

A Case for Positive and Economic-Based Approaches to Reasonableness in Tort Law and their Practical Implications

Mohsen Sadeghi*

Associate Professor, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran

Amir Ghaffari

Phd student in Private Law, University of Tehran

(Email: Ghaffariamir@ut.ac.ir)

(Received: 2019/10/20 – Accepted: 2020/09/14)

Abstract

In spite of some instances in which statute or contract specifically determines the approach by which the standard of care is to be tested, the notion of Reasonable Man which plays a crucial role at the heart of Duty of Care is an ambiguous and abstruse issue. The Article sets forth an answer to the following question: Should reasonableness be a normative or a positive notion? In other words, should the reasonable person be defined in accordance with a normative ethical commitment or in accordance with an empirically observed practice or perception? We put forward and defend the thesis that positive approach is illogical and normative approach, namely Economic Welfare approach, is categorically sound, although the latter raises partially surmountable practical problems. This Article is basically founded on Documentary Research and Literature Review and is presented in two parts; The first involves dealing with the positive approach and the latter with the normative one.

Keywords

Philosophy of Tort Law, Reasonable Person, Fault, Normative and Descriptive.

* Corresponding Author; Email: Sadeghilaw@ut.ac.ir; Fax: +982166497912

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۱۱، شماره ۲
پاییز و زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۶۱۳ تا ۶۳۸ (علمی - پژوهشی)

نقد و توجیه رویکردهای تحقیقی و اقتصادی به مفهوم تقصیر

در مسئولیت مدنی و آثار عملی آن در دعاوی مرتبط

محسن صادقی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

امیر غفاری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

(Email: Ghaffariamir@ut.ac.ir)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۲۴)

چکیده

فارغ از مواردی که قانون یا قرارداد نحوه احراز تقصیر عامل زیان را مشخص می‌کنند، مسئله چگونگی احراز تقصیر پیچیده و محتمل‌الوجه است. این تحقیق در صدد پاسخ به این سؤال است که پرسش از تقصیرآمیز بودن رفتار، آیا پرسشی توصیفی است یا هنجاری؟ به تعبیر دیگر، وقتی دادرس در پی احراز تقصیر خواننده در دعاوی مسئولیت مدنی است، آیا بایستی همانند دانشمندان تجربی در جهان خارج به تجربه بپردازد و پس از کشف رفتار متعارف (رفتاری که بیشترین تکرار را داراست) در خصوص قضیه متنازع‌فیه، انحراف رفتار خواننده را با آن بسنجد؟ یا آنکه فارغ از اینکه در واقع چه رفتاری به چه میزان معمول است، وی باید انسانی ایدئال (که اصلاً در جهان وجود خارجی ندارد) را در نظر بگیرد و میزان انحراف رفتار خواننده را با آن بسنجد. به عبارت دیگر، آیا معیار در احراز تقصیر، انحراف از رفتار انسان متعارف است یا انسان معقول؟ در این تحقیق نشان دادیم که رویکرد توصیفی به مفهوم تقصیر غیرمنطقی است. روش تحقیق کتابخانه‌ای و میدانی است. در دو گفتار به بررسی رویکرد هنجاری و توصیفی خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی

انسان معقول و متعارف، تقصیر، فلسفه حقوق مسئولیت مدنی، رویکرد هنجاری و توصیفی.

مقدمه

این تحقیق پاسخی به بنیادی‌ترین پرسش راجع به تقصیر در مسئولیت مدنی خواهد داد: تقصیر امری توصیفی یا ارزشی است؟ به تعبیر دیگر، آیا تقصیر در پرتو یک ارزش (از قبیل افزایش ثروت، آزادی برابر، اخلاق مراقبت یا غیره) تعریف می‌شود یا با توجه به عرف و رویه‌ای محقق شده و ثبوت یافته است؟ به تعبیری دیگر، آیا تقصیر مربوط به جهان هست‌ها و نیست‌ها است یا به جهان باید‌ها و نبایدها مربوط می‌شود؟ آیا در تشخیص تقصیر بر عقل نظری تکیه می‌کنیم یا بر عقل عملی؟ بعد از اینکه به صورت گذرا اشاره کردیم که رویکرد توصیفی به مفهوم تقصیر مشکلاتی منطقی در پی دارد، به نقد و توجیه رویکرد هنجاری به تقصیر خواهیم نشست. انحراف از رفتار انسان معقول یا متعارف، معیار احراز تقصیر در مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر است^۱. تقصیر به معنی انجام دادن کاری است که انسان معقول یا متعارف در همان شرایط انجام نمی‌دهد یا انجام ندادن کاری که همان انسان انجام می‌دهد (Zipursky, 2007: 17-2014). تقصیر، قالبی حقوقی است که می‌توان محتوای گوناگونی را در آن ریخت. پرسش اصلی همیشه این بوده که محتوای یادشده توصیفی است یا ارزشی؟ پرسشی که بازگشتش به بحث تفکیک میان گزاره‌های ارزشی (هنجاری) و توصیفی (تحقیقی) است که اولین بار در فلسفه اخلاق از سوی دیوید هیوم در قرن هجدهم مطرح شد (Hume, 2011: 70). بدون پاسخ به این پرسش، نمی‌توان به مفهومی از تقصیر دست یافت. جواب ما گرچه رادیکال است، ولی تنها چاره ممکن است: تنها رویکرد ارزشی به تقصیر، منطقی‌تر است. دو رویکرد پیش‌گفته نسبت به تقصیر را می‌توان در قالب دو پرونده عینی به نمایش گذاشت: قضیه «United States v. Carroll Towing Co.» (159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)) و قضیه «Osborne v. Montgomery» (234 N.W. 372 (Wis. 1931)). در قضیه «Osborne v. Montgomery» یک کشتی از کنترل خارج شد و با یک نفتکش برخورد کرد و غرق شد. در تعیین تقصیر صاحب کشتی، قاضی لرنند هُند (Learned Hand) تقصیر وی را تابعی از سه متغیر دانست: احتمال از کنترل خارج شدن کشتی؛ میزان خسارت احتمالی؛ هزینه احتیاط‌های

۱. برای مثال در دعوی زیر، تقصیر این‌چنین تعریف شده است: تقصیر ترک آن فعلی است که انسانی معقول یا متعارف انجام می‌دهد یا انجام دادن فعلی است که انسانی متعارف و محتاط انجام نمی‌دهد. Blyth v. Birmingham Waterworks Co., (1856) 156 Eng. Rep. 1047, 1049; 11 Exch. 781 همچنین در شرح دوم حقوق مسئولیت مدنی امریکا آمده است: معیار احراز تقصیر، رفتار انسانی معقول یا متعارف است (ALI, 1965: § 283). بولن می‌گوید که معیار، انسانی معقول متعارف است، نه شهروندی نمونه، بلکه شهروندی عادی است (Bohlen, 1901: 79,83). همچنین گیلز بیان می‌کند که از زمانی که تقصیر یکی از موجبات ضمان در مسئولیت مدنی شمرده شده است، دادگاه‌ها تقصیر را با توجه به انحراف از رفتار فردی متعارف در نظر می‌گیرند (Gilles, 2001: 813, 822-23).

لازم. قاضی لرنند هند بیان داشت اگر احتمال را P بنامیم و خسارت را L و هزینه احتیاط را B، آنگاه مسئولیت بستگی به این خواهد داشت که آیا B کمتر از L ضرب در P است یا نه (Ibid). فرمول هند رویکردی ارزشی نسبت به تقصیر است؛ چراکه این معیار فارغ از نگرش اکثریت اعضای جامعه با توجه به یک ایدئال، یعنی افزایش رفاه جامعه، تعیین می‌شود. مطابق فرمول هند، اگر فرد از اتخاذ اقدامات احتیاطی کارآمد فروگذاری کند، مرتکب تقصیر شده است؛ حتی اگر هیچ‌کس چنین اقدامات احتیاطی را در آن شرایط لازم نداند. در مقابل، رفتار خواننده اگر کارآمد باشد، موجه خواهد بود؛ حتی اگر هیچ‌کس چنین رفتاری را موجه نداند.

در قضیه «Osborne» یک دوچرخه‌سوار بر اثر تصادف با اتومبیلی به زمین خورد و مجروح شد. دادگاه عالی ایالت ویسکانسین بیان داشت که ما معیارهایی را اعمال می‌کنیم که در شرایط مشابه رفتار افراد جامعه را در اتخاذ رفتار مناسب رهبری می‌کنند. از این رو، معیار احراز تقصیر، درجه‌ای از احتیاط است که از سوی اکثریت اعضای جامعه در شرایط مشابه اعمال می‌شود؛ یعنی معیاری که عموماً پذیرفته شده است. می‌توان رأی شماره ۹۳۰۰۳۷۳ مورخ ۱۹ تیر ۱۳۹۳ شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی بهارستان را مثال زد که در آن آشکارا هنجارها در مقام احراز تقصیر به کناری گذاشته شده و بر مبنای آنچه متعارف و معمول است به احراز تقصیر خواننده پرداخته شده است.^۱ این رویکردی توصیفی (تحقیقی) به تقصیر است به این معنی که نگاهش به واقع است نه هنجارها. طبق این رویکرد، رفتار فرد تقصیرآمیز محسوب می‌شود؛ اگر واقعاً افراد جامعه آن را ناموجه بدانند و حتی اگر آن رفتار کارآمد باشد. تمرکز این تحقیق بر انتخابی بنیادین بین دو پارادایم است. در صدد دفاع از این موضعیم که رویکرد ارزشی نسبت به رویکرد توصیفی کلاً بهتر است، چراکه رویکرد توصیفی منطقاً غیرقابل قبول است. در عین حال تصدیق می‌کنیم که رویکرد هنجاری به تقصیر در عمل ممکن است پاره‌ای دشواری به‌همراه داشته باشد، اما در هر صورت قابل اصلاح در راستای دستیابی به اهداف بنیادین است. با توجه به اهمیت زیادی که در رویه قضایی و دکترین (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۵۷) برای رویکرد توصیفی قائل می‌شوند، موضع این تحقیق به نظر رادیکال خواهد آمد؛ ولی چاره‌ای غیر از این نیست. افزون بر این، اگرچه این تحقیق بر تقصیر در مسئولیت مدنی تمرکز دارد، اما نتایج بحث به این

۱. در این پرونده ادعا شده که تقصیر عابری پیاده در عبور از سواره‌رو باعث مرگ راننده موتورسیکلت شده است. دادگاه بدوی این ادعا را رد کرد. در بخشی از رأی می‌خوانیم: ... هرچند بند «پ» ماده ۲۱۵ آئین‌نامه راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۸ خرداد ۱۳۸۴ عابران را موظف کرده است که برای گذشتن از عرض راه فقط از گذرگاه‌های پیاده‌پل هوایی و گذرگاه‌های زیرزمینی مجاز عبور نمایند، اما صرف بروز چنین رفتاری، یعنی عبور از عرض راه، رفتار ضامن‌آوری برای عابر نسبت به شخص دیگر، به کیفیتی که در این پرونده مطرح شده است، شمرده نمی‌شود.

حوزه محدود نخواهد ماند؛ چراکه مفهوم تقصیر در همه شاخه‌های حقوق جاری است. شایان ذکر است که در ادبیات حقوقی کشورمان تا به حال مفهوم تقصیر از این لحاظ تحلیل نشده است.^۱ این تحقیق بر اساس روش هنجاری-تحلیلی و بر پایه مطالعه کتابخانه‌ای و میدانی (به صورت مصاحبه از قضات دادگستری) صورت گرفته است. در بخش کتابخانه‌ای، منابع فیزیکی و الکترونیکی به زبان‌های انگلیسی و فارسی و عربی بررسی شد. در گفتار اول به نحو مقدماتی به رویکرد توصیفی اشاره‌ای خواهیم داشت و با غیرمنطقی دانستن آن، از کنارش رد می‌شویم. در فضای فلسفه حقوق نوین، رویکرد هنجاری به مفهوم تقصیر غالب است (Tobia, 2018: 302). از میان نظریات هنجاری نیز تصمیم بر آن شد که به بررسی رویکرد اقتصادی به تقصیر بپردازیم، چراکه این رویکرد برجسته‌ترین رویکرد موجود است تا بدانجا که بعضی نویسندگان تمام تعاریف تقصیر را به تعریف اقتصادی تقلیل داده‌اند (ایران‌پور، ۱۳۹۸: ۴-۲۹۳). و در فضای حقوقی کشورهای زیادی از قبیل سوئد (Schafer et al, 2004: 117) و آمریکا، همان‌طور که به تفصیل خواهد آمد، در حال غالب شدن است. در بخش نتیجه نیز نتیجه کاربردی بحث را در حقوق ایران به‌عنوان پیشنهادهایی به قضات ایرانی بیان خواهیم کرد.

گفتار اول، رویکرد اثباتی به تقصیر

طرفداران این رویکرد معتقدند که می‌توان ویژگی‌های انسان معقول یا متعارف را از طریق مشاهده و تجربه استنتاج کرد. به باور برخی نویسندگان، قاضی هومز در دسته طرفداران این نظریه قرار می‌گیرد (Miller & Perry, 2012: 370; Rabin, 1981: 925,931)، چراکه وی معتقد بود معیار تقصیر، انحراف از عادت مردمان است (Holmes, 1991: 112). به باور طرفداران متأخر این رویکرد، در احراز تقصیرآمیز بودن رفتار، باید به رفتار از منظر انسان عادی فرضی نگاه کرد (Zalesne, 1997: 15; Dressler, 1995: 726, 745-549). این رویکرد به تقصیر هم در رویه قضایی کشورها^۲ به‌شدت مورد انتقاد واقع شده و در دکترین (Weston, 2008: 138) هم اشکالاتی بر آن

۱. در تنها اثر فارسی جامع در زمینه فلسفه مسئولیت مدنی نیز اشاره‌ای به موضوع بحث ما یافت نشده است. در این کتاب رویکرد هنجاری و توصیفی به تقصیر از دیدگاهی دیگر مورد توجه قرار گرفته است: «لازم است بین دو جنبه تقصیر تفاوت قائل شد: جنبه تحلیلی: منظور از تقصیر چیست؟ و جنبه هنجاری: چرا باید مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر باشد؟» (بادینی، ۱۳۸۴: ۴۳۳).

۲. برای نمونه‌ای از انتقادات در رویه قضایی آمریکا، ر.ک. به پرونده‌های زیر:
Yarborough v. Alvarado, 541 U.S. 652, 673-74 (2004) (Breyer, J., dissenting). *But see* J.D.B. v. North Carolina, 564 U.S. 261, 275-76 (2011).

همچنین برای اشکالات وارد شده در رویه قضایی انگلیس، ر.ک. به بیان لرد رید در پرونده زیر:
Healthcare at Home Ltd. v. Common Servs. Agency [2014] UKSC 49, [1]-[2], [2014] 4 All ER 210

وارد کرده‌اند. برخی منتقدان بر این باورند که وظیفه قاضی نه کشف^۱ صفات انسان متعارف، بلکه تعیین^۲ صفات انسان متعارف است. در مجموع، این رویکرد با سه اشکال مواجه است: اشکال اول، موسوم است به سوانح متعارف. طبق این اشکال در مواردی که میزان وقوع برخی سوانح بالا باشد، بایستی رفتار عامل زیان را با توجه به متعارف بودنش موجه دانست (Tobia, 2018: 301). اشکال دیگر موسوم است به نژادپرستی متعارف (Tobia, Ibid.). این اشکال بیان می‌دارد که رفتارهای نژادپرستانه به صرف متعارف بودنشان نباید از لحاظ قانونی موجه شناخته شوند (Armour, 2000: 32). اشکال سوم را بر ساختار منطقی این رویکرد وارد کرده‌اند. تحت این اشکال قالبی از تقصیر را که دربرگیرنده همه تعاریف اثباتی از تقصیر باشد در نظر گرفته‌اند. قالب یادشده بر مبنای آنچه در شاخه‌ای از اقتصاد تحت عنوان تئوری انتخاب اجتماعی مطرح است، به دست آمده است. این الگو مشابه نظریه کینث آرو (Kenneth Arrow) است که در سال ۱۹۷۲م برنده جایزه نوبل شد. وی رفاه اجتماعی را به‌عنوان مفهومی تحقیقی مورد تحلیل قرار داد. در مدل تحلیلی آرو، رفاه اجتماعی متشکل از اولویت‌های افراد جامعه است. وی به‌طور قطعی نتیجه گرفت که چنین مفهومی از رفاه اجتماعی غیر منطقی بل ضد منطقی است: امکان ندارد که رفاه اجتماعی را از رفاه افراد استنتاج کنیم؛ مگر با نقض پاره‌ای اصول بنیادین شاخه اقتصاد رفاه. آن کاری که آرو در مورد رفاه اجتماعی انجام داد، برخی نویسندگان در مورد تقصیر تکرار کرده‌اند (Miller & Perry, 2012: 370 et seq.). مدلی را پیش نهاده‌اند که در آن ویژگی‌های انسان متعارف از انگاره‌های افراد در مورد رفتار مناسب استنتاج می‌شود. مدل انسان متعارف بایستی در این صورت پنج اصل را رعایت کند (Miller & Perry, 2012: 383-85): پنج اصلی که ویژگی‌های اساسی هر تعریف توصیفی از تقصیر هستند. این پنج اصل از این قرارند: ۱. انسان متعارف اتفاق نظر افراد جامعه را رعایت خواهد کرد؛ ۲. داده‌های بیشتر در تأیید نتیجه‌ای خاص، احتمال صحت آن نتیجه را افزایش خواهد داد؛ ۳. تعریف انسان متعارف، قائل به تبعیض بین افراد جامعه بر پایه ویژگی‌های غیرعینی نمی‌شود. ۴. تعریف انسان متعارف قائل به تبعیض بین رفتارهای افراد جامعه بر پایه ویژگی‌های غیرعینی نمی‌شود. ۵. امکان این وجود خواهد داشت که رفتار پاره‌ای از افراد، غیرمتعارف محسوب شود. نشان داده شده است که رویکرد توصیفی به تقصیر، امکان رعایت هر پنج اصل بالا را نخواهد داشت. در نتیجه، هر روش آماری که برای تحلیل انسان متعارف به کار گرفته می‌شود، ضرورتاً اشتباه است (Miller & Perry, 2012: 384). هر دادرسی که ادعای فهم تقصیر بر مبنای آنس خود با آنچه در جامعه متعارف و معمول است دارد، راه به جایی نبرده است. چراکه چنین چیزی

(appeal taken from Scot.) (citing Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban Dist. Council [1956] AC 696, 728 (appeal taken from Eng.)).

1. Define
2. Observe

نه فقط می‌تواند مشکل یا غیر عملی باشد، بلکه محال است. این روش هرچه را استنتاج کند، نمی‌تواند انسان متعارف را استنتاج کند.

گفتار دوم، رویکرد هنجاری به تقصیر؛ افزایش رفاه

در این گفتار، نخست به بیان رویکرد اقتصادی به تقصیر خواهیم نشست و سپس انتقادات و اشکالات وارد بر آن را بررسی خواهیم کرد.

بند اول، تقریر

مهم‌ترین تعریف از تقصیر، بر مبنای تحلیل هزینه-فایده بیان شده است. مطابق این تعریف، تقصیر آنگاه واقع می‌شود که فرد از اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه فروگذاری کند. سابقه تعریف اقتصادی تقصیر به سلسله‌ای از پرونده‌ها که از سوی قاضی لرنند هند رسیدگی شد برمی‌گردد. وی تقصیر را به صورت یک نامعادله این‌چنین بیان کرد: اگر احتمال وقوع خسارت را P بنامیم و میزان خسارت را L و هزینه احتیاط لازم برای جلوگیری از خسارت را B ، آنگاه تقصیر بستگی به این خواهد داشت که آیا B کمتر از L ضرب در P است یا نه^۱. به تعبیر دیگر، عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی که از لحاظ اقتصادی موجه شمرده می‌شود، تقصیرآمیز است. تحمیل مسئولیت بر عاملان مقصر زیان باعث تحریک عاملان بالقوه زیان به درونی کردن هزینه‌های رفتارهای ناکارآمد می‌شود و در نتیجه نسبت به چنین رفتارهایی، بازدارندگی محقق خواهد شد. بر طبق منطق اقتصادی، بازدارندگی نسبت به خطرهای ناموجه، هدف اساسی مسئولیت مدنی است^۲. اخیراً شرح سوم حقوق آمریکا در قسمت مربوط به مسئولیت مدنی تعریف اقتصادی مسئولیت مدنی را دربر گرفته است. ماده سوم این قسمت بیان می‌دارد که اگر فرد از اتخاذ احتیاط لازم تحت شرایط مربوط خودداری کند، مرتکب تقصیر شده است. عوامل اساسی در تعیین اینکه رفتار فرد فاقد احتیاط لازم است، از این قرار است: احتمال اینکه رفتار فرد به خسارت منجر شود؛ مقدار خسارت احتمالی اگر رفتار فرد به خسارت بینجامد؛ هزینه اقدامات احتیاطی در راستای کاهش یا ازبین

1. (United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947))

ر.ک. به پرونده‌های زیر که با عباراتی مشابه همان معنی را تکرار می‌کنند:

Moisan v. Loftus, 178 F.2d 148, 149 (2d Cir. 1949); Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940) (same); Gunnarson v. Robert Jacob, Inc., 94 F.2d 170, 172 (2d Cir. 1938) (same).

۲. همچنین ر.ک. به پرونده زیر که در آن بر این نکته تأکید شده است که رویکرد نسبت به مسئولیت مدنی باید طوری باشد که با اتخاذ هرکدام از رژیم‌های مسئولیت مبتنی بر تقصیر یا غیر مبتنی بر تقصیر، به هدف که همانا کنترل دسته خاصی از سوانح باشد، نائل آییم:

Ind. Harbor Belt R.R. v. Am. Cyanamid Co., 916 F.2d 1174, 1181-82 (7th Cir. 1990).

بردن خطر ورود خسارات (3 § 2010, ALI)؛ همان سه متغیر موجود در فرمول هند^۱. هدف فرمول هند، آن طوری که قاضی پوزنر و اتباعش چنین پنداشته‌اند^۲، افزایش ثروت است. البته ایده افزایش ثروت با انتقادات شدیدی مواجه است^۳ و خود طرفداران مکتب تحلیل اقتصادی حقوق به سمت ایده جامع‌تری، یعنی ایده افزایش رفاه، روی آورده‌اند^۴. از همین رو، فرض خواهیم کرد هدف فرمول هند از کارایی اقتصادی، همین معنای وسیع است.

به‌منظور مساوی دانستن تقصیر با رفتار ناکارآمد باید مقداری در فرمول هند دخل و تصرف کرد. اولاً فرمول هند در اصل بین خسارت احتمالی و هزینه ازبین بردن خطر ورود خسارت دست به تعادل و تراجیح می‌زند؛ درحالی که در واقع، ازبین بردن کامل خطر وقوع خسارت عملاً ممکن نیست. پس تعادل و تراجیح مناسب باید بین هزینه اقدامات احتیاطی و مقدار کاهش خطر ورود خسارت به‌عمل آید. ماده ۳ شرح این نکته را رعایت کرده است^۵. ثانیاً فرمول در این خصوص که هزینه و فایده باید به صورت حاشیه‌ای^۶ یا کلی^۷ در نظر گرفته شوند، صریح

۱. یکی از نویسندگان می‌گوید که ماده ۳ همان سه متغیر یادشده در فرمول هند را برمی‌شمرد (Perry, 2001: 893, 893-94).
۲. پوزنر در اثر ذیل فرمول هند را در قالب ایده افزایش ثروت تحلیل می‌کند (Posner, 1972: 29, 32-33). همچنین، برای بحثی مبسوط از ایده افزایش ثروت به‌عنوان هدفی تحقیقی و هنجاری، ر.ک. Landes & Posner, 1987: 16 و نیز Posner, 1995: 99.
۳. دورکین بیان می‌کند که امکان طرح ایده افزایش ثروت اجتماعی به‌عنوان وسیله تحصیل هدف اجتماعی دیگری، بعید است. برای بحثی مبسوط و اشکالات راجع به ایده افزایش ثروت به‌عنوان هدفی هنجاری، ر.ک. Dworkin, 1980: 191.
۴. نویسندگان زیر می‌گویند اقتصاددانان حوزه رفاه، تحلیل‌های خود را محدود به ثروت می‌کنند و دیگر عوامل دخیل در رفاه را نیز در نظر نمی‌آورند. آن‌ها رویکرد به حقوق را بر اساس تحلیل مبتنی بر رفاه اقتصادی پیشنهاد می‌دهند (Kaplow & Shavell, 2001: 961, 968, 977-80). البته این نظریه با حملات شدیدی مواجه شده است؛ برای نمونه کولمن به آن‌ها می‌تازد که معلوم نکرده‌اند نقش رفاه اقتصادی در تحول و ایجاد حقوق چیست، افزون بر این، نقش عدالت و انصاف را در تحقق و در ثبوت حقوق انکار کرده‌اند (Coleman, 2003: 1511)؛ همچنین دیوید دولینکو نظریه نویسندگان بالا را هم از لحاظ تحلیلی و هم از لحاظ اخلاقی ناپخته می‌داند (Dolinko, 2002: 351). به باور مایکل دورف، در نظر گرفتن ملاحظات مربوط به انصاف در سیاست‌گذاری‌ها لازم است؛ حتی اگر هدف از این سیاست‌ها اجرای سیاست‌های اقتصاد رفاه باشد (Dorff, 2002: 847, 862-88).
۵. ماده ۳ صراحتاً به هزینه اقدامات احتیاطی در کاهش یا ازبین بردن خطر اشاره می‌کند (ALI, 2010: § 3). همچنین، تعلیقه بر شرح ۱ ماده ۳ بیان می‌دارد که خواهان لازم نیست ثابت کند که اگر خواننده اقدام به اتخاذ اقدامات احتیاطی می‌کرد، خطر ازبین می‌رفت، بلکه کافی است اثبات نماید اقدامات یادشده خطر ورود خسارت را کاهش می‌داد (Ibid: cmt. i).
۶. مطلوبیت نهایی عبارت است از تغییر در مطلوبیت کل به ازای یک واحد تغییر در مقدار کالا و خدمات مصرفی. اصولاً در تحلیل اقتصادی به مطلوبیت حاشیه‌ای توجه می‌شود (ایران پور، ۱۳۹۸: ۵۰-۵۱).
۷. مطلوبیت کل، مطلوبیتی است که شخص از مصرف یا داشتن کالا و خدمات به‌دست می‌آورد (ایران پور، ۱۳۹۸: ۵۰).

نیست^۱. ماده ۳ شرح هم تصریحی در این باره ندارد. همان‌طور که لندز و پوزنر به‌درستی اشاره کرده‌اند، می‌توان فرمول هند را طوری تفسیر کرد که نظرش بر مطلوبیت حاشیه‌ای باشد تا از این طریق مشکل رفع شود (Landes & Posner, 1987: 87). شارحان شرح حقوق آمریکا البته قائل‌اند که دادگاه‌ها در عمل به تفکیک یادشده توجهی نشان نمی‌دهند^۲، ولی اگر قرار بر این باشد که کارایی اقتصادی را بالا ببرند باید فرمول هند را بر مطلوبیت حاشیه‌ای اعمال کنند. ثالثاً نه فرمول هند و نه ماده ۳ شرح در خصوص مسئله سطوح فعالیت بیان صریحی ندارند؛ از این رو، فرد ممکن است سطح فعالیتش را از حد بهینه بالاتر ببرد و هم‌زمان با اتخاذ اقدامات احتیاطی، مقصر محسوب نشود^۳. البته از لحاظ تئوریک، مسئله را به این نحو می‌توان حل کرد که بگوییم کاهش سطح فعالیت نیز یکی از اقدامات احتیاطی محسوب می‌شود؛ یعنی هزینه کاهش فعالیت را برابر با مطلوبیت حاشیه‌ای آن بدانیم. شرح با توجه به تعلیقه‌ای بر شرح ۳ ماده ۳، راهی برای پذیرش این تفسیر باز می‌کند^۴.

بند دوم، انتقاد

رویکرد اقتصادی به مفهوم تقصیر ممکن است از دو جهت با انتقاد مواجه شود. از جهت بیرونی، اساس ابتدای قواعد حقوقی بر معیارهای اقتصادی به چالش کشیده می‌شود؛ یعنی انتقادی روش‌شناختی و هدف‌شناختی. از جهت درونی، با استفاده از ابزارهای تحلیل اقتصادی، قواعد مبتنی بر تحلیل اقتصادی به چالش کشیده می‌شود. از نظرگاه طرف‌داران مکتب اقتصادی، حقوق مسئولیت مدنی بر عاملان زیان تکلیف به جبران خسارت را بار می‌کند تا عاملان بالقوه زیان را تحریک به درونی کردن هزینه‌های فعالیت خطرناکشان کند. این باعث می‌شود که اقدام

۱. بحث از مطلوبیت حاشیه‌ای در مسئولیت مدنی، ر.ک. Landes & Posner, 1987: 87; Shavell, 1987: 6-9.
 ۲. تعلیقه بر شرح ۱ ماده ۳ بیان می‌دارد که دادگاه باید به خواهان اجازه تعیین نوع و میزان اقدامات احتیاطی لازم را بدهد و آنگاه دادگاه به بررسی و مقایسه رفتار تقصیرآمیز واقعی خواهان با رفتار خواهان در صورت اتخاذ اقدامات احتیاطی بپردازد (ALI, 2010 § 3 reporters' note to cmt. i). لندز و پوزنر بر این عقیده‌اند که دادگاه‌ها در اعمال فرمول هند نظر به مطلوبیت حاشیه‌ای دارند، نه کلی (Landes & Posner, 1987: 99-100, 102).
 ۳. برای بحث از سطوح فعالیت، ر.ک. Shavell, 1987: 23-25.
 ۴. تعلیقه بر شرح ۱ ماده ۳ بیان می‌دارد که در مواردی، صرف اقدام به فعالیت از طرف عامل زیان تقصیر محسوب می‌شود (ALI, 2010: § 3 reporters' note to cmt. i). همچنین، شرح ۳ بر ماده ۳ بیان می‌دارد که ماده ظاهراً شامل مواردی نیز می‌شود که خواننده سطح فعالیت را به بیش از حد بهینه افزایش داده باشد (Ibid: § 3 cmt. J). یکی از نویسندگان اشاره می‌کند که می‌توان در اعمال فرمول هند، خودداری از فعالیت را نیز به‌عنوان یکی از اقدامات احتیاطی در نظر گرفت (Gilles, 2001: 844).

به فعالیت ناکارآمد توجیه اقتصادی‌اش را از دست بدهد^۱. انتقاد از جهت درونی، در پی اثبات این امر است که در همه موارد، هدف پیش‌گفته قابل دستیابی نیست^۲. انتقاد از جهت بیرونی، همان انتقاد سنتی وظیفه‌گرایان است؛ انتقادی که وظیفه‌گرایان بر رویکرد اقتصادی به تقصیر وارد می‌کنند شبیه همان است که همیشه به فایده‌گرایان وارد می‌شده است؛ رویکرد اقتصادی فرد را دارای ارزش و کرامت ذاتی نمی‌داند، بلکه آن را وسیله رسیدن به رفاه اجتماعی می‌داند^۳. منتقدان می‌گویند با توجه به ارزش ذاتی افراد، پارهای رفتارها صرف‌نظر از تأثیرشان بر رفاه جامعه باید ممنوع شوند. مثال سنتی در این مورد، شکنجه فرد به منظور تحصیل خیری عمومی است که بیشتر از رنج فرد باشد^۴. مثالی دیگر کشتن فردی سالم و پیوند دادن اعضایش به منظور حفظ جان چند نفر بیمار است (Simons, 2001: 909). همچنین است، سرکوب اقلیت به منظور ترسیده خاطر اکثریت جامعه. البته ورود این اشکال‌ها بر فایده‌گرایی قاعده‌گرا (Aggregative Consequentialism)^۵ محل تأمل است. انتقاد بیرونی دیگر، به مسئله بی‌توجهی به هدف عدالت توزیعی مربوط می‌شود؛ گفته شده است که هدف افزایش ثروت بدون توجه به توزیع اولیه ثروت به نتایج نامطلوب اجتماعی می‌انجامد (بادینی، ۱۳۸۲: ۱۱۴).

رویکرد اقتصادی به مفهوم تقصیر نیز ماهیتی مشابه فایده‌گرایی دارد؛ فرد مجاز است به دیگران ضرر وارد آورد به شرطی که رفاه جمعی افزایش یابد^۶. در واقع در این رویکرد، اقدام فرد در اضرار

۱. برای بحث از منطق اقتصادی حقوق مسئولیت مدنی، ر.ک. Cooter, 2000: 15-17. جان گلدبرگ بین دو شاخه رویکرد اقتصادی به مسئولیت مدنی تفاوت قائل می‌شود؛ یعنی رویکرد توصیفی و رویکرد هنجاری (Goldberg, 2003: 513, 545-46). هیلتون به رویکردهای مختلف بازدارندگی اقتصادی مسئولیت مدنی (Hylton, 1998: 421, 421) و پولینسکی و شیول به بحث درباره سائق‌های اقتصادی برای تحدید رفتارهای نامطلوب اجتماعی می‌پردازند (Polinsky & Shavell, 1988: 870, 873).
۲. گفته شده است که مسئولیت مدنی تنها وسیله رسیدن به هدف بازدارندگی نیست، بلکه وسایل دیگری از قبیل اخلاق فردی، ترس آسیب به خود، انگیزه‌های مبتنی بر بازار و بیان تقنینی نیز از این وسایل‌اند (Schwartz, 1994: 377, 382). البته ما به بحث درباره این تحلیل نخواهیم پرداخت، چراکه از اساس نقش بازدارندگی مسئولیت مدنی را زیر سؤال می‌برد. ما به بحث کارآمدی مسئولیت مدنی به‌عنوان یک سائق اقتصادی خواهیم پرداخت.
۳. وینریب این ایراد را که به فایده‌گرایان وارد است، توضیح می‌دهد (Weinrib, 1983: 40).
۴. اورسولا لوگوان داستانی علمی-تخیلی را روایت می‌کند که در آن همه افراد جامعه خوشحالی‌شان به رنج کشیدن یک کودک بستگی دارد (Ursula K Le Guin, 1975: 275, 275-84).
۵. بر اساس این نوع از فایده‌گرایی، خوبی یا بدی یک عمل را باید بر اساس خوبی یا بدی نتیجه قاعده‌ای که در شرایط مشابه همه باید بر اساس آن رفتار کنند، مورد قضاوت قرار داد (Wacks, 2012: 214).
۶. به بیان هایدی هرد، فرمول هند اضرار به دیگران و نقض حقوق آنان را تحت پوشش مطلوبیت و بیشینه کردن ثروت تجویز می‌کند (Heidi M. Hurd, 2001: 307, 307). رویکردی به تقصیر که عمل فرد در زبان رساندن به دیگران را صرفاً به این دلیل که هزینه اقدامات احتیاطی بالا بوده است، تجویز می‌کند، بعید است از هیچ

به دیگران حتی اگر تنها به عامل زیان نفعی بیش از خسارت برساند، تجویز می‌شود. البته ممکن است بتوان این مشکل را با تمسک به معیار پارتو برطرف ساخت. طبق این معیار، منابع باید طوری تخصیص یابد که وضعیت حداقل یک طرف را بهتر کند؛ درحالی که وضع هیچ‌کس بدتر نشود^۱. البته این معیار بعداً به واسطه عدم قابلیت اعمال کنار گذاشته شد و به معیار کالدور-هیگس (Kaldor-Hicks) روی آورده شد^۲. پذیرش فرمول هند، مبین همین گرایش است.

در این بند به موانعی عملی خواهیم پرداخت که عملکرد محرک‌ها و سائق‌های ناشی از تعریف اقتصادی تقصیر نسبت به عاملان بالقوه زیان را با مشکل مواجه می‌کند. این مشکلات در سه سطح رخ می‌نماید: کسانی که رأی یا رفتار یا ارزیابی آن‌ها در کارآمدی تعریف اقتصادی تقصیر مشکل ایجاد می‌کند؛ یعنی سه دسته از افراد: دادرسان (به‌عنوان احرازکنندگان امور موضوعی دعوا)، عامل زیان و زیان دیده. اول به مشکلات عملی دادرسان در اعمال تعریف اقتصادی تقصیر می‌پردازیم، سپس ناتوانی عاملان بالقوه زیان در تشخیص درجه مناسب مراقبت و تأثیر منفی سائق‌ها را مطالعه می‌کنیم، و سرانجام به مسئله عدم پیگیری حقوقی جبران خسارات از سوی زیان‌دیدگان خواهیم پرداخت.

الف) دادرسان

برای کارآمدی رویکرد اقتصادی به تعریف تقصیر، لازم است قضات توانایی تمییز رفتار معقول از غیرمعقول را داشته باشند. اگر قضات قادر به چنین تمییزی نباشند، اهداف مسئولیت مدنی منحرف می‌شود و کارآمدی تحصیل نخواهد شد. برای تعیین اقدام احتیاطی متناسبی که خواننده ملزم به اتخاذش بوده، لازم است که قاضی به هزینه‌ها و فایده‌های حاصل از هر اقدام احتیاطی آگاهی داشته و در موارد لزوم، امکان و اهمیت اتخاذ هرکدام را نیز در نظر داشته باشد. اگر اطلاعاتی که در اختیار قاضی است، تحریف شده یا ناقص باشد، امکان تعیین اقدامات احتیاطی لازم وجود نخواهد داشت و در نتیجه امکان تعیین اینکه آیا اقدام خواننده تقصیرآمیز بوده است یا خیر نیز وجود نخواهد داشت.

دیدگاه غیرنتیجه‌گرایی موجه بنماید (Perry, 2001: 897) همچنین، رایت آورده است که شرح سوم حقوق آمریکا فرد را در وارد آوردن خسارات هنگفت به دیگران، در صورتی که نفعی که از آن می‌برد بیشتر باشد، مجاز دانسته است (Wright, 2002: 162).

۱. مارک گایستفلد تمایل اقتصاددانان دهه ۳۰ آمریکا را به ترجیح معیار پارتو بر معیارهای ساده‌انگارانه فایده‌گرایی بیان می‌کند (Mark A. Geistfeld, 2001: 114, 136).

۲. همو می‌گوید: به‌ندرت سیاست‌هایی که با معیار پارتو سازگار بود باعث روی آوردن به معیار کالدور-هیگس شد. بر اساس این معیار، تخصیص منابع آنگاه بهینه خواهد بود که دریافت‌کنندگان منابع بتوانند خسارت آن‌هایی که منابع را از دست داده‌اند جبران کنند و هم‌زمان سود هم ببرند (Ibid).

از آنجا که آئین دعاوی مسئولیت مدنی ترافعی است و اصولاً امکان تحصیل دلیل از جانب دادرس وجود ندارد، لذا دسترسی وی نیز به اطلاعات قضیه مطلق نبوده، محدود می‌شود. هر کدام از طرفین دعوا اطلاعات و ادله‌ای را که در تقویت موضعش مؤثر باشد ارائه می‌کند؛ در حالی که اجرای مؤثر رویکرد اقتصادی به تقصیر، دسترسی به اطلاعاتی و رای منافع دو طرف دعوا، بل اشخاص ثالث را لازم دارد. حکمی که صرفاً بر اساس حقوق و منافع دو طرف دعوا صادر شده باشد، نمی‌تواند ادعای این را داشته باشد که نفع جامعه را در نظر گرفته و آن را به سطح بالاتری ارتقا داده است. هر چه منافع اشخاص ثالث بیشتر دخیل و درگیر باشد، مسئله عدم دسترسی به اطلاعات حادث می‌شود و اعمال رویکرد اقتصادی غیر عملی‌تر.

حتی در صورتی که قضات به اطلاعات مرتبط و کاملی دست پیدا کنند و سعی در ارزیابی آن‌ها داشته باشند، آنگاه مسئله کمی‌سازی اگر نگوییم لاینحل، مسئله‌ای حاد خواهد بود.^۱ مثلاً تعیین دامنه زیان قابل پیش‌بینی، مخصوصاً موارد زیان معنوی، در عمل دشوار است. برای نمونه در مواردی که اقدامات احتیاطی مشتمل بر خرید کالا و خدمات مشخصی نیست، مثل اجتناب از مسامحه و بی‌مبالاتی آنی، نمی‌توان به تعیین هزینه اقدامات احتیاطی پرداخت^۲ و نیز در مواردی که نفعی اجتماعی غیر ملموس و غیرعینی در میان باشد، مثل حس امنیت عمومی، نمی‌توان هزینه اتخاذ اقدامات احتیاطی را تعیین کرد.^۳ همچنین، عملاً امکان تعیین احتمال وقوع برخی خسارات از پیش وجود ندارد مگر با دسترسی به اطلاعات دقیق آماری راجع به فعالیت مربوط. هر چه مفهوم تقصیر در پرتو ایده افزایش رفاه پیچیده‌تر و جامع‌تر شود (مثلاً در تحلیل تقصیر، مطلوبیت حاشیه‌ای لحاظ گردد نه مطلوبیت کل، و همچنین سطوح فعالیت نیز در نظر گرفته شود)، ارزیابی و تحلیل آن، دسترسی به اطلاعات بیشتری را لازم خواهد داشت. اگر اطلاعات یادشده کامل و متناسب نباشد، هر تلاشی در خصوص حل مسئله تقصیر عقیم خواهد ماند.

از این رو، می‌توان گفت در اغلب موارد قضات فاقد اطلاعات لازم برای تحلیل اقتصادی تقصیر هستند. آن‌ها فقط بعضی عوامل و پارامترها را در ارزیابی و احراز تقصیر در نظر می‌گیرند؛

۱. کیتینگ به صورت مستوفاً به بحث از مسئله کمی‌سازی در ارزیابی‌هایی که جنبه شخصی و ذهنی دارند و مبتنی بر تحلیل بازاری نیستند، می‌پردازد (Keating, 1996: 340).
۲. ایزاک انگلارد می‌گوید: تعیین هزینه جلوگیری و اجتناب از اقداماتی که ناشی از ضعف‌های ذاتی انسانی است، محال است (Englard, 1993: 38-39). همو در جایی دیگر بیان می‌کند: اتخاذ وسایل بهینه برای درمان بودن از مسامحه و بی‌توجهی انسانی کاری بس پرهزینه است (Englard, 1980: 54).
۳. برای مثال اگر پلیسی به دلیل زیان ناشی از سرعت غیرمجاز، خواننده دعوی مسئولیت مدنی واقع گردد، آنگاه برای تعیین هزینه اقدام احتیاطی لازم، یعنی رانندگی محتاطانه، باید افزایش احتمال دستگیر نکردن متهم را نیز لحاظ کرد. برای مثال در دعوی زیر با مضمون مشابه، بیان شد که باید در تعیین تقصیر پلیس، خطر حاصل از متواری شدن متهم نیز لحاظ شود: *Smith v. West Point*, 475 So. 2d 816, 818 (Miss. 1985).

افزون بر این، ارزیابی آن‌ها در بسیاری موارد مبتنی بر شهود است.^۱ البته شاید ارزیابی شهودی در بعضی موارد چندان مشکل‌ساز نباشد. مثلاً اگر فردی با اتخاذ اقدامات احتیاطی با هزینه‌ای ناچیز بتواند از خسارت شدید جسمانی به فردی دیگر جلوگیری کند، همان‌طور که شهود و وجدان حکم به تقصیر وی می‌کند، می‌توان از نظرگاه اقتصادی هم عدم اقدام وی به اتخاذ اقدامات احتیاطی را تقصیر محسوب کرد. البته مسئله و مشکل اصلی در موارد سایه روشن است؛ یعنی در مواردی که ارزیابی شهودی ممکن است به حکم به مسئولیت یک فرد غیرمقصر منجر شود (موجبۀ کاذبه)، یا به حکم به غیرمقصر بودن یک فرد مقصر منجر شود (سالبۀ کاذبه).^۲ دلایلی که منجر به صدور حکم موجبۀ کاذبه می‌شوند، از این قرارند: جهت‌گیری‌های شناختی مخصوصاً جهت‌گیری پس‌نگر^۳، خصومت و عداوت نسبت به دسته خاصی از خواندگان^۴ خواندگان^۴ و احساس ترحم ذاتی نسبت به زیان‌دیدگان بی‌نوا.^۵ احکام موجبۀ کاذبه راجع به

۱. خود قاضی هند هم به این نکته معترف است:

Moisan v. Loftus, 178 F.2d 148, 149 (2d Cir. 1949), and Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940).

حتی قاضی پوزنر نیز این چنین آورده است: ارزش فرمول هند بیشتر تحلیلی است تا عملی؛ همچنین باید اجرا و اعمالش مبتنی بر شهود باشد، نه ارزیابی عینی

McCarthy v. Pheasant Run, Inc., 826 F.2d 1554, 1557 (7th Cir. 1987).

وی در دعوای پیش‌گفته بیان می‌دارد که هیئت منصفه باید تقصیر را بر مبنای شهود تشخیص دهد و تا زمانی که قاضی تصمیم هیئت منصفه را معقول می‌داند نباید آن را مردود اعلام کند. همچنین، وی در دعوای زیر بیان داشت که فرمول هند البته قرار نیست نتایج دقیق ریاضی‌وار در عمل تولید کند، بلکه باید به‌عنوان یک راهنما در تحلیل و آنالیز عمل نماید: (U.S. Fidelity & Guaranty Co. v. Plovidba, 683 F.2d 1022, 1026 (7th Cir. 1982)).
 ۲. کنث آبراهام می‌گوید: در فرض نبود یک هنجار پیشینی برای احراز تقصیر، امکان اینکه قضات قضاوت‌های مختلفی راجع به تقصیرآمیز بودن یک رفتار داشته باشند بیشتر است (Abraham, 2001: 1187, 1202-03)؛ همچنین، گلدبرگ بیان می‌کند: از آنجا که اطلاعات در دسترس در اغلب موارد ناقص و غیرقطعی است و نیز چون اطلاعات یادشده از سوی قضات و اعضای هیئت منصفه‌ای که هیچ‌کدام تخصص کافی ندارند بررسی می‌شود، لذا در بسیاری موارد تصمیم آن‌ها راجع به تقصیر، تصمیم درستی نخواهد بود (Goldberg, 2003: 551-52).

۳. در جهت‌گیری پس‌نگر، افراد احتمال وقوع رویدادهایی را که در گذشته رخ داده، بیشتر از آنچه واقعاً بوده است، تخمین می‌زنند. برای بحثی مستوفی از این نوع جهت‌گیری و تأثیرش بر احکام دادگاه‌ها، ر.ک. Fischhoff, 1982: 335,341. تأثیر این جهت‌گیری در حقوق مسئولیت مدنی به این نحو است که آگاهی قاضی از حصول زیان و وجود رابطه سببیت بین زیان و رفتار خواننده باعث می‌شود که وی احتمال وقوع زیان را بیشتر از آنچه واقعاً بوده است در نظر بگیرد. برای بحث از جهت‌گیری پس‌نگر در حقوق مسئولیت مدنی، ر.ک. Jolls et al, 1998: 1471,1524-25. همچنین، جفری راشلینسکی بیان می‌کند که افراد تمایل دارند رفتار دیگران را بر مبنای وقایعی که واقعاً در گذشته اتفاق افتاده است قضاوت کنند (Rachlinski, 1998: 571,591).

۴. مارک گردی نیز به تأثیر خصومت و احساس نفرت شدید نسبت به بنگاه‌های اقتصادی بزرگ در روبه قضایی امریکا در زمینه مسئولیت مدنی پرداخته است (Grady, 1988: 293, 319-20).

۵. فرانسیس بولن می‌گوید: در بیشتر موارد، گرچه قاضی فایده رفتار خواننده برای اجتماع را هم گوشزد می‌کند، اما

تقصیر بر فرض وجود سه شرط، از لحاظ اقتصادی مشکل‌ساز نخواهد بود؛ این سه شرط عبارت‌اند از: شرط اول، انتخاب هر فرد منحصر به دو عامل باشد: یا اتخاذ اقداماتی احتیاطی که خطر مشخصی را از بین می‌برد و یا اساساً عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی؛ شرط دوم، حکم به تقصیر فرد هیچ اثر غیرحقوقی نداشته باشد؛ شرط سوم، افراد نسبت به خطر بی‌تفاوت باشند. البته موضوع در عالم واقع بسی پیچیده‌تر است. اولاً در عالم واقع همیشه انتخاب‌های افراد منحصر به وجود خطر و نبود خطر نیست؛ در مواردی که اتخاذ اقدامات احتیاطی غیربهرینه خطر را کاملاً از بین نمی‌برد و همچنین در مواردی که بیشتر از دو سطح اقدامات احتیاطی ممکن است، تحمیل مسئولیت بر کسانی که به اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه دست زده‌اند، می‌تواند آن‌ها را به سمت اتخاذ اقدامات احتیاطی غیربهرینه سوق دهد. مثلاً فرض کنید یک فرد قرار است بین دو رفتار یکی را انتخاب کند؛ خسارت حاصل از اولی ۸۰۰ واحد خواهد بود، درحالی که خسارت حاصل از دومی ۴۰۰ واحد. هزینه اقدامات احتیاطی در دومی ۶۰۰ واحد گران‌تر از هزینه اقدامات احتیاطی در اولی است. از آنجایی که $800 > 400 + 600$ است، لذا انتخاب رفتار اول برای وی مطلوب‌تر خواهد بود. اما مقصر شناخته‌شدنش به دلیل عدم اتخاذ رفتار امن‌تر باعث خواهد شد رفتار دوم را ترجیح دهد؛ چراکه از نگاه وی هزینه رفتار اول ۸۰۰ واحد است درحالی که هزینه رفتار دوم ۶۰۰ واحد (چراکه اتخاذ آن باعث رهایی وی از خطر مسئولیت می‌شود).

ثانیاً حکم به تقصیر فرد، ممکن است تأثیرات غیرحقوقی نیز داشته باشد. مثلاً یک پزشک معقول نه تنها خطر خسارت حاصل از درمان را در برابر مسئولیت احتمالی در نظر می‌گیرد، بلکه لطمه به اعتبار شغلی‌اش در صورت مسئولیتش را نیز لحاظ خواهد کرد^۱. البته اگر قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر به درستی اعمال شود، تأثیر غیرحقوقی حکم مسئولیت باعث بازدارندگی بیش از حد نخواهد شد؛ چراکه تحت این قاعده، فردی که مرتکب تقصیر نشده است، نه مسئولیتی دارد و نه عواقبی غیرحقوقی را متحمل خواهد شد^۲. اما اگر عاملان بالقوه

گوش هیئت منصفه به این‌ها بدهکار نیست؛ آن‌ها صرفاً یک فرد بیچاره را می‌بینند که از سوی دیگری زبانی متحمل شده است (Bohlen, 1924: 111, 118).

۱. کلارنس موریس این‌چنین بیان می‌کند: پزشکی که یک دعوای مسئولیت حرفه‌ای را باخته است، درواقع بیش از مبلغ محکوم‌به را از دست می‌دهد؛ وی ممکن است اعتبار شغلی و در نتیجه وسیله معاشش را نیز از دست بدهد (Morris, 1942: 1147, 1165).

۲. رابرت کوتر و آریل پورات می‌گویند که در مواردی که عواقب غیرحقوقی حکم مسئولیت مدنی حاوی منافی برای اشخاص ثالث است، دادگاه‌ها باید در ارزیابی خسارت قابل پرداخت، مقدار آن منافع را از مبلغ محکوم‌به کم کنند تا حکم مسئولیت مدنی موجب بازدارندگی بیش از حد عاملین زیان نشود (Cooter & Porat, 2001: 401, 419-20) برای بحث از منافی که از عواقب غیرحقوقی حکم مسئولیت مدنی عاید اشخاص ثالث می‌شود،

زیان ترس احکام موجبه کاذبه را داشته باشند، احتمال عواقب غیرحقوقی حکم مسئولیت مدنی، مسئله بازدارندگی بیش از حد را حادث خواهد کرد^۱. فردی حرفه‌ای که می‌داند با وجود اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه ممکن است همچنان مسئول شناخته شود، ممکن است به اقدامات احتیاطی غیربهینه روی بیاورد، حتی اگر مطلوبیت حاشیه‌ای حاصل از این کار (یعنی میزان کاهش خطر مسئول واقع شدن) کمتر از هزینه حاشیه‌ای آن باشد؛ چراکه اجتناب از برچسب منفی ناشی از تقصیر شغلی آن را توجیه می‌کند. مثلاً اگر یک وکیل بتواند با هزینه کردن ۱۵۰ واحد از وارد آمدن خسارتی ۱۰۰ واحدی به موکلش اجتناب کند، عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی یادشده از لحاظ اقتصادی معقول است. حتی اگر وکلاً دائماً به دلیل عدم اتخاذ اقدامات یادشده مقصر شناخته شوند، باز هم آن‌ها احتیاط لازم را به عمل نخواهند آورد؛ چراکه هزینه‌اش بیش از فایده‌اش است. منتها اگر حکم به تقصیر شغلی وکیل موجب لطمه شغلی به ارزش ۶۰ واحد شود، وی آنگاه اقدام به اتخاذ اقدامات احتیاطی غیربهینه یادشده خواهد کرد؛ چراکه هزینه‌اش (۱۵۰) از فایده‌اش (حفظ ۱۰۰+۶۰) کمتر است.

در نهایت، حتی اگر انتخاب افراد بین ایجاد خطر و ازبین بردن خطر محدود به هزینه ثابتی باشد، در هر صورت، تحمیل مسئولیت بر افراد غیرمقصر باعث می‌شود عاملان بالقوه زیان به علت خطرگریز بودن دست به اتخاذ اقدامات احتیاطی غیربهینه بزنند. این مخصوصاً در مواردی رخ می‌دهد که احتمال وقوع خسارت پایین است، اما وسعت خسارت بسیار بالاست. در این مورد، فرد خطرگریزی که امکان ازبین بردن چنین خطری با هزینه‌ای نسبتاً پایین را دارد، مثل پخش کردن هزینه بین مشتریان، ممکن است دست به این کار بزند حتی اگر از لحاظ اقتصادی به صرفه نباشد.

ب) عاملان بالقوه زیان

عواملی که باعث ناکارآمدی رویکرد اقتصادی به تقصیر می‌شوند و مربوط به عاملان بالقوه زیان است در دو بخش بیان خواهند شد:

ر.ک. Ibid: 403, 405-08. آنان می‌گویند کم کردن منافع یادشده از مبلغ محکوم‌به، انگیزه زیان‌دیده به اتخاذ اقدامات احتیاطی را افزایش خواهد داد (Ibid: 412-13). برای بحث از دشواری تقویم منافع پیش‌گفته و پیشنهادهای ارائه‌شده در این زمینه، ر.ک. Ibid: 415-16. البته کوتر و پورات به بحث از عواقب غیرحقوقی حکم به تقصیر در زمینه‌ای وسیع‌تر می‌پردازند و آن را به لطمه به اعتبار شغلی محدود نمی‌کنند. افزون بر این، پیشنهادهای آن‌ها در نظام مسئولیت محض کاربرد دارد، نه تحت نظام مسئولیت مبتنی بر تقصیر؛ چراکه در یک نظام مبتنی بر تقصیر که به صورت بی‌نقص اعمال می‌شود، اگر مبلغ محکوم‌به بیش از خسارات ناشی از رفتار خواننده باشد، مسئله بازدارندگی بیش‌ازحد به وجود نخواهد آمد.

۱. شیول می‌گوید: اگر مسئولیت عاملان زیان بیشتر از خسارات حاصل از رفتارشان باشد، ترس از احکام موجبه کاذبه باعث می‌شود که آن‌ها اقدام به اتخاذ اقدامات احتیاطی غیربهینه کنند (Shavell, 1987: 108, 115; Ibid: 419-20).

۱. ناتوانی در تشخیص احتیاط لازم

کارآمدی رویکرد اقتصادی در تعریف تقصیر تنها در صورتی خواهد بود که عاملان بالقوه زیان توان تشخیص و اجتناب از رفتار تقصیرآمیز را داشته باشند. به این منظور، آن‌ها باید توانایی ارزیابی صحیح تغییرات ناشی از هر رفتارشان در رفاه جامعه را داشته باشند. البته در عالم واقع بیشتر عاملان بالقوه زیان فاقد چنین توانایی‌ای هستند، چرا که به اطلاعات لازم در مورد عواقب و نتایج و آثار رفتارهایشان دسترسی ندارند^۱. به میزانی که تعریف اقتصادی تقصیر جامع‌تر و پیچیده‌تر می‌شود، کار تشخیص و ارزیابی هزینه و فایده‌های مربوط به هر عمل نیز به اطلاعات بیشتری نیاز خواهد داشت و غیرعملی‌تر و سخت‌تر خواهد شد. اطلاعات ناقص به رفتار نامطلوب منجر خواهد شد. مثلاً فرد «الف» بین اینکه دست به احتیاطی به قیمت ۱۰۰ بزند یا به شخص «ب» ۵۰ واحد خسارت وارد کند باید دست به انتخاب بزند. در این مورد، عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی تقصیر محسوب نخواهد شد و شخص «الف» به خاطر عدم احتیاط مسئولیتی به‌بار نخواهد آورد. حال فرض کنید، اتخاذ همان اقدامات احتیاطی از ورود خسارتی ۶۰ واحدی به شخص «ج» جلوگیری کند، درحالی که شخص «الف» به این نکته آگاه نیست. شخص «الف» بر مبنای اطلاعات ناقصی که دارد عدم اتخاذ اقدامات احتیاطی را معقول می‌داند و در نتیجه قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر اقتصادی در این مورد و موارد مشابه فرد را به سمت اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه تحریک نخواهد کرد.

افزون بر این، در نتیجه جهت‌گیری‌های شناختی^۲، ارزیابی فرد از احتمال وقوع یک واقعه در اغلب موارد با احتمال واقعی وقوع آن همخوانی ندارد. جهت‌گیری‌های شناختی ممکن است به دست کم گرفتن یا دست‌بالا گرفتن احتمالات بینجامد^۳. برای مثال، معمولاً افراد احتمال وقوع یک واقعه در آینده را بر مبنای ذهنیت خود از دفعات وقوعش در گذشته ارزیابی می‌کنند، درحالی که موارد وقوع یک امر در گذشته لزوماً میزان احتمال وقوع آن را در آینده

۱. جان فلمینگ می‌گفت: انسان محاسبه‌گر معروف که دسترسی به تمام اطلاعات لازم راجع به بالانس هزینه‌ها را دارد، بعید است در جهان خارج وجود داشته باشد (Fleming, 1984: 1193, 1200). هاوارد لاتین به بحث درباره مسئله آگاهی ناقص و انباشت اطلاعات زائد می‌پردازد (Latin, 1985: 677, 682-88). همچنین، استفان شوگرمن به مشکلاتی که عدم آگاهی و ناتوانی در ارزیابی خطرهای بالقوه در کارآمد بودن نظام بازدارندگی ایجاد می‌کند، می‌پردازد (Sugarman, 1985: 555, 565-69).

2. Cognitive Biases

۳. گلدبرگ می‌گوید: دست‌کم گرفتن‌ها و دست‌بالا گرفتن‌های فراگیر شدیداً هدف حقوق در ترویج رفتار بهینه از سوی فرمول‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهند. وی این‌گونه بیان می‌کند که در وضع قواعد حقوقی باید مشکل پیش‌گفته را در نظر داشت (Goldberg, 2003: 559). شوارتز می‌گوید: افراد به دلیل محدودیت‌های شناختی و روانی نمی‌توانند به‌طور معقول رفتار کنند (Schwartz, 1994: 377, 383).

تعیین نمی‌کند^۱. هرچه رویداد برجسته‌تر باشد، آسان‌تر به یاد آورده می‌شود و احتمال وقوع آن بیشتر تخمین زده خواهد شد^۲. همچنین، اعتماد به نفس بالا و اطمینان به توانایی‌های خود و مثبت‌اندیشی باعث دست‌کم گرفتن احتمال وقوع خسارت می‌شود^۳. مشکل بتوان تأثیر هر کدام از جهت‌گیری‌های شناختی بالا را بر تخمین خطرها تعیین کرد؛ از این دشوارتر تعیین تأثیر جمعی آن‌هاست^۴. اگر جهت‌گیری شناختی یا عدم دسترسی به اطلاعات کافی باعث ایجاد اختلافی بین احتمال عینی حصول زیان یا نفع و ارزیابی ذهنی راجع به آن احتمال شود، آنگاه تعریف اقتصادی تقصیر کارایی خود را از دست خواهد داد. عامل بالقوه زیان ممکن است خطری

۱. به نظر برخی نویسندگان، افراد احتمال وقوع امری در آینده را بر اساس توانایی خود در یادآوری وقایع مشابه مبتنی می‌سازند؛ در نتیجه به احتمال‌تر بودن وقایعی که زودتر به یاد آورده می‌شوند، حکم خواهند داد (Slovic et al, 1982: 463, 464-65). شلی تیلور چنین آورده است: در نبود اطلاعات مؤثر و مرتبط، افراد به تجربیات ذهنی خود رجوع می‌کنند تا به این وسیله قضاوت‌های اجتماعی و فردی را صورت دهند (Taylor, 1982: 190, 191) برای دیدن توضیح مفهوم و مثال‌ها و مواردی از تعیین احتمال وقوع امور آینده بر پایه تجربیات شخصی، ر.ک. Tversky & Kahneman, 1, 1982: 163-65. وی در جایی دیگر می‌گوید: افراد احتمال وقوع یک رخداد در آینده را با استفاده از آنچه فعلاً از رخدادها می‌شناسد مشابه در خاطرشان حاضر می‌بینند ارزیابی می‌کنند (Tversky & Kahneman, 2, 1982: 3, 11). کاس سانسیتین نیز بیان می‌کند: جهت‌گیری شناختی‌ای که بر اساس آن افراد احتمال رویدادهای آینده را بر اساس تجربیات شخصی خود تعیین می‌کنند، می‌تواند اشتباهات سیستماتیک را باعث شود؛ چراکه افراد تمایل به دست‌بالا گرفتن احتمال وقوع خطرهایی را که زودتر به یاد آورده می‌شوند دارند (Sunstein, 1997: 1175, 1188).
۲. به نظر برخی نویسندگان، ارزیابی افراد در مورد احتمال وقوع رویدادهای آینده متأثر از توانایی آنان در یادآوری یا تصور رویدادهای مشابه است که هیچ ربطی به احتمال واقعی وقوع آن رویداد در آینده ندارد (Slovic et al, 1982: 465-68). به نظر برخی دیگر، اعتماد به جهت‌گیری ارزیابی احتمالات آینده بر اساس تجربیات ذهنی، به اشتباه در ارزیابی منتهی می‌شود؛ چراکه توانایی افراد در یادآوری خاطره‌ای متأثر از عواملی است که هیچ ربطی به احتمال واقعی وقوع آن رویداد ندارند (Tversky & Kahneman, 1, 1982: 176). همین نویسندگان در جایی دیگر به چگونگی تأثیر به‌خاطر آوردن یک واقعه در ارزیابی فرد از احتمال وقوعش در آینده می‌پردازند (Tversky & Kahneman, 2, 1982: 11).
۳. برای بحث از تأثیر اعتماد به نفس و مثبت‌اندیشی زیاد در این زمینه، ر.ک. Jolls et al., 1998: 1524-25. کریستین جولز می‌گوید: افراد شدیداً نسبت به احتمال وقوع اتفاقات بد نسبت به خودشان، مثبت‌اندیش‌اند (Jolls, 1998: 1653, 1659). جفری راشلینسکی به بحث از مثبت‌اندیشی افراطی در زمان درج شروط وجه التزام می‌پردازد و در نتیجه به قضاوت توصیه می‌کند در حکم به چنین شروطی محتاط‌تر عمل کنند؛ چراکه طرف قراردادی در این موارد قربانی مثبت‌اندیشی خود شده است (Rachlinski, 2000: 739, 747). سانسیتین نیز به بحث مثبت‌اندیشی افراطی در سطح تقنین می‌پردازد (Sunstein, 1997: 1182-84).
۴. البته همان‌طور که شوارتز به‌درستی اشاره می‌کند، ادبیات راجع به جهت‌گیری‌های شناختی بیشتر بر افراد عادی تمرکز می‌کند و نباید این نکته را از نظر دور داشت که بنگاه‌های بزرگ اقتصادی امکانات و توانایی دسترسی و تحلیل اطلاعات در حجم بالا را دارند (Schwartz, 1994: 377, 387).

بالقوه را بی‌اهمیت و احتمال وقوعش را بعید قلمداد کند یا برعکس؛ در نتیجه تحلیل ذهنی هزینه-فایده متفاوت از داده‌های عینی خواهد بود. برای مثال، اگر احتمال اینکه فرد «الف» به فرد «ب» یک میلیون واحد خسارت بزند، یک در هزار باشد و «الف» بتواند با اتخاذ اقدامات احتیاطی به قیمت ۸۰۰ این احتمال را از بین ببرد، آنگاه عدم اتخاذ اقدامات یادشده تقصیر محسوب خواهد شد؛ چراکه $PL > B$ ($1000 < 800$). اگر شخص «الف» دچار جهت‌گیری‌های شناختی نشده باشد و بتواند خطر را همان‌طور که هست تشخیص دهد، اقدام به احتیاط لازم خواهد کرد. ولی اگر شخص «الف» در نتیجه عدم دسترسی به اطلاعات کافی یا در اثر جهت‌گیری‌های شناختی بپندارد که خطر احتمالی تنها ۵۰۰ است، آنگاه به نظرش اتخاذ اقدامات احتیاطی بهینه نخواهد بود ($800 > 500$). در نتیجه، فرمول هند حتی در صورت اعمال بدون نقص آن از طرف قضات، محرک رفتار بهینه نخواهد بود.

در آخر، هر آنچه گفته شد مبتنی بر این فرض بود که در واقع افراد قبل از هر رفتاری دست به پیش‌بینی و تحلیل هزینه-فایده می‌زنند، در حالی که واقعیت خلاف این است؛ بسیاری از اعمال افراد بر اساس ناخودآگاه یا تصمیماتی است که در لحظه گرفته می‌شود. حتی با فرض اینکه به اطلاعات کافی بدون صرف هزینه‌ی هنگفتی دسترسی داشتیم باز هم نمی‌توانستیم دست به تحلیل آن در چنان بازه‌ی زمانی کوتاهی بزنیم که به تصمیم مناسب در زمان مناسب برسیم^۱. از آنجا که افراد فاقد دانش و آگاهی نامحدود و قدرت محاسباتی بالا هستند، لذا تصمیمات ناخودآگاه و لحظه‌ای آن‌ها نمی‌تواند در معنای اقتصادی کلمه، عقلانی باشد. در نتیجه، مسئولیت مبتنی بر تقصیری که پیرامون مدار کارآمدی می‌چرخد، نمی‌تواند این موارد را تحت تأثیر و تحریک قرار دهد^۲. شرح d ماده ۳ شرح سوم حقوق آمریکا به این نکته توجه کرده و بیان داشته است در مواردی که تقصیر ناشی از مسامحه و بی‌مبالاتی در پرهیز از خطر

۱. انگلارد می‌گوید: بسیاری از سوانح ناشی از ضعف‌های ذاتی انسانی هستند و از این رو، آن‌چنان قابلیت کنترل ندارند که هدف بازدارندگی عمومی برای کارآمدی لازم دارد (Englard, 1980: 43). گلدبرگ این‌گونه بیان می‌کند: بسیاری از اعمال موجد مسئولیت مدنی ناشی از لغزش‌های لحظه‌ای هستند که اصلاً هدف بازدارندگی در مورد آن‌ها قابل دستیابی نیست (Goldberg, 2003: 558). همچنین، لاتین این انگاره که انسان‌ها را به‌عنوان ماشین‌های فایده‌گرایی فرض می‌کند که تنها هدفشان به حداکثر رساندن کارایی است شدیداً مورد انتقاد قرار می‌دهد (Latin, 1985: 685). شوارتز نیز می‌گوید: هدف بازدارندگی در مورد اعمال غیرعمدی، ممکن ولی غیرعملی است؛ می‌توان از طریق ایجاد عادت‌ها و مکانیسم کنترل تا حد کمی این هدف را محقق کرد (Schwartz, 1994: 383, 385-86). به نظر زیپورسکی در بسیاری موارد، مخصوصاً در سوانح غیرعمدی، اعمال فرمول هند غیرممکن است (Zipursky, 2007: 2017-18).

۲. البته پاره‌ای از عاملان زیان از این لحاظ مستثنی‌اند، چراکه هم به اطلاعات کافی دسترسی دارند و هم توان تحلیل و ارزیابی و محاسبه‌ی بالایی دارند؛ البته اینان نادرند.

باشد، عوامل بالا در نظر گرفته نخواهد شد و به اعمال معیار انسان محتاط و متعارف اکتفا خواهد شد (ALI, 2010: § 3 cmt. d).

۲. ضد محرک‌ها

افراد اقدام به تحصیل بیمه مسئولیت مدنی می‌کنند که علل آن نیز مختلف است؛ یکی از علت‌ها شاید این باشد که عاملان بالقوه زیان، ترس محکومیت موجبه کاذبه از سوی قضات را دارند. علت دیگر ممکن است این باشد که افراد می‌دانند که در تشخیص سطح لازم احتیاط ناتوان هستند. علت دیگر شاید تمایل افراد به محافظت کردن از خود در مقابل هزینه‌های دفاع از دعاوی واهی باشد^۱. افزون بر این، افراد ممکن است به این دلیل اقدام به تحصیل بیمه مسئولیت مدنی کنند که حق بیمه با هزینه‌ای کمتر از هزینه اقدامات احتیاطی قابل تحصیل باشد. دلیل این امر هم ممکن است تشخیص ناقص یا نادرست رفتارهای خطرناک از جانب بیمه‌گرها باشد^۲. پس از تحصیل بیمه مسئولیت مدنی، اتخاذ اقدامات پیشگیرانه توجیه اقتصادی نخواهد داشت؛ حتی اگر هزینه‌اش کم باشد. در نتیجه، بیمه مسئولیت مدنی به‌عنوان خنثی‌کننده اثر محرک‌های قواعد مسئولیت مدنی عمل خواهد کرد^۳. اگرچه بیمه مسئولیت مدنی با توجه به خطرگریزی افراد، می‌تواند رفاه را ارتقا بخشد، ممکن است آمار سوانح را بالا ببرد. شرکت‌های بیمه این مشکل را تا حدودی از طریق فرانشیز و سقف بیمه‌ای و نظام پاداش-جزا^۴ و شروط عدم تعهد^۵ و امثال آن حل کرده‌اند^۶، با این همه، آن‌ها شدیداً دچار مشکل کمبود اطلاعاتند.

۱. شوارتز دلایل تحصیل بیمه را در مواردی که به‌بار آمدن مسئولیت مدنی مبهم است بیان می‌کند (Schwartz, 1994: 344-46).

۲. انگلارد به بحث از تشخیص نادرست بیمه‌گرها می‌پردازد (Englard, 1993: 44).

۳. انگلارد از تأثیر بیمه مسئولیت مدنی بر انگیزه عاملان بالقوه زیان سخن می‌گوید (Ibid: 41). همو در جایی دیگر آورده است: بیمه مسئولیت مدنی با هدف بازدارندگی مسئولیت مدنی در تنافی است، چراکه خسارات را پخش می‌کند (Englard, 1980: 46). همچنین، جان فلمینگ این‌گونه بیان می‌کند: بیمه مسئولیت مدنی هدف کلاسیک مسئولیت مدنی (بازدارندگی) را با چالش جدی مواجه کرده است؛ چراکه بیمه خسارات را اجتماعی می‌کند و به این وسیله ارزش و تأثیر نمادین سرزنش افراد را از بین می‌برد (Fleming, 1984: 1197). به عقیده شوارتز نیز بیمه مسئولیت مدنی اثر بازدارنده مسئولیت مدنی بر بیمه‌گذار را از بین می‌برد (Schwartz, 1994: 382-83). استفان شوگرمن به بحث از اینکه چرا اقداماتی نظیر بالا بردن حق بیمه‌ها و تهدید به عدم تمدید بیمه‌نامه و الزام به اتخاذ اقدامات احتیاطی در جلوگیری از رفتارهای خطرناک ناکارآمد هستند، می‌پردازد (Sugarman, 1985: 574-81).

4. Bonus-Malus

5. Exemption Clauses

۶. شوارتز از فرانشیز و نظام نرخ‌گذاری‌ای که در برخی بیمه‌نامه‌ها درج می‌شوند و باعث درونی‌سازی خسارت از سوی عاملان زیان می‌شود، سخن می‌گوید (Schwartz, 1994: 385).

افزون بر این، قادر به نظارت مؤثر بر رفتار بیمه‌شده‌ها نیستند، در نتیجه، امکان حل مشکل بازدارندگی با تردید مواجه است.^۱ البته مشکل اخلاقی پیش‌گفته را می‌توان از طریق تحدید استفاده از بیمه مسئولیت مدنی حل کرد؛ مثلاً بیمه مسئولیت مدنی را در موارد ارتکاب تقصیر، بر مبنای مانع نظم عمومی باطل اعلام کرد.^۲ البته از آنجایی که افراد نوعاً خطرگریز هستند، این راه‌حل باعث کاهش رفاه خواهد شد.

مشکل دیگری که بازدارندگی مسئولیت مدنی را با مشکل مواجه می‌سازد، مسئله خواننده‌های معسر (کسانی هستند که امکان وصول مبلغ محکوم‌له از دارایی آن‌ها وجود ندارد) است. اگر عامل بالقوه زیان‌توانایی جبران کامل خسارت ناشی از رفتار تقصیرآمیزش را نداشته باشد، هزینه‌های احتمالی رفتارش را درونی نخواهد کرد. از نظر وی هزینه ناشی از محکومیت از خسارات به‌بار آمده از رفتارش کمتر خواهد بود، لذا انگیزه احتیاط را از دست خواهد داد.^۳ برای مثال، اگر احتمال اینکه شخص «الف» به «ب» خسارتی به میزان ۱۰۰ هزار وارد کند، ۲ درصد باشد و بتواند با اقدام احتیاطی با هزینه ۸۰۰ این احتمال را به ۱ درصد برساند. هزینه اقدام احتیاطی (۸۰۰) از میزان کاهش یافته از خسارات احتمالی (۱۰۰۰) کمتر خواهد بود و در نتیجه عدم اتخاذ اقدامات یادشده تقصیر محسوب خواهد شد. حال اگر ارزش دارایی شخص «الف» ۳۰ هزار بوده و وی نسبت به خطر بی‌تفاوت باشد، قاعده مسئولیت مبتنی بر تقصیر نمی‌تواند وی را به سمت اتخاذ اقدامات احتیاطی برانگیزاند؛ چراکه مسئولیت احتمالی‌اش در صورت محکومیت ۶۰۰ خواهد بود ($۳۰,۰۰۰ \times ۰,۰۲ = ۶۰۰$)، در حالی که هزینه احتیاط ۸۰۰ است.

طرفداران تحلیل اقتصادی حقوق چند راه‌حل برای مسئله خوانندگان معسر ارائه می‌دهند: اول اینکه اگر شخص متمولی بر رفتار عامل زیان اعمال کنترل کند، وی بر مبنای مسئولیت ناشی از عمل غیر، مسئول شناخته می‌شود^۴ یا می‌توان وی را به سبب عدم اقدام به

۱. البته در پاره‌ای موارد، بیمه‌گر می‌تواند رفتار بهینه را با راهنمایی و مشورت افزایش دهد (Schwartz, 1990: 356).
 ۲. برای مثال در دعوی زیر قاضی لام بیان داشت: اعتبار بیمه مسئولیت وسیله حمل یا کارفرما در مقابل افراد به علت لغزش، اهمال، عدم توجه، مسامحه و بی‌مبالاتی، خلاف نظم عمومی شناخته می‌شود (Breedon v. Frankford Marine, Accident & Plate Glass Ins. Co., 119 S.W. 576, 607-08 (Mo. 1909).
 همچنین، شیول به بحث از اعتراضاتی که در کشورهای غربی به بیمه مسئولیت مدنی وارد شد می‌پردازد (Shavell, 1987: 214-15). یکی از نویسندگان هم می‌گوید: در شوروی سابق بیمه مسئولیت مدنی به علت تأثیر منفی‌اش بر بازدارندگی و کارکرد اخلاقی مسئولیت مدنی، ممنوع بود (Erh-Soon Tay, 1969: 15).
 ۳. یکی از نویسندگان وجود خوانندگان معسر را تضعیف‌کننده بازدارندگی مسئولیت مدنی می‌داند (Logue, 1994: 1375). از نظر شیول نیز مسئولیت مدنی قادر به تحریک خوانندگان معسر به اتخاذ اقدامات احتیاطی نیست (Shavell, 1986: 45, 45). از دیدگاه برخی دیگر، در صورتی که احتمال ورشکستگی بالا رود، احتمال اقدام به احتیاط بسیار پایین می‌آید (Summers, 1983: 145, 157-59).
 ۴. شیول به بحث از مسئولیت ناشی از فعل غیر به‌عنوان راهکاری برای مقابله با مسئله خوانندگان معسر

پیشگیری از خسارت، مسئول دانست. با این حال، در بسیاری از موارد چنین شخصی وجود خارجی ندارد و اگر هم وجود داشته باشد، سطح کنترل و نظارت به آن حد نیست که رفتار بی خطر عامل زیان معسر را تضمین کند.

دوم، می توان اشخاصی که ملاتت کافی برای پوشش زیان های احتمالی حاصل از فعالیتی معین را ندارند، از فعالیت در پاره ای زمینه ها ممنوع کرد. البته الزام به داشتن حداقل سرمایه، ممکن است فعالیت در برخی زمینه ها را محدود کند؛ مثلاً اگر اقدام به فعالیتی ۱۱ هزار سود تولید کند، درحالی که خطر ایجاد ضرر به اندازه یک میلیون واحد را نیز با احتمال یک درصد داشته باشد، کارآمد است. درحالی که معقول نیست شرط لازم اقدام به چنین فعالیتی، داشتن سرمایه ای به ارزش یک میلیون واحد باشد.^۱

سوم، ملزم کردن آن هایی که به پاره ای فعالیت های خاص اقدام می کنند به تحصیل بیمه مسئولیت^۲. با این حال، همان طور که پیش تر گفته شد، بیمه ممکن است انگیزه اقدام به احتیاط را از بین ببرد. افزون بر این، ممکن است بیمه نامه سقف داشته باشد و سرمایه فرد بیمه شده برای پوشش مبلغ مازاد بر سقف ناکافی باشد و همچنان مسئله خواننده معسر مشکل ساز باقی بماند.^۳

چهارم، می توان آن هایی را که مسئولیت مدنی قادر به تحریکشان به احتیاط نیست، به وسیله تهدید به مسئولیت کیفری وادار به احتیاط کرد.^۴ با این حال، حقوق کیفری اصولاً رفتارهای غیرعمدی را جرم انگاری نمی کند و نباید بکند. در دوره ای که همه جا سخن از جرم زدایی و کیفر زدایی است و حقوق دانان کیفری از تورم حقوق جزا نالانند^۵، کسی جرأت پیشنهاد توسعه دامنه آن را ندارد.

ج) زیان دیدگان

تعریف اقتصادی تقصیر تنها زمانی کارآمد خواهد بود که عامل زیان مسئول جبران زیان های حاصل از رفتارش به میزانی که واقعاً به جامعه هزینه وارد کرده است، شناخته شود. تنها

۱. می پردازد (Shavell, 1987: 168-69).

۲. شیول به بحث از تعیین حداقل سرمایه به عنوان شرط لزوم اقدام به پاره ای فعالیت ها می پردازد (Ibid: 169).

۳. همو از بیمه مسئولیت به عنوان یکی از راه حل های مسئله خوانندگان معسر یاد می کند (Ibid).

۴. به نظر برخی، بیمه مسئله خوانندگان معسر را حل نمی کند، چراکه اکثر بیمه نامه ها حاوی سقف بیمه ای هستند (Logue, 1994: 1376, 1384).

۵. شیول به بحث از مسئولیت کیفری به عنوان عاملی برای وادار کردن عاملان بالقوه زیان به اتخاذ اقدامات احتیاطی می پردازد (Shavell, 1987: 170).

۶. تورم حقوق کیفری شدیداً مورد انتقاد واقع شده است (Ramsey, 2003: 1641, 1642).

در صورتی که میزان مسئولیت احتمالی مساوی یا بیشتر از زیان حاصله باشد، عامل زیان تحریک به احتیاط خواهد شد و خسارت احتمالی رفتارش را درونی خواهد کرد. به هر حال، بنابه دلایل عملی، بسیاری از عاملان زیان محکومیتی نخواهند یافت.^۱ اول اینکه برخی از زیان دیدگان نسبت به این نکته آگاهی ندارند که زیان آن‌ها ناشی از تقصیر یک شخص است (Schwartz, 2002: 1067, 1071). دوم، در مواردی که زیان دیدگان فکر می‌کنند که زیانشان حاصل رفتار تقصیرآمیز بوده، فاقد ادله کافی برای اثبات تقصیر و رابطه سببیت بین تقصیر و زیان هستند (Ibid)؛ در این صورت ممکن است زیان دیده اصلاً اقدام به مطالبه زیان نکند یا با علم به اینکه شانس ندارد اقدام به طرح دعوا کند. در هر دو صورت، بار مسئولیت احتمالی عامل زیان از زیان حاصله کمتر است. سوم، ممکن است زیان دیده به دلیل اینکه هزینه طرح دعوا از فایده‌های آن بیشتر است، اقدام به طرح دعوا نکند. دادرسی فرایندی زمان‌بر، فرسایشی و هزینه‌بر است. افزون بر این، نتیجه دعوا قطعی نیست و تحصیل حکم مطلوب مشکل است؛ مخصوصاً در جایی که امکانات خواهان محدود باشد.^۲ چهارم، در مواردی که بین زیان دیده و عامل زیان رابطه خانوادگی و حرفه‌ای و غیره باشد، وی از طرح دعوا خودداری خواهد کرد. در مواقعی که رابطه نزدیکی بین عامل زیان و زیان دیده وجود داشته باشد، عامل زیان در هر صورت هزینه‌های تحمل شده از سوی زیان دیده را نیز به حساب می‌آورد؛ البته لزوماً همیشه این‌طور نیست. پنجم، حتی اگر زیان دیده مایل به طرح دعوا باشد، وکلای حرفه‌ای تنها زمانی پرونده را قبول خواهند کرد که میزان زیان قابل توجه باشد.^۳

همه این‌ها به صورت سیستماتیک باعث می‌شود بسیاری از عاملان زیان محکومیت پیدا نکنند. طرف‌داران کلاسیک تحلیل اقتصادی حقوق چاره مشکل پیش گفته را در این می‌بینند

۱. گفته شده است که این اشکال به تعریف اقتصادی تقصیر وارد نیست، چراکه تعریف تقصیر و اعمال آن دو موضوع جدا از هم هستند. این استدلال باطل است، چراکه اگر هدفمان افزایش رفاه باشد لازم است مطمئن شویم که عاملان زیان خسارات احتمالی را درونی خواهند کرد. به این گفته از شیول توجه کنید: اینکه مسئولیت مساوی با خسارات باشد فرضی است که همه استدلال‌ها راجع به الگوهای رفتاری طرفین زیان بر آن مبتنی است (Shavell, 1987: 127-28)؛ در غیر این صورت تعریف اقتصادی تقصیر بر اساس هزینه-فایده بی‌معنی می‌بود.

۲. اگر ضرر زیان دیده را H بنامیم و هزینه‌های دادرسی را C و احتمال محکوم شدن خواننده را P_1 و احتمال اجرای حکم را P_2 ، و فرض کنیم دامنه مسئولیت مساوی با دامنه زیان باشد، آنگاه طرح دعوا کارآمد خواهد بود که $C < P_1 P_2 H$. به تعبیر برخی نویسندگان، در مواردی که خواننده معسر باشد یا هزینه‌های طرح دعوا بالا باشد، از نظر زیان دیده عامل زیان محو شده است (Summers, 1983: 145).

۳. شوارتز به بحث از بی‌میلی و کلا نسبت به قبول چنین پرونده‌هایی می‌پردازد (Schwartz, 2002: 1071). به باور برخی دیگر، عدم تمایل و کلا به قبول پرونده‌هایی که سودآور به نظر نمی‌رسند باعث عدم محکومیت عاملین زیان می‌شود (Sloan & Hsieh, 1995: 413, 414).

که دامنه مسئولیت عامل زیان در صورت محکومیت به نسبت احتمال موفقیت دعوا چند برابر شود، یا به تعبیر دیگر چاره را در حکم به خسارت تنبیهی می‌بینند.^۱ البته به این راه‌حل حداقل سه اشکال وارد است: (۱) دلیلی منطقی برای حکم به مبلغی فراتر از خسارات وارده در دعاوی عادی مسئولیت مدنی وجود ندارد و خسارت تنبیهی مربوط به موارد خاصی است که رفتار خواننده شدیداً غیراخلاقی باشد.^۲

(۲) این راه‌حل دادگاه را مکلف می‌کند که احتمال عدم موفقیت دعوا را ارزیابی کند؛ تکلیفی که به نظر غیرعملی می‌رسد.^۳

(۳) ارزیابی اشتباه دادگاه ممکن است به بازدارندگی بیش از حد یا عدم بازدارندگی، بسته به نوع اشتباه، منجر شود؛ حتی در موردی که می‌توان احتمال عدم موفقیت دعوا را تعیین کرد، حکم به چند برابر کردن میزان خسارت صرفاً مسئله خوانندگان معسر را حادثر خواهد کرد.

مسئله دیگری که به محکوم نشدن بسیاری از عاملان زیان منجر می‌شود، مسئله صلح بسیاری از خسارات به اقل است. بسیاری از خسارات در خارج از دادگاه به مصالحه برگزار می‌شود.^۴ البته اگر مبلغ مصالحه معادل زیان وارده باشد، مشکلی از این بابت بروز نخواهد کرد. با این حال، بسیاری از زیان‌دیدگان به مبلغی به مراتب کمتر از مقدار زیان رضایت می‌دهند؛ چراکه از ورود به پروسه طولانی و پرهزینه دادرسی که نتیجه‌ای قطعی نیز ندارد واهمه دارند. از این رو، حتی اگر هر زیان‌دیده‌ای نیز مطالبه جبران خسارت می‌کرد باز هم مسئولیت احتمالی عامل زیان از خسارت وارده کمتر می‌بود. راه‌حل احتمالی این مشکل شاید این باشد که به نسبت احتمال حل و فصل شدن دعوا در خارج از دادگاه، مبلغ محکوم‌به را چند برابر کنیم. با این حال، این راه‌حل از توجیه منطقی و کارکرد عملی عاری است.

۱. برای مثال، اگر احتمال موفقیت دعوا یک به ده باشد، برای محاسبه مبلغ محکوم‌به باید مقدار واقعی زیان را ده برابر کنیم؛ این نویسندگان به همین مطلب می‌پردازند: Landes & Posner, 1987: 160-65; Shavell, 1987: 148; Cooter, 1989: 1143, 1148; Polinsky & Shavell, 1998: 873-74. به نظر سانسستین باید در مواردی که پایین بودن احتمال موفقیت دعوا ناشی از ناتوانی در نظارت بر رفتار زیان‌بار خواننده است، حکم به خسارت تنبیهی داده شود (Sunstein et al, 1998: 2071, 2075, 2082-83).

۲. شرح دوم حقوق آمریکا در قسمت مسئولیت مدنی بیان می‌دارد: خسارات تنبیهی در مواردی مورد حکم قرار می‌گیرد که رفتار خواننده شدیداً غیراخلاقی است؛ مثلاً در مواردی که وی سوءنیت دارد یا به حقوق دیگران آشکارا بی‌توجه است (ALI, 1977: § 908). زیپورسکی نیز بیانی مشابه دارد (Zipursky, 1998: 95).

۳. شیول می‌گوید: بعید است که دادگاه‌ها بتوانند احتمال عدم موفقیت دعوا را محاسبه کنند (Shavell, 1987: 148).

۴. این مسئله حتی در دعاوی کوچک نیز مشکل‌ساز است. شیول به بحث درباره رأی از پوزنر می‌پردازد که در آن خسارات تنبیهی ۲۷،۲ برابر بیشتر از خسارات واقعی بوده است (Shavell, 2007: 1223, 1223-27).

۵. شیول به چند تحقیق آماری اشاره می‌کند که نشان می‌دهد بین ۹۰ تا ۹۹ درصد دعاوی مسئولیت مدنی در خارج از دادگاه حل و فصل می‌شوند (Shavell, 1987: 263).

نتایج و پیشنهادها

به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت فارغ از برخی موارد که رویکردهای توصیفی و اقتصادی نتایجی مشابه تولید می‌کنند، رویکرد اقتصادی با وجود انتقاداتی که بر آن وارد است، موجه‌تر می‌نماید. پاره‌ای از انتقادات یادشده، از جمله مسئله تأثیر جهت‌گیری‌های شناختی و عدم دسترسی به اطلاعات، در مورد شرکت‌ها و به‌طور کلی بنگاه‌های اقتصادی صدق نمی‌کند. پاره‌ای دیگر از انتقادات، از جمله دسترسی نداشتن قضات به اطلاعات و فقدان توانایی آنان در تحلیل اطلاعات مرتبط، با تمسک به نظریات کارشناسی و متخصصان امر قابل حل است. تغییر دیدگاه قانون‌گذار ایرانی در مورد منابع درجه دوم^۱ حقوق نیز شاید تأییدی بر نظرگاه ما باشد. توضیح اینکه قانون آئین دادرسی پیشین در ماده ۳ یکی از منابع حقوق را در فروض نقصان و تناقض و فقدان قوانین موضوعه، «عرف و عادت مسلم» دانسته بود. اکنون در ماده متناظر، «اصول حقوقی» را در عرض «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» کامل‌کننده نقصان و اجمال قوانین موضوعه می‌داند؛ تغییری معنادار از دنیای هست‌ها به دنیای باید‌ها^۲. در نتیجه، بهتر است قاضی ایرانی از توجه به رویکرد اقتصادی، هرچند به صورت شهودی، فروگذار ننماید. شدیداً توصیه می‌شود در دعاوی مسئولیت مدنی‌ای که خواندگان‌شان بنگاه‌های اقتصادی، مخصوصاً شرکت‌ها، هستند، حتماً از این رویکرد در احراز تقصیر خوانده استفاده شود و در صورت اعمال این رویکرد، قاضی با جلب نظر متخصصان و کارشناسان موضوع را بررسی نماید.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. ایران‌پور، فرهاد (۱۳۹۸)، تحلیل اقتصادی در حقوق خصوصی، تهران: دنیای اقتصاد
۲. بادینی، حسن (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: سهامی انتشار
۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی، ج ۱، چ ۱۳، تهران: دانشگاه تهران،
۴. بادینی، حسن (۱۳۸۲)، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲.

۱. منظور از منابع درجه دوم، منابع حقوق به‌جز قانون است؛ یعنی عرف، منابع فقهی، اصول حقوقی و دکترین.
 ۲. این نکته را مرهون تذکر استاد گرانقدرم دکتر محسن ایزانلو هستیم.

۲. انگلیسی

A) Books

5. American Law Institute (2010), Restatement (Third) of Torts: Liability For Physical and Emotional Harm
6. Armour, Jody David (2000), Negrophobia and Reasonable Racism: The Hidden Costs of Being Black in America, NYU Press.
7. Englard, Izhak (1993), The Philosphy of Tort Law, Dartmouth Pub. Co.
8. Hume, David (2011), A Treatise of Human Nature, CreatSpace Independent Publishing Platform
9. Hans-Berndt Schafer, Claus Ott, The Economic Analysis of Civil Law, Translated by Matthew Braham, Edward Elgar Pub., (2005)
10. Holmes, Oliver Wendel (1991), The Common Law, Dover Publication
11. Landes, William M., Posner, Richard A. (1987), The Economic Structure of Tort Law, Harvard University Press
12. Le Guin, Ursula K. (1975), The Ones Who Walk Away from Omelas, in The wind's Twelve Quarters
13. Shavell, Steven M. (1987), Economic Analysis of Accident Law, Harvard University Press
14. Wacks, Raymond(2012), Undertanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press.

B) Articles

15. Abraham, Kenneth S. (2001), "The Trouble with Negligence", 54 Vanderbilt Law Review
16. Bohlen, Francis A. (1924), "Mixed Questions of Law and Fact", 72 University of Pennsylvania Law Review
17. Coleman, Jules L. (2003), "The Grounds of Welfare", 112 Yale Law Journal
18. Cooter, Robert D. (2000), "Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization", 79 Oregon Law Review
19. Cooter, Robert D. & Porat, Ariel (2001), "Should Courts Deduct Nonlegal Sanctions from Damages?", 30 Journal of Legal Studies
20. Cooter, Robert D. (1989), "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?", 40 Alabama Law Review
21. Dolinko, David (2002), "The Perils of Welfare Economics", 97 Northwestern University Law Review
22. Dorff, Michael B. (2002), "Why Welfare Depends on Fairness: A Reply to Kaplow and Shavell", 75 Southern California Law Review
23. Dressler, Joshua (1995), "When "Heterosexual" Men Kill "Homosexual" Men: Reflections on Provocation Law, Sexual Advances, and the "Reasonable Man" Standard", 85 Journal of Criminal Law and Criminology
24. Dworkin, Ronald M. (1980), "Is Wealth a Value?", 9 Journal of Legal Studies
25. Englard, Izhak (1980), "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory", 9 Journal of Legal Studies
26. Goldberg, John C.P. (2003), "Twentieth-Century Tort Theory", 91 The Georgetown Law Journal

27. Fischhoff, Baruch (1982), "For Those Condemned To Study the Past: Heuristics and Biases" in Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases (Daniel Kahneman et al. eds.)
28. Fleming, John G. (1984), "Is There a Future for Tort?", 44 Louisiana Law Review
29. Geistfeld, Mark A. (2001), "Reconciling Cost-Benefit Analysis with the Principle that Safety Matters More than Money", 76 New York University Law Review
30. Gilles, Stephen G. (2001), "On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury", 54 Vanderbilt Law Review
31. Grady, Mark F. (1988), "Why Are People Negligent? Technology, Nondurable Precautions, and the Medical Malpractice Explosion", 82 Northwestern University Law Review
32. Hurd, Heidi M. (2001), "Is It Wrong To Do Right When Others Do Wrong?: A Critique of American Tort Law", 7 Legal Theory
33. Hylton, Keith N. (1998), "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties", 87 The Georgetown Law Journal
34. Jolls, Christine (1998), "Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules", 51 Vanderbilt Law Review
35. Jolls, Christine et al. (1998), "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 Stanford Law Review
36. Latin, Howard A. (1985), "Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability", 73 California Law Review
37. Miller, Allan D., Perry, Stephen (2012), "The Reasonable Person", 87 NYU Law Review
38. Morris, Clarence (1942), "Custom and Negligence", 42 Columbia Law Review
39. Kaplow, Louis & Shavell, Steven (2001), "Fairness Versus Welfare", 114 Harvard Law Review
40. Logue, Kyle D. (1994), "Solving the Judgment-Proof Problem", 72 Texas Law Review
41. Polinsky, Mitchell & Shavell, Steven (1998), "Punitive Damages": An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review
42. Perry, Stephen R. (2001), "Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard", 54 Vanderbilt Law Review
43. Posner, Richard A. (1972), "A Theory of Negligence", 1 Journal of Legal Studies
44. Posner, Richard A. (1995), "Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry", in Philosophical Foundations of Tort Law (David G. Owen ed.)
45. Rabin, Robert L. (1981), "The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation", 15 Georgia Law Review
46. Rachlinski, Jeffrey J. (2000), "The 'New' Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters", 85 Cornell Law Review
47. Rachlinski, Jeffrey J. (1998), "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight", 65 University of Chicago Law Review
48. Ramsey, Carolyn B. (2003), "Homicide on Holiday: Prosecutorial Discretion, Popular Culture, and the Boundaries of the Criminal Law", 54 Hastings Law Journal

49. Schwartz, Gary T. (1994), "Reality and the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?", 42 UCLA Law Review
50. Schwartz, Gary T. (1990), "The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance", 75 Cornell Law Review
51. Schwartz, Gary T. (2002), Empiricism and Tort Law, University of Illinois Law Review
52. Shavell, Steven M. (1986), "The Judgment Proof Problem", 6 International Review of Law and Economics
53. Shavell, Steven M. (2007), "On the Proper Magnitude of Punitive Damages: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.", 120 Harvard Law Review
54. Simons, Kenneth W. (2001), "The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values", Vanderbilt Law Review
55. Sloan, Frank A. & Hsieh, Chee R. (1995), "Injury, Liability, and the Decision To File a Medical Malpractice Claim", 29 Law and Society Review
56. Slovic, Paul, et al. (1982), "Facts Versus Fears: Understanding Perceived Risk", in Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases (Daniel Kahneman et al. eds.)
57. Sugarman, Stephen D. (1985), "Doing Away with Tort Law", 73 California Law Review
58. Summers, "The Case of the Disappearing Defendant: An Economic Analysis", 132 University of Pennsylvania Law Review (1983)
59. Sunstein, Cass R. (1997), "Behavioral Analysis of Law", 64 The University of Chicago Law Review
60. Sunstein, Cass R. et al. (1998), "Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)", 107 Yale Law Journal
61. Tay, Alice Erh-Soon (1969), "The Foundation of Tort Liability in a Socialist Legal System: Fault Versus Social Insurance in Soviet Law", 19 University of Toronto Law Journal
62. Taylor, Shelley E. (1982), "The Availability Bias in Social Perception and Interaction", in Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases (Daniel Kahneman et al. eds.)
63. Tobia, Kevin P. (2018), "How People Judge What is Reasonable", Alabama Law review
64. Tversky, Amos & Kahneman, Daniel (1982), "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", in Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases (Daniel Kahneman et al. eds.)
65. Tversky, Amos & Kahneman, Daniel (1982), "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability", in Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases (Daniel Kahneman et al. eds.)
66. Westen, Peter (2008), "Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law", 2 Criminal Law and Philosophy
67. Zalesne, Deborah (1997), "The Intersection of Socioeconomic Class and Gender in Hostile Housing Environment Claims Under Title VIII: Who is the Reasonable Person?", 38 Boston College Law Review
68. Zipursky, Benjamin C. (2007), "Sleight of Hand", 48 William and Mary Law Review
69. Zipursky, Benjamin C. (1998), "Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts", 51 Vanderbilt Law Review