

**Τρίτο Κεφάλαιο:**

**Επιτέλους μαζί!**

**Οικονομική ανάλυση και δημόσιο δίκαιο**

## Περιεχόμενα

Τρίτο Κεφάλαιο: .....	1
Επιτέλους μαζί! .....	1
Οικονομική ανάλυση και δημόσιο δίκαιο .....	1
I. Αναζητώντας το ρόλο του δημοσίου δικαίου: από τον Pigou και τον Keynes, στον Coase .....	4
1. Δίκαιο, δημόσιοι θεσμοί, θεσμικά οικονομικά .....	5
2. Η κλασσική θέση των οικονομικών της ευημερίας: η παρέμβαση του κράτους είναι αυτονόητη .....	7
2.1. Arthur Pigou .....	7
2.2. John Maynard Keynes .....	8
2.3. Η αυταπόδεικτη χρησιμότητα του δημοσίου δικαίου .....	8
3. Τίποτε δεν είναι αυτονόητο: το θεώρημα του Ronald Coase .....	9
3.1. Το δίκαιο ως εργαλείο μείωσης και όχι πρόκλησης κόστους ....	10
3.2. Ένα καίριο δίδαγμα για το δημόσιο δίκαιο: η χρησιμότητα της κρατικής παρέμβασης δεν είναι δεδομένη .....	13
3.3. Η υποχρεωτική αναζήτηση της χρησιμότητας του δημοσίου δικαίου μετά το θεώρημα του Coase .....	16
II. Οικονομική ανάλυση και δημόσιο δίκαιο μετά τον Coase .....	19
1. (Υπερ)τονίζοντας τα προβλήματα του κρατικού παρεμβατισμού: Law and Economics, νεοθεσμικά οικονομικά, Public Choice .....	21
1.1. Σχολή του Σικάγο .....	21
1.2. Νεοθεσμικά οικονομικά και Σχολή της Δημόσιας Επιλογής .....	23
1.3. Μια πρώτη αποτίμηση .....	27
2. Προς μία, λιγότερο φοβική, οικονομική προσέγγιση του δημοσίου δικαίου .....	28
2.1. Η Σχολή του Yale και η προοδευτική οικονομική ανάλυση .....	28

2.2.	Η μελέτη του «ρυθμιστικού κράτους».....	31
2.3.	Η μελέτη των πολιτικών και συνταγματικών θεσμών: Positive Political Theory, Political Economy of Law .....	33
2.4.	Αντί συμπεράσματος: η ανάγκη μίας συνολικής οικονομικής ανάλυσης για το δημόσιο δίκαιο.....	35

Εάν η θεωρία της ορθολογικής επιλογής ξεκινά το ταξίδι της με μία βεβαιότητα, τη στενότητα των πόρων, η εξερεύνηση των ορίων της ορθολογικότητας οδηγεί σε μία άλλη, εξίσου δυσάρεστη αλήθεια: τέλεια αγορά για τα πάντα δεν υπάρχει· είναι σαν να υποκαθιστούμε το μύθο των Λωτοφάγων με μία άλλη ουτοπία. Το ευαγγέλιο του *Adam Smith* και της κλασσικής οικονομικής προσέγγισης πάσχει στην πράξη ως προς αρκετές από τις *sine qua non* συνιστώσες του, εκείνες που υποτίθεται πως θα διαμόρφωναν το ιδανικό πλαίσιο για ελεύθερες, αποτελεσματικές και συμφέρουσες για όλους επιλογές: πρόσβαση στην πληροφόρηση, έλλειψη εμποδίων στις συναλλαγές, κατανόηση των πλεονεκτημάτων της ελκρινούς συνεργασίας, κλπ. Με μια φράση, δεν μπορούμε να αρκεστούμε στην **Αγορά**.

Στο σημείο αυτό, η οικονομική θεωρία -αφού έχουν διαπιστωθεί μεν οι αδυναμίες του μηχανισμού ορθολογικής επιλογής, χωρίς πάντως να υπάρχει ομοφωνία ως προς την έκτασή τους και για το πόσο πολύ επιδρούν στην αναζήτηση της κοινωνικής ευημερίας- στρέφει το βλέμμα της στο φαινόμενο του δικαίου. Μήπως το δίκαιο αποτελεί τη θεραπεία στα προβλήματα που διαπιστώθηκαν προηγούμενα; Το ερώτημα γίνεται ακόμη πιο ενδιαφέρον εάν το εστιάσουμε στο πεδίο που μας απασχολεί περισσότερο: μήπως απαιτείται μια *διορθωτική και συμπληρωματική παρέμβαση στην ελεύθερη δράση του ανθρώπου, την οποία τα άτομα και οι κοινωνίες αναθέτουν στο Κράτος και το Δίκαιο*; Η απάντηση αφορά άμεσα το σημείο συνάντησης αυτών των δύο που δεν είναι άλλο από το **Δήμο** και το «δίκαιο του κράτους», δηλαδή το δημόσιο δίκαιο.

## **I. Αναζητώντας το ρόλο του δημοσίου δικαίου: από τον *Pigou* και τον *Keynes*, στον *Coase***

### 1. Δίκαιο, δημόσιοι θεσμοί, θεσμικά οικονομικά

Το κράτος και το δημόσιο δίκαιο απασχολούν διαχρονικά την οικονομική θεωρία. Οι σχετικές μελέτες εντάσσονται στην ενότητα των «δημόσιων οικονομικών» (*public economics*) και ενδιαφέρουν άμεσα τη νομική ανάλυση. Εξέχουσα θέση για το συγκεκριμένο ζήτημα κατέχει ένας από τους κλάδους της οικονομικής επιστήμης, τα *θεσμικά οικονομικά*. Για τον συγκεκριμένο κλάδο -πρώτοι εκφραστές του οποίου είναι ο *John Commons*<sup>1</sup> και ο *Thorstein Veblen*, αργότερα ο *John Kenneth Galbraith*, αλλά και ο *Kenneth Arrow* τους δύο τελευταίους τους συναντήσαμε στο προηγούμενο κεφάλαιο- η οικονομία δεν λειτουργεί ανεξαρτήτως τόπου και χρόνου, όπως το υποστηρίζει η κλασική οικονομική θεωρία (για την οποία η ορθολογική επιλογή και η τέλεια αγορά αποτελούν «οικουμενικούς κανόνες», λειτουργούν δηλαδή παντού και πάντα, αν μη τι άλλο σε συνθήκες εργαστηρίου). Αντιθέτως, *οι θεσμοί (institutions)* -πολιτικοί, αξιακοί, πολιτισμικοί, κοινωνικοί, και προεχόντως νομικοί- μέσα στους οποίους αναπτύσσεται ένα οικονομικό σύστημα, επικαθορίζουν τα αποτελέσματα του συστήματος αυτού.

Κατά τον, κλασικό πλέον, ορισμό του *Douglass North*, οι θεσμοί είναι «μορφές περιορισμών τις οποίες σχεδιάζει ο άνθρωπος για να δομήσει τις πολιτικές, οικονομικές και κοινωνικές σχέσεις» («*humanly devised constraints that structure political, economic and social interactions*»<sup>2</sup>). Τόσο το κράτος όσο και το δίκαιο είναι «τυπικοί θεσμοί»· χρησιμοποιούν, δηλαδή, «τυπικούς περιορισμούς» (*formal constraints*) όπως είναι οι ποινικές κυρώσεις ή ο διοικητικός καταναγκασμός-σε

<sup>1</sup> Ήδη από το βιβλίο του John Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924. *The Institutional Theory of John R. Commons: A Review and Commentary* Andrew H. van de Ven *The Academy of Management Review* Vol. 18, No. 1 (Jan., 1993), pp. 139-152

<sup>2</sup> Douglass North, *Institutions*, *The Journal of Economic Perspectives* (5), 1991.1.97-112 και *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.

αντιδιαστολή προς άτυπους θεσμούς, όπως είναι η ηθική αποδοκιμασία της «πλατείας του χωριού»- για να μειώσουν την αβεβαιότητα της καθημερινής ζωής και να προσφέρουν σταθερότητα μέσω οργανωτικών δομών και κανόνων. Μέσα από την ίδια την ύπαρξή τους αλλά και τις αλλαγές που υφίστανται, οι θεσμοί αυτοί επηρεάζουν αδιαλείπτως τις οικονομικές συνθήκες. Για παράδειγμα, η ύπαρξη κανόνων πτωχευτικού δικαίου επιδρά ευθέως τις μεμονωμένες συναλλαγές αλλά και τη στρατηγική συμπεριφορά των επιχειρήσεων και μάλιστα κατά τρόπο δυναμικό: η αλλαγή του πτωχευτικού κώδικα -κάτι σύνηθες, καθώς οι νομικοί θεσμοί τελούν υπό διαρκή εξέλιξη- μεταβάλλει αντίστοιχα τη συμπεριφορά των οικονομικών παικτών ανάλογα με τις νέες κανονιστικές επιλογές (απλοποίηση ή μη της πτωχευτικής διαδικασίας, παροχή πρωταγωνιστικού ρόλου σε θεσμικούς πιστωτές όπως είναι η τράπεζες, κλπ.).

Αυξημένη σημασία εμφανίζουν οι «μη συναινετικοί» θεσμοί -εκείνοι δηλαδή που επιβάλλουν μία επιλογή, ανεξάρτητα από τη βούληση και την αποδοχή εκείνων στους οποίους απευθύνονται- με τους οποίους καταπιάνεται κατεξοχήν το δημόσιο δίκαιο. *Τα θεσμικά οικονομικά καταδεικνύουν ότι οι μη συναινετικοί θεσμοί -καθ' ημάς ο Δήμος- επενεργούν καταλυτικά στους συναινετικούς θεσμούς -την Αγορά- επηρεάζοντας τη συμπεριφορά των παικτών της, άρα και το αποτέλεσμα των ορθολογικών επιλογών των τελευταίων. Η συγκεκριμένη διαπίστωση δεν αφορά μόνο τις στενά οικονομικές σχέσεις αλλά και την πολιτική δράση, τις κοινωνικές δομές, την ανθρώπινη έκφραση ή τις ηθικές και ερωτικές επιλογές: το αν θα γίνω δωρητής οργάνων ή θα κάνω παιδί εκτός γάμου επηρεάζεται από το πώς το δίκαιο αντιμετωπίζει τις συμπεριφορές αυτές. Είναι, ακόμη, αξιολογικά ουδέτερη, με την έννοια ότι δεν χαρακτηρίζει τη συγκεκριμένη επίδραση ως θετική ή αρνητική· τονίζει, απλώς, τη σπουδαιότητά της κατά τρόπο μάλλον αδιαμφισβήτητο.*

Η οικονομική ανάλυση του δικαίου και ιδίως του δημοσίου με την οποία καταπιανόμαστε στη συνέχεια εντάσσεται, επομένως, στην ευρύτερη προβληματική των θεσμικών οικονομικών.

## 2. Η κλασική θέση των οικονομικών της ευημερίας: η παρέμβαση του κράτους είναι αυτονόητη

### 2.1. Arthur Pigou

Η ιδέα ότι το δίκαιο -και δη το δημόσιο- αποτελεί το κατεξοχήν θετικό μέσο για την θεραπεία των ατελειών της ορθολογικής επιλογής ανήκει στον Βρετανό οικονομολόγο *Arthur Pigou* (*The economics of welfare*, 1920), την οποία συνάρτησε με την ύπαρξη εξωτερικότητας στις συναλλαγές: εφόσον οι αρνητικές εξωτερικότητες γεννούν κοινωνικό κόστος το οποίο υπερβαίνει το ιδιωτικό όφελος των συναλλασσόμενων και δεν ενσωματώνεται στην τιμή, απαιτείται μία έξωθεν επέμβαση για την «εσωτερικοποίησή» του στο όνομα του γενικού συμφέροντος. Η παρέμβαση αυτή ώστε η τιμή της συναλλαγής να αποτυπώνει επακριβώς το κόστος και να εξυπηρετείται η κοινωνική ευημερία, είναι δυνατή μέσω νομικών υποχρεώσεων οι οποίες λαμβάνουν διάφορες μορφές, περισσότερο ή λιγότερο περιοριστικές της συναλλακτικής ελευθερίας: κανόνες αστικής ευθύνης και επιβολής αποζημίωσης, φορολόγηση για την ανόρθωση του κοινωνικού κόστους – η «περιβαλλοντική φορολογία» (*ecotaxes*) είναι πρόταση του *Pigou* (*Pigouvian taxes*)-, θέσπιση ορίων, προϋποθέσεων (διοικητικές άδειες) ή απαγορεύσεων για συγκεκριμένες δραστηριότητες, κίνητρα για την προώθηση συμπεριφορών οι οποίες συνεπάγονται θετικές και όχι αρνητικές εξωτερικότητες.

## 2.2. *John Maynard Keynes*

Η προσέγγιση του *Pigou* συμπίπτει χρονικά με εκείνη ενός άλλου Βρετανού, του *John Maynard Keynes*, για τα μακροοικονομικά ελαττώματα της ελεύθερης αγοράς που αναφέρθηκαν στο προηγούμενο κεφάλαιο. Τα συστημικά αυτά όρια του *laissez-faire* καθιστούν, κατά την κενσιανή αντίληψη, αναγκαία την επέμβαση του κράτους στις παραγωγικές σχέσεις, με οικονομικά και, δευτερευόντως, με νομικά εργαλεία. Σε περιόδους κρίσης –ο *Keynes* έχει στο νου του εκείνη του 1929- η αντιμετώπιση της ύφεσης και της ανεργίας επιτυγχάνονται με τη ενίσχυση του κρατικού ρόλου και με πολιτικές όπως η ευθεία ανάληψη παραγωγικών δραστηριοτήτων, η εξαγορά και διάσωση επιχειρήσεων, η πρόσληψη προσωπικού και η αγορά αγαθών· οι ανωτέρω πολιτικές συμπληρώνονται με κανόνες που καθορίζουν ανώτατες ή κατώτατες τιμές για τα αγαθά ή προστατεύουν τους εργαζόμενους (εγγυημένος μισθός, απαγόρευση απολύσεων).

## 2.3. *Η αυταπόδεικτη χρησιμότητα του δημοσίου δικαίου*

Εάν ο *Pigou* δίνει έμφαση στο δίκαιο και στα νομικά εργαλεία για την οριοθέτηση της ελεύθερης αγοράς, ο *Keynes* είναι σαφώς πιο κριτικός απέναντι στην τελευταία, αναζητώντας τη λύση στο κράτος και στην από μέρους του ανάληψη ενός πρωταγωνιστικού ρόλου, ώστε από περιθωριακός επόπτης να καταστεί άμεσος οικονομικός παίκτης, διχοτομώντας την οικονομία σε ιδιωτική/εντός αγοράς και δημόσια/εκτός αγοράς. Ο συνδυασμός των προσεγγίσεων του *Pigou* και του *Keynes* συνιστά την, μέσω της οικονομικής θεωρίας, δικαιολόγηση, όχι απλά του δικαίου εν γένει, αλλά κατεξοχήν του δημοσίου δικαίου, ως μηχανισμού ο οποίος, αφενός ρυθμίζει άνωθεν και εξαναγκαστικά την ανθρώπινη συμπεριφορά, αφετέρου οργανώνει το κρατικό θεσμικό οικοδόμημα.



Η οικονομολογική υπεροχή του δημοσίου δικαίου -δηλαδή των κανόνων και θεσμών που πλαισιώνουν τον κρατικό παρεμβατισμό- ερείδεται επομένως στις ατέλειες της ορθολογικότητας και της ελεύθερης ανθρώπινης δράσης: οι αναποτελεσματικότητες της τελευταίας αποδεικνύουν την, *αναγκαιότητα*, άρα και την *αυτονόητη αποτελεσματικότητα* των εργαλείων δημοσίου δικαίου. Η οπτική αυτή αποτέλεσε ουσιαστικά *την πρώτη οικονομική ανάλυση του δικαϊκού φαινομένου* και παρέμεινε η αδιαμφισβήτητη θεωρητική θέση για πολλές δεκαετίες. Ακόμη και σήμερα, το ηπειρωτικό δημόσιο δίκαιο συνεχίζει να διαπνέεται, σε εθνικό τουλάχιστον επίπεδο, από μία αξιωματικά θετική, άποψη για την αναγκαιότητα του κρατικού παρεμβατισμού και από σοβαρές επιφυλάξεις για τη δυνατότητα των ιδιωτών που δρουν ελεύθερα να υπηρετήσουν το γενικό συμφέρον. Σε ακραίες περιπτώσεις –το παράδειγμα της Ελλάδας είναι από τα πλέον χαρακτηριστικά- η συγκεκριμένη προσέγγιση παρέχει το θεωρητικό υπόβαθρο για ένα μαξιμαλιστικό, επεμβατικό, πατερναλιστικό και «αγοραφοβικό» δημόσιο δίκαιο, στα πρότυπα των διδαγμάτων, περισσότερο του *Keynes* και λιγότερο του *Rigou*.

### 3. *Τίποτε δεν είναι αυτονόητο: το θεώρημα του Ronald Coase*

Η εξιδανικευμένη εικόνα για το ρόλο που η οικονομική θεωρία αναγνωρίζει στο δίκαιο θα ανατραπεί 40 χρόνια αργότερα με τη δημοσίευση ενός επιστημονικού κειμένου το οποίο είναι το πιο πολυδιαβασμένο στις ΗΠΑ σε δύο γνωστικά πεδία (νομικά και οικονομικά) και θεωρείται η απαρχή της σύγχρονης οικονομικής ανάλυσης του δικαίου. Με το άρθρο "*The problem of social cost*" (1960)<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> .. Για την παρουσίαση του θεωρήματος στα ελληνικά, βλ. Αριστείδη Χατζή, Το Δίκαιο ως Εργαλείο Μείωσης του Κόστους των Συναλλαγών: Το Θεώρημα του Coase και η Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου" στο Ο Ρόλος της Δικαιοσύνης στην Άσκηση της

ο *Ronald Coase* θα αμφισβητήσει -επιτυχώς κατά τους οικονομολόγους<sup>4</sup>- την προσέγγιση του *Pigou* για τη σημασία των εξωτερικότητων, άρα και την, φερόμενη ως απαραίτητη, θεραπευτική λειτουργία που επιτελεί το δίκαιο για την άμβλυση του κοινωνικού κόστους. Η ιδέα του, γνωστή πλέον ως το *θεώρημα του Coase (Coase Theorem)*, είναι απλή και ιδιαιτέρως «ενοχλητική» για όλους εμάς που θεωρού(σα)με δεδομένη την αξία των νομικών θεσμών και κανόνων: «σε ένα περιβάλλον μηδενικού κόστους συναλλαγής, είναι αδιάφορο σε ποιον το δίκαιο θα απονεμίει ένα δικαίωμα γιατί το δικαίωμα αυτό θα καταλήξει τελικά στο μέρος που το αξιολογεί περισσότερο με οικονομικούς όρους».

### 3.1. Το δίκαιο ως εργαλείο μείωσης και όχι πρόκλησης κόστους

Σε μία πρώτη ματιά, η παραπάνω πρόταση δεν φαίνεται ούτε τόσο σαφής ούτε τόσο «επαναστατική» ώστε να κλονίσει την οπτική μας για το δίκαιο. Ας τη δούμε όμως μέσα από το παράδειγμα γειτονικού δικαίου το οποίο χρησιμοποίησε ο *Coase*, παραπέμποντας και σε σχετική νομολογία των βρετανικών δικαστηρίων. Ένα ξυλουργείο και ένα ιατρείο είναι εγκατεστημένα σε δύο όμορα ακίνητα. Συνυπάρχουν αρμονικά μέχρι τη στιγμή που το ξυλουργείο, οι εργασίες του οποίου βρίσκονται σε άνθηση, αποφασίζει να χρησιμοποιήσει ισχυρότερα μηχανήματα που προκαλούν μεγαλύτερη ηχητική όχληση. Το πρόβλημα είναι δυνατόν να αντιμετωπισθεί είτε με την κατασκευή

---

Επιχειρηματικής Δραστηριότητας, επιμ. Πόλη Καλαμπούκα-Γιαννοπούλου (Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2012), σελ. 31-59.

<sup>4</sup> Η εικονοκλαστική σκέψη του *Coase* σκανδάλισε αρχικά τους οικονομολόγους. Λέγεται ότι πριν τη δημοσίευση του άρθρου του στο περιοδικό *Journal of Law and Economics* που μόλις είχε αρχίσει να εκδίδεται, ο *Coase* κλήθηκε στο Σικάγο για να υποστηρίξει τις θέσεις του ενώπιον επιστημόνων της εμβέλειας του *Stigler* και του *Friedman*. Πριν ξεκινήσει η συζήτηση ο *Coase* ήταν μόνος του απέναντι σε 20 συναδέλφους του οι οποίοι επέμειναν στην ορθότητα των θέσεων του *Pigou*. Στο τέλος της βραδιάς και οι 21 παρευρισκόμενοι υιοθέτησαν την προσέγγιση του *Coase*.

ηχοπετασμάτων στο ακίνητο του ξυλουργείου είτε με την μετεγκατάσταση του ιατρείου σε πιο μακρινή απόσταση από την πηγή της όχλησης. Πώς πρέπει λοιπόν να λυθεί το πρόβλημα, με την επιβολή στο ξυλουργείο της υποχρέωσης να κατασκευάσει τα ηχοπετάσματα ή με την επιβολή στο ιατρείο να μεταφερθεί λίγο πιο κάτω; Ο Coase αναλύει όλα τα επί μέρους σενάρια πριν καταλήξει ότι το ερώτημα αυτό -το οποίο στο δίκαιο θα λάμβανε τη μορφή του διλήμματος «σε ποιον πρέπει να αναγνωρισθεί το δικαίωμα, στο ξυλουργείο, ως δικαίωμα στην όχληση, ή στο ιατρείο, ως δικαίωμα στην αποφυγή όχλησης(:)»- δεν έχει καταλυτική σημασία. Εάν το ξυλουργείο είναι διατεθειμένο να πληρώσει περισσότερο ώστε να συνεχίσει να λειτουργεί με θορυβώδη μηχανήματα, θα «αγοράσει» το σχετικό δικαίωμα ακόμη και εάν τούτο απονεμηθεί στο ιατρείο, επιλέγοντας στη συνέχεια τη φθηνότερη από τις δύο θεραπευτικές λύσεις (κατασκευή ηχοπετασμάτων ή χρηματοδότηση μεταφοράς του ιατρείου). Το ίδιο ακριβώς θα πράξει και το ιατρείο, εάν έχει οικονομικό κίνητρο να διαφυλάξει την ησυχία του. Κοντολογίς, απονέμοντας το δικαίωμα είτε στο ξυλουργείο είτε στο ιατρείο, το δίκαιο -ακόμη και μετά την παρέμβαση του δικαστή για την επίλυση σχετικής διαφοράς- δεν θα έχει καθορίσει απόλυτα το ποιος και πώς θα συνεχίσει να λειτουργεί. Θα καθορίσει μόνο το κατά πόσον θα υπάρξουν περαιτέρω διαπραγματεύσεις/συναλλαγές επί του δικαιώματος αυτού, με πρωτοβουλία του μέρους στο οποίο δεν χορηγείται νομικά το δικαίωμα αλλά το αξιολογεί οικονομικά περισσότερο από το άλλο μέρος.

Μέσα από τη μικρή αυτή ιστορία, ο Coase θέτει σε αμφισβήτηση την ευκολία με την οποία οι θιασώτες του παρεμβατισμού ανακαλύπτουν εξωτερικότητες και αυξημένο κοινωνικό κόστος σε πληθώρα καταστάσεων της καθημερινής ζωής. Το παράδειγμα της ηχητικής όχλησης δεν επιλέγεται τυχαία: το χρησιμοποιεί για να καταδείξει ότι, όπου οι άλλοι βλέπουν ένα περιβαλλοντικό πρόβλημα που προκαλεί ο χρήστης/ρυπαντής στην υπόλοιπη κοινότητα για το οποίο απαιτείται νομική θεραπεία, μπορεί απλώς να υφίσταται μία οριζόντια και

συμμετρική σύγκρουση χρήσεων -εν προκειμένω μεταξύ ξυλουργείου και ιατρείου- η οποία μπορεί κάλλιστα να επιλυθεί και θα επιλυθεί συναινετικά.

Μήπως λοιπόν η παρέμβαση του δικαίου είναι άχρηστη, εάν όχι επιβλαβής στην επίτευξη της καλύτερης κατανομής των πόρων; Όχι, ο *Coase* δεν λέει κάτι τέτοιο, τουλάχιστον με απόλυτο τρόπο. Η απάντηση θα ήταν καταφατική μόνο εάν συνέτρεχε μία κρίσιμη προϋπόθεση του θεωρήματος: να βρισκόμαστε σε συνθήκες «μηδενικού κόστους συναλλαγής», ώστε ο γιατρός με τον ξυλουργό να «τα βρουν» χωρίς ασυμμετρίες πληροφόρησης, χωρίς να πλήττουν και κάποιον τρίτο, χωρίς δικηγόρους ή άλλους αντιπροσώπους. Κάτι τέτοιο όμως, το είδαμε ήδη, είναι αδύνατο στην πράξη. Αλλά τότε, μήπως το θεώρημα του *Coase* είναι άχρηστο, άλλη μία θεωρητική κατασκευή η οποία αποτυπώνει ουτοπίες σε συνθήκες εργαστηρίου; Ούτε αυτό ισχύει. Διαβασμένο διαφορετικά, το θεώρημα του *Coase* αναγνωρίζει στο δίκαιο μία αδιαμφισβήτητη σημασία: *όταν υφίστανται κόστη συναλλαγής, η απονομή δικαιωμάτων από το δίκαιο είναι κρίσιμη ώστε να επιτρέψει την επίτευξη της συναλλαγής αυτής.* Εάν το ξυλουργείο και το ιατρείο δεν είναι σε θέση να καταλήξουν στη βέλτιστη συναλλαγή ή η προς ρύθμιση κατάσταση είναι πολύ πιο σύνθετη από μία απλή διαπραγμάτευση μεταξύ ξυλουργείου και ιατρείου, τότε η παρέμβαση του δικαίου είναι πολύτιμη: καθορίζοντας το ποιος φορέας νομιμοποιείται να ασκήσει τη δραστηριότητα ή αντιστρόφως, το ποιος οφείλει να αποζημιώσει ποιον και σε ποιο ύψος για να συνεχίσει μία άλλη δραστηριότητα, το δίκαιο διευκολύνει τη συνέχιση επωφελών δράσεων οι οποίες θα ήταν αλλιώς αδύνατες λόγω υψηλού κόστους. Έτσι εξηγείται, για παράδειγμα, ο γενικός κανόνας σύμφωνα με τον οποίο, σε καταστάσεις όπως εκείνη του παραδείγματος του *Coase*, όταν μία δραστηριότητα προκαλεί όχληση, η ευθύνη για την αποτροπή της επιρρίπτεται στον φορέα της· ενόψει του ότι η πρόληψη της βλάβης έχει καταρχήν μικρότερο κόστος από την αποκατάσταση, ο συγκεκριμένος κανόνας οδηγεί στην πλέον αποτελεσματική χρήση των πόρων.

Προχωρώντας ακόμη περισσότερο την προηγούμενη σκέψη, γίνεται αντιληπτός ο ρόλος που το θεώρημα του *Coase* απονέμει στο δίκαιο: να μειώνει τα κόστη συναλλαγής ώστε να επιτυγχάνεται τελικά η πιο αποτελεσματική λύση, εκείνη που θα επικρατούσε εάν δεν υφίσταντο τα συγκεκριμένα κόστη. Κατά συνέπεια, η παρέμβαση του δικαίου ούτε αυτονόητη είναι, ούτε θετική σε όλες τις συνθήκες. Εάν το δίκαιο επέμβει με «λάθος» τρόπο, είτε γιατί δεν υφίστανται κόστη συναλλαγής είτε γιατί προωθεί λύσεις οι οποίες δεν μειώνουν με τον πιο αποτελεσματικό τρόπο τα κόστη συναλλαγής, τότε το δίκαιο επενεργεί αρνητικά στο μηχανισμό της βέλτιστης κατανομής των πόρων· το μη αποτελεσματικό δίκαιο συνιστά, και το ίδιο, κόστος συναλλαγής.

### 3.2. Ένα καίριο δίδαγμα για το δημόσιο δίκαιο: η χρησιμότητα της κρατικής παρέμβασης δεν είναι δεδομένη

Το θεώρημα του *Coase* επηρέασε τον τρόπο αντίληψης του ιδιωτικού δικαίου στις ΗΠΑ σε κρίσιμα ζητήματα, τόσο ουσιαστικής φύσης (αναγνώριση ή όχι περιουσιακών δικαιωμάτων, έννοια της ευθύνης και ύψος της αποζημίωσης) όσο και διαδικαστικής (εναλλακτική επίλυση διαφορών, τρόποι μείωσης των εμποδίων στις διαπραγματεύσεις). Η σημασία του για το δημόσιο δίκαιο, το οποίο ο *Coase* αγνοεί στα παραδείγματά του, δεν είναι εξίσου προφανής. Ήδη το παράδειγμα των γειτόνων μοιάζει ακατανόητο για το Ευρωπαϊό δημοσιολόγο. Η λειτουργία τόσο του ιατρείου, όσο και του ξυλουργείου δεν επαφίενται στους ιδιοκτήτες τους αλλά προϋποθέτει μία άδεια, δηλαδή μία μονομερή διοικητική πράξη. Η ύπαρξη και μόνο του ξυλουργείου δίπλα στο ιατρείο συναρτάται με ζητήματα πολεοδομικής οργάνωσης, υγιεινής και ασφάλειας καθώς και προστασίας του περιβάλλοντος (συμπεριλαμβανομένης της ηχητικής όχλησης) τα οποία καθορίζονται άνωθεν και έξωθεν των εμπλεκόμενων ιδιωτών, στο όνομα του γενικού συμφέροντος. Αν το ξυλουργείο δεν «πρέπει» να βρίσκεται στο

συγκεκριμένο οικόπεδο λόγω ασύμβατων χρήσεων γης ή δεν «επιτρέπεται» να προκαλεί τόσο θόρυβο, ο ξυλουργός δεν θα αποκτήσει με κανένα τρόπο, για όλα τα χρήματα του κόσμου, το δικαίωμα να λειτουργεί θορυβωδώς. Ωστόσο, έτσι ιδωμένοι, οι περιορισμοί και απαγορεύσεις του δημοσίου δικαίου θέτουν ανυπέρβλητα εμπόδια σε μία, καταρχήν επωφελή, συναλλαγή μεταξύ ξυλουργείου και ιατρείου, προστίθενται επομένως στο κόστος της συγκεκριμένης συναλλαγής την οποία και αποτρέπουν. Από τη συγκεκριμένη σκοπιά, το θεώρημα του *Coase* φαίνεται να προσδίδει αρνητική χροιά στο δημόσιο δίκαιο, ως μορφή άχρηστου ή και επιζήμιου κρατικού παρεμβατισμού.

Μια τέτοια προσέγγιση θα ήταν εντούτοις ατελής και παραπλανητική. Την ίδια στιγμή που αποτρέπει συγκεκριμένες συμπεριφορές/ συναλλαγές, ο παρεμβατισμός μέσω κανόνων δημοσίου δικαίου λειτουργεί –ή πάντως αυτό το σκοπό έχει- ως μέσο μείωσης του κόστους συναλλαγών. Ο λόγος ύπαρξής του είναι –ή πάντως πρέπει κατά *Coase* να είναι- η μείωση του κόστους αυτού ώστε, μέσω των επωφελών συναλλαγών, να εξυπηρετείται το γενικό συμφέρον. Στο παράδειγμα του θεωρήματος, η πολεοδομική άδεια την οποία οφείλει να έχει το ξυλουργείο, μπορεί μεν να συνιστά μία επιπλέον διατύπωση για την άσκηση της δραστηριότητας –άρα διοικητικό κόστος- επιτελεί όμως ένα κρισιμότερο ρόλο: αφενός, διασφαλίζει γενικότερα την αρμονική χωροθέτηση και συνύπαρξη δραστηριοτήτων, κάτι το οποίο δεν θα επιτυγχανόταν εάν η λειτουργία αυτή επαφίετο στην ευχέρεια των γειτόνων· αφετέρου, η παρέμβαση του κράτους εκμηδενίζει εν πολλοίς τις εν δυνάμει διαφορές από την άσκηση της δραστηριότητας. Ο ξυλουργός που βρίσκεται σε περιοχή με χρήσεις γης βιοτεχνίας και διαθέτει περιβαλλοντικούς όρους ως προς το ανώτατο ύψος θορύβου δεν έχει να προβεί σε καμία συναλλαγή με οιονδήποτε γείτονα για να αποκτήσει ή να διατηρήσει το δικαίωμα να λειτουργεί. Στην αντίθετη περίπτωση, οι επαφές και διενέξεις με όλους τους γύρω θα αύξαναν δραματικά το κόστος συναλλαγής για την άσκηση της ξυλουργικής δραστηριότητας: σύμφωνα με την προηγηθείσα ανάλυση για τα όρια

της ορθολογικότητας, η συγκεκριμένη συναλλαγή θα ήταν εκτεθειμένη σε προβλήματα ασυμμετρίας πληροφόρησης, αντιπροσώπευσης (μιας και οι διαπραγματεύσεις θα γινόταν και μέσω εντολοδόχων δικηγόρων ή μεσιτών), αυξημένου κόστους έρευνας και διαπραγματεύσεως, συλλογικής δράσης και διλήμματος φυλακισμένου (μίας και ο κάθε γείτονας θα «εκβίαζε» ώστε να αποκτήσει μεγαλύτερο όφελος) και μειωμένης ορθολογικότητας (ιδίως λόγω της τάσης διακράτησης του κάθε γείτονα που θα τον οδηγούσε να αξιολογεί υπέρμετρα την αξία της ιδιοκτησίας του, άρα και το κόστος που του προκαλεί η ηχητική όχληση). Αντίστοιχα ευεργετική είναι η λειτουργία του δημοσίου δικαίου για τον γείτονα του ξυλουργείου: είτε μπορεί εύκολα να αποτρέψει την όχληση μέσω του πολεοδομικού δικαίου εάν αυτή δεν είναι επιτρεπτή στη συγκεκριμένη περιοχή, είτε τον οδηγεί να μεταβιβάσει την ιδιοκτησία του στον ξυλουργό, μεταφέροντας το ιατρείο σε περιοχή όπου δεν επιτρέπονται ηχητικά οχλούσες δραστηριότητες. Στην δεύτερη περίπτωση, δεν θα διατρέχει τον κίνδυνο –μεταφραζόμενο σε σοβαρά κόστη συναλλαγής (ασφάλιση, ανάγκη διαπραγματεύσεων κλπ.)- να εμφανισθεί δίπλα του μία νέα, θορυβώδης εγκατάσταση. Κοντολογίς, η *συστημική ασφάλεια* την οποία προσφέρει το δημόσιο δίκαιο αποτελεί καίριο παράγοντα μείωσης του κόστους συναλλαγής.

Εν κατακλείδι, η οπτική του *Coase* δεν απορρίπτει αναγκαστικά και κατά τρόπο απόλυτο το δημόσιο δίκαιο, παρά το ότι εκφράζει μία εχθρική καταρχήν προδιάθεση απέναντι σε αυτό και στην εν γένει επέμβαση στις συναινετικές σχέσεις. Ενδέχεται μάλιστα να επιβεβαιώνει, υπό *προϋποθέσεις*, την προσέγγιση των νεοκλασικών οικονομικών· με τη κρίσιμη διαφορά πως, αντί να θεωρεί *δεδομένη* την ύπαρξη εξωτερικοτήτων, άρα και την ανάγκη κρατικού παρεμβατισμού, προϋποθέτει ως *ζητούμενο* την διαπίστωση αυξημένου κόστους συναλλαγής, το οποίο να μπορεί να μειωθεί *αποτελεσματικά* μέσω κανόνων και θεσμών του δημοσίου δικαίου.

### 3.3. *Η υποχρεωτική αναζήτηση της χρησιμότητας του δημοσίου δικαίου μετά το θεώρημα του Coase*

Όλα άλλαξαν με το θεώρημα του *Coase*. Η επίδραση του δικαίου στις ανθρώπινες σχέσεις -η εντονότερη έκφραση της οποίας προέρχεται από τη μονομερή δράση των φορέων δημοσίας εξουσίας- ενδέχεται να είναι απαραίτητη την ίδια στιγμή που μπορεί να αποβεί άχρηστη ή και επιζήμια (αναποτελεσματική). Αυτή ακριβώς είναι και η κεφαλαιώδης αξία του θεωρήματος για το δημόσιο δίκαιο: *αποκαλύπτει τη διττή φύση της δημόσιας παρέμβασης ως μηχανισμού ο οποίος μπορεί μεν να μειώνει αλλά σίγουρα δημιουργεί και κόστος συναλλαγής*. Περιγράφοντας το δημόσιο δίκαιο με όρους κόστους και οφέλους, καθιστά καίρια τη μέτρηση και την απόδειξη της αποτελεσματικότητάς του ως προϋπόθεση για την ύπαρξή του. Η θέση του *Coase* δεν αφήνεται εντελώς από τη μέχρι τότε αντίληψη για το δημόσιο δίκαιο: σε ένα φιλελεύθερο σύστημα, ο ελεύθερη ανάπτυξη των ανθρώπινων δραστηριοτήτων είναι ο κανόνας και ο κρατικός παρεμβατισμός η εξαίρεση. Η έκταση του κρατικού παρεμβατισμού οριοθετείται νομικά είτε κατά τρόπο απόλυτο (σεβασμός του πυρήνα του δικαιώματος) είτε κατά τρόπο σχετικό (αρχή της αναλογικότητας). Εκεί όμως που σταματά η κλασική νομική προσέγγιση, συνεχίζει εκείνη της οικονομικής ανάλυσης: *εστιάζει στην αποδείξιμη και μετρήσιμη στάθμιση των συνεπειών της δημόσιας παρέμβασης, με την οποία συναρτά την αναγκαιότητα και εν τέλει την αποτελεσματικότητά της*.

Περαιτέρω, το θεώρημα θέτει κατευθυντήριες αρχές για το περιεχόμενο και την έκταση του κρατικού παρεμβατισμού. Όταν ξεκινά κανείς με αφετηρία ότι, σε έναν ιδεατό κόσμο χωρίς κόστος, οι αυθόρμητες συναλλαγές θα οδηγούσαν καταρχήν στην βέλτιστη λύση, οφείλει να είναι περισσότερο προσεκτικός όταν επεμβαίνει σε αυτές. Μετά τον *Coase*, ο δημιουργός του δημοσίου δικαίου αναζητεί την βέλτιστη λύση ανάμεσα σε τρεις θεμελιώδεις επιλογές. Πρώτον, μία συγκεκριμένη δραστηριότητα να παραμείνει αρρύθμιστη, οπότε επαφίεται στους



ιδιώτες η ευχέρεια αναζήτησης συναινετικής λύσης (επιλογή του κράτους-απόντος). Δεύτερον, το δίκαιο να καταλήξει στο αποτέλεσμα στο οποίο θα οδηγούνταν οι εν δυνάμει συναλλασσόμενοι αν δεν υπήρχαν κόστη συναλλαγής· πρόκειται για την επιλογή του κράτους-μιμητή της αγοράς, την οποία προτιμά ο *Coase* και οι συνεχιστές του στη Σχολή του Σικάγο. Τρίτον, να επιβληθεί μία άλλη λύση, διαφορετική από εκείνη η οποία θα προέκυπτε συναινετικά, αλλά μόνο στο μέτρο που κάτι τέτοιο είναι απαραίτητο για το καλό όλων, ώστε να θεραπευθούν οι αναποτελεσματικότητες της ιδιωτικής δράσης (ή αδράνειας).

Η τελευταία επιλογή -εκείνη που εδώ ονομάζουμε «αγορακεντρικός κρατικός παρεμβατισμός»- καθίσταται συμβατή με μία διασταλτική ανάγνωση του θεωρήματος, στην οποία η κοινωνική ευημερία δεν ταυτίζεται με την οικονομική αποδοτικότητα: ο παρεμβατισμός παραμένει φιλικός προς την αγορά και την ιδιωτική κοινωνία, με την έννοια ότι αναγνωρίζει την πρωτοκαθεδρία των συναινετικών θεσμών· δεν είναι δεδομένος αλλά εξαιρετικός και εξαντλείται σε αποδεδειγμένα επωφελείς επεμβάσεις. Εξαιρετικό δεν σημαίνει και σπάνιο. Υπάρχουν τομείς όπου η άνωθεν επέμβαση απαιτείται να είναι συστηματική λόγω των αδυναμιών της ιδιωτικής πρωτοβουλίας: όπως οι υπό απελευθέρωση υπηρεσίες κοινής ωφέλειας, το άνοιγμα των οποίων στην αγορά κατέστησε αυτομάτως αναγκαία τη δημόσια ρύθμισή τους σε καθημερινή βάση χάριν του γενικού συμφέροντος.

Ας μεταφέρουμε τώρα τις παραπάνω σκέψεις στο παράδειγμα που χρησιμοποίησε ο *Coase* κατά τη διατύπωση του θεωρήματος, για τις σχέσεις γειτονίας μεταξύ ενός ξυλουργείου και ενός ιατρείου και των προβλημάτων που το πρώτο προκαλεί στο δεύτερο. Τις σχέσεις αυτές διέπει ένα πλέγμα ρυθμίσεων δημοσίων δικαίου για ζητήματα όπως οι χρήσεις γης, οι προδιαγραφές ασφαλείας ή η ηχητική όχληση, επιβάλλοντας σχετικές υποχρεώσεις και απαγορεύσεις. Εξετάζοντας τους κανόνες αυτούς υπό το πρίσμα του θεωρήματος παρατηρούμε ότι η αναγκαιότητα και αυστηρότητά τους δεν είναι εξίσου δεδομένες.

Από τη μία, η πολεοδομική νομιμότητα και οι κανόνες ασφαλείας είναι *αποτελεσματικό* να επιβάλλονται εκ των προτέρων με τρόπο σαφή και απόλυτο: η πιστή τήρησή τους εμφανίζει «συστημικό» όφελος το οποίο υπερβαίνει τα πρόσωπα/ιδιώτες που συνδέονται ευθέως με τις επίμαχες δραστηριότητες (ασκών τη δραστηριότητα, γείτονες, εργαζόμενοι). Πράγματι, δεν νοείται πολεοδομικός σχεδιασμός εάν δεν υφίσταται *ex ante* και τηρείται παντού κατά γράμμα ώστε να δημιουργεί την ασφάλεια δικαίου που είναι αναγκαία για τη μείωση του κόστους συναλλαγής και την ορθολογική χρήση του χώρου: φανταστείτε την «τραγικότητα» μίας αρρυθμιστής κατάστασης στην οποία ο καθένας που θα επιθυμούσε να λειτουργήσει ένα ξυλουργείο ή ένα ιατρείο όφειλε να διαπραγματευτεί με όλους τους γείτονες, να υποστεί τις εκβιαστικές συμπεριφορές τους και να καταφύγει σε μεσίτες, μηχανικούς και δικηγόρους (θυμηθείτε τα προβλήματα συλλογικής δράσης και το κόστος αντιπροσώπευσης που αναλύθηκε στο προηγούμενο κεφάλαιο). Αντίστοιχα, η τήρηση των κανόνων πυρασφάλειας, υγιεινής ή ασφάλειας της εργασίας δεν μπορεί να αποτελεί προϊόν διαπραγματεύσεως μεταξύ των ιδιωτών υπέρ και κατά των οποίων τίθενται οι σχετικές υποχρεώσεις· τυχόν συναλλαγή υπέρ της μη τήρησης -ο εργοδότης πληρώνει τους εργαζόμενους να μην αξιώσουν ή καταγγείλουν την έλλειψη μέτρων ασφαλείας- εμφανίζει τέτοιες εξωτερικότητες που πλήττουν συστηματικά το γενικό συμφέρον (κίνδυνος θανάτων, επιβάρυνση συστήματος κοινωνικής ασφάλισης, μορφή ντάμπινγκ που στρεβλώνει τον ανταγωνισμό με τις νομιμόφρονες ομοειδείς επιχειρήσεις, κλπ.).

Από την άλλη, εντούτοις, ειδικά στην περίπτωση της ηχητικής όχλησης, δεν θα ήταν αδιανόητο οι κανόνες δημοσίου δικαίου να διαμορφωθούν με λιγότερο πατερναλιστικό τρόπο, αποκλείοντας την αυτεπάγγελτη επέμβαση των ελεγκτικών αρχών. Αν η επιλογή της απορρύθμισης δεν φαίνεται η καταλληλότερη (ανυπαρξία ορίων όχλησης θα δημιουργούσε περισσότερη ανασφάλεια δικαίου, καθυστέρηση στην απονομή δικαιοσύνης, και άλλες μορφές κόστους συναλλαγής), η λύση ενός

«λιγότερο σκληρού» κανόνα που θα αφήνει την καταγγελία των ηχητικών υπερβάσεων στη διακριτική ευχέρεια των γειτόνων (οπότε και παραμένει περιθώριο συναλλαγής μεταξύ οχλούσας επιχείρησης και γειτόνων) επιτρέπει στο δημόσιο δίκαιο να διασφαλίζει το γενικό συμφέρον προκαλώντας το μικρότερο δυνατό κόστος συναλλαγής.

Συνοψίζοντας, και οι δύο συνιστώσες του θεωρήματος του *Coase* είναι καίριες για το δημόσιο δίκαιο. Αναδεικνύοντας, αφενός, τη σημασία του κόστους στις ανθρώπινες σχέσεις, υποδεικνύει γιατί μας χρειάζεται ο δημόσιος παρεμβατισμός: είναι χρήσιμος, άρα και ανεκτός, όταν και μόνο όταν ενεργεί ως παράγων για να μειωθεί το κόστος στην εξυπηρέτηση της κοινωνικής Ευημερίας. Εξηγώντας, αφετέρου, γιατί η απονομή νομικών δικαιωμάτων σε περιβάλλον μηδενικού κόστους αποδεικνύεται αλυσιτελής στην πράξη [η πλέον διάσημη πτυχή του θεωρήματος] μας οδηγεί να σκεφτούμε προσεκτικά πριν καταφύγουμε στα πλέον επεμβατικά νομικά εργαλεία. Μπορεί ο *Coase* να μην ευλογεί το δημόσιο δίκαιο αλλά ούτε το καταδικάζει συλλήβδην, παρά τα όσα έχουν υποστηριχθεί κατά καιρούς. Το αντίθετο μάλιστα, *εάν το θεώρημα αναγνωσθεί με ευρύτητα, μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να τεκμηριώσει το ρόλο που το δημόσιο δίκαιο είναι σε θέση να επιτελέσει ώστε να θεραπευθούν οι αδυναμίες της ελεύθερης ανθρώπινης δράσης· με την προϋπόθεση, ωστόσο, να υποβάλλεται στη βάσανο της αποτελεσματικότητας*. Οφείλουμε λοιπόν να είμαστε ευγνώμονες στον *Coase* γιατί ανέδειξε το ερώτημα της χρησιμότητας του δημοσίου δικαίου καθώς και γιατί συνάρτησε την απάντησή του με την έννοια της αποτελεσματικότητας. Έστω και εάν δεν συμφωνούμε μαζί του, ειδικά εμείς της ηπειρωτικής Ευρώπης, όταν αποδοκιμάζει εκφάνσεις της δημόσιας παρέμβασης που θεωρούμε επωφελείς παρά επιζήμιες.

## **II. Οικονομική ανάλυση και δημόσιο δίκαιο μετά τον *Coase***

Το θεώρημα του *Coase* απογείωσε την οικονομική ανάλυση του δικαίου. Έθεσε τα θεμέλια της σχολής του Σικάγο η οποία και διεκδικεί τα σκήπτρα της *Law and Economics*. Ωστόσο, το διευκρινίσαμε ήδη, η σχολή του Σικάγο δεν αποτελεί το μοναδικό δρόμο για την συνάντηση δικαίου και οικονομικών, ούτε είναι σωστό να ταυτίζεται με το πολύ πιο πλούσιο έδαφος της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, στο οποίο ενδημούν αλλά και αντιπαρατίθενται επιστημονικές σχολές με ουσιώδεις διαφορές ως προς τα μεθοδολογικά εργαλεία, την ιδεολογική αφετηρία ή τα επί μέρους αντικείμενα έρευνας. Το να καταγράψει και να κατατάξει κανείς τις σχολές αυτές είναι ένα δύσκολο και εν μέρει παραπλανητικό εγχείρημα: αφενός, τα σύνορά τους είναι ασαφή· αφετέρου, στο πλαίσιο του ίδιου μεθοδολογικού «κινήματος» εμφανίζονται περισσότερες παραλλαγές και υποκατηγορίες όπου αποτυπώνονται και αντίθετες μεταξύ τους θέσεις. Η μόνη, σχετικά ασφαλής, κατηγοριοποίηση είναι εκείνη που αναγγείλαμε στο προηγούμενο κεφάλαιο, με κριτήρια, πρώτον, κατά πόσον η οικονομική μέθοδος εφαρμόζεται ή όχι κατά τρόπο ουδέτερο (*positive analysis*), και δεύτερον, όταν διατυπώνονται αξιολογικές κρίσεις (*normative analysis*), εάν αυτές εκκινούν με βάση έναν συστατικό ή διαστατικό ορισμό της ευημερίας. Η παραπάνω διάκριση έχει μεγάλη σημασία για το δημόσιο δίκαιο: η υιοθέτηση ενός στενού ορισμού ο οποίος ταυτίζει την ευημερία με την οικονομική αποδοτικότητα και μόνο, οδηγεί νομοτελειακά σε πιο εχθρική στάση απέναντί του και υποστηρίζει επιστημονικά την συρρίκνωση των κρατικών λειτουργιών· αντιθέτως, ένας ευρύτερος ορισμός αυξάνει τα περιθώρια δημόσιας επέμβασης, καθιστώντας την οικονομική ανάλυση, μία σύγχρονη μέθοδο για τη βελτίωση και όχι την απόρριψη των αντίστοιχων θεσμών. Οι δύο αυτές όψεις διακρίνονται και χρονικά: η πλέον αρνητική για τον κρατικό παρεμβατισμό ξεκινά από το 1960 (1), προτού αμφισβητηθεί μία εικοσαετία περίπου αργότερα (2).

1. (Υπερ)τονίζοντας τα προβλήματα του κρατικού παρεμβατισμού:  
*Law and Economics*, νεοθεσμικά οικονομικά, *Public Choice*

1.1. Σχολή του Σικάγο

Ο πιο διάσημος επικριτής του δημοσίου δικαίου είναι και ο γνωστότερος εκπρόσωπος της Σχολής του Σικάγο, συγγραφέας της «βίβλου» των *Law and Economics* από το 1972 μέχρι σήμερα [*Economic Analysis of Law*, 7<sup>η</sup> έκδοση 2014], ο *Richard Posner*. Προεκτείνοντας το θεώρημα του *Coase* ενδεχομένως και πέρα από τον εμπνευστή του, ο *Posner* προσεγγίζει τα πάντα, από τις οικονομικές σχέσεις μέχρι το ... *sex*<sup>5</sup> με γνώμονα την υπεροχή της ορθολογικής επιλογής και της ελεύθερης αγοράς. Στο πλαίσιο αυτό, ο *Posner* και η Σχολή του Σικάγο προτάσσουν «συστημικά» το *common law* έναντι του κωδικοποιημένου δημοσίου δικαίου: θεωρούν ότι ένας πραιτωρικός μηχανισμός παραγωγής μεμονωμένων νομικών λύσεων, όχι μέσω γενικών κανόνων που επιβάλλονται άνωθεν αλλά *ad hoc* δικαστικών αποφάσεων κατά την επίλυση οριζόντιων διαφορών που τα μέρη επιλέγουν να θέσουν στην κρίση του δικαστή, εμφανίζει το πλεονέκτημα ότι συμπληρώνει και υπηρετεί την τάξη των αυθόρμητων συναλλαγών αντί να την υποκαθιστά. Οι δικαστές του *common law* είναι σε θέση να διαμορφώσουν ένα δίκαιο το οποίο μιμείται την αγορά, επιλέγοντας τον πλέον «αποτελεσματικό» κανόνα με την επιλογή τους αυτή, απονέμουν τα δικαιώματα σύμφωνα με το θεώρημα του *Coase*, δηλαδή στο μέρος που τα αξιολογεί περισσότερο, ώστε να τα

---

<sup>5</sup> *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1994. Αντίστοιχα, ένας άλλος νομπελίστας οικονομολόγος, ο Gary Becker, θα διατυπώσει την οικονομική ανάλυση του ποινικού κολασμού [*Crime and punishment: an economic approach*, *Journal of Political Economy*, Chicago Journals, 1968, 76 (2), 169–217] και του γάμου [*A theory of marriage: part I*]. *Journal of Political Economy*, Chicago Journals, 1973, 81 (4): 813–46, part II, special issue: *Marriage, Family Human Capital, and Fertility*, Chicago Journals, 1974, 82 (2), 11–26]

χρησιμοποιήσει για τη μεγιστοποίηση του (δικού του) πλούτου, όπως επιτάσσει ο στενός, οικονομικός ορισμός της κοινωνικής ευημερίας.

Για τη Σχολή του Σικάγο, ο κρατικός παρεμβατισμός στρεβλώνει αντί να μιμείται την αγορά διότι απονέμει δικαιώματα με λιγότερο αποτελεσματικά κριτήρια και όχι με γνώμονα την οικονομική τους αποδοτικότητα: η οικονομία του μαυροπίνακα (*blackboard economics*)<sup>6</sup> αδυνατεί να διαμορφώσει ένα σύστημα βέλτιστων τιμών, αντίθετα προς την αγορά η οποία, μόνον αυτή, αφομοιώνει επιτυχώς το κοινωνικό κόστος κάθε δραστηριότητας. Μέσα από το έργο του *Ronald Coase* και του *Harold Demsetz*, η χρησιμότητα του κράτους αμφισβητείται μέχρι και σε πεδία στα οποία υποτίθεται πως δεν μπορεί να λειτουργήσει ο μηχανισμός της αγοράς, όπως είναι η διασφάλιση των κοινών αγαθών ή εκείνων που φέρεται να τελούν σε καθεστώς φυσικού μονοπωλίου· ακόμη και εκείνα θεωρείται ότι είναι δυνατόν να παρασχεθούν καλύτερα από την ιδιωτική πρωτοβουλία σε ένα ανταγωνιστικό περιβάλλον<sup>7</sup>. Γενικότερα, η παραδοσιακή *Law and Economics* περιορίζει το ρόλο του κράτους στη διασφάλιση της υγιούς λειτουργίας της αγοράς μέσω κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού και σε μία ήπια, φορολογική αναδιανομή του εισοδήματος. Οποιαδήποτε επέμβαση, ακόμη και στο όνομα αξιών όπως η δικαιοσύνη και η αλληλεγγύη, κρίνεται ότι κινδυνεύει να οδηγήσει σε αναποτελεσματικότητες διότι δεν είναι οικονομικά αποδοτική<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Κατά την έκφραση του Ronald Coase, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

<sup>7</sup> Harold Demsetz, *The Private Production of Public Goods*, *Journal of Law and Economics* 13(1970), 293-306 και *Why Regulate Utilities?* *Journal of Law and Economics*, 11(1968), 55-65. Οι θέσεις του Demsetz θυμίζουν εκείνες του Coase για το φαροφύλακα (οπ. π. ...)

<sup>8</sup> Για μία συνολική και διεξοδική υποστήριξη του στενού ορισμού της ευημερίας από δύο επιστήμονες εκτός Σικάγο, βλ. Louis Kaplow/ Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002.

## 1.2. Νεοθεσμικά οικονομικά και Σχολή της Δημόσιας Επιλογής

Προέκταση της *Law and Economics* -με τις ευλογίες του ίδιου του Coase<sup>9</sup> και σημαντικότερους εκπροσώπους τους *Douglass North* και *Oliver Williamson*- αποτελούν τα νεοθεσμικά οικονομικά (*new institutional economics*)<sup>10</sup> τα οποία εστιάζουν στην αποτελεσματικότητα των δημόσιων και ιδιωτικών θεσμών. Χρησιμοποιούν τα εργαλεία της οικονομικής θεωρίας, ιδίως την προβληματική του κόστους συναλλαγής<sup>11</sup> και τις επί μέρους πτυχές του (ασυμμετρία πληροφόρησης, περιορισμένη ορθολογικότητα, οπορτουνισμός, πρόβλημα αντιπροσώπευσης, επιζήμιες επιλογές και ηθικός κίνδυνος) για να μελετήσουν τα χαρακτηριστικά των τυπικών, μη συναινετικών θεσμών, τον τρόπο με τον οποίο αυτοί συνυπάρχουν και διαδρούν καθώς και τις μεθόδους καλύτερης διακυβέρνησής τους. Κατεξοχήν αντικείμενο έρευνας αποτελούν όσοι θεσμοί του δημοσίου δικαίου επηρεάζουν τις οικονομικές επιδόσεις· εξετάζονται τα ειδικότερα προβλήματα ορθολογικότητας που εμφανίζει η δράση τους (μονοπωλιακή θέση, ιεραρχική δομή) και αναζητείται ο βέλτιστος θεσμικός σχεδιασμός, με άλλα λόγια, τα οργανωτικά και λειτουργικά μοντέλα που μεγιστοποιούν την επιτυχία τους. Θεμελιώδεις διαπιστώσεις της νεοθεσμικής προσέγγισης είναι η ανάγκη αγορακεντρικής στόχευσης του κρατικού παρεμβατισμού<sup>12</sup> και η σχέση

<sup>9</sup> Ronald Coase, *The New Institutional Economics*, *American Economic Review*, 1998, 88(2), 72-74

<sup>10</sup> Eric Brousseau και Jean-Michel Glachant (επιμ.), *New Institutional Economics: A Guidebook*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, Claude Ménard και Mary Shirley (επιμ.), *Handbook in New Institutional Economics*, Springer, 2005

<sup>11</sup> Oliver Williamson, *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, *The American Journal of Sociology*. (1981) 87 (3), 548–577 και *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press, 1975.

<sup>12</sup> Αφενός με την όσο το δυνατόν μεγαλύτερη απελευθέρωση των δραστηριοτήτων που ενδιαφέρουν το γενικό συμφέρον, αφετέρου με την διαμόρφωση μίας πιο φιλικής προς

που συνδέει την οικονομική ανάπτυξη με την αποτελεσματική εξέλιξη των θεσμών, των φορέων δημόσιας εξουσίας συμπεριλαμβανομένων.

Κατά τον *North*, η σημασία της θεσμικής εξέλιξης για την ανάπτυξη, τη βιωσιμότητα και την ευημερία υπερβαίνει εκείνη των κλασικών οικονομικών μεγεθών (ικανοποιητική ποσότητα πόρων και αποδοτική χρήση τους, καινοτομία). Ωστόσο, η *θεσμική αλλαγή* (*institutional change*) -κρίσιμη συνιστώσα της οποίας είναι και η αντίστοιχη εξέλιξη του δημοσίου δικαίου (συνταγματικό πλαίσιο, διοικητικά όργανα, διαδικασίες, αποτελεσματική εφαρμογή)- αντιμετωπίζει πολλά και σύνθετα εμπόδια τα οποία υπερβαίνουν το στενά εννοούμενο κόστος συναλλαγής. Συναρτώνται με τις ιδεολογικές και αξιακές αγκυλώσεις στο εσωτερικό κάθε κοινωνίας, επηρεάζοντας καταλυτικά το βαθμό επιτυχίας του κράτους και των επί μέρους θεσμών του<sup>13</sup>. Προέκταση της παραπάνω προσέγγισης είναι η σύνδεση της οικονομικής ανάπτυξης με την ύπαρξη σταθερών δομών κράτους δικαίου –ώστε αυτό να λειτουργεί με τρόπο ιδεολογικά ουδέτερο- και αντιστρόφως, η ταύτιση του αποτυχημένου κράτους με την ανυπαρξία αρκούντως «ανοικτών» θεσμών, έννοιες στις οποίες αναφερθήκαμε στο πρώτο κεφάλαιο<sup>14</sup>.

Τα νεοθεσμικά οικονομικά συγγενεύουν με έναν, εξίσου σπουδαίο, κλάδο της οικονομικής ανάλυσης, την Σχολή της *Public Choice* (Δημόσιας Επιλογής). Η σημασία της για το δημοσιολόγο είναι ακόμη μεγαλύτερη διότι θέτει ως αντικείμενο έρευνας, όχι τους κανόνες που διέπουν τις οριζόντιες συναλλαγές (όπως η *Law and Economics*) αλλά τη λειτουργία των πολιτικών μηχανισμών για την άσκηση της εξουσίας. Από τις απαρχές της, η *Public Choice* -όπως ξεκινά στη Νομική Σχολή της *Virginia*

---

την αγορά δημόσιας εποπτείας. Oliver Williamson, *The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting*, New York, The Free Press, 1985

<sup>13</sup> Douglass North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, New York, Cambridge University Press 1990, North, Douglass C., John J. Wallis, and Barry R. Weingast, *Violence and Social Order: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. New York, Cambridge University Press, 2009.

<sup>14</sup> Βλ. παραπάνω ...



την ίδια περίπου εποχή με το θεώρημα του *Coase*, μέσα από το έργο των *James Buchanan* και *Gordon Tullock*, *The Calculus of Consent*<sup>15</sup>- χρησιμοποιεί τη μικροοικονομική θεώρηση για να προσεγγίσει κριτικά, «χωρίς ρομαντισμό»<sup>16</sup>, τους πολιτικούς θεσμούς και να καταλήξει σε μία –μάλλον απαισιόδοξη- οικονομική ανάγνωση της δημοκρατίας και των θεσμών της με όρους αγοράς και ωφελιμισμού<sup>17</sup>. Αφαιρεί το φωτοστέφανο από το οργανωτικό οικοδόμημα της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας και αποκαλύπτει, σύμφωνα με τον ορισμό του *Mancur Olson*, τη «λογική» της συλλογικής δράσης<sup>18</sup>. Για τη συγκεκριμένη σχολή, η λειτουργία των δημόσιων οργάνων είναι προϊόν ανθρώπινων σχέσεων και εγωιστικών ή στρατηγικών συμπεριφορών που αρμόζει να εξετασθούν υπό το φως των οικονομικών θεωριών (ορθολογική επιλογή, θεωρία παιγνίων). Έτσι, η δράση των φορέων δημόσιας εξουσίας που στελεχώνονται από πολιτικούς (Κοινοβούλιο, Κυβέρνηση, τοπική αυτοδιοίκηση) καθορίζεται σε ένα περιβάλλον ανταγωνισμού και σύνθετων συναλλαγών: ανταγωνισμού μεταξύ υποψηφίων και μεταξύ ομάδων πίεσης οι οποίες –όπως παρατηρεί ο *Gary Becker*- προωθούν τη δική τους ατζέντα<sup>19</sup>, συναλλαγών μεταξύ εκλεκτόρων, αντιπροσώπων και εκπροσώπων συμφερόντων. Οι συναλλαγές αυτές θα καθορίσουν, για παράδειγμα, το πώς και υπέρ ποιων θα παραχθούν τα κοινά αγαθά, αντίτιμο των οποίων αποτελούν οι φορολογικές υποχρεώσεις. Ωστόσο, οι παραπάνω σχέσεις, εκτός του ότι είναι εκτεθειμένες στον αυξημένο ομορτισμό των παικτών, δύσκολα

<sup>15</sup> James Buchanan και Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

<sup>16</sup> Σύμφωνα με την έκφραση του ίδιου του *Buchanan*. Αριστείδης Χατζής, Πολιτική χωρίς Ρομαντισμό Διανεμητικές Συσπειρώσεις και Προσοδοθηρία, στο Το Δημόσιο Δίκαιο Σε Εξέλιξη: Σύμμεικτα Προς Τιμήν του Καθηγητού Πέτρου Ι. Παραρά (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2012), σελ. 1121-1136.

<sup>17</sup> Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper, 1957)

<sup>18</sup> Olson, Mancur, Jr, *The Logic of Collective Action*, Cambridge: Harvard University Press, 1η εκδ. 1965.

<sup>19</sup> Gary Becker, A theory of competition among pressure groups for political influence, *Quarterly Journal of Economics*. Oxford Journals, (1983), 98(3), 371–400

οδηγούν σε ορθολογικές, αντικειμενικές και σταθερές δημόσιες επιλογές (εξ ου και το όνομα του επιστημονικού αυτού ρεύματος). αρκεί να θυμηθούμε το *παράδοξο του Arrow*<sup>20</sup> κατά τη λήψη των συλλογικών αποφάσεων που μελετήσαμε στο προηγούμενο κεφάλαιο.

Με αντίστοιχα μεθοδολογικά εργαλεία προσεγγίζεται και ο γραφειοκρατικός μηχανισμός της δημόσιας διοίκησης<sup>21</sup>: ως ένα θεσμικό οικοδόμημα στο οποίο, τα πρόσωπα που το στελεχώνουν, παρότι εντολοδόχοι του γενικού συμφέροντος και υπόχρεοι να τηρούν την αρχή της νομιμότητας, επιλέγουν ορθολογικά να προωθούν τους δικούς τους σκοπούς, δημιουργώντας «κόστος αντιπροσώπευσης» στις δημόσιες πολιτικές. Εάν η Σχολή του Σικάγο έρχεται να αμφισβητήσει την ευκολία με την οποία γινόταν μέχρι τότε δεκτή η ύπαρξη αποτυχιών της αγοράς (*market failures*) ώστε να δικαιολογείται η δημόσια παρέμβαση, ο σκοπός της *Public Choice* είναι παραπληρωματικός: αναδεικνύει, όχι πλέον τις αδυναμίες της αγοράς, αλλά τις αποτυχίες που χαρακτηρίζουν τους κρατικούς θεσμούς (*State/government failures*) οι οποίοι υποτίθεται ότι επεμβαίνουν για να διορθώσουν τις ατέλειες των ελεύθερων συναλλαγών. Στο ίδιο πλαίσιο, παρότι ανήκει «γεωγραφικά» στη σχολή του Σικάγο, ο *George Stigler* θα διατυπώσει το 1971<sup>22</sup> τη θεωρία του για τη *ρυθμιστική ομηρεία (regulatory capture)*, σύμφωνα με την οποία οι διοικητικές αρχές που δημιουργούνται για την εποπτεία μίας οικονομικής δραστηριότητας, αντί να ενεργούν στο όνομα του γενικού συμφέροντος, προωθούν τα συντεχνιακά συμφέροντα συγκεκριμένων ομάδων πίεσης. Ως εκ τούτου, αφαιρούν από το

---

<sup>20</sup> Ο Arrow απέδειξε ότι είναι αδύνατο (εξ ου και θεώρημα αδυναμίας του Arrow) να υπάρξει μηχανισμός λήψης συλλογικής απόφασης το οποίο, σωρευτικά, να ικανοποιεί τις ατομικές προτιμήσεις, να μην είναι δικτατορικό και να οδηγεί σε μία σταθερή και συνεπή απόφαση. Kenneth Arrow, *Social choice and individual values*, 1951 New Haven, New York / London: J. Wiley / Chapman & Hall. Βλ. στο αμέσως επόμενο κεφάλαιο ...

<sup>21</sup> William Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine, Atherton, 1971

<sup>22</sup> *The Theory of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3, 3–18

κοινωνικό πλεόνασμα αντί να το αυξάνουν και το μετατρέπουν σε πρόσοδο («μίζα»/rent) για τους υπέρων η «ομηρεία». Γενικότερα, η προσοδοθηρία (*rent seeking*)<sup>23</sup> αποτελεί κατά την *Public Choice*, το βασικό κίνητρο των ομάδων πίεσης για τον επηρεασμό των πολιτικών και διοικητικών θεσμών και ένα από τα σημαντικότερα κόστη από τη λειτουργία τους<sup>24</sup>. Στα παραπάνω ζητήματα προφανώς και θα επανέλθουμε σε επόμενα κεφάλαια.

### 1.3. Μια πρώτη αποτίμηση

Ορισμένες από τις προσεγγίσεις που μόλις εκτέθηκαν σίγουρα εμφανίζουν μεθοδολογικές και ιδεολογικές εμμονές. Αφενός, ταυτίζουν την ανθρώπινη συμπεριφορά, ακόμη και εκτός οικονομικού πλαισίου, με εκείνη του *homo oeconomicus* -ενός «ορθολογικού ηλίθιου» κατά τον *Amartya Sen*<sup>25</sup>- ο οποίος δρα μόνο με γνώμονα την ικανοποίηση των αναγκών του στη χαμηλότερη τιμή. Εντούτοις, τα ανθρώπινα κίνητρα είναι συνήθως πολύ πιο σύνθετα -ενδεχομένως και μη εντελώς «λογικά»- πόσο μάλλον στο πλαίσιο της συλλογικής δράσης όπου κυνισμός, φοβίες και προκαταλήψεις αλλά και αλτρουισμός συχνά συνυπάρχουν στις επιλογές πολιτών, πολιτικών και διοικητικών αξιωματούχων. Αφετέρου, ταυτίζουν εν πολλοίς (ορισμένοι και εντελώς) την αποτελεσματικότητα με τη οικονομική αποδοτικότητα, θεωρώντας εξ ορισμού αναποτελεσματικές τις δημόσιες επεμβάσεις για την επιδίωξη άλλων πτυχών του γενικού συμφέροντος· είναι, επομένως,

---

<sup>23</sup> Anne Krueger, "The Political Economy of the Rent-Seeking Society," *American Economic Review* 64.3 (1974)

<sup>24</sup> Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1965

<sup>25</sup> Amartya Sen, "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory," *Philosophy & Public Affairs*, (1977) 6, no. 4, 317-344

ανοιχτές στην κριτική ότι εξυπηρετούν την κρατούσα οικονομική τάξη<sup>26</sup>. Παρόλα αυτά, η συμβολή τους υπήρξε πολύτιμη για το δημόσιο δίκαιο γιατί έθεσε τέλος στην εξιδανικευμένη θεώρησή του, αποκαλύπτοντας πολλές από τις αδυναμίες του. Συνεισέφερε, ακόμη, τα επιστημονικά θεμέλια, για λιγότερο φοβικές και περισσότερο ουδέτερες, οικονομικές αναλύσεις των δημόσιων θεσμών, ιδίως μετά το 1980. Οι αναγνώσεις αυτές, είτε τις δει κανείς ως παρακλάδι της *Law and Economics*, των *New Institutional Economics* ή της *Public Choice* (που αλληλοεπικαλύπτονται, ούτως ή άλλως), είτε ως αυτόνομα επιστημονικά ρεύματα, εμπλούτισαν με ακόμη πιο δημιουργικό τρόπο την οικονομική ανάλυση του δημοσίου δικαίου.

## 2. Προς μία, λιγότερο φοβική, οικονομική προσέγγιση του δημοσίου δικαίου

### 2.1. Η Σχολή του Yale και η προοδευτική οικονομική ανάλυση

Πρώτη η επιστημονική κοινότητα του Πανεπιστημίου του *Yale* θα αναδείξει τη σημασία μίας πιο θετικής, οικονομικής προσέγγισης του δημοσίου δικαίου. Ο *Guido Calabresi*, ένας από τους πατέρες της οικονομικής ανάλυσης μαζί με τους *Coase* και *Posner*, θα στρέψει σταδιακά το ενδιαφέρον του από το ενοχικό δίκαιο<sup>27</sup>, στο ρόλο που καλείται να επιτελέσει η δημόσια πολιτική, ιδίως σε σχέση με την εξασφάλιση αγαθών τα οποία χαρακτηρίζονται ως θεμελιώδη. Θα υποστηρίξει πως ο μηχανισμός της αγοράς υποπίπτει σε «τραγικές επιλογές» (*tragic choices*) όταν καλείται να καλύψει ορισμένες κρίσιμες

<sup>26</sup> Εδώ εστιάζει την κριτική της στην οικονομική ανάλυση του δικαίου η σχολή των *critical legal studies*, με σημαντικότερο εκπρόσωπο τον *Duncan Kennedy*, καθηγητή στο Harvard: *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997.

<sup>27</sup> *Guido Calabresi*, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, 1970.

ανάγκες της κοινωνίας, στο μέτρο που η ζήτηση για θεμελιώδη αγαθά δεν ικανοποιείται πλήρως μέσω των ελεύθερων συναλλαγών<sup>28</sup>: η αιμοκάθαρση αποτελεί ένα τέτοιο αγαθό «ζωής και θανάτου», το οποίο η αγορά προσφέρει μόνο σε εκείνους που μπορούν να πληρώσουν ακριβά. Η κατάσταση χαρακτηρίζεται ως τραγική, όχι μόνο διότι διαπιστώνεται σύγκρουση μεταξύ, αφενός της κατανομής μέσω του μηχανισμού της αγοράς, αφετέρου των ηθικών αξιών που διαπνέουν τη φιλελεύθερη κοινωνία, αλλά και διότι το πρακτικό αποτέλεσμα τέτοιων επιλογών είναι αρνητικό τόσο για τα άτομα όσο και για το κοινωνικό σύνολο (*lose/lose*): στο παράδειγμα την αιμοκάθαρσης, η άρνηση, υποθετικά, της υπηρεσίας αυτής σε έναν νέο επιστήμονα (θα μπορούσε να είναι ο *Stephen Hawking*), δεν στερεί μόνο από τον ίδιο το αγαθό της ζωής αλλά και τους πάντες από το όφελος των επιστημονικών του ανακαλύψεων. Για τον *Calabresi* οι ατέλειες της αγοράς υπερβαίνουν τα στενά κόστη συναλλαγής στα οποία αναφέρεται ο *Coase* και εκτείνονται μέχρι την αδυναμία της να αναδιανείμει ικανοποιητικά και να τιμολογήσει «ανεκτίμητα» αγαθά. Υιοθετώντας έμμεσα ένα ευρύτερο ορισμό της ευημερίας στα πρότυπα του *Rawls* και του *Sen*<sup>29</sup>, προωθεί ένα «θεραπευτικό» κρατικό παρεμβατισμό ο οποίος δεν εξαντλείται στη μίμηση της τέλει αγοράς<sup>30</sup>.

Μια τέτοια δημόσια παρέμβαση προϋποθέτει τη διαμόρφωση ενός, κατάλληλου για το σκοπό αυτό, διοικητικού δικαίου το οποίο δεν επιτρέπεται πλέον να αγνοεί τα πορίσματα της οικονομικής θεωρίας. Η «προοδευτική οικονομική ανάλυση», κατά τον ορισμό της *Rose-*

---

<sup>28</sup> Guido Calabresi and Philip Bobbitt, *Tragic Choices. The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*, (Fels Lectures on Public Policy Analysis), W. W. Norton & Company, New York, 1978

<sup>29</sup> Βλ. παραπάνω ...

<sup>30</sup> Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 *The Yale Law Journal* 1211 (1991), Faculty Scholarship Series. Paper 2014, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2014](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2014)

*Ackerman*<sup>31</sup>, καθηγήτριας στο ίδιο πανεπιστήμιο, είναι κρίσιμη για τον ανασχεδιασμό των οργανωτικών δομών και των διαδικασιών του διοικητικού μηχανισμού κατά τρόπο ώστε οι δημόσιες πολιτικές να εκτελούνται επιτυχώς, συνδυάζοντας σκοπούς αποδοτικότητας και κοινωνικής αλληλεγγύης εκεί που δεν τους επιτυγχάνει η αγορά. Η αποτελεσματικότητα του μηχανισμού αυτού και η πάταξη των παθογενειών του όπως είναι η διαφθορά<sup>32</sup>, νομιμοποιούν οικονομολογικά την ύπαρξη του δημοσίου δικαίου και συμπληρώνουν τον ορισμό του γενικού συμφέροντος<sup>33</sup>. Στο ίδιο μήκος κύματος, ο *Jerry Mashaw*<sup>34</sup>, καθηγητής διοικητικού δικαίου επίσης στο *Yale*, αντιλαμβάνεται την δημόσια παρέμβαση ως οργανωτική απάντηση στο χάος και την απληστία που προκαλεί ο άκρατος ατομικισμός. Για να είναι όμως επιτυχής, η παρέμβαση αυτή οφείλει να βελτιωθεί, χρησιμοποιώντας τα ευρήματα της οικονομικής ανάλυσης ώστε να διαμορφώσει ένα πιο λειτουργικό μοντέλο για την κατανομή των αρμοδιοτήτων και τη λήψη των αποφάσεων στο εσωτερικό του δημοσίου τομέα. Ο *Mashaw* προτείνει, έτσι, μία πιο δημιουργική ανάγνωση της *Public Choice*, από την οποία θα προκύψουν, όχι τα επιχειρήματα για την αποδόμηση των δημόσιων θεσμών, αλλά ένα καλύτερο δημόσιο δίκαιο, όπου η αποτελεσματικότητα χρησιμοποιείται

---

<sup>31</sup> Susan Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics - And the New Administrative Law*, *The Yale Law Journal*, 98 (1988), 2, 341-, Faculty Scholarship Series, Paper 598 [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/598](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/598)

<sup>32</sup> Susan Rose-Ackerman, *The Economics of Corruption: a study in political economy*, New York, Academic Press, 1978.

<sup>33</sup> "A newer version of public interest theory leaves the old dogma and introduces some empirical content to the argument. This 'progresses' public interest notion somewhat», Susan Rose-Ackerman, 1988, οπ.π.

<sup>34</sup> Jerry Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*. Yale University Press, 1997.

για την αρτιότερη προάσπιση της δημοκρατικής νομιμότητας και των δικαιωμάτων<sup>35</sup>.

## 2.2. Η μελέτη του «ρυθμιστικού κράτους»

Στο πεδίο του δημοσίου παρεμβατισμού στην οικονομία, η επιδίωξη για ένα «καλύτερο» δίκαιο λαμβάνει τη μορφή πολιτικών που συνδυάζουν τις ανάγκες ορθής λειτουργίας της ελεύθερης αγοράς με τις υπόλοιπες επιταγές του γενικού συμφέροντος, μέσω διαφανών και συμμετοχικών διαδικασιών και με τη χρήση εργαλείων στάθμισης κόστους-οφέλους. Το δίκαιο αυτό αποτελεί εφαρμογή της *οικονομικής θεωρίας για τη δημόσια ρύθμιση (public theory on regulation)*, όπως η τελευταία διαμορφώθηκε τα τελευταία 50 χρόνια μέσα από επιμέρους -συχνά αντικρουόμενες- επιστημονικές συμβολές στο πλαίσιο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου<sup>36</sup>: η επέμβαση των δημόσιων φορέων δικαιολογείται (κατά ορισμένους εξαντλείται) στη διόρθωση και τη συμπλήρωση, όπου απαιτείται, της λειτουργίας της αγοράς, με τον πλέον αποτελεσματικό τρόπο και μέσα από τον κατάλληλο συνδυασμό οικονομικής και κοινωνικής ρύθμισης (*economic/social regulation*). Η οργανωτική πρόταση της παραπάνω θεωρίας για το κρατικό φαινόμενο -η οποία μεταφέρεται και στο ευρωπαϊκό ηπειρωτικό δίκαιο μέσω των κανόνων της ΕΕ- λαμβάνει τη μορφή του «ρυθμιστικού κράτους» (*regulatory State*) το οποίο, από τη μία κατευθύνει ένα μέρος των δημόσιων επιλογών από τα πολιτικά όργανα σε διοικητικούς φορείς με

---

<sup>35</sup> Daniel A. Farber και Anne Joseph O'Connell (επιμ.) *Research Handbook on Public Choice and Public Law* σε *Research Handbooks in Law and Economics* series, Edward Elgar, 2010, με εισαγωγική ανάλυση του Mashaw.

<sup>36</sup> Roger J. Van den Bergh και Alessio M. Paccas, *Regulation and Economics* σε *Encyclopedia of Law and Economics*, 2η εκδ., Edward Elgar 2012. Για μία παρουσίαση της θεωρίας αυτής στην ελληνική βιβλιογραφία, Σόνια Ναλπαντίδου και Αριστείδης Χατζής, *Η Θεωρία της Ρύθμισης*, *Επιθεώρηση Διοικητικής Επιστήμης*, 16: 133-163 (2010) και Γιώργος Δελλής, «Κοινή Ωφέλεια και Αγορά», *Α' τόμος*, ...

αυξημένα εχέγγυα τεχνοκρατίας και αμεροληψίας -κάτι που συνάδει και με την κριτική της *Public Choice* για τα ελαττώματα της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας- από την άλλη ενσωματώνει στη διοικητική αλλά και τη νομοπαραγωγική διαδικασία τις μεθόδους της οικονομικής ανάλυσης για την τεκμηρίωση της αποτελεσματικότητας των μέτρων. Παράλληλα, όμως, εμφανίζει παθολογίες όπως η ρυθμιστική ομηρεία, τις οποίες καλείται να αντιμετωπίσει μέσα από τη δημιουργική, οικονομική ανάλυσή τους.

Η μελέτη των θεσμών του ρυθμιστικού κράτους θα απασχολήσει επιστήμονες όπως ο *Cass Sunstein*<sup>37</sup> -καθηγητής δημοσίου δικαίου αρχικά στο *Chicago* και μετά στο *Harvard* αλλά και επικεφαλής του κεντρικού σχεδιασμού κατά τη διακυβέρνηση *Obama*<sup>38</sup>- ο οποίος επικεντρώνει την έρευνά του στο θεσμό της στάθμισης κόστους-οφέλους<sup>39</sup>, την δημόσια ρύθμιση στους τομείς της υγείας και του περιβάλλοντος<sup>40</sup>, τη σημασία της φορολογικής παρέμβασης για την προάσπιση των δικαιωμάτων<sup>41</sup>, αλλά και στον επανασχεδιασμό του κρατικού παρεμβατισμού με τη χρήση εφαρμογών των συμπεριφορικών οικονομικών για τον καλύτερο συνδυασμό «ήπιου» πατερναλισμού και ελευθερίας (μαζί με τον άρτι βραβευθέντα με βραβείο Νόμπελ, *Richard Thaler*<sup>42</sup>).

<sup>37</sup> Sunstein, Cass R. (1993). *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Harvard: Harvard University Press

<sup>38</sup> Ως επικεφαλής του Office of Information and Regulatory Affairs, το οποίο συντονίζει την εκπόνηση ρυθμιστικών επιπτώσεων αναφορικά με τις δημόσιες πολιτικές. Ο τρόπος καθορισμού των κριτηρίων στάθμισης κόστους-οφέλους ουσιαστικά καθορίζει, μέσω οικονομικής παρακαμπτηρίου, το ουσιαστικό περιεχόμενο του επιδιωκόμενου γενικού συμφέροντος.

<sup>39</sup> Sunstein, Cass R. (2002). *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection*. Chicago, Illinois: American Bar Association.

<sup>40</sup> Sunstein, Cass R. (2002). *Risk and reason: Safety, law, and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>41</sup> Sunstein, Cass R.; Holmes, Stephen (2000). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York London: W. W. Norton.

<sup>42</sup> Cass Sunstein. και Richard Thaler, "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, *University of Chicago Law Review* (2003) 70, 1159-1202 και Sunstein, Cass, Thaler, Richard, *Nudge*:



### 2.3. Η μελέτη των πολιτικών και συνταγματικών θεσμών: *Positive Political Theory, Political Economy of Law*

Η συμβολή της οικονομικής ανάλυσης είναι εξίσου καίρια και στο πεδίο της μελέτης των συνταγματικών και πολιτικών θεσμών. Υφίσταται πλέον ένα πλέγμα επιστημονικών ρευμάτων που συνθέτουν τα «συνταγματικά/ πολιτικά οικονομικά» (*constitutional/ political economics*) και δεν ταυτίζονται ιδεολογικά ούτε μεθοδολογικά με τις αρχικές θέσεις της *Public Choice*<sup>43</sup>. Τις θέσεις αυτές εκφράζουν ακόμη οι μελέτες των Buchanan και Brennan (*Constitutional Political Economy*)<sup>44</sup> όπου δίνεται έμφαση στις αποτυχίες του κράτους και στην ανάγκη για ένα συνταγματικό σχεδιασμό ο οποίος θα αποτυπώνει ένα νέο, ατομικιστικά φορτισμένο, κοινωνικό συμβόλαιο: αντικείμενο του σχεδιασμού είναι ο ασφυκτικός περιορισμός των περιθωρίων παρέμβασης του κράτους και η *ex ante* στέρηση -μέσω συνταγματικών προβλέψεων όπως είναι η θέσπιση σταθερής φορολογικής κλίμακας- της εξουσίας των συντεταγμένων φορέων εξουσίας να διαστείλουν το ρόλο τους<sup>45</sup>.

Υπάρχουν όμως και άλλες φωνές, χωρίς κρατοφοβικές αποχρώσεις, από τη σύνθεση των οποίων γεννιέται μία *Θετική Πολιτική Θεωρία (Positive Political Theory)* -η οποία ξεκίνησε από τη δεκαετία του 1970<sup>46</sup> αλλά

---

Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New Haven, Connecticut: Yale University Press 2008.

<sup>43</sup> James M. Buchanan, 1990. "The Domain of Constitutional Economics," *Constitutional Political Economy*, 1(1), pp. 1–18.

<sup>44</sup> Geoffrey Brennan, James M. Buchanan, *The reason of rules: constitutional political economy*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1985

<sup>45</sup> G. Brennan and J. Buchanan, "The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution," Cambridge University Press, Cambridge, 1980

<sup>46</sup> Riker, W. H.; Ordeshook, P. C. (1973). *An Introduction to Positive Political Theory*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.

άνθησε μία δεκαπενταετία αργότερα μέχρι και σήμερα<sup>47</sup>- με αμιγώς *εξηγητικό* αντικείμενο: να καταδείξει τον τρόπο που λειτουργούν οι θεσμοί δημόσιας εξουσίας ως μηχανισμοί για τη λήψη συλλογικών αποφάσεων. Χρησιμοποιεί ένα συνδυασμό μεθοδολογικών εργαλείων οικονομικής προέλευσης και ιδίως τη θεωρία των παιγνίων και τη μελέτη των στρατηγικών συμπεριφορών για να αξιολογήσει τους μηχανισμούς αυτούς και τις επιδόσεις τους.

Η ουδέτερη χρήση των παραπάνω μεθόδων σε πλειάδα θεματικών συνταγματικού ενδιαφέροντος φωτίζει πτυχές παντελώς άγνωστες στην κλασσική νομική οπτική. Για παράδειγμα, η εφαρμογή οικονομικών μοντέλων είναι καίρια για την μελέτη των εκλογικών συστημάτων, των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία του εκλέγεσθαι αλλά και τον τρόπο διαμόρφωσης πολιτικών συνασπισμών<sup>48</sup>. Συναφώς, η λειτουργία της διάκρισης των εξουσιών και ο μηχανισμός των θεσμικών αντιβάρων σε ένα συγκεκριμένο σύστημα γίνονται καλύτερα κατανοητά μέσα από τη θεωρία παιγνίων, την οποία χρησιμοποιεί ο *Τσεμπελής* στη μελέτη του για τους «παίκτες αρνησικυρίας», καταδεικνύοντας το πώς ο αριθμός και η φύση των παικτών αυτών επηρεάζει την αποτελεσματικότητα του συνταγματικού οικοδομήματος στην επίτευξη συγκεκριμένων στόχων. Επίσης, η εμπειρική εξέταση των πολιτικών θεσμών επιτρέπει την εξαγωγή συμπερασμάτων για την συγκριτική αποτελεσματικότητά τους: ποιο εκλογικό σύστημα, το πλειοψηφικό ή το αναλογικό και ποιο πολιτικό σύστημα, το κοινοβουλευτικό ή το προεδρικό, διασφαλίζουν μεγαλύτερη σταθερότητα και αντιμετωπίζουν καλύτερα, ζητήματα διαφθοράς ή ρυθμιστικής ομηρίας. Εξετάζεται, ακόμη, ο τρόπος με τον οποίο υπηρετούνται συνδυαστικά από τους δημόσιους θεσμούς η οικονομική αποτελεσματικότητα, η διανεμητική δικαιοσύνη και η δημοκρατική

---

<sup>47</sup> Austen-Smith, D.; Banks, J. S. (1998). "Social Choice Theory, Game Theory, and Positive Political Theory". *Annual Review of Political Science*. 1: 259–287

<sup>48</sup> Με πρώτο, το διάσημο έργο του William Riker, *The Theory of Political Coalitions*, Yale University Press, New Haven, 1962,

νομιμοποίηση. Εάν δοθεί έμφαση στην τελευταία - όπως το πράττει η «καλιφορνέζικη» σχολή της *Political Economy of Law*, με επιφανέστερους εκπροσώπους την «τριανδρία» *McNollGast*<sup>49</sup>- καθίσταται αναγκαίο να εξετασθεί κατά πόσον οι διαδικαστικοί και δικονομικοί κανόνες διασφαλίζουν την αποτελεσματική συμμόρφωση της διοίκησης και των δικαστηρίων -ιδωμένων ως στρατηγικών παικτών- στις δημοκρατικά ειλημμένες αποφάσεις.

Παρά τις σημαντικές διαφορές τους, οι παραπάνω επιστημονικές προσεγγίσεις συμφωνούν μεθοδολογικά στο τρίπτυχο, «εμπειρική ανάλυση, επιδόσεις, σχεδιασμός» και προκρίνουν την αξιολόγηση του συνταγματικού και του διοικητικού δικαίου υπό το φως της πολιτικής και οικονομικής θεωρίας<sup>50</sup>. *Η εμπειρική ανάλυση των δημόσιων θεσμών είναι κρίσιμη, αφενός για να μετρηθούν και να εξηγηθούν οι επιδόσεις τους, αφετέρου για να προταθεί ο βέλτιστος θεσμικός τους σχεδιασμός (institutional design):* πόσο μεγάλο και πόσο άκαμπτο πρέπει να είναι το συνταγματικό κείμενο, ποια η ιδανική έκταση της νομοθεσίας και η περιοδικότητα των κανονιστικών μεταρρυθμίσεων, κλπ.

#### 2.4. Αντί συμπεράσματος: η ανάγκη μίας συνολικής οικονομικής ανάλυσης για το δημόσιο δίκαιο

---

<sup>49</sup> McNollgast, *The Political Economy of Law: Decision-Making by Judicial, Legislative, Executive and Administrative Agencies*, University of California, San Diego (UCSD) - Division of Social Sciences 2007, *LAW AND ECONOMICS HANDBOOK*, A. Mitchell Polinsky, Stephen Shavel, eds., North Holland, 2007

<sup>50</sup>Administrative Procedures as Instruments of Political Control,” *Journal of Law, Economics, and Organization* (Fall 1987) 3: 243-77, Positive and Normative Models of Due Process: An Integrative Approach to Administrative Procedures,” *Journal of Law, Economics, and Organization* (1990) 6: 307-32. The Political Origins of the Administrative Procedure Act,” *Journal of Law, Economics, and Organization* (April 1999) 15: 180-217.

Είδαμε πως η θεωρία έχει χρησιμοποιήσει τα εργαλεία της οικονομικής ανάλυσης για την εξέταση πολλών και διαφορετικών ζητημάτων που ενδιαφέρουν το δημόσιο δίκαιο. Υφίσταται όμως *μία ενιαία και συνεκτική οικονομική θεωρία για τον κλάδο η οποία θα οδηγήσει σε ένα νέο σύστημα δημοσίου δικαίου*; Παρότι δεν έχει ακόμη αποτυπωθεί σαφώς -η εξήγηση βρίσκεται μάλλον στην αρνητική προδιάθεση της *Law and Economics* απέναντί του και στην μεγάλη ποικιλία των οικονομολογικών προσεγγίσεων για τους φορείς δημόσιας εξουσίας- οι βασικοί άξονες της ανάλυσης αυτής υπάρχουν πλέον. Η μελέτη με θέμα το Στρατηγικό Σύνταγμα του *Robert Cooter*<sup>51</sup> -συγγραφέας μαζί με τον *Thomas Ulen* και ενός από τα σημαντικότερα συγγράμματα γενικής οικονομικής ανάλυσης του δικαίου<sup>52</sup>- επιχειρεί μία συνολική θεώρηση του αμερικανικού δημοσίου δικαίου από τη σκοπιά της *Law and Economics*.

Αντίστοιχα, η μονογραφία των *Giulio Napolitano* και *Michele Abrescia* με τίτλο *Analisi economica del diritto pubblico*<sup>53</sup> αποτελεί ένα ακόμη πιο φιλόδοξο εγχείρημα και σημείο αναφοράς για το ηπειρωτικό δημόσιο δίκαιο καθώς χρησιμοποιεί τις επιμέρους σχολές της οικονομικής ανάλυσης για να εξετάσει συνολικά το συγκεκριμένο κλάδο, παραθέτοντας παραδείγματα από το ιταλικό και το ενωσιακό δίκαιο. Δεν είναι ίσως τυχαίο ότι δύο Ιταλοί τόλμησαν ευθέως να συνδυάσουν τους δύο κόσμους: στη Γηραιά Ήπειρο, το δημόσιο δίκαιο είναι πολύ σημαντικό για να αγνοηθεί, πολύ πιο «δουλεμένο» και πολύ πιο συμπαγές ώστε να εξετασθεί συνολικά υπό το πρίσμα της οικονομικής ανάλυσης.

---

<sup>51</sup> Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, 1999, Princeton University Press.

<sup>52</sup> Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6<sup>η</sup> εκδ., Pearson 2012 και διαθέσιμο online σε Berkeley Law Scholarship Repository, Berkeley Law Books.

<sup>53</sup> Il Mulino, *Strumenti*, Bologna 2009.