التحليل الاقتصادي للقانون
بين التجريد النظري والتطبيق العملي(*)

الدكتور/ فهد علي الزميع
نائب الرئيس للشؤون الإدارية والمالية
جامعة الخليج للعلوم والتكنولوجيا
دولة الكويت

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تقديم حقل التحليل الاقتصادي للقانون كحقل من الحقول المعرفية المترسخة بالفقه القانوني الغربي والغائبة عن المكتبة القانونية العربية.

فقد أدى ظهور حقل التحليل الاقتصادي للقانون إلى حدوث تغيرات كبيرة في الفقه القانوني الغربي ونظرته للقانون؛ الأمر الذي لم يؤد إلى انعكاس ذلك على الصعيد الفقهي فقط بل على أرض الواقع أيضاً. ويتناول هذا البحث نشأة وتطور مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون، ومن ثم تحليل أهم المبادئ الاقتصادية التي تعتبر بمنزلة أساس هذا العلم المبني على الدراسات البينية.

ويستعرض البحث المدارس الفكرية المتعددة التي برزت في هذا العلم مثل مدرسة شيكاغو ومدرسة المؤسسات أو القواعد، واستندت كل مدرسة إلى إيديولوجية اقتصادية مختلفة؛ الأمر الذي كان له انعكاسات على رؤيتهم وتحليلهم للقانون. وختاماً، فإن البحث يتناول حقوق الملكية من منظور اقتصادي كمثال تطبيقي لهذا العلم.

(*) أجيز البحث بتاريخ ١٦/٥/٢٠١١م.

مقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي، يتطلب تفاعله مع غيره من البشر، وتعاونه وتبادل المنافع معهم، وضبط العلاقات بينه وبينهم – وجود قواعد عامة ومجردة لضبط هذه العلاقات، وتحديد الحقوق والواجبات، وسبل الحصول على هذه الحقوق حال إنكارها وجحودها، وأداء هذه الواجبات في حالات القصور أو النكول في القيام بها.

وقديماً كان مصدر هذه القواعد العرف حتى نشأت السلطة العامة التي سنت القوانين وألزمت الأفراد السير على نهجها، والالتزام بقواعدها.

وارتبطت هذه القوانين، بما تتضمنه من قواعد ونظم، بظروف البيئة، واحتياجات المجتمع، وتأثرت بثقافته، ومعتقداته، ورؤية أبنائه وتصوراتهم لما يحقق المنفعة، ويعود بالفائدة عليهم وعلى مجتمعهم، وتصوراتهم – كذلك– لما يمس أمن المجتمع وسلامة أبنائه، أو يضر بمصالحهم المشروعة، أو يؤثر – سلباً – في علاقتهم الاجتماعية، فيحظرونه، ويعاقبون عليه، ويرتبون آثاراً سلبية على من يقترف أي فعل يؤدي إلى أي من النتائج السلبية السابقة.

واقترنت الحضارات المختلفة، وفي أزمان متفاوتة من عمر كل حضارة، بحركة تشريعية تسعى إلى استحداث القوانين والنظم التي تعول على عدة معايير، لعل في مقدمة هذه المعايير، بل أكثرها أهمية، بروز احتياجات مجتمعية لقواعد قانونية تنظم أو تضبط مجالاً أو أكثر من مجالات الحياة في المجتمع، ومن ثم، فإن مقياس نجاح القانون وجودته يقاس بالأهداف التي حققها من بين الأهداف والغايات التي سن من أجلها، وذلك دون نظر إلى الأبعاد الاقتصادية لهذا القانون، سواء من حيث التكلفة المالية لتطبيقه، أو الآثار الاقتصادية لتطبيق القواعد والأحكام الواردة فيه، وتفاعل هذه القوانين مع النظام الاقتصادي القائم في المجتمع، وتقييم القانون من خلال تطبيق النظريات الاقتصادية لتحديد كفاءته.

وقوى هذا الاتجاه، ودفع له، نظريات مثالية، نقدم مثالاً لها في مجال القانون الجزائي، ذلك الاتجاه الفقهي الذي يذهب أنصاره إلى أن القصاص العادل الذي تقوم به الدولة ممن يرتكب فعلاً مؤثماً قانوناً، ضرورة تقتضيها العدالة بدون النظر لما يحققه تطبيق العقوبة من ردع للغير أو غير ذلك من الدواعي والأسباب التي تستند إليها النظريات النفعية، ويسوق أنصار هذه النظرية مثالاً تجريدياً – ذات طبيعة نظرية – فلو أن سكان جزيرة قرروا أن يهجروا جزيرتهم، وأن يهاجر كل منهم إلى مكان مختلف عن الأماكن التي يهاجر لها باقي سكان الجزيرة، فإن إشباع العدالة لديهم، وإرضاء المشاعر الحقيقية للعدل يقتضي منهم إنزال العقوبة على كل من ارتكب فعلاً مؤثماً قانوناً قبل رحيلهم، فليس الهدف هنا تحقيق منفعة ولا سيما الردع العام عندهم، لأن المجتمع سيتفكك، لكن إرضاء العدالة الكامنة في ضمير ووجدان كل فرد في المجتمع هو الذي يدفع لإنزال العقوبة قبل الهجرة.

وعلى الرغم من شيوع الفكر السابق، خلال حقب زمنية طويلة، فإن أفكاراً جديدة بدأت تشكك في سلامة هذا الاتجاه، وتحاول الاستثناء منه، والخروج الجزئي عليه؛ ففي المجال الجزائي، بدأت أصوات تطالب بتحديد التكاليف المالية للجريمة، وما يتحمله دافعو الضرائب نتيجة المحاكمات وتوقيع الجزاء، وما يدفعه المجتمع نتيجة فقدان عناصر بشرية منتجة من أبنائه.

وفي مجال المالية العامة وتشريعات الضرائب، أضيف معيار تكلفة تحصيل الضريبة باعتباره أحد معايير الحكم على القواعد القانونية الخاصة بالضرائب العامة.

وتمثل الأفكار السابقة بدايات متواضعة لاتجاه فقهي واسع يربط بين القواعد القانونية والمعايير الاقتصادية، ابتدأت بكتابات متفرقة، ثم تبلورت في مدارس واتجاهات فكرية، ثم تجسدت في أحكام قضائية وبرامج دراسية في كليات ومعاهد علمية ومجالات متخصصة، وتسللت إلى الفقه القانوني في معظم دول العالم المتقدم بشكل عام والولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص. وذلك من خلال البرامج العلمية مثل برامج الدكتوراه في الاقتصاد والقانون بجامعات

عريقة مثل جامعة جورج مايسون وبرامج الماجستير في الاقتصاد والقانون في أوروبا، ومثال على ذلك البرنامج المشترك في هذا المجال بين جامعة مانشيستر وجامعة هامبورغ وجامعة بولونيا.(١) هذا، بالإضافة إلى المجلات العلمية المنتشرة بأمريكا الشمالية وأوروبا، على سبيل المثال مجلة الاقتصاد والقانون.

ونظراً للأهمية المتزايدة لهذا التطور الكبير في الفقه القانوني، ورغبة في المشاركة في إثراء المكتبة العربية بأبحاث ومراجع تتناول، بالتوسعة المناسبة لمدارس الاقتصاد والقانون، وعلى أمل أن يتم الاستفادة من هذه المدارس الفكرية في الحياة العلمية والمجال التشريعي – فإننا رأينا أن نبدأ سلسلة أبحاث في هذا الفرع الحديث، آملين أن يكون هذا البحث بداية لاهتمام عربي واسع في هذا المجال الخصب.

(١) www.emle.org.

الفصل الأول
التحليل الاقتصادي للقانون
مفهومه – مجالاته – نشأته وتطوره

١ – المفهوم:

يعتبر التحليل الاقتصادي للقانون – بحق – أحد أهم مجالات الدراسات البينية التي يمتزج فيها، ومن خلالها، كل من علمي الاقتصاد والقانون.

ويقوم هذا الفرع من الدراسات على افتراضية واقعية، هي وجود أساس اقتصادي للقوانين، ووفقاً لهذا الأساس الاقتصادي تتحدد درجة كفاءة القوانين، وتستمد منها معايير وضوابط قياس مدى صلاحية مشروعات القوانين والنظم، بالإضافة إلى استخدام النظريات الاقتصادية لتحليل القوانين ودراستها. ومن أهم الأمور التي يقوم بتقديمها التحليل الاقتصادي للقانون تحليل التأثير المتوقع على سلوك الأفراد في حالة إقرار أي قانون، أو تعديله أو إلغائه. فعلى سبيل المثال فإن الاقتصاديين ينظرون للعقوبات على أنها بمنزلة سعر أو قيمة لعمل ما، ففي المخالفات المرورية – على سبيل المثال – فإن الغرامة المرورية هي السعر أو القيمة الواجب دفعها في حالة مخالفة عدم ربط حزام الأمان، وبناءً عليه فإن الأفراد تكون ردة فعلهم مبنية على عامل رئيسي ألا وهو السعر أو القيمة الواجب دفعها في حالة الإتيان بعمل ما، وكلما زادت تكلفة القيمة يقل الإقبال على إتيان هذا الفعل تماماً، كما هو الحال في الأسواق، فاستناداً لنظرية الأسعار كلما ارتفع سعر سلعة ما قل الطلب على هذه السلعة وزاد الطلب على السلع البديلة، بمعنى آخر فإنه من خلال استخدام النظريات الاقتصادية والتحليل الحسابي فإنه من المستطاع قياس مدى تغير السلوك البشري الذي ينتج عن أي قانون؛ وذلك يجعلنا نستطيع تحليل الجدوى الاقتصادية لأي قانون لقياس مدى فعالية القانون المعني. ولنعط مثالاً على هذا التحليل من واقعنا القانوني وهو شبه انقراض شركة التوصية البسيطة؛ وذلك لأن منافع تأسيس

هذا النوع من الشركات يقل عن القيمة أو التكاليف المصاحبة لها، ولانقصد هنا التكاليف المالية ولكن التكلفة تستخدم بمفهومها الواسع لتشمل عناء التأسيس وشروط التأسيس والمسؤولية القانونية المرتبطة بنوع الشركة... إلخ، والسبب لذلك هو أن الأفراد انتقلوا لشكل آخر (سلعة بديلة بلغة الاقتصاديين)؛ وذلك للمنافع المصاحبة للأشكال القانونية الأخرى للشركات.

ويعرف التحليل الاقتصادي للقانون بأنه: تطبيق النظريات والمعادلات الاقتصادية لتحليل القانون وتكوينه، وهيكليته، وإجراءاته، وتأثيره على المجتمع.(٢)

ولا يقتصر التحليل الاقتصادي على التشريعات التي تصدرها الدولة، بل يشمل أيضاً العرف باعتباره أحد مصادر القواعد القانونية.

ويمتد التحليل الاقتصادي إلى جميع فروع القانون، ولا يكتفي بالقوانين التي ترتبط بالنشاط الاقتصادي مثل قانون التجارة وقانون الشركات وقوانين الضرائب والرسوم... إلخ. فالقوانين، سواء كانت إجرائية أم موضوعية، تؤثر على الوضع الاقتصادي، سواء بصورة مباشرة، أو بصورة غير مباشرة. فالتعديل الأخير لقانون المرافعات الإنجليزي الذي شجع على تسوية المنازعات، سيترك آثاراً اقتصادية إيجابية؛ لأن طول أمد المحاكمات يؤدي إلى تجميد محل المنازعة لفترة زمنية طويلة، ولاسيما في قضايا الميراث.(٣) ومن أهم أهداف التحليل الاقتصادي للقانون هو تحديد التبعات المتوقعة من أي تشريع من ناحية السلوك، ومدى كفاءة استخدام الموارد المحدودة كنتيجة لهذا القانون، ومدى جدوى هذا القانون من الناحية الاقتصادية.

بالإضافة إلى ما سبق فإن العلاقة بين القانون والاقتصاد تنطلق من أن هناك تلاقياً بينهما ألا وهو دراسة وتغيير الأنماط والسلوك البشري، ولعل تعريف روبينز

---

(٢) Law and economics Encyclopedia, History of Law and Economic, Ejan Mackay, at p65.

(٣) Ibid.

لعلم الاقتصاد يبين هذه الحقيقة حيث إنه يعرف الاقتصاد على أنه "علم يختص بدراسة السلوك البشري كرابط بين الموارد المحدودة والغايات البشرية"(٤). ويأتي القانون كأداة لتحقيق العدالة المنشودة، وذلك من خلال تنظيم السلوك البشري، وتحقيق الرفاهية للمجتمع أيضاً يأتي من ضمن أهداف علم الاقتصاد.

٢ – مجالاته:

إن مجالات حركة التحليل الاقتصادي للقانون واسعة ومتشعبة، وسيكون من الصعوبة حصرها في بحث واحد. فهذه الحركة تنظر إلى تأثير القانون على الاقتصاد، وتأثير الاقتصاد على تطور الأنظمة القانونية، وختاماً تطبيق النظريات الاقتصادية على القوانين القائمة لتحديد الجدوى الاقتصادية للقوانين. فعلى سبيل المثال فإن قوانين تحديد الأسعار ستؤدي – في غالب الأحوال – إلى خلق سوق سوداء لبيع وشراء السلع التي شملها هذا القانون، ولتوضيح هذه المسألة فإنه من الأهمية بمكان أن يتم فهم نظرية السعر؛ حيث إن أي سعر لأي سلعة يكون نتيجة تدخل حكومي سيؤدي إلى التأثير على قوى العرض والطلب؛ الأمر الذي سينعكس سلباً على دالة العرض، ونتيجة لذلك فإن دالة الطلب لن يتم استيفاؤها؛ حيث إن السعر المقيد سيجعل بعض المنتجين يمتنعون عن الإنتاج والبحث عن نشاط اقتصادي آخر؛ مما سيؤثر بكمية العرض ويؤدي إلى خلق سوق سوداء وارتفاع للأسعار في هذه الأسواق، وهو الأمر الذي يناقض الهدف من مثل هذا القانون. فهذه النتيجة لا يمكن أن يتم التوصل إليها من دون الاستعانة بعلم الاقتصاد بشكل عام ونظرية السعر بشكل خاص.

ومن جانب تطبيق النظريات الاقتصادية لتحليل القانون فإنه على المستوى الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية وعلى مستوى الولايات، تم إنشاء نظام مراجعة للقوانين القائمة ولمشاريع القوانين، مبني على التحليل

(٤) Ronald Coase, The relevance of transaction costs in the economic analysis of law, in the Origins of Law and Economics, Charles Rowley & Francesco Parisi, at p199.

الاقتصادي بشكل عام وعلى تحليل المنافع والتكاليف(Cost benefit analysis) لهذه القوانين، ولعل الجدول الآتي المعد من قبل روبرت هاهن يشمل غالبية الأدوات التي يتم استخدامها من قبل ٢٠ ولاية، عندما يتعلق الأمر بتقييم القوانين.

ملخص دراسة توجهات عشرين ولاية أمريكية فيما يتعلق بالوسائل المتبعة لتقييم القوانين من ناحية اقتصادية

تقييم التأثير المالي للقانون على موازنة الولاية

تقييم التأثير الاقتصادي للقانون على القطاع الخاص

تأثير القانون على المشاريع الصغيرة

تأثير القانون على مستوى التوظيف في الولاية

تأثير القانون على الدورة المستندية والمتطلبات الورقية، على سبيل المثال، إعداد سجلات خاصة لتطبيق القانون

دراسة البديل عن التدخل التشريعي، على سبيل المثال، عدم تدخل الولاية و الاعتماد على اقتصاديات السوق

دراسة التبريرات في حالة أن الفوائد أقل من التكاليف

المصدر: Robert Hahn, State and Federal Regulatory Reform A Comparative Analysis.(٥)

وغالبية الولايات لديها دليل متكامل لتطبيق هذه المعايير بل إن بعض هذه الولايات تستلزم أن تتم المراجعة النهائية من خلال لجنة مستقلة للتأكد من

(٥) Robert Hahn, State and Federal Regulatory Reform: A Comparative Analysis at p41-43, in Matthew D. Adler & Eric.

مصداقية النتائج.(٦) وعلى المستوى الفيدرالي فإن الهيئات الفيدرالية ملزمة أن تقوم بالعمل ذاته بالنسبة للقوانين واللوائح التنفيذية التي ستكلف الاقتصاد أكثر من ١٠٠ مليون دولار.(٧)

ونظراً لتزايد أهمية التحليل الاقتصادي للقانون قام مركز الدراسات الاقتصادية القومي في الولايات المتحدة الأمريكية بتخصيص برنامج متكامل للتحليل الاقتصادي للقانون(٨)، وكانت بدايات هذا التخصص في كليات الاقتصاد حكراً على الاقتصاديين ولكن مؤسسي حركة التحليل الاقتصادي للقانون (الجديدة)، من أمثال الفقيه رونالد كوس، يؤمنون بشدة بأن هذا الفرع من الدراسات البينية خارج نطاق الاقتصاد وأن رجال القانون هم أكفأ من غيرهم لتطويره والتبحر فيه.(٩)

والجدير بالذكر أن هذا لا يتناول القانون فقط ولكن يشمل أيضاً الأطراف ذات الصلة بالقانون مثل القضاة، فعلى سبيل المثال، فإن البروفيسور لاندز بصدد إكمال دراسة ميدانية لتحديد درجة تأثير القضاة الفيدراليين وسمعتهم، وذلك عن طريق حصر آرائهم القانونية الخاصة بهم وعدد القضاة الآخرين الذين اقتبسوا هذه الآراء واستخدموها، حيث إن حجم الاقتباس يعبر عن إنتاج هؤلاء القضاة الذين يصنفون بناءً على إنتاجهم القانوني عن طريق حجم الاقتباسات التي تمت من قبل القضاة الآخرين، بل أكثر من ذلك فإن دور الاقتصاد في القانون تطور ليشمل الخدمات المهنية؛ ففي عام ١٩٧٧ قام البروفيسور لندز

(٦) Posner (Ed.), Cost and Benefit Analysis; Legal, Economic, and Philosophical Perspectives (pp41-43). Chicago: University of Chicago Press.

(٧) William M. Lands, The Art of Law and Economics An Autobiography Essay,at p 7-10.

(٨) William M. Lands, The Art of Law and Economics An Autobiography Essay, at p10.

(٩) William M. Lands, The Art of Law and Economics An Autobiography Essay, at p11.

وبوسنر والطالب روسنفيلز بتأسيس شركة في شيكاغو (zeco)، تختص بتقديم المشورة الاقتصادية لشركات المحاماة، وخاصة في قضايا الاحتكار؛ حيث إنها عادة ما تكون قائمة على أسس اقتصادية، وشرط نجاح المحامين في هذه القضايا مرهون باستيعابهم للمبادئ الاقتصادية.(١٠)

وتأتي أهمية هذا الفرع من الدراسات من خلال توجهات بعض مدارسه الفكرية التي تحرص على دراسة تأثير القانون على النمو الاقتصادي وتحديد الدور المطلوب من الأنظمة القانونية لتحفيز النمو الاقتصادي في المجتمعات؛ حيث يؤمن أنصار هذه المدارس بأن النمو الاقتصادي مرتبط بأنظمة قانونية تحد من سلطة الحكومات من خلال منع الحكومات من التصرف وكأنها مافيات فوق القانون، وتهدف لتعظيم ثروات الحكام، ويعتبر النظام الديمقراطي إحدى وسائل الحد من هذه التصرفات، وذلك من خلال إعطاء المواطن الحق في تغيير الحكومة التي تتجاهل مصالح المواطنين الاقتصادية. الأمر الآخر هو حماية حقوق الملكية، وهذه الحماية لاتتعلق فقط بالحماية من المصادرة من خلال التأميم ولكن أيضاً من خلال الابتعاد عن المبالغة في التشريعات المقيدة لملكية الأفراد؛ وذلك لأن التزيد التشريعي من شأنه أن يقوض حقوق الملكية الفردية بشكل غير مباشر – على سبيل المثال – من خلال وضع نظام ضريبي عال ومعقد ينفر الأفراد من التملك كما سيتم تبيانه لاحقاً في هذا البحث. ولذلك فإننا نرى أن مثل هذه الحماية متوافرة في بعض الدساتير الغربية، مثل الدستور الأمريكي والدستور الألماني؛ حيث يمنع كلاهما التزيد التشريعي الذي من شأنه تقويض الملكية الفردية.(١١)

---

(١٠) William M. Lands, The Art of Law and Economics An Autobiography Essay, at p19.

(١١) John N Drobak & Douglass North, Legal change in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (ed.)The Elgar Companion to Law and Economics, 2nd Edition, Edward Elgar Publications 2005, at p 56.

٣ – نشأته وتطوره:

أ – الإرهاصات الأولى:

يرى بعض المؤرخين أن بدايات الاهتمام بهذا الاتجاه العلمي ترجع إلى كتابات فلاسفة من أمثال كارل ماركس، وغيره من الاقتصاديين الألمان، فقد ركزوا في أبحاثهم – على تحليل الكيفية التي تنشأ بها وتنتقل حقوق الملكية وغيرها من الحقوق، وربطوا بينها وبين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، وإلى هذه الفرضية ترتكز معظم كتابات كارل ماركس، وإليها يرجع تنبؤه بانهيار الرأسمالية.(١٢)

ب – البدايات:

تعود انطلاقة التحليل الاقتصادي للقانون إلى كتابات مجموعة من الفقهاء، من بينهم بحث الفقيه BeckerGary الجريمة والعقاب من منظور اقتصادي وكتاب الفقيه Guido Calabresi الذي ركز على التكاليف المالية للحوادث والمسؤولية غير التعاقدية، وكتابات بنتام Bentham والنقد الذي وجهه له أستاذه Blackstone وكتاباته التي قدمت تحليلاً اقتصادياً عاماً للقانون، يرتكز على محور رئيسي هو أن العقوبة يجب أن تكون بالمستوى الذي يؤدي إلى إزالة أي فوائد متوقعة من الجريمة، وقد نشرت أبحاثه، في هذا المجال، سنة ١٧٦٤، وكذلك كتابات آدم سميث التي من ضمنها أفكاره حول فلسفة القانون وتحليلاً اقتصادياً للقانون خاصة في مجال القانون الجزائي وحقوق الملكية، ولكن كتابات آدم سميث في هذا المجال لم تنل الاهتمام الذي حظيت به كتابات Bentham.(١٣)

---

(١٢) انظر Ron Harris, the Uses of History in Law and Economics, Theoratical Inquiries in Law, Vol4, at P 664.

(١٣) انظر Calabresi and the intellectual History of Law and Economics, Keith n Hylton at p 1-2[2].

جـ - التطور والانطلاق:

يرى بعض المهتمين، أن البداية العلمية الحقيقية لمدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، بدأت في مدرسة شيكاغو على يد الفقيه العميد Wilbers Katys الذي أدخل تعديلات جوهرية على المنهج التعليمي بكلية الحقوق، وذلك بتطعيم هذا المنهج بمواد اقتصاد ومحاسبة، ومواد أخرى لا تدخل ضمن مواد القانون التقليدية، وفي عام ١٩٣٩ عينت الكلية أول اقتصادي كعضو هيئة تدريس بها هو البرفيسور Henry Simons لتدريس مواد الاقتصاد المستحدثة، وقد كان سبب تعيينه يرجع إلى أنه لم يكن باحثاً أو معلماً متميزاً في قسم الاقتصاد، وجاء تعيينه كتسوية لعدم استمراره بقسم الاقتصاد(١٤)، وكان سبق أن نشر سنة ١٩٣٤ بحثاً حول كيفية وجوب تنظيم السوق والتصدي للتمركز بالشركات الأمريكية. وعلى الرغم من أن البروفيسور Simons من أنصار مدرسة شيكاغو المعروفة بدعمها المطلق للنظام الرأسمالي وتهميش دور الحكومات وتعظيم دور السوق، فإنه - خلافاً لما سبق - اقترح تعظيم دور الحكومة وصولاً للتأميم في بعض الحالات(١٥)، وخلف Simons بعد وفاته البروفوسور Aaron Director وقد قام بتأسيس مجلة القانون والاقتصاد، وتميز بتأثير محاضراته وأقواله، أكثر من تميزه في الكتابات والأبحاث، وأثرت كثيراً في الطلبة مقولة له مفادها أن "الأسواق وليس الحكومات أفضل من يقوم بالتنسيق والتشريع". ويرجع الفضل لهذه المقولة للترويج بأن يكون الاقتصاد هو مصدر تحليل القوانين وليس التسبيب القانوني التقليدي، وقد أدى هذا التطور الفكري الهائل إلى نتيجة أشار إليها Bork، وهي أن التدريس كان ذا

(١٤) Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics, 2nd Edition, 1996 at p12.

(١٥) لمزيد من التفاصيل عن المناخ الذي كان قائماً في جامعة شيكاغو والتطورات اللاحقة انظر Edmund W. Kitch (ed) The fire of truth: a remembrance of law and economics at Chicago, 1932-1970, Journal of Law and Economics Vol 26, 1983 pp 163-234.

نكهة خاصة، وأن كل من حضر محاضرات الاقتصاد وقانون منع الاحتكار كان يمر بتجربة تجعله يغير نظرته للعالم تغييراً جوهرياً[١٦][١٧].

ومن أهم ما يميز فرع التحليل الاقتصادي للقانون، في تطوراته الحديثة، عن الفكر القديم، هو التوسعة في إطار اهتماماته لتشمل جميع القوانين، دون قصره على القوانين التي لها علاقة بالنشاط الاقتصادي، ويعود الفضل في ذلك – إلى حد كبير – إلى البروفيسور Gary Becker الذي رأى وجود علاقات تأثير متبادل بين الاقتصاد ومؤسسات اجتماعية غير اقتصادية، وقد حاز جائزة نوبل في عام ١٩٩٢ لمساهمته العلمية في هذا المجال من خلال تطبيق النظريات الاقتصادية على التصرفات الإنسانية، وبذلك فإنه أول من قام بتوسيع علم الاقتصاد ليشمل التصرفات الإنسانية Human Behavior and Human Capital فقد قام بيكر بتطبيق نظرية الاختيار الرشيد Rational Choice Theory على التمييز العنصري بالاضافة إلى الجريمة؛ حيث إن هذا التحليل يعتبر هو الأول من نوعه؛ لأنه عادة ما تكون النظرة لهذه الظاهرة من منظور أخلاقي؛ حيث إن النتيجة النهائية لتحليل بيكر تنحصر بتحديد التكاليف المصاحبة لهذه الأعمال، وللتقليل منها يجب زيادة تكلفة هذه الأعمال، وهذا ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية خاصة في قضايا التمييز العنصري في العمل.[١٨]

---

(١٦) Ibid at p9.

(١٧) ينتقد البعض هذا الفكر، ويرى أنه يعتبر تجنياً على حقيقة القول بأن الربط بين القانون والاقتصاد بدأ فقط في خمسينيات القرن الماضي على يد مدرسة شيكاغو، ويرى هذا البعض أن بدايات هذا الاهتمام سابقة على التاريخ المشار إليه.
انظر Josef Sima, Praxeology as Law & Economics, Journal of Libertarian Studies, Vol18, No2 (Spring 2004), at p74.
Ibid at p75[1].

(١٨) Gery Becker, The Economics of Discrimination, University of Chicago Press, 2nd Edition 1971.

بل إن علم الاقتصاد امتدت تأثيراته لتشمل المجال السياسي ممثلاً في المؤسسات الدستورية وسلوك السياسيين والناخبين(١٩)، ومن أشهر – وأهم– المراجع العلمية في هذا المجال بشكل عام، كتاب الفقيه والقاضي بوسنر الذي صدر عام ١٩٧٣ بعنوان " التحليل الاقتصادي للقانون"، وأعيدت طباعته، بعد تنقيحه عام ٢٠٠٧، وهو الكتاب الرئيس المعتمد لتدريس مادة التحليل الاقتصادي للقانون لما يتضمنه من عرض للأسس الاقتصادية لجميع فروع القانون(٢٠).

د – انعكاسات التحليل الاقتصادي للقانون وتطبيقاته العملية:

وقد برزت لهذا الفرع الحديث من الدراسات البينية انعكاسات وتطبيقات عملية في مجالات متعددة، نشير إلى أهمها فيما يلي:

١ – إدخال تعديلات جوهرية على منهج التعليم في بعض كليات الحقوق، وذلك بتطعيم المناهج ببعض المواد الاقتصادية والمحاسبية ومواد أخرى خارج إطار مواد القانون التقليدية.(٢١)

٢ – صدور مجلة الاقتصاد والقانون سنة ١٩٥٨ التي تعتبر ميداناً خصباً لنشر الأبحاث في الأمور العلمية التي تتعلق بالتحليل الاقتصادي للقانون على يد رجال القانون بعد أن كانت حكراً على الاقتصاديين.(٢٢)

٣ – بروز عدد من المؤلفات العلمية، ذات المستوى الرفيع، التي تتعرض بالبحث

---

(١٩) تراجع نظرية Tulloch and Buchanan وكتابه Calculus of Consent من أهم الكتابات في هذا المجال Ejan Mcackay, History of Law and Economics, Law and Economics Encyclopedia, at p72-7.

(٢٠) انظر Richard Posner, Economic Analysis of La (Posner, Economic analysis of law, 2007)w. Aspen Publication,2007.

(٢١) انظر برنامج الدكتوراه في الاقتصاد والقانون في جامعة فاندربيلت كمثال على انتشار البرامج الأكاديمية المختصة في هذا الموضوع.

(٢٢) انظر الموقع الإلكتروني لمجلة الاقتصاد والقانون التابعة لجامعة شيكاغو.

العلمي الدقيق، لهذا الموضوع الحيوي، من بين هذه الكتب كتاب البروفسور Gary Beeker المشار إليه سلفاً، وكتاب Richard Posner، الذي يعتبر بحق أحد رواد هذا العلم.(٢٣)

٤ – إصدار مجلة الدراسات القانونية Journal of Legal Studies سنة ١٩٧٢ التي تختص بنشر الأبحاث التي تتناول القانون من منظور اقتصادي.

٥ – إنشاء معهد اقتصادي لرجال القانون يتخصص في تدريس النظريات الاقتصادية لرجال القانون فقط، سواء كانوا محامين أم قضاة أم باحثين أم أكاديميين.

٦ – خصص المركز القومي للدراسات الاقتصادية في الولايات المتحدة الأمريكية برنامجاً متكاملاً للتحليل الاقتصادي للقانون.

(٢٣) Richard Posner, Economic Analysis of Law, Aspen publications 2007.

الفصل الثاني
المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون

يقوم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة مبادئ تمثل أعمدته الأساسية، وسنعرض، في هذا الجزء من البحث، للمبادئ الرئيسية.

وأهم المبادئ الرئيسية:

أولاً – مبدأ الكفاءة (أو معيار الكفاءة):

في إجابتهم على سؤال يطرحه المجتمع، بل يعلن عن ذاته، كلما تطلبت ضرورات الحياه استحداث قوانين جديدة، أو تعديل أو إلغاء قوانين قائمة، عن الهدف الحقيقي لكل ذلك، اتفق المتخصصون في المجالين القانوني والاقتصادي بأن الهدف والباعث من كل ذلك هو الوصول إلى أقصى درجات الكفاءة والفاعلية في إدارة الموارد المتاحة واستخدامها.

لكن الاختلاف يدور دائماً حول المقصود بالكفاءة والفاعلية. فللمتخصصين في المجالات القانونية مفاهيم للكفاءة تختلف عن نظيرتها لدى كل من الفلاسفة الاقتصاديين وفلاسفة علم الأخلاق حيث لديهم مفاهيم لها تختلف عن مفاهيم الفئتين المشار إليهما، لذلك، فإن ثمة اجتهادات متعددة حول مفهوم الكفاءة ومعاييرها(٢٤).

---

(٢٤) انظر Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press 2006, at p 16-18 Hereinafter ''Donald Wittman''.
364, S.W. 2d 812 (W.Va. 1988).
انظر Jaffrey Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication 2008, at p 28.

ونعرض لأهم المعايير التي تحدد مفهوم الكفاءة، وتقاس عليها درجة كفاءة القوانين فيما يلي:

١ – المعيار الأول للكفاءة:

معيار تحقيق المنفعة دون ضرر Pareto Optimal Efficiency:

قال بهذا المعيار الاقتصادي وعالم الاجتماع الإيطالي Vilfredo Pareto، فالكفاءة – لديه – تتحقق للقانون إذا أدى التغيير في القانون، أو استحداث قانون جديد، إلى منفعة شخص أو أشخاص دون إلحاق ضرر بالمجتمع أو تحميله أعباء نتيجة تطبيق هذا القانون.(٢٥)

وقد عولت بعض المحاكم الأمريكية على هذا المعيار، واستندت له في العديد من أحكامها، لتحديد إذا ما كان الفعل عادلاً من عدمه.

ونعرض، نموذجاً لأحكام المحاكم الأمريكية في هذا الصدد، الحكم الصادر في قضية Watson v. Pietantopn.(٢٦)، وتخلص وقائع القضية إلى أن أحد المحامين، نتيجة لمرضه، وقع عقداً مع محام آخر لمتابعة قضية كان يتولاها المحامي المريض، وورد في هذا العقد نص على اقتسام أتعاب القضية بين المحامين، وبعد انتهاء الدعوى، وصدور حكم فيها، طعن العميل في مبدأ استحقاق المحامي المريض لأي أتعاب في القضية استناداً إلى أنه لم يقم بأي عمل في أثناء مرضه، ومن ثم طعن في الاتفاق الحاصل بين المحامين، وحكمت المحكمة برفض هذه الدعوى على اعتبار أن الأتعاب مستحقة مقابل العمل الذي أداه المحاميان، وورد في حيثيات الحكم أن العدالة في تنفيذ العقد وفقاً لمعيار باريتو على اعتبار أن المنافع التي ستؤول للمحامي الذي لحقه المرض (المتمثل في حصته من قيمة الأتعاب) ستؤدي إلى تحقيق منفعة دون أي أعباء على المجتمع.(٢٧)

---

(٢٥) Nicholas Mercuro & Timothy P. Ryan, Law, Econo (Ryan, 1984) mics and Public Policy, 1984, Jai Press, at p7.

(٢٦) 364, S.W. 2d 812 (W.Va. 1988).

(٢٧) انظر Jaffery Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication 2008, at p28.

ويؤخذ على هذا المعيار قيامه على أساس غير واقعي؛ إذ يستحيل – من الناحية العملية – وجود قانون لا يلحق ضرراً بأحد.(٢٨)

٢ – المعيار الثاني:

تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر Criteria Utilitarian:

ويرجع هذا المعيار لكل من الفيلسوف بنتام Bentham والاقتصادي Kalder ووفقاً لهذا المعيار، فإن الإنسان يسعى – دائماً – إلى جلب السعادة، وتجنب الألم، ففيها تتركز الدافعية لسلوك البشر الإيجابي والسلبي، الرغبة في جلب السعادة بتوفير أدواتها وفقاً لرؤيته لها وسبل تحقيقها، والنأي بنفسه عن كل ما ينغص عليه حياته، ويسبب آلامه. وهذا المعيار يمثل مدرسة فكرية في علم الأخلاق وفلسفة القانون والاقتصاد أيضاً.

ومعيار جودة أي قانون وفقاً لهذا المعيار تتحقق إذا ما حقق القانون أكبر قدر من السعادة لأكثر عدد من الأشخاص، وأن يكون الألم الناتج عنه، بأقل قدر لأقل عدد من الأشخاص. وتعتمد اقتصاديات الرفاهية (Welfare-economics) على هذا المعيار كأساس فلسفي.(٢٩)

وعلى الرغم من شدة وضوح أبعاد هذا المعيار، فإنه يعتمد، في جوهره، على مصطلحات تتسم بالغموض وعدم التحديد، مثل السعادة... والعدد الأكبر من الأشخاص وغير ذلك من التعبيرات التي تفتقد الانضباط الاصطلاحي الذي يمكن الاستناد إليه، والتعويل عليه في هذا المجال.(٣٠)

---

(٢٨) Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001, at p3.

(٢٩) Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 2004, at p597-598.

(٣٠) Richard Posner, Utilitarianism, Economics and legal theory, Journal of legal studies, VIII (1), January 1979, at pp130-135.

لذلك فقد تم توجيه سهام النقد لهذا المعيار، فعلى سبيل المثال انتقد عدم تحديد سعادة من يتناولها المعيار هل تشمل الكائنات غير البشرية مثل الحيوانات؟[٣١] وهذا السؤال ليس من ضرب الخيال أو الجدل الفلسفي فهل نقبل بقانون يمنع صيد بعض أنواع الحيوانات؛ لأنها مهددة بالانقراض حتى لو أدى الأمر إلى قطع أرزاق قطاع كامل قائم على صيد مثل هذه الحيوانات؟ ثم أنشمل غير المواطنين عند احتساب إجمالي السعادة التي ستترتب على إصدار أي قانون أو تعديله أم نكتفي بالمواطنين؟ وهل نشمل الأفراد من دول أخرى، الذين قد يتضررون من مثل هذا القانون، على سبيل المثال في حالة قوانين الجمارك؛ حيث إن هذه القوانين لها تأثير على مواطني دول أخرى؟ وبالختام فغياب وسيلة عملية لقياس السعادة جعل هذا المعيار فلسفياً بحتاً وغير قابل للتطبيق.

٣ – المعيار الثالث :

التعويض Kalder Hicks Efficiency:

يعتبر هذا المعيار الأساس النظري للتحليل الاقتصادي القائم على تحليل المنافع والتكاليف Cost and BenefitAnalysis[٣٢]. ويرجع هذا المعيار إلى ثلاثينيات القرن الماضي.

فوفقاً لهذا المعيار، فإن الحكم على مدى صلاحية أي قانون هو أن تكون المنافع الناتجة عن تطبيقه أكثر من التعويضات والتكاليف الناتجة عن هذا التطبيق من الناحية النظرية على الأقل، بما في ذلك التعويضات عن الأضرار المترتبة على التطبيق، فالقانون يكون ذا كفاءة اقتصادية Kaldor Hicks

(٣١) Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001, at p4.

(٣٢) لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات هذا التحليل انظر D. Bradford Hardin Jr, Why Cost-Benefit Analysis? A question (and some answers) about the legal academy, Alabama Law Review, Vol 59, No 5, 2008.

efficient إذا كانت المحصلة النهائية للأخذ به وتطبيق أحكامه هو زيادة ثروات المجتمع Society Wealth Maximization(٣٣). وتطبيقاً عملياً لإعمال هذا المعيار، نسوق المثال التالي:

لو أن تشريعاً جديداً يتم إعداده لمعالجة حالات التلوث البيئي في مياه المنطقة، وهذا التلوث ناتج عن مخلفات المصانع، وهناك اقتراح تشريعي أولي بإغلاق المصانع المسببة لهذا التلوث. واقتراح آخر هو ببقاء المصانع مع ما تسببه من تلوث لمياه المنطقة.

والسؤال المطروح هنا، إلى أي من المشروعين ينحاز الاختيار وفقاً للتحليل الاقتصادي للقانون. إذا تم الاحتكام للمعيار الأول، المتمثل في تحقيق منفعة لأكبر عدد من الناس، فإن الاختيار سيقع على المشروع الأول؛ لأن عدد من سيستمتعون بالمياه النظيفة، الخالية من التلوث، أكبر من عدد المصانع التي يؤدي تشغيلها إلى تلوث المياه التي يمكن تنظيفها وإزالة الملوثات منها بالطرق العلمية التي تقل تكلفتها عن تكلفة غلق المصانع.

وفي حالة إعمال المعيار الثالث، فإن البحث سيدور حول المنافع التي تعود من بقاء المصانع التي تلوث المياه أيمكن – من الناحية النظرية – أن تعوض الأطراف المتضررة من التلوث أم لا تكفي لذلك، مع توسيع نطاق الضرر ليشمل القرى المجاورة التي قد يضطر سكانها إلى هجرتها للعيش في أماكن أخرى أكثر أماناً، والتكاليف الصحية التي ستصاحب عملية التلوث، وانخفاض أسعار العقار في المنطقة لعدم الاقبال وقلة الطلب على هذه الأراض؟ إلخ.

فإذا كان بقاء المصانع يؤدي إلى توفير التعويض الكامل وفقاً لما سبق من ناحية نظرية، فإن كفة المشروع الثاني تكون الأرجح، أما إذا كان حجم الأضرار الناتجة عن بقاء المصانع والتعويضات اللازمة لجبر هذه الأضرار، وإزالة آثارها،

(٣٣) Qi Zhou, The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, at p3-5.

تتطلب تكاليف مالية تفوق قيمتها العائد من بقاء المصانع، فإن المشروع الأول يكون أولى بالترجيح.

مثال آخر، أقل تعقيداً، تشير إليه كثير من الأدبيات الغربية، هو قانون الذرة الذي صدر في إنجلترا؛ في القرن التاسع عشر حيث كان هذا القانون يمنع استيراد الذرة بسعر أرخص من الأسعار المحلية وقد ثار نقاش في المجتمع الإنجليزي عن مدى ضرورة وجود هذا القانون من عدمه، وإذا ما تم تطبيق مبدأ التعويض كمعيار للوصول إلى قرار إلغاء أو إبقاء القانون فإنه من الأهمية بمكان أن يتم بحث وتحديد المنافع التي يحصل عليها المزارعون من هذا القانون وإذا ما كان بإمكانهم – بشكل نظري – تعويض المستهلكين عن الخسائر التي تلحق بهم جراء هذا القانون مقارنةً بالمنافع التي يتحصلون عليها من جراء استيراد الذرة بسعر أرخص فإنه يجب أن يلغى القانون، أما إذا كانت خسائر المستهلك تفوق مكاسب المزارعين فإنه يستوجب أن يتم إلغاء القانون.

والسبب في احتساب إجمالي المنفعة من ناحية نظرية يرجع إلى إيمان أصحاب هذا المعيار بأن توزيع المنافع من عدمه أمر سياسي ولا دخل للاقتصادي فيه.(٣٤)

وقد تم توجيه بعض الانتقادات لهذا المعيار خاصة من ناحية أخلاقية ومن منطلقات العدالة ويقدم معارضو هذا المعيار مثالاً على ذلك. إذا كان أفراد المجتمع: (أ) تسمح لهم مواردهم الحصول على وجبة غذائية واحدة كل يوم. أما في المجتمع (ب) فإن توزيع الموارد تسمح لنصف عدد أفراد المجتمع الحصول على وجبتين يومياً ولا يتمكن نصف أفراد المجتمع من الحصول على وجبة واحدة، فإنه وفقاً لمعيار Kāldōr (معيار التعويض)، فإن المجتمعين يتماثلان؛ فمن الناحية النظرية، على الأفراد الذين يأكلون وجبتين أن يتنازلوا عن وجبة منهما للأفراد الذين لا يجدون وجبة واحدة، وهذا التعويض يتحاشى به

(٣٤) Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001, at p4-5.

المجتمع المعاناة والاضطرابات ومشاعر الحقد والحسرة والألم لدى الفئة غير القادرة(٣٥).

وكما عبر عن ذلك الفيلسوف Nash Rawls، فإن رفاهية المجتمع تتحدد بمقدار ما يحققه من رفاهية للطبقة الأضعف، فإذا كانت الطبقة الضعيفة في أي مجتمع لا تتمتع بالقدر المناسب من الرفاهية، فلا يمكن اعتبار المجتمع ككل يتمتع بالرفاهية، حتى مع وجود بعض الفئات من أبنائه تتوافر لديهم إمكانات الرفاهية وأدواتها(٣٦).

ومعيار الرفاهية السابق، استند إليه البعض لتحديد درجة كفاءة القانون، واعتبروه مقياساً لتحديد مدى صلاحية المشروعات والتعديلات التي تدخل على القوانين القائمة.

دراسة تحليلية للمعايير السابقة :

مع الإقرار بتعدد الاجتهادات حول مفهوم مبدأ الكفاءة، وتنوع الرؤى في تحديد الأهداف الرئيسية للقوانين، واختلاف الآراء في السياسات التي يجب أن تتبع عند إعداد تشريعات جديدة، وإدخال تعديلات على التشريعات القائمة – فإن المدارس الفقهية تتفق في أن الهدف من أي قانون هو تحقيق سعادة الإنسان ورفاهيته، ومن ثم، فإن معيار الحكم على سلامة تشريع جديد وصلاحيته، أو كفاءة تشريع قائم واستمراريته، يتوقف على مدى ما يحققه من سعادة للأفراد.

ونظراً لافتقاد معيار لتحديد أثر القانون على سعادة الأفراد، ونوعية هذه السعادة ومقدارها، فإن كثيراً من الفقهاء يرون عدم استخدام معيار Utility؛ لافتقاد هذا المعيار مقاييس موضوعية يمكن في ضوئها تعرف انعكاسات

---

(٣٥) انظر Functional Law and Economics the search for self-neutral principles, Chicago & Kent Law Review, Vol 70, at p 440-444.

(٣٦) لمزيد من التفاصيل عن نظرية رولز للعدالة انظر كتابه Nash Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press 1971.

القانون وآثاره. وذلك خلافاً لمعيار تعظيم الثروة Wealth Maximization Criterion، الذي تبناه كثير من فقهاء التحليل الاقتصادي للقانون مقياساً لمدى جودة القانون وصلاحيته، ويعتبر الفقيه والقاضي بوسنر من أهم المناصرين، والداعين لاستخدام هذا المعيار، باعتباره يحقق العدالة التي يجب أن تكون هي المقصد النهائي للقوانين(٣٧).

ويأخذ القاضي والفقيه بوسنر على المعايير الأخرى، ولاسيما معيار utilitarianism، سعيه لتحقيق أهداف غامضة وفضفاضة، يصعب قياسها، وذلك خلافاً لمعيار تعظيم الثروة Wealth maximization التي تسعى إلى تكوين أو تحقيق فائض اقتصادي، يمكن إدراكه وقياسه، وليس فائضاً عاطفياً أو معنوياً، من الصعب – إن لم يكن من المستحيل – تعرف وجوده، وحجمه ومقداره(٣٨).

وفضلاً عما سبق، فإن السعادة تنشأ وتنمو – في العادة – نتيجة الاستهلاك، بعكس الثروة التي تعتمد على الانتاج وزيادته وجودته؛ مما ينعكس إيجابياً على المجتمع.

وأهم الانتقادات التي لحقت بالنظرية السابقة ورائدها الفقيه والقاضي بوسنر هو افتقاد النظرية لأساس أخلاقي(٣٩).

ويرد بوسنر على النقد السابق بالقول إن الثروة ليست المعيار الوحيد أو العامل الوحيد الذي يحدد مفهوم العدالة(٤٠).

ويخلص الاتجاه الثالث، الذي يبدو أقرب لروح العصر، وأكثر قدرة على تحقيق العدالة، في أن وظيفة القانون هي خلق البيئة الصالحة التي تمكن الأفراد من تحقيق أهدافهم الشخصية المشروعة بغض النظر عن مصلحة المجتمع التي

---

(٣٧) انظر Ibid p 442-443

(٣٨) انظر Ibid p 444-445

(٣٩) انظر Ibid p 446-447

(٤٠) انظر Ibid p 447-448

ستتحقق تلقائيا نتيجة تحقيق الأفراد لمصالحهم الذاتية دون تدخل الدولة للتأثير على قراراتهم(٤١).

ثانيـــاً – معايير الأشخاص:

بما أن التحليل الاقتصادي للقانون معني بدراسة السلوك البشري ومدى تأثير القوانين على سلوك الأفراد فإنه من الأهمية بمكان أن يتم تحديد مفهوم الفرد وسلوكه.

ولفقه التحليل الاقتصادي للقانون معياران رئيسان في هذا المجال، هما معيار الإنسان العادي، ومعيار الأعراف الاجتماعية، ونعرض لكل منهما بالتفصيل المناسب فيما يلي:

١ – معيار الشخص العادي:

وتقوم هذه الفرضية على أن المعايير التي يجب التعويل عليها في الحكم على القانون مستخلصة من سلوك الشخص العادي الحريص على تحقيق أقصى نفع له بأقل تكلفة أو مجهود، وقد لجأت التشريعات إلى هذه الحيلة في كثير من فروع القانون سعياً لإيجاد مقياس يتم التعويل والاعتماد عليه في قياس مدى صلاحية سلوك الأفراد أو وفائهم بالتزاماتهم.(٤٢)

ويقوم هذا المعيار على فرضية أن الإنسان العادي أو الشخص العادي تصدر تصرفاته في ضوء نتائج دراسة عاقلة قائمة على التحليل والمقارنة بين المنافع التي تعود عليه والخسائر التي يتكبدها، ومن ثم فإنه دائم السعي إلى تحقيق أعلى منفعة بأقل تكلفة؛ فالشخص العادي الذي يحتكم في تصرفاته للمقياس المشار إليه، سيخالف شروط عقد ارتبط به إذا حققت له هذه المخالفة

---

(٤١) انظر Ibid p 448-449.

(٤٢) يراجع في هذا الشان كثير من كتب الفقه القانوني العربي، من بينها مرجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري، وغيره من الكتب المماثلة.

منافع تفوق الأضرار أو الخسائر التي تلحق به إذا التزم في حالة الالتزام بشروط العقد. وقد وجهت انتقادات متعددة لهذا المعيار:

فمن جهة أولى، فإن من الخطأ، وافتقاد الواقعية، افتراض أن الناس يتصرفون دائماً أوغالباً بشكل منطقي أو بطريقة رشيدة Rational.

ومن جهة أخرى، كما أوضح Calabresi، فإن المعلومات اللازمة لاتخاذ قرارات ومواقف عقلانية في ضوئها لا تتوافر بالقدر الكافي لتصويب القرار وترشيده، وبافتراض توافر القدر المناسب من المعلومات، فإن استخلاص الحقائق منها وحسن قراءة مؤشراتها، وحسن توظيفها لترشيد القرار، يتوقف على عوامل كثيرة، من بينها درجة علم الشخص ونضجه وخبرته، والأفكار الذاتية والصفات الشخصية؛ فالأشخاص الذين يتسمون بدرجة عالية من التفاؤل – مثلاً – يبنون قراراتهم وتصرفاتهم على تصور موجود داخلهم، وهو أن الأمور السيئة ستحصل لغيرهم ولن تمتد لهم.

ويضيف الفقيه Calabresi، لأوجه النقد السابقة، أنه في بعض الحالات التي تزيد فيها قيمة الخصوم (الالتزامات) لشخص معين عن قيمة أصوله، فإن تصرفاته تتسم باللامبالاة، ومن ثم يفتقد الحكمة والتعقل في قراراته وتصرفاته؛ مما يؤدي به إلى اتخاذ قرارات غير عقلانية، كما أن كثيراً من الأفراد لا يحسنون إجراء مقارنة بين الفوائد قصيرة المدى والفوائد طويلة المدى؛ مما يؤثر على قراراتهم ومواقفهم التي تنبع من قياس المنفعة التي تعود لهم مقارنة بالثمن الذي يدفعونه مقابلاً لهذه المنفعة.(٤٣)

وفضلاً عما سبق، فإن هذا المعيار يتجاهل التأثيرات الهائلة للأعراف الاجتماعية السائدة على سلوك الأفراد الذين قد يؤدي بهم إلى البعد في

(٤٣) الملاحظات والانتقادات التي وجهها الفقيه Calabresi إلى معيار الشخص العادي لا تنفي أن الفقيه المذكور من أنصار معيار الشخص العادي، ولكنه يفرق بين درجة كفاءة هذا المعيار ووجود بعض الاستثناءات من هذا المعيار تتجلى في تصرفات الأفراد في بعض الحالات– انظر Wolfgang Weigel, Economics of the law, a primer,at p12.

قراراتهم ومواقفهم عن العقلانية والاحتكام فيها إلى هذه الأعراف، والانصياع لها، والخضوع لتأثيراتها، ولو أدى ذلك إلى الخروج عن السلوك الصحيح المرشد الذي يهدي له التفكير المنطقي السليم(٤٤).

٢ – معيار الأعراف الاجتماعية :

يركز هذا المعيار على دراسة تأثير الأعراف الاجتماعية على فاعلية القانون وتوسيع دائرة البحث حول علاقة القانون بالأعراف الاجتماعية.(٤٥)

فلدراسة الأعراف الاجتماعية، وتأثيراتها المختلفة، أهمية كبرى في تطوير المعارف حول سلوكيات الأفراد، وتساعد على التنبؤ بتأثيرات القوانين على المجتمعات ومدى نجاح القوانين في تحقيق الأهداف المتوخاة منها.

ففكر التمركز أو التوسط القانوني Legal Centralist ما زالت له الغلبة لدى المهتمين بالتحليل الاقتصادي للقانون، ويقوم هذا الفكر على أن أي تغيير في محفزات الأفراد سيؤدي إلى التأثير على النشاط الاقتصادي، وأن وسيلة تحقيق هذا التغيير هو القانون، ومع ذلك فإن ثمة توجهاً لدى بعض الفقهاء، يتمسك بأهمية الأعراف الاجتماعية ويقر بأهميتها في تحديد سلوكيات الأفراد وتحليلها وتطويرها، ومن ثم، ونتيجة لما سبق، فإن تطوير سلوكيات الأفراد

---

(٤٤) نموذج للسلوك والقرارات التي تكون أسيرة الأعراف والتقاليد الاجتماعية، حتى لو خالفت السلوك الرشيد العاقل للشخص العادي – الانتخابات الفرعية ذات الطبيعة القبلية التي تسبق انتخابات مجلس الأمة في دولة الكويت، التي تختار فيها بعض القبائل من يمثلها في عضوية المجلس، ويلتزم الأفراد (المنتمون للقبيلة) بهذا الاختيار في الانتخابات العامة، فقرارات الأفراد ليست وليدة الحكمة ونتيجة تصرف عقلاني، بل هي أسيرة عادات اجتماعية فاقت قوتها وعظم تأثيرها قوة التفكير العقلاني السليم وتأثيره. الكرم الحاتمي.

(٤٥) Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, The Jurisprudential Niche of Law and Economics, Legal Studies Research Paper Series, Paper No 03-20, Michigan State University, at p 55.

وتغييرها لا يكون بالقانون فقط، بل يجب أن يصاحب القانون، ويسبقه في بعض الحالات، تغيير العادات الاجتماعية(٤٦).

ويعرف الفقيه بوسنر العرف بأنه "القواعد التي لم تصدر من أي جهة رسمية مثل البرلمان أو المحاكم أو السلطة التنفيذية، ولا يمكن تطبيقها (الإلزام بها) عن طريق التهديد القانوني ولكن على الرغم من افتقادها للطابع الرسمي، فإن الأفراد يمتثلون لها"، وغالباً ما يسعى هذا العرف إلى دفع الأفراد إلى مراعاة المصالح الاجتماعية والمصالح العامة والحد من اندفاعهم لتحقيق المصالح الشخصية حتى لو تعارض مع المصالح العامة.(٤٧)

ووفقاً لتحليل مدرسة شيكاغو الحديثة، فإن التزام الأفراد بالقانون يرجع لتلافي الأفراد دفع تكلفة الخروج عن أحكام القانون (سواء كانت التكلفة عقوبة جزائية أو أموالاً وتعويضات ..إلخ) وهذا التحليل، مع وجاهته ومعقوليته، لا يقدم تفسيراً مقبولاً لالتزام الأفراد، اختيارياً، ودون تهديد قانوني، بالقواعد والأحكام العرفية التي تستند إلى العادات الاجتماعية، فالتزام الأفراد بالعادات التزام يستمد وجوده من انضباط ذاتي بعكس القانون الذي يصاحبه ويلازمه عقوبات رادعة، أما مصدر الإلزام بالعادة فهو الخشية من العزلة الاجتماعية والعقوبات المعنوية التي يتلقاها المخالف من أبناء مجتمعه(٤٨).

---

(٤٦) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law: From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p308.

(٤٧) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law: From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p308.

(٤٨) Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law: From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p312-315.

وبالإضافة إلى ما سبق، وفي مجال المقارنة بين القانون والعادة، فإن سبب التزام الأفراد بالقوانين ذات طبيعة سلبية يتمثل في الخشية من العقوبات المصاحبة لمخالفة القانون، سواء كانت عقوبات جزائية أم عقوبات مدنية، أما التزام الأفراد بالعادة فله مردود إيجابي يتمثل في القبول الاجتماعي، وترسيخ المكانة الاجتماعية(٤٩).

تأتي أهمية التفريق بين القانون والأعراف الاجتماعية عند دراسة الآثار المتوقعة في أي قانون جديد أو مقترح؛ فالاقتصاد النيو كلاسيكي الممثل بمدرسة شيكاغو قائم على أساس مقياس الفرد العقلاني، ولا يأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعوامل الاجتماعية التي قد تؤثر على تصرف الفرد، ومن ثم فإنه يستوجب دراسة الواقع الاجتماعي عندما يتم تحليل الآثار المتوقعة لأي قانون.(٥٠)

ويمكن للعادات الاجتماعية أن تؤثر على القانون بثلاث طرق:

الطريقة الأولى، تتمثل في أنه يمكن للأعراف الاجتماعية أن تؤثر على سلوك الفرد وتدفعه إلى غض النظر عن القانون ومخالفته، ولعل جرائم الشرف المنتشرة بالوطن العربي مثال واضح لهذا الأمر، والثانية، تكمن في أنه يمكن للقانون والعادة الاجتماعية أن يسَيرا سلوك الفرد بالطريق نفسه، ومثال على

(٤٩) قد يحصل تنازع بين القانون والعرف؛ فقد تسود أعراف اجتماعية تخالف القوانين؛ ففي هذه الحالات تكون الغلبة في بعض الأحيان للأعراف الاجتماعية، في مجتمعاتنا العربية تسود أعراف ما يسمى بجرائم الشرف التي تجد أساساً عرفياً لها؛ لكنها تتعارض مع أحكام القانون. وفي الكويت يفرض العرف على أبناء القبائل التي تجري انتخابات فرعية الالتزام بمن تختارهم القبيلة ويصوتون لهم في الانتخابات العامة على الرغم من مخالفة هذه الانتخابات للقانون.

(٥٠) See Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law: From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p312-315.

ذلك القوانين الجنائية التي تجرم فعلاً معيناً، كالسرقة، وهو الأمر ذاته الذي تجرمه الأعراف الاجتماعية.(٥١)

في الحالة الأخيرة يقوم القانون في بعض الأحيان بتغيير الأعراف الاجتماعية القائمة، ولعل القوانين التي تحارب العنصرية في ستينيات القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية مثال على ذلك، فقد ألغت أو قللت من العادة الاجتماعية القائمة على التمييز العنصري. (ومثال آخر على ذلك قانون حقوق المرأة السياسية الذي قلل من التهميش المجتمعي للمرأة في الحياة السياسية).

والسؤال الذي يطرح ذاته هو: متى يصبح القانون أداة لتغيير الأعراف الاجتماعية؟ أو بمعنى آخر ما العوامل المطلوب توافرها لتمكين القانون من تغيير بعض الأعراف الاجتماعية؟ ولاتوجد إجابة واضحة ومحددة على حد علم الباحث. وتأتي أهمية هذه المعايير التي تتعلق بالتنبؤ بتصرفات الأشخاص كونها أداة رئيسية تستخدم للتنبؤ بالتأثيرات التي تصاحب تبني قانون جديد على سلوك الأفراد، وتباعاً تأثير هذا التغييرات على الأنشطة الاقتصادية.

ثالثاً – معيار التكلفة الاجتماعية (نظرية رونالد كوس):

ويستخلص هذا المعيار من نظرية رونالد كوس Coase Theorem الذي قدمها في بحثه الشهير The Problem of SocialCost(٥٢)، وتقوم هذه النظرية على عدة دعائم رئيسية، من أهمها ما يأتي:

---

(٥١) انظر المرجع السابق.

(٥٢) يعتبر هذا البحث رائداً في مجاله، ومن أكثر البحوث التي يتم الاستعانة بها، والإشارة إليها في الدراسات الاقتصادية والقانونية في الولايات المتحدة الأمريكية.
See Steven G. Medema & Richard O Zerbe, Jr, The Coase Theorm, in the Law and Economics Encycolepdia, at p 836.
ولعل الطريف، هنا، أن كتابات كوس أثرت تأثيراً كبيراً على القانون والاقتصاد مع أن كوس أقر بأن بحثه كان موجهاً للاقتصاديين وليس للقانونيين، ولم يتصور أن كتاباته وأبحاثه سيكون لها هذا الأثر العظيم في مجال الدراسات القانونية (Jittery Marries, Law and Economics in a Nut Shell, at p 56.).

أ – الأسس الرئيسية لنظرية Coase:

١ – التكاليف الخارجية :

تقوم هذه الفكرة على أن الوازع، والدافع، لإنتاج أي سلعة أو تقديم خدمة، هو زيادة ثمن السلعة أو الخدمة عن تكلفة الإنتاج أو تكلفة أداء الخدمة (تحقيق الربح)، وكان العرف، قبل نظرية رونالد كوس، أن تحتسب التكاليف المباشرة فقط، مثل أجور العمال وثمن المواد الأولية وسعر الطاقة ....إلخ. ولا تمتد إلى التكاليف الخارجية، مثل تكلفة إزالة المؤثرات السلبية لعملية الإنتاج على البيئة، وغير ذلك من عناصر التكلفة غير المباشرة(٥٣). وينتج عن ذلك أن منتج السلعة يفتقد أي حافز لتقليل نسبة التلوث؛ لأنها ستزيد التكلفة المالية، ومن ثم، فإن المجتمع هو الذي يتحمل هذا النوع من التكلفة، سواء في شكل تكاليف طبية لمعالجة آثار التلوث، أو تكاليف مواجهة هذا التلوث، ومن الطبيعي أن المصروف والمنفق على هذه البنود لا يدخل ضمن التكلفة المباشرة التي يتم في ضوئها حساب تكلفة إنتاج السلعة، ولو تم إضافة التكلفة غير المباشرة إلى التكلفة المباشرة لإنتاج بعض السلع لتبين، بوضوح، أن تكلفة الإنتاج تزيد على ثمن البيع، ويؤدي ذلك إلى أن السوق سيقرر، بآلياته الاقتصادية ما يجب إنتاجه من السلع وكمية إنتاج كل سلعة، وهو ما يؤدي إلى توازن منشود، يعالج أوجه الخلل الحاصل حالياً، كما أن هذا التوازن من شأنه أن يؤدي إلى الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة(٥٤).

وعلاجاً لهذا الخلل، اقترح الاقتصادي بيجو، فرض رسوم على المصانع التي تسبب تلوثاً، ومن ثم يتم تحويل هذه التكاليف، من تكاليف خارجية

---

(٥٣) يساق مثالاً على ذلك أنه عند حساب تكاليف إنتاج سلعة، فإن هذه التكاليف تشتمل على تكلفة العناصر المباشرة التي تدخل في عملية إنتاجها التي لا تشتمل عادة على التكاليف الخارجية، التي تتمثل في نسبة التلوث التي تنتج عن إنتاج السلعة، فإزالة هذا التلوث وتكلفة تنقية الهواء لا تدخل ضمن عناصر التكلفة.

(٥٤) انظر Milton Friedman, The Swedes Get it Right, Reason Magazine.

يتحملها المجتمع، إلى تكاليف مباشرة يتحملها المنتج، ويسمى هذا الرسم باسم الضريبة البيغوفية Pigouvian Taxes(٥٥).

ففكرة أو معيار التكاليف الخارجية تقوم على فرضية أن عدم ضم التكاليف غير المباشرة (الخارجية) التي يتحملها المجتمع إلى عناصر التكاليف المباشرة (الداخلية) عند حساب تكلفة إنتاج السلع، من شأنه أن يؤدي إلى نشوء اقتصاد مشوه وذلك لعدم استخدام الموارد المتاحة بشكل فعال (efficient use of resources).

الكفاءة الاقتصادية :

لم ترق الفكرة السابقة لكوس، فقد رفض، بشدة، أن يكون علاج الخلل بتحويل التكاليف الخارجية (غير المباشرة) إلى التكاليف الداخلية (التكاليف المباشرة) وتحميل المستثمر بها من خلال تدخل حكومي كفرض ضريبة على سبيل المثال كحل وحيد، كما يرفض كوس التحليل الذي يقوم على فكرتي المذنب (وهو هنا المستثمر الذي ينتج السلع) والضحية (وهم من يتضررون من الآثار السلبية الناتجة عن عملية انتاج السلع ولا سيما ضحايا التلوث)، ويرى ضرورة الاستعاضة عن هذا الفكر القديم بتحليل جديد ذي منظور وبعد اقتصادي بحت، ولن يتأتى ذلك إلا بإجراء دراسة تحليلية لكل حالة على حدة، وذلك بتحديد الوسيلة المناسبة للتعامل الاقتصادي المرشد مع التكاليف الاقتصادية غير المباشرة أو الخارجية.

فوفقاً للرؤية السابقة على كوس، فإن الحل المناسب لهذه التكاليف يكمن في التدخل الحكومي لفرض ضرائب أو رسوم، لكن كوس، كما عبر عن ذلك بجلاء ووضوح، يرى أن هذا التدخل الحكومي قد يكون مفيداً في بعض الحالات، لكن آليات السوق من شأنها أن تؤدي إلى حلول اقتصادية أكثر شمولاً وعمقاً وتاثيراً في كثير من الأحوال. تأكيداً لما سبق يتم عرض المثالين التاليين :

(٥٥) وسميت بهذا الاسم لأن الاقتصادي الشهير بيجو هو صاحب هذه الفكرة.

المثال الأول: بافتراض أن تكلفة التلوث الصادر من المصنع الذي ينتج السلع (تكلفة غير مباشرة أو خارجية) تقدر بمبلغ ١٠٠ دولار سنوياً، وأن مواجهة هذا التلوث يكون بالاختيار بين بديلين، أحدهما نقل القرى المجاورة للمصنع، التي تتأثر من التلوث وزرع أشجار مكانها بتكلفة مقدارها ٥٠ دولاراً أمريكياً، والبديل الثاني هو فرض ضريبة تقدر بمبلغ ٨٠ دولاراً أمريكياً؛ فوفقاً لنظرية بيجو فإنه يجب أن يتم تدخل الحكومة من خلال فرض ضريبة، وفي هذه الحالة سيؤدي الأخذ بالبديل الثاني إلى تبديد موارد تقدر قيمتها بمبلغ ٣٠ دولاراً امريكياً، هي الفرق بين تكلفة، نقل القرى والضريبة وهذا الحل هو الأجدى اقتصادياً بشرط تحميل التكلفة الاقتصادية لنقل القرى للمصنع، وسيتقبل المصنع دفع هذه التكلفة بديلاً عن دفع ضريبة بقيمة أعلى. وقد يتبادر إلى ذهن القارئ أنه لماذا لايتم فرض ضريبة بقدر خمسين دولاراً فقط؟ والإجابة تكمن في أنه من شبه المستحيل معرفة هذه التكاليف دون الاعتماد على آليات السوق (العرض والطلب).

والمثال الثاني : يتمثل في حالة ضجيج يحدثه التوسع في أحد المطارات فإن الحلول المتاحة إما فرض ضريبة أما إلزام المطار باستخدام كاتم صوت لجميع الطائرات لخفض مستوى الضجيج الصادر عنها، وذلك بتكلفة تصل إلى ١٠٠٠ دولار، وبذلك يتم تحويل التكاليف الخارجية أو غير المباشرة إلى تكاليف داخلية أو مباشرة، وثمة حل آخر، أقل إنفاقاً هو توفير عوازل للأصوات وتزويد المنازل المضارة بها بتكلفة مقدارها ٥٠٠ دولار، وهذا الحل يوفر من الموارد العامة للدولة مبلغ ٥٠٠ دولار، ومن ثم فإنه الأجدر باللجوء إليه والأخذ به. وهذه الحلول لن ينظر لها إذا تم معالجة الأمور بشكل مركزي ومن خلال تدخل حكومي يتمثل في فرض القيود.

ومن الحالات الواقعية التي طبقت، بكفاءة عالية، للتحليل السابق، أن مدينة في ولاية أوهايو الأمريكية زاد فيها التلوث الناتج عن محطة كهرباء المدينة بنسبة كبيرة، كان يضطر معها قائدو السيارات إلى إضاءة مصابيح سياراتهم في وضح النهار، وقد أدت هذه الزيادة لنسبة التلوث بسكان المدينة إلى مقاضاة

محطة إنتاج الكهرباء، وتم دراسة الحلول البديلة في ضوء تكلفة كل حل منها، ورئي أن تكلفة قيام المحطة بشراء البيوت المتضررة من التلوث بثلاثة أضعاف قيمتها أقل من تكلفة تخفيض درجة التلوث الناتج عن المحطة، ومن ثم، قامت المحطة بشراء البيوت بثلاثة أضعاف قيمتها الحقيقية، وتم تسوية القضية مع السكان، ويؤكد هذا المثل الواقعي أن التدخل الحكومي لمعالجة التكاليف الخارجية أو غير المباشرة، وإضافتها إلى التكاليف الداخلية أو المباشرة ليس هو الحل الأمثل اقتصادياً في كل الأحوال(٥٦).

ب – أهم ملامح بحث كوس عن التكاليف الاجتماعية:

كما سبق أن أشرنا، فإن بحث كوس المنشور سنة ١٩٦٠ بعنوان مشكلات التكاليف الاجتماعية، يعتبر من المراجع الرئيسية في موضوعنا، وفي هذا البحث يقدم كوس تفسيراً وتحديداً للأسباب التي تدعو الدولة لتقديم سياسات عامة في المجال الاقتصادي، في ظل الفكر الاقتصادي التقليدي، وهو وجود خلل في السوق Market Failure(٥٧) لوجود قصور في آليات السوق، وعجز هذه الآليات عن ضبط هذا الخلل، ومن ثم، فإن التدخل الحكومي لمعالجة هذا الخلل في السوق من خلال السياسات العامة والتدخل القانوني يبدو أمراً ضرورياً، كما ساد الاعتقاد بأن هذا التدخل غير مكلف اقتصادياً، ومن ثم فإنه يؤدي إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية والمصلحة العامة.

وبناءً على فكر الفقيه كوس فإن أي تدخل لمعالجة حالات الخلل في السوق، يجب أن يخضع لدراسة دقيقة، وعلمية، تقوم على مبدأ مقارنة التكاليف بالمنافع، سواء باستخدام وسيلة تدخل الدولة، أو باللجوء إلى أي وسائل أخرى

---

(٥٦) انظر Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press, 2006 at p53.

(٥٧) Ronald Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol 3,1960 at p7-10.

ومن خلال آليات السوق. ومن هذا المنطلق فإن تدخل الدولة، من خلال أدواتها التشريعية، يكون بناء على دراسة علمية تقارن بين التكاليف والمنافع التي تصاحب عملية تدخل الدولة، بمثيلتيهما في حالة الاعتماد على آلية السوق(٥٨).

فالهدف الرئيسي لأي نظام قانوني – كما يرى كوس – هو حماية الحقوق لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وبذلك، يكون كوس من الرواد الأوائل الذين ربطوا بين كل من النمو والكفاءة الاقتصادية من جهة.. والنظام القانوني وحماية الحقوق من جهة أخرى.

فالنظام القانوني يؤثر على التكاليف المصاحبة للتعاملات(٥٩) Transaction Costs؛ مما يؤدي إلى خفض قيمة هذه التكاليف أو زيادتها، ويجب أن يكون من بين الأهداف الرئيسية للقانون، خفض التكاليف لتحقيق النمو الاقتصادي المطلوب. فعلى سبيل المثال فإن القواعد التكميلية لها تأثير اقتصادي بالغ الأهمية؛ فهي – بشكل مباشر وغير مباشر – تساهم في جعل القوانين أكثر شفافية ووضوحاً من منطلق أنه في حالة وجود نزاع فالقاعدة التكميلية تبين بشكل واضح القاعدة الواجبة التطبيق؛ الأمر الذي سيخفض تكلفة النزاعات من حيث إن الحل مذكور صراحة وبشكل قاطع.(٦٠) وهذا الأمر يدفعنا إلى سؤال فلسفي يتعلق بأهمية وجود القواعد التكميلية في أي نظام قانوني؛ حيث إنها ليست قواعد آمرة ويستطيع الأفراد الاتفاق على مخالفتها، والجواب

---

(٥٨) Ibid at p 36-37.

(٥٩) لا يوجد تعريف جامع مانع للتكاليف المصاحبة للتعاقدات، لكن يتم عادة الإشارة إلى أمثلة ونماذج لهذه التكاليف، ففي كل عملية قانونية تتم، سواء كانت عملية بيع أو تأجير أو تقديم خدمات، توجد تكاليف مصاحبة لهذه العمليات مثل تكلفة التفاوض وتقييم الأعيان، وتكاليف الاستشارات القانونية وصياغة العقود، وتكلفة التسجيل ....إلخ

(٦٠) John N. Drobak & Douglass C. North, Legal change in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics 2nd Edition, Edward Elgar 2005, at p 53-54.

على هذا السؤال يتمثل بالأهمية الاقتصادية لهذه القواعد وخفض تكاليف التعاقد من خلال التدخل التشريعي بإضافة قواعد تكميلية تكون جزءاً من التعاقدات التي تتم في المجتمع والتي تعتبر جوهرية بالنسبة للمتعاقدين والتي من السهل إغفالها من قبل المتعاقدين؛ الأمر الذي سيخلق نزاعاً حقيقياً بينهما في حالة إغفالها ووجود قاعدة تكميلية تساهم بنزع فتيل هذا النزاع؛ الأمر الذي سيكون له تبعات اقتصادية إيجابية للمجتمع.

وقدم كوس مثالاً – افتراضياً – يبين من خلاله الآثار المترتبة على خفض قيمة التكاليف المصاحبة، وذلك بافتراض عدم وجود تكاليف مصاحبة Zero Transaction Costs. ولنعد لمثال المصنع الملوث المشار إليه أعلاه لنبين هذه المسألة المحورية في نظرية كوس، ولنفترض أن القانون أعطى المصنع الحق في تلويث الهواء النقي فإن النتيجة النهائية ستتمثل في انتقال القرى المجاورة للمصنع؛ وذلك نظراً للتكاليف المصاحبة للعيش قرب المصنع، التي قدرت بـ١٠٠$. وإذا ما افترضنا أن القانون أعطى هذه القرى الحق في العيش دون نسبة تلوث معينة للهواء وأن التكلفة المصاحبة لتركيب فلاتر هواء أو نقل المصنع تفوق تكلفة شراء المصنع للقرى المجاورة، ففي هذه الحالة فإن المصنع سيتفاوض مع هذه القرى لشراء هذه المنازل؛ لأن تكلفة شراء القرى تعتبر أقل من تكلفة نقل المصنع، ولذلك فإن القانون في هذه الحالة لم يغير النتيجة النهائية من منظور اقتصادي. ولكن كوس يقر بأن تكاليف التعاقد هي العائق الرئيسي لهذه الفرضية.

ولذلك فإن بحث كوس الشهير يعتبر الانطلاقة الحقيقية للمدرسة الحديثة في التحليل الاقتصادي للقانون حيث إنه بين أهمية تحديد التكاليف المصاحبة لأي تشريع قبل إقراره وقياس التكاليف المصاحبة للتشريع مقارنة بالتكاليف المصاحبة لاستخدام آليات السوق.

جـ – تطبيق نظرية كوس وتحليلاتها على إحدى القضايا :

يتم الاستعانة بأفكار نظرية كوس وطروحاتها، وتطبيقاتها العملية، في قضية مشهورة هي قضية Fontainebleau Hotel v Forty Five Hotel.

ويتلخص موضوع القضية في نزاع حول مدى أحقية فندق Fontainebleau في بناء أربعة عشر طابقاً إضافياً، حيث إن بناء هذه الطوابق الإضافية من شأنه أن يؤثر سلباً على فندق مجاور؛ إذ سيحجب ضوء الشمس عن المسبح الخاص بهذا الفندق، ومن ثم لن يتيح لنزلائه الاستمتاع بأشعة الشمس؛ مما يؤدي إلى انصراف النزلاء عنه، لهذا السبب عرض الفندق المجاور الأمر على القضاء بهدف منع فندق Fontainebleau من بناء الطوابق الإضافية، غير أن القضاء حكم برفض هذه الدعوى.

وفقاً لتحليلات نظرية Coase، فإن لحق البناء قيمة مالية محددة تتمثل في قيمة العائد المالي الذي سيحصل عليه فندق Fontainebleau من إضافة الطوابق، ولنفترض أن قيمتها مليون دولار، وفي الوقت ذاته، فإن هذا البناء سيحرم الفندق المجاور من مكاسب متوقعة لو تم حجب ضوء الشمس عن حمام السباحة، وبافتراض أن قيمة المكسب (الفائدة) الذي سيخسره الفندق المجاور نتيجة بناء الطوابق هو ٩٠٠ ألف دولار؛ ففي هذه الحالة تكون الغلبة من المنظور الاقتصادي والقانوني، هو لبناء الطوابق الإضافية؛ لأن العائد الاقتصادي من هذا البناء يتفوق على الضرر المتحقق منه، وهذا هو الأمر الذي استقرت عليه المحكمة.

فترك الواجبات والحقوق، وبشكل خاص حقوق الملكية لقوى العرض والطلب، وآليات السوق الأخرى، يحتم تغليب وترجيح ما يؤدي إلى عوائد أكبر ومنافع أعظم، ويحقق الربح الأعلى مع الأخذ بعين الاعتبار التكاليف المصاحبة

لأي عملية تجارية يمكن أن تؤثر على عوامل العرض والطلب وآليات السوق الأخرى(٦١)،(٦٢).

الأسباب الاقتصادية لتأسيس الشركات :

قرار تأسيس شركة أو الضلوع بالتجارة بشكل فردي (عن طريق إنشاء مؤسسة فردية) بالإضافة إلى السبب وراء نشوء وظهور " الشركات " تمت دراسته من منظور اقتصادي، وذلك من خلال دراسة للبروفيسور رونالد كوس حاول من خلالها دراسة الأسباب الاقتصادية لنشوء الشركات. فكوس كان محتاراً لوجود الشركات خاصة أن الفكر الاقتصادي السائد يؤمن بأن التعاقدات من خلال السوق وقوى العرض والطلب هي الطريق الأمثل لاستخدام الموارد وأن الاقتصاد المبني على التخطيط المركزي، الاقتصاد الشيوعي والاشتراكي، سيؤدي إلى انهيار اقتصادي واستخدام سيئ للموارد. وعلى الرغم من ذلك نرى أن الشركات نشأت في أحضان اقتصاديات حرة، والشركات بطبيعتها هي إدارة موارد بشكل مركزي ودون الاعتماد على قوى العرض والطلب. وقد توصل البروفيسور رونالد كوس إلى أن سبب ظهور الشركات وتدافع رجال الأعمال وراء إنشاء شركات لتسيير أعمالهم يعود إلى تكاليف التعاقد المصاحبة لإستخدام السوق. ولتوضيح ذلك لنقم بتصور حالتين، الحالة الأولى يقوم رجال الأعمال بالتعاقد مع شخص لتزويده بالمواد الأولية، وشخص ثان لتجميع هذه المواد، وشخص ثالث يقوم ببيع هذه المنتجات، وكل هذه العلاقات تتم من

---

(٦١) باستخدام التحليل السابق الذي عرضناه فيما سبق من وجود مصنع يؤدي تشغيله إلى زيادة نسبة التلوث، فإن التكاليف المصاحبة للعيش قرب المصنع تقدر بمبلغ ١٥٥ دولاراً وتزيد تكاليف تركيب فلاتر للمصنع لتقليل نسبة التلوث عن التكلفة السابقة، وهو ما سيؤدي بالمصنع إلى التفاوض مع من يلحقهم الضرر لشراء بيوتهم؛ لأن تكلفة الشراء تقل عن تكلفة نقل المصنع أو شراء فلاتر، ويرى كوس أن النتيجة السابقة لن تستقيم إذا تم إضافة التكاليف المصاحبة وهي تكاليف التفاوض والتعاقد؛ إذ ستؤدي إلى زيادة تكلفة الشراء عن تكلفة نقل المصنع أو شراء فلاتر.

(٦٢) Ibid

خلال السوق وبالتفاوض المباشر مع مقدمي الخدمة، وفي الحالة الثانية يقوم رجل الأعمال ذاته بتأسيس شركة فيقوم بتعيين الأشخاص الثلاثة كموظفين بالشركة.

الفرق بين الحالتين يتمثل في الآتي:

١ – في الحالة الأولى يضطر رجل الأعمال للتفاوض مع كل شخص من الأشخاص على حدة لتحديد الأسعار، والكمية، والجودة، وتاريخ التوصيل، وتفاصيل الدفعات المالية، وإذا ماكانت واجبة الدفع عند التنفيذ أو التوقيع أو تقسيمها على دفعات، وأخيراً يقوم رجل الأعمال بالتفاوض مع كل شخص على الضمانات التي يقدمها كل منهم لضمان إنتاجيتهم.

٢ – في الحالة الثانية يقوم رجال الأعمال بالتفاوض مع الأشخاص الثلاثة على رواتبهم، وهذه الرواتب تدفع عادة للاستفادة من خدماتهم بشكل حصري (هناك استثناءات) ومن ثم فإن تكاليف الحصول على خدماتهم أقل بكثير من التفاوض معهم كموردين أو منتجين مستغلين.(٦٣)

بسبب هذه التكاليف يتدافع السوق لتأسيس الشركات والابتعاد عن أداء أعمالهم بشكل فردي ولكنه من الأهمية بمكان تبيان أن لكل وسيلة من الوسيلتين تكاليفها المصاحبة لها، في الحالة الأولى تتمثل التكاليف في التفاوض والوصول إلى بنود تناسب الطرفين وتكون قابلة للتغيير إذا ما اختلفت الظروف في السوق. وفي الحالة الثانية فإن التكاليف تمثل نوعاً مختلفاً، حيث إن تكاليف رب العمل تتمثل في إيجاد نظم تحرص على خلق محفزات للأشخاص الثلاثة لتنفيذ أعمالهم على أكمل وجه؛ حيث إن الراتب وحده يضمن الحد الأدنى من العمل ودون وجود محفزات فلن يضمن رب العمل أن أداء الأشخاص الثلاثة هو أفضل ما يستطيعون تقديمه لاستغلال الموارد Resource utilization وهذا يخلق ما يسمى بمشكلة الوكالة وما تتضمنه من تكاليف تعاقد عالية، ومشكلة

(٦٣) Ronald Coase, The Nature of the Firm, Economica, 1937.

الوكيل والموكل تتمثل في إيجاد أفضل الطرق لضمان أن الوكيل يعمل لمصلحة الموكل، حيث إن الإدارة تعتبر وكيلاً عن الملاك، وأنه يستخدم كل طاقاته لمصلحة الموكل أو رب العمل، وتجدر الإشارة إلى أنه كلما زاد حجم الشركة زادت تكاليف الوكالة؛ حيث يصبح من الأسهل على الموظفين استغلال مناصبهم لمصالحهم الشخصية.

ومن نظرة اقتصادية فإن الشركات (تعتبر أسواقاً صغيرة، ويعتبر الموظفون والإدارات هم المتعاملين في هذا السوق) تقوم بدمج مجموعة من الأعمال التي عادة ما تنشأ في السوق تحت مظلة الشركة؛ وذلك لتخفيض تكاليف التعاقد، ولكن مالم يشمله البروفيسور كوس في بحثه هو الدوافع وراء استخدام أي نوع من الشركات، على سبيل المثال لماذا يقوم بعض الأشخاص باستقدام شركة مساهمة مقفلة ولا يستخدمون شركة ذات مسؤولية محدودة.(٦٤)

بل إن كوس يرجع نشوء الشركات وزيادتها، وتدافع رجال الأعمال إلى العمل من خلالها، إلى ما يمكن أن توفره هذه الشركات من تكاليف التعاقد مقارنة مع استخدام أليات السوق.(٦٥)

٣- مبدأ سيادة القانون وانعكاساته على الاقتصاد :

يعتبر مفهوم سيادة القانون من أقدم المبادئ القانونية التي حظيت باهتمام البشرية واتفاقها، ويرجعه البعض إلى الفيلسوف أفلاطون وكتاباته المتعددة في هذا المجال، التي أكد فيها أن الدول التي يعلو فيها القانون على إرادة الحكام، هي الدول التي عرفت طريق الخلاص واندرجت في مصاف التقدم والرقي.

وتأكيداً لهذا المبدأ، ولأهميته في حياة الفرد والجماعة، وانعكاسات تطبيقه على حركة المجتمع وأوضاعه بصفة عامة، والاقتصادية بصفة خاصة، أدخل جون آدمز العبارة التالية في دستور ولاية ماستشوسيت "نحن عبارة عن

(٦٤) Ronald Coase, The Nature of the Firm, Economica, 1937.

(٦٥) Economic Analysis of Law, Richard Posner, at p420-425.

حكومة قوانين وليست حكومة رجال ‘‘ ours is government of laws, not of men’’ وكان ذلك عام ١٧٨٠(٦٦).

ولا يتم في كثير من الأحيان، تقدير الأهمية الاقتصادية لمبدأ سيادة القانون، ويتجاهل البعض انعكاساته الخطيرة والمهمة على الأوضاع الاقتصادية. ويقدم المهتمون بهذا الشق من البحث مثالاً لتأثير انعدام أو ضعف مبدأ سيادة القانون على الاقتصاد، فلو أن شخصاً لديه سلعة عرضها للبيع وتقدم لشرائها شخص عرض مبلغ ٥٠ دولاراً ثمناً لها ويدفع الثمن فوراً، وعرض مشتر آخر ١٠٠ دولار ثمناً للسلعة لكن يدفع الثمن بعد أسبوع، في حالة وجود قانون وتكون له السيادة والغلبة، فإن البائع يفضل البيع للمشتري بثمن آجل لكونه مرتفعاً، لكن إذا لم يكن للقانون السيادة، فإن البائع سيفضل البيع بالثمن العاجل الأقل قيمة على الرغم من الخسارة التي سيمنى بها؛ وذلك لافتقاده الطمأنينة على وفاء المشتري بالثمن في الموعد المحدد، وبالقطع فإن انعكاسات ذلك على الأوضاع الاقتصادية ستكون كبيرة في حالة تعميم المثال السابق على غيره من الأنشطة التي تتم في أي مجتمع.

وقد حاولت بعض المجتمعات، في مراحل تاريخية سابقة، الاستعاضة عن فكرة سيادة القانون، وما تبثه من طمأنينة، وما تعكسه من آثار على الأوضاع الاقتصادية، بأفكار وتطبيقات بديلة، مثل إقرار مبدأ المسؤولية الجماعية للمجتمع، كبديل لفكرة سيادة القانون، وهو نظام انتشر في أوروبا في العصور الوسطى، ويقوم هذا النظام على فكرة تحميل المجتمع المحلي مسؤولية تنفيذ الالتزامات التي ينكل أحد أفراد هذا المجتمع عن تنفيذها مع غيره من المجتمعات الأخرى وذلك باستقطاع قيمة هذه الالتزامات من أفراد ينتمون لمجتمعه؛ وذلك بالحجز على مستحقاتهم حتى يتم سداد قيمة هذه الالتزامات.

(٦٦) L. A. Wilder, Confession of Third Persons in Criminal Cases, The Cornell Law Quarterly, Vol 28, at p 156.

ويفتقد هذا النظام البديل عناصر النجاح لعدة أسباب، نشير من بينها إلى سببين رئيسيين هما: عدم تناسب العقوبة التي تطول المجتمع كله مع فعل فرد من المنتمين له؛ مما يؤدي إلى تأثر العلاقات التجارية بين المدن بسبب تقصير شخص أو أكثر في تنفيذ التزاماتهم؛ مما يؤثر سلباً على الأوضاع الاقتصادية(٦٧). ولتلافي الآثار السلبية السابقة عقدت بعض المدن اتفاقيات مع مدن أخرى للتقليل من الآثار السلبية للعقوبات الجماعية على مجمل الأوضاع الاقتصادية، مثال ذلك اتفاقية كل من فلورنس وبيزا Florence-Pisa عام ١٢١٤.

أما السبب الثاني فيرجع إلى أن المسؤولية الجماعية تبث طمأنينة – خادعة – لدى المتعاملين، تفقدهم الحافز على التحري والتدقيق في من يتعاملون معهم(٦٨).

ولدينا أمثلة معاصرة تبين أهمية مبدأ سيادة القانون للنمو الاقتصادي؛ فالفساد الذي عم روسيا بعد انهيار النظام الشيوعي أدى إلى مجموعة انهيارات اقتصادية ليس لأسباب اقتصادية مثل شح الموارد وغيرها من المعوقات الاقتصادية ولكن على العكس من ذلك فهذه الموارد تم توفيرها للعامة من خلال برامج الخصخصة ولكن غياب سيادة القانون أدى إلى نتائج عكسية، والأمر ذاته في العديد من الدول الإفريقية التي يحكمها لوردات الحرب.

(٦٧) انظر Kenneth W. Dam, Institutions, History, and Economic Development, John M. Olin Law & Economics Working Paper No 271, 2006, at p5.

(٦٨) انظر Kenneth W. Dam, Institutions, History, and Economic Development, John M. Olin Law & Economics Working Paper No 271, 2006, at p5.

الفصل الثالث

أهم مدارس التحليل الاقتصادي للقانون

ظهرت كثير من المدارس الفكرية، تحمل كل مدرسة منها منهجاً وأسلوباً وطريقة في التحليل الاقتصادي للقانون، يختلف، كلياً أو جزئياً، عنه في المدارس الأخرى، وقد أدى هذا التنوع إلى إثراء الحوار العلمي بتعدد الرؤى، واختلاف التوجهات، ومنطقية كل تحليل.

ومما يجدر الإشارة إليه، والتنبيه له، بداءة، أن الاختلاف بين مدارس التحليل الاقتصادي، لا يجب أن يشغلنا عن حقيقة لا مراء فيها، وهي أن لهذه المدارس أرضية مشتركة، تقف عليها، وتتحرك فيها، كما أنها تنطلق إلى هدف واحد هو تحليل القانون باستخدام نظريات ومبادئ اقتصادية.

في بداية نشأة هذا الفرع من الدراسات الاقتصادية والقانونية، في مطلع الستينيات من القرن الماضي، تميزت مدرستان هما مدرسة شيكاغو ومدرسة Yale مع أن كلاً من المدرستين انطلقت من منبع فكري واحد، يتمثل في أعمال Guildo Calbereig & Ronald Coase، وقد ركزت هذه الأعمال على بيان مدى تأثير القوانين القائمة على النظام الاقتصادي. لكن جيل السبعينيات من القرن الماضي بدأ منهجاً جديداً، وذلك باستخدام النظريات والمبادئ الاقتصادية لتحليل القوانين القائمة، وبذلك لم تقتصر الدراسة على بيان أثر القوانين على النظام الاقتصادي، وقد أدت هذه النظرة الجديدة إلى إدخال تطوير وتحديث عظيمين على طرق البحث القانوني، كما أنها قدمت أساساً موضوعياً وعلمياً لتحليل القوانين القائمة وبيان أوجه القصور فيها(٦٩).

وسنعرض لأهم مدارس التحليل الاقتصادي للقانون فيما يلي:

---

(٦٩) Functional law and Economics the search for self-neutral principles, Chicago & Kent Law Review, Vol 79 at p 430-433.

أولاً – مدرسة شيكاغو:

من المفيد أن نشير – بداءة – إلى اتجاه بعض الفقهاء إلى التمييز بين ما يطلقون عليه مدرسة شيكاغو القديمة التي تتميز بعدائها استخدام القانون لإحداث تغييرات اقتصادية وتشجيعها الاعتماد – في هذا الشأن – على آليات السوق كأداة لتنظيم المجتمع، فضلاً عن تبنيها الفكر الاقتصادي النيوكلاسيكي، وبرز هذا الأمر في خمسينيات القرن الماضي عندما بدأ ميلتون فريدمان هجومه الشرس على الفكر الكينزي الذي انتشر بشكل كبير بعد الكساد العظيم في ثلاثينيات القرن الماضي.(٧٠)

أما مدرسة شيكاغو الجديدة فتركز على الأعراف الاجتماعية، والدور الرئيسي للتاريخ؛ وذلك في مجال تحليل القوانين، ومن أهم رواد هذه المدرسة Lisa Bernstein.(٧١)

اعتبر الاقتصاد النيوكلاسيكي الإطار الفكري العام لمدرسة شيكاغو(٧٢)، كما يعتبر Richard Posner القاضي الأب الروحي لهذه المدرسة، فمؤلفاته هي التي تكون الإطار النظري لها.

ومن المفيد، هنا، أن نعرض الأفكار الرئيسية لبوسنر لأهميتها في فهم الإطار النظري لمدرسة شيكاغو.

يرى بوسنر أن القانون العام Common Law في النظم الإنجلوسكسوني قد تطور على يد القضاة لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، سواء تم هذا التطور بقصد مسبق أو دون قصد، وذلك بتبنيه الفكر الاقتصادي النيوكلاسيكي باعتباره إطاراً

---

(٧٠) See Ron Harris, The Uses of History in Law and Economics, Thoeratical Inquiries in Law, Vol 4, at p 666.

(٧١) انظر: Ron Harris, The Uses of History in Law and Economics, Thoeratical Inquiries in Law, Vol 4, at p692.

(٧٢) انظر: Ron Harris, The Uses of History in Law and Economics, Thoeratical Inquiries in Law, Vol 4, at p666.

فكرياً لأعماله، ولاسيما عندما يتعلق الأمر بالكفاءة؛ حيث يرى أن الكفاءة المبنية على مبدأ تعظيم الثروات، باعتبارها هدفاً ومقياساً، هي العامل الرئيسي لتطور النظم القانونية، انطلاقاً من أن الكفاءة هي العدالة المنشودة(٧٣).

وبدءاً من ثمانينيات القرن الماضي، بدأت الانتقادات تتكاثر على البنى الفكرية لمدرسة شيكاغو، ونظرية الكفاءة الاقتصادية التي تقوم عليها هذه المدرسة، على اعتبار أن تحديد الحقوق وتوزيعها ينبنيان أساساً على هذه الكفاءة، ويستند النقد السابق إلى الأسباب التالية :

(أ) تغفل هذه النظرية الآثار الاقتصادية للتكلفة المالية المصاحبة للتعاقد Transaction Costs (مثل تكاليف التفاوض والخدمات القانونية ...إلخ)، وقد عرضنا لهذا الموضوع في جزء متقدم من هذا البحث.

(ب) تقوم هذه النظرية على فرضية غير واقعية هي وجود حل واحد لكل قضية ومشكلة أو موضوع مطروح للبحث، وهذا الحل مبني – فقط – على الكفاءة الاقتصادية، ويناقض الواقع العملي هذه الافتراضية؛ فالقوانين دائمة التغيير والتطوير مما لا يستقيم مع معطيات هذه النظرية.

(جـ) وتستكمل المدرسة النمساوية هجومها على مبدأ الكفاءة الاقتصادية باعتباره المنطلق الأساسي لمدرسة شيكاغو، على اعتبار أن هذه الكفاءة، وفقاً لمدرسة شيكاغو، هي المقياس الذي يتم في ضوئه تحديد مدى صلاحية القانون أو مشروع القانون، فإن المدرسة النمساوية تأخذ على هذا المعيار، افتقاده التحديد، وحاجته إلى معايير وضوابط يتم في ضوئها حصر وتحديد وقياس مدى فاعلية كل من الفوائد والأضرار المترتبة على تطبيق القانون، أو المتوقع أن يحدثه الأخذ بمشروع القانون وتطبيقه، أيتم التعديل تأسيساً على معايير الرعاية والإعلان والإعلام ومدى القدرة على التأثير في الرأي العام،

(٧٣) Bruce Chapman, Economic Analysis of Law and the Value of Efficiency, in Economic Analysis of Law: A European Perspective, ar p 1.

أم يجب ان تمتد هذه المعايير والضوابط إلى عوامل أخرى مثل التأثيرات الاجتماعية للقانون(٧٤).

وقد أدت هذه الانتقادات لمدرسة شيكاغو، إلى ضعف تأثيرها، وظهور مدارس جديدة مناهضة لها، وذلك بدءاً من ثمانينيات القرن الماضي، ومن أشهر هذه المدارس Institutional Law economic and Public Choice Theories والمدرسة النمساوية للتحليل الاقتصادي والقانون(٧٥).

ثانياً – مدرسة المؤسسات أو القواعد
Institutional Law and Economics School:

١ – نشأة هذه المدرسة وتطورها:

بدأت الإرهاصات الأولى لهذه المدرسة في القرن التاسع عشر، وذلك بالتركيز على تأثير الاقتصاد على البنى التحتية القانونية للمجتمع، وكذلك تأثيره على التغيرات التي تطرأ على القوانين، والبحث – أيضاً – في تأثير القوانين والتعديلات والتغييرات التي تلحقها بالاقتصاد.

وقد تأثرت بدايات هذه المدرسة بكتابات كل من الفيلسوف هنري آدامز ١٨٩٧ وجون كومنز، وذلك من خلال كتابه المعنون «الأسس القانونية للنظام الرأسمالي»(٧٦)، وتأثرت في نموها واتساع أطرها الفكرية بكل من المدرسة التاريخية الألمانية وحركة الفلسفة العملية الأمريكية American Pragmatic Philosophy، والفقيه Thornstein Veblen's الذي ركز على البناء المؤسسي للنمو الاقتصادي.

---

(٧٤) انظر المرجع السابق.

(٧٥) Ejan Mcackay, History of Law and Economics, Law and Economics Encyclopaedia, at p80.

(٧٦) ولاسيما الأفكار التي عرضها جون كومنز في كتابه الأسس القانونية للنظام الرأسمالي انظر: Institutional Law & Economics, Steven Medema, Nichloas Mercuro & Warren Samuels, at p419.

ويعتبر Veblen الأب الروحي لهذه المدرسة ولاسيما في تحليلاته العلمية ودراساته عن المؤسسات والأعراف القائمة في المجتمع الاقتصادي، فلم يكتف بدراسة آليات عمل السوق كمدخل – وحيد – لتحليل النمو الاقتصادي لأي مجتمع بل تعدى ذلك إلى توجيه سهام النقد إلى ما يقوم عليه الاقتصاد الكلاسيكي من فهم خاطئ للإنسان المبرمج بطبيعته لتحقيق أكبر قدر من المنفعة لنفسه؛ إذ يتجاهل هذا التصور الفروق بين البشر التي ترجع إلى عدة عوامل، من بينها الخلفية الاجتماعية، والعادات، والعقائد، والمؤسسة القائمة في المجتمع والإطار الثقافي.(٧٧)

وقد ازدهرت هذه المدرسة في عشرينيات وثلاثينيات القرن الماضي ولا يزال لها حضور أكاديمي واضح.

ويعرف جون كومونس، أحد رواد هذه المدرسة، المؤسسة، بأنها التنظيم الجماعي الذي يقوم على تجميع الأنشطة الفردية وتوسعتها وتنفيذها.

٢ – الأسس الفكرية لمدرسة المؤسسات :

تقوم هذه المدرسة على الأسس الفكرية التالية :

(أ) وجود تأثير متبادل بين كل من السلوك الاقتصادي والمناخ المؤسسي المنظم للسلوك الاقتصادي، فكلاهما يؤثر في الآخر، ويتأثر به(٧٨).

---

(٧٧) Heath Pearson, Thorstein Veblen (1857-1929) in The Elgar Companion to Law and Economics, Jurgen G. Backhaus (ed), at p 509-513.

(٧٨) يستدل على هذه الآثار المتبادلة بين السلوك الاقتصادي والمناخ المؤسسي الفشل الذي لحق بمحاولة دول أوروبا الشرقية تحويل المجتمع بإيقاع سريع، من مجتمع تشبعت مؤسساته بالفكر الشيوعي، إلى اقتصاد السوق الحر، فالمؤسسات القائمة، والقواعد القانونية المعمول بها، والتي نشأت في ظل فكر النظام الشيوعي، أثرت بشكل سلبي على هذه المحاولات.

انظر: Ejan Mcackay, History of Law and Economics, Law and Economics Encyclopaedia, at p 82.

(ب) وجود تأثير متبادل بين كل من الاقتصاد والقانون، فللاقتصاد تأثير على المناخ القانوني، كما أن للمناخ القانوني تأثيره على مسيرة النمو الاقتصادي، وهذا التأثير المتبادل يؤدي إلى سعي كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية إلى إلغاء أو تعديل، القواعد القانونية التي تؤثر – سلباً – على الاقتصاد الوطني، ودعم ومساندة القواعد القانونية والمؤسسات التي لها تأثير إيجابي على مسيرة التنمية الاقتصادية، وهو ما أطلق عليه كومونس Reasonable View، وهو المعيار العلمي السليم لتقييم أي قانون قائم أو مشروع قانون مقترح(٧٩)، وكما عبر عن ذلك سميول بقوله: "القانون هو وظيفة الاقتصاد، والاقتصاد هو وظيفة القانون". يرى بعض أنصار هذه المدرسة أن هدفها هو ببساطة معرفة ما يجري على الساحة وتحديد المتغيرات لهيكلة القوانين ذات العلاقة بالاقتصاد، وتطوير قدراتنا التحليلية وقدراتنا على التنبؤ بالأداء الاقتصادي في حالة تغيير بعض هذه القوانين.

٣ – أهداف هذه المدرسة :

وعن أهداف هذه المدرسة يرى بعض أنصارها أنها تتمثل في معرفة ما يجري في المجتمع، وتعرف المتغيرات الهيكلية على القوانين ذات الصلة بالاقتصاد وتطوير القدرات التحليلية، وتنمية القدرات العلمية على التنبؤ بمستوى الأداء الاقتصادي في حالات تغيير بعض القوانين أو تعديلها.

(٧٩) يلاحظ – هنا أوجه التشابه أو التماثل بين هذا الفكر والأفكار التي طرحتها مدرسة شيكاغو في الحديث عن تطور النظام العام المبني على معيار الكفاءة، وقد سبق عرض فكر مدرسة شيكاغو في هذا الصدد، لكن من المهم هنا، تأكيد أن أهم ما يميز مدرسة المؤسسات أن اهتماماتها الفكرية منصبة على العلاقات التبادلية بين الاقتصاد والقانون على خلاف مدرسة شيكاغو التي يدور اهتمامها حول تطبيق نظريات الاقتصاد الجزئي على القانون، ص ٥١.

٤ – تطور كل من القانون والاقتصاد وأوجه الربط بينهما في فكر هذه المدرسة :

لعل من أهم الأفكار التي عرضها كومنز في كتابه "الأساس القانوني للرأسمالية" هي طبيعة تطور القانون وتأثير ذلك على الاقتصاد، ونظراً لأهمية هذا الموضوع باعتباره العمود الفقري، أو حجر الزاوية في مدرسة التحليل المؤسسي فإننا سنعرض له بالتفصيل المناسب، انطلاقاً من كتابات كومنز.

يطرح كومنز تطور أحكام المحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بخصوص الملكية، باعتبارها نموذجاً للتأثير المتبادل بين كل من القانون والاقتصاد. ففي نهاية القرن التاسع عشر، حددت المحكمة حق الملكية بالانتفاع الذي يقرره القانون للمالك على الشيء، ومن ثم فلم تدخل في هذا التعريف منفعة التبادل (بمعنى مبادلة الشيء المملوك بشيء آخر) Exchange Value، وقد حدد هذا التعريف نطاق التعويض الذي يستحقه المالك في حالات المساس بحق الملكية، فوفقاً لهذا التعريف، فإن التعويض لا يكون – فقط – إلا في حالات الحيلولة بين مالك الشيء والانتفاع بهذا الشيء مثل حالات المصادرة، ولا يتسع التعويض – وفقاً لهذا التعريف – للحالات التي تحول فيها القوانين أو النظم دون تصرف المالك في ما يملكه؛ لأن هذه القوانين والنظم لم تحل بين المالك والاستفادة مما يملكه.

وقد عدلت المحكمة عن اتجاهها السابق، وتوسعت في حالات استحقاق المالك للتعويض لتشتمل هذه الحالات حق المالك في التعامل مع الغير على العين التي يملكها، ومن ثم، إذا صدر قانون يحد من قدرة المالك على التصرف فيما يملكه، سواء بالبيع أو المبادلة، يكون من حقه الحصول على التعويض العادل الذي يجبر الضرر الذي يلحقه نتيجة ذلك.

وهذا التطور الذي لحق تعريف المحكمة الدستورية لحق الملكية، ساهم في عملية انتقال المجتمع من النظام الإقطاعي إلى النظام الرأسمالي؛ حيث إنه أضفى على آليات السوق الحماية القانونية.

ويعتبر هذا التطور في المعالجة القانونية لقضية الملكية في التاريخ الأمريكي، مثالاً حياً لمدى تأثير القوانين على حركة النمو الاقتصادي(٨٠).

ويستخلص أنصار هذه المدرسة، من تطور مفهوم الملكية لدى المحكمة العليا، أن القانون أداة لنشأة الحقوق Rights ولإعادة هيكلتها، ويركزون على التأثير الكبير لإعادة هيكلة الحقوق على كل من الوضع القانوني والاقتصادي، واتخاذ الأفراد لهذه القرارات والمواقف من بين الخيارات المتاحة لهم، وتكلفة كل خيار فيها(٨١).

وليس الخيار المتاح للأفراد ذات طبيعة مطلقة، يرتبط بالمصلحة التي يحققها كل خيار وتكلفته، بل يرتبط خيار الفرد، في كثير من الحالات، بخيارات الآخرين؛ فالخيارات – هنا – يحد بعضها بعضاً، وتعرف هذه العملية بـ «الإكراه الجماعي»، حيث إن خيار فرد يؤثر على خيار غيره، على الرغم من أنه لم يحصل على موافقته على هذا الخيار، ففي حالة المصنع الذي يلوث مصادر المياه التي تتغذى منه قرى مجاورة، إذا وقع اختيار المصنع على بديل محدد، فإنه يحد من إمكانية سكان القرى المجاورة من اختيار بديل يتعارض مع البديل الذي اختاره المصنع؛ مما يؤدي إلى نشوء النزاعات بين الطرفين(٨٢).

والقضاء على أسباب المنازعات المشار إليها يتطلب استخدام القانون لإنشاء حقوق، وإعادة تشكيلها، ومن ثم فإن أي قانون سيكون له منافع benefits وتكاليف costs، ويتم توجيه كل ما سبق لتخفيف الأضرار.

---

(٨٠) Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p221.

(٨١) Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Schools of Thought in Law and Economics: A Kuhnian Competition, in Robin Malloy & Christopher Braun (ed.) Law and Econmoics New and Critical Perspectives, Peter Lang Publications, at p 101-102.

(٨٢) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition Princeton University Press 1997, at p227.

وبناء على تحليل هذه المدرسة، فان للحكومات دوراً محورياً، فالحقوق – هنا – ليست مكتسبة، إذ إن وجودها مرتبط بحماية الدولة لهذا الوجود، ومن ثم، فإن الحوار العلمي يجب ألا ينصب على مدى الحاجة إلى التدخل الحكومي، أو الاعتماد الكامل على آليات السوق من خلال إعطاء السوق حرية العمل، لكن الحوار يجب أن يتمحور حول من سينال دعم الدولة، فوجود الدولة – هنا – شيء أساسي لا غنى عنه(٨٣)، ويرفض أنصار هذه المدرسة بعض المصطلحات المتداولة مثل تحرير الأسواق Deregulation، وتدخل الدولة ..إلخ، ويعتبرون هذه المصطلحات مضللة(٨٤). فالحكومات – بمعنى آخر – أداة يستخدمها أصحاب المصالح – أياً كانوا – لسن القوانين التي تلغي أو تقلص الخيارات المتوافرة للآخرين، وحماية خيارات أصحاب المصالح.

وعلى ذلك، فإن روابط القانون والاقتصاد Legal-Economic nexus تعكس تحديد المصالح وتحولها إلى حقوق يعترف بها القانون، وتقدم لها الحماية اللازمة، التي ستؤثر سلباً على مصالح أشخاص آخرين، وتؤثر هذه العملية على توزيع ثروات المجتمع؛ الأمر الذي يتولد عنه تحديد لمراكز السلطة أو القوة powers، وتوزيع للدخل والثروة(٨٥).

٥ – الكفاءة كمعيار لدى هذه المدرسة :

يختلف أنصار هذه المدرسة مع الفكر السائد في مدرسة شيكاغو عن الكفاءة سواء من حيث مفهوم الكفاءة أو من حيث فاعليتها Efficiency؛ فهم

(٨٣) يختلف مفهوم هذه المدرسة، من الزاوية السابقة، مع مفاهيم مدرسة شيكاغو التي تعتمد – بشكل أساسي – على آلية السوق، ويستبعد تدخل الدولة.

(٨٤) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p226-227.

(٨٥) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, Economic Analysis of Law From Posner to Postmodernism and Beyond, 2nd Edition, Princeton University Press 1997, at p226.

يرون صعوبة الاعتماد على هذا المعيار لقياس مدى صلاحية القانون أو مشروع القانون، وذلك لغموضه، وصعوبة تحديد محتواه، لذلك، فإن نقطة البداية التي لا يمكن تجاوزها – هنا – هي تحديد مكونات هذا المعيار(٨٦).

فالمؤشرات، والعوامل الاقتصادية (مثل الأسعار والثروة والمخاطر والإنتاج) ليست مؤشرات على الكفاءة الاقتصادية، فهي تتأثر بالوضع القانوني القائم، وأي تغيير في هذا الوضع القانوني أو الهيكلية القانونية للحقوق، يكون له انعكاس على هذه المؤشرات الاقتصادية، ومن ثم فإن من شأن إعمال مبدأ الكفاءة، أن يجعل البحث يدور في حلقة مفرغة(٨٧).

ثالثـــاً – مدرسة فيرجينيا Public Choice Theory School:

لعل من أهم الأدبيات التي تعبر عن فكر هذه المدرسة كتاب "النظرية الاقتصادية للديمقراطية" لدوان ونكوك The Calculus of Consent.

وقد ركزت هذه المدرسة على بحث أسباب فشل الحكومات في معالجة الاختلالات الحاصلة في السوق، وأضافت الحكومات والعاملين فيها ضمن أطرها التحليلية.

ويركز الأساس الفكري لهذه المدرسة على تطبيق النظريات الاقتصادية على العلوم السياسية، ومن ثم إسقاطها على عملية التشريع وأداء الحكومات(٨٨). وأهم المبادئ الاقتصادية التي تستخدم من قبل أنصار هذه المدرسة يتمثل بمبدأ أن الأفراد بطبيعتهم يسعون لمصلحتهم الذاتية، وبناءً عليه فإن الحكومات تسعى لمصلحتها الذاتية كذلك حيث إنها في النهاية هي مجموعة أفراد. وكانت البدايات الفكرية لهذه المدرسة تتمثل في بحث Duncan Black،

(٨٦) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema,, op. Cit., p227.

(٨٧) انظر: Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, op. Cit., p227.

(٨٨) Tom Ginsburg, Public Choice and Constitutional Design, John M. Olin Law & Economics Working Paper No 451, 2009, at p 3.

وذلك في عام ١٩٤٨، الذي يتعلق بتحليل آلية عملية التصويت باللجان البرلمانية.(٨٩) ويشبه أنصار هذه المدرسة السياسة بالسوق باعتبارها آلية تبادل منافع (في الأسواق يتم تبادل السلع والخدمات) وفي هذا السوق يسعى السياسيون لتحقيق مصالحهم الخاصة كما هو العادة فيما يقوم به المنتجون والمستهلكون في الأسواق. وكنتيجة لهذا التحليل فإنه بدلاً من أن تكون محصلة هذا السوق الرئيسي المصلحة العامة فإن النتيجة تكون مشابهة للأسواق العادية، التي هي تحقيق المصلحة الخاصة للمشاركين بهذا السوق.

ومن الأنصار المرموقين لهذه المدرسة البروفيسور / جورج ستيغلر الذي توصل في بحثه المشهور: "اقتصاديات التشريع" إلى أن الحكومات لا تسعى للمصلحة العامة، وإن التشريعات تعبر – في الغالب – عن مصالح قوى الضغط في المجتمع والقوى الاقتصادية التي تؤثر في الانتخابات العامة؛ حيث إنه في ضمن هذا البحث قدم ستيغلر نظرية متكاملة لتحليل العملية التشريعية من خلال تطبيق مبادىء العرض والطلب كآلية لفهم سبب ظهور بعض التشريعات دون الأخرى، وألحقها بتأثير مصالح قوى ضغط تمثل جزءاً رئيسياً من دالة الطلب على القوانين.(٩٠)

وينطبق هذا التحليل – بوجه عام – على معظم دول العالم، إذ توجد قوى اجتماعية أكثر تأثيراً على الحكومة التي تسعى إلى إرضائها، وكسب ودها، وتستخدم التشريعات والقوانين لتغليب مصالحها.

ففي دولة الكويت، تتحرك قوى اجتماعية لتمارس ضغوطاً على السلطة العامة لإصدار تشريعات ترجح مصالحها، ويتجاوب المشرعون مع هذه الضغوط، وينضمـــون إليها في السعي لإصدار هذه التشريعات، إرضاء

(٨٩) Duncan Black, on the rationale of group decision making, Journal of Political Economy Vol 56, 1948.

(٩٠) George Stigler, The Theory of Economic Regulation, 2 Bell Journal of Management & Science, 1971 at pp.

للناخبين، وسعياً للحصول على ثقتهم وتأييدهم في الانتخابات اللاحقة، ولعل مشروع إسقاط القروض نموذج عملي وحي ومثال على صدق هذا التحليل.

كما أن بعض التنظيمات الاجتماعية والفئوية، تمارس ضغوطاً كبيرة على المشرعين لتكون القوانين تعبيراً عن مصالحهم؛ ففي الكويت يؤدي التنظيم القبلي والفئوي أدواراً ضاغطة لتكون القوانين في خدمة مصالحهم، ويمارسون ضغوطاً كبيرة على المشرعين من خلال صناديق الانتخاب.

وتقدم هذه النظرية المفاتيح العلمية لتحليل كيفية نشأة التشريعات، والقوى الكامنة وراء إصدارها، كما أنها تساهم في تقييم التشريعات القائمة، والتعديلات المقترحة عليها، وأية تشريعات جديدة، وذلك من خلال تعرف المستفيدين الحقيقيين منها، ومنحنى طلب التشريع(٩١).

ولم تسلّم هذه النظرية من الانتقادات خاصة بأنها تسعى إلى تحويل السوق السياسي إلى سوق يمكن تحليله والتنبؤ بقراراته المستقبلية من خلال تطبيق معادلات رياضية دون السعي لفهم حقيقة السياسيين، ويسوق أحد نقاد الحركة مثالاً سياسياً فاسداً في الولايات المتحدة الأمريكية سعى بقوة لتمرير قانون لرعاية العجزة دون أن يكون له أي مصلحة في ذلك، ودون تأثير أي قوى ضغط، هذا على الرغم من أن هذا السياسي اتهم بالفساد.(٩٢)

(٩١) انظر: Ron Harris, The Uses of History in Law and Economics, Thoeratical Inquiries in Law, Vol 4, at p 685.

(٩٢) Abner J. Mikva, Forward in Virginia Law Review Symposium on the theory of public choice, Vol 74, No 2, March 1988, at p 168.

الفصل الرابع
حقوق الملكية
من منظور التحليل الاقتصادي للقانون

١ – الأهمية الاقتصادية لحقوق الملكية :

تعتبر حقوق الملكية الركن الأساسي لوجود أي سوق؛ فهي تقوم بتسهيل عمليات البيع والشراء والتعاقدات التي هي صلب نشاط السوق، وتدفع الدماء في شراييه.

فالحماية القانونية للمشتري حسن النية ضد الغير، ومن بين هؤلاء الغير الملاك السابقون للعين محل العقد، حتى لو كان انتقال ملكية العين منهم للبائع تم بطريقة غير مشروعة أو غير قانونية، من شأنها أن تشجع وتدفع عمليات البيع والشراء. أما إذا كان القانون لا يقدم هذه الحماية للمشتري حسن النية، فإن المشتري سيضطر إلى إنفاق أموال كبيرة، وإهدار وقته وطاقته، للتعرف والتيقن من مشروعية انتقال ملكية العين بطريقة قانونية صحيحة، للبائع، ومن تلقى منه البائع الملكية، وذلك، لكي يحمي المشتري نفسه من المطالبات المحتملة للملاك السابقين، وهو ما يؤدي إلى ارتفاع تكاليف التعاقد؛ مما يؤثر، بشكل سلبي، على عمليات البيع والشراء، ومن ثم يؤدي إلى تردي الأحوال الاقتصادية. ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري بمصر مؤخراً لدى قضائها ببطلان التعاقد مع شركة طلعت مصطفى بشأن الأرض المقام عليها مدينة، إذ خلص الحكم إلى أنه ليس من شأن هذا البطلان أن يؤثر على حقوق من انتقلت إليهم ملكية تلك الأرض معاوضة وبحسن نية ممن تعاقدوا مع تلك الشركة، ومن ثم فقد شكلت القاعدة القانونية التي استند إليها الحكم لحماية حقوق آلاف الأشخاص ممن دفعوا جميع مدخراتهم شراء وحدة سكنية من تلك الشركة.

ومن جهة أخرى، فإن الاعتراف والإقرار بحقوق الملكية، من شأنه أن يدفع إلى تحقيق الاستخدام الأمثل للموارد؛ فالأشخاص الذين يتعاملون مع هذه الموارد، ويعرفون المنافع التي تعود من ملكيتها، ومن ثم هم يجيدون تقييمها، ويسعون لشرائها، وهو ما يحرك آلية السوق، ويؤدي إلى أن تؤول ملكية هذه الموارد إلى من يجيدون تقييمها ويحسنون الاستفادة منها(٩٣).

ويرى Libecap أن مضمون حقوق الملكية وليدة التجاذب السياسي بين قوى الضغط والقوى الفاعلة في المجتمع، أما North and Davis فيريان أن احتمالية عدم تحقيق ربح بالمستوى المرغوب من تملك شخص، أو أشخاص لأصل من الأصول (أو مورد من الموارد) في ظل الأوضاع القائمة من شأنه أن يؤدي إلى تطور حقوق الملكية بدخول ملاك جدد ليحلوا محل الملاك الحاليين(٩٤).

ويبرز أثر هذا التحليل في عمليات الخصخصة، فالمشتري للأصول التي يتم خصخصتها يأمل في الحصول على عوائد مجزية نتيجة عملية الشراء، ومن ثم يتحقق له جدوى من نقل الملكية له(٩٥)، وعلى ذلك فإن حقوق الملكية هي الأداة التي تحقق الاستخدام الأمثل للموارد كما أنها أداة لتغيير هيكلة الملكية.

وفضلاً عما سبق، فإن لحقوق الملكية تأثيراً مباشراً على الاقتصاد، ويرى Deston، في الدراسة التي أعدها سنة ٢٠٠٠ أن افتقاد الدول النامية نظاماً

---

(٩٣) انظر: Joseph Mahoney, Economic Foundations of Strategy, Sage Publication, 2005 at p 111. Hereinafter Joseph Mahon.

(٩٤) يبرز هذا التحليل في عمليات تداول الأسهم، فالسبب الذي يدفع البائع إلى التخلص من أسهمه لبيعها هو عدم حصوله على مستوى العائد الذي يتوقعه، والسبب الذي يدفع المشتري إلى القيام بعملية الشراء هو الاحتمالية الراجحة لديه في أن يحصل على عوائد من ملكيتها بالمستوى المرضي بالنسبة إليه.

(٩٥) Ibid at p 112.

لتسجيل الأراضي، يعتبر عائقاً رئيسياً للنمو الاقتصادي في هذه الدول؛ لأنه يقلل من الاستثمارات في الأراضي، ويحول دون إقامة ملاك هذه الأراضي مشاريع عليها خشية المنازعات التي تثور حول ملكيتها[٩٦]،[٩٧] فضلاً عن أن عدم التسجيل يفضي إلى إخراج تلك الأراضي من نطاق الائتمان؛ حيث سيتعذر منح تمويل بضمان ترتيب رهن على تلك العقارات لكونها غير مسجلة باسم الراهن، كما لن يجوز الحجز عليها لكونها غير مسجلة باسم المدين.

٢ – الأهمية العملية لتحليل حقوق الملكية :

يؤدي التحليل الاقتصادي لحقوق الملكية إلى نتائج غاية في الأهمية، فعدم وجود، أو افتقاد الوضوح المناسب لوجود ربح مستقبلي أو عدم جدواه، من شأنه أن يؤدي إلى فشل عمليات إعادة الهيكلة الاقتصادية، كما أن نجاح أو فشل قوانين نظم البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، وقوانين الخصخصة والضرائب يعتمد بشكل كبير على مقدار الربح المتوقع، فمن دون هذا الربح لن تنجح هذه النظم القانونية.

فلا يتصور – مثلاً – نجاح أي نظام للبناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) تكون مدة العقود فيه لا تتجاوز عشر سنوات، فالفشل سيكون مصير هذه القوانين؛ لأن هذه المشروعات تتطلب استثمارات ضخمة، ومدد تنفيذ طويلة، ولا يتصور أن يحقق المشروع عائدات مناسبة في هذه الفترة القصيرة. وبعيد عما سبق بالنسبة إلى نظم الخصخصة، فالثمن المطلوب للمشروع في ضوء العوائد منه، سيحدد مدى الإقبال على شرائه.

---

(٩٦) Handbook of Law and Economics, Vol 2, at p212-218.

(٩٧) يعتبر كثير من المهتمين أن بحث هارولد ريمستيز Harold Remstez وأرمن ألكين Armen Alchian بعنوان The Property Right paradigm من أهم المراجع العلمية في هذا الموضوع، ولا سيما فيما يتعلق بتحليل حقوق الملكية وكيفية نشأتها. ولكن ثمة من يعترض على الرأي السابق على سند أن المدرسة النمساوية ولاسيما كتابات ميفز هي أول من تناول بالبحث العلمي العميق هذه المسألة.

التحليل الاقتصادي لظهور حق الملكية :

لعل من أهم الأسئلة التي يطرحها موضوع هذا البحث، هو متى تظهر الملكية ويعترف بها القانون وتكتسب الحماية القانونية، وبمعنى آخر ما المعايير التي يتم التعويل عليها والعمل بموجبها، لتغيير طبيعة ملكية أصل من الأصول، من أصل يشترك المجتمع كله في ملكيته، مثل الصحراء والبحار والجبال، إلى ملكية فرد أو مجموعة أفراد، سواء كان المالك أو الملاك من القطاع الخاص أم من القطاع العام؟.

يرى كل من ماري روث Murry Rothand، وريمستيز وألكين أن أهم أسباب تقرير حق الملكية هو الندرة بالإضافة إلى التكاليف المصاحبة للتملك(٩٨).

ولعل خير مثال على تأثير عنصر الندرة في نشأة حق الملكية، ما كان عليه وضع الأراضي الصحراوية في دول الخليج، فقبل حقبة النفط، لم تكن ثمة ندرة في هذه الأراضي، فالأرض كانت متوافرة في هذه الصحراء الشاسعة، ومن ثم لم تنشأ منازعات عليها، فلم ترتبط بها حقوق ملكية بعكس المرحلة التالية لاكتشاف النفط؛ إذ اتسمت الأرض الصحراوية بالندرة مما ترتب عليه نشوء منازعات حولها لارتبط حق الملكية بها.

أما التكاليف المصاحبة لحق الملكية فقد تكون عاملا سلبيا يحد من هذا الحق، مثال ذلك، ارتفاع قيمة الضرائب على الملكية قد يؤدي إلى تلاشي هذا الحق، إذا زادت قيمة الضرائب عن قيمة المنافع التي تعود من الملكية؛ مما يدفع إلى التخلص من هذه الملكية ويشكل عائقاً أمام الآخرين الذين يرغبون في

---

(٩٨) انظر Josef Sima, Praxeology as Law & Economics, Journal of Libertarian Studies, Vol 18, No 2 (Spring 2004), at p79.
Ibid at p80.

شراء هذا الأصل؛ الأمر الذي يمكن أن ينتج عنه – في النهاية – تلاشي حق الملكية.

ونموذج لهذا النوع من القوانين قانون الضرائب الكويتي الذي كان يفرض ضريبة على ملكية الأجانب بنسبة تصل إلى ٥٥ ٪ مما ترتب عليه تقلص ملكية الأجانب بل تلاشيها من الناحية العملية، وذلك على الرغم من الإقرار بها من الناحية القانونية.

٣ – التحليل الاقتصادي للملكية الجماعية وآثارها السلبية :

للملكية الجماعية سلبيات كثيرة تناولها بالتفصيل غارت هاردين Garrett Hardin في بحث له بعنوان "مأساة الجماعة"، وضرب مثلاً لها المراعي حيث ينبت الكلأ (العشب)؛ ففي بداية ظهور العشب في أرض معينة، ومن ثم اتخاذها مرعى للماشية، فإن عدد من يستخدمونها يكونون قليلي العدد ومن ثم لن تثور أي مشكلات لزيادة مساحة الأرض التي ينبت فيها الكلأ عن حاجة من يستخدمونها في الرعي، لكن مع مرور الوقت سيزداد عدد الرعاة، وتتقلص مساحة الأرض التي ينبت فيها العشب، المخصصة لكل حيوان، فكلما زاد عدد الحيوانات الموجودة في منطقة الرعي، قلّت مساحة العشب المخصص لكل واحدة منها؛ مما يترتب عليه التقليل من قيمة إنتاج هذه الحيوانات وانحدار قيمتها في السوق – نتيجة لذلك يقل إنتاج اللبن والتوالد ..إلخ – نظراً لتقلص كمية العشب التي تتناولها في الوقت الذي تزداد فيه التكلفة المصاحبة لعملية الرعي؛ مما يقلل صافي العائد(٩٩).

(٩٩) Ibid

وعلى الرغم من تقلص العائد من عملية الرعي، فإن الرعاة يزيدون عدد المواشي في المرعى؛ مما يطرح سؤالاً مهماً حول الأسباب التي تدفعهم لزيادة الأعداد على الرغم من قلة العوائد.

والجواب عن هذا السؤال أن الرعي مجاني، فما دامت تكلفة الرعي أقل من العائد منها فإن الصفقة تعتبر مجزية بالنسبة إلى الراعي، أما إذا زادت التكلفة عن العائد فإنه – بالقطع – سيعدل عن مسلكه، فما دام يحقق عائداً يفوق مصروفاته، فإنه يستمر في الرعي، وزيادة عدد المواشي التي يرعاها حتى لو أدى ذلك إلى تقليل الناتج الكلي للرعاة مجتمعين.

فالعمل، من خلال الملكية الجماعية – كما يظهر في المثال السابق – من شأنه أن يوجد حافزاً لكل فرد يستفيد من هذه الملكية، ما دام العائد لديه أكبر مما ينفقه، مع أن هذا النوع من الاستغلال قد يضر المجتمع نتيجة سوء الاستغلال، وهو ما يسمى (Common Tragedy) مأساة الشيوع.

مثال آخر على ذلك، عمليات الصيد في البحر، فمع ازدياد عدد الصيادين، وضيق الرقعة المتاحة أمامهم للصيد يلجأ بعضهم إلى الصيد في أعالي البحار، وهو ما يؤدي إلى ارتفاع تكلفة الصيد؛ مما يؤثر – بدوره – على أسعار السمك لرغبة الصيادين في استرداد التكلفة الإضافية نتيجة الصيد في أعالي البحر وسيضار المستهلكون بدفع ثمن أكبر للسمك.

والتحليل السابق، كان محل اهتمام المحاكم الأمريكية؛ إذ استخدمته لتأكيد مفهوم الملكية في إحدى القضايا(١٠٠).

ونشير إلى مثال للآثار السلبية للملكية الجماعية في الجدول التالي(١٠١):

---

(١٠٠) Ibid at p 37.

(١٠١) G.S Rasmussen & Associates, Inc v. Kalitta Flying Service, 958 F.2d 896 (9th Ci. 1992).

جدول رقم (١)
مثال للآثار السلبية للملكية الجماعية

عدد الرعاة (أ)	التكلفة لكل بقرة (ب)	عدد الغالونات لكل بقرة(ت)	العائد الصافي لكل راعي (ث)	العائد الصافي للمجتمع (ج)
١	١	١٠	٩	٩
٢	١	٩	٨	١٦
٣	١	٨	٧	٢١
٤	١	٧	٦	٢٤
٥	١	٦	٥	٢٥
٦	١	٥	٤	٢٤
٧	١	٤	٣	٢١
٨	١	٣	٢	١٦
٩	١	٢	١	٩
١٠	١	١	٠	٠
١١	١	٠,٥	٠,٥	٥,٥-

انعكاسات التحليل الاقتصادي للقانون في منطقة الخليج وفي الوطن العربي:

مع أن هذا الفرع من الدراسات البينية نال اهتماماً كبيراً في العالم المتقدم، خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، وظهرت آثاره، وبانت انعكاساته في كثير من المجالات، بعد أن نال حظاً وفيراً من البحث العلمي الرصين، والتأهيل العلمي المتقدم؛ مما أصبح معه البعد الاقتصادي للقانون أحد أهم الجوانب التي يتعين التطرق لها، والاستناد إليها، والتعويل عليها، لتعرف مدى صلاحية التشريعات الجديدة، فضلاً عن التشريعات القائمة، إلا أن الدول الأقل تطوراً، ومنها دول المنطقة، لم تبد اهتمامات جدية بهذه الجوانب الحيوية.

فعلى مستوى الأبحاث والدراسات العلمية، وفي حدود علمنا بالمكتبة العربية، لا يوجد كتاب أو بحث متخصص في هذا الجانب، باستثناء كتابات أو إشارات فرعية، وغير متعمقة، في إطار أبحاث أو دراسات أو مؤلفات في موضوعات مختلفة.

وفي مجال الإعداد الأكاديمي، فإن كليات الحقوق في دول المنطقة لم تضف إلى مناهجها الدراسية ما يؤهل الخريجين للتعامل مع هذا الفرع المهم من فروع الدراسات القانونية، واكتفت بعض الكليات بتدريس مادة الاقتصاد من منظور تقليدي يتماثل مع دراسة المادة ذاتها في كليات أخرى دون تطرق للتحليل الاقتصادي للقانون.

كما لم تهتم المؤسسات الأكاديمية، أو الجهات الحكومية المعنية، أو النقابات المهنية للمحامين ورجال القانون، أو مراكز التدريب المتخصصة (مثل معاهد القضاة)، – بهذا الفرع، ومن ثم، لم تزود المنتظمين في الدراسة بها، والمنتسبين لها، بالمعارف والمهارات التي تعينهم على ممارسة التحليل الاقتصادي للقانون في مجالات أعمالهم، وفي ممارستهم لمهنهم القانونية.

ومن متابعتنا للحوارات التي تدور في معظم دول المنطقة، بمناسبة إصدار تشريعات جديدة، أو إلغاء تشريعات قائمة أو تعديلها، وسواء كانت هذه الحوارات على مستوى المجالس التشريعية، أو بين المتخصصين، أم على المستوى الشعبي وأجهزة الإعلام... فإن معظمها يتمركز حول الجوانب التقليدية للتشريع، من حيث مادته وصياغته، ولا يتطرق – في الغالب الأعم– للجوانب الاقتصادية لهذه التشريعات، وذلك باستثناء التشريعات ذات الطبيعة الاقتصادية (مثل قوانين الضرائب) أو التي يكون لها ارتباط مباشر بالأوضاع الاقتصادية (مثل قانون التجارة).

ومما لا جدال فيه، أن الأطر القانونية الحالية، في الكويت وفي غيرها من دول الخليج العربي والدول العربية الأخرى، تحتاج إلى مزيد من الدراسات التي تركز على الجوانب الاقتصادية لها، انطلاقاً من النظريات الحديثة للتحليل الاقتصادي للقانون، بالإضافة إلى الجوانب التقليدية الأخرى، ويتطلب النجاح في

تحقيق هذا الهدف المشروع أن تعمل كليات الحقوق ومراكز التأهيل والإعداد العلمي لرجال القانون والتشريع والقضاء على تطوير مناهجها الدراسية بإضافة مواد تتعلق بالتحليل الاقتصادي للقانون، وأن تعمل الجهات العلمية والأكاديمية على تشجيع الدراسات والبحوث في هذا المجال، ونشر ثقافة الأبعاد الاقتصادية للقوانين لدى الجهات المختصة والمجتمع بوجه عام.

الخاتمـــة

تناولنا في هذا البحث حركة فكرية جديدة في الفكر القانوني الغربي أصبحت لها اليد العليا في هذا الفكر.

وهي بحق قصة نجاح تحمل في طياتها أدوات غير مألوفة في الفكر القانوني التقليدي وتساهم بشكل إيجابي في فهم القانون كجزء لا يتجزأ من الحضارة الإنسانية وتقدم آلية لتقييمه وتطويره. وبلا شك فإنه من المستحيل أن أجمع كل الجوانب الفنية لهذه الحركة في بحث واحد. فالتحليل الاقتصادي للقانون يمتد لجميع فروع القانون بلا استثناء، وهو مجال مبني على الدراسات البينية ويعد مثالاً حياً لأهمية هذا النوع من الدراسات التي تفتح مجال التعاون بين التخصصات المختلفة للوصول إلى فهم أفضل للعلوم الاجتماعية والإنسانية. وهذا التوجه ليس من باب الترف الفكري ولكنه مفتاح رئيسي لتقدم العلوم وتطور مسيرتها.

وقد أصبح هذا الفرع من الدراسات الاقتصادية والقانونية جزءاً لا يتجزأ من النسيج القانوني في العالم الغربي.

وأنا أدعو القارئ لتصور ما سيكون عليه حال أنظمتنا القانونية وتأثيرها على رفاهية المجتمعات لو أن الجانب الاقتصادي وتقييمها من ناحية اقتصادية – كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية – أصبح جزءاً من ثقافتنا القانونية والتشريعية. هذا لايعني أن تبني هذا التوجه سيكون العصا السحرية لمعالجة مشكلات التشريع لدينا، ولكنه – بلا شك – سيؤدي إلى تقليل نسبة الخطأ التشريعي وتفادي بعض التبعات السلبية للعملية التشريعية.

Bibliography

- (ed), E. K. (1983). The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970. *Journal of Law and Economics , 26*, 163-234.
- Becker, G. (1971). *The Economics of Discrimination*. University of Chicago Press.
- Black, D. (1948). On the Rationale of group decesion making. *Journal of Political economy , 56*, 23.
- Chapman, B. *Economic Analysis of Law: A European Perspective*.
- Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics , Vol 3*, 1-44.
- Coase, R. (2007). The relevance of transaction costs in the economic analysis of law. In C. R. Parisi, *Origins of Law and Economics*. Edward Elgal Publications.
- Friedman, M. (n.d.). The Swedes Get it Right. *Reason Magazine*.
- Functional Law and Economics the search for self neutral prinicples. *Chicago & Kent Law Review , 79*, 430.
- Geest, B. B. (1996). *Law and Economics Encyclopedia*. Edward Elgar & University of Ghent.
- Ginsburg, T. (2009). *Public Choice and Constitutional Design*. John M. Olin Law & Economics Working Paper Series.
- Hahn, R. (2001). State and Federal Regulatory Reform: A Comparative Analysis. In R. P. (ed), *Cost and Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press.

- Harris, R. The Uses of History in Law and Economics. *Theoratical Inquiries in Law , 4*, 685.
- Hylton, K. N. (2009). Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. In L. R. (ed), *Pioneers of Law and Economics*. Edward Elgar Publication.
- Jr, D. B. (2008). Why Cost-Benefit Analysis? A Question (and some answers) about the legal academy. *Alabama Law Review , 59* (5).
- Jr, R. O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*. Edward Elgar Publications.
- Lands, W. (1997). The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay. *American Economist , 41*.
- Mahoney, J. (2005). *Economic Foundations of Strategy*. Sage Publications.
- Marries, J. *Law and Economics in a Nut Shell*.
- Mcackay, E. *Law and Economics Encyclopedia*.
- Medema, N. M. (1997). *Economics analysis of Law: From Posner to Postmodernism and Beyond* (2 ed.). Princeton University Press.
- Medema, N. M. (1995). Schools of Thought in Law and Economics: A Kuhnian Competition. In R. M. (ed), *Law and Economics New and Critical Perspectives*. Peter Lang Publications.
- Medema, N. M. (2006). *The Jurisprudential Niche of Law and Economics*. Michigan State University Legal Studies Research Paper No 03-20.
- Mikva, A. J. (1988). Forward in VLR Symposium on the theory of public choice. *Virginia Law Review , 75* (2), 167-177.

- North, J. N. (2005). *The Elgar Companion to Law and Economics*. London: Edward Elgar.
- Posner, R. (2007). *Economic analysis of law*. Aspen Publication.
- Posner, R. (1979). Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *Journal of Legal Studeis , VIII* (1), 130-150.
- Posner, R. (2000). Values and Consequences: An Introduction to Economic analysis of Law. In E. Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*. West Publishing Company.
- Rawls, N. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Ryan, N. M. (1984). *Law, Economics and Public Policy*. Jai Press.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Sima, J. (2004). Praxelogy as Law and Economics. *Libertarian Studies*, 70.
- Theeuwes, J. H. (2008). *Law and Economics*. W.W. Norton Publication.
- Ulen, R. C. (1996). *Law and Economics* (2nd ed.). Scott Foresman & Co.
- Weigel, W. (2008). *Economics of the Law, a Primer*. Routledge Publications.
- Wittman, D. (2006). *Economic Foundations of Law and Organization*. Cambridge: Cambridge University Press.