

## به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقلات عقلی و قاعدهٔ مصلحت

مینا بلوری فر<sup>۱</sup>

بیژن حاجی عزیزی<sup>۲</sup>

فیض‌الله جعفری<sup>۳</sup>

### چکیده

تحلیل اقتصادی حقوق که عبارت است از تحلیل قواعد حقوقی بر اساس اصول و روش‌های اقتصادی، روشی نوین در جهت کارآمدتر کردن قواعد حقوقی به لحاظ اقتصادی است. این روش تحلیل ابتدا در کشورهایی پدیدار شد که به لحاظ حقوقی، دارای نظام کامن‌لا و به لحاظ اقتصادی، دارای نظام لیبرال هستند. به همین لحاظ این شبهه پدید آمده که نمی‌توان در حقوق ایران که مبتنی بر نظام فقهی اسلام است، از روش یادشده سخن گفت. در این مقاله برآنیم تا با مطالعهٔ مستقلات عقلی و قاعدهٔ مصلحت، چارچوب به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق را در حقوق ایران مشخص کنیم. نتایج حاصل از این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است، نشان می‌دهد که به‌کارگیری روش‌ها و ابزارهای اقتصادی در حقوق ایران، نه تنها با اصول اخلاقی و مذهبی حاکم بر حقوق ایران مغایر نیست، بلکه برعکس، می‌توان تحلیل اقتصادی حقوق را در قالب منابع شرعی توجیه، و اثبات کرد که نتایج حاصل از تحلیل‌های اقتصادی با مبانی فقهی حقوق داخلی مغایر نیست.

**واژگان کلیدی:** تحلیل اقتصادی حقوق، فقه، مستقلات عقلی، مصلحت، منابع حقوق.

bolurifar@gmail.com

haji598@basu.ac.ir

jaafari@yaho.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

## مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق که از قرن بیستم میلادی و از کشور امریکا آغاز شد، حاصل موج دوم پیوند حقوق و اقتصاد است. موج اول از این پیوند به پیش از قرن نوزدهم میلادی باز می‌گردد که طی آن، آثار متقابل حقوق و اقتصاد بر یکدیگر از سوی دانشمندان این دو حوزه از علم مورد توجه قرار گرفت (عبدی، ۱۳۹۱، ۱۰؛ Harnay & Marciano, 2009, 215-232). اما در این پیوند نوین، از ابزارهای اقتصادی برای تحلیل قوانین و قواعد حقوقی استفاده می‌شود و حقوق مانند موضوعات اقتصادی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

پیدایش این پیوند نوین از حقوق و اقتصاد، حاکی از افزایش اهمیت اقتصاد در تدوین یا تفسیر قوانین و قواعد حقوقی در قرن‌های اخیر است. اما نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت این است که آنچه به‌عنوان نتیجه در تحلیل‌های اقتصادی قوانین ارائه می‌شود، کارآمدی یا ناکارآمدی قوانین از دیدگاه اقتصادی است، درحالی که قوانین صرفاً بر مبنای تحقق اهداف اقتصادی وضع نمی‌شوند.

درواقع، نیروهای سازنده حقوق را در کنار عوامل اقتصادی باید در اخلاق، مذهب، آرمان‌های سیاسی و اجتماعی نیز جستجو کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۳ و ۳۴). با این وصف، همواره این احتمال وجود دارد که آنچه از نظر تحلیل اقتصادی، ناکارآمد محسوب می‌شود از منظر اخلاق یا مذهب یا دیگر آرمان‌های جامعه مطلوب باشد و یا برعکس، همین امر باعث شده است که در برخی از نوشته‌ها تحلیل اقتصادی حقوق با مبانی شرعی یا اخلاقی مخالف دانسته شود.<sup>۱</sup>

بنابراین پرسشی که می‌تواند مطرح شود این است که به‌کارگیری روش تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق ایران چگونه و در کدام چارچوب باید صورت پذیرد؟ آیا به صرف ظاهر آموزه‌های اخلاقی یا شرعی باید قوانینی را وضع کرد که مطمئناً به لحاظ اقتصادی آثار نامطلوبی را برجای خواهد گذاشت یا برعکس، باید آرمان‌های اخلاقی و مذهبی را فدای تحلیل‌های اقتصادی نمود؟ یا اینکه فهم منابع و تحلیل‌های فقهی را از یک سو و نتایج حاصل از تحلیل‌های اقتصادی را از سوی دیگر جمع نمود؟

۱. برای مثال، گفته شده است که «اخلاق مسئله‌ای ذهنی است و در قلمروی اقتصاد جایگاهی ندارد» (ابدالی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵) یا این‌گونه آمده است: «هدف دانستن کارایی جای تأمل و حتی انکار دارد» (همان، ص ۱۱۳).

پاسخ به پرسش‌های یادشده در گرو تبیین چارچوب به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق در حقوق ایران است و با توجه به اینکه حقوق ایران در بخش قابل توجهی، وام‌دار منابع شرعی است، تبیین این چارچوب را بر اساس منابع شرعی مد نظر قرار داده‌ایم. آنچه در میان منابع شرعی، مورد نظر ماست، مستقلات عقلی و قاعدهٔ مصلحت<sup>۱</sup> است. به نظر می‌رسد که این دو منبع شرعی در ضمن اینکه در راستای تحقق آرمان‌های شرعی به کار می‌روند، به واقعیات موجود در جامعه و از جمله واقعیات اقتصادی توجه دارند و می‌توانند بستر مناسبی برای تحلیل اقتصادی حقوق باشند. با استفاده از حدود و ثغور به کارگیری مستقلات عقلی و قاعدهٔ مصلحت و تطبیق آن‌ها با تحلیل اقتصادی حقوق، می‌توانیم به کارگیری این روش تحلیل را در حقوق ایران ارزیابی نماییم.

در این راستا ضروری است ابتدا درکی اجمالی از مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق به دست آوریم (بخش اول). سپس به مفهوم و جایگاه مستقلات عقلی (بخش دوم) و قاعدهٔ مصلحت (بخش سوم) می‌پردازیم. در نهایت می‌کوشیم با تطبیق حدود مستقلات عقلی و قاعدهٔ مصلحت بر تحلیل اقتصادی حقوق (بخش‌های چهارم و پنجم)، مشخص نماییم که به کارگیری این روش در کدام یک از قوانین امکان‌پذیر است و در صورت تعارض با دیگر اصول و قواعد غیراقتصادی، کدام یک را باید ترجیح داد.

۱. ممکن است در آغاز امر این ایراد وارد شود که مصلحت از نظر فقه امامیه در ردیف منابع شرعی قرار نمی‌گیرد و «مصلح مرسله از جمله ظنون غیرمعتبره‌ای است که دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد» (رهبر، ۱۳۸۲، ۱۲۳)؛ پس بحث از تحلیل اقتصادی بر مبنای مصلحت خالی از فایده است.

اما در رد این ایراد باید گفت که اولاً تمامی کاربردهای مصلحت از نظر امامیه مردود نیست و ثانیاً حتی اگر مصلحت هیچ‌گاه به مانند ادلهٔ اربعه از ادلهٔ استنباط و منابع اجتهاد محسوب نشود، نقش آن در فرایند اجتهاد و پیوند دائمی آن با احکام ولایی و حکومتی انکارناپذیر است (ایزدهی، ۱۳۹۲، ۳۴). به علاوه گاه اختلاف فقها در شمارش منابع شرعی، ناشی از این است که برخی از منابع از نظر دسته‌ای از فقها مستقل محسوب شده، در عرض منبعی چون قرآن یا سنت قرار می‌گیرد؛ درحالی که از نظر دیگر فقها صرفاً در جهت تقویت مفاد دیگر منابع به کار می‌رود. به این ترتیب، در بسیاری از موارد، نتایجی که فقهای امامیه و عامه از تحلیل موضوعات به دست می‌آورند، یکسان است، اما روش تحقیق آن‌ها متفاوت می‌باشد.

برای مثال، حرام بودن فروش انگور به کسی که شراب درست می‌کند از نظر فقهای مالکی و حنبلی بر مبنای قاعدهٔ سد ذرایع به دست می‌آید؛ درحالی که فقهای امامیه این نتیجه را بر مبنای تعاون بر اثم و عدوان به دست می‌آورند (محمدی، ۱۳۸۶، ۲۵۸). این مطلب را در ادامه و در تبیین جایگاه مصلحت از نظر امامیه بیشتر توضیح خواهیم داد.

## ۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق

در تحلیل اقتصادی حقوق اجمالاً محرز است که دو علم حقوق و اقتصاد با یکدیگر مرتبط هستند، اما باید دید کدام یک از جنبه‌های این دو مورد نظر است. حقوق و اقتصاد نیز همانند دیگر علوم از دو جنبه قابل بررسی‌اند؛ گاه موضوعات و امور ماهوی یک علم مورد توجه است و گاه روش‌ها و ابزارهای آن علم.

برای مثال، در علم حقوق، جبران خسارت زیان‌دیده، انواع مراجع قضایی، مفهوم ورشکستگی، حقوق بشر، جرایم و مجازات‌ها و ... از جمله امور ماهوی محسوب می‌شوند. اما به‌کارگیری اصل استصحاب، قواعد ناسخ و منسوخ، تراحم یا تعارض بین قوانین، تعارض ادله و ... از جمله روش‌های این علم به‌شمار می‌روند. در اقتصاد نیز می‌توان این دو جنبه را از یکدیگر بازشناخت. مثلاً مطالعه بازار یا تأثیرات عرضه و تقاضا بر یکدیگر از جمله امور ماهوی اقتصاد و درمقابل، به‌کارگیری تکنیک هزینه-فایده یا هزینه فرصت از دست رفته و ... از جمله روش‌های رایج در مطالعه علم اقتصاد است.

در تحلیل اقتصادی حقوق با جنبه موضوعی حقوق از یک سو و روش‌های اقتصادی از سوی دیگر سروکار خواهیم داشت؛ یعنی حقوق را تشبیه به نهادهای اقتصادی نموده، با روش‌های اقتصادی آن را تحلیل می‌کنیم. به همین علت گفته شده است که «تحلیل اقتصادی حقوق به معنای ترجمه حقوق به زبان اقتصادی و سپس مطالعه آن مشابه مطالعه نهادهای اقتصادی است» (آقایی طوق، ۱۳۹۲، ۱). اتخاذ روش‌های اقتصادی در تحلیل حقوق از آن رو است که «اقتصاد علم انتخاب بهینه و علم رفتار عقلانی است» (دادگر، ۱۳۹۲، ۱۳؛ Friedman, 1999, 4) و به همین علت در هریک از شاخه‌های علوم که موضوع آن حول محور تصمیم‌گیری باشد، می‌تواند به‌کار رود.

پس در تعریف تحلیل اقتصادی حقوق می‌توان گفت: «تحلیل اقتصادی حقوق، استفاده از تکنیک‌ها، تحلیل‌ها و روش‌های اقتصادی برای توضیح روابط حقوقی و شناخت عکس‌العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی و همچنین برای شناخت و معرفی قواعد حقوقی مفید و کارآمد است که می‌تواند در تعیین و اعمال قواعد حقوقی برای قانون‌گذار و قضات نقش راهنما را بازی کند» (بابایی، ۱۳۸۶، ۴۱).

با توجه به تقسیم روش‌های اقتصادی به روش‌های نظری و تجربی (دادگر، همان، ۸۶-۸۳)، تحلیل اقتصادی حقوق نیز به دو شیوه میسر است (همان، ۴۱؛ Landes & Posner, 1987, 1233؛ بادینی، ۱۳۸۲، ۱۱۱-۱۰۸؛ تفضلی، ۱۳۸۸، ۷): گاه تحلیل اقتصادی حقوق از نوع اثباتی<sup>۱</sup> است؛ یعنی محقق بر اساس روش‌های عموماً نظری به تحلیل موضوعات حقوقی می‌پردازد و مشخص می‌کند که این موضوعات به لحاظ اقتصادی، کارآمد هستند یا نه و گاهی تحلیل اقتصادی حقوق از نوع هنجاری<sup>۲</sup> است؛ یعنی محقق بر اساس روش‌های عموماً تجربی به تحلیل اقتصادی موضوعات پرداخته، مشخص می‌کند که قوانین بعدی باید چگونه وضع شوند یا قوانین کنونی باید چگونه اصلاح شوند تا مطابق با نتایج اقتصادی، کارآمد باشند.

با یک مثال می‌توان موضع هر یک از این دو روش را از دیگری تفکیک نمود. فرض کنیم در یک قرارداد مبیع کلاً یا بعضاً مستحق‌الغیر درآید. در این حالت، مطابق با ماده ۳۹۱ قانون مدنی، «بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». اگر طرفین این قرارداد برای این موضوع، وجه التزام تعیین کرده باشند، ماده ۲۳۰ قانون مدنی مجرا خواهد بود که مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است، محکوم کند».

در این وضعیت اگر ارزش ثمن در زمان مطالبه نسبت به زمان انعقاد عقد تفاوت چندانی نداشته باشد و یا ارزش آن افزایش یافته باشد، استرداد ثمن به خریدار به لحاظ اقتصادی به نفع او خواهد بود و چون فروشنده از فساد بیع اطلاع داشته است، تحمیل هزینه ناشی از فساد بیع بر عهده او منطقی و قابل توجیه است. اما اگر ارزش ثمن نسبت به زمان وقوع بیع کاهش یافته باشد، وجه التزام پیش‌بینی‌شده در قرارداد، ممکن است واقعاً جبران‌کننده خسارت وارده بر مشتری نباشد. حتی با در نظر گرفتن رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۵

۱. Positive Economic Analysis

۲. Normative Economic Analysis

مهر ۱۳۹۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۱</sup>، می‌توان گفت در این فرض اگر وجه التزام یادشده در قرارداد اصلاً وجود نداشت، منافع مشتری بیشتر تأمین می‌شد؛ چراکه مشتری می‌توانست به استناد رأی وحدت رویه یادشده، علاوه بر ثمن، مبلغی را نیز به‌عنوان خسارت کاهش ارزش ثمن دریافت دارد که با توجه به روزآمد شدن آن در مقایسه با وجه التزام پیش‌بینی شده در قرارداد، به‌مراتب بیشتر می‌توانست منافع مشتری را تأمین کند.

تحلیل پیش‌گفته، نمونه‌ای از کاربرد اثباتی تحلیل اقتصادی است. در واقع، با استفاده از رویکرد اقتصادی می‌توان کارآمدی یا ناکارآمدی یک قاعده حقوقی را در خصوص وضعیت اقتصادی جامعه توصیف نمود. حال اگر در اصلاح ماده ۲۳۰ قانون مدنی بر اساس رویکرد اقتصادی، امکان تعدیل وجه التزام پیش‌بینی شود، تحلیل اقتصادی به روش هنجاری مورد توجه قرار گرفته است؛ یعنی قانون‌گذار با توجه به توصیفی که از طریق رویکرد اثباتی حاصل نموده است، حکم می‌کند که قاعده موردنظر باید چنین و چنان باشد که این امر، رویکرد هنجاری تحلیل اقتصادی را آشکار می‌سازد.

چنان‌که هویدا است، نمی‌توان گفت که یکی از این دو شیوه به‌طور مطلق بر دیگری ارجح است (Parisi & Klick, 2004, 592-594)، بلکه هریک در موضع خود می‌تواند به‌کار رود و در هر حال، آنچه از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق اهمیت دارد، کارآمدی قوانین و قواعد حقوقی است.

## ۲. مفهوم و جایگاه مستقلات عقلی

از نظر بیشتر فقهای امامیه، عقل به‌عنوان دلیل استنباط شرع مورد توجه است. یکی از

۱. رأی وحدت رویه: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق لغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است؛ بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۳۱/۳/۱۳۸۹ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است» (روزنامه رسمی کشور شماره ۱۱۰/۱۵۲/۸۴۸۵ مورخ ۵ آذر ۱۳۹۳).

تقسیماتی که برای دلیل عقلی مطرح شده است، تقسیم آن به استقلالات (مستقلات) عقلیه و استلزامات عقلیه است (محمدی، ۱۳۸۶، ۲۰۵). اگر بخواهیم جایگاه مستقلات عقلی را در میان منابع شرعی جستجو کنیم، «باید اول این مسئله را بررسی کنیم که اصولاً از نظر منطقی چگونه عقل می‌تواند در مسائل فقهی دخالت کند. علمای منطق متفقاً تصریح کرده‌اند که ذهن بشر فقط سه طریق برای استنتاج امور دارد: قیاس، استقرا و تمثیل. از بین این سه طریقه، آنچه مسلم است اینکه استقرا نمی‌تواند کاشف حکم شرعی باشد. تمثیل نیز همان قیاس مصطلح در علم اصول می‌باشد که در منطق به «تمثیل» و در اصول به «قیاس» معروف است و آن نیز از اموری است که برخی از مذاهب اسلامی به حجیت آن قائلند و برخی نیز منکر حجیت آن هستند. اما تنها طریقه استدلالی مقبول تمام مذاهب، قیاس منطقی است. قیاس از دو مقدمه کبری و صغری تشکیل می‌گردد» (یوسفی، ۱۳۷۷، ۸۰).

اگر هر دو مقدمه پیش‌تر از سوی شرع ثابت شده باشند، بحث از دلیل عقل منتهی خواهد بود. گاهی نیز یکی از دو مقدمه از جانب شرع ثابت شده و مقدمه دیگر از سوی عقل به اثبات می‌رسد که این نوع قیاس با نام استلزامات عقلی شناخته می‌شود و مورد بحث ما نیست. اما حالت سوم این است که هیچ‌یک از دو مقدمه از سوی شرع ثابت نشده و هر دو مقدمه، نتیجه استدلال عقل است؛ یعنی عقل هر یک از مقدمات را در نتیجه استدلال‌های دیگر به دست آورده است. سپس با در کنار هم قرار دادن این مقدمات، نتیجه جدیدی استنباط می‌کند. این نوع قیاس به «مستقلات عقلی» معروف است.

«اصول کلی تشکیل این قیاس، همواره یکسان است؛ مقدمه اول، حکم به قبح یا حسن ذاتی و عقلی امری است و مقدمه دوم، تلازم میان حکم عقل و حکم شرع» (همان، ص ۸۰؛ حسینیان، ۱۳۸۳، ۱۵۹).

باید توجه داشت که آنچه در نتیجه مستقلات عقلی حاصل می‌شود، حکمی شرعی است؛ بی‌آنکه از دیگر منابع شرعی استمداد شده باشد. بنابراین مستقلات عقلی می‌توانند در ردیف منابع شرعی واقع شوند (همان، ۱۳۸۳، ۱۷۰).

برای مثال، در هنگام وضع قانون، قانون‌گذار نمی‌داند که مبنای مسئولیت مدنی را

تقصیر قرار دهد یا خطر. در هیچ‌یک از منابع شرعی نیز در این خصوص تعیین تکلیف نشده است. فرض کنیم که با بهره‌گیری از روش‌ها و ابزارهای اقتصادی به این نتیجه نائل شویم که با توجه به وضعیت کنونی اقتصادی جامعه، انتخاب مبنای «خطر» به لحاظ اقتصادی کارآمدتر از انتخاب مبنای «تقصیر» خواهد بود. پس صغرای قضیه این است که اتخاذ مبنای خطر عقلاً حَسَن است. کبرای قضیه نیز عبارت است از تلازم میان عقل و شرع. نتیجه این قیاس این است که اتخاذ مبنای خطر برای مسئولیت مدنی شرعاً جایز و مقدم بر اتخاذ مبنای تقصیر است. در این حالت، اگرچه از روش‌های اقتصادی در تحلیل موضوع استفاده کرده‌ایم، اما حکم صادره منتسب به شرع بوده، در نتیجه، هیچ‌گونه مغایرتی با آرمان‌های اخلاقی یا شرعی نخواهد داشت. تفصیل این مطلب اندکی بعد خواهد آمد.

### ۳. مفهوم و جایگاه قاعدهٔ مصلحت

مصلحت در اصطلاح فقهی در دو جایگاه به کار می‌رود؛ گاه مصلحت به‌عنوان فلسفهٔ تشریح احکام شرعی مد نظر قرار می‌گیرد و گاهی به‌عنوان ملاکی برای استنباط این احکام (رهبر، ۱۳۸۲، ۱۰۸؛ صابری، ۱۳۷۹، ۲۴۹ و ۲۵۰).

در توضیح معنای اول از مصلحت، یعنی جایی که مصلحت به‌عنوان فلسفهٔ تشریح احکام شرعی به کار می‌رود، ضروری است به تقابل دیدگاه طرف‌داران مکتب اصولی و اخباری در اصول فقه اشاره کنیم.

اصولیین، گروهی از فقیهان‌اند که برخلاف اخباریون، معتقد به حسن و قبح ذاتی افعال‌اند<sup>۱</sup>. یعنی از نظر آنان، فعل حَسَن بی‌آنکه از سوی شارع عنوان حسن را اُخذ کرده باشد، حسن است و فعل قبیح بی‌آنکه از سوی شارع قبیح بودن آن ذکر شده باشد، قبیح است. یعنی معتقدند که حسن و قبح، صفات ذاتی افعال بوده و این صفت از آنجا ناشی شده است که هر فعل ذاتاً دربردارندهٔ مصلحت یا مفسده است. درمقابل، اخباریون معتقدند که حَسَن بودن افعال بنابه صدور یا تجویز آن‌ها از ناحیهٔ شارع است و قبیح بودن آن‌ها نیز بنابه ارادهٔ شارع. یعنی افعال بدون صدور از ناحیه شارع نمی‌توانند مشمول حسن یا قبح قرار گیرند

۱. این دو مکتب در میان فقهای شیعه شکل گرفته است و مشابه آن را در دو گروه معتزله و اشاعره در میان متکلمان اهل سنت می‌توان ملاحظه نمود (محمدی، ۱۳۸۶، ۱۴ و ۱۵؛ صرامی، ۱۳۸۳، ۸۴).



و حسن و قبح، به ذات افعال تعلق ندارد (محمدی، همان، ۱۴).

بدیهی است که از دیدگاه اخباریون نمی‌توان قائل به وجود مصلحت به‌عنوان مبنای تشریح احکام بود. چراکه بر طبق تفکرات اخباریون، مصلحت همان چیزی است که اراده شارع به آن تعلق گرفته و به‌خودی خود نمی‌تواند مستقل فرض شود. درحالی که از دیدگاه طرفداران مکتب اصولی، مصلحت صرف نظر از اینکه اراده شارع به امری تعلق گرفته یا نگرفته باشد، وجود دارد (صرامی، ۱۳۸۳، ۸۴). به عبارت دیگر، از نظر اصولیین، مصلحت وجود مستقل دارد و چون در بعضی از امور مصلحت وجود دارد، شارع به انجام آن‌ها امر کرده است. پس مصلحت می‌تواند فلسفه تشریح احکام باشد.

اما معنا و جایگاه دیگری که برای مصلحت ذکر شده، استفاده از مصلحت به‌عنوان ملاک استنباط احکام شرعی است (رهبر، همان، ۱۰۸؛ صابری، ۱۳۷۹، ۲۴۹ و ۲۵۰). در این معنی، مصلحت به‌عنوان مبنای استنباط احکام مورد توجه است. یعنی با شناسایی مصالح، می‌توانیم به حکم شرعی دست یازیم<sup>۱</sup>. در این معنی، مصلحت به سه نوع ملغی، مرسله و معتبر تقسیم می‌شود.

قسم اول، مصلحتی است که دلیل شرعی بر عدم اعتبار یا العای آن وجود دارد؛ مانند مصلحت فرضی در ربا و مصلحت فرضی در شراب. یعنی اگرچه ظاهراً و فرضاً در ربا یا شراب مصلحت وجود دارد، اما این مصالح از نظر شارع مردود بوده و با دلیل شرعی آن‌ها را نامعتبر اعلام کرده است. درمقابل، مصلحت معتبر مصلحتی است که دلیل شرعی بر اعتبار آن وجود دارد؛ مانند حفظ دین و حفظ نفوس مسلمانان (صرامی، همان، ۸۳؛ عرفانی، ۱۳۸۸، ۱۸۱؛ انصاری، ۱۳۸۷، ۷).

یعنی در این حالت، رعایت مصلحت به‌عنوان قید متعلق حکم قرار می‌گیرد و شارع، عمل مکلف را در صورتی طلب می‌کند که همراه با رعایت مصلحت باشد (رهبر، همان،

۱. نکته ضمنی که در اینجا وجود دارد، این است که این کاربرد از مصلحت، ریشه در کاربرد اول دارد؛ یعنی نمی‌توان قائل به مصلحت به‌عنوان دلیل استنباط حکم بود، اما مصلحت را به‌عنوان فلسفه تشریح نپذیرفت. به بیان دیگر، وقتی معتقدیم که مصلحت می‌تواند مبنایی برای وضع حکم باشد؛ یعنی به‌طور ضمنی معتقدیم که مصلحت به‌خودی خود وجود دارد؛ بی‌آنکه متعلق اراده شارع قرار گرفته باشد (صرامی، ۱۳۸۳، ۸۶).

۱۱۶). اما همیشه مصلحت مورد تأیید یا رد شارع قرار نگرفته است. این موارد را مصالح مرسله می‌نامند. در واقع، «مصلحت مرسله نه دلیل بر اعتبار و نه دلیل بر الغا دارد؛ مانند عقد بیمه» (صرامی، همان، ۸۳؛ عرفانی، همان، ۱۸۱). این نوع مصالح، محل اصلی اختلاف فقهای امامیه و عامه است؛ به این ترتیب:

- برخی از جمله فقهای مالکی معتقد به حجیت مطلق مصالح مرسله هستند (محمدی، همان، ۲۳۴؛ عرفانی، همان، ۱۸۳؛ انصاری، همان، ۸)؛
- بعضی از جمله فقهای شافعی و حنفی معتقد به عدم حجیت مطلق مصالح مرسله هستند (عرفانی، همان، ۱۸۹؛ انصاری، همان، ۸)؛
- برخی معتقدند که مصالح مرسله در صورتی که مصلحت ضروری، قطعی و کلی باشد، حجت است (غزالی، بی تا، ۲ و ۶۵۶-۶۳۵).

این دو موضع اخیر، بیشتر در میان فقهای امامیه وجود دارد (رهبر، همان، ۱۲۳؛ عرفانی، همان، ۱۹۸). با این حال، وجود نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام و قوانینی که از سوی این نهاد تصویب می‌شود، حاکی از آن است که رویکرد سوم در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

#### ۴. تطبیق تحلیل اقتصادی حقوق با مستقلات عقلی

در بحث از مفهوم مستقلات عقلی محرز گردید که این دلیل شرعی، قیاسی است که از دو مقدمه عقلی تشکیل شده است. از نظر ما این قیاس می‌تواند مبنای مناسبی برای تحلیل اقتصادی قوانین باشد. به این ترتیب که بر اساس مقدمه اول، حسن و قبح افعال را از طریق روش‌های اقتصادی احراز می‌کنیم و با در نظر گرفتن مقدمه دوم که عبارت است از تلازم میان حکم عقل و شرع، نتیجه حاصل از تحلیل اقتصادی را به مثابه حکمی شرعی و عقلی می‌پذیریم.

برای مثال، در ماده یک قانون مسئولیت مدنی آمده است: «هر کس بدون مجوز قانونی

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. ادیانی، ۱۳۹۰، ۸۸-۷۱؛ دوست‌محمدی و باباپور، ۱۳۹۱، ۱۱۴-۹۷؛ صابریان، ۱۳۸۶، ۱۲۲-۸۵؛ عرفانی، ۱۳۸۸، ۲۰۴-۲۰۱.

عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتمندی یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». مسلماً «بی احتیاطی» یادشده در این ماده، ذاتاً یا بنابر ذکر در ماده پیش گفته، قبیح است. اما در این ماده یا دیگر مواد قانون، مشخص نشده است که منظور از بی احتیاطی چیست و مرز آن از فعل عمد چگونه باید مشخص شود.

برای مثال، اگر راننده‌ای برای رسیدن به محل کار خود با سرعتی بیش از سرعت مجاز حرکت کند و در اثر تصادف با دیگری موجب خسارت وی شود، فعل او را باید عمد در نظر گرفت یا بی احتیاطی؟ از یک سو، وی قصد ایراد ضرر به هیچ کس را نداشته و نمی‌توان ایراد خسارت را عمدی تصور کرد و از سوی دیگر، وی آگاه از سرعت غیرمجاز و تأثیرات آن بوده است یا می‌بایست آگاه بوده باشد. پس نمی‌توان علم وی را در این زمینه نادیده گرفت. گفته شده است که «اگر درجه احتمال ورود خسارت از مرحله امکان بگذرد و به ظن قوی یا علم برسد و مرتکب با توجه به آن به رفتار زیانبار دست زند، دیگر نباید آن را غیرعمد شمرد» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۱، ۳۷۲). اما نکته اینجاست که گذار از مرحله امکان و رسیدن به ظن قوی یا علم چگونه باید احراز شود؟ به نظر می‌رسد که استفاده از روش‌های اقتصادی در این زمینه و مانند آن با توجه به تکیه این روش‌ها بر اعداد و ارقام، گویاتر از هر معیار دیگری است.

برای نمونه در مثال پیش گفته، قاضی احراز می‌کند که راننده برای رسیدن به مقصد با سرعت مجاز ۶۰ کیلومتر بر ساعت، ۳۰ دقیقه زمان احتیاج داشته، درحالی که وی با وجود زمان کافی، با سرعت ۹۰ کیلومتر بر ساعت در حرکت بوده است؛ یعنی ۱۰ دقیقه زودتر از موعد به محل کار خود می‌رسیده است. از سوی دیگر، ممکن است حضور فرد چند دقیقه زودتر از موعد، موجب افزایش بهره‌وری کار به میزان ۱۰ واحد بوده باشد، درحالی که خسارت وارده معادل ۷ واحد است. در این صورت، ممکن است قاضی بر اساس تکنیک هزینه-فایده<sup>۱</sup> به این نتیجه برسد که رفتار شخص با وجود علم به اینکه سرعت وی بیش از حد مجاز است و علی‌رغم آگاهی از اینکه سرعت غیرمجاز می‌تواند موجب ایراد خسارت

۱. یک معیار تجزیه و تحلیل در علم اقتصاد، تکنیک هزینه-فایده است. بر اساس این تکنیک، هر تصمیم یا هر اقدام برای فعالیتی در صورتی توجیه اقتصادی دارد و عقلانی محسوب می‌شود که مجموعه درآمدها و منافع نهایی حاصل از آن تصمیم یا اقدام، از هزینه‌های انجام‌شده بیشتر باشد (دادگر، ۱۳۹۲، ۸۸).

شود، مصداق عمد نبوده است و با مقایسه بهره‌وری حاصل از رسیدن پیش از موعد به محل کار و خسارت وارده، رفتار یادشده را صرفاً بی‌احتیاطی یا حتی متعارف در نظر گیرد. پس اگر قرار باشد حکم قاضی بر مبنای مستقلات عقلی استوار گردد، با توجیهاات یادشده، حسن یا قبیح بودن رفتار و در صورت اخیر، درجه قبح آن مشخص می‌شود و با قرار دادن تلازم میان حکم عقل و شرع در کنار این مقدمه، حکم صادره حکمی شرعی خواهد بود.

اما پذیرش و به‌کارگیری مستقلات عقلی، خود مستلزم پذیرش نکات زیر است:

- حسن و قبح به صورت ذاتی در افعال وجود دارد.
- عقل توانایی درک حسن و قبح را دارد.
- بین حکم عقل و حکم شرع ملازمه برقرار است.

بنابراین عدم پذیرش هر یک از موارد بالا می‌تواند مانع استناد به مستقلات عقلی به‌عنوان ظرفی برای به‌کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق باشد. در ادامه هر یک از این موارد تشریح خواهد شد.

#### ۱.۴. وجود حسن و قبح ذاتی

وقتی از مستقلات عقلی استفاده می‌کنیم به‌طور ضمنی معتقد به حسن و قبح ذاتی افعال هستیم. یعنی حسن و قبح افعال بی‌آنکه شارع به آن اشاره‌ای کرده باشد، وجود دارد.

همین نکته باعث می‌شود آن دسته از اندیشمندانی که همانند اخباریون، خلاف این عقیده را دارند، از مستقلات عقلی روی برتابند (محمدی، ۱۳۸۶، ۱۴؛ ربانی گلپایگانی، ۱۳۹۳، ۶). پس در نگاه اول، اگر بخواهیم نتایج تحلیل اقتصادی حقوق را بر مبنای مستقلات عقلی استوار نماییم، اتقان نتیجه حاصله در برخورد با این دیدگاه، تضعیف خواهد شد.

اما به‌نظر می‌رسد که این تقابل، موجب ضعف استناد به مستقلات عقلی نیست؛ چراکه در اغلب موارد بین اندیشمندان به‌خصوص در حوزه علوم انسانی اختلاف نظر مشاهده می‌شود و اگر اختلاف نظر را موجب تضعیف اندیشه‌ها بدانیم، هیچ اندیشه‌ای مجال بروز و

ظهور نخواهد یافت. وانگهی استفاده از تحلیل‌های اقتصادی موجب می‌شود که حسن و قبح افعال از طریق روش‌های ریاضی و تجربی اثبات گردد و مجال مجادله از میان برداشته شود. درواقع، بحث از حیطة «اعتقاد یا عدم اعتقاد» به حسن و قبح ذاتی افعال خارج شده، به حیطة «اثبات یا عدم اثبات» این حسن و قبح وارد می‌شود.

#### ۲.۴. توانایی درک حسن و قبح

در مقدمه اول از قیاس یادشده در مستقلات عقلی، فرض این است که عقل توانایی درک حسن و قبح امور را دارد (طوسی، ۱۴۱۷ق، ۲، ۶۵۲-۶۴۷؛ علم الهدی، ۱۳۷۶، ۲، ۶۹۷-۶۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۷ق، ۱، ۳۱-۲۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۱ق، ۲۵۱-۲۴۷). حال ایراد این است به گمان برخی از فقها (استرآبادی، ۱۴۲۴ق، ۲۶۹؛ بحرانی، ۱۴۰۹ق، ۱، ۱۲۸-۱۲۸)، حتی اگر حسن و قبح به صورت ذاتی وجود داشته باشد، عقل توانایی درک آن را نداشته، آنچه از نظر عقل حسن یا قبیح است، استنباطی ظاهری است نه واقعی. درواقع، هیچ‌گاه نمی‌توانیم مطمئن باشیم که آنچه عقل استنباط کرده، مطابق با حکمی باشد که مورد نظر شارع است. در مثال پیش‌گفته، اگر دادرس بر مبنای تحلیل اقتصادی، متعارف بودن رفتار فرد خاطی را بسنجد، نمی‌توان اطمینان یافت حکمی که انشا می‌گردد، مطابق با نظر شارع است. پس قاضی نمی‌تواند به بهانه سکوت قانون در خصوص ارائه معیار متعارف بودن رفتار افراد، مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی به مستقلات عقلی به‌عنوان منبع شرعی استناد نموده، حسن و قبح رفتار را چنان که گفتیم با روش‌های عقلی اقتصادی استنباط کند.

این ایراد قابل رفع خواهد بود اگر قاعده مصلحت به‌عنوان ملاک استنباط حکم شرعی حجت دانسته شود (محمدی، همان، ۲۱۱)، چراکه حجت دانستن مصلحت به این معنی است که عقل توانایی تشخیص مصلحت و مفسده را دارد. پس اگر این توانایی محرز باشد، مقدمه اول در قیاسی که در مستقلات عقلی به آن محتاجیم، همواره صحیح خواهد بود. در بحث از مفهوم قاعده مصلحت گفتیم که به رسمیت شناختن مصلحت و حجت دانستن آن از سوی فقهای امامیه، صرفاً در خصوص مصالح مرسله مورد تردید قرار می‌گیرد. پس اگر حسن یا قبیح بودن رفتاری به طریقی دیگر اثبات شده باشد، یعنی مصلحت «معتبر» یا «ملغی» باشد، اصلاً نیازی به استفاده از مستقلات عقلی و در نتیجه استفاده از تحلیل

اقتصادی برای درک حُسن و قبح نیست؛ چراکه حَسَن یا قبیح بودن به صراحت مشخص شده است. برای مثال، مطابق با قوانین موضوعه و نیز منابع شرعی، ربا حرام است و زیاده‌ای که از مقتضی اخذ می‌گردد، اگرچه ظاهراً مصلحت شمرده می‌شود، اما از نوع ملغی است. لذا اگر کسی مالی به دیگری قرض دهد، نمی‌تواند با استناد به تکنیک هزینه فرصت ازدست رفته<sup>۱</sup>، مطالبه زیاده نماید و چنین استدلال کند که اخذ میزان اضافی در ازای فرصتی است که آن مال در اختیار مقتضی بوده است.

پس ایراد یادشده به مصالح مرسله محدود خواهد بود. در خصوص این مصالح، باید دید آیا قاعده مصلحت به‌عنوان منبع شرعی به رسمیت شناخته می‌شود یا نه. در بحث از مفهوم مصلحت گفتیم که وجود نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق ایران و قوانینی که از سوی این نهاد تصویب می‌شود، حاکی از آن است قاعده مصلحت به صورت مشروط مورد پذیرش قرار گرفته است. پس به بهانه اینکه مصلحت از نظر برخی از فقهای امامیه حجت نیست و عقل نمی‌تواند حسن و قبح افعال را تشخیص دهد، نمی‌توان باب استناد به مستقلات عقلی را تزییق نمود.

#### ۳.۴. ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع

ملازمه میان حکم عقل و شرع باعث می‌شود که آنچه عقل استنباط کرده و در موضوع بحث ما آنچه در نتیجه تحلیل اقتصادی حاصل شده است، حکمی شرعی تلقی شود. این ملازمه برگرفته از قاعده‌ای در اصول فقه است که مقرر می‌دارد: «كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ وَ كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ». اما برخی (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۰) تلازم میان حکم عقل و شرع را مردود می‌دانند. باین‌حال، این ایراد از سوی اصولیون متأخر رد شده است. با این استدلال که وقتی عقل، توانایی درک مصلحت و

۱. بر اساس این تکنیک، هر فعالیتی مستلزم نوعی هزینه است. حداقل هزینه، زمان صرف‌شده است. پس اگر ارزش آنچه به‌دست آمده از هزینه فرصت ازدست رفته بیشتر باشد، شخص تصمیم عقلانی گرفته است. اما در صورتی که هزینه فرصت ازدست رفته بیش از منافع باشد، رفتار عقلانی تحقق پیدا نکرده است (دادگر، ۱۳۹۲، ۷۲ و ۷۳). در مثال بالا، اگر بخواهیم ملغی بودن مصلحت موجود در ربا را در نظر بگیریم، نتیجه تحلیل بر اساس تکنیک هزینه فرصت ازدست رفته این است که مقرض بعد از گذشت زمان که خود نوعی هزینه است، همان مالی را دریافت کرده که به مقتضی قرض داده بود. بنابراین منفعتی حاصل نشده و هزینه‌ی زمان نیز بر وی تحمیل شده است. پس از نظر این تکنیک، عقلانی است که وی زیاده بر آنچه قرض داده، پس بگیرد.

مفسده را دارد، پس جمیع جهاتی را که شارع برای صدور حکم در نظر می‌گیرد، درک می‌کند. در نتیجه ملازمه میان حکم عقل و شرع برقرار است؛ یعنی نمی‌توان قائل به دلالت عقل به‌عنوان یک دلیل بود، اما ملازمه میان حکم عقل و شرع را رد کرد (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۴ق، ۳، ۶۲-۶۰).

از مجموع مطالب پیش‌گفته این نتیجه حاصل می‌شود که مستقلات عقلی مبنای مناسبی برای به‌کارگیری تحلیل اقتصادی در حقوق ایران است. با این حال، توجه به دو نکته ضروری است. اول اینکه استدلال به تحلیل اقتصادی در قالب مستقلات عقلی در مقام صدور حکم قضایی صرفاً در مواردی میسر است که موضوعی که در صدد استنباط آن هستیم، از طریق قوانین لازم‌الاجرا مورد تصریح قرار نگرفته باشد؛ چراکه برخلاف مرحله وضع یا نقد قانون، استناد به مستقلات عقلی به‌عنوان یکی از منابع شرعی بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی از سوی مقام قضایی صرفاً در مواردی میسر است که قانون ساکت، ناقص، مجمل یا متعارض باشد. پس اگر حکم موضوعی در قوانین لازم‌الاجرا به‌صراحت ذکر شده باشد، مجال اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی و به تبع آن استناد به تحلیل اقتصادی بر مبنای مستقلات عقلی فراهم نخواهد بود. نکته دیگر اینکه آنچه باعث گسترش کاربرد مستقلات عقلی می‌شود، حجت دانستن مصلحت و گسترش کاربرد آن است که در ادامه به این مطلب می‌پردازیم.

## ۵. تطبیق تحلیل اقتصادی حقوق با قاعده مصلحت

در بحث از مفهوم‌شناسی مصلحت دیدیم که می‌توان دو معنا را برای مصلحت مطرح کرد. اگر بخواهیم تحلیل اقتصادی حقوق را در قالب مصلحت قرار دهیم، مصلحت به‌عنوان ملاک استنباط حکم مورد نظر است و نه مصلحت در معنای فلسفه تشریح. چه اینکه مصلحتی که فلسفه تشریح است، با انشای حکم از سوی شارع مورد توجه قرار گرفته، بحث از کارآمدی یا ناکارآمدی آن به لحاظ اقتصادی منتفی است. اما در مقابل، مصلحت به‌عنوان ملاک استنباط احکام در مواقعی به‌کار می‌رود که در صدد وضع حکم-خواه در مقام قانون‌گذار و خواه در مقام دادرس- هستیم و مسلماً در حقوق ایران، این حکم نباید مخالف با مبانی شرعی باشد. بلکه باید کاشف از رأی شارع تلقی شود؛ یعنی اگر شارع نیز در صدد

بود در حال حاضر به وضع قاعده دست یازد، چنین حکمی را صادر می‌کرد.

در طبقه‌بندی انواع مصلحت در معنای ملاک استنباط احکام، گفتیم که مصالح ملغی به‌صراحت مورد ردّ شارع قرار گرفته است، پس در این موارد نمی‌توانیم از تحلیل اقتصادی حقوق با عنوان مصلحت استفاده کنیم.<sup>۱</sup> اما در خصوص مصالح معتبر و مصالح مرسله این ممنوعیت وجود ندارد. از نظر ما، مصالح معتبر، قابل تطبیق با تحلیل اقتصادی اثباتی و مصالح مرسله قابل تطبیق با تحلیل اقتصادی هنجاری هستند. یعنی می‌توانیم در تشخیص مصالح معتبر از تحلیل اقتصادی اثباتی استفاده کنیم و در تشخیص مصالح مرسله، تحلیل اقتصادی مطابق با نوع هنجاری خواهد بود. در ادامه هریک را به تفکیک بررسی می‌نماییم.

#### ۱.۵. تطبیق مصالح معتبر با تحلیل اقتصادی اثباتی

نمونه مصلحت معتبر را در مواد ۶۶۷، ۱۰۴۱، ۱۱۸۴ و ۱۲۴۱ قانون مدنی با عنوان مصلحت یا غبطه می‌توان ملاحظه کرد. در این موارد، مصلحت به‌عنوان متعلق حکم از سوی شارع مطرح شده و عمل به حکم همراه با مصلحت طلب شده است. اما مصلحت در این موارد چگونه تشخیص داده می‌شود؟ در نوشته‌های فقهی در خصوص ارائه معیار تشخیص مصلحت از غیر آن، شرایطی ذکر شده است (غزالی، همان، ۶۵۶-۶۳۵؛ رهبر، همان، ۱۲۲-۱۱۶)؛ یعنی بدون این شرایط نمی‌توان قائل به رعایت مصلحت بود. عمده این شرایط این است که آنچه به‌عنوان مصلحت مورد استناد قرار می‌گیرد نباید با قوانین شرعی، مناسبات زمان و مکان، موازین منطقی و عقلی و عرف معتبر منافات داشته باشد (همان). در صورت رعایت شرایط پیش‌گفته، می‌توان گفت که مصلحت به‌عنوان قید حکم رعایت شده است و اگر سایر اجزای حکم نیز مراعات شده باشد، مکلف به تکلیف خود در باب حکم یادشده عمل کرده است.

به‌نظر می‌رسد که این معیارهای کلی را با روش‌های اقتصادی می‌توان تحلیل کرد و سنجید. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه «یکی از ابعاد تشخیص مصلحت دینی در زمینه قوانین اجتماعی، توجه به آثار مختلف است» (یثربی، ۱۳۹۳، ۲۱۳)، یکی از این آثار می‌تواند

۱. چنان‌که در مثال مربوط به ربا به‌طور مفصل توضیح داده شد.



آثار اقتصادی باشد. در این حالت هدف ما از تحلیل اقتصادی حقوق، دستیابی به این هدف است که مصلحت از بعد اقتصادی رعایت شده است یا نه. چنان که هویدا است این کاربرد از قاعده مصلحت در تحلیل اقتصادی حقوق از نوع اثباتی قابل ملاحظه است. برای نمونه، یکی از موارد لزوم رعایت مصلحت، رفتار قییم در خصوص محجور تحت سرپرستی اوست؛ یعنی از قییم درخواست شده است که در مورد امور محجور تحت سرپرستی خود، مصلحت را رعایت کند و شرایط رعایت مصلحت به طور کلی از ادله شرعی قابل استنباط است، اما هیچ معیار دقیقی نه در منابع شرعی یادشده و نه در قوانین موضوعه در این خصوص وجود ندارد. پس قاضی می‌تواند برای احراز اینکه مصلحت رعایت شده است یا نه، از روش‌های اقتصادی بهره گیرد.

برای مثال «در خصوص مصلحت یتیم می‌بایست علاوه بر مصالح طولانی مدت و دوران‌دیشی مادی، مصالح معنوی وی نیز در نظر گرفته شود بلکه در صورتی که مصلحت مادی وی ایجاب کند که با شخص فاسقی شریک شود این کار جایز نبوده و در مقابل، مشارکت وی با شریک مؤمنی که سود کمتری در مقایسه با شخص فاسق عائد وی می‌کند، از رجحان و اولویت برخوردار بوده و این امر مصلحت یتیم برشمرده می‌شود» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۷۱۰).

این مثال را می‌توان با روش اقتصادی نیز تحلیل نمود. بر مبنای الگوی هزینه‌ی فرصت از دست رفته، اگرچه به ظاهر مشارکت با شخص فاسق درآمد بیشتری را عاید‌داری یتیم می‌کند، اما با توجه به تأثیر تربیتی که ممکن است از مشارکت چنین شخصی حاصل شود، این مشارکت دربردارنده هزینه‌ای است که شاید غیرقابل جبران بوده و یا جبران آن هزینه‌های هنگفتی را در پی داشته باشد. بنابراین تصمیم قییم برای مشارکت یتیم با شخص مؤمن با علم به اینکه این مشارکت، منفعت مادی کمتری نسبت به مشارکت یتیم با شخص فاسق دارد، تصمیمی عقلانی به شمار رفته، در نتیجه، مطابق با مصلحت یتیم فرض می‌شود. این نتیجه در اینجا از طریق احراز مصلحت به روش اقتصادی به دست آمده که نمونه‌ای از تحلیل اقتصادی اثباتی است.

## ۲.۵. تطبیق مصالح مرسله با تحلیل اقتصادی هنجاری

گفتیم که منظور از مصالح مرسله مواردی است که مصلحت در آنها، نه مورد تأیید شارع است و نه مورد ردّ وی. پس این پرسش مطرح می‌شود که آیا عقل می‌تواند خود به تشخیص مصلحت دست یازد و بر مبنای این تشخیص، حکم شرعی صادر نماید؟

همچنین خاطر نشان شد که این کاربرد از قاعده مصلحت موجب توسعه مستقلات عقلی خواهد بود (محمدی، همان، ۲۱۱). از سوی دیگر، حجت دانستن مصلحت در موارد مرسل، به این معنی است که در مقام وضع حکم قرار داریم که از نظر ما این موضع قابل تطبیق با تحلیل اقتصادی هنجاری است.

برای مثال، حبس مجازاتی است که در بسیاری از جرایم تعزیری کاربرد دارد و از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی شده است. همچنین در برخی مجازات‌های تعزیری، امکان جایگزینی حبس با دیگر مجازات‌ها مانند جزای نقدی وجود دارد. در شرایط اقتصادی کنونی، یکی از مبنای تبدیل حبس به مجازات‌های جایگزین ممکن است مصالحی باشد که صرفاً به لحاظ اقتصادی قابلیت توجیه دارند؛ مانند آنکه با محبوس شدن مجرم، هزینه‌های تأمین معاش وی از محل مالیات‌های عمومی خواهد بود. یعنی جامعه‌ای که خود قربانی ارتکاب جرم است، مکلف است هزینه‌های حبس مجرم را تأمین کند. درحالی که الزام مجرم به انجام خدمات عمومی رایگان، نه تنها هزینه‌ای را بر جامعه تحمیل نمی‌کند، بلکه برعکس می‌تواند درآمد عمومی را نیز افزایش دهد. بنابراین مصلحت ایجاب می‌کند که با استفاده از تحلیل اقتصادی مجازات حبس و جایگزین‌های آن از حکم اولیه قانون‌گذار عدول کرده، حکمی انشا شود که به لحاظ اقتصادی قابل توجیه باشد. چنان‌که هویدا است در این مثال، نه جایگزینی حبس با خدمات عام‌المنفعه مورد ردّ قرار گرفته و نه تأیید شده است. اما قانون‌گذار یا دادرس مصلحت را در جایگزینی این مجازات با مجازاتی می‌بیند که به لحاظ اقتصادی مقرون به صرفه است و بر همین اساس حکم می‌دهد که حبس باید با خدمات عام‌المنفعه جایگزین شود. امر به این مطلب، خود قرینه بر هنجاری بودن تحلیل اقتصادی است.

نمونه دیگر را می‌توان در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی ملاحظه نمود. مطابق این ماده، هر آن کس که ضرری به دیگری وارد آورد باید از عهده جبران خسارت برآید. اما «در زبان اقتصادی، می‌توان گفت، هم زیان‌زننده و هم زیان‌دیده، سبب هزینه‌های ضرر هستند» (Coase, 1960, 2). پس ممکن است با توجیهاات اقتصادی در پاره‌ای موارد به افراد تکلیف شود که از موقعیت‌هایی که احتمال وقوع زیان در آن‌ها وجود دارد، جلوگیری کرده، به این طریق از ورود زیان پیشگیری نمایند<sup>۱</sup>.

باید توجه داشت حکمی که بر مبنای مصلحت وضع می‌شود به شارع منتسب می‌گردد؛ یعنی در این حالت، واضع معتقد است که اگر شارع نیز بنا بود در زمان و مکان کنونی به وضع حکم دست یازد، چنین حکمی را صادر می‌کرد (شریف‌زاده، ۱۳۸۹، ۲۰). پس در این حالت نیز می‌توان گفت، حکمی که بر مبنای مصلحت وضع می‌شود اعلامی است، نه تأسیسی. به این ترتیب، استفاده از قاعده مصلحت به‌عنوان مبنای تحلیل اقتصادی حقوق، موجب می‌شود که کاربرد اقتصاد در حقوق در چارچوبی قرار گیرد که مورد موافقت شرع نیز باشد؛ چراکه حدود و شرایط استناد به قاعده مصلحت به‌طور کلی در فقه مشخص شده است.

### نتیجه

تحلیل اقتصادی حقوق شیوه نوینی از پیوند حقوق و اقتصاد است. اما به کارگیری آن در حقوق ایران منوط به این است که ضوابط و حدود آن مطابق با این نظام حقوقی مشخص شود. با توجه به اینکه حقوق ایران تا حدود زیادی از حیث مبانی بر فقه متکی است، به‌نظر می‌رسد تطبیق تحلیل اقتصادی حقوق با مبانی شرعی، مانع از تعارض نتایج حاصل از این روش تحلیل با دیگر روش‌ها و تفاسیر باشد.

در همین راستا، مستقلات عقلی و قاعده مصلحت را به‌عنوان مبنای به کارگیری تحلیل

۱. باید توجه داشت که اثر دخالت دادن تحلیل‌های اقتصادی در این مثال، در تکلیفی است که برای پیشگیری از زیان بر زیان‌دیده تحمیل می‌شود. اگر کسی خود را در موقعیت زیان قرار دهد، مطابق با قاعده اقدام، خود او مسئول است. اما از نگاه تحلیل اقتصادی، چنین فردی نه‌تنها در برابر زیان وارده به خود مسئول است، از آن جهت که با وقوع زیان بر هزینه‌های اجتماع افزوده است، در برابر اجتماع نیز مسئول تلقی می‌شود.

اقتصادی در حقوق ایران مورد بررسی قرار دادیم. نتایج حاصل از این امر حاکی از آن است که برخلاف آنچه در برخی نوشته‌ها مطرح شده است، تحلیل اقتصادی حقوق نه تنها مغایر با شرع نیست، بلکه حتی می‌توان آن را در قالب مستقلات عقلی و مصلحت به‌کار گرفت. چه اینکه اگر مبنای تحلیل اقتصادی حقوق، مستقلات عقلی باشد، به آن معنی است که عقل می‌تواند با ارائه تحلیل‌های اقتصادی که قطعاً تحلیلی عقلی خواهد بود، مصالح و مفاسد امور را درک کرده، با توجه به ملازمه میان حکم عقل و شرع، حکمی شرعی صادر نماید.

همچنین انواع تحلیل‌های اقتصادی را با قاعده مصلحت تطبیق دادیم و این نتیجه حاصل آمد که تحلیل اقتصادی اثباتی قابل تطابق با کاربرد مصلحت به معنای جزء متعلق احکام است؛ یعنی در مواردی که مصلحت از سوی شارع مورد توجه قرار گرفته و به اصطلاح از نوع معتبر است، برای احراز رعایت یا عدم رعایت مصلحت می‌توان از تحلیل اقتصادی بهره برد که این امر مطابق با تحلیل اثباتی خواهد بود. در مصالح مرسله نیز با تحلیل اقتصادی موضوع می‌توان مصلحت را تشخیص داد و بر اساس آن، حکمی را صادر کرد که کاشف از نظر شارع نیز می‌باشد. نتیجه این امر، تطابق تحلیل اقتصادی هنجاری با مفهوم مصلحت در مصالح مرسله است. البته باید توجه داشت که در هر دو حالت، تشخیص مصلحت به ضوابط کلی محدود است که در شرع بیان شده است و نمی‌توان تحلیل اقتصادی را بر مبنای مصلحت، فراتر از حدود مصلحت به‌کار برد.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

۱. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۲)، تحلیل «تحلیل اقتصادی حقوق»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۴، شماره ۲.
۲. ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۹)، جایگاه اخلاق در تحلیل اقتصادی حقوق، *نامه مفید*، شماره ۸۲.
۳. ادیانی، سید علیرضا (۱۳۹۰)، «کاربست مصلحت در نظام جمهوری اسلامی ایران»، *مجله حصون*، شماره ۳۱.
۴. انصاری، حمید (۱۳۸۷)، «مبانی فقهی دیدگاه امام خمینی در اعتبار ملاک مصلحت در فقه سیاسی اسلام و ضرورت تدوین فقه المصلحه»، *پژوهشنامه متین*، شماره ۳۸.
۵. ایزدهی، سجاد (۱۳۹۲)، «ضوابط مصلحت در فقه شیعه»، *سیاست متعالیه*، سال اول، شماره ۱.
۶. بابایی، ایرج (۱۳۸۶)، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، *دوفصلنامه حقوق و سیاست*، دوره ۹، شماره ۲۳.
۷. بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۶۲.
۸. تفضلی، فریدون (۱۳۸۸)، *تاریخ عقاید اقتصادی*، تهران: نشر نی.
۹. حسینیان، سعیده (۱۳۸۳)، «کارکردهای عقل در دین پژوهی»، *قبسات*، شماره ۳۴.
۱۰. دادگر، یدالله (۱۳۹۲)، *اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان*، تهران: نشر آماره.
۱۱. دوست محمدی، احمد و باباپور، محمدمهدی (۱۳۹۱)، «مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ زمینه‌های پیدایش، منازعات گفتمانی و قانونمداری»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۱، شماره ۱.
۱۲. ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۹۳)، «تلازم حکم عقل و شرع»، *قبسات*، شماره ۷۱.
۱۳. رهبر، مهدی (۱۳۸۲)، «مقایسه جایگاه مصلحت در فقه امامیه و اهل سنت»، *دین و ارتباطات*، شماره ۱۷.
۱۴. شریفزاده، محمدجواد و نادران، الیاس (۱۳۸۹)، «ضرورت مطالعات میان رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام: قضیه کوز و هزینه‌های مبادله»، *فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی*، شماره ۷.

۱۵. صابری، حسین (۱۳۷۹)، «استصلاح و پویایی فقه»، *مطالعات اسلامی*، شماره ۴۹ و ۵۰.
۱۶. صابریان، علیرضا (۱۳۸۶)، «مصلحت و جایگاه آن در فقه حکومتی»، *پژوهش‌های فقه و حقوق*، شماره ۸.
۱۷. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۳)، «درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه»، *قبسات*، شماره ۳۲.
۱۸. عبدی، مهران (۱۳۹۱)، *بررسی معیار کارایی اقتصادی در نظام مسئولیت مدنی ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه بین‌المللی امام خمینی.
۱۹. عرفانی، محمد (۱۳۸۸)، «بررسی جایگاه مصلحت در فقه شیعه و اهل سنت»، *کوثر معارف*، شماره ۹.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، *الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی*، جلد اول، قواعد عمومی، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۶)، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. یثربی، علی محمد (۱۳۹۳)، «گزارشی در زمینه راه‌اندازی رشته فقه و حقوق اقتصادی: قرائت فقهی حقوق اقتصادی»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، شماره ۱.
۲۴. یوسفی، محمدطاهر (۱۳۷۷)، «پژوهشی در باب مستقلات عقلیه»، *خردنامه صدر*، شماره ۱۴.

## ب) عربی

۲۵. استرآبادی، محمدمبین (۱۴۲۴ق)، *الفوائد المدنیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۶. بحرانی، یوسف (۱۴۰۹ق)، *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. حائری اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، *الفصول الغرویه فی الاصول الفقهیه*، قم: دار احیاء علوم الاسلامیه.
۲۸. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۱۷ق)، *العهده فی اصول الفقه*، جلد ۲، قم: انتشارات علاقبندیان.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ق)، *تهذیب الوصول الی علم الاصول*، لندن: مؤسسه الامام علی (ع).
۳۰. علم الهدی، مرتضی بن داعی (۱۳۷۶)، *الذریعه الی اصول الشریعه*، جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران.

۳۱. غزالی، محمدبن محمد (بی تا)، *المستصفی من علم الاصول*، جلد ۲، بیروت: شرکه دار الارقم بن ابی الارقم.
۳۲. کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۴ق)، *فوائد الاصول*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۳. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق)، *المعتبر فی شرح المختصر*، جلد ۱، قم: مؤسسه سیدالشهدا(ع).
۳۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۹)، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

### ج) انگلیسی

35. Coase, Ronald (1960), "*The Problem of Social Cost*", Journal of Law and Economics, vol. 44, no. 3.
36. Frideman, David (1999), *Law's Order*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
37. Harnay Sophie and Marciano Alain (2009), "*Posner, Economics and the Law: From "Law and Economics" to An Economic Analysis of Law*", Journal of the History of Economic Thought, Vol. 31, No. 2.
38. Landes, William & Posner.A.Richard (1987), *The Structure of Tort Law: The Economic Structure of Tort Law*, Harward University Press.
39. Parisi Francesco & Klick, Jonathan, (2004) "*Wealt, Utility and The Human Dimension*". NYU Journal of law and Libery, Vol. 1, No.1.