌اش مورد تأکید قرار می‌دهم. برای دیدن بحث نظام پاداش در مقابل حق اختراع رجوع کنید به میل [۱۸۴۸]، ۱۸۷۲، ۵۶۳، پولاتوی ۱۹۴۴ و شیرر ۱۹۸۰، ۴۵۸؛ و برای دیدن تحلیل نظری رجوع کنید به رایت ۱۹۸۳، کرم ۱۹۹۸، و شاول و وان ایپرس ۲۰۰۱. در مقاله اخیر، نشان داده شده که علی‌رغم اطلاعات ناقص دولت، یک طرح پاداش اختیاری - که به موجب آن نوآوران بین حق مالکیت فکری و یک پاداش انتخابی مناسب انتخاب می‌کنند - به طور آشکاری بر نظام حق مالکیت فکری ارجحیت دارد.

تأمین مالی شود. بنابراین یک عیب آشکار نظام پاداش، هزینه اجتماعی در رابطه با مالیات بر درآمد است.^۱

۱-۶-۱-۲۱ استفاده واقعی از نظام پاداش و بحث راجع به آن

یک نظام شبه پاداش برای ابداعات دارای استفاده نظامی احتمالی در جایی به کار می‌رود که اعطای حق اختراع ممکن است امنیت ملی را به خطر اندازد.^۲ از جمله دولت ممکن است نخواهد بعضی اختراعات مربوط به انرژی اتمی یا جنگ میکروبی در بازار آزاد فروخته شوند. یک نظام کلی پاداش‌ها در اتحاد جماهیر شوروی سابق و دیگر کشورهای سوسیالیست استفاده می‌شد که به موجب آن اگر شخصی یک ابداع بدون هزینه را طراحی می‌کرد، ممکن بود پرداختی مساوی با درصدی از ارزش آن را کسب کند.^۳ البته، در این کشور حقوق مالکیت فکری قابل استفاده نبوده است، زیرا اشخاص برای تولید، تعیین قیمت و فروش کالاها در بازار، آزاد نبودند.

از دهه ۱۸۵۰ تا دهه ۱۸۷۰، چگونگی ترویج فعالیت اختراعی و تولید آثار فکری به شدت در اروپا مورد بحث قرار گرفت و رقابت اصلی بین نظام حق اختراع و نظام پاداش بود. برای مدتی نظام پاداش مورد قبول و انتخاب بود و اکثر اقتصاددانان آن را بهترین روش می‌دانستند. مثلاً، در انگلستان یک سری کمیته‌های پارلمانی و کمیسیون‌های سلطنتی تشکیل شدند تا نظام حق اختراع را بررسی کنند و اصلاحات یا جایگزین‌هایی برای آن پیشنهاد کردند. در سال ۱۸۶۹، روزنامه کونومیسست اظهار عقیده کرد که «احتمال دارد قوانین حق اختراع به‌زودی منسوخ شوند». صدراعظم بیسمارک در سال ۱۸۶۸ مخالفت خویش را با اصل نظام حق اختراع در پروس اعلام کرد، هلند قانون حق

۱. همان‌طور که در قسمت پایانی فصل هفتم توضیح داده خواهد شد، تاحدی که هزینه‌های اجتماعی با تحریف تلاش کاری سروکار دارند، این هزینه‌ها استدلالی را علیه یک سیاست حقوقی مثل نظام پاداش که در غیر این صورت مطلوب است تشکیل نمی‌دهند. در هر صورت، لیشتمن ۱۹۹۷ پیشنهاد می‌کند که یک یارانه دولتی محصولات دارای حق اختراع ممکن است بر پاداش‌ها مزیت داشته باشد زیرا دولت کمتر به درآمد مالیاتی برای تأمین مالی یارانه نیاز خواهد داشت.

۲. برای مثال رجوع کنید به پین ۱۹۹۶، قسمت ۷۸، لی ۱۹۹۷ و رایزن فلد ۱۹۵۸.

۳. رجوع کنید به سینوت ۱۹۸۸، ۴۴ و استیانوف ۱۹۵۸.

اختراع خود را در سال ۱۸۶۹ منسوخ کرد و سوئیس که هرگز قانون حق اختراع نداشت پیشنهاد‌های مختلفی برای قانون حق اختراع را نپذیرفت. اما به دلایلی مختلف، ظاهراً بیشتر سیاسی تا اجماعی دربارهٔ جاذبه فکری نظام حق اختراع، سرانجام این نظام برنده شد. با این حال تا اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بعد طول کشید تا برخی کشورهای اروپایی تصمیم بگیرند که قانون حق اختراع را برگزینند (سوئیس در سال ۱۸۸۷ و هلند در سال ۱۹۱۰ این کار را انجام دادند).^۱

۲۲-۱-۶-۱ رویه‌های مشابه نظام پاداش، حمایت دولتی از تحقیق بنیادی؛ اعطای

جوایز و نشان‌های افتخار

دولت تحقیق بنیادی را از طریق نمایندگی‌های علمی خویش (از قبیل مؤسسات ملی سلامت) و با اعطای امتیازات به اشخاص و سازمان‌های خصوصی انجام می‌دهد. کسانی که تحقیق بنیادی را انجام می‌دهند معمولاً حقوق اموال کسب نمی‌کنند و بنابراین به موجب آن سودی حاصل نخواهند کرد. درحقیقت، به کارگیری نظریهٔ یک نظام حقوق اموال در نتایج تحقیق بنیادی غیرعملی به نظر می‌رسد. به طور کلی این امر به خاطر این است که نتیجهٔ یک تحقیق بنیادی به شکل خاص و معیاری مجسم شده نیست و همین‌طور برای تولید هر چیز معین واحد نیز مفید نیست، بلکه چنین نتیجه‌ای اغلب در ترکیب با دانش دیگری برای تولید علم بیشتر یا چیزهای فیزیکی به کار می‌رود. این موضوع باعث می‌گردد که تعریف و اجرای حقوق اموال در نتایج تحقیق بنیادی غیرعملی باشد. بنابراین حمایت دولتی از تحقیق بنیادی به یک نظام پاداش شباهت دارد که در آن پرداخت‌ها به تولیدکنندگان اطلاعات، از سوی دولت صورت می‌گیرد و تولیدکنندگان معمولاً برای آنچه به وجود می‌آورند حقوق اموال کسب نمی‌کنند.

همچنین باید توجه کرد که اعطای جوایز و نشان‌های افتخار به تولیدکنندگان اطلاعات و احترام اجتماعی که آنها ممکن است از آن بهره‌مند شوند به منزلهٔ گونه‌هایی از نظام پاداش عمل می‌کنند.

۱. رجوع کنید به مک لاپ و پن رز ۱۹۵۰، ۶-۱؛ نقل قول از روزنامهٔ *کونومیسٹ* در پاورقی شمارهٔ سه مقاله‌شان درج شده است.

۲۳-۱-۶-۱ مروری بر پیشینه مباحث

نوشته‌های اقتصادی گسترده‌ای در مورد حقوق اموال برای اطلاعات، به‌طور یکنواخت بر تلفیقی تأکید دارند که حقوق اموال از تولید انگیزه برای ابداع و ممانعت از فروش کالاها و خدمات متضمن اطلاعات ایجاد می‌کند. مرور تحول تفکر اقتصادی درباره حق اختراع در مک لاپ (۱۹۵۸) آمده است. خلاصه‌هایی از اقتصادیات حقوق اموال در اطلاعات در فصل ۱۷ شیرر و رز (۱۹۹۰) و در مثل (۲۰۰۰) به چشم می‌خورد و یک بررسی مختصر نظری ترکیبی از نوشته‌های اقتصادی در فصل ۱۰ تیرویل (۱۹۹۸) وجود دارد.^۱ در مقایسه، نوشته‌های با محور اقتصادی نسبتاً کمی وجود دارد که به تحلیل دکترین حقوق مالکیت فکری پرداخته باشند؛ چنین نوشته‌هایی عبارت‌اند از کیچ (۱۹۷۷)، (۱۹۹۸) در مورد حق اختراع، لاندز و پوسنر (۱۹۸۹) درباره حق طبع، فریدمن، لاندز و پوسنر (۱۹۹۱) درباره حقوق اسرار تجاری و کار عمومی لاندز و پوسنر (۲۰۰۳).^۲ همچنین مطالعه تجربی حقوق مالکیت فکری در گالینی (۲۰۰۲)، جاف (۲۰۰۰) و لانجو و لرنر (۱۹۹۸) انجام شده است.

۲-۶-۲ حقوق اموال در دیگر انواع اطلاعات

۱-۶-۲-۱ تنوع دیگر انواع اطلاعات

تعداد زیادی از انواع مختلف اطلاعات وجود دارند که با آنچه برای تولید واحدهای متعدد یک کالا مفید است تفاوت دارند. از جمله یکی از آنها اطلاعاتی است که فقط برای یک‌بار مفید است، مثل اطلاعات درباره محل نفت در زیر یک قطعه زمین خاص. دیگری عبارت است از اطلاعاتی که به قیمت‌های آینده بازار مربوط می‌شود مثل اطلاعات درباره تولید کالاها یا درباره چشم‌اندازهای درآمد شرکت‌های تجاری عمومی. یک نوع دیگر اطلاعات عبارت است از اطلاعات شخصی، از کم‌اهمیت تا مهم (مثلاً درباره کمیسیون جرائم).

۱. همچنین رجوع کنید به بسن ۱۹۹۸، بسن و راسکیند ۱۹۹۱، ورین گانوم ۱۹۸۹.

۲. همچنین رجوع کنید به دام ۱۹۹۴ در مورد قانون حق اختراع، لم لی ۱۹۹۷ و گوردن و بن ۲۰۰۰ در مورد حق طبع و چونگ ۱۹۸۲ در مورد حمایت اسرار تجاری.

۲-۶-۱ تولید و استفاده مطلوب اجتماعی از انواع اطلاعات پیش‌گفته؛ حقوق اموال

در این‌گونه اطلاعات

در خصوص اطلاعاتی که فقط برای یک‌بار قابل استفاده هستند، گاهی اوقات نیازی به حمایت حقوق اموال وجود ندارد. اگر شخصی که دارای اطلاعات است بتواند خودش از آن استفاده کند (شاید منبع نفتی که او می‌داند زیرزمین تحت مالکیتش واقع شده)، تنها زمانی که این کار را انجام داد، مسئله اطلاع دیگران از آن قابل بحث خواهد بود و دیگر هیچ ارزشی برای آن اطلاعات وجود نخواهد داشت. اما در شرایطی که شخص خودش قادر به استفاده از اطلاعات نیست (شاید نفت در زمین شخص دیگری قرار گرفته باشد و او نتواند به راحتی حقوق حفاری را خریداری کند)، داشتن حقوق اموال در اطلاعات برای او ممکن است ارزشمند باشد و ممکن است اکتساب اطلاعات را پرورش دهد. به علاوه، باید تأکید کرد که اعطای حقوق اموال در استفاده از اطلاعات را در شرایطی که استفاده مطلوب از آن فقط یک‌بار ممکن است کاهش نخواهد داد. در هر صورت، نظام حقوقی معمولاً حمایت حقوق اموال را در اطلاعاتی مثل اینکه نفت در چه جایی واقع شده است، از طریق حقوق اسرار تجاری و دکترین‌های وابسته مسئولیت مدنی و حقوق قراردادهای ارائه می‌کند.

اطلاعات بعدی مربوط به قیمت‌های آتی بازار را در نظر بگیرید و ملاحظه کنید که ارزش خصوصی و اجتماعی تحصیل چنین اطلاعاتی ممکن است باهم اختلاف داشته باشند. مثلاً شخصی که قبل از همه می‌فهمد یک قارچ بیشتر محصول کاکائو را از بین برده است و قیمت‌های کاکائو در حال افزایش هستند می‌تواند با سلف خریدن کاکائو سود ببرد و سود او به اندازه ارزش خصوصی اطلاعات اولیه‌اش می‌باشد. ارزش اجتماعی اطلاعات چنین شخصی بخشی از هرگونه تغییرات سودمند در رفتار غیرمالی است که ایجاد می‌کند. مثلاً افزایش در قیمت‌های سلف خریدن کاکائو ممکن است تولیدکنندگان آبنبات را به سوی کاهش ضایعات کاکائو یا تغییر تولید از آبنبات شکلاتی به نوع دیگر هدایت کند. حالا می‌توان سودی را که یک شخص با اطلاعات اولیه درباره قیمت‌های آتی کاکائو در نبود حقوق اموال می‌تواند کسب کند به سادگی تصور کرد، خواه بیشتر و خواه کمتر از ارزش اجتماعی این اطلاعات باشد.^۱ از این‌رو،

۱. مثلاً، یک نفر با اطلاعات ممکن است قادر به کسب سود زیادی نباشد زیرا دیگران ممکن است به‌زودی از آنچه او می‌داند خبردار شوند و به سرعت قیمت سلف خریدن کاکائو را افزایش دهند. اگر چنین باشد سود او ممکن است ←

روشن نیست که آیا تشویق بیشتر اکتساب چنین اطلاعاتی درباره نوسان‌های قیمت از طریق اعطای حقوق مالکیت فردی در اطلاعات از نظر اجتماعی مطلوب است، اما به هر حال باز هم قانون چنین کاری را اصولاً از طریق حقوق اسرار تجاری انجام می‌دهد. نهایتاً، اطلاعات شخصی را مورد توجه قرار دهید. هزینه‌های تحصیل این اطلاعات عبارت‌اند از تلاش برای انجام تحقیقات به شکل‌های مخفیانه، اگرچه این اطلاعات گاهی اوقات به صورت اتفاقی به دست می‌آیند و بنابراین هزینه‌ای دربر ندارند. ارزش اجتماعی اطلاعات شامل پیچیدگی‌های مختلفی می‌شود و من چند عنصر مهم بحث را ذکر می‌کنم. انتشار اطلاعات دارای ماهیت شخصی به دنیای خارج معمولاً باعث عدم مطلوبیت برای اشخاصی می‌شود که در معرض آن قرار دارند و برای دیگری ایجاد مطلوبیت می‌کند که اثر خالص آن برای آنها مبهم است. علاوه بر این، چشم‌انداز کسب اطلاعات شخصی از سوی یک شخص و سپس انتشار آن، یا چشم‌انداز تقاضاهای پرداخت از سوی دارنده اطلاعات برای عدم افشای اطلاعاتش، می‌تواند رفتار قربانیان بالقوه را تغییر دهد: آنها ممکن است به عدم درگیری در رفتار نامطلوب اجتماعی (از قبیل ارتکاب جنایات) یا عدم درگیری در یک رفتار مطلوب اجتماعی که در صورت افشا ممکن است خجالت‌آور باشد هدایت گردند و تلاش‌های پرهزینه‌ای برای پنهان کردن رفتارشان به عمل آورند. بنابراین، دلایلی متفاوت وجود دارند که چرا اکتساب و افشای اطلاعات شخصی ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب یا نامطلوب باشد.^۱ اکنون اگرچه قانون حق سکوت گرفتن را مجازات و بدین طریق تلاش می‌کند سود حاصل از تحصیل اطلاعات شخصی را کاهش دهد، اما موجب گسترش حقوق اموال محدود در اطلاعات شخصی می‌شود. مثلاً فردی که می‌خواهد اطلاعات شخصی به دست آمده را به یک

→ به‌طور قابل توجهی کمتر از ارزش اجتماعی مربوط به افزایش به‌موقع قیمت‌های سلف خریدن کاکائو باشد. اما امکان دیگر این است که شخصی قادر خواهد بود حجم مهمی از کاکائو را خریداری کند قبل از آنکه قیمت افزایش یابد و اطلاعاتش را منعکس کند. به‌علاوه، ارزش اجتماعی اطلاعات ممکن است کم باشد، شاید تولیدکنندگان آب‌نبات نتوانند برای کاهش ضایعات کاکائو در طول دوره مورد بحث کار زیادی انجام دهند. در این حالت، ارزش خصوصی اطلاعات از ارزش اجتماعی فراتر می‌رود. مغایرت کلی بین ارزش خصوصی اطلاعات درباره قیمت‌های بازار و ارزش اجتماعی این اطلاعات ابتدا از سوی هرش لیفر ۱۹۷۱ مورد تأکید قرار گرفت.

۱. برای ملاحظه این موارد و قانون حق سکوت رجوع کنید به لیندگرن ۱۹۸۴، گینزبرگ و شکمان ۱۹۹۳، پوسنر ۱۹۹۳ و شاول ۱۹۹۳ ب.

نشریه بفروشد غالباً می‌تواند قراردادی برای انجام آن کار منعقد کند و هنگامی این کار را می‌کند که اطلاعات جنبه عمومی داشته باشند. این بدان معناست که ممکن است ارزش اجتماعی افشای اطلاعات از جنبه‌های عمومی بر ضرر آنها غلبه کند. همان‌طور که این بحث مختصر نشان می‌دهد عوامل مربوط به مطلوبیت حمایت از حقوق اموال در اطلاعات به صورت قابل توجهی به تناسب نوع اطلاعات تغییر می‌کنند و مسئله مطلوبیت حمایت مستلزم تحلیل کاملاً متفاوت از تحلیل راجع به اطلاعات ارزش مکرر است که قبلاً بررسی کردم.

۳-۶-۱ علائم تجاری: حقوق اموال در برچسب

۳-۶-۱-۱ کالاها و خدماتی که تعیین کیفیت آنها به‌طور مستقیم برای مصرف‌کنندگان دشوار است

همان‌گونه که تشریح خواهد شد، ارزش اجتماعی برچسب‌ها به کالاها و خدمات بسیاری مربوط می‌شود که تعیین کیفیت آنها به‌طور مستقیم برای مصرف‌کنندگان دشوار است. مثلاً برای آنکه مصرف‌کننده‌ای به‌طور مستقیم قادر به تعیین کیفیت یک هتل یا یک غذای تهیه شده از غله برای صبحانه باشد مجبور است اتاق هتل را بازرسی کند یا از آن غذای غله نمونه‌برداری کند. این کار زمان می‌برد و در بسیاری از زمینه‌ها (مثل هنگام رزرو کردن اتاق در یک هتل در شهری دیگر) غیرعملی خواهد بود. به علاوه، حتی اگر شخصی کالایی را امتحان کند، غالباً چیز زیادی آشکار نخواهد شد زیرا در یک اقتصاد نوین محصولات دارای ماهیت پیچیده هستند و ویژگی‌هایشان از ظاهر خارجی‌شان معلوم نیست.

۳-۶-۲ ارزش اجتماعی برچسب‌ها برای کالاها و خدماتی که تعیین کیفیت آنها به‌طور مستقیم دشوار است

منظور از برچسب یک کالا یا خدمت عبارت است از کلمه، عبارت یا نشانه‌ای که انحصاراً به فروشنده خاص آن مربوط می‌شود. برچسب‌ها دارای ارزش اجتماعی هستند هنگامی که مصرف‌کنندگان، آنها را با کیفیت واقعی کالاها (یا خدمات) مربوط بدانند و در غیر این صورت تعیین کیفیت چنین کالاهایی دشوار باشد. ارزش اجتماعی برچسب‌ها به دو عامل بستگی دارد:

اول، برچسب‌ها مصرف‌کنندگان را قادر می‌سازند که تصمیمات راجع به خرید را بر مبنای کیفیت محصول اتخاذ کنند یا این کار را بدون خرج کردن برای تعیین مستقل کیفیتشان انجام دهند (اگر این امر امکان داشته باشد). شخصی که قصد دارد در یک هتل با کیفیت بالا در شهر دیگری اقامت کند می‌تواند چنین هتلی را صرفاً به وسیله برچسب [عنوان] آن مثل «هتل هیلتون» انتخاب کند و نیازی به بازدید از هتل ندارد. شخصی که می‌خواهد از تازگی و مزه یک غذای غله برای صبحانه مطمئن شود، یا کسی که در جست‌وجوی یک کالای مصرفی بادوام مثل ماشین رخت‌شویی است می‌تواند با رجوع به اسم و علامت، آنچه را می‌خواهد کشف کند و نیازی نخواهد داشت که جعبه غذای غله را باز کند یا به نحوی ماشین رخت‌شویی را آزمایش کند. در همان زمان، کسی که خواستار یک کالا یا خدمت با کیفیت متوسط مثلاً یک مسافرخانه به جای هتل هیلتون است قادر به شناسایی و خرید آن درجه از کالا خواهد بود. یعنی وجود برچسب‌ها [عناوین] این امکان را به مصرف‌کنندگان می‌دهد که از میان زنجیره‌ای از کیفیت‌ها انتخاب کنند درحالی‌که تشخیص مستقیم کیفیت در غیر این صورت شامل هزینه یا عملاً غیرممکن خواهد بود.

دوم، اگر بتوان برچسب‌ها را جا انداخت، فروشندگان انگیزه‌ای برای تولید کالاهای و خدمات با کیفیت بالا خواهند داشت، زیرا فروشنده می‌داند که کیفیت کالا یا خدمتش از طریق برچسبش شناسایی خواهد شد و بنابراین فروشنده قادر به دریافت قیمت حاکی از کیفیت واقعی خواهد بود. اگر فروشندگان این انگیزه را نداشتند، کالاهای با کیفیت بالا در شرایطی که مصرف‌کنندگان قادر به تعیین کیفیت به سادگی و مستقلاً نبودند به فروش نمی‌رسیدند.

۳-۶-۱ ارزش اجتماعی حقوق اموال در برچسب‌ها

وجود حقوق اموال در برچسب‌ها به معنی امکان ممانعت دارندگان حقوق [عناوین] از استفاده دیگر فروشندگان از برچسب‌هایشان، برای بهره‌مندی از منافع برچسب‌ها لازم است. با فقدان حقوق اموال در برچسب‌ها، برچسب یک کالا یا خدمت دارای کیفیت بالا از سوی یک رقیب با کیفیت پایین مورد استفاده قرار خواهد گرفت که می‌تواند همان

قیمت را با هزینه کمتر دریافت کند. اگر هر هتلی بتواند خود را هتل هیلتون بنامد، انگیزه چنین کاری را خواهد داشت و در نتیجه نام «هتل هیلتون» معنای خود را از دست خواهد داد به این ترتیب محتوای اطلاعاتی برچسبها و اعتباری که قبلاً ایجاد کرده‌اند به سرعت از بین می‌رود.

وقتی حقوق اموال در مورد برچسبها وجود دارد فروشندگان انگیزه‌های آشکاری برای ایجاد برچسبهای مؤثر و مرتبط با کیفیت کالاها و خدمتشان خواهند داشت.^۱ به‌ویژه، این انگیزه‌ها هروقت فروشندگان مایل به ساخت و فروش محصولات و خدماتی با کیفیت مناسب‌تر باشند وجود خواهد داشت.

۴-۳-۶ هزینه‌های اجتماعی حقوق اموال در برچسبها

حفظ یک نظام حقوق اموال در برچسبها شامل هزینه‌های اداری و اجرایی است که اکثر آنها به جلوگیری از تخلف در استفاده از برچسبها مربوط می‌شوند. هزینه دیگر نظام برچسبها عبارت از هزینه‌های تبلیغ برای جانداختن برچسبها [عناوین] است. این نکته نیز با موضوع ارتباط نزدیکی دارد که تهیه برچسبها به فروشندگان امکان می‌دهد قدرت بازار را به‌وجود آورند یا حفظ کنند یا مشتریان را درباره کیفیت محصول گمراه سازند. اگرچه این مشکلات را می‌توان مستقیماً از طریق قوانین ناظر بر تشکیل اتحادیه‌های بزرگ تجاری یا صنعتی و قوانین مربوط به حفظ واقعیت در تبلیغ مورد نظارت قرار داد تا هزینه‌های ضمنی حقوق اموال در برچسبها کاهش یابد.

همچنین یک هزینه پنهان که در مجاز دانستن حقوق اموال در برچسبها وجود دارد: این است که استفاده ما را از زبان و نشانه‌ها دشوار می‌سازد. به‌عنوان مثال اگر تحصیل حقوق اموال در یک عبارت توصیفی معمولی مثل «سوپ خوش‌مزه» یا «اتومبیل مهندسی‌ساز» برای یک فروشنده امکان‌پذیر بود. فروشندگان عموماً در توصیف محصولاتشان

۱. ایجاد برچسبها را می‌توان تا حدی به‌منزله یک منفعت مستقل حقوق اموال در آنها به‌حساب آورد زیرا برچسبها به فرهنگ لغات ما کلمه‌هایی (یا نشانه‌هایی) می‌افزایند. مثلاً، کلمات «آسپیرین» و «ترموس» در ابتدا علائم تجاری بودند و اکنون وارد زبان ما شده‌اند. اما از آنجاکه به‌نظر می‌رسد جامعه می‌تواند کلماتی را که نیاز دارد به‌طور نسبتاً ساده‌ای بسازد. اما من در این کتاب ایجاد کلمات جدید را به‌منزله منفعت حقوق اموال در برچسبها تحلیل نخواهم کرد.

با مشکل روبه‌رو می‌شدند و استفاده عادی از زبان مشکل‌ساز می‌شد زیرا فروشندگان را در معرض خطر مسئولیت ناشی از تخلف در حقوق اموال قرار می‌داد و بنابراین آنها مجبور به صرف زمان و انرژی برای دقت در این نکته می‌شدند که زبان توصیفی ظاهراً بی‌ضرر آنها به حقوق اموال دیگری تجاوز نکرده باشد. هرچند چنین هزینه‌هایی را می‌توان با محدود کردن حقوق اموال در برچسب‌ها به کاربرد متمایز و غیرمعمول از میان برداشت. همان‌گونه که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت، این کاری است که ضرورتاً قانون انجام می‌دهد تا هزینه بالقوه مطروحه درواقع ناچیز محسوب شود.

۵-۳-۶-۱ دوام و گستردگی مطلوب حقوق اموال در برچسب‌ها

به نظر می‌رسد مدت مطلوب حقوق اموال در یک برچسب، بالقوه نامحدود است. ممکن است یک برچسب مادام که فروشنده از آن استفاده می‌کند و جامعه از شناسایی کیفیت محصول مربوطه ازسوی مصرف‌کننده منفعی کسب می‌کند، به‌خوبی ادامه یابد. اگر حقوق اموال در یک برچسب پس از گذشت سال‌های مقرر قطع شود، فروشنده مجبور خواهد بود در یک برچسب جدید سرمایه‌گذاری بیهوده‌ای کند و مصرف‌کنندگان مجبورند این موضوع را درک و فهم کنند که تا چه مدتی به‌سادگی قادر به تشخیص کیفیت کالای فروشنده نخواهند بود.

به‌هرحال، دلایلی غیر از مرور زمان برای خاتمه حقوق اموال در یک برچسب وجود دارند. اگر فروشنده‌ای در به‌کارگیری برچسب خود ناموفق باشد ممکن است صرف‌نظر کردن از حقوق اموال در برچسب مطلوب باشد، زیرا برچسب ممکن است ارزش کمیابی داشته باشد. همچنین، اگر فروشنده کیفیت کالایش را به‌منظور فریب مشتریان و افزایش سود در کوتاه‌مدت کاهش دهد (شاید چون او قصد خروج از آن تجارت را دارد)، ممکن است لغو حقوق اموال او در برچسب مطلوب باشد و شاید حراج کردنش بهتر از حفظ آن باشد.

درباره حد مطلوب حمایت حقوق اموال در یک برچسب برای مدت معین، یعنی درباره مسائلی همچون قلمرو جغرافیایی مطلوب حمایت یا درباره حمایت در مقابل جعل برچسب‌های مشابه اما غیریکسان چه می‌توان گفت؟ بدیهی است اصل راهنما باید

این باشد که استفاده از یک برچسب نباید موجب شود که مصرف‌کنندگان محصولات مختلف را باهم اشتباه کنند؛ زیرا مطلوبیت اجتماعی برچسب‌ها در ارائه امکان تشخیص کیفیت محصول به مصرف‌کنندگان نهفته است. مثلاً اگر شرکتی که در ایالت «الف» فعالیت می‌کند همان برچسبی را برای محصولش اتخاذ می‌کند (پیتزای پارتی تایم) که به‌عنوان برچسب شرکت دیگری در ایالت «ب» شناخته شده است، اما مصرف‌کنندگان احتمالاً درباره معنای مستقل برچسب در هر ایالت دچار اشتباه نمی‌شوند، پس اجازه استفاده از هر دو برچسب اگرچه یکسان هستند ممکن است مطلوب باشد. اما اگر شرکتی از برچسبی (مثل نام «لیز کلابورن») استفاده کند که با یک برچسب جافتاده (نام «لیز کلیبورن») تفاوت دارد اما این تفاوت آنقدر نیست که مورد توجه اکثر مصرف‌کنندگان قرار گیرد. در اینجا به‌نظر می‌رسد که برچسب جدید باید ممنوع شود حتی اگر این برچسب با برچسب اول یکسان نباشد.

۶-۳-۶-۱ حقوق اموال در برچسب‌ها با حقوق اموال در اطلاعات دارای ارزش مکرر مغایرت دارند

تفاوت اصلی میان حقوق اموال در برچسب‌ها و حقوق اموال در اطلاعات دارای ارزش مکرر که قبلاً مورد بحث قرار گرفت این است که اعطای حقوق اموال در برچسب‌ها هیچ‌گونه هزینه اجتماعی مهم فراتر از هزینه اجرایی را دربرنمی‌گیرد. جامعه هنگامی که حق انحصاری بر یک برچسب را به یک فروشنده اعطا می‌کند متحمل هزینه‌ای نخواهد شد، درحالی‌که به‌خاطر حجم کمتر از حد مطلوب فروش - هنگامی که حق انحصاری فروش یک کتاب یا یک ماشین را به شخصی اعطا می‌کند، متحمل هزینه خواهد شد زیرا در پی آن یک قیمت انحصاری گرفته خواهد شد. بنابراین برخلاف حق اختراع و حق طبع، حقوق اموال در برچسب‌ها باید از نظر اجتماعی ضرورتاً غیرمشکل‌ساز تلقی شوند.

۷-۳-۶-۱ قانون علائم تجاری

آنچه در اینجا به‌عنوان برچسب مورد توصیف قرار گرفته است تابع قانون علائم تجاری

می‌باشد.^۱ یک علامت تجاری می‌تواند هر کلمه، اسم، علامت، طرح یا دلالت‌کننده مورد استفاده یک تولیدکننده برای شناسایی کالاهایش باشد. برای تحصیل حقوق اموال در یک علامت تجاری، باید آن علامت متمایز تلقی شود. این شرط خودبه‌خود از طریق به‌کارگیری کلمات خیالی مثل «اکسون» و «سانکا»؛ یا کلمات مورد استفاده در ترکیب‌های اختیاری مثلاً «کامپیوتر اپل»؛ یا کلمات مورد استفاده به روش‌های وسوسه‌آمیز مثل «صابون عاج»؛ و حتی به‌وسیله کلمات مورد استفاده در معنای توصیفی مستقیم اگر معنای خاصی (معروف به معنای ثانوی) به‌دست آورده باشند مثلاً «مهمان‌سرای تعطیلات» یا «کلبه پیتزا»، برآورده شود. توصیف شرط تمایز به‌طور گسترده‌ای با استفاده از علائم تجاری که پیشتر مورد بحث قرار گرفتند به‌ویژه از حیث هدف کاهش مداخله در استفاده طبیعی از زبان سازگار است.^۲

بررسی قانونی علامت‌ها مشابه کلمات است. علامت‌ها می‌توانند علائم تجاری باشند اگر مخصوصاً ایجاد شده باشند مثل علامت سه شاخه بنز؛ علامت‌های معمولی (مثل یک دایره) نمی‌توانند از حمایت علامت تجاری بهره‌مند شوند و نمی‌توانند ویژگی‌هایی را دربرگیرند که دارای معنای کارکردی باشند (طرح برجسته روی یک لاستیک را نمی‌توان به‌عنوان علامت تجاری استفاده کرد اما لوگوی روی دیواره لاستیک را می‌توان استفاده کرد).^۳

۱. من در اینجا بر روی قانون علائم تجاری آمریکا و انگلیس تمرکز می‌کنم که مثلاً در کین ۲۰۰۱، مک کارتی ۱۹۹۶، و میلر و دیویس ۲۰۰۰ تشریح شده‌اند. درباره قانون علائم تجاری در کشورهای دیگر (که به قانون علائم تجاری انگلیسی - آمریکایی شباهت دارند) رجوع کنید به ژاکوب ۱۹۸۷، پینر ۱۹۷۸ و روستر ۱۹۹۱. درباره تاریخچه قانون علائم تجاری رجوع کنید به شکتر ۱۹۲۵ و مک کلور ۱۹۷۹.

۲. استفاده از کلمات خیالی و ترکیبات اختیاری با استفاده طبیعی تداخلی ندارند و احتمالاً ترکیبات وسوسه‌آمیز کلمات نیز همین‌طور هستند. به‌علاوه، تعریف معنای ثانوی تضمین می‌کند که وقتی به کلمات مورد استفاده در یک مفهوم توصیفی معمولی اجازه تشکیل یک علامت تجاری داده می‌شود، آنها آنقدر با یک فروشنده خاص مرتبط هستند که درواقع فروشندگان دیگر در خطر استفاده ناآگاهانه از کلمات نیستند (هیچ‌یک از متل‌های زنجیره‌ای از کلمات «مهمان‌سرای تعطیلات» در توصیف متل‌هایشان استفاده ناآگاهانه نخواهند کرد).

۳. توجه کنید که اگر یک عبارت با اهمیت کاربردی مثل «طرح برجسته» یک علامت تجاری را تشکیل دهد، سازنده لاستیک‌های دارای طرح‌های برجسته به‌طور مؤثری دارای انحصار در ویژگی‌های یک محصول خواهد بود که مستقیماً از مصرف‌کنندگان فایده می‌برد. لذا رفاه مصرف‌کنندگان سقوط خواهد کرد؛ تولیدکننده یک قیمت انحصاری برای طرح‌های برجسته می‌گیرد که منجر به یک حجم زیر حد مطلوب از لاستیک‌های با طرح برجسته خواهد شد.

علائم تجاری را می‌توان از طریق استفاده و از طریق فرایند ثبت^۱ تحصیل کرد و می‌توان آنها را فروخت. مدت علائم تجاری نامحدود است؛ می‌توان آنها را تا هر زمانی که مورد استفاده قرار می‌گیرند حفظ کرد. هرچند اگر از آنها اعراض شود یا اگر به سرعت تنزل رتبه پیدا کنند ممکن است از دست بروند، این جنبه‌های مدت علائم تجاری دارای مفهوم اقتصادی است، همان‌طور که در قسمت ۵-۳-۶-۱ توضیح داده شد. اگر یک کلمه علامت تجاری شده وارد زبان شود چون معنای عمومی پیدا می‌کند - همان‌طوری که برای «آسپیرین»، «ترموس» و «یو-یو» اتفاق افتاده است - علامت تجاری از بین می‌رود. مزیت اجتماعی این نظریه این است که دیگر فروشندگان را قادر می‌سازد تا محصولشان را بدون مشکل توصیف کنند (یک سازنده یو-یو محصولش را بدون استفاده از کلمه «یو-یو» چگونه توصیف خواهد کرد؟) یک زبان احتمالی این نظریه این است که دارندگان علائم تجاری ممکن است ترغیب شوند تا برای جلوگیری از عمومی شدن علائم تجاری پول خرج کنند، چنین مخارجی یک اتلاف اجتماعی هستند و اگر موفق شوند به این معناست که فروشندگان دیگر مجبور خواهند بود کلمات مترادفی برای محصول ایجاد کنند.^۲ معیار نظریه تخلف علامت تجاری این احتمال است که مصرف کننده درباره فروشندۀ واقعی کالاها و خدمات دچار سوء تفاهم شود. بنابراین همان‌گونه که در قسمت ۵-۳-۶-۱ پیشنهاد شد، برای آنکه از نظر اجتماعی مطلوب باشد، هرچه علائم بیشتر به یکدیگر شبیه باشند، هرچه کالاهای دارای علامت بیشتر شباهت داشته باشند و هرچه تداخل جغرافیایی در بازارهایشان بزرگ‌تر باشد، احتمال پیدا شدن تخلف بیشتر است.

۸-۳-۶-۱ مروری بر پیشینه مباحث

مقالات متعددی یک تمایل اقتصادی به‌سوی تحلیل قانون علائم تجاری را تأکید می‌کنند که عمومی‌ترین آنها لاندز و پوسنر (۱۹۸۷ ب) هستند.^۳

۱. در ایالات متحده، علائم تجاری تحت حاکمیت کامن لو ایالتی و قوانین علائم تجاری فدرال قرار دارند که به‌طور مؤثری یک نظام ثبت فدرال به‌وجود می‌آورند، برای مثال رجوع کنید به هاووز ۱۹۹۷ و مک کارتی ۱۹۹۶.

۲. برای دیدن نوشته‌هایی درباره نظریه عمومیت رجوع کنید به پالادینو ۲۰۰۰ و سوان ۱۹۹۹.

۳. همچنین رجوع کنید به برگوندز ۱۹۸۵، اکونومیدز ۱۹۸۸، ۱۹۹۸، لم لی ۱۹۹۹ و میمز ۱۹۸۴.

فصل دوم

حقوق حادثه

در بحث حقوق حادثه، به قواعد حقوقی حاکم بر حقوق قربانیان صدمه برای پیگیری و اخذ غرامت از کسانی که به آنها صدمه زده‌اند، اشاره می‌کنم. این موضوع بخشی از آن چیزی است که به‌عنوان حقوق مسئولیت مدنی در نظام‌های حقوقی انگلیسی - آمریکایی معروف است. تحلیل حقوق حادثه از قسمت‌های ۱-۲، ۲-۲ و ۳-۲ با بررسی اینکه چگونه قواعد حقوقی مسئولیت بر انگیزه‌های اشخاص در کاهش خطرات حادثه تأثیر می‌گذارند شروع خواهد شد.

توجه ما بر دو قاعده اصلی مسئولیت یعنی اهمال و مسئولیت محض متمرکز خواهد شد. به موجب قاعده اهمال، یک آسیب‌رساننده فقط در صورتی در مقابل قربانی مسئولیت دارد که اهمال کرده باشد، به این معنی که سطح احتیاط او کمتر از معیار حداقل مورد قبول دادگاه‌ها باشد. اما به موجب قاعده مسئولیت محض، آسیب‌رساننده مسئول ایراد صدمه خواهد بود حتی اگر اهمال نکرده باشد.

در قسمت ۴-۲ حقوق حادثه را وسیع‌تر بررسی خواهیم کرد تا اثر قواعد مسئولیت بر جبران خسارت قربانیان و تخصیص خطرات را نشان دهیم. در اینجا، یک مسئله عمده، نقش بیمه قربانیان و بیمه مسئولیت خواهد بود. دو نکته درخصوص بیمه مورد تأکید واقع خواهد شد: بیمه قربانیان نیاز به نظام مسئولیت را به‌عنوان عامل جبران خسارت تقلیل می‌دهد و بیمه مسئولیت نه تنها آسیب‌رسانندگان را در مقابل خطر حمایت می‌کند بلکه انگیزه‌های کاهش خطر به‌وجود آمده به موجب قواعد مسئولیت را نیز تغییر می‌دهد.

نهایتاً در مبحث ۵-۲، هزینه‌های اداری نظام مسئولیت یعنی هزینه‌های قانونی خصوصی و عمومی دادخواهی مورد بررسی واقع خواهند شد. این هزینه‌ها بسیار حائز اهمیت هستند و بر اینکه آیا استفاده از حقوق حادثه از نظر اجتماعی مطلوبیت دارد یا نه

اثر مهمی خواهند داشت. در بحث ما این نکته مورد تأکید خواهد بود که مداخله اجتماعی - خواه کاهش استفاده از نظام قانونی و خواه ترغیب آن - مورد نیاز است زیرا انگیزه‌های خصوصی برای استفاده از این نظام به‌طور کلی با انگیزه‌های مطلوب اجتماعی برای استفاده از آن تفاوت دارند.

۲-۱ مسئولیت و بازدارندگی: نظریه اصلی

در اینجا و در سراسر فصل دوم، نمونه‌ای از حوادث دربرگیرنده آسیب‌رسانندگان و قربانیان را بررسی خواهیم کرد. به‌عنوان مثال، ممکن است رانندگان اتومبیل را به‌منزله آسیب‌رساننده و دوچرخه‌سواران را به‌منزله قربانی، یا افرادی را که مرتکب بمب‌گذاری می‌شوند به‌عنوان آسیب‌رساننده و رهگذران را به‌عنوان قربانی تصور کنیم.^۱

آسیب‌رسانندگان ممکن است به‌خاطر حوادثی که ایجاد می‌کنند با مسئولیت قانونی روبه‌رو شوند و اثر این احتمال بر رفتار آنها، رفتار قربانیان و اقدامات مقرر شده رفاه اجتماعی اکنون در چندین شکل عمومی از حوادث مطالعه خواهد شد. دو قاعده مهم مسئولیت در مقابل حادثه یعنی مسئولیت محض و اهمال (و بعضی از اشکال مختلف آنها) در قانون تحلیل ما قرار می‌گیرند.^۲

ما فرض خواهیم کرد که حوادث و مسئولیت متعاقب آن براساس احتمالات به‌وجود می‌آیند. به‌منظور تحلیل اثرات قواعد مسئولیت در یک وضعیت نامشخص به ساده‌ترین روش، ما غالباً فرض می‌کنیم که اشخاص در مقابل احتمال ضرر و زیان بی‌طرف هستند. فردی که در مقابل احتمال ضرر و زیان بی‌طرف است تصمیماتی براساس ارزش‌های مورد انتظار یا کاهش‌یافته به موجب این احتمال اتخاذ می‌کند. به‌عنوان مثال شخصی که در مقابل احتمال ضرر و زیان بی‌طرف است و با مسئولیتی معادل ۱۰۰ هزار دلار با احتمال ۱۰ درصد مواجه می‌شود، این پرداخت غیرقطعی را معادل یک پرداخت قطعی با ارزش

۱. حوادثی که فقط شامل یک نوع از اشخاص می‌شوند - مثل حوادث دربرگیرنده فقط خود رانندگان اتومبیل یا فقط شکارچیان - در منطق محض از طریق این نمونه تشریح نمی‌شوند اما برای خواننده روشن خواهد بود که بسیاری از نتایجی که به‌دست خواهد آمد بر نمونه این حوادث یک‌سویه قابل اعمال خواهد بود.

۲. این فصل از کتاب بر مبنای بررسی کامل‌تر موضوع مطرح شده در شاول ۱۹۸۷ الف قرار دارد که دلایلی برای اثبات ادعاهایی که مطرح می‌شوند نیز ارائه می‌کند. در پاورقی‌های این فصل، دلایل تعدادی از نتایج مهم‌تر طرح و ارائه می‌شوند.

مورد انتظار ۱۰ هزار دلار در نظر می‌گیرد.^۱ میزان مسئولیت مورد انتظار ۱۰ هزار دلاری عبارت از پرداختی تفسیر می‌شود که شخص به‌طور میانگین انجام می‌دهد اگر مکرراً با خطر ۱۰ درصدی اجبار به پرداخت ۱۰۰ هزار دلار روبه‌رو شود.

۲-۱-۱ حوادث یک‌جانبه و سطوح احتیاط

در اولین نسخه از نمونه حادثه، فرض می‌شود که حوادث ماهیتاً یک‌جانبه هستند؛ فقط احتیاط و پیش‌بینی آسیب‌رسانندگان بر خطرهای حادثه اثر می‌گذارد و رفتار قربانیان اثری ندارد. وقتی هواپیمایی روی ساختمانی سقوط می‌کند یا شکستگی در لوله آب باعث سیل در یک زیرزمین می‌شود، احتمالاً قربانیان نمی‌توانسته‌اند کار زیادی برای جلوگیری از آسیب انجام دهند. در این موارد، حوادث را تقریباً به‌طور لفظی یک‌جانبه تلقی می‌کنیم. انواع دیگر حوادث نیز ممکن است تقریباً یک‌جانبه تلقی شوند اگر نقش قربانیان ناچیز باشد؛ به‌عنوان مثال تصادفات اتومبیل با دوچرخه را در نظر بگیرید که در آنها اقدامات دوچرخه‌سواران در کاهش خطر اهمیت کمی دارند.

در اینجا هدف اجتماعی به حداقل رساندن جمع هزینه‌های احتیاط و هزینه‌های مورد انتظار مربوط به حادثه خواهد بود. این رقم هزینه‌های اجتماعی مطلق نامیده می‌شود.

۲-۱-۱-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی

پیش از تعیین اینکه آسیب‌رسانندگان تحت قواعد مختلف مسئولیت چگونه عمل خواهند کرد، اجازه دهید سطح احتیاطی را که هزینه‌های اجتماعی مطلق را به حداقل می‌رساند شناسایی کنیم. این سطح مطلوب اجتماعی برای احتیاط، هزینه اعمال احتیاط و نیز کاهش خطرهای حادثه را که ناشی از احتیاط می‌باشد به وضوح منعکس می‌کند. مثال ذیل را در نظر بگیرید.

۱. اگر فرض صورت نمی‌گرفت و به خطرگریزی توجه می‌شد، آنگاه یک مسئولیت ۱۰۰ هزار دلاری با احتمال ۱۰ درصد بیشتر از یک مسئولیت قطعی ۱۰ هزار دلاری باعث ترس می‌شد. ما خطرگریزی را در بخش ۴-۲ بررسی خواهیم نمود.

جدول ۲-۱ احتیاط آسیب‌رسانندگان و ریسک حادثه

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه (درصد)	هزینه‌های مورد انتظار حادثه	هزینه‌های اجتماعی مطلق
صفر	۰	۱۵	۱۵	۱۵
متوسط	۳	۱۰	۱۰	۱۳
بالا	۶	۸	۸	۱۴

مثال ۱. فرض کنید حوادثی که باعث خسارات ۱۰۰ می‌شوند با درصد احتمالی که در جدول ۲-۱ تشریح شده است اتفاق می‌افتند. برای درک اینکه چرا اعمال احتیاط متوسط هزینه‌های اجتماعی مطلق را کاهش می‌دهد از یک سو توجه کنید که افزایش سطح احتیاط از صفر به متوسط به میزان ۵ واحد از زیان‌های حادثه‌ای مورد انتظار می‌کاهد اما هزینه‌ای معادل ۳ دربردارد؛ لذا هزینه‌های اجتماعی مطلق را کاهش می‌دهد. از سوی دیگر، افزایش احتیاط بیش از حد متوسط هزینه زیان‌های حادثه‌ای مورد انتظار را ۲ واحد دیگر کم می‌کند ولی باین حال شامل هزینه‌های اضافی معادل ۳ می‌باشد و از این رو ارزش نخواهد داشت.

این مثال گویای این نکته آشکار است که سطح مطلوب احتیاط الزاماً به کمترین سطح احتمالی زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار منجر نمی‌شود (زیرا این امر نیازمند بالاترین سطح احتیاط می‌باشد).^۱ اکنون بیایید بررسی کنیم که آسیب‌رسانندگان با فقدان مسئولیت و تحت قواعد مختلف مسئولیت چقدر احتیاط باید اعمال کنند.

۲-۱-۱-۲ بدون مسئولیت

اگر هیچ مسئولیتی در قبال حوادث وجود نداشته باشد، آسیب‌رسانندگان هیچ‌گونه احتیاطی به عمل نخواهند آورد چون انجام این کار هزینه دربرخواهد داشت و منفعتی به آنها

۱. تفسیر ریاضی مدل مذکور در مثال به شرح ذیل است. فرض کنید x سطح احتیاط، $p(x)$ احتمال تصادف (جایی که p در حال کاهش x است) و h عبارت از آسیبی است که حادثه وارد می‌کند. سطح مطلوب اجتماعی x باعث کاهش $x+p(x)h$ خواهد شد و با x^* شناخته می‌شود. مگر آنکه طور دیگری نشان داده شود، من فرض می‌کنم که در این پاورقی‌ها x^* منحصر است.

نمی‌رساند. بنابراین هزینه‌های اجتماعی مطلق عموماً از سطح مطلوب فراتر خواهد رفت؛ در مثال یک، به‌عنوان مثال، هزینه‌های اجتماعی مطلق به‌جای ۱۳ معادل ۱۵ خواهد بود.

۲-۱-۱-۳ مسئولیت محض

به موجب قاعده مسئولیت محض، آسیب‌رسانندگان باید طبق تعریف، کل زیان‌های حادثه‌ای را که به‌وجود می‌آورند بپردازند.^۱ بنابراین کل هزینه‌های آسیب‌رسانندگان معادل هزینه‌های اجتماعی مطلق خواهد بود و چون آسیب‌رسانندگان هزینه‌های کل خود را به حداقل می‌رسانند، هدف آسیب‌رسانندگان با هدف اجتماعی به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق یکسان خواهد بود. در نتیجه، مسئولیت محض باعث ترغیب آسیب‌رسانندگان به انتخاب سطح مطلوب احتیاط از نظر اجتماعی می‌شود. در مثال یک، مسئولیت محض موجب می‌شود آسیب‌رسانندگان سطح متوسط احتیاط را که حد مطلوب است اعمال کنند.

۲-۱-۱-۴ قاعده اهمال

به موجب قاعده اهمال، آسیب‌رساننده مسئول زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که ایجاد کرده است خواهد بود به شرطی که اهمال کرده باشد، یعنی فقط در صورتی که سطح احتیاط او کمتر از سطحی باشد که سطح مقتضی خوانده می‌شود و توسط دادگاه‌ها تعیین می‌گردد. اگر آسیب‌رساننده سطحی از احتیاط را اعمال کند که مساوی یا بیشتر از احتیاط مقتضی باشد مسئول شناخته نخواهد شد. قاعده اهمال گاهی اوقات به‌عنوان قاعده مبتنی بر خطا خوانده می‌شود زیرا فقط در صورتی که آسیب‌رساننده خطا کرده و اهمال کار شناخته شود، مسئولیت خواهد داشت.

اگر محاکم سطح احتیاط مقتضی را معادل سطح احتیاط مطلوب اجتماعی تعیین کنند، آسیب‌رسانندگان به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی هدایت می‌شوند و بنابراین نتیجه دارای مطلوبیت اجتماعی خواهد بود. برای درک علت این امر ابتدا مثال یک را مجدداً بررسی کنید. اگر محاکم احتیاط مقتضی را همان حد مطلوب اجتماعی یعنی سطح متوسط تعریف

۱. در اکثر قسمت‌های این فصل و فصل بعدی فرض می‌شود که یک آسیب‌رساننده قادر به پرداخت زیان‌های ایجاد شده می‌باشد. این احتمال مهم که آسیب‌رسانندگان قادر به پرداخت زیان‌های وارده نیستند در قسمت ۳-۳-۲ بررسی شده است.

کنند، مسئولیت مورد انتظار آسیب‌رساننده در وقتی که احتیاطی صورت نمی‌گیرد معادل هزینه‌های اجتماعی مطلق خواهد بود و وقتی حداقل، احتیاط متوسط صورت می‌گیرد معادل صفر خواهد بود، هزینه‌های کلی آسیب‌رساننده معادل هزینه احتیاط است (به جدول ۲-۲ نگاه کنید). بنابراین، آسیب‌رسانندگان از اعمال احتیاط متوسط بسیار منتفع خواهند شد.

جدول ۲-۲ قاعده اهمال

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	مسئولیت	مسئولیت مورد انتظار	هزینه‌های کلی آسیب‌رسانندگان
صفر	۰	بله	۱۵	۱۵
متوسط (احتیاط مقتضی)	۳	خیر	۰	۳
بالا	۶	خیر	۰	۶

به‌طور کلی، دو علت وجود دارد که چرا آسیب‌رسانندگان لزوماً به انجام احتیاط مقتضی رهنمون نمی‌شوند اگر از سوی محاکم معادل سطح مطلوب تعیین شده باشد. اول، آسیب‌رسانندگان بیشتر از احتیاط مقتضی انجام نخواهند داد زیرا صرفاً با اقدام به احتیاط مقتضی از مسئولیت مبری خواهند بود. بنابراین انجام احتیاط بیشتر دارای هیچ مزیتی نخواهد بود و باین‌حال شامل هزینه‌های اضافی می‌شود.^۱ دوم، آسیب‌رسانندگان دوست ندارند کمتر از احتیاط مقتضی عمل کنند اگر احتیاط مقتضی در سطح مطلوب اجتماعی تعیین شده باشد. اگر آسیب‌رسانندگان کمتر از حد احتیاط مقتضی احتیاط کنند در معرض خطر مسئولیت قرار می‌گیرند و لذا هزینه‌های مورد انتظارشان برابر با هزینه‌های اجتماعی مطلق خواهد بود. بنابراین آسیب‌رسانندگان سطح احتیاط را طوری انتخاب خواهند کرد که هزینه‌های اجتماعی مطلق را به حداقل برسانند. اما این عمل به‌نوبه خود به این معناست که آنها تمایل دارند سطح احتیاط خود را تا نقطه مطلوب اجتماعی

۱. در اینجا فرض می‌شود که (و در جای دیگر در این فصل) دادگاه می‌تواند سطح احتیاط یک فرد را با دقت کامل معین کند. در غیر این صورت، کاملاً ارزش خواهد داشت که شخص ضمن اقدام به احتیاط بیش از احتیاط مقتضی، از احتمال اینکه دادگاه اشتباهاً او را اهمال‌کار تشخیص دهد نیز بکاهد. این موضوع و مسائل مربوط به آن در قسمت ۱-۳-۲ تحلیل خواهند شد.

افزایش دهند، که بر فرض معادل احتیاط مقتضی است و بنابراین به آنها اجازه می‌دهد کاملاً از مسئولیت اجتناب کنند.^۱

۲-۱-۱-۵ مقایسه قواعد مسئولیت

هر دو شکل مسئولیت به یک رفتار مطلوب اجتماعی منجر می‌شوند اما برحسب اینکه دادگاه‌ها چه چیزی برای اعمال آنها باید بدانند تفاوت دارند.^۲ به موجب مسئولیت محض دادگاه فقط نیاز دارد حجم زیانی را که اتفاق افتاده است تعیین کند درحالی‌که به موجب قاعده اهمال باید علاوه بر آن، سطح احتیاطی را نیز که واقعاً صورت گرفته است (سرعت راننده) تعیین کند و سطح مطلوب اجتماعی احتیاط مقتضی (سرعت ایمن و مناسب) را محاسبه کند. برای انجام اقدام اخیر، دادگاه نیازمند دانستن هزینه‌ها و تأثیر انجام سطوح مختلف احتیاط برای کاهش خطرات حادثه است.^۳

۲-۱-۱-۶ ابعاد متعدد احتیاط

فرض کنید بیش از یک بعد از رفتار آسیب‌رساننده وجود دارد که بر خطرات حادثه اثر می‌گذارد (نه فقط سرعت راننده، بلکه تناوبی نیز که او در آینه به پشت سرش نگاه می‌کند). در این وضعیت، یک آسیب‌رساننده به موجب مسئولیت محض به‌سوی انتخاب سطوح مطلوب همه ابعاد احتیاط هدایت می‌شود زیرا هدفش به حداقل رساندن

۱. برحسب نمونه‌ای که در پاورقی صفحه قبل ذکر شد، ادعای این قسمت این است که اگر سطح احتیاط مقتضی برابر x^* باشد آنگاه آسیب‌رسانندگان ترغیب خواهند شد که x^* را انتخاب کنند. برای نشان دادن این موضوع، همان‌گونه که ذکر شد توجه کنید که یک آسیب‌رساننده $x > x^*$ را انتخاب نخواهد کرد زیرا اگر او x^* را انتخاب کند مبلغ کمتری خواهد کرد و هنوز هیچ مسئولیتی ندارد. بنابراین $x \leq x^*$ باید واقعی باشد. اگر $x < x^*$ باشد، آسیب‌رساننده در صورت وقوع حادثه اهمال کار شناخته خواهد شد و در نتیجه مسئولیت خواهد داشت. لذا با فرض اینکه $x < x^*$ باشد، آسیب‌رساننده x را انتخاب می‌کند تا $x + p(x)h$ را کاهش دهد. اما بنابر تعریف x^* معادله به این صورت می‌شود که $x + p(x)h > x^* + p(x^*)h$ و چون $x^* + p(x^*)h \geq x^*$ پس $x + p(x)h > x^*$ ؛ بنابراین آسیب‌رساننده ترجیح خواهد داد که x^* را انتخاب کند به‌جای هر x کمتر از x^* .

۲. این قواعد در چگونگی تخصیص خطر، در هزینه‌های اداری که تولید می‌کنند و در اثرات توزیعی‌شان هم تفاوت دارند. این مسائل در فصول بعد مورد بحث قرار خواهند گرفت.

۳. این معایب قاعده اهمال (و نیز اشکالی که در قسمت بعد مورد توجه قرار می‌گیرد) ممکن است به‌وسیله نسخه دوجانبه نمونه‌ای که در قسمت ۲-۱-۲ بررسی خواهد شد کاهش پیدا کنند یا دگرگون شوند.

هزینه‌های کل مورد انتظار خواهد بود. اما تحت قاعدهٔ اهمال، آسیب‌رساننده این انگیزه را خواهد داشت که سطوح مطلوب آن ابعاد از احتیاط را انتخاب کند که در معیار احتیاط مقتضی جای می‌گیرند و درواقع بعضی ابعاد احتیاط به‌خاطر مشکلاتی که دادگاه‌ها در تصدیق آنها دارند (یک دادگاه چگونه می‌تواند دربارهٔ تعداد دفعاتی که یک راننده در هر دقیقه در آینه به پشت سرش نگاه می‌کند اطلاعاتی کسب کند؟) یا مشکلات تعیین رفتار مناسب در رابطه با آنها، از معیار احتیاط مقتضی حذف خواهند شد.

۲-۱-۲ حوادث دوجانبه و سطوح احتیاط

اکنون اجازه دهید یک حالت دوجانبه از نمونهٔ حوادث را بررسی کنیم، جایی که قربانیان و آسیب‌رسانندگان می‌توانند احتیاط را رعایت کنند و خطرات حادثه را کاهش دهند. هدف اجتماعی کماکان به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق است که در اینجا جمع هزینه‌های آسیب‌رسانندگان و قربانیان به‌علاوهٔ زیان‌های مورد انتظار می‌باشد.

۲-۱-۲-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی

سطوح مطلوب احتیاط آسیب‌رسانندگان و قربانیان امکانات مشترک آنها را برای کاهش خطرات حادثه و هزینه‌هایشان برای احتیاط منعکس می‌کند. نمونهٔ زیر را ملاحظه کنید:

مثال ۲. احتمال حادثه‌ای که زیان‌هایی معادل ۱۰۰ را ایجاد خواهد کرد به ترکیبات احتمالی مختلف سطوح احتیاط آسیب‌رسانندگان و قربانیان که در جدول ۳-۲ نشان داده شده‌اند بستگی دارد. در این مثال، به‌خاطر سهولت فرض بر این است که فقط یک سطح مثبت احتیاط برای اشخاص از هر نوع وجود دارد. از آخرین ستون جدول آشکار می‌شود که برای آسیب‌رسانندگان و قربانیان اقدام به احتیاط از نظر اجتماعی مطلوب است. برای کشف علت، مثلاً تصور کنید که اگر آسیب‌رسانندگان به تنهایی احتیاط کنند زیان‌های مورد انتظار ۱۰ می‌باشد درحالی‌که اگر قربانیان نیز با هزینه‌ای معادل ۲ احتیاط کنند، زیان‌های مورد انتظار به ۴ سقوط می‌کنند؛ بنابراین هزینه‌های اجتماعی مطلق وقتی قربانیان نیز احتیاط کنند کاهش می‌یابند. استدلال مشابه نشان می‌دهد وضعیتی را که در آن قربانیان به تنهایی احتیاط می‌کنند می‌توان بهبود بخشید وقتی آسیب‌رسانندگان نیز احتیاط کنند.

اگرچه در این مثال اقدام به احتیاط برای آسیب‌رسانندگان و قربانیان از نظر اجتماعی مطلوب است اما مثال‌های دیگری می‌توان مطرح کرد که در آنها فقط برای آسیب‌رسانندگان یا فقط برای قربانیان مطلوب است که احتیاط کنند (یا احتیاط برای هیچ‌کدام مطلوب نیست). این احتمالات در اینجا مورد توجه نیستند (اما به قسمت ۱۱-۲-۱ رجوع کنید) زیرا در اکثر وضعیت‌های واقعی برای هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان بهتر خواهد بود که درجهٔ مثبتی از احتیاط هرچند کوچک را اعمال کنند.^۱

جدول ۲-۳ احتیاط آسیب‌رسانندگان و قربانیان و خطر حادثه

احتیاط آسیب‌رساننده	احتیاط قربانی	هزینه احتیاط آسیب‌رساننده	هزینه احتیاط قربانی	احتمال حادثه (درصد)	هزینه‌های مورد انتظار	هزینه‌های اجتماعی مطلق
هیچ	هیچ	۰	۰	۱۵	۱۵	۱۵
هیچ	احتیاط	۰	۲	۱۲	۱۲	۱۴
احتیاط	هیچ	۳	۰	۱۰	۱۰	۱۳
احتیاط	احتیاط	۳	۲	۶	۶	۱۱

۲-۱-۲-۲ رفتار در نمونهٔ دوجانبه

در زمینهٔ دوجانبه، طریقه‌ای که یک نوع شخص رفتار می‌کند غالباً بستگی به این دارد که شخص نوع دیگر چگونه رفتار می‌کند. به‌عنوان مثال، اینکه رانندگان در مقابل دوچرخه‌سواران چقدر مراقب هستند ممکن است بستگی به این داشته باشد که دوچرخه‌سواران چقدر محتاط خواهند بود (رانندگان ممکن است خیلی مراقب باشند اگر دوچرخه‌سواران خیلی محتاط نباشند) و اینکه دوچرخه‌سواران معمولاً چقدر محتاط

۱. تفسیر ریاضی نمونهٔ دوجانبه عبارت است از گسترش طبیعی تفسیر نمونه یک‌جانبه (نگاه کنید به پاورقی صفحه ۲۱۲): آسیب‌رسانندگان سطح احتیاط x را انتخاب می‌کنند، قربانیان سطح احتیاط y را برمی‌گزینند، احتمال وقوع حادثه برابر است با $p(x,y)$ که هم در y و هم در x در حال کاهش است و هدف اجتماعی به حداقل رساندن $x+y+p(x,y)h$ می‌باشد. عموماً تصور می‌شود همان‌گونه که در متن مورد توجه قرار گرفت، سطوح مطلوب احتیاط x^*, y^* مثبت هستند و نیز اینکه آنها منحصر هستند.

هستند ممکن است بستگی به احتیاط معمول رانندگان داشته باشد. وابستگی متقابل احتمال اقدامات طرفین به این معناست که اگر بخواهیم نشان دهیم که الگویی از رفتار صحیح است، باید نشان دهیم که آن یک الگوی متوازن است به مفهومی که هیچ یک از طرفین نمی خواهد آنچه را انجام می دهد با فرض رفتار شخص نوع دیگر تغییر دهد. رفتار آسیب رسانندگان و قربانیان در موازنه، اکنون در وضعیت های متفاوت مسئولیت بررسی خواهد شد.

۲-۱-۲-۳ بدون مسئولیت

همانند قبل، آسیب رسانندگان در صورت فقدان مسئولیت هیچ احتیاطی نخواهند کرد و بنابراین نتیجه معمولاً با حد مطلوب فاصله خواهد داشت. هرچند چون قربانیان زیان های حادثه را تحمل می کنند دلیلی برای احتیاط خواهند داشت. در مثال ۲، اگرچه آسیب رسانندگان احتیاط نخواهند کرد، قربانیان احتیاط می کنند چون با هزینه ای معادل ۲ واحد آنها زیان های حادثه مورد انتظار را از ۱۵ واحد به ۱۲ کاهش می دهند. توجه داشته باشید که این نتیجه یک موازنه است. با فرض آنکه آسیب رسانندگان احتیاط نمی کنند، احتیاط کردن به نفع قربانیان است؛ ولی به نفع آسیب رسانندگان نیست که احتیاط کنند با فرض آنکه قربانیان احتیاط می کنند (یا چون احتیاط نمی کنند). خواننده کتاب در ادامه در موارد مشابه قادر به تشخیص این موضوع خواهد بود که دیگر نتایجی که بعداً نشان داده می شوند موازنه هستند حتی وقتی که در متن مورد اشاره قرار نگرفته است.

۲-۱-۲-۴ مسئولیت محض

از آنجاکه آسیب رسانندگان به موجب مسئولیت محض در مقابل زیان های ناشی از حادثه ای که به وجود آورده اند مسئول هستند، انگیزه خوبی برای احتیاط کردن خواهند داشت. هرچند از آنجاکه قربانیان برای زیان های ناشی از حادثه غرامت کامل از آسیب رسانندگان دریافت می کنند، در مقابل وقوع حوادث بی تفاوت خواهند بود. بنابراین قربانیان احتیاط نخواهند کرد^۱ و نتیجه مطلوب نخواهد بود. در مثال ۲،

۱. اما قربانیان آشکارا انگیزه ای برای احتیاط خواهند داشت اگر جبران خسارت کامل برای زیان های ناشی از حادثه شان به عمل نیاید مثل وقتی که زیان ها شامل صدمات شخصی جدی یا مرگ می شوند (که در قسمت ۸-۳-۲ و ۴

آسیب‌رسانندگان احتیاط خواهند کرد چون انجام آن کار مسئولیت مورد انتظارشان را با هزینه‌ای معادل ۳ واحد از ۱۵ واحد به ۱۰ واحد کاهش خواهد داد، اما قربانیان احتیاط نخواهند کرد.

۵-۲-۱-۲ مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال

به موجب این قاعده، یک آسیب‌رساننده مسئول زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که به وجود آورده می‌باشد فقط در صورتی که سطح احتیاط قربانی حداقل معادل سطح احتیاط مقتضی بوده باشد. اگر سطح احتیاط قربانی کمتر از احتیاط مقتضی برای او بوده باشد، گفته می‌شود که قربانی به صورت مشارکتی اهمال کار بوده و باید زیان‌هایش را متحمل شود (مشارکت در اهمال یک دفاع قانونی برای آسیب‌رساننده محسوب می‌شود و اثبات آن از سوی آسیب‌رساننده موجب بری شدن وی از مسئولیت می‌گردد).

اگر محاکم سطح احتیاط مقتضی برای قربانیان را معادل سطح احتیاط مطلوب اجتماعی تعیین کنند، آنگاه قربانیان و آسیب‌رسانندگان ترجیح خواهند داد که سطح احتیاط مقتضی و سطح احتیاط مطلوب اجتماعی را اعمال کنند و نتیجه مطلوب اجتماعی واقع خواهد شد. برای اثبات صحت این امر، ابتدا توجه کنید که آسیب‌رسانندگان حد مطلوب احتیاط را اعمال می‌کنند با فرض آنکه قربانیان احتیاط مقتضی را خواهند کرد، چون در آن صورت آسیب‌رسانندگان مسئول زیان‌های ناشی از حادثه خواهند بود (اگر دوچرخه‌سواران احتیاط مقتضی به عمل آورند، رانندگان مسئول زیان‌های ناشی از حادثه خواهند بود و تصمیم خواهند گرفت که احتیاط مطلوب را اعمال کنند). دوم، توجه کنید که قربانیان احتیاط مقتضی را به عمل خواهند آورد زیرا دوست دارند از اینکه به عنوان اهمال کار مشارکتی شناخته شوند و زیان‌هایشان را خود تحمل کنند اجتناب ورزند. این استدلال خاص مشابه استدلالی است که در توضیح قسمت ۴-۱-۱-۲ آمد مبنی بر اینکه چرا آسیب‌رسانندگان به موجب قاعده

→ قسمت ۶-۴-۲ مورد بررسی خواهند بود. بنابراین در اینجا (و حتی بعداً) خواننده کتاب ممکن است تفکر درباره مثال‌های حوادثی که در آنها قربانیان فقط متحمل زیان‌های مالی می‌شوند را مفید بیابد. با وجود این، مثال‌هایی که در آنها قربانیان دوچرخه‌سوار هستند به خاطر سهولت طرح در متن مورد بحث خواهند بود. مثلاً، می‌توان تصور کرد که حوادث ناشی از دوچرخه باعث ورود خسارت به دوچرخه‌ها می‌شود ولی به راکبین آسیبی وارد نمی‌شود.

اهمال اقدام به احتیاط مقتضی خواهند کرد.^۱

جهت بررسی صحت و سقم ادعای مذکور در مثال ۲ فرض کنید احتیاط مقتضی برای قربانیان معادل «احتیاط مطلوب» است زیرا اعمال احتیاط از جانب قربانیان از نظر اجتماعی مطلوب است. با فرض آنکه قربانیان احتیاط می‌کنند، آسیب‌رسانندگان مسئول زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که ایجاد می‌کنند خواهند بود. بنابراین مسئولیت مورد انتظار آنها از ۱۲ واحد به ۶ واحد سقوط خواهد کرد اگر برای احتیاط کردن ۳ واحد هزینه کنند و لذا احتیاط خواهند کرد. متقابلاً با فرض آنکه آسیب‌رسانندگان احتیاط خواهند کرد، قربانیان ترغیب به احتیاط خواهند شد؛ زیرا اگر قربانیان احتیاط نکنند، زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه‌شان را معادل ۱۰ واحد متحمل خواهند شد در حالی که اگر با هزینه ۲ واحد احتیاط کنند متحمل زیان‌هایشان نخواهند بود.^۲

۱. این بند فقط توضیح داده که چرا اقدام آسیب‌رسانندگان و قربانیان در اعمال احتیاط مطلوب، یک موازنه است. اما وضعیتی که در آن هر دو احتیاط مطلوب را اعمال می‌کنند در واقع تنها موازنه‌ای است که می‌تواند وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، تنها وضعیت ثابتی که ممکن است تحت قاعده مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی (با احتیاط مقتضی برای قربانیان در سطح مطلوب) وجود داشته باشد وضعیتی است که در آن آسیب‌رسانندگان و قربانیان هر دو احتیاط مطلوب اعمال می‌کنند. این نکته که این موازنه منحصر است از سه ملاحظه ناشی می‌شود: اول، قربانیان هرگز انگیزه‌ای برای اعمال احتیاط y فراتر از y^* نخواهند داشت (زیرا زمانی که آنها احتیاط مقتضی به عمل می‌آورند باید زیان‌های آنها جبران گردد). دوم، قربانیان احتیاط y کمتر از y^* را انتخاب نخواهند کرد زیرا اگر چنین کنند زیان‌هایشان را خود تحمل خواهند کرد، آسیب‌رسانندگان هیچ احتیاطی نخواهند کرد و قربانیان بنابراین $y + p(o, y)h$ را به حداقل خواهند رساند. اما $y + p(o, y)h > x^* + y^* + p(x^*, y^*)h > y^*$ متضمن آن است که قربانیان با انتخاب احتیاط y^* بیشتر از هر $y < y^*$ سود می‌برند. و سوم، چون در موازنه قربانیان احتیاط مقتضی y^* را اعمال می‌کنند، آسیب‌رسانندگان x را انتخاب می‌کنند تا $x + p(x, y^*)h$ را به حداقل برسانند که تا حد x^* کاهش می‌یابد.

۲. برای بررسی آنکه چرا تنها موازنه در این مثال وضعیتی است که در آن آسیب‌رسانندگان و قربانیان هر دو احتیاط می‌کنند، احتمالات دیگر را در نظر بگیرید. احتیاط کردن برای آسیب‌رسانندگان و احتیاط نکردن برای قربانیان نمی‌تواند یک موازنه باشد زیرا قربانیان تمایل به احتیاط کردن خواهند داشت اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط کنند (یا حتی اگر احتیاط نکنند). بر همین منوال، احتیاط نکردن برای آسیب‌رسانندگان و احتیاط کردن برای قربانیان نمی‌تواند یک موازنه باشد زیرا آسیب‌رسانندگان تمایل به احتیاط کردن خواهند داشت با فرض آنکه قربانیان احتیاط می‌کنند. نهایتاً، احتیاط نکردن برای آسیب‌رسانندگان و قربانیان هر دو نمی‌تواند یک موازنه باشد چون قربانیان برای اجتناب از مسئولیت تمایل به احتیاط کردن خواهند داشت (زیرا اگر آنها احتیاط کنند هزینه‌هایشان معادل ۲ واحد خواهد بود در حالی که اگر احتیاط نکنند متحمل خسارات مورد انتظار معادل ۱۵ واحد خواهند شد).

۲-۱-۲-۶ قاعدهٔ اهمال

همانند نمونهٔ یک‌جانبه، اگر محاکم احتیاط مقتضی را معادل سطح مطلوب اجتماعی تعیین کنند، آسیب‌رسانندگان به‌سوی احتیاط مقتضی هدایت خواهند شد. قربانیان نیز ترغیب خواهند شد که سطح مطلوب احتیاط را اعمال کنند زیرا متحمل زیان‌هایشان خواهند شد اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را به‌عمل آورند (رانندگان به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی رهنمون خواهند شد و دوچرخه‌سواران با علم به اینکه خودشان متحمل زیان‌هایشان خواهند بود تصمیم به اعمال احتیاط متناسب خواهند گرفت).

برای نشان دادن این نتایج، فرض کنید که در مثال ۲، احتیاط مقتضی برای آسیب‌رسانندگان معادل «احتیاط مطلوب» است. اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط نکنند، مسئولیت مورد انتظارشان ۱۲ واحد خواهد بود، با فرض آنکه قربانیان احتیاط کنند؛ بنابراین آسیب‌رسانندگان تصمیم می‌گیرند که با صرف ۳ واحد برای احتیاط، از مسئولیت اجتناب کنند. همچنین، چون قربانیان خودشان زیان‌هایشان را متحمل خواهند شد وقتی آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را به‌عمل می‌آورند، قربانیان زیان‌هایشان را با اقدام به احتیاط از ۱۰ واحد به ۶ واحد کاهش خواهند داد؛ یعنی چون این کار برای قربانیان معادل ۲ واحد هزینه خواهد داشت آنها نیز تصمیم به احتیاط خواهند گرفت.^۱

۲-۱-۲-۷ قاعدهٔ اهمال با دفاع مشارکت در اهمال

برطبق این قاعده، یک آسیب‌رساننده فقط در صورتی مسئول زیان‌های ناشی از حادثه خواهد بود که در اقدام به احتیاط مقتضی قصور کرده باشد ولی قربانی احتیاط مقتضی را اعمال کرده باشد. به‌عبارت‌دیگر، اگر آسیب‌رساننده اهمال کار باشد او هنوز می‌تواند از مسئولیت شانه خالی کند اگر قربانی نیز اهمال کار مشارکتی محسوب گردد. یک استدلال بسیار نزدیک به استدلال قسمت پیشین نشان می‌دهد که اگر محاکم سطح احتیاط مقتضی آسیب‌رسانندگان و قربانیان را معادل سطوح مطلوب اجتماعی تعیین کنند، هم

۱. موازنه‌ای که در آن هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان احتیاط مطلوب را به‌عمل می‌آورند تنها موازنهٔ تحت قاعدهٔ اهمال است (با فرض آنکه احتیاط مقتضی مطلوب است). نتیجهٔ مطلوب اجتماعی نیز تحت قاعدهٔ بعدی که مورد بررسی قرار می‌دهیم موازنهٔ منحصر می‌باشد.

آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی هدایت خواهند شد و نتیجه مطلوب اجتماعی حاصل خواهد شد. آسیب‌رسانندگان تمایل به اعمال احتیاط مقتضی خواهند داشت تا از مسئولیت اجتناب کنند براساس این فرض که قربانیان احتیاط مقتضی خواهند کرد و لذا به‌خاطر اهمال مشارکتی متحمل زیان‌های ناشی از حادثه نخواهند شد. همچنین، قربانیان با فرض آنکه آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را به‌عمل می‌آورند تمایل به اعمال احتیاط مقتضی خواهند داشت؛ قربانیان از آنجا که متحمل زیان‌هایشان خواهند شد به‌سوی اعمال سطح مطلوب اجتماعی احتیاط هدایت خواهند شد که عنوان آن احتیاط مقتضی خواهد بود (این نکته را می‌توان در مثال ۲ دقیقاً همان‌طور که در قسمت قبل بود مورد بررسی قرار داد). توجه داشته باشید که دفاع مشارکت در اهمال یک متمم غیرضروری برای قاعده اهمال در ارتباط با هدف ترغیب قربانیان به عملکرد مطلوب است، زیرا در قسمت قبل مشاهده شد که قربانیان احتیاط مطلوب را به‌عمل می‌آورند وقتی که قاعده اهمال این دفاع را به همراه نداشته باشد. به موجب قاعده اهمال، بدون دفاع مشارکت در اهمال، آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را برای اجتناب از مسئولیت به‌عمل می‌آورند. در نتیجه، قربانیان خودشان متحمل خساراتشان خواهند شد و این امر فی‌نفسه به آنها انگیزه می‌دهد که احتیاط متناسب را به‌عمل آورند. بنابراین، هیچ نیازی به تأمین انگیزه دیگری برای قربانیان جهت اقدام به احتیاط نخواهد بود.^۱

۸-۲-۱-۲ قاعده اهمال تطبیقی

به موجب این قاعده، همانند قاعده آخر، یک آسیب‌رساننده مسئول زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که ایجاد کرده است نخواهد بود اگر احتیاط مقتضی را به‌عمل آورده باشد. اما قاعده اهمال تطبیقی با قاعده قبلی در وضعیتی که در آن هم آسیب‌رساننده و هم قربانی در اعمال احتیاط مقتضی قصور می‌کنند تفاوت دارد. در آن مورد، هر طرف

۱. دفاع مشارکت در اهمال می‌تواند انگیزه‌های سودمندی را به‌وجود آورد. هرچند اگر برخی از آسیب‌رسانندگان اهمال کرده باشند و هیچ‌گونه دفاع مشارکت در اهمال وجود نداشته باشد، آنگاه یک قربانی ممکن است تصمیم بگیرد که احتیاط مقتضی را به‌عمل نیاورد، زیرا ممکن است تصور کند که احتمالاً زیان‌های ناشی از حادثه را دریافت خواهد کرد چون ازسوی یک آسیب‌رساننده اهمال کار به‌وجود آمده‌اند.

بخشی از زیان‌های ناشی از حادثه را متحمل می‌شود و این بخش از طریق مقایسه میزان تفاوت سطح احتیاط دو طرف با سطوح احتیاط مقتضی، تعیین می‌گردد. هرچه اختلاف بین احتیاط مقتضی و سطح احتیاط یک طرف بیشتر باشد بخشی از زیان‌ها که او متحمل خواهد شد بیشتر خواهد بود.

اگر محاکم سطوح مطلوب احتیاط مقتضی را تحت قاعده اهمال تطبیقی انتخاب کنند، آنگاه هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی هدایت خواهند شد. اساس این نتیجه‌گیری دقیقاً آن است که در قسمت قبل ذکر شد (آسیب‌رسانندگان برای اجتناب از مسئولیت اقدام به احتیاط مقتضی خواهند کرد اگر قربانیان احتیاط مقتضی را به‌عمل آورده باشند و نظایر آن).

دلیل آنکه هیچ تفاوتی بین نتایج تحت قاعده اهمال تطبیقی و قاعده اهمال با (یا بدون) دفاع مشارکت در اهمال وجود ندارد درواقع این است که: به موجب هر دو قاعده، اگر اشخاص یکی از دو طرف حادثه اقدام به احتیاط مقتضی کنند، آنگاه اشخاص طرف دیگر به این نتیجه می‌رسند که آنها به تنهایی اهمال‌کار محسوب خواهند شد اگر در اعمال احتیاط مقتضی قصور کنند. بنابراین تخصیص زیان‌های ناشی از حادثه هنگامی که هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان اهمال‌کار هستند - جنبه متمایزکننده قاعده اهمال تطبیقی - در محاسبات اشخاص در موازنه بی‌تأثیر خواهد بود.^۱

۹-۲-۱-۲ مقایسه قواعد مسئولیت

مشاهده کردیم که در حالت دوجانبه نمونه، مسئولیت محض به این دلیل آشکار که قادر به تأمین انگیزه اعمال احتیاط برای قربانیان نیست منجر به نتیجه مطلوب اجتماعی نخواهد شد. همچنین دیدیم که مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال و تمامی اشکال قاعده اهمال منجر به نتیجه مطلوب اجتماعی می‌شوند. تحت این قواعد، اشخاص یکی از دو دلیل کافی برای اعمال احتیاط مطلوب را خواهند داشت: یا احتیاط مطلوب موجب می‌شود کلاً از تحمل زیان‌های ناشی از حادثه اجتناب کنند (وضعیت قربانیان

۱. اما تخصیص زیان‌ها وقتی هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان اهمال‌کار هستند در وضعیت‌هایی که دلایلی برای اهمال آسیب‌رسانندگان و قربانیان وجود دارند مناسب خواهد بود؛ درخصوص چنین دلایلی رجوع کنید به قسمت ۱-۳-۲ و ۳-۳-۲ همین فصل.

تحت قاعده مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال، وضعیت آسیب‌رسانندگان تحت قواعد اهمال)، یا اینکه اعمال احتیاط سطح (نسبت به کلیت) زیان‌های مورد انتظاری که در واقع اشخاص متحمل می‌شوند کاهش می‌دهد (وضعیت آسیب‌رسانندگان تحت قاعده مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال، وضعیت قربانیان تحت قواعد اهمال).

برای اعمال هریک از این قواعد که منجر به مطلوبیت می‌شوند، دادگاه‌ها نیازمند تعیین وسعت زیان‌های ناشی از حادثه و سطح واقعی احتیاط و سطح مطلوب احتیاط مقتضی برای آسیب‌رسانندگان یا قربانیان هستند. به علاوه، برای تعیین سطح احتیاط مقتضی در مورد یک طرف، دادگاه باید (حتی به صورت ضمنی) سطح احتیاط مقتضی برای طرف دیگر را نیز تعیین کند زیرا سطح مطلوب احتیاط برای هر طرف در اصل به هزینه‌های طرف دیگر و احتمالات کاهش خطر بستگی دارد.^۱ نکته اخیر باعث می‌شود که مقایسه قواعد مسئولیت در ارتباط با سهولت اعمالشان، با آنچه در ابتدا به نظر می‌رسد متفاوت باشد.

به عنوان مثال، قاعده مسئولیت محض را با دفاع مشارکت در اهمال و قاعده اهمال با همان دفاع را در نظر بگیرید. ابتدا ممکن است به نظر آید که مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال قاعده آسان‌تری برای اعمال است چون دادگاه‌ها مستقیماً با رفتار آسیب‌رسانندگان تحت این قاعده در ارتباط نیستند، در حالی که دادگاه‌ها می‌بایست احتیاط مقتضی برای آسیب‌رسانندگان را به موجب قاعده اهمال تعیین کنند. اما برای اعمال دفاع مشارکت در اهمال، دادگاه‌ها باید احتیاط مقتضی برای قربانیان را تعیین کنند و همان‌گونه که بیان شد، این امر به طور مؤثری دادگاه‌ها را ملزم می‌کند که سطح مطلوب احتیاط برای آسیب‌رسانندگان را تعیین کنند. بنابراین، تفاوت اصلی که بر سهولت اعمال این دو قاعده اثر می‌گذارد صرفاً این است که به موجب قاعده مسئولیت محض، دادگاه‌ها نیازی به در نظر گرفتن سطح واقعی احتیاط آسیب‌رسانندگان ندارند.

۱. اینکه دادگاه‌ها عموماً باید جدول کلی هزینه‌ها و تأثیر احتیاط برای هر دو طرف را جهت تعیین احتیاط مطلوب برای هریک در نظر بگیرند از جدول ۲-۳ و قسمت ۱-۲-۲-۱ باید آشکار شده باشد. اما باید ذکر شود که در بعضی وضعیت‌ها سطح مطلوب احتیاط برای اشخاص یک طرف حادثه ممکن است بدون علم دقیق از سطح مطلوب احتیاط دیگری قابل تعیین باشد. به عنوان مثال، فرض کنید که استفاده از چراغ‌ها از سوی دوچرخه‌سواران هنگام رانندگی در شب باعث کاهش خطرات حادثه خواهد شد صرف‌نظر از سطح احتیاط اعمال شده، پس برای دوچرخه‌سواران استفاده از چراغ‌ها در شب مطلوب خواهد بود بدون تعیین اینکه چه سطح خاصی از احتیاط برای رانندگان مطلوب است.

۲-۱-۲-۱۰ مقایسه قواعد مسئولیت هنگامی که احتیاط دارای ابعاد متعددی است

در قسمت ۲-۱-۱-۶ اشاره کردم که ممکن است ابعادی از احتیاط آسیب‌رسانندگان وجود داشته باشد (از قبیل تناوب نگاه کردن رانندگان در آینه‌های نشان‌دهنده پشت سرشان) که دادگاه‌ها به‌خاطر دشواری ارزیابی، آنها را در تعیین افعال در نظر نگیرند. بنابراین آسیب‌رسانندگان ممکن است تحت قاعده افعال، در هر بعدی احتیاط را به‌طور مطلوب اعمال نکنند، اما به موجب قاعده مسئولیت به انجام این کار ترغیب می‌شوند. بدیهی است که وقتی ابعاد مختلفی از احتیاط قربانیان وجود دارند (از قبیل تناوب نگاه کردن دوچرخه‌سواران به ترافیک پشت سر) نکته مشابهی اعمال می‌شود که نمی‌تواند در معیار احتیاط مقتضی آنها قرار گیرد. به‌ویژه، قربانیان تحت قاعده مسئولیت محض با دفاع افعال مشارکتی احتیاط مطلوب در این ابعاد را اعمال نخواهند کرد لیکن تحت قاعده افعال این کار را خواهند کرد (چون به موجب آن قاعده آنها زیان‌های ناشی از حادثه را خودشان متحمل خواهند شد). در نتیجه، برای دانستن اینکه حضور ابعاد چندگانه احتیاط چگونه بر مقایسه قواعد مسئولیت اثر می‌گذارد باید درباره اهمیت ابعاد رفتار آسیب‌رسانندگان و رفتار قربانیان که از معیارهای احتیاط مقتضی آنها مستثنا می‌شود، تصمیم‌گیری کرد.

۲-۱-۲-۱۱ اجتناب‌کننده با کمترین هزینه

نظریه اجتناب‌کننده با کمترین هزینه در وضعیت‌هایی اعمال می‌شود که اگر هریک از آسیب‌رسانندگان یا قربانیان احتیاط کنند خطر حوادث از بین خواهد رفت. در چنین وضعیت‌هایی، احتیاط کردن هم‌زمان آسیب‌رسانندگان و قربانیان به‌وضوح غیرلازم خواهد بود؛ بلکه احتیاط صرفاً برای طرفی که می‌تواند با کمترین هزینه از حوادث جلوگیری کند - اجتناب‌کننده با کمترین هزینه - مطلوب است. فرض کنید آسیب‌رسانندگان قادرند با انجام احتیاطی که ۱۰ واحد هزینه دربردارد از زیان‌های ۱۰۰ واحدی ناشی از حادثه جلوگیری کنند و قربانیان نیز می‌توانند با انجام احتیاطی که ۲۰ واحد هزینه دربردارد از زیان‌ها جلوگیری کنند. در این صورت، آسیب‌رسانندگان به تنهایی باید اقدامات احتیاطی را به‌عمل آورند چون بدان طریق هدف اجتماعی به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق حاصل می‌شود.

نمونه اجتناب‌کننده با کمترین هزینه ممکن است برای تأمل درباره طبقه حوادث دوجانبه مورد بررسی در این کتاب گمراه‌کننده باشد. در وضعیت‌های مورد بررسی در اینجا، هیچ اجتناب‌کننده با کمترین هزینه وجود ندارد که به تنهایی مجبور به احتیاط باشد، زیرا تصور معمول این است که هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان عموماً باید کاری برای اجتناب از خطر انجام دهند؛ بنابراین، اثر قواعد مسئولیت با اثر نمونه اجتناب‌کننده با کمترین هزینه متفاوت است و مثلاً اگر آسیب‌رسانندگان با کمترین هزینه از خطر اجتناب کرده باشند، یک نتیجه مطلوب تحت قاعده مسئولیت محض بدون دفاع اهمال مشارکتی به دست خواهد آمد. اما در نمونه دوجانبه تحت مطالعه در اینجا، دفاع اهمال مشارکتی باید با مسئولیت محض همراه باشد تا هم قربانیان و هم آسیب‌رسانندگان را به اعمال احتیاط متناسب ترغیب کند.

۲-۱-۲-۱۲ قواعد مسئولیت در استفاده

قواعد عمده مسئولیت برای حوادث بین افراد در ایالات متحده عبارت‌اند از قاعده اهمال تطبیقی، قاعده اهمال با دفاع مشارکت در اهمال و قاعده مسئولیت محض با دفاع مشارکت در اهمال.^۱ در انگلستان، فرانسه و آلمان نیز اقسام معمول مسئولیت عبارت‌اند از قاعده اهمال تطبیقی و قاعده مسئولیت محض با شکل‌های دفاع مشارکت در اهمال.^۲

۲-۱-۲-۱۳ تعیین احتیاط مقتضی و تفسیر «انگار که»

اهمال در حقوق آمریکا، برطبق اعلامیه دوم مسئولیت‌های مدنی عبارت است از «رفتاری که پایین‌تر از معیار [احتیاط مقتضی] ... برای حمایت از دیگران در مقابل خطر غیرمعقول صدمه‌زدن قرار می‌گیرد» و مفهوم اهمال در نظام‌های حقوقی دیگر نیز مشابه

۱. برای مثال رجوع کنید به کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴ فصول ۵، ۱۱ و ۱۳. و دابز ۲۰۰۰، فصول ۶، ۱۱ و ۲۳.
۲. رجوع کنید به تونک ۱۹۸۳ برای خلاصه‌ای از حقوق مسئولیت مدنی در کل جهان و کتاب‌شناسی آن؛ فلمینگ ۱۹۹۸ برای بررسی حقوق مسئولیت مدنی با تمرکز بر انگلستان و استرالیا؛ فون بار ۱۹۹۸ جلدهای اول و دوم، برای تشریح حقوق مسئولیت مدنی در اروپا؛ فون مهن و گوردلی ۱۹۷۷، فصول ۸-۱۰ برای مقالاتی درخصوص حقوق مسئولیت مدنی فرانسه و آلمان؛ و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، فصول ۴۳-۴۰ برای تشریح حقوق مسئولیت مدنی در انگلستان، فرانسه و آلمان.

است. تصمیم‌گیری درخصوص معیار احتیاط مقتضی غالباً مستلزم نوعی ارزیابی وسعت خطر در مقابل بی‌فایده‌گی یا هزینه رفتار محتاطانه‌تر است.^۱

همان‌طور که در این تحلیل مشاهده شد، سطح احتیاط مقتضی که هزینه‌های اجتماعی مطلق را به حداقل می‌رساند به‌طور ضمنی شامل ارزیابی خطر در مقابل هزینه احتیاط می‌شود. این نکته نشان می‌دهد که احتیاط مقتضی درواقع از طریق فرایندی به‌دست می‌آید که انگار برای تشخیص رفتاری که هزینه‌های اجتماعی مطلق را به حداقل می‌رساند یا تقریباً مشابه آن طراحی شده است (آیا ارزیابی خطر چیزی بیش از شناسایی شرایط شباهت کیفی به آن چیزی است که هزینه‌های اجتماعی مطلق را به حداقل می‌رساند؟).^۲

من از کلمات «انگار که» استفاده می‌کنم زیرا ادعا آن چیزی است که افراد یا محاکم برحسب هدف ریاضی به حداقل رساندن یک مجموعه، فکر می‌کنند. آنها چیزی غیرمعمول انجام نمی‌دهند. بلکه به‌نظر می‌رسد متناسب بودن رفتار را با بررسی خطر و هزینه‌های کاهش آن براساس نظریات انصاف اندازه‌گیری می‌کنند.^۳

به همین ترتیب، تفسیر «انگار که» متضمن هیچ دلالتی درباره درجه‌ای که افراد و محاکم درباره اهداف بازدارندگی به آن علاقه‌مند هستند، نمی‌باشد اگرچه آنها گاهی اوقات بازدارندگی را مناسب می‌دانند.

۱. رجوع کنید به اعلامیه دوم: مسئولیت‌های مدنی ۱۹۶۵، بخش‌های ۲۸۲، ۲۹۳-۲۹۱. این اعلامیه خلاصه‌ای از نظریات راجع به حقوق مسئولیت مدنی از دانش‌پژوهان شاخص و تفسیری بر آنها زیر نظر مؤسسه حقوق آمریکاست. برای دیدن بحث راجع به تعیین اهمال در دیگر نظام‌های حقوقی برای مثال رجوع کنید به لیمپنس و دیگران ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۷-۲۳؛ مارکسینیس ۱۹۹۴، ۷۴-۷۲؛ فون‌بار ۱۹۹۸، فصل یکم، ۳۹-۲۰ و فصل دوم، بخش ۲؛ و زایگرات و کاتز ۱۹۹۸، ۶۰۰-۵۹۹، ۶۱۷-۶۱۵.

۲. برای خواننده کتاب روشن است که تفسیر «انگار که» را می‌توان همچنین درباره مثال‌های بسیار دیگری به‌کار برد که در فصول بعدی این کتاب درباره سازگاری بین حقوق واقعی و حقوقی که از نظر تئوری مطلوب است ذکر خواهد شد (با فرض مقیاس مطرح شده رفاه اجتماعی).

۳. یک استثنا فرمول ریاضی آقای هند برای تعیین معیار احتیاط مقتضی است. وی در نظر قضایی‌اش در قضیه ایالات متحده علیه شرکت یدک‌کشی کارول، ۱۵۹، ۱۶۹ (چاپ دوم ۱۹۴۷)، اظهار داشت که یک شخص اهمال‌کار است اگر او در اقدام احتیاطی وقتی هزینه‌اش، که آقای هند آن را «بار مسئولیت» نامید، کمتر از منفعت مورد انتظارش است قصور کند؛ او بار مسئولیت را با B، احتمال زیان با فقدان احتیاط را با P، وسعت زیان را با L نشان داد و گفت که اهمال کشف خواهد شد اگر $B < PL$ باشد.

با این ملاحظات ذهنی، توجه کنید که تفسیر «انگار که» نه تنها با این واقعیت که در تعیین اهمال یک سنجش وجود دارد بلکه با بررسی ویژگی سنجش تصدیق می‌شود. اول، فهرست عواملی که محاکم در تعیین احتیاط مقتضی در نظر می‌گیرند - و تأثیر آن عوامل بر سطح احتیاط مقتضی - چیزی است که اگر محاکم قصد به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلوب را داشته باشند در دستیابی به این هدف مؤثر خواهد بود: عموماً هرچه احتمال صدمه بیشتر و میزان احتمال صدمه وسیع‌تر باشد و تعداد افراد در خطر بیشتر باشد و کاهش خطر برای آسیب‌رسانندگان آسان‌تر باشد سطح احتیاط مقتضی بالاتر خواهد بود.^۱

دوم، انتخاب سطوح احتیاط مقتضی احتمالاً نشانگر احتمالات کاهش خطر حادثه برای آسیب‌رسانندگان و قربانیان است که با نمونه دوجانبه حوادث سازگار است. به‌عنوان مثال، خطر حادثی را در نظر بگیرید که در آنها دوچرخه‌سواران به درهای اتومبیل برخورد می‌کنند چون درها باز شده‌اند. گمان من این است که اکثر ما نمی‌گوییم دوچرخه‌سواران باید آنقدر آرام حرکت کنند که اگر یک در اتومبیل ناگهان باز شد، بتوانند به‌موقع توقف کنند، بلکه می‌گوییم قبل از آنکه اشخاص درهای اتومبیلشان را باز کنند باید به اطراف نگاه کنند تا ببینند آیا کسی نزدیک می‌شود. من همچنین اشاره می‌کنم که در رسیدن به این دیدگاه، اکثر ما در پس افکارمان - اگر نه در افکار آگاهانه‌مان - چنین ایده‌هایی داریم که برای دوچرخه‌سواران بار مسئولیت اضافی خواهد بود اگر مجبور باشند آنقدر آرام حرکت کنند که بتوانند بلافاصله پیش از برخورد با درهای ناگهان باز شده اتومبیل توقف کنند، یا برای اشخاصی که از اتومبیل‌ها خارج می‌شوند نسبتاً آسان است که مراقب خطر باشند و اینکه برای دوچرخه‌سواران ضروری نیست که خیلی آرام حرکت کنند اگر اشخاص هنگام پیاده شدن از اتومبیلشان محتاط باشند. به عبارت دیگر، هنگام تصمیم‌گیری درباره احتیاطی که اشخاص از هر گروه باید اعمال کنند، ما به‌طور کاملاً طبیعی توانایی اشخاص گروه مقابل برای احتیاط،

۱. نگاه کنید به فلمینگ ۱۹۹۸، فصل ۷، قسمت ۲؛ کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، قسمت‌های ۲۹، ۳۱، ۳۳؛ اعلامیه حقوق دوم: مسئولیت‌های مدنی، ۱۹۶۵، قسمت ۲۹۳. همچنین توجه کنید که این اثرات بر احتیاط مقتضی با فرمول هند سازگارند.

بار مسئولیت انجام آن کار و نتیجه اعمال احتیاط از سوی آنها را در ذهنمان در نظر می‌گیریم.

۲-۱-۲-۱۴ مروری بر پیشینه مباحث

اولین نویسنده‌ای که نظریه اثر قواعد مسئولیت بر رفتار اشخاص را به‌نحو تحلیلی مطالعه کرد کالابرسی بود (۱۹۶۱، ۱۹۶۵ و ۱۹۷۰). او مطلوبیت قواعد مختلف را با تأکید بر مزایای تفسیرهای مسئولیت محض و در اکثر موارد با فرض هدف به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق بررسی کرد.^۱ پوسنر (۱۹۷۲ الف، ۱۹۷۲ ب، ۱۹۷۳) بعداً به‌ویژه در تحلیلش از اصول و دکترین‌های مختلف حاکم بر استفاده از قاعده اهمال کمک‌های مهمی در این زمینه کرد.^۲ اگرچه هر دو نویسندگان مزبور نمونه‌های عددی دلالت‌کننده را مورد بحث قرار دادند، هیچ‌یک تصدیق نکرد که قواعد مسئولیت، به‌طور کلی، اشخاص محاسبه‌گر را به‌نحو به‌سوی انتخاب سطوح احتیاط هدایت می‌کنند که هزینه‌های اجتماعی مطلق به حداقل می‌رسند. براون (۱۹۷۳) اولین اظهار روشن و دلایل ریاضی این نتیجه‌گیری را مطرح ساخت؛ او نشان داد که قواعد مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی و قاعده اهمال (یا بدون دفاع) موجب ترغیب آسیب‌رسانندگان و قربانیان به اتخاذ سطوح مطلوب احتیاط در موازنه می‌شود.^۳

۲-۱-۳ حوادث یک‌جانبه: سطوح احتیاط و سطوح فعالیت

ما اکنون سطح فعالیت یک آسیب‌رساننده را به این معنی که آیا او مشغول یک فعالیت

۱. البته بسیاری از نویسندگان پیشین، تصدیق کرده‌اند که قواعد مسئولیت اثرگذاری بر رفتار دارند کالابرسی با اسلافش از این نظر تفاوت داشت که اثر مسئولیت بر رفتار را نقطه کانونی کارش قرار داد و آن را به روشی خودآگاه، حمایت شده و دقیق اجرا کرد.

۲. همچنین رجوع کنید به لاندز و پوسنر ۱۹۸۱ ب، ۸۹۲-۹۰۳، که درباره آنچه در اینجا تفسیر «انگار که» تعیین اهمال نامیده می‌شود بحث می‌کنند.

۳. بعد از دیاموند ۱۹۷۴ الف، ۱۹۷۴ ب نیز در ارتباط با نمونه‌های مشابه نشان داد که قاعده اهمال با دفاع اهمال مشارکتی اشخاص را به اتخاذ سطوح احتیاط که هزینه کلی ناشی از حادثه را به حداقل می‌رساند ترغیب می‌کند. همچنین رجوع کنید به گرین ۱۹۷۶، شاول ۱۹۸۷ الف، ۷۲-۷۷، ۸۶-۹۱، ایمونز ۱۹۹۰ و ایمونز و سوبل ۱۹۹۱ که مسئولیت را در شرایطی که آسیب‌رسانندگان و قربانیان غیرمتجانس هستند تحلیل می‌کنند؛ و همچنین نگاه کنید به تحقیق شافر ۲۰۰۰.

خاص است و تا چه اندازه بررسی می‌کنیم. مثلاً، تعداد مایل‌هایی که یک فرد رانندگی می‌کند ممکن است به‌منزله سطح فعالیتش تفسیر گردد. سطح فعالیت یک آسیب‌رساننده باید از سطح احتیاط او که به احتیاط‌های مورد اعمال وی در هنگام اشتغال به فعالیت بستگی دارند، تمیز داده شود (احتیاط‌هایی که شخص در هنگام رانندگی که روی جاده اعمال می‌کند مثل موارد کاهش سرعت در پیچ‌ها در مقایسه تعداد مایل‌هایی که رانندگی می‌کند). تحلیل ما با حالت یک‌جانبه شروع خواهد شد و برای سهولت کار فرض خواهیم کرد که افزایش سطح فعالیت یک آسیب‌رساننده منجر به افزایش متناسب زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه، با فرض سطح احتیاط وی، خواهد شد. بنابراین، دو برابر شدن تعداد مایل‌هایی که افراد رانندگی می‌کنند، با فرض احتیاطی که در طول رانندگی می‌نمایند منجر به دو برابر شدن تعداد احتمالی حوادثی خواهد شد که آنها به‌وجود می‌آورند؛ یا دو برابر شدن دفعاتی که افراد سگ‌هایشان را برای گردش می‌برند با فرض احتیاطی که آنها برای جلوگیری از حمله سگ‌شان (با پوزبند زدن) به کار می‌برند. به دو برابر شدن خطر گاز گرفتن غریبه‌ها از سوی سگ‌هایشان خواهد انجامید. ما همچنین فرض خواهیم کرد که افزایش سطح فعالیت یک آسیب‌رساننده به افزایش مطلوبیتش منجر خواهد شد (حداقل تا حدی)؛ هرچه افراد بیشتر رانندگی کنند یا هرچه بیشتر سگ‌هایشان را برای گردش ببرند، مطلوبیتشان بزرگ‌تر خواهد بود (تا زمانی که نیازشان به رانندگی برآورده شود یا گرداندن سگ‌هایشان به یک کار سخت تبدیل گردد). ما اکنون فرض می‌کنیم که هدف اجتماعی به‌حداکثر رساندن مطلوبیتی باشد که آسیب‌رسانندگان از اشتغال در فعالیتشان به‌دست می‌آورند منهای هزینه‌های اجتماعی مطلق، یعنی منهای هزینه‌های احتیاط و زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه. البته، معرفی مطلوبیتی که آسیب‌رسانندگان از فعالیتشان به‌دست می‌آورند باتوجه به مقیاس رفاه اجتماعی معنا خواهد داشت زیرا سطح فعالیتشان اکنون موضوع مطالعه است.^۱

۱. هدف اجتماعی که قبلاً مورد توجه قرار گرفت، یعنی کاهش هزینه‌های اجتماعی مطلق، ممکن است به‌عنوان یک حالت خاص هدف حاضر دیده شود. اگر ما تصور کنیم سطح فعالیت و بنابراین مطلوبیت ناشی از فعالیت ثابت نگه داشته شود، همان‌طور که ما به‌طور ضمنی فرض کردیم که حالت قبلی این‌گونه بود، آنگاه به حداکثر رساندن مطلوبیت ناشی از فعالیت منهای هزینه‌های اجتماعی مطلق معادل به حداکثر رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق می‌باشد.

۲-۱-۳-۱ حد مطلوب رفاه اجتماعی

برای آنکه رفاه اجتماعی به حداکثر برسد، یک آسیب‌رساننده باید، سطحی از احتیاط را انتخاب کند که متناسب با اثر احتیاط در کاهش زیان‌های حادثه و با هزینه‌هایش باشد. اما اکنون آسیب‌رساننده باید همچنین سطح فعالیتش را به‌طور متناسب و در سطحی انتخاب کند مطلوبیتی را که او به‌دست می‌آورد در مقابل خطرات اضافی که او ایجاد می‌کند و هزینه‌های احتیاط متوازن سازد.

مثال ۳. بیابید مثال یک را با این فرض که وضعیت آسیب‌رساننده را در هر بار که به فعالیتش می‌پردازد تشریح می‌کند، در نظر بگیریم. بنابراین، آسیب‌رسانندگانی که به‌طور مطلوب رفتار می‌کنند با هزینه ۳ واحد احتیاط متوسط اعمال می‌کنند و زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه را به ۱۰ واحد کاهش می‌دهند. در نتیجه، اگر یک آسیب‌رساننده دو بار مشغول فعالیتش شود و هر بار احتیاط مطلوب را به‌کار برد، هزینه‌های کلی او برای احتیاط معادل ۶ واحد خواهد بود و زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه‌ای که او به‌وجود می‌آورد معادل ۲۰ واحد خواهد بود و اگر به‌عنوان مثال سه بار مشغول فعالیتش شود، ارقام به‌ترتیب ۹ واحد و ۳۰ واحد خواهند بود. این ارقام در ستون‌های سوم و چهارم جدول ۲-۴ نشان داده شده‌اند.

ستون دوم در جدول مطلوبیت کلی را که آسیب‌رسانندگان از اشتغال در فعالیت کسب می‌کنند نشان می‌دهد که باتوجه به آن می‌توان ارقام رفاه اجتماعی را در ستون آخر - مطلوبیت منهای هزینه‌های احتیاط و زیان‌های حادثه - محاسبه کرد.

سطح فعالیت مطلوب ۲ واحد است زیرا رفاه اجتماعی در آن سطح بالاترین است. یک راه توضیح این مطلب به‌شرح ذیل است. هر بار که یک آسیب‌رساننده مشغول فعالیت می‌شود، هزینه‌های اجتماعی مطلق را تا $13 = 3 + 10$ افزایش می‌دهد. بنابراین، رفاه اجتماعی به‌وسیله اشتغال او به فعالیت یک‌بار دیگر ترقی خواهد کرد و فقط اگر مطلوبیت نهایی که او به‌دست می‌آورد بیش از ۱۳ باشد. چون مطلوبیتی که او از اشتغال بار اول به‌دست می‌آورد ۴۰ است و مطلوبیت نهایی که او از دفعه دوم کسب می‌کند ۲۰ است (یعنی ۴۰-۶۰) و از بار سوم فقط ۹ خواهد بود (یعنی ۶۰-۶۹) بهتر است در دفعه دوم توقف کند.^۱

۱. توجه کنید که مطلوبیت واقعاً بیش از سطح فعالیت ۴ سقوط می‌کند (دفعه پنجمی که شخص سگش را به گردش می‌برد، بیشتر یک کار سخت است تا تفریح).

جدول ۲-۴ سطح فعالیت، حوادث و رفاه اجتماعی

سطح فعالیت	مطلوبیت کل	هزینه‌های کلی احتیاط	زیان‌های کلی ناشی از حادثه	رفاه اجتماعی
۰	۰	۰	۰	۰
۱	۴۰	۳	۱۰	۲۷
۲	۶۰	۶	۲۰	۳۴
۳	۶۹	۹	۳۰	۳۰
۴	۷۱	۱۲	۴۰	۱۹
۵	۷۰	۱۵	۵۰	۵

نکته کلی نمایش داده شده در این مثال آن است که رفتار مطلوب اجتماعی آسیب‌رسانندگان را می‌توان در دو مرحله تعیین کرد: اول با کشف (مثل قسمت ۱-۱-۱-۲) سطح احتیاطی که هزینه‌های اجتماعی مطلق را در هر بار که آسیب‌رسانندگان به فعالیتشان مشغول می‌شوند ایجاد می‌شوند به حداقل می‌رساند و سپس با افزایش سطح فعالیت تا وقتی مطلوبیت نهایی که آسیب‌رسانندگان به‌دست می‌آورند از افزایش در هزینه‌های اجتماعی مطلق فراتر رود.^۱

۲-۱-۳-۲ در میان نبودن مسئولیت

با نبود مسئولیت، نه تنها آسیب‌رسانندگان در اعمال احتیاط قصور خواهند کرد بلکه تا حد افراط به فعالیتشان مشغول خواهند شد و درواقع تا زمانی به اشتغال ادامه خواهند داد که مطلوبیت اضافی به‌دست آورند (افراد صرفاً از روی هوس برای رانندگی یا گردش بردن سگشان خواهند رفت) و نه آن‌چنان که از نظر اجتماعی مطلوب است، فقط تا زمانی که

۱. نمونه ریاضی نشان داده شده در این مثال به‌شرح ذیل است. فرض کنید z سطح فعالیت باشد، $b(z)$ مطلوبیت یا منفعت حاصل از فعالیت باشد و فرض کنید هدف اجتماعی عبارت است از به حداکثر رساندن $b(z)=z+p(x)h$ ، هنگامی که $z+p(x)h$ هزینه‌های اجتماعی هستند در هر بار که یک آسیب‌رساننده درگیر فعالیتش می‌شود. فرض کنید z^* و x^* ارزش‌های مطلوب z و x باشند. توجه داشته باشید که x^* باعث به حداقل رسیدن $x+p(x)h$ می‌شود پس x^* همانند چیزی است که در قسمت ۱-۱-۲ بالا تشریح شد؛ x^* هزینه‌های اجتماعی را سطح فعالیت هر قدر که باشد به حداقل می‌رساند. بنابراین z^* به‌صورت $b'(z)=x^*+p(x^*)h$ تعیین می‌شود یعنی حالتی که منفعت نهایی ناشی از فعالیت با هزینه اجتماعی نهایی شامل جمع هزینه احتیاط مطلوب و زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه برابر است (با فرض احتیاط مطلوب).

مطلوبیت اضافی فراتر از هزینه‌های احتیاط مطلوب به‌علاوه زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه‌ای که ایجاد کرده‌اند به‌دست آورند. در مثال ۳ آسیب‌رسانندگان احتیاط نخواهند کرد و بنابراین سطح فعالیت ۴ را به‌جای سطح فعالیت مطلوب ۲ انتخاب می‌کنند.

۲-۱-۳-۳ مسئولیت محض

به موجب مسئولیت محض، مطلوبیت یک آسیب‌رساننده بدون در نظر گرفتن هزینه‌های مورد انتظارش، معادل میزان رفاه اجتماعی خواهد بود از آنجاکه او زیان‌های ناشی از حادثه‌ای را که به‌وجود آورده است می‌پردازد، طبیعتاً از منافع اشتغال به فعالیتش لذت خواهد برد و هزینه‌های احتیاط را متقبل خواهد شد. در نتیجه، آسیب‌رسانندگان طوری رفتار خواهند کرد که رفاه اجتماعی را به حداکثر رسانند؛ از این‌رو آنها هم سطح مطلوب احتیاط و هم سطح مطلوب فعالیت را انتخاب خواهند کرد.

واضح‌تر بگوییم، آسیب‌رسانندگان سطح مطلوب احتیاط را انتخاب خواهند کرد چون انجام آن باعث به حداقل رسیدن هزینه‌های مورد انتظاری می‌شود که هر بار مشغول فعالیتشان می‌شوند تقبل می‌کنند و حد مطلوب فعالیت را انتخاب می‌کنند چون تمایل دارند فقط وقتی مشغول فعالیت شوند که مطلوبیت اضافی حاصله فراتر از هزینه‌های احتیاط به‌اضافه غرامت‌های مورد انتظارشان برای زیان‌های حادثه‌ای که ایجاد کرده‌اند، باشد (مردم فقط وقتی سگشان را به گردش خواهند برد که کسب مطلوبیتشان بر بی‌فایده‌گی الزام به پوزبند زدن به سگ‌ها و خطر مسئولیت افزوده شده ناشی از گاز گرفتن سگ‌ها غلبه کند). در مثال ۳ (از قسمت ۲-۱-۳-۱) می‌دانیم که آسیب‌رساندگانی که دارای مسئولیت محض هستند سطح متوسط احتیاط را اتخاذ می‌کنند. بنابراین، آخرین ستون در جدول ۲-۴ گویای مطلوبیت آسیب‌رسانندگان بدون در نظر گرفتن هزینه‌های مسئولیت مورد انتظارشان خواهد بود و بنابراین آنها سطح فعالیت مطلوب ۲ را انتخاب خواهند کرد.

۲-۱-۳-۴ قاعده اهمال

همان‌گونه که خواننده کتاب از تحلیل قبلی به یاد دارد، آسیب‌رسانندگان به موجب قاعده اهمال به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب هدایت خواهند شد. هرچند، چون آنها

احتیاط مقتضی را اعمال می‌کنند، برای هر زیان ناشی از حادثه‌ای که به‌وجود می‌آورند از مسئولیت مبرا خواهند بود و بنابراین هیچ دلیلی ندارند تا اثری را که اشتغال در فعالیتشان روی زیان‌های حادثه دارد در نظر بگیرند. در نتیجه، آسیب‌رسانندگان به‌سوی انتخاب سطوح فعالیت از نظر اجتماعی افراطی هدایت می‌شوند. به‌ویژه، آنها مشغول فعالیتشان خواهند شد هر وقت مطلوبیتی که فارغ از هزینه احتیاط کسب می‌کنند مثبت باشد (هروقت که لذت ناشی از به‌گردش بردن سگ‌هایشان بدون بی‌فایده‌گی پوزیند زدن به آنها مثبت باشد) و نه فقط وقتی مطلوبیت خالص آنها از زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار اضافی فراتر رود.^۱

جدول ۵-۲ قاعده اهمال و سطح فعالیت

سطح فعالیت	مطلوبیت کل	هزینه‌های کلی احتیاط	مطلوبیت کل منهای هزینه‌های احتیاط
۰	۰	۰	۰
۱	۴۰	۳	۳۷
۲	۶۰	۶	۵۴
۳	۶۹	۹	۶۰
۴	۷۱	۱۲	۵۹
۵	۷۰	۱۵	۵۵

می‌توان در مثال ۳ مشاهده کرد، وقتی ما می‌دانیم که اگر احتیاط مقتضی سطح متوسط مطلوب باشد، آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را اعمال خواهند کرد و چون آسیب‌رسانندگان به موجب قاعده اهمال، احتیاط مقتضی را اعمال می‌کنند، در مقابل زیان‌های حادثه‌ای مسئول نخواهند بود و وضعیتشان مطابق با آنچه در جدول ۵-۲ تشریح شده خواهد بود.

۱. براساس نمونه (رجوع کنید به پاورقی پیشین)، نکته به‌شرح ذیل است. چون یک آسیب‌رساننده با اعمال احتیاط x^* از مسئولیت فرار می‌کند، او z را برای به حداقل رساندن $b(z) - zx^*$ انتخاب می‌کند، در نتیجه z رابطه $b'(z) = x^*$ را برقرار می‌سازد. اما z^* براساس $b'(z) = x^* + p(x^*)h$ تعیین می‌شود تا z به موجب قاعده اهمال، بیش از حد باشد (با فرض آنکه $b(z)$ یک عملکرد واگراست).

از آخرین ستون جدول آشکار می شود که آسیب‌رسانندگان سطح فعالیت ۳ را به جای سطح فعالیت مطلوب ۲ انتخاب خواهند کرد: آنها سطح فعالیتشان را از ۲ به ۳ افزایش می‌دهند چون این کار مطلوبیتشان را تا ۹ افزایش خواهد داد و هزینه‌های احتیاطشان فقط ۳ واحد افزایش می‌یابد. آنها این نکته را در نظر نمی‌گیرند که افزایش سطح فعالیتشان هزینه‌های مورد انتظار ناشی از حادثه را نیز تا ۱۰ واحد افزایش خواهد داد (همان‌طور که در جدول ۴-۲ نشان داده شده است) زیرا در مقابل این هزینه‌های اجتماعی اضافی مسئول نخواهند بود.

۵-۳-۱-۲ مقایسه قواعد مسئولیت

به موجب قاعده مسئولیت محض و قاعده اهمال، آسیب‌رسانندگان به‌سوی اتخاذ سطوح احتیاط مطلوب اجتماعی هدایت می‌شوند اما تحت قاعده اهمال بیش از حد به فعالیتشان مشغول می‌شوند چون برخلاف قاعده مسئولیت محض، در مقابل زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که به‌وجود می‌آورند چیزی نمی‌پردازند.

اهمیت این نقص قاعده اهمال بستگی به وسعت مورد انتظار زیان‌های ایجاد شده بر اثر یک فعالیت خواهد داشت. اگر فعالیتی ماهیتاً خطرناک باشد حتی وقتی با احتیاط‌های متناسب اجرا می‌شود، این نکته حائز اهمیت خواهد بود که به موجب قاعده اهمال سطح فعالیت از نظر اجتماعی مفرط می‌گردد. مثلاً اگر به گردش بردن سگ‌های نژاد وحشی یا انفجار موجب خطرات زیاد آسیب‌علی‌رغم همه احتیاط‌های معقول (یا مقتضی) شود؛ نتیجه واقعی این خواهد بود که به موجب قاعده اهمال، مردم بیش از حد سگ‌هایشان را به گردش می‌برند (به‌جای آنکه آنها را در حیاط تعلیم دهند یا سگ‌هایی از نژاد دیگری داشته باشند) یا اینکه شرکت‌ها بیش از حد از انفجار استفاده می‌کنند (به‌جای آنکه روش‌های دیگری برای تخریب به کار گیرند). به‌هر حال اگر فعالیتی فقط خطر و حوادث کمی را در صورت رعایت احتیاط مقتضی به‌وجود آورد، اهمیت هر افزایشی در سطح فعالیت به موجب قاعده اهمال، کم خواهد بود. این تردید وجود دارد که این امر در خصوص بسیاری و شاید اکثر فعالیت‌های امروزی ما صادق باشد (کوتاه کردن چمن، توپ بازی کردن، به گردش بردن یک سگ اهلی).

۶-۳-۱-۲ منشأ نقص قاعده اهمال

نقص قاعده اهمال ناشی از این فرض ضمنی است که معیار رفتار برای تعیین اهمال فقط برحسب سطح احتیاط تعیین می‌شود،^۱ فرضی که درواقع عموماً درست به نظر می‌رسد. اگر معیار اهمال طوری تعریف می‌شد که سطح فعالیت را دربرگیرد، آسیب‌رسانندگان مطمئناً در فعالیتشان تا حد بسیار زیادی مشغول نمی‌شدند تا از کشف اهمال اجتناب شود.

به هر حال، این بررسی بلافاصله این پرسش را برمی‌انگیزد که چرا محاکم معمولاً سطح فعالیت را در تعیین اهمال در نظر نمی‌گیرند. یک پاسخ احتمالی به اطلاعاتی مربوط می‌شود که محاکم نیاز دارند. محاکم برای قاعده‌مند کردن یک معیار جهت سطح فعالیت، نیازمند تعیین ویژگی منافی هستند که اشخاص از فعالیت‌هایشان به دست می‌آورند (دادگاه‌ها مجبورند در مورد لذت به گردش بردن یک سگ یا اهمیت رانندگی تحقیق کنند). از آنجاکه این منافع اغلب از نظر عملی غیرقابل کشف به نظر می‌رسند، تلاش‌های محاکم برای تعیین سطوح متناسب فعالیت احتمالاً آنها را در قلمرو تصور و حدس وارد می‌کند. اتخاذ تصمیم در مورد سطوح احتیاط، اگرچه به هیچ وجه کار ساده‌ای نیست، معمولاً کمتر پیچیده به نظر می‌رسد (ما با اطمینان می‌توانیم بگوییم سگی که میل به گاز گرفتن دیگران دارد باید پوزبند داشته باشد یا اینکه شخص نباید در یک خیابان مسکونی با سرعت ۶۰ مایل در ساعت رانندگی کند).

جدا از مشکلاتی که محاکم در قاعده‌مند کردن معیارهای متناسب برای سطوح فعالیت اشخاص با آنها روبه‌رو هستند، محاکم باید به این موضوع نیز رسیدگی کنند که سطوح فعالیت اشخاص واقعاً چه هستند. این مسئولیت اضافی در برخی وضعیتهای بسیار مهم است به‌ویژه چون تعیین سطح فعالیت یک فرد نیازمند دانستن این موضوع است که او در گذشته چه می‌کرده است. (قبل از آخرین بار که سگ کسی را گاز گرفت، صاحبش چند بار آن را برای گردش برده است؟) همچنین، ارزیابی سطح احتیاط یک فرد اغلب نیازمند دانستن رفتار او در زمان حادثه است.

۱. توجه داشته باشید که این نقص مشابه نقصی است که در قسمت ۶-۱-۲ راجع به ابعاد احتیاط حذف شده از معیار احتیاط مقتضی مورد بحث قرار گرفت.

با وجود این، ممکن است وضعیت‌هایی وجود داشته باشند که در آنها دادگاه اطلاعات کافی برای تلفیق سطح فعالیت را در تعیین اهمال داشته باشد. یک مثال قابل توجه وقتی است که شخصی تنها یک‌بار در فعالیتی درگیر می‌شود که علی‌رغم اعمال احتیاط بسیار خطرناک است و این فعالیت مطلوبیت کمی به شخص خواهد داد. در این صورت این شخص را می‌توان صرفاً به‌خاطر اشتغال به آن فعالیت اهمال‌کار نامید.^۱

۲-۱-۳-۷ مروری بر پیشینه مباحث

در شاول (۱۹۸۰ج) من تمایز بین سطح فعالیت و سطح احتیاط را نشان دادم و ابتدا نکاتی را دربارهٔ مسئولیت محض در مقابل اهمال و سطح فعالیت که در اینجا و در قسمت ۲-۱-۴ مورد بحث هستند مطرح نمودم.

۲-۱-۴ حوادث دوجانبه: سطوح احتیاط و سطوح فعالیت

در این حالت بسیار کلی، فرض می‌شود که قربانیان همانند آسیب‌رسانندگان، سطوح فعالیت و سطوح احتیاط را انتخاب خواهند کرد. همانند سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان، فرض می‌شود افزایش سطوح فعالیت قربانیان حداقل تا حدی باعث افزایش مطلوبیتشان می‌شود و به افزایش متناسب زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه منجر خواهد شد. بنابراین اگر یک دوچرخه‌سوار یک مایل اضافی براند، از مطلوبیت اضافی منتفع خواهد شد و شانس او برای درگیر شدن در یک حادثه افزایش خواهد یافت. میزان رفاه اجتماعی عبارت خواهد بود از مطلوبیتی که قربانیان و آسیب‌رسانندگان از فعالیت‌هایشان به‌دست می‌آورند منهای هزینه‌های احتیاطشان و زیان‌های ناشی از

۱. در این رابطه، توجه به این قطعه در اعلامیهٔ دوم حقوق جالب است: مسئولیت‌های مدنی ۱۹۶۵، قسمت ۲۹۷ که بخشی از آن می‌گوید، «یک عمل اهمال‌کارانه ممکن است عملی باشد که شامل خطر غیرمعقول صدمه می‌شود ... اگرچه با تمام احتیاط ممکن انجام شود.» با استفاده از مثال، این اعلامیه توضیح می‌دهد که «جاده‌های کوهستانی بسیاری وجود دارند که ممکن است خطرناک تلقی شوند فارغ از اینکه راننده ممکن است چقدر محتاط باشد ... خطر غیرقابل‌گزیزی در پایین آمدن از یک جادهٔ باریک و خراب کوهستانی وجود دارد ... به‌ویژه اگر ... برف یا یخ جاده را پاک نکرده باشند. ... صرف استفاده از چنین جاده‌ای ... اهمال محسوب می‌شود مگر آنکه مطلوبیت جاده بسیار زیاد باشد.

حادثه مورد انتظار. تحلیلی که در پی می‌آید خلاصه خواهد بود چون اکثر نتایج را می‌توان با تمسک به موارد قبلی توضیح داد.

۱-۴-۲ حد مطلوب رفاه اجتماعی

رفتار مطلوب در حالت دوجانبه نه تنها هزینه احتیاط و اثر آن بر خطرات حادثه بلکه همچنین مطلوبیتی را که آسیب‌رسانندگان و قربانیان از فعالیت‌هایشان به دست می‌آورند منعکس خواهد کرد.

مثال ۴. برای سهولت کار فرض کنید که قربانیان یا مشغول فعالیتشان هستند یا خیر و همین را در مورد آسیب‌رسانندگان نیز تصور کنید؛ به عبارت دیگر، برای اشخاص هر گروه، فقط یک سطح فعالیت مثبت ممکن وجود دارد.

همچنین فرض کنید اگر اشخاص یک گروه مشغول فعالیتشان باشند و دیگران مشغول نباشند هیچ حادثه‌ای اتفاق نخواهد افتاد. برای وقوع حوادث وجود آسیب‌رسانندگان و قربانیان هر دو لازم است و بنابراین اگر فقط اشخاص یک گروه مشغول فعالیتشان باشند، احتیاط کردن آنها بی‌معنی و از نظر اجتماعی بی‌فایده خواهد بود. نهایتاً فرض کنید که اگر آسیب‌رسانندگان و قربانیان هر دو در فعالیت‌هایشان مشغول باشند، خطر حوادث همانند آنچه در مثال ۲ تشریح شد خواهد بود. در این حالت آسیب‌رسانندگان باید احتیاط کنند که ۳ واحد هزینه خواهد داشت؛ قربانیان نیز باید احتیاط کنند که ۲ واحد هزینه خواهد داشت و زیان‌های مورد انتظار ناشی از حادثه ۶ خواهد بود. بنابراین هزینه‌های اجتماعی مطلق برابر با $3+2+6=11$ خواهد بود به شرطی که هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان در فعالیت‌هایشان مشغول باشند و احتیاط کنند.

با بیان این فرض‌ها، تعیین اینکه چه زمانی برای آسیب‌رسانندگان و برای قربانیان مطلوب است که مشغول فعالیت‌هایشان شوند، به عنوان کارکرد مطلوبیتی که هریک می‌تواند از انجام آن به دست آورد، آسان است. اگر فقط اشخاص یک گروه در فعالیتشان مشغول باشند، هیچ کدام از هزینه‌های ناشی از حادثه معادل ۱۱ واحد را متحمل نخواهد شد (زیرا هیچ حادثه‌ای اتفاق نمی‌افتد و هیچ احتیاطی اعمال نخواهد شد). بنابراین رفاه اجتماعی آسیب‌رسانندگان و قربانیان برای اشتغال در فعالیت‌هایشان به حداکثر خواهد

رسید البته فقط هنگامی که هریک از آنها از فعالیتش مطلوبیتی فراتر از ۱۱ را کسب می‌کند. در غیر این صورت، برای اشخاصی که از مطلوبیت بیشتری منتفع می‌شوند خوب است که مشغول فعالیتشان شوند و برای دیگر اشخاص خوب است که از اشتغال در فعالیتشان خودداری کنند.

برای تعیین صحت و سقم این ادعا فرض کنید که آسیب‌رسانندگان مطلوبیت ۳۵ و قربانیان مطلوبیت ۲۵ را از اشتغال در فعالیت‌هایشان کسب می‌کنند. اگر هر دو گروه آسیب‌رسانندگان و قربانیان مشغول فعالیتشان شوند، رفاه اجتماعی معادل $49 = 35 + 11 - 25$ خواهد بود؛ اما فقط آسیب‌رسانندگان در فعالیتشان مشغول شوند، رفاه اجتماعی ۳۵ خواهد بود و اگر فقط قربانیان در فعالیتشان مشغول شوند، رفاه اجتماعی ۲۵ خواهد بود. بنابراین درواقع برای هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان مطلوب خواهد بود که در فعالیت‌هایشان مشغول شوند. سپس فرض کنید که آسیب‌رسانندگان از اشتغال در فعالیتشان مطلوبیت ۳۵ و قربانیان فقط ۸ را کسب می‌کنند. آنگاه اگر هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان در فعالیت‌هایشان مشغول باشند رفاه اجتماعی $32 = 35 + 8 - 11$ خواهد بود؛ اما اگر آسیب‌رسانندگان به تنهایی چنین کنند رفاه اجتماعی ۳۵ خواهد بود و اگر قربانیان به تنهایی چنین کنند رفاه اجتماعی ۸ خواهد بود و از این رو برای آسیب‌رسانندگان به تنهایی خوب است که به فعالیتشان مشغول شوند.^۱ محاسبات مشابه نشان می‌دهند که اگر آسیب‌رسانندگان ۸ واحد مطلوبیت و قربانیان ۲۵ واحد از اشتغال در فعالیت‌هایشان کسب کنند، برای قربانیان به تنهایی مطلوب خواهد بود که مشغول فعالیتشان شوند.

جنبه ساده‌کننده این مثال، که اشخاص یا درگیر فعالیتشان نمی‌شوند یا فقط در یک سطح مثبت درگیر آن می‌شوند، نباید خواننده کتاب را گیج کند. نکاتی که بعداً تشریح می‌شوند آشکارا در حالت واقعی‌تری که در آن بسیاری سطوح متفاوت فعالیت مثبت برای هر گروه از اشخاص وجود دارند مصداق خواهند یافت.

۱. ضرورتی ندارد که آسیب‌رسانندگان از مطلوبیت بزرگ‌تر از ۱۱ منتفع شوند چون برای آنها اشتغال در فعالیتشان مطلوب است. مثلاً اگر مطلوبیت آسیب‌رسانندگان ۱۰ واحد باشد هنوز برای آنها اشتغال در فعالیتشان به تنهایی مطلوب است و رفاه اجتماعی ۱۰ واحد خواهد بود.

۲-۴-۱-۲ مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی

همان گونه که خواننده کتاب از تحلیل قبلی دریافته است، اگر محاکم سطح مطلوب احتیاط مقتضی را انتخاب کنند، به موجب مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی، هم آسیب‌رسانندگان و هم قربانیان وقتی مشغول فعالیت‌هایشان می‌شوند به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب هدایت خواهند شد. به‌علاوه چون قربانیان احتیاط مقتضی را اعمال می‌کنند، آسیب‌رسانندگان برای زیان‌های ناشی از حادثه‌ای که به‌وجود می‌آورند غرامت خواهند پرداخت و لذا همان گونه که در قسمت ۳-۱-۳-۲ تشریح شد، سطح متناسب صحیح فعالیتشان را با فرض رفتار قربانیان انتخاب خواهند کرد.

با وجود این چون قربانیان برای زیان‌هایشان غرامت دریافت خواهند کرد، غالباً به فعالیتشان مشغول می‌شوند و تنها هزینه یک قربانی برای اشتغال در فعالیتش هزینه اعمال احتیاط خواهد بود. بنابراین قربانی هر وقت که مطلوبیتش از انجام این کار فراتر از هزینه اعمال احتیاط مقتضی باشد مشغول فعالیتش خواهد شد. اما آنچه مطلوب خواهد بود این است که او فقط وقتی در فعالیتش مشغول شود که مطلوبیتش فراتر از هزینه اعمال احتیاط مقتضی به‌علاوه زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار که از اشتغال در فعالیتش ناشی می‌شود، باشد (یک دوچرخه‌سوار برای سواری خواهد رفت هرگاه لذتی که از سواری کسب می‌کند بیش از بی‌فایده‌گی اجبار به اعمال احتیاط متناسب باشد نه فقط وقتی که لذت، فراتر از بی‌فایده‌گی اعمال چنین احتیاطی به‌علاوه افزایش زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار باشد).

برای نشان دادن این نکته، وضعیت مذکور در مثال ۴ را که در آن آسیب‌رسانندگان مطلوبیت ۳۵ و قربانیان مطلوبیت فقط ۸ را از فعالیت‌هایشان کسب می‌کنند و بنابراین برای قربانیان اشتغال در فعالیتشان مطلوب نیست در نظر بگیرید.

به موجب قاعده مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی، قربانیان فقط نیازمند اعمال احتیاط مقتضی با هزینه ۲ واحد هستند تا از جبران خسارت ناشی از حادثه متحمل شده اطمینان یابند. از این‌رو، وقتی آنها مطلوبیت ۸ را که از اشتغال در فعالیتشان کسب می‌کنند با هزینه احتیاط معادل ۲ مقایسه می‌کنند، به‌طور نامطلوبی تصمیم خواهند گرفت که مشغول فعالیتشان شوند (همین‌طور آسیب‌رسانندگان که مطلوبیت معادل ۳۵ خود را با هزینه احتیاط ۳ به‌علاوه مسئولیت مورد انتظار معادل ۶ خود مقایسه خواهند کرد).

۳-۴-۱-۲ قاعده اهمال با یا بدون دفاع اهمال مشارکتی

باز هم خواننده کتاب از بحث قبلی دریافته است که تحت قاعده اهمال، هر دو گروه آسیب‌رسانندگان و قربانیان هنگام اشتغال به فعالیتشان ترغیب به اعمال احتیاط مطلوب خواهند شد اگر محاکم سطوح احتیاط مقتضی مطلوب را انتخاب کرده باشند و چون آسیب‌رسانندگان با اعمال احتیاط مقتضی از مسئولیت مبرا می‌شوند، از استدلال قسمت ۳-۴-۱-۲ آشکار می‌گردد که آسیب‌رسانندگان ممکن است در یک سطح بسیار بالای فعالیتشان درگیر شوند.

به‌هر حال قربانیان سطح فعالیتشان را با ملاحظه رفتار آسیب‌رسانندگان انتخاب خواهند کرد. چون قربانیان زیان‌های خود را متقبل خواهند شد، فقط اگر مطلوبیتی که آنها دریافت می‌کنند (جدا از هزینه‌های اعمال احتیاط) فراتر از اضافه زیان‌های مورد انتظار باشد، یک‌بار دیگر در فعالیتشان مشغول خواهند شد. وضعیت مذکور در مثال ۴ را که در آن آسیب‌رسانندگان مطلوبیت ۸ و قربانیان مطلوبیت ۲۵ را از اشتغال در فعالیت‌هایشان کسب می‌کنند در نظر بگیرید. در این حالت برای قربانیان به تنهایی مطلوب است که در فعالیتشان مشغول شوند و تحت قاعده اهمال آنها این کار را انجام خواهند داد (زیرا آنها ۲۵ را با ۲+۶ مقایسه خواهند کرد)، اما آسیب‌رسانندگان هم به‌طور غیرمطلوبی چنین خواهند کرد (زیرا آنها ۸ را با ۳ مقایسه می‌کنند).

۴-۴-۱-۲ مقایسه قواعد مسئولیت

از آنچه گفته شده پیداست که مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی به رفاه اجتماعی بالاتر منجر خواهد شد اگر اشکال آن - که قربانیان اغلب در فعالیتشان مشغول می‌شوند - مهم‌تر از اشکال قواعد اهمال - که آسیب‌رسانندگان اغلب در فعالیتشان مشغول می‌شوند - نباشد. یعنی مسئولیت محض منجر به رفاه اجتماعی بیشتری خواهد شد اگر نظارت بر سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان برای جامعه مهم‌تر از نظارت بر سطوح فعالیت قربانیان باشد.

اینکه آیا نظارت بر سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان مهم‌تر از نظارت بر سطوح فعالیت قربانیان است بستگی به موضوع خواهد داشت. همان‌گونه که قبلاً بحث شد،

وقتی یک فعالیت آسیب‌رسانندگان (به گردش بردن سگی با نژاد وحشی) خطرات مهمی را علی‌رغم اعمال احتیاط مقتضی از سوی آنها ایجاد می‌کند، نظارت بر این فعالیت مطلوب خواهد بود. این نکته تغییر بنیادی نخواهد کرد اگر فعالیت‌های قربانیانی که خود را در معرض خطر قرار می‌دهند در نظر بگیریم. مخصوصاً اگر فعالیت‌های قربانیان همان فعالیت‌های روزمره باشند (قدم زدن، رفتن سرکار)، ما نمی‌خواهیم این فعالیت‌ها به نفع فعالیت‌های خطرناک‌تر آسیب‌رسانندگان، محدود گردند. متقابلاً یک فعالیت آسیب‌رسانندگان (بیس‌بال بازی کردن) خیلی خطرناک نخواهد بود اگر احتیاط متناسب به عمل آید، اهمیت نظارت بر این فعالیت چندان زیاد نخواهد بود و در عوض ممکن است در کاستن از برخی فعالیت‌های قربانیان که آنها را در معرض خطرات خاصی قرار می‌دهند (مثل هل دادن کالسکه بچه در زمین بیس‌بال وقتی بازی در جریان است) مزیتی را مشاهده کنیم.

۵-۴-۱-۲ نبود هرگونه قاعده مسئولیت که منجر به سطوح مطلوب فعالیت می‌شود

چون هیچ‌یک از قواعد مسئولیت، مسئولیت محض و اهمال، هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان را به انتخاب سطوح مطلوب فعالیت ترغیب نمی‌کنند، ممکن است پرسیده شود که آیا هیچ‌گونه قاعده مسئولیت قابل تصویری وجود دارد که همیشه منجر به سطوح مطلوب فعالیت گردد. پاسخ این سؤال منفی است. علت درواقع این است که آسیب‌رسانندگان برای انتخاب سطح صحیح فعالیتشان باید زیان‌های ناشی از حادثه را تحمل کنند، درحالی‌که قربانیان نیز برای انتخاب سطح متناسب فعالیتشان باید زیان‌های ناشی از حادثه را تحمل کنند. باین حال برای هر دو گروه آسیب‌رسانندگان و قربانیان تحمل زیان‌های ناشی از حادثه تحت یک قاعده مسئولیت امکان‌پذیر نیست.^۱ در مورد این نتیجه‌گیری سه تفسیر باید صورت گیرد. اول، توضیحی که هم‌اکنون برای آن داده شد روش‌هایی را مستقیماً پیشنهاد می‌کند که در اصل به رفتار مطلوب

۱. نتیجه خاصی که در این بند تشریح شده به شرح ذیل است. فرض کنید که یک قاعده مسئولیت فقط بر سطوح احتیاط y, x اشخاص و صدمه h متکی باشد ولی نه بر سطوح فعالیتشان. آنگاه این قاعده به‌طور کلی قادر به ترغیب هر دوی آسیب‌رسانندگان و قربانیان برای انتخاب سطوح مطلوب فعالیت باشد؛ رجوع کنید به شاول ۱۹۸۰ ج.

منتهی می‌شوند (متفاوت از قواعد مسئولیت). به عنوان مثال فرض کنید آسیب‌رسانندگان جریمه‌هایی معادل صدمه انجام شده به دولت پرداخت کنند - یا مالیات‌هایی معادل صدمه مورد انتظار بپردازند - و اینکه قربانیان زیان‌هایشان را خود تقبل کنند. در این صورت پرداخت‌های مورد انتظار آسیب‌رسانندگان و قربانیان هریک معادل زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار خواهد بود و هریک سطوح مطلوب فعالیتشان (و همچنین سطوح احتیاط) را انتخاب خواهد کرد.

دوم، این نتیجه‌گیری به این فرض بستگی دارد که محاکم نمی‌توانند سطوح فعالیت اشخاص را در چارچوب اهمال یا اهمال مشارکتی جای دهند (فرضی که ممکن است با آنچه در قسمت ۶-۳-۱-۲ نوشته شد توجیه شود). اگر اهمال و اهمال مشارکتی را بتوان برحسب سطوح فعالیت و نیز سطوح احتیاط تعریف کرد، آنگاه قواعد مسئولیت معمول منجر به این خواهند شد که آسیب‌رسانندگان و بیمه‌گران سطوح مطلوب احتیاط و فعالیت را انتخاب کنند. سوم، این نتیجه‌گیری را نباید به منزله یک نتیجه‌گیری منفی ناروا تفسیر کرد. هرچه عوامل بیشتری در یک نمونه جای داده شوند، طبیعتاً کمتر احتمال دارد که بتوان به یک نتیجه ایدئال دست یافت.

۶-۴-۱-۲ ماهیت دوجانبه صدمه

پرواضح است که صدمه دارای جنبه دوجانبه است به مفهومی که یک قربانی باید وجود داشته باشد تا صدمه را تحمل کند و به همان اندازه هم یک آسیب‌رساننده باید وجود داشته باشد تا صدمه را وارد سازد. از این ملاحظه گاهی برای اشاره به این موضوع استفاده می‌شود که آسیب‌رسانندگان نباید لزوماً صدمه وارده را جبران کنند و صدمه نباید لزوماً برای آسیب‌رسانندگان «درونی» شود. این نتیجه‌گیری با این تحلیل قبلی حمایت می‌شود و نشان می‌دهد که هریک از قواعد مسئولیت محض یا اهمال می‌تواند بهترین باشد.

ماهیت دوجانبه صدمه گاهی نیز به این معنا بیان شده که از نظر ادراکی تصمیم‌گیری درخصوص اینکه مسئولیت محض یا قاعده اهمال باید اعمال شوند غیرممکن است حتی صدمه و سبب آن مورد تردید است.^۱ این دیدگاه اشتباه است و در

۱. رجوع کنید به دونوهو ۱۹۸۹، ۱۰۵۷.

اصل هیچ مشکلی در اتخاذ تصمیم در مورد اینکه آیا قاعده مسئولیت محض یا قاعده اهمال در یک وضعیت معین در یک نمونه تعریف شده بهتر است وجود ندارد (مثلاً هیچ مشکلی در تصمیم‌گیری راجع به این مسئله در ارتباط با مثال ۴ وجود نداشت)^۱ و هیچ مسئله غامضی در خصوص نظریه صدمه وجود ندارد.

۷-۴-۱-۲ استفاده واقعی از قواعد مسئولیت محض و اهمال

انتخاب بین دو شکل اصلی مسئولیت برای حوادث بین غریبه‌ها تقریباً به یک روش در نظام‌های حقوقی مختلف صورت گرفته است؛^۲ یعنی اهمال مبنای معمول مسئولیت است و مسئولیت محض فقط در برخی زمینه‌های حادثه به کار می‌رود. در حقوق انگلیسی - آمریکایی، مسئولیت در مقابل زیان‌های ناشی از حادثه به خاطر اهداف مهم تحت حاکمیت مفهوم اهمال قرار دارد و استفاده از مسئولیت محض، به صدمات وارده از سوی حیوانات وحشی و بعضی انواع صدمات ناشی از آتش و صدمات ناشی از فعالیت‌های «خطرناک غیرطبیعی» یا «بسیار خطرناک» از قبیل انفجار، ذخیره‌سازی مایعات آتش‌زا، یا حمل و نقل مواد هسته‌ای محدود می‌شود.^۳ بیشتر مواد قانون مدنی آلمان مسئولیت را فقط در صورتی تحمیل می‌کنند که شخص آسیب‌رساننده مقصر باشد؛ اما قاعده مسئولیت محض در ارتباط با صدمات ناشی از حیوانات غیر اهلی و طبق برخی قانون‌گذاری‌ها در ارتباط با صدمات ناشی از ترافیک راه‌آهن، جاده و هوا و ناشی از استفاده از برق، گاز و انرژی اتمی اتخاذ می‌گردد.^۴

۱. اینکه در اصل هیچ مشکلی وجود ندارد به این معنا نیست که هیچ مشکلی در اعمال آن وجود نداشته باشد. فرض کنید که درست در همان زمانی که یک جنگل‌بان درختی را قطع می‌کند، یک نفر به‌طور اتفاقی در حال عبور باشد و مورد اصابت درخت قرار گیرد. در اینجا ما ممکن است احساس کنیم که هیچ نظریه جالبی در مورد اینکه چه کسی باید فعالیت می‌کرد در دست نداریم زیرا داوری کردن درباره منافع شخص عابر و جنگل‌بان که از فعالیت‌هایشان ناشی می‌شود دشوار است.

۲. مسئولیت در مقابل حوادث شامل شرکت‌ها و مشتریان در بخش بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳. رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، فصول ۶، ۲۳؛ فلمینگ ۱۹۹۸، فصول ۶، ۱۸-۱۵، نقل قول صفحه ۹۷؛ و کیتون، دابز و دیگران ۱۹۹۴، فصول ۵، ۱۳.

۴. رجوع کنید به لیمپنس و دیگران ۱۹۸۳، قسمت‌های ۱۴-۱۱؛ مارکسینیس ۱۹۹۴، ۷۲۰-۶۷۶؛ اپوکو ۱۹۷۲، ۲۴۳-۲۳۰؛ تونک ۱۹۸۳، قسمت‌های ۱۳، ۸۵-۷۹؛ فون مهرن و گوردلی ۱۹۷۷، ۵۶۶-۵۵۷، ۵۸۲-۵۷۹؛ و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸ فصل ۴۲.

وضعیت در فرانسه نیز به همین صورت است.^۱ دو ماده مهم از قانون مدنی فرانسه خطا یا اهمال را به عنوان اصل کلی مسئولیت مشخص می کنند و مسئولیت محض به صدمات ناشی از حیوانات یا برخی چیزهای خطرناک اعمال می شود (از جمله اتومبیل ها و هواپیماها).

۸-۴-۲ مسئولیت محض و قواعد اهمال در پرتو نظریه راجع به سطوح فعالیت

همان گونه که در این تحلیل مورد تأکید قرار گرفت، استفاده از مسئولیت محض به جای قواعد اهمال در جایی که فعالیت ها علی رغم اعمال احتیاط معقول، خطرات بالایی ایجاد می کنند، دارای مزیت میل به سوی کاهش شرکت در این فعالیت ها به طریق مطلوب است. این مزیت نظری ظاهراً با واقعیت سازگار است، به این مفهوم که نظریه ارائه شده در قسمت قبل این است که زمینه های فعالیت تحت پوشش مسئولیت محض عموماً خطرناک تر از آنهایی هستند که تحت پوشش قواعد اهمال هستند (مسلماً عکس این قضیه صادق نیست). هرچند استثنائاتی برای این نمونه وجود دارند؛ توضیح انتخاب های صورت گرفته بین مسئولیت محض و قواعد اهمال همیشه براساس تفاوت هایشان در خطرناک بودن، آسان نیست. (در ایالات متحده، آیا خطر ناشی از فرار حیوانات وحشی از باغ وحش ها، که برای آن احتمالاً مسئولیت محض اعمال می شود، بزرگ تر از خطر ناشی از حوادث اتومبیل - پیاده، که برای آن قاعده اهمال حاکم است، می باشد؟) به علاوه، گاهی توضیح تفاوت های میان کشورها در زمینه اعمال مسئولیت محض و اهمال نیز برحسب تفاوت های آنها در خطرناک بودن، دشوار است. (چرا قاعده اهمال باید بر مسئولیت حوادث اتومبیل - پیاده در ایالات متحده حاکم باشد در حالی که در آلمان و فرانسه مسئولیت محض اعمال می شود؟)^۲ انطباق نمونه مشاهده شده استفاده از قواعد مسئولیت محض و اهمال با آنچه براساس ملاحظات نظری این فصل بیان شد قدری مشکل است.

با کنار گذاشتن مسائل راجع به خطرناکی واقعی زمینه های مسئولیت محض در

۱. رجوع کنید به لیمپنس و دیگران ۱۹۸۳، قسمت های ۵، ۲۳؛ تونک ۱۹۸۳، قسمت های ۱۲، ۸۸-۸۶؛ فون مهرن و گوردلی ۱۹۷۷، ۵۵۵-۵۵۷، ۵۸۲-۵۷۹؛ و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، فصل ۴۲.

۲. در آلمان، رجوع کنید به مارکسینیس ۱۹۹۴، ۷۲۰-۷۱۰؛ و اپوکو ۱۹۷۲، ۲۴۰؛ در فرانسه، رجوع کنید به فون بار ۱۹۹۸، ۲: ۴۱۱-۴۱۰.

مقابل زمینه‌های اهمال، می‌خواهم تأکید کنم که یکی از اهداف قانون، تحمیل مسئولیت محض بر فعالیت‌هایی است که خطرناک هستند یا به بیان دقیق‌تر، خطرناک هستند حتی اگر با احتیاط معقول انجام شوند. یک شرح مستقیم از این هدف در اعلامیه دوم مسئولیت‌های مدنی ارائه شده است که به موجب آن در اتخاذ تصمیم درخصوص اینکه یک فعالیت باید منوط به مسئولیت محض باشد، باید به «ناتوانی در از بین بردن خطر به وسیله اعمال احتیاط معقول» توجه شود. به علاوه، این اعلامیه میان اکثر «فعالیت‌های عادی» که می‌توانند «با اعمال همه احتیاط‌های معقول ایمن شوند» و برای آنها مسئولیت باید براساس اهمال قرار گیرد هم‌سنگی برقرار می‌کند.^۱

اما باید اضافه شود که اثر بازدارنده مسئولیت محض بر سطح مشارکت در فعالیت‌ها در اعلامیه ذکر نشده و فقط گهگاه در جاهای دیگر مورد توجه قرار گرفته است. صرف ایجاد یک خطر غیرمعمول به منزله توجیهی برای تحمیل مسئولیت محض محسوب می‌شود.

۹-۴-۱-۲ مروری بر پیشینه مباحث

تعداد نسبتاً محدودی کار تجربی در مورد اثر مسئولیت بر حوادث انجام شده است. رجوع کنید به دیویس و دیگران (۱۹۹۶) برای یک تحقیق کلی و در میان دیگران، دیولین (۱۹۹۰)، ایی لاندز (۱۹۸۲)، اسلوان و دیگران (۱۹۹۴)، اسلوان (۱۹۹۸) و کومینس و دیگران (۲۰۰۱) در مورد حوادث اتومبیل.

۲-۲ مسئولیت و بازدارندگی: شرکت‌ها

در این فصل، من نظریه اساسی مسئولیت و بازدارندگی را تحت این فرض که آسیب‌رسانندگان شرکت‌ها هستند مورد بررسی مجدد قرار می‌دهم.^۲ اولین بخش تحلیل به حوادثی اشاره دارد که در آنها قربانیان برای شرکت‌ها غریبه هستند، مثل حادثه‌ای

۱. اعلامیه دوم حقوق: مسئولیت‌های مدنی ۱۹۶۵، قسمت ۵۲۰.

۲. موضوع در اینجا به‌طور گسترده‌ای مبتنی بر فصل سوم شاول ۱۹۸۷ الف است که شامل دلایل اثباتی نتیجه‌گیری‌ها هم می‌شود.

که در آن یک تانکر حامل بنزین تصادف می‌کند و منفجر می‌شود و به وسایط نقلیه دیگر یا خانه‌های نزدیک جاده آسیب وارد می‌کند.

بخش دوم تحلیل با حوادثی سروکار دارد که در آنها قربانیان مشتریان شرکت‌ها هستند مثلاً حادثه‌ای که در آن یک آب‌گرم‌کن که شخصی خریداری کرده است می‌ترکد و به اموالش صدمه می‌زند. جنبه جالب توجه درباره این وضعیت‌ها این است که تمایل مشتریان به خرید محصولات تحت تأثیر آنچه آنها به عنوان خطرات محصول می‌شناسند قرار خواهد گرفت. در نتیجه، شرکت‌ها نه تنها برای اجتناب از مسئولیت بلکه همچنین برای فروش محصولات با قیمت بهتر ترغیب به کاهش خطرات محصول خواهند شد.

این گونه تصور می‌شود که شرکت‌ها منافع را به حداکثر می‌رسانند و در یک محیط کاملاً رقابتی به تجارت می‌پردازند. این بدان معناست که قیمت یک محصول با هزینه‌های مربوط به تولید شامل زیان‌های مسئولیتی مورد انتظار، برابر خواهد بود.^۱

میزان رفاه اجتماعی که مورد مطالعه قرار خواهد گرفت مشابه میزان بخش ۱-۲ می‌باشد: مطلوبیتی که مشتریان از محصولات کسب می‌کنند (مثلاً از بنزین یا آب‌گرم‌کن) و در جایی که مربوط باشد، مطلوبیتی که غریبه‌ها از فعالیت‌هایشان به دست می‌آورند (مثل رانندگی یا ساختن خانه‌هایشان در نزدیکی جاده) منهای زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار، هزینه‌های احتیاط و هزینه‌های مستقیم تولید.^۲

۱. تحت رقابت کامل، یک شرکت نمی‌تواند قیمت محصول را بیش از هزینه‌های واحد تعیین کند چون رقیبان با پیشنهاد کردن همان محصول با قیمت پایین‌تر ولی کماکان سودآور مشتریان را جذب خواهند کرد. فرض رقابت کامل اصولاً برای سهولت صورت می‌گیرد؛ یعنی اثر تغییرات در هزینه‌های واحد بر قیمت برای محاسبه آسان است. رجوع کنید به قسمت ۹-۲-۲ برای بحث بیشتر راجع به این فرضیه.

۲. این میزان رفاه اجتماعی ظاهراً برای مطالعه طبیعی به نظر می‌رسد زیرا منافع اجتماعی آشکار و هزینه‌های مربوط به تولید یک محصول پرمخاطره را در نظر می‌گیرد. به علاوه، این میزان با جمع مطلوبیت‌های همه اشخاص مربوط برابر است. به ویژه، این میزان عبارت است از جمع مطلوبیت‌های مشتریان، مالکان شرکت‌ها و غریبه‌ها در وضعیتی که در آن غریبه‌ها قربانیان حادثه می‌باشند (این میزان عبارت است از جمع مطلوبیت‌های فقط مشتریان و مالکان شرکت‌ها در وضعیتی که در آن مشتریان قربانیان حادثه می‌باشند). برای تحقیق در خصوص صحت و وسقم این موضوع، توجه داشته باشید که مطلوبیت مشتریان = مطلوبیت محصول - قیمت؛ مطلوبیت مالکان شرکت‌ها سود شرکت است و سود شرکت‌ها = قیمت - هزینه‌های مستقیم تولید - هزینه‌های احتیاط - پرداخت‌های ناشی از مسئولیت؛ مطلوبیت غریبه‌ها = مطلوبیت ناشی از فعالیت‌شان - هزینه‌های احتیاط - زیان‌های ناشی از حادثه مورد ۴-

۲-۲-۱ وقتی که قربانیان برای شرکت‌ها غریبه هستند

اگرچه نتایجی که در ارتباط با قواعد مسئولیت حاصل می‌شوند ضرورتاً همان نتایج چنین وضعیتی در فصل قبل خواهند بود، تفاوت‌هایی در خصوص چگونگی اثبات و تفسیر این نتایج وجود دارند که ارزش توجه را خواهند داشت.

۲-۲-۱-۱ سطوح احتیاط

استدلال‌های ارائه شده در بخش ۲-۱ در ارتباط با سطوح احتیاط اشخاص، مستقیماً بر وضعیت حاضر نیز قابل اعمال است. قربانیان، خواه آسیب‌رسانندگان شرکت‌ها باشند یا افراد دیگر در وضعیت یکسانی قرار دارند و همانند قبل، آسیب‌رسانندگانی که در این حالت شرکت‌ها هستند، می‌خواهند هزینه‌های احتیاط‌شان را به‌علاوه مخارج مسئولیتی مورد انتظارشان به حداقل برسانند (با انجام این کار، شرکت‌ها سودشان را به حداکثر می‌رسانند). بنابراین، هم شرکت‌ها و هم قربانیان به‌سوی اعمال سطوح مطلوب احتیاط تحت مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی و تحت قواعد مختلف اهمال هدایت خواهند شد.

جدول ۶-۲ احتیاط شرکت‌ها و حوادث

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه (درصد)	زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار	هزینه‌های اجتماعی مطلق
هیچ	۰	۹	۹	۹
احتیاط	۲	۳	۳	۵

به هر حال نوع قاعده مسئولیت مورد اعمال، بر قیمت محصول اثر خواهد گذاشت، عاملی که در فصل قبل بی‌ارتباط بود. به‌ویژه قیمت تحت قاعده مسئولیت محض به نسبت قواعد اهمال بالاتر خواهد بود. به موجب قاعده مسئولیت محض، قیمت شامل

→ انتظار + پرداخت‌های ناشی از مسئولیت مورد انتظار. با جمع این تساوی‌ها و خنثی کردن شرایط انحراف، تساوی زیر به‌دست می‌آید که مطابق با آن چیزی است که ادعا شد:

مطلوبیت مشتریان + مطلوبیت مالکان شرکت‌ها + مطلوبیت غریبه‌ها = مطلوبیت مشتریان از محصول - هزینه‌های مستقیم تولید - هزینه احتیاط شرکت‌ها + مطلوبیت غریبه‌ها از فعالیت‌شان - هزینه‌های احتیاط غریبه‌ها - زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار.

زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار خواهد بود درحالی‌که به موجب قواعد اهمال این‌گونه نخواهد بود زیرا شرکت‌ها با اعمال احتیاط مقتضی از مسئولیت در قبال زیان‌های ناشی از حادثه اجتناب خواهند کرد.^۱

مثال ۱. هزینه‌های مستقیم تولید شرکت‌ها برای هر واحد معادل ۱۰ می‌باشد و خطر حوادثی که باعث زیان‌های ۱۰۰ می‌شوند بستگی دارد به اینکه شرکت‌ها احتیاط کنند یا خیر (برای سهولت، ما حالتی را بررسی می‌کنیم که حوادث یک‌جانبه هستند). اعمال احتیاط باعث کاهش زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار تا ۶ و افزایش هزینه‌ها تا ۲ می‌شود همان‌گونه که در جدول ۶-۲ نشان داده شده است. بنابراین احتیاط کردن برای شرکت‌ها از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود.

تحت قاعده اهمال، شرکت‌ها مجبور خواهند بود احتیاط کنند تا از مسئولیت اجتناب ورزند. بنابراین شرکت‌ها احتیاط خواهند کرد و هزینه‌هایشان برای هر واحد ۱۲ شامل هزینه‌های مستقیم تولید ۱۰ به‌اضافه هزینه‌های احتیاط خواهد بود و در نتیجه قیمت محصول نیز ۱۲ خواهد بود (با این فرض که رقابت باعث سقوط قیمت به هزینه‌های واحد خواهد شد).

شرکت‌ها تحت مسئولیت محض نیز احتیاط خواهند کرد تا هزینه‌های واحد تولیدشان را به حداقل برسانند. اما این هزینه‌های واحد تولید و در نتیجه قیمت معادل ۱۵ خواهد بود زیرا هزینه‌های واحد تولید شامل مخارج مسئولیت مورد انتظار معادل ۳ خواهد بود.

۲-۲-۱-۲ سطوح فعالیت

به‌طور طبیعی فرض کنید که افزایش سطح تولید شرکت منجر به افزایش متناسب زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار، با در نظر گرفتن سطح احتیاط شرکت خواهد شد. تعیین سطح مطلوب اجتماعی تولید شرکت‌ها درواقع همان تعیین سطح مطلوب اجتماعی فعالیت آسیب‌رسانندگان خواهد بود که در بخش قبل مورد بحث قرار گرفت. این را با تفصیل دقیق‌تر مثال قبل شرح می‌دهیم.

۱. همانند بخش ۱-۲، در اینجا فرض می‌شود که قاعده اهمال بدون نقص کار می‌کند. اگر این‌گونه نباشد و شرکت‌ها گاهی اوقات اهمال‌کار شناخته شوند، قیمت شامل جزء قابل انتساب به زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار خواهد بود (اما این جزء کمتر از زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار می‌باشد).

جدول ۷-۲ مطلوبیت ناشی از محصول

مطلوبیت ناشی از محصول	مشتری
۴۰	الف
۲۰	ب
۱۷	ج
۱۳	د
۱۱	هـ

مثال ۲. چون هزینه‌های اجتماعی تولید در هر واحد شامل هزینه‌های ناشی از حادثه مورد انتظار در مثال ۱ برابر با ۱۵ واحد است، رفاه اجتماعی بر اثر تولید بهبود خواهد یافت فقط در صورتی که مشتری مطلوبیت بیش از ۱۵ را دریافت کند. فرض کنید پنج مشتری وجود دارند که از خرید محصول مطلوبیت‌های مندرج در جدول ۷-۲ را کسب می‌کنند (یا فرض کنید یک مشتری افزایش‌هایی در مطلوبیت به شرح مندرج در جدول از خرید متوالی واحدهای محصول کسب می‌کند). در اینجا، فقط مشتریان الف و ب و ج که مطلوبیت بیشتر از ۱۵ را به دست می‌آورند، محصول را خواهند خرید و سطح مطلوب تولید (و مصرف) برابر ۳ می‌باشد.

نکته کلی این مثال این است که ادامه تولید فقط وقتی از نظر اجتماعی مفید است که مطلوبیت مشتریان مصرف واحدهای اضافی از جمع هزینه‌های مستقیم تولید، هزینه‌های احتیاط و زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار در رابطه با واحدهای اضافی فراتر رود.

با در نظر داشتن این مطلب، به راحتی مشاهده می‌شود که این نتیجه‌گیری‌ها درباره سطوح فعالیت همانند بخش قبل حفظ می‌شود به‌ویژه، تحت قاعده اهمال، سطح تولید بالاتر از حد مطلوب خواهد بود (و لذا حوادث بسیاری اتفاق خواهد افتاد). از آنجاکه قیمت شامل زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار نخواهد شد، مشتریان وقتی خرید می‌کنند که مطلوبیتی که از محصول کسب می‌کنند کمتر از هزینه اجتماعی تولید برای هر واحد باشد. در مثال ۲، قیمت به موجب قاعده اهمال ۱۲ خواهد بود. بنابراین نه تنها الف، ب و ج بلکه به‌طور نامطلوبی دال نیز محصول را خواهد خرید. (به موجب قاعده

اهمال، قیمت بنزین شامل زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار در حین حمل‌ونقل آن نخواهد شد از این رو بنزین بسیار زیادی خریداری خواهد شد). هرچند به موجب مسئولیت محض، سطح تولید مطلوب خواهد بود زیرا قیمت معادل هزینه‌های اجتماعی تولید برای هر واحد خواهد بود. در مثال ۲ قیمت ۱۵ است، بنابراین فقط مشتریان الف، ب و ج محصول را می‌خرند. (از آنجاکه به موجب مسئولیت محض، قیمت بنزین شامل زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار می‌باشد، میزان متناسب بنزین خریداری خواهد شد). نتایج مربوط به سطوح فعالیت قربانیان نیز همانند قبل هستند. تحت قاعده اهمال، قربانیان سطوح فعالیتشان را به طور مطلوب انتخاب می‌کنند، چون آنها زیان‌های ناشی از حادثه را متقبل خواهند شد. تحت مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی نیز قربانیان در فعالیتشان تا حد بسیار زیادی درگیر خواهند شد زیرا زیان‌های ناشی از حادثه مادام که احتیاط مقتضی به عمل آورند جبران خواهد شد. بنابراین، باز هم، انتخاب بین قواعد مسئولیت محض و اهمال بستگی به این خواهد داشت که نظارت بر سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان - در اینجا سطوح تولید شرکت‌ها - از سطوح فعالیت قربانیان بالاتر باشد.

۳-۲-۱-۲ مستثنا کردن سطح تولید در تعیین اهمال

قبلاً به طور ضمنی فرض شد که سطح تولید در تعیین اهمال در نظر گرفته نمی‌شود. این فرض رویه عملی را توصیف می‌کند - (البته شرکت‌ها هرگز به خاطر تولید بسیار زیاد مسئول شناخته نمی‌شوند) و با توجه به این حقیقت که اگر محاکم قادر به اتخاذ تصمیم در خصوص سطوح مجاز تولید بودند، شرکت‌ها مجبور بودند هزینه‌های تولید را در مقابل ارزیابی‌های مشتری تعیین و متوازن کنند، توجیه می‌شود. به عبارت دیگر، مشکل محاکم، برابر با مشکل طراحی مسئولیت‌های تولید در یک اقتصاد برنامه‌ریزی شده متمرکز خواهد بود.

۴-۲-۱-۲ مسئولیت واقعی شرکت‌ها در مقابل غریبه‌ها

مسئولیت شرکت‌ها در قبال صدمه وارده به غریبه‌ها همان گونه که به طور کلی در قسمت ۲-۱ تشریح شد، تعیین می‌شود. هرچند باید بین حوادثی که در جریان فعالیت تولیدی

به وجود می آید (مثل وقتی بنزین در طول حمل و نقل منفجر می شود) حوادث و آسیب های وارده پس از فروش محصول (مثل وقتی دیگ بخاری خریداری می شود و منفجر می گردد و به غریبه ها آسیب می رساند) تمایز قائل شد. در حوادثی که بعد از فروش روی می دهند، کشف مسئولیت به خاطر برخی ملاحظات نظری و به ویژه از آن رو که ممکن است خریداران محصولات نقش مشارکتی ایفا کرده باشند، پیچیده خواهد بود.^۱

۵-۱-۲-۲ مروری بر پیشینه مباحث

دانش پژوهان حقوقی و اقتصاددانان همیشه ذکر کرده اند که وقتی غریبه ها ممکن است مورد صدمه شرکت ها قرار گیرند، تحمیل مسئولیت محض قیمت ها را بالا خواهد برد و خریده ها را نسبت به شرایط عدم تحمیل مسئولیت کاهش خواهد داد. لکن به طور معمول مقایسه ای با وضعیت تحت قاعده اهمال که در آن قیمت ها نشانگر زیان های ناشی از حادثه نیستند و از نظر اجتماعی بسیار پایین می باشند صورت نگرفته است. این مقایسه ابتدا در پولینسکی (۱۹۸۰ ج) و شاول (۱۹۸۰ ج) مطرح شد.

۲-۲-۲ وقتی که قربانیان مشتریان شرکت ها هستند

همان طور که در آغاز بحث نشان داده شد، رفتار شرکت ها در این حالت نه تنها به وسیله مسئولیت بالقوه شان بلکه از طریق آگاهی مشتریان از خطرات تولید تحت تأثیر قرار می گیرند، زیرا دومی بر تمایل مشتریان به خرید تأثیر خواهد گذاشت.^۲ دقیق تر اینکه

۱. رجوع کنید به کیتون. دابز و دیگران ۱۹۸۴، قسمت های ۹۵-۹۸، ۹۳ در مورد ایالات متحده؛ و استون ۱۹۸۳، قسمت های ۲۶۰-۲۹۱-۲۸۹، و فون بار ۱۹۹۸، فصل ۲، ۳۱۱-۲۹۷، ۴۲۴-۴۱۸، در مورد کشورهای اروپایی.

۲. تحلیل مسئولیت وقتی قربانیان کارمندان شرکت ها هستند موازی با تحلیل این بخش می باشد. درست به همان طریقی که مشتریان، در صورت اطلاع می توانند تصمیم بگیرند محصولات نامطمئن را خریداری نکنند یا می توانند بر قیمت های پایین تر به عنوان جبران خسارت تحمل خطر بیشتر تأکید کنند، کارمندان نیز اگر اطلاع داشته باشند می توانند تصمیم بگیرند که در شرکت هایی با شرایط کاری نامطمئن کار نکنند یا می توانند دستمزدهای بالاتری را به عنوان جبران خسارت تحمل خطر اضافی تقاضا کنند. من مسئله مسئولیت شرکت ها در مقابل کارمندان را بررسی نخواهم کرد، بخشی به خاطر اینکه این موضوع مشابه تحلیل فعلی است و بخشی به خاطر اینکه در واقع کارفرمایان میل ندارند در مقابل کارمندان مسئولیت داشته باشند. کارمندان عموماً از تعقیب کارفرمایان به موجب قانون جبران خسارت کارگران منع شده اند. (این قانون مقرر می دارد که کارفرمایان باید برای تأمین برنامه جبران^۳

یک مشتری فقط در صورتی که مطلوبیت تولید برای او بیش از قیمت کامل (یعنی قیمت واقعی در بازار به اضافه زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار شناخته شده که تحت پوشش غرامت‌ها قرار نمی‌گیرند و لذا خود او باید متقبل شود) باشد اقدام به خرید محصول می‌کند و زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار که یک مشتری باید متحمل شود بستگی به اطلاعاتش درباره خطرات تولید خواهد داشت. فروض دیگر درباره اطلاعات مشتریان در دو قسمت بعدی بررسی می‌شوند.

۲-۲-۲-۱ وقتی که آگاهی مشتریان از خطر کامل است

وقتی آگاهی مشتریان کامل است، شرکت‌ها به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب حتی در نبود مسئولیت هدایت می‌شوند. برای دانستن دقیق علت، توجه کنید که در نبود مسئولیت، مشتریان زیان‌های خود را متقبل خواهند شد و قیمت کامل معادل قیمت بازار به اضافه زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار خواهد بود (قیمت کامل یک آب‌گرم‌کن معادل قیمت آن در بازار به اضافه زیان‌های مورد انتظار ناشی از امکان ترکیدن خواهد بود). اگر شرکتی کمتر از حد مطلوب احتیاط کند، مشتریان بالقوه‌اش این را تشخیص می‌دهند و زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار نسبتاً بالا را در قیمت کامل حساب خواهند کرد. در نتیجه، مشتریان شرکت جای دیگری خواهند رفت و ترجیح می‌دهند از شرکت‌های رقیب که احتیاط مطلوب اعمال می‌کنند و محصول را با قیمت کامل کمتری عرضه می‌کنند، اگرچه قیمت فروش آن از قیمت بازار بالاتر باشد خرید کنند. به عبارت دیگر نیروی رقابت، شرکت‌ها را به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب علی‌رغم فقدان مسئولیت هدایت می‌کند.

مثال ۳. فرض کنید وضعیت مطابق مثال ۱ است جز آنکه قربانیان مشتری هستند و فرض کنید که شرکت‌ها با مسئولیت در قبال زیان‌های ناشی از حادثه روبه‌رو نیستند. شرکتی که احتیاط نمی‌کند ممکن است قادر به تعیین قیمت بازاری محصولش بر پایه هزینه مستقیم تولید ۱۰ باشد، اما آنگاه قیمت کامل ۱۹ خواهد بود زیرا مشتریان شرکت زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار معادل ۹ را که متقبل خواهند شد به قیمت بازاری اضافه خواهند

→ خسارت حق بیمه بپردازند). برای مثال رجوع کنید به دایز ۲۰۰۰، ۱۱۰۸-۱۰۹۷؛ کیتون و دیگران ۱۹۸۳، فصل ۱۹؛ ولارسون ۱۹۹۴.

کرد و بنابراین شرکت مشتریانش را به نفع شرکت‌هایی که احتیاط می‌کنند از دست خواهد داد. قیمت مورد تقاضای شرکت‌هایی که احتیاط می‌کنند ۱۲ خواهد بود (زیرا قیمت باید شامل هزینه احتیاط معادل ۲ باشد)، باین حال قیمت کامل فقط ۱۵ خواهد بود چون زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار فقط به ۳ واحد بالغ خواهد شد. از این رو، شرکت‌هایی که احتیاط نمی‌کنند در رقابت با شرکت‌هایی که احتیاط می‌کنند باقی نخواهند ماند. همچنین تحت قاعده مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی و تحت قاعده اهمال، شرکت‌ها به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب هدایت خواهند شد. مشتریان نیز به موجب این قواعد مسئولیت^۱ و نیز در نبود مسئولیت به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب در استفاده‌شان هدایت خواهند شد.

به‌علاوه، مشتریان صرف‌نظر از بود یا نبود قواعد مسئولیت پیش‌گفته، میزان مطلوب اجتماعی محصول را خریداری خواهند کرد. این موضوع واقعیت خواهد داشت زیرا قیمت کاملی که مشتریان با مطلوبیتشان مقایسه خواهند کرد تحت تأثیر وجود یا نبود چنین مسئولیتی قرار نخواهد داشت. به‌ویژه، قیمت بازار، هم در نبود مسئولیت و هم به موجب قاعده اهمال معادل هزینه احتیاط مطلوب به‌اضافه هزینه‌های مستقیم تولید خواهد بود، چون شرکت‌ها در هر دو صورت به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب رهنمون خواهند شد و مشتریان در محاسبه قیمت کامل، زیان‌های ناشی از حادثه مورد انتظار را بر قیمت بازار خواهند افزود. به موجب قاعده مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی، قیمت بازار صرفاً معادل همین قیمت کامل خواهد بود. در مثال ۳ قیمت بازار در نبود مسئولیت و تحت قاعده اهمال ۱۲ و قیمت کامل ۱۵ خواهد بود؛ به موجب مسئولیت محض، قیمت بازار و قیمت کامل ۱۵ خواهد بود. بنابراین در همه موارد فقط مشتریانی که مطلوبیت محصول برای آنها فراتر از ۱۵ باشد آن را خواهند خرید که از نظر اجتماعی نتیجه مطلوب است.

۱. به موجب مسئولیت محض بدون دفاع اهمال مشارکتی، شرکت‌ها ممکن است احتیاط بیش از حد اعمال کنند و مشتریان ممکن است به‌اندازه کافی احتیاط نکنند. به‌عنوان مثال، استفاده‌کنندگان از آب‌گرم‌کن‌ها ممکن نیست آب آنها را خالی کنند یا در جست‌وجوی علائم نشتی باشند حتی اگر برای آنها صرف تلاش و وقت کمی را دربرداشته باشد. بنابراین تولیدکنندگان ممکن است به‌سوی تولید آب‌گرم‌کن‌هایی با خصوصیات ایمنی که نسبت به هزینه احتیاط و استفاده‌کنندگان گران‌تر هستند، هدایت شوند.

۲-۲-۲-۲ وقتی که آگاهی مشتریان از خطر ناقص است

حالا فرض کنید که مشتریان اطلاعات کافی برای تعیین خطرات محصول در سطح شرکت‌های خاص ندارند (مشتریان نمی‌توانند خطر ترکیدن آب‌گرم‌کن‌های یک شرکت خاص را تعیین کنند). پس شرکت‌ها در نبود مسئولیت احتیاط نخواهند کرد. هیچ شرکتی دوست نخواهد داشت متحمل مخارج اضافی برای تولید محصول ایمن‌تر شود اگر مشتریان این واقعیت را تشخیص ندهند و با تمایل خویش در پرداخت قیمت بالاتر به شرکت پاداش ندهند. بنابراین مسئولیت برای ترغیب شرکت‌ها به اعمال احتیاط مطلوب ضروری خواهد بود.

به‌علاوه، سطح احتیاط اعمال شده از سوی مشتریان با فقدان مسئولیت مطلوب نخواهد بود. مشتریان اگر خطرات را کمتر ارزیابی کنند احتیاط بسیار کمی خواهند کرد و چنانچه خطرات را بیش از حد ارزیابی کنند احتیاط بسیار زیادی معمول خواهند داشت. به‌هرحال در نبود مسئولیت، مشتریانی که علم دقیقی از سطح احتیاط مقتضی جهت تعیین اهمال مشارکتی داشته باشند ممکن است به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی علی‌رغم دریافت نادرستشان از خطر هدایت شوند.

علاوه‌بر این، کمیت خریدهای مشتریان، در نبود مسئولیت یا تحت قاعدهٔ اهمال، مطلوب نخواهد بود. اگر مشتریان خطرات را بیش از حد ارزیابی کنند، قیمت کامل را نیز بیش از حد ارزیابی می‌کنند و ممکن است تصمیم بگیرند تا وقتی درواقع مطلوبیت محصولات فراتر از قیمت کامل حقیقی است محصولات را خریداری نکنند. اگر مشتریان خطرات را کمتر برآورد کنند، مشکل برعکس حالت قبل ممکن است روی دهد؛ آنها خریدهایی می‌کنند که به نفعشان نیست. به موجب مسئولیت محض با دفاع اهمال مشارکتی، مشتریان درخصوص خرید محصولات صرف‌نظر از درک نادرستشان از خطر تصمیمات متناسب اتخاذ خواهند کرد. مهم نیست که مشتریان خطرات را نادرست برآورد کنند چون آنها برای زیان‌هایشان خسارت کامل دریافت خواهند کرد (زیرا آنها احتیاط مقتضی را به‌عمل خواهند آورد)؛ پس قیمت بازار منعکس‌کنندهٔ خطر واقعی زیان‌های ناشی از حادثه خواهد بود و مشتریان صرفاً بر مبنای همین قیمت بازار تصمیم به خرید می‌گیرند.^۱

۱. این نتیجه‌گیری معمولاً متفاوت خواهد بود اگر زیان‌ها شامل عناصر غیرمالی شوند که به‌وسیلهٔ پرداخت‌های ناشی از مسئولیت قابل جبران نخواهند بود یا حداقل کاملاً جبران نمی‌شوند. مثلاً فرض کنید حوادث مربوط به ←

۳-۲-۲-۲ آگاهی واقعی مشتری از خطر

قبل از آنکه در مورد تحلیل دو قسمت آخر توضیح دهم، بررسی مختصر ویژگی احتمالی آگاهی مشتریان از خطر مفید خواهد بود.

باید تأکید کنم که آگاهی مشتریان از خطر بسته به نوع محصول یا خدمت تفاوت خواهد کرد. اطلاعات مشتریان در مورد خطرات گروه گسترده‌ای از محصولات امروزی (اتومبیل‌ها، داروها، دستگاه‌ها) به‌خاطر ناتوانی کاملاً طبیعی آنها در درک چگونگی کارکرد محصول محدود است و تصور می‌شود که اطلاعات مشتریان درباره کیفیت اکثر خدمات حرفه‌ای (پزشکی، حقوقی، معماری) نیز به‌طور مشابهی محدود باشد. متقابلاً، اطلاعات مشتریان درخصوص خطرات اقلام معمولی با طرح نسبتاً ساده (چکش‌ها، دوچرخه‌ها، در بازکن‌ها) نسبتاً و درمجموع خوب است و این موضوع در مورد اطلاعات آنها از خطرات اکثر خدماتی که در زندگی معمولی خریداری می‌کنند (آرایشگری، تعلیم ورزشی) نیز احتمالاً صحت خواهد داشت.

نه تنها اطلاعات مشتریان درباره خطر بسته به نوع کالا یا خدمت تغییر می‌کند بلکه بسته به نوع مشتری نیز تفاوت خواهد کرد. مشتریان تجاری غالباً آگاهی نسبتاً دقیقی از خطر دارند چون مکرراً و در حجم وسیع خرید می‌کنند و به‌طور محاسبه شده تصمیم می‌گیرند. یک مصرف‌کننده منفرد ممکن است در موقعیت کاملاً متفاوتی قرار داشته باشد؛ او محصولات زیادی (به‌ویژه کالاهای بادوام) خریداری می‌کند اما نه به‌صورت مکرر و قادر نیست یا انگیزه‌ای ندارد که همانند یک مشتری تجاری در مورد خریدهایش تصمیم‌گیری کند.

هنگامی که آگاهی مشتریان از خطر ناقص باشد، به‌نظر نمی‌رسد تصور عمومی جالب توجهی در مورد هدایت خطاهایشان قابل ارائه باشد. ارزیابی یک مشتری از خطر یک محصول یا خدمت خاص براساس ارزیابی‌اش از خطر میانگین برای گروهی از محصولات یا خدماتی که ظاهر خارجی یکسان با کالا یا خدمت مطروحه دارند صورت

→ محصول باعث مرگ یک مشتری شوند (مثلاً وقتی ترمزهای یک اتومبیل نقص پیدا می‌کند). پس یک مشتری خریدهایش را مبتنی بر ارزیابی‌اش از خطر مرگ در یک حادثه می‌کند؛ اگر او این خطر را نادرست برآورد کند، تصمیمش درخصوص خرید یا عدم خرید محصول ممکن است نامتناسب باشد.

می‌گیرد. از آنجایی که خطرات واقعی با خطرات میانگین تفاوت می‌کنند، تناوب ارزیابی کمتر از حد خطر تقریباً نزدیک به تناوب ارزیابی بیش از حد مشتریان از خطر می‌باشد، با این فرض که آنها خطرات میانگین را به‌درستی درک می‌کنند. البته ممکن است مشتریان نتوانند خطرات میانگین را به‌دقت درک کنند، اما اشتباهات قاعده‌مند در ارزیابی‌شان از خطر برای گروهی از محصولات یا خدمات ممکن است مثبت یا منفی باشد. به‌آسانی می‌توان حدس زد که مشتریان برخی از انواع خطر را مثلاً به‌خاطر جنبه آشکار آنها (مردن در سقوط هواپیما)، مورد مبالغه قرار خواهند داد و ممکن است خطر انواع دیگر را کم‌اهمیت‌تر تلقی کنند مثلاً به‌خاطر ظاهر بی‌خطر آن محصولات. (آیا نوشیدن مایعات داغ از فنجان‌های پلاستیکی ماده سرطان‌زا آزاد می‌کند که منجر به سرطان معده می‌شود؟).^۱

اینکه اطلاعات مشتریان درباره خطرات ممکن است گاهی ناقص باشد غیرقابل اجتناب به‌نظر می‌آید. همان‌طور که قبلاً ذکر شد، توانایی مشتریان در تعیین خطرات به‌طور مستقیم طبیعتاً به‌خاطر علم ناقص از چگونگی کارکرد محصول و به‌خاطر درک غیرتخصصی آنها از خدمات حرفه‌ای و بسیاری خدمات دیگر، محدود است. همچنین توانایی ارزیابی خطراتی که از نظر تعداد کوچک هستند - مثل خطرات حوادث - ممکن است مورد تردید باشند. این مسئله را که ممکن است مشتریان قادر به کسب اطلاع مستقیم از خطرات نباشند می‌توان رفع کرد اگر شرکت‌ها مشتریان را نسبت به خطرات آگاه سازند. اما شرکت‌ها فاقد انگیزه‌های متناسب برای تأمین اطلاعات درباره خطرناکی محصولات و خدمات‌شان هستند.^۲ به‌علاوه سازمان‌های متخصص در جمع‌آوری اطلاعات درباره خطرات ممکن است قادر به کسب درآمد کافی (از طریق فروش نشریه‌هایی مثل

۱. آیزنر و استراتز ۱۹۶۱ ارزیابی بیش از حد خطر ناشی از سقوط هواپیما را مورد بحث قرار دادند. برای دیدن یک بحث عمومی از عوامل روان‌شناسانه مؤثر بر ارزیابی خطر نگاه کنید به کاهن مان، اسلویک و تورسکی ۱۹۸۲ و تورسکی و کاهن مان ۱۹۷۴؛ همچنین رجوع کنید به جولز، سانسیتین و تالر ۱۹۹۸ برای دیدن ترکیب و مروری از نوشته‌ها برای دیدن تحقیق تجربی ارزیابی خطر رجوع کنید به ویسکوسی ۱۹۸۳، ۱۹۹۲، ۱۹۹۸.

۲. نمی‌توان انکار کرد که شرکت‌ها یک وظیفه قانونی در زمینه ارائه اطلاعات درباره خطر دارند (مسئولیت در قبال کوتاهی در اعلام نقایص) یا اینکه آنها می‌توانند مزیت‌های بازاری را تأمین کنند یا شهرت خود را با انجام این کار افزایش دهند. اما چنین انگیزه‌هایی در تأمین اطلاعات درباره خطر به‌طور قابل بحثی ناقص هستند.

راهنماهای مصرف‌کننده) جهت تأمین مالی فعالیت‌هایشان در سطح مطلوب اجتماعی نباشند، بخشی به‌خاطر آنکه خریداران فردی می‌توانند اطلاعات را به طرق مختلف به دیگران منتقل کنند. نهایتاً، ظرفیت مشتریان در جذب و عمل به اطلاعات مربوط به خطراتی که با آن مواجه می‌شوند، محدود به‌نظر می‌رسد. مشتریان تنوع بزرگی از محصولات و خدمات را می‌خرند و تشریح خطرات حتی یکی از آنها ممکن است پیچیده باشد زیرا به روش و شرایطی بستگی دارد که محصول مورد استفاده قرار می‌گیرد یا خدمت انجام می‌شود. نمی‌توان از مشتریان انتظار داشت که اطلاعات کافی داشته باشند و همه این اطلاعات را به‌کار گیرند حتی اگر به رایگان در دسترس آنها باشد. با این ملاحظات، خواننده کتاب فرض می‌کند که گاهی اوقات نقش مفیدی برای مسئولیت جهت ایفا در کاهش خطرات و در تأثیرگذاری بر حجم خریدها وجود دارد.^۱

۲-۲-۲-۴ مشکلات اعمال قاعده اهمال

کسب اطلاعات درباره رفتار شرکت‌ها و درباره محصولات و خدمتشان یا ارزیابی آنها، ممکن است هنگامی که محاکم می‌خواهند اهمال را تعیین کنند مشکل باشد.^۲ چنین اطلاعاتی ممکن است ماهیت فنی و پیچیده‌ای داشته باشند (مثلاً با مهندسی صنعتی یا با طبابت سروکار داشته باشند)، یا ممکن است ویژگی خاصی داشته باشند (در مورد جنبه‌های ویژه فرایند تولید، یا وضعیت یک بیمار خاص)، یا ممکن است مربوط به وقایعی شوند که مدتها قبل روی داده‌اند (تولید یک دستگاه قدیمی، یا معالجه یک بیمار در سال‌ها قبل). متقابلاً در نظر داشته باشید که تحصیل یا ارزیابی اطلاعات در یک حادثه نوعی بین غریبه‌ها نسبتاً آسان خواهد بود مثل وقتی که شخصی در تمیز کردن یخ‌های پیاده‌رو کوتاهی می‌کند و کسی روی یخ‌ها لیز می‌خورد و پایش می‌شکند. دشواری تحصیل و ارزیابی اطلاعات درباره رفتار شرکت‌ها ازسوی محاکم منجر به دو شکل می‌شود. اول، محاکم ممکن است در تعیین سطوح مطلوب احتیاط مقتضی اشتباه کنند. هنگامی که شرکت‌ها قادر به پیش‌بینی اشتباه در سطوح محاسبه شده احتیاط

۱. این دیدگاه کلی یک مقاله از کرولی وهانسون ۱۹۹۳ می‌باشد.

۲. اکثر مطالبی که در این قسمت و قسمت بعدی نوشته شده است به‌طور مساوی در زمینه حوادث شامل شرکت‌ها و غریبه‌ها اعمال می‌شود.

مقتضی ازسوی محاکم باشند، اغلب این سطوح را اعمال می‌کنند و بسته به مورد، سطوح احتیاط مفرط یا ناکافی را اتخاذ خواهند کرد. اما هنگامی که شرکت‌ها قادر به پیش‌بینی سطوح احتیاط مقتضی نباشند، یا هنگامی که تردیدهای دیگری درباره تعیین اهمال وجود دارند، ممکن است به‌سوی اتخاذ سطوح مفرط احتیاط هدایت شوند تا از مسئول شناخته شدن به‌دلیل اشتباه اجتناب کنند (یک تولیدکننده ممکن است از یک جنبه ایمنی پرهزینه و نامطلوب استفاده کند، یا یک دکتر ممکن است «طبابت دفاعی» نماید).^۱ مشکل دوم این است که محاکم ممکن است به‌خاطر نیاز به مدرک یا به‌خاطر اینکه مدرک ناکافی است، در توجه به برخی ابعاد رفتار شرکت‌ها در تعیین اهمال قصور کنند. در ارتباط با این ابعاد رفتار، شرکت‌ها ممکن است اقدامات کمی برای کاهش خطر به‌عمل آورند یا اصلاً هیچ اقدامی نکنند.

تحت مسئولیت محض از این مشکلات اجتناب خواهد شد زیرا شرکت‌ها برای هرگونه اقدام موجه جهت کاهش خطر انگیزه کافی دارند خواه محاکم قادر به تصمیم‌گیری درخصوص اینکه چه اقداماتی باید انجام شود، بوده باشند یا خیر.

۲-۲-۵ مشکلات اعمال قاعده اهمال در تحقیق و توسعه و تصمیمات مربوط به طراحی محصول

یک مثال مهم از مشکلات مربوط به قاعده اهمال راجع به تحقیق و توسعه در ارتباط با طراحی و ایمنی محصول است. برای تعیین اهمال در این زمینه، محاکم با وظیفه پیچیده‌ای روبه‌رو هستند: آنها باید تصمیم بگیرند که آیا در زمانی که شرکتی فرصت تحقیق داشته است، احتمال و ارزش موفقیت به‌اندازه کافی بالا بوده است که هزینه‌های تحقیق را تضمین کند. از آنجاکه محاکم مستعد اشتباه در تعیین احتمال یا ارزش موفقیت یا هزینه‌های تحقیق هستند، شرکت‌ها ممکن است به اتخاذ تصمیمات نامطلوب اجتماعی رهنمون شوند. به‌عنوان مثال شرکتی که احتمال می‌دهد درجه معینی از تلاش یا تحقیقش در طراحی بعداً ازسوی محاکم ناکافی تلقی گردد امکان دارد تصمیم

۱. اینکه چرا شرکت‌ها ممکن است احتیاط مفرط اعمال کنند حتی اگر اشتباهات در تعیین اهمال به نفع آنها باشد یا به ضرر آنها، در قسمت اول بخش ۳-۲ توضیح داده می‌شود.

بگیرد که تا حد افراطی درگیر تحقیق شود. یا شرکتی که معتقد است محاکم هرگز نخواهند فهمید که فرصت خاصی برای کاهش خطر داشته است (مثلاً اینکه یک شرکت داروسازی فرصت تولید داروی جانشین بدون اثر جانبی معارض داشته است) ممکن است از این فرصت استفاده نکند. در واقع احتمال چنین انحرافی از آنجا افزایش می‌یابد که پیگیری اولیه یک تحقیق می‌تواند به محاکم اجازه دهد چنین نتیجه‌گیری کنند که یک فرصت تحقیق وجود داشته است.

۲-۲-۲-۶ مشکلات اعمال دفاع اهمال مشارکتی تحت مسئولیت محض

ممکن است محاکم در تعیین سطوح احتیاط مقتضی و سطوح احتیاط واقعی مشتریان و همچنین در جمع‌بندی ابعاد مختلف رفتارشان در احتیاط مقتضی دچار مشکل شوند. ممکن است تعیین آنچه مشتریان می‌توانند یا باید انجام دهند تا خطر را کاهش دهند (اینکه استفاده‌کنندگان از چمن‌زن‌ها باید به‌خاطر خطر پرتاب سنگ توسط تیغه‌های برنده چمن از عینک‌های ایمنی استفاده کنند)، تعیین اینکه مشتریان واقعاً چگونه از محصولات استفاده می‌کنند (اینکه هنگام چمن‌زنی، کسی سعی می‌کند که از مسیرهای عاری از سنگ حرکت کند)، اینکه مشتریان محصولات را به‌اندازه کافی حفظ و نگهداری می‌کنند و نظایر آن دشوار باشد. به‌علاوه محاکم نوعاً شدت استفاده از محصولات (از یک چمن‌زن، یک درباز کن، یا یک بالابر چنگک‌دار چند وقت یک‌بار استفاده می‌شود) را در تعیین اهمال مشتری در نظر نمی‌گیرند، چون محاسبه شدت متناسب استفاده از نظر عملی غیرممکن است یا چون به‌دست آوردن دلیل شدت واقعی استفاده دشوار است.

همانند دشواری‌های فراروی محاکم در تعیین اهمال شرکت‌ها، دشواری‌های محاکم در تعیین اهمال مشتریان می‌تواند به دو نوع مشکل منجر شود؛ در ارتباط با ابعاد رفتاری که در تعیین اهمال مشارکتی در نظر گرفته می‌شوند، مشتریان ممکن است اقدامات خیلی کم یا خیلی زیاد برای کاهش خطر به‌عمل آورند، و در رابطه با ابعاد رفتاری که خارج از محاسبه قرار می‌گیرند، مشتریان ممکن است اقدامات خیلی کمی برای پایین آوردن خطر انجام دهند. در هر صورت، این مشکلات کمتر خواهند شد اگر همچون حالت تحت رژیم‌های اهمال و عدم مسئولیت، مشتریان زیان‌هایشان را متقبل شوند.

۲-۲-۲-۷ بررسی مجدد مسئولیت محض در مقابل اهمال

بحث چند قسمت قبلی به سازمان‌دهی ذهنی درباره عوامل مهمی که بر جاذبه مسئولیت محض در مقابل قواعد اهمال به عنوان روش‌های تأمین انگیزه برای ایمنی اثر می‌گذارند، کمک می‌کند. برای توضیح این مطلب، فرض کنید که آگاهی افراد از خطرات سلامتی در رابطه با استفاده از اجاق‌های مایکروویو ناقص است (نیاز بالقوه به مسئولیت وجود دارد)؛ اینکه اثرات مضر تشعشع مایکروویو ممکن است دارای اهمیت حیاتی باشد (کاهش ایجاد شده به واسطه مسئولیت در میزان تشعشع ممکن است از صدمات مهم جلوگیری کند)؛ اینکه تعیین امکانات تغییر طرح اجاق‌های مایکروویو برای محاکم دشوار است (تعیین اهمال درباره طراحی اجاق پیچیده خواهد بود)؛ و اینکه استفاده‌کنندگان از اجاق‌های مایکروویو کار نسبتاً کمی برای کاهش خطر می‌توانند انجام دهند (هیچ مورد واقعی اهمال مشارکتی وجود ندارد).^۱ در چنین حالتی، به کارگیری روش مسئولیت محض نسبت به قاعده اهمال به دلیل ایجاد انگیزه برای ایمنی در طراحی محصول، مطلوب است.

هرچند ممکن است در ارتباط با استفاده از فریزرهای تجاری و این خطر که خراب شوند و غذاهای منجمد آب شده و فاسد گردند، وضعیت متفاوت باشد. فرض کنید که خریداران فریزرها در کار تجارت باشند و این خطر را که فریزرها خراب می‌شوند تا حدود زیادی بشناسند (در وهله اول، نیاز بالقوه به مسئولیت کم است)؛ اینکه حیطه مسئولیت تولیدکنندگان فریزرها در کاهش خطر خرابی فریزر کوچک است چون خطر نیز کم است (مسئولیت نمی‌تواند خطر را به طور اساسی کاهش دهد)؛ اینکه تعیین کفایت حفظ و نگهداری استفاده‌کنندگان فریزرها - نظارت بر سطوح سرمایش - ازسوی یک دادگاه برای اتخاذ تصمیم نسبت به اهمال مشارکتی دشوار خواهد بود و اینکه شدت استفاده از فریزرها - میزان و ارزش غذای منجمدی که در هر فریزر نگهداری می‌شود - بخشی از عوامل تعیین اهمال مشارکتی نیست (متضمن این نکته است که استفاده‌کنندگان احتمالاً از فریزرها استفاده بیش از حد خواهند کرد مگر آنکه متقبل

۱. درهای اکثر اجاق‌های مایکروویو باید هنگام کار کردن آنها بسته باشند تا استفاده‌کنندگان به خودشان صدمه نزنند، اما استفاده‌کنندگان می‌توانند احتیاط کنند و هنگامی که چنین اجاق‌هایی در حال کار هستند، زیاد نزدیک آنها نایستند.

هزینه‌های خرابی یک فریزر شوند). در اینجا قاعده اهمال به‌خاطر ایجاد انگیزه بهترین شکل مسئولیت خواهد بود.

توجه کنید که در این دو مثال فرض بر این بود که همه عوامل مربوط در یک مسیر و به نفع مسئولیت محض یا قاعده اهمال حرکت می‌کنند اما در واقع این امر به‌ندرت اتفاق می‌افتد.

۸-۲-۲ ضمانت‌نامه‌های محصول

علاوه بر نمونه‌ای که تاکنون مورد بررسی قرار گرفت، شرکت‌ها مجاز خواهند بود ضمانت‌نامه‌های محصول را ارائه کنند و این به معنی انتخاب مؤثر قواعد مسئولیت است.^۱ نوع ضمانت‌نامه‌ای که یک شرکت ارائه می‌کند چیزی است که قیمت کامل محصولش را که از سوی مشتریان درک شده است به حداقل می‌رساند. شرکتی که چنین ضمانت‌نامه‌ای ارائه نکند مشتریان را به نفع رقبا از دست خواهد داد. این بدان معناست که اگر مشتریان خطرات را درست درک کنند، ضمانت‌نامه‌ای که ارائه می‌شود منجر به پایین‌ترین قیمت کامل واقعی خواهد شد و بنابراین از نظر اجتماعی بسیار مطلوب است. به‌عنوان مثال اگر خریداران فریزرهای تجارتي به‌خوبی از خطرات خرابی آگاه باشند، ضمانت‌نامه‌ای که از توازن مطلوب انگیزه‌های تولیدکننده و خریدار خواهد بود. ضمانت‌نامه‌ای که موتور فریزر را پوشش دهد اما دستگاه سردکننده را دربرنگیرد به‌طور ضمنی موجب می‌شود که تولیدکنندگان قابلیت اطمینان موتور را افزایش دهند و خریداران دستگاه سردکننده را به‌طور مناسب حفظ و نگهداری کنند. چنین ترتیبی باعث می‌شود قیمت کامل فریزرها پایین‌تر از حالتی باشد که ضمانت‌نامه دستگاه سردکننده را نیز همانند موتور پوشش می‌دهد.

به‌هرحال اگر مشتریان درک درستی از خطرات نداشته باشند، ضمانت‌نامه‌ای که در بازار ارائه می‌شود از نظر اجتماعی نامطلوب خواهد بود. به‌ویژه مشتریانی که اشتباهاً تصور می‌کنند یک خطر پایین‌تر از چیزی است که واقعاً هست، تمایل به خرید

۱. درباره نظریه اقتصادی ضمانت‌نامه‌ها، رجوع کنید به کوپر و راس ۱۹۸۵، گراسمن ۱۹۸۱، پریست ۱۹۸۱، و اسپنس ۱۹۷۷، همچنین نگاه کنید به تحقیق ورت ۲۰۰۰.

ضمانت‌نامه‌هایی با شرایط محدودکننده یا انکارکننده پوشش آن خطر دارند (اگر مشتریان خطر را بیش از حد ارزیابی کنند، ضمانت‌نامه‌هایی خواهند خرید که بسیار جامع باشند). برای آنکه مطلب را با مثال روشن کنیم، حالتی را در نظر بگیرید که مشتریان به غلط تصور می‌کنند خطری وجود ندارد به‌عنوان مثال معتقدند هیچ‌گونه احتمال اینکه یک مدادتراش برقی تراشه‌های چوب را پرت کند و باعث صدمه شود وجود ندارد، درحالی‌که این احتمال درواقع وجود دارد. در این صورت مشتریان هیچ ارزشی برای شرط ضمانت‌نامه به‌منظور پوشش دادن صدمه ناشی از چنین حوادثی قائل نمی‌شوند اگرچه ارائه این شرط برای تولیدکنندگان مبلغ معینی هزینه دربرخواهد داشت. بنابراین مدادتراش‌های برقی بدون شرط پوشش صدمات ناشی از تراشه‌ها یا با انکار مسئولیت در قبال این صدمات در ضمانت‌نامه به فروش می‌رسند در نتیجه تولیدکنندگان مدادتراش‌های برقی انگیزه‌ای برای کاهش مطلوب خطر حوادث ناشی از تراشه نخواهند داشت. به‌علاوه چون مشتریان از این خطر بی‌اطلاع هستند، تعداد بسیار زیادی مدادتراش برقی خریداری خواهند کرد (در مقایسه با مداد تراش‌های ایمن‌تر دستی یا مدادهایی با نوک‌های متعدد جداگانه).

نتیجه این مسئله چنین است که وقتی مشتریان درک درستی از خطرات ندارند، از نظر اجتماعی مطلوب است که محاکم برخی شرایط ضمانت‌نامه‌ها را مخصوصاً از طریق وسعت بخشیدن به مسئولیت‌های شرکت‌ها در مقابل صدمه ابطال کنند. هرچند برای محاکم دانستن اینکه چه وقت شرایط ضمانت‌نامه را ابطال کنند یا پوشش آن را گسترده سازند مستلزم آن است که بتوانند بین وضعیت‌هایی که در آن مشتریان درک درستی از خطر ندارند و وضعیت‌هایی که این‌گونه نیست تمایز قائل شوند. محاکم باید قادر باشند تشخیص دهند آیا مشتریان از این خطر که مدادتراش‌های برقی با پرتاب تراشه‌ها موجب صدمه خواهند شد درک نادرستی دارند؟ زیرا اگر مشتریان این خطر را درک کنند، ممکن است کماکان متقاضی محدودیت ضمانت‌نامه برای چنین صدماتی باشند (شاید از این‌رو که می‌توانند خطر حادثه را با دور انداختن مدادهای کهنه که احتمال خرد شدن دارند کاهش دهند یا به‌دلیل آنکه بیمه‌نامه‌های سلامت آنها خسارات ناشی از چنین صدماتی را پوشش می‌دهد).

۹-۲-۲-۲ رقابت ناقص و قدرت بازار

همچنین باید به این نکته توجه کرد که امکان شرکت‌ها در بازار رقابتی ناکامل برای تعیین قیمت بالاتر از هزینه چگونه بر نتیجه‌گیری‌های این فصل اثر می‌گذارد.^۱ شرکت‌هایی که از چنین قدرتی در بازار بهره‌مند هستند دوست دارند هزینه‌های تولید را به حداقل برسانند همان‌گونه که شرکت‌ها در یک بازار رقابتی کامل تمایل به این کار دارند، تا سود را به حداکثر برسانند. چون نتیجه‌گیری‌های حاصله قبلی درباره اعمال احتیاط شرکت‌ها بر مبنای این فرض قرار داشت که شرکت‌ها در جست‌وجوی به حداقل رساندن هزینه‌های تولید هر واحد هستند، اظهاراتی که در خصوص مسئولیت و سطوح احتیاط شرکت‌ها صورت گرفت در جایی که شرکت‌ها دارای قدرت بازار هستند نیز تغییر نخواهد کرد.

به‌هر حال بهره‌مندی شرکت‌ها از قدرت بازار تفاوت‌هایی را در مطلوبیت اجتماعی اثر مسئولیت بر سطوح تولید به‌وجود خواهد آورد. از آنجاکه شرکت‌های دارای قدرت بازار قیمت‌های بالاتر از هزینه‌های تولید را تعیین خواهند کرد، مشتریان کمتر از آنچه در وضعیت بازار رقابتی اتفاق می‌افتد خرید خواهند کرد. بنابراین، به موجب مسئولیت محض، شرکت‌های دارای قدرت بازار، قیمت را بالاتر از مجموع هزینه‌های تولید، احتیاط و حادثه در هر واحد تعیین خواهند کرد و مشتریان به دلیل قیمت بالاتر محصول بسیار کمتر از میزان مطلوب خرید خواهند کرد. به موجب قاعده اهمال، چون شرکت‌ها قیمت را بالاتر از مجموع هزینه تولید و هزینه احتیاط در هر واحد تعیین خواهند کرد، این فرض که مشتریان اگر خطرات را کم ارزیابی کنند تمایل بیشتری به خرید پیدا می‌کنند بی‌اثر خواهد شد و قس علی‌هذا.

۱۰-۲-۲-۲ مسئولیت واقعی شرکت‌ها در مقابل مشتریان

در اکثر صلاحیت‌های قضایی در ایالات متحده امروز، شرکت‌ها مسئول محض زیان‌های ناشی از نقص محصولاتشان شناخته می‌شوند اگرچه جنبه‌ای از اهمال در تعریف نقص محصول وجود دارد.^۲ مشتریان نیازی ندارند که اهمال در فرایند تولید اثبات را کنند و

۱. درباره قدرت بازار و اثر قواعد مسئولیت، رجوع کنید به اپل و رادیو ۱۹۷۸ و پولینسکی و راجرسون ۱۹۸۳.

۲. توصیف اینجا به مسئولیت شرکت‌های تولیدکننده در مقابل مشتریان منحصر می‌شود؛ این توصیف شامل مسئولیت فروشندگان در مقابل مشتریان نیست. درباره مسئولیت محصول در ایالات متحده به عنوان مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، فصل ۲۴، فیلیپس ۱۹۹۸؛ کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، فصل ۱۷ و شاپو ۱۹۹۴.

فقط باید نشان دهند که زیان‌هایشان به‌خاطر نقص محصولات بوده است. گاهی شرکت‌ها می‌توانند از مسئولیت اجتناب کنند یا آن را کاهش دهند وقتی زیان‌های ناشی از حادثه نتیجه استفاده نادرست یا رفتار مشارکتی دیگری از سوی مشتریان^۱ یا فروشندگان باشند؛ در این شرایط شرکت‌ها می‌توانند این نکته را که آیا زیان‌ها درواقع به‌وسیله محصولات آنها ایجاد شده‌اند به چالش بکشند. اما این‌گونه دفاع‌ها محدود شده‌اند و لذا مسئولیت گسترش یافته است؛ به‌علاوه از فرار از مسئولیت با انکار آن در ضمانت‌نامه‌ها به‌طور فزاینده‌ای جلوگیری می‌شود.^۲

در دو زمینه مهم - طراحی محصول و هشدار در مورد خطر - قاعده اهمال به‌کار می‌رود. مخصوصاً یک شرکت برای آسیب‌های ناشی از ویژگی‌های خطرناک در همه واحدهای محصولش مسئول شناخته خواهد شد اگر معلوم شود که جایگزین دیگری مثل یک طرح ایمن‌تر با هزینه معقول می‌توانست مورد استفاده قرار گیرد.

در انگلستان، فرانسه و آلمان روند مسئولیت محصول در مسیر مسئولیت محض به‌خاطر نقایص بوده و دیگر نظریات حقوقی نیز غالباً به این نتیجه رسیده‌اند (فرض اهمال تولیدکننده در جایی که زیان‌ها به‌وسیله نقایص ایجاد شده‌اند، مسئولیت قراردادی، یا ضمانت‌نامه‌های تلویحی). با وجود این به‌نظر نمی‌رسد قلمرو مسئولیت محصول در این کشورها به وسعت ایالات متحده باشد.^۳

۱۱-۲-۲-۲ مروری بر پیشینه مباحث

اوی (۱۹۷۳) و هامادا (۱۹۷۶) نمونه‌هایی از مسئولیت محصول را بررسی کردند که در آن قربانیان مشتری هستند و اطلاعات کامل درخصوص خطر دارند؛ گلدبرگ (۱۹۷۴) تأکید می‌کند که مداخله حقوقی باید بر مبنای نقض اطلاعات مشتری باشد.

۱. اگرچه دفاع اهمال مشارکتی اغلب مجاز نیست، استفاده از اهمال تطبیقی و نظریات مربوط به استفاده نادرست از محصول و مربوط به فرض خطر ممکن است این فرصت را به محاکم بدهد که رفتار خواهان را نیز در نظر بگیرند.

۲. به‌عنوان مثال رجوع کنید به اپستین ۱۹۸۰، پریست ۱۹۹۱ و جی شوارتز ۱۹۹۲ درباره گسترش مسئولیت شرکت‌ها.

۳. رجوع کنید به فلمینگ ۱۹۹۸. فصل ۲۳، در مورد مسئولیت محصول در انگلستان؛ مارکسینیس ۱۹۹۴، ۷۹-۹۵، در آلمان؛ زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۶۷۸-۶۷۶ در فرانسه و آلمان؛ و استون ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۹۵-۲۵۷، و فون‌بار ۱۹۹۸، ۲، ۴۲۴-۴۱۸ در اروپا.

اسپنس (۱۹۷۷) مسئولیت محض را در یک نمونه یک‌جانبه از حوادثی که در آنها قربانیان مشتریانی فاقد درک درست از خطر هستند و شرکت‌ها ضمانت‌نامه ارائه می‌کنند، تحلیل می‌کند. درشاول (۱۹۸۰ ج)، من قواعد اهمال و مسئولیت محض را در یک نمونه دوجانبه حوادث طبق خطوطی که در اینجا ترسیم شد، بررسی کرده‌ام. برای مشاهده کار تجربی درباره مسئولیت محصول رجوع کنید به عنوان مثال به هیگینس (۱۹۷۸)، پریست (۱۹۸۸)، و ویسکوزی (۱۹۹۱).^۱

۲-۳ الحاقات تحلیل بازدارندگی

در این بخش تعدادی از الحاقات نظریه اصلی مسئولیت و بازدارندگی را بررسی می‌کنم. در چهار قسمت اول، مسائل مختلف راجع به تعیین اهمال، موضوع مصونیت از حکم و مسئولیت نیابتی را مورد بحث قرار می‌دهم و در قسمت‌های بعدی تعدادی از موضوعات راجع به غرامت‌ها یعنی حجم مسئولیت را بررسی می‌کنم.^۲

۲-۳-۱ مشکلات تعیین اهمال

عواملی که به عدم قطعیت در کشف اهمال منجر می‌شوند و نتایج حاصل از چنین عدم قطعیتی در قسمت‌های فرعی ابتدایی، در اینجا مورد بررسی قرار خواهند گرفت. سپس اثر اشتباه قاعده‌مند مورد انتظار در تعیین سطوح احتیاط مقتضی از سوی محاکم تحلیل خواهد شد. در انتها، اثر درک نادرست از سطوح احتیاط مقتضی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲-۳-۱-۱ عدم قطعیت در کشف اهمال

یک عاملی که به عدم قطعیت در کشف اهمال منجر می‌شود این است که دادگاه‌ها ممکن است در ارزیابی سطح واقعی احتیاط یک فرد خطا کنند. به عنوان مثال، دادگاه ممکن است ادعای کاملاً واقعی و صادقانه پزشک را مبنی بر اینکه یک آزمایش تشخیصی

۱. همچنین نگاه کنید به لیتمان ۱۹۹۱، و مقالات دیویس و دیگران ۱۹۹۶، فصل ۴، و گیست فلد ۲۰۰۰.

۲. این موضوع به فصل‌های ۴، ۶ و ۷ شاول ۱۹۸۷ الف مربوط می‌شود که همچنین شامل دلایل برای نتیجه‌گیری‌ها می‌باشد.

انجام داده است نپذیرد (اینکه او به دقت به ضربان قلب یک فرد بعد از یک سری تمرینات گوش کرده است) وجود احتمال چنین اشتباهی در دادگاه، ممکن است باعث شود که پزشک یک آزمایش اضافی ولی به سادگی قابل اثبات (مثل یک آزمایش ثبت ضربان قلب به وسیله برق) انجام دهد که احتمال اهمال کار شناخته شدن او را بر اثر اشتباه دادگاه، کاهش دهد. البته، این امکان که دادگاه اشتباه دیگری مرتکب شود نیز وجود دارد. دادگاه ممکن است حکم کند که پزشک احتیاط مناسب را به عمل آورده است در حالی که در واقع او چنین نکرده باشد. مثلاً یک دادگاه ممکن است از سوابق پزشکی ناقص چنین نتیجه گیری کند که هیچ نیازی وجود نداشته تا پزشک بیمار را به یک متخصص معرفی کند، حال آنکه در واقع بیمار می بایست نزد متخصص می رفته است.

به هر حال، اهمیت این دو نوع اشتباه احتمالاً یکسان نیست. اشکال اهمال کار شناخته شدن اشتباهی یک فرد آن است که مجبور به پرداخت زیانهای قربانی خواهد بود. این اشکال غالباً دارای اهمیتی بسیار بیشتر از امتیازی است که شخص می تواند با کاهش سطح احتیاطش به دست آورد و امیدوار باشد که در صورت وقوع حادثه به اشتباه از مسئولیت فرار کند.

پس خواننده کتاب نباید از این نکته تعجب کند که به طور نسبتاً عمومی اشخاص بر اثر عدم قطعیت ارزیابی سطوح واقعی احتیاط، تمایل به اعمال احتیاط بیش از حد مقتضی، یعنی اعمال سطوح احتیاط افراطی از نظر اجتماعی خواهند داشت (با فرض آنکه احتیاط مقتضی در سطوح مطلوب اجتماعی تعیین می شود).^۱

مثال ۱. احتمال حادثه ای که خسارتی معادل ۱۰۰ را باعث شود همان گونه که در جدول ۸-۲ نشان داده شده است. به سطح احتیاط بستگی دارد. سطح احتیاط مطلوب اجتماعی، که فرض می شود احتیاط مقتضی باشد، احتیاط متوسط است. اگر هیچ گونه احتمال اشتباه در ارزیابی احتیاط از سوی دادگاه وجود نداشت، طرفین می توانستند با

۱. من نمی گویم که عدم قطعیت در ارزیابی احتیاط همیشه منجر به احتیاط بیش از حد می شود. بدیهی است، در صورت تساوی چیزهای دیگر، اگر احتمال به اندازه کافی بالای ارزیابی بیش از حد احتیاط و احتمال به اندازه کافی ناچیز ارزیابی کمتر از حد وجود داشته باشد، اشخاص کمتر از احتیاط مقتضی اعمال می کنند. اما در یک طیف وسیع از وضعیت ها (شامل وضعیتهایی که احتمال ارزیابی بیش از حد احتیاط به میزان قابل توجهی از احتمال ارزیابی کمتر از حد فراتر می رود)، اشخاص بیش از احتیاط مقتضی اعمال می کنند.

اعمال احتیاط متوسط با هزینه ۳ مطمئناً از مسئولیت اجتناب ورزند و احتیاط بالاتری را که هزینه معادل ۵ را دربردارد اعمال نمی‌کردند. به هر حال، فرض کنید ۳۳ درصد احتمال وجود دارد که محاکم در یک سطح از احتیاط اشتباه کنند و ۵ درصد احتمال وجود دارد که محاکم در دو سطح از احتیاط درک درستی نداشته باشند. یعنی ۳۳ درصد احتمال می‌رود که محاکم هیچ احتیاطی را به عنوان احتیاط متوسط تلقی نکنند و ۵ درصد احتمال می‌رود که هیچ احتیاطی به عنوان سطح بالای احتیاط تلقی نشود. به علاوه ۳۳ درصد احتمال وجود دارد که محاکم، احتیاط متوسط را هیچ تلقی کنند، ۳۳ درصد احتمال دارد که احتیاط متوسط به عنوان احتیاط سطح بالا تلقی شود، ۳۳ درصد احتمال وجود دارد که محاکم احتیاط سطح بالا را احتیاط متوسط قلمداد کنند و ۵ درصد احتمال می‌رود که احتیاط سطح بالا را هیچ تلقی کنند. در این وضعیت، طرفین سطح بالای احتیاط را اعمال خواهند اگر طرفین هیچ احتیاطی نکنند، مخارج مورد انتظار آنها معادل $9/3 = 100 \times 10\% \times 15\% + 62\%$ خواهد بود (زیرا $5\% + 33\%$ از مواقع را اشتباهاً از مسئولیت فرار می‌کنند) و اگر احتیاط متوسط را اعمال کنند، مخارج مورد انتظارشان معادل $6/3 = 100 \times 10\% \times 33\% + 3\%$ خواهد بود (زیرا ۳۳ درصد از مواقع به اشتباه مسئول شناخته می‌شوند). با وجود این اگر سطح بالای احتیاط را اعمال کنند، مخارج مورد انتظارشان فقط $5/45 = 100 \times 9\% \times 5\% + 5\%$ خواهد بود (زیرا فقط ۵ درصد مواقع به اشتباه مسئول شناخته خواهند شد).

جدول ۸-۲ سطح احتیاط و حوادث

سطح احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه (درصد)	زیان‌های مورد انتظار	هزینه‌های اجتماعی مطلق
هیچ	۰	۱۵	۱۵	۱۵
متوسط	۳	۱۰	۱۰	۱۳
بالا	۵	۹	۹	۱۴

همان‌گونه که این مثال نشان می‌دهد، اگر افزایش سطح احتیاط باعث کاهش احتمال اشتباه در اعمال کار شناخته شدن گردد، طرفین ممکن است تصمیم بگیرند که

بیش از احتیاط مقتضی احتیاط کنند ولو آنکه موارد احتمال بیش از حد ارزیابی شدن احتیاط از سوی محاکم به زیادی موارد احتمال کمتر از حد ارزیابی شدن احتیاط باشند.^۱ این مثال همچنین نشان می‌دهد که طرفین در صورتی که به وجود آورنده حادثه باشند، علی‌رغم افزایش سطح احتیاطشان ممکن است هنوز با درصدی از احتمال (مثلاً ۵ درصد) اهمال کار شناخته شدن مواجه باشند. در خصوص دو عامل دیگری که باعث عدم قطعیت کشف اهمال می‌شوند نیز تقریباً همین نتیجه‌گیری‌ها مطرح است. یکی از این عوامل این است که یک طرف ممکن است کاملاً قادر به کنترل سطح احتیاط آنی خود نباشد. یک راننده ممکن است قادر نباشد سطح احتیاط خود را در هر لحظه کاملاً کنترل کند (به‌خاطر انحراف موقت توجه، یک تشعشع ناگهانی، یک عطسه)، یا یک پزشک ممکن است با همه احتیاطی که در نظر دارد قادر به رعایت نکاتی در هر ملاقات با هریک از بیمارانش نباشد. اما از آنجا که معمولاً محاکم احتیاط راننده در زمان حادثه و رفتار پزشک با یک بیمار خاص را در یک ملاقات خاص در نظر می‌گیرند، راننده و پزشک در ارتباط با احتمال اهمال کار شناخته‌شدنشان عموماً گرفتار نوعی عدم قطعیت می‌شوند. قدری تأمل، خواننده کتاب را متقاعد می‌کند که چنین عدم قطعیتی معمولاً طرفین را به سویی می‌راند که سعی کنند بیش از حد مقتضی احتیاط کنند تا این احتمال را که سطح احتیاط آنی آنها کمتر از احتیاط مقتضی باشد (برحسب عادات و برداشت‌های معمول‌شان - به قسمت بعد رجوع کنید) و بنابراین اهمال کار شناخته شوند کاهش دهند (منطق پشت این ادعا ضرورتاً همان منطق بند قبل است، یعنی زیان اهمال کار شناخته شدن بر هزینه احتیاط غلبه خواهد کرد).

عامل دیگری که در تعیین اهمال منجر به عدم قطعیت می‌شود عبارت از سطح

۱. درواقع، در این مثال، مادام که احتمال ارزیابی بیش از حد احتیاط در سطح کمتر از ۵۸/۶۶ درصد است - احتمالی که فراتر از احتمال ۳۳ درصدی کمتر از حد ارزیابی کردن احتیاط است - طرفین حد بالای احتیاط را اعمال می‌کنند. با فرض آنکه احتمال بیش از حد ارزیابی کردن احتیاط در سطح ۵۸/۶۶ درصد باشد، طرفینی که احتیاط نمی‌کنند در $0.63/0.66 = 0.58/0.66 + 0.5$ مواقع از مسئولیت فرار خواهند کرد، بنابراین مخارج مورد انتظار آنها $0.45/0.5 = 0.15 \times 0.34 \times 0.36$ خواهد بود؛ طرفینی که سطوح متوسط یا بالای احتیاط را اعمال کنند انتظار صرف به ترتیب ۶/۳۳ و ۵/۴۵، مثل قبل، را دارند. بنابراین، احتیاط نکردن و اعمال احتیاط در سطح بالا منجر به مخارج مورد انتظار پایین خواهد شد. اگر احتمال ارزیابی بیش از حد احتیاط کمتر از ۵۸/۶۶ درصد باشد، عدم احتیاط منجر به مخارج مورد انتظار اضافی خواهد شد.

احتیاط مقتضی است که ازسوی محاکم اعمال می‌گردد. پیش‌بینی آنکه محاکم هزینه احتیاط یا اثراش بر کاهش خطر و آنچه را که به‌عنوان احتیاط مقتضی تعیین می‌کنند چگونه ارزیابی خواهند کرد برای یک فرد دشوار است. مثلاً ممکن است در اینکه محاکم چگونه هزینه زمان و تلاش یک پزشک را برای انجام یک آزمایش تشخیصی محاسبه می‌کنند یا چگونه ارزش این آزمایش را در تأمین اطلاعات درباره یک بیماری برآورد می‌کنند، تردید وجود داشته باشد و در این حالت پزشک نمی‌داند که آیا دادگاه‌ها قصور در انجام آزمایش را اهمال تشخیص خواهند داد یا نه؟ چنین تردیدی طرفین را ترغیب خواهد کرد که بیش از سطوح مطلوب احتیاط را اتخاذ کنند تا از مسئول شناخته شدن به‌طور اشتباهی مصون باشند.^۱

۲-۱-۳-۲ ملاحظات درباره عدم قطعیت

اهمیت نسبی سه منبع عدم قطعیت؛ اشتباهات محاکم در ارزیابی سطوح واقعی احتیاط، ناتوانی طرفین در کنترل سطح احتیاط آنی خود و اشتباهات محاکم در محاسبه سطوح احتیاط مقتضی، بستگی به زمینه بحث خواهد داشت.^۲ مثلاً هنگامی که شهود یا مدارک کمی راجع به عمل یک طرف وجود دارد، هنگامی که محاکم قادر به تحصیل یا برآورد اطلاعات قابل اعتماد درباره هزینه‌ها و منافع احتیاط نیستند، اشتباهات ارزیابی سطوح احتیاط واقعی ممکن است حائز اهمیت باشند، اشتباهات در محاسبه سطح احتیاط مقتضی ممکن است برای پزشکان و دیگر متخصصان یا برای شرکت‌هایی که از فناوری نوین استفاده می‌کنند، دارای اهمیت عمومی باشد. در رابطه با ناتوانی طرفین در کنترل سطوح احتیاط آنی، به‌نظر می‌رسد سه تفسیر ارزش ارائه داشته باشند.

۱. نکات مطرح شده در این قسمت فرعی ابتدا ازسوی دیاموند ۱۹۷۴ الف بررسی شدند و سپس در کالفی و کراسول ۱۹۸۴، کراسول و کالفی ۱۹۸۶، و شاول ۱۹۸۷ الف، فصل ۴ بسط داده شدند؛ شرایط مربوط به این نکات در گاردی ۱۹۸۳ و کاهان ۱۹۸۹ مطرح شده‌اند نظریه پزشکی دفاعی که متضمن توضیحی برای احتیاط بیش از حد است در اینجا ارائه شد؛ برای دیدن مدرک تجربی پزشکی دفاعی به‌عنوان مثال رجوع کنید به دانزن ۱۹۸۵ و کسلر و مک کلیان ۱۹۹۶.

۲. رجوع کنید به تونک ۱۹۸۳، قسمت‌های ۱۴۱، ۱۴۶-۱۴۳. برای مشاهده بحثی درخصوص اهمیت تردید در تعیین اهمال در نظام‌های حقوقی مختلف.

اول، سطح احتیاط آنی یک فرد را می‌توان به منزله یک نشانگر ناقص سطح احتیاط واقعی ذاتاً غیرقابل مشاهده او، یعنی درجه گرایش روانی وی به اقدامات محتاطانه دانست. بنابراین به‌طور منطقی، ممکن است تردید در کشف اهمال ناشی از ناتوانی یک فرد در کنترل سطح احتیاط آنی خود به‌عنوان عامل ناتوانی محاکم در تعیین گرایش روانی محتاطانه واقعی فرد محسوب گردد.

دوم، این تردید وجود دارد که گاهی دادگاه‌ها ممکن است سطح احتیاط مقتضی را به‌خاطر شناسایی تلویحی مشکلات طرفین در کنترل سطح احتیاط آنی خود کاهش دهند (آیا این امکان وجود ندارد که دادگاه‌ها با علم به اینکه افراد نمی‌توانند در همه مواقع تمرکز کامل داشته باشند، برخی بی‌نظمی‌ها را در رفتار مجاز بدانند).

سوم، دو نوع وضعیت وجود دارند که به‌نظر می‌رسد متضمن تردیدهای مشابه تردیدهای مربوط به سطح احتیاط آنی باشند: در گروهی از این وضعیت‌ها طرفین مسئول اهمال زیردستانی هستند که نمی‌توانند رفتار آنها را کاملاً کنترل کنند؛ و در وضعیت‌هایی دیگر، طرفین دستگاه‌هایی را اداره می‌کنند که گاهی نامنظم عمل می‌کنند.

نهایتاً، تفسیر کلی‌تر این واقعیت که تردید در سطح احتیاط مقتضی می‌تواند طرفین را به اتخاذ احتیاط بیش از حد ترغیب کند این است که، تردید درباره قانون ممکن است طرفین را به‌سوی برداشتن گام‌های مطلوب اجتماعی به‌منظور اجتناب از مسئولیت هدایت نماید.

۳-۱-۲-۳ اشتباهات مورد انتظار در اتخاذ سطح احتیاط مقتضی

اکنون فرض کنید طرفین از قبل و با درک دلایل امر می‌دانند که سطح احتیاط مقتضی مورد نظر محاکم با سطح مطلوب تفاوت دارد (اما به‌خاطر سهولت امر، فرض کنید که محاکم قادرند سطوح واقعی احتیاط طرفین را به‌درستی اندازه‌گیری کنند و طرفین می‌توانند سطوح احتیاط خود را کاملاً کنترل کنند).

امکان دارد طرفین بدانند که سطح احتیاط مقتضی کمتر از حد مطلوب خواهد بود. به‌عنوان مثال ممکن است طرفین می‌دانند که به‌خاطر قصور در استفاده از یک وسیله ایمنی کم‌هزینه و با توجه به تأثیر قابل توجه آن در کاهش خطر، اهمال‌کار

شناخته نخواهند شد. در چنین وضعیتی طرفین مسلماً خرید وسیله ایمنی را انتخاب خواهند کرد و بیش از حد مقتضی احتیاط نمی کنند.

امکان دیگر این است که طرفین بدانند سطح احتیاط مقتضی از سطح مطلوب فراتر خواهد رفت (اینکه استفاده از یک وسیله ایمنی علی رغم هزینه بالا و تأثیر کم در کاهش خطر لازم خواهد بود). در این وضعیت طرفین احتیاط مقتضی را به عمل خواهند آورد مگر آنکه سطح آن به حدی بالا باشد که از عملکرد اهمال کارانه بیشتر نفع ببرند. در حالت اخیر طرفین احتیاط مطلوب خواهند کرد، زیرا درواقع مسئول محض هستند.

۴-۱-۳-۲ درک نادرست از سطح احتیاط مقتضی

فرض کنید طرفین درک درستی از سطح احتیاط مقتضی که محاکم اعمال خواهند کرد، ندارند. در این صورت طرفین سطح احتیاطی را که معتقدند احتیاط مقتضی است اعمال خواهند کرد مگر آنکه به حدی بیشتر از احتیاط مطلوب باشد که احساس کنند از عمل کردن به طریقی که فکر می کنند اهمال کارانه است بیشتر نفع خواهند برد و به این دلیل احتیاط مطلوب را اعمال کنند. بنابراین، اشخاصی که احتیاط مقتضی را بیش از حد ارزیابی کنند، یا سطح بیش از احتیاط مقتضی و یا سطح احتیاط مطلوب را اتخاذ خواهند کرد و آنهایی که احتیاط مقتضی را کمتر از حد ارزیابی کرده باشند، سطح کمتر از احتیاط مقتضی را اعمال می کنند.

۵-۱-۳-۲ مقایسه با مسئولیت محض

دلایل مختلفی که برای عدم قطعیت تعیین اهمال و انتخاب سطوح نامتناسب احتیاط وجود دارند، مزیت های ضمنی مسئولیت محض را تشکیل می دهند و چون تحت مسئولیت محض هیچ گونه تحقیقی در مورد کفایت سطح احتیاط یک آسیب رساننده وجود ندارد، بروز مشکلات تعیین اهمال منتفی خواهد بود و سطوح احتیاط به سوی مطلوبیت میل می کنند.

۲-۳-۲ دلایل وجودی و دلالت های ضمنی یافته های اهمال

۱-۲-۳-۲ دلایل تشخیص اهمال

چه چیزی ضرورت تشخیص اهمال را توضیح می دهد؟ این مسئله، همان طور که در

بخش ۱-۲ ارائه شده، به این دلیل ایجاد می‌شود که بدون تشخیص اهمال، اعمال احتیاط مقتضی به نفع فرد است و بنابراین محاکم همیشه آسیب‌رسانندگان را تبرئه خواهند کرد.

به‌هر حال از بحث قسمت آخر روشن می‌شود که به موجب تنوعی از دلایل ممکن است اشخاص با خطر اهمال کار شناخته شدن روبه‌رو شوند؛ از جمله اشتباهات ارزیابی محاکم در تشخیص میزان احتیاطی که واقعاً اعمال شده یا در تعیین معیار مناسب احتیاط مقتضی، ناتوانی افراد در کنترل رفتار آنی خود و ناتوانی شرکت‌ها در کنترل رفتار کارمندان.

دلیل مهم دیگر برای تشخیص اهمال این است که اشخاص ممکن است اتخاذ احتیاط مقتضی را ارزشمند ندانند و تصمیم بگیرند که به طریق اهمال کارانه عمل کنند. دیدیم که وقتی اشخاص یک معیار افراطی از احتیاط مقتضی را پیش‌بینی می‌کنند، چنین رفتاری از سوی آنها ممکن خواهد بود. همچنین طرفین ممکن است اتخاذ احتیاط مقتضی را به نفع خود ندانند، چرا که سرمایه‌ی کافی جهت پرداخت هزینه آن را ندارند یا چون فکر می‌کنند که از دعوی فرار خواهند کرد (این احتمالات در قسمت‌های ۳-۳-۲ و ۹-۳-۲ مورد بحث قرار خواهند گرفت).

۲-۳-۲-۲ اهمیت تشخیص اهمال

تشخیص اهمال متضمن آن است که عنصری از مسئولیت محض «اجبار به پرداخت در مقابل آسیب وارده» در ارتباط با استفاده از قاعده‌ی اهمال وجود دارد. از این‌رو، بسیاری از نتایجی که قبلاً درباره‌ی مسئولیت محض حاصل شد تا حدی در تعیین اهمال نیز صدق می‌کنند. از جمله این مطلب که به موجب مسئولیت محض، آسیب‌رسانندگان زیان‌های فعالیتشان را در نظر می‌گیرند، تحت قاعده‌ی اهمال نیز موضوعیت دارد و آسیب‌رسانندگان به نوعی زیان‌هایی را که فعالیتشان ایجاد می‌کند در نظر می‌گیرند تا با خطر اهمال کار شناخته شدن مواجه نگردند. به‌علاوه، تشخیص اهمال بعداً در بخش ۴-۲ به‌منظور توضیح اینکه چرا آسیب‌رسانندگان تمایل دارند در مقابل اهمال کار شناخته شدن بیمه‌ی مسئولیت خریداری کنند مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

۲-۳-۳ ناتوانی آسیب‌رسانندگان در پرداخت خسارات: موضوع مصونیت از حکم

۲-۳-۳-۱ تضعیف انگیزه‌ها برای کاهش خطر

اگر آسیب‌رسانندگان سرمایه کافی برای پرداخت کامل خسارات زیان‌هایی که وارد کرده‌اند نداشته باشند و درعین حال از حکم قضایی مصون بمانند، ممکن است انگیزه‌هایشان برای کاهش خطر از طریق احتیاط کردن، ناکافی باشد؛ زیرا آنها مسئولیت زیان‌هایی را که ایجاد کرده‌اند و بیش از دارایی‌شان می‌باشد به‌منزله مسئولیت‌های تحمیلی تلقی می‌کنند و برآنند که مسئولیت واقعی‌شان صرفاً معادل دارایی‌شان باشد. به همین دلیل، سطوح فعالیت آسیب‌رسانندگان از نظر اجتماعی افراطی خواهد بود و آنها در ایجاد خطر، مشارکت جدی خواهند داشت. و هنگامی که سرمایه‌های آسیب‌رسانندگان کمتر باشد، این مطالب اهمیت بیشتری خواهند داشت (در نهایت، اگر آسیب‌رسانندگان هیچ‌گونه دارایی نداشته باشند، هیچ انگیزه مسئولانه‌ای برای کاهش خطر نیز نخواهند داشت).^۱

۲-۳-۳-۲ اهمیت تضعیف انگیزه‌ها

الف) زمینه‌های بسیاری وجود دارند که در آنها ناتوانی در پرداخت زیان‌ها احتمالاً به تضعیف انگیزه‌های کاهش خطر منتهی خواهد شد. این مطلب نه تنها در مورد اشخاص با دارایی‌های کم یا متوسط بلکه در مورد اشخاصی با دارایی‌های قابل توجه نیز که فعالیت‌هایشان خطرات خاصی را در پی دارند صدق خواهد داشت (به‌عنوان مثال، مؤسسات بزرگ تجاری و احتمال آتش‌سوزی یا انفجار موجد صدمات عمده، یا این امکان که محصولی توزیع شده در سطح گسترده، دارای خواص سمی یا دیگر خواص خطرناک باشد).

احتمال تضعیف انگیزه‌ها به‌ویژه در ارتباط با اعمالی که مقدمتاً به کاهش شدت یا احتمال زیان‌های بسیار گسترده و فراتر از دارایی‌های اشخاص کمک می‌کنند وجود دارد (انگیزه مالک یک نیروگاه هسته‌ای برای صرف پول روی یک اقدام ایمنی، شاید ایجاد یک قشر سیمانی اضافی گرداگرد هسته راکتور که آسیب را فقط به حادثه فاجعه‌انگیز

۱. من ماهیت تضعیف انگیزه‌ها بر اثر مصونیت از حکم را در شاول ۱۹۸۶ تحلیل کرده‌ام، همچنین رجوع کنید به پیچ فورد ۱۹۹۸ و رینگلب و ویگینز ۱۹۹۰.

شامل ترکیدن هسته و ایجاد زیان‌های بسیار بزرگ‌تر از دارایی خالص مالک محدود می‌کند).

ب) مشکلات انگیزه‌ای تشدید می‌شوند اگر طرفین فرصت محافظت از دارایی‌ها را پیدا کنند مثل وقتی که یک فرد مالش را به نام فامیلش می‌کند یا وقتی یک شرکت دارایی‌هایش را به شرکت مرکزی منتقل می‌نماید.

ج) موضوع تضعیف انگیزه‌ها از آنچه دانش پژوهان و شاغلین غالباً تحت‌عنوان ناتوانی آسیب‌رسانندگان در پرداخت کامل خسارت یعنی ناتوانی قربانیان در تحصیل غرامت کامل مطرح می‌کنند، متمایز است. این موضوع و مسائل مربوطه (عمدتاً راجع به بیمه) در بخش ۴-۲ مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳-۳-۲ راه‌حلهایی برای مشکل تضعیف انگیزه‌ها

با توجه به شرایط گوناگون، انواع مختلفی از پاسخ‌های اجتماعی به مشکل انگیزه‌های ناکافی برای کاهش خطر، وجود دارند.

یکی از امکان‌های موجود مسئولیت نیابتی است. اگر شخص دیگری دارای نوعی کنترل بر رفتار شخصی با دارایی محدود باشد، وی را می‌توان به‌طور نیابتی مسئول زیان‌های ایجاد شده شخص اخیر دانست. این راه‌حل در قسمت ۴-۳-۲ مورد بحث واقع خواهد شد.

امکان دوم شرط حداقل دارایی است. افرادی که دارایی کمتر از میزان تعیین شده داشته باشند از اشتغال به فعالیت منع می‌شوند و در نتیجه افرادی که در فعالیتی مشغول‌اند قطعاً به‌اندازه کافی سرمایه در معرض خطر خواهند داشت که به‌سوی اعمال احتیاط کافی هدایت شوند. اما شرط حداقل دارایی، می‌تواند باعث کاهش مشارکت در یک فعالیت شود: فرض کنید فردی که قادر نیست شرط دارایی را برآورده سازد کسی است که در صورت فعالیت می‌تواند منفعت زیادی تحصیل کند و کمترین آسیب مورد انتظار را وارد سازد حتی اگر انگیزه‌هایش تضعیف شده باشند.

پاسخ سوم عبارت است از قاعده‌مند کردن پوشش بیمه مسئولیت. این موضوع قدری پیچیده است و بحث راجع به آن را تا قسمت ۷ بخش ۴-۲ به تأخیر می‌اندازیم.

راه چهارم عبارت از وضع قانون درخصوص رفتار موجد خطر اشخاص است.^۱ مثلاً یک مقام قانونی می‌تواند حکم کند که شیر باید پاستوریزه شود؛ یا اینکه کامیون‌های حامل مواد منفجره حق عبور از تونل را ندارند. چنین مقرراتی افراد را مجبور می‌کند که به طرق مطلوب اجتماعی خطرات را کاهش دهند و این کاری است که از طریق تهدید مسئولیت قابل وقوع نخواهد بود چون تأثیر آن تهدید با موضوع مصونیت از حکم تضعیف شده است.^۲ اما توانایی یک مقام قانونی در طراحی مقررات متناسب، همان‌گونه که در قسمت ۵ بخش ۴-۱ مورد بحث قرار گرفت، محدود به میزان دانش او خواهد بود. راه حل نهایی کاهش تضعیف انگیزه‌ها توسل به مسئولیت کیفری است. فردی که اگر فقط دارایی‌هایش در معرض خطر باشد احتیاط نمی‌کند، ممکن است به خاطر ترس از ضمانت اجرای کیفری به انجام احتیاط لازم ترغیب شود (به قسمت‌های ۲-۵ و ۵-۵ نگاه کنید).

۲-۳-۴ مسئولیت نیابتی

۲-۳-۴-۱ تعریف مسئولیت نیابتی

توجه ما در این قسمت به تحمیل مسئولیت به یک طرف - مدیر - برای تمام یا قسمتی از زیان‌های ایجاد شده از سوی طرف دوم - نماینده - معطوف می‌شود. فرض می‌شود مدیر دارای ارتباطی با نماینده است که به او اجازه می‌دهد سطح احتیاط نماینده را ملاحظه و کنترل کند یا درباره آن به توافق برسد. خواننده این کتاب می‌تواند مدیر و نماینده را در هیبت کارفرما و کارگر، پیمانکار اصلی و پیمانکار جزء یا والدین و فرزند تجسم کند.

۲-۳-۴-۲ مسئولیت نیابتی سطوح احتیاط را افزایش می‌دهد و سطوح فعالیت را

کاهش می‌دهد اگر نماینده مصون از حکم باشد

فرض کنید که نماینده مصون از حکم است، در این صورت همان‌طور که در قسمت

۱. به‌عنوان مثال رجوع کنید به فائور ۲۰۰۰، کورن هازر و ریوز ۱۹۹۸، و منل ۱۹۹۸.

۲. باید توجه داشت که موضوع مصونیت از حکم نیز توانایی مقام قانونی را برای اجرای مقررات در بعضی شرایط محدود می‌کند.

۳-۳-۲ بحث شد، اگر نماینده به تنهایی مسئول باشد انگیزه‌های او برای احتیاط کافی نخواهد بود اما با تحمیل مسئولیت نیابتی وضعیت تغییر می‌یابد چون دارایی‌های مدیر در معرض خطر قرار می‌گیرد.^۱

اگر مدیر بتواند سطح احتیاط نماینده را ملاحظه و کنترل کند، آنگاه تحمیل مسئولیت نیابتی وی را ترغیب خواهد کرد تا نماینده را به اعمال احتیاط مطلوب وادار کند، زیرا این کار باعث کاهش پرداخت‌های مدیر در قبال مسئولیت مورد انتظار خواهد شد (اگر مدیر با نماینده رابطه قراردادی داشته باشد، که در مورد کارفرما و کارگر صادق است، مدیر مجبور است برای اعمال احتیاط اضافی به نماینده پول بپردازد و ترجیح می‌دهد این کار را انجام دهد تا با اعمال سطح مطلوب احتیاط، پرداخت‌هایش در مقابل مسئولیت کاهش یابد). اگر مدیری که مسئولیت نیابتی دارد نتواند سطح احتیاط نماینده را مورد ملاحظه و کنترل مستقیم قرار دهد، از طریق تعیین جرائمی مثل تنزل رتبه، اخراج برای نتایج خلاف انتظار یا با اقامه دعوی در مورد کارگران، می‌کوشد نماینده را ترغیب به اعمال احتیاط کند. اما از آنجاکه دارایی‌های نماینده کمتر از زیان‌هایی است که ممکن است ایجاد کند، مدیر معمولاً قادر به ترغیب او به انتخاب سطح مطلوب احتیاط نخواهد بود.

خواه مدیر بتواند سطح احتیاط نماینده را ملاحظه و کنترل نماید و خواه نتواند، تحمیل مسئولیت نیابتی، با فرض آنکه مدیر بتواند سطح فعالیت نماینده را کنترل کند، وی را به‌سوی کاهش سطح مشارکت نماینده در فعالیت‌های پرخطر هدایت خواهد کرد.

۳-۴-۲ عوامل مؤثر بر جاذبه مسئولیت نیابتی

الف) مزیت مسئولیت نیابتی در تأثیر مطلوب بر انگیزه‌های کاهش خطر: متناسب با

۱. سایکس ۱۹۸۴ شامل تحلیل کلی مسئولیت نیابتی است که علاوه بر پاره‌ای مسائل انگیزه‌ای که در اینجا بحث شد، بر تخصیص خطر بین نمایندگان و مدیران تأکید دارد؛ همچنین رجوع کنید به کورن هازر ۱۹۸۲. برای مشاهده تحلیل شکل خاصی از مسئولیت نیابتی که بر ارائه‌کنندگان خدمات (مثل وکلا، حسابداران و وام‌دهندگان) به اشخاص احتمالاً مصون از حکم تحمیل شده است، رجوع کنید به کراکمان ۱۹۸۶ و پیچ فورد ۱۹۹۵. برای مشاهده تحلیل شکل مهم دیگری که بر مالکان یک شرکت تحمیل می‌شود به هانسمان و کراکمان ۱۹۹۱ و هلیرن ۱۹۹۸ رجوع کنید.

وسعت احتمالی آسیبی که نماینده می‌تواند ایجاد کند برجسته‌تر خواهد بود. همچنین هرچه مدیر بهتر بتواند رفتار نماینده را کنترل کند، این مزیت بیشتر خواهد بود.

برای به تصویر کشیدن ارتباط این عوامل، مثال مهم یک شرکت بزرگ و کارمندان را در نظر بگیرید.^۱ مشخص است که دارایی‌های کارمندان احتمالاً بسیار کمتر از زیان‌هایی است که ممکن است ایجاد کنند زیرا قلمرو فعالیت‌های یک شرکت به‌نحوی است که رفتار یک کارمند تنها نیز ممکن است موجب ایراد آسیب به اشخاص زیادی شود یا به زیان‌های قابل توجهی منتهی شود. از این رو، اگر کارمندان فقط به‌صورت فردی مسئول بودند، این تردید وجود داشت که انگیزه‌هایشان برای اعمال احتیاط کفایت نکند. همچنین این‌گونه فرض می‌شد که تحمیل مسئولیت نیابتی بر شرکت می‌تواند به رفع این مشکل کمک کند زیرا دارایی‌های شرکت معمولاً بیشتر از دارایی‌های کارمندان است و شرکت نوعاً توانایی اعمال کنترل بر رفتار کارمندان را دارد.

در شرایط دیگر، به‌ویژه در مواردی که مدیر فقط برای یک‌بار با نماینده کار می‌کند، مسئولیت نیابتی لزوماً چندان مؤثر نیست زیرا هیچ‌گونه فرض طبیعی وجود ندارد که درباره‌ی دارایی‌های نماینده نسبت به دارایی‌های مدیر بتوان در نظر گرفت. دو مثال زیر را مقایسه کنید:

۱. یک مالک خانه (مدیر) با عایدی متوسط به یک شرکت ملی کنترل آفات (نماینده) پول می‌پردازد تا خدمات دفع آفات انجام دهد؛ در اینجا دارایی‌های مدیر بسیار کمتر از دارایی‌های نماینده است.

۲. یک شرکت بزرگ ساختمانی (مدیر) با یک شرکت لوله‌کشی کوچک خانوادگی قرارداد می‌بندد که در کاری کمک کند؛ در اینجا دارایی‌های مدیر بسیار بزرگ‌تر از دارایی‌های نماینده است.

این مثال‌ها نشان می‌دهند که توانایی مدیر در کنترل مؤثر رفتار نماینده ممکن است در یک وضعیت کافی ولی در دیگری ضعیف باشد؛ شرکت ساختمانی به‌خوبی قادر به نظارت بر شرکت لوله‌کشی است. اما احتمال اینکه مالک خانه بتواند اجرای کار

۱. باید یادآوری کنم که من در اینجا فقط مسائل مربوط به انگیزه‌ها را بررسی می‌کنم و به‌ویژه مزیت‌هایی (یا معایبی) که اشخاص مسئول نیابتی ممکن است به‌عنوان تحمل‌کنندگان خطر داشته باشند را در نظر نمی‌گیرم.

مجری دفع آفات را ارزیابی کند زیاد نیست. پس واضح است که جذابیت مسئولیت نیابتی بستگی به جنبه‌های وضعیت مورد بررسی دارد.

ب) مطلوبیت مسئولیت نیابتی با دو عامل اضافی بالا می‌رود: اول، مدیران ممکن است نسبت به نمایندگان علم و آگاهی مناسب‌تری درباره ماهیت خطر داشته باشند یا قادر به انجام اعمالی باشند که بتواند خطر را کاهش دهد. در جایی که وضعیت بدین‌صورت است، تحمیل مسئولیت نیابتی آشکارا باعث می‌شود که مدیران نه تنها نمایندگان را به اعمال احتیاط متناسب مجبور کنند، بلکه خود نیز اقدامات اضافی برای کاهش خطر به‌عمل آورند. با وجود مسئولیت نیابتی، شرکت‌ها به طریقی دستور صادر می‌کنند، شرایط کارگاه را سازمان می‌دهند، عملیات را برنامه‌ریزی می‌کنند و کارمندان را انتخاب می‌کنند که خطر را بهتر کاهش دهد.

دوم، مدیران ممکن است درباره متناسب بودن رفتار نمایندگان اطلاعات بیشتری نسبت به دادگاه‌ها داشته باشند. اگر قضیه بدین‌گونه باشد و اگر تحت مسئولیت نیابتی مدیران جای محاکم را به‌عنوان ناظم نمایندگان بگیرند، اشتباهات کمتری صورت خواهد گرفت و رفتار بهتری رواج خواهد یافت.

ج) اشکالات مسئولیت نیابتی: مسئولیت نیابتی اشکالاتی هم دارد که باید به‌خاطر سپرد. مخصوصاً تحمیل مسئولیت نیابتی هزینه اداری استفاده از نظام حقوقی را افزایش می‌دهد زیرا تعداد خواندگان معرفی شده در دعاوی اقامه شده ازسوی قربانیان را افزایش می‌دهد، رسیدگی‌ها را پیچیده می‌کند و ادعاهایی ازسوی مدیران علیه نمایندگان نیز به‌وجود می‌آورد.

۴-۳-۲ استفاده واقعی از مسئولیت نیابتی

مسئولیت نیابتی یک جنبه مهم از نظام‌های حقوقی امروز است.^۱ مهم‌ترین مسئله اینکه شرکت‌ها به‌خاطر زیان‌های ایجاد شده ازسوی کارمندان‌شان مسئول شناخته می‌شوند.

۱. رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، فصل ۲۲، فلمینگ ۱۹۹۸، فصل ۱۹، و کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، فصل ۱۲، در مورد حقوق انگلیسی - آمریکایی؛ و لوگال ۱۹۸۳، اورسی ۱۹۸۳، و فون‌بار ۱۹۹۸، فصل ۱، ۳۶۳-۳۵۱، برای بررسی‌های تطبیقی.

مسئولیت نیابتی گاهی اوقات بر مدیران نیز به خاطر زیان‌های ایجاد شده از سوی نمایندگانشان تحمیل می‌شود (در اینجا از این عبارات در معنای حقوقی‌شان استفاده می‌کنم)؛ بر مالکان اتومبیل به خاطر تصادفات کسانی که مالکان اجازه رانندگی به آنها داده‌اند، بر والدین به خاطر آسیب‌های ناشی از اعمال فرزندانشان، بر معلمان به خاطر اهمال شاگردانشان و قس علی‌هذا. اگرچه الگوی استفاده از مسئولیت نیابتی پیچیده است و در نظام‌های حقوقی مختلف تفاوت می‌کند، اما اصول کلی که اعمال می‌شوند به‌نظر می‌رسد چنین باشند که هرچه درجه نظارت و قدرت یک شخص بر شخص دوم بالاتر باشد و هرچه علم و اشراف شخص اول درباره رفتار شخص دوم بیشتر باشد، احتمال بیشتری وجود دارد که شخص اول به خاطر زیان‌های ایجاد شده از سوی شخص دوم، مسئول شناخته شود.

۵-۳-۲ تناسب میزان غرامت‌ها با میزان زیان‌ها

۱-۵-۳-۲ غرامت‌ها معادل میزان زیان‌ها

قبلاً، در بخش‌های ۱-۲ و ۲-۲ نشان داده شد که تهدید مسئولیت عموماً اشخاص را به اتخاذ سطوح مطلوب احتیاط و گاهی به انتخاب سطوح مطلوب فعالیت هدایت می‌کند. دلایل این نتیجه‌گیری‌های مطلوبیت با استفاده از مثال‌هایی مطرح شدند که در آنها یک میزان احتمالی آسیب که در صورت وقوع یک حادثه ایجاد می‌شود و میزان وسعت مسئولیت - به اصطلاح غرامت‌ها - با میزان آسیب برابر است. این نتیجه‌گیری‌های مطلوبیت در مورد وضعیت‌هایی نیز که چندین سطح احتمالی آسیب وجود دارند صدق می‌کنند. مثال زیر را در نظر بگیرید که در آن دو سطح احتمالی آسیب وجود دارد:

مثال ۲. اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط نکنند، احتمال حادثه ۱۰ درصد خواهد بود و اگر حادثه‌ای روی دهد، زیانی معادل ۱۰۰ با احتمال ۸۰ درصد و زیانی معادل ۵۰۰ با احتمال ۲۰ درصد وجود خواهد داشت. بنابراین در صورتی که احتیاط نشود زیان‌های مورد انتظار معادل $18 = (100 \times 80\% + 500 \times 20\%) \times 10\%$ خواهد بود. از این رو، اگر اعمال احتیاط، احتمال حادثه و هزینه‌های کمتر از ۱۸ را از بین ببرد، انجام احتیاط از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود.

فرض کنید آسیب‌رسانندگان مسئول باید غرامت زیان‌هایی را که روی می‌دهند خواه ۱۰۰ یا ۵۰۰ باشد بپردازند. در این صورت به موجب مسئولیت محض، اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط نکنند مسئولیت مورد انتظار ۱۸ را تقبل خواهند کرد و بنابراین به‌سوی احتیاط هدایت می‌شوند. آسیب‌رسانندگان تحت قاعده اهمال نیز اگر هزینه احتیاط کمتر از ۱۸ باشد به همین ترتیب رفتار خواهند کرد چون اگر احتیاط نکنند مسئول خواهند بود.

این مثال نشان می‌دهد که در وضعیتی که یک حادثه می‌تواند به بیش از یک سطح از آسیب منجر شود، برابری غرامت‌ها با آسیب واقعی باعث می‌شود آسیب‌رسانندگان به‌طور مطلوب عمل کنند. دلیل این است که اگر یک شخص مسئول ناگزیر باشد به‌خاطر آسیب واقعی که ایجاد می‌کند غرامت بپردازد، سطح آسیب هر چقدر که باشد، غرامت‌های مورد انتظار او معادل آسیب مورد انتظاری است که ایجاد می‌کند. این شرط که غرامت‌های مورد انتظار معادل آسیب مورد انتظار هستند دقیقاً فرضی است که دلایل مطلوبیت رفتار اشخاص به موجب قواعد مسئولیت در بحث قبلی بر آن مبتنی هستند. اگر غرامت‌های مورد انتظار کمتر از آسیب مورد انتظار باشند، انگیزه‌های کاهش خطر ناکافی خواهند بود و اگر غرامت‌های مورد انتظار فراتر از آسیب مورد انتظار باشند، انگیزه‌های کاهش خطر بسیار بالا خواهند بود.^۱

۲-۵-۳-۲ حجم واقعی غرامت‌ها

اصل ابتدایی در اکثر نظام‌های حقوقی این است که یک فرد مسئول باید به‌میزان واقعی زیان‌های ایجاد شده، خواه زیاد و خواه کم، غرامت بدهد. مثلاً اگر مشخص شود که قربانی تحت تأثیر یک حالت تشدیدکننده پنهان بوده است (یک جرمه نازک،

۱. به‌هرحال باید توجه داشت که اگر غرامت‌ها معادل آسیب مورد انتظار صرف‌نظر از وسعت واقعی آسیب باشند، انگیزه‌های کاهش خطر نیز متناسب خواهند بود. هرچند این وضعیت خسارات همیشه مطلوب نیست چون تعیین آسیب واقعی معمولاً آسان‌تر از تعیین آسیب مورد انتظار است (در جایی که این چنین نباشد، غرامت‌ها ممکن است معادل آسیب مورد انتظار تنظیم شوند - به قسمت ۲-۷-۳ رجوع کنید). به‌علاوه، این بدان معناست که غرامات کمتر از آسیب واقعی خواهند بود وقتی آسیب واقعی بالاتر از میانگین است، چیزی که قربانیان به آن به‌منزله امری پیچیده و غامض نگاه می‌کنند.

هموفیلی) یا اگر مالی که خسارت دیده دارای ضعف ساختاری بوده یا به‌طور غیرمعمول گران بوده است، آسیب‌رساننده باید معادل زبانی که به هریک بر اثر عمل او وارد شده است خسارت بپردازد و اگر فقط آسیب کوچکی از عمل او ناشی شده باشد نیز معادل همان آسیب غرامت خواهد داد^۱ (با وجود این، پاره‌ای شرایط فرعی وجود دارند که در قسمت ۶-۳-۲ مورد توجه قرار می‌گیرند و تحت آن شرایط آسیب‌رسانندگان مسئول، غرامت‌های مساوی زیان‌ها را پرداخت نمی‌کنند).

۶-۳-۲ غرامت‌ها و احتمال زیان‌ها

۱-۶-۳-۲ غرامت‌های مطلوب تحت تأثیر احتمال زیان‌ها نیستند

نتیجه‌گیری از آخرین قسمت مبنی بر اینکه اگر حجم مسئولیت معادل سطح واقعی زیان‌ها باشد رفتار مطلوب خواهد بود، نشان می‌دهد که چنانچه مسئولیت براساس عوامل دیگری تنظیم شود و به‌ویژه اگر غرامت‌ها به استناد اینکه احتمال زیان بسیار کم است کاهش یابند یا اگر به استناد اینکه احتمال زیان زیاد، است افزایش یابند، رفتار مطلوب نخواهد بود. این دو احتمال را اکنون بررسی می‌کنیم.

۲-۶-۳-۲ محدودیت غرامت‌ها برای زیان‌های غیرمعمول

اگر فرض کنیم که وقتی زیان‌ها به‌طور غیرمعمول بالا هستند، غرامت‌ها به یک میزان شاخص یا میانگین محدود می‌شوند و در نتیجه غرامت‌های مورد انتظار کمتر از زیان‌های مورد انتظار خواهد بود و انگیزه‌ها برای اعمال احتیاط ناکافی است. در مثال ۲، اگر مسئولیت برای زیان‌های نسبتاً غیرمحتمل ۵۰۰ به ۱۰۰ محدود شود، آنگاه مسئولیت مورد انتظار یک آسیب‌رساننده اگر احتیاط نکند فقط معادل $10 = 100 \times 10\%$ خواهد بود که کمتر از زیان مورد انتظار ۱۸ می‌باشد. بنابراین آسیب‌رساننده به‌جای توجه به لزوم احتیاط در وقتی که هزینه کمتر از ۱۸ است، فقط در صورتی احتیاط می‌کند که هزینه انجام آن کمتر از ۱۰ باشد.

۱. به‌عنوان مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، ۴۶۵-۴۶۴ و فلمینگ ۱۹۹۸، ۲۳۷-۲۳۴، در مورد حقوق آمریکایی - انگلیسی، و استول ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۸-۲۶، و فون بار ۱۹۹۸، فصل ۲، ۱۶۲-۱۵۶، در مورد حقوق در کشورهای دیگر.

برای درک بهتر این نتیجه‌گیری که به موجب فرض حاضر مسئولیت برای حوادث غیرمعمول نباید محدود باشد، در نظر بگیرید که نتیجه‌گیری مخالف، منجر به اثبات بطلان استدلال به دلیل محال بودن نتیجه آن می‌شود. به هر صورت، هر حادثه‌ای را می‌توان کاملاً بعید دانست اگر با جزئیات کافی تشریح شود. به عنوان مثال، حادثه‌ای که در آن شخصی اتومبیلش را به نرده‌های چوبی همسایه‌اش می‌زند، ابتدائاً محتمل به نظر می‌رسد؛ اما وقتی ذکر می‌شود که حادثه در ساعت ۴/۲۳ بعد از ظهر روز سه‌شنبه روی داده است و طرف چپ سپر اتومبیل با نرده برخورد کرده، هجده عدد از بیست و هفت نرده چوبی شکسته است، همان حادثه تبدیل به حادثه‌ای بسیار غیرمحتمل می‌شود. با این وصف اگر با این موضوع که مسئولیت برای حوادث غیرمحتمل باید محدود شود مخالفت گردد، ناچار باید گفته شود که مسئولیت برای هر حادثه‌ای هر چه باشد باید محدود گردد.

روش دیگر برای درک این نکته تصدیق این مطلب است که حجم زیان‌های مورد انتظار نشانگر همه حالات حوادث احتمالی است (برخورد هر قسمت از سپر اتومبیل با نرده همسایه و شکستن هر تعداد از بیست و هفت نرده). زیان‌های مورد انتظار نیز در واقع مجموع زیان‌های محتمل هستند که در اغلب طرق غیرمحتمل فردی ممکن است ایجاد شوند و اگر مسئولیت به خاطر عدم احتمال یک حادثه خاص کاهش یابد، مسئولیت مورد انتظار معادل زیان‌های مورد انتظار نخواهد بود.

یک توضیح

با وجود این، ممکن است محدود کردن مسئولیت در مقابل برخی حوادث خاص قابل پذیرش باشد: که با چشم‌پوشی از احتمال نوعی حادثه هیچ‌گونه کاهش در انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان به دلیل کاهش مسئولیت برای آن نوع حادثه رخ ندهد (توجه کنید که این استدلال به هیچ‌وجه یک دلیل قطعی برای کاهش حجم مسئولیت نیست بلکه فقط مدعی است که کاهش مسئولیت دارای اثر تخریبی بر انگیزه‌ها نخواهد بود).

برای تصمیم‌گیری در خصوص آنکه چه نوعی از حوادث قابل چشم‌پوشی هستند، در نظر بگیرید که افراد عملاً نمی‌توانند هریک و همه حوادث احتمالی را که ممکن است از اعمالشان ناشی شود در نظر داشته باشند. مردم باید حوادث بالقوه را در گروه‌های نسبتاً

کوچک جمع کنند، احتمالات را برای گروه‌ها تعیین کنند و با ارجاع به آنها اتخاذ تصمیم نمایند. در عمل این احتمال به وجود خواهد آمد که برخی حوادث چون در فهرست گروه‌های مورد استفاده برای تصمیم‌گیری جای نمی‌گیرند در نظر گرفته نشوند. چنین حوادثی را می‌توان به عنوان حادثه غیر معمول توصیف کرد.^۱ به هر حال، برداشت‌های پیچیده متعددی از سیاست محدودیت مسئولیت در مقابل حوادثی که ممکن است از احتمالشان چشم‌پوشی کرد وجود دارند. اول، این سیاست اشخاص را به فریفتن دادگاه درباره حوادثی که در واقع به آن فکر کرده‌اند دعوت می‌کند؛ دوم، این سیاست انگیزه‌های اشخاص را برای در نظر داشتن قلمرو کامل نتایجی که ممکن است از اعمالشان حاصل شود کاهش می‌دهد؛ و سوم، ممکن است هزینه‌های دادرسی را افزایش دهد.^۲

۳-۶-۲-۳ غرامت‌های واقعی برای زیان‌های غیرمحمّل

همان‌طور که در قسمت ۲-۳-۵-۲ بیان شد، اصل ابتدایی در اکثر نظام‌های حقوقی این است که مسئولیت معادل زیان‌های ایجاد شده باشد؛ اما استثنائاتی بر این اصل در حقوق انگلیسی - آمریکایی وجود دارند که تحت سرفصل غیرقابل پیش‌بینی بودن قرار می‌گیرند.^۳ طبق این نظریه، مسئولیت نباید به آسیب‌هایی که آسیب‌رساننده نمی‌تواند به‌طور معقول پیش‌بینی کند تعمیم یابد. از بررسی قضا و تفسیر حقوقی به نظر می‌رسد حوادثی که منطقاً غیرقابل پیش‌بینی شناخته شده‌اند عموماً دارای ویژگی فوق‌العاده و دور از دسترس می‌باشند.

۱. آنچه را در قضیه آمریکایی معروف پولسگراف علیه راه‌آهن لانگ آیلند روی داد در نظر بگیرید که در آن یک بسته حاوی مواد آتش‌بازی از دست مردی که در حال سوار شدن به قطار بود رها شد و زیر چرخ‌های قطار افتاد و باعث انفجاری گردید که ترازویی را به طرف زنی که در سکوی دورتر از آنجا ایستاده بود پرت و او را مجروح کرد.

۲. محدود کردن حجم مسئولیت باعث افزایش هزینه هر قضیه اقامه شده می‌شود اما ممکن است تعداد دعاوی اقامه شده در دادگاه‌ها را کاهش دهد و لذا هزینه‌های دادرسی را نیز کاهش دهد.

۳. درباره غیرقابل پیش‌بینی بودن رجوع کنید به فلمینگ ۱۹۹۸، ۲۴۶-۲۳۷، کیتون، دایز و دیگران ۱۹۸۴، قسمت ۴۳، و اعلامیه دوم حقوق: مسئولیت‌های مدنی ۱۹۶۵، قسمت ۴۳۵. در نظام‌های حقوقی دیگر نظریات موازی با غیرقابل پیش‌بینی بودن وجود دارند (عمدتاً در تفسیر نظریه عدم کفایت) لیکن به نظر نمی‌رسد دقیقاً منطبق با این نظریه باشند؛ رجوع کنید به این بحث در اونوره ۱۹۸۳، قسمت‌های ۹۳-۹۱، مارکسینیس ۱۹۹۴، ۱۰۸-۱۰۷، و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۶۰۲-۶۰۳، ۶۲۱.

۲-۳-۶-۴ غرامت‌ها برای زیان‌های بسیار محتمل

اگر مسئولیت برای حوادثی که وقوعشان بسیار محتمل است فراتر از میزان واقعی زیان‌ها باشد، اشخاص انگیزه بسیار زیادی برای کاهش خطر دارند. فرض کنید یک شرکت ساختمانی که برای حفاری یک ناحیه بزرگ اقدام به انفجار می‌کند واقعاً مطمئن باشد که زیان‌هایی به وجود خواهد آورد. اگر شرکت مجبور باشد مبلغی بیش از این زیان‌ها را به‌خاطر احتمال وقوع زیادشان بپردازد، به‌سوی اتخاذ احتیاط بیش از حد در انفجار هدایت می‌شود، یا ممکن است تصمیم بگیرد که حتی در جایی که انفجار از نظر اجتماعی بهترین راه است، از راه جایگزین دیگری مثل روش‌های حفاری بسیار گران‌تر استفاده کند.

۲-۳-۶-۵ مسئولیت واقعی برای زیان‌های بسیار محتمل

باز هم، چون اصل ابتدایی این است که مسئولیت باید معادل زیان‌های واقعی باشد، این واقعیت که احتمال زیان‌ها بالا بوده است معمولاً به مسئولیت بیشتر از زیان‌ها منجر نمی‌شود. یک استثنای جزئی وقتی رخ می‌دهد که آسیب‌رساننده بی‌احتیاط بوده یا می‌دانسته که آسیب وارد خواهد شد و به‌ویژه وقتی قصد این کار را داشته است (به قسمت ۲-۳-۹ رجوع کنید).

۲-۳-۷ غرامت‌ها و عدم اطمینان محاکم درباره میزان زیان‌ها

۲-۳-۷-۱ غرامت‌ها معادل زیان‌های مورد انتظار

فرض کنید دادگاه‌ها قادر به ارزیابی دقیق میزان زیان‌هایی که در حوادث فردی روی می‌دهند نیستند، اما از برآوردهایی استفاده می‌کنند که به‌طور میانگین صحیح می‌باشند. در این صورت غرامت‌های مورد انتظار اشخاص مسئول هنوز هم معادل زیان‌های مورد انتظاری که ایجاد می‌کنند خواهد بود و لذا آنها هنوز به‌سوی عملکرد مطلوب تحت قواعد مسئولیت هدایت می‌شوند. مثلاً در مثال ۲، فرض کنید دادگاه‌ها قادر به ارزیابی اینکه زیان‌ها معادل ۱۰۰ یا ۵۰۰ هستند، نمی‌باشند اما می‌دانند که زیان‌های مورد انتظار ۱۸۰ هستند و لذا خساراتی معادل این میزان را وضع می‌کنند. در این صورت آسیب‌رسانندگان به‌سوی رفتار مطلوب هدایت می‌شوند.^۱

۱. من در اینجا کماکان فرض می‌کنم که، همانند قسمت‌های ۲-۳-۵ و ۲-۳-۶ وقتی آسیب‌رساننده سطح احتیاط و سطح فعالیت را انتخاب می‌کند، نمی‌داند که حجم زیان‌های ناشی از حادثه چه خواهد بود (۱۰۰ یا ۵۰۰ در ۴-

۲-۷-۳-۲ توضیحات درباره عدم اطمینان محاکم

محاکم ممکن است درباره میزان زیان‌های آسیبی که قبلاً روی داده است نامطمئن باشند؛ مثل وقتی که خانه‌ای در آتش می‌سوزد و تعیین ارزش محتویاتش آسان نیست. بر همین روال عدم اطمینان ممکن است وقتی به وجود آید که بروز برخی عناصر آسیب موکول به آینده است. یک مثال مقدماتی درباره حالت اخیر وقتی است که درآمد آتی یک فرد به خاطر یک آسیب کاهش خواهد یافت. تفسیر نکته مورد بحث در این نوع وضعیت این است که اگر تخمین محاکم از زیان‌های آتی به طور میانگین صحیح باشد، آسیب‌رسانندگان انگیزه‌های مناسبی برای کاهش خطر خواهند داشت. محاکم هیچ نیازی نخواهند داشت تا زیان‌های آتی قربانی را تعیین کنند. همچنین باید توجه داشت که برآورد عناصر نامعلوم آسیب می‌تواند یک فرایند دشوار و بسیار بحث‌انگیز باشد و هزینه‌های اداری استفاده از نظام حقوقی را افزایش دهد. بنابراین، ممکن است برای محاکم از نظر اجتماعی مطلوب باشد که اجزای نامعلوم زیان‌ها را از محاسبه خسارات مستثنا کنند اگر حجم احتمالی این زیان‌ها و تضعیف انگیزه‌های کاهش خطر خیلی زیاد نباشند. یک راه جایگزین و ارجح برای محاکم این است که اجزای نامعلوم را به وسیله قاعده‌ای که به سادگی قابل اعمال است به طور تقریبی مشخص کنند و اجازه بحث در خصوص این بخش از محاسبه خسارت را ندهند.

۲-۷-۳-۳ تعیین واقعی غرامت‌ها علی‌رغم عدم اطمینان در مورد میزان زیان‌ها

وقتی زیان‌ها شامل آسیب به اموال می‌شوند، دادگاه‌ها معمولاً می‌کوشند اجزای نامعلومی را که خیلی چشمگیر نیستند تخمین بزنند؛ آنها وقتی زیان‌های اموال با منافع تفویض شده ارتباط دارند نیز همین کار را می‌کنند اما روششان محافظه‌کارانه است.^۱

در ارتباط با حوادثی که منجر به صدمه دیدن اشخاص می‌شوند، دادگاه‌ها معمولاً

→مثال)، او فقط احتمال توزیع زیان‌های ناشی از حادثه را می‌داند. بنابراین، آسیب‌رساننده تا زمانی که مسئولیت مورد انتظارش معادل آسیب مورد انتظار باشد انگیزه‌های مناسبی برای احتیاط کردن خواهد داشت.

۱. توصیف در اینجا اصولاً بر مبنای دو منبع قرار دارد: فلمینگ ۱۹۹۸، فصل ۱۰، قسمت‌های ۱، ۳، و استول ۱۹۸۳، قسمت‌های ۴۸-۱۲، یک بررسی تطبیقی کلی از خسارات و دیگر وسایل جبران خسارت.

قادرند مخارج پزشکی و درآمد ازدست‌رفته تا زمان محاکمه را به‌طور نسبتاً قابل اعتمادی تعیین کنند، اما مخارج پزشکی بعدی و زیان‌های کاهش ظرفیت درآمد ممکن است بسیار نامعلوم باشند. در بسیاری از کشورها محاکم این مبالغ را تا جایی که می‌توانند به‌خوبی و اغلب با استفاده از اطلاعات احصایی و آماری به‌منظور اعطای یک رقم کلی به اشخاص صدمه دیده یا وابستگان افراد فوت شده بر اثر حادثه، تخمین می‌زنند. در آلمان، خودداری از اعطای یک رقم کلی در اولویت قرار دارد، اما در عوض محاکم طرفدار اعطای مبالغی برای درآمد کاهش‌یافته هستند که بر مبنای دوره‌ای و فقط تا زمانی که اشخاص صدمه دیده واقعاً متحمل آن هستند، پرداخت می‌شوند.^۱

۲-۳-۸ غرامت‌ها و زیان‌های مالی در مقابل زیان‌های غیرمالی

۲-۳-۸-۱ تعریف این دو نوع زیان

زیان‌های مالی یا پولی هستند یا زیان‌های مربوط به کالاهای قابل خرید در بازار را شامل می‌شوند و در این حالت میزان زیان‌ها مرکب از هزینه‌های جایگزین است. وقتی چیزهای غیرقابل تعویض از بین رفته‌اند زیان‌های غیرمالی به زیان‌های مطلوبیت مربوط می‌شوند مثل عکس‌های خانوادگی یا دیگر اشیای منحصربه‌فرد، یا صدمات بسیار مهم شامل سلامتی عمومی افراد، کمال جسمانی یا سلامت روانی.^۲

۲-۳-۸-۲ غرامت‌ها یا جمع زیان‌های مالی و غیرمالی

از آنجاکه هم زیان‌های مالی و هم زیان‌های غیرمالی رفاه اجتماعی را کاهش می‌دهند، بدیهی است که اشخاص تحت قواعد مسئولیت به‌طور متناسب عمل خواهند کرد اگر خسارات معادل جمع زیان‌های مالی و غیرمالی باشند. اگر خسارات کاملاً نشانگر زیان‌های غیرمالی نباشند، انگیزه‌های اشخاص در کاهش خطرات ناکافی خواهد بود.

۱. رجوع کنید به مک گرگور ۱۹۸۳، قسمت‌های ۵۲-۴۹، و فون بار ۱۹۹۸، فصل ۲، ۱۹۷-۲۰۰.

۲. برای آنکه این تعاریف دقیق‌تر باشند، نمونه‌ای را در نظر بگیرید که در آن دو کالا وجود دارد؛ کالایی که مستقیماً قابل مصرف است و از آن کالاهای دیگر تولید می‌شوند و یک کالای غیرقابل تعویض که مشابه آن را نمی‌توان تولید کرد. در این نمونه فرض کنید که مطلوبیت یک فرد معادل تعداد واحدهای کالای اول و معادلش در کالاهای تولید شده به‌اضافه مطلوبیت او از کالای غیرقابل تعویض در صورت تملک آن است.

۳-۸-۳ توانایی محاکم در تعیین زیان‌های مالی و غیرمالی

از آنجاکه زیان‌های مالی یا با زیان‌های واقعی در ثروت و یا با هزینه تعویض کالاها برابر است، چنین زیان‌هایی را محاکم غالباً به آسانی تعیین می‌کنند. متقابلاً چون زیان‌های غیرمالی را نمی‌توان مستقیماً مشاهده کرد، تخمین آنها برای محاکم دشوار است. بنابراین، ممکن است تصور شود که اگر این زیان‌ها احتمالاً کوچک باشند: محاکم نباید در جهت برآورد زیان‌های غیرمالی بکوشند؛ بدین ترتیب از هزینه‌های اداری اجتناب خواهد شد درحالی‌که انگیزه‌های کاهش خطر خیلی کم تحت تأثیر قرار می‌گیرند، همان‌طور که در مورد عدم اطمینان محاکم درباره میزان زیان‌ها به‌طور کلی بیان شد. اما، همان‌طور که مشاهده شد، وقتی زیان‌های غیرمالی احتمالاً کوچک هستند و ارزش هزینه‌های اداری برای ارزیابی را ندارند، استفاده از جداول یا قواعد ساده بهترین روش خواهد بود. در هر صورت، هر قدر زیان‌های غیرمالی کوچک یا احتمالاً بزرگ باشند، تلاش در برآورد آنها برای محاکم اهمیت دارد. در غیر این صورت، ممکن است انگیزه‌های کاهش خطر به‌طور جدی در معرض خطر کاهش قرار گیرند. به‌عنوان مثال، این وضعیت ممکن است در ارتباط با مرگ بچه‌های کوچک صادق باشد.^۱

۴-۸-۳ مسئولیت واقعی در قبال زیان‌های غیرمالی

دسته‌های زیان‌هایی که نوعاً به‌عنوان غیرمالی توصیف شده‌اند شامل درد و رنج، اضطراب احساسی و نظایر اینها می‌شود. از دست دادن پول و کالاهایی که جایگزین قابل اکتساب دارند به‌عنوان مالی تلقی می‌شوند و میزان زیان معادل قیمت کالاهای جایگزین خواهد بود. تمایل دادگاه‌ها به افزایش غرامات براساس زیان‌های غیرمالی به‌طور قابل توجهی در نظام‌های حقوقی گوناگون تفاوت می‌کند. حقوق فرانسه شاید در انواع زیان‌های غیرمالی شناخته شده سخی‌ترین باشد. حقوق انگلیسی - آمریکایی کمتر بخشنده است (اگرچه مخصوصاً در ایالات متحده اندازه غرامت‌هایی که اعطا می‌شوند، بالاترین به‌نظر

۱. همان‌گونه که بعداً بیان خواهد شد، جزء غیرمالی غرامت مرگ بچه‌ها بسیار کم یا غیرموجود است. غرامت‌های مالی معمولاً کوچک هستند زیرا بر مبنای فقدان تأمین مالی آتی قرار دارند - اغلب صفر - که والدین در سال‌های آتی متحمل خواهند شد (به این دلایل، ممکن است درباره کفایت انگیزه‌های مثلاً تولیدکنندگان اسباب‌بازی در کاهش خطر حوادث مهلک شک کنیم). رجوع کنید به مک گرگور ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۵۵-۲۵۳، ۲۷۳.

می‌رسد). حقوق آلمان از نظر انواع زیان‌های غیرمالی که تعیین خسارت برای آنها مجاز است از فرانسه و انگلیسی - آمریکایی محدودتر است.^۱

به علاوه، درمان زیان‌های غیرمالی در نظام‌های حقوقی ممکن است به نوع حادثه و عوامل دیگر بستگی داشته باشد. زیان‌های غیرمالی معمولاً جبران نمی‌شوند مگر آنکه صدمه فیزیکی به همراه داشته باشند (اما اگر صدمه منجر به فوت شود، زیان‌های غیرمالی وارده به خانواده قربانی، معمولاً جبران نمی‌شوند). زیان‌های غیرمالی مربوط به فقدان اشیای منحصر به فرد نیز به ندرت جبران می‌شوند.

۲-۳-۹ غرامت‌های بیش از زیان‌ها: غرامت‌های ناشی از مجازات

۲-۳-۹-۱ توضیح غرامت‌های ناشی از مجازات

مرسوم است که غرامت‌های بیشتر از زیان‌ها را ناشی از مجازات بنامیم و من گاهی از این اصطلاح استفاده می‌کنم. توضیح این اصطلاح این است که غرامت‌های فراتر از زیان‌ها اغلب به شکل مجازات وضع می‌شوند (به قسمت ۲-۳-۹-۷ رجوع کنید) حتی اگر، همان‌گونه که بحث خواهد شد دلایلی برای وضع نوعی غرامت‌های فراتر از زیان‌ها وجود داشته باشد که طبیعتاً به عنوان غرامت ناشی از مجازات توصیف نشوند.

۲-۳-۹-۲ غرامت‌های بیشتر از زیان‌ها معمولاً انگیزه‌های مضاعف برای کاهش خطر

ایجاد می‌کنند

همان‌طور که در قسمت ۲-۳-۵ بیان شد، اگر غرامت‌ها معادل زیان‌ها باشند انگیزه‌های کاهش خطر عموماً مطلوب خواهد بود؛ اما اگر غرامت‌ها از زیان‌ها فراتر روند، سطوح احتیاط افراطی خواهند شد و سطوح فعالیت بسیار کم خواهند بود (حداقل به موجب مسئولیت محض). با وجود این، دلایل متعددی برای وضع غرامت‌های فراتر از زیان‌ها وجود دارند که شامل موارد ذیل می‌شوند.^۲

۱. رجوع کنید به فلمینگ ۱۹۹۸، ۲۷۰-۲۶۶، ۲۸۵ برای دیدن توصیفی از حقوق انگلیسی - آمریکایی؛ استول ۱۹۸۳، قسمت‌های ۳۵-۴۸ و فون بار ۱۹۹۸، فصل ۲، ۸۸-۶۹، ۱۸۹-۱۶۹، برای دیدن یک تحقیق تطبیقی کلی؛ و مک گرگور ۱۹۸۳، قسمت‌های ۴۷-۳۵، ۱۷۲-۱۴۶، ۲۱۷-۲۱۲، ۲۷۳-۲۶۴، برای بررسی تطبیقی خسارات برای صدمه شخصی و فوت.

۲. درباره تحلیل اقتصادی خسارات ناشی از مجازات رجوع کنید به کوتر ۱۹۸۹ و پولینسکی و شاول ۱۹۹۸ ب. برای کار تجربی، به عنوان مثال رجوع کنید به آیزنبرگ و دیگران ۱۹۹۷ و کارپوف ولات ۱۹۹۹.

۳-۹-۳-۲ فرار از محاکمه

فرض کنید که آسیب‌رسانندگان که باید مسئول شناخته شوند ممکن است از محاکمه فرار کنند. این امر امکان دارد چون برای قربانیان دشوار است که تشخیص دهند چه کسی به آنها صدمه وارد کرده است (مثلاً یک راننده از صحنه تصادف می‌گریزد، یا شرکتی یک ماده آلوده‌کننده و بیماری‌زا غیرقابل ردیابی را در هوا تخلیه می‌کند). به علاوه، دعوی ممکن است به خاطر هزینه‌های دادرسی اقامه نشود.

اگر آسیب‌رسانندگانی که از محاکمه فرار می‌کنند مجبور باشند فقط میزان معمول غرامت‌ها را در مواقعی که تحت تعقیب قرار می‌گیرند، پرداخت کنند، آنگاه غرامت‌های مورد انتظارشان کمتر از زیان‌های مورد انتظاری که به وجود می‌آورند خواهد شد و در نتیجه، انگیزه‌هایشان برای کاهش خطر ناکافی خواهد بود و از این رو برای آنکه انگیزه‌ها به طور مناسبی به وضع اول بازگردند، وقتی آسیب‌رسانندگان فراری مسئول شناخته می‌شوند غرامت‌ها باید به بالاتر از میزان زیان‌ها افزایش یابند. مخصوصاً اگر غرامت‌ها معادل زیان‌ها ضربدر عکس احتمال دعوی باشد، آنگاه غرامت‌های مورد انتظار معادل زیان‌های مورد انتظار خواهد شد و انگیزه‌ها درست خواهند بود. به عنوان مثال اگر احتمال دعوی ۵۰ درصد است و زیان‌ها ۱۰/۰۰۰ دلار است، غرامت‌ها باید ضربدر ۱/۵ یا ۲ شوند، غرامت‌ها معادل ۲۰/۰۰۰ دلار هستند و لذا غرامت‌های مورد انتظار برابر با دلار ۱۰/۰۰۰ $= ۲۰/۰۰۰ \times ۰.۵$ خواهند بود و اگر احتمال دعوی ۳۳/۳۳ درصد و غرامت مورد انتظار ۱۰،۰۰۰ دلار باشد، آنگاه غرامت‌ها باید ضربدر ۳ شوند که میزان آنها را معادل ۳۰/۰۰۰ دلار می‌سازد.^۱

۴-۹-۳-۲ مطلوبیت نامشروع از ایجاد آسیب

فرض کنید که یک آسیب‌رساننده از ایجاد زیان‌ها مطلوبیتی کسب می‌کند که در رفاه اجتماعی اعتباری ندارد. مثلاً وقتی شخصی شیشه‌های پنجره خانه همسایه‌اش را

۱. به طور دقیق‌تر، اگر آسیب‌رسانندگان خنثی در مقابل خطر باشند و غرامت‌ها d برابر با h/p باشند، در جایی که h برابر با آسیب است و p برابر با احتمال اقامه دعوی، پس خسارات مورد انتظار برابر با $p(h/p)=h$ خواهند بود، و انگیزه‌ها درست خواهند بود. اگر آسیب‌رسانندگان خطرگریز باشند، آن وقت لازم نیست خسارات به زیادی h/p باشند تا به آسیب‌رسانندگان انگیزه‌های کافی برای کاهش خطر دهند.

می‌شکند و از ناخشنودی همسایه‌اش لذت می‌برد، اجتماع تمایلی به محاسبه مطلوبیت شخص به منزله اضافه‌ای بر رفاه اجتماعی ندارد^۱ (این وضعیت را با وضعیتی مقابله کنید که تویی پرتاب و به‌طور تصادفی شیشه پنجره‌ای می‌شکند، در اینجا لذت فرد خاطی از بازی کردن ناشی می‌شود و شکستن شیشه پنجره این لذت را افزایش نمی‌دهد). چون مطلوبیتی که آسیب‌رساننده اول از وارد کردن صدمه کسب می‌کند در رفاه اجتماعی اعتباری ندارد، اجتماع تمایل به کاهش زمینه عمل مضر آسیب‌رساننده دارد و غرامت‌هایی که برای انجام آن وضع می‌شوند باید فراتر از مطلوبیتی باشند که آسیب‌رساننده از عمل خود کسب می‌کند؛ زیرا منصرف کردن یک شخص از شکستن لذت‌جویانه یا کینه‌ورزانه شیشه پنجره همسایه مستلزم جریمه‌ای بیشتر از هزینه تعویض شیشه‌هاست.^۲

۵-۹-۳-۲ تشویق معاملات بازاری

در برخی شرایط (مثلاً وقتی شرکتی به سوءاستفاده از حق طبع دیگری فکر می‌کند) این امکان وجود دارد که فردی با یک قربانی بالقوه قبل از بروز صدمه گفت‌وگو کند. هنگامی که گفت‌وگوی مقدم بر صدمه امکان‌پذیر است، یک آسیب‌رساننده بالقوه می‌تواند از قبل با قربانی بالقوه مذاکره کند تا حق درگیر شدن در رفتار موجد زیان را خریداری کند. از جمله شرکتی که به سوءاستفاده از حق طبع فکر می‌کند می‌تواند از طریق گفت‌وگو موافقت‌نامه‌ای برای استفاده از موضوع مورد حق طبع تأمین کند.

۱. من این فرض را بررسی می‌کنم چون به‌نظر می‌رسد توسط افراد بسیاری انجام می‌شود و این دیدگاه که منابع مختلف مطلوبیت ممکن است به‌طور متفاوت در حساب جامع و فاضل اجتماعی محاسبه شوند دارای یک ریشه متمایز است. به‌عنوان مثال، رجوع کنید به میل ۱۸۶۱، ۵۶، و هرثانی ۱۹۷۷، ۶۲. به‌هرحال، من خودم مغلوب کردن اولویت‌های بدنهاد را جالب نمی‌بینم، به دلایلی که در کتاب کاپلو و شاول ۲۰۰۲، قسمت ب ۳، فصل ۸ مطرح شده‌اند. به‌طور خلاصه، من هیچ مبنای اصولی برای تمایز میان منابع مطلوبیت افراد نمی‌بینم و به هر طریق انجام این کار منجر به این امکان می‌شود که همه افراد در وضعیت بدتری قرار گیرند.

۲. یک مبنای مشابه به عدم مطلوبیت نامشروع در ارتباط با اعمال احتیاط مربوط می‌شود. فرض کنید بعضی از مردم مدعی‌اند که اعمال احتیاط باعث عدم مطلوبیت خاصی برای آنها می‌شود که در حساب جامع و فاضل رفاه اجتماعی به‌عنوان یک هزینه به‌حساب نمی‌آید. مثلاً، راننده‌ای ممکن است مدعی شود که مواظب جاده بودن فوق‌العاده پردردسر است. اگر جامعه به این عدم مطلوبیت اعتبار ندهد، تمایل دارد که شخص را ترغیب کند تا مواظب شرایط جاده باشد و ممکن است این تمایل مستلزم میزان خساراتی فراتر از زیان‌ها باشد.

در چنین شرایطی، ترغیب یک آسیب‌رساننده بالقوه به مذاکره و خرید حق درگیر شدن در رفتار موجد زیان ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشد؛ رواج این کار را می‌توان با تهدید به وضع غرامت‌های ناشی از مجازات بر آسیب‌رساننده بالقوه دنبال کرد.^۱ به‌ویژه وقتی که میزان معمول غرامت‌ها به دلایلی معادل تخمین کم آسیب باشد (به قسمت ۲-۷-۳-۲ رجوع کنید)، یک آسیب‌رساننده بالقوه ممکن است به این دلیل ایجاد خسارت کند که منفعت حاصله برای وی بیش از تخمین پایین آسیب اما کمتر از آسیب واقعی است. همچنین ممکن است واکنش‌های نامطلوب دیگری نیز از برآورد کم آسیب به‌وجود آید. اگر آسیب‌رسانندگان بتوانند بدون آنکه مجبور به پرداخت ارزش کامل آن باشند اموال را از قربانیان بگیرند، در شناسایی و ضبط چنین اموالی خواهند کوشید (سوءاستفاده‌کنندگان از حق طبع دنبال چیزی خواهند گشت تا از آن نسخه‌برداری کنند) و قربانیان تلاش برای حفظ اموالشان را گسترش خواهند داد (مالکان حق طبع برای جلوگیری از نسخه‌برداری از آثارشان منابعی را سرمایه‌گذاری خواهند کرد). چنین تلاش‌هایی از نظر اجتماعی بی‌فایده محسوب می‌شوند. می‌توان از مشکلات پیش‌گفته اجتناب کرد اگر غرامت‌های ناشی از مجازات به‌طور یک‌جانبه برای ایجاد خسارت وضع شوند؛ زیرا اگر با وضع چنین غرامت‌هایی منفعت آسیب‌رساننده از زیان مالک مال فراتر رود، طرفین را به مذاکره و مبادله ترغیب خواهد کرد.^۲

دلیل ممکن دیگر برای اعمال غرامت‌های ناشی از مجازات، تشویق طرفین به مذاکره و

۱. این مطلب ظاهراً با کالابرسی و ملامد ۱۹۷۲ شروع شد و به‌وسیله بیگار ۱۹۹۵، هاداک، مک کنزی و اسپینگل ۱۹۹۰، کاپلو و شاول ۱۹۹۶ ب، و لاندز و پوسنر ۱۹۸۱ الف، گسترش یافت.

۲. یک قید مهم استدلال این بند به این سؤال مربوط می‌شود که چرا استفاده از خسارات ناشی از مجازات انتظار می‌رود مذاکره را ترغیب کند چون این امر در هر صورت روی می‌دهد. برای توضیح این مطلب، فرض کنید که خسارات ناشی از مجازات اعمال نمی‌شوند و اینکه دارنده حق طبع مایل است بیشتر از آنچه که متجاوز برای تخلف ارزش قائل است برای جلوگیری از تخلف بپردازد. ممکن است کسی انتظار داشته باشد که دارنده حق طبع به متجاوز بالقوه پول بپردازد که تخلف نکند. بنابراین خسارات ناشی از مجازات برای ترغیب به مذاکره لازم نیست، به‌رحال اتفاق می‌افتد. اگر متجاوزان بالقوه متعددی وجود داشته باشند، دارنده حق طبع تمایلی به مذاکره با هریک و با همه نخواهد داشت، لذا خسارات ناشی از مجازات لازم است تا ترغیب به مذاکره کند و جلوی تخلف متجاوز را که تمایلی به پرداخت مبلغ کافی برای جلب رضایت دارنده حق طبع ندارد را بگیرد. این مطلب در کاپلو و شاول ۱۹۹۶ ب مورد تأکید قرار می‌گیرد.

معامله به‌خاطر بالاتر بودن هزینه‌های دادرسی از هزینه‌های توافق اداری است. اگر غرامت‌های جبران‌کننده به تنهایی مورد استفاده قرار گیرند، آسیب و ضبط اموال را می‌توان غالباً از طریق نظام حقوقی و اقامه دعوی مورد مصالحه قرار داد مگر اینکه غرامت‌های ناشی از مجازات نیز مورد استفاده قرار گیرند؛ بنابراین اگر مذاکره ارزان‌تر از دادرسی باشد، هزینه‌های اداری نیز بر اثر استفاده از غرامت‌های ناشی از مجازات کاهش می‌یابند.

۶-۹-۳-۲ مجازات

مبنای دیگر برای غرامت‌های ناشی از مجازات از ملاحظه‌ای ناشی می‌شود که بعداً در این کتاب مورد اشاره قرار می‌گیرد (به قسمت ۳-۴-۵ در مورد انگیزه کیفری رجوع کنید) و آن لزوم تحمیل مجازات مناسب به یک خطاکار است. سطح صحیحی از مجازات با در نظر گرفتن درجه تقصیر وجود دارد و مجازات بیشتر یا کمتر از مطلوبیتی که افراد از رضایتمندی هدف مجازات کسب می‌کنند خواهد کاست (این مطلوبیت از هر مطلوبیتی که افراد از قدرت بازدارندگی وضع جرائم کسب می‌کنند، متمایز است). اعمالی که دارای برخی خواص ظالمانه هستند ممکن است مستلزم میزان غرامت‌های بالاتر از زیان‌ها باشند تا به اقناع هدف مجازات کمک کنند و این می‌تواند غرامت‌های ناشی از مجازات را توجیه کند.

در مورد هدف مجازات باید به دو مطلب توجه کرد: اول اینکه سطح مطلوب غرامت‌ها یک مصالحه ضمنی بین این هدف و بازدارندگی است که قبلاً مورد بحث قرار گرفت. دوم اینکه در توجه به هدف مجازات وقتی خواننده یک شرکت است، هدف عبارت است از مجازات کردن افراد مقصر در شرکت و (نه خود شرکت به‌عنوان یک موجود مجازی). بنابراین باید به حد لازم برای مجازات شدن افراد مقصر در شرکت و همچنین به درجه‌ای که افراد غیرمقصر در شرکت بر اثر تحمیل غرامت‌ها مجازات خواهند شد، توجه کرد (عموماً کارمندان و شاید سهامداران).

۷-۹-۳-۲ اجرای واقعی غرامت‌های ناشی از مجازات

غرامت‌های ناشی از مجازات در ایالات متحده در مواردی اعطا می‌شوند که طرفین با خصومت، سوءنیت یا نقض آگاهانه حدود و حقوق دیگران عمل کرده‌اند یا رفتارشان

ظالمانه بوده یا به دلیل دیگری خشمشان برانگیخته شده است، اگرچه این گونه غرامت‌ها در مواردی که آسیب تنها به اموال وارد شده است خیلی معمول نیستند. در کشورهای دیگر نیز گاهی مشابه غرامت‌های ناشی از مجازات اجرا می‌شوند، اما میزان آنها بسیار کم‌اهمیت‌تر از میزان مورد اعمال در ایالات متحده است.^۱

۱۰-۳-۲ غرامت‌ها و فرصت‌های قربانیان برای تخفیف زیان‌ها

۱۰-۳-۱-۲ اقدامات قربانی برای تخفیف زیان‌ها

در صورت وقوع یک حادثه، قربانی ممکن است با انجام اقدامات مختلف قادر به محدود کردن آسیب باشد. به عنوان مثال، اگر کارگران شرکت تلفن به طور تصادفی باعث شوند که یک تیر تلفن بیافتد و سقف خانه یک فرد را خراب کند، مالک خانه می‌تواند زیان‌های وارده را با خالی کردن اتاق زیر شیروانی و برداشتن اشیائی که ممکن است بر اثر باران آسیب ببینند و نیز با تعمیر سریع سقف به حداقل برساند (چنین اقداماتی که قربانیان می‌توانند بعد از وقوع حادثه برای تخفیف زیان‌ها به عمل آورند البته از اقدامات احتیاطی که قربانیان می‌توانند پیش از وقوع حوادث به منظور کاهش احتمال یا شدت آسیب انجام دهند، متمایز هستند).

۱۰-۳-۲-۲ حد مطلوب رفاه اجتماعی

با در نظر گرفتن هدف به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق ناشی از حوادث، که در اینجا شامل هزینه‌های تخفیف زیان‌ها می‌شود، برای یک قربانی از نظر اجتماعی مطلوب است که اگر هزینه‌های اقدام برای تخفیف زیان‌ها کمتر از تأثیر آن بر کاهش زیان‌ها باشد چنین اقداماتی را انجام دهد.

مثال ۳. اگر یک قربانی اقدامی برای تخفیف زیان‌های ناشی از یک حادثه به عمل آورد، زیان‌ها معادل ۱۰۰ و در غیر این صورت معادل ۱۵۰ خواهند بود. بنابراین برای او از نظر اجتماعی مطلوب است که اقدام کند اگر هزینه‌اش کمتر از ۵۰ باشد. به عنوان مثال اگر

۱. رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، قسمت ۲، و فلمینگ ۱۹۹۸، ۲، ۲۳، ۲۷، ۵۶۴-۵۶۲. در مورد حقوق انگلیسی-آمریکایی، و استول ۱۹۸۳، قسمت‌های ۱۲۵-۱۰۳، و فون یار ۱۹۹۸، ۱، ۶۳۱-۶۲۷، در مورد حقوق کشورهای دیگر.

هزینه عمل کاهش‌دهنده زیان برابر ۱۰ باشد، این اقدام باید صورت گیرد. بنابراین، در مورد مالک خانه‌ای که می‌تواند از طریق جمع‌آوری اشیاء از اتاق زیر شیروانی‌اش خسارات را تخفیف دهد، ما می‌توانیم هزینه برداشتن اشیاء را ۱۰ و زیان را با فرض آنکه او این اقدام را می‌کند معادل ۱۰۰ تفسیر کنیم.

اگر حادثه‌ای روی دهد، هزینه‌های اجتماعی مطلق ناشی از آن باید به‌عنوان سطح تخفیف‌یافته مطلوب زیان‌ها به‌علاوه هزینه‌های تخفیف محسوب شوند. بنابراین در مثال ۳، هزینه‌های اجتماعی مطلق ناشی از حادثه معادل ۱۱۰ هستند، زیرا اگر حادثه‌ای روی دهد، نه تنها ۱۰۰ در زیان‌های مستقیم تحمل می‌شود بلکه برای تخفیف زیان‌ها نیز هزینه ۱۰ وارد می‌شود تا از افزایش آنها به ۱۵۰ جلوگیری کند و از آنجاکه هزینه‌های اجتماعی مطلوب ناشی از حادثه ۱۱۰ هستند، این رقم سطح مطلوب احتیاطی را که باید از سوی آسیب‌رساننده برای جلوگیری از وقوع حوادث اعمال شود، تعیین می‌کند.

۳-۱۰-۲ حد مطلوب غرامتها

در اینجا ادعا این است که میزان مطلوب غرامتها همان میزان زیان‌هایی است که یک قربانی تحمل می‌کند اگر به‌طور مطلوبی زیان‌هایش را تخفیف داده باشد - خواه واقعاً انجام داده باشد یا خیر - به‌اضافه هزینه اقدامات تخفیف مطلوب. بنابراین در مثال قبلی، میزان مطلوب غرامتها ۱۱۰ است و اگر این رقم را به‌عنوان سطح غرامتها مقرر کنند قربانیان به‌سوی تخفیف دادن مطلوب زیان‌هایشان هدایت می‌شوند و آسیب‌رسانندگان ترجیح می‌شوند که سطح مطلوب احتیاط را به‌منظور جلوگیری از حوادث انتخاب کنند.

برای توضیح مطلب، قربانی مثال ۳ را در نظر بگیرید. او می‌داند که چه زیان‌های وارده را تخفیف بدهد و چه ندهد ۱۱۰ واحد غرامت دریافت خواهد کرد، و اگر در تخفیف زیان‌ها قصور کند نیز به‌هرحال ۱۵۰ واحد را دریافت نخواهد کرد. بنابراین تصمیم خواهد گرفت که ۱۰ واحد برای تخفیف زیان‌هایش صرف کند و اگر چنین کاری را انجام دهد، متحمل زیان‌های واقعی ۱۰۰ و هزینه‌های تخفیف ۱۰ خواهد شد و به همین میزان غرامت کامل دریافت خواهد کرد، درحالی‌که اگر زیان‌هایش را تخفیف ندهد ۴۰ واحد از دست خواهد داد (یعنی ۱۵۰ در زیان‌های واقعی منهای ۱۱۰ در غرامت‌های دریافتی).

پس چون قربانیان به تخفیف دادن زیان‌ها به‌طور مطلوب ترغیب می‌شوند، غرامت‌های پرداختی آسیب‌رسانندگان معادل هزینه‌های اجتماعی وارده است و در نتیجه آسیب‌رسانندگان هم ترغیب به اتخاذ اقدامات احتیاطی مطلوب خواهند شد.^۱

۴-۱۰-۳ قانون واقعی در مورد تخفیف

در نظام‌های حقوقی انگلیسی - آمریکایی و فرانسوی، اندازه غرامت‌ها شامل زیان‌هایی که طرف آسیب‌دیده به‌طور معقول نمی‌توانسته است از آن اجتناب کند به‌اضافه مخارج معقول وارده در محدود کردن زیان‌ها می‌شود. بنابراین غرامت‌ها بر مبنای این تصور قرار گرفته‌اند که تعمیرات معقولی برای جلوگیری از افزایش خرابی اموال آسیب‌دیده انجام شده باشد، اینکه اشخاص زیان‌دیده درمان پزشکی مناسبی برای تسکین شرایطشان دریافت کرده باشند (نه اینکه به رویه‌های خطرناک تسلیم شده باشند) و قس علی‌هذا. در نظام حقوقی آلمان، همانند برخی دیگر، مشکل تخفیف زیان‌ها به‌عنوان جنبه‌ای از تقصیر مشارکتی فرد آسیب‌دیده تلقی می‌شود و چون مسئولیت به‌طور طبیعی بر اثر تقصیر مشارکتی کاهش می‌یابد، نتیجه نهایی مشابه نتیجه حاصله به موجب حقوق انگلیسی - آمریکایی و حقوق فرانسه است.^۲

۱۱-۳-۲ سببیت

۱-۱۱-۳ تعریف و مقدمه

معنای اصلی سببیت در اینجا همان است که در زبان معمولی مورد استفاده قرار می‌گیرد: ما می‌گوییم عمل شخصی آسیب وارد کرده است و اگر شخص آن عمل را مرتکب نمی‌شد، آسیب روی نمی‌داد. به‌عنوان مثال، گفته می‌شود که سرعت یک شخص حادثه‌ای را باعث شده است و اگر او سرعت نداشت حادثه اتفاق نمی‌افتاد. این نظریه سببیت گاهی

۱. ویتمن ۱۹۸۱ ابتدا بیان کرد که هر دو گروه قربانیان و آسیب‌رسانندگان به‌طور مطلوب عمل خواهند کرد اگر خسارات معادل زیان‌های تخفیف‌یافته مطلوب به‌علاوه هزینه‌های تخفیف مطلوب باشد.

۲. رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، قسمت‌های ۲۰۵-۲۰۳، فلمینگ ۱۹۹۸، ۲۸۷-۲۸۵، و مک کورمیک ۱۹۳۵، فصل ۵، در مورد حقوق انگلیسی - آمریکایی، و استول ۱۹۸۳، قسمت ۱۵۵، و فون‌بار ۱۹۹۸، ۲، ۵۶۳-۵۶۲، در مورد حقوق در کشورهای دیگر.

«سببیت موضوعی» یا «سببیت مشروط» خوانده می‌شود (مثل «بدون سرعت، حادثه روی نمی‌داد») و گاهی «سببیت لازم» نامیده می‌شود تا آن را از دیگر مفاهیم سببیت که تحت عنوان سببیت نزدیک قرار می‌گیرند، متمایز سازد. یک ویژگی بنیادی حقوق مسئولیت این است که فرد باید آسیبی ایجاد کرده باشد تا مسئول شناخته شود.^۱ مسئله مهمی که در اینجا بررسی می‌شود این است که این جنبه از حقوق چگونه بر عملکرد نظام مسئولیت تحت مسئولیت محض و قاعده اهمال اثر می‌گذارد. سپس من سببیت نزدیک و عدم اطمینان بر وجود رابطه سببیت را مورد بحث قرار خواهم داد.

۲-۱۱-۳-۲ مسئولیت محض

همان‌گونه که در بخش ۱-۲ تشریح شد، اگر افراد در قبال آسیب مسئولیت محض داشته باشند، عموماً به‌سوی انتخاب سطح مطلوب اجتماعی احتیاط و سطح فعالیت مطلوب اجتماعی هدایت می‌شوند. اما مسئله سببیت در آنجا مطرح نشد و زمانی که مورد بررسی قرار گیرد مشخص می‌شود برای آنکه افراد انگیزه‌های صحیح اجتماعی برای انجام احتیاط و اشتغال در فعالیت‌ها داشته باشند، باید از مسئولیت در مقابل آسیب‌هایی که ایجاد نکرده‌اند مبرا باشند.

برای توضیح آنکه به‌منظور در حد مطلوب بودن سطح احتیاط، افراد نباید وقتی سبب زیان نیستند مسئول شناخته شوند، فرض کنید که تولید یک شرکت آلودگی ایجاد می‌کند و می‌تواند باعث پوخته شدن رنگ خانه و منجر به مجموع هزینه‌های نقاشی مجدد به میزان ۱۰۰ هزار دلار گردد. همچنین فرض کنید که پوخته شدن رنگ ممکن است ناشی از در معرض نور خورشید قرار گرفتن به مدت طولانی هم باشد و هزینه نقاشی مجدد خانه‌ها به این دلیل ۸۰ هزار دلار است. پس برای شرکت از نظر اجتماعی مطلوب است که در وسیله‌ای مثل یک پاک‌کننده دود سرمایه‌گذاری کند تا آلودگی را از بین ببرد اگر و فقط اگر هزینه‌های آن وسیله کمتر از ۱۰۰ هزار دلار باشد، زیرا ۱۰۰ هزار دلار عبارت از افزایش در آسیب به‌خاطر آلودگی است. به‌علاوه، این دقیقاً

۱. به‌عنوان مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، فصل ۹ در مورد حقوق انگلیسی - آمریکایی، و نیز اونوره ۱۹۸۳، قسمت‌های ۱۵، ۱۱۸-۱۰۶، و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۶۰۱، ۶۰۲، در مورد حقوق در کشورهای دارای حقوق مدنی.

روشی است که شرکت تحریک به اقدام خواهد شد اگر مسئول نقاشی مجدد خانه‌هایی باشد که آلودگی محصول آن شرکت سبب پوسته شدن رنگ آنها شده است. به‌ویژه اگر شرکت حتی وقتی مسبب زیان‌ها نیست مسئول شناخته شود، انگیزه افراطی برای صرف هزینه جهت اقدام احتیاطی خواهد داشت. در آن صورت، همان‌گونه که مسئولیت ناشی از آلودگی شرکت ۱۸۰ هزار دلار می‌باشد، شرکت مایل به پرداخت تا ۱۸۰ هزار دلار برای پاک‌کننده دود جهت از بین بردن آلودگی و اجتناب از مسئولیت هزینه‌های نقاشی مجدد خانه‌ها خواهد بود. برای نشان دادن آنکه انگیزه‌های اشتغال به فعالیت‌ها ممکن است نامتناسب باشند اگر افراد حتی وقتی سبب زیان‌ها نیستند مسئول شناخته شوند، فرض کنید که شرکت در این مثال قادر به دفع آلودگی با انجام احتیاط نیست (شاید پاک‌کننده‌های دود بسیار گران باشند). در این حالت، شرکت می‌تواند فعالیتی را که تولید آلودگی می‌کند متوقف کند و البته این کار را وقتی باید انجام دهد که منفعت ناشی از آن فعالیت کمتر از ۱۰۰ هزار دلار باشد، ادامه فعالیت برای شرکت در صورتی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود که منفعت ناشی از فعالیت بیش از ۱۰۰ هزار دلار باشد. باز هم، این چیزی است که شرکت اگر مسئول هزینه‌های نقاشی مجدد باشد انجام خواهد داد. اگر شرکت با ادامه فعالیتش مسئول همه هزینه‌های نقاشی مجدد - یعنی مسئول همه ۱۸۰ هزار دلار - شود و اگر منفعت ناشی از فعالیت بین ۱۰۰ هزار و ۱۸۰ هزار دلار باشد، شرکت به‌طور نامطلوبی از ادامه فعالیت مأیوس خواهد شد.

به عبارت دیگر عملکرد اصلی شرط سببیت تحت مسئولیت محض این است که انگیزه‌های متناسب اجتماعی برای کاهش خطر آسیب و تعدیل سطح فعالیت را با تحمیل مسئولیت معادل افزایش در هزینه‌های اجتماعی ناشی از اقدامات فرد تأمین می‌کند.^۱

۳-۱۱-۲ قاعده اهمال

به موجب قاعده اهمال، ما از بخش ۱-۲ می‌دانیم که اشخاص عموماً به اعمال احتیاط مطلوب هدایت خواهند شد اگر احتیاط مقتضی در این سطح تعیین شود، اما این تحلیل

۱. این عملکرد شرط سببیت در اخذ هزینه‌های اجتماعی ابتدا در یک مقاله مهم کالابرسی ۱۹۷۵ و در شاول ۱۹۸۰ الف در یک بررسی اقتصادی رسمی از سببیت و مسئولیت به تفصیل بیان شد.

باز هم سببیت را به طور صریح در نظر نداشت. آیا لازم است به اشخاص اجازه دهیم که وقتی مسبب زیان‌ها نیستند از مسئولیت فرار کنند تا انگیزه‌هایشان صحیح باشد (همان‌گونه که تحت مسئولیت محض است)؟ همان‌گونه که بحث خواهد شد، پاسخ این است که هیچ نیازی نیست به افراد اجازه داده شود در صورتی که مسبب زیان نباشند از مسئولیت ناشی از اهمال فرار کنند، اما برای حفظ انگیزه‌های مطلوب مناسب است که افراد وقتی مسبب زیان‌ها نیستند بتوانند از مسئولیت فرار کنند. به عبارت دیگر، انگیزه‌های اصلی برای اقدام به احتیاط مقتضی صحیح هستند خواه شرط سببیت در میان باشد و خواه نباشد.

برای توضیح مطلب، اجازه دهید مثال شرکت آلوده‌کننده را مجدداً بررسی کنیم. اگر یک پاک‌کننده دود ۳۰ هزار دلار هزینه دربرداشته باشد این مبلغ کمتر از ۱۰۰ هزار دلار آسیب اضافی است که پاک‌کننده دفع خواهد کرد، بنابراین قصور در نصب آن برای شرکت اهمال محسوب می‌شود. همچنین اگر شرکت با اهمال از نصب پاک‌کننده صرف‌نظر کند، مسئول آسیب شناخته خواهد شد حتی اگر آلودگی محصول شرکت سبب آسیب نباشد یعنی حتی اگر پوسته شدن رنگ ناشی از قرار گرفتن در معرض نور خورشید باشد نه آلودگی. چنین وضعیتی نمی‌تواند شرکت را ترغیب به انجام افراطی احتیاط کند و تنها انگیزه شرکت را برای اعمال احتیاط مقتضی و نصب پاک‌کننده افزایش می‌دهد، زیرا شرکت با تهدید خسارات ۱۸۰ هزار دلاری برای قصور در نصب پاک‌کننده نسبت به ۱۰۰ هزار دلار روبه‌رو خواهد بود.

به هر حال، سؤال این است که آیا اجازه دادن به شرکت برای فرار از مسئولیت ناشی از اهمال وقتی آلودگی محصول سبب پوسته شدن رنگ نیست موجب کاهش نامناسب انگیزه شرکت جهت نصب پاک‌کننده نمی‌شود؟ پاسخ منفی است؛ شرکت با خسارات ۱۰۰ هزار دلاری برای آسیبی که باعث می‌شود روبه‌رو خواهد شد و بنابراین پاک‌کننده را نصب خواهد کرد. عمل‌کنندگان منطقی همیشه سعی می‌کنند بدون اهمال عمل کنند حتی اگر چون سبب زیان‌ها نیستند بتوانند از مسئولیت فرار کنند.^۱

۱. اثبات کلی این نتیجه‌گیری، علاوه بر عناصر دیگر، شامل این نکته می‌شود که سطح احتیاط مطلوب اجتماعی خودش به طور ضمنی منعکس‌کننده سببیت است؛ احتیاط از نظر اجتماعی فقط تا حدی بالارزش است که بتواند ←

اگرچه دادن اجازه فرار از مسئولیت به اشخاصی که اهمال آنها سبب زیان‌ها نیست هنوز عامل بازدارنده کافی برای ترغیب به احتیاط مناسب باقی می‌گذارد، دلیل قطعی برای اصرار بر سببیت قبل از تحمیل مسئولیت ارائه نشده است. یک مزیت شرط سببیت این است که تاحدی که امکان اشتباه در تعیین اهمال وجود دارد، نظام اهمال جنبه‌های مسئولیت محض را به خود می‌گیرد، حال آنکه مشکل بازدارندگی بیش از حد مورد بحث در قسمت ۱-۱-۳-۲ تشدید خواهد شد اگر حیطة مسئولیت به زیان‌هایی که بر اثر اهمال به وجود نیامده‌اند گسترش داده شود. مزیت دوم و احتمالاً مهم‌تر این است که هزینه‌های اداری نظام مسئولیت کاهش می‌یابند چون حجم موارد به دلیل شرط سببیت کمتر می‌شود.^۱ همین مزیت‌های محدود شدن مسئولیت تحت قاعده اهمال به آسیب ایجاد شده از سوی عامل، می‌تواند شرط سببیت را توجیه کند.^۲

→ زیان‌های ناشی از حادثه را در شرایطی که در غیر آن صورت زیان‌ها به وجود می‌آیند، کاهش دهد. این مطلب اولین بار در شاول ۱۹۸۰ الف مطرح گشت؛ همچنین رجوع کنید به شاول ۱۹۸۷ الف، ۱۰۸-۱۰۵، ۱۲۱-۱۱۸.

۱. یک توضیح: استفاده از شرط سببیت برای مسئولیت به این معناست که در دعاوی که اقامه می‌شوند، سببیت (خواه آلودگی و خواه در معرض نور خورشید بودن باعث پوسته شدن رنگ شده باشد) باید با هزینه‌های وابسته تعیین شود. در نتیجه، امکان دارد که استفاده از شرط سببیت برای مسئولیت به جای آنکه هزینه‌های اداری را کاهش دهد موجب افزایش آنها شود.

۲. یک جنبه اضافی و قدری دقیق شرط سببیت تحت قاعده اهمال ارزش ذکر دارد. به موجب قاعده اهمال، غالباً فرض می‌شود که مسئولیت مورد انتظار یک شخص به صورت منقطع با سطح احتیاط او افزایش یابد: مسئولیت صفر خواهد بود اگر شخصی اهمال کار نباشد، باین حال به طور مشخص به سوی مثبت میل می‌کند به محض آنکه رفتار از آستانه اهمال عبور کند. به عنوان مثال، اگر رانندگی با سرعت بیش از ۵۰ مایل در ساعت اهمال محسوب شود، مسئولیت شخصی صفر خواهد بود اگر کسی با سرعتی کمتر از ۵۰ مایل در ساعت رانندگی کند اما اگر با سرعت ۵۱ مایل در ساعت حرکت کند بلافاصله افزایش خواهد یافت، زیرا در آن هنگام او مسئول همه حوادثی که به وجود می‌آورد خواهد بود. این جهش در مسئولیت مورد انتظار باعث می‌شود انگیزه‌ها محتاط و دقیق باشند که از نظر اجتماعی هم مزیت دارد و هم اشکال دارد. ممکن است از نظر اجتماعی مفید باشد چون به این معناست که اشخاص انگیزه خواهند داشت که اهمال کار نباشند حتی اگر نتوانند کل آسیب را جبران کنند یا حتی اگر هیچ وقت برای آسیب مورد تعقیب قرار نگیرند؛ رجوع کنید به کوتر ۱۹۸۲ و شاول ۱۹۸۶. و ممکن است از نظر اجتماعی اشکال داشته باشد چون بدین معناست که اشخاص ممکن است به سوی اتخاذ احتیاط افراطی برای کاهش خطر اهمال کار شناخته شدن اشتباهی و تحمل مسئولیت، هدایت شوند؛ اگر مردم با سرعت ۴۵ مایل در ساعت حرکت کنند، احتمال اینکه به اشتباه در سرعت بیش از ۵۰ با سرعت سنجیده شوند را کاهش خواهند داد؛ رجوع کنید به قسمت ۱-۳-۲ اما، همان گونه که در ابتدا به وسیله گاردی ۱۹۸۳ و کاهان ۱۹۸۹ مورد توجه قرار گرفت، ممکن است یک افزایش ناگهانی در مسئولیت مورد انتظار وجود داشته باشد - مسئولیت مورد انتظار به طور مداوم افزایش می‌یابد - اگر مسئولیت در

۲-۳-۱۱-۴ سببیت نزدیک

حتی اگر نشان داده شود که اهمال یا عمل شخصی سبب زیان‌های وارده است، باز هم می‌تواند از مسئولیت فرار کند زیرا مشخص نشده که عمل وی سبب نزدیک زیان‌ها بوده است. اصطلاح سببیت نزدیک دو معنی عمده دارد.^۱ یک معنی سبب نزدیک این است که آسیب به‌طور مستقیم و مورد انتظار به‌وجود آمده است نه به‌صورت غیرمعمول و عجیب. سیاست حقوقی خلاص کردن یک شخص از مسئولیت در مقابل حوادث غیرمعمول در قسمت‌های ۲-۳-۶-۲ و ۲-۳-۶-۳ مورد بحث قرار گرفت، هنگامی که هیچ استدلال روشنی وجود نداشت.

مفهوم دوم سببیت نزدیک به تطابق مربوط می‌شود و در دو حالت تشریح می‌گردد. فرض کنید اتوبوسی که با سرعت حرکت می‌کند اتفاقاً درست در نقطه‌ای قرار گیرد که امکان اصابت یک درخت در حال افتادن وجود دارد. در اینجا، توجه کنید که سرعت بیش از حد اتوبوس باعث حادثه می‌شود - اگر اتوبوس سرعت نداشته باشد با درخت اصابت نخواهد کرد - اما حتی اگر اتوبوس سریع‌تر هم برود می‌توان از حادثه اجتناب کرد. در حالت دیگر، شخصی غفلتاً یک تفنگ پر را به‌عنوان اسباب بازی به یک بچه می‌دهد و بچه تفنگ را روی شست پایش می‌اندازد و آسیب می‌بیند. در چنین مواردی، مسئولیت احراز نمی‌شود چون سبب نزدیک وجود ندارد، به این مفهوم که گفته می‌شود حوادث باید با رفتار خوانندگان تطابق داشته باشد و به خطر طبیعی ایجاد شده بر اثر رفتارشان ارتباطی ندارد.

→مقابل اهمال به‌طور مناسبی به‌وسیله شرط سببیت مورد بحث محدود گردد. اگر شخصی با سرعت ۵۱ مایل در ساعت رانندگی کند، ممکن است تصور شود که او باید فقط در مورد حوادثی مسئول شناخته شود که به‌خاطر هر مایل سرعت اضافی بیش از ۵۰ مایل در ساعت ایجاد شده‌اند؛ راننده نباید مسئول حوادثی شناخته شود که اتفاق افتاده‌اند در صورتی که او با سرعت ۵۰ مایل در ساعت یا کمتر رانندگی می‌کرده است. اما اگر دادگاه قادر به گفتن این مطلب نباشد که آیا یک حادثه اتفاق می‌افتاد یا خیر اگر شخصی خیلی آهسته‌تر رانندگی می‌کرد (غالباً یک تصور محتمل)، شخصی که با سرعت ۵۱ مایل در ساعت حرکت می‌کند مسئول هر حادثه‌ای شناخته می‌شود که رانندگی‌اش ایجاد کرده است و لذا جهشی در مسئولیت مورد انتظارش خواهد بود.

۱. معانی دیگر در اینجا مورد مطالعه قرار نخواهند گرفت. درباره سببیت نزدیک، به‌عنوان مثال، رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، فصل ۱۰، هارت و اونوره ۱۹۸۵، و کیتون ۱۹۶۳ در حقوق انگلیسی - آمریکایی، و اونوره ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۰، ۹۰-۸۰، و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۶۰۱، ۶۲۱، در حقوق فرانسه و آلمان.

می‌توان نشان داد که اجازه دادن به اشخاص برای فرار از مسئولیت در مقابل حوادثی مثل این موارد منجر به اقدامات احتیاطی ناکافی نخواهد شد. مسئول دانستن یک شرکت اتوبوس‌رانی وقتی درخت‌ها روی اتوبوس‌ها می‌افتند، شرکت را ترغیب نخواهد کرد که اتوبوس‌هایش را مجبور کند آهسته‌تر برانند زیرا احتمال برخورد یک اتوبوس با یک درخت در حال سقوط به سرعت اتوبوس بستگی ندارد. به همین ترتیب، مسئول دانستن یک فرد وقتی شیئی که او به بچه‌ای می‌دهد روی شست پای بچه می‌افتد، مردم را به خالی کردن خشاب تفنگ‌ها از گلوله ترغیب نخواهد کرد، زیرا احتمال افتادن تفنگ روی شست پای بچه، صرف‌نظر از وزن جزئی گلوله‌ها، تحت تأثیر پر بودن خشاب آن قرار ندارد.^۱

یک مزیت اجازه دادن به خواندگان برای فرار از مسئولیت در وقتی که حوادث به‌طور هم‌زمان روی می‌دهند این است که هزینه‌های اداری را از طریق کاهش قلمرو مسئولیت کم می‌کند؛ مگر آنکه هزینه تصمیم‌گیری درخصوص مسئله سببیت تطابقی، فراتر از کاهش هزینه‌ای باشد که از کاهش قلمرو مسئولیت حاصل می‌شود. یک اشکال اجازه دادن به خواندگان برای فرار از مسئولیت در مقابل حوادث هم‌زمان این است که عاملان متحمل افزایش کامل هزینه‌های اجتماعی ناشی از فعالیتشان نمی‌شوند (اگر مردم سوار اتوبوس نشوند، ممکن نیست مورد اصابت درختان در حال سقوط قرار گیرند) و نظارت بر سطوح فعالیت حداقل یکی از اهداف مسئولیت محض است.

۵-۱۱-۳-۲ عدم اطمینان بر سببیت

در بسیاری از موقعیت‌ها درباره سببیت عدم اطمینان وجود دارد. به‌عنوان مثال، ممکن است مشخص نباشد کدام یک از تولیدکنندگان محصول موجد آسیب را فروخته است (یک دارو، رنگ سربی)، یا اینکه آیا آسیبی به‌وسیله خوانده یا بر اثر عوامل پشت‌زمینه‌ای ایجاد شده است؟ (آیا سرطان به‌وسیله یک آلوده‌کننده متعلق به شرکت به‌وجود آمده است یا از طریق عناصر ناشناخته محیطی یا ژنتیکی؟).

۱. رجوع کنید به کالابرسی ۱۹۷۵، شاول ۱۹۸۰ الف، و شاول ۱۹۸۷ الف، ۱۱۵-۱۱۰، ۱۲۳-۱۲۱؛ ارجاعات اخیر نظریه تطابق را همان‌گونه که در دو حالت در متن تشریح شد، تحت قاعده درمی‌آورند.

قانون در چنین موقعیت‌هایی از دو روش استفاده می‌کند. راه سنتی مسئول شناختن یک خواننده است اگر و فقط اگر احتمال آنکه خواننده مسبب زیان‌ها باشد بیش از ۵۰ درصد باشد.^۱ این روش ممکن است به انگیزه‌های ناکافی یا حتی انگیزه‌های افراطی برای کاهش خطر منجر شود. فرض کنید شرکتی فقط به اندازه ۲۰ درصد بازار فروش دارد. در این صورت احتمال آنکه این شرکت سبب زیان‌های ناشی از آسیب مربوط به یک محصول باشد کمتر از ۵۰ درصد آستانه خواهد بود و این شرکت در مقابل هرگونه آسیب ناشی از محصولش مسئولیتی نخواهد داشت و از این رو هیچ‌گونه انگیزه مربوط به مسئولیت برای اتخاذ اقدامات احتیاطی نخواهد داشت در مقابل اگر سهم بازار شرکتی فراتر از ۵۰ درصد باشد، در مقابل تمامی آسیب‌های ناشی از محصولی که می‌فروشد و برای تمامی آسیب‌های ناشی از محصولاتی که دیگران می‌فروشند، مسئول خواهد بود، زیرا احتمال اینکه سبب آسیب باشد همواره بیش از عدم آن است. بنابراین، بار مسئولیت شرکت از نظر اجتماعی بسیار زیاد خواهد بود. این‌گونه مشکلات بالقوه عدم کفایت و زیاد بودن انگیزه‌ها، ممکن است تحت هر معیار مسئولیت مبتنی بر آستانه احتمال سببیت به وجود آید و منحصر به آستانه ۵۰ درصد نمی‌گردد.^۲

روش دومی که نظام قانونی در پاره‌ای موارد اتخاذ کرده عبارت است از مسئول دانستن خوانندگان علی‌رغم هرگونه عدم اطمینان بر سببیت، با تحمیل غرامت‌های محدود به میزان متناسب با احتمال سببیت. از این رو، به این ترتیب مسئولیت مطابق سهمی که شرکت‌ها از بازار یک محصول دارند وضع می‌شود.^۳ به موجب اصل مسئولیت متناسب، به سهولت نشان داده می‌شود که انگیزه‌های مناسبی برای کاهش خطر وجود دارند. از جمله اگر شرکتی دارای ۲۰ درصد از سهم بازار باشد، در هر مورد ۲۰ درصد از

۱. برای مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، ۴۲۲-۴۲۰؛ در کشورهای حقوق مدنی، رجوع کنید به اونوره ۱۹۸۳، قسمت‌های ۲۰۱-۲۰۳.

۲. این نکته ضرورتاً به‌طور مکرر ذکر شده (برای مثال رجوع کنید به تراپب ۱۹۷۱، و لاندز و پوسنر ۱۹۸۳) و در شاول ۱۹۸۵ ب به‌طور ریاضی مطرح شده است.

۳. این اصل از سوی بعضی محاکم در قضایای راجع به داروی دی.ا.پی.اس که توسط شرکت‌های بسیاری تولید می‌شد، اعمال گردیده است؛ هویت شرکتی را که این داروی عامل ایجاد آسیب در موارد خاص را تولید کرده است نمی‌توان تعیین کرد. اصل مسئولیت متناسب تاکنون زیاد مورد استفاده قرار نگرفته است. برای مثال رجوع کنید به دابز ۲۰۰۰، ۴۳۲-۴۳۰.

خسارت را می‌پردازد و در نتیجه حساب مسئولیتش همان است که انگار همه خسارت را در ۲۰ درصد از مواردی که واقعاً ایجاد کرده است می‌پردازد و در آن صورت انگیزه‌های ایمنی از نظر اجتماعی متناسب خواهند بود. اینکه اصل مسئولیت متناسب انگیزه‌های مطلوبی را بدون نیاز به اثبات سببیت در موارد خاص به وجود می‌آورد مزیت این اصل نسبت به معیار سنتی آستانه احتمال می‌باشد.^۱

با وجود این، یک اشکال روش تناسبی امکان منجر شدن آن به افزایش قابل توجهی در حجم، پیچیدگی و هزینه دادرسی است؛ زیرا به موجب روش تناسبی هر شخصی را که احتمال ایجاد زیان از سوی او قطعی باشد می‌توان تحت تعقیب قرار داد و ممکن است وی مجبور به پرداخت خسارت شود. از این رو، روش تناسبی باید فقط در صورتی به کار گرفته شود که مزیت انگیزه‌ای انجام چنین کاری به قدر کافی قوی باشد.

۲-۴ مسئولیت، خطرپذیری و بیمه

موضوع حادثه نه تنها هدف کاهش متناسب خطرات حوادث بلکه تخصیص و پخش خطر زیان‌های ناشی از حوادثی را نیز که اتفاق می‌افتند دربرمی‌گیرد. تا کسانی که خطرگریز هستند به طور کلی یا جزئی متحمل آنها نشوند. بیمه - «هم بیمه حادثه برای قربانیان و هم بیمه مسئولیت برای آسیب‌رسانندگان» روشی از تخصیص و پخش خطرات زیان را ارائه می‌کند.

بیمه مسئولیت به دو دلیل مورد توجه خاص است. اول، روش کاهش خطر حادثه را تغییر می‌دهد؛ زیرا آسیب‌رساننده در صورت شناخته شدن تاحدی که پوشش بیمه‌ای دارد مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود. بنابراین، انگیزه‌های کاهش خطر با حد پوشش بیمه‌ای و دیگر شرایط بیمه‌نامه‌های مسئولیت ارتباط دارند. دوم، این پرسش مطرح می‌شود که دخالت بیمه مسئولیت در انگیزه‌های مربوط به مسئولیت برای کاهش خطر به

۱. رجوع کنید به روزنبرگ ۱۹۸۴ و شاول ۱۹۸۵ ب، ۱۹۸۷ الف، ۱۱۵-۱۱۸، ۱۲۶-۱۲۳. باید توجه داشت که اگر محصولاتی که در مورد آنها عدم اطمینان در خصوص سببیت وجود دارد در خطراتی که به وجود می‌آورند متفاوت باشند، این موضوع باید در اعمال مسئولیت متناسب مدنظر قرار گیرد. به عنوان مثال، اگر دو محصول هریک نیمی از بازار را در اختیار داشته باشند اما اولی دو برابر دومی خطر ایجاد کند، آنگاه تولیدکننده محصول اول باید دوسوم خسارات و نه نیمی از آن را تقبل کند.

چه نحوی مطلوب خواهد بود آیا بیمه مسئولیت باید تحت قاعده درآید؟ (همان گونه که در ذیل تشریح خواهد شد، از حیث خرد اجتماعی تردیدهای جدی درباره بیمه مسئولیت مطرح شده و فروش آن منوط به محدودیت‌هایی می‌باشد اگرچه به‌طور گسترده‌ای در اختیار مردم قرار گرفته است). من بررسی این نکات را با بررسی مجدد موضوع حادثه در پرتو خطرگریزی آغاز خواهم کرد و به‌ویژه راه حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه، اینکه در فقدان مسئولیت چه روی می‌دهد، اینکه با وجود مسئولیت وقتی بیمه وجود ندارد چه اتفاقی می‌افتد و نهایتاً اینکه با وجود مسئولیت و بیمه چه روی می‌دهد را مورد بحث قرار خواهم داد. این روش گام‌به‌گام تحلیل، ارائه‌کننده درک ارزشی جداگانه مسئولیت و بیمه در «کاهش خطرات حادثه» و در «تخصیص خطرات حادثه» خواهد بود.

سپس دو الحاقیه مهم بر تحلیل پیش‌گفته را مطرح خواهم کرد که عبارت‌اند از: زیان‌های غیرمالی و موضوع مصونیت از حکم.

۱-۴-۲ خطرگریزی و راه حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه

۱-۴-۱-۲ خطرگریزی

در این کتاب عبارت خطرگریزی را باید یک عبارت فنی دانست که حالت تنفر از خطر مالی خالص را توصیف می‌کند. یک فرد خطرگریز برای اجتناب از خطر پول می‌پردازد، مثل کسی که درگیر ۵۰ درصد احتمال از دست دادن ۱۰۰۰ دلار و ۵۰ درصد احتمال بردن ۱۰۰۰ دلار شده است.^۱ یک فرد خطرگریز اگر حق بیمه منصفانه باشد، بیمه هم می‌خرد.^۲ یک فرد خطرگریز خواهد بود اگر مطلوبیت نهایی پول برای او با افزایش

۱. این وضعیت خطرناک عایدی مورد انتظار معادل صفر را دربر خواهد داشت: $0.50 \times 1000 - 0.50 \times 1000 = 0$. اما یک شخص خطرگریز برای اجتناب از وضعیتی با عایدی مورد انتظار معین نیز پول می‌پردازد، مثل وضعیتی که در آن ۵۱ درصد احتمال بردن ۱۰۰۰ دلار و ۴۹ درصد احتمال از دست دادن آن مبلغ وجود دارد. به‌هر حال، با احتمال برد، حتی یک شخص خطرگریز نیز مایل به شرکت در چنین وضعیتی خواهد بود. این احتمال نشانگر درجه خطرگریزی فرد است (هرچه احتمال مورد نیاز برای ترغیب او به شرکت بالاتر باشد، درجه خطرگریزی بیشتر است).

۲. حق بیمه منصفانه تلقی خواهد شد اگر معادل هزینه مورد انتظار پوشش برای بیمه‌گر باشد. مثلاً، اگر بیمه‌نامه‌ای پوشش ۱۰۰۰ دلاری را با احتمال ۱۰ درصد می‌پردازد، حق بیمه منصفانه ۱۰۰ دلار است زیرا هزینه مورد انتظار پوشش ۱۰۰ دلار است.

ثروتش کاهش یابد؛ دلیل این امر ضرورتاً این است که از دست دادن مبلغی پول باعث کاهش مطلوبیت چنین شخصی می‌شود، بیش از آنکه کسب همان مبلغ پول مطلوبیتش را افزایش دهد.

خطرگریزی در وضعیت‌هایی بسیار صادق است که زیان‌ها نسبت به دارایی‌های شخص بزرگ‌اند و بنابراین کاملاً بر مطلوبیتش حمله می‌کنند. افراد نوعاً به‌عنوان عاملان خطرگریز در رابطه با حوادث جدی تلقی می‌شوند چون این حوادث احتمالاً زیان‌هایی را موجب می‌شوند که در رابطه با دارایی‌هایشان مهم هستند. به‌هرحال اگر زیان‌ها نسبت به دارایی‌های یک شخص نسبتاً کم باشند، احتمالاً در مقابل آنها یک حالت خنثی در مقابل خطر را نشان خواهد داد. در مورد حوادث کوچک که افراد متحمل می‌شوند قضیه به همین صورت است. همچنین، شرکت‌ها معمولاً ممکن است در رابطه با بسیاری از حوادث به‌عنوان عاملان خنثی در مقابل خطر محسوب شوند زیرا این حوادث زیان‌هایی را موجب می‌شوند که در رابطه با دارایی‌هایشان کوچک هستند.^۱ به‌علاوه، هرگاه سهامداران کاملاً متنوع باشند شرکت‌ها گاهی اوقات به‌عنوان خنثی در مقابل خطر تلقی می‌شوند. برای اینکه سهامداران کاملاً متنوع باشند، سهامداران نباید به خطر تقبل شده از سوی یک شرکت خاص اهمیت بدهند. به‌هرحال، به همان نسبتی که مدیران یک شرکت خطرگریز باشند و آزادی اتخاذ تصمیم داشته باشند، رفتار شرکت نشانگر خطرگریزی است.

۲-۱-۴ راه‌حل ایدئال اجتماعی

رفاه اجتماعی در اینجا به‌عنوان عملکرد مطلوبیت‌های مورد انتظار افراد محسوب می‌شود.^۲ بنابراین، رفاه اجتماعی علاوه بر عواملی که در فصول قبلی مورد تأکید قرار گرفتند یعنی منافعی که اشخاص از فعالیت‌هایشان کسب می‌کنند و به‌طور منفی به

۱. اگر شرکتی با این خطر مواجه شود که ایجاد آسیب‌هایی کند که برای هر قربانی به تنهایی کوچک باشند اما به‌طور هم‌زمان بر چندین قربانی اثرگذارند (این مورد واقعیت دارد اگر نقصی در طرح یا تولید یک محصول وجود داشته باشد)، آنگاه خطر برای شرکت قابل توجه خواهد بود و در نتیجه ممکن است خطرگریز تلقی کردن شرکت متناسب باشد.

۲. مطلوبیت مورد انتظار یک فرد عبارت است از جمع کلی همه نتایج احتمال هر نتیجه ضربدر مطلوبیت آن.

هزینه‌های احتیاط و زیان‌های ناشی از حادثه، به اینکه آیا اشخاص خطرگریز تحمل خطر خواهند کرد نیز بستگی دارد. بنابراین تحت راه‌حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه، دو چیز حقیقت خواهد داشت: نه تنها اشخاص درباره اشتغال در فعالیت‌ها و درخصوص اعمال احتیاط به طریقی که در بخش ۱-۲ به‌عنوان مطلوب توصیف شد اتخاذ تصمیم خواهند کرد، بلکه اشخاص خطرگریز هم تحمل خطرات را نخواهند کرد، یعنی خطرآتشان کاملاً بین قراردادهای بیمه پخش خواهد شد یا به اشخاصی خنثی در مقابل خطر تبدیل خواهند شد. باید تأکید کرد اشخاص خطرگریز که به‌طور ایدئال نباید متحمل خطر شوند ممکن است قربانی یا آسیب‌رساننده باشند. آسیب‌رسانندگان متحمل خطر خواهند شد اگر با خطر مسئولیت روبه‌رو شوند؛ بنابراین آسیب‌رسانندگان خطرگریز نباید متحمل خطر مسئولیت شوند.

۲-۴-۲ موضوع حادثه در فقدان مسئولیت و بیمه

در اینجا فرض کنید که هیچ‌گونه نظام مسئولیتی وجود ندارد و هیچ‌گونه نظام بیمه‌ای هم موجود نیست. در این حالت چون آسیب‌رسانندگان در مقابل زیان‌های ناشی از حادثه مسئول نخواهند بود، معمولاً به‌طور مناسبی خطر را کاهش نمی‌دهند. یعنی تا حد بسیار زیادی تمایل به اشتغال در فعالیت‌های حاوی خطر خواهند داشت و هیچ انگیزه‌ای برای احتیاط ندارند. در چنین حالتی، آسیب‌رسانندگان هیچ خطری را متحمل نمی‌شوند و این جنبه از نتیجه از نظر اجتماعی مطلوب است اگر آسیب‌رسانندگان خطرگریز باشند. از آنجاکه در نبود مسئولیت قربانیان قادر به اخذ رأی دادگاه علیه آسیب‌رسانندگان نیستند، متحمل خطر خواهند شد و اگر قربانیان خطرگریز باشند این تحمل خطر از نظر اجتماعی نامطلوب خواهد بود. بنابراین، نتیجه نامطلوب است زیرا نه تنها خطرات ازسوی آسیب‌رسانندگان کاهش نمی‌یابند بلکه خطرآتی که وجود دارند ممکن است بر اشخاص خطرگریز بیمه نشده تحمیل شوند.

۲-۴-۳ موضوع حادثه با فرض صرف مسئولیت

حالا فرض کنید که آسیب‌رسانندگان مشمول مسئولیت هستند و بیمه وجود ندارد؛ لذا آسیب‌رسانندگان پوشش بیمه مسئولیت ندارند و قربانیان نیز پوشش حادثه ندارند. در

چنین وضعیتی، نتیجه در اصل این است که آسیب‌رسانندگان به‌خاطر تأثیر مسئولیت به‌سوی کاهش خطر هدایت می‌شوند، اما تخصیص خطر به این بستگی دارد که مسئولیت محض است یا تابع قاعده اهمال است؟!

به‌ویژه در شرایط مسئولیت محض، آسیب‌رسانندگان انگیزه‌ای برای کاهش خطر خواهند داشت و قربانیان، بابت هر زبانی که متحمل شوند غرامت دریافت خواهند کرد؛ لذا این آسیب‌رسانندگان هستند که متحمل خطر خواهند شد. اگر آسیب‌رسانندگان خنثی در مقابل خطر باشند، تحمل خطر برای آنها مهم نیست و نتیجه از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود؛ اما اگر آسیب‌رسانندگانی که مسئولیت محض دارند خطرگریز باشند، نتیجه از نظر اجتماعی مطلوب نخواهد بود زیرا آسیب‌رسانندگان متحمل خطر می‌شوند. به‌علاوه ممکن است آنها به‌سوی اعمال احتیاط بیش از حد برای اجتناب از مسئولیت هدایت شوند (در نظر بگیرید که افراد خطرگریز و بیمه نشده چقدر محتاطانه رانندگی خواهند کرد اگر مشمول مسئولیت محض باشند). به‌علاوه، به دلایل یاد شده، آسیب‌رسانندگان ممکن است به‌طور نامطلوبی از اشتغال به یک فعالیت دلسرد شوند.

یک راه کم کردن مشکلات احتیاط بیش از حد و سطح پایین فعالیت به موجب مسئولیت محض عبارت از کاهش غرامت‌هاست درواقع می‌توان نشان داد که چنانچه غرامت‌ها کمتر از آسیب باشند سودمند خواهد بود. به‌عبارت دیگر، اگر آسیب‌رسانندگان خطرگریز باشند، از نظر اجتماعی مطلوب نخواهد بود که آسیب‌های وارده از سوی آنان را کاملاً «درونی» کرد.^۱

وضعیت به موجب قاعده اهمال کاملاً متفاوت است زیرا اگر آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی را معمول دارند و محاکم میزان احتیاط آنها را به دقت ارزیابی کنند، خطر نخواهند کرد از این‌رو هیچ‌گونه مشکل خاصی در ارتباط با آسیب‌رسانندگان خطرگریز وجود ندارد؛ آنها احتیاط بیش از حد نخواهند کرد و به‌طور نامطلوب از اشتغال در یک فعالیت دلسرد نمی‌شوند. از طرف دیگر قربانیان زیان‌هایشان را متحمل خواهند شد (با فرض اینکه آسیب‌رسانندگان به اشتباه اهمال کار تشخیص داده نشوند). در نتیجه، رفاه اجتماعی کمتر از حد مطلوب خواهد بود اگر قربانیان خطرگریز باشند و بیمه نشده باشند.

۱. رجوع کنید به پیشنهاد ۲ در شاول ۱۹۸۲ الف.

نکات پیش گفته عنصر جدیدی را در مقایسه مسئولیت محض و قاعده اهمال وارد می کنند. به موجب مسئولیت محض، خطر ازسوی آسیب رسانندگان تحمل خواهد شد درحالی که به موجب قاعده اهمال خطر عمدتاً ازسوی قربانیان تحمل می شود. بنابراین با نبود بیمه، جاذبه نسبی مسئولیت محض افزایش می یابد وقتی آسیب رسانندگان در مقابل خطر خنثی هستند، یا وقتی خطرگریزی کمتری نسبت به قربانیان دارند؛ و جاذبه نسبی قاعده اهمال افزایش می یابد هنگامی که قربانیان کمتر از آسیب رسانندگان خطرگریز باشند.

۲-۴-۴ موضوع حادثه با فرض مسئولیت و بیمه

۲-۴-۴-۱ بیمه

اکنون بیا باید فرض کنیم که بیمه وجود دارد و با قیمت هایی که از نظر آماری مناسب هستند به فروش می رسد. همان گونه که ذکر شد، یک شکل از بیمه، بیمه حادثه برای قربانیان است. اگر قربانیان خطرگریز باشند، پوشش کامل بیمه در مقابل هر خطری که تحمل کنند خواهند خرید. بنابراین، به عنوان مثال اگر آسیب رسانندگان تحت قاعده اهمال احتیاط مقتضی را به عمل آورند تا قربانیان متحمل خطر حوادث شوند، قربانیان خطرگریز این خطرات را کاملاً تحت پوشش بیمه قرار خواهند داد.

شکل دیگر بیمه که ما بررسی خواهیم کرد، بیمه برای آسیب رسانندگان در مقابل مسئولیت می باشد. اگر آسیب رسانندگان خطرگریز باشند، نسبت به خرید چنین بیمه مسئولیتی تمایل نشان خواهند داد. اما تصمیم به خرید بیمه - و ماهیت بیمه نامه ها - قدری پیچیده خواهد بود زیرا مالکیت بیمه ممکن است خودش باعث تغییر انگیزه های آسیب رسانندگان در جلوگیری از حوادث و بنابراین احتمال مسئولیت شود. این موضوع را بعداً بررسی خواهیم کرد.^۱

۲-۴-۴-۲ مسئولیت محض

همان گونه که در قسمت ۲-۴-۳ بیان شد، وقتی مسئولیت محض باشد، قربانیان به طور

۱. رجوع کنید به شاول ۱۹۸۷ الف، فصول ۸ و ۱۰، برای دیدن ارائه عناصر نظریه بیمه که به این بخش مربوط هستند.

ضمنی ازسوی نظام قانونی بیمه می‌شوند و بنابراین متحمل خطر نخواهند شد اما آسیب‌رسانندگان خطر را تحمل خواهند کرد. بنابراین آسیب‌رسانندگان خطرگریز دوست دارند بیمه مسئولیت بخرند. به‌منظور تشریح خرید بیمه ازسوی آنها، ما دو مورد استاندارد را درباره بیمه‌گران مسئولیت بررسی خواهیم کرد: یکی حالتی که بیمه‌گران سطح احتیاط اعمال شده ازسوی بیمه‌گذاران را بررسی می‌کنند و می‌توانند حق بیمه‌ها را به این عامل پیوند دهند و دیگری حالتی که بیمه‌گران نمی‌توانند سطح احتیاط را بررسی کنند و آن را مبنای حق بیمه‌ها قرار دهند. در هر دو حالت، ما نتیجه می‌گیریم که بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب است.

الف) وقتی که بیمه‌گران می‌توانند احتیاط را مورد بررسی قرار دهند: ابتدا فرض کنید که بیمه‌گران می‌توانند سطح احتیاط را بررسی کنند و لذا قادرند حق بیمه را کاهش دهند تا کاهش خطر ناشی از احتیاط را نشان دهند. به‌عنوان مثال، یک بیمه‌گر ممکن است ساختمان بیمه شده یک آسیب‌رساننده را بازرسی کند تا دریابد که آیا او کپسول‌های آتش خاموش‌کن برای کاهش خطر مسئولیت در مقابل آتش‌سوزی خریداری کرده است یا خیر و اگر آتش خاموش‌کن‌ها خریداری شده باشند حق بیمه را کاهش دهد.

در چنین وضعیتی دو نکته واقعیت دارد. اول، بیمه‌گذاران برای حمایت کامل از خود در مقابل خطر، پوشش کامل خریداری خواهند کرد. دوم، بیمه‌گذاران از طریق کاهش منصفانه حق بیمه به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب هدایت خواهند شد. فرض کنید یک آسیب‌رساننده پوشش کامل در مقابل یک مسئولیت ۱/۰۰۰/۰۰۰ دلاری برای آسیب ناشی از آتش‌سوزی به دیگران را خریداری می‌کند و آتش خاموش‌کن‌ها خطر آتش‌سوزی را از ۵ درصد به ۱ درصد کاهش می‌دهند، بنابراین مسئولیت مورد انتظار تا ۴۰/۰۰۰ دلار کاهش می‌یابد. پس حق بیمه‌ها برای پوشش کامل تا ۴۰/۰۰۰ دلار کاهش خواهد یافت اگر آتش خاموش‌کن‌ها خریداری شده باشند و این تلویحاً به این معناست که بیمه‌گذار آتش خاموش‌کن‌ها را مادام که هزینه‌شان کمتر از ۴۰/۰۰۰ دلار باشد؛ خریداری خواهد کرد یعنی تصمیم آسیب‌رساننده به اعمال احتیاط در حد مطلوب خواهد بود.

همچنین نتیجه از نظر اجتماعی نیز مطلوب خواهد بود؛ زیرا آسیب‌رسانندگان خطرگریز کاملاً تحت حمایت در مقابل خطر قرار خواهند گرفت و با کاهش حق بیمه‌ها ترغیب

خواهند شد که احتیاط مطلوب را به عمل آورند و قربانیان با تعریف مسئولیت محض تحت حمایت در مقابل خطر خواهند بود. بنابراین در شرایط یاد شده چون نتیجه از نظر اجتماعی در حد مطلوب است، بیمه مسئولیت نیز از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. به بیان دیگر اگر بیمه مسئولیت وجود نداشته باشد، یا ممنوع باشد، آسیب‌رسانندگان متضرر خواهند شد چون متحمل خطر می‌شوند (و ممکن است احتیاط بیش از حد اعمال کنند یا در فعالیت‌های مطلوب خیلی کم دخالت کنند) و قربانیان وضعیت خوبی خواهند داشت.

ب) وقتی که بیمه‌گران مسئولیت نمی‌توانند احتیاط را بررسی کنند: اکنون فرض کنید بیمه‌گران قادر نیستند سطح احتیاط را بررسی کنند و بنابراین حق بیمه‌ای را که مستقیماً به سطح احتیاط آسیب‌رساننده بستگی دارد تغییر نمی‌دهند. می‌توان تصور کرد در مثال خطر آتش‌سوزی، سطح احتیاط بستگی به احتیاط اعمال شده در رابطه با مواد قابل اشتعال دارد، چیزی که کنترل آن برای بیمه‌گر نسبت به وجود یا عدم وجود آتش خاموش‌کن‌ها دشوارتر است. در چنین وضعیتی، آسیب‌رسانندگان معمولاً فقط پوشش جزئی می‌خرند و سطح احتیاط کمتر از حد مطلوب خواهد بود. به عنوان توضیح باید گفت چون تصور این است که بیمه‌گران نمی‌توانند سطح احتیاط را بررسی و آسیب‌رسانندگان را به خاطر عدم رعایت احتیاط در مورد مواد قابل اشتعال مجازات کنند، آسیب‌رسانندگان هیچ‌گونه انگیزه خرید بیمه جهت انجام احتیاط اضافی ندارند (مثل آموزش کارگران در چگونگی برخورد با مواد قابل اشتعال).

بنابراین، اگر آسیب‌رسانندگان پوشش کامل داشته باشند، خطر مسئولیت آتش‌سوزی $1/000/000$ دلاری ۵ درصد و حق بیمه‌ها $50/000$ دلار خواهند بود. به هر حال اگر پوشش جزئی باشد، آسیب‌رسانندگان انگیزه‌ای برای احتیاط کردن خواهند داشت زیرا اگر مسئول شناخته شوند متحمل زیان‌های جبران نشده‌ای خواهند شد. به عنوان مثال فرض کنید آسیب‌رسانندگان پوشش $600/000$ دلاری دارند که آنها را در معرض خطر $400/000$ دلاری قرار می‌دهد. بنابراین، یک اقدام احتیاطی که خطر را از ۵ درصد به ۱ درصد کاهش می‌دهد حداقل به اندازه $400/000 \times 4\%$ یا $16/000$ دلار ارزش دارد. این عامل به نوبه خود ممکن است آسیب‌رسانندگان را به ترجیح دادن پوشش جزئی هدایت کند. فرض کنید که احتیاط کردن $10/000$ دلار هزینه برمی‌دارد؛ در این صورت اگر

پوشش ۶۰۰/۰۰۰ دلار باشد، آسیب‌رسانندگان به‌خاطر قرار داشتن در معرض خطر، اقدام به احتیاط می‌کنند زیرا هزینه کردن ۱۰/۰۰۰ دلار موجب خواهد شد که در زیان‌های مورد انتظاری که متحمل می‌شوند معادل ۱۶/۰۰۰ دلار صرفه‌جویی کنند و از آنجا که خطر برای آسیب‌رسانندگان دارای پوشش جزئی ۶۰۰/۰۰۰ دلاری فقط ۱ درصد است، حق بیمه‌ای که باید بپردازند معادل ۶/۰۰۰ دلار می‌باشد.^۱ آسیب‌رسانندگان ممکن است پوشش ۶۰ درصدی را که برای آنها فقط ۶/۰۰۰ دلار هزینه دارد به پوشش کامل که ۵۰/۰۰۰ دلار هزینه دارد ترجیح دهند. چنین بیمه‌نامه‌هایی با کمتر از پوشش کامل، آسیب‌رسانندگان را در معرض خطر کافی برای ترغیب به انجام اقدامات احتیاطی مطلوب قرار نمی‌دهند.

بنابراین در وضعیت تحت بررسی نتیجه به دو دلیل از نظر اجتماعی ایدئال نیست: نخست اینکه آسیب‌رسانندگان تمایل دارند فقط به‌صورت جزئی در مقابل خطر تحت حمایت قرار گیرند و سطح احتیاط آنها کمتر از حد مطلوب می‌باشد.^۲ دیگر اینکه هرچند قربانیان براساس تعریف مسئولیت محض در مقابل خطر حمایت می‌شوند، اما با وجود این بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب است (اینکه نتیجه از نظر اجتماعی ایدئال نیست به این معنا نیست که بیمه مسئولیت نامطلوب است).

یک راه برای مشاهده آنکه بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب است توجه به این نکته است که رفاه آسیب‌رسانندگان را به‌طور آشکاری افزایش می‌دهد و آنها نهایتاً خرید بیمه مسئولیت را انتخاب می‌کنند ولی تأثیری بر رفاه قربانیان ندارد، زیرا آنها برای حوادثی که روی می‌دهند غرامت کامل دریافت می‌کنند. بنابراین، وجود بیمه

۱. برای تفصیل مطلب دقت کنید که بیمه‌گران ۶/۰۰۰ دلار اخذ می‌کنند چون آسیب‌رسانندگان که پوشش ۶۰۰/۰۰۰ دلاری خریده‌اند متحمل زیان خواهند شد و ادعاهایی با فقط ۱ درصد احتمال مطرح می‌کنند. بیمه‌گران به بررسی مستقیم این مطلب نیاز ندارند که آسیب‌رسانندگان به‌سوی اعمال احتیاط هدایت می‌شوند؛ بیمه‌گران فقط باید به این واقعیت آماری توجه کنند که آسیب‌رسانندگان دارای بیمه‌نامه با پوشش جزئی ۶۰۰/۰۰۰ دلاری ادعاهایی با ۱ درصد احتمال را مطرح می‌کنند.

۲. در این مثال، احتیاط مستقل است: یا احتیاط صورت می‌گیرد یا نمی‌گیرد. بنابراین نتیجه این خواهد بود که اگر احتیاط مطلوب باشد، خواه یک بیمه‌نامه پوشش جزئی موجود باشد که بیمه‌گذاران ترجیح بدهند اقدام به احتیاط را ترغیب می‌کند خواه این‌گونه نباشد، یک بیمه‌نامه با پوشش کامل خریداری می‌شود. به عبارت دیگر، خواه پوشش جزئی و احتیاط مطلوب باشد و خواه پوشش کامل و احتیاط صفر باشد. اما در نمونه‌ای با احتیاط دائماً متغیر، معمولاً حقیقت دارد که پوشش جزئی است و سطح احتیاط کمتر از حد مطلوب است.

مسئولیت باعث افزایش رفاه اجتماعی می‌شود.^۱ متقابلاً، اگر بیمه مسئولیت ممنوع می‌شد، آسیب‌رسانندگان در معرض خطر قرار می‌گرفتند و وضعیتشان بدتر می‌شد (و شاید در فعالیت‌های مطلوب درگیر نمی‌شدند یا احتیاط بیش از حد می‌کردند)، درحالی‌که کمکی به قربانیان هم نمی‌شد.

۳-۴-۲ قاعده اهمال

استدلال من این است که به موجب قاعده اهمال، حتی اگر آسیب‌رسانندگان قادر به ابتیاع بیمه مسئولیت باشند احتیاط مقتضی را اعمال خواهند کرد و بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. از آنجاکه آسیب‌رسانندگان مایل به انجام احتیاط مقتضی هستند، قربانیان خطر زیان‌ها را متقبل خواهند شد و در صورتی که خطرگریز باشند بیمه حادثه خواهند خرید.

ابتدا عملکرد کامل نظام اهمال را در نظر بگیرید. منطق بنیانی بخش هفتم این فصل درباره رفتار تحت قاعده اهمال حاکی از این است که آسیب‌رسانندگان اگر بیمه نباشند احتیاط مقتضی اعمال خواهند کرد. فرض کنید یک اقدام احتیاطی ۱۰/۰۰۰ دلاری باعث کاهش یک خطر آتش‌سوزی ۱/۰۰۰/۰۰۰ دلاری از ۵ درصد به ۱ درصد می‌شود، در نتیجه اقدام احتیاطی برای اجتناب از اهمال ضروری است آسیب‌رساننده احتیاط خواهد کرد چون او را از مسئولیت در مقابل یک احتمال ۵ درصد مسئولیت ۱/۰۰۰/۰۰۰ دلاری بری می‌سازد (دقیق‌تر بگوییم، روشن است که آسیب‌رساننده اگر خنثی در برابر خطر باشد احتیاط خواهد کرد و اگر خطرگریز باشد که فرض هم بر همین است قویاً احتیاط خواهد کرد).

حال سؤال این است که اگرچه یک آسیب‌رساننده اگر بیمه نباشد تمایل به انجام احتیاط مقتضی خواهد داشت، اما آیا او مایل به خرید پوشش مسئولیت خواهد بود تا بتواند با اهمال عمل کند؟ پاسخ منفی است، زیرا اگر آسیب‌رساننده بخواهد بیمه‌نامه‌ای بخرد که او را در مقابل آسیب ایجاد شده ناشی از اهمال پوشش دهد باید هزینه‌های

۱. این توجیه درواقع یک دلیل اثباتی نیست زیرا فرض می‌گیرد که سطح خسارات با آسیب برابر است. درواقع، می‌توان نشان داد که مطلوب است؛ سطح خسارات با آسیب برابر باشد. رجوع کنید به شاول ۱۹۸۲ الف.

معادل ۵۰ هزار دلار بپردازد؛ بنابراین قاعده‌تاً احتیاط نخواهد کرد یعنی با اهمال عمل می‌کند و در نتیجه آسیبی یک میلیون دلاری با احتمال ۵ درصد را باعث می‌شود. بدیهی است وقتی آسیب‌رساننده با انتخاب میان پرداخت ۵۰/۰۰۰ دلار برای بیمه‌نامه یا صرف ۱۰/۰۰۰ دلار برای اقدام احتیاطی به‌خاطر اهمال کار محسوب نشدن مواجه است اقدام احتیاطی را برمی‌گزیند.

بنابراین در منطق بنیانی عملکرد کامل قاعده‌ی اهمال، نتیجه‌ی از نظر اجتماعی مطلوب است؛ آسیب‌رسانندگان احتیاط مقتضی خواهند کرد و چون اهمال کار نیستند متحمل خطر نخواهند شد. اما قربانیان اگر خطرگریز باشند بیمه‌ی حادثه می‌خرند و در صورتی که بخواهند از خطر اجتناب کنند متقبل آن نخواهند شد. بیمه‌ی مسئولیت نامطلوب نیست چون در بازدارندگی قاعده‌ی اهمال مداخله نمی‌کند؛ درحقیقت، بیمه‌ی مسئولیت الزاماً قابل بحث است چون خریداری نمی‌شود.

اکنون به‌طور خلاصه یک وضعیت واقعی را در نظر بگیرید که در آن قاعده‌ی اهمال به‌درستی عمل نمی‌کند و خطر کشف اهمال ناشی از خطاها در تعیین اهمال یا ناتوانی آسیب‌رسانندگان در کنترل درست سطوح احتیاطشان است (به قسمت ۱-۳-۲ رجوع کنید). در این حالت، تفاوت اصلی قابل توجه این است که آسیب‌رسانندگان حتی اگر تلاش کنند که احتیاط مقتضی را اعمال کنند. ممکن است اهمال کار تلقی شوند. بنابراین آسیب‌رسانندگان خطرگریز تصمیم به خرید بیمه‌ی مسئولیت می‌گیرند و نوع بیمه‌نامه‌ای که آسیب‌رسانندگان خطرگریز خریداری می‌کنند مقدمتاً آنها را در مقابل اهمال کار شناخته شدن به‌واسطه‌ی نوعی اشتباه یا خطا حمایت می‌کند. اما این حمایت آنقدر وسیع نیست که آنها را قطعاً ترغیب به‌عمل اهمال‌کارانه کند زیرا همان‌طور که قبلاً گفته شد، بیمه‌نامه‌ای که آسیب‌رسانندگان را به‌عمل اهمال‌کارانه عمده‌ی ترغیب کند، خریداری نخواهد شد چون حق بیمه بسیار بالا خواهد بود. بنابراین، پوشش بیمه‌ی مسئولیت باعث کاهش بازدارندگی نخواهد شد و از نظر اجتماعی مطلوب است چون از آسیب‌رسانندگان در مقابل خطر حمایت می‌کند. به‌علاوه، مالکیت آن باعث کاهش مشکل احتیاط افراطی ناشی از عدم اطمینان در تعیین اهمال می‌شود (باز هم به قسمت ۱-۳-۲ نگاه کنید).

۲-۴-۴ خلاصه

سه نکته درباره مسئولیت و بیمه، تحلیل ما را تا این نقطه به طور مختصر روشن می‌کند. اول، چون بیمه‌گران مسئولیت بخشی از یا همه زیان‌هایی را که آسیب‌رسانندگان در مقابل آنها مسئول هستند جبران می‌کنند، روشی که قواعد مسئولیت باعث تغییر رفتار آسیب‌رسانندگان می‌شوند تا حد قابل توجهی غیرمستقیم است و با شرایط بیمه‌نامه‌های مسئولیت آنها ارتباط دارد (به‌ویژه ارتباط بین حق بیمه‌ها یا پرداخت مطالبات و رفتار آسیب‌رساننده و میزان پوشش).^۱

دوم، در دسترس بودن بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب است. استدلال‌های خاص نشانگر این نتیجه، به شکل مسئولیت و اطلاعات بیمه‌گران درباره رفتار بیمه‌گذاران بستگی دارد. این استدلال‌ها تقریباً براساس ملاحظات ذیل قرار دارند. در دسترس بودن بیمه مسئولیت رفاه آسیب‌رسانندگان خطرگریز را افزایش می‌دهد چون از آنها در مقابل خطر حمایت می‌کند و مشکلاتی را که در غیر این صورت خواهند داشت و ممکن است به احتیاط بیش از حد یا دلسردی از اشتغال در فعالیت‌های مطلوب منجر شود، کاهش می‌دهد. به‌علاوه در دسترس بودن بیمه مسئولیت لزوماً انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان در کاهش خطر را تقلیل نمی‌دهد و در جایی که این کار را می‌کند، تقلیل انگیزه‌ها ملایم خواهد بود زیرا بیمه‌نامه‌هایی که خطرات را افزایش می‌دهند آنقدر گران هستند که جاذبه‌ای برای خرید به‌وجود نمی‌آورند.

این نتیجه‌گیری درباره مطلوبیت اجتماعی بیمه مسئولیت موجب انکار این واقعیت نمی‌شود که بیمه مسئولیت ممکن است از نظر اجتماعی مضر باشد. لذا در قسمت ۲-۴-۷ شرایطی را که باید بیمه‌نامه‌ها تحت آن قاعده‌مند شود مورد بحث قرار می‌دهم. اما این نتیجه‌گیری بدان معنا نیست که تصور کنیم بیمه از نظر اجتماعی نامطلوب است.

سوم، در دسترس بودن بیمه حادثه و مسئولیت اهمیت تخصیص خطر را به‌عنوان عاملی که باید در ارزیابی قواعد مسئولیت مورد توجه قرار گیرد، محدود می‌کند. به‌عنوان مثال، این واقعیت که در برخی موارد ممکن است آسیب‌رسانندگان نوعی

۱. شرایط احتمالی دیگر پوشش، اگرچه قبلاً مورد بحث قرار نگرفته‌اند، حلقه ارتباط بین تاریخچه زیان و حق بیمه‌ها یا حق آتی برای بیمه کردن می‌باشند.

شرکت‌های بزرگ خنثی در مقابل خطر و قربانیان افراد خطرگریز باشند استدلالی برای تحمیل مسئولیت به افراد را تاحدی که قبلاً در مقابل زیان‌هایشان بیمه شده‌اند تشکیل نمی‌دهد.

۵-۴-۲ مسئولیت و بیمه در واقعیت

اهمیت بیمه برای نظام مسئولیت بسیار زیاد است، در نتیجه نظریه این قسمت نسبت به نظریه ۲-۴-۳ برای درک نظام مسئولیت مناسب‌تر است. به‌ویژه، بیمه حادثه به‌صورت گسترده‌ای وجود دارد.^۱ همچنین افراد بسیاری دارای بیمه مسئولیت هستند، و نشانه برجسته مفید بودن آن عبارت از این است که بیش از ۹۰ درصد همه پرداخت‌های صورت گرفته به قربانیان شبه‌جرم ازسوی بیمه‌گران مسئولیت انجام شده است.^۲ اگرچه برخی مفسران این نکته را مطرح می‌کنند که بیمه مسئولیت ممکن است بازدارندگی را تحلیل ببرد و اشکالاتی بر فروش آن دارند (به قسمت ۲-۴-۷ نگاه کنید)، اما این امر عموماً قانونی است. از نظر سابقه تاریخی نیز فروش بیمه مسئولیت در گذشته با مقاومت‌هایی روبه‌رو بود و در بعضی کشورها تا اوایل قرن بیستم مجاز نبود.^۳ شاید قابل

۱. تقریباً ۸۶ درصد از جمعیت آمریکا دارای منافع بیمه سلامت هستند؛ رجوع کنید به دفتر آمار ایالات متحده، ۲۰۰۱. ۲. همچنین تقریباً ۸۵ درصد از خانواده‌های زن و شوهری با بچه‌ها دارای بیمه عمر در مورد حداقل یکی از اعضای خانواده هستند؛ رجوع کنید به کتاب بیمه عمر ای.سی.ال.آی ۱۹۹۹، ۱. به‌علاوه، در سال ۲۰۰۰ حدود ۸۸ درصد از جمعیت بزرگسال تحت پوشش نظام تأمین اجتماعی قرار داشت؛ رجوع کنید به مجمل آماری ایالات متحده ۲۰۰۱، ۱۳، ۳۴۵. به‌علاوه، بیش از نیمی از نیروی کار دارای نوعی از پوشش ناتوانی خصوصی هستند؛ رجوع کنید به اداره کار ایالات متحده، ۲۰۰۱، ۱.

۲. به‌عنوان مثال، رجوع کنید به اوکونل و دیگران ۱۹۹۴، ضمیمه الف، که به موجب آن کل پرداخت‌های ناشی از مسئولیت صورت گرفته در سال ۱۹۹۰ بالغ بر ۶۵/۱۹۹ میلیارد دلار بود که ۶۰/۹۸۱ میلیارد دلار از آن توسط بیمه‌گران مسئولیت پرداخت شد؛ بنابراین در حدود ۹۳/۵ درصد از پرداخت‌های ناشی از مسئولیت شبه‌جرم ازسوی بیمه‌گران مسئولیت صورت گرفت. همچنین رجوع کنید به تیلینگاست - تاورز پیرن ۲۰۰۲، ضمیمه ۴، که گزارش می‌دهد که در حدود ۹۸ درصد از هزینه‌های شبه‌جرم شخصی توسط بیمه‌گران مسئولیت در دوره زمانی ۱۹۷۳-۲۰۰۰ پرداخت شد.

۳. همان‌گونه که تونک در تحقیق خود درباره حقوق مسئولیت مدنی در سراسر جهان می‌نویسد، «در شروع قرن هجدهم، بیمه مسئولیت غیرقابل تصور بود، این بیمه غیراخلاقی شناخته می‌شد.» او اشاره می‌کند که فرانسه و کشورهای اسکاندیناوی در مقابل فروش بیمه مسئولیت مقاومت می‌کردند. تونک ۱۹۸۳، ۵۱-۵۰.

توجه‌ترین مثال مخالفت علیه بیمه مسئولیت ممنوعیت کامل استفاده از آن در اتحاد جماهیر شوروی سابق بود.^۱

۶-۴-۲ مروری بر پیشینه مباحث

عملکرد نظام مسئولیت به همراه بیمه ابتدا به‌طور ریاضی در شاول (۱۹۸۲ الف، ۱۹۸۷ الف) بررسی شد، جایی که مطلوبیت اجتماعی بیمه مسئولیت ثابت می‌شود؛ عمده مطالب این بخش بررسی‌های من در آنجا را دنبال می‌کند. همچنین یک بررسی غیرریاضی اولیه از این موضوع در کالابرسی (۱۹۷۰) وجود دارد.

۵-۴-۲ هدف مسئولیت

۱-۵-۴-۲ جبران خسارات قربانیان مفهوم سنتی هدف مسئولیت حادثه است

بسیاری از دانش‌پژوهان حقوقی، وکلا و قضات و شاید شهروندان، تصور می‌کنند که تأمین قربانیان با غرامت‌های منصفانه در مقابل آسیب اولین هدف مسئولیت حادثه است. یک اظهارنظر حاکی از این امر متعلق به پروسر است که می‌نویسد: «یک نهاد حقوقی وجود دارد که به‌طرف جبران خسارت افراد پیش می‌رود. ... این هدف حقوق مسئولیت‌های مدنی است».^۲ اینکه هدف حقوق حادثه نیز چنین تلقی شود تعجب‌آور نیست زیرا هدف خواهان در یک دعوی عموماً دریافت غرامت است و هدف خواننده اجتناب از پرداخت غرامت به خواهان می‌باشد؛ این دو معمولاً بازدارندگی را در نظر نمی‌گیرند، حال آن که اگر موضوع بحث قرار گیرد تقریباً به همان اندازه اهمیت دارد. به‌علاوه، نظریه قدیمی و ذاتاً جذاب عدالت اصلاحی مبنی بر اینکه یک خطاکار باید به

۱. درباره ممنوعیت پوشش بیمه در اتحاد جماهیر شوروی رجوع کنید به راون ۱۹۶۶؛ همچنین نگاه کنید به تونک ۱۹۸۳، ۵۱-۵۲.

۲. کیتون، دایز و دیگران ۱۹۸۴، ۵. همچنین برای مثال نگاه کنید به فلمینگ ۱۹۹۸، فصل ۱. فلمینگ کاملاً مستقیم بیان می‌کند که بازدارندگی هدف اولیه حقوق حادثه نیست؛ او در صفحه ۱۰ می‌نویسد «در نقطه قانونی حوادث شبه‌جرم ... این موضوع به‌طور فزاینده‌ای مورد قبول قرار می‌گیرد که خطاهای انسانی در عصر ماشین عوارض نسبتاً منظم و زیادی را تحمیل می‌کنند. ... که به‌طور قابل ملاحظه‌ای قابل کاهش از طریق اعمال حقوق مسئولیت مدنی نیست ...».

قربانی‌اش غرامت بدهد با این دیدگاه که جبران خسارت هدف مسئولیت است (حداقل تحت قاعدهٔ اهمال) جور درمی‌آید. البته نمی‌خواهیم بگوییم که بازدارندگی هرگز به‌عنوان هدف اضافی حقوق حادثه تلقی نشده است؛ زیرا گاهی با اظهاراتی از سوی مفسران و قضات در این مورد مواجه شویم، هرچند به‌ندرت کسی را می‌توان یافت که هدف اصلی حقوق حادثه را بازدارندگی و نه جبران خسارت بداند.

۲-۵-۴ امروزه کاهش خطر از طریق بازدارندگی، هدف واقعی مسئولیت است، اما جبران خسارت و اجتناب از دعوا نیز از جنبهٔ تاریخی اهمیت داشته‌اند

برخلاف دیدگاه سنتی و همان‌گونه که بحث این قسمت از کتاب روشن خواهد کرد، اگر بیمهٔ حادثه به‌طور گسترده‌ای در دسترس قربانیان باشد نمی‌توان گفت جبران خسارت هدف اولیهٔ مسئولیت حادثه است، زیرا اگر لازم باشد خسارت را از طریق بیمهٔ اجتماعی نیز می‌توان به قربانیان پرداخت. به‌عبارت‌دیگر، در فقدان نظام مسئولیت، نیز جبران خسارت قربانیان احتمالاً به همان خوبی که امروزه صورت می‌گیرد از طریق بیمهٔ حادثهٔ مخصوص و اجتماعی انجام‌پذیر خواهد بود. تفاوت اصلی که نظام مسئولیت می‌تواند در نتایج ایجاد کند تولید انگیزه برای ایمنی است و همان‌طور که در قسمت ۴-۴-۲ توضیح داده شد، نظام مسئولیت قادر است این انگیزه‌ها را علی‌رغم وجود بیمهٔ مسئولیت، تولید کند بنابراین اگر نظام مسئولیت امروزه یک هدف واقعی داشته باشد قطعاً عبارت است از ایجاد انگیزه جهت کاهش خطر.^۱

به‌هرحال توجه به این نکته ارزش دارد که عملکرد مسئولیت حادثه در گذشته متفاوت بوده است. قبل از توسعهٔ بازارهای بیمه در بخش آخر قرن نوزدهم، مسئولیت منبعی از جبران خسارت را برای قربانیان تأمین می‌کرد که در غیراین صورت به‌طور معمول در دسترس نبود. حقوق مسئولیت شبه‌جرم تا حد زیادی به اهداف دوگانهٔ جبران خسارت و بازدارندگی خدمت کرد. علاوه‌بر این، در زمان‌های اولیه پیش از آنکه

۱. برای اجتناب از گیج شدن اجازه دهید تذکر دهم که «هدف» نظام مسئولیت یعنی تفاوت نتایجی که نظام مسئولیت از نظر من واقعاً ایجاد می‌کند. این تعریف از هدف نظام مسئولیت - در مخالفت با آنچه مردم به‌عنوان هدف مسئولیت می‌شناسند - هم طبیعی است و هم راهنمایی برای سیاست‌گذاری زیرا سیاست باید براساس اثرات واقعی نظام مسئولیت بر نتایج شکل گیرد نه براساس اثرات مفروض.

حقوق جزا و حقوق شبه جرم به عنوان شاخه های مجزای حقوق ظهور کنند، یک هدف مهم دیگر یعنی پرداخت پول در مقابل آسیب باعث حفظ نظم اجتماعی بود. بدون نظام پرداخت پول، اغلب انگیزه انتقام شخصی به دنبال ایراد صدمه به صحنه می آمد.^۱

۳-۵-۴ آیا استفاده از نظام مسئولیت موجه است؟

همان طور که توضیح داده شد نظام مسئولیت اصلی ترین نفع را از طریق کاهش خطرات حادثه به جامعه می رساند و همین موضوع ضمانتی برای استفاده از نظام مسئولیت است. اما مزیت بازدارندگی نظام مسئولیت لزوماً برای غلبه بر هزینه های نظام و در نتیجه استفاده از آن کفایت نمی کند. همان گونه که در ذیل بحث خواهیم کرد، هزینه های نظام مسئولیت بسیار زیاد است. به علاوه، مقررات ایمنی به منزله روش های جایگزین برای کاهش خطر در دسترس هستند. بنابراین، تعیین مطلوبیت خالص اجتماعی نظام مسئولیت یک مسئله جدی است.

۶-۴-۲ الحاقیه: زیان های غیرمالی

۱-۶-۴-۲ زیان های غیرمالی و بیمه

اجازه دهید قبل از بررسی مجدد عملکرد نظام مسئولیت رابطه بین زیان های غیرمالی و بیمه حادثه را بررسی کنیم.^۲ برای درک بیمه زیان های غیرمالی، توجه کنید که تحمل یک زیان غیرمالی غالباً نیاز یک فرد به پول یا دقیق تر بگوییم مطلوبیتی را که او از دریافت پول اضافی کسب می کند تغییر نمی دهد. به عنوان مثال، اگر یک عکس خانوادگی غیرقابل تعویض با ارزش عاطفی بسیار زیاد از بین برود، هیچ دلیل روشنی وجود ندارد تا معتقد باشیم که به هر حال نیاز مالک به پول میزان تأسف او را از زیان وارده افزایش

۱. در مورد این نکته که وقتی هیچ گونه حقوق جزایی وجود نداشت پرداخت پول در مقابل آسیب از عداوت ها جلوگیری می کرد برای مثال رجوع کنید به برمن ۱۹۸۳، ۵۵ و پولاک و متیلند ۱۹۱۱، جلد دوم، فصل ۸، قسمت ۱. هنگامی که یک نظام جزایی وجود دارد، این نظام مجازات هایی را برای انواع اعمالی که منجر به عداوت می شوند در نظر می گیرد و در نتیجه لازم نیست که حقوق حادثه و شبه جرم دفع کننده عداوت باشند.

۲. آرو ۱۹۷۴، کوک و گراهام ۱۹۷۷ و زیکازر ۱۹۷۳ ابتدا نظریه بیمه برای زیان های غیرمالی را مطرح کردند. برای دلایل تجربی مربوطه رجوع کنید به ویسکوزی و ایوانز ۱۹۹۰.

می‌دهد؛ مطلوبیت حاصل از داشتن پول بیشتر برای خرج کردن در این شرایط کماکان مثل سابق است. همچنین اگر شخص انگشت کوچک پایش را در یک حادثه از دست بدهد، صرف‌نظر از نیاز به پول برای درمان پزشکی، ممکن است همان ارزشی را برای داشتن پول بیشتر قائل شود که پیش از فقدان انگشت پایش قائل می‌شد.

البته در برخی موارد نیز حوادث دارای نتایج غیرمالی منجر به این خواهند شد که شخص ارزش بالاتری برای پول قائل شود. فردی که بر اثر یک حادثه فلج می‌شود ممکن است به‌خاطر نیاز به داشتن کمک در خانه، خدمات حمل‌ونقل ویژه و نظایر آن حتی بعد از آنکه مخارج پزشکی و درآمد تفویض شده‌اش جبران شد، ارزش بیشتری به پول بدهد همچنین امکان دارد تحمل یک زیان غیرمالی مطلوبیت پول را برای یک فرد کاهش دهد. فردی که در یک حادثه فلج شده ممکن است ارزش کمی برای پول قائل باشد زیرا خرج کردن آن لذت کمتر و دشواری بیشتری برای وی دربرخواهد داشت. شاید مهم‌ترین مثال یک زیان غیرمالی که منجر به کاهش ارزش پول می‌شود مرگ باشد. در چنین احتمالی درواقع تنها ارزش پول برای شخص این است که می‌داند بازماندگانش میراثی دریافت خواهند کرد و این اغلب کمتر از ارزشی است که پول داشتن هنگام زنده بودن برای شخص دارد.

مبلغ پوشش بیمه در مقابل زیان‌های غیرمالی، یعنی رقمی که یک فرد به‌خاطر احتمال دریافت آن تمایل به خریدن بیمه دارد بستگی به این خواهد داشت که آیا چنین زیان‌هایی بر مطلوبیتی که او از دریافت پول اضافی به‌دست می‌آورد اثر خواهد گذاشت. زیرا خرید بیمه ذاتاً دادن پول امروز برای دریافت پول در یک حادثه محتمل‌الوقوع می‌باشد و این تنها در صورتی معنا پیدا خواهد کرد که در آن حادثه محتمل‌الوقوع پول دارای ارزش بسیار زیادی باشد.

حال اگر زیان‌های غیرمالی تغییری در ارزیابی یک شخص از پول ایجاد نکنند، بهترین بیمه‌نامه‌ای که به موجب آن مطلوبیت مورد انتظار او به حداکثر می‌رسد نیز عنصر غیرمالی زیان‌هایش را پوشش نخواهد داد و اگر پوششی هم وجود داشته باشد محدود به زیان‌های مالی او خواهد بود. بنابراین ممکن است شخص فقدان عکس خانوادگی‌اش را بیمه نکند یا پوشش بیمه از دست دادن انگشت پایش را محدود به

مخارج پزشکی سازد. این تلویحاً بدان مفهوم است که به موجب یک بیمه‌نامه مطلوب، پوششی که شخص دریافت می‌کند او را به‌طور کلی در شرایط مطلوبیت قرار نمی‌دهد (حتی اگر این امر ممکن باشد). به عبارت دیگر، این تصور که بیمه مطلوب برای یک زیان باعث بازگشت مطلوبیت شخص به سطح پیش از وقوع زیان خواهد شد، نادرست است؛ هرچند اگر زیان‌های غیرمالی ارزش پول را برای شخص بالا ببرند، به موجب بیمه‌نامه مطلوب، پوشش از حد زیان مالی فراتر می‌رود. بنابراین ممکن است شخصی در مقابل امکان فلج شدن پوششی بیش از مبلغ معادل هزینه‌های درمان پزشکی و درآمد تفویت شده را خریداری کند ولی به‌هر حال بعید است که پوشش کافی برای کسب سلامتی کامل خریداری کند (حتی اگر این امر ممکن باشد).

اگر ارزشی که یک شخص برای پول قائل است در نتیجه یک زیان غیرمالی کاهش یابد، پوشش بیمه‌ای افزایش‌دهنده مطلوبیت مورد انتظار کمتر از زیان‌های مالی‌اش خواهد بود. فردی که تمایلی به باقی گذاشتن میراث ندارد، علی‌رغم این احتمال که درآمدهای تفویت شده ناشی از مرگش در سایه بیمه عمر زیاد خواهد شد. منطقاً بیمه عمر نخواهد خرید یا میزان کمی از آن را خریداری می‌کند.

۲-۴-۶-۲ پوشش بیمه واقعی در مقابل زیان‌های غیرمالی

به نظر می‌رسد که پوشش بیمه واقعی اصولاً برای جبران نیازهای مالی ناشی از زیان‌هاست نه جبران عدم مطلوبیت ناشی از زیان‌ها و این نشان می‌دهد که زیان‌های غیرمالی موجب افزایش ارزش پول برای افراد نمی‌شوند یا این افزایش بسیار اندک خواهد بود. به‌ویژه، پوشش بیمه در مقابل فقدان اموال معمولاً نشانگر ارزش عاطفی آن نیست بلکه فقط ارزش بازاری یا هزینه تعویض آن را نشان می‌دهد. پوشش در مقابل آسیب شخصی معمولاً فقط مخارج پزشکی مستقیم و عواید تفویت شده را به‌طور تقریبی دربرمی‌گیرد. بیمه در مقابل مرگ معمولاً به عواید ازدست‌رفته منحصر می‌گردد؛ اگر شخصی (مانند یک فرد پیر یا مجرد) وابستگی نداشته باشد، طبیعتاً هیچ پوشش بیمه‌ای نخواهد داشت یا بسیار اندک خواهد بود؛ والدین اغلب پوشش بیمه‌ای قابل توجهی روی عمر فرزندانشان نخواهند گرفت.

۳-۶-۴-۲ زیان‌های غیرمالی و راه‌حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه

همچنان که مورد تأکید قرار گرفت، میزان بیمه‌ای که یک شخص تمایل دارد در مقابل احتمال زیان‌های غیرمالی خریداری کند - و بنابراین میزان پولی که او به موجب راه‌حل ایدئال اجتماعی برای موضوع حادثه دریافت خواهد کرد - بر مبنای ارزشی قرار می‌گیرد که در برابر زیان‌های غیرمالی روی پول می‌گذارد؛ زیرا مبلغی که دریافت می‌کند معمولاً او را سالم نخواهد کرد. متقابلاً و همان‌طور که در قسمت ۸ بخش ۳-۲ مشاهده شد، سطح احتیاط مطلوب اجتماعی اعمال شده از سوی آسیب‌رسانندگان (و سطح فعالیت آنها) کاملاً نشانگر عناصر مالی و غیرمالی زیان‌های ناشی از حادثه است. بنابراین، به‌عنوان مثال، بهترین حالت برای آسیب‌رسانندگان اعمال احتیاط ذاتی برای کاهش خطر قتل تصادفی بچه‌هاست حتی اگر مرگ آنها بار اقتصادی بر دوش والدین نگذارد و در بهترین حالت، والدین را به مطالبه‌ی مبالغ قابل توجه جهت جبران خسارت تحریک نکند (مثلاً وقتی آسیب‌رسانندگان برای آنکه به اعمال احتیاط متناسب هدایت شوند، ملزم باشند ۲ میلیون دلار برای مرگ یک بچه بپردازند درحالی‌که پوشش بیمه مطلوب والدین فقط ۱۰ هزار دلار برای مخارج کفن و دفن است).

۴-۶-۴-۲ راه‌حل ایدئال اجتماعی تحت نظام مسئولیت قابل حصول نیست

از آنجاکه آسیب‌رسانندگان باید درجه‌ای از احتیاط را اعمال کنند که به‌عنوان راه‌حل ایدئال برای موضوع حادثه نشانگر اجزای مالی و غیرمالی زیان‌های قربانیان باشد، حجم غرامت‌هایی که آسیب‌رسانندگان تحت قواعد مسئولیت پرداخت می‌کنند باید نشانگر هر دو جزء این زیان‌ها باشد تا به‌سوی اعمال احتیاط مطلوب هدایت شوند. اما اگر غرامت‌های پرداختی توسط آسیب‌رسانندگان این‌قدر بالا باشد مبلغی که قربانیان دریافت می‌کنند لزوماً از جبران خسارت مطلوب درحالتی‌که فقط زیان مالی را دربرمی‌گیرد بالاتر خواهد رفت؛ به‌عنوان مثال اگر والدین ۲ میلیون دلار برای مرگ اشتباه‌آمیز یک بچه دریافت کنند از مبلغ غرامت مطلوب ۱۰ هزار دلاری فراتر خواهد رفت. از طرفی اگر غرامت‌های پرداختی آسیب‌رسانندگان فقط معادل مبلغ غرامت مطلوب ۱۰ هزار دلاری باشد، انگیزه‌های آنان برای اعمال احتیاط ناکافی خواهد بود.

بنابراین، نتیجه ایدئال اجتماعی تحت نظام مسئولیت قابل حصول نیست.^۱ و غرامت‌های پرداختی ناچاراً به مصالحه بین اعطای غرامت درست به قربانیان و ایجاد انگیزه‌های متناسب برای آسیب‌رسانندگان در کاهش خطر منجر خواهد شد.^۲

۵-۶-۴-۲ قضیه جرمه‌ها به عنوان جایگزینی برای مسئولیت

یک پیشرفت در وضعیت نظام مسئولیت ممکن است با اعمال روشی حاصل شود که در آن جرمه‌هایی که دولت جمع‌آوری می‌کند جایگزین مسئولیت می‌شوند.^۳ با استفاده از جرمه‌ها، می‌توان مبلغ کلی را که آسیب‌رسانندگان باید بپردازند تا نقطه‌ای افزایش داد که انگیزه‌هایشان برای کاهش خطر متناسب باشند درحالی که در همان زمان می‌توان مسئولیت را در سطح پایین‌تر معادل غرامت‌های مطلوب نگه داشت. بنابراین در مثال فوق، به موجب روش طراحی شده، آسیب‌رسانندگان جریمه ۱/۹۹۰/۰۰۰ دلاری پرداخت می‌کنند که نشانگر زیان‌های غیرمالی است درحالی که قربانیان مبالغ ۱۰ هزار دلاری ناشی از احکام مسئولیت را دریافت می‌کنند که حاکی از زیان‌های مالی جبران نشده آنهاست.

یک راه درک آنکه چرا افراد ممکن است روش جرمه‌های جایگزین را دارای مزیت بدانند شناسایی این مسئله است که مالیات‌هایشان به موجب این روش قابل کاهش است، زیرا دولت ممکن است از درآمدهای ناشی از جرائم به‌جای درآمدهای مالیاتی استفاده کند. به‌ویژه افراد روش جرمه‌ها را سودمند می‌دانند اگر پس‌انداز در مالیات را بر اخذ

۱. این اظهار تحت مسئولیت محض درست است، اما تحت قاعده اهمال قیدی برای آن وجود دارد. به موجب قاعده اهمال، چنانچه به‌درستی عمل کند، نتیجه ایدئال اجتماعی قابل حصول است زیرا به موجب این قاعده، آسیب‌رسانندگان همیشه احتیاط مقتضی را اعمال خواهند کرد و هرگز اهمال کار محسوب نمی‌شوند اگر خسارات به‌قدر کافی بالا باشند (یعنی اگر شامل زیان‌های غیرمالی شوند). از این‌رو، قربانیان زیان‌هایشان را متقبل خواهند شد و به‌طور مطلوبی با مبالغی کمتر از چیزی که آسیب‌رسانندگان در صورت مسئولیت باید بپردازند، بیمه خریداری می‌کنند. اما اگر، همچنان که در واقعیت رخ می‌دهد، کشف اهمال اتفاق افتد، نتیجه مطلوب قابل حصول نیست زیرا قربانیان درواقع گاهی اوقات غرامت دریافت می‌کنند.

۲. این قسمت بر این فرض بنا شده است که قربانیان آسیب، خریداران محصول فروخته شده از سوی آسیب‌رسانندگان نیستند. اگر قربانیان خریدار باشند، یک نتیجه ایدئال مادام که مسئولیت فراتر از مبلغ غرامت مطلوب نرود حاصل خواهد شد. در مورد مسئله اخیر، برای مثال رجوع کنید به روبین ۱۹۹۳.

۳. ابتدا اسپنس ۱۹۷۷ مطلوبیت کاربرد جرمه‌ها علاوه بر مسئولیت به‌خاطر زیان‌های غیرمالی را مطرح کرد.

احکام مسئولیت بالاتر ترجیح دهند یا اگر مایل به پرداخت حق بیمه لازم برای خرید پوشش به مبلغ جریمه نباشند. والدین اگر بیمه کردن بچه‌هایشان را انتخاب نکنند، باید بنابراین روش جریمه‌ها را برای مرگ اشتباهی بچه‌هایشان و با مالیات‌های کمتر سودمند بدانند.^۱

توضیحات متعددی باید درباره جریمه‌های جایگزین ارائه شود. اول اینکه، معمولاً قابل بیمه بودن این جریمه‌ها بهتر است و استدلال کلی مطرح شده در قسمت ۴-۴-۲ را مبنی بر اینکه اجازه دادن به آسیب‌رسانندگان خطرگریز برای خرید پوشش در مقابل مسئولیت مطلوب است، را می‌توان برای نشان دادن این نتیجه به کار برد.^۲

دوم اینکه، برای محاسبه حجم جریمه‌های جایگزین زیان‌های غیرمالی می‌توان از روی مبلغی که افراد برای کاهش کوچکی در احتمال تحمل زیان‌های غیرمالی حاضرند بپردازند قیاس کرد. به عنوان مثال، فرض کنید فردی حاضر به پرداخت ۱۰۰۰ دلار برای یک درصد کاهش در احتمال از دست دادن دستش می‌باشد؛ در این صورت جریمه مطلوب برای ایجاد زیان به دست او تقریباً ۱۰۰/۰۰۰ دلار است. اطلاعات در مورد تمایل اشخاص به پرداخت مبلغی جهت کاهش خطر را به طور نظری می‌توان با تحقیق یا در برخی موارد، شاید از طریق مقایسه تفاوت‌های دستمزد با تفاوت‌های خطرات حوادث به دست آورد.^۳

۱. برای توضیح مطلب، فرض کنید که احتمال مرگ یک بچه یک درصد است. همچنین فرض کنید که والدین مایل نیستند بیمه‌نامه ۲ میلیون دلاری در صورت فوت بچه بخردند اما پوشش را محدود به ۱۰ هزار دلار می‌کنند. از این رو، تصور این است که والدین با پوشش ۲ میلیون دلاری و حق بیمه ۲ هزار دلار (یعنی $2/000/000 \times 0.1\%$) نسبت به پوشش ۱۰ هزار دلاری و حق بیمه ۱۰ دلار (یعنی $10/000 \times 0.1\%$) ضرر می‌کنند. به عبارت دیگر، افزایش پوشش از ۱۰ هزار دلار به ۲ میلیون دلار ارزش ۱۹۹۰ دلار افزایش در حق بیمه‌های لازم را نخواهد داشت. اما این اظهار نظر تلویحاً بدین معناست که والدین تحت نظام مسئولیت که به آنها ۱۰ هزار دلار غرامت می‌دهد و جریمه‌ای $1/990/000$ دلاری وضع می‌کند نسبت به تحت نظام مسئولیتی که به آنها $2/000/000$ دلار غرامت می‌بخشد در وضع بهتری قرار دارند؛ زیرا به موجب نظام جریمه، درآمد مورد انتظار دولت تا ۱۹۹۰ دلار افزایش می‌یابد و مالیات‌های والدین تا همان مبلغ کاهش خواهند داشت.

۲. به هر حال باید ذکر شود که اگر جریمه‌ها به کار گرفته نشوند، آنگاه در اصل برای تعیین مسئولیت در یک سطح تعیین تقریبی غرامت مطلوب و محدود کردن خرید بیمه مسئولیت به منظور ترغیب آسیب‌رسانندگان به احتیاط بیشتر، مفید خواهد بود.

۳. در مورد موضوع اخیر، به مور و ویسکوزی ۱۹۹۰ و ویسکوزی ۱۹۸۳ مراجعه کنید. همچنین نگاه کنید به دانزن ۱۹۸۲ که در مورد این مطلب بحث می‌کند که چنین اطلاعاتی را چگونه می‌توان برای محاسبه جریمه‌های جایگزین استفاده کرد.

سوم اینکه، استدلال طرفدار جریمه‌های جایگزین، وسیع‌تر از اینجا بر هر وضعیتی اعمال می‌شود که در آن مبلغی که آسیب‌رسانندگان باید بپردازند تا به‌طور متناسبی از ایجاد خسارت بازداشته شوند از مبلغ غرامت مطلوب برای قربانیان فراتر می‌رود. به‌ویژه این نکته مورد تأکید قرار گرفت که چون آسیب‌رسانندگان همیشه مسئول آسیب وارده شناخته نمی‌شوند، مبلغی که آنها اگر شناسایی شده و تحت تعقیب قرار بگیرند می‌پردازند، باید افزایش داده شود تا انگیزه‌هایشان برای کاهش خطر در سطح صحیح حفظ شود. برای مثال، وقتی احتمال ۵۰ درصد است که یک آسیب‌رساننده مسئول به‌طور موفقیت‌آمیزی تحت تعقیب قرار گیرد، مبلغی که او اگر تحت تعقیب واقع شود می‌پردازد باید تقریباً دو برابر زیان‌های قربانی باشد. با این استدلال ممکن است پرداخت‌های مطلوب از سوی آسیب‌رسانندگان از احکام پرداخت غرامت مطلوب فراتر روند، پس جریمه‌ها مطلوب خواهند بود. دلیل دیگری که چرا پرداخت‌های مطلوب از سوی آسیب‌رسانندگان ممکن است بزرگ‌تر از احکام مطلوب باشند به مالیات‌هایی مربوط می‌شود که برای درآمدهای ازدست‌رفته قربانیان حادثه پرداخت شده‌اند. برای آنکه انگیزه‌های کاهش خطر در آسیب‌رسانندگان مناسب باشند، آنها باید مبلغی بر مبنای درآمد ازدست‌رفته قربانیان منهای مالیات مربوطه بپردازند. با وجود این، مبلغ پولی که قربانیان درواقع از دست می‌دهند و بنابراین مبلغی که حکم غرامت مطلوب را تشکیل می‌دهد، معادل درآمد ازدست‌رفته به‌علاوه مالیات مربوطه است. دلیل دیگری که چرا پرداخت‌های مطلوب از سوی آسیب‌رسانندگان ممکن است فراتر از مبالغ احکام غرامتی مطلوب باشند این است که قربانیان ممکن است منافع بیمه یا هبه‌هایی را دریافت دارند. در این حالت، احکام غرامتی مطلوب فقط معادل اختلاف بین دریافت‌های قربانیان با زیان‌هایشان خواهند بود اما آسیب‌رسانندگان باید کل زیان‌های قربانیان را بپردازند تا به‌قدر کفایت از وارد کردن زیان به دیگران بازداشته شوند.

۷-۴-۲ الحاقیه: موضوع مصونیت از حکم

۱-۷-۴-۲ موضوع مصونیت از حکم و بیمه

این امکان که آسیب‌رسانندگان دارایی کافی برای پرداخت خسارت نداشته باشند

متضمن دلالت‌هایی برای خرید بیمه حادثه ازسوی قربانیان و خرید بیمه مسئولیت ازسوی آسیب‌رسانندگان است.

اول، انگیزه قربانیان برای خرید پوشش حادثه به‌خاطر موضوع مصونیت از حکم افزایش می‌یابد، زیرا در چنین حالتی خطری وجود دارد که قربانی قادر به اخذ غرامت از آسیب‌رساننده مسئول آن نیست.

دوم، انگیزه آسیب‌رسانندگان برای خرید بیمه مسئولیت تقلیل می‌یابد زیرا این امکان وجود دارد که آنها مصون از حکم محسوب شوند.^۱ دلیل این است که بیمه کردن در مقابل مسئولیتی که ممکن است فرد به‌خاطر تمام شدن دارایی‌اش کاملاً متقبل آن نشود به معنایی برای یک شخص اتلاف تلقی می‌گردد. یک آسیب‌رساننده با دارایی ۳۰/۰۰۰ دلار که با یک خطر ۱۰ درصدی مسئولیت ۱۰۰/۰۰۰ دلاری روبه‌رو می‌شود مجبور است ۱۰/۰۰۰ دلار برای حق بیمه‌ها جهت پوشش کامل بپردازد که ۸۰ درصد آن به پوشش ۸۰/۰۰۰ دلاری که او در صورت فقدان پوشش بیمه مسئولیت نمی‌تواند بپردازد مربوط می‌شود. در نتیجه، فرد ممکن است حتی اگر خطرگریز باشد، پوشش بیمه مسئولیت کامل خریداری نکند. به‌طور کلی، یک فرد خطرگریز ممکن است به‌نحو معقولی تصمیم بگیرد کمتر از پوشش کامل ابتیاع کند یا اصلاً هیچ پوششی نخرد؛ تصمیم او در مورد خرید به دارایی‌اش در رابطه با مسئولیت‌های بالقوه، احتمال آنها و درجه خطرگریزی او بستگی دارد.

۲-۷-۴ مشکلات مربوط به عملکرد نظام مسئولیت و بیمه

در قسمت ۲-۳-۳ تأکید کردم که موضوع مصونیت از حکم باعث تقلیل انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان برای کاهش خطر می‌شود زیرا آنها در مقابل آسیبی که ممکن است ایجاد کنند ظرفیت پرداختی لازم را ندارند. ماهیت بنیادی این مشکل در زمینه حاضر تغییر نمی‌کند اما در ویژگی آن دو تفاوت وجود دارند که ارزش توجه دارد.

۱. کالابرسی ۱۹۷۰، ۵۸، نشان داد که انگیزه خرید بیمه کاهش خواهد یافت وقتی دارایی‌های اشخاص کمتر از زیان‌هایی است که در مقابل آنها مسئول شناخته شده‌اند؛ کیتون و کورل ۱۹۸۴ و هابرماس، می‌یرز و اسمیت ۱۹۸۳ ابتدا این نکته را به‌صورت ریاضی مورد تحقیق قرار دادند.

اول، تاحدی که آسیب‌رسانندگان خطرگریز هستند و پوشش بیمه مسئولیت ندارند - یک امکان واقعی از دید انگیزه‌های کاهش‌یافته آنها برای خرید چنین پوششی که مورد بحث قرار گرفت - مشکل کند کردن انگیزه‌ها برای کاهش خطر کمتر از قبل شدت خواهد داشت؛ به علاوه، یک آسیب‌رساننده خطرگریز بیش از یک آسیب‌رساننده خنثی در مقابل خطر تمایل دارد احتیاط کند تا از مسئولیت جلوگیری به عمل آورد.

دوم، تاحدی که آسیب‌رسانندگان بیمه مسئولیت دارند، مشکل کند کردن انگیزه‌هایشان برای کاهش خطر ممکن است تشدید شود. اگر بیمه‌گران مسئولیت نتوانند سطوح احتیاط آسیب‌رسانندگان را ملاحظه کنند و حق بیمه‌ها را به آن سطوح پیوند دهند نیز ممکن است چنین شود. اما اگر بیمه‌گران مسئولیت قادر به ملاحظه سطوح احتیاط باشند، به هر حال نتیجه متفاوت خواهد بود.

امکان مصونیت از حکم نه تنها انگیزه‌ها را برای کاهش خطر کاهش می‌دهد بلکه مشکلاتی نیز در رابطه با تحمل خطر ایجاد می‌کند. به ویژه، آسیب‌رسانندگان چون یک انگیزه کاهش‌یافته برای خرید پوشش بیمه مسئولیت دارند و ممکن است اصلاً بیمه‌ای نخرند، خطر را متحمل خواهند شد که رفاه اجتماعی را کاهش می‌دهد. هرچند، قربانیان نباید در نتیجه موضوع مصونیت از حکم، خطر را تحمل کنند چون آنها به طور منطقی پوشش بیمه حادثه در مقابل عدم اقدام آسیب‌رسانندگان به جبران خسارت خریداری می‌کنند.

۳-۷-۴ قاعده‌بندی بیمه مسئولیت

مشکلاتی که موضوع مصونیت از حکم به وجود می‌آورد به این امکان منتهی می‌شود که قاعده‌بندی بیمه مسئولیت به هریک از دو روش مغایر الزام خرید بیمه یا ممنوع کردن خرید آن مطلوب است.^۱ من شرایطی را که تحت آن هر نوع از قاعده‌بندی ممکن است از نظر اجتماعی سودمند باشد مورد بحث قرار خواهم داد. باید در نظر داشت که مطلوبیت مداخله در خرید بیمه مسئولیت با وضعیت فقدان موضوع مصونیت از حکم

۱. مفاهیم موضوع مصونیت از حکم (و مفاهیم فرار از مسئولیت، رجوع کنید به قسمت ۴-۷-۲) برای قاعده‌بندی بیمه مسئولیت ابتدا از یک جنبه اقتصادی در شاول ۱۹۸۶ و شاول ۱۹۸۷ الف مورد خطاب قرار گرفتند. همچنین رجوع کنید به ژوست ۱۹۹۶، پل بورن ۱۹۹۸، شاول ۲۰۰۰ و اسکوگ ۲۰۰۰.

متفاوت است. همان طور که در قسمت ۴-۴-۲ تأکید کرده‌ام، در وضعیت نشانه بدون مصونیت از حکم، قاعده‌بندی پوشش بیمه مسئولیت مطلوب نیست.

الف) شرط خرید پوشش بیمه: ابتدا شرط خرید پوشش بیمه مسئولیت کامل را در نظر بگیرید. چنین شرطی چگونه برانگیزه‌های کاهش خطر اثر خواهد گذاشت؟

اگر بیمه‌گران قادر به ملاحظه سطوح احتیاط باشند، شرط خرید پوشش منتهی به انگیزه‌های مطلوب برای کاهش خطر می‌شود زیرا کاهش حق بیمه‌ها اثر کامل احتیاط را بر آسیب مورد انتظار منعکس خواهد کرد. فرض کنید آسیب‌رساننده‌ای با دارایی فقط ۱۰۰ هزار دلار که با یک مسئولیت بالقوه یک میلیون دلاری روبه‌رو می‌شود باید پوشش بیمه مسئولیت کامل خریداری کند و می‌تواند خطر مسئولیت را با صرف ۵ هزار دلار تا یک درصد کاهش دهد. اگر او با کاهش حق بیمه ۱۰ هزار دلاری برای برداشتن چنین قدم‌هایی مواجه شود به‌طور مناسبی به‌سوی انجام این عمل هدایت می‌شود، اما اگر پوشش بیمه نداشته باشد و فقط ۱۰۰ هزار دلار در معرض خطر داشته باشد ممکن است چنین کاری نکند، زیرا در آن هنگام ارزش مورد انتظار کاهش برای او صرفاً ۱۰۰۰ دلار خواهد بود.

اگر بیمه‌گران مسئولیت نتوانند سطوح احتیاط را ملاحظه کنند، شرط خرید پوشش کامل منجر به کاهش انگیزه‌های احتیاط کردن خواهد شد. اگر آسیب‌رساننده‌ای با دارایی ۱۰۰ هزار دلار ملزم به خرید پوشش کامل در مقابل خطر یک میلیون دلاری باشد و بیمه‌گران نتوانند سطح احتیاط وی را ملاحظه کنند، او هیچ انگیزه‌ای برای احتیاط کردن نخواهد داشت؛ باین حال اگر او پوشش را نخریده باشد (یا پوشش او کمتر از ۱۰۰ هزار دلار باشد) یک انگیزه قطعی برای احتیاط کردن خواهد داشت حتی اگر سطح احتیاط زیر حد مطلوب باشد. بدین جهت، وقتی بیمه‌گران نمی‌توانند سطوح احتیاط را ملاحظه کنند، شرط خرید پوشش باعث تشدید عدم کفایت انگیزه‌های مبتنی بر موضوع مصونیت از حکم می‌شود.^۱

۱. شرط خرید پوشش ممکن است مشکل انگیزه‌ای را به‌دلیل دیگری افزایش دهد: پرداخت حق بیمه پوشش دارایی در معرض خطر شخص را کاهش می‌دهد. به این دلیل، حتی یک شرط پوشش کامل تعدیل شده - که به موجب آن یک فرد مجاز به تحصیل پوشش جزئی خواهد بود مادام که دارایی‌هایش به‌اضافه پوشش برای پرداخت غرامت در مقابل آسیب کافی است - ممکن است به مشکل انگیزه‌ای بدتر از آنکه در فقدان هر شرطی وجود دارد، منجر شود.

در هر صورت، جنبه سودمند شرط خرید پوشش این است که تصمیم راجع به سطح فعالیت را بهبود می‌بخشد زیرا آسیب‌رساننده را با هزینه اجتماعی کامل فعالیتش مواجه می‌سازد.^۱ در غیر این صورت، سطح فعالیت آسیب‌رسانندگان به خاطر موضوع مصونیت از حکم، افراطی خواهد بود.

شرط خرید پوشش همچنین دارای مزیت حمایت آسیب‌رسانندگان در مقابل خطر است، اما به هر حال نباید آن را مبنای حمایت قربانیان در مقابل خطر محسوب کرد؛ زیرا فرض ما این است که قربانیان می‌توانند پوشش بیمه حادثه در مقابل خطر خریداری کنند. نتیجه اینکه شرط خرید پوشش بیمه مسئولیت کامل مطلوب است اگر بیمه‌گران بتوانند سطوح احتیاط آسیب‌رسانندگان را ملاحظه کنند، زیرا در آن حالت، این شرط منجر به سطوح احتیاط مطلوب می‌شود و منافع دیگری نیز در ارتباط با سطوح فعالیت و تحمل خطر دارد. اما این شرط مطلوب نخواهد بود وقتی بیمه‌گران نتوانند سطوح احتیاط را ملاحظه کنند چون در آن حالت یک اثر گمراه‌کننده بر انگیزه‌های کاهش خطر وجود خواهد داشت.

ب) ممنوعیت علیه پوشش: اکنون اجازه دهید روش مخالف، یعنی ممنوعیت خرید بیمه مسئولیت را بررسی کنیم. این ممنوعیت ممکن است سطح احتیاطی که آسیب‌رسانندگان در غیر این صورت با خرید پوشش مسئولیت اعمال می‌کردند افزایش دهد؛ زیرا اگر کل دارایی‌های آنها در معرض خطر باشند، آسیب‌رسانندگان ممکن است احتیاط بیشتری نسبت به حالت عکس آن اعمال کنند. این افزایش سطح احتیاط ممکن است یک پیشرفت باشد اما ممکن است افراطی هم باشد.

ممنوعیت علیه پوشش همچنین سطوح فعالیت را از سطوح خیلی بالایشان در وضعیت فقدان قاعده‌بندی کاهش می‌دهد. همانند افزایش سطح احتیاط، کاهش سطوح فعالیت نیز ممکن است یک پیشرفت باشد اما ممکن است افراطی هم باشد. همچنین، ممنوعیت علیه پوشش این اشکال را دارد که آسیب‌رسانندگان را

۱. این وضعیت به وضوح تحت مسئولیت محض چنین است. به موجب قاعده اهمال، یک اثر سودمند مربوط به سطح فعالیت وجود دارد تا حدی که آسیب‌رسانندگان ممکن است اهمال کار شناخته شوند، همان‌گونه که در قسمت ۲-۳-۲ توجه داده شد.

مشمول خطری بزرگ‌تر از آنچه ممکن است در صورت خرید هرگونه پوشش بیمه مسئولیتی تحمل کنند قرار می‌دهد. بنابراین، در موازنه، فقط در صورتی که بیمه‌گران مسئولیت قادر به ملاحظه سطوح احتیاط نباشند. ممنوعیت علیه پوشش می‌تواند سودمند باشد (و ارجح بر الزام به پوشش). در آن صورت، ممنوع کردن پوشش می‌تواند سطوح احتیاط را افزایش و سطوح فعالیت را کاهش دهد و از این‌رو منافع اجتماعی بالقوه انجام این عمل می‌تواند بر معایبش غلبه کند.

۲-۴-۷-۴ توضیح در مورد فرار از مسئولیت و قاعده‌بندی بیمه مسئولیت

استدلالی که راجع به قاعده‌بندی بیمه مسئولیت صورت گرفت، وقتی آسیب‌رسانندگان مصون از حکم نیستند اما انگیزه‌هایی ناکافی برای احتیاط کردن دارند به صورت جزئی اعمال می‌شود. زیرا با یک احتمال از مسئولیت فرار می‌کنند (به بحث قسمت ۲-۳-۹ نگاه کنید). اگر وضعیت این چنین باشد، قاعده‌بندی پوشش می‌تواند به افزایش تلاش در کاهش خطر کمک کند. به‌ویژه، ممنوع کردن پوشش ممکن است این کار را انجام دهد و ممکن است سودمند باشد (الزام پوشش کامل در اصل یک شکل قابل بحث قاعده‌بندی خواهد بود زیرا طرفین پوشش بیمه‌ای را به‌طور منطقی به‌خاطر احتمال فرار از مسئولیت کم نخواهند کرد؛ بلکه این کار را فقط به‌خاطر موضوع مصونیت از حکم انجام می‌دهند).

۲-۴-۷-۵ قاعده‌بندی بیمه مسئولیت در واقعیت

همان‌طور که در قسمت ۲-۴-۴-۵ بیان شد، فروش بیمه مسئولیت معمولاً مجاز است؛ اما استثنائاتی نیز وجود دارد. در برخی صلاحیت‌های قضایی فروش بیمه مسئولیت در مقابل خسارات ناشی از مجازات، در مقابل مسئولیت ناشی از برخی اعمال عمدی و در مقابل بسیاری از جریمه‌های جزایی مجاز نیست.^۱ استدلال مطروحه این است که این کار در سیاست عمومی بازدارندگی و مجازات رفتار نامطلوب مداخله می‌کند.^۲ این استدلال با برخی از نکاتی که در قسمت ۲-۴-۷-۳ و ۲-۴-۷-۴ ذکر شد - نظر به این

۱. به‌عنوان مثال رجوع کنید به جری ۱۹۹۶، ۴۷۷-۴۷۱، کیتون ۱۹۷۱، ۳۰۵-۲۸۵، مک نیلی ۱۹۴۱، و کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۵۸۶.

۲. برای مثال رجوع کنید به کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۵۸۶ و جری ۱۹۹۶، ۴۰۰، ۴۷۲.

امکان که بازدارندگی ممکن است به خاطر موضوع مصونیت از حکم و احتمال فرار از کشف کافی نباشد - تطابق دارد.^۱ بیمه مسئولیت در برخی قلمروها به ویژه برای رانندگان اتومبیل لازم است.^۲ استدلال اصلی مطروحه برای چنین شروطی این است که این شروط پوشش ضمنی برای قربانیان ایجاد می کنند.^۳ این استدلال اشتباه به نظر می رسد؛ زیرا همان گونه که در اینجا بحث شد، منطق باید این باشد که این شرط انگیزه های کاهش خطر را بهبود می بخشد، سطوح فعالیت را تعدیل می کند و پوشش بیمه ای برای آسیب رسانندگان ارائه می کند.

۲-۵ مسئولیت و هزینه های اداری

در این بخش، عنصر سوم یعنی هزینه های اداری را در ارزیابی نظام مسئولیت مورد بررسی قرار می دهیم. هزینه های اداری عبارت اند از هزینه های قانونی و دیگر هزینه هایی که پس از وقوع آسیب به وجود می آیند و طرفین در حل و فصل اختلافات متحمل می شوند. من ابتدا ماهیت کلی و حجم هزینه های اداری را مورد بحث قرار خواهم داد و همان گونه که خواهیم دید آنها دارای اهمیت زیادی هستند. سپس درباره استفاده مطلوب اجتماعی از نظام مسئولیت با در نظر گرفتن هزینه های اداری اش بحث خواهم کرد. در انتها، انگیزه خصوصی برای استفاده از نظام مسئولیت را با استفاده مطلوب اجتماعی آن مقایسه خواهم کرد.

۲-۵-۱ ماهیت و اهمیت هزینه های اداری

۲-۵-۱-۱ تعریف هزینه های اداری

همان گونه که ذکر شد، هزینه های اداری شامل هزینه های قانونی و هزینه هایی است که طرفین در اثر وقوع حوادث متحمل می شوند. این هزینه ها شامل زمان و تلاش حائز اهمیت طرفین درگیر و نیز هزینه های احساسی و عدم مطلوبیت می شود (همچنین

۱. این توضیح ذهنی است، قسمتی به خاطر اینکه در برخی زمینه ها بر مبنای این فرض مقدم روشن نیست که چرا پوشش مسئولیت اجباری روش خوبی برای افزایش تبعیت از قانون نخواهد بود.

۲. برای مثال رجوع کنید به کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۶۰۳-۶۰۱، و جری ۱۹۹۶، ۸۶۳-۸۵۹.

۳. به عنوان مثال رجوع کنید به کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۶۰۳-۶۰۰، و جری ۱۹۹۶، ۸۶۰.

ممکن است از فرایند دادرسی مطلوبیت به‌ویژه برای خواهان ایجاد شود و این باید با هزینه‌های دادرسی مقایسه شود).

تشخیص این نکته مهم است که هزینه‌های اداری نه تنها در مواردی که به دادگاه برده می‌شوند بلکه در مواردی که به مصالحه می‌انجامند نیز وجود دارند. مواردی که به مصالحه ختم می‌شوند شامل هزینه‌های اداری قابل توجهی هستند زیرا مصالحه ممکن است متضمن زمان و مذاکرات قابل توجه و نیز استفاده از نظام قانونی در پیشنهادها و دیگر اقدامات مقدم بر محاکمه باشد. درواقع، چون بیش از ۹۵ درصد دعاوی به مصالحه می‌انجامد.^۱ حسابداری دعاوی مصالحه شده دارای اهمیت بسیاری زیادی است و این اشتباه است که هزینه‌های اداری را اصولاً به هزینه‌های محاکمات نسبت دهیم.

حجم هزینه‌های اداری چقدر است؟ اطلاعات موجود نشان می‌دهد که در ایالات متحده هزینه‌های اداری نظام مسئولیت زیاد است. بسیاری از تحقیقات نشان می‌دهند که هزینه‌های اداری، به‌طور میانگین بین دعاوی مصالحه شده یا مطروحه در دادگاه، نزدیک یا فراتر از مبالغی است که قربانیان دریافت می‌کنند.^۲ یعنی به‌ازای هر دلار

۱. اطلاعات اخیر دربارهٔ محاکم ایالتی نشان می‌دهد که در سال مالی ۱۹۹۲ بیش از ۹۶ درصد از دعاوی مدنی مصالحه شدند یا به روش دیگری بدون محاکمه رفع شدند؛ نگاه کنید به اوستروم، کادر و لافونتن ۲۰۰۱ الف، ۲۹. مشابهاً، آمارهای مربوط به دعاوی مدنی در دادگاه‌های بخش ایالات متحده در طول سال مالی ۲۰۰۱ نشان می‌دهند که تقریباً ۹۸ درصد از دعاوی بدون محاکمه حل و فصل شدند؛ رجوع کنید به ادارهٔ دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ الف، ۱۵۴ و کین ۱۹۹۹، ۲۱۳. مطالعات مختلفی را ذکر می‌کند که نشان می‌دهند شاید ۹۹ درصد از دعاوی در بریتانیای کبیر بدون محاکمه حل‌وفصل می‌شوند.

۲. تیلینگاست - تاورز پرین ۲۰۰۲، ۱۲، در یک تحقیق ملی در مورد نظام شبه‌جرم گزارش می‌دهد که قربانیان ۴۲ درصد از پرداخت‌های خوانده‌ها را دریافت می‌کنند؛ در نسخهٔ قدیمی‌تر این تحقیق، تیلینگاست - تاورز پرین ۱۹۹۵، ۸ این رقم ۴۶ درصد بود. تحقیقات دیگر و از جمله دانزن ۱۹۸۵، ۱۸۷ گزارش می‌دهد ۶۰ درصد به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های بیمهٔ مسئولیت درمان اشتباه پزشکی محسوب می‌شوند؛ هابر ۱۹۸۸، ۱۵۱ که ۴۰ درصد را به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های بیمهٔ مسئولیت درمان اشتباه پزشکی گزارش می‌کند، ۵۰ درصد را به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های بیمهٔ مسئولیت محصولات، و ۵۰ درصد به‌عنوان سهم آنان از پرداخت‌های بیمهٔ مسئولیت حادثهٔ موتور - اتومبیل محسوب می‌کند؛ کاکالیک و پاک ۱۹۸۶، قسمت هفتم، که از ۴۵ درصد تا ۴۷ درصد را به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های شبه‌جرم نشان می‌دهند؛ کاکالیک و دیگران ۱۹۸۳ که ۳۷ درصد را به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های مسئولیت آربست تخمین می‌زنند؛ و کیتون و دیگران ۱۹۸۳، ۸۹۱ مطالعاتی را بررسی می‌کنند که متضمن ۴۴ درصد به‌عنوان سهم قربانیان از پرداخت‌های بیمهٔ مسئولیت حادثهٔ اتومبیل هستند. برای بریتانیای کبیر، کین ۱۹۹۹، ۳۹۷ گزارش می‌دهد که ۱۵ درصد به‌عنوان سهم قربانیان از غرامت‌های پرداخت شده محسوب می‌شوند.

دریافتی یک قربانی، یک دلار یا بیشتر صرف تحویل آن به قربانی شده است. به هر حال مشخص نیست که این هزینه‌های اداری را تا چه حد باید نسبت به نظام مسئولیت ذاتی دانست یا به عنوان جنبه‌ای از نظام خاصی که ایجاد شده است تلقی کرد.^۱

۲-۱-۵-۲ حد هزینه‌های اداری بیمه

به دلایل مهمی، کل هزینه‌های اداری نظام مسئولیت نیست که اهمیت دارد بلکه نسبت آنها به هزینه‌های اداری نظام بیمه حادثه است که واجد اهمیت می‌باشد. اگر نظام مسئولیت در برخی زمینه‌های حادثه وجود نداشت، آنهایی که به موجب نظام مسئولیت غرامت دریافت کرده‌اند غالباً از طریق بیمه حادثه غرامت دریافت می‌کردند. بنابراین، نظام مسئولیت به اندازه تفاوت بین هزینه‌های اداری‌اش و هزینه‌های اداری نظام بیمه موجب افزایش هزینه‌های اداری است.

هزینه‌های اداری مربوط به ارائه بیمه حادثه بسیار کمتر از هزینه‌های مربوط به نظام مسئولیت و گاهی حتی کمتر از ۱۰ درصد آنچه قربانیان دریافت می‌کنند هستند.^۲ هزینه‌های اداری بیمه حادثه در مقایسه کوچک هستند زیرا بیمه‌گران حادثه به خاطر رویه‌های ساده‌تری که در مقایسه با محاکم برای تعیین حجم دعاوی بیمه‌گذاران انتخاب کرده‌اند و از آنجا که رابطه رقابت و مخالفت با بیمه‌گذاران ندارند، بسیار کمتر از محاکم نیازمند تحقیق در خصوص علت زیان‌ها یا درباره رفتار آسیب‌رسانندگان هستند.^۳

۱. من می‌توانم به راحتی نظام‌های ساده‌تری را تصور کنم (مثلاً به کارگیری جداول فهرست‌وار برای تعیین خسارات). همچنین هزینه‌های نظام‌های مسئولیت در کشورهای دیگر مثل فرانسه و آلمان ممکن است کمتر از ایالات متحده باشند.

۲. برای مثال هزینه اجرای برنامه فدرال بیمه کهن‌سالان و بازماندگان نیم درصد کل هزینه‌هاست و هزینه اجرای برنامه بیمه معلولیت ۳ درصد است؛ رجوع کنید به اداره تأمین اجتماعی ایالات متحده ۲۰۰۰، ۱۸. هزینه‌های اداری و فروش خطوط تجاری همه اموال و پوشش تلفات در حدود ۲۵ درصد است؛ رجوع کنید به گزارش وقایع ۲۰۰۱، ۲۴؛ اما بیشتر اینها احتمالاً هزینه‌های فروش هستند نه هزینه‌های اداری. مثلاً، برای پوشش اتومبیل، هزینه‌های اداری ۵ درصد و هزینه‌های فروش ۱۷ درصد هستند؛ رجوع کنید به گزارش وقایع ۲۰۰۱، ۵۰. و برای بیمه‌های مالکان خانه، هزینه‌های اداری ۶ درصد و هزینه‌های فروش ۲۲ درصد هستند؛ رجوع کنید به گزارش وقایع ۲۰۰۱، ۷۶.

۳. اگرچه ممکن است اختلافاتی بین بیمه‌گذاران و بیمه‌گران وجود داشته باشد، بعید است که به اهمیت اختلافات بین قربانیان و آسیب‌رسانندگان باشند. بخشی از این به خاطر آن است که بیمه‌گران در احترام گذاشتن به سیاست‌هایشان نفع دارند: بیمه‌گران خصوصی می‌خواهند معروفیتشان را حفظ کنند و بیمه‌گران اجتماعی انگیزه قوی دارند که در صورت به بیمه‌گذاران خدمت کنند.

چون نظام بیمه حادثه نسبتاً ارزان است، هزینه‌های اداری اضافی نظام مسئولیت کاملاً زیاد به نظر می‌رسند. به علاوه، برای قربانیانی که در فقدان مسئولیت، بیمه حادثه نمی‌خرند (قربانیانی که با آسیب‌هایی با حجم کم روبه‌رو می‌شوند و شرکت‌های بزرگ)، کل هزینه‌های اداری نظام مسئولیت است که به عنوان هزینه اجتماعی آن باید در نظر گرفته شود نه نسبت هزینه‌های نظام مسئولیت به هزینه‌های بیمه.

۳-۱-۵-۲ مسئولیت محض در مقابل اهمال و هزینه‌های اداری

ارزیابی قواعد اهمال و مسئولیت محض، به هزینه‌های اداری و همچنین به انگیزه‌ها و تخصیص خطر بستگی دارد. به هر حال، همان‌گونه که خواهیم دید، بر مبنای یک فرض مقدم روشن نیست که آیا هزینه‌های اداری تحت یک قاعده نسبت به قاعده دیگر بیشتر خواهد بود چون دو ملاحظه معارض وجود دارد.

اول، جمع کل دعاوی تحت مسئولیت محض نسبت به قاعده اهمال احتمالاً بزرگ‌تر است و نشان می‌دهد که هزینه‌های اداری تحت مسئولیت محض بالاتر خواهند بود. به موجب مسئولیت محض، یک قربانی انگیزه اقامه دعوی را هر زمان که زیان‌هایش از هزینه‌های طرح دعوی فراتر رود خواهد داشت (با فرض آنکه او به طور معتبری می‌تواند اثبات کند که آسیب‌رساننده علت اصلی آسیب بوده و او خود هیچ‌گونه اهمال مشارکتی نداشته است). به موجب قاعده اهمال، یک قربانی اغلب انگیزه اقامه دعوی را ندارد چون باید اهمال آسیب‌رساننده را اثبات کند. اگر یک قربانی و یک آسیب‌رساننده هر دو باور داشته باشند که دادگاه آسیب‌رساننده را مقصر نخواهد شناخت، قربانی احتمالاً تحت قاعده اهمال اقامه دعوی نخواهد نمود.

اما دوم، میانگین هزینه اداری در هر دعوی تحت قاعده اهمال بالاتر خواهد بود. به موجب قاعده اهمال، بسیار محتمل است که یک دعوی به دادرسی کشیده شود تا تحت مسئولیت محض زیرا به موجب قاعده اهمال عنصر دیگری از اختلاف وجود دارد - اهمال آسیب‌رساننده - و از این رو جای بیشتری برای عدم توافق منتهی به محاکمه در دادگاه وجود دارد. از آنجاکه احتمال محاکمه به موجب قاعده اهمال بیشتر است و چون محاکمات معمولاً بیشتر از مصالحه هزینه دربردارند، ما برای گفتن آنکه میانگین هزینه‌های اداری در

هر دعوی تحت قاعده اهمال احتمالاً بیشتر خواهد بود دلیل کافی داریم. دلیل دوم این است که هزینه‌های محاکمه تحت قاعده اهمال نسبت به مسئولیت محض احتمالاً بالاتر خواهد بود چون مسئله اهمال باید تحت قاعده اول مورد داوری قرار گیرد.

پس در مجموع، مقایسه اندازه هزینه‌های اداری تحت دو شکل مسئولیت به‌عنوان یک موضوع نظری مبهم است. می‌توان پیش‌بینی کرد که تعداد بیشتری از دعاوی تحت مسئولیت محض اقامه خواهند شد اما می‌توان انتظار داشت که میانگین هزینه‌های حل و فصل تحت قاعده اهمال به‌خاطر گرایش جدی به کشیدن دعوی به محاکمه و نیز به‌خاطر هزینه بالاتر در هر محاکمه بیشتر خواهد بود.

۲-۵-۲ استفاده مطلوب اجتماعی از نظام مسئولیت با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری

۲-۵-۲-۱ آیا نظام مسئولیت از نظر اجتماعی ارزشمند است

به‌خاطر هزینه‌های اداری نظام مسئولیت، استفاده از آن از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر منافع اجتماعی آن به‌قدر کافی زیاد باشند.^۱ این منافع اجتماعی به‌ویژه به کاهش حوادث (خالص هزینه‌های جلوگیری از حوادث) مربوط می‌شوند اما نه جبران خسارت قربانیان خطرگریز، با در نظر گرفتن این فرض که بیمه حادثه احتمالاً غرامت قربانیان را در فقدان نظام مسئولیت تأمین می‌کند. بنابراین، استفاده از نظام مسئولیت از نظر اجتماعی ارزشمند خواهد بود اگر و فقط اگر صرفه‌جویی ناشی از کاهش حادثه‌ای که ایجاد می‌کند فراتر از هزینه‌های اداری‌اش باشد.^۲

یک نکته کلی این است که نظام مسئولیت از نظر اجتماعی ارزشمند نخواهد بود اگر کاهش مورد انتظار نسبتاً کمی در زیان‌های ناشی از حادثه تولید کند. ما انتظار داریم این نکته وقتی حجم زیان‌های ناشی از حادثه کم باشد و آسیب‌های نسبتاً جزئی را هم دربرگیرد مثل برخورد با کسی هنگام سوار شدن به اتوبوس یا توهین به شخصی به‌صورت بسیار کم‌اهمیت، واقعیت داشته باشد. کاهش زیان‌های ناشی از حادثه متعاقب مسئولیت نیز کوچک است هنگامی که افراد حتی اگر حجم آسیب‌های احتمال کوچک

۱. موضوع مبلغ مطلوب دادرسی از نظر اجتماعی و تباین بین این موضوع و مبلغ تعیین شده خصوصی دادرسی (به قسمت بعد رجوع کنید)، با تفصیل بیشتر در قسمت ۲-۱-۴ مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. البته، اگر منافع نظام مسئولیت به‌طور مناسبی وسیع‌تر تصور شوند، این توضیح به طریق مستقیم تعدیل می‌شود.

نباشد کار زیادی برای جلوگیری از زیان‌های ناشی از مسئولیت انجام ندهند. به‌عنوان مثال، ممکن است مسئولیت برای حوادث اتومبیل زیاد بر وقوع این حوادث تأثیر نداشته باشد، زیرا احتیاط رانندگان به‌وسیله ترس از صدمه خوردن در حوادث و اجتناب از مسئولیت کیفری ناشی از جرائم ترافیکی و رانندگی در حال مستی تشدید می‌گردد.^۱

به‌هرحال، وقتی نظام مسئولیت انگیزه‌های قابل توجهی برای ایمنی ایجاد می‌کند که از هزینه‌های اداری فراتر می‌روند، این نظام از‌نظر اجتماعی ارزشمند خواهد بود. در صورت تساوی شرایط دیگر، وقتی حجم زیان‌های احتمالی بالا است و وقتی می‌توان گام‌هایی برای کاهش آنها یا احتمال آنها برداشت، نیز همین‌گونه خواهد بود.

۲-۵-۲-۲ پرداخت‌های مطلوب آسیب‌رسانندگان با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری

اگر نظام مسئولیت ارزش به‌کارگیری داشته باشد، وجود هزینه‌های اداری بر مبلغی که آسیب‌رسانندگان مسئول باید بپردازند تأثیر می‌گذارد زیرا این هزینه‌ها باعث افزایش هزینه‌های اجتماعی حوادث خواهند شد: وقتی حادثه‌ای به یک جدال قانونی منجر می‌گردد، هزینه‌های اجتماعی واقعی حادثه از هزینه‌های مستقیم آن (آسیب به اموال و اشخاص) به‌اضافه هزینه‌های اداری تشکیل می‌شود. هزینه‌های اداری در عین حال که هزینه مستقیم هستند هزینه‌های اجتماعی واقعی نیز محسوب می‌شوند. من‌باب مثال، خدمات وکلا و خدمات پزشکان نیروهای انسانی با ارزشی را جذب می‌کنند بنابراین، برای آنکه انگیزه‌های مناسبی جهت جلوگیری از آسیب وجود داشته باشند، مبلغی که آسیب‌رسانندگان مسئول باید بپردازند باید معادل مجموع آسیب مستقیم به‌اضافه هزینه‌های اداری باشد. در این صورت آسیب‌رسانندگان به‌طور طبیعی هزینه‌های قانونی، زمان و تلاش لازم را متقبل خواهند شد. بنابراین مبلغ مطلوب که آسیب‌رسانندگان باید بپردازند معادل آسیب مستقیم به‌اضافه هزینه‌های قانونی و مرتبط قربانیان و دولت می‌باشد. اگر آسیب قربانی ۱۰۰ هزار دلار باشد، هزینه‌های قانونی و دیگر هزینه‌های

۱. برای دیدن یک اظهار مستقیم و تقویت شده یک دانش‌پژوه در امور مسئولیت مدنی درباره این نظریه عمومی که هزینه‌های نظام مسئولیت ممکن است بر منافع مربوط به انگیزه آن غلبه کنند، رجوع کنید به شوگرمان ۱۹۸۵.

اداره دعوی ۳۰ هزار دلار باشند و هزینه‌های دادگاه ۵ هزار دلار باشد، پرداخت آسیب‌رساننده باید ۱۳۵ هزار دلار و نه ۱۰۰ هزار دلار باشد زیرا اگر پرداخت‌های آسیب‌رسانندگان به ۱۰۰ هزار دلار محدود گردد منجر به بازدارندگی کمتری می‌شود. اینکه آسیب‌رسانندگان باید آسیب مستقیم به‌اضافه هزینه‌های قربانی و دولت را پرداخت کنند متضمن این معنا نیست که غرامت‌های دریافتی قربانیان باید معادل این رقم باشند. استدلال کلی مطرح شده درباره نیاز قربانیان به جبران خسارت و مطلوبیت جریمه‌ها (به قسمت ۶-۴-۲ رجوع کنید) نشان می‌دهد که غرامت‌ها باید معادل آسیب (مالی) مستقیم به‌اضافه هزینه‌های دادرسی قربانی باشند و هزینه‌های دولت باید به شکل جریمه از آسیب‌رساننده وصول شود.

درواقع، غرامت‌ها عموماً به تبعیت از افزایش هزینه‌های دادرسی قربانی یا دولت افزایش نمی‌یابند. از آنجاکه حجم هزینه‌های قربانی و دولت ممکن است به‌طور میانگین حداقل یک‌سوم آسیب مستقیم باشد،^۱ به‌نظر می‌رسد با نادیده گرفتن این رقم تأثیر غرامت‌ها به تنهایی درنیل به اهداف بازدارندگی بسیار ناکافی است، زیرا در این وضعیت انگار حداقل یک‌سوم غرامت مرسوم مورد چشم‌پوشی نظام قانونی قرار گرفته‌اند.

۳-۵-۲ انگیزه خصوصی در مقابل انگیزه اجتماعی استفاده از نظام مسئولیت با در نظر گرفتن هزینه‌های اداری

۱-۳-۵-۲ انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی ممکن است تباین داشته باشند

وقتی یک قربانی صدمه می‌بیند، تصمیم به تعقیب خواهد گرفت تا از نظام مسئولیت با مقایسه منافع خصوصی‌اش و حکم مورد انتظار و هزینه‌های قانونی استفاده کند. چنین تصمیمات خصوصی راجع به استفاده از نظام مسئولیت چگونه به آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است و در قسمت ۱-۲-۵-۲ مورد بحث قرار گرفت مربوط می‌شوند؟ پاسخ این است که تصمیم خصوصی کاملاً با تصمیم اجتماعی تفاوت دارد و به این احتمال مربوط

۱. به‌عنوان مثال، در سال ۱۹۸۵ پرداخت‌های قانونی به قربانیان به‌عنوان بخشی از آسیب حداقل ۳۳ درصد بود؛ رجوع کنید به هانس‌لر و دیگران ۱۹۸۷، ۲۹ (که در آن آسیب وارده با کسر هزینه‌های قانونی خوانندگان از پرداخت‌های کلی‌شان برآورد می‌شود).

می‌شود که استفاده خصوصی از این نظام نسبت به آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است می‌تواند بسیار بزرگ یا بسیار کوچک باشد.

برای توضیح این ادعا که قربانیان ممکن است از نظر اجتماعی تعداد بیش از حد دعاوی را اقامه کنند، فرض کنید که مسئولیت محض است، مطلقاً هیچ کاری وجود ندارد که آسیب‌رسانندگان بتوانند برای کاهش خطر انجام دهند و هدف اجتماعی عبارت است از به حداقل رساندن هزینه‌های مورد انتظار حوادث به اضافه هزینه‌های اداری. در این مثال اقامه هر نوع دعوایی از نظر اجتماعی به‌روشنی و کاملاً نامطلوب است، زیرا دعاوی بی‌آنکه بتوانند به کاهش زیان‌های ناشی از حادثه منجر شوند، به هزینه‌های اداری برای قربانیان و آسیب‌رسانندگان منجر می‌شوند. با این حال، هرگاه زیان قربانی از هزینه‌های اقامه دعوی فراتر رود، وی اقامه دعوی خواهد کرد و علت آنکه دعاوی از نظر اجتماعی بیش از حد هستند این است که عایدی مالی قربانیان از اقامه دعاوی اغلب قطعی است (اگرچه انگیزه ایجاد شده به واسطه این قطعیت صفر است و این واقعیت برای یک قربانی خاص اهمیت ندارد).

اکنون اجازه دهید امکان مخالفتی را توضیح دهم مبنی بر اینکه ممکن است دعاوی بسیار کمی وجود داشته باشند، یعنی اینکه قربانیان ممکن است اقامه دعوی نکنند حتی اگر بدانند که اقدام به طرح دعوی موجب ارتقای رفاه اجتماعی خواهد شد. به عنوان مثال قربانیان اقامه دعوی نمی‌کنند اگر بدانند که هزینه انجام آن، (مثلاً ۲۰۰) فراتر از زیانی که آنها غالباً متحمل می‌شوند (مثلاً ۱۰۰) خواهد بود؛ بنابراین آسیب‌رسانندگان با علم به اینکه تحت تعقیب قرار نمی‌گیرند هیچ انگیزه‌ای برای کاهش خطر این زیان‌ها ندارند. اکنون فرض کنید آسیب‌رسانندگان می‌توانند به ارزانی اقدامی احتیاطی به عمل آورند که احتمال زیان‌ها را به تقریباً صفر کاهش می‌دهد. در این صورت برای قربانیان از نظر اجتماعی مطلوب است که اقامه دعوی کنند زیرا این امر به ترغیب آسیب‌رسانندگان به کاهش خطر کمک می‌کند و بدان وسیله تعداد دعاوی و هزینه‌های اداری را نیز کاهش می‌دهد. دلیل آنکه احتمال اقامه دعوی در این مثال نیز از نظر اجتماعی ناکافی است این است که عایدی شخص قربانی از دادرسی منفی است و اینکه ارزش اجتماعی دادرسی به خاطر اثرات بازدارندگی‌اش مثبت است، برای قربانی که به هزینه‌های دادرسی فکر می‌کند اهمیت ندارد.

۲-۳-۵-۲ اختلاف انگیزه‌های اقامه دعوی ممکن است مداخله اجتماعی را برای محدود

کردن یا کمک به استفاده از نظام حقوقی توجیه کند

چون حجم استفاده از نظام حقوقی که از تصمیمات بخش خصوصی برای اقامه دعوی منتج می‌شود ممکن است با آنچه مطلوب اجتماعی است تفاوت داشته باشد، مداخله اجتماعی گاهی اوقات لازم و مفید خواهد بود.

اگر حجم دادرسی خیلی زیاد باشد، چون هزینه‌های اداری دعوی بر منافع اجتماعی غلبه می‌کنند کاهش استفاده از نظام قانونی ارزشمند خواهد بود. به‌عنوان مثال هرگاه تحقیق نشان دهد که اثرات بازدارندگی مسئولیت در مورد حوادث اتومبیل (به‌دلیل مذکور در بالا) در رابطه با هزینه‌های نظام ضعیف است محدود کردن این دعاوی مطلوب خواهد بود. در چنین حالتی دولت می‌تواند تدابیری چون وضع عوارض برای اقامه دعوی یا ممنوعیت دعوی به‌طور کلی در نظر بگیرد.

متقابلاً، اگر حجم دادرسی ناکافی باشد، کمک مالی یا شکل دیگری از تقویت دعوی ممکن است مطلوب باشد. به‌عنوان مثال برخی انواع آسیب‌های کم حجم که از نظر اشخاص بخش خصوصی به‌خاطر هزینه زیاد، ارزش پیگیری ندارند ممکن است از نظر اجتماعی به‌خاطر اثر بازدارندگی که آمادگی قربانیان برای پیگیری به‌وجود می‌آورد، ارزش پیگیری داشته باشد. به این منظور جامعه می‌تواند خدمات حقوقی برای اقامه دعوی ارائه کند یا به‌نحو دیگری از این فرایند حمایت کند. درحقیقت، تلاش‌های اجتماعی برای ترویج دستیابی به نظام قانونی از قبیل برنامه‌های معاضدت حقوقی و دادگاه‌های مخصوص دعاوی کوچک می‌توانند تا حدودی همگام با این مطلب تفسیر شوند.

نکته مهمی که باید مورد تأکید قرار گیرد این است که حجم مشاهده شده دادرسی در هر زمینه‌ای از آسیب را نباید تقریباً دقیق تلقی کرد (همان‌طور که حجم برخی کالاهای فروخته شده در یک بازار معمولی چنین تلقی می‌شود). به‌دلیل عدم سازگاری بین انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی در استفاده از نظام قانونی، مطالعه منافع و هزینه‌های آن برای تعیین مسیر و اندازه انشعاب و روش مناسب پاسخ به این انشعاب ضروری است.

۳-۳-۵-۲ مروری بر پیشینه مباحث

من در شاول (۱۹۸۲ ب) برای نخستین بار مغایرت مورد بحث در اینجا بین استفاده مطلوب اجتماعی و استفاده خصوصی از نظام قانونی را از نظر هزینه‌هایش مورد بررسی قرار دادم.^۱

۱. برای مشاهده پیشرفت بیشتر انگیزه اجتماعی در مقابل انگیزه خصوصی استفاده از نظام قانونی، رجوع کنید به منل ۱۹۸۳، کاپلو ۱۹۸۶ ب، رز-آکرمن و گیس فلد ۱۹۸۷، و شاول ۱۹۹۷، ۱۹۹۹.

فصل سوم

حقوق قراردادها

در این فصل قراردادهای بین اشخاص درباره برخی از اعمال آتی شان - و قانون حاکم بر اجرای این موافقت نامه ها را بررسی می کنیم. بخش ۱-۳ مروری بر کل موضوع قراردادها را ارائه می کند و زمینه ای برای بقیه موضوعات فراهم می سازد. بخش ۲-۳ به تشکیل قرارداد یعنی به فرایندی که اشخاص از طریق آن شرکای قراردادی خود را پیدا می کنند و به جنبه های مذاکره قراردادی و قواعد حاکم بر زمانی که یک قرار بین اشخاص قانوناً به منزله قرارداد شناخته می شود اختصاص دارد. بخش ۳-۳ به تفصیل به نوع مهمی از قرارداد یعنی قرارداد تولید می پردازد. بخش ۴-۳ به دو نوع دیگر قرارداد یعنی قرارداد برای انتقال مالکیت چیزی که قبلاً وجود داشته (مثل زمین یا یک اثر نقاشی)، و قراردادهای هبه مربوط می شود.

۳-۱ مروری بر قراردادها

این بخش ارائه دهنده مروری بر قراردادهاست؛ به تعریف قراردادها، استدلال های اصلی برای وجودشان، جنبه های مهم رویه قراردادی و قانون قراردادها مربوط می شود. بخش های بعدی با جزئیات بیشتر به برخی جنبه های حقوق قراردادها و به انواع خاصی از قراردادها می پردازند.^۱

۳-۱-۱ تعریف و چارچوب تحلیل

۳-۱-۱-۱ تعاریف اصلی

منظور من از قرارداد ذکر خصوصیات اعمالی است که اشخاص معین قرار است در

۱. برای مشاهده مقدمه های کلی بر تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها برای مثال رجوع کنید به پوسنر ۱۹۹۸، فصل ۴ و شاول ۱۹۹۸.

زمان‌های مختلف و عموماً در مقام ایفای شرایطی که مقرر می‌کنند به‌عمل آورند. اعمالی که نوعاً به تحویل کالاها، انجام خدمات و پرداخت پول و موارد و شرایطی از قبیل احتمالات نامعین، اقدامات قبلی طرفین و پیام‌های ارسالی آنها مربوط می‌گردند. به‌عنوان مثال، یک قرارداد ممکن است مقرر کند که:

- (الف) یک عکاس باید در یک مراسم عقد در تاریخ اول فوریه عکس‌برداری کند،
- (ب) خریدار باید در عرض یک هفته از زمان مراسم عقد مبلغ هزار دلار به عکاس بپردازد،
- (ج) خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ کند به شرطی که تا اول فوریه به عکاس خبر دهد،
- (د) عکاس می‌تواند قرارداد را فسخ کند اگر بیمار شود.

بدیهی است که چون مفاهیم مربوط به اعمال و شرایط گسترده است، مفهوم یک قرارداد نیز گسترده است. می‌توان قراردادی را کاملاً مشخص (یا صرفاً کامل) خواند اگر فهرست شرایطی که اعمال بر آنها مبتنی هستند صراحتاً کامل باشد، یعنی اگر قرارداد هرگونه شرط احتمالی از شرایط مربوط مورد بحث را دقیقاً تعیین کند. در قرارداد عکاس برای عکس‌برداری در مراسم عقد، فرض کنید که شرایط مورد بحث عبارت است از هر چیزی که ممکن است برای عکاس روی دهد (بیمار شدن یا دریافت پیشنهاد دیگری برای عکس‌برداری در مراسم عقد دیگری در همان روز) و هر چیزی که ممکن است برای زوجی که می‌خواهند ازدواج کنند روی دهد (بیمار شدن، به هم خوردن نامزدی). پس یک قرارداد کاملاً مشخص باید شامل یک مقررۀ صریح برای هریک از این شرایط احتمالی مربوط به طرفین باشد. اگرچه همان‌گونه که اشاره خواهیم کرد، قراردادها در واقعیت فاصله زیادی با جامع و مانع بودن دارند، توجه به مفهوم یک قرارداد کامل برای روشن شدن ذهن ما دربارهٔ قراردادها مفید خواهد بود. به‌علاوه، گاهی می‌توانیم با فرض اینکه حیطهٔ شرایط مربوط کوچک است موضوع را ساده کنیم (ممکن است فرض کنیم که این حیطه فقط شامل بیمار شدن یا سالم ماندن عکاس مراسم می‌شود) و در این صورت می‌توان یک قرارداد کاملاً مشخص را به‌خوبی تصور کرد.

یک قرارداد چنانچه کاملاً مشخص نباشد، یعنی اگر صریحاً تمامی شرایط احتمالی مورد بحث را فهرست نکرده باشد، ناقص خوانده خواهد شد. به‌عنوان مثال قراردادی که مقرر می‌کند «عکاس باید در تاریخ ۱۴ مارس از مراسم عقد عکس‌برداری کند» به‌وضوح

ناقص است زیرا همه شرایط را ذکر نمی‌کند؛ قراردادی که می‌گوید «عکاس باید در تاریخ ۱۴ مارس از مراسم عقد عکس‌برداری کند، مگر آنکه آپاندیس او عود کند» نیز کامل نیست چون این قرارداد فقط شرط آپاندیس را از میان قلمرو شرایط احتمالی ذکر می‌کند. اما اگرچه این دو قرارداد ناقص می‌باشند، به‌طور ضمنی دستورات کاملی را برای آنچه طرفین تحت هر شرایطی باید انجام دهند ارائه می‌کنند. قراردادی که صرفاً مقرر می‌دارد «عکاس باید در تاریخ ۱۴ مارس از مراسم عقد عکس‌برداری کند» متضمن این نکته است که او تحت هر شرایطی باید عکس‌برداری کند. بنابراین طبق تعریفی که ما به‌کار می‌بریم، یک قرارداد ناقص نیز ممکن است دستورات کاملی را به‌طور ضمنی دربرداشته باشد.^۱

یک قرارداد ناقص که سری کامل دستورات را به‌طور صریح یا به دلالت ضمنی ارائه نمی‌کند، خلأ دارد. به‌عنوان مثال، فرض کنید قرارداد عکس‌برداری از مراسم عقد بیان می‌کند که اگر هوا آفتابی باشد، جشن در حیاط برگزار خواهد شد و یک دوربین ویدئویی باید مورد استفاده قرار گیرد و اگر هوا بارانی باشد و جشن در داخل خانه برگزار گردد فقط باید دوربین‌های ثابت برده شود. این قرارداد صریحاً یا به‌طور ضمنی نمی‌گوید که اگر هوا ابری باشد چه باید کرد؛ لذا این قرارداد خلأ دارد.

۲-۱-۱-۳ قراردادهای سودمند دوجانبه

یک قرارداد را سودمند دوجانبه یا به زبان علم اقتصاد بهینه پارتو می‌گویند اگر نتوان قرارداد را به‌منظور افزایش رفاه - مطلوبیت مورد انتظار - هریک از طرفین قرارداد اصلاح کرد. ما فرض می‌کنیم که قراردادهای سودمند دوجانبه باشند، اگر قراردادی را بتوان به

۱. استفاده از اصطلاح «قرارداد ناقص» در ادبیات اقتصادی با تعریفی که من در این بند ارائه کردم سازگار است. در ادبیات اقتصادی یک قرارداد ناقص خوانده می‌شود اگر برخی از متغیرهایی را که قرارداد بر آنها مبتنی است (و نوعاً برای شمول در قرارداد با ارزش هستند) شامل نشود. به‌عنوان مثال، در قرارداد با عکاس، قرارداد را می‌توان مبتنی بر تلاش عکاس تصور کرد (او چگونه در میان مهمانان می‌چرخد و عکس می‌گیرد)، اما اگر به تلاش عکاس بستگی نداشت قرارداد را ناقص تلقی کنیم، این قرارداد طبق تعریف من نیز ناقص خواهد بود چون سطح تلاش عکاس شرطی است (یک عمل گذشته) که قرارداد می‌تواند در اصل بر آن متکی باشد. همچنین توجه کنید که در این مثال، همانند بسیاری از مثال‌های قرارداد ناقص که در نوشته‌های اقتصادی بررسی شده‌اند، یک قرارداد ناقص به‌طور ضمنی سری کاملی از دستورات را برای طرفین قرارداد ارائه می‌کند.

طریقی تغییر داد که مطلوبیت مورد انتظار هر طرف را افزایش دهد، به نظر می‌رسد که این کار انجام خواهد شد. به عنوان مثال، فرض کنید قرارداد مراسم عقد بیان می‌کند که عکاس باید در ساعت ۱۰ صبح حاضر باشد، اما یک قرارداد جایگزین که به موجب آن عکاس باید ساعت ۹ صبح برسد و ۱۰۰ دلار اضافی بگیرد هم ازسوی زوجی که می‌خواهند ازدواج کنند و هم به وسیله عکاس ترجیح داده می‌شود. پس قرارداد اول سودمند دوجانبه نیست و ما انتظار اصلاح قرارداد را داریم تا عکاس زودتر برسد و پرداخت بیشتری صورت گیرد.

۳-۱-۱-۳ تضمین قراردادها

فرض بر این است که قراردادها ازسوی دادگاه که عموماً به منزله مرجع رسمی دولتی تفسیر می‌شود تضمین شوند. به هر حال، در بسیاری موارد یک نهاد غیر از دادگاه رسمی دولت - یک نهاد تصمیم‌گیرنده در یک شرکت، یک صنف تجاری یا یک گروه مذهبی یا یک سازمان داوری - ممکن است به عنوان یک محکمه عمل کند و گاهی اوقات قراردادها را تضمین نماید. به علاوه، شهرت و عوامل وابسته ممکن است تا حدی نیز به عنوان تضمین قراردادها عمل کنند.

این روش‌های فرادولتی تضمین در قسمت ۱۰-۱-۳ مورد بحث واقع خواهند شد. تضمین قرارداد بخشی از وظایف و اعمال دادگاه‌هاست، اما نوعاً، دادگاه‌ها فقط وقتی عمل می‌کنند که طرفین قرارداد تصمیم بگیرند نزد دادگاه بروند. وظایف عمومی متعدد دادگاه‌ها را در این رابطه باید در نظر داشت. یک وظیفه اصلی دادگاه‌ها تصمیم‌گیری درباره زمان تشکیل قرارداد می‌باشد، یعنی اینکه چه وقت یک قرارداد معتبر منعقد گردیده است.

با فرض آنکه یک قرارداد به طور مناسبی تشکیل شده و معتبر تلقی می‌شود، دادگاه‌ها اغلب باید به تفسیر قرارداد مشغول شوند و به ویژه باید خلأهای موجود در قرارداد را پر کنند و ابهامات را برطرف سازند.

یکی دیگر از وظایف دادگاه‌ها به نقض قرارداد مربوط می‌شود. دادگاه‌ها باید تصمیم بگیرند که نقض قرارداد چه زمانی روی داده و ضمانت اجراها یا «جبران خسارت‌هایی»

برای نقض قرارداد وضع کنند. دادگاه‌ها ممکن است دو نوع مختلف از ضمانت اجرا برای نقض یک قرارداد از سوی یک طرف آن وضع کنند: آنها ممکن است طرف نقض‌کننده را مجبور کنند که به دیگری خسارت بپردازد، یا ممکن است اصرار کنند که قرارداد به مفهوم دقیق آن اجرا گردد (به‌عنوان مثال همان‌گونه که در قرارداد مقرر شده است زمین انتقال داده شود)، یعنی بر اجرای معین قرارداد تأکید کنند. نهایتاً، دادگاه‌ها ممکن است تصمیم بگیرند که قرارداد را باطل کنند. یعنی حتی اگر یک قرارداد به‌درستی تشکیل شده و بی‌اعتبار نیست و نقض نگردیده است، دادگاه ممکن است از اجرای آن ممانعت کند.^۱

۴-۱-۱-۳ رفاه اجتماعی و رفاه طرفین قرارداد

عموماً فرض می‌شود که هدف محاکم به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی است. این معمولاً بدان معنی است که محاکم در جهت افزایش رفاه طرفین قرارداد عمل می‌کنند زیرا آنها به‌طور معمول تنها اشخاصی هستند که تحت تأثیر قرارداد می‌باشند. به‌هرحال، اگر اشخاص دیگری تحت تأثیر قرارداد باشند، آنگاه فرض می‌شود که رفاه این اشخاص خارج از قرارداد نیز باید مورد نظر دادگاه قرار گیرد.

۲-۱-۳ تشکیل قرارداد

همان‌گونه که ذکر شد، یکی از وظایف اصلی محاکم در رابطه با قراردادهای تصمیم‌گیری در این مورد است که قراردادهای چه زمانی تشکیل شده محسوب می‌شوند؛ یعنی چه وقت معتبر تلقی می‌شوند و تضمین خواهند شد. جنبه‌های متعدد قانون تشکیل قرارداد در این مرحله اهمیتش را نشان خواهد داد.

۱. از یک دیدگاه رسمی، همه این وظایف قضایی ممکن است به‌عنوان دربرداشتن اعمال قواعد حقوقی به مفهوم موسع تلقی شوند: فرض کنید که یک قاعده حقوقی عبارت از هر وظیفه‌ای است که قلمرو آن جفت تشکیل شده قرارداد طرفین است (یا دقیق‌تر، اظهارات اولیه مختلف قابل مشاهده که آنها با یکدیگر مطرح کرده‌اند) و حوادث خاص بعدی (اعمال قابل مشاهده طرفین، پیام‌ها، احتمالات) و حدود آن عبارت از یک‌سری اقدامات دادگاه است (مثل اعلام تشکیل قرارداد، تعیین پرداخت‌هایی که طرفین باید انجام دهند، اعمال دیگر طرفین، یا تجدیدنظر در شرایط قرارداد).

یک بعد قانون تشکیل قراردادها به این سهولت مربوط می شود که طرفین درمی یابند که آیا قرارداد آنها قانوناً به رسمیت شناخته خواهند شد. اگر شناسایی قانونی تشکیل قرارداد مبنی بر نشانه روشنی از موافقت هر طرف باشد - به نحوی که هر طرف به راحتی قادر باشد بفهمد رضایت دوجانبه چه زمانی به وجود آمده و قرارداد تشکیل شده است - دو منفعت ضروری به دنبال خواهند آمد. اول، از آنجاکه طرفین توانایی انعقاد قرارداد و دانستن فوری اینکه قراردادهایشان اجرا خواهند شد را دارند، می توانند بدون هیچ گونه تأخیری از قبل فعالیت های فزاینده ارزش منتفع شوند (مثل استخدام کارگران و خرید مصالح برای ساختمان سازی). دوم، چون طرفین می توانند با خودداری از نشان دادن موافقت که منجر به شناسایی قرارداد می شود، از انعقاد قرارداد اجتناب کنند، از جست و جو برای یافتن شرکا، جست و جوی اطلاعات درباره قراردادها می ممکن و مذاکره درباره آنها ترسی ندارند زیرا از اینکه گفته شود آنها در قراردادی هستند که نمی خواهند ترسی ندارند.

جنبه دیگر قواعد مربوط به تشکیل قرارداد به این نکته مربوط می شود که آیا یکی از طرفین قرارداد احتمالی تحت اکراه یا حالت اضطرار بوده است. اگر علی رغم نشانه های مناسب توافق در یک قرارداد، آن قرارداد به خاطر اکراه یا اضطرار به رسمیت شناخته نشود، دو منفعت اجتماعی و یک نتیجه مضر به دنبال خواهد داشت. اول، تلاش نامطلوب اجتماعی صرف نخواهد شد تا اشخاص خاصی را در وضعیت های پیچیده ای قرار دهد که در شرایط اکراه یا اضطرار، به سوی انعقاد قراردادهایی هدایت شوند که دربردارنده منافع اشخاص ایجادکننده اکراه یا اضطرار است. دوم، طرفین نوعی تضمین ضمنی در مقابل الزام به پرداخت قیمت های بالا کسب خواهند کرد اگر فرد را در وضعیت اضطرار بیابند. اما سوم، انگیزه های طرفین قرارداد بالقوه برای کمک به کسانی که در مضیقه قرار دارند کاهش خواهد یافت.

یک جنبه دیگر قانون تشکیل قراردادها شامل اطلاعاتی می شود که به وسیله طرفین بالقوه قراردادها فاش می شود. هرچه اطلاعاتی که طرفین لازم دارند بیشتر فاش شود، بهتر می توان طرفین را با یکدیگر به توافق رساند و اقدامات طرفین هنگام انعقاد قرارداد مؤثرتر خواهد بود. اما تعهدات قانونی افشای اطلاعات عموماً انگیزه های اکتساب اطلاعات را تضعیف می کنند، نتیجه ای که ممکن است از نظر اجتماعی نامطلوب باشد.

این جنبه‌ها و دیگر جنبه‌های قانون تشکیل قراردادها در بخش ۲-۳ بررسی خواهند شد.

۳-۱-۳ استدلال‌های کلی برای قراردادها و اجرای آنها

۳-۱-۳-۱ چرا قراردادها تشکیل می‌شوند

یک پرسش اساسی دربارهٔ قراردادها این است که چرا اشخاص می‌خواهند آنها را منعقد سازند، یعنی چرا باید بخواهند با یکدیگر طرح‌هایی مشترک ایجاد کنند. دلایل مهم متعددی ممکن است پیشنهاد شوند.

یک تضمین آشکار برای قراردادها شامل تدارک کالاها و خدمات در آینده می‌شود. غالباً وضعیت بدین‌صورت است که یک طرف یک کالا یا خدمت را در آینده نیاز دارد و طرف دیگر می‌تواند آن کالا یا خدمت را تأمین کند و این امر منجر به مطلوبیت دوجانبهٔ یک قرارداد می‌شود. به‌هر حال باید توجه داشت که قراردادها لزوماً برای تأمین کالاها یا خدمات در آینده نیستند اگر بازار سازمان‌یافته‌ای برای آنها موجود باشد، چون در آن صورت یک نیاز آتی در زمان خود قابل برآورده شدن است (اگر من برای شام یک ماه دیگر مواد غذایی بخواهم نیازی ندارم که برای تهیهٔ آن قرارداد ببندم، زیرا می‌توانم آن را در همان زمان خریداری کنم) بنابراین اصولاً برای کالاها و خدمات ویژه است که قراردادهای تولید می‌توانند مفید باشند نه برای آنهایی که به سهولت در بازار در دسترس می‌باشند.

دلیل دیگر برای انعقاد قرارداد، تعیین مجدد یا تسهیم خطرات است که برای هر دو طرف سودمند می‌باشد. قراردادهای بیمه که به‌وسیلهٔ آن بیمه‌گذاران خطرگریز حق بیمه‌هایی می‌پردازند و ازسوی یک بیمه‌گر خنثی در مقابل خطر پوشش داده می‌شوند، یک مثال مقدماتی از موافقت‌نامه‌هایی است که به این خاطر منعقد می‌گردد و مثال‌های دیگر که در آنها تعیین خطر یک جنبهٔ مقدماتی است مثل موافقت‌نامه‌های شرکت در تقسیم کل سود، فراوان است.

دلیل سوم برای انعقاد قراردادها به تفاوت‌های نظرات در خصوص حوادث بعدی مربوط می‌شود. وقتی در سهام قرضهٔ دولتی یا دارایی‌های بادوام معاملاتی روی می‌دهد،

توضیح اغلب این است که، حداقل به‌طور جزئی، خریدار و فروشنده عقاید متفاوتی دربارهٔ قیمت‌های آتی آنها دارند؛ یا وقتی شرط‌بندی رخ می‌دهد، نوعاً توضیح این است که دو طرف عقاید متفاوتی دربارهٔ احتمال وقوع مورد شرط‌بندی دارند.

دلیل چهارم برای انعقاد قرارداد به هشدار دادن درخصوص زمان‌بندی مصرف مربوط می‌شود. وقتی افراد پول قرض می‌گیرند یا قرض می‌دهند، قرارهای دوجانبهٔ سودمندی با یکدیگر می‌گذارند که طرح‌های زمانی مصرف در آنها هشدار داده شده‌اند. البته بیش از یکی از این دلایل ممکن است در یک حالت معین به‌کار روند. به‌عنوان مثال، یک قرارداد رأس‌المالی برای تدارک یک کالا ممکن است علاوه‌بر تدارک کالا موجب تسهیم خطر سودمندی نیز بشود (تصور کنید تولیدکننده یک شخص خطرگیز است).^۱

۲-۳-۱ چرا تضمین قرارداد مطلوب است

درحالی‌که طرفین دلایلی برای انعقاد قراردادها و تهیه طرح‌هایی برای اقدامات آتی نسبت به یکدیگر دارند چرا دوست دارند قراردادهایشان ازسوی محاکم تضمین شوند؟ به عبارتی چرا این امکان وجود دارد که قراردادها درصورت فقدان تضمین یک شخص خارج از قرارداد، نقض شوند و چرا این‌گونه نقض قراردادها برای طرفین نامطلوب خواهد بود؟

سه پاسخ کلی برای این پرسش‌ها وجود دارد. اولین پاسخ این است که بدون تضمین، یک طرف می‌تواند وجوهی را که پیش از انجام قرارداد پرداخت گردیده‌اند برای خود بردارد و این کار معمولاً قرارداد را غیرعملی می‌سازد. به‌عنوان مثال، چون وام‌گیرندگان می‌توانند آنچه را که دریافت کرده‌اند نگهدارند و ملزم به بازپرداخت وام‌ها نیستند، قراردادهای وام بدون تضمین قرارداد ناممکن خواهند بود، یا چون بیمه‌گران می‌توانند حق بیمه‌ها را نگهدارند و ملزم به پوشش زیان‌ها نباشند، بیمه بدون تضمین

۱. اگرچه به اعتقاد من دلایلی که در این قسمت برای وجود قراردادها مورد بحث قرار گرفت مقدماتی است و دلایل دیگری هم وجود دارند. به‌عنوان مثال، طرفین ممکن است بخواهند کیفیت کالاهای فروخته شده در بازار را تضمین کنند و بنابراین به قراردادهایی به این منظور نیاز دارند، یا طرفین ممکن است بخواهند رفتار خاصی را ازطرف دریافت‌کنندگان هبه‌ها ترغیب نمایند و بنابراین بخواهند قراردادهای هبه منعقد کنند (در مورد این قراردادها به قسمت ۲-۴-۳ رجوع کنید).

غیرممکن خواهد شد. بنابراین اکثر قراردادهای مالی، شرط‌بندی‌ها و قراردادهای تسهیم خطر و هر قراردادی به‌استثنای قراردادهای مبادله هم‌زمان پول در مقابل کالاها یا خدمات، بدون وجود تضمین قرارداد غیرعملی خواهند بود.^۱

دلیل کلی دوم برای نیاز طرفین به تضمین قرارداد این است که در غیر این صورت یک طرف ممکن است کالای مورد تعهد را تحویل ندهد یا خدمت مورد تعهد را انجام ندهد.^۲ طرفی که تحویل کالا یا انجام خدمتی را تعهد کرده است ممکن است متوجه شود که فرصت بهتری به‌وجود آمده یا هزینه‌های ایفای تعهد بیش از حد مورد انتظار افزایش یافته است. در چنین شرایطی و در صورتی که مذاکره با طرف دیگر قرارداد مشکل باشد یا احتمال موفقیت در مذاکره بعید باشد، متعهد تصمیم می‌گیرد که به تعهدش عمل نکند. اگر قصوری در انجام تعهد صورت گیرد ولو اینکه اجرای تعهد بهترین حالت باشد چون ارزش آن فراتر از ارزش واقعی می‌باشد، ارزش توافقات قراردادی نزد طرفین کاهش می‌یابد و چنین کاهشی در ارزش قراردادهای را می‌توان با تضمین قراردادهای مورد اجتناب قرار داد.

دلیل سوم برای نیاز به تضمین آن است که بدون وجود تضمین نمی‌توان قیمت را از قبل تعیین کرد یعنی یک وقفه روی خواهد داد - یک طرف ممکن است به‌طور فرصت‌طلبانه درباره قیمت یک معامله بحث کند - که ارزش قرارداد را کاهش یا انقصاد آن را به‌طور کلی مشکل می‌سازد. برای توضیح مطلب، خریداری را در نظر بگیرید که یک میز تحریر سفارشی می‌خواهد که برای او ۱۰۰۰ دلار ارزش دارد و تولید آن برای فروشنده ۷۰۰ دلار هزینه دربر خواهد داشت. در صورت فقدان تضمین قرارداد، خریدار و فروشنده نمی‌توانند قیمتی را که خریدار در زمان تحویل میز خواهد پرداخت از قبل تعیین کنند (توجه کنید که خریدار به فروشنده پیش پرداخت نخواهد داد چون

۱. در مورد تضمین یک تعهد پرداخت قراردادی، مثل بازپرداخت یک وام، ممکن است حداقل بخشی از آن تحت عنوان شبه‌جرم (برای جلوگیری از تبدیل سرمایه‌ها) یا حقوق جزا قرار گیرد تا حقوق قراردادهای؛ اما این موضوع برای اهداف ما چندان مهم نیست زیرا آنچه اهمیت دارد این است که شکلی از تضمین قانونی تعهدات قراردادی مورد نیاز است.

۲. چنین قصوری ممکن است حتی اگر مبادله هم‌زمان پول در مقابل کالا یا خدمات ممکن باشد نیز روی دهد، لذا این دلیل برای تضمین با تضمین مذکور در بند قبل تفاوت دارد.

فروشنده می‌تواند آنچه را که دریافت می‌کند با خود ببرد). خریدار و فروشنده فقط بعد از آنکه فروشنده میز را می‌سازد بر سر قیمت توافق می‌کنند و خریدار در آن زمان پول را در صورت مبادله هم‌زمان با میز به فروشنده خواهد پرداخت. اما در آن موقع، هزینه تولید فروشنده از بین خواهد رفت و او در مقابل وقفه آسیب پذیر خواهد بود؛ زیرا در این وضعیت او یک میز تحریر دارد که به‌طور سفارشی ساخته شده و ارزش جایگزین ندارد.^۱ نتیجه معامله در چنین وضعیتی احتمالاً قیمتی کمتر از هزینه ۷۰۰ دلاری فروشنده و مثلاً ۵۰۰ دلار خواهد بود و چنانچه فروشنده انتظار دریافت فقط ۵۰۰ دلار را داشته باشد، میز تحریر را نخواهد ساخت. این یک واقعیت است ولو اینکه تولید و فروش به قیمتی بین ۷۰۰ تا ۱۰۰۰ دلار مثل ۸۰۰ دلار برای فروشنده و خریدار به‌صورت دوجانبه سودمند خواهد بود. با نگرشی وسیع‌تر می‌توان گفت مشکل وقفه در مرحله مذاکره برای ایفای تعهد و برای پرداخت پول منجر به همه‌گونه کاهش سرمایه‌گذاری در امور قراردادی خواهد شد.^۲

۴-۱-۳ نقص قراردادها

با تعریف قراردادها و در نظر گرفتن دلایل عمومی علت انعقاد و تضمین آنها، اکنون اجازه دهید ماهیت خود قراردادها را بررسی کنیم. یک جنبه از رویه قراردادی که اهمیت قابل توجهی خواهد داشت این است که قراردادها ناقص باشند. قراردادها نوعاً همه‌گونه متغیرها و احتمالات بالقوه‌ای را که به طرفین قرارداد ارتباط دارند حذف می‌کنند. یک قرارداد عکس‌برداری در مراسم عقد احتمالاً بسیاری از احتمالاتی را که ممکن است ایفای تعهد عکاس را دشوار یا غیرممکن سازند و بسیاری از شرایط رفع نیاز زوج به عکس یا دیگر

۱. اشکال مشابه وقفه ممکن است در صورت فقدان تضمین قرارداد به‌وجود آید وقتی طرفین می‌خواهند مالی را که از قبل وجود دارد مثل زمین انتقال دهند؛ به‌عنوان مثال فروشنده ممکن است نگران وقفه به‌وسیله خریدار باشد اگر وی منتظر شود و یک فرصت موجود برای فروش زمینش را به یک شخص جدید از دست بدهد.
۲. ایده تضمین قرارداد، به‌منزله رفع عدم کفایت سرمایه‌گذاری و تلاش در امور قراردادی ناشی از وقفه ابتدائاً در نوشته‌های اقتصادی گروت ۱۹۸۴، کلین، کرافورد و آلشیان ۱۹۷۸ و ویلسون ۱۹۷۵ مورد تأکید قرار گرفت. اما این ایده کلی که تضمین قرارداد از نظر خصوصی و اجتماعی به‌خاطر اینکه تولید و تجارت را تقویت می‌کند، مطلوب است ازسوی اکثر نویسندگان درباره حقوق قراردادها، مطرح شده (معمولاً با تفصیل کم) و به‌نظر می‌رسد که همیشه مورد تقدیر بوده است. به‌عنوان مثال رجوع کنید به ای، ای فرانسورث ۱۹۹۹، ۷-۶، و پوند ۱۹۵۹، ۱۳۴-۱۳۳.

انواع یادگاری‌هایی که می‌خواهند از مراسم عقدشان تهیه شود را دربر نمی‌گیرد. دلایل مختلفی برای تمایل طرفین به ناقص گذاشتن قراردادها وجود دارند. یک دسته از دلایل به تلاش و هزینه احتمالات ممکن و مورد انتظار، مذاکره درخصوص رفع آنها (با در نظر گرفتن اینکه آنها قابل پیش‌بینی هستند) و سپس تعریف آنها به قدر کفایت مربوط می‌شود. به‌ویژه، طرفین قصد مشخص کردن شرایط را برای حوادث با احتمال کم نخواهند داشت زیرا زیان مورد انتظار از این نوع استثناها جزئی خواهد بود، درحالی‌که هزینه درج این شرایط قطعاً وجود خواهد داشت. به‌عنوان مثال، بحث راجع به شرط درخصوص اینکه اگر عکاس در راه رسیدن به مراسم عقد درگیر یک تصادف اتومبیل شود چه خواهد شد حدود ۱۵ دقیقه طول می‌کشد و اگر چنین حادثه‌ای بسیار بعید باشد ارزش نخواهد داشت که طرفین مقرره‌ای برای چنین احتمالی در قرارداد درج کنند.^۱

دلیل کلی دوم برای نقص قراردادها هیچ ارتباطی به دشواری درج یک شرط در قرارداد ندارد بلکه بیشتر هزینه بعدی اجرای یک شرط قراردادی را دربرمی‌گیرد. به‌ویژه اگر هزینه تأمین دلیل برای محاکم مبنی بر اینکه یک احتمال یا شرط مربوط به وقوع پیوسته است زیاد باشد، آن شرط ارزش درج کردن را نخواهد داشت.

سومین دلیل مهم برای نقص این است که برخی احتمالات (مثل اینکه فروشنده دل درد داشته باشد) یا بعضی متغیرها (مثل سطح تلاش فروشنده یا مشکلات فنی تولید) قابل رسیدگی توسط محاکم نیستند. اگر یک احتمال یا ارزش یک متغیر قابل رسیدگی در محاکم نباشد - اگر عدم تقارن اطلاعات بین طرفین و محاکم وجود داشته باشد - درج آن احتمال یا متغیر در قرارداد این امکان را در پی دارد که یکی از طرفین اقامه دعوی درباره آن احتمال یا متغیر را به نفع خود بداند و این امر مشکل ایجاد خواهد کرد (برای مثال، اگر قرارداد مقرر کند در صورتی که فروشنده دل درد داشته باشد الزامی به ایفای تعهد ندارد او برای آن که از انجام تعهدش سرباز زند می‌تواند ادعا کند که دل درد دارد؛ یا اگر قرارداد مقرر کند که خریدار در صورت ضعیف بودن یک خدمت

۱. دقیق‌تر بگوییم، فرض کنید که هزینه گنجاندن یک شرط برای یک احتمال (مورد انتظار) برابر با c باشد و احتمال آن احتمال p باشد و زبانی که طرفین به‌طور مشترک از قصور در گنجاندن شرط برای این احتمال متحمل می‌شوند برابر l باشد. پس طرفین تمایل خواهند داشت که این احتمال را مستثنا کنند اگر زیان مورد انتظار مربوطه pl کمتر از هزینه c درج باشد یعنی اگر p کمتر از c/l باشد.

مجبور به پرداخت در مقابل آن نیست و کیفیت اجرای خدمت نیز قابل رسیدگی در دادگاه نباشد، خریدار همیشه به نفع خود می‌بیند که ادعا کند اجرای قرارداد در حد کمتر از حد استاندارد معمول بوده است تا بتواند از الزام به پرداخت فرار کند). باید توجه داشت که حتی اگر طرفین بتوانند خودشان احتمالات و متغیرهای معین را رسیدگی کنند، قراردادهایی که شامل آنها می‌شود هنوز غیرعملی خواهند بود اگر محاکم نتوانند صحت و سقم آنها را تعیین کنند (حتی اگر خریدار سطح تلاش فروشنده را بداند، قرارداد مبتنی بر سطح تلاش غیرعملی خواهد بود اگر دادگاه نتواند سطح آن را تعیین کند، زیرا هم فروشنده و هم خریدار می‌توانند دعاوی نادرست درباره آن مطرح کنند). البته می‌توان بسیاری از متغیرهایی را که غیرقابل تعیین به نظر می‌رسند قابل تعیین کرد (شاید کیفیت اجرای خدمت را بتوان از طریق نوار ویدئو قابل تعیین کرد) اما چنین کاری مستلزم هزینه خواهد بود.

عامل چهارمی که نقص قراردادها را توضیح می‌دهد این است که نتایج مورد انتظار نقص ممکن است برای طرفین قرارداد چندان مضر نباشند.^۱ تفصیل مطلب آنکه، دادگاه ممکن است همان‌گونه که ما قصد داریم بحث کنیم، یک قرارداد ناقص را به روش مطلوبی تفسیر کند، به علاوه، همان‌طور که خواهیم دید، چشم‌انداز اجبار به پرداخت خسارات برای نقض قرارداد ممکن است به عنوان یک جانشین ضمنی برای شرایط مفصل‌تر عمل کند زیرا طرفین را وامی‌دارد تا به همان گونه‌ای عمل کنند که تحت شرایط مفصل‌تر عمل خواهند کرد. به علاوه، فرصت مذاکره مجدد یک قرارداد اغلب راهی برای طرفین باز می‌کند تا شرایط را در پرتو اوضاع و احوالی که مقررات قراردادی برای آن ایجاد نشده‌اند تغییر دهند و آن چیزی را انجام دهند که اگر در وهله اول یک قرارداد مفصل‌تر می‌نوشتند مقرر کرده بودند. سرانجام، نقص ممکن است اصلاً مهم نباشد چون به حوادث بی‌ارتباط با قرارداد مربوط می‌شود. تعداد بی‌شماری از این‌گونه حوادث بی‌ارتباط وجود دارند - به عنوان مثال، اینکه در جایی در دنیا باران می‌بارد به

۱. در منطق محض، این یک دلیل مستقل برای نقص نیست اما دلیلی است که دلایل قبلی را تکمیل می‌کند: هرچه زیان‌های ناشی از نقص کمتر باشد، این احتمال بیشتر است که طرفین هزینه‌های درج یا اجرای شرایط را قابل ارزش تحمل نیابند و به احتمال بیشتر آنها تحمل هزینه‌های قابل رسیدگی کردن یک متغیر را برای دادگاه فاقد ارزش می‌یابند.

طرفین قرارداد عکس برداری مراسم عقد ارتباطی نخواهد داشت - و طرفین طبعاً به وضوح شرایطی برای حوادث بی ارتباط مشخص نخواهند کرد زیرا هزینه انجام چنین کاری قطعی خواهد بود.

۵-۱-۳ تفسیر قراردادها

با در نظر گرفتن اینکه طرفین قراردادها را ناقص می گذارند، طبیعتاً پرسش هایی در خصوص تفسیر قراردادها از سوی محاکم ایجاد می شود. به عنوان یک موضوع کلی، طرفین می خواهند قراردادهای ناقص به نحوی تفسیر شوند که گویی خود آنها زمان و تلاش صرف کرده اند تا شرایط مفصل تر را تعیین کنند.^۱ به عنوان مثال، فرض کنید که یک سازنده و یک خریدار مشخص نکرده اند که آیا اگر قیمت های مصالح به سرعت افزایش یابند سازنده باید به تعهدش عمل کند، اما اگر این شرط را درج می کردند، سازنده را از الزام به ایفای تعهد در آن شرایط مبری می ساخت. این اشخاص در صورت گران شدن مصالح از دادگاه ها خواهند خواست تا قرارداد ناقص را متناسب با چنان شرایطی تفسیر کنند.^۲

امکان تفسیر صحیح قصد طرفین از سوی دادگاه ها صرفاً دربردارنده مزیت مستقیم

۱. باید توجه داشت که چنین تفسیری فقط وقتی دلیل نقص عبارت از تلاش برای پیش بینی یا هزینه طرفین برای تعیین شرایط بیشتر باشد قابل اجرا در محاکم می باشد. وقتی دلیل نقص آن است که دادگاه نمی تواند یک شرط را معین کند (مثل سطح تلاش عکاس مراسم عقد)، دادگاه ها نمی توانند برای تکمیل قرارداد تلاش کنند (با در نظر گرفتن سطح تلاش عکاس).

۲. برای توضیح اینکه چرا طرفین سود خواهند برد، فرض کنید که فروشنده بر افزایش قیمت قرارداد تا ۱۰۰ دلار اصرار می کرد اگر مجبور بود وقتی قیمت ها خیلی بالا هستند قرارداد را اجرا کند - به منظور پوشش افزایش هزینه های مورد انتظارش - اما خریدار صرفاً یک ارزش مورد انتظار ۵۰ دلاری برای اجرا در آن شرایط قائل می شود. پس اگر دو طرف می خواستند یک شرط صریح در رابطه با قیمت های بالا در قرارداد پیش بینی کنند، این شرط بیان می کرد که فروشنده نباید به تعهدش عمل کند چون خریدار قصد ندارد ۱۰۰ دلار اضافی را برای یک منفعت ۵۰ دلاری بپردازد. اگر دادگاه قرارداد را بدین ترتیب تفسیر کند، طرفین سود خواهند برد. به هر حال اگر دادگاه قصد طرفین را نادرست تفسیر کند و آنها این را بدانند، آنگاه هزینه قرارداد برای خریدار تا ۱۰۰ دلار در مقابل یک منفعت ۵۰ دلاری افزایش می یابد و این باعث می شود که قرارداد برای او ارزش کمتری داشته باشد. در نتیجه این تفسیر و تفسیر اشتباه مشابه، تمایل خریدار برای پرداخت در مقابل قرارداد کاهش می یابد که به فروشنده نیز صدمه خواهد زد. متقابلاً، تفسیر صحیح به سود هر دو طرف خواهد بود.

برای طرفین نیست. مزیت غیرمستقیم نیز دربردارد، زیرا به طرفین اجازه می‌دهد که شرایط صریح‌تر را حذف و هزینه‌های تهیه پیش‌نویس و مذاکره را پس‌انداز کنند. بیان ریاضی چگونگی ارزیابی یک روش تفسیر قرارداد روشن‌گر این نکته است که تفسیر اثرات مستقیم و غیرمستقیم دارد. ارزیابی ریاضی به‌شرح ذیل است: با در نظر گرفتن روش M برای تفسیر قرارداد، ابتدا تعیین کنید که طرفین یک قرارداد به‌طور منطقی چه شرایطی را برای درج در قرارداد انتخاب می‌کنند، با فرض اینکه طرفین می‌دانند روش M برای تفسیر قراردادهاشان مورد استفاده قرار خواهد گرفت (به عبارت دیگر، اثر غیرمستقیم استفاده از M را در نظر می‌گیرند)^۱ و دوم رفاه اجتماعی را محاسبه کنید با تعیین آنکه طرفین چه شرایطی را در قرارداد خواهند آورد و محاکم چگونه نقایص را تفسیر خواهند نمود.^۲ درباره وظیفه تفسیر دادگاه‌ها باید چندین توضیح داده شود. ابتدا موقعیتی را در

۱. یک طرح خلاصه از چگونگی اجرای این مطلب به‌شرح ذیل است. فرض کنید که طرفین در نظر دارند شرط t را در قراردادشان درج کنند. هر طرف می‌تواند مطلوبیت مورد انتظارش را محاسبه کند اگر t ذکر نشود، با در نظر گرفتن آنکه روش M برای تفسیر قرارداد استفاده خواهد شد اگر یک احتمال مربوط به t به‌وجود آید. (برای محاسبه مطلوبیت مورد انتظار، باید فرضیاتی درباره تعیین قیمت قرارداد صورت گیرد، مثل اینکه قیمت به‌نحوی است که یک طرف درصد ثابتی از اضافه را کسب می‌کند). هر طرف همچنین می‌تواند مطلوبیت مورد انتظارش را محاسبه کند اگر t در قرارداد ذکر شود؛ این محاسبه هزینه درج t را در نظر خواهد گرفت. تصور این نکته طبیعی است که قرارداد t را دربر نخواهد گرفت اگر هر دو طرف با انجام آن سود ببرند، و اینکه قرارداد شامل t خواهد شد اگر هریک از طرفین متقاضی آن باشد.

۲. روش تفسیر به حداکثر رساننده رفاه اجتماعی را می‌توان آزادانه به‌عنوان چیزی توصیف کرد که جمع هزینه‌های تحریر (هزینه درج شرایط) به‌اضافه هزینه‌های تفسیر اشتباهی را به حداقل می‌رساند (هدف رفاه اجتماعی دقیقاً همین خواهد بود اگر رفاه اجتماعی معادل مجموع مطلوبیت‌های طرفین باشد و آنها خنثی در مقابل خطر باشند). بنابراین، روش M که میل دارد منعکس‌کننده دقیق خواست طرفین باشد هزینه‌های خطا را کاهش می‌دهد، و همچنین (همان‌گونه که در پاورقی پیشین توضیح داده شد) به‌سوی مستثنا کردن شرایط هدایت می‌کند و لذا هزینه‌های تحریر را کاهش می‌دهد؛ بنابراین مزیت‌های مستقیم و غیرمستقیم روش M در حساب جامع و فاضل ریاضی وارد می‌شوند همان‌گونه که در متن بیان گردید. باید توجه داشت که روش مطلوب تفسیر ممکن است شامل ظرافت‌هایی باشد. به‌عنوان مثال، طبق روش مطلوب، ممکن است یک شرط به طریقی تفسیر نشود که در اکثریت معاملات بهترین است. فرض کنید که شرط t_1 در اکثریت معاملات بهترین است و اینکه طرفین این معاملات می‌توانند t_1 را به‌صراحت با هزینه کم بر مبنای هر قرارداد، درج کنند زیرا آنها بازیگران مکرر هستند. فرض کنید شرط t_2 فقط در اقلیت معاملات بهترین است، اما برای طرفین این معاملات درج t_2 به‌صراحت در قرارداد بر مبنای هر قرارداد ارزان نیست چون آنها بازیگران مکرر نیستند. پس روش مطلوب تفسیر، t_2 را شرط ثابت در یک قرارداد ناقص می‌داند ولو اینکه آن شرط فقط در اقلیت معاملات بهترین محسوب می‌شود.

نظر بگیرید که در آن یک خلأ لفظی در قرارداد وجود دارد، مانند قرارداد عکس برداری از مراسم عقد که لزوم فیلم برداری ویدئویی در روز آفتابی و اکتفا به عکاسی در روز بارانی را ذکر می کند اما در اعلام اینکه در روزهای ابری چه باید کرد کوتاهی می کند. در چنین حالتی، محاکم می دانند که باید خلأ را پر کنند و اگر یک روز ابری پیش آید باید بگویند چه کاری باید انجام گیرد؛ بنابراین کار دادگاهها این است که با استفاده از مدارک تعیین کنند که طرفین چه می خواسته اند.

اکنون یک قرارداد ناقص را در نظر بگیرید که خلائی ندارد، مثل قراردادی که می گوید عکاس مراسم عقد باید در صورت غیربارانی بودن هوا از جشن فیلم ویدئویی تهیه کند و اگر هوا بارانی باشد باید عکس گرفته شود. این قرارداد به طور ضمنی روزهای ابری را پوشش می دهد - باید در چنین روزهایی از جشن تصاویر ویدئویی گرفته شود - اما هنوز ممکن است ابهاماتی درباره قرارداد وجود داشته باشد: آیا طرفین واقعاً منظورشان این بوده که در روزهای ابری تصاویر ویدئویی از جشن گرفته شود، یا چنین منظوری نداشته اند و به خاطر هزینه انجام چنین کاری و شاید با علم به اینکه اگر هوا ابری باشد، محاکم چگونه قراردادشان را تفسیر خواهند کرد ذکر صریحی از روزهای ابری به عمل نیآورده اند؟^۱ قراردادهای ناقصی که حاوی خلأ لفظی نیستند همیشه شامل چنین ابهاماتی درباره قصد واقعی طرفین می باشند و در نتیجه نیاز به تفسیر قضایی روشن نیست و در نتیجه امکان اینکه دادگاهها در تعیین آنچه طرفین می خواهند اشتباه کنند افزایش می یابد.^۲

۳-۱-۶ مقیاسهای خسارت برای نقض قرارداد

۳-۱-۶-۱ تعریف مقیاسهای خسارت

همان گونه که در قسمت ۳-۱-۱-۳ مورد توجه قرار گرفت، وقتی طرفین قراردادی را

۱. ابهامی که در اینجا به آن اشاره می کنم ممکن است وقتی ایجاد شود که طرفین درک روشنی از اینکه دادگاهها چگونه نقایص را تفسیر خواهند کرد ندارند؛ لذا این وضعیت ممکن است بسیار پیچیده تر از وضعیتی باشد که در دو پاورقی پیشین توصیف شد و در آن من فرض کردم طرفین مطمئناً روش M برای تفسیر را می شناسند.

۲. درخصوص جنبه های مختلف تفسیر قرارداد، به عنوان مثال رجوع کنید به آیریس و گرتنر ۱۹۸۹، هادفیلد ۱۹۹۴، کاتز ۱۹۹۰ ج، کاتز ۱۹۹۸ و شوارتز ۱۹۹۲.

نقض می‌کنند، غالباً مجبور به پرداخت خسارت هستند. مقیاس خسارت - یعنی قاعده یا دستور حاکم بر آنچه طرف ناقض باید بپردازد - می‌تواند از سوی محاکم اعمال گردد یا از قبل از سوی طرفین قرارداد مقرر شود (در این حالت گاهی خسارات وجه‌التزام نامیده می‌شوند چون قرار است تعهدات قانونی طرف ناقض قرارداد را تصفیه کنند و خاتمه دهند).^۱ می‌توان از طرفین انتظار داشت که مقیاس خسارت مورد قبول خودشان را که بهتر از مقیاس مورد قبول دادگاه به اهدافشان خدمت می‌کند تعیین کنند و در غیر این صورت به محاکم اجازه دهند که مقیاس خسارت را انتخاب کنند. در هر دو صورت، من اکنون عملکرد و مطلوبیت مقیاس‌های خسارت را بر طرفین قرارداد بررسی می‌کنم.

۲-۶-۱-۳ مقیاس‌های خسارت و انگیزه‌های ایفای تعهدات قراردادی

واضح است که مقیاس‌های خسارت با الزام طرفین به پرداخت خسارات عدم اجرای تعهدات، به طرفین انگیزه اجرا می‌دهند. فرض کنید خریدار می‌خواهد یک میز تحریر سفارشی ساخته شود و مقیاس خسارت برای تخلف فروشنده ۸۰۰ دلار است. پس فروشنده به ساختن میز تحریر ترغیب می‌شود اگر از انجام آن سود ببرد یا اگر زیان‌های او کمتر از ۸۰۰ دلار باشد، اما فروشنده مرتکب نقض قرارداد خواهد شد چنانچه زیان‌هایش ناشی از اجرای قرارداد برای او بیش از ۸۰۰ دلار باشد. بنابراین، یک مقیاس خسارت یک حد خاص از انگیزه برای اجرای قرارداد به وجود می‌آورد و به‌طور کلی بدیهی است که هرچه میزان خسارت بالاتر باشد انگیزه برای اجرای قرارداد نیز بیشتر خواهد بود.

۱. یک ابهام ممکن در معنای کلمه «نقض» وجود دارد. منظور از نقض در زبان معمولی این است که یک طرف آنچه را قرارداد نشان می‌دهد که او انجام خواهد داد به انجام نمی‌رساند. به عنوان مثال، اگر قرارداد بیان می‌کند که فروشنده کالاها را تحویل می‌دهد و فروشنده این کار را نکند گفته می‌شود که او قرارداد را نقض کرده است. به هر حال، فرض کنید قرارداد حاوی وجه‌التزامی است که مقرر می‌دارد چنانچه فروشنده کالاها را تحویل ندهد باید ۱۰۰ دلار خسارت بپردازد. پس اگر او کالاها را تحویل ندهد و ۱۰۰ دلار را بپردازد ممکن است گفته شود که قرارداد را نقض نکرده است چون آنچه را که مورد نیاز قرار داده بوده انجام داده یعنی ۱۰۰ دلار را پرداخت کرده است. در چنین مواردی که قرارداد حدود خسارت را معین می‌کند ما هنوز به واقع‌ای که در آن شخص چیزی را که در قرارداد تعیین گردیده انجام نمی‌دهد و به جایش خسارات را می‌پردازد به عنوان نقض خطاب می‌کنیم. در هر صورت، موضوع مورد بحث واقعاً به معنی عبارات بستگی دارد زیرا به هر حال ما انتخاب می‌کنیم که رفتار طرفین را توصیف کنیم، تحلیل ما از رفتار تحت قراردادهای مختلف و تحت قواعد حقوقی مختلف یکسان خواهد بود.

الف) بهترین مقیاس خسارات وقتی قراردادهای کاملاً معین هستند: چه مقیاس خساراتی بهترین انگیزه اجرای قرارداد را برای طرفین تأمین می‌کند؟ یعنی چه مقیاس خسارتی مطلوبیت‌های مورد انتظار طرفین را از انعقاد قرارداد بیشتر افزایش می‌دهد؟ ممکن است به نظر رسد که یک مقیاس خسارت بالا و حتی یک خسارت ناشی از مجازات بهترین مقیاس باشد، زیرا انگیزه قوی برای متابعت از قرارداد می‌دهد. در صورتی که قراردادی واقعاً به طور کامل معین شده باشد. این نظر صحیح است در آن صورت، یک مقیاس خسارت بالا - آنقدر بالا که هیچ طرفی قرارداد را نقض نکند - به نفع هر دو طرف خواهد بود زیرا آنها را مطمئن می‌سازد که قرارداد دقیقاً رعایت خواهد شد.^۱

اجازه دهید فرض کنیم که خریداری برای داشتن یک میز تحریر ۱۰۰۰ دلار ارزش قائل است. اگر چنین قراردادی سودمند دوجانبه و کاملاً معین باشد، فروشنده باید میز تحریر را بسازد اگر هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار باشد؛ اما اگر هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار باشد، از انجام قرارداد معاف می‌شود (درواقع، خریدار مایل به پرداخت پول کافی به فروشنده برای ترغیب و الزام وی به میز تحریر خواهد بود اگر هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار باشد، اما اگر هزینه بیش از هزار دلار باشد خریدار تمایلی به پرداخت پول کافی به فروشنده و الزام وی به ساختن میز نخواهد داشت).

اکنون به دو نکته درباره نتیجه حاصله در صورتی که مقیاس خسارت برای نقض به اندازه کافی بالا باشد تا اجرای شرایط قرارداد را تضمین کند توجه کنید: اول، فروشنده به ساخت میز ترغیب می‌شود اگر هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار باشد اما دوم، فروشنده ترغیب به ساخت میز نمی‌شود وقتی هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار باشد زیرا قرارداد به طور کاملاً معین آن را نخواست و بنابراین اگر فروشنده در چنین شرایطی در ساخت میز تحریر قصور کند خسارتی نخواهد پرداخت. این اظهار بدون توجه به اینکه خسارات برای نقض چقدر بالا هستند واقعیت دارد. متقابلاً، به موجب مقیاس خسارتی که آنقدر بالا نیست تا اجرای قرارداد را موجب شود، همان وضعیت‌های

۱. یک راه متفاوت‌تر برای بیان این نکته که طرفین نمی‌خواهند قرارداد را نقض کنند این است که این فرضیه که طرفین در بعضی شرایط می‌خواهند قرارداد را نقض کنند با این فرض که قرارداد کاملاً معین در آن شرایط مطلوب دو طرف است تناقض دارد (و می‌توانست تغییر یابد تا عدم اجرای قرارداد در آن شرایط را مجاز بداند اما تغییر پیدا نکرد).

فرضی که در آن هزینه ساخت کمتر از ۱۰۰۰ دلار است وجود خواهد داشت و فروشنده تصمیم به نقض قرارداد می‌گیرد و خسارات را می‌پردازد. بنابراین، نتایج واقعی تحت این قرارداد با آنچه مورد نظر طرفین است تفاوت خواهد داشت و می‌توان نشان داد که تعیین این مقیاس پایین‌تر به جای مقیاس خسارت بالاتری که همیشه اجرای قرارداد را موجب می‌شود، طرفین را متضرر خواهد کرد.

به موجب دلالت این مثال تحت مقیاس خسارتی که به قدر کفایت بالاست تا لزوماً اجرای یک قرارداد کاملاً معین سودمند دوجانبه را موجب شود، الف) اجرای قرارداد همیشه تضمین می‌گردد، ب) باین حال هیچ خطری از باب الزام طرف به اجرا در شرایط طاقت‌فرسا وجود ندارد و هیچ خطری از حیث الزام به تحمل خسارات بالای ناشی از نقض قرارداد وجود نخواهد داشت. نکات اخیر واقعیت دارند چون وقتی اجرا طاقت‌فرسا باشد، قرارداد کاملاً معین شده و سودمند دوجانبه لازم‌الاجرا نخواهد بود.

ب) بهترین مقیاس خسارات وقتی قراردادها ناقص هستند: وقتی قراردادها کاملاً معین نشده‌اند، مقیاس‌های خسارتی که به اندازه کفایت بالا هستند تا به اجرای قرارداد ناقص منتهی شوند یا به طور مکرر به اجرای آن قرارداد ختم شوند، برای طرفین غالباً نامطلوب می‌باشند و فقط خسارت‌های متوسط مطلوب هستند زیرا وقتی اجرای قرارداد ناقص دشوار باشد به نقض قرارداد منجر خواهد شد.

قبل از توضیح این نکته، اجازه دهید مثال قبلی را مجدداً بررسی کنیم. فرض کنید قرارداد صرفاً بیان می‌کند که فروشنده باید میز را برای خریدار بسازد و خریدار پول آن را در ابتدا پرداخت کند. در این حالت قرارداد حاوی شرایط مشخص نیست و شاید دلیل آن اجتناب از هزینه صرف وقت برای درج شرایط در قرارداد باشد. با در نظر داشتن آنکه این قرارداد ناقص تحت هر شرایطی لازم‌الاجرا است، یک مقیاس بالای خسارات برای تضمین اجرا و قطعی ساختن آن لازم خواهد بود. به عنوان مثال، اگر هزینه‌های تولید بالاتر از ۵۰۰۰ دلار باشد، مقیاس خسارت برای نقض باید فراتر از ۵۰۰۰ دلار باشد تا اجرای قرارداد را تضمین کند؛ زیرا یک مقیاس کمتر مثل ۳۰۰۰ دلار هر وقت هزینه تولید بالاتر از ۳۰۰۰ دلار رود منجر به نقض قرارداد می‌شود.

در این وضعیت یک مقیاس خسارت که آنقدر بالاست تا به اجرای قرارداد ناقص در همه اوقات منجر شود ممکن است به نتایجی بسیار متفاوت با نتایج تحت قرارداد کاملاً معین سودمند دوجانبه منتهی شود: به موجب قرارداد کامل میز فقط وقتی ساخته خواهد شد که هزینه تولیدش کمتر از ارزیابی ۱۰۰۰ دلاری خریدار باشد درحالی که به موجب قرارداد ناقص با مقیاس خسارت بالا، میز حتی وقتی هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار باشد ساخته خواهد شد.

همان طور که ملاحظه خواهد شد طرفین با استفاده از مقیاس خسارت بالا متضرر خواهند شد چون اجرای قرارداد مضر خواهد بود، زیرا فروشنده از خریدار قیمت بالاتری خواهد گرفت چون تقبل اجرای قرارداد برای وی پرهزینه خواهد بود و خریدار ترجیح می دهد که در این شرایط پرهزینه از اجرای قرارداد صرف نظر کند تا از قیمت قراردادی پایین تر منتفع شود. به هر حال، یک مقیاس خسارت متوسط به مشکل اجرای افراطی منجر نخواهد گشت اما اگر خسارات کمتر از سطوح بالای هزینه تولید باشند، فروشنده با مشاهده هزینه تولید بالا مرتکب نقض خواهد شد. درحقیقت اگر مقیاس خسارت معادل ۱۰۰۰ دلار یعنی ارزش میز تحریر برای خریدار باشد، دقیقاً وقتی فروشنده به سوی اجرای قرارداد هدایت می شود که در یک قرارداد کاملاً معین سودمند دوجانبه شرکت کرده باشد: زیرا چنین قراردادی به فروشنده اجازه می دهد وقتی قرارداد را اجرا کند که هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار باشد و اگر هزینه تولید بیش از ۱۰۰۰ دلار باشد او می تواند قرارداد را نقض کند و خسارت بپردازد. این مقیاس خسارت که معادل ارزش اجراست، مقیاس انتظار است که معمول ترین مقیاس خسارات مورد استفاده است و همان گونه که در بخش ۳-۳ خواهیم دید، این مقیاس تحت شرایط نسبتاً عمومی منتهی به اجرا خواهد شد که طرفین خواستار آن هستند.

از آنجا که مقیاس های خسارت متوسط اجازه نقض قراردادهای ناقص را در صورت گران تمام شدن اجرا می دهند و هنگامی که گران نباشد طرفین را به اجرای قرارداد ترغیب می کنند، مقیاس های خسارت متوسط تحت شرایطی مشابه (و در مثال، یکسان با آنها) تحت قراردادهای کاملاً معین سودمند دوجانبه منتهی به اجرا می شوند. این مطلب همان طور که بعداً بیان خواهد شد نشان می دهد که مقیاس های خسارت

متوسط نسبت به مقیاس‌های خسارت دیگر برای هر دو طرف ترجیح دارند.^۱

ج) مقیاس‌های خسارت متوسط به عنوان جایگزین‌های ضمنی برای قراردادهای کامل‌تر عمل می‌کنند: یک دلالت ضمنی برای ترجیح مقیاس‌های خسارت متوسط این است که چنین مقیاس‌های خسارتی به عنوان جایگزین‌هایی برای قراردادهای مفصل عمل می‌کنند. دیده شده است که اگر یک قرارداد شرایط بیان‌کننده زمان اجرا و شرایط انصراف از اجرا را ذکر نکند، استفاده از یک مقیاس خسارت متوسط که به طور مناسب انتخاب شده باشد، تقریباً در همان شرایطی که طرفین در صورت تنظیم یک قرارداد کامل‌تر ذکر می‌کردند، به اجرا منتهی خواهد شد. یعنی به اجرای قرارداد فقط وقتی چندان سنگین نیست، و نه در غیر این صورت، ترغیب خواهند شد. بنابراین، فرصت طرفین برای به کارگیری مقیاس‌های خسارت متوسط به آنها اجازه می‌دهد قراردادهایی بنویسند که فاقد جزئیات مفصل باشند با علم به اینکه تقریباً هر وقت بخواهند اجرا صورت خواهد گرفت.

ارزش مقیاس‌های خسارت برای طرفین به عنوان جایگزینی برای قراردادهای کامل‌تر، به هزینه‌های معامله استفاده از مقیاس‌های خسارت در مقایسه با هزینه‌های تعیین قبلی جزئیات دقیق‌تر قراردادهای بستگی دارد. همچنین مقیاس‌های خسارت قادرند به طور ضمنی در جهت تکمیل قراردادهای در هنگامی که تکمیل آنها به خاطر عدم توانایی محاکم در تعیین وقوع احتمالات ناممکن است عمل کنند.

فرض کنید هزینه تولید و ساخت میز تحریر در مثال ما چیزی است که ذاتاً برای محاکم قابل مشاهده و محاسبه نیست، زیرا به عوامل ویژه که با نجاری تخصصی سروکار دارند بستگی دارد و این امر متقاعد ساختن دادگاه را در این مورد که هزینه تولید بالا خواهد بود برای سازنده غیرعملی می‌سازد. پس قراردادی که مقرر می‌کند وقتی هزینه تولید بالاست هیچ تولیدی نباید صورت گیرد عملی نخواهد بود؛ اما قراردادی با یک مقیاس خسارت متوسط ۱۰۰۰ دلاری برای نقض، عملی خواهد بود و به نتیجه‌ای که طرفین می‌خواهند یعنی عدم ایفای تعهد در شرایطی که هزینه تولید بالاست منجر

۱. به ویژه، در بخش ۳-۳ نشان داده خواهد شد که هر دو طرف در هنگام تحریر قرارداد غالباً مقیاس انتظار را بر دیگر مقیاس‌های خسارت ترجیح می‌دهند.

می‌شود و این امر بدون اعلام رأی دادگاه و تعیین صحت و سقم این ادعا که هزینه تولید بالاست، عملی خواهد بود.

د) وقتی وظایف قراردادی مالی هستند، مقیاس‌های خسارت نمی‌توانند به‌عنوان جایگزینی برای قراردادهای کاملاً معین عمل کنند: اگر قراردادی ناقص و تعهد وظیفه قراردادی یک طرف پرداخت مبلغی پول باشد، یک مقیاس خسارت نمی‌تواند اجرای قرارداد را به‌گونه‌ای که در یک قرارداد کامل‌تر متصور بود ترغیب کند. یک قرارداد ساخت بنا را در نظر بگیرید و تعهد خریدار به پرداخت یک میلیون دلار به فروشنده وقتی ساخت به اتمام رسد. فرض کنید یک قرارداد کامل می‌گوید چنانچه خریدار متحمل شکست مالی شده است مجبور است فقط ۷۰۰ هزار دلار بپردازد. اگر قرارداد ناقص باشد و ماده‌ای برای شکست مالی نداشته باشد، استفاده از یک مقیاس خسارت نمی‌تواند تعهد خریدار را در آن شرایط منتفی سازد و به‌ویژه، خسارت باید یک میلیون دلار باشد تا خریدار را به انجام آنچه در شرایط عادی تعهد کرده است (یعنی پرداخت یک میلیون دلار) ترغیب کند؛ با وجود این، اگر چنین باشد خریدار باید همان کار را وقتی متحمل شکست مالی می‌شود نیز انجام دهد.^۱

بنابراین، به‌طور کلی، هنگامی که تعهدات قراردادی مالی هستند، مقیاس‌های خسارت نمی‌توانند قراردادهای ناقص را تکمیل کنند و فقط قادرند اجرای قرارداد ناقص را ترغیب کنند. از این‌رو، برای آنکه طرفین از مشکلات ناشی از نقص قراردادهای اجتناب کنند، یا باید به تفسیر محاکم از قراردادهایشان اتکا کنند (شاید محاکم تعهد خریدار به پرداخت را در صورتی که با شکست مالی مواجه شده باشد کاهش دهند) یا این زحمت را به‌خود بدهند که از ابتدا قرارداد کامل‌تری بنویسند. این نکته تعهدات طرفین به پرداخت را در قراردادهای تدارک کالاها و در عموم قراردادهای مالی شامل می‌شود (وام‌ها، بیمه و نظایر آن).

۱. به این تفاوت وقتی تعهد یک‌طرف انجام عملی است و نه پرداخت پول توجه کنید، اگر عمل، مثل ساخت چیزی، برای شخص دشوار یا گران شود او می‌تواند این بار مسئولیت را با پرداخت یک مبلغ معین به‌عنوان خسارت از دوشش بردارد، اما وقتی خود تعهد او پولی است، پرداخت خسارت معادل آن مبلغ نمی‌تواند کمکی برای او باشد.

۳-۱-۶-۳ آیا نقض قرارداد و پرداخت خسارات غیراخلاقی است؟

بحث قسمت ۳-۱-۶-۲ بر این پرسش غالباً مطرح پرتو می‌افکند که آیا نقض قرارداد یک عمل غیراخلاقی مثل نقض عهد تلقی می‌شود.^۱

برای درک و ارزیابی این سؤال، اجازه دهید فرض کنیم نوع عهدی که باید ایفا شود یک عهد کاملاً معین است که می‌توان تصور کرد طرفین آن را پذیرفته‌اند. این فرض طبیعی است زیرا طبق تعریف، فقط عهد کاملاً معین است که بر خواست طرفین در هرگونه شرایط احتمالی مربوط به آنها صراحت دارد. و اگر طرفین چیزی متفاوت با آنچه عهد نامعین برای آن شرایط بیان می‌کند مقرر کرده باشند و اگر دلیل آنکه چیزی برای آن شرایط مقرر نکرده‌اند این باشد که صرف وقت برای انجام این کار برای آنها راحت نبوده است، تفسیر عهد نامعین به صورتی که دربرگیرنده خواست طرفین در یک شرایط خاص قلمداد شود طبیعی نخواهد بود.

اگر بپذیریم که قرارداد کاملاً معین نشانگر عهد طرفین است که باید حفظ شود و قراردادهای ناقص چیزی نیستند که باید حفظ شوند، می‌توانیم بگوییم دیدگاهی که نقض قراردادها و پرداخت خسارات را غیراخلاقی می‌داند، مغشوش است و گاهی می‌تواند جانب مخالف واقعیت را بگیرد. قرارداد ناقصی را برای ساخت میز تحریر که برای خریدار ۱۰۰۰ دلار ارزش دارد در نظر بگیرید که هیچ‌گونه احتمالی راجع به هزینه تولید را معین نمی‌کند و مقیاس انتظار، خسارات برای نقض آن را تعیین خواهد کرد. به موجب این مقیاس، هروقت هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار رود نقض اتفاق می‌افتد. در چنین مواردی، عدم ایفای تعهد دقیقاً همان چیزی است که در قرارداد کاملاً معین مجاز دانسته شده و آنچه را که طرفین انتظار دارند انجام شود نشان می‌دهد. بنابراین به نظر می‌رسد که نقض قرارداد با استناد به مقیاس خسارت، توافق عهد شده واقعی طرفین را برآورده و عملی می‌سازد نه آنکه آن را ملغی کند؛ در این مفهوم، واقعیت درباره نقض و مقیاس‌های خسارت، مخالف آن چیزی است که در چارچوب دیدگاه غیراخلاقی دانستن نقض قرارداد

۱. در نوشته‌های فلسفی برای مثال رجوع کنید به کانت (۱۷۸۵) ۱۹۹۸، ۱۵، ۳۲، ۳۸ و راس ۱۹۳۰، فصل ۲، و سرل ۱۹۶۴، و در نوشته‌های حقوقی برای مثال رجوع کنید به فراید ۱۹۸۱، فصل ۲-۱. این نظرات در کاپلو و شاول ۲۰۰۲ ب، ۱۶۵-۱۵۷ مرور شده‌اند.

بیان شده است.^۱ به عبارت صریح‌تر دیدگاه مزبور از قصور در شناسایی امکان اجرای قراردادهای ناقص و بی‌توجهی به حقایق و دلایل تجربی ناشی می‌شود.^۲

۴-۶-۱-۳ انگیزه‌هایی برای اعتماد

کارکرد دیگر مقیاس‌های خسارت برای نقض این است که چون اجرای قرارداد را تشویق می‌کنند، به طرفین قرارداد انگیزه‌هایی برای اقدام‌های متکی بر اطمینان از اجرای قرارداد می‌دهند. این اقدامات می‌توانند ارزش قراردادها را برای طرفین بالا ببرند و موجب منفعت بردن آنها شوند. به عنوان مثال، یک صاحب رستوران که انتظار ساخت یک رستوران به وسیله سازنده‌اش را دارد می‌تواند پرسنل خود را استخدام کند و آموزش دهد و افتتاح رستوران را تبلیغ کند و در نتیجه سودآوری قرارداد را افزایش دهد. چنین اقدامات انکایی، محصول فرعی اعتماد به اجرای قرارداد هستند که با استفاده از مقیاس‌های خسارت به وجود می‌آیند. به این ترتیب ممکن است تصور شود که ترغیب اعتماد لزوماً چیز خوبی است؛ اما گاهی نیز ممکن است استفاده از مقیاس‌های خسارت به اعتماد بیش از حد منتهی شوند و این نکته در بخش ۳-۳ دقیقاً تشریح خواهد شد.

۵-۶-۱-۳ تحمل خطر

سومین کارکرد مهم مقیاس‌های خسارت به تخصیص خطر مربوط می‌شود. به‌ویژه، چون پرداخت خسارات تا حدی خسارات قربانی نقض را جبران می‌کند، مقیاس باید مطلوب دو طرف باشد و اگر قربانی خطرگریز بود مثل یک شکل ضمنی بیمه قلمداد شود. به این دلیل، مقیاس‌های خسارت ممکن است براساس زمینه‌های تحمل خطر، برای طرفین جاذبه اضافی داشته باشند.

۱. این نکته ابتدا در شاول ۱۹۸۰ ب مطرح شد.

۲. مبدا مقصودم را درست بیان نکرده باشم، آنچه من گفته‌ام به این مفهوم است که نقض قرارداد ممکن است غیراخلاقی باشد اگر مقیاس خسارت به قدر کافی بالا نباشد تا اجرای قرارداد را در شرایطی که قرارداد کاملاً معین برای اجرا طلب می‌کرد، ترغیب کند. بنابراین، اگر قرارداد کاملاً معین اجرای قرارداد را مقرر کرده باشد وقتی هزینه‌های تولید میز ۵۰۰ دلار است و به دلایلی فروشنده بتواند مرتکب نقض شود و فقط ۱۰۰ دلار به عنوان خسارت بپردازد، نقض ممکن است غیراخلاقی محسوب شود.

اما چشم‌انداز الزام به پرداخت خسارات نیز خطری برای طرفی که ممکن است مرتکب نقض شود ایجاد می‌کند (مثل فروشنده‌ای که هزینه‌هایش به‌طور ناگهانی افزایش می‌یابد) و او ممکن است خطرگریز باشد. این ملاحظه ممکن است طرفین را به‌سوی خواستن خسارات کمتر یا تدوین قراردادهای مفصل‌تر برای اجتناب از توسل به خسارات به‌عنوان یک وسیلهٔ انگیزشی سوق دهد. (به‌عنوان مثال، طرفین می‌توانند برای تعیین این مطلب در قرارداد که فروشنده در صورت بالا رفتن هزینه‌هایش می‌تواند از ایفای تعهد معاف شود هزینه تنظیم قرارداد مفصل‌تر را متحمل شوند).

ملاحظات کامل مقیاس‌های خسارت و تخصیص خطر مؤثر نیز این نکته را در نظر می‌گیرند، که آیا خطری که یک طرف تحمل می‌کند مضر یا سودمند است. به‌عنوان مثال، اگر فروشنده‌ای بخواهد قرارداد را نه به‌خاطر هزینه اضافی تولید بلکه به‌خاطر پیدا شدن شخص دیگری که برای آنچه او ساخته است مبلغ بیشتری می‌پردازد نقض کند، ملاحظات تحمل خطر منتهی به خسارات کمتر برای فروشنده نخواهند شد. ملاحظهٔ دیگر این است که آیا خطر مورد مشاهده پولی است یا غیرپولی. اگر به‌عنوان مثال زیان قابل پیش‌بینی برای قربانی غیرپولی باشد، مثل زیان ناشی از حاضر نشدن عکاس در یک مراسم عقد، جبران مالی خسارت احتمالاً شکل مطلوب بیمه را تشکیل نمی‌دهد.^۱ یک ملاحظهٔ دیگر عبارت از در دسترس بودن بیمهٔ تجاری برای طرفین در مقابل زیان‌های ناشی از نقض است؛ اگر چنین بیمه‌ای در دسترس باشد، نیاز به غرامت‌ها برای جبران خسارت قربانی خنثی می‌شود و غرامت‌ها اصولاً به‌عنوان یک وسیلهٔ انگیزشی ایفای نقش خواهند کرد.

۶-۱-۳-۶ مروری بر پیشینه مباحث

این نکته که یک مقیاس خسارت متوسط و به‌ویژه مقیاس انتظار، از نظر اجتماعی مطلوب است چون اگر هزینهٔ اجرا نسبتاً کم باشد اجرای قرارداد را ترغیب می‌کند، ابتدا به‌طور غیرریاضی در پوسنر (۱۹۷۲ الف)^۲ مطرح شد، اما او توجه نکرده بود که مقیاس

۱. بحث بیمه برای زیان‌های غیرپولی در قسمت ۶-۴-۲ را به‌خاطر بیاورید.

۲. دو نویسندهٔ دیگر، بیرمنگهام ۱۹۷۰ و بارتون ۱۹۷۲، این نکته را طرح کرده‌اند اگرچه معنای مقالاتشان در آن زمان مبهم بود.

انتظار به طور دوجانبه برای طرفین مطلوب است. در شاول (۱۹۸۰ ب) من برای اولین بار بر مطلوبیت دوجانبه مقیاس‌های خسارت متوسط برای طرفین متعاقد و نقش مقیاس‌های خسارت به مثابه جایگزین‌های ضمنی قراردادهای کامل‌تر تأکید کردم، و همچنین برای اولین بار نقش مقیاس‌های خسارت را در ایجاد انگیزه‌هایی برای اعتماد کردن تجزیه و تحلیل کردم.^۱

۳-۱-۷ اجرای معین قرارداد به عنوان وسیله جبران خسارت نقض قرارداد

۳-۱-۷-۱ تعریف اجرای معین

همان گونه که در آغاز بحث مشاهده شد، اجرای معین یعنی الزام یک طرف به انجام تعهد قراردادی خود یک راه جایگزین برای استفاده از مقیاس خسارت جهت نقض قرارداد است. تفسیر اجرای معین به ماهیت تعهد قراردادی بستگی دارد. معمولاً اجرای معین به تعهدات مربوط به یک کالا یا انجام یک خدمت اشاره دارد و در آن حالت به این معناست که تعهد باید دقیقاً انجام شود.^۲ اگر تعهد قراردادی پرداخت یک مبلغ معین باشد (مثلاً پرداخت پوشش بیمه از سوی شرکت بیمه به یک بیمه‌گذار)، آنگاه معنای اجرای معین عبارت است از پرداخت پول. اجرای معین از طریق تهدید به قدر کفایت زیاد و یا اعمال اختیارات پلیس ایالتی، مثلاً به وسیله یک کلانتر که شخصی را به زور از زمینی که تعهد کرده به دیگری انتقال دهد بیرون می‌کند، قابل انجام می‌باشد. همچنین توجه کنید که اگر یک جریمه پولی را بتوان برای ترغیب اجرا به کار برد، اجرای معین معادل یک مقیاس خسارت با سطح بالای خسارات خواهد بود.

۳-۱-۷-۲ انگیزه‌های اجرای قرارداد و اجرای معین

آنچه قبلاً درباره مقیاس‌های خسارت گفتیم بر مطلوبیت اجرای معین تأثیر دارد.

۱. در مورد وسایل جبران خسارت برای نقض رجوع کنید به تحقیقات ادلین ۱۹۹۸، شاول ۱۹۹۸، و ارجاعات ذکر شده در قسمت ۳-۲-۳.

۲. برخی اقتصاددانان از «اجرای معین» در مفهوم غیرمرسوم استفاده کرده‌اند: آنها می‌گویند قرارداد ساخت چیزی، به طور معین اجرا می‌شود حتی اگر فروشنده نقض قرارداد کند، مشروط بر اینکه قرارداد یک مبلغ وجه التزام معین کرده باشد که فروشنده بپردازد (زیرا در آن صورت فروشنده دقیقاً آنچه را که قرارداد می‌خواهد انجام می‌دهد).

الف) اجرای معین برای قراردادهای کاملاً معین مطلوب است: اگر قراردادها کاملاً معین باشند، طرفین آنها را به صورت به هم پیوسته می خواهند، بنابراین اجرای معین یک وسیله جبران خسارت مطلوب برای نقض است زیرا بدان معناست که هیچ نقضی وجود نخواهد داشت. در مثال راجع به میز تحریر، هنگامی که هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار است فروشنده باید تحت اجرای معین ملزم به ساخت میز شود. بنابراین اجرای معین قرارداد کاملاً معین هرگز باری برای طرف اجراکننده نخواهد بود چون هر احتمال دشواری (مثل اینکه هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار برود) در قرارداد درج شده و مقرره‌ای در خصوص آن به طرف اجازه عدم اجرا را می دهد.

ب) اجرای معین قرارداد معمولاً برای قراردادهای ناقص نامطلوب است: اگر قراردادها ناقص باشند، به دلایل ارائه شده به نفع مقیاس های خسارت متوسط، طرفین خواستار اجرای معین قرارداد نخواهند بود. در مثال میز تحریر، اجرای معین قرارداد باعث می شود سازنده میز صرف نظر از وسعت هزینه تولید هنگامی ناگزیر به ساخت آن شود که هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار است. این باعث کاهش ارزش قرارداد برای طرفین می شود. بنابراین، مثل مقیاس های خسارت خیلی بالا، اجرای معین قرارداد ناقص همان چیزی که طرفین به عنوان وسیله جبران خسارت در مقابل نقض می خواهند نخواهد بود. در عین حال، همان طور که در بخش های ۳-۳ و ۳-۴ توضیح داده خواهد شد، شرایطی وجود دارند که اجرای معین قرارداد ناقص برای طرفین مطلوب خواهد بود. به ویژه در مواردی که دادگاه ها در تعیین ارزش اجرا مشکل دارند و اگر مقیاس خسارتی به کار رفته باشد این خطر وجود دارد که نقض قرارداد روی دهد حال آنکه اجرا به نفع دو طرف است؛ استفاده از اجرای معین قرارداد باعث اجتناب از این خطر می شود.

با این حال اجرای معین قرارداد ممکن است به مشکل اجرای افراطی که در بالا مورد تأکید قرار گرفت منجر شود. اگرچه بعداً خواهیم دید که آن مشکل در برخی شرایط مخصوصاً به خاطر امکان مذاکره مجدد طرفین تخفیف داده می شود. بنابراین همان طور که خواهیم دید، جزئیات این بحث که نشان می دهد اجرای معین قرارداد ممکن است به عنوان وسیله ای برای ترغیب اجرای مطلوب دوجانبه مطلوب باشد تا حدودی دقیق است (به قسمت ۱-۴-۳ رجوع کنید).

۳-۱-۷-۳ انگیزه‌هایی برای اعتماد؛ تحمل خطر

واضح است که اجرای معین قرارداد به طرفین انگیزه‌های قوی برای اعتماد به اجرا می‌دهد به نحوی که این نکته عموماً جنبه مثبتی از اجرای معین قرارداد به حساب می‌آید (باز هم برای مرور جزئیات بعداً رجوع کنید).

در ارتباط با تحمل خطر، هرگاه اجرای معین قرارداد فروشندگان را با هزینه‌های بسیار زیاد مواجه کند اگر، همان‌گونه که غالباً این‌طور است، آنها با هزینه‌های بسیار زیاد اجرا روبه‌رو شوند. خطرات بزرگی را بر آنان تحمیل می‌کند. وقتی چنین باشد، اجرای معین قرارداد براساس تحمل خطر معمولاً برای دو طرف نامطلوب است و طرفین به همین دلیل آن را به‌عنوان وسیله جبران خسارت انتخاب نخواهند کرد، چرا که فروشنده در مقابل تحمل آن خطر بیش از مبلغی که خریدار مایل به پرداخت است طلب می‌کند. البته شرایطی هم وجود دارند که دلالت‌های ضمنی تحمل خطر به‌خاطر اجرای معین قرارداد برای فروشنده طاقت‌فرسا نیستند. به‌ویژه و همان‌طور که در قسمت ۳-۱-۶-۵ ذکر شد، فرض کنید اگر فروشنده بخواهد قرارداد را نقض کند، به‌دلیل روبه‌رو شدن با هزینه‌های بالای اجرا نیست؛ چون با شخص دیگری مواجه شده که برای محصول یا مالکیت یا خدماتش مبلغی بیشتر می‌پردازد. آنگاه اجرای معین قرارداد هزینه‌ای به او تحمیل نخواهد کرد اما صرفاً یک فرصت مسلم را از او سلب خواهد کرد.

۳-۱-۷-۴ توانایی تضمین

توانایی محاکم برای تضمین اجرای معین قرارداد به نوع تعهد قراردادی بستگی دارد. اگر تعهد اجرای خدمت یا ساخت چیزی باشد، تضمین بدان معناست که شخص را ملزم به تقبل اعمال خاصی کنیم و به‌ویژه اگر این شخص متهم باشد ممکن است دشواری‌های خاصی برای وی ایجاد شود. اما اگر تعهد مورد نظر، انتقال یک چیز مادی مثل نقاشی یا زمین باشد، اجرای معین قرارداد دشواری‌های وضعیت قبلی را نخواهد داشت و تنها مستلزم آن است که جای آن چیز معلوم باشد (مگر آنکه زمین باشد) و از دارنده گرفته شود و به خریدار تحویل گردد. دیگر اینکه تضمین اجرای معین قرارداد، همانند مقیاس‌های خسارت، مستلزم آن نیست که دارایی‌های طرف ناقض کشف شود و او را

مجبور به پرداخت کنیم، زیرا اختیارات پلیس ایالتی مستقیماً برای الزام به اجرای قرارداد به کار می‌رود.^۱

۸-۱-۳ مذاکره مجدد درباره قراردادها

۸-۱-۳-۱ دلایل وقوع یا عدم وقوع مذاکره مجدد

اینکه وقتی مشکلاتی بروز می‌کنند ممکن است قراردادها مورد مذاکره مجدد قرار گیرند قبلاً به طور صریح مورد بررسی قرار نگرفته است، اما این امکان غالباً به وجود می‌آید. از جمله اگر هزینه ساخت نسبت به ارزش اجرای قرارداد بالا باشد و مقیاس خسارت فروشنده را ترغیب به اجرا کند، به دلایل متعددی این امکان وجود دارد که فروشنده مجدداً با خریدار مذاکره کند و پولی به او بپردازد تا مجاز به عدم اجرا شود. دلیل اصلی این است که با انعقاد قرارداد اولیه، طرفین به طور معمول از وجود یکدیگر، محل یکدیگر و بسیاری خصوصیات مربوط به وضعیت قراردادی که مذاکره مجدد را برای دو طرف سودمند می‌سازد باخبرند.^۲

به هر حال، قبل از بحث درباره مفاهیم مذاکره مجدد، اجازه دهید به طور مختصر اشاره کنم که چرا ممکن است مذاکره مجدد روی ندهد. یک دلیل صرفاً این است که وقتی مشکلات تجربه می‌شوند، ممکن است یک طرف از عملکرد سریع سود ببرد اما با طرف دیگر در تماس نباشد و ترتیب دادن سریع مذاکره مجدد هزینه‌بر باشد. یک تولیدکننده ممکن است از عملکرد سریع منتفع شود چون مثلاً مشکلی در طول تولید پیش می‌آید و او باید بلافاصله تصمیم بگیرد که فرایند تولید را متوقف سازد یا با قیمت بیشتر به تولید ادامه دهد. یا یک پیشنهاد جدید ممکن است دریافت شود که باید بلافاصله پاسخ داد.

۱. برای دیدن تجزیه و تحلیل اقتصادی اجرای معین قرارداد و مقایسه‌اش با وسایل جبران خسارت رجوع کنید به بیشاپ ۱۹۸۵، کرون مان ۱۹۷۸ ب، شوارتز ۱۹۷۹، شاول ۱۹۸۴ الف، و اولن ۱۹۸۴ (اجرای معین قرارداد همچنین در بسیاری از مقالات مذکور در بخش ۳-۳ مورد بررسی قرار گرفته است).

۲. به این دلیل، اکثر نوشته‌های اقتصادی راجع به قراردادها فرض می‌گیرند که مذاکره مجدد همیشه روی می‌دهد وقتی نتایجی که برای دو طرف سودمند نیستند به نحو دیگری هویدا می‌شوند؛ مثلاً رجوع کنید به هارت ۱۹۸۷، هارت و هولم اشتروم ۱۹۸۷ و راجرسون ۱۹۸۴.

دلیل دوم که چرا مذاکره مجدد ممکن است روی ندهد، یا دقیق‌تر بگوییم موفق نشود، این است که حتی اگر طرفین در تماس با یکدیگر باشند، اطلاعات غیرمتقارن بین آنها ممکن است منجر به شکست مذاکره شود.

دلیل دیگر این است که گاهی امکان تغییر نتایج وجود دارد، هرگاه نقض قرارداد نتیجه تصمیم یک طرف باشد می‌توان وضعیت را اصلاح کرد (مثل اینکه فروشنده یک نقاشی نگه داشته شده در تصرف خویش را به خریدار منتقل می‌کند). اما زمانی که نقض قرارداد نتیجه تصمیم قبلی یک طرف باشد نمی‌توان عمل وی را بی‌اثر کرد (مثل اینکه فروشنده اقدامات احتیاطی به عمل آورده باشد تا یکی از کارمندان نتواند نقاشی را به شخص دیگر بفروشد).^۱ وقتی نقض قرارداد را نتوان خنثی کرد، مذاکره مجدد به‌وضوح غیرقابل طرح خواهد بود.

علی‌رغم دلایل یاد شده برای مواردی که مذاکره مجدد ممکن است منجر به یک قرارداد جدید نشود، اجازه دهید در باقی‌مانده این قسمت فرض کنیم که وقتی مشکلاتی ایجاد می‌شود و امکان نیل به یک قرارداد مجدداً مذاکره شده سودمند برای دو طرف وجود دارد، مذاکره مجدد صورت می‌گیرد.

۲-۸-۱-۳ مذاکره مجدد و اجرای قراردادی

اگر قراردادهای در هنگامی که مشکلات به‌وجود می‌آیند مورد مذاکره مجدد قرار گیرند، اجرای قراردادهای در صورتی که به‌طور دوجانبه سودمند باشد و علی‌رغم نقض قراردادهای روی خواهد داد.

اجازه دهید با مثل قرارداد تولید میز تحریر به ارزش ۱۰۰۰ دلار این مطلب را توضیح دهم و یادآوری کنم که در یک قرارداد کاملاً معین، طرفین شرایط اجرا را تعیین کرده‌اند یعنی معلوم است که قرارداد تنها تا وقتی اجرا می‌شود که هزینه تولید کمتر از ۱۰۰۰ دلار است. فرض کنید قرارداد هیچ احتمالی را ذکر نمی‌کند و اجرای معین

۱. فرض کنید فروشنده یک دلال است و در صدور دستورات روشن به کارمندانش برای عدم فروش نقاشی قصور کرده است. بنابراین، نقض قرارداد ممکن است در نتیجه یک قصور احتمالی روی دهد (صدور دستورات ناکافی از سوی دلال). چنین وضعیتی‌هایی که نقض قرارداد نتیجه کوتاهی و حاصل احتمالی اعمال است دسته مهمی از موارد را تشکیل می‌دهند.

قرارداد را به‌عنوان وسیله جبران خسارت نقض در نظر دارد. در این حالت اگر مذاکره مجددی در کار نمی‌بود فروشنده ناگزیر بود میز را با هر هزینه‌ای ولو بالاتر از ۱۰۰۰ دلار تولید کند. اما فایده وجودی مذاکره مجدد این است که هروقت هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار رود، این قرارداد ممکن است مورد مذاکره مجدد قرار گیرد و به‌عنوان مثال اگر هزینه تولید ۱۵۰۰ دلار باشد، فروشنده می‌تواند به خریدار ۱۲۵۰ دلار بپردازد تا توافق کنند که قرارداد را اجرا نکند؛ این به نفع هر دو طرف خواهد بود چون ۱۲۵۰ دلار بیش از ۱۰۰۰ دلار ارزش اجرا برای خریدار و کمتر از هزینه تولید و اجرای قرارداد برای فروشنده است.^۱ استدلال مشابهی نشان می‌دهد که قرارداد متضمن خسارات برای نقض منجر به نتایجی می‌شود که با نتایج ناشی از قرارداد کاملاً معین تفاوت دارد و در صورتی که قرارداد ناقص و متضمن خسارات برای نقض باشد مذاکره مجدد روی خواهد داد. مخصوصاً وقتی هزینه تولید فراتر از ارزش اجراست و فروشنده خود را با خسارات زیادی برای ترغیب به اجرا مواجه می‌بیند، توافقی صورت خواهد گرفت که در آن فروشنده مبلغی کمتر از خسارات به خریدار می‌پردازد و قرارداد را اجرا نمی‌کند و اگر فروشنده در شرایطی که هزینه تولید کمتر از ارزش اجراست، با توجه به پایین بودن مبلغ خسارت مرتکب نقض شود، توافقی حاصل خواهد شد که براساس آن خریدار مبلغی به فروشنده می‌پردازد تا او را به اجرای قرارداد ترغیب کند.^۲

به‌طور کلی با هر درجه نقض قرارداد و با هر قدر خسارت پیش‌بینی شده برای نقض آن، مذاکره مجدد دقیقاً وقتی منجر به اجرای قرارداد موجود قبلی می‌شود که مسئله اجرا در یک قرارداد کاملاً معین سودمند دوجانبه مقرر شده باشد. بنابراین، مذاکره مجدد باعث کاهش نیاز به قراردادهای کامل می‌شود و به‌منزله جایگزین ضمنی برای آنها عمل می‌کند.^۳ (در این مفهوم، مذاکره مجدد با هدفی مشابه مقیاس‌های خسارت عمل می‌کند).

۱. هر رقمی بین ۱۰۰۰ دلار و ۱۵۰۰ دلار به‌طور دوجانبه قابل توافق است.

۲. مثال‌ها در قسمت ۳-۳-۴ ارائه شده‌اند.

۳. درواقع، اگر تنها موضوع مهم بین طرفین این بود که اجرا به‌موقع صورت گیرد، ممکن بود این تصور پیش آید که هیچ نیازی به هیچ‌گونه مشخصاتی در قراردادهای نیست اگر مذاکره مجدد بدون هزینه و کامل امکان‌پذیر باشد. در برابر این تصور باید توجه داشت که هر زمانی که از مذاکره مجدد متوجه یکی از طرفین می‌شود قابل تعدیل در قیمت قرارداد است تا حداقل منجر به سود یا زیان یک‌جانبه طرف خنثی در مقابل خطر نشود. (من بعداً خطرگریزی را توضیح خواهم داد).

الف) شرایط حاکم در مورد قراردادهای مالی: این استدلال که مذاکره مجدد ممکن است نیاز به قراردادهای کامل را کاهش دهد بر این فرض مبتنی است که وقتی مقرره‌ای برای یک احتمال مطلوب دو طرف در قرارداد ذکر نمی‌شود و احتمال مورد نظر ایجاد می‌شود، یک تغییر مطلوب دو طرف در قرارداد به وجود می‌آید. بنابراین، وقتی هزینه تولید بیشتر از ۱۰۰۰ دلار باشد و قرارداد مستلزم تولید باشد، یک تغییر مطلوب دو طرف به وجود خواهد آمد که به موجب آن فروشنده تولید نخواهد کرد. اما زمانی که قراردادهای صرفاً مالی ناقص باشند، معمولاً یک تغییر مطلوب دو طرف در صورت ایجاد احتمالاتی که پیش‌بینی نشده‌اند، وجود نخواهد داشت. به عنوان مثال، فرض کنید قراردادی بین دو شرکت مقرر می‌دارد که هزینه‌ها در یک سرمایه‌گذاری مشترک همیشه باید به طور مساوی تقسیم شوند، اما قرارداد ناقص است چون ذکر نمی‌کند که اگر یکی از دو شرکت خود را در تنگنای مالی شدید ببیند باید کمتر از نیمی از هزینه‌ها را عهده‌دار شود و این شرطی است که ممکن است مطلوب دو طرف باشد. در این صورت اگر یک حادثه ایجادکننده تنگنای مالی برای یک شرکت روی دهد، هیچ‌گونه تغییر مطلوب دوجانبه در شرایط قرارداد که در آن هنگام امکان‌پذیر باشد وجود ندارد، زیرا هرگونه کاهش در مبلغی که یک شرکت می‌پردازد به شرکت دیگر صدمه می‌زند. بنابراین مذاکره مجدد نمی‌تواند مشکل نقص قراردادهای مالی را برطرف کند.

۳-۸-۱-۳ مذاکره مجدد و اعتماد

پیش‌بینی مذاکره مجدد بر انگیزه‌های طرفین برای سرمایه‌گذاری در روابط قراردادی اثر می‌گذارد و احتمالاً به دلیل توانایی یک طرف برای منع طرف دیگر از پیشنهاد مذاکره مجدد، قرارداد منجر به سرمایه‌گذاری ناکافی خواهد شد. فرض کنید خریداری که یک ساختمان را کاملاً برای کار می‌خواهد با اعتماد به قرارداد در زمینه آموزش کارگران و تبلیغ سرمایه‌گذاری می‌کند و سپس درمی‌یابد که باید با فروشنده برای اجرای قراردادش مجدداً مذاکره کند. در چنین شرایطی، مبلغی که فروشنده دریافت می‌کند نشانگر ارزشی است که اجرای قرارداد، با توجه به انجام سرمایه‌گذاری ناشی از اعتماد به قرارداد، برای خریدار دارد. این علم که منافعش آگاهی عمومی از این امر که همواره

احتمال دارد سرمایه‌گذاری‌های مبتنی بر اعتماد به اجرای قرارداد تحت تأثیر مذاکره مجدد قرار گیرند و از ارزش و ثمره آنها کاسته شود ممکن است در وهله اول مانع اعتماد خریدار به ارزش قرارداد فی‌مابین شود. اما در کنار این نکته کلی باید توجه داشت که مذاکره مجدد، در بین عناصر دیگر، تحت تأثیر مقیاس خسارتی که برای نقض اعمال می‌شود قرار دارد و همان‌گونه که در بخش ۳-۳ خواهیم دید، مقیاس خسارت همراه با مذاکره مجدد ممکن است گاهی اوقات مشکل عدم کفایت اعتماد را بهبود بخشد و نیز می‌تواند به اعتماد بیش از حد منتهی شود.

۳-۱-۸-۴ مذاکره مجدد و تحمل خطر

مذاکره مجدد قراردادها حاوی دلالت‌های ضمنی برای تحمل خطر است. مذاکره مجدد تمایل به کاهش خطر را برای اشخاصی که پرداخت می‌کنند دربردارد، زیرا معمولاً اگر هزینه‌های مذاکره مجدد را تحمل نکنند وضعیت بدتری خواهند داشت؛ اگر فروشنده‌ای که با هزینه‌های تولید بسیار بالا روبه‌رو می‌شود، برای فرار از تعهد تولید، پرداختی به‌عنوان هزینه مذاکره مجدد صورت دهد، خطری که متوجه اوست بدین‌وسیله کاهش می‌یابد. لکن مقادیری که هنگام مذاکره مجدد قرارداد پرداخت خواهند شد از قبل تعیین نشده‌اند و عدم قطعیت این مبالغ تلویحاً به این مطلب اشاره دارد که وقتی قراردادها مجدداً مورد مذاکره قرار می‌گیرند خطر باقی می‌ماند. برای کاهش خطر قراردادهایی که باید مورد مذاکره قرار گیرند، طرفین می‌توانند مقیاس‌های خسارت را به کار برند که به رفتار سودمند دوجانبه یا تعیین کامل شرایط قراردادی منتهی می‌شود.

۳-۱-۸-۵ گرانی مذاکره مجدد

نکته دیگر درباره مذاکره مجدد هزینه بالای آن می‌باشد و چندین مطلب در این ارتباط ارزش طرح دارد.

اول، اگر کسی درج یک شرط صریح درباره یک دشواری را جایگزینی برای مذاکره مجدد بداند، هزینه قطعی مذاکره قبل از وقوع دشواری درباره شرط را با هزینه مذاکره مجدد بعد از وقوع آن مقایسه می‌کند. بنابراین، اگر هزینه‌های مذاکره قبلی و مذاکره

مجدد برابر باشند، تنها در صورتی که مذاکره مجدد براساس هزینه‌های مورد انتظار قابل انجام باشد مورد استقبال طرفین خواهد بود (اگرچه هزینه مذاکره مجدد ممکن است مساوی نباشد. مثلاً می‌تواند بیشتر باشد اگر طرفین مجبور باشند محل یکدیگر را پیدا کنند).

دوم، اگر کسی مقیاس خسارت انتخاب شده را به‌منزله جایگزینی برای مذاکره مجدد با هدف تضمین اجرای مطلوب قرارداد بداند، مقایسه هزینه بین مقیاس‌های خسارت و مذاکره مجدد فقط وقتی انجام می‌شود که یک احتمال پیچیده به‌وجود آید. ممکن است تصور شود که مقیاس‌های خسارت نسبت به مذاکره مجدد هزینه کمتری دربردارند زیرا اگر مقیاس خسارت به‌درستی انتخاب شده باشد به‌طور خودکار به اجرای صحیح قرارداد منجر خواهد شد (خواه ترغیب به اجرا، خواه هدایت به‌سوی نقض و پرداخت خسارت پس از مصالحه به‌جای روی آوردن به دادرسی). لکن مقیاس خسارتی که به اجرای مناسب منتهی می‌شود (مقیاس انتظار که در قسمت ۳-۳ نیز درباره آن بحث خواهد شد) ممکن است به دلایلی به‌کار گرفته نشود، در آن حالت مذاکره مجدد گاهی تحت مقیاس خسارت روی خواهد داد.

۶-۸-۱-۳ مطلوبیت تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد

این تردید وجود دارد که آیا تضمین ناشی از مذاکره مجدد غالباً مطلوب است. یعنی اشخاصی که قراردادی منعقد می‌کنند وضعیت بهتری خواهند داشت اگر بدانند که چنانچه قراردادشان را مورد مذاکره مجدد قرار دهند، قرارداد اصلاح شده تضمین خواهد شد. در مورد قرارداد تولید یک میز تحریر با ارزش ۱۰۰۰ دلار برای خریدار و تقاضای اجرای معین قرارداد نیز وضع به همین منوال است؛ زیرا اگر طرفین بدانند که وقتی هزینه تولید فراتر از ۱۰۰۰ دلار برود قرارداد مورد مذاکره مجدد قرار خواهد گرفت و قرارداد ناشی از مذاکره مجدد تضمین خواهد شد، آنگاه درواقع اجرا دقیقاً همان چیزی خواهد بود که طرفین می‌خواستند و در یک قرارداد کاملاً معین مقرر می‌کردند. باین‌حال آنها زمان و دردرسر تحریر چنین قراردادی را ذخیره می‌کنند و به امکان مذاکره مجدد درصورت بروز مشکلات اعتماد می‌کنند. بنابر چنین دلایلی تضمین‌های ناشی از مذاکره مجدد معمولاً

چیز خوبی برای طرفین قرارداد است و قانون تمایل به تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد دارد.^۱ هرچند، به دلایل دقیق‌تر، اینکه تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد به طرفین به‌طور مؤثر در آینده کمک خواهد کرد امری همیشگی نیست.^۲

لذا یک سیاست مطلوب برای دادگاه‌ها عبارت است از تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد مگر آنکه طرفین ابتدائاً بیان کرده باشند که قرارداد قابل مذاکره مجدد نیست. این سیاست طرفین را به قطعی کردن شرایط قراردادهای مالی که نمی‌خواهند مورد مذاکره مجدد قرار گیرند هدایت می‌کند، اما محاکم معمولاً اجازه انجام چنین کاری را نمی‌دهند.^۳

۷-۸-۱-۳ مروری بر پیشینه مباحث

موضوع مذاکره مجدد قراردادهای را ابتدا راجرسون (۱۹۸۴) و شاول (۱۹۸۴ الف)

۱. درواقع، به‌راحتی نشان داده می‌شود که تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد باید مطلوبیت مورد انتظار هر طرف قرارداد اصلی را افزایش دهد اگر تنها اثر مذاکره مجدد در یک حادثه محتمل افزایش مطلوبیت مورد انتظار هر طرف در آن حادثه محتمل باشد؛ با بیان ریاضی، اگر $u(\theta)$ مطلوبیت مورد انتظار یک طرف تحت قرارداد اولیه با در نظر گرفتن حادثه محتمل θ باشد و مجاز دانستن قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد در یک حادثه محتمل خاص θ فقط اثر افزایش $u(\theta)$ را داشته باشد ولی u برای θ دیگری تحت تأثیر قرار ندهد آنگاه مجاز دانستن قراردادهای ناشی از مذاکره باید موجب افزایش $\int u(\theta) f(\theta) d\theta$ مطلوبیت مورد انتظار طرف شود.

۲. یک قضیه در این مورد از سوی فودنبرگ و تیروول ۱۹۹۰ مطرح شد. آنها قراردادی بین یک نماینده خطرگریز و یک کارفرمای خنثی در مقابل خطر را در جایی که تلاش نماینده غیرقابل مشاهده است (بنابراین قابل درج در قرارداد نیست) و نتیجه، یک کارکرد محتمل تلاش نماینده است مورد بررسی قرار دادند. به‌عنوان مثال، بازده محصول ممکن است کارکرد تلاش یک کشاورز (نماینده) در کاشت و حاصلخیز کردن زمین و یا کار کرد هوا (که احتمالی است) باشد. قرارداد اصلی ممکن است معین نماید که پرداخت به کشاورز به بازده محصول بستگی دارد، به‌منظور آنکه به او انگیزه اختصاصی تلاش بیشتری برای به‌دست آوردن محصول داده شود، اگر قرارداد قابل مذاکره مجدد باشد، دو طرف انگیزه‌ای برای انجام آن پس از آنکه کشاورز محصول را کاشته است خواهند داشت زیرا در آن موقع او در مقابل خطر قابل حمایت است و تلاش وی قابل تعیین است. اما انتظار این مذاکره مجدد انگیزه‌های اولیه کشاورز برای اختصاص تلاش بیشتر به محصول را کاهش می‌دهد. ازاین‌رو، جلوگیری از مذاکره مجدد برای این اشخاص سودمند خواهد بود. توجه داشته باشید که در این مورد، فرض حیاتی پاورقی قبلی وجود ندارد؛ با تأثیرگذاری بر تلاش، مذاکره مجدد بر رفاه طرفین در حوادث احتمالی متعدد و نه فقط در یک حادثه احتمالی خاص اثر می‌گذارد.

۳. برای دیدن یک تجزیه و تحلیل اقتصادی و حقوقی از عدم مطلوبیت احتمالی تضمین قراردادهای ناشی از مذاکره مجدد رجوع کنید به جولز ۱۹۹۷ و نوشته‌های مذکور در آن.

تجزیه و تحلیل کردند و سپس هارت (۱۹۸۷)، هارت و مور (۱۹۸۸)، و هارت و هولم اشتروم (۱۹۸۷) این موضوع را در حالت کلی تری مورد تحقیق قرار دادند و کار آنها به توسعه نظری قابل توجهی منجر شد.^۱

۳-۱-۹ ابطال قانونی قراردادها

۳-۱-۹-۱ اثرات خارجی مضر

یک دلیل اساسی برای ابطال قانونی یا قضایی قراردادها وجود اثرات خارجی مضر است. قراردادهایی که احتمال دارد به اشخاص ثالث آسیب برسانند غالباً تضمین نمی‌شوند، مثلاً قراردادهایی برای ارتکاب جرم، پیمان‌های تثبیت قیمت، بیمه‌نامه‌های بیمه مسئولیت در مقابل جرم‌ها و قراردادهای بیمه برای کالاهای خاص (مثل مسلسل). در چنین مواردی، برای آنکه عدم تضمین قرارداد از نظر اجتماعی مطلوب باشد باید آسیب وارده به اشخاص ثالث بیش از منافع قرارداد برای طرفین باشد. از جمله قراردادی بین نوازندگان و کسی که می‌خواهد یک مهمانی برگزار کند ممکن است برای همسایگانی که دوست دارند شب آرامی را بگذرانند مزاحمت ایجاد کند اما اگر این مزاحمت خیلی زیاد نباشد قرارداد از نظر اجتماعی مفید خواهد بود.^۲

۳-۱-۹-۲ زیان‌های وارده بر رفاه طرفین قرارداد

استدلال کلی دیگر برای عدم تضمین قراردادها جلوگیری از ورود زیان به رفاه یکی از طرفین یا هر دوی آنها می‌باشد. این امر ممکن است باعث عدم تضمین گردد وقتی شخصی اطلاعات مربوطه مثل اینکه چه وقت یک شخص غذایی می‌خرد که نشانه اشتباهی دارد یا تأمینی می‌خرد که به درستی توصیف نشده است را در اختیار ندارد و در نتیجه در آن معامله ضرر می‌کند. همچنین، یک فرد فاقد صلاحیت یا یک بچه ممکن است توافقی بکند که باعث ضرر او باشد و لذا معاملات چنین افرادی معمولاً قابل تضمین نیست.

۱. به ارجاعات و بحث قسمت ۳-۳-۴ نگاه کنید.

۲. به علاوه، هر قراردادی ممکن است آسیب خارجی ایجاد کند (بازداشتن دیگر اشخاص بالقوه از داشتن فرصت انعقاد قرارداد با طرفین قرارداد مورد نظر)، بالاین حال چون معمولاً این آسیب کمتر از منافع طرفین است تضمین قرارداد مطلوب خواهد بود.

این استدلال برای عدم تضمین که اشخاص گاهی بر اثر تضمین ضرر خواهند کرد نیز ممکن است در زمینه تفسیر قرارداد اعمال گردد. همان گونه که در قسمت ۵-۱-۳ ذکر گردید، تفسیر ممکن است به ابطال شرایط قرارداد (مثل شرطی که صرفاً می گوید قرارداد باید اجرا شود) منجر گردد و باین حال رفاه دو طرف را با شبیه کردن آن قرارداد به یک قرارداد کاملاً معین سودمند دوجانبه افزایش دهد.^۱

۳-۱-۹-۳ عدم قابلیت انتقال - پدرسالاری

دو استدلال دیگر نیز که برای عدم تضمین قراردادها پیشنهاد شده اند باید مورد توجه قرار گیرند. یکی اینکه قراردادها گاهی اوقات تضمین نمی شوند چون شامل فروش چیزهایی هستند که غیرقابل انتقال محسوب می شوند مثل فروش اندام های انسان، واگذاری نوزادان و حق رأی. هرچند طبعاً وقتی توجیه عدم قابلیت انتقال ذکر می شود، یکی از دو استدلال قبلی یا هر دوی آنها یعنی اثرات خارجی و زیان های وارده به رفاه طرفین، معمولاً اعمال می شود (شاید به شکل دقیق).^۲ به عنوان مثال، فروش اندام های انسان ممکن است نامطلوب تلقی شود چون برخی افراد اعضای بدنشان (مثل کلیه) را بدون درک نتایج زیان بار آن می فروشند (یعنی طرفین قرارداد به خاطر فقدان اطلاعات ضرر می کنند)؛ چون برخی افراد مراقبت کافی که در غیر این صورت دریافت می کردند دریافت نخواهند کرد و زودتر از آنچه برای برداشتن اندام هایشان لازم است خواهند مرد (طرفین قرارداد بر اثر رفتار ترغیب شده ناشی از قرارداد ضرر خواهند کرد)؛ و چون وجود بازار چنین معامله ای به عنوان هنجار فرسایش دهنده احترام برای زندگی بشر به وسیله افراد تلقی خواهد شد (یک گونه از اثر خارجی روانی مضر)، در جایی که چنین هنجارهایی خودشان توسعه دهنده رفاه هستند چون خشونت را کم و رفتار سودمند را تشویق می کنند. توجیه عدم قابلیت انتقال، اغلب به منزله جانشینی برای یک رشته از این گونه عوامل یا عواملی است که رفاه طرفین قرارداد یا اثرات خارجی مضر را کاهش می دهند.

۱. به علاوه، حداقل به طور نظری، عدم تضمین قراردادها ممکن است برای طرفین مفید باشد وقتی که به درج شرایط و نشانه های بی فایده ویژگی هایی غیرقابل مشاهده هدایت شوند. به آگیون و هرمالین ۱۹۹۰ رجوع کنید.

۲. به رز - آکرمان ۱۹۸۵ و تربی لاک ۱۹۹۳ رجوع کنید.

از سوی دیگر، گاهی اوقات قراردادهای به دلیل پدرسالاری تضمین نمی‌شوند مثل وقتی که فردی مجاز نیست داروهای خاصی را بخرد یا کودک اجازه خرید چیزهای مستهجن را ندارد. این استدلال همانند عدم قابلیت انتقال است و معمولاً هم چون دو استدلال قبلی راجع به اثرات خارجی و آسیب به خود طرفین قرارداد تلقی می‌شود. اگر شخصی مجاز نباشد دارو بخرد، توجیه امر در این امکان قرارداد که او خواص واقعی داروها را نمی‌شناسد یا اینکه استفاده وی از آنها (فرض کنید اعتیادآور باشند) ممکن است منجر به مشکلاتی برای خودش یا اشخاص ثالث شود.

۳-۱-۹-۴ توانایی دولت در جلوگیری از قراردادهای نامطلوب

دولت غالباً با مشکلی در جلوگیری از انعقاد قراردادهای نامطلوب روبه‌رو نخواهد شد چون تنها کاری که باید بکند امتناع از تضمین آنهاست. به عنوان مثال، یک قرارداد نامطلوب اجتماعی بین یک بیمه‌گر و یک بیمه‌گذار را در نظر بگیرید که نوعی جریمه را پوشش می‌دهد. برای آنکه بیمه‌گذار بتواند مبالغی را که بیمه‌گر از پرداخت آن امتناع می‌کند دریافت کند، باید اقامه دعوی کند و اگر محاکم قرارداد را تضمین نکنند آنگاه بیمه‌گذار قادر به اخذ مبالغ نخواهد بود. از این رو، بیمه‌گذار هرگز در وهله اول چنین قراردادی را منعقد نخواهد کرد. بنابراین، مادام که لازم است محاکم قراردادی را تضمین کنند، آن قرارداد منعقد نخواهد شد و دولت نیاز به کنترل انعقاد واقعی قراردادهای ریشه‌کن کردن قراردادهای نامطلوب ندارد.

۳-۱-۱۰ طرق فراقانونی تضمین قرارداد

اگرچه من کلاً فرض کرده‌ام که دادگاه‌های مجاز از طرف دولت قراردادهای را تضمین می‌کنند، اما دیگر روش‌های تضمین قرارداد نیز باید ذکر شوند.

۳-۱-۱۰-۱ داوری خصوصی

راه دیگر برای تضمین قراردادهای استفاده از داوران خصوصی مثل آنچه به وسیله سازمان‌های داوری و برخی سازمان‌های تجاری ارائه می‌شوند، می‌باشد.^۱ داوری

۱. موضوع داوری خصوصی به‌طور کامل‌تر در قسمت ۳-۱-۴ مورد بحث قرار می‌گیرد.

خصوصی ممکن است برای طرفین ارجح باشد زیرا آنها می‌توانند داورانی را انتخاب کنند که علم خاصی نسبت به زمینه قراردادی دارند (اغلب علم خاص صنعتی) و می‌توانند آیین داوری را نیز انتخاب کنند (به‌ویژه می‌توانند داوری را ساده و در هزینه صرفه‌جویی کنند). چنین فرصت‌هایی برای کسانی که به دادگاه مراجعه می‌کنند وجود ندارد. به همین دلایل، تضمین یافته‌های داوران خصوصی برای محاکم از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود و درواقع این کار انجام می‌گیرد^۱ (اگر داوری خصوصی درجایی که قراردادهای دارای اثرات خارجی مضر هستند به کار رود، بدیهی است که تضمین یافته‌های داوران خصوصی برای محاکم مطلوب نخواهد بود).

۲-۱۰-۳ اعتبار

معمول است که ترس از ورود صدمه به اعتبار شخصی می‌تواند موجب وفادار ماندن طرفین به قرارداد شود. در اصل، این عامل می‌تواند به همان تضمین قراردادهایی منجر شود که ما حدس می‌زنیم در محاکم روی دهد؛ اما به دو دلیل بعید است. اول، دادگاه‌ها اختلافات را با در نظر گرفتن اطلاعات زیادی درباره موقعیت‌های قراردادی و احتمالاً اطلاعات بیشتری از آنچه در اعتبار طرفین منعکس می‌شود رفع می‌کنند. به‌عنوان مثال اگر شخصی مرتکب نقض قرارداد شود، خسارات مورد حکم دادگاه اغلب همه اثرات عواملی را که به زیان قربانی مربوط می‌شوند در نظر می‌گیرند درحالی‌که اثر نقض قرارداد بر اعتبار شخص بعید است که به‌روشنی و دقت زیان واسنجیده شود. یا اگر شخصی بخواهد قراردادش مطابق با آنچه در یک قرارداد کاملاً معین ارائه می‌شود از سوی دادگاه تفسیر گردد و مثلاً او را به‌خاطر مشکلاتی که با آنها روبه‌رو بوده است معاف دارند، دادگاه‌ها ممکن است با علم به موقعیت واقعی او این کار را انجام دهند اما آیا این پذیرش عذر به‌طور کلی به‌نحوی خواهد بود که مانع تاوان مربوط به اعتبار شود؟

دوم، صرف‌نظر از اطلاعات، انگیزه‌های مربوط به اعتبار طرفین برای وفادار ماندن به قراردادهایشان ممکن است برای ترغیب آنها کافی نباشد. شخصی را در نظر بگیرید که

۱. رجوع کنید به گلدبرگ، ساندر و راجرز ۱۹۹۹، ۲۳۶-۲۳۵، ۲۴۸-۲۴۴.

قصد ندارد خیلی مکرر معامله کند و معاملاتش معمولاً قلمرو نسبتاً متوسطی دارند، اما در حال حاضر طرف یک قرارداد خیلی بزرگ است که نقض آن نفع زیادی برای او دارد. چنین شخصی منطقاً ممکن است این کار را علی‌رغم زیانی که به اعتبارش وارد می‌شود انجام دهد و خسارات کمی بپردازد یا اصلاً چیزی نپردازد.

بنابراین اگرچه اعتبار می‌تواند به تضمین قراردادهای کمک کند اما معمولاً یک جانشین ناقص برای دادگاه‌ها خواهد بود زیرا صرفاً واقعیت را به‌طور خشنی نشان می‌دهد و ضمانت اجراهای آن نیز کمتر مؤثر هستند. با وجود این توجه به اعتبار غالباً یک راه ارزان‌تر برای تضمین قراردادهاست. درواقع، در بسیاری زمینه‌ها هزینه‌های دادرسی آنقدر زیادند که آیین دادرسی دادگاه را بی‌ارزش می‌سازند و در نتیجه فقط توجه افراد به حفظ اعتبار خود می‌تواند قراردادهای را تضمین کند.^۱

۳-۲ تشکیل قرارداد

در این بخش مسائل مختلف راجع به تشکیل قراردادهای را بررسی می‌کنیم.

۳-۲-۱ تلاش برای جست‌وجو

یک جنبه مهم تشکیل قرارداد وقت و منابعی است که افراد در جست‌وجو و تحقیق برای فرصت‌های قراردادی صرف می‌کنند. من بررسی در مورد تشکیل قرارداد را با مقایسه تلاش ایدئال اجتماعی و درجه مطلوب فردی تلاش برای جست‌وجو آغاز خواهم کرد. جست‌وجو تا زمانی که نفع اجتماعی آن فراتر از هزینه یک شخص برود از نظر اجتماعی برای آن شخص مطلوب است. نفع اجتماعی جست‌وجو در یک دوره زمانی برای هر شخص عبارت است از ارزش مورد انتظار قرارداد منعقد شده برای آن شخص و شریک قراردادی‌اش منهای ارزش مورد انتظار هر قراردادی که چون شریک وی نتوانسته با شخص دیگری قرارداد منعقد کند از دستیابی به آن بازمانده است و (اگر الف که در حال جست‌وجو است با ب قرارداد ببندد، آنگاه ب ممکن است نتواند با ج قرارداد ببندد). انگیزه خصوصی جست‌وجو برای یک قرارداد ممکن است با انگیزه مطلوب

۱. برای مثال رجوع کنید به برن اشتاین ۱۹۹۲ و ۱۹۹۸، چارنی ۱۹۹۰، گریف ۱۹۹۸ و کلاین ولفلر ۱۹۸۱.

اجتماعی به دو دلیل مختلف و هم‌عرض اختلاف داشته باشد. از یک طرف، شخصی که در حال جست‌وجو است فقط به‌خاطر عایدی که از انعقاد قرارداد به‌دست می‌آورد به‌سوی انعقاد آن هدایت می‌شود و هیچ منفعتی را که به‌خاطر ممانعت وی از دستیابی دیگران به قرارداد مشابه از آنها سلب می‌شود، منفی محسوب نمی‌کند. این مطلب بیانگر آن است که تلاش بیش از حدی از سوی افراد برای جست‌وجوی شرکای قراردادی مبذول می‌گردد (در اینجا یافتن یک شریک قراردادی مشابه گرفتن یک ماهی است که مانع ماهیگیر دیگری برای صید ماهی می‌شود؛ به قسمت ۳-۱-۳ رجوع کنید). از سوی دیگر (و با کنار گذاشتن این امکان که وقتی قراردادی منعقد می‌شود ممکن است مانع انعقاد قرارداد دیگری شود)، وقتی شخصی با کسی قراردادی منعقد می‌کند، معمولاً فقط نیمی از مازادی را که بدان طریق ایجاد شده است کسب می‌کند و عواید مازاد بین دو طرف به‌واسطه قیمت قرارداد تقسیم می‌شود. این بدان معناست که عایدی خصوصی از انعقاد قرارداد کمتر از عایدی اجتماعی است. مثلاً قراردادی که ۱۰۰ دلار مازاد به‌وجود می‌آورد اگر طرفین مازاد را تقسیم کنند فقط ۵۰ دلار سود برای هریک ایجاد می‌کند. در نتیجه، درجه تلاش ناشی از انگیزه خصوصی از حد مطلوب اجتماعی کمتر خواهد بود.

بنابراین نتیجه این است که جست‌وجوی خیلی زیاد یا خیلی کم برای قراردادهای بستگی به شرایط دارد. اگر این عامل که تشکیل قرارداد از سوی یک طرف مانع انعقاد قرارداد از سوی دیگران می‌شود غالب باشد آنگاه تلاش برای جست‌وجو از نظر اجتماعی افراطی محسوب می‌شود؛ اما اگر این عامل که عایدی از انعقاد قرارداد کمتر از مازادی است که خود قرارداد ایجاد می‌کند غالب باشد آنگاه فعالیت برای جست‌وجو از نظر اجتماعی ناکافی خواهد بود.^۱

۱. برای توضیح مطلب، وضعیت ساده‌ای را در نظر بگیرید که شخصی تصمیم می‌گیرد میزان تلاش e را مصروف جست‌وجوی یک شریک قراردادی کند. یک شریک مناسب وجود دارد که شخص با احتمال $P(e)$ پیدا خواهد کرد، در جایی که P در حال افزایش در e می‌باشد. اگر شخصی شریک را پیدا کند، قراردادی منعقد می‌شود که به مازاد s منجر می‌گردد و شخص بخشی از آن را (a) کسب می‌کند، بنابراین منفعت خالص او از جست‌وجو معادل $P(e)as - e$ خواهد بود. اگر شخص شریک را پیدا نکند، شریک قراردادی با شخص دیگری منعقد می‌سازد و مازاد t را تولید خواهد کرد. میزان مطلوب اجتماعی جست‌وجو با به حداکثر رساندن نفع اجتماعی $P(e)(S-t) - e$ تعیین می‌شود، زیرا نفع اجتماعی برای پیدا کردن شریک از سوی شخص معادل $S-t$ می‌باشد. واضح است که شخص زیاد ←

ماهیت مقایسه بین درجه مطلوب خصوصی و اجتماعی تلاش برای جست‌وجو پرسش‌هایی درباره اینکه آیا مقامات اجتماعی می‌توانند اطلاعات لازم برای قاعده‌مند ساختن سیاست اصلاحی به‌دست آورند، ایجاد می‌کند. اما در هر صورت سیاست‌های عمومی برای تغییر میزان تلاش برای جست‌وجوی فرصت‌های عقد قرارداد ظاهراً وجود ندارند.

۲-۳-۲ قاعده بنیادی شناسایی قراردادهای رضایت دوجانبه

یک قرارداد صرفاً در صورتی معتبر تلقی می‌شود که هر دو طرف نشانه روشنی از رضایت - مثل درج اسامی و امضای سند - را ارائه کرده باشند.^۱ این قاعده اساسی که شامل رضایت دوجانبه می‌شود هر دو خاصیت اجتماعی و خصوصی بنیادی مذکور در قسمت ۲-۱-۳ را دارد، زیرا در درجه اول، رضایت دوجانبه برای شناسایی یک قرارداد کافی است و اینکه طبیعتاً هریک از دو طرف اختیار اعلام رضایت دارند، به آنها اجازه می‌دهد که هروقت بخواهند قراردادهای قابل اجرا منعقد کنند. به علاوه، علم آنها به این امر که در واقع یک قرارداد قانوناً شناسایی شده را به انجام رسانده‌اند به آنها اجازه می‌دهد که از جست‌وجو دست بکشند و بلافاصله به اقداماتی مثل استخدام کارگران و خرید مواد برای تولید دست بزنند که ارزش قرارداد را افزایش خواهد داد.

همچنین این واقعیت که رضایت دوجانبه برای شناسایی قرارداد لازم است بدین معناست که هیچ طرفی متعهد نخواهد شد مگر آنکه خود چنان بخواهد. این مطلب به نوبه خود نه تنها برای طرفین بلکه از نظر اجتماعی نیز مطلوب است، زیرا جست‌وجو و مذاکره قراردادهای تقویت می‌کند، اگر طرفی صرفاً در نتیجه جست‌وجو یا مذاکره و

→ جست‌وجو می‌کند اگر $as > s-t$ باشد و کم جست‌وجو خواهد کرد اگر $as < s-t$ باشد. هر دوی این احتمالات در دیاموند و ماسکین ۱۹۷۹ مطرح می‌شوند که یک مدل خاصی از جست‌وجو و انعقاد قرارداد را بررسی می‌کنند. نمونه آنها یک پیچیدگی را در نظر می‌گیرد که در متن ذکر نشده است: اینکه قیمت قرارداد و نفع خالص از جست‌وجو تا حدی نشانگر امکان انعقاد قرارداد از سوی یک طرف با شرکای دیگر است. به عنوان مثال اگر فروشنده‌ای بداند که ممکن است کالا یا خدمات خود را به خریداری غیر از کسی که تصمیم به انعقاد قرارداد با او داشته است، بفروشد میل به مطالبه قیمت بالاتری از آن خریدار خواهد داشت. این اثر باعث کاهش عایدی مورد انتظار خریدار از جست‌وجو می‌شود و لذا به طور ضمنی خریدار را مجبور می‌کند این واقعیت را که وقتی قراردادی منعقد می‌کند دیگران را از فرصت انجام آن محروم می‌کند، تا حدی در نظر بگیرد.

۱. برای مثال رجوع کنید به کالا ماری و پریلو ۱۹۹۸، ۲۵ و ای. فرانسورث، ۱۹۹۹، ۱۱-۱۰.

برخلاف میلش به نحوی قانوناً متعهد محسوب شود، آنگاه این فعالیت‌ها مختصر خواهد شد و میزان و کیفیت انعقاد قرارداد لطمه خواهد خورد.

به هر حال علی‌رغم شرط معمول که رضایت برای تشکیل قرارداد ضروری است، برخی نظریه‌های حقوقی منجر به این می‌شوند که طرفین بدون اعلام رضایتشان در مقابل قرارداد متعهد شناخته شوند؛ این امر وقتی روی می‌دهد که طرفی با انتظار تشکیل قرارداد تلاش‌ها یا سرمایه‌گذاری‌های مهمی را انجام می‌دهد.^۱ این روش حقوقی نه تنها ممکن است به دلسرد کردن تلاش‌کنندگان برای جست‌وجو منجر شود بلکه به عنوان روشی برای دستیابی به تشکیل قرارداد موجب سرمایه‌گذاری اولیه بی‌فایده می‌شود.^۲

۳-۲-۳ ایجاب و قبول

گاهی اوقات اعلام رضایت دو طرف هم‌زمان نیست؛ یک طرف ایجاب می‌کند و زمانی خواهد گذشت تا دیگری اعلام قبول نماید. این نکته به دلایل زیادی مورد توجه قرار دارد و من دو دلیل عمده را مورد بحث قرار خواهم داد.

نخست اینکه ممکن است بین ایجاب و قبول به این دلیل تأخیر اتفاق افتد که طرف مقابل می‌خواهد در مورد ایجاب تحقیق کند. اطلاعاتی که وی جست‌وجو می‌کند مثلاً ممکن است درباره کیفیت اهل محل جایی باشد که خانه پیشنهادی برای فروش در آن واقع شده است. نیاز به این‌گونه اطلاعات با این پرسش مواجه می‌شود که تا چه مدت و تحت چه شرایطی ایجاب‌کننده متعهد به ایجاب خویش خواهد بود و آیا او اصلاً متعهد خواهد بود. فرض کنید یک ایجاب‌کننده پیشنهاد می‌کند خانه‌ای را به قیمت صد هزار دلار بفروشد. آنگاه طرف مقابل غالباً به تلاش برای تحقیق فرصت‌های قراردادی تحریک

۱. رجوع کنید به بیچاک و بن-شاهار ۲۰۰۱، ۴۲۴ در مورد ایالات متحده و ویلس ۱۹۹۳، ۱۳۰-۱۲۲ در مورد کشورهای حقوق مدنی.

۲. این حقیقت دارد که سرمایه‌گذاری اولیه گاهی اوقات مؤثر است و تعدادی از مقالات تبیین کرده‌اند که نوعی از مسئولیت ممکن است جهت ترغیب سرمایه‌گذاری پیش‌قراردادی مطلوب باشد؛ رجوع کنید به بیچاک و بن-شاهار ۲۰۰۱، کراسول ۱۹۹۶ و ویلس ۱۹۹۳. طرفی که می‌خواهد چنین سرمایه‌گذاری اولیه‌ای را انجام دهد به هر حال می‌تواند تلاش کند تا زمان تشکیل قرارداد را جلو باندازد یا می‌تواند یک قرارداد ابتدایی منعقد سازد که خواه قرارداد نهایی منعقد گردد و خواه منعقد نشود جبران سرمایه‌گذاری او را بکند.

می‌شود ولی به هر حال، اگر قیمت قابل تغییر باشد، طرف ایجاب این ترس را خواهد داشت که اگر بعد از تحقیق علاقه جدی‌اش را ابراز کند، ایجاب‌کننده قیمت را مثلاً به ۱۲۵ هزار دلار افزایش دهد. انتظار چنین تجدیدنظری از سوی ایجاب‌کننده باعث کاهش انگیزه‌های طرف مقابل برای تحقیق می‌شود و لذا ممکن است به طور ناخواسته موجب کاهش امکان تشکیل قرارداد شود. از این رو، اغلب به نفع ایجاب‌کنندگان و جامعه است که شرایط پیشنهادی برای یک دوره زمانی تضمین شوند. باین حال، شرایط ایجاب‌کنندگان ممکن است تغییر کند و از نظر خصوصی و اجتماعی برای آنها سودمند باشد که شرایط قرارداد را تغییر دهند و لذا فقط برای مدت زمان محدودی ایجاب را باز نگه دارند. در پرتو این ملاحظات، تعجب‌آور نیست که قانون معمولاً شرایط ایجاب‌هایی را که طرفین انجام می‌دهند شامل مدتی که ایجاب مؤثر خواهد بود تضمین می‌کند.

دلیل دوم برای تأخیر بین ایجاب و قبول صرفاً این است که دو طرف به یکدیگر نزدیک نیستند و برای اینکه پیغام ایجاب‌دهنده ارسال شود و پاسخ طرف مقابل دریافت گردد زمان لازم است. در این رابطه، معمولاً دو قاعده حقوقی بر تشکیل قرارداد حکومت می‌کنند: قاعده موسوم به صندوق پست که به موجب آن قبول وقتی قانوناً به رسمیت شناخته می‌شود که طرف دوم پیغام قبولی خویش را (مثلاً از طریق انداختن آن در صندوق پست) ارسال می‌کند و قاعده دریافت که به موجب آن قبول وقتی به رسمیت شناخته می‌شود که ایجاب‌کننده آن را دریافت دارد، به شرط آنکه در این فاصله قرارداد دیگری منعقد نکرده باشد. قاعده صندوق پست، اعتماد اولیه طرف دوم را بیش از قاعده دریافت در نظر می‌گیرد ولی به موجب این قاعده مطمئن می‌گردد که از زمانی که پیغام قبولی خویش را ارسال می‌کند قراردادی وجود دارد. به علاوه، ایجاب‌کننده تا زمانی که از طرف ایجاب چیزی دریافت نکرده یا پیغامی مبتنی بر ابطال ایجابش را برای او ارسال نکرده، به انعقاد قرارداد با دیگری ترغیب نمی‌شود.

اینکه چه قاعده‌ای ارجح خواهد بود اصولاً به این بستگی دارد که آیا تقویت اعتماد اولیه مخاطب ایجاب ارزش بیشتری دارد یا آزادی انعقاد قراردادهای دیگر برای ایجاب‌کننده (به عنوان مثال، اگر بعید باشد که ایجاب‌کننده با شرکای قراردادی بالقوه دیگر قرارداد ببندد ولی احتمالاً مخاطب ایجاب با فرصت‌های زیادی مواجه شود که باید

سریعاً به آنها واکنش نشان دهد، آنگاه قاعده صندوق پست ارجح به نظر می‌رسد). در هر صورت، اتخاذ یک قاعده معین از انجام اقدامات بی‌فایده هریک از طرفین براساس این تصور غلط که قرارداد منعقد شده است جلوگیری می‌کند.^۱

۴-۲-۳ تدلیس

قراردادی که به‌طور کلی متقلبانه محسوب شود حتی اگر دارای شرایط معمول اعتبار باشد قانوناً به رسمیت شناخته نخواهد شد.^۲ چنین قراردادی شامل اقداماتی می‌شود که برای فریب دادن یک طرف قرارداد درباره اطلاعات مربوط به ارزش آن، به‌ویژه درباره کیفیت و ویژگی کالا یا خدمت موضوع قرارداد یا درباره قیمت آن انجام می‌گیرند. به‌عنوان مثال، فروشنده یک اتومبیل ممکن است نقاط زنگ زده را پنهان کند، فروشنده یک رستوران ممکن است سوابق فروش آن را به‌طور متقلبانه تغییر دهد، یا خریدار یک قطعه زمین ممکن است ثمن معامله را با تضمین‌های بی‌ارزش بپردازد.

تدلیس به دلایل روشن از نظر اجتماعی نامطلوب است.^۳ اول، تلاش‌هایی که برای انجام آن به کار می‌روند از نظر اقتصادی بی‌حاصل هستند. اگر فروشنده یک رستوران سوابق را تحریف کند تا کارکرد رستوران را بیشتر از آنچه واقعیت دارد نشان دهد، منابعی که به این کار اختصاص داده شده‌اند یک اتلاف هستند، زیرا چیزی را که دارای ارزش واقعی برای کسی باشد تولید نمی‌کنند.

دوم، تلاش‌های به کار رفته برای ردیابی تدلیس - مثلاً به‌وسیله خریداران شکاک رستوران‌ها - نیز اتلاف هستند و چنین تلاش‌هایی که در دنیایی پر از تدلیس صورت می‌گیرند هزینه اجتماعی غیرمستقیم تدلیس محسوب می‌شوند.

سوم، تدلیس به تناسب میزانی که موفق باشد، ممکن است به اعمال ناکارآمد

۱. برای مشاهده خلاصه‌ای از حقوق ایجاب و قبول، برای مثال رجوع کنید به کالاماری و پرلو ۱۹۹۸، ۱۱۷-۲۵، و ای.فرانسورث ۱۹۹۹، ۲۲۲-۱۰۹. برای تجزیه و تحلیل اقتصادی ایجاب و قبول با تأکید بر جنبه‌های اعتماد، رجوع کنید به کراسول ۱۹۹۶، کاتز ۱۹۹۰ ب، ۱۹۹۶؛ همچنین نگاه کنید به کاتز ۱۹۹۳.

۲. برای مثال رجوع کنید به کالاماری و پرلو ۱۹۹۸، ۳۲۶-۳۲۵. و ای. فرانسورث ۱۹۹۹، ۲۶۴-۲۶۰.

۳. معیار رفاه اجتماعی که به‌طور ضمنی در اینجا تحت بررسی است عبارت از ارزش چیزها برای کسانی که از آنها استفاده می‌کنند منهای هزینه‌های معاملات است.

(استخدام کارکنان بیشتر برای رستورانی که درواقع مشتریان زیادی ندارد) و به رقابت‌های ضعیف بین شرکای قرارداد منجر شود. قانون با امتناع از تضمین قراردادهایی که با استفاده از روش‌های فریب‌کارانه شکل گرفته‌اند، تدلیس را کاهش می‌دهد؛ لذا، این جنبه از حقوق تشکیل قرارداد از نظر اجتماعی مطلوب است.

۵-۲-۳ اشتباه

یک قرارداد ممکن است شامل اشتباه به این مفهوم باشد که یک طرف از بی‌اطلاعی طرف دیگر نسبت به برخی از نکات مربوط به قرارداد آگاه است. به‌عنوان مثال، فروشنده ساختمانی که در منطقه تجاری قرار ندارد ممکن است بداند که خریدار فکر می‌کند آن ساختمان در چنین قلمرویی قرار گرفته، یا خریدار مبلمان ممکن است متوجه شود که قیمت آن اشتباهاً به یک‌دهم ارزش طبیعی‌اش درج شده است (در اینجا فرض می‌شود که بی‌اطلاعی طرفی که اشتباه می‌کند ناشی از فقدان احتیاط او است و نه به‌خاطر تلاش مزورانه طرف دیگر؛ این چیزی است که تدلیس را از اشتباه متمایز می‌سازد).

مجاز دانستن تضمین چنین قراردادهایی در مقایسه با ابطال این قراردادها دو ضرر اجتماعی دارد. اول، انعقاد چنین قراردادهای اشتباهی ممکن است به استفاده ناکارآمد اجتماعی از منابع منجر شود مثل خرید یک ساختمان غیرتجاری از سوی کسی که می‌خواهد از آن برای اهداف تجاری استفاده کند (همچنین توجه کنید که وقتی شخصی ساختمانی می‌خرد و چون نمی‌تواند از آن به‌نحو مورد انتظار استفاده کند آن را دوباره می‌فروشد، هزینه‌های دو معامله بدون دلیل به او تحمیل می‌شوند).

دوم، این ترس که ممکن است کسی بر اثر عدم توجه به اشتباه خود زیان ببیند به اتخاذ احتیاط بیش از حد برای کاهش احتمال آن اشتباه منتهی می‌شود. به‌جای آنکه طرفین بدین‌صورت ترغیب به کاهش اشتباه شوند، برای جامعه ترجیح دارد که با انجام آنچه قانون انجام می‌دهد، یعنی امتناع از تضمین قراردادهایی که به اشتباه منعقد گردیده‌اند، اطلاعاتی را که درباره وقوع اشتباه وجود دارند تحت کنترل درآورد.^۱

۱. این قسمت چیزی را مورد بحث قرار می‌دهد که به اشتباه یک‌طرفه معروف است چون فقط یک طرف اشتباه کرده است؛ برای دیدن حقوق مربوط رجوع کنید به کالاماری و پرلو ۱۹۹۸، ۳۵۴-۳۵۶. و ایی. فرانسورث ۱۹۹۹، ۴۰.

۳-۲-۶ افشای اطلاعات

وقتی قراردادها منعقد می‌شوند، طرفین غالباً دارای اطلاعات خصوصی مربوط به قرارداد هستند. به عنوان مثال، فروشنده یک خانه ممکن است بداند که وقتی باران شدیدی می‌بارد به زیرزمین خانه نفوذ می‌کند، فروشنده یک کالا ممکن است اطلاعاتی در خصوص احتمال سقوط آتی قیمت کالا داشته باشد و خریدار یک قطعه زمین ممکن است اطلاعاتی در خصوص احتمال وجود نفت در آن داشته باشد. وجود این گونه اطلاعات خصوصی این پرسش را برمی‌انگیزد که آیا طرفین باید هنگام انعقاد قراردادها متعهد به افشای آنچه می‌دانند باشند.^۱ درواقع گاهی اوقات قانون افشای این گونه اطلاعات را الزام می‌کند و گاهی اوقات چنین الزامی وجود ندارد.^۲

۳-۲-۶-۱ اثرات تعهد به افشا

اجازه دهید ابتدا در مورد اثرات الزامات مربوط به افشا بحث کنیم. اثر مستقیم تعهد به افشا عبارت است از انعکاس اطلاعات و تغییرات همراه آن در قیمت‌ها، که در غیر این صورت اتفاق نمی‌افتاد. در غیاب یک قید مربوط به افشا، فروشنده تمایلی به افشای اطلاعات نامطلوب - از قبیل اینکه آب به زیرزمین خانه نفوذ می‌کند - نخواهد داشت، زیرا این اطلاعات ممکن است باعث کاهش قیمت گردند؛ بنابراین قید افشا منجر به آشکارسازی اطلاعات نامطلوب از سوی فروشنده و کاهش قیمت‌ها خواهد شد.^۳ همچنین خریداران بدون وجود شرط افشا،

→ ۶۳۷-۶۳۱. موضوع اشتباه دوطرفه مثل وقتی که دو طرف معتقدند گاوی که به فروش رسیده نازاست ولی درواقع این گونه نیست، مورد بحث قرار ندارد این موضوع مسائل مختلفی از جمله انگیزه‌های ترغیب‌کننده کسب اطلاعات را برمی‌انگیزد و فراتر از حیطه تحقیق ماست. برای دیدن تجزیه و تحلیل اقتصادی اشتباه رجوع کنید به راسموسن و آیریس ۱۹۹۳ و اسمیت و اسمیت ۱۹۹۰.

۱. ممکن است در موارد تدلیس و اشتباه (یک‌جانبه) که به تازگی مورد بحث قرار گرفت به این نکته برخورد کنیم که یک طرف دارای اطلاعات خصوصی است، بنابراین وضعیت فعلی ظاهراً با وضعیت‌های پیشین مرتبط است. من در قسمت ۳-۲-۶-۳ بیشتر راجع به آن توضیح خواهم داد.

۲. برای مثال رجوع کنید به کالاماری و پرلو ۱۹۹۸، ۳۴۷-۳۲۵.

۳. یک پیچیدگی در تعیین اثر یک شرط افشای اطلاعات این است که در فقدان یک شرط، سکوت درباره چیزی (مثل اینکه آیا آب به زیرزمین نفوذ می‌کند) ممکن است منتهی به یک استنتاج منفی منطقی گردد (مبنی بر اینکه یک زیرزمین که آب به آن نفوذ می‌کند وجود دارد). اما استنتاج منطقی از سکوت عموماً باعث می‌شود ←

اطلاعات مطلوب خود را افشا نخواهند کرد چون این کار موجب افزایش قیمتی که می‌خواهند بپردازند خواهد شد. به عنوان مثال، خریدار یک کالا که می‌داند قیمت آن احتمالاً بالا می‌رود اگر اطلاعات خود را آشکار کند مجبور به پرداخت قیمت بالاتری خواهد شد.

همچنین اثر غیرمستقیم تعهدات مربوط به افشای اطلاعات نیز این است که موجب کاهش انگیزه‌های تحصیل اطلاعات قبل از انعقاد قراردادها می‌شود. اگر خریدار کالایی مجبور به افشای اطلاعاتش باشد، انگیزه کمتری برای سرمایه‌گذاری در جست‌وجوی قیمت احتمالی آینده کالا خواهد داشت زیرا اگر محتوای اطلاعاتش مثبت باشد مجبور به پرداخت قیمت بالاتری خواهد بود؛ اگر فروشنده نیز موظف باشد نتیجه یک ارزیابی را افشا کند، ارزش ارزیابی برای او سقوط خواهد کرد زیرا چنانچه نتیجه ارزیابی کمتر از انتظار باشد او مجبور است قیمت کمتر از معمول را قبول کند.

باید توجه داشت که وقتی اطلاعات به‌طور طبیعی در اختیار یک طرف باشد این اثر غیرمستقیم قابل بحث خواهد بود. به عنوان مثال، ما انتظار داریم یک مالک خانه به دلیل زندگی در آن خودبه‌خود بداند که آیا آب به زیرزمین خانه‌اش نفوذ می‌کند یا خیر؛ بر همین اساس اینکه اطلاعات به‌صورت اکتسابی و رایگان به‌دست یک طرف برسد، اثری در الزام وی به افشای اطلاعات ندارد.

۲-۶-۲-۳ مطلوبیت اجتماعی تعهد به افشا

مطلوبیت اجتماعی وجود تعهد به افشا یا فقدان آن به طریقی نسبتاً پیچیده بستگی به تعدادی از عوامل دارد. سه عامل مهم اکنون مختصراً مطرح خواهند شد.^۱ عامل نخست، اینکه خریدار یا فروشنده اطلاعات دارند. درخواست افشای اطلاعات

→ طرفین درباره حقیقت بسیاری از دلایل دچار تردید شوند (به عنوان مثال، سکوت درباره اینکه مشکل موریانه وجود دارد ممکن است صرفاً بدین معنا باشد که مالک خانه هیچ‌گاه وجود موریانه‌ها را مورد جست‌وجو قرار نداده است نه آنکه چیزی برای پنهان کردن دارد). در خصوص استنتاجات ناشی از سکوت مراجعه کنید به گراسمان ۱۹۸۱ و میلگروم ۱۹۸۱ و همچنین نگاه کنید به گرتنر ۱۹۹۸، فیشمن و هاگرتی ۱۹۹۰، اکونوفوجیوارا، پوستلویت و سوزومورا ۱۹۹۰ و شاول ۱۹۹۴.

۱. معیار رفاه اجتماعی به کار رفته در اینجا عبارت است از ارزش چیزها برای مردم منهای هر هزینه مربوط به اطلاعات، منهای هزینه‌های کسب اطلاعات.

وقتی فروشندگان دارای اطلاعات هستند نسبت به وقتی که خریداران اطلاعات دارند بیشتر است، زیرا این خریداران هستند که نوعاً می‌توانند از اطلاعات استفاده ارزشمند اجتماعی به عمل آورند. بنابراین مطلوب است که فروشنده یک خانه دربارهٔ نفوذ آب به زیرزمین به خریدار آگاهی دهد تا خریدار اشیای با ارزش خود را در آنجا انبار نکند یا بتواند مشکل را برطرف کند. برعکس، ضرورت ندارد خریدار زمین که اطلاعاتی دربارهٔ احتمال وجود مواد معدنی در آن زمین دارد این اطلاعات را برای فروشنده افشا کند چون این خریدار زمین است که مواد معدنی را استخراج خواهد کرد.^۱

عامل دوم، اینکه انگیزه‌های کسب اطلاعات به‌طور نامطلوبی کاهش خواهند یافت. چون انگیزه‌های کسب اطلاعات به‌خاطر تعهد به افشا کاهش می‌یابند، تعهدات به افشای اطلاعات ممکن است گاهی از نظر اجتماعی نامطلوب تلقی شوند. اگر انگیزه‌های طرفین برای ارزیابی احتمال وجود مواد معدنی در زمین به‌خاطر تعهد به افشای یافته‌ها خنثی شود، چنین تعهداتی نامطلوب خواهند بود. این نکته زمانی مورد تأکید قرار گرفت که شرکتی یک نقشه‌برداری هوایی برای تعیین احتمال وجود مواد معدنی در زمین را برعهده گرفت و امتیازات مربوط به مواد معدنی در زمین را بدون افشای آن اطلاعات به فروشنده خریداری کرد. آنگاه این مطلب عنوان شد که اگر شرکت پیش‌بینی می‌کرد که باید یافته‌هایش را به فروشندگان گزارش دهد شرکت برای نقشه‌برداری هوایی پول خرج نمی‌کرد و مواد معدنی در زمین کشف نمی‌شدند.^۲

اما چندین نکتهٔ توضیحی مهم باید دربارهٔ این استدلال علیه تعهد به افشای اطلاعات ارائه گردد. اول اینکه اگر هیچ تعهدی به افشا وجود نداشته باشد و اطلاعات در وهله اول دارای ارزش اجتماعی نباشد، انگیزه‌های سرمایه‌گذاری در تحصیل اطلاعات ممکن است از نظر اجتماعی بیش از حد تلقی شوند^۳ (بعدها خواهیم دید).

۱. این بدان معناست که قراردادی منعقد گردیده است. اگر خریدار قراردادی منعقد نکند و آنچه را که می‌داند هرگز افشا نکند، آنگاه خریدار دیگر ممکن است دربارهٔ وجود مواد معدنی ناآگاه باشد، درحالی‌که اگر به فروشنده گفته می‌شد، خریدار هم مطلع می‌گشت، زیرا فروشنده به‌منظور دریافت قیمت بالاتر برای زمین هر خریدار دیگری را نیز مطلع می‌کند.

۲. رجوع کنید به کرون مان ۱۹۷۸ الف، ۲۱-۲۰ و بحث او راجع به قضیهٔ شرکت سولفور خلیج تکزاس.

۳. در یک نمونهٔ طبیعی اکتساب اطلاعات می‌توان نشان داد که با فقدان شرط افشای اطلاعات، انگیزه‌های خصوصی برای به‌دست آوردن اطلاعات بیش از حد خواهد بود، اما الزام به افشای آن اطلاعات ممکن است همان‌گونه که در متن مورد تأکید واقع شد منجر به انگیزه‌های ناکافی برای سرمایه‌گذاری در تحصیل اطلاعات شود.

دوم اینکه کاهش انگیزه‌ها برای فروشندگان نسبت به خریداران اهمیت کمتری دارد زیرا فروشندگان می‌توانند در معامله نوعی از ارزش افزایش یافته اطلاعات را به دست آورند. فروشنده‌ای که درمی‌یابد زمینش حاوی مواد معدنی باارزش است می‌تواند مبلغی را بابت سود اضافی که قابل تحصیل از مواد معدنی است تقاضا کند؛ درحالی که اگر یک خریدار بالقوه مجبور به افشای این اطلاعات باشد با فرض اینکه وقتی خریدار آن را افشا کرد، فروشنده می‌تواند از معامله امتناع کند و خریدار دیگری را پیدا کند که قادر به استخراج مواد معدنی باشد، نمی‌تواند از آن سود ببرد.

البته ممکن است همان گونه که در بالا مشاهده شد، افشای اطلاعات هیچ اثری بر انگیزه‌های اکتساب اطلاعات نداشته باشد. در قضیه نفوذ آب به زیرزمین این نکته واقعیت دارد، شرط افشای اطلاعات اثر آسیب‌زننده بر تلاش فروشنده برای کسب آن اطلاعات نخواهد داشت؛ او به هر صورت آن اطلاعات را خواهد داشت.

عامل سوم، اینکه اطلاعات ارزش اجتماعی دارد یا صرفاً دارای ارزش خصوصی است. برخی اطلاعات دارای ارزش اجتماعی هستند به این مفهوم که برای افزایش ارزش چیزی قابل استفاده افراد هستند. به عنوان مثال، علم به اینکه آب به زیرزمین یک خانه نفوذ می‌کند دارای ارزش اجتماعی است چون همان طور که بیان شد، شخصی که برای زندگی در این خانه می‌آید می‌تواند اقدامات احتیاطی را به عمل آورد و چیزی در زیرزمین انبار نکند یا زیرزمین را تعمیر کند. همچنین اطلاعات درباره احتمال وجود مواد معدنی در زمین را می‌توان جهت استخراج مواد معدنی مورد استفاده قرار داد. اگرچه، برخی اطلاعات ارزش کمی دارند یا در اصل هیچ گونه ارزش اجتماعی ندارند ولو اینکه دارای ارزش خصوصی قطعی باشند. به عنوان مثال اطلاعات قبلی مبنی بر اینکه قیمت کالا به خاطر قارچی که موجودی کالا را کاهش می‌دهد افزایش خواهد یافت، ممکن است ارزش اجتماعی کمی داشته باشد اگر با آن اطلاعات نتوان کار مولدی انجام داد، با این حال ممکن است این اطلاعات به خاطر منافع که به واسطه تغییرات قیمت می‌توان از آن حاصل کرد دارای ارزش خصوصی قابل توجهی باشند. وقتی اطلاعات دارای ارزش اجتماعی کمی است، اکتساب پرهزینه آن باید با بیان مطلوبیت الزام به افشای آن به هر صورت کاهش داده شود (توجه داشته باشید که به

همین‌گونه هم هست حتی اگر هیچ‌گونه ارزش ذاتی در خود افشا نباشد.^۱

۳-۲-۶ توضیح درباره ارتباط با تدلیس و اشتباه

وضعیت‌های تدلیس و اشتباه از این نظر که آنها نیز شامل عدم تقارن اطلاعات‌اند، شبیه وضعیت‌هایی هستند که در اینجا بررسی شد، اما در اینجا برخلاف موارد تدلیس و اشتباه، گاهی اوقات اجازه دادن به یک طرف قرارداد برای خودداری از افشای اطلاعات مطلوب است. دلیل اصلی برای اختلاف در نتیجه‌گیری این است که در چنین شرایطی ترغیب تحصیل اطلاعات ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشد. در شرایط وقوع تدلیس و اشتباه، به هر حال، مجاز شمردن عدم افشا (یعنی قبول آنکه تدلیس و اشتباه اصلاح نشوند) می‌تواند فقط به اثرات نامطلوب اجتماعی یعنی به تلاش‌هایی برای ارتکاب تدلیس و تلاش‌های دفاعی در مقابل تدلیس و اشتباه منجر شود.

۳-۲-۷ اکراه

در قراردادها این امکان وجود دارد که یک طرف در حالت اکراه قرار گیرد یا خود را در یک نوع اضطرار یابد. به عنوان مثال، ممکن است یک کشتی در حال غرق شدن و نیازمند نجات و کشیده شدن به بندر به وسیله یک کشتی دیگر باشد، یا ممکن است شخصی در هنگام کولاک برف در فرودگاه باشد و برای حضور در یک جلسه بسیار مهم تجاری احتیاج به یک تاکسی داشته باشد؛ در چنین مواردی طرف تحت اکراه ممکن است قراردادی تحت شرایط نامساعد منعقد کند. اجازه دهید مطلوبیت یک قاعده حقوقی را که از شناسایی برخی قراردادهای منعقد شده تحت اکراه امتناع می‌کند ارزیابی کنیم. درواقع، قانون به‌طور کلی از تضمین قراردادهای منعقد شده تحت اکراه خودداری می‌کند.^۲

۱. موضوع کلی تجزیه و تحلیل اقتصادی شرایط افشای قانونی مربوط به قراردادها در کرون مان ۱۹۷۸ الف و شاول ۱۹۹۴ مورد اشاره قرار گرفته است، برای مطالعه یک تحقیق تجربی رجوع کنید به ماتیوس ۲۰۰۰. کرون مان ابتدائاً این امکان که این شرایط باعث کاهش انگیزه‌های تحصیل اطلاعات می‌شوند را مورد تأکید قرار داد اما تمایزات مطرح شده در متن و در شاول ۱۹۹۴ بین خریداران و فروشندگان و بین اطلاعات ارزشمند اجتماعی و اطلاعات صرفاً ارزشمند خصوصی را مورد توجه قرار نداد.

۲. برای مثال رجوع کنید به کالا ماری و پریلو ۱۹۹۸، ۳۲۱-۳۰۸، و ای.فرانسورث ۱۹۹۹، ۲۷۶-۲۶۴.

۱-۷-۲-۳ اکراه ترغیب شده

ابتدا فرض کنید که وضعیت‌های اکراه به وسیله اشخاص دیگر طراحی می‌شود. به عنوان مثال، کسی ممکن است یک ملوان بی تجربه را به سوی یک منطقه خطرناک هدایت کند و سپس وقتی به دردرس می‌افتد با تعیین قیمتی بالا به نجات او بیاید. به نظر می‌رسد در چنین وضعیت‌های اکراه ترغیب شده، بهترین کار عدم تضمین قراردادهاست. اگر قراردادهای تضمین نشوند، انگیزه اشخاص برای ایجاد وضعیت‌های اکراه از بین می‌رود و در غیر این صورت زیان‌های اجتماعی به وجود خواهد آمد: تلاش به عمل آمده برای ایجاد وضعیت‌های خطرناک یک اتلاف اجتماعی است، تلاش برای نجات یک اتلاف اجتماعی است (زیرا ضروری نخواهد بود مگر برای وقوع ترغیب شده وضعیت‌های خطرناک) و وقتی نجات صورت نمی‌گیرد، آسیب جدی ممکن است روی دهد.

۲-۷-۲-۳ اکراهی که به طور طبیعی روی می‌دهد

اکنون وضعیت‌های اکراهی را مورد بررسی قرار می‌دهیم که به طور طبیعی روی می‌دهند، مثل زمانی که کشتی‌ها خودشان دچار دردرس می‌شوند و نیازمند نجات هستند. در اینجا هم دلایلی برای نپذیرفتن قراردادهایی وجود دارند که در آنها نجات‌دهندگان یا به طور کلی شرکای قراردادی قیمت‌های بسیار بالایی دریافت می‌کنند. اول، پذیرش مطالبه قیمت‌های گزاف خطری را بر افراد تحمیل می‌کند، زیرا آنها می‌فهمند که اگر در تنگنای بدی قرار گیرند مجبور خواهند بود مبلغ زیادی برای خلاصی خود بپردازند. با فرض آنکه آنها خطرگریز باشند، بیشتر به نفع آنها خواهد بود اگر قانون با یک سیاست بیمه‌ای تلویحی به شکل عدم پذیرش تضمین قراردادهای حاوی شرایط شاق از آنها حمایت کند.

دوم، صرف نظر از خطرگریزی، پذیرش قیمت‌های بالا برای نجات ممکن است منتهی به این شود که افراد به منظور پیشگیری از وقوع وضعیت‌هایی که نیاز به نجات دارند اقدامات احتیاطی بیش از حد به عمل آورند. درواقع اگر نجات افراد در شرایط اضطراری از نظر اجتماعی ارزان باشد، آنگاه ما از آنها نخواهیم خواست که گام‌های فوق العاده‌ای برای جلوگیری از بروز وضعیت‌های نجات بردارند. باین حال افراد اگر مجبور

به پرداخت مبالغ خیلی زیاد برای نجات باشند دست به این اقدام خواهند زد.^۱ یک توضیح مهم برای این استدلال‌ها توسط مثال نجات در دریا بیان می‌شود که احتمال نجات ممکن است تحت تأثیر مبلغ قرارداد قرار گیرد؛ هرچه مبلغ بالاتر باشد کشتی‌های بیشتری تمایل به حضور در نجات خواهند داشت و تلاش بیشتری برای نجات انجام خواهند داد.^۲ این متضمن این مطلب است که در برخی موارد بهترین کار برای قانون اصرار بر قیمت‌های پایین جهت تضمین قراردادها نیست بلکه مجاز دانستن نوسان قیمت حق بیمه‌ها جهت انعکاس مطلوبیت تشویق نجات است.^۳

۱. برای توضیح مطلب فرض کنید که افرادی ممکن است در حالت اکراه قرار گیرند و نجات‌دهندگان بالقوه در مقابل خطر خنثی هستند. فرض کنید x تلاش یک فرد برای جلوگیری از ایجاد یک وضعیت اکراه خطرناک باشد و $p(x)$ احتمال چنین وضعیتی باشد، در جایی که $p'(x) < 0$ و $p''(x) > 0$ است. همچنین فرض کنید که اگر اکراه به وجود آید، تلاش یک نجات‌دهنده بالقوه معادل y است و $q(y)$ عبارت از احتمال مشروط نجات است، در جایی که $q'(y) > 0$ و $q''(y) < 0$ است. فرض کنید v زیان‌های فرد در صورت شکست عملیات نجات باشد. هدف اجتماعی عبارت است از به حداقل رساندن تلاش مورد انتظار به اضافه زیان‌ها: $x + p(x)[y + (1 - q(y))v]$. فرض کنید ارزش‌های مطلوب x با y^*, x^* نشان داده شوند و فرض کنید که آنها مثبت هستند. بنابراین تلاش نجات مطلوب به طور آشکار این معادله را به حداقل می‌رساند $[y + (1 - q(y))v]$ و منتج به $q'(y)v = 1$ می‌شود. تلاش مطلوب برای جلوگیری از اکراه بنابراین منتج به $p'(x)[y^* + (1 - q(y^*))v] = 1$ می‌شود. یعنی، ارزش افزایش x آن است که احتمال زیان‌های مورد انتظار به حداقل رسیده را در صورت اکراه کاهش می‌دهد که کمتر از v هستند (چون y^* باعث به حداقل رسیدن $y + (1 - q(y))v$ بر y می‌شود، ما می‌دانیم که $y + (1 - q(y))v < 0 + (1 - q(0))v \leq v$) و بسیار کمتر از v خواهند بود اگر احتمال نجات $q(y^*)$ بالا باشد. اکنون فرض کنید که فردی پیش‌بینی می‌کند که اگر او در اکراه قرار گیرد، با پرداخت مبلغ بالایی به یک نجات‌دهنده بالقوه به خاطر تضمین قراردادهای منعقد در چنین زمان‌هایی موافقت خواهد کرد. به ویژه، فرض کنید قیمت قرارداد نجات k است در جایی که $k > y^* + (1 - q(y^*))v$ (درواقع فرد تحت اکراه تمایل به پرداخت معادل v خواهد داشت). از آنجاکه فرد x را برای به حداقل رساندن $x + p(x)k$ انتخاب می‌کند در جایی که $k > y^* + (1 - q(y^*))v$ ، او $x > x^*$ را انتخاب خواهد کرد.

۲. در مثال پاورقی قبلی، فرض می‌شود که احتمال نجات به تلاش نجات y بستگی دارد. اگر ناجی و فردی که در حالت اکراه قرار گرفته است نتوانند تلاش نجات را در قراردادهای معین کنند، آنها نظر به این دارند که پرداخت به موفقیت تلاش نجات بستگی داشته باشد که در آن صورت، هرچه پرداخت قرارداد بالاتر باشد، y بزرگ‌تر خواهد بود. اگر ناجی و فرد بتوانند بر y توافق کنند آنها y^* را معین خواهند کرد. (این نکته با پاورقی قبلی سازگار است چون قیمت k در آنجا را می‌توان به منزله یک قیمت قراردادی مورد انتظار یا یک قیمت قراردادی خاص تفسیر کرد).

۳. دو نکته دیگر باید ذکر شوند. یکی آنکه در بسیاری از زمینه‌ها، یک پرداخت متوسط موجب ترغیب اکثر آن چیزی که قابل انجام است خواهد شد و انجام آن برای اجرای نجات مطلوب است. بنابراین، پذیرفتن قیمت‌های خیلی بالا ممکن است اثر کمی بر احتمال نجات $q(y)$ داشته باشد. دوم اینکه پذیرش قیمت‌های بالا برای نجات ممکن است به ←

۳-۳ قراردادهای تولید

در این بخش شکل مهمی از قرارداد یعنی قرارداد برای تولید یک کالا (یا برای انجام یک خدمت) را بررسی خواهیم کرد هدف من گسترش درک مفصل‌تری از نمونه‌های مهم مورد تأکید در مرور قراردادهای در بخش ۱-۳ خواهد بود.^۱ در اینجا ماهیت یک قرارداد کاملاً معین، اینکه مقیاس‌های خسارت چگونه به‌عنوان جایگزین‌های ضمنی برای قراردادهای کاملاً معین عمل می‌کنند، کارکردهای اعتماد و مذاکره مجدد قراردادهای را مورد بررسی قرار خواهیم داد.^۲

۳-۳-۱ قراردادهای کاملاً معین

۳-۳-۱-۱ فرضیات درباره وضعیت قراردادی

فرض خواهد شد که یک خریدار و یک فروشنده وجود دارند و خریدار برای داشتن یک کالای سفارشی ارزشی قائل خواهد بود و فروشنده کالای مورد نیاز او را تولید خواهد کرد.

همچنین به‌طور کلی، فرض خواهد شد که منابع تردید زیادی وجود دارند که دو طرف ممکن است هنگام ملاقات با آنها روبه‌رو شوند. خریدار ممکن است از ارزش کالا برای خود مطمئن نباشد (فرض کنید که کالا یک ماشین برای تولید یک محصول می‌باشد، اما تقاضای آتی که او برای تولید محصول دریافت خواهد کرد نامعلوم است).

→ تعداد بیش از حد اشخاص درگیر در فعالیت نجات منجر شود (با منطبق قسمت ۳-۱-۱-۳ منجر به این نتیجه‌گیری می‌شود که فعالیت ماهیگیری بیش از حدی وجود خواهد داشت). هر دوی این نکته‌ها بیان می‌کنند که موازنه بین انگیزه‌های نجات و معایب قیمت‌های بالا به نفع کمتر اهمیت دادن به قیمت‌های بالا تمام خواهد شد. در هر صورت، به موجب دریا سالاری و حقوق دریایی، قراردادهای نجات تضمین می‌شوند اما اگر کشتی در یک وضعیت افراطی باشد، دادگاه‌ها غالباً قراردادهای را کنار می‌گذارند اگر جبران خسارت بیش از حد باشد؛ برای مثال رجوع کنید به اسکوتن بام ۲۰۰۱، ۸۴۶-۸۴۷ در مورد تجزیه و تحلیل اقتصادی نجات و اکراه رجوع کنید به لاندز و پوسنر ۱۹۷۸.

۱. برای ملموس‌تر بودن، بیشتر به قراردادهای تولید کالاها به‌جای انجام خدمات اشاره خواهیم کرد ولو اینکه تجزیه و تحلیل هر دو یکسان خواهد بود.

۲. در بسیاری از جنبه‌ها من از مقالات خودم یعنی شاول ۱۹۸۰ ب و ۱۹۸۴ الف استفاده خواهیم کرد اما همچنین به مقالات متعدد دیگری متکی خواهیم بود که به آنها اشاره خواهیم کرد. همچنین رجوع کنید به تحقیقات ادلین ۱۹۹۸ به کاپلو و شاول ۲۰۰۲ الف، ماهونی ۲۰۰۰، شوارتز ۱۹۹۸ و شاول ۱۹۹۸.

فروشنده ممکن است درباره هزینه‌های تولیدش تردید داشته باشد (هزینه‌های مواد ممکن است به صورت غیرقابل پیش‌بینی افزایش یابند، یا مشکلات پیش‌بینی نشده در فرایند تولید ممکن است به وجود آیند)، فروشنده ممکن است درباره اینکه خریدار دیگری پیدا خواهد شد و قیمت بالاتری برای آنچه او تولید می‌کند پیشنهاد خواهد کرد، تردید داشته باشد. اصولاً به جهت سهولت تفسیر، من عموماً توجه را به وضعیتی با یک منبع تردید - درباره هزینه تولید فروشنده - منحصر خواهم کرد. اما گاهی درباره نتیجه‌گیری‌ها تحت دیگر منابع تردید نیز اظهارنظر خواهم کرد. معمولاً تصور می‌شود که دو طرف خنثی در مقابل خطر باشند؛ اما من مفاهیم خطرگریز بودن آنها را نیز در قسمت‌های جداگانه مورد بحث قرار خواهم داد.

فرض بر این است که مبلغ قرارداد در زمان انجام کار پرداخت گردد. این فرض نیز اصولاً به خاطر سهولت است و بعضی مواقع توضیحاتی درخصوص وضعیتی که پرداخت در آغاز یا در مراحل مختلف زمانی صورت می‌گیرد ارائه خواهم کرد.

۲-۱-۳-۳ قراردادهای کاملاً معین سودمند دوجانبه

یک قرارداد کاملاً معین قراردادی است که محتوی شرطی برای هرگونه حادثه احتمالی باشد. به موجب این فرض تسهیل‌کننده که فقط یک منبع تردید وجود دارد، یک قرارداد کامل قراردادی است که هر سطح ممکن هزینه تولید را که فروشنده ممکن است با آن مواجه شود صراحتاً پیش‌بینی کند. بنابراین برای هر سطح ممکن هزینه تولید، قرارداد نشان می‌دهد که آیا فروشنده قرارداد را اجرا خواهد کرد یا خیر.

یک قرارداد سودمند دوجانبه، اگر به یاد آوریم، قراردادی است که نمی‌توان به طریقی اصلاح کرد که هر دو طرف از اصلاح آن منتفع شوند. همان‌گونه که قبلاً تذکر داده شد، ما انتظار داریم قراردادها به صورت دوجانبه سودمند باشند چون پیش‌بینی می‌کنیم که اگر بتوان آنها را اصلاح کرد تا هر دو طرف را راضی کند، این امر اتفاق خواهد افتاد. اکنون مثالی را بررسی می‌کنم که نشانگر این نکته بنیادی است که «قراردادهای کاملاً معین سودمند دوجانبه صرفاً وقتی مستلزم اجرا خواهند بود که ارزش اجرای قرارداد از هزینه‌اش فراتر رود».

مثال ۱. فرض کنید ارزش یک دستگاه برای خریدار ۱۰۰ است و سه سطح هزینه تولید احتمالی به شرح ذیل وجود دارند:

هزینه تولید: ۲۰ (پایین)	احتمال: ۳۰ درصد
هزینه تولید: ۶۰ (متوسط)	احتمال: ۵۰ درصد
هزینه تولید: ۲۰۰ (بالا)	احتمال: ۲۰ درصد

فرض کنید که طرفین به یک قرارداد کاملاً معین فکر می‌کنند - در هریک از سه سطح احتمالی هزینه تولید، اجرای قرارداد صورت گیرد. اگر قرارداد وقتی هزینه ۲۰ و ۶۰ است تولید را معین نکند و هیچ تولیدی وقتی هزینه ۲۰۰ است وجود نداشته باشد آنگاه هر دو طرف تمایل به تغییر قرارداد خواهند داشت. ابتدا فرض کنید طرفین راجع به قراردادی بحث می‌کنند که به موجب آن اجرا تحت هر سه سطح احتمالی صورت خواهد گرفت و قیمت مثلاً ۸۰ در زمان انجام کار پرداخت می‌شود.^۱ ارزش قرارداد برای خریدار معادل $20 = 100 - 80$ می‌باشد زیرا او از انجام کار مطمئن است. ارزش مورد انتظار قرارداد برای فروشنده معادل $4 = (80 - 200) \times 20\% + (80 - 60) \times 50\% + (80 - 20) \times 30\%$ خواهد بود. اکنون فرض کنید که قرارداد تغییر می‌کند و در نتیجه فروشنده فقط وقتی هزینه ۲۰ یا ۶۰ است مکلف به انجام آن می‌باشد. این مزیتی برای فروشنده محسوب می‌شود چون او در این صورت وقتی هزینه ۲۰۰ است مجبور به اجرای قرارداد نخواهد بود و متحمل زیان ۱۲۰ می‌شود (که زیان مورد انتظار معادل $120 \times 20\%$ یا ۲۴ را موجب می‌شود). بنابراین فروشنده تمایل خواهد داشت در مقابل تغییر شرایط قرارداد قیمت پایین‌تری را بپذیرد. به‌ویژه، فرض کنید که قیمت از ۸۰ به ۶۵ کاهش می‌یابد. پس ارزش مورد انتظار فروشنده معادل $16 = (65 - 200) \times 20\% + (65 - 60) \times 50\%$ خواهد بود، لذا به موجب قرارداد تغییر یافته بیشتر سود می‌برد (۱۶ بیشتر از ۴ است). به همین ترتیب، از آنجاکه خریدار با احتمال ۸۰ درصد نتیجه انجام قرارداد را دریافت خواهد کرد، ارزش مورد انتظار او $28 = (100 - 65) \times 80\%$ خواهد بود، لذا او نیز تحت

۱. به‌خاطر دارید که به جهت ملموس‌تر بودن فرض کردم که پرداخت در زمان انجام کار صورت می‌گیرد. همان‌گونه که من بعداً توضیح خواهم داد. اما نتایج اصلی تغییر نمی‌کند حتی اگر پرداخت در آغاز کار یا بخشی در آغاز و بخشی در زمان انجام کار صورت گیرد.

قرارداد تغییر یافته بیشتر سود می‌برد (۲۸ از ۲۰ بیشتر است). حالا فرض کنید طرفین ابتدائاً قراردادی را مورد بحث قرار می‌دهند که فقط وقتی انجام کار را مطالبه می‌کند که هزینه تولید ۲۰ و قیمت مثلاً ۵۰ باشد.

به موجب این قرارداد، ارزش مورد انتظار خریدار $15 = 30 \times (100 - 50) \%$ است و ارزش مورد انتظار فروشنده $9 = 30 \times (50 - 20) \%$ حالا دوباره یک قرارداد اصلاح شده را در نظر بگیرید که انجام کار را هر وقت هزینه تولید ۲۰ یا ۶۰ است مطالبه می‌کند. این قرارداد برای خریدار بهتر خواهد بود، چون او در اکثر مواقع انجام کار را دریافت می‌کند و از این رو او تمایل خواهد داشت که قیمت بالاتری بپردازد. اجازه دهید فرض کنیم که او قیمت ۷۰ را می‌پردازد. پس ارزش مورد انتظار خریدار معادل $24 = 80 \times (100 - 70) \%$ خواهد بود و بنابراین سود بیشتری خواهد برد. ارزش مورد انتظار فروشنده معادل $20 = 50 \times (70 - 20) \%$ خواهد بود و بنابراین وی نیز در وضعیت بهتری خواهد بود. این نشان می‌دهد که در قرارداد کامل مطلوب دو طرف وقتی هزینه تولید ۲۰-۶۰ باشد متضمن انجام کار است؛ و همچنین قراردادی ازسوی دو طرف خواه نسبت به قراردادی که تولید را در همه زمان‌ها مطالبه می‌کند و خواه نسبت به قراردادی که کمتر متقاضی تولید است، ترجیح داده می‌شود.

نکته این مثال، مبنی بر آنکه قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه به نحوی است که وقتی تولید وجود دارد که هزینه تولید کمتر از ارزیابی خریدار است، به موجب دو دلیل اساسی امری کلی و با دوام است. از یک طرف، اگر قراردادی حاوی شرطی باشد که وقتی هزینه تولید فراتر از ارزش خریدار می‌رود به انجام قرارداد منجر شود، فروشنده تمایل دارد که شرایط تغییر کند و مایل است به این منظور قیمت را به قدر کافی کاهش دهد تا خریدار با آن موافقت کند. از طرف دیگر، اگر قرارداد شرطی داشته باشد که به فروشنده اجازه دهد وقتی هزینه کمتر از ارزش خریدار است قرارداد را انجام ندهد، خریدار دوست دارد که شرایط تغییر کند و مایل به تغییر قیمت تا حدی خواهد بود که فروشنده را وادار به موافقت کند.

توضیحات

الف) در یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه، شرایط اجرای قرارداد کاملاً تعیین

می‌گردد تا ما بتوانیم از شرایط مطلوب دوجانبه که به موجب آنها اجرای قرارداد صورت می‌گیرد صحبت کنیم. آنچه تعیین نمی‌گردد قیمت قرارداد است اما به‌طور کلی، محدوده‌ای از قیمت‌ها وجود خواهد داشت که بتوان تصور کرد دو طرف با آن موافقت می‌کنند با مشخصاتی که، با در نظر گرفتن قیمت، هریک از طرفین در وضعیت بهتری نسبت به وقتی که قراردادی منعقد نکرده بودند قرار گیرند. قدرت چانه‌زنی، سفسطه یا عوامل دیگر که در حال حاضر مورد بحث نیستند قیمت خاصی را که مورد توافق قرار می‌گیرد تعیین خواهند کرد.

ب) شرایطی که به موجب آنها اجرای قرارداد صورت خواهد گرفت کاملاً به‌وسیلهٔ مطلوبیت دوجانبه تعیین می‌شوند و این امر یک نتیجه‌گیری نظری قوی و مقتدر است که ارزش تأمل دارد؛ زیرا بدین‌معناست که دو طرف خودشان باید این احتمالات را به‌عنوان متقاضیان اجرای قرارداد تنظیم کنند و با تغییر هر قراردادی که مستلزم اجرا تحت شرایط مختلف باشد موافقت می‌کنند.

ج) در توضیح اینکه چرا به موجب قرارداد مطلوب دوجانبه، تولید وقتی ارزشش بیشتر از هزینه است روی می‌دهد؛ می‌توان گفت این بدان‌معناست که ارزش مشترک قرارداد به حداکثر رسیده یا به تعبیری یک مشترک به بالاترین اندازه‌ای که طرفین را مجاب به سهیم شدن می‌کند رسیده است. همیشه وقتی یک بزرگ‌تری ساخته می‌شود، هر دو طرف می‌توانند بیشتر نفع ببرند، زیرا در آن هنگام می‌توان به هریک تکهٔ بزرگ‌تری از آن داد. روشی که تقسیم یک انجام می‌گیرد از طریق تغییر قیمت قرارداد می‌باشد (افزایش قیمت به فروشنده سهم بزرگ‌تری می‌دهد و کاهش قیمت تکهٔ بزرگ‌تری را نصیب خریدار می‌کند).

۳-۳-۱-۳ خطرگریزی

اگر یکی از طرفین قرارداد خطرگریز باشد، این مطلب چگونه بر قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه‌ای که آنها به‌وجود می‌آورند اثر می‌گذارد؟ این امر باعث تغییر شرایط اجرای قرارداد نخواهد شد و آنها همچنان اگر و صرفاً اگر هزینهٔ اجرا کمتر از ارزش اجرا باشد، تصمیم به اجرای قرارداد خواهند گرفت. استدلال ضرورتاً همان است که قبلاً ارائه

شده است (به عنوان مثال، تغییرات در شرایط و قیمت قرارداد در مثال یک ممکن است به شکل اصلاح شده انجام گیرد). بنابراین شرایط اجرا دقیقاً به همان صورتی است که فرض شود طرفین خنثی در مقابل خطر هستند.

اما وقتی یک یا هر دو طرف خطرگریز باشند یک تفاوت مهم در قراردادهایی که طرفین می خواهند منعقد کنند وجود دارد طرفین می خواهند خطر یک حادثه احتمالی را طبق اندازه آن و آمادگی و ظرفیت تحمل خطر، دوباره تخصیص دهند. بنابراین، به عنوان مثال اگر خریدار خنثی در مقابل خطر باشد و فروشنده خطرگریز باشد، خریدار به طور تلویحی به عنوان بیمه گر برای فروشنده عمل می کند تا خریدار به فروشنده یک رقم ثابت بپردازد و هرگونه تغییر در هزینه های فروشنده را جذب کند (مثلاً در یک قرارداد اضافه بر بهای تمام شده). به طور کلی خطر به هزینه تولید اختصاص داده می شود تا درجه خطرگریزی دو طرف را همان گونه که براساس نظریه مشارکت مطلوب در خطر تشریح شد، نشان دهد.

۳-۳-۲ جبران خسارت برای نقض و قراردادهای ناقص

۳-۳-۲-۱ مقیاس های خسارت با در نظر گرفتن قراردادهای کاملاً معین

همان گونه که در بخش ۳-۱ تأکید شد، طرفین یک قرارداد می خواهند شرایط یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه حتماً تضمین شوند و مایل نیستند هیچ انحرافی از شرایط چنین قراردادی صورت گیرد. بنابراین، طرفین خواستار یک ضمانت اجرای شدید - یک مقیاس خسارت بسیار بالا (یا اجرای معین قرارداد) - هستند که بر هرگونه تخلف از شرایط اعمال شود. به هر حال از آنجا که درواقع تخلف از این شرایط صورت نمی گیرد، ضمانت اجرای شدید هیچ وقت اعمال نخواهد شد. ضمانت اجراها صرفاً برای تحصیل وفاداری به شرایط قرارداد به کار می آیند. هرگونه شرایط غامض برای فروشنده - مثل هزینه های بالای تولید - که باعث شود او مایل به اجرای قرارداد نباشد، قبلاً در شرایط یک قرارداد گنجانده خواهد شد و به او اجازه می دهد که قرارداد را اجرا نکند.

۳-۳-۲-۲ فرض نقص

همان گونه که در بخش ۳-۱ نیز تأکید شد، قراردادها درواقع به خاطر هزینه درج شرایط

و اجتناب از مشکلات محاکم در تعیین حوادث احتمالی - در اینجا هزینه تولید - ناقص هستند. به منظور مطالعه مفاهیم نقص، در نظر گرفتن این فرض که قرارداد هیچ گونه شرط خاصی اصلاً ندارد مفید خواهد بود؛ قراردادی که صرفاً مقرر می دارد: «فروشنده باید کالایی بسازد و آن را به خریدار که قیمت P را به او می پردازد تحویل دهد».

۳-۳-۲-۳ فرض درباره نقض

همچنین اجازه دهید فرض کنیم که وقتی نقض در نظر گرفته می شود هیچ گونه مذاکره مجددی بین خریدار و فروشنده وجود نخواهد داشت. همان طور که در بخش ۳-۱ بحث شد، این فرض غالباً مناسب است (و مذاکره مجدد بعداً در قسمت ۳-۳-۴ بررسی خواهد شد). بنابراین، فرض می شود که یک طرف مرتکب نقض شود اگر موقعیتش پس از نقض و پرداخت خسارات بهتر از موقعیت پس از انجام تعهد قراردادی باشد.

۳-۳-۲-۴ رفتار به موجب مقیاس های خسارت

یک مقیاس اساسی خسارت در مقابل نقض عبارت است از مقیاس انتظار که به معنای مبلغی است که اگر پرداخت شود خریدار (یا کلی تر بگوییم طرفی که قربانی نقض است) را در موقعیتی قرار می دهد که اگر قرارداد اجرا شده بود او منتفع می گشت.^۱ به عنوان مثال، فرض کنید قراردادی وجود دارد که به موجب آن خریدار باید دستگاهی را که برای او ۱۰۰ واحد ارزش دارد و باید در زمان تحویل قیمت ۷۵ واحد آن را بپردازد، تحویل بگیرد. پس اگر فروشنده مرتکب نقض شود و دستگاه را تولید نکند و تحویل ندهد، او باید به موجب مقیاس انتظار ۲۵ واحد خسارت بپردازد: زیرا اگر قرارداد اجرا می شد، منفعت خالص از قیمت خریدار معادل ۷۵-۱۰۰ می بود بنابراین پرداخت ۲۵ واحد از سوی فروشنده در صورت نقض خریدار را در موقعیتی قرار می دهد که اگر قرارداد اجرا شده بود از آن

۱. عبارت «انتظار» مورد استفاده قرار می گیرد چون خریدار مبلغی معادل آنچه انتظار داشته کسب می کند؛ و این مبلغ گاهی اوقات توقع خوانده می شود. این مقیاس معمول خسارات در مقابل نقض قرارداد در نظام های حقوقی بزرگ است: برای مثال، رجوع کنید به ای. فرانسورث ۱۹۹۹، ۷۹۱-۷۸۴ در ایالات متحده و تریتل ۱۹۸۸، ۹۲-۷۵، در مورد کشورهای دیگر.

منتفع می‌شد. اکنون نشان خواهیم داد که فروشنده تحت مقیاس انتظار چگونه رفتار خواهد کرد.

مثال ۲. فرض کنید وضعیت همانند وضعیت مثال یک است و قرارداد قیمت ۷۵ را برای پرداخت در صورت اجرای قرارداد تعیین می‌کند. در این صورت چون فروشنده مجبور است به موجب مقیاس انتظار در صورت نقض ۲۵ واحد بپردازد، واضح است که تصمیم خواهد گرفت قرارداد را اجرا کند اگر هزینه تولیدش ۲۰ یا ۶۰ باشد، چون در هر دو صورت او سود خواهد کرد. اما اگر هزینه تولید ۲۰۰ باشد، فروشنده قرارداد را نقض خواهد کرد چون اگر انجام دهد ۷۵-۲۰۰ یعنی ۱۲۵ واحد زیان خواهد کرد که بیشتر از فقط ۲۵ واحد خسارتی است که برای نقض خواهد پرداخت.

در این مثال و به‌طور کلی، اگر و فقط اگر ارزش (ناخالص) اجرای قرارداد فراتر از هزینه تولید باشد، مقایس انتظار به اجرای قرارداد منتهی می‌شود و این دقیقاً وقتی است که اجرا تحت شرایط یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه صورت می‌گیرد. اینکه مقیاس انتظار به چنین نتیجه دقیق منتهی می‌شود را شاید بتوان با اصلاح مثالی که بررسی شد و در آن هزینه تولید مداوماً متغیر تصور می‌شود بهتر درک کرد. در این حالت، می‌توان مشاهده کرد که اگر هزینه تولید هر مبلغی کمتر از ۱۰۰ باشد، فروشنده قرارداد را اجرا خواهد کرد؛ زیرا در آن صورت یا سود خواهد برد یا اگر هزینه‌هایش بیش از قیمت ۷۵ شود، زیان‌هایش کمتر از ۲۵ خواهد بود و در نتیجه اجرای قرارداد او وضعیت بهتری نسبت به نقض آن رقم خواهد زد. اما اگر هزینه تولید هر مبلغی بیش از ۱۰۰ شود، او مرتکب نقض خواهد شد و ۲۵ واحد می‌پردازد زیرا اگر دستگاه را تولید کند زیان‌هایش بزرگ‌تر از ۲۵ خواهد بود.^۱

استنتاج مشابهی نشان می‌دهد که مقیاس‌های خسارت فراتر از مقیاس انتظار و نیز اجرای معین قرارداد ممکن است به اجرای قرارداد منتهی شوند وقتی ارزش آن فراتر از

۱. با منطق ریاضی می‌توان این نکته را به‌شرح ذیل دید. فرض کنید k قیمت قرارداد باشد (۷۵ در مثال)، c هزینه اجرای قرارداد و v ارزش اجرای قرارداد برای خریدار. پس اگر فروشنده قرارداد را انجام دهد معادل $k-c$ (که ممکن است منفی باشد - یعنی زیان) سود خواهد برد. اگر فروشنده مرتکب نقض شود، خساراتی معادل انتظار خرید از $v-k$ می‌پردازد که باید گفت فروشنده معادل $k-v$ سود می‌برد. از این‌رو، فروشنده فقط در صورتی قرارداد را اجرا خواهد کرد که $k-c > k-v$ باشد یا چنانچه $v > c$ باشد.

هزینه تولید باشد این از آنچه تحت شرایط یک قرارداد کاملاً معین روی می‌دهد معمول‌تر است. فرض کنید خسارات بالاتر از خسارات مورد انتظار ۲۵ هستند - مثلاً ۵۰ - و موقعیتی را در نظر بگیرید که در آن هزینه‌های تولید دائماً متغیرند. پس فروشنده تا زمانی که زیان‌هایش کمتر از ۵۰ باشد یعنی تا زمانی که هزینه‌های تولید کمتر از ۱۲۵ باشد قرارداد را اجرا خواهد کرد (زیرا بر مبنای ۱۲۵ زیان‌هایش معادل $125 - 75 = 50$ خواهد بود) لذا نه تنها هنگامی که هزینه‌های تولید کمتر از ۱۰۰ هستند بلکه همچنین وقتی هزینه‌های تولید بین ۱۰۰ و ۱۲۵ یعنی بیش از ارزش اجرای ۱۰۰ باشند به انجام قرارداد هدایت می‌شود.^۱ برعکس، مقیاس‌های خسارت که کمتر از مقیاس انتظار هستند ممکن است منتهی به نقض شوند ولو اینکه ارزش اجرای قرارداد فراتر از هزینه تولید باشد، اجرای قرارداد تحت یک قرارداد کاملاً معین کمتر معمول است و ما بعداً مقیاس‌های خسارت خاصی را که کمتر از مقیاس انتظار هستند بررسی خواهیم کرد.^۲

۵-۲-۳ وسیله جبران خسارت مورد ترجیح دو طرف برای نقض: مقیاس انتظار

دیدیم که در حوادث احتمالی مورد پیش‌بینی قراردادهای کاملاً معین مطلوب دوجانبه، اجرای قرارداد به موجب مقیاس انتظار صورت خواهد گرفت و دیگر وسایل جبران خسارت نقض چنین تأثیری ندارد. به علاوه، همان‌گونه که در تفسیر (ج) قسمت ۳-۳-۱-۳ تذکر داده شد، اندازه کیکی که باید بین طرفین تقسیم شود، به موجب قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه به حداکثر خواهد رسید. بنابراین خریدار و فروشنده از قبل توافق می‌کنند که به جای هر وسیله جبران خسارت دیگری در مقابل نقض قرارداد مقیاس انتظار را اعمال کنند و درواقع، می‌شود اثبات کرد که می‌توان هر وسیله جبران خسارت

۱. در نسخه مثالی با فقط سه سطح هزینه‌های تولید، خسارات ۵۰ منجر به اجرای افراطی قرارداد نخواهد شد چون تنها سطحی از هزینه‌های فراتر از ۱۰۰ خیلی بالا است یعنی ۲۰۰؛ خسارات باید بالاتر از ۱۲۵ باشند تا در این شرایط طرف را ترغیب به اجرای قرارداد کنند. لذا اگر هزینه‌های تولید دائماً متغیر نباشند، خسارات فراتر از انتظار به اجرای افراطی قرارداد منتهی نخواهد شد اگر خیلی بیشتر از مقیاس انتظار نباشند.

۲. باید دانست که آنچه در این قسمت بیان شد صرف‌نظر از اینکه فروشنده خنثی در مقابل خطر است یا خطرگریز اعمال خواهد شد زیرا فروشنده بعد از آنکه فهمید هزینه تولید چقدر است تصمیم به ارتکاب نقض می‌گیرد، در نتیجه تصمیم او در آن نقطه متضمن هیچ خطری نیست.

پیشنهادی دیگری در قرارداد را با مقیاس انتظار عوض کرد و قیمت قرارداد را به نحوی تعدیل کرد که هر دو طرف مقیاس انتظار و قیمت تعدیل شده را بر وسیله جبران خسارت پیشنهادی و قیمت اولیه ترجیح دهند.

برای توضیح استنتاج متضمن این نتیجه، اجازه دهید ابتدا نشان دهم که، با در نظر گرفتن یک قرارداد و یک وسیله جبران خسارت اجرای معین قرارداد یا یک مقیاس خسارت خیلی بالا، اگر قیمت قرارداد به طور مناسبی کاهش داده شود، هر دو طرف استفاده از مقیاس انتظار را ترجیح می‌دهند.

مثال ۳. فرض کنید وضعیت همانند وضعیت تشریح شده در مثال یک است و قراردادی را در نظر بگیرید که مستلزم اجرای معین و قیمت مثلاً ۸۰ است. ارزش این قرارداد برای خریدار معادل $20 = 100 - 80$ خواهد بود چون او قطعاً اجرای قرارداد را کسب می‌کند. ارزش این قرارداد برای فروشنده معادل $4 = 20 \times (80 - 20) + 50 \times (80 - 60) + 30 \times (80 - 20) \%$ می‌باشد.^۱ اکنون فرض کنید که، طرفین در عوض، قراردادی را در نظر می‌گیرند که در آن مقیاس انتظار اعمال می‌شود. اگر قیمت از ۸۰ تغییری نکند، می‌دانیم که خریدار به همان مقدار منتفع خواهد شد زیرا اگر اجرای قرارداد را به دست نیارود معادل آن خسارات دریافت خواهد کرد. اما فروشنده به موجب مقیاس انتظار وضعیت بهتری خواهد داشت چون وقتی هزینه تولید ۲۰۰ باشد این فرصت را خواهد داشت که مرتکب نقض شود و البته از این فرصت استفاده خواهد کرد. دقیق‌تر بگوییم به موجب مقیاس انتظار فروشنده در صورتی که مرتکب نقض شود مجبور به پرداخت ۲۰ خواهد بود (زیرا اگر قرارداد اجرا می‌شد، خریدار $20 = 100 - 80$ دریافت می‌کرد). بنابراین فروشنده در وضعیت بهتری خواهد بود اگر وقتی هزینه تولید معادل ۲۰۰ است قرارداد را نقض و خسارت ۲۰ را پرداخت کند تا اینکه متحمل زیان ۱۲۰ گردد وقتی هزینه تولید معادل ۲۰۰ است (توجه کنید که $80 - 200$ مساوی ۱۲۰ است). به هر حال وقتی هزینه تولید ۲۰ یا ۶۰ است، فروشنده به سوی اجرای قرارداد هدایت خواهد شد. از این رو ارزیابی فروشنده از قرارداد برابر با $24 = 20 \times 20 \% - 20 \times (80 - 60) \% + 50 \times (80 - 20) \%$ خواهد بود،

۱. اگر مقیاس خسارت خیلی بالا مثلاً ۱۵۰ بود، فروشنده حتی اگر هزینه تولید ۲۰۰ هم بود قرارداد را اجرا می‌کرد چون در آن هنگام متحمل زیان ۱۲۰ می‌شد که بهتر از پرداخت خسارات ۱۵۰ است. بنابراین چون او همیشه قرارداد را اجرا خواهد کرد، وضعیت مشابه وضعیت به موجب اجرای معین است.

پس فروشنده با پرداخت ۲۰ به موجب مقیاس انتظار نسبت به اجرای معین قرارداد وضعیت بهتری خواهد داشت.

از آنجاکه فروشنده با پرداخت ۲۰ به موجب مقیاس انتظار وضعیت بهتری خواهد داشت و وضعیت خریدار نیز به همان خوبی خواهد بود، نتیجه چنین است که اگر قیمت اندکی از ۸۰ کمتر شود، فروشنده هنوز وضعیت خوبی خواهد داشت و خریدار نیز قطعاً وضعیت بهتری پیدا خواهد کرد (اما نه به همان خوبی وضعیت فروشنده). برای مثال، فرض کنید که قیمت به ۷۵ کاهش داده می‌شود. در این حالت ارزیابی خریدار برابر با $25 = 100 - 75$ خواهد بود (زیرا او یا اجرای قرارداد را دریافت می‌کند یا ۲۵ به عنوان خسارت مورد انتظار) که فراتر از ۲۰ واحدی است که تحت اجرای معین قرارداد به دست می‌آورد. ارزیابی فروشنده برابر خواهد بود با $16 = 20 \times 25 - (75 - 60) \times 50 + (75 - 30) \times 30$ ، پس فروشنده نسبت به اجرای معین قرارداد که عایدی‌اش ۴ بود در وضعیت بهتری قرار خواهد گرفت.

منطق کلی مورد استفاده در این مثال ارزش بیان مجدد را دارد. تحت مقیاس انتظار، خریدار وضعیتی برابر با وضعیتش به موجب اجرای معین قرارداد (یا به موجب یک مقیاس بسیار بالای خسارات) دارد: طبق تعریف مقیاس انتظار، خریدار معادل اجرای قرارداد دریافت می‌کند اگر قرارداد اجرا نشود. اما فروشنده به موجب مقیاس انتظار وضعیت بهتری نسبت به اجرای معین قرارداد دارد زیرا تحت مقیاس انتظار می‌تواند وقتی اجرای قرارداد برایش خیلی گران تمام می‌شود مرتکب نقض شود درحالی‌که به موجب اجرای معین قرارداد ملزم به انجام قرارداد است. چون فروشنده تحت مقیاس انتظار وضعیت بهتری خواهد داشت، اگر اجازه دهد که قیمت قدری کاهش پیدا کند نیز هنوز منتفع می‌شود و این باعث خواهد شد که خریدار نیز با قبول استفاده از مقیاس انتظار بیشتر منتفع گردد.

ضرورتاً همان منطق را می‌توان برای نشان دادن این نکته به کار برد که دو طرف مقیاس انتظار را بر هر مقیاس خسارت فراتر از مقیاس انتظار که منجر به اجرای افراطی قرارداد شود ترجیح می‌دهند.

اکنون اجازه دهید یک مثال را مرور کنیم که نشان می‌دهد طرفین مقیاس انتظار را به یک مقیاس خسارت کمتر از مقیاس انتظار نیز که منجر به نقض افراطی می‌شود ترجیح می‌دهند.

مثال ۴. قراردادی را در نظر بگیرید که به موجب آن مقیاس خسارات برای نقض ۵ است و قیمت ۵۰ است. پس اگر هزینه تولید ۲۰ باشد فروشنده قرارداد را اجرا خواهد کرد زیرا ۳۰ واحد سود می‌کند؛ اما اگر هزینه ۶۰ باشد مرتکب نقض می‌شود زیرا اگر قرارداد را اجرا می‌کرد ۱۰ واحد زیان می‌کرد و پرداخت ۵ واحد به‌عنوان خسارات بهتر از آن است؛ و اگر هزینه ۲۰۰ باشد او آشکارا مرتکب نقض خواهد شد. بنابراین ارزش قرارداد برای خریدار برابر با $18/5 = 5 \times 70\% + (100 - 50) \times 30\%$ و ارزش قرارداد برای فروشنده معادل $5/5 = 5 \times 70\% - (50 - 20) \times 30\%$ است.

حالا فرض کنید خریدار پیشنهاد می‌کند که مقیاس انتظار اعمال گردد. اگر قیمت تغییر نکند، وضعیت خریدار و فروشنده به‌شرح ذیل خواهد بود:

ارزش مورد انتظار خریدار $50 = 100 - 50$ است. از آنجاکه فروشنده وقتی هزینه تولید ۲۰ یا ۶۰ است قرارداد را اجرا می‌کند و در غیر این صورت خسارات ۵۰ را می‌پردازد منافع مورد انتظار او برابر با $-6 = -50 \times 20\% - (60 - 50) \times 50\% - (50 - 20) \times 30\%$ می‌باشد و بنابراین او زیان برابر با ۶ را متحمل خواهد شد.

توجه داشته باشید که منفعت خریدار از انتقال به مقیاس انتظار برابر با $32/5$ (یعنی $18/5 - 50$) می‌باشد که بیشتر از کاهش در وضعیت فروشنده برابر با $11/5$ (یعنی اختلاف بین منفعت $5/5$ و زیان ۶) خواهد بود. این نشان می‌دهد که اگر برای جبران خسارتی که بر اثر انتقال به مقیاس انتظار متوجه فروشنده می‌شود قیمت به‌اندازه کافی افزایش یابد، خریدار هنوز می‌تواند نسبت به مقیاس کمتر خسارات در وضعیت بهتری باشد. برای تعیین صحت و سقم این مطلب فرض کنید که قیمت به ۷۰ افزایش می‌یابد. در این حالت ارزش مورد انتظار خریدار برابر با $30 = 100 - 70$ است، بنابراین وی در مقایسه با $18/5$ به موجب قرارداد اولیه و خسارات کم ۵ واحد در وضعیت بهتری قرار دارد. فروشنده که در صورت نقض ۳۰ می‌پردازد و فقط زمانی مرتکب نقض می‌شود که هزینه ۲۰۰ باشد، قرارداد را معادل $14 = 30 \times 20\% - (70 - 60) \times 50\% + (70 - 20) \times 30\%$ ارزیابی می‌کند که از $5/5$ فراتر می‌رود. بنابراین، هم خریدار و هم فروشنده تحت قرارداد با مقیاس انتظار و قیمت تغییر یافته ۷۰ نسبت به قرارداد با مقیاس پایین خسارات ۵ واحد سود خواهند برد.

در این مثال، دلیل آنکه خریدار و فروشنده هرکدام می‌توانند نفع ببرند آن است که افزایش مقیاس خسارات به مقیاس انتظار، فروشنده را به انجام قرارداد در یک احتمال که ارزش اجرای قرارداد بیشتر از هزینه بود ترغیب کرد و این امر به نوبه خود ارزش معامله را برای خریدار به بیش از آنچه برای فروشنده هزینه داشت افزایش داد برای وی این امکان را به وجود آورد که قیمت را به اندازه کافی برای وادار کردن فروشنده به گنجاندن خسارات مورد انتظار بالاتر در قرارداد تعدیل کند.^۱

۱. ممکن است طرح یک دلیل برای این نکته کلی که طرفین هر دو مقیاس انتظار را به هر مقیاس خسارات دیگری ترجیح می‌دهند مفید باشد. این نکته ابتدا طی شاول ۱۹۸۰ ب مورد تأکید قرار گرفت. فرض کنید v ارزش اجرای قرارداد و c هزینه تولید غیرقطعی باشد، در جایی که c به وسیله نوعی توزیع احتمال توصیف می‌شود. فرض کنید k قیمت قرارداد باشد که در هنگام انجام قرارداد پرداخت می‌گردد. فرض کنید d یک مقیاس خسارت باشد؛ d تعیین می‌کند که فروشنده در صورت نقض چقدر باید بپردازد به عنوان عملکرد متغیرهای قابل مشاهده توسط محاکم، مثلاً k, v, c . با در نظر گرفتن $d(c, v, k)$ ، فروشنده فقط در صورتی مرتکب نقض قرارداد خواهد شد که $d(c, v, k) < c - k$ (زیرا $c - k$ برابر با زیان‌های او در صورت اجرای قرارداد است). فرض کنید $B_d(k)$ ارزش مورد انتظار یک قرارداد برای خریدار با در نظر گرفتن یک مقیاس خسارت d و قیمت k باشد و فرض کنید $S_d(k)$ ارزش مورد انتظار فروشنده باشد. فرض کنید $T_d(k)$ جمع کل ارزش‌های مورد انتظار باشد.

به موجب مقیاس انتظار E ، فروشنده در صورت ارتکاب نقض $v - k$ خواهد پرداخت، بنابراین او وقتی $v \geq c$ باشد قرارداد را اجرا می‌کند و وقتی $c > v$ باشد مرتکب نقض قرارداد خواهد شد. از این رو، جمع کل ارزش‌های مورد انتظار خریدار و فروشنده $T_E(k)$ به موجب قرارداد برابر با حداکثر ارزش ممکن M می‌باشد (قیمت قرارداد k هر چقدر که باشد): جمع ارزش‌هایشان در هر گونه تحقق c اگر قرارداد اجرا شود $v - c$ و اگر اجرا نشود معادل صفر خواهد بود. بنابراین مجموع به حداکثر می‌رسد با در نظر گرفتن c اگر قرارداد اجرا شود در صورتی که $v \geq c$ باشد که آن چیزی است که به موجب مقیاس انتظار روی می‌دهد، بنابراین جمع مورد انتظار تحت مقیاس انتظار به حداکثر می‌رسد. به علاوه، M را می‌توان بین طرفین به طریقی و با یک انتخاب مناسب قیمت قرارداد k تقسیم کرد: بدیهی است که اگر k به قدر کافی کم باشد، ارزش مورد انتظار فروشنده $S_E(k)$ برابر با صفر است، که $S_E(k)$ به طور مداوم با k افزایش می‌یابد و اینکه اگر k به قدر کافی زیاد باشد $S_E(k) = M$ خواهد بود.

اکنون قراردادی را با قیمت k و هر مقیاس خسارت d متفاوت از مقیاس انتظار E در نظر بگیرید. از آنجاکه مقیاس خسارت با مقیاس انتظار تفاوت دارد، رفتار تحت آن به طور کلی متفاوت خواهد بود - یا وقتی $c > v$ اجرای قرارداد صورت می‌گیرد و یا وقتی $c < v$ قرارداد اجرا نمی‌شود، یا گاهی اوقات هر دو حالت اتفاق می‌افتد. بنابراین، مجموع ارزش‌هایی $T_d(k)$ که طرفین به موجب d به دست می‌آورند به حداکثر نمی‌رسد و کمتر از M می‌باشد که تحت مقیاس انتظار به دست می‌آید. به این دلیل و چون ما می‌دانیم که به موجب مقیاس انتظار M را می‌توان به هر صورت به وسیله انتخاب مناسب قیمت قرارداد تقسیم کرد. باید قیمتی وجود داشته باشد مثلاً k' به نحوی که به موجب مقیاس انتظار، $S_E(k') > S_d(k)$ و $B_E(k') > B_d(k)$ باشد یعنی هم خریدار و هم فروشنده تحت مقیاس انتظار منتفع می‌شوند.

۶-۲-۳-۳ عمومیت نتایج درباره مقیاس انتظار

این نتیجه‌گیری که مقیاس انتظار از نظر هر دو طرف بر مقیاس‌های دیگر ترجیح دارد و به همان رفتاری منتهی می‌شود که در یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه مشاهده می‌گردد کلی‌تر از فرضیه‌هایی است که ما قبلاً مورد بررسی قرار دادیم. اجازه دهید تا سه تغییر را در فرضیه‌ای که تحت آن این نتیجه‌گیری کماکان اعمال می‌شود ذکر کنم.

اول، فرض کنید که نه تنها هزینه فروشنده نامعلوم است بلکه ارزیابی خریدار نیز در این زمینه، یک عامل جدید معرفی می‌شود: خریدار اگر ارزیابی‌اش کمتر از هزینه فروشنده باشد، ممکن است طرفی باشد که مرتکب نقض می‌گردد. می‌توان نشان داد که خریدار به‌سوی نقض و پرداخت خسارات برای منافع‌ی که فروشنده در صورت اجرای قرارداد به‌دست می‌آورد هدایت خواهد شد (که مقیاس انتظار برای نقض توسط خریدار است). این رفتار خریدار برای دو طرف مطلوب است.

دوم، فرض کنید که پرداخت به‌جای آنکه در زمان اجرای قرارداد صورت گیرد در ابتدا انجام می‌گیرد. این موضوع مبلغی را که باید تحت مقیاس انتظار برای نقض پرداخت گردد تغییر می‌دهد. به‌عنوان مثال اگر قیمت ۷۰ و ارزش انجام قرارداد ۱۰۰ باشد، فروشنده‌ای که مرتکب نقض می‌شود مجبور است به خریدار ۱۰۰ (نه ۳۰) بپردازد چون با پرداخت قبلی ۷۰ در زمان شروع قرارداد، خریدار باید ۱۰۰ دریافت کند تا مبلغ کامل شود. اما رفتار تحت مقیاس انتظار همان است که در بالا توصیف شد (فروشنده آشکارا مرتکب نقض خواهد شد اگر هزینه تولیدش فراتر از ۱۰۰ باشد) و مقیاس انتظار کماکان به‌عنوان مقیاس خسارات مورد ترجیح دو طرف باقی می‌ماند.

سوم، فرض کنید که زیان‌های ناشی از نقض را بتوان با کمک قربانی تخفیف داد؛ به‌عنوان مثال، خریدار ممکن است قادر باشد تأمین‌کننده دیگری برای کالا یا خدمت بیابد و بدین‌وسیله زیان‌هایش از نقض را محدود کند. در این حالت، اگر مقیاس انتظار به‌عنوان سطح تخفیف‌یافته مطلوب زیان‌های خریدار تفسیر شود، استفاده از آن از دوجانبه به رفتار مطلوب منتهی می‌شود:

فروشنده طبق معمول قرارداد را اجرا خواهد کرد اگر و فقط اگر هزینه انجام آن کمتر از ارزش اجرای قرارداد برای خریدار باشد؛ به‌علاوه اگر نقض قراردادی وجود داشته باشد،

خریدار به اتخاذ گام‌هایی برای تخفیف زیان‌ها هدایت خواهد شد. به این دلایل، مقیاس انتظار را می‌توان باز هم به عنوان مقیاس خسارت مورد ترجیح دو طرف قلمداد کرد.^۱ چهارم، فرض کنید که نقض قرارداد یک عمل ارادی نیست بلکه یک پدیده احتمالی است:

تصور کنید که فروشنده برای ایفای رضایتمندانه هزینه‌ها و اقداماتی مثل افزایش سطح احتیاط خویش برای تضمین تحویل به موقع انجام می‌دهد و سپس انجام قرارداد صورت می‌گیرد یا بر اثر عوامل احتمالی واقع نمی‌شود. در این حالت نیز می‌توان نشان داد که مقیاس انتظار به رفتار مورد ترجیح دو طرف منتهی می‌شود، مقیاس انتظار فروشنده را به اعمال سطح احتیاطی ترغیب می‌کند که در قرارداد کاملاً معین اعلام شده است^۲ و همچنین مقیاس انتظار همان مقیاس خسارت مورد ترجیح دو طرف می‌باشد. در عین حال مقیاس انتظار تحت همه اصول کلی فرضیه ما مورد ترجیح دو طرف محسوب نمی‌شود. همان گونه که به زودی خواهیم دید وقتی طرفین خطرگریز باشند یا

۱. برای توضیح مطلب، فرض کنید Z مخارج تخفیف خریدار جهت افزایش ارزش جایگزین پس از نقض مثلاً $w(Z)$ باشد. به آسانی می‌توان نشان داد که به نفع مشترک طرفین خواهد بود Z باعث به حداکثر رسیدن $w(Z)-Z$ شود؛ فرض کنید Z^* ارزش مطلوب Z باشد. اگر y ارزش ناخالص اجرای قرارداد برای خریدار باشد، آنگاه ما می‌توانیم v را که ارزش خالص اجرا می‌باشد به عنوان $v = y - (w(Z^*) - Z^*)$ تعریف کنیم. بنابراین، خسارات مورد انتظار باید با این v مساوی باشند نه با ارزش ناخالص y ، اگر Z^* از سوی خریدار انتخاب شود. اگر خسارات معادل v باشند، خریدار Z^* را انتخاب خواهد کرد اگر قربانی نقض قرارداد باشد زیرا پرداخت خسارت به خریدار معادل v و مستقل از انتخابش Z خواهد بود، بنابراین او Z را برای به حداکثر رساندن $v + w(Z) - Z$ انتخاب می‌کند. در مورد این موضوع - تخفیف نتایج نقض - به ویتمن ۱۹۸۱ رجوع کنید.

۲. به عبارت دیگر، وضعیت همانند وضعیت مورد بحث در فصل دوم کتاب، در مورد حوادث است درحالی که یک حادثه در اینجا به عنوان یک نقض تفسیر می‌شود. فرض کنید x به مفهوم سرمایه‌گذاری در احتیاطی است که فروشنده انجام می‌دهد، $p(x)$ احتمال نقض است - شکست در اجرای موفقیت‌آمیز قرارداد - و v ارزش قرارداد است. به راحتی نشان داده می‌شود که اگر طرفین یک قرارداد کاملاً معین منعقد کنند که x نامیده می‌شود، آنها سطح x را که جمع ارزش‌های مورد انتظار را به حداکثر می‌رساند انتخاب می‌کنند یعنی $x = (1 - p(x))v$ که می‌توان گفت آنها x را انتخاب می‌کنند که $p(x)v + x$ را به حداقل می‌رساند و آن را x^* می‌نامیم. اکنون اگر آنها یک قرارداد ناقص بدون ذکر x منعقد کنند اما آن قرارداد بیان نماید که فروشنده باید تحت مقیاس انتظار به خریدار $v - k$ را در صورت نقض پرداخت کند، فروشنده x را انتخاب خواهد کرد تا $x = k - (P(x)v + x) = k - (P(x)(v - k) - (1 - p(x))k)$ را به حداکثر برساند، بنابراین او x^* را برمی‌گزیند. نقض احتمالی در بیچاک و پونگ ۱۹۹۹، کوتر ۱۹۸۵ و کراسول ۱۹۸۸ مورد بحث قرار گرفته است.

هنگامی که تصمیمات اعتمادساز مهم‌ترین قسمت موضوع هستند، مقیاس انتظار ممکن است وسیله جبران خسارت مورد ترجیح دو طرف محسوب نشود.

۷-۲-۳ خطرگریزی

وقتی که طرفین خطرگریز باشند، مقیاس‌های خسارت نقش دوگانه‌ای بازی می‌کنند و آنها نه تنها طرفین را به اجرای قرارداد ترغیب می‌کنند یا به آنها اجازه ارتکاب نقض را می‌دهند، بلکه مقیاس‌های خسارت خطر را نیز تخصیص می‌دهند و هر دو عنصر باید در تعیین اینکه یک مقیاس خسارت چگونه به اهداف طرفین خدمت می‌کند در نظر گرفته شوند.^۱ مقیاس انتظار خطری را به فروشنده که ممکن است مرتکب نقض قرارداد شود، تحمیل می‌کند و به‌طور تلویحی خریدار را در مقابل عدم اجرای قرارداد بیمه می‌کند.^۲ اگر فروشنده خنثی در مقابل خطر باشد و خریدار خطرگریز باشد، آن اختصاص خطر مطلوب خواهد بود و در نتیجه مقیاس انتظار براساس تقسیم خطر و انگیزه‌های اجرای قرارداد برای دو طرف مطلوب است. این وضعیت درواقع، دقیقاً به تقسیم خطری که در یک قرارداد کاملاً معین بین طرفین مشخص شده است منجر می‌شود (به قسمت ۴-۳-۱-۳ نگاه کنید). هرچند ممکن است مقیاس انتظار برای دو طرف نامطلوب هم باشد چون ممکن است خطر بیش از حد به یک فروشنده خطرگریز تحمیل کند. برای مثال فرض کنید فروشنده یک شرکت کوچک است (مثلاً سازنده ابزار ماشین) و خریدار یک بنگاه اقتصادی بزرگ است (یک تولیدکننده اتومبیل) که اگر شرکت کوچک به قرارداد عمل نکند با کاهش قابل توجهی در منافع روبه‌رو می‌شود (خط تولید متوقف خواهد شد). در این حالت فروشنده را می‌توان به راحتی ناتوان یا بی‌میل به تحمل خطر پرداخت خسارات انتظار تصور کرد و گر نه قیمت

۱. در مورد خطرگریزی و مقیاس‌های خسارت رجوع کنید به پولینسکی ۱۹۸۳ و شاول ۱۹۸۴ الف، در مورد راه‌هایی که نظریات حقوقی به تخصیص خطر در پرتو خطرگریزی کمک می‌کنند به‌عنوان مثال رجوع کنید به جاسکو ۱۹۷۷، پوسنر و رزنفیلد ۱۹۷۷ و سایکس ۱۹۹۰.

۲. من باز هم در اینجا فرض می‌کنم که عدم قطعیت در وضعیت قراردادی فقط در مورد هزینه تولید است (نه در مورد ارزیابی خریدار)، در نتیجه طرفی که ممکن است مرتکب نقض شود فروشنده است. نکات کلی که باید طرح شوند به‌طور آشکار به وضعیت عمومی‌تری که خریدار نیز ممکن است در صورتی که با کاهش ارزیابی‌اش مرتکب نقض شود، انتقال می‌یابند.

بسیار بالایی برای جبران تحمل خطر طلب می‌کند. در وضعیتی که در آن مقیاس انتظار دارای چنین زیان‌هایی براساس تحمل خطر است، یک مقیاس خسارت کمتر، ممکن است مطلوب دو طرف باشد ولو اینکه کمتر به اجرای ایدئال قرارداد منجر شود.

راه دیگری که ممکن است طرفین وقتی مقیاس خسارت، مثل مقیاس انتظار به تحمل خطر بیش از حد منجر می‌شود دنبال کنند، گنجاندن مقررات صریح‌تر در قرارداد به‌منظور دستیابی به اجرای قرارداد مطلوب دوجانبه است. قرارداد ممکن است مقرر دارد که فروشنده قرارداد را اجرا خواهد کرد مگر آنکه به مشکلات معین و جدی برخورد کند و در آن حالت بدون پرداخت خسارت از تعهدش به اجرای قرارداد معاف خواهد بود. برای انشای چنین قراردادی کمی وقت لازم است و به‌علاوه بعداً که فروشنده ادعا می‌کند در قیمت با مشکلات مقرر مواجه شده است خریدار مجبور است این ادعا را بررسی کند. اما این مشکلات و هزینه‌ها ممکن است ارزش تحمل ازسوی طرفین را داشته باشند تا از زیان‌های تحمل خطر به‌وسیله فروشنده یا ناکارآمدی‌های اعمال یک مقیاس خسارت کوچک‌تر از مقیاس انتظار اجتناب شود.

این نکته ارزش تأکید دارد که اجرای معین قرارداد به‌عنوان یک وسیله جبران خسارت، خطر سنگینی را بر فروشنده تحمیل می‌کند، زیرا وی تحت اجرای معین قرارداد، با خطری که بالقوه نامحدود یا به بزرگی هزینه اجرای قرارداد است روبه‌رو خواهد شد.

۸-۲-۳ وجه التزام در مقابل مقیاس‌های خسارت تعیین شده ازسوی دادگاه

اگر مقیاس خسارات مورد ترجیح دوجانبه همان باشد که دادگاه‌ها اعمال می‌کنند، پس طرفین نیازی به تعیین خسارات در قراردادشان ندارند و می‌توانند خود را از دردسر چنین کاری راحت کنند (اگرچه این هزینه تعیین خسارات به‌نظر بزرگ نخواهد بود).

درواقع، مقیاس معمول خسارات تعیین شده ازسوی دادگاه، همان‌گونه که مورد توجه قرار گرفت، مقیاس انتظار است، در نتیجه اگر طرفین خسارات را تعیین نکنند، مقیاسی که اعمال خواهد شد خواص جذابی برای آنها خواهد داشت. اما غالباً طرفین مطمئن نیستند که دادگاه‌ها مقیاسی را که آنها میل دارند اعمال کنند. حتی اگر آنها

مقیاس انتظار را بخواهند نیز وضعیت به همین صورت است زیرا دادگاه‌ها قادر به تعیین ارزش اجرای قرارداد نخواهند بود؛ به‌ویژه اگر دادگاه‌ها سطح بسیار پایین را مورد استفاده قرار دهند، طرفین از تضمین اجرای بسیار کمی برخوردار می‌شوند. بنابراین طرفین غالباً مایل‌اند که مقیاس خسارات را در یک مقررۀ وجه‌التزام معین کنند.^۱ درواقع محاکم عموماً مقررات حاوی وجه‌التزام را تضمین می‌کنند، چیزی که از نظر اجتماعی مطلوب است چون به مجاز دانستن طرفین به انتخاب وسیلۀ جبران خسارت مورد ترجیح دوجانبه منتهی می‌شود. هرچند غالباً محاکم از تضمین خساراتی که در رابطه با ارزش اجرای قرارداد بیش از حد به‌نظر می‌رسند امتناع می‌کنند.^۲ این تمایل دادگاه‌ها نامطلوب خواهد بود اگر خسارات وارده نماینده چیزی که طرفین آرزو دارند باشند، زیرا احکام پایین‌تر دادگاه‌ها باعث کاهش تناوب اجرای قرارداد و کاهش ارزش قرارداد خواهد شد. اگر قرارداد با خسارات بالا مطلوب دوجانبه نباشد، اما این امر بیشتر نتیجۀ قصور یک طرف در بررسی دقیق قرارداد باشد، آنگاه امتناع محاکم از تضمین آن ممکن است به‌عنوان یک شکل ضمنی بیمه در مقابل رفتار اشتباه در زمان انعقاد قرارداد مطلوب تلقی شود.^۳

۹-۳-۳ اطلاعات غیرمتقارن و وسایل جبران خسارت برای نقض

ارزش اجرای قرارداد برای خریدار ممکن است در زمان عقد قرارداد برای فروشنده معلوم نباشد و این ممکن است وسیلۀ جبران خسارت برای نقض را که دادگاه‌ها اعمال خواهند نمود تحت تأثیر قرارداد دهد (اگر طرفین یک مقررۀ وجه‌التزام را مشخص نکرده باشند). در یک قضیۀ معروف انگلیسی، یک کارخانه‌دار می‌خواست یک میله شکستۀ آسیاب برای

۱. باین‌حال ممکن است اختیاری برای طرفین نباشد: اگر ارزش اجرای قرارداد برای خریدار ۷ نامعلوم باشد، طرفین نمی‌توانند آن را از قبل معین کنند؛ اگر ارزش ساخت به‌موقع یک کارخانه، به‌خاطر تغییر شرایط بازار برای محصولی که خریدار قرار است در کارخانه تولید کند تغییر کند، آنگاه طرفین نمی‌توانند خساراتی را که باید پرداخت شوند از قبل تعیین کنند (اگرچه ممکن است رویه‌ای برای تعیین ارزش تعیین کنند).

۲. برای مثال رجوع کنید به ای. فرانسورث ۱۹۹۹، ۸۵۰-۸۴۱، در ایالات متحده و تریتل ۱۹۸۸، ۲۲۸-۲۲۳، در کشورهای دیگر. هاتزیس ۲۰۰۲ بیان می‌کند که در کشورهای حقوق مدنی مقررات وجه‌التزام بالا معمولاً تضمین می‌شوند.

۳. برای تجزیه و تحلیل اقتصادی مقررات وجه‌التزام، به‌عنوان مثال رجوع کنید به کارکسون، میلر و موریس ۱۹۷۸، گوتز واسکات ۱۹۷۷ و تحقیقات دی گیست و وایتس ۲۰۰۰ و ریا ۱۹۹۸.

تعویض به محل تولیدکننده منتقل شود و ارزش تحویل به موقع بسیار بالا بود چون کارخانه بدون تعویض میله قادر به ادامه فعالیت نبود، اما حمل کننده نمی دانست که اجرای تعهد آنقدر مهم است.^۱ در چنین مواقعی، دادگاهها تمایل دارند ارزش اجرای قراردادی را که فروشنده احتمالاً در هنگام عقد قرارداد قبول داشته است اعمال کنند تا اگر ارزش برای خریدار بالاتر از معمول بود، او یک سطح بالاتر از معمول خسارات را مطالبه نکند. این قاعده حقوقی مربوط به خسارات خریداران را ترغیب می کند که ارزیابی های بالای خویش را در زمان عقد قرارداد آشکار سازند چون منجر به اجرای قرارداد به نفع آنها می شود ولو اینکه به الزام آنها به پرداخت قیمت بالاتر برای قراردادهایشان نیز منجر می گردد. لذا، قاعده تحت بررسی ظاهراً از نظر اجتماعی مطلوب است (اما مسائل پیچیده ای هم وجود دارند).^۲

فقدان علم فروشنده نسبت به ارزیابی خریدار ممکن است بر انتخاب مقیاس وجه التزام نیز تأثیر بگذارد. از آنجا که قیمت مطالبه شده ممکن است در صورتی که خریدار ارزیابی اش را آشکار نماید یا این کار را نکند ولی تقاضای مقیاس بالای خسارات را داشته باشد، افزایش یابد، خریدار ممکن است عموماً در یک مقررۀ وجه التزام تقاضای خساراتی پایین تر و شاید بسیار پایین تر از ارزیابی اش را بنماید. اگرچه او به این ترتیب منفعتی را فدای تفاوت اجرای قرارداد می کند، اما ممکن است منتفع شود چون از افزایش زیاد در قیمت پرداختی اجتناب می کند.^۳

۱. قضیه هادلی علیه باکسندال، 9EX. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

۲. مسائل پیچیده عمده عبارتند از: اول، اینکه هزینه ها شامل تبادل ارزش ها می شود و دوم، اینکه فروشندگان انگیزه ای برای این تقاضا از خریداران خواهند داشت که ارزیابی هایشان را بیان کنند اگر قاعده حقوقی این باشد که خسارات معادل ارزیابی های واقعی خریداران است خواه آنها را آشکار کرده باشند یا نکرده باشند. وقتی این مسائل در نظر گرفته می شوند، روشن می شود که اگرچه قاعده حقوقی مطروحه از نظر اجتماعی مطلوب است وقتی از نظر اجتماعی بهترین حالت است که مبادلات (هزینه بر) بین طرفین وجود داشته باشد، قاعده حقوقی ممکن است وقتی این مطلب واقعیت ندارد، نامطلوب باشد. برای تجزیه و تحلیل اقتصادی این مسائل رجوع کنید به آپریس و گرتر ۱۹۸۹ و بیچاک و شاول ۱۹۹۱.

۳. به عبارت دیگر، اگرچه ارزش مشترک قرارداد برای طرفین به حداکثر می رسد اگر خریدار مجبور به آشکار کردن ارزیابی اش باشد و خسارات برای نقض را برای انعکاس آن تنظیم کند، توزیع منافع حاصل از عقد قرارداد ممکن است به طور نامطلوبی بر علیه خریدار باشد اگر او خسارات را بدین نحو تنظیم کند. برای بحث بیشتر این مطلب و مسائل مربوط رجوع کنید به جانستون ۱۹۹۰، اسپایر ۱۹۹۲، و استول ۱۹۹۲.

۱۰-۲-۳-۳ تباین با دیدگاه‌های محققان حقوقی

دیدگاه‌های کلی که در این قسمت مطرح شد در تباین با دیدگاه‌هایی قرار دارند که در اکثر تحقیقات حقوقی راجع به وسایل جبران خسارت برای نقض مورد تأکید قرار می‌گیرند. در اینجا دو نکته ارزش توجه دارند.^۱ اولین نکته در قسمت ۳-۶-۱-۳ ذکر شد که اکثر محققان نقض قرارداد را به مفهومی یک عمل بد از نظر اخلاقی می‌دانند زیرا شبیه نقض عهد می‌باشد. نقض قرارداد از دیدگاه آنان یک ضرورت عملی در برخی شرایط به نظر می‌رسد اما نه ذاتاً به عنوان یک چیز خوب. این دیدگاه که قبلاً و در اینجا تأکید شد تفاوت بین قرارداد کاملاً معین نظری که خواست طرفین را واقعاً نشان می‌دهد و قرارداد ناقصی که طرفین در عمل منعقد می‌سازند را در نظر نمی‌گیرد. در مقابل این برداشت، عملکرد مقیاس‌های خسارت را می‌توان مشاهده کرد که اجرای قرارداد را وقتی مطلوب طرفین است در بخش مهمی ترغیب می‌کند. به‌ویژه این بدان معناست که نقض به عدم اجرا منتهی می‌شود وقتی طرفین اجازه عدم اجرا را در یک قرارداد مفصل داده باشند و لذا نقض یک عمل نامطلوب نیست بلکه از نقطه نظر طرفین و خواست‌های واقعی‌شان یک عمل خوب و مطلوب است.

دومین تباین از تمایل محققان به تمرکز بر تعارض منافع طرفین در زمان یک نقض احتمالی ناشی می‌شود. البته این واقعیت دارد که طرفی که در صورت ارتکاب نقض باید خسارت بدهد، هرچه بیشتر بپردازد ضرر بیشتری خواهد کرد و طرفی که انتظار اجرای قرارداد را دارد وضعیت بهتری خواهد داشت. این ملاحظه طبیعتاً به این دیدگاه منتهی می‌شود که وسیله جبران خسارت چیزی است که تعارض منفعت بین طرفین را نشان می‌دهد و بهترین وسیله جبران خسارت آن است که تعارض را به طریق منصفانه برطرف کند. چنین دیدگاهی خواسته‌های طرفین در زمان انعقاد قرارداد و نقش مقیاس‌های خسارت در تقویت خواسته‌های طرفین را نادیده می‌گیرد. به‌ویژه و مهم‌تر از همه، دیدگاه محققان سنتی این نکته را قبول ندارد که یک مقیاس خسارات ممکن است به صورت دوجانبه مورد خواست طرفین باشد (مقیاس انتظار با در نظر گرفتن فرضیه‌های ما و بی طرفی خطر، یا مقیاس دیگری با در نظر گرفتن فرضیه‌های دیگر). یعنی این دیدگاه این مطلب را نمی‌پذیرد

۱. این نکات در شاول ۱۹۸۰ ب مورد تأکید واقع شده‌اند.

که به‌طور کلی مقیاسی وجود خواهد داشت که هر دو طرف آن را به هر مقیاس دیگری ترجیح دهند، در نتیجه تعیین یک مقیاس متفاوت حتی اگر در زمان نقض قرارداد منصفانه تلقی شود باعث می‌شود که هر دو طرف نسبت به قبل در وضعیت بدتری قرار گیرند.

۳-۳-۳ اعتماد

۳-۳-۳-۱ تعریف اعتماد

همان‌طور که در بخش ۳-۱ به‌طور خلاصه بحث شد، غالباً اقداماتی وجود دارند که ممکن است قبل از اجرای قرارداد صورت گیرند تا ارزش آن را برای یک طرف قرارداد افزایش دهند. خریداری که منتظر دریافت یک دستگاه است می‌تواند کارگزارش را برای استفاده از آن تعلیم دهد، دستگاه کهنه را خارج کند یا کار دیگری انجام دهد که ارزشش را برای او افزایش خواهد داد. کسی که منتظر خواننده‌ای برای حضور در باشگاهش می‌باشد می‌تواند حضور خواننده را تبلیغ کند و در نتیجه تعداد افرادی را که برای دیدن خواننده به باشگاه خواهند آمد افزایش دهد. این اعمال افزایش‌دهنده ارزش برای طرفین قرارداد را اقدامات مبتنی بر اعتماد یا صرفاً اعتماد می‌خوانند زیرا به اعتماد اجرای قرارداد انجام می‌شوند.^۱ من به‌خاطر روشن بودن مطلب فرض می‌کنم که اقدامات مبتنی بر اعتماد باید پیش از آنکه عدم قطعیت برطرف شود و لذا پیش از آنکه معلوم گردد آیا اجرای قرارداد قطعاً انجام خواهد گرفت، صورت گیرند.^۲

۳-۳-۳-۲ اعتماد به‌عنوان مقیاس خسارات

زمانی که یک طرف قرارداد با انجام هزینه‌ای بر اجرای آن اعتماد کرده و طرف دیگر

۱. اگرچه من عموماً اعتماد را به‌عنوان هزینه یا تلاش تفسیر می‌کنم که با اعتماد بر اجرای قرارداد صورت می‌گیرد، معنای دیگر اصطلاح اعتماد فرصتی است که به‌خاطر انعقاد یک قرارداد از آن صرف‌نظر شده است. به‌عنوان مثال اگر خریدار یک قرارداد از انعقاد یک قرارداد جایگزین به‌خاطر انعقاد قرارداد مورد نظر صرف‌نظر کند، آنگاه ارزش مورد انتظار قرارداد جایگزین ممکن است به‌عنوان اعتماد وی محسوب شود. آنچه که من در ذیل خواهم گفت از بعضی جنبه‌ها به این شکل جایگزین اعتماد قابل اعمال است.

۲. تجزیه و تحلیل اقتصادی اعتماد در شاول ۱۹۸۰ ب مطرح شد که من در اینجا آن را به گسترده‌تری دنبال می‌کنم. تجزیه و تحلیل در آن مقاله فرض می‌کرد که طرفین قراردادهایشان را مورد مذاکره مجدد قرار نمی‌دهند. درباره موضوع مهم مذاکره مجدد و اعتماد به قسمت ۳-۴-۳ رجوع کنید.

مرتکب نقض قرارداد می‌شود، یک مقیاس احتمالی خسارات جبران خسارت قربانی نقض را برای هزینهٔ اعتمادش خواهد کرد و در نتیجه آن طرف به وضعیتی که قبل از انعقاد قرارداد داشته است برمی‌گردد؛ مبلغی که این کار را انجام می‌دهد مقیاس خسارات اعتماد نام دارد. مقیاس خسارات اعتماد معمولاً کمتر از مقیاس انتظار است و بنابراین بیشتر از مقیاس انتظار به نقض متناوب منجر می‌شود. بنابراین، هر دو طرف مقیاس انتظار را بر مقیاس اعتماد ترجیح خواهند داد.^۱ مثال ذیل را در نظر بگیرید.

مثال ۵. فرض کنید که در مثال یک خریدار باید ۵ واحد در اعتماد به اجرای قرارداد صرف کند تا سودی معادل ۱۰۰ را از آن کسب کند. قراردادی را در نظر بگیرید که در آن خسارات نقض تحت حاکمیت مقیاس اعتماد قرار دارند و در نتیجه خسارات برابر ۵ هستند؛ همچنین فرض کنید که قیمت قرارداد ۵۰ می‌باشد. پس فروشنده وقتی مرتکب نقض خواهد شد که هزینهٔ تولید ۶۰ باشد زیرا او ترجیح می‌دهد ۵ واحد به‌عنوان خسارت صرف کند به جای آنکه ۱۰ واحد ضرر کند، او همچنین وقتی هزینه ۲۰۰ باشد مرتکب نقض خواهد شد. ارزش قرارداد برای خریدار بنابراین معادل $13/5 = 100 - 5 + 5 \times 70\%$ خواهد بود و ارزش برای فروشنده معادل $5/5 = 50 - 20 + 30 \times 70\%$ می‌باشد.

طرفین هر دو تحت مقیاس انتظار با فرض آنکه قیمت به‌طور مناسبی افزایش یابد تا جبران خسارت فروشنده را که مجبور به پرداخت خسارات بزرگ‌تری است بنمایند منتفع خواهند شد. فرض کنید که قیمت ۷۵ است و خسارات انتظار به میزان ۲۵ اعمال می‌شوند. پس فروشنده وقتی قرارداد را اجرا خواهد کرد که هزینهٔ تولید ۲۰ یا ۶۰ باشد. در این صورت ارزش برای خریدار معادل $25 = 100 - 75 + 75 \times 30\%$ خواهد بود که بیش از $13/5$ است لذا او وضعیت بهتری خواهد داشت؛ حتی اگر قیمت بالاتر باشد، تناوب افزایش‌یافته اجرای قرارداد جبران افزایش قیمت را می‌کند. ارزش برای خریدار $19 = 25 \times 70\% - (75 - 60) \times 50\% + (75 - 20) \times 30\%$ خواهد بود که بیش از $5/5$ است، بنابراین او نیز وضعیت بهتری خواهد داشت.

همان‌گونه که از این مثال مشخص می‌شود، دلیل آنکه مقیاس اعتماد پایین‌تر از

۱. این نکته که طرفین خسارات انتظار را بر اعتماد ترجیح می‌دهند، تحت تفسیر اعتماد مبنی بر اینکه آن را با فرصت‌های صرف‌نظر شده مساوی می‌داند نیز صدق خواهد کرد.

مقیاس انتظار قرار می‌گیرد این است که خسارات اعتماد فقط ۵ هستند و لذا کمتر از خسارات انتظار می‌باشند. اینکه مخارج اعتماد که در مثال ۵ می‌باشد کمتر از ارزش اجرای قرارداد هستند که در مثال ۱۰۰ است، یک فرض کلی محتمل است زیرا برای یک طرف قرارداد غیرمنطقی است که بیش از ارزش اجرای قرارداد بر روی اعتماد صرف کند و در غیر این صورت قرارداد برای طرفی که روی اعتماد خرج می‌کند ارزش منفی خواهد داشت.^۱

۳-۳-۳ تفسیر دیدگاه‌های محققان حقوقی در خصوص مقیاس اعتماد

برخی مفسران حقوقی به دلایلی که نیاز به بررسی آنها در اینجا نیست مقیاس اعتماد را بر مقیاس انتظار ترجیح داده‌اند.^۲ نکته‌ای که ارزش توجه دارد این است که چون آنها منافع دوجانبه طرفین قرارداد را در آغاز همکاری در نظر نمی‌گیرند، قبول ندارند که مقیاس انتظار ازسوی هر دو طرف در شرایط کلی و مبهم نسبت به مقیاس اعتماد ترجیح داده می‌شود. درواقع، ترجیح طرفین قرارداد درباره مقیاس انتظار نسبت به مقیاس اعتماد کاملاً قوی است اگر اجرای قرارداد بسیار مهم و اعتماد خریدار کم باشد، در نتیجه به موجب مقیاس اعتماد تضمین بسیار کمی برای اجرای قرارداد وجود خواهد داشت. این موضوع ارزش قرارداد را به‌طور قابل توجهی کاهش می‌دهد و خریدار را بسیار کمتر ترغیب به پرداخت می‌کند.

۳-۳-۴ سطح اعتماد؛ اعتماد مطلوب

طرف یک قرارداد اغلب حق انتخاب دارد که آیا و تا چه اندازه به اجرای قرارداد اعتماد کند (برای سهولت، سطح اعتماد قبلاً ثابت فرض شده بود). اعتماد مطلوب تلقی خواهد شد اگر ارزش مشترک مورد انتظار یک قرارداد را برای خریدار و فروشنده به حداکثر

۱. اگر ارزش‌گذاری خریدار نامعلوم باشد، ممکن است مشخص شود که ارزش‌گذاری او اتفاقاً کمتر از سطح اعتماد است. این موضوع به نقض بسیار کمی تحت مقیاس اعتماد منجر خواهد شد. خواه مقیاس اعتماد کمتر از مقیاس انتظار باشد یا بیشتر از آن، مقیاس انتظار به‌وسیله هر دو طرف ترجیح داده خواهد شد با در نظر گرفتن فرضیات کلی که اکنون تحت بررسی هستند.

۲. در مقاله‌ای که زیاد ذکر شده است، فولر و پردو ۱۹۳۶ مقیاس اعتماد را بر مقیاس انتظار به‌عنوان یک موضوع نظری ترجیح می‌دهند اگرچه آنها غالباً مقیاس انتظار را جذاب‌تر می‌یابند اصولاً به دلایل قابلیت اداره و اجرای آن.

برساند، یعنی اگر ارزش مورد انتظار اجرای قرارداد منهای هزینه تولید و منهای هزینه‌های اعتماد را به حداکثر رساند. اجازه دهید قبل از بحث بیشتر به بررسی یک مثال بپردازیم.

مثال ۶. فرض کنید در مثالی که ما در حال بررسی آن بودیم، درباره سطح اعتماد و ارزش اجرای قرارداد برای خریدار چنین فرض می‌شود که اگر اعتماد صفر باشد، ارزش اجرای قرارداد ۵۰ می‌باشد، اگر اعتماد ۵ باشد، ارزش اجرای قرارداد ۱۰۰ است و اگر اعتماد ۵۰ باشد، ارزش اجرای قرارداد ۱۵۰ می‌باشد (هزینه‌های اجرا همان‌گونه که فرض شده می‌باشند - ۲۰ با احتمال ۳۰ درصد، ۶۰ با احتمال ۵۰ درصد و ۲۰۰ با احتمال ۲۰ درصد). در این صورت چه سطحی از اعتماد مطلوب است و به بالاترین ارزش مورد انتظار اجرای خالص از هزینه تولید و هزینه اعتماد منتهی خواهد شد؟ اگر اعتماد صفر باشد، آنگاه چون ارزش اجرا فقط ۵۰ خواهد بود، فقط زمانی وقوع تولید مطلوب خواهد بود که هزینه تولید ۲۰ باشد، بنابراین ارزش مشترک قرارداد برابر با $9 = (50 - 20) \times 30\%$ خواهد بود. اگر اعتماد ۵ باشد، ارزش اجرا ۱۰۰ خواهد بود و تولید زمانی مطلوب است که هزینه‌اش ۲۰ یا ۶۰ باشد، بنابراین ارزش مشترک قرارداد $39 = 5 - (60 - 50) \times 50\% + (100 - 20) \times 30\%$ است. اگر اعتماد ۵۰ باشد، ارزش اجرا ۱۵۰ خواهد بود، پس تولید باز هم زمانی مطلوب خواهد بود که هزینه‌اش ۲۰ یا ۶۰ باشد در نتیجه ارزش مشترک قرارداد معادل $34 = 50 - (60 - 50) \times 50\% + (150 - 20) \times 30\%$ خواهد بود. بنابراین اعتماد ۵ مطلوب است.

باید دانست که افزایش اعتماد از ۵ به ۵۰ شامل یک هزینه اضافی ۴۵ است و به افزایش ۵۰ واحدی ارزش اجرای قرارداد از ۱۰۰ به ۱۵۰ منجر می‌شود. پس چرا ۵۰ سطح مطلوب اعتماد نیست؟ پاسخ این است که هزینه ۴۵ اضافی اعتماد با قطعیت تحمیل می‌شود درحالی‌که منفعت حاصل از اجرای قرارداد یعنی ۸۰ درصد، احتمالی است. در نتیجه میزان مورد انتظار افزایش در ارزش اجرای قرارداد فقط ۸۰ درصد از ۵۰ یا ۴۰ است که کمتر از ۴۵ می‌باشد.

این مثال نشان می‌دهد که خرج روی اعتماد فقط چنانچه منافع مورد انتظارش فراتر از خرج باشند مطلوب است و اگر اجرای قرارداد مطلوب نباشد، اعتماد یک اتلاف به حساب می‌آید. اگر طرفین یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه منعقد کنند و این قرارداد

سطح اعتماد را مقرر کند، آن سطح همان سطح اعتماد مطلوب خواهد بود؛ زیرا همان گونه که قبلاً توضیح داده شد (به قسمت ۳-۱-۳، بند «ج» رجوع کنید) طرفین می خواهند قراردادی را تنظیم کنند تا ارزش مشترک مورد انتظارشان را به حداکثر برساند.^۱

۳-۳-۳-۵ وسایل جبران خسارت برای نقض و سطح اعتماد

اکنون قراردادهای ناقص و این پرسش را که وسایل جبران خسارت برای نقض چگونه بر تصمیمات راجع به اعتماد اثر می گذارند در نظر بگیرید.

به موجب مقیاس انتظار، میل به اعتماد بیش از حد وجود خواهد داشت: از آنجاکه خریدار با دریافت خسارات در مقابل زیان های ناشی از نقض به طور ضمنی بیمه می شود، سرمایه گذاری خود در اعتماد را به منزله سرمایه گذاری با نتیجه مثبت قطعی خواهد دید. با این حال، همان طور که در قسمت ۳-۳-۳-۴ مورد تأکید قرار گرفت، چون ممکن است اجرای قرارداد صورت نگیرد اعتماد درواقع فقط یک عایدی احتمالی دارد و در تعیین اعتماد مطلوب باید این نکته در نظر گرفته شود. مثال بعدی نشان می دهد که تحت مقیاس انتظار خریدار میل به انتخاب بیش از سطح مطلوب اعتماد خواهد داشت.

مثال ۷. فرض کنید در شرایط مثال قبل، قیمت قرارداد ۷۰ است و خریدار تصمیم می گیرد که ۵ یا ۵۰ را به عنوان سطح اعتمادش انتخاب کند.^۲ اگر او ۵ را انتخاب کند، آنگاه چون ارزش اجرای قرارداد ۱۰۰ است، خریدار یا اجرای قرارداد را به دست می آورد و

۱. برای بررسی دقیق تر نظریه اعتماد مطلوب، فرض کنید r سرمایه گذاری اعتماد خریدار باشد و $v(r)$ ارزش اجرای قرارداد با در نظر گرفتن r در جایی که v در حال افزایش در r است. خریدار r را انتخاب می کند پیش از آنکه فروشنده از هزینه تولید c خبردار شود و درباره تولید تصمیم بگیرد. تصمیم مطلوب فروشنده تولید است اگر $v(r) > c$ باشد و ارزش مشترک در حال افزایش باشد، بنابراین تصمیم خریدار انتخاب r برای به حداکثر رساندن

$$r - \int_0^r (v(c) - c)g(c)dc$$

است در جایی که g احتمال تراکم c است. بنابراین r مطلوب که با r^* نشان داده

می شود به وسیله $G(v(r)) = 1$ تعیین می شود وقتی که G توزیع جمع شونده c است. در اینجا توجه داشته باشید که عایدی نهایی برای سرمایه گذاری اعتماد فقط یک عایدی احتمالی است زیرا این سرمایه گذاری فقط با احتمال $G(v(r))$ به بار می نشیند یعنی وقتی $v(r) > c$ (وقتی تولید کارآمد باشد).

۲. برای سهولت، این نکته را که آیا می خواهد صفر را به عنوان سطح اعتماد برگزیند در نظر نخواهم گرفت، نشان دادن این موضوع که او این کار را نخواهد کرد آسان است.

از ارزش خالص ۳۰ سود می‌برد یا ۳۰ واحد به‌عنوان خسارت دریافت می‌کند؛ از این‌رو ارزش‌گذاری خریدار ۷۵-۱۰۰ یا ۲۵ خواهد بود، اما اگر او ۵۰ را به‌عنوان اعتماد برگزیند، ارزش اجرای قرارداد ۱۵۰ خواهد بود و ارزش‌گذاری او با منطق مشابه $۱۵۰-۷۰-۵۰=۳۰$ می‌باشد. لذا او ۵۰ را به‌عنوان سطح اعتمادش برمی‌گزیند. وقتی خریدار سطح اعتمادش را به ۵۰ افزایش می‌دهد قطعاً سود خواهد برد، چون به‌طور قطع رقم ۱۵۰ را در اثر اجرای قرارداد یا معادل آن را به شکل خسارات انتظار دریافت می‌کند.

همان‌گونه که این مثال نشان می‌دهد، دلیل آنکه مقیاس انتظار به اعتماد بیش از حد منتهی می‌شود این است که خریدار می‌داند اگر او اعتماد را افزایش دهد، نه تنها در صورت اجرای قرارداد منفعت بیشتری کسب خواهد کرد بلکه اگر نقضی صورت گیرد نیز او باز هم بیشتر منتفع می‌شود و این غرامت‌ها او را در همان وضعیتی قرار می‌دهند که در صورت اجرای قرارداد منتفع می‌شد.^۱

این نتیجه‌گیری تحت مقیاس انتظار یک نکتهٔ عمومی‌تر را دربارهٔ دریافت غرامت‌ها نشان می‌دهد: چون غرامت‌ها باعث کاهش اثرات نقض می‌شوند به اعتماد بیش از حد منتهی خواهند شد زیرا اعتماد مطلوب مستلزم این است که یک طرف نقض را به معنی منتهی شدن اعتماد به اتلاف بداند.

به موجب مقیاس‌های اعتماد، اعتماد بیش از حد نه به دلیل کلی که در بالا ارائه شد بلکه به دلیل دیگری وجود دارد: چون خسارات اعتماد کمتر از خسارات انتظار هستند، خریدار زیان خواهد کرد اگر نقض روی دهد. از این‌رو، خریدار می‌خواهد احتمال نقض را کاهش دهد و می‌تواند این را به‌نوبهٔ خود با افزایش اعتماد انجام دهد؛ زیرا هرچه اعتماد بیشتر باشد فروشنده مجبور به پرداخت غرامت‌های بیشتر در صورت نقض خواهد بود و لذا کمتر مرتکب نقض خواهد شد. به این خاطر می‌توان نشان داد که سطح اعتماد

۱. به‌ویژه اگر مقیاس انتظار اعمال شود، خریدار همیشه $v(r)-k$ را دریافت خواهد کرد (خواه اجرای قرارداد را به‌دست آورد، به ارزش $v(r)$ و قیمت قرارداد k را بپردازد، یا غرامت $v(r)-k$ را دریافت کند). بنابراین، او r را برای به حداکثر رساندن $v(r)-k-r$ انتخاب خواهد کرد. در نتیجه، r توسط $v'(r)=1$ تعیین خواهد شد به‌جای آنکه توسط $v'(r)G(v(r))=1$ تعیین شود (به پاورقی قبلی نگاه کنید). بنابراین خریدار یک r بالا اما ناکارآمد را انتخاب می‌کند؛ مشکل این است که خریدار این نکته را در نظر نمی‌گیرد که آن سرمایه‌گذاری در صورتی که اجرای قرارداد روی ندهد هیچ ارزشی ندارد. این نکته ابتدا در شاول ۱۹۸۰ ب مطرح شد.

تحت مقیاس خسارات اعتماد افراطی تر از این سطح تحت مقیاس انتظار است. این حقیقت که مقیاس انتظار و دیگر مقیاس‌های خسارت غالباً به اعتماد نامناسب منتج می‌شوند تعیین مقیاس خسارت مطلوب دوجانبه را پیچیده می‌سازد. بهترین مقیاس مبتنی بر مصالحه ضمنی بین تأمین انگیزه‌های مناسب برای اعتماد و انگیزه‌های مناسب برای اجرای قرارداد است. هیچ مقیاس خسارتی وجود ندارد که انگیزه‌های مطلوب را هم برای اجرای قرارداد و هم برای اعتماد به‌طور موازی تأمین کند: مقیاس انتظار فقط انگیزه‌های مطلوب برای اجرای قرارداد را ارائه می‌کند، ولی انگیزه‌های مناسب برای اعتماد را تأمین نمی‌کند.^۱

۳-۳-۳-۶ مطالب بیشتری در مورد اعتماد و وسایل جبران خسارت برای نقض

اجازه دهید چند مطلب اضافی را درباره نظریه اعتماد و تفسیر آنچه مورد بحث قرار گرفته است اظهار کنم.

الف) مقیاس‌های پیچیده خسارت: با تفکر می‌توان دریافت که اگر سطح خسارات به‌طور خودکار برای انعکاس ارزش واقعی اجرای قرارداد افزایش نیابد، تمایل به اعتماد بیش از حد ناشی از دریافت خسارات انتظار را می‌توان از بین برد. اگر مقیاس انتظار پیچیده باشد به این مفهوم که خسارات معادل سطح نشان‌دهنده اعتماد مطلوب تنظیم شوند، هیچ انگیزه‌ای برای اعتماد افراطی وجود نخواهد داشت، چرا که افزایش اعتماد موجب افزایش خسارات دریافتی در صورت نقض نخواهد شد (برای مثال، این مطلب در مثال هفت صدق خواهد کرد، اگر خسارات انتظار با این فرض که اعتماد ۵ است تنظیم شوند).^۲

۱. دقیق‌تر بگوییم، این اظهار که هیچ مقیاس خسارتی وجود ندارد که به اجرای مطلوب و اعتماد مطلوب منتهی شود فرض می‌گیرد که یک مقیاس خسارت d صرفاً عملکرد متغیرهای k, c, t, v - ارزش اجرای قرارداد، اعتماد، هزینه تولید و قیمت قرارداد است. به‌ویژه، d ممکن است به اطلاعات بیشتری مثلاً درباره عملکرد $v(t)$ یا تراکم $g(t)$ بستگی نداشته باشد رجوع کنید به شاول ۱۹۸۰ ب.

۲. اگر اعتماد ۵ باشد، ارزش اجرا ۱۰۰ خواهد بود و بنابراین مقیاس انتظار برابر $30 = 100 - 70$ خواهد بود. در نتیجه، فروشنده وقتی هزینه ۲۰ یا ۶۰ است قرارداد را اجرا خواهد کرد. بنابراین، خریدار به طریق ذیل استنتاج می‌کند. اگر او اعتماد صفر را انتخاب کند، ارزش قرارداد برای او معادل $10 = 30 \times 20\% + (50 - 70) \times 80\%$ خواهد بود. اگر او اعتماد ۵ را برگزیند، ارزش قرارداد $25 = 30 \times 20\% + (100 - 70) \times 80\%$ خواهد بود. اگر او اعتماد ۵۰ را انتخاب کند ارزش قرارداد $20 = 30 \times 20\% + (150 - 70) \times 80\%$ خواهد بود. بنابراین او اعتماد ۵ را که ادعا می‌شود سطح مطلوب است انتخاب خواهد کرد.

درواقع به‌طور کلی این مقیاس انتظار پیچیده، هم به اعتماد مطلوب و هم به اجرای قرارداد مطلوب، منجر می‌شود.^۱ استفاده از چنین نسخه پیچیده‌ای از مقیاس انتظار، مستلزم آن است که دادگاه به مواردی خیلی بیشتر از سطح واقعی اعتماد و ارزش واقعی اجرای قرارداد دسترسی داشته باشد؛ دادگاه باید رابطه کارکردی بین اعتماد و ارزش اجرای قرارداد و کل توزیع احتمال هزینه‌های تولید - یعنی هر چیزی درباره وضعیت قراردادی - را بداند تا بتواند اعتماد مطلوب را محاسبه کند. اگرچه اغلب فرض می‌شود که خود طرفین اطلاعات تقریباً کافی برای تعیین اعتماد مطلوب را دارند (یا خیلی بیش از دادگاه‌ها) و بنابراین می‌توانند مقیاس انتظار را با در نظر گرفتن اعتماد مطلوب در یک مقررۀ وجه‌التزام معین کنند.

ب) شکل‌های عمومی‌تر اعتماد: در بحث اولیه اعتماد خریدار را که موجب افزایش ارزش اجرای قرارداد می‌شد بررسی کردیم. هرچند به‌طور کلی‌تر، فروشنده نیز می‌تواند اقداماتی انجام دهد که ارزش قرارداد را تغییر خواهد داد و شاید هزینه تولید مورد انتظارش یا کیفیت و ارزش اجرای قرارداد برای خریدار را کاهش دهد. این مسائل ملاحظات جدیدی را در تجزیه و تحلیل مقیاس‌های خسارت و اعتماد وارد می‌کند.^۲ به‌عنوان مثال، تاحدی که اعتماد فروشنده ارزش اجرای قرارداد برای خریدار را افزایش می‌دهد، ممکن است به‌طور مشترک برای فروشنده مطلوب باشد که اعتماد را برعهده بگیرد، اما اگر این کار باعث افزایش خساراتی شود که او مجبور است تحت مقیاس انتظار پردازد او به‌ندرت انگیزه‌ای برای انجام این کار خواهد داشت.

ج) مقیاس‌های خسارت هنوز برای ترغیب اعتماد لازمند: اگرچه مقیاس‌های خسارت ممکن است ناقص باشند و غالباً به اعتمادی فراتر از سطح مطلوب منتهی شوند اما

۱. از پاورقی ماقبل به یاد بیاورید که r^* اعتماد مطلوب را نشان می‌دهد. اگر $d = v(r^*) - k$ ، فروشنده قرارداد را وقتی اجرا خواهد کرد که $C < v(r^*)$ باشد، بنابراین خریدار عایدی مورد انتظارش را به حداکثر خواهد رساند، $v(r)G(v(r^*)) - (v(r^*) - k)(1 - G(v(r^*))) - r$ در نتیجه، r در قالب معادله $v'(r)G(v(r^*)) = 1$ تعیین خواهد شد و این شرط به‌وضوح در r^* برآورده خواهد شد. توضیح این است که انتخاب r توسط خریدار بر عایدی‌اش تأثیر می‌گذارد اما فقط وقتی که اجرای قرارداد را به‌دست آورد. بنابراین r^* انتخاب خواهد شد و اجرای قرارداد نیز مطلوب خواهد بود. این نکته ابتدا در کوتر ۱۹۸۵ مطرح شد.

۲. رجوع کنید به چی و چانگ ۱۹۹۹ و چی و هاش ۱۹۹۹.

نمی‌توان این واقعیت را نادیده گرفت که استفاده از مقیاس‌های خسارت عموماً طرفین را با ارائه دلایلی که باور کنند اجرای قرارداد احتمالاً واقع خواهد شد به سرمایه‌گذاری در اعتماد ترغیب می‌کنند. اگر تضمین قرارداد نبود، اعتماد بسیار کمی هم وجود داشت.

۳-۳-۴ مذاکره مجدد

۳-۳-۴-۱ مقدمه

در این بخش تا اینجا امکان مذاکره مجدد قراردادهای بررسی نشده است. به هر حال همان‌گونه که در بخش ۳-۱ مطرح شد، مذاکره مجدد قراردادهای گاهی ممکن است انجام شود و به اجرای مطلوب دوجانبه منتهی گردد اگر به‌نحو دیگری اتفاق نیافتد. در اینجا با این فرض که مذاکره مجدد قراردادهای در چنین شرایطی بدون هزینه صورت خواهد گرفت مگر آنکه به‌نحو دیگری ذکر شود، مختصراً اثر مذاکره مجدد را بر اجرای قرارداد، اعتماد و خطرگریزی بررسی می‌کنیم.

۳-۳-۴-۲ اجرای قرارداد

با این فرض که مذاکره مجدد هنگامی صورت می‌گیرد که نتیجه مطلوب دوجانبه در مورد اجرای قرارداد به‌نحو دیگری به‌دست نیاید، یادآوری این مطلب که اجرای قرارداد همیشه مطلوب دو طرف است ضرورتاً تکرار مکررات است. بنابراین، صرف‌نظر از وسیله جبران خسارت نقض، اجرای قرارداد، مطلوب دو طرف و مشابه چیزی است که در یک قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه مقرر می‌شود. یعنی اجرای قرارداد روی خواهد داد اگر و فقط اگر ارزش آن فراتر از هزینه اجرا باشد.^۱

مثال ۸. در مثالی که بررسی می‌کردیم، فرض کنید که قیمت قرارداد ۵۰ است و مقیاس خسارات برای نقض ۵ است. در این صورت فروشنده هر وقت که هزینه تولید بین ۶۰ تا ۲۰۰ است تصمیم به ارتکاب نقض خواهد گرفت اما وقتی هزینه تولید ۶۰ است انگیزه‌ای برای مذاکره مجدد وجود خواهد داشت. به‌ویژه اگر فروشنده قرارداد را نقض کند زیان‌هایش برابر خسارات ۵ خواهند بود درحالی‌که اگر قرارداد را اجرا کند به مقدار

۱. در این قسمت، به‌طور گسترده‌ای از شاول ۱۹۸۴ الف پیروی می‌کنم.

۶۰ خرج می‌کند و ۵۰ دریافت می‌دارد و بنابراین ۱۰ واحد ضرر می‌کند. در نتیجه اگر خریدار قیمتی را که می‌پردازد به اندازه کافی افزایش دهد تا بالاتر از ۵۰ رود و مثلاً ۶۵ برسد، فروشنده با اجرای قرارداد موافقت خواهد کرد؛ اگر قیمت ۶۵ باشد، فروشنده ۵ واحد سود خواهد کرد، زیرا خریدار نیز با پرداخت ۶۵ و کسب اجرای قراردادی به ارزش ۱۰۰ دلار بیش از دریافت خسارت ۵ واحدی سود خواهد برد. چنین مذاکره مجدد مطلوب دوجانبه‌ای برای اجرای قرارداد وقتی هزینه اجرای قرارداد کمتر از ارزش آن باشد و فروشنده به نحو دیگری به عدم اجرا هدایت نشود همیشه امکان دارد.^۱ اگر مقیاس خسارت مقیاس انتظار یعنی ۵۰ باشد، آنگاه ما می‌دانیم که فروشنده فقط در صورتی که هزینه تولید ۲۰۰ باشد تصمیم به ارتکاب نقض خواهد گرفت و این همان چیزی است که مطلوب دو طرف است. لذا، مذاکره مجدد قرارداد هیچ وقت انجام نخواهد گرفت.

اگر مقیاس خسارت به اندازه کافی بالا باشد تا وقتی هزینه تولید ۲۰۰ است موجب اجرای قرارداد گردد، به هر حال مذاکره مجددی روی خواهد داد که در آن فروشنده به منظور عدم اجبار به اجرای قرارداد به خریدار پول می‌پردازد. فرض کنید مثلاً خسارت نقض ۱۷۵ است. در این حال اگر هزینه تولید ۲۰۰ باشد، فروشنده با اجرای قرارداد کمتر از زیان نقض قرارداد زیان خواهد کرد، یعنی زیان وی حداکثر ۱۵۰ خواهد بود. بنابراین در صورت فقدان مذاکره مجدد، فروشنده قرارداد را اجرا خواهد کرد. اما برای طرفین انگیزه‌ای برای مذاکره مجدد وجود دارد. فرض کنید که فروشنده در عوض عدم اجرای قرارداد به خریدار ۷۰ واحد می‌پردازد. در این صورت خریدار بیشتر از وقتی که قرارداد اجرا شود سود خواهد برد چون در آن حالت ارزش خالص ۵۰ را به دست می‌آورد. فروشنده نیز بیشتر منتفع خواهد شد چون به جای از دست دادن ۱۵۰ واحد ناشی از اجرای قرارداد ۷۰ واحد می‌پردازد. این گونه مذاکره مجدد مطلوب دو طرف

۱. برای آنکه علت این امر را با منطق ریاضی مشاهده کنیم، توجه کنید که فرضیه ما این است که هزینه اجرای قرارداد c کمتر از ارزش آن v می‌باشد و اینکه زیان ناشی از اجرا $c-k$ فراتر از خسارات d است - زیرا به همین علت است که فروشنده مرتکب نقض می‌شود. ما می‌خواهیم نشان دهیم که افزایشی t در قیمت وجود ندارد که فروشنده را به اجرا رهنمون و همچنین خریدار را منتفع می‌سازد. لذا، t باید هر دو شرط را برآورده سازد: $c-(k+t) < d$, $v-(k+t) > d$. حالا اگر $t = c-k-d+0.5(v-c)$ باشد هر دو شرط برآورده خواهند شد زیرا $v-c > 0$ است.

همیشه وقتی هزینه اجرای قرارداد از ارزش آن فراتر می‌رود و فروشنده به‌نحو دیگری به اجرای قرارداد هدایت نشده است امکان دارد.^۱

چون اجرای قرارداد دقیقاً وقتی که مطلوب دو طرف است یعنی وقتی هزینه کمتر از ارزش آن است، اتفاق می‌افتد تحت هر وسیله جبران خسارتی برای نقض، نتیجه چنین است که همه وسایل جبران خسارت برای نقض مقدماتاً در نظر طرفین قرارداد مساوی هستند. به‌ویژه می‌توان نشان داد که با در نظر گرفتن هر مقیاس خسارت و هر قیمتی برای قرارداد، تغییری در هر مقیاس خسارت دیگر، هر دو طرف را در وضعیت دقیقاً بهتر قرار می‌دهد اگر قیمت به‌طور متناسبی تغییر کند؛ به‌علاوه، هیچ مقیاس خسارتی به‌صورت دوجانبه نسبت به مقیاس خسارت دیگر ترجیح ندارد.^۲ در مجموع، چون وقتی مذاکره مجدد یک فرایند روان و بی‌هزینه باشد، اگر اجرای قرارداد تنها عامل مربوط در یک وضعیت قراردادی باشد. مقیاس‌های خسارت هیچ نقشی در ترغیب اجرای مطلوب دوجانبه ایفا نمی‌کنند، مقیاس‌های خسارت هیچ مزیتی برای طرفین قرارداد ندارند.

۱. در وضعیت حاضر، فرضیه ما این است که $v < c$ است در نتیجه اجرای قرارداد مطلوب دو طرف نیست و باین‌حال که $c - k < d$ در نتیجه فروشنده قرارداد را اجرا می‌کند. ما می‌خواهیم نشان دهیم پرداختی معادل t وجود دارد که فروشنده می‌تواند برای عدم اجرا به خریدار بدهد که هریک از آنها شقی از آن را ترجیح می‌دهند. بنابراین برای آنکه فروشنده بیشتر منتفع گردد باید $t < c - k$ باشد و برای آنکه خریدار بیشتر منتفع گردد لازم است که $t > v - k$ باشد پس اجازه دهید که $t = v - k + 0.5(c - v)$ باشد.

۲. این استدلال که طرفین به یک اندازه به موجب تغییر در مقیاس‌های خسارات در صورت تعدیل قیمت منتفع خواهند شد را می‌توان به‌شرح ذیل طرح کرد. از دو پاورقی قبلی، ما می‌دانیم که تحت هر مقیاس خسارت d ، اگر لازم باشد مذاکره مجدد همیشه به اجرا منتهی می‌شود اگر $c < v$ باشد. این متضمن این نکته است که مجموع ارزش‌های طرفین تحت d که آن را با $T_d(k)$ نشان می‌دهیم (به پاورقی یک صفحه ۴۰۷ مراجعه کنید) حداکثر M خواهد بود بدون در نظر گرفتن d و قیمت قرارداد k . به‌علاوه، برای هر مقیاس d می‌توان M را بین طرفین به هر صورت از طریق انتخاب k تقسیم کرد. اکنون اجازه دهید d یک مقیاس خسارت و k قیمت باشند، در نتیجه خریدار $B_d(k)$ و فروشنده $M - B_d(k)$ را به‌دست خواهند آورد. مقیاس خسارت را به هر مقیاس دیگری d' تغییر دهید و قیمت را معادل k' تنظیم کنید به‌نحوی که $B_{d'}(k') = B_d(k)$ باشد. از آنجاکه برای هر قیمتی k معادله $T_{d'}(k) = M$ صادق است، ما می‌دانیم که ارزش برای فروشنده تحت k' باید معادل $M - B_{d'}(k') = M - B_d(k)$ باشد بنابراین او نیز مشابه تحت d سود خواهد برد. اینکه هر دو طرف نمی‌توانند منتفع شوند روشن است. اگر هر دو طرف تحت یک تغییر مقیاس خسارت سود می‌بردند، مجموع ارزش‌ها می‌بایست فراتر از M باشد اما این امکان‌پذیر نیست چون M حداکثر مجموع ارزش‌هاست.

۳-۴-۳ اعتماد

مذاکره مجدد عموماً بر انتخاب سطح اعتماد از سوی یک خریدار تأثیر می‌گذارد چون شرایط مذاکره مجدد تحت تأثیر ارزش اجرای قرارداد واقع خواهد شد که خود تحت تأثیر اعتماد است. نحوه اثرگذاری مذاکره مجدد بر اعتماد، بستگی به مقیاس خسارات دارد، در نتیجه وسیله جبران خسارت برای نقض حتماً بر درجه اعتماد تأثیر می‌گذارد.

برای توضیح مطلب، مقدمتاً حالتی را در نظر بگیرید که خسارات برای نقض برابر با صفر است؛ در نتیجه هروقت هزینه تولید فراتر از قیمت قراردادی باشد که فروشنده در صورت اجرا دریافت می‌دارد وی تمایل به ارتکاب نقض خواهد داشت. آنگاه در شرایطی که هزینه تولید فراتر از قیمت است، خریدار مجبور به پرداخت به فروشنده برای اجرای قرارداد خواهد بود و پرداخت او بر اعتمادش اثر خواهد داشت.

مثال ۹. با در نظر گرفتن سطح اعتماد مورد تأمل خریدار فرض کنید که ارزش اجرای قرارداد ۱۰۰ باشد، قیمت قرارداد ۵۰ باشد و هیچ خساراتی برای نقض وجود نداشته باشد. در این صورت فروشنده هروقت هزینه تولید فراتر از ۵۰ رود مرتکب نقض خواهد شد. بنابراین وقتی هزینه تولید ۶۰ باشد او در فقدان مذاکره مجدد مایل خواهد بود که مرتکب نقض شود. به هر حال، مذاکره مجددی وجود خواهد داشت که در آن خریدار برای اجرای قرارداد به فروشنده پول می‌پردازد. اگر فروشنده حداقل ۶۰ واحد دریافت کند، وقتی قرارداد را اجرا خواهد کرد که هزینه تولید ۶۰ باشد. فرض کنید که مذاکره مجدد به قیمت ۸۰ منتهی می‌شود - ماهیت مذاکره مجدد این است که دو طرف مبلغ اضافه‌ای را که از مذاکره مجدد به دست می‌آورند ($40 = 60 - 100$) به طور مساوی تقسیم می‌کنند (اینکه آن را چگونه تقسیم می‌کنند تا زمانی که فروشنده بخشی از آن را به دست آورد اهمیت ندارد).

حالا فرض کنید که خریدار درباره سرمایه‌گذاری در سطح اعتماد بالاتر دیگری فکر می‌کند که به ارزش اجرای قرارداد معادل ۱۲۰ به جای ۱۰۰ منتهی می‌شود. پس اگر هزینه تولید ۶۰ باشد، مذاکره مجدد وجود خواهد داشت و خریدار قیمت ۹۰ را خواهد پرداخت، زیرا این باعث تقسیم اضافه بیشتر به میزان ۶۰ خواهد شد (یعنی ۶۰-۱۲۰). بنابراین، اگر ارزش اجرای قرارداد با مذاکره مجدد از ۱۰۰ به ۱۲۰ واحد افزایش یابد،

ارزش خالص برای خریدار از $20 = 80 - 100$ به $30 = 90 - 120$ افزایش می‌یابد. دلیل این است که در فرایند مذاکره مجدد فروشنده نیمی از افزایش ناشی از اعتماد را در قالب ارزش اجرای قرارداد می‌گیرد و در نتیجه دریافت ارزش اعتماد، خریدار ممکن است تصمیم بگیرد که اعتمادش را حتی اگر موجب افزایش ارزش مشترک قرارداد باشد افزایش ندهد. به عنوان مثال فرض کنید که با افزایش مخارج اعتماد تا ۱۵ واحد، ارزش اجرای قرارداد تا ۲۰ واحد افزایش خواهد یافت. این مطلوب دو طرف است، اما خریدار این کار را نخواهد کرد.^۱

همان گونه که این مثال نشان می‌دهد، وقتی خریدار مجبور به مذاکره مجدد و معامله برای اجرای قرارداد است، قسمتی از ارزش اعتماد برای او در فرایند اجرا حاصل می‌شود و با پیش‌بینی این امر خیلی کم اعتماد خواهد کرد.

هرچند اگر وسیله جبران خسارت برای نقض به نحوی باشد که فروشنده را مجبور به مذاکره مجدد و پرداخت کند، در نتیجه او مجبور به اجرای قرارداد نخواهد بود و خریدار به سوی اعتماد بسیار زیاد هدایت می‌شود. در اصل دلیل این است که وقتی او سطح اعتماد خود و بنابراین ارزش اجرای قرارداد را افزایش می‌دهد می‌تواند در مذاکره مجدد مبلغ بالاتری از فروشنده کسب کند. چون این انگیزه اعتماد، بیش از آنکه به افزایش ارزش محقق شده اجرای قرارداد مربوط شود، به افزایش پرداخت به خریدار مربوط است، به اعتماد بیش از حد منجر می‌گردد.

همچنین لازم به ذکر است که به موجب مقیاس انتظار، انگیزه اعتماد بسیار زیاد است، درست مثل قبل که مذاکره مجدد مطرح نبود. دلیل این است که چون هیچ گونه مذاکره مجددی تحت مقیاس انتظار وجود ندارد، امکان آن ضرورتاً منتفی است.

به طور کلی، چون مقیاس‌های خسارت، پس‌زمینه‌ای را ارائه می‌کنند که در مقابل آن مذاکره مجدد روی می‌دهد، انتخاب مقیاس‌های خسارت بر تصمیمات مربوط به

۱. چون اجرای قرارداد وقتی هزینه تولید ۲۰ یا ۶۰ است و با احتمال ۸۰ درصد روی خواهد داد، ارزش مورد انتظار افزایش در ارزش اجرای قرارداد $16 = 20 \times 0.8$ است که فراتر از هزینه ۱۵ می‌باشد، در نتیجه این افزایش در مخارج اعتماد موجب افزایش در ارزش خالص مورد انتظار قرارداد می‌شود. خریدار منفعتی معادل $11 = 10 \times 0.5 + 20 \times 0.3$ کسب می‌کند زیرا وقتی مذاکره مجدد می‌کند منفعتش فقط ۱۰ است. بنابراین ۱۵ واحد صرف نخواهد کرد تا به یک منفعت شخصی فقط ۱۱ واحدی برسد.

اعتماد اثر می‌گذارد. اینکه کدام مقیاس خسارت به بهترین سطح اعتماد برای طرفین منتج می‌شود یک موضوع پیچیده است و در میان عوامل دیگر، به اینکه آیا هر دو طرف فرصت اعتماد دارند و نیز به ماهیت اعتمادشان بستگی دارد.^۱

۴-۳-۳ خطرگریزی

همان‌طور که در قسمت‌های ۴-۳-۱ و ۷-۳-۲ بحث شد، وقتی طرفین خطرگریز هستند، تخصیص خطر منجر به تعیین مقررات قراردادی سودمند دوجانبه می‌شود و مذاکره مجدد تا حدی بر این نکته اثر می‌گذارد.^۲ به‌طور کلی، به‌نظر می‌رسد مذاکره مجدد تحمل خطر را که ناشی از تصمیمات اجرای نامتناسب قرارداد است کاهش می‌دهد. جالب توجه آنکه، اگر خسارات فراتر از مقیاس انتظار باشند یا اگر اجرای معین قرارداد وسیله جبران خسارت باشد فروشنده ممکن است خطر بزرگی را در نبود امکان مذاکره مجدد تحمل کند، چون اگر هزینه‌های تولید فروشنده بالا باشند، او مجبور خواهد بود به‌منظور اجرای قرارداد آنها را تحمل کند. توانایی فروشنده در مذاکره مجدد قرارداد در چنین شرایطی خطر را برای او کاهش خواهد داد. به‌هرحال، مذاکره مجدد نمی‌تواند خطر را به‌طور اساسی تغییر دهد و فقط مقررات

۱. نوشته‌های متعدد و فزاینده‌ای در اقتصاد درخصوص این موضوع وجود دارد. راجرسون ۱۹۸۴، ابتدا، تصمیمات مربوط به اعتماد با وجود مقیاس‌های خسارت برای نقض را با فرض مذاکره مجدد کامل و بدون هزینه و اینکه فقط یک طرف اعتماد می‌کند تجزیه و تحلیل کرد. اقتصاددانان بر یک وضعیت کلی‌تر که در آن هر دو طرف خریدار و فروشنده اعتماد می‌کنند تمرکز کرده‌اند و این کار با هارت و مور ۱۹۸۸ آغاز شده است. به‌علاوه، این نوشته‌ها معمولاً فرض می‌کنند که هیچ‌یک از متغیرها (هزینه‌ها، ارزش‌های اجرای قرارداد، سرمایه‌گذاری‌های اعتماد) قابل تعیین به‌وسیله محاکم نیستند. لذا، قرارداد ممکن است فقط به آنچه که در آن ثبت شده است، برخی از مکاتبات بعدی بین طرفین، اینکه آیا قرارداد اجرا شده است و اگر نه، چه کسی مرتکب نقض شده است بستگی داشته باشد. تعدادی از نتایج اثبات‌کننده وجود قراردادها که نتایج مطلوبی تولید می‌کنند شایان توجه هستند، یعنی هر دو طرف سطوح مطلوب سرمایه‌گذاری اعتماد را انتخاب می‌کنند (اجرای قرارداد همیشه مطلوب است). آگیون، دواتریپونت و ری ۱۹۹۴ و چانگ ۱۹۹۱ نشان می‌دهند که اعتماد با استفاده از قراردادی که در آن یک طرف به‌طور مؤثری حق دارد یک پیشنهاد یکپارچه برای قبول یا رد به‌طرف دیگر مذاکره مجدد ارائه کند مطلوب خواهد بود. ادلین و رایشن اشتاین ۱۹۹۶، نولدک و اشمیت ۱۹۹۵ و راجرسون ۱۹۹۲ نتایج مطلوبیت مربوط را اثبات کردند. این نتایج مطلوبیت باقی نمی‌مانند اگر اعتماد یک طرف بر عایدی طرف دیگر اثر بگذارد؛ رجوع کنید به چی و چانگ ۱۹۹۹ و چی و هاش ۱۹۹۹.

۲. نکات این قسمت در شاول ۱۹۸۴ الف مورد بحث قرار گرفته‌اند.

مقدم در قرارداد می‌توانند این کار را همان‌گونه که در بخش ۱-۳ نشان داده شد انجام دهند. اگر فروشنده ناگزیر باشد خطر بزرگی را به‌خاطر بالا بودن خسارات یا استفاده از اجرای معین قرارداد تحمل کند، این خطر با مذاکره مجدد تعدیل می‌شود ولی از بین نمی‌رود. تنها راه تغییر اساسی خطر برای فروشنده این است که فروشنده مقیاس خسارت دیگری مثل انتظار را اتخاذ کند یا یک قرارداد کامل‌تر با تأکید حاکم بر زمانی که اجرای قرارداد روی خواهد داد و تخصیص خطر به‌طور مستقل بنویسد.

۵-۴-۳ خلاصه نتایج درباره مذاکره مجدد و وسایل جبران خسارت برای نقض

اگرچه مذاکره مجدد وقتی مطلوب دو طرف باشد صرف‌نظر از وسیله جبران خسارت برای نقض به اجرای قرارداد منتهی می‌شود، وسایل جبران خسارت برای نقض نفوذ مهمی بر اعتماد و نیز بر تخصیص خطر دارند. لذا حتی اگر مذاکره مجدد بی‌هزینه باشد و به‌طور موفقیت‌آمیزی عمل کند، وسایل جبران خسارت برای نقض، مربوط و مناسب باقی می‌مانند. البته درواقع مذاکره مجدد یک فرایند هزینه‌بر است و ممکن است موفق نباشد؛ در نتیجه نقش وسایل جبران خسارت برای نقض در ترویج اجرای مطلوب دوجانبه اهمیتش را حفظ می‌کند.

۴-۳ دیگر انواع قرارداد

در اینجا دو نوع دیگر قرارداد را بررسی خواهیم کرد: قراردادهایی برای انتقال مالکیت چیزهایی که قبلاً وجود دارند و قراردادهای هبه. این دو نوع قرارداد دارای اهمیت زیادی هستند و جنبه‌های مختلفی از قراردادهای تولید را به ما ارائه می‌کنند.^۱

۱-۴-۳ قراردادهای انتقال مالکیت

۱-۴-۳-۱ مقدمه و تعریف

با ذکر قراردادهای انتقال مالکیت، من به قراردادهایی برای تحویل یا واگذاری چیزهایی

۱. البته، تنوعی از دیگر انواع قراردادهای دارای اهمیت نیز وجود دارند (از قبیل قراردادهای مدیر و نماینده) اما آنها در اینجا بررسی نخواهند شد.

که قبلاً وجود دارند در مقایسه با چیزهایی که باید تولید شوند اشاره می‌کنم. مثال‌ها عبارت‌اند از قراردادهایی برای انتقال مالکیت املاک، نقاشی‌ها و دیگر اشیای هنری، کالاهای بادوام مصرفی دست دوم و کالاهایی که در دفتر دارایی نگهداری می‌شوند.

نوع تردیدی که ما در بررسی چنین قراردادهایی ملاحظه خواهیم کرد مربوط به پیشنهادهای خارج از قرارداد برای کالای قراردادی می‌شود که قرار است بین فروشنده و خریدار مبادله گردد.^۱ به‌عنوان مثال، اگر خانه‌ای قرار است منتقل شود، تردید مربوط می‌شود به پیشنهادی که یک طرف خارج از قرارداد ممکن است پیش از آنکه قرار شود خانه به خریدار قرارداد انتقال یابد. مطرح کند.^۲

ما به‌خاطر اهداف تحلیلی بین سه دسته از وضعیت‌های شامل پیشنهادات اشخاص خارج قرارداد تمایز قائل خواهیم شد: (الف) وقتی اشخاص خارج از قرارداد فقط به فروشنده قرارداد پیشنهاد می‌دهند، (ب) وقتی اشخاص خارج از قرارداد فقط به خریدار قرارداد پیشنهاد می‌دهند، (ج) وقتی اشخاص خارج از قرارداد می‌توانند به خریدار قرارداد یا فروشنده قرارداد پیشنهاد دهند. به‌عنوان مثال، قراردادی را برای فروش یک نقاشی از سوی یک دلال هنری به یک فرد در نظر بگیرید. چون دلال دارای یک بنگاه تجاری است می‌توان انتظار داشت که پیشنهادهای خارجی برای نقاشی به‌جای فرد خریدار مقدماً به او داده شود (مگر آنکه فرد یک کلکسیونر معروف باشد). هرچند اگر ما قراردادی برای فروش یک خانه را در نظر بگیریم، می‌توانیم انتظار داشته باشیم که پیشنهادهای خارج از قرارداد یا به فروشنده قرارداد یا به خریدار قرارداد ارائه شود.

نکته دیگر اینکه، ما گاهی این امکان را در نظر می‌گیریم که دو معامله وجود داشته باشد، یک معامله که در آن طرف خارج از قرارداد چیزی را از فروشنده قرارداد

۱. برای سهولت، فرض می‌شود پیشنهادهای به‌صورت بیرونی تعیین شده‌اند، حتی اگر در واقعیت آنها، در بین عوامل دیگر، بستگی داشته باشند به اینکه فروشنده چقدر باید برای نقض بپردازد. این مسئله در قسمت ۵-۴-۳ مورد توجه قرار خواهد گرفت.

۲. البته تردید در مورد هزینه تولید نمی‌تواند وجود داشته باشد چون فرض می‌شود کالا قبلاً وجود دارد، در نتیجه مسائل مورد بحث در بخش اخیر پیرامون عدم قطعیت هزینه تولید در اینجا مستقیماً مربوط نیستند. اما، همان‌طور که بعداً خواهیم دید، بسیاری از نکاتی که در آنجا مطرح شده‌اند نظایری در اینجا دارند. به‌علاوه، اکثر آنچه در اینجا نوشته شده است در زمینه قرارداد تولید کاربرد خواهند داشت چون در آن زمینه کاملاً امکان دارد که اشخاص خارج از قرارداد پیشنهادهایی برای کالاهایی که قرار است تولید شوند ارائه کنند.

می‌خرد و سپس یک معامله دوم که در آن خریدار قرارداد چیزی را از یک طرف خارج از قرارداد خریداری می‌کند.^۱

۲-۱-۴-۳ قراردادهای کاملاً معین

اکنون اجازه دهید ماهیت قراردادهای کاملاً معین سودمند دوجانبه را بررسی کنیم، یعنی قراردادهایی که بیان می‌کنند آیا کالا به‌عنوان عملکرد پیشنهاد ارائه شده از سوی اشخاص خارج از قرارداد به خریدار قرارداد منتقل خواهد شد. همانند قراردادهای تولید، ما متعاقباً بررسی خواهیم کرد که چه وسایل جبران خسارتی برای نقض به نتایجی بسیار شبیه آنچه طرفین در یک قرارداد کاملاً معین تشریح کرده‌اند، منجر خواهند شد. **الف) پیشنهادهایی که فقط به فروشنده قرارداد ارائه می‌شوند:** ابتدا وضعیتی را در نظر بگیرید که اشخاص خارج از قرارداد پیشنهادهایی را فقط به فروشنده قرارداد که به جهت ملموس بودن ما می‌توانیم او را به‌منزله یک دلال بدانیم، ارائه می‌کنند. در این وضعیت، اگر و فقط اگر ارزیابی خریدار از پیشنهاد خارجی فراتر رود. قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه مستلزم اجرای قرارداد می‌باشد. این مطلب در مثال ذیل توضیح داده می‌شود. **مثال ۱.** فرض کنید که ارزش کالا برای خریدار ۱۰۰ است و سه پیشنهاد احتمالی شخص خارج از قرارداد به شرح ذیل وجود دارد:

پیشنهاد خارجی: ۵۰	احتمال: ۵۰ درصد
پیشنهاد خارجی: ۹۰	احتمال: ۱۰ درصد
پیشنهاد خارجی: ۱۵۰	احتمال: ۴۰ درصد

فرض کنید که طرفین یک قرارداد کاملاً معین را در نظر دارند که شرایط اجرای حتمی را در هریک از سه احتمال بیان می‌کند. اجازه دهید نشان دهیم که اگر قرارداد اجرای قرارداد را معین نکند وقتی و فقط وقتی پیشنهادهای ۵۰ و ۹۰ یعنی کمتر از ارزیابی خریدار که معادل ۱۰۰ است باشند آنگاه دو طرف تمایل به تغییر قرارداد خواهند داشت.

۱. اعتماد مورد بررسی نخواهد بود چون مسئله منفعت راجع به قراردادهای انتقال مالکیت شامل پیشنهادهای خارج از قرارداد می‌شود و بررسی اعتماد موجب انحراف ذهن خواهد بود. به‌هرحال، درباره اعتماد به پاورقی ۲ صفحه ۴۴۱ مراجعه کنید.

ابتدا فرض کنید طرفین قراردادی را مورد بحث قرار می‌دهند که به موجب آن تحت هر سه احتمال باید قرارداد اجرا شود و قیمت مثلاً ۸۰، در هنگام اجرای قرارداد پرداخت گردد.^۱ ارزش قرارداد برای خریدار $20 = 100 - 80$ خواهد بود زیرا او از اجرای قرارداد مطمئن است. همچنین ارزش برای فروشنده ۸۰ خواهد بود. حالا فرض کنید که قرارداد تغییر می‌کند تا فروشنده فقط وقتی پیشنهاد خارجی ۵۰ یا ۹۰ است ملزم به اجرای قرارداد باشد. این مزیتی برای فروشنده است زیرا او در این صورت قادر به فروش با قیمت بالا یعنی ۱۵۰ به جای قیمت ۸۰، با احتمال ۴۰ درصد خواهد بود؛ درواقع مزیت دریافت یک مبلغ اضافی ۷۰ برای فروشنده $70 \times 40\% = 28$ یعنی ۲۸ واحد ارزش دارد. بنابراین، فروشنده به قبول قیمت کمتر در برابر مجاز بودن به عدم اجرای قرارداد در صورتی که پیشنهاد خارجی بالا باشد، مایل خواهد بود. به‌ویژه، فرض کنید که قیمت از ۸۰ به ۵۵ تنزل داده می‌شود. در نتیجه ارزش مورد انتظار فروشنده معادل $93 = 150 \times 40\% + 55 \times 60\%$ خواهد بود، بنابراین او به موجب قرارداد تغییر یافته بیشتر منتفع خواهد شد (۹۳ بیشتر از ۸۰ است). به همین ترتیب ارزش مورد انتظار خریدار معادل $27 = 100 - 55$ خواهد بود، لذا او نیز بیشتر منتفع خواهد شد (۲۷ بیشتر از ۲۰ است).

سپس فرض کنید که طرفین مقدماً قراردادی را برای اجرا در صورتی که پیشنهاد خارجی ۵۰ و قیمت مثلاً ۶۰ باشد مورد بحث قرار می‌دهند. به موجب این قرارداد، ارزش مورد انتظار خریدار معادل $20 = 100 - 60$ خواهد بود. حالا یک قرارداد تغییر یافته را در نظر بگیرید که مستلزم اجرای قرارداد در صورتی است که پیشنهاد خارجی ۵۰ یا ۹۰ باشد. این قرارداد برای خریدار بهتر خواهد بود زیرا او اغلب اجرای قرارداد را دریافت می‌کند بنابراین وی باید مایل به پرداخت قیمت بالاتری باشد. بیاپید فرض کنیم که او قیمت ۶۶ را می‌پردازد. در این صورت ارزش مورد انتظار خریدار معادل $40 = 100 - 66$ خواهد بود و بنابراین او بیشتر منتفع خواهد شد؛ ارزش مورد انتظار فروشنده نیز معادل $99/6 = 150 \times 40\% + 66 \times 60\%$ خواهد بود پس او نیز بیشتر منتفع خواهد شد. لذا قرارداد مطلوب دوجانبه هروقت پیشنهاد خارجی ۵۰ یا

۱. همانند بخش قبل، من به جهت ملموس بودن فرض خواهم کرد که پرداخت باید در هنگام اجرای قرارداد صورت گیرد. باز هم، اگر پرداخت قرار باشد در ابتدا صورت گیرد نتایج اصلی تغییر نمی‌کنند.

۹۰ باشد مستلزم اجرای قرارداد است؛ چنین قراردادی که همیشه مستلزم اجرای قرارداد یا مستلزم اجرای کمتر قرارداد در صورت طرح پیشنهاد خارجی ۵۰ یا ۹۰ است ازسوی هر دو طرف قرارداد ترجیح داده می‌شود.

دو دلیل شاخص برای نتیجه‌ای که توضیح داده شد وجود دارد. از یک طرف، اگر قرارداد مستلزم فروش به خریدار قرارداد علی‌رغم وجود پیشنهاددهنده دیگری با رقم پیشنهادی ۱۵۰ باشد طرفین فرصت مشترک را برای فروش به یک قیمت بالاتر از ارزشی که خریدار روی کالا می‌گذارد تلف می‌کنند. ازسوی دیگر، اگر پیشنهاد طرف خارج از قرارداد کمتر از ارزش گذاری خریدار باشد طرفین به وضوح نمی‌خواهند کالا را به طرف خارج از قرارداد بفروشند. به عبارت دیگر، ارزش مشترک یا کیکی که طرفین قرارداد باید تقسیم کنند به بالاترین اندازه خواهد رسید مشروط بر آنکه اجرای قرارداد فقط وقتی صورت گیرد که پیشنهاد خارجی کمتر از ارزش گذاری خریدار باشد.

وقتی این احتمال را نیز در نظر بگیریم که اگر کالا در برابر پیشنهادی کمتر از ارزش مورد نظر خریدار به شخص خارج از قرارداد فروخته می‌شد خریدار می‌توانست آن را دوباره از او بخرد، نتیجه مندرج در پاراگراف قبلی تغییری نخواهد یافت. به عنوان مثال فرض کنید قیمت قرارداد ۶۰ است و هنگامی که شخص خارج از قرارداد پیشنهاد ۹۰ می‌دهد فروشنده کالا را به او می‌فروشد اما خریدار آن را با قیمت مثلاً ۹۵ مجدداً از شخص خارج از قرارداد خریداری می‌کند.^۱ این بدان معناست که اگرچه خریدار کالا را به دست می‌آورد اما بیش از آنچه که فروشنده دریافت می‌کند برای آن می‌پردازد، زیرا او ۹۵ واحد می‌پردازد در حالی که فروشنده ۹۰ دریافت می‌کند. بنابراین، هر دو طرف قرارداد به طور مشترک در فرایند اجرای انتقال کالا به خریدار قرارداد ۵ واحد به شخص خارج از قرارداد تسلیم می‌کنند و بنابراین درواقع یک نوع نشت سرمایه‌ها به سوی شخص خارج از قرارداد وجود دارد که ارزش مشترک را برای طرفین قرارداد کاهش می‌دهد. به همان دلیل و موازی با

۱. یعنی طبق معمول فرض می‌گیریم که اضافی ناشی از معامله بین طرفین آن تقسیم می‌شود. چون فرضیه این است که شخص خارجی معادل ۹۰ برای کالا پیشنهاد می‌کند، باید ارزش حداقل معادل ۹۰ برای کالا قائل باشد در نتیجه هر معامله‌ای که بین شخصی خارجی و خریدار روی دهد باید به قیمتی بیش از ۹۰ و نه بیشتر از ۱۰۰ باشد (اگر چنین اتفاق افتد که ارزش گذاری شخص خارج از قرارداد فراتر از ۱۰۰ باشد، هیچ معامله‌ای با خریدار قرارداد وجود نخواهد داشت و این نکته صرفاً استدلال مطرح شده در متن را تقویت می‌کند).

مسیر منطق مثال قبلی، به سادگی می توان نشان داد خریدار و فروشنده قراردادی منعقد نخواهند کرد که تحت آن شخص خارج از قرارداد بتواند کالا را به قیمت ۹۰ خریداری کند؛ بلکه آنها سعی می کنند قرارداد مطلوب دوجانبه ای پیدا کنند که به موجب آن اجرای قرارداد هر زمان که پیشنهاد شخص خارجی کمتر از ارزش گذاری خریدار باشد صورت گیرد. به علاوه، این واقعیت نیز که یک معامله دیگر شامل قیمت اضافی ممکن است به وجود آید اگر خریدار قرارداد از شخص خارج از قرارداد خرید کند، نتیجه گیری فوق را تقویت می کند.

ب) پیشنهادهایی که فقط به خریدار قرارداد ارائه می شوند: اکنون وضعیتی را در نظر بگیرید که اشخاص خارج از قرارداد فقط به خریدار قرارداد که اکنون می توان او را به منزله یک دلال تصور کرد، پیشنهاد می کنند. در این وضعیت، قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه تحت هر شرایطی خواستار اجرای قرارداد است. اجازه دهید با استفاده از مثال قبلی فرض حاضر را درباره پیشنهادهای خارجی توضیح دهم.

مثال ۲. در مثال قبل، با این تلقی که پیشنهادهای خارجی اکنون فقط به خریدار قرارداد ارائه می شوند، فرض کنید طرفین قراردادی را در نظر دارند که در آن کالا همیشه به خریدار فروخته نمی شود. به عنوان مثال، فرض کنید آنها قراردادی با قیمت ۶۰ را در نظر دارند که به موجب آن کالا وقتی به خریدار فروخته می شود که پیشنهاد خارجی ۵۰ یا ۹۰ است اما نه وقتی که این پیشنهاد ۱۵۰ است. ارزش چنین قراردادی برای خریدار $24 = (100 - 60) \times 60\%$ است. ارزش برای فروشنده نیز $40 = 10 \times 40\% + 60 \times 60\%$ است در جایی که ارزش کالا برای استفاده خود فروشنده مثلاً ۱۰ است.^۱ حال اگر فروشنده کالا را به خریدار منتقل نکند نمی تواند آن را به شخص خارج از قرارداد بفروشد، زیرا فرض این است که پیشنهادهای خارجی فقط به خریدار ارائه می شوند.

اکنون به عنوان یک راه چاره قراردادی را در نظر بگیرید که به موجب آن کالا وقتی پیشنهاد ۱۵۰ باشد نیز به خریدار فروخته می شود. خریدار برای چنین قراردادی مایل به پرداخت بیشتر خواهد بود زیرا در آن صورت قادر خواهد بود کالا را به جای آنکه نگه

۱. می توان نشان داد استدلالی که ارائه می شود دقیقاً به میزان این ارزش بستگی ندارد بلکه فقط بستگی به این دارد که ارزش مطرح شده کمتر از ارزش گذاری خریدار است و این باید درست باشد چون فروشنده مایل به فروش کالا به خریدار است.

دارد و با ارزش ۱۰۰ از آن منتفع گردد به قیمت ۱۵۰ به شخص خارجی بفروشد و خواهد فروخت. اکنون فرض کنید که این قرارداد منعقد می‌شود و قیمت به ۷۰ افزایش می‌یابد. در این حالت ارزش برای خریدار $50 = (150 - 70) \times 40\% + (100 - 70) \times 60\%$ است و او بیشتر منتفع می‌شود؛ فروشنده نیز ۷۰ واحد به دست می‌آورد و لذا او هم بیشتر منتفع می‌گردد.

علت آنکه طرفین در تمامی مواقع خواستار اجرای قرارداد هستند این است که به این ترتیب دو طرف دستیابی به بالاترین ارزش کالا را تضمین می‌کنند: خریدار قرارداد کالا را اگر ارزش گذاری اش فراتر از پیشنهاد خارجی باشد برای خود نگه خواهد داشت و وقتی پیشنهاد خارجی فراتر از ارزش گذاری وی باشد آن را به شخصی خارج از قرارداد خواهد فروخت. چون فرضیه این است که تنها خریدار قرارداد با پیشنهاد خارجی مواجه می‌شود، برای آنکه کالا با طرح پیشنهاد بالاتر از ارزش گذاری خریدار به شخصی خارج از قرارداد فروخته شود. باید کالا به خریدار منتقل گردد (فروشنده قرارداد نیز مایل است این اتفاق بیافتد چون به خریدار این امکان را می‌دهد که بیشتر از قیمت قراردادی به او بپردازد). دوباره می‌توان گفت این نتیجه‌گیری نشانگر این نکته است که طرفین خواستار قراردادی هستند که ارزش مشترکی را که باید در آن سهم باشند به حداکثر برسانند.

ج) پیشنهادهایی که به خریدار یا فروشنده قرارداد ارائه می‌شوند: در این وضعیت، قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه منحصر به فرد نیست: قرارداد تا زمانی مطلوب دو طرف است که حداقل هر وقت ارزش گذاری خریدار فراتر از پیشنهاد شخص خارج از قرارداد است مستلزم اجرای قرارداد باشد و به‌ویژه خریدار تحت هر شرایطی خواستار اجرای قرارداد باشد. منطق این نتیجه‌گیری را می‌توان با ارجاع به استدلال‌های دو حالت قبلی درک کرد. اجازه دهید ابتدا توضیح دهم که چرا وقتی ارزش گذاری خریدار فراتر از پیشنهاد شخص خارج از قرارداد است یعنی وقتی پیشنهاد خارجی در مثال ۵۰ یا ۹۰ است. قرارداد کاملاً معین مستلزم اجرای قرارداد خواهد بود. اگر هیچ اجرای قراردادی در چنین حالتی وجود نداشته باشد و فروشنده کالا را به شخص خارج از قرارداد بفروشد، چون خریدار ارزش کالا را ۱۰۰ تعیین می‌کند. کاهشی در ارزش مشترک ایجاد می‌شود. به‌علاوه، حتی اگر خریدار بتواند کالا را مجدداً از شخص خارجی خریداری کند، ارزش

مشترک به حداکثر نخواهد رسید چون همان گونه که پیشتر تشریح شد نشت سرمایه به شخص خارج از قرارداد وجود دارد.

اکنون اجازه دهید توضیح دهم که چرا آنچه قرارداد معین می کند در زمانی که پیشنهاد خارجی فراتر از ارزش گذاری خریدار باشد، یعنی وقتی پیشنهاد در مثال مطروحه ۱۵۰ است، اهمیت ندارد. در آن حالت، هرکسی که کالا را در اختیار دارد، خریدار قرارداد یا فروشنده قرارداد، آن را به قیمت ۱۵۰ به شخص خارج از قرارداد خواهد فروخت زیرا فرض این است که هر طرفی فرصت انجام آن را دارد. بنابراین فرصت فروش به شخص خارج از قرارداد هنگامی که ارزش او فراتر از ارزش خریدار می رود، از دست نخواهد رفت و برای به حداکثر رسیدن ارزش مشترک اهمیتی ندارد که چه کسی فرصت فروش به شخص خارج از قرارداد را داشته باشد. (البته اینکه چه کسی فرصت دارد، بر قیمت قرارداد اثر خواهد گذاشت؛ اگر خریدار در تمامی مواقع اجرای قرارداد را کسب کند، و پیشنهاد خارجی ۱۵۰ باشد و فروشنده مجبور به اجرا نباشد، خریدار تمایل به پرداخت مبلغ بیشتری به فروشنده خواهد داشت و لذا می تواند کالا را به قیمت بالای پیشنهادی بفروشد).

توضیحات

الف) مطلوبیت دوجانبه و مطلوبیت اجتماعی: همان طور که دیدیم، قراردادهای کاملاً معین برای خریدار و فروشنده قرارداد مطلوبیت دوجانبه دارند تا تضمین کنند که هروقت ارزش گذاری خریدار فراتر از پیشنهاد خارجی باشد و حتی اگر خریدار بتواند در یک معامله دوم کالا را از شخص خارج از قرارداد مجدداً خریداری کند، قرارداد اجرا خواهد شد. دلیل آنکه دو طرف قرارداد نمی خواهند خریدار کالا را از طریق خرید مجدد از شخص خارج قرارداد به دست آورد این است که این کار منجر به نشت سرمایه ها به سوی شخص خارج قرارداد می گردد؛ اما این دلیل اجتماعی مؤثری برای اجرای قرارداد محسوب نمی شود و تنها دلیلی است که از سوی دو طرف قرارداد که می خواهند ارزش حاصله را برای خودشان حفظ کنند به آن استناد می شود. اما هزینه های معامله دیگر مربوط به فروش مجدد به خریدار قرارداد در صورتی که ارزش گذاری خریدار فراتر از پیشنهاد خارج از قرارداد باشد، یک دلیل اجتماعی برای اجرای قرارداد را تشکیل می دهند.

ب) **خطرگریزی:** تأثیر نفوذ خطرگریزی بر قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه قبلاً مورد بحث واقع نشد. خطرگریزی تأثیری بر آنکه چه وقت اجرای قرارداد برای دو طرف مطلوب است ندارد. همان طور که درباره قراردادهای تولیدی ذکر شد، خطرگریزی فقط بر تخصیص خطری که طرفین می خواهند از طریق ترتیبات پرداخت هایشان عملی کنند تأثیر دارد. به عنوان مثال، فرض کنید که پیشنهادهای خارجی فقط به فروشنده قرارداد که خطرگریز است ارائه می شوند و خریدار خنثی در مقابل خطر است. فروشنده که خطرگریز است به جای احتمال فروش به قیمت بالا پیشنهاد خارج از قرارداد مثلاً ۱۵۰، ترجیح می دهد به یک رقم معین دست یابد. بنابراین به موجب موافقت نامه تقسیم خطر مطلوب دوجانبه، فروشنده یک قیمت تضمین شده از خریدار قرارداد دریافت می کند و عواید حاصل از فروش به یک پیشنهاددهنده خارج از قرارداد به قیمت بالاتر را به خریدار قرارداد می سپارد.

به هر حال، توجه داشته باشید که خطر مورد بحث در زمینه تردید درباره پیشنهادهای خارجی یک خطر سودمند است، زیرا فرصت فروش به قیمت بالاتر به یک پیشنهاددهنده خارجی را در اختیار طرفین می گذارد. بنابراین، خطرگریزی که در مورد قرارداد تولید، به ویژه وقتی که هزینه تولید بالا باشد، امری مضر تلقی می شود، در اینجا ملاحظه مهمی به نظر نمی رسد.

۳-۴-۱-۳ وسایل جبران خسارت برای نقض

اکنون اجازه دهید درباره مطلوبیت دوجانبه وسایل جبران خسارت مختلف برای نقض، با این فرض که قرارداد کاملاً معین نیست تحقیق کنیم و برای سهولت چنین فرض کنیم که قرارداد صرفاً بیان می کند که کالا باید به خریدار منتقل گردد. اینکه چه وسایل جبران خسارتی برای طرفین بهترین خواهند بود را با یک روش نسبتاً ساده توصیف قراردادهای کاملاً معین دنبال خواهیم کرد و باز هم اجازه دهید انواع مختلف وضعیت قراردادی را جداگانه مورد بحث قراردهم تا شفافیت حفظ شود و سپس نتایج حاصله را بررسی کنیم.

الف) **پیشنهادهایی که فقط به فروشنده قرارداد ارائه می شوند:** در این حالت، مقیاس انتظار به همان نتایج مربوط به قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه منتهی می شود و

مقیاس انتظار وسیله جبران خسارت مورد ترجیح دو طرف برای نقض است. اجازه دهید این نتیجه را با مثال توضیح دهیم.

مثال ۳. فرض کنید که قیمت قرارداد ۷۰ است. پس به موجب مقیاس انتظار، فروشنده مجبور است به خریدار ۳۰ واحد خسارت بپردازد، زیرا آن مقدار منفعت خالص او از اجرای قرارداد خواهد بود یعنی ۳۰-۱۰۰. به موجب این مقیاس، بدیهی است که وقتی پیشنهاد خارجی ۵۰ است فروشنده مرتکب نقض نخواهد شد زیرا این رقم کمتر از قیمت خریدار است؛ همچنین او قرارداد را وقتی پیشنهاد خارجی ۹۰ باشد نیز نقض نخواهد کرد، زیرا این کار فقط ۲۰ واحد بیش از آنچه خریدار می‌پردازد نصیب او می‌کند اما او در صورت نقض قرارداد مجبور به پرداخت ۳۰ واحد خسارت خواهد بود. بنابراین همان‌طور که در مثال یک بیان شد فروشنده فقط وقتی مرتکب نقض می‌شود که پیشنهاد خارجی ۱۵۰ باشد، اینکه مقیاس انتظار نسبت به مقیاس‌های دیگر مورد ترجیح دو طرف است را می‌توان با یک استنتاج معمولی نشان داد. به عنوان مثال فرض کنید، که مقیاس خسارت صرفاً برابر ۱۰ و قیمت قرارداد ۷۰ می‌باشد، در نتیجه فروشنده وقتی پیشنهاد طرف خارج قرارداد ۹۰ باشد قرارداد را نقض خواهد کرد. در این حالت، ارزش قرارداد برای خریدار $20 = 10 \times 0.5 + (100 - 70) \times 0.5$ و ارزش برای فروشنده $99 = (150 - 10) \times 0.4 + (90 - 10) \times 0.1 + 70 \times 0.5$ است. اگر طرفین مقیاس خسارت را به مقیاس انتظار تغییر دهند و قیمت به $79/5$ افزایش یابد هر دو طرف بیشتر منتفع خواهند شد؛ زیرا ارزش برای خریدار $20/5$ و برای فروشنده برابر با $99/5 = (150 - 20/5) \times 0.4 + 79/5 \times 0.6$ خواهد بود^۱ (همچنین اگر خسارات به اندازه‌ای زیاد باشند که به اجرای قرارداد در همه مواقع منجر شوند، هر دو طرف قرارداد، استفاده از مقیاس انتظار را ترجیح می‌دهند).

۱. این مثال را می‌توان با در نظر گرفتن امکان خرید مجدد خریدار قرارداد از شخص خارج از قرارداد تعدیل کرد. اگر خسارات ۱۰ باشند، فروشنده قرارداد را نقض می‌کند و کالا را به طرف خارج از قرارداد می‌فروشد وقتی پیشنهاد او ۹۰ باشد و سپس خریدار قرارداد آن را با قیمت ۹۵ از او می‌خرد، باز هم هر دو طرف می‌توانند بیشتر منتفع شوند. مخصوصاً، ارزش قرارداد برای خریدار برابر با $20/5 = 10 \times 0.4 + (100 - 95) \times 0.1 + (100 - 70) \times 0.5$ خواهد بود و ارزش برای فروشنده مثل سابق یعنی ۹۹ است. اگر طرفین مقیاس خسارت را به مقیاس انتظار تغییر دهند و قیمت به $179/4$ افزایش یابد هر دو منتفع خواهند شد: ارزش برای خریدار $20/6$ و برای فروشنده $99/4 = (150 - 20/6) \times 0.4 + 179/4 \times 0.6$ خواهد بود.

توضیح نتیجه‌ای که با مثال نشان داده شد همگام با خطوطی است که از بخش ۳-۳ درباره قراردادهای تولید با آن آشنا هستیم. به موجب مقیاس انتظار، فروشنده هروقت که پیشنهاد خارجی کمتر از ارزش‌گذاری خریدار است ترغیب به اجرای قرارداد می‌شود (درست مثل فروشنده‌ای که هروقت هزینه تولید کمتر از ارزش‌گذاری خریدار در زمینه قرارداد تولید بود، ترغیب به اجرای قرارداد می‌شد)، از آنجاکه این نتیجه همان چیزی است که تحت قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه رخ می‌دهد و ارزش مشترک را برای طرفین به حداکثر می‌رساند، مشخص می‌شود که مقیاس انتظار در مقایسه با دیگر مقیاس‌های خسارت کمتر، یا مقیاس‌های خسارت بیشتر یا اجرای معین قرارداد مورد ترجیح طرفین است.

ب) پیشنهادهایی که فقط به خریدار قرارداد ارائه می‌شوند: در این حالت، اجرای معین قرارداد به همان نتیجه قرارداد کاملاً معین مطلوب دوجانبه منتهی می‌شود و وسیله جبران خسارت مورد ترجیح دو طرف برای نقض است. این توضیح بلاواسطه از آنچه درباره قرارداد کاملاً معین بحث شد ناشی می‌شود. چون این خریدار قرارداد است که فرصت فروش به پیشنهاددهنده خارج از قرارداد را دارد، برای طرفین بهترین حالت این است که فرصت چنین کاری را به او بدهند و این همان چیزی است که اجرای معین قرارداد انجام می‌دهد.

ج) پیشنهادهایی که یا به خریدار قرارداد یا به فروشنده قرارداد ارائه می‌شوند: در اینجا، مقیاس انتظار یا مقیاس‌های بالاتر - و همچنین اجرای معین قرارداد - به همان نتایج قراردادهای کاملاً معین مطلوب دوجانبه منتهی می‌شوند و وسایل جبران خسارت برای نقض مشابه و مورد ترجیح دو طرف هستند. از آنجاکه مقیاس انتظار یا مقیاس‌های بالاتر حداقل هروقت که پیشنهاد خارجی کمتر از ارزش‌گذاری خریدار است به اجرای قرارداد منجر می‌شوند، به رفتاری که در قراردادهای کاملاً معین مورد مطالعه قرار گرفته است منجر می‌گردند. بنابراین، وسایل جبران خسارت مزبور برای نقض به ارزش مشترک به حداکثر رسیده منتهی می‌شوند و برای طرفین مشابه هستند.^۱ یک مقیاس خسارت که کمتر از مقیاس انتظار است برای طرفین نامطلوب خواهد بود زیرا ممکن است به این نتیجه منتهی

۱. منظور از مشابه این است که برای هر قراردادی از یک نوع، قراردادی از نوع دیگر وجود دارد که (با در نظر گرفتن یک تغییر مناسب در قیمت قرارداد) برای هر دو طرف مشابه است.

شود که فروشنده کالا را به یک شخص خارج از قرارداد که پیشنهادش کمتر از ارزش گذاری خریدار است بفروشد و این امر منجر به زیان در ارزش کلی برای دو طرف قرارداد می گردد. به این خاطر، چنین مقیاس خسارتی در رتبه پایین تری نسبت به بقیه قرار می گیرد. اینکه یک مقیاس خسارت کمتر از مقیاس انتظار برای طرفین مطلوب نیست، دلالت ضمنی مهمی را دربردارد:

اجرای معین قرارداد اگر دادگاهها ارزش اجرای قرارداد را ناچیز بشمارند نسبت به مقیاس انتظار مورد ترجیح دو طرف است؛ دلیل این است که اگر مقیاس انتظار کم تخمین زده شود، آنگاه فروشنده ممکن است وقتی پیشنهاد خارج از قرارداد کمتر از ارزش گذاری خریدار است مرتکب نقض شود. در این مثال، اگر قیمت قرارداد ۷۰ باشد و دادگاه ارزش کالا را برای خریدار ۸۰ واحد (به جای ۱۰۰) در نظر بگیرد، آنگاه خسارات مورد انتظار را فقط ۱۰ (به جای ۳۰) محاسبه می کند در نتیجه فروشنده وقتی پیشنهاد خارجی ۹۰ است (به جای اجرای قرارداد) مرتکب نقض قرارداد می شود. چنین نتایجی ارزش مشترک برای طرفین قرارداد را کاهش می دهند.^۱ تحت اجرای معین قرارداد مطمئناً می توان از این نتایج اجتناب کرد. برای آنکه این نکته را به صورت متفاوت تحت اجرای معین قرارداد مطرح کنیم، همیشه خریدار است که تصمیم می گیرد آیا به یک پیشنهاددهنده خارج از قرارداد بفروشد یا نه و اگر پیشنهاد خارجی فراتر از ارزش گذاری اش باشد این کار را خواهد کرد. متقابلاً به موجب مقیاس انتظار، فروشنده تصمیم می گیرد که آیا به یک پیشنهاددهنده خارجی بفروشد یا نه و در صورت برآورد بسیار پایین دادگاه از ارزش گذاری خریدار این کار را خواهد کرد.

۴-۱-۳ تذکر

در سرتاسر این قسمت چنین فرض شد که حجم پیشنهادهای خارج از قرارداد معلوم

۱. توجه کنید که امکان زیاد تخمین زدن ارزش اجرای قرارداد به وسیله دادگاهها بر بحث مطروحه تأثیر نمی گذارد. اگر تخمین بیش از حد روی دهد صرفاً بدین معناست که خریدار قرارداد کالا را دریافت خواهد کرد و سپس به یک پیشنهاددهنده خارج از قرارداد خواهد فروخت به جای آنکه فروشنده به یک پیشنهاددهنده خارج از قرارداد بفروشد وقتی پیشنهاد خارجی فراتر از ارزش برای خریدار باشد اما کمتر از تخمین زیاد دادگاه از ارزش گذاری خریدار باشد. این موضوع ارزش مشترک قرارداد را برای طرفین قرارداد تغییر نمی دهد.

است، اما ممکن است این پیشنهادها تحت تأثیر وسیله جبران خسارت برای نقض باشند. به‌ویژه، به شرط تساوی چیزهای دیگر، ممکن است کسی قیمتی را انتظار داشته باشد که فروشنده می‌تواند به واسطه معامله با یک پیشنهاددهنده خارج از قرارداد به دست آورد که، بیشتر از آنچه فروشنده مجبور است به عنوان خسارت برای نقض پردازد باشد. این موضوع به طرفین قرارداد انگیزه می‌دهد که مبلغ خسارتی بیش از آنچه در غیر این صورت اعمال می‌کردند برای نقض منظور دارند.^۱

۵-۱-۴-۳ توضیح: جاذبه اجرای معین قرارداد

یک تفسیر بحث ما در مورد وسایل جبران خسارت برای نقض این است که طرفین اجرای معین قرارداد را جذاب خواهند یافت. خاصیت اجرای معین قرارداد این است که تضمین می‌کند که کالا هرگز با قیمتی کمتر از ارزش گذاری خریدار به پیشنهاددهندگان خارج از قرارداد فروخته نشود. همان گونه که مورد تأکید قرار گرفت، تا هر اندازه که این موضوع اتفاق افتد، ارزش مشترک قرارداد را برای طرفین قرارداد کاهش می‌دهد (حتی اگر خریدار کالا را مجدداً از شخص خارج از قرارداد خریداری کند). به علاوه، اگر خطر دست‌کم گرفتن ارزش اجرای قرارداد وجود داشته باشد. این گونه فروش‌های کاهش‌دهنده ارزش به پیشنهاددهندگان خارج از قرارداد، خطری تحت مقیاس انتظار هستند بنابراین، اگر خریدار و فروشنده دسترسی مساوی به پیشنهادهای خارجی داشته باشند یا اگر خریدار به تنهایی به پیشنهادهای خارجی دسترسی داشته باشد، طرفین قرارداد اجرای معین قرارداد را بر مقیاس انتظار ترجیح خواهند داد و هرچه بیشتر این اتفاق بیافتد احتمال دست‌کم گرفتن ارزش واقعی برای خریدار بیشتر خواهد شد.^۲ اما فقط اگر فروشنده دسترسی بهتری به پیشنهادهای خارجی داشته باشد طرفین مقیاس انتظار را ترجیح خواهند داد.

۱. این نکته را ابتدا دیاموند و ماسکین ۱۹۷۹ مطرح کردند و دیگران از جمله، آگیون و بولتون ۱۹۸۷، چانگ ۱۹۹۲ و اسپایر و وینستون ۱۹۹۵ آن را توسعه دادند.

۲. دلیل دیگری که طرفین اجرای معین قرارداد را ترجیح می‌دهند به اعتماد مربوط می‌شود: به موجب اجرای معین قرارداد، درجه اعتماد خریدار مطلوب است درحالی که به موجب مقیاس انتظار چنین اعتمادی به دلایل ارائه شده در قسمت ۳-۳-۳ بیش از حد خواهد بود.

۶-۱-۴-۳ حقوق قراردادهای

همان‌طور که قبلاً بیان شد، در حقوق انگلیسی - آمریکایی، وسیله جبران خسارت معمول برای نقض قرارداد، مقیاس انتظار است. هرچند اجرای معین قرارداد اصولاً گاهی برای انواع خاصی از قراردادهای انتقال مالکیت، یعنی برای قراردادهای ملکی و برای چیزهایی که ارزششان ویژگی خاصی دارد و دسترسی به آنها دشوار است مثل نقاشی‌ها اعمال می‌شود.^۱ به موجب حقوق فرانسه، اجرای معین قرارداد وسیله جبران خسارت استاندارد برای همه قراردادهای انتقال است درحالی‌که غرامت‌ها وسیله جبران خسارت برای نقض قراردادهای ساخت چیزها یا انجام خدمات هستند.^۲ به موجب حقوق آلمان، وسیله جبران خسارت برای همه قراردادهای اجرای معین قرارداد است.^۳ بنابراین در نظام‌های مهم حقوقی، اجرای معین قرارداد نقش عمده‌ای به‌عنوان وسیله جبران خسارت برای نقض قراردادهای انتقال مالکیت و در مغایرت با نقش غالب مقیاس‌های خسارت برای قراردادهای تولید بازی می‌کند. جاذبه دوجانبه اجرای معین قرارداد برای قراردادهای انتقال مالکیت، همان‌طور که در این قسمت توضیح داده‌ام، ممکن است به توصیف الگوی استفاده آن در نظام‌های حقوقی کمک کند.

۷-۱-۴-۳ مغایرت با قراردادهای تولید

از بخش ۳-۳ به یاد بیاورید که در مورد قراردادهای تولید، اجرای معین قرارداد به‌خاطر تأثیرش بر اجرای قرارداد، نامطلوب است: وقتی هزینه تولید فراتر از ارزش اجرای قرارداد می‌رود ممکن است به تولید ناکارآمد منتهی شود. متقابلاً در اینجا، اجرای معین قرارداد اثر سودمندی بر اجرای قرارداد دارد: استفاده از آن بدین‌معناست که نتیجه نامطلوب مشترک فروش به پیشنهاددهندگان خارج از قرارداد وقتی پیشنهادها کمتر از ارزش‌گذاری خریدار هستند، مورد اجتناب قرار خواهد گرفت (با فرض آنکه پیشنهادهای خارجی در دسترس خریدار قرارداد هستند). همچنین، در مورد قراردادهای تولید، استفاده از اجرای معین قرارداد خطر زیان‌آور بزرگی را بر فروشندگان تحمیل می‌کند، اما در اینجا اجرای معین قرارداد هیچ‌گونه خطر زیان‌آوری را تحمیل نمی‌کند و فقط انتقال فرصت سود بردن شخص

۱. برای مثال رجوع کنید به کالامری و پرلو ۱۹۹۸، ۶۱۷-۶۱۴، و ایی. فرانسورث ۱۹۹۹، ۷۷۷-۷۷۳.

۲. برای مثال رجوع کنید به ترتیل ۱۹۸۸، ۶۳-۵۵ و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۴۷۹-۴۷۵.

۳. برای مثال رجوع کنید به ترتیل ۱۹۸۸، ۵۵-۵۱ و زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۴۷۴-۴۷۲.

از فروش به پیشنهاددهندگان خارج از قرارداد به قیمت بالاتر را موجب می‌شود. بنابراین، مطلوبیت دوجانبه دو نوع از وسایل جبران خسارت در این دو زمینه کاملاً متفاوت است.^۱

۸-۱-۴-۳ مروری بر پیشینه مباحث

اکثر نوشته‌های حقوقی درباره استفاده از اجرای معین قرارداد بر ناتوانی دادگاه‌ها در برآورد ارزش اجرای قرارداد متمرکز شده و اجرای معین قرارداد را بر آن اساس توجیه کرده‌اند. بنابراین، عقیده بر این بوده است که هدف از وسایل جبران خسارت، تضمین این است که قربانی کمال منافع خود را باز یابد و عدم کفایت خسارات انتظار به این نتیجه منجر شده که اجرای معین قرارداد برای رسیدن به این هدف لازم است.^۲ توجه داشته باشید که این دیدگاه هیچ توجه و اشاره‌ای به دوجانبه بودن منافع طرفین، امکان خطرگریزی قربانی بالقوه یک نقض و این واقعیت که در قراردادهای تولید، برآورد مقیاس انتظار ممکن است دشوار باشد اما با این حال اعمال می‌شود، نکرده است. توضیح راجع به استفاده از اجرای معین قرارداد که در این قسمت ارائه شده است و منافع دوجانبه طرفین قرارداد و اجتناب از فروش به پیشنهاددهندگان خارج از قرارداد با قیمتی کمتر از ارزش‌گذاری خریدار، در شاول (۱۹۸۴ الف) مطرح شده است.^۳ کرون مان (۱۹۸۷ ب) نیز توضیحی برای استفاده از اجرای معین قرارداد براساس مطلوبیت دوجانبه ارائه می‌کند. او خاطرنشان می‌کند که فروشندگان معمولاً پیشنهادهای خارجی بالا را بعید می‌دانند اما خریداران معتقدند پیشنهادهای خارجی بالا محتمل هستند؛ از این رو خریداران ارزش زیادی برای اجرای معین قرارداد قائل‌اند و فروشندگان آن را به‌منزله چیزی که ارزش کمی برایشان دارد نگاه می‌کنند. اما مبنای تلقی کرون مان از عقاید غیرمقارن درباره پیشنهادهای خارج از قرارداد بین فروشندگان و خریداران روشن نیست.^۴

۱. امکان پیشنهادهای خارج از قرارداد در زمینه تولید نیز وجود دارد: کالایی که باید تولید شود نیز چیزی است که ممکن است شخص خارج از قرارداد برای آن پیشنهادی ارائه کند. بنابراین آنچه در اینجا درباره پیشنهادهای خارجی مورد توجه قرار گرفت نیز دلالت‌های ضمنی بر قراردادهای تولید دارد. دلالت ضمنی اصلی این است که بعد از آنکه یک کالا تولید شد و قبل از تحویل آن، اجرای معین قرارداد دارای مزیت‌هایی به‌نظر می‌رسد.

۲. برای مثال رجوع کنید به ای. فرانسرث ۱۹۹۹، ۷۷۷-۷۷۳ و ارجاعاتی که در آنجا ذکر شده است.

۳. این تحلیل در بیشاپ ۱۹۸۵ توضیح داده شده است.

۴. همچنین رجوع کنید به شوارتز ۱۹۷۹ و اولن ۱۹۸۴ در مورد تجزیه و تحلیل اقتصادی اجرای معین قرارداد.

۳-۴-۲ قراردادهای هبه

۳-۴-۲-۱ تعریف و طرح مسائل

قرارداد هبه توافقی است که به موجب آن شخصی، «واهب»، خود را متعهد می‌سازد هدیه‌ای به شخص دیگر، «متهب»، بدهد اما متهب تعهدی ندارد که مستقیماً و در عوض برای واهب کاری انجام دهد. به عنوان مثال، ممکن است شخصی قراردادی برای دادن هدیه‌ای به یک فامیل یا به یک مؤسسه خیریه یا آموزشی بدون هرگونه تعهد متقابل منعقد کند. ما در تجزیه و تحلیل قراردادهای هبه سه مسئله را بررسی می‌کنیم. اولین مسئله این است که اصلاً چرا اهدای هدیه روی می‌دهد. دوم اینکه چرا واهبانی که می‌خواهند هدایایی بدهند به جای آنکه بلافاصله آنها را اهدا نمایند تمایل دارند این کار را به تعویق بیندازند. سوم آنکه چرا واهبانی که تمایل دارند اهدای هدایا را به تعویق اندازند خود را با انعقاد قرارداد متعهد می‌سازند یعنی چرا بدون متعهد ساختن خود صرفاً منتظر زمان مورد نظر خود برای اهدای هدیه نمی‌شوند.

۳-۴-۲-۲ چرا هدایا داده می‌شوند: نوع دوستی

شاید برجسته‌ترین انگیزه برای دادن هدایا نوع دوستی باشد؛ منظور من این است که واهب از افزایش رفاه متهب مطلوبیت کسب می‌کند. یک واهب نوع دوست زمانی تمایل به دادن هدیه خواهد داشت که مطلوبیت نوع دوستانه‌ای که او از انجام این کار کسب می‌کند از مطلوبیتی که با استفاده شخصی از هدیه‌اش کسب می‌کرد فراتر رود.

۳-۴-۲-۳ چرا واهبان نوع دوست ممکن است اهدای هدایا را به تعویق اندازند

ممکن است دلیل به تعویق افتادن عمل یک واهب صرفاً این باشد که دارایی‌هایش نقد نیستند. دلیل دیگر برای تأخیر این است که واهب ممکن است در طول دوره‌ای قبل از آنکه متهب واقعاً به استفاده از سرمایه نیاز داشته باشد، به نرخ بالاتری از بازدهی سرمایه دست یابد. دلیل سوم برای تأخیر به عدم قطعیت مربوط می‌شود. ممکن است واهب درباره وضعیت مالی‌اش دچار تردید و نگران این باشد که متحمل یک شکست مالی شود، یا بداند که نیازهایش به سرمایه به صورتی غیرقابل پیش‌بینی بالا خواهد بود و اگر چنان

باشد، شاید به همین دلیل انجام هبه منتفی شود. به همین ترتیب واهب ممکن است دربارهٔ متبهد تردید داشته باشد. نیازهای متبهد یا وضعیت مالی اش ممکن است تغییر کند یا اینکه او ویژگی‌هایی را آشکار کند که احساسات نوع‌دوستانهٔ واهب را دربارهٔ وی تغییر دهد. با به تعویق انداختن هبه، واهبان اختیارات خود را حفظ می‌کنند و می‌توانند اندازهٔ هبه را طبق تحلیل عوامل متغیر محدود سازند یا به کلی از هبه منصرف شوند.^۱

۳-۴-۲-۴ چرا واهبان نوع‌دوست ممکن است بخواهند - یا نخواهند - برای هبه کردن قرارداد منعقد کنند

چرا واهبی که دوست دارد انجام هبه را به تعویق اندازد با انعقاد قرارداد هبه خود را ملزم می‌کند؟ چرا صرفاً برای انجام هبه منتظر زمان مناسب نمی‌شود؟ یک پاسخ آشکار به اعتماد متبهد مربوط می‌شود. اگر یک متبهد به دریافت هبه اطمینان پیدا کند، ارزش هبه برای او غالباً افزایش می‌یابد و این موجب منفعت واهب نوع‌دوست می‌شود. اگر برادرزاده‌ای انتظار دریافت هبه‌ای را برای تأمین هزینه تحصیل در کالج داشته باشد، ممکن است سخت‌تر درس بخواند و در نتیجه به کالج بهتری راه یابد یا به‌نحو دیگری ارزش هبه را برای خویش افزایش دهد؛ اگر یک ارکستر سمفونیک به دریافت یک هبه اطمینان پیدا کند، ممکن است تصمیم بگیرد که اعضای مستعد جدیدی را استخدام کند و بدین‌وسیله ارزش هبه را برای خویش افزایش دهد.^۲ بنابراین هرگاه قراردادی برای ترغیب اعتماد متبهد و افزایش ارزش هبه لازم باشد، واهب ممکن است قراردادی برای انجام هبه منعقد کند.

اما ممکن است قراردادی برای ترغیب متبهد لازم نباشد. وضعیت واهبی را در نظر بگیرید که قراردادی برای انجام هبه منعقد نمی‌کند اما نیتش را به انجام آن کار اعلام

۱. دلایل ارائه شده در این بند نیز به توضیح این مطلب کمک می‌کنند که چرا واهبانی که انگیزه‌ای غیر از نوع‌دوستی دارند. (به قسمت ۳-۴-۲-۶ رجوع کنید) ممکن است انجام هبه را به تعویق اندازند.

۲. ممکن است بیان ایدهٔ شاخص این بند به‌طور ریاضی روشن‌کننده باشد؛ برای جزئیات رجوع کنید به شاول (۱۹۹۱ الف). فرض کنید که $v(x, r)$ ارزش هبه با حجم x برای متبهد باشد با فرض آنکه متبهد درگیر اعتمادی با سطح r است بنابراین مطلوبیت خالص متبهد برابر با $v(x, r) - r$ می‌باشد. اجازه دهید مطلوبیت واهب را با معادله زیر در نظر بگیریم که $u(w-x) + a[v(x, r) - r]$ در جایی که w ثروت واهب و u مطلوبیت او از استفادهٔ شخصی از ثروتش می‌باشد و $a > 0$ مقیاس برای اندازه‌گیری قدرت نفع ناشی از نوع‌دوستی او حاصل از مطلوبیت خالص متبهد است. بنابراین روشن است که اگر افزایش r مطلوبیت خالص متبهد $v(x, r) - r$ را افزایش دهد، مطلوبیت واهب را نیز افزایش خواهد داد.

می‌کند و وضعیت مالی و احساسات نوع دوستانه‌اش برای متهم معلوم است. در این صورت متهم ممکن است اعتماد کردن را معقول بباید زیرا می‌داند که پابندی به قول انجام هبه برای واهب منطقی است. اگر برادرزاده احساسات نوع دوستانه عمویش را بشناسد، می‌داند که انجام هبه برای عمویش منطقی خواهد بود و بنابراین برادرزاده ممکن است انگیزه‌ای مضاعف برای ادامه تحصیل در کالج پیدا کند. درواقع، می‌توان نشان داد که حتی با فقدان قرارداد، متهمی که سلايق نوع دوستانه واهب را می‌شناسد انگیزه‌ای برای اعتماد و اتخاذ رویه مناسب برای ترغیب واهب به یک هبه بزرگ‌تر خواهد داشت.^۱

بنابراین برای آنکه واهب به‌منظور ترغیب متهم و ایجاد اعتماد در او قرارداد هبه منعقد کند، لازم است که متهم از وضعیت مالی واهب یا انگیزه‌هایش نامطمئن باشد و حتی به او شک داشته باشد دیگری مثلاً کسب شهرت، خود را در ظاهر به‌صورت یک نوع دوست نشان می‌دهد. بنابراین، اگر شخصی که به‌خوبی برای برادرزاده (پسرعموی دور) خود شناخته شده نیست نیتش را به تأمین هزینه تحصیل او در کالج اعلام کند، برادرزاده ممکن است کمتر مطمئن باشد که هبه صورت خواهد گرفت و همان انگیزه را برای ادامه تحصیل در کالج پیدا نکند که در صورت شناخت کافی از شخصیت و نیت عمویش

۱. دلیل این امر آن است که از یک‌سو، متهم می‌داند که هرچه سطح اعتمادش بالاتر باشد، هبه‌ای که واهب به‌خاطر نوع دوستی‌اش ترغیب به اهدا خواهد شد بیشتر خواهد بود؛ و از سوی دیگر، متهم هبه را به‌عنوان هزینه‌ای برای خودش به حساب نمی‌آورد (درحالی که واهب آن را هزینه محسوب می‌کند). علی‌الخصوص، و با استفاده از یادداشت پاورقی قبلی، مورد ذیل را درباره وضعیت که در آن قراردادی بسته نشده است و متهم از عملکرد مطلوبیت و قدرت نوع دوستی واهب a آگاه است ملاحظه کنید: الف) اگر متهم r را انتخاب کند پس واهب هبه‌اش x را برای به حداکثر رساندن $u(w-x) + a[v(x, r) - r]$ انتخاب خواهد کرد. انتخاب واهب را $x(r)$ بنامید که می‌توان نشان داد که در حال افزایش در r است (با فرض آنکه u بالاتر از آستانه است). ب) متهم r را برای به حداکثر رساندن $v(x(r), r) - r$ انتخاب می‌کند زیرا متهم از عملکرد $x(r)$ آگاه است. انتخاب متهم، که با r^* مشخص می‌شود، باید تابع $v(x(r), r) - r - 1 = 0$ باشد. ج) واهب دوست دارد متهم r را برای به حداکثر رساندن سودمندی واهب انتخاب کند یعنی $u(w-x(r)) + a[v(x(r), r) - r]$ که برای سهولت ما فرض می‌کنیم که در r مستتر است. انتخاب مرجح واهب، که r^{**} مشخص می‌شود، باید این تساوی را برقرار سازد که $u'(w-x(r))x'(r) + a[vx(x(r), r) - 1] = 0$ (به روشن است که $r^{**} < r^*$ ؛ سطح مرجح اعتماد واهب کمتر از آن چیزی است که متهم واقعاً انتخاب می‌کند. به‌ویژه، از اولین شرط مذکور در بند ب) فوق، ما می‌دانیم که سمت چپ شرط در بند ج) به $-u'(w-x(r^*))x'(r^*)$ کاهش می‌یابد وقتی در r^* ارزیابی شود. اما $-u'(w-x(r^*))x'(r^*) < 0$ خواهد بود. بنابراین در نظر گرفتن فرض استتار، r باید کمتر از r^* باشد تا شرط مذکور در بند ج) برقرار شود لذا $r^{**} < r^*$.

ممکن بود پیدا کند. در نتیجه، عموماً ممکن است مجبور به انعقاد قراردادی برای انجام هبه باشد تا بردارزاده را به تحصیل در کالج ترغیب کند.

نتیجه اینکه همیشه لازم نیست واهبان نوع دوست قراردادی برای ترغیب اعتماد متهم منعقد کنند و آنها صرفاً در صورتی نیاز به انجام این کار دارند که متهمان از وضعیت مالی واهبان یا احساسات نوع دوستانه‌شان مطلع و مطمئن نباشند. به علاوه حتی وقتی که واهبان نیازمند انعقاد قرارداد جهت ترغیب اعتماد متهمان باشند، دلیل مهمی برای عدم تمایل یک واهب به انعقاد قرارداد برای انجام هبه وجود خواهد داشت. همان گونه که پیشتر بحث شد، حوادث نامعلوم، از قبیل مواجه شدن با یک زیان غیرمنتظره ممکن است واهب را از انجام هبه منصرف کند بنابراین او نمی‌خواهد با انعقاد قرارداد هبه خود را به انجام آن متعهد سازد. از این رو، واهبان ممکن است ولو اینکه انعقاد قرارداد برای ترغیب بهترین سطح اعتماد ضروری باشد، نخواهند چنین کاری انجام دهند.

۵-۲-۳ دلالت‌های ضمنی برای حقوق قراردادهای

الف) این امکان که واهبان تمایل به انعقاد قرارداد برای ترغیب اعتماد متهمان داشته باشند دلالت ضمنی بر این دارد که قانون باید اجازه انعقاد قراردادهایی برای انجام هبه را بدهد. زیرا در آن هنگام واهبان بیشتر هبه خواهند کرد و مطلوبیت کل خود و متهمان را بالا خواهند برد.

ب) اما با توجه به این نکته که اعلام نیت هبه از سوی نوع دوستان اغلب برای ترغیب اعتماد کافی است و این نکته که واهبان ممکن است به خاطر تردیدهای مختلف نخواهند که متعهد شوند، برای قانون کاملاً مطلوب است که بدون ملزم کردن واهبان به عقد قرارداد، به آنها اجازه دهد نیتشان را به هبه کردن اعلام کنند. نتیجتاً ممکن است در واقع، یک نظام دو لایه اعلام قصد غیررسمی و بدون الزام، به همراه یک قرارداد رسمی ملتزم‌کننده هبه بهترین راهکار باشد (به قسمت ۷-۲-۴-۳ رجوع کنید).

۶-۲-۳ انگیزه‌های غیرنوع دوستانه برای هبه

اکنون اجازه دهید دو انگیزه به غیر از نوع دوستی را برای هبه کردن بررسی کنیم و

دلالت‌های ضمنی آنها را برای عقد قرارداد در نظر بگیریم.

الف) پدرسالاری: یک واهب پدرسالار را می‌توان به‌عنوان فردی تعریف کرد که مثل واهب نوع‌دوست، می‌خواهد رفاه متهم را افزایش دهد، ولی برخلاف واهب نوع‌دوست، دیدگاه وی نسبت به رفاه متهم با دیدگاه خود متهم اختلاف دارد. بنابراین، یک واهب پدرسالار ممکن است آرزو داشته باشد که متهم مشغول الگوی مصرف یا رفتاری شود که با آنچه متهم برای خود انتخاب می‌کند تفاوت دارد. به‌عنوان مثال، یک واهب پدرسالار ممکن است بخواهد که متهم آموزش موسیقی ببیند و معتقد باشد که این به نفع متهم خواهد بود، اما متهم مایل به این آموزش نباشد.^۱ به‌نظر می‌رسد واهبان پدرسالار غالباً دلیل قوی‌تری از واهبان نوع‌دوست برای انعقاد قرارداد هبه دارند تا رفتاری را که دوست دارند ترغیب کنند. برای ترغیب متهمی که دوست ندارد آموزش موسیقی ببیند، واهب پدرسالار مجبور است قراردادی برای هبه منعقد کند و انجام هبه را به آموزش موسیقی مشروط سازد، زیرا بدون قرارداد، متهم دنبال آموزش موسیقی که مورد علاقه شخصی وی نیست نخواهد رفت. متقابلاً، برادرزاده یک عموی نوع‌دوست غالباً نیازی به قرارداد جهت ترغیب به مطالعه ندارد و انتظار دریافت هبه، به همراه خواست شخص وی برای رفتن به یک کالج خوب او را به انجام چنین کاری هدایت می‌کند.

ب) برخورداری از قدرشناسی و افزایش شهرت: انگیزه دیگر برای هبه کردن برخورداری از قدرشناسی دیگران یا تضمین دستیابی به یک شهرت افزایش یافته است. به‌عنوان مثال وقتی شخصی هبه‌ای به یک فامیل می‌کند، یک دلیل مهم شاید منفعت بردن از اعلام قدرشناسی متهم و دیگر اعضای فامیل باشد؛ وقتی واهبی هبه‌ای به یک دانشگاه می‌کند، شاید می‌خواهد مورد احترام جامعه دانشگاهی و اجتماع به‌طور کلی قرار گیرد. به‌هرحال اگر واهب مجبور باشد هبه را (شاید به‌خاطر مشکلات نقدینگی) به تعویق اندازد، با مشکل روبه‌رو می‌شود: واهب مایل است از قدردانی دیگران در طول مدت قبل از انجام واقعی هبه منتفع شود اما با فقدان قرارداد هبه، متهم ممکن است باور نکند که هبه را دریافت خواهد کرد و بنابراین قدردانی خود را نیز ابراز نکند. به‌عنوان مثال، کسی

۱. در بعضی موارد آنچه به‌عنوان پدرسالاری تشریح می‌شود ممکن است به‌خاطر قصور متهم در شناسایی منافع واقعی خود به چنین عنوانی تفسیر شود.

که مدعی است ظرف ده سال رقم بزرگی را برای اساتید دانشگاه اعطا خواهد کرد ممکن است دانشگاه او را باور نکند و بنابراین در طول این مدت ده ساله او را مورد احترام قرار ندهد. چنین واهبانی ممکن است انعقاد قرارداد را مفید بدانند تا بتوانند از قدردانی متعجب پیش از آنکه هبه‌هایشان را کامل کنند برخوردار شوند.^۱

۷-۲-۴-۳ قانون

در ایالات متحده، وعده انجام هبه قانوناً در تعداد زیادی از صلاحیت‌های قضایی قابل اجرا نیست (صلاحیت‌هایی که مهر و موم کردن چنین اسنادی را لغا کرده‌اند). وعده‌های انجام هبه که به‌طور معقولی مورد اعتماد متعجب قرار می‌گیرند و همین‌طور وعده‌های انجام هبه به مؤسسات خیریه عموماً قابل اجرا هستند.^۲ با توجه به استثنائات موجود، وقتی که واهبان واقعاً قصد این کار را داشته باشند قانون به واهبان فرصت انعقاد قراردادهای الزام‌آور هبه می‌دهد. به‌ویژه همان‌گونه که توضیح داده شد، دلایل اصلی که واهبان خودشان را متعهد می‌سازند برخورداری از قدردانی و ترغیب اعتماد است و وقتی اعتماد معقول مورد نظر آنها ترغیب شد، ملتزم به انجام هبه می‌شوند. متقابلاً، بعید است که شخصی برخلاف میلش ملتزم گردد، زیرا او می‌تواند نیتش را بیان کند ولی وعده انجام هبه را ندهد و لذا حتی در صورت ایجاد اعتماد، ملتزم نباشد. در فرانسه، آلمان و اغلب حوزه‌های قضایی حقوق مدنی، یک واهب تنها در صورتی که و فقط اگر تعهدی کتبی و رسمی نزد یک سردفتر اسناد رسمی بنماید ملتزم به انجام هبه خواهد بود، بنابراین واهب نظارت مؤثری بر قابلیت اجرای وعده‌های مربوط به هبه دارد.^۳

۱. این استدلال برای اینکه چرا واهبان ممکن است بخواهند قرارداد هبه منعقد کنند باید محدود شود تا حدی که شخصی که وعده غیرقابل اجرا برای هبه داده است ترغیب شود تا آن را به‌خاطر علاقه به حفظ شهرتش انجام دهد. اما این عامل، از بین عناصر دیگر، به‌وسیله این امکان محدود می‌شود که واهب می‌تواند مدعی شود که تغییرات در شرایط او را به عدم انجام هبه مجبور کرده است. همچنین، تعداد زیادی از هبه‌ها نزدیک یا در پایان عمر شخص صورت می‌گیرند و در آن زمان، اهمیت عنصر شهرت ممکن است تقلیل یابد.

۲. درباره قابلیت اجرای وعده‌های هبه، به‌عنوان مثال رجوع کنید به کالامری و پرلیو ۱۹۹۸، ۱۷۱-۱۶۶، ۱۸۰-۱۷۵، ۲۶۷-۲۴۷، آیزنبرگ ۱۹۷۹ و ای. فرانسورث ۱۹۹۹، ۵۲-۵۰، ۸۷-۸۵، ۱۰۱-۹۱.

۳. به‌عنوان مثال رجوع کنید به زایگرت و کاتز ۱۹۹۸، ۳۹۰-۳۸۹.

۸-۲-۳-۳ مروری بر پیشینهٔ مباحث

پوسنر (۱۹۷۷) و گوتز واسکات (۱۹۸۰) قراردادهای هبه را از جنبهٔ اقتصادی تجزیه و تحلیل می کنند و شخص اخیر تأکید می کند که چنین قراردادهایی ممکن است اعتماد متهم را به نفع واهب ترغیب کنند. شاول (۱۹۹۱ الف) می پرسد که چرا هبه ها اغلب به تعویق می افتند، قراردادهای هبه با اعلام صرف نیت را به عنوان راهی برای ترغیب اعتماد متهم، با قراردادهای هبه به تعویق افتاده مقایسه می کند.^۱

۱. دیگر تجزیه و تحلیل های اقتصادی قراردادهای هبه شامل پوسنر ۱۹۹۷ می شوند؛ همچنین رجوع کنید به کال ۱۹۹۸.

فصل چهارم

دادخواهی و فرایند قانونی

در اینجا آنچه را تاکنون به طور گسترده‌ای مفروض دانسته شده است مورد تحقیق قرار می‌دهم. وقتی شخصی حق قانونی برای اخذ غرامت از آسیب‌رساننده دارد، می‌تواند این کار را انجام دهد ولی درواقع باید تلاش و سرمایه قابل توجهی را برای تحصیل یک سازش‌نامه یا یک حکم از دادگاه صرف کند. درحقیقت، همان‌گونه که نشان داده خواهد شد، دادخواهی برای دستیابی به سازش‌نامه‌ها یا احکام آنقدر پرهزینه است که مخارجش به‌طور میانگین بر مقادیری که قربانیان آسیب دریافت می‌کنند غلبه دارد. وجود این‌گونه هزینه‌های دادخواهی به این معناست که ممکن است دادخواهی صورت نگیرد و این تأثیر مهمی بر کارآمدی نظام حقوقی دارد.

در قسمت ۱-۴ نظریه اصلی دادخواهی و سه مرحله دادخواهی یعنی اقامه دعوی، تصمیم به سازش یا دادرسی و هزینه‌های دادرسی را بررسی و تشریح خواهم کرد. همچنین مطلوبیت اجتماعی تصمیمات طرفین را تجزیه و تحلیل می‌کنم و یک زمینه عمده بحث این است که انگیزه‌های خصوصی برای دادخواهی ممکن است با آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است اختلاف داشته باشند.

در قسمت ۲-۴ من نظریه اصلی دادخواهی را بسط خواهم داد و در بین مسائل دیگر به بررسی اقامه دعوی با ارزش منفی، انتقال هزینه‌های قانونی به بازندگان دادرسی، ترتیب هزینه وکیل - موکل و نفوذ بیمه‌گران بر دادخواهی خواهم پرداخت. سپس در مبحث ۳-۴ من چندین جنبه عمومی فرایند قانونی را که در نظریه اصلی و الحاقاتش در نظر گرفته نشده‌اند - از جمله نظام‌های خصوصی احقاق حق، ارزش دقت در قضاوت، فرایند استیناف‌ها و کاربرد مشاوره حقوقی - مورد بحث قرار می‌دهم.

۴-۱ نظریه اصلی دادخواهی

در اینجا به نظریه دادخواهی می‌پردازیم و سه مرحله مورد بررسی قرار می‌گیرند. در اولین مرحله، شخصی که متحمل زیان شده است تصمیم می‌گیرد که اقامه دعوی کند. شخصی که اقامه دعوی می‌کند خواهان و شخصی که تعقیب می‌شود خوانده نام دارند.

در مرحله دوم، خواهان و خوانده تصمیم می‌گیرند که آیا دعوی را با سازش خاتمه دهند یا خیر. در صورت سازش، خواهان معمولاً موافقت می‌کند که با دریافت مبلغی از خوانده، دعوی را رها کند؛ اما اگر سازش حاصل نشود، مرحله سوم یعنی محاکمه روی می‌دهد. در هر مرحله این موضوع را مورد بحث قرار می‌دهیم که طرفین چگونه رفتار می‌کنند و سپس این رفتار چگونه با آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است مقایسه می‌شود. با در نظر گرفتن این نکته که دادخواهی هزینه دربردارد، انگیزه‌های خصوصی طرفین در دادخواهی، ممکن است به‌طور قابل توجهی با انگیزه‌های متناسب اجتماعی تفاوت داشته باشند.

۴-۱-۱ اقامه دعوی

۴-۱-۱-۱ تعریف دعوی

منظور من از دعوی برداشتن یک گام اولیه پرهزینه است که لازمه آغاز رسیدگی‌های قانونی بعدی و محاکمه است. می‌توان دعوی را به‌عنوان یک عمل حقوقی رسمی مثل ثبت و ضبط یک شکایت، یا عملی کمتر از آن، به‌ویژه استخدام یک وکیل تفسیر کرد. اقامه دعوی هزینه دربردارد: خواهان زمان و انرژی صرف خواهد کرد و احتمالاً صورت‌حسابی برای خدمات حقوقی و هزینه‌های ضبط و بایگانی پرونده دریافت خواهد کرد.

۴-۱-۱-۲ خواهان وقتی اقامه دعوی خواهد کرد که هزینه دعوی کمتر از منافع مورد

انتظارش باشد^۱

منافع مورد انتظار خواهان از دعوی شامل پرداخت‌های ناشی از سازش یا عایدات ناشی از محاکمه می‌شود. به این جهت و به‌خاطر نکته بعدی کافی است صرفاً فرض کنیم که یک

۱. در این بخش فرض خواهد شد که طرفین خنثی در مقابل خطر هستند مگر آنکه خلاف آن مشاهده شود.

منفعت مورد انتظار از دعوی وجود دارد و عجلتاً لازم نیست برای تعیین آن تحقیق کنیم. از تعریف ساده دعوی درمی‌یابیم که هرچه هزینه اقامه دعوی کمتر و احتمال برنده شدن در محاکمه بیشتر باشد و هرچه که رقم اعطایی به خواهان در صورت برنده شدن در دعوی بیشتر باشد احتمال اقامه دعوی بیشتر خواهد بود. همچنین هرچه خواهان کمتر خطرگریز باشد و هرچه خوانده بیشتر خطرگریز باشد، اقامه دعوی احتمال بیشتری خواهد داشت.

۳-۱-۱-۴ حجم دعوی و هزینه‌های آن

در سال ۲۰۰۰ در حدود ۲/۳ میلیون دعوی غیرجزایی در دادگاه‌های فدرال آمریکا و تقریباً ۲۰/۱ میلیون دعوی غیرجزایی در دادگاه‌های ایالتی اقامه شدند.^۱ این ارقام احتمالاً کم تخمین زده شده‌اند زیرا افراد بسیاری که تهدید به اقامه دعوی می‌کنند حتی بدون تشکیل پرونده به مفهوم رسمی، آن را به مصالحه ختم می‌کنند و بسیاری از اختلافات به داوری سپرده می‌شوند.

هزینه‌های کل دادخواهی، شامل هزینه‌های دعوی، بسیار زیاد هستند و اینکه خدمات حقوقی تقریباً یک درصد نیروی کار و ۱/۳ درصد تولید ناخالص داخلی را جذب می‌کنند، گواهی بر این واقعیت است.^۲ برآورد هزینه‌های دعوی، یعنی هزینه‌های شروع اقدام حقوقی دشوار است اما یک محاسبه ساده در این باره، دلالت‌کننده خواهد بود. اگر حق الزحمه یک وکیل به ازای هر ساعت مثلاً ۲۵۰ دلار باشد و دعوی فقط ۲۰ ساعت از وقت وکیل را گرفته باشد، هزینه دعوی بدون احتساب ارزش وقت صرف شده از سوی خواهان^۳ ۵۰۰۰ دلار می‌باشد. بنابراین افراد حتی اگر مطمئن باشند که در محاکمه غالب می‌شوند، اقامه دعوی نخواهند کرد مگر آنکه مقدار زیان‌هایشان از یک میزان نسبتاً مهم عبور کند.^۴

۱. رجوع کنید به استروم، کادر و لافونتن ۲۰۰۱ الف، ۱۳. تعداد دعاوی مذکور در متن برای دادگاه‌های ایالتی نه تنها دعاوی جزایی، بلکه دعاوی جوانان و دعاوی ترافیکی را نیز شامل نمی‌شود.

۲. رجوع کنید به مجمل آماری ایالات متحده، ۲۰۰۱، جداول ۵۹۶، ۶۴۱، صفحه ۳۸۴، ۴۱۸.

۳. میانگین حق الزحمه ساعتی یک شریک در یک مؤسسه حقوقی در اول ژانویه ۲۰۰۱ معادل ۲۴۶ دلار بود، رجوع کنید به مطالعه عملکرد اقتصادی، مؤسسه حقوقی سال ۲۰۰۱، ۳۹-۱۱.

۴. این اظهار اگر وکیل هزینه خودش را تحت هزینه‌های احتمالی متقبل شود نیز اعمال خواهد شد (به قسمت ۷-۲-۴ رجوع کنید).

۴-۱-۲ تباین بنیادی بین سطح مطلوب خصوصی و اجتماعی اقامه دعوی

۴-۱-۲-۱ کلیات

اکنون به این پرسش می‌پردازم که تعداد دعاوی که اشخاص ترغیب به اقامه آنها می‌شوند چگونه با سطح مطلوب اجتماعی اقامه دعوی مقایسه می‌شود؟ نکته اصلی این است که انگیزه خصوصی برای اقامه دعوی با انگیزه مطلوب اجتماعی برای انجام آن از بنیاد باهم اختلاف دارند و انحراف بین آنها می‌تواند به هر سویی باشد. دلایل این نتیجه‌گیری را می‌توان به شرح ذیل ارائه کرد.

از سویی، اختلافی بین هزینه‌های خصوصی و اجتماعی دعوی وجود دارد که می‌تواند به سطح افراطی اقامه دعوی اجتماعی منجر شود. به‌ویژه، وقتی یک خواهان به اقامه دعوی فکر می‌کند فقط هزینه‌های خودش را تقبل می‌کند و هزینه‌های خوانده یا هزینه‌های ایالتی را که از دعوایش ناشی خواهد شد در نظر نمی‌گیرد. بنابراین، خواهان ممکن است در شرایطی که هزینه‌های کل دعوی باعث نامطلوبی آن می‌شود نیز به اقامه دعوی هدایت شود. از طرف دیگر، اختلافی بین منافع خصوصی و اجتماعی دعوی وجود دارد که ممکن است به سطح ناکافی دعوی از نظر اجتماعی رهنمون شود یا تمایل به اقامه بیش از حد دعوی را تقویت کند. به‌ویژه، معمولاً انتظار نمی‌رود که خواهان منافع اجتماعی ناشی از دعوی به‌ویژه اثر بازدارنده‌اش بر رفتار آسیب‌رسانندگان و کلاً اثرات دیگر را نیز به نفع خویش تلقی کند.^۱ آنچه خواهان به‌عنوان منفعت ناشی از اقامه دعوی در نظر می‌گیرد منفعتی است که شخصاً از پیروزی در دعوی کسب می‌کند. این منفعت خصوصی با منفعت اجتماعی ناشی از دعوی یکسان نیست؛ منفعت خصوصی انتقالی از خوانده است و همان‌گونه که خواهیم دید می‌تواند بزرگ‌تر یا کوچک‌تر از منفعت اجتماعی ناشی از دعوی باشد.

۴-۱-۲-۲ اختلاف در یک نمونه ساده

برای توضیح نکات فوق و برای ملموس شدن موضوع، اجازه دهید نمونه مطالعه شده در فصل دوم کتاب در مورد حوادث را در نظر بگیریم که در آن آسیب‌رسانندگان می‌توانند

۱. یک راه بیان این نکته درباره بازدارندگی عبارت است از در نظر گرفتن اینکه با اقامه دعوی، خواهان‌ها در عقیده کلی آسیب‌رسانندگان بالقوه بر اینکه اگر باعث آسیب شوند تحت تعقیب قرار می‌گیرند مشارکت می‌نمایند. اگر قانون فقط در کتاب‌ها بود اما هرگز واقعاً منجر به اقامه دعوی نمی‌شد، آسیب‌رسانندگان بالقوه دلیلی برای ترس نداشتند.

احتیاط کنند تا خطر حوادث را کاهش دهند و هدف رفاه اجتماعی به حداقل رساندن هزینه اجتماعی کل شامل هزینه‌های اقدامات احتیاطی، هزینه‌های حوادثی که روی می‌دهند و نیز هزینه‌های دادخواهی است. لذا، میزان مطلوب اجتماعی دعوی آن است که هزینه‌های اجتماعی کل را به حداقل می‌رساند. ما می‌خواهیم نشان دهیم میزان دعوایی که اشخاص خصوصی اقامه آن را به نفع خود می‌دانند ممکن است بزرگ‌تر یا کوچک‌تر از میزان مطلوب اجتماعی باشد. اجازه دهید فرض کنیم که قاعده حاکم مسئولیت محض است (در زیر درباره قاعده اهمال توضیح خواهیم داد) و دو مثال را در نظر بگیرید:

مثال ۱. برای توضیح امکان اقامه دعوای بیش از حد از نظر اجتماعی، فرض کنید زیان‌هایی که یک قربانی در یک حادثه تحمل می‌کند ۱۰ هزار دلار، هزینه اقامه دعوی برای قربانی ۳ هزار دلار و هزینه آسیب‌رساننده برای دفاع از دعوی ۲ هزار دلار است، احتمال حوادث ۱۰ درصد است و هیچ اقدام احتیاطی که آسیب‌رسانندگان بتوانند برای کاهش خطر حادثه انجام دهند وجود ندارد.

در این صورت قربانیان هروقت حوادث روی دهند اقامه دعوی خواهند کرد، چون اقامه دعوی برای یک قربانی فقط ۳ هزار دلار هزینه خواهد داشت و به او ۱۰ هزار دلار خواهد رساند. این نتیجه از جنبه اجتماعی نامطلوب است. اقامه دعوی هیچ‌گونه بازدارندگی مفید ایجاد نمی‌کند چون فرض این است که آسیب‌رسانندگان نمی‌توانند هیچ کاری برای کاهش خطر انجام دهند. با این حال دعوی هزینه‌های قانونی تولید می‌کند و هزینه‌های قانونی مورد انتظار معادل $500 = (3000 + 2000) \times 10\%$ دلار می‌باشند. اقامه دعاوی در این مثال از نظر اجتماعی مطلوب نیست چون موجب پیدا شدن هیچ انگیزه‌ای به سوی ایمنی نمی‌شود. اما این واقعیت و همین‌طور هزینه‌های دادخواهی اشخاص دیگر هیچ اهمیتی برای قربانیان ندارد و آنها برای منفعت خصوصی ۱۰ هزار دلاری خود اقامه دعوی می‌کنند.

اگرچه در این مثال هیچ منفعت بازدارنده‌ای ناشی از اقامه دعوی وجود نداشت، باید آشکار شده باشد که نکته مثال اثبات می‌شود اگر منفعت بازدارنده قطعی ولی چندان بزرگ نباشد. اکنون اجازه دهید امکان مخالف یعنی اینکه دعاوی ممکن است حتی اگر اقامه آنها بهترین کار باشد اقامه نشوند را توضیح دهیم.

مثال ۲. در اینجا فرض کنید زبان‌هایی که قربانی در حوادث متحمل می‌شود ۱۰۰۰ دلار هستند و انجام هزینه‌ای ۱۰ دلاری از سوی آسیب‌رسانندگان احتمال حوادث را از ۱۰ درصد به یک درصد کاهش خواهد داد. هزینه‌های اقامه دعوی و دفاع در برابر آن همانند مثال قبلی است.

در این حالت قربانیان دعوایی اقامه نخواهند کرد زیرا اقامه دعوی برای قربانی ۳ هزار دلار هزینه دارد اما فقط ۱۰۰۰ دلار به او خواهد رساند. از آنجایی که آسیب‌رسانندگان تحت تعقیب قرار نخواهند گرفت هیچ دلیلی برای احتیاط یا کاهش خطر ندارند و بنابراین هزینه اجتماعی کل معادل $100 = 1000 \times 10\%$ دلار خواهد بود. با این وصف اقامه دعوی از نظر اجتماعی برای قربانیان مطلوب است و اگر آنها چنین کنند، آسیب‌رسانندگان به‌سوی صرف ۱۰ دلار برای کاهش خطر از ۱۰ درصد به یک درصد هدایت می‌شوند و بنابراین هزینه‌های اجتماعی کل $70 = 2000 + 3000$ است (۱۰۰۰ دلار می‌باشد. در این حالت اقامه دعوی از نظر اجتماعی ارزشمند است (۷۰ دلار کمتر از ۱۰۰ دلار است) زیرا کاهش قابل توجهی در زیان‌های ناشی از حوادث به‌وجود می‌آورد. (و ملاحظه کنید که این نکته حتی اگر هزینه‌های قانونی کل ۵ هزار دلاری از زیان‌های ۱۰۰۰ دلاری قربانی فراتر رود نیز صحت خواهد داشت). اما قربانیان منافع مربوط به بازدارندگی دعوای را در نظر نمی‌گیرند و هر قربانی فقط به عایدی خویش از طرح دعوی نگاه می‌کند که منفی است.

همان‌گونه که مورد تأکید قرار گرفت، قربانی در این مثال اقامه دعوی نمی‌کند زیرا حتی اگر بازدارندگی کلی که با اقامه دعوی به‌وجود می‌آید باعث کاهش زیان‌های حادثه شود و اقامه دعوی از نظر اجتماعی ارزشمند باشد. منفعت خصوصی‌اش به‌معنی جبران، آسیبی که او متحمل شده، برای غلبه بر هزینه‌های قانونی‌اش کافی نیست.^۱

۱. توضیح تفصیلی نکات مطرح شده در این قسمت به‌شرح ذیل است. فرض کنید که قاعده حاکم مسئولیت محض است. قربانیان اقامه دعوی خواهند کرد اگر و فقط اگر $cp < h$ باشد هنگامی که cp هزینه دعوای قربانی (خواهان) و h آسیب وارد شده و آنچه او در صورت اقامه دعوی دریافت می‌کند، می‌باشد. فرض کنید q احتمال آسیب h باشد اگر دعوی اقامه نشود، فرض کنید q' احتمال آسیب باشد اگر دعوی اقامه شود و فرض کنید x مخارج اقدام احتیاطی است که آسیب‌رسانندگان اعمال خواهند کرد اگر دعوی اقامه شود (بنابراین، q' کمتر از q خواهد بود اگر x مثبت باشد). اگر دعوی اقامه نشود هزینه اجتماعی مطلق صرفاً qh خواهد بود. اگر دعوی اقامه شود هزینه‌های ←

۳-۲-۱-۴ ادامه بحث اختلاف؛ اهمیت و تفسیر آن

مسائلی وجود دارند که به مطلب پیش گفته و توضیح آن مربوط می‌شوند.

الف) قاعده اهمال و اختلاف بین سطح مطلوب اجتماعی و خصوصی دعوی: دلیلی وجود دارد که معتقد باشیم به موجب قاعده اهمال، احتمال دعوی افراطی کمتر از آنچه تحت مسئولیت محض وجود دارد جدی می‌باشد. دلیل اصلی آن است که به موجب قاعده اهمال، یک نتیجه مضر کمتر احتمال دارد تولید دعوی کند تا به موجب مسئولیت محض؛ زیرا اهمال باید نشان داده شود تا غلبه کند.

درحقیقت، در یک نظام اهمال فرضی که به‌خوبی عمل می‌کند، یک حادثه مضر که نتیجه اهمال نباشد هرگز منجر به اقامه دعوی نمی‌شود و این به‌طور ضمنی دلالت دارد بر اینکه هرگز مسئله دعوی افراطی وجود نخواهد داشت و کمک مالی به دعاوی به راستی برای دولت مطلوب خواهد بود.^۱ البته نظام اهمال در عمل به‌طور کامل عمل نمی‌کند؛ گاهی قربانیان علیه آسیب‌رسانندگانی که اهمال نکرده‌اند اقامه دعوی می‌کنند و گاهی آسیب‌رسانندگان با اهمال عمل می‌کنند. بنابراین، مشکلات دعوی افراطی از نظر اجتماعی ممکن است تحت قاعده اهمال وجود داشته باشند اما قابل پذیرش است که این مشکلات تحت وضعیت مسئولیت محض بسیار بدتر خواهند بود.

→ اجتماعی معادل با $q'h+x+q'(C_p+C_D+C_s)$ خواهد بود در جایی که C_D هزینه‌های دادخواهی آسیب‌رساننده (خوانده) و C_s هزینه ایالتی است. بنابراین، اقامه دعوی باعث کاهش هزینه‌های کل خواهد شد که از نظر اجتماعی ارزشمند است اگر و فقط اگر $q'(C_p+C_D+C_s) < (q-q')h-x$ باشد. به عبارت دیگر اقامه دعوی از نظر اجتماعی ارزشمند خواهد بود اگر هزینه‌های مورد انتظار دادخواهی کمتر از منافع خالص بازدارندگی دعوی باشند. بدیهی است که این شرط اجتماعی برای زمانی که دعاوی باید اقامه شوند، و شرط خصوصی برای وقتی که آنها اقامه خواهند شد یعنی $C_p < h$ بسیار متفاوتند. اینکه قربانیان دعوی را تعقیب خواهند کرد به هزینه‌های C_D ، C_s بستگی ندارد. به علاوه، منفعت خصوصی دعوی h است یعنی میزان آسیب (مشروط به وقوع آسیب)، زیرا این آن چیزی است که قربانی به عنوان حکم غرامت دریافت می‌کند؛ متقابلاً، نفع اجتماعی بستگی به آسیبی دارد که با کاهش احتمال حادثه، $q-q'$ ، خالص هزینه اقدامات احتیاطی x سنگین شده است. بنابراین واضح است (همان‌گونه که مثال نشان می‌دهد) که قربانیان ممکن است وقتی دعوی از نظر اجتماعی مطلوب نیست خوانده را تعقیب کنند و اینکه قربانیان ممکن است حتی وقتی دعوی از نظر اجتماعی مطلوب است خوانده را تعقیب نکنند.

۱. اگر سیاست ایالت کمک مالی به دعوی باشد، به‌نحوی که قربانیان همیشه تمایل به اقامه دعوی به‌خاطر آسیب ناشی از اهمال داشته باشند، آسیب‌رسانندگان به‌خاطر ترس از طرح دعوی به‌سوی اعمال احتیاط مقتضی هدایت می‌شوند. بنابراین، درواقع هیچ دعوایی اقامه نخواهد شد و هیچ‌گونه هزینه دادخواهی از سوی جامعه تحمل نخواهد شد.

ب) **عمومیت اختلاف بین میزان دعوی مطلوب اجتماعی و میزان دعوی ترغیب شده خصوصی:** به طوری که از بحث قسمت ۱-۲-۴-۱ دریافتیم، این نکته که انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی برای اقامه دعوی ممکن است اختلاف داشته باشند کاملاً قوی است. از یک طرف، همیشه هزینه خصوصی استفاده از نظام حقوقی کمتر از هزینه اجتماعی خواهد بود و از طرف دیگر، منافع خصوصی اقامه دعوی همان منفعتی خواهد بود که خواهان معمولاً به صورت نقدی از دعوی خواهد برد، در حالی که منافع اجتماعی دعوی معمولاً متفاوت است؛ این منافع همیشه شامل منافع بازدارندگی خواهند بود و همچنین ممکن است شامل جبران خسارت قربانیان (اگر بیمه در دسترس نباشد) و ایجاد سابقه شوند. اما خواهان‌های بالقوه تمایل نخواهند داشت همه این منافع اجتماعی را در نظر بگیرند.

در عین حال انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی اقامه دعوی ممکن است در اختلافات قراردادی تقریباً باهم منطبق باشند. در چنین مواردی، طرفین علاقه‌مند (به استثنای دولت) سر میز مذاکره حاضر هستند و به طور فعال خواسته‌هایشان را پیش از ایجاد دعاوی مطرح می‌کنند. از این رو، انتظار داریم طرفین متعاقد شرایط توافق را تنظیم کنند تا زیان‌های مورد انتظار را به علاوه هزینه‌های دادخواهی مشترکشان به حداقل برسانند. به عنوان مثال، طرفین متعاقد ممکن است برای اجتناب از هزینه‌های دادخواهی، مقرر کنند که برخی مشکلات نقض قرارداد تلقی نخواهند شد، یا ممکن است شرط کنند که دعاوی به طور ارزان‌تر از طریق داوری حل و فصل شوند. با وجود این، بسیاری از قراردادها به قدر کفایت مفصل نخواهند بود تا چنین وسایل جبران خسارتی برای مشکلات دعوی نامتناسب را شامل شوند؛ در نتیجه یک اختلاف خصوصی - اجتماعی رقیق شده برای دعوی ممکن است هنوز وجود داشته باشد.

ج) **اهمیت عملی اختلاف:** اختلاف در هزینه‌های خصوصی و اجتماعی دعوی اغلب حداقل بر حسب درصد زیاد است. همان گونه که تأکید شد، اختلاف هزینه خصوصی این است که قربانیان هزینه‌های دادخواهی دولت و آسیب‌رسانندگان را در نظر نمی‌گیرند. بنابراین، غیرمعقول نیست که انتظار داشته باشیم قربانیان حدود نیمی از کل هزینه‌های دادخواهی را در نظر نگیرند.^۱

۱. به عنوان مثال، در سال ۲۰۰۰، سهم قربانیان از کل هزینه‌های دادخواهی به وسیله قربانیان و خوانندگان در دعاوی جرم مدنی تقریباً ۵۲ درصد بود؛ رجوع کنید به تیلینگاست - تاووز پرین ۲۰۰۰. همچنین، در سال ۱۹۸۶، سهم ۴

تفاوت بین منافع خصوصی و اجتماعی دعوی نیز می‌تواند مهم باشد. اول، بسیاری از آسیب‌ها جدی هستند و به قربانی انگیزه‌های مهمی برای تعقیب می‌دهند، با این حال اثرات بازدارندگی ممکن است به دلایل مختلف نسبتاً کم باشند. برای توضیح مطلب، اجازه دهید دو زمینه مهم دادخواهی را بررسی کنیم: دادخواهی تصادف اتومبیل و دادخواهی مسئولیت تولید.

در رابطه با تصادفات اتومبیل، می‌دانیم که آسیب‌ها برای تولید حجم عظیمی از دعاوی کافی هستند: گفته می‌شود که دعاوی تصادف اتومبیل حداقل نیمی از همه دادخواهی‌های جرم مدنی را تشکیل می‌دهند.^۱ اما اندکی تأمل نشان می‌دهد که بازدارندگی مربوط به مسئولیت این حوادث ممکن است نسبتاً کم باشد. افراد غیر از تمایل به اجتناب از مسئولیت دلایل خوب دیگری نیز دارند تا باعث تصادفات اتومبیل نشوند: زیرا آنها ممکن است خودشان زخمی شوند و ممکن است به خاطر تخلفات رانندگی با جریمه و همچنین به خاطر رفتار به شدت غیرمسئولانه (مستی، سرعت بیش از حد) با مجازات‌های جزایی مواجه شوند. با در نظر گرفتن وجود این انگیزه‌ها برای اجتناب از حادثه و با در نظر گرفتن اینکه بازدارندگی ناشی از مسئولیت با در دست داشتن بیمه مسئولیت ضعیف می‌شود، جای تعجب است که تهدید مسئولیت ناشی از جرم مدنی، چقدر به بازدارندگی مسئولیت می‌افزاید.^۲ همچنین در ارتباط با مسئولیت تولید، قابل توجه است که انگیزه‌های ایجاد شده بر اثر چشم‌انداز مسئولیت، در رابطه با هزینه‌های دادخواهی اهمیتی ندارند. شرکت‌ها خواه مسئول شناخته شوند یا خیر، نمی‌خواهند تولیدات آنها به مصرف‌کنندگان صدمه بزنند؛ زیرا اگر این اتفاق بیافتد، شرکت‌ها یا کارشان را از دست خواهند داد یا مجبور خواهند بود قیمت‌هایشان را کاهش دهند. مسلماً این ترغیب به سوی ایمنی بر این فرض استوار است که مصرف‌کنندگان از خطرات نقایص مختلف محصول آگاه می‌شوند،

→ قربانیان از کل هزینه‌های دادخواهی مربوط به اتومبیل در حدود ۵۴ درصد بود و سهم آنها از کل هزینه‌های دادخواهی در دادخواهی جرم مدنی غیر از اتومبیل در حدود ۴۲ درصد بود؛ رجوع کنید به هانسلر و دیگران ۱۹۸۷.

۱. رجوع کنید به کاکالیک و پیس ۱۹۸۶، ۱۰، و اوستروم، کادر و لافونت ۲۰۰۱ ب، ۲۸.

۲. دیویس، داف و تربیلاک ۱۹۹۶، ۱۵-۲۶، و اسلوان ۱۹۹۸ مطالعات تجربی اثرات مسئولیت بر حوادث اتومبیل را مورد تحقیق قرار می‌دهند و همین‌طور در این باره بحث می‌کنند که شواهد مختلف و در هم و در بعضی جنبه‌ها متناقض هستند.

در حالی که اطلاعات مصرف‌کننده تقریباً هیچ‌وقت کامل نیست. اما ممکن است گفته شود که اطلاعات مصرف‌کننده اغلب خوب است و از سوی دیگر اساساً بازدارندگی نهایی ناشی از تهدید مسئولیت محصول زیاد نیست. اگرچه بررسی‌ها دربارهٔ اثر مسئولیت محصول بر حوادث، همانند حوادث اتومبیل، قدری کم و پراکنده است، اما با فرضیهٔ بازدارندگی کم ناسازگار نیست.^۱ هزینه‌های دادخواهی مسئولیت محصول به‌رحال زیاد هستند. بنابراین، باز هم این ادعا متقاعدکننده به‌نظر می‌رسد که انگیزهٔ خصوصی برای تعقیب به حجم زیادی از دعاوی منجر شده است.^۲

این امکان متقابل نیز که حجم دعاوی از نظر اجتماعی ناکافی است به‌نظر دارای اهمیت عملی است. مثال ۲ را به‌خاطر آورید که زیان‌های فرد نسبتاً کم بود، در نتیجه دعوی اقامه نمی‌شد اما تناوب حوادث زیان‌آور با هزینهٔ نسبتاً کمی کاهش می‌یافت. به‌نظر می‌رسد این مثال واقعاً مرتبط باشد. می‌توان به سهولت وضعیت‌هایی را تصور کرد که در آن شرکت‌ها می‌دانند آسیب‌هایی که به بار می‌آورند آنقدر بزرگ نخواهند بود که برای قربانی نوعی ارزش پیگیری داشته باشد و از این‌رو حتی اگر وقوع آسیب‌ها را بتوان به‌طور قابل توجهی با هزینهٔ نسبتاً کم کاهش داد از این کار سرباز می‌زنند (خسارت آلودگی با سطح پایین مثل پوسته شدن رنگ در مجاورت یک کارخانه را در نظر بگیرید که کارخانه قادر است با نصب دستگاه‌های ارزان قیمت جمع‌آوری‌کنندهٔ دود آن را از بین ببرد). می‌توان حتی وضعیت‌هایی را تصور کرد که اگر حجم آسیب بالا باشد نیز، ارزش مورد انتظار دعوی به‌دلیل دشواری اثبات سببیت همچنان پایین است (فرض

۱. به‌عنوان مثال، در یکی از چند مطالعهٔ تجربی دربارهٔ مسئولیت محصول و بازدارندگی، پریست ۱۹۸۸ آمار کل حوادث و نرخ مرگ‌ومیر را بررسی کرد؛ او هیچ دلیلی به‌دست نیاورد که میزان فعالیت دادخواهی بر نرخ صدمه یا مرگ اثر گذاشته باشد. همچنین، دیویس، داف و تربیلاک ۱۹۹۶، ۲۰۵، تحقیق خود از نوشته‌های تجربی دربارهٔ مسئولیت محصول را با بیان این نکته جمع‌بندی می‌کنند که شواهد کمی وجود دارند که صرف مسئولیت تولید، منافع ایمن مطلوب اجتماعی ایجاد کرده باشد.

۲. توجه داشته باشید که استدلال این بند در ارتباط با شرایط مسئولیت محصول که طرفین در قراردادهایشان می‌نویسند اعمال نمی‌شود بلکه این استدلال صرفاً بر مسئولیت محصول مورد حکم دادگاه قابل اعمال است. همچنین توجه کنید که این استدلال آشکارا بر آسیب‌هایی به طرفین که به مشتریان شرکت‌ها صدمه نمی‌زند (مثل مردمی که نزدیک یک کارخانه زندگی می‌کنند و از یک انفجار آسیب می‌بینند) اعمال نمی‌شود زیرا با فقدان مسئولیت، شرکت‌ها هیچ‌گونه انگیزهٔ مالی برای اجتناب از ایجاد زیان برای آنها ندارند.

کنید آلودگی ناشی از کارخانه درعین حال بتواند ایجاد سرطان کند اما سبب‌شناسی آن دشوار است). اگر زمانی سببیت اثبات شود، دعاوی بسیار دیگری را می‌توان به‌راحتی اقامه کرد؛ پس ممکن است از نظر اجتماعی ثبت و اقامه دعوی موجود ارزشمند باشد ولو اینکه برای خواهان مفید نباشد.

د) **هزینه دعوی به عدم کفایت اقدامات احتیاطی منتهی می‌شود:** مسئله‌ای که هنوز به‌اندازه کافی مورد بحث قرار نداده‌ایم به اثر هزینه‌های دعوی بر میزان اقدامات احتیاطی که آسیب‌رسانندگان اعمال می‌کنند مربوط می‌شود. به‌طور کلی، پرهزینه بودن دعوی به این معناست که انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان برای اعمال اقدامات احتیاطی به دو دلیل خیلی پایین خواهد بود. اول و به‌طور بدیهی، آسیب‌رسانندگان ممکن است به‌خاطر هزینه‌های دادخواهی که قربانیان با آن روبه‌رو می‌شوند، مورد تعقیب قرار نگیرند و لذا مسئولیت مورد انتظار آسیب‌رسانندگان به‌ویژه اگر سطح آسیبی که آنها احتمالاً باعث آن می‌شوند، کمتر از هزینه‌های دعوی اقامه برای قربانی باشد بسیار کم خواهد بود.

دوم، حتی اگر آسیب‌رسانندگان انتظار تحت تعقیب قرار گرفتن را داشته باشند، سطح اقدامات احتیاطی آنها هنوز هم پایین خواهد بود، زیرا غراماتی که آسیب‌رسانندگان باید بپردازند برابر با آسیب مستقیمی است که آنها برای قربانیان ایجاد می‌کنند. اما هزینه‌های اجتماعی کامل شامل هزینه‌های دادخواهی مربوط به دعوی نیز می‌شوند. به عبارت دیگر هزینه‌های کاملی که با منجر شدن آسیب به دعوی تعلق می‌گیرند نه تنها آسیب مستقیم بلکه منابع جذب شده در فرایند دادخواهی را شامل می‌شوند. بنابراین، برای آنکه انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان درست باشد، آسیب‌رسانندگان باید علاوه‌بر آسیب مستقیم که برای قربانیان ایجاد کرده‌اند، هزینه‌های دادخواهی قربانیان و دولت را نیز متقبل گردند (آسیب‌رسانندگان هزینه‌های دادخواهی خودشان را قبلاً تقبل کرده‌اند). اگر به‌عنوان مثال میزان آسیب وارده ۱۰۰ هزار دلار و هزینه‌های دادخواهی خواهان ۳ هزار دلار و هزینه‌های مربوط به دولت ۱۰۰۰ دلار باشد، آسیب‌رساننده باید ۱۴ هزار دلار بپردازد نه ۱۰ هزار دلار.^۱ این نکته مهم است زیرا هزینه‌های دادخواهی خواهان‌ها

۱. باید توجه داشت که نتیجه‌گیری این بند صرف‌نظر از مطلوب بودن یا نبودن حجم دعوی اعمال خواهد شد. حتی اگر دعوی وقتی اقامه شود که نباید و ایجاد آسیب باز هم منجر به تحمل هزینه‌های دادخواهی ازسوی ←

اساسی هستند و چشم‌پوشی از این هزینه‌ها یعنی حذف شاید یک‌سوم غراماتی که باید ازسوی آسیب‌رساننده با انگیزه‌های مناسب برای کاهش آسیب تأمین شوند.^۱

۴-۲-۱-۴ سیاست اصلاحی

در اصل باید برای دولت آسان باشد که هرگاه دادخواهی بیش از حد وجود داشت، عدم توازن بین سطح دادخواهی خصوصی و اجتماعی را جبران کند. دولت می‌تواند با وضع هزینه‌ای مناسب برای اقامه دعوی یا با استفاده از وسیله دیگری برای گران‌تر کردن اقامه دعوی باعث کاهش آن شود و همچنین می‌تواند از قبول اقامه انواع ناخواسته دعاوی امتناع کند. متقابلاً اگر سطح دعاوی پایین باشد، دولت می‌تواند با کمک مالی یا به طریق دیگری اقامه دعوی را تشویق کند.

اما دولت نیازمند مقدار زیادی اطلاعات است تا بتواند حجم صحیح دعاوی اجتماعی را ارزیابی کند. دولت برای تعیین آنکه مقدار دعوی از نظر اجتماعی مطلوب است، باید نه تنها هزینه‌های دادخواهی برای دو طرف بلکه همچنین اثر بازدارندگی دعاوی را تعیین کند. این بدین معنی است که دولت نیازمند کشف هزینه اقدامات احتیاطی و مؤثر بودن آنهاست. در مقابل، برای آنکه دولت مشکل ناکافی بودن اقدامات احتیاطی به دلیل هزینه دعوی را، که در قسمت ۳-۲-۱-۴ (د) بحث شد، را برطرف کند، نیازمند یک سیاست اصلاحی مؤثر خواهد بود که به راحتی تشخیص داده می‌شود و اجرای آن دشوار نخواهد بود. یعنی وقتی دعوی اقامه می‌شود، خواندگان مسئول باید مجبور شوند بیش از آسیب صورت گرفته، پرداخت کنند و همچنین باید مجبور شوند هزینه‌های دادخواهی قربانیان و دولت را بپردازند زیرا فقط در این صورت آنها هزینه‌های

→ جامعه شود. لذا، سطح اقدامات احتیاطی هنوز باید نشانگر آسیب به اضافه هزینه‌های کل دادخواهی باشد تا آسیب‌رساننده مجبور به پرداخت هزینه‌های دادخواهی خوانده و دولت باشد.

۱. همان‌گونه که پیشتر در ارتباط با دادخواهی جرم مدنی ذکر شد (قسمت ۱-۱-۵-۲)، هزینه‌های کل دادخواهی به نظر می‌رسد حدوداً معادل مبالغ دریافتی خواهان‌ها باشد. همچنین هزینه‌های دادخواهی ممکن است به‌طور مساوی بین خواهان‌ها و خواندگان تقسیم گردد (به پاورقی یک صفحه ۴۶۰ مراجعه کنید). بنابراین برای هر دلاری که خواندگان به خواهان‌ها می‌پردازند، خواهان‌ها باید ۵۰ سنت در هزینه‌های دادخواهی صرف کنند و خواندگان نیز باید این مبلغ (و هزینه‌های دولت) را بپردازند تا انگیزه‌هایشان برای اعمال اقدامات احتیاطی مناسب باشد.

اجتماعی کامل مربوط به آسیب را تحمل خواهند کرد.^۱

۵-۲-۴ توضیحاتی بر آنچه گفته شد

اکنون اجازه دهید دربارهٔ اختلاف بین میزان مطلوب اجتماعی و میزان واقعی دعوی و دربارهٔ سیاست اصلاحی توضیحاتی ارائه کنم.

الف) سیاست‌هایی که به اشتباه تصور می‌شود با الزام خواهان‌ها به پرداخت هزینه‌های دادخواهی دولت و انتقال هزینه‌ها به بازندهٔ دعوی حجم دعاوی را بهبود می‌بخشند: از آنچه تاکنون گفته شد درمی‌یابیم دو سیاستی را که عمدتاً به‌عنوان درمان حجم نامناسب دعاوی پیشنهاد می‌شوند، نمی‌توان به‌طور کلی دارای آن‌گونه تأثیر تصور کرد. سیاست الزام کسانی که اقامهٔ دعوی می‌کنند به پرداخت هزینه‌های دادخواهی دولت، بر این مبنای عقلی است که از نظر اقتصادی هرکس در قبال خدماتی که به وی ارائه می‌شود باید پول بپردازد.^۲ البته این یک حقیقت است که جامعه معمولاً می‌خواهد یک شخص هزینهٔ تدارک هر خدمتی را که از آن منتفع می‌شود پرداخت کند. اگر مزرعه‌داری از خدمات یک دام‌پزشک دولتی استفاده کند، ما از او می‌خواهیم که در مقابل وقت دام‌پزشک پول بپردازد زیرا در آن صورت مزرعه‌دار وقتی از خدمات دام‌پزشک استفاده خواهد کرد که برای این خدمات ارزشی فراتر از هزینهٔ آنها قائل باشد. این مطلوب است زیرا ما معمولاً فرض می‌کنیم که منفعت مزرعه‌دار با منفعت اجتماعی منطبق است، بنابراین وقتی او تصمیم می‌گیرد که منفعتش از هزینهٔ دام‌پزشک فراتر رود، این امر برای جامعه نیز صدق خواهد کرد. اما وقتی شخصی اقامهٔ دعوی می‌کند، منفعتش، همان‌گونه که تأکید شد، عموماً با منفعت اجتماعی اختلاف دارد. از این‌رو، معلوم نیست که الزام او به پرداخت هزینه‌های کامل اجتماعی دعوی به تصمیم بهتری از دیدگاه جامعه منتهی شود (به بیان دقیق‌تر ما می‌دانیم که سیاست الزام خواهان‌ها به پرداخت هزینه‌های دولت نمی‌تواند در تمامی موارد مطلوب باشد، زیرا می‌دانیم که ممکن است در شرایطی که از نظر اجتماعی

۱. اگر افزایش انگیزه‌های قربانیان برای اقامهٔ دعوی مطلوب باشد، می‌توان به آنها غرامات افزایش یافته پرداخت؛ اگر کاهش دادن اقامهٔ دعوی مطلوب باشد، مطمئناً اجازهٔ اخذ مبالغ بیشتر به قربانیان صحیح نخواهد بود و بنابراین پرداخت‌های اضافی خواندگان باید به دولت داده شود.

۲. برای بحث راجع به این استدلال، به‌عنوان مثال، رجوع کنید به لی ۱۹۸۵ و پوسنر ۱۹۸۵ ب، ۱۳۶.

افزایش دعوی مطلوب است، باعث کاهش دعوی شود). سیاست دوم که بسیاری آن را جالب می‌دانند انتقال هزینه است که به موجب آن طرف بازنده هزینه‌های طرف برنده را می‌پردازد. این سیاست گاهی براساس این نظریه پیش می‌رود که عادلانه و منصفانه است اگر شخصی که در دادگاه نشان داده شده که اشتباه می‌کند موظف شود هزینه‌های قانونی طرف دیگر را بپردازد.^۱ به هر حال مسئله‌ای که باید مورد بررسی قرار دهیم این است که آیا انتقال هزینه به بازنده دعوی اثر سودمندی بر حجم دعاوی دارد؟!^۲ در مثال‌ها و تجزیه و تحلیل‌هایی که قبلاً ارائه کردم، انتقال هزینه صرفاً دادخواهی را تشویق می‌کند زیرا قربانیان - که ما فرض کرده‌ایم موارد خوبی داشته باشند - همیشه قادرند هزینه‌های دادخواهی‌شان را به آسیب‌رسانندگان منتقل کنند. بنابراین، انتقال هزینه مشکل دعوی بیش از حد را تشدید می‌کند.

به علاوه در مواردی که اقامه‌کنندگان دعوی با قطعیت برنده نمی‌شوند نیز می‌توان نشان داد که هیچ مبنای کلی برای سیاست انتقال هزینه به بازنده وجود ندارد. نمی‌توان انکار کرد که انتقال هزینه در شرایط خاص می‌تواند اثرات مطلوب اجتماعی داشته باشد. از جمله در مثالی که در آن کمک مالی به دعوی برای دولت مطلوب بود، انتقال هزینه به طور مساوی موجب ترغیب دعوی می‌شود و در مواردی که برخی افراد دعاوی ناحق برای دستیابی به مصالحه اقامه می‌کنند، انتقال هزینه ممکن است مطلوب باشد چون باعث تقلیل دعاوی که احتمال موفقیتشان کم است می‌شود. اما ما در اینجا این مسئله را بررسی می‌کنیم که آیا یک مزیت قاعده‌مند در انتقال هزینه به بازنده دعوی برای کنترل حجم دادخواهی‌ها وجود دارد؟! اما چنین مزیتی وجود ندارد.

دو سیاستی که هم اکنون بررسی شدند نمی‌توانند به منزله اصلاح‌کننده‌های کلی مشکلات مربوط به حجم دعاوی عمل کنند. به علاوه، کمی تأمل مشخص می‌کند که هیچ‌گونه ابزار کاربردی ساده یا هیچ‌گونه «گوی جادویی» برای حصول به این هدف وجود ندارد زیرا سیاست اجتماعی متناسب ذاتاً به ارزیابی اثر بازدارندگی دعوی بستگی دارد و این طبیعتاً پیچیده است.

۱. برای بحث راجع به این اساس انصاف، به عنوان مثال، رجوع کنید به رو ۱۹۸۲، ۶۵۷-۶۵۳.

۲. بررسی مناسب ایده‌های انصاف از دیدگاه اقتصاد رفاه در بخش‌های ۱-۷ و ۲-۷ مورد بحث قرار می‌گیرد؛ مسئله مربوط در اینجا اثر انتقال هزینه بر رفاه اجتماعی به واسطه تأثیرش بر هزینه‌های دادخواهی و حجم دعوی است.

ب) استفاده عملی از سیاست اصلاحی: سیاست‌های اصلاح حجم دعوی در دسته‌های وسیع دعاوی ممکن است مطلوب و عملی باشند. مثلاً اگر مطالعه جدی حوادث اتومبیل یا حوادث محصول نشان دهد که میزان طرح دعوی افراطی است - به قسمت ۳-۲-۱-۴ (ج) نگاه کنید - می‌توان سیاست تحمیل هزینه‌ها را به خواهان‌ها برای اقامه دعوی یا حتی ممنوعیت اقامه دعوی برای این حوادث اتخاذ کرد. مشابهاً اگر نتیجه می‌گرفتیم که باید اقامه دعوی برای انواع خاصی از آسیب‌های کم حجم را تشویق کنیم - باز هم به قسمت ۳-۲-۱-۴ (ج) نگاه کنید - می‌توان سیاست کمک‌های مالی یا سیاست انتقال هزینه به بازنده را برای تحریک اقدام حقوقی اتخاذ کرد. چنین واکنش‌هایی را می‌توان نسبتاً به سهولت مجسم کرد زیرا اجرای آنها دشوار نیست و ما استفاده از آنها را قبلاً ملاحظه کرده‌ایم. از سویی قانون جبران خسارت کارگر^۱ و قوانین مربوط به عدم تقصیر اتومبیل باعث حذف دسته‌های مهم حوادث از قلمرو حقوق شبه جرم شده‌اند،^۲ نیوزیلند دعوی برای تمامی موارد صدمه شخصی را ممنوع کرده است،^۳ و برخی صلاحیت‌های قضایی هزینه‌های قانونی را به خواهان بازنده منتقل کرده‌اند تا دادخواهی را کاهش دهند. از طرف دیگر، برنامه‌های معاضدت قضایی برای کمک مالی به دادخواهی به کار گرفته شده‌اند، قوانین اجازه صدور حکم به غرامات چند برابر را داده‌اند تا انواع خاصی از دادخواهی را تشویق کنند و انتقال هزینه قانونی در بعضی زمینه‌ها به همان دلیل مجاز شمرده شده است.^۴

اینکه قضات می‌توانند به طور معقول تصمیم بگیرند که در موارد فردی دعوایی را تشویق یا طرد کنند موضوع دیگری است. برای انجام این کار، قضات نیازمند کسب اطلاعات یا نیل به یک درک ذاتی نسبتاً خوب از اثر بازدارندگی اقامه یک نوع خاص دعوی هستند. این تردید وجود دارد که آنها قادر به ارزیابی بازدارندگی در چنین سطح خالصی نباشند. اگر قضات نتوانند چنین کاری را انجام دهند، محتمل‌ترین نوع سیاستی

۱. به عنوان مثال، رجوع کنید به دیویس، داف و تربیلاک ۱۹۹۶، ۳۹۴-۳۸۷.

۲. به عنوان مثال، رجوع کنید به ژوست ۱۹۹۲ و کارول و دیگران ۱۹۹۱.

۳. به عنوان مثال، رجوع کنید به پالمر ۱۹۹۴.

۴. این بدان معنا نیست که این سیاست‌ها بر مبنایی که من مورد بحث قرار داده‌ام اتخاذ شده‌اند. به عنوان مثال، به نظر می‌رسد قانون جبران خسارت کارگر مقدماتاً به این دلیل تصویب شد که کارگران قادر به کسب غرامت تحت نظام شبه جرم نبودند نه اینکه چون هزینه‌های دادخواهی نظام شبه جرم بر منافع بازدارندگی آن غلبه می‌کرد.

که می‌توان به‌صورت قابل توجیهی برای اصلاح حجم دعوی اعمال کرد، اقدامات قانونی قابل اعمال بر تمامی طبقات دعاوی خواهد بود.

۴-۱-۲-۶ مروری بر پیشینه مباحث

موضوع انگیزه خصوصی در مقابل انگیزه عمومی اقامه دعوی ابتدا در شاول (۱۹۸۲ ب) مطرح شد.^۱

۴-۱-۳ مصالحه در مقابل دادرسی

اکنون با فرض اینکه دعوی اقامه شده است، به این مسئله می‌پردازیم که آیا طرفین به مصالحه می‌رسند یا برای محاکمه به دادگاه می‌روند. مصالحه یک توافق قانوناً لازم‌الاجرا است، که معمولاً شامل پرداختی از سوی خوانده به خواهان است و به موجب آن خواهان موافقت می‌کند که دیگر دعوايش را پیگیری نکند. اگر طرفین به مصالحه دست نیابند، ما فرض خواهیم نمود که آنها برای محاکمه به دادگاه می‌روند و دادگاه نتیجه دعوی را تعیین خواهد کرد.^۲ من در اینجا دو نمونه مختلف را برای تشریح اینکه آیا مصالحه روی می‌دهد مورد بحث قرار می‌دهم و سپس تصمیم مطلوب اجتماعی را در مقابل تصمیم خصوصی مصالحه بررسی می‌کنم.

۴-۱-۳-۱ نمونه ساده

اجازه دهید به‌منظور سهولت بحث فرض کنیم که خواهان و خوانده هریک به‌نحوی احتمالاً متفاوت درباره نتیجه محاکمه فکر کرده‌اند. سپس می‌توانیم درباره امکان مصالحه برحسب دو کمیت بحث کنیم. ابتدا حداقل مبلغی را که خواهان در مصالحه می‌پذیرد

۱. همچنین رجوع کنید به الحاقات و دیگر پیشرفت‌ها در کاپلو ۱۹۸۶ ب، منل ۱۹۸۳، رز-آکرمن و گیسست فلد ۱۹۸۷، و شاول ۱۹۷۷، ۱۹۹۹؛ و رجوع کنید به اوردوور ۱۹۷۸ برای تجزیه و تحلیل موارد مربوط.

۲. فرض اساسی که یا مصالحه یا محاکمه وجود دارد تا حدی انتزاعی است زیرا ممکن است هر دو وجود داشته باشند؛ ممکن است محاکمه ادامه یابد و قبل از آنکه به پایان رسد طرفین مصالحه نمایند. در نظر گرفتن این امکان ماهیت کیفی نتایج حاصله را تغییر نمی‌دهد زیرا این حقیقت باقی است که مصالحه باعث صرفه‌جویی در هزینه‌های دادخواهی می‌شود و قبل از آنکه نتیجه قضایی کامل حاصل شود اتفاق می‌افتد.

در نظر بگیرید. با فرض آنکه خواهان خنثی در مقابل خطر است، این حداقل مبلغ قابل قبول برابر منفعت مورد انتظار او از محاکمه منهای هزینه رفتن به محاکمه است. به عنوان مثال اگر خواهان معتقد باشد که با احتمال ۷۰ درصد غالب خواهد شد و ۱۰۰ هزار دلار کسب خواهد کرد و هزینه محاکمه برای او ۲۰ هزار دلار باشد، حداقل مبلغی که او در مصالحه می‌پذیرد برابر با $50/000 = 20/000 - 70/000 = 20/000 - 20/000 \times 100/000 \times 70\%$ دلار خواهد بود و اگر هر چیزی کمتر از این مبلغ پیشنهاد شود از نظر خود او بهتر خواهد بود که به محاکمه برود. کمیت دیگر حداکثر مبلغی است که خوانده در مصالحه مایل به پرداخت خواهد بود؛ این مبلغ معادل زیان مورد انتظار وی از محاکمه به اضافه هزینه رفتن به محاکمه خواهد بود. اگر خوانده معتقد باشد که احتمال برنده شدن خواهان مثلاً فقط ۵۰ درصد است و هزینه‌های محاکمه برای خوانده ۲۵ هزار دلار باشد، او در مصالحه حداکثر $75/000 = 25/000 + 50/000 = 25/000 + 50 \times 100/000 \times 50\%$ دلار خواهد پرداخت.

بدیهی است که اگر حداقل مبلغ قابل قبول برای خواهان کمتر از حداکثر مبلغ قابل قبول برای خوانده باشد، یک مصالحه سودمند دوجانبه ممکن است و مصالحه‌ای معادل هر مبلغی بین این دو رقم بر رفتن به محاکمه برای هریک از طرفین ترجیح دارد. بنابراین، اگر حداقل خواهان ۵۰ هزار دلار و حداکثر خوانده ۷۵ هزار دلار باشد، هر مبلغی ما بین این دو، مثل ۶۰ هزار دلار، از سوی هریک از طرفین بر رفتن به محکمه ترجیح داده خواهد شد. اما اگر حداقل خواهان از حداکثری که خوانده خواهد پرداخت فراتر رود، مصالحه قابل وقوع نخواهد بود. به عنوان مثال اگر خوانده احتمال برنده شدن خواهان را فقط ۲۰ درصد بداند، مبلغ حداکثر خوانده معادل $45/000 = 25/000 + 20/000$ دلار خواهد بود و بنابراین حداکثر مبلغی که او می‌پردازد کمتر از حداقل ۵۰ هزار دلاری است که خواهان تمایل به قبول کردن دارد؛ لذا مصالحه واقع نخواهد شد.

آیا چیز بیشتری درباره وقتی که یک مصالحه سودمند دوجانبه وجود دارد، می‌توان گفت؟ یعنی، به موجب چه شرایطی حداقل تقاضای قابل قبول خواهان کمتر از حداکثر پرداخت قابل قبول خوانده خواهد بود؟ واضح است که اگر خواهان و خوانده درباره نتیجه محاکمه عقاید یکسان داشته باشند، همیشه امکان یک مصالحه سودمند دوجانبه وجود خواهد داشت زیرا هریک از آنها می‌تواند به وسیله مصالحه از هزینه‌های محاکمه فرار کند.

فرض کنید که هر دوی آنها معتقدند اگر محاکمه‌ای صورت گیرد حکم مورد انتظار که خواننده مجبور به پرداخت آن خواهد بود معادل ۵۰ هزار دلار است. پس هزینه‌های محاکمه که خواهان متقبل می‌شود او را به‌سوی قبول یک رقم کمتر از ۵۰ هزار دلار هدایت می‌کند و اگر هزینه‌های محاکمه برای او ۱۰ هزار دلار باشد رقم ۴۰ هزار دلار را می‌پذیرد و قس علی‌هذا. متقابلاً هر هزینه محاکمه‌ای که خواننده مجبور به تقبل است بر ۵۰ هزار دلار یعنی آنچه او مایل به پرداخت آن است افزوده می‌شود، اگر هزینه‌های محاکمه برای او ۱۰ هزار دلار باشد مایل به پرداخت ۶۰ هزار دلار خواهد بود. لذا مبلغ مصالحه بین ۴۰ هزار دلار تا ۶۰ هزار دلار خواهد بود. برای آنکه امکان مصالحه از بین برود، حداقل مبلغ خواهان باید از ۴۰ هزار دلار بالاتر رود یا حداکثر مبلغ خواننده باید از ۶۰ هزار دلار کمتر شود، به‌نحوی که حداقل مبلغ خواهان از حداکثر مبلغ خواننده بیشتر باشد. این حالت فقط وقتی ممکن است روی دهد که آنها عقاید متفاوتی درباره نتیجه محاکمه داشته باشند. این مسیر فکری منجر به نتیجه ذیل می‌شود: امکان یک مصالحه سودمند دوجانبه تا زمانی وجود دارد که برآوردهای خواهان و خواننده از حکم مورد انتظار خیلی باهم اختلاف نداشته باشند. درحقیقت می‌توان نشان داد امکان یک مصالحه سودمند دوجانبه تا وقتی وجود دارد که برآورد خواهان از حکم مورد انتظار فراتر از برآورد خواننده نرود و به مبلغی بیش از مجموع هزینه‌های محاکمه برای آنها نرسد.^۱ اجازه دهید توضیح دهم.

مثال ۳. وضعیت ذکر شده قبلی را در نظر بگیرید که در آن منفعت مورد انتظار خواهان از دعوی معادل $70/000 = 70 \times 100/000$ ، هزینه‌های محاکمه برای او ۲۰/۰۰۰ دلار، زیان مورد انتظار خواننده معادل $50/000 = 50 \times 100/000$ و هزینه‌های محاکمه برای او ۲۵ هزار دلار است. در اینجا، مشاهده می‌کنیم که امکان مصالحه سودمند دوجانبه وجود دارد زیرا خواهان حداقل ۵۰ هزار دلار را قبول می‌کند و خواننده حداکثر ۷۵ هزار دلار را می‌پردازد. باید توجه داشت این مطلب نیز صحت دارد که تفاوت بین برآورد خواهان از حکم مورد

۱. برای آنکه واضح‌تر بحث کنیم فرض کنید P_p برآورد خواهان از احتمال برنده شدن w در محاکمه و P_D برآورد احتمالی خواننده از بردن خواهان باشد؛ و فرض کنید C_p و C_D به‌ترتیب هزینه‌های محاکمه برای هریک از آنها باشد. پس حداقل مبلغ مصالحه برای خواهان معادل $P_{pw} - C_p$ می‌باشد، و حداکثر مبلغ مصالحه برای خواننده معادل $P_{Dw} + C_D$ خواهد بود. بنابراین مصالحه امکان خواهد داشت اگر و فقط اگر $P_{pw} - C_p \leq P_{Dw} + C_D$ باشد که باید گفت اگر و فقط اگر $P_{pw} - P_{Dw} \leq C_p + C_D$ باشد.

انتظار و برآورد خوانده از این حکم معادل $20/000 = 50/000 - 70/000$ دلار است و این رقم کمتر از مجموع هزینه‌های محاکمه برای آنها یعنی $45/000 = 25/000 + 20/000$ دلار می‌باشد. این با مطلبی که در سطور آخر بند ذکر شد سازگار است. به‌علاوه، ملاحظه می‌کنیم که اگر برآورد خوانده از حکم مورد انتظار ۲۰ هزار دلار باشد، او فقط ۴۵ هزار دلار می‌پردازد و در نتیجه هیچ مصالحه‌ای به‌وجود نخواهد آمد. در این حالت، توجه کنید که تفاوت در برآوردهای خواهان و خوانده معادل $50/000 - 20/000 = 70/000$ دلار است که فراتر از ۴۵ هزار دلار مجموع هزینه‌های دادخواهی می‌رود.

توضیح این نمونه

ممکن است برخی تفسیرها به ما در توضیح و درک نمونه پیش گفته کمک کنند. **الف) آیا وجود یک مبلغ مصالحه سودمند دوجانبه به این مفهوم است که مصالحه واقع خواهد شد؟** اگرچه می‌دانیم که وقتی مبلغ مصالحه سودمند دوجانبه وجود ندارد، مصالحه‌ای نیز ممکن نخواهد بود، اما درباره نتیجه وقتی که مبلغ مصالحه سودمند دوجانبه وجود دارد چه می‌توان گفت؟ پاسخ این است که بسته به ماهیت مذاکره بین طرفین و اطلاعاتی که آنها درباره یکدیگر دارند، ممکن است مصالحه روی دهد یا روی ندهد. این مسئله با جزئیات بیشتر در قسمت‌های ۳-۳-۱ و ۴-۳-۱-۴ مورد بحث واقع خواهد شد.

ب) پیش‌بینی‌های طرفین: اثر پیش‌بینی‌های طرفین بر مبالغ مصالحه سودمند دوجانبه و لذا بر تمایل به مصالحه را می‌توان به‌راحتی از شرایط مشخص شده و مذکور در قسمت قبلی درک کرد. به‌ویژه، هرچه برآورد خواهان از احتمال بردن دعوی بیشتر از برآورد خوانده باشد، تمایل به مصالحه کمتر خواهد بود، زیرا همین مبلغ اضافی مورد انتظار خواهان نسبت به پرداخت مورد انتظار خوانده است که منجر به محاکمه می‌شود. باید تأکید کرد آنچه به محاکمه رهنمون می‌شود این نیست که خواهان از بردن مطمئن است بلکه بیشتر این است که او مطمئن‌تر از اندازه‌ای است که از نظر خوانده حق دارد باشد. عقیده خواهان مبنی بر اینکه بسیار محتمل است برنده شود به‌خودی‌خود نشان نمی‌دهد که محاکمه واقع خواهد شد، گرچه ممکن است به‌سادگی این‌گونه تصور شود.

این حقیقت دارد که اگر بردن دعوی برای خواهان محتمل باشد، او در مصالحه مبلغ بیشتری از خوانده طلب خواهد کرد، اما این نیز حقیقت دارد که اگر خوانده قبول داشته باشد خواهان احتمال برد دارد مایل به پرداخت مبلغ بیشتری برای مصالحه خواهد بود. آنچه منجر به محاکمه می‌شود امتناع خوانده از پرداخت چیزی که خواهان مطالبه می‌کند یا عدم اعتقاد خوانده به پیروزی خواهان در دعوی است.

البته، اگر خواهان شانس‌های خود را برای برد، به همان کمی که خوانده شانس او را ارزیابی می‌کند تخمین بزند، امکان مصالحه سودمند دوجانبه وجود خواهد داشت. به‌عنوان مثال اگر خواهان فکر کند شانس بردن محاکمه ۳۰ درصد است و خوانده فکر کند شانس بردن خواهان ۵۰ درصد است، با در نظر گرفتن ارقام فوق، خواهان هر رقمی بیش از ۵۰ هزار دلار را قبول خواهد کرد و خوانده هر رقمی تا ۸۰ هزار دلار را می‌پردازد (همچنین توجه کنید که در چنین مواردی، شرایط مذکور در قسمت قبل به‌طور خودکار وجود خواهد داشت زیرا تفاوت در منفعت مورد انتظار خواهان و زیان مورد انتظار خوانده منفی است و بنابراین قطعاً کمتر از مجموع هزینه‌های محاکمه می‌باشد).

ما انتظار داریم پیش‌بینی طرفین درباره نتایج محاکمه چه باشد؟ طرفین ممکن است در شروع دعوی اطلاعات مختلفی داشته باشند و غالباً همین‌گونه خواهد بود. به‌عنوان مثال، خوانده ممکن است درباره اینکه او مسئول شناخته می‌شود بیشتر از خواهان بداند. همچنین دو طرف ممکن است مقدماً استدلال‌های حقوقی مختلفی در ذهن داشته باشند که بتوانند مطرح کنند. اما ممکن است طرفین به انتخاب خود در اطلاعات یکدیگر شریک شوند یا مجبور به انجام این کار شوند (در این مورد به قسمت‌های ۲ و ۳ بخش ۲-۴ نگاه کنید)، همچنین طرفین اغلب به‌طور مستقل می‌توانند اطلاعاتی را که طرف دیگر دارد به‌دست آورند (به‌عنوان مثال، خواهان می‌تواند با شهود یک حادثه مصاحبه کند و چیزهای بیشتری درباره رفتار خوانده بفهمد).

هرچه بیشتر طرفین به عقاید مشابه برسند، مصالحه محتمل‌تر خواهد شد؛ اگرچه ما پیش‌بینی نمی‌کنیم که پیش‌بینی‌ها همیشه هم‌گرا باشند. مثلاً طرفین ممکن است با این اعتقاد که اگر محاکمه شکل گیرد، مزیت غافل‌گیری را از دست خواهند داد نخواهند استدلال‌های حقوقی خاصی را با یکدیگر شریک شوند، همچنین در پرتو این استدلال‌ها،

هر طرف ممکن است معتقد باشد که احتمال بردن او از دیگری بیشتر است. عامل دیگری که بر سر راه هم‌گرایی پیش‌بینی‌ها وجود دارد عنصر خوش‌بینی طبیعی افراد درباره‌ی شانس پیروزی خویش است.^۱ به‌علاوه، اختلاف منافع وکیل و موکل (به قسمت ۷-۲-۴ نگاه کنید) ممکن است منجر به این گردد که وکیل تمامی حقیقت را به موکل نگوید.

اما روی‌هم‌رفته، مخصوصاً چون طرفین مشاورانی حقوقی دارند که احتمالاً با همان نهاد حقوقی آشنا هستند و به‌خاطر فرصت‌های اکتساب اطلاعات درخصوص جزئیات موضوع دعاوی، انتظار داریم که پیش‌بینی‌ها درباره‌ی نتایج محاکمه نسبتاً نزدیک باشند و منجر به مصالحه شوند.

ج) میزان حکم: اگر اندازه‌ی حکم افزایش یابد، به شرطی که چیزهای دیگر ثابت باشند. احتمال محاکمه افزایش می‌یابد. این بدان‌خاطر است که اثر اختلاف در ارزیابی‌های احتمال برد محاکمه بزرگ می‌شود. اگر مثلاً یک تفاوت ۲۰ درصدی در پیش‌بینی‌ها وجود داشته باشد و حکم بالغ بر ۱۰ هزار دلار باشد، تفاوت در احکام مورد انتظار فقط ۲ هزار دلار است و این رقم شاید برای بیشتر بودن از مجموع هزینه‌های قانونی و منجر شدن اختلاف به محاکمه کفایت نکند. اما اگر حکم یک میلیون دلار باشد، تفاوت ۲۰ درصدی در نتایج محاکمه به معنی تفاوت ۲۰۰ هزار دلاری در احکام مورد انتظار است و چون به‌احتمال زیاد از مجموع هزینه‌های محاکمه بیشتر خواهد بود منتهی به محاکمه می‌شود.^۲

درباره‌ی مبلغ حکم، اگرچه برای سهولت فرض کرده‌ایم که طرفین با آنچه میزان حکم باشد موافقت دارند، ممکن است این‌طور نباشد. تفاوت پیش‌بینی طرفین درباره‌ی مبلغی که برنده می‌شوند بر احکام مورد انتظار آنها و لذا بر وجود امکان مصالحه سودمند دوجانبه طبق شرطی که مشخص شد اثر می‌گذارد. اگر خواهان فکر کند که مبلغی بزرگ‌تر از آنچه خوانده فکر می‌کند خواهد برد این پیش‌بینی باز هم منتهی به محاکمه خواهد شد. به‌عنوان مثال فرض کنید که اگرچه خواهان از نظر دو طرف شانس ۶۰ درصدی برای برنده شدن محاکمه دارد، خواهان فکر می‌کند رقمی که او خواهد برد

۱. لون اشتاین و دیگران ۱۹۹۳ و منوکین ۱۹۹۳ نشان می‌دهند که خوش‌بینی بیش از حد محتمل است.

۲. شرط برای محاکمه این است که $P_W - P_D W > C_P + C_D$ باشد. این معادل $(P_P - P_D)W > C_P + C_D$ است و بنابراین مشخص است که اگر W افزایش یابد محاکمه محتمل‌تر است.

۲۰۰ هزار دلار باشد و خواننده فکر می‌کند این مبلغ فقط ۱۰۰ هزار دلار است. پس حکم مورد انتظار خواهان معادل $120/000 = 60 \times 200/000$ دلار و پرداخت مورد انتظار خواننده معادل $60/000 = 60 \times 100/000$ دلار است و یک تفاوت $60/000$ دلاری وجود دارد. بنابراین، طبق شرط مشخص شده هیچ‌گونه مصالحه سودمند دوجانبه‌ای وجود نخواهد داشت مگر آنکه مجموع هزینه‌های قانونی آنها از ۶۰ هزار دلار فراتر رود. این را می‌توان به‌طور مستقیم نشان داد؛ اگر هزینه‌های محاکمه برای خواهان ۳۰ هزار دلار و برای خواننده ۲۰ هزار دلار باشند، مجموع آنها کمتر از ۶۰ هزار دلار و حداقل رقم مصالحه قابل قبول برای خواهان ۹۰ هزار دلار و حداکثری که خواننده حاضر است بپردازد ۸۰ هزار دلار است، لذا جایی برای مصالحه باقی نمی‌ماند.^۱

د) هزینه‌های قانونی: هرچه هزینه‌های قانونی هریک از طرفین بزرگ‌تر باشند احتمال مصالحه به‌وضوح بیشتر خواهد بود، زیرا مجموع هزینه‌های قانونی افزایش می‌یابد و احتمال اینکه مجموع هزینه‌های قانونی از تفاوت مبلغ مورد انتظار خواهان و خواننده فراتر رود، بیشتر خواهد بود. می‌توان انتظار داشت که هزینه‌های قانونی با افزایش اندازه حکم بالقوه افزایش یابد. این عامل احتمال مصالحه برای دعاوی با مبالغ بزرگ را افزایش می‌دهد و عکس آنچه در بند (ج) در مورد میل به‌سوی دادخواهی بحث شد عمل می‌کند.

ه) خطرگریزی: وقتی خطرگریزی را در نمونه اصلی مورد توجه قرار می‌دهیم مشاهده می‌کنیم که با احتمال بیشتری به مصالحه منجر می‌شود. دلیل صرفاً این است که محاکمه یک اقدام مخاطره‌آمیز است زیرا نتیجه آن نامشخص است. برای یک شخص خطرگریز نسبت به یک شخص خنثی در مقابل خطر، مصالحه جذاب‌تر است. علاوه‌بر این، همچنان که درجه خطرگریزی هریک از طرفین افزایش می‌یابد یا همان‌طور که مبلغ کل هزینه‌ها یعنی اندازه حکم و اندازه حق‌الزحمه‌های قانونی افزایش می‌یابد مصالحه در صورت تساوی چیزهای دیگر محتمل‌تر می‌شود.

۱. اگر فرض کنیم W_D و W_P مقداری را مشخص می‌کنند که خواهان و خواننده به‌ترتیب معتقدند در محاکمه برنده می‌شوند، پس شرط برای محاکمه می‌شود $P_P W_P - P_D W_D > C_P + C_D$ که از اظهارات داخل متن ناشی می‌شوند.

۲-۳-۱ نمونه‌هایی با مذاکره صریح و یک مرکز اطلاعات

نمونه‌ای که تا به حال مورد بحث قرار گرفت از دو جنبه مهم ساده است. اول، فرایند مذاکره صریح نیست؛ قلمرو مصالحه‌های احتمالی تعیین می‌شود اما اینکه یک مذاکره داخلی بین طرفین حاصل خواهد شد و در کجا اتفاق می‌افتد در این نمونه پیش‌بینی نشده است. دوم اینکه منشأ اختلاف در پیش‌بینی‌ها به‌وسیله این نمونه توضیح داده نمی‌شود؛ تاکنون صرفاً فرض می‌شد که طرفین به‌نحوی به پیش‌بینی‌هایشان می‌رسند. نمونه‌های پیشرفته‌تر مصالحه در مقابل محاکمه تلاش می‌کنند تا این خلأها را پر کنند و یک بصیرت اضافی نسبت به فرایند مصالحه ارائه نمایند (اما همان‌گونه که توضیح داده خواهد شد، کمتر از آنچه در ابتدا ممکن است به‌نظر رسد به موفقیت منتهی می‌شوند).

در اصلی‌ترین نسخه چنین نمونه‌هایی، مذاکره از یک ایجاب تنها تشکیل می‌شود و طرفی که ایجاب می‌کند فاقد اطلاعات درباره طرف مخالف است. برای ملموس‌تر بودن موضوع فرض کنید که خواهان یک ایجاب صرف به خواننده می‌کند و از احتمال مسئولیت خواننده بی‌اطلاع است درحالی‌که خواننده این را می‌داند (زیرا مثلاً او درباره سطح احتیاط خویش اطلاعات دارد). در این وضعیت، می‌توانیم پیشنهاد مصالحه منطقی قابل ارائه از سوی خواهان را تعیین کنیم و سپس درباره اینکه آیا چنین پیشنهادی پذیرفته خواهد شد یا خیر به نتیجه‌گیری برسیم. نمونه ذیل را در نظر بگیرید.

مثال ۴. اگر خواهان غلبه کند، حکمی برای دریافت ۱۰۰ هزار دلار به‌دست می‌آورد. هزینه محاکمه برای خواهان ۱۰ هزار دلار است. سه نوع خواننده وجود دارند که خواهان نمی‌تواند آنها را تمیز دهد: یک گروه اقلیت ۱۰ درصدی که مطمئناً خواهند باخت؛ یک گروه بزرگ ۶۰ درصدی که با احتمال ۵۰ درصد می‌بازند و یک گروه ۳۰ درصدی باقی‌مانده که فقط با احتمال ۲۰ درصد می‌بازند. بنابراین منفعت مورد انتظار از محاکمه برای یک خواهان بستگی دارد به اینکه خواهان درواقع با کدام نوع از خواننده روبه‌رو می‌شود: اگر موفقیت در برابر یک خواننده قطعی باشد منفعت ناخالص خواهان از محاکمه ۱۰۰ هزار دلار است، اگر احتمال موفقیت ۵۰ درصد باشد منفعت مورد انتظار ۵۰ هزار دلار است و اگر احتمال موفقیت ۲۰ درصد باشد منفعت مورد انتظار ۲۰ هزار دلار خواهد بود. اگر هزینه‌های قانونی

برای یک خواننده ۱۰ هزار دلار باشد، خواهان می‌تواند تا ۱۱۰ هزار دلار از خواننده نوع اول، ۶۰ هزار دلار از نوع دوم و ۳۰ هزار دلار از نوع سوم تقاضا و دریافت کند. اگر خواهان فقط ۳۰ هزار دلار تقاضا کند، این تقاضا از سوی هر سه نوع خواننده پذیرفته خواهد شد و خواهان ۳۰ هزار دلار کسب خواهد کرد. اگر خواهان ۶۰ هزار دلار تقاضا کند، این تقاضا از سوی دو نوع اول خوانندگان پذیرفته می‌شود ولی نوع سوم آن را رد می‌کند، لذا منفعت مورد انتظار خواهان معادل $45/000 = (20/000 - 10/000) \times 30\% + 60/000 \times 70\%$ دلار خواهد بود. اگر خواهان ۱۱۰ هزار دلار طلب کند، این تقاضا فقط از سوی نوع سوم خواننده‌ها پذیرفته می‌شود و در نتیجه منفعت مورد انتظار خواهان معادل $38/000 = (20/000 - 10/000) \times 30\% + 60/000 \times 50\% + 110/000 \times 10\%$ دلار می‌باشد. از این رو، خواهان تقاضای ۶۰ هزار دلار برای مصالحه خواهد کرد. یکی از نتایج منطقی بودن تقاضای ۶۰ هزار دلار برای خواهان آن است که در ۳۰ درصد دعاوی در جایی که خواننده فقط با احتمال ۲۰ درصد می‌بازد، خواننده ایجاب را رد می‌کند و محاکمه در پی خواهد بود.

توجه کنید که در این مثال و به‌طور کلی، تقاضای مصالحه منطقی برای خواهان ممکن است شانس محاکمه را ایجاد کند. تقاضای منطقی قابل ارائه از سوی خواهان ممکن است ذاتاً آنقدر پایین نباشد که یک پاسخ آری از هریک یا همه انواع احتمالی خوانندگان به وجود آورد؛ تقاضای رقم کم معمولاً تأمین‌کننده نفع مورد انتظار خواهان نیست.^۱ این نتیجه را که ممکن است از محاکمه حاصل شود می‌توان ناشی از عدم تقارن

۱. نمونه مورد بحث و نشان داده شده در مثال در بیچاک ۱۹۸۴ بسط داده شده و ماهیت ریاضی آن تقریباً به شرح زیر است. خواهان یک تقاضای مصالحه تنها مطرح می‌کند x ، با دانستن صرفاً توزیع احتمال بر احتمال p که او بر یک خواننده خاص که p او را می‌داند غلبه خواهد کرد. بنابراین اگر $P_W + C_D < x$ باشد، خواننده تقاضا را رد خواهد کرد و خواهان فقط $p_W - c_p$ را به دست خواهد آورد؛ اما اگر $P_W + C_D \geq x$ باشد، خواننده تقاضا را قبول خواهد کرد و x را می‌پردازد. فرض کنید $z(x) = (x - C_D)/W$ باشد رقم، احتمالی P که در آن خوانندگان پیشنهاد x را به جای رفتن به محاکمه می‌پذیرند. بنابراین نفع مورد انتظار خواهان در نتیجه عملکرد x برابر است با

$$\int_a^{z(x)} (pw - cp) f(p) dp + (1 - F(z(x)))x$$

خواهان (فرض می‌شود که $a_W - C_p > 0$) بنابراین خواهان همیشه می‌خواهد به محاکمه رود. f تراکم p و F توزیع جمع‌شونده p است. خواهان x را برای به حداکثر رساندن این معادله انتخاب می‌کند.

اطلاعات دانست. زیرا اگر خواهان نوع خوانده‌هایی را که با آنها روبه‌رو می‌شود می‌دانست، تقاضای مبلغ متفاوتی را برای هر نوع مطرح می‌کرد، یعنی حداکثر مبلغی را که نوع خوانده مایل به پرداخت آن به‌جای رفتن به محاکمه بود از وی مطالبه می‌کرد. بنابراین عدم تقارن اطلاعات است که خواهان را به تقاضای مبلغی بیش از آنچه برخی خواندگان مایل به پرداخت آن هستند هدایت می‌کند و به امکان محاکمه منجر می‌شود.

۳-۱-۴ توضیحاتی درباره نمونه‌های پیش‌گفته و تفسیر آنها

الف) تنوع فرضیه‌ها درباره فرایند مذاکره: اگر فرایند مذاکره از آنچه در نمونه فوق مورد بحث قرار گرفت متفاوت باشد، ممکن است پیچیدگی‌هایی ایجاد شود، اما این نتیجه بنیادی که ممکن است اختلاف‌ها به محاکمه منتج شود و اینکه چنین امری ناشی از عدم تقارن اطلاعات می‌باشد تغییر نمی‌کند. تغییرات مهم در فرضیه‌هایی که مطالعه شده‌اند شامل ارائه پیشنهادها از سوی اشخاصی که اطلاعات خصوصی دارند (در نمونه‌ای که بررسی شد، طرفی که اطلاعات خصوصی نداشت پیشنهاد می‌داد)، شکل‌گیری رشته‌ای از پیشنهادهای متقابل دو طرف و برخورداری دو طرف از اطلاعات خصوصی می‌گردد. در این نمونه‌های پیچیده‌تر، نتیجه اصلی درباره محاکمه تغییر نمی‌کند، زیرا همانند نمونه‌ای که در قسمت قبلی شرح داده شد، یک مذاکره‌کننده منطقی پیشنهاد یا تقاضایش را برای تحصیل بالاترین نفع مورد انتظار انتخاب می‌کند ممکن است بدشانس باشد و با رقیبی روبه‌رو شود که پیشنهادش را رد خواهد کرد. به‌هرحال عنصر جدیدی که در نمونه‌های پیچیده‌تر ایجاد می‌شود این است که طرفین ممکن است از رفتار رقیب چیزی درباره اطلاعات وی بفهمند.

ب) ماهیت اطلاعات خصوصی: هر نوع اطلاعاتی که یک طرف ناچیز می‌شمرد و می‌تواند تمایل طرف دیگر به پرداخت را تحت تأثیر قرار دهد همان اهمیت کلی اطلاعات خصوصی درباره نتیجه محاکمه را دارد و به‌ویژه می‌تواند به محاکمه منتهی شود. این اطلاعات ممکن است درباره هزینه‌های محاکمه برای یک طرف، تمایل او به تحمل خطر یا نیازش به سرمایه باشد. از جمله اگر خواهان نداند که هزینه‌های محاکمه برای خوانده چه خواهند بود و درحالی‌که رقم پایینی را تشکیل می‌دهند تصور کند که این هزینه‌ها احتمالاً بالا

خواهند بود، ممکن است تقاضای رقم زیادی را بنماید و این تقاضا منجر به محاکمه شود. (ج) ارتباط با نمونه ساده: نمونه ساده قسمت ۱-۳-۴ تقریباً با نمونه‌های صریح مذاکره و اطلاعات نامتقارن که اکنون تحت بررسی هستند سازگار است. در نمونه ساده اگر پیش‌بینی‌های طرفین به قدر کافی متفاوت باشد به محاکمه منجر می‌شود و در نمونه‌های صریح نیز محاکمه از ایجاد تفاوت در پیش‌بینی‌ها بر اثر عدم تقارن اطلاعات رخ می‌دهد. به علاوه تأثیر هزینه‌های محاکمه و عوامل دیگر بر نتایج محاکمه در هر دو نمونه مشابه است.^۱

همان گونه که تأکید شد تفاوت اصلی بین نمونه‌ها این است که هریک توضیحی از نحوه مذاکره، احتمال مصالحه، حجم مصالحه و منبع بروز تفاوت در پیش‌بینی‌های طرفین و از احتمال پیروزی در دعوی و حجم رقم‌های قابل دریافت ارائه می‌دهند؛ اما قطعی دانستن نتایج حاصله از نمونه‌ها علیه دادخواهی تا حدی گمراه کننده است. چرا که اولاً این نمونه‌ها از فرضیه‌های ضرورتاً اختیاری درباره اینکه طرف پیشنهاددهنده مذاکره مطلع یا نامطلع است و درباره تعداد دفعات مذاکره پیروی می‌کنند و ذاتاً بر احتمال مصالحه و بر پیشنهادهای مصالحه تأثیر می‌گذارند.^۲ ثانیاً، دلایل تفاوت‌های موجود در اطلاعات بین طرفین در این نمونه‌ها بدون توضیح مانده‌اند ولو اینکه طرفین اغلب انگیزه‌های قوی برای سهمیم شدن در اطلاعات یکدیگر (به منظور رسیدن به مصالحه) دارند و ممکن است گاهی نیز به مبادله اطلاعات مجبور شوند (به قسمت‌های ۲-۲ و ۴-۳-۲ رجوع کنید).

۴-۱-۳-۴ میزان واقعی دادرسی در مقابل مصالحه

درواقع، اکثریت بزرگی از دعاوی به مصالحه منجر می‌شوند. اطلاعات موجود از دادگاه‌های ایالتی آمریکا نشان می‌دهند که بیش از ۹۶ درصد از دعاوی مدنی به محاکمه کشیده نمی‌شوند.^۳ همچنین، اطلاعات اخیر درباره دادگاه‌های فدرال نشان

۱. رجوع کنید به بیجاک ۱۹۸۴.

۲. دافتی و راین گانوم ۱۹۹۳ تلاش می‌کنند ماهیت فرایند حاکم بر مذاکره برای مصالحه را توضیح دهند.

۳. رجوع کنید به استروم، کادر و لافونتن ۲۰۰۱ الف، ۲۹.

می‌دهند که در سال مالی ۲۰۰۱ تقریباً ۹۸ درصد از دعاوی مدنی فدرال بدون محاکمه حل‌وفصل شده‌اند.^۱ البته این ارقام ممکن است بیشتر یا کمتر از میزان واقعی باشند زیرا مواردی که مورد محاکمه قرار نمی‌گیرند ممکن است از سوی یک دادگاه مختومه شده باشند، بنابراین ۹۶ درصد یا ۹۸ درصد میزان مصالحه به اضافه میزان موارد مختومه شده است و نه صرفاً میزان مصالحه. درعین حال چون دعاوی بسیاری نیز پیش از ثبت دعوی مورد مصالحه قرار می‌گیرند، ۹۶ درصد یا ۹۸ درصد ممکن است کمتر از میزان مصالحه باشد. در هر صورت بدیهی است که اکثریت بزرگی از دعاوی مصالحه می‌شوند.

۴-۱-۳-۵ مروری بر پیشینه مباحث

نمونه ساده مورد استفاده برای توضیح مصالحه و محاکمه، براساس میزان حداقلی که خواهان قبول می‌کند و حداکثری که خوانده می‌پردازد، ابتدا در فریدمن (۱۹۶۹)، لاندز (۱۹۷۱) و گولد (۱۹۷۳) مطرح شد و در پوسنر (۱۹۷۲ الف) و شاول (۱۹۸۲ ج) بیشتر رواج یافت.^۲ نمونه‌های صریح مذاکره و اطلاعات نامتقارن به شدت تحت تأثیر بیچاک (۱۹۸۴) قرار داشت و در بین دیگران از سوی رابین گانوم و وایلد (۱۹۸۶)، شوایتزر (۱۹۸۹) و اسپایر (۱۹۹۲ الف) توسعه یافت.^۳

۴-۱-۴ تباین سطح مطلوب خصوصی و سطح اجتماعی مصالحه

۴-۱-۴-۱ کلیات

انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی مصالحه ممکن است به دلایل متعددی تباین داشته باشند و این دلایل همان‌هایی هستند که تفاوت بین انگیزه خصوصی و اجتماعی برای

۱. رجوع کنید به وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ الف، ۱۵۴، جدول ج-۴.

۲. برای تحقیقات عمومی در خصوص نوشته‌های مربوط به مصالحه، به کوتر و رابین فلد ۱۹۸۹، دافتی ۲۰۰۰ و های و اسپایر ۱۹۹۸ رجوع کنید.

۳. همچنین به های ۱۹۹۵، و به فارمر و پکورینو ۱۹۹۶ نیز برای دیدن تحقیقی درباره نمونه‌های اطلاعات نامتقارن دادخواهی رجوع کنید و به کنان و ویلسون ۱۹۹۳ برای دیدن یک تحقیق کلی درباره نمونه‌های اطلاعات نامتقارن مذاکره رجوع کنید. به فاربر و وایت ۱۹۹۱، آزبورن ۱۹۹۹، و زیگ ۲۰۰۰ برای دیدن تحقیقات تجربی در مورد دادخواهی با تأکید بر اطلاعات نامتقارن رجوع کنید و همچنین به رمیزر و ناکازاتو ۱۹۸۹ و ویسکوزی ۱۹۸۶ الف نگاه کنید.

تعقیب را توضیح می‌دهند. (به قسمت ۲ نگاه کنید).^۱

اول اینکه طرفین ممکن است از نظر اجتماعی انگیزه‌ای ناکافی برای مصالحه داشته باشند؛ زیرا تمام هزینه‌های وارده بر اجتماع، حقوق قضات و کارمندان دیگر، ارزش زمانی که اعضای هیئت منصفه صرف می‌کنند، اجاره ساختمان‌های دادگاه و نظایر اینها را در نظر نمی‌گیرند، بنابراین طرفین کمتر از آنچه اجتماع با مصالحه آن صرفه‌جویی خواهد کرد صرفه‌جویی می‌کنند و ممکن است بیش از آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است به محاکمه روند.

دلیل دومی که انگیزه خصوصی برای مصالحه ممکن است از نظر اجتماعی ناکافی باشد به اطلاعات نامتقارن مربوط می‌شود. همان‌گونه که در بخش ۳-۳-۱ و ۴-۳-۱-۴ بحث شد، اطلاعات نامتقارن طرفین را به‌سوی شکست در مصالحه هدایت می‌کند زیرا ممکن است وضعیت‌های یکدیگر را نادرست ارزیابی کنند و منابع اجتماعی را صرف دادرسی بیهوده کنند.

عامل سومی که به‌واسطه آن ممکن است انگیزه‌های خصوصی برای مذاکره با انگیزه‌های اجتماعی تفاوت داشته باشند این است که مصالحه بر بازدارندگی اثر می‌گذارد. معمولاً تصور نمی‌شود که طرفین، بازدارندگی را به‌منزله یک عامل مهم در تصمیم‌گیری بین مصالحه و محاکمه در نظر گیرند و برای آنها ظاهراً غیرمنطقی است که به بازدارندگی دیگران اهمیت دهند. بنابراین اگر مصالحه بازدارندگی را کاهش می‌داد و غیرمطلوب تصور می‌شد نیز، ما نتیجه می‌گرفتیم دلیلی برای طرفین وجود دارد که بیش از حد مصالحه کنند. اما آیا مصالحه بازدارندگی را کاهش می‌دهد؟ می‌توان فرض کرد که در مواردی چون خواندگان متقاضی مصالحه هستند مصالحه اثر کاهشی بر بازدارندگی اعمال می‌کند. درعین حال امید به انجام مصالحه مزیتی برای خواهان‌های بالقوه نیز محسوب می‌شود (زیرا بدین مفهوم است که آنها متحمل هزینه‌های دادخواهی یا خطر نمی‌شوند) و حداقل در اصل ممکن است، به دعاوی منجر شود که در غیر این صورت اتفاق نمی‌افتادند؛ لذا

۱. موضوع مطلوبیت اجتماعی مصالحه در مقابل محاکمه و تفاوت احتمالی بین انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی برای مصالحه مورد توجه کمی قرار گرفته‌اند (برخلاف توصیف انگیزه‌های خصوصی برای مصالحه، قسمت ۳-۱-۴). به‌رحال یک بحث اصولاً غیرریاضی از این موضوع، در شاول ۱۹۹۷ وجود دارد و نوعی تجزیه و تحلیل در پولینسکی و رابین فلد ۱۹۸۸، شاول ۱۹۹۹ و اسپایر ۱۹۹۷ صورت گرفته است.

ممکن به نظر می‌رسد که مصالحه بازدارندگی را افزایش دهد. یک پیچیدگی دیگر این است که حتی اگر بدانیم مصالحه به چه طریقی بر بازدارندگی اثر می‌گذارد، اثبات نخواهد شد که این اثر از نظر اجتماعی مطلوب است؛ زیرا همان‌گونه که در قسمت ۴-۱-۱ توضیح داده شد، انگیزه خصوصی برای اقامه دعوی ممکن است گاهی از نظر اجتماعی افراطی و گاهی از نظر اجتماعی ناکافی باشد. باز هم پیچیدگی دیگر این است که اطلاعات مطرح شده در محاکمه ممکن است انگیزه‌هایی تازه را به وجود آورد و همچنین بر حکم مورد انتظار به طرق مختلف تأثیر گذارد.^۱ بنابراین در انتها می‌توانیم بگوییم که اثر مصالحه بر بازدارندگی ممکن است به اختلاف بین انگیزه خصوصی و اجتماعی برای مصالحه منتج گردد، اما به دلایل مختلف نمی‌توانیم به‌طور عام درباره ماهیت اختلاف سخن بگوییم. بنابراین تا این نقطه دو عامل اساسی نشان می‌دهند که طرفین انگیزه ناکافی برای مصالحه دارند: آنها هزینه‌های کامل اجتماعی محاکمه را در نظر نمی‌گیرند و ممکن است وضعیت یکدیگر را به اشتباه برآورد کنند. همچنین یک عامل اصلی با نتیجه نامشخص وجود دارد یعنی اینکه مذاکره بر بازدارندگی اثر دارد.

۴-۱-۴-۲ تفاوت انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی برای مصالحه - ادامه بحث

اجازه دهید چندین عامل دیگر را که بر مقایسه بین انگیزه‌های مصالحه مطلوب اجتماعی و خصوصی تأثیر می‌گذارند مرور کنم که قدری خارج از نوع نمونه‌ای که تاکنون بررسی شد هستند.

یک عامل عبارت است از مصالحه به‌عنوان وسیله تضمین حریم خصوصی. وقتی طرفین مصالحه می‌کنند اطلاعاتی که در محاکمه بروز می‌کند ممکن است به اطلاع عموم نرسد. حفظ حریم خصوصی که قابل حصول به‌وسیله مصالحه است غالباً مزیتی برای طرفین مصالحه‌کننده محسوب می‌شود به‌عنوان مثال، یک شرکت خوانده که محصولش ناقص بوده، ممکن است نخواهد این اطلاعات آشکار شود و بنابراین ممکن است مایل باشد یک مبلغ اضافی برای نیل به مصالحه بپردازد (قربانی ممکن است به آشکار شدن

۱. جنبه‌های این نکته را در قسمت ۴-۱-۵-۳ و در قسمت ۴-۳-۲ مورد بحث قرار می‌دهم.

اطلاعات چندان اهمیتی ندهد). همچنین یک قربانی ممکن است به‌خاطر وقایع یک دعوی خجالت‌زده باشد (فرض کنید دعوی برای آزار جنسی است) یا نخواهد به‌عنوان عنصر دردسرساز شناخته شود و به آن دلیل مایل به مصالحه باشد. در برخی موارد، خواست طرفین برای حفظ حریم خصوصی ممکن است از نظر اجتماعی نیز مطلوب باشد اما در بیشتر مواقع جامعه از اطلاعاتی که در جریان محاکمه آشکار می‌شود منتفع می‌گردد. به‌عنوان مثال در مورد شرکتی که می‌خواهد نقص محصولش مخفی بماند، اگر جامعه از نقص مطلع شود، شاید مردم بتوانند اقدامات احتیاطی برای کاهش آسیب اتخاذ کنند و شرکت با واکنش مخالف روبه‌رو خواهد شد که منجر به بازدارندگی پیشرفته می‌شود. در چنین شرایطی، انگیزه خصوصی برای مصالحه ممکن است افراطی باشد.

عامل دیگر این است که به‌واسطه محاکمه ممکن است تفسیرهای ارزشمند از قانون صورت گیرد و رویه‌های قضایی جدید ایجاد شود. با این حال بسیاری از محاکمات قانون‌ساز یا رویه‌ساز نیستند: اغلب محاکمات نتیجه اختلافات درباره وقایع هستند و در جایی که محاکمه محصول اختلاف درباره قانون است، عقاید منتشر شده که قانون جدید را به‌وجود می‌آورند غیرارادی نیستند. به‌علاوه، یک حدس طبیعی این است تعداد مواردی که محاکم نیازمند استماع به‌منظور تعدیل قانون هستند در مقایسه با حجم کل مواردی که به محاکمه ختم می‌شوند جزئی است.^۱ بنابراین، به‌نظر می‌رسد در اکثریت بزرگی از موارد، مسئله تشریح قانون برای انگیزه‌های اجتماعی در مقایسه با انگیزه‌های خصوصی رفتن به محاکمه اهمیت واقعی نخواهد داشت.

یک عامل مشابه این است که هنجارهای اجتماعی ممکن است به‌واسطه محاکمه‌های قانونی بازشناخته شوند و اهمیت هنجارها توسط فرایند محاکمه تقویت شود. از آنجاکه این عامل، عاملی نیست که افراد آن را منفعت خصوصی محاکمه به‌حساب آورند، تمایلی به‌سوی محاکمه ناکافی نشان می‌دهد. به‌هرحال در ارزیابی اهمیت این عامل، نه تنها ارزش محدود محاکمات (در برابر والدین، مدارس، نهادهای مذهبی) در آموزش اخلاق،

۱. به‌علاوه، برای ضروری تلقی نکردن محاکمه برای توسعه قانون استدلال‌هایی وجود دارند: دادگاه‌ها می‌توانند نظرات مشورتی صادر کنند و از این طریق با فقدان دعاوی خاص نیز قانون را تفسیر کنند؛ در اصل، هیچ دلیلی وجود ندارد که محاکم نیازمند فرصت یک دعوی حقوقی به‌منظور تفسیر قانون باشند.

بلکه این نکته را که تعداد محاکمات لازم برای رسیدن به هدف توسعه حقوق احتمالاً چندان زیاد نیست باید در نظر گرفت.^۱

سرانجام، غالباً گفته می‌شود که محاکمه از نظر اجتماعی مطلوب است زیرا به حفظ صلح در جامعه کمک می‌کند و اتحاد را با اجازه دادن به افراد برای آشکار کردن ناراحتی‌ها و اظهار دیدگاه‌هایشان ترویج می‌کند. اما این منفعت اجتماعی محاکمه غالباً با منفعت خصوصی در یک راستا به نظر می‌رسد (وقتی صلح اجتماعی با خودداری شخصی از طرح عمومی ناراحتی‌هایش مورد تراضی واقع می‌شود ممکن است او چنین کاری را انجام دهد). با وجود این، منفعت اجتماعی مورد بحث با منفعت خصوصی منطبق نیست (صلح اجتماعی بیشتر از شخص آزرده نفع می‌برد) و این نشان می‌دهد که انگیزه اجتماعی برای محاکمه، ممکن است گاهی از انگیزه خصوصی فراتر رود.

۴-۱-۴ سیاست حقوقی مؤثر بر مصالحه در مقابل دادرسی

سیاست حقوقی که ما مؤثر بر مصالحه در مقابل محاکمه می‌دانیم غالباً مصالحه را با اجازه دادن به اشخاص برای درگیر شدن در کشف، الزام آنها به شرکت در داوری غیرالزامی قبل از محاکمه، برقراری کنفرانس‌های مصالحه و نظایر آن ترغیب می‌کند. این وسایل اصولاً با افزایش اطلاعاتی که طرفین درباره یکدیگر دارند امکان به بن‌بست رسیدن مذاکره را کاهش می‌دهند. به علاوه، قانون مذاکرات مربوط به مصالحه را از طریق ممنوعیت ارائه پیشنهادهای مذاکره به عنوان دلیل اقامه دعوی و با الزام‌آور ساختن قراردادهای مصالحه برای طرفین، ترویج می‌کند (در غیر این صورت معنا داشتن و ارزشمند بودن مصالحه‌ها زیر پا گذاشته خواهند شد). به علاوه محاکم اغلب از قدرت خود در ترغیب طرفین به مصالحه استفاده می‌کنند.

توجیه اینکه معمولاً ترویج عمومی مصالحه پیشنهاد می‌شود این است که ترویج مصالحه دفا تر ثبت حقوقی را پاک می‌کند و جلوی هزینه‌های خصوصی و عمومی را می‌گیرد. این توجیه به طور آشکار مرتبط با تجزیه و تحلیل اقتصادی این مفهوم است که

۱. به نظر می‌رسد عامل بالقوه آموزش درس‌های اخلاق از طریق محاکمات را می‌توان از طریق بررسی گروه منتخب و کوچکی از دعاوی تحصیل کرد.

طرفین وقت دادگاه و دیگر هزینه‌های عمومی مربوط به محاکمه را به‌عنوان پس‌انداز ناشی از مصالحه محسوب نمی‌کنند. مفسران در توجیه سیاست ترویج مصالحه معمولاً به این عامل اشاره نمی‌کنند که طرفین ممکن است به دلایلی غالباً بی‌ارتباط با منافع اجتماعی به‌ویژه به‌خاطر اختلاف دربارهٔ نتیجهٔ احتمالی محاکمه، به دادگاه بروند.

همچنین مواردی که محاکمه باید علی‌رغم تمایل طرفین به مصالحه برقرار شود نسبتاً توجه کمی را به‌خود معطوف می‌کنند. مثلاً، حکمت ترویج آن، در وضعیت‌هایی که احتمال دارد بازدارندگی بر اثر مصالحه و با مخفی ماندن هویت خواندگان، واقعیت آسیب یا جنبه‌های مهم رفتار خواندگان برای عموم به خطر افتد، به‌نوبه خود حائز اهمیت است و بی‌توجهی به آن و مجاز شمردن مصالحه در چنین وضعیتی جای تعجب دارد.

۴-۱-۴ یک هدف اجتماعی مهم نهاد دادرسی دارای جنبهٔ مغایر است - تقویت مصالحه

لازم است یک تفسیر نهایی دربارهٔ اهداف اجتماعی حفظ نظام قضاوت در محاکمه صورت گیرد. با در نظر گرفتن هزینه‌های محاکمه و تأثیر غالباً محدود و نامشخص محاکمات بر مصالحه‌ها. اینکه بخش واقعی مصالحه‌ها در حدود ۹۸ درصد است، تأثیر مطلوب محاکمه‌ها بسیار محدودتر از مصالحه‌ها به‌نظر می‌رسد؛ درعین حال با فقدان توانایی طرفین برای اقامه دعوی، همان‌گونه که در قسمت ۳-۱-۴ بحث شد، مصالحه و منافع بزرگ اجتماعی که از آن ناشی می‌شوند (به‌ویژه، بازدارندگی رفتار ناخواسته و جبران خسارت قربانیان) وجود نخواهد داشت. بنابراین، می‌توان گفت یک استدلال مهم برای ایجاد دستگاه قانونی برای برقراری محاکمات درواقع و برخلاف عقیدهٔ عمومی تسهیل وقوع محاکمات نیست، بلکه تأمین این امکان برای قربانیان است که با اهرم تهدید به محاکمه بتوانند طرف مقابل را به مصالحه ترغیب کنند.

۴-۱-۵ مخارج دادرسی و دادخواهی

۴-۱-۵-۱ انگیزه‌های خصوصی برای صرف هزینه دادخواهی

به دلایل مختلف، حجم مخارج با میزان شانس متداعی برای غلبه در محاکمه مرتبط خواهد بود و به‌صورت مطلوبی بر حجم یا ویژگی حکم اثر خواهد گذاشت. یک طرف معمولاً تا زمانی مخارج دادخواهی را متقبل می‌شود که هزینه‌های آن کمتر از نفع مورد

انتظار باشد. برای ارزیابی نفع مورد انتظار ناشی از یک اقدام قانونی خاص، یک طرف غالباً مجبور است نه تنها عکس‌العمل دادگاه بلکه واکنش متداعی دیگر را در نظر بگیرد.^۱

۲-۵-۱-۴ مخارج واقعی دادخواهی

مبالغ مصرف شده برای دادخواهی قابل توجه هستند. آمار نشان می‌دهند که در حدود ۱/۲۵ درصد تولید ناخالص داخلی ما برای خدمات حقوقی صرف می‌شود. اکثر این مخارج، قبل مذاکره و در شرایط انتظار یک محاکمه احتمالی صورت می‌گیرد (به‌خاطر سهولت در تفسیر است که اغلب از این هزینه‌ها به‌عنوان مخارج محاکمه یاد می‌کنم).

۳-۵-۱-۴ انگیزه‌های اجتماعی در مقابل انگیزه‌های خصوصی برای صرف هزینه دادخواهی

منابع مختلفی برای اختلاف انگیزه‌های اجتماعی و خصوصی صرف پول در طول دادخواهی وجود دارند. اول، متداعیین ممکن است به این منظور پول خرج کنند که تلاش یکدیگر را خنثی کنند و این هزینه‌ها دارای ارزش اجتماعی بسیار کمی است یا اصلاً ارزشی ندارد. یک مثال کلاسیک وقتی است که هر دو طرف تلاش خود را مصروف بحث‌های حقوقی با ارزش تقریباً برابر می‌کنند اما ادعاهای متقابل را اقامه می‌کنند، یا هر دو طرف کارشناسانی را برای این استخدام می‌کنند که گزارش‌های متقاعدکننده‌ای برای توجیه ادعاهای متقابل ارائه نمایند.^۲

دوم، مخارجی که خنثی‌کننده نیستند ممکن است به‌جای افزایش دقت موجب گمراهی دادگاه شوند. به‌عنوان مثال، یک خوانده مقصر ممکن است بتواند از مسئولیت در مقابل آسیبی که به‌وجود آورده است فرار کند و این امکان باعث کاهش بازدارندگی می‌شود. مخارج قانونی که منجر به چنین نتایجی می‌شوند ارزش اجتماعی منفی دارند، گرچه دارای ارزش خصوصی مثبت هستند.

سوم، مخارجی که خنثی‌کننده نیستند و دادگاه‌ها را گمراه نمی‌کنند از نظر حجم در حد مطلوب اجتماعی نیستند. با قیاس آنچه در قسمت ۱-۱-۴ درباره اقامه دعاوی

۱. برای تجزیه و تحلیل مخارج دو طرف در طول دادخواهی، رجوع کنید به براتیگام، اوون و پانزار ۱۹۸۴، کاتز ۱۹۸۸ و پوسنر ۱۹۷۲ الف؛ این نوشته‌ها اصولاً ماهیت توصیفی دارند.

۲. به مجمل آماری ایالات متحده، ۲۰۰۱، ۴۱۸ رجوع کنید.

مورد تأکید قرار گرفت، طرفین در مورد سطح مخارجشان، بدون توجه به اینکه این مخارج چه اثری بر انگیزه‌های کاهش آسیب خواهند داشت و تنها براساس اینکه این مخارج چگونه بر نتیجه دادخواهی تأثیر خواهند گذاشت، تصمیم می‌گیرند. این می‌تواند به مخارجی منتهی شود که نسبت به آنچه که از نظر اجتماعی مطلوب است، بسیار زیاد یا خیلی کم هستند. تصمیم یک قربانی به استخدام یک کارشناس برای تهیه یک گزارش از طرف او را در نظر بگیرید و توجه داشته باشید که این قربانی هزینه‌ای را که گزارش کارشناسی او بر آسیب‌رساننده تحمیل می‌کند در نظر نخواهد گرفت: آسیب‌رساننده ممکن است نیاز به استخدام یک کارشناس داشته باشد تا تأثیر کارشناس قربانی را محدود کند. همچنین قربانی هزینه ناشی از زمان اضافه‌ای را که دادگاه به استماع گزارش کارشناسی وی و کارشناسی آسیب‌رساننده اختصاص خواهد داد در نظر نمی‌گیرد. همچنین قربانی اثر گزارش کارشناس خویش بر بازدارندگی را در نظر نمی‌گیرد. چشم‌پوشی قربانیان از هزینه‌هایی که بر دیگران تحمیل می‌کنند ممکن است آنها را به‌سوی صرف پول بیش از حد از نظر اجتماعی برای استخدام کارشناسان هدایت کند درحالی‌که متقابلاً عدم توجه آنها به بازدارندگی گزارش‌های کارشناسانشان می‌تواند منجر به این شود که به‌اندازه کافی برای کارشناسان خرج نکنند. ملاحظات قابل طرح مشابهی در مورد هر نوع مخارج قانونی دیگری که ازسوی قربانیان یا آسیب‌رسانندگان صورت گرفته باشد نیز وجود دارد. لذا، هرچند مخارجی که خنثی‌کننده نیستند طبق تعریف به اشخاصی که این مخارج را انجام می‌دهند کمک می‌کنند، ما نمی‌توانیم بگوییم که آیا چنین مخارجی از نظر اجتماعی بیش از حد یا ناکافی هستند؛ زیرا اظهارنظر در این مورد بستگی به بررسی بسیاری از جزئیات دارد.

یک مثال مهم از این امکان که مخارج از نظر اجتماعی افراطی محسوب شوند به ارزیابی خسارات مربوط می‌شود.^۱ فرض کنید آسیب برآورد شده فعلی به‌اندازه ۱۰۰ دلار با واقعیت اختلاف داشته باشد؛ در این صورت یکی از متداعیین مایل به صرف مبلغی تا ۱۰۰ دلار برای اثبات رقم صحیح خواهد بود (خواننده این کار را انجام خواهد داد اگر این برآورد آسیب بیشتر از میزان صحیح باشد و خواهان این کار را خواهد کرد اگر این برآورد خیلی

۱. این نکته در کاپلو و شاول ۱۹۹۶ الف مطرح شده است.

کمتر از میزان صحیح باشد). می‌توان نشان داد که ارزش اجتماعی برآورد دقیق‌تر به‌هرحال کمتر از ۱۰۰ دلار است زیرا ارزش اجتماعی دقت براساس اثراتش برانگیزه‌ها سنجیده می‌شود. درحقیقت، گاهی اوقات ارزیابی دقیق‌تر آسیب - هیچ اثر سودمندی نخواهد داشت؛ مثل وقتی که اشتباهات بی‌غرضانه هستند و از قبل به‌وسیلهٔ آسیب‌رسانندگان بالقوه قابل پیش‌بینی نمی‌باشند. به‌عنوان مثال، حد دقیق آسیبی را که قربانی در یک تصادف اتومبیل متحمل شده است در نظر بگیرید. ممکن است برای اثبات حجم آسیب از طریق ارائه مدارک و صورت‌حساب‌های پزشکی، زمان ازدست‌رفته برای کار و دستمزدهای قربانی، مبالغ زیادی خرج شود. اما این مخارج انگیزه‌های رانندگان را برای پیشگیری از تصادفات بهبود نمی‌بخشند، چرا که آنها از قبل حجم آسیبی را که در صورت وقوع حادثه ایجاد خواهد شد نمی‌دانند (یعنی همهٔ آن چیزی که آنها می‌دانند توزیع احتمال آسیب‌های ممکن است و بسته به اینکه چه کسی در ماشینی که آنها با آن برخورد می‌کنند باشد، ماهیت برخورد، و نظایر آن را تخمین می‌زنند؟)، بنابراین درهرحال انگیزه‌های آسیب‌رسانندگان برای پیشگیری از حوادث ضرورتاً با آنچه در حال حاضر هستند یکسان خواهد بود اگر هیچ‌گونه تحقیق واقعی در مورد میزان آسیب و غراماتی که با میانگین واقعی آسیب وارده بر قربانیان در آن نوع تصادف اتومبیل برابری می‌کند به‌عمل نیاید^۱ و میزان غرامتی که برای هر تصادف تعیین می‌شود مبتنی بر این میانگین نگردد.

۴-۵-۱- سیاست حقوقی مؤثر بر مخارج دادخواهی

با در نظر گرفتن شکل قواعد قانونی و آیین دادرسی قانونی، راه‌های مختلفی برای تأثیر گذاشتن بر مخارج دادخواهی وجود دارند. مخارج را می‌توان از طریق کمک مالی تشویق

۱. به‌عنوان مثال، فرض کنید که همهٔ آنچه آسیب‌رسانندگان می‌دانند هنگام تصمیم‌گیری درخصوص یک اقدام احتیاطی این است که اگر تصادفی روی دهد منجر به آسیبی ۱۰۰۰، ۲۰۰۰ یا ۳۰۰۰ دلاری و هریک با احتمال مساوی خواهد شد، بنابراین آسیب‌رسانندگان حجم خاص آسیبی را که روی می‌دهد نمی‌دانند. اگر غرامات معادل آسیب واقعی تعیین شوند (شاید در پی یک روش تعیین قانونی پرهزینه)، آسیب‌رسانندگان آشکارا از قبل نمی‌دانند اگر حادثه روی دهد مسئولیت آنان چه خواهد بود؛ آنها فقط می‌دانند که مسئولیت مورد انتظارشان با فرض حادثه ۲ هزار دلار خواهد بود (یعنی، $3000 \times (1/3) + 2000 \times (1/3) + 1000 \times (1/3)$). اگر در عوض، غرامات صرفاً معادل میانگین آسیب ۲۰۰۰ دلاری تعیین شوند، مسئولیت مورد انتظار آسیب‌رسانندگان با فرض حادثه یکسان خواهد بود و بنابراین آسیب‌رسانندگان رفتار می‌کنند.

کرد و از طریق بازدارنده‌های پولی مثل عوارض یا مالیات‌ها کاهش داد و همچنین می‌توان آنها را از طریق محدود کردن زمانی که طرفین برای آمادگی جهت محاکمه صرف می‌کنند، محدود کردن زمان لازم برای کشف، محدود کردن ارجاعات مجاز و تعداد کارشناسان تصدیق‌کننده، و نظایر آن قاعده‌مند کرد. درواقع نظارت بر مخارج دادخواهی به‌طور گسترده‌ای از طریق این‌گونه مقررات مربوط به قبل از محاکمه و فرایند محاکمه صورت می‌گیرد و اهرم‌های مالی نقش کمتری در این نظارت‌ها دارند.

به‌علاوه، مخارج دادخواهی را می‌توان از طریق ایجاد تغییراتی در قواعد قانونی ماهیتی کنترل کرد. یک مثال قابل توجه از چنین تغییری آن است که تعیین غرامات به‌جای آنکه مبتنی بر ارائه مدارک تفصیلی باشد براساس یک جدول صورت می‌گیرد. همان‌گونه که قبلاً بیان کردیم، اگر غرامات براساس جداول ارزش‌های مورد انتظار صورت گیرد و تابع ارزیابی‌های فردی از آسیب نباشد، گرایش به رفتار مطلوب افزایش خواهد یافت. در نتیجه، تغییر این قاعده با تغییر کوچکی در بازدارندگی کاهش می‌دهد. نهایتاً، مخارج دادخواهی را می‌توان از طریق بازنگری در آیین دادرسی تعدیل کرد. امکانی که در بعضی شرایط مطلوب می‌باشد این است که بعضی انواع دلیل نه به‌وسیله طرفین بلکه به‌وسیله کارشناسان منتخب دادگاه ارائه شوند. به‌ویژه در مواردی که علم خصوصی طرفین برای توسعه دلیل لازم نیست، دستور دادگاه برای اکتساب اطلاعات ممکن است سودمندتر از اخذ اطلاعات طرفین باشد که ممکن است هم دادگاه‌ها را همراه کنند و هم به تلاش تکراری منجر شوند.

۲-۴ الحاقیه‌های نظریه اصلی

در اینجا الحاقیه‌های مختلف نظریه اصلی مورد بحث در بخش ۱-۴ را بررسی و به‌ویژه، درباره دعای دارای ارزش منفی، افشای مورد لزوم و ارادی اطلاعات پیش از محاکمه، انتقال هزینه‌های قانونی براساس نتیجه محاکمه، استنتاج از نتایج محاکمه، عناصر نتایج غیر از حکم و نقش وکلا و بیمه‌گران در دادخواهی تحقیق می‌کنم. بررسی این موضوعات به تکمیل درک ما از دادخواهی کمک می‌کند.^۱

۱. موضوعات بسیار دیگری وجود دارند که در اینجا مورد بحث نیستند و در رابطه با دادخواهی مورد علاقه می‌باشند: به‌عنوان مثال، دعاوی طبقاتی و قضاوت متوالی در مقابل قضاوت مشترک درباره مسائل یک دعوی. هدف من جامع ←

۴-۲-۱ دعاوی دارای ارزش منفی

۴-۲-۱-۱ تعریف و جنبه گنج‌کننده دعاوی دارای ارزش منفی

خواهان‌ها گاهی اوقات دعاوی را اقامه می‌کنند که درواقع مایل به پیگیری آنها نیستند. این دعاوی را دعاوی دارای ارزش منفی می‌خوانند زیرا برای خواهان‌هایی که این دعاوی را اقامه می‌کنند، منافع مورد انتظار دادخواهی تحت غلبه هزینه‌ها قرار می‌گیرند. دلیل اینکه با این حال این دعاوی اقامه می‌شوند آن است که خواهان‌ها ممکن است بدین‌وسیله قادر باشند به مصالحه‌های مثبتی با خواندگان دست یابند. این ادعا درباره مصالحه‌های ناشی از دعاوی دارای ارزش منفی بلافاصله یک سؤال به‌وجود می‌آورد:

چرا یک خواننده مایل به پرداخت مبلغی در قالب مصالحه به خواهانی است که واقعاً محاکمه را تکمیل نخواهد کرد؟ یعنی اگر خواهان تهدید معتبری برای ادامه محاکمه در دست ندارد، چرا خواننده مبلغی را برای مصالحه می‌پردازد - و اگر خواننده مایل به پرداخت نیست چرا خواهان در وهله اول اقامه دعوی می‌کند؟ براساس فرضیه‌های مختلف ممکن است دو پاسخ اساسی به این سؤال داده شود.^۱

۴-۲-۱-۲ توضیحاتی برای دعاوی دارای ارزش منفی

اولین پاسخ به این امکان مربوط می‌شود که خواندگان نمی‌دانند آیا خواهان مایل به رفتن به محاکمه هست یا خیر. اگر خواننده‌ای این اطلاعات را نداشته باشد، برای او منطقی است که با خواهان به‌خاطر امکان رفتن به محاکمه مصالحه کند. خواننده مایل به پرداخت رقمی برای مصالحه خواهد بود اگر نسبت خواهان‌هایی که مایل به رفتن به محاکمه هستند (زیرا آنها یک عایدی مورد انتظار مثبت از محاکمه کسب می‌کنند) نسبت به خواهان‌هایی که ظاهری نامشخص دارند به قدر کفایت زیاد باشد. به عبارت دیگر، تصمیمات آنهایی که ظاهری نامشخص دارند به موفقیت خواهان‌هایی وابسته است که مایل به رفتن به محاکمه می‌باشند. اجازه دهید توضیح دهم.

→ بودن نیست بلکه بیشتر می‌خواهم نشان دهم که چگونه تجزیه و تحلیل اصلی بخش قبل را می‌توان تفصیل داد تا عوامل اضافی مربوط را دربرگیرد. همچنین قصد دارم برخی از عوامل مهم‌تر را مورد بررسی قرار دهم.

۱. برای تحقیق در نوشته‌های راجع به دعاوی دارای ارزش مورد انتظار منفی به بیچاک ۱۹۹۸ رجوع کنید.

مثال ۱. دو گروه خواهان وجود دارند: یک اقلیت ده درصدی که زیان‌ها برای آنها پایین هستند (مثلاً ۲۰)، و گروه دیگر نود درصدی که زیان‌ها برای آنها ۱۰۰ هستند. خواهان‌ها اگر به محاکمه بروند زیان‌هایشان را به وسیله احکام جبران می‌کنند. هزینه محاکمه برای همه خواهان‌ها ۳۰ می‌باشد. بنابراین خواهان‌هایی که زیان کمی کرده‌اند مایل به رفتن به محاکمه نیستند زیرا هزینه ۳۰ بر حکم ۲۰ مورد انتظار آنها غلبه دارد. اما خواهان‌های دیگر که خالص ۷۰ را از محاکمه کسب می‌کنند مایل به رفتن به محاکمه هستند.

تصور می‌شود خواندگان قادر به گفتن اینکه یک خواهان زیان کمی دیده یا زیان بالایی دیده و درواقع مایل به رفتن به محاکمه است یا نه نیستند. اجازه دهید نشان دهیم که یک خواننده منطقی در مصالحه عدد ۷۰ را پیشنهاد می‌کند تا موفق به مصالحه با خواهان‌های مواجه با زیان بالا شود. فرض کنید هزینه‌های محاکمه برای خواندگان ۲۵ باشد، در این صورت اگر خواننده‌ای ۷۰ پیشنهاد کند می‌داند که همه خواهان‌ها مصالحه خواهند کرد و بنابراین هزینه‌اش ۷۰ خواهد بود. خواننده یک رقم مثبت کمتر از ۷۰ برای مصالحه پیشنهاد نخواهد کرد زیرا هر رقم مثبتی کمتر از ۷۰ از سوی خواهان‌هایی که زیان بالا دیده‌اند رد خواهد شد و فقط خواهان‌هایی که زیان کم دیده‌اند منتفع می‌شوند که به محاکمه نرفته‌اند. اما اگر خواننده چیزی پیشنهاد نکند، همه خواهان‌های دارای زیان بالا به محاکمه خواهند رفت و هزینه مورد انتظار او $112/5 = 125 \times 90\%$ خواهد بود که بیشتر از ۷۰ است. بنابراین، برای خواننده بهتر است که ۷۰ را پیشنهاد کند و به ۱۰ درصد خواهان‌های دارای زیان کم نیز ولو اینکه آنها به محاکمه نخواهند رفت، ۷۰ را بپردازد تا از ۹۰ درصد خواهان‌هایی که به محاکمه می‌روند یک پس‌انداز ناشی از مصالحه به دست آورد.

اما به هر حال، اگر تعداد خواهان‌های دارای زیان کم که به خواهان‌های دارای زیان بالا تغییر ظاهر می‌دهند به قدر کافی زیاد باشد (بیش از ۴۴ درصد کل خواهان‌ها) خواندگان پیشنهاد مصالحه مثبت نخواهند کرد.^۱

به‌طور کلی، حضور خواهان‌هایی که ظاهری نامشخص دارند پیشنهادهای مصالحه‌ای

۱. در ۴۴ درصد، هزینه مورد انتظار برای خواننده‌ای که چیزی پیشنهاد نمی‌دهد $70 = 125 \times 56\%$ است درست معادل هزینه‌اش اگر ۷۰ پیشنهاد کند.

را که خواندگان ارائه می‌کنند کاهش می‌دهد و این بدان معناست که محاکمات بیشتری وجود خواهد داشت زیرا خواهان‌های بیشتری که مایل به رفتن به محاکمه هستند پیشنهاد مصالحه با رقم کمتر را رد خواهند کرد و به محاکمه می‌روند.^۱

توضیح دوم برای دعاوی دارای ارزش منفی وقتی ایجاد می‌شود که اگر خوانده مبلغی را برای دفاع خرج نکند (مثلاً، برای تهیه مدرک جهت غلبه بر یک دعوی بی‌اساس) خواهان قادر به تحصیل یک حکم است حال آنکه اگر خوانده این رقم را خرج کند خواهان بازنده خواهد شد (چون دعوی بی‌اساس است). در چنین وضعیتی، خوانده منطقاً مبلغ مثبتی را در قالب مصالحه می‌پردازد تا از الزام به تحمل هزینه دفاع اجتناب کند. بنابراین، اگر بدون اقامه دعوی شانس رسیدن به مصالحه وجود نداشته باشد، خواهان اقامه دعوی خواهد کرد تا امکان مصالحه به وجود آید. یک مثال این نکته را روشن خواهد کرد.^۲

مثال ۲. خواهان می‌تواند با هزینه ۱۰ دعوایی اقامه کند و در این صورت می‌دانیم که اگر خوانده از خودش دفاع نکند حکمی معادل ۱۰۰ نصیب خواهان خواهد شد. اما اگر خوانده با هزینه ۳۰ از خود دفاع کند، خوانده غالب خواهد شد و خواهان چیزی به دست نخواهد آورد. بنابراین توجه کنید که اگر انتظار مذاکره برای مصالحه وجود نداشت، خواهان اقامه دعوی نمی‌کرد زیرا اگر این کار را می‌کرد ۱۰ واحد خرج می‌نمود و خوانده منطقاً دفاع می‌کرد و خواهان قطعاً می‌باخت.

به هر حال، زمانی که خواهان اقامه دعوی می‌کند، می‌تواند تا ۳۰ واحد در مصالحه از خوانده اخذ کند و خوانده می‌تواند مثلاً ۲۵ بپردازد تا خواهان دعوی را رها کند زیرا در غیر این صورت خوانده مجبور است ۳۰ خرج کند تا از پرداخت ۱۰۰ به خواهان اجتناب ورزد. خواهان ممکن است با علم به اینکه می‌تواند رقم مثبتی از خوانده اخذ

۱. در مثال ما، این پدیده اتفاق نیافتد زیرا فقط یک گروه خواهان وجود داشت که مایل به رفتن به محاکمه بودند. اما اگر بیش از یک گروه وجود می‌داشت، یا یک زنجیره از خواهان‌ها وجود داشت، حضور خواهان‌هایی که تمایل به رفتن به محاکمه ندارند را عموماً می‌توان نشان داد که حجم هر پیشنهاد مثبتی که خوانده در غیر این صورت ارائه می‌کرد را کاهش می‌دهند. این موضوع در بیچاک ۱۹۸۸ که ابتدا نکته مورد بحث را مطرح کرد نشان داده شده است. همچنین رجوع کنید به کاتز ۱۹۹۰ الف.

۲. نکته مورد بحث همان‌گونه که در مثال توضیح داده شد در روزنبرگ و شاول ۱۹۸۵ مطرح شده است.

کند، به اقامه دعوی روی آورد و تا زمانی که رقم مورد انتظار در قالب مصالحه فراتر از هزینه اقامه دعوی یعنی ۱۰ باشد این کار را خواهد کرد.^۱

در اینجا دو فرضیه کلیدی، علی‌رغم آنکه اگر خوانده برای دفاع هزینه کند خواهان بازنده خواهد بود، به خواهان اجازه دستیابی به یک مصالحه را می‌دهند.

اول اینکه برای خواهان اقامه دعوی ارزان‌تر تمام می‌شود و در نتیجه ایجاد تهدید به برنده شدن و دوم اینکه برای خوانده دفاع کردن از خود نسبتاً گران خواهد بود. این وضعیتی است که در تعداد زیادی از موارد وجود دارد اما در بسیاری دیگر، خواهان فقط به‌خاطر اینکه اقامه دعوی کرده است به‌راحتی برنده نمی‌شود و مجبور به تحمل هزینه‌های قابل توجه دیگری برای غلبه کردن در محاکمه خواهد بود، لذا امکان دستیابی به یک مصالحه نمی‌تواند در مبادرت وی به اقامه دعوی مؤثر افتد.^۲

۳-۱-۲-۴ آیا دعاوی دارای ارزش منفی از نظر اجتماعی نامطلوب هستند؟

دعاوی دارای ارزش منفی غالباً از نظر اجتماعی نامطلوب هستند، اما نمی‌توان گفت که آنها لزوماً نیز از نظر اجتماعی نامطلوب می‌باشند.

ابتدا دعوائی را در نظر بگیرید که خواهان استحقاق ندارد، بدین‌مفهوم که اگر وقایع کشف شوند خواهان قطعاً برنده نخواهد شد. به‌عنوان مثال، تصور کنید که خواهان واقعاً متحمل آسیب نشده است. اگر چنین خواهانی یک دعوی دارای ارزش منفی را اقامه

۱. در منطق محض، خواهان ممکن است قادر باشد بی‌آنکه هزینه ۱۰ واحدی اقامه دعوی را متقبل گردد به مصالحه‌ای دست یابد؛ او می‌تواند تهدید به اقامه دعوی کند و یک خواننده منطقی ممکن است بلافاصله (در مقابل ۲۰ واحد - هزینه‌های دفاع ۳۰ منهای هزینه خواهان برای اقامه دعوی ۱۰) مصالحه کند.

۲. اگرچه دو توضیح ارائه شده در این قسمت دو توضیح عمده برای دعاوی دارای ارزش منفی هستند اما توضیحات دیگری هم وجود دارند. بیچاک ۱۹۹۶ نشان می‌دهد این واقعیت که هزینه‌های قانونی در مراحل مختلف در طول زمان صورت می‌گیرند ممکن است منتهی به دعاوی دارای ارزش منفی شوند. به‌ویژه اگر یک خواهان اقامه دعوی کند و مبالغی قبل از محاکمه پرداخت کند، درست قبل از محاکمه، با صرف مبالغی از قبل، باقی‌مانده هزینه محاکمه ممکن است کمتر از حکم مورد انتظار باشد. از این‌رو، در نقطه‌ای درست قبل از محاکمه، او تهدید معتبری برای پیگیری در دست خواهد داشت. این در ابتدا بدین‌مفهوم است که او ممکن است تهدید معتبری برای پیگیری داشته باشد و بتواند مصالحه‌ای به‌دست آورد ولو اینکه اگر مجبور بود به محاکمه برود، هزینه کل او از حکم مورد انتظار فراتر می‌رفت (منطق مشابه منطق پاورقی قبلی است).

کند (همان گونه که به هریک از دلایل مورد بحث ممکن است این کار را بکند)، از نظر اجتماعی نامطلوب است و به ویژه منجر به انحراف انگیزه‌ها می‌شود. زیرا از جمله اشخاصی را که با دعاوی دارای ارزش منفی مواجه می‌شوند مجبور می‌سازد تا اقدامات احتیاطی بیش از حد به عمل آورند یا آنها را از اشتغال به فعالیت‌هایی که برای آنها دارای منافع فراتر از هزینه‌های اجتماعی واقعی است باز می‌دارد. چنین دعاوی بدون هیچ هدف اجتماعی هزینه‌های دادخواهی ایجاد و خطر تحمیل می‌کنند.

اکنون دعاوی را در نظر بگیرید که شایستگی احتمالی دارند و شاید خواهان از برد مطمئن است اما با این حال دعاوی دارای ارزش منفی هستند، زیرا هزینه‌های محاکمه فراتر از حکم مورد انتظار است. این دعاوی ممکن است از نظر اجتماعی نامطلوب باشند یا نامطلوب نباشند. همان گونه که در قسمت ۲-۱-۴ بحث شد، انگیزه خصوصی برای اقامه دعوی ممکن است با انگیزه اجتماعی تفاوت داشته باشد. ممکن است اقامه برخی دعاوی که قربانیان به خاطر اینکه آسیب‌شان و در نتیجه احکامی که به دست می‌آورند کمتر از هزینه‌های دادرسی است تمایلی به اقامه آنها ندارند، از نظر اجتماعی برای آنها خوب باشد زیرا انگیزه‌های سودمندی به وجود می‌آورند. اگر چنین قربانیانی دریابند که می‌توانند با اقامه دعوی وانمود کنند که جزء قربانیان دارای زیان بالا هستند و مصالحه‌های مثبتی به دست آورند، این ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشد چون به طور ضمنی بازدارندگی کمتر آسیب‌های جزئی را که به خاطر هزینه‌های دادخواهی نادیده گرفته می‌شوند جبران می‌کند، این نشان می‌دهد که دعاوی دارای ارزش منفی خصوصی، ممکن است از نظر اجتماعی برخلاف انتظار معمول مطلوب باشند.^۱

۲-۲-۲ سهمیم شدن در اطلاعات پیش از دادرسی

۴-۲-۲-۱ انگیزه سهمیم شدن در اطلاعات

در بحث مصالحه در مقابل دادرسی در بخش ۱-۴، من فرض کردم که اطلاعات طرفین به نحو برون‌زا تعیین می‌شود: یا اطلاعات در زمینه قرار داشت و پیش‌بینی‌های احتمالاً

۱. برای بررسی اینکه چگونه ممکن است دعاوی دارای ارزش منفی کاهش دهند رجوع کنید به کاتز ۱۹۹۰، الف و پولینسکی و رابین فلد ۱۹۹۳، ۱۹۹۶.

نامتجانس طرفین را تحت تأثیر قرار می‌داد، یا به‌طور صریحی فرض می‌شد که اطلاعات نامتقارن هستند.

به‌هر حال، به‌طور کلی، متداعیین برای سهمیم شدن در اطلاعات یکدیگر پیش از دادرسی انگیزه‌های قوی دارند تا مصالحه را تقویت و شرایط آن را بهبود بخشند.^۱ به‌عنوان مثال، خواهانی را در نظر بگیرید که قصد دارد با ارائه اطلاعات خود به خواننده اثبات کند که زیان‌هایش در واقع بالاتر از آن چیزی است که خواننده باور دارد. اگر خواننده‌ای فکر کند خواهانی که اطلاعاتی دربارهٔ زیان‌هایش افشا نمی‌کند احتمالاً متحمل زیان‌هایی در حدود ۱۰ هزار دلار شده است، اما خواهان در واقع با زیان ۲۰ هزار دلاری روبه‌رو شده باشد، خواهان تمایل دارد به خواننده اثبات کند که زیان‌هایش ۲۰ هزار دلار هستند تا او را به پرداخت مبلغ بیشتری در قالب مصالحه ترغیب کند و شاید از بن‌بستی که به دادرسی منجر خواهد شد اجتناب کند. (یک راه بیان این نکته ملاحظهٔ این واقعیت است که خواهان می‌خواهد اثبات کند زیان‌هایش ۲۰ هزار دلار هستند تا از بروز بدبینی ناشی از قصور خود در افشای اطلاعاتی که خواننده را متوجه میزان واقعی خسارت می‌کنند اجتناب ورزد).^۲ خواننده نیز می‌خواهد به خواهان مدرکی نشان دهد که به عدم مسئولیت قانونی وی در یک حادثه اشاره دارد تا خواهان را قانع سازد که یک رقم پیشنهادی کمتر را برای مصالحه بپذیرد.

انگیزه‌هایی که طرفین را به آشکارسازی اطلاعات برای یکدیگر وادار می‌کنند باعث افشای داوطلبانه و قابل توجه اطلاعات می‌شوند. در حقیقت به‌خاطر افشای داوطلبانهٔ منطقی اطلاعات، همیشه در یک نمونهٔ پایهٔ دادخواهی که در آن اطلاعات خصوصی یک طرفه قابل افشا برای طرف مقابل وجود دارد، امکان مصالحه وجود خواهد داشت.^۳

۱. انگیزهٔ سهمیم شدن در اطلاعات قبل از دادرسی در شاول ۱۹۸۹ تجزیه و تحلیل شد که این قسمت از کتاب آن تجزیه و تحلیل را بسیار خلاصه بیان می‌کند.

۲. آشکارسازی اطلاعات برای اجتناب از یک استنتاج منفی از سکوت، گاهی اوقات به‌منزله یک پدیدهٔ گشایشگر مورد اشاره قرار می‌گیرد. در این مورد به تحقیق گرتنر ۱۹۹۸ رجوع کنید.

۳. برای ملموس‌تر بودن مطلب فرض کنید که خواهان‌ها اطلاعات خصوصی دربارهٔ حجم زیان‌هایشان دارند. در این نمونه، فرضیات به‌شرح ذیل است. خواهان ابتدا تصمیم می‌گیرد که آیا زیان‌هایش را برای خواننده آشکار سازد یا خیر. سپس خواننده یک پیشنهاد مصالحه ارائه می‌کند، خواهان یا پیشنهاد را می‌پذیرد یا به دادرسی می‌رود البته^۴

به عبارت دیگر، وقتی طرف دارای اطلاعات خصوصی قادر به شراکت گذاشتن آن با طرف مقابل است این واقعیت که عدم تقارن ابتدایی اطلاعات وجود دارد به دادرسی منتهی نخواهد شد.^۱ بنابراین توضیح، برای وقوع دادرسی باید درک عمیق تر از وضعیت متداعیین به عنوان ملاک مورد توجه قرار گیرد.

۲-۲-۴ بعضی اطلاعات به شراکت گذاشته نمی شوند و ممکن است دادرسی به وجود آید

علی رغم انگیزه هایی برای سهمیم شدن در اطلاعات، بعضی اطلاعات مورد شراکت قرار نمی گیرند و این ممکن است به دادرسی منتهی گردد.^۲ دو دلیل اصلی وجود دارند که چرا ممکن است اطلاعات مورد شراکت قرار نگیرند. اولین دلیل این است که ممکن

→ هر طرف به طور منطقی به نفع خودش عمل می کند. یک جنبه از عقلانیت این است که وقتی خواننده تصمیم می گیرد چقدر به یک خواهان ساکت پیشنهاد کند، توزیع احتمال زبان ها در میان خواهان های ساکت را در نظر می گیرد. (یعنی یک استنتاج منفی درباره زبان های واقعی شان به عمل می آورد - چرا آنها ساکت می مانند؟).

۱. به طور کلی این واقعیت دارد ولو اینکه سهمیم شدن در اطلاعات کامل نیست. مثال زیر را در نظر بگیرید. زبان های خواهان ها بین ۱۰ هزار دلار و ۵۰ هزار دلار توزیع شده اند، هزینه های دادرسی برای خواهان ها ۳ هزار دلار و هزینه های دادرسی برای خواننده ۵۰۰۰ دلار است. اکنون این درست است که وضعیتی که در آن تعداد بسیار زیادی از خواهان ها ساکت باشند نمی تواند روی دهد زیرا خواهان های فرضاً ساکت با زبان های نسبتاً زیاد تصمیم به افشای زبان هایشان می گیرند تا مبلغ بالاتری به دست آورند. به عنوان مثال، فرض کنید که همه خواهان ها با زبان هایی بین ۱۰ هزار و ۳۰ هزار دلار ساکت هستند و اینکه خواهان های ساکت پیشنهادی معادل ۱۸ هزار دلار دریافت می کنند (خواننده پیشنهادش را با علم به توزیع احتمال زبان های خواهان های ساکت انتخاب می کند). خواهان هایی که زبان هایشان ۳۰ هزار دلار است، افشای زبان هایشان را برمیگزینند زیرا اگر چنین خواهانی زبان هایش را آشکار کند می تواند حداقل ۳۰ هزار دلار منهای ۳ هزار دلار (هزینه های دادخواهی اش) یا ۲۷ هزار دلار از خواننده تحصیل کند. این اثر گشایشگر، به هر حال، منجر به این نخواهد شد که بالاترین خواهان های ساکت زبان هایشان را آشکار سازند اگر گروه ساکت به قدر کافی کوچک باشد. به عنوان مثال فرض کنید که گروه ساکت متشکل از خواهان های بین ۱۰ هزار دلار تا ۱۵ هزار دلار است و اینکه خواننده به خواهان های ساکت ۱۲ هزار دلار پیشنهاد می کند. پس بالاترین خواهان که زبان هایش ۱۵ هزار دلار است با آشکار ساختن زبان هایش نفعی نمی برد، زیرا او یک پیشنهاد ۱۵ هزار دلار منهای ۳ هزار دلار یعنی درواقع ۱۲ هزار دلاری دریافت می کند. به علاوه، می توان نشان داد که خواننده ممکن است نخواهد پیشنهادش را به کمتر از ۱۲ هزار دلار کاهش دهد، زیرا اگرچه ممکن است مبالغی را برای او از اکثریت گروه ساکت پس انداز کند، او به خاطر اقلیتی که امتناع خواهند کرد و به دادرسی خواهند رفت بیشتر زیان می کند زیرا مجبور خواهد شد هزینه های دادخواهی اش را بپردازد.

۲. دلایلی که در اینجا ارائه می شوند برای آنکه چرا اشخاص اطلاعات را افشا نمی کنند با آنچه در پاورقی قبلی مورد بحث قرار گرفت که دلیل برای کوتاهی در افشا بودند با دلیلی که به دادرسی منتهی می شود، متمایز هستند.

است سهمیم شدن در اطلاعات به یک روش قابل اعتماد ولو اینکه شخصی بخواهد آن کار را انجام دهد، مشکل باشد. یک خواهان ممکن است بداند که زیان‌هایش ۲۰ هزار دلار است اما قادر به ارائه آن در طول مذاکرات مربوط به مصالحه نباشد (زیرا مثلاً باید کارشناسانی تا زمان دادرسی استخدام شوند که زیان‌ها را مشخص سازند). بنابراین، ممکن است خواننده براساس عقیده خود که زیان‌های خواهان فقط ۱۰ هزار دلار است، پیشنهادی ارائه دهد و نتیجه این امر تمایل خواهان به دادرسی است. وقتی برخی اشخاص به‌طور معتبری قادر به سهمیم شدن در اطلاعات نیستند این امر یک اثر سوء به دنبال خواهد داشت: اشخاص خاصی که قادر به ابراز اطلاعاتشان هستند تصمیم به سکوت می‌گیرند تا بتوانند خود را به‌عنوان کسانی که قادر به افشای اطلاعاتشان نیستند جا بزنند. به‌عنوان مثال، اگر گروه خواهان‌هایی که قادر به نشان دادن اطلاعاتشان به‌طور معتبری نیستند دارای زیان‌هایی با میانگین ۲۰ هزار دلار باشند، خواهانی که زیان‌هایش فقط ۵ هزار دلار است و می‌تواند آن را افشا کند ممکن است سکوت را انتخاب کند تا با او مثل خواهان‌هایی که زیان‌هایی با میانگین ۲۰ هزار دلار دارند رفتار شود و در نتیجه در مصالحه پیشنهادی بیش از آنچه در صورت افشای زیان‌های کم خود کسب می‌کرد، به او بشود. بنابراین، به‌عنوان یک موضوع کلی، وقتی بعضی اشخاص قادر به افشای اطلاعات نیستند، برای دیگر اشخاصی که می‌توانند اطلاعاتشان را افشا کنند، ساکت ماندن سودمند خواهد بود.^۱

دلیل عمده دوم که چرا اطلاعات ممکن است افشا نشوند این است که افشای اطلاعات ممکن است ارزش آن را برای شخص کاهش دهد زیرا طرف مقابل ممکن است بتواند در دادرسی با استفاده از اطلاعات قبلی به مقابله با خواهان بپردازد. مثلاً، خواهان ممکن است اطلاعاتی را که نشان می‌دهند زیان او ۲۰ هزار دلار است افشا نکند، زیرا خواننده فرصت

۱. این به‌نوبه خود می‌تواند احتمال دادرسی را افزایش دهد. در مثال خواهان‌های با زیان کم که تصمیم می‌گیرند ساکت بمانند و به گروهی که قادر به آشکارسازی اطلاعاتشان نیستند ملحق شوند، پیشنهاد منطقی که خوانندگان ارائه می‌کنند کمتر از در حالتی غیر از آن خواهد بود (زیرا خوانندگان می‌دانند که برخی خواهان‌های ساکت فقط به‌خاطر آنکه زیان‌هایشان کم است ساکت مانده‌اند) و این پیشنهاد کاهش‌یافته برای مصالحه ازسوی بیشتر خواهان‌های ساکت که نمی‌توانند زیان‌هایشان را آشکار کنند رد خواهد شد و بنابراین احتمال دادرسی افزایش خواهد یافت.

خواهد داشت کارشناسی پیدا کند که قادر باشد دربارهٔ مدرک خواهان ایجاد تردید کند و آنچه را که او می‌تواند در دادرسی به‌دست آورد به ۱۵ هزار دلار کاهش دهد. عدم افشای این اطلاعات از سوی خواهان می‌تواند به دادرسی منجر شود.^۱

۴-۲-۳ افشای اجباری اطلاعات پیش از دادرسی: کشف

محاکم ممکن است مقرر کنند که یک متداعی اطلاعات خاصی را برای طرف دیگر افشا کند. یعنی یک متداعی ممکن است از حق قانونی کشف اطلاعات طرف دیگر برخوردار شود.

۴-۲-۳-۱ اثر کشف فقط کمی بیش از اثر افشای داوطلبانه است

عموماً اعتقاد بر این است که حق کشف به میزان قابل توجهی احتمال مصالحه را افزایش می‌دهد زیرا تفاوت‌های موجود در اطلاعات طرفین را کاهش می‌دهد. اما همان‌طور که در قسمت ۴-۲-۲ تأکید شد، امکان سهیم شدن ارادی در اطلاعات نیز می‌تواند وجود داشته باشد لذا تأثیر افشای اجباری اطلاعات از طریق کشف بر مصالحه لزوماً مهم نخواهد بود. درحقیقت، اثر کشف بر مصالحه در نمونهٔ پایه که شخص قادر به افشای اطلاعات خصوصی خویش است دیده نمی‌شود، چون در آن وضعیت همیشه مصالحه به دلیل افشای ارادی واقع خواهد شد.^۲

برای درک اینکه کشف چگونه بر نتایج اثر می‌گذارد، دلایل غیرداوطلبانه بودن مشارکت در اطلاعات را در نظر بگیرید. اولین دلیلی که من در قسمت ۴-۲-۲ ذکر کردم این بود که یک طرف ممکن است قادر به نشان دادن اطلاعاتش به‌طور معتبر نباشد، از قبیل خواهانی که تا وقتی کارشناس استخدام شود قادر به اثبات زیان‌هایش

۱. به‌ویژه بدانید که اگر خواهان اطلاعات را افشا کند، تهدید او فقط بردن ۱۵ هزار دلار در دادرسی خواهد بود، لذا خوانده می‌تواند به‌اندازهٔ ۱۲ هزار دلار به او پیشنهاد کند (یعنی ۱۵ هزار دلار منهای ۳ هزار دلار هزینه‌های دادخواهی). اما اگر خواهان ساکت باشد و به دادرسی برود بیشتر سود خواهد برد چون نفع خالص او ۱۷ هزار دلار می‌باشد.

۲. اولین نمونه از کشف در سوبل ۱۹۸۹ مطرح شد اما تجزیه و تحلیل او رفتار اشخاصی که اطلاعات را داوطلبانه افشا می‌کنند تعیین نمی‌کند لذا اثر کشف در مقابل زمینهٔ افشای داوطلبانه تأیید نمی‌شود. به‌هرحال، شاول ۱۹۸۹ تفاوتی که کشف به‌وجود می‌آورد را با در نظر گرفتن اینکه افشای داوطلبانهٔ اطلاعات بدون کشف وجود خواهد داشت تعیین می‌کند، نکات اصلی این مقاله در اینجا ذکر می‌شوند. همچنین به کار مرتبط متعاقب کوتر و رابین فلد ۱۹۴۹، های ۱۹۹۴، منوکی و ویلسون ۱۹۹۸، شراگ ۱۹۹۹ و شفر ۱۹۹۹ و نیز تحقیق رابین فلد ۱۹۹۸ رجوع کنید.

نیست. کشف نمی‌تواند اثری بر این نوع خواهان داشته باشد، زیرا او قادر نیست زیان‌هایش را اثبات کند (زیرا هنوز گزارش کارشناسی را در اختیار ندارد).

اما من همچنین یادآوری کردم برخی اشخاص که قادر به افشای اطلاعات هستند تصمیم می‌گیرند چنین نکنند (از قبیل خواهان‌های با زیان کم که می‌توانند زیان‌هایشان را آشکار سازند). این اشخاص به وسیله کشف به افشای اطلاعاتشان مجبور می‌شوند. به علاوه افشای اطلاعات این اشخاص یک اثر غیرمستقیم و پیچیده بر پیشنهاد‌های مصالحه خواهد داشت که نرخ مصالحه را افزایش می‌دهد.^۱

اکنون اثر مستقیم‌تر کشف را بر اشخاصی در نظر بگیرید که قادر به افشای اطلاعات هستند اما چون ممکن است در دادرسی مورد تقابل قرار گیرد این کار را نمی‌کنند. این اشخاص مجبور به افشای اطلاعاتشان به موجب کشف خواهند شد و همین امر به وضوح منجر به مصالحه بیشتر خواهد شد.

۲-۳-۲ کشف یک تهدید پرهزینه

اطاعت از الزامات کشف، جدا از اثراتش بر انتقال اطلاعات، غالباً پرهزینه است زیرا احتمال دارد وقت و منابع قابل توجهی برای تولید اطلاعات خواسته شده مورد نیاز باشد. این نکته مسائلی را درباره استفاده از الزامات کشف به عنوان تهدید برمی‌انگیزد زیرا در نظام کنونی ما هزینه‌های متابعت از الزامات کشف، عموماً بر دوش طرفی که از او تقاضای متابعت شده است تحمیل می‌شوند.

۳-۲-۳ کشف و مطلوبیت اجتماعی

مسئله مطلوبیت اجتماعی کشف شامل چندین مورد می‌شود. همان‌گونه که ذکر شد، تا جایی که طرف درخواست‌کننده کشف متحمل هزینه‌هایش نمی‌شود، انگیزه خصوصی برای درگیر شدن در کشف، ممکن است از نظر اجتماعی افراطی باشد.

۱. چون خواهان‌های کمتر زیان‌دیده که می‌توانند زیان‌هایشان را آشکار سازند به انجام این کار مجبور می‌شوند، خواندگان پیشنهاد‌های مصالحه خود را به خواهان‌هایی که قادر به ارائه اطلاعات درباره زیان‌هایشان نیستند افزایش می‌دهند. این باعث افزایش نرخ مصالحه خواهد شد چون خواهان‌های بیشتری که قادر به افشای زیان‌هایشان نیستند پیشنهاد مصالحه را به جای رفتن به دادرسی می‌پذیرند.

همچنین، منافع اجتماعی کشف، شامل ترویج بازدارندگی از طریق توسعه بهتر اطلاعات (که بر مصالحه‌ها و بر نتایج دادرسی اثر می‌گذارد) و دادرسی‌های مؤثرتر (به‌خاطر اینکه طرفین اطلاعات مربوط را قبل از دادرسی‌ها در اختیار دارند) می‌شود. از آنجایی که این منافع اجتماعی عموماً با منافع خصوصی اختلاف دارند، این تردید وجود دارد که انگیزه‌های خصوصی برای درگیر شدن در کشف، خواه افراطی و خواه ناکافی، بسته به مشخصات وضعیت، ممکن است اغلب از نظر اجتماعی نامطلوب باشند.^۱

۴-۲-۴ انتقال هزینه‌های قانونی به بازنده دادرسی

تا اینجا فرض کرده‌ایم که طرفین هزینه‌های قانونی خود را متقبل می‌شوند؛ این امر غالباً به‌عنوان قاعده آمریکایی برای تخصیص هزینه‌های قانونی مورد اشاره قرار می‌گیرد. متقابلاً، تقبل هزینه‌های قانونی را می‌توان به نتیجه دادرسی منوط کرد.^۲ یک شکل عمده چنین انتقال هزینه‌ای را به اصطلاح قاعده انگلیسی می‌نامند که به موجب آن، بازنده دادرسی هزینه‌های قانونی خود و رقیبش را تقبل می‌کند. من در اینجا توجه را به این شکل از انتقال هزینه معطوف خواهیم کرد.^۳

۱. گاهی به این دیدگاه برمی‌خوریم که کشف از نظر اجتماعی نامطلوب است اگر هزینه‌هایش فراتر از منافع آن برای طرفی که کشف را تحصیل می‌کند باشد. این دیدگاه درستی نیست، زیرا منافع خصوصی طرفی که در جست‌وجوی کشف است، یک پیشرفت در شرایط مصالحه یا نتایج دادرسی، فقط یک ارتباط ضعیف با منافع اجتماعی کشف دارند.

۲. برای مشاهده نمونه‌هایی از نوشته‌های اقتصادی راجع به انتقال هزینه رجوع کنید به هیوز و اسنایدر ۱۹۹۸. برای مطالعه تجربی انتقال هزینه، به‌عنوان مثال رجوع کنید به هیوز و اسنایدر ۱۹۹۵، کریترز ۱۹۸۴، و اسنایدر و هیوز ۱۹۹۰.

۳. اشکال دیگری از انتقال هزینه وجود دارند و تجزیه و تحلیل آنها در بسیاری جنبه‌ها در یک مسیر مستقیم از آنچه در اینجا گفته خواهد شد درباره قاعده انگلیسی پیروی می‌کنند. به موجب انتقال هزینه به نفع خواهان، خوانده مجبور است هزینه‌های خواهان را بپردازد اگر خواهان برنده شود اما خواهان مجبور به پرداخت هزینه‌های خوانده در صورت برنده شدن او نیست. به موجب انتقال هزینه به نفع خوانده، عکس این مطلب صحت دارد. هزینه‌ها ممکن است به طریق پیچیده‌تری نیز منتقل شوند بسته به اینکه مبلغ حکم در دادرسی بیشتر یا کمتر از پیشنهاد مصالحه باشد؛ برای تجزیه و تحلیل اقتصادی این گونه قواعد مربوط به «پیشنهاد مصالحه» رجوع کنید به بیچاک و چانگ ۱۹۹۹، میلر ۱۹۸۶ و اسپایر ۱۹۹۴ الف. برای یک توصیف کلی از اعمال واقعی انتقال هزینه رجوع کنید به درفتر و ولف ۱۹۹۵.

۴-۲-۴-۱ اثرات انتقال هزینه بر اقامه دعوی

انتقال هزینه دلالت‌های ضمنی بر انگیزه تعقیب دارد. انتقال هزینه در وضعیت‌هایی که خواهان‌ها احتمالاً برنده می‌شوند منتهی به دعاوی بیشتری می‌شود، چون این بدان معناست که خواهان‌ها بعید است مجبور به پرداخت مخارج قانونی‌شان باشند.

فرض کنید احتمال پیروزی خواهان ۷۰ درصد است و میزان حکم ۱۰۰ هزار دلار و هزینه‌های دادرسی خواهان و خوانده هریک ۸۰ هزار دلار خواهد بود. در این صورت به موجب قاعده آمریکایی، خواهان اقامه دعوی نخواهد کرد چون هزینه‌هایش یعنی ۸۰ هزار دلار فراتر از عایدی مورد انتظارش یعنی ۷۰ هزار دلار است؛ به موجب قاعده انگلیسی، اقامه دعوی می‌کند چون هزینه‌های مورد انتظارش فقط $160/000 \times 30\%$ یعنی ۴۸ هزار دلار خواهد بود.

متقابلاً، انتقال هزینه در وضعیت‌هایی که بعید است خواهان‌ها برنده شوند، به دعاوی کمتر منجر خواهد شد. فرض کنید احتمال پیروزی خواهان فقط ۳۰ درصد است و میزان حکم ۱۰۰ هزار دلار و هزینه‌های قانونی خواهان ۱۰ هزار دلار و هزینه‌های قانونی خوانده ۸۰ هزار دلار است. در این صورت به موجب قاعده آمریکایی، خواهان تعقیب خواهد کرد زیرا ۱۰ هزار دلار کمتر از ۳۰ هزار دلار عایدی مورد انتظار است؛ اما به موجب قاعده انگلیسی، خواهان تعقیب نخواهد کرد زیرا مخارج مورد انتظارش $62/000 = 90/000 \times 70\%$ دلار است. به عنوان یک موضوع کلی، حدود احتمالات بالای غلبه (که بر اثر آن انتقال هزینه باعث افزایش دعاوی می‌شود) و حدود متمم احتمالات پایین (که بر اثر آن انتقال هزینه باعث کاهش دعاوی می‌شود) به هزینه‌های قانونی که طرفین در دادرسی تحمل می‌کنند بستگی دارد. اگر آنها هریک متحمل هزینه‌های دادرسی مساوی شوند، آستانه احتمال ۵۰ درصد است؛ وقتی احتمال پیروزی فراتر از ۵۰ درصد باشد به موجب قاعده انگلیسی دعوی احتمال بیشتری خواهد داشت و اگر هزینه‌های خواهان کمتر از هزینه‌های خوانده باشد آستانه احتمال بالاتر خواهد بود.^۱

۱. برای توضیح بیشتر، فرض کنید p احتمال پیروزی خواهان باشد، x میزان حکم، و C_p و C_D به ترتیب هزینه‌های دادرسی خواهان و خوانده باشند (و اجازه دهید مسائل مربوط به مصالحه را استخراج کنیم). به موجب نظام آمریکایی، خواهان تعقیب خواهد کرد اگر $C_p < P_x$ یا به طور مساوی اگر $C_p = P_x$ باشد. به موجب قاعده انگلیسی، خواهان تعقیب خواهد کرد اگر $(1-p)(C_p + C_D) < P_x$ یا به طور مساوی اگر $(1-p)(C_p + C_D) = P_x$ باشد. بنابراین،

تجزیه و تحلیل فوق‌الذکر فرض می‌گیرد که خواهان‌ها خنثی در مقابل خطر هستند. اگر خواهان‌ها خطرگریز باشند، عدم تمایل به اقامه دعوی بر اثراتی که هم‌اکنون ذکر گردید اضافه خواهد شد، زیرا خطر دادرسی به وسیله این واقعیت افزایش می‌یابد که جمع هزینه‌های قانونی به نتیجه دادرسی بستگی دارد. اگر میزان حکم ۱۰۰ هزار دلار و هزینه‌های قانونی هر طرف ۸۰ هزار دلار باشد، خواهان اگر برنده شود ۱۰۰ هزار دلار به دست می‌آورد و اگر بازنده شود ۱۶۰ هزار دلار از دست می‌دهد - که این امر به معنای تفاوت ۲۶۰ هزار دلاری در نتیجه به موجب نظام انگلیسی است. اما به موجب نظام آمریکایی، تفاوت در نتیجه فقط ۱۰۰ هزار دلار است که خطر بسیار کوچک‌تری محسوب می‌شود. عامل دیگر که بعداً مورد بحث قرار می‌گیرد این است که ممکن است معلوم شود نظام انگلیسی هزینه‌های قانونی را افزایش می‌دهد و این به نوبه خود باعث کاهش تناوب دعوی می‌شود.

۲-۴-۲ اثرات انتقال هزینه‌ها بر مصالحه در مقابل دادرسی

با در نظر گرفتن اینکه دعوی اقامه شده است، انتقال هزینه تأثیری شاخص بر افزایش احتمال دادرسی دارد؛ چراکه انتقال هزینه اثرات اختلاف عقیده درباره نتیجه دادرسی را بزرگ می‌کند. اگر یک خواهان درباره احتمالات برنده شدن از آنچه خواننده درست می‌پندارد خوش‌بین‌تر باشد، انتقال هزینه باعث افزایش تقاضای خواهان نسبت به پیشنهاد خواننده خواهد شد، چون پیروزی یک خواهان علاوه بر دستیابی به یک حکم، به معنای فرار از هزینه‌های قانونی است.

مثال ۳. فرض کنید که خواهان فکر می‌کند شانس بردن ۱۰۰ هزار دلار برای او ۸۰ درصد است و هزینه‌های دادرسی برای او ۵۰ هزار دلار خواهد بود. همچنین فرض کنید که خواننده تصور می‌کند شانس بردن خواهان فقط ۳۰ درصد است و هزینه‌های دادرسی برای خود او ۴۰ هزار دلار خواهد بود. به موجب قاعده آمریکایی، جا برای مصالحه وجود دارد: حداقل رقم قابل قبول خواهان معادل $30/000 = 50/000 - 80/000$ دلار یعنی

→ به موجب قاعده انگلیسی دعاوی بیشتری خواهد بود (مقدار بیشتر x منتج به دعوی می‌شود) اگر و فقط اگر $(1-p)(C_p+C_D)/p < C_p/p$ باشد یعنی اگر فقط اگر $P > C_D/(C_p+C_D)$ باشد. به‌ویژه، اگر $C_p=C_D$ باشد دعاوی بیشتری تحت قاعده انگلیسی خواهد بود اگر $P > 0.5$ باشد. اثرات انتقال هزینه بر انگیزه‌های اقامه دعوی در شاول ۱۹۸۲ ج بررسی شده‌اند.

کمتر از حداکثر رقم قابل قبول خوانده یعنی $۷۰/۰۰۰ = ۳۰/۰۰۰ + ۴۰/۰۰۰$ دلار است. اما به موجب قاعده انگلیسی، به هر حال دادرسی شکل خواهد گرفت زیرا حداقل رقم قابل قبول خواهان $۶۲/۰۰۰ = ۹۰/۰۰۰ \times ۰.۲ - ۸۰/۰۰۰$ دلار است (توجه کنید که ۹۰ هزار دلار مجموع هزینه‌های قانونی طرفین است) در حالی که حداکثر رقم قابل قبول خوانده $۵۷/۰۰۰ = ۳۰/۰۰۰ + ۹۰/۰۰۰ \times ۰.۳$ دلار است.

این مثال نشان می‌دهد که وقتی برآورد خواهان از احتمال بردن دعوی بالاتر از برآورد خوانده باشد انتقال هزینه بدین معناست که به نظر هر طرف نسبتاً محتمل است که هزینه‌های قانونی به طرف دیگر منتقل شود و این باعث بیشتر شدن اختلاف بین آنها می‌شود و ممکن است به دادرسی منجر گردد.^۱

اما عامل خطرگریزی در مقابل تمایل به دادرسی قرار دارد. انتقال هزینه با افزایش خطر دادرسی به ترویج مصالحه کمک می‌کند. همچنین، این احتمال که انتقال هزینه به هزینه‌های قانونی بزرگ‌تر منجر شود نیز باعث افزایش احتمال مصالحه می‌شود. بنابراین اثر نهایی انتقال هزینه حتی در مورد افراد خنثی در مقابل خطر ممکن است افزایش دادرسی نباشد.

۴-۲-۴-۳ اثرات انتقال هزینه بر مخارج دادرسی

انتقال هزینه عموماً طرفین را به خرج مبلغ بیشتر برای هزینه‌های قانونی هدایت می‌کند و برای موارد استثنا تنها دو دلیل وجود دارد.

۱. برای نشان دادن این نتیجه در نمونه ساده مصالحه در مقابل دادخواهی، فرض کنید P_P برآورد خواهان از احتمال بردن w در دادرسی و P_D برآورد خوانده از احتمال و C_P و C_D به ترتیب هزینه‌های دادرسی‌شان باشد. به موجب نظام آمریکایی، حداقل رقم مصالحه خواهان معادل $P_P w - C_P$ است و حداکثر رقم خوانده $P_D w + C_D$ می‌باشد. بنابراین دادرسی وقتی واقع می‌شود که $P_P w - C_P > P_D w + C_D$ باشد که یعنی اگر $P_P w - P_D w > C_P + C_D$ باشد. به موجب نظام انگلیسی، حداقل رقم مصالحه خواهان معادل $P_P w - (1 - P_P)(C_P + C_D)$ است و حداکثر رقم خوانده برابر با $P_D w + P_D(C_P + C_D)$ می‌باشد در نتیجه دادرسی وقتی واقع می‌شود که $P_P w - P_D w > (1 - P_P)(C_P + C_D) + P_D(C_P + C_D)$ باشد. ما می‌خواهیم نشان دهیم که دادرسی تحت قاعده انگلیسی بیشتر روی می‌دهد. لذا فرض کنید دادرسی تحت قاعده آمریکایی روی می‌دهد. پس باید این‌گونه باشد که $P_P > P_D$ که متضمن این معناست که $C_P + C_D > (1 - P_P)(C_P + C_D) + P_D(C_P + C_D)$ که از آن این نتیجه ناشی می‌شود. این نتیجه در پوسنر ۱۹۷۲ الف و شاول ۱۹۸۲ ج نشان داده شد. همان نتیجه در نمونه مذاکره اطلاعات نامتقارن نیز به دلایل مشابه حاصل می‌شود: رجوع کنید به ببچاک ۱۹۸۴. نتایج مشابهی برای انتقال هزینه به نفع خوانندگان و انتقال هزینه به نفع خواهان‌ها در دست است که در شاول ۱۹۸۲ ج نشان داده شده‌اند.

اول، انتقال هزینه به این معناست که یک طرف لزوماً مجبور نخواهد بود هزینه خدمات حقوقی را که دریافت می‌کند بپردازد و این باعث می‌شود که خدمات حقوقی به‌طور مؤثری ارزان‌تر شوند. اگر خواهان وکیل داشته باشد و ۱۰۰۰ دلار خرج کند و انتظار برنده شدن با احتمال حدود ۷۰ درصد داشته باشد، احتمال آنکه او مجبور به پرداخت ۱۰۰۰ دلار اضافی خدمات حقوقی شود فقط ۳۰ درصد است بنابراین هزینه مؤثر آن خدمات برای او فقط ۳۰۰ دلار است؛ لذا اگر نفع مورد انتظار از خدمات ۵۰۰ دلار باشد، به موجب انتقال هزینه ۱۰۰۰ دلار صرف می‌کند.

دلیل دوم که انتقال هزینه به مخارج بیشتری منتهی می‌شود این است که انتقال هزینه مبلغ ناشی از بردن را افزایش می‌دهد زیرا خود هزینه‌ها نیز در نتیجه دادرسی در معرض خطر هستند و وقتی هزینه‌ها در ارتباط با حکم اهمیت اساسی دارند این می‌تواند عامل مهمی باشد. مثالی را به‌خاطر آورید که مبلغ حکم ۱۰۰ هزار دلار و هزینه‌های قانونی هر طرف ۸۰ هزار دلار می‌باشد. در اینجا، چون خواهان در صورت برنده شدن ۱۰۰ هزار دلار به‌دست می‌آورد و در صورت بازنده شدن ۱۶۰ هزار دلار از دست می‌دهد یک اختلاف ۲۶۰ هزار دلاری بین بردن و باختن تحت نظام انگلیسی در برابر فقط ۱۰۰ هزار دلار اختلاف تحت نظام آمریکایی وجود دارد. بنابراین ارزش خرج کردن برای افزایش احتمال برد تحت نظام انگلیسی به‌اندازه ۲/۶ بیشتر از ارزش آن تحت نظام آمریکایی است و منجر به صرف هزینه بیشتر تحت نظام انگلیسی می‌شود.^۱

۴-۲-۴-۴ مطلوبیت اجتماعی انتقال هزینه

استخراج نتایج کلی درباره مطلوبیت اجتماعی انتقال هزینه ممکن نیست اما می‌توان در شرایط خاص توضیحاتی ارائه کرد. در قسمت ۴-۲-۲-۵ (الف) مثالی را مورد بحث قرار دادیم که در آن انتقال هزینه یک اثر سودمند اجتماعی بر اقامه دعوی داشت و نیز مثالی که در آن یک اثر نامطلوب اجتماعی بر اقامه دعوی داشت.^۲ به‌علاوه، به‌نظر می‌رسد تأثیر انتقال هزینه بر مصالحه ممکن است از نظر اجتماعی سودمند یا زیان‌آور (بخشی به‌خاطر آنکه

۱. اثرات انتقال هزینه بر مخارج در دادرسی در براتیگام، اوون و پانزار ۱۹۸۴، هاوز ۱۹۸۹، و کاتز ۱۹۸۷ مورد بحث قرار گرفته است.

۲. این نکته توسط گراول ۱۹۹۳ مورد تأکید قرار گرفته است.

انتقال هزینه می‌تواند دادرسی یا مصالحه را ترویج کند) یا از نقطه نظر اجتماعی مبهم باشد.

۵-۲-۴ دشواری استنتاج آماری از نتایج دادرسی

یک مسئله مورد علاقه این است که آیا مواردی که به دادرسی کشیده می‌شوند نماینده تعداد شاخصی از دعاوی هستند، و به‌ویژه احتمال پیروزی خواهان در دادرسی یا مقادیری که حکم صادر می‌شود مشابه همان‌هایی هستند که موارد منجر به مصالحه قرار می‌گیرند را مشخص می‌کنند؟ این پرسش بسیار حائز اهمیت است زیرا به‌طور معمول اکثر اطلاعاتی که به سهولت در دسترس هستند راجع به مواردی است که به دادرسی کشیده می‌شوند، درحالی‌که اکثریت عظیمی از دعاوی با مصالحه حل و فصل می‌گردند. همان‌گونه که قصد دارم توضیح دهم، دعاوی که به دادرسی می‌روند ممکن است بسیار با تعدادی که مصالحه می‌شوند اختلاف داشته باشند لذا عمومیت دادن به مواردی که به دادرسی کشیده می‌شوند دشوار است و می‌تواند گمراه‌کننده باشد.

دو مثال را در نظر بگیرید. اول، فرض کنید که ۹۹ درصد از خوانندگان به‌خاطر اهمال در ایراد صدمه ۱۰۰ هزار دلاری مقصرند و یک درصد مقصر نیستند و دلیل تبرئه‌کننده دارند اما خواهان‌ها نمی‌توانند بگویند چه کسی مقصر است و چه کسی نیست. پس در مذاکرات مربوط به مصالحه تقاضاهای خواهان‌ها برای مصالحه اعتقاد آنها را به مسئول بودن همه خوانندگان منعکس می‌کند و تقاضاهای آنها ۹۹ درصد خوانندگان مسئول را مجبور به پرداخت می‌کند. بنابراین، ما انتظار داریم که همه آن یک درصد خواندگانی که مسئول شناخته نمی‌شوند به‌جای اینکه تقاضاهای ۱۰۰ هزار دلاری خواهان‌ها را قبول کنند به دادرسی بروند، درحالی‌که ضرورتاً همه ۹۹ درصد خواندگانی که مسئول شناخته می‌شوند تقاضاهای خواهان‌ها را برای مصالحه خواهند پذیرفت تا از هزینه‌های دادخواهی اجتناب شود. پس در این وضعیت، فقط یک درصد از دعاوی به دادرسی کشیده می‌شوند و همه آنها به نفع خوانندگان تمام خواهند شد. بدیهی است که استقرا از یکپارچگی نتایج دادرسی به نفع خوانندگان برای رسیدن به این نتیجه که در کل تعداد دعاوی، خوانندگان معمولاً اهمال‌کار نیستند یک اشتباه بزرگ خواهد بود چون حقیقت این است که ۹۹ درصد از آنها اهمال‌کارند.

دوم، فرض کنید که تمامی خواندگان مسئول هستند، ۹۹ درصد از خواهان‌ها زیان‌های ۱۰۰ هزار دلاری متحمل شده‌اند و یک درصد از خواهان‌ها با زیان ۲۰۰ هزار دلاری مواجه شده‌اند، اما خواندگان نمی‌توانند در هنگام مذاکرات مصالحه آنها را تمیز دهند. پس با منطقی مشابه منطق مذکور در بند قبل، ما انتظار داریم خواندگان حدود ۱۰۰ هزار دلار به‌عنوان مصالحه پیشنهاد کنند و ۹۹ درصد از خواهان‌ها مصالحه کنند، اما خواهان‌های دیگر پیشنهاد مصالحه را رد خواهند کرد، به دادرسی خواهند رفت و احکامی معادل ۲۰۰ هزار دلار تحصیل خواهند نمود. در این وضعیت نیز، استنتاج از احکام ۲۰۰ هزار دلاری حاصله در تمامی دادرسی‌ها مبنی بر اینکه این مبلغ یک زیان نوعی برای همه خواهان‌هاست یک اشتباه بزرگ است، زیرا حقیقت این است که زیان نوعی خواهان‌ها ۱۰۰ هزار دلار می‌باشد. این مثال‌ها نشان می‌دهند که چگونه نتایج دادرسی ممکن است با آمارهای واقعی شخصی‌کننده همه دعاوی برحسب اینکه چه کسی برنده می‌شود و نیز با مبالغ مورد حکم اختلاف داشته باشند. اختلاف نتایج دادرسی با تعداد دعاوی با این واقعیت سروکار دارد که مواردی که به دادرسی کشیده می‌شوند یک نمونه اتفاقی از تعداد دعاوی نیستند، یعنی چیزی که مورد انتظار یکی از طرفین دادخواهی نبود لذا چیزی غیرمعمول به حساب آید و به بن‌بست مذاکراتی منجر شود نیستند، بلکه بیشتر آنها مواردی هستند که دلیلی برایشان وجود دارد.^۱

۶-۲-۴ عناصر نتایج دادرسی به استثنای حکم

ما فرض کرده‌ایم که تنها نتیجه دادرسی حکمی مبنی بر پرداخت غرامت از سوی خواننده به خواهان است اما احتمالات دیگری وجود دارند که بر دادخواهی تأثیر می‌گذارند. اول، نتیجه یک دادرسی ممکن است متضمن مفاهیمی برای متداعی فراتر از حکم فوری

۱. این نکته کلی که مواردی که به دادرسی کشیده می‌شوند نماینده جمعیت شاخص دعاوی نیستند ابتدا به وسیله پریست و کلاین ۱۹۸۴ تأکید شد (آنها همچنین نشان دادند که در مواردی که به دادرسی می‌روند تقریباً در ۵۰ درصد از موارد خواهان‌ها برنده می‌شوند علی‌رغم تعداد شاخص دعاوی. این نتیجه‌گیری قدری تعجب‌برانگیز آنان با در نظر گرفتن فرضیاتشان صحیح است، اما در واقع این مطلب درست نیست و همان‌گونه که در متن توضیح داده شده است، تحت فرضیات کلی درباره تعداد دعاوی و مذاکره راجع به مصالحه و دادرسی پابرجا نمی‌ماند). همچنین رجوع کنید به آیزنبرگ ۱۹۹۰، آیزنبرگ و فاربر ۱۹۹۷، هیلتون ۱۹۹۳، شاول ۱۹۹۶، والدفولگ ۱۹۹۵ و ویتمن ۱۹۸۵. برای دیدن تحقیقی درخصوص نوشته‌ها رجوع کنید به والد فوگل ۱۹۹۸.

باشد. به عنوان مثال، ممکن است شرکتی معتقد باشد که باخت در دادرسی رشته‌ای از دعاوی آتی را ترغیب کند، بنابراین باخت ممکن است برای آن پرهزینه‌تر از دادرسی باشد.^۱ این موضوع باعث می‌شود مصالحه محتمل‌تر باشد زیرا مبلغی را که شرکت خوانده مایل به پرداخت است افزایش خواهد داد. امکان دیگر این است که با آشکار شدن این نکته که خوانده دارای فکر مستحکم و بدون احساسات است دادرسی ممکن است مانع دعاوی آتی شود. این موضوع باعث می‌شود که احتمال دادرسی بیش از آنچه ما بیان کرده بودیم باشد.

دوم، یک متداعی ممکن است به این نکته توجه کند که آیا دادرسی فی‌نفسه برقرار می‌شود؟ یک خواهان ممکن است مثلاً مایل باشد که خوانده در معرض بررسی عموم قرار گیرد؛ این امر موجب می‌شود که هم دعوی و هم دادرسی بیش از مصالحه محتمل باشد. یا یک طرف ممکن است چون دادرسی منجر به آشکار کردن وقایع خجالت‌آور یا افشای اطلاعات تجاری ارزشمند می‌شود بخواهد از دادرسی اجتناب کند و این امر احتمال دادرسی را کاهش می‌دهد. روی هم رفته، بدیهی است که نتایج دادرسی به‌استثنای حکم لفظی ممکن است بر تمایل به تعقیب و تصمیم به مصالحه در مقابل دادخواهی تأثیر گذارند.

۷-۲-۴ نقش وکلا

اگرچه ما تاکنون از «خواهان» و «خوانده» صحبت کرده‌ایم، لیکن هر متداعی نوعاً وکیل دارد و وکیل و موکلش افراد متمایزی هستند. اجازه دهید به‌طور مختصر نشان دهیم که چگونه شناسایی وکیل به‌عنوان یک فرد متمایز از موکل، بر تجزیه و تحلیل قبل از اقامه دعاوی، تجزیه و تحلیل مصالحه در مقابل دادرسی و تجزیه و تحلیل تلاش برای دادرسی اثر می‌گذارد. من فرض خواهم کرد که وکیل دارای اطلاعات ممتازی فراتر از اطلاعات موکل درباره قانون و درباره نتیجه احتمالی یک دعوی است و طرفین خنثی در مقابل خطر هستند. دو ترتیب پرداخت اصلی با این فرض مورد بررسی قرار خواهند گرفت: حق الزحمه‌های ساعتی برای خدمات، و یک ترتیب مبتنی بر نتیجه یا حق الزحمه احتمالی که به موجب آن حق الزحمه وکیل خواهان درصدی از حکم یا مبلغ مصالحه

۱. به چی و ایی ۱۹۹۳ رجوع کنید.

است (و وکیل حق الزحمه‌ای برای زمان مصرف شده دریافت نمی‌کند).

۱-۷-۲-۴ توصیف تصمیمات وکلا

در ارتباط با انگیزه تعقیب، بدیهی است که به موجب یک قرار حق الزحمه ساعتی، وکلا انگیزه‌هایی برای قبول دعاوی که در آنها عایدی‌های مورد انتظار کمتر از هزینه‌های قانونی است خواهند داشت، زیرا حق الزحمه آنها صرف‌نظر از نتیجه پرداخت خواهد شد. به موجب حق الزحمه احتمالی این اثر کند می‌شود، چون اگر دعوایی امیدبخش نباشد وکیل وقتش را برای یک حق الزحمه کم احتمالی صرف نخواهد کرد. وکیل همچنین ممکن است مایل به قبول دعوایی که عایدی مورد انتظار آن فراتر از هزینه‌های قانونی است نباشد چون او فقط بخشی از عایدات را به دست می‌آورد اما هزینه‌های کامل را متقبل می‌شود. به طور خلاصه، تلاش براساس اصل تلاش برای به حداکثر رساندن عایدی مورد انتظار منهای هزینه‌های قانونی، انگیزه پذیرش دعاوی به موجب حق الزحمه ساعتی افراطی است و انگیزه قبول دعاوی با حق الزحمه احتمالی یعنی قرار مبتنی بر نتیجه، ناکافی است.

اکنون مذاکرات مربوط به مصالحه را در نظر بگیرید. وکیلی که حق الزحمه ساعتی می‌گیرد اگر بخواهد حق الزحمه‌اش را افزایش دهد انگیزه وی برای رفتن به دادرسی بیش از حد خواهد بود بیشتر از آنکه با هدف به حداکثر رساندن عایدات مورد انتظار منهای هزینه‌های قانونی به دادگاه مراجعه می‌کرد، مبادرت به انجام این کار خواهد کرد. (اگر کار دادرسی به خاطر شدت آن کمتر از دیگر کارهای ممکن جذاب باشد آنگاه انگیزه در مسیر مخالف خواهد بود و وکیل موکل را به سمت مصالحه سوق می‌دهد).

به موجب قرار حق الزحمه احتمالی، انگیزه‌های وکیل مختلف هستند و او را بیشتر از وقتی که مصالحه منجر به دریافت رقمی بیش از حکم مورد انتظار منهای هزینه‌های دادخواهی خواهد شد به فشار آوردن بر موکل برای قبول مصالحه هدایت می‌کند زیرا وکیل تمامی هزینه‌های دادخواهی را تقبل می‌کند ولی فقط درصدی از مصالحه را دریافت می‌کند. بنابراین، به موجب اصل تلاش برای به حداکثر رساندن عایدی مورد انتظار منهای هزینه‌های قانونی، انگیزه رفتن به دادرسی به موجب حق الزحمه ساعتی افراطی و انگیزه رفتن به دادرسی تحت قرارداد حق الزحمه احتمالی بسیار کم خواهد بود.

به دلایل مشابه اگر دعوایی به دادرسی رفته باشد، به موجب قرار حق الزحمه ساعتی وکیل می‌خواهد بیشتر از آنچه ممکن است برحسب حکم مورد انتظار ارزش داشته باشد کار کند ولی به موجب قرار حق الزحمه احتمالی این امر محتمل نیست؛ وکیل تمایل دارد کمتر از آنچه ممکن است برحسب حکم مورد انتظار ارزش داشته باشد کار کند زیرا باز هم او فقط بخشی از آن را برای خودش به دست می‌آورد و کل هزینه‌های دادخواهی را متقبل می‌گردد.

۲-۷-۲-۴ قراردادهای سودمند دوجانبه بین وکیل و موکل

از توصیف پیش گفته درباره قراردادهای سودمند دوجانبه بین وکلا و موکلان چه نتیجه‌ای می‌توان گرفت؟ ما انتظار داریم قراردادها به‌سوی آنهایی متمایل شوند که به حداکثر رساندن عایدات مورد انتظار منهای هزینه‌های دادخواهی منجر می‌شوند، زیرا این آن کیکی است که وکلا و موکلان برای تقسیم در دسترس دارند. از این دیدگاه به نظر می‌رسد حق الزحمه ساعتی یا قرار حق الزحمه احتمالی مبتنی بر نتیجه می‌توانند بر سایر اشکال ارجح باشند زیرا هریک می‌تواند به عایدات مورد انتظار بالاتر منهای هزینه‌های دادخواهی منتهی شود. به‌ویژه، قرار حق الزحمه ساعتی ارجح خواهد بود زیرا اشکال انگیزه‌های افراطی مربوط به آن، یعنی قبول دعوای و سپس رفتن به دادرسی و کار بیشتر در طول دادرسی، ممکن است به اندازه اشکالات ناشی از عدم کفایت انگیزه‌ها به موجب حق الزحمه‌های احتمالی، مهم نباشند.

به‌هرحال مشکلات انگیزه‌ای که موکلان با آنها روبه‌رو می‌شوند به‌وسیله توانایی آنها در کسب اطلاعات درباره رفتار وکیل کاهش می‌یابند. موکلان می‌توانند نظرات وکیل دیگری را نیز جویا شوند و گاهی رفتار وکیل آشکار خواهد شد و به شهرت وی آسیب می‌رساند یا حتی منجر به دعوی سوءعمل می‌شود. این عوامل باعث تخفیف مشکلات انگیزه‌ای تحت قراردادهای مختلف حق الزحمه می‌شوند.

وقتی تحمل خطر در نظر گرفته می‌شود، ملاحظات دیگری نیز وارد می‌شوند. به موجب حق الزحمه‌های ساعتی، خطری کمتر از آنچه وکلا تحت حق الزحمه‌های احتمالی مبتنی بر نتیجه تحمل می‌کنند، متوجه آنها خواهد شد. بنابراین اگر وکلا بیشتر از

موکلان خطرگریز باشند، جاذبه دوجانبه حق الزحمه‌های ساعتی افزایش خواهد یافت درحالی‌که اگر وکلا کمتر از موکلانشان خطرگریز باشند، جذبۀ دوجانبه قرارهای حق الزحمه احتمالی افزایش خواهد یافت.

اغلب تأکید می‌شود که وقتی دارایی موکلان محدود است، اجبار به تحمل هزینه‌های قانونی (یا عدم توانایی در پرداخت آنها) موجب کاهش دعاوی تحت قرار حق الزحمه ساعتی می‌شود و این دعاوی فقط تحت قرارهای حق الزحمه احتمالی اقامه خواهند شد. در هر صورت، قرارهای حق الزحمه ساعتی ظاهراً شکل غالب جبران خسارت هستند و قراردادهای حق الزحمه احتمالی به نظر می‌رسد اصولاً به دعاوی شبه جرم محدود می‌شوند. به علاوه، قرارهای حق الزحمه احتمالی قانوناً تنظیم شده‌اند ولی ظاهراً مورد قبول نیستند.^۱ بنابراین، نادر بودن قرارهای حق الزحمه احتمالی مبتنی بر نتایج دادرسی، ممکن است خواست واقعی وکلا و موکلان را نشان ندهد.^۲

۳-۷-۲-۴ قرارهای مطلوب اجتماعی

ما می‌توانیم همچنین درباره مفاهیم ضمنی رفاه اجتماعی قرارهای وکیل - موکل تحقیق کنیم. البته این استدلال کلی که قراردادهای رفاه طرفین متعاقد را افزایش می‌دهند نشان می‌دهد که اجازه دادن به وکلا و موکلین برای تنظیم قرارهای حق الزحمه طبق تمایلشان از نظر اجتماعی مطلوب است. هرچند، همان‌طور که می‌دانیم، ممکن است محدود کردن قراردادهای خصوصی وقتی قراردادهای دارای اثرات خارجی هستند از نظر اجتماعی مطلوب باشد (به قسمت ۹-۱-۳ رجوع کنید).^۳ از این رو، اگر قرارهای حق الزحمه بین وکیل و موکل اثرات خارجی داشته باشند، تنظیم قانونی آنها

۱. به عنوان مثال رجوع کنید به بریکهام، هورویتز و اوکونل ۱۹۹۴، رابین فلد و اسکاچمر ۱۹۹۸، ۴۱۶-۴۱۵، و ولفرام ۱۹۸۶، ۵۴۲-۵۲۶.

۲. نوشته‌های راجع به اثرات و مطلوبیت دوجانبه قرارهای حق الزحمه وکیل - موکل شامل دانا و اسپایر ۱۹۹۳، دانزون ۱۹۸۳، ایمونز ۲۰۰۰، های ۱۹۹۶، میلر ۱۹۸۷، رابین فلد و اسکاچمر ۱۹۹۳ می‌شود و به‌طور کلی در تحقیقی از سوی رابین فلد و اسکاچمر ۱۹۹۸ تشریح شده است.

۳. دلیل عمده دیگر برای مداخله در قرارداد خصوصی، فقدان اطلاعات توسط طرفین متعاقد است. این نکته فقط اگر قیود مربوط به افشا یا تدارک عمومی اطلاعات درباره قرارهای حق الزحمه به خوبی عمل نکنند اعمال می‌شود.

مفید خواهد بود. فرض کنید که قرارهای حق الزحمه احتمالی به دعاوی بیشتر منجر می‌شوند زیرا موکلان خطرگریز را قادر می‌سازند تا دعوایی را اقامه کنند که در غیر این صورت اقامه نمی‌کردند؛ همچنین فرض کنید که سطح دعاوی افراطی به‌نظر می‌رسد. تحت چنین فرضیه‌هایی ممکن است تنظیم قرارهای حق الزحمه احتمالی مطلوب تصور شود. باین حال چنین نتیجه‌ای احتمال استفاده از دیگر ابزار حکومتی برای رفع اثرات خارجی را از قلم می‌اندازد. اگر حجم دعاوی افراطی باشد، می‌توان آن را از طریق تحمیل هزینه‌هایی برای اقامه دعوی تصحیح کرد. این نوع برداشت، که برای مشکل خاص اثرات خارجی ارائه می‌شود، چون محتمل است منافع طرفین را که دارای ماهیت وسیع‌تری هستند نفی کند (قرارهای حق الزحمه احتمالی برای انواع بسیاری از دعاوی به‌طرفین کمک می‌کنند نه فقط آنهایی که افراطی هستند)، ممکن است بر مداخله در روابط قراردادی ترجیح داده شود.

۸-۲-۴ نقش بیمه‌گران

بیمه‌گران دوست دارند منافعی در نتیجه دادخواهی داشته باشند، خواهان‌ها ممکن است در مقابل زیان‌هایی که متحمل می‌شوند بیمه شده باشند و بیمه‌نامه‌هایشان غالباً شرایطی دارند که به بیمه‌گران اجازه می‌دهد خسارات خود را از پرداخت‌های خواندگان جبران کنند. به‌عنوان مثال، خواهانی که متحمل زیان‌های ۱۰۰ هزار دلاری به‌خاطر آتش‌سوزی ناشی از اهمال می‌شود ممکن است دارای بیمه‌نامه آتش‌سوزی باشد که پوشش ۶۰ هزار دلاری می‌دهد و بنابراین می‌تواند این مبلغ را بلافاصله از بیمه‌گرش دریافت کند. اما بیمه‌نامه ممکن است همچنین مقرر کند که اگر خواهان حکم یا مصالحه‌ای به‌دست آورد، بیمه‌گر از مبلغ حکم یا مصالحه به‌اندازه ۶۰ هزار دلار حق خواهد داشت (این جنبه از بیمه‌نامه‌های آتش‌سوزی هزینه‌های بیمه‌گر و در نتیجه حق بیمه را کمتر می‌کند). نتیجتاً، ممکن است بیمه‌گر نفعی در دعوی خواهان داشته باشد. خواندگان غالباً بیمه‌نامه‌های مسئولیت دارند و بنابراین بیمه‌گران خواندگان به‌طور آشکاری برای شکست دادن خواهان‌ها در دادخواهی یا پرداختن مبلغ کمتری به آنها در جریان مصالحه انگیزه دارند.

۴-۲-۸-۱ توصیف اثرات

در بحث از اثرات بیمه اجازه دهید مثالی را که اخیراً ذکر شد در نظر بگیریم و برای ملموس‌تر بودن آن فرض کنیم که پوشش بیمه مسئولیت خواننده ۷۰ هزار دلار است. به علاوه فرض می‌کنیم که بیمه‌گران همه هزینه‌های قانونی را متقبل خواهند شد و برای رفتن به دادخواهی تصمیم می‌گیرند. بررسی این مثال جنبه‌های مهمی از اثرات بیمه را آشکار خواهد ساخت و من بعداً توضیحاتی درباره چگونگی نتایج در صورتی که کسی بخواهد فرضیه‌های مختلف مثال را کاهش دهد ارائه خواهم کرد. توجه داشته باشید که در این مثال پوشش بیمه کامل نیست.^۱ این قضیه همان‌گونه که آشکار خواهد شد بدین معناست که منافع بیمه‌گر و بیمه‌گذار هریک قطعی و عموماً متفاوت هستند.

ابتدا اثرات بیمه خواهان بر انگیزه‌های تعقیب را در نظر بگیرید. اگر زیان‌های خواهان ۱۰۰ هزار دلار باشد و او ۶۰ هزار دلار از بیمه‌گرش بگیرد، عایدی‌اش از دعوی فقط ۴۰ هزار دلار خواهد بود و نه ۱۰۰ هزار دلار. به همین ترتیب عایدی بیمه‌گر از دعوی فقط ۶۰ هزار دلار خواهد بود. لذا وقتی که پوشش بیمه کمتر از زیان‌های خواهان باشد عاید هریک از دعوی فقط جزئی است. به خاطر این فرض که بیمه‌گر همه هزینه‌های دادخواهی را تقبل می‌کند، بیمه‌گر در مقایسه با حالت استاندارد خواهانی که از دعوی ۱۰۰ هزار دلار کسب می‌کند انگیزه کمتری برای اقامه دعوی خواهد داشت؛ حال آنکه خواهان خیلی زیاد تمایل دارد که اقامه دعوی کند و ۴۰ هزار دلار دیگر را ببرد، زیرا او مجبور نیست هزینه‌های دعوی را تحمل کند. این امر بین خواهان و بیمه‌گر تعارض ایجاد می‌کند.^۲ در هر صورت، انگیزه اقامه دعوی نسبت به حالت استاندارد کمتر است، زیرا فرض این است که بیمه‌گر در مورد ادامه یا توقف دعوی تصمیم می‌گیرد.

۱. همان‌گونه که در بخش ۴-۲ بحث کردم، به خاطر جنبه اخلاقی، و امکان مصونیت از حکم هزینه‌های اداری بیمه، پوشش غالباً جزئی است.

۲. چنین تعارضی گاهی اوقات می‌تواند با مذاکره بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار رفع شود. مثلاً، اگر بیمه‌گر نخواهد دعوی را اقامه کند و خواهان بخواهد، ممکن است بدین صورت باشد که اگر خواهان در هزینه دعوی مشارکت کند آنگاه بیمه‌گر با رفتن به دادرسی موافقت خواهد کرد. البته، هزینه‌های مذاکره و عدم تقارن اطلاعات ممکن است مانع چنین مذاکره مجددی شود، در نتیجه تعارضات اغلب حتی وقتی تغییرات سودمند دوجانبه وجود دارند باقی می‌مانند (تفسیرهایی مشابه این تفسیر بر اکثر آنچه که بعداً درباره تفاوت بین بیمه‌گذاران و بیمه‌گران نشان نوشته خواهد شد اعمال می‌گردند).

همچنین بیمه مسئولیت خواندگان یک اثر مهم و مخالف برانگیزه خواهان برای تعقیب دارد: وجود بیمه مسئولیت، محرکی برای اقامه دعوی است زیرا در غیر این صورت بسیاری از خواندگان قادر به پرداخت مبلغ احکام نیستند و لذا مورد تعقیب واقع نمی شوند - خواهان‌ها و بیمه‌گران‌شان اگر بدانند که خواندگان دارایی یا بیمه مسئولیت ندارند تا بتوانند احکامی را که آنها در جست‌وجویش هستند اجرا کنند، اقامه دعوی نخواهند کرد.

همان‌گونه که مثال ذیل نشان می‌دهد، وضعیت در رابطه با تصمیم درخصوص مصالحه به‌جای دادرسی در شرایطی که دعوایی اقامه شده، پیچیده است.

مثال ۴. فرض کنید که هزینه‌های دادخواهی برای طرف خواهان ۱۵ هزار دلار است، و او و بیمه‌گرش معتقدند که شانس پیروزی ۵۰ درصد است، همچنین فرض کنید که بیمه‌گر هزینه‌های دادخواهی را تحمل خواهد کرد، بیمه‌گر ابتدا ۶۰ هزار دلار از هر مصالحه یا حکمی را دریافت می‌کند و خواهان باقی‌مانده را می‌گیرد. حداقل مبلغ قابل قبول خواهان برای مصالحه چقدر خواهد بود؟

اگر دادرسی واقع شود، عایدی مورد انتظار خواهان $20/000 = 50\% \times 40/000$ دلار خواهد بود زیرا او هزینه‌های دادرسی را متحمل نخواهد شد. بنابراین رقم مصالحه باید حداقل ۸۰ هزار دلار باشد تا او را راضی کند (زیرا بیمه‌گر ۶۰ هزار دلار اول مصالحه را برمی‌دارد). اکنون حداقل رقم پیشنهاد مصالحه را که برای بیمه‌گر قابل قبول باشد در نظر بگیرید. بیمه‌گر $15/000 = 50\% \times 60/000 - 15/000$ دلار خالص از دادرسی به‌دست می‌آورد بنابراین مایل به قبول هر رقمی بیشتر از ۱۵ هزار دلار در مصالحه می‌باشد و بیمه‌گر به‌خاطر تحمل مخارج دادرسی و به‌دست آوردن فقط ۶۰ هزار دلار از هر مصالحه، رقمی کمتر از خواهان به‌دست می‌آورد. همچنین توجه داشته باشید که اگر خواهان یک شخص منفرد بدون بیمه باشد، حداقل پیشنهاد مصالحه قابل قبول برای وی $35/000 = 50\% \times 100/000 - 15/000$ دلار می‌باشد که این حداقل پیشنهادها قابل قبول برای خواهان بیمه شده و بیمه‌گر می‌باشد.

اکنون طرف خوانده را در نظر بگیرید. چون پوشش بیمه مسئولیت خوانده ۷۰ هزار دلار است، خطری که در معرض آن قرار می‌گیرد ۳۰ هزار دلار است. فرض کنید که مخارج قانونی خوانده ۱۰ هزار دلار باشد و ازسوی بیمه‌گر مسئولیت پرداخت شود،

همچنین فرض کنید اولین ۷۰ هزار دلار از هر مصالحه یا حکمی را باید بیمه‌گر پرداخت کند. زیان مورد انتظار خواننده از دادرسی در این صورت $15/000 = 30/000 \times 50\%$ خواهد بود. پس، خواننده با هر رقمی تا میزان ۸۰ هزار دلار برای مصالحه موافقت خواهد کرد (به‌خاطر داشته باشید که بیمه‌گر مسئولیت، اولین ۷۰ هزار دلار در هر مصالحه‌ای را می‌پردازد). بیمه‌گر مسئولیت $45/000 = 10/000 + 70/000 \times 50\%$ دلار در دادرسی از دست خواهد داد و بنابراین در مصالحه هر رقمی را تا ۴۵ هزار دلار خواهد پرداخت. از همین رو بیمه‌گر مسئولیت کمتر از خواننده تمایل به مصالحه دارد. اگر یک خواننده منفرد بدون بیمه وجود داشت، تا $10/000 + 100/000 \times 50\%$ یا ۶۰ هزار دلار در مصالحه می‌پرداخت که از آنچه بیمه‌گر مسئولیت مایل به پرداخت است نیز بیشتر است.

مشاهده می‌کنیم که هر متداعی و بیمه‌گرش منافع نابرابری در این مثال دارند. بیمه‌گر خواهان احتمالاً بیش از او تمایل به مصالحه دارد و بیمه‌گر خواننده احتمالاً کمتر از او تمایل به مصالحه نشان می‌دهد، بیمه‌گر خواهان، رقمی کمتر از خواهان تقاضا خواهد کرد و بیمه‌گر خواننده، رقمی کمتر از خواننده خواهد پرداخت.^۱ همین رابطه در وضعیت استاندارد بین تقاضاها و پیشنهادهای بیمه‌گر و خواهان‌ها و خواندگانی که بیمه ندارند وجود دارد. بنابراین، روشن نیست، در شرایط مثال، آیا احتمال مصالحه نسبت به وضعیت استاندارد بیشتر است یا کمتر؟!

بیمه به‌طور کلی انگیزه‌های صرف پول در دادرسی را به این دلیل ساده که بیمه‌گران با وجود تقبل کل هزینه‌های قانونی، کمتر از مبلغ ۱۰۰ هزار دلار کامل در معرض خطر دارند، کاهش می‌دهد. البته، خواهان و خواننده هریک دوست دارند بیمه‌گران‌شان بیشتر از آنچه معمولاً عموم بیمه‌گران مایل‌اند صرف کنند زیرا در نتیجه خواهان و خواننده هریک چیزی را در معرض خطر دارند.

برای جمع‌بندی مطلب، می‌توانیم مشاهده کنیم که با در نظر گرفتن این فرض که بیمه‌گران مخارج قانونی را تحمل و تصمیمات راجع به اقدام به دادخواهی را اخذ می‌کنند، پوشش بیمه به تعارضاتی بین بیمه‌گران و بیمه‌گذاران، کاهش انگیزه برای

۱. در مثال ما، زیاد اتفاق می‌افتد که مصالحه‌ای به‌وجود آید چون بیمه‌گر خواهان هر مبلغی بیش از ۱۵ هزار دلار را می‌پذیرد و بیمه‌گر خواننده تا ۴۵ هزار دلار خواهد پرداخت. البته اگر عقاید متفاوت باشند یا اگر اطلاعات نامتقارن باشند ممکن است مصالحه صورت نگیرد.

تعقیب و کاهش انگیزه برای خرج کردن پول در دادرسی منتهی می‌شود. نتایج خاص درباره مسیر اثرات ممکن است تغییر کنند اگر ما فرضیه‌های مختلفی را درباره ماهیت قرارداد بیمه، به‌ویژه درباره اینکه چه کسی هزینه‌های قانونی را تقبل می‌کند، چه کسی تصمیمات راجع به اقدام به دادخواهی را اخذ می‌کند و آیا قراردادی درخصوص تصمیمات دادخواهی بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار ضروری است، در نظر بگیریم.^۱

یک فرض مهم ما به‌طور ضمنی این است که بیمه‌گران و بیمه‌گذاران در طول دادخواهی مذاکره مجدد نمی‌کنند. این فرض وقتی هزینه‌های مذاکره مجدد قابل توجه هستند، یا وقتی عدم تقارن اطلاعات بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر (به‌ویژه درباره احتمال نتیجه دادرسی) منجر به شکست در حصول به توافق می‌شود، ممکن است موجه باشد. در هر صورت، اگر طرفین قادر به مذاکره مجدد باشند و به توافقی دست یابند تمایل خواهند داشت تقریباً به همان روشی عمل کنند که یک متداعی منفرد عمل می‌کند، به این ترتیب نتایج وضعیت استاندارد حفظ خواهد شد. به عنوان مثال، پیشتر بیان شد که بیمه‌گر خواهان نسبت به وضعیت استاندارد انگیزه کمتری برای تعقیب دارد زیرا بیمه‌گر فقط ۶۰ هزار دلار از ۱۰۰ هزار دلار مورد حکم را به دست خواهد آورد ولی همه هزینه‌های قانونی را متقبل می‌گردد. اگر خواهان در هزینه‌های قانونی همکاری و مشارکت کند، منفعتش در تحصیل ۴۰ هزار دلار منجر به تمایل مشترک آنها به اقامه دعوی مشابه در وضعیت استاندارد خواهد شد.^۲

۲-۸-۴ شرایط قرارداد بیمه مطلوب دوجانبه در ارتباط با دادخواهی

طرفین تمایل خواهند داشت نوعی از قرارداد بیمه را برگزینند که شرایط مربوط به دادخواهی، به‌طور مشترک برای آنها سودمند باشد. چنین قراردادهایی عوامل متعددی را

۱. برای مثال اگر هزینه‌های قانونی به نسبت بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار تقسیم شود و آنها مشترکاً در مورد دادخواهی تصمیم بگیرند، انگیزه‌شان برای اقامه دعوی همانند وضعیت استاندارد خواهد بود. یک گزارش قاعده‌دار از نتایج به‌منزله عملکرد این نوع از سیاست بیمه‌ای به‌رحال خارج از قلمرو ماست و تا جایی که می‌دانم در نوشته‌ها نیز مطرح نشده است. فقط تعداد محدودی مقاله تعارضات منافع مربوط به دادخواهی بین بیمه‌گذاران و بیمه‌گران از یک دیدگاه اقتصادی را بررسی کرده‌اند؛ به عنوان مثال رجوع کنید به مورر ۱۹۹۲ و سایکس ۱۹۹۴. این مقالات دلالت‌کننده هستند اما در ماهیت محدودند و بر جنبه‌های انگیزه بیمه‌گر مسئولیت برای مصالحه تمرکز می‌کنند.

۲. ممکن است با آن حالت در وضعیت استاندارد یکسان نباشد زیرا خواهان خطرگریز است و بنابراین در مقایسه با یک طرف خشن در مقابل خطر در وضعیت استاندارد، کمتر احتمال دارد بخواهد در اقدام مخاطره‌آمیز دعوی درگیر شود.

منعکس می‌کنند. یکی آنکه اگر یک طرف بر دادخواهی کنترل داشته باشد و هزینه‌های آن را متحمل شود غالباً کارآمد است زیرا نیاز به مذاکره و هماهنگی پرهزینه در طول دادخواهی را کاهش می‌دهد. یک عامل دیگر این است که بیمه‌گذار، در صورت خطرگریز بودن، نه تنها در مقابل زیان و مسئولیت بلکه همچنین در مقابل مخارج قانونی طالب پوشش خواهد بود؛ این به نفع بیمه‌گران است که مخارج قانونی را تحمل می‌کنند و بر دادخواهی کنترل دارند. عامل دیگر این است که طرفی که سابقه بیشتری در مورد دادخواهی دارد طرف طبیعی برای به عهده گرفتن مسئولیت تصمیم‌گیری درباره دادخواهی و تقبل هزینه‌های دادخواهی است؛ این طرف عموماً بیمه‌گر است و نه بیمه‌گذار. این عوامل همگی مطلوبیت دوجانبه کنترل و پرداخت هزینه دادخواهی از سوی بیمه‌گر را نشان می‌دهند. عاملی که در مسیر متفاوتی عمل می‌کند این است که بیمه‌گر تمایل دارد در اتخاذ تصمیمات دادخواهی به‌طور مشترک سودمند باشد تا عایدات مورد انتظار مشترک را به حداکثر برساند یا پرداخت‌های مشترک برای خواننده و بیمه‌گرش را به حداقل برساند. به‌هرحال، اگر بیمه‌گر کنترل دادخواهی را به‌دست داشته باشد و همه هزینه‌های دادخواهی را تقبل کند، همان‌گونه که در قسمت قبل دیدیم، انگیزه‌های بیمه‌گر عموماً با انگیزه‌ها در وضعیت استاندارد که عایدات خالص مشترک برای خواهان‌ها به حداکثر می‌رسند یا هزینه‌های مشترک برای خوانندگان به حداقل می‌رسند، تفاوت دارند. بنابراین ویژگی شرایط مطلوب دوجانبه قرارداد بیمه ملاحظات متفاوت و متعارض را منعکس می‌کند.

۳-۸-۲-۴ مطلوبیت اجتماعی شرایط قراردادی پیش‌گفته

نکته اصلی درباره مطلوبیت اجتماعی شرایط قراردادی مورد انتخاب بیمه‌گران و بیمه‌گذاران مشابه نکته قسمت ۳-۷-۲-۴ است: از آنجاکه شرایط قراردادی بیمه‌نامه‌ها رفاه بیمه‌گذاران و بیمه‌گران را افزایش می‌دهد، این شرایط از نظر اجتماعی مطلوب هستند مگر آنکه اثرات خارجی ناخواسته آنها (از قبیل اثر بر حجم دعاوی) قابل کاهش از طریق سیاست دیگری نباشد (این اثرات نوعاً قابل کاهش هستند).^۱

۱. در اینجا باز هم ممکن است فقدان اطلاعات طرفین و گویا نبودن شرایط ماهوی قرارداد و اطلاعات عمومی ارائه شده از سوی بیمه‌گذاران دخالت قانونی برای رفع ابهام را توجیه کند.

گاهی این واقعیت که بیمه‌گران و بیمه‌گذاران اغلب منافع متفاوتی دارند از نظر اجتماعی نامطلوب به نظر می‌رسد و مستلزم مداخله قانونی است. وضعیتی را در نظر بگیرید که یک خواهان دوست دارد بیمه‌گر برای ۱۰۰ هزار دلار تعقیب را شروع کند اما بیمه‌گر در انجام آن تردید دارد زیرا کل هزینه‌ها را تحمل و فقط ۶۰ هزار دلار کسب خواهد کرد. عدم تمایل بیمه‌گر به تعقیب وقتی که بیمه‌گذار طالب دعوی است و کل عایدی مورد انتظار فراتر از هزینه‌های دعوی می‌باشد، ممکن است به‌عنوان دلیل موجهی برای یک واکنش قانونی جهت اجبار بیمه‌گر به انجام آنچه بیمه‌گذار می‌خواهد تلقی شود.^۱

چنین دیدگاهی از این نکته چشم‌پوشی می‌کند که شرایط قرارداد بیمه ازسوی طرفین بیمه‌گذار و بیمه‌گر انتخاب می‌شود و تعارض منافع در زمان دعوی احتمالی یک محصول فرعی شرایطی است که برای اهداف مشترک سودمندشان انتخاب شده‌اند. در مثال مورد بحث، شرایطی که امکان کنترل بر تصمیمات مربوط به دادخواهی را به بیمه‌گر اعطا می‌کنند ممکن است تضمین شده باشند زیرا ایفای نقش بیمه‌گر (با در نظر گرفتن میزان کار او) برای کنترل مؤثر مخارج قانونی بسیار مناسب است و شرایطی که پوشش بیمه‌گذار را به ۶۰ هزار دلار محدود می‌کنند ممکن است بهترین باشند زیرا با خطر اخلاقی و کلاهبرداری مبارزه می‌کنند. بنابراین مداخله محاکم، از قبیل جلوگیری از حفظ کنترل بیمه‌گر، بر دادخواهی به‌طور مؤثری با جلوگیری از به‌دست آوردن انواع خاصی از شرایط قراردادی که میل به افزایش قیمت‌های بیمه و کاهش مطلوبیت مورد انتظار بیمه‌گذاران دارد، به بیمه‌گذار صدمه می‌زند.

۳-۴ عناوین کلی درباره فرایند قانونی

من با ذکر فرایند قانونی، به یک رشته قواعد حاکم بر اجرای واقعی حقوق قانونی طرفین و روشی که طرفین متعارض از خود دفاع می‌کنند، اشاره می‌کنم و به فرایند قانونی یعنی نظام‌نامه داخلی، مدرک، رفتار و کیل و دیگر عوامل مؤثر بر اجرا و قضاوت حقوق

۱. درحقیقت، در بسیاری از صلاحیت‌های قضایی، بیمه‌گران مسئولیت وظیفه دارند در مذاکرات مربوط به مصالحه فراتر از منافع شخصی خود و به‌طور مؤثری عمل کنند انگار که کل مسئولیت و نه فقط مبلغی تا حد پوشش بیمه‌نامه را پوشش می‌دهند. به سایکس ۱۹۹۴ رجوع کنید.

قانونی می‌پردازم. فرایند قانونی اغلب در برابر حقوق ذاتی قرار می‌گیرد که حقوق قانونی اصولی طرفین را مقرر می‌کند (مثل یک قاعده مسئولیت شبه‌مدنی که به قربانی حق اخذ غرامت از آسیب‌رساننده را می‌دهد) اما بیان نمی‌کند که این حقوق چگونه باید اجرا شوند.^۱

در این بخش، چندین موضوع کلی و مهم راجع به فرایند قانونی و برخی جنبه‌های مرتبط حقوق ذاتی را مورد اشاره قرار خواهیم داد.

۴-۳-۱ نظام‌های قانونی عمومی در مقابل خصوصی

۴-۳-۱-۱ مقدمه

یک پرسش اساسی این است که آیا نظام قانونی مجاز دولتی باید تنها نظام حقوق ذاتی و فرایند قانونی باشد، یا اینکه و در چه شرایطی نظام‌های قانونی خصوصی هم باید اجازه ایفای نقش داشته باشند؟!^۲ درواقع، مشاهده می‌کنیم که نظام قانونی عمومی نظام معمول قواعد ذاتی و قضاوت را ارائه می‌کند ولی نظام‌های خصوصی، به‌ویژه دآوری و رژیم‌های انجمن صنفی دارای اهمیت قابل توجهی هستند.

۴-۳-۱-۲ نظام قانونی مطلوب اجتماعی

برای تجزیه و تحلیل رابطه مطلوب بین نظام‌های قانونی عمومی و خصوصی، در نظر داشتن نظام قانونی مطلوب اجتماعی یعنی نظامی با قواعد قانونی ذاتی مطلوب اجتماعی و نیز نظام قضاوت مطلوب اجتماعی مفید است. نظام قانونی مطلوب اجتماعی همچنین

۱. تعریف حقوق ذاتی در مقابل فرایند قانونی، همیشه روشن نیست. به‌عنوان مثال، آیا باید بگوییم که مسئولیت تضامنی - که به خواهان اجازه می‌دهد از هریک از خواندگان وقتی بیش از یک نفر به او آسیب رسانده است غرامت بگیرد - یک عنصر حقوق ذاتی است یا فرایند قانونی؟ تعریف دقیق نظریه، به‌هرحال ما را معطل نمی‌کند چون آنچه مورد علاقه است تحلیل است و نه عنوانی که تحت آن قواعد نظام قانونی قرار می‌گیرند.

۲. یکی از اولین مقالات با جنبه اقتصادی راجع به این موضوع مربوط به لاندز و پوسنر ۱۹۷۵ است. این قسمت براساس مقاله آنها و شاول ۱۹۹۵ الف که تمایزی را که بین انتخاب ماقبل و مابعد نظام‌های قضایی خصوصی صورت می‌گیرد مورد تأکید قرار می‌دهد بنا شده است. برای مطالعه نوشته‌های اقتصادی متمرکز بر دآوری خصوصی (اما نه بر آن به‌منزله جایگزینی برای قضاوت عمومی)، رجوع کنید به‌عنوان مثال به آشنفلتر ۱۹۹۸، آشنفلتر و بلوم ۱۹۸۴ و بنسون ۲۰۰۰.

باید اجرا شود تا مؤثر باشد و این مستلزم استفاده از قدرت دولت برای جمع‌آوری سرمایه‌ها، انتقال اموال و نظایر آن است.

برای ما مهم این است که نظام مطلوب - هم قواعد قانونی ذاتی و هم روش قضاوت - با ویژگی‌های طرفین درگیر تغییر خواهد کرد. به‌عنوان مثال، بهترین مجموعه قواعد قانونی و قضاوت برای نقض قرارداد ممکن است برای مشاغلی در برخی صنایع با آنچه برای سایرین مناسب است تفاوت داشته باشد.

۳-۱-۳-۴ فرضیه‌هایی درباره نظام‌های قانونی عمومی و خصوصی

اجازه دهید درخصوص نظام‌های قانونی عمومی و خصوصی فرضیه‌های ساده‌کننده ذیل را در نظر بگیریم.

اول، هدف دولت، همان‌طور که در نظام قانونی عمومی منعکس می‌شود، به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی است. دوم، دولت می‌تواند اختیارات مختلف را برای اجرای قانون به کار گیرد. سوم، به‌هرحال، دولت ممکن است از فقدان اطلاعات بهترین نظام قانونی یا درباره بهترین قواعد یا بهترین روش قضاوت برای برخی گروه‌ها رنج ببرد. چهارم، خود اشخاص خصوصی حداقل به همان خوبی و گاهی بهتر از دولت درباره اینکه چه نظام قانونی برای آنها بهترین است اطلاعات خواهند داشت. و پنجم، نظام‌های قانونی خصوصی، در مقایسه با دولت، نوعاً قدرت کمی برای اجرای تصمیماتشان دارند زیرا اختیار مصادره اموال و حبس افراد را ندارند اما ممکن است روش‌هایی برای اجرا از قبیل اخراج از یک گروه در اختیار داشته باشند.

۴-۱-۳-۴ نظام قانونی عمومی به‌عنوان تنها نظام

اگر نظام عمومی تنها نظام قانونی باشد، به‌خاطر عدم اطلاع دولت درباره اینکه چه چیزی برای برخی گروه‌ها بهترین است، نتیجه از حد مطلوب منحرف خواهد شد. چنین انحرافی نشان می‌دهد که اگر دولت بتواند علم اشخاص را درباره بهترین نظام قانونی برای آنها، تحت کنترل بگیرد و اجازه دهد تا نظام عمومی به‌طور متناسبی اصلاح گردد، نظام تغییر یافته بر نظام عمومی ارجح خواهد بود. ما اکنون شرایطی را که تغییر در نظام عمومی ممکن است مفید باشد بررسی می‌کنیم.

۵-۱-۳-۴ انتخاب نظام خصوصی ازسوی شخص منفرد نامطلوب است

ما می‌توانیم از این امکان که انتخاب یک‌جانبه یک نظام قانونی خصوصی ازسوی یک شخص برای حل اختلاف از نظر اجتماعی مطلوب باشد صرف‌نظر کنیم. این عمل مطلوب نیست زیرا شخص با انتخاب نظامی که به نفع اوست باعث کاهش یا حذف توانایی قانون برای هدایت مطلوب رفتار یا جبران زیان می‌شود. به‌عنوان مثال، یک قاعده قانون مسئولیت مدنی مستلزم آن است که آسیب‌رسانندگان آسیب را جبران کنند، این الزام انگیزه‌هایی برای احتیاط کردن به‌وجود می‌آورد؛ اما اگر خواندگان بتوانند نظام قانونی مورد نظر خویش را انتخاب کنند، قاعده متفاوتی را انتخاب می‌کنند که به آنها اجازه می‌دهد از مسئولیت فرار کنند، یا اگر اجازه داشتند روش قضاوت را انتخاب کنند، محکمه‌ای را انتخاب می‌کنند که توانایی خواهان‌ها برای اخذ غرامات را تضعیف کند. متقابلاً مشکلاتی شامل مسئولیت افراطی ایجاد خواهد شد اگر خواهان‌ها بتوانند به‌طور یک‌جانبه قواعد مسئولیت یا روش‌های قضاوت را انتخاب کنند. بنابراین اجازه تعدیل یک‌جانبه نظام عمومی قانون، از نظر اجتماعی نامطلوب است.

۶-۱-۳-۴ اگر انتخاب نظام خصوصی ازسوی اشخاص قبل از بروز اختلاف انجام شود

مطلوب خواهد بود

اجازه تعدیل نظام قانونی عمومی در بسیاری از شرایط که تصمیم قبلی ازسوی اشخاص تحت تأثیر نظام قانونی اتخاذ می‌شود از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. یک مثال مهم هنگامی است که طرفین یک قرارداد یک نظام خصوصی برای حکومت بر مشکلات قراردادی که ممکن است به‌وجود آیند انتخاب می‌کنند. اینکه اجازه دادن به آنها برای انتخاب یک نظام خصوصی از نظر اجتماعی مطلوب است دو جنبه دارند. اول، موافقت هریک از طرفین قرارداد با نظام خصوصی، باید باعث شود که هریک از آنها بیشتر منتفع گردد. دوم، با فرض آنکه طرفین قرارداد تنها اشخاصی هستند که تحت تأثیر آن قرار دارند. هیچ‌کس در وضعیت بدتر از دیگری قرار نخواهد گرفت.

این استدلال نه فقط برای قراردادها، بلکه به‌طور بسیار عمومی‌تر هروقت که همه اشخاص تحت تأثیر نوعی رفتار، از قبل درباره نظام قانونی خصوصی توافق می‌کنند اعمال می‌شود. فرض کنید کامیون‌های متعلق به یک شرکت، برای شهروندان خطر تصادف

ایجاد می‌کنند و شرکت و جامعه در خصوص نظام قانونی، حاکم بر تصادفات توافق می‌کنند. شاید آنها قاعده مسئولیت محض را همراه با قواعدی برای غرامت‌ها به جای قاعده اهمال و روش‌های گران و پیچیده قضاوت که ما عموماً به کار می‌بریم انتخاب کنند تا به رانندگان کامیون انگیزه‌های خوبی برای احتیاط کردن بدهند و نیز حل اختلاف را ساده و مؤثر کنند. در اینجا، همچون زمینه قراردادی، استفاده از نظام حقوقی خصوصی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. زیرا وقتی طرفین بر یک نظام خصوصی به عنوان جایگزینی برای نظام عمومی توافق کنند و این توافق شامل همه اشخاص تحت تأثیر باشد، آنها احتمالاً نفع بیشتری می‌برند و دیگران در وضعیت بدتری قرار نمی‌گیرند.

در مورد آنچه گفته شد دو توضیح لازم است: اول، نظام خصوصی که طرفین انتخاب می‌کنند ممکن است از جنبه قواعد قانونی ذاتی (مثل اعمال مسئولیت محض به جای قاعده اهمال برای تصادفات کامیون) یا در روش‌های حل اختلاف (مثل روش تعیین غرامت‌ها) با نظام عمومی متفاوت باشد. دوم، نظام خصوصی غالباً از قدرت اجرایی نظام عمومی استفاده خواهد کرد. اشخاص خصوصی معمولاً راه مناسبی برای اجرای تصمیمات نظام خصوصی، مثل داوران، ندارند و دوست دارند روی دولت برای انجام آن حساب کنند. بنابراین مطلوب است که دولت دستگاه اجرایی خود را به نفع نظام خصوصی به کار برد و در غیر این صورت نظام خصوصی ناکارآمد خواهد شد.

۷-۱-۳-۴ انتخاب نظام خصوصی از سوی اشخاص تحت تأثیر، چنانچه بعداً صورت

گیرد ممکن است مطلوب باشد یا نباشد

طرفین یک اختلاف ممکن است به طور دوجانبه تمایل داشته باشند که یک نظام خصوصی قضاوت را به جای نظام عمومی انتخاب کنند و به ویژه ممکن است این کار را به منظور کاهش هزینه‌های حل اختلاف و کاهش خطر انجام دهند. به هر حال، اجازه دادن به آنها برای انتخاب یک نظام خصوصی لزوماً باعث افزایش رفاه اجتماعی نخواهد شد.^۱ حادثه‌ای بین یک فرد و یک شرکت را در نظر بگیرید. آنها ممکن است تصمیم

۱. استدلالی که صورت می‌گیرد از برخی جنبه‌ها با نکته‌ای که در قسمت ۴-۱-۴-۴ درباره امکان اینکه مصالحه از نظر اجتماعی نامطلوب باشد مطرح شد مشابهت دارد؛ در اینجا تصمیم به استفاده از نظام قانونی خصوصی (غالباً به خاطر اینکه از نظام عمومی کم‌هزینه‌تر است) مشابه تصمیم به مصالحه است.

بگیرند که به نفع هر دو طرف است اگر داوری را به خاطر سهولت و سرعتش انتخاب کنند، اما در پناه چنین توافقی شرکت با مسئولیت ناکافی فرار می‌کند یا تقصیر شرکت هرگز به طور مناسبی مورد جست‌وجو قرار نمی‌گیرد و برای عموم آشکار نمی‌شود. لذا اگر شرکت‌ها غالباً انتظار داشته باشند که به چنین توافقاتی برای داوری دست یابند، ممکن است بازدارندگی به طور مناسبی برای آنها به وجود نیاید. به عبارت دیگر چون انگیزه‌های بعدی طرفین برای استفاده از قضاوت خصوصی طبیعتاً از ملاحظات بازدارندگی منفک هستند، استفاده آنها از نظام خصوصی ممکن است نامطلوب باشد.^۱ متقابلاً، وقتی طرفین از قبل توافق می‌کنند و همه اشخاص تحت تأثیر بالقوه مشمول توافقات می‌شوند، بازدارندگی مورد غفلت قرار نگرفته و از جمله در مورد حوادث کامیون در یک جامعه، اگر شهروندان برای استفاده از یک نظام قانونی خصوصی توافق کنند، فقط می‌تواند به این دلیل باشد که این نظام منجر به کاهش بیش از حد بازدارندگی نمی‌شود.

۱. یک مثال ممکن است این نکته را توضیح دهد. فرض کنید که اگر شرکت‌ها به هزینه ۱۰ دلار احتیاط کنند، از تصادفاتی که ۱۵ دلار آسیب وارد می‌کنند جلوگیری می‌شود، در نتیجه اعمال احتیاط مطلوب است. همچنین فرض کنید که مسئولیت محض است و احتمال آنکه شرکت تحت تعقیب قرار گیرد فقط ۵۰ درصد است - در اثبات سببیت مشکل وجود دارد - و اینکه هزینه‌های استفاده از نظام قانونی عمومی برای هریک از خواهان و خوانده ۶ دلار و هزینه استفاده از نظام داوری خصوصی ساده و مؤثر برای هریک فقط ۲ دلار است. پس اگر تصادفی روی دهد که سبب آن مشخص باشد (و بنابراین برای آن تهدید اقامه دعوی به موجب نظام قانونی عمومی وجود داشته باشد)، طرفین نظام خصوصی را انتخاب می‌کنند تا هریک ۴ دلار در هزینه‌های قضاوت صرفه‌جویی کنند. به هر حال، این بدان معناست که مسئولیت مورد انتظار شرکت اگر احتیاط نکند معادل $0.5 \times (15 + 2) = 8.5$ دلار می‌باشد لذا منجر به این نخواهد شد که برای احتیاط کردن ۱۰ دلار خرج کند. اما اگر نظام عمومی مورد استفاده قرار می‌گرفت، مسئولیت مورد انتظار شرکت اگر احتیاط نکند معادل $10/5 = 2 \times 0.5$ دلار می‌بود لذا به‌سوی احتیاط کردن هدایت می‌شد (توجه داشته باشید که در این حالت، هرگز هیچ‌گونه مخارج دادخواهی وجود ندارد چون حادثه‌ای روی نمی‌دهد). بنابراین رفاه اجتماعی و بهزیستی قربانیان حوادث به‌خاطر توانایی قربانیان و شرکت‌ها برای انجام توافقات بعدی که انگیزه‌های شرکت‌ها برای احتیاط کردن را کاهش می‌دهند، کمتر می‌شوند.

خواننده ممکن است تعجب کند که نکته این مثال به این واقعیت بستگی دارد که همه اشخاص تحت تأثیر در اخذ تصمیم به اعمال نظام خصوصی قضاوت شرکت نمی‌کنند، زیرا ۵۰ درصد از قربانیان که قادر به اثبات سببیت نیستند خارج از مذاکرات قرار می‌گیرند. این جنبه از مثال، به هر حال، ذاتی آن نیست. به عنوان مثال، می‌توان مثال را با فرض آنکه همه اشخاص تعقیب می‌کنند اما بخشی از زیان‌ها را نمی‌توان به‌خاطر مشکلات در اثبات سببیت اثبات کرد، تغییر داد و همین نکته را می‌توان مطرح کرد ولو اینکه همه قربانیان در تصمیم‌گیری برای استفاده از نظام قانونی خصوصی شرکت کنند.

البته، توافقات بعدی برای استفاده از نظام‌های قانونی خصوصی ممکن است از نظر اجتماعی هم مطلوب باشند زیرا اثر نامطلوب بالقوه آنها بر بازدارندگی، تحت غلبه ارزش آنها در کاهش هزینه‌های حل اختلاف و شاید در افزایش دقت آن قرار می‌گیرد. بنابراین، امکان آن که توافقات بعدی برای اعمال نظام‌های قانونی خصوصی غالباً از نظر اجتماعی مطلوب باشند، گرچه تأمین شرایط مزبور بعید به نظر می‌رسد، وجود دارد.

ملاحظه‌ای که باید درباره توافقات بعدی برای استفاده از نظام‌های قانونی خصوصی صورت گیرد این است که چنین توافقاتی معمولاً به روش حل اختلاف محدود خواهند شد و نیروی اصلی قواعد قانونی دولت را تغییر نخواهند داد، زیرا چنین امری برخلاف منافع یکی از دو طرف خواهد بود. به عنوان مثال، اگر قاعده قانونی ذاتی قاعده اهمال باشد، یک آسیب‌رساننده غیراهمال‌کار بعید است که با یک نظام خصوصی مبتنی بر مسئولیت محض موافقت کند، درحالی‌که اگر قربانیان و آسیب‌رسانندگان از قبل یک نظام خصوصی را انتخاب می‌کردند، ممکن بود مسئولیت محض را برگزینند.

۸-۳-۴ نظریه مبتنی بر اینکه انتخاب قواعد قانونی و قضاوت از وظایف طبیعی

دولت است

تجزیه و تحلیل پیش گفته به پاسخ این پرسش کمک می‌کند که آیا همان‌طور که بعضی معتقدند، انتخاب قواعد قانونی ذاتی و نظام قضاوت وظایف اصلی دولت هستند؟^۱ دیدیم که پاسخ، به‌طور قابل توجهی بستگی به این امکان دارد که اشخاص تحت تأثیر یک نوع رفتار از قبل درباره انتخاب نظام قانونی خصوصی با یکدیگر مذاکره کنند. وقتی امکان انجام این کار وجود دارد، آنها بیش از دولت درباره قواعد قانونی یا روش قضاوتی که به بهترین وجه به اهداف آنها کمک می‌کند اطلاعات دارند، انتخاب آن برای آنها بهترین چیز است. در این شرایط، این ایده که طبیعتاً دولت باید نظام قانونی را انتخاب کند نادرست است (اگرچه دولت ممکن است هنوز هم نقشی در اجرا بازی کند).

وقتی اشخاص تحت تأثیر با یکدیگر غریبه هستند و نمی‌توانند از قبل با یکدیگر مذاکره کنند، دولت یک نقش طبیعی در انتخاب قواعد قانونی ذاتی بازی خواهد کرد. لذا،

۱. برای مثال رجوع کنید به کوتور ۱۹۹۹.

به عنوان مثال، در زمینه مسئولیت مدنی معمولی، دولت باید قواعد قانونی ذاتی را ایجاد کند تا قواعدی برای تحت تأثیر قرار دادن رفتار اشخاص وجود داشته باشند. اما هنوز هم ممکن است اشخاص خصوصی بتوانند یک نظام قضاوت خصوصی را همان گونه که در قسمت ۷-۱-۳-۴ مورد بحث قرار گرفت. پس از وقوع آسیب به طور سودمندی انتخاب کنند.

۹-۱-۳-۴ رویه عملی در پرتو این نظریه

رویه عملی به طور گسترده‌ای با آنچه به عنوان مطلوب اجتماعی توصیف شد مطابقت دارد. به ویژه مشاهده می‌کنیم همان گونه که در آغاز مورد توجه قرار گرفت. اشخاص خصوصی اغلب نمی‌خواهند مشمول نظام قانونی مصوب دولت باشند و موارد استفاده قابل توجهی از داوری و دیگر طرق خصوصی قضاوت از قبیل انجمن‌های صنفی، کارفرمایان و سازمان‌های مذهبی وجود دارد.^۱ همچنین همان گونه که قبلاً بیان شد، نظام‌های خصوصی که از قبل انتخاب می‌شوند اغلب شامل قواعد قانونی ماهوی و شکلی می‌شوند که به طور قابل توجهی از قواعد نظام عمومی فاصله دارند.^۲ اما به نظر نمی‌رسد در عمل تمایلی وجود داشته باشد که بین توافقات قبلی برای استفاده از نظام‌های خصوصی و توافقات بعدی تمایز قائل شویم، ولو اینکه به صورت تئوریک محترم دانستن توافقات بعدی کمتر استحکام دارد. حداقل امروزه در ایالات متحده، مفسران و خود دولت تمایل دارند استفاده از جایگزین‌هایی برای نظام عمومی قضاوت را مورد تشویق قرار داده و حتی به آن کمک مالی کنند یا اشخاص خصوصی را ملزم به اعمال آن سازند. تنها توجیه ظاهری برای تشویق یا کمک مالی به جایگزین‌های نظام عمومی این است که اشخاص هزینه‌های قانونی را به عنوان بخشی از هزینه‌های واقعی استفاده از محاکم عمومی نمی‌پردازند و در نتیجه نظام عمومی ممکن است نسبت به نظام‌های خصوصی ارزان‌تر از آنچه باید باشد به نظر برسد؛ تقویت استفاده از نظام‌های خصوصی ممکن است این انحراف را تصحیح کند.^۳

۱. برای مثال رجوع کنید به بنسون ۲۰۰۰، ۱۶۲-۱۵۹، برن اشتاین ۱۹۹۸، کولی و لوبرت ۱۹۹۷، ۳۰-۲۰، و گلد برگ، ساندرو و راجرز ۱۹۹۹، ۱۱-۱۰.

۲. برای مثال رجوع کنید به برن اشتاین ۱۹۹۸، گلد برگ، ساندرو و راجرز ۱۹۹۹، ۲۳۴-۲۳۳، و وار ۲۰۰۱، ۲۱، ۸۶-۸۰، و برای مطالعه قضیه‌ها، برن اشتاین ۱۹۹۲، ۲۰۰۱.

۳. یک پاسخ بهتر به این انحراف در قیمت‌های نسبی، ظاهراً قیمت گذاشتن بر نظام عمومی به طور متناسب است و نه کمک مالی کردن به نظام خصوصی، زیرا آن ممکن است به دادخواهی بیش از حد منتهی گردد. باین حال این-۴

۲-۳-۴ دقت فرایند قانونی

۱-۲-۳-۴ مقدمه

منظور از دقت فرایند قانونی فقدان خطا می‌باشد. ممکن است در تعیین آنکه شخصی مسئول است یا خیر خطا روی دهد و یک شخص بی‌گناه ممکن است به اشتباه مسئول شناخته شود یا یک شخص گناهکار از مسئولیت یا اینکه در تعیین میزان جریمه‌هایی که باید بر شخص مسئول تحمیل شوند، خطایی رخ دهد.

دقت فرایند قانونی تحت تأثیر طراحی آن قرار دارد و درحقیقت تمامی قواعد دادرسی و اثبات بر میزان دقت یا خطای فرایند مؤثرند. دقت فرایند قانونی همچنین تحت تأثیر اقدامات متداعیین قرار دارد و نحوه گردآوری اطلاعات ازسوی آنها، انتخاب مدرک و استفاده از آیین دادرسی بر احتمال خطای فرایند تأثیر می‌گذارند.

در اینجا ابتدا ارزش اجتماعی دقت فرایند قانونی یعنی افزایش رفاه اجتماعی با افزایش دقت فرایند قانونی را مورد بحث قرار می‌دهم. ارزش اجتماعی دقت فرایند قانونی، در اثرات و نتایج آن و به‌ویژه در اثرش بر رفتار اشخاصی قرار دارد که دقت بیشتری را از فرایند قانونی انتظار دارند. همان‌گونه که روشن خواهد شد، ارزش اجتماعی دقت به میزان قابل توجهی به زمینه‌های اعمال آن بستگی دارد.

با در نظر گرفتن ارزش اجتماعی دقت، سطح مطلوب اجتماعی دقت را می‌توان تعیین کرد. به‌طور کلی افزایش دقت از نظر اجتماعی گران است، چون مستلزم فرایند قانونی طولانی‌تر و با کیفیت بالاتر است. بنابراین سطح دقتی که رفاه اجتماعی را به حداکثر می‌رساند تناسبی بین ارزش افزایش دقت و هزینه دستیابی به آن را منعکس خواهد کرد. سپس ارزش خصوصی دقت را بررسی خواهیم کرد؛ به‌عنوان مثال ارزش برای یک خواهان در اثبات این است که خوانده همان کسی است که به او آسیب‌رسانده است. از این‌رو مشاهده می‌شود که ارزش خصوصی دقت معمولاً با ارزش اجتماعی اختلاف دارد و فرایند قانونی باید دربردارنده جنبه‌هایی باشد که این اختلاف را جبران کنند.^۱

→ مسئله کلی به‌وسیله این موضوع پیچیده شده است که انگیزه خصوصی استفاده از نظام قانونی با انگیزه اجتماعی تفاوت دارد (در بخش ۱-۴ بحث شد). در نتیجه قیمت‌گذاری بر خدمات حقوقی به میزان هزینه در وهله اول مطلوب به‌نظر نمی‌رسد.

۱. این قسمت یک ترکیب گسترده از کاپلو و شاول ۱۹۹۴ الف، ۱۹۹۶ الف و کاپلو ۱۹۹۴ است.

۲-۳-۴ ارزش اجتماعی دقت

ارزش اجتماعی دقت را می‌توان به‌طور مطلوبی به سه جزء تقسیم کرد.

الف) کنترل پیشرفته رفتار: به‌طور حسی روشن است که دقت بیشتر فرایند قانونی باعث کنترل پیشرفته رفتار می‌شود اما چرا باید دقیقاً چنین باشد؟

ابتدا دقت در تعیین مسئولیت را در نظر بگیرید. دقت بیشتر در تحمیل مسئولیت بر اشخاصی که واقعاً مقصود به‌وضوح به افزایش انگیزه برای اطاعت از قانون منتهی می‌شود زیرا به معنی افزایش جریمه مورد انتظار برای تخلفات است. اما آنچه کاملاً واضح نیست این است که دقت بیشتر در ارتباط با تبرئه اشخاص بی‌گناه نیز موجب افزایش بازدارندگی می‌شود. دلیل این است که انگیزه اطاعت از قانون صرفاً معادل جریمه مورد انتظار در صورت نقض قانون نیست و بیشتر معادل اختلاف بین جریمه مورد انتظار در صورت نقض قانون و جریمه مورد انتظار در صورت عدم نقض قانون می‌باشد. اگر جریمه مورد انتظار فرد بی‌گناه، به‌خاطر خطای ناخواسته ۲۰ و جریمه مورد انتظار فرد مقصر ۶۰ باشد، جریمه مؤثر برای نقض ۴۰ است و نه ۶۰؛ زیرا ۴۰ جریمه اضافه شده به‌خاطر نقض است. بنابراین انگیزه اطاعت از قانون به‌واسطه کاهش خطاهایی که موجب کیفر شخص بی‌گناه می‌شوند افزایش می‌یابد (اگر به‌عنوان مثال، جریمه مورد انتظار شخص بی‌گناه از ۲۰ به ۱۰ کاهش یابد، جریمه مؤثر برای تخلفات از ۴۰ به ۵۰ افزایش می‌یابد).^۱

یک منفعت اجتماعی دیگر افزایش دقت در تعیین مسئولیت عبارت است از تصمیمات بهبودیافته درخصوص اشتغال به یک فعالیت (از قبیل راندن یک وسیله نقلیه موتوری).

دقت بیشتر متضمن آن است که اشخاص کمتری به‌طور نامطلوبی از اشتغال به چنین فعالیتی به‌خاطر ترس از تحمیل اشتباهی مسئولیت بر شخص بی‌گناه، مأیوس شوند. دقت بیشتر همچنین به این معناست که اشخاص کمتری به‌خاطر فرار مقصر از مسئولیت به اشتغال در چنین فعالیتی تشویق می‌شوند.

۱. نکته مورد بحث را می‌توان به‌صورت ریاضی نشان داد. فرض کنید S_I جریمه مورد انتظار شخصی باشد که بی‌گناه است و از قانون اطاعت می‌کند و فرض کنید S_G جریمه مورد انتظار شخص مقصر است و قانون را نقض می‌کند. پس اگر b منفعت ناشی از نقض قانون باشد، یک شخص در صورتی از قانون سرپیچی می‌کند که $b > S_G - S_I$ باشد یعنی اگر $b > S_G - S_I$ باشد، در نتیجه انگیزه اطاعت از قانونی، تفاوت بین جریمه‌های مورد انتظار خواهد بود. این نکته ابتدا در پنگ ۱۹۸۶ مطرح شد.

دیگر منفعت اجتماعی دقت افزایش یافته وقتی اعمال می‌شود که تحمیل مسئولیت براساس پایین بودن سطح احتیاط یک شخص از سطح استاندارد تقصیر صورت گیرد. در این وضعیت‌ها، همان‌گونه که در قسمت ۱-۱-۳-۲ بحث شد، خطا در ارزیابی احتیاط ممکن است منجر به اعمال احتیاط افراطی (از قبیل رویه‌های پزشکی دفاعی) برای کاهش احتمال مسئول شناخته شدن به اشتباه گردد.

در اینجا دقت بیشتر در ارزیابی احتیاط، منتهی به افزایش کمتری در اقدامات احتیاطی خواهد شد.^۱ اکنون، دقت در ارزیابی غرامت‌ها را در نظر بگیرید.

در این رابطه، دقت میل به بهبود رفتار دارد زیرا اگر یک اقدام‌کننده بداند که آسیبی که او ممکن است ایجاد کند به دقت ارزیابی خواهد شد، گام‌هایی برای جلوگیری از آسیب متناسب با حجم احتمالی آن برمی‌دارد و هرچه حجم آسیب احتمالی وسیع‌تر باشد اقدام بیشتری برای جلوگیری از آسیب انجام خواهد داد. شایان توجه است که، به هر حال، اقدام‌کننده اگر بداند که آسیب در زمانی که او تصمیم به اقدامات احتیاطی می‌گیرد چه خواهد بود. می‌تواند فقط این اقدامات متناسب با آسیب را انجام دهد. در بسیاری زمینه‌ها، اقدام‌کنندگان علم نسبتاً کمی در این خصوص دارند. به عنوان مثال، یک راننده نوعاً اطلاعات نسبتاً کمی دربارهٔ آسیبی که ممکن است در یک تصادف ایجاد کند خواهد داشت (آسیب به سرعت وسیله نقلیه دیگر، محل اصابت، تعداد سرنشینان و نظایر آن بستگی دارد). این امکان باعث کاهش ارزش اجتماعی دقت در ارزیابی غرامت‌ها می‌شود.^۲

ب) کاهش هزینه‌های اجتماعی دادخواهی و وضع جرمه‌ها: دیگر مزیت اجتماعی دقت عبارت از افزایش مصالحه‌ها و بنابراین صرفه‌جویی در هزینه‌های دادخواهی است. به ویژه، اگر دقت بیشتر فرایند قانونی بدین معنا باشد که برآوردهای متداعیین از نتایج دادرسی

۱. هیچ تعارضی بین این نکته و اینکه دقت بیشتر باعث افزایش بازدارندگی می‌شود وجود ندارد چون زمینه‌های مفروض متفاوت هستند. قبلاً فرض شد که شخص بین دو عمل اطاعت از قانون یا سرپیچی از آن انتخاب می‌کند درحالی‌که در اینجا فرض این است که شخصی سطح احتیاطی را انتخاب می‌کند که به‌طور مداوم متغیر است (یا سطح بسیاری دارد)، و این امکان برای شخص وجود دارد که سطح بالاتری از آنچه لازم است را برگزیند و بدان‌وسیله احتمال تحمیل اشتباه‌آمیز مسئولیت را کاهش دهد.

۲. رجوع کنید به کاپلو و شاول ۱۹۹۶ الف، اما همچنین نگاه کنید به اسپایر ۱۹۹۴ ب برای دیدن قیدی بر این نکته: که برای دقت در ارزیابی غرامت‌ها ارزش اجتماعی وجود دارد حتی وقتی که یک اقدام‌کننده حجم آسیب را از قبل نمی‌داند، اگر سطح احتیاط او توزیع احتمال آسیب را با فرض آنکه حادثه‌ای اتفاق می‌افتد کاهش دهد.

افزایش یابد، مصالحه ترویج خواهد شد. به علاوه، دقت می تواند نیاز به وضع جرمیه ها و لذا هزینه های انجام چنین کاری را کاهش دهد.^۱ مخصوصاً، وقتی که دقت منتج به شناسایی بهتر شخص بی گناه می گردد. دقت بیشتر به کاهش وضع جرمیه ها منتهی می شود. اما دقت بیشتر در شناسایی مقصر منتج به وضع مکرر جرمیه ها و افزایش هزینه های ناشی از وضع جرمیه ها خواهد شد.

ج) کاهش هزینه های تحمل خطر: دقت بیشتر میل به کاهش خطر دارد زیرا بدین معناست که نتایج مربوط به مسئول شناخته شدن اشخاص و موظف شدن اشخاص مسئول به پرداخت غرامت بیشتر قابل پیش بینی هستند. خطر کاهش یافته به خودی خود از نظر اجتماعی تاحدی که اشخاص خطرگیز باشند و در مقابل خطرات مطروحه بیمه نشده باشند ارزشمند است.

۳-۲-۴ درجه مطلوب اجتماعی دقت

همان گونه که مشخص شد، سطح مطلوب اجتماعی دقت به موازنه بین ارزش اجتماعی و هزینه آن بستگی خواهد داشت. به عنوان مثال، وقتی که آسیب رسانندگان بالقوه برای تعیین سطوح احتیاط خود علم نسبتاً کمی درباره حجم دقیق آسیب دارند (احتمالاً قضیه رانندگان، همان گونه که قبلاً بیان شد)، ارزش اجتماعی دقت در ارزیابی آسیب پایین خواهد بود. لذا بهترین روش ممکن است مستلزم صرف مبلغ کمتری برای دقت باشد، یعنی روش های ساده و مؤثر (مثل جدول های ساده) برای تعیین غرامات ممکن است بهترین باشند. درجه مطلوب دقت عموماً به زمینه بستگی خواهد داشت، زیرا ارزش اجتماعی و هزینه های دقت به ویژگی های زمینه رفتار مورد بحث بستگی دارد.

۴-۳-۲ دیدگاه سنتی درباره دقت در مقابل دیدگاه اقتصادی

دیدگاه سنتی دانش پژوهان حقوقی درباره دقت دارای جنبه های متفاوتی است. یک جنبه این است که دقت دارای ارزش ذاتی است؛ این با دیدگاه اقتصادی ناسازگار است.

۱. این هزینه ها عبارت اند از هزینه های اداری مختلف مربوط به مصالحه ها و احکام که گراف تلقی شدند (به قسمت ۳-۱-۳ رجوع کنید). در زمینه کیفری که بعداً در این کتاب مورد بررسی قرار خواهد گرفت، هزینه های وضع جرمیه ها نیز شامل مخارج زندانی کردن می شوند.

شاخه دوم تفکر سنتی این است که دقت برای حفظ مشروعیت فرایند قانونی ضروری است. دیدگاه اقتصادی با این نکته ناسازگار نیست زیرا اگر افراد به نظام قانونی احترام بگذارند و در اعمال آن همکاری کنند، آن نظام در پیشبرد اهداف اجتماعی بسیار مؤثرتر عمل خواهد کرد. عنصر سوم نوشته‌های سنتی درباره دقت این است که دقت به اهداف ابزاری خدمت می‌کند. البته این کاملاً با دیدگاه اقتصادی سازگار است اما اهداف ابزاری دقت به‌ندرت مورد تجزیه و تحلیل دقیق دانش‌پژوهان حقوقی قرار گرفته‌اند، درحالی‌که این اهداف نقطه کانونی تجزیه و تحلیل اقتصادی هستند.

۵-۲-۳-۴ ارزش خصوصی دقت در مقابل ارزش اجتماعی، و مفاهیم

اکنون اجازه دهید به ارزش دقت برای خود اشخاص خصوصی در مقابل ارزش اجتماعی آن بپردازیم.

شاید اولین نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد صرفاً این است که دقت ممکن است مطلوب یک شخص خصوصی نباشد و برای او ارزش منفی داشته باشد. یک خواهان شاید بخواهد وقایع را پنهان سازد تا در مقابل خواننده‌ای که درواقع بی‌گناه است پیروز شود، یا شاید بخواهد زیان‌هایش را بزرگ‌تر جلوه دهد؛ یک خواننده نیز ممکن است انگیزه‌های منحرف مشابهی برای جلوگیری از برملا شدن حقیقت داشته باشد.

البته، اشخاص خصوصی ممکن است انگیزه‌هایی نیز برای اثبات حقیقت داشته باشند. یک خواهان می‌خواهد نشان دهد که او واقعاً قربانی آسیب است و خواننده موصوف شخص مسئول می‌باشد، یا یک خواننده می‌خواهد اثبات کند که خواهان واقعاً اهمال‌کار بوده است و نظایر آن. به‌هرحال، انگیزه‌های اشخاص خصوصی برای اثبات حقیقت، میل به انحراف از حد مطلوب اجتماعی و در هر مسیری دارند. دلیل خصوصی صرف پول به‌منظور اثبات یک واقعیت برای خواهان افزایش حکم مورد انتظار او و برای خواننده کاهش آن است. اما از دیدگاه اجتماعی، توجیه هزینه‌ها در جهت نظارت بهبودیافته بر رفتار و دیگر عوامل مذکور در قسمت ۳-۲-۳-۴ قرار می‌گیرد و این منافع اجتماعی ممکن است کاملاً با منافع خصوصی متفاوت باشند. به‌عنوان مثال ممکن است دقت افزایش‌یافته در تعیین مسئولیت از نظر اجتماعی در تعیین رفتار اهمال‌کارانه بسیار ارزشمند باشد، اما ارزش

خصوصی اثبات اهمال برای ترغیب خواهان به انجام این کار بسیار پایین باشد.^۱ یا ممکن است آسیب‌رسانندگان بالقوه نتوانند کار چندان زیادی برای کاهش خطر انجام دهند و با وجود این ارزش خصوصی اثبات مسئولیت به‌خاطر غرامت‌هایی که خواهان می‌تواند اخذ کند، کاملاً بالا باشد در نتیجه برای اثبات دقت، بیش از آنچه از نظر اجتماعی مطلوب است صرف خواهد شد.^۲ به‌طور کلی، دلایل اختلاف ارزش خصوصی و اجتماعی دقت، مشابه همان‌هایی هستند که در بخش ۱-۴ در خصوص اختلاف ارزش خصوصی و اجتماعی اقامه دعوی بحث شد. در آنجا تأکید شد که هر طرف معمولاً در به‌حساب آوردن هزینه‌های دادخواهی طرف دیگر کوتاهی می‌کند، توجه به این عامل در زمینه حاضر نیز مربوط و مناسب است. یک نکته دیگر مربوط به انگیزه خصوصی اثبات وسعت آسیب را نیز باید به‌خاطر آورد (به قسمت ۳-۵-۱-۴ رجوع کنید). یعنی در میان اشخاص خصوصی یک تمایل قاعده‌مند برای قائل شدن ارزش بیش از ارزش اجتماعی دقت در تعیین وسعت آسیب وجود دارد. این نکته با ملاحظه این مطلب نشان داده می‌شود که یک خواهان برای اثبات اینکه زیان‌هایش در واقع ۱۰۰ دلار بیش از میزان برآورد شده هستند حداکثر حاضر به صرف ۱۰۰ دلار می‌باشد (یا یک خوانده مایل به صرف حداکثر تا ۱۰۰ دلار است

۱. فرض کنید خوانندگان می‌توانند خطر آسیب ۱۰۰۰ دلاری را از ۱۰۰ درصد به یک درصد با اعمال اقدام احتیاطی با هزینه ۱۰۰ دلار کاهش دهند و اثبات اینکه اقدام احتیاطی صورت نگرفته است برای خواهان ۲۰۰۰ دلار تمام می‌شود. پس یک خواهان آسیب‌دیده برای اثبات اهمال ۲۰۰۰ دلار خرج نخواهد کرد و چون خوانندگان چنین چیزی را پیش‌بینی می‌کنند ۱۰۰ درصد احتیاط نمی‌کنند؛ بنابراین هزینه‌های اجتماعی ۱۰۰۰ دلار می‌باشد. اما از نظر اجتماعی مطلوب است که خواهان‌ها ۲۰۰۰ دلار برای اثبات اهمال خرج کنند هروقت حوادث روی می‌دهند زیرا در آن صورت خوانندگان انتظار خواهند داشت که اهمال کشف شود و به‌صرف ۱۰۰ دلار منتهی گردد. در نتیجه، اگر مثلاً خواهان‌ها خدمات حقوقی رایگان به هزینه ۲۰۰۰ دلار برای تحقیق درباره اهمال احتمالی خوانده دریافت می‌کردند، هزینه‌های اجتماعی فقط $120 = 2000 \times 1\% + 100$ دلار (و لذا کمتر از ۱۰۰۰ دلار) می‌بود.

۲. فرض کنید که مسئولیت محض است، زیان‌های ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۱۰ درصد روی می‌دهند، برای جلوگیری از زیان‌ها اصلاً هیچ کاری نمی‌توان کرد و خواهان‌ها باید ۱۰۰ دلار برای اثبات سببیت و لذا اثبات مسئولیت به‌طور دقیق چنانچه زیانی روی دهد، هزینه کنند. بدیهی است که خواهان‌ها چنین کاری را خواهند کرد زیرا ۱۰۰ دلار کمتر از ۱۰۰۰ دلاری است که اخذ خواهند کرد، باین‌حال از نظر اجتماعی نامطلوب است زیرا هزینه‌های اجتماعی فقط $100 = 1000 \times 10\%$ خواهد بود اگر دعوی اقامه نشود، اما هزینه‌های اجتماعی $110 = 100 \times 11\%$ دلار خواهد بود چنانچه دعاوی اقامه شوند (در واقع، آنها بالاتر می‌باشند اگر ما هزینه‌های دادخواهی خوانده و دولت را در نظر بگیریم).

تا بتواند اثبات کند که درواقع زیان‌هایی که او باعث شده ۱۰۰ دلار کمتر از میزان برآورد شده هستند، اما ارزش اجتماعی اثبات اینکه زیان‌ها ۱۰۰ دلار بالاتر از برآورد هستند عموماً کمتر از ۱۰۰ دلار است.

دلالت‌های ضمنی اختلافات بین ارزش‌های اجتماعی و خصوصی دقت چه هستند؟ وقتی اشخاص خصوصی انگیزه‌هایی برای حفظ اطلاعات دارند، دولت باید درصورت غلبه ارزش اجتماعی اطلاعات بر هزینه‌هایش از این امر جلوگیری کند. البته، اکثر مواد قانون آیین دادرسی برای اشاره به این مشکل طراحی شده است. وقتی اشخاص خصوصی انگیزه‌هایی برای ارائه اطلاعات به جای پنهان کردن آن دارند، دولت باید درصورت ناکافی بودن انگیزه‌های اشخاص ارائه اطلاعات را تشویق کند اما اگر انگیزه‌های اشخاص بیش از حد باشد دولت باید ارائه آن را محدود کند. محدود کردن ارائه اطلاعات ممکن است از طریق استفاده از قواعد شکلی که مثلاً تعداد شهود را محدود می‌کنند یا محاسبه غرامت‌ها را آسان می‌کنند انجام شود. یک حدس این است که مسئله انگیزه‌های خصوصی بیش از حد برای اثبات وقایع، به‌ویژه در رابطه با اثبات حجم خسارات قابل توجه است ولی به‌طور مناسبی قدر آن را نمی‌دانند.

۳-۳-۴ پژوهش‌خواهی و نظام حقوقی

۳-۳-۴-۱ مقدمه

یک جنبه مهم از نظام حقوقی ما دربرداشتن یک فرایند پژوهش‌خواهی است که یک متداعی مایوس به‌وسیله آن می‌تواند بررسی مجدد نتیجه دادرسی بدوی را تقاضا کند.^۱ هرچند باید تأکید کرد که یک نظام حقوقی ممکن است شامل یک فرایند پژوهش‌خواهی نباشد - اینکه نظام حقوقی شامل پژوهش‌خواهی است عنصری از طراحی نظام است - و در برخی زمینه‌ها هیچ‌گونه فرایند پژوهش‌خواهی وجود ندارد.^۲ شایان ذکر است که وقتی اشخاص داوری الزام‌آور را انتخاب می‌کنند، آنها معمولاً درواقع

۱. اینکه تمامی نظام‌های حقوقی پیشرفته معمولاً شکلی از فرایند پژوهش‌خواهی را توسعه می‌دهند، به‌عنوان مثال در هرزوگ و کارلن ۱۹۸۲، فصل ۲۸ و پلاتو ۱۹۹۲ مورد بحث قرار گرفته است.

۲. تعدادی از نظام‌های حقوقی، مثلاً نظام حقوقی فرانسه و ایتالیا اجازه پژوهش‌خواهی در دعاوی را که مبلغ در معرض خطر کمتر از یک حد آستانه است نمی‌دهند؛ رجوع کنید به برد و باربیر ۱۹۹۲، ۱۶۰ و بالتزامو ۱۹۹۵، ۴۷۰.

صرف نظر کردن از فرایند پژوهش خواهی را انتخاب می کنند.^۱

چرا فرایند پژوهش خواهی ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشد؟ در پاسخ به این پرسش، در میان دیگر چیزها، باید توضیح داد که چرا جامعه (یا یک سازمان) ممکن است فرایند پژوهش خواهی را بر افزایش کیفیت فرایند دادرسی ارجح بداند.

جامعه از اختیار سرمایه گذاری برای استخدام قضات ماهرتر، طولانی کردن دادرسی ها برای آنکه امکان بررسی مدارک و استدلال های بیشتری فراهم شود و نظایر آن نفع می برد. به علاوه، باید اشاره کرد که چرا اگر جامعه تصمیم بگیرد محکمه ای را به کار گیرد که جانشین دادگاه ها شود باید به متداعیین مایوس حق درخواست اقدام از سوی محکمه بالاتر را بدهد، به جای اینکه مثلاً به محکمه بالاتر اجازه دهد نتایج دادرسی را به ابتکار خویش مورد بررسی مجدد قرار دهد.

موضوعی که در اینجا باید بسط داده شود این است که فرایند پژوهش خواهی ممکن است خطاها را به روش اقتصادی اصلاح کند (وظایف دیگر دادخواهی در قسمت های ۳-۳-۴ و ۴-۳-۴ مورد توجه قرار خواهد گرفت). اگر متداعیین تمایل به داشتن اطلاعاتی درباره وقوع خطا و دادگاه های تجدیدنظر داشته باشند معمولاً می توانند در مورد آن تحقیق کنند، سپس متداعیین صرفاً در صورت بروز خطا ممکن است درخواست پژوهش خواهی را اقامه کنند.

تحت این شرایط، نه تنها فرایند پژوهش خواهی به اصلاح خطا منجر می شود، بلکه این کار را ممکن است خیلی ارزان به انجام رساند؛ زیرا نظام حقوقی متحمل بررسی مجدد گروهی از دعاوی که در آن خطاها با احتمال بیشتری صورت می گیرد خواهد شد. این ممکن است سرمایه گذاری اجتماع در فرایند پژوهش خواهی را در مقایسه با سرمایه گذاری در بهبود دقت فرایند دادرسی - روشی که به خاطر ماهیتش مستلزم مخارج اضافی در همه دعاوی و نه فقط در گروهی از دعاوی است - اقتصادی کند.

به عبارت دیگر، فرایند پژوهش خواهی، ممکن است به جامعه اجازه دهد که اطلاعاتی را که متداعیین درباره تصمیمات اشتباه آمیز دارند کنترل کند و بدان وسیله احتمال

۱. تصمیمات داوران معمولاً قابل پژوهش خواهی در نظام حقوقی نیستند؛ به عنوان مثال رجوع کنید به گلدبرگ، ساندرو و راجرز ۱۹۹۹، ۲۳۵ و وار ۲۰۰۱، ۲۱. به علاوه، فرایند داوری خودش به طور معمول اجازه پژوهش خواهی نزد داوران دیگر را نمی دهد؛ به عنوان مثال رجوع کنید به وب سایت انجمن داوران آمریکایی در www.adr.org.

وقوع اشتباه را با هزینه نسبتاً کم کاهش دهد.^۱

۲-۳-۴ نمونه اصلی: فرایند پژوهش‌خواهی و تصحیح خطا

در این قسمت فرض کنید متداعیین قادرند بفهمند که چه موقع در دادرسی خطا روی می‌دهد. همچنین توجه داشته باشید که دولت انتخاب می‌کند که آیا یک محکمه پژوهش‌خواهی تأسیس کند یا خیر، و اینکه دولت می‌تواند دقت قضاوت را در هر دو مرحله دادگاه بدوی و تجدیدنظر با صرف هزینه‌های متناسب افزایش دهد.

اگر یک دادگاه تجدیدنظر وجود داشته باشد، فرض می‌شود که یک متداعی مایوس در صورت تمایل می‌تواند اقامه تجدیدنظر کند. برای اقامه دعوی تجدیدنظر، متداعی باید هزینه‌های قانونی مربوط به خود را بپردازد. به علاوه متداعی ممکن است مجبور باشد حق‌الزحمه‌ای بپردازد یا احتمالاً یارانه‌ای دریافت خواهد کرد. بنابراین، کل هزینه یک متداعی برای اقامه دعوی تجدیدنظر عبارت است از هزینه خصوصی خودش به اضافه یک حق‌الزحمه احتمالی یا منهای یک یارانه احتمالی.

فرض می‌شود هدف دولت به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق یعنی مجموع هزینه‌های اجتماعی قضاوت، شامل هزینه‌های دادرسی و هزینه‌های مورد انتظار پژوهش‌خواهی در صورت وجود فرایند پژوهش‌خواهی، به اضافه آسیب اجتماعی ناشی از تصمیمات اشتباه‌آمیز باشد.

ابتدا بهترین کاری را که دولت اگر با تجدیدنظر موافقت نکند می‌تواند انجام دهد در نظر بگیرید. در این وضعیت، مشکل دولت صرفاً انتخاب سطح دقت دادگاه رسیدگی‌کننده است تا هزینه‌های دادرسی به اضافه آسیب مورد انتظار از خطای دادگاه رسیدگی‌کننده را به حداقل برساند. سطح مطلوب دقت تحت تأثیر منابع حقوقی در ترویج دقت و با توجه به وسعت آسیب ناشی از خطا دیکته می‌شود.^۲

۱. تجزیه و تحلیلی که در پی می‌آید مبتنی بر شاول ۱۹۹۵ ب می‌باشد. درخصوص مطالعات فرایند تجدیدنظر که بر عواملی غیر از تصحیح خطا تأکید می‌کنند، رجوع کنید به دافتی و راینگانوم ۲۰۰۰ و اسپیتز و تالی ۲۰۰۰.

۲. فرض کنید x سرمایه‌گذاری در دقت دادگاه رسیدگی‌کننده، $P(x)$ احتمال خطای دادگاه رسیدگی‌کننده باشد در جایی که p در حال کاهش و فرو رفتن در x است، و h هزینه اجتماعی خطا باشد. آنگاه با فقدان فرایند پژوهش‌خواهی، دولت باید x را برای به حداقل رساندن $x + p(x)h$ انتخاب کند، با فرض آنکه حد مطلوب x برابر با x^*

اکنون فرض کنید که دولت یک دادگاه تجدیدنظر تأسیس می‌کند و به‌طور مشروط، دقت این فرایند را مسلم تلقی می‌کند، یعنی احتمال اینکه خطاهای دادگاه بدوی را نقض کند بیش از نقض تصمیمات صحیح دادگاه است. از این‌رو، عایدی ناخالص مورد انتظار یک متداعی مایوس از پژوهش‌خواهی، از احتمال نقض در صورتی که اشتباهی رخ داده باشد بیش از وقتی است که اشتباهی صورت نگرفته باشد. به‌عنوان مثال، اگر احتمال نقض پس از یک اشتباه ۸۰ درصد و در صورت اتخاذ یک تصمیم صحیح فقط ۳۰ درصد باشد، آنگاه اگر عایدی یک متداعی از نقض ۱۰۰ هزار دلار باشد، عایدی خالص مورد انتظار از پژوهش‌خواهی پیرو یک حکم اشتباه ۸۰ هزار دلار اما بعد از پژوهش‌خواهی یک تصمیم صحیح مخالف تنها ۳۰ هزار دلار است.

در نتیجه، ممکن است متداعیین مایوس به دو گروه تقسیم شوند؛ آنهایی که قربانی خطا هستند اقامه دعوی تجدیدنظر را ارزشمند می‌یابند و آنهایی که قربانی خطا نیستند اقامه دعوی تجدیدنظر را ارزشمند نمی‌یابند. چنین تفکیکی از متداعیین مایوس هنگامی صورت خواهد گرفت که هزینه خصوصی پژوهش‌خواهی کمتر از عایدی مورد انتظار با فرض اشتباه باشد اما از عایدی مورد انتظار با فرض تصمیمات صحیح فراتر رود. در مثالی که ذکر شد، تفکیک هنگامی وجود خواهد داشت که هزینه پژوهش‌خواهی مثلاً ۵۰ هزار دلار باشد؛ ۵۰ هزار دلار کمتر از ۸۰ هزار دلار است و این بدین معناست که پیرو تصمیمات صحیح مخالف، پژوهش‌خواهی وجود نخواهد داشت.

اگر تفکیک متداعیین مایوس به‌طور طبیعی و به‌خاطر انواع هزینه‌های خصوصی پژوهش‌خواهی رخ ندهد، دولت می‌تواند با انتخاب حق‌الزحمه صحیح یا یارانه از وقوع تفکیک مطمئن گردد. اگر پژوهش‌خواهی حتی پیرو تصمیمات صحیح نیز چون هزینه خصوصی پژوهش‌خواهی کمتر از عایدی مورد انتظار است صورت گیرد، دولت می‌تواند هزینه‌ای وضع کند تا به تفکیک دست یابد.^۱ متقابلاً، اگر حتی پیرو اشتباهات نیز

→ *x باشد (این توضیح در یادداشت‌های بعدی نیز بدون تفسیر بیشتر استفاده خواهد شد). توجه داشته باشید که در یک مفهوم ریاضی، شکل دولت مشابه شکل انتخاب سطح مطلوب اقدامات احتیاطی در نمونه حوادثی است که در بخش ۱-۲ بررسی شد؛ سطح اقدامات احتیاطی برای جلوگیری از حوادث در آن نمونه در اینجا با سطح سرمایه‌گذاری در دقت دادگاه رسیدگی‌کننده در جلوگیری از خطاها مشابهت دارد.

۱. در این مثال حتی پس از تصمیمات صحیح پژوهش‌خواهی صورت خواهد گرفت اگر هزینه خصوصی پژوهش‌خواهی ۱۰ هزار دلار باشد، زیرا این کمتر از ۳۰ هزار دلار عایدی مورد انتظار از پژوهش‌خواهی است.^۴

پژوهش‌خواهی به این دلیل که هزینه خصوصی آن بالاتر از عایدی مورد انتظار است صورت نگیرد، دولت می‌تواند برای ترغیب تفکیک، یارانه پرداخت کند.^۱

به‌علاوه روشن است که دولت وقتی دارای فرایند پژوهش‌خواهی است تمایل دارد که به تفکیک متداعیین مایوس دست یابد. از یک طرف، اگر متداعیین هرگز اقامه دعوی تجدیدنظر نکنند، فرایند پژوهش‌خواهی به‌ندرت به کامیابی می‌رسد. از سوی دیگر اگر متداعیین حتی وقتی تصمیمات درستی اتخاذ می‌شوند اقامه دعوی تجدیدنظر کنند، جامعه متحمل هزینه‌های غیرضروری در فرایند پژوهش‌خواهی می‌شود و همچنین برخی از این تصمیمات صحیح نقض می‌شوند که به ضرر جامعه خواهد بود.

با علم به اینکه تفکیک متداعیین مایوس از نظر اجتماعی مطلوب است و اگر لازم باشد، دولت می‌تواند، تفکیک را از طریق یک حق‌الزحمه متناسب یا یک طرح کمک مالی به انجام رساند، می‌توانیم به سهولت تعیین کنیم که آیا فرایند پژوهش‌خواهی از نظر اجتماعی مطلوب است یا خیر. اگر فرایند پژوهش‌خواهی مورد استفاده قرار نگیرد، با وقوع خطا آسیب اجتماعی مربوطه قطعاً وارد خواهد شد. اما اگر فرایند پژوهش‌خواهی مورد استفاده واقع شود، خطا منتهی به پژوهش‌خواهی خواهد شد و در نتیجه هزینه‌های اجتماعی در عوض هزینه‌های پژوهش‌خواهی و آسیب مورد انتظار، ناشی از قصور اجتماعی در نقض خطا خواهند بود. اولین نتیجه این است که ایجاد فرایند پژوهش‌خواهی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر آسیب اجتماعی ناشی

→ از این رو به‌عنوان مثال اگر هزینه ۴۰ هزار دلاری وضع شود، هزینه کلی پژوهش‌خواهی بالغ بر ۵۰ هزار دلار می‌شود و پژوهش‌خواهی پس از تصمیمات صحیح کاهش خواهد یافت (اما پژوهش‌خواهی پیرو اشتباهات اقامه خواهد شد زیرا عایدی از آن معادل ۸۰ هزار دلار خواهد بود).

۱. در این مثال، ممکن است پژوهش‌خواهی پیرو اشتباهات صورت نگیرد اگر هزینه خصوصی پژوهش‌خواهی ۱۰۰ هزار دلار باشد، زیرا فراتر از ۸۰ هزار دلار می‌رود. هرچند اگر یک یارانه مثلاً ۵۰ هزار دلاری به‌کار گرفته شود، پژوهش‌خواهی‌ها پیرو اشتباهات انجام می‌گیرند (اما نه پیرو تصمیمات صحیح).

به‌طور کلی‌تر، برای نشان دادن آنکه تفکیک متداعیین مایوس همیشه امکان دارد، فرض کنید g عایدی یک متداعی از بردن یک پژوهش‌خواهی است، a هزینه خصوصی متداعی از اقامه پژوهش‌خواهی، و b حق‌الزحمه (یک b مثبت) یا یارانه (یک b منفی) است. همچنین فرض کنید q احتمال نقض یک اشتباه و r احتمال نقض یک تصمیم صحیح باشد و فرض کنید که $q > r$. پس تفکیک متداعیین مایوس به‌وجود خواهد آمد اگر $rg < a + b < qg$ باشد. بدیهی است همیشه امکان دارد که b آن عدم تساوی را کامل کند چون $q > r$.

از برخی اشتباهات فراتر از هزینه اجتماعی پژوهش‌خواهی به‌اضافه آسیب مورد انتظار از قصور در نقض اشتباه باشد؛ نتیجه دوم نیز عبارت از احتمال قصور در نقض اشتباه ضربدر آسیب ناشی از اشتباه است.^۱

اگر آسیب اجتماعی ناشی از خطا ۵۰۰ هزار دلار، هزینه‌های اجتماعی پژوهش‌خواهی ۱۵۰ هزار دلار و احتمال نقض خطا ۸۰ درصد باشد، فرایند پژوهش‌خواهی مفید خواهد بود زیرا آسیب ناشی از خطا را از ۵۰۰ هزار دلار به ۱۵۰ هزار دلار به‌اضافه ۲۰ درصد یعنی ۲۵۰ هزار دلار کاهش خواهد داد.

بنابراین هرچه هزینه فرایند پژوهش‌خواهی کمتر باشد، هرچه احتمال نقض اشتباه بیشتر باشد و هرچه آسیب اجتماعی ناشی از اشتباه بزرگ‌تر باشد، احتمال مطلوب بودن فرایند پژوهش‌خواهی از نظر اجتماعی بیشتر خواهد بود. و به‌ویژه در صورتی که چیزهای دیگر مساوی باشند، فرایند پژوهش‌خواهی مطلوب خواهد بود اگر آسیب احتمالی از یک آستانه مشخص فراتر رود و مطلوب نخواهد بود اگر آسیب پایین‌تر از آستانه قرار گیرد.

تا این مرحله، هزینه و دقت فرایند پژوهش‌خواهی و هزینه و دقت فرایند دادرسی را معین فرض کردیم، اما همان‌گونه که خواننده می‌داند، اینها متغیر هستند. در ارتباط با فرایند پژوهش‌خواهی، تا وقتی که افزایش در هزینه‌ها تحت غلبه افزایش در عایدی مورد انتظار قرار دارد، سرمایه‌گذاری در دقت از نظر اجتماعی مطلوب است، یعنی افزایش در احتمال نقض خطا ضربدر آسیب اجتماعی ناشی از خطا.

در ارتباط با فرایند دادرسی، سرمایه‌گذاری در دقت تا زمانی که افزایش در هزینه‌ها تحت غلبه افزایش در عایدی مورد انتظار ناشی از احتمال کمتر خطا قرار دارد از نظر اجتماعی مفید است. اما باید تأکید شود که آسیب اجتماعی ناشی از خطا در دادرسی،

۱. برای توضیح مطلب، با در نظر گرفتن اینکه دولت می‌تواند تضمین کند که متداعیین مأیوس دادخواهی را تعقیب می‌کند اگر و فقط اگر خطایی صورت گرفته باشد، هزینه‌های اجتماعی تحت فرایند پژوهش‌خواهی برابر خواهد بود با $x+p(x)[y+(1-q(y)h)]$ در جایی که y عبارت از مخارج دولت برای فرایند پژوهش‌خواهی است. اگر هیچ‌گونه فرایند پژوهش‌خواهی وجود نداشته باشد، هزینه‌های اجتماعی برابر با $x+p(x)h$ خواهد بود. از این‌رو، الحاق یک فرایند پژوهش‌خواهی به فرایند دادرسی مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر $y+(1-q(y)h)<h$ باشد که با جملات مشخص شده متن ارتباط دارد.

کمتر از آسیب ناشی از یک خطای قطعی می‌باشد. در عوض آسیب اجتماعی ناشی از خطا در دادرسی به وسیله آنچه در پی خطای محکمه رسیدگی کننده پیش می‌آید اندازه‌گیری می‌شود، یعنی هزینه فرایند پژوهش‌خواهی به اضافه آسیب مورد انتظار از قصور در نقض خطا. این مبلغ کمتر از آسیب قطعی ناشی از خطا می‌باشد (در مثال فرایند پژوهش‌خواهی فوق، هزینه آن فرایند به اضافه آسیب مورد انتظار از قصور در نقض، ۲۵۰ هزار دلار بود و این خیلی کمتر از ۵۰۰ هزار دلار آسیب ناشی از خطا در فقدان فرایند پژوهش‌خواهی است). بنابراین، سرمایه‌گذاری مطلوب و دقت در فرایند دادرسی کمتر از میزانی خواهد بود که در غیاب هرگونه فرایند پژوهش‌خواهی و هرگونه فرصتی برای تصحیح خطاها می‌بود!^۱

۳-۳-۴ قیود و الحاقیه‌های نمونه اصلی تصحیح خطا

اجازه دهید تعدادی از قیود و اصلاحات بر نمونه پیش گفته را مختصراً بررسی کنیم:

الف) عوامل محدودکننده تصحیح خطا تحت فرایند پژوهش‌خواهی: دو عامل مهم، توانایی فرایند پژوهش‌خواهی در تصحیح خطاها را که در نمونه نشان داده شد، کاهش می‌دهند. یکی اینکه تفکیک متداعیین مأیوس به‌طور طبیعی روی نمی‌دهد و دولت نیز ممکن است برای دستیابی به تفکیک از حق الزحمه یا یارانه استفاده نکند. عامل محدودکننده دیگر این است که متداعیین ممکن است نتوانند بگویند چه موقع در دادرسی خطا اتفاق افتاده است، در نتیجه احتمال اینکه خطاها منجر به پژوهش‌خواهی شوند کاهش و احتمال آنکه تصمیمات صحیح مورد پژوهش‌خواهی قرار گیرند افزایش می‌یابد.

ب) سطوح چندگانه پژوهش‌خواهی: نمونه اصلی را می‌توان به‌صورت آسان و مستقیم و با

۱. برای نشان دادن این مطلب، x را که $x+p(x)z$ را به حداقل می‌رساند با $x^*(z)$ نشان می‌دهیم و مشاهده می‌کنیم که $x^*(z)$ در z افزایش می‌یابد (این به سهولت با در نظر گرفتن تحدب p نشان داده می‌شود). فرض کنید y^* سرمایه‌گذاری مطلوب در فرایند پژوهش‌خواهی باشد، در نتیجه هزینه‌های اجتماعی تحت فرایند پژوهش‌خواهی معادل $x+p(x)[y^*+(1-q(y^*))h]$ است. بنابراین x مطلوب با در نظر گرفتن اینکه فرایند پژوهش‌خواهی وجود دارد، و با x^{**} نشان داده می‌شود، باید معادل $x^*(y^*+(1-q(y^*))h)$ باشد. اما x مطلوب بدون فرایند پژوهش‌خواهی، یعنی x^* ، معادل $x^*(h)$ است (به پاورقی ۲ صفحه ۵۳۲ رجوع کنید) و چون $x^*(z)$ در z افزایش می‌یابد، و $y^*+(1-q(y^*))h < h$ (این با در نظر گرفتن پاورقی قبل درست خواهد بود. برای آنکه فرایند پژوهش‌خواهی برای اعمال مطلوب باشد)، این نتیجه را به دنبال دارد که $x^{**} < x^*$.

توجه به این نکته بسط داد که دولت تعداد سطوح پژوهش‌خواهی و منابع و دقت فرایند را در هر مرحله انتخاب می‌کند. نتیجه‌گیری‌ها درخصوص این نمونه بسط‌یافته طبیعتاً به نمونه اصلی تعمیم داده می‌شوند. به‌ویژه با در نظر گرفتن هر تعداد سطح پژوهش‌خواهی، یک سطح اضافی پژوهش‌خواهی به‌اضافه آسیب مورد انتظار از قصور در نقض خطا در آن سطح کمتر از آسیبی می‌باشد که با حذف آن سطح از پژوهش‌خواهی تحمل خواهد شد. به‌علاوه در برخی شرایط، سطح مطلوب سرمایه‌گذاری و دقت در دادگاه‌های تجدیدنظر، با ارتقای سطح دادگاه‌ها افزایش می‌یابد. این مطلب نشانگر این نکته است که هرچه سطح پژوهش‌خواهی بالاتر باشد، تعداد فرصت‌هایی که برای تصحیح خطا باقی می‌مانند کمتر است و بنابراین دقت ارزشمندتر خواهد بود.

ج) انگیزه‌های قضات برای اجتناب از نقض: در نمونه اصلی، فرایند پژوهش‌خواهی از طریق تصحیح خطای تصمیمات دادگاه رسیدگی‌کننده دقت را افزایش می‌داد، اما فرایند پژوهش‌خواهی ممکن است دقت دادگاه رسیدگی‌کننده را نیز از طریق تأثیر بر رفتار قضاتی که دوست ندارند احکامشان نقض شود افزایش دهد (زیرا نقض ممکن است به شهرتشان لطمه بزند، حقوقشان را کاهش دهد و قس علی‌هذا). به‌ویژه هرچه تصمیمات اشتباه‌آمیز بیشتر از تصمیمات صحیح مورد پژوهش‌خواهی و نقض قرار بگیرند قضاتی که از نقض واهمه دارند انگیزه بیشتری برای اجتناب از خطا خواهند داشت (بنابراین اگر احتمال نقض خطاها نسبت به تصمیمات صحیح وجود نداشت، قضات، هیچ انگیزه‌ای بر این مبنای نداشتند که دعاوی را به‌دقت مورد حکم قرار دهند؛ در نتیجه بهبود انگیزه‌های قضات به تنهایی نمی‌تواند فرایند پژوهش‌خواهی را توجیه کند اما یک محصول فرعی از وظیفه تصحیح خطای فرایند پژوهش‌خواهی است).

د) استنتاج از این واقعیت که پژوهش‌خواهی اقامه شده است: در نمونه اصلی، چون متداعیین تنها در صورتی که خطایی در دادرسی روی دهد پژوهش‌خواهی خواهند کرد، دادگاه تجدیدنظر ممکن است نتیجه بگیرد که هرکس دعوی نزد آن اقامه می‌کند حتماً باید حکم نقض دریافت کند. اما من به‌طور ضمنی فرض کردم که دادگاه‌های تجدیدنظر این فرض را به کار نمی‌برند؛ بلکه از قواعد معمول تصمیم‌گیری استفاده می‌کنند و لذا با تناوب قطعی اقدام به نقض نمی‌کنند. اگر دادگاه‌های تجدیدنظر براساس استنتاج که

همه پژوهش‌خواهان قربانی اشتباه هستند همه تصمیمات را نقض می‌کردند، آنگاه متداعیین مایوسی که قربانی اشتباه نیستند نیز انگیزه‌ای برای پژوهش‌خواهی می‌داشتند، زیرا می‌دانستند که می‌توانند قطعاً به حکم نقض دست یابند. لذا، تفکیک متداعیین مایوس حلال مشکل است و مطلوبیت فرایند پژوهش‌خواهی در تصحیح خطا کاهش می‌یابد. به‌هرحال این استنتاج که پژوهش‌خواهی برای تصمیم‌گیری دادگاه‌های تجدیدنظر صورت می‌گیرند از نظر اجتماعی مطلوب نیست و دادگاه‌های تجدیدنظر می‌توانند با استفاده از علم استنتاجی و پیروی از آیین رسیدگی خاص، به‌ویژه با محدود کردن مدارک قابل بررسی در پژوهش‌خواهی به سابقه دادرسی از قبول چنین برداشتی، اجتناب ورزند (و ظاهراً این کار را می‌کنند).

۴-۳-۳-۴ وظایف فرایند پژوهش‌خواهی غیر از تصحیح خطا: هماهنگ‌سازی قانون و

قانون‌سازی

دو هدف فرایند پژوهش‌خواهی جدا از تصحیح خطا که معمولاً مورد تأکید قرار می‌گیرند عبارت‌اند از ایجاد وحدت رویه - تلفیق تفسیرهای معارض دادگاه‌های رسیدگی‌کننده مختلف از قانون و قانون‌سازی یا گسترش قانون از طریق تفسیرهای جدید. توجه اصلی که باید درخصوص این دو وظیفه داشت این است که اگرچه آنها درواقع به‌وسیله دادگاه‌های تجدیدنظر اعمال می‌شوند اما به‌نظر نمی‌رسد فرایند پژوهش‌خواهی برای انجام آنها ضروری باشد.

یک دادگاه سطح بالاتر به سهولت می‌تواند به ابتکار خویش هماهنگ‌سازی را انجام دهد زیرا تعارضات میان دادگاه‌های رسیدگی‌کننده ماهیتاً آشکار هستند؛ یعنی هیچ دلیلی وجود ندارد که به‌منظور آنکه این تعارضات را به اطلاع دادگاه بالاتر برسانند به متداعیین مایوس حق پژوهش‌خواهی را بدهند. همین‌طور به‌نظر می‌رسد نیاز به بسط و توسعه قانون معمولاً برای دادگاه‌های سطح بالاتر نسبتاً آشکار است، در نتیجه این دادگاه‌ها نیازمند اقامه دعوی متداعیین نیستند تا بفهمند که گسترش چه موقع به نفع اجتماع است؛ دادگاه‌های سطح بالاتر، خود می‌توانند انتخاب کنند که چه زمان به گسترش قانون نیاز است و این کار را به‌وسیله احکام اعلامی انجام دهند.

۴-۳-۴ مشاوره حقوقی

۴-۳-۴-۱ مقدمه

یک جنبه اساسی نظام حقوقی این است که وکلا به موکلین مشورت بدهند. این مشورت ممکن است درباره ماهیت قواعد حقوقی، احتمال و وسعت جرمه تخلفات، دادخواهی و آیین دادرسی باشد.^۱ من قبلاً برخی از جنبه‌های خاص مشاوره حقوقی راجع به اقامه دعوی و تصمیمات راجع به مصالحه را ذکر کرده‌ام (به قسمت ۴-۲-۷ رجوع کنید)، و در اینجا موضوع را به‌طور عمومی‌تر بررسی می‌کنم.^۲

یک موکل ممکن است وقتی که به یک اقدام فکر می‌کند، مشاوره حقوقی مقدم بگیرد؛ یا ممکن است بعد از انجام عمل یا وارد کردن آسیب به دیگری یعنی در مرحله وقوع احتمالی یا واقعی دادخواهی مشاوره مؤخر بگیرد. من این دو نوع مشاوره را به‌خاطر جنبه‌های متمایزشان جداگانه بررسی خواهم کرد. یک تفاوت قابل توجه بین این دو نوع مشاوره این است که مشاوره مقدم می‌تواند رفتار را مستقیماً مطابق با قانون هدایت کند، درحالی‌که مشاوره مؤخر برای انجام این کار بسیار دیر است، اگرچه همان‌طور که خواهیم دید مشاوره مؤخر اثرات غیرمستقیم بر رفتار دارد.^۳ فرضیه‌های متعددی در اکثر بحث‌های این قسمت لحاظ می‌شود: اول اینکه مشاوره حقوقی خراب‌کننده عمدی قانون نیست (به‌عنوان مثال، هدف از مشاوره این نیست که شخصی بتواند مرتکب کلاهبرداری شود)، دوم اینکه ارتباط‌های وکیل - موکل و محصول کار حقوقی سری هستند و سوم اینکه وکلا در مقابل موکلینشان امانتدار هستند و تلاش می‌کنند به آنها مشاوره خوب بدهند. هریک از این فرضیه‌ها، در قسمت ۴-۳-۴-۴ مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱. ارائه مشاوره حقوقی به‌طور کلی دارای حدود و ثغور یکسان با ارائه خدمات حقوقی تلقی نمی‌شود. بعضی از خدمات حقوقی (از قبیل دفاع بهتر در دادگاه) به‌عنوان اجرای وظایف خاص نسبت به ارائه اطلاعات به موکلین تلقی می‌شوند.

۲. درواقع، اغلب آنچه در اینجا نوشته شده است به زمینه اجرای حقوق عمومی و نیز دادخواهی مدنی اعمال خواهد شد.

۳. مشاوره حقوقی مقدم ابتدا از جنبه اقتصادی نظری در شاول ۱۹۸۸ و کاپلو و شاول ۱۹۹۲ مطالعه شد؛ مشاوره حقوقی مؤخر ابتدا از این دیدگاه در کاپلو و شاول ۱۹۸۹، ۱۹۹۰ بررسی گردید. مشاوره حقوقی از یک دیدگاه اقتصادی در باندی والهاگ ۱۹۹۱ و فیشل ۱۹۹۸ بیشتر مورد تحقیق قرار گرفت.

۲-۳-۴ مشاوره مقدم؛ درباره اقداماتی که به انجام آنها فکر می‌شود

مشاوره برای شخصی که به انجام عملی فکر می‌کند که نتیجه حقوقی احتمالی دارد ارزش خصوصی خواهد داشت اگر او را به تغییر تصمیمش هدایت کند.

فرض کنید شرکتی در حال تصمیم‌گیری راجع به این موضوع است که آیا فاضلاب را از مخزن نگهدارنده به رودخانه بریزد یا برای حمل فاضلاب به محل انباشت هزینه کند، اما نمی‌داند که آیا تخلیه این فاضلاب خاص تخلف از قانون است و به برخی گروه‌های قربانیان اجازه تعقیب به‌خاطر آسیب را می‌دهد یا خیر.

یک امکان این است که شرکت بدون مشاوره، تخلیه فاضلاب در رودخانه را انتخاب کند (فرض کنید شرکت می‌پندارد که تخلیه احتمالاً تخلف محسوب نمی‌شود). در چنین حالتی، اگر مشاوره شرکت را در عوض تخلیه در رودخانه به انباشت فاضلاب در محل به‌خصوص هدایت کند ارزش خصوصی دارد (ممکن است مشاوره این باشد که تخلیه درواقع نقض قانون است)، چرا که مشاوره شرکت را قادر می‌سازد که از مسئولیت اجتناب کند. همچنین اگر با فقدان مشاوره، شرکت تصمیم بگیرد که فاضلاب را به محل انباشت حمل کند (فرض کنید شرکت معتقد است که تخلیه احتمالاً نقض قانون محسوب می‌شود)، مشاوره ممکن است شرکت را هدایت کند که فاضلاب را به‌جای انباشت، در رودخانه خالی کند و ازاین‌رو برای شرکت ارزش خواهد داشت (مشاوره ممکن است این باشد که تخلیه نقض قانون به حساب نمی‌آید)، چون مشاوره باعث صرفه‌جویی شرکت در هزینه‌های حمل می‌شود.

به‌طور کلی، ارزش خصوصی مشاوره حقوقی عبارت است از ارزش عایدی خصوصی از تغییرات ممکن در تصمیمات اشخاص. این نظریه ارزش خصوصی مشاوره حقوقی، ممکن است فقط به‌عنوان اعمال تعریف معمول ارزش مورد انتظار اطلاعات بر یک تصمیم‌گیرنده تلقی شود.^۱

ارزش اجتماعی مشاوره حقوقی مقدم، برخلاف ارزش خصوصی آن، در مطلوبیت اجتماعی تغییرات ناشی از مشاوره در رفتار اشخاص، یا فقدان چنین تغییراتی، قرار دارد. فرض کنید از نظر اجتماعی مطلوب است که فاضلاب در رودخانه تخلیه نشود و تخلیه

۱. برای مثال رجوع کنید به رایفا ۱۹۶۸.

آن متضمن نقض قانون خواهد بود (زیرا آسیب ناشی از تخلیه از هزینه حمل به محل انباشت بیشتر است). پس اگر مشاوره منجر به این گردد که شرکت تصمیم مخالف تخلیه فاضلاب بگیرد، این مشاوره از نظر اجتماعی مطلوب است. اما اگر مشاوره شرکت را به تخلیه فاضلاب هدایت کند (مثلاً چون شرکت بفهمد که احتمال دعوی پایین است)، مشاوره از نظر اجتماعی مطلوب نخواهد بود. ارزش اجتماعی مشاوره عبارت است از ارزش عایدات بالقوه اجتماعی و زیان‌های تولید شده بر اثر مشاوره.

چگونگی مقایسه ارزش‌های اجتماعی و خصوصی مشاوره حقوقی، در میان دیگر عوامل، بستگی به این دارد که مسئولیت محض است یا مبتنی بر قاعده اهمال می‌باشد. در بررسی این قواعد، ابتدا فرض خواهد شد که دعاوی همیشه روی می‌دهند و هروقت اشخاص در مقابل آسیب به آنان مسئول شناخته شوند. جریمه‌ای برابر با آسیب تحمیل می‌شود.

وقتی اشخاص مسئول محض شناخته می‌شوند، ارزش خصوصی مشاوره حقوقی همانند ارزش اجتماعی آن خواهد بود. این نتیجه‌گیری اساسی و مهم ضرورتاً و از آن‌رو در پی خواهد آمد که چون بار مسئولیت یک شخص معادل آسیبی است که ایجاد می‌کند. اگر شخصی در پی مشاوره بفهمد که انجام اقدام احتیاطی موجب کاهش مسئولیتش تا ۱۰ هزار دلار، مثلاً از ۱۵ هزار دلار به ۵ هزار دلار خواهد شد، این بدین معناست که اقدام احتیاطی آسیب را تا ۱۰ هزار دلار کاهش خواهد داد. بنابراین، باعث تعجب نخواهد بود اگر ارزش‌های خصوصی و اجتماعی مشاوره تحت مسئولیت محض برابر باشند.

اما به موجب قاعده اهمال، ارزش خصوصی مشاوره حقوقی فراتر از ارزش اجتماعی آن می‌باشد. توضیح این مطلب با دو نکته نشان داده می‌شود. اول، اگر شخص در پی مشاوره از اهمال اجتناب کند، کاهش مسئولیت شخص معمولاً بیشتر از کاهش آسیب مورد انتظار است. فرض کنید شخصی که هم‌اکنون ذکر شد بدون مشاوره، اقدام احتیاطی نمی‌کند و لذا اهمال کار و مسئول آسیب ۱۵ هزار دلاری شناخته می‌شود؛ اما همان شخص با مشاوره اقدام احتیاطی می‌کند و بدین وسیله از مسئولیت به‌خاطر اهمال اجتناب می‌ورزد. لذا مشاوره منتهی به کاهش مسئولیت شخص به میزان ۱۵ هزار دلار، یعنی مبلغی فراتر از ۱۰ هزار دلار کاهش در آسیب می‌شود. دلیل اینکه کاهش مسئولیت خصوصی به‌دلیل مشاوره بیشتر از کاهش در آسیب است، این است که به موجب قاعده اهمال، یک شخص وقتی بدون اهمال عمل می‌کند از اجبار به پرداخت در مقابل آسیب

ایجاد شده مبری می‌شود (این شخص از اجبار به پرداخت ۵ هزار دلار آسیبی که در صورت انجام اقدام احتیاطی باز هم به وجود می‌آید فرار می‌کند).

نکته دوم نیز مشابه نکته اول است. اگر شخصی با مشاوره دریابد که می‌تواند سطح اقدامات احتیاطی‌اش را قدری کمتر کند و باز هم اهمال کار شناخته نشود، صرفه‌جویی او عبارت از مبلغ کامل کاهش در هزینه‌های احتیاطی خواهد بود. اما جامعه به اندازه شخص صرفه‌جویی نخواهد کرد، زیرا وقتی اقدامات احتیاطی نزول می‌کنند، آسیب مورد انتظار صعود می‌کند.

باید تأکید کرد، اختلاف ارزش خصوصی و اجتماعی مشاوره حقوقی مقدم هر چقدر باشد، چنین مشاوره‌ای دارای ارزش مثبت اجتماعی است زیرا فقط می‌تواند تصمیمات خصوصی را به طرق مطلوب اجتماعی تغییر دهد تا بهتر با قانون (یا با برداشت وکلا از قانون که فرض می‌شود نسبت به برداشت موکلین ارجحیت دارد) مطابقت داشته باشند. این گفته فرض می‌گیرد که قانون به طور متناسبی اجرا می‌شود و تصمیماتی که با قانون مطابقت می‌کنند از نظر اجتماعی مطلوب هستند. اما اگر قانون به خوبی اجرا نشود یا از نظر اجتماعی مطلوب نباشد چه خواهد شد؟

وقتی قواعد حقوقی به درستی اجرا نمی‌شوند، یعنی هنگامی که احتمال اجبار به پرداخت در مقابل آسیب کمتر از ۱۰۰ درصد است، یا وقتی میزان غرامت‌ها کمتر از آسیب است، مشاوره حقوقی ممکن است ارزش اجتماعی منفی داشته باشد؛ زیرا ممکن است اشخاص را که در غیر این صورت سرپیچی از قانون نمی‌کنند به این کار هدایت کند به همین ترتیب، وقتی قواعد حقوقی به درستی قاعده‌بندی نشده‌اند، مشاوره حقوقی ممکن است ارزش اجتماعی منفی داشته باشد. به عنوان مثال فرض کنید که یک مقام مسئول محیط زیست به اشتباه اسم یک پس‌ماند واقعاً مضر را از فهرست موادی که تخلیه آنها یک عمل اهمال‌کارانه تلقی می‌شود حذف می‌کند. پس مشاوره حقوقی که به شخصی راجع به این اشتباه پیش‌آگهی می‌دهد ممکن است باعث شود که این شخص این پس‌ماند مضر را تخلیه کند، درحالی‌که در غیر این صورت این کار را انجام نمی‌داد.^۱

۱. ارتباط این قضیه اصولاً فرضی است زیرا اگر یک مقام اجتماعی متوجه شود که قانون نامطلوب است، تغییر قانون برای آن مقام مفهومی بیش از تلاش در تأثیر بر ارائه مشاوره حقوقی خواهد داشت.

لذا ارزش اجتماعی مشاوره ممکن است منفی باشد و برای اشخاص بهتر است که مشاوره نگیرند و ولو اینکه ارزش خصوصی آن مثبت باشد.

۳-۴-۴ مشاوره مؤخر درباره اعمالی که قبلاً ارتکاب یافته‌اند

ارزش خصوصی مشاوره مؤخر یعنی مشاوره پس از ارتکاب عمل، مشابه ارزش خصوصی مشاوره حقوقی مقدم است. این ارزش در امکان تغییر تصمیمات شخص بر اثر مشاوره نهفته است اما بستگی به تصمیم وی در مورد اقامه یا ادامه دادخواهی (شامل مذاکرات مربوط به مصالحه) دارد نه رفتار ذاتی اولیه شخص. مشاوره حقوقی مؤخر نه تنها بر اینکه چه استدلال‌های حقوقی باید دنبال شوند، بلکه بر چگونگی ارائه دلیل، اینکه چه دلیلی باید ارائه شود یا ارائه نشود و چگونگی مقابله با استدلال‌های دروغین تأثیر می‌گذارد. واقعاً انکارناپذیر است که مشاوره حقوقی مؤخر به‌خاطر ماهیت پیچیده آیین دادرسی و عدم احتمال اینکه متداعیین بالقوه قانون را به تفصیل بدانند، ارزش خصوصی قابل توجهی خواهد داشت.

الف) مشاوره درباره اقامه دعوی: اجازه دهید بررسی ارزش اجتماعی مشاوره مؤخر و مقایسه آن با ارزش خصوصی مشاوره مؤخر را، با نگاه به مشاوره یک شخص آسیب‌دیده که باید اقامه دعوی کند شروع کنیم. ارزش اجتماعی این مشاوره اصولاً از اثر دعوی بر رفتار قبلی اشخاصی که ممکن است تحت تعقیب قرار گیرند، یعنی اثر دعوی بر اقدامات احتیاطی آنها و شرکت در فعالیت مولد آسیب بالقوه ناشی می‌شود. این اثر انگیزه‌ای دعوی ممکن است کم یا زیاد باشد و می‌تواند بیشتر یا کمتر از عایدی خصوصی مورد انتظار از دعوی، همان‌گونه که در قسمت ۲-۱-۴ توضیح داده شد، باشد. از این‌رو، ارزش خصوصی و اجتماعی مشاوره درباره دعوی ممکن است در هر مسیری با یکدیگر متفاوت باشد.

ب) مشاوره درباره مسیر دادخواهی: اکنون ارزش اجتماعی مشاوره حقوقی که خوانندگان در طول دادخواهی دریافت می‌کنند را در نظر بگیرید. همان‌گونه که در مقدمه این قسمت ذکر شد، چون چنین مشاوره‌ای به‌خاطر ماهیتش صرفاً پس از انجام عمل اشخاص به آنها ارائه می‌شود، نمی‌تواند در تطبیق با قانون یا در انتخاب آنکه اگر درباره قانون نامطمئن باشند چگونه عمل کنند به آنها کمک کند (شرکتی که نمی‌داند تخلیه

پس‌ماند در رودخانه نقض قانون خواهد بود بعد از آنکه تصمیم می‌گیرد پس‌ماند را تخلیه کند، نمی‌تواند با فهمیدن آنکه قانون چه هست، به‌سوی رفتار متناسب هدایت گردد.^۱ این توجه ساده ولی بنیادی به این معناست که مشاوره مؤخر به خوانندگان باعث افزایش رفاه اجتماعی به طریقی که مشاوره مقدم به خوانندگان بالقوه باعث می‌شود، نخواهد شد. با وجود این مشاوره مؤخر قطعاً بر رفتار قبلی و رفاه اجتماعی تأثیر دارد.

یکی از راه‌هایی که ممکن است مشاوره مؤخر بر رفتار قبلی و رفاه اجتماعی تأثیر بگذارد از طریق کاهش جریمه‌ها و لذا بازدارندگی رفتار نامطلوب است. وکلا با استفاده مفید از فن حقوقی، به‌ویژه با مشاوره دادن به خوانندگان راجع به انتخاب دلیلی که باید ارائه شود یا با دلایل خواهان مقابله شود، ممکن است جریمه‌های مورد انتظار را کاهش دهند. با این پیش‌بینی که جریمه‌های مورد انتظار برای ایجاد آسیب، به‌خاطر در دسترس بودن مشاوره حقوقی کاهش خواهند یافت، افراد کمی از درگیر شدن در رفتار نامطلوب بازداشته می‌شوند. لذا، مشاوره حقوقی ممکن است اثر اجتماعی منفی داشته باشد.^۱ (اگرچه، یک راه‌چاره جزئی برای مشکل این است که دولت جریمه‌ها را به‌طور کلی افزایش دهد تا کاهش بازدارندگی ناشی از مشاوره حقوقی را جبران کند).

به‌هرحال، مشاوره مؤخر ممکن است با افزایش جریمه‌هایی که به‌نحوی ناکافی هستند نیز موجب توسعه رفاه اجتماعی شود. مشاوره ممکن است جریمه‌های مورد انتظار را افزایش دهد، زیرا وکلا می‌توانند به خواهان‌ها کمک کنند تا احکام بالاتری به‌دست آورند تا آسیب‌هایی را که متحمل شده‌اند بهتر منعکس کنند. به‌علاوه مشاوره مؤخر ممکن است رفاه اجتماعی را با کاهش جریمه‌ها برای خواندگانی که قانون را نقض نکرده یا با جریمه‌های بالاتر از آنچه باید روبه‌رو شده‌اند، افزایش دهند. اگر اشخاص پیش‌بینی کنند که اگر اشتباهاً با جریمه قانونی روبه‌رو شوند، مشاوره برای اجتناب از آن جریمه به آنها کمک خواهد کرد، به‌طور نامطلوب از اشتغال در بسیاری از فعالیت‌های مفید مأیوس نمی‌شوند یا به انجام اقدامات احتیاطی گران و بیش از حد هدایت نخواهند شد. به‌طور خلاصه مشاوره مؤخر ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب یا نامطلوب باشد و این امر بستگی به زمینه آن دارد. به‌علاوه وقتی مشاوره از نظر اجتماعی

۱. نکته این بند ابتدا در بن‌تام ۱۸۲۷ مورد تأکید قرار گرفت.

مطلوب است، ارزش اجتماعی آن ممکن است با ارزش خصوصی آن متفاوت باشد.

۴-۳-۴ عوامل دیگر مؤثر بر مشاوره

اکنون اجازه دهید چند مسئله اضافی مؤثر بر ارزش و اثرات مشاوره حقوقی را بررسی کنیم. **الف) خنثی کردن قدرت قانون:** معمولاً فرض شده است که مشاوره حقوقی ویژگی آگاهی بخشی دارد و در مورد قانون و ضمانت اجرای قانونی به افراد آگاهی می دهد ولی ضمانت اجرای مورد انتظار را تغییر نمی دهد. با این حال وکلا گاهی قادرند از طریق کاهش مؤثر جریمه ها یا احتمال آنها قانون را تخریب کنند. همان گونه که قبلاً ذکر شد، وکلا ممکن است به طور نامتناسبی جریمه های مورد انتظار را از طریق مغلوب کردن و از بین بردن مدرک یا از طریق کمک به موکلین برای پنهان کردن دارایی ها و نظایر آن کاهش دهند. این گونه کمک های حقوقی از مشاوره ای که جریمه های مورد انتظار را با دلایل مبتنی بر حسن نیت - مثلاً از طریق نشان دادن اینکه یک آسیب تصدیق شده یک آسیب واقعی نبوده است - کاهش می دهد، باید متمایز شود. البته، وکلا قرار نیست اجرای قانون را خنثی سازند اما برای انجام چنین کاری دارای انگیزه اقتصادی هستند و تقریباً به سادگی می توانند از مجازات به خاطر آن اجتناب کنند (وکلا به صورت خصوصی مشاوره می دهند و می توانند مشاوره شان را با عبارات فرضی ولی به سهولت قابل درک تنظیم کنند). از دیدگاه اجتماعی، مشاوره حقوقی که اجرای قانون را خنثی کند به وضوح نامطلوب است.

ب) محرمانه بودن مشاوره: نظام حقوقی از محرمانه بودن ارتباطات بین وکلا و موکلینشان تحت شرایط گسترده ای حمایت می کند و این حمایت به طور ضمنی در بحث قبلی مفروض بوده است. وقتی یک احتمال مثبت وجود دارد که افشای مشاوره ارزش آن را کم می کند، محرمانه بودن مشاوره به نفع موکلین خواهد بود. این مطلب معمولاً در خصوص مشاوره درباره انتخاب مدارک برای ارائه در دادخواهی صدق می کند: چنین مشاوره ای معمولاً اگر برای طرف مقابل و دادگاه افشا شود عاری از تأثیر خواهد شد. محرمانه بودن همچنین دارای اهمیت آشکار برای کسانی است که مشاوره تخریب کننده قانون را کسب می کنند.

متقابلاً محرمانه بودن غالباً نباید برای اشخاصی که مشاوره مقدم درباره مشروعیت یک عمل یا درباره وسعت یا احتمال جرمه‌ها کسب می‌کنند اهمیت داشته باشد، زیرا افشای چنین مشاوره‌ای معمولاً زبانی برای آنها نخواهد داشت. به‌عنوان مثال، افشای مشاوره مقدمی که شخصی درباره آنچه به‌طور معمول رفتار اهمال‌کارانه تلقی می‌شود کسب می‌کند، نباید برای آن شخص مهم باشد.

با وجود این، ویژگی مشاوره حقوقی هرچه باشد، حفظ اکثر اطلاعات مربوط به موکلین که برای وکلا فاش می‌شود معمولاً برای موکلین مهم خواهد بود. به‌عنوان مثال معمولاً یک شرکت نمی‌خواهد اطلاعات مربوط به طرح‌های تجاری‌اش برای دیگران فاش گردد و یک فرد معمولاً نمی‌خواهد اطلاعات دارای ماهیت شخصی برای دیگران افشا شود. این نکته که حمایت از محرمانه بودن اطلاعات می‌تواند به نفع موکلین باشد (و هرگز برای آنها ضرر محسوب نمی‌شود) موکلین را تشویق به مشاوره و فاش کردن اطلاعات برای وکلایشان می‌کند. گاهی تصور می‌شود این امر به‌خودی‌خود متضمن این معناست که محرمانه بودن از نظر اجتماعی مطلوب است. اما این استدلال اشتباه است، زیرا محرمانه بودن فقط در صورتی از نظر اجتماعی مطلوب است که مشاوره حقوقی از نظر اجتماعی مطلوب باشد و همان‌گونه که در بالا توضیح داده شد، ممکن است قضیه در مواردی چنین نباشد.

ج) حمایت از محصول کار حقوقی: نظام حقوقی همچنین از محرمانه بودن اسناد و دیگر سوابقی که وکلا از طرف موکلین در انتظار دادخواهی گردآوری می‌کنند حمایت می‌کند. حمایت از این محصول کار حقوقی اصولاً با انکار حق قانونی کشف محصول کار برای متداعیین طرف مخالف حاصل می‌شود (یعنی، حق واداشتن شخص دارای محصول کار به ارائه دادن آن). اثرات حمایت از محصول کار مشابه اثرات حمایت از محرمانه بودن است و بنابراین می‌توان آن را به‌طور خلاصه بررسی کرد. حمایت از محصول کار، وکلا را به ادامه تحقیق در مورد دعاوی و توسعه دعاوی موکلینشان تشویق می‌کند، زیرا اگر چنین تحقیق و توسعه‌ای بلافاصله برای طرف دیگر آشکار گردد بخش عمده ارزش خود را از دست خواهد داد.^۱ حمایت از محصول کار، از آنجاکه ارزش و کیفیت مشورت حقوقی را افزایش می‌دهد، منجر به نفع موکلین می‌شود. اما اینکه حمایت از محصول

۱. در این مورد برای مثال رجوع کنید به ایستر بروک ۱۹۸۱.

کار از نظر اجتماعی مطلوب باشد با استدلال علت و معلول روشن نیست، چون به این بستگی دارد که مشاوره‌ای که تحت حمایت محصول کار قرار دارد از نظر اجتماعی مطلوب باشد. یک پیچیدگی دیگر این است که حتی وقتی مشاوره از نظر اجتماعی مطلوب است، ارزش خصوصی مشاوره و لذا میزان محصول کار ممکن است از نظر اجتماعی بیش از حد باشد.

د) **کیفیت و قابل اعتماد بودن مشاوره:** وکلا به تناسب میزانی که مشاوره ضعیف یا غیرصادقانه کشف می‌شود و آنان متحمل جریمه‌هایی برای ارائه چنین مشاوره‌ای می‌گردند، دلیلی خواهند داشت که مشاوره بد ندهند. دو نوع اصلی جریمه وجود دارند که وکلا برای ارائه مشاوره حقوقی نادرست با آنها روبه‌رو می‌شوند: اول از دست دادن شغل به خاطر وارد شدن لطمه به اعتبار؛ و دوم جریمه قانونی از سوی دادگاه به شکل حکم غرامت ناشی از اقامه دعوی عمل نادرست، یا مجازاتی که از سوی انجمن صنفی وضع می‌شود.^۱

۱. برای بررسی کلی این روش‌های تنظیم رفتار وکیل رجوع کنید به ویلکینز ۱۹۹۲.

فصل پنجم

تضمین حقوق عمومی و حقوق جزا

در این فصل ابتدا نظریه کلی تضمین حقوق عمومی را بررسی خواهیم کرد که منظور از آن استفاده از عوامل تضمین حقوق عمومی - از قبیل پلیس، بازرسان مالیاتی و مجموعه کارمندان نظام قانونی - برای تضمین قواعد حقوقی است. تضمین حقوق عمومی ممکن است با تضمین حقوق خصوصی (که وقتی ایجاد می شود که اشخاص خصوصی حقوق قانونی خویش را با اقامه دعوی تعیین می کنند) مغایرت داشته باشد و اینکه چرا تضمین عمومی باید به جای تضمین خصوصی به عنوان روش تضمین حقوق اعمال شود در فصل شش مورد بحث قرار خواهد گرفت.

تأکید عمده تضمین حقوق، بر نظارت و کنترل رفتار مضر یا بالقوه مضر است. راندن اتومبیل علی رغم وجود یک تابلوی ایست، شلیک کردن به طرف کسی، تخلیه یک آلوده کننده در یک دریاچه، یا قصور در پرداخت مالیات متعلقه مثال هایی از این گونه رفتار هستند - در بعضی شرایط، عملی واقعاً منجر به بروز آسیب خواهد شد (شلیک مستقیم به طرف کسی)، و برخی مواقع، فقط احتمال وقوع آسیب وجود دارد (راندن اتومبیل علی رغم وجود یک تابلوی ایست). من گاهی به ماهیت احتمالی اعمال زیان آور توجه می کنم و دیگر مواقع به خاطر سهولت فرض خواهیم کرد که اعمال قطعاً ایجاد آسیب می کنند. یک عمل را می توان از نظر اجتماعی نامطلوب آن است اگر منفعت مورد انتظاری که یک عامل از آن کسب می کند بر آسیب مورد انتظاری که بر اثر آن عمل ایجاد می شود غلبه کند.

خواننده ای که با این تعریف چون به هر منفعتی که عامل تحصیل می کند اعتبار می دهد (مثل لذت بدخواهانه از آسیب رساندن به کسی) مشکل دارد باید درک کند که بخش بسیار کمی از آنچه در پی می آید بستگی به تعریف خاص یک عمل نامطلوب

دارد. اکثر آنچه مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد راجع به این است که رفتار نامطلوب را، هر طور که تعریف شده باشد، چگونه می‌توان به بهترین وجه کنترل کرد.

برخی ابعاد مهم تضمین حقوق عمومی باید مورد تفکیک قرار گیرند. یکی از این ابعاد عبارت است از انتخاب قاعده اصلی مسئولیت: آیا مسئولیت محض است یا مبتنی بر تقصیر می‌باشد و آیا مسئولیت فقط در صورت بروز آسیب تحمیل می‌شود یا صرفاً براساس اعمال (مستقل از وقوع آسیب) تحمیل می‌گردد. بعد دوم تضمین عبارت از نوع تضمین می‌باشد که پولی یا غیرپولی و به‌ویژه حبس است. جنبه سوم وسعت تضمین‌هاست و بعد چهارم تضمین عبارت از درجه تلاش برای تضمین است که احتمال وضع تضمین‌ها را تعیین می‌کند.

این ابعاد تضمین در بخش‌های آتی مورد بحث قرار خواهند گرفت. در بخش ۱-۵ نظریه اصلی تضمین عمومی اعمال‌کننده ضمانت اجرای پولی مورد بحث قرار می‌گیرد؛ در بخش ۲-۵، نظریه اصلی تضمین با ضمانت اجرای غیرپولی بررسی می‌شود و در بخش ۳-۵، الحاقیه‌هایی بر نظریه اصلی مورد ملاحظه قرار خواهند گرفت. سپس در بخش ۴-۵، عملکردهای ضمانت اجراها جدا از بازدارندگی، یعنی ناتوان‌سازی، بازپروری و کیفر مورد بحث واقع می‌شوند. نهایتاً در بخش ۵-۵، موضوع حقوق جزا در مقابل پس‌زمینه نظریه تضمین عمومی حقوق مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱-۵ بازدارندگی با ضمانت اجرای پولی

موضوع مورد بررسی در اینجا بازدارندگی از اعمال نامطلوب، با استفاده یا تهدید به استفاده از ضمانت اجرای پولی از سوی دولت است.

در اولین قسمت این بخش به‌خاطر سهولت فرض می‌کنم که ضمانت اجرای پولی با قطعیت اعمال خواهند شد، همه اشخاصی که یک قاعده باید بر آنها اعمال گردد مقابل مقامات اجتماعی قرار می‌گیرند و ضمانت اجرای مورد نظر را تحمل می‌کنند.

سپس در قسمت دوم، من فرض می‌کنم که ضمانت اجراها فقط با احتمال اعمال می‌شوند. در آنجا استفاده از ضمانت اجراها را با این فرض بررسی می‌کنم که جامعه باید هزینه تضمین را برای یافتن یا محکوم کردن و نهایتاً جریمه کردن اشخاصی که باید

ضمانت اجراها را تقبل کنند، متحمل شود. مشکلات اصلی جامعه که مورد مطالعه قرار می‌گیرند عبارت‌اند از انتخاب سطح تلاش تضمین - که احتمال مجازات افراد را تعیین می‌کند - و انتخاب وسعت ضمانت اجراها به این منظور که رفاه اجتماعی به حداکثر برسد. برای سهولت، بر موردی تمرکز می‌کنم که در آن افراد خنثی در مقابل خطر هستند و لذا در صورتی مرتکب عمل خواهند شد که منفعت انجام آن برای آنها فراتر از ضمانت اجرای مورد انتظار باشد. اما موردی را نیز بررسی می‌کنم که در آن افراد خطرگریز هستند. در حالتی که افراد خنثی در مقابل خطر هستند، فرض می‌شود رفاه اجتماعی با منافع که اشخاص از آن اعمال به‌دست می‌آورند منهای آسیب ناشی از عمل و منهای هزینه‌های تضمین، برابر باشد.

در حالتی که افراد خطرگریز هستند، مقیاس رفاه اجتماعی بی‌فایده‌گی تحمل خطر را نیز دربرمی‌گیرد. منظور من از هزینه‌های تضمین، مخارج دستگیری و محکوم کردن متخلفان است؛ لیکن فرض می‌کنم که هیچ‌گونه هزینه‌ی منبع مربوط به تحمیل واقعی ضمانت اجراهای پولی وجود ندارد. این فرض برای آن است که این نکته مهم را دربرگیرد که پرداخت یک جریمه به‌خودی‌خود فقط انتقال قدرت خرید است در مقابل هزینه منابع واقعی^۱ (متقابلاً، وضع ضمانت اجرای غیرپولی حبس شامل هزینه‌های مستقیم قابل توجه می‌شود و در بخش بعد اهمیت این تفاوت مورد تأکید قرار خواهد گرفت).

۵-۱-۱ تضمین خاص: نظریه اصلی مسئولیت

۵-۱-۱-۱ مقدمه

در اینجا نظریه تضمین را با فرض آنکه با قطعیت اتفاق می‌افتد بررسی می‌کنم. ابتدا دو شکل اصلی مسئولیت مبتنی بر آسیب را بررسی می‌کنم: یکی مسئولیت محض و دیگری مسئولیت مبتنی بر تقصیر، یعنی مسئولیت برای یک عمل زیان‌آور که به‌عنوان یک عمل نامطلوب محسوب می‌شود. سپس قواعد مشابه مبتنی بر عمل را مورد ملاحظه قرار می‌دهم (این بحث از جنبه‌های اساسی بازگویی بحث مسئولیت محض و قواعد اهمال در بخش ۱-۲ خواهد بود).

۱. البته، درواقع وضع ضمانت اجراهای پولی شامل هزینه‌های اجتماعی مثل هزینه‌های پیدا کردن دارایی‌های یک شخص و اخذ جریمه نمی‌شوند، این مسئله در قسمت ۳-۳-۵ مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲-۱-۱-۵ مسئولیت محض در مقابل آسیب

به موجب این قاعده، چون یک فرد همیشه در مقابل آسیبی که یک عمل ایجاد می‌کند غرامت می‌پردازد، ضمانت اجرای مورد انتظار شخص معادل آسیب مورد انتظار است. از این رو، او تنها در صورتی مرتکب عمل خواهد شد که منفعت مورد انتظارش از آسیب مورد انتظار فراتر رود. یعنی تنها در صورتی مرتکب عمل خواهد شد که آن عمل از نظر اجتماعی مطلوب باشد و مطمئن باشد که نتیجه مطلوب به وجود خواهد آمد.^۱ توجه داشته باشید که، به طور کلی اگر ضمانت اجرا کمتر از آسیب باشد، اشخاص گاهی به طرقي عمل خواهند کرد که آسیب بیشتر از منافع ایجاد می‌کند و اگر ضمانت اجرا بزرگ‌تر از آسیب باشد، گاهی اثر نومیدکننده بر اعمال مطلوب خواهد داشت و اشخاص ممکن است از انجام اعمالی نیز که منافع بیشتر از آسیب ایجاد می‌کنند دلسرد شوند.

توضیحات

الف) سطح آسیب، تنها اطلاعات مورد نیاز مقام اجتماعی برای اعمال قاعده مسئولیت محض است. ب) دارایی‌های یک شخص باید برای پرداخت غرامت در مقابل آسیب کافی باشد؛ در غیر این صورت شخص معمولاً به انجام عمل به صورت مطلوب ترغیب نمی‌شود و ممکن است بیش از حد درگیر اعمال زیان‌آور شود. الف) حالت خطرگریزی: اگر اشخاص خطرگریز باشند تمایل به تقبل خطر خواهند داشت،

۱. فرض کنید g منفعت، h آسیب و q احتمال آسیب باشد (این نمادسازی در پاورقی‌های بعدی نیز مورد استفاده قرار خواهد گرفت). دو حالت طبیعی برای بررسی وجود دارند: جایی که فقط وقتی آسیب ایجاد می‌شود g به دست می‌آید (فرض کنید شخصی سنگی را به پنجره‌ای پرتاب می‌کند و قصد شکستن آن را دارد) و جایی که وقتی عمل انجام می‌شود فارغ از اینکه آسیبی ایجاد شده باشد یا خیر g به دست می‌آید (فرض کنید که کارخانه‌ای یک آلوده‌کننده بالقوه زیان‌آور را به منظور صرفه‌جویی در هزینه‌های حمل‌پس‌ماند به محل انباشت در رودخانه‌ای تخلیه می‌کند). در اینجا او قطعاً در هزینه‌ها بدون توجه به اینکه آلوده‌کننده ایجاد آسیب خواهد کرد صرفه‌جویی می‌کند. در هر دو حالت، مسئولیت مساوی با آسیب منجر به رفتار مطلوب خواهد شد. در حالت اول، انجام عمل مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر $qg > qh$ باشد، و چون ضمانت اجرا معادل با آسیب است، شخص مرتکب عمل خواهد شد اگر و فقط اگر آن واقعیت داشته باشد. در حالت دوم، انجام عمل مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر $g > qh$ باشد و باز هم اگر ضمانت اجرا معادل آسیب باشد، شخص مرتکب عمل خواهد شد اگر و فقط اگر $g > qh$ باشد. در متن، من معمولاً به خاطر سهولت تمایزی بین این حالات قائل نمی‌شوم و بدیهی است که نتایج مورد توجه همان‌گونه که من گاهی اوقات به صراحت به آن اشاره خواهم کرد برای هر دو حالت واقعیت دارند.

چون ممکن است خود را در شرایطی بیابند که منافع ناشی از یک عمل زیان آور به اندازه کافی برای آنکه ارتکاب آن را مطلوب سازند کافی هستند؛ یعنی آنها متحمل ضمانت اجرا خواهند شد. به منظور کاهش وسعت این خطر، از نظر اجتماعی مطلوب است که ضمانت اجرا کمتر از آسیب باشد. در این صورت بازدارندگی بیش از حد، یعنی دلسرد کردن اعمال مطلوب، مورد اجتناب قرار می گیرد^۱ (این اظهارات فرض می کنند که افراد در مقابل ضمانت اجراها بیمه نشده اند؛ در مورد چنین بیمه‌ای به قسمت ۶-۳-۵ رجوع کنید).

۳-۱-۱-۵ مسئولیت مبتنی بر تقصیر برای آسیب

به موجب این قاعده، شخصی که موجب آسیب می شود مسئول است و چنانچه عمل او

۱. برای دقیق تر شدن، اجازه دهید مشکل دولت در به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی را با یک نمونه ساده که در آن اشخاص خطرگیز هستند، مشخص کنیم. فرض کنید که $U(y)$ تابع مطلوبیت ناشی از درآمد y اعضای یک جمعیت از افراد خطرگیز با درآمدهای اولیه یکسان است و در میان آنها منفعت g ناشی از ارتکاب عمل (برای ملموس تر بودن، در اینجا و در بسیاری از پاورقی‌های بعدی حالتی را در نظر بگیرید که g قطعاً حاصل می شود؛ به پاورقی قبلی رجوع کنید) برطبق تراکم $f(g)$ توزیع می شود. پس اگر s ضمانت اجرای آسیب باشد، یک فرد مرتکب عمل خواهد شد اگر و فقط اگر $U(y) \geq U(y+g-s) + qU(y+g-s)$. بنابراین افراد مرتکب عمل خواهند شد وقتی $g \geq g^*(y, s)$ باشد در جایی که g^* بحرانی را می توان نشان داد که در y کاهش و در s افزایش می یابد. فرض می شود که درآمد y هر فرد درآمد خالص از مالیات‌هاست در جایی که مالیات‌ها برای پوشش هزینه‌های دولت برقرار می شوند. دولت درآمد خوبی کسب می کند و برای سهولت فرض می شود که متحمل خسارات می شود. بنابراین $y = z - (1 - F(g^*)) (qh - qs)$ در جایی که z درآمد اولیه هر شخص و F تابع توزیع تراکمی f باشد؛ زیرا $(1 - F(g^*))$ بخشی از افراد است که عمل را انجام می دهند، qh آسیب مورد انتظار ایجاد شده از سوی شخصی است که مرتکب عمل می شود، و qs درآمد مورد انتظار جمع آوری شده از چنین شخصی است. پس مشکل اجتماعی انتخاب s برای به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی W ، جمع مطلوبیت‌های مورد انتظار خواهد بود یعنی $W = F(g^*(y, s))u(y) + \int_{g^*(y, s)}^{\infty} [1 - q]U(y + g) + qU(y + g - s) f(g) dg$ تحت شرایط نسبتاً عمومی می توان نشان داد که s مطلوب کمتر از h است، درک مطلب همانند آن چیزی است که در متن ذکر شده است. توجه کنید که با کاهش s از h ، یک نفع در رفاه اجتماعی به خاطر کاهش خطرگریزی کسانی که مرتکب عمل می شوند وجود دارد که می توان برای آن ضمانت اجرا تعیین کرد. مادامی که ثروت افرادی که جریمه می شوند، $y+g-s$ میل به کمتر شدن از ثروت افراد به طور کلی دارد وضع بر همین منوال خواهد بود (که مجبورند مالیات‌های بیشتری بپردازند اگر s کاهش یابد)، زیرا در آن هنگام مطلوبیت نهایی آنهایی که جریمه می شوند بالاتر از مطلوبیت نهایی میانگین است. نهایتاً باید توجه داشت که عبارت رفاه اجتماعی W در حالت خنثی بودن در مقابل خطر کاهش خواهد یافت به $qh - (1 - F(qs)) \int_{qs}^{\infty} g f(g) dg - z$ یعنی یک عنصر ثابت به اضافه منافع کلی منهای آسیب‌های کلی، زیرا در حالت خنثی در مقابل خطر می توانیم $U(y) = y$ داشته باشیم تا $g^*(y, s)$ به qs کاهش پیدا کند و جایگزینی در عبارت قبلی به جای W به این عبارت می رسد.

نامطلوب بوده باشد جریمه‌ای معادل آسیب را تحمل خواهد کرد، یعنی فقط در صورتی که مقام اجتماعی کشف کند که آسیب مورد انتظار از منافع مورد انتظار او فراتر رفته است جریمه خواهد شد. به عنوان مثال اگر آسیب مورد انتظار ۱۰۰ دلار و منفعت ۶۰ دلار باشد، عمل نامطلوب تلقی می‌شود، بنابراین مسئولیت در مقابل آسیب وجود خواهد داشت. اما یک فرد درگیر چنین عمل نامطلوبی نخواهد شد زیرا جریمه مورد انتظار آن معادل آسیب مورد انتظار است و لذا از منفعتش فراتر می‌رود (مسئولیت مورد انتظار وی معادل ۱۰۰ دلار و بیشتر از ۶۰ دلار است). هرچند اگر عملی مطلوب باشد، یک فرد به روشنی مرتکب آن خواهد شد زیرا در آن هنگام مسئولیتی برای آسیبی که در نتیجه عمل وی ایجاد شده است تحمل نخواهد کرد.^۱ مجدداً توجه کنید که اگر جریمه یک عمل نامطلوب کمتر از آسیب باشد، اشخاص ممکن است گاهی مرتکب چنین اعمالی شوند، چون منفعت آنها ممکن است از جریمه مورد انتظار فراتر رود. اما اگر جریمه برای یک عمل نامطلوب فراتر از آسیب باشد، اثر دلسردکننده بر اعمال مطلوب نخواهد داشت، زیرا این اعمال تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر مشمول جریمه نمی‌شوند. بنابراین جریمه‌ها برای اعمال نامطلوبی که از آسیب فراتر می‌روند باز هم به نتایج مطلوبی منتهی می‌شوند.

توضیحات

الف) اطلاعات مورد نیاز مقام اجتماعی برای اعمال قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر، علاوه بر سطح آسیب شامل احتمال و منفعت ناشی از عمل است، زیرا برای تعیین اینکه یک عمل مطلوب است یا خیر، این مقام باید منفعت را با آسیب مورد انتظار مقایسه کند.

ب) باز هم، سطح دارایی‌ها باید به طور کلی برای پرداخت در مقابل آسیب کافی باشد تا شخص به عدم انجام اعمال نامطلوب ترغیب گردد.

۱. برای توضیح بیشتر، به موجب مسئولیت مبتنی بر تقصیر، فردی که مرتکب عملی می‌شود و آسیب به وجود می‌آورد مسئول شناخته خواهد شد اگر و فقط اگر عمل نامطلوب بوده باشد یعنی اگر $q < h$ ؛ در غیر این صورت او مسئول تلقی نخواهد شد. اگر جریمه $s = h$ باشد آنگاه هر شخصی که برایش $g < qh$ باشد با مسئولیت مورد انتظار روبه‌رو خواهد شد اگر عملی معادل qh را مرتکب شود، بنابراین مرتکب عمل نخواهد شد، دیگران با هیچ‌گونه مسئولیتی روبه‌رو نخواهند شد و در نتیجه اگر $s = h$ باشد تمامی اعمال نامطلوب مورد اجتناب قرار می‌گیرند و همه اعمال مطلوب رخ خواهند داد.

حالت خطرگریزی: اشخاص تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر هیچ نظری را در صورت تقصیر بدون خطا متحمل نخواهند شد؛ این یک مزیت مبتنی بر تقصیر در مقابل مسئولیت محض است (باز هم با فرض آنکه بیمه در مقابل جرمه‌ها فروخته نمی‌شود). به هر حال، اشخاص نوعی خطر جرمه‌ها را با وجود عدم قطعیت راجع به کشف تقصیر تحمل می‌کنند که ناشی از خطاها در تعیین تقصیر یا نقص توانایی اشخاص در کنترل رفتارشان است. بنابراین اگر اشخاص خطرگریز باشند، ملاحظات آنکه در حالت مسئولیت محض ذکر شد بر قاعده حاضر تاحدی که اشخاص به خاطر عدم قطعیت کشف تقصیر متقبل خطر می‌شوند، جاری می‌شود. به ویژه، مسئولیت بیشتر از آسیب ممکن است اثر دلسردکننده بر اعمال مطلوب داشته باشد.

الف) جرمه معادل منافع خطاکار: یک نسخه از مسئولیت مبتنی بر تقصیر که مورد علاقه می‌باشد این است که به موجب آن فردی که مرتکب یک عمل نامطلوب زیان‌آور می‌شود جرمه‌ای معادل منافعش تحمل می‌کند.^۱ این جرمه گاهی به عنوان یک جرمه طبیعی برای اهداف بازدارندگی اعمال تلقی می‌شود، زیرا منافع خطاکار را از بین می‌برد. اما اگرچه جرمه‌ای معادل منافع باعث انصراف از رفتار نامطلوب خواهد شد، در اصل این کار را با اکراه و تردید انجام می‌دهد چون اشخاص بیشتر از منافعشان از دست نخواهند داد. در نتیجه، قاعده جرمه‌های معادل با منافع در مقابل خطای قضایی در ارزیابی منافع به طور عجیبی آسیب‌پذیر است و به همین خاطر پایین‌تر از مسئولیت مبتنی بر تقصیر با جرمه‌های معادل با آسیب قرار می‌گیرد. مخصوصاً، به موجب قاعده با جرمه‌های معادل منافع، اگر منفعت حتی به میزان کوچکی کمتر ارزیابی شود، اشخاص برای انجام یک عمل بدون توجه به اینکه آن عمل چه مقدار آسیب ایجاد خواهد کرد. انگیزه خواهند داشت به عنوان مثال فرض کنید عملی منفعت ۱۰۰۰ دلاری و آسیب ۱/۰۰۰/۰۰۰ دلاری

۱. من مشابه این قاعده تحت مسئولیت محض یعنی مسئولیت معادل با منافع برای اعمال مطلوب و نیز اعمال غیرمطلوب را بررسی نمی‌کنم. چنین قاعده‌ای آشکارا نادرست است چون هرگونه انگیزه برای انجام اعمال مطلوب را از بین می‌برد. توجه کنید که تحت قاعده مورد بررسی، اگر فردی منفعت *g* را فقط در صورتی که آسیب ایجاد کند، به دست آورد (به پاورقی ۱ صفحه ۵۵۴ رجوع کنید). جرمه تحمیل شده بر فرد معادل *g* خواهد بود. اما در حالتی که فرد وقتی عملی را انجام می‌دهد قطعاً *g* را به دست می‌آورد، جرمه تحت قاعده مورد بررسی به منزله *g* تفسیر می‌شود و در نتیجه جرمه مورد انتظار معادل *g* خواهد بود.

به وجود می‌آورد. اگر منفعت به میزان ۹۵۰ دلار برآورد شود، شخص انگیزه انجام آن را دارد زیرا جریمه معادل ۹۵۰ دلار خواهد بود و در نتیجه او ۵۰ دلار سود خواهد برد. متقابلاً اگر مسئولیت معادل با آسیب باشد، اشخاص قویاً از ارتکاب عمل دلسرد می‌شوند حتی اگر خطای قضایی قابل توجهی در تخمین آسیب نیز وجود داشته باشد.^۱

۴-۱-۱-۵ مسئولیت مبتنی بر عمل

هم مسئولیت محض و هم مسئولیت مبتنی بر تقصیر در مقابل آسیب دارای همتهای مبتنی بر عمل هستند. قاعده مبتنی بر عمل مشابه با مسئولیت محض در مقابل آسیب قاعده‌ای است که به موجب آن یک فرد صرف‌نظر از اینکه آسیب واقعاً روی دهد مسئول آسیب مورد انتظار ناشی از یک عمل خواهد بود. بنابراین اگر فردی مرتکب عملی شود که آسیب ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۱۰ درصد ایجاد خواهد کرد، به‌خاطر انجام عمل مسئول پرداخت ۱۰۰ دلار خواهد بود. بدیهی است که به موجب این قاعده، فرد درست همانند قاعده مسئولیت محض در مقابل آسیب عمل خواهد کرد و مرتکب عمل خواهد شد اگر و فقط اگر منفعت کسب شده فراتر از آسیب مورد انتظار باشد. همچنین قاعده مبتنی بر عمل مشابه با مسئولیت مبتنی بر تقصیر در مقابل آسیب، قاعده‌ای است که در آن مسئولیت معادل آسیب مورد انتظار از اعمال نامطلوب می‌باشد و روشن است که به موجب این قاعده، اشخاص به اجتناب از اعمال نامطلوب ترغیب خواهند شد.

توضیحات

الف) مقام اجتماعی باید بیشتر بداند تا بتواند قواعد مبتنی بر عمل را بر قواعد مبتنی بر آسیب اعمال کند. برای اعمال قاعده مسئولیت محض مبتنی بر عمل، این مقام باید علاوه بر آسیب بالقوه (که آن را ملاحظه نخواهد کرد اگر آسیب به‌وجود نیامده باشد) احتمال آسیب را نیز بداند. متقابلاً، برای اعمال قاعده مسئولیت محض مبتنی بر آسیب، فقط نیاز دارد نوع و حجم آسیبی را که روی داده است بداند. در رابطه با مسئولیت تقصیر مبتنی بر عمل، مقام اجتماعی همچنین با این اشکال روبه‌رو می‌شود که آسیب را

۱. درباره مزیت مورد بحث جریمه‌های معادل با آسیب نسبت به منافع خطاکار، به پولینسکی و شاول ۱۹۹۴ رجوع کنید.

مورد توجه قرار نمی‌دهد (اما نیاز دارد احتمال آسیب و منافع ناشی از عمل را تحت هر قاعده مسئولیت اعم از تقصیر مبتنی بر آسیب یا مبتنی بر عمل بداند).

ب) سطح دارایی‌هایی که یک شخص نیاز دارد تا به عمل متناسب تحریک شود، تحت مسئولیت مبتنی بر عمل نسبت به مسئولیت مبتنی بر آسیب پایین‌تر است. به موجب مسئولیت مبتنی بر عمل برای آنکه یک فرد به طور مناسبی تحریک شود به جای آسیب واقعی نیاز به دارایی معادل با آسیب مورد انتظار دارد (در این مثال، دارایی ۱۰۰ دلار به جای ۱۰۰۰ دلار).

حالت خطرگریزی: اشخاص خطرگریز تحت مسئولیت مبتنی بر عمل خطر کمتری را تقبل می‌کنند چون جریمه‌ها به جای آسیب واقعی معادل آسیب مورد انتظار هستند.

۵-۱-۱-۵ استفاده واقعی از قواعد

در واقع، ما اغلب استفاده از جریمه‌های مبتنی بر آسیب را هم براساس مسئولیت محض و هم طبق مسئولیت تقصیر ملاحظه می‌کنیم. ممکن است دولت برای نشت مواد سمی، برای قصور در پرداخت مالیات‌های مناسب و برای بسیاری حوادث زیان‌بار دیگر جریمه‌هایی وضع کند. هرچند شاید در اکثر مواقع مشاهده کنیم که تضمین حقوق عمومی شامل ضمانت اجرای مبتنی بر عمل است. هرگاه رفتاری که جریمه برایش تعیین شده رفتاری باشد که یک آسیب معین مورد انتظار را به وجود می‌آورد اما لازم نیست آسیب واقعی صورت گیرد، واکنش‌ها در قبال نقض مقررات ایمنی زیست‌محیطی و بسیاری از مقررات مالی به همین منوال خواهد بود.

۵-۱-۲ تضمین با یک احتمال: احتمال مطلوب و وسعت ضمانت اجراها

۵-۱-۲-۱ مقدمه

در اینجا فرض می‌شود که تشخیص و مجازات اشخاص مسئول پرهزینه است و در نتیجه جامعه باید سطحی از تلاش تضمین را انتخاب کند که احتمال اعمال ضمانت اجراها و نیز وسعت ضمانت اجراها را تعیین خواهد کرد. در تعیین و انتخاب میزانی از ضمانت اجراها که به حداکثر رساننده رفاه اجتماعی خواهند بود به خاطر سهولت فرض

خواهم کرد که قاعده حاکم مسئولیت محض و مبتنی بر آسیب می باشد، زیرا عمده نکاتی که مطرح می شود به ماهیت قاعده مسئولیت بستگی دارد (جز آنچه در قسمت ۶-۲-۱-۵ درباره مسئولیت مبتنی بر تقصیر ذکر شده است).

۲-۲-۱-۵ رفتار با در نظر گرفتن احتمال و وسعت ضمانت اجراها

فردی که در صورت ارتکاب یک عمل زیان آور فقط با یک احتمال با جریمه مواجه خواهد شد چگونه رفتار خواهد کرد؟ اگر شخص خنثی در مقابل خطر باشد، جریمه را برحسب ارزش مورد انتظارش ارزیابی خواهد کرد. بنابراین شخص تنها در صورتی مرتکب عمل خواهد شد که منفعتش فراتر از جریمه مورد انتظار باشد.

حالت خطرگریزی: اگر فرد خطرگریز باشد، تنها در صورتی مرتکب یک عمل زیان آور خواهد شد که مطلوبیت مورد انتظارش با انجام این کار افزایش یابد، به طور کلی چنین شخصی با ترکیبات مختلف ضمانت اجرا و احتمال با ارزش مورد انتظار مساوی از ارتکاب عمل بازداشته نخواهد شد؛ اما هرچه وسعت جریمه بالقوه در ترکیب بالاتر باشد و جریمه مورد انتظار ثابت بماند، بیشتر بازداشته خواهد شد. به عنوان مثال، یک جریمه ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۲۰ درصد، بیش از یک جریمه ۵۰۰ دلاری با احتمال ۴۰ درصد می تواند یک شخص خطرگریز را از عملی باز دارد. ولو اینکه ارزش های مورد انتظار در هر دو صورت یکسان ۲۰۰ دلار باشد. دلیل این است که برای یک شخص خطرگریز، بی فایده گی تحمل جریمه ها بیشتر از افزایش حجم آنها افزایش می یابد؛ یعنی وقتی جریمه از ۵۰۰ دلار به ۱۰۰۰ دلار افزایش می یابد، بی فایده گی تحمل آن بیش از دو برابر می شود.^۱

۱. به طور کلی تر، اگر U مطلوبیت تابع درآمد شخص خطرگریز باشد، y درآمد است، g منفعت ناشی از عمل است، p احتمال ضمانت اجراست و s وسعت ضمانت اجراست (این نمادسازی در بسیاری از پاورقی های دیگر نیز مورد استفاده قرار خواهد گرفت)، مطلوبیت مورد انتظار شخص اگر مرتکب عمل شود برابر خواهد بود با $EU = (1-p)U(y+g) + pU(y+g-s)$. اگر p به kp سقوط کند وقتی $k < 1$ و s به s/k افزایش یابد (در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار کماکان ps است)، مطلوبیت مورد انتظار شخص برابر خواهد شد با $(1-kp)U(y+g) + kpU(y+g-s/k)$. دیفرانسیل گرفتن از عبارت اخیر در ارتباط با k منجر خواهد شد به $p\{(s/k)U'(y+g-s/k) - [U(y+g) - U(y+g-s)]\} > 0$ زیرا U' در حال کاهش است. بنابراین هرچه k کمتر باشد، مطلوبیت مورد انتظار کمتر خواهد شد و بنابراین بازدارندگی بیشتر خواهد شد.

توضیحات

الف) احتمال در مقابل وسعت ضمانت اجرا: گاهی اوقات سؤال می‌شود که آیا افزایش احتمال یا افزایش وسعت ضمانت اجراها تفاوت زیادی در بازدارندگی ایجاد می‌کند؟ اما این پرسش همان‌طور که ذکر شد ناقص است، زیرا درخصوص درجه تغییر این دو عامل صراحت ندارد. بدیهی است اگر وسعت ضمانت اجرا بسیار بیش از احتمال افزایش یابد، افزایش در وسعت اثر بزرگ‌تری بر بازدارندگی خواهد داشت تا افزایش احتمال و برعکس.

به هر حال، یک پرسش طبیعی و به‌خوبی قابل طرح این است که درصد معینی افزایش در احتمال ضمانت اجراها چگونه از نظر اهمیت با همان درصد افزایش در وسعت ضمانت اجراها مقایسه می‌شود؟ اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند، هر درصد معینی از افزایش در احتمال ضمانت اجراها اثر یکسانی با درصد معادل افزایش در وسعت ضمانت اجراها دارد، زیرا درصد معینی افزایش در هریک از احتمال یا وسعت ضمانت اجرا موجب افزایش ضمانت اجرای مورد انتظار دقیقاً به اندازه همان درصد خواهد شد. اگر ۲۰ درصد احتمال وضع یک جریمه ۵۰۰ دلاری وجود داشته باشد و این احتمال دو برابر شود و به ۴۰ درصد برسد، جریمه مورد انتظار دو برابر خواهد شد یعنی از ۱۰۰ دلار به ۲۰۰ دلار خواهد رسید؛ و به همین ترتیب اگر جریمه دو برابر شود و به ۱۰۰۰ دلار برسد (و احتمال در ۲۰ درصد باقی بماند)، جریمه مورد انتظار دو برابر می‌شود و به ۲۰۰ دلار می‌رسد. بنابراین یک فرد خنثی در مقابل خطر به یک صورت تحت تأثیر هر نوع تغییر قرار می‌گیرد. هرچند اگر اشخاص خطر گریز باشند، بیشتر تحت تأثیر درصد افزایش در وسعت ضمانت اجراها قرار خواهند گرفت تا درصد برابری افزایش در احتمال ضمانت اجراها. یک شخص خطر گریز با یک جریمه ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۲۰ درصد بیشتر از جریمه ۵۰۰ دلاری با احتمال ۴۰ درصد از ارتکاب عمل بازداشته خواهد شد. همان‌طور که هم‌اکنون ذکر شد دلیل این است، که اشخاص خطر گریز نسبت به افزایش‌ها در وسعت ضمانت اجراها بیشتر متحمل بی‌فایده‌گی می‌شوند.^۱

۱. مخصوصاً، اجازه دهید همانند یادداشت قبلی فرض کنیم که مطلوبیت مورد انتظار برابر است با $EU = (1-p)U(y+g) + pU(y+g-s)$. ما می‌خواهیم نشان دهیم که کشش (منفی آن) مطلوبیت مورد انتظار EU در رابطه با p کمتر است از کشش آن در رابطه با s . کشش EU در رابطه با p عبارت است از $\leftarrow$

باز هم، اغلب با این نظریه روبه‌رو می‌شویم که احتمال ضمانت اجراها (یا همان‌گونه که غالباً بیان می‌شود، قطعیت ضمانت اجراها) بیشتر از وسعتشان اهمیت دارد. اگرچه این موضوع با نتیجه‌گیری‌های ما برای افراد خنثی در مقابل خطر و هم افراد خطرگریز مخالف است، قضیه می‌تواند این باشد که احتمال به‌خاطر ناکارآمدی ضمانت اجراهای بزرگ، به‌ویژه، به‌خاطر این واقعیت که مردم ممکن است قادر به پرداخت مبالغ بزرگ نباشند، بیشتر اهمیت دارد.

ب) درک احتمال ضمانت اجراها: اطلاعاتی که افراد درباره احتمال ضمانت اجراها دارند اغلب ناقص است. مقامات اجرایی معمولاً اطلاعات مربوط به احتمال مجازات را منتشر نمی‌کنند. به‌علاوه احتمال ضمانت اجراها غالباً متغیر است و بستگی به شرایط تخلف دارد. در نتیجه حتی اگر مقامات اجرایی آماده ارائه بودند، نقص اساسی آگاهی درباره احتمال به ناگزیر وجود داشت. به‌علاوه افراد غالباً در ارزیابی و تفسیر احتمالات، به‌ویژه احتمالات کوچک، با مشکل روبه‌رو می‌شوند، گاهی در تمیز قائل شدن بین آنها ناتوان‌اند، گاهی اهمیت آنها را بزرگ جلوه می‌دهند و گاهی ضرورتاً آنها را نادیده می‌گیرند. این ملاحظات نشان می‌دهد که نیاز به احتیاط در تفسیر آنچه اثر احتمال ضمانت اجراها بر رفتار به‌نظر می‌رسد، وجود دارد.^۱

ج) درک وسعت ضمانت اجراها: اطلاعات درباره وسعت ضمانت اجراها ممکن است ناقص باشد. این به‌احتمال زیاد در شرایطی که ضمانت اجرا از سوی دادگاه یا محکمه دیگری که از حق رأی بر ضمانت اجراها برخوردار است تعیین می‌شود صدق خواهد کرد. در نتیجه هیچ‌گونه دامنه‌ای از ضمانت اجراهای تنظیم شده وجود ندارد بلکه توزیعی از آنها وجود دارد. به‌هرحال، در بسیاری زمینه‌ها ضمانت اجراها از قبل مقرر شده‌اند و معروف‌اند.

د) میزان ثروت یک شخص: میزان ثروت یک شخص سقفی برای حداکثر ضمانت اجرا

$\rightarrow EU/(y+g)-U(y+g-s) = p[EU/dp] = p[U(y+g-s)-U(y+g)]/EU$ و کشش EU در رابطه با s عبارت است از $-[s/EU][dEU/ds]$ $psU'(y+g-s)/EU$ بنابراین نیاز داریم نشان دهیم که $[U(y+g)-U(y+g-s)] > sU'(y+g-s)$ ، اما این باقی می‌ماند زیرا U' در حال کاهش است.

۱. رجوع کنید به بیچاک و کاپلو ۱۹۹۲، گاروپا ۱۹۹۹، و ساه ۱۹۹۱ درباره درک احتمال ضمانت اجراها و یادگیری درباره آنها. برای دستیابی به دلیل تجربی درباره علم ضمانت اجراهای مورد انتظار، به‌عنوان مثال رجوع کنید به ویلسون و هرن اشتاین ۱۹۸۵.

تعیین می‌کند. بنابراین، هرچه احتمال ضمانت اجراها کمتر باشد، حداکثر ضمانت اجرای مورد انتظار کمتر است و در نتیجه هرگاه احتمال ضمانت اجراها کوچک باشد، ممکن است بازداشتن یک شخص از ارتکاب یک عمل غیرممکن باشد حتی اگر منفعت او از آن کاملاً کم باشد. به‌عنوان مثال، یک فرد خنثی در مقابل خطر را با ثروت ۵۰۰۰ دلار در نظر بگیرید که منفعتی معادل ۱۰۰ دلار از یک عمل تحصیل می‌کند. بازداشتن این فرد از ارتکاب عمل اگر احتمال ضمانت اجراها یک درصد باشد، غیرممکن است زیرا در آن هنگام بالاترین ضمانت اجرای مورد انتظاری که او با آن روبه‌رو می‌شود عبارت از $50 = 5000 \times 1\%$ دلار خواهد بود.

میزان ثروت فرد نه تنها حداکثر ضمانت اجرایی را که می‌توان بر یک فرد تحمیل کرد تعیین می‌کند، بلکه همچنین ممکن است بر چگونگی واکنش او به خطر ضمانت اجراها به‌طور کلی تأثیر گذارد؛ زیرا؛ معمولاً تصور می‌شود که درجه خطرگریزی به ثروت بستگی دارد. هر چقدر یک فرد بیشتر ثروت داشته باشد، خطرگریزی کمتر است و بنابراین میزان بازدارندگی فرد به‌وسیله یک احتمال و یک وسعت ضمانت اجرای معین هم کمتر است.^۱

۳-۲-۱-۵ ضمانت اجرای مطلوب وقتی احتمال وضع آنها مفروض است

اکنون اجازه دهید مسئله‌ای درباره بهترین وسعت ضمانت اجرا از نظر اجتماعی، با مفروض دانستن احتمال وضع ضمانت اجراها مطرح کنم. اینکه احتمال ضمانت اجراها مفروض تلقی می‌شود در بسیاری از زمینه‌ها به‌جا و مربوط است، زیرا کسانی که درباره وسعت ضمانت اجراها تصمیم می‌گیرند ممکن است بر تلاش تضمین کنترلی نداشته باشند. به‌عنوان مثال، یک قاضی یا مأمور اداری که برای یک تخلف تنظیمی جریمه تعیین می‌کند ممکن است بودجه تضمین و تخصیص آن را مفروض تلقی کند. به‌علاوه در بسیاری زمینه‌های تضمین، احتمال ضمانت اجراها برای یک نوع خاص از تخلف، با سیاست کلی تعیین می‌گردد و به‌طور مستقل متغیر نیست (به قسمت ۵-۳-۵ رجوع کنید). در هر صورت، مشکل تعیین ضمانت اجرای مطلوب با در نظر گرفتن احتمال

۱. من به‌طور کلی درباره اثرات واقعی ضمانت اجراها (هم پولی و هم غیرپولی) بر بازدارندگی در قسمت ۳-۲-۵ توضیح خواهم داد.

ضمانت اجراها یک بخش فرعی در یک مفهوم نظری مشکل کشف احتمال و ضمانت اجرای مطلوب است و برای پیدا کردن احتمال مطلوب، باید به‌طور کلی ضمانت اجرای مطلوب برای هر احتمال را پیدا کرد.

اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند، رفتار مطلوب در صورتی که ضمانت اجرای مورد انتظار برابر با آسیب مورد انتظار باشد ترغیب خواهد شد زیرا در آن هنگام شخص منافعش را با آسیب مورد انتظار مقایسه خواهد کرد. در نتیجه، وقتی ضمانت اجرا، وضع می‌شود، باید از آسیب فراتر رود؛ به‌ویژه، ضمانت اجرا، تحت حاکمیت یک ضریب افزایش بنیادی مربوط به احتمال قرار دارد و باید برابر با آسیب ضربدر عکس احتمال تحمیل آن باشد.^۱ بنابراین اگر آسیب ۱۰۰ و احتمال ضمانت اجراها ۵۰ درصد باشد، ضمانت اجرا باید در حاصل $100 \div 0.5 = 200$ ضرب شود، بنابراین ضمانت اجرا باید معادل ۲۰۰ باشد (و لذا ضمانت اجرای مورد انتظار معادل ۱۰۰ خواهد بود)؛ اگر احتمال ضمانت اجراها ۲۵ درصد باشد، ضمانت اجرا باید در حاصل $100 \div 0.25 = 400$ ضرب شود، لذا ضمانت اجرا باید معادل ۴۰۰ باشد (باز هم ضمانت اجرای مورد انتظار معادل ۱۰۰ است) و قس علی‌هذا. بدین طریق، اشخاص به‌طور مطلوب رفتار خواهند کرد و وضعیت به‌گونه‌ای خواهد بود که انگار آنها با مسئولیت مساوی با آسیب روبه‌رو شده‌اند.

الف) حالت خطرگریزی: اگر اشخاص خطرگریز باشند، ضمانت اجرای مطلوب کمتر از وقتی است که اشخاص خنثی در مقابل خطر هستند. دلایل لزوماً همان‌هایی است که در قسمت ۱-۱-۲-۵ نشان داده شد. اول، چون اشخاصی که عمل برای آنها از نظر اجتماعی مطلوب است غالباً مرتکب آن می‌شوند، خطر را متحمل می‌شوند که فی‌نفسه از نظر اجتماعی نامطلوب است. دوم، اگر ضمانت اجرا در حالت خنثی در مقابل خطر برابر با سطح مطلوبش باشد، افراد خطرگریز با بازدارندگی بیش از حد روبه‌رو می‌شوند. کاهش ضمانت اجرا هر دو مشکل را بهبود می‌بخشد.^۲

۱. اگر آسیب h باشد و احتمال وضع مناسب ضمانت اجرا p باشد، وسعت ضمانت اجرا باید عبارت از h ضربدر یک تقسیم بر p باشد تا ضمانت اجرای مورد انتظار معادل $p(h/p) = h$ باشد و منجر به رفتار مطلوب تحت مسئولیت محض گردد (و مسئولیت مبتنی بر تقصیر).

۲. این را می‌توان با آنچه در پاورقی شماره ۱ صفحه ۵۵۵ طرح شد نشان داد.

توضیحات

الف) توانایی عملی در وضع ضمانت اجراهای بالا که نشانگر احتمال تحمیل آنها باشد: موضوع این قسمت این است که ضمانت اجراها باید صعودی باشند تا نشانگر احتمال فرار از مسئولیت باشند. هرچند مشکلاتی وجود دارند که ممکن است در وضع عملی چنین ضمانت اجراهایی با آنها مواجه شویم. اول، اینکه، ممکن است در مقابل افزایش ضمانت اجراها بر مبنای انصاف مقاومت شود؛ این نظریه که وسعت ضمانت اجراها باید متناسب با شدت یک عمل بد باشد به طور گسترده‌ای به عنوان نظریه انصاف شناخته شده و این نظریه به احتمال فرار از ضمانت اجراها چندان اهمیتی نمی‌دهد. به عنوان مثال، مجازات منصفانه برای عملی از قبیل ریختن زباله ممکن است کاملاً کم تصور شود (شاید نه بیشتر از ۱۰ یا ۲۰ دلار) زیرا عمل ریختن زباله جداً زیان‌آور تلقی نمی‌شود، اگرچه براساس اصولی که در اینجا مورد بحث قرار گرفت ضمانت اجرای لازم قابل توجه خواهد بود (مثلاً ۲۰۰ دلار) اگر احتمال دستگیری کسی که زباله می‌ریزد کم باشد.^۱

مشکل دوم این است که ممکن است دشواری قابل توجهی در تعیین احتمال ضمانت اجراها وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر رستورانی از یک دستور درباره ایمنی در آشپزخانه‌اش تخطی کند، مقام جریمه‌کننده باید عواملی از قبیل احتمال بازرسی رستوران، احتمال آنکه کارمندان خودشان به مقامات گزارش کنند، احتمال آنکه مشتریان متوجه خطایی شوند و نظایر آن را در نظر بگیرد. این تصمیمات اغلب دشوار هستند و به اختلاف کشیده می‌شوند؛ اگرچه همانند هر نوع تصمیم‌گیری، آنها را نیز می‌توان ارزان‌تر انجام داد اگر مستلزم دقت کمتری باشد.

ب) اثر ثروت: باید این نکته را در ذهن داشت که ثروت شخص ممکن است بسیار کم باشد (به ویژه افرادی که لزوماً هیچ پس‌اندازی ندارند، یا شرکت‌های دارای سرمایه بسیار کم را در نظر بگیرید) و در نتیجه، وی به رفتار مطلوب ترغیب نشود. اگر احتمال دستگیری پایین و وسعت آسیب زیاد باشد، ترغیب شخص به رفتار مطلوب شاید غیرممکن باشد و این امر منجر به مشکل قابل توجه کاهش بازدارندگی می‌شود.

۱. مسائل انصاف در ضمانت اجراها در بخش ۲-۷ مورد بحث قرار می‌گیرند. درباره انصاف و نظریه اقتصادی تضمین حقوق به پولینسکی و شاول ۲۰۰۰ الف و کاپلو و شاول ۲۰۰۲ ب فصل ۶ مراجعه کنید.

۴-۲-۵ ضمانت اجرای مطلوب وقتی احتمال وضع آنها نیز به طور مطلوب تعیین می‌شود یکی از دیدگاه‌های اساسی که وقتی دولت احتمال وضع ضمانت اجراها و هم وسعتشان را انتخاب می‌کند بر تضمین مطلوب قانون اعمال می‌شود، این است که یک ضمانت اجرای دارای احتمال کم و وسعت زیاد از نظر اجتماعی مفید است. دلایل دارای دو جنبه هستند: با جاری ساختن ضمانت اجرای دارای احتمال کم می‌توان در تلاش تضمین صرفه‌جویی کرد و می‌توان ضمانت اجراها را افزایش داد تا از کاهش بازدارندگی ناشی از احتمال کم ضمانت اجراها اجتناب شود.^۱

این تدبیر برای حفظ منابع تضمین بدون قربانی کردن بازدارندگی به این مفهوم است که تلاش تضمین و احتمالات ضمانت اجراها باید خیلی کم باشد اما با ضمانت اجرای بالا همراه شود. اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند. چنین نتیجه‌گیری شدیدی در مدت کوتاهی ثابت خواهد شد. اما اگر اشخاص خطرگریز باشند (یا اگر هریک از دیگر عوامل متنوع وارد باشد، همان‌گونه که بعداً خواهیم دید)، این نتیجه‌گیری قویاً ثابت نمی‌شود گرچه این نتیجه‌گیری درباره سیاست مطلوب تحت هر شرایطی به نوعی حقیقت دارد.

فرض کنید که اشخاص خنثی در مقابل خطر هستند. در این حالت برای حفظ منابع تضمین که در بالا ذکر شد اعمال تدبیر بنیادی تا حد کامل مطلوب است یعنی ضمانت اجرا باید تا حد ممکن بالا و درواقع معادل کل ثروت یک فرد باشد. برای آنکه علت را بفهمید، فرض کنید که ضمانت اجرا کمتر از حداکثر ممکن است. ضمانت اجرا را می‌توان همیشه افزایش داد و احتمال را به طور متناسب کاهش داد تا اینکه بازدارندگی تغییر نکند؛ اما از آنجا که احتمال پایین‌تر به معنای صرفه‌جویی در هزینه‌های تضمین خواهد بود، این تغییر باید رفاه اجتماعی را افزایش دهد. به عنوان مثال فرض کنید که ثروت افراد ۱۰ هزار دلار است، احتمال ضمانت اجراها ۱۰ درصد است و ضمانت اجرا ۱۰۰۰ دلار است. بنابراین، ضمانت اجرای مورد انتظار ۱۰۰ دلار خواهد بود. اکنون اگر ضمانت اجرا به ۲ هزار دلار افزایش و احتمال ضمانت اجراها به ۵ درصد کاهش یابد،

۱. توجه کنید که افزایش ضمانت اجرا موجب افزایش مخارج تضمین نمی‌شود؛ این یک جنبه از فرض این بخش است که وضع ضمانت اجرای پولی هزینه‌های منابع را درگیر نمی‌کند.

ضمانت اجرای مورد انتظار و بازدارندگی ثابت باقی می‌مانند و معادل ۱۰۰ دلار هستند، اما مخارج تضمین کاهش خواهند یافت. درحقیقت اگر ضمانت اجرا به‌حداکثر، یعنی ۱۰ هزار دلار، افزایش یابد و احتمال ضمانت اجراها به یک درصد کاهش یابد، بازدارندگی تغییر نخواهد کرد و مخارج تضمین بیشتر صرفه‌جویی می‌شوند. بنابراین، نتیجه این است که ضمانت اجراها باید تا رسیدن به حداکثر ممکن افزایش یابند.^۱

احتمال مطلوب وضع ضمانت اجرا چیست؟ ابتدا ممکن است به‌نظر آید بهترین احتمال به‌نحوی است که ضمانت اجرای مورد انتظار برابر با آسیب باشد. در مثال تحت بررسی، این بدان معناست که اگر آسیب ناشی از عمل ۱۰۰ دلار باشد، ضمانت اجرای مورد انتظار باید همان باشد، در نتیجه احتمال p باید معادله $p \times 100 = 100$ دلار را برقرار سازد. چنین امری متضمن این نکته است که بهترین p معادل یک درصد است. اما درواقع احتمال مطلوب باید کمتر از یک درصد باشد. در کل، ضمانت اجرای مورد انتظار مطلوب کمتر از آسیب است. دلیل این نتیجه‌گیری (به‌عنوان دیدگاه اصلی دیگر درباره تضمین مطلوب وقتی احتمال ضمانت اجراها همراه با وسعت ضمانت اجراها انتخاب می‌شود) ضرورتاً این است که به‌خاطر هزینه تضمین، بهتر است مصالحه کرد و به دنبال رفتار کامل نبود، بلکه حتی به‌منظور حفظ منابع تضمین باید عدم بازدارندگی کامل را نیز تا اندازه‌ای پذیرفت.^۲ اگر هزینه تضمین قابل توجه باشد، بهترین کار ممکن است این باشد که بازدارندگی

۱. برای اثبات ریاضی این نتیجه، ملاحظه کنید که رفاه اجتماعی در حالت خنثی در مقابل خطر، منافع حاصل از ارتکاب عمل منهای آسیب و هزینه‌های تضمین، با عبارت ذیل تعیین می‌شود. $w = \int_0^{\infty} (g - h) f(g) dg - c(p)$ جایی که $c(p)$ هزینه‌های تضمین تعیین احتمال معادل با p است (در اینجا برای سهولت فرض می‌شود که یک عمل با قطعیت موجب آسیب می‌شود، تا اینکه فقط با یک احتمال، و در باورقی‌های بعدی نیز این‌گونه فرض خواهد شد). به‌وضوح اگر s در حداکثر نباشد، می‌توان آن را تا درآمد افراد y افزایش داد، و p را می‌توان به $p(s/y)$ کاهش داد در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار $[p(s/y)]y$ معادل ps باقی می‌ماند. بنابراین، انتگرال W تغییر نمی‌کند اما $c(p)$ نزول می‌کند و در نتیجه W افزایش می‌یابد، یعنی افزایش s به y و کاهش p موجب افزایش رفاه می‌شود؛ لذا ضمانت اجرای مطلوب باید در حداکثر باشد. توجه کنید که این نتیجه که ضمانت اجرای مطلوب در حداکثر است به وسعت آسیب بستگی ندارد. بکر ۱۹۶۸ ابتدا این نتیجه را مطرح کرد (اگرچه بیشتر تجزیه و تحلیل او فرض می‌کند که ضمانت اجرا حداکثر نیست) و این مطلب به‌صراحت در کار - هیل و استرن ۱۹۷۹ و پولینسکی و شاول ۱۹۷۹ مورد توجه قرار گرفته است.

۲. برای توضیح این نکته که درجه‌ای از عدم تضمین مطلوب است، فرض کنید که در این مثال ضمانت اجرای مورد انتظار به‌جای ۱۰۰ دلار ۹۹ دلار است، همچنان که اگر احتمال ۰/۹۹ درصد به‌جای یک درصد باشد وضعیت ←

کمتر از حد را جهت کاهش هزینه تضمین پذیرا شویم. درحقیقت، به خاطر هزینه‌های تضمین، امکان دارد که نبودن هرگونه تضمین قانون مطلوب باشد و جامعه از آسیب پشتیبانی کند تا روی هم رفته در هزینه‌های تضمین قانون صرفه جویی گردد. صحت این امر را با تساوی شرایط دیگر می‌توان نشان داد، اگر آسیب ناشی از عمل کمتر از حد آستانه خاص باشد.

حالت خطرگریزی: در این حالت، نتیجه با حالتی که اشخاص خنثی در مقابل خطر هستند تفاوت می‌کند. تفاوت اصلی این است که ضمانت اجرای مطلوب به‌طور کلی، در حداکثر نیست، و ممکن است بسیار کمتر از حداکثر باشد. به عنوان مثال، در مثالی که در بالا بحث شد، ضمانت اجرای مطلوب ممکن است به جای ۱۰ هزار دلار یعنی میزان ثروت شخص، فقط ۳۰۰ دلار باشد.

دلیل تقریباً این است که خطرگریزی افراد به این معناست که تحمل خطر ضمانت اجراها برای آنها شکلی از هزینه اجتماعی را تشکیل می‌دهد.^۱ سطح مطلوب ضمانت اجرا، در بین دیگر چیزها، به درجه خطرگریزی اشخاص بستگی دارد، هرچه اشخاص بیشتر خطرگریز باشند، ضمانت اجرای مطلوب کمتر خواهد بود.^۲

→ چنین است. پس افرادی که به‌طور نامطلوبی به ارتکاب عمل زیان‌آور هدایت می‌شوند کسانی هستند که منافع بین ۹۹ تا ۱۰۰ دلار به‌دست می‌آورند و آسیب ۱۰۰ دلاری را موجب می‌شوند. لذا آنها به‌طور خیلی جزئی در آسیب اجتماعی خالص مشارکت می‌کنند (آسیب منهای منافع کسب شده) زیرا آنها هریک موجب آسیب اجتماعی خالص کمتر از یک دلار می‌شوند. اما صرفه‌جویی اجتماعی در مخارج تضمین از کاهش احتمال تضمین متناسب با کاهش احتمال است. به همین دلیل، همیشه مطلوب است که احتمال به رقمی کمتر از یک درصد کاهش یابد و در نتیجه ضمانت مورد انتظار زیر ۱۰۰ دلار است. از نظر ریاضی، دیفرانسیل w در پاورقی قبل در ارتباط با p را بگیرید و آن را مساوی صفر قرار دهید که $s(h-ps)f(ps)=c'(p)$ به‌دست خواهد آمد. چون طرف راست معادله مثبت است، $h < ps$ باید ثابت بماند (خواه s مطلوب و معادل y باشد خواه نباشد).

۱. دلیل دیگری که ضمانت اجرای مطلوب ممکن است حداکثر نباشد این است که ضمانت اجراهای بالاتر ممکن است متخلفان را به صرف منابع اضافی برای اجتناب از مجازات ترغیب کنند؛ به مالک ۱۹۹۰ رجوع کنید. دلایل دیگر در فصول بعدی ارائه خواهند شد.

۲. با بررسی این موضوع که چرا استدلال مورد اعمال در حالت خنثی در مقابل خطر برای مطلوبیت ضمانت اجراهای حداکثری وقتی اشخاص خنثی در مقابل خطر نیستند ناکام می‌ماند می‌توان درک بیشتری از حالت خطرگریزی به‌دست آورد. هر وضعیتی را که در آن ضمانت اجرا کمتر از حداکثر است در نظر بگیرید. به عنوان مثال یک ضمانت اجرای ۱۰۰۰ دلاری و یک احتمال وضع ضمانت اجراها به میزان ۱۰ درصد را در نظر بگیرید. →

در ارتباط با احتمال مطلوب دو نکته باید عنوان شود. اول اینکه احتمال مطلوب ممکن است بالاتر از احتمال در حالت خنثی در مقابل خطر باشد: درواقع، اگر به‌خاطر خطرگریزی افراد اجباراً بالا نباشد و مثلاً در حدود ۳۰۰ دلار باشد، آنگاه تنها راه دستیابی به یک سطح خاص بازدارندگی از طریق استفاده از تضمین بزرگ‌تر از میزان لازم در قبال ضمانت اجرای حداکثری خواهد بود. دوم اینکه احتمال مطلوب می‌تواند کمتر از احتمال در حالت خنثی در مقابل خطر نیز باشد: اگر لازم باشد که ضمانت اجرا به‌خاطر خطرگریزی نسبتاً پایین باشد، کارآمدی افزایش احتمال کاهش می‌یابد و به این امکان منتهی می‌شود که احتمال مطلوب کمتر از احتمال در حالت خنثی در مقابل خطر باشد یا اینکه ممکن است کنترل فعالیت اصلاً ارزش نداشته باشد ولو اینکه در حالت خنثی در مقابل خطر ارزش داشته باشد.

یک نکته دیگر نیز ارزش گفتن دارد. دلیل اینکه برخی اشخاص خطرگریز تحمل خطر می‌کنند این است که ممکن است آشکار شود که ارتکاب اعمال زیان‌آور برای آنها مطلوب است و آنها این کار را خواهند کرد. هرچند همان‌طور که می‌دانیم، دلایلی برای تحمل خطر و بنابراین برای ضمانت اجراهای کمتر از حداکثر به‌ویژه، خطاهای قانونی

→ حالا ضمانت اجرا را تا میزان ثروت یک فرد مثلاً ۱۰ هزار دلار افزایش دهید. حتی اگر افراد خطرگریز باشند، نوعی کاهش احتمال تا سطح p وجود خواهد داشت که افراد خطرگریز را بین تحمل ضمانت اجرای ۱۰ هزار دلاری با احتمال p و یا تحمل ضمانت اجرای ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۱۰ درصد بی‌تفاوت می‌کند. اما به‌خاطر خطرگریزی، این p کمتر از یک درصد خواهد بود و شاید ۰/۱ درصد باشد. با مقدار جدید p و ضمانت اجرای حداکثری ۱۰ هزار دلاری، بازدارندگی طبق تفسیر حفظ می‌شود: اشخاصی که عمل زیان‌آور را مرتکب می‌شوند درست همانند وقتی که با ضمانت اجرای ۱۰۰۰ دلاری با احتمال ۱۰ درصد مواجه می‌شوند منتفع می‌گردند و منابع تضمین حفظ خواهند شد (درواقع، حتی منابع بیشتری نسبت به حالت خنثی در مقابل خطر وقتی p به یک درصد نزول می‌کند، حفظ خواهند شد). بنابراین چرا رفاه اجتماعی لزوماً افزایش نیافته است؟ پاسخ این است که درآمد دولت از ضمانت اجراها نزول کرده است چون ضمانت اجرای مورد انتظار کمتر خواهد بود (مثل $10 = 10/100 \times 100\%$ دلار برای هر شخصی که مرتکب عمل می‌شود به‌جای ۱۰۰ دلار). این نزول در درآمد ممکن است صرفه‌جویی‌ها در هزینه‌های تضمین را خنثی کند و اگر چنین شود منجر به مالیات‌های بالاتر خواهد شد و لذا به رفاه کمتر منتهی می‌گردد. مسئله ریاضی در حالت خطرگریزی مشابه آن است که در پاورقی ۱ صفحه ۵۵۵ طرح شد یعنی به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی $w = F(g^*(y, s)U(y) + \int_{g^*(y, s)}^{\infty} [(1-p)U(y+g) + pU(y+g-s)]f(g)dg$ بالاتر از s و p هنگامی که $g^*(y, s)$ با این عبارت تعریف می‌شود که $(1-p)U(y+g) + pU(y+g-s) = U(y)$. همچنین $y = z - (1-F(g^*))h - ps - c(p)$ وقتی که z عبارت است از درآمد اولیه هر شخص، بنابراین شرط دوم مالیات‌ها هستند. ضرورتاً این مشکل در پولینسکی و شاول ۱۹۷۹ حل می‌شود. برای تجزیه و تحلیل بیشتر به کاپلو ۱۹۹۲ رجوع کنید.

که به وضع ضمانت اجراها در مورد اشخاص بی‌گناه منجر می‌شوند، وجود دارند.

۵-۲-۱-۵ توضیح درخصوص این نظریه گمراه‌کننده که ضمانت اجراها مشابه قیمت‌های بازار هستند- تمایل به مواجه شدن با ضمانت اجراها در مقابل اعمال زیان‌آور متضمن این است که ارتکاب چنین اعمالی از نظر اجتماعی صحیح است

گاهی گفته می‌شود اگر شخص مایل به پرداخت جریمه یا مواجهه با یک ضمانت اجرای مورد انتظار باشد، آنگاه از نظر اجتماعی نادرست نیست، درحقیقت از نظر اجتماعی مطلوب است که وی مرتکب یک عمل مثل آلوده‌سازی شود؛ زیرا تمایل او به تحمل ضمانت اجرای مورد انتظار نشان می‌دهد که منفعت او بیشتر از ضمانت اجرای مورد انتظار است. قیاس با پرداخت قیمت یک کالا اعمال می‌شود. اگر شخصی مایل به پرداخت قیمت یک کالا باشد، استنتاج این است که خرید از نظر اجتماعی مطلوب است، زیرا تمایل او به پرداخت قیمت متضمن آن است که ارزشی که شخص برای کالا قائل می‌شود باید بالاتر از هزینه تولید آن باشد. این خط فکری هم به‌منزله انتقادی بر روش اقتصادی تفکر ازسوی برخی افراد، و هم به‌منزله یک نکته مورد علاقه و اثبات شده به‌وسیله اقتصاددانان به‌عنوان روش صحیح ارائه شده است. به‌هرحال، این دیدگاه یک تفسیر نادرست از تجزیه و تحلیل اقتصادی تضمین مطلوب قانون را نشان می‌دهد. همان‌گونه که توضیح داده شد، تضمین مطلوب قانون با بازدارندگی کمتر و شاید بسیار کمتر به‌خاطر گران بودن تلاش تضمین و محدودیت‌هایی بر تضمین مشخص می‌شود. به‌عنوان مثال، احتمال و وسعت ضمانت اجراها در مقابل آلودگی ممکن است به‌خاطر هزینه‌های افزایش احتمال تضمین و به‌خاطر محدودیت‌های بر وسعت ضمانت اجراها به‌طور قابل ملاحظه‌ای کمتر از میزان ایدئال برای جلوگیری از آلودگی بیشتر باشد. کارخانه‌ای را در نظر بگیرید که با ضمانت اجرای حداکثر و معادل دارایی‌اش یعنی ۱۰۰ هزار دلار مواجه است و می‌تواند اقدامی احتیاطی با هزینه ۱۰ هزار دلار به‌عمل آورد و از آسیب آلودگی ۲۵ هزار دلاری جلوگیری کند، ولی به‌دلیل هزینه بالای ردیابی منبع آلودگی صرفاً با احتمال ۵ درصد برای آلودگی جریمه می‌شود. این کارخانه ممکن است آلوده‌سازی را به نفع خود بباید زیرا صرفه‌جویی ۱۰ هزار دلاری از عدم اتخاذ اقدام احتیاطی دو برابر حداکثر ممکن ضمانت اجرای مورد انتظار یعنی $5000 = 100/000 \times 0.5$ دلار می‌باشد. اما

کوتاهی کارخانه در اتخاذ اقدام احتیاطی قطعاً از نظر اجتماعی نامطلوب است زیرا آلودگی آسیب ۲۵ هزار دلاری ایجاد می‌کند؛ باین حال در هزینه‌های پیشگیری فقط به میزان ۱۰ هزار دلار صرفه‌جویی می‌کند. غالباً وقتی اشخاص انتخاب می‌کنند که اعمال زیان‌آور مرتکب شوند و احتمال ضمانت اجراها پایین است، از نظر اجتماعی بهترین حالت این است که آنها مرتکب چنین اعمالی نشوند؛ اما صرفاً به‌خاطر اینکه هزینه اجتماعی تلاش تضمین منتج به ضمانت اجراهای ناکافی می‌شود، مرتکب این اعمال می‌گردند. توجه داشته باشید که اگر تضمین قطعی باشد، نتیجه ممکن است متفاوت باشد. به‌عنوان مثال اگر تصور کنیم مالیات‌های آلودگی در برخی زمینه‌ها با قطعیت وضع شوند (زیرا انجام آن از نظر اداری آسان است)، آنگاه با تنظیم مالیات معادل آسیب ناشی از آلودگی، رفتار ترغیب شده به‌طور خصوصی از نظر اجتماعی نیز مطلوب خواهد بود.^۱ در چنین تنظیمی، رفتار آلوده‌کننده مثل شخصی است که کالایی را در بازار می‌خرد (جایی که، پرداخت برای کالا با قطعیت صورت می‌گیرد).

۵-۱-۲-۶ مسئولیت مبتنی بر تقصیر

نتایج دربارهٔ احتمال مطلوب و وسعت ضمانت اجراها تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر مشابه نتایجی هستند که برای مسئولیت محض مورد بحث قرار دادیم اما تفاوت‌هایی وجود دارند. الف) **ضمانت اجراهای مطلوب با در نظر گرفتن احتمال وضع آنها:** در این حالت، همانند مسئولیت محض، مطلوب است که ضمانت اجرا معادل آسیب ضربدر عکس احتمال وضع آن باشد، زیرا منجر به ضمانت اجرای مورد انتظار مساوی با آسیب خواهد شد و لذا افراد را به عدم ارتکاب عمل با تقصیر ترغیب می‌کند.^۲ برخلاف نتیجه تحت مسئولیت محض،

۱. قضیه این‌گونه خواهد بود به‌شرطی که آلوده‌کنندگان بتوانند مالیات بپردازند. آلوده‌کنندگان احتمال بیشتری دارد که بتوانند مالیاتی معادل آسیب را بپردازند تا ضمانت اجرای بالاتری را که برای ایجاد یک ضمانت اجرای مورد انتظار معادل آسیب لازم خواهد بود وقتی ضمانت اجراها فقط با یک احتمال اعمال می‌شوند. به‌عنوان مثال، کارخانه مذکور در قسمت ۵-۱-۲-۵ ممکن است قادر به پرداخت مالیاتی معادل آسیب ناشی از آلودگی به میزان ۲۵ هزار دلار باشد چون دارایی‌اش ۱۰۰ هزار دلار است اما کارخانه قادر به پرداخت ۵۰۰ هزار دلار که ضمانت اجرای لازم برای ایجاد یک ضمانت اجرای مورد انتظار ۲۵ هزار دلاری است وقتی که احتمال ضمانت اجراها ۵ درصد است، نخواهد بود.

۲. تحت نظام تقصیر، شخص مسئول است اگر و فقط اگر $g < h$ باشد. لذا اگر $s = h/p$ باشد، چون مسئولیت مورد انتظار برای تقصیر معادل h است هیچ‌کس مرتکب تقصیر نمی‌شود.

هر ضمانت اجرای بالاتر نیز، با فرض آنکه نظام تقصیر عاری از خطا باشد منجر به رفتار مطلوب خواهد شد. ضمانت اجرای بالاتر فقط انگیزه عدم ارتکاب عمل با تقصیر را تقویت می‌کند اما احتمال وقوع رفتار مطلوب و باین حال زیان‌آور احتمالی را کمتر نمی‌کند، زیرا ضمانت اجرا برای چنین رفتاری وجود ندارد. همچنین، برخلاف نتیجه تحت مسئولیت محض، باز هم با فرض آنکه نظام تقصیر عاری از خطا است خطرگریزی باعث کاهش ضمانت اجرای مطلوب نمی‌شود زیرا اشخاص خطر را تحمل نمی‌کنند؛ اشخاصی که مرتکب آسیب می‌شوند آنهایی هستند که اعمالشان مقصرانه نیست و لذا جریمه نمی‌شوند؛ دیگران از ارتکاب اعمال زیان‌آور منصرف می‌شوند.

با وجود این اگر نظام تقصیر عاری از خطا نباشد، وسعت مطلوب ضمانت اجرا، به‌طور کلی، ممکن است از آسیب ضربدر عکس احتمال متفاوت باشد و ضمانت اجرای مطلوب می‌تواند بالاتر یا پایین‌تر باشد که بستگی به شرایط دارد. وجود خطا نیز به این معنی است که خطرگریزی تحت نظام تقصیر وارد و موجه است و لذا ضمانت اجرا را که در غیر این صورت در سطح مطلوبش بود کاهش می‌دهد.

ب) ضمانت اجرای مطلوب و احتمال مطلوب وضع آنها: در اینجا، همچون شرایط تحت مسئولیت محض، اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند سیاست مطلوب شامل ضمانت اجرای حداکثر و یک احتمال پایین وضع آن می‌شود، زیرا این سیاست منابع تضمین را حفظ می‌کند. اگر اشخاص خطرگریز باشند، نیاز کمتری به اعمال ضمانت اجرای متوسط نسبت به تحت مسئولیت محض خواهد بود زیرا بسیاری از اشخاص که مرتکب آسیب می‌شوند کسانی هستند که بدون تقصیر عمل می‌کنند و لذا متحمل خطر نمی‌شوند. باین حال، اگر در تعیین تقصیر خطا وجود داشته باشد، اشخاص نوعی خطر را تحمل خواهند کرد. همچنین، اغلب وضعیت بدین‌صورت است که بعضی اشخاص به‌خاطر مطلوبیت کلی مجاز دانستن بازدارندگی کمتر به‌منظور صرفه‌جویی در هزینه‌های تضمین، متحمل خطر می‌شوند.

۳-۱-۵ خلاصه

قواعد اصلی مسئولیت و ضمانت اجرای مطلوب ابتدا در اینجا تحت فرض تضمین قطعی مورد بررسی قرار گرفتند. نتایج اصلی درباره قواعد مسئولیت عبارت بودند از اینکه هم مسئولیت محض و هم قاعده تقصیر موجب افزایش رفتار صحیح می‌شوند اما مسئولیت

محض مستلزم اطلاعات کمتر از طرف دولت است (فقط اطلاعات در خصوص آسیب). همچنین مشاهده شد ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب مستلزم آن هستند که دولت اطلاعات کمتری نسبت به ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل داشته باشد، اما ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل این مزیت را دارند که لازم نیست دارایی‌های اشخاص آنقدر زیاد باشند تا قواعد مسئولیت خوب عمل کنند. وسعت مطلوب ضمانت اجراها برابر با آسیب است اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند و کمتر از آسیب است اگر اشخاص خطرگیز (و فاقد بیمه در مقابل ضمانت اجراها) باشند.

سپس فرض شد که اشخاص فقط با یک احتمال روبه‌رو می‌شوند اما احتمال ثابت تلقی شد (که گاهی اوقات واقعیت دارد). نکته اصلی در اینجا این بود که وسعت ضمانت اجراها باید برای خنثی کردن احتمال فرار از ضمانت اجراها افزایش داده شود، به‌ویژه ضمانت اجرای مطلوب اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند معادل آسیب ضربدر عکس احتمال ضمانت اجراهاست و کمتر از این است اگر اشخاص خطرگیز باشند.

سرانجام فرض شد که اشخاص با ضمانت‌های اجرایی با این احتمال که به‌طور مطلوب انتخاب شوند روبه‌رو می‌گردند. در اینجا یک نکته حیاتی این بود که یک مزیت اجتماعی مربوط به احتمال کم وجود دارد و آن تدبیر تضمین ضمانت اجراهای بالاست. احتمال کم به این معناست که دولت منابع تضمین را حفظ و وسعت زیاد ضمانت اجراها، از کاهش بازدارندگی مطلوب جلوگیری می‌کند. تدبیر مطلوب شامل ضمانت اجراهای حداکثری می‌شود اگر اشخاص خنثی در مقابل خطر باشند، اما اگر اشخاص خطرگیز باشند شامل ضمانت اجراهای کمتر می‌شود. نکته دوم برای تأکید در خصوص تضمین مطلوب قانون این است که میل به شمول بازدارندگی کمتر دارد، زیرا گران بودن تلاش تضمین باعث می‌شود که صرف کمتر از آنچه برای دستیابی به بازدارندگی کامل لازم است مطلوب باشد. لذا این واقعیت که یک فرد ارتکاب یک عمل و تحمل نتایج آن را انتخاب می‌کند متضمن اینکه ارتکاب عمل مطلوب بوده باشد نیست و قیاس ضمانت اجراها با قیمت‌ها که منجر به انتخاب‌های مطلوب اجتماعی می‌شوند همراه‌کننده است.

۴-۱-۵ مروری بر پیشینه مباحث

این نکته اصلی که ضمانت اجراها باید افزایش یابند تا احتمال فرار از مسئولیت را جبران

کنند و به‌ویژه ضرب آن در عکس احتمال فرار از مسئولیت، ازسوی بن‌تام (۱۷۸۹) [۱۷۸۹] در بررسی‌اش از تضمین قانون مورد تأکید قرار گرفت. بکر (۱۹۶۸) ابتدا مسئله انتخاب اجتماعی مطلوب احتمال تضمین را بررسی و بر مزیت احتمال کم تأکید کرد که سیاست تضمین ضمانت اجرای بالا نامیده می‌شود. پولینسکی و شاول (۱۹۷۹) ابتدا خطرگریزی در سیاست تضمین را بررسی و نشان دادند به این مفهوم است که ضمانت اجرای مطلوب حداکثری نیستند.^۱

۲-۵ بازدارندگی با ضمانت اجرای غیرپولی

در این بخش بازدارندگی رفتار نامطلوب ازسوی دولت را در وقتی که شکل ضمانت اجرا غیرپولی است بررسی می‌کنم. فرض مهمی که درباره ضمانت اجرای غیرپولی می‌شود این است که وضع آنها از نظر اجتماعی گران تمام می‌شود و شکل اولیه ضمانت اجرای غیرپولی که باید به‌خاطر سپرد، حبس است. اعمال حبس به‌وضوح از نظر اجتماعی پرهزینه است: زندان‌ها باید ساخته شوند و اداره شوند، تولید و کارآمدی خدماتی افراد در طول حبسشان از دست می‌رود و افراد در طول مدت حبس متحمل بی‌فایده‌گی می‌شوند. در قسمت اول، تضمین را با فرض آنکه ضمانت اجرای غیرپولی با قطعیت وضع می‌شوند بررسی می‌کنم، و در قسمت دوم به این نکته می‌پردازم که آنها فقط با یک احتمال تعیین شده به‌وسیله تلاش تضمین دولت وضع می‌شوند. سپس، در قسمت‌های سه و چهار، این مسئله را که چه وقت اعمال ضمانت اجرای غیرپولی نسبت به ضمانت اجرای پولی از نظر اجتماعی مطلوب است بررسی می‌کنم و در قسمت آخر انواع ضمانت اجرای غیرپولی به غیر از حبس را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

فرض‌های مربوط به رفتار افراد و رفاه اجتماعی که من اتخاذ می‌کنم مشابه فرض‌های بخش قبل هستند. به‌خاطر سهولت، من بر این فرض که افراد در رابطه با ضمانت اجرا خنثی در مقابل خطر هستند تمرکز می‌کنم اما احتمالات دیگر را نیز مورد توجه قرار خواهیم داد. فرض می‌شود رفاه اجتماعی معادل منافی است که اشخاص

۱. برای دیدن تحقیقات و نوشته‌های اقتصادی درباره تضمین رجوع کنید به گاروپای ۱۹۹۷، موکرجی ۱۹۹۷، و پولینسکی و شاول ۲۰۰۰ الف.

از اعمالشان به دست می‌آورند منهای آسیب به وجود آمده بر اثر این اعمال منهای هزینه‌های تضمین و منهای هزینه‌های مربوط به وضع ضمانت اجراها.

۵-۲-۱ تضمین خاص با ضمانت اجراهای غیر پولی: نظریه اصلی مسئولیت

۵-۲-۱-۱ مقدمه

در اینجا مقدماً مسئولیت محض را بررسی و توضیح می‌دهم که چرا معمولاً وقتی ضمانت اجراها غیر پولی هستند یک شکل غیر مفید مسئولیت با مسئولیت مبتنی بر تقصیر مقایسه می‌شود.^۱ (این اساساً همان گونه که در بخش ۵-۱ بحث شد. با نتایج به دست آمده وقتی ضمانت اجراها پولی هستند مغایرت دارد). سپس استفاده مطلوب از مسئولیت مبتنی بر تقصیر را مورد بحث قرار می‌دهم.

۵-۲-۱-۲ مسئولیت محض در مقابل آسیب

فرض کنید که افراد به خاطر ایجاد آسیب مسئول محض شناخته می‌شوند. پس ضمانت اجرا را می‌توان عموماً به منظور ترغیب رفتار ایدئال انتخاب کرد.^۲ اگر به عنوان مثال، عملی باعث آسیب ۱۰۰۰ دلاری شود و ضمانت اجرای حبس برای آن وجود داشته باشد که بی‌فایده‌گی معادل ۱۰۰۰ دلار به وجود آورد، افراد مرتکب عمل خواهند شد اگر و فقط اگر منفعتی فراتر از ۱۰۰۰ دلار به دست آورند که رفتار ایدئال تحت فرضیه‌های ما را تشکیل می‌دهد.^۳

اگرچه رفتار مطلوب بنابراین قابل ترغیب است، این رفتار مطلوب از نظر اجتماعی با وضع ضمانت اجراهای پرهزینه اجتماعی برای کسانی که مرتکب اعمال زیان‌آور می‌شوند همراه خواهد بود. اگر هزینه اجتماعی وضع ضمانت اجراهایی که بی‌فایده‌گی

۱. نکات مطرح شده در قسمت ۵-۲-۱ در شاول ۱۹۸۵ الف، ۱۹۸۷ ج طرح شده‌اند.

۲. تنها دلیلی که رفتار ایدئال قابل حصول نیست این است که ممکن نیست ضمانت اجرایی آنقدر بالا باشد تا منافع یک فرد را خنثی کند. این امکان را بعداً بررسی خواهیم کرد اما درخصوص استدلالی که در این قسمت راجع به مسئولیت محض ارائه می‌شود چندان اهمیتی ندارد.

۳. من تا قسمت ۵-۲-۵ از ضمانت اجراهای غیر پولی به عنوان حبس یاد می‌کنم و در آنجا صریحاً اشکال دیگر ضمانت اجراهای غیر پولی را بررسی خواهیم کرد.

۱۰۰۰ دلاری ایجاد می‌کنند، به‌عنوان مثال ۱۵۰۰ دلار باشد (مرکب از بی‌فایده‌گی ۱۰۰۰ دلاری متحمل شده از سوی شخصی که ضمانت اجرا بر او تحمیل شده است و هزینه‌های اداره زندان‌ها)، پس هر زمان که شخصی مرتکب این عمل می‌شود (چون شخص منافع بالایی از ارتکاب آن به‌دست خواهد آورد)، هزینه‌های اجتماعی ۱۵۰۰ دلاری و نیز آسیب ۱۰۰۰ دلاری تولید می‌شوند و این باعث می‌شود که مسئولیت محض یک روش گران اجتماعی برای ترغیب رفتار مطلوب باشد.^۱

همچنین توجه کنید که چون به موجب مسئولیت محض هزینه‌های اجتماعی وضع ضمانت اجراها هروقت افراد مرتکب اعمال زیان‌آور شوند ایجاد می‌شوند، وسعت مطلوب ضمانت اجرا، وسعتی نیست که به رفتار مطلوب منتهی شود؛ این وسعت به‌نحوی است که هزینه‌های اجتماعی وضع ضمانت اجراها را کاهش می‌دهد.^۲

الف) توضیح: مقایسه با وضعیت تحت ضمانت اجراهای پولی: هنگامی که ضمانت اجراها پولی و بدون هزینه وضع فرض می‌شوند، همانند بخش قبل، رفتار مطلوب بدون هیچ‌گونه هزینه اجتماعی با تنظیم ضمانت اجرا معادل آسیب قابل ترغیب است. در اینجا وقتی ضمانت اجراها غیرپولی هستند، وضعیت به‌خاطر هزینه وضع واقعی ضمانت اجراها روی‌هم‌رفته متفاوت است. به‌عنوان مثال یک عمل زیان‌آور مثل آلوده‌سازی را در

۱. برای توضیح بیشتر، فرض کنید g منفعت ناشی از ارتکاب عملی باشد که آسیب قطعی h را ایجاد می‌کند و فرض کنید $f(g)$ تراکم احتمال g در جمعیت باشد، فرض کنید s ضمانت اجرا باشد، $d(s)$ بی‌فایده‌گی حاصل از s بر افراد باشد و ks هزینه اجتماعی اضافی وضع ضمانت اجرا s باشد وقتی $k > 0$ است. به موجب مسئولیت محض، رفتار مطلوب - ارتکاب عمل اگر و فقط اگر g حداقل مساوی h باشد - را می‌توان ترغیب کرد اگر $s = h$. اگر چنین باشد رفاه اجتماعی برابر است با $w = \int_h^m (g - h - (h + ks)f(g))dg$ هنگامی که m برابر با حداکثر منفعت حاصل از ارتکاب عمل است. سطح ایدئال رفاه اجتماعی به‌خاطر این شرط $-(h + ks)$ که عبارت از هزینه‌های کلی مربوط به تحمیل مجازات است، حاصل نمی‌شود.

۲. با استفاده از نمادسازی پاورقی شماره ۱، وسعت مطلوب ضمانت اجرا s است که معادله زیر را به حداکثر می‌رساند:
 $w = \int_s^m (g - h - (s + ks)f(g))dg$ تنظیم مشتق w در ارتباط با s معادل با صفر اولین شرط بهینگی را به‌وجود می‌آورد که عبارت است از $(h + ks)f(s) = (1 - F(s))(1 + k)$ ، وقتی F توزیع تراکمی f است. تفسیر این شرط این است که منفعت خالص نهایی از بازدارندگی برابر است با هزینه نهایی. از این شرط آشکار می‌شود که s مطلوب می‌تواند بزرگ‌تر از h (نشانه‌گر این واقعیت که عمل زیان‌آور نه تنها شامل هزینه‌های اجتماعی h بلکه شامل $s + ks$ می‌شود و لذا h را افزایش می‌دهد) یا کمتر از h (نشانه‌گر این واقعیت که هزینه‌های اجتماعی مجازات را می‌توان با کاهش s کاهش داد) باشد. راه‌حل این مشکل در پولینسکی و شاول ۱۹۸۴ و کاپلو ۱۹۹۰ بحث شده است.

نظر بگیرید. اگر ضمانت اجراها پولی باشند، مسئولیت محض بدون هیچ هزینه اجتماعی رفتار مطلوب را ترغیب می‌کند زیرا هروقت یک فرد آلوده‌سازی می‌کند (چون منافع حاصل از انجام آن بیشتر از آسیب است)، صرفاً غرامت معادل آسیب را می‌پردازد که هیچ هزینه اجتماعی ایجاد نمی‌کند، زیرا پرداخت او فقط نشانگر انتقال مالکیت بر منابع است. اما اگر وقتی بی‌فایده‌گی زندان برابر با آسیب ناشی از آلوده‌سازی است فردی به‌خاطر آلوده‌سازی زندانی شود، آنگاه اگرچه رفتار آلوده‌ساز او از منظر شخصی مطلوب است (به فرض منافعش از انجام آن بالاتر از آسیب بوده است)، این شکل از ضمانت اجرا منافع اجتماعی را جذب می‌کند.

۳-۱-۲-۵ مسئولیت مبتنی بر تقصیر در مقابل آسیب

به موجب این قاعده، یک شخص اگر عملش نامطلوب باشد، مشمول مسئولیت برای آسیب می‌شود اما اگر عملش مطلوب باشد مسئول شناخته نمی‌شود. بنابراین اگر ضمانت اجرا برای ایجاد آسیب به‌قدر کافی بالا باشد، از رفتار نامطلوب جلوگیری می‌شود، درحالی‌که رفتار مطلوب کاهش نخواهد یافت چون منجر به مجازات نخواهد شد. فردی که منفعتی کمتر از ۱۰۰۰ دلار را از عملی که آسیب ۱۰۰۰ دلاری ایجاد می‌کند به‌دست می‌آورد و لذا برای او آن عمل از نظر اجتماعی نامطلوب است، اگر ضمانت اجرا به‌قدر کافی زیاد باشد مرتکب عمل نخواهد شد؛ اما فردی که منفعتی بیش از ۱۰۰۰ دلار را از یک عمل کسب می‌کند و لذا برای او عمل از نظر اجتماعی مطلوب است، مرتکب آن عمل خواهد شد چون او مقصر شناخته نمی‌شود و برای انجام آن مجازات نمی‌گردد. بنابراین، رفتار ایدئال تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر بدون وضع واقعی مجازات پرهزینه اجتماعی حاصل خواهد شد. یک نکته فرعی این است که وسعت مطلوب ضمانت اجرا برای یک عمل نامطلوب اجتماعی عبارت از هر ضمانت اجرای کافی برای بازدارندگی است. در این میان مهم نیست که ضمانت اجراها هرگز اعمال نمی‌شوند و بنابراین ضمانت اجراهای بالاتر منتج به هزینه‌های اجتماعی بالاتر نمی‌شوند.

یک عامل مهم که باید اضافه شود این است که گاهی امکان دارد یک فرد را نتوان از ارتکاب یک عمل نامطلوب بازداشت چون منافعش حتی از ضمانت اجرای حداکثری فراتر می‌رود (مثل حبس ابد). در این وضعیت، مطلوب آن است که هیچ ضمانت اجرایی

بر فرد، حتی اگر عملش از نظر اجتماعی نامطلوب باشد وضع نشود، زیرا چنین فرض می‌کنیم که، همه آنچه وضع یک ضمانت اجرا به وجود می‌آورد یک هزینه اجتماعی است که موجب بازدارندگی فرد نمی‌شود زیرا طبق فرض، غیرممکن است.

به عنوان مثال فرض کنید بالاترین ضمانت اجرایی که می‌توان بر یک فرد تحمیل کرد ۱۰۰ باشد (چون مثلاً حبس چنین بی‌فایده‌گی بزرگی را برای او ایجاد نمی‌کند) و دیگر اینکه او منفعت ۲۰۰ را از ارتکاب عملی که آسیب ۱۰۰۰ را ایجاد می‌کند به دست خواهد آورد. پس اگرچه عمل وی نامطلوب است، مجازات او مطلوب نیست.^۱

نتیجه اینکه تحت مسئولیت مطلوب مبتنی بر تقصیر، اگر افراد به طور مطلوب عمل کنند ضمانت اجراها هرگز تحمیل نمی‌شوند. استفاده از آنها محدود می‌شود وقتی که محدود شدن آنها به طور موفقیت‌آمیزی از رفتار نامطلوب جلوگیری کند. در مجموع، رفتار ایدئال حاصل می‌شود مگر وقتی بازدارندگی غیرممکن باشد و بدون تحمل هزینه‌های وضع واقعی ضمانت اجراها حاصل نشود.^۲

در ذهن داشتن این نتیجه‌گیری درباره مسئولیت مبتنی بر تقصیر اعمال شده به طور مطلوب برای آنچه در پی می‌آید مهم است. باید تأکید شود این نکته که ضمانت

۱. در فصل قبل راجع به ضمانت اجراهای پولی، این نکته مشابه را تأکید نکردم که بازدارندگی اعمال نامطلوب ممکن است غیرممکن باشد زیرا دارایی‌های یک فرد ممکن است محدود باشد، هر چند در مورد ضمانت اجراهای پولی هیچ مزیتی برای معاف کردن یک شخص که بازدارندگی از او غیرممکن است از مسئولیت وجود ندارد، زیرا فرض این است که وضع یک ضمانت اجرای پولی شامل هزینه اجتماعی نمی‌شود. به همین دلیل وضعیتی که افراد نمی‌توانند بازداشته شوند مرکز توجه بحث در هنگامی که ضمانت اجراها پولی هستند نبود اما در اینجا اهمیت دارد.

۲. اجازه دهید درباره مسئولیت مبتنی بر تقصیر در این قسمت بحث کمی دقیق‌تر باشیم. تحت چنین مسئولیت‌هایی هر عملی که مطلوب است - مثل اینکه $g \geq h$ - ضمانت اجرایی برای آن وجود ندارد و بنابراین افراد چنین اعمالی را مرتکب می‌شوند و مجازات نمی‌گردند. اگر عملی نامطلوب باشد - مثل اینکه $g < h$ - آنگاه، اگر برای فرد یک s فراتر از g وجود داشته باشد، او برای ارتکاب عمل با آن s جریمه خواهد شد و لذا بازدارندگی در مورد او به وجود می‌آید. اما اگر برای شخص s وجود نداشته باشد به نحوی که $s > g$ باشد، آنگاه بازدارندگی در مورد او ایجاد نمی‌شود، در نتیجه تنظیم $s=0$ برای آن شخص مطلوب است (در غیر این صورت او مرتکب عمل خواهد شد و هزینه اجتماعی اضافی معادل $h+ks$ خواهد بود). در مجموع، فرمول برای ضمانت اجرای مطلوب تحت قاعده تقصیر به شرح ذیل است. فرض کنید g ، h و m به ترتیب منفعت، آسیب و ضمانت اجرای حداکثر باشند که می‌توان بر یک فرد تحمیل نمود. پس ضمانت اجرای مطلوب $s=s(g,h,m)$ آشکار است: اگر $g \geq h$ باشد آنگاه $s=0$ ؛ اگر $g < h$ و $m < g$ باشد آنگاه $s=0$ ؛ اگر $g < h$ و $m \geq g$ باشد آنگاه $s \geq g$ خواهد بود. بنابراین همه افرادی که اعمالشان مطلوب باشد مرتکب آنها می‌شوند، این اتفاق برای همه آنهایی که بتوان از ارتکاب عمل نامطلوب بازداشت روی می‌دهد و هیچ‌کس واقعاً متحمل مجازات نمی‌شود.

اجراها هرگز تحمیل نمی‌شوند به این فرض ضمنی بستگی دارد که اطلاعات مقام اجتماعی کامل است. به‌ویژه، مقام اجتماعی باید منافی را که افراد کسب می‌کنند بداند تا نه تنها قادر به تعیین مطلوبیت اعمال باشد بلکه بتواند پیش‌بینی کند که تحمیل یک ضمانت اجرا چه موقع ایجاد بازدارندگی می‌کند.

الف) مزیت بنیادی مسئولیت مبتنی بر تقصیر بر مسئولیت محض: مسئولیت مبتنی بر تقصیر با مسئولیت محض تفاوت دارد، زیرا به موجب مسئولیت مبتنی بر تقصیر، بازدارندگی اعمال نامطلوب وقتی حاصل می‌شود که بدون تحمیل ضمانت اجراها بر کسانی که اعمال مطلوب اجتماعی را مرتکب می‌شوند امکان داشته باشد. این جنبه از مسئولیت مبتنی بر تقصیر مزیتی بر مسئولیت محض را وقتی تحمیل ضمانت اجراها از نظر اجتماعی گران تمام می‌شود، تشکیل می‌دهد. همان‌گونه که مشاهده شد، استفاده از مسئولیت مبتنی بر تقصیر بدین‌معناست که مقام اجتماعی به اطلاعات بیشتری نسبت به مسئولیت محض که اعمال آن فقط مستلزم اطلاعاتی دربارهٔ آسیب است، نیاز دارد.

۴-۲-۵ ادامهٔ مسئولیت مبتنی بر تقصیر: وقتی اطلاعات مقام اجتماعی ناقص است

اکنون اجازه دهید وضعیتی را بررسی کنیم که اطلاعات مقام اجتماعی ناقص است و آن مقام ممکن است در ارزیابی منافع یک شخص یا اینکه عمل او چقدر زیان‌آور بوده دچار اشتباه شود. چنین اشتباهاتی نتایج متعددی دارند.

اول، برخی اعمال مطلوب ممکن است انجام نشوند، چرا که یک فرد ممکن است این ترس را داشته باشد که عمل مطلوب او اشتباهاً به‌عنوان نامطلوب تلقی شود و او متحمل ضمانت اجرایی بالاتر از منافعش گردد (یک گردشگر گم شده ممکن است به‌خاطر ترس از متهم شدن به دزدی و مواجه شدن با ضمانت اجرا از ورود به یک کابین خالی برای تلفن زدن و درخواست کمک خودداری کند).

دوم، برخی افرادی که امکان داشت از ارتکاب اعمال نامطلوب بازداشته شوند با بازدارندگی روبه‌رو نخواهند شد. مقام اجتماعی ممکن است معتقد باشد که برای گروه خاصی از اعمال و اشخاص، یک ضمانت اجرای ۵۰۰ با موفقیت موجب بازدارندگی می‌شود اما درواقع این‌گونه نیست و لذا شخص مرتکب عمل می‌شود ولو اینکه ضمانت اجرای بالاتری بتواند او را از این کار باز دارد.

سوم، ضمانت اجراها عملاً وضع می‌شوند و جامعه بنابراین متحمل هزینه‌های مربوط به مجازات خواهد شد. ضمانت اجراها به دلایل مختلفی وضع می‌شوند: بعضی که اعمال مطلوب انجام می‌دهند اشتباهاً با ضمانت اجرا روبه‌رو می‌گردند، بعضی که اعمال غیرمطلوب مرتکب می‌شوند و باید از این کار منع شوند همان‌گونه که بحث شد؛ با ضمانت اجرای بسیار کمی مواجه می‌گردند، و برخی که اعمال نامطلوب مرتکب نمی‌شوند و نباید با هیچ ضمانت اجرایی جلوی آنها را گرفت اشتباهاً مجازات می‌شوند.

ضمانت اجرای مطلوب با در نظر گرفتن این نتایج متفاوت ناشی از اطلاعات ناقص انتخاب خواهد شد. برای درک ماهیت ضمانت اجرای مطلوب، یک مثال را در نظر بگیرید. **مثال ۱.** سه نوع افراد وجود دارند: گروه الف که منفعت ۵۰۰ را از ارتکاب عملی که آسیب ۱۰۰ را ایجاد می‌کند به‌دست می‌آورند؛ گروه ب که منفعت ۴۰ را از ارتکاب عمل به‌دست می‌آورند؛ گروه ج که منفعت ۷۰ را از ارتکاب عمل حاصل می‌کنند. فرض کنید که حداکثر ضمانت اجرای ممکن بی‌فایده‌گی ۵۰ را به‌وجود می‌آورد. از این‌رو، برای گروه الف عمل زیان‌آور مطلوب است (منفعت از آسیب فراتر می‌رود)؛ اما برای گروه ب و گروه ج، عمل نامطلوب است (آسیب از منفعت فراتر می‌رود) و گروه ب را می‌توان با یک ضمانت اجرای ۴۰ یا بیشتر بازداشت اما گروه ج با هیچ ضمانت اجرای ممکن قابل بازدارندگی نیست.

اگر مقام اجتماعی دارای اطلاعات کامل باشد، گروه الف را جریمه نخواهد کرد زیرا عمل آنها مطلوب است؛ برای گروه ب یک جریمه حداقل ۴۰ اعلام خواهد کرد که آنها را از انجام عمل باز می‌دارد (بنابراین مجبور به تحمیل ضمانت اجرایی بر آنها نخواهد شد) و برای گروه ج هیچ‌گونه جریمه‌ای وضع نخواهد کرد زیرا بازدارندگی آنها غیرممکن است. بنابراین گروه الف و گروه ج مرتکب اعمال زیان‌آور خواهند شد، گروه ب از این کار منع می‌شود و هیچ ضمانت اجرایی عملاً تحمیل نمی‌شود.

اکنون فرض کنید که مقام اجتماعی فقط اطلاعات ناقص دارد و نمی‌تواند بین گروه ب و گروه ج تمایز قائل شود. ضمانت اجراهای مطلوب در این حالت چه خواهند بود؟ بدیهی است که گروه الف با ضمانت اجرایی روبه‌رو نخواهد شد و مرتکب عمل می‌گردد زیرا گروه الف برای مقام اجتماعی قابل تشخیص است. اما چون مقام اجتماعی قادر به تمیز بین گروه ب و گروه ج نیست آنها لزوماً با ضمانت اجرای یکسان روبه‌رو خواهند

شد.^۱ اگر ضمانت اجرا برای آنها ۴۰ باشد، گروه ب بازداشته خواهد شد، اما گروه ج بازداشته نخواهد شد و مرتکب عمل خواهد گردید و متحمل ضمانت اجرا می‌شود که منتج به تحمل هزینه‌های اجتماعی خواهد شد. هر ضمانت اجرای بالای ۴۰ نیز موجب بازدارندگی گروه ب خواهد شد و منجر به تحمل ضمانت اجرای بالاتر ازسوی گروه ج خواهد شد، بنابراین نسبت به گروه ج ضمانت اجرای ۴۰ از نظر اجتماعی پایین‌تر از حد لازم خواهد بود. هر ضمانت اجرای مثبت زیر ۴۰ موجب بازدارندگی گروه ب یا گروه ج نخواهد شد اما بر هر دو تحمیل خواهد شد، بنابراین نسبت به عدم تحمیل هرگونه ضمانت اجرا پایین‌تر خواهد بود. از این رو، آنچه مطلوب است، یک ضمانت اجرای ۴۰، ضمانت اجرای حداقلی که می‌تواند گروه ب را بازدارد، یا هیچ ضمانت اجرایی، خواهد بود. اینکه کدام یک از این دو امکان در بین چیزهای دیگر بهترین است بستگی به، تعداد نسبی گروه ب و گروه ج دارد. اگر گروه ب به اندازه کافی پرتعدادتر از گروه ج باشد، ضمانت اجرای مطلوب ۴۰ خواهد بود زیرا بازدارندگی همه گروه ب ارزشمند خواهد بود حتی اگر گروه ج مرتکب عمل شود و متحمل ضمانت اجرای ۴۰ گردد؛ در حالی که اگر گروه ج به قدر کافی پرتعداد باشد، یک ضمانت اجرای صفر بهترین خواهد بود زیرا گروه ب نسبتاً کمی وجود دارند که بتوان بازداشت و بازدارندگی آنها به معنای تحمیل یک ضمانت اجرای ۴۰ بر همه گروه ج است که غیرقابل بازدارندگی هستند.

همان گونه که در این مثال نشان داده شده، چون استفاده از ضمانت اجراها به تحمیل واقعی آنها منجر می‌شود، سطح مطلوب ضمانت اجراها، در یک مفهوم تقریبی، کمترین ضمانت اجرایی است که به بازدارندگی گروهی که می‌توان بازداشت می‌انجامد اگر آن گروه با در نظر گرفتن ضمانت اجراهایی که ازسوی کسانی که قابل بازدارندگی نیستند نیز تحمل خواهد شد ارزش بازدارندگی داشته باشد.^۲ با به خاطر داشتن این

۱. اگر دولت ضمانت اجراهای متفاوت برای دو گروه اعلام می‌کرد (مثلاً ۴۰ برای گروه ب و صفر برای گروه ج)، آنگاه افراد یک گروه که متحمل ضمانت اجرای بالاتر می‌شدند مدعی می‌شدند که به گروه دیگر تعلق دارند (گروه ب مدعی می‌شد که گروه ج است)، بنابراین درواقع یک ضمانت اجرا برای هر دو نوع وجود داشت یعنی کمتر از دو ضمانت اجرا.

۲. این صرفاً یک بیان تقریبی از اصل هدایت‌کننده انتخاب ضمانت اجرای مطلوب است زیرا درواقع انتخاب بسیار پیچیده‌تر از مثال است. در میان چیزهای دیگر، معمولاً یک گروه منفرد کاملاً تعریف شده که قابل بازدارندگی باشد وجود نخواهد داشت - گروه ب در مثال - و یک گروه دیگر - گروه ج در مثال - که قابل بازدارندگی -

مطلب، اجازه دهید تعیین ضمانت اجراهای مطلوب را بیشتر بررسی کنیم.

الف) رابطه ضمانت اجراهای مطلوب با منافع فردی اعمال و وسعت آسیب: رابطه بین ضمانت اجراهای مطلوب، منافع به دست آمده برای یک شخص و آسیب چیست؟ هرچه منافع یک شخص که به یک عمل زیان آور فکر می کند بالاتر باشد ضمانت اجرا باید بالاتر باشد؛ زیرا منافع بالاتر مستلزم ضمانت اجراهای بالاتر برای بازدارندگی است. شخصی که می کشد تا پول زیادی به دست آورد ممکن است بازدارندگی اش از شخصی که می کشد تا مقدار کمی پول به دست آورد یا آتش کینه ای را خاموش کند سخت تر باشد. به هر حال، حدی برای این رابطه وجود دارد: اگر منافع آنقدر بزرگ شوند که بازدارندگی ممکن نباشد، آنگاه ضمانت اجرا باید نزول کند (و اگر بازدارندگی برای همه اشخاصی که ضمانت اجرا بر آنها اعمال می شود غیرممکن باشد، به صفر برسد). همچنین، هرچه آسیب بزرگ تر باشد، ضمانت اجرا باید بزرگ تر باشد زیرا آسیب بزرگ تر به معنای این است که بازدارندگی خیلی بیشتر حاصل می شود، بنابراین جامعه باید مایل به تحمل هزینه های بزرگ تر در تحمیل واقعی ضمانت اجراها باشد تا بازدارندگی بزرگ تری به دست آورد. با یکسان بودن چیزهای دیگر، باید هزینه های بزرگ تر در رابطه با حبس را تحمل کنیم تا به جای جلوگیری از حمله جلوی قتل را بگیریم زیرا قتل زیان آور است.

دلیل دیگری برای اینکه چرا آسیب بزرگ تر ممکن است گاهی اوقات مستلزم ضمانت اجراهای بزرگ تر باشد وجود دارد بدین شرح که اگر هدف یک فرد آسیب رساندن به کسی باشد، آنگاه آسیب بزرگ تر متضمن منافع بزرگ تر خواهد بود و بنابراین

→ نباشد. در این مثال ممکن است کاملاً مطلوب باشد که ضمانت اجرای ۴۰ به کار رود و لذا گروه ب را بازدارد اما نه گروه د را اگرچه آنها قابل بازدارندگی باشند؛ مطلوب خواهد بود اگر گروه ب پرتعداد باشد، گروه د بسیار کم تعداد و گروه ج دارای تعداد متوسط باشد. به طور کلی تر، یک زنجیره از انواع افراد وجود خواهد داشت و درجات مختلف بسیاری از فقدان اطلاعات که دادگاه ها از آن رنج می برند. با وجود این، این مثال مصالح مهمی را دربرمی گیرد که ضمانت اجرای مطلوب نوعاً نشانگر آن است؛ موازنه بین بازدارندگی بزرگ تر برخی و تحمل بزرگ تر ضمانت اجراها توسط دیگران، و لذا تحمل هزینه های اجتماعی در رابطه با آنها. رسماً، انتخاب ضمانت اجرای مطلوب تحت قاعده تقصیر به شرح ذیل است. با در نظر گرفتن هر رشته از ویژگی های قابل ملاحظه افراد، مقام اجتماعی می تواند یک توزیع احتمال منافع اشخاص را قاعده بندی کند. پس می تواند یک ضمانت اجرای مطلوب را با در نظر گرفتن این توزیع احتمال انتخاب کند. تعیین آن ضمانت اجرای مطلوب ضرورتاً همانند آنچه در پاورقی شماره ۲ صفحه ۵۷۶ تشریح شد می باشد.

بازدارندگی ممکن است دشوارتر باشد.^۱

ب) مقایسه ضمانت اجرای مطلوب وقتی ضمانت اجرای پولی هستند: در تنظیم فعلی، وسعت ضمانت اجراها به وسیله موازنه منافع بازدارندگی در مقابل هزینه‌های مربوط به تحمیل واقعی ضمانت اجراها انتخاب می‌شود. بنابراین، یک موضوع مهم این بوده است که تحمیل ضمانت اجرای بالاتر از آنچه احتمالاً برای حصول بازدارندگی لازم است نامطلوب می‌باشد، در نتیجه آنهایی که بازداشته نمی‌شوند تا حد ممکن کم مجازات می‌شوند. وقتی ضمانت اجراها پولی هستند و فرض می‌شود که تحمیل آنها بی‌هزینه است (یا به‌طور ملموس‌تر، هزینه دارند اما بسیار کمتر از حبس)، نیاز اجتماعی برای محدود کردن وسعت ضمانت اجراها بسیار کمتر است و ضمانت اجرای مطلوب عموماً معادل آسیب است. بنابراین، وقتی ضمانت اجراها پولی هستند، در اصل، هیچ نیازی نیست که قدرت منفعت ناشی از یک عمل یا انگیزه آن تشخیص داده شود تا ضمانت اجرای مناسب تعیین گردد زیرا فقط آسیب باید اندازه‌گیری شود.^۲

ج) واقع‌گرایی این فرض که اطلاعات مقام اجتماعی ناقص است و تحمیل واقعی ضمانت اجراها ناگزیر است: حالت اطلاعات ناقص یک حالت واقعی برای بررسی است زیرا مقامات اجتماعی عملاً همیشه نمی‌دانند که چه اعمالی نامطلوب هستند و چه کسی را می‌توان با چه ضمانت اجرایی بازداشت. همچنین روشن است که حصول بازدارندگی معمولاً غیرممکن است. اغلب افرادی وجود دارند که قابل بازدارندگی از ارتکاب یک عمل نیستند فرقی نمی‌کند که ضمانت اجرا چقدر بالا باشد، زیرا همان‌گونه که بحث شد، احتمال ضمانت اجرا غالباً پایین است. به‌علاوه اگر از نظر پولی از نمونه خود که در آن افراد همیشه منافع را در مقابل جریمه‌های مورد انتظار محاسبه می‌کنند دور شویم،

۱. دلایل دیگر برای افزایش ضمانت اجراها به موازات افزایش آسیب در قسمت ۲-۳-۵ و ۵-۳-۵ درباره بازدارندگی نهایی و تضمین کلی مورد بحث قرار می‌گیرند.

۲. این نکته منوط به شرایط بحث شده قبلی است، از قبیل اینکه اگر اشخاص خطرگریز باشند و در مقابل ضمانت اجراها بیمه نشده باشند، ضمانت اجرای مناسب ممکن است قدری کمتر از آسیب باشد اما نکته مورد توجه تأکید شده در متن صحیح باقی می‌ماند: وقتی وضع ضمانت اجراها بسیار ارزان از نظر اجتماعی است، ضمانت اجرای مطلوب معادل آسیب است در حالی که وقتی وضع آنها پرهزینه است، همان‌طور که در مورد ضمانت اجرای حبس صادق است، ضمانت اجرای مطلوب کاملاً متفاوت است و به میزانی محدود می‌شود که برای بازدارندگی کسانی که مهم‌ترین افراد برای بازدارندگی هستند لازم است.

می‌بینیم که افراد ممکن است از انحرافات مالی نظارت رنج ببرند و حداقل وقتی ضمانت اجرا فوری و قطعی نیست جریمه‌ها را محاسبه نکنند، لذا در این شرایط به‌طور مؤثری در سطح پایین بازدارندگی قرار می‌گیرند. وقتی مقام اجتماعی نمی‌تواند تعیین کند که چه کسی غیرقابل بازدارندگی است، این افراد اغلب متحمل ضمانت اجرای می‌شوند که ایجاد هزینه‌های اجتماعی می‌کند.

۵-۲-۱-۵ مسئولیت مبتنی بر عمل

نکات اصلی که هم‌اکنون مورد بحث قرار گرفت به مسئولیت مبتنی بر عمل نیز انتقال می‌یابند. شکل مطلق چنین مسئولیتی که به موجب آن ضمانت اجرا برای ارتکاب یک عمل وضع می‌شود به‌روشنی پایین‌تر از مسئولیت مبتنی بر تقصیر قرار می‌گیرد که به موجب آن ضمانت اجراها کمتر وضع می‌شوند (و اگر مقام اجتماعی اطلاعات کامل داشته باشد اصلاً وضع نمی‌شوند). تفاوت اصلی بین مسئولیت مبتنی بر عمل و مسئولیت مبتنی بر آسیب این است که مشکل ناتوانی در بازدارندگی ممکن است تحت مسئولیت مبتنی بر آسیب بزرگ‌تر باشد، همان‌گونه که در فصل قبلی بحث شد، اگر آسیب ناشی از یک عمل فقط به‌صورت احتمال روی دهد، آنگاه به موجب مسئولیت مبتنی بر آسیب، ضمانت اجرا فقط با یک احتمال اعمال خواهد شد (شخصی که به دیگری شلیک می‌کند تنها در صورتی که هدف مورد نظرش را مورد اصابت قرار دهد متحمل ضمانت اجرا خواهد شد). در نتیجه، وسعت آسیب لازم برای بازدارندگی به موجب ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب، بزرگ‌تر از ضمانت اجرای مبتنی بر عمل خواهد بود (که به موجب آن یک شخص به‌صرف تیراندازی و حتی اگر خطا کرده باشد متحمل ضمانت اجرا خواهد شد). بنابراین مسئولیت مبتنی بر عمل ممکن است بر مسئولیت مبتنی بر آسیب ارجح باشد چون با ضمانت اجرای کمتر به بازدارندگی دست می‌یابد. با وجود این مقام اجتماعی ممکن است در ارزیابی آسیب مورد انتظار از یک عمل با دشواری مواجه شود، درحالی‌که تحت مسئولیت مبتنی بر آسیب، حداقل می‌داند که آن عمل موجب آسیب شده است.^۱

۱. در قسمت ۴-۵-۵ که تلاش‌های کیفری را مورد بررسی قرار خواهیم داد، دوباره به موضوعاتی که بحث شد برمی‌گردیم.

۵-۲-۱-۶ نتایج

وقتی ضمانت اجراها غیرپولی هستند، مسئولیت مبتنی بر تقصیر نسبت به مسئولیت محض جاذبه بیشتری دارد، چون تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر، بازدارندگی اعمال نامطلوب را با تحمیل واقعی ضمانت اجراهای کمتر و در حالت ایدئال - وقتی محاکم اطلاعات کامل دارند - بدون تحمیل هرگونه ضمانت اجرایی می‌توان ایجاد کرد. به‌علاوه، نظریه تعیین وسعت مطلوب ضمانت اجرا تحت مسئولیت مبتنی بر تقصیر را می‌توان فقط با درک اهمیت بی‌اطلاعی مقام اجتماعی درباره منافع افراد از اعمال، زیان‌آور بودن اعمال، و احتمال شکست در بازدارندگی، دریافت؛ زیرا فقط با در نظر داشتن کامل نقش بی‌اطلاعی مقام اجتماعی می‌توان توضیح داد که چرا ضمانت اجراها وضع می‌شوند (و بنابراین چرا نیاز به محدود کردن وسعت ضمانت اجراها وجود دارد). این نتایج درباره مزیت نظام تقصیر و تعیین ضمانت اجرای مطلوب، از این فرض ناشی می‌شوند که هزینه وضع ضمانت اجراهای غیرپولی بسیار بالاست.

۵-۲-۲ احتمال مطلوب و وسعت ضمانت اجراهای غیرپولی

۵-۲-۲-۱ مقدمه

این نظریه موازی با نظریه بخش قبل است و بنابراین تجزیه و تحلیل آن نسبتاً خلاصه خواهد بود.^۱ مسئله تحت بررسی مجدداً راجع به انتخاب احتمال و وسعت ضمانت اجراها با در نظر گرفتن هزینه حفظ احتمال ضمانت اجراهاست.

۵-۲-۲-۲ رفتار با در نظر گرفتن احتمال و وسعت ضمانت اجراها

شخصی ممکن است خنثی بودن در مقابل خطر را نسبت به مجازات‌های حبس وانمود کند، به‌عنوان مثال، بازدارندگی با یک مجازات قطعی یک‌ساله یا یک احتمال ۵۰ درصدی مجازات دوساله برای او یکسان باشد. این طرز نگرش شخص به ضمانت اجراهاست در شرایطی که بی‌فایده‌گی حبس متناسب با طول آن باشد.^۲

۱. نکات مطرح شده در این قسمت به‌طور گسترده‌ای در شاول ۱۹۸۵ الف، ۱۹۸۷ ج مطرح شده‌اند.

۲. فرض کنید s طول مجازات زندان و $d(s)$ بی‌فایده‌گی آن باشد. آنگاه فرض خنثی بودن در مقابل خطر برابر است با $d(s)=as$ که a یک رقم مثبت است و من برای سهولت اغلب فرض می‌کنم که $a=1$.

الف) خطرگریزی: ممکن است افراد در ارتباط با حبس خطرگریز باشند و بازدارندگی یک احتمال ۵۰ درصدی مجازات دوساله با یک مجازات یکساله قطعی نیز برای آنان حاصل شود (به طور کلی، افراد خطرگریز هرچه عدم قطعیت مجازات چشمگیرتر باشد و طول مورد انتظار ثابت بماند بیشتر مورد بازدارندگی قرار می گیرند). هر قدر بی فایده‌گی حبس برای افراد بیش از طول آن افزایش یابد. به دلیل افزایش اشتیاق پیوستن به دنیای فعال یا رشد انزجار از محیط زندان، خطرگریزتر خواهند شد.^۱

ب) ترجیح خطر: امکان دیگر این است که افراد ترجیح دهنده خطر باشند و یک مجازات قطعی یکساله را بدتر از یک احتمال ۵۰ درصدی مجازات دوساله بدانند. اگر بی فایده‌گی زندان برای افراد کمتر از طول آن افزایش یابد آنها خطر را ترجیح خواهند داد.^۲ اگر در طول زمان، همچنان که شخص به زندگی در زندان عادت می کند و خودش را تطبیق می دهد، اهمیت حبس برای او کاهش یابد، یا اگر این مرور زمان، بی فایده‌گی آتی حبس را کاهش دهد، یا اگر شخص به خاطر ترس از انگشت‌نما شدن بر اثر طول زندان یا به خاطر احساس بی رحمانه بودن شرایط در آغاز حبس، بی فایده‌گی نسبتاً زیادی را از زندان بودن تجربه کند، نیز چنین وضعیتی ایجاد خواهد شد.^۳

ج) احتمال در مقابل وسعت ضمانت اجراها: قیاس آنچه در بخش ۱-۵ درباره اهمیت احتمال در مقابل وسعت ضمانت اجراها گفته شد در اینجا نیز مصداق دارد. یعنی اگر شخصی در رابطه با حبس خنثی در مقابل خطر باشد، یک درصد افزایش مفروض در احتمال یا در وسعت چنین ضمانت‌های اجرایی همان اثر را بر رفتار او خواهد داشت. اگر شخصی خطرگریز

۱. به عنوان مثال فرض کنید بی فایده‌گی اولین سال حبس ۱۰۰ و بی فایده‌گی دومین سال ۲۰۰ است. پس بی فایده‌گی یک مجازات قطعی یکساله ۱۰۰ و بی فایده‌گی مورد انتظار یک احتمال ۵۰ درصدی مجازات دوساله معادل $150 = (100 + 200) \times 0.5$ است، لذا بازدارندگی دومی برای فرد بیشتر است. از نظر ریاضی، با استفاده از نمادسازی پاورقی قبلی، فرض خطرگریزی عبارت است از $d'(s) > d(s)/s$.

۲. به عنوان مثال فرض کنید عدم مطلوبیت اولین سال حبس ۱۰۰ و عدم مطلوبیت دومین سال فقط ۵۰ است. پس عدم مطلوبیت یک مجازات قطعی یکساله ۱۰۰ و عدم مطلوبیت مورد انتظار یک احتمال ۵۰ درصدی مجازات دوساله معادل $75 = (100 + 50) \times 0.5$ است، لذا بازدارندگی اولی برای فرد بیشتر است. از نظر ریاضی، فرض ترجیح خطر عبارت است از $d'(s) > d(s)/s$.

۳. من امکان ترجیح خطر در رابطه با خطرات مالی را مورد بحث قرار ندم زیرا امکان مهمی به نظر نمی رسد، درحالی که ترجیح خطر در ارتباط با حبس اغلب از نظر تشریحی حساس به نظر می رسد.

باشد، درصد افزایش مفروض در وسعت ضمانت اجراها اثر بزرگ‌تری از درصد افزایش معادل آن در احتمال ضمانت اجراها خواهد داشت، هرچند اگر شخصی ترجیح‌دهنده خطر باشد درصد افزایش مفروض در احتمال ضمانت اجراها اثر بازدارندگی بزرگ‌تری نسبت به همان درصد افزایش در وسعت ضمانت اجراها خواهد داشت.^۱ همچنین توضیحات کلی ارائه شده درباره درک ضمانت اجراها و احتمال آنها در فصل قبل در اینجا نیز اعمال می‌شود و ضمانت اجرای درک شده بیش از ضمانت اجرای واقعی اثر بازدارندگی دارند.^۲

۳-۲-۲-۵ توضیحات: بازدارندگی واقعی مبتنی بر رفتار مشاهده شده

مشاهدات متعددی از زندگی روزانه نشان می‌دهد که وقتی احتمال و وسعت ضمانت اجراها به قدر کافی بالا باشد افراد از همه انواع رفتار نامطلوب مأیوس می‌شوند: رانندگان وقتی یک ماشین پلیس را می‌بینند سرعت خود را کم می‌کنند و میل به اطاعت از مقررات راهنمایی و رانندگی خواهند داشت؛ اخلاق دانش‌آموزان وقتی زیر نگاه معلم قرار دارند بهتر می‌شود؛ اغلب جنایت‌کاران وقتی مشاهده کنند که به‌راحتی به‌عنوان مسئول شناسایی می‌شوند از انجام عمل خلاف خودداری می‌کنند. حوادث مختلفی که منجر به تغییرات عمده در جرمه‌های مورد انتظار می‌شوند، بر وقوع تخلفات از قانون اثر می‌گذارند؛ به‌عنوان مثال، در موارد مختلف دیده شده که اعتصاب پلیس منجر به افزایش مشهود در جرم شده، پیشرفت‌های رشته سم‌شناسی منجر به نزول در وقوع جرم مسموم کردن گردیده و افزایش نرخ‌های ممیزی مالیاتی و ضمانت اجراها فرار از مالیات را کاهش داده‌اند.^۳ به‌طور کلی، شواهد تجربی قابل توجهی وجود دارد که نشان می‌دهند، افزایش ضمانت

۱. فرض کنید p احتمال ضمانت اجرا باشد، لذا $pd(s)$ عدم مطلوبیت مورد انتظار ED خواهد بود. ما می‌خواهیم کشش ED را در ارتباط با p یعنی $(p/ED)(dED/dp)$ - را با کشش آن در ارتباط با s یعنی $(s/ED)(dED/ds)$ در حالت خنثی در مقابل خطر مقایسه کنیم. $ED=pks$ بنابراین $(p/ED)(dED/dp)=(1/ks)(ks)=1=(1/kp)(kp)=(s/ED)(dED/ds)$ و در حالت خطرگریزی، $(s/ED)(dED/ds)=(s/pd(s))(pd'(s))=s(d'(s)/d(s))$ و $(P/ED)(dED/dp)=(1/d(s))(d(s))=1$. و $s(d'(s)/d(s))>1$ ، چون فرض خطرگریزی این است که $d'(s)>d(s)/s$. در حالت ترجیح خطر، استدلال مشابه استدلال حالت خطرگریزی است.

۲. درباره درک ضمانت اجراها و احتمال آنها رجوع کنید به ارجاعات مذکور در پاورقی شماره ۱ صفحه ۵۶۲.

۳. درباره اثرات اعتصابات پلیس و پیشرفت در سم‌شناسی رجوع کنید به آندناس ۱۹۶۶، ۹۶۲-۹۶۱؛ درباره اثرات ممیزی مالیاتی و جرمه‌ها رجوع کنید به آندرونی، ارارد و فاین اشتاین ۱۹۹۸.

اجراهای مورد انتظار باعث کاهش تخلفات می‌شود.^۱ اما بعضی دیگر از مطالعات، تفسیر این نتایج را به چالش کشیده و نتیجه‌گیری کرده‌اند که تغییرات در احتمال و وسعت ضمانت اجراها دارای اثرات نسبتاً جزئی بر رفتارها هستند. درعین حال چنین برداشت‌هایی ممکن است تا حدودی متأثر از درک غیردقیق از ضمانت اجراهای مورد انتظار، عدم توجه به نقش تخفیف مجازات حبس آتی و ناشی از مشکلات آماری ظاهراً جزئی ولی بااهمیت باشند.^۲

۴-۲-۵ وسعت مطلوب ضمانت اجراها با در نظر گرفتن احتمالشان چیست؟

پاسخ غیردقیق این است که وقتی ضمانت اجراها با یک احتمال اعمال می‌شوند، آنچه مطلوب باشد در صورت قطعیت ضمانت اجراها باید افزایش یابد. اگر افراد خنثی در مقابل خطر باشند، ضمانت اجراها باید در دوجانبه بودن احتمال ضمانت اجراها ضرب شوند، در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار آن چیزی است که باید در شرایطی با ضمانت اجراهای قطعی باشد. بنابراین در جایی که ضمانت اجرای مطلوب دو سال زندان به صورت قطعی است، ضمانت اجرای مطلوب شش سال خواهد بود اگر ضمانت اجراها با احتمال یک سوم اعمال شوند. اگر افراد خطرگریز باشند، ضمانت اجراهای مطلوب کمتر از سایر شرایط خواهند بود و اگر افراد ترجیح‌دهنده خطر باشند، ضمانت اجراهای مطلوب بالاتر خواهند بود.^۳ به هر حال، باید به خاطر آورد که ضمانت اجراهای با احتمال

۱. رجوع کنید به تحقیقات کوک ۱۹۷۷، آنرلیش ۱۹۹۶، اید ۲۰۰۰ و گلیزر ۱۹۹۸؛ همچنین برای مثال رجوع کنید به آندناس ۱۹۷۵، کسلر ولویت ۱۹۹۵، لویت ۱۹۹۶، ۱۹۹۷، ۱۹۹۸ الف، ویسکوزی ۱۹۸۶ ب، ویلسون و هرن اشتاین ۱۹۸۵، فصل ۱۵ و ویت ۱۹۸۰.

۲. درباره کشفیات ضعیف راجع به بازدارندگی و انتقادات روش‌شناسانه مطالعات بازدارندگی رجوع کنید به آندناس ۱۹۷۵، بلوم اشتاین، کوهن و ناژین ۱۹۷۸، کوک ۱۹۷۷، آنرلیش ۱۹۹۶، ۵۶-۶۳، واید ۲۰۰۰، ۳۶۸-۳۶۴. در مورد انتقادات روش‌شناسانه دو مطلب برجسته وجود دارد. اول، مطالعات زیادی در نظر نمی‌گیرند که مجازات حبس به‌خاطر بازدارندگی و ناتوان‌سازی باعث کاهش جرم می‌شود (بنابراین اگر جرم به‌خاطر افزایش مجازات حبس نزول کند، این نزول را نمی‌توان کلاً به بازدارندگی نسبت داد). دوم، ضمانت اجراها ممکن است نه تنها بر جرم تأثیر گذارند بلکه از آن متأثر شوند و نتایج آماری را مبهم سازند (صلاحیت‌های قضایی با میزان جرائم بالا ممکن است برای مقابله با مشکلات خود سطح مجازات را افزایش دهند؛ این کار به هم‌بستگی بین جریمه‌های بالا و جرم منجر می‌شود اما بر این معنا دلالت ندارد که جریمه‌های بالا در بازدارندگی ناتوان‌اند).

۳. امکان دارد ضمانت اجراهای مطلوب به روش مذکور تغییر نکنند ولو اینکه انتظار آن را داشته باشیم. برای مثال امکان دارد که خطرگریزی بتواند ضمانت اجرای مطلوب را افزایش دهد. اگر افراد خنثی در مقابل خطر باشند، ضمانت اجرای مطلوب صفر است زیرا شش سال زندان برای بازدارندگی کسانی که قابل بازدارندگی هستند لازم^۴

افزایش یافته متناسب ممکن است قابل اعمال نباشند (مجازات یک‌صد سال حبس را نمی‌توان اعمال کرد)، بنابراین به‌طور کلی اگر ضمانت اجراها قطعی باشند دو برابر کردن بازدارندگی که دستیابی به آن بسیار خوب است، امکان‌پذیر نخواهد بود.

۵-۲-۲-۵ ضمانت اجرای مطلوب وقتی که احتمال وضع آنها نیز به‌طور مطلوبی تعیین می‌شود

همانند ضمانت اجرای پولی، وقتی دولت هم احتمال وضع ضمانت اجراها و هم وسعتشان را انتخاب می‌کند، یک سیاست ضمانت اجرای بالا با احتمال کم، غالباً از نظر اجتماعی مفید است. باز هم دلیل این است که با حفظ تلاش تضمین درحالی که وسعت ضمانت اجراها را می‌توان برای خنثی کردن تأثیر احتمال کم افزایش داد و بدان وسیله از کاهش بازدارندگی اجتناب کرد، به یک صرفه‌جویی اجتماعی خواهیم رسید.^۱ به‌هرحال، برخلاف مورد ضمانت اجرای پولی، وقتی ضمانت اجراها وضع می‌شوند افزایش ضمانت اجرای غیرپولی به‌خودی‌خود هزینه‌های اجتماعی را افزایش می‌دهد. با این حال چون تحمیل ضمانت اجراها کمتر اتفاق می‌افتد، هزینه‌های کل ضمانت اجراها ممکن است افزایش نیابد. این مطلب همان‌طور که اکنون با دقت شرح می‌دهم حاکی از آن است که وقتی افراد خنثی در مقابل خطر هستند، سیاست مطلوب عبارت از احتمالات کم و ضمانت اجرای حداکثری است (شاید به‌عنوان حبس ابد تفسیر شود). من همچنین توضیح خواهم داد که وقتی افراد خطرگریز باشند نیز نتیجه یکسان است اما وقتی آنها ترجیح‌دهنده خطر باشند اغلب ضمانت اجرای کمتر از حداکثر بهترین خواهند بود.^۲

→ است که منجر به هزینه‌های بیش از حد اجتماعی ناشی از تحمیل ضمانت اجراها بر کسانی که قابل بازدارندگی نیستند می‌شود. هرچند، اگر افراد خطرگریز باشند ضمانت اجرای مطلوب ممکن است مثبت باشد زیرا فقط یک مجازات چهارساله برای بازدارندگی کسانی که قابل بازدارندگی هستند لازم است و هزینه اجتماعی ناشی از تحمیل عملی ضمانت اجراها بر کسانی که قابل بازدارندگی نیستند کوچک‌تر است و ارزش تقبل ازسوی جامعه را دارد. بنابراین، مطلب اظهار شده در متن فقط به یک تمایل عمومی اشاره دارد.

۱. این نکته اساسی را وقتی ناتوان‌سازی را بررسی می‌کنیم توضیح خواهیم داد، هرچند، همانند یک احتمال بسیار کم به‌طور نامطلوبی ناتوان‌سازی را کاهش خواهد داد.

۲. مشکل عمومی انتخاب احتمال p و وسعت ضمانت اجراها s به‌طور مطلوب عبارت است از به حداکثر رساندن

$$W(s) = \int_{pd(s)}^M [g - h - (pd(s) + pks)]t(g)dg - c(p)$$
 در اینجا $t(g)$ عبارت است از احتمال توزیع g ←

در حالت خنثی در مقابل خطر، فرض کنید که ضمانت اجرا کمتر از حداکثر است. برای مثال، فرض کنید که ضمانت اجرا معادل ۵ سال زندان و ضمانت اجرای حداکثر معادل ۲۰ سال و احتمال ضمانت اجراها ۴۰ درصد است. اکنون ضمانت اجرا را به ۲۰ سال افزایش و احتمال ضمانت اجراها را به ۱۰ درصد کاهش دهید. کاهش در احتمالات از ۴۰ درصد به ۱۰ درصد باعث صرفه‌جویی در هزینه‌های تضمین خواهد شد - یک نفع اجتماعی - و هیچ‌چیز دیگری تغییر نخواهد کرد:

اول، رفتار افراد یکسان باقی خواهد ماند چون ضمانت اجرای مورد انتظار معادل ۲ سال باقی خواهد ماند - $20 \times 0.1 = 2$ و $40 \times 0.5 = 20$.

دوم، هزینه‌های اجتماعی تحمیل ضمانت اجراها نیز ثابت خواهد ماند زیرا ضمانت اجرای مورد انتظار معادل ۲ سال باقی خواهد ماند یعنی تعداد نفر - سال سپری شده در زندان بدون تغییر باقی خواهد ماند. اگرچه هزینه تحمیل یک ضمانت اجرا بر هر شخصی که مجازات می‌شود با ضریب چهار افزایش می‌یابد (مجازات از ۵ سال به ۲۰ سال افزایش می‌یابد)، تعداد افرادی که جریمه می‌شوند با ضریب چهار نزول می‌کند (احتمال از ۴۰ درصد به ۱۰ درصد سقوط می‌کند).^۱

درخصوص اینکه چه احتمالی بهترین است، پاسخ به این پرسش مستلزم دو ملاحظه کلی است: اول، هرچه احتمال بیشتر باشد، هزینه‌های تضمین بیشتر هستند، در نتیجه، همان‌گونه که در بخش قبل تأکید شد، معمولاً برای جامعه بهترین حالت این است که درجه‌ای از عدم تضمین را برای حفظ منابع تضمین تحمل کند.

دوم، احتمال باید به نحوی انتخاب شود که ضمانت اجرای مورد انتظار به موازنه متناسب بین تحمیل عملی ضمانت اجراها و دستیابی به بازدارندگی منتهی شود

→ مشروط بر اطلاعاتی که مقام اجتماعی درباره عمل تحت قاعده مسئولیت مربوط در اختیار دارد. همچنین فرض می‌شود که p را می‌توان به‌طور مستقل برای این توزیع $t(g)$ انتخاب کرد. توجه داشته باشید که شرط $(pd(s)+pks)$ به هزینه‌های تحمیل ضمانت اجراها مربوط می‌شود: عدم مطلوبیت مورد انتظار تجربه شده برای شخصی که مرتکب عمل زیان‌آور می‌شود، $pd(s)$ ، به‌اضافه هزینه‌های اجتماعی مورد انتظار ناشی از حبس، pks .

۱. با ارجاع به پاورقی قبلی، استدلال این بند را می‌توان به‌شرح ذیل مجدداً بیان کرد. فرض کنید s کمتر از ضمانت اجرای حداکثر m است و s را به m افزایش و p را به p' کاهش دهید در نتیجه $ps=p'm$. سپس حد هم‌بستگی پایین‌تر، $pd(s)=ps$ ، تغییر نمی‌کند همچنین تابع زیر انتگرال هم تغییر نمی‌کند، در نتیجه انتگرال ثابت است، اما $c(p)$ به $c(p')$ سقوط می‌کند و منجر به افزایش W می‌شود.

(همان گونه که در قسمت ۴-۱-۲-۵ توضیح داده شد).

الف) حالت خطرگریزی: اگر افراد در ارتباط با ضمانت اجرای حبس خطرگریز باشند، این نتیجه که ضمانت اجرای مطلوب در حداکثر هستند تقویت خواهد شد.^۱ در مثالی که مورد بحث واقع شد، اگر مدت حبس به ۲۰ سال افزایش یابد، احتمال ضمانت اجرای آن شخص خطرگریز به طور مساوی بازداشته می شود همانند قبل کمتر از ۱۰ درصد، مثلاً ۵ درصد می باشد. این نه تنها به معنی صرفه جویی بیشتر در هزینه تضمین است، بلکه در هزینه تحمیل ضمانت اجراها نیز صرفه جویی خواهد شد، همچنان که نفر - سال مورد انتظار در زندان به زیر ۲ سال سقوط می کند^۲ (این نتیجه که خطرگریزی این نتیجه را تقویت می کند که ضمانت اجرای مطلوب در حداکثر هستند، مغایر با مورد مذکور در بخش ۱-۵ است که در آن خطرگریزی در رابطه با ضمانت اجرای پولی به مطلوبیت ضمانت اجرای کمتر از حداکثر منتهی می شود).^۳

ب) ترجیح خطر: به هر حال، اگر افراد در رابطه با ضمانت اجرای حبس ترجیح دهند خطر باشند، ضمانت اجرای مطلوب لزوماً حداکثری نیست. برای آنکه رفتار ترجیح دهندگان خطر وقتی که وسعت ضمانت اجرا از ۵ سال به ۲۰ سال افزایش می یابد یکسان باشد، احتمال ضمانت اجراها نباید به ۱۰ درصد برسد بلکه باید در سطح بالاتری مثلاً ۱۵ درصد باشد. این بدان معناست که صرفه جویی ها در هزینه تضمین کمتر از صرفه جویی ها در حالت خنثی در مقابل خطر هستند و افزایش در هزینه وضع ضمانت اجراها وجود دارد (نفر - سال مورد انتظار در زندان از ۲ سال به ۳ سال). بنابراین می توان بازدارندگی را با تدبیر استفاده از ضمانت اجرای نسبتاً احتمالی که در حداکثر نیستند بسیار ارزان تر به دست آورد.

۱. نتایجی که باید درباره خطرگریزی و خطرپذیری بیان شوند در پولینسکی و شاول ۱۹۹۹ ارائه شده اند.

۲. استدلال کلی به شرح ذیل است. اگر $s < m$ آنگاه s را به m افزایش و p را به p' کاهش دهید به نحوی که $pd(s) = p'd(m)$ به خاطر خطرگریزی، $p < p'(s/m)$ اکنون با در نظر گرفتن p' و m حد پایین انتگرال در پاورقی شماره ۲ صفحه ۵۸۹ ماقبل تغییر نمی کند و تابع زیر انتگرال سقوط می کند چون pks به $p'km$ سقوط می کند (زیرا $p'km < p(s/m)km = pks$). به علاوه، $c(p)$ به $c(p')$ سقوط می کند. در نتیجه W افزایش می یابد.

۳. این تفاوت را می توان ناشی از اختلاف در این مفهوم دانست که ضمانت اجرای مورد انتظار وقتی احتمال کاهش می یابد نزول می کنند تا رفتار ثابت بماند: در اینجا نزول ضمانت اجرای مورد انتظار از نظر اجتماعی مطلوب است زیرا هزینه های وضع تضمین را کاهش می دهد که می توان به کاهش مالیات ها تفسیر کرد؛ در بخش قبل، نزول در ضمانت اجرای مورد انتظار بدین معنا بود که درآمد تضمین نزول می کرد و مالیات ها افزایش می یافت.

راه دیگر برای بیان این نکته آن است که افزایش ضمانت اجرا از ۵ به ۲۰ سال هزینه اجتماعی تحمیل عملی ضمانت اجراها را برای شخصی که دستگیر می‌شود چهار برابر افزایش می‌دهد اما شاید بازدارندگی را خیلی زیاد افزایش ندهد، چون عدم مطلوبیت ضمانت اجراها به نسبت وسعتشان کمتر افزایش می‌یابد (شخصی که مجازات حبس را به‌خاطر وحشیانه بودن و داغ‌ننگی که از حبس ناشی می‌شود اصلاً دوست ندارد بازدارندگی برای او با تحمیل یک مجازات بیست‌ساله به‌جای یک مجازات پنج‌ساله چهار برابر برابر نمی‌شود). بنابراین، تا حدی، افزایش وسعت ضمانت اجراها ممکن است روشی کمتر اقتصادی نسبت به افزایش احتمال ضمانت اجراها برای حصول به بازدارندگی باشد.

۵-۲-۲-۶ توضیح نادرستی این نظریه که تمایل به مواجهه با ضمانت اجرا در مقابل یک عمل، متضمن آن است که ارتکاب آن از نظر اجتماعی صحیح است

در مفهوم فعلی استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی حبس و مسئولیت مبتنی بر تقصیر، این نظریه که ارتکاب یک عمل زیان‌آور برای شخصی از نظر اجتماعی مطلوب است اگر مایل به انجام آن باشد و خطر مجازات شدن را تقبل کند - اگر منفعتش از عدم مطلوبیت مورد انتظار از ضمانت اجرا فراتر رود - می‌بایست کلاً نادرست محسوب گردد.

این دلیل در بخش قبل مورد تأکید قرار گرفت و در اینجا مجدداً اشاره می‌شود که با توجه به هزینه دستگیری نقض‌کنندگان قانون، بهترین کار این است که منابع تضمین را حفظ و از بازدارندگی کمتر نسبت به بازدارندگی ایدئال حمایت کنیم. این عامل مطلوبیت بازدارندگی کمتر وقتی که هزینه دستگیری متخلفان بالاست دارای اهمیت زیادی است، و ممکن است زمینه نوعی جرائم را که ضمانت اجرای حبس برای آنها اعمال می‌شود مشخص کند. از این‌رو، برای شخصی که می‌گوید مایل به ارتکاب یک عمل، مثلاً سرقت پول، بوده است، چون منفعتش بر ضمانت اجرای مورد انتظار غلبه داشته، پاسخ می‌تواند این باشد که ضمانت اجرای مورد انتظار، به‌خاطر هزینه اجتماعی افزایش آن به‌ویژه به‌واسطه افزایش احتمال آن، به‌اندازه دلخواه جامعه بالا نبوده است و بنابراین تصمیم شخص به سرقت را به‌سختی می‌توان به نفع اجتماع تلقی کرد.

اشتباه دوم این نظریه (مبنی بر اینکه ارتکاب یک عمل از نظر اجتماعی برای یک

شخص مطلوب است اگر مایل به انجام آن باشد) به این نکته مربوط می‌شود که تصور می‌کنیم تقصیر شکل مسئولیتی است که اعمال می‌شود. چون مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، هر عمل احتمالی که ارتکاب می‌یابد علی‌الظاهر از نظر اجتماعی نامطلوب است. بنابراین اگر شخصی مرتکب عملی گردد که برای آن مسئول شناخته شود، محتمل‌ترین توضیح برای وقوع آن، با فرض آنکه بازدارندگی ممکن بوده، این است که مقام اجتماعی وسعت ضمانت اجرای مورد لزوم برای بازدارندگی را به‌طور مناسبی اندازه نگرفته است نه آنکه آن عمل مطلوب بوده است. اگر شخصی را که در صورت روبه‌رو شدن با ضمانت اجرای ۳ سال حبس به سرقت ادامه می‌دهد بتوان با تهدید یک مجازات شش‌ساله بازداشت، می‌توان گفت احتمالاً مقام اجتماعی متوجه نبوده که دلسرد کردن این نوع فرد از سرقت مستلزم ضمانت اجرای شش‌ساله است. (بحث قسمت ۴-۱-۲-۵ را به‌خاطر آورید که توضیح می‌داد چرا در صورت اطلاعات ناقص، مقام اجتماعی ممکن است ضمانت اجرایی را انتخاب کند که برای بازدارندگی برخی افراد قابل بازدارندگی کفایت نمی‌کند). فقط اگر شخصی مقصر شناخته شود اما درواقع یک عمل مطلوب اجتماعی را انجام داده باشد (مثل مورد گردشگر گم شده که وارد اتاقک می‌شود) که دولت به‌طور مناسبی ارزیابی نکرده بود، تفسیر مناسب تمایل شخص به ارتکاب چنین عملی می‌تواند این باشد که مبادرت وی به انجام آن از نظر اجتماعی مطلوب بوده است. تفسیر متناسب معمول برای همه دلایل دیگر ارائه شده در اینجا، این است که ارتکاب عمل نامطلوب بوده است.

۵-۲-۳ هنگامی که کاربرد ضمانت اجرای غیرپولی مطلوب است

۵-۲-۳-۱ کلیات

معمولاً تصور این بوده که تحمیل ضمانت اجرای پولی از نظر اجتماعی بدون هزینه هستند، درحالی‌که اعمال ضمانت اجرای غیرپولی از نظر اجتماعی پرهزینه می‌باشند. به موجب این تصور، ضمانت اجرای غیرپولی پایین‌تر از ضمانت اجرای پولی قرار می‌گیرند و لذا نباید مورد استفاده قرار گیرند، مگر آنکه ضمانت اجرای پولی برای بازدارندگی کفایت نکنند. به‌هرحال وقتی ضمانت اجرای مورد انتظار پولی نسبت به آسیبی که اعمال مورد بحث تولید می‌کنند کم باشند، به‌هرحال، ضمانت اجرای

غیرپولی تضمینی برای ایجاد بازدارندگی اضافی هستند.^۱

۲-۳-۵ عوامل مؤثر بر مطلوبیت استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی

عوامل متعددی به مطلوبیت استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی مربوط می‌شوند. سه تای اول که باید ذکر شوند بر این احتمال مؤثرند که ضمانت اجرای پولی برای بازدارندگی کافی نیستند و بنابراین استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی ممکن است مطلوب باشد.^۲

الف) سطح دارایی‌ها: اگر دارایی‌های اشخاص نسبت به وسعت ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی پایین باشد، بسنده کردن به ضمانت اجرای پولی موجب بازدارندگی کافی نخواهد بود. اگر دارایی یک شخص حداکثر چند دلار باشد، پس بازداشتن او با ضمانت اجرای پولی از ارتکاب اعمالی که حتی منافع نسبتاً کمی به‌دست می‌دهند دشوار است.

ب) احتمال فرار از ضمانت اجراها: هرچه احتمال فرار از ضمانت اجراها بیشتر باشد، وسعت ضمانت اجرای لازم برای نیل به بازدارندگی بیشتر خواهد بود و احتمال بیشتری وجود خواهد داشت که این ضمانت اجرا از دارایی‌های شخصی فراتر رود. بنابراین، ولو اینکه دارایی‌های یک شخص کم نباشند، نیل به بازدارندگی ممکن است غیرممکن شود اگر احتمال تحمیل ضمانت اجرا به‌قدر قابل توجهی کم باشد.

ج) سطح منفعت خصوصی حاصل از یک عمل: هرچه این منافع بزرگ‌تر باشند، ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی بزرگ‌تر خواهد بود و باز هم بسیار محتمل خواهد بود که ضمانت اجرای لازم از دارایی‌های یک شخص فراتر رود.

د) آسیب مورد انتظار ناشی از عمل ارتكابی: هرچه آسیب مورد انتظار ناشی از عمل، احتمال آسیب و وسعت بالقوه‌اش - بیشتر باشد کنترل عمل مهم‌تر خواهد بود، یعنی نتایج شکست در بازدارندگی آن بزرگ‌تر خواهد بود. از این‌رو، در صورت تساوی سایر چیزها، هرچه آسیب مورد انتظار ناشی از عمل بزرگ‌تر باشد، استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی برای بازدارندگی احتمالاً بیشتر مفید خواهد بود.

۱. این نکته که ضمانت اجرای غیرپولی حبس بسیار گران‌تر از ضمانت اجرای پولی است و این نتیجه‌گیری تلویحی که نباید مورد استفاده قرار گیرد مگر آنکه ضمانت اجرای پولی به‌قدر کفایت عمل نکنند از سوی بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳ مطرح شد و به‌وسیله بکر ۱۹۶۸ مورد تأکید قرار گرفت.

۲. این عوامل و عوامل مربوط در شاول ۱۹۸۵ الف مورد بحث قرار گرفته‌اند.

ه) توضیح: عواملی که هم‌اکنون ذکر شد در بخش ۵-۵ مورد بررسی قرار خواهند گرفت تا استدلال شود که در پهنه مرکزی حقوق جزا، ضمانت اجرای پولی برای بازدارندگی بسیار ناکافی هستند و لذا ضمانت اجرای غیرپولی قابل توجیه می‌باشد.

۵-۲-۴ استفاده مشترک از ضمانت اجرای پولی و غیرپولی

۵-۲-۴-۱ ضمانت اجرای غیرپولی باید فقط به‌عنوان مکمل ضمانت اجرای پولی

حداکثری مورد استفاده قرار گیرند

هم‌اکنون توضیح داده شد که اگر ضمانت اجرای پولی کافی نباشند ضمانت اجرای غیرپولی برای بازدارندگی ضروری هستند. یک جنبه از این نتیجه‌گیری این است که ضمانت اجرای غیرپولی نباید مورد استفاده قرار گیرند مگر آنکه ضمانت اجرای پولی تا حد ممکن تحمیل شده باشند، یعنی ضمانت اجرای پولی معادل کل ثروت یک شخص باشد. در غیر این صورت همان میزان بازدارندگی را می‌توان با هزینه کمتر از طریق افزایش ضمانت اجرای پولی به‌دست آورد. به‌عنوان مثال فرض کنید که شخصی با ضمانت اجرای ۲۰ هزار دلار و دو سال زندان برای ارتکاب یک عمل روبه‌رو می‌شود اما ۳۰ هزار دلار دارایی دارد. این مطلوب نیست زیرا با افزایش ضمانت اجرای پولی به ۳۰ هزار دلار و کاهش مدت زندان می‌توان همان بازدارندگی را ایجاد کرد؛ شاید یک ضمانت اجرای ۳۰ هزاردلاری و یک مدت حبس یک‌ساله معادل ضمانت اجرای ۲۰ هزار دلار و مدت حبس دو سال باشد. چنین ضمانت اجرایی - ۳۰ هزار دلار و یک‌سال حبس - که شامل حبس کمتری می‌شود برای جامعه ارزان‌تر است. بنابراین به‌طور کلی استفاده از حبس نمی‌تواند برای جامعه مطلوب باشد مگر آنکه قبلاً ضمانت اجرای پولی را تا بیشترین حد به‌کار برده باشد.^۱

۵-۲-۴-۲ مفاهیم این نتیجه‌گیری که ضمانت اجرای غیرپولی را فقط باید به‌عنوان

مکمل ضمانت اجرای پولی حداکثری استفاده کرد

چندین دلالت ضمنی در این نکته وجود دارند که هم‌اکنون توضیح داده می‌شوند.^۲

۱. به پولینسکی و شاول ۱۹۸۴ رجوع کنید.

۲. علاوه‌بر دو نکته‌ای که بحث شد، نکته قابل توجه دیگر این است که وقتی ضمانت اجرای پولی و غیرپولی باهم اعمال می‌شوند، لزوماً اعمال ضمانت اجرای غیرپولی حداکثری مطلوب نیست. این نکته را می‌توان با مشاهده^۳

الف) ثروت و ضمانت اجرای مطلوب: یک دلالت ضمنی به ماهیت رابطه ثروت یک شخص و ضمانت اجراها مربوط می‌شود. اگر ثروت یک فرد بالاتر از حد آستانه‌ای باشد که در آن بازدارندگی با ضمانت اجرای پولی کافی خواهد بود، ضمانت اجرا باید کلاً پولی باشد. اگر ثروت فرد کمتر از این آستانه باشد، ضمانت اجرا باید معادل کل ثروت شخص به همراه یک ضمانت اجرای غیرپولی باشد. به علاوه، هرچه سطح ثروت شخص پایین‌تر از این آستانه باشد، ضمانت اجرای غیرپولی باید بالاتر باشد تا ضمانت اجرای کلی، شامل ثروت شخص به علاوه ضمانت اجرای غیرپولی، در اندازه متناسب حفظ شود.

ب) آسیب و ضمانت اجرای مطلوب: دلالت ضمنی دیگر نتیجه‌گیری مذکور این است که اگر زیان‌آور بودن یک عمل کمتر از یک آستانه باشد، ضمانت اجرای پولی به تنهایی برای بازدارندگی کافی هستند. زمانی که آسیب مورد انتظار از این آستانه تجاوز کند، به هر حال، همراهی ضمانت اجرای غیرپولی با ضمانت اجرای پولی حداکثری، مطلوب می‌باشد.

۳-۴-۵ نتیجه‌گیری درباره ضمانت اجرای غیرپولی و امکان ضمانت اجرای پولی پرهزینه

همان‌گونه که در بخش قبل اشاره شد، وضع ضمانت اجرای پولی در واقع از نظر اجتماعی بدون هزینه نیست، زیرا لازم است دارایی‌ها کشف و جمع‌آوری شوند و افراد مسئول ممکن است دارایی‌ها را پنهان سازند یا در مقابل اخذ آنها مقاومت کنند. این امر

اینکه چرا نوع استدلال ارائه شده در قسمت ۵-۲-۵ برای مطلوبیت ضمانت اجرای غیرپولی حداکثری ادامه نمی‌یابد، درک کرد. برای مثال، فرض کنید که فردی با یک ضمانت اجرای غیرپولی حداکثری معادل ۱۰ هزار دلار و مدت ۵ سال حبس مواجه شده و این ضمانت اجرا با احتمال ۱۰ درصد تحمیل شده است؛ لذا جریمه مورد انتظار ۱۰۰۰ دلار به اضافه شش ماه زندان است. اکنون مجازات زندان را دو برابر کنید و به ۱۰ سال برسانید و احتمال را کاهش دهید تا جریمه مورد انتظار تغییر نکند. احتمال جدید نمی‌تواند به کمی ۵ درصد باشد چون اگر ۵ درصد باشد، جریمه مورد انتظار ۵۰۰ دلار به اضافه شش ماه حبس خواهد بود - دلیل این است که وقتی احتمال نزول می‌کند بخش پولی مورد انتظار جریمه نزول می‌کند (چون بخش پولی نمی‌تواند بیش از ۱۰ هزار دلار باشد). بنابراین، احتمالی که باعث حفظ بازدارندگی می‌شود باید بیش از ۵ درصد مثلاً ۷ درصد باشد. اما این بدان معناست که تعداد مورد انتظار نفر - سال در زندان بیش از شش ماه خواهد بود و در نتیجه هزینه‌های اجتماعی تحمیل مجازات حبس افزایش می‌یابد. به این خاطر، نتیجه این موضوع چنین نیست که حبس مطلوب باید حداکثری باشد (اگرچه ضمانت اجرای پولی مطلوب حداکثری هستند). برای دیدن جزئیات، به شاول ۱۹۹۱ ب مراجعه کنید.

مزیت ضمانت اجرای پولی را بر ضمانت اجرای غیرپولی کاهش می‌دهد. با وجود این تصور می‌شود که ضمانت اجرای حبس هنوز هم به‌عنوان یک بازدارنده از ضمانت اجرای پولی گران‌تر است و این نتیجه‌گیری که ضمانت اجرای پولی باید قبل از تحمیل مجازات حبس تا حد نهایی‌شان تحمیل شوند کماکان اعمال می‌شود. باین‌حال همیشه وضع بدین‌منوال نیست. سپری کردن یک یا دو روز در زندان ممکن است به‌منزله بازدارنده‌ای همچون یک جریمه ۱۰ هزار دلاری برای یک فرد نسبتاً ثروتمند عمل کند اما از گرفتن ۱۰ هزار دلار از چنین شخصی ارزان‌تر تمام شود.

۵-۲-۵ انواع مختلف ضمانت اجرای غیرپولی

۵-۲-۵-۱ تنوع ضمانت اجرای غیرپولی

ممکن است تنوعی از ضمانت اجرای غیرپولی غیر از حبس اعمال شوند. قبل از همه، تعدادی هستند که شامل تنبیه بدنی، به‌ویژه شلاق زدن، داغ کردن و مجازات مرگ می‌شوند. همچنین ضمانت اجرای مختلفی وجود دارند که آزادی را محدود می‌کنند ولی با حبس تفاوت دارند که شامل الزام به زندگی در زندان‌های نیمه‌باز، محدودیت بر محل اقامت شخصی و دیگر محدودیت‌های تعلیقی بر رفتار می‌شوند. به‌علاوه، ضمانت اجرای وجود دارند که برای تحقیر و شرمندگی کردن طراحی شده‌اند مثل انتشار اسامی کسانی که مرکز فساد دایر کرده‌اند. درحقیقت اکثر ضمانت اجرای غیرپولی ممکن است به نوعی تحقیرکننده هم باشند؛ تخلفات کیفری معمولاً موضوع سابقه عمومی هستند در نتیجه اعتبار مجرمین برای همیشه لکه‌دار خواهد شد.

۵-۲-۵-۲ هزینه، عدم مطلوبیت و کارآمدی ضمانت اجرای غیرپولی

ما ممکن است کارآمدی یک ضمانت اجرا را به‌عنوان عدم مطلوبیتی که به‌ازای هر دلار هزینه اجتماعی تولید می‌کند تعریف کنیم. با این تعریف، برخی ضمانت اجراها ممکن است به‌طور قابل توجهی برای بعضی افراد مؤثرتر از حبس باشند. به‌عنوان مثال، افرادی که برای شهرتشان ارزش قائل‌اند ممکن است برای اجتناب از تحقیر ناشی از چاپ اسامی و تخلفاتشان بازداشته شوند و چون چنین تحقیری برای جامعه ارزان تمام

می‌شود (افراد را از بازار کار حذف نمی‌کند)، ممکن است در مرتبه بالایی از کارآمدی قرار گیرد. همین‌طور، زندانی بودن در محل اقامت نیز می‌تواند به‌منزله یک بازدارنده بسیار مؤثر برای برخی افراد عمل کند، اما شامل استفاده از زندان‌ها نمی‌شود و لذا از نظر اجتماعی ارزان‌تر از زندان است. باید تأکید کرد با پیشرفت فناوری، امکان اجرای نسبتاً ارزان ضمانت اجراها از جمله اعمال محدودیت‌های رفتاری از طریق ابزار کنترل الکترونیکی از راه دور افزایش خواهند یافت.^۱

۵-۲-۵-۳ انتخاب مطلوب در میان ضمانت اجراهای غیرپولی

بدیهی است که بهترین کار برای جامعه اعمال ضمانت اجراهای غیرپولی به‌ترتیب کارآمدیشان به‌عنوان بازدارنده است. به‌عنوان مثال اگر برای نوع خاصی از افراد تحقیر به همراه اعمال محدودیت‌هایی بر آزادی حرکت به‌عنوان بازدارنده بسیار مؤثرتر از حبس در زندان عمل کند، چنین ضمانت‌های اجرایی قبل از آنکه به زندانی کردن فکر شود باید مورد استفاده قرار گیرند.^۲ به‌علاوه اگر یک ضمانت اجرای غیرپولی مؤثرتر از ضمانت اجراهای پولی باشد باید ابتدا مورد استفاده قرار گیرد (همان‌گونه که در قسمت ۳-۴-۲-۵ اشاره شد).

۵-۲-۵-۴ مروری بر پیشینه مباحث

این نکته عمومی که وقتی ضمانت اجراهای غیرپولی اعمال می‌شوند مسئولیت نظام مبتنی بر تقصیر از یک مزیت اساسی نسبت به مسئولیت محض منتفع می‌شود چون ضمانت اجراها کمتر تحمیل می‌شوند، ابتدا در شاول (۱۹۸۵ الف) مورد تأکید واقع شد. نظریه استفاده مطلوب از ضمانت اجراهای غیرپولی تحت نظام تقصیر در آن مقاله و در شاول (۱۹۸۷ ج) به‌طور مفصل بحث شده و در بنتام ([۱۷۸۹] ۱۹۷۳) و دیگر منابع نیز

۱. نه تنها می‌توان از وسایلی چون دوربین‌های تلویزیونی یا مچ‌بندهای غیرقابل برداشت که علائمی به یک کامپیوتر می‌فرستند برای کنترل حرکت استفاده کرد؛ بلکه می‌توان آنها را برای جلوگیری از نقض محدودیت‌ها به کار برد. به‌عنوان مثال، مچ‌بندها را می‌توان طوری طراحی کرد که با کنترل از راه دور به افراد شوک وارد کند یا یک داروی بی‌حس‌کننده به آنها تزریق کند.

۲. ملاحظات مربوط به ناتوان‌سازی که ممکن است به نفع حبس در زندان باشند در اینجا حذف شده‌اند و در بخش ۴-۵ مورد بحث واقع خواهند شد.

طرح شده است.^۱ این نکته کلی که ضمانت اجرای پولی از یک مزیت نسبت به ضمانت اجرای غیرپولی پرهزینه برخوردارند نیز ازسوی بنتام مورد توجه قرار گرفت و بکر (۱۹۶۸) آن را مورد تأکید قرار داد.^۲

۳-۵ الحاقیه‌های نظریه بازدارندگی

در این بخش، من الحاقیه‌های نظریه بازدارندگی را که اغلب آنها در جنبه‌های اصلی‌شان هم وقتی ضمانت اجراها پولی هستند و هم وقتی ضمانت اجراها غیرپولی هستند اعمال می‌شوند بررسی می‌کنم و در نتیجه بین این حالات تمایزی قائل نمی‌شوم.

۱-۳-۵ بازدارندگی فردی

۱-۳-۵-۱ تعریف

در بحث‌های بازدارندگی، معمولاً از نظریه بازدارندگی فردی (گاهی اوقات بازدارندگی خاص یا بازدارندگی ویژه خوانده می‌شود) یاد می‌شود.^۳ بازدارندگی فردی عبارت است از تمایل فردی که به‌خاطر ارتکاب یک عمل غیرقانونی مجازات شده است به خودداری بیش‌ازپیش از ارتکاب آن عمل با پیش‌بینی ضمانت اجراها.

به‌عنوان مثال، شخصی که یک قبض جریمه به‌خاطر سرعت زیاد دریافت کرده ممکن است تصور شود که به‌واسطه امکان ضمانت اجراها در آینده بیش از شخص مشابه دیگری که قبض جریمه به‌خاطر سرعت زیاد دریافت نکرده از تکرار این تخلف بازداشته خواهد

۱. بکاریا [۱۷۷۶] ۱۹۹۵، فصول ۲، ۶، منتسکیو [۱۷۴۸] ۱۹۸۹، کتاب ۶، فصول ۹، ۱۶ و بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۶۹-۱۷۷ (که از بکاریا و منتسکیو ذکر می‌کند) همگی بیان می‌کنند که چون تحمیل ضمانت اجرای پولی پرهزینه است، باید از آنها به‌طور محدود تحت نظام تقصیر (آنها به مسئولیت محض توجهی ندارند) و عموماً، فقط وقتی احتمال نیل به بازدارندگی وجود دارد استفاده کرد. اما آنها ماهیت اطلاعات ناقص دادگاه را در نظر نمی‌گیرند. با انجام این کار، همان‌گونه که خواننده کتاب می‌داند (به‌ویژه از قست ۳-۱-۲-۵ و ۴-۱-۲-۵) به پرسش‌های بسیار اساسی درخصوص ضمانت اجراها به روش قانع‌کننده‌ای از جمله اینکه چرا ضمانت اجراها وضع می‌شوند و چرا ضمانت اجرای بیش از حد بالا را نباید برای تضمین بازدارندگی به‌کار برد می‌توان پاسخ داد.

۲. نوشته‌های درباره استفاده از ضمانت اجرای غیرپولی در تحقیق پولینسکی و شاول ۲۰۰۰ الف مورد اشاره و بحث قرار گرفته‌اند.

۳. برای مثال رجوع کنید به آندناس ۱۹۸۳، لافاو ۲۰۰۰، ۲۳، و پارکر ۱۹۶۸، ۴۸-۴۵.

شد. بازدارندگی فردی در مقابل بازدارندگی عمومی، یعنی تمایل مردمی که هنوز جریمه نشده‌اند به بازدارندگی با پیش‌بینی ضمانت اجرای ارتکاب یک عمل غیرقانونی، قرار دارد.

۲-۱-۳-۵ دلایل بازدارندگی فردی

اولین نکته‌ای که باید درباره بازدارندگی فردی بیان شود این است که این بازدارندگی وقتی اشخاص محاسبه‌گر، احتمال و وسعت ضمانت اجراها برای یک عمل غیرقانونی را می‌دانند، وجود نخواهد داشت. اگر شخصی بفهمد که با احتمال ۳۰ درصدی جریمه شدن برای سرعت زیاد در بزرگراه روبه‌رو می‌شود و میزان جریمه ۱۰۰ دلار است، برای او مهم نخواهد بود، که خودش در گذشته جریمه شده است؛ زیرا در هر صورت او اگر با سرعت براند با احتمال ۳۰ درصدی تحمل یک جریمه ۱۰۰ دلاری مواجه خواهد شد. بنابراین، برای اینکه فردی در نتیجه مجازات شدن در گذشته بیشتر بازداشته شود، یعنی برای اینکه بازدارندگی فردی وجود داشته باشد، باید احتمال یا وسعت ضمانت اجراها را نداند و به‌علاوه درک او از یکی از ضمانت اجراها یا هر دوی آنها باید در نتیجه مجازات شدن افزایش یابد.^۱ آیا احتمال ضمانت اجراها در نتیجه مجازات شدن قبلی افزایش می‌یابد؟ پاسخ مثبت است، به شرط آنکه شخص احتمال دقیق ضمانت اجراها را نداند. در این وضعیت، وقتی شخصی مجازات می‌شود به‌طور منطقی برآوردش از احتمال مجازات افزایش خواهد یافت. به‌عنوان مثال، اگر شخصی احتمال دریافت یک قبض جریمه به‌خاطر سرعت زیاد را حدود ۳۰ درصد تصور کند و سپس عملاً به‌خاطر سرعت زیاد گیر بیافتد، به‌طور منطقی برآوردش از احتمال جریمه شدن مجدد را شاید تا ۴۰ درصد یا ۵۰ درصد افزایش خواهد داد، یعنی عقاید اولیه‌اش درباره احتمال هرچه بوده باشد، مجازات شدن باعث هدایت او به افزایش برآوردش از احتمال مجازات شدن در

۱. یک افزایش واقعی در احتمال یا وسعت ضمانت اجراها، البته، در نتیجه یک تخلف ممکن است. بعد از یک تخلف می‌توان یک فرد را توسط مقامات اجرایی از نزدیک تحت مراقبت بیشتر قرار داد، یا قانون می‌تواند مشخص کند که جریمه برای تخلف دوم (از قبیل جریمه به‌خاطر سرعت زیاد برای بار دوم) بالاتر از جریمه تخلف بار نخست باشد. اما افزایش بازدارندگی به‌خاطر یک افزایش لفظی در احتمال یا وسعت ضمانت اجراها چیزی نیست که منظور بازدارندگی فردی باشد؛ بازدارندگی فردی از این واقعیت صرف به‌وجود می‌آید که قبلاً با ضمانت اجرا مواجه شده باشیم.

آینده، برطبق قوانین احتمال مشروط می‌شود.^۱ به‌علاوه دلیلی وجود دارد که معتقد باشیم مردم غالباً عقاید مربوط به احتمالاتشان را به‌خاطر دستگیری به‌صورت صعودی تنظیم می‌کنند و اهمیت این افزایش بیش از چیزی است که در نظریه احتمال توجیه می‌شود.^۲ بنابراین بازدارندگی فردی تحت تأثیر مجازات واقعی مؤثر بر احتمال درک شده مجازات آتی به‌وجود خواهد آمد و هرچه تردیدی که اشخاص درباره احتمال مجازات دارند بیشتر باشد، این اثر بیشتر خواهد بود.

در رابطه با وسعت درک شده ضمانت اجراها، وضعیت متفاوت است. اگر افراد از وسعت ضمانت اجراها علم غیردقیق داشته باشند، هیچ دلیل قاعده‌مندی وجود ندارد که معتقد باشیم برآوردهایشان از وسعت ضمانت اجرای آتی در نتیجه مجازات شدن را افزایش خواهند داد. اگر فردی وسعت ضمانت اجراها را کم برآورد کرده باشد و بفهمد که آنها بالاتر هستند، در آینده بیشتر بازداشت خواهد شد؛ اما اگر او وسعت ضمانت اجراها را زیاده‌تر برآورد کرده باشد و دریابد که آنها کمتر هستند، در آینده کمتر بازداشت می‌شود.^۳ اگر افراد ضمانت اجرای واقعی را کم برآورد نکنند، هیچ دلیلی وجود ندارد که

۱. فرض کنید شخصی معتقد است که احتمال دستگیری و مجازات کم است p_s ، یا زیاد است p_h ، وقتی $p_s < p_h$ ، به‌علاوه، او معتقد است احتمال اینکه p_s احتمال باشد معادل q است و احتمال آنکه p_h احتمال باشد $1-q$ است. پس احتمال شخص از دستگیری $qp_s + (1-q)p_h$ می‌باشد. اگر شخص مرتکب عمل شود و دستگیر گردد و احتمال p_h را بالا می‌برد و احتمال p_s را پایین می‌آورد. به‌ویژه، احتمال p_h او مشروط به دستگیری از $1-q$ به $1-q' = (1-q)p_h / [qp_s + (1-q)p_h]$ افزایش می‌یابد (که معادل $(1-q) > [qp_s / p_h + (1-q)]$ می‌باشد)، و احتمال p_s مشروط به دستگیری از q به $q' = qp_s / [qp_s + (1-q)p_h]$ نزول می‌کند (که معادل $q / [q + (1-q)p_h / p_s] < q$ می‌باشد). بنابراین احتمال او از دستگیری به $q'p_s + (1-q')p_h$ افزایش خواهد یافت.

۲. به‌عنوان مثال به تورسکی و کاهن مان ۱۹۷۴ رجوع کنید.

۳. فرض کنید شخصی وسعت ضمانت اجرا را نمی‌داند؛ او فکر می‌کند که ضمانت اجرا یا کوچک است t_s و یا بزرگ t_h در جایی که q معادل احتمال t_s می‌باشد و $1-q$ احتمال t_h است. فرض کنید، که احتمال ضمانت اجراها معین و معادل p است. پس ضمانت اجرای مورد انتظار مقدم برابر است با $p[qt_s + (1-q)t_h]$. همچنین فرض کنید که اگر شخصی مجازات شود ضمانت اجرای واقعی را کشف می‌کند که t_s یا t_h است. پس اگر او مجازات شود و ضمانت اجرای واقعی t_s باشد ضمانت اجرای مورد انتظار می‌شود pt_s و اگر بفهمد که ضمانت اجرای واقعی t_h است ضمانت اجرای مورد انتظار pt_h خواهد بود. بنابراین ضمانت اجرای مورد انتظار بعد از دستگیری شخصی معادل $q(pt_s) + (1-q)(pt_h)$ می‌باشد. اما این معادل است با ضمانت اجرای مورد انتظار مقدم یعنی $p(qt_s + (1-q)t_h)$. بنابراین هیچ‌گونه بازدارندگی فردی ناشی از مجازات شدن وجود نخواهد داشت وقتی درباره وسعت ضمانت اجرا تردید باشد.

معتقد باشیم مجازات شدن و در نتیجه فهمیدن ضمانت اجرای واقعی منجر به این خواهد شد که در آینده بیشتر با بازدارندگی مواجه شوند. نهایتاً می‌توان گفت بازدارندگی فردی ممکن است به دلیلی غیر از افزایش احتمال یا وسعت درک شده ضمانت اجراها افزایش یابد. تجربه مجازات ممکن است احساس گناه کسی را با ادراک اینکه در انجام عمل مسئولانه قصور کرده است تحریک کند و بنابراین باعث می‌شود برخی از افراد تخلفاتشان را تکرار نکنند (درباره چنین احساس گناهی به قسمت‌های ۲ و ۳ بخش ۱-۷ مراجعه کنید).^۱

۳-۱-۵ اهمیت بازدارندگی فردی

از بحث قبلی مشخص می‌شود که وقتی تردید قابل توجهی درخصوص احتمال ضمانت اجراها وجود دارد یا هنگامی که به دلایلی افراد به‌طور قاعده‌مندی وسعت ضمانت اجراها را کم برآورد می‌کنند یا احساس پیش‌بینی نشده گناه را تجربه می‌کنند بازدارندگی فردی دارای اهمیت بالقوه است. در غیر این صورت، وقتی عاملان دارای آگاهی دقیقی از احتمال ضمانت اجراها هستند، به‌نظر نمی‌رسد بازدارندگی فردی اهمیت چندانی داشته باشد. به‌ویژه محل تردید است که برای شرکت‌ها بازدارندگی فردی به‌وجود آید زیرا شرکت‌ها خود را و خطر ضمانت اجراها را برای تخلفات از قانون به‌طور منطقی ارزیابی می‌کنند. روی هم رفته، به‌نظر می‌رسد بازدارندگی فردی اغلب دارای اهمیت ثانوی است.^۲

۳-۲ بازدارندگی نهایی

۳-۲-۱ تعریف

تا به حال فرض شده است که یک فرد یا یک عمل زیان‌آور را مرتکب می‌شود یا نمی‌شود بنابراین بازدارندگی یک پدیده مردد است. اما یک فرد ممکن است انتخاب کند

۱. برای توضیح مطلب، این تفسیر براساس این فرضیه قرار دارد که پس از مجازات شدن، شخص عمل مورد نظر را متفاوت خواهد دید و انتظار خواهد داشت که اگر دوباره مرتکب آن شد احساس گناه بیشتری نسبت به آنچه قبلاً انتظار داشته است بکند؛ بنابراین یک عنصر حساب و کتاب کردن او ... یعنی ضمانت اجرای داخلی گناه به‌خاطر ارتکاب عمل، در نتیجه مجازات تغییر می‌کند.

۲. مطالعه قابل توجهی درباره بازدارندگی فردی در مقابل حبس صورت گرفته و نتیجه عمومی این است که حبس اثر زیادی بر جنایت‌کاری پس از آزادی ندارد. برای مثال، به لاپ و وایت هد ۱۹۸۸ و رایت ۱۹۹۴، ۳۶-۲۵ رجوع کنید.

که برخی از چندین عمل زیان‌آور را مرتکب شود. به‌عنوان مثال، شاید یک متخلف انتخاب کند که فقط مقدار کمی آلوده‌کننده در رودخانه تخلیه شود یا مقدار زیادی، یا اینکه یک شخص فقط دزدیده شود یا به قتل هم برسد. در این زمینه‌ها، تهدید ضمانت اجراها نقشی علاوه‌بر نقش معمول بازدارندگی فردی از ارتکاب اعمال زیان‌آور بازی می‌کند: برای افرادی که روی هم‌رفته بازداشته نمی‌شوند، ضمانت اجراهای مورد انتظار همچنان بر اینکه این افراد چه درجه‌ای از اعمال زیان‌آور را برای ارتکاب انتخاب کنند اثر دارند. این افراد دلیلی برای ارتکاب اعمال کمتر زیان‌آور خواهند داشت اگر ضمانت اجراهای مورد انتظار با آسیب افزایش پیدا کنند. چنین بازدارندگی از اعمال زیان‌آور بیشتر را گاهی اوقات بازدارندگی نهایی می‌نامند.^۱

۲-۳-۵ سیاست تضمین و بازدارندگی نهایی

با فرض تساوی چیزهای دیگر، از نظر اجتماعی مطلوب است که سیاست تضمین باعث ایجاد بازدارندگی نهایی گردد. افرادی که از ارتکاب اعمال زیان‌آور بازداشته نمی‌شوند انگیزه‌ای برای تعدیل میزان آسیبی که به‌وجود می‌آورند داشته باشند. این نشان می‌دهد که ضمانت اجراها باید با وسعت آسیب افزایش یابند (و بنابراین اکثر اعمال زیان‌آور باید با ضمانت اجراهای کمتر از حداکثر مجازات شوند). اما تقویت بازدارندگی نهایی ممکن است با دستیابی به بازدارندگی به‌طور کلی تعارض داشته باشد و برای آنکه برنامه ضمانت اجراها به‌سرعت کافی افزایش داشته باشد تا بازدارندگی نهایی حاصل شود، ضمانت اجراها برای اعمال کمتر زیان‌آور ممکن است آنقدر پایین باشند که افراد به‌طور متناسبی از ارتکاب این اعمال بازداشته نشوند.^۲

دو ملاحظه دیگر باید درباره بازدارندگی نهایی صورت گیرد. اول اینکه بازدارندگی نهایی را می‌توان از طریق افزایش احتمال کشف و نیز وسعت ضمانت اجراها افزایش داد.

۱. نظریه بازدارندگی نهایی در برخی از نوشته‌های اولیه درباره تضمین بیان شد؛ به بکاریا [۱۷۶۷] ۱۹۹۵، ۲۱ و بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۷۱ رجوع کنید. اصطلاح «بازدارندگی نهایی» ظاهراً ابتدا در استیگلر ۱۹۷۰ مورد استفاده قرار گرفت.

۲. برای بررسی ریاضی بازدارندگی نهایی به فریدمن و سیوستروم ۱۹۹۳، موکرچی و پنگ ۱۹۹۴، شاول ۱۹۹۲ و وایلد ۱۹۹۲ نگاه کنید.

به عنوان مثال، آدم‌دزدها از کشتن قربانیانشان بیشتر بازداشته می‌شوند اگر منابع پلیسی بیشتری برای دستگیری آدم‌دزدهایی که قربانیانشان را به قتل می‌رسانند در مقایسه با تلاش برای دستگیری کسانی که مرتکب قتل نمی‌شوند تخصیص داده شود (اگرچه، در شرایطی که تضمین کلی است - به قسمت ۵-۳-۵ نگاه کنید - احتمال کشف را نمی‌توان به طور مستقل برای اعمالی که درجات متفاوت آسیب را به وجود می‌آورند تغییر داد).

دوم اینکه بازدارندگی نهایی به طور طبیعی و خودبه‌خود حاصل می‌شود اگر ضمانت اجرای مورد انتظار برای تمامی سطوح آسیب معادل آسیب باشد؛ زیرا اگر شخصی در مقابل هر آسیبی به میزان خود آسیب غرامت پردازد، چنانچه آسیب بیشتری به وجود آورد ناچار به پرداخت غرامت بیشتر خواهد بود. به عنوان مثال، اگر جریمه مورد انتظار هر گالن آلوده‌کننده ۱۰۰ دلار باشد و در صورت ریختن ۵ گالن پس‌ماند به رودخانه به ۵۰۰ دلار افزایش یابد انگیزه نهایی او برای آلوده نکردن درست خواهد شد.^۱

۵-۳-۳ هزینه‌های وضع ضمانت اجرای پولی

۵-۳-۳-۱ نتیجه‌گیری اصلی: هزینه باید به یک ضمانت اجرا افزوده شود

اگرچه وضع ضمانت اجرای پولی در بخش ۱-۵ بدون هزینه فرض شد اما درواقع چنین نیست، زیرا رسیدگی‌های قضایی، پیدا کردن دارایی‌های یک شخص و الزام او به پرداخت، همگی هزینه دربردارند.

تفاوت اصلی که وجود چنین هزینه‌هایی در نتیجه‌گیری‌های ما ایجاد می‌کند این است که هزینه وضع یک ضمانت اجرا باید به ضمانت اجرایی که در غیر این صورت مطلوب خواهد بود افزوده شود. دلیل این است که آسیب اجتماعی مؤثر ایجاد شده با یک عمل زیان‌آور عبارت است از آسیب مستقیم به‌علاوه آسیب غیرمستقیم مرکب از هزینه مورد انتظار وضع ضمانت اجراها. به عنوان مثال فرض کنید عمل شخصی باعث آسیب مستقیم ۱۰۰ دلار می‌شود و شخص متحمل ضمانت اجرایی با قطعیت می‌شود و هزینه وضع یک

۱. همان‌گونه که در قسمت ۴-۲-۵ تأکید شد، اغلب برای جامعه مطلوب است که بازدارندگی کمتر را تا حدی تحمل کند تا هزینه‌های تضمین را صرفه‌جویی نماید، در آن صورت ضمانت اجرای مورد انتظار کمتر از آسیب خواهند بود. پس در نظر گرفتن بازدارندگی نهایی باعث تغییر ساختار ضمانت اجرای پولی می‌شود که در غیر این صورت بهترین خواهند بود.

ضمانت اجرا ۵ دلار است. این وضعیت درواقع مشابه وضعیتی خواهد بود که عمل شخصی ۱۰۵ دلار آسیب مستقیم ایجاد کند و هیچ هزینه وضع ضمانت اجراها وجود نداشته باشد، زیرا در هریک از این دو وضعیت جامعه متحمل ۱۰۵ دلار هزینه می‌شود. در نتیجه، جریمه مطلوب برای عمل زیان‌آوری که باعث ۱۰۰ دلار آسیب و ۵ دلار هزینه می‌شود برابر ۱۰۵ دلار و نه ۱۰۰ دلار خواهد بود و جامعه از فرد می‌خواهد که از ارتکاب عمل زیان‌آور خودداری کند مگر آنکه منافع او حداقل ۱۰۵ دلار باشد نه حداقل ۱۰۰ دلار.

این نتیجه‌گیری که هزینه وضع ضمانت اجرا باید به ضمانت اجرای مطلوب اضافه شود وقتی فقط احتمال دستگیری متخلفان وجود دارد نیز پابرجاست. فرض کنید احتمال دستگیری افرادی که مرتکب آسیب ۱۰۰ دلاری می‌شوند ۵۰ درصد است. بنابراین، همان‌گونه که در بخش ۱-۵ توضیح داده شد، ضمانت اجرای مطلوب بدون در نظر گرفتن هزینه وضع ضمانت اجراها ۲۰۰ دلار است. هرچند، اگر هزینه وضع ضمانت اجرا ۵ دلار باشد، ادعا این است که جریمه مطلوب معادل ۲۰۵ دلار خواهد بود، زیرا وقتی شخصی مرتکب عمل زیان‌آور می‌شود، هزینه مورد انتظار وضع ضمانت اجراها $2/5 = 5 \times 0.5$ دلار است و در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار باید معادل $102/5$ دلار باشد و اگر وقتی شخص دستگیر می‌شود مبلغ پرداختی ۲۰۵ دلار باشد، ضمانت اجرای مورد انتظار برابر با $102/5$ دلار خواهد بود. در اینجا دقت کنید که اگرچه ما آسیب ۱۰۰ دلاری را با ضریب دو محاسبه می‌کنیم تا احتمال فرار از ضمانت اجراها را نشان دهیم، قاعده اساسی برای محاسبه جریمه مطلوب صرفاً افزودن هزینه وضع ضمانت اجرا بر سطح مطلوب آن است.^۱

۲-۳-۳-۵ الحاقیه‌های نظریه

برای این قاعده اصلی که هزینه وضع ضمانت اجرا باید به ضمانت اجرای مطلوب اضافه شود، تعدادی قید و الحاقیه ارزش طرح دارند.

۱. دقیق‌تر بگوییم، از استدلال عمومی بخش‌های ۱-۲ و ۱-۵ که افراد (خنثی در مقابل خطر) ترغیب به رفتار صحیح اجتماعی خواهند شد به شرطی که مسئولیت مورد انتظارشان برابر با آسیب اجتماعی مورد انتظار ناشی از اعمالشان باشد. اگر آسیب مستقیم ناشی از یک عمل h باشد، احتمال یک ضمانت اجرای پولی p باشد و هزینه اجتماعی وضع ضمانت اجرا k باشد، آسیب اجتماعی مورد انتظار ناشی از عمل $h+pk$ است. اگر وقتی شخص دستگیر می‌شود، ضمانت اجرا همان‌گونه که ادعا می‌شود مطلوب است $(h/p)+k$ باشد پس ضمانت اجرای مورد انتظار $p((h/p)+k)=h+pk$ است و در نتیجه باید انگیزه‌ها را تصحیح کرد.

الف) هزینه‌های نهایی در مقابل هزینه‌های ثابت وضع ضمانت اجراها: قبلاً فرض شد که هزینه‌های وضع ضمانت اجراها نهایی هستند، به این مفهوم که فقط وقتی تحمل می‌شوند که یک فرد تازه با ضمانت اجرا روبه‌رو می‌شود. اما هزینه‌های ثابت وضع ضمانت اجراها، یعنی هزینه‌هایی که با افزایش تعداد افرادی که با ضمانت اجرا روبه‌رو می‌شوند تغییر نمی‌کنند غالباً وجود دارند. به‌عنوان مثال، هزینه یک مجموعه کامپیوتری برای اهداف تضمین ممکن است صرف‌نظر از تعداد افرادی که با ضمانت اجرا روبه‌رو می‌شوند تقبل شود. این هزینه‌ها با اضافه شدن فرد دیگری افزایش نمی‌یابند و نباید به‌خاطر آنها هیچ رقمی به ضمانت اجرا اضافه شود (تخصیص این هزینه‌ها و اخذ یک رقم میانگین از هر شخص اشتباه می‌باشد). به‌هرحال چنین هزینه‌های ثابتی ممکن است به‌هرحال، بر سیاست تضمین اثر داشته باشند. هزینه‌های ثابت می‌توانند بر احتمال مطلوب دستگیری افراد مؤثر باشند (هزینه‌های ثابت ممکن است با احتمال تضمین افزایش یابند ولو اینکه تحت تأثیر تعداد افرادی که با ضمانت اجرا روبه‌رو می‌شوند نباشند). اگر هزینه‌های ثابت به‌قدر کافی بزرگ باشند ممکن است اصلاً جریمه کردن افراد را نامطلوب سازند چون در آن هنگام از هزینه‌های ثابت اجتناب خواهد شد. اما نکته این است که هزینه‌های ثابت بر وسعت مطلوب ضمانت اجرا با در نظر گرفتن احتمال دستگیری و اشخاص تحت ضمانت اجرا تأثیر ندارند.

ب) هزینه‌ها با وسعت ضمانت اجراها افزایش می‌یابند: هزینه وضع ضمانت اجراها ممکن است با وسعت ضمانت اجرا افزایش یابد چون با افزایش مقدار آنها، مقاومت در مقابل ضمانت اجراها نیز بیشتر می‌شود. در این حالت، می‌توان نشان داد که ضمانت اجرای مطلوب باید معادل آسیب به‌اضافه یک مبلغ قدری کمتر از هزینه واقعی وضع ضمانت اجراها باشد، زیرا این سیاست تضمین باعث کاهش انگیزه‌های اشخاص برای مقاومت در برابر ضمانت اجراها می‌گردد.

ج) هزینه‌هایی که افراد تحت ضمانت اجرا تقبل می‌کنند: برخی از هزینه‌های وضع ضمانت اجراها ازسوی افراد تحت ضمانت اجرا و با تلاش و زمان خودشان و با استخدام مشاور حقوقی تقبل می‌شوند. چنین هزینه‌هایی بر ضمانت اجرای مطلوب اثر ندارند زیرا افراد به‌طور خودبه‌خود آنها را به‌عنوان جریمه ضمنی که باید تقبل کنند در نظر می‌گیرند.

د) **احتمال مطلوب:** جاذبه استفاده از احتمالات پایین ضمانت اجراها وقتی وضع ضمانت اجراها پرهزینه است افزایش می‌یابد، زیرا در آن هنگام احتمالات پایین به معنای صرفه‌جویی در هزینه‌های وضع ضمانت اجراها و نیز صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرایی است.

ه) **شکل مسئولیت:** یک مزیت شاخص برای مسئولیت مبتنی بر تقصیر وجود دارد هنگامی که هزینه‌های وضع ضمانت اجراها وجود دارند. همان‌گونه که خواننده می‌داند، تحت یک قاعده مبتنی بر تقصیر که به‌خوبی عمل کند، همه اشخاص از انجام اعمال نامطلوب بازداشته می‌شوند و لذا هیچ ضمانت اجرایی تحمیل نمی‌شود و بنابراین هیچ‌گونه هزینه‌ای برای این کار وجود نخواهد داشت. البته همان‌گونه که مورد بحث قرار گرفته است، منابع مختلف اشتباه به این معناست که اشخاص تحت نظام تقصیر هم مسئول شناخته می‌شوند و لذا مزیت این شکل از مسئولیت در کاهش هزینه‌های وضع ضمانت اجراها در حال کاهش است.^۱

۵-۳-۴ خوداعلامی تخلفات

۵-۳-۴-۱ تعریف

در بررسی اجرای قانون، تا اینجا فرض بر این بود که افراد فقط اگر توسط یک مأمور اجرا دستگیر شوند مجازات می‌شوند. اما درواقع، گاهی افراد تخلفات خود را به مقامات اجرایی اعلام می‌کنند. به‌عنوان مثال کارخانه‌ها غالباً نقض مقررات زیست‌محیطی و ایمنی را گزارش می‌کنند، افراد اغلب پلیس را از درگیری در تصادفات رانندگی آگاه می‌سازند و حتی گاهی جنایت‌کاران به اعمال غیرقانونی اعتراف و خود را تسلیم پلیس می‌کنند. چنین رفتاری را خوداعلامی می‌نامیم.

۵-۳-۴-۲ ترغیب خوداعلامی و مطلوبیت اجتماعی آن

چگونه می‌توان افراد را به گزارش کردن تخلفاتشان هدایت کرد و چرا تشویق خوداعلامی از نظر اجتماعی برای ساختار تضمین مطلوب است؟ خوداعلامی را می‌توان با کاهش ضمانت

۱. نکات مطرح شده در این قسمت در پولینسکی و شاول ۱۹۹۲ مفصلاً طرح شده‌اند، اگرچه بکر ۱۹۶۸، ۱۹۲، معتقد بود که ضمانت اجراها باید نشانگر هزینه‌های تضمین باشند.

اجراها برای اشخاصی که تخلفات خویش را افشا می‌کنند ترغیب کرد. به‌علاوه کاهش ضمانت اجرا برای خوداعلامی ممکن است آنقدر کم باشد که بازدارندگی به میزان بسیار جزئی کاهش یابد، لذا خوداعلامی با اثر بسیار محدودی بر بازدارندگی، قابل دستیابی است. برای نشان دادن این مطلب، وضعیتی را در نظر بگیرید که متخلفین خنثی در مقابل خطر با مثلاً ۵۰ درصد احتمال دستگیری و پرداخت ضمانت اجرای ۱۰۰ دلاری روبه‌رو می‌شوند و در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار ۵۰ دلار است. اگر هیچ کاهشی در ضمانت اجرا برای خوداعلامی وجود نداشته باشد، به‌طور منطقی هیچ‌کس تخلفش را گزارش نخواهد کرد؛ چرا که پرداخت ۱۰۰ دلار به‌صورت قطعی نسبت به تقبل یک ضمانت اجرای مورد انتظار ۵۰ دلاری در صورت عدم اعلام مفهومی نخواهد داشت. اما فرض کنید اگر شخصی تخلفش را گزارش کند صرفاً مجبور به پرداخت ۴۹/۹۹ دلار خواهد بود. تحت این فرض، هر متخلفی تصمیم خواهد گرفت که یا پیش‌گذازد چون ۴۹/۹۹ دلار از ضمانت اجرای مورد انتظار ۵۰ دلاری که در غیر این صورت با آن مواجه خواهد شد کمتر است.^۱ همچنین توجه داشته باشید که چون جریمه به‌جای ۵۰ دلار مورد انتظار ۴۹/۹۹ دلار است، میزان جریمه برای تخلف عملاً کاهش یافته و در نتیجه بازدارندگی از تخلف تحت طرح خوداعلامی ضرورتاً معادل شرایط عدم کاهش در ضمانت اجرا به‌خاطر خوداعلامی است.^۲

چرا خوداعلامی از نظر اجتماعی سودمند است؟ یک دلیل این است که خوداعلامی میل به‌سوی کاهش هزینه‌های اجرایی دارد، چون وقتی اتفاق می‌افتد مقام اجرایی مجبور نیست متخلف را شناسایی و این مطلب را اثبات کند. به‌عنوان مثال مأموران اجرایی محیط زیست نیازی به‌صرف تلاش جهت ردیابی آلوده‌سازی و اثبات منبع آن ندارند اگر

۱. واقع‌گرایانه‌تر این است که طرح خوداعلامی باید بیش از یک سنت برای متخلفین مزیت داشته باشد تا آنها را به‌سوی اعلام تخلفات خود رهنمون گردد.

۲. برای بیان استدلال مطرح شده در این بند به‌صورت ریاضی، فرض کنید p احتمال دستگیری به‌خاطر تخلف و s ضمانت اجرایی که تحمیل خواهد شد باشد در نتیجه ضمانت اجرای مورد انتظار ps است اگر شخص خودش اعلام تخلف نکند. فرض کنید s' ضمانت اجرا باشد اگر متخلف خودش تخلف را اعلام کند و لذا $s' = ps - \varepsilon$ قرار دهید در جایی که $\varepsilon > 0$ لزوماً کوچک است. بنابراین یک متخلف مایل به خوداعلامی خواهد بود زیرا s' کمتر از ps است، اما اثر بازدارندگی ضمانت اجرا (تقریباً) همان خواهد بود که انگار تخلف گزارش نشده است.

کارخانه‌هایی که مرتکب آلودگی می‌شوند این حقیقت را گزارش کنند، و پلیس مجبور به ادامه تحقیقاتش درخصوص سرقت نیست اگر سارق جلو بیاید و اعتراف کند.^۱

همچنین خوداعلامی خطر را برای متخلفان بالقوه کاهش می‌دهد و لذا اگر متخلفان بالقوه خطرگریز باشند مفید خواهد بود.^۲

رانندگان خطر کمتری را تحمل می‌کنند چون می‌دانند اگر موجب حادثه‌ای شوند آن را به پلیس گزارش خواهند کرد تا با یک جریمه قطعی نسبتاً کم مواجه شوند و از مقابله با احتمال یک ضمانت اجرای قابل توجه‌تر که در صورت دستگیری به‌خاطر ایجاد یک حادثه وضع خواهد شد روبه‌رو گردند (مثل دستگیری به‌خاطر تصادف و فرار).

دیگر اینکه خوداعلامی گاهی موجب تخفیف آسیب می‌شود چون ممکن است به‌معنی اجتناب از لطمات تأخیر نامناسب در گزارش آسیب باشد. شناسایی اولیه نشت مواد سمی، محدود کردن و پاک‌سازی آن را تسهیل می‌کند، و گزارش یک تصادف ممکن است باعث شود که قربانی مراقبت پزشکی به‌موقع دریافت کند.^۳

۵-۳-۵ اجرای عمومی

۵-۳-۵-۱ تعریف

در بسیاری از جاها، ممکن است از تعبیر اجرای عمومی استفاده شود؛ با این مفهوم که

۱. به‌هرحال، در برخی زمینه‌ها، خوداعلامی باعث صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرایی نمی‌شود. به‌عنوان مثال، فرض کنید یک افسر پلیس در کنار جاده منتظر می‌شود تا رانندگانی را که با سرعت بالا رانندگی می‌کنند متوقف کند. پس اگر راننده‌ای گزارش کند که سرعت بالا داشته است، این باعث کاهش هزینه‌های پلیس نمی‌شود پلیس هنوز مجبور است کنار جاده بماند و مراقب دیگر رانندگان دارای سرعت زیاد باشد. اگرچه، معمولاً در نتیجه خوداعلامی تا حدی صرفه‌جویی در هزینه خواهد شد (مثلاً، مأمور پلیس مجبور به تعقیب رانندگان متعدد نخواهد بود).

۲. استدلال پاورقی شماره ۲ صفحه ۶۰۸ مبنی بر اینکه خوداعلامی را می‌توان بدون کاهش بازدارندگی ترغیب کرد با اصلاح جزئی در مورد افراد خطرگریز اعمال می‌شود. فرض کنید U مطلوبیت ثروت یک شخص و y ثروت اولیه‌اش باشد. آنگاه، با فقدان خوداعلامی مطلوبیت مورد انتظار یک متخلف برابر است با $(1-p)U(y)+pU(y-s)$. فرض کنید c چنین باشد که $U(y-c)=(1-p)U(y)+pU(y-s)$ (یعنی c به‌اصطلاح قطعیت معادل ضمانت اجرا s می‌باشد). پس هر ضمانت اجرایی برای خوداعلامی $c-\epsilon$ وقتی $\epsilon > 0$ کوچک است منجر به خوداعلامی با اثر جزئی بر بازدارندگی می‌شود.

۳. نظریه اصلی خوداعلامی در اجرای قانون در کاپلو و شاول ۱۹۹۴ ب مطرح شده است اما همچنین به مالک ۱۹۹۳ و اینز ۱۹۹۹ رجوع کنید.

انواع مختلف تخلفات ممکن است به وسیله یک مأمور اجرا کشف شوند. به عنوان مثال یک افسر پلیس که در کنار جاده ایستاده ممکن است متوجه شود که راننده‌ای آشغال به بیرون پرت می‌کند یا از چراغ قرمز عبور می‌کند یا با سرعت زیاد می‌راند؛ یا یک ممیز مالیاتی ممکن است هنگامی که یک بازده مالیاتی را بررسی می‌کند تخلفات مختلفی را کشف کند. برای سهولت تحقیق درباره چنین وضعیتی فرض خواهیم کرد که یک احتمال واحد کشف بر همه اعمال زیان‌آور صرف‌نظر از وسعت آسیب اعمال می‌شود.^۱ فرض مخالفی که قبلاً مطرح شد این است که اجرای قانون مخصوص عمل زیان‌آور است به این معنا که دولت احتمال ضمانت اجرا را مستقلاً برای هر نوع عمل زیان‌آور انتخاب می‌کند.

۲-۵-۳ سیاست اجرای مطلوب

نکته اساسی که قصد دارم عنوان کنم این است که در زمینه‌های اجرای عمومی قانون، تدبیر اعمال ضمانت اجرای بسیار بالا به همراه احتمالات بسیار پایین کشف به منظور صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا دیگر به جذابی مورد استدلال قبل نیست (به‌ویژه، به قسمت ۲-۱-۵ نگاه کنید). به علاوه، وقتی اجرا عمومی است، به کارگیری ضمانت اجرای حداکثری فقط برای زیان‌آورترین اعمال مفید است ولی در غیر این صورت وضع ضمانت اجرای پایین برای اعمالی که کمتر زیان‌آور هستند بهترین کار است. برای توضیح آنکه چرا یک ضمانت اجرای بالا و احتمال پایین اجرا همیشه یک سیاست اجرای مطلوب تلقی نمی‌شود، حالت اشخاص خنثی در مقابل خطر و بازدارندگی یک تخلف نسبتاً کوچک مثل توقف دوبله را در نظر بگیرید. قبلاً توضیح داده شد که اگر ضمانت اجرا برای تخلف کمتر از حداکثر باشد، نوعاً مفید خواهد بود که ضمانت اجرا افزایش یابد و احتمال دستگیری کاهش داده شود تا ضمن حفظ بازدارندگی از عمل، موجب صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا گردد. اما در زمینه اجرای عمومی، به هر حال این طرح دیگر لزوماً مفید نیست. اگر احتمال کشف تخلفات توقف دوبله از طریق کاهش

۱. واضح است که نکته اصلی مطرح شده در این قسمت به این فرض بستگی ندارد که احتمال یکسان اجرا برای همه اعمال کاربرد دارد. تنها شرط این است که احتمالات اعمال مختلف به هم مرتبطاند زیرا همگی تابع مخارج اجرای یکسان هستند.

تعداد پلیس کاهش یابد، احتمال بازدارندگی تخلفات جدی تر نیز به خاطر وجود تعداد کمتر پلیس کاهش خواهد یافت این ممکن است از نظر اجتماعی نامطلوب باشد، زیرا افزایش ضمانت اجراها برای تخلفات دیگر به قدر کافی برای حفظ بازدارندگی میسر نخواهد بود زیرا ممکن است آنها قبلاً با ضمانت اجراهای بسیار بالا مجازات شده باشند. درواقع اگر یک عمل مهم تر (مثلاً زیر گرفتن عمدی یک نفر با اتومبیل) قبلاً با ضمانت اجرای حداکثری مجازات شده باشد، با کاهش احتمال ضمانت اجراها امکان بازدارندگی از آن اعمال کاهش خواهد یافت، چون تعداد پلیس کاهش می یابد.

اکنون اجازه دهید استدلال مربوط به سیاست اجرای مطلوب را بیشتر شرح دهیم. دسته ای از تخلفات بسیار زیان آور را در نظر بگیرید. برای جلوگیری کافی از آنها جامعه نیازمند احتمال دستگیری نسبتاً بالا، یعنی به کارگیری تعداد معینی مأمورین اجرایی می باشد، ولو اینکه می توان ضمانت اجراهای بسیار بزرگ تر برای چنین تخلفات مهمی وضع کرد. حالا با در نظر گرفتن اینکه جامعه از تعداد مأمورین اجرایی لازم برای کنترل اعمال بسیار زیان آور استفاده می کند، این مأمورین اجرایی، به عنوان یک نتیجه فرعی، احتمال بالای ضمانت اجراها برای اعمال کمتر جدی را که می توان از آنها به وسیله ضمانت اجراهای بسیار کمتر جلوگیری کرد تولید می کنند. در نتیجه، ضمانت اجراهای مطلوب برای اعمال کمتر جدی ممکن است به خوبی متناسب با میزان زیان آور بودن آنها باشد. به عنوان مثال فرض کنید که احتمال کشف تخلفات باید یک سوم باشد تا بتوان جرائم بسیار جدی را به طور مناسبی کنترل کرد. پس ضمانت اجرای مطلوب برای یک تخلف سه برابر آسیب است و در نتیجه فرد خاطی برای آسیب هایی که زیر یک سوم ثروت او قرار می گیرند، قادر به پرداخت ضمانت اجرای مطلوب خواهد بود و در آن محدوده هرچه آسیب بالاتر باشد ضمانت اجرا بالاتر خواهد بود.^۱

۱. استدلال ریاضی درباره سیاست اجرای مطلوب این قسمت را می توان تقریباً به شرح ذیل درخصوص ضمانت اجراهای پولی تشریح کرد (حالت ضمانت اجراهای غیر پولی نیز مشابه است). فرض کنید $s(h)$ ضمانت اجرا با در نظر گرفتن آسیب h باشد. پس برای احتمال کشف کلی p ، برنامه ضمانت اجرای مطلوب برابر با $s^*(h)=h/p$ می باشد به شرطی که h/p از سطح ثروت افراد w فراتر نرود که ضمانت اجرای حداکثر ممکن می باشد؛ اگر h/p امکان پذیر نباشد، ضمانت اجرای مطلوب w است. این برنامه به وضوح با در نظر گرفتن p مطلوب است زیرا تلویحاً بدین معناست که ضمانت اجرای مورد انتظار برابر آسیب است که بدان وسیله رفتار ایدئال را هروقت که ممکن ←

۵-۳-۶ بیمه در مقابل ضمانت اجراها

امکان بیمه در مقابل ضمانت اجراها هنوز ذکر نشده و من به‌طور تلویحی فرض کرده‌ام که اشخاص چنین بیمه‌ای ندارند. به‌طور کلی این با واقعیت تطبیق دارد و بیمه‌گران مجاز به ارائه پوشش در مقابل اکثر جریمه‌های کیفری و برخی جریمه‌های مدنی نیستند.^۱ مسئله مهم مورد علاقه ما این است که آیا سیاست مورد بحث در مقابل بیمه ضمانت اجرا از جنبه نظری مطلوبیت اجتماعی دارد؟ مسائل مربوط در اینجا مشابه مسائلی هستند که در ارتباط با مطلوبیت اجتماعی بیمه مسئولیت بحث شد (به قسمت‌های ۴-۴-۲ و ۴-۷-۲ نگاه کنید)، بنابراین می‌توانم مطلب را خلاصه کنم. اگر بیمه ضمانت اجرا در دسترس باشد، اشخاص خطرگریز که ممکن است قانون را نقض کنند تمایل به خرید بیمه خواهند داشت. لذا دسترسی به بیمه ضمانت اجرا تحمل خطر از سوی افراد نقض‌کننده قانون را کاهش می‌دهد و این فی‌نفسه از نظر اجتماعی مطلوب است. اما مالکیت بیمه ضمانت اجرا باعث کاهش اثر بازدارندگی ضمانت اجراها خواهد شد، زیرا متخلفان به‌خاطر بیمه ترس کمتری از ضمانت اجراها خواهند داشت. اینکه مجاز دانستن خرید بیمه مسئولیت از نظر اجتماعی مطلوب یا نامطلوب است بستگی به اهمیت این دو اثر دارد.

برخی برداشتها درباره مفهوم اجرای قانون نشان می‌دهد که مزیت اجتماعی کاهش خطر برای متخلفان بالقوه تحت غلبه کاهش عامل بازدارندگی قرار دارد که ممنوعیت بیمه ضمانت اجراها را از نظر اجتماعی مطلوب می‌سازد.

→ باشد ترغیب می‌کند و ضمانت اجرای مورد انتظار در غیر این صورت تا حد ممکن بالا خواهد بود. این پرسش باقی است که آیا کاهش p و افزایش ضمانت اجراها به سطح حداکثر برای اعمال با آسیب پایین که برای آنها $s^*(h)$ کمتر از حداکثر است مطلوب خواهد بود؟ پاسخ این است که اگر p برای اعمال با آسیب نسبتاً پایین کاهش داده شود (و ضمانت اجرا برای آنها افزایش داده شود)، p به‌طور کلی نیز برای اعمالی با آسیب پایین کاهش می‌یابد که برای آنها ضمانت اجرا نیز قبلاً به حداکثر رسیده است و منتج به بازدارندگی کم این اعمال می‌شود. نزول بازدارندگی اعمال با آسیب بالا ممکن است زیان اجتماعی بیشتری را از صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا ناشی از کاهش p به‌وجود آورد. کاهش مطلوب p حاکی از سازش بین صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا و کاهش بازدارندگی اعمال با آسیب نسبتاً زیاد است. این استدلال و تمایز بین بازدارندگی عمومی و خاص در شاول ۱۹۹۱ ب معرفی شده است، همچنین رجوع کنید به موکرچی و پنگ ۱۹۹۲ برای دیدن تحلیل مربوط.

۱. برای مثال رجوع کنید به جرمی ۱۹۹۶، ۴۷۷-۴۷۱، کیتون ۱۹۷۱، ۳۰۵-۲۸۵، کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۵۸۶ و مک نیلی ۱۹۴۱.

اول، به نظر می‌رسد در بسیاری از مواردی که جامعه درصدد کنترل آنها از طریق اجرای عمومی قانون است، متخلف بالقوه دارای توانایی آشکار برای ارتکاب یا عدم ارتکاب عملی است که منجر به ضمانت اجراها می‌شود. اگر وضعیت این چنین باشد، یک فرد می‌تواند با تصمیم به اطاعت از قانون از خطر اجتناب کند و نیاز چندانی به بیمه ضمانت اجرا برای اجتناب از خطر جریمه برای مضروب ساختن کسی، ارتکاب کلاهبرداری یا تقلب عمدی در پرداخت مالیات ندارد.^۱

دوم، در زمینه اجرای قانون، ما تأکید کرده‌ایم که کلاً برای جامعه مطلوب است با حفظ احتمال نسبتاً پایین ضمانت اجراها مخارج اجرا را صرفه‌جویی و در نتیجه تضمین کمتری را تشویق کند.^۲ این حقیقت که بسیاری از اعمال مطلوب در عمل قدرت بازدارندگی کمتری دارند، با در نظر گرفتن اینکه مشکل بازدارندگی کمتر به‌خاطر خواست جامعه برای صرفه‌جویی در هزینه‌های اجرا وجود دارد و مشکل بازدارندگی کمتر را تشدید می‌کند اما به افراد اجازه تحصیل بیمه ضمانت اجرا را نمی‌دهد، با این نکته سازگار است. به بیان دیگر، اگر ما به افراد اجازه داشتن بیمه ضمانت اجرا را بدهیم، جامعه باید هزینه‌هایش را برای اجرا به‌منظور نیل به سطحی از بازدارندگی که ما در شرایط ممنوعیت بیمه از آن منتفع می‌شویم افزایش دهد.^۳

۱. متقابلاً، در وضعیت نمونه شبه‌جرم، ممکن است یک فرد خود را به‌واسطه نوعی حادثه مسئول بداند. همان‌گونه که در قسمت‌های ۱-۳-۲ و ۲-۳-۲ بحث شد، افراد ممکن است اشتهاً مسئول شناخته شوند و ممکن است کنترل کاملی بر رفتارشان نداشته باشند. لذا، ارزش بیمه مسئولیت در کاهش خطر در زمینه شبه‌جرم، به‌طور کلی، بیشتر از ارزش آن در زمینه اجرای قانون به‌نظر می‌رسد.

۲. به قسمت ۲-۱-۵ رجوع کنید.

۳. بازهم، مغایرت با حالت شبه‌جرم آموزنده است. جامعه با مشکل عمومی بازدارندگی کم در زمینه شبه‌جرم روبه‌رو نمی‌شود، حداقل مشکلی که قابل مقایسه با مشکل در قلمرو اجرای عمومی باشد زیرا حوادث زیان‌آور در زمینه شبه‌جرم مثل تصادفات اتومبیل چنانچه آسیب‌رسانندگان مسئول باشند به دعوی یا مصالحه منجر خواهد شد. بنابراین اگر بیمه‌های مسئولیت انگیزه احتیاط مقتضی را قدری کاهش دهند، اهمیتی به‌مثابه اهمیتی که در زمینه اجرای عمومی در قلمرو شبه‌جرم دارد نخواهد داشت. به‌علاوه، اگر بیمه‌گران بتوانند سطح احتیاط را ملاحظه کنند، انگیزه‌ها در وضعیت شبه‌جرم معمول متناسب خواهند بود. به‌هرحال، در زمینه اجرا ضرورتاً لازم نیست که چنین باشد و اگر بیمه‌گران بتوانند ملاحظه کنند که آیا افراد از قانون تخلف می‌کنند منجر به این نخواهد شد که افراد از تخلفات خودداری کنند اگر ضمانت اجرای مورد انتظار کمتر از آسیب باشد.

منظور از آنچه گفته شد این نیست که امکان مطلوب بودن بیمه ضمانت اجرا از نظر اجتماعی را در برخی شرایط انکار کنیم. فرض کنید که افراد قادرند فقط رفتارهایی ارادی را که ممکن است منجر به ضمانت اجراها شوند کنترل کنند (مثلاً آنها نمی‌توانند لزوماً از نشت نفت از قایق به دریاچه جلوگیری کنند) و مشکل واقعی بازدارندگی کم وجود ندارد چون وسعت آسیب در رابطه با دارایی‌های اشخاص زیاد نیست و احتمال کشف قابل توجه است (مأمورین اجرا به سهولت می‌توانند تعیین کنند که چه زمانی نشت صورت گرفته است). در چنین شرایطی نقش بیمه در کاهش خطر ممکن است مهم باشد و مالکیت بیمه برای انگیزه‌ها حداقل به اندازه معمول در مورد شبه جرم، ایجاد مشکل نمی‌کند. در چنین شرایطی، بیمه ضمانت اجراها ممکن است مطلوب باشد.

۷-۳-۵ ضمانت اجراها برای مجرمین به عادت

در عمل، قانون غالباً مجرمین سابقه‌دار را سخت‌تر از مجرمینی که دفعه اولشان است مجازات می‌کند. به عنوان مثال، به موجب دستورالعمل‌های کمیسیون مجازات ایالات متحده برای مجازات جرائم فدرال، اگر خوانده دارای پیشینه کیفری باشد هم مدت حبس و هم جریمه‌های جزایی افزایش می‌یابند و جریمه‌های پولی مدنی نیز گاهی به این بستگی دارند که آیا خوانده پیشینه جرائم قبلی دارد یا نه؟^۱ در اینجا می‌کوشم توضیح دهم که چرا چنین سیاست‌هایی ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشند.

ابتدا توجه کنید که تشدید مجازات مجرمین به عادت نمی‌تواند از نظر اجتماعی مفید باشد اگر بازدارندگی همیشه رفتار ایدئال را ترغیب کند. اگر ضمانت اجرا برای آلوده کردن و ایجاد ۱۰۰۰ دلار آسیب معادل ۱۰۰۰ دلار باشد، شخصی که آلوده

۱. به کمیسیون مجازات ایالات متحده رجوع کنید (۱۹۹۵)، قسمت ۴ الف ۱-۱، فصل ۵، بخش الف و قسمت ۵ هـ ۱-۲). در خصوص جریمه‌های مدنی، به عنوان مثال، رجوع کنید به قانون شماره ۸ ایالات متحده، قسمت ۱۳۲۴ الف(ه) (۴)(۵) (۱۹۹۷) که حداقل جریمه معادل ۲۵۰ دلار را برای اولین جرم و ۲۰۰۰ دلار برای جرم دوم و ۳۰۰۰ دلار برای جرائم بعدی راجع به استخدام، تجدید نیرو و ارجاع تحت قانون کنترل و اصلاح مهاجرت وضع کرده است؛ و رجوع کنید به قانون شماره ۲۹ ایالات متحده، قسمت ۶۶۶ (الف) تا (ج) (۱۹۷۷) که به موجب آن حداکثر جریمه برای تخلفات خاص از قانون بهداشت و ایمنی شغلی که تکرار نشوند ۷۰۰۰ دلار است اما اگر تخلفات تکرار شوند حداکثر جریمه تا ۷۰ هزار دلار افزایش می‌یابد.

می‌کند و ۱۰۰۰ دلار می‌پردازد شخصی است که منفعتش از آلوده کردن (مثلاً صرفه‌جویی با عدم نصب دستگاه کنترل آلودگی) باید از ۱۰۰۰ دلار فراتر رفته باشد. بنابراین رفاه اجتماعی حاصل از آلوده‌سازی وی بیشتر خواهد بود. اگر چنین فردی قبلاً هم آلوده‌سازی کرده و جریمه شده باشد صرفاً بدین‌معناست که در نوبت قبلی هم برای او از نظر اجتماعی مطلوب بوده است که آلوده‌سازی کند و افزایش ضمانت اجرا به‌خاطر اینکه او قبلاً سابقه جریمه شدن داشته، اکنون باعث بازدارندگی بیش از حد او می‌شود، افزایش ضمانت اجراها به‌خاطر تخلفات سابق از نظر اجتماعی مطلوب نیست.

در نتیجه، فقط اگر بازدارندگی ناکافی باشد احتمالاً تعیین ضمانت اجراها براساس سابقه جرم به‌منظور افزایش بازدارندگی مطلوب است. بازدارندگی اغلب ناکافی خواهد بود زیرا همان‌گونه که تأکید کرده‌ام، معمولاً برای دولت ارزشمند است که مقداری بازدارندگی کمتر را به‌منظور کاهش هزینه‌های تضمین تقبل کند. اگر بازدارندگی کم باشد، تعیین ضمانت اجراها براساس سابقه جرم ممکن است به دو دلیل سودمند باشد:

اول، استناد به سابقه جرم ممکن است انگیزه اضافی برای عدم نقض قانون به‌وجود آورد: وقتی ردیابی یک تخلف نه متضمن ضمانت اجرای فوری بلکه متضمن ضمانت اجرای بالاتری برای تخلف آتی است، بازدارندگی فرد از ارتکاب مجدد تخلف، بیشتر خواهد بود.^۱

دوم، تعیین ضمانت اجراها براساس سابقه جرم به جامعه اجازه می‌دهد که از اطلاعات تلویحی درباره خطرناک بودن افراد و نیاز به بازداشتن آنها سود ببرد. اشخاصی که دارای پیشینه کیفری هستند احتمال بیش از متوسط دارد که مرتکب تخلفات آتی شوند و این امر ممکن است وضع ضمانت اجراهای بالاتر برای آنان را به‌منظور اهداف بازدارندگی، مطلوب سازد.^۲

۱. در نشان دادن مطلوبیت تشدید مجازات مجرمین به عادت یک ظرافت وجود دارد. یعنی اگر مشکل بازدارندگی کم وجود داشته باشد، باید تعجب کرد که چرا افزایش ضمانت اجرا برای اولین جرم به‌جای توسعه بازدارندگی از طریق مجازات شدیدتر مجرمین به عادت مطلوب نیست. به پولینسکی و شاول ۱۹۹۸ الف درباره مطلوبیت احتمالی تعیین ضمانت اجراها براساس پیشینه کیفری به‌خاطر بازدارندگی اضافی که چنین سیاستی به‌وجود می‌آورد، رجوع کنید.

۲. توجه کنید که این دلیل برای تعیین ضمانت اجراها براساس پیشینه کیفری با دلیل اول متفاوت است: این دلیل دوم شامل این فرض می‌شود که مجرمین با یکدیگر تفاوت دارند و اینکه ضمانت اجرای مطلوب برای برخی ←

همچنین دلیل آشکاری مبتنی بر ناتوان‌سازی مرتکبین، برای تعیین ضمانت اجراها براساس پیشینه کیفری وجود دارد. مجرمین به عادت احتمال دارد گرایش بالاتری برای ارتکاب تخلفات در آینده داشته باشند و لذا احتمالاً ناتوان‌سازی آنها از طریق حبس ارزش بیشتری پیدا خواهد کرد.

۴-۵ ناتوان‌سازی، بازپروری و کیفر

در این بخش به‌طور خلاصه چندین کارکرد ضمانت اجراها غیر از بازدارندگی یعنی ناتوان‌سازی، بازپروری و کیفر را مورد بحث قرار می‌دهم.

۱-۴-۵ ناتوان‌سازی

۱-۴-۵-۱ تعریف ناتوان‌سازی

آشناترین شکل ناتوان‌سازی حبس است که با حذف افراد جامعه، از درگیر شدن آنان در اعمال نامطلوب در جامعه آزاد جلوگیری می‌کند. به‌طور کلی‌تر، ناتوان‌سازی را می‌توان منع یک دسته از اعمال نامطلوب از طریق منع یک فرد از درگیر شدن در فعالیتی که اجازه ارتکاب آن اعمال را می‌دهد، تعریف کرد. به‌عنوان مثال می‌توان فردی را از طریق ابطال گواهینامه رانندگی‌اش از ایجاد حوادث هنگام رانندگی بازداشت، یا می‌توان رستورانی را از طریق اجبار به تعطیلی از ایجاد آسیب ناشی از ارائه غذای فاسد منع کرد.

۲-۴-۵ ناتوان‌سازی از بازدارندگی متمایز است

بازداشتن یک فرد از درگیر شدن در فعالیتی که ممکن است ایجاد آسیب کند به کلی با بازدارندگی یعنی منصرف کردن شخصی از ارتکاب یک عمل نامطلوب از طریق تهدید به تحمیل ضمانت اجراها، تفاوت دارد. بازدارندگی فقط وقتی عمل می‌کند که شخصی از امکان اعمال ضمانت اجراها آگاه است و به آن توجه می‌کند و ضمانت اجراها را واقعاً قابل اعمال می‌داند. اگر شخصی مصون از حکم باشد و ضمانت اجرا پولی باشد، ضمانت اجرا

→ مجرمین بالاتر از دیگران است؛ دلیل اول حتی اگر افراد یکسان باشند نیز اعمال می‌شود. درخصوص دلیل دوم، دلیل مبتنی بر اطلاعات برای تعیین ضمانت اجراها براساس پیشینه کیفری رجوع کنید به چو، هو و هانگ ۲۰۰۰، پولینسکی و رابین فلد ۱۹۹۱ و رابین اشتاین ۱۹۷۹.

را نمی‌توان اعمال کرد؛ اگر شخصی پیر باشد یا در شرف مرگ به‌خاطر یک بیماری باشد، مدت حبس نمی‌تواند طولانی باشد. ناتوان‌سازی مستقل از این عوامل عمل می‌کند.

۳-۱-۴-۵ نمونه اصلی تضمین و ناتوان‌سازی

برای تمرکز بر ناتوان‌سازی، بیاید فرض کنیم افراد را نمی‌توان بازداشت و هر فرد ابتدائاً یک گرایش ثابت برای ارتکاب اعمال مضر (که با مقیاس آسیب مورد انتظار سنجیده می‌شود) در هر دوره زمانی دارد.^۱ اجازه دهید فرض کنیم جامعه برای افزایش احتمال دستگیری افرادی که مرتکب آسیب می‌شوند و کسانی که برای ناتوان‌سازی مورد بررسی قرار خواهند گرفت متحمل هزینه می‌شود و به‌علاوه متقبل هزینه‌های خاصی در دوره ناتوان‌سازی می‌گردد. تحت این فرضیه‌ها، طول زمان مطلوب ناتوان‌سازی فردی که ایجاد آسیب می‌کند و دستگیر شده چیست؟ پاسخ به‌سادگی این است که اگر گرایش شخص برای ایجاد آسیب در هر دوره از هزینه ناتوان‌سازی فراتر رود، او باید در هر دوره، یعنی به‌طور دائم ناتوان‌سازی شود و در غیر این صورت اصلاً نباید او را ناتوان‌سازی کرد. احتمال مطلوب دستگیری منعکس‌کننده موازنه بین هزینه افزایش این احتمال و منافع آن برحسب آسیب‌های کاهش‌یافته به‌واسطه ناتوان‌سازی افراد بیشتر خواهد بود.

توضیحات

الف) این فرض که گرایش به انجام آسیب در طول زمان ثابت است: اگر گرایش یک فرد به انجام آسیب در طول زمان کاهش یابد، پایان بخشیدن به ناتوان‌سازی به‌محض آنکه گرایش به انجام آسیب در دوره به پایین‌تر از هزینه ناتوان‌سازی برسد، مطلوب خواهد بود. این یک نکته مهم است زیرا نشان می‌دهد که گرایش به ارتکاب بسیاری از انواع جرائم با بالا رفتن سن نزول می‌کند.^۲

۱. برای مشاهده یک نمونه ریاضی ناتوان‌سازی به شاول ۱۹۸۷ ب رجوع کنید؛ برای بحث‌های نظری مربوط به ناتوان‌سازی به‌عنوان مثال به بلوم اشتاین ۱۹۸۳ و پاکر ۱۹۶۸، ۴۸-۵۳ مراجعه کنید. برای بحث منتقدانه شدید و به‌جا از نوشته‌های مربوط به ناتوان‌سازی به بلوم اشتاین، کوهن و ناژین ۱۹۷۸ و برای یک بررسی و ارزیابی اخیر به اسپلمان ۲۰۰۰ رجوع کنید.

۲. به‌عنوان مثال، به گرین برگ ۱۹۸۳، ویلسون و هرن اشتاین ۱۹۸۵، ۱۴۷-۱۲۶، و وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱، ۳۶۳-۳۶۲ رجوع کنید.

ب) **ضمانت اجرای مطلوب بدون ارتباط با احتمال وضع آن:** باید دانست طول مطلوب ناتوان‌سازی صرفاً به گرایش افراد به انجام آسیب بستگی دارد نه به احتمال دستگیری آنها. به‌ویژه، از نقطه‌نظر ناتوان‌سازی اگر احتمال کشف پایین باشد هیچ دلیلی برای تحمیل ضمانت اجرای بالاتر وجود ندارد. این موضوع همان‌گونه که در سه بخش پیش تأکید شد، با وضعیت تحت بازدارندگی، در جایی که احتمالات پایین‌تر دستگیری مستلزم ضمانت اجرای بالاتر هستند مغایر است.

ج) **ارتباط ارتکاب عمل زیان‌آور با تحمیل ضمانت اجراها:** ضمانت اجرای مطلوب فقط به گرایش انجام آسیب، یعنی خطرناکی برآورد شده یک شخص در آینده بستگی دارد. پس هیچ دلیل طبیعی وجود ندارد که مستلزم ارتکاب واقعی یک عمل نامطلوب از سوی یک شخص باشد یا واقعاً آسیبی به وجود آورده باشد تا او را بتوان ناتوان‌سازی کرد. هرچند ارتکاب عمل زیان‌آور غالباً دلیلی به وجود انگیزه ایجاد آسیب است و به آن دلیل تحمیل شرط ارتکاب عمل زیان‌آور برای ناتوان‌سازی ممکن است از نظر اجتماعی منطقی باشد. به‌علاوه صرف‌نظر از این نمونه، اگر وجود این شرط که شخصی باید مرتکب عمل زیان‌آور شده باشد تا مجازات شود نیز فرض شده باشد. خطر سوءاستفاده دولت از قدرتش برای مجازات کردن باید کاهش داده شود. توجه داشته باشید که طبق نظریه بازدارندگی، این شرط که باید عمل زیان‌آوری وجود داشته باشد تا مجازات نیز وجود داشته باشد، یک شرط بنیادی است و بازدارندگی فقط در صورتی می‌تواند کارایی داشته باشد که شخصی بداند اگر مرتکب عمل زیان‌آور شود مجازات خواهد شد.

د) **ناتوان‌سازی و بازدارندگی:** فرض کنید که هم افراد را می‌توان ناتوان‌سازی کرد و هم می‌توان موجب بازدارندگی آنها شد. باز هم نمونه‌ای را در نظر بگیرید که در بخش‌های قبل درخصوص بازدارندگی بررسی شد، اما اکنون فرض کنید که ضمانت اجراها علاوه‌بر بازدارندگی ناتوان‌سازی هم می‌کنند. پس با دو کارکرد مفید اعمال، ضمانت اجراها در غالب موارد مطلوب خواهد بود. لذا، در جایی که حبس با قدرت بازدارندگی‌اش قابل توجیه نیست ممکن است با در نظر گرفتن ارزش ناتوان‌سازی‌اش مورد تأیید قرار گیرد. همین‌طور در جایی که حبس با قدرت ناتوان‌سازی‌اش قابل توجیه نیست (فرض کنید یک مختلس پس از بازنشستگی کشف شده و هیچ فرصت آتی برای اختلاس نخواهد

داشت) توجه به بازدارندگی ممکن است مستلزم حبس باشد (اختلاس‌کنندگان بالقوه را می‌توان با چشم‌انداز ضمانت اجراها مأیوس کرد).

ه) احتمال مطلوب ناتوان‌سازی و ضمانت اجرای مطلوب برای بازدارندگی: برای دستیابی به حد مطلوب ناتوان‌سازی، احتمال ضمانت اجراها نباید خیلی کم باشد. این به‌نوبه خود تلویحاً به این معناست که وسعت ضمانت اجرای لازم برای اهداف بازدارندگی نباید خیلی بالا باشد. بنابراین، در کنار چیزهای دیگر، این استدلال (به قسمت ۵-۲-۲-۵ رجوع کنید) برای احتمالات دستگیری خیلی پایین و برای ضمانت اجرای حداکثری نباید به کار رود. به‌عنوان مثال برای دستیابی به حد متناسب ناتوان‌سازی کسانی که سرقت می‌کنند، شاید این تضمین لازم باشد که حداقل مثلاً ۲۰ درصد از سارقان دستگیر شوند. این شاید به این معناست که ضمانت اجرای مطلوب برای اهداف بازدارندگی باید به‌طور قابل توجهی کمتر از مدت حداکثر ممکن حبس باشد.

۴-۱-۵ اهمیت واقعی حبس به‌عنوان شکلی از ناتوان‌سازی

تعداد افرادی که در حال حاضر در ایالات متحده زندانی هستند ۱/۹ میلیون نفر است که معادل حدوداً ۳ درصد جمعیت بزرگ‌سال است و درصد جمعیتی که مدتی در طول عمرشان زندانی خواهند شد تقریباً ۵ درصد است.^۱ هزینه سالیانه حبس ۴۷ میلیارد دلار - حدود ۲۴ هزار دلار برای هر فرد زندانی - است.^۲ منفعت ناتوان‌سازی سالیانه ناشی از حبس - اثر مستقیم آن در کاهش جرم با نگهداری کسانی که در غیر این صورت مرتکب جرم می‌شوند - ازسوی برخی تحلیل‌گران در حدود ۲۰ درصد سطح فعلی جرم محاسبه شده است.^۳ محاسبه ذیل نیز آگاهی‌دهنده است. چنانچه برآورد کنیم که اگر یک زندانی

۱. به مجله وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ ب، ۴۸۸ رجوع کنید که برآورد ۱/۹۳۳ میلیون نفر را برای سال ۲۰۰۰ نشان می‌دهد. برای مشاهده برآوردی از بخشی از جمعیت که در مدتی از عمرشان در زندان خواهند بود به بونسزار و بک ۱۹۹۷ رجوع کنید.

۲. مخارج سالیانه در ۱۹۹۷ معادل ۴۳/۵۱۱ میلیارد دلار بود. به مجله وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ ب، ۳ رجوع کنید. برحسب شاخص قیمت‌های مصرفی در سال ۲۰۰۰، مخارج مساوی ۴۶/۶۵۶ میلیارد دلار است؛ به مجمل آماری ایالات متحده، ۲۰۰۱، ۴۵۱ مراجعه کنید. چون ۱/۹۳۳ میلیون نفر در سال ۲۰۰۰ زندانی بودند، هزینه سالیانه برای هر شخص ۲۴۱۳۷ دلار می‌شود.

۳. به اسپلمان ۱۹۹۴، ۲۲۷ و مطالعات مذکور از رایت ۱۹۹۴، ۱۱۷-۱۱۶ رجوع کنید.

حبس نشده بود به طور میانگین ده جرم در سال مرتکب می شد، منفعت ناتوان سازی این است که در نبود حبس، جرائم حدود ۱۹ میلیون دلار در سال یا حدود ۹۰ درصد افزایش می یابند.^۱ ولو اینکه منفعت ناتوان سازی فقط ۲۰ درصد سطح فعلی جرم باشد، حداقل ۱۰۰ میلیارد دلار برای جامعه صرفه جویی دربر خواهد داشت که بر ۴۷ میلیارد دلار هزینه حبس غلبه می کند.^۲ در نتیجه می توانیم مشاهده کنیم که ناتوان سازی، یک عملکرد خیلی مهم و احتمالاً توجیه کننده حبس در این کشور است.

۲-۴-۵ بازپروری

۱-۲-۴-۵ تعریف بازپروری

منظور از بازپروری یک کاهش ترغیب شده در گرایش فرد به ارتکاب اعمال نامطلوب است. این تغییر ممکن است به واسطه تلاش مستقیم دولت، به ویژه به واسطه برنامه های آموزشی (از قبیل برنامه هایی که در زندان ارائه می شوند) یا به عنوان محصول فرعی وضع ضمانت اجراها وقتی شخصی با تعمق بر رفتارش تصمیم می گیرد به روش مسئولانه تر رفتار کند، قابل ایجاد باشد.

۲-۲-۴-۵ نمونه اصلی تضمین و بازپروری

فرض کنید تنها عملکرد ضمانت اجراها بازپروری باشد. در این صورت وضع ضمانت اجراها مطلوب خواهد بود اگر و فقط اگر منفعت بازپروری - کاهش آسیب آتی - از هزینه تحمیل یک ضمانت اجرای دارای خاصیت بازپروری بیشتر باشد. لذا برای شخصی که به خاطر

۱. تخمین ۱۰ جرم در سال واقعاً قدری محافظه کارانه است، برای بحث از نوشته ها مربوط به ناتوان سازی به رایت ۱۹۹۴، ۱۱۸-۱۱۴ نگاه کنید. همچنین به عنوان مثال به دیلولیو و پیهل ۱۹۹۱ نگاه کنید که به این نتیجه می رسند که میانگین تعداد تخلفات سالیانه هر زندانی ۱۴۱ است و میانگین ۱۲ خواهد بود. با استفاده از تخمین ۱۰ جرم برای هر زندانی در سال و این واقعیت که ۱/۹۳۳ میلیون نفر در سال ۲۰۰۰ زندانی بودند، نتیجه این است که اگر زندانیان آزاد بودند سالیانه مرتکب ۱۹/۳۳۳ میلیون جرم می شدند. تعداد واقعی جرائم ارتكابی در سال ۱۹۹۹ در حدود ۲۱/۸۴ میلیون بود؛ به مجمل آماری ایالات متحده ۲۰۰۱، ۱۸۲ رجوع کنید، در نتیجه افزایش ۱۹/۳۳۳ میلیون جرم حاکی از ۸۸/۵ درصد افزایش در سطح کلی جرم است.

۲. آندرسون ۱۹۹۹، ۶۲۵ برآورد می کند که هزینه سالیانه صدمه و فوت مربوط به جرم در حدود ۵۷۴/۳۹۵ میلیارد دلار باشد و ۲۰ درصد از این مبلغ بیش از ۱۰۰ میلیارد دلار می شود. این هزینه یک مقیاس ناقص از هزینه اجتماعی جرم است، زیرا در بین چیزهای دیگر، تلاش های صرف شده برای اجتناب از قربانی جرم شدن و تلاش های صرف شده برای تقبل جرم را در نظر نمی گیرد.

رانندگی در حال مستی دستگیر شده است مطلوب خواهد بود که به کلاس آموزش مسئولیت رانندگان اعزام شود اگر منفعت این کار برحسب کاهش در زیان‌های ناشی از تصادف مورد انتظار، بیشتر از هزینه کلاس باشد. احتمال مطلوب دستگیری افرادی که ممکن است موضوع ضمانت اجراها باشند، با فرض تحمیل مطلوب ضمانت اجراهای دارای خاصیت بازپروری، تحت حاکمیت منافع بازپروری که به وجود می‌آورد قرار دارد.

توضیحات

الف) ویژگی‌های ضمانت اجراهای دارای خاصیت بازپروری مطلوب مشابه ضمانت اجراهای دارای خاصیت ناتوان‌سازی مطلوب است: ضمانت اجرای دارای خاصیت بازپروری مطلوب، همانند ضمانت اجرای دارای خاصیت ناتوان‌سازی مطلوب، به احتمال دستگیری متکی نیست. به علاوه، ارتکاب واقعی یک عمل زیان‌آور، ذاتاً برای ضمانت اجرای دارای خاصیت بازپروری مهم نیست و در اصل بازپروری هر شخصی که نیازمند بازپروری شناخته می‌شود و می‌توان او را با هزینه نسبتاً پایین بهبود بخشید مطلوب خواهد بود. به عنوان مثال کسی که می‌دانیم مست می‌شود و مسئولیت‌پذیر نیست و احتمال دارد هنگام مستی رانندگی کند، ممکن است از بودن در کلاس آموزش مسئولیت رانندگان منتفع شود، حتی اگر هیچ‌گونه تخلف رانندگی مرتکب نشده باشد. به هر حال، همان گونه که پیشتر ذکر شد، ارتکاب یک عمل زیان‌آور (مثل رانندگی در حال مستی) به عنوان پیش‌نیاز مجازات ممکن است به هدف با ارزش آگاهی‌بخشی کمک کند و سوءاستفاده دولت از قدرتش را بعیدتر سازد.

ب) بازپروری و ناتوان‌سازی: اگر ضمانت اجراها هم بازپروری و هم ناتوان‌سازی کنند، طول مدت مطلوب ضمانت اجرا حاکی از این عملکردها خواهد بود. یک مفهوم قابل توجه این است که شخصی که جامعه برای ناتوان‌سازی انتخابش می‌کند، انتظار دارد در نتیجه بازپروری ضمانت اجرای کوتاه مدت‌تری نسبت به آنچه قبل از بازپروری لازم دارد، دریافت کند.^۱ این بدان خاطر است که بازپروری مدتی را که شخص آنقدر کم‌خطر می‌شود که آزاد کردنش توجیه‌پذیر گردد تسریع می‌کند.

۱. درواقع امکان دارد بازپروری مدت حبس فردی را که یک ضمانت اجرای دارای خاصیت ناتوان‌سازی مثبت را تحمل می‌کند طولانی‌تر کند. می‌تواند این گونه باشد که اگرچه زمان کم خطرناک شدن او از زمانی که برای ناتوان‌سازی هزینه ایجاد می‌کند زودتر بیاید، هنوز مفید باشد که او را در حبس نگه دارند تا زیان‌آور بودنش بیشتر کاهش یابد.

ج) بازپروری و بازدارندگی: بازپروری ممکن است تا حدی بازدارندگی را کاهش دهد. اگر فردی معتقد باشد که به روش‌های مثبت تغییر خواهد کرد - مثلاً مهارت‌های باارزش در زندان فراخواهد گرفت - زهر ضمانت اجرا ممکن است کمتر شود. این اثر را می‌توان با تحمل هزینه افزایش طول مدت ضمانت اجرا خنثی کرد.

۳-۲-۴-۵ اهمیت واقعی بازپروری

امروزه انتقاد زیادی درباره بازپروری وجود دارد، زیرا تکرار جرم قابل توجهی مشاهده می‌شود و مدرک کمی برای حمایت از این نظریه در ایالات متحده وجود دارد که کسانی که زندانی می‌شوند هنگام آزادی کمتر خطرناک هستند (مگر به‌خاطر اثر افزایش سن بر جنایت‌کاری).^۱ درواقع گاهی تصدیق می‌شود که در زندان‌های امروز عکس مطلب اتفاق می‌افتد، یعنی کسانی که در زندان هستند رفتار بد و روش‌های زندگی جنایت‌کارانه را فرامی‌گیرند و آسیب بیشتری در نتیجه تجربه زندانی شدن به‌وجود خواهند آورد. فرض بر این است که قصور در بازپروری بیش از آنکه ناشی از عوامل ذاتی باشد عملکرد شرایط فعلی است و بازپروری ممکن است در آینده دارای اهمیت قابل توجهی باشد.

۳-۴-۵ کیفر

۱-۳-۴-۵ تعریف کیفر

انگیزه کیفری خواست افراد برای دیدن مجازات خطاکاران است. یعنی افراد ممکن است از علم به اینکه خطاکاران مجازات می‌شوند مطلوبیت حاصل کنند. چنین مطلوبیتی ممکن است به‌تناسب نوع و میزان مجازات با خطاکاری بستگی داشته باشد و ممکن است هرچه عمل خطاکار جدی‌تر باشد، مجازات آن هم بزرگ‌تر شود.^۲ به‌علاوه مطلوبیت ناشی از کیفر ممکن است برای قربانیان جرم یا برای کسانی که با آنها مرتبط هستند بیش از عموم مردم اهمیت داشته باشد.

۱. برای مثال رجوع کنید به آندناس ۱۹۷۵، ۳۳۹، کوک ۱۹۷۷، ۱۶۶-۱۶۵، پاکر ۱۹۶۸، ۵۸-۵۳، شوارتز ۱۹۸۳ و رایت ۱۹۹۴، ۳۶-۲۵.

۲. قاعده‌بندی طبیعی مطلوبیت ناشی از کیفر این است که آن تابعی از $r(s, w)$ است هنگامی که s ضمانت اجرا، w درجه خطاکاری و r به تنهایی با s به اوج می‌رسد و با $s(w)$ حداکثر می‌باشد. در اینجا $s(w)$ عبارت از ضمانت اجرای متناسب با در نظر گرفتن w است و $s(w)$ با w افزایش می‌یابد.

۲-۳-۴-۵ توضیحات درباره خواست کیفری

الف) انتقاد از این خواسته: برخی مفسران پیشنهاد می‌کنند که رضایتمندی کیفری نباید در محاسبات اجتماعی ملحوظ گردد زیرا این رضایتمندی با رنج بردن دیگری مرتبط است. این دیدگاه که برخی انواع خاص رضایتمندی نباید در رفاه اجتماعی مورد محاسبه قرار گیرد مشکل‌ساز است و به ناهنجاری‌هایی منجر می‌شود که بعداً به‌طور کلی مورد بحث قرار خواهند گرفت.^۱

ب) منشأ زیست‌شناسی اجتماعی: مشاهده شده است که میل به کیفر به یک هدف زیست‌شناسی اجتماعی مفید کمک می‌کند. وجود این میل به این معناست که آنهایی که مورد حمله قرار می‌گیرند احتمالاً مقابله خواهند کرد. این مطلب باعث کاهش حمله خواهد شد که چیز خوبی است، زیرا بدین معناست که مردم نیازی نخواهند داشت وقت زیادی صرف حمایت از آنچه دارند کنند یا احتمالاً درگیر یک منازعه مخرب و بی‌فایده شوند. بر این اساس استنباط می‌شود که انگیزه کیفری، حداقل اگر خیلی قوی نباشد (که در آن صورت حتی مقادیر ناچیز اختلاف هم منجر به منازعه می‌شوند) در رقابت تکاملی (حتی در حیوانات) عامل تفوق خواهد شد.^۲

ج) تأثیر بر احتمال ضمانت اجراها: انگیزه کیفری در جامعه امروزی برای این هدف نیز مفید است که به مردم انگیزه‌ای جهت دفاع در مقابل تجاوز و جلوگیری از آن و گزارش کردن تخلفات به مقامات اجتماعی به منظور مجازات آنان بدهد. نفع شخصی صرف اغلب منجر به این می‌شود که افراد مستقیماً واکنش نشان ندهند و معمولاً منجر به این

۱. در قسمت ۵-۵-۷ توضیح داده خواهد شد که هر مقیاس رفاه اجتماعی که مبتنی بر مطلوبیت‌های افراد نباشد گاهی اوقات رفاه همه افراد را کاهش می‌دهد. بنابراین در مورد یک مقیاس رفاه اجتماعی این واقعیت است که برخی از منابع مطلوبیت را مستثنا می‌کند. یک مثال فراگیر از این امکان آن است که همه افراد ممکن است گاهی با دیگران شوخی کنند، گاهی خودشان هدف شوخی دیگران باشند و مطلوبیت بیشتری از این شوخی‌ها کسب کنند و وقتی دیگران شوخی می‌کنند لذت ببرند بیشتر از آنچه به‌عنوان قربانیان شوخی ممکن است متحمل عدم مطلوبیت شوند. بنابراین، همه افراد ممکن است دنیایی را ترجیح دهند که در آن شوخی‌های عملی مجاز باشد تا دنیایی که این کار ممنوع باشد. به‌هرحال اگر مطلوبیتی که از عدم رضایت دیگران (قربانیان شوخی‌ها) ناشی می‌شود در محاسبات اجتماعی منظور نشود، شوخی‌های عملی ممکن است مجاز نباشند که در این صورت هم متضرر خواهند شد.

۲. در مورد منابع زیست‌شناسی کیفر به‌عنوان مثال رجوع کنید به دالی و ویلسون ۱۹۸۸، فصول ۱۰ و ۱۱، فرانک ۱۹۸۸ فصول ۳ و ۴، هرش لایفر ۱۹۷۸، ۳۳۴، هرش لایفر ۱۹۸۷ و تیورس ۱۹۷۱، ۴۹.

می‌شود که افراد تخلفات را به مأمورین اجرایی گزارش نکنند، زیرا این کار مستلزم تلاش است و ممکن است منجر به تلافی گردد. بنابراین انگیزه کیفری می‌تواند عامل مهمی در حفظ سطح مطلوب احتمال دستگیری باشد و با فقدان میل به کیفر تعداد بسیار بیشتری مأمور اجرایی برای حفظ احتمال دستگیری لازم خواهد بود.^۱

۳-۴-۵ نمونه اصلی تضمین و کیفر

اگر تنها هدف مجازات کیفر بود، وسعت مطلوب ضمانت اجرا برابر بود با آنچه لذت ناشی از اقناع میل کیفری را منهای هزینه‌های وضع مجازات به حداکثر می‌رساند. احتمال مطلوب دستگیری دربردارنده این نفع کیفری خالص از هزینه‌ها به‌عنوان منفعت ناشی از دستگیری یک شخص است.

توضیحات

الف) کیفر و بازدارندگی: همان‌گونه که پیشتر ملاحظه شد، کیفر باعث توسعه تضمین از طریق افزایش انگیزه افراد برای گزارش آنچه می‌دانند به مقامات اجتماعی می‌شود و بنابراین کیفر کلاً در تضمین مشارکت می‌کند، هرچند اثر کیفر در رابطه با وسعت ضمانت اجراها، مبهم است. از یک‌سو، ضمانت اجرای مطلوب از جنبه بازدارندگی غالباً از آنچه مورد نیاز هدف کیفری است فراتر می‌رود؛ احتمال کم ضمانت اجراها که از نقطه‌نظر بازدارندگی به‌خاطر ذخیره هزینه‌های تضمین خوب است ضمانت اجرای لازم برای بازداشتن را افزایش می‌دهد؛ با این حال میل به کیفر تحت تأثیر احتمال پایین ضمانت اجراها قرار نمی‌گیرد (از دیدگاه بازدارندگی، به‌عنوان مثال ممکن است بخواهیم یک مجازات حبس ده‌ساله را بر یک سارق اتومبیل تحمیل کنیم چون احتمال پیدا کردن او بسیار پایین است، اما تقاضای کیفر علیه او ممکن است مجازات را به پایین‌ترین سطح محدود سازد). ازسوی دیگر میل کیفری می‌تواند از دیدگاه بازدارندگی از مجازات مناسب فراتر رود مثل وقتی که نمی‌توان برای فردی بازدارندگی ایجاد کرد (فرض کنید که شخصی دیگری را هنگام خشم به قتل رسانده است).^۲

۱. این نکته ازسوی پوسنر ۱۹۸۰ مورد تأکید قرار گرفته است.

۲. درباره سیاست تضمین در پرتو کیفر و بازدارندگی مراجعه کنید به پولینسکی و شاول ۲۰۰۰ ب.

ب) کیفر و ناتوان‌سازی: به نظر نمی‌رسد ضمانت اجرای مطلوب از دیدگاه ناتوان‌سازی به وضوح با آنچه مورد نیاز کیفر است مربوط باشد. ضمانت اجرای مطلوب برای ناتوان‌سازی کمتر از آن چیزی است که تمایلات کیفری را اگر احتمال انجام آسیب در آینده به وسیله خطاکار کم باشد اقناع می‌کند (فرض کنید شخصی در شرایط منحصر به فرد دیگری را به قتل می‌رساند). متقابلاً ضمانت اجرای مطلوب ناتوان‌سازی بیشتر از آنچه برای کیفر متناسب است خواهد بود اگر شخصی آسیب کوچکی وارد کرده باشد اما احتمال برود که در آینده آسیب بزرگتری را موجب خواهد شد.

ج) کیفر و بازپروری: هدف بازپروری ظاهراً با هدف کیفر با فرض آنکه بازپروری عدم مطلوبیت مربوط به مجازات را کاهش می‌دهد، تعارض دارد. به هر حال، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، این مشکل را می‌توان با هزینه اجتماعی و از طریق افزایش وسعت ضمانت اجرا برطرف کرد.

۵-۵ حقوق جزا

اغلب نظام‌های حقوقی زمینه‌ای از حقوق را به عنوان حقوق جزایی معین می‌کنند که اعمال خاصی را به طرّقی که در برخی جنبه‌ها منحصر به فرد هستند مجازات می‌کند. این زمینه از حقوق موضوع بخش حاضر است که به بخش‌های ۱-۵ تا ۴-۵ متصل می‌شود.

۱-۵-۵ تعریف حقوق جزا

۱-۵-۱-۵ قلمرو حقوق جزا

اگرچه هیچ‌گونه تعریف ساده و حائز دقتی از اعمال جزایی وجود ندارد. دسته‌بندی‌های ذیل از اعمال جزایی به توصیف قلمرو حقوق جزا کمک خواهند کرد.

الف) اعمالی که به منظور ایجاد آسیب قابل توجه صورت می‌گیرند: دسته اعظم اعمال جزایی آنهایی هستند که در انجام آنها یک فرد قصد ایجاد آسیب قابل توجهی را دارد. به عنوان مثال، قتل، تجاوز به عنف، سرقت، جعل و خیانت اعمال جزایی محسوب می‌شوند. معمولاً شخصی که این اعمال جزایی را مرتکب می‌شود می‌خواهد که آسیب به وقوع پیوندد: هدف قاتل معمولاً کشتن قربانی می‌باشد، هدف متجاوز به عنف تجاوز جنسی است و هدف

سارق بردن چیزی است که به او تعلق ندارد.^۱ اگر آسیب معمولاً ایجاد نشود، عمل کماکان و به‌طور معمول جزایی تلقی می‌گردد؛ بنابراین اگر شخصی برای قتل یا تجاوز یا سرقت تلاش کند اما موفق نشود، عملش کماکان جزایی است. اگر آسیب مقصود نباشد، ولی آسیب در نتیجه یک عمل ایجاد شود، آن عمل معمولاً جزایی تلقی نمی‌شود. لذا اگر شخصی در هنگام شکار با سلاحش شلیک کند و اتفاقاً به شکارچی دیگری که دلیلی برای توجه به او نداشته اصابت کند، عمل او جزایی نخواهد بود، یا اگر او چمدان شخص دیگری را بردارد اما فکر کند که متعلق به خودش می‌باشد، این را نمی‌توان سرقت نامید زیرا او قصد بردن چیزی را که به او تعلق ندارد نداشته است. همچنین اگر فقط آسیب کوچکی مقصود نظر باشد، عمل معمولاً جزایی محسوب نمی‌شود. بنابراین اگر شخصی عمداً دیگری را مثلاً با صدای بلند آزار دهد، عملش جزایی نخواهد بود ولو اینکه هدف او ایجاد آسیب بوده باشد.^۲

ب) اعمالی که پنهان می‌شوند ولو اینکه آسیب قابل توجهی مقصود نبوده باشد: دسته دیگری از اعمال که غالباً جزایی محسوب می‌شوند اعمالی است که زیان‌آور یا بالقوه زیان‌آور هستند و عاملان تلاش می‌کنند آنها را مخفی سازند یا از قبول مسئولیتشان طفره روند. به‌عنوان مثال اگر راننده‌ای از صحنه تصادف اتومبیل فرار کند، عملش معمولاً جزایی محسوب خواهد شد، یا اگر کارخانه‌ای تخلف از یک مقررۀ ایمنی را پنهان سازد عملش غالباً دارای ویژگی جزایی تلقی می‌شود. این یک دسته جدا از آنچه در بند قبل تشریح شد می‌باشد زیرا عملی که مورد فرار قرار می‌گیرد لزوماً عمدی نیست، لزوماً خطر مهمی به‌وجود نیامده یا لزوماً آسیب قابل توجهی وارد نشده است تا منتج به مسئولیت کیفری شود.

ج) اعمال خاص دیگر: اضافه بر آنچه اشاره شد، اعمال خاص و مختلفی وجود دارند که به‌عنوان اعمال جزایی دسته‌بندی می‌شوند ولو آنکه در ارتکاب آنها آسیب مهمی مقصود نظر نیست و پنهان‌سازی یا فرار نیز لزوماً مورد بحث نیست. مواردی که در این دسته از

۱. قصد را بعداً دقیق‌تر تعریف خواهیم کرد، جایی که تعریف گسترش خواهد یافت تا عمل به طریقی را که احساس می‌شود به احتمال زیاد موجب آسیب خواهد شد دربرگیرد ولو خود آسیب مدنظر نباشد.

۲. یک توضیح جزئی درباره این بند این است که اگر شخصی مجبور به انجام عملی به یکی از چندین طریقه زیان‌آور شود و کم‌زیان‌ترین را انتخاب کند، از نظر جزایی مسئول نخواهد بود ولو اینکه عملش با قصد آسیب قابل توجه انجام شده باشد. به قسمت ۱-۴-۵ برای بحث بیشتر درخصوص این نکته رجوع کنید.

اعمال جزایی قرار می‌گیرند، به‌عنوان مثال عبارت‌اند از رستورانی که به خردسالان مشروب عرضه می‌کند و رانندگی با سرعت غیرمجاز.

۲-۱-۵-۵ ضمانت اجرای جزایی

وقتی عملی جزایی محسوب می‌شود، ضمانت‌های اجرایی که اعمال می‌شوند ممکن است شامل حبس، دیگر ضمانت‌های مجازات‌های مختلف غیرپولی، جریمه‌ها و ضمانت‌های اجتماعی مربوط به معرفی شدن به‌عنوان یک جنایت‌کار شوند.

الف) حبس و اعمال دیگر محدودیت‌ها بر آزادی: حبس ضمانت‌های اجرایی است که همانند برخی دیگر از محدودیت‌ها بر آزادی از قبیل محبوس کردن در خانه و تردد تضمین شده به‌وسیله کنترل الکترونیکی، آزادی به قید التزام، یا شرط خدمت اجتماعی منحصر به حقوق جزاست.^۱ چنین ضمانت‌های اجرایی نوعاً برای اعمالی که در زمینه قانونی جرم قرار دارند و گاهی اوقات برای طبقه دوم اعمال وضع می‌شوند، اما معمولاً برای جرائمی که در دسته سوم قرار می‌گیرند وضع نمی‌شوند.

ب) دیگر مجازات‌های غیرپولی: علاوه بر محدودیت‌ها بر آزادی، ضمانت‌های اجرایی از قبیل شلاق، قطع عضو، تبعید و مجازات مرگ وجود دارند. امروزه اعمال برخی از این مجازات‌ها در بسیاری از کشورهای غربی محدود شده یا اصلاً وجود ندارد اما در گذشته آنها اهمیت داشته‌اند و در حال حاضر نیز در بسیاری از نواحی دنیا تا حدی و اصولاً برای اعمالی که در ناحیه مهم جرم قرار می‌گیرند اعمال می‌شوند.^۲ یک شکل دیگر ضمانت اجرای غیرپولی مجازاتی است که مقدمتاً به‌منظور شرم‌انده کردن یا تحقیر کردن به‌کار می‌رود؛ نمونه‌های تاریخی عبارت‌اند از استفاده از کند و زنجیر و قاپوق و گرداندن مجرم در جامعه که امروزه ما به‌جای چنین رویه‌هایی شاهد انتشار نام یک بزه‌کار در یک روزنامه یا الزام او به نصب یک علامت روی اموالش یا یک علامت روی سپر اتومبیلش هستیم.^۳

۱. به‌هرحال امکان بستری کردن افرادی که دیوانه تشخیص داده می‌شوند در بیمارستان وجود دارد. این مشابه حبس در زندان است و نتیجه برخی اعمال یا رفتارها عبارت از محدودیت بر رفتار ازسوی دولت است.

۲. به‌عنوان مثال در برخی کشورهای تحت حکومت قانون اسلامی، شلاق یا سنگسار ممکن است به‌عنوان مجازات برای آمیزش جنسی غیرقانونی صورت گیرد، و ممکن است قطع عضو به‌عنوان مجازات برای سرقت صورت گیرد. به فوریت ۱۹۸۳ مراجعه کنید.

۳. درباره قاپوق، رجوع کنید به بیتای ۱۹۸۶، ۴۶۸-۴۶۴ و در مورد تحقیر امروزی مثلاً به هافمن ۱۹۹۷ رجوع کنید.

ج) **جریمه‌های پولی:** اعمال جزایی ممکن است به جریمه‌های جزایی نیز منجر شوند. جریمه‌ها گاهی برای اعمالی که در ناحیه مرکزی جرم قرار می‌گیرند وضع می‌شوند اما معمولاً تنها ضمانت اجرا برای آن اعمال نیستند، درحالی که ممکن است تنها ضمانت اجرا برای اعمال دسته دوم باشند و غالباً تنها ضمانت اجرا برای اعمال دسته سوم هستند.

جریمه‌های جزایی با ضمانت اجرای مدنی مثل احکام شبه‌جرم و جریمه‌های مدنی از دو جنبه تفاوت دارند که آنها را معمولاً مؤثرتر می‌سازد. اول اینکه، اشخاص عموماً نمی‌توانند در مقابل جریمه‌های جزایی بیمه مسئولیت بخرند در جایی که می‌توانند و معمولاً پوشش در مقابل ضمانت اجرای مدنی خریداری می‌کنند.^۱ دوم اینکه اشخاص نمی‌توانند جریمه‌های جزایی را همچون هزینه‌های تجاری کم کنند و در نتیجه مالیات بر درآمدشان را بر آن اساس کاهش دهند.^۲

د) **نشان‌دار کردن و جریمه‌های مربوط به شهرت:** وقتی یک فرد به یک جرم جزایی محکوم می‌شود، اغلب به‌عنوان یک جنایت‌کار مشخص می‌شود. هرچند گاهی یک جانی محکوم شده ممکن است گذشته‌اش را پنهان کند و مشخص کردن آن برای دیگران دشوار باشد، گاهی تلاش‌هایی برای نشان‌دار کردن افراد با سوابق جزایی صورت گرفته است. در گذشته دور نشان‌دار کردن، علاوه‌بر طرق دیگر با داغ کردن افراد انجام می‌شد.^۳ اثرات نشان‌دار کردن عبارت‌اند از شرمندگی و تحقیر و نیز یک ضمانت اجرای پولی ضمنی تاحدی که نشان‌دار کردن شامل توانایی کسب درآمد شخص می‌شود.^۴

۱. برای مثال به جرمی ۱۹۹۶، ۴۱۳-۴۰۰ رجوع کنید.

۲. قانون درآمد داخلی، قسمت ۱۶۲ (و).

۳. برای مثال به بیکر ۲۰۰۲، ۵۱۵ رجوع کنید.

۴. گاهی ملاحظه می‌شود که لطمه وارده بر آبرو در اثر نشان‌دار شدن به‌عنوان یک جنایت‌کار همچنان که طبقه اعمال جزایی توسعه می‌یابد تا شامل اعمالی که خیلی بد تلقی نمی‌شوند گردد، کاهش می‌یابد. توجه کنید که این دیدگاه بر این فرض مبتنی است که شخصی که به‌عنوان یک جنایت‌کار شناسانده می‌شود ارتکاب عملی، شاید که عمل متوسط، در دسته عمومی اعمال جزایی تلقی می‌گردد. اگر، برعکس، ماهیت ویژه تخلف یک جنایت‌کار مشخص گردد، خواه تجاوز باشد یا فرار از مالیات بر درآمد، به‌عنوان مثال، زیان آبرویی او با آنچه او انجام داده است تعیین می‌گردد و عرض طبقه اعمال جزایی موجب کاهش زیان آبرویی مربوط به ارتکاب این عمل یا عمل جزایی نمی‌شود.

۵-۵-۲ شرح حقوق جزا

۵-۵-۲-۱ سؤالی که مطرح می‌شود

با توصیف حقوق جزا این سؤال مطرح می‌شود که چرا حقوق جزا وجود دارد؟ یعنی چرا جامعه باید یک‌سری اعمال خاص را به‌عنوان اعمالی که تحت عنوان خاصی، قرار می‌گیرند تعیین کند و سپس از حبس و دیگر ضمانت اجراها به‌عنوان مجازات برای ارتکاب این اعمال استفاده کند؟

۵-۵-۲-۲ پاسخ به‌طور اجمال

پاسخ در اصل ساده است: جامعه نیازمند حقوق جزاست تا رفتار خاصی را که به‌نحو دیگری نمی‌توان به‌قدر کافی کنترل کرد، محدود سازد. به‌ویژه، من نشان خواهم داد که اعمال ناحیه مرکزی جرم - اعمالی با هدف انجام آسیب قابل توجه را نمی‌توان به‌طور متناسبی با تهدید ضمانت اجرای پولی کاهش داد، در نتیجه ضمانت اجرای اضافی حبس (یا دیگر مجازات‌های شدید) به‌عنوان یک بازدارنده، به همراه راه‌های جلوگیری از ارتکاب آتی اعمال نامطلوب به‌وسیله ناتوان‌سازی از نظر اجتماعی مطلوب می‌شوند. من تلاش خواهم کرد همان‌گونه که ذکر شد توضیح دهم که اعمال دو ناحیه دیگر جرم - اعمال مخفی شده و اعمال اضافی خاص - لازم است جزایی محسوب شوند تا به‌طور مناسبی از آنها جلوگیری شود. در پایان این قسمت درخصوص رابطه این رساله با این ادعا که حقوق جزا برای مجازات اعمال با کیفیات بداخلاقی است توضیح خواهم داد.

۵-۵-۲-۳ اعمالی که در دسته جرائم عمده قرار می‌گیرند به‌قدر کفایت به‌وسیله

ضمانت اجرای پولی صرف بازداشت‌نمی‌شوند

فرضیه تحت بررسی این است که اعمالی که در دسته جرائم عمده قرار می‌گیرند - یعنی، تجاوز، قتل، سرقت، راهزنی - و دیگر اعمالی که به‌طور مرسوم با حبس مجازات می‌شوند، اگر فقط با ضمانت اجرای پولی مجازات شوند، به‌قدر کافی بازداشت‌نمی‌شوند. به این منظور، عوامل مورد اشاره در قسمت ۵-۲-۳-۲ را که بر نیاز به ضمانت اجرای غیرپولی تأثیر دارد در نظر بگیرید.

الف) میزان دارایی‌ها: آمار نشان می‌دهند افرادی که مرتکب جرم می‌شوند دارایی کمی دارند.^۱ این تداعی غیرمنتظره نیست، زیرا کسانی که دارایی کمی دارند دلیل بیشتری برای ارتکاب جرائم با انگیزه اقتصادی از قبیل دزدی دارند و دارایی کم با ویژگی‌های کلی بستگی دارد که با جنایت‌کاری مرتبطاند از جمله آموزش زیر سطح استاندارد، سوءاستفاده از دارو و الکل و بیگانگی اجتماعی. تاحدی که مرتکبین جرائم میزان کمی دارایی دارند، استفاده از ضمانت اجرای پولی به تنهایی احتمالاً بازدارنده مؤثری در مقابل جرم نخواهد بود چون متخلفان قادر به پرداخت ضمانت اجرای لازم برای حصول بازدارندگی نیستند.

ب) احتمال فرار از ضمانت اجراها: احتمال فرار از ضمانت اجرای جرم قابل توجه است؛ به‌عنوان مثال، طبق اطلاعات اخیر، میزان زندانی کردن برای دستبرد-سرقت گزارش شده در حدود ۸ درصد، برای تجاوز گزارش شده در حدود ۲۵ درصد و برای قتل فقط تقریباً ۴۲ درصد است.^۲ این اعمال غالباً به طریقی ازسوی افراد طراحی و اجرا می‌شوند که به آنها کمک می‌کند از شناسایی یا دستگیری اجتناب ورزند و لذا از ضمانت اجراها فرار کنند.^۳ تاحدی که مرتکبین جرم می‌توانند از مجازات فرار کنند، ضمانت اجرای پولی لازم برای بازدارندگی افزایش می‌یابد و به همراه آنها این احتمال که این ضمانت اجراها از دارایی متخلفان فراتر روند و در بازدارندگی آنها موفق نباشند افزایش می‌یابد.

۱. به‌ویژه، جمعیت زندانی متشکل از مردمی است که درآمد بسیار کمی پیش از دستگیری دارند. به‌عنوان مثال، مجله وزارت دادگستری ایالات متحده ۱۹۸۸، ۳۵ گزارش می‌کند که میانگین زندانیان پیش از ورود به زندان در سطح فقر بوده‌اند.

۲. برای دستبرد یا سرقت، بخش موارد گزارش شده منتهی به دستگیری و پیگرد قضایی در حدود ۱۹ درصد است که در حدود ۷۱ درصد از آنها منتهی به محکومیت می‌شوند و در حدود ۶۳ درصد منجر به زندانی کردن می‌شوند و متضمن این معناست که تناوب زندانی کردن حدود ۸ درصد است؛ به مجله وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ ب، ۳۸۳، ۴۵۸، ۴۶۳ رجوع کنید. آمار مربوطه برای تجاوز ۴۹ درصد، ۶۳ درصد و ۷۹ درصد هستند برای قتل ۶۹ درصد، ۶۴ درصد و ۹۵ درصد؛ به همان منبع و صفحات رجوع کنید. توجه داشته باشید که چون اکثر جرائم (به غیر از احتمالاً قتل) کمتر گزارش می‌شوند. نرخ‌های واقعی زندانی کردن برای دستبرد یا سرقت و تجاوز باید درواقع کمتر از اعداد محاسبه شده در اینجا باشد. به‌عنوان مثال، احتمال اینکه تجاوز گزارش نشود در حدود ۴۸ درصد برآورد می‌شود؛ به مجله وزارت دادگستری ایالات متحده ۲۰۰۱ ب، ۱۸۹، ۳۸۳ رجوع کنید. بر این اساس، احتمال زندانی کردن برای تجاوز نه ۲۵ درصد که تقریباً ۱۳ درصد خواهد بود.

۳. متقابلاً، شبه‌جرم نوعی ناشی از یک حادثه (همان‌گونه که کلمه حادثه نشان می‌دهد) در یک زمان و مکان غیرقابل پیش‌بینی واقع می‌شود و لذا فقط به‌طور اتفاقی شخص مسئول می‌تواند از شناخته شدن اجتناب کند.

ج) میزان منافع خصوصی: آنهایی که مقادیر قابل توجهی سرقت می‌کنند، آنهایی که قتل می‌کنند و آنهایی که تجاوز می‌کنند مرتکب اعمالی می‌شوند که برای آنها دارای منافع خصوصی بسیار مهم هستند. این عامل ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی را افزایش و توانایی بازدارندگی ضمانت اجراهای پولی صرف را کاهش می‌دهد.^۱

د) آسیب مورد انتظار اعمال: آسیب مورد انتظار ایجاد شده به وسیله اعمال مجرمانه ظاهراً حائز اهمیت است. اول به این دلیل که وسعت واقعی آسیب ناشی از اعمال مورد بحث، بالا هستند (قطعاً این به عنوان مثال وقتی شخصی به قتل می‌رسد یا مورد تجاوز قرار می‌گیرد صحت دارد). دوم اینکه، احتمال آسیب از این اعمال عموماً بالاست.^۲ این به عنوان موضوع مورد ملاحظه درباره اعمال جزایی آشکار است (وقتی شخصی شروع به سرقت یا قتل می‌کند اغلب قصد موفقیت دارد) و همچنین چیزی است که از ویژگی معمولاً عمدی اعمال جزایی و همراه بودن آنها با آسیب پیش‌بینی شده بر اثر ناشی می‌شود. اگر به این دو دلیل، آسیب مورد انتظار ایجاد شده توسط اعمال عمده جزایی بالا باشد، بازدارندگی از این اعمال از بقیه مهم‌تر است.^۳ لذا، تمایل جامعه برای تقبل هزینه اعمال حبس به عنوان ضمانت اجرایی به منظور توسعه بازدارندگی باید برای اعمال عمده جزایی از دیگر اعمال بیشتر باشد.

۱. در زمینه شبه جرم نوعی وضعیت متفاوت است. در آن، منفعت خصوصی که یک عامل معمولاً از انجام عمل به طور نامناسب به دست می‌آورد فقط اجتناب از هزینه اقدام احتیاطی است، مثل صرفه‌جویی در تلاش برای برداشتن کهنه‌های نفتی که می‌تواند باعث آتش‌سوزی شود. چنین چیزی مستلزم جریمه بسیار کوچک‌تری برای ترغیب یک شخص به صرف‌نظر کردن از این گونه منفعت است نسبت به ترغیب یک شخص برای صرف‌نظر کردن از احتمال منافع از اکثر جرائم.

۲. به علاوه، اعمال گاهی جزایی به حساب می‌آیند چون احتمال بسیار بالای آسیب را به وجود می‌آورند (ولو اینکه آسیب مورد خواست عامل نیست). فرض کنید که شخصی عامدانه یک سیم برق را در جایی که بچه‌ها در حال بازی هستند رها می‌کند و بچه‌ای با برق کشته می‌شود؛ این ممکن است به خاطر اهمال جزایی قتل غیرعمد محسوب شود. برای مثال به لافاو ۲۰۰۰، ۲۴۶-۲۷۵، ۷۲۸-۷۲۱ رجوع کنید.

۳. آسیب مورد انتظار مربوط به اعمال اهمال‌کارانه که منتج به شبه جرم می‌شوند ظاهراً کمتر از آنچه که به وسیله اعمال جزایی ایجاد می‌شود است. وسعت آسیب ایجاد شده به وسیله اهمال ممکن است به زیادی آسیب ایجاد شده توسط یک عمل جزایی باشد. به عنوان مثال یک شبه جرم ممکن است منجر به مرگ یک شخص شود. اما احتمال آسیب ناشی از اعمال اهمال‌کارانه ظاهراً بسیار کمتر از احتمال آسیب ناشی از اعمال جزایی است (احتمال مرگ از رانندگی اهمال‌کارانه را با احتمال مرگ از تیراندازی به سوی کسی مقایسه کنید).

ه) مثال: قتل: جرم قتل را در نظر بگیرید و بپرسید که آیا با توجه به آنچه گفته شد قتل را می‌توان به‌خوبی از طریق استفاده از ضمانت اجراهای پولی صرف کنترل کرد؟ به‌نظر می‌رسد که خیر. به‌عنوان مثال حتی سطح میانگین ثروت افراد زیر سن سی‌وپنج کمتر از ۹۰ هزار دلار است،^۱ در نتیجه ضمانت اجرای پولی میانگین برای افراد در این گروه در حدود $9000 \times 42\%$ یا ۳۷۸۰ دلار خواهد بود- به بند ب نگاه کنید. فرض این است که با در نظر داشتن فقط این مبلغ به‌عنوان جریمه نرخ قتل به‌سرعت بالا می‌رود؛ زیرا تعداد وضعیت‌هایی که در آن ارزش قتل برای یک قاتل بالقوه از ۳۷۸۰ دلار فراتر می‌رود زیاد است. بنابراین به‌خاطر آسیب اجتماعی ناشی از نرخ بسیار بالاتر قتل، به‌نظر می‌رسد اگر جامعه مصمم به اعمال فقط ضمانت اجراهای پولی برای کنترل قتل بوده، به‌سرعت معلوم می‌شد که تحمل هزینه‌های حبس به‌منظور کاهش نرخ قتل تا یک سطح قابل قبول تر منطقی خواهد بود.

۴-۲-۵ استفاده از مجازات حبس برای اعمالی که در دسته جرائم عمده قرار می‌گیرند بازدارندگی را افزایش می‌دهد

استفاده از مجازات حبس بازدارندگی اعمال جزایی عمده را از سطح ناکافی که از تهدید ضمانت اجراهای پولی صرف ناشی می‌شود افزایش می‌دهد. شخصی که دارایی‌هایش بسیار پایین‌تر از آن است که باعث بازدارندگی از سرقت، قتل یا خیانت شود ممکن است به‌وسیله تهدید مجازات حبس بازداشته شود. این افزایش بازدارندگی می‌تواند به‌خوبی استفاده از مجازات حبس را علی‌رغم هزینه‌های مربوط به وضع آن توجیه کند.

۵-۲-۵ اگرچه گاهی مجازات حبس در بازدارندگی جرائم عمده ناموفق است اما باعث ناتوان‌سازی افراد می‌شود

این غالباً حقیقت دارد که حتی استفاده از مجازات حبس برای بازدارندگی مردم از ارتکاب جرائم عمده کافی نیست؛ سطوح جرم به‌طور متمایزی مثبت و در برخی زمان‌ها

۱. به مجمل آماری ایالات متحده. ۲۰۰۱، ۴۴۷ رجوع کنید که مبلغ ۹ هزار دلار را به‌عنوان ارزش خالص میانگین خانواده‌هایی که تحت ریاست مردم جوان‌تر از ۳۵ سال قرار دارند معرفی می‌کند.

و بعضی مکان‌ها کاملاً بالا هستند.^۱ این تعجب‌آور نیست، احتمال دستگیری ممکن است کم باشد یا حداقل به نظر کم برسد و موجب شود که ضمانت اجرای مورد انتظار کمتر از منفعت باشد؛ به علاوه مردم ممکن است در سنجش منافع در مقابل ضمانت اجرای مورد انتظار دچار لغزش شوند. افرادی که علی‌رغم تهدید ضمانت اجراها مرتکب اعمال جزایی می‌شوند افرادی هستند که ممکن است جامعه بخواهد آنها را ناتوان سازد. این عامل بر جاذبه مجازات حبس می‌افزاید.

۶-۲-۵-۵ انواع دیگر اعمال جزایی - دسته‌های (ب) و (ج) - اگر به عنوان اعمال جزایی شناخته نشوند ممکن است به قدر کافی بازدارنده نشوند

بازدارندگی دسته (ب) یعنی اعمال جزایی که پنهان می‌شوند حتی اگر آسیب مهمی مورد نظر نبوده است، طبق تعریف نسبتاً دشوار است. راننده‌ای که تصادف می‌کند و می‌گریزد بازدارندگیش بسیار مشکل‌تر از راننده‌ای است که در صحنه می‌ماند؛ بازدارندگی کارخانه‌ای که آلوده می‌کند و سپس تلاش می‌کند با از بین بردن مدرک از مسئولیت بگریزد بسیار دشوارتر از بازدارندگی کارخانه‌ای است که آلوده می‌کند و عملش را مخفی نمی‌سازد. از این رو، ضمانت اجرای بالاتر و احتمالاً حبس، وقتی پنهان‌سازی صورت می‌گیرد مورد استفاده واقع می‌شوند. به علاوه حتی اگر حبس قابل توجیه نباشد، شناسایی این اعمال به عنوان اعمال جزایی ممکن است مطلوب باشد چون به خاطر ضمانت اجرای اجتماعی مربوط بازدارندگی را افزایش می‌دهد و وضع جریمه‌های جزایی ممکن است مفید باشد چون آن نیز نسبت به ضمانت اجرای مدنی باعث افزایش بازدارندگی می‌شود (به قسمت ۲-۱-۵-۵ رجوع کنید).

۱. به عنوان مثال، در سال ۲۰۰۰، سرقت شهری (همهٔ نرخ‌ها در این پاورقی به ازای ۱۰۰ هزار جمعیت می‌باشند) ۶۲۱ مورد در واشنگتن دی‌سی و ۲۲۴ مورد در ایالت نیویورک در مقایسه با ۵۲ مورد در آیوا و ۲۷ مورد در ورمونت بود؛ نرخ جرم خشونت‌آمیز شهری ۱۵۰۸ در واشنگتن دی‌سی و ۸۳۱ در فلوریدا در مقایسه با ۱۰۷ در داکوتای شمالی و ۱۸۰ در نیوهمپشایر بود؛ به مورگان و مورگان ۲۰۰۲، ۴۰۷، ۴۲۵ رجوع کنید. مثال دیگر اینکه، در سال ۱۹۷۷، نرخ قتل در واشنگتن دی‌سی ۵۷ و ۴۳ در پرتوریا، آفریقای جنوبی در مقایسه با حدود دو مورد در اسلو و لیسبن و لندن بود؛ به مقایسه‌های بین‌المللی آمار عدالت جزایی، ۱۹۹۹ (می ۲۰۰۱).
www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/hosb601.pdf، جدول ۲-۱ رجوع کنید.

در ارتباط با دسته (ج) یعنی باقی مانده اعمال جزایی به نظر می‌رسد که همانند دسته (ب)، احتمال ضمانت اجراها اغلب پایین است. جرم فروش مشروب به خردسالان را در نظر بگیرید. احتمال ضمانت اجراها برای این عمل ممکن است پایین باشد، نه لزوماً به خاطر پنهان سازی فعال از سوی متخلفان، بلکه بیشتر به خاطر دشواری تعیین زمان وقوع تخلف (یک مجموعه ممکن است به یک خردسال مشروب بفروشد و متوجه آن نشود). به نظر می‌رسد اعمال دسته (ج) غالباً ویژگی‌هایی دارند که احتمال وضع ضمانت اجرا برای آنها به طور قابل توجهی کمتر از ۱۰۰ درصد است. اگرچه این اعمال یا فی‌نفسه زیان‌آور هستند یا احتمال دارد منتهی به آسیب شوند. اینکه آیا فقط ضمانت اجرای پولی یا ضمانت اجرای غیرپولی در مورد دسته (ج) مورد استفاده قرار خواهند گرفت به عوامل دیگری که قبلاً به طور کلی بحث شد بستگی دارد.

۷-۲-۵ تفسیر متفاوتی برای حقوق جزا - براساس کیفیت اخلاقی اعمال - در مقابل

تفسیر کاربردی فعلی

شاید تفسیر عمده دیگر برای حقوق جزا این باشد که جامعه را قادر می‌سازد تا اعمالی را که به‌ویژه از نظر اخلاقی زشت محسوب می‌شوند مشخص و به طریقی خاص مجازات کند. من در اینجا سعی نخواهم کرد کیفیت اخلاقی یک عمل را تعریف کنم بلکه به بصیرت خواننده به عنوان راهنما اعتماد خواهم کرد و مختصراً نشان خواهم داد که ویژگی اخلاقی اعمال به عنوان یک ملاک تفسیر یگانه از حقوق جزا ناخشنودکننده است و پایین‌تر از تفسیر کاربردی که در اینجا مطرح شد قرار می‌گیرد (اگرچه تفسیر واقعی حقوق جزا بدون شک واحد نیست).

الف) نظریه اخلاقی حقوق جزا نمی‌تواند توضیح دهد که چرا برخی اعمال جزایی از نظر اخلاقی کمتر از برخی اعمال غیرجزایی بد هستند: سرقت غذایی به ارزش ۱۰۰ دلار از یک سوپرمارکت از سوی یک شخص گرسنه، یا جرم یک متصدی بار در فروش غیرعامدانه مشروب به یک خردسال را مقایسه کنید با شبه‌جرمی از قبیل خودداری مأمور یک شرکت از اعلام خطرات محاسبه شده یک محصول که منجر به مرگ و میر افراد متعدد می‌شود. چنین مقایسه‌هایی برای تفسیر نظری - اخلاقی حقوق جزا مشکل‌ساز

می‌شود. اما مشکل چنین مقایسه‌هایی به‌وسیله نظریه کاربردی رفع می‌شود که در آن، ضمانت اجرای حقوق جزا برای کنترل دزدی و ارائه مشروب به خردسالان لازم است اما عموماً برای کنترل شبه جرم‌های یک شرکت، از قبیل قصور در اخطار خطرات یک محصول لازم نیست (چون شرکت‌ها معمولاً دارایی‌هایی دارند که می‌توان آنها را صرفاً به‌وسیله ضمانت اجرای پولی یا مدنی از ارتکاب تخلف بازداشت).

ب) **نظریه اخلاقی در تفسیر ویژگی‌های مهم حقوق جزا ناتوان است:** نظریه اخلاقی برخی جنبه‌های مهم حقوق جزا را توضیح نمی‌دهد در حالی که نظریه کاربردی آنها را توضیح می‌دهد. در نظر بگیرید که تحت حقوق جزا، یک سوءقصد، مثل تیراندازی به‌سوی کسی حتی اگر تیر شلیک شده به خطا رفته باشد نیز مجازات می‌شود. بر نظریه پرداز اخلاقی لازم است تا بگوید که چرا چنین سوءقصدی ولو اینکه منتج به آسیب نمی‌شوند باید مجازات شوند، در حالی که به موجب قانون مسئولیت مدنی، یک عمل غیرقانونی بسیار خطرناک مثل رها کردن سهوی یک سیم برق در یک زمین بازی، اگر منتج به آسیب نشود مجازات نخواهد شد. همان‌گونه که در قسمت ۲-۴-۵-۵ توضیح خواهم داد، یک تفسیر کاربردی برای این تفاوت بین حقوق جزا و قانون مسئولیت مدنی وجود دارد (براساس نیاز به توسعه بازدارندگی اعمال جزایی، به‌وسیله مجازات اعمال خطرناکی که منتج به آسیب نمی‌شوند). اکنون در نظر بگیرید که یک جنبه اصلی حقوق جزا این است که یک قربانی و یک متجاوز مجاز نیستند اختلافاتشان را به‌طور خصوصی حل‌وفصل کنند، در حالی که در اختلافات مدنی، حل‌وفصل خصوصی مجاز است و درواقع تشویق می‌شود. اینکه چرا این اختلاف باید وجود داشته باشد براساس مبانی اخلاقی روشن نیست، در حالی که یک تفسیر کاربردی صریح برای آن در قسمت ۱۲-۴-۵-۵ ارائه خواهد شد (با توجه به کاهش بازدارندگی که مصالحه در زمینه جزایی به‌وجود می‌آورد).

ج) **نظریه اخلاقی به این واقعیت اشاره نمی‌کند که بسیاری از جرائم امروزی، در گذشته به‌وسیله جریمه‌ها یا معادل آنها مجازات می‌شدند و شبه جرم و حقوق جزا متمایز نبودند:** از نظر تاریخی، شبه جرم و حقوق جزا جدا از هم نبوده‌اند، بلکه جریمه‌های معین شده بر حسب ثروت (به پول یا کالا) که اغلب طبق یک برنامه به قربانی پرداخت می‌شد، برای اعمال نامطلوب در نظر گرفته می‌شدند و برای اعمالی مثل قتل و تجاوز که امروزه جزایی

محسوب می‌شوند مجازات حبس مورد استفاده قرار نمی‌گرفت.^۱ اینکه جوامع مدت مدیدی جرم را از شبه‌جرم به‌طور رسمی تفکیک نمی‌کردند نیازمند توضیح است؛ اما نظریه اخلاقی برای این توضیح امکانات روشنی ارائه نمی‌کند. و فرض ما نیز این است که برداشت‌های اساسی دربارهٔ اینکه چه اعمالی به‌طور ویژه بد هستند در گذشته مشابه امروز بودند. هرچند نظریه کاربردی تفسیرهای قابل قبولی برای اینکه چرا در گذشته یک نظام مبتنی بر ضمانت اجرای پولی به‌طور معقولی می‌توانست به‌خوبی کار کند تا از آنچه ما امروزه جرم می‌نامیم جلوگیری به‌عمل آید، ارائه می‌کند. یک تصور این است که احتمال فرار از مجازات برای اعمال بد در گذشته بسیار کمتر از جامعهٔ امروزی بود و در نتیجه وسعت جریمه‌های پولی لازم برای بازدارندگی ممکن بود کمتر باشد. فرضیهٔ دیگر این است که چون جریمه‌های پولی غالباً بر گروه‌های خویشاوندی که توانایی پرداخت داشتند تحمیل می‌شد (و می‌توانست بر متجاوز خاص اعمال فشار کند)، شاید مشکل متجاوز مصون از حکم که من به‌عنوان توضیح عمدهٔ نیاز به حقوق جزا مورد تأکید قرار داده‌ام، ممکن است در آن موقع چندان شدید نبوده است. به‌علاوه، فرض می‌شود که ضمانت اجرای اجتماعی غیررسمی با اثر بیشتری نسبت به جامعهٔ امروزی اجرا می‌شد که نیاز به ضمانت اجرای جزایی را کاهش می‌داد. به‌علاوه تأسیس زندان‌ها در گذشته برای جامعه بسیار گران بوده، چون آنها عموماً چندان ثروتمند نبوده‌اند. ساخت و ادارهٔ زندان‌ها و خارج کردن افراد از مجموعهٔ نیروی کار احتمالاً برای اکثر جوامع در طول تاریخ یک بار اقتصادی غیرقابل تصور بوده است. به‌طور خلاصه، نیاز کمتر اجتماعی به توسعهٔ یک حقوق جزای جداگانه و نیز هزینهٔ نسبتاً بالای تأسیس یک نظام زندان، احتمالاً به‌نحوی بوده که از نظر اجتماعی ایجاب می‌کرد بین شبه‌جرم و حقوق جزایی که ما می‌شناسیم تمایزی قائل نشوند.^۲

۱. برای مثال رجوع کنید به برمان ۱۹۸۳، ۵۶-۵۳، و پولاک و میتلند ۱۹۱۱، ۲، ۴۶۲-۴۴۹. پرداخت‌ها ظاهراً اغلب به‌وسیلهٔ قصاص متخلفی که از پرداخت امتناع می‌کرد یا با یاغی خواندن او تضمین می‌شدند؛ به‌عنوان مثال، به قسمت ذکر شده در پولاک و میتلند ۱۹۱۱ رجوع کنید.

۲. واضح‌تر بگویم من ادعا نمی‌کنم که مثلاً در گذشته یک قتل تصادفی مشابه قتل عمد تلقی می‌شد؛ من فرض می‌کنم که این دو عمل کاملاً متفاوت محسوب می‌شده‌اند (به‌عنوان مثال، همان‌گونه که پولاک و میتلند ۱۹۱۱، ۲، ۴۵۲-۴۵۰ نشان می‌دهد یک قاتل اختیار داشته که در مقابل مرگ مقتول به‌جای آنکه او را قصاص کنند یا یاغی بخوانند، اگر خویشاوند درخواست می‌کرد، پول بپردازد ممکن است گاهی به ماهیت قتل بستگی داشته است).^۳

اگرچه به‌طور کاملاً نظری، این روش استدلال توانایی نظریه کاربردی را برای تفسیر اینکه چرا حقوق جزا و قانون مسئولیت مدنی در گذشته جدا از هم نبودند نشان می‌دهد. (د) نتیجه‌گیری: تفسیر نظری - اخلاقی برای حقوق جزا ظاهراً پایین‌تر از تفسیر کاربردی قرار می‌گیرد. هرچند به‌سختی می‌توان انکار کرد که یک تجانس کلی بین اعمال جزایی و اعمال زشت از نظر اخلاقی وجود دارد، یا به‌سختی می‌توان از این نکته چشم‌پوشی کرد که روابط مهمی بین حقوق جزا و نظام اخلاقی ما وجود دارد (به بخش‌های ۱-۷ و ۲-۷ مراجعه کنید).

۳-۵-۵ بررسی مجدد استفاده مطلوب از مجازات حبس

با تلاش برای توضیح اینکه چرا حقوق جزا وجود دارد و چرا قلمرو اعمال جزایی چیزی است که وجود دارد، قصد دارم مجدداً ماهیت استفاده مطلوب از ضمانت اجرای حبس را به‌طور نظری از دیدگاه بازدارندگی و نیز ناتوان‌سازی بررسی کنم. این موضوع در قسمت بعد که نظریات مهم حقوق جزا را بررسی می‌کنم مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱-۳-۵-۵ بازدارندگی مطلوب و مجازات حبس

نکته مطرح در بخش ۲-۵ این بود که مجازات حبس، که تحمیل آن گران تمام می‌شود، باید اعمال شود تا با هزینه کم به بازدارندگی دست یابد. این دلالت دارد بر اینکه ضمانت اجرای مطلوب اجتماعی برای یک عمل آن است که برای بازدارندگی اکثر افرادی که قصد ارتکاب عمل را دارند کافی باشد؛ لذا ضمانت اجرا باید به‌نحوی باشد که ضمانت اجرای مورد انتظار بر منافع مورد انتظار اغلب متخلفان بالقوه از انجام عمل غلبه کند (یک ضمانت اجرای بالاتر، برای بازدارندگی اکثر افراد در گروه لازم نیست، اما برخی در گروه ممکن است بازداشته نشوند و مرتکب عمل گردند؛ وضع یک ضمانت اجرای بالاتر برای آنها، به‌معنای این است که جامعه هزینه بیشتری را تحمل خواهد کرد). دلالت‌های دیگر درباره استفاده مطلوب از مجازات حبس برای جلوگیری از اعمال نامطلوب اجتماعی به‌شرح ذیل هستند:

(الف) هرقدر احتمال یا وسعت آسیب ناشی از عمل بیشتر باشد. ضمانت اجرا نیز باید

→ آنچه من تصدیق می‌کنم این است که هیچ نیاز قابل مقایسه با نیاز ما برای یک روش قانونی کاملاً متمایز شبه‌جرم و جرائم وجود نداشت. تأسیس حقوق جزا محصول زمان ماست نه یک جنبه ذاتی نظام حقوقی.

بالا تر باشد زیرا هرچه آسیب مورد انتظار بیشتر باشد افزایش بازدارندگی، علی‌رغم هزینه اجتماعی بالاتر استفاده از ضمانت اجراها از نظر اجتماعی، ارزش بیشتری خواهد داشت. (ب) هر قدر که منفعت خصوصی که عامل کسب می‌کند بیشتر باشد، ضمانت اجرا نیز باید بالاتر باشد تا زمانی که منفعت ظاهراً در محدوده‌ای قرار گیرد که اجازه امکان بازدارندگی را بدهد. وضع بدین‌منوال است چون ضمانت اجرا باید برای بازدارندگی به اندازه کافی بالا باشد.

(ج) اگر بازدارندگی عاملان غیرممکن به نظر آید، ضمانت اجرا باید صفر یا بسیار کم باشد. (د) هر قدر احتمال دستگیری عامل کمتر باشد به شرط آنکه امکان بازدارندگی وجود داشته باشد، ضمانت اجرا نیز باید بالاتر باشد. وضع بدین‌منوال است چون به‌منظور ایجاد یک ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی، چنانچه احتمال تحمیل آن نزول کند، ضمانت اجرای واقعی باید افزایش یابد.

۲-۳-۵ ناتوان‌سازی مطلوب و مجازات حبس

نکته مورد تأکید در خصوص ناتوان‌سازی در فصل ۴-۵ این بود که شخصی که دستگیر می‌شود باید زندانی گردد تا زمانی که بر اثر ناتوان‌سازی ناشی از حبس، آسیب مورد انتظار در صورت آزادی وی که قبلاً فراتر از هزینه مجازات حبس در آن دوره بود به میزان کمتر از هزینه حبس تنزل کند. این متضمن آن است که ویژگی عمل ارتكابی یک شخص با اطلاعاتی که درباره گرایش آتی شخص به وارد کردن آسیب می‌توان ارائه کرد، مرتبط است. اگر زیان‌آوری اعمالی که یک شخص مرتکب می‌شود از مضر بودن آتی شخص خبر دهند، آنگاه در صورتی که عمل ارتكابی به‌طور جدی از آستانه فراتر رود باید او را زندانی کرد. توجه داشته باشید که از دیدگاه ناتوان‌سازی، احتمال دستگیری ارتباطی به ضمانت اجرای مطلوب ندارد. همچنین قابلیت بازدارندگی عامل نیز بی‌ارتباط است؛ اگر کسی را نتوان بازداشت و خطرناکی آتی او به قدر کافی بالا باشد باید کماکان در زندان بماند.

۴-۵-۵ اصول حقوق جزا

در این بخش، اصول و دکترین‌های حقوق جزا را به‌طور کامل مورد بحث قرار خواهم داد و آنها را در پرتو نظریه راجع به بازدارندگی مطلوب و ناتوان‌سازی مطلوب مختصراً بررسی

خواهم کرد. اصول و دکترین‌های عمده مورد توجه عبارت خواهند بود از قصد، شروع جرم، سببیت و دفاع‌های مختلف در برابر مسئولیت کیفری.

۱-۴-۵-۵ قصد

یک جنبه کانونی حقوق جزا تأکیدی است که بر قصد دارد. برای تجزیه و تحلیل قصد، بهتر است با تعریف‌های مختلف شروع کنیم. اجازه دهید فرض کنیم که یک شخص نتیجه‌ای را که به طور مستقیم یا غیرمستقیم مطلوبیتش را افزایش دهد دنبال می‌کند.^۱ همچنین اجازه دهید فرض کنیم که یک شخص دارای قصد است اگر نتیجه را بخواهد و به نحوی عمل کند که معتقد است احتمال حصول نتیجه را افزایش می‌دهد.^۲ این تعریف قصد ظاهراً با معنی معمولی‌اش موافق است.^۳ طبق تعریف، ما می‌توانیم بگوییم که X قصد دارد که Y بمیرد اگر او مرگ Y را بخواهد و به Y تیراندازی کند و او را بکشد. هرچند اگر X به Y تیراندازی کند اما در عوض Z را مورد اصابت قرار دهد که مرگش را نمی‌خواسته است ما نمی‌گوییم که او قصد کشتن Z را داشته است. همچنین ما نمی‌گوییم که X قصد کشتن Y را داشته است اگر X مرگ Y را بخواهد، با Q مشغول بازی گلف شود و Y اتفاقاً در یک حادثه اتومبیل کشته شود (چون بازی گلف X با Q احتمال مرگ Y را افزایش نداده است).

نقش قصد، در حقوق جزا، همان‌گونه که من این اصطلاح را تعریف کرده‌ام، ممکن است با بیان‌های گوناگون جمع‌بندی شود.^۴

اول، قصد انجام آسیب معمولاً یک عامل اصلی در تعیین مسئولیت و شدت مجازات است. دوم، اثر قصد بر مسئولیت و مجازات عموماً یکسان است خواه نتیجه زیان‌آور مقصود مستقیماً خواسته شده باشد خواه به طور غیرمستقیم؛ اینکه X به Y تیراندازی

۱. در زبان نظریه مطلوبیت، یک نتیجه مورد خواست است (الف) اگر نتیجه استدلالی تابع مطلوبیت شخص باشد و لذا مطلوبیتش را به طور مستقیم افزایش دهد یا (ب) اگر نتیجه منجر به افزایش مطلوبیت مورد انتظارش شود چون مرتبط یا وابسته است به تغییر در استدلال در تابع مطلوبیتش.

۲. اهمیت عقاید نادرست در ذیل آمده است. اکنون فرض می‌کنم که عقاید شخص درباره احتمال درست است.

۳. تعریف مرسوم قصد در حقوق جزا وسیع‌تر است: یک شخص «قصد» نتیجه‌ای را دارد حتی در جایی که او آن را نمی‌خواهد چنانچه او به نحوی رفتار کند که آن را بسیار محتمل سازد (تا اینکه فقط احتمال آن بیشتر شود).

۴. برای مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۲۴۱-۲۲۹ رجوع کنید.

کرده چون Y دشمن او بوده یا صرفاً به خاطر اینکه Y مانع رسیدن به یک ارثیه بوده است، معمولاً بر مجازات X به موجب قانون تأثیری ندارد.

سوم، اینکه یک نتیجه زیان‌آور متفاوت با نتیجه مورد نظر واقع می‌شود معمولاً بر رفتار قانونی با شخص تأثیری ندارد. وقتی X به‌سوی Y نشانه می‌رود اما در عوض به Z تیراندازی می‌کند، این قتل است، درست مثل اینکه X به‌سوی Z نشانه رفته است. این جنبه‌های توصیف‌کننده نقش قصد در حقوق جزا تقریباً با اهداف بازدارندگی سازگارند، چون قصد ظاهراً با عواملی مرتبط است که طبق نظریه، سطح ضمانت اجراها را افزایش می‌دهند.^۱

اول از همه، قصد قطعاً با احتمال آسیب مرتبط است، زیرا وقتی شخصی قصد ایجاد آسیبی را دارد طوری عمل می‌کند تا احتمال آسیب را افزایش دهد. این عامل به‌ویژه وقتی مهم است که مدرک مستقیم دادگاه درباره احتمال آسیب محدود است، چون دادگاه‌ها اغلب می‌توانند درباره احتمال آسیب از علم به خواسته‌های یک شخص استنتاج کنند. به‌عنوان مثال وقتی دادگاه دلایلی کمی درباره تیراندازی X به Y دارد اما می‌داند که X هدف کشتن Y را داشته است، ممکن است دادگاه استنتاج کند که X دقیقاً خون Y را ریخته است.^۲

دوم اینکه، قصد ممکن است با وسعت احتمالی آسیب مرتبط باشد، چون شخصی که یک نتیجه زیان‌بار را طلب می‌کند مستعد انجام خسارت بیش از آنچه می‌خواهد نیز هست.

۱. الیور وندل هولمز اولین نویسنده‌ای بود که سعی کرد ارتباطی بین قصد و عواملی که باید ضمانت اجرای متناسب برای بازدارندگی را افزایش دهند برقرار کند. بحث او بر ارتباط بین قصد و احتمال انجام آسیب متمرکز بود. نگاه کنید به هولمز [۱۸۸۱] ۱۹۶۳، ۵۶-۵۲.

۲. بسط این مثال با جزئیات بیشتر ارزش دارد. فرض کنید X و Y باهم در حال شکار هستند و X به Y شلیک می‌کند. اما X مدعی است که او به یک گوزن که بین او و Y می‌دویده شلیک نموده و Y را ندیده است. شاهدهی که در فاصله‌ای دورتر قرار داشته تأیید می‌کند که گوزنی در حال دویدن بین X و Y بوده است اما نمی‌تواند بگوید که آیا X متوجه Y شده یا به‌جای گوزن به‌طرف او نشانه رفته است. با داشتن فقط این علم خیلی ناقص درخصوص عمل X ، دادگاه ارزش زیادی برای اطلاعات درخصوص قصد X (مثلاً، دلیلی که او از مرگ Y سود می‌برد و قتل Y را در یک فرصت مناسب طراحی کرده است) یا عدم آن (مثلاً دلیلی که X از مرگ Y هیچ نفعی به‌دست نمی‌آورد) قائل است. بنابراین، علم به قصد X ممکن است ارزیابی دادگاه را از احتمال آسیب ناشی از عمل X تغییر دهد. هرچند اگر علم مستقیم دادگاه از عمل X کامل بود (مثلاً فرض کنید دادگاه نوار ویدئویی ضبط شده از رفتار او از نزدیک در اختیار داشت) برای ارزیابی احتمال آسیب نیازی به دانستن چیزی درباره قصد نبود. اما همان‌گونه که خواهیم دید دادگاه به دلایل دیگر کشف قصد را ارزشمند می‌داند.

احتمال زیادی دارد که X به یک نقطه حیاتی Y به جای دست یا پا شلیک کند اگر بخواهد به او آسیب برساند. قصد همچنین با منافع شخصی که اشخاص انتظار دارند از اعمالشان ناشی شود ارتباط دارد. طبق تعریف، مطلوبیت اشخاصی که قصد آسیب دارند با وقوع آسیب افزایش می‌یابد و همان‌طور که نشان داده شد، اگر قصد هم وجود داشته باشد. هم احتمال و هم وسعت چنین آسیب خواسته شده‌ای بالاتر خواهد بود لذا بازدارندگی اشخاصی که قصد انجام آسیب را دارند دشوارتر خواهد بود.^۱ نهایتاً، قصد ممکن است با احتمال فرار شخص از مجازات مرتبط باشد، چون شخصی که قصد ارتکاب یک عمل زیان‌آور را دارد احتمال بیشتری هست که زمان و مکان خاصی را برای ارتکاب عمل انتخاب کند تا از شناسایی و دستگیری اجتناب کند، یا بعداً اقداماتی بدان‌منظور به‌عمل آورد.^۲

این استدلال‌ها نشان می‌دهند که چرا قصد، اگرچه اصولاً یک عامل ذهنی است، طبق نظریه بازدارندگی بر مسئولیت و مجازات تأثیر دارد. به‌علاوه باید دانست این استدلال‌ها بستگی به این ندارند که آسیب مقصود مستقیماً مورد نظر بوده است یا غیرمستقیم، زیرا در هر دو صورت احتمال و وسعت آسیب، منافع شخصی مورد انتظار و احتمال فرار از ضمانت اجراها احتمالاً بالاتر از رفتار غیرارادی خواهد بود. به‌علاوه، این استدلال‌ها عمدتاً تحت تأثیر این نکته نیستند که نتیجه واقعی همان نتیجه مورد نظر بوده است یا خیر. بنابراین چنین به‌نظر می‌رسد چنین تمایزاتی معمولاً بر مجازات شخص اثر ندارند.

از نقطه‌نظر ناتوان‌سازی مطلوب، قصد تا جایی اهمیت دارد که اطلاعاتی درباره خطرناکی آتی یک شخص ارائه می‌کند. آیا شخصی که مرتکب عملی با قصد ایراد آسیب می‌گردد می‌خواهد در آینده خطرناک نیز باشد؟ پاسخ، به‌طور کلی مثبت به‌نظر می‌رسد؛ ما وقتی می‌فهمیم که فردی قصد ایجاد آسیب را داشته چیزی درباره شخصیت او استنتاج می‌کنیم و این ما را به‌سوی افزایش برآوردمان از احتمال آنکه وی در آینده

۱. اگر X قصد داشته باشد Y را به قتل برساند، بازداشتن او دشوار خواهد بود زیرا او Y را مرده می‌خواهد و تیراندازی به Y این نتیجه را محتمل می‌سازد. متقابلاً اگر X دوست واقعی Y باشد، بازدارندگی از یک تیراندازی سهوی یا بی‌دقت مستلزم ضمانت اجرای بسیار مهمی نیست (اگر اصلاً مستلزم ضمانت اجرا باشد).

۲. به‌رحال در بعضی موارد، عامل قصد می‌تواند احتمال ضمانت اجراها را افزایش دهد چون انگیزه‌های یک شخص شاید قابل کشف باشند و پلیس را به جست‌وجوی او هدایت کنند. اهمیت این ملاحظه به نوع جرم و مورد خاص بستگی دارد. به‌عنوان مثال، ممکن است در برخی موارد قتل، مهم باشد اما در اکثر موارد سرقت و راهزنی احتمالاً اهمیتی ندارد.

ایجاد آسیب خواهد کرد هدایت می‌کند. اما اهمیت این عامل به ویژگی‌های قضیه بستگی دارد. از یک‌سو، اگر شوهر X زن خویش را به‌منظور آزاد شدن برای ازدواج با معشوقه‌اش به قتل برساند و شرایط منتهی به این عمل قابل تکرار نباشند، قصد او فی‌نفسه به‌نظر نمی‌رسد در تخمین خطرناکی آتی ملاک چندان بااهمیتی باشد. ازسوی دیگر اگر Y که هرگز شغل تمام‌وقتی نداشته قصد انجام سرقت داشته باشد و این کار را انجام دهد، ما حدس می‌زنیم که رفتار عامدانه او بیانگر خطرناکی است، چون شرایطی که منجر به اقدامات او شده ممکن است در آینده نیز تکرار شود؛ او احتمال دارد در آینده پول بیشتری بخواهد و قادر به دزدی برای کسب آن باشد. درهرصورت، قصد، چیزی درباره شخصیت افراد به ما می‌گوید که به پیش‌بینی رفتار آینده مربوط است، اما آنچه به ما می‌گوید جزئی است. بنابراین ما می‌توانیم نتیجه‌گیری کنیم که قصد برای نیاز به ناتوان‌سازی لازم است اما به‌نظر نمی‌رسد بتوانیم اهمیت داده شده به قصد را با استناد به جاذبه ناتوان‌سازی توضیح دهیم. بررسی وضعیت‌هایی که در آن یک شخص علی‌رغم قصد انجام آسیب مسئول شناخته نمی‌شود، بر قصد در ارتباط با بازدارندگی و ناتوان‌سازی بیشتر پرتو می‌افکند.^۱ ممکن است شخصی قصد انجام آسیب داشته باشد اما از مسئولیت فرار کند چون شرایط باعث می‌شوند که عملش از نظر اجتماعی مطلوب تلقی گردد. به‌عنوان مثال، فردی که مجبور به انتخاب بین دو عمل زیان‌آور می‌شود، اگر عملی را که کمتر زیان‌آور است انتخاب کند. ممکن است با استناد به اضطرار بتواند از عمل خود دفاع کند. به‌علاوه، فردی ممکن است تحت اکراه عمل کند و از مسئولیت بگریزد؛ در اینجا بازدارندگی دشوار یا غیرممکن است و هیچ دلیلی برای ناتوان‌سازی وجود ندارد، بنابراین تحمیل ضمانت اجراها از نظر اجتماعی ارزش ندارد.

متقابلاً، گاهی افراد علی‌رغم فقدان قصد انجام آسیب مجازات می‌شوند. وقتی فردی یک نتیجه زیان‌آور را نمی‌خواهد اما به‌نحوی عمل می‌کند که احتمال آسیب جدی وجود دارد (فرض کنید یک شخص مست با سرعت ۹۰ مایل در ساعت از منطقه‌ای که در آن مدرسه وجود دارد عبور می‌کند و یک بچه را زیر می‌گیرد)، ممکن است به

۱. اینکه باید چنین وضعیت‌هایی وجود داشته باشد تعجب‌آور نیست زیرا فقط ادعا شد که قصد با عواملی که به مطلوبیت مسئولیت منتهی می‌شوند مرتبط است.

موجب حقوق جزا مجازات شود. تحمیل ضمانت اجراها ممکن است در اینجا قابل توجیه باشد زیرا آسیب مورد انتظار بالاست و این واقعیت که فرد آسیب را نمی‌خواسته است باعث نمی‌شود که رفتارش کمتر خطرناک تلقی شود. همین‌طور وقتی فردی آسیب را نمی‌خواهد اما مرتکب جرم یا مسئولیت محض می‌شود، مجازات او ممکن است قابل توجیه باشد اگر دادگاه‌ها تشخیص بین اعمال مطلوب و نامطلوب را خیلی دشوار بیابند.

۲-۴-۵-۵ شروع جرم

حقوق جزا شروع به انجام آسیب را نیز مجازات می‌کند. اگر فردی به دیگری شلیک کند اما تیرش خطا برود، اگر کسی پاکتی را بدزدد که معلوم شود خالی است، اگر یک چک جعلی نزد کسی پیدا شود ولی هنوز آن را نقد نکرده باشد، وضعیت وی مصداق شروع جرم است ولو اینکه آسیب به وجود نیامده است.^۱ مجازات شروع جرم باعث افزایش بازدارندگی می‌شود زیرا به‌طور مؤثری احتمال ضمانت اجراها را برای اعمال بالقوه زیان‌آور افزایش می‌دهد: شخصی که یک عمل بالقوه زیان‌آور را مرتکب می‌شود نه تنها اگر مشخص گردد که عملش باعث آسیب می‌شود بلکه حتی اگر عملش باعث آسیب نشود ولی فقط شروع جرم محسوب گردد با چشم‌انداز ضمانت اجراها روبه‌رو می‌شود.^۲ به‌علاوه مجازات شروع جرم یک راه ارزان اجتماعی برای افزایش احتمال ضمانت اجراهاست زیرا فرصت‌های مجازات شروع جرم غالباً یک محصول فرعی سرمایه‌گذاری جامعه برای دستگیری افرادی که واقعاً باعث آسیب می‌شوند، به حساب می‌آیند.^۳ در نتیجه می‌توان استدلال کرد که

۱. به‌عنوان مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۵۶۷-۵۳۵ رجوع کنید. همان‌طور که در قسمت ۷-۲-۵ ذکر شد، این با وضعیت در قانون مسئولیت مدنی مغایر است جایی که هیچ‌گونه مسئولیتی وجود ندارد مگر آنکه آسیب صورت گیرد. به کیتون، دایز و دیگران ۱۹۸۴، قسمت ۳۰ رجوع کنید.

۲. درزمینه شبه‌جرم، مجازات کردن نظایر شروع جرم یعنی اعمال سهوی که منجر به آسیب نمی‌شوند نیز احتمال ضمانت اجراها را افزایش و بازدارندگی را توسعه می‌دهد. اما درزمینه شبه‌جرم، نیاز به توسعه بازدارندگی بسیار کمتر از آن درزمینه جزایی است، زیرا درزمینه شبه‌جرم افراد نوعاً و با احتمال زیاد از محاکمه فرار نمی‌کنند. ازاین‌رو، درزمینه شبه‌جرم، اجبار افراد به پرداخت غرامت فقط وقتی که واقعاً موجب آسیب شده‌اند و با رقمی معادل آسیب، باید انگیزه‌های کافی برای کاهش آسیب به‌وجودآورد، همان‌طور که در بخش ۱-۲ تأکید شد.

۳. با در نظر گرفتن اینکه پلیس آماده دستگیری کسانی است که آسیب ایجاد می‌کنند (با تعقیب، تحقیق درخصوص رفتار مشکوک و نظایر آن)، دستگیری افرادی که شروع جرم ناموفق را مرتکب می‌شوند شامل هزینه‌ها

مجازات شروع جرم از دیدگاه نظریه بازدارندگی یک امر مطلوب اجتماعی است.^۱ نیروی این استدلال برای مجازات شروع جرم به وضوح با این احتمال که شخصی به خاطر یک شروع جرم دستگیر شود افزایش می یابد. وقتی عملی زمان طولانی برای اجرا می گیرد (به ویژه وقتی نیازمند آماده سازی است) یا وقتی احتمال قابل توجهی برای عدم موفقیت دارد (مثلاً تیراندازی از راه دور)، احتمال دستگیری به خاطر شروع جرم بالاتر خواهد بود. بنابراین ارزش بازدارندگی مجازات شروع جرم نیز افزایش خواهد یافت. در رابطه با نظریه ناتوان سازی، بدیهی است شروع جرم تاحدی که نشانگر خطرناکی آتی می باشد مستلزم مجازات است.

مطلوبیت احتمالی مجازات شروع جرم طبق نظریه بازدارندگی یا ناتوان سازی به هیچ وجه متضمن این نیست که در مجازات شروع جرم به روشی که حقوق جزا انجام می دهد (مجازات با شدت کمتری نسبت به اعمالی که واقعاً منتج به آسیب می شوند) مزیتی وجود دارد. در بحث از این جنبه از حقوق جزا، بررسی جداگانه دو نوع شروع جرم که باعث آسیب نمی شوند یعنی شروع جرم قطع شده - اعمالی که قبل از نیل به موفقیت کشف می شوند - و شروع جرم کامل که ممکن است موفق شده باشد، مفید خواهد بود.

در خصوص شروع جرم قطع شده و بازدارندگی، گاهی استدلال ذیل مطرح می شود.^۲ اگر ضمانت اجرا برای یک شروع جرم کمتر از انجام آسیب باشد، فردی که ارتکاب جرمی را شروع می کند ممکن است ترغیب شود که آن را مجدداً ارزیابی و رها کند چون در آن صورت کمتر مجازات خواهد شد. هرچند، اگر ضمانت اجرا برای شروع جرم با انجام آسیب

→ نهایی قابل توجهی نیست. حداقل هزینه اضافی افزایش احتمال ضمانت اجراها به وسیله دستگیری کسانی که مرتکب شروع جرم ناموفق می شوند باید بسیار کمتر از هزینه اضافی افزایش احتمال ضمانت اجراها به وسیله دستگیری بیشتر اشخاصی است که موفق به ایجاد آسیب می شوند.

۱. این فرضیه و استدلال های طرح شده بعدی، در شاول ۱۹۹۰ مطرح شده اند. در بین دیگر چیزها، آن مقاله توضیح می دهد که چرا افزایش احتمال ضمانت اجراها از طریق مجازات کردن شروع جرم مفید است، با در نظر گرفتن تدبیر دیگری از تحمیل سطح بالاتری از ضمانت اجراها اما تحمیل آنها فقط وقتی آسیب صورت گرفته است. جوهر این توضیح این است که افزایش وسعت ضمانت اجراها ممکن است اثرات مضر متفاوتی داشته باشد (از قبیل انحراف بازدارندگی نهایی) و ممکن است به خاطر حد بالاتر ضمانت اجراها قابل اعمال نباشد.

۲. به ویژه به بکاریا [۱۷۶۷] ۱۹۹۵، ۹۵ نگاه کنید.

یکسان باشد، او ممکن است به کار خود ادامه دهد. همان طور که بیان شد، این استدلال امکان رفتار ملایم تر با شروع جرم رها شده را به رسمیت نمی شناسد درحالی که ضمانت اجرای کامل را برای شروع جرمی که رها نشده است اما به وسیله دیگران قطع شده است تحمیل می کند. فرض کنید که مثلاً هیچ ضمانت اجرایی برای شروع جرم رها شده تحمیل نمی شود و ضمانت اجرا برای شروع جرم قطع شده با ضمانت اجرا برای عملی که آسیب ایجاد می کند یکسان است. پس فردی که شروع به ارتکاب یک عمل زیان آور می کند قطعاً دلیلی برای ترک آن خواهد داشت زیرا نه تنها از ضمانت اجرا فرار می کند بلکه همچنین می داند که در غیر این صورت با ضمانت اجرا برای شروع جرم قطع شده آتی معادل ضمانت اجرای انجام آسیب روبه رو خواهد شد.^۱

با وجود این، مجازات کردن شروع جرم قطع شده با شدت کمتر از اعمالی که منتج به آسیب می شوند، ممکن است تحت نظریه بازدارندگی و هم تحت نظریه ناتوان سازی مفید باشد. از آنجا که شروع جرم قطع شده ممکن است بعداً رها شود یا موفق نشود، دلیل کمی برای خطرناکی شروع جرم قطع شده وجود دارد و لذا نسبت به اعمالی که واقعاً منتج به آسیب می شوند دلیل کمتری برای مجازات آنها وجود دارد.^۲

اهمیت این استدلال به وضوح به ویژگی شروع جرم و نقطه ای که عمل قطع می شود بستگی دارد. اگر شروع جرم تقریباً کامل و مقرون به موفقیت باشد، این استدلال چندان اهمیتی نخواهد داشت. به عنوان مثال، در جایی که فردی قبلاً مقداری سم مهلک در نوشیدنی قربانی مورد نظرش ریخته است، وضعیت این گونه خواهد بود. هر چند شروع جرمی که قبل از تکمیل قطع شده ممکن است به طور مناسبی با شدت کمتر مجازات شود. در واقع شروع جرم اگر آنقدر زود قطع شود که تردید زیادی نسبت به احتمال و چگونگی ادامه آن وجود داشته باشد، ممکن است روی هم رفته به طور مناسبی از ضمانت اجرا فرار کند. بنابراین اگر فردی صرفاً وقتی داروخانه ای را با مقداری سم ترک می کرده دستگیر شده باشد، ممکن است روشن نباشد که آیا او از سم استفاده می کرد آیا رفتار او با تعریف شروع جرم در حقوق جزا تطبیق دارد یا نه؟!

۱. این استدلال فرض می گیرد که دادگاه ها قادر به تشخیص بین شروع جرم های رها شده و قطع شده هستند.

۲. خواننده این را به عنوان نسخه ای از یک استدلال کلی که قبلاً مطرح شده می شناسد مبنی بر اینکه آسیب صورت گرفته واقعی به خاطر اطلاعات ناقص دادگاه درباره خطرناکی یک عمل ممکن است بر ضمانت اجرا تأثیر بگذارد.

دو استدلال مشابه آنچه هم‌اکنون مورد بحث قرار گرفت اغلب به‌منظور توجیه وضع ضمانت اجرای کمتر برای شروع جرم‌های ناموفق در مقایسه با اعمالی که در ایجاد آسیب موفق می‌شوند، مطرح می‌شوند.

اول، تصدیق می‌شود که اگر ضمانت اجرای یک شروع جرم ناموفق با ضمانت اجرای یک شروع جرم موفق مساوی باشد، فردی که شروع جرم اولیه‌اش موفق نمی‌شود در تلاش مجدد چیزی از دست نخواهد داد. این استدلال از این نکته چشم‌پوشی می‌کند که ضمانت اجرا برای یک شروع جرم ناموفق اولیه ممکن است معادل ضمانت اجرا برای یک شروع جرم موفق اولیه باشد و با وجود این فرد اگر بار دوم تلاش کند تا زمانی که ضمانت اجرا برای شروع جرم موفق دوم بالاتر باشد. چیزی برای از دست دادن خواهد داشت به‌عنوان مثال، اگر ضمانت اجرا برای شروع جرم اولیه خواه موفق و خواه ناموفق، مجازات حبس به‌مدت ۵ سال باشد، اما ضمانت اجرا برای ایجاد آسیب در شروع جرم ثانوی ۱۰ سال باشد، فردی که در دفعه اول ناموفق است دلیل آشکاری دارد که مجدداً تلاش نکند.^۱ استدلال دیگر برای مجازات کردن شروع جرم کامل ناموفق با شدت کمتر نسبت به اعمالی که منتج به آسیب می‌شوند این است که امکان دارد شکست یک شروع جرم دلیلی بر این باشد که عمل کمتر خطرناکی بوده است. همانند شروع جرم‌های قطع شده، نفوذ این منطق بدیهی به ماهیت شروع جرم بستگی دارد و در حالی که می‌توان وضعیت‌هایی را تصور کرد که در آنها این منطق مهم است، در بسیاری از مواردی که به ذهن متبادر می‌شوند، این‌گونه به‌نظر نمی‌رسد.^۲

نهایتاً، بررسی شروع جرم‌هایی که احتمالاً نمی‌توانند موفق شوند جالب است.^۳ دو نوع از چنین شروع جرم‌هایی وجود دارند. اولی که غالباً گفته می‌شود نباید برای آن مسئولیت تحمیل شود، با این مثال مشخص می‌شود که فردی به یک عروسک جادویی

۱. استدلال این بند فرض می‌گیرد که دادگاه‌ها می‌توانند تعیین کنند آیا فردی شروع جرم را تکرار می‌کند یا نه؟
 ۲. به‌عنوان مثال اگر شخصی در نوشیدنی قربانی مورد نظرش سم می‌ریزد اما قربانی از پای در نمی‌آید، این حقیقت دارد که عمل کمتر از عملی که موجب مرگ شده خطرناک است، شاید چون مقدار سم بسیار کم بوده است. اما این دلیل برای کاهش ضمانت اجرا کافی نیست در هر صورت، دلیل کمتری برای کاهش ضمانت اجرا نسبت به وقتی که شخصی قبل از تکمیل شروع جرم متوقف شده است وجود دارد زیرا در آن هنگام این شک وجود دارد که آیا شروع جرم کامل می‌شد یا اگر کامل می‌شد موفق می‌گردید.
 ۳. برای مثال به لافاو ۲۰۰۰، ۵۶۰-۵۵۲ رجوع کنید.

سوزن فرو می‌کند تا دشمنش را بکشد.^۱ در اینجا یک مشاهده‌کننده بی‌طرف امکان دارد بگوید این نوع عمل ارتكابی هرگز آسیب ایجاد نمی‌کند، در نتیجه هیچ دلیلی برای بازدارندگی این عمل یا ناتوان‌سازی عامل وجود ندارد.^۲

نوع دوم شروع جرم که دربردارنده مسئولیت خواهد بود، با این مثال مشخص می‌شود که فردی به‌سوی آدمکی که فکر می‌کند دشمنش است گلوله‌ای شلیک می‌کند. در این مثال، یک مشاهده‌کننده بی‌طرف خواهد گفت که این نوع عمل ارتكابی آسیب مورد انتظار مثبت را ایجاد می‌کند زیرا شلیک به چیزهایی که به‌نظر انسان می‌رسند معمولاً به آسیب منجر خواهد شد. بنابراین هم طبق نظریه بازدارندگی و هم طبق نظریه ناتوان‌سازی این عمل باید مجازات شود.

۳-۴-۵-۵ سببیت

وقتی عمل یک فرد آسیب به دنبال دارد، دو مسئله احتمالی ایجاد خواهد شد.^۳ اولی به این پرسش مربوط می‌شود که آیا آن عمل علت «ضروری» آسیب بوده است، یعنی آیا بدون آن عمل آسیب واقع نمی‌شد؟ بنابراین اگر X در نوشیدنی Y سم بریزد و سپس Y بمیرد و با این حال کالبد شکافی مشخص کند که Y پیش از آنکه به‌وسیله سم از پای درآید، به‌طور اتفاقی از سکنه قلبی مرده است، عمل X علت ضروری مرگ Y محسوب نمی‌شود. حقوق جزا معمولاً عملی را که علت ضروری آسیب نبوده به‌عنوان شروع جرم تلقی می‌کند و شخص به‌خاطر آن عمل مجازات می‌شود اما کمتر از وقتی که آن عمل علت ضروری آسیب شناخته می‌شود.^۴ این نتیجه طبق نظریه بازدارندگی به‌طور جزئی

۱. توجه کنید که چون این فرد معتقد است او احتمال مرگ دشمنش را افزایش می‌دهد، ما می‌گوییم او به موجب تعریف قصد استفاده شده در این بخش قصد مرگ دشمنش را داشته است.

۲. این مثال فرض می‌گیرد که فردی که در کشتن با عروسک جادویی ناموفق است راه‌های دیگر کشتن دشمنش مثل تیراندازی را امتحان نکرده است. اگر دلیلی وجود داشته باشد که فرد به روش‌های دیگر رو کرده است آنگاه عمل او به‌طور متناسبی به‌منزله «تلاش در کشتن دشمن به هر طریق» تعریف می‌شود تا «تلاش به کشتن یک دشمن با استفاده از عروسک جادویی» و دلیلی برای مجازات او وجود خواهد داشت.

۳. برای مثال رجوع کنید به لافا و ۲۰۰۰، ۳۲۰-۲۹۲.

۴. این وضعیت تحت حقوق شبه‌جرم متفاوت است در جایی که فردی معمولاً از مسئولیت فرار می‌کند اگر عملش علت ضروری آسیب نبوده است. به کیتون، دابز و دیگران ۱۹۸۴، ۲۶۵ رجوع کنید.

معنی دارد. یعنی اعمالی که علت ضروری آسیب نیستند به این دلیل مجازات می‌شوند که این کار با افزایش احتمال ضمانت اجراها باعث افزایش بازدارندگی به همان روشی می‌شود که مجازات شروع جرم‌ها باعث می‌شود.^۱ هرچند دلیل وضع ضمانت اجراهای کمتر روشن نیست. اینکه مشخص شود اعمال کافی برای ایجاد آسیب، علت ضروری آسیب نیستند یک واقعه اتفاقی است و آن بدین معنا نیست که زیان‌آور بودن مورد انتظار این اعمال کمتر بوده است. بنابراین، ضمانت اجراها برای چنین اعمالی نباید طبق نظریه بازدارندگی کاهش داده شوند.^۲

اگر عمل یک فرد علت ضروری آسیب باشد، این مسئله حقوقی به وجود می‌آید که آیا عمل وی «سبب نزدیک» آسیب بوده است. عموماً اعمالی را که گفته می‌شود سبب نزدیک آسیب هستند می‌توان اعمالی دانست که احتمال یا وسعت نوع آسیبی را که واقع شده به طور قابل توجهی افزایش داده‌اند. مثلاً اگر X بشدت Y را مضروب سازد و Y بعداً به خاطر صدمات داخلی در بیمارستان بمیرد محتمل است که گفته شود اعمال X سبب نزدیک مرگ Y بوده‌اند؛ حال آنکه اگر Y در حین انتقال به بیمارستان پس از مضروب شدن در یک تصادف اتومبیل بمیرد احتمالاً اعمال X را سبب نزدیک مرگ Y نخواهند نامید.^۳ در تعیین مجازات، حقوق جزا معمولاً این نکته را که آسیب سبب نزدیک بوده است یا خیر در نظر می‌گیرد. اگر Y از صدمات داخلی بمیرد، ممکن است X مسئول قتل Y شناخته شود، اما اگر Y در تصادف اتومبیل بمیرد X مسئول شناخته نمی‌شود.

مجازات یک فرد برای آسیبی که ایجاد کرده - و نه فقط برای عملی که مرتکب گردیده زیرا عمل به نحو دیگری در دادگاه درک می‌شود - گاهی ممکن است از نظر

۱. در نمونه معمول شبه جرم، هیچ دلیلی برای افزایش بازدارندگی با استفاده از ضمانت اجراها وقتی عمل یک فرد علت ضروری آسیب نیست وجود ندارد. تهدید مسئولیت فقط وقتی اعمال‌شان علت ضروری آسیب باشد برای ترغیب افراد به احتیاط کافی کفایت می‌کند با فرض آنکه افراد مسئول هستند محاکمه اضافه شود، و به شاول ۱۹۸۷ الف فصل ۵ رجوع کنید.

۲. این واقعیت که Y از سگته قلبی مرده است در قدرت سم تردیدی ایجاد نمی‌کند. توجه داشته باشید که این با شروع جرم ناموفق یا قطع شده برای قتل Y توسط سم مغایر است.

۳. احتمال مرگ در یک سانحه اتومبیل در یک سفر (ولو به وسیله آمبولانس) بسیار کم است و بنابراین با مضروب شدن Y توسط X افزایش نمی‌یابد. درواقع ممکن بود Y با اتومبیل جای دیگری برود اگر به بیمارستان نمی‌رفت و در آن صورت احتمال مرگ Y در یک سانحه اتومبیل به خاطر مضروب شدنش توسط X افزایش نمی‌یافت.

ارزش استنادی آسیب واقعی وارده برای ارزیابی عمل در دادگاه قابل توجیه باشد. مرگ Y از صدمات داخلی حاکی از شدت ضرباتی است که دریافت کرده، درحالی که مرگ او در تصادف اتومبیل چنین اطلاعاتی را منتقل نمی‌کند.^۱

مفاهیم نظریه ناتوان‌سازی مشابه مواردی است که هم‌اکنون بحث شد. یعنی، عملی که معلوم می‌شود سبب ضروری آسیب نبوده باید به‌اندازه عمل مشابهی که باعث آسیب شده مجازات شود، زیرا وقتی X نوشیدنی Y را مسموم می‌سازد و او اتفاقاً از حمله قلبی می‌میرد، ما عموماً همان اطلاعات و برداشت از خطرناک بودن عمل و عامل داریم که اگر Y از حمله قلبی نمرده بود داشتیم. اما سببیت نزدیک به‌طور ضمنی اطلاعاتی درباره زیان‌آور بودن عمل به ما ارائه می‌کند، که برای مجازات متناسب با اهداف ناتوان‌سازی مناسب است.

۴-۵-۵ مسئولیت

به موجب حقوق جزا، وضع ضمانت اجراها به این بستگی دارد که آیا فردی که مرتکب عمل زیان‌آور می‌شود به‌طور کلی یا جزئی «مسئول» رفتارش شناخته می‌شود؟ دلایل عمده مسئول نداشتن یک فرد عبارت‌اند از دیوانگی، عمل غیرارادی، مستی غیرارادی، عدم بلوغ. اگر این دلایل اعمال شوند، ممکن است مسئولیت فرد کاهش یابد یا حذف شود. این جنبه از حقوق جزا توجیه روشنی براساس نظریه بازدارندگی دارد زیرا شرایطی که مسئولیت فرد را برای اعمال کیفری به‌نحو دیگر کاهش می‌دهند یا رفع می‌کنند، باعث می‌شوند که استفاده از ضمانت اجراها برای دستیابی به بازدارندگی قابل توجه غیرمحتمل شود.^۲ به‌عنوان مثال یک دیوانه یا کسی را که به‌طور غیرارادی مست شده نمی‌توان به‌وسیله تهدید مجازات از ارتکاب برخی اعمال بازداشت و در نتیجه حذف مجازات ممکن است متناسب باشد.

۱. اینکه منطبق این بند عموماً اعمال می‌شود و جنبه‌ای از مثال من نیست را می‌توان از توصیف آسیب‌هایی که با سبب نزدیک ایجاد شده‌اند به‌عنوان آنهایی که احتمال یا شدتشان به‌طور اساسی بر اثر عمل یک فرد افزایش یافته، درک کرد. این دقیقاً وقتی است که وقوع نتیجه ممکن است واقعاً اطلاعات مفیدی درباره اینکه عمل فرد تا چه اندازه آسیب مورد انتظار را افزایش داده است، منتقل کند.

۲. این نکته در بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۶۴ تأکید شده است.

فرصت کمی برای آگاهی از قانون در اختیارش بوده باشد (مثلاً در مورد یک حکم منتشر نشده) یا اگر براساس یک تفسیر اشتباه از قانون که از سوی یک دادگاه یا مأمور دولتی مجاز صورت گرفته عمل کرده باشد.^۱ چنین برداشتی با نظریه بازدارندگی همخوانی دارد.^۲ اگر فردی به خاطر تخلف از قوانین به خوبی درک شده یا قوانینی که می‌توان با تلاش معقول از آنها آگاهی یافت مسئول شناخته شود، انگیزه‌ای برای یادگیری قوانین و وفاداری به آنها خواهد داشت. هرچند اگر تلاش معقول برای فهم یک قاعده قانونی کفایت نکند، بهتر است به اشخاص اجازه فرار از مسئولیت داده شود، زیرا فقط در صورتی می‌توان با ضمانت اجرای احتمالی فردی را بازداشت که او بداند کدام عمل به اعمال ضمانت اجراها منتهی خواهد شد.

۶-۴-۵-۵ اشتباه

یک شخص ممکن است مرتکب عمل زیان‌باری شود که فکر می‌کند بی‌ضرر است. در یک قضیه قدیمی، شخصی چتری را به تصور آنکه مال خودش است از رستوران برمی‌دارد، درحالی‌که به کس دیگری تعلق دارد. در چنین مواردی هیچ‌گونه مسئولیت کیفری وجود ندارد.^۳ این جنبه از حقوق جزا مفهوم دارد، زیرا مردم را نمی‌توان از ارتکاب اعمالی که از مضر بودنشان بی‌اطلاع هستند بازداشت. به‌علاوه آسیب مورد انتظار این‌گونه اعمال بسیار پایین‌تر از آن است که بتوان استفاده از ضمانت اجراها را توجیه کرد.^۴

یک نوع اشتباه وقتی ایجاد می‌شود که فردی عالمانه مرتکب عمل نامطلوبی می‌شود و زیان عمل خود را بیشتر یا کمتر از آنچه واقعاً هست تصور می‌کند. به‌عنوان مثال ممکن است فردی تکه جواهر باارزشی را به تصور آنکه صرفاً یک چیز قشنگ ولی

۱. برای مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۴۳۴-۴۳۲، ۴۴۹-۴۴۰ مراجعه کنید.

۲. به بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۶۴ رجوع کنید.

۳. برای مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۴۳۷-۴۳۲ رجوع کنید.

۴. توجه کنید که وضعیت تحت بررسی در این بند، به ندانستن اینکه یک عمل زیان‌آور است به‌خاطر فقدان علم نسبت به برخی شرایط (چه کسی مالک چتر است)، از نظر تحلیلی با وضعیت مذکور در قسمت قبلی، فقدان علم نسبت به قانون، غیرقابل تمیز است. باید توجه داشت فردی که به سهولت می‌دانسته که عملش بی‌ضرر نیست (مثلاً چتری که برداشته به‌وضوح مال او نیست و اسم شخصی دیگر بر روی آن وجود دارد) نمی‌تواند از مسئولیت فرار کند.

بی‌ارزش است بدزدد، یا ممکن است برای کشتن یک «شخص» تیراندازی کند که بعد معلوم می‌شود آدمک بوده است (همان‌گونه که در قسمت راجع به شروع جرم ذکر کردم). اصول حقوقی قابل اعمال در این وضعیت‌ها یکنواخت نیستند، اگرچه ضمانت اجراها غالباً براساس آنچه فرد درواقع انجام داده قرار دارند اما بسیاری از مواقع نیز تحت تأثیر آنچه او فکر می‌کرده در حال انجام است قرار می‌گیرند.

دو دلیل برای این که مضر بودن عملی که شخص بدون آگاهی از زیان‌بار و ممنوع بودن آن در حال ارتکاب است باید تحت نظریهٔ بازدارندگی بر ضمانت اجرا تأثیر بگذارد، وجود دارد:

اول، منافعی که یک فرد انتظار دارد از ارتکاب یک عمل ناشی شود، لذا توانایی بازداشتن فرد به آنچه که او فکر می‌کند در حال انجام است بستگی دارد نه به آنچه واقعاً انجام می‌دهد.^۱

دوم، آسیب مورد انتظار یک عمل ممکن است با آنچه شخص فکر می‌کند بسیار نزدیک‌تر از آنچه در مورد خاص محقق می‌شود باشد. بردن چیزی که کسی فکر می‌کند قشنگ ولی بی‌ارزش است معمولاً ممکن است به این معنا باشد که فقط یک چیز قشنگ و بی‌ارزش گم شده است، عمل تیراندازی به چیزی که کسی فکر می‌کند یک شخص است معمولاً بسیار زیان‌آور خواهد بود. این دلیل دوم نیز طبق نظریهٔ ناتوان‌سازی اگر خطرناکی آتی یک شخص به عملی که شخص فکر می‌کند در حال ارتکاب است ارتباط بسیار نزدیک‌تری داشته باشد، قابل اعمال است؛ (تیراندازی به آنچه فکر می‌کند یک شخص است)، پس عمل انجام شده به ضمانت اجرا منتهی می‌شود و نه آسیبی که وارد شده باشد.

با وجود این، یک عامل مهم نشان می‌دهد که آسیب واقعی باید بر ضمانت اجرا تأثیر داشته باشد. افراد ممکن است بتوانند محاکم را متقاعد سازند که تصور می‌کرده‌اند آسیب کمی وارد می‌کنند درحالی‌که درحقیقت آنها می‌دانسته‌اند که آسیب زیادی وارد می‌کنند. در چنین صورتی و اگر ضمانت اجرا براساس ارزیابی اشتباه محاکم از عقاید

۱. فردی که فکر می‌کند یک چیز قشنگ اما بی‌ارزش را می‌دزدد و لذا ارزش زیادی به‌دست نمی‌آورد، را راحت‌تر می‌توان بازداشت تا فردی که فکر می‌کند جواهر باارزشی را می‌دزدد.

افراد باشد، ضمانت اجراها بسیار پایین خواهند بود و منجر به کاهش بازدارندگی خواهند شد.^۱ در نتیجه وقتی آسیب واقعی فراتر از آن باشد که خطا کار مدعی است که تصور آن را می‌کرده، دلیلی برای افزایش ضمانت اجرا وجود دارد. اما توجه کنید که هیچ استدلال مرتبطی برای کاهش ضمانت اجرا در شرایطی که معلوم می‌شود آسیب واقعی کمتر از آن چیزی است که فرد تصور می‌کرده، وجود ندارد زیرا او هیچ انگیزه‌ای برای بزرگ‌نمایی آسیبی که فکر می‌کرده در حال انجام است نخواهد داشت.

۷-۴-۵-۵ اغفال

اگر یک مأمور اجرایی شخصی را به ارتکاب یک عمل کیفری که او معمولاً مرتکب نمی‌شود ترغیب کند، وی ممکن است در دادگاه به دفاع اغفال متوسل شود.^۲ به عنوان مثال وقتی یک شکاربان یک شکارچی را به تیراندازی به عقاب‌های سرسفید ترغیب می‌کند، شکارچی می‌تواند مدعی اغفال شود.

استدلال برای این دفاع بر مبنای نظریه بازدارندگی این است که اگر اشخاص به طور معمول مرتکب اعمال کیفری نشوند، هیچ رفتاری وجود ندارد که محتاج بازدارندگی باشد. همین‌طور طبق نظریه ناتوان‌سازی اگر افراد تمایل کلی به ایجاد آسیب نداشته باشند اما با قصد ایجاد آن در شرایط محدود و غیرمعمول اغفال عمل کنند، چنین اعمالی نشانگر خطراتی برای جامعه نیستند. بنابراین تحت هر دو نظریه، مجازات افراد و تلاش مصروف برای اغفال آنها باید یک تلف اجتماعی به حساب آید،^۳ به علاوه اغفال آنها ممکن است به انجام واقعی آسیب نیز منجر گردد. از این رو، بهتر است به جای مجازات افرادی که اغفال شده‌اند فعالیت اغفال‌کننده را کاهش دهیم.

۱. افراد ممکن است به طور مناسبی از سرقت جواهر با ارزش بازداشته نشوند اگر بدانند که قادر به متقاعد ساختن محاکم با این ادعا هستند که فکر می‌کرده‌اند جواهر فقط یک چیز قشنگ و بی‌ارزش است.

۲. به عنوان مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۴۶۶-۴۴۹ رجوع کنید.

۳. برای تشریح این نکته، وضعیتی را در نظر بگیرید که شخصی هرگز مرتکب یک عمل کیفری نمی‌شود اگر اغفال نگردد. در اینجا به طور آشکار، مجازات شخص و تلاش برای به دام انداختن او بی‌فایده است زیرا در غیر این صورت او هرگز موجب آسیب نمی‌شود (به موجب نظریه بازدارندگی این بی‌ارتباط است که شخصی را می‌توان بد تصور کرد چون می‌توان او را در شرایط طراحی شده خاص به ارتکاب یک عمل کیفری ترغیب کرد).

هدف اولی مستقیماً با مجاز دانستن دفاع اغفال حاصل می‌شود و دومی به‌طور غیرمستقیم با مجاز دانستن دفاع به‌دست می‌آید زیرا مأمورین اجرایی منفعت تأمین محکومیت‌های کیفری بیشتر را به‌دست نمی‌آورند.

به‌هرحال وقتی که خود افراد بدون ترغیب شدن ازسوی مأمور اجرایی مرتکب اعمال کیفری می‌شوند دفاع اغفال ممکن است قابل توجیه نباشد. در چنین مواردی، طبق فرضیه، بازدارندگی افراد یا ناتوان‌سازی آنها مطلوب خواهد بود. بنابراین ممکن است به‌کارگیری برخی اقدامات اجرای قانون شامل اغفال و حيله که منجر به ترغیب اعمال کیفری می‌شوند برای افزایش احتمال مجازات افراد به‌قدر کافی مفید باشد.^۱

۸-۴-۵-۵ اکراه

فردی که یک عمل زیان‌آور را فقط بر اثر اکراه (تهدید یا صدمه جدی یا مرگ) مرتکب شده باشد مسئول شناخته نخواهد شد، برای به‌کارگیری دفاع اکراه، تهدید یک شخص باید هم قریب‌الوقوع و هم فعلی باشد و شخص نباید کسی را کشته باشد (اگرچه ممکن است مجازات در آن صورت هم تخفیف داده شود). خواه این دفاع به‌عمل آید خواه نیاید، شخص تهدیدکننده به‌خاطر عملی که ترغیب کرده است مسئول خواهد بود.^۲

اگر شخص تهدید شده را واقعاً نتوان با چشم‌انداز یک مجازات قانونی برای ارتکاب عمل بازداشت دفاع اکراه به‌وضوح مطلوب خواهد بود.^۳ درنتیجه، تأکید قانون بر قریب‌الوقوع و فعلی بودن تهدید و بر آسیب جدی یا مرگ بودن آن، قابل درک به‌نظر می‌رسد، اما امتناع آن از پذیرش دفاع وقتی شخص تهدید شده کسی را کشته است طبق نظریه بازدارندگی منطقی به‌نظر نمی‌رسد، زیرا کاملاً امکان دارد که شخص تهدید شده قابل بازداشتن از قتل نبوده باشد؛ روی‌هم‌رفته چنین شخصی اغلب یک تهدید قریب‌الوقوع را با ضمانت اجرایی که قریب‌الوقوع نیست، اگر اصلاً تحمیل شود، مقایسه خواهد کرد. طبق نظریه ناتوان‌سازی، دفاع اکراه نیز تضمین می‌شود، زیرا شخصی که بر اثر یک

۱. به‌عنوان مثال، شکاربان ممکن است نتواند شکارچی را قبل از تیراندازی به یک عقاب سرفسید دستگیر کند.

۲. برای مثال، به لافاؤ ۲۰۰۰، ۴۷۶-۴۶۷ رجوع کنید.

۳. این مطلب در بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۶۵ مورد اشاره قرار گرفته است.

تهدید مجبور به ارتکاب یک عمل زیان‌آور شده است احتمالاً نشانگر یک تهدید آتی برای جامعه نیست.

به‌علاوه مناسب است فردی که تهدید می‌کند به‌خاطر جرائمی که در نتیجه آن تهدید ارتکاب یافته‌اند مسئول شناخته شود، زیرا بازدارندگی یا ناتوان‌سازی چنین افرادی لازم خواهد بود.

۹-۴-۵ اضطرار

وقتی فردی که به‌خاطر شرایط مجبور به انتخاب بین دو عمل زیان‌آور شده است عمل کمتر زیان‌آور را انتخاب می‌کند، ممکن است دفاع اضطرار مورد ادعا قرار گیرد.^۱ این امر طبق نظریه بازدارندگی معنای روشنی دارد زیرا از نظر اجتماعی برای یک فرد مطلوب است که آسیب را به حداقل برساند. به‌علاوه این دفاع طبق نظریه ناتوان‌سازی نیز به همان دلایل منطقی است: فردی که از بین دو عمل زیان‌آور آن را که کمتر زیان‌آور است انتخاب و انجام می‌دهد خطری برای جامعه ایجاد نمی‌کند و کاملاً برعکس به کاهش زیان‌های جامعه کمک می‌کند.

۱۰-۴-۵ دفاع از نفس، از دیگری، یا از مال

قاعده مربوط به دفاع از خود و حمایت از دیگران یا از مال، تقریباً این است که برای دفع یک مهاجم که تهدیدش غیرقانونی و فوری است و نمی‌توان با مداخله پلیس متوقفش کرد می‌توان از میزان نیروی لازم و متناسب با تهدید استفاده کرد.^۲ اجازه استفاده از نیروی حمایتی، بازدارندگی تهاجم را به‌وضوح افزایش خواهد داد. محدود کردن استفاده موجه از چنین نیرویی به موجب این فرضیه که محاکم بهتر از اشخاص تهدید شده می‌توانند در مورد ضمانت اجراها تصمیم بگیرند معنا پیدا می‌کند.

۱۱-۴-۵ رضایت

گاهی ممکن است شخصی از مسئولیت فرار کند اگر فردی که تحت تأثیر عمل وی قرار

۱. برای مثال، به لافاؤ ۲۰۰۰، ۴۸۶-۴۷۶ رجوع کنید.

۲. برای مثال، به همان منبع، ۵۰۸-۴۹۱ رجوع کنید.

گرفته به ارتکاب آن عمل رضایت داده باشد. اما دفاع رضایت وقتی صدمه جسمی جدی صورت گرفته باشد قابل استفاده نیست.^۱ توجیه برای این دفاع، تحت نظریه بازدارندگی یا ناتوان سازی، بر مفهوم آسیب متمرکز می شود: اگر رضایت به این معنا تلقی شود که هیچ آسیبی در کار نیست، هیچ دلیلی برای بازدارندگی اعمالی که کسی به آنها رضایت داده است وجود ندارد.^۲ با این استدلال، ظاهراً باید رضایت یک شخص حتی به صدمه جسمی جدی به عنوان یک دفاع مجاز شمرده شود. با این حال باید به استدلال های متقابل توجه شود که ممکن است شخصی که رضایت می دهد وضعیتش را به طور مناسبی ارزیابی نکند و توجه نداشته باشد که خانواده و دوستانش ممکن است از عمل مذکور تحت تأثیر قرار گیرند و دیگر اینکه شخص صدمه زننده ممکن است محاکم را درباره رضایت قربانی فریب دهد.

۱۲-۴-۵-۵ اغماض و مصالحه

شخصی که متحمل آسیب شده است ممکن است بعداً اغماض کند یا با فردی که مسئول آسیب است مصالحه کند،^۳ اما به عنوان دفاعی در مقابل مسئولیت کیفری ممکن است از این واقعیت استفاده نشود.^۴ برای مثال اگر شخصی مورد دستبرد قرار گیرد و سپس سارق را بیابد و او را ببخشد، سارق باز هم مشمول مجازات خواهد شد.^۵ طبق نظریه بازدارندگی و ناتوان سازی، دلیل عمده برای عدم پذیرش اغماض به عنوان یک دفاع در مقابل مسئولیت کیفری این است که در این صورت بازدارندگی تحلیل می رود و ناتوان سازی خنثی می شود.

اگر این دفاع مجاز دانسته شود، ضمانت اجرای تحمیل شده از سوی قربانیان (معمولاً نوعی عذرخواهی، استرداد مال، یا پرداخت غرامت، اما مجازات حبس هرگز) کمتر

۱. برای مثال، به همان منبع، ۵۱۹-۵۱۶ رجوع کنید.

۲. به بنتام [۱۷۸۹] ۱۹۷۳، ۱۶۳ رجوع کنید.

۳. اغماض با رضایت قبلی دادن به شخص تفاوت دارد؛ اغماض پس از انجام آسیب واقع می شود.

۴. برای مثال، به لافاو ۲۰۰۰، ۵۲۳-۵۲۱ رجوع کنید.

۵. به هر حال به عنوان یک موضوع عملی، پیگرد ممکن است دشوار باشد اگر قربانی تمایلی به ارائه شهادت درباره جرم نداشته باشد.

از ضمانت اجرایی خواهند بود که دادگاه‌ها در غیر این صورت تحمیل می‌کنند.^۱ علاوه بر این قربانیان ممکن است بسیاری مواقع دوست داشته باشند اشخاص آسیب‌رساننده را عفو کنند، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که معتقد باشیم نفع شخصی قربانی در مجازات یک شخص آسیب‌رساننده عموماً با نفع اجتماعی در بازدارندگی یا در ناتوان‌سازی ارتباط دارد (این نکته به‌طور نزدیکی به نکته مطرح شده درباره تباین بین انگیزه‌های خصوصی و اجتماعی در طرح دعوی که در بخش ۱-۴ بحث شد مربوط است). نهایتاً، اگر این دفاع مجاز دانسته می‌شد، ممکن بود یک خطر واقعی وجود داشته باشد که قربانیان برخلاف میل قلبی خود به «عفو» اشخاص صدمه‌زننده وادار شوند.^۲

۱۳-۴-۵-۵ مروری بر پیشینه مباحث

تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق جزا با بکاریا ([۱۷۶۷] ۱۹۹۵) شروع شد و به‌ویژه با بنتام ([۱۷۸۹] ۱۹۷۳) که به‌طور مختصر نکات عمده و عمومی درباره محدود کردن استفاده از ضمانت اجراها بر وضعیت‌هایی که آنها بازدارندگی حاصل می‌کنند را مطرح کردند ادامه یافت. هولمز ([۱۸۸۱] ۱۹۶۳) فصلی را به حقوق جزا با توضیحات بصیرانه درباره بازدارندگی و به‌ویژه شروع جرم و قصد اختصاص می‌دهد. پوسنر (۱۹۸۵ الف) و شاول (۱۹۸۵ الف) بررسی‌های مختصری از دکترین‌های حقوق جزا را از یک دیدگاه اقتصادی مطرح می‌کنند.^۳

۱. باید دقت کرد که در حقوق شبه‌جرم (قانون مسئولیت مدنی) که البته مصالحه مجاز است، پرداخت‌های صورت گرفته در مصالحه اغلب با ضمانت اجراهای پولی تعیین شده از سوی دادگاه نزدیک هستند زیرا در غیر این صورت قربانیان ممکن بود به مصالحه تن ندهند.

۲. استدلال این بند، که مصالحه بین آسیب‌رسانندگان و قربانیان را اجازه می‌دهد موجب مورد سازش قرار گرفتن تضمین حقوق عمومی می‌شود، به‌طور روشن قبل از توسعه روش‌های مؤثر تضمین حقوق عمومی اعمال نشده برای دیدن یک تفسیر جالب از این نکته به کارمان ۲۰۰۱ مراجعه کنید که تأکید می‌کند در قرن سیزدهم انگلستان وقتی تعقیب خصوصی برای سپردن خطاکاران به‌دست عدالت لازم بود، مشخص شد که وقتی دادگاه‌ها با مصالحه‌ها موافقت نمی‌کردند، تعقیب‌های خصوصی کاهش می‌یافت و بسیاری از خطاکاران به‌طور نامطلوبی از مجازات فرار می‌کردند؛ بنابراین دادگاه‌ها به‌سوی احترام گذاشتن به مصالحه‌ها بین آسیب‌رسانندگان و قربانیان هدایت شدند.

۳. همچنین برای مثال به بن-شاهار ۱۹۹۸ و شاول ۱۹۹۰ درخصوص شروع جرم، و کوهن ۱۹۸۹، فیشل و سایکس ۱۹۹۶، کانا ۱۹۹۶ و لات ۲۰۰۰ درخصوص جرم شرکتی رجوع کنید.

فصل ششم

ساختار کلی حقوق

در این فصل، جنبه‌های ساختار اصلی نظام حقوقی را شامل اینکه آیا قانون به‌طور مستقیم رفتار یا مجاری آن را با تهدید ضمانت اجراها محدود می‌کند و آیا قانون به‌وسیله اقامه دعوی خصوصی وارد قضیه می‌شود یا شامل تضمین عمومی می‌شود، بررسی می‌کنم و شرایطی را جست‌وجو خواهم کرد که به موجب آن یک نوع ساختار حقوقی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. سپس شبه‌جرم، قرارداد، حقوق جزا و چندین زمینه دیگر حقوق را در پرتو تجزیه و تحلیل ساختار مطلوب حقوق مورد بحث قرار خواهم داد.

۱-۶ ساختار کلی حقوق و مطلوبیت آن

در این بخش ساختار کلی حقوق را بررسی خواهم کرد به پرسش‌هایی از قبیل پرسش‌های ذیل پاسخ می‌دهم: آیا قانون مستقیماً رفتار را محدود می‌کند یا باید از تهدید وضع ضمانت اجراها برای تنظیم رفتار استفاده کند؟ اگر ضمانت اجراها مورد استفاده قرار گیرند، آیا باید هر وقت رفتاری نامطلوب شناخته می‌شود اعمال گردند یا فقط هنگامی که رفتار به آسیب منجر می‌شود؟ و آیا قانون باید با دعاوی اشخاص خصوصی شروع شود یا باید شامل تضمین عمومی باشد؟

این سؤالات به‌طور ضمنی به یک روش توسط حقوق پاسخ داده می‌شوند که ما آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم. به‌عنوان مثال به موجب شبه‌جرم و حقوق قراردادهای، نظام حقوقی فقط با وقوع آسیب یعنی با مشاهده یک شبه‌جرم یا یک نقض قرارداد آغاز به کار می‌کند درحالی‌که به موجب حقوق جزا، به‌ویژه وقتی افراد مرتکب شروع جرم می‌شوند ضمانت اجراهای قانونی، ممکن است حتی اگر آسیبی صورت نگرفته باشد، تحمیل شوند، و تحت حقوق اموال نظام حقوقی امکان دارد قبل از انجام آسیب مداخله کند، مثل وقتی

رفتار خطرناک چنین مقرر می‌دارد. اجرای شبه جرم و حقوق قراردادهای ضرورتاً ماهیت خصوصی دارد درحالی که حقوق جزا به طور عمومی اجرا می‌شود، و قس علی‌هذا. چنین تفاوت‌هایی در ساختار زمینه‌های عمده حقوق آمریکایی منجر به این می‌شود که بپرسیم ساختار حقوقی مفید از نظر اجتماعی چه می‌تواند باشد و ساختاری که ما مشاهده می‌کنیم در چه جنبه‌هایی از ایدئال پیروی و در چه جنبه‌هایی از آن منحرف می‌شود. من اکنون یک نظریه نسبتاً ساده تعیین‌کننده پاسخ به این پرسش‌ها را بررسی می‌کنم و به طور خلاصه شبه جرم و حقوق قراردادهای، مقررات ایمنی، دستور دادگاه و حقوق جزا را در پرتو تجزیه و تحلیل ساختار کلی حقوق مطلوب در نظر می‌گیرم.^۱

۱-۱-۶ ابعاد بنیادی مداخله حقوقی

در اینجا سه بعد مقدماتی روش‌های حقوقی کنترل رفتار را مورد بحث قرار می‌دهم و سپس زمینه‌های عمده حقوق را برحسب این ابعاد اساسی تشریح می‌کنم.

۱-۱-۱-۶ زمان مداخله: قبل از عمل، بعد از عمل، بعد از آسیب

زمان مداخله حقوقی یک بعد مقدماتی هر روش کنترل رفتار است. مداخله ممکن است پیش از ارتکاب عمل و از طریق پیشگیری کلی از عمل صورت گیرد. مثال‌ها عبارت‌اند از حفاظ کشیدن پیرامون یک منبع آب برای جلوگیری از آلودگی آن، ندادن مجوز اداره نیروگاه هسته‌ای به یک شرکت به منظور جلوگیری از آسیب ناشی از فعالیت نیروگاه، اعمال زور برای جلوگیری از تیراندازی یک فرد به دیگری و زندانی کردن یک فرد برای جلوگیری از ارتکاب اعمال بد.

بار دوم مداخله حقوقی بعد از ارتکاب عمل و پیش از وقوع آسیب است (یا مستقل از اینکه آسیب روی دهد). چنین مداخله‌ای شامل استفاده از ضمانت‌اجراهایی می‌شود که با ارتکاب اعمال آغاز می‌شوند. اگر جامعه کسی را به خاطر تیراندازی به دیگری صرف‌نظر از اینکه او را مورد هدف قرار داده یا خیر مجازات کند، ضمانت‌اجرایی مبتنی بر ارتکاب عمل تیراندازی را تحمیل کرده است. به همین ترتیب، اگر جامعه یک

۱. این بخش پیرو رئیس کلی شاول ۱۹۹۳ الف می‌باشد.

مقرره ایمنی را اعمال کند که مستلزم نصب آبپاش‌های سقفی در یک هتل است و هتل بدون آنها کار کند و جریمه شود (صرف‌نظر از اینکه آتش‌سوزی روی دهد یا نه)، ضمانت اجرایی مبتنی بر عمل را تحمیل می‌کند. توجه کنید که در هیچ‌یک از این دو حالت جامعه به‌طور مستقیم از اعمال نامطلوب جلوگیری نمی‌کند؛ بلکه تلاش می‌کند تا اعمال را به‌واسطهٔ تهدید ضمانت اجراها برای ارتکاب آنها بازدارد.

دفعهٔ سوم مداخلهٔ حقوقی، بعد از وقوع آسیب و از طریق ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب است. این روش قانون مسئولیت مدنی یا جریمه‌های مبتنی بر آسیب انجام شده است. همچنین در حقوق جزا، ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب غالباً وضع می‌شوند (اگر فردی شخص دیگری را به قتل برساند، شدیدتر مجازات خواهد شد تا اینکه فقط شروع به قتل کند).

توضیح: نمونه‌ای که من برای شرح تمایزات فوق در ذهن دارم شامل شخصی می‌شود که تصمیم می‌گیرد مرتکب یک عمل منفرد مثل تیراندازی با تفنگ به دیگری شود. یک نمونهٔ مفصل‌تر وقتی است که اشخاص اعمال متعددی را مرتکب شوند مثل اینکه ابتدا تهدید با تفنگ و سپس شلیک با آن را انجام دهند. در چنین نمونه‌ای توصیف مداخلهٔ حقوقی بیشتر پالایش می‌شود، به‌عنوان مثال آنچه من در نمونهٔ ساده پیشگیری می‌نامم ممکن است به پیشگیری از یک نوع عمل (شلیک با تفنگ) با استناد به ارتکاب نوع دیگری از عمل (تهدید با تفنگ) مربوط باشد. اما محور اصلی تجزیه و تحلیل چنین نمونه‌های پیچیده‌ای با محور اصلی نمونهٔ ساده تفاوت ندارد.

۲-۱-۶ شکل مداخله: پیشگیری یا دفع یک ضمانت اجرا (و نوع آن)

دومین بعد مداخلهٔ حقوقی شکل آن است. شکل مداخلهٔ حقوقی امکان دارد شامل روش پیشگیری از وقوع یک عمل، نوعاً از طریق استفاده از زور (اقدام یک افسر پلیس به گرفتن تفنگی از یک شخص یا اقدام یک مقام مجاز قانونی به قفل کردن درهای یک نیروگاه) یا موانع فیزیکی (حصارکشی یک منبع آب برای جلوگیری از ورود بدون اجازه) باشد. شکل عمدهٔ دیگر مداخله عبارت از وضع ضمانت اجراها به‌ویژه ضمانت اجراهای پولی یا مجازات حبس است.^۱

۱. جایزه را می‌توان به‌عنوان یک ضمانت اجرای منفی تفسیر کرد بنابراین به‌طور ضمنی به‌عنوان یک ضمانت اجرای ممکن محسوب می‌شود.

۳-۱-۱-۶ مداخله شروع شده به طور خصوصی در مقابل مداخله عمومی

سومین بعد مداخله حقوقی به شروع آن مربوط می شود. استفاده از نظام حقوقی ممکن است وقتی برانگیخته شود که یک شخص خصوصی وقوع آن را خواستار می شود مثل وقتی که شخصی دعوی شبه جرم اقامه می کند یا در جست و جوی دریافت یک دستور است؛ این امر اجرای خصوصی حقوق را شکل می دهد. نظام حقوقی ممکن است وقتی مأمورین اجرایی دولت مناسب تشخیص می دهند نیز وارد عمل شود مثل وقتی که افسران پلیس یا مأموران جمع آوری مالیات تخلفات قانونی را کشف و آنها را مجازات می کنند (در چنین حالتی، مأمورین دولت ممکن است از اشخاص خصوصی که داوطلب هستند اطلاعاتی به دست آورند اما من به خاطر اهداف حاضر غالباً این نکته را ندیده خواهیم گرفت).

۴-۱-۱-۶ روش های مداخله حقوقی توصیف شده برحسب سه بعد بنیادی

ممکن است مفید باشد ماتریکسی را بررسی کنیم که زمینه های خاص حقوق و روش های حقوقی کنترل را که معمولاً اعمال می شوند (این ماتریکس قطعاً جامع نیست) برحسب سه بعد مداخله حقوقی که هم اکنون ذکر شد تشریح می کند (جدول ۱-۶).

جدول ۱-۶ روش ها و ابعاد مداخله حقوقی

ابعاد بنیادی مداخله حقوقی			
روش مداخله حقوقی	زمان مداخله	شکل مداخله	خصوصی در مقابل عمومی
شبه جرم	بعد از آسیب	ضمانت اجرای پولی	خصوصی
مقررۀ ایمنی	قبل و بعد از اعمال	مختلف	عمومی
دستور دادگاه	قبل و بعد از اعمال	مختلف	خصوصی
حقوق قراردادهای	بعد از آسیب	ضمانت اجرای پولی؛ نوع دیگر	خصوصی
حقوق جزا	قبل و بعد از اعمال؛ بعد از آسیب	مختلف	عمومی

فقرۀ شبه جرم بی نیاز از توصیف است. من مقررۀ ایمنی را به عنوان صورت گرفته هم قبل و هم بعد از وقوع اعمال توصیف می کنم زیرا گاهی اوقات مقررۀ ایمنی از طریق

پیشگیری از ارتکاب اعمال خاصی کار می‌کند (مثل وقتی که رستورانی مجاز به باز کردن درهایش نیست مگر آنکه یک بازرسی ایمنی انجام شده باشد) و در مواقع دیگر، این مقرر از طریق وضع ضمانت اجرایی در واکنش به تخلف یک فرد از مقرر کار می‌کند (مثل وقتی رستورانی به‌خاطر قصور در مشخص کردن خروجی‌ها به‌طور آشکار جریمه می‌شود یا فردی به‌دلیل عبور با وجود تابلوی ایست قبض جریمه دریافت می‌کند). من همچنین شکل مداخله تحت این مقرر را متفاوت توصیف می‌کنم چون، همان‌گونه که ذکر شد، هم می‌توان از اعمال جلوگیری کرد و هم ممکن است اعمال منجر به ضمانت اجراها شوند که شامل ضمانت اجراهای غیرپولی هم می‌شوند.

دستور دادگاه مشابه مقرر ایمنی است که می‌توان از آن برای پیشگیری از یک عمل خطرناک استفاده کرد (معمولاً بعد از نوعی رفتار مقدماتی حاکی از خطر) یا می‌تواند نتیجه یک عمل بالقوه یا واقعاً خطرناک باشد (مثل وقتی فردی که سگ‌های وحشی را به‌عنوان حیوان خانگی نگهداری می‌کند دستوری مبنی بر منع این کار دریافت می‌کند). تفاوت اصلی بین دستور دادگاه و مقرر ایمنی این است که دستور دادگاه به‌وسیله اشخاص خصوصی درخواست می‌شود.

حقوق قراردادهای، مثل حقوق شبه‌جرم، روشی از مداخله حقوقی است که عموماً فقط پس از ایجاد آسیب اعمال می‌شود، وقتی نقض تعهد قراردادی صورت گرفته است و خصوصی محسوب می‌شود چون باید دعاوی خصوصی برای جبران اقامه شوند. شکل مداخله معمولاً تعیین غرامات برای نقض است اما همچنین امکان دارد شامل اجرای معین قرارداد هم بشود، یعنی استفاده از روش‌هایی - احتمالاً شامل نیروی پلیس ایالتی - برای تضمین تعهدات قراردادی مثل انتقال ملک.

حقوق جزا، همان‌گونه که اشاره شد، پیش از وقوع برخی اعمال به‌منظور جلوگیری از آنها و نیز پس از وقوع آنها و بعد از ایراد آسیب اعمال می‌گردد. شکل مداخله نه تنها شامل پیشگیری می‌شود بلکه ضمانت اجراهای پولی و غیرپولی را نیز دربرمی‌گیرد. اجرای حقوق جزا عمومی است.

۶-۱-۲ ساختار مطلوب مداخله حقوقی

دولت مجبور است روش‌های مداخله حقوقی را برای کنترل رفتار و به‌منظور

تجزیه و تحلیل روش‌های مطلوب مداخله، انتخاب کند. من ابتدا معیار رفاه اجتماعی را تعریف خواهیم نمود و سپس انتخاب مطلوب هریک از این سه بعد مقدماتی روش‌های مداخله را مورد بحث قرار خواهیم داد. این به ما اجازه می‌دهد که فکرم‌ان را درباره تعیین‌کننده‌های ساختار مطلوب مداخله حقوقی سازمان دهیم.

۶-۱-۲-۱ معیار رفاه اجتماعی

مقیاس رفاه اجتماعی به‌خاطر سهولت منافی در نظر گرفته می‌شود که افراد از اعمال، منهای آسیب‌های انجام شده و هزینه‌های اجرای قانون به‌دست می‌آورند.^۱ این هزینه‌ها شامل هزینه‌های شناسایی افرادی که ضمانت اجراها باید بر آنان اعمال شوند، هزینه‌های اعمال قانون و نیز هزینه‌های تحمیل ضمانت اجراها می‌شوند. وقتی ضمانت اجراها پولی هستند، من کلاً فرض می‌کنم که هزینه کمی در رابطه با تحمیل واقعی آنها وجود دارد، چرا که وضع ضمانت اجراهای پولی به انتقال قدرت خرید و نه استفاده از منابع منجر می‌شود (به بخش‌های ۵-۱ و ۵-۲ نگاه کنید). وقتی ضمانت اجرا مجازات حبس است، من فرض می‌کنم که هزینه اجتماعی به میزان قابل توجهی به وضع آن مربوط می‌شود، زیرا مجازات حبس منابع اجتماعی را جذب می‌کند.

۶-۱-۲-۲ تعیین‌کننده‌های زمان مطلوب مداخله

عوامل متعددی نظیر عوامل ذیل بر زمان مطلوب اجتماعی مداخله حقوقی مؤثرند. الف) اطلاعات دولت درباره ویژگی اعمال در مقابل اطلاعاتی که در اختیار اشخاص خصوصی قرار دارند: به‌طور کلی به‌نظر می‌رسد هرچه علم دولت درباره خطرناکی اعمال اشخاص نگران‌کننده‌تر از علم خود اشخاص باشد مداخله حقوقی که در مراحل بعدی روی می‌دهد جذاب‌تر خواهد بود. اگر دولت درباره زبان‌آور بودن یک عمل کمتر از اشخاص بداند، ضمانت اجراهای مبتنی بر وقوع آسیب و وسعت آن جذاب‌تر خواهند بود زیرا آسیب گواه خطرناکی است، درحالی‌که تعیین ضمانت اجراهای متناسب مبتنی بر صرف اعمال برای دولت دشوار خواهد بود. اگر دولت نداند که در دسترس بودن یک سیم برق چقدر

۱. اهمیت حذف موارد مختلف از معیار رفاه اجتماعی به‌طور خلاصه در پایان این بخش مورد توجه قرار می‌گیرند.

خطرناک است (زیرا دولت این احتمال را که کسی از روی آن عبور کند نمی‌داند)، ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب ناشی از آن عمل جذاب‌تر از ضمانت اجرای مبتنی بر صرف ارتکاب آن عمل خواهد بود. به همین ترتیب، اگر دولت ماهیت خاص عملی را که یک شخص احتمالاً مرتکب می‌شود نداند و فقط ویژگی کلی آن را بداند، ضمانت اجرای مبتنی بر ارتکاب اعمال خاص جذاب‌تر از پیشگیری یک دسته کامل از اعمال خواهد بود. اگر دولت نداند که شخصی سلاحش را خواهد کشید و دیگری را تهدید خواهد کرد، شاید بهتر باشد از یک دسته اعمال، مثل حمل اسلحه، جلوگیری نکند و فقط اشخاصی را مجازات کند که مرتکب عمل نشان دادن اسلحه‌شان به طریق تهدیدکننده می‌شوند.

اگر به جای آنکه اشخاص خصوصی دارای اطلاعات برتر از اطلاعات دولت باشند، دولت از اطلاعات برتر منتفع گردد، نتیجه‌گیری‌هایی که هم‌اکنون صورت گرفت معکوس می‌شوند و مداخله حقوقی قبلی جذاب‌تر از مداخله بعدی خواهد شد. اگر دولت بداند که یک حشره‌کش خاص سرطان‌زاست، ممکن است ترجیح دهد با وضع مقررات از استفاده از آن جلوگیری کند زیرا تهدید ضمانت اجرای مبتنی بر خطر مورد انتظار ناشی از استفاده از آن یا مبتنی بر آسیب ایجاد شده بی‌اثر خواهد بود. اگرچه راه دیگر برای دولت این خواهد بود که افراد را از خطر مطلع سازد و در آن صورت هیچ دلیلی برای مداخله حقوقی مقدم وجود ندارد. به‌هرحال در برخی شرایط، ارتباط غیرممکن یا پرهزینه است.

ب) کارآمدی و امکان‌پذیری ضمانت اجراها: کارآمدی ضمانت اجراها به احتمال به‌کارگیری و به وسعت عملی آنها بستگی دارد. اگر ضمانت اجراها چون افرادی که مرتکب اعمال نامطلوب می‌شوند یا آسیب ایجاد می‌کنند به سهولت قابل شناسایی نیستند با احتمال بالا اعمال نشوند خیلی مؤثر نخواهند بود؛ و اگر ضمانت اجرای ممکن بالا نباشند، همچون حالتی که ضمانت اجراها پولی هستند اما شخص دارایی کمی دارد، باز هم کارآمدی آنها محدود خواهد بود. به‌طور کلی وقتی ضمانت اجراها به‌قدر کافی مؤثر نباشند ضمانت اجراها از نظر می‌افتند و پیشگیری از اعمال جذاب خواهد بود. اگر دستگیری کسی که یک منبع آب را آلوده می‌کند دشوار باشد، بهترین روش برای مهار این رفتار نامطلوب ممکن است جلوگیری از آن با حصارکشی پیرامون منبع باشد. همین‌طور استفاده از یک دستور دادگاه

ممکن است بهترین روش مهار رفتار شرکتی باشد که می‌تواند آسیب زیادی به وسیله فعالیت‌هایش ایجاد نماید و دارایی کمی دارد، زیرا با تهدید یک جریمه پولی بازدارندگی چندانی برای آن ایجاد نخواهد شد.

هنگامی که کارآمدی ضمانت اجراها افزایش می‌یابد، ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل و مبتنی بر آسیب ممکن است مفید شوند. در این ارتباط، توجه کنید که اگر آسیب ناشی از یک عمل احتمالی باشد، نیازی نیست که ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل به اندازه ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب بالا باشند. به عنوان توضیح، ضمانت اجراهای پولی و این امکان که شخصی قادر به پرداخت در مقابل آسیب به وجود آمده نباشد را در نظر بگیرید، در نتیجه او به وسیله ترس از چنین ضمانت اجراهایی به قدر کافی از انجام آسیب بزرگ، بازداشته نخواهد شد. با این حال مجازات کردن چنین شخصی به خاطر عملش ممکن است هنوز مؤثر باشد زیرا ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی او ممکن است خیلی کمتر باشد. فرض کنید که عمل یک شخص آسیب ۱۰۰۰ با احتمال ۱۰ درصد ایجاد می‌کند یعنی آسیب مورد انتظار ۱۰۰ است و منفعتی معادل فقط ۵۰ برای او حاصل می‌کند، در نتیجه عمل او نامطلوب است. اگر جامعه روی یک ضمانت اجرای مؤخر حساب کند که فقط وقتی آسیب واقع شود تحمیل می‌گردد، شخص بازداشته نخواهد شد مگر آنکه دارایی‌هایش حداقل ۵۰۰ باشد، زیرا $10 \times 500 = 5000$ برابر با ۵۰ است. اما اگر جامعه یک ضمانت اجرای معین ۱۰۰ را برای عمل فرد - آسیب مورد انتظار از عمل فرد - وضع کند، فرد مادام که دارایی او حداقل ۵۰ باشد بازداشته خواهد شد. برای آنکه فردی به جای بازداشته شدن به وسیله تهدید ضمانت اجراها برای ارتکاب عمل، به وسیله تهدید ضمانت اجراها برای ایجاد آسیب با بازدارندگی روبه‌رو شود، باید دارایی‌هایش بسیار بالاتر باشد اگر آن عمل با احتمال کمی ایجاد آسیب کند. پس به طور خلاصه، ناکارآمدی ضمانت اجراها ممکن است منجر به مطلوبیت پیشگیری نسبت به ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل یا مبتنی بر آسیب و همچنین به جاذبه ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل نسبت به ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب گردد.

ج) هزینه اداری: امکان دارد اختلاف قابل توجهی در هزینه روش‌های متفاوت مداخله برای جامعه وجود داشته باشد. به عنوان مثال ممکن است پیشگیری از برخی انواع عمل

در مقایسه با کنترل این اعمال یا آسیب ناشی از آنها نسبتاً ارزان باشد. برای متوقف کردن افراد از ورود به یک منبع آب فقط یک حصار لازم است؛ این کار ممکن است بسیار ارزان‌تر از مستقر کردن پلیس در اطراف منبع آب برای دستگیری آلوده‌کنندگان و سپس تحمیل ضمانت اجراها باشد. وقتی پیشگیری را می‌توان با استفاده از یک مانع فیزیکی حاصل کرد درحالی‌که مجازات مستلزم کنترل برای مشاهده زمانی است که یک عمل یا آسیب صورت می‌گیرد، پیشگیری ممکن است اقتصادی باشد. در شرایط دیگر، پیشگیری ممکن است گران‌تر از به‌کارگیری ضمانت اجراها باشد. برای تضمین آنکه مردم هنگام رانندگی درست رفتار کنند، جامعه می‌تواند یک پلیس را کنار دست راننده در هر اتومبیل بنشاند و از پلیس بخواهد که راننده را از گردش‌های نامناسب، سرعت زیاد و نظایر آن بازدارد. اما این پیشگیری از رانندگی بد، به‌طور مضحکی گران خواهد بود. به‌عنوان یک راه‌چاره بسیار ارزان‌تر، جامعه از ضمانت اجراها برای جریمه رانندگی بد و آسیبی که ایجاد می‌کند استفاده می‌کند.

در رابطه با ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل در مقابل ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب، هزینه‌های اداری نیز مهم هستند. ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب این مزیت را دارند که فقط درصدی از مواقع اعمال می‌شوند چون اعمال اغلب منجر به آسیب نمی‌شوند. این باعث می‌شود که ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب در صورت تساوی چیزهای دیگر ارزان‌تر باشند، اگرچه گاهی ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل آسان‌تر تحمیل می‌شوند.

۳-۲-۱-۶ تعیین‌کننده‌های شکل مطلوب مداخله

در ارتباط با انتخاب بین اشکال ضمانت اجراها آنچه در بخش ۲-۵ مورد بحث قرار گرفت اعمال می‌شود؛ یعنی ضمانت اجراها باید به‌ترتیب هزینه آنها اعمال گردند. این بدان معناست که ضمانت اجراهای پولی باید اول اعمال گردند و سپس مجازات حبس فقط زمانی که از ضمانت اجراهای پولی به‌خاطر تمام شدن دارایی شخص نتوان استفاده کرد (این نکته منوط به قیودی بود، از قبیل اینکه ضمانت اجراهای پولی به ناتوان‌سازی دستیابی نخواهند داشت، اما این قیود نباید ما را در اینجا معطل کند). در ارتباط با استفاده از ضمانت اجراها برای کاهش اعمال در مقابل پیشگیری از اعمال، همان‌گونه که

هم‌اکنون در قسمت ۲-۱-۶ ذکر شد عنصر هزینه نیز نقش دارد، زیرا ضمانت اجراها ممکن است ارزان‌تر از پیشگیری باشند یا برعکس.

۴-۲-۱-۶ تعیین‌کننده‌های مطلوبیت اجرای خصوصی در مقابل اجرای عمومی

اینکه آیا برای مداخله حقوقی مفید است که از طریق دعاوی حقوقی اشخاص خصوصی به‌وجود آید یا به‌واسطه تلاش‌های مأمورین اجرای عمومی، به این بستگی دارد که چه روشی به‌صورت کاملاً اقتصادی منجر به شناسایی و درصورت لزوم دستگیری اشخاصی که قانون باید بر آنها اعمال گردد می‌شود. در پاسخ به این پرسش، در نظر گرفتن اینکه آیا اشخاص خصوصی طبیعتاً دارای اطلاعاتی درخصوص هویت متخلفان هستند یا خیر مفید خواهد بود.

الف) اشخاص خصوصی طبیعتاً دارای اطلاعات درباره‌ی هویت متخلفان هستند: قربانیان یا قربانیان بالقوه آسیب از اعمال خطرناک یا شاید اشخاص دیگر می‌توانند هویت متخلفان را بدون هیچ‌گونه تلاش یا با تلاش بسیار کمی تشخیص دهند؛ پس نقش اشخاص خصوصی در اجرای قانون به‌طور آشکاری مطلوب است زیرا برای جامعه تهیه کردن اطلاعاتی که اشخاص خصوصی دارند در مقایسه با صرف منابع برای اجرای عمومی به‌منظور کشف تخلفات مفید خواهد بود.

جامعه برای دستیابی به اطلاعات قربانیان باید انگیزه گزارش اطلاعاتشان به مقامات اجتماعی را به آنها بدهد. یک راه انگیزه دادن به قربانیان برای گزارش کردن، اعطای جایزه پولی به آنها برای انجام چنین کاری است. به‌ویژه اگر قربانیان بتوانند برای آسیبی که متحمل گردیده‌اند آسیب‌رسانندگان را تعقیب کنند - همان‌طور که به موجب شبه جرم و حقوق قراردادهای می‌توانند چنین کاری بکنند - انگیزه مناسبی برای گزارش آسیبی که متحمل گردیده‌اند خواهند داشت. امکان دیگر این است که قربانیان به‌جای دریافت غرامت از متخلفان بتوانند مبلغی از دولت دریافت کنند. قربانیان همچنین ممکن است تحریک به معرفی متخلفان شوند تا با فرض مجازات شدن متخلفان رضایتمندی کیفری کسب کنند. به‌علاوه، قربانیان بالقوه ممکن است برای اجتناب از آسیب آتی به معرفی متخلفان هدایت شوند. مثل وقتی که شخصی دستوری مبنی بر

توقف فعالیت خطرناکی که ممکن است او را در آینده متحمل زیان کند از دادگاه می‌خواهد. از چنین راه‌های مختلفی جامعه می‌تواند قربانیان و قربانیان بالقوه را به گزارش تخلفات هنگامی که هویت متخلفان را می‌دانند ترغیب کند.

در برخی موارد اشخاص خصوصی غیر از قربانیان شاهد اعمال متخلفان بوده و اطلاعاتی درباره متخلفان دارند، مثل وقتی که شخصی اتومبیلی را که تصادف می‌کند و می‌گریزد مشاهده می‌کند یا می‌داند کسی از قوانین مالیاتی تخطی کرده است. وقتی چنین افرادی اطلاعاتی درباره تخلفات دارند، می‌توان انگیزه‌های مالی، معمولاً نوعی پاداش، برای گزارش موارد تخلف از سوی چنین افرادی ایجاد کرد. هرچند انگیزه‌های اشخاص برای اخذ پاداش غالباً ضعیف‌تر از انگیزه‌های قربانیانی است که متحمل زیان شده‌اند. همچنین، احتمال کمتری وجود دارد که این اشخاص همانند قربانیان از گزارش تخلفات رضایتمندی کیفی حاصل کنند. به علاوه معمولاً این اشخاص برخلاف قربانیان و قربانیان بالقوه شخصاً از متوقف ساختن یک فعالیت خطرناک سودی نمی‌برند. نتیجتاً ایجاد انگیزه‌های گزارش کردن، در چنین اشخاصی بسیار دشوارتر است.

یک مشکل احتمالی در رابطه با پرداخت پول به اشخاص خصوصی برای گزارش کردن تخلفات طرح ادعاهای دروغین است، مثل جایی که شخصی به‌خاطر زیان‌هایی که متحمل نشده اقامه دعوی می‌کند یا فردی به‌طور واهی مدعی می‌شود که سرعت زیاد شخص دیگری را در بزرگراه مشاهده کرده است. برای مبارزه با این مشکل، دولت باید قادر به تشخیص صحت و سقم گزارش‌های تخلفات باشد. اگر شخصی به‌خاطر زیان‌هایی که واقعاً متحمل نشده اقامه دعوی کند، نسبتاً به‌سادگی می‌توان موضوع را بررسی کرد چون معمولاً دلیل زیان باید موجود باشد؛ اما اگر گزارش شده باشد که شخصی سرعت زیاد داشته، معلوم نیست که بتوان صحت و سقم آن را تعیین کرد. در جایی که مشکل تعیین صحت و سقم اطلاعات جدی است، ارزش استفاده از انگیزه‌های مالی برای کسب گزارش تخلفات مورد تردید است.^۱

۱. البته، اجرای عمومی هم دربرگیرنده مشکلات مشابهی است: یک مأمور اجرای عمومی ممکن است برای شخصی پاپوش درست کند برای تحویل دادنش پاداش بگیرد یا در عوض تحویل ندادنش از او اخاذی کند. اما روش‌های موجود برای مهار این مشکل با روش‌های مورد استفاده برای مهار گزارش‌های نادرست اشخاص خصوصی تفاوت ←

ب) برای شناسایی یا دستگیری متخلفان باید تلاش را افزایش داد: هنگامی که شناسایی یا دستگیری متخلفان دشوار و مستلزم تلاش است اجرا توسط مأمورین عمومی مورد لزوم است. اگر طبیعتاً بعید باشد که اشخاص خصوصی قادر به کشف و شناسایی متخلفانی مثل کسانی که آلوده‌کننده‌ها را در دریاچه تخلیه می‌کنند یا کسانی که در بزرگراه با سرعت زیاد رانندگی می‌کنند باشند، برای شناسایی آنها ممکن است تلاش در اجرای عمومی مورد نیاز باشد. حتی در مواردی اگر یک شخص خصوصی هویت یک متخلف را بداند، پیدا کردن آن فرد احتمالاً آسان نخواهد بود و باز هم نیازمند تلاش عمومی است.

درست است که اشخاص خصوصی ممکن است انگیزه شناسایی و دستگیری متخلفان را به‌خاطر دریافت پاداش پیدا کنند، اما این روش، به‌هرحال مشکلاتی را به همراه دارد. پرداخت پاداش ممکن است طرح اطلاعات و اتهامات دروغین را موجب شود، یا ممکن است انگیزه اشخاص خصوصی برای پیدا کردن متخلفان به دلایل مشابه آنچه قبلاً در مورد علت افراطی بودن تلاش برای ماهیگیری توضیح داده شد، بیش از حد باشد (وقتی شخصی تلاش خویش را مصروف یافتن یک متخلف می‌کند، این نکته را در نظر نمی‌گیرد که احتمال یافتن متخلف توسط دیگران را کاهش می‌دهد - به قسمت ۱-۳-۱ نگاه کنید). یک مسئله عمومی‌تر این است که در موارد و جنبه‌های متعددی تلاش مؤثر برای شناسایی و دستگیری متخلفان مستلزم هماهنگی و گاهی سرمایه‌گذاری در نظام‌های اطلاعاتی است (از قبیل ثبت سوابق اثرانگشت). یک مشکل متفاوت با پرداخت پاداش این است که نفع اجتماعی ممکن است با به حداکثر رساندن درآمد پاداش فراهم نشود، زیرا نفع نهایی اجتماع کاهش تعداد تخلفات است و این ممکن است درآمد پاداش را کاهش دهد. تأثیر این مشکلات مختلف مربوط به پرداخت پاداش‌ها این است که اجرای عمومی ممکن است دارای مزیت بر اجرای خصوصی باشد. یک دلالت احتمالی دیگر این است که اگر اجرای خصوصی مطلوب باشد، احتمالاً باید به‌وسیله مؤسسات بزرگ و شاید به‌وسیله انحصارات مصوب انجام شود که نه تنها

→ دارند (به‌عنوان مثال، یک افسر پلیس که سرعت زیاد را مشاهده می‌کند می‌توان از او خواست که ثبت الکترونیکی یک وسیله راداری که سرعت را ثبت می‌کند تحویل دهد، همچنین حساب‌های بانکی او را می‌توان در جست‌وجوی درآمد اضافی کنترل کرد و قس علی‌هذا).

به‌خاطر این کار بلکه به‌خاطر کاهش تعداد اعمال زیان‌آور پاداش می‌گیرند. در هر صورت، برای ما مهم این نیست که اجرا به‌وسیله یک نماینده عمومی چقدر خوب است، بلکه مهم این است که اجرا باید توسط سازمان بزرگی که ویژگی‌های اصلی سازمان‌های اجرای عمومی را دارد صورت گیرد و آن سازمان باید مأمورین اجرایی استخدام شده را در اختیار داشته باشد که به‌طور هماهنگ با مقیاس گسترده برای دستگیری متخلفان کار کنند و منفعتش باید نه تنها مجازات متخلفان بلکه بازدارندگی نیز باشد. من این سازمان اجرا را برای سهولت با عنوان اجرای عمومی مورد اشاره قرار خواهم داد.

ج) نتیجه‌گیری: این بحث نشان می‌دهد که وقتی اشخاص خصوصی و به‌ویژه قربانیان، می‌توانند طبیعتاً متخلفان را شناسایی کنند، غالباً استفاده از اطلاعات با ارزش اجتماعی آنها از طریق روش‌های اجرای قانون آغاز شده به‌طور خصوصی مطلوب خواهد بود. اما وقتی برای شناسایی یا دستگیری متخلفان تلاش لازم است، معمولاً استفاده از مأمورین اجرای عمومی برای اجرای قانون مفیدتر خواهد بود.

۳-۱-۶ تشریح تمثیلی ساختار مطلوب مداخله حقوقی

اکنون تجزیه و تحلیل ساختار مطلوب حقوق را با بررسی زمینه‌های مهم مداخله حقوقی تشریح خواهیم کرد و نشان می‌دهم که ویژگی‌های نظام حقوقی که ما مشاهده می‌کنیم در یک معنای تقریبی منطقی هستند. همچنین امکان تغییرات سودمند در طرح کلی نظام حقوقی را در پرتو نظریه پیش‌گفته درباره ساختار مطلوب آن بررسی می‌کنم. باید در ابتدا اشاره کنم که بیشتر بحث این قسمت حدسی است و اصولاً از میل به نشان دادن ارزش تجزیه و تحلیل ساختار عمده حقوق از یک دیدگاه اقتصادی نشئت گرفته است.

۱-۳-۱-۶ حقوق شبه‌جرم

نوع معمول شبه‌جرم از قبیل یک تصادف اتومبیل یا صدمه ایجاد شده با سقوط جسمی از یک جرثقیل در یک منطقه ساختمان‌سازی شهری و زخمی شدن شخصی که در حال عبور است را در نظر بگیرید.^۱ سؤال این است که چرا از نظر اجتماعی کنترل رفتاری که

۱. من توجه خود را در این قسمت به شبه‌جرم‌های غیرعمومی معطوف می‌نمایم.

منجر به چنین آسیب‌هایی می‌شود از طریق مداخله حقوقی با ویژگی‌های نظام شبه‌جرم یعنی نظامی که در صورت وقوع آسیب و طرح دعوی خصوصی برای اخذ غرامت، ضمانت اجراهای پولی وضع می‌کند مفید است؟

یک پاسخ به این شرح است: اول، استفاده از ضمانت اجراهای پولی به تنهایی برای آسیب صورت گرفته، منطقی‌تر منجر به انگیزه‌های خوبی برای کاهش خطر در قلمرو شبه‌جرم می‌شود، چون هویت شخص مسئول برای قربانی مشخص است، این نکته در تصادف اتومبیل یا سقوط جسم از جرثقیل صحت دارد و شخص مسئول غالباً دارای دارایی یا پوشش بیمه مسئولیت کافی برای پرداخت در مقابل آسیب می‌باشد.

به سختی می‌توان انکار کرد که انگیزه‌ها ممکن است بر اثر ناتوانی قربانیان در تعیین خالق آسیب و بر اثر مشکل مصونیت از حکم تحلیل روند. اما به نظر نمی‌رسد این مشکلات در قلمرو کلی شبه‌جرم آنقدر بزرگ باشند که توسل به حبس را به‌عنوان یک ضمانت اجرا مفید سازند. اگر جامعه قرار بود افراد را به‌خاطر ایجاد تصادفات اتومبیل با ماهیت شبه‌جرم، برای آسیب‌های ایجاد شده وقتی اشیاء از جرثقیل رها می‌شوند و برای هریک از شبه‌جرم‌هایی که تجربه می‌کنیم زندانی کند، هزینه‌های این شکل گران‌تر ضمانت اجرا بسیار عظیم و غیرقابل تحمل بود.

در ادامه، اگر جامعه ضمانت اجراها در زمینه شبه‌جرم را به موقعیت‌هایی که آسیب واقع می‌شود محدود نکند همه اعمال بالقوه زیان‌آور را مجازات یا برای پیشگیری از آنها تلاش کند، با مشکلات اطلاعاتی جدی روبه‌رو می‌شود و متحمل هزینه‌های اداری گنج‌کننده‌ای می‌گردد. جامعه مجبور به تشخیص آن است که کدام رفتار واقعاً به‌قدر کافی خطرناک بوده تا ضمانت اجراها را اعمال کند و با توجه به حجم وسیع از رفتارهایی که می‌توانند منجر به آسیب‌های با ماهیت شبه‌جرم شوند (از جمله میلیون‌ها نمونه روزانه رانندگی بد، قصور در پاک کردن پیاده‌روها از یخ و نظایر آن)، تعیین آنکه کدام رفتار به‌قدر کافی خطرناک است تا مجازات شود، به‌خوبی قابل انجام نیست. محاکم به‌اندازه کافی نمی‌دانند تا قادر به انجام این کار باشند؛ لذا اتخاذ چنین تصمیماتی بسیار دشوارتر از ارزیابی رفتاری است که منجر به آسیب شده است. علاوه بر این، حجم مواردی که باید مورد بررسی قرار گیرند، به این دلیل ساده که

خطرناک‌ترین رفتار واقعاً منجر به آسیب نمی‌شود. احتمالاً حداقل یکصد بار بزرگ‌تر از حجم موارد شبه‌جرم است، تحت نظام شبه‌جرم جامعه صرفه‌جویی زیادی خواهد کرد زیرا دستگاه قضایی را فقط در مواردی که آسیب ایجاد می‌شود درگیر می‌کند.

توضیح این نکته باقی می‌ماند که چرا برای اشخاص خصوصی معنا دارد که نقشی را که در نظام شبه‌جرم بازی می‌کنند داشته باشند؟ چون ضمانت اجراها فقط زمانی تحمیل می‌شوند که اشخاص خصوصی درخواست تعقیب کنند و چون اشخاص عایدی ناشی از ضمانت اجراها را جمع‌آوری می‌کنند. توضیح این است که در شرایط شبه‌جرم معمولی قربانی می‌تواند به سهولت هویت آسیب‌رساننده را تعیین کند. وقتی شخصی در تصادف اتومبیل یا به وسیله جسمی که از یک جرثقیل رها شده مصدوم می‌گردد، معمولاً می‌داند یا قادر خواهد بود به سهولت دریابد که آسیب‌رساننده چه کسی بوده است (درواقع اگر وضعیت این‌گونه نباشد و آسیب‌رساننده تلاش کند هویتش را مخفی سازد، مثلاً در موردی که شخصی تصادف می‌کند و می‌گریزد، عمل آسیب‌رساننده ممکن است به منزله جرم تلقی شود و لذا تضمین عمومی به کار گرفته خواهد شد تا احتمال شناسایی او را افزایش دهد). اگر قربانیان قادر باشند به سهولت هویت آسیب‌رسانندگان را کشف کنند، به شروع مداخله حقوقی به واسطه مجاز بودن در اخذ ضمانت اجرای پولی هدایت خواهند شد. اعطای حق تعقیب و اخذ غرامت به قربانیان، به شناسایی آسیب‌رسانندگان و ارائه اطلاعات درباره رفتار آنها که جامعه به نحو دیگری قادر به تحصیل آنها نیست یا باید برای آن هزینه کند منجر خواهد شد. اگر دولت مجبور بود تعداد تصادف‌های اتومبیل را کنترل و جرمه‌هایی برای آسیب صورت گرفته وضع کند ولی قربانیان در نتیجه آن غرامت دریافت نمی‌کردند، چند وقت یک‌بار ممکن بود قربانیان حوادث را گزارش کنند، شهادت دهند و اطلاعاتی درباره آسیب‌ها و درباره رفتار آسیب‌رسانندگان ارائه کنند؟ ماهیت خصوصی نظام شبه‌جرم، با غرامات پرداختی به قربانیان به جامعه اجازه می‌دهد از منفعت اطلاعاتی که معمولاً قربانیان درباره هویت و رفتار آسیب‌رسانندگان به دست می‌آورند بهره‌مند گردد.

۲-۳-۱-۶ مقررات ایمنی

اکنون انواع رفتار را که به‌طور کلاسیک تحت قاعده درمی‌آیند در نظر بگیرید: استفاده از

مواد و وسایل تأثیرگذار بر خطرات آتش‌سوزی، نگهداری آسانسور، تهیه و تولید غذاها و داروها، ساخت و ادارهٔ راکتورهای هسته‌ای و نظایر آن. در اینجا مسئلهٔ مورد بحث این است که چرا باید چنین رفتاری را به‌وسیلهٔ قانون کنترل کنیم؟ یعنی چرا باید در این موارد پیشگیری و ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل را با استفاده از اجرای عمومی اعمال کنیم.^۱

در رابطه با مداخلهٔ قبل از وقوع آسیب، من حدس می‌زنم که اتکا بر ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب برای کنترل اکثر رفتارهای مورد بحث کافی نیست. در جایی که مقررات ایمنی اعمال می‌شود، غالباً وسعت آسیب‌های ممکن در مقایسه با دارایی عاملان زیاد است. آتش‌سوزی در یک سالن سینما می‌تواند تعداد زیادی از مردم را به کشتن دهد و خسارات آن به‌طور قابل توجهی از دارایی‌های مالک سینما فراتر خواهد رفت؛ حادثه در یک نیروگاه هسته‌ای می‌تواند باعث آسیب گسترده و صدمه به ده‌ها هزار نفر شود که بسیار از دارایی‌های مالکش فراتر می‌رود؛ در مورد غذای آلوده و تهیه‌کننده یا تولیدکننده‌اش به‌علاوه در برخی موارد، در شناسایی شخصی که موجب آسیب شده نیز چنین شرایط مشکل وجود دارد؛ مشکل بتوان آسیب بلندمدت تولید شده از نشت هسته‌ای را به حادثه نسبت داد و ممکن است ردیابی منشأ مسمومیت غذا به‌خاطر تعدد علل احتمالی بعضی سرطان‌ها دشوار باشد.

اگر ضمانت اجراهای مبتنی بر آسیب برای کنترل آسیب ناکافی باشند و پیشگیری و ضمانت اجراهای مبتنی بر عمل خوشایند شوند، جامعه نیازمند آن است که مشخص کند چه رفتاری واقعاً خطرناک است. در زمینه مقررات ایمنی، به‌نظر می‌رسد ما تلاش کرده‌ایم با این مشکل از طریق محدود کردن قلمرو مقررات به رفتارهایی که می‌توانیم با اطمینان بگوییم که نامطلوب هستند، مواجه شویم. هنگام تنظیم مقررات ایمنی آتش نیز به‌اعمالی مثل مشخص کردن درهای خروجی و نصب سیستم‌های آب‌پاش سقفی توجه می‌کنیم، در جایی که داوری درخصوص منافع و هزینه‌ها برای جامعه دشوار نیست. طبیعتاً، جامعه مقررات ایمنی را در جایی که جزئیات رفتار مورد بحث هستند - مثل اینکه چقدر چوب در زیرزمین یک هتل ذخیره شده است - وضع می‌کند، زیرا برای

۱. این رفتار همچنین توسط حقوق شبه‌جرم نیز کنترل می‌شود که در آن اگر این رفتار منجر به آسیب شود معمولاً ممکن است دعاوی شبه‌جرم اقامه شوند؛ به قسمت ۶-۳-۱-۶ رجوع کنید.

واضع مقررات، داوری درست درباره چیزی مثل این از داوری درباره اینکه آب‌پاش سقفی باید در هتل باشد دشوارتر است.

جامعه همچنین تمایل دارد هزینه‌های اداری مداخله مبتنی بر عمل و پیشگیری را با روش‌هایی مثل تمرکز بر نصب وسایلی که کنترل آنها آسان است (آب‌پاش‌های سقفی) به جای تمرکز بر رفتار قابل تعدیل (اینکه آیا کباب‌پزها به نحو صحیح استفاده می‌شوند) که اغلب کنترل مداوم و گرانی را به دنبال دارند کاهش دهد و هنگامی که رفتارها قانونمند شد، هزینه اداری گاهی با استفاده از کنترل اتفاقی کاهش داده می‌شود. علاوه بر این، جامعه گاهی روش‌های پیشگیری از رفتار نامطلوب را اگر ارزان باشند مورد استفاده قرار می‌دهد. مثال مذکور درباره حصارکشی پیرامون یک منبع آب یا استقرار محل پرداخت عوارض در ورودی یک تونل برای جلوگیری از عبور وسایل نقلیه با اندازه بزرگ‌تر از ابعاد تونل یا وسایل نقلیه‌ای که مواد خطرناک حمل می‌کنند را در نظر بگیرید. در چنین مثال‌هایی، پیشگیری ارزان است و به خاطر ماهیتش به انگیزه‌های اشخاص برای متوقف ساختن رفتار نامطلوب اتکا نمی‌کند.

وقتی روش‌های پیشگیری اعمال نمی‌شوند، شکل ضمانت اجرای مورد استفاده در مقررات ایمنی، غالباً پولی است، چون همان‌طور که در قسمت ۲-۱-۶ ذکر شد، ضمانت اجرای مبتنی بر عمل لازم نیست خیلی بالا باشد تا رفتار مطلوب را ترغیب کنند. برای ترغیب یک کارخانه به نصب وسایل اطفای حریق به ارزش ۱۰۰۰ دلار، همه آنچه جامعه نیازمند انجام است وضع یک جریمه معین بیشتر از ۱۰۰۰ دلار است و کارخانه مادام که دارایی‌هایش حداقل ۱۰۰۰ دلار باشد به نصب وسایل اطفای حریق هدایت خواهد شد. اما اگر جامعه به ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب برای ترغیب کارخانه به نصب وسایل اطفاء حریق اتکا کند، کارخانه ممکن است این کار را به خاطر مسئله مصونیت از حکم انجام ندهد. وقتی ضمانت اجرای پولی برای تضمین مقررات کفایت نمی‌کنند، ما انتظار داریم و می‌بینیم که مقررات به واسطه تهدید ضمانت اجرای کیفری اجرا می‌شوند.

نهایتاً، چرا فعالیت تنظیم شده براساس مقررات به طور عمومی تضمین می‌گردد؟ به نظر می‌رسد پاسخ اصولی این باشد که افراد به دلایل متعدد اغلب قادر به شناسایی رفتار

خطرناک در انواع مورد بحث نیستند. یک دلیل از جمله این است که یک فرد تخصص لازم برای ارزیابی خطر را نداشته باشد؛ ارزیابی خطر طراحی و اداره یک نیروگاه هسته‌ای، روش‌های تهیه غذا، احتمال اینکه یک نوع پارچه می‌سوزد و دودهای سمی متصاعد می‌کند و نظایر اینها، مستلزم دانشی فراتر از دانش یک فرد معمولی است. یک دلیل مستقل دیگر این است که افراد ممکن است نتوانند رفتار مورد بحث را مشاهده کنند؛ آنها معمولاً اجازه ورود به داخل یک نیروگاه هسته‌ای، یک کارخانه تولید دارو یا آشپزخانه یک رستوران را ندارند. بنابراین، با توجه به دلایل عمومی که در قسمت ۴-۲-۱-۶ ارائه شد، به نظر می‌رسد اجرای عمومی از اعتماد به اقدامات اجرای خصوصی مطلوب‌تر باشد.

۳-۱-۶ دستورات دادگاه

افراد به خاطر آزار و تهدیدات روشن و مستمر بر سلامتی یا ایمنی دستور دادگاه را درخواست می‌کنند. ما مجبوریم بگوییم چرا برای جامعه منطقی است که در برابر چنین رفتاری از دستورات دادگاه استفاده کند؟ همانند آنچه درباره رفتارهایی که با مقررات ایمنی کنترل می‌شوند گفتیم، یک پاسخ جزئی در این مورد نیز ممکن است توجه به عدم کفایت ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب باشد. کارخانه‌ای که در تعبیه یک حوضچه نگهداری فاضلاب سمی قصور می‌کند ممکن است قادر به پرداخت غرامت آسیب وارده نباشد؛ در نتیجه ضمانت اجراها برای آسیب شاید آن را به‌سوی اتخاذ اقدام بهبوددهنده هدایت نکنند و دستور دادگاه روش مطلوب اجتماعی برای کنترل رفتارش باشد. به هر حال می‌توان شرایط بسیاری را تصور کرد که در آنها اشخاص درخواست دستور دادگاه می‌کنند اما این موارد محدود به زمان‌هایی است که در مسئله مصونیت از حکم به‌وضوح مورد بحث نباشد (مثل دستورات دادگاه علیه ایجاد سروصدا).^۱ در هر صورت به نظر می‌رسد استفاده از دستورات دادگاه زمانی امکان‌پذیر است که اطلاعات ارائه شده به دادگاه‌ها آنها را مطمئن سازد که فعالیت انجام شده نامطلوب است. درحقیقت، اطلاعات مهم با تکیه بر این واقعیت که فعالیت انجام شده غالباً ویژگی مستمر دارد و

۱. اگرچه، در اینجا، امکان دارد که غرامات شبه جرم به دلایل نظری و به‌خاطر ناکافی دانستن ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب به‌طور مؤثر، برای سروصدا کم باشند که در آن صورت ممکن است گفته شود (عدم کفایت غرامت‌ها را به‌عنوان یک محدودیت تلقی کردن) که دستور دادگاه برای کنترل رفتار مطلوب است.

گاهی اوقات فعالیتی است که در گذشته نیز آسیب ایجاد کرده است (مثل وقتی که شخص سابقه ایجاد سروصدا یا تولید بوهای سمی دارد)، به دادگاه‌ها ارائه می‌شود. اینکه رفتار مورد بحث باید از طریق اقدام قانونی اشخاص خصوصی به جای تلاش اجرای عمومی کنترل شود به وسیله این واقعیت توضیح داده می‌شود که انواع رفتاری که معمولاً مقرر می‌شوند زیرمجموعه رفتارهایی هستند که می‌توانند از سوی افراد مشاهده و به عنوان خطرناک محسوب شوند. انواع بسیاری از فعالیت‌های خطرناک از قبیل وجود سگ‌های وحشی، بوهای سمی و نظایر اینها، وجود دارند که افراد طبیعتاً می‌شناسند درواقع طبق تعریف، آزارها فعالیت‌هایی هستند که ما از آنها آگاهیم، زیرا آنها ما را عذاب می‌دهند. افراد به دلایل مختلف از جمله به این دلیل از این اعمال باخبر می‌شوند که در شرایط قابل رؤیت یا لمس اتفاق می‌افتند یا دانش فنی کمی برای درک خطری که ایجاد می‌کنند لازم است یا اصلاً نیازی به دانش فنی نیست. در برابر چنین اعمالی، جامعه از مجاز دانستن افراد به اقامه درخواست دستور دادگاه جهت جلوگیری از آسیب منتفع می‌شود و به کارگیری مأمورین اجرای عمومی برای یافتن آزارها و دیگر شرایط خطرناکی که افراد خودشان معمولاً می‌شناسند یک ائتلاف اجتماعی محسوب می‌شود.

۴-۳-۱-۶ حقوق قراردادهای

به موجب حقوق قراردادهای، اشخاص خصوصی فقط وقتی می‌توانند برای جبران، اقامه دعوی کنند که نقض قرارداد صورت گرفته و آسیب وارد شده باشد. چرا حکومت بر رفتار طرفین قراردادهای به وسیله مداخله حقوقی مبتنی بر آسیب معنا دارد؟ پاسخ به طور جزئی، این است که عموماً تضمین رفتار مطلوب اجتماعی کافی است و معمولاً استفاده از ضمانت اجراهای مؤخر برای دستیابی به اهداف حقوق قراردادهای کفایت می‌کند. درواقع همان گونه که در بخش‌های مربوط به حقوق قراردادهای بحث شد، پرداخت غرامت‌های مورد انتظار (یا هرچه که مطابق مقیاسی که طرفین تعیین می‌کنند باشد) اهداف طرفین را تأمین می‌کند. مشکل مصونیت از حکم نیز در پرتو این واقعیت که طرفین درباره یکدیگر اطلاعات دارند به طور قابل توجهی تخفیف می‌یابد؛ اگر یک طرف قرارداد معتقد باشد که طرف دیگر قادر به پرداخت غرامت‌ها نیست و دلیل دیگری (مثل میل به حفظ اعتبارش) برای اجرای قرارداد ندارد، طرف اول ممکن است تصمیم بگیرد

که قراردادی منعقد نکند یا اقدامات دیگری برای حمایت از خویش به عمل آورد (شاید خیلی روی اجرای قرارداد حساب باز نکند).

در ادامه اجازه دهید بیان کنم که چرا نظامی که به موجب آن دولت پیش از وقوع نقض در روابط قراردادی مداخله کند عملی نخواهد بود. نخستین دلیل این است که دولت اطلاعات کافی ندارد تا بداند یک فرد چه موقع احتمال دارد مرتکب نقض شود و نقض غالباً حادثه‌ای است که ناگهانی روی می‌دهد؛ به عنوان مثال وقتی یک تهیه‌کننده تصمیم می‌گیرد کالا را به شخص دیگری بفروشد یا چیزی را به موقع تحویل نمی‌دهد چون فراموش کرده است در تاریخ مقرر آن را ارسال کند. درحقیقت، مداخله دولت پیش از نقض قرارداد مستلزم تصور واقعی‌دنیایی است که در آن پیش از آنکه نقض قرارداد عملاً روی دهد مداخله حقوقی قابل توجهی توجیه عملی دارد.

در مورد شکل جبران خسارت، نکات متعددی باید مورد اشاره قرار گیرند. همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، استفاده از وسایل جبران خسارت پولی در قبال نقض قرارداد عموماً برای اشخاص مفید است. نه تنها به خاطر این که نظام جبران خسارت پولی میل به ترغیب اجرای قرارداد دارد، بلکه همچنین به این دلیل که به طرفین اجازه می‌دهد با یک تعهد، وقتی اجرای قرارداد خیلی گران است یا وقتی فرصت‌های بسیار مطلوب دیگری عرضه می‌شوند، مرتکب نقض شوند. توجه داشته باشید که اگر شکل ضمانت اجرا برای نقض، حبس در زندان (یا ضمانت اجرای غیرپولی پرهزینه دیگر) بود، هزینه‌های ضمانت اجرا به زیان هر دو طرف تقبل می‌شد (قربانی نقض نه تنها هیچ غرامتی دریافت نمی‌کرد بلکه مجبور بود به شکل قیمت بالاتر نیز متحمل زیان‌های مورد انتظاری گردد که شخص ناقض متحمل می‌شد). بنابراین غرامت‌های پولی به جای حبس در زندان بهترین شکل ضمانت اجرا برای نقض هستند.

اکنون توضیح استفاده از اجرای معین قرارداد به عنوان وسیله جبران خسارت برای نقض باقی می‌ماند. همان‌طور که خواننده از بخش‌های ۳-۳ و ۳-۴ به یاد خواهد آورد، اجرای معین قرارداد فقط در وضعیت‌هایی برای طرفین مطلوب است که در آن یک راه گریز مثل نقض با پرداخت پولی به‌طور دوجانبه برای طرفین مفید نیست (نوعاً برای قراردادهای انتقال اموالی که قبلاً وجود دارند، مثل زمین). بنابراین هیچ تعارضی بین

آنچه هم‌اکنون دربارهٔ عدم مطلوبیت ضمانت اجرای غیرپولی پرهزینه برای نقض در شرایطی که راه گریز مطلوب دو طرف وجود دارد گفته شد و استفاده از اجرای معین قرارداد در برخی زمینه‌های قراردادی، وجود ندارد.

نهایتاً، این مطلب که مداخلهٔ حقوقی به‌خاطر نقض طبعاً باید با اقامه دعوی خصوصی از سوی قربانیان نقض آغاز شود، واقعاً بدیهی است. هنگامی که افراد قرارداد منعقد می‌کنند هویت یکدیگر را می‌دانند و هنگامی که یکی از طرفین در انجام تعهدش کوتاهی می‌کند، طرف دیگر به‌خودی‌خود آن را می‌فهمد. از این‌رو، جامعه با مجاز دانستن قربانی نقض به اخذ غرامت یا درخواست اجرای معین قرارداد تضمین می‌کند که این اطلاعات درخصوص نقض گزارش شوند. این بی‌فایده خواهد بود که از مأمورین اجرای عمومی خواسته شود برای شناسایی کسانی که قرارداد منعقد کرده‌اند و پی بردن به اینکه آیا آنها قراردادهای مطابق انتظار اجرا می‌کنند در شرایطی که قربانیان نقض جبران خسارتی دریافت نکرده‌اند و برای گزارش نقض ترغیب نشده‌اند تلاش کنند.

۵-۳-۱-۶ حقوق جزا

اکنون می‌خواهم توضیح دهم که چرا اعمالی که ما به‌عنوان جرائم تلقی می‌کنیم (قتل، راهزنی، سرقت و مانند آنها) خواه آسیب صورت گرفته یا نگرفته باشد با ضمانت غیرپولی حبس در زندان و از طریق استفاده از اجرای عمومی مهار می‌شوند. این بحث با در نظر گرفتن بررسی جنبه‌های مسئله در قسمت ۴-۵-۵ نسبتاً خلاصه خواهد بود. همان‌طور که در آنجا تأکید شد، استفاده از ضمانت اجرای پولی به تنهایی برای مهار اعمالی که در ناحیهٔ مرکزی تعریف جرم قرار دارند به‌شدت ناکافی است. انواع افرادی که مرتکب جرم می‌شوند اغلب دارایی بسیار کمی دارند یا اصلاً دارایی ندارند و غالباً شناسایی یا حداقل دستگیری آنها به‌وسیلهٔ اشخاص خصوصی به‌خاطر احتمال ایراد آسیب بعید است. به‌عنوان مثال سارقان اتومبیل دارایی شخصی کمی دارند و اکثر موارد سرقت اتومبیل منجر به ضمانت اجرا نمی‌شود. اگر سرقت اتومبیل و بسیاری اعمال مجرمانه دیگر فقط با ضمانت اجرای پولی مجازات می‌شدند، بازدارندگی از این اعمال به‌طور وحشتناکی ناکافی بود.

مشکلات نیل به بازدارندگی برای اعمال کیفری آنقدر بزرگ هستند که جامعه نمی‌تواند صرفاً به ضمانت اجراها در مقابل انجام آسیب اتکا کند و این را مطلوب خواهد یافت که وقتی اعمال مجرمانه بالقوه بسیار زیان‌آور هستند، ولو اینکه منجر به آسیب یا آسیب شدید در مثال مفروض نشوند، ضمانت اجراها را تحمیل کند. به همین علت برای جامعه منطقی است که کل دسته اعمال مجرمانه و نیز اعمالی مثل حمل برخی انواع اسلحه مخفی را مجازات کند. این اعمال در یک معنای مورد انتظار بسیار زیان‌آور هستند و بنابراین مجازات آنها برای جامعه ممکن است کاملاً منطقی باشد. محدود کردن ضمانت اجراها صرفاً به اعمالی که در آنها شخص موفق به انجام آسیب می‌شود به دلیل عدم کفایت بازدارندگی، مطلوب است. هرچند جامعه میل ندارد اعمالی را که به آسیب مورد انتظار به قدر کافی بزرگ مربوط نمی‌شوند مجازات کند. بنابراین اگر شخصی در مراحل بسیار ابتدایی شروع به قتل دستگیر شود یا مثلاً اگر فقط یک چاقوی جیبی مخفی داشته باشد، کاملاً امکان دارد با مجازات روبه‌رو نشود. در چنین روشی، جامعه مشکل فقدان اطلاعات درباره خطرناکی عمل را مورد تأکید قرار می‌دهد و چنانچه آسیب مورد انتظار به قدر کافی بزرگ باشد، مجازات کردن اعمال قبل از وقوع آسیب بازدارندگی را افزایش می‌دهد.

اینکه جامعه مأمورین اجرای عمومی را در زمینه رفتار کیفری مورد استفاده قرار می‌دهد عمدتاً به خاطر این واقعیت است که تلاش می‌کند کسانی را که مرتکب اعمال کیفری می‌شوند شناسایی و دستگیر کند. در نتیجه به دلایل کلی که پیشتر مطرح شد، استفاده از مأمورین اجرای عمومی برای کشف جرائم و دستگیری جنایت‌کاران معنا پیدا می‌کند. به علاوه کسانی که مرتکب اعمال جزایی می‌شوند غالباً از کسانی که درصدد مجازات آنها هستند انتقام می‌گیرند و این می‌تواند برای نظامی که به اجرای خصوصی وابستگی دارد مسئله‌ساز باشد (و در عمل برای اجرای عمومی وقتی همکاری شاهدان ضرورت دارد یک مشکل است).

۶-۳-۱-۶ استفاده مشترک از روش‌های مداخله حقوقی

بسیاری از رفتارها به وسیله چندین روش مداخله حقوقی کنترل می‌شوند. به عنوان مثال بسیاری از آسیب‌ها هم توسط قانون مسئولیت مدنی و هم توسط مقررات ایمنی کنترل

می‌شوند و جرائم منجر به آسیب نیز معمولاً شبه‌جرم هستند. در کلی‌ترین سطح توضیح، استفاده مشترک از روش‌های مداخله حقوقی از نظر اجتماعی مطلوب است زیرا ما انتظار داریم که خلأهای موجود در کارآمدی یک روش مداخله حقوقی غالباً با اعمال روش‌های دیگر مداخله پر شود. بیایید دقیق‌تر، اگرچه خیلی خلاصه، منافع استفاده مشترک از مقررات ایمنی و قانون مسئولیت مدنی و حقوق جزا و حقوق شبه‌جرم را برای نشان دادن ارزش تجزیه و تحلیل استفاده مشترک روش‌های کنترل از دیدگاه این بخش بررسی کنیم.

الف) مقررات ایمنی و قانون مسئولیت مدنی: مشاهده می‌شود که بسیاری از آسیب‌ها هم توسط مقررات ایمنی و هم توسط قانون مسئولیت مدنی کنترل می‌شوند. به عنوان مثال، آسیب‌های ناشی از آتش‌سوزی توسط مقررات مربوط به چنین رفتاری (همچون نصب مجموعه‌های آب‌پاش سقفی و علائم خروج هنگام آتش‌سوزی) کنترل می‌شوند و آسیب‌های وارده ناشی از آتش‌سوزی‌ها نیز تحت تأثیر احتمال دعاوی قرار دارند. آنچه باید توضیح دهیم این است که چرا هیچ‌یک از مقررات ایمنی یا قانون مسئولیت مدنی به تنهایی برای کنترل آسیب ناشی از آتش‌سوزی کافی نیست؟

پاسخ در مورد اینکه چرا استفاده از نظام مسئولیت به تنهایی مفید نیست ضرورتاً با دلیل استفاده از مقررات ایمنی در وهله نخست یعنی اینکه مسئولیت ممکن است هنگامی که اشخاص مصون از حکم هستند یا به عنوان به وجود آورنده آسیب شناسایی نمی‌شوند ناتوان از بازدارندگی باشد، سازگار است. بنابراین بعضی اشخاص با تهدید مسئولیت برای ایجاد آسیب (رستورانی با دارایی ناچیز را در نظر بگیرید) بازداشته نمی‌شوند و این متضمن آن است که استفاده از مقررات ایمنی حداقل برای ترغیب یا اجبار این اشخاص به نصب مجموعه‌های آب‌پاش سقفی و وسایل اطفای حریق برای کاهش خطرات آتش‌سوزی مفید است. به عبارت دیگر، مقررات ایمنی به منزله نوعی پشتیبان نظام مسئولیت در شرایطی که آن نظام نمی‌تواند به قدر کفایت بازدارندگی ایجاد کند، عمل می‌کنند.

در رابطه با پرسش متقابل یعنی اینکه چرا مقررات ایمنی به تنهایی برای کنترل خطرات آتش‌سوزی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد، نکته اصلی به اشکال مقررات ایمنی که پیشتر مورد تأکید قرار گرفت یعنی اینکه مقررات مطلوب مستلزم آن است که دولت

اطلاعاتی را کسب کند که بعید است درخصوص بسیاری از اعمال مؤثر بر خطر داشته باشد، مربوط می‌شود. دولت ممکن است بتواند تعیین کند که برخی اقدامات کاهش‌دهنده خطر از قبیل نصب مجموعه‌های آب‌پاش سقفی ارزشمند هستند و ممکن است قادر باشد به صورت نسبتاً ارزانی بر آنها نظارت کند اما رفتارهای زیادی وجود دارند که دولت قادر نیست مطلوبیت اجتماعی آنها را ارزیابی کند یا نمی‌تواند آنها را به سهولت تحت قاعده درآورد.

در نظر بگیرید که آیا رستوران‌ها مواد قابل اشتعال را دور از اجاق گازها نگه می‌دارند، آیا تکه پارچه‌های روغنی که ممکن است آتش بگیرند در گنج‌های مخصوص نگهداری می‌شوند و نظایر آن. استفاده از نظام مسئولیت به بسیاری از کسانی که دارایی‌های کافی دارند انگیزه اقداماتی احتیاطی همچون برداشتن تکه پارچه‌های روغنی و نگهداری مواد قابل اشتعال در جاهای امن را می‌دهد. به همین دلیل است که استفاده از نظام مسئولیت به عنوان مکمل مقررات ایمنی منطقی است و متابعت از مقررات ایمنی یک دفاع عمومی در مقابل مسئولیت در دعوی شبه جرم محسوب نمی‌شود.

ب) حقوق جزا و حقوق شبه جرم: اکثر جرائمی که آسیب ایجاد می‌کنند شبه جرم هم هستند و قربانیان می‌توانند به خاطر آنها از آسیب‌رسانندگان غرامت بگیرند. چرا باید این‌گونه باشد؟

پاسخ اولیه این نکته را دربرمی‌گیرد که ضمانت اجرای پولی ارزان‌تر از مجازات حبس هستند. اگر جامعه تعیین کند که شخصی مرتکب جرم شده است، بازدارندگی از این نوع عمل را می‌توان به طور ارزان، از دیدگاه جامعه، از طریق وضع ضمانت اجرای پولی افزایش داد.^۱ اعطای حق تعقیب به قربانیان شبه جرم یک روش تقویت حبس با ضمانت اجرای پولی است. هرچند می‌توان پرسید چرا این کار باید به جای آنکه فقط از طریق وضع جریمه‌ها انجام شود با استفاده از نظام شبه جرم صورت گیرد؟

پاسخ‌های احتمالی عبارت‌اند از اینکه وقتی قربانیان به جای دولت حق اخذ غرامت دارند انگیزه‌هایشان برای ارائه اطلاعات به دولت و همکاری در تعقیب افزایش می‌یابد و

۱. از قسمت‌های ۳-۲ و ۴-۲ به خاطر آورید که وضع ضمانت اجرای پولی معادل ثروت بیش از تحمیل ضمانت اجرای حبس مطلوب است.

اگر بیمه نداشته باشند این کار خسارتشان را جبران می‌کند. در هر صورت دولت نیز اختیار وضع جریمه‌ها را دارد و گاهی این کار را می‌کند.

۶-۱-۳-۷ تغییرات سودمند ممکن در ساختار مداخله حقوقی

اگرچه عنوان کرده‌ام که جنبه‌های مهم ساختار کلی نظام مداخله حقوقی ما ممکن است منطقی به حساب آیند، اما تغییرات سودمند مهمی نیز وجود دارند که قابل پیگیری هستند. به عنوان مثال، استفاده بیشتر از جایزه‌های مالی برای کسانی که تخلفات را گزارش می‌کنند، امیدبخش است و به نظر می‌رسد می‌توان به‌طور قابل توجهی با پرداخت پول به اشخاص خصوصی برای ارائه اطلاعات، به اجرای عمومی کمک کرد. مبنای این باور این است که اشخاص خصوصی به‌ویژه کسانی که در سازمان‌ها کار می‌کنند، اغلب اطلاعاتی در خصوص تخلفات در اختیار دارند و برای ارائه این اطلاعات باید به آنها پاداش‌های قابل توجهی داده شود. راه کلی دیگر برای پیشرفت عبارت از کاهش میزان مقررات خواهد بود و این امر مستلزم آن است که کسانی که مقررات را وضع می‌کنند اطلاعاتی بیش از آنچه انتظار می‌رود داشته باشند و ضمانت اجرای مبتنی بر آسیب را که به‌طور عمومی وضع می‌شوند، یعنی جریمه‌هایی برای آسیب (یا جریمه‌هایی افزایش‌یافته به‌خاطر احتمال کشف آسیب) و مالیات‌های اصلاحی برای آسیب مورد انتظار، جایگزین مقررات سازند. اگرچه جریمه‌ها در واقع و اصولاً برای تضمین الزامات مقرراتی و نه برای تحمیل صورت‌حسابی معادل آسیب به آسیب‌رسانندگان اعمال می‌شوند و مالیات‌های اصلاحی برای آسیب مورد انتظار به‌ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرند. این روش‌های مداخله مزیت‌های زیادی نسبت به مقررات دارند زیرا مستلزم تعیین رفتار مطلوب توسط دولت نیستند.

۶-۱-۴ ملاحظات: نقص تحلیل

جنبه‌های مهم متعددی وجود دارند که بحث مطرح شده در اینجا در رابطه با آنها ناقص به نظر می‌رسد.

اول، اگرچه من ساختار مداخله حقوقی را مورد بحث قرار دادم، به مسئله بسیار

مربوط قلمرو کلی مداخله حقوقی، یعنی اینکه چه رفتارهایی برای کنترل قانون مطلوب هستند و چه رفتارهایی مطلوب نیستند، اشاره نکردم. پاسخ این پرسش به هزینه‌های اجتماعی مداخله حقوقی و روش‌های فراقانونی کنترل اجتماعی، به‌ویژه ضمانت اجرای اجتماعی فراقانونی مربوط به لطمه وارده بر اعتبار و نیز به ضمانت اجرای درونی مربوط به نقض هنجارهای اخلاقی بستگی دارد. هر قدر این ضمانت اجرای اجتماعی و نیروی اخلاق قوی‌تر باشد، نیاز به ضمانت اجرای حقوقی کمتر است. این مسائل را به‌طور جزئی در بخش ۲-۷ مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

جنبه دوم نقص بررسی در اینجا این است که برخی اشکال مهم مداخله حقوقی در امور، مورد توجه قرار نگرفت یا با اشکال انجام شد. به‌عنوان مثال، من مالیات‌بندی اصلاحی را تجزیه و تحلیل نکردم و اقدامات اعلامی را مورد بحث قرار ندادم.

عنصر سومی که من بررسی نکردم حمایت از افراد خطرگریز در مقابل خطر به‌عنوان یک هدف اجتماعی است. این یک مختصرسازی بود که من فکر می‌کنم انجامش معقول است، چون همان‌طور که بارها در این کتاب ذکر شد، بیمه به‌طور گسترده‌ای در بازارها در دسترس است و دولت همیشه می‌تواند پوشش بیمه عمومی در مقابل خطر را اگر به دلیلی افراد آن را خریداری نکنند ارائه کند و این از نظر اجتماعی مطلوب تلقی می‌شود. از این رو به‌نظر نمی‌رسد برآورده ساختن نیازهای بیمه ملاحظه مهمی در انتخاب روش‌های مداخله حقوقی باشد.

آخرین نکته‌ای که مورد اشاره قرار نگرفت حذف مسئله عدالت توزیعی درآمد به‌عنوان یک هدف اجتماعی بود. همانند حذف نیازهای بیمه، من معتقدم که مختصرسازی در این مورد نیز معقول بود. دلیل این امر که پیشتر ذکر شده و در بخش ۳-۷ توضیح داده خواهد شد، این است که عدالت توزیعی درآمد را می‌توان به‌طور مستقیم از طریق استفاده از مالیات بر درآمد و نظام‌های رفاه عمومی دنبال کرد. لذا، تغییر طرح نظام حقوقی برای دستیابی به عدالت توزیعی ممکن است دستیابی به دیگر اهداف اجتماعی را بی‌دلیل به خطر اندازد.

۱-۴-۶ مروری بر پیشینه مباحث

تعدادی از مقالات مسائل خاص مربوط به ساختار مطلوب حقوق را از یک دیدگاه

اقتصادی تجزیه و تحلیل می کنند. به ویژه نگاه کنید به کالابرسی و ملامد (۱۹۷۲) و کاپلو و شاول (۱۹۹۶) ب) که بر شبه جرم و قواعد مسئولیت در مقابل قواعد اموال و دستورات دادگاه تأکید می کنند؛ پوسنر (۱۹۸۵ الف) و شاول (۱۹۸۵ الف) در مورد حقوق جزا و شبه جرم؛ شاول (۱۹۸۴ ب، ۱۹۸۴ ج) درباره شبه جرم و قواعد مسئولیت در مقابل مقررات؛ وبکر و استیگلر (۱۹۷۴)، لاندز و پوسنر (۱۹۷۵) و پولینسکی (۱۹۸۰ الف) در خصوص اجرای عمومی حقوق در مقابل اجرای خصوصی آن بحث می کنند. همچنین، همان گونه که اشاره شد مقاله من، شاول (۱۹۹۳ الف) طرح حقوقی مطلوب را مطابق با این بخش مطرح می کند. به هر حال، روی هم رفته تجزیه و تحلیل ساختار حقوق در مراحل اولیه پیشرفت است.^۱

۱. همچنین به پولینسکی ۱۹۸۰ ب درباره شبه جرم و قواعد مسئولیت در مقابل قواعد اموال و دستورات دادگاه؛ کلسن، اولن و جانسون ۱۹۹۰ و ویتمن ۱۹۷۷ درباره قواعد مسئولیت در مقابل مقررات؛ با مول و اوتس ۱۹۹۸، کاپلو و شاول ۲۰۰۲ ج و وایتزمن ۱۹۷۴ درباره مالیات بندی اصلاحی در مقابل مقررات رجوع کنید.

فصل هفتم

اقتصاد رفاه،
اخلاق و حقوق

آخرین فصل کتاب را با بحث بنیادهای هنجاری تجزیه و تحلیل اقتصادی یعنی موضوع اقتصاد رفاه در بخش ۱-۷ آغاز می‌کنم. همچنین قواعد اخلاق و انصاف را که نقش مهمی، اگر نه غالب، در اکثر مباحثات هنجاری دربارهٔ حقوق بازی می‌کنند تشریح می‌کنم و دربارهٔ رابطهٔ بین این دو بحث می‌کنم. یکی از موضوعات این بحث این است که قواعد اخلاقی دارای جنبه‌های کارکردی هستند و افراد بنابر مجموعه‌ای از دلایل، به حق خودشان بر افراد اهمیت می‌دهند.

سپس در بخش ۲-۷، رابطهٔ مشهود بین حقوق و اخلاق را بررسی و آن را از حیث آنچه می‌تواند رابطهٔ مطلوب حقوق و اخلاق قلمداد شود تفسیر می‌کنم. در بخش ۳-۷ مسائل تقریباً اختصاصی راجع به عدالت توزیعی درآمد و حقوق را، شامل این مسئله که آیا اثرات توزیعی قواعد حقوقی باید بر انتخاب آنها تأثیر بگذارد مورد بحث قرار می‌دهم. پاسخ من به این سؤال یک نه مشروط است با فرض آنکه جامعه یک نظام مالیات بر درآمد دارد که برای توزیع مجدد درآمد یا اصلاح مشکلات توزیع که بر اثر قواعد حقوقی ایجاد می‌شوند، می‌تواند روی آن حساب کند.

۱-۷ اقتصاد رفاه و اخلاق

در این بخش ابتدا چارچوب اقتصاد رفاه را که در سراسر کتاب به عنوان اساس تجزیه و تحلیل هنجاری حقوق مورد استفاده قرار گرفته است مورد بحث قرار می‌دهم. سپس نقش ایده‌های اخلاق را تعریف و تشریح می‌کنم و در انتها این قواعد را به اقتصاد رفاه مرتبط می‌سازم.^۱

۱. البته من به خوبی آگاهم که در بررسی موضوع کلی اخلاق، که به شدت و مداوم برای بیش از دو هزار سال مورد مباحثه بوده است، هیچ موضعی که یک نویسنده اتخاذ کند احتمالاً عاری از دشواری تلقی نخواهد شد. به هر حال، *

این کار ما را قادر خواهد ساخت که در بخش بعدی، رابطه بین حقوق و اخلاق را مورد بحث قرار دهیم و ارتباطات بین ارزیابی هنجاری قواعد حقوقی که بر اقتصاد رفاه مبتنی است و آنچه حداقل به طور جزئی بر ایده‌های درست و منصفانه متکی است را درک کنیم.

۷-۱-۱ اقتصاد رفاه

۷-۱-۱-۱ چارچوب کلی

اصطلاح اقتصاد رفاه به یک چارچوب کلی برای تجزیه و تحلیل هنجاری، یعنی برای ارزیابی انتخاب‌های مختلفی که جامعه ممکن است صورت دهد، اشاره می‌کند.

در این چارچوب، ارزیابی اجتماعی یک وضعیت از دو عنصر تشکیل می‌شود: اول، تعیین مطلوبیت هر فرد در آن وضعیت و دوم، امتزاج مطلوبیت‌های افراد با یک روش.

۷-۱-۱-۲ مطلوبیت فردی

مطلوبیت یک فرد شاخص رفاه اوست و شامل هرچه ممکن است آن رفاه را تشکیل دهد می‌شود.^۱ بنابراین نه تنها غذا، مأمن و همه لذات و آلام مادی و ظاهراً مهم بر مطلوبیت اثر می‌گذارند بلکه رضایتمندی یا فقدان آن، احساسات زیباپرستی یک شخص، احساسات نوع‌دوستانه و غم‌خوارانه‌اش نسبت به دیگران، حس او از آنچه رفتار منصفانه را برای خودش و برای دیگران تشکیل می‌دهد (نکته‌ای که اهمیت ویژه‌ای در اینجا

→ یک نویسنده می‌تواند تلاش کند که به‌ویژه درباره تفکیک تعریف نظریات اخلاقی از تجویز رفتار و تصمیمات اجتماعی براساس سازگاری یا ناسازگاری آنها با نظریات اخلاقی صریح باشد.

۱. به‌طور دقیق‌تر، یک شاخص مطلوبیت یا تابع مطلوبیت به هر وضعیتی که در آن یک شخص می‌تواند رضایت خود را پیدا کند یک شماره می‌دهد و شماره‌های بالاتر به رفاه بالاتر مربوط می‌شوند. بنابراین، اگر از سوی یک فرد وضعیت x به وضعیت y ترجیح داده شود، مطلوبیت مربوط به x باید بالاتر از مطلوبیت مربوط به y باشد. به‌عنوان مثال باید مطلوبیت x برابر با ۲ و مطلوبیت y معادل ۱ باشد یا مطلوبیت x برابر با ۲۰ و مطلوبیت y معادل ۱۲ باشد. توابع مطلوبیت مختلف احتمالی دیگری می‌توانند نمایشگر همان رشته وضعیت‌های ممکن به‌وسیله فرد برطبق رفاه وی باشند. به‌هرحال برای ملموس‌تر بودن، خواننده ممکن است گاهی اوقات راحت‌تر بداند که تصور نماید (خواه صحت داشته باشد یا نه) که میزان قابل اندازه‌گیری مواد شیمیایی، یا یک فعالیت الکتریکی در منطقه مغز وجود دارد که هرچه رفاه گزارش شده شخص بیشتر باشد آن بالاتر است و اینکه این میزان مشخص به‌عنوان مطلوبیت عمل می‌کند.

دارد) و نظایر آن نیز بر مطلوبیت فرد مؤثرند. همچنین توجه به این نکته اهمیت دارد که اگر تردیدی درباره آینده و لذا درباره مطلوبیتی که افراد تجربه خواهند کرد وجود دارد، افراد یک ارزیابی مربوط به آینده از رفاه خود خواهند داشت که می‌توان به‌عنوان مطلوبیت مورد انتظارشان، یعنی به‌عنوان مطلوبیت با احتمال کاهش‌یافته بیان کرد.^۱ همان‌طور که خواننده می‌داند، این بدان مفهوم است که وجود بیمه ممکن است به نفع افراد باشد چون بیمه مطلوبیت مورد انتظارشان را افزایش می‌دهد. پس بدیهی است که ایده مطلوبیت دارای کلیت دربرگیرنده‌ای است و طبق تعریف، به‌وسیله هر چیزی که رفاه یک شخص را افزایش دهد ترقی داده می‌شود.

۳-۱-۷ امتزاج مطلوبیت‌ها از طریق کارکرد رفاه اجتماعی

در چارچوب الگوی اقتصاد رفاه، ارزیابی اجتماعی وضعیت‌ها براساس رفاه فردی انجام می‌شود. به‌ویژه فرض می‌شود که ارزیابی اجتماعی، از رفاه اجتماعی، به‌طور مثبتی به مطلوبیت همه و هریک از افراد بستگی دارد (وقتی مطلوبیت هر فرد افزایش می‌یابد رفاه اجتماعی زیاد می‌شود) و به عواملی جدای از مطلوبیت‌هایشان متکی نیست.^۲

۱. یک فرد باید راهی برای ارزیابی وضعیت‌هایی که شامل عدم قطعیت می‌شوند داشته باشد زیرا فرض این است که او همیشه می‌تواند رفاه خود را بیان کند و ترجیح وضعیتی بر وضعیت دیگر و برخی وضعیت‌های شامل عدم قطعیت را نیز بیان کند. بنابراین، اظهار صورت گرفته در متن مبنی بر آنکه یک فرد یک ارزیابی مربوط به آینده دارد صرفاً ملاحظه‌ای درباره داشتن ترجیحات شکل گرفته است نه یک ادعای متمایز درباره ماهیت آنها. اینکه ارزیابی مربوط به آینده یک شخص از وضعیت نامطمئن را می‌توان به‌منزله مجموع مطلوبیت‌های با احتمال کاهش یافته بیان کرد - به‌عنوان یک مطلوبیت مورد انتظار - یک ادعای متمایز درباره ترجیحات است و می‌توان آن را به موجب فرضیه‌های بسیار ضعیفی اثبات کرد (به‌ویژه به ساواژ ۱۹۷۲ نگاه کنید)، اما این فرضیه‌ها نباید ما را در اینجا متوقف نماید.

۲. برای بیان این چارچوب از نظر ریاضی، فرض کنید که n نفر فرد وجود دارد و فرض کنید مطلوبیت فرد اول با U_1 مشخص می‌شود و مطلوبیت دومی با U_2 و به همین ترتیب. همچنین فرض کنید x نشانگر توصیف کامل یک وضعیت است. پس رفاه اجتماعی $W(x)$ را می‌توان به این صورت نوشت $W(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$. در اینجا $W(x) > W(x')$ به این معنا تفسیر می‌شود که وضعیت x از نظر اجتماعی بر وضعیت x' ترجیح دارد. همان‌گونه که اشاره شد فرض می‌شود که $W(x)$ با افزایش مطلوبیت هر شخص (U_1, U_2 و غیره) افزایش می‌یابد. باید توجه داشت که رفاه اجتماعی $W(x)$ فقط تا حدی تحت تأثیر x قرار دارد که x بر مطلوبیت افراد اثر می‌گذارد؛ این فقط مطلوبیت‌های افراد است که رفاه اجتماعی را تعیین می‌کند. همچنین باید در نظر داشت که ←

این یک گروه گسترده از راه‌های جمع کردن مطلوبیت‌های فردی در یک مقیاس رفاه اجتماعی است و هیچ طریقه منفردی به موجب اقتصاد رفاه مورد تأیید قرار ندارد. یک مقیاس ممکن رفاه اجتماعی مطلوبیت‌گرایی کلاسیک، یعنی جمع مطلوبیت‌های افراد است. به موجب مقیاس‌های دیگر نه تنها مجموع (یا چیزی شبیه آن) بلکه توزیع مطلوبیت‌ها نیز به‌طور کلی مهم است و توزیع برابر مطلوبیت ممکن است بر توزیع نابرابر ارجحیت داشته باشد.^۱ به موجب اقتصاد رفاه، فرض این نیست که ارزیابی حالت‌های اجتماعی به‌وسیله یک دیدگاه خاص دربارهٔ روش مناسب امتزاج مطلوبیت‌های افراد (در عرض طبقه کلی روش‌های انجام آن) هدایت می‌شود، بلکه فرض این است که راهی برای انجام این کار وجود دارد.

توضیحات

الف) توزیع درآمد: ملاحظات دربارهٔ برابری در توزیع درآمد را می‌توان با مقیاس رفاه اجتماعی نشان داد. به‌ویژه، توزیع درآمد بر توزیع مطلوبیت‌ها اثر می‌گذارد و این توزیع همان‌طور که هم‌اکنون بیان شد، ممکن است به هر طریق بر رفاه اجتماعی اثر بگذارد. برای بحث بیشتر در مورد اینکه چرا توزیع درآمد بر رفاه اجتماعی اثر می‌گذارد به قسمت ۱-۳-۷ نگاه کنید.

ب) استثنا کردن عوامل بی‌ارتباط با مطلوبیت‌های افراد: این فرض را که رفاه اجتماعی بر عواملی غیر از مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارد می‌توان به طریق ذیل از نظر ریاضی

→ شکل ریاضی تابع رفاه اجتماعی W به مطلوبیت توابع U_i بستگی دارد که برای نمایش رفاه افراد انتخاب می‌شوند؛ اگر به‌عنوان مثال، برای شخص i ما تابع مطلوبیت U_i را با دو برابر کردن آن به $U_i^*(x) = 2U_i(x)$ تغییر دهیم، آنگاه W باید به‌نحوی تعدیل شود که نصف U_i نقش U_i را در W ایفا کند.

۱. به‌عنوان مثال، فرض کنید که w معادل مجموع جذرهای مطلوبیت‌ها باشد و وضعیتی را در نظر بگیرید که دو فرد وجود دارند و هریک دارای مطلوبیت یکسانی برابر با ۱۰۰ است. پس رفاه اجتماعی ۲۰ است یعنی $\sqrt{100} + \sqrt{100} = 10 + 10$. این توزیع برابر مطلوبیت بر توزیع نابرابر در جایی که فردی دارای مطلوبیت ۵۰ و دیگری دارای مطلوبیت ۱۵۰ است و در آن حالت رفاه اجتماعی ۱۹/۳۲ (زیرا $\sqrt{150} + \sqrt{50} = 12.25 + 7.07$) است برتری دارد و این توزیع بر توزیع افراطی که در آن فردی همهٔ مطلوبیت ۲۰۰ را دارد که در آن حالت رفاه اجتماعی ۱۴/۱۴ زیرا $\sqrt{200} = 14.14$ است ارجحیت دارد.

تعریف کرد: فرض کنید که در دو وضعیت اجتماعی متفاوت مثلاً y, x هر فرد می‌گوید: «من همانقدر که در وضعیت x خوشبختم در وضعیت y نیز خوشبخت هستم». پس وضعیت‌های y و x باید سطح یکسانی از رفاه اجتماعی را ایجاد کنند.^۱ (اگر این x و این y دارای سطوح مختلف رفاه اجتماعی بودند، معلوم می‌شد که چیزی به‌استثنای نمودار مطلوبیت‌ها در میان جمعیت برای ارزیابی وضعیت‌های اجتماعی اهمیت دارد). من گاهی اوقات این نوع مقیاس رفاه اجتماعی را که تحت اقتصاد رفاه مطالعه می‌شود، مقیاس مبتنی بر مطلوبیت رفاه اجتماعی می‌نامم تا آن را از مقیاس رفاه اجتماعی که به چیز دیگری بستگی دارد متمایز سازم.^۲

ج) استثنا کردن نظریات «عینی» رفاه به‌عنوان مبنای رفاه اجتماعی: یک نظریه عینی رفاه، مثلاً این نظریه که هر لذت ناشی از بدبختی دیگران نباید به‌عنوان مطلوبیت عینی محسوب شود را در نظر بگیرید. چنین نظریه عینی مطلوبیتی را با در نظر گرفتن این فرض که رفاه اجتماعی صرفاً تابع مطلوبیت‌های (ذهنی) افراد است نمی‌توان به‌عنوان مبنای رفاه اجتماعی به موجب اقتصاد رفاه به کار برد.

۷-۱-۲ تشریح قواعد اخلاقی

۷-۱-۲-۱ تعریف یک قاعده اخلاقی

مفاهیم بی‌شماری درباره آنکه چه اقداماتی را باید صحیح، درست، عادلانه، منصفانه یا اخلاقی (من این کلمات را به‌خاطر سهولت به‌جای یکدیگر به کار می‌برم) نامید، وجود دارند. این مفاهیم، حداقل به‌طور ضمنی، راه‌های ارزیابی وضعیت‌ها هستند؛ رفتار یا اقدام صحیح، درست، عادلانه یا اخلاقی بالاتر از رفتار یا اقدام ناصحیح، نادرست، غیرعادلانه یا غیراخلاقی قرار می‌گیرند. برخی مفاهیم انصاف به برابری در توزیع چیزها مربوط می‌شوند. لذا اگر کیکی برای تقسیم بین دو نفر وجود داشته باشد ممکن است گفته شود برای

۱. از نظر ریاضی، فرض به‌شرح ذیل است. فرض کنید در دو وضعیت x, y برای هر فرد i این معادله صادق است که $U_i(x) = U_i(y)$. پس $W(x) = W(y)$. این فرض را می‌توان به‌سهولت معادل با فرضی که (به پاورقی شماره ۲ صفحه ۶۹۳ رجوع کنید) رفاه اجتماعی $W(x)$ را می‌توان به شکل $W(x) = F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$ بیان کرد محسوب نمود.

۲. در اقتصاد، آنچه را که من مقیاس مبتنی بر مطلوبیت رفاه اجتماعی می‌نامم معمولاً مقیاس فردگرایی و گاهی اوقات مقیاس رفاهی می‌خوانند.

هریک درست این خواهد بود که سهم مساوی داشته باشد. بسیاری از این گونه نظریات مربوط به توزیع عادلانه را می‌توان به عنوان روش‌های ارزیابی براساس توزیع مطلوبیت‌های افراد تلقی کرد (در مثال مربوط به کیک، ایده توزیع منصفانه کیک مشابه به توزیع کیک به نحوی است که هر فرد مطلوبیت یکسانی از سهم خود ببرد). هر نظریه انصاف توزیعی را می‌توان به عنوان تابع رفاه اجتماعی مبتنی بر مطلوبیت بیان کرد که لذا در چارچوب اقتصاد رفاه قابل درک است.

دیگر مفاهیم انصاف و اخلاق شامل عواملی متمایز از، یا علاوه بر توزیع مطلوبیت میان افراد می‌شوند. به عنوان مثال، گفته می‌شود اگر شخصی وعده‌ای بدهد، درست این است که به آن وعده عمل کند و اگر یک شخص اشتباهاً به دیگری آسیب می‌رساند، انصاف حکم می‌کند که زیان‌های قربانی را جبران کند (نظریه کلاسیک عدالت اصلاحی)؛ یا اگر شخصی مرتکب عمل بدی شد، درست این است که به نسبت شدت عمل خود مجازات گردد. با کمی تعمق، خواننده می‌تواند بفهمد که این مثال‌های قواعد اخلاقی غیرتوزیعی در یک جنبه اصلی مشترک هستند: آنها همگی روش‌های ارزیابی رفتار و لذا ارزیابی وضعیت‌های اجتماعی هستند که اصلاً یا حداقل به طور انحصاری به مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارند و به چیز دیگری متکی هستند.

وعده‌ها باید عملی گردند نه فقط به خاطر آنکه احتمالاً این کار رفاه کسانی را که وعده می‌دهند و کسانی را که از وعده‌ها منتفع می‌شوند افزایش می‌دهد؛ جبران خسارت باید برای آسیبی که به اشتباه وارد شده است به عمل آید نه فقط به خاطر آنکه احتمالاً این کار قربانیان را بیمه خواهد کرد، رفتار زیان‌آور آتی را کاهش خواهد داد و صلح را حفظ خواهد کرد؛ مجازات باید به نسبت اهمیت اعمال بد اجرا شود نه فقط به خاطر آنکه احتمالاً این کار به بازدارندگی معقول اعمال بد و افزایش مطلوبیت قربانیان بالقوه منجر خواهد شد، بلکه وفای به وعده، جبران خسارت ناشی از اشتباهات و مجازات درست، به عنوان اندیشه‌های اخلاقی، مهم هستند زیرا آنها ذاتاً یا به دلیل شاخصی مهم هستند (مثل اینکه آنها با یک نظام عدالت طبیعی سازگارند)، اما در هر صورت نه فقط به خاطر اثراتشان بر رفاه افراد.^۱ من

۱. از نظر ریاضی، یک نظریه اخلاقی که انحصاراً به مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارد به تابع رفاه اجتماعی $W(x)$ مربوط می‌شود که فردگرایانه نیست و نمی‌توان آن را به شکل $F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))$ نوشت. یعنی با در نظر ←

از این پس بر این نظریات غیرتوزیعی انصاف تمرکز خواهیم کرد و برای سهولت تفسیر، منظورم از انصاف یا اخلاق و نظایر آنها، یک مفهوم غیرتوزیعی است.^۱

اکنون ذکر اینکه یک قاعده اخلاقی روشی برای ارزیابی رفتار است که انحصاراً به مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارد، برای تعریف آنچه معمولاً از قاعده اخلاقی مورد نظر است کفایت نمی‌کند. یک قاعده رفتار مثل «وقتی پروانه‌ها را می‌توان مشاهده کرد کلاه بر سر نگذارید» را در نظر بگیرید. این اصل رفتاری به مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارد اما این اصل را نمی‌توانیم اخلاقی بنامیم. دلیل این است که آنچه یک فکر اخلاقی خوانده می‌شود اندیشه‌ای است که تحت تأثیر انواع خاص احساسات از طرف ما به دست می‌آید.^۲ من اکنون به توصیف این احساسات یعنی توصیف جنبه‌های روان‌شناسانه تفکرات اخلاقی می‌پردازم.

۲-۱-۷ ادامه تعریف: نشانه‌های روان‌شناسانه مربوط به نظریات اخلاقی

یک نشانه روان‌شناسانه مربوط به آنچه ما یک قاعده اخلاقی می‌نامیم عبارت است از یک احساس تقوی و احساس نوعی لذت که یک فرد وقتی از آن قاعده اطاعت می‌کند تجربه خواهد کرد؛ متقابلاً یک نشانه روان‌شناسانه مخالف احساس گناه یا ندامت و ناخشنودی است که یک فرد وقتی از آن قاعده سرپیچی می‌کند متحمل خواهد شد. لذا

→ گرفتن W ، باید وضعیت‌های x ، y به نحوی وجود داشته باشند که برای هر فرد i بتوان نوشت $U_i(x) = U_i(y)$ با این حال $W(x)$ مساوی $W(y)$ نیست.

۱. اگرچه من نظریات انصاف را که انحصاراً به مطلوبیت‌ها بستگی ندارند غیرتوزیعی می‌خوانم، برخی نویسندگان گاهی اوقات از اصطلاح «توزیع» در رابطه با این نظریات استفاده می‌کنند. به عنوان مثال، عدالت اصلاحی مستلزم آن است که یک خطاکار به قربانی‌اش غرامت بپردازد و نویسنده‌ای شاید بگوید که غرامت پرداخت شده یک موضوع توزیع عادلانه است. من اصطلاح توزیع را برای اشاره به اختصاص مطلوبیت‌ها به جمعیت نگه می‌دارم و امیدوارم که خواننده با این کاربرد من گیج نشود.

۲. یک ملاحظه درباره قواعد اخلاقی (اما این قسمتی از تعریف موجود در متن نیست) این است که آنها مقدمتاً در جایی اعمال می‌شوند که رفاه بیش از یک نفر مورد نظر باشد. وفای به عهد شامل متعهدله و متعهد است؛ مجازات شامل خطاکار و قربانی است؛ و قس علی‌هذا. اصلی که فقط بر یک فرد اثر می‌گذارد (مثل «رژیم گرفتن») با کاربرد ما از کلمه «اخلاقی» جور در نمی‌آید. (استثنائاتی وجود دارند که به قواعد احتیاط، اعتدال، و کف نفس سروکار دارند اما دلایل این اصول که دارای نشانه‌های دیگر اخلاقی هستند را می‌توان استدلال کرد که مشابه دلایلی هستند که برای اصول اخلاقی دیگر ذکر خواهند شد).

وقتی شخصی به وعده‌ای عمل می‌کند ممکن است احساس تقوی کند و اگر تعهدی را زیر پا بگذارد ممکن است احساس گناه کند.

علاوه بر این فقط فردی که به‌طور اخلاقی عمل می‌کند یا در عمل به‌طور اخلاقی قصور می‌کند، افزایش یا کاهش مطلوبیت را تجربه نمی‌کند و اشخاص دیگر از جمله ناظران این واقعه نیز ممکن است افزایش یا کاهش در رفاه را تجربه کنند.

به‌عنوان مثال اگر ما بفهمیم که شخصی اشتباهی مرتکب شده اما به‌طور مناسبی مجازات شده است، شاید در مورد مجازات احساس خوبی داشته باشیم و اگر بفهمیم که او اصلاً مجازات نشده یا با در نظر گرفتن شدت عملش بیش از حد مجازات شده است، شاید به آن خاطر احساس بدی داشته باشیم.

همچنین حقیقت دارد که ناظران گاهی از انجام اقدامات خاصی در پرتو رفتاری که از قواعد اخلاقی متابعت می‌کند مطلوبیت کسب می‌کنند؛ ناظران ممکن است رفتار خوب را تشویق کنند یا به‌نحو دیگری به آن پاداش دهند و از انجام آن مطلوبیت کسب کنند (در غیر این صورت چنین کاری نخواهند کرد) و در پرتو اقداماتی که تفکرات اخلاقی را نقض می‌کنند، ناظران ممکن است رفتار بد را ناپسند شمارند و آن را مجازات کنند.^۱

پس به‌طور خلاصه من یک تفکر اخلاقی (غیرتوزیعی) را به‌عنوان اصلی برای ارزیابی وضعیت‌هایی تعریف می‌کنم که در درجه اول انحصاراً به مطلوبیت‌های افراد بستگی ندارد و در درجه دوم با نشانه‌های روان‌شناسانه متمایزی ارتباط دارد که به تقوی و گناه، مدح و مذمت منتهی می‌شود.^۲

۷-۱-۲-۳ سلیقه‌ها برای قواعد اخلاقی و مطلوبیت فردی

از قسمت قبل مشخص است که افراد، در قبال قاعده اخلاقی، دارای سلیقه‌ای هستند که بر مطلوبیتشان تأثیر می‌گذارد. یک فرد ممکن است احساس خوشبختی کند و مطلوبیتش

۱. ارتباط بین اخلاق و احساسات تقوی و گناه، احساسات اخلاقی، در طول سال‌ها از سوی افرادی از جمله هاجسون [۱۷۲۵-۱۷۵۵] ۱۹۹۴، هیوم [۱۷۵۱] ۱۹۹۸، اسمیت [۱۷۹۰] ۱۹۷۶، میل [۱۸۶۱] ۱۹۹۸ و سیدویک [۱۹۰۷] ۱۹۸۱ مورد بحث قرار گرفته است.

۲. باید اشاره کرد که نظریات انصاف و اخلاق توزیعی صرف (مثل «طوری عمل کنید که مطمئن شوید که مطلوبیت‌های افراد مساوی هستند») نیز اغلب با گناه و تقوی، مدح و مذمت همراه است.

بالا تر خواهد بود اگر احساس تقوی کند چون به وعده‌ای عمل کرده یا اگر دریابد که مجازات خطاکاری درست بوده است؛ متقابلاً یک فرد ممکن است احساس بدی داشته باشد اگر احساس گناه کند چون تعهدی را زیر پا گذاشته یا اگر بفهمد که مجازات یک خطاکار بیش از حد خشن بوده است.

اینکه ویژگی‌های چنین منابع مطلوبیت و عدم مطلوبیتی با سرچشمه‌های مرسوم مطلوبیت و عدم مطلوبیت تفاوت دارند (مثل برطرف کردن گرسنگی یک نفر و خراشیدن زانوی یک نفر) از دیدگاه اقتصاد رفاه هیچ اهمیتی ندارد. من بعداً مفاهیم این نکته را که مطلوبیت افراد تحت تأثیر رضایتمندی یا شکست در اقناع قواعد اخلاقی قرار دارد مورد توجه قرار خواهم داد.^۱

۷-۱-۲-۴ توضیح: وجود سلیقه‌ها در قبال قواعد اخلاقی با اهمیت علم‌الاخلاقی آنها متفاوت است

وقتی فلاسفه در مورد قواعد اخلاقی بحث می‌کنند و وفاداری به آنها را لازم می‌دانند، عموماً این مطلب را که افراد با انجام این کار خوشحال می‌شوند به‌عنوان دلیل مطرح نمی‌کنند. فلاسفه نمی‌گویند که افراد باید به تناسب بدی اعمالشان مجازات شوند چون این باعث می‌شود قربانیان و ناظران به مفهومی صریح خوشحال شوند. آنها اقدامات اخلاقی را بر مبنای دیگری توصیه می‌کنند که می‌توان به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان مبانی علم‌الاخلاقی توصیف کرد. در حقیقت آنها غالباً باصراحت می‌گویند که استدلال برای یک مفهوم اخلاقی به سلاقی، یعنی منابع خوشبختی افراد در جامعه وابسته نیست، بلکه از عوامل مستقل ناشی می‌شود. در غیر این صورت عملی که از سوی مطلوبیت فلاسفه به‌عنوان عمل درست توصیه می‌شود بستگی به این احتمال دارد که تمایلات و ترجیحات مردم چه خواهد بود.^۲ همین‌طور، وقتی خود افراد (در برابر فلاسفه) توضیح می‌دهند که چرا یک قاعده اخلاقی باید مورد احترام قرار گیرد، معمولاً نخواهند گفت فقط به این خاطر که آنها را خوشحال می‌کند، بلکه بخشی از استدلال آنها معمولاً این خواهد بود که متابعت از این قاعده فی‌نفسه درست است.

۱. تا آنجا که من اطلاع دارم این مطلب ابتدا در میل [۱۸۶۱]، ۱۹۹۸، ۸۴-۸۲ مطرح شد.

۲. برای مثال، به کانت [۱۷۸۵]، ۱۹۹۸، ۲۲-۲۱ رجوع کنید.

۷-۱-۲-۵ تجزیه و تحلیل توصیفی است

خواننده باید این مطلب را در ذهن داشته باشد که آنچه تاکنون نوشته‌ام کلاً توصیفی است؛ این چیزی است که یک دانشمند اجتماعی درباره قواعد اخلاقی گزارش می‌کند. من نگفته‌ام که قواعد اخلاقی باید چه نقشی در ارزیابی وضعیت‌های اجتماعی و به‌ویژه در انتخاب سیاست حقوقی داشته باشند. بلکه تلاش کرده‌ام تا دسته خاصی از اصول ارزشی، یعنی اصول اخلاقی را توصیف کنم و نشان داده‌ام که آنها با سری خاصی از سلاقی (سلاقی که احساسات تقوی، گناه و نظایر آنها را ایجاد می‌کنند) ارتباط دارند.

۷-۱-۳ کاربری قواعد اخلاقی

۷-۱-۳-۱ قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهند

این موضوع مدت‌ها مورد بررسی بوده و با جزئیات مفصل مورد بحث قرار گرفته است که رضایتمندی حاصل از پایبندی به قواعد اخلاقی باعث افزایش رفاه ما می‌شود. وفای به عهد اجازه برنامه‌ریزی به مردم می‌دهد و به اقدامات مشارکتی منتهی می‌شود که رفاه ما را افزایش می‌دهند؛ مجازات براساس میزان شدت اعمال به‌طور مؤثری مانع از رفتار بد می‌شود و لذا رفاه ما را افزایش می‌دهد و قس علی‌هذا.^۱

۷-۱-۳-۲ توضیح: تقویت رفاه ما با مبنای علم‌الاخلاقی برای قواعد اخلاقی تفاوت دارد

اینکه متابعت از قواعد اخلاقی باعث تقویت رفاه ما می‌شود، به‌نظر متخصصان علم‌اخلاق توجیهی برای چنین قواعدی محسوب نمی‌شود. آنها ممکن است معترف باشند که متابعت از وعده‌ها باعث بهبود رفاه ما می‌شود، اما این در نظر آنان تضمینی برای متابعت از وعده‌ها محسوب نمی‌گردد؛ آنها مایل‌اند از وعده‌ها ولو اینکه باعث افزایش رفاه ما نشوند، متابعت شود.^۲

۷-۱-۳-۳ متابعت از قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهد: زیرا نفع شخصی که

از نظر اجتماعی نامطلوب است با متابعت از این قواعد محدود می‌شود

یک دلیل کلی برای آنکه چرا متابعت از قواعد اخلاقی رفاه ما را توسعه می‌دهد این است

۱. به‌ویژه به هیوم [۱۷۵۱] ۱۹۹۸ و سیدویک [۱۹۰۷] ۱۹۸۱ رجوع کنید و همچنین به میل [۱۸۶۱] ۱۹۹۸ نگاه کنید.

۲. برای مثال، به کانت [۱۷۸۵] ۱۹۹۸ و راس ۱۹۳۰ رجوع کنید.

که افراد تابع قواعد اخلاقی به طریق فرصت طلبانه و به منفعت شخصی که از نظر اجتماعی نامطلوب است رفتار نخواهند کرد. اگر من به اصل وفای به عهد وفادار باشم عهد خویش را هروقت که برایم منفعت داشته باشد نخواهم شکست، درحالی که اگر قرار بود به خاطر هر نفع شخصی عهد خود را زیر پا بگذارم، ارزش تعهدات کاهش می‌یافت و منافع اجتماعی وابسته به این تعهدات نیز کم می‌شد. اگر من از اصل مجازات به تناسب شدت عمل بد پیروی کنم، احتمال کمی وجود خواهد داشت که به خاطر ترس از انتقام یا احساس غیراخلاقی بودن، از مجازات یک فرد خودداری کنم؛ همچنین اجازه نخواهم داد که خشم منجر به مجازات بیش از حد شود. درحالی که اگر طور دیگری عمل کنم، اهداف بازدارندگی به خوبی عملی نخواهد شد.

۷-۱-۳-۴ متابعیت از قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهد زیرا با متابعت از این قواعد از تصمیمات کوتاه‌نظرانه جلوگیری می‌شود

روش دومی که در آن متابعت از قواعد اخلاقی باعث افزایش رفاه ما می‌شود عمل کردن آنها به عنوان راهنمای رفتار در وضعیت‌هایی است که امکان دارد درک آنچه مطلوبیت ما را به حداکثر می‌رساند دشوار باشد. به عنوان مثال، نقض عهد ممکن است وسوسه‌کننده باشد اما وفای به عهد در بلندمدت به نفع شخصی ما خواهد بود زیرا با انجام آن، کسانی که حالا و در آینده با آنها در ارتباط هستیم به ما اعتماد خواهند کرد و این اعتماد به طرق متعدد به نفع ما خواهد بود (تعهدات برای ما صورت می‌گیرد و حفظ می‌شود، ما مورد احترام و تحسین قرار خواهیم گرفت و قس علی‌هذا). یا ممکن است مجازات یک عمل به نفع شخصی ما باشد چون با فرد مجازات شده در آینده مکرراً ارتباط خواهیم داشت (فرض کنیم فرد مجازات شده فرزند ماست). با پیروی از یک رشته اصول اخلاقی نسبتاً ساده، افراد ممکن است تا حدی نفع شخصی‌شان را بدون اجبار به تفکر در خصوص چگونگی انجام آن افزایش دهند.

۷-۱-۳-۵ چرا میل به اطاعت از قواعد اخلاقی داریم: انگیزه‌های درونی و بیرونی مربوط به نشانه‌های روان‌شناسانه قواعد اخلاقی

برای آنکه افراد از قواعد اخلاقی اطاعت کنند، باید تمایل به انجام این کار داشته باشند.^۱

۱. این نکته اساسی ابتدا به وسیله هیوم [۱۷۵۱] ۱۹۹۸ مطرح شد.

در غیر این صورت، آنها از نفع شخصی یا درواقع نفع شخصی کوتاه‌نظرانه‌شان پیروی می‌کنند. دو دلیل بنیادی برای تمایل به پیروی از قواعد اخلاقی در غالب اوقات وجود دارد که به نشانه‌های روان‌شناسانه که در قسمت ۲-۱-۷ تشریح شد ارتباط دارند. یک دلیل این است که افراد برای پیروی از قواعد اخلاقی دارای انگیزه‌های درونی هستند، یعنی اگر به آنها وفادار باشند احساس تقوی خواهند کرد و در غیر این صورت احساس گناه می‌کنند. دوم اینکه افراد برای اطاعت از قواعد اخلاقی دارای انگیزه‌های بیرونی هستند و به‌خاطر آن رفتار ازسوی دیگران ستایش می‌شوند و برای رفتار غیراخلاقی مورد نکوهش، سرزنش یا حتی مجازات قرار می‌گیرند.

۶-۳-۱-۷ قواعد اخلاقی باید دارای یک ماهیت خاص برای کاربردی بودن باشند؛ در منطق محض ممکن است آنها گمراه‌کننده باشند

این استدلال که رفاه ما با وفاداری به قواعد اخلاقی افزایش می‌یابد البته بستگی به این فرض دارد که قواعد اخلاقی خاصی که بر آنها صحه می‌گذاریم مطلوب باشند. اگر به‌عنوان مثال قاعده‌ای اخلاقی وجود داشته باشد که ما باید وعده‌های خود را زیر پا بگذاریم پابندی به این قاعده اخلاقی رفاه ما را کاهش خواهد داد. در آن صورت اگر ما نفع شخصی را که ما را به وفای به تعهداتمان می‌خواند محدود کنیم و عهدمان را به‌خاطر وفاداری به این قاعده اخلاقی بشکنیم، قاعده اخلاقی باعث کاهش رفاه ما می‌شود. بنابراین، سؤال این است که چرا، اگر دسته‌ای از قواعد اخلاقی رفاه ما را افزایش می‌دهند، ما به آن دسته توجه می‌کنیم و نه به دسته گمراه‌کننده‌ای از قواعد اخلاقی؟ یک پاسخ پیشنهادی به این سؤال به‌شرح ذیل است:

۴-۱-۷ منشأ قواعد اخلاقی

۱-۴-۱ کلیات

بسیاری از تفکرات در مورد اینکه چه چیزی درست است ازسوی والدینمان، معلمان، اشخاص مذهبی و دیگر افراد مقتدر و نیز همتایانمان (به‌ویژه در کودکی هنگام بازی) به ما آموخته می‌شوند. آموزش، تا حدی از طریق مثال، گاهی از طریق اعلام و دستور و گاهی

از طریق استدلالی که به کاربری قواعد اخلاقی اشاره می‌کند صورت می‌گیرد. به‌عنوان مثال، پدر یا مادر ممکن است به فرزندشان توضیح دهند که «تصور کن دنیا چگونه جایی خواهد بود اگر کسی به عهدش وفا نکند». فرایند آموزش و تقویت قواعد اخلاقی بعد از دوران کودکی نیز ادامه می‌یابد. این ادعا که قواعد اخلاقی تا حد مهمی آموزش داده می‌شوند روشن است نه فقط به‌خاطر آنکه ما به تجربه می‌دانیم که آموزش روی می‌دهد، بلکه به لحاظ این واقعیت که یکنواختی ذاتی قواعد اخلاقی در جامعه وجود دارد و در میان جوامع مختلف تباین قابل توجهی در باورهای اخلاقی دیده می‌شود (هنجارهای مرسوم مسلمانان را با هنجارهای امروزی آمریکایی‌ها و هنجارهای هریک از آنها را با هنجارهای آرتک‌ها مقایسه کنید). توضیح اینکه چرا اگر قواعد اخلاقی تا حد زیادی القایی نبودند باید شاهد تنوع واقعی قواعد اخلاقی در جوامع مختلف می‌بودیم، دشوار است.

۷-۱-۴-۲ مزیت تکاملی

ممکن است حداقل برخی تفکرات درخصوص اینکه چه چیزی درست است دارای مبنای تکاملی باشند.^۱ یک مثال ممکن این اصل است که مجازات باید تحمیل شود و متناسب با اهمیت تخلف باشد، چون این اصل یک مزیت تکاملی دارد. به‌ویژه، اگر شخصی آسیب ببیند، مثلاً اگر دسترسی به غذا از او سلب شود، این باعث کاهش احتمال بقای او خواهد شد. بنابراین، رفتاری که وقوع آسیب مثل سرقت غذا را کاهش می‌دهد با دیدگاه تکاملی مورد حمایت قرار خواهد گرفت و رفتاری که از سرقت غذا جلوگیری می‌کند در طول زمان در میان جمعیت غالب خواهد شد.

اما الگوی رفتاری مجازات و انتقام غالباً بر ضد منفعت شخصی پولی و محدودکننده یک فرد است زیرا پس از وقوع آسیب امکان دارد برای خنثی کردن آن بسیار دیر شده باشد و انتقام نیز ممکن است تلاش زیادی را جذب کند و شخص انتقام‌گیرنده را به خطر اندازد. لذا، احتمال دارد فردی فقط در صورتی انتقام بگیرد یا مجازات کند که فی‌نفسه میل به مجازات داشته باشد. بنابراین ما انتظار داریم میل به مجازات کسانی که

۱. درباره موضوع کلی این قسمت، به داروین [۱۸۷۴] ۱۹۹۸، فصول ۴ و ۵، و برای مثال به فرانک ۱۹۸۸، هرش لایفر ۱۹۷۷ و ویلسون ۱۹۸۰ رجوع کنید.

باعث آسیب شده‌اند به‌عنوان یک ویژگی در مفهوم تکاملی شناخته شود. استدلال بیشتری مطابق آنچه گفته شد می‌توان ارائه داد که چرا میل به مجازات باید در سطح آسیب واقع شده تنظیم گردد. دلیل این ادعا که میل به قواعد اخلاقی یک مبنای تکاملی دارد فقط نظری نیست؛ رفتاری که نشان می‌دهد حیوانات فقط به تناسب آسیبی که صورت گرفته است به انتقام گرفتن تحریک می‌شوند نیز به‌طور گسترده‌ای مورد توجه قرار گرفته است.^۱

یکی دیگر از قواعد اخلاقی که به‌طور قابل بحثی دارای مبنای تکاملی هستند نوع دوستی است (قطعاً برای اعضای خانواده؛ اشکال گسترده‌تر نوع دوستی ممکن است مبنای تکاملی داشته باشند، یا ممکن است شکل متعالی نوع دوستی برای اقوام باشند).^۲ البته، فقط زیرمجموعه‌ای از قواعد اخلاقی می‌تواند مبنای تکاملی داشته باشد، یا می‌تواند فقط یک مبنای ناهنجار داشته باشد زیرا در غیر این صورت قواعد اخلاقی، برخلاف طبع خود، نمی‌توانند قابل انعطاف باشند و نمی‌توان آنها را فراگرفت.

ممکن است ظرفیت عمومی ما برای یادگیری و اطاعت از قواعد اخلاقی مبنای تکاملی داشته باشد. مردمی که قادر به فراگیری و وفادار ماندن به یک رشته باورهای اخلاقی هستند احتمالاً بهتر از دیگران زندگی خواهند کرد. چنین افرادی ممکن است در طول زمان، یک رشته از رفتارها را فراگرفته باشند که با در نظر گرفتن شرایط، آنها را به زندگی بهتر، همکاری به روش‌های مقبول عمومی و نظایر آن رهنمون می‌شوند. لذا ایجاد ظرفیت خالی برای یادگیری قواعد اخلاقی باید با ارزش باشد چون اجازه می‌دهد قواعد به طریقی که برای اشخاص در یک محیط معین سودمند است پیشرفت کنند. این ظرفیت یادگیری یک رشته قواعد اخلاقی تا حدی انعطاف‌پذیر، در ترکیب با استعداد ژنتیکی موروثی میل به وفاداری به قواعد آموخته شده (احساس تقوی اگر قاعده اخلاقی مورد پیروی قرار گیرد و احساس گناه در غیر آن صورت)، بسیار کارآمد است و در یک مفهوم تکاملی باید مورد طرف‌داری قرار گیرد. (بنابراین توضیح قسمت ۱-۴-۷ درباره این واقعیت که به‌نظر می‌رسد ما توانایی تلقین قواعد اخلاقی را داریم، قابل لمس می‌شود).

۱. درباره منشأهای زیست‌شناسی کیفر، به‌عنوان مثال، به دالی و ویلسون ۱۹۸۸، فصول ۱۰، ۱۱، و تریورس ۱۹۷۱، ۴۹ رجوع نمایید؛ درباره انگیزه کیفری در حیوانات، به‌عنوان مثال به وال ۱۹۸۲، ۲۰۷-۲۰۵ نگاه کنید.

۲. درباره نوع دوستی به تریورس ۱۹۷۱ و ویلسون ۱۹۸۰ مراجعه کنید.

توضیحات

ملاحظات متعدد دیگری درباره قواعد اخلاقی ارزش اشاره را دارند:

الف) خصوصیت ساده قواعد اخلاقی: از مجموعه مطالب قبلی این نتیجه حاصل می‌شود که قواعد اخلاقی همان چیزی هستند که ملاحظه می‌شوند، یعنی خصوصیت نسبتاً ساده‌ای دارند. به‌ویژه قواعد اخلاقی که باید به سنین مختلف به‌ویژه کودکان آموزش داده شوند، باید نسبتاً ساده باشند.

اگر قواعد اخلاقی حاوی نکات ظریفی بودند به سهولت برای بچه‌ها یا عده‌ای که توانایی استدلالشان زیاد بالا نیست، قابل جذب نبودند. به‌علاوه، اگر چگونگی تأثیر قواعد اخلاقی بر افزایش رفاه‌مان را بررسی کنیم، روشن است که این قواعد نمی‌توانند خیلی پیچیده باشند. برای آنکه قواعد اخلاقی عملاً مفید باشند باید بتوانند به‌سرعت و بدون تعمق زیاد اعمال شوند زیرا بسیاری از تصمیماتی که تکیه بر این قواعد در آنها لازم است، باید به‌سرعت اتخاذ شوند. علاوه بر این برای تحت کنترل درآوردن زمینه‌های فرصت‌طلبی، مفید است که قواعد اخلاقی ماهیت نسبتاً غیرمقیدی داشته باشند زیرا در غیر این صورت در مقابل دست‌کاری‌های افرادی که نفع شخصی‌شان را در این کار می‌بینند، آسیب‌پذیر خواهند بود. به‌عنوان مثال اگر قاعده اخلاقی وفای به‌عهد شامل این قید باشد که می‌توان تعهدات را به‌خاطر معاذیر مهم زیر پا گذاشت، یک فرد قادر خواهد بود معاذیری برای نقض عهدش در شرایطی که این کار از نظر اجتماعی مطلوب نیست، دست و پا کند.^۱

ب) ماهیت کاربردی ناقص قواعد اخلاقی: سادگی قواعد اخلاقی متضمن این است که آنها به‌طور ناقص به افزایش رفاه اجتماعی خدمت می‌کنند. چون قواعد اخلاقی ساده هستند، ناچاراً در بعضی شرایط در ترغیب رفتار مطلوب اجتماعی ناتوان خواهند بود.^۲ به‌عنوان مثال، در برخی وضعیت‌ها نقض عهد مطلوب خواهد بود زیرا هزینه برآورده کردن آن از منفعتی که ایجاد می‌کند فراتر می‌رود (همان‌گونه که در بخش‌های ۱-۳ و ۳-۳ به

۱. این دیدگاه کلی که قواعد اخلاقی باید دارای خصوصیت ساده‌ای باشند در آستین [۱۸۳۲] ۱۹۹۵، مبحث دوم مطرح شد و در میان دیگران، سیدویک [۱۹۷۰] ۱۹۸۱ و هار ۱۹۸۱ آن را مورد تأکید قرار دادند.

۲. این نکته از سوی نویسندگان مذکور در پاورقی قبلی و به‌وسیله بارون ۱۹۹۳، ۱۹۹۴ و بسیاری دیگر مورد تأکید قرار گرفته است.

تفصیل توضیح دادم)، با این حال این توجیه با قاعده اخلاقی ساده که مستلزم وفای به عهد است سازگار نخواهد بود.

دلیل دیگر، غیر از سادگی، برای اینکه قواعد اخلاقی کاملاً رفاه اجتماعی را افزایش نمی‌دهند (مقیاس هرچه باشد) این است که این قواعد اکتسابی هستند، یعنی دارای یک قوه جبری خاصی هستند که احتمالاً نسل‌ها دوام می‌آورد، ولو اینکه ممکن است کارکردشان را با تغییر شرایط از دست بدهند. به این ترتیب تا حدی که انتقال قواعد اخلاقی به نسل‌های بعدی از فشارهای تکاملی اعصار متمدنی ناشی می‌شود، نشانگر عواملی است که شاید دیگر وجود نداشته باشند و در نتیجه ممکن است قواعد اخلاقی دیگر کاربردی نباشند یا کاملاً این گونه نباشند.

میل به انتقام در وقتی که عمل خطایی در مورد ما صورت گرفته می‌تواند مثالی برای این مورد باشد، زیرا اگرچه هنوز منفعی مربوط به این میل وجود دارد، ممکن است این میل برای هدف ما بیش از حد قوی باشد در نتیجه می‌کوشیم آن را تحت قالب و چارچوب درآوریم و قدرتش را کاهش دهیم.

۷-۱-۵ اقتصاد رفاه و قواعد اخلاقی

۷-۱-۵-۱ کلیات

در این قسمت، می‌خواهم رابطه اقتصاد رفاه و قواعد اخلاقی را در پرتو آنچه مورد بحث قرار گرفته است مطرح کنم. نکات اصلی عبارت‌اند از:

اول، اینکه به‌خاطر کارکرد قواعد اخلاقی، باید آنها را جاگیر ساخت و پرورش داد و این باعث افزایش رفاه اجتماعی به‌طور کلی می‌شود.^۱

دوم، چون افراد میل به برآورده ساختن قواعد اخلاقی دارند (خواه تلقینی و خواه موروثی)، این قواعد به‌طور مستقیم در محاسبه جامع رفاه اجتماعی اهمیت دارند و اقناع آنها جدا از منفعی که از طریق اثراتشان بر رفتارمان برای ما به‌وجود می‌آورند اهمیت دارد. سوم، نباید به این قواعد در ارزیابی رفاه اجتماعی بیش از آنچه به کارکرد آنها و

۱. کاپلو و شاول ۲۰۰۲ ب جاگیر ساختن مطلوب قواعد اخلاقی و استفاده مطلوب از حس گناه و تقوی را برای تضمین این قواعد در یک نمونه ریاضی به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی بررسی کرده‌اند.

میل ما به اقناع آنها مربوط می‌شود اهمیت داده شود (اهمیت علم‌الاخلاقی آنها نباید در ارزیابی‌ها دخالت داده شود) زیرا انجام این کار با رفاه اجتماعی تعارض دارد و منجر به کاهش آن می‌شود.

۷-۱-۵-۲ کاربرد قواعد اخلاقی این است که جامعه باید در جاگیر ساختن آنها سرمایه‌گذاری کند

با استدلال‌های مطروحه در قسمت‌های ۷-۱-۲ و ۷-۱-۳ توضیح داده شد که قواعد اخلاقی چگونه موجب پیشرفت رفاه اجتماعی می‌شوند. این استدلال‌ها متضمن آن است که اختصاص منابع اجتماعی به القا و تقویت این نظریات ارزشمند است. منابع اجتماعی درواقع به‌سوی آموزش قواعد اخلاقی از طریق تلاش‌های والدین و دیگر اشخاص مجاز، مؤسسات مذهبی و نظایر اینها، همان‌گونه که در قسمت ۷-۱-۴-۱ تشریح شد و همچنین احتمالاً از طریق قانون که در فصل بعد مورد بحث واقع خواهد شد، هدایت می‌شوند. روی‌هم‌رفته، سرمایه‌گذاری منابع اجتماعی برای جاگیرسازی اخلاق ضروری است و ممکن است با منافع اجتماعی که از آن ناشی می‌شود به‌خوبی توجیه گردد. درحقیقت، سرمایه‌گذاری بیشتر را می‌توان تضمین کرد و نکته قابل تأکید در اینجا این است که از دیدگاه اقتصاد رفاه، سرمایه‌گذاری در تقویت یادگیری قواعد اخلاقی استفاده از سرمایه اجتماعی به شکلی کاملاً سودمند محسوب می‌شود.

۷-۱-۵-۳ قواعد اخلاقی به‌صورت سلیق بر رفاه اجتماعی اثر می‌گذارند

افراد به قواعد اخلاقی به‌عنوان سلیق اهمیت می‌دهند و از این‌رو قواعد اخلاقی اثر مستقیمی بر رفاه اجتماعی وارد می‌کنند. به‌عنوان مثال، اگر من به وعده‌ای عمل کنم و در نتیجه احساس تقوی کنم، این احساس که مطلوبیت مرا افزایش می‌دهد، رفاه اجتماعی را نیز افزایش می‌دهد و درصورت تساوی سایر شرایط، چنین رابطه‌ای به‌نوبه خود به‌معنای آن است که اگر مقیاس رفاه اجتماعی این مطلوبیت را که افراد از وفای به‌عهد تجربه می‌کنند منعکس نسازد برای به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی باید کمی بیش از آنچه مطلوب است به وعده‌ها عمل کرد. به‌عبارت دیگر، اقناع قواعد اخلاقی، خود جزئی از رفاه اجتماعی است، حتی اگر به موجب دیدگاهی که در اینجا مطرح است، افزایش

رفاه اجتماعی را دلیل وجود این قواعد بدانیم. اگر مطلب را به شکل دیگری مطرح کنیم، قواعد اخلاقی برای افراد عملاً به‌خاطر واداشتن آنها به ترجیح افزایش رفاه اجتماعی بر منافع نازل شخصی اهمیت دارند و باید اهمیت داشته باشند، اما این نکته درواقع محصول فرعی هدف نهایی قواعد اخلاقی است و این قواعد به‌خودی‌خود با خصوصیاتشان بر رفاه اجتماعی اثر می‌گذارند^۱ (من گاهی اوقات از اصطلاح «رفاه اجتماعی مرسوم» برای اشاره به مقیاس رفاه اجتماعی که سلایق اخلاقی افراد را دربرنمی‌گیرد استفاده می‌کنم و اصطلاح «رفاه اجتماعی جامع اخلاقی» را برای اشاره به مقیاس رفاه اجتماعی که در آن سلایق نیز نشان داده می‌شوند به‌کار می‌برم).

۴-۵-۱-۷ انتساب اهمیت مستقل به قواعد اخلاقی، رفاه اجتماعی را کاهش می‌دهد

این نکته که برآورده ساختن قواعد اخلاقی به‌واسطه تأثیر بر مطلوبیت‌های افراد بر رفاه اجتماعی تأثیر می‌گذارد، علی‌رغم تأثیر خصوصیات قواعد اخلاقی بر افزایش مطلوبیت افراد، باید به دقت از این فرض که این قواعد اهمیت مستقلی دارند تمیز داده شود، این دیدگاه که قاعده اخلاقی مثل وظیفه وفای‌به‌عهد، فی‌نفسه در ارزیابی رفاه اجتماعی اهمیت دارد یک دیدگاه علم‌الاخلاقی است (به قسمت ۴-۲-۱-۷ نگاه کنید) که حداقل به‌طور جزئی، واقعاً همه فلاسفه در آن سهیم هستند. چنین دیدگاه‌هایی با این فرضیه بنیادی اقتصاد رفاه که رفاه اجتماعی انحصاراً به مطلوبیت‌های افراد بستگی دارد، در تعارض هستند.

اگر در ارزیابی رفاه اجتماعی به یک قاعده اخلاقی اهمیت مستقل داده شود، یک مقیاس مبتنی بر مطلوبیت رفاه اجتماعی تنزل خواهد یافت زیرا اهمیت مستقل آن مقیاس تا حدی تحت‌الشعاع وفاداری به قاعده اخلاقی قرار خواهد گرفت. به‌عنوان مثال، اگر وفای‌به‌عهد اهمیت مستقل داشته باشد، اثر آن بر عمل به وعده‌ها بیش از هنگامی خواهد بود که هدف وفای‌به‌عهد فقط افزایش مطلوبیت‌های افراد باشد، به‌علاوه در این حالت هر مقیاس مبتنی بر مطلوبیت رفاه اجتماعی که تضمین شود احتمالاً کمتر از آنچه می‌توانست باشد، خواهد بود.

۱. همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، این دیدگاه ضرورتاً در میل [۱۸۶۱]، ۱۹۹۸، ۸۴-۸۲ مطرح گردید.

۵-۱-۷ برهان تضاد پارتو

اینکه اهمیت دادن به یک قاعده اخلاقی فی‌نفسه میل به کاهش رفاه اجتماعی دارد در نتیجه‌گیری ذیل منعکس است:

اگر به یک قاعده اخلاقی به موجب یک مقیاس رفاه اجتماعی اهمیت مستقل داده شود، آنگاه در بعضی شرایط مطلوبیت هر فرد در نتیجه افزایش آن مقیاس رفاه اجتماعی کاهش خواهد یافت.^۱ اینکه این ادعا واقعیت دارد تعجب‌آور نیست زیرا اگر قاعده اخلاقی اهمیت مستقل داشته باشد؛ این اهمیت در صورتی که اختلاف مطلوبیت‌های افراد در دو حالت ممکن اجتماعی به‌طور محسوسی نازل باشد از اهمیت نقش مطلوبیت‌های افراد در انتخاب بین دو حالت اجتماعی ممکن فراتر می‌رود. به‌عنوان مثال فرض کنید که اهمیت مستقل به وفای‌به‌عهد داده می‌شود و همه افراد به‌طور خیلی جزئی ترجیح می‌دهند که وقتی مشکل خاصی به‌وجود آید^۲ وعده‌دهندگان بتوانند وعده‌هایشان را نقض کنند. اکنون اگر ترجیح هر فرد برای توانایی نقض عهد در شرایط بروز دشواری به‌اندازه کافی نازل باشد، این واقعیت که وفای‌به‌عهد ارزش مستقلی دارد متضمن این خواهد بود که وقتی دشواری ایجاد می‌شود، رفاه اجتماعی با تأکید بر وفای‌به‌عهد توسعه می‌یابد. لذا در این صورت همه افراد وضعیت بدتری خواهند داشت و مطلوبیت‌هایشان

۱. این نتیجه‌گیری را می‌توان خیلی دقیق‌تر بیان کرد. فرض کنید W یک تابع رفاه اجتماعی باشد که فرد i نیست. پس ادعا این است که پیدا کردن دو وضعیت اجتماعی y, x به‌نحوی که $U_i(x) > U_i(y)$ باشد برای هر فرد i امکان‌پذیر است (یعنی x از نظر پارتو به y ترجیح داده می‌شود)، با این حال $W(y) > W(x)$. اثبات این ادعا مستلزم فرضیه‌های ضعیفی است، ضرورتاً اینکه کالایی وجود دارد، مثل یک کالای مصرفی، که همه افراد دوست دارند مالک باشند و اینکه W در مقادیری که افراد از این کالا دارند مداوم است (یک فرض بسیار ضعیف‌تر از آنکه W در بسیاری یا همه اجزای موقعیت‌های اجتماعی مداوم است).

این نتیجه‌گیری به‌طور غیرریاضی در کاپلو و شاول ۱۹۹۹ مورد بحث قرار گرفته است و به‌صورت ریاضی در کاپلو و شاول ۲۰۰۱ الف نشان داده شده است.

۲. دلیل آنکه همه افراد-متعهدها و متعهدلهم- ممکن است ترجیح دهند که متعهدها بتوانند تعهداتشان را نقض کنند اگر یک دشواری ایجاد شود این است که این ممکن است ارزش قراردادهای را برای هر دو طرف بالا ببرد. همان‌گونه که در بخش ۳-۳ توضیح داده شد، اگر هزینه اجرا در هنگام دشواری فراتر از ارزش اجرا باشد، مجاز دانستن عدم انجام تعهد ارزش قرارداد را برای متعهد و متعهدله افزایش خواهد داد؛ دومی منفعت خواهد برد زیرا متعهد مایل به کاهش قیمت به بیشتر از نزول مورد مشاهده در ارزش برای متعهدله به‌خاطر احتمال افزایش یافته عدم انجام تعهد خواهد بود.

در نتیجه ارزش مستقل قائل شدن برای وفای به عهد کاهش خواهد یافت. می‌توان نشان داد که چنین وضعیت‌هایی که همه افراد وضعیت بدتری خواهند داشت قطعاً ایجاد می‌شوند؛ قاعده اخلاقی هرچه که باشد و قدرت و خصوصیت اهمیت مستقل‌اش هر قدر که باشد، همیشه وضعیت‌هایی وجود خواهند داشت که در آنها به حداکثر رساندن مقیاس رفاه اجتماعی نشانگر این قاعده، مطلوبیت همه افراد را کاهش می‌دهد.

اجازه دهید این نتیجه‌گیری را برهان تضاد پارتو بنامیم زیرا بیان می‌کند که دادن اهمیت مستقل به یک قاعده اخلاقی به تضاد با اصل پارتو منتهی می‌شود و در نتیجه که اگر همه افراد یک وضعیت را به دومی ترجیح دهند، اولی از نظر اجتماعی مرجح است. درباره نتیجه تضاد پارتو باید چندین توضیح داده شود:

اول، این نتیجه متضمن آن است که هر شخصی که معتقد است یک مقیاس رفاه اجتماعی باید هروقت که مطلوبیت‌های همه افراد افزایش می‌یابد ترقی کند - اصل پارتو - باید هر دیدگاهی را که اهمیت مستقل به یک قاعده اخلاقی می‌دهد یعنی هر دیدگاه علم اخلاقی را رها کند.

این نکته به وسیله قیود استحکام منطقی دلالت بر لزوم تمرکز بر اصول مطلوب فرد دارد. اگر یک نظریه درباره خیر اجتماعی با اصلی که کسی در هر وضعیتی تضمین می‌کند تضاد پیدا کند، آن نظریه باید به آن دلیل رد شود.

دوم، پاسخی که من گاهی به نتیجه تضاد پارتو می‌دهم این است که، درواقع یک انتخاب اجتماعی به ندرت از سوی همه افراد بر دیگری ترجیح داده خواهد شد و در نتیجه از آنچه تنها در صورتی حقیقت می‌یافت که اتفاق آرا برای ترجیح یک انتخاب وجود داشت، می‌توان صرف نظر کرد. این پاسخ با یک اشکال عدم ارتباط مواجه است. این مقدمه که یک انتخاب اجتماعی به ندرت از سوی همه به انتخاب دیگر ترجیح داده خواهد شد ممکن است به خوبی ثابت شود. اما از این مقدمه نمی‌شود بلافاصله نتیجه گرفت که آنچه در آن وضعیت حقیقت دارد نامربوط است. زیرا اگر آنچه تحت اصل علم اخلاقی اتفاق می‌افتد با ترجیحات متفق القول در یک وضعیت فرضی تضاد داشته باشد، چنین اصلی در صورتی که ما اصل پارتو را تأیید کنیم باید ترک شود. یک وضعیت فرضی که هرگز روی نمی‌دهد ممکن است کاملاً مربوط باشد چون می‌تواند خاصیت

یک دیدگاه را آشکار سازد و ما را به اعراض از آن دیدگاه رهنمون شود؛ اما اینکه این وضعیت هرگز واقعاً روی نمی‌دهد به این معناست که نمی‌توانیم از آنچه در آن وضعیت روی می‌دهد استنتاج کنیم. وقتی می‌دانیم که ما هرگز در سیاره پلوتو نخواهیم بود، حتی اگر همه معتقد باشند که اگر در پلوتو باشیم دو به علاوه دو معادل پنج خواهد بود باید چنین نظریه‌ای را ترک کرد.

۶-۵-۱-۷ مروری بر پیشینه مباحث

دیدگاه‌های ارائه شده در این بخش ترکیبی هستند و همان گونه که در پاورقی‌ها اشاره شد، گاهی بر سنت‌های دیرینه پژوهشگری تکیه دارند. این مفهوم کلی که قواعد اخلاقی اگر کسی از آنها اطاعت کند با احساسات تقوی، به عنوان شکلی از مطلوبیت، مربوط هستند و اگر کسی از آنها اطاعت نکند، با گناه و دیگر احساسات موجد عدم مطلوبیت مربوط هستند، به ویژه در هیوم ([۱۷۵۱] ۱۹۹۸)، میل ([۱۸۶۱] ۱۹۹۸)، سیدویک ([۱۹۰۷] ۱۹۸۱) و اسمیت ([۱۷۹۰] ۱۹۷۶) مطرح شده است. این ایده بنیادی که قواعد اخلاقی به اهداف کاربردی خدمت می‌کنند نیز به وسیله همین نویسندگان و دیگران مطرح شده و این ملاحظه که قواعد اخلاقی تا حدی القا می‌شوند، به عنوان مثال، از سوی آستین ([۱۸۳۲] ۱۹۹۵) و میل، و هار ([۱۹۸۱] مورد بحث قرار گرفته است. این نکته که این قواعد به نوعی به وسیله نیروهای تکاملی تولید می‌شوند در پژوهش توسط داروین ([۱۸۷۴] ۱۹۹۸) و در اکثر مقالات زیست‌شناسی اجتماعی امروزی، مثلاً توسط تریورس ([۱۹۷۱] ۱۹۸۰) و ویلسون ([۱۹۸۰] مورد تأکید قرار گرفته است. این نکته که، اگرچه قواعد اخلاقی موجب پیشرفت رفاه اجتماعی می‌شوند، اما به خاطر سادگی نسبی‌شان این کار را ناقص و به صورتی جزئی انجام می‌دهند، از سوی آستین و سیدویک مورد تأکید قرار گرفته است و همچنین می‌توانید در این زمینه به بارون ([۱۹۹۳] و هار نگاه کنید. در رابطه با دلالت‌های ضمنی قواعد اخلاقی برای رفاه اجتماعی، این نکته که سرمایه‌گذاری در پرورش آنها از نظر اجتماعی ارزشمند است با دیدگاه همه کسانی که این قواعد را دارای کاربرد می‌بینند سازگار است. این نکته که قواعد اخلاقی دارای اهمیت هستند چون افراد از برآورده کردن آنها مطلوبیت به دست می‌آورند و لذا این قواعد بخشی از حساب جامع

رفاه اجتماعی را تشکیل می‌دهند، ازسوی میل مطرح شده و تضاد بین رفاه اجتماعی مبتنی بر مطلوبیت و دیدگاه‌های علم‌الاخلاقی اخلاق در مفهوم کلی موضوع مباحثات درباره رفاه طلبی و مسائل مربوطه در فلسفه بوده است. این نکته نیز که همه دیدگاه‌های علم‌الاخلاقی لزوماً با اصل پارتو در تضاد هستند و لذا در امتداد عمیق با رفاه فردی هستند، در کاپلو و شاول (۲۰۰۱ الف) نشان داده شده است.

۷-۲ دلالت‌های ضمنی تجزیه و تحلیل حقوق

اکنون که درباره اقتصاد رفاه و اخلاق به‌طور کلی بحث کرده‌ایم، اجازه دهید برخی دلالت‌های ضمنی برای نظام حقوقی را بررسی کنیم. به‌ویژه، در اینجا رابطه مشهود بین قانون و اخلاق؛ قلمرو مطلوب و طرح قانون، در نظر گرفتن اخلاق به‌عنوان تنظیم‌کننده رفتار و همین‌طور ماهیت مباحثه هنجاری راجع به قانون و اخلاق را بررسی می‌کنم.

۷-۲-۱ رابطه مشهود بین قانون و اخلاق

۷-۲-۱-۱ بین قانون و اخلاق تجانس تقریبی وجود دارد

اکثر نظام‌های حقوقی ظاهراً با روشی موسع و تقریبی تفکرات اخلاقی جوامعی را که نظام‌های حقوقی در آنها اعمال می‌شوند منعکس می‌سازند. در سراسر آمریکا بسیاری از اعمالی که قانون آنها را مجازات می‌کند، از نظر اخلاقی نیز اشتباه و تجاوز به ایده‌های مشترک محسوب می‌شوند: قتل، تجاوز، راهزنی و اکثر جرائم، رفتار بسیار اهمال‌کارانه و زیان‌آور، نقض‌های فرصت‌طلبانه قراردادهای ایجاد آزار را در نظر بگیرید.

به‌علاوه، نه تنها اغلب اقداماتی که قانون بر آنها اعمال می‌شود اشتباه به‌نظر می‌رسند، بلکه ضمانت اجرای قانونی در واکنش به این اقدامات نیز با اصول اخلاقی جبران خسارت تقریباً سازگار به‌نظر می‌آیند. در زمینه قانون مدنی، خصوصیت کلی جبران خسارت حقوقی این است که خطاکار به‌خاطر آسیب وارد شده به قربانی غرامت می‌پردازد؛ به‌ویژه غرامت‌های شبه‌جرم قرار است تاوان زیان‌های قربانیان را بدهند و خسارات قراردادی، به‌منظور جبران زیان‌های قربانی نقض قرارداد اخذ می‌شوند. این گرایش قانونی قانون مدنی که خطاکاران، زیان‌های ناشی از آسیب وارده به قربانیانشان را جبران

می‌کنند، به‌عنوان گرایش «عدالت اصلاحی کلاسیک» قابل تفسیر است. در زمینه قانون جزا، جرمه‌ها به روشی مطابق با شدت عمل بد تعیین می‌شوند، مضروب کردن کسی در یک نزاع کمتر از در کمین او نشستن و شدیداً او را زدن جرمه می‌شود و این دومی نیز مجازاتی کمتر از قتل دارد. می‌توان گفت مجازات کیفری متناسب با میزان خطا اعمال می‌شود که این اصل شاخص «عدالت کیفری» است.

مستند دیگر برای این ادعا که قانون منعکس‌کننده اخلاق است این است که نظام‌های حقوقی در طول زمان و در بین کشورها به طریقی تغییر می‌کنند که با تفاوت و تحول نگاه‌ها به قواعد اخلاقی سازگار است. به‌عنوان مثال، قوانین راجع به مجاز بودن انواع روابط جنسی (خارج از چارچوب ازدواج، هم‌جنس‌بازی) در طول سال‌ها در کشور آمریکا تغییر کرده‌اند و با قوانین محافظه‌کارانه کشورهای اسلامی کاملاً متفاوت‌اند.

۷-۲-۱-۲ اما تفاوت‌های اساسی نیز بین قانون و اخلاق آشکار هستند

علی‌رغم تقارن قانون و اخلاق، جنبه‌های مهمی وجود دارند که در آنها نظام‌های حقوقی منعکس‌کننده قواعد اخلاقی مورد قبول جامعه نیستند.

اول، بسیاری از اعمالی که خطا تلقی می‌شوند به‌وسیله قانون مجازات نمی‌شوند. دروغ‌گویی عموماً غیراخلاقی تلقی می‌شود اما در اغلب موارد قانوناً قابل مجازات نیست (قلمرو وسیعی از اظهارات دروغین که در اجتماع، در محل کار و در تجارت صورت می‌گیرد قابل تعقیب کیفری نیستند). تغییراتی که یک فرد برای دستیابی به مزیت‌های شخصی بهتر در طرح‌های خود صورت می‌دهد اما به ضرر دیگران است اغلب خطا محسوب می‌شود اما منتهی به مجازات‌های قانونی نمی‌گردد (فرض کنید من بگویم که یک رشته بسیار ضروری را تدریس خواهم کرد اما بعداً کنار بکشم چون بیشتر ترجیح می‌دهم چیز دیگری را تدریس کنم). همچنین عمل کردن به طریقه بسیار اهمال‌کارانه (مثل رها کردن یک سیم برق در جایی که بچه‌ها بازی می‌کنند) اشتباه است اما احتمالاً منتج به دعوی قانونی نخواهد شد مگر آنکه واقعاً کسی آسیب ببیند. بنابراین یک قلمرو مهم رفتار وجود دارد که خطا محسوب می‌شود اما مورد توجه نظام حقوقی رسمی قرار نمی‌گیرد.

دوم، بسیاری از اعمالی که به موجب قانون مجازات می‌شوند اشتباه محسوب نمی‌شوند یا فقط به صورت خیلی خفیف اشتباه تلقی می‌شوند. در جایی که قاعده مسئولیت محض حاکم است اشخاص حتی اگر تمامی اقدامات احتیاطی معقول را به عمل آورند و حتی اگر رفتارشان اشتباه‌آمیز نباشد به محض ورود آسیب با مجازات مواجه خواهند شد.^۱

یک مثال کلی دیگر شامل آن دسته قواعد حقوقی می‌شود که اکثراً آنها را فنی توصیف می‌کنند، به ویژه قواعدی که با مالیه و تجارت سروکار دارند، مثل شرایط ثبت اوراق بهادار در کمیسیون مبادله اوراق بهادار و نکات ظریف دکترین‌های حاکم بر مجاز بودن ادغام‌ها تحت قوانین ضد تراست. این قواعد را نمی‌توان به سهولت به قواعد اخلاقی ربط داد و اگرچه ممکن است افراد درک کنند که چنین قواعد فنی برای ترویج غیرمستقیم خیر مشترک در شاخه‌های مختلف طراحی شده‌اند (ثبت اوراق بهادار موجب ترویج مبادله اوراق بهادار می‌شود که به شرکت‌ها اجازه می‌دهد سرمایه را افزایش دهند و افراد سرمایه‌گذاری کنند و این به فعالیت اقتصادی بیشتر و نهایتاً به رفاه بیشتر منتهی می‌گردد) مفهوم خالصی وجود ندارد که افراد به موجب آن احساس وظیفه قلبی مشترک و منسجمی برای اطاعت از این قواعد فنی داشته باشند. بنابراین فکر می‌کنم خواننده قبول دارد که این زمینه‌های فنی قانون یک مبنای اخلاقی روشن ندارند.^۲

سوم، وسعت و ویژگی ضمانت اجرای حقوقی گاهی به‌طور قابل توجهی با آنچه حس اخلاقی ما طلب می‌کند تفاوت دارد. غرامت‌های شبه جرم غالباً با آنچه استحقاق فاعل جرم به نظر می‌رسد اختلاف دارند. کارخانه‌ای که عالمانه و به نحوی اهمال می‌کند که ایجاد آسیب زیاد محتمل است (شامل مرگ و میر بسیار) اما معلوم می‌شود که عملاً فقط

۱. به هر حال گاهی اثبات می‌شود که حس تعهد اخلاقی ما به احساس مسئولیت در مقابل آسیب‌های ایجاد شده از اشتغال در فعالیت‌هایی که برای آنها مسئولیت محض اعمال می‌شود (مثل حمل پسماندها به دریاچه) منجر می‌گردد. اگر این گونه باشد پس من می‌گویم که حس تعهد اخلاقی یک حس ضعیف است اما خواننده می‌تواند مسئله را برای خویش مورد قضاوت قرار دهد.

۲. این درست نیست که بگوییم افراد نسبت به اطاعت از همه قوانین جامعه خود تعهد اخلاقی دارند. البته ممکن است چنین تعهدی حقیقت داشته باشد و در آن صورت هر قاعده‌ای دارای مبنای اخلاقی تلقی می‌شود اما مسئله تحت بررسی این است که آیا قواعد حقوقی یک مبنای اخلاقی مستقیم دارند؟ مبنایی مثل اینکه اگر آنها جزئی از نظام حقوقی ما نبودند، یک دلیل اخلاقی وجود داشت که به آنها وفادار باشیم (اگر از آنها اطاعت شود احساس تقوی کنیم و اگر اطاعت نشود احساس گناه؛ به قسمت ۲-۷ نگاه کنید).

آسیب نسبتاً کمی به وجود آورده، ممکن است قانوناً فقط برای آن آسیب غرامت پردازد درحالی که ممکن است ما معتقد باشیم کارخانه مستحق مجازات شدیدتری است و افراد مسئول کارخانه باید جریمه‌های شدیدی را تقبل کنند. شخصی که تصمیم می‌گیرد قراردادی را تنها به این دلیل که فرصت سودمندتری برای او ایجاد شده نقض کند ممکن است فقط مجبور شود غرامت‌های نسبتاً کمی پردازد درحالی که وظیفه اخلاقی حفظ تعهد ممکن است مستلزم ضمانت اجراهای حقوقی جدی‌تری باشد. جریمه‌ها و دیگر مجازات‌های کیفری نیز غالباً از اصول کیفری تناسب جرم و مجازات منحرف می‌شوند. به‌عنوان مثال، جریمه‌ها برای توقف‌های خلاف ممکن است چندین برابر آسیب انجام شده باشند (جریمه ۲۵ دلاری برای توقف طولانی در محل توقف دارای زمان‌سنج را در نظر بگیرید)، درحالی که مجازات برای قتل ممکن است کمتر از آسیب وارده باشد (چند سال زندان مستدلاً کم‌اهمیت‌تر از فقدان زندگی تعبیر می‌شود).

۷-۲-۱-۳ توضیح مطالب پیش‌گفته

با توضیحات قسمت‌های قبل یک مفهوم اساسی از نقطه‌نظر تجزیه و تحلیل اقتصادی و آنچه در بخش ۷-۱ درخصوص قواعد اخلاقی نوشته شده است به‌دست می‌آید. مخصوصاً ما انتظار داریم که به دو دلیل تجانس قابل توجهی بین قانون و اخلاق مشاهده کنیم. اولین دلیل به‌سادگی این است که افراد دوست دارند از قواعد اخلاقی متابعت گردد و همان‌گونه که در قسمت ۷-۱-۲ مورد بحث قرار گرفت، افراد خودشان به قواعد اخلاقی اهمیت می‌دهند و میل دارند که آن قواعد رعایت شوند. چون قانون به‌وسیله افراد طرح می‌شود، تعجب‌آور نیست که قانون تحت تأثیر ارزشی که افراد برای وفاداری به قواعد اخلاقی قائل‌اند قرار گیرد. لذا، به‌عنوان مثال چون ما معتقدیم که وفای به‌عهد مطلوب است، تمایل داریم که حقوق قراردادهای حفظ قراردادهای را ترویج کند و چون می‌خواهیم مجازات متناسب با اهمیت اعمال بد باشد، توقع داریم که مجازات‌های کیفری بدان طریق شکل بگیرند.

دلیل دوم که یک ناظر انتظار دارد تا حدی بین اخلاق و قانون شباهت وجود داشته باشد دلیل متفاوتی است. به اعتقاد من اگر اخلاق و قانون یک هدف اصولی مشترک

«ترویج رفاه اجتماعی» داشته باشند. این دو نظام شباهت‌هایی خواهند داشت. به‌عنوان مثال ما انتظار داریم که هم اخلاق و هم نظام حقوقی ما وفای به‌عهد را تقویت کنند چون به‌واسطه ترغیب تلاش‌های مشترک، تجارت و تولید باعث ترویج رفاه اجتماعی می‌شود. به عبارت دیگر این تلقی که قانون حفظ قراردادهای را به‌خاطر ارزش اخلاقی که مردم برای وفای به‌عهد قائل‌اند تقویت می‌کند، درست نیست بلکه حقوق تکامل‌یافته تا به دلیل ارزش کاربردی چنین کاری حفظ قراردادهای را تقویت کند و قاعده اخلاقی وفای به‌عهد نیز به دلیل همان ارزش کاربردی تحول یافته است.

همچنین انتظار داریم که تفاوت‌هایی ذاتی بین نظام اخلاقی ما و قانون وجود داشته باشد. اولین اختلاف که ذکر کردم مبنی بر اینکه اعمال غیراخلاقی زیادی (مثل دروغ‌گویی) وجود دارند که قانون آنها را مجازات نمی‌کند، از جنبه اقتصادی قابل درک است.

همان‌گونه که در قسمت ۲-۲-۷ بحث خواهد شد، تلاش برای کنترل قلمرو قابل توجهی از رفتارهای انسانی نامطلوب از طریق نظام حقوقی، برای جامعه به حدی پرهزینه است که غیرقابل اجرا خواهد بود، درحالی‌که کنترل چنین رفتارهایی از طریق قواعد اخلاقی به تنهایی عموماً کافی و نسبتاً ارزان است. به علاوه برخی رفتارهای غیراخلاقی از نظر اجتماعی نامطلوب نیستند و در نتیجه ما نمی‌خواهیم آنها را با استفاده از نظام حقوقی کنترل کنیم؛ چون قواعد اخلاقی ما خصوصیت نسبتاً ساده‌ای دارند و باید هم این‌گونه باشند (همان‌گونه که در قسمت ۴-۱-۷ بحث شد)، برخی اعمالی که از نظر اجتماعی مطلوب هستند غیراخلاقی محسوب خواهند شد و سیاست غیرعقلانه‌ای خواهد بود چنانچه آنها را غیرقانونی کنیم.

تفاوت دومی که اشاره کردم این بود که اعمال بسیاری وجود دارند که به موجب قانون مجازات می‌شوند (مثل ادغام نامناسب حرفه‌ها) اما غیراخلاقی نیستند یا چندان آشکارا غیراخلاقی نیستند. توضیح اصلی این است که رفتارهای زیادی به جهت افزایش رفاه اجتماعی ارزش کنترل دارند و بنابراین قانون آنها را کنترل می‌کند. درعین حال برخی از این رفتارها منافی نظام اخلاقی ما نیستند چون قواعد اخلاقی ما نسبتاً ساده هستند. این نکته در قسمت ۲-۲-۷ توضیح داده خواهد شد.

دلیل سومی را نیز که اشاره کردم، راجع به انحرافات بین مجازات قانونی و آنچه

ظاهراً از تکیه بر قواعد اخلاقی به دست می‌آید، می‌توان با تکیه بر این واقعیت توضیح داد که قانون به‌طور قابل انعطاف طراحی می‌گردد تا رفاه اجتماعی را افزایش دهد، درحالی‌که نظام اخلاقی ما خصوصیت نسبتاً پالایش نشده‌ای دارد. به دلایل مختلف، مجازات‌هایی که رفاه ما را افزایش می‌دهند لزوماً به تناسب شدت اعمال بد تنظیم نشده‌اند. به‌ویژه، وسعت مطلوب ضمانت اجراها از نقطه نظر رفاه اجتماعی، (همان‌گونه که در بخش‌های ۱-۵ و ۲-۵ بیان شد) احتمال وضع آنها و هزینه‌های وضع آنها را منعکس می‌کند، اما این عوامل بسیار مستقل از کیفیت اخلاقی اعمال هستند. در این باره نیز بعداً در قسمت ۳-۲-۷ بحث خواهد شد.

۴-۱-۲-۷ اثر قانون بر اخلاق

تا این نقطه در بررسی رابطه بین قانون و اخلاق، امکان اثرگذاری قانون بر قواعد اخلاقی و نیروی آن را ذکر نکرده‌ام،^۱ اما احتمال دارد که این اثرگذاری وجود داشته باشد و من در اینجا دو روش ایجاد احتمالی این اثر را ذکر می‌کنم.

اول، محتمل است قانون بر عقاید اخلاقی که افراد دارند تأثیر بگذارد. همان‌گونه که در قسمت ۴-۱-۷ ذکر گردید، دیدگاه‌های اخلاقی ما ظاهراً تا حد قابل توجهی تلقینی و اکتسابی است. لذا، چنانچه قانون نقشی در القا و آموزش ارزش‌های اخلاقی به افراد ایفا کند ممکن است بر عقاید اخلاقی ما اثر بگذارد و می‌توان به‌طور عینی نیز مشاهده کرد که چنین چیزی امکان دارد. به‌عنوان مثال، یکی از والدین یا یک کشیش در تلاش برای آموزش این درس به کودک که دزدی کار اشتباهی است یا اینکه تبعیض مبتنی بر رنگ پوست بد است، می‌تواند به کودک متذکر گردد که از نظر قانون نیز دزدی و تبعیض غیرقانونی است و منجر به مجازات می‌شود. این اشاره به قانون می‌تواند به آن درس قدرت بیشتری بدهد و فراگیری این گونه درس‌ها و نهایتاً اتخاذ آنها را از سوی کودک به‌عنوان ارزش‌های اخلاقی محتمل‌تر سازد. این امکان نیز وجود دارد که قواعد حقوقی اثر مشابهی بر افراد بزرگسال داشته باشند و به تغییر عقاید اخلاقی آنها کمک کنند

۱. آنچه تا به حال مورد اشاره قرار گرفته تأثیر اخلاق بر قانون است - قانون را طراحی می‌کنیم تا سلاقی اخلاقی‌مان را نشان دهد - و تأثیر بر قانون و اخلاق به‌وسیله هدف عمده افزایش رفاه اجتماعی.

(اما این عامل با در نظر گرفتن آنچه آن را درجه نازل تغییر عقاید اخلاقی بنیادی افراد بزرگسال می‌بینم، کم‌اهمیت به نظر می‌رسد).

دوم، قانون می‌تواند با تغییر تمایل ما به وضع ضمانت اجراهای اجتماعی برای کسانی که از قواعد اخلاقی تخلف کرده‌اند، تأثیر عقاید اخلاقی ما را توسعه دهد و این به نوبه خود بازدارندگی از رفتار غیراخلاقی را توسعه خواهد داد. در نظر بگیرید آیا شخصی که تبعیض را اشتباه می‌داند تمایل به تنبیه کسانی که مرتکب تبعیض می‌شوند یا تحمیل مجازات‌های اجتماعی بر آنها را خواهد داشت؟ احتمال دارد که اگر قانون کیفردهنده تبعیض وجود داشته باشد چنین شخصی بیشتر تمایل به تحمیل این مجازات‌های اجتماعی داشته باشد. این شخص ممکن است از وجود این قانون استنتاج کند که این دیدگاه که تبعیض اشتباه است به طور گسترده‌تر از آنچه او در غیر این صورت باور داشته است در میان جمعیت وجود دارد و لذا افراد بیشتری در محکوم کردن این رفتار به او ملحق خواهند شد، یا با سکوت آن را تصویب می‌کنند یا حداقل در مقابل محکومیت عامل تبعیض مقاومت نمی‌کنند. وجود این قانون ممکن است همچنین احتمال انتقام علیه شخصی را که به متنبه کردن فرد قائل به تبعیض فکر می‌کند کاهش دهد، زیرا فرد اخیر را می‌توان با مجازات‌های قانونی تهدید کرد. به عبارت دیگر، محاسبات منطقی شخصی که در مقابل یک نوع رفتار دارای عقاید اخلاقی است و به تحمیل ضمانت اجراهای اجتماعی بر افرادی که درگیر آن رفتار بد می‌شوند فکر می‌کند، وقتی قانونی علیه آن رفتار وجود دارد، به نفع انجام تحمیل تغییر می‌کند. بدین طریق، قانون می‌تواند بدون تغییر ذاتی عقاید اخلاقی، با افزایش احتمال ضمانت اجراهای اجتماعی برای رفتار غیراخلاقی، موجب افزایش کارآمدی عقاید اخلاقی شود.

۷-۲-۲ قلمرو مطلوب قانون و اخلاق

اکنون مسئله قلمرو مطلوب اخلاق و نظام حقوقی را بررسی می‌کنم.^۱ یعنی به این پرسش می‌پردازم که از نظر اجتماعی کنترل چه رفتارهایی صرفاً از طریق تأکید بر قواعد اخلاقی مان مفید است، چه رفتارهایی بهتر است مشترکاً به وسیله اخلاق و قانون کنترل

۱. این قسمت به طور گسترده‌ای مبتنی بر شاول ۲۰۰۲ است.

شوند و کنترل کدام رفتارها صرفاً از طریق قانون مطلوب است؟ در بررسی این مسائل، من فرض خواهم کرد که قواعد اخلاقی ما همان گونه که به طور کلی در قسمت ۲-۱-۷ تشریح شد هستند و هدف اجتماعی عبارت است از به کارگیری اخلاق و قانون به منظور به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی با در نظر گرفتن هزینه‌ها و کارآمدی اخلاق و قانون به عنوان تنظیم کننده‌های اجتماعی رفتار.^۱

۷-۲-۲-۱ مقایسه کلی قانون و اخلاق به عنوان تنظیم کننده‌های رفتار

همان گونه که در قسمت ۳-۱-۷ اشاره کردم، قواعد اخلاقی می‌توانند بر رفتار حاکمیت کنند تا از طریق انگیزه‌های درونی - پاداش احساس تقوی، جریمه احساس گناه - و همچنین از طریق انگیزه‌های برونی - پاداش مدح و جریمه سرزنش - رفاه اجتماعی را افزایش دهند. نظام حقوقی البته با استفاده از انگیزه‌های برونی و اصولاً با ضمانت اجرای پولی و حبس بر رفتار حاکمیت می‌کند.

اکنون به من اجازه دهید قانون و اخلاق را به عنوان روش‌های کنترل اجتماعی رفتار مقایسه کنم. پس از انجام این کار، از این مقایسه در بررسی قلمروهای مطلوب قانون و اخلاق استفاده خواهم کرد.

الف) وضع قواعد: وضع قواعد حقوقی معمولاً یک فرایند خیلی پرهزینه نیست و صرفاً مستلزم آن است که قانونی به تصویب یک نهاد قانون گذاری برسد یا اینکه یک قاضی تصمیمی اتخاذ کند که به قانون شدن یک قاعده کمک کند و اینکه آن قاعده به خوبی ابلاغ شود. اما وضع قواعد اخلاقی از دیدگاه اجتماعی، با در نظر گرفتن آنکه این عمل به واسطه اجتماعی کردن و القا روی می‌دهد به وضوح پرهزینه تر است. برای اینکه القای

۱. توضیح آنکه، در این قسمت هدف عبارت از به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی است در جایی که، برای سهولت، من بر کارآمدی و هزینه‌های قانون و اخلاق بدون در نظر گرفتن اینکه قواعد اخلاقی ما خودشان وارد مطلوبیت فردی می‌شوند و لذا وارد رفاه اجتماعی متمرکز می‌شوم. این ساده سازی بر ماهیت کیفی نتیجه گیری‌های حاصله تأثیر نخواهد داشت. به عنوان مثال، اگر من در نظر بگیرم که چگونه وفاداری به قواعد اخلاقی فی نفسه باعث افزایش مطلوبیت می‌شود و لذا منبعی برای رفاه است، این نتیجه گیری که گاهی اوقات تنظیم رفتار صرفاً از طریق قواعد اخلاقی از نظر اجتماعی مطلوب است چون ارزان تر تمام می‌شود تغییر نخواهد کرد و فقط مرزهای قلمرو رفتاری که استفاده صرف از اخلاق در آن مطلوب است تغییر می‌کند.

قواعد اخلاقی مبنی بر اینکه کسی نباید آشغال بریزد، یا دروغ بگوید، یا تقلب کند و نظایر اینها مستلزم تلاش مداوم در طول سال‌های کودکی (و تقویت پس از آن) است. اگر ما وظایف والدین، مدارس و مؤسسات مذهبی را عمدتاً آموزش بچه‌ها در بعد اخلاقی تلقی کنیم، آنگاه می‌توانیم چنین احساس کنیم که سرمایه‌گذاری اجتماع در تلقین قواعد اخلاقی بسیار حیاتی است. باین حال همچنین می‌توان اشاره کرد که در جایی که قواعد اخلاقی ذاتی هستند یا واقعاً آن‌گونه است، وضع این قواعد ضرورتاً عاری از جنبه اجتماعی است.

ب) ویژگی و انعطاف قواعد؛ حدی که قواعد رفتار مطلوب اجتماعی را منعکس می‌سازند: قواعد حقوقی ممکن است همانقدر که ما راضی می‌شویم خاص باشند چون مداوماً و تعمداً توسط ما شکل می‌گیرند. از این رو قواعد حقوقی را در واقع می‌توان به شکلی درآورد که در یک سطح کاملاً مفصل، رفتار مطلوب اجتماعی را ترویج و رفتار غیرمطلوب را سست کنند.

قواعد حقوقی انعطاف‌پذیر نیز هستند به این مفهوم که لزوماً می‌توان آنها را در صورتی که شرایط اقتضا کند به‌طور ارادی تغییر داد. بنابراین، اگر آنچه از نظر اجتماعی مطلوب یا نامطلوب است تغییر کند می‌توان قواعد حقوقی را تغییر داد.

برعکس، به نظر می‌رسد قواعد اخلاقی نمی‌توانند کاملاً مفصل باشند و نکات ظریف خصوصیت آنها به‌خوبی مشخص شده باشند. همان‌گونه که در قسمت ۳-۴-۱-۷ مورد بحث قرار گرفت، این قواعد لزوماً باید به کودکان القا شوند، اعمال آنها در زندگی روزمره ساده باشد و در مقابل دست‌کاری به سود شخص آسیب‌پذیر نباشند. همچنین قواعد اخلاقی تاحدی که دارای مبنای تکامل هستند، اغلب میل به سادگی خواهند داشت زیرا قواعد خیلی خاص عموماً قواعدی نیستند که در طول دوره‌های زمانی طولانی که در طول آن نیروهای طبیعی عمل می‌کنند ارزش کاربردی داشته باشند.

به‌علاوه، قواعد اخلاقی خیلی انعطاف‌پذیر نیستند. قواعدی که القا می‌شوند در کوتاه‌مدت مشمول تغییر نمی‌شوند و هنگامی که قواعد اخلاقی دارای مبنای زیست‌شناسی هستند آشکارا قابل تغییر نیستند. دلالت ضمنی فقدان ویژگی و انعطاف‌پذیری قواعد اخلاقی نسبت به قواعد حقوقی این است که قواعد اخلاقی غالباً بیش از قواعد حقوقی منجر به اشتباه در

رفتارها می‌شوند. به‌عنوان مثال ممکن است فردی تصمیم بگیرد که قراردادی را محترم بشمارد به‌خاطر این تعهد اخلاقی که باید به عهده‌ی که می‌بندد وفا کند حتی اگر نقض قرارداد تحت شرایطی از نظر اجتماعی مرجح باشد (شاید هزینه‌ی اجرا تا حد زیادی بر ارزش آن برای متعهدله غلبه کند) و قانون اجازه‌ی نقض آن را بدهد. یا فردی ممکن است از گزارش رفتار بد یک دوست در صورتی که وظیفه‌ی اخلاقی صداقت در میان نباشد خودداری کند حتی اگر گزارش کردن عمل دوست از نظر اجتماعی مطلوب باشد (شاید رفتار بد او در غیر این صورت ادامه یابد) و قانون ممکن است اجازه‌ی گزارش کردن را بدهد یا حتی خواستار آن باشد.

ج) وسعت ضمانت اجراها: قواعد حقوقی را می‌توان به‌وسیله‌ی ضمانت اجرای پولی و حبس، بدون هیچ محدودیتی جز دارایی یک فرد و مدت عمر باقی‌مانده‌اش تضمین کرد. بدین ترتیب، وسعت بالقوه‌ی ضمانت اجرای قانونی زیاد است.

وسعت ضمانت اجرای اخلاقی چقدر است؟ در اینجا من فرض می‌کنم که ضمانت اجرای اخلاقی، در اکثر محدوده‌هایشان و برای اکثر افراد، ضعیف‌تر و شاید خیلی ضعیف‌تر از ضمانت اجرای حقوقی هستند. این فرض مبتنی بر این قضاوت است که، حداقل برای توده‌ی وسیعی از افراد در ملل صنعتی امروزی، عدم مطلوبیت ناشی از فقدان کل دارایی یا رفتن به زندان برای تمام عمر، به‌اندازه‌ی قابل توجهی بر نیش گناه و مذمت (شاید به‌اضافه از دست دادن مطلوبیت ناشی از تقوی و مدح) غلبه خواهد کرد.^۱ نمی‌توان انکار کرد که برای بعضی افراد، ضمانت اجرای اخلاقی ممکن است اهمیتی بیش از ضمانت اجرای حقوقی داشته باشند (یک شخص ممکن است از سوختن در جهنم برای ابد بترسد، یا مذمت جامعه را تقریباً غیرقابل تحمل بداند)، همچنین نمی‌توان انکار کرد که در دنیای آینده، اجتماعی کردن اخلاق می‌تواند به‌نحوی باشد که انجام کار درست خیلی بیش از حالا اهمیت داشته باشد. اما در جامعه‌ای که ما زندگی می‌کنیم جایی که ضمانت اجرای اخلاقی درونی محدود به‌نظر می‌رسند و ضمانت اجرای اخلاقی برونی به‌وسیله‌ی توانایی افراد در دوری از کسانی که ممکن است آنها را

۱. انگیزه‌ی حقیقی عمل کردن به‌صورت اخلاقی عبارت است از اختلاف بین موقعیت فردی وقتی به‌صورت اخلاقی عمل می‌کند و وقتی فردی اخلاقی عمل نمی‌کند؛ بنابراین عبارت است از مجموع مطلوبیت پاداش برای عمل کردن به‌صورت اخلاقی (مطلوبیت ناشی از تقوی و مدح) به‌اضافه‌ی عدم مطلوبیت ناشی از عکس آن (عدم مطلوبیت ناشی از گناه و مذمت).

سرزنش کنند تحلیل می‌روند، این فرض که ضمانت اجراهای اخلاقی ضعیف‌تر هستند صحیح به نظر می‌رسد.

نکته دیگر این است که ضمانت اجراهای اخلاقی قادر به جلوگیری از رفتار بد به وسیله ناتوان‌سازی افراد (آنچه به واسطه ضمانت اجرای حقوقی حبس حاصل می‌شود) نیستند. لذا یک ابزار مهم برای کاهش رفتار بد که تحت قانون در دسترس می‌باشد در بین سلاح‌های اخلاقی وجود ندارد.

د) احتمال ضمانت اجراها: احتمال ضمانت اجراهای حقوقی به شرایط بستگی دارد؛ وضع ضمانت اجراها برای تخلفات خودبه‌خودی نیست. برای آنکه یک ضمانت اجرای حقوقی وضع شود باید تخلف از قانون، مورد مشاهده کسی واقع گردد و سپس باید گزارش شود ولی حتی وقتی که تخلف از سوی قربانی ملاحظه شده و او می‌تواند اقامه دعوی کند، مثل مورد آسیب ناشی از شبه‌جرم یا نقض یک قرارداد، گاهی قربانی اقامه دعوی را با در نظر داشتن هزینه‌هایش به صرفه نمی‌یابد.

متقابلاً، احتمال وضع ضمانت اجرای اخلاقی درونی (جز در شرایط خودفربیی) صددرد است؛ شخصی که معتقد است فریب‌کاری در خصوص مالیات‌ها غیر اخلاقی است قطعاً با انجام چنین کاری احساس گناه و با پرداخت میزان مناسب مالیات قطعاً احساس تقوی خواهد کرد چون می‌داند که مالیات‌هایش را صادقانه پرداخت کرده است. احتمال مواجهه با ضمانت اجراهای اخلاقی برونی، مذمت و مدح، موضوع متفاوتی است و شاید بسته به زمینه آن از احتمال مواجهه با ضمانت اجراهای حقوقی بالاتر یا پایین‌تر باشد. به عنوان مثال این احتمال که شخصی در حال جا زدن خود در یک صف دیده شود و از ضمانت اجرای اخلاقی برونی به خاطر نگاه‌های تند رنج ببرد تقریباً زیاد است، اما احتمال کشف تقلب مالیاتی یک نفر از سوی سایرین و تحمل نكوهش به خاطر آن ممکن است از احتمال گیر افتادن هنگام ممیزی مالیاتی کمتر باشد چون بعید است که متقلبان مالیاتی با مداخله همشهریان‌شان گیر بیافتند.

ه) در دسترس بودن اطلاعات برای اعمال قواعد: برای اعمال قواعد حقوقی اطلاعات خاصی مورد نیاز است. اما ممکن است اکتساب اطلاعات یا تشخیص صحت و سقم آن مشکل باشد، مثل اطلاعات راجع به اینکه آیا فردی مرتکب جرمی شده و در آن صورت

شرایط دقیقاً چه بوده است. مشکل مربوط به اثبات اطلاعات دارای دو مفهوم مضر است. یکی ممکن است اشتباهاتی پیش آید مثل وقتی که شخصی به خاطر قتل گناهکار شناخته می‌شود درحالی که واقعاً برای دفاع از خود عمل کرده یا وقتی عمل شخصی دفاع مشروع محسوب می‌شود اما واقعیت چیز دیگری است.

دیگر آنکه قواعد حقوقی گاهی کمتر از حد مطلوب یعنی کمتر از وقتی که اطلاعات بیشتری در دسترس است، به صورت مفصل و پالایش شده طراحی می‌شوند. به عنوان مثال، متصدیان فروش مشروبات الکلی ممکن است به خاطر فروش مشروب به خردسالان با مسئولیت محض روبه‌رو شوند چون تحصیل اطلاعات درباره فرصت‌های واقعی متصدیان در تعیین سن مشتریان عموماً دشوار است.

این معایب ناشی از دشواری تحصیل اطلاعات، در رابطه با اجرای قواعد اخلاقی با ضمانت اجرای درونی وجود ندارد چون هر فرد طبیعتاً چگونگی و دلیل آنچه را که انجام می‌دهد می‌داند. اگر فردی کسی را به قتل برساند به خوبی می‌داند که آیا عملش دفاع مشروع بوده یا خیر؛ اگر او به یک مشتری مشروب الکلی بفروشد، به خوبی می‌داند که آیا به کم سن و سال بودن مشتری شک داشته است یا خیر. کیفیت واقعاً کامل اطلاعاتی که یک شخص درباره خودش دارد به این معناست که ضمانت اجرای اخلاقی درونی به طور اشتباهی اعمال نخواهند شد و اینکه قواعد اخلاقی مستلزم استثنا کردن هیچ گونه اطلاعات بالقوه مرتبطی نیست.^۱

به هر حال نتیجه‌گیری در رابطه با اجرای قواعد اخلاقی با ضمانت اجرای برونی، قدری متفاوت است. در اینجا ممکن است دشواری‌های اطلاعاتی وجود داشته باشد زیرا شاهد رفتار شاید تمامی اطلاعات مربوط را نداشته باشد یا شاید اشتباه کند. اما این مشکلات اغلب کم‌اهمیت‌تر از مشکلاتی است که نظام حقوقی با آنها روبه‌رو می‌شود. وقتی رفتار یک شخص از سوی شخص دیگری مشاهده می‌شود، مثل وقتی که شخصی میچ دیگری را هنگام دروغ‌گویی می‌گیرد، شخص مشاهده‌کننده که فرد خطاکار را

۱. نکته این بند ممکن است با مطلبی که پیشتر ارائه شد مبنی بر آنکه قواعد اخلاقی ممکن است به خاطر پیچیدگی محدودشان به نتایج بدتر اجتماعی نسبت به قواعد حقوقی به خاطر پیچیدگی محدود قواعد اخلاقی منجر شوند؛ مقایسه گردد. در اینجا، نکته این است که قواعد اخلاقی ممکن است به نتایج برتر اجتماعی نسبت به قواعد حقوقی منجر شوند به خاطر اطلاعات بیشتری که شاید برای اعمال قواعد اخلاقی در دسترس باشد.

سرزنش یا ملامت می‌کند مجبور به اثبات صحت آنچه می‌داند برای اقناع یک محکمه نیست. به‌علاوه در رابطه با وضع ضمانت اجراهای برونی یک روش خوداصلاحی ویژه وجود دارد؛ اگر شخصی در انتقادش نسبت به دیگری اشتباه کرده باشد، ممکن است اثر ملامت کاهش یابد زیرا این یک واقعیت روان‌شناسانه است که ملامت و نکوهش در صورتی که شایسته نباشد خیلی مؤثر واقع نخواهد شد.

یک نکته دیگر درباره ضمانت اجراهای اخلاقی برونی، که به نفع ضمانت اجراهای قانونی عمل می‌کند، این است که اشخاص شاهد رفتار دیگران ممکن است گاهی اطلاعات مربوط را که می‌توان در یک نظام حقوقی به‌دست آورد در اختیار نداشته باشند. به‌عنوان مثال اگر یک شخص مشاهده کند که دیگری تعهدی را که به او داده زیر پا می‌گذارد و عذر منطقی برای آن دارد، قربانی نقض عهد ممکن است قادر به تعیین آنکه آن عذر واقعیت دارد نباشد. حال آنکه در یک نظام حقوقی عذر ارائه شده برای نقض یک قرارداد را می‌توان مورد بررسی و تحقیق قرار داد و می‌توان شهود را الزام به حضور و شهادت ضمن سوگند کرد.

(و) هزینه‌های اجرا: هزینه‌های اجرای قواعد حقوقی با هزینه‌های شناسایی متخلفان و هزینه‌های دادرسی مربوط هستند که ممکن است به‌ویژه وقتی که مأمورین اجرای عمومی درگیر کار می‌شوند، قابل توجه باشند. برعکس، هزینه‌های اجرای قواعد اخلاقی، با ضمانت اجراهای درونی عملاً وجود ندارد. درخصوص ضمانت اجراهای برونی، هزینه اجرا به‌طور میانگین احتمالاً کمتر از هزینه‌های اجرای قواعد حقوقی هستند ولو اینکه ممکن است برخی قضاوت‌ها به شکل شایعات و بحث از تناسب اعمال بروز کنند.

(ز) هزینه‌های وضع ضمانت اجراها: قواعد حقوقی شامل هزینه‌های وضع ضمانت اجراها می‌شوند و بستگی به این دارند که ضمانت اجراها به‌صورت پولی باشند یا دوره‌های حبس در زندان.

همان‌گونه که در بخش‌های ۱-۵ و ۲-۵ بحث شد، گاهی گفته می‌شود که ضمانت اجراهای پولی از نظر اجتماعی هزینه‌ای ندارند یا حداقل بسیار کم‌هزینه‌تر از حبس هستند. در رابطه با ضمانت اجراهای اخلاقی، ابتدا گناه را در نظر بگیرید. چون گناه شامل هزینه اداری نمی‌شود، به‌نظر می‌رسد از نظر اجتماعی شکل ارزان‌تر ضمانت اجرا نسبت

به حبس باشد. مذمت به عنوان یک ضمانت اجرا درست مثل گناه است، جز آنکه نتایج استفاده از آن برای کسانی که آن را بیان می کنند باید در محاسبات جامع اجتماعی گنجانده شود و آنچه باید در این خصوص تصور شود کاملاً روشن نیست. تقوی و مدح به وضوح با گناه و مذمت تفاوت دارند زیرا آنها ضمانت اجراهایی هستند که به جای کاهش مطلوبیت، ایجاد مطلوبیت می کنند.^۱

نتیجه گیری ها درباره هزینه های وضع ضمانت اجراها را می توان به شرح ذیل خلاصه نمود: ضمانت اجرای حقوقی حبس ظاهراً پرهزینه ترین است، ضمانت اجراهای پولی ممکن است پرهزینه تر از گناه و مذمت باشند و تقوی و مدح عملاً رفاه اجتماعی را وقتی به عنوان انگیزه به کار می روند افزایش می دهند.

ح) افراد بدون احساس مسئولیت اخلاقی: تاکنون عوامل عمومی مؤثر بر قواعد حقوقی را در مقابل قواعد اخلاقی مورد بررسی قرار داده ام اما یک عامل ویژه دارای اهمیت بالقوه نیز ارزش ذکر کردن دارد. یعنی ممکن است افرادی در جامعه باشند که انگیزه های اخلاقی برای آنها چندان اهمیتی ندارد. درواقع، این گروه به ویژه در جوامعی مثل جامعه امروزی ایالات متحده شاید خیلی کوچک هم نباشد؛ جایی که خانواده ها و دیگر نهادهای اجتماعی که محیط باثباتی برای اجتماعی کردن کودکان ایجاد می کنند غالباً ضعیف هستند. وجود یک زیرگروه نسبتاً غیراخلاقی جمعیتی متضمن آن است که ضمانت اجراهای اخلاقی قادر به پیشگیری آنها از اکثر رفتارهای غیراخلاقی نیستند. اعضای این زیرگروه فرضی، چندان تحت تأثیر انگیزه های اخلاقی درونی تقوی و گناه قرار نخواهند گرفت و احتمالاً به اندازه دیگران نیز به انگیزه های برونی مذمت و مدح توجهی ندارند. به علاوه، این افراد بعید است که خودشان ضمانت اجراهای اخلاقی برونی لازم برای بدرفتاری دیگران را که زوال قدرت انگیزه های اخلاقی را تشدید می کند، اعمال کنند. بنابراین حضور افراد بدون احساس مسئولیت اخلاقی عاملی است که به اولویت و ارجحیت قواعد حقوقی کمک می کند.

ط) شرکت ها (و سازمان های دیگر): عامل ویژه دیگر که ارزش اشاره دارد این است که

۱. برای تحلیل ضمانت اجراهای اخلاقی گناه و تقوی با دید اقتصادی، در نظر داشته باشید که گناه هزینه دربردارد و تقوی مطلوبیت ایجاد می کند، به کاپلو و شاول ۲۰۰۱ ب رجوع کنید.

قدرت انگیزه‌های اخلاقی ممکن است در شرکت‌ها (و سازمان‌های دیگر) تحلیل رود. ابتدا انگیزه‌های اخلاقی داخلی را در نظر بگیرید و اجازه دهید مقدمتاً به این نکته آشنا اشاره کنم که چون یک شرکت درواقع یک شخص طبیعی نیست بلکه یک گروه متشکل از افراد مختلف است، ما نمی‌توانیم به مفهوم واقعی از انگیزه‌های اخلاقی درونی در رابطه با یک شرکت صحبت کنیم؛ هرچند افراد داخل یک شرکت می‌توانند در ارتباط با رفتار خودشان احساس گناه یا تقوی کنند.

یک دلیل برای این فکر که انگیزه‌های اخلاقی درونی ممکن است در چارچوب شرکت کمتر از خارج آن جایگاه مؤثر باشند این است که تصمیمات در شرکت‌ها غالباً مشترکاً از سوی اعضا اتخاذ می‌شود که یا تحت تأثیر دستورات مافوق قرار دارند یا تحت تأثیر تصمیمات متعاقب اتخاذ شده مادون هستند؛ این مطلب به تقلیل حس مسئولیت شخصی برای اعمال فرد منجر می‌شود.

عامل دیگر این است که شرکت‌ها اغلب تلاش می‌کنند تا هنجارهای وفاداری خودشان را برقرار سازند (عادات و رسوم شرکت‌ها را در شرکت‌هایی مثل آی.بی.ام در نظر بگیرید) و این هنجارها انگیزه‌های اخلاقی معمول را وقتی چنین انگیزه‌هایی با اهداف شرکت در تعارض قرار می‌گیرند، خنثی می‌کنند.

دوم، انگیزه‌های اخلاقی برونی، نیروی نامشخصی در رابطه با کارمندان شرکت‌ها دارند. یک دلیل این است که، همان‌طور که هم‌اکنون ملاحظه شد، مسئولیت در یک شرکت اغلب پراکنده است و در نتیجه غالباً در شرکت افراد خاصی وجود نخواهند داشت که افراد خارج از شرکت بتوانند آنها را شناسایی و به‌خاطر رفتار نادرست مجازات کنند.

دلیل دیگر این است که یک شرکت ممکن است برای پنهان کردن هویت اشخاص مسئول در آن انگیزه داشته باشد تا آنها بتوانند از ضمانت اجرای اجتماعی برونی فرار کنند. اما اشخاص خارج از شرکت ممکن است ضمانت اجرای برونی را بر یک شرکت تحمیل کنند، ولو اینکه آنها یک فرد مسئول را در شرکت شناسایی نکرده باشند. به‌عنوان مثال، آنها ممکن است از معامله با یک شرکت که به‌صورت اهمال کارانه‌ای عمل کرده است خودداری کنند.

ی) خلاصه: قانون و اخلاق هریک در جنبه‌های خاصی بر دیگری مزیت دارند. قانون ممکن

است به خاطر سهولت برقراری قواعد حقوقی، خصوصیت قابل انعطافشان و وسعت احتمالاً بزرگ‌تر ضمانت اجراهای حقوقی بر ضمانت اجراهای اخلاقی، از مزیت‌هایی نسبت به اخلاق برخوردار باشد. همچنین، حضور افراد بدون احساس مسئولیت اخلاقی مزیت اعتماد به قانون را تقویت می‌کند، همان‌گونه که وجود شرکت‌ها به نوعی عمل می‌کند که نیروهای اخلاقی احتمالاً در قبال آنها نسبتاً ضعیف خواهند بود. به هر حال ضمانت اجراهای اخلاقی غالباً با احتمال بیشتری نسبت به ضمانت اجراهای حقوقی اعمال می‌شوند (به‌ویژه، ضمانت اجراهای اخلاقی درونی با قطعیت اعمال می‌شوند) و ممکن است اطلاعات دقیق‌تر و برتری درباره رفتار منعکس کنند و هزینه‌های وضع و اجرای کمتری را دربرگیرند.

۷-۲-۲ قلمرویی که در آن اخلاق به تنهایی مطلوب است

وقتی سه شرط برقرار باشد بهتر است رفتار فقط از طریق استفاده از اخلاق کنترل شود:

اول، اینکه اخلاق به تنهایی به‌طور معقولی خوب عمل کند؛

دوم، اینکه با در نظر گرفتن منافع اجتماعی که از آن ناشی می‌شود و هزینه‌های

افزوده، ارزشی نداشته باشد که اخلاق با قانون تکمیل شود؛

سوم، اینکه اعمال قانون به تنهایی به‌اندازه اعمال اخلاق به تنهایی مطلوب نباشد.

این شرایط وقتی تأمین می‌شوند که دو چیز واقعیت داشته باشد: نفع شخصی مورد انتظار از رفتار غیرمطلوب خیلی بزرگ نباشد و آسیب مورد انتظار ناشی از چنین رفتاری نیز خیلی زیاد نباشد، زیرا اگر نفع شخصی مورد انتظار از رفتار بد خیلی بزرگ نباشد، ضمانت اجراهای اخلاقی حتی اگر به‌اندازه ضمانت اجراهای حقوقی قوی نباشند غالباً برای مایوس کردن آن رفتار کافی خواهند بود و اگر آسیب مورد انتظار از رفتار بد خیلی زیاد نباشد، در مواقعی که ضمانت اجراهای اخلاقی در جلوگیری از رفتار شکست می‌خورند، اثرات اجتماعی خیلی جدی نخواهند بود و بنابراین منجر به هزینه‌افزوده نظام حقوقی به‌عنوان مکمل اخلاق نخواهند شد.

این سؤال باقی می‌ماند که چرا اعمال قانون به تنهایی از اعمال اخلاق به تنهایی مطلوب‌تر است. نکاتی که هم‌اکنون مطرح شد متضمن آن است که وقتی هزینه‌افزوده قانون از ارزش اجتماعی نهایی نسبتاً پایین آن فراتر رود، ارزش اجتماعی قانون نسبت به

اخلاق زیاد نخواهد بود و در نتیجه استفاده از اخلاق به تنهایی نسبت به استفاده از قانون به تنهایی ارجح خواهد بود.

اکنون اجازه دهید قلمروی که در آن رفتار درواقع مقدماً با اخلاق کنترل می‌شود را بررسی کنیم. این قسمت از رفتار، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، از گروه کثیری از اعمال تشکیل می‌شود که ما در زندگی روزمره انجام می‌دهیم. وفای به عهد در خصوص اشتغالات اجتماعی، عمل احتیاط‌آمیز به منظور اجتناب از ایجاد آزارهای جزئی، یا کمک کردن وقتی انجام آن آسان است را در نظر بگیرید. من معتقدم این قلمرو رفتار که اصولاً اخلاق در آن اعمال می‌شود به طور گسترده‌ای با نظریه‌ای که هم‌اکنون طرح شد سازگار است. به‌ویژه، منافع خصوصی مورد انتظار از رفتار بد درواقع نوعاً کوچک یا نسبتاً کم هستند. اگر شخصی یک قرار نهار را به هم بزند، خود را در یک صف جا بزند، یا در سالن سینما سروصدا کند، منافعی که او به دست می‌آورد معمولاً بزرگ نیستند. اگر این‌گونه باشد، ضمانت اجرای اخلاقی اغلب برای بازدارندگی رفتار بد کافی خواهند بود و عملکرد خودبه‌خودی ضمانت اجرای اخلاقی درونی گناه، در ترکیب با ضمانت اجرای برونی غالباً برای منصرف کردن افراد از انجام عمل نادرست کفایت خواهد کرد. به‌علاوه هنگامی که این‌گونه نیست و افراد مشغول رفتار بد می‌شوند، آسیب‌هایی که ایجاد می‌کنند به‌طور میانگین جزئی به نظر می‌رسند. باز هم، اگر شخصی قرار نهار را به هم بزند، خود را در یک صف جا بزند، یا در سالن سینما صحبت کند، زیان اجتماعی معمولاً قابل توجه نخواهد بود. بنابراین ادعا این است که الحاق نظام حقوقی به نظام اخلاقی به‌منظور کمک به جلوگیری از وقوع این باقی‌مانده اعمال بد، ارزش اجتماعی ندارد. یعنی کمک مالی به دعوی مدنی برای اقامه دعای حقوقی برای آسیب‌هایی همچون به هم زدن قرار نهار، یا استفاده از مقامات اجرای عمومی برای توزیع بلیت‌ها جهت جلوگیری از جا زدن افراد در صف یا جلوگیری از صحبت کردن در سالن‌های سینما سودمند نخواهد بود چون هزینه انجام آن بر منافع جلوگیری از آسیب‌های اضافی نه چندان بزرگ غلبه می‌کند.

علاوه بر اینها، همچنین محتمل است که تحت نظام حقوقی اشتباهات بسیاری در مقایسه با زمان عمل تحت نظام اخلاقی روی دهند. وقتی فردی قرار نهار را به هم می‌زند یا خود را در صف جا می‌زند، او درباره عمل خود می‌داند و همان‌گونه که پیشتر

گفته شد، در قضاوت در مورد درستی رفتار خویش اشتباه نمی‌کند. همچنین، ارزیابی کسانی که در اطراف او قرار دارند به‌طور معقولی، حداقل در مقایسه با ارزیابی تحت نظام حقوقی دقیق خواهد بود. نظام حقوقی نمی‌تواند امیدوار باشد، به روشی که ما خودمان انجام می‌دهیم، قرارهای ناهار به هم خورده به‌خاطر معاذیر موجه (فرض کنید که یک دوست واقعاً خوب به‌طور غیرمنتظره از خارج از شهر می‌آید) را از آنهایی که موجه نیستند جدا کند. اشتباهاتی که ناگزیر تحت نظام حقوقی صورت می‌گیرد، به‌ویژه مجازاتی که شایسته نیست، هزینه مستقل را تشکیل می‌دهند که استدلال مخالف استفاده از قانون در قلمرو رفتار روزمره را تقویت می‌کند.

باقی می‌ماند بررسی آنکه آیا اعمال قانون به تنهایی در عوض اخلاق به تنهایی برای چنین رفتارهایی مطلوب است؟ به‌منظور تعیین اینکه قانون به تنهایی چگونه عمل می‌کند، باید دنیایی را تصور کنیم که در آن مردم شبیه مردمی که ما می‌شناسیم نیستند - باید افرادی را تصور کنیم که عاری از ندامت درباره نقض عهد، دروغ‌گویی و نظایر اینها هستند، ضرورتاً به یکدیگر توجهی ندارند و مردم‌آزار هستند. سپس باید از خود درباره اینکه در این دنیای خیالی قانون چقدر خوب رفتار را کنترل می‌کند و درباره هزینه کنترل بپرسیم. یک حدس قوی این است که کنترل رفتار مورد بحث به‌خاطر تنوع و وسعتش بسیار گران خواهد بود، جامعه ممکن است به‌خاطر تلاش جدی برای انجام آن با ورشکستگی روبه‌رو شود و همان‌گونه که در بند قبلی ذکر شد، اشتباهات بسیاری صورت خواهد گرفت. نتیجه این است که استفاده از قانون به تنهایی در مرتبه‌ای پایین‌تر از استفاده از اخلاق به تنهایی در قلمروی که ملاحظه می‌شود به اخلاق اتکا دارد، قرار می‌گیرد.

۷-۲-۲-۳ قلمرویی که در آن اخلاق و قانون مطلوب هستند

استفاده از قانون برای تکمیل اخلاق درجایی که هزینه انجام آن با توجه به منفعت اجتماعی اضافی توجیه می‌شود بهترین کار خواهد بود. این حقیقت خواهد داشت وقتی دو شرط موجود باشد: منافع خصوصی مورد انتظار از رفتار نامطلوب اغلب بزرگ باشند و آسیب‌های مورد انتظار ناشی از چنین عملی نیز غالباً زیاد باشند، زیرا اگر منافع مورد انتظار از رفتار بد بزرگ باشند، ضمانت اجرای اخلاقی ممکن است برای پیشگیری از

آن کفایت نکنند و اگر آسیب‌های مورد انتظار از رفتار بد قابل توجه باشند، قصور در جلوگیری از رفتار بد از نظر اجتماعی مهم خواهد بود و لذا ارزش هزینه اضافی نظام حقوقی را به‌عنوان مکمل اخلاق خواهد داشت.

اکنون اجازه دهید محدوده رفتاری را که هم با اخلاق و هم با قانون تنظیم می‌شود بررسی کنیم. این محدوده اکثر اعمالی را که جزایی هستند پوشش می‌دهد؛ قتل عمد، تجاوز جنسی، راهزنی، کلاهبرداری و نظایر اینها، نه تنها جرم هستند بلکه عموماً غیراخلاقی هم محسوب می‌گردند. به‌علاوه، بسیاری از شبه‌جرم‌ها شامل اکثر اعمال ناشی از اهمال، بسیاری از نقض قراردادها و بسیاری از موارد تخلف از مقررات نه تنها از نظر قانونی قابل مجازات‌اند بلکه غیراخلاقی هم محسوب می‌شوند.

به‌نظر می‌رسد این قلمرو رفتار با این شاخصه مشخص می‌شود که منافع خصوصی ناشی از رفتار بد اغلب بزرگ هستند. مطلوبیت حاصل شده برای کسانی که مرتکب اعمال کیفری می‌شوند قابل توجه است؛ قاتل، متجاوز جنسی و سارق عموماً انگیزه‌های قوی برای اقدام دارند. همچنین منافع خصوصی کسانی که مرتکب بسیاری از شبه‌جرم‌ها یا نقض قراردادها می‌شوند قابل توجه است، به‌ویژه چون معمولاً مقادیر زیادی پول در معرض خطر هستند. از این‌رو ضمانت اجرای اخلاقی درونی اغلب به تنهایی برای جلوگیری از رفتار بد کافی نخواهند بود.

دلیل دیگر برای شکست انگیزه‌های اخلاقی در کنترل رفتار در این قلمرو این است که انگیزه‌های اخلاقی برونی غالباً اعمال نمی‌شوند چون انجام‌دهنده عمل بد دیده نمی‌شود یا اگر دیده شود سرزنش نخواهد شد. وضعیت درخصوص بسیاری از اعمال کیفری آشکارا این‌گونه است. همین‌طور رفتاری که می‌تواند منجر به شبه‌جرم شود غالباً کشف نمی‌شود یا حداقل منجر به ملامت نمی‌گردد. به‌عنوان مثال رانندگی نامناسب مثل سرعت زیاد یا عبور از چراغ قرمز را در نظر بگیرید. اگر راننده‌ای این چیزها را انجام دهد، اغلب مورد توجه قرار نمی‌گیرد و اگر دیده شود چگونه می‌تواند مورد سرزنش رانندگان دیگر قرار گیرد؟ ضمانت اجرای برونی تقبیح، بعید است در بسیاری موقعیت‌های دیگر که ممکن است تصادفات روی دهند و حقوق شبه‌جرم و مقررات ایمنی اعمال می‌شوند، به کار آید. هرچند در گفتن این نکته نباید اغراق کرد، زیرا

موقعیت‌های مهمی مثل نقض قراردادهای وجود دارند که رفتار مشکل‌ساز مورد توجه قرار خواهد گرفت و فرصت فراوانی برای تقبیح آن عمل از سوی ناظران وجود دارد.

شرط راجع به آسیب ناشی از رفتار بد نیز در قلمرو مطروحه اعمال می‌شود. نتایج اجتماعی شکست در کنترل جرائم و شبه‌جرم‌ها که غالباً منجر به صدمه و مرگ می‌شوند و همچنین نقض قراردادهای و بسیاری اعمال دیگر که نظام حقوقی ما بر آنها اعمال می‌شود به‌طور آشکاری بزرگ هستند (مخصوصاً در مقایسه با نتایج قراردادهای ناهار به هم خورده، جا زدن خود در صف و دیگر سوءرفتارهای روزانه). از این رو، منافع ناشی از پیشگیری این آسیب‌ها با استفاده از قانون، وقتی به وسیله اخلاق جلوگیری نمی‌شوند، قابل توجه هستند و این منافع بر هزینه‌های اعمال نظام حقوقی غلبه می‌کنند.

به علاوه مشکل افراد فاقد احساس مسئولیت اخلاقی در خصوص مسئله مطروحه اهمیت آشکاری دارد. چون وسعت آسیب ناشی از رفتار نامطلوبی که ما در حال بررسی هستیم زیاد است، وجود زیرگروه‌های افراد فاقد احساس مسئولیت اخلاقی دارای اهمیت ویژه‌ای است. چنین زیرگروه‌هایی حتی اگر کوچک باشند چنانچه بررسی نشوند به‌ویژه از طریق جرائم مکرر و به واسطه رفتار به شدت اهمال‌کارانه، قصور در متابعت از قراردادهای و دیگر اعمال بد می‌توانند آسیب اجتماعی زیادی ایجاد کنند.

وجود شرکت‌ها این فرضیه را بیشتر تقویت می‌کند که وجود و اعمال قانون به عنوان مکمل اخلاق در قلمرو رفتار مورد بحث لازم است. همان‌گونه که پیشتر بیان شد، نیروی ضمانت اجرای اخلاقی درونی و برون‌ی، در رابطه با رفتار شرکت‌ها تحلیل می‌رود. شرکت‌ها اغلب در وضعیتی هستند که به خاطر اندازه و اهمیتشان در اقتصادهای امروزی می‌توانند آسیب بزرگی وارد کنند؛ آنها واسطه اکثر تولیدات و مبادلات هستند و قادرند آسیب فیزیکی و اقتصادی زیادی با خلاف‌کاری خود ایجاد کنند. بنابراین اگر جامعه فقط با توسل به ضمانت اجرای اخلاقی برای کنترل رفتار شرکت‌ها تلاش کند، آسیب قابل توجهی به وجود خواهد آمد. به هر حال قواعد حقوقی رفتار شرکت‌ها را با دستور یا تهدید ضمانت اجرای پولی به سوی رفتار خوب تغییر می‌دهند.

روی هم رفته، نتیجه‌گیری من این است که برای اکثر اعمالی که جامعه از طریق قانون و از طریق اخلاق درصدد کنترل آنهاست، استفاده از انگیزه‌های اخلاقی به تنهایی

به‌خاطر ترکیبی از عوامل ذیل به‌خوبی عمل نخواهد کرد:

منافع خصوصی قابل توجه ناشی از ارتکاب اعمال بد، عدم کفایت ضمانت اجرای اخلاقی درونی و برونی برای مقابله با منافع خصوصی، وجود زیرگروه‌های فاقد احساس مسئولیت اخلاقی و فعالیت شرکت‌ها. انجام وظیفه ناقص نظام اخلاقی به‌عنوان یک تنظیم‌کننده رفتار، به همراه هزینه‌های اجتماعی خیلی بالای شکست در کنترل رفتار، استفاده از نظام حقوقی پرهزینه ما را تضمین می‌کنند.

یک دلیل متفاوت که چرا قانون ممکن است در جایی که اخلاق نیز اعمال می‌شود از نظر اجتماعی در کنترل رفتار مفید باشد، به نوعی خلاف آنچه تاکنون در این قسمت مورد بحث قرار گرفته، می‌باشد. یعنی ممکن است اتفاق افتد که یک قاعده اخلاقی از نظر اجتماعی ضدمولد باشد و قواعد حقوقی برای حرکت دادن رفتار در یک مسیر متفاوت و مطلوب اجتماعی به‌جای مسیری که قبلاً اخلاق نشان داده است لازم باشند.^۱ به‌عنوان مثال، من این امکان را ذکر کردم که ممکن است یک فرد از گزارش رفتار بد یک دوست به‌خاطر حس وفاداری، ولو اینکه گزارش رفتار از نظر اجتماعی مطلوب باشد خودداری کند، یا اینکه فردی ممکن است نخواهد قراردادی را نقض کند، ولو اینکه نقض ممکن است با در نظر گرفتن هزینه بالای اجرا از نظر اجتماعی مطلوب باشد. در چنین شرایطی مداخله قواعد حقوقی مستلزم گزارش یک دوست یا مجاز دانستن نقض، ممکن است از نظر اجتماعی مطلوب باشد. اگرچه وضعیت‌هایی که ممکن است قانون برای خنثی کردن اثر اخلاق لازم باشد، طبیعی نیستند، ولی نادر هم نیستند و این نباید تعجب‌آور باشد.

همان‌گونه که تأکید شد قواعد اخلاقی به دلایل مختلف نمی‌توانند خیلی پیچیده باشند و بنابراین قابل پیش‌بینی است که آنها در بعضی شرایط با رفتار مطلوب اجتماعی در تعارض خواهند بود.

پس از بررسی اینکه چرا تکمیل اخلاق با قانون برای کنترل رفتار مورد بحث مفید است، اکنون اجازه بدهید این سؤال را مطرح کنم که چرا اتکای صرف به قانون برای کنترل رفتار مفهومی ندارد و تکمیل قانون با اخلاق مفید است؟ به‌عنوان مثال چرا جامعه نباید صرفاً به حقوق جزا برای مبارزه با قتل اتکا کند؟

۱. این موضوع مقاله‌ای از ای. پوسنر ۱۹۹۶ می‌باشد.

یک پاسخ اولیه این است که قانون صرفاً به‌طور ناقص مانع قتل عمد می‌شود و با در نظر گرفتن اهمیت آن عمل، جامعه به‌کارگیری اخلاق را نیز به‌عنوان یک ابزار کنترل مفید خواهد یافت. در موقعیت‌های بسیاری، بعید است فردی به‌خاطر قتلی که برای او سودمند است دستگیر شود، اما اگر او قتل را یک شر اخلاقی بداند، ممکن است حتی به آن عمل فکر هم نکند و ارتکاب آن بسیار کاهش یابد. به‌طور کلی، قواعد حقوقی همیشه اعمال نمی‌شوند و حتی وقتی که آنها با احتمال بالا اعمال می‌شوند، ضمانت اجراها ممکن است برای بازدارندگی رفتار بد به‌اندازه کافی قوی نباشند. به این دلیل و چون آسیب ناشی از اعمال مورد بحث بزرگ می‌باشد، جامعه تقویت قواعد حقوقی به‌وسیله قواعد اخلاقی را با تصور اینکه هزینه انجام آن خیلی زیاد نخواهد بود، ارزشمند می‌یابد (و همان‌گونه که توضیح خواهیم داد، هزینه این قواعد اخلاقی حمایت‌کننده ممکن است غالباً بسیار پایین و احتمالاً صفر باشد).

دلیل دوم برای تکمیل قانون با اخلاق این است که قواعد حقوقی ممکن است اطلاعات خاص لازم برای دستیابی به نتایج مطلوب اجتماعی را انعکاس ندهند، درحالی‌که قواعد اخلاقی چنین اطلاعاتی را منعکس می‌کنند. به‌عنوان مثال قانون ممکن است حکم به غرامات کمی برای نقض قرارداد عکس‌برداری از یک واقعه مهم بدهد زیرا اثبات اهمیت آن نزد دادگاه شاید مشکل باشد، اما عکاس شاید از مشاهدات شخصی خویش به‌خوبی دریابد که واقعه مهم است و بنابراین اگر احساس کند که وفای به‌عهد وظیفه اخلاقی اوست، حتی اگر به‌طور قانونی بتواند قرارداد را نقض کند و این کار به نفعش باشد چنین نخواهد کرد. این مثالی است از آنچه در قسمت ۱-۲-۲-۷ به‌طور جزئی مورد بحث قرار گرفت که اطلاعات در دسترس برای اعمال قواعد اخلاقی ممکن است از اطلاعات موجود برای اعمال قواعد حقوقی برتر و مفیدتر باشند. موارد بسیاری وجود دارند که قانون، عوامل مربوط را به‌خاطر مشکل اثبات در نظر نمی‌گیرد، اما اشخاص درگیر از این عوامل مطلع‌اند و حتی اگر قانون آنها را به این کار ملزم نکند ممکن است با مداخله انگیزه‌های اخلاقی به روش مطلوب اجتماعی عمل کنند.

ملاحظه سوم این است که قواعد اخلاقی ممکن است غالباً مکمل‌های ارزانی برای قواعد حقوقی باشند. اجازه دهید قاعده اخلاقی مخالف قتل را به‌عنوان یک مثال بررسی

کنیم. عمل قتل در دسته کلی رفتار آسیب رساندن عامدانه به دیگران قرار می‌گیرد که تلقی آنها به عنوان خطا از نظر اجتماعی مطلوب است. غیراخلاقی دانستن این طبقه کلی رفتار مطلوب است زیرا اعمال این طبقه از نظر اجتماعی نامطلوب هستند و بسیاری از اعمال این طبقه به وسیله قانون کنترل نمی‌شوند: افراد ممکن است از طرق مختلفی در زندگی روزمره به یکدیگر عامدانه آسیب برسانند که ما دوست نداریم اتفاق بیافتند و قاعده اخلاقی موسع مورد بحث آنها را منع می‌کند اما قانون اثری بر آنها ندارد. به علاوه یک قاعده اخلاقی پالایش شده که به موجب آن قتل عمد غیراخلاقی تلقی نمی‌شود، به خاطر مشابهت شاخص آشکار بین قتل و بسیاری اعمال دیگر که شامل آسیب عمدی می‌شوند و غیراخلاقی محسوب می‌گردند، غیرطبیعی و از نظر روان‌شناسی نامطلوب است. همچنین به دلایل مختلفی که قبلاً ارائه شد، قواعد اخلاقی نمی‌توانند خیلی دقیق و مفصل باشند و لذا نمی‌توانند چنین تمایزاتی را دربرگیرند.

پس به طور خلاصه، استدلال راجع به قاعده اخلاقی مخالف قتل این است که: چون جامعه داشتن یک قاعده اخلاقی کلی را علیه افرادی که عامدانه آسیب می‌زنند مفید می‌داند، به عنوان یک محصول فرعی، از اعمال قاعده اخلاقی کلی علیه قتل به عنوان مکملی برای حقوق جزا منتفع می‌شود. استدلال‌های مشابهی را می‌توان برای بسیاری اعمال دیگر که در قلمرو کنترل قانون و اخلاق هستند ارائه کرد و این اعمال تحت کنترل قاعده اخلاقی کلی که جامعه دلیل خوبی برای ایجاد آن دارد، قرار می‌گیرند.

۷-۲-۲-۴ قلمرویی که در آن قانون به تنهایی مطلوب است

کنترل رفتار فقط از طریق استفاده از قانون، زمانی بهترین کار خواهد بود که اخلاق به تنهایی خوب عمل نمی‌کند و قانون برای کنترل رفتار مورد نیاز است. البته باید منافع خصوصی مورد انتظار ناشی از رفتار نامطلوب بزرگ باشند و آسیب‌های مورد انتظار ناشی از چنین رفتاری نیز زیاد باشند. زیرا همان‌گونه که مورد بحث قرار گرفته است، اگر منافع خصوصی مورد انتظار ناشی از رفتار بد بزرگ باشند، ضمانت اجرای اخلاقی برای جلوگیری از آن کافی نخواهد بود و اگر آسیب‌های مورد انتظار ناشی از رفتار بد قابل توجه باشند شکست در جلوگیری از رفتار بد از نظر اجتماعی مهم خواهد بود و استفاده از نظام

حقوقی را توجیه خواهد کرد. شرط سوم برای آنکه قانون به تنهایی مطلوب باشد این است که تکمیل شدن قانون با قواعد اخلاقی به لحاظ هزینه این کار ارزش نداشته باشد.

پیش از بررسی ارتباط آنچه گفته شد با آنچه ملاحظه می‌شود، اجازه دهید بپرسیم آیا قلمروی از رفتار وجود دارد که در آن مقدمتاً قانون اعمال شود؟ و اخلاق به‌صورت خیلی ضعیف در آن دخیل باشد یا اصلاً نباشد؟ قبلاً بیان شد که بسیاری از قواعد حقوقی فنی و غالباً مفصل ما دارای این ویژگی هستند، مثل قاعده‌ای که مستلزم آن است که شرکتی دارای حداقل سرمایه مقرر باشد تا مجاز به فروش اوراق بهادار در یک بازار متعادل شناخته شود. مثال دیگر قاعده‌ای است که استفاده از یک پیمان حسابداری ویژه برای ارزیابی فهرست‌های موجودی را مقرر می‌دارد (مثل اینکه با ورودی آخری اولی خارج می‌شود)، یا قاعده‌ای که کاشت یک گونه درخت ظاهراً بی‌ضرر را در یک ناحیه ممنوع می‌کند. آنچه من ادعا می‌کنم این است که یک فرد در نبود قانونی مؤثر بر موضوع غیراخلاقی نمی‌داند که یک شرکت اوراق بهادار بفروشد وقتی کمتر از میزان مقرر سرمایه دارد، یا یک شرکت از روش حسابداری دیگری برای ارزیابی فهرست‌های موجودی استفاده کند یا شخصی نوع درختی را که ممنوع ذکر شده بکاربرد (من فکر نمی‌کنم مردم چنین رفتاری را اگر قانونی باشد ذاتاً غیراخلاقی بدانند، اما وقتی قانونی وجود دارد احتمالاً فکر می‌کنند این رفتار غیراخلاقی است چون غیرقانونی است؛ یک وظیفه اخلاقی کلی برای انجام آنچه قانون مقرر می‌کند وجود دارد. اما من این قاعده اخلاقی خاص را از بحث کنار می‌گذارم چون در غیر این صورت مسئله‌ای که فکر می‌کنم بررسی آن در اینجا طبیعی است قابل بحث خواهد بود).

اکنون اجازه دهید بررسی کنیم که آیا دو شرطی که درباره منافع و آسیب ذکر کردم در قلمرو مورد بحث وجود دارند؟ در رابطه با اولی نسبتاً روشن است که منافع خصوصی ناشی از رفتار نامطلوب غالباً به‌قدر کافی بزرگ هستند تا ضمانت اجرای اخلاقی، برخلاف ضمانت اجرای اخلاقی صرف، برای دستیابی به یک سطح مناسب سازگاری با قواعد، لازم باشند. منافع غالباً اساسی را که می‌توان از فروش نامناسب اوراق بهادار، یا از انتخاب روش خود یاور ارزیابی فهرست‌های موجودی به‌دست آورد در نظر بگیرید. به‌علاوه عاملانی که رفتارشان باید کنترل شود اغلب شرکت‌هایی هستند که

همان گونه که اشاره شد نیروی ضمانت اجراهای اخلاقی را تحلیل می‌برند. به‌طور کلی بعید به نظر می‌رسد بسیاری از مقرراتی را که اکنون از طریق استفاده از نظام حقوقی و در بسیاری مواقع از طریق تلاش اجرای عمومی و تهدید ضمانت اجراهای کیفری تضمین می‌شوند بتوان به وسیله ضمانت اجراهای اخلاقی صرف به خوبی تضمین کرد.

شرط دومی که می‌خواهیم صحت و سقم آن را مشخص کنیم این است که آسیب قابل توجهی از قصور در متابعت از قواعد مطروحه ناشی خواهد شد. این موضوع با تعمق در اهداف این قواعد آشکار می‌گردد. شرط حداقل سرمایه برای ثبت اوراق بهادار را در نظر بگیرید. اگر این شرط رعایت نشود، نهایتاً تأثیر مهمی بر عملکرد بازارهای اوراق بهادار خواهد داشت (به عنوان مثال، از بین رفتن اعتماد سرمایه‌گذار به کیفیت اوراق بهادار). چون بازارهای اوراق بهادار به مقدار زیادی در سلامت و باروری اقتصاد ما نقش دارند، برآورده کردن قواعد و الزامات ثبت اوراق بهادار خیلی ارزشمند خواهد بود. به همین ترتیب اگر قواعد حسابداری متحدالشکل برای ارزیابی فهرست‌های موجودی وجود نداشته باشند، سرمایه‌گذاران و وام‌دهندگان مجبور خواهند بود وقت بیشتری را به کشف معنای اظهاریه‌های مالی اختصاص دهند و این امر عملکرد بازارهای سرمایه و اعتبار را با مانع روبه‌رو می‌سازد. به عبارت دیگر ادعای کلی این است که قواعد فنی نسبتاً مفصل، اغلب همانند این مثال‌ها هستند و با بررسی آنها می‌توان دریافت که قواعد مزبور دارای اساس واقعی و مهمی هستند و آسیب اجتماعی قابل توجهی ایجاد خواهد شد اگر از آنها تخطی شود. بنابراین وقتی کسی این دو شرط را در قلمرو مطروحه بررسی می‌کند واقعاً به نظر می‌رسد که قواعد حقوقی به عنوان یک روش کنترل لازم هستند.

اکنون این پرسش باقی می‌ماند که چرا به کارگیری اخلاق به عنوان مکمل قانون در قلمروی که بحث می‌کنیم مطلوب نیست؟ برای آنکه اخلاق بدین طریق عمل کند، روشی که باید به کار گرفت این است که قواعد حقوقی مختلف مورد بحث به عنوان قواعد اخلاقی فردی آموزش داده شوند. ما می‌توانیم به فرزندانمان آموزش دهیم که فروش اوراق بهادار از سوی یک شرکت غیر اخلاقی خواهد بود مگر آنکه سرمایه شرکت بالاتر از x باشد، کاشت درخت غیر اخلاقی است و نظایر آن. اما بدیهی است که غیر عملی و غیر منطقی است که تصور کنیم می‌توانیم قواعدی مثل اینها را به فرزندانمان القاء

کنیم. تعدد و ماهیت متغیر این قواعد ما را از آموزش آنها به بچه‌ها بازمی‌دارد و ماهیت خاص این قواعد غالباً درک آنها را برای بچه‌ها مشکل می‌سازد. (یک بچه دربارهٔ فروش اوراق بهادار، گونه‌های خاص درختان و نظایر اینها چه می‌داند؟).

روش دیگر ممکن است القای نوعی اصل اخلاقی بسیار مهم به بچه‌ها باشد که اجرای آن از سوی بزرگسالان، بسیاری قواعد خاص تحت بررسی را به‌منزله قواعد اخلاقی ضمنی، فرعی دربرمی‌گیرد. تنها اصل مهمی که می‌تواند همهٔ این قواعد گوناگون را تفسیر منطقی کند اصل فایده‌گرایی کلی «اصل به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی» است. به‌نظر می‌رسد یک شکل از این اصل نه تنها می‌تواند در ما نفوذ کند بلکه درواقع این طور شده و تعهد کلی انجام کار خوب، انجام دادن هرچه به جامعه کمک می‌کند، نشانه‌های این نفوذ هستند. اما نیروی این قاعدهٔ اخلاقی، وقتی که روشن نیست چطور اعمال می‌شود تقلیل می‌یابد و در رابطه با قواعد حقوقی تحت بررسی نیز وضع همین‌گونه است؛ چرا که شناسایی آنها به‌عنوان منفعت اجتماعی منوط به یک رشته تفکر نسبتاً پیچیده است. استدلالی را که قبلاً برای این ارائه شد که چرا یک شرکت باید دارایی حداقل x را داشته باشد تا بتواند اوراق بهادار را بفروشد، به یاد آورید؛ منطق پشت مطلوبیت اجتماعی این قاعده شفاف نیست (این منطق از منطق پشت یک قاعدهٔ اخلاقی طبیعی مثل اینکه کسی نباید دیگری را بزند، یا کسی نباید دروغ بگوید بسیار پیچیده‌تر است). به‌عبارت دیگر من می‌گویم تنها قاعدهٔ اخلاقی مهم که می‌تواند خود را در هیئت قواعد حقوقی فنی جلوه‌گر کند قاعدهٔ اخلاقی عمومی به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی است و هرچند این قاعدهٔ عمومی در ذهن ما مستقر شود، در قلمرو مورد بحث ضعیف می‌شود چون اعمال آن به‌خاطر عدم توانایی ما در شناسایی آسان اینکه کدام‌یک از قواعد فنی به نفع اجتماع هستند بسیار دشوار است.^۱ بنابراین باید مقدماتاً بر قانون اتکا کنیم تا سازگاری با چنین قواعدی را ترغیب کند.

۱. درواقع، جامعه قادر است قاعدهٔ اخلاقی عمومی را برای انجام کار خوب اجتماعی با غیرقانونی کردن یک عمل مهار کند. زیرا در آن هنگام این قاعده به‌عنوان توسعه‌دهندهٔ غیراجتماعی شناخته می‌شود. به‌عنوان مثال، نیازی نیست که فرد بفهمد چرا فروش اوراق بهادار بدون داشتن سرمایهٔ x برخلاف منفعت اجتماعی است، نیز این واقعیت که انجام آن غیرقانونی است این مفهوم را به فرد انتقال می‌دهد.

۷-۲-۳ طرح مطلوب قانون با در نظر گرفتن اخلاق

در پی بحث کلی از قلمروهای مطلوب قانون و اخلاق، اکنون می‌خواهم بر ناحیه‌ای از رفتار متمرکز شوم که در آن هم قانون و هم اخلاق اعمال می‌شوند و مسئله ویژه‌تر را بررسی کنم که چگونه باید قانون را در پرتو اخلاق طراحی کرد؟ به‌عنوان مثال چگونه باید مسئولیت ناشی از شبه‌جرم را با در نظر گرفتن نظریاتمان درباره رفتار نادرست تعیین کرد؟ من همچنین در قسمت ۷-۲-۳-۵ این مسئله را که چگونه باید قانون طراحی شود تا بتواند بر اخلاق تأثیر گذارد، به‌طور مختصر بررسی خواهم کرد.

۷-۲-۳-۱ کلیات

در طراحی قواعد حقوقی برای به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی، نظام اخلاقی باید به‌طور مستقیم تا آن حد که افراد میل به اقبال قواعد اخلاقی دارند در نظر گرفته شود. یعنی قواعد حقوقی باید طوری طراحی شوند تا رفاه اجتماعی مشمول اخلاق را به حداکثر رسانند. هرچند همان‌گونه که در قسمت ۷-۱-۵ تأکید کردم، قواعد اخلاقی نباید فی‌نفسه و مستقل از اهمیتی که افراد به‌عنوان سلیقه‌ها برای آنها قائل‌اند دارای اهمیت باشند چون باعث کاهش رفاه اجتماعی خواهد شد. برای ارزیابی اهمیت این تمایزات، بررسی مجدد چندین زمینه موضوعی عمده قانون که در این کتاب مورد بررسی قرار گرفت و تفسیر اینکه چگونه در نظر گرفتن اخلاق بر تجزیه و تحلیل قبلی آنها که بر رفاه اجتماعی مرسوم و نه رفاه اجتماعی مشمول اخلاق مبتنی بود اثر می‌گذارد، مفید خواهد بود.

۷-۲-۳-۲ شبه‌جرم‌ها

قاعده اصلی اخلاق که بر حقوق شبه‌جرم مؤثر است ظاهراً قاعده عدالت اصلاحی کلاسیک است - خطاکار باید قربانی‌اش را به وضع اول برگرداند - و این به اهداف من یعنی تمرکز بر این اصل، اگرچه اصول دیگری نیز برای بررسی وجود دارند که عمدتاً فرعی هستند، کمک خواهد کرد. طبیعی‌ترین تفسیر عدالت اصلاحی این است که قاعده اهمال باید بر مسئولیت حاکم باشد زیرا اهمال اشاره ضمنی به رفتار نادرست دارد. متقابلاً مسئولیت محض با عدالت اصلاحی ناسازگار به‌نظر می‌رسد زیرا فارغ از آنکه آیا

یک فرد واقعاً به‌طور نادرست عمل کرده است، منتج به مسئولیت می‌شود.^۱

الف) قواعد اخلاقی چگونه باید در نظر گرفته شوند: تحت فرضیه‌ای که هم‌اکنون درباره عدالت اصلاحی مطرح شد، قاعده اهمال غالب اوقات قاعده حقوقی مطلوب خواهد بود، اما پیش از این اشاره کردم که قاعده مذکور را تحت مقیاس‌های مرسوم رفاه اجتماعی، بهترین قاعده نمی‌دانم. اشاره کردم که به‌دلیل سطوح فعالیت بیش از حد تحت قاعده اهمال، این قاعده پایین‌تر از مسئولیت محض قرار می‌گیرد (به بخش ۱-۲ نگاه کنید)، اما ممکن است قاعده اهمال به‌خاطر میل افراد به آن مطلوب باشد، یا ممکن است میل افراد به قاعده اهمال متضمن این باشد که وقتی تحت تجزیه و تحلیل رفاه اجتماعی مرسوم، هیچ مسئولیتی به‌خاطر هزینه‌های اداری نظام مسئولیت یا اثر کوچک آن برانگیزه‌ها مطلوب نباشد، قاعده اهمال را بهترین بدانیم.

میل افراد به عدالت اصلاحی شاید بر نتیجه‌گیری‌ها درباره وسعت غرامت‌ها نیز تأثیر کند، زیرا عدالت اصلاحی متضمن آن است که غرامت‌ها باید قربانی را به حالت اول برگردانند؛ اما تحقق این نتیجه همیشه از قبل تضمین شده نبوده است. به‌عنوان مثال قبلاً ذکر کردم که غرامت‌های دریافت شده معمولاً باید محدود به جبران زیان‌های پولی باشد و نه زیان‌های غیرپولی (لزوماً چون دستیابی قربانیان به دریافت پولی بیشتر به مطلوبیت دریافت جریمه از سوی دولت نیست).^۲ در چنین موقعیت‌هایی، عامل عدالت اصلاحی به مطلوبیت افزایش غرامت‌های پرداخت شده به قربانیان منجر می‌شود. موارد دیگری را نیز مورد تحقیق قرار دادم و در آنها تأثیر عدالت اصلاحی بر غرامت‌های مطلوب یکسان بودند.^۳

تغییر درجه‌ای که نتیجه‌گیری‌های حاصله تحت قاعده به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی مرسوم به آن می‌رسند بستگی به نیروی تصور و تلقی افراد از عدالت اصلاحی دارد. برای ارائه یک برداشت از نیروی تلقی افراد، خواننده باید این نکته را به‌خاطر داشته

۱. تفسیرهای دیگری از عدالت اصلاحی وجود دارد که ممکن است طرح شوند و به موجب آنها، اگرچه اهمال معمولاً بهترین قاعده است، وقتی فعالیت‌ها موجب تحمیل خطرات غیرمعمول بر دیگران می‌شوند مسئولیت محض متناسب دانسته می‌شود. اما ماهیت کیفی استدلال‌هایی که من خواهم کرد چنانچه چنین تفسیری از عدالت اصلاحی را بررسی کنم، تغییر نمی‌کند.

۲. به قسمت ۶-۴-۲ نگاه کنید.

۳. به‌عنوان مثال، من نوشتم که اگر هزینه‌های اداری بالا باشند، ممکن است عدم تخمین زیان‌ها و در فرضیه‌های خاص دیگر عدم گنجاندن اجزای خاص زیان در غرامت‌ها بهترین کار باشد؛ به قسمت‌های ۷-۳-۲ و ۸-۳-۲ رجوع کنید.

باشد که فرد باید به منظور تعیین اهمیت عدالت اصلاحی، قادر باشد ارزش کاربردی عدالت اصلاحی در کاهش آسیب و جبران خسارت قربانیان را از دیگر ارزش‌های آن جدا کند. انجام تجربه ذهنی که این کار مستلزم آن است آسان نیست. شخص باید به پرسش‌هایی نظیر پرسش‌های ذیل پاسخ دهد: «فرض کنید که تحت قاعده اهمال، جامعه متحمل همان تعداد حوادث می‌گردد که تحت نظام عدم تقصیر متحمل خواهد شد و جبران خسارت قربانیان نیز یکسان است. شما مایلید سالیانه چقدر پردازیید تا قاعده اهمال حاکم گردد ولو اینکه هیچ اثری بر نتایج ندارد؟» برای من روشن نیست که اکثر مردم به چنین پرسش‌هایی چگونه پاسخ خواهند داد.

مشکل دیگر، در برآورد اهمیت عدالت اصلاحی در زمینه شبه جرم، به بیمه مربوط می‌شود و در این رابطه لازم است بدانیم چگونه سلیقه یک فرد برای اقتناع عدالت اصلاحی تحت تأثیر این واقعیت قرار می‌گیرد که احکام صادره معمولاً به وسیله بیمه‌گران مسئولیت پرداخت می‌شوند تا به وسیله خطاکاران و همین‌طور قربانیان ممکن است از سوی بیمه‌گران خودشان به خوبی جبران خسارت شوند یا اینکه از قبول غرامت خودداری کنند.

ب) قواعد اخلاقی واقعاً چگونه در نظر گرفته می‌شوند؟ آنچه یک تحلیل‌گر نباید انجام دهد نسبت دادن اهمیت به قواعد اخلاقی جدا از اهمیت تلقی و سلیقه جامعه نسبت به آنها و اهمیت قواعد اخلاقی به عنوان نماد سلایق جامعه است. هرچند، به نظر می‌رسد این کار به طور گسترده‌ای انجام می‌شود و برای مفسران (و دیگران به طور کلی) طبیعی است که به قاعده اهمال یا به هر قاعده‌ای که در رابطه با شبه جرم مورد ترجیحشان است اهمیت ذاتی بدهند. اظهارات مفسران، انعکاس‌دهنده صرف ارزش‌های کاربردی قواعد شبه جرم و سلیقه‌های جمعیت نسبت به این قواعد محسوب نمی‌شوند؛ قطعاً مفسران به کاربرد قواعد نیز اشاره می‌کنند اما این اشاره فقط بخشی از استدلالی است که آنها مطرح می‌کنند.

آیا تصمیم‌گیری اجتماعی به طریق قابل توجهی بر اثر دیدگاه‌های مفسران آسیب دیده است؟ من این‌طور فکر می‌کنم. توضیح آنکه به نظر من امکان دارد حیطه کلی مسئولیت شبه جرم به خاطر دیدگاه مفسران بسیار بزرگ‌تر از حد لازم فرض شود. به عنوان مثال در قلمروهای اساسی که من پیشتر مورد اشاره قرار دادم مثل تصادفات

اتومبیل و آسیب‌های محصول به مصرف‌کنندگان، مسئولیت ممکن است به‌طور بسیار موسعی مورد استفاده قرار گیرد:

اول، مسئولیت شبه‌جرم ممکن است بازدارندگی کمی ایجاد کند (در قضیه اتومبیل، چون مردم در وهله اول درباره آسیب به خودشان نگران‌اند، درزمینه محصول چون ملاحظات مربوط به اعتبار شرکت‌ها ممکن است آنها را به اتخاذ اقدامات احتیاطی در فقدان مسئولیت راهنمایی کند و دولت می‌تواند به مصرف‌کننده اطلاعات بدهد). دوم، مسئولیت شبه‌جرم به‌عنوان روش جبران خسارت در مقایسه با نظام بیمه بسیار گران است.

سوم، گرایش و توقع واقعی برای مسئولیت شبه‌جرم شاید قوی نباشد و با وجود بیمه تا حد زیادی تحلیل رود، اما چرا علی‌رغم این امر یک‌سری شرایط محدودتر که مسئولیت در آن شرایط تحمیل شود نداریم؟ نظام فعلی موجود شبه‌جرم محصول ارجاعات عدالت اصلاحی مفسران، قضات و اشخاص بانفوذ دیگر است نه محصول یک برآورد عینی اهمیت آن به‌عنوان یک گرایش و توقع برآمده از ملاحظات رفاه اجتماعی مرسوم.

خواه حق با من باشد خواه نباشد، اینکه مسئولیت شبه‌جرم به‌طور افراطی مورد استفاده قرار می‌گیرد واقعاً مهم نیست؛ بلکه آنچه اهمیت دارد این است که، ممکن است از این رو حق با من باشد که ملاحظات واقعی کمی در خصوص منافع ابزاری حقیقی مسئولیت از سوی مفسران ارائه شده و هیچ‌گونه تلاش واقعی برای ارزیابی سلیقه عمومی نسبت به عدالت اصلاحی و محاسبه اشتباهات ارزیابی‌ها نمی‌توان انجام داد.

۳-۲-۷ قراردادهای

قاعده اخلاقی که درزمینه حقوق قراردادهای بسیار معمول است قاعده وفای به‌عهد است؛ به این معنی که وفای به‌عهد درست و نقض عهد نادرست است. تجلی این هنجار اخلاقی در حقوق قراردادهای این است که باید به یک قرارداد احترام گذاشته شود و نقض نگردد و اگر فردی آن را نقض کند، باید متحمل ضمانت اجرا شود. اینکه این ضمانت اجرا طبق هنجار وفای به‌عهد چه باید باشد کاملاً روشن نیست و یک اصل کمی باید برای تعیین آن مورد استفاده قرار گیرد.

الف) قواعد اخلاقی چگونه باید در نظر گرفته شوند؟ روشی که این قاعده اخلاقی باید در نظر گرفته شود این است که: هر چقدر تجزیه و تحلیل مرسوم یک فرد را به سوی اهمیت دادن به حفظ تعهدات قراردادی هدایت کند، اهمیت اضافی باید به حفظ چنین تعهداتی به خاطر سلیقه وفای به عهد داده شود. دوم، هر چند سطح غرامت‌ها برای نقض قرارداد طبق تجزیه و تحلیل مرسوم بهترین باشد، باید در جهت انطباق با سلیقه‌ای که در مورد تعیین سطح غرامت‌ها در جامعه وجود دارد تغییر یابد.

این ملاحظات کلی به چه مفهومی هستند؟ پاسخ بستگی به این دارد که درک افراد از نقض یک قرارداد چیست. مثلاً قراردادی شبیه «من یک دستگاه برای شما تولید خواهم کرد» را در نظر بگیرید. برداشت استاندارد از نقض یک قرارداد این است که اگر دستگاه تحویل نشود قرارداد نقض شده است. اما تحت همین برداشت از نقض، هنجار وفای به عهد می‌گوید که نقض نادرست است و در نتیجه نباید به وجود آید. مفهوم این دیدگاه این است که سطح غرامت‌هایی که من قبلاً مطلوب می‌دانستم بسیار کم می‌باشد، زیرا من گفتم که نقض این نوع قرارداد غالباً مطلوب است و باید غرامت‌هایی انتخاب شود که وقتی هزینه انجام قرارداد فراتر از ارزش انجام آن است راه فراری وجود داشته باشد؛ به بخش‌های ۱-۳ و ۳-۳ نگاه کنید. به همین دلیل در حالت نمونه گفتم غرامت‌های مورد انتظار مطلوب هستند چون هروقت که هزینه اجرا فراتر از ارزش آن برای متعهد باشد منجر به نقض می‌شوند. اما هنجار وفای به عهد ما را به گفتن این مطلب هدایت می‌کند که غرامت‌ها باید بالاتر از غرامت‌های مورد انتظار باشند تا در غالب اوقات منجر به اجرا شوند.

اهمیت این استدلال برای افزایش غرامت‌ها به بیش از غرامت‌های مورد انتظار، بستگی به سلیقه واقعی افراد برای وفای به عهد دارد و اشاراتی مشابه با آنچه قبلاً درباره اهمیت عدالت اصلاحی گفته شد در اینجا اعمال می‌گردد. یعنی روشن نیست که افراد دقیقاً درباره اینکه وفای به عهد را چقدر مهم می‌دانند فکر کرده باشند و درواقع اظهارات آنها احتمالاً نشانگر تفکیک اهمیت ابزاری از اهمیت ذاتی وفای به عهد نیست. همچنین باید عنوان کنم که وقتی افراد برای نقض وجه التزام تعیین می‌کنند، چنین غرامت‌هایی اغلب نسبتاً کم و غالباً معادل غرامت‌های مورد انتظار هستند و نشان می‌دهند که وقتی

هزینه اجرا بیش از حد باشد افراد قویاً نمی‌خواهند وفای به‌عهد را ترغیب کنند بلکه بیشتر تمایل دارند که نقض را مجاز اعلام کنند.

نهایتاً، اجازه بدهید توضیح دهم که این بحث براساس تفسیر استاندارد نقض مبنی بر آنکه عدم احترام به کلمات قرارداد نقض می‌باشد، تنظیم شده است. هرچند امکان دارد یک دیدگاه عمیق‌تر از ترتیبات قراردادی نیز وجود داشته باشد که به موجب آن قرارداد به طریقی تفسیر شود که در بخش ۱-۳ انجام دادم، یعنی قرارداد فقط به‌خاطر سختی درج یک تعهد قراردادی کاملاً مشخص، به‌عنوان یک تعهد ناقص محسوب شود و همان‌گونه که نوشته می‌شود تفسیر می‌گردد. به موجب این دیدگاه، نقض قرارداد ناقص مثل «من یک دستگاه برای شما تولید خواهم کرد» یک نقض واقعی نیست. یک نقض واقعی عبارت است از عدم احترام به یک قرارداد کاملاً تنظیم‌یافته و منعقد شده اگر طرفین همه احتمالات مربوط را در آن می‌گنجانند. به موجب این قرارداد کاملاً مشخص، تعهد تولید دستگاه فقط وقتی حفظ می‌شود که هزینه تولید کمتر از ارزش اجرا باشد و در غیر این صورت هیچ تعهدی برای تولید وجود نخواهد داشت. در این صورت هنجار وفای به‌عهد به این مفهوم می‌باشد که فقط اگر هزینه اجرا کمتر از ارزش اجرا باشد باید از قراردادها اطاعت کرد و آنها را اجرا کرد و بنابراین هنجار وفای به‌عهد با تجزیه و تحلیل اقتصادی قراردادهای سازگار است. اما این دیدگاه نسبت به قراردادهای و تعهدات طبق تجربه من دیدگاه بسیاری از افراد نیست (ولو اینکه فکر می‌کنم این دیدگاهی است که باید حفظ شود).

ب) قواعد اخلاقی واقعاً چگونه در نظر گرفته می‌شوند؟ درواقع، روشی که قواعد اخلاقی در حقوق قراردادهای در نظر گرفته می‌شوند جنبه‌های متمایزی دارد.

اول، زبان مفسران نشان می‌دهد، نقض توافقاتی که کتبی هستند مثل اینکه «من یک دستگاه برای شما تولید خواهم کرد»، بد تلقی می‌شود.^۱ بنابراین، ما شاهد انتقاد بر این نظریه هستیم که تا وقتی غرامت‌ها پرداخت شوند نقض یک قرارداد مجاز است. اگر مطابق با این دیدگاه و نیرویی که با آن بیان می‌شود، غرامت‌ها برای نقض واقعاً بالا

۱. برای مثال به بارنت ۱۹۸۶ و فراید ۱۹۸۱ نگاه کنید و به دیدگاه‌ها درباره دفاعی به عهد از فلاسفه‌های چون کانت [۱۷۸۵] ۱۹۸۸، ۱۵، ۳۲، ۳۸ و راس ۱۹۳۰، فصل ۲ رجوع کنید.

بودند، یا اگر اجرای معین قرارداد به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان وسیله جبران خسارت اعمال می‌شد، حقوق قراردادها با آنچه هست خیلی تفاوت می‌داشت؛ یعنی قراردادها اغلب مواقع انجام می‌گرفت و نقض کمتر از آنچه هست معمول بود. این امر به نکته دوم درباره قواعد اخلاقی و حقوق قراردادها منتهی می‌شود. یعنی، وقتی صحبت از غرامت‌ها می‌شود، مفسران معمولاً این دیدگاه را که غرامت‌ها باید با مقیاس انتظار (یا گاهی اوقات مقیاس اعتماد) برابر باشند تأیید می‌کنند نه آنکه غرامت‌ها باید آنقدر بالا باشند که باعث ترغیب اجرای قرارداد شوند.^۱ لذا بین دیدگاه مفسران مبنی بر آنکه غرامت‌ها باید متوسط باشند و اینکه تعهدات قراردادی باید حفظ شوند نوعی هم‌گرایی وجود دارد.

در هر صورت، به‌خاطر این عقیده که غرامت‌ها باید متوسط باشند، به‌نظر نمی‌رسد که اعمال اخلاق اثر زیان‌آور اجتماعی عمومی بر حقوق قراردادها گذاشته باشد. اگرچه مثال‌های خاص بسیاری از جنبه‌های نامطلوب اجتماعی حقوق قراردادها وجود دارند که احتمالاً تحت تأثیر قواعد اخلاق هستند، من آنها را در اینجا بررسی نخواهم کرد.^۲

۷-۲-۳-۴ اجرای حقوق عمومی و حقوق جزا

قاعده اخلاقی که در رابطه با اجرای حقوق عمومی و جرم بسیار مهم است، مجازات‌گرا است؛ به این معنا که عمل خطا مستحق مجازات است و مجازات باید متناسب با شدت عمل بد باشد. تناسب می‌تواند همان‌طور که اصل انجیلی چشم در برابر چشم حکم می‌کند یک‌به‌یک باشد، یا مختلف و نوعاً بالاتر باشد. حائز اهمیت است که سطح مجازات به درجه خطاکاری عمل و نه به عوامل دیگر - مثل احتمال مجازات یا هزینه وضع آن - بستگی دارد.

۱. برای مثال، فراید ۱۹۸۱ بر مقیاس انتظار عهد می‌گذارد.

۲. یک مثال مهم قاعده‌ای است که غرامت‌ها نباید به‌خاطر دلایلی که به انگیزه‌ها مربوط می‌شوند از سطح منصفانه‌شان تغییر داده شوند لذا فرض کنید که غرامت‌های انتظار درست به نظر می‌رسند اما معلوم است که نقض (مثل کیفیت نامناسب خدمات متعهد) اغلب کشف نشده باقی می‌ماند. در چنین وضعیتی در طرف ممکن است بخواهند چندین غرامت انتظار را به عنوان وجه‌التزام تعیین کنند تا انگیزه‌های مناسبی برای اجرای قرارداد به‌وجود آورند. اگر چه این ممکن است غیرمنصفانه تلقی شود و به عنوان مقیاس غرامت‌ها مورد احترام قرار نگیرد.

الف) قواعد اخلاقی چگونه باید در نظر گرفته شوند؟: سطح مطلوب ضمانت اجراها را از هر میزانی که مطابق تجزیه و تحلیل قبلی ما بود باید قدری تعدیل کرد تا حاکی از سلیقه عدالت کیفری باشد. این ممکن است بدین معنا باشد که ضمانت اجرا باید از آنچه من مطلوب عنوان کردم کاهش داده شود. به ویژه وضع بدین منوال است وقتی احتمال پایین دستگیری متخلفان و تحمیل ضمانت اجراها بر آنها منجر به این می شود که مطلوبیت ضمانت اجراها به طور اساسی از آسیب فراتر رود. در بخش های ۱-۵ و ۲-۵ نتیجه گرفتیم که برابری ضمانت اجراها با آسیب ضربدر عمل متقابل، میزان احتمالی مجازات مطلوب را تشکیل می دهد (یا چیزی نشانگر آن در مورد ضمانت اجرای غیرپولی)، از این رو به عنوان مثال، اگر احتمال دستگیری یک سوم باشد، ضمانت اجرا باید معادل سه برابر آسیب باشد. این می تواند به سهولت ما را به سطحی از ضمانت اجراها که از سطح مفروض معیار تناسب عدالت کیفری فراتر می رود، رهنمون شود. به عنوان مثال، ضمانت اجرای مطلوب برای تقلب مالیاتی ممکن است چندین برابر کتمان مالیات مقتضی باشد و ضمانت اجرای مطلوب برای سرقت یک اتومبیل ممکن است تعداد سال های قابل توجهی زندان باشد، اما در نظر گرفتن اصل تناسب این ضمانت اجرای مطلوب مرسوم را کاهش می دهد.

به هر حال، توجه داشته باشید که اگرچه ضمانت اجراها به خاطر سلیقه کیفری ما باید کوچک تر از وسعت مطلوب مرسوم باشند، دستیابی به بازدارندگی بیشتر مستلزم سرمایه گذاری منابع بیشتر در جهت تضمین دستگیری متخلفان است. اگر بتوانیم فقط یک مجازات یک ساله برای سارق یک اتومبیل وضع کنیم ولو اینکه یک مجازات سه ساله برای اهداف جلوگیری از چنین سرقتی با در نظر گرفتن احتمال موجود دستگیری متناسب تر باشد، باید احتمال دستگیری سارقان اتومبیل را افزایش دهیم ولو اینکه مستلزم هزینه اضافی باشد.

مفهوم کلی سلايق کیفری مستلزم توجه خاص است، زیرا همان گونه که تأکید کردم، ماهیت سیاست تضمین مطلوب مرسوم شامل احتمالات پایین دستگیری متخلفان به خاطر صرفه جویی در منابع تضمین همراه با جریمه های بالا برای حفظ بازدارندگی است. سلايق مجازات گرا استفاده از این روش را تعدیل می کنند زیرا این

سلايق هزینه مؤثر افزايش جریمه‌ها به بیشتر از سطح منصفانه را بالا می‌برند. یک احتمال مخالف مبنی بر آنکه سلايق کیفری ممکن است به ضمانت اجراهای بالاتری که به موجب محاسبات جامع رفاه اجتماعی مرسوم لازم است منجر شوند در شرایط مختلفی ایجاد می‌شود. یکی هنگامی است که افراد از دستگیر شدن مطمئن هستند و نسبت صحیح مجازات تحت اصول مجازات‌گرایانه فراتر از صددرصد است. به عنوان مثال، فرض کنید شرکتی عالمانه دریاچه‌ای را آلوده می‌سازد و یک میلیون دلار خسارت ایجاد می‌کند. در اینجا جریمه مطلوب از نظر اقتصادی یک میلیون دلار است اما بهترین مجازات کیفری قابل فرض بالاتر از این میزان و مثلاً دو میلیون دلار است. یک دلیل کاملاً مربوط که چرا مجازات کیفری ممکن است از مجازاتی که از نظر اقتصادی مناسب است فراتر رود نه به عامل تناسب که به ارزیابی شدت عمل بستگی دارد. اگرچه آسیب ایجاد شده به وسیله آلودگی ممکن است یک میلیون دلار باشد و عامل تناسب هم ممکن است یک باشد، بهترین مجازات کیفری ممکن است دو میلیون دلار باشد زیرا ارزیابی شدت عمل شرکت ممکن است بالا برود.

دلیل دیگری که مجازات متناسب کیفری ممکن است از مجازاتی که از نظر اقتصادی مطلوب است بالاتر رود این است که هزینه‌های وضع مجازات ممکن است آنقدر بالا باشند که هرگونه مجازات، یا اغلب مجازات‌ها را ارزنده سازند درحالی که اصول مجازات‌گرایانه تحت تأثیر هزینه مجازات نیستند.

اینکه مجازات‌های مطلوب مرسوم را چقدر باید تعدیل کرد بستگی به سلیقه کیفری ما دارد، اما دانستن آنکه این سلیقه چه هست به خاطر عدم توجه ما به تفاوت درجه تمایل افراد به مجازات با درجه تمایل آنها به نتایجی که مجازات ایجاد می‌کند دشوار است و اصولاً این دو را برحسب بازدارندگی و ناتوان‌سازی تفکیک می‌کنند.

ب) قواعد اخلاقی واقعاً چگونه در نظر گرفته می‌شوند؟ به نظر می‌رسد قواعد مجازات صحیح ما اثر قابل توجهی بر سیاست مجازات ما دارند. قطعاً این نکته از مجازات محیطی تأثیرگذار مشخص می‌شود. بسیاری از مجازات‌ها بسیار پایین‌تر از آنچه طبق تفکر اقتصادی مرسوم باید باشند، هستند. جریمه‌ها برای تقلب مالیاتی یک مثال خوب هستند؛ این جریمه‌ها کاملاً کوچک هستند درحالی که احتمال دستگیری به خاطر این

رفتار بد بسیار جزئی است. به همین ترتیب برای بسیاری از اعمال جزایی، مثلاً برای سرقت اتومبیل، ضمانت اجراها ممکن است با در نظر گرفتن احتمال دستگیری ناکافی باشند. از آنجا که احتمال دستگیری در بسیاری از انواع تخلفات بسیار پایین است، ضمانت اجرای لازم برای بازدارندگی غالباً خیلی بالا هستند اما با قواعد مجازات منصفانه ما در تعارض قرار می گیرند.

اگر ضمانت اجراها به طور نامناسبی به وسیله تفکر مجازات گرایانه محدود شوند - بیش از آنچه که به موجب سلايق واقعی ما نسبت به اصول مجازات گرایانه توجه دارد - جامعه متحمل مضراتی خواهد شد:

اول، بازدارندگی و ناتوان سازی نسبت به آنچه باید باشند بسیار پایین خواهند بود. دوم، مخارج اجرا بزرگ تر از حد لازم خواهند بود، زیرا ما تمایلی به افزایش ضمانت اجراها در بسیاری از زمینه ها که اجازه می دهد مخارج اجرا را کم کنیم، نداریم. تضمین تخلفات توقف اتومبیل را در نظر بگیرید. اگر تمایل داشتیم وسعت جریمه ها برای توقف بسیار طولانی در یک فضای مورد کنترل دستگاه زمان سنج را از سطح معمولشان در حدود ۲۰ دلار به حدود ۴۰ دلار افزایش دهیم، می توانستیم تلاش اجرا، را نصف کنیم و این منابع آزاد شده را در زمینه های دیگر به کار بگیریم، یا پول مالیات دهنده را پس انداز کنیم، بدون آنکه بازدارندگی تغییر کند. این مثال راهی را اگرچه مادی نشان می دهد که جامعه در مقابل تمایلش برای به کارگیری ضمانت اجراهای متناسب هزینه می پردازد.

وقتی ضمانت اجراهایی که منصفانه تلقی می شوند (به جای آنکه کمتر از ضمانت اجراهای مطلوب از نظر اقتصادی باشند)، از آنهایی که مفهوم اقتصادی دارند فراتر می روند جامعه نیز متحمل هزینه می شود. شاید بهترین مثال مربوط به شرکت هایی است که ایجاد آسیب می کنند و متحمل جریمه های سنگین مثل غرامت های کیفی می شوند که باعث می شود بار مالی آنها از آسیب صورت گرفته فراتر رود. این منجر به اقدامات احتیاطی بیش از حد، قیمت های بالای محصول و کناره گیری شرکت ها از خطوط تجاری ارزشمند اجتماعی خواهد شد.

این هزینه های جامعه بر حسب رفاه اجتماعی، که به طور مرسوم اندازه گیری شده اند،

قیمتی است که ما برای تناسب مجازات می‌پردازیم. من قبلاً اشاره کردم که هزینه‌ها قابل توجه هستند و توسط سلیقه واقعی که ما برای تناسب داریم تضمین نشده‌اند. برای فهمیدن اینکه این حدس درست است، مجبوریم نیروی آن سلیقه را ارزیابی کنیم، چیزی که در مورد دیگر قواعد اخلاقی تا آنجا که می‌دانم انجام نشده است.

۷-۲-۳-۵ تأثیر قانون بر عقاید اخلاقی و کارآمدی آنها

قبلاً اشاره کردم که قانون تا حدی می‌تواند بر عقاید اخلاقی تأثیر بگذارد و می‌تواند کارآمدی آنها را نیز با هدایت افراد به‌سوی عمل بر مبنای عقایدشان جهت تحمیل ضمانت اجراهای اجتماعی بر کسانی که از رفتار اخلاقی تخطی می‌کنند، تغییر دهد. این امر مفاهیم روشنی برای طراحی قانون دارد، زیرا اثر یک قاعده حقوقی را تشکیل می‌دهد که باید در محاسبه طراحی آن در کنار نتایج دیگر به حساب آید. به عنوان مثال در تعیین مطلوبیت تصویب قوانین حقوق مدنی، نه تنها اثرات مستقیم آنها بر رفتار، مثل تغییرات در به کارگیری رویه‌های تجاری برای اجتناب از مسئولیت، بلکه این امکان را نیز که قوانین عقاید بنیادی درباره نژاد و حقوق فردی و نیز تمایل افراد برای سرزنش کسانی را که تبعیض قائل می‌شوند تغییر دهند، باید در نظر گرفت.^۱ برخلاف موضوع قوانین حقوق بشر که تأثیر یک قاعده حقوقی بر عقاید اخلاقی یک عامل جزئی است اگر اصلاً عاملی محسوب شود، در اکثر موارد این تردید نسبت به آثار غیرمستقیم قوای حقوقی بر عقاید اخلاقی وجود دارد.

۷-۲-۴ ماهیت مباحثه اصولی درباره قانون و اخلاق

آنچه به عنوان روش مناسب درک رابطه بین قانون و اخلاق و به‌ویژه چگونگی طراحی بهتر قانون پیشنهاد شده است کاملاً با روش نزدیک شدن به این مسائل که معمولاً در کلاس درس، مجلات پژوهشی، نظریات حقوقی و دیگر جاها یافت می‌شود متفاوت است.

۱. البته یک بخش ضروری این محاسبه عبارت است از ارزیابی ارزش اجتماعی عقاید اخلاقی تغییر یافته. درحقیقت، چنین ارزیابی شامل در نظر گرفتن اثر مستقیم بر مطلوبیت عقاید اخلاقی (مرکب از تجربه تقوی برای انجام عمل صحیح، در اینجا عدم تبعیض، یا گناه برای انجام عمل نادرست، و احساسات مرتبط با مدح یا مذمت دیگران)، و در نظر گرفتن اثرات غیرمستقیم ناشی از تغییرات رفتاری ترغیب شده بر اثر عقاید اخلاقی می‌شود.

در اینجا، من مایلیم به‌طور خلاصه جنبه‌های برجسته مباحثه اصولی درباره قانون و اخلاق را که ما با آن مواجهیم مشخص کنم، آن را با دیدگاه اقتصادی رفاه مقایسه کنم و تلاش کنم تا توضیح دهم که چرا ماهیت مباحثه اصولی واقعی آن چیزی است که هست. این به ما کمک خواهد کرد تا تفاوت‌هایی را که بین دیدگاه‌های اصولی معمول و دیدگاه اقتصادی رفاه وجود دارد تلفیق کنیم و من امیدوارم که خواننده را در مسیر صحنه گذاشتن بر دیدگاه اقتصادی رفاه هدایت کند.

۱-۴-۷ ویژگی‌های مباحثه مشهود

مباحثه اصولی درباره قانون و اخلاق ظاهراً دارای سه ویژگی کلی است. اولین ویژگی این است که اهمیت مستقلی به عوامل اخلاقی داده می‌شود. به‌عنوان مثال وقتی راجع به جرم بحث می‌شود، مقصر بودن جنایت‌کاران و تناسب مجازات نوعاً دارای اهمیت مستقلی هستند؛ یا وقتی موضوع شبه جرم‌ها مطرح می‌شود، عدالت اصلاحی و جبران خسارت قربانیان اهمیت خود را دارند. ویژگی دوم این است که عوامل اخلاقی نوعاً به‌قدر کفایت از عوامل ابزاری تفکیک نمی‌شوند. به‌عنوان مثال، وقتی شخص می‌گوید که مجازات برای سرقت اتومبیل باید یک مجازات پنج‌ساله باشد، روشن نیست این سخن تا چه حدی دیدگاه شخصی را درباره مجازات عادلانه نشان می‌دهد و تا چه حد بر داوری او درباره عوامل اقتصادی مرسوم به‌ویژه بازدارندگی، ناتوان‌سازی و هزینه‌های اجرایی مبتنی است.

ویژگی سوم مباحثه اصولی مشهود این است که معمولاً لحن خنثی ندارد. وقتی افراد در مورد مسائل سیاست حقوقی مباحثه می‌کنند، تبادل نظر آنها غالباً شامل عناصر ترغیب‌های اخلاقی می‌شود. من مطمئن هستم خواننده مشاهده کرده است که وقتی شخصی حقی را به‌عنوان دلیلی برای این یا آن سیاست حقوقی مطرح می‌کند، آن شخص نوعاً در لحن صدایش، در روش فصیح و رسایش - احساس تقوی ازطرف خود نشان می‌دهد. به همین ترتیب، اگر یک دیدگاه مخالف ازسوی شخص دیگری مطرح شود، آن شخص مشمول حمله است و انواع مشخصی از ضمانت اجراهای اجتماعی وضع می‌شوند که کاملاً بی‌شباهت به آنهایی هستند که افرادی که درواقع غیراخلاقی عمل کرده باشند، تجربه کرده‌اند. به عبارت دیگر شخصی که یک سیاست حقوقی را مطرح

می‌کند که از نظر اخلاقی نادرست تلقی می‌شود مشمول یک شکل تفسیر شده ضمانت اجرای اجتماعی است که اگر واقعاً غیر اخلاقی عمل کرده باشد، متحمل خواهد شد.

۷-۲-۴ تفاوت اصلی بین مباحثه اصولی مشهود و دیدگاه اصولی مناسب

شاید تفاوت اصلی بین مباحثه اصولی مشهود درباره قانون و اخلاق و دیدگاه‌هایی که من بیان کرده‌ام این است که جنبه روان‌شناسانه اخلاق و نقش ابزاری قواعد اخلاقی معمولاً در مباحثه مشهود مورد چشم‌پوشی قرار می‌گیرند. در این مباحثه، معمولاً نمی‌توان تصدیق کرد که افراد دارای سلایقی برای اقناع قواعد اخلاقی هستند و این قواعد ممکن است به ترویج رفاه اجتماعی کمک کنند.

توضیح برای این تفاوت

عجیب نیست که این تفاوت وجود دارد. از آنجاکه ما حداقل اگر افرادی کاملاً اجتماعی باشیم به وفاداری به قواعد اخلاقی اهمیت می‌دهیم، طبیعی است که احساساتمان درباره آنها را به قلمرو بحث تحلیلی وارد کنیم.

فرض کنید ما معتقدیم که نباید هیچ مجازاتی بدون تقصیر وجود داشته باشد و مجازات باید به تناسب اهمیت اعمال بد باشد. اگر یکی از ما یک عضو فرهنگستان حقوقی یا یک سرمقاله‌نویس روزنامه شود، ممکن است انتظار رود که دیدگاه‌هایمان را به نوشته‌هایمان راجع به سیاست حقوقی منتقل کنیم. این مطالعه ساده همچنین به توضیح ویژگی غیرخنثی بودن مباحثه مشهود درباره مسائل حقوقی اصولی کمک می‌کند.

برعکس، دیدگاه اخلاقی که من مطرح کرده‌ام یک دیدگاه طبیعی برای اکثر افراد نیست؛ زیرا مستلزم این است که درباره روان‌شناسی خودمان فکر کنیم و بررسی کنیم که چرا به قواعد اخلاقی اهمیت می‌دهیم. چون این یک عمل دشوار است، خیلی تعجب‌آور نیست که به ندرت انجام شود. با این حال قدری غریب است که دانشگاهیان توجه بسیار کمی به دیدگاه مطرح شده در اینجا داشته‌اند، زیرا در بسیاری جنبه‌ها به خوبی شناخته شده است. فلاسفه مشهور عناصر مهم این دیدگاه را مطرح کرده‌اند و من مخصوصاً به هیوم ([۱۷۵۱] ۱۹۹۸)، اسمیت ([۱۷۹۰] ۱۹۷۶) و میل ([۱۸۶۱] ۱۹۹۸) و اخیراً به نویسندگانی چون هیر (۱۹۸۱) اشاره می‌کنم.

۷-۲-۴-۳ نتیجه

اقتصاد رفاه، همان گونه که در بخش قبل و این فصل تشریح شد، ظاهراً ارائه کننده بزرگ‌نمایی‌های معمولاً رضایت‌بخش و از نظر فکری جذاب برای درک و تجزیه و تحلیل اخلاق و قانون است. این بدین ترتیب است چون اقتصاد رفاه (و نظم‌های دیگر) به فرد اجازه می‌دهند تحت پوشش اخلاق ببینند و عملکردها و منابعمش را مورد بازشناسی و تأکید قرار دهد. اگرچه من درک می‌کنم که این دیدگاه تحت فشار زیاد نوشته‌ها و تفکرات حقوقی قرار دارد، اما این تنها دیدگاهی است که می‌توانم به راحتی بر آن صحنه بگذارم و امیدوارم خواننده حتی اگر قادر به پذیرش آن نباشد، ارزش آن را قبلاً بداند.

۷-۳ انصاف توزیعی درآمد و حقوق

اکنون اجازه دهید به موضوع توزیع درآمد و نظام حقوقی برگردم. مسئله‌ای که در اینجا مورد اشاره قرار می‌گیرد این است که چگونه اثرات قواعد حقوقی بر توزیع درآمد باید بر انتخاب قواعد حقوقی تأثیر کنند. ابتدا این نکته را مرور خواهم کرد که چگونه توزیع درآمد وارد تعیین رفاه اجتماعی می‌شود و چگونه مالیات بر درآمد و نظام انتقال را می‌توان برای حصول به اهداف توزیعی درآمد به کار برد. سپس اثرات قواعد حقوقی بر توزیع درآمد و اینکه آیا انتخاب قواعد حقوقی باید تابعی از اثرات توزیعی‌شان باشد را مورد بحث قرار خواهم داد. نکته اصلی این خواهد بود که اهداف توزیعی درآمد به بهترین وجهی از طریق استفاده از مالیات بر درآمد و نظام انتقال دنبال می‌شوند بدین معنا که قواعد حقوقی باید براساس اهداف غیرتوزیعی انتخاب شوند.^۱

۷-۳-۱ توزیع درآمد و رفاه اجتماعی

اکثر ملاحظات درخصوص توزیع کلی درآمد را می‌توان در مقیاس‌های رفاه اجتماعی اقتصاد رفاه مرسوم جای داد و درواقع همان گونه که در قسمت ۷-۱-۱ ذکر شد، در این

۱. مسئله مورد بحث در این بخش تحت عنوان اقتصاد رفاه مرسوم قرار می‌گیرد و مسائل اخلاق به مفهومی که من از این واژه در دو بخش پیش استفاده کردم را شامل نمی‌شود. با وجود این، چون توزیع درآمد معمولاً با استفاده از کلماتی چون «انصاف» و «عدالت» تشریح می‌شود، بررسی رابطه بین قانون و توزیع درآمد در این قسمت کتاب طبیعی به نظر می‌رسد.

مفهوم گنجانده شده‌اند. به‌ویژه سه کانال وجود دارند که از طریق آنها توزیع درآمد ممکن است بر رفاه اجتماعی تأثیر بگذارد:

اول، توزیع درآمد ممکن است برای رفاه اجتماعی اهمیت داشته باشد چون فقرا ممکن است برای یک دلار بیش از ثروتمندان ارزش قائل باشند، یعنی مطلوبیت نهایی یک دلار برای یک شخص فقیر احتمالاً فراتر از مطلوبیت نهایی یک دلار برای یک شخص ثروتمند است. اگر چنین باشد، رفاه اجتماعی با توزیع مجدد درآمد از ثروتمندان به فقرا افزایش خواهد یافت.^۱

دوم، توزیع درآمد ممکن است برای رفاه اجتماعی اهمیت داشته باشد چون بر توزیع مطلوبیت اثر می‌گذارد و تحت طرز تلقی اقتصاد رفاه ممکن است رفاه اجتماعی مستقیماً به اینکه مطلوبیت چگونه به‌طور مساوی میان افراد توزیع می‌شود بستگی داشته باشد. لذا حتی اگر ثروتمندان و فقرا مطلوبیت نهایی یکسانی را از یک دلار به‌دست آورند، ممکن است توزیع مجدد از ثروتمند به فقیر مطلوب باشد چون ثروتمندان از مطلوبیت کلی بیشتری بهره‌مند می‌شوند.^۲

سوم، توزیع درآمد ممکن است برای رفاه اجتماعی اهمیت داشته باشد چون مطلوبیت یک فرد ممکن است به توزیع درآمد در جمعیت، به‌طور کلی به‌خاطر احساسات عمومی نوع‌دوستی یا همدردی بستگی داشته باشد. لذا حتی اگر ثروتمندان و فقرا مطلوبیت نهایی

۱. به‌عنوان مثال، تابع رفاه اجتماعی مطلوبیت‌گرایی کلاسیک، مجموع مطلوبیت‌ها را در نظر بگیرد. به موجب آن، توزیع مجدد یک دلار از یک فرد ثروتمند با مطلوبیت نهایی پایین درآمد به یک فقیر با مطلوبیت نهایی بالای درآمد موجب افزایش رفاه اجتماعی خواهد شد، زیرا مطلوبیت فرد ثروتمند کمتر از آنچه مطلوبیت فرد فقیر افزایش می‌یابد، پایین خواهد آمد یعنی اینکه مطلوبیت کلی بیشتر خواهد شد.

۲. فرض کنید که رفاه اجتماعی برابر است با مجموع جذرهای مطلوبیت (این یک تابع رفاه اجتماعی است که به موجب آن توزیع مطلوبیت عادلانه‌تری پسندیده است؛ به پاورقی شماره ۱ صفحه ۶۱۴ نگاه کنید). همچنین فرض کنید که مطلوبیت یک فرد صرفاً برابر است با میزان دارایی‌اش (در نتیجه مطلوبیت نهایی یک دلار برابر با یک است صرف‌نظر از اینکه فرد ثروتمند یا فقیر باشد). اکنون دو نفر را در نظر بگیرید، یکی که دارایی ۱۰۰ دلاری دارد و دیگری که دارایی ۱۰۰۰ دلاری دارد و فرض کنید که ۱۰۰ دلار خواهند داشت. به‌دست آوردن ۱۰۰ دلار به‌وسیله شخص فقیر مطلوبیتش را ۱۰۰ واحد افزایش می‌دهد که دقیقاً زبان مطلوبیت در شخص ثروتمند است بنابراین توزیع مجدد باعث می‌شود توزیع مطلوبیت‌ها منصفانه‌تر شود و رفاه اجتماعی را افزایش می‌دهد: رفاه اجتماعی بدو معادل

$$\sqrt{1000} + \sqrt{100} = 100 + 10 = 110 \quad \text{بعد از توزیع مجدد به } 100 + 10 = 110 \quad \text{افزایش می‌یابد.}$$

مستقیم یکسانی را از یک دلار به دست آورند و حتی اگر رفاه اجتماعی برابر مجموع مطلوبیت‌ها باشد و بنابراین روش ذاتی به توزیع مطلوبیت بستگی نداشته باشد، کماکان این حقیقت دارد که رفاه اجتماعی ممکن است افزایش یابد اگر توزیع درآمد منصفانه‌تر باشد.^۱

در آنچه به دنبال خواهد آمد، اشاره به منبع خاص اهمیت توزیع درآمد برای رفاه اجتماعی مهم نخواهد بود و من صرفاً فرض می‌کنم که توزیع درآمد بر تعیین رفاه اجتماعی اثر دارد.

۷-۳-۲ نظام مالیات بر درآمد، توزیع درآمد و رفاه اجتماعی

۷-۳-۲-۱ نظام مالیات بر درآمد

منظور از مالیات بر درآمد و نظام انتقال عبارت است از اثر مرکب مالیات‌های مختلف (فدرال، ایالتی و محلی) بر درآمد، به همراه برنامه‌ها (مثل برنامه تأمین اجتماعی برای افراد بالای ۶۵ سال و برنامه تأمین غذای افراد کم‌درآمد) که پول را به افراد براساس درآمدشان انتقال می‌دهند. به خاطر ایجاز، من از این مالیات‌ها و انتقالات صرفاً به عنوان نظام مالیات بر درآمد صحبت می‌کنم.

دو هدف اصلی نظام مالیات بر درآمد عبارت‌اند از: افزایش درآمدها برای اهداف

۱. به عنوان مثال، فرض کنید که مطلوبیت هر شخص برابر است با مجموع دو جزء: دارایی خودش (که برای مصرف شخصی صرف می‌کند) و مجموع جذرهای مطلوبیت‌های همه افراد (یعنی مقیاس رفاه اجتماعی مورد بحث در پاورقی قبل). بنابراین توجه داشته باشید که مطلوبیت نهایی مستقیم یک دلار برای یک شخص برابر با یک است، صرف‌نظر از دارایی‌اش، زیرا اولین جزء مطلوبیت برابر است با دارایی‌اش؛ اما مطلوبیت یک شخص به توزیع مطلوبیت‌ها در جمعیت از طریق جزء دوم مطلوبیتش نیز بستگی دارد. همچنین فرض کنید که رفاه اجتماعی به مفهوم مستقیم در برابر توزیع مطلوبیت‌ها غیرحساس است. پس همان‌گونه که در متن نیز ذکر شد، رفاه اجتماعی بالا می‌رود اگر ثروت به طور عادلانه‌تری توزیع گردد زیرا آن موجب افزایش مطلوبیت‌های افراد می‌شود و لذا مجموع مطلوبیت‌ها، زیرا مطلوبیت‌های افراد (برخلاف رفاه اجتماعی) به توزیع مطلوبیت‌ها و در نتیجه به توزیع ثروت بستگی دارد، به عنوان مثال، فرض کنید که مقدماً یک فرد ثروتش صفر است و دیگری ثروتش ۱۰۰۰ است. مطلوبیت فرد اول برابر $\sqrt{1000} \approx 31.62$ می‌باشد و مطلوبیت فرد دوم برابر $\sqrt{10000} = 100$ است بنابراین با در نظر گرفتن این دو فرد، رفاه اجتماعی برابر با $1062/24$ خواهد بود. اگر ثروت مجدداً توزیع شود تا هر فرد ۵۰۰ داشته باشد، مطلوبیت هریک برابر با $544/72 = (22/36) \times 500 + 2$ (که $\sqrt{500} \approx 22.36$) است لذا رفاه اجتماعی معادل $1089/44$ است که بالاتر است.

ایالتی و توزیع مجدد درآمد.^۱ هدف دوم ممکن است برای بعضی از خوانندگان مهم به نظر نرسد شاید چون افراد کمی انتقالات آشکار دریافت می کنند و چون بحث صریح نسبتاً کمی در مجامع عمومی درخصوص نظام مالیاتی به عنوان روش توزیع مجدد انجام شده است. درعین حال یک لحظه تفکر به فرد می فهماند که نظام مالیاتی درواقع اثرات توزیع مجدد قابل توجهی دارد؛ وضعیت های نسبی بسیاری از افراد به ویژه فقرا و ثروتمندان به طور قابل توجهی با وجود نظام مالیاتی تغییر می کند.

۲-۳-۷ نظام مالیات بر درآمد و توزیع مجدد مطلوب

برای درک آنکه چگونه نظام مالیات بر درآمد را می توان برای توزیع مجدد درآمد به کار برد، اجازه دهید به خاطر سهولت فرض کنیم که توزیع مجدد تنها هدف نظام مالیات بر درآمد است (یعنی اجازه دهید از نیاز دولت به افزایش عایدی خود صرف نظر کنیم) و مشکل ذیل را بررسی کنیم: نظام مالیات بر درآمد را برای به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی طراحی کنید با فرض آنکه مقیاس رفاه اجتماعی این است که به نفع تساوی درآمد عمل می کند، لذا اگر یک مبلغ ثابت درآمد برای تقسیم وجود داشته باشد، بهترین راه تقسیم آن تقسیم به طور مساوی خواهد بود.^۲ برای حل این مشکل، ابتدا فرض کنید مبلغ درآمد هر فرد ثابت است. پس درآمد کل همه افراد نیز ثابت است بدین مفهوم که مالیات بر درآمد مطلوب طراحی خواهد شد تا به همه افراد یک درآمد مساوی یعنی درآمد متوسط بدهد. اگر به عنوان مثال درآمد متوسط ۲۰ هزار دلار باشد هر شخصی که بیش از ۲۰ هزار دلار درآمد داشته باشد باید مبالغ اضافی را به عنوان مالیات بپردازد تا فقط ۲۰ هزار دلار برایش باقی بماند و هر شخصی که کمتر از ۲۰ هزار دلار درآمد داشته باشد به اندازه کافی دریافت خواهد کرد تا به رقم ۲۰ هزار دلار درآمد برسد. لذا، مالیات بر درآمد برای حصول توزیع ایدئال درآمد اعمال می شود و سطح ایدئال رفاه اجتماعی به آن ارتباط دارد.

دو دلیل مهم وجود دارند که چرا نظام مالیات بر درآمد نمی تواند به سطح ایدئال

۱. وقتی من می گویم توزیع مجدد درآمد، منظورم دربرگرفتن ثروت و نیز درآمد است.

۲. یک مقیاس رفاه اجتماعی که به موجب آن این گونه خواهد بود، همان گونه که ذکر شد عبارت است از مجموع جذرهای مطلوبیت ها؛ به باورقی شماره ۲ صفحه ۷۵۲ نگاه کنید.

رفاه اجتماعی دست یابد. یکی به هزینه‌های اداری مالیات‌بندی مربوط می‌شود. فرض کنید که انتقال یک دلار به هریک از افراد از طریق نظام مالیاتی مشمول هزینه اداری است (چون افراد باید فرم‌های مالیاتی را تکمیل کنند، درآمدها باید جهت مبارزه با فرار از مالیات بررسی شوند و نظایر اینها). پس بدیهی است که نظام مالیات بر درآمد به حداکثررساننده رفاه اجتماعی منجر به توزیع منصفانه درآمد نخواهد شد، زیرا زیان بزرگی را به خاطر هزینه‌های اداری دربرخواهد گرفت. به‌طور کلی نظام مالیات بر درآمد مطلوب موازنه ضمنی بین منافع اجتماعی توزیع مجدد و هزینه‌های اداری توزیع مجدد ایجاد می‌کند؛ بنابراین سطح توزیع مجدد و رفاه اجتماعی حاصله کمتر از ایدئال خواهد بود. این نکته ممکن است با تشبیه به یک سطل سوراخ تشریح شود: هنگام انتقال درآمد به سطل‌ها برای هدف توزیع مجدد، مقداری از درآمد از سطل‌ها نشت می‌کند و تلف می‌شود، بنابراین حمل با سطل‌ها به اندازه‌ای که جامعه می‌خواهد مطلوب نیست. کنایه دیگر این است که وقتی یک تقسیم می‌شود اندازه یک برای تقسیم میان جمعیت یعنی مجموع درآمدها، کاهش می‌یابد.

دلیل دومی که چرا نظام مالیات بر درآمد را نمی‌توان برای دستیابی به سطح ایدئال رفاه اجتماعی از طریق توزیع مجدد به کار برد به تحریف انگیزه‌های کاری مربوط می‌شود.

اگرچه در بندهای قبلی فرض می‌شد که عایدی‌های هر فرد ثابت هستند، این فرض غیرواقعی است. اکنون فرض کنیم که عایدی‌های یک فرد به اینکه چقدر سخت کار می‌کند و به توانایی‌اش بستگی دارند. در این وضعیت، مالیات بر درآمد ممکن است انگیزه‌های کاری و لذا عایدی‌ها را تغییر دهد. به‌ویژه، فردی که مجبور است درصد قابل توجهی از عایدی‌هایش را مثلاً ۵۰ درصد، بابت مالیات بپردازد کاملاً امکان دارد که نسبت به وقتی که هیچ مالیات بر درآمدی نمی‌پرداخت کمتر کار کند و کمتر درآمد داشته باشد و شخصی که اگر درآمدش پایین‌تر از یک حد آستانه باشد مبلغی دریافت خواهد کرد ممکن است، انگیزه‌های تحلیل‌رفته‌ای برای کار کردن داشته باشد. ازاین‌رو، استفاده از مالیات بر درآمد برای توزیع مجدد ممکن است منجر به کاهش تلاش‌های کاری و عایدی‌ها شود و از این طریق مبلغ کلی درآمد در دسترس برای توزیع مجدد را

کاهش دهد. بنابراین وقتی کسی این نکته را در وضع مالیات بر درآمد مطلوب در نظر می‌گیرد که چگونه مالیات بر درآمد بر انگیزه‌های کاری تأثیر می‌گذارد، روشن می‌شود که سطح توزیع مجدد و رفاه اجتماعی به کمتر از میزان ایدئال نزول می‌کند.^۱ در یک مفهوم تقریبی، این دلیل مشابه دلیل مربوط به هزینه‌های اداری است؛ تحریف انگیزه‌ها درواقع شکل دیگری از نشت از سطوح‌های مورد استفاده در توزیع مجدد است.

یک توضیح دربارهٔ عامل انگیزه‌های کاری باید ارائه شود. اقتصاددانان گاهی تأکید می‌کنند که این مشکل را می‌توان ناشی از ناتوانی مقامات مالیاتی در تعیین توانایی ذاتی افراد در تحصیل درآمد دانست. دلیل این است که اگر توانایی یک فرد برای تحصیل درآمد را بتوان ملاحظه کرد، می‌توان مالیات را بر مبنای این توانایی و نه براساس درآمد واقعی کسب شده برقرار کرد. به عنوان مثال فردی که توانایی کسب درآمد ۱۰۰ هزار دلار در سال را دارد و این مبلغ را در یک دنیای ایدئال به دست می‌آورد و برای او در آن دنیا مالیات ایدئال مثلاً ۵۰ هزار دلار است با یک مالیات ثابت غیرمشروط ۵۰ هزار دلاری و نه با یک مالیات مبتنی بر درآمد کسب شده روبه‌رو می‌شود و در نتیجه بی‌میلی برای کسب درآمد نخواهد داشت زیرا با مالیات ۵۰ هزار

۱. این مشکل ابتدا در میرلیز ۱۹۷۱ به صورت ریاضی مطالعه شد و در ویکری ۱۹۴۷ مورد تأکید قرار گرفت؛ این مسئله در طیف گسترده‌ای از «نوشته‌های مالیات بر درآمد مطلوب» مطرح شده است. در این نوشته‌ها نمونه استاندارد به شرح ذیل است: هر فرد دارای یک توانایی کاری غیرقابل مشاهده برای دولت است، a . درآمدهایش y برابر است با aw وقتی که w معادل تلاش کاری است (لذا هرچه توانایی‌اش بالاتر باشد، بیشتر درآمد خواهد داشت)، در جایی که w نیز غیرقابل مشاهده است. تلاش کاری شامل هزینه تلاش برای او $c(w)$ می‌شود. او مالیات بر درآمد $t(y)$ را می‌پردازد که ممکن است منفی باشد (با توجه به دریافت پول). پس یک فرد تلاش کاری w را برای به حداکثر رساندن مطلوبیت خالص‌اش برمی‌گزیند: $y - t(y) - c(w) = aw - t(aw) - c(w)$. به روشنی، انتخاب w از سوی فرد به برنامه مالیات $t(y)$ بستگی خواهد داشت و همچنین عموماً به توانایی‌اش، a بستگی خواهد داشت. این مطلوبیت خالص یک فرد با توانایی a که تلاش کاری‌اش را با در نظر گرفتن برنامه مالیات t انتخاب می‌کند را با $u(a, t)$ مشخص کنید و انتخاب فرد از تلاش کاری با $w(a, t)$ مشخص کنید. مشکل دولت انتخاب برنامه مالیات بر درآمد است، یعنی تابع $t(y)$ ، به منظور به حداکثر رساندن رفاه اجتماعی منوط به این قید که جمع مالیات‌های گردآوری شده صفر باشد (یعنی آنچه که جمع‌آوری می‌شود برابر با آن چیزی است که پرداخت می‌شود). رفاه اجتماعی را می‌توان به صورت $\int u(a, t) f(a) da$ نشان داد در جایی که $f(a)$ برابر با تراکم احتمال افراد با توانایی a است. این شرط که مالیات‌های خالص برابر با صفر باشد عبارت است از

$$\int t(aw(a, t)) f(a) da = 0$$

دلاری براساس توانایی‌اش روبه‌رو می‌شود و نمی‌تواند با کمتر کار کردن از آن مالیات فرار کند. از آنجاکه دولت نمی‌تواند توانایی ذاتی و ظرفیت کسب درآمد را ملاحظه کند، مجبور است به‌طور گسترده‌ای مالیات‌ها را بر درآمد کسب شده مبتنی کند.^۱ به‌طور خلاصه، می‌توانیم تصدیق کنیم که استفاده مطلوب از مالیات بر درآمد برای توزیع مجدد درآمد، به‌خاطر دو هزینه مربوط به توزیع مجدد: هزینه‌های اداری و هزینه‌های ضمنی کاهش انگیزه‌های کاری، به توزیع ایدئال درآمدها منتهی نمی‌شود.

۷-۳-۳ اثر قواعد حقوقی بر توزیع درآمد

۷-۳-۳-۱ کلیات

بدیهی است که قواعد حقوقی معمولاً بر توزیع درآمد اثر می‌گذارند. اگر نتایج هر قاعده حقوقی برای هر طبقه درآمدی را دنبال کنیم می‌توانیم اثرات آن را تعیین کنیم. به‌عنوان مثال، قاعده‌ای را در نظر بگیرید که مالکان قایق‌های تفریحی بزرگ را مسئول آسیب‌هایی می‌شناسد که به‌دلیل اهمال وارد می‌کنند. این قاعده وضعیت مالکان قایق‌های تفریحی بزرگ را بدتر می‌کند چون هم مجبور می‌شوند مخارج تجهیزات ایمنی را متحمل شوند و اقدامات احتیاطی اتخاذ کنند که در غیر این صورت این کار را نمی‌کردند و هم مجبور خواهند بود در مقابل هر حادثه‌ای که به‌دلیل اهمال ایجاد می‌شود غرامت بپردازند و این به نفع قربانیان احتمالی، از جمله مالکان قایق‌های کوچک و شناگران است چون آنها کمتر متحمل زیان ناشی از حوادث می‌شوند و اگر درگیر حادثه‌ای گردند گاهی قادر به اخذ غرامت می‌باشند. از آنجاکه مالکان قایق‌های تفریحی بزرگ معمولاً از طبقه ثروتمند هستند و قربانیان احتمالی ثروتمند نیستند، این قاعده

۱. جامعه می‌تواند مالیات بر درآمدها را بر برخی شاخص‌های محسوس ظرفیت کسب درآمد مبتنی کند و گاهی اوقات نیز این کار را می‌کند. به‌عنوان مثال، یک فرد نابینا ظرفیت کسب درآمد کمتری از افراد سالم دارد بنابراین ما از آنها به سنگینی افراد سالم مالیات نمی‌گیریم (و شاید دلایل دیگری وجود داشته باشند که چرا این کار مفهوم دارد). اما جامعه از همه شاخص‌های محسوس ظرفیت کسب درآمد، مثل کسب مدرک آموزشی استفاده نمی‌کند. زیرا استفاده از آن عامل شاید نامطلوب باشد، مثلاً کسب مدرک آموزشی را دلسرد کند و چنین فضیلتی منافی به‌استثنای آنکه چگونه قدرت کسب درآمد را بالا می‌برد برای افراد دارد. در هر صورت، من چنین ملاحظاتی را در متن خلاصه خواهم کرد.

ثروت را از ثروتمندان به فقرا مجدداً توزیع می‌کند و یک برداشت خالص از این اثر را می‌توان از اطلاعات راجع به کسانی که قایق‌های تفریحی بزرگ خریداری می‌کنند و از اطلاعات راجع به قربانیان حوادث معلوم کرد. با چنین روشی اثر هر قاعده حقوقی بر توزیع درآمد را می‌توان تعیین کرد.

توضیحات

چندین توجه درباره ارزیابی اثرات توزیعی قواعد حقوقی ارزش به‌خاطر سپردن دارند:

الف) اثرات پراکنده: اگرچه در مثال راجع به قایق‌های تفریحی، اثرات توزیعی قاعده حقوقی ممکن است نسبتاً روشن باشند چون آسیب‌رسانندگان و قربانیان ممکن است گروه‌های درآمدی کاملاً متمایزی را تشکیل دهند، اما همیشه این‌طور نیست. به‌عنوان مثال اثرات استفاده از قاعده اهمال را برای حوادثی که اتومبیل‌ها و پیاده‌ها را دربرمی‌گیرند، در نظر بگیرید. این قاعده مسئولیت هزینه‌هایی را بر رانندگان تحمیل می‌کند و به نفع پیاده‌ها می‌باشد، اما رانندگان و پیاده‌ها دو گروه کاملاً متفاوت درآمدی را تشکیل می‌دهند. رانندگان و پیاده‌ها گروه‌های متمایزی نیستند - اکثر رانندگان گاهی پیاده قدم می‌زنند و اکثر پیاده‌ها گاهی اوقات رانندگی می‌کنند. لذا اثرات توزیعی قاعده حقوقی راجع به رانندگان و پیاده‌ها ممکن است کاملاً متفاوت و پراکنده باشد.

ب) اثرات تخفیف‌یافته در زمینه‌های قراردادی: ملاحظه کلی دیگر درباره اثرات توزیعی قواعد حقوقی این است که اگر قواعد حقوقی بر طرفین قرارداد اثر بگذارند، این اثرات ممکن است با تغییرات در قیمت‌های قرارداد خنثی یا حتی حذف شوند. فرض کنید یک قاعده حقوقی که مسئولیت تولیدکنندگان یک محصول را برای آسیب‌های وارده به خریداران افزایش می‌دهد، باعث می‌شود هزینه‌های مسئولیتشان، برای هر واحد تا ۱۰۰ دلار افزایش یابد و به همین مبلغ به نفع خریداران می‌شود چون آنها بابت غرامت‌های ناشی از مسئولیت مورد انتظار ۱۰۰ دلار دریافت می‌کنند. اگر قیمت محصول افزایش پیدا نمی‌کرد خریداران وضعیت بهتری داشتند و توزیع مجدد صورت می‌گرفت. اما، البته قیمت‌ها افزایش می‌یابند و در یک بازار رقابتی به‌طور کلی و تا ۱۰۰ دلار بالا می‌روند و اثر توزیع مجدد را خنثی می‌سازند. این صحت دارد که تغییرات قیمت

همیشه اثر قواعد حقوقی بر قیمت‌ها را خنثی نمی‌کند اما نکته در اینجا این است که تفاوت مهمی میان اثرات توزیعی قواعد حقوقی در زمینه‌های قراردادی و اثرات آن در زمینه‌های غیرقراردادی وجود دارد.

ج) ماهیت مشترک، کلیت و اثرات قواعد حقوقی مختلف: دو توضیح دیگر باید ارائه شوند. اول اینکه تغییر به وجود آمده به وسیله یک قاعده حقوقی اغلب به دیگر قواعد حقوقی بستگی خواهد داشت. به عنوان مثال اثر مسئول دانستن رانندگان به خاطر تصادفات ایجاد شده برای پیاده‌ها به خاطر اهمال، به محدودیت‌های سرعت و دیگر قوانین راهنمایی و رانندگی (هرچه این قوانین شدیدتر باشند، اثر قاعده اهمال کمتر خواهد بود) و به مقررات حقوقی تولیدکنندگان وسیله نقلیه بستگی خواهد داشت (مثلاً الزام وجود آینه‌های بغل در اتومبیل، یا وسایلی که وقتی کامیون‌ها دنده عقب حرکت می‌کنند آژیر می‌کشند). دوم اینکه نحوه توزیع درآمد به وسیله کلیت اثرات قواعد حقوقی مختلف تعیین می‌شود که بسیاری از آنها بر ضد یکدیگر عمل می‌کنند. لذا اگرچه مالکان اتومبیل ممکن است به خاطر اینکه یک قانون ضدآلودگی مستلزم نصب وسایل گران قیمت کنترل آلودگی در اتومبیل‌هاست و قیمت‌هایشان را بالا می‌برد متحمل خسارت شوند، اما ممکن است از آلودگی کاهش یافته و نیز از دیگر قواعد حقوقی مثل قواعد ضد تراست برخوردار شوند.

در منطق محض، توزیع درآمد نه فقط حاصل قواعد حقوقی، که ما ممکن است آنها را متغیر بدانیم چون در تغییر مداوم یا تحت بررسی مداوم برای تعدیل می‌باشند، بلکه حاصل کل نظام حقوقی یعنی مجموعه سوابق قواعد حقوقی اموال، حقوق قراردادهای، حقوق جزا و نظایر اینهاست که ما آنها را ثابت می‌دانیم و اینکه جامعه ما را منظم می‌کنند.

۷-۳-۴ آیا اثرات قواعد حقوقی بر توزیع درآمد، در انتخاب آنها نقش دارد؟

۷-۳-۴-۱ با توجه به در دسترس بودن نظام مالیات بر درآمد برای نیل به اهداف

توزیعی، قواعد حقوقی معمولاً نباید بر مبنای اثرات توزیعی‌شان انتخاب شوند

چون جامعه دارای نظام مالیات بر درآمد برای نیل به اهداف توزیع درآمد است، لازم نیست قواعد حقوقی با در ذهن داشتن این اهداف انتخاب شوند. به ویژه، اگر دلیلی وجود

داشته باشد که توزیع مجدد بیشتری از ثروتمندان به فقرا واقع شود، جامعه به جای اتخاذ این یا آن قاعده حقوقی می تواند این کار را با تعدیل متناسب مالیات بر درآمد انجام دهد. به علاوه اگر یک قاعده حقوقی اتفاقاً اثر توزیع مجدد نامطلوب داشته باشد که به فقرا آسیب بزند و به نفع ثروتمندان باشد، آن را می توان با تغییر متناسب در نظام مالیات بر درآمد خنثی کرد که به فقرا کمک کند و به ثروتمندان زیان رساند. لذا هیچ نیاز بدیهی برای در نظر گرفتن ملاحظات توزیعی در انتخاب قواعد حقوقی وجود ندارد. به علاوه اگر ملاحظات توزیعی در انتخاب قواعد حقوقی در نظر گرفته می شدند، جامعه به طرف مصالح منافع اجتماعی که این قواعد تولید می کنند مثل کاهش هزینه های کلی حوادث، هدایت می شد. از این رو نه تنها لازم نیست اثرات توزیعی انتخاب قواعد حقوقی در نظر گرفته شوند، بلکه رفاه اجتماعی با در نظر گرفتن آن اثرات در انتخاب قواعد حقوقی کاهش می یابد. در واقع می توان نشان داد که اگر اثرات توزیعی بر انتخاب به یک قاعده حقوقی تأثیر بگذارند می توان از طریق تغییر انتخاب قاعده به یک قاعده مطلوب دیگر و از طریق ایجاد تغییر متناسب در نظام مالیات بر درآمد، کاری کرد که همه افراد منتفع شوند.^۱

۱. برای توضیح با یک نسخه ساده استدلال: دنیایی با دو طبقه درآمدی مساوی از نظر تعداد فقیر و ثروتمند را در نظر بگیرید؛ یک قاعده مطلوب مرسوم مسئولیت شبه جرم که زیان های حاصله مورد انتظار خالصی از هزینه های اقدامات احتیاطی را تا حداکثر ۲۰ دلار برای هر شخص کاهش می دهد و اینکه در غیر این صورت درآمدها را دست نخورده باقی می گذارد؛ و یک قاعده مسئولیت دوم که زیان های خالص حادثه را فقط تا ۱۰ دلار برای هر شخص کاهش می دهد اما ثروت هر شخص ثروتمند را تا ۵۰ دلار کاهش می دهد و ثروت هر شخص فقیر را تا ۵۰ دلار افزایش. فرض کنید که قاعده دوم انتخاب می شود چون اثرات توزیعی آن ترجیح داده می شوند. ادعا این است که همه افراد می توانند منتفع شوند اگر، در عوض، قاعده مطلوب انتخاب گردد. به ویژه، فرض کنید که به جای قاعده دوم، قاعده اول انتخاب می شود و مالیات های بر درآمد تا ۵۰ دلار برای ثروتمندان افزایش می یابد و تا ۵۰ دلار برای فقرا کاهش می یابد. پس هر شخص فقیر تحت قاعده مطلوب نسبت به قاعده دیگر منتفع خواهد شد، زیرا کاهش تا ۵۰ دلار در مالیات های بر درآمد جبران زیان ۵۰ دلاری منفعت ناشی از این قاعده را می کند و زیان های ناشی از حادثه اش تا ۲۰ دلار به جای فقط تا ۱۰ دلار نزول می کند. به همین ترتیب، هر شخص ثروتمند تحت این قاعده مطلوب منتفع می شود، زیرا افزایش تا ۵۰ دلار در مالیات های بر درآمد با منفعت ۵۰ دلاری ناشی از قاعده مطلوب خنثی می شود و زیان های ناشی از حادثه اش تا ۲۰ دلار بجای فقط تا ۱۰ دلار نزول می کند. می توان به آسانی نشان داد که این استدلال عمومیت دارد وقتی درآمدهای افراد به جای تابعی از تلاش کاری ثابت هستند، اما به وضعیت اخیر نیز منتقل می شود؛ به قسمت ۴-۳-۷ نگاه کنید.

نظر به اهمیت این استدلال عوامل پیچیده مختلف در مقابل انتخاب قواعد حقوقی براساس اثرات توزیعی‌شان، ارزش بررسی در قسمت‌های بعدی را دارند.

۲-۴-۷ سرعت تعدیل نظام مالیات بر درآمد

اگرچه جنبه‌های توزیعی نامطلوب قواعد حقوقی را می‌توان با تعدیلاتی در نظام مالیات بر درآمد خنثی کرد، تعدیل نظام مالیاتی ممکن است زمان ببرد و در مدت قبل از تعدیل، رفاه اجتماعی آسیب خواهد دید. پس در اصل، عامل سرعت تعدیل می‌تواند منجر به در نظر گرفتن اثرات توزیعی قواعد حقوقی شود. بااین حال معلوم نیست چرا ما باید انتظار داشته باشیم که تعدیل نظام مالیات بر درآمد آهسته باشد و درواقع به‌نظر می‌رسد که تحت اصلاحات پایدار، کمابیش آهسته می‌باشد.

۳-۴-۷ تعدیل نظام مالیات بر درآمد به قواعد حقوقی خاص

یک ملاحظه بسیار مربوط که گاهی ذکر می‌شود این است که نظام مالیاتی عملاً نمی‌تواند برای خنثی کردن اثرات توزیعی نامطلوب قواعد حقوقی خاص تعدیل شود. ازاین‌رو، تصدیق می‌شود که برای در نظر گرفتن اثرات توزیعی انتخاب یک قاعده حقوقی در انتخاب آن دلیل وجود دارد. به‌هرحال، این خط فکری به‌طور ناکافی تفصیل‌یافته و خوب درک نگردیده است و وقتی کسی تلاش می‌کند که آن را توضیح دهد درباره معنای آن حیران می‌ماند. به‌عنوان مثال، یک دلیل مهم که چرا تغییر نظام مالیاتی در پاسخ به انتخاب هریک و همه قواعد حقوقی غیرعملی می‌باشد این است که در انجام آن برخی هزینه‌های اداری وجود دارند؛ دلیل دیگر این است که قواعد حقوقی مختلف غالباً دارای اثرات خنثی‌کننده هستند و در نتیجه ممکن است مدتی منتظر شدن برای دیدن اثر انباشته آنها قبل از تعدیل نظام مالیاتی مطلوب باشد. اما هر دو دلیل نیز بر یک دادگاه یا یک قانون‌گذار در طراحی قواعد حقوقی اعمال می‌شوند. هم دادگاه و هم قانون‌گذار در تعیین اثرات توزیعی قواعد حقوقی با هزینه‌های اداری روبه‌رو می‌شوند و نیاز به تعیین اثر انباشته قواعد مختلف و نه فقط یک قاعده مجزا در لحظه‌ای از زمان دارند.

۷-۳-۴-۴ هزینه‌های اداری

ملاحظات هزینه‌ای اداری ممکن است بر مقایسه قواعد حقوقی و نظام مالیات بر درآمد با هدف تغییر توزیع درآمد اثر داشته باشند. اگر قواعد حقوقی اجازه می‌دادند که درآمد، بسیار ارزان‌تر از آنچه نظام مالیات بر درآمد انجام می‌دهد، دوباره توزیع شود، آنگاه این نتیجه که قواعد حقوقی نباید براساس اثرات توزیع مجددشان انتخاب شوند لزوماً باقی نمی‌ماند. متقابلاً اگر قواعد حقوقی شامل هزینه‌های اداری بزرگ‌تری در رابطه با توزیع مجدد نسبت به نظام مالیات بر درآمد می‌شدند، این نتیجه که قواعد حقوقی نباید براساس اثرات توزیعی انتخاب شوند تقویت می‌شد.

بنابراین، مسئله این است که هزینه‌های اداری قواعد حقوقی و نظام مالیات بر درآمد چگونه مقایسه شوند. اشارات متعددی در این باره ارزش طرح دارند: اول، هزینه‌های اداری نظام مالیات بر درآمد (که از انحرافات که در تلاش کاری ایجاد می‌کنند متمایز هستند) ناچیز نیستند و احتمالاً بیش از ۵ درصد دلارهای جمع‌آوری شده را به خود اختصاص می‌دهند!^۱

دوم، هزینه‌های اداری توزیع مجدد از طریق قواعد حقوقی باید به دو جزء تقسیم شوند. یکی هزینه‌ای اداری توزیع مجدد از طریق دادخواهی و مصالحه است که همان‌طور که در بخش ۵-۲ بحث شد خیلی بالا و در حدود صد درصد است. اما راه دیگری که قواعد حقوقی، توزیع مجدد را محقق می‌کنند از طریق اثرات بر رفتار، مثلاً، به‌وسیله ترغیب آسیب‌رسانندگان به اتخاذ اقدامات احتیاطی. است که معمولاً به‌نظر نمی‌رسد شامل هزینه‌های اداری قابل توجهی باشد. بنابراین هزینه‌های اداری توزیع مجدد از طریق استفاده از قواعد حقوقی، ترکیبی از کم و زیاد هستند و به‌خود قاعده مورد بحث بستگی دارند.

۷-۳-۴-۵ تعدد قواعد حقوقی

حمایت از استدلال عمومی در مخالفت با استفاده از قواعد حقوقی برای توزیع مجدد درآمد عبارت است از اشاره به تعداد کلی قواعد حقوقی، زیرا این تعدد قواعد وظیفه

۱. برای برآوردهایی از هزینه‌های دولت و مالیات‌دهندگان مربوط به فرایند جمع‌آوری مالیات، به اسلم راد و باکیجا ۲۰۰۰، ۱۳۸-۱۳۴ رجوع کنید.

تعیین اثرات توزیعی‌شان را پیچیده می‌سازد. اگر قواعد حقوقی به‌طور فردی و براساس اثرات خاص‌شان بر توزیع درآمد، انتخاب می‌شدند، به‌ویژه به‌خاطر قصور در توجه به اثرات خنثی‌کننده قواعد مختلف زبان‌های اجتماعی غیرضروری ایجاد می‌شد.^۱ چون قواعد حقوقی تحت تأثیر نهادهای قانون‌گذاری مختلف هستند و به‌وسیله دادگاه‌ها نیز شکل می‌گیرند، کسی به این ادعا اعتماد ندارد که انتخاب قواعد حقوقی برای دستیابی به اهداف توزیعی با یک روش یکپارچه انجام می‌شود که تأثیر جمع شده قواعد مختلف را منعکس می‌کند.

۶-۴-۳-۷ تحریف تلاش کاری به موجب مالیات بر درآمد و توزیع درآمد کمتر از

ایدئال متعاقب

همان‌گونه که در قسمت ۲-۳-۷ توضیح داده شد، مالیات بر درآمد باعث انحراف تلاش کاری می‌شود و در نتیجه توزیع درآمد ناشی از آن، به موجب نظام مالیات بر درآمد مطلوب شامل نابرابری است؛ اگرچه دستیابی به یک توزیع عادلانه درآمد شاید ممکن باشد، عموماً مطلوب نیست چون انگیزه‌های کاری را خیلی زیاد تحلیل می‌برد. این سؤال به‌وجود می‌آید که آیا قواعد حقوقی باید به‌طور جزئی انتخاب شوند تا فاصله بین توزیع به موجب مالیات بر درآمد و آنچه از نظر اجتماعی ایدئال است را پر کنند؟ شاید قدری تعجب‌آور باشد که پاسخ منفی است؛ این حقیقت باقی می‌ماند که قواعد حقوقی نباید براساس اثرات توزیعی انتخاب شوند.

مخلص کلام این است که اگر قواعد حقوقی برای توزیع مجدد انتخاب شوند، این کار نیز باعث انحراف تلاش کاری خواهد شد. به‌عنوان مثال اگر کسانی که ۱۰۰۰ دلار

۱. به‌عنوان مثال، فرض کنید که مقدماً توزیع درآمد مطلوب تصور می‌شود و در یک زمان، انتخاب بین دو قاعده وجود دارد، A_1 ، B_1 ، وقتی A_1 بر مبنای غیرتوزیعی ارجحیت دارد اما به نفع ثروتمندان است. در نتیجه، قاعده B_1 ممکن است انتخاب شود اگر توزیع به‌نحوی در نظر گرفته شود تا ثروتمندان ثروتمندتر نشوند. همچنین فرض کنید که در زمان دیگر، انتخابی بین دو قاعده وجود دارد، A_2 ، B_2 ، وقتی A_2 بر مبنای غیرتوزیعی ارجحیت دارد و به نفع فقراست. در این زمان، می‌توانیم حدس بزنیم که B_2 ممکن است انتخاب شود تا جلوی خراب شدن دوباره توزیع درآمد اصلاح شده پیشین را بگیرد. لذا، می‌توانیم حدس بزنیم دو انتخاب مادون قاعده، به نفع B_2, B_1 ، ولو اینکه قواعد ارجح، A_2, A_1 اثرات توزیعی مخالف دارند که می‌تواند دقیقاً خنثی‌کننده باشد.

اضافی کسب می‌کنند بدانند که به‌خاطر قواعد حقوقی ۵۰۰ دلار بیشتر خواهند پرداخت (مثلاً بابت غرامت‌های شبه‌جرم اگر مسئول شناخته شوند)، این باعث کاهش انگیزه‌شان در کسب ۱۰۰۰ دلار به همان اندازه‌ای خواهد شد که مجبور شدن به پرداخت ۵۰۰ دلار بیشتر در قالب مالیات بر درآمد از انگیزه آنان فرومی‌کاست. اینکه دست مالیات بر درآمد دولت یا دست قضایی است که ۵۰۰ دلار را می‌گیرد برای یک شخص تفاوتی دربرندارد؛ آنچه برای او اهمیت دارد این واقعیت است که کسب ۱۰۰۰ دلار بیشتر منجر به این خواهد شد که ۵۰۰ دلار از آن مبلغ گرفته شود و این امر انگیزهٔ شخص را برای کار کردن کاهش می‌دهد.

استفاده از قواعد حقوقی برای توزیع مجدد درآمد درست به همان اندازه مالیات بر درآمد باعث انحراف انگیزه‌های کاری می‌شود. اما استفاده از قواعد حقوقی برای توزیع مجدد، همچنین در نیل به اهداف سودمند قواعد حقوقی، به‌ویژه هدایت رفتار، مداخله می‌کند. از این رو استفاده از قواعد حقوقی برای نیل به اهداف مطلوبیت که مستقیماً برای آنها در نظر گرفته شده‌اند و نه انتخاب آنها براساس اثرات توزیعی‌شان کار خوبی است. باید به‌خاطر شفافیت موضوع اضافه کنم که این نکته به‌صورت ریاضی در یک نسخهٔ نمونهٔ استاندارد مالیات بر درآمد و انحراف تلاش کاری اثبات شده است. در آن نمونه، نتیجهٔ ذیل (یک الحاقیهٔ این نتیجه در قسمت ۱-۴-۳-۷ ذکر گردید) مقرر می‌شود:

فرض کنید یک نظام مالیات بر درآمد وجود دارد و یک قاعدهٔ حقوقی که قاعده مرسوم مطلوب نیست انتخاب شده است. اگر آن قاعده با قاعدهٔ حقوقی مطلوب مرسوم عوض شود و نظام مالیات بر درآمد به‌طور مناسبی اصلاح گردد، همهٔ افراد منتفع خواهند شد. این نتیجه از آنچه در بندهای پیشین این قسمت بحث شد مبنی بر اینکه اگر قواعد حقوقی بر مبنای ملاحظات توزیعی انتخاب نشوند، همهٔ افراد می‌توانند منتفع شوند - قوی‌تر است.^۱

۱. این نتیجه‌گیری ابتدا در شاول ۱۹۸۱ نشان داده شده و در کاپلو و شاول ۱۹۹۴ ج نیز مورد بحث قرار گرفته و توضیح داده شده است؛ این نتیجه‌گیری براساس نتیجهٔ یک نوشتهٔ مربوط به مالیات بر درآمد مطلوب به‌دست آمده در هایلوند و زیگ‌هازر ۱۹۷۹ می‌باشد. نمونهٔ مورد استفاده در شاول و در کاپلو و شاول مربوط به آن نوشتهٔ مالیات بر درآمد است که در پاورقی شمارهٔ ۱ صفحه ۷۵۶ ماقبل تشریح شد اما در آن فعالیت تحت کنترل یک قاعدهٔ ۴-

۷-۳-۴-۷ فرایند سیاسی که مالیات بر درآمد را تعیین می‌کند از نظر اجتماعی مطلوب

نیست

گاهی اوقات با این استدلال مواجه می‌شویم که مالیات بر درآمد به‌وسیله یک فرایند سیاسی ناقص تنظیم می‌شود و در نتیجه، برنامه مالیات بر درآمد به توزیع مجدد مطلوب منجر نمی‌شود. این استدلال نتیجه می‌گیرد که، بنابراین، قواعد حقوقی باید حداقل به‌طور جزئی براساس جنبه‌های توزیعی‌شان انتخاب شوند تا مشکل فرایند سیاسی اصلاح شود. اما این استدلال توانایی افراد دارای قدرت سیاسی را برای خنثی کردن تلاش‌های کسانی که قواعد حقوقی را برای توزیع مجدد درآمد کنترل می‌کنند نادیده می‌گیرد.

اگر قواعد حقوقی در تلاش برای اخذ مقدار بیشتری از ثروتمندان و دادن به فقرا مورد استفاده قرار گیرند، تصور می‌شود کسانی که مالیات بر درآمد را کنترل می‌کنند قادرند این اثر را با کاهش نرخ‌های مالیاتی برای ثروتمندان کاهش دهند تا بار اضافی را که آنها تحت نظام حقوقی متحمل می‌شوند جبران کنند. لذا در نهایت، کسانی که قواعد حقوقی ناکارآمد را برای توزیع مجدد درآمد انتخاب می‌کنند فقط باعث ورود زیان به رفاه اجتماعی می‌شوند و توزیع مجدد اضافی حاصل نمی‌شود.

به‌هرحال اگر معلوم شود که دخالت فرایند سیاسی در انتخاب قاعده حقوقی نقش ناقصی در شکست تلاش‌ها برای تحقق اهداف توزیع مجدد و همین‌طور در بروز تعلل در تلاش‌های توزیع مجدد دارد، استدلال یاد شده قابل اعمال نخواهد بود.

→ حقوقی نیز وجود دارد. به‌ویژه افراد یک متغیر x به نام احتیاط را انتخاب می‌کنند که آسیب به دیگران $h(x)$ را کاهش می‌دهد اما شامل عدم مطلوبیت $d(x)$ برای آنهاست. قاعده حقوقی هزینه مسئولیت $l(x)$ را بر آنها تحمیل می‌کند. فرض کنید l^* قاعده حقوقی «کارآمد» است - که به حداقل رسیدن $h(x)+d(x)$ جمع شده در میان جمعیت منجر می‌شود. و فرض کنید t هر برنامه مالیات بر درآمدی باشد. فرض کنید l' یک قاعده حقوقی جایگزین است که کارآمد نیست - مثل قاعده‌ای با ویژگی‌های غیرتوزیعی‌اش. پس یک برنامه مالیاتی اصلاح شده t' مثل آن وجود خواهد داشت، بموجب t' و قاعده حقوقی کارآمد l^* ، همه افراد بیشتر منتفع می‌شوند تا به موجب t و قاعده ناکارآمد l' . همان‌گونه که در کاپلو و شاول ۱۹۹۴ ج بحث کرده‌ایم، این نتیجه‌گیری به فرض قابل تفکیکی درباره عدم مطلوبیت تلاش کاری و توابع تعیین‌کننده حوادث بستگی ندارد. به‌نظر می‌رسد این فرضیه برای بررسی به‌عنوان یک نشان پایه جهت تفکر طبیعی باشد. درهرصورت اگر این فرضیه رها شود، اگرچه قاعده حقوقی مطلوب به‌طور کلی کارآمد نیست، هیچ دلیلی برای اینکه قاعده مطلوب به‌نحوی باشد که به نفع فقرا توزیع مجدد کند وجود ندارد. در مورد موضوع اخیر به سانچیریکو ۲۰۰۰ و کاپلو و شاول ۲۰۰۰ رجوع کنید.

۷-۳-۴-۸ نتیجه

نکته اولیه که در اینجا مطرح شد مبنی بر اینکه قواعد حقوقی نباید براساس اثرات غیرتوزیعی شان بر درآمد انتخاب گردند قدری توصیف شده و در برخی جنبه‌ها ملاحظه تعدادی عوامل که بر آن تأثیر دارند تقویت شده است. به‌ویژه، کشف کردیم که در جایی که هزینه‌های اداری نظام مالیات بر درآمد فراتر از هزینه‌های اداری قواعد حقوقی به‌عنوان وسیله انتقال درآمد است، قواعد حقوقی ممکن است براساس اثرات غیرتوزیعی شان انتخاب شوند و اگر سرعت تعدیل نظام مالیاتی پایین باشد نیز همان موضوع ممکن است روی دهد. خواننده ممکن است ارتباط این دو نکته را مورد قضاوت قرار دهد.

ما همچنین فهمیدیم که کثرت قواعد حقوقی و نیاز به هماهنگ‌سازی واکنش‌هایی که نسبت به آنها وجود خواهد داشت، نادرستی انتخاب قواعد براساس اثرات غیرتوزیعی شان را اثبات می‌کند و انحراف تلاش کاری به موجب مالیات بر درآمد نیز اشکال توزیع مجدد به‌واسطه قواعد حقوقی است و بنابراین نتیجه‌گیری اولیه ما تغییر نمی‌کند. دریافتیم که نقایص تعیین شده در فرایند سیاسی نیز نتیجه‌گیری اصلی ما را مبنی بر اینکه قواعد حقوقی نباید بر مبنای غیرتوزیعی انتخاب شوند تغییر نمی‌دهد.

۷-۴ ملاحظات پایانی

اجازه بدهید این کتاب را با بحث مختصری درخصوص مسائلی که اغلب در ارتباط با تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق ایجاد می‌شود به پایان برسانم.

۷-۴-۱ تحلیل تشریحی راجع به اثرات قواعد حقوقی

۷-۴-۱-۱ مبنای این تصور عمومی که رفتار افراد به‌وسیله پیگیری محاسبه شده

نفع شخصی توضیح داده می‌شود چیست؟

من فکر می‌کنم این تصور کاملاً بدیهی است. اگر بخواهیم رفتار افراد را توصیف کنیم، با شناسایی اهداف آنها و پرسیدن اینکه چنانچه آگاهانه بدان صورت عمل می‌کنند برای پرورش اهداف خود چه خواهند کرد، تا حد قابل توجهی موفق خواهیم شد. به‌عنوان مثال، اگر بخواهیم بدانیم که آیا افراد تحت قاعده اهمال احتیاط خواهند کرد (بخش ۱-۲)، با

پرسیدن آنچه آنها اگر مزایای احتیاط کردن برحسب اجتناب از مسئولیت را با هزینه‌های اعمال احتیاط مقتضی مقایسه کنند انجام خواهند داد، به نتایج روشنی خواهیم رسید. لازم به تأکید نیست که تحلیل‌گران معتقدند تصور پیگیری محاسبه شده اهداف در یک مفهوم واقعی درست است. اکثر تحلیل‌گران قبول دارند که درواقع یک فرد ممکن است یک هدف کاملاً ثابت را دنبال نکند زیرا حالت روحی و دیگر عوامل روان‌شناسانه ممکن است اهدافش را به‌طور غیرمنتظره‌ای تغییر دهند. آنها قبول دارند که یک فرد ممکن است در همه لحظه‌ها به‌طور کامل پیگیر هدفش نباشد و ممکن است به‌خاطر تعصبات ادراکی یا محدودیت‌های زمانی و نیروی استدلال دچار اشتباه و توقف یا تعلل شود. درحقیقت در بررسی رفتار به موجب قاعده اهمال، این امکان را مورد تحقیق قرار دادیم که افراد به‌دلیل خطاهای تمرکز و نظایر آن دائماً رفاه‌شان را افزایش نمی‌دهند (قسمت ۱-۳-۲)؛ در آنجا یکی از اهداف این بود که توضیح دهیم چرا رفتار اهمال‌کارانه مورد ملاحظه قرار می‌گیرد. همین‌طور در بحث از حقوق جزا، این امکان را مورد بحث قرار دادیم که افراد ممکن است کنترل خود را از دست بدهند و مرتکب اعمال بد شوند (قسمت ۴-۵-۵)؛ در آنجا یکی از اهداف این بود که شرایطی را بیان کنیم که در آن ممکن است مجازات منجر به بازدارندگی نشود.

لذا اگرچه افق مورد تصور در تجزیه و تحلیل این کتاب به حداکثر رساندن محاسبه شده یک هدف بوده و غالباً اعلام نتیجه‌ها را برای توصیف آنها به‌هم‌ریخته است، مواقعی وجود داشته‌اند که فرضیه‌های معمول رها شده‌اند.

۷-۴-۱-۲ چرا عموماً در نمونه‌های نظری فرض می‌شود که فقط یک رشته نسبتاً

مضیق از ملاحظات بر رفتار حاکم است؟

دلیل اصلی که نمونه‌های الگووار نسبتاً ساده‌ای از واقعیت برای پیش‌بینی رفتار در تحقیقات نظری به‌کار گرفته می‌شود، کمک به تنویر درک و برداشت است؛ چون توصیف رفتار با افزایش تعداد عوامل مؤثر بر آن بسیار پیچیده می‌شود معمولاً بهترین کار شروع تجزیه و تحلیل با تحقیق در مورد اثرات تعداد کمی از عوامل مهم است.

باز هم مثال رفتار تحت قاعده اهمال را در نظر بگیرید. وقتی ابتدا در بخش ۱-۲

این قاعده را مطرح کردم، پرسیدم آیا فرض اینکه عامل خنثی در مقابل خطر است باعث جلوگیری از رفتار اهمال کارانه می شود یا خیر؟ آیا قطعاً به خاطر آسیبی که ناشی از اهمال است مورد تعقیب قرار می گیرد؟ آیا دارایی کافی برای پرداخت غرامت به موجب حکم دادگاه دارد؟ آیا بیمه مسئولیت ندارد؟ و آیا دادگاهی که او را محاکمه می کند عاری از اشتباه است؟

زمانی که رفتار عامل را تحت تمامی این فرضیه های ساده کننده استنتاج کردم - و به یاد می آورم که توصیف رفتار عامل خیلی هم کم اهمیت نبود - قادر بودم ادامه بدهم و در بخش ۲-۳ برداشتم را به طرق مختلف، یعنی با مجاز دانستن فرار افراد از دعوی با وجود یک احتمال، اینکه دارایی شان کمتر از آسیب باشد، اینکه بیمه مسئولیت داشته باشند و اینکه خطای قانونی روی دهد، گسترش بدهم. رسیدن به این درک که قاعده اهمال چگونه بر رفتار اثر می گذارد ساده نمی بود اگر ما با نمونه ای شروع کرده بودیم که همه این عوامل را دربرمی گرفت، زیرا تمیز و تفکیک اثرات جداگانه آنها دشوار می بود. این ماهیت معمول روش علمی نظری است که ابتدا از پیچیدگی اجتناب می کند تا بتواند بر تأثیر زیرمجموعه عوامل کانونی بر نتایج تمرکز ورزد و سپس با استفاده از آگاهی های به دست آمده علمی فرضیه اش را بنا نهد.

۳-۱-۴ پیش بینی در نمونه های نظری و پیش بینی تجربی

این مهم است که پیش بینی رفتار در نمونه های نظری، یعنی همان چیزی که من مطرح کرده ام، را از پیش بینی در یک مفهوم تجربی، که منظور من از آن پیش بینی نتایج واقعی است، تفکیک کنیم.

در نمونه های نظری، ما به دنبال پیش بینی رفتار در فضاهای انتزاعی هستیم و این کار را عمدتاً برای نیل به بینش فکری در ویژگی های کیفی موسع رفتار در دنیای واقعی انجام می دهیم. وقتی نمونه های نظری را مورد تحقیق قرار می دهیم، این کار را با برداشت آگاهانه مبنی بر اینکه آنها تصورات مصنوعی از دنیای واقعی هستند انجام می دهیم و درک می کنیم که معمولاً نمی توان از نمونه ها به طور مستقیم برای پیش بینی رفتار واقعی استفاده کرد. برای پیش بینی رفتار واقعی، نوعاً می توان از نمونه های

پیچیده‌تر استفاده کرد و می‌توان اطلاعات جمع‌آوری کرد؛ برای تخمین مقادیر معلوم این نمونه‌ها نیز می‌توان از روش‌های آماری استفاده کرد. لذا اگر قصد پیش‌بینی وقوع واقعی رفتار اهمال‌کارانه در میان رانندگان را داشته باشیم، می‌توانیم از نمونه نزول آماری با متغیرهای توضیحی استفاده کنیم که ویژگی‌های اجتماعی و اقتصادی رانندگان، عوامل جغرافیایی، مشخصات جاده‌ها، مشخصات اجرای قوانین راهنمایی و رانندگی و نظایر اینها را دربرمی‌گیرد.

در این کار تجربی، نمونه‌های نظری رفتار نوعاً برای اینکه به ما بگویند چه متغیرهایی را در نظر بگیریم (درآمد پابرجا خواهد بود وقتی مسئله مصونیت از حکم اهمیت می‌یابد و بازدارندگی را کاهش می‌دهد) و نتایج را چگونه تفسیر کنیم (وقتی بیمه‌گران می‌توانند احتیاط بیمه شده را کنترل کنند بیمه مسئولیت میل به کاهش خطرات حادثه دارد نه افزایش آنها) مفید هستند؛ اما نمونه‌های نظری در یک مفهوم بی‌واسطه به ما نمی‌گویند که چقدر رانندگی اهمال‌کارانه وجود دارد.

من معتقدم که بسیاری از پرسش‌ها و انتقادات بر تجزیه و تحلیل اقتصادی توصیفی مبنی بر ساده‌انگارانه بودن از آشفتگی اهداف مختلف پیش‌بینی نظری و پیش‌بینی تجربی ناشی می‌شوند.

۷-۴-۲ تحلیل اصولی راجع به مطلوبیت اجتماعی قواعد حقوقی

۷-۴-۲-۱ چرا مقیاس مطلوبیت اجتماعی غالباً به صورت یک مجموعه ساده در نظر گرفته می‌شود که بسیاری از عواملی را که در واقع برای رفاه اجتماعی مهم است، به‌ویژه جبران خسارت قربانیان، توزیع درآمد و برآورده ساختن اصول انصاف منعکس نمی‌کند؟

در این کتاب، همانند اکثر تجزیه و تحلیل‌های اصولی با دیدگاه اقتصادی از قواعد حقوقی، معیار رفاه اجتماعی که معمولاً مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد به مجموعه استاندارد مربوط می‌شود. به عنوان مثال ممکن است هدف به حداکثر رساندن مجموع منافع ناشی از یک فعالیت منهای آسیب‌های ایجاد شده به وسیله آن و منهای هزینه‌های اداری نظام حقوقی باشد، یا شاید هدف به حداقل رساندن هزینه‌های اجتماعی مطلق، یعنی جمع هزینه‌های پیشگیری به اضافه آسیب به اضافه هزینه‌های اداری باشد.

دلایل اصلی که چنین اهدافی مورد بررسی قرار می‌گیرند دوگانه هستند:

اول، ما طبیعتاً علاقه‌مند به تعیین حدی هستیم که قواعد حقوقی باعث پرورش تولید و فعالیت سودمند می‌شوند و مخارج پیشگیری و آسیب را کاهش می‌دهند؛ زیرا تولید و فعالیت سودمند معمولاً رفاه را افزایش می‌دهند و تحمل مخارج پیشگیری و آسیب عموماً رفاه ما را کاهش می‌دهند. این بدان معناست که یک قانون طبیعی برای توجه تحلیلی، مقیاس رفاه اجتماعی است که با منافع صعود و با مخارج و آسیب‌ها نزول می‌کند و یک مجموعه، مثل جمع ریاضی منافع منهای همه مخارج پیشگیری و آسیب‌ها، این ویژگی را دارد.

دوم، این پرسش مطرح می‌شود که: چرا یک مقیاس موسع‌تر رفاه اجتماعی نسبت به یک مجموعه ساده را مطالعه نکنیم وقتی می‌دانیم که عوامل دیگری برای رفاه افراد و لذا برای رفاه اجتماعی اهمیت دارند؟

یک پاسخ جزئی این است که محدودیت توجه به یک مجموعه مثل آنچه ذکر شد ما را قادر می‌سازد تا درک خود را از خواص قواعد حقوقی توضیح دهیم، چون به ما اجازه می‌دهد که اهمیت قواعد حقوقی را به ترویج تولید و کاهش مخارج و آسیب محدود کنیم.

اگر ما یک مقیاس موسع‌تر رفاه اجتماعی را به کار می‌بردیم، نمی‌دانستیم چرا یک قاعده حقوقی که معلوم می‌شود بهترین است واقعاً بهترین است. به عنوان مثال فرض کنید ما یک معیار رفاه اجتماعی را بررسی می‌کنیم که نه تنها عوامل موجود در مجموعه معمول بلکه جبران خسارت قربانیان را دربرمی‌گیرد و فرض کنید که از تجزیه و تحلیل، این نتیجه را می‌گیریم که قاعده مسئولیت محض بر قاعده اهمال تحت معیار موسع‌تر ارجحیت دارد. ما نمی‌دانیم که آیا آن ارجحیت به خاطر کیفیت مسئولیت محض در تأمین انگیزه‌ها جهت کاهش خطرات حادثه است یا از این واقعیت ناشی می‌شود که، طبق تعریف، مسئولیت محض بیشتر از قاعده اهمال جبران خسارت می‌کند؛ لذا قادر به تفسیر معنای ارجحیت مسئولیت محض در ارتباط با مقیاس موسع‌تر رفاه اجتماعی نخواهیم بود.

به عبارت دیگر، انگیزه ما برای استفاده از یک مقیاس مجموع محدودتر رفاه

اجتماعی این است که به ما اجازه می‌دهد به درک بهتری از جنبه‌های مطلوب قواعد حقوقی که با تأمین انگیزه‌های ترویج منافع و کاهش مخارج و آسیب‌ها سروکار دارند دست یابیم.

خواننده باید این انگیزه را در ذهن داشته باشد و معنای «مطلوب از نظر اجتماعی» را در بسیاری از زمینه‌ها در مقابل این سابقه و نه به‌عنوان مطلوب از نظر اجتماعی در یک مفهوم متمایل به توسعه درک کند.

این توضیحات دربارهٔ سهولت تحلیلی و تمایل به نوع خاصی از برداشت به‌عنوان دلایل استفاده از مقیاس‌های مجموعهٔ اصلی رفاه اجتماعی منجر به این پرسش می‌شود که چه چیز قربانی می‌شد یا چه چیز تغییر می‌کرد اگر ما عوامل دیگری که بر رفاه اجتماعی تأثیر دارند به‌ویژه جبران خسارت، توزیع درآمد و نظریات مربوط به انصاف را نیز به حساب می‌آوردیم. اکنون اجازه دهید این عوامل را مورد توجه و کنکاش قرار دهیم.

۲-۴-۷ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه اجتماعی یک عامل منعکس‌کنندهٔ جبران خسارت قربانیان، یا به‌طور معمول‌تر، تخصیص خطر مالی در نظر گرفته شود؟

تخصیص خطر مالی و لذا مطلوبیت اجتماعی تضمین آنکه افراد خطرگریز در مقابل زیان‌هایی که متحمل می‌شوند جبران خسارت خواهند شد را می‌توان در مقیاس رفاه اجتماعی در نظر گرفت (به‌عنوان یک موضوع تفصیلی، همهٔ آنچه ما باید انجام دهیم بررسی مطلوبیت مورد انتظار افراد خطرگریز به‌منزلهٔ استدلال‌هایی در رفاه اجتماعی است، لذا رفاه اجتماعی به تخصیص خطر بستگی دارد زیرا تخصیص خطر بر مطلوبیت‌های مورد انتظار افراد خطرگریز اثر خواهد گذاشت).

اما همان‌گونه که در بخش‌های مختلف کتاب تأکید کردم، در نظر گرفتن تخصیص خطر و حمایت از خطرگریز، نتایج حاصله دربارهٔ مطلوبیت قواعد حقوقی را به این دلیل ساده و مهم - که حمایت در مقابل خطر به‌وسیلهٔ بیمهٔ خصوصی حاصل می‌شود و اگر لازم باشد به‌وسیلهٔ تأمین اجتماعی نیز قابل تأمین است - چندان تغییر نمی‌دهد، درحالی‌که قواعد حقوقی وسیلهٔ گران‌تر و لذا پایین‌رتبه‌تر از جبران خسارت هستند.

بنابراین، همان‌گونه که من در قسمت‌های ۴ و ۵ بخش ۳-۴ نوشتم، قواعد شبه‌جرم نباید براساس اینکه خسارت قربانیان را چقدر جبران می‌کنند مورد ارزیابی قرار گیرند، زیرا بیمه شخص اول می‌تواند این وظیفه را انجام دهد؛ همین‌طور در قسمت ۲-۵-۱ نوشتم قاعده‌ای حقوقی که مستلزم جبران این منابع از سوی دولت است نباید مطلوب محسوب شود، زیرا در این صورت به‌خاطر عملکرد بیمه‌ای که سایر خواص این قاعده مثل کاهش دادن سوءاستفاده از قدرت دولت در اخذ مبالغ را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، نوعی بیمه و اخذ وجه با فقدان شرط جبران خسارت ظهور خواهد کرد.

این را نمی‌توان گفت که جبران خسارت و تحمل خطر هرگز به انتخاب قواعد حقوقی ربطی ندارند؛ نقایص موجود در بازارهای بیمه ممکن است در برخی شرایط آن را ربط بدهند اما در اصل، نتیجه‌گیری‌های ما درخصوص انتخاب قواعد حقوقی تغییر نمی‌کند اگر صریحاً با مسائل تخصیص خطر سروکار داشته باشیم.

۳-۲-۴-۷ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه

اجتماعی یک عامل منعکس‌کننده انصاف توزیعی در نظر گرفته شود؟

همان‌گونه که به تفصیل در بخش ۳-۷ تشریح کردم، به‌رغم اهمیت معیارهای انصاف توزیعی، شمول رسمی انصاف توزیعی در مقیاس رفاه اجتماعی باعث تغییر این نتیجه‌گیری‌ها درباره مقایسه قواعد حقوقی نشده است، چرا که نظام مالیات بر درآمد و انتقال را می‌توان برای پیگیری اهداف توزیعی درآمد به‌کار برد و استفاده از قواعد حقوقی برای نیل به اهداف توزیعی به آسیب اجتماعی منجر می‌شود زیرا فقط می‌تواند دیگر اهداف اجتماعی را که قواعد حقوقی ممکن است در خدمت آنها باشند منتفی سازد (قسمت ۴-۳-۷).

به‌عنوان مثال فرض کنید که احساس می‌شود ثروتمندان دارند پولدارتر می‌شوند و فقرا به‌طور فزاینده‌ای رنج می‌برند، به‌نحوی که باید کاری درباره این وضعیت کرد. مثلاً آیا این بدین مفهوم است که قیمت‌های بالایی که شرکت‌های دارویی با حق ثبت اختراع قادرند برای محصولات خود اخذ کنند به‌ویژه آنهایی که غالباً به‌وسیله فقرا مصرف می‌شوند، باید محدود شوند، یا اینکه قلمرو حمایت مالکیت فکری که به شرکت‌های دارویی داده شده است باید

محدود شود (تا اجازه دهند که داروهای عمومی مشابه فروخته شوند)؟

پاسخ منفی است و نظام مالیات بر درآمد و انتقال را می‌توان برای جبران مشکل پولدارتر شدن ثروتمندان و ضعیف‌تر شدن فقرا تنظیم کرد؛ تنظیم نظام مالیات و انتقال، یک روش ارجح اجتماعی برای درمان عدم انصاف توزیعی است در مقابل نظام حقوق مالکیت فکری که از نظر اجتماعی مطلوب ولی تضعیف‌کننده است و برای تشویق توسعه داروهای جدید طراحی شده است.

به عبارت دیگر، قانون راجع به حقوق مالکیت فکری تحت تأثیر ملاحظات توزیعی درآمد قرار نمی‌گیرد اگر ما این ملاحظات را به‌خاطر وجود نظام مالیات بر درآمد و انتقال در نظر بگیریم؛ بنابراین تجزیه و تحلیل حقوق با حذف ملاحظات توزیعی درآمد در وهله اول آسان‌تر می‌شود.

۴-۲-۷ برای ارزیابی قواعد حقوقی چه تفاوتی می‌کند که در مقیاس رفاه

اجتماعی، قواعد اخلاق، انصاف و عدالت در نظر گرفته شود؟

همان‌گونه که قبلاً بحث کردم، مفاهیم اخلاق و قواعد هم‌جنس می‌توانند در مقیاس رفاه اجتماعی و در تجزیه و تحلیل قواعد حقوقی گنجانده شوند. من تأکید کردم راه‌های متعددی وجود دارند که اصول اخلاق وارد تجزیه و تحلیل اصولی حقوق به موجب چارچوب رفاه اقتصادی شوند:

راه اول این است که افراد ممکن است میل به اقناع یک قاعده اخلاقی داشته باشند، مثل اینکه باید به عهد وفا شود یا اینکه مجازات باید متناسب با شدت جرم باشد. تاحدی که افراد چنین امیالی دارند، رضایتمندی‌شان باعث افزایش رفاه اجتماعی خواهد شد همان‌طور که اقناع هر میل دیگری چنین می‌کند.

انتخاب قواعد حقوقی ممکن است تحت تأثیر ملاحظات قواعد اخلاق قرار گیرد. به عنوان مثال اشاره کردم که وسعت مجازات مطلوب از نظر اجتماعی شاید پایین‌تر از آن باشد که نظریه ما در شرایطی که احتمال مجازات کم است ایجاب می‌کند. اینکه آیا و در چه زمان با در نظر گرفته شدن ضرورت اقناع اصول اخلاقی تغییر زیادی در نتیجه‌گیری به وجود خواهد آمد، به دلایل متنوعی که من مورد بررسی قرار دادم مسئله پیچیده‌ای است.

راه دومی که اخلاق وارد تحلیل رفاه اجتماعی حقوق می‌شود به این ملاحظه مربوط می‌گردد که وجود سلايق متمایل به قواعد اخلاق، رفاه ما را در مفهوم مرسوم، به‌خاطر اثراتی که چنین سلايقی بر رفتار دارند رواج خواهد داد. به‌عنوان مثال، وقتی که تضمین برای وعده‌ها وجود ندارد میل به وفای به‌عهد منجر به اعتماد و حفظ وعده‌ها می‌شود. بنابراین، تلقین و ترویج سلايق متمایل به اصول اخلاقی از نظر اجتماعی مطلوب خواهد بود. در اصل، این امر بر انتخاب قواعد حقوقی اثر می‌گذارد چون آن انتخاب می‌تواند در تجسم بخشیدن به سلايق ما در خصوص قواعد اخلاقی نقش بازی کند. با این حال می‌توان قدری درباره اهمیت تجربی تأثیر حقوق بر اخلاق تردید داشت.

۵-۲-۴ درباره هدف اجتماعی شناخته شده «به حداکثر رساندن ثروت» چه می‌توان گفت؟

من پرسش‌های اصولی درباره تجزیه و تحلیل اقتصادی حقوق و پاسخ‌های آنها را با این فرض مورد بحث قرار داده‌ام که معیار رفاه اجتماعی عبارت است از مقیاسی با یک شکل کلی که در اقتصاد رفاه به کار می‌رود، یعنی اینکه معیار رفاه اجتماعی تابعی از مطلوبیت‌های افراد است. به هر حال، درباره نظریه «به حداکثر رساندن ثروت»، به‌عنوان یک هدف اجتماعی که از سوی محققانی که قواعد حقوقی را در یک روش اقتصادی تجزیه و تحلیل کرده‌اند، مطرح شده است چه می‌توان گفت؟^۱

همان‌گونه که اکنون توضیح خواهم داد: الف) هدف به حداکثر رساندن ثروت، هدفی نیست که در اقتصاد رفاه به کار گرفته شود. در حقیقت، این یک هدف به‌خوبی تعریف شده نیست، یعنی از جنبه نظری متناقض است، ولو اینکه در محافل دانشگاهی حقوقی عقیده بر این است که به حداکثر رساندن ثروت هدف اصولی کلی مورد تضمین اقتصاددانان است.

ب) هدف به حداکثر رساندن ثروت از سوی دانشگاهیان علم حقوق به این دلیل

۱. ریچارد پوسنر در کارهای ابتدایی خود به حداکثر رساندن ثروت را تعریف کرد، به‌عنوان مثال به پوسنر ۱۹۷۹ رجوع کنید. اما او از آن هنگام اهداف اجتماعی دیگری را اتخاذ نموده است (که وی آنها را اهداف واقع‌گرایانه می‌نامد) برای مثال به پوسنر ۱۹۹۹ رجوع کنید.

طعنه‌آمیز که بسیار با اقتصاد رفاه سازگار است مورد انتقاد قرار گرفته است. (ج) با وجود این، ارزش تجزیه و تحلیل واقعی قواعد حقوقی پذیرفته شده تحت عنوان به حداکثر رساندن ثروت، خیلی تحت تأثیر ویژگی غامض این هدف قرار نگرفته است. به من اجازه دهید در مورد این وضعیت نادر توضیح دهم. نظریه به حداکثر رساندن ثروت حاوی این تأکید است که ارزش ثروت در جامعه باید به حداکثر برسد. این هدف قطعاً اقتصادی به نظر می‌رسد؛ به هر حال اقتصاددانان به پول و غنی‌سازی علاقه‌مند هستند، از تولید ناخالص ملی صحبت می‌کنند و نظایر اینها.

همان‌گونه که در قسمت ۷-۱-۱ بحث کردم، به هر حال معیار اصولی استاندارد مورد مطالعه در اقتصاد رفاه یک تابع رفاه اجتماعی، یعنی تابعی از مطلوبیت‌های افراد در جمعیت است. ثروت کل تابعی از مطلوبیت‌های افراد نیست و بنابراین بر حسب ظاهر، تابع رفاه اجتماعی هم نیست.

به علاوه من بیان کردم که به حداکثر رساندن ثروت حتی به خوبی تعریف نشده است. به ویژه نمی‌توان ثروت را محاسبه کرد مگر آنکه یک نظام قیمت‌ها برقرار شده باشد؛ ما ارزش یک خانه، یک اتومبیل یا کار یک شخص را چگونه می‌فهمیم اگر قیمت خانه و اتومبیل را ندانیم یا اگر دستمزد شخص را ندانیم؟ اما هیچ‌گونه نظام قیمتی طبیعی برای استفاده به عنوان نشان پایه محاسبه ثروت وجود ندارد و بنابراین درواقع ما نمی‌دانیم که ثروت چیست^۱!

ارتباط ارزیابی قواعد حقوقی با این ابهام در تعریف ثروت معمولاً برای خواننده ممکن است آشکار نباشد، اما این ابهام همیشه به صورت پنهان وجود دارد. به عنوان مثال این پرسش را در نظر بگیرید که آیا وظیفه خرید یک مجموعه آب‌پاش سقفی برای کاهش خطر آتش‌سوزی که ممکن است گسترش یابد و خانه‌های مجاور را کاملاً بسوزاند، برای یک شرکت از نظر اجتماعی مطلوب است؟ پاسخ به این پرسش درباره قاعده حقوقی مناسب از نظر اجتماعی، به قیمت مجموعه آب‌پاش سقفی و ارزش خانه‌ها بستگی دارد اما این ارزش چگونه باید اتخاذ شود؟ آیا یک قیمت طبیعی و صحیح برای

۱. یک پرسش دنیوی که این نکته را توضیح می‌دهد این است: چه چیزی ثروت بیشتری محسوب می‌شود، یک سیب یا یک موز؟ بدیهی است هیچ راهی وجود ندارد که پاسخ را بدانیم مگر آنکه قیمت سیب و موز را بدانیم.

یک مجموعه آب‌پاش سقفی و برای خانه‌های مجاور وجود دارد؟ بدون یک نظریه که توضیح دهد قیمت‌های صحیح چه هستند، نظریه ثروت و لذا مبنای پیشنهادی برای انتخاب قواعد حقوقی، بدون توضیح باقی می‌ماند.^۱

علی‌رغم این نکات، منتقدان به حداکثر رساندن ثروت در فرهنگستان‌های حقوقی به آن حمله کرده‌اند چون مورد گواهی اقتصاددانان است و چون یک هدف نامناسب از نظر اخلاقی است.^۲ مخلص این استدلال این است که معیار ثروت یک معیار یکپارچه است و لذا ارزش تضمین‌کننده آن را به این مضمون که تحمل‌کنندگان آسیب و زیان جبران خسارت خواهند شد منعکس نمی‌کند و توزیع ثروت در جامعه را هم منعکس نمی‌کند، درحالی‌که هم جبران خسارت کسانی که متحمل زیان شده‌اند و هم توزیع کلی ثروت در جامعه حائز اهمیت هستند.

محور اصلی اعتراض این انتقادات به تکه‌ای از اقتصاد رفاه مربوط می‌شود؛ همان‌گونه که مورد بحث قرار گرفت، جبران خسارت برای مقیاس‌های رفاه اجتماعی وقتی خطرگریزی در نظر گرفته می‌شود اهمیت دارد و توزیع ثروت و مطلوبیت برای رفاه اجتماعی به دلایل مختلف حائز اهمیت است (به قسمت ۷-۱-۱ و ۷-۳-۱ مراجعه کنید). لذا فرهیختگان حقوقی که عناصر اساسی اقتصاد رفاه را نمی‌دانند به آنچه اشتباهاً به‌عنوان چارچوب اقتصادی اصولی مرسوم تلقی می‌کنند می‌تازند و از استدلال‌هایی استفاده می‌کنند که ذاتاً مربوط به اقتصاد رفاه هستند. هم‌زمان بسیاری از مدافعان وضعیت

۱. همچنین، تا آنجا که من اطلاع دارم، هیچ مدافع به حداکثر رساندن ثروت یک مجموعه طبیعی قیمت‌ها را برای استفاده در محاسبه ثروت پیشنهاد نکرده یا حتی این را به‌عنوان یک مشکل مطرح نکرده است. به‌نظر می‌رسد برخی نویسندگان فرض می‌گیرند که مجموعه موجود قیمت‌ها را باید برای محاسبه ثروت مورد استفاده قرار دهند. اگرچه این مجموعه‌ای از قیمت‌هاست که می‌تواند در محاسبه ثروت به‌کار گرفته شود، روشن نیست جاذبه آن نسبت به مجموعه دیگری از قیمت‌ها چه خواهد بود. به‌علاوه، مجموعه فعلی قیمت‌ها به نهاد گسترده‌ای از قواعد حقوقی (مثل هر مجموعه‌ای مثل این) بستگی دارد - قواعد حقوقی مربوط به حقوق اموال، حقوق کار، نظام مالیات بر درآمد و نظایر اینها - درحالی‌که هدف تجزیه و تحلیل اصولی عبارت از انتخاب قواعد حقوقی است. لذا، اتخاذ مجموعه موجود قیمت‌ها به‌عنوان نشان پایه‌ای برای محاسبه ثروت و استفاده از این نشانه برای انتخاب از بین قواعد حقوقی مستلزم یک تسلسل است: قواعد حقوقی باید بر مبنای معیاری انتخاب شوند که خودش به یک رشته از قواعد حقوقی بستگی دارد.

۲. برای مثال رجوع کنید به دورکین ۱۹۸۰، کرونمان ۱۹۸۰ و همین‌طور نشست درباره کارآمدی به‌عنوان یک ملاحظه حقوقی در سال ۱۹۸۰.

«اقتصادی» هم، ظاهراً نسبت به تعاریف و مفاهیم بنیادی اقتصاد رفاه ناآگاه‌اند.

با وجود این، همان‌گونه که من نشان دادم، وقتی فردی واقعاً تجزیه و تحلیل پژوهشگرانی را که نتیجه‌گیری‌های اصولی‌شان برحسب به حداکثر رساندن ثروت طراحی شده است از قواعد حقوقی بررسی می‌کند، احساس می‌کند که نتیجه‌گیریشان درست به نظر می‌رسد. از یکسو، نتیجه‌گیری‌های آنها اکثراً با شناسایی خواص انگیزش مفید قواعد حقوقی سروکار دارد و ازسوی دیگر مشخص می‌شود که استثنا کردن ضمنی ملاحظات تحمل خطر و انصاف توزیعی ازسوی آنها، به دلایلی که در پاسخ به سؤالات مشخص شده قبلی در این قسمت ذکر کردم، هیچ اهمیتی ندارد. بنابراین قدرت این نتیجه‌گیری‌ها درخصوص قواعد حقوقی ایجاد شده ازسوی کسانی که به حداکثر رساندن ثروت را تضمین می‌کنند به نظر معقول می‌رسد، ولو اینکه هدف به حداکثر رساندن ثروت به‌عنوان یک موضوع کلی متناقض است و اگر به‌خوبی تعریف شده بود با آنچه اکثر ما فکر می‌کنیم نظریه متناسب خیر اجتماعی است مطابقت نمی‌کرد.

۶-۲-۴-۷ قواعد حقوقی ملاحظه شده چقدر با قواعد حقوقی مطلوب از نظر اجتماعی در مفهومی که مقیاس‌های رفاه اجتماعی مورد مطالعه را به حداکثر می‌رسانند، سازگار هستند؟

به نظر می‌رسد قواعد حقوقی، حداقل به صورت تقریبی و عمده، به ترویج عناصر اساسی رفاه اجتماعی مورد مطالعه در این کتاب کمک می‌کنند:

قواعد حقوق شبه جرم عموماً کاهش آسیب را هنگامی که ایجاد آن چندان گران تمام نمی‌شود پرورش می‌دهند؛ قواعد حقوق قراردادهای به انعقاد قراردادهای و اجرای آنها وقتی خیلی شاق نباشد منتهی می‌شوند؛ قواعد حقوق اموال تلاش کاری، نگهداری اموال و مبادله اموال را ترغیب می‌کنند و قواعد حقوق جزا تمایل به جلوگیری از جرم دارند. همچنین بدیهی است که قواعد حقوقی رفاه اجتماعی را همان‌گونه که من با تنوعی از مفاهیم بسیار خاص توصیف کرده‌ام توسعه می‌دهند. به‌عنوان مثال کاربرد دفاع افعال مشارکتی در حقوق شبه جرم (قسمت ۲-۱-۲) یا مجازات برای شروع جرم در حقوق جزا (قسمت ۴-۵-۵) را در نظر بگیرید.

به هر حال من در بسیاری از مواقع عنوان کردم که حقوق ممکن است از آنچه از نظر اجتماعی مطلوب به نظر می‌رسد منحرف گردد. به عنوان مثال در زمینه شبه جرم نشان دادم که پرداخت‌های صورت گرفته برای آسیب‌های غیر پولی، به ویژه برای فوت، ممکن است کم باشند ولی می‌توان آن‌ها را از طریق استفاده از نظام مرکب جریمه‌ها و غرامت‌ها بهبود بخشید (قسمت ۶-۴-۲) همچنین این نکته را مورد بحث قرار دادم که وقتی قربانیان مشتری شرکت‌ها هستند، مبنای کلی مسئولیت مدنی مورد سؤال قرار می‌گیرد (قسمت ۲-۲-۲).

در حقوق قراردادهای من به مطلوبیت احتمالی غرامت‌هایی که از آنچه به نظر می‌رسد آسیب وارده به قربانی نقض قرارداد باشد فراتر می‌روند، اشاره کردم؛ با این حال محاکم تمایلی به قبول چنین غرامت‌هایی ندارند (قسمت ۲-۳-۳). در زمینه تضمین حقوق، به عدم تمایل جامعه برای استفاده از جریمه‌های زیاد، حتی اگر این جریمه‌ها را بتوان با تضمین کمتر و صرفه‌جویی در هزینه‌های تضمین پیوند داد اشاره کردم (قسمت ۳-۲-۷). همچنین تاکید کردم که انگیزه‌های اجتماعی و خصوصی برای استفاده از نظام حقوقی اساساً مختلف هستند و در برخی قلمروها بهتر است استفاده از نظام حقوقی را کاهش دهیم یا ممنوع سازیم (قسمت ۱-۱-۴).

بنابراین به نظر می‌رسد تصویر کلی این است که نظریه ما راجع به اینکه چه چیزی از نظر اجتماعی مطلوب است، در چارچوب مقیاس‌های نسبتاً ساده رفاه اجتماعی که مورد بررسی قرار دادیم، گاهی با نظام حقوقی ما سازگار است و در مواقع دیگر با آن تعارض دارد.

۷-۴-۲-۷ تفسیر هرگونه سازگاری مشهود بین قواعد حقوقی و مطلوبیت آنها

در خصوص مقیاس‌های رفاه اجتماعی مورد مطالعه چیست؟

در یک مفهوم عمده و کلی، سازگاری حقوق با ترویج رفاه اجتماعی که در این جا تشریح شد باید مورد انتظار باشد، زیرا چگونه ممکن است وضعیت چنین باشد که حقوق عموماً برای جلوگیری از آسیب، ترویج کار و تجارت و نیل به دیگر منافع اجتماعی طراحی نشده باشد؟ (به سختی می‌توان تصور کرد که نظام حقوقی به مردم به خاطر ایجاد

حوادث، برای مصادره اموال دیگران و نظایر اینها پاداش دهد). اگرچه جنبه‌های بسیاری از حقوق وجود دارند که رفاه اجتماعی را به طرّقی که کاملاً مشهود نیست ترویج می‌کنند. برای لمس مثالی که پیشتر ذکر کردم، کاربرد مجازات شروع جرم در حقوق جزا را (در برابر فقدان کاربرد مجازات اعمال اهمال کارانه که منجر به آسیب نمی‌شوند در زمینه حقوق شبه‌جرم) در نظر بگیرید. یا این نکته را در نظر بگیرید که پرداخت غرامت‌های متوسط مثل مقیاس انتظار، در قبال نقض قرارداد برای هر دو طرف قرارداد سودمند است (قسمت ۲-۳-۳). در اینجا، تجزیه و تحلیل اقتصادی نوعی توضیح برای حقوق ملاحظه شده ارائه می‌کند که بدیع و دارای منفعت است. همچنین اشاره می‌کنم که سازگاری بین یک قاعده حقوقی و ترویج رفاه اجتماعی احتمالاً به‌خاطر درک مستقیم خواص ابزاری قاعده ازسوی کسانی که حقوق را شکل می‌دهند یا از جانب جمعیت نیست بلکه احتمالاً بیشتر ناشی از جاذبه قاعده بر مبانی انصاف است (مجازات شروع جرم ممکن است صحیح به نظر برسد).^۱ لذا توضیح برخی عناصر سازگاری بین حقوق و پیش‌بینی‌های نظریه اقتصادی ممکن است به‌طور قابل توجهی در منشأ کاربردی قواعد اخلاق نهفته باشد (قسمت ۴-۱-۷).

۷-۴-۲-۸ تفسیر عدم مطلوبیت نظام حقوقی در خصوص مقیاس‌های رفاه اجتماعی

مورد مطالعه چیست؟

دو تفسیر اساسی در خصوص چنین عدم مطلوبیتی وجود دارند. یکی این است که حقوق واقعاً از نظر اجتماعی نامطلوب نیست، بلکه انحراف بین آنچه ملاحظه می‌شود و آنچه مطلوب به نظر می‌رسد به وسیله مضیق بودن مقیاس رفاه اجتماعی تحت بررسی توضیح داده می‌شود. مثلاً امکان دارد تصور ما در به‌کارگیری ضمانت اجرای بالاتر برای جرائم وقتی احتمال دستگیری پایین است، به‌خاطر وابستگی ما به این اصل باشد که مجازات باید متناسب با شدت اعمال بد باشد، همان‌گونه که اشاره کردم، و اگر قرار باشد ما این سلیقه را در نظر بگیریم، استفاده از مجازات را نامطلوب یا بسیار کم نخواهیم دانست.

۱. به‌رحال اگر شروع جرم مجازات نمی‌شد و وقوع جرم افزایش می‌یافت، احتمال داشت که مردم بفهمند بازدارندگی ضعیف شده است و برای مجازات شروع جرم براساس مبانی ابزاری صریح و مبانی اخلاقی استدلال کنند.

البته تفسیر دوم عدم مطلوبیت این است که حقوق درواقع به اهداف اجتماعی ما خدمت نمی‌کند. طبق این دیدگاه، قصور ما در استفاده از مجازات‌های کیفری بالاتر، وقتی احتمال وضع آنها پایین است، بی‌میلی ما در استفاده از جریمه‌ها برای آسیب‌های غیرپولی در ترکیب با غرامت‌های شبه‌جرم، عدم تمایل ما به محدود ساختن دسترسی به نظام حقوقی، یا کمک مالی به آن طبق یک حساب جامع هزینه - درآمد در ارتباط با دسترسی و نظایر اینها رفاه اجتماعی واقعی را کاهش می‌دهد. حداقل برای من، روشن است که این دیدگاه به‌ویژه به‌خاطر قصور عمومی فرهیختگان حقوقی و دیگران که به‌منظور ارائه اظهارنظر تخصصی دربارهٔ نظام حقوقی و بررسی قاعده‌مند منافع و معایب ابزاری این نظام فراخوانده شده‌اند، اعتبار قابل توجهی دارد. بررسی علمی اجتماعی و به‌ویژه تحقیق تجربی هنوز نقش نسبتاً کوچکی در شکل‌گیری توصیه‌ها و نصایح پیرامون نظام حقوقی ایفا می‌کند. درهرصورت، وقتی مطالعهٔ نظری نشان می‌دهد که پیشرفت در حقوق ممکن است، این امیدواری وجود دارد که گاهی تحقیق مفیدی صورت گیرد.

منابع و مأخذ

- Abel, Andrew B. 1985. Precautionary Saving and Accidental Bequests. *American Economic Review* 75: 777-791.
- ACIL Life Insurance Fact Book. 1999. Washington, D. C.: American Council of Life Insurance.
- Aghion, Philippe, and Patrick Bolton. 1987. Contracts as a Barrier to Entry. *American Economic Review* 77: 388-401.
- Aghion, Philippe, and Benjamin Hermalin. 1990. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency. *Journal of Law, Economics, and Organization* 6: 381-409.
- Aghion, Philippe, Mathias Dewatripont, and Patrick Rey. 1994. Renegotiation Design with Unverifiable Information. *Econometrica* 62: 257-282.
- Alces, Peter A., and Harold F. See. 1994. *The Commercial Law of Intellectual Property*. Boston: Little, Brown.
- Alston, Lee J., Gary D. Libecap, and Robert Schneider. 1996. The Determinants and Impact of Property Rights: Land Titles on the Brazilian Frontier. *Journal of Law, Economics and Organization* 12: 25-61.
- Altonji, Joseph G., Fumio Hayashi, and Laurence J. Kotlikoff. 1997. Parental Altruism and Inter Vivos Transfers: Theory and Evidence. *Journal of Political Economy* 105: 1121-1166.
- Andenaes, Johannes. 1966. The General Preventive Effects of Punishment. *University of Pennsylvania Law Review* 114: 949-983.
- . 1975. General Prevention Revisited: Research and Policy Implications. *Journal of Criminal Law and Criminology* 66: 338-365.
- . 1983. Deterrence. In *Encyclopedia of Crime and Justice*, edited by Sanford H. Kadish, 2:591-597. New York: Free Press.
- Anderson, David A. 1999. The Aggregate Burden of Crime. *Journal of Law and Economics* 42: 611-642.

- Anderson, Terry L., and Peter J. Hill. 1990. The Race for Property Rights. *Journal of Law and Economics* 33: 177-197.
- Andreoni, James. 1990. Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm-Glow Giving. *Economic Journal* 100: 464-477.
- Andreoni, James, Brian Erard, and Jonathan Feinstein. 1998. Tax Compliance. *Journal of Economic Literature* 36: 818-860.
- Andrews, Edmund L. 1995. Winners of Wireless Auction to Pay \$7 Billion. *New York Times*, Mar. 14, 1995, p. D1.
- Arlen, Jennifer, Matthew Spitzer, and Eric Talley. 2002. Endowment Effects within Corporate Agency Relationships. *Journal of Legal Studies* 31: 1-37.
- Arrow, Kenneth J. 1969. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market Versus Nonmarket Allocation. In *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPB System*. Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st Session, 1: 47-64. Washington, D. C.: Government Printing Office.
- 1971. *Essays in the Theory of Risk –Bearing*. Chicago: Markham Publishing.
- 1974. Optimal Insurance and Generalized Deductibles. *Scandinavian Actuarial Journal* 1974: 1-42.
- Ashenfelter, Orley. 1998. Arbitration. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman. 1: 88-93. London: Macmillan.
- Ashenfelter, Orley, and David E. Bloom. 1984. Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence. *American Economic Review* 74: 111-124.
- Atkinson, Anthony B., and Joseph E. Stiglitz. 1980. *lectures on Public Economics*. New York: McGraw-Hill.
- August, Ray. 1993. Cowboys v. Rancheros: The Origins of Western American Livestock Law. *Southwestern Historical Quarterly* 96: 457-488.
- Austin, John. [1832] 1995. *The Province of Jurisprudence Determined*. edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ayres, B. Drummond, Jr. 1996. A Toll Road in California Offers a High-Tech Answer, to Traffic. *New York Times*, Jan. 2, 1996, p. A1.
- Ayres, Ian, and Robert Gertner. 1989. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economics Theory of Default Rules. *Yale Law Journal* 99: 87-130.
- Bailey, Martin J. 1998. Property Rights in Aboriginal Societies. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3: 155-157. London: Macmillan.
- Baird, Douglas, and Thomas Jackson. 1984. Information, Uncertainty, and the Transfer of Property. *Journal of Legal Studies* 13: 299-320.

- Baker, John. H. 2002. *An Introduction to English Legal History*. Fourth edition. London: Butterworths.
- Ballantine, Henry W. 1918. Title by Adverse Possession. *Harvard Law Review* 32: 135-159.
- Barnett, Randy E. 1986. A Consent Theory of Contract. *Columbia Law Review* 86: 269-321.
- Baron, Jonathan. 1993. *Morality and Rational Choice*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- 1994. Nonconsequentialist Decisions (with Commentary and Reply). *Behavioral and Brain Sciences* 17: 1-42.
- Barton, John H. 1972. The Economic Basis of Damages for Breach of Contract. *Journal of Legal Studies* 1: 277-304.
- Bassano, Joseph, Laura Dietz, Edward Esping, Tammy Hinshaw, Theresa Leming, Anne Payne, Jeanne Philbin, Kimberly Simmons, Susan Thomas, Lisa Zakolski, and Anne Melley. 1997. Automobiles and Highway Traffic. In *American Jurisprudence*, Second edition, 7A: 477-914, 8: 1-870. Saint Paul, Minn.: West Group.
- Baumol, William J., and Wallace E. Oates. 1988. *The Theory of Environmental Policy*. New York: Cambridge University Press.
- Baxter, William F., and Lillian R. Altree. 1972. Legal Aspects of Airport Noise. *Journal of Law and Economics* 15: 1-113.
- Bean, Michael J. 1983. *The Evolution of National Wildlife Law*. Revised Edition. New York: Praeger, Environmental Defense Fund.
- Beattie, J. M. 1986. *Crime and the Courts in England, 1660-1800*. Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- Bebchuk, Lucian A. 1984. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *RAND Journal of Economics* 15: 404-415.
- 1988. Suing Solely to Extract a Settlement. Offer. *Journal of Legal Studies* 17: 437-450.
- 1996. A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue. *Journal of Legal Studies* 25: 1-25.
- 1998. Suits with Negative Expected Value. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3: 551-554. London: Macmillan.
- Bebchuk, Lucian A., and Omri Ben-Shahar. 2001. Precontractual Reliance. *Journal of Legal Studies* 30: 423-457.

- Bebchuk, Lucian A., and Howard Chang. 1999. The Effect of Offer-of-Settlement Rules on the Terms of Settlement. *Journal of Legal Studies* 28: 489-513.
- Bebchuk, Lucian A., and Louis Kaplow. 1992. Optimal Sanctions When Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension. *Journal of Legal Studies* 21: 365-370.
- Bebchuk, Lucian A., and Ivan P. L. Png. 1999. Damage Measures for Inadvertant Breach of Contract. *International Review of Law and Economics* 19: 319-331.
- Bebchuk, Lucian A., and Steven Shavell. 1991. Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*. *Journal of Law, Economics, and Organization* 7: 284-312.
- Beccaria, Cesare. [1767] 1995. *On Crimes and Punishments, and Other Writings*. Edited by Richard Ballamy, Translated by Richard Davies, with Virginia Cox and Richard Bellamy, New York: Cambridge University Press.
- Becker, Gary S. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- Becker, Gary S., and George J. Stigler. 1974. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *Journal of Legal Studies* 3: 1-18.
- Beltramo, Mario. 1995. Italy. In *International Civil Procedures*, Edited by Christian T. Campbell, 419-494. London: Lloyd's of London Press.
- Ben-Shahar, Omri. 1998. Criminal Attempts. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, edited by Peter Newman, 1: 546-550. London: Macmillan.
- Benson, Bruce L. 2000. Arbitration. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 5: 159-193. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Bentham, Jeremy. [1789] 1973. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. In *The Utilitarians*. Reprint of 1823 edition. Garden City, N. Y.: Anchor Books.
- [1802] 1987. *The Theory of Legislation*. Translated by Richard Hildreth, edited by C. K. Ogden. Littleton, Colo.: Fred B. Rothman & Co.
- 1827. *Rationale of Judicial Evidence*. Vol. 5. London: Hunt and Clarke.
- Berger, Lawrence. 1974. A Policy Analysis of the Taking Problem. *New York University Law Review* 49: 165-226.
- Berman, Harold J. 1983. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Berndt, Ernst R., Iain M. Cockburn, and Zvi Griliches. 1996. Pharmaceutical Innovations and Market Dynamics: Tracking Effects on Price Indexes for Antidepressant Drugs. *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics* 1996: 133-188.

- Bernheim, B. Douglas. 1991. How Strong Are Bequest Motives? Evidence Based on Estimates of the Demand for Life Insurance and Annuities. *Journal of Political Economy* 99: 899-927.
- Bernheim, B. Douglas, Andrei Shleifer, and Laurence Summers. 1985. The Strategic Bequest Motive. *Journal of Political Economy* 93: 1045-1076.
- Bernstein, Lisa. 1992. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies* 21: 115-157.
- . 1998. Private Commercial Law. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3: 108-114. London: Macmillan.
- . 2001. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation and Through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review* 99: 1724-1790.
- Besen, Stanley M. 1998. Intellectual Property. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2: 348-352. London: Macmillan.
- Besen, Stanley M., and Leo J. Raskind. 1991. An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property. *Journal of Economic Perspectives* 5, No. 1: 3-27.
- Besley, Timothy. 1995. Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana. *Journal of Political Economy* 103: 903-937.
- . 1998. Investment Incentives and Property Rights. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2: 359-365. London: Macmillan.
- Biblowit, Charles. 1991. International Law and the Allocation of Property Rights in Common Resources. *New York International Law Review* 4: 77-85.
- Biggar, Darryl. 1995. A Model of Punitive Damages in Tort. *International Review of Law and Economics* 15: 1-24.
- Birmingham, Robert L. 1970. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review* 24: 273-292.
- Bishop, William. 1985. The Choice of Remedy for Breach of Contract. *Journal of Legal Studies* 14: 299-320.
- Blackstone, William. [1765-1769] 1992. *Commentaries on the Laws of England*. Reprint of the First edition. Buffalo: William S. Hein & Co.
- Blume, Lawrence, and Daniel L. Rubinfeld. 1984. Compensation for Takings: An Economic Analysis. *California Law Review* 72: 569-628.
- Blume, Lawrence, Daniel L. Rubinfeld, and Perry Shapiro. 1984. The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid? *Quarterly Journal of Economics* 99: 71-92.
- Blumstein, Alfred. 1983. Incapacitation. In *Encyclopedia of Crime and Justice*, edited by Sanford H. Kadish, 3: 873-880. New York: Free Press.

- Blumstein, Alfred, Jacqueline Cohen, and Daniel S. Nagin, editors. 1978. *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*. Washington, D. C.: National Academy of Sciences.
- Bonczar, Thomas P., and Allen J. Beck. 1997. Lifetime Likelihood of Going to State or Federal Prison. Bureau of Justice Statistics Special Report, Mar. 1997, NCJ-160092. Washington D. C.: U.S. Department of Justice.
- Bosselman, Fred P., David L. Callies, and John Banta. 1973. *The Taking Issue: A Study of the Constitutional Limits of Governmental Authority*. Washington, D. C.: U.S. Council on Environmental Quality.
- Bouckaert, Boudewijn, and Ben W. F. Depoorter. 2000. Adverse Possession Title Systems. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2: 18-31. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Bovenberg, A. Lans, and Lawrence H. Goulder. 2002. Environmental Taxation and Regulation. In *Handbook of Public Economics*, edited by Alan J. Auerbach and Martin Feldstein, 3: 1471-1545. Amsterdam: Elsevier.
- Braeutigam, Ronald, Bruce Owen, and John Panzar. 1984. An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems. *Law and Contemporary Problems* 47: 173-185.
- Breyer, Stephen. 1970. The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs. *Harvard Law Review* 84: 281-351.
- . 1982. *Regulation and Its Reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Brickman, Lester, Michael Horowitz, and Jeffrey O'Connell. 1994. *Rethinking Contingency Fees*. New York: Manhattan Institute.
- Brown, John P. 1973. Toward an Economic Theory of Liability. *Journal of Legal Studies* 2: 323-349.
- Brown, Ray Andrews. 1975. *The Law of Personal Property*, Third edition. Edited by Walter B. Raushenbush. Chicago: Callaghan.
- Buchanan, James M., and Wm. Craig Stubblebine. 1962. Externality. *Economica* 29: 371-384.
- Bundy, Stephen McG., and Einer R. Elhauge. 1991. Do Lawyers Improve the Adversary System? A General Theory of Litigation Advice and Its Regulation. *California Law Review* 79: 313-420.
- Burgunder, Lee B. 1985. An Economic Approach to Trademark Genericism. *American Business Law Journal* 23: 391-416.
- Byrd, Robert W., and Marion Barbier. 1992. France. In *Civil Appeal Procedures Worldwide*, edited by Charles Platto, 158-168. London: Graham and Trotman.

- Cahoon, Colin. 1990. Low Altitude Airspace: A Property Rights No-Man's Land. *Journal of Air Law and Commerce* 56: 157-198.
- Calabresi, Guido. 1961. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal* 70: 499-553.
- . 1965. The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs. *Harvard Law Review* 78: 713-745.
- . 1968. Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules-A Comment. *Journal of Law and Economics* 11: 67-73.
- . 1970. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- . 1975. Concerning Cause and the Law of Torts. *University of Chicago Law Review* 43: 69-108.
- Calabresi, Guido, and A. Douglas Melamed. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 85: 1089-1128.
- Calamari, John D., and Joseph M. Perillo. 1998. *The Law of Contracts*. Fourth edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Calandrillo, Steve P. 1998. An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 9: 301-360.
- Calfee, John, and Richard Craswell. 1984. Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards. *Virginia Law Review* 70: 965-1003.
- Cane, Peter. 1999. *Atiyah's Accidents, Compensation, and the Law*. Sixth edition. London: Butterworths.
- Carlton, Dennis W., and Glenn C. Loury. 1980. The Limitations of Pigouvian Taxes as a Long-Run Remedy for Externalities. *Quarterly Journal of Economics* 95: 559-566.
- Carr-Hill, Roy A., and Nicholas H. Stern. 1979. *Crime, the Police, and Criminal Statistics: An Analysis of Official Statistics for England and Wales Using Econometric Methods*. London: Academic Press.
- Carroll, Stephen J., James S. Kakalik, Nicholas M. Pace, and John L. Adams. 1991. *No-Fault Approaches to Compensating People Injured in Automobile Accidents*. Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice.
- Chang, Howard F. 1995. Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation. *RAND Journal of Economics* 26: 34-57.
- Charny, David. 1990. Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships. *Harvard Law Review* 104: 373-467.

- Che, Yeon-Koo, and Tai-Yeong Chung. 1999. Contract Damages and Cooperative Investments. *RAND Journal of Economics* 30: 84-105.
- Che, Yeon-Koo, and Donald B. Hausch. 1999. Cooperative Investments and the Value of Contracting. *American Economic Review* 89: 125-147.
- Che, Yeon-Koo, and Jong Goo Yi. 1993. The Role of Precedents in Repeated Litigation. *Journal of Law, Economics, and Organization* 9: 399-424.
- Cheung, Steven N. S. 1973. The Fable of the Bees: An Economics Investigation. *Journal of Law and Economics* 16: 11-33.
- . 1982. Property Rights in Trade Secrets. *Economic Inquiry* 20: 40-53.
- Chisum, Donald S. 1996. *Chisum on Patents: A Treatise on the Law of Patentability, Validity, and Infringement*. New York: LEXIS Publishing.
- Chisum, Donald S., Craig Allen Nard, Herbert F. Schwartz, Pauline Newman, and F. Scott Kieff. 2001. *Principles of Patent Law*. Second edition. New York: Foundation Press.
- Chu, C. Y. Cyrus, Sheng-cheng Hu, and Ting-yuan Huang. 2000. Punishing Repeat Offenders More Severely. *International Review of Law and Economics* 20: 127-140.
- Chung, Tai-Yeong. 1991. Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing. *Review of Economics Studies* 58: 1031-1042.
- . 1992. On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis. *Journal of Law, Economics, and Organization* 8: 280-305.
- Clark, Barkley, and Barbara Clark. 2001. *The Law of Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*. Revised edition. Vol. 1. Arlington, Va.: A.S. Pratt & Sons, Thomson Financial.
- Clarkson, Kenneth W., Roger Leroy Miller, and Timothy J. Muris. 1978. Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense? *Wisconsin Law Review* 1978: 351-390.
- Coase, Ronald H. 1959. The Federal Communications Commission. *Journal of Law and Economics* 2: 1-40.
- . 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3: 1-44.
- . 1974. The Lighthouse in Economics. *Journal of Law and Economics* 17: 357-376.
- . 1988. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.
- Cohen, George M. 2000. Implied Terms and Interpretation in Contract Law. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3: 78-99. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.

- Cohen, Jerry, and Alan S. Gutterman. 1998. *Trade Secrets Protection and Exploitation*. Washington, D.C.: Bureau of National Affairs.
- Cohen, Mark A. 1989. Corporate Crime and Punishment: A Study of Social Harm and Sentencing Practice in the Federal Courts, 1984-1987. *American Criminal Law Review* 26: 605-660.
- Cook, Philip J. 1977. Punishment and Crime: A Critique of Current Findings Concerning the Preventive Effects of Punishment. *Law and Contemporary Problems* 41: 164-204.
- Cook, Philip J., and Daniel A. Graham. 1977. The Demand for Insurance and Protection: The Case of Irreplaceable Commodities. *Quarterly Journal of Economics* 91: 143-156.
- Cooley, John W., and Steven Lubet. 1997. *Arbitration Advocacy*. South Bend, Ind.: National Institute for Trial Advocacy.
- Cooper, Russel, and Thomas W. Ross. 1985. Product Warranties and Double Moral Hazard. *RAND Journal of Economics* 16: 103-113.
- Cooter, Robert D. 1982. Economic Analysis of Punitive Damages. *Southern California Law Review* 56: 79-101.
- . 1985. Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution. *California Law Review* 73: 1-51.
- . 1989. Punitive Damages for Deterrence: When and How Much? *Alabama Law Review* 40: 1143-1196.
- Cooter, Robert D., and Daniel L. Rubinfeld. 1989. Economics Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal Economics Literature* 27: 1067-1097.
- . 1994. An Economic Model of Legal Discovery. *Journal of Legal Studies* 23: 435-463.
- Cooter, Robert, and Thomas Ulen. 2000. *Law and Economics*. Third edition. Reading, Mass.: Addison-Wesley.
- Corpus Juris Secundum*. 1961. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Couture, Tony. 1999. State. In *The Philosophy of Law*, edited by Christopher Berry Gray, 2: 834-837. New York: Garland Publishing.
- Cox, Donald. 1987. Motives for Private Income Transfers. *Journal of Political Economy* 95: 508-546.
- Craswell, Richard. 1988. Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach. *Southern California Law Review* 61: 629-670.
- . 1996. Offer, Acceptance, and Efficient Reliance. *Stanford Law Review* 48: 481-553.

- Craswell, Richard, and John E. Calfee. 1986. Deterrence and Uncertain Legal Standards. *Journal of Law, Economics, and Organization* 2: 279-303.
- Croley, Steven P., and Jon D. Hanson. 1993. Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability. *Michigan Law Review* 91: 683-797.
- Cropper, Maureen L., and Wallace E. Oates. 1992. Environmental Economics: A Survey. *Journal of Economic Literature* 30: 675-740.
- Croson, Rachel, and Jason S. Johnston. 2000. Experimental Results on Bargaining under Alternative Property Rights Regimes. *Journal of Law, Economics, and Organization* 16: 50-73.
- Cummins, J. David, Richard D. Phillips, and Mary A. Weiss. 2001. The Incentive Effects of No-Fault Automobile Insurance. *Journal of Law and Economics* 44: 427-464.
- Dales, J. H. 1968. *Pollution, Property, and Prices*. Toronto: University of Toronto Press.
- Daly, Martin, and Margo Wilson. 1988. *Homicide*. New York: A. de Gruyter.
- Dam, Kenneth W. 1994. The Economic Underpinnings of Patent Law. *Journal of Legal Studies* 23: 247-271.
- Dana, James D., Jr., and Kathryn E. Spier. 1993. Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation. *Journal of Law, Economics, and Organization* 9: 349-367.
- Danzon, Patricia M. 1983. Contingent Fees for Personal Injury Litigation. *Bell Journal of Economics* 14: 213-224.
- . 1984. Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets. *Journal of Legal Studies* 13: 517-549.
- . 1985. *Medical Malpractice: Theory, Evidence, and Public Policy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Darwin, Charles. [1874] 1998. *The Descent of Man*. Reprint of second edition. Amherst, N.Y.: Prometheus Books.
- Daughety, Andrew F. 2000. Settlement. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 5: 95-158. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Daughety, Andrew F., and Jennifer F. Reinganum. 1993. Endogenous Sequencing in Models of Settlement and Litigation. *Journal of Law, Economics, and Organization* 9: 314-348.
- . 2000. Appealing Judgments. *RAND Journal of Economics* 31: 502-525.
- Davenport, Neil. 1993. *United Kingdom Copyright and Design Protection: A Brief History*. Emsworth, Eng.: K. Mason Publication.

- Davies, James B. 1981. Uncertain Lifetime, Consumption, and Dissaving in Retirement. *Journal of Political Economy* 89: 561-577.
- Davis, Otto A., and Andrew Whinston. 1962. Externalities, Welfare, and the Theory of Games. *Journal of Political Economy* 70: 241-262.
- De Geest, Gerrit, and Filip Wuyts. 2000. Penalty Clauses and Liquidated Damages. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3: 141-161. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- De Meza, David. 1998. Coase Theorem. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1: 270-282. London: Macmillan.
- Demsetz, Harold. 1967. Toward a Theory of Property Rights. *American Economic Review: Papers and Proceedings* 57, no. 2: 347-359.
- Dorfner, Mary Francis, and Arthur D. Wolf. 1995. *Court Awarded Attorney Fees*. New York: Matthew Bender.
- De Vany, Arthur S., Ross D. Eckert, Charles J. Meyers, Donald J. O'Hara, and Richard C. Scott. 1969. A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study. *Stanford Law Review* 21: 1499-1561.
- Devlin, Rose Ann. 1990. Some Implications of No-Fault Automobile Insurance. *International Review of Law and Economics* 10: 193-205.
- Deweese, Don, David Duff, and Michael Trebilcock. 1996. *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*. New York: Oxford University Press.
- Diamond, Peter A. 1974a. Accident Law and Resource Allocation. *Bell Journal of Economics* 5: 366-405.
- 1974b. Single Activity Accidents. *Journal of Legal Studies* 3: 107-164.
- Diamond, Peter A., and Eric Maskin. 1979. An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract: Steady States. *Bell Journal of Economics* 10: 282-316.
- Dietz, Laura H. 2000. Salvage. In *American Jurisprudence*, second edition, 68: 211-289. St. Paul, Minn.: West Group.
- DiIulio, John J., Jr., and Anne Morrison Piehl. 1991. Does Prison Pay? *Brookings Review* 9, no. 4: 28-35.
- Dinwoodie, Graeme B., William O. Hennessey, and Shira Perlmutter. 2001. *International Intellectual Property Law and Policy*. Newark: Lexis Nexis.
- Dobbs, Dan B. 2000. *The Law of Torts*. St. Paul, Minn.: West Group.
- Donohue, John D, III. 1989. The Law and Economics of Tort Law: The Profound Revolution. Review of *The Economic Structure of Tort Law*, by

- William M. Landes and Richard A. Posner, and *Economic Analysis of Accident Law*, by Steven Shavell. *Harvard Law Review* 102: 1047-1073.
- Dukeminier, Jesse, and James E. Krier. 1998. *Property*. Fourth edition. New York: Aspen Law and Business.
- Dworkin, Ronald M. 1980. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies* 9: 191-226.
- Easterbrook, Frank H. 1981. Insider Trading, Secret Agents, Evidentiary Privileges, and the Production of Information. *Supreme Court Review* 1981: 309-365.
- Eckert, Ross D. 1979. *The Enclosure of Ocean Resources: Economics and the Law of the Sea*. Stanford, Calif.: Hoover Institution Press.
- Economides, Nicholas S. 1988. The Economics of Trademarks. *Trademark Reporter* 78: 523-539.
- . 1998. Trademarks. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3: 601-603. London: Macmillan.
- Edlin, Aaron S. 1998. Breach Remedies. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1: 174-179. London: Macmillan.
- Edlin, Aaron S., and Stefan Reichelstein. 1996. Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment. *American Economic Review* 86: 478-501.
- Ehrlic, Issac. 1996. Crime, Punishment, and the Market for Offenses. *Journal of Economic Perspectives* 10, no. 1: 43-67.
- Eide, Erling. 2000. Economics of Criminal Behavior. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 5: 345-389. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Eisenberg, Melvin A. 1979. Donative Promises. *University of Chicago Law Review* 47: 1-33.
- Eisenberg, Theodore. 1990. Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Testes. *Journal of Legal Studies* 19: 337-358.
- Eisenberg, Theodore, and Henry S. Farber. 1997. The Litigious Plaintiff Hypothesis: Case Selection and Resolution. *RAND Journal of Economics* 28: S92-S112.
- Eisenberg, Theodore, John Goerdt, Brian Ostrom, David Rottman, and Martin T. Wells. 1997. The Predictability of Punitive Damages. *Journal of Legal Studies* 26: 623-661.
- Eisner, Robert, and Robert H. Strotz. 1961. Flight Insurance and the Theory of Choice. *Journal of Political Economy* 69: 355-368.

- Ellickson, Robert C. 1973. Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls. *University of Chicago Law Review* 40: 681-781.
- 1986. Adverse Possession and Perpetuities Law: Two Dents in the Libertarian Model of Property Rights. *Washington, University Law Quarterly* 64: 723-737.
- 1991. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1993. Property in Land. *Yale Law Journal* 102: 1315-1400.
- Ely, Northcutt. 1938. The Conservation of Oil. *Harvard Law Review* 51: 1209-1244.
- Emons, Winand. 1990. Efficient Liability Rules for an Economy with Non-Identical Individual. *Journal of Public Economics* 42: 89-104.
- 2000. Expertise, Contingent Fees, and Insufficient Attorney Effort. *International Review of Law and Economics* 20: 21-33.
- Emons, Winand, and Joel Sobel. 1991. On the Effectiveness of Liability Rules When Agents Are Not Identical. *Review of Economic Studies* 58: 375-390.
- Eörsi, Gyula. 1983. Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs. In *International Encyclopedia of Comparative Law*, edited by André Tunc, vol. 11, ch. 4. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Epplé, Dennis, and Artur Raviv. 1978. Product Safety: Liability Rules, Market Structure, and Imperfect Information. *American Economic Review* 68: 80-95.
- Epstein, Richard A. 1980. *Modern Products Liability Law: A Legal Revolution*. Westport, Conn.: Quorum Books.
- 1985. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Evans, Robert. 1987. The Early History of Fire Insurance. *Journal of Legal History* 8: 88-91.
- Eyre, Frank, and E. C. R. Hadfield. 1945. *The Fire Service Today*. London: Oxford University Press.
- Fact Book, 2001*. 2001. New York. Insurance Information Institute.
- Farber, Daniel A. 1992. Economic Analysis and Just Compensation. *International Review of Law and Economics* 12: 125-138.
- Farber, Henry S., and Michelle J. White. 1991. Medical Malpractice: An Empirical Examination of the Litigation Process. *RAND Journal of Economics* 22: 199-217.

- Farmer, Amy, and Paul Pecorino. 1996. Issues of Informational Asymmetry in Legal Bargaining. In *Dispute Resolution: Bridging the Settlement Gap*, edited by David A. Anderson, 79-105. Greenwich, Conn.: JAI Press.
- Farnsworth, E. Allan. 1999. *Contracts*. Third edition. New York: Aspen Law and Business.
- Farnsworth, Ward. 1999. Do Parties to Nuisance Cases Bargain after Judgment? A Glimpse inside the Cathedral. *University of Chicago Law Review* 66: 373-436.
- Faure, Michael G. 2000. Environmental Regulation. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2: 433-520. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Feder, Gershon, and David Feeny. 1991. Land Tenure and Property Rights. Theory and Implications for Development Policy. *World Bank Economic Review* 5: 135-153.
- Federal Procedure*. 2000. Lawyers Edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Feldman, Allan M. 1987. Welfare Economics. In *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, 4: 889-896. London: Macmillan.
- Fischel, Daniel R. 1998. Lawyers and Confidentiality. *University of Chicago Law Review* 65: 1-33.
- Fischel, Daniel R., and Alan O. Sykes. 1996. Corporate Crime. *Journal of Legal Studies* 25: 319-349.
- Fischel, William A. 1995. *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Fisher, William W., III. 1988. Reconstructing the Fair Use Doctrine. *Harvard Law Review* 101: 1659-1795.
- Fishman, Michael J., and Kathleen M. Hagerty. 1990. The Optimal Amount of Discretion to Allow in Disclosure. *Quarterly Journal of Economics* 105: 427-444.
- Fleming, John G. 1998. *The Law of Torts*. Ninth edition. Sydney: LBC Information Services.
- Flinn, Patrick J. 2001. *Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies*. New York: Aspen Law and Business.
- Forte, David F. 1983. Comparative Criminal Law and Enforcement: Islam. In *Encyclopedia of Crime and Justice*, edition by Sanford H. Kadish, 1: 193-200. New York: Free Press.
- Foster, Seena. 2000. Validity, Construction, and Application of Abandoned Shipwreck Act of 1987. *American Law Reports, Federal Cases and Annotations* 163: 421-444.

- Frank, Robert H. 1988. *Passions within Reason: The Strategic Role of the Emotions*. New York: W. W. Norton.
- Frech, H. E., III. 1973. Pricing of Pollution: The Coase Theorem in the Long Run. *Bell Journal of Economics and Management Science* 4: 316-319.
- Fried, Charles. 1981. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Friedman, Alan E. 1969. An Analysis of Settlement. *Stanford Law Review* 22: 67-100.
- Friedman, David, and William Sjoström. 1993. Hanged for a Sheep-The Economics of Marginal Deterrence. *Journal of Legal Studies* 22: 345-366.
- Friedman, David D., William M. Landes, and Richard A. Posner. 1991. Some Economics of Trade Secret Law. *Journal of Economic Perspectives* 5, no. 1: 61-72.
- Fudenberg, Drew, and Jean Tirole. 1990. Moral Hazard and Renegotiation in Agency Contracts. *Econometrica* 58: 1279-1319.
- Fuller, Lon L., and William R. Perdue, Jr. 1936. The Reliance Interest in Contract Damages, Part 1. *Yale Law Journal* 46: 52-96.
- Gabel, George F., Jr. 1994. Abandoned, Lost, and Unclaimed Property. In *American Jurisprudence*, second edition, 1: 1-54. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing.
- Gale, William G., and John Karl Scholz. 1994. Intergenerational Transfers and the Accumulation of Wealth. *Journal of Economic Perspectives* 8, no. 4: 145-160.
- Gallini, Nancy. 2002. The Economics of Patents: Lessons from Recent U.S. Patent Reform. *Journal of Economic Perspectives* 16, no. 2: 131-154.
- Garner, J. F., editor. 1975. *Compensation for Compulsory Purchase: A Comparative Study*. London: United Kingdom National Committee of Comparative Law.
- Garoupa, Nuno. 1997. The Theory of Optimal Law Enforcement. *Journal of Economic Surveys* 11: 267-295.
- . 1999. Optimal Law Enforcement with Dissemination of Information. *European Journal of Law and Economics* 7: 183-196.
- Geistfeld, Mark. 2000. Products Liability. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3:347-395. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Gertner, Robert H. 1998. Disclosure and Unravelling. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1: 605-608. London: Macmillan.

- Gilbert, Richard, and Carl Shapiro. 1990. Optimal Patent Length and Breadth. *RAND Journal of Economics* 21: 106-112.
- Ginsburg, Douglas H., and Paul Shechtman. 1993. Blackmail: An Economic Analysis of the Law. *University of Pennsylvania Law Review* 141: 1849-1876.
- Glaeser, Edward L. 1998. Economic Approach to Crime and Punishment. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2: 1-6. London: Macmillan.
- Glendon, Mary Ann. 1989. *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Goetz, Charles J., and Robert E. Scott. 1977. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. *Columbia Law Review* 77: 554-594.
- . 1980. Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract. *Yale Law Journal* 89: 1261-1322.
- Goldberg, Stephen B., Frank E. A. Sander, and Nancy H. Rogers. 1999. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. Third edition. Gaithersburg, Md.: Aspen Law and Business.
- Goldberg, Victor P. 1974. The Economics of Product Safety and Imperfect Information. *Bell Journal of Economics and Management Science* 5: 683-688.
- Goldstein, Paul. 2001a. *Copyright*. Second edition. New York: Aspen Law.
- . 2001b. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. New York: Oxford University Press.
- Gordon, Wendy J. 1982. Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax* Case and Its Predecessors. *Columbia Law Review* 82: 1600-1657.
- Gordon, Wendy J., and Robert G. Bone. 2000. Copyright. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2: 189-215. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Gould, John P. 1973. The Economics of Legal Conflicts. *Journal of Legal Studies* 2: 279-300.
- Grabowski, Henry G., and John M. Vernon. 1992. Brand loyalty, Entry, and Price Competition in Pharmaceuticals after the 1984 Drug Act. *Journal of Law and Economics* 35: 331-350.
- Grady, Mark F. 1983. A New Positive Economic Theory of Negligence. *Yale Law Journal* 92: 799-829.
- Graetz, Michael J. 1985. Retroactivity Revisited. *Harvard Law Review* 98: 1820-1841.

- Gravelle, H. S. E. 1993. The Efficiency Implications of Cost-Shifting Rules. *International Review of Law and Economics* 13: 3-18.
- Green, Jerry. 1976. On the Optimal Structure of Liability Laws. *Bell Journal of Economics* 7: 553-574.
- Green, Jerry R., and Suzanne Scotchmer. 1995. On the Division of Profit in Sequential Innovation. *RAND Journal of Economics* 26: 20-33.
- Greenberg, David F. 1983. Age and Crime. In *Encyclopedia of Crime and Justice*, edited by Sanford H. Kadish, 1: 30-35. New York: Free Press.
- Greif, Avner. 1998. Informal Contract Enforcement: Lessons from Medieval Trade. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2: 287-295. London: Macmillan.
- Grossman, Sanford J. 1981. The Information Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality. *Journal of Law and Economics* 24: 461-483.
- Grout, Paul A. 1984. Investment and Wages in the Absence of Binding Contracts: A Nash Bargaining Approach. *Econometrica* 52: 449-460.
- Haddock, David D., Fred S. McChesney, and Menahem Spiegel. 1990. An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions. *California Law Review* 78: 1-51.
- Hadfield, Gillian K. 1994. Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts. *Journal of Legal Studies* 23: 159-184.
- Hahn, Robert W. 1990. Regulation: Past, Present, and Future. *Harvard Journal of Law Public Policy* 13: 167-228.
- Hahn, Robert W., and Robert N. Stavins. 1991. Incentive-Based Environmental Regulation: A New Era from an Old Idea? *Ecology Law Quarterly* 18: 1-42.
- Halpern, Paul. 1998. Limited and Extended Liability Regimes. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:581-591. London: Macmillan.
- Hamada, Koichi. 1976. Liability Rules and Income Distribution in Product Liability. *American Economics Review* 66: 228-234.
- Hamilton, Jonathan H., Eytan Sheshiski, and Steven M. Slutsky. 1989. Production Externalities and Long-Run Equilibria: Bargaining and Pigovian Taxation. *Economics Inquiry* 27: 453-471.
- Hannesson, Rögnvaldur. 1991. From Common Fish to Rights Based Fishing. *European Economic Review* 35: 397-407.
- Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. 1991. Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts. *Yale Law Journal* 100: 1879-1934.

- . 2002. Property, Contract, and Verifications: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, no. 388. Cambridge, Mass.: Harvard Law School.
- Hare, Richard M. 1981. *Moral Thinking: Its Levels, Method, and Point*. Oxford: Oxford University Press.
- Harsanyi, John C. 1977. *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. A., and Tony Honoré. 1985. *Causation in the Law*. Second edition. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, Oliver D. 1987. Incomplete Contracts. In *The New Palgrave Dictionary of Economics*, edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, 2:752-759. London: Macmillan.
- Hart, Oliver D., and Bengt Holmström. 1987. The Theory of Contracts. In *Advances in Economic Theory*, Fifth World Congress, edited by Truman Bewley, 71-155. New York: Cambridge University Press.
- Hart, Oliver D., and John Moore. 1988. Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica* 56:755-785.
- Hatzis, Aristedes N. 2002. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law. *International Review of Law and Economics* 22: 381-406.
- Hau, Timothy D. 1990. Electronic Road Pricing: Developments in Hong Kong, 1983-1989. *Journal of Transport Economics and Policy* 24:203-214.
- Hause, John C. 1989. Indemnity, Settlement, and Litigation, or I'll Be Suing You. *Journal of Legal Studies* 18:157-179.
- Hausman, Jerry A., editor. 1993. *Contingent Valuation: A Critical Assessment*. Amsterdam: North Holland.
- Hawes, James E. 1997. *Trademark Registration Practice*. Second edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Hay, Bruce L. 1994. Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope. *Journal of Legal Studies* 23:481-515.
- . 1995. Effort, Information, Settlement, Trial. *Journal of Legal Studies* 24:29-62.
- . 1996. Contingent Fees and Agency Costs. *Journal of Legal Studies* 25:503-533.
- Hay, Bruce L., and Kathryn E. Spier. 1998. Settlement of Litigation. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:442-451. London: Macmillan.

- Heilbroner, Robert L. 1962. *The Making of Economic Society*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall.
- 1987. Capitalism. In *The New Palgrave Dictionary of Economics*, edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, 1:347-353. London: Macmillan.
- Heller, Michael A. 1999. The Boundaries of Private Property. *Yale Law Journal* 108:1163-1223.
- Heller, Michael A., and Rebecca S. Eisenberg. 1998. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science* 280:698-701.
- Henry, David J. 1977. Multi-National Practice in Determining Provisions in Compulsory Patent Licenses. *Journal of International Law and Economics* 11:325-351.
- Hensler, Deborah R., Mary E. Vaiana, James S. Kakalik, and Mark A. Peterson. 1987. *Trends in Tort Litigation*. R-3583-ICJ. Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice.
- Hermalin, Benjamin E. 1995. An Economic Analysis of Takings. *Journal of Law, Economics, and Organization* 11:64-86.
- Herzog, Peter E., and Delmar Karlen. 1982. Attacks on Judicial Decisions. Chapter 8 in volume 16, *Civil Procedure*, edited by Mauro Cappelletti. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Hesse, Carla. 1989. Economic Upheavals in Publishing. In *Revolution in Print*, edited by Robert Darnton and Daniel Roche, 69-97. Berkeley: University of California Press.
- Higgins, Richard S. 1978. Producers' Liability and Product-Related Accidents. *Journal of Legal Studies* 7:299-321.
- Hirshleifer, Jack. 1971. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. *American Economic Review* 61:561-574.
- 1977. Economics from a Biological Viewpoint. *Journal of Law and Economics* 20:1-52.
- 1978. Natural Economy versus Political Economy. *Journal of Social and Biological Structures* 1:319-337.
- 1987. On the Emotions as Guarantors-of Threats and Promises. In *The Latest on the Best: Essays on Evolution and Optimality*, edited by John Dupré, 307-326. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Hobbes, Thomas. [1651] 1958. *Leviathan, Parts I and II*. Introduction by Herbert W. Schneider. Indianapolis: Library of Liberal Arts, Bobbs-Merrill.
- Hoffman, Elizabeth, and Matthew L. Spitzer. 1982. The Coase Theorem: Some Experimental Tests. *Journal of Law and Economics* 25:73-98.

- Hoffman, Jan. 1997. Crime and Punishment: Shame Gains Popularity. *New York Times*, Jan. 16, 1997, p. A1.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. [1881] 1963. *The Common Law*. Mark DeWolfe Howe, editor. Boston: Little, Brown.
- Honoré, Anthony. 1983. Causation and Remoteness of Damage. Chapter 7 of volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Huber, Peter W. 1988. *Liability: The Legal Revolution and Its Consequences*. New York: Basic Books.
- Huberman, Gur, David Mayers, and Clifford W. Smith, Jr. 1983. Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules. *Bell Journal of Economics* 14:415-426.
- Hughes, James W., and Edward A. Snyder. 1995. Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence. *Journal of Law and Economics* 38:225-250.
- . 1998. Allocation of Litigation Costs: American and English Rules. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:51-56. London: Macmillan.
- Hume, David. [1739] 1992. *Treatise of Human Nature*. Buffalo, N.Y.: Prometheus Books.
- . [1751] 1998. *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. Edited by Tom L. Beauchamp. Oxford: Oxford University Press.
- Hurd, Michael D. 1989. Mortality Risk and Bequests. *Econometrica* 57:779-813.
- Hurt, Robert M., and Robert M. Schuchman. 1966. The Economic Rationale of Copyright. *American Economic Review: Papers and Proceedings* 56:421-432.
- Hutcheson, Francis. [1725-1755] 1994. *Philosophical Writings*. edited by R. S. Downie. London: Everyman Library.
- Hyllund, Aanund, and Richard Zeckhauser. 1979. Distributional Objectives Should Affect Taxes but Not Program Choice or Design. *Scandinavian Journal of Economics* 81:264-284.
- Hylton, Keith N. 1993. Asymmetric Information and the Selection of Disputes for Litigation. *Journal of Legal Studies* 22:187-210.
- Innes, Robert. 1999. Remediation and Self-Reporting in Optimal Law Enforcement. *Journal of Public Economics* 72:379-393.
- Izuel, Leeanna. 1991. Property Owners' Constructive Possession of Treasure Trove: Rethinking the Finders Keepers Rule. *UCLA Law Review* 38:1659-1702.
- Jacobs, Alan J. 1987. *Trademarks Throughout the World*. Fourth edition. New York: Trade Activities.

- Jacobs, Allan B. 1993. *Great Streets*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Jaffe, Adam B. 2000. The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process. *Research Policy* 29:531-557.
- Jerry, Robert H. 1996. *Understanding Insurance Law*. Second edition. New York: Matthew Bender.
- Johnson, Ronald N., and Gary D. Libecap. 1982. Contracting Problems and Regulation: The Case of the Fishery. *American Economic Review* 72:1005-1022.
- Johnston, Jason S. 1990. Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules. *Yale Law Journal* 100:615-664.
- Jolls, Christine. 1997. Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification. *Journal of Legal Studies* 26:203-237.
- Jolls, Christine, Cass R. Sunstein, and Richard Thaler. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50:1471-1550.
- Jones, G. Kevin. 1984. The Development of Outer Continental Shelf Energy Resources. *Public Land and Resources Law Digest* 21:36-111.
- Jones, William K. 1995. Confiscation: A Rationale of the Law of Takings. *Hofstra Law Review* 24:1-88.
- Joost, Robert H. 1992. *Automobile Insurance and No-Fault Law*. Second edition. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan.
- Joskow, Paul L. 1977. Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case. *Journal of Legal Studies* 6:119-176.
- Jost, Peter-J. 1996. Limited Liability and the Requirement to Purchase Insurance. *International Review of Law and Economics* 16:259-276.
- Kahan, Marcel. 1989. Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule. *Journal of Legal Studies* 18:427-447.
- Kahn, Alfred E. 1988. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*. Second edition. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch, and Richard L. Thaler. 1990. Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy* 98:1325-1348.
- Kahneman, Daniel, Paul Slovic, and Amos Tversky, editors. 1982. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. New York: Cambridge University Press.
- Kakalik, James S., and Nicholas M. Pace. 1986. *Costs and Compensation Paid in Tort Litigation*. Report R-3391-ICJ. Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice.

- Kakalik, James, Patrica Ebner, William Felstiner, and Michael Shanley. 1983. *Costs of Asbestos Litigation*. Report R-30424-ICJ. Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice.
- Kane, Siegrun D. 2001. *Trademark Law: A Practitioner's Guide*. Third edition (1997, updated 2001). New York: Practising Law Institute.
- Kant, Immanuel. [1785] 1998. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Translated and edited by Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kaplow, Louis. 1984. The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal. *Harvard Law Review* 97:1813-1892.
- . 1986a. An Economic Analysis of Legal Transitions. *Harvard Law Review* 99:509-617.
- . 1986b. Private versus Social Costs in Bringing Suit. *Journal of Legal Studies* 15:371-385.
- . 1990. A Note on the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions. *Journal of Public Economic* 42:245-247.
- . 1992. The Optimal Probability and Magnitude of Fines for Acts That Definitely Are Undesirable. *International Review of Law and Economic* 12:3-11.
- . 1994. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies* 23:307-401.
- . 1995. A Note on Subsidizing Gifts. *Journal of Public Economics* 58:469-477.
- . 1996. The Optimal Supply of Public Goods and the Distortionary Cost of Taxation. *National Tax Journal* 49:513-533.
- Kaplow, Louis, and Steven Shavell. 1989. Legal Advice about Information to Present in Litigation: Its Effects and Social Desirability. *Harvard Law Review* 102:565-615.
- . 1990. Legal Advice about Acts Already Committed. *International Review of Law and Economics* 10:149-159.
- . 1992. Private Versus Socially Optimal Provision of Ex Ante Legal Advice. *Journal of Law, Economics, and Organization* 8:306-320.
- . 1994a. Accuracy in the Determination of Liability. *Journal of Law and Economics* 37:1-15.
- . 1994b. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior. *Journal of Political Economy* 102:583-606.
- . 1994c. Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies* 23:667-681.
- . 1996a. Accuracy in the Assessment of Damages. *Journal of Law and Economics* 39:191-210.

-
- 1996b. Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis. *Harvard Law Review* 109:713-790.
- 1999. The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle. *American Law and Economics Review* 1:63-77.
- 2000. Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies* 29:821-835.
- 2001a. Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle. *Journal of Political Economy* 109:281-286.
- 2001b. Moral Rules and the Moral Sentiments: Toward a Theory of an Optimal Moral System. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, no. 342. Cambridge, Mass.: Harvard Law School.
- 2002a. Economic Analysis of Law. In *Handbook of Public Economics*, edited by Alan J. Auerbach and Martin Feldstein, 3:1661-1784. Amsterdam: Elsevier.
- 2002b. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. (Also published in *Harvard Law Review* 114:961-1388.)
- 2002c. On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation. *American Law and Economics Review* 4:1-17.
- Karpoff, Jonathan M., and John R. Lott, Jr. 1999. On the Determinants and Importance of Punitive Damage Awards. *Journal of Law and Economics* 42:527-573.
- Katz, Avery. 1987. Measuring the Demand for Litigation: Is the English Rule Really Cheaper? *Journal of Law, Economics, and Organization* 3:143-176.
- 1988. Judicial Decisionmaking and Litigation Expenditure. *International Review of Law and Economics* 8:127-143.
- 1990a. The Effect of Frivolous Lawsuits on the Settlement of Litigation. *International Review of Law and Economics* 10:3-27.
- 1990b. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. *Michigan Law Review* 89:215-295.
- 1990c. Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts. *RAND Journal of Economics* 21:518-537.
- 1993. Transaction Costs and the Legal Mechanics of Exchange: When Should Silence in the Face of an Offer Be Construed as Acceptance? *Journal of Law, Economics, and Organization* 9:77-97.
- 1996. When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations. *Yale Law Journal* 105:1249-1309.

- . 1998. Contract Formation and Interpretation. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:425-432. London: Macmillan.
- Keeton, Robert E. 1963. *Legal Cause in the Law of Torts*. Columbus: Ohio State University Press.
- . 1971. *Basic Text on Insurance Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Keeton, W. Page, Dan Dobbs, Robert Keeton, and David Owen. 1984. *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. Fifth edition. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Keeton, W. Page, Robert Keeton, Lewis Sargentich, and Henry Steiner. 1983. *Cases and Materials on Tort and Accident Law*. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Keeton, William R., and Evan Kwerel. 1984. Externalities in Automobile Insurance and the Underinsured Driver Problem. *Journal of Law and Economics* 27:149-179.
- Kennan, John, and Robert Wilson. 1993. Bargaining with Private Information. *Journal of Economic Literature* 31:45-104.
- Kessler, Daniel, and Steven D. Levitt. 1999. Using Sentence Enhancements to Distinguish between Deterrence and Incapacitation. *Journal of Law and Economics* 42:343-363.
- Kessler, Daniel, and Mark McClellan. 1996. Do Doctors Practice Defensive Medicine? *Quarterly Journal of Economics* 111:353-390.
- Khanna, Vikramaditya S. 1996. Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? *Harvard Law Review* 109:1477-1534.
- Kitch, Edmund W. 1977. The Nature and Function of the Patent System. *Journal of Law and Economics* 20:265-290.
- . 1998. Patents. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:13-17. London: Macmillan.
- Klein, Benjamin, and Keith B. Leffler. 1981. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. *Journal of Political Economy* 89:615-641.
- Klein, Benjamin, Robert G. Crawford, and Armen A. Alchian. 1978. Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *Journal of Law and Economics* 21:297-326.
- Klemperer, Paul. 1990. How Broad Should the Scope of Patent Protection Be? *RAND Journal of Economics* 21:113-130.
- Klerman, Daniel. 2001. Settlement and the Decline of Private Prosecution in Thirteenth-Century England. *Law and History Review* 19:1-65.

- Knetsch, Jack L., and Thomas E. Borcharding. 1979. Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation. *University of Toronto Law Journal* 39:237-252.
- Kolstad, Charles D., Thomas S. Ulen, and Gary V. Johnson. 1990. *Ex Post* Liability for Harm vs. *Ex Ante* Safety Regulation: Substitutes or Complements? *American Economic Review* 80:888-901.
- Kornhauser, Lewis A. 1982. An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents. *California Law Review* 70:1345- 1392.
- Kornhauser, Lewis A., and Richard L. Revesz. 1998. Regulation of Hazardous Wastes. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:238-242. London: Macmillan.
- Korobkin, Russell. 1994. Policymaking and the Offer/Asking Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation. *Stanford Law Review* 46:663-708.
- Kosmo, Fred. 1988. The Commercialization of Space: A Regulatory Scheme That Promotes Commercial Ventures and International Responsibility. *Southern California Law Review* 61:1055-1089.
- Kotlikoff, Laurence J. 1988. Intergenerational Transfers and Savings. *Journal of Economic Perspectives* 2, no. 2:41-58.
- . 2001. *Essays on Saving, Bequests, Altruism, and Life-Cycle Planning*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Kotlikoff, Laurence J., and Avia Spivak. 1981. The Family as an Incomplete Annuities Market. *Journal of Political Economy* 89:372-391.
- Kowalik, Tadeusz. 1987. Central Planning. In *The New Palgrave Dictionary of Economics*, edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, 1:389-392. London: Macmillan.
- Kraakman, Reinier H. 1986. Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy. *Journal of Law, Economics, and Organization* 2:53-104.
- Kremer, Michael. 1998. Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation. *Quarterly Journal of Economics* 113:1137-1167.
- Kritzer, Herbert M. 1984. Fee Arrangements and Fee Shifting: Lessons from the Experience in Ontario. *Law and Contemporary Problems* 47:125-138.
- Kronman, Anthony T. 1978a. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *Journal of Legal Studies* 7:1-34.
- . 1978b. Specific Performance. *University of Chicago Law Review* 45:351-382.

- 1980. Wealth Maximization as a Normative Principle. *Journal of Legal Studies* 9:227-242.
- Krutilla, John V. 1967. Conservation Reconsidered. *American Economic Review* 57:777-786.
- Kull, Andrew. 1998. Gratuitous Promises. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:203-207. London: Macmillan.
- Lab, Steven P., and John T. Whitehead. 1988. An Analysis of Juvenile Correctional Treatment. *Crime and Delinquency* 34:60-83.
- Ladas, Stephen P. 1964. Legal Protection of Know-How. *Trademark Reporter* 54:160-183.
- Lafave, Wayne R. 2000. *Criminal Law*. Third edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Laffont, Jean-Jacques. 1987a. Externalities. In *The New Palgrave Dictionary of Economics*, edited by John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman, 2:263- 265. London: Macmillan.
- 1987b. Incentives and the Allocation of Public Goods. Chapter 10 in *Handbook of Public Economics*, edited by Alan J. Auerbach and Martin Feldstein, 2:537-569. Amsterdam: North-Holland.
- Landes, Elisabeth M. 1982. Insurance, Liability, and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault Accidents. *Journal of Law and Economics* 25:49-65.
- Landes, William M. 1971. An Economic Analysis of the Courts. *Journal of Law and Economics* 14:61-107.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. 1975. The Private Enforcement of Law. *Journal of Legal Studies* 4:1-46.
- 1978. Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism. *Journal of Legal Studies* 7:83-128.
- 1981a. An Economic Theory of Intentional Torts. *International Review of Law and Economics* 1:127-154.
- 1981b. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review* 15:851-924.
- 1983. Causation in Tort Law: An Economic Approach. *Journal of Legal Studies* 12:109-134.
- 1987a. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

-
- 1987b. Trademark Law: An Economic Perspective. *Journal of Law and Economics* 30:265-309.
- 1989. An Economic Analysis of Copyright Law. *Journal of Legal Studies* 18:325-363.
- 2003. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Langbein, John H., and Lawrence W. Waggoner. 1987. Redesigning the Spouse's Forced Share. *Real Property, Probate and Trust Journal* 22:303-328.
- Lanjouw, Jean O., and Josh Lerner. 1998. The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Survey of the Empirical Literature. *Annales d'Economie et de Statistique* 49/50:223-246.
- Larson, Arthur. 1994. *Larson's Worker's Compensation Law*. New York: Matthew Bender.
- Lee, Rex E. 1985. The American Courts as Public Goods: Who Should Pay the Costs of Litigation? *Catholic University Law Review* 34:267-276.
- Lee, Sabing H. 1997. Protecting the Private Inventor under the Peacetime Provisions of the Invention Secrecy Act. *Berkeley Technology Law Journal* 12:345-411.
- Le Gall, Jean-Pierre. 1983. Liability for Persons under Supervision. Chapter 3 of Volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Lemley, Mark A. 1997. The Economics of Improvement in Intellectual Property Law. *Texas Law Review* 75:989-1084.
- 1999. The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense. *Yale Law Journal* 108:1687-1715.
- Levitt, Steven D. 1996. The Effect of Prison Population Size on Crime Rates: Evidence from Prison Overcrowding Litigation. *Quarterly Journal of Economics* 111:319-351.
- 1997. Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime. *American Economic Review* 87:270-290.
- 1998a. Juvenile Crime and Punishment. *Journal of Political Economy* 106:1156-1185.
- 1998b. Why Do Increased Arrest Rates Appear to Reduce Crime: Deterrence, Incapacitation, or Measurement Error? *Economic Inquiry* 36:353-372.
- Levmore, Saul. 1987. Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser. *Journal of Legal Studies* 16:43-65.

- . 1993. The Case for Retroactive Taxation. *Journal of Legal Studies* 22:265-307.
- Libecap, Gary D. 1986. Property Rights in Economic History: Implications for Research. *Explorations in Economic History* 23:227-252.
- . 1989. *Contracting for Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lichtman, Douglas Gary. 1997. Pricing Prozac: Why the Government Should Subsidize the Purchase of Patented Pharmaceuticals. *Harvard Journal of Law and Technology* 11:123-139.
- . 2003. Copyright as a Rule of Evidence. *Duke Law Journal* 52:683-743.
- Limpens, Jean, Robert Kruithof, and Anne Meinertzhagen-Limpens. 1983. Liability for One's Own Act. Chapter 2 of volume 11, Torts, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Lindgren, James. 1984. Unraveling the Paradox of Blackmail. *Columbia Law Review* 84:670-717.
- Litan, Robert E. 1991. The Safety and Innovation Effects of U.S. Liability Law: The Evidence. *American Economic Review: Papers and Proceedings* 81:59-64.
- Locke, John. [1689] 1988. *Two Treatises of Government*, edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press.
- Loewenstein, George, Samuel Issacharoff, Colin Camerer, and Linda Babcock. 1993. Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining. *Journal of Legal Studies* 22:135-159.
- Lott, John R., Jr. 2000. Corporate Criminal Liability. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 5:492-501. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Lueck, Dean. 1998. First Possession. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:132-144. London: Macmillan.
- Lund, Thomas A. 1980. *American Wildlife Law*. Berkeley: University of California Press.
- Machiup, Fritz. 1958. *An Economic Review of the Patent System*. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights, Committee on the Judiciary, U.S. Senate, Study no. 15. Washington D.C.: Government Printing Office.
- Machlup, Fritz, and Edith Penrose. 1950. The Patent Controversy in the Nineteenth Century. *Journal of Economic History* 10:1-29.
- Mahoney, Paul G. 2000. Contract Remedies: General. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3:117-140. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Malik, Arun S. 1990. Avoidance, Screening, and Optimum Enforcement. *RAND Journal of Economics* 21:341-353.

- . 1993. Self-Reporting and the Design of Policies for Regulating Stochastic Pollution. *Journal of Environmental Economics and Management* 24:241-257.
- Mankiw, N. Gregory. 2001. *Principles of Economics*. Second edition. Fort Worth, Tex.: Harcourt College Publishers.
- Markesinis, B. S. 1994. *A Comparative Introduction to the German Law of Tort*. Third edition. Oxford: Clarendon Press.
- Mathios, Alan D. 2000. The Impact of Mandatory Disclosure Laws on Product Choices: An Analysis of the Salad Dressing Market. *Journal of Law and Economics* 43:651-677.
- McAfee, R. Preston, and John McMillan. 1996. Analyzing the Airwaves Auction. *Journal of Economic Perspectives* 10, no. 1:159-175.
- McCarthy, J. Thomas. 1996 (updated through 2002). *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*. Fourth edition. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan.
- McCarthy, Patrick S., and Richard Tay. 1993. Pricing Road Congestion: Recent Evidence from Singapore. *Policy Studies Journal* 21:296-308.
- McChesney, Fred S. 1986. Government Prohibitions on Volunteer Firefighting in Nineteenth-Century America: A Property Rights Perspective. *Journal of Legal Studies* 15:69-92.
- McClure, Daniel M. 1979. Trademarks and Unfair Competition: A Critical History of Legal Thought. *Trademark Reporter* 69:305-356.
- McCormack, John L. 1992. Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age. *William Mitchell Law Review* 18:61-129.
- McCormick, Charles T. 1935. *Handbook on the Law of Damages*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.
- McGregor, Harvey. 1983. Personal Injury and Death. Chapter 9 of volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- McMillan, John. 1994. Selling Spectrum Rights. *Journal of Economic Perspectives* 8, no. 3:145-162.
- McNeely, Mary C. 1941. Illegality as a Factor in Liability Insurance. *Columbia Law Review* 41:26-60.
- Menell, Peter S. 1983. A Note on the Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System. *Journal of Legal Studies* 12:41-52.
- . 1998. Regulation of Toxic Substances. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:255-263. London: Macmillan.
- . 2000. Intellectual Property: General Theories. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2:129-188. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.

- Menell, Peter S., and Richard B. Stewart. 1994. *Environmental Law and Policy*. Boston: Little, Brown.
- Merges, Robert P., and Richard R. Nelson. 1990. On the Complex Economics of Patent Scope. *Columbia Law Review* 90:839-916.
- Merrill, Thomas W. 1986. The Economics of Public Use. *Cornell Law Review* 72: 61-116.
- Merrill, Thomas W., and Henry E. Smith. 2000. Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle. *Yale Law Journal* 110:1-70.
- Metaxas-Maranghidis, George, editor. 1995. *Intellectual Property Laws of Europe*. Chichester, Eng.: John Wiley & Sons.
- Meurer, Michael J. 1992. The Gains from Faith in an Unfaithful Agent: Settlement Conflicts between Defendants and Liability Insurers. *Journal of Law, Economics, and Organization* 8:502-522.
- Meyer, Keith G. 1990. UCC Issues. *Journal of Agricultural Taxation and Law* 12:179-187.
- Miceli, Thomas J. 1998. Land Title Systems. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:433-437. London: Macmillan.
- Miceli, Thomas J., and Kathleen Segerson. 1996. *Compensation for Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications*. Greenwich, Conn.: JAI Press.
- . 1998. Compensation for Regulatory Takings. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:360-364. London: Macmillan.
- . 2000. Takings. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 4:328-357. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Miceli, Thomas J., and C. F. Sirmans. 1995. An Economic Theory of Adverse Possession. *International Review of Law and Economics* 15:161-173.
- Michelman, Frank. 1967. Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law. *Harvard Law Review* 80:1165-1258.
- Milgrim, Roger M. 1995. *Milgrim on Trade Secrets*. New York: Matthew Bender.
- Milgrom, Paul R. 1981. Good News and Bad News: Representation Theorems and Applications. *Bell Journal of Economics* 12:380-391.
- . 1993. Is Sympathy an Economic Value? Philosophy, Economics, and the Contingent Valuation Method. Chapter 11 in *Contingent Valuation: A Critical Assessment*, edited by Jerry A. Hausman. Amsterdam: North-Holland.

- Mill, John Stuart. [1848] 1872. *Principles of Political Economy*. Boston: Lee and Shephard.
- [1861] 1998. *Utilitarianism*. Edited by Roger Crisp. Oxford: Oxford University Press.
- Miller, Arthur R., and Michael H. Davis. 2000. *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell*. Third edition. St Paul, Minn.: West Group.
- Miller, Geoffrey P. 1986. An Economic Analysis of Rule 68. *Journal of Legal Studies* 15:93-125.
- 1987. Some Agency Problems in Settlement. *Journal of Legal Studies* 16:189-215.
- Mims, Peter E. 1984. Promotional Goods and the Functionality Doctrine: An Economic Model of Trademarks. *Texas Law Review* 63:639-669.
- Mirrlees, James A. 1971. An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation. *Review of Economic Studies* 38:175-208.
- Mitchell, Robert C., and Richard T. Carson. 1989. *Using Surveys to Value Public Goods*. Washington, D.C.: Resources for the Future.
- Mnookin, Robert H. 1993. Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 8:235-249.
- Mnookin, Robert, and Robert Wilson. 1998. A Model of Efficient Discovery. *Games and Economic Behavior* 25:219-250.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, baron. [1748] 1989. *The Spirit of the Laws*. Translated and edited by Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, and Harold Samuel Stone. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mookherjee, Dilip. 1997. The Economics of Enforcement. In *Issues in Economic Theory and Public Policy: Essays in Honour of Professor Tapas Majumdar*, edited by Amitava Bose, Mihir Rakshit, and Anup Sinha, 202-249. Oxford: Oxford University Press.
- Mookherjee, Dilip, and Ivan P. L. Png. 1992. Monitoring vis-à-vis Investigation in Enforcement of Law. *American Economic Review* 82:556-565.
- 1994. Marginal Deterrence in Enforcement of Law. *Journal of Political Economy* 102:1039-1066.
- Moore, Michael J., and W. Kip Viscusi. 1990. *Compensation Mechanisms for Job Risks: Wages, Workers' Compensation, and Product Liability*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Morgan, Kathleen O'Leary, and Scott Morgan, editors. 2002. *Crime State Rankings, 2002*. Lawrence, Kans.: Morgan Quitno Press.

- Munch, Patricia. 1976. An Economic Analysis of Eminent Domain. *Journal of Political Economy* 84:473-497.
- Musgrave, Richard A. 1985. A Brief History of Fiscal Doctrine. Chapter 1 in *Handbook of Public Economics*, edited by Alan J. Auerbach and Martin Feldstein, 1:1-59. Amsterdam: North-Holland.
- Netter, Jeffry M. 1998. Adverse Possession. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:18-21. London: Macmillan.
- Nicholas, Barry. 1962. *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Niederborn, John H., and Edward F. R. Hearle. 1964. Recent Land-Use Trends in Forty-Eight Large American Cities. *Land Economics* 40:105-110.
- Nimmer, Melville B., and David Nimmer. 1995. *Nimmer on Copyright*. Second revised edition. New York: Matthew Bender.
- Nöldeke, Georg, and Klaus M. Schmidt. 1995. Option Contracts and Renegotiation: A Solution to the Hold-up Problem. *RAND Journal of Economics* 26:163-179.
- Nordhaus, William D. 1969. *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Nowak, John E., and Ronald D. Rotunda. 2000. *Constitutional Law*. Sixth edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Oakland, William H. 1987. Theory of Public Goods. Chapter 9 in *Handbook of Public Economics*, edited by Alan J. Auerbach and Martin Feldstein, 2:485-535. Amsterdam: North-Holland.
- O'Connell, Jeffrey, Phillip A. Bock, and Stewart Petoe. 1994. Blending Reform of Tort Liability and Health Insurance: A Necessary Mix. *Cornell Law Review* 79:1303-1338.
- Oi, Walter Y. 1973. The Economics of Product Safety. *Bell Journal of Economics and Management Science* 4:3-28.
- Okuno-Fujiwara, Masahiro, Andrew Postlewaite, and Kotaro Suzumura. 1990. Strategic Information Revelation. *Review of Economic Studies* 57:25-47.
- Opoku, Kwame. 1972. Delictual Liability in German Law. *International and Comparative Law Quarterly* 21:230-269.
- Ordoover, Janusz A. 1978. Costly Litigation in the Model of Single Activity Accidents. *Journal of Legal Studies* 7:243-261.
- Osborne, Evan. 1999. Who Should Be Worried about Asymmetric Information in Litigation? *International Review of Law and Economics* 19:399-409.

- Ostrom, Brian J., Neil B. Kauder, and Robert C. LaFountain. 2001a. *Examining the Work of State Courts, 1999-2000*. Williamsburg, Va.: National Center for State Courts.
- . 2001b. *Examining the Work of State Courts, 2001*. Williamsburg, Va.: National Center for State Courts.
- Ostrom, Elinor. 1990. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press.
- . 2000. Private and Common Property Rights. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2:332-379. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Packer, Herbert L. 1968. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- Palladino, Vincent N. 2000. Genericism Rationalized: Another View. *Trademark Reporter* 90:469-488.
- Palmer, Geoffrey. 1994. New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On. *University of Toronto Law Journal* 44:223-273.
- Patty, William F. 1994. *Copyright Law and Practice*. Washington, D.C.: Bureau of National Affairs.
- . 1995. *The Fair Use Privilege in Copyright Law*. Second edition. Washington, D.C.: Bureau of National Affairs.
- Patterson, Lyman Ray. 1968. *Copyright in Historical Perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press.
- Payne, Anne M. 1996. Energy and Power Sources. In *American Jurisprudence*, second edition, 27A:1-355. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing.
- Pendergrast, Mark. 1993. *For God, Country, and Coca-Cola: The Unauthorized History of the Great American Soft Drink and the Company That Makes It*. New York: Macmillan.
- Philbin, Jeanne. 1997. Aviation. In *American Jurisprudence*, second edition, 8A: 1-247. West Group.
- Phillips, Jerry J. 1998. *Products Liability in a Nutshell*. Fifth edition. St. Paul, Minn: West Group.
- Pigou, A. C. 1912. *Wealth and Welfare*. London: Macmillan.
- . 1932. *The Economics of Welfare*. Fourth edition. London: Macmillan.
- Pinner, H. L. 1978. *Pinner's World Unfair Competition Law: An Encyclopedia*. Second edition, edited by Heinz David. Alphen aan de Rijn, Netherlands: Sijthoff & Noordhoff.

- Pitchford, Rohan. 1995. How Liable Should a Lender Be? The Case of Judgment- Proof Firms and Environmental Risk. *American Economic Review* 85:1171- 1186.
- . 1998. Judgment-Proofness. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:380-383. London: Macmillan.
- Platto, Charles, editor. 1992. *Civil Appeal Procedures Worldwide*. London: Graham and Trotman.
- Png, Ivan P. L. 1986. Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error. *International Review of Law and Economics* 6:101-105.
- Polanyi, Michael. 1944. Patent Reform. *Review of Economic Studies* 11:61-76.
- Polborn, Mattias K. 1998. Mandatory Insurance and the Judgment-Proof Problem. *International Review of Law and Economics* 18:141-146.
- Polinsky, A. Mitchell. 1980a. Private versus Public Enforcement of Fines. *Journal of Legal Studies* 9:105-127.
- . 1980b. Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies. *Stanford Law Review* 32:1075-1112.
- . 1980c. Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting. *American Economic Review: Papers and Proceedings* 70:363-367.
- . 1983. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies. *Journal of Legal Studies* 12:427-444.
- Polinsky, A. Mitchell, and William P. Rogerson. 1983. Products Liability, Consumer Misperceptions, and Market Power. *Bell Journal of Economics* 14:581-589.
- Polinsky, A. Mitchell, and Daniel L. Rubinfeld. 1988. The Deterrent Effects of Settlements and Trials. *International Review of Law and Economics* 8:109-116.
- . 1991. A Model of Optimal Fines for Repeat Offenders. *Journal of Public Economics* 46:291-306.
- . 1993. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. *Georgetown Law Journal* 82:397-435.
- . 1996. Optimal Awards and Penalties When the Probability of Prevailing Varies among Plaintiffs. *RAND Journal of Economics* 27:269-280.
- Polinsky, A. Mitchell, and Steven Shavell. 1979. The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines. *American Economic Review* 69:880-891.
- . 1984. The Optimal Use of Fines and Imprisonment. *Journal of Public Economics* 24:89-99.
- . 1992. Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines. *Journal of Law and Economics* 35:133-148.

-
- 1994. Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer? *Journal of Law, Economics, and Organization* 10:427-437.
- 1998a. On Offense History and the Theory of Deterrence. *International Review of Law and Economics* 18:305-324.
- 1998b. Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review* 111:869-962.
- 1999. On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence. *Journal of Legal Studies* 28:1-16.
- 2000a. The Economic Theory of Public Enforcement of Law. *Journal of Economic Literature* 38:45-76.
- 2000b. The Fairness of Sanctions: Some Implications for Optimal Enforcement Policy. *American Law and Economics Review* 2:223-237.
- Pollock, Frederick, and Frederic William Maitland. 1911. *The History of English Law before the Time of Edward I*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pooley, James. 2001. *Trade Secrets*. (Update of 1997 edition.) New York: Law Journal Seminars Press.
- Posner, Eric A. 1996. Law, Economics, and Inefficient Norms. *University of Pennsylvania Law Review* 144:1697-1744.
- 1997. Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises. *Wisconsin Law Review* 1997:567-609.
- Posner, Richard A. 1972a. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown.
- 1972b. A Theory of Negligence. *Journal of Legal Studies* 1:29-96.
- 1973. Strict Liability: A Comment. *Journal of Legal Studies* 2:205-221.
- 1977. Gratuitous Promises in Economics and Law. *Journal of Legal Studies* 6:411-426.
- 1979. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *Journal of Legal Studies* 8:103-140.
- 1980. Retribution and Related Concepts of Punishment. *Journal of Legal Studies* 9:71-92.
- 1985a. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review* 85:1193-1231.
- 1985b. *The Federal Courts. Crisis and Reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1993. Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract. *University of Pennsylvania Law Review* 141:1817-1844.

- 1998. *Economic Analysis of Law*. Fifth edition. New York: Aspen Law & Business.
- 1999. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Posner, Richard A., and Andrew M. Rosenfield. 1977. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies* 6:83-118.
- Postan, M. M., and Edward Miller, editors. 1987. *Cambridge Economic History of Europe*, vol. 2: *Trade and Industry in the Middle Ages*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pound, Roscoe. 1959. *An Introduction to the Philosophy of Law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press.
- Priest, George L. 1981. A Theory of the Consumer Warranty. *Yale Law Journal* 90:1297-1352.
- 1988. Products Liability Law and the Accident Rate. In *Liability: Perspectives and Policy*, edited by Robert Litan and Clifford Winston, 184-222. Washington, D.C.: Brookings Institution.
- 1991. The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects, and Its Reform. *Journal of Economic Perspectives* 5, no. 3:31-50.
- Priest, George L., and Benjamin Klein. 1984. The Selection of Disputes for Litigation. *Journal of Legal Studies* 13:1-55.
- Prott, Lyndel V., and P. J. O’Keefe. 1995. *Law and the Cultural Heritage*, vol. 4: *Movement*. New York: Lexis Publishing.
- Quinn, John, and Michael J. Trebilcock. 1982. Compensation, Transition Costs, and Regulatory Change. *University of Toronto Law Journal* 32:117-175.
- Raiffa, Howard. 1968. *Decision Analysis: Introductory Lectures on Choices under Uncertainty*. Reading, Mass.: Addison-Wesley.
- Ramseyer, J. Mark, and Minoru Nakazato. 1989. The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan. *Journal of Legal Studies* 18:263-290.
- Rasmusen, Eric, and Ian Ayres. 1993. Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law. *Journal of Legal Studies* 22:309-343.
- Rea, Samuel A., Jr. 1998. Penalty Doctrine in Contract Law. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:23-27. London: Macmillan.
- Reinganum, Jennifer F. 1989. The Timing of Innovation: Research, Development, and Diffusion. In *Handbook of Industrial Organization*, edited

- by Richard Schmalensee and Robert D. Willig, 1:849-918. Amsterdam: North-Holland.
- Reinganum, Jennifer F., and Louis L. Wilde. 1986. Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *RAND Journal of Economics* 17:557-566.
- Restatement of the Law Second: Torts*. 1965. St. Paul, Minn.: American Law Institute.
- Riesenfeld, Stefan A. 1958. Patent Protection and Atomic Energy Legislation. *California Law Review* 46:40-68.
- Ringleb, Al H., and Steven N. Wiggins. 1990. Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards. *Journal of Political Economy* 98:574-595.
- Roberts, Lawrence D. 2000. A Lost Connection: Geostationary Satellite Networks and the International Telecommunication Union. *Berkeley Technology Law Journal* 15:1095-1144.
- Rogerson, William P. 1984. Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract. *RAND Journal of Economics* 15:39-53.
- . 1992. Contractual Solutions to the Hold-Up Problem. *Review of Economic Studies* 59:777-794.
- Rose, Carol M. 1998. Evolution of Property Rights. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:93-98. London: Macmillan.
- Rose, Mark. 1993. *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rose-Ackerman, Susan. 1985. Inalienability and the Theory of Property Rights. *Columbia Law Review* 85:931-969.
- Rose-Ackerman, Susan, and Mark Geistfeld. 1987. The Divergence between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow. *Journal of Legal Studies* 16:483-491.
- Rosenberg, David. 1984. The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System. *Harvard Law Review* 97:849-929.
- Rosenberg, David, and Steven Shavell. 1985. A Model in Which Suits Are Brought for Their Nuisance Value. *International Review of Law and Economics* 5:3-13.
- Ross, W. D. 1930. *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press.
- Rowe, Thomas D., Jr. 1982. The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview. *Duke Law Journal* 1982:651-680.
- Rubin, Paul H. 1993. *Tort Reform by Contract*. Washington, D.C.: AEI Press.
- Rubinfeld, Daniel L. 1998. Discovery. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:609-615. London: Macmillan.

- Rubinfeld, Daniel L., and Suzanne Scotchmer. 1993. Contingent Fees for Attorneys: An Economic Analysis. *RAND Journal of Economics* 24:343-356.
- . 1998. Contingent Fees. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:415-420. London: Macmillan.
- Rubinstein, Arid. 1979. An Optimal Conviction Policy for Offenses That May Have Been Committed by Accident. In *Applied Game Theory*, edited by Stephen J. Brams, Andrew Schotter, and G. Schwodiauer, 406-413. Wurzburg: Physica-Verlag.
- Rudden, Bernard. 1966. *Soviet Insurance Law*. Law in Eastern Europe Monograph no. 12. Leiden, Netherlands: A. W. Sijthoff.
- . 1987. Economic Theory v. Property Law: The *Numerus Clausus* Problem. In *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by John Eekelaar and John Bell. Oxford: Clarendon Press.
- Rüster, Bernd, editor. 1991. *World Intellectual Property Guidebook: Federal Republic of Germany, Austria, Switzerland*. New York: Matthew Bender.
- Sackman, Julius L. 2000. *Nichols on Eminent Domain*. Revised third edition (updated). New York: Matthew Bender.
- Sah, Raaj K. 1991. Social Osmosis and Patterns of Crime. *Journal of Political Economy* 99:1272-1295.
- Samuelson, Paul A. 1954. The Pure Theory of Public Expenditure. *Review of Economics and Statistics* 36:387-389.
- . 1958. Aspects of Public Expenditure Theories. *Review of Economics and Statistics* 40:332-338.
- Sanchirico, Chris William. 2000. Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View. *Journal of Legal Studies* 29:797-820.
- Savage, Leonard J. 1972. *The Foundations of Statistics*. Second edition. New York: Dover Publications.
- Sax, Joseph L. 1971. Takings, Private Property and Public Rights. *Yale Law Journal* 81:149-186.
- Schäfer, Hans-Bernd. 2000. Tort Law: General. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2:569-596. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Schechter, Frank I. 1925. *The Historical Foundations of the Law Relating to Trade-marks*. New York: Columbia University Press.
- Scherer, F. M. 1972. Nordhaus' Theory of Optimal Patent Life: A Geometric Representation. *American Economic Review* 62:422-427.

-
- . 1980. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Second edition. Boston: Houghton Mifflin.
- Scherer, F. M., and David Ross. 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Third edition. Boston: Houghton Mifflin.
- Schlatter, Richard. 1951. *Private Property: The History of an Idea*. London: Allen & Unwin.
- Schlicher, John W. 2001. *Patent Law: Legal and Economic Principles*. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan.
- Schoenbaum, Thomas J. 2001. *Admiralty and Maritime Law*. Third edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Schrag, Joel L. 1999. Managerial Judges: An Economic Analysis of the Judicial Management of Legal Discovery. *RAND Journal of Economics* 30: 305-323.
- Schwartz, Alan. 1979. The Case for Specific Performance. *Yale Law Journal* 89: 271-306.
- . 1992. Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies. *Journal of Legal Studies* 21:271-318.
- . 1998. Incomplete Contracts. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:277-283. London: Macmillan.
- Schwartz, Gary T. 1992. The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law. *Georgia Law Review* 26:601-702.
- Schwartz, Richard D. 1983. Rehabilitation. In *Encyclopedia of Crime and Justice*, edited by Sanford H. Kadish, 4:1364-1374. New York: Free Press.
- Schweizer, Urs. 1989. Litigation and Settlement under Two-Sided Incomplete Information. *Review of Economic Studies* 56:163-177.
- Scotchmer, Suzanne. 1991. Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law. *Journal of Economic Perspectives* 5, no. 1:29-41.
- . 1998. Incentives to Innovate. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 2:273-277. London: Macmillan.
- . 1999. On the Optimality of the Patent Renewal System. *RAND Journal of Economics* 30:181-196.
- Scott, Anthony. 1988. Development of Property in the Fishery. *Marine Resource Economics* 5:289-311.
- Searle, John R. 1964. How to Derive "Ought" from "Is." *Philosophical Review* 73: 43-58.
- Settanni, Andrea M. 1994. Competitive Bidding for the Airwaves: Meeting the Budget and Maintaining Policy Goals in a Wireless World. *CommLaw Conspectus* 2:117-132.

- Shapo, Marshall S. 1994. *The Law of Products Liability*. Third edition. Salem, N.H.: Butterworth Legal Publishers.
- Shavell, Steven. 1980a. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *Journal of Legal Studies* 9:463-516.
- 1980b. Damage Measures for Breach of Contract. *Bell Journal of Economics* 11:466-490.
- 1980c. Strict Liability versus Negligence. *Journal of Legal Studies* 9: 1-25.
- 1981. A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation? *American Economic Review: Papers and Proceedings* 71:414-418.
- 1982a. On Liability and Insurance. *Bell Journal of Economics* 13:120-132.
- 1982b. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. *Journal of Legal Studies* 11:333-339.
- 1982c. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies* 11:55-81.
- 1984a. The Design of Contracts and Remedies for Breach. *Quarterly Journal of Economics* 99:12 1-148.
- 1984b. Liability for Harm versus Regulation of Safety. *Journal of Legal Studies* 13:357-374.
- 1984c. A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation. *RAND Journal of Economics* 15:271-280.
- 1985a. Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. *Columbia Law Review* 85:1232-1262.
- 1985b. Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability. *Journal of Law and Economics* 28:587-609.
- 1986. The Judgment Proof Problem. *International Review of Law and Economics* 6:45-58.
- 1987a. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1987b. A Model of Optimal Incapacitation. *American Economic Review: Papers and Proceedings* 77:107-110.
- 1987c. The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent. *American Economic Review* 77:584-592.
- 1988. Legal Advice about Contemplated Acts: The Decision to Obtain Advice, Its Social Desirability, and Protection of Confidentiality. *Journal of Legal Studies* 17:123-150.

-
- 1989. Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation. *RAND Journal of Economics* 20:183-195.
- 1990. Deterrence and the Punishment of Attempts. *Journal of Legal Studies* 19:435-466.
- 1991a. An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts. *Journal of Legal Studies* 20:401-421.
- 1991b. Specific versus General Enforcement of Law. *Journal of Political Economy* 99:1088-1108.
- 1992. A Note on Marginal Deterrence. *International Review of Law and Economics* 12:345-355.
- 1993a. The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law and Economics* 36:255-287.
- 1993b. An Economic Analysis of Threats and Their Illegality: Blackmail, Extortion, and Robbery. *University of Pennsylvania Law Review* 141:1877-1903.
- 1994. Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *RAND Journal of Economics* 25:20-36.
- 1995a. Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies* 24:1-28.
- 1995b. The Appeals Process as a Means of Error Correction. *Journal of Legal Studies* 24:379-426.
- 1996. Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial Is Possible. *Journal of Legal Studies* 25:493-501.
- 1997. The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *Journal of Legal Studies* 26:575-612.
- 1998. Contracts. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:436-445. London: Macmillan.
- 1999. The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of Suit and of Settlement. *International Review of Law and Economics* 19:99-115.
- 2000. On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance. *Geneva Papers on Risk and Insurance: Issues and Practice* 25:166-179.
- 2002. Law versus Morality as Regulators of Conduct. *American Law and Economics Review* 4:227-257.
- Shavell, Steven, and Tanguy van Ypersele. 2001. Rewards versus Intellectual Property Rights. *Journal of Law and Economics* 44:525-547.
- Shepherd, George B. 1999. An Empirical Study of the Economics of Pretrial Discovery. *International Review of Law and Economics* 19:245-263.

- Shleifer, Andrei. 1998. State versus Private Ownership. *Journal of Economic Perspectives* 12, no. 4:133-150.
- Sidgwick, Henry. 1901. *The Principles of Political Economy*. Third edition. London: Macmillan.
- [1907] 1981. *The Methods of Ethics*. Reprint of seventh edition. Indianapolis: Hackett Publishing.
- Sieg, Holger. 2000. Estimating a Bargaining Model with Asymmetric Information: Evidence from Medical Malpractice Disputes. *Journal of Political Economy* 108:1006-1021.
- Simes, Lewis M. 1955. *Public Policy and the Dead Hand*. Ann Arbor: University of Michigan Law School.
- Simes, Lewis M., and Allan F. Smith. 1956. *The Law of Future Interests*. Second edition, Volume 3. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Singer, Charles, E. J. Holmyard, A. R. Hall, and Trevor I. Williams. 1958. *A History of Technology*, vol. 4: *The Industrial Revolution*. Oxford: Clarendon Press.
- Sinnot, John P. 1988. *World Patent Law and Practice*. Vol. 2M. New York: Matthew Bender.
- Skogh, Göran. 2000. Mandatory Insurance: Transaction Costs Analysis of Insurance. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2:521-537. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Slemrod, Joel, and Jon Bakija. 2000. *Taxing Ourselves: A Citizen's Guide to the Great Debate over Tax Reform*. Second edition. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Sloan, Frank A. 1998. Automobile Accidents, Insurance, and Tort Liability. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 1:140-144. London: Macmillan.
- Sloan, Frank A., Bridget A. Reilly, and Christoph M. Schenzler. 1994. Tort Liability versus Other Approaches for Deterring Careless Driving. *International Review of Law and Economics* 14:53-71.
- Smith, Adam. [1790] 1976. *The Theory of Moral Sentiments*. Reprint of sixth edition. Edited by D. D. Raphael and A. L. Macfie. Oxford: Clarendon Press.
- Smith, Janet Kiholm, and Richard L. Smith. 1990. Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information. *Journal of Legal Studies* 19:467-488.
- Snyder, Edward A., and James M. Hughes. 1990. The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory. *Journal of Law, Economics and Organization* 6:345-380.
- Sobel, Joel. 1989. An Analysis of Discovery Rules. *Law and Contemporary Problems* 52, no. 1:133-159.

- Spelman, William. 1994. *Criminal Incapacitation*. New York: Plenum Press.
- . 2000. The Limited Importance of Prison Expansion. In *The Crime Drop in America*, edited by Alfred Blumstein and Joel Wallman, 97-129. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spence, Michael. 1977. Consumer Misperceptions, Product Failure, and Producer Liability. *Review of Economic Studies* 44:561-572.
- Spier, Kathryn E. 1992a. The Dynamics of Pretrial Negotiation. *Review of Economic Studies* 59:93-108.
- . 1992b. Incomplete Contracts and Signalling. *RAND Journal of Economics* 23:432-443.
- . 1994a. Pretrial Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules. *RAND Journal of Economics* 25:197-214.
- . 1994b. Settlement Bargaining and the Design of Damage Awards. *Journal of Law, Economics and Organization* 10:84-95.
- . 1997. A Note on the Divergence between the Private and the Social Motive to Settle under a Negligence Rule. *Journal of Legal Studies* 26:613-621.
- Spier, Kathryn E., and Michael D. Whinston. 1995. On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation. *RAND Journal of Economics* 26:180-202.
- Spitzer, Matthew, and Eric Talley. 2000. Judicial Auditing. *Journal of Legal Studies* 29:649-683.
- St. Julian, Andrea R. 1995. Animals. In *American Jurisprudence*, second edition, 4:337-512. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing.
- Stake, Jeffrey Evans. 2000. Decomposition of Property Rights. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 2: 32-61. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Staple, Gregory C. 1986. The New World Satellite Order: A Report from Geneva. *American Journal of International Law* 80:699-720.
- Starrett, David A. 1972. Fundamental Nonconvexities in the Theory of Externalities. *Journal of Economic Theory* 4:180-199.
- Statistical Abstract of the United States, 2001*. 2001. Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau. Washington, D.C.: U.S. Department of Commerce.
- Stepanov, S. 1958. Increasing the Role of Innovators and Inventors in Improving Socialist Production. *Problems of Economics* 1:75-78.
- Stevens, Timothy T. 1992. The Abandoned Shipwreck Act of 1987: Finding the Proper Ballast for the States. *Villanova Law Review* 37:573-617.
- Stigler, George J. 1970. The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy* 78:526-536.

- Stiglitz, Joseph E. 1986. *Economics of the Public Sector*. New York: W.W.Norton.
- Stoebuck, William B., and Dale A. Whitman. 2000. *The Law of Property*. Third edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- Stole, Lars A. 1992. The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information. *Journal of Law, Economics, and Organization* 8:582-606.
- Stoll, Hans. 1983. Consequences of Liability: Remedies. Chapter 8 of volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, edited by André Tunc. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Stone, Ferdinand F. 1983. Liability for Damage Caused by Things. Chapter 5 of Volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, edited by André Tunc. Tübingen, Ger.: J. C. B. Mohr.
- Sugarman, Stephen D. 1985. Doing Away with Tort Law. *California Law Review* 73:555-664.
- Swann, Jerre B. 1999. Genericism Rationalized. *The Trademark Reporter* 89:639-656.
- Sweeney, Richard James, Robert D. Tollison, and Thomas D. Willett. 1974. Market Failure, the Common-Pool Problem, and Ocean Resource Exploitation. *Journal of Law and Economics* 17:179-192.
- Sykes, Alan O. 1984. The Economics of Vicarious Liability. *Yale Law Journal* 93: 1231-1280.
- 1990. The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World. *Journal of Legal Studies* 19:43-94.
- 1994. “Bad Faith” Refusal to Settle by Liability Insurers: Some Implications of the Judgment-Proof Problem. *Journal of Legal Studies* 3:77-110.
- Symposium on Efficiency as a Legal Concern. 1980. *Hofstra Law Review* 8:485-770.
- Thomas, David A. 1994. *Thompson on Real Property*. Thomas edition. Charlottesville, Va.: Michie Company.
- Tietenberg, Thomas H. 1996. *Environmental and Natural Resource Economics*. Fourth edition. New York: Harper Collins.
- Tillinghast-Towers Perrin. 1995. *Tort Cost Trends: An International Perspective*. Chicago: Tillinghast-Towers Perrin.
- 2002. US. Tort Costs, 2000: *Trends and Findings on the Costs of the US. Tort System*. February 2002. Chicago: Tillinghast-Towers Perrin.
- Tirole, Jean. 1988. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Mass.: MIT Press.

- Trebilcock, Michael J. 1993. *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Treitel, G. H. 1988. *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Oxford: Clarendon Press.
- Triantis, George C. 2000. Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3:100-116. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Tribe, Laurence H. 1971. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review* 84:1329-1393.
- Tritton, Guy, Richard Davis, Michael Edenborough, James Graham, Simon Malynicz, and Ashley Roughton. 2002. *Intellectual Property in Europe*. Second edition. London: Sweet and Maxwell.
- Trivers, Robert L. 1971. The Evolution of Reciprocal Altruism. *Quarterly Review of Biology* 46:35-57.
- Tullock, Gordon. 1971. Inheritance Justified. *Journal of Law and Economics* 14:465-474.
- Tunc, André. 1983. Introduction. Chapter 1 of volume 11, *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen, Ger.: J; C. B. Mohr.
- Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. 1974. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science* 185:1124-1131.
- The 2001 Survey of Law Firm Economics*. 2001. Newtown Square, Pa.: Altman Weil Publications.
- Tyerman, Barry W. 1971. The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Breyer. *UCLA Law Review* 18:1100-1125.
- Ulen, Thomas S. 1984. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. *Michigan Law Review* 83:341-403.
- Umbeck, John R. 1981. *A Theory of Property Rights with Application to the California Gold Rush*. Ames: Iowa State University Press.
- U.N. Convention on the Law of the Sea. 1982. *United Nations Treaty Series* (1998), 1833:397-581.
- U.S. Census Bureau. 2001. *Health Insurance Coverage: 2000*. Current Population Reports, P60-215, September 2001. Washington D.C.: U.S. Census Bureau.
- U.S. Department of Justice. 1988. *Report to the Nation on Crime and Justice, Technical Appendix*. Bureau of Justice Statistics, second edition, NCJ-112011. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice.

- 2001 a. *Judicial Business of the United States Courts, 2001 Report of the Director*. Administrative Office of the U.S. Courts, Statistics Division. Washington, D.C.: US. Department of Justice.
- 2001b. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics, 2000*. Bureau of Justice Statistics, NCJ-190251. Washington D.C.: U.S. Department of Justice.
- U.S. Department of Labor. December 19, 2001. Employee Benefits in Private Industry, 1999. USDL 01 -473. www.bls.gov/ncs/ebs/sp/ebnr0006.txt.
- U.S. Sentencing Commission. 1995. *Federal Sentencing Guidelines Manual*. 1995 edition. St. Paul, Minn.: West Group.
- U.S. Social Security Administration. 2000. *Annual Statistical Supplement, 2000, to the Social Security Bulletin*. Washington, D.C.: Social Security Administration.
- Van der Walt, A. J. 1999. *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis*. Cambridge, Mass.: Kluwer Law International.
- Van Zandt, David E. 1993. The Lessons of the Lighthouse: “Government” or “Private” Provision of Goods. *Journal of Legal Studies* 22:47-72.
- Vickrey, William S. 1947. *Agenda for Progressive Taxation*. New York: Ronald Press Company.
- Viscusi, W. Kip. 1983. *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1986a. The Determinants of the Disposition of Product Liability Claims and Compensation for Bodily Injury. *Journal of Legal Studies* 15:321-346.
- 1986b. The Risks and Rewards of Criminal Activity: A Comprehensive Test of Criminal Deterrence. *Journal of Labor Economics* 4:317-340.
- 1991. *Reforming Products Liability*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1992. *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*. New York: Oxford University Press.
- 1998. *Rational Risk Policy*. New York: Oxford University Press.
- Viscusi, W. Kip, and William N. Evans. 1990. Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications. *American Economic Review* 80:353-374.
- Viscusi, W. Kip, John M. Vernon, and Joseph E. Harrington, Jr. 2000. *Economics of Regulation and Antitrust*. Third edition. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Von Bar, Christian. 1998. *The Common European Law of Torts*. Oxford: Clarendon Press.
- Von Mehren, Arthur T., and James R. Gordley. 1977. *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*. Second edition. Boston: Little, Brown.

- Waal, Frans de. 1982. *Chimpanzee Politics: Power and Sex among Apes*. New York: Harper and Row.
- Waggoner, Lawrence W., Richard V. Wellman, Gregory S. Alexander, and Mary Louise Fellows. 1991. *Family Property Law*. Westbury, N.Y.: Foundation Press.
- Waldfoegel, Joel. 1995. The Selection Hypothesis and the Relationship between Trial and Plaintiff Victory. *Journal of Political Economy* 103:229-260.
- . 1998. Selection of Cases for Trial. In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, 3:419-424. London: Macmillan.
- Ware, Stephen J. 2001. *Alternative Dispute Resolution*. St. Paul, Minn.: West Group.
- Wehrt, Klaus. 2000. Warranties. In *Encyclopedia of Law and Economics*, edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 3:179-199. Cheltenham, Eng.: Edward Elgar.
- Weinberg, Harold R. 1980. Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods. *Journal of Legal Studies* 9:569-592.
- Weitzman, Martin L. 1974. Prices vs. Quantities. *Review of Economic Studies* 41: 477-491.
- White, C. Michael. 1956. Why a Seventeen Year Patent? *Journal of the Patent Office Society* 38:839-860.
- Wilde, Louis L. 1992. Criminal Choice, Nonmonetary Sanctions, and Marginal Deterrence: A Normative Analysis. *International Review of Law and Economics* 12:333-344.
- Wilkins, David B. 1992. Who Should Regulate Lawyers? *Harvard Law Review* 105:799-887.
- Williams, Howard R., and Charles J. Meyers. 2001. *Oil and Gas Law*. Volume 6, release no. 36. New York: Matthew Bender.
- Williamson, Oliver E. 1975. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press.
- Wils, Wouter P. J. 1993. Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability. *Journal des Economistes et des Etudes Humaines* 4:93-134.
- Wilson, Edward O. 1980. *Sociobiology*. Abridged edition. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Wilson, James Q., and Richard J. Herrnstein. 1985. *Crime and Human Nature*. New York: Simon & Schuster.
- Wineburg, Arthur, editor. 1999. *Intellectual Property Protection in Asia*. Second edition (updated). Charlottesville, Va.: Lexis Nexis.

- Witte, Ann Dryden. 1980. Estimating the Economic Model of Crime with Individual Data. *Quarterly Journal of Economics* 94:57-84.
- Wittman, Donald. 1977. Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring. *Journal of Legal Studies* 6:193-211.
- . 1981. Optimal Pricing of Sequential Inputs: Last Clear Chance, Mitigation of Damages, and Related Doctrines in the Law. *Journal of Legal Studies* 10:65-91.
- . 1985. Is the Selection of Cases for Trial Biased? *Journal of Legal Studies* 14:185-214.
- Wiygul, Robert B. 1992. The Structure of Environmental Regulation on the Outer Continental Shelf: Sources, Problems, and the Opportunity for Change. *Journal of Energy, Natural Resources and Environmental Law* 12:75-180.
- Wolfram, Charles W. 1986. *Modern Legal Ethics*. St. Paul, Minn.: West Publishing.
- Wright, Brian D. 1983. The Economics of Invention Incentives: Patents, Prizes, and Research Contracts. *American Economic Review* 73:691-707.
- Wright, Richard A. 1994. *In Defense of Prisons*. Contributions in Criminology and Penology, no. 43. Westport, Conn.: Greenwood Press.
- Yaari, Menahem E. 1965. Uncertain Lifetime, Life Insurance, and the Theory of the Consumer. *Review of Economic Studies* 32:137-150.
- Zakolski, Lisa A. 1997. Boats and Boating. In *American Jurisprudence*, second edition, 12:273-364. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing.
- Zeckhauser, Richard J. 1973. Coverage for Catastrophic Illness. *Public Policy* 21:149-172.
- Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. 1998. *An Introduction to Comparative Law*. Third edition. Oxford: Clarendon Press.