

التحليل الاقتصادي للقانون

Economic analysis of law

دراسة في المفهوم والمنهج

أ.م.د. علي حسين منهل

كلية شط العرب الجامعة-قسم القانون

Ali.hussein.manhal@sa-uc.edu.iq

2022

المخلص

لقد أصبح التحليل الاقتصادي للقانون من المفاهيم الشائعة في حقل الدراسات الاجتماعية في العالم الغربي، إذ قلما نجد عندهم دراسة او بحثا يعالج احدى المشكلات القانونية لم يتطرق الى ما توصلت اليه مدرسة القانون والاقتصاد من معطيات ونتائج. وتتبع هذه الأهمية من العلاقة الوطيدة بين القانون والاقتصاد عموما، وهي علاقة قديمة بقدم وجود الروابط الاجتماعية بين الأفراد. ولكن الجديد في الأمر هو استعمال مناهج الاقتصاد في تحليل المسائل القانونية، وذلك عن طريق عمليات منهجية دقيقة لدراسة مضمون القواعد القانونية ونتائج تطبيقها وأثره في سلوك الأفراد ومدى مساهمة ذلك كله في تطوير القانون.

Abstract

The economic analysis of law has become of the common concepts in field of social studies in Western world; we rarely find a study of legal problems did not address the data and results of the school of law and economics. This importance stems from the close relationship between law and the economy in general, which is as old as the existence of social relations between individuals. However, the new is the use of economics methods in analyzing legal issues by adopting precise methodological processes to study the content of legal rules, the results of their application, their impact on the behavior of individuals, and there contribution to development of law.

المقدمة

أولاً- فكرة البحث:

ان معالجة الاشكاليات العلمية والعملية في الوقت الحاضر يجب ان لا تقتصر على علم واحد او حقل معرفي مستقل، بل أصبحت هناك ضرورة الى النظر الى المشكلة من زواياها المختلفة من أجل البحث عن معالجاتها في أكثر من علم. والمنهج الذي يتبع هذا النوع من الدراسات يسمى "الدراسات البينية interdisciplinary studies"، وهي الدراسات التي تجمع بين أكثر من علم في معالجة المشكلة الواحدة. ومن أبرز مظاهر الدراسات البينية التي اشتهرت مؤخراً هي مدرسة القانون والاقتصاد، أو ما يسمى بمنهج "التحليل الاقتصادي للقانون"، والذي أضحى سمة بارزة من سمات العصر الحاضر وراح يُنظر اليه بوصفه المنهج الأهم ضمن حقل الدراسات البينية.

ان مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون تذهب الى ان القانون والاقتصاد هما علمان متكاملان، وان القانون لا يمكنه الوصول الى اهدافه ما لم ينظر الى المسائل التي يتناولها من زاوية اقتصادية، كما ان الاقتصاد بدوره يحتاج الى القانون ليطبق آلياته في الواقع إذ يهيئ له القانون الوسائل التي تجعله يصل الى الممارسات العملية دون الاكتفاء بالجانب النظري.

ثانياً- أهمية البحث:

لقد توصلت مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون الى نتائج مبهرة في الحقول التي تناولتها، ويشهد لذلك ان أصحابها الكبار قد حصلوا أكثر من مرة على جائزة نوبل في الاقتصاد، كما ان مشرعي الدول المتقدمة أخذوا يعتمدون على نتائج هذه المدرسة عندما يريدون تشريع القوانين او تعديلها ليقفوا على الآثار الاقتصادية لكل قاعدة جديدة. ويكفي ان نذكر مثلاً لهذه الأهمية ان

اللجان المكلفة بإصلاح القوانين الاميركية قد اعتمدت على ما افرزته نتائج الأبحاث التي تناولت التحليل الاقتصادي للقانون من جوانب متعددة، وكذلك الحال في فرنسا حيث أشارت الأسباب الموجبة للتعديلات التاريخية التي طالت القانون المدني الفرنسي في سنتي 2016 و2018 الى معطيات هذه المدرسة بصراحة، والتي اعتبرتها أحد الأسباب الرئيسية التي أدت الى القيام بهذه التعديلات.

ثالثا- إشكالية البحث:

أمام التطور المهم الذي حصل في حقل الدراسات البيئية، والنتائج التي توصلت اليها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون على وجه الخصوص، فان التساؤل الجوهري هو: هل أصبحت مراجعة طريقة دراستنا للقانون حاجة ملحة من أجل اللحاق بركب الأمم المتقدمة ومجاراتها فيما توصلت اليه في حقل القانون والاقتصاد؟ وما هي الإجراءات والآليات اللازمة للبدء في هذا المنهج الذي أخذ يغطي جميع حقول الدراسات القانونية في العالم؟ وهل تتوفر لدينا الإمكانيات الكافية للخوض في هذا المجال بأبعاده النظرية والعملية؟ ان الإجابة عن هذه الأسئلة توجب بيان مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون من خلال استظهار علاقة القانون بالاقتصاد وأثر كل منهما في الآخر، وكيفية استعمال مناهج الاقتصاد في الدراسات القانونية بشكل اجمالي.

رابعا- منهجية البحث:

نريد في هذا البحث ان نعرض الخطوط العامة لمدرسة التحليل الاقتصادي للقانون من حيث التعريف بهذه المدرسة وتاريخها ومناهجها العامة، وكذلك تطبيق معطيات هذه المدرسة في سلوك القضاء والأفراد بشأن العقود بصورة خاصة. وسوف تكون دراستنا وصفية وتحليلية لبيان اساسيات هذا التحليل، فندرسه من ناحية تاريخه وتطوره من جانب، ومن ناحية أثره في الحقل القانوني من جانب آخر.

خامسا- خطة البحث:

نقسم الدراسة على مبحثين: نخص الأول منهما بمفهوم التحليل الاقتصادي للقانون، والذي نتناول فيه دور الاقتصاد في مضمون القواعد القانونية عموما وكذلك توظيف الاقتصاد في تحليل القواعد القانونية. أما المبحث الثاني فنخصه بمنهجية هذا التحليل وأثاره المتوقعة في الحقل القانوني، فنتناول فيه الأسس العامة للتحليل الاقتصادي للقانون وتطبيق هذا التحليل بشأن العقود فيما يخص سلوك القضاة والمتعاقدين.

المبحث الأول

مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون

نبين في هذا المبحث مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون انطلاقاً من علاقة القانون بالاقتصاد وأثر كل منهما في الآخر، وصولاً إلى تاريخ ظهور مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون وكيفية توظيف مناهجها في دراسة القواعد القانونية. ومن أجل ذلك نقسم الكلام على مطلبين، الأول في دور الاقتصاد في مضمون القواعد القانونية عموماً، والثاني في توظيف الاقتصاد في تحليل القواعد القانونية.

المطلب الأول

دور الاقتصاد في مضمون القواعد القانونية عموماً

نتناول في هذا المطلب مسألتين هما: العلاقة بين القانون والاقتصاد، ومدى قوة تأثير الاقتصاد في القانون. ولذا نقسم الكلام فيهما على فرعين مستقلين.

الفرع الأول

العلاقة بين القانون والاقتصاد

ان مضمون القواعد القانونية يتأثر بالفكر الاقتصادي السائد في البلد الذي تطبق فيه هذه القواعد، وهذا يعني ان الاقتصاد له دور كبير في مجال القانون من ناحيتين هما: إيجاد القاعدة القانونية من جهة، والتطور الذي يصيب هذه القاعدة من جهة أخرى.¹

والمعلوم ان قواعد القانون تقسم الى قسمين رئيسيين بحسب النظرية التقليدية هما: القانون العام والقانون الخاص، فالقانون العام هو الذي ينظم العلاقات التي تدخل الدولة فيها بوصفها صاحبة سيادة وسلطة، أما القانون الخاص فهو الذي ينظم العلاقات التي لا تدخل الدولة فيها او التي تدخل فيها ولكن ليس بوصفها صاحبة سيادة وسلطة بل بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص كقيامها بالبيع والشراء والتأجير.²

وللاقتصاد صلة بكل من قسمي القانون، ولكن علاقته بالقانون تتجسد بصورة خاصة في نطاق القانون الخاص وبالأخص في دائرة الاحكام المنظمة للأموال. فالقانون الخاص ينظم مسائل متعددة مثل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية والحقوق العينية، ويتجسد دور الاقتصاد بصورة خاصة في المعاملات المالية والحقوق العينية.³

فالقانون يستمد من الاقتصاد الطول التي تنظم علاقات الأشخاص فيما بينهم من حيث المال، والتي تتضمن علاقاتهم التعاقدية وكذلك حدود سلطاتهم على الأموال، وبعبارة أدق فان الاقتصاد يؤثر في صنع القواعد المنظمة لأحكام الملكية والعقود وتطور هذه الاحكام من حيث التعديل والالغاء والاضافة.

وإذا أردنا بيان ماهية العلاقة المتبادلة بين القانون والاقتصاد في ضمن احكام الملكية والعقود يجب ان ننطلق من الهدف الرئيس لعلم الاقتصاد وهو البحث في انتاج الثروة وتداولها وتوزيعها، وحينئذ يأتي دور القانون لينظم هذه الجوانب من خلال القواعد التي تنظم الملكية واحكام العقد، حيث ان الملكية تعبر عن مدى السلطة التي يمنحها القانون للأشخاص على الأشياء ومدى الحماية التي يوفرها لممارسة هذه السلطة من قبلهم، أما العقد فيعتبر هو الأداة الفعالة التي تنظم تداول الأموال بين الأشخاص.⁴

ومن مظاهر تأثير القانون بالاقتصاد في مجال الملكية نجد ان هناك نظما قانونية تطلق حق الملكية وتعتمد حرية تداول الأموال وهي النظم الرأسمالية، في حين توجد نظم أخرى تقيد هذا الحق وتلك الحرية تبعا للسياسة الاقتصادية والفكر الاقتصادي السائد في البلد وذلك في النظم الاشتراكية.⁵

أما من ناحية تداول الأموال والعقود فان علاقة القانون بالاقتصاد تتجسد بأبهى صورها في فرع القانون التجاري، وهو الفرع الذي يتناول بالتنظيم الظواهر الاقتصادية من حيث متطلباتها الرئيسيين وهما السرعة والائتمان. والثابت ان اغلب مسائل القانون التجاري تشترك مع الاقتصاد، مثال ذلك تنظيم الشركات والمشروعات العامة والمصارف والنقل وغيرها. ومن الجدير بالذكر ان معالجة هذه المسائل من الناحية القانونية لا تكون مجدية دون الوقوف على طابعها الاقتصادي.⁶

وإدراكا لأهمية العلاقة بين الاقتصاد وفرع القانون التجاري قيل "ان القانون التجاري قد انفرد بتنظيم الظواهر الاقتصادية..."⁷، ولكن هذا القول فيه إغفال لفروع القانون الخاص الأخرى وانكار لدورها في تنظيم النشاط الاقتصادي، فالقانون المدني العراقي كما هو معروف له الدور الكبير في تنظيم المسائل التجارية كقواعد الاهلية وتكوين العقود وغيرها والتي تركها قانون التجارة للقواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام او تلك الواردة في احكام العقود المسماة.

ولا ينبغي ان يفهم مما تقدم ان الاقتصاد وحده هو الذي يؤثر في القانون، بل العكس صحيح أيضا حيث ان القانون بدوره يؤثر في الاقتصاد. وهذا يحتم على المختصين بالاقتصاد ان لا يقتصروا في إصدار أفكارهم ما لم يلموا بالإطار القانوني الذي يحيط بالملكية والعقود والاستهلاك وغيرها، حيث انه "ما من نص تشريعي لا تكون له آثار في الحياة الاقتصادية قد تكون عميقة".⁸

فالقانون يؤثر في الاقتصاد من ناحية تكييفه للنظام الاقتصادي، وخصوصا في النظم الاشتراكية التي تجعل الاقتصاد في يد الدولة بشكل كامل تقريبا. كما ان القانون هو الذي ينظم الإنتاج بحيث يحقق الوفرة التي تؤدي الى تحقيق الرفاه الاجتماعي، وهو يؤثر في التوزيع أيضا عن طريق رفع الأجور فينقل قيمة معينة من طبقة الى طبقة أخرى. والقانون هو الذي ينظم الاستهلاك فيحرمه بالنسبة لأشياء معينة كالخمر في البلدان الاسلامية، او يقيد مثل رفع أسعار سلع معينة لكي يحد من استهلاكها. ومن مظاهر تأثير القانون في الاقتصاد أيضا تحديد النسل في البلاد التي يزيد عدد سكانها بصورة تهدد الاقتصاد، او منحه علاوات عائلية لزيادة النسل وإعطاء قروض الزواج في البلاد التي يقل فيها عدد السكان.⁹

وينبغي ان نلاحظ أخيرا ان هناك من يذهب الى نفي العلاقة القوية بين القانون والاقتصاد، حيث قالوا بضعف العلاقة بينهما مستنديين الى ان الاقتصاد أقرب الى العلوم الطبيعية او البيولوجية منه الى العلوم الاجتماعية، وقد قيل ان أصحاب هذا الاتجاه هم القلة وقيل عن آرائهم بحق انها "آراء ظلت وحيدة، أما الغالبية من الفقهاء ورجال الاقتصاد فترى بقاء الصلة المتبادلة بين الاقتصاد والقانون".¹⁰

الفرع الثاني

مدى قوة تأثير الاقتصاد في القانون

بعد ثبوت العلاقة بين القانون والاقتصاد عموما نأتي الى بيان مدى قوة تأثير الاقتصاد في القانون، حيث يذهب فقهاء القانون الى ان كل ظاهرة اجتماعية لها وجهان: قانوني واقتصادي، وان اغفال المحتوى الاقتصادي للقواعد القانونية غير جائز بأي حال من الأحوال. وهذا يؤدي الى القول بأن القانون وفلسفته لهما علاقة وطيدة بالاقتصاد، وذلك لأن الاقتصاد هو العلم الذي يهتم بالتنظيم الاجتماعي للثروة وهذا التنظيم يقوم به القانون.¹¹

وقد اختلف الفقهاء في الحد الذي يخضع فيه القانون للعوامل الاقتصادية، فذهب اتجاه منهم الى ان قواعد القانون تولد نتيجة النظام الاقتصادي السائد في الدولة، حيث ان "الثابت علميا ان النظام الاقتصادي في مجتمع ما هو الذي يولد القواعد القانونية، فالعلاقات الاقتصادية التي يدخل الناس فيها باستمرار انما تعكس آثارها بصورة حتمية على أيما تنظيم اجتماعي قائم بواسطة قواعد القانون".¹²

وبحسب هؤلاء فان المصلحة التي تؤدي الى ابرام العقود بين الأشخاص هي مصلحة اقتصادية، وان النشاط الاقتصادي المتسع من نواح معينة قد أدى الى ظهور قواعد ونظم قانونية لم تكن موجودة مثل التأمين والنقل والعمل وتنظيم القطاع المصرفي، وظهرت فروع قانونية مثل القانون الجوي والبحري والصناعي والتجاري، وكل ذلك بفعل العوامل الاقتصادية.¹³

ومن جانب آخر فإن الحياة الاقتصادية لها أثرها الفاعل في الأفكار القانونية الرئيسة التي تسيّر على منوال الانطلاقات الاقتصادية، مثال ذلك ان مجيء النظام الاشتراكي بدلا من النظام الرأسمالي قد أدى الى تغيير قواعد الملكية، إذ ان حق الملكية هو حق مطلق في ظل النظام الرأسمالي ولكنه أصبح مقيدا بوظيفته الاجتماعية في النظام الاشتراكي. كما ان صلاحية الافراد لتملك الأراضي الزراعية أصبحت محددة بالحد الأعلى في النظام الاشتراكي، وظهر أيضا ما يسمى "الاقتصاد الموجه" الذي جعل الدولة تتدخل في عن طريق التشريعات في تحديد الأسعار وتنظيم توزيع المنتجات وتوجيه عمليات التعاقد (العقد الموجه) او فرض التعاقد (العقد المفروض) في مجالات معينة.¹⁴

ولكن هناك اتجاها آخر يذهب الى الضد من هذه النظرة، فالتغييرات التي تلحق العوامل الاقتصادية والاجتماعية، برأيهم، لا تؤثر في القواعد القانونية تأثيرا مباشرا.¹⁵ فاذا صح ان العوامل الاقتصادية تعد حقيقة اجتماعية مهمة لا بد من الالمام بها عند وضع القاعدة القانونية او تغييرها، إلا ان الاسراف في تضخيم أثرها في القانون غير صحيح دائما، كما لا ينبغي جعلها العامل الأساسي في هذه العمليات. وذلك لأن القانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد في المجتمع، ولا هو خاضع للعوامل الاقتصادية بشكل محتم، بل يمكن القول بأنه هو الذي يهيمن على هذه العوامل بطريقة تجعل الاقتصاد موافقا لفكرة العدل.¹⁶

ومن أجل ذلك يقول أصحاب هذا الاتجاه ان تحليل حوادث التاريخ الكبرى بعلة واحدة، أو ردها الى سبب واحد هو الاقتصاد، أمر مخالف للواقع، فالواقع يبين دائما ان هناك أسبابا أخرى عديدة تؤدي الى هذه الحوادث وليس الاقتصاد وحده هو الذي يؤدي اليها.¹⁷

ومع كل ما تقدم، فإن أصحاب الاتجاه الثاني لا ينفون التأثير بين القانون والاقتصاد تماما بل يرون ان تطبيقات القواعد القانونية، التي تثيرها وقائع حية، تتأثر بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية تأثيرا مباشرا لكن دون ان يعني ذلك ان القاعدة القانونية تتغير تبعا لتغير هذه العوامل. ولكن، اذا اطردها تغيير العوامل الاقتصادية والاجتماعية فتعددت الاستثناءات المبنية

عليها حتى باتت في مستوى القاعدة، وبحيث يصبح التطبيق استثناء، فان هذا قد يؤدي الى تغيير القاعدة القانونية ذاتها.¹⁸

وينبغي ان نلاحظ أخيرا ان إدراك قوة العلاقة بين القانون والاقتصاد أدى الى ظهور اتجاه في فلسفة القانون يقول بضرورة تأسيس فرع قانوني جديد غير فرعي القانون العام والقانون الخاص، وقد أطلقوا عليه اسم "القانون الاقتصادي". وما دفع هؤلاء الى طرح هذه الفكرة هو ملاحظتهم لتدخل المشرع المتزايد في تنظيم النشاط الاقتصادي، مثال ذلك التدخل في انواع من العقود واخراجها من سيطرة ارادة المتعاقدين او القواعد المكملة والمفسرة، الأمر الذي أدى الى ظهور "العقود الموجهة" التي توجهها أحكام قانونية تشغل منطقة محايدة بين فرعي القانون العام والخاص، وهذه العقود تخضع لخليط من القواعد المدنية والتجارية والعقابية وهي ترمي بمجملها الى خدمة الاقتصاد الوطني.¹⁹

وقد ظهر هذا الاتجاه نتيجة ما أطلق عليه بعضهم "أزمة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص"، والتي أصبحت بادية إثر الدراسات التي تناولت العلاقة بين القانون والاقتصاد بشأن بعض المسائل التي تقع على الحدود بينهما، ومن الأمور التي ساعدت في تبلور هذه الفكرة هو تطور دور الدولة وتحولها من مجرد حارس للنظام القانوني الذي يحكم علاقات الأفراد الى طرف في هذه العلاقات، مما يتطلب بحسب أنصار هذا الاتجاه مراجعة القانون وتغييره استجابة لهذه الحقيقة وإيجاد فرع قانوني يحكم العلاقات بين مشروعات الدولة.²⁰

ولكن أفكار هذا الاتجاه لم تتبلور عمليا، وقد تعرضت للنقد من جانبين: الأول هو ان هذا الفرع يجمع بين قواعد من طبيعة مختلفة وهي القواعد التي تنظم علاقات الافراد العاديين وهي علاقات بين أطراف متساوين، والقواعد التي تنظم علاقات مشروعات الدولة فيما بينها وهي قائمة على التبعية الادارية. والانتقاد الثاني هو ان القانون الاقتصادي المقترح يميز بين قواعد متشابهة لا داعي الى الفصل بينها، حيث ان القواعد التي يراد ان تحكم العلاقات المالية بين مشروعات الدولة هي نفسها التي تنظم العلاقات بين الافراد ولا داعي الى انشاء فرع جديد ينظمها.²¹

والنتيجة ان "القانون العام دوره في تنظيم القطاع الخاص تحقيقا لسيطرة الدولة على النشاط الاقتصادي بأكمله، كما ان القانون الخاص لا يقتصر نطاقه على نشاط القطاع الخاص بل يمتد أيضا الى نشاط القطاع العام ليحكم العلاقات التي تنشأ بين مشروعات القطاع العام فيما بينها، وفيما بينها وبين الأفراد".²²

المطلب الثاني

تاريخ توظيف التحليل الاقتصادي في دراسة القانون

ثبت ان للاقتصاد دور في تكوين القواعد القانونية وتغييرها إجمالاً، وهو أمر لا شك فيه على الرغم من اختلاف النظرة الى قوة هذا الدور ومداه كما مر بنا في المطلب الأول، إلا ان الجديد وما لم يضطلع به القداماء هو استعمال المناهج الاقتصادية في الدراسات القانونية، والذي أدى الى ظهور مدرسة مستقلة واضحة المعالم أطلق عليها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون *Economic analysis of law*.²³ وللوقوف على توظيف التحليل الاقتصادي في دراسة القانون نبين بدايات هذا التوظيف في فرع أول، ثم نوضح تطوره الذي وصل اليه في الوقت الحاضر في فرع ثان.

الفرع الأول

بدايات توظيف التحليل الاقتصادي في دراسة القانون

لقد مست الحاجة الى نشوء هذا التوظيف بناء على ظهور حقل الدراسات البينية *interdisciplinary studies*، والتي تُعرف بأنها (الدراسات التي تجمع بين حقلين أو أكثر من حقول المعرفة، وذلك من خلال التكامل بينها من أجل الوصول الى فهم أعمق لحقل معرفي متكامل). فالدراسة البينية هي العملية التي تتم من خلالها الاجابة عن بعض الأسئلة، أو

حل بعض المشاكل، أو معالجة موضوع واسع أو معقد جدا يصعب التعامل معه بشكل كاف عن طريق نظام أو تخصص واحد. وجدير بالذكر ان الدراسات البيئية تختلف عن الدراسات المتعددة التخصصات multidisciplinary studies، إذ يقصد بالأخيرة تلك الدراسات التي تجمع بين حقليْن أو أكثر من حقول المعرفة ولكن دون تكامل بينها.²⁴

وقد عُرف التحليل الاقتصادي للقانون بأنه "استعمال النظرية الاقتصادية ومناهج الاقتصاد القياسي لبيان تكوين القانون والمؤسسات القانونية وبناء كل منهما واجراءاته وأثره"،²⁵ كما عرف بأنه "استعمال مناهج الاقتصاد في تقييم القواعد القانونية".²⁶ والهدف الذي يسعى اليه القائمون بهذا التحليل هو الاجابة عن سؤالين رئيسيين بشأن القواعد القانونية: الأول سؤال وصفي عن طبيعة أثر القواعد القانونية في سلوك الأشخاص، والثاني سؤال معياري عن مدى التقبل الاجتماعي لهذا الأثر. والإجابة عن هذين السؤالين تتطلب توظيف المناهج التي تُعتمد في التحليل الاقتصادي عموما، والتي تقوم على افتراض ان الأفراد وكذلك المشروعات يتصرفون بعقلانية ورشد، كما يتم تبني هيكل اقتصاد الرفاه لغرض تقييم القبول الاجتماعي لأثر القاعدة القانونية.²⁷

وقد اختلف الرأي بشأن تاريخ بدايات التحليل الاقتصادي للقانون، فقيل ان البداية كانت على يد الفقيه القانوني والفيلسوف الانكليزي (جيرمي بنثام Jeremy Bentham)²⁸ في سنة 1789 عندما بحث في كيفية سلوك الأشخاص في مواجهة الدوافع التي تثيرها القواعد القانونية، ووضع تقريبا للنتائج المتعلقة بمقياس الرفاه الاجتماعي، وقد تضمنت كتابات بنثام تحليلات مطولة في القانون الجنائي واحكام الأموال كما تناول الإجراءات القانونية من جوانب جوهرية.²⁹

وذهب رأي آخر الى ان حركة التحليل الاقتصادي للقانون ظهرت قبل ذلك وبالتحديد في سنة 1750 على يد مفكري التنوير الاسكوتلنديين،³⁰ ويقول أصحاب هذا الراي ان جذور هذه الحركة موجودة على أية حال في قارة أوروبا وفي ألمانيا وبالتحديد منذ نهاية القرن التاسع عشر، ولكن هذه الحركة المبكرة لم تستمر في ذلك الوقت بل انقطعت في سنة 1930، ثم عاد الاهتمام بها بعد الحرب العالمية الثانية في أميركا لتتطور بعد ذلك وتصبح حقلًا بحثيًا رئيسًا في مدارس القانون الأميركية.³¹

هذا من الجانب البحثي، أما من الجانب التنظيمي فان جذور المدرسة المعاصرة في التحليل الاقتصادي للقانون نشأت في جامعة شيكاغو، حيث شرع أساتذة الاقتصاد بالتدريس في كلية القانون التابعة لهذه الجامعة بين سنتي 1940 و1950، وقد دخلوا منذ ذلك الحين في نقاشات بينية كانت تجري في قاعات المحاضرات وخارجها، وتركزت نقاشاتهم على وجه الخصوص في الجوانب الاقتصادية لقانون مكافحة الاحتكار، وكانوا أول من حرر مجلة القانون والاقتصاد في هذه الجامعة.³²

اما الصورة المعاصرة للتحليل الاقتصادي للقانون فلم تظهر بحسب الرأي الغالب إلا في وقت قريب نسبيا وفي الولايات المتحدة الأميركية على وجه الخصوص، ويكاد الاجماع ينعقد على ان أول من بدأ ذلك هو (رونالد كوس Ronald Coase) في بحث له بعنوان (مشكلة الكلفة الاجتماعية The Problem of Social Cost) والذي نشره في سنة 1960،³³ إذ يتفق أغلب أنصار مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون على ان هذا البحث هو الذي وضع البذرة الأولى لمنهجهم.³⁴ وبعد انتشار كتابات القاضي (ريتشارد بوزنر Richard A. Posner) منذ سنة 1970 فصاعدا بدأ التحليل الاقتصادي للقانون ينال قبولا واسعا في الحقل القانوني.³⁵

وعلى الرغم من وجود بعض الدراسات التي أدخلت الاقتصاد في الحقل القانوني في الولايات المتحدة الأميركية قبل هذا التاريخ، إلا انها كانت تقتصر على مجالات محدودة مثل قانون منع الاحتكار وتنظيم الصناعات والضريبة وبعض المسائل المتعلقة بتقدير التعويض النقدي خصوصا.³⁶ كما ان هذا الحقل لم يكن ناضجا في ذلك الوقت، وذلك بسبب غياب العمل التجريبي عن أغلب محاوره.³⁷

الفرع الثاني

تطور توظيف التحليل الاقتصادي في دراسة القانون

لم يلبث التحليل الاقتصادي طويلا قبل ان يمتد الى أكثر مساحات القانون التقليدية كالأموال، والعقود، والعمل غير المشروع، وقانون العقوبات والاجراءات الجزائية، والقانون الدستوري،

والملكية الفكرية، والافلاس، وغيرها.³⁸ ولم يقتصر هذا المنهج على دراسة القواعد القانونية وحدها، بل أصبح يتناول تحليل أثر العوامل الاقتصادية في سلوك الاشخاص تجاه هذه القواعد.³⁹ ويقول نصار هذه المدرسة ان تحليل جزاءات الاخلال بالعقد مثلا، ليس هدفه دراسة ما سيقرره القضاء في الدعوى فقط، بل ما هو أهم من ذلك متمثلا بدراسة ما سيفعله المتقاضون في النهاية.⁴⁰

وتوجد مؤشرات كثيرة تدل على هذا التطور، منها ان جميع كليات القانون البارزة في أميركا صار يوجد في كادرها عالم اقتصاد واحد في الأقل بحلول سنة 1990، وكذلك الحال في بعض جامعات أوروبا الغربية والبلدان التي تتبع نظام القانون المدني،⁴¹ واصبحت العديد من برامج تدريس القانون في أميركا تتضمن في الوقت الحاضر ملخصا موجزا في الأقل بشأن التحليل الاقتصادي للحقل القانوني محل الدراسة في البرنامج.⁴²

ومن ناحية أخرى فان أكثر حقول القانون الخاص الجوهرية أصبحت تدرس أصلا من وجهة نظر التحليل الاقتصادي مثل قانون الشركات،⁴³ وقد وجدت برامج خاصة في الدراسات العليا تمنح درجات الماجستير أو الدكتوراه المشتركة في القانون والاقتصاد في الكثير من الجامعات البارزة وهي منتشرة في جميع أنحاء العالم.⁴⁴

وقد أخذت الكثير من المجالات القانونية ذات السمعة العلمية المرموقة بنشر العديد من الأبحاث التي تستعمل المنهج الاقتصادي في دراسة القانون وتحليله، بل قد كُرست مجالات متخصصة حصرا لهذا الغرض.⁴⁵ وقد أثبتت إحدى الدراسات الشاملة ان الأبحاث التي تستعمل المنهج الاقتصادي في القانون يُستشهد بها في مجلات القانون الأميركية أكثر من تلك التي تتبع مناهج أخرى في دراسة القانون.⁴⁶

وفي أواخر سنة 1990 تم تأسيس هيئات متخصصة في حقل القانون والاقتصاد، منها في آسيا، وأوروبا، وكندا، والولايات المتحدة، وأميركا اللاتينية، وأستراليا وغيرها.⁴⁷ وفي سنتي 1991 و1992 نال هذا الحقل أعلى مستويات الاعتراف والدعم، وذلك عندما مُنحت جائزة نوبل في الاقتصاد على التوالي لاثنتين من علماء الاقتصاد اللذين ساهما الى درجة كبيرة في وجود

التحليل الاقتصادي للقانون وتطوير مناهجه، وهما Ronald Coase و Gary Becker مما أدى الى وصف هذا الحقل بأنه "التطور الأكثر أهمية في الفقه القانوني في القرن العشرين".⁴⁸

والنتيجة ان التحليل الاقتصادي للقانون أصبح في الوقت الحاضر سمة بارزة في الكتابات الحديثة في العالم الغربي، وبالأخص في الولايات المتحدة الأمريكية، والذي تغيرت في ضوئه الكثير من المفاهيم القانونية السائدة.⁴⁹ ففي سنة 1984 أنشأ الكونغرس الأميركي لجنة لإصلاح القواعد الجنائية المطبقة في المحاكم الفيدرالية، وقد وظفت هذه اللجنة المعطيات التي افرزتها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون وذكرت ذلك صراحة في تقريرها.⁵⁰ ومن جانب آخر، فان بعض فقهاء مدرسة القانون والاقتصاد البارزين أصبحوا قضاة فيدراليين، وقد فسحت لهم هذه الوظيفة المجال لتوظيف التحليل الاقتصادي في الأحكام والآراء التي أصدروها.⁵¹

تلك هي التطورات التي حصلت في مجال الحقل المعرفي الجديد وهو التحليل الاقتصادي للقانون في الدول الأخرى، أما في الدول العربية ومنها العراق فلم يحظ هذا الحقل بالأهمية المناسبة، إذ لا توجد كتابات أو أبحاث في التحليل الاقتصادي للقانون إلا ما ندر.⁵² كما لم تهتم المؤسسات الأكاديمية القانونية بهذا الحقل المعرفي مكتفية بتدريس مادة الاقتصاد من جانب تقليدي بحث دون ربطه بالتحليل الاقتصادي للقانون، ولم نجد اهتماما من جانب المؤسسات القضائية أو نقابات المحامين أو اتحادات الحقوقيين بهذا الجانب الحيوي.⁵³

ومما يؤسف له بشدة ان مادة علم الاقتصاد التي كانت تُدرس في كليات القانون العراقية قد ألغيت في أغلب الجامعات دون مسوغ مقبول، وهذا في الوقت الذي يتجه فيه العالم الى إنشاء مراكز بحثية متخصصة في حقل القانون والاقتصاد، وحاجة ذلك الى تخصيص مقررات دراسية كاملة ومستقلة لهذا الحقل.

المبحث الثاني

منهجية التحليل الاقتصادي للقانون

تعتمد مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون على منهجية تجمع بين مسائل القانون والنظريات الاقتصادية الدقيقة، إذ تنظر الى القواعد القانونية بوصفها أدوات في عملية تحقيق ما يسمى "الفعالية الاقتصادية". ولمعرفة ماهية هذه الفكرة نقسم الكلام على مطلبين، نتناول في الأول منهما الأسس العامة للتحليل الاقتصادي للقانون، وفي الثاني تطبيقات التحليل الاقتصادي في السلوك المتعلق بالعقود.

المطلب الأول

الأسس العامة للتحليل الاقتصادي للقانون

نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول منهما آلية عمل التحليل الاقتصادي للقانون، وفي الثاني الفعالية الاقتصادية.

الفرع الأول

آلية عمل التحليل الاقتصادي للقانون

ينطلق منهج التحليل الاقتصادي للقانون من طرح تساؤلات مهمة تتعلق بمسائل قانونية سعيًا الى ايجاد إجابات لها من الناحية الاقتصادية، ومن هذه التساؤلات مثلاً: ان الدولة إذا قامت بتمليك المجال المغناطيسي للأفراد فهل يشجع ذلك على استعمال هذا المجال من قبلهم بصورة منتجة؟ وفي مجال العقود ما هي الجزاءات المقررة للإخلال بالعقد والتي تؤدي الى التقيد بالالتزامات التعاقدية وتجعل الأطراف يميلون الى تنفيذ التزاماتهم وليس الإخلال بها؟ وفي مجال قانون الاستهلاك ما مقدار العناية التي يبذلها المهني عندما يحمله القانون مسؤولية مفترضة غير

قائمة على الخطأ عن الأضرار التي تلحق بالمستهلكين؟ وفي القانون الجنائي هل يؤدي فرض عقوبات قاسية جدا الى الردع عن ارتكاب جرائم العنف؟

هذه نماذج للتساؤلات التي طرحها أصحاب منهج التحليل الاقتصادي على بساط البحث في محاولة للإجابة عنها من منظور اقتصادي، وقد أدت نتائج الدراسات الرامية الى الاجابة عن هذه التساؤلات وغيرها الى القول بأن علم الاقتصاد قد تمكن من تغيير طبيعة الفقه القانوني من خلال تغيير الفهم الشائع للقواعد والمبادئ القانونية، بل انه أثر حتى في تغيير طريقة تطبيق القانون ذاته.⁵⁴

ويقول أنصار التحليل الاقتصادي للقانون ان منهجهم نجح بشكل كبير جدا، ليس في الولايات المتحدة فقط بل في بلدان أخرى وبشكل متزايد، وذلك من خلال الابداع في إيجاد تقنيات ومساحات عمل جديدة.⁵⁵ وقد قدموا تعليلا لذلك مضمونه ان علم الاقتصاد قد وجد فراغا في البيئة الفكرية القانونية فاقتنص الفرصة وسارع الى شغله، وان هذا الفراغ نابع من التعريف التقليدي للقاعدة القانونية بأنها "واجب مقترن بجزاء تفرضه الدولة"⁵⁶ فهذا التعريف يترك فراغا يتمثل بالكيفية التي يؤثر فيها هذا الجزاء في سلوك الأشخاص.

ولإيضاح ذلك يضربون مثلا بشأن التعويض العقابي،⁵⁷ ويقولون ان القانون اذا فرض تعويضا عقابيا على الصانع الذي يقوم بصنع مُنتَج معيب فهل يكون لهذا التعويض أثر فيما سيتخذه الصانع بشأن درجة الأمان في منتجاته وثمانها النهائي الذي يتضمن هذه القيمة المضافة في المستقبل؟ وفي سياق مشابه، يتساءلون ان القانون اذا قرر عقوبة السجن التلقائي على المدان العائد للمرة الثالثة، فهل يؤدي هذا الى تقليل مقدار الجريمة؟⁵⁸

وفي معرض الإجابة عن هذه التساؤلات يقول أنصار التحليل الاقتصادي ان الإجابة يجب ان تكون مختلفة عما يقدمه رجال القانون الذين كانوا موجودين في سنة 1960، فهؤلاء اذا عرضت عليهم التساؤلات المتقدمة فانهم سيجيبون عنها بالطريقة ذاتها التي كان أسلافهم قبل 2000 سنة سيتبعونها، أي الإجابة التي تعتمد على الحدس وما عسى ان يتوافر لديهم من وقائع.⁵⁹

أما التحليل الاقتصادي للقانون فإنه يجيب بطريقة مختلفة تماما، حيث يقدم نظرية علمية للتنبؤ بأثر الجزاءات القانونية في سلوك الأشخاص. ان علماء الاقتصاد ينظرون الى الجزاءات القانونية كنظرتهم الى الأسعار سواء كانت هذه الجزاءات مدنية ام جزائية، وهم يفترضون ان الأشخاص يستجيبون لهذه الجزاءات كاستجابتهم للأسعار النقدية تماما.⁶⁰

ولإيضاح هذه الفكرة يقول أصحاب التحليل الاقتصادي ان الأشخاص اذا وجدوا ان أسعار بعض السلع مرتفعة فانهم يواجهون ذلك بتقليل استهلاكهم لهذه السلع بقدر الامكان، وعن طريق القياس يمكن القول ان الأشخاص يواجهون الجزاءات القانونية القاسية بالابتعاد عن الأفعال التي تستوجب فرضها. ويملك الاقتصاديون في سبيل اثبات ما يتبنونه نظريات دقيقة من الناحية الحسابية، كما ان لديهم مناهج تجريبية منضبطة تتمثل بعلم الاحصاء والاقتصاد القياسي، والتي تستعمل في تحليل الأثار الضمنية للأسعار المرتفعة ويقولون ان هذه الأثار يمكن ان تترتب على الجزاءات التي يفرضها القانون فتؤثر في سلوك الأشخاص.⁶¹

وبالعودة الى مثال الصانع والتعويض العقابي يفترض أصحاب التحليل الاقتصادي ان تشريع هذا التعويض سيدفع الصانع الى توقع ان منتجَه يمكن ان يضر يوما ما بالمستهلكين، ويتساءلون عن كيفية قيامه بتأمين هذا المنتج لكيلا يحصل منه ضرر يتحمل هو مسؤوليته في النهاية وهي ستكون مسؤولية ثقيلة بناء على الجزاء المفروض عليها قانونا.

وقد توصلوا الى ان الجواب، بالنسبة الى مشروع ربحي، يعتمد على المقارنة بين ثلاث كلف: الأولى هي كلفة جعل المنتج أكثر أمنا، وذلك اعتمادا على طريقة تصميمه وتصنيعه بحيث لا يضر بالمستهلكين في الوضع الاعتيادي. والثانية هي كلفة المسؤولية القانونية التي يتحملها الصانع عن الأضرار التي عسى ان تصيب مستهلكيه اذا لم يوفر الأمان الكافي، والثالثة هي كلفة مدى نقصان اعداد المستهلكين الذين يقومون بشراء المنتج مستقبلا اذا علموا بالأضرار التي تترتب على استعماله. ونتيجة لدراسة النتائج المتعلقة بمقارنة هذه الكلف فان هذا المشروع الربحي سيتعامل مع المسألة الى الحد الذي تكون فيه كلفة الأمان المضاف للمنتج مساوية للفائدة الناتجة من تخفيض المسؤولية زائدا مقدار الطلب الاستهلاكي على هذا المنتج.⁶²

ان علم الاقتصاد يقدم نظرية تتعلق بالسلوك هدفها هو التنبؤ بكيفية استجابة الناس للقوانين، وهذه النظرية لا تعتمد فقط على الأمور البديهية والحدسية كما يفعل رجال القانون التقليديين بل تعتمد على معطيات النظريات الاقتصادية ولغة الأرقام، وأساس ذلك هو ان استجابة الناس للقوانين لا تقتصر على ما تقوله البديهية والحدس بل تكون لها علاقة في الغالب بنتائج وضع القانون وتعديله والغائه وتفسيره.⁶³

ويتضح من كل ما تقدم ان منهج التحليل الاقتصادي للقانون يوحد حقلين كبيرين من حقول المعرفة الانسانية هما القانون والاقتصاد، وهو بهذا يسهل أمام المختصين ان يفهموا بعضهم بعضا. فالقانونيون يحتاجون الى الاقتصاد لكي يفهموا أثر القواعد القانونية في سلوك الأشخاص، في حين يحتاج الاقتصاديون الى القانون لكي يفهموا الأسس التشريعية التي تركز عليها الأسواق.

وإذا كان اغلب القانونيون ينظرون الى القانون بأنه أداة لتحقيق العدل، فان علم الاقتصاد ينظر الى القوانين بوصفها تخلق دوافع تؤدي الى تغيير سلوك الأشخاص، وتفسير ذلك هو ان الجزاءات المفروضة على مخالفة القوانين تعتبر أسعارا ضمنية يجب ان يأخذها الشخص في اعتباره عندما يريد مخالفة القانون.⁶⁴

ومن أجل الاستفادة المثلى من معطيات التحليل الاقتصادي فان علماء الاقتصاد ورجال القانون يمكنهم ان يتعلموا من بعضهم التقنيات التي يتبعها كل منهم، إذ يمكن ان يتعلم رجال القانون من الاقتصاديين نظريات التسبب الكمي وكذلك طريقة القيام بالبحوث التجريبية. أما الاقتصاديون فيمكنهم ان يتعلموا من رجال القانون الطريقة المتبعة في اقناع الناس العاديين، فالقانونيون بإمكانهم وصف الوقائع واعطائها تسميات ذات صدى أخلاقي، في حين يفتح الاقتصاديون في اللغة بشكل واسع لا يهتم بهذه التسميات. ويترتب على ذلك ان الاقتصاديين اذا أصغوا لما يقدمه القانونيون لهم فانهم سيجدون قواعدهم الاقتصادية قريبة جدا من اهتمام الناس الفعلي.⁶⁵

الفرع الثاني

الفعالية الاقتصادية محورا للتحليل الاقتصادي للقانون

ان أنصار النظرية الاقتصادية المعاصرة يذهبون الى ان قيمة العدل التي يتعقبها القانون يجب ان تتقدمها قيمة أخرى هي الفعالية أو الكفاءة **efficiency**. ويقصدون بذلك الفعالية الاقتصادية. ونبين في فقرة أولى دور الفعالية في التحليل الاقتصادي للقانون، وفي فقرة ثانية موقف الفقه القانوني العربي منها.

أولا- دور الفعالية في التحليل الاقتصادي للقانون :

تعرف الفعالية بأنها العملية التي تؤدي الى تحقيق الاستخدام الأمثل للموارد من خلال تعظيم إنتاج السلع والخدمات، ويكون النظام الاقتصادي أكثر فعالية، بالمقارنة مع نظام آخر، إذا كان يؤدي الى تقديم المزيد من السلع والخدمات للمجتمع من دون استخدام المزيد من الموارد.⁶⁶

ويقول أصحاب مدرسة التحليل الاقتصادي ان "ما ترمي اليه كل قواعد القانون، تبعاً لنتائج التحليل الاقتصادي، يتمثل في المطاف الأخير بهدف وحيد فقط (هو): تشجيع المسلكيات الفعالة اقتصادياً... ولا تمثل الفعالية الاقتصادية اذا مجرد عامل لشرح القانون وإنما الغاية التي يتوجب على نظام قانوني شرعي متابعتها".⁶⁷

ويذهب أصحاب مدرسة التحليل الاقتصادي الى ان القواعد القانونية يجب ان يتم مراجعتها بشكل منهجي من أجل تحديد علاقتها بالفعالية الاقتصادية عموماً، ويقولون انهم توصلوا الى ان الفعالية الاقتصادية تمثل الهدف الأسمى لكل مجتمع ولذا فان قوانين المجتمع يجب ان تصاغ بصورة تحقق هذه الفعالية،⁶⁸ واننا اذا اردنا تحليل القاعدة القانونية فان البداية يجب ان تكون مع التحقق من مدى فعاليتها قبل التحقق من مدى كونها عادلة أم لا.⁶⁹

ولكي نقف على مدى صلاحية الفعالية لتكون هدفاً بديلاً عن العدل في المجتمع يجب التحقق من مدى إمكان تأديتها لما يؤديه العدل بأنواعه المتنوعة. فالعدل التبادلي كان يعني المساواة

الحسابية،⁷⁰ ولكن النظرية الاقتصادية المعاصرة لا تؤمن بذلك لأن تقييمات الناس للأشياء مختلفة بسبب اختلاف تفضيلاتهم وأذواقهم.⁷¹ فالناس يتبادلون الأشياء ما دام هناك انتفاع لشخص في الأقل دون أن يخسر الآخرون، وهذا يعني ان المساواة الحسابية ليست مطلوبة بل ليست مقصودة من المتعاملين بسبب اختلاف تقييماتهم وتفضيلاتهم، ولذا فان العدل التبادلي ليس هو الهدف الأسمى الذي يسعى اليه الناس بل هدفهم الأسمى هو تحقيق الفعالية.⁷²

أما صور العدل الأخرى فقد تترك موقعها للفعالية ايضا، ففي مجال العدل التصحيحي طبقا للاتجاه التقليدي، يكون الدور الأساسي لأحكام المسؤولية التقصيرية هو منح الطرف المتضرر تعويضا عن الضرر الحاصل وهو ما يسمى "مبدأ التدارك"، في حين ان وظيفته الوقائية وهي الحد من حصول حالات الضرر يكون مرغوبا فيها ثانويا. وهذا يعني ان أحكام هذه المسؤولية لا تسعى بشكل منهجي الى تحقيق هدف الفعالية من حيث الأصل، ولكن مع ذلك فان أنصار التحليل الاقتصادي يقولون ان الفعالية مرغوب فيها أيضا في هذا المجال ما دامت لا تصطدم مع العدل التصحيحي.⁷³

أما العدل التوزيعي فهناك عداء بينه وبين الفعالية برأي بعضهم، ووصف هذا العداء بأنه أعظم صراع بين الأهداف الاجتماعية والاقتصادية بالنسبة للجميع. وذلك لأن مفهوم الفعالية ينبع من فكرة عدم امكان تلبية جميع الحاجات، ولذا فإنها تعني ضمنا ان الكثير هو الأفضل، وذلك بقدر ما يتضمن هذا "الكثير" الأشياء التي يرغب الناس في شرائها.⁷⁴

وبناء على اعتبار الفعالية قيمة بديلة للعدل يجب ان يراعيها القانون في أحكامه، فان المحاكم المدنية يجب ان تخضع لمبدأ الفعالية تماما في قراراتها، في حين يمكن ان يبقى القطاع العام مهتما بالعدل التوزيعي.⁷⁵ ويرى هؤلاء ان النظام القانوني المعاصر يمكن ان ينقسم الى قسمين: الأول هو الذي ينظم التبادل الخاص للسلع والخدمات، وهذا يجب توجيهه على وفق مبدأ الفعالية الاقتصادية وحدها. والثاني يتعامل مع الضريبة والقانون الاجتماعي، وهذا يمكن ان يقيم التوازن المطلوب في هذه المجالات من خلال تعقب مبدأ العدالة التوزيعية. وبعبارة مبسطة فان القانون

الخاص يجب ان يعطي الأولوية لمبدأ الفعالية، أما القانون العام فيجب ان يعطي الأولوية لمبدأ العدل التوزيعي.⁷⁶

وقد تعرضت طريقة التحليل الاقتصادي للقانون بشأن الفعالية الاقتصادية الى انتقادات عنيفة من قبل بعض القانونيين، وذلك لأنها تنتقص من القانون وخفاياه وتجرده من وظائفه الأساسية. فهم يقولون بأن التحليل الاقتصادي للقانون والمنطق القانوني المتحرر أمران متناقضان، حيث ان الشروع بتحليل القانون الى بيانات اقتصادية دقيقة سوف يوصلنا الى قانون بلا جودة، وكل ما يتبقى هو انتقاص من القيم التي يجب ان يتعقبها القانون.⁷⁷ ولا نعتقد ان هذه الانتقادات تنهض في مواجهة المزايا المتقدمة للفعالية، ولا تنتقص من دورها في بناء احكام قانونية منسجمة مع الواقع العملي.

ثانيا- موقف الفقه العربي من الفعالية الاقتصادية:

لقد تطرق جانب من الفقه العربي الى هذه المسألة مترددا في امكان تغليب القوانين الاقتصادية البحتة، أو التحليل الاقتصادي الصرف على الجانب الفني للقواعد القانونية، دون التطرق الى الفعالية بالذات، وذلك لأن التوقعات والنماذج الاقتصادية لا تمثل عين الحقيقة برأي هؤلاء وهي قابلة للتغير المستمر. ومن جانب آخر، فان للقانون وظيفة تقويمية وطابعا قاعديا، وهو يختار من خلالهما من بين الحاجات الاقتصادية ليراعيها في قواعده، ومن ثم فلا يجوز تكريس الحقائق الاقتصادية تلقائيا لتكون مادة للقواعد القانونية.⁷⁸

وينتهي هؤلاء الى ان علاقة القانون بالاقتصاد متعادلة من حيث عناصر القوى في كل منهما، وان التحولات الاقتصادية للقانون لا ينظر اليها بوصفها دليلا على ان القانون هو خادم للاقتصاد بلا حدود. غاية ما في الأمر ان القانون قد طور مضمونه ليصطبغ بصبغة اقتصادية بشكل أكبر من ذي قبل، ولكنه لم يتخل عن مقوماته الفنية التي تقيد الحقائق الاقتصادية من أجل توجيه الاقتصاد في ضوء سلم القيم الاجتماعية.⁷⁹

ويربط آخرون مسألة العلاقة بين القانون والاقتصاد بالجدل المتأصل بين المدارس الفلسفية الكبرى في التطور التاريخي، وبالذات في الجدل بين الماركسية وغيرهم في هذا الخصوص. فالماركسية التي تتبنى المادية التاريخية تنظر الى قيام الناس بصنع التاريخ من خلال تمكنهم من ارضاء حاجاتهم الأساسية، والذين يدخلون في سبيل ذلك، في صراعات مع الطبيعة من جهة كما يدخلون في علاقات انتاجية فيما بينهم من جهة أخرى.⁸⁰

ومجموع علاقات الانتاج هذا يشكل الهيكل الاقتصادي للمجتمع، وهو ما يطلق عليه "البناء الأساسي او السفلي"، والذي يقوم عليه "بناء علوي" يتمثل بالقانون والسياسة، والنتيجة ان القانون هو تعبير عن الاقتصاد وتابع له. وهذا النظر غير مقبول، عند بعضهم، إذ لا يمكن القول بأن القانون هو مجرد مرآة وتعبير عن الأوضاع الاقتصادية، وذلك لأن هذا القول يتضمن تجاهلا كبيرا للدور الذي يمكن للقانون ان يؤديه بوسائله القهرية. فاذا سلمنا بأن الاقتصاد يقدم حولا للقانون في مسائل معينة، إلا ان هذه الحلول ليست حتمية لا مجال للاختيار بينها، بل نجد القانون في أحيان كثيرة يسبق الأوضاع الاقتصادية ويمهد لها، ويخلق الظروف المناسبة لتطور اقتصادي معين.⁸¹

والخلاصة ان أنصار التحليل الاقتصادي للقانون يضيفون قيمة رابعة للقيم التي يراعيها القانون في قواعده، وهي الفعالية الاقتصادية. ويقولون بأن هذه القيمة تتقدم على قيمة العدل لأنها أهم منها، وان الناس في علاقاتهم يطمحون اليها.⁸² والحقيقة ان الاعتداد بالفعالية كقيمة يراعيها القانون أصبح ضرورة في الوقت الحاضر لتطوير النظام القانوني والاجتماعي في العراق، وذلك نظرا للدور الذي بات يؤديه الاقتصاد في جميع مفاصل الحياة الخاصة والعامة، ولذا فان الاهتمام بالفعالية يعد خطوة مهمة لتطور القانون، ومن ثم تطور الحياة بجميع مفاصلها.

وقد سبق المشرع الفرنسي غيره من مشرعي القوانين ذات النهج اللاتيني الى اتخاذ هذه الخطوة من خلال التعديل الذي أدخله على القانون المدني في سنة 2016، إذ جاء في الأسباب الموجبة لهذا التعديل صراحة ان بعض الأحكام الجديدة مؤسسة على السعي الى تحقيق الفعالية الاقتصادية *efficacité économique*، وان هذه الفعالية أصبحت ضرورة يجب ان يراعيها

القانون الفرنسي.⁸³ وقد جاء هذا الاهتمام بالفعالية تحت تأثير معطيات مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، وكذلك ما توصلت اليه القوانين الانكلواميركية من مبادئ قانونية راسخة، والتي نجد الكثير منها قد أدخلت الى القانون الفرنسي أو انها في طريقها الى ذلك بموجب تعديلات أخرى مرتقبة في وقت قريب.⁸⁴

المطلب الثاني

تطبيق التحليل الاقتصادي في السلوك المتعلق بالعقود

يقول أنصار التحليل الاقتصادي للقانون إن الفعالية الاقتصادية تتجسد في القرارات التي يصدرها القضاة في قضايا العقود وكذلك في سلوك المتعاقدين. وللوقوف على ذلك نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الأول منهما ميل القضاء الى تحقيق الفعالية في قراراته، وفي الثاني تجسد الفعالية في سلوك المتعاقدين.

الفرع الأول

ميل القضاء الى تحقيق الفعالية في قراراته

ان مؤهلات العمل القضائي يجب ان لا تقتصر على معرفة القانون فقط، بل يجب ان تتسم بالعمق والشمول بحيث يقدم هذا العمل الحلول العادلة للمشكلات الانسانية. والسبب في ذلك هو القانون لا يتضمن الحق كله، ولذا يجب السعي الى تحقيق العدالة عن طريق القانون، فالقانون اذا أدى الى خسارة الحقوق ظلما فلا فائدة فيه. ومن أجل ذلك، فان القاضي يجب ان لا يطبق القانون تطبيقا آليا بحيث يجمد على ألفاظ النصوص، لأن العدالة التي تنتج عن هذا التطبيق سوف تكون شكلية بحسب الظاهر، وهي قد تؤدي الى أحكام ظالمة في الحقيقة.⁸⁵

ويذهب أصحاب التحليل الاقتصادي للقانون الى ان القضاة، وهم يصدرن أحكامهم في قضايا الاخلال بالعقود، انما يتلمسون تحقيق الفعالية الاقتصادية من حيث يشعرون أو لا يشعرون. فهم يقيمون توازنا بين مصالح طرفي القضية ليخرجوا بحكم يحقق أكبر فائدة لهما وللمجتمع وبأقل خسائر ممكنة، وهذا بغض النظر عن الأحكام القانونية الموضوعية ذات الصلة.⁸⁶

ان اهتمام المحكمة يتركز على معطيات السوق المصاحبة لإبرام العقد وكيفية حل النزاع الحاصل في مرحلة التنفيذ من أجل تحقيق الفعالية،⁸⁷ ولكن، يلاحظ ان هناك اختلافا بين التسبب الحقيقي الذي تتبناه المحكمة في قراراتها وبين التسبب الصريح الذي يرد في هذه القرارات،⁸⁸ إذ ان التسبب الصريح الذي يقدمه القضاة في قراراتهم القضائية يكون مصاعا بلغة مبادئ القانون، ولكن التسبب الحقيقي الذي دفعهم الى إصدار الحكم هو تحقيق الفعالية الاقتصادية، وقديما قال بنتام: "ان القانون يُعرب عن نفسه من خلال قناع".⁸⁹

ويرد أصحاب التحليل الاقتصادي للقانون السبب في الاختلاف بين التسبب الحقيقي والظاهر في الأحكام الى نظرية يطلقون عليها "نظرية التطور الفعال للقانون"،⁹⁰ ومضمونها ان القواعد القانونية والقرارات القضائية تكون نتاج عمليات متطورة خفية تؤدي لا محالة، ومن دون تصميم واعٍ أو حتى إدراك، الى صنع قانون فعال.⁹¹ ويرى هؤلاء ان هذه النظرية تقدم جوابا عن سبب قيام القضاة بالتصريح بتسبب يستعمل مبادئ القانون وليس الفعالية. فهذه النظرية تصور عمليات التسبب التي يقوم بها القضاة بهذه الطريقة كنوع من "الوهم الايديولوجي ideological illusion"،⁹² إذ على الرغم من ان القضاة يعتقدون ان قراراتهم قائمة على مبادئ قانونية راسخة كمبدأ سلطان الارادة، إلا انهم في الحقيقة مجرد أدوات في تلك العملية التطورية الاجتماعية، والتي تُستبعد فيها لا محالة القواعد القانونية غير الفعالة على مر الزمن.⁹³

ان التسبب القضائي هو نتيجة قوة غيبية لا تمكن مقاومتها، وهي قوة تحيط بالعمليات الفكرية التي تحصل في أذهان القضاة، فتنشئ لديهم أوهاما ايديولوجية تؤدي بهم الى ان يصدروا قراراتهم بناء على تسبب منسوب لمبادئ القانون يعتقدون انه حقيقي، بينما ليس هو كذلك في الواقع بل هو تسبب قائم على الفعالية الاقتصادية.⁹⁴

ولكن الادعاء بان القضاة واهمون بشأن تسببهم للأحكام يجب ان يُدعم بتفسير مقبول للسبب في انجذابهم أصلاً، وبشكل غريزي وتدرجي وضمني، الى التسبب الاقتصادي لحل النزاعات المعروضة عليهم بشأن الاخلال بالعقود. ويقول أصحاب هذه النظرية إن انعدام التحديد في مبادئ القانون هو السبب في تحول القضاة غريزيا، وبصورة تدرجية وضمنية، الى التسبب الاقتصادي في قضايا العقود.⁹⁵ فانعدام التحديد يخلق عند القضاة حاجة الى ان يبحثوا في اي مكان آخر عن موجه معياري مؤثر يسدون من خلاله الثغرات التي تواجههم في عملية تفسير اللغة المثالية عند استعمال مبادئ القانون، وعندئذ فانهم يميلون غريزيا وبشكل تدرجي وضمني الى التسبب القائم على النظريات الاقتصادية لسد هذه الثغرات.⁹⁶

ولكن القضاة، بحسب النظرية الاقتصادية، لم يدركوا ولن يدركوا أنهم يستعملون تسبباً قائماً على الفعالية الاقتصادية عند حل النزاعات المعروضة عليهم. والسبب في ذلك ان أغلب القضاة ليس لهم مران في علم الاقتصاد، كما ان النظرية الاقتصادية لم تكن الى وقت قريب نسبياً متطورة بما يكفي لتقديم تحليل دقيق. ومن ناحية أخرى، فان القضاة قد تدربوا على التسبب القانوني وتسويعه من خلال استعمال لغة موجودة في قضايا حصلت في الماضي، وهي لغة مبنية على تسبب مصاغ في الواقع بلغة الاخلاق والعدالة والانصاف.⁹⁷

وحتى اذا فهم القضاة ان تسببهم قائم على الفعالية، فانهم سيضطرون الى بيان آرائهم وتسويعها من خلال استعمال لغة مبادئ القانون لكي يؤدوا واجبهم في اتباع اللغة الموجودة في التسبب القضائي الدارج قبلهم. ويتأكد ذلك في القوانين القائمة على السوابق القضائية، والتي تتطلب قواعد التقاضي فيها اتباع السابقة تحت مبدأ "التقيد بما سبق تقريره **stare decisis**".

98

وقد تعرضت هذه الفرضية للانتقاد لأن وجودها غير ممكن ما لم نعترف بأن التسبب الاقتصادي القائم على الفعالية له فائدة تفوق فائدة مبادئ القانون، وهذا ما لم تثبته التفسيرات التي تقدمها النظريات الاقتصادية. فهذه التفسيرات غير قادرة على اثبات معقولية الافتراض الذي يقضي بان القضاة يستعملون لغة مبادئ القانون لإخفاء التسبب الاقتصادي، كما لا تدعمها فكرة

كون التسبب الاقتصادي أكثر تحديدا من التسبب القائم على مبادئ القانون. والحقيقة، بحسب المعترضين، ان مبادئ القانون تسمو على التسبب الاقتصادي لأنها تتفق مع لغة العقد وبنائه الرئيس.⁹⁹

وبغض النظر عن الانتقاد المذكور نجد ان القضاء العراقي يميل الى التفكير بعقلية اقتصادية عند النظر في قضايا الاخلال بالعقود، فالقضاة ينظرون الى الكلف والفوائد التي تترتب على الحكم، ويسعون الى إقامة التوازن الاقتصادي بين الطرفين أو اختيار الطرف الذي يظنون وجوب تحمله التبعات المالية المترتبة على الحوادث التي رافقت تنفيذ العقد. فالقضاة ليسوا آلات تطبق القانون بشكل أعمى، بل تسيطر عليهم عوامل وتوجهات مختلفة تأتي في مقدمتها التوجهات الاقتصادية.¹⁰⁰

وما تقوم به المحاكم العراقية هو تطبيق لما تقول به مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون ولكن بصورة خفية لا شعورية، وهذا يؤيد وقوع القضاة في "الوهم الايديولوجي" عند تسبب أحكامهم في قضايا الاخلال بالعقود. وهذا المنهج الذي يهيمن على التفكير القضائي في الغالب يدل على وجود تلك القوة الغيبية التي تحرك القضاة، وتجعلهم يسببون قراراتهم بصورة خفية بناء على معطيات اقتصادية.¹⁰¹

ونذكر مثالا لما تقدم بشأن التمسك بالظروف الطارئة وهل يجب ان يحصل في فترة نفاذ العقد ام يمكن ان يثار حتى بعد انتهائه، رفضت محكمة التمييز في أحد قراراتها التمسك بالظرف الطارئ لأن المدين استمر في تنفيذ العقد لحين انتهاء مدته، إذ جاء في القرار ان المميز عليه المستأجر "استمر بتنفيذ العقد لحين تاريخ انتهائه دون ان يطلب تنقيص الالتزام الى الحد المعقول وبذلك ليس من حقه التمسك بأحكام المادة (2/146) من القانون المذكور التي يتم التمسك بها خلال سريان العقد وليس بعده".¹⁰²

ولكن المحكمة ذاتها ذكرت في قرار آخر كلاما مناقضا تماما بقولها "ليس هناك اي مانع قانوني او عقدي يحرم المدعي من اقامة دعوى تنقيص الالتزام سواء أكان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أو حتى بعد انتهائه، طالما انه قد ثبت من وقائع الدعوى بأن تنفيذ العقد في السنة الثانية

كان مرهقا له وتوفرت الشروط التي حددتها الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني".¹⁰³

والسبب في هذا التناقض هو وجود قرار صادر من مجلس الحكم في سنة 2003 يقضي بتخفيض الأجور في عقود الايجار بنسبة 25%، وكان المؤجر قد استجاب لهذا القرار في الدعوى الأولى وقام بتخفيض الأجرة،¹⁰⁴ أما في الدعوى الثانية فلم يستجب المؤجر ولم يخفض الأجرة.¹⁰⁵ وبعد مقارنة المصالح في كل من الدعويين قررت محكمة التمييز رد الأولى لأن التوازن قد حصل مقدما من خلال تخفيض الأجرة من قبل المؤجر، وقبول الثانية لأن التوازن لم يحصل مسبقا فيجب اقامته عن طريق أعمال نظرية الظروف الطارئة.

وهذا توجه حسن من القضاء العراقي الذي يسعى الى تحقيق الفعالية الاقتصادية على الرغم من ان التسبب الظاهر في القرارين قائم على مبادئ القانون وليس الفعالية، والسبب في ذلك هو ان القضاة عند كتابة قراراتهم لا يستطيعون التصريح بالأسباب الحقيقية وراء قبول دعوى ورد أخرى مع ان ما طلبه المدعي واحد في كل منهما وهو تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني

تجسد الفعالية في سلوك المتعاقدين

يقول علماء الاجتماع القانوني ان السلوك الانساني يقوم على الدوافع التي تحرك البشر، وتدخل دراسة الدوافع في أكثر من علم من العلوم الاجتماعية، مثل علم النفس الذي يرتبط بفلسفة القانون من خلال الاستعانة به في بيان أسس الحياة القانونية ووسائلها التي لا يعول فيها على العقل،¹⁰⁶ وكذلك علم الاقتصاد الذي ينطلق علماءه من فرضية تقضي بأن كل متعاقد يكون متعقلا ورشيدا في تعاملاته، وان المتعاقدين يكون لديهما اهتمام بأي عامل محتمل قد يؤثر في منافعهما من أجل تعظيم رفاهما الاقتصادي، أي من أجل تحقيق الفعالية.¹⁰⁷ ولكن العلم الذي يدرس هذه الدوافع وتحليلها بصورة خاصة هو "علم الاجتماع القانوني".¹⁰⁸

وقد استفاد أصحاب التحليل الاقتصادي للقانون من معطيات علم الاجتماع القانوني وقالوا ان السلوك الذي يتخذه المتعاقدون بشأن تنفيذ العقود او الاخلال بها يمثل الأصل الاجتماعي للقواعد التي يجب ان تحكم هذه المسائل، ولما كان سلوك المتعاقدين ودوافعهم تتجه الى تحقيق الفعالية فان القانون يجب ان يقرأ هذه الحقيقة ويقرها.¹⁰⁹ وبتناول في فقرتين الاستفادة من معطيات علم الاجتماع القانوني في استظهار الميل الى تحقيق الفعالية في سلوك المتعاقدين، وما تعرض له هذا المنهج من انتقادات.

1- الميل الى تحقيق الفعالية في سلوك المتعاقدين:

يقول علماء الاجتماع القانوني ان القانون ذو أصل اجتماعي، فهو مجموعة من قواعد السلوك التي تفرضها الجماعة على أعضائها في علاقاتهم المتبادلة، واذا أردنا معرفة القانون الحقيقي الذي يجب ان يسود المجتمع فعلياً ان ندرس حقيقة سلوك الأشخاص، "فالمشرع الذي يصوغ القاعدة القانونية ليس إلا قارئاً للغير الذي فوضه في ان يقرأ له القواعد التي يراها في الواقع الاجتماعي".¹¹⁰

وبعبارة أخرى، فان القانون لم ينشأ من إرادة الدولة، بل من الحياة الاجتماعية وحدها. ويطلق على القانون الذي ينشأ عن الحياة الاجتماعية اسم "القانون التلقائي"، والذي يمكن التعرف عليه بشكل واضح من خلال النظر الى سلوك الأشخاص. والنتيجة هي ان مهمة القانون تقتصر على استخلاص القواعد القانونية من الطبيعة الاجتماعية لسلوك الأشخاص.¹¹¹ فالمشرع عليه ان يقرأ الظواهر القانونية في المجتمع من أجل الوصول الى حقيقة القانون وجوهره، أي دراسة جميع الظواهر في الواقع الاجتماعي من خلال تحليل السلوك الانساني.¹¹²

واذا اتينا الى العلاقات التعاقدية نجد ان المتعاقدين يميلون نحو تحقيق الفعالية في سلوكهم، ويمكن استظهار ذلك في ضوء موقفهم من القواعد القائمة التي تنظم جزاءات الاخلال بالعقود وهو سلوك اجتماعي ثابت.¹¹³ فالمتعاقدون يتحيزون الفرص بهدف الوصول الى الوضع الذي يحقق الفعالية أكثر من غيره، وكل متعاقد يمكنه ان يتنبأ بالأثر القانوني للسلوك الذي يتخذه، ولذلك فان المتعاقد عندما يقوم بعمل ما أو يمتنع عنه فان ذلك يحصل اعتداداً منه بالأثار الفعالة

التي تترتب على هذا العمل أو الامتناع. ومثال ذلك، ان البائع يضمن العيوب الخفية في المبيع سواء أكان عالماً بها أم لا، وما دام بإمكانه ان يتنبأ بهذه النتيجة بناء على علمه بالقاعدة القانونية التي تقرها، فان بإمكانه ان يشترط براءته من كل عيب في المبيع ليتخلص من الضمان، فيكون هذا سلوكاً فعالاً منه.¹¹⁴

ويقول هؤلاء ان كل متعاقد يميل الى السلوك الذي يحقق له منفعة أكبر، فهو قد يختار طريق الاخلال بالعقد لأنه أكثر فعالية له من تنفيذه، وقد يختار طريق التنفيذ لأنه هو الذي يحقق الفعالية. وان المتعاقد يقرر التنفيذ او الاخلال بناء على المفاضلة بين معطيات القيم والتكاليف لكل صورة من صور السلوك التي يمكن ان يتبعه استجابة لقاعدة جزاء أو أخرى.¹¹⁵

2- انتقاد القول بتجسد الفعالية في سلوك المتعاقدين:

لقد تعرض القول بأن الفعالية تتجسد في سلوك المتعاقدين الى النقد، وذلك لأنه قائم على افتراض ان الافراد عقلانيون ويعملون برشد،¹¹⁶ ولكن هذا أمر يندر تحققه في الواقع، إذ لم يثبت وجود تأثير مهم لجزاءات الاخلال بالعقد في كيفية سلوك المتعاقدين.

فالعقلانية تتطلب خليطاً منسجماً من الموهبة والتدريب، وهذا ما يفتقده أكثر الأشخاص الذين يدخلون في علاقات تعاقدية.¹¹⁷ كما ان الافراد يعملون غالباً بشكل لا عقلائي بمعنى انهم لا يستجيبون الى الدوافع، ولذا فقد لا يكون للقواعد القانونية تأثير مهم فيهم، وذلك إما لأنهم لا يعلمون شيئاً عن الجزاءات القانونية، او انهم يعرفونها ولكنهم لا يستطيعون توظيفها. والنتيجة ان الافراد أحياناً، وربما غالباً، يتصرفون وكأن لديهم القليل من الاهتمام بالجزاءات القانونية او لا يهتمون بها أصلاً،¹¹⁸ فهم يعتدون غالباً بعوامل أخرى غير العقلانية الاقتصادية في اتخاذ قراراتهم كالزمن والنقود والسمعة والقيم وغيرها.¹¹⁹

وكمسألة واقع فان البحث التجريبي في علم الاقتصاد السلوكي يؤكد ان الافراد غالباً، وربما دائماً، لا يكونون عقلانيين ولا يستجيبون للدوافع من خلال القيام بخيارات عقلانية قائمة على تقييم مقارن للمخاطر والفوائد والكلف.¹²⁰

ومن ناحية أخرى، فليس كل فعل توجد دوافع نحو القيام به يجب التشجيع عليه، فهناك دوافع قد تحصل لدى بعض الأشخاص نحو السرقة اذا كانت تحقق فائدة أكبر مما يخسره السارق في تنفيذ العقوبة التي تفرض عليه عند ادانته، ولذا فان وجود الدافع نحو سلوك معين لا يخبرنا شيئاً عما اذا كان على القانون ان يسمح بهذا السلوك من عدمه.¹²¹

الخاتمة

أولاً- النتائج:

1-ان دراسة الظواهر الاجتماعية يجب ان لا تقتصر على النظر الى الظاهرة من زاوية علم واحد، لأن هذه الطريقة التقليدية اثبتت حقيقة كونها بعيدة عن الوصول الى حل شامل لما تحتاجه حياة البشر من التنظيم. ومن أجل هذه الحقيقة فقد ظهرت الدراسات البيئية، ومن أهم صورها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون.

2-تعتمد مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون على منهجية تجمع وسائل الاقتصاد وقواعد القانون من أجل الوصول الى حلول ناجعة للظواهر التي ترتبط بهاذين الحقلين المعرفيين، وقد ثبت على وجه الخصوص ان قواعد القانون لا يمكن ان تقدم هذه الحلول ما لم تتكامل مع مناهج الاقتصاد، وان معطيات الأخيرة لا تنزل الى ارض الواقع وتأخذ مداها في التأثير غالباً ما لم تتجسد بشكل قواعد قانونية تتمتع بقوة الالزام.

3-ان الفعالية الاقتصادية تعتبر قيمة يجب ان يراعيها القانون عند وضع قواعده، وهي يجب ان تتقدم على القيم الأخرى في تحديد أهداف القانون. وقد استمد اصحاب مدرسة التحليل الاقتصادي من هذه الفعالية نظريات كثيرة آمنوا بأنها تحكم شتى مجالات الحياة وفي مقدمتها القانون بمختلف فروعها ولا سيما القانون الخاص.

4- ان سلوك القضاة والمتعاقدين يتأثر بالمعطيات الاقتصادية، فالقضاة يسببون احكامهم بشأن العقود على وفق معطيات اقتصادية يحاولون من خلالها إقامة التوازن بين مصالح الطرفين، وكذلك أطراف العقد يسلكون الطرق التي تحقق لهم الفعالية حتى اذا كان ذلك عن طريق الاخلال بالعقود. ولذا يجب دراسة تأثير الفعالية في دوافع الناس وسلوكهم والاستفادة من ذلك عند وضع القوانين او تعديلها.

ثانيا- المقترحات:

1-نقترح تشجيع المؤسسات الاكاديمية والقضائية على اجراء البحوث والدراسات في مجال حقل التحليل الاقتصادي للقانون، وذلك من أجل التعرف على ما توصل اليه العالم المتمدن في هذا المجال، حيث أسست مراكز وبرامج مختلفة لدراسة هذا الحقل المعرفي الحديث نسبيا.

2-نقترح اعادة العمل بتدريس مادة الاقتصاد في كليات القانون، ويفضل ان تتخذ اسم التحليل الاقتصادي للقانون لكي يعرف الطالب مقدما ومن خلال اسم المنهج ان هناك علاقة اساسية بين هذين الحقلين.

3-نقترح إعطاء القضاة دورات تدريبية في معطيات التحليل الاقتصادي للقانون، وذلك من اجل ان يستلهما القاضي في اصدار قراراته المتعلقة بالعقود لكي يقيم التوازن بين الأطراف وبما يحقق الفعالية الاقتصادية.

الهوامش

- 1 د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1 القانون، وفقا للقانون الكويتي-دراسة مقارنة، الكويت، 1972، ص 52.
- 2 د. حسن كيره، أصول القانون، ط2، دار المعارف بمصر، 1958، ص 75-76.
- 3 د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1 القانون، وفقا للقانون الكويتي- دراسة مقارنة، الكويت، 1972، ص 54.
- 4 ينظر في ذلك: عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، الجزء الأول في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1972، ص 199-200.
- 5 د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول-القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1967، ص 36.
- 6 ينظر في ذلك: د. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 7.
- 7 المصدر ذاته.
- 8 المقولة لـ (بروكار) وقد أوردها: د. عبدالحى حجازي، المصدر السابق، ص 49 هامش رقم (3).
- 9 د. عبدالحى حجازي، المصدر السابق، ص 55.
- 10 المصدر ذاته، ص 49-50.
- 11 د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975، الفقرة 19، ص 23.
- 12 د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، 1956، ص 5.
- 13 د. عبدالحى حجازي، المصدر السابق، ص 52.
- 14 المصدر ذاته، ص 52-53.
- 15 د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، ص 8-7.
- 16 د. حسن كيره، المدخل الى القانون-القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993، الفقرة 80، ص 154-155.
- 17 د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، المصدر السابق، الفقرة 224، ص 233-234.
- "وينبغي ان تعمل قواعد القانون دائما على تأكيد الأسس الاقتصادية المراد تطبيقها في المجتمع، وعلى التعبير بصدق عن الفكر الاقتصادي الذي يهيمن عليه". عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 200.
- 18 د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المصدر السابق، ص 8.
- 19 د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، المصدر السابق، الفقرة 125، ص 131؛ د. عبدالحى حجازي، المصدر السابق، ص 53.
- 20 د. أحمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، ج1، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، يناير ويوليو، السنة 28، 1986، ص 3-4.
- 21 د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، عابدين، مصر، 1966، ص 5 في الهامش.
- 22 المصدر ذاته، ص 3-4. ويلاحظ ان الدكتور إسماعيل غانم كان بصدد تقييم النظام الاقتصادي المصري في ظل ما أسماه في حينه (المجتمع الاشتراكي الجديد).

23 وتسمى أيضا مدرسة القانون والاقتصاد. School of Law and Economics.
24 د. عمار بن عبدالمنعم أمين، الدراسات البينية interdisciplinary studies رؤية لتطوير التعليم الجامعي، متاح على الرابط الآتي:

<http://85.194.123.17/ar/ViceRectorates/VGS/NewsActivities/News/Documents/News11>

25 Charles K. Rowley, The Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique, Hamline Law Review, vol. 12, 1989, p. 125.

والاقتصاد القياسي **Econometrics** هو "فرع المعرفة الذي يهتم بقياس العلاقات الاقتصادية من خلال بيانات واقعية، بغرض اختبار مدى صحة هذه العلاقات كما تقدمها النظرية، أو تفسير بعض الظواهر، أو رسم بعض السياسات، أو التنبؤ بسلوك بعض المتغيرات الاقتصادية". الاستاذ الدكتور عبدالقادر محمد عبدالقادر عطيه، الحديث في الاقتصاد القياسي بين النظرية والتطبيق، دون محل نشر، 2004، ص 4.

26 "The use of economic models to evaluate legal rules". Thomas J. Miceli, Economic Models of Law, in: The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts, edited by Francesco Parisi, Oxford University Press, UK, 2017, p. 4 of 21.

27 Louis Kaplow and Steven Shavell, Economic Analysis of Law, in: foundations of Economic Analysis of Law, Harvard Law School and National Bureau of Economic Research, 2003, p. 1666.

28 **جيرمي بنتام Jeremy Bentham** /1748-1832 رجل قانون ومصالح اجتماعي انكليزي، وهو مفكر ليبرالي وفيلسوف معروف، ويعد المنظر الرئيس في الفلسفة الانكلوأميركية للقانون. أثرت أفكاره في تطوير الضمان الاجتماعي، ووضع مبدأ المنفعة، وهو أبرز من كتب في علم النفس، له مؤلفات في الأخلاق والتشريع والتعليم والعمل وكلها ذات أساس نفعي. وقد حاول لغاية وفاته إدخال المنطق والروح الإنسانية الى القانون الإنكليزي. بتصرف من:

Philip Schofield, Bentham: A Guide for The Perplexed, Continuum International Publishing Group, London, 2009, p. 1-18.

29 Louis Kaplow and Steven Shavell, Economic Analysis of Law, op. cit., p. 1666.

30 Ejan Mackaay, History of Law and Economics, University of Montreal, © Copyright 1999 Ejan Mackaay, p. 65.

31 Martin Gelter and Kristoffel Grechenig, History of Law and Economics, p. 1. Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Str. 10, D-53113 Bonn <http://www.coll.mpg.de>.

32 N. Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford Univ. Press, Oxford, 1995, p. 342.

33 Ronald .H. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law & Economics, vol. 3, 1960, p. 1.

رونالد كوس Ronald Harry Coase هو اقتصادي بريطاني كبير ولد في 1910/12/29 ودرس الاقتصاد في جامعة لندن، وفي سنة 1964 ذهب الى الولايات المتحدة وأصبح استاذاً للاقتصاد في كلية القانون بجامعة شيكاغو، له كتابات وابحاث كثيرة اهمها بحثان هما (طبيعة الشركة) و(مشكلة الكلفة الاجتماعية). كان يؤمن بأن الاقتصاديين يجب ان يدرسوا الأسواق الواقعية لا الافتراضية، حصل على جائزة نوبل في الاقتصاد سنة 1991، وتوفي في 2013/9/2. منقول بتصرف من:

Oliver E. Williamson, Ronald Harry Coase: institutional economist and institution builder, *Journal of Institutional Economics*, vol., 11, Issue 2, 2015, p. 221.

³⁴ Shaun D. Ledgerwood, *Rethinking the Theory of Efficient Breach: An Approach based in industrial organization*, A Dissertation submitted to the Graduate Faculty in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, University of Oklahoma, 1997, p. 22 note (1).

³⁵ Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, op. cit., p. 66.

ريتشارد بوزنر **Richard Allen Posner** هو فقيه واقتصادي أميركي معاصر كبير، وهو قاضٍ في محكمة استئناف الولايات المتحدة- الدائرة السابعة في شيكاغو. ولد في 1939/1/11 في مدينة نيويورك وحصل على شهادة في القانون من جامعة هارفارد سنة 1962، وأصبح محاضراً أقدم في كلية القانون بجامعة شيكاغو. له أكثر من 40 مؤلفاً في القانون والاقتصاد والسياسة وحقوق أخرى فضلاً عن عشرات الأبحاث، وقد سجلت الإحصائيات أن كتاباته وبحوثه هي الأولى في الاستشهاد بها في القرن العشرين. بتصرف من:

Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Translated by Deborah Shannon, Springer Science+Business Media, 2009, p. 143.

³⁶ R. van den Bergh, *The Growth of Law and Economics in Europe*, *European Economic Review*, vol. 40, 1996, p. 970.

³⁷ Louis Kaplow and Steven Shavell, op. cit., p. 1666.

³⁸ William M. Landes, *The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay*, *American Economist*, vol. 41, 1997, p. 34.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Henrik Lando and Caspar Rose, *The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries*, 2003, p. 20. available at: <http://www.ssrn.462700>.

⁴¹ Cento G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press, UK, 2007, p. 3.

⁴² Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, United States of America, 2004, p. xix.

⁴³ Lucian Arye Bebchuk, *Corporate Law and Economic Analysis*, 1st edition, Cambridge University Press, UK, 1990.

⁴⁴ هناك العديد من الجامعات التي تمنح هذه الدرجات منها:

Bologna, Hamburg, Rotterdam Ghent, Aix-en-Provence, Haifa, Stockholm, Madrid, Manchester, Milan, Paris, Rome, Utrecht and Vienna.

See: Claus Ott & Tina Neuling, *Organization of Research and Teaching*, in: *Encyclopedia of Law & Economics*, vol. 1, *The History and Methodology of Law and Economics*, Edited by: Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Edward Elgar, Cheltenham, UK, p.55.

⁴⁵ من هذه المجالات مثلاً:

The *Journal of Law and Economics* began in 1958; The *Journal of Legal Studies* in 1972; *Research in Law and Economics*, the *International Review of Law and Economics*, and the *Journal of Empirical Legal Studies* in 2004. See: Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, op. cit., p. 2 note (3).

⁴⁶ William M. Landes & Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, *Journal of Law & Economics*, vol. 36, 1993, p. 385; William M. Landes, *The Empirical Side of Law and Economics*, *University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003, p. 167.

⁴⁷ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6th Edition, Addison-Wesley, United States of America, 2012, p. 2.

⁴⁸ Professor Bruce Ackerman from the Yale Law School, in: Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law Economics*, op. cit., p. 1-3.

⁴⁹ Cento G. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, op. cit., p. 3.

⁵⁰ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, op. cit., p. 2.

⁵¹ من أبرز هؤلاء القضاة:

Associate Justice Stephen Breyer of the U.S. Supreme Court; Judge Richard A. Posner and Judge Frank Easterbrook of the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit; Judge Guido Calabresi of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit; Judge Douglas Ginsburg, and former Judge Robert Bork of the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit; and Judge Alex Kozinski of the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit. See: Robert Cooter & THomas Ulen, *Law & Economics*, op. cit., p. 2-3.

⁵² من هذه الكتابات في مصر: د. أحمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، بحث من جزئين: الأول منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة 28، يناير ويوليو، 1986، ص 1-128، والجزء الثاني منشور في المجلة ذاتها، العددان الأول والثاني، السنة 29، يناير ويوليو، 1987، ص 1-68. وكذلك: د. حازم الببلاوي، الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، بحث منشور في مجلة عالم الفكر، المجلد 4، العدد 3، 1/ أكتوبر/ 1973، ص 119-158. وفي العراق: محسن ناجي، أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد، مطبعة أسعد، بغداد، دون تاريخ نشر.

⁵³ ينظر في هذا الاتجاه أيضا: د. فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي للقانون بين التجريد النظري والتطبيق العملي، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، شعبان 1433 هـ، يونيو 2012، ص 216-217.

⁵⁴ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, op. cit., p. 2.

⁵⁵ Nuno Garoupa & Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, *Alabama Law Review*, vol. 59, 2008, p. 1564.

وقد استجاب المشرع الفرنسي للمعطيات التي توصلت اليها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون وصرح في التعديل التاريخي للقانون المدني الذي حصل في سنة 2016 بأن تحقيق الفعالية الاقتصادية هو من أهم الأهداف التي يسعى التعديل الى تحقيقها، وذلك انسجاما مع ما توصلت اليه البلدان الاوربية في هذا المجال.

ينظر: التقرير المقدم الى رئيس جمهورية فرنسا بشأن الأمر رقم 131-2016 في 10/2/2016 حول إصلاح أحكام العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات. والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد 0035 في 1/2/2016، طبعة دالوز باللغة الفرنسية، ص vii. وقد أصبح هذا التعديل نافذا في 1/10/2016.

⁵⁶ "A law is an obligation backed by a state sanction".

⁵⁷ **التعويض العقابي أو الجزري Punitive or exemplary damages** هو التعويض الذي قد يمنح عندما يكون هناك شعور لدى المحكمة بأن مجرد جبر ضرر الدائن غير كاف لتعويضه، وهو يمنح في الحالات التي يكون فيها المدين قد تصرف بشكل مشين الى حد كبير **so outrageous** بحيث يجعله مستحقا للعقاب فضلا عن إلزامه بجبر الضرر، وبهدف ردعه وزجر غيره عن هذا السلوك. ينظر:

Sir Henry Brooke, A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages, in: Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Springer Wien New York, Printed in Germany, 2009, p. 1.

⁵⁸ Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, op. cit., p. 3.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press, UK, 2007, p.24.

⁶¹ Ibid, p. 19.

⁶² Robert Cooter & THomas Ulen, Law & Economics, op. cit., p. 3.

⁶³ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, HARV. L. REV., vol. 85, 1972, p. 1089.

⁶⁴ وقد تسببت الاختلافات بين القوانين في تباين تنظيم أسواق رأس المال في كل من اليابان وألمانيا والولايات المتحدة، فقد ساهم الفشل في القوانين المالية والمقاولات في انهيار النظام المصرفي سنة 2008 في الولايات المتحدة والركود الذي تلاه، في حين كان أقل قسوة في اليابان وألمانيا، ومن جانب آخر، فإن غياب المال المؤمن والعقود الموثوقة قد شل اقتصاديات بعض الأمم الفقيرة. ينظر:

Robert Cooter & THomas Ulen, Law & Economics, op. cit., p. 3.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Klaus Mathis, Efficiency Instead of Justice? op. cit., P. 31-40.

⁶⁷ بينوا فريدمان وغي هارشر، فلسفة القانون، ترجمة د. محمد وطفه، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص 123.

⁶⁸ William A. Edmundson, introduction for 'The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory', Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing Ltd, USA, 2005, p. 3.

⁶⁹ Guido Calabresi, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, New Haven, 1970, p. 26.

⁷⁰ Peter Benson, Contract, in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Second edition, edited by Dennis Patterson, Wiley-Blackwell Publishing Ltd, United Kingdom, 2010, p. 50.

⁷¹ يعبر عن ذلك بالاصطلاح اللاتيني " *de gustibus non est disputandum* "، وهو اصطلاح شائع الاستعمال عند علماء الاقتصاد. ينظر:

George J. Stigler and Gary S. Becker, De Gustibus Non Est Disputandum, The American Economic Review, vol. 67, no. 2, 1977, p. 76.

⁷² George P. Fletcher, The Basic Concepts of Legal Thoughts, Oxford University Press Inc, 1996, p. 157.

⁷³ Klaus Mathis, Efficiency Instead of Justice? op. cit., P. 196.

⁷⁴ Arthur M. Okun, Equality and Efficiency: The Big Tradeoff, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2005, p. 2.

⁷⁵ Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, 4th ed., United States of America, 1994, p. 388.

⁷⁶ Klaus Mathis, Efficiency Instead of Justice?, op. cit., p. 199.

⁷⁷ Ibid, p. 2.

⁷⁸ د. أحمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، ج2، المصدر السابق، ص 56.

79 المصدر ذاته، ص 57.

80 د. حازم الببلاوي، الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، المصدر السابق، ص 121. "ويرى ماركس ان الانسان في عملية الانتاج لا يؤثر في الطبيعة وحدها، بل يؤثر الناس في بعضهم البعض، فالإنتاج لا يتم بعيدا عن هذه العلاقات الانتاجية. واذ كان الحدث الأول في تاريخ الانسان هو الإنتاج، فانه يستخدم في سبيل ذلك أدوات معينة بالإضافة الى قوة عمله وما حققه أثناء تجربته السابقة من معرفة وخبرة. وقد أطلق ماركس وانجلز على هذه العناصر اسم (قوى الإنتاج)، وفي أثناء القيام بعملية الإنتاج يدخل الأفراد في علاقات متبادلة يتحدد على أساسها بوجه خاص من يملك وسائل الإنتاج ويتصرف فيها، وهذه يسميها ماركس وانجلز بعلاقات الإنتاج. ولكل نوع من أنواع (قوى الإنتاج) نوع معين يلائمه من أنواع (علاقات الإنتاج)". د. حازم الببلاوي، الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، المصدر السابق، ص 121.

81 المصدر ذاته، ص 122-123.

82 بينوا فريدمان وغي هارشر، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص 124.

83 جاء ذلك في التقرير المقدم الى رئيس جمهورية فرنسا بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي، طبعة دالوز باللغة الفرنسية، المصدر السابق، ص vii. وينظر في هذا الشأن أيضا:

Solène Rowan, The new French law of contract, *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 15. available at: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/>

84 جاء في التقرير المقدم لرئيس جمهورية فرنسا بشأن التعديل الأخير ان الاستجابة لمتطلبات الفعالية الاقتصادية أصبحت حاجة ملحة بالنظر الى ما يحصل في البلدان الأخرى، وهي استجابة لمقتضيات عولمة الاقتصاد الذي هو محل تغيرات مستمرة ومتلاحقة. ينظر التقرير أعلاه، ص vii.

85 ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص 5 و7.

86 Walter Block, 'Private Property Rights, Economic Freedom, and Professor Coase: A Critique of Friedman, McCloskey, Medema, and Zorn', *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, 2003, p. 924–925.

87 Tareq Al-Tawil, The Efficient Breach Theory: The Transparency Objection, *Journal of Contract Law*, vol. 27, 2011, p.8.

88 Jody S. Kraus, 'Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis', *Virginia Law Review*, vol. 93 no. 2, 2007, p. 299.

89 "Law shews itself in a mask". Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, edited by: J. H. Burns and H. L. Hart, Clarendon Press, Oxford, 2008, p. 124.

90 Stephen A. Smith, *Contract Theory*, OUP, Oxford, 2004, p. 134.

91 أول من قدم نظرية التطور الفعال للقانون في سنة 1977 هو George Priest وكذلك Paul Rubin في بحثين لهما نشرهما في ذات العدد من مجلة الدراسات القانونية *Journal of Legal Studies*:

George L. Priest, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules? *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, P. 6; Paul H. Rubin, Why Is the Common Law Efficient? *Journal of Legal Studies*, vol. 6 no. 1, 1977, P. 51.

92 Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 25.

⁹³ Stephen A. Smith, Contract Theory, op. cit., p. 28.

⁹⁴ Ibid. p. 134.

⁹⁵ George L. Priest, The Common Law Process, op. cit., p. 66.

⁹⁶ Jody S. Kraus, Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication, op. cit., p. 332.

⁹⁷ Ibid. p. 333.

⁹⁸ Ibid. p. 333-334.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ وهذا ما يُبينه الواقع العملي ويؤيده الفقه العراقي، إذ "ينبغي ان لا يغيب عن الأذهان ان القاضي- مهما قيل في حياده ونزاهته- بشر تختلج في نفسه وضميره ما يختلج في ضمائر كل بشر من عوامل الحب والبغض، والشدة والرأفة، والصداقة والعداوة والحلم والغضب، والنزعات والعوامل والاتجاهات النفسية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وانه سيكون لهذه العوامل والنزعات صدى فيما يقضي به من تعويض وما يصدره من أحكام أيا كانت طبيعتها وأيا كان موضوعها...". د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص 397.

¹⁰¹ تسبب الحكم هو "ايراد الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم"، ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المصدر السابق، ص 99. أو هو "بيان ما أقتع القاضي بما قضى به وجعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن اليه". د. أحمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف بمصر، 1952، ص 228.

¹⁰² قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 362 في 2007/2/28، مذكور عند: المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2006/2007/2008، مكتبة صباح، بغداد، 2009، ص 95-96.

¹⁰³ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 230 في 2007/6/20، مذكور عند: المحامي علاء صبري التميمي، المصدر السابق، ص 97-99.

¹⁰⁴ وهذا ما ذكرته محكمة التمييز في قرارها بالقول "بالإضافة لذلك فان المميز قد قام بتخفيض بدل الايجار السنوي لعقد الايجار بنسبة 25% من البديل وبذلك تكون الدعوى فاقدة سندها القانوني". مذكور عند: المحامي علاء صبري التميمي، المصدر السابق، ص 96.

¹⁰⁵ جاء في قرار محكمة التمييز ما نصه: "وتبين لها-أي محكمة الاستئناف- بأن العقد موضوع الدعوى لم يشمل قرار مجلس الحكم بتخفيض نسبة 25% منه...". مذكور عند: المحامي علاء صبري التميمي، المصدر السابق، ص 98.

¹⁰⁶ د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص 71.

¹⁰⁷ ان تيار القانون والاقتصاد يعمم على كل سلوك بشري ما يسمى "الانثروبولوجيا البسيطة المتعلقة بقانون العقود، أي صورة الانسان الذي يعرف ما يريد وما هو أصلح بالنسبة اليه". ينظر: ألان سوبيو، الانسان القانوني-بحث في وظيفة القانون الانثروبولوجية، ترجمة عادل بن نصر، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012، ص 164.

¹⁰⁸ علم الاجتماع القانوني هو فرع حديث النشأة، وهو أحد فروع علم الاجتماع حيث يهتم بدراسة القانون بوصفه ظاهرة اجتماعية لها وجودها في الكيان الاجتماعي. "فالقانون لا ينشأ من فراغ ولكنه ينشأ من خلال الواقع الاجتماعي، وعلى هذا فانه يعتبر انعكاسا لهذا الواقع الاجتماعي". ينظر: د.

ابراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1984، ص 7.

¹⁰⁹ نقصد بالدوافع هنا ما يتعلق منها بالعلاقات المالية التي تنشأ عن التعامل مع الآخرين، أي الدوافع القائمة على الحس الاقتصادي، وليس الدوافع التي تسير البشر في علاقاتهم الاجتماعية مع الآخرين والتي يرددها بعض علماء الاجتماع الى ثلاثة هي الانتماء والانجاز والنفوذ. ينظر في هذه الدوافع الأخيرة: سوزان كويليام، الدوافع المحركة للبشر، ط1، مكتبة جريز، الرياض، 2004، ص 5 وما بعدها.

¹¹⁰ ومع ذلك، فقد يضطر القانون أحيانا الى مواجهة الميول الاجتماعية المنحرفة التي تحتاج الى التقويم كما يفعل القانون الجنائي، كما ان المشرع قد يضطر الى توجيه الجماعة بقرار يصدره من تلقاء نفسه، وذلك في المسائل التي لا يجد لها حولا في واقع الجماعة كالإصلاحات القضائية واصلاح التعليم والتنظيم العسكري وغيرها. ينظر: د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر السابق، ص 63-65.

¹¹¹ المصدر ذاته، ص 63.

¹¹² د. ابراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، المصدر السابق، ص 8. ويلاحظ ان "الصلة وثيقة بين مشروع القانون الوضعي وبين مضمون الممارسات الاقتصادية للمجتمع، فالمشرع ينبغي عليه ملاحظة تلك الممارسات عند تشريعه لقانون متعلق بسلوك تجاري... وتأسيسا على ذلك فلا نزاع في أهمية انحياز القانون التجاري الوضعي الى الممارسات الاقتصادية والتجارية." د. باسم علوان طعمة، القانون العالمي العولمة في ثوبها الجديد، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثالث، 2013، ص 59.

¹¹³ Gregory Klass, Efficient Breach, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 13-018, 2014, p.29. Available at: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185>

¹¹⁴ تنص الفقرة الثانية من المادة (567) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب، او من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث).

¹¹⁵ Wenqing Liao, The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law A Comparative Law and Economics Perspective, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, United Kingdom, 2015, p. 37.

¹¹⁶ يُعرّف الأفراد المتعلقون بأنهم أولئك الذين يستعملون بشكل أمثل جميع المعلومات المتوافرة بشأن الامكانيات المتعلقة بالسلوك والقانون والاقتصاد، وذلك قبل الاقبال على اتخاذ أي خيار. ينظر:

C. S. Warkol, Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: the Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach, Cardozo Law Rev., vol. 20, 1998, p. 343.

وتعرف العقلانية بأنها "الاختيار الثابت للبدل الذي ينتج عنه أعلى درجة عائد وبأقل كلفة ممكنة". د. رافع النصير الزغول ود. عماد عبدالرحيم الزغول، علم النفس المعرفي، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2003، ص 332.

¹¹⁷ S. McG. Bundy, The Policy in Favor of Settlement in an Adversary System, Hastings L.J., vol. 44, 1992, p. 15–16.

¹¹⁸ Stephen A. Smith, Contract Theory, op. cit., p. 396–397.

¹¹⁹ John D. Delamater and Daniel J. Myers, Social Psychology, 7th ed., Wadsworth, Cengage Learning, USA, 2011, p. 35–59.

¹²⁰ M. Trebilcock, 'The Value and Limits of Law and Economics' in: M. Richardson and G. Hadfield (Eds), 'The Second Wave of Law and Economics', Federation Press, Sydney, NSW, 1999, p 14.

¹²¹ Melvin Eisenberg, The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination, Law and Economics Workshop Series, 04-19-2004, p.11. Available at: <http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>.

ويقول جانب من أصحاب علم النفس المعرفي ان عملية اتخاذ القرار ليست مثالية في الواقع، وان صناعة القرار، سواء أكان شخصيا أم إداريا، تتضمن درجة من عدم الرشد. وقد يكون ذلك لعوامل شخصية أو بيئية تمثل عقبات أمام التوصل الى قرار رشيد، "فمتخذ القرار ليس كامل العقلانية بل تعتوره الأخطاء والنواقص، وتعيقه محدودية الامكانيات، وان القرار الراشد المثالي يتطلب طريقة في معالجة المعلومات تتخطى مقدرات العقل الانساني". **وعلم النفس المعرفي** هو العلم الذي يتعامل مع "عمليات حصول الفرد على المعلومات وكيفية تمثيلها وتحويلها الى معرفة، وكيفية تخزينها واستخدامها في توجيه النشاط الانساني". ينظر: د. رافع النصير الزغول ود. عماد عبدالرحيم الزغول، علم النفس المعرفي، المصدر السابق، ص 17 و333.

مصادر البحث

أولا- باللغة العربية:

1. د. ابراهيم أبو الغار، علم الاجتماع القانوني والضبط الاجتماعي، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1984.
2. د. أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف بمصر، 1952.
3. د. أحمد شرف الدين، التحولات الاقتصادية للقانون، بحث من جزئين: الأول منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة 28، يناير ويوليو، 1986. والجزء الثاني منشور في المجلة ذاتها، العددان الأول والثاني، السنة 29، يناير ويوليو، 1987.
4. د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، عابدين، مصر، 1966.
5. ألان سوبيو، الانسان القانوني-بحث في وظيفة القانون الانثروبولوجية، ترجمة عادل بن نصر، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2012.
6. د. باسم علوان طعمة، القانون العالمي العولمة في ثوبها الجديد، مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثالث، 2013.
7. بينوا فريدمان وغي هارشر، فلسفة القانون، ترجمة د. محمد وطفه، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.
8. د. حازم البيلالوي، الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، بحث منشور في مجلة عالم الفكر، المجلد 4، العدد 3، 1/ أكتوبر/ 1973.
9. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
10. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
11. د. حسن كيره، أصول القانون، ط2، دار المعارف بمصر، 1958.
12. د. حسن كيره، المدخل الى القانون-القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993.
13. د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943.
14. د. رافع النصير الزغول ود. عماد عبدالرحيم الزغول، علم النفس المعرفي، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2003.
15. سوزان كويليام، النوافع المحركة للبشر، ط1، مكتبة جرير، الرياض، 2004.
16. د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول-القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1967.

-
17. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984.
18. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، 1956.
19. عبدالباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، الجزء الأول في نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1972.
20. د. عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1 القانون وفقا للقانون الكويتي- دراسة مقارنة، الكويت، 1972.
21. د. عبدالقادر محمد عبدالقادر عطيه، الحديث في الاقتصاد القياسي بين النظرية والتطبيق، دون محل نشر، 2004.
22. المحامي علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات 2006/2007/2008، مكتبة صباح، بغداد، 2009.
23. د. عمار بن عبدالمنعم أمين، الدراسات البينية interdisciplinary studies رؤية لتطوير التعليم الجامعي، متاح على الرابط الآتي:
<http://85.194.123.17/ar/ViceRectorates/VGS/NewsActivities/News/Documents/News11>
24. د. فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي للقانون بين التجريد النظري والتطبيق العملي، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، شعبان 1433 هـ- ، يونيو 2012.
25. محسن ناجي، أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية في العقد، مطبعة أسعد، بغداد، دون تاريخ نشر.
26. د. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

1. Arthur M. Okun, Equality and Efficiency: The Big Tradeoff, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2005.
2. C. S. Warkol, Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: the Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach, Cardozo Law Rev., vol. 20, 1998.
3. Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press, UK, 2007.
4. Charles K. Rowley, The Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique, Hamline Law Review, vol. 12, 1989.
5. Claus Ott & Tina Neuling, Organization of Research and Teaching, in: Encyclopedia of Law & Economics, vol. 1, The History and Methodology of Law and Economics, Edited by: Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Edward Elgar, Cheltenham, UK.
6. Ejan Mackaay, History of Law and Economics, University of Montreal, © Copyright 1999 Ejan Mackaay.
7. George J. Stigler and Gary S. Becker, De Gustibus Non Est Disputandum, The American Economic Review, vol. 67, no. 2, 1977.
8. George L. Priest, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules? Journal of Legal Studies, vol. 6, 1977.
9. George P. Fletcher, The Basic Concepts of Legal Thoughts, Oxford University Press Inc., Oxford, 1996.
10. Gregory Klass, Efficient Breach, Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 13-018, 2014. Available at: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185>
11. Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, HARV. L. REV., vol. 85, 1972.

-
12. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970.
 13. Henrik Lando and Caspar Rose, *The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries*, 2003. Available at: <http://www.ssrn.462700>.
 14. Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, edited by: J. H. Burns and H. L. Hart, Clarendon Press, Oxford, 2008.
 15. Jody S. Kraus, 'Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis', *Virginia Law Review*, vol. 93 no. 2, 2007.
 16. John D. Delamater and Daniel J. Myers, *Social Psychology*, 7th ed., Wadsworth, Cengage Learning, USA, 2011.
 17. Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
 18. Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Translated by Deborah Shannon, Springer Science+Business Media, 2009.
 19. Louis Kaplow and Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, in: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard Law School and National Bureau of Economic Research, 2003.
 20. Lucian Arye Bebchuk, *Corporate Law and Economic Analysis*, 1st edition, Cambridge University Press, UK, 1990.
 21. M. Trebilcock, 'The Value and Limits of Law and Economics' in: M. Richardson and G. Hadfield (Eds), 'The Second Wave of Law and Economics', Federation Press, Sydney, NSW, 1999.
 22. Martin Gelter and Kristoffel Grechenig, *History of Law and Economics*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Str. 10, D-53113 Bonn <http://www.coll.mpg.de>.
 23. Melvin Eisenberg, *The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination*, Law and Economics Workshop Series, 04-19-2004. Available at: <http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>.

-
24. N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1995.
 25. Nuno Garoupa & Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, *Alabama Law Review*, vol. 59, 2008.
 26. Oliver E. Williamson, Ronald Harry Coase: institutional economist and institution builder, *Journal of Institutional Economics*, vol., 11, Issue 2, 2015.
 27. Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient?* *Journal of Legal Studies*, vol. 6 no. 1, 1977.
 28. Peter Benson, *Contract*, in: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Second edition, edited by Dennis Patterson, Wiley-Blackwell Publishing Ltd, United Kingdom, 2010.
 29. Philip Schofield, *Bentham: A Guide for The Perplexed*, Continuum International Publishing Group, London, 2009.
 30. R. van den Bergh, *The Growth of Law and Economics in Europe*, *European Economic Review*, vol. 40, 1996.
 31. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 4th ed., United States of America, 1994.
 32. Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6th Edition, Addison-Wesley, United States of America, 2012.
 33. Ronald .H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960.
 34. S. McG. Bundy, *The Policy in Favor of Settlement in an Adversary System*, *Hastings L.J.*, vol. 44, 1992.
 35. Shaun D. Ledgerwood, *Rethinking the Theory of Efficient Breach: An Approach based in industrial organization*, A Dissertation submitted to the Graduate Faculty in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, University of Oklahoma, 1997.
 36. Sir Henry Brooke, *A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages*, in: Helmut Koziol and Vanessa Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Wien New York, Printed in Germany, 2009.

-
37. Solène Rowan, The new French law of contract, *International & Comparative Law Quarterly*, 2017. available at: <http://eprints.lse.ac.uk/75815/>
 38. Stephen A. Smith, *Contract Theory*, OUP, Oxford, 2004.
 39. Tareq Al-Tawil, The Efficient Breach Theory: The Transparency Objection, *Journal of Contract Law*, vol. 27, 2011.
 40. Thomas J. Miceli, Economic Models of Law, in: *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, edited by Francesco Parisi, Oxford University Press, UK, 2017.
 41. Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, California, United States of America, 2004.
 42. Walter Block, 'Private Property Rights, Economic Freedom, and Professor Coase: A Critique of Friedman, McCloskey, Medema, and Zorn', *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, 2003.
 43. Wenqing Liao, *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law A Comparative Law and Economics Perspective*, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, United Kingdom, 2015.
 44. William A. Edmundson, introduction for 'The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory', Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing Ltd, USA, 2005.
 45. William M. Landes & Richard A. Posner, The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study, *Journal of Law & Economics*, vol. 36, 1993.
 46. William M. Landes, *The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay*, *American Economist*, vol. 41, 1997.
 47. William M. Landes, The Empirical Side of Law and Economics, *University of Chicago Law Review*, vol. 70, 2003.