

دور القاعدة القانونية فى ضوء مبادئ مدرسة
" التحليل الاقتصادى للقانون "

د . المعتصم بالله الغريانى
المدرس بقسم القانون التجارى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

فیس سے زیادہ دینے سے قیام وصال کا عمل لیا گیا
"نماز کا وقت نکالنا اور نماز پڑھنا"

روایات سے ظاہر ہے کہ قیام وصال کا عمل
یعنی نماز کا وقت نکالنا اور نماز پڑھنا
قیام وصال کا عمل ہے - یہ قیام وصال کا عمل ہے

دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة

" التحليل الاقتصادي للقانون "

تهدد وتقسيم:

يشغل هذا البحث بالعلاقة بين القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكملة في ظل نظام اقتصادي رأسمالي، وبحث وبيان دور القاعدة القانونية بوجه عام في ظل هذا النظام وتحديد مدى لزوم التدخل بالقواعد الأمرة، وحالات كفاية التدخل بالقاعدة المكملة وشروط ذلك.

والدافع لاجراء هذا البحث وأهميته، تكمن في أن العديد من الدول قد تحولت في الأونة الأخيرة، أو هي في طريقها للتحويل، طوعاً أو كرهاً، إلى نظم اقتصادية تعتمد على المنافسة والفكر الرأسمالي لتصحيح، طوعاً أو كرهاً، جزءاً من اقتصاد رأسمالي عبر دولي تحكمه قواعد اقتصاد السوق. ويستلزم هذا بالضرورة من المشرعين والقائمين على وضع السياسة التشريعية وتطبيقها إعادة النظر في القوانين المختلفة ومدى جدواها وطرق تنظيمها للقواعد القانونية. ويلاحظ عموماً على هذه العملية في دولنا النامية وجود اتجاهين:

١- الاتجاه الأول يعتقد أن الانتقال من اقتصاد موجه إلى اقتصاد حر يتطلب اطلاقاً كاملاً لحرية الإرادة، وتراجعاً كاملاً لدور القواعد الأمرة لمصلحة القواعد المكملة. وينبئ هذا الاتجاه على اعتقاد خاطئ بأن سبب التدخل بالقواعد الأمرة دون المكملة هو سبب أيديولوجي بحث يكمن في أن الاقتصاد الموجه يحكمه حكومة متدخلة تحمي مصالح شتى، واقتصاد السوق تحكمه حكومة غير متدخلة لاتعني بتفضيل مصلحة على أخرى.

٢- والاتجاه الثاني اتجاه ينقل نقلاً حرفياً عن قوانين دول اقتصاد السوق، وخاصة القانون الأمريكي، ليضمن تلاؤم قوانينه مع القوانين السائدة عالمياً، دون أن يدري لقواعد تلك القوانين مبرراً أو يتدارس مدى ملاءمتها لاقتصاده ومجتمعه.

غير أن كلا الاتجاهين يجافي الصواب: إذ الفكر الاقتصادي الرأسمالي، وإن كان بالفعل يعلى من شأن ارادات الأفراد ويترك لها حرية تنظيم العلاقات القانونية، يجعل لهذه الارادات شروطاً، ويفترض لاطلاق حرياتها متطلبات في البيئة الاجتماعية والاقتصادية المحيطة، بحيث أن الاختيار بين القاعدة الأمرة والمكملة إنما يكون مبناه مدى كفاءة القاعدة القانونية في تحقيق المصلحة المتبتغة من ورائها وتقدير المشرع أصلاً لوجود هذه المصالح أو عدمه في ظل محاولته لتأكيد دور اقتصاد السوق في تحقيق الاستغلال الأمثل للموارد.

وليس أنسب للتقدم لهذا الدور الجديد للقاعدة القانونية من تقديمها في ظل فهم اقتصادي أشمل لطبيعة القاعدة القانونية ودورها. وعليه فيحاول هذا البحث التعريف بدور القاعدة الأمرة والمكملة اعتماداً على فكر مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون Law and Economics وهو ما يتطلب منا ابتداءً التقدم لفكر هذه المدرسة ومنطقاته قبل أن نشرع في بيان مفهومها لحقيقة دور القواعد القانونية الأمرة والمكملة ثم للتمثيل لما نقول من خلال القواعد القانونية الأكثر قرباً من نظمنا، سواء كانت من الشريعة الإسلامية، أو القانون المدني الفرنسي الأصل أو قانون التجارة المصري الجديد.

المبحث الأول

مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون

تمهيد:

يعد مقال رونالد كوس، "مشكلة التكلفة الاجتماعية" *The problem of Social Cost*، هو العلامة الفارقة ونقطة الانطلاق الحقيقية لمدرسة التحليل الاقتصادي للقانون. ولقد نشر هذا المقال لأول مرة في عام 1960 عقب عدة مقالات لكوس وغيره مهدت لموضوع المقال.¹

ويعد المقال إلى محاولة الاقتراب من مشكلات القانون، وتحديد السياسة التشريعية واجبة الاتباع، من خلال منهج يتعد عن محض التقييم الأخلاقي والقيمي للقاعدة القانونية، ويستند عوضاً عن ذلك إلى توقع سلوكيات الأفراد في ضوء القاعدة ومدى تأثيرها على كفاءة النظام الاقتصادي للمجتمع ككل. واستند كوس بصورة رئيسية لآليات التحليل الاقتصادي من افتراض رشادة اللاعبين الاقتصادية، وقوانين العرض والطلب، ومنحنيات السواء وغيرها.

والواقع أن مقال كوس كان له أثر ذو جانين: الأول، هو أنه أمد السياسة التشريعية بالآليات التحليل الاقتصادي لتساهم في رسم سياسات أكثر انضباطاً وفعالية، والثاني، وهو ما هدف إليه المقال، هو أنه لفت أنظار الاقتصاديين إلى ضرورة الفهم العميق والدقيق لطبيعة العلاقات القانونية محل التحليل الاقتصادي قبل المبادرة للزعم بتحليل نتائجها وتنظيمها. إذ أن محاولة تحليل العلاقات القانونية كـ "وحدات انتاج" كاملة الصنع دون تناول مكونات هذه العلاقة وفهم أساليب انتاجها يؤدي إلى تجاهل عوامل مؤثرة وهامة على نتيجة أي تنظيم لظاهرة معينة.

ومنذ هذا الوقت انتشرت أبحاث التحليل الاقتصادي للقانون، وذاع تدرسه والاعتماد عليه في كافة الدراسات القانونية حتى باتت له، في الولايات المتحدة الأمريكية، شبه الغلبة في أساليب التحليل القانوني في شتى المجالات، كما أخذ هذا المنهج يغزو بسرعة الكتابات القانونية في القارة الأوروبية واليابان وإسرائيل.

أولاً: مدى الحاجة لتدخل القانون وأثر تدخله:

في مقاله المذكور، انطلق رونالد كوس من سوق عدة أمثلة وافتراضات بين على ضوءها حقيقة دور القاعدة القانونية. ولعل أول وأهم هذه الأمثلة لبحننا الحال هو مثال الراعي والزارع الذي يجرى، مع التبسيط الشديد، على النحو التالي:

زيد وبكر جاران. زيد يزرع الذرة في أرضه، في حين يرعى بكر الأبقار. ولما لم يكن أي منهما قد وضع سوراً حول أرضه فإن الأبقار تسعى بين الحين والحين فتأكل من محصول الذرة. طبعاً طالما كانت الأبقار تعتدى على أرض زيد

¹ انظر: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *The Journal of Law and Economics*, 1, October 1960.

² RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* 11 (1988)

فإن تصرف زيد سيتوقف على موقف القانون. فإذا كان القانون يمنح الحق في التعويض المناسب عما يصيبه من ضرر³ فإنه لن يبادر إلى بناء سور حول أرضه، لأن بكر في محاولة منه لتجنب دفع التعويض سيقوم هو ببناء مثل هذا السور. أما إذا لم يقرر القانون مثل هذا التعويض، فسيبادر زيد إلى بناء السور حماية لأرضه.

لكن السؤال المطروح هو، كيف يتدخل المشرع؟ أولى المسائل التي يتعين إثارتها هنا، هو أنه يجب تجنب الحديث عن اعتبارات العدالة والحق الطبيعي والأخلاق، والالتفات عوضاً عن ذلك إلى أثر القاعدة القانونية على سلوك الأفراد وكفاءة النظام الاقتصادي ككل. ذلك أن الحديث المطلق عن اعتبارات العدالة دون وعى بالأثر الحقيقي للقاعدة القانونية يؤدي إلى اتخاذ حلول تفضي إلى عكس ما يرغب به المشرع.

السؤال الذي يتعين طرحه إذن، أولاً، هو: كم يتكلف بناء السور؟

نفترض أن بناء زيد للسور سيتكلف ٥٠ جنيهاً، بينما بناء بكر لسور حول مزرعته هو ستكلف ٧٥. على من يقع عبء بناء السور؟ يبدو للعيان، وللهولة الأولى، أن الحل "العادل" التقليدي يتناق مع الحل "الاقتصادي النفعي" التقليدي. فالإجابة التي تبادر للذهن من وجهة نظر العدالة والقانون الطبيعي هو أن بكر يتعين أن يتحمل بنقات بناء السور، لأن عليه التزاماً بمنع أبقاره من الرعي في مرعى جاره.⁴ من ناحية أخرى فإن الحل الاقتصادي التقليدي سيبادر إلى ملاحظة أن تكليف بكر ببناء السور فيه إهدار للموارد، إذ سيتم انفاق ٢٥ جنيهاً زائدة على المبلغ اللازم لحماية الذرة وهو مبلغ الـ ٥٠ جنيه.

أراد كوس من مثاله أن يرغم كلاً من القانونيين والاقتصاديين على إعادة اعتبار الحلول التي يضعونها لهذه المشكلات. وعليه فقد شرع في تحليل سلوك الأفراد في ضوء كلا القاعدتين المقترحتين، مع افتراض الغيبة التامة لأي تكلفة تعوق قيامهما بالتعاقد والاتفاق سوياً.

في الفرض الأول، لا يقرر القانون تعويضاً لمالك الأرض الزراعية، مما يرغمه على بناء سور حول أرضه بـ ٥٠ جنيهاً، مما يوفر ٢٥ جنيهاً من الموارد الاقتصادية ككل.

في الفرض الثاني، يلتزم الراعي بتعويض ما ينجم من أضرار وهو ما يدفعه إلى المبادرة ببناء سور حول أرضه بـ ٧٥ وهو حل أكثر تكلفة. لكن، هل هذا فعلاً ما سيحدث في الواقع؟

في ظل غيبة أي تكلفة للتعاقد، وافتراض أن الراعي والزارع شخصان راشدان، لاشك أن اقدام الراعي على بناء السور بـ ٧٥ جنيه يعد شيئاً غريباً بعيد الحدوث. الحل الأمثل هو أن يقوم الزارع ببناء السور بمحسنيين جنيهاً فقط. بل إن الواقع، أنه إذا استطاع الراعي أن يقنع المزارع ببناء السور بأى سعر أقل من ٧٥ ولو بجنيه واحد فإن الراعي يكون قد

³ بما في ذلك تكلفة المطالبة بالتعويض.

⁴ لاحظ أن ذلك ليس بالضرورة متفقاً مع العدالة، إذ قد يكون زيد قد شرع في نشاطه عقب بكر ويكون من المناسب إذن أن يحترق لمحصله، غير أن الفرض في المثال يستبعد كل هذه التفاصيل من باب التبسيط في العرض.

حقوق ربحاً. بالمقابل، فإن المزارع إذا أقام السوق بخمسين جنيهاً وحصل مقابل ذلك ولو على جنيته واحد فإنه يكون قد حقق ربحاً.

الحاصل إذن أن بناء السوق بـ ٥٠ جنيهاً فقط يترتب عليه فائض في الموارد، ومن مصلحة كلا الطرفين هنا أن يجلسا إلى مائدة المفاوضات ليحاولا الوصول لحل وسط باقتسام الـ ٢٥ جنيته. هذا الحل قد يكون باقتسامها منصفة ١٢,٥ لكل منهما، أو ٢٠ لأحدهما وخمسة للأخر أو ١٠ و ١٥ للآخر وهكذا في كلا الحالتين النتيجة واحدة، توفير ٢٥ من الموارد الاقتصادية، الفارق يمس فقط كيفية توزيع الفائض.

يترتب على ذلك أنه في غيبة تكلفة المبادلة يمكن القول بان القاعدة القانونية لا تلعب دوراً في تحقيق كفاءة استغلال الموارد وإنما يقتصر دورها على توزيع هذا الفائض بين الأفراد.

على أن فهم هذا الدور يتطلب منا التعريف ببعض أهم المصطلحات التي يتم استخدامها في هذا الإطار.

ثانياً: فكرة تكلفة المبادلة وكفاءة السوق والأثر المتعدى للتعاقد:

يتكرر في مقالنا هذا اللجوء لبعض المصطلحات التي كان لمدرسة التحليل الاقتصادي فضل التركيز عليها والتي قد تكون بحاجة لقدر من التوضيح:

١. المقصود بتكلفة المبادلة:

المقصود بتكلفة المبادلة Transaction Cost هو كافة التكاليف التي يتحملها الأطراف في سعيهم إلى إقامة وإنفاذ اتفاقات وعقود، أو هي "تكلفة التعاقد في السوق"^٥ أو هي بوجه أعم التكلفة التي يتحملها اقتصاد ما إذا ترك تنظيمه إلى العلاقات الفردية الخاصة.

وتتمثل تكلفة المبادلة بصفة خاصة في طوائف ثلاثة من التكاليف:

١- الطائفة الأولى تتمثل في تكلفة البحث عن متعاقد آخر. وتمثل هذه في تكلفة التعرف على احتياجات الشخص نفسه، والاختيارات المتاحة في السوق لاشباعها، والبحث عن متعاقد آخر قادر على تلبية هذه الحاجات، وتحديد مدى الثقة التي يمكن ايلانها إياه، والتأكد من جودة السلعة المطروحة. ينضاف إلى ذلك تكاليف الإعلان مثلاً وتكاليف السماسرة وغير ذلك. وهي بصورة عامة تكلفة المعلومات.

٢- الطائفة الثانية هي تكلفة التعاقد والتفاوض. ومن ذلك تكاليف وسائل الاتصال، وعمولات السماسرة والوكلاء والغامين، وتكاليف الانتقال. ثم تتمثل هذه التكاليف كذلك في الوقت والجهد المبذولين في المفاوضات ذاتها، ثم تكلفة الاتفاق، وكتابته وتوثيقه وغير ذلك.

^٥ كوس، The Firm، المرجع السابق ص ٦.

٣- وأخيراً هناك تكلفة تنفيذ العقد. سواء أكان ذلك تنفيذاً اختيارياً أم جبرياً، تتطلب تدخل سلطات الدولة والتقاضى والتحكيم واستخدام القوة الجبرية أو غيرها.

بل إن التكاليف قد تتمثل في أى معوقات تمنع تحقق المبادلة. فوجود كراهية متبادلة بين الأطراف هي من تكلفة المبادلة التي تمنع وصول الأطراف إلى أى اتفاق وإن كان الاتفاق معقولاً من الناحية الموضوعية. وكثرة عدد المتأثرين بالعقد قد يمنع الوصول إلى تعاقده، كما لو حاول أحد المصانع التفاوض مع المتضررين من التلوث الذي يبيته المصنع، إذ يستحيل التفاوض مع ملايين البشر، وفي هذه الحالة فإن التكلفة تقل بشدة إذا اتحد المتضررين في جمعية مثلاً تمثل مصالحهم، إذ يمكن في هذه الحالة حصول التفاوض وانمام التعاقده مع صاحب المصنع.^٦

٢. فكرة الكفاءة الاقتصادية:

في معرض تقييم القواعد القانونية المختلفة، يعتمد الاقتصاديون على فكرة الكفاءة الاقتصادية، وذلك أيأ كان مضمون القاعدة القانوني ذلك أنه " من الأفضل دائماً تحقيق أية سياسة بتكلفة أقل" إذ أن تضييع الأموال لا يصلح بذاته هدفاً لسياسة ناجحة.^٧

والمقصود بصفة عامة بفكرة الكفاءة هو تحقيق أقصى اشباع ممكن بأقل موارد ممكنة. غير أن ذلك لا يتعين أن يوحي بأن ما يعنى به التحليل هو مادي بحت منفصل عن القيم الاجتماعية أو الدينية أو خلافه. ذلك أن المجتمع، أو الفرد، إذ يستشعر الحاجة للاتساق مع هذه القيم فإنه يمكن ادخالها في الاعتبار عند تقييم الحاجات محل الاشباع والموارد محل الاستخدام، إذ لاشك أن مورداً معيناً قد يكسب قيمته لامن المواد التي صنع منها وانما مما يضيفه عليه المجتمع من احترام وتقدير.

^٦ وعليه فسئري كيف أن مسألة التلوث يصعب التعامل معها من خلال التعاقدهات الفردية وانما تتطلب في الغالب تدخل بالزام المتسبب باتخاذ اجراءات للحد من التلوث. انظر كوتر المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها.

ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS*, (4th ed. 2004).

^٨ للكفاءة لدى الاقتصاديين معان مختلفة. أحدها هو ما يسمى بالكفاءة الإنتاجية، أي إنتاج أكبر قدر من المنتجات بالموارد المتاحة. كما أن هناك نوعين آخرين من الكفاءة، أولهما المسمى بـ"الكالور-هيكس" وهي كفاءة قائمة على احتساب الفائدة والتكلفة، بحيث أن العمل إذا كانت فائدته أكبر من تكلفته كان كفاءاً، وذلك بغض النظر عن كفايته التوزيعية، بحيث أنه إذا تسبب في الإضرار بأحد الأفراد مقابل تحقيق نفع أكبر لشخص آخر فإن النتيجة تعد كفاء من الناحية الاقتصادية. ويقابل هذا التعريف ما يسمى بـ"باريتو" حيث يعتبر العمل كفاء إذا أدى إلى زيادة المنفعة دون أن يؤدي إلى الانتقاص من موقف أى شخص آخر. انظر في هذه التعريفات، كوتر، المرجع السابق في ص ١٦، كذلك:

RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 13 *et seq.*, (5th ed. 1998)

حيث يبين سبب اعتماد التحليل الاقتصادي للقانون على الكفاءة وفقاً لكالدور هيكس عوضاً عن باريتو نظراً لاستحالتها العملية ولايتها تتضمن الكفاءة التوزيعية كذلك. انظر أيضاً في انتقاد مفهوم الاقتصاديين للكفاءة لدى:

Richard S. Markovits, *A Constructive Critique Of The Raditional Definition And Use Of The Concept Of "The Effect Of A Choice On Allocative (Economic) Efficiency": Why The Kaldor-Hicks Test, The Coase Theorem, And Virtually All Law-And-Economics Welfare Arguments Are Wrong*, 1993 U. Ill. L. Rev. 485.

لا يكتمل شرحنا لمسألة تكلفة المبادلة وأثرها على القاعدة القانونية إلا بفهم المقصود بالـ **Externality**. ويقصد بها الأثار الناشئة عن العقد التي تمس الغير الخارج عن العلاقة. أو هي التكلفة التي تنشأ عن سلوك معين من غير أن يتحملها الشخص الذي يأتي السلوك نفسه. ومثال ذلك مثلاً أن يمتلك شخص مديغ، أو أى مصنع تنبعث عنه روائح كريهة. غير أن أثر هذه الرائحة يمتد بالضرورة إلى سوى مالك المصنع. فينشأ عن ذلك معضلة للمجتمع، فالشخص مصدر التلوث مستعد لتحمل التلوث ما دام ينشأ عنه ربح كبير، والعامه الذين يتحملون بالتلوث دون ربح، غير قادرين على منعه. بمعنى آخر، الربح الناشئ عن النشاط ربح فردى خاص، في حين أن التكلفة الاجتماعية للنشاط عالية لاتدر ربحاً عاماً بيررها.

ويتكرر في الأدب الحديث عن كون هذه الأثار مررة للتدخل التشريعي لحماية الغير. غير أنه يتعين بهذا الشأن التنبيه على مسألتين غاية في الخطورة، إذ لاختلو العقود من أثار تصيب الغير، ومن السهل دائماً أن يجد الفقيه أو المشرع مبرراً للتدخل بزعم وجود أثار تمس الغير. هاتان المسألتان هما: أولاً أن المقصود بهذه الأثار، الأثار التي لا يستطيع الغير أن يتعاقد مباشرة مع المسبب لها، وإلا كان الأولى ترك أفراد المجتمع يتفاوضون بشأن تفضيلاتهم وصولاً للنتيجة الصحيحة.

المسألة الثانية هي أن كون الأثار التي تمس الغير مجرد أثار مالية نقدية ليس مبرراً للتدخل بالتنظيم وفرض الرقابة، إذ هناك من الوسائل القانونية الأخرى المختلفة ما يحل محل هذا التدخل.⁹

فإن وجد الأثر على الغير، وخاصة على نطاق واسع، فإنه يترتب عليه عدم رشادة القرارات التي يتخذها الأفراد من منظور المجتمع، إذ يستفيد الشخص من دخول عقد معين، في حين يتحمل المجتمع بالخسائر أو التكلفة، وعليه فإن قرار الفرد بالدخول في معاملة والمبنى على مقارنة التكلفة بالربح يظهر للفرد ربحاً صافياً يبرر الدخول في العلاقة التعاقدية، في حين أن التكلفة الاجتماعية لها تفوق الربح العائد منها.

ومثال ذلك أن يكون العائد من العلاقة والذي يعود على الشخص هو ١٠٠ جنيه، والتكلفة التي يتحمل بها هي ٥٠ جنيه. من هذا المنطلق فإن من مصلحته مزاوله النشاط المذكور إذ يحقق صافي ربح قدره ٥٠ جنيه. غير أننا إذا دققنا النظر وجدنا أن هناك تلوثاً ناشئاً عن النشاط يؤدي إلى خسارة اجتماعية مقدارها ١٥٠ جنيه. أى أن صافي الخسارة هو ١٠٠ جنيه، وهو يجعل النشاط غير ملائم من الناحية الاجتماعية.

ودور القاعدة القانونية في مثل هذه الحالات أن تتكفل بجعل المنتج للأثر الضار يتحمل التكلفة الاجتماعية، كأن تلزمه بالتعويض مثلاً أو باتخاذ اجراءات وقائية معينة، بحيث يلتزم بأخذ هذه التكلفة في اعتباره، أو أن تتدخل

⁹ كوتر، المرجع السابق ص ١٦٧.
¹⁰ انظر بصفة خاصة، كوس، The Firm المرجع السابق ص ٢٦. وانظر كذلك في تأكيد ذات المعنى ومدى التساهل الشائع في ادعاء وجود Externality لتبرير التدخل الحكومي:

Fred S. McChesney, *Current Excuses for Regulating Futures Transactions: Avoiding the E Word*, 74 CORNELL L. REV. 902, (1989)

الدولة بتنظيم أمر ابتداءً بمحدد مدى السماح بمزاولة هذا النشاط. ولعل أهم أمثلة مثل هذه القوانين هي القوانين الجنائية التي تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد الذي ينشأ عنه آثار اجتماعية ضارة متعددة لشخص الجاني والمجني عليه.

ثاني الأفكار الهامة هي فكرة فشل السوق أو الـ **Market Failure**. ذلك أن الحديث عن قدرة الأطراف على التعاقد وتحقيق رغباتهم يفترض رشادة اقتصادية وسوق منافسة كاملة. فإذا كانت أليات السوق معطلة كانت شروط تطبيق الفروض غير مكتملة، وتعين تدخل المشرع بصورة أو أخرى لتعويض هذا الفشل.

وأهمية توضيح تلك الفكرة، هي أن البعض من أنصار الاقتصاد الحر قد يعتمد على الحديث عن امكانيات الأفراد وقدراتهم واقتباس نظريات الاقتصاد دون أن ينتبه إلى أن السوق محل الحديث غير مكتمل الأركان. بل إن البعض إذ يتحدث عن نظريات كوس يزعم أنه كان مؤيداً لحرية التعاقد بصورة مطلقة، في حين أن قراءة متأنية تبينها إلى أن كوس في الحقيقة أراد تأكيد حقيقة وجود تكاليف للمبادلة وعقبات في السوق تتطلب تدخل القانون، لكن مع انتباه القانون لهذه العقبات عند تحديد نوع التدخل ونطاقه ومداه.

ثالثاً: الأدوار المختلفة للقاعدة القانونية في ضوء مبدأ تكلفة المبادلة:

تقدم أنه وفقاً للتحليل المبدئي الذي أتى به كوس، فإنه يمكن صياغة مبدأين يحددان اتجاه القانون في هذا الشأن:

الأول: أنه في ظل الغيبة الكاملة لتكلفة المبادلة¹¹ فإن القاعدة القانونية لا يكون لها أثر في تحديد كفاءة النتيجة بالنسبة للاقتصاد، إذ يمكن للأفراد دوماً التفاوض والتعاقد بحيث يصلون للنتيجة الأكثر كفاءة. غاية الأمر أن القاعدة القانونية تؤثر على توزيع هذه التكلفة وبالتالي توزيع الفائض المتحقق من التعاقد. ويلاحظ أن هذا الدور قد يكون من الأفضل أن يتم عن طريق فرض ضرائب لا عن طريق التدخل في الحقوق والواجبات. ذلك أن تدخل المشرع عن طريق الحقوق والواجبات يؤدي إلى اضطراب في العلاقات بين الأفراد بالإضافة إلى توزيع الدخول.¹²

الثاني: أنه في وجود تكلفة للمبادلة تعوق التبادل الحر، فإن التدخل القانوني يكون ذا أثر في تحقيق الكفاءة الاقتصادية، وليس مجرد التوزيع، إذ أن وجود العائق عن التعاقد قد يؤدي بالأفراد إلى عدم التعاقد أصلاً والرضا بوضع هو أقل من الوضع الأمثل.¹³

فإذا كان من اللازم وجود قدر من التدخل القانوني، فإن هناك صورتين لمثل هذا التدخل:

¹¹ أو بمعنى آخر: غياب أي عائق للمبادلة الحرة.

¹² انظر في مضار تحقيق العدالة التوزيعية عن طريق الحد من الحرية التعاقدية للأفراد وتفصيل تحقيقها من خلال فرض الضرائب، كوتر، المرجع السابق ص ٨ وما بعدها.

¹³ كوتر، المرجع السابق، ١٩٨.

أ) - في الحالة الأولى، فإن تكلفة المبادلة تكون موجودة غير أنها غير مانعة تماماً من التعاقد. وهنا يتدخل المشرع بإحدى طريقتين: إما أن يتدخل فيقلل تكلفة المبادلة بما يشجع الأفراد على التعاقد، وإما أن يتدخل فيوزع الحقوق والالتزامات بطريقة تستثير الأفراد إلى التعاقد وحل مشكلاتهم بطريقتهم الخاص. ولنضرب بعض الأمثلة لكل.

فمن أمثلة التدخل لتقليل تكلفة المبادلة، انشاء نظام قانوني للعلامات التجارية. ذلك أن الغرض من العلامة التجارية هي أن يضع المنتج علامة بسيطة تميز منتجه عن غيره، بحيث إذا ما رآها المستهلك عرف المنتج ومكونات السلعة ومدى جودتها. وهكذا فإن العلامة التجارية تقلل من تكلفة البحث بين السلع. ولنا أن تصور نظاماً لا توجد فيه علامات تجارية مطلقاً: كما في سوق الفاكهة مثلاً، إذ لا يتوصل المستهلك إلى معرفة جودة السلعة إلا بأن يمسك كل حبة من حبات المانجو أو التفاح على حدة مختبراً إياها، وهو إختبار لا يذله مجال على مدى جودة الطعم، ما لم يكن له علم مسبق بفصيلة الفاكهة مكان منشأها. وهكذا تختصر العلامة التجارية كل هذه المشاق.

ومثال ذلك أيضاً نظام توحيد الجودة الذي يضيف على كل من يحصل على شهادة جودة معينة حداً أدنى من الصلاحية تسهل على التعاملين في السوق تقييم السلعة أو الخدمة. ومثل ذلك التقليل المباشر لتكاليف التسجيل أو التعريفات الجمركية، أو مطاردة الموظفين المرتشين وما إلى ذلك.

ومن أمثلة ذلك كذلك استلزام المشرع إقامة جماعة للدائنين عند تفليس التاجر، أو جمعية لحملة السندات تمثل مصالحهم في مواجهة الشركة.

ومن أمثلة التدخل لحفز الأفراد على التعاقد ما يتدخل المشرع مقررراً به حقوقاً فيدفع هذا التدخل الأفراد إن شاؤوا إلى التعاقد. بحيث أن علاقة الأفراد قبل التدخل لم تكن لتدفعهم للتعاقد مما كان يغلب معه التوزيع غير المناسب للموارد. ولتأخذ عدة أمثلة.

فمن مثل ذلك تقرير القصاص في حالة القتل العمد، مع تمكين ولي الدم من العدول عنها إلى الدية أو العفو.¹⁴ ذلك أن المجتمعات تختلف في تقييمها لحق الحياة، بل ولحق القصاص. وفي مجتمع تغلب عليه الرغبة في القصاص يعطى المشرع أولياء الدم ذلك الحق بحيث تحقق الدماء وتجنب الصراعات الاجتماعية. أما إذا تطور المجتمع فمال إلى العفو وإلى التعويض المدني حلت الدية محل القصاص.

بل وفي حالة مجتمع القصاص كذلك، قد تكون أسرة المحني عليه فقيرة تفضل الدية، أو مبلغ أكبر تحصل عليه فتجني به أسرة المحني عليه من زوجه وأولاده القصر أو إخوته عوضاً عن قصاص لا يبغي عنهم شيئاً. وليس في ذلك إخلال بالنظام الاجتماعي أو محاباة للمجرم الغني، إذ الفرض هنا أن القاتل قاتل لمرة واحدة لا تستشعر منه خطورة إجرامية ويرغب المجتمع في أن يعود إليه بعد صلاح حاله. فإن لم يكن حال القاتل كذلك لزمته إلى جوار الدية ما قد يراه القانون من تعزيز مناسب يدفع خطورته الإجرامية.¹⁵

¹⁴ انظر في ذلك، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، القسم الخاص، نادي القضاة، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٥٨، بند ٣٢٨ وما بعده.

¹⁵ انظر المرجع السابق، ص ٢٦٠ بند ٣٣٣ و٣٣٤.

ولنا أن تصور العكس، إذا ما كانت القاعدة لا تقرر حق القصاص أصلاً، إذ لا يجد من يرغب في القصاص إلا طريق الجريمة والثأر والاضطراب الاجتماعي سبيلاً ولا مجال لتفاوض أو لتطور القاعدة القانونية بتطور أهداف المجتمع المخاطب بها.¹⁶

ومثال ذلك كذلك حقوق براءات الاختراع. فاصطلاح براءة الاختراع ينصرف إلى الحقوق ذات الطبيعة المادية التي تترتب لمنتج العمل أو التقني. وينشأ عن هذا الحق استطاعة هذا المنتج استعمال واستغلال منتجه، كما يمكنه التصرف فيه لمن شاء. ولاشك أن هذه القدرة على استغلال المنتج تنشأ بطبيعتها بمجرد قيام الشخص بإبداع منتجه. غير أنها في تلك اللحظة لا تعدو قدرة مادية مجردة، بل ونظرية. ذلك أن هذه القدرة لا يميزها ما يميز الحقوق من خاصية "الاحتجاز" أو قابلية المالك لاستثناء الغير من استخدامها. فقد يقوم شخص بالتوصل لتركيبة كيميائية معينة، ثم يتوصل آخر لذات التركيبة دون إمكان منعه عن ذلك.¹⁷

بل إن المشكلة تزداد إذا قرر المنتج أن يضع منتجه قيد الاستعمال أو الاستغلال. فبمجرد خروج المنتج للسوق وتعرضه للعيون ينكشف سره ويتعرف الخبراء على سر صناعته بحيث يبيت من غير المحدي عرضه عليهم. بمقابل إذا كان بإمكانهم تصنيعه بأنفسهم. ويعد هذا من وجهة النظر المادية الاقتصادية البحتة استعمالاً غير أمثل للموارد. إذ يدفع مثل هذا النظام المنتجين إلى الضن بمجهودهم وعلمهم على إنتاج جديد لا يعود عليهم بالربح، وتراجع المؤسسات المالية والتجارية عن تمويل المخترعين المبتدئين.

لذلك كله كان من الحتمي، إن أريد لهذه الحقوق أن تعود بمردود مادي على صاحبها أن نكتسب قدرأ من القدرة القانونية على حجز الغير عن استعمالها دون ترخيص من المنتج. فعنصر الحماية هنا هو قانوني محض يضعه القانون ويحيطه بالجزاءات والإجراءات التي توهم أولاً للاعتراف بوجوده ونسبته إلى صاحبه، ثم تخول صاحبه مطاردة من يعتدون على حقوقه وحجزهم عن المساس بها.

وبذلك يلزم المشرع في خلال فترة الاحتكار القانوني كل من يرغب في استغلال المنتج أن يتعاقد على شرائه من منتجه وبذلك يؤدي هذا لتحقيق ربح مناسب للمنتج مما يدفع المنتجين إلى التنافس في إنتاج كل جديد وتحسين منتجاتهم.

(ب) - وأما الحالة الثانية فيستحيل فيها التفاوض، فيتدخل المشرع مقررأ الحق والالتزام بحيث يؤدي إلى استغلال أمثل للموارد. ويستحيل التفاوض والتعاقد بالذات عندما تغلب اعتبارات غير مادية، عاطفية مثلاً، أو يتعدى من يتعدى إليهم أثر العقد بحيث يستحيل اجتماعهم للتفاوض.

¹⁶ انظر في العرض للدراسات الاقتصادية المتعارضة في الموضوع، كوتر المرجع السابق، ص ٥٠٠ وما بعدها، مع ملاحظة أن الجدل بين الاقتصاديين ينصب بصورة أساسية على مدى الأثر الرادع لعقوبة الإعدام ومدى تكلفة إدارة النظام وليس على المبادئ الأخلاقية بهذا الشأن. انظر كذلك:

¹⁷ انظر :

فمن أمثلة ما يتدخل به المشرع مثلاً، القاعدة المقررة للقسامة في الشريعة الإسلامية. ذلك أن الشريعة تلجأ عند العثور على قتيل في حي من الأحياء¹⁸ إلى قاعدة هي بين الموضوعية والاجرائية. ذلك أنه إذا استحال معرفة القاتل طوّل أهل الحي بتقديم عدد منهم خمسين- يقسمون أنهم ما قتلوه وما عرفوا قاتله. غير أن ذلك لا يبرؤهم، وإنما تلزم الحي دية المقتول.¹⁹ والعلة في هذه الحالة أن أهل الحي أقدر الناس على تنظيم الأمن ومراقبة الغرباء وسلوك أهل الحي، فالزمهم المشرع بالدية دعفاً لهم إلى الحرص على صيانة أرواح من يرتاد منازلهم واليقظة لما يدور في طرقاتهم، وهم أقدر عليه.²⁰

ومن أمثلة ما يتدخل به المشرع كذلك القواعد الخاصة بمنع التلوث الصادر من المصانع وخلافه. والحق أن في ذلك مثال جيد على ما نود إيضاحه. فقد جاء بروتوكول كيوتو الخاص بمنع إصدار الغازات الضارة بالغلاف الجوي بنظام فريد، يخصص فيه لكل دولة حصة من التلوث تبته. غير أنه لما كان من الدول ما يبت أكثر من حصته ومنها ما يبت أقل منها، أباح المشرع الدولي تبادل الحصص شرائها. والشاهد هنا، أن مجتمع الدول محدود الأفراد يمكن فيه التبايع في حصص التلوث. أما في داخل الدولة الواحدة حيث يتعدد المضارون وتتضارب مصالحهم ويسود الجهل أو عدم المبالاة فإن أعمال مثل هذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته.

وهذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته. حيث يتعدد المضارون وتتضارب مصالحهم ويسود الجهل أو عدم المبالاة فإن أعمال مثل هذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته.

وهذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته. حيث يتعدد المضارون وتتضارب مصالحهم ويسود الجهل أو عدم المبالاة فإن أعمال مثل هذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته.

وهذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته. حيث يتعدد المضارون وتتضارب مصالحهم ويسود الجهل أو عدم المبالاة فإن أعمال مثل هذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته.

وهذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته. حيث يتعدد المضارون وتتضارب مصالحهم ويسود الجهل أو عدم المبالاة فإن أعمال مثل هذا النظام قد لا يبدو ملائماً تماماً لغايته.

18 عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 331 بند 459.

19 بين الفقهاء خلاف في مشروعية القسامة وشروطها وكيفيةها، انظر في تفصيله المرجع السابق ص 321 وما بعدها.

20 المرجع السابق ص 328 بند 454.

المبحث الثاني

دور القاعدة القانونية الحاكمة للعقد في ظل التحليل الاقتصادي للقانون

عرضنا فيما سبق نظرة مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون لدور القواعد الأمرة والمكاملة بوجه عام، ونعرض فيما يلي لدور هذه القواعد في حكم العلاقات التعاقدية بين الأفراد ومدى تأثيرها على مضمون ونفاذ هذه العقود. ونستهل الحديث بشرح موجز لمشكلة التعاقد في ضوء نظرية اللعبة، لتلقى ضوءاً على طبيعة تصرفات الأفراد المتعاقدة قبل أن نعرض لبعض المبادئ العامة التي تمس مختلف جوانب العقد من حيث الأثار والانعقاد.

أولاً: نظرية اللعبة وأهمية دور القانون الحاكم للعقد:

تشكل نظرية اللعبة (Game Theory) الإطار النظري الذي يستعمله الكثير من المحللين الاقتصاديين والاجتماعيين في الوقت الحاضر للتنبؤ بتصرفات الأفراد والمجتمعات وصولاً إلى الرسم المسبق للسياسات التي تتناسب مع هذه المواقف. وتعني نماذج هذه النظرية بالتنبؤ بما يسمى بـ"السلوك الاستراتيجي" للأفراد، وهو"السلوك الذي ينشأ عند تفاعل شخصين أو أكثر مع استناد قرار كل منهما على السلوك الذي يتوقعه من الآخرين"²¹. ونعرض هنا في عجالة، وببساطة، لأحد أبسط نماذج النظرية والآثار التي تؤدي إليها بشأن العقود.

١- معضلة السجين وأهمية التدخل القانوني:

تشكل معضلة السجين المثال التقليدي شديد التبسيط الذي يبدأ منه في فهم مسائل نظرية اللعبة أو المباراة. وتثير هذه المعضلة²² انتباه القارئ إلى عدة أمور، منها أهمية توافر المعلومات والاتصالات، ومنها أثر غياب الاتصال على القرار الرشيد للشخص، بخاصة مدى إمكانية ادخال تعديلات بسيطة في قواعد اللعبة لدفع الأفراد إلى اتخاذ سلوك مضر بهم أو أقل نفعاً من التصرف الأمثل.

وفي أبسط صورها، تجرى المعضلة كالتالي:

ارتكب زيد وبكر جريمة سطو على بنك. ولما كانت الشرطة تتشكك في أنهما اللصان فقد بادرت إلى القبض عليهما بسبب جريمة بسيطة هي جريمة احراز سلاح بدون ترخيص، ووضعتهما كل في زنزانة مستقلة وشرعت في استجوابهما. غير أن موقف الشرطة موقف حرج، إذ لا تملك أي دليل على قيام زيد وبكر بالسرقة، وليس أمامها إلا أن تحاول انتزاع اعتراف من أيهما، وذلك طبعاً بوسيلة مشروعة.

DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER, RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW, 1, ²¹ (Harvard University Press, 1998).

²² للتعبير الإنجليزي هو Dilemma وهو ما يمكن أيضاً ترجمته بـ"مشكلة" غير أن تعبير معضلة قد سبق استخدامه لدى بعض المراجع العربية وهو أقوى في التعبير عن المعنى المقصود فرائنا الاحتفاظ به.

وعليه، فقد اقترح الضابط المحقق على كل من زيد وبكر، على حدة، الاعتراف في مقابل الزول بالعقوبة إلى حد أقل من الحد الأدنى في جريمة السلاح. غير أن شرط المكافأة هو ألا يعترف الشخص الآخر، فإن اعترف كلاهما حصل كل منهما على صف العقوبة المقررة لجريمة السطو.

وبذلك فإن العقوبات الممكنة كالتالي:

- ١- عقوبة حمل السلاح: سنة واحدة.
- ٢- نصف جريمة حمل السلاح: ٦ أشهر.
- ٣- عقوبة السرقة: ١٠ سنين.
- ٤- نصف عقوبة السرقة ٥ سنين.

وعليه تبدو الاختيارات المتاحة لزيد وبكر في صورة الجدول التالي:

		بكر	
		اعترف	لا تعترف
زيد	اعترف	٥/٥	١٠/٥
	لا تعترف	١٠/٥	١/١

والظاهر للعيان أن أفضل اختيار مشترك يظفر به الطرفان هو أن يتفق كلاهما على عدم الاعتراف فيحصل كل منهما على سنة واحدة من الحبس كعقوبة. غير أن فرصة الاجتماع والاتفاق على ما يتخذ من حلول غير متاحة لزيد وبكر وعلى كل منهما أن يتخذ قراره منفرداً. ولنا أن نتصور أن تفكير كل منهما يجري كالتالي:

زيد أمامه اختياران أن يعترف أو لا يعترف، لكنه لا يدري كيف سيتصرف بكر. إذا ما اعترف بكر، فإن أفضل اختيار لزيد هو أن يعترف هو الآخر ليخفص العقوبة من ١٠ سنوات إلى خمسة. إذا لم يعترف بكر، فإن أفضل حل لزيد هو أن يعترف مخفصاً العقوبة من سنة لسته أشهر. وبالتالي فإن زيد سيعترف في كل الأحوال.

بالمقابل، يجري بكر تحليلاً مشابهاً يؤدي به إلى الاعتراف في كل حال.

وهكذا فإن الحل الحتمي لمعضلة السجين (The dominant strategy)²² هو اعتراف الطرفين ليحصل كل منهما على خمس سنوات من العقوبة. وهو ثاني أسوأ عقوبة يمكن أن يحصل عليها أي منهما. وعليه فإن اقتراح تخفيض العقوبة مقرونًا باستحالة الاتصال بين الطرفين أدى بهما إلى اختيار نتيجة ليست هي الأفضل بالنسبة لهما. غير أنه لاشك أن الأطراف لو كانت اتبحت لهما فرصة الاتفاق، وكان كل منهما على ثقة من الآخر لأمسكا كلاهما عن الإعتراف. المشكلة إذن هي في هذه الامكانية وتلك الثقة.

غير أننا قبل أن نعرض لهذه المسألة، نعرض أولاً لمعضلة السجين متمثلة في مشكلة عقدية.

٢- معضلة السجين في إطار عقدي:

هب أننا في دولة لا يسودها القانون، أو أن القانون فيها لا يلزم الأفراد بتنفيذ اتفاقهم. في هذه الدولة يسكن عمرو وخالد. عمرو ثرى أمثل، غير أنه لا يفقه في التجارة، وخالد تاجر ماهر غير أنه لا يملك رأس المال الكافي.

عمرو أمامه اختياران، إما أن يستثمر أمواله، ١٠ آلاف جنيه، لدى خالد أو لا يستثمرها، وخالد لديه اختياران في حالة ما استثمر عمرو أمواله معه، إما ينفذ التزامه أو يكتفي بالاستيلاء على أموال عمرو. إذا قام خالد باستثمار أموال عمرو سيتحقق ربح مقداره ١٠ آلاف جنيه تقسم مناصفة بين الطرفين. الاختيارات يمكن تمثيلها في الجدول التالي.

	لا تستثمر	استثمر	
لا تستثمر	٠/٠	٥/٥	نفذ
استثمر	٠/٠	١٠/١٠-	لا تنفذ

²² تعرف Dominant strategy بأنها "الاختيار الأفضل ليا كان السلوك الذي يختاره اللاعب الآخر"، بيرد، المرجع السابق ص ١١.

هنا المسألة مختلفة قليلاً عن المسألة السابقة. عمرو أمامه اختياران، أما خالد فيكاد يكون اختياره محدوداً. إذا قام عمرو بالاستثمار معه، فلاشك أن يربح أكثر بعدم التنفيذ والاستيلاء على كامل المبلغ لنفسه. هذا الحل واضح وبديهي إلى درجة تجعل عمرو لا يستثمر أبداً مع خالد، وهكذا يفقد كل منهما الفرصة المناسبة للربح.

ويقودنا ذلك إلى استنتاج أنه في غيبة أسلوب لإنفاذ العقود لن يشعر الأفراد بالأمان وسيحجمون عن التعاقد.²⁴

٣- بديلاً انفاذ العقود:

يمكن القول بأن هناك طريقين لزاماً للأفراد بتنفيذ عقودهم؛ الطريقة الرسمية والطريقة العرفية. أما الطريقة الرسمية فعن طريق اللجوء للمحاكم ثم تنفيذ الحكم عن طريق السلطة التنفيذية للدولة.

أما الطريقة العرفية فتعتمد على طبيعة المجتمع المحيط. فنحن نذكر أن احجام الأفراد عن الدخول في التعاقدات كان مصدره أن أحدهما يجد حافزاً على الاخلال بالتزاماته من خلال ما سيحققه من ربح في حين يجد الآخر مانعاً دون التعاقد للخسارة المؤكدة التي سيمى بها.

لكن هب أن هناك مصلحة يجيها خالد من تنفيذ التزامه، وأن هذه المصلحة بيد عمرو.

اعتبر المثال التالي:

هب أن عمراً يملك ثروة طائلة. عمرو يرغب ابتداءً في استثمار عشرة آلاف من الجنيهات مع خالد، فإذا نجح الاستثمار فإنه سيعاود استثمار عشرة آلاف جنيه كل سنة.

هنا، على عكس المثال السابق، خالد لديه اختياران: الأول أن يستولى على المال الذي أعطاه إياه عمرو محققاً ربحاً قدره عشرة آلاف جنيه. في هذه الحالة عمرو لن يستثمر أى مال آخر وسيكون العشرة آلاف هو أقصى مبلغ يحققه خالد من التعاون مع عمرو. الاختيار الآخر هو أن يتعاون خالد مع عمرو، وفي هذه الحالة فإنه يحقق بالتعاون مع عمرو خمسة آلاف صافية كل سنة.

أما إذا استولى خالد على المال فإن عمراً سيعاقبه برفض التعامل معه ثانية. هذه القدرة على القصاص تسمى في نظرية اللعبة بـ Tit for Tat strategy أو "واحدة بواحدة" أو يمكن أن نسميها بامكانية القصاص.²⁵

²⁴ كوتر، المرجع السابق ص ١٩٨.

²⁵ أنظر كوتر، المرجع السابق، ٤١ و ٤٢، وأنظر في شرح للعبة المتكررة والسياسات المختلفة الممكن اتباعها، ممثلاً لها في ظل منافسة بين مؤسسات تجارية مختلفة، بيرد، المرجع السابق ١٥٧ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٧١ و ١٧٢.

بالطبع، هذا الاختيار يتوقف على عدة مسائل. مثلاً قدرة خالد على أن يستولى على المال ثم يتعاقد مع آخرين ويستولى على أموالهم كذلك. أو أن ينتقل من مجتمع إلى آخر ليتحايل في كل مجتمع مرة محققاً ربحاً. أيضاً يتوقف هذا على التكاليف النسبية لكل اختيار. فخالد في كل مرة سيبحث عن ضحية جديدة، ويحاول اقناعها بالدخول في العقد، ويتعاقد، ثم يفر بالأموال وهكذا.

وبالتالي فإن الاعتماد على أسلوب القصاص الاجتماعي يعتمد على وجود نوع معين من العلاقات الاجتماعية. فهو يتطلب في الغالب مجتمعاً صغير الحجم، وعلاقات متشابكة مترابطة، وأفراد يعرفون بعضهم البعض وتنتشر المعلومة بينهم بسهولة. في هذه الحالة تغدو أساليب الإنفاذ والتنفيذ الجبري الاجتماعية كلفة وتعرض عن اللجوء إلى قوة الدولة لانفاذ العقود.²⁶

ولاشك أن من أمثلة هذه المجتمعات سوق التجار، حيث ينشأ بينهم التعاون المستمر المشترك والترابط والاعتماد المشترك على ائتمان كل منهم.

٤- أثر انتهاء اللعبة على سلوك الأفراد:

تبين لنا مما سبق وجود فارق بين نوعين من العلاقات، تلك البسيطة القصيرة غير المتكررة، التي تتطلب تدخل القانون بانفاذها، وتلك الطويلة الأمد القائمة في مجتمع صغير، التي تتيح للقصاص الاجتماعي أن يأخذ دوره. غير أن اللعبة من النوع الثاني قد تنقلب إلى النوع الأول إذا طرأ طارئ يغير حسابات الأفراد.

ذلك أنه متى تيقن الأفراد أن العقد بينهم هو العقد الأخير، انقلبت حساباتهم مرة أخرى إلى حسابات اللعبة الواحدة فأصبح من مصلحة الأفراد الاختلال بالتزامهم. غير أنه إذا تحقق لهم ذلك، فإنهم سيبادرون ويستبقون إلى الاختلال في اللعبة السابقة على الأخيرة، وهلم جرأً فينقلب الميزان تماماً ويفقد الجزء الاجتماعي فعاليته ويسود المجتمع الشلل والفوضى.²⁷

ولعل أهم مثال نلمسه في حياتنا العادية هي حالة الإفلاس. ذلك أنه متى اشتهر عسار التاجر ثم شهر إفلاسه انعدم اعتماد التجار على ائتمانه، وسارعوا وتسابقوا لتحصيل ديونهم والتنفيذ برهونهم أو محاولة الحصول على ميزات معينة. ولا يؤدي ذلك إلا إلى تزايد احتلال أعمال التاجر وتعذر حصول أي منهم على حقوقه.

بل إن الأثر ينصرف إلى مرحلة ما قبل الإفلاس. فالتاجر ما أن يستبين له أنه على وشك الإفلاس حتى يبادر إلى محاولة تريب أمواله والخروج بها خارج دائرة الإفلاس. أو قد يعتمد إلى جهد يائس لانفاذ تجارته فيتحايل على التجار في الحصول على قروض أو في ترتيب امتيازات غير مشروعة مقابل ديون جديدة وما إلى ذلك، أو قد يجأى بعض الدائنين على حساب بعض. ولعل هذا هو ما يفسر تماوى نظام الائتمان التجارى فجأة وعدم كفاية نظام السوق، بل الحاجة إلى

26 Stout, Lynn A., Why The Law Hates Speculators: Regulation And Private Ordering in The Market For OTC Derivatives, 48 DUKE L.J. 701 (1999).

27 كوتر، المرجع السابق، ٢٢٩.

التدخل القانوني من قبل الدولة، فتغل يد المدين، وتتكون جماعة الدائنين، وتبطل تصرفات المدين في فترة ترجع إلى تاريخ التوقف عن الدفع بل وإلى فترة سابقة عليها ولذلك لغلبة الريبة في غايات التاجر من اتخاذ هذه التصرفات. كذلك يشرع القانون عقوبات للتفالس بالتقصير والتدليس وغيرها مما يستعيز به القانون عن نظام السوق الذي كان كافياً طالما كان التاجر موسراً.

ثانياً: الحرية التعاقدية من منظور اقتصادي:

يبين لنا مما سبق أن قدرة الأفراد على التعاقد والتفاوض هي من أهم ضمانات السير المنضبط لنظام اقتصادي واجتماعي سليم. ويبين لنا بالتالي أن النظام القانوني يتعين عليه أن يطلق للأطراف العنان في تفاوضهم، بوجه عام. غير أن ذلك غير كاف إذ يلزم أن يقوم القانون بإنفاذ ما يتفق عليه الأطراف، أياً كان.

ويتشعب عن هذا المبدأ مسائل:

١ - حاجة الأطراف للإكراه القانوني لإنفاذ عقودهم:

المسألة الأولى أن القانون يتعين أن يتدخل إيجاباً بأسياغ القوة الملزمة على اتفاقات الأفراد وبوضع سلطات الدولة في خدمة هذا الغرض. إذ بذلك يقبل الأفراد على التعاقد آمينين، وهو ما يؤدي إلى حسن استغلال الموارد من ناحية وتوزيعها بما يتلائم مع قدرات الأطراف ورغباتهم. وليس هذا الإنفاذ لازماً فحسب حيث تتعدم الوسائل الاجتماعية البديلة، بل حتى في وجود هذه الوسائل، إذ يؤدي وجود سلطة القهر لدى الدولة إلى تقليل تكلفة المبادلة بتخلق الاحساس بالالزام وبصرف الموارد الموجهة للتنفيذ إلى أنشطة أكثر جدوى.

٢ - استغناء الأفراد عن هذا الإنفاذ في حالات معينة. (مجموعات مغلقة، سوق سوداء، عصابات، ديون قمار، تجار).

المسألة الثانية هي أن بعض المجتمعات قد تكون في غناء عن تدخل القانون بالإنفاذ الرسمي. ومثال ذلك الأوضح، هو السوق ومجتمع التجار الذي تسوده أعرافهم وتجربهم على الانصياع له الشبكة المترابطة من الاعتماد والائتمان المتبادل القائم بينهم. وتسود هذه الظاهرة بصورة أكبر في المجتمعات الأكثر انغلاقاً حيث عدد الأفراد محدود وشروط الانضمام صعبة. ومثالها في صورته المشروعة هو مجتمع البنوك. غير أنه له صور غير مشروعة كما في السوق السوداء وبين العصابات الاجرامية. وأهمية فهم هذه الظاهرة هو الانتباه إلى أن منع معاملة معينة لا يؤدي جتماً إلى اختفائها وإنما يؤدي إلى انحصارها في مجموعات معينة وبقواعد صارمة من حيث التطبيق.

ويترتب على ذلك، بصورة خاصة، آثار هامة في إطار النظرية الاقتصادية-السياسية. هذه الآثار يتعين الانتباه لها حتى نحسن فهم الدور الحقيقي الذي تلعبه القاعدة القانونية.

أول هذه الآثار، أن الدافع وراء قيام الدولة بمحظر نشاط معين أو على الأقل حرمانه من اللجوء للمحاكم الرسمية قد يكون غرضه خلق احتكار لمصلحة بعض الأفراد دون بعض. بمعنى آخر، فإن الحظر والمنع يحمل في طياته فوائد للبعض دون البعض. لذا فإنه كثيراً ما يلاحظ إقبال بعض الصناعات على المطالبة باخضاعها للتنظيم الحكومي، إذ يضمن هذا لها

احتكاراً معيناً وضعف المنافسة من الخارج. وبالتالي فإن اللجوء لمثل هذا التدخل الحكومي يتعين أن يُوحد بحذر شديد إذ يؤدي في الغالب إلى تقوية أرباب الصناعة المنظمة عوضاً عن اضعافهم، كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة.²⁸

وتكمن أهمية هذه الملاحظة في الوعي بأن الانتقال من التدخل الحكومي الرقابي الأمر إلى اطلاق قوى السوق لا يأتي بالضرورة على حساب المستهلك ولمصلحة التجار، بل إن العكس يغلب أن يكون صحيحاً، إذا ما صاحب ذلك التأكد من كفاءة القوانين الحاكمة لشفافية السوق وحرية المنافسة. ولعل هذه المسألة تجدد أوضاع أمثلتها في الدراسات المتكررة التي أجريت على صناعتى الطيران والهاتف في الولايات المتحدة الأمريكية.

الأثر الثانى، هو أن حظر نشاط معين قد يؤدي إلى إجبار الأفراد على ابتداء نظامهم الخاص وارتكافهم إلى التنظيمات الاجتماعية الأخرى، وهو ما قد يؤدي في النهاية إلى نتائج أكثر كفاءة من التدخل الحكومي، خاصة إذا كانت آثار الصناعة غير متعدية إلى غير أعضائها، بل وأحياناً بالرغم من هذا التعدى. ويبدو أحد الأمثلة التاريخية لمثل هذا الأثر فيما لاحظته البعض بشأن سوق "كوبونات" الأرز في اليابان في القرن السابع عشر، إذ أدى اقترن حظر لجوء أطرافه للمحاكم الرسمية بتطور نظام رقابي داخلي غاية في الكفاءة.²⁹

وشبيه به ما حدث في سوق المشتقات المالية الحديثة، وبصورة خاصة السواب أو عقد مقايضة الديون، إذ نشأ النظام في ظل حظر التعامل في العملات الأجنبية وبغرض التحايل عليه. كما نشأ في ظل نظم وطنية للإفلاس كلها غير مواتية لطبيعة العلاقة. غير أن هذا أدى الى حصر المعاملات في هذا السوق بين البنوك والمؤسسات المالية الضخمة والشركات عبر الدولية، بما أدى معه لنشأة نظام قانونى ورقابي غاية في الكفاءة اضطرت الحكومات من بعد للانصياع له بتعديل قوانينها الوطنية لتتفق معه.³⁰

وينشأ عن هذا الفهم فهم أعمق لحقيقة الحظر التشريعى الذى قد يأتي لا بقصد تحريم أفعال معينة وإنما بقصد اباحتها في حدود ملائمة، مع ترك هذه الحدود الملائمة للمشاركين في السوق ليقدروها وفقاً لكفاءة النظم التي يتدعونها.

وتفريعاً على ذلك، فقد يعمد المشرع إلى دعم وجود هذا المجتمع المستقل باعرافه، فيقرر انفاذ هذه الأعراف قانوناً، ويقرر من النظم القانونية ما يدعم وسائل الانفاذ والتنفيذ الخاصة التي يعتمدها هذا المجتمع، ويجد ذلك تطبيقاً واضحاً في اختصاص التجار المحترفين بقانون تجارى يحكمهم، كما هو الحال في القانون الفرنسى والقانون المصرى المنقول عنه. ذلك أنه يمكن القول بأن "السوق" يعد نموذجاً مثالياً لمجتمع تحكمه عادات و أعراف ملزمة تنطور لتلائم حاجات

²⁸ انظر بصفة خاصة:

Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 no 4 J.Pol.Econ 807.

²⁹

Mark D. West, *Private Ordering at the World's First Futures Exchange*, 98 MICH. L. REV. 2574 (2000)

³⁰ انظر في تحليل أسباب قيام هذا التنظيم الخاص، وفي زواله تدريجياً بزوال المعوقات القانونية:

MOATASEM ELGHERIANI, *NETTING AGREEMENTS IN DERIVATIVES MARKETS: THE CONTRACTUAL FRAMEWORK AND ITS REGULATORY IMPLICATIONS*, 183-185 (Berkeley 2004).

أفراد الواعين باحتياجاتهم والذي تتوافر له أدوات اجتماعية قادرة على اكساب هذه القواعد صفة الازام. والسوق بمعناه المادى هو حيز مكاني محدود يؤمه تجار بصفة دورية- يومية أو غير ذلك- فيعرضون خدماتهم و بضاعتهم، و تنشأ بينهم بسبب ذلك علاقات متكررة واعتماد متبادل يضيف أهمية كبرى على سمعتهم التجارية و ما يشتهرون به من اعتياد على الوفاء بالتزاماتهم. غير أن ملاحظتنا تظل صحيحة بصدد السوق بمفهومه المعنوى: أى كل التقاء لارادات الأفراد و ان لم يلتقوا عينا لعين ما دام هذا الالتقاء على سبيل التكرار و ما دام باب التعامل مفتوحا أمام أفراد عدة و مؤديا في النهاية الى التبادل المادى للخدمات و البضاعة.

والتعاملون في السوق على نوعين: احدهما يسعى للسوق متفقاً للنقد طالبا للخدمة أو السلعة و الآخر مقدم لها. فأما من يؤم السوق على سبيل التكرار و الدورية بقصد التكبس و طلب الرزق، فذلكم التاجر. هذا التاجر يعد عضوا في مجتمع السوق يستفيد من عاداته السائدة و يخضع لأدوات انفاذها؛ اذ يؤذيه الطرد من السوق أو ضعف ائتمانه أو تدنى سمعته بين أقرانه و يرهقه عسف المنافسة اذا ما تعرض لها وهو ما يخلق لديه الاعتماد على السمعة التجارية و يولد لديه احتياجا لحسن العلاقة بزلائمه التجار الذين يبادلونه المنافع و الائتمان والتضامن. أما النوع الثانى فيرتاد السوق بصفة عارضة ليقضى خدمة أو يشتري بضاعة غير هادف لربح مادى ظاهر سوى اشباع حاجاته الى تلك البضائع و الخدمات. وهو بهذا و ان كان خاضعا حتما لأعراف السوق ليس طرفا في المجتمع الذى يسن القواعد و لا يملك انفاذها الا من حيث هو مستهلك يؤثر مسلكه على قوى السوق و بقدر ما تستجيب هذه الأخيرة لرغباته. و غير خاف أن هذا التقسيم يختلف بين سوق و آخر؛ فالبائع التاجر في سوق الماشية مشتر عارض في سوق الفاكهة و ان كان مشتر تاجر على سبيل التكرار في سوق أعلاف الماشية.

اذن فان استهداف الربح من خلال الانخراط في نشاط اقتصادى و مباشرته على سبيل التكرار يلقى بالفرد من أفراد المجتمع في خضم مجتمع ذى طبائع و عادات و أعراف خاصة و توهل هذا الفرد لاختضاعه لقوانين ذلك المجتمع. كذلك فان هذا التفصيل يقتضى أن أنشطة التاجر التى ينخرط فيها بسبب أو لمناسبة نشاطه الأصيل تسبغ صفة التاجر عليه في شأنها بالتبع لعمله الأصيل و في حدود العلاقة القائمة بين العمليتين بحيث أن التاجر اذا ما انخر في السوق لغير غاية نشاطه التجارى لزم أن يعتبر من عموم الأفراد و انتفت عن عمله صفة التجارية التبعية. ولذلك كله يكون من المنطقى أن يفسح النظام القانونى المجال للتجار لاعمال أعرافهم التى تستجيب لحاجتهم و تتطور بتطورها و يتدخل تدخلها بسيطا حين تعن الحاجة للعدول عن هذه الأعراف او تققيدها تغليبيا لصالح أعم يراه المشرع، او يتدخل باقرار عرف و تقنينه بعد أن استقر في يقين التجار ليضيف عليه مزيدا من الإلزام و يعلم به الغير و يسير الرجوع اليه امام المحاكم.

٣- اشتراط كون الاتفاق المنفذ بين أطراف قادرين على التفاوض. (قواعد الأهلية، والإذعان)

يلزم عن المبدأ السابق، أن انفاذ القانون للعقود يأتي بشرط انصراف ارادة الأطراف الحرة إليه. أما إذا كانت إرادات الأطراف غير حرة أو غير واعية فيقتضى المبدأ التدخل العكسى. يمنع انفاذ مثل هذه الاتفاقات. وأمثلة هذه القواعد متفق عليها بين التشريعات في اشتراط سن أهلية معينة عند القيام بالنصرفات القانونية، وإبطال العقود الصادرة تحت إكراه، تحت تأثير جنون مستدم أو عارض. ويرتبط بذلك أيضاً القواعد المقررة في حالة عقود الإذعان التى لا يجد أحد الأطراف مفرأ من دخولها ودون أن يتاح له التفاوض الفعلى على شروطها أو التدخل في تحريرها.

لما كان تدخل المشرع لانفاذ العقود مستنداً إلى قدرة الأفراد إلى تحديد مصالحهم والتعاقد بشأنها، فإن الأمر يبدو مختلفاً عندما يأتي تعاقد الأفراد مولداً لآثار تتجاوز أطرافه لتمس غيره غير القادرين على التدخل في العقد. هذه الآثار الجانبية لأي نشاط والتي لا تدخل تكلفتها في اعتبار القائم بالنشاط تسمى بالـ "Externalities". هذه الآثار قد تكون محض آثار مالية يستطيع السوق أن يستجيب لها ملزماً التاجر أو المتعاقد بوضعها في اعتباره. غير أن تكلفة المبادلة المرتفعة قد تحول دون تدخل الغير تدخلاً فعالاً بما يترتب عليه إضرار بالمصالح الاقتصادية العمومية. ومثال ذلك الأشهر هي الأنشطة المسببة للتلوث أو الاتجار في المخدرات، فهي أنشطة تمس كيان المجتمع و يعجز الأفراد عن التدخل بمنعها.

في هذه الحالة يلجأ المشرع للتدخل بقواعد أمرة تلزم أفراد المجتمع بسلوك معين وتضمن وجود الحق في يد من يستحقه. وهذا هو الأساس التي يستند إليه مبدأ بطلان العقود المخالفة للنظام العام الذي ماهو إلا الأمن والصحة والآداب العامة.

٥ - تدخل القانون بتحديد القاعدة المكتملة للإتفاق تسهياً للتبادل ومضمون هذه القاعدة:

كذلك فقد يتدخل المشرع بوضع قواعد مكتملة في القانون، تسد الفراغ الذي يتركه الأفراد في العقد. ذلك أن الأطراف قد لا يدركوا احتمال وقوع خطر معين فلا يحتسبونه عند وضع قواعد العقد، ويلزم في هذه الحالة على القاضي أن يتدخل ليضع قواعد تحمل المشكلة بوضعها الذي طرأ. وهذه بصورة عامة هي نظرية الظروف الطارئة. فهي تتعلق فقط بأحداث لم يكن في الإمكان توقعها ولانجبتها. ولا تعدى هذه النظرية إلى المخاطر الداخلة في صميم نشاط أحد المتعاقدين، كاحتمال حدوث حادث للنقل أو خلل في أجهزة توجيه طائرته أو غير ذلك، كما لا تمس الأخطار الداخلة في جوهر الصفقة، كحدوث الخطر المؤمن منه في عقد التأمين أو ارتفاع أسعار السلعة المباعة وغيره.

في هذه الحالة على القاضي أن يتدخل، ويكون تدخله معياره أن يرد الأمر إلى حده المعقول، بحيث يشارك الطرفان في الضرر الحادث. ومعيار ذلك أن يعيد القاضي توزيع أعباء العقد على الصورة التي كان المتعاقدان ليتفقا عليها لو كانا توقعوا الخطر. ويحدث ذلك بأن يتحمل كل منهما عبء الخطر الذي كان لديه القدرة على توقعه أو اجتنابه أو تحمله أو التخلص منه.³¹

كذلك فإن الأفراد قد يعملون إلى ترك مسائل معينة خارج اتفاقهم، إذا قدروا أن التفاوض بشأنها قد يعطل العقد أو يزيد تكلفته زيادة لا تتناسب مع أهمية المسألة بالنسبة لهم. ويمكن التمثيل لهذه المعادلة التي تتم لاشعورياً لدى الأطراف كالتالي:

إذا كانت تكلفة الخطر × احتمال وقوعه > تكلفة التفاوض = لا تفاوض، وترك فراغ.

إذا كانت تكلفة الخطر × احتمال وقوعه < تكلفة التفاوض = تفاوض.

³¹ نظير بوزنر، المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها.

وفي هذه الحالة فإن القاعدة المكملة التي يأتي بها القانون، يتعين أن تكون هي القاعدة التي كان الأفراد ليتفقوا عليها لو تعاقدوا بشأنها. وأثر ذلك جد خطير. ذلك أن المشرع لو أصاب، فإن الأطراف سيعتمدون على ما قرره المشرع فيتركون التفاوض بشأن هذه المسألة كل مرة. أما إن أخطأ المشرع فقرر قاعدة ما كان الأفراد ليتفقوا عليها، فإن الأفراد سيصبحوا مضطرين في كل مرة للتفاوض والتوصل إلى قاعدة ملائمة غير هذه التي جاء بها المشرع.

بمعنى آخر، فإن خطأ المشرع في تحديد القاعدة الملائمة يؤدي إلى زيادة تكلفة التعاقد على الأفراد.

٦- قواعد التعويض والإخلال المبرر بالعقد والإثراء بلا سبب.

قدمنا فيما سبق لفكرة الـ Externality والأثار المتعدية لطرف العقد، وكيف أن المشرع يتدخل فيلزم المتعاقدين بتحمل كامل تكلفة سلوكهما حتى يجبرهما على وضع هذه التكلفة في الاعتبار عند اتخاذ قراره الراشد. ويتجسد هذا بصورة خاصة في فكرة التعويض، أو الضمان عن الفعل الضار أو عن الإخلال بالتنفيذ.

فالغاية من فرض تعويض هو إلزام الأفراد على اختيار السلوك الأمثل سواء منهم مقترف الفعل الضار أو المضرور. ذلك أن الأمر لا يخلو في كل حالة يقع فيها ضرر من أن يكون سببها سلوك خطر من قبل الضار أو المضرور أو كليهما، ودور القاعدة المقررة للتعويض هي جبر الضرر في الحال وقمع السلوك الخطر في المستقبل. ويلزم عن ذلك أن عليها أن تتوجه بخطابها إلى مقترف السلوك الخطر القادر على توقعه والكف عنه أو توقي أثاره الضارة فتدفعه إلى التوقف عن هذا السلوك أو توقي أخطائه. غير أنما أن تفعل ذلك في حدود معقولة لاتؤدي إلى شلل الحياة الاجتماعية. ويرر هذا الفهم بعضاً من القواعد المتعارف عليها الحاكمة للتعويض:

فأولها، ضرورة إلزام كل من سبب ضرراً للغير بسلوكه بالتعويض، وهو ما تقرره كافة القوانين. ويقترن بذلك ضرورة تخفيض التعويض أو تقرير عدم المسؤولية بمقدار اشتراك الغير، أو المضرور نفسه، في تسبب الضرر وهو أيضاً ما تتفق عليه القوانين وإن كانت تتخذ لذلك سبلاً مختلفة. كذلك، فمن المنطقي أن عدم تطبيق القاعدة إذا انتفى مبررها بأن كان الضرر غير ممكن توقعه ولا توقيه، وهو حال القوة القاهرة. وبالمثل فمن القواعد المنطقية قاعدة إلزام المتبوع بالمسئولية عن أعمال تابعه، إذ يترتب عليها اجبار المتبوع على مراقبة تابعه وإلزامه إياه السلوك السليم.³²

والمثال الأخير بصورة خاصة يشكل مثالا واضحاً على مدى أثر طريقة التدريس على تفهم علة القاعدة وإحسان تطبيقها. فنحن في كليات الحقوق ندرس أن المتبوع منتم بالمراقبة لتابعه، ولذا فإنه يغدو جديراً بالعقاب إذا ما أخطأ في هذه الرقابة. وواقع الأمر أن القانون أصلاً قرر أن المتبوع هو الأقدر على تمثيل المجتمع في مراقبة متبوعه ودرأ خطر أفعاله، فقرر إلزامه بهذه المراقبة، وكانت وسيلته في ذلك أن أثقل كاهله بالأثار المادية الناجمة عن خطأ تابعه فدفعه إلى أداء هذا الواجب.

والطريقتان وإن اتحدتا في إيضاح غاية النص فقد اختلفتا في أثرهما في تعميق فهم علة النص لدى دارسه ومطبقه. فالطريقة الأولى حديث عن الواجبات والالتزامات الأخلاقية المجردة مجهولة المصدر، أما الطريقة الثانية فتبين سبب الحكم الدافع لتبنيه وعلة تشريعه، وهو ما يبين معه كذلك الحد الذي يتعين أن يذهب إليه التشريع في تقرير هذه المسئولية.

³² انظر كوتر، المرجع السابق، ص ٣٦١-٣٦٢.

كذلك يعد التعويض الذى يقره المشرع للفضولى مثلاً واضحاً على التوازن الذى تسعى قواعد التعويض لتحقيقه بين التفریط المناق للتعاون الاجتماعى المطلوب وبين الاقراط المناق للعقل. فقد جعل المشرع الفضولى مستحقاً للأقل قيمة بين الضرر الحسارة اللاحقة به والنفع الذى أصاب المتفضل عليه. فأما الاقتصار على منحه ما أصابه من حسارة دون ما نشأ عن فعله من كسب فداغه ألا يندفع الناس إلى التدخل فى شون الآخرين دونما مرور بقصد التكبس من وراء ذلك، فتتخذ الفضالة شكل الوكالة رغم أنف الأصيل. وأما الاقتصار على مبلغ النفع إن كان هو الأقل، فغرضه الزام الفضولى بالتروى قبل التدخل، فإن رأى فى تدخله إهدار لموارد تفوق قيمتها قيمة المصلحة المتبغاة تعين عليه ألا يتدخل إذ أن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع. وإذ كانت المخاطرة بالمال الشخصى لانقاذ مال الغير سلوكاً حميداً فى أعم الأحوال، فإن انزالها إلى مشارف التهور غير المرر ليس صفة يهدف المشرع إلى الحث عليها وتشجيعها.

كذلك فإن تحديد المسئول عن التعويض يهدف إلى جوار ضمان التعويض، إلى تقليل السلوك الضار ذاته بالزام الأقدر على تجنب هذا السلوك بتحمل نتائجه الضارة. ومثال ذلك قواعد مسئولية المنتج والموزع التى قررها المشرع التجارى المصرى فى التقنين الجديد. فالمستهلك يتعرض فى استعماله للسلع المختلفة لأضرار تمس بدنه وماله. هذه الأخطار قد تكون ناشئة عن استعماله الطبيعى لسلعة خطيرة بطبيعتها كما قد تنشأ عن أخطاء فى تصنيع السلعة أو لعيوب لحقت السلعة أثناء تداولها بين التجار وقبل الوصول إلى يد المستهلك. فإذا أصاب المستهلك الضرر كان من حقه- من الناحية النظرية- الرجوع على المسئول عن الخطأ المسبب للضرر. غير أنه من الناحية العملية يكاد يستحيل ذلك. فالسلعة تمر بأبأاد عدة قبل وصولها للمستهلك، وتتوزع المسئولية وأسبابها بين هؤلاء التجار بحيث يصعب إثبات الخطأ فى حق أى منهم. ومن ناحية أخرى، تنشأ مشكلة رقابة جودة السلع فى ظل نظام سوق حر تتقدم فيه المنافسة ويتراجع فيه دور الدولة فى الرقابة. وإذا كان الأصل أن تأتى الرقابة فى صورة رد فعل المستهلكين بتجنب شراء هذه السلع وفى صورة دعاوى المسئولية التى يقيمونها على المنتجين والموزعين، فإن العقوبات التى تواجه هذه الدعاوى تحول دون إعمال مثل هذه الرقابة.

وعليه فقد أقام المشرع المصرى- نظاماً يكفل إلقاء عبء مراقبة جودة السلعة على الأطراف الأقدر على القيام بهذه المهمة. فالصانع هو أقدر الناس على رقابة صلاحية سلعته. وتاجر الجملة هو أقدر الناس على مراقبة الصانع، وتاجر التجزئة هو الأقدر على مراقبة تاجر الجملة، وهكذا دواليك عبر سلسلة الإنتاج والتوزيع. كذلك فإن الصانع هو الأقدر عند وجود عيوب فى السلعة- أو اتصافها بطبيعة خطيرة- أن يدخل تطوير على السلعة أو على الأقل يرفق بها التحذيرات وإرشادات الاستعمال المناسبة اللازمة. لذا فقد أتاح القانون فى تنظيمه الجديد الفرصة للمستهلك لمقاضاة المنتجين والمستهلكين دون تطلب رابطة عقدية تربطه بهم، ومع تسهيلات كثيرة فى إثبات الضرر والخطأ. وبذلك فقد ألقى المشرع بعبء تلافى العيوب وتطوير السلع على الطرف الأكثر قدرة على تحملها ألا وهو منتجها.

وعليه فقد أعطت المادة ٦٧ حق إقامة دعوى المسئولية لكل من أصابه ضرر بدنى أو مادى يحدده المنتج. ولهذا الحكم أثر خطير فى تحديد أساس هذه الدعوى وتوسيع نطاق المدعى عليهم المحتملين فيها. فالمشرع أباح لكل من لحقه ضرر من المنتج مقاضاة منتجها. وعليه فلا يشترط وجود رابطة عقدية بين المدعى والمدعى عليه. وبهذا فقد جعل المشرع المسئولية التصريية أساساً للدعوى كما أنه فتح الباب أمام المستهلكين لمقاضاة من شاؤوا فى سلسلة تداول السلعة. ويتيح ذلك الأساس للمستهلك مقاضاة أكثر المنتجين أو الموزعين يسراً بحيث يضمن الحصول على تعويض مجز كما يتيح للمستهلكين تجميع جهودهم لمقاضاة المنتجين وإلزامهم بتعديل منتجهم. بل إن النص على إطلاقه لا يشترط أن يكون المضرور هو المستهلك للسلعة الذى ابتاعها من الأسواق بقصد استعمالها. فإذا استعمل زيد سلعته فانفجرت لعيوب فيها وأصابت عمراً بجراح، كان لهذا الأخير الرجوع على منتج السلعة وموزعها بالتعويض عما أصابه من أضرار.

ومن أمثلة المشكلات المتعلقة بالتعويض كذلك ما يعرف في الجدل القانوني بمشكلة "الإخلال المرير بالعقد" Efficient breach, or justified breach. ويقصد به أن إخلال أحد المتعاقدين بالعقد قد يكون مريراً ويتعين السماح به إذا كانت تترتب عليه مصالح اقتصادية تفوق وتعوض ما يصيب المتعاقد الآخر من ضرر، بشرط تعويض هذا الأخير عن توقعاته المشروعة³³. ولاتستين حقيقة هذا المذهب إلا بضرب مثال:

زيد، يعمل نجاراً. اتفق زيد مع بكر على صناعة مكتب ومكتبة، بمبلغ خمسة آلاف جنيه على أن تسلم في خلال شهر من الآن. بعد أن بدأ زيد في تصنيع المكتب والمكتبة، حضر إليه خالد الذي عمر عن حاجته العاجلة لمكتب ومكتبة واستعداده لدفع مبلغ عشرة آلاف جنيه فيهما. زيد أمام أحد الاختيارين، الأول أن يصمم على عقده مع بكر، ويتخسر صفقة خالد، الذي سيخسر بدوره لعدم تمكنه من الحصول على الموبيليا في الوقت المناسب، أو أن يتعاقد مع خالد، يقبض العشرة آلاف جنيه، يعوض بكر عن التأخير بدفع مبلغ ألف جنيه مثلاً. العبرة هنا بمحاصل الفائدة الاجتماعية المتحققة. فائدة بكر المتقومة بمخسة آلاف جنيه تحققت بالكامل وكذلك فائدة خالد المتقومة بعشرة آلاف. في حين في الحالة الأولى كان بكر فقط سيحقق هدفه. لكن هب أن التأخر الناشئ في التنفيذ كانت تترتب عليه بالنسبة لبكر أضرار جمة تبلغ تتجاوز ما سيحققه زيد النجار من أرباحها لا يستفيد المجتمع من الإخلال بالالتزام، كما يتنفي الدافع لزيد لهذا الإخلال طالما أن القانون يلزمه بدفع كامل مبلغ التعويض لبكر.

ولقد أثارت هذه النظرية، ولازالت تثير، الامتعاض والحديث عن الأخلاق والواجبات الاجتماعية وما سواها، غير أنه لاشك أن هذه الاعتبارات تتوارى بعض الشيء عندما تكون المصالح المعنية محض مصالح مالية بين مؤسسات حل مهمها تحقيق أعلى ربح ممكن مما قد يبرر تبني قواعد قانونية تتلاءم وهذا الاتجاه. ولعلنا نجد في ما أتى به القانون التجاري المصري الجديد بشأن تعجيل الوفاء بالديون التجارية تطبيقاً تشريعياً لهذا الاتجاه.

فالمادة ٦٣ منه تبيح للمدين التعجيل بالوفاء بدينه رغم معارضة الدائن لذلك بشرط قيامه بالوفاء بكامل قيمة الدين دون خصم بالاضافة إلى كامل مبلغ الفوائد المستحقة لنهاية الأجل. وهذا الحكم هو استثناء من القواعد التي أتى تقرر أنه إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن والمدين كليهما فلا يجوز لأحدهما التنازل عنه فيقتضى أو يقتضى الدين قبل حلول هذا الأجل.

غير أن المشرع قد لاحظ أن الأطراف قد يتعذر عليهم الوصول إلى اتفاق بهذا الشأن، أو يغفلوا عنه، ثم يعرض للمدين ما يدفعه، أو يسمح له بوفاء دينه. ومثال ذلك أن يتحسن وضع التاجر المالي، أو يرغب في رفع الرهن المقيّد لبعض ممتلكاته التي ارتفعت قيمتها في السوق عن يوم رهنها، أو يرغب في الاستفادة من أسعار الفائدة الجديدة بعد تحسنها في السوق. فأراد المشرع أن يجعل للمدين في هذه الحالة سبيلاً إلى الخلاص من دينه، نظراً لما للاتمان من أهمية قصوى في حياة التاجر. وفي الوقت نفسه فإن جل هذه الظروف التي تدعو المدين إلى تعجيل سداد دينه، يترتب عليها إضرار بالدائن. ومثال ذلك أن يسدد المدين دينه ليخلص محله التجاري المرهون، فيحرم الدائن من دينه المضمون برهن عال القيمة. وقد يسدد المدين دينه لانخفاض سعر الفائدة في السوق، فيترك الدائن ليعيد إقراض ماله بهذا السعر المنخفض. ويضاف إلى ذلك أنه إذا لم يجز الدائن مثل هذا الوفاء المعجل - ابتداءً أو بناءً على طلب المدين - فإن في ذلك دلالة على قيام مصلحة في الإبقاء على الأجل. وعليه فلا يجوز حرمان الدائن من هذه المصلحة.

لذلك كله فقد وفق المشرع بين هاتين المصلحتين فقرر أن للمدين إلزام دائته بقبول السداد المعجل بشرط أن يدفع له الفوائد التي كانت ستستحق عليه حين حلول الأجل. فإذا كان المدين قد عجل سداد العائد فإن عليه في هذه الحالة أن يرى الدائن

³³ انظر في شرح هذه النظرية، كوتر، المرجع السابق، ص ٢٠١، بوزنر، المرجع السابق ص ١٢١ وما بعدها، انظر كذلك في عرض النظرية وعرض أوجه النقد التي يوجهها الفقه التقليدي لها:

من رده بعد أن صار غير مستحق لسداد الدين الأصلي. فأما بالنسبة لأصل الدين، فقد كان الأصل وفقاً للمبادئ المحاسبية أن القيمة الحقيقية للنقد الحالية تزيد على قيمتها المستقبلية باعتبار إمكان استثمار النقد حالاً بحيث يدر ربحاً لحين حلول الأجل الأصلي، وهو ما قد يدفع المدين الذي يعجل بالسداد إلى الرغبة في التزول بقيمة الدين إلى قيمته الحالية التي تقل عن مبلغ الخمسة آلاف جنيه. لذلك فقد أراد المشرع أن ينص صراحة على كون الأصل العام عدم استحقاق مثل هذا الخصم عند السداد المعجل.

وأما بالنسبة للفائدة فقد كان الأصل عدم استحقاقها إذ أنها إنما تستحق عن الأجل. غير أن المشرع أزم المدين بسدادها، وهو ما يجبر المدين على حساب ما يعود عليه من ربح أو فائدة من جراء السداد المبكر، الضرر بالدائن، مقارنة بالفائدة التي يلتزم بتعجيلها لدائته. فإن زاد الربح من إخلاله بالعقد على سعر الفائدة، فإنه سيعجل الوفاء وتحقق الفائدة الاجتماعية هنا من حصول كل طرف على مقصوده. أما إذا كان ما يصيب الدائن من ضرر أكبر، فمعنى ذلك أن الوفاء المعجل إنما سيحقق مصلحة المدين وحده على حساب الدائن والمجتمع ككل، وعليه فإن الزام المدين بدفع الفائدة يجعل من مصلحته يظل محتفظاً بالدين كما هو دون تعجيل للوفاء، وهو ما يتحقق كذلك المصلحة العامة في المجتمع. وذلك كله خاضع لحسابات وتقديرات المدين دون أن يلزمه القانون بسلوك معين بخظر أو أمر مباشر.

خاتمة

وبعد، فهذا مقال في السياسة التشريعية ومنهج الدراسة القانونية، يعرض لواحدة من أهم المدارس الفقهية الحديثة في الدراسات القانونية والاجتماعية على حد سواء، ألا وهي مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون. ويهدف هذا المقال إلى إعادة توجيه انتباه المعنيين بوضع القوانين وتطبيقها إلى الهدف من وضع القانون بوجه عام، وأهمية الحرص على دراسة وفهم الهدف من كل قاعدة قانونية وشروط كفاءة عملها، بحيث تأتي القواعد القانونية وتأتي تطبيقاً محققاً لأهدافها.

فأما خطابنا إلى المشرع فيهدف إلى توجيه انتباهه إلى أن دور القانون بقواعده الأمرة والمكاملة لا يراجع أبداً في ظل الاقتصاد الحر عنه في ظل اقتصاد موجه، بل إن الاقتصاد الحر والسوق الذي يدار من خلاله والمنافسة التي تحقق له مآربه تعتمد كلها على التدخل الكفء لنظام قانون متكامل. ولعلنا نرى في الاتجاه نحو التوسع التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا خاصة فيما يتعلق بالقوانين الحاكمة للمنافسة والاحتكار والأسواق المالية وحماية المستهلك خير دليل على تزايد أهمية التدخل التشريعي وخطورته.

غاية الأمر أن التدخل في ظل النظام الحر يستدعي قاعدة قانونية أكثر ذكاءً في الوضع والتطبيق تقود الأفراد إلى حيث ترغب عوضاً عن أن ترغبهم على ما ترغب، وتستعيز عن الجزاءات الخنائية بتمكين الأفراد، كلما كان ذلك ممكناً، من طلب التعويض وإبرام العقود وتحديد أهدافهم وغاياتهم برشادة اقتصادية تضع في اعتبارها كافة التكاليف الاجتماعية المترتبة على سلوكياتهم. كل ذلك يؤدي بنا إلى الزعم بأن الاقتصاد الحر أكثر حاجة لدور القانون وهو في ذلك يستخدم أدوات قانونية أكثر تنوعاً وتعقيداً من النظام الموجه تسعى إلى تحقيق أهدافها عن طريق مخاطبة حاجة الأفراد إلى تعظيم أرباحهم وتخفيض تكلفتهم، وهي الرغبات الحاكمة في ظل نظام تنافسي فعال.

ويقضى ذلك من المشرع بصفة خاصة محاولة الوصول إلى سياسة تشريعية أكثر انضباطاً وفعالية باستخدام آليات التحليل الاقتصادي مع ضرورة الفهم العميق والدقيق لطبيعة العلاقات القانونية قبل تحليل أي ظاهرة اقتصادية. ويتطلب ذلك بالضرورة دراسة الأثر المتوقع على سلوك الأفراد المخاطبين بالقاعدة (بما في ذلك قدرتهم على تجنب الخضوع لها)، مع دراسة التكلفة المتوقعة للقاعدة والفائدة المرجوة منها، وأخيراً الوعي بحقيقة الأثر التوزيعي للقاعدة الأمرة.

ولا يعني ذلك مجال تخلي المشرع عن السعي نحو تحقيق قيم أخلاقية واجتماعية معينة، بل يعني محاولة تحقيق هذه النتائج بأقصر وأكفأ الطرق المتاحة. ويتمثل ذلك مثلاً في التمييز بين صغار المستهلكين وكبار التجار من حيث النظم القانونية التي

تحكمهم، والعهدة إلى التجار المحترفين بحماية صغار المستهلكين عن طريق التوسع في قواعد المسؤولية غير الخطئية وتحمل التبعة. ومن ذلك أيضاً اعتماد نظم الرقابة الذاتية "Self Regulation" حيث تقوم أسواق الأوراق المالية وهيئات التسوية والمقاصة بوضع وانفاذ قواعد خاصة تكفل التزام المتعاملين في أسواق النقد والأوراق المالية بما يحقق الصالح العام.

غير أن هذا المقال يتوجه بالخطاب إلى القائمين على تطبيق أحكام القانون لا القائمين على وضعه فحسب. والعلّة في ذلك هو أن العمل القانوني التقني، حيث ينشغل المحامي والقاضي بتحليل النص وملاحظة مدى انطباقه على وقائع معينة أو محاولة اخراج واقعة من اطار مثل هذا النص كقيلة، مع تكرارها، بصرف نظر القاضي والمحامي عن علّة النص ومدى فعاليته في مواجهة الظاهرة الاجتماعية التي شرع من أجل تأكيدها أو القضاء عليها. هذا التطبيق الشكلى الصرف قد يؤدي في النهاية إلى الإخلال بمدى قدرة النص على تحقيق غرضه، إن لم يود إلى نتائج عكسية.

هذه الظاهرة الخطيرة يزيد من حدتها في مصر عاملان، الأول هو طرق التدريس المتبعة في كليات الحقوق والمصاعب الجمة التي تعترض كفاءة العملية التعليمية بشكل عام، بحيث بات من الصعب على الطالب أن يدرك كنه الدوافع الكامنة وراء كل نص تشريعي ومدى تحقيق النص لدوافعه، ويصعب عليه ثانياً، إن أدركها، أن يتفاعل معها ويدرسها دراسة وافية تجعلها محل نظره عند قيامه بتطبيق النصوص. ولاشك أن اختباراً بسيطاً لطلاب الفرقة الثالثة في كلية الحقوق عن مدى انطباق ما درسه في علمي الاجرام والعقاب على نصوص الرشوة مثلاً أو السرقة كفيل بأن يبين مدى الانفصال الذي يشوب دراسة الطلاب للعلوم الاجتماعية والنفسية المؤسس عليها القاعدة القانونية عن دراسته لتلك الأخيرة ذاتها.

أما العامل الثاني، فهو العبء الثقيل الملقى على عاتق رجال النيابة العامة والقضاء بحيث يغدو حل مهمهم إنجاز أعداد القضايا المتركمة، أو على أقصى تقدير وفي أفضل الأحوال، تحقيق العدالة المباشرة في القضية الماثلة أمامهم، رغم ما قد يؤدي إليه ذلك من إحلال بالعدالة العامة التي يسعى النص أصلاً لتطبيقها.

والأمر في مجملته وتفصيله شديد الصلة بالأزمة الحادة التي تتعرض لها سيادة القانون في بلادنا، غير أن هذا موضوع يحتاج إلى تفصيل خاص به. ولذا تقتصر في مقالنا هنا على إثارة الانتباه لدى القارئ لعله يتمعن في ما يقرأ من بعد من نصوص، ولعل علل واهداف النصوص تستبين له من بعد بما يحفزها إلى تجديد النظر فيما كان قد استقر عليه العمل في شأنها.