التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد!" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية

"القانون المدني الفرنسي نموذجاً للتحليل، والقانون المدني الكويتي نموذجاً للإسقاط"

*أ. د. محمد عرفان الخطيب

الملخص:

تتمحور فكرة البحث، في تقديم قراءة قانونية للتحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، ضمن فلسفة المدرسة اللاتينية، ممثلةً بالقانون المدني الفرنسي، مع إسقاط مقارب على القانون المدني الكويتي، سعياً لتوضيح الموقف القانوني من هذه القراءة الاقتصادية، إنْ اتفاقاً أو اختلافاً، حيث تناولنا في المبحث الأول، إمكانية النظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتي إبرام العقد وتنفيذه، في حين عرضنا في المبحث الثاني، للحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة لا لتعظيم الثروات والمنافع، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض.

وقد خلص البحث، إلى أن منهج التحليل الاقتصادي يُمثِّل اليوم قيمةً مضافةً للفكر القانوني. فالنظرية الاقتصادية في التعاملات القانونية، لها حضورها الرحب في إطار مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه، ما يثبت إمكانية ترابط النظرية الاقتصادية مع النظرية القانونية في فهم فلسفة العقد في هاتين المرحلتين، بذات الوقت الذي تنتفي هذه العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد في قضية التنفيذ العيني للالتزام والتعويض عنه، حيث لا يمكن تكييف عملية التنفيذ العيني للعقد بالتنفيذ بطريق التعويض، وبالتالي الخلط بين البعد القيمي للتنفيذ، والقيمة الاقتصادية للتعويض.

كما أكد البحث على أوجه التقارب بين الفكر القانوني الفرنسي ونظيره الكويتي من قضية التحليل الاقتصادي للعقد، لاسيما فيما يتعلق بموضوع إبرام العقد والتنفيذ، وإنْ مع بعض التمايزات البينية الطفيفة، بذات الوقت الذي عرض البحث لأوجه الاختلاف القانوني، في النظر لقضية التنفيذ العيني والتعويض عنه، لاسيما لجهة التكييف القانوني لكل منهما، ما بين الفصل بين مفهوم التنفيذ العيني كأصل في الالتزام القانوني، والتعويض كأصل في الجزاء لعدم الالتزام بالتنفيذ في التشريع المدني الفرنسي، ومعالجة التعويض ضمن أحكام التنفيذ، باعتباره شكلاً من أشكال التنفيذ، في التشريع المدني الكويتي.

كلمات دالة: التحليل الاقتصادي للقانون، نظرية العقد، العدالة القانونية، العدالة الاقتصادية، القانون المدني الفرنسي، القانون المدني الكويتي.

* أستاذ القانون المدني، كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة؛ وكلية الحقوق، جامعة دمشق.

المقدمة:

أولاً- خلفية البحث والمرجعية:

القانون، بوصفه علماً اجتماعياً يعمل ضمن منظومة اجتماعية واقتصادية متكاملة، يتقاطع مع العديد من العلوم الاجتماعية والاقتصادية الأخرى. وعليه بذلك، أنْ يأخذ بعين الاعتبار هواجس ومتطلبات هذه العلوم[1]. حقيقةٌ لا نقاش فيها، إلا أنَّ النقاش يدور حول طبيعة وحدود هذه العلاقة! وهل يمكن السماح لأي من هذه العلوم بأنْ يكون له السبق تجاه الآخر، أو أنْ يكون له الغلبة عليه؛ بمعنى هل العلاقة بين القانون وهذه العلوم، هي علاقة تراتبية أم علاقة تكافئية؟ وإنْ كانت تكافئية ... فهل هي علاقة مساواة أم علاقة تكامل؟

جدليةٌ، أكثر ما تبرز بين علمي القانون والاقتصاد، إنْ في إطار علاقة: «القانون بالاقتصاد» أو «الاقتصاد بالقانون»[2]، علماً بأنَّ الإجابة في الفرضيتين ليست واحدة، فالاختلاف في المنطلق يؤدي للاختلاف في النتيجة، بذات الوقت الذي يعكس اختلافاً في المدارس القانونية المؤطرة لهذه العلاقة، بالاستناد لفلسفتها الفكرية والقانونية،

(1) راجع في ذلك، مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية – دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعداه من العلوم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 31، 2007، ص 171-240. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السادسة، العدد 1، 1933، ص 65 وما بعدها.

(2) لمزيد من المعلومات راجع: فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، السنة السادسة والثلاثون، 2012، ص157-222. لذات الكاتب، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، 2014، ص 147-215. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، الجزائر، العدد الخامس، 2015، ص328-343. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، تحرير ماتياتس ريمان، رينهارد زيمرمان، أكسفورد، 2008، ص1259-1296، ترجمة: محمد سراج، سامي شبّر، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2016.

Ch. Atias, (dir), L'analyse économique du droit, numéro spécial, Revue de recherche juridique, 1987, Pp. 409785-. B. Deffains, S. Ferey, Théorie du droit et analyse économique, éditions Droits, 2007, n° 45, p. 228. B. Deffains, (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002. B. Deffains et E. Langlais (Dir.), Analyse économique du droit: Principes – méthodes - résultats, De Boeck Université, Paris, 2010, p 20. B. Deffains, Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques, Revue Economique, 2008, vol. 58, Pp. 11491162-. E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, In B. Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002, Pp. 1135-. R. Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation, RTD civ. 2006, p. 505s.

لاسيما بين المنظومة الأنكلوسكسونية ونظيراتها اللاتينية. فالمطلع على مختلف النظريات القانونية التي تناولت التحليل الاقتصادي للقانون، لاسيما القادمة من الفكر الأنكلوسكسوني– أصل هذا التوجه– يدرك أنَّ ثمة خيطاً خفياً بين مختلف هذه الدراسات، يشير إلى: «أنَّ على القانون أنْ يكون أكثر «فاعليةً» في خدمة الاقتصاد»[3]. استنتاجٌ بسيطٌ جداً في مقولته، عميقٌ جداً في دلالته، فهو، إنْ رَاق للكثير من مُنظِّري المدرسة الاقتصادية للقانون في النظام الأنكلوسكسوني، لم يُرِق لنظرائهم من مُنظِّري المدرسة الاقتصادية للقانون في النظام اللاتيني، ما عكس تبايناً واضحاً في تحديد طبيعة وحدود هذه العلاقة بين هذين النظامين؛ ليجد أنصار المدرسة اللاتينية، أنَّ في هذه العبارة تغليباً مبطناً لعلمٍ اجتماعي على آخر! الأمر الذي يجب ألا يكون، خاصةً في هذه الحالة؛ لاسيما حينما نتعمق في المنظور القيمي لكل علم منهما! دون أنْ نطعن في أهمية كليهما[4].

ثانياً– فكرة البحث والإشكالية:

تتمحور فكرة البحث في تقديم قراءة قانونية لنظرية التحليل الاقتصادي من منظور قانوني، وكيف يمكن لنا نحن كقانونيين، قراءة هذه النظرية، لا سيما في منظومة القانون المدني. ولما كان أساس نقطة التلاقي بين القانون والاقتصاد يتمثل في فكرة المنافع التي تؤطرها بشكلها الأعم نظرية العقد، فسيكون محور هذه القراءة الاقتصادية والقانونية، منصباً على نظرية العقد، علماً بأن من يحلل هذه النظرية، يمكنه أن يجد روح التلاقي بين مفهومي القانون والاقتصاد في كل فاصلة ونقطة منها، ما يجعل من المتعذر حقيقةً، تناولها في بحث قانوني واحد. لذلك، سيتناول موضوع البحث الجوانب القانونية الأكثر جدليةً من هذه النظرية، وفق المنظور الاقتصادي، سعياً لتوضيح الموقف القانوني من القراءة الاقتصادية الخاصة بها، إنْ اتفاقاً أو اختلافاً.

ومما لا شك فيه، أن مجرد الحديث عن اقحام فكر اقتصادي قائم على المنفعة، على فكر قانوني قائم على القيم، إنما يثير حفيظة الكثير من رجال القانون، ما سيجعل الموضوع عرضة للنقد والنقد المضاد، لاسيما من الزاوية القانونية أو الاقتصادية التي ستقرأ من خلالها الأفكار التي سيتناولها البحث، ما سيضفي على البحث بعداً جدلياً وتأصيلياً

(3) B. Deffains, Systèmes juridiques et performances économiques: existe-t-il un droit efficace? Gazette du Palais, 2015, n° 242, p. 22. H. Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, In L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 37s., spéc. p. 39 à 42.

(4) J. Sueur, Droit économique et méthodologie du droit, contribution aux Mélanges en l'honneur de G. Farjat, 1999, Éd. Frison-Roche, Paris, Pp. 291-292. Y. Gabuthy, Analyse économique du droit: présentation générale, Économie et prévision, 2013, p. 202.

لا يُستهان به، بذات الوقت الذي سيمنح رجال القانون والفقه العرب إضاءة قانونية متواضعة لطبيعة موقف المدرسة المدنية اللاتينية من هذه القضية، ممثلة بالمدرسة الفرنسية، مع إسقاط مقارب لواقع الحال في التشريع المدني الكويتي، على أمل أن يُشكِّل ذلك حافزاً لغيرنا من رجال الفقه العربي في التعرض لهذه الحثيثة البحثية التي تشكو من قلة الدراسات القانونية التي تتناولها[5].

ثالثا- منهجية البحث والمخطط:

في ضوء ما سبق، يتناول البحث طبيعة العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، عبر دراسة فكرة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني نقدي مقارن بين التشريع المدني الفرنسي كنموذج للبحث والتحليل، والكويتي كنموذج للإسقاط، تحديداً فيما يمكن اعتباره نقاط التقاء يمكن فيها لهذين العلمين أن يتوافقا، وما يمكن اعتباره نقطة افتراق، لا تقبل نقاشاً اقتصادياً لها، لتبيان متى يمكن أن يوزن النص القانوني اقتصادياً، ويبحث في كفاءته الاقتصادية، ومتى لا يمكن ذلك، متناولين في المطلب الأول من البحث، إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، والنظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتي إبرام العقد وتنفيذه، وعارضين في مطلبه الثاني، للحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض[6]، مبرزين من خلال هذه الدراسة الحدود الفاصلة بين أن يكون الاقتصاد معيناً للقانون أو أن يكون عبئاً عليه، وإلى أي حد يمكن أن يشكل الاقتصاد هاجساً مقلقاً للقانون؟، على أن يسبق هذين المطلبين، مدخلٌ تعريفيٌّ نبين فيه طبيعة العلاقة بين الاقتصاد والقانون، من حيث توضيح خلفية هذه العلاقة والخصوصية.

---

(5) بالرغم من أهمية الموضوع البحثي، إلا أنَّنا لم نجد الكثير من الدراسات القانونية العربية حوله، ربما لعدم استشعار أهميته في التشريعات العربية بعد، ما استلزم البحث في حقيقة الإجابة على مختلف التساؤلات البحثية من خلال استعراض العديد من التجارب الغربية، وفي مقدمتها تجربة المشرع المدني الفرنسي. كما حتم علينا الاعتماد على قاعدة مرجعية فقهية غربية، من المدرستين اللاتينية والأنكلوسكسونية، إضافة إلى العديد من البحوث والدراسات القانونية الإلكترونية ذات الصدقية العلمية، لاسيما تلك التابعة للموقع الرسمي للمشرع المدني الفرنسي، الأمر الذي يُعَدُّ نقطة للبحث لا عليه، كونها تبرز مدى جدته وأصالته.

(6) مما لا شك فيه أن جوانب التحليل الاقتصادي لنظرية العقد، متعددة ومتشعبة بشكل كبير، ولا يمكن الإحاطة بمختلف جوانبها في بحث قانوني واحد. عليه، فقد قصرنا نقاط بحثنا على الجوانب القانونية الأكثر أهميةً وجدليةً ضمن هذه النظرية وفق مصطلحي: «الممكن والمستبعد»، ونعني بذلك، ما يتعلق بتكوين العقد وتنفيذه من جهة، والتعويض عن عدم الالتزام بالتنفيذ من جهة أخرى، اللذين سيشكلان المحورين الرئيسين في هذه الورقة البحثية. ما اقتضى التنويه.

مدخل تعريفي
التحليل الاقتصادي للقانون «الخلفية والخصوصية»

مخطئ من يعتقد أن القانون يتجاهل الاقتصاد أو أن الاقتصاد يمكن له أن يتجاهل القانون، فكلاهما محكومان بالتعايش الثنائي وداً أو كرهاً، وإن كانت لهذا التعايش خصوصية معينة، تختلف بحسب البيئة بين الفكرين الأنكلوسكسوني واللاتيني.

أولاً- خلفية العلاقة، من التعايش... إلى الإنكار... فالتناغم:

التعايش بين الحق كقيمة اقتصادية قابلة للتعامل القانوني، ضمن ضوابط ومحددات تحفظ الحقوق والحريات في المجتمع، هو أصل التعايش بين علمي القانون والاقتصاد. تعايشٌ لم يكن يوماً أقرب للتفهم مما هو عليه اليوم[7].

1. أصل التعايش الثنائي:

التعايش الثنائي بين القانون والاقتصاد، حقيقةٌ لا خلاف فيها، ولا ينفي وجودها المراحل التي مرت بها بين السكينة والشدة، أو الخفاء والوضوح. حقيقةٌ يمكن أن تختصر في مفهومي الحق والحرية، وفق معادلة بسيطة قوامها: تعامل اقتصادي بين الأفراد كظاهرة اجتماعية، «الحق»؛ ومن ثم تنظيم تشريعي لهذه الممارسة الاقتصادية ضمن ضوابط واضحة مؤطرة لها، «الحرية»؛ رغبةً من القانون في الوصول إلى اقتصاد منضبط، يحافظ على حقوق الأفراد وحرياتهم، الأمر الذي يشكل الهم الرئيسي للقانون، دون أن يمثل ذلك، بالضرورة ذات الأمر بالنسبة للاقتصاد. وعليه يغدو الحق كإطار للتعامل ذو قيمة اقتصادية، والحرية في التعامل به وفق مفهومها المنضبط ذات قيمة قانونية. ما يجعل الحق وفق هذا المفهوم، أسبق في الوجود من الحرية، وما يؤكد، بالنسبة للبعض، أسبقية علم الاقتصاد في الوجود منه من القانون[8].

2. وتيرة التعايش الثنائي:

المطلع على وتيرة التعايش الثنائي بين القانون والاقتصاد، يدرك أن هذه العلاقة لم تنقطع يوماً، وإن كانت قد مرت بمراحل عديدة بين بروز وخفوت.

(7) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? Revue des contrats, 2005, n° 4, p.1265. Th. Kirat, Economie et droit: De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? In: Revue économique, volume 49, n°4, 1998. Pp.1057-1087. F. Kiraly, Le droit économique branche indépendante de la science juridique sa nature et son contenu Recueils Geny n°3, Paris Sirey, 1935, Pp.111-123. B. Deffains, Introduction : Le droit comme facteur de développement économique, Mondes en développement 2005/1, n° 129, Pp.7-11.

(8) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? op, cit, p, 1265.

1.1. مرحلة السكون:

لما كانت وتيرة النمو الاقتصادي في المجتمع تسير بشكل متوازن مع التنظيم القانوني الخاص به، لم يكن ثمة حاجةً للبحث في مدى قدرة أي منهما على تعطيل أو تفعيل دور الآخر، فالحصان «الاقتصاد» يسير والعربة «القانون» خلفه، ما شكّل أُولى مراحل التعايش العفوي بين العلمين[9]، غير أنه ومع تعاظم دور الاقتصاد، وعجز القانون عن مجاراة ذلك، لاسيما بعد الثورة الصناعية، وبروز حالات اقتصادية تقتضي تجاوباً أكثر فاعلية من القانون، بدأ الحديث عن طبيعة هذه العلاقة، من نواحٍ متعددة، من بينها مدى دور القانون في أن يكون عاملاً معطلاً أو مفعلاً للاقتصاد، ودوره في تعزيز التنافسية الاقتصادية. فكانت بداية عمليه القراءة الاقتصادية للقانون. وتعددت الدراسات التي تهدف لتشجيع القانون على أن يتفاعل ويتجاوب مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية مع المجتمع، في ضوء ما كان يطلق عليه واقعية العلوم القانونية[10] فالقانون صحيح، أنه ذو بعد تقويمي من خلال قراءته للمستقبل ،والبحث فيما يجب أن يكون وليس ما هو كائن ضمن غاية مثلى تتناول مفاهيم قيمية كالحق والعدالة أكثر منها نفعية تقوم على الاقتصاد والمال، إلا أن كل ذلك، يجب أن يكون في إطار فن الممكن، والمتاح، ومن خلال قراءة قانونية واقعية لمختلف الظروف المحيطة به، ما ولد حالةً من التوجس بين العِلمين.

2.1. مرحلة التوجس:

هذا التواؤُم الساكن بين العِلمين، لم يكن يثير كثير حساسية لرجال القانون، كونه كان يحتفظ للقانون بجانبه المستقل والخاص عن الاقتصاد، مُمَكِّناً إياه من التكيُّف مع هذه الظروف دون ضغط اقتصادي، أو إحساس بالدونية، غير أن هذا الواقع، ومنذ خمسينيات القرن العشرين قد تبدل بشكل كبير مع بروز نظريات تهدف إلى تطويع القانون للاقتصاد، من خلال إسقاط النظريات الاقتصادية على العلوم القانونية، في إطار مفهوم التحليل الاقتصادي للقانون القائم على اعتماد آليات الفكر الاقتصادي في قراءة القانون، لتحديد مدى كفاءة النص القانوني في خدمة المجتمع من منظور اقتصادي[11].

(9) J-A Schumpeter, Histoire de l'analyse économique, T. II: L'âge classique (1790 à 1870). Trad. de l'anglais (États-Unis) par M. Berthold, G-H. Bousquet, et autres, Préface de R. Barre, Collection Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard. 1983. J.-J. Sueur, La "main invisible" ou le droit économique : Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions, Revue internationale de droit économique, 2013, p.491s.

(10) J. Carbonnier, Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001, p.43s.

(11) للمزيد حول تعريف التحليل الاقتصادي، راجع: فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 330 وما بعدها.
Ch. Atias, (dir), L'analyse économique du droit, op, cit. Pp.409-785. Bruno Deffains, et Éric Langlais, Analyse économique du droit : principes – méthodes - résultats, op, cit.

وبرزت مدرستان رئيستان في هذا المجال هما: مدرسة التحليل الوصفي «الوضعي»، والتي تمثل امتداداً حداثياً لطبيعة العلاقة بين القانون والاقتصاد، في دراستها للأثر القانوني للقاعدة القانونية في المجتمع وسلوكيات الأفراد، باعتبارها قاعدة قانونية ذات كلفة اقتصادية[12]، مقرةً بأهميتها القانونية وباحثةً عن أهم الطرق لتخفيض الكلف الاقتصادية لهذه القاعدة، إن في الأثر الحالي أو المستقبلي لهذه القاعدة، ومدرسة التحليل المعياري، التي تدرس القاعدة القانونية بمؤشرات اقتصادية تتعلق بالربح والخسارة، كونها أداة لتنمية الثروات بين الأفراد وتوزيعها، باعتبارها ذات قيمة اقتصادية[13].

هذه النظرية الأخيرة أثارت جدلاً كبيراً في الأوساط القانونية، كونها تفرغ القاعدة القانونية من مضمونها ومحتواها والغاية المرجوة منها، باعتبارها أداة قيمية أخلاقية، وتحويلها لقاعدة نفعية اقتصادية، واضعةً القاعدة القانونية رهن فلسفة القاعدة الاقتصادية، نتيجةً لقراءة فلسفية قاصرة لفكرة القانون باعتباره علماً خادماً للعلوم ومن بينها الاقتصاد، وليس مكافئاً لها. فالقانون، وفق هذه النظرية، وجد لخدمة غايات العلوم الأخرى الاجتماعية والاقتصادية، بوصفه الأداة القانونية للدولة، وعليه في ذلك أن يخدم باقي أهدافها بما فيها سياستها الاقتصادية. فكينونة القانون المتمثلة بالتشريع "البرلمان"، والعدالة "القضاء"، هما أداتان في يد السلطة السياسية، وعليها أن توجههما في خدمة الاقتصاد، بقوانين تخدم هذا الأخير، وقاض يحكم له، بحيث تغدو مهمة القاضي ليس تطبيق القانون بذاته، وإنما تطبيق السياسة الاقتصادية للقانون، متجاهلين في كل ذلك، فكرة وأصل القانون كعلم عقلاني مستقل ومنفصل عن باقي العلوم كالأخلاق والسياسة، وحتماً الاقتصاد، ليبرز الصراع بين التحليل الاقتصادي والقانوني للقيم الأخلاقية التي تمثل ركائز القانون ودعائمه[14].

(12) B-G. Oren, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review, 2008m n° 92(3), Pp.749–802. R. Cass, Behavioral analysis of law, The University of Chicago law review, 1997, p.1182s.
فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص198. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص333 وما بعدها. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1260 وما بعدها.

(13) B. Frydman, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice: l'école de l'analyse économique du droit, In Structure système, champ et théories du sujet, éditions L'harmattan, Paris, 1997, p.128s.
فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني، بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص198 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص333 وما بعدها. فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1265 وما بعدها.

(14) Pour plus d'informations voir: E-W Kitch, Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law, T. 1, MacMillan, 1998, p.227s. E. Mackaay, History of Law and Economics: In Encyclopedia of Law and Economics (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), Vol. I General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000, p.66s., spéc. p.72s.

هذا الارتداد المتعاظم للأفكار الاقتصادية المتطرفة، قابلها العديد من الأفكار القانونية المتطرفة، لاسيما تلك التي ذهبت إلى نفي إمكانية الترابط بين العلمين، معتبرة أن العلاقة الثنائية بينهما محكومة بالفشل، لأنها قائمة على التضاد في القيم والمثل[15]، فالقانون ذو قيمة أخلاقية قيمية، والاقتصاد ذو قيمة ربحية نفعية، ما شكّل قراءة سطحية لطبيعة العلاقة القائمة بين العلمين، فهذه التوجهات الفقهية والتحليلية في كلا الاتجاهين، إنما هي ناجمةٌ عن الفهم الخاطئ لطبيعة هذه العلاقة، وليس للعلاقة بذاتها، ما أفضى لوجود قراءات مختلفة لها، وصل بعضها لحد الغلو من الجانب الاقتصادي، ما شكل إحجاماً من رجال القانون عن هذه النظرية، كونها ستُمثّل، في بعض حالاتها نسفاً للأسس التي تقوم عليها فلسفة القانون. تحليلٌ، ما لبث أن اتضحت عدم صوابيته، لتكثر الأصوات المنادية بضرورة إعادة قراءة هذه العلاقة بعقلانية أكثر، ضماناً للتفاهم القائم بين العلمين.

1.3. مرحلة التفاهم:

هذه الحالة من التوجس ما لبثت – مع توالي الدارسات القانونية والاقتصادية – والقراءة المتأنية لهذين العلمين في ضوء الاحترام المتبادل لثوابت كل منهما– أن تبدلت بشكل كبير، ليصبح كل منهما أكثر التصاقاً وتعاوناً مع الآخر، في سبيل خدمة غايةٍ أسمى هي: «المجتمع»، ما رسم ملامح مرحلة جديدة بين العلمين قوامها التناغم والتكامل، وليعاد رسم عصر جديدة في العلاقة القائمة بينهما، أثبتت خلالها ألا غنى لأي منهما عن الآخر[16]، لكن بخصوصية معينة، قوامها التقدير المتبادل لكل منهما لفلسفة الآخر، وتأطير دور الاقتصاد في المساعدة في تحديد التكلفة الاقتصادية للقاعدة القانونية كمفهوم وكمؤسسة، لا في تحوير جيناتها الأخلاقية والحيوية، الأمر الذي كان فقهاء القانون في المدرسة اللاتينية من أكثر المُتخوِّفين منه، ما سجل تمايزاً في قراءة هذه العلاقة الحداثية بين فقهاء هذه المدرسة ونظيرتهم الأنكلوسكسونية.

ثانياً– خصوصية العلاقة، بين الفكر الأنكلوسكسوني واللاتيني:

أصل فكرة التحليل الاقتصادي، القادمة من فكر اقتصادي ليبرالي حر وزن القانون بالاقتصاد، لم يرق لكثير من فقهاء القانون، لاسيما من المدرسة اللاتينية، ما أَصَّلَ

(15) G. Vedel, Le droit économique existe-t-il? In Mélanges Vigreux, 1981, Pp.767s. G. Canivet, La pertinence de l'analyse économique du droit: Le point de vue du juge, Petites affiches, 2005, n° 99, Pp.23-27. B. Deffains, Le défi de l'analyse économique du droit: le point de vue de l'économiste, Petites affiches 2005, n° spécial Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, p. 6s., spéc. p.7 et 8.

(16) L. Grynbaum, Le développement de l'analyse économique du droit: vers un néo-positivisme? op, cit, p.1265. Th. Kirat, Economie et droit: De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? op, cit, Pp.1057-1087.

فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1268 وما بعدها.

لاعتقاد مفاده أن الاقتصاد بهكذا منظور سيفسد القانون[17]. استنتاجٌ ما لبث أن تبدد، نظراً لأن التمايز في النظرة الفلسفية لعملية التحليل الاقتصادي بين الفكر الفلسفي الأنكلوسكسوني واللاتيني لا يلغي وحدة الهدف بين نظاميهما القانونيين.

1. التمايز في النظرة الفلسفية:

من المعلوم أن نظرية التحليل الاقتصادي للقانون، تعود في تأصيلها الفكري للمدرسة الأنكلوسكسونية في بعدها الليبرالي الأكثر تحرراً، وتحديداً في الولايات المتحدة الأمريكية[18]، لاسيما مع المقال الشهير: «التحليل الاقتصادي للقانون» للقاضي الأمريكي ر.أ. بوسني R–A. Posner[19] الذي وضع القانون في مبضع الاقتصاد، بقراءة اقتصادية غلبت على مختلف مصطلحاتها اللغة الاقتصادية، بعيداً عن القانونية، عباراتٌ وُزنت اقتصادياً وغُيبت قانونياً. وقد سبق هذا المقال مقال آخر أكثر شهرة في تحديد الوزن الاقتصادي للقانون للاقتصادي الأمريكي ر. كواس Coase R. تحت عنوان: «مشكلة التكلفة الاجتماعية»[20]. فالمقالان، رغم أنهما كانا يتسمان بالعموم، إلا أنهما وضعا الخطوط العامة لهذه النظرية، كما أسسا لمدراس اقتصادية خاصة في التحليل الاقتصادي للقانون في الفقه القانوني الأنكلوسكسوني، عالجت العديد من الجوانب التشاركية بين القانون والاقتصاد، بعضها معتدل، والآخر متطرف، وفق ما سبق بيانه[21].

بالمقابل، فقد تمت قراءة فكرة التحليل الاقتصادي للقانون من قبل فقهاء المدرسة اللاتينية، لاسيما رجال القانون المدني، بصورة أكثر تحفظاً، سواء أكان ذلك في إطار أفكار المدرسة الوصفية المتعلقة بحساب التكلفة الاقتصادية للقاعدة القانونية، أم المدرسة المعيارية المتعلقة بدور القاعدة القانونية بزيادة نمو الثروات وتوزيعها. فبالنسبة للعديد من هؤلاء الفقهاء، فإن إسقاط فكرة الاقتصاد على القانون مرفوضةٌ من حيث الأصل، فالوصول للحق يتعلق بقيمة أخلاقية قيمية طالت أو قصرت. كما وجد العديد من هؤلاء

(17) B. Deffains and S. Ferey, L'économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, Revue française d'économie, 2012, n° 27, Pp. 45–80. E. Millard, L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique, Droit prospectif, 2009, Pp.2523-2528.

(18) H. Hovenkamp, The Economic Analysis of Law In the United States: A Brief interentreprises, PUF, Paris, 1995. L. Grynbaum, Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, Revue des contrats, 2008, n°4, p.1383s.

(19) R-A. Posner, Economic Analysis of the Law, Boston: Little Brown and Co, 1973.

(20) R. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol.3, n°1, 1960, Pp.1-44. B. Élodie, Les théorèmes de Coase: énoncés et critiques microéconomiques, Thèse, Université Paris I, 2003.

(21) R. Cowan R. and M. Rizzo, The Genetic-Causal Tradition and Modern Economic Theory Kyklos, vol.49-fasc 3, 1996, Pp.273-317.

الفقهاء في هذا التوجه تحريفاً للمفاهيم القيمية التي يقوم عليها القانون في سبيل خدمة الاقتصاد[22] لاسيما في حال تعارض غايات النفع الاقتصادي مع مقتضيات القانون الأخلاقية، معيدةً بذلك تكييف البعد الأخلاقي للعديد من المفاهيم القيمية للقانون، لاسيما في منظومة القانون المدني، وبشكل أكثر دقة في نظرية الالتزام، ما طرح قضايا جدلية تمس جوهر ومرتكزات هذه النظرية، كالقواعد القانونية المتعلقة بمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، والتنفيذ العيني، والمسؤولية، والتعويض والعدالة، وغيرها من القضايا الجوهرية، لدرجة أضحت مختلف هذه المرتكزات تقاس كمؤشر اقتصادي لكفاءة القانون في تعزيز التنمية الاقتصادية، وليس كمعيار قيمي أخلاقي في قدرة الأفراد على الوصول إلى حقوقهم وتنفيذ التزاماتهم[23]. فبالنسبة إليهم، على سبيل المثال، فإن مفهوم العدالة وفق التحليل الاقتصادي للقانون، سيعدل من جينتها، بحيث أنها لا تقتضي الوصول إلى ذات الحق، وإنما إلى إشباع الحق، ذاهبةً إلى جعل الالتزام البديل بمثابة الالتزام الأصيل، وأن فكرة العدالة هي إشباع الغايات الاقتصادية للمجتمع والأفراد، وفق مفهوم وفلسفة العائدية الاقتصادية وليس العدالة القانونية، وغيرها من القضايا الجدلية التي أثارت حفيظة رجال القانون المدني، دافعة إياهم لاتخاذ موقف قانوني مناهض لهذا التفكير، ومختصرة كامل هذه النظرية بأبعادها الإيجابية المتعددة في بعض الجوانب السلبية، الأمر الذي خالفه البعض الآخر، مفضلين العمل على تقديم قراءة حداثية لهذه النظرية، تعيد تكييفها مع مقتضيات القانون عامةً، والقانون المدني خاصةً، وذلك في ضوء التحليل الذي يمكن من خلاله التمييز في التحليل الاقتصادي للقانون بين البعدين الفلسفي والاستراتيجي[24].

2. الوحدة في الغاية الفلسفية:

بعيداً عن الخلاف الشكلي بين المدرستين اللاتينية والأنكلوسكسونية، لا نعتقد أن ثمة مشكلة عميقة في العلاقة القائمة بين القانون والاقتصاد بينهما، فالقانون في كلا المدرستين يهدف إلى العدالة وإحقاق الحق بين الأفراد، سواء، أكان قائماً على السوابق

(22) Pour plus d'informations voir: M. Faure et A. Ogus, Économie du droit: le cas français, Éd. Panthéon-Assas, 2002. J-F. Niort, Droit - économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon, Archives de philosophie du droit, 1992, Pp.101-119.

(23) B. Deffains, et F. Samuel, Agir et juger: Comment les économistes pensent le droit, Paris, éditions Panthéon Assas, 2010, p, 17s.

فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها. آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

(24) J. Carbonnier, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001, p, 43s.

القضائية، كالنظام الأنكلوسكسوني أم قائماً على النص كالنظام اللاتيني[25]، غير أن المشكلة الرئيسة هي في عدم فهم فلسفة القانون، وتطويعها لخدمة الاقتصاد، وبالتالي حرف القواعد القانونية عن غايتها المقررة، من خلال حساب ضيِّق لقيمة هذه القاعدة في إطار هوامش اقتصادية آنية، غالباً ما تكون ذات دلالات فردية لا جماعية. فالقانون في كلا النظامين يقبل بالاقتصاد رافداً فاعلاً لتحقيق أهدافه القيمية، ويرفضه رفضاً صريحاً مدوياً، في حال انحرافه عن هذه الأهداف[26].

عليه، فإنه إن كان من المتفق عليه، في كلا المدرستين أن القانون ليس علماً اقتصادياً، إلا أنه لا شيء يمنع من تطبيق النظريات الاقتصادية عليه، طالما أنها لا تتعارض مع منطوق وفلسفة القانون. وإن كان من الصعب تصور وجود تقارب في الفلسفة الفكرية بين العلمين، إلا أنه يمكن، وهو المطلوب، وجود تقارب منهجي بين العلمين. فالتحليل الاقتصادي للقانون، بالنسبة لنا، هو عملية منهجية وليست بالمطلق، عملية فلسفية، كونها تتعلق بكيف يمكن أن نتناول العلوم الاقتصادية في خدمة أهداف القانون، وكيف يمكن للقانون أن يكون، ضمن فلسفته ورؤيته في خدمة الاقتصاد، جميع الفرضيات بالنسبة لنا لا ضير فيها، بل هي مطلوبة وضرورية في أي عمل قانوني[27]. فإن كان ثمة حالات يمكن– بل يجب – أن يقرأ فيها القانون كمؤشر اقتصادي، بوصفه مقياساً

(25) علماً بأن هذا التمييز لم يعد في وقتنا الحالي ذا مصداقية مطلقة لاسيما في ضوء الدور المتنامي والمتعاظم لدور الاجتهاد القضائي في بلورة العديد من القواعد القانونية، وليس النصوص التشريعية، والتي استطاعت وبحق، رغم عديد الانتقادات التي وجهت لها، أن تكمل المنظومة القانونية الفرنسية في هذا المجال. فاليوم لم يعد مقبولاً القول بأن تفاعل الاقتصاد مع القانون هو أكبر في الدول الأنكلوسكسونية منه في الدول اللاتينية، كون الهامش المتاح للقاضي في مواءمة النص القانوني مع الظروف الاقتصادية، هو أكبر منه بالنسبة للقاضي في الأنظمة اللاتينية، فمن يطلع على الدور الفاعل للاجتهاد القضائي في بلورة القاعدة القانونية وليست التشريعية يدرك حقيقة أن دور القضاء في هذه الدول، لا يقل اليوم عن دور القضاء في نظيرتها الأنكلوسكسونية، رغم افتقاده للصفة الرسمية باعتباره من مصادر القاعدة القانونية، لاسيما في بعده الابتكاري لما يسمى بالمبادئ العامة، كما في شرح وتفسير النصوص التي تنطوي علي عبارات واضحة ولكن فضفاضة، كمبدأ حسن النية، والحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، أو حتى حالات سكوت النص، وتصدي القاضي للنطق بالحكم وفقاً لمبدأ إلزامية الفصل بالدعوى. فجميع هذه الفرضيات تتيح للقاضي، هامشاً لا يستهان به، لإعادة مواءمة النص مع الواقع المتغير بمختلف صنوفه بما فيها الاقتصادي.

(26) B. Deffains, Introduction à l'analyse des systèmes juridiques, op, cit, Pp.1149-1162. C. Barrère, Les approches économiques du système judiciaire, Revue Internationale de Droit Economique, n° Spécial de l'économie de la justice, 1999, n° 2, Pp.153-199.

(27) R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier: l'exemple de la monnaie, In Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, Série Association Henri Capitant, 2007, p. 61s, spéc. p. 62 et 63.

فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، مرجع سابق، ص 1269 وما بعدها.

للتنمية، كما في حال وضوح القانون وكماله، فإن ثمة حالات أخرى بالرغم من دلالتها القانونية، لا يمكن أن نقرأ فيها البعد الاقتصادي للقانون، والاعتبار للفكر الاقتصادي ضمن هذه القواعد. فهي بالرغم من إمكانية قراءتها اقتصادياً، تبقي هذه القراءة مرفوضة بالمطلق، لا لعدم إمكانية وقوعها، ولكن لتنافيها مع البعد القيمي والأخلاقي للقاعدة القانونية. وبالتالي ثمة حالات يمكن فيها أن يوزن القانون بالبعد الاقتصادي بشكل واضح وصريح، وحالات، يمكن فيها البحث عن إمكانية التوفيق بين البعد الاقتصادي والقانوني، مع احترام بعض الاعتبارات، وحالات لا يمكن بالمطلق أخذ القيمة الاقتصادية للقاعدة في الاعتبار. فما يجعل فكرة التحليل الاقتصادي للقانون كمؤشر اقتصادي أمراً مقبولاً في شكل القانون ومنهجيته، طالما أنه لا يمس جوهر العدالة، يغدو غير مقبول في حال مسه بجوهر القانون ومبادئه. وإن كانت القضية الأولى لا تثير كثير لغط، فإن الثانية هي مكمن الخلاف بين رجال القانون والاقتصاد، ما يوجب البحث المعمق فيها لاستبيان صحة نظرية التحليل الاقتصادي للقانون بقراءتها وفق منظور قانوني تحديداً فيما يمكن اعتباره نقطة التقاء ونقطة افتراق، وصولاً إلى تنمية «اقتصادية» عادلة.

المطلب الأول

التحليل الاقتصادي لنظرية العقد ... وإمكانية التوفيق

بالرغم من البعد القانوني لبعض مبادئ نظرية العقد في مرحلتي الإبرام والتنفيذ، كمبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وحتى مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن التحليل الاقتصادي لها يبقى ممكناً. كما يبرز وبوضوح أخذ القانون للهاجس الاقتصادي بعين الاعتبار، أثناء صياغته لبعض النصوص الحاكمة لهاتين المرحلتين، ما يجعل من إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، أمراً وارداً بل ومطلوباً في مثل الفرضيات، وما يجعل إمكانية النظر إليها كمؤشرات اقتصادية لفاعلية وكفاءة القانون أمراً لا ضير فيه.

أولاً- مبدأ الحرية التعاقدية والتحليل الاقتصادي:

إن فهم الحرية التعاقدية من الناحية القانونية والاقتصادية، يقتضي فهم حقيقة دور الحرية في الانخراط في العملية التعاقدية، لاسيما لجهة الدوافع الاقتصادية ومحدداتها القانونية.

1. مبدأ الحرية التعاقدية بالمفهوم القانوني والإسقاط الاقتصادي:

بالمفهوم القانوني، فإن الحرية التعاقدية تتناول القدرة على الالتزام أو التصرف، وبالتالي فهي تتعلق بفكرتي الحق والحرية؛ الحق في الالتزام أو التصرف، والحرية في نطاق القيام بأي منهما. فكرتان أصيلتان، موجودتان قبل القانون، وإن كان الاعتراف بأي منهما محكوماً حتماً بالقانون، كما أنهما فكرتان محوريتان في أي تعامل قانوني ضمن القانون المدني. فكلٌ من الالتزام والتصرف يجب أن يتم بشكل قانوني صحيح، ما يقتضي بالضرورة تأطير حريات الأفراد في ذلك، بما ينسجم مع القانون ويحقق غايات الأفراد الاقتصادية من هذه العملية. فإن كانت العملية التعاقدية محكومة بمقياس اقتصادي، هو المنافع المتحصلة للأفراد من ممارستها، فإنها مؤطرة بقيمة أخلاقية وقانونية تتناول، كيفية التعامل في كلٍ منهما. وكلاهما محكوم بالقانون، وإن كانت المنافع هي الدافع لأحدهما، ونعني الحق والالتزام[28].

(28) E. Brousseau et J-M. Glachant, Économie des Contrats et Renouvellements de l'Analyse Economique, Revue d'Economie Industrielle, 2000, n° spécial. D. Sindres, Contrat - principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé, In R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), Concurrence normative et performance juridique, Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé, 2012, spéc, n° 16s. G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Gény, T. II, Sirey, 1934, p.347s.

عليه، فالالتزام الشخصي أو الحق له قيمة اقتصادية يمكن أن يحميها القانون، فهو قابل للوزن بالبعد الاقتصادي. ففي العقود، لاسيما عقود المعاوضة، فإن البحث عن علاقة تعاقدية مستقبلية، هو بالضرورة إنشاء لعلاقة اقتصادية، فكل تصرف قانوني، في إطار المعاملات، هو تصرف بعِوَض من حيث المبدأ، وبالتالي لكل التزام التزام مقابل[29]. صحيح أنه يوزن من الناحيةَ القانونية بسبب الالتزام، في إطار قانوني صرف، ولكن لا يمكن بحال من الأحوال إغفال الجانب الاقتصادي منه. فسبب التصرف، ببعديه المباشر وغير المباشر، هو ذو قيمة اقتصادية، سواء أكان يتمثل في المقابل في الالتزام، أو في الدافع للتعاقد[30]. ففي الحالتين، إنما يمثل المقابل في العملية التعاقدية ذو القيمة الاقتصادية، بل إن من ضمانات تحقق هذه المنفعة الاقتصادية، نظرية الدفع بعدم التنفيذ، التي تُعد وسيلة قانونية لضمان الحق، ذات مدلول قانوني وقيمة اقتصادية، بحيث يمتنع أحد المتعاقدين عن زيادة المنفعة الاقتصادية لنظيره في العقد ما لم يضمن هو الحصول على منافعه من العقد، ما يجعل من غياب أو افتقاد المقابل في العقد وسيلة إما لإنهاء العقد أو إعادة تكييفه مرة جديدة[31]، بل إن فكرة المقابل في العقد والتي توزن سواء في إطار التنفيذ أو التعويض بالنقد هي في أساسها ارتكاز من القانون على الاقتصاد، كما سنرى ذلك في المطلب الثاني من البحث.

2. القبول القانوني لفكرة المنافع الاقتصادية:

المنافع الاقتصادية، رغم اعتباراتها الاقتصادية، إلا أنها لم تكن يوماً مغيبة عن روح النص القانوني الذي طالما أقر بها أولاً، وبأرجحيتها في العملية التعاقدية ثانياً، لكن ضمن ضوابط قانونية محددة.

(29) E. Chevreau, La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain, Revue des contrats, 2013, n° 1, p, 11. X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, Petites affiches, 2007, n° 70, p. 6s.

طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي مع دراسة مقارنة للسبب في القانونين المدنيين المصري والفرنسي، مجلة كلية العلوم الإدارية، جامعة الرياض، مجلد رقم 6، ص 21-62. أحمد رفعت خفاجي، الصورية في التصرف القانوني: دراسة فقهية فلسفية لمحنة معاصرة، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، مجلد 47، العدد 286، 1956، ص 75-78. درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد رقم 11، تاريخ 2012، ص 400-414.

(30) يجدر التنويه إلى أن نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي الجديد، قد شهدت تحولاً هاماً، فبالرجوع إلى أركان العقد في التشريع المدني الجديد نلاحظ غياب فكرتي المحل والسبب عن هذه الأركان، والاستعاضة عنهما بفكرة: «محتوى العقد المشروع والمؤكد»، راجع في ذلك:

F. Chénedé, La cause est morte… vive la cause? Contrats, conc. consom. 2016, dossier 4, n° 5, p. 21. É. Savaux, Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 20. M. Béhar-Touchais, Le contenu du contrat 1, Revue des contrats, 2013, n° 2, p. 756.

(31) Art. (1219), Art. (1220), «Code Civil français, éd. 2018».

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (219)

1.2. المبدأ:

في العقد، الالتزام القانوني بتعظيم المنافع الاقتصادية لطرفيه، إنما يتم، بشكل أو بآخر وفق آليات السوق. فالطرفان يبحثان عن هذه العلاقة في إطار عنصري العقد المتمثلين بمفهومي الإيجاب والقبول قانوناً، المؤشران الرئيسان لتحريك العجلة الاقتصادية في المجتمع، لاسيما ضمن مفهوم الإيجاب في القانون، المكافئ لمفهومي العرض والطلب في الاقتصاد. فهذه الثنائية لفكرتي العرض والطلب، هي أساس التوافق القانوني في المعاملات. فمحور نظرية العقد، إنما تقوم على الإيجاب «المقابل للعرض والطلب» والقبول «المؤشر القانوني لاكتمال العجلة القانونية للعقد ذات الدلالة الاقتصادية»، ذلك أن حركة الاقتصاد لا تتم إلا بدورة عقدية صحيحة مكتملة، بين الإيجاب والقبول، وهو الأمر الذي شدَّد عليه كل من القانون المدني الفرنسي بكون العقد توافق الإرادات بَينَ شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو تحويل أو إطفاء الالتزامات[32]، والقانون المدني الكويتي، من خلال الإشارة إلى تعريف العقد بكونه ارتباط الإيجاب بالقبول على أحداث أثر يرتبه القانون[33].

ناهيك عن أن كلا المشرِّعين قد شدَّدَا على أن كل شيء غير خارج عن التعامل بحكم القانون أو الطبيعة يصح أن يكون محلاً للعقد طالما أن له قيمة مالية[34] أو تجارية[35]، ما يجعل لبناء العقد في الفكر القانوني الفرنسي والكويتي، نظرةً اقتصاديةً لا يُستهان بها، إن من حيث وضوح الإيجاب «العرض أو الطلب» أو من حيث صحة القبول[36]. فالإنسان يتصرف كإرادة لا كجسد؛ إرادة تنطوي، من حيث المبدأ، على عمل يحقق المنفعة أو يدرأ المضرة، ما يجعل من دراسة فكرة الحق والالتزام من مدلول اقتصادي أمراً مقبولاً ومنطقياً، لكن ليس مطلقاً!

(32)Art. (1101), «Code Civil français, éd. 2018».

(33) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (31).

(34) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (22).

(35) Art. (1128), «Ancien Code Civil français». Art. (1162), «Code Civil français, éd. 2018». V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op, cit, p. 6s. B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1, p. 37s.

(36) علماً بأن قضية العرض والطلب في المنظومة الاقتصادية يمكن أن تجد لها مقابلاً في نظرية الوعد بالتعاقد، سواء في إطار الوعد بالشراء أو الوعد بالبيع، أو حتى العقود الممهدة للتعاقد بما فيها مرحلة المفاوضات، وكما بيَّنا سابقاً، فقد كان لغياب هذه الأشكال المختلفة من العقود التمهيدية عن أحكام نظرية العقد في التشريع المدني السابق، آثار واضحة في المنظور الاقتصادي لمؤسسة العقد في التشريع المدني الفرنسي، بحيث أن هذه النظرية اقتصادياً لم تكن مكتملة، وبالفعل إذا ما نظرنا إلى رؤية رجال الاقتصاد إلى فاعلية نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي سابقاً لاسيما من خلال التقارير الاقتصادية نجد أن هناك انتقاداً كبيراً لهذه النظرية من الناحية الاقتصادية.

J. Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'Economie Industrielle, N° Spécial, Économie des Contrats: Bilan et Perspective, 2000, n° 92.

2.2. التقييد:

إن القبول بالفكرة كمبدأ لا يعني إطلاقها، ذلك أن آليات ودوافع هذه التصرفات ذات قيمة أخلاقية واجتماعية أكثر منها ذات مدلول اقتصادي، بحيث يغدو تناول مبدأ الحرية في القيام بها من عدمه، وفق مفهوم المنافع الصرفة أمراً فيه نظر. فالشخص، من حيث الأصل له الحرية في التعاقد من عدمه، في التصرف من عدمه، في الالتزام من عدمه، إلا أنه ليس له مطلق الحرية في كل ذلك، بل هو محكوم بما هو متاح قانوناً، وضمن ضوابط قانونية، ما ينظم العملية الاقتصادية في إطارها القانوني الصحيح، وذلك مبدأٌ ثابتٌ تحرص معظم التشريعات على تكريسه وتثبيته في موادها القانونية، وبالتالي فإن فكرة تحديد المنافع الاقتصادية من العملية التعاقدية ليس مطلقاً، وكل تصرف أو إجراء يهدف إلى تعظيم هذه المنافع خارج نطاق القانون يصبح باطلاً.

هذا ما أكده على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي عندما نص بأن: «كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، حر في اختيار نظيره في العملية التعاقدية وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود المقرة قانونًا. وبأن الحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من القواعد المرتبطة بالنظام العام»[37]. وعليه، فإنَّ للشخص المتعاقد الحرية في نقاط ثلاث: الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، والحرية في تحديد نظيره في العملية التعاقدية، وأخيراً، الحرية في تحديد مضمون وشكل العقد المراد إبرامه، على أن تتم ممارسة هذه الحرية في حدود القانون والنظام العام[38]. بالمقابل لم يشر القانون المدني الكويتي إلى مثل هذا النص، وإن كان الواقع الفقهي يُمَكِّنْ من القول بأن هذه الخيارات الثلاث، وفق المفهوم القانوني والاقتصادي، متحققة كذلك في المنظومة القانونية المدنية الكويتية، يضاف إليها ضوابط النظام العام بما فيها، الشريعة الإسلامية والآداب العامة بحسب الحال[39].

(37) Art. (1102), «Code Civil français, éd. 2018».

(38) Ibid.

(39) يمكن الإشارة في هذا المجال لنص المادتين (172-175) المتعلقتين بمحل العقد، والمادتين (177-178) المتعلقتين بسبب العقد، من القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980. راجع كذلك: عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 475 وما بعدها. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 19 وما بعدها. سامي عبدا الله الدريعي، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1998/453 الخاص بأثر بطلان العقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، المجلد 31، العدد الأول، 2007، ص 373 وما بعدها.

وعليه فالهامش الاقتصادي من هذه العملية الاقتصادية ليس متاحاً على مصراعيه، وإنما مُقيَّد بضوابط محددة، سواء في إطار محددات القانون المدني أو القانون بوجه عام، والقواعد المتعلقة بالنظام العام في التشريع المدني الفرنسي، مضافاً إليها أحكام الشريعة الإسلامية في التشريع المدني الكويتي، كما في حال تحديد محل العقد، أو موضوع العقد، أو حتى شخص المتعاقد، ففي هذه الأخيرة يجب ألا تكون العملية التعاقدية خاضعة لمعايير تمييزية أو تفضيلية غير مشروعة. فالأصل في التعاقد هو للاعتبار الموضوعي، وليس الشخصي، فالعقود بِرُمتِّها – بما فيها المدنية – هي عقود موضوعية، لا تقوم على معايير شخصية. كذلك، يجب أن يكون محل العقد من الأشياء التي يجوز التعاقد عليها، والتي يسمح القانون بأن تكون محلاً للتعاقد. كل ذلك بما لا يخالف القانون العام، والقواعد والآداب العامة.

إن مختلف هذه الضوابط لا تجعل المنفعة الاقتصادية هي الحاكم الأوحد للعقد، وإنما تجد من يُقيِّدها ويُشذِّبها، ونعني بذلك قواعد القانون ونظرائه. ومما لا شك فيه أنه كلما زادت الضوابط القانونية، كلما حُجِّمَتْ المنافع الاقتصادية، كذلك كلما وَضَحَتَ هذه القيود بشكل أكثر دقة، كلما كان حساب التكاليف الاقتصادية أكثر وضوحاً، في حين أن العكس يبقى صحيحاً. كذلك كلما زادت صلاحية القاضي في العقد، كلما أصبح حساب تكاليفه الاقتصادية أكثر تعقيداً، ذلك أن هذا الأخير سيعيد بناء العقد في إطار ضوابط القانون المبهمة وغير الواضحة، والتي قد لا تكون ضمن التكييف المتوقع لطرف العقد المتضرر[40]. إضافة لمختلف القيود السابقة تبرز القيود الحمائية التي تفرضها القوانين الحمائية الخاصة، كقانون حماية المستهلك، وقانون العمل، وقانون الإيجار، بوصفها قوانين تضع ضوابط حمائية خاصة تُقيِّد بشكل كبير من مفهوم الحرية التعاقدية، وبالتالي تعيد تكييف التكلفة الاقتصادية في العديد من العقود، نظراً لأولوية التطبيق القانوني للقواعد الحمائية والإلزامية في مواجهة مفهوم الحرية التعاقدية[41]، ما يمنح هذه الأخيرة دوراً متعاظماً في إعادة تأطير المفهوم الليبرالي للحرية التعاقدية[42]. وعلى

(40) N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, op, cit. O. Deshayes, L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193, JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015. p.39s.

(41) E. Mackaay, L'analyse économique du droit de la consommation, In Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation, Dir Th. Bourgoignie, Cowansville, éd. Yvon Blais, 2008, p, 215s. S. Bienenstock, Trois éssais sur l'analyse économique du droit de la consommation, Doctorat, 2016. Y. Guyon, Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Rev. Sociétés, 2001, p. 503s., spé, n°2.

(42) J. Raynard, Pour une théorie générale des contrats spéciaux: des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial, op, cit. A. Coure et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations: incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Sociétés, 2015, n°05, p. 247s.

=

ذلك مخطئ من يعتقد أنَّ هذه الحرية لا تزال تتمتع بهذا الجانب الفردي الليبرالي الرحب، فكل هذه الأمور لها منعكساتها المباشرة على التكلفة الاقتصادية للعقد.

ثانياً- القوة الملزمة للعقد والتحليل الاقتصادي:

إن المدقِّق في التأصيل الفلسفي لفكرة القوة الملزمة للعقد يدرك أن تأصيلها الاقتصادي، لا يقل أهمية عن تأصيلها القانوني، بل إن التأصيل القانوني فيها، إنما أتى لضمان وخدمة التأصيل الاقتصادي.

1. التأصيل الاقتصادي لفكرة القوة الملزمة للعقد:

نظراً لكون العقد من حيث الأصل، هو عملية تجيير لمنافع اقتصادية متبادلة بين أطرافه، فإن أساس الالتزام القانوني، يجد أصوله وتبريره في ضمان هذه المنافع.

1.1. الخلفية الاقتصادية لفكرة القوة الملزمة للعقد:

يُعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من مرتكزات أي عملية قانونية، فالعقود التي تُكوَّن بشكل قانوني تأخذ حكم القانون بالنسبة لمن أجراها[43]، وذلك تطبيقًا للمبدأ القانوني القائم على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين[44]. بحيث إنه لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بالاتفاق المشترك، أو للأسباب التي يسمح بها القانون[45]، كما أن العقود لا تُلزم فقط، بمنطوقها وإنما بما يشمله مفهوم الإنصاف والعرف أو القانون[46]. لكن حتى تتمتع هذه العقود بالقوة الملزمة، يجب أن تعقد بشكل صحيح، بمعنى أنها تُعبِّر عن الإرادة الصادقة والصحيحة لطرفي العقد، هذا من المنظور القانوني. منظورٌ، له مقاربةٌ اقتصاديةٌ لا تقل أهمية عنه، فالقوة الملزمة للعقد، من المنظور الاقتصادي، إنما تُعبِّر عن المقاربة الاقتصادية

= محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل – «أزمة عقد العمل»: دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 25، العدد 47، 2011. وللكاتب ذاته، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، الأعداد 24-25-26 على التوالي، للأعوام 2008-2009-2010.

(43) Art. (1103), «Code Civil français, éd. 2018».
القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (196 - 197).

(44) G. Rouhette, La force obligatoire du contrat, Rapport français, In Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p.27. J. Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, LGDJ. 1993, n° 252s. L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, In Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIè siècle, LGDJ. 2001, p. 177. J-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 al, du Code civil, RTD civ, 2001, p. 265s.

(45) Art. (1193), «Code Civil français, éd. 2018».
راجع في نص مقارب، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (196).

(46) Art. (1194), «Code Civil français, éd. 2018 ».
راجع في نص مقارب، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (195-197).

للعقد من قبل طرفيه، في إطار تحديد المنافع المتبادلة من العقد والبناء عليها في التزامات مستقبلية، ذات منافع اقتصادية جديدة. وكلما كانت المنافع الاقتصادية التي تم الاعتماد عليها وفقاً للعقد ثابتة ومستقرة، كلما كانت الموثوقية في البناء الاقتصادي للمنافع المستقبلية أكثر استقراراً وأقل تكلفة.

2.1. التبرير الاقتصادي لفكرة القوة الملزمة للعقد:

تقتضي القوة الملزمة للعقد، قانوناً واقتصاداً، أن يكون الشخص قادراً على تحديد صدقية وحقيقة المنافع التي يسعى إليها والتي يؤدي الالتزام في مقابلها، بمنافع واضحة ودقيقة، ما يجعل من قضية الوعي القانوني مسألة في غاية الأهمية قانوناً واقتصاداً، بحيث إنه فقط الشخص العاقل يستطيع أن يُحدِّد مقدار منافعه الاقتصادية الحالية والمستقبلية، والمؤكدة والاحتمالية من العقد. وهنا تلعب نظرية عيوب الإرادة دورها القوي في التحليل الاقتصادي[47]، فلا يمكن القول بأن المتعاقد الذي يفتقد للإرادة الصحيحة، قد وزن المنافع الاقتصادية للعقد بشكل صحيح، ففي حال الغلط، الذي هو عيب من عيوب الإرادة، لاسيما في الغلط في القيمة أو في صفة جوهرية، يصبح المكافئ الاقتصادي للعقد مفتقداً أو مختلاً اختلالاً فاضحاً، ما يجعل للخلل الاقتصادي للعقد أثر مرتد على القوة الملزمة للعقد، مسقطاً هذه الأخيرة، ومانحاً المتعاقد الذي وقع في هذا الغلط إمكانية المطالبة ببطلان العقد، أو إعادة ضبط المنافع الاقتصادية للعقد وفقاً لظروف العقد المستجدة.

ذات الأمر ينطبق في حال التدليس أو الغبن الاستغلالي، وإن مع بعض الخصوصية بالنسبة لهذا لأخير. وبالتالي، نحن أمام عيب قانوني يتعلق بإرادة غير صحيحة لم تستطع أن تزن خياراتها الاقتصادية بشكل صحيح. هنا يمكن للتحليل الاقتصادي وإن بشكل غير مباشر أن ينعكس سلباً على العقد، فالعيب في مثل هذه الفرضيات يجب أن يستند من حيث المبدأ لقيم اقتصادية، ذات تكاليف مباشرة أو غير مباشرة. ولا يضير ذلك أن يتجاهل المتعاقد الذي عيبت إرادته بأن يمضي بالعقد رغم وجود هذا الخلل، كون ذلك إنما يعد إعادة تقييم للمنافع الاقتصادية بالسماح والرضا بقبول الخسارة فيها على سبيل المثال، بل إن التعاقد المختل اقتصادياً لا قانوناً، بمعنى المبني على مفهوم الحاجة

(47) Vices du Consentement (Arts 1130 à 1144), «Code Civil français, éd. 2018», O. Deshayes, La formation des contrats, Revue des contrats, 2016, n° Hors-série, Pp.21-29.

راجع في القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (147-166). فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.

الاقتصادية، فيما اصطلح الفقه المدني الفرنسي على تسميته بالإكراه الاقتصادي[48] هو تعاقد كذلك غير صحيح، كون المنافع الاقتصادية للطرفين غير متكافئة وغير متوازنة. وما ينطبق ضمن هذه الفرضية، ينطبق كذلك، في حالات مماثلة، لعل من أوضحها تلك المتعلقة بالشروط التعسفية[49]، أو الشروط المفرغة للالتزام[50].

2. القوة الملزمة بين العدالة القانونية والعدالة الاقتصادية[51]:

إن القوة الملزمة للعقد، ليس ذات دلالة واحدة ومطلقة في جميع العقود، ففي بعض العقود، لاسيما العقود ذات التنفيذ المتراخي، فإنها (أي القوة الملزمة) تقتضي إعادة مواءمة هذه القوة مع المتغيرات الاقتصادية التي رافقت عملية التنفيذ، ففي هذه العقود ثمة طرفٌ ثالث، خارج عن إرادة الطرفين، هو الزمن، بمختلف متغيراته الاقتصادية والاجتماعية، يجب أن يوزن في العقد، ما يعرف في الأوساط الفقهية والقانونية بنظرية الظروف الطارئة[52]. والحقيقة إن التحليل الاقتصادي للعقد ضمن هذه الزاوية تحديدًا، ونعني بين مفهوم الكلف الاقتصادية للعقد والتوازن الاقتصادي للعقد في ضوء العدالة العقدية ومبدأ القوة الملزمة، له قراءة قانونية واقتصادية خاصة، كون فكرة ثبات العقد، وبالتالي قوته الملزمة تطرح إشكاليتين مترابطتين بفكرة واحدة هي العدالة الاقتصادية للعقد.

(48) Art. (1143), «Code Civil français, éd. 2018 ». Pour plus d'informations voir : F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, op, cit. H. Barbier, La violence par abus de dépendance, op, cit. Voir, J-P. Chazal, Violence économique ou abus de faiblesse, Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 47s. E. Savaux, Retour sur la violence économique: avant la réforme du droit des contrats, Revue des contrats, 2015, n° 03.

(49) D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, Revue des contrats, 2008, n° 3, p, 1030s.

(50) يقصد بهذه الشروط، كل شرط لا يعفي المدين من أداء التزامه، وإنما يعفيه من ضمان تحقق نتيجة هذا الالتزام، لاسيما حينما يكون التزامه بنتيجة، حيث يبقى المدين ملتزماً بتنفيذ التزامه، دون أن يكون ضامناً لنتيجته، رغم وجوب ذلك، كما في الشرط الذي يعفي صاحب المصبغة من ضمان نظافة الملابس التي في عهدته، أو صاحب محل الصيانة من ضمان إصلاح العطل الحاصل. كل ذلك رغم بقاء التزام الطرف الآخر قائماً ومستحقاً سواء تحققت النتيجة أم لا.
O. Deshayes, Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d>inexécution, Revue des contrats, 2008, n° 3, p. 1008s. B. Daille-Duclos, Clauses limitatives de responsabilité: un nouvel avenir? JCPE, 2010, p. 1814s.

(51) Concernant ces deux notions, voir: V. Thireau, L'éthique dans le monde des économistes, Revue Juridique Nîmoise, N°5, 2010. B. Deffains, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, Revue Française d'Economie, 1997, n°3, Pp. 57-101. D. D'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, Bibl. Droit Privé, T I. 1994, p. 236.

(52) B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, RTD civ, 2010. Th. Kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit économique, n° 1, 2003, Pp. 11-46.

2.1. الثبات القانوني، مدخل للعدالة الاقتصادية:

تقتضي العدالة الاقتصادية للعقد أن تكون التكلفة الاقتصادية للعقد واضحة ومستقرة، فهي طالما حددت وفق الإرادة المشتركة للطرفين، فيجب احترام هذه الإرادة والكلف الاقتصادية التي أقرتها في مختلف العقود، وهو الأمر المعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد[53]، غير أن حساب التكلفة الاقتصادية للعملية التعاقدية في العقود الزمنية والمتراخية التنفيذ، أمرٌ غير ثابت، كونها تنطوي على عنصر غير منضبط هو الزمن، بحيث تغدو هذه الكلف ذات طابع احتمالي وليس حتمياً. ضمن هذا التحليل الاقتصادي، تخضع القوة الملزمة لإعادة تكييف قانوني واقتصادي في تحديد موضوعيتها ومدى تكييفها مع مختلف هذه المتغيرات، ما يجعل التكلفة الاقتصادية التي بنيت عليها إرادات أطراف العقد غير مستقرة.

وضمن هذه الفرضية وضمن هذا التحليل، كان الفقه الفرنسي يرفض تطبيق هذه النظرية في نصوص القانون المدني الفرنسي، انطلاقاً من أن القوة الملزمة تخدم الكفاءة الاقتصادية للعقد ولا تعطلها. ولذلك لم يكن المشرِّع الفرنسي ينص عليها كقاعدة، تاركاً أمر تقديرها من حيث الإمكانية والفاعلية للقضاء لا للقانون[54]. فالمشرِّع الفرنسي لم يكن يقنن هذه النظرية باعتبارها حقاً قائماً بذاته لأحد طرفي العقد، وبالتالي لم يكن القضاء ملزماً بالإجابة عليها وفق نص قانوني معين، بل هي تخضع في جُلِّها، من حيث الحق والنتيجة للاجتهاد القضائي، حيث يتدخل القاضي بوصفه طرفاً ثالثاً في العقد، ليعيد ترتيب هذه الالتزامات والمنافع، وفق إرادة الطرفين الجديدة، لكن تحت الضغط، أو وفق إرادته هو بوصفه المؤتمن على تحقيق العدالة العقدية، ومن خلفها التوازن العقدي القانوني والاقتصادي في حال عدم رضى أحد الطرفين أو كليهما، لما سيقرره من إعادة ترتيب للبيت الداخلي لهذا العقد. ومما لا شك فيه أن الخطورة على التكلفة الاقتصادية لهذا العقد، والمخاطر المحتملة جراء ذلك هي أعلى بكثير من حالة إعادة تكييف القوة الملزمة للعقد طوعاً لا كرهاً. وبالتالي يمكن القول بأنه، وبحسب هذا التوجه، وفي ضوء المتغيرات التي يمكن أن تقع على مبدأ القوة الملزمة للعقد، تختلف التكاليف والمخاطر الاقتصادية للعقد، فكلما زادت القوة الملزمة للعقد ثباتاً كلما تعززت الكفاءة الاقتصادية للعقد، وكلما ضعفت هذه القوة ضعفت الكفاءة الاقتصادية للعقد. وبالتالي الكفاءة الاقتصادية للعقد هي في أوج حالاتها في العقود الفورية كونها – من الناحية القانونية – تُبرَمُ وتُنفذ في ذات الوقت، بينما تكون في حالات الضعف في العقود المتراخية التنفيذ والعقود الزمنية،

(53) B. Deffains, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, op, cit, Pp. 57-101.

(54) B. Deffains et S. Ferey, Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats, op, cit. Th. Kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, op, cit.

وضمن هذه الأخيرة تكون في أضعف حالاتها، عندما تتم إعادة التكييف جبراً لا طوعاً، من قبل القاضي.

2.2. المواءمة الاقتصادية مدخل للعدالة القانونية:

بالمقابل، يرى آخرون، أن هذا التشدد في القوة الملزمة للعقد، إنما يخل بالعدالة الاقتصادية، فهذه الأخيرة تقتضي إعادة تكييفها مع الظروف المستجدة، ليس جمودها، فكما بُنيت بإرادة مشتركة توافقية في لحظة زمنية معينة، ووفق ظروف اقتصادية معينة، فإنه من الإنصاف والعدالة إعادة قراءة هذه الإرادات حال تغير الظروف، وبالتالي تلطيف القوة الملزمة للعقد في حال تحقق هذه الظروف الطارئة، توجهٌ تميل إليه أغلب الدول في تشريعاتها الحديثة، وهو مستمد من فلسفة أنكلوسكسونية أكثر منها لاتينية[55].

وقد كانت هذه النقطة من أكثر النقاط انتقاداً في القانون المدني الفرنسي السابق، نظراً لعدم وجود نص تشريعي يتناولها، بذات الوقت التي كانت مؤطرة من قبل القضاء[56]، الذي كان يأخذ بعين الاعتبار هذه التحولات الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد. واقعٌ تغير في القانون المدني الفرنسي الجديد، الذي سَجَّل تراجعاً في الموقف الفرنسي من هذا التشدد، مؤكداً أنه إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه مرهقًا بشكل حاد بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أنْ يُطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، بذات الوقت الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الآخر أو أفشل هذه المفاوضات، فيمكن لأطراف العقد أنْ يقوموا بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقون عليها، أو أنْ يطلبوا بموجب اتفاق مشترك مع القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة. بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أنْ يطلب من القاضي أنْ يضع نهاية لهذا العقد، بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي[57].

(55) G. Deharo-Dalbignat, Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice?, Petites affiches, 2012, n° 31, p. 3s.

(56) H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, Revue Internationale de Droit Economique, 2001, n°3. P. Ancel, La force obligatoire: Jusqu'où faut-il la défendre? Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012, Pp. 163-179.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 969 وما بعدها. ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، 2014، ص 28-57.

(57) Art. (1195), «Code Civil français, éd. 2018». N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, op, cit.

ومن الملاحظ أن المشرِّع الفرنسي، منح الإرادة المنفردة دوراً أكثر فاعلية في تحريك عملية تعديل بنود العقد، سواء في حال الوصول لاتفاق مشترك بالطرق الودية أو القضائية، أو حتى في إنهاء العقد، بحيث جعل هذه العملية تمر بثلاث مراحل، فإما أنْ يتفق الطرفان وديًا على تعديل بنود العقد، أو أنْ يلجآ للقاضي للقيام بهذه المهمة، وفي حال فشل المحاولتين السابقتين، فحينها يمكن للطرف المتضرر أنْ يطلب من القاضي فسخ العقد(58). وبذلك يكون القانون المدني الفرنسي قد تبنَّى بصريح النص نظرية الظروف الطارئة بوصفها إحدى الذرائع التي يمكن للمدين أنْ يتمسك بها لإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه تجاه الدائن، ما يُشكِّل نقطة دفع اقتصادية لكفاءة القانون في الاستجابة لمتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد، حيث أصبحت عملية إعادة التكييف مصونة في القانون، بمعنى أنها وبعد أن كانت عبارة عن منحة في نصوص القانون المدني السابق، نظراً لانعدام النص القانوني عليها، أصبحت بعد التعديل، حقاً كون القانون ضَمَّنَها بنصوص قانونية واضحة وصريحة، ما يمثل تراجعاً في الموقف التشريعي الفرنسي حول نظرية القوة الملزمة للعقد لحساب النظرية الأنكلوسكسونية، كما يُعد إقراراً من القانون بأن القوة الملزمة للعقد ليست ثابتة ومطلقة في العقود الزمنية، كون الزمن وتغير الظروف المحيطة بهذا التنفيذ تسجل عامل اختراق لهذه القوة. وعلى ذلك فإن إعادة التكييف هو أمر واقعٌ لا محالة، ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفه، كونه سيشكل شرطاً من الشروط التعسفية التي يمكن للقاضي أن يبطلها، أما آلية إعادة التكييف فيه متروكة لإرادة الطرفين، فهي إما أن تتم اختياراً، وفق إرادة مشتركة جديدة، تعيد تقييم الالتزامات، ومن خلفها المنافع المشتركة، وإما جبراً عن طريق القضاء.

في التشريع المدني الكويتي، يمكن القول إن المشرِّع الكويتي حرص على ذات التوجه، من حيث النص بأنه: «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يُضيِّق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»(59). ومما لا شك فيه، أن المشرِّع الكويتي ضمن هذه الفرضية قد حصر هذه المهمة بدور القاضي فقط، دون أن يغلق الباب على إمكانية الاتفاق المشترك بين الطرفين في إعادة التوازن للعقد ضمن اتفاق جديد ضمن العقد.

(58) N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, Op, Cit. O. Deshayes, L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193, JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015. p. 39s.

(59) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980 ، المادة (198).

بالتالي، يمكن القول، إنه في إطار هذه العلاقة بين التحليل الاقتصادي للعقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد، يغدو البحث في إطار الجدوى الاقتصادية أو الكفاءة الاقتصادية، هو ذاته ضمن المدلول القانوني في إطار جدوى العقد أو فاعلية العقد. وعلى ذلك فإن قياس العقد بالمنظور الاقتصادي لا خلاف فيه. ولما كانت هذه النظرية، فإن البحث في الكفاءة الاقتصادية للعقد في إطار فكرة الفاعلية القانونية يغدو أمراً مبرراً بل ومطلوباً. لكن السؤال هل ذات التحليل يمكن الارتكاز إليه في تحديد نوعية التنفيذ، بين تنفيذ ذات الالتزام والتعويض عنه. هنا تغدو الإجابة مختلفة.

المطلب الثاني
التحليل الاقتصادي لنظرية العقد ... وحتمية التباعد

ثمة مبادئ ومرتكزات في القانون، يمكن أن تناقش اقتصادياً، لكن لا يمكن أن توزن اقتصادياً، بل إن قيمتها ومضمونها هي في بعدها الأخلاقي، الجذر التأصيلي لفكرة القانون، ففي القانون المدني فكرتان أصيلتان تحكمان قضيتي التنفيذ والتعويض، من حيث إن الأصل في التنفيذ: التنفيذ العيني، والأصل في التعويض: التعويض النقدي(60)، ما يوجب مراعاتها واحترامها ضماناً لتأمين غاية القانون ومنتهاه: «تحقيق العدالة»، بحيث يغدو البحث في كفاءتها الاقتصادية، بعيداً عن غايتها القانونية أمراً فيه نظر كبير.

أولاً– صدقية الادعاء بحقيقة التنفيذ الاقتصادي:

لئن وجد رجال الاقتصاد في فكرة التنفيذ الاقتصادي للعقد، من حيث إطفاء العقد بدفع التكاليف الاقتصادية الناجمة عن النكول بالتنفيذ العيني للعقد الممكن، شكلاً اقتصادياً مقبولاً في إعادة توزيع الثروات، كما اعتبرها العديد من رجال القانون، شكلاً جديداً من أشكال التنفيذ القانوني المقبول لإنهاء العقد، يخرج منها الجميع راضين اقتصادياً، إلا أنها في المنظور القانوني تبقى موضع نظر كبير، إنْ للاختلاف القيمي بين هذا «التنفيذ» والتنفيذ بمفهومه القانوني، أو للإشكاليات التي يبرزها هذا الشكل من التنفيذ في المنظومة القانونية العقدية ككل.

1. الاختلاف القيمي:

يكمن التمايز في البعد القانوني والاقتصادي في قضية تنفيذ الالتزام التعاقدي، بين الفكرين الاقتصادي والقانوني، في أن النظرية القانونية تقوم على وجوب تنفيذ ذات الالتزام المتفق عليه أصالةً، ومن ثم الانتقال في حال تعذر ذلك إلى التعويض، بينما تذهب النظرية الاقتصادية إلى أن الأصل في التنفيذ ليس الوصول إلى ذات الالتزام، وإنما إلى ذات الكلفة الاقتصادية التي كان يأملها المتعاقد من العقد. هنا يكمن التمايز الواضح بين فكرة تنفيذ العقد بالمفهوم القانوني، وفكرة هذا "التنفيذ" بالمفهوم الاقتصادي. فالأصل في القانون هو الوصول إلى ذات الحق جبراً حال النكول عن التنفيذ طوعاً(61)، بينما في

(60) J. Calvo, L'indétermination du prix dans les contrats: d'une indétermination à l'autre, Petites affiches, 17 janvier 1996, p. 20s. F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, n°183, p. 21s.

(61) M. Mekki, Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gazette du Palais, 2015, n° 120, p. 222.

الاقتصاد هو إشباع هذا الحق، من خلال الوصول إلى القيمة الاقتصادية المكافئة للحق، بمعنى أن المدين عليه التزام قانوني بمضمون اقتصادي، وبأن للتنفيذ كلفة اقتصادية، والمدين يعتبر قد أدى ما عليه بدفع هذه الكلفة.

وعليه فالكلفة الاقتصادية للعقد تستوعب القيمة القانونية، في حين أن النظرة القانونية تختلف عن ذلك، باعتبار أن للتنفيذ قيمة قانونية وأخلاقية، تُقَوَّمْ اقتصادياً في حال انتفى هذا الأخير. فالقانون يُميِّز بين مؤسسة التنفيذ ومؤسسة التعويض، فهو لا يعترف إلا بتنفيذ واحد للعقد، ألا وهو التنفيذ العيني، باعتباره الأصل، وفي حال انتفائه أو استحالته، ننتقل إلى التعويض، بأشكاله المختلفة، بينما النظرية الاقتصادية في التنفيذ، تقوم على أن هناك عدة أشكال للتنفيذ، جميعها متساوية، وخيارات الانتقاء بينها بيد المدين لا الدائن. فهناك التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، ومن ثم التنفيذ بطريق التعويض. وفي حال قيام المدين بأي منها فيكون قد أدى الالتزام المفروض عليه بشكل قانوني صحيح وبرئت ذمته[62].

بالتالي، فإن التنفيذ في القانون له قيمة أخلاقية تتمثل في تحقق الشيء المتفق عليه، بينما في الاقتصاد له قيمة اقتصادية تتمثل في تمكين المدين من الحصول على العائد الاقتصادي من العقد المتفق عليه، وليس الالتزام المتفق عليه. فالاقتصاد يتناول عملية التنفيذ في بعدها الاقتصادي لا الاخلاقي والقيمي، بخلاف القانون في ذلك.

2. الإشكاليات:

إن فكرة التنفيذ الاقتصادي للعقد، رغم جدواها اقتصادياً إلا أنها غير مقبولة قانوناً، كون التحليل الاقتصادي لعملية التنفيذ تضع العديد من الثوابت القانونية لنظرية العقد في القانون في مهب الريح، لاسيما منها المرتبطة بشكل مباشر بأصل فكرة التنفيذ العيني، من جهة، والعديد من المفاهيم والمبادئ المرتبطة بفكرة التنفيذ العيني بشكل غير مباشر، كمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، ومبدأ التمييز بين التنفيذ والتعويض، ومبدأ المسؤولية عن الالتزام، وقضية الإثراء غير المبرر... وبين الالتزام الواحد والالتزام البدلي والالتزام التخييري.

1.2. التنفيذ الاقتصادي والحق في التعويض:

إن التحليل الاقتصادي القائم على اعتبار التعويض شكلاً من أشكال التنفيذ، في إطار ما

(62) S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoire de DEA, droit des contrats, Lille II, 1998, n°74.

فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مرجع سابق، ص 168 وما بعدها، و177 وما بعدها.

يصطلح على تسميته: «التنفيذ بطريق التعويض»، واعتبار أن أحدهما يغني عن الآخر، هو فهم قاصر لمفهوم التنفيذ من جهة والتعويض من جهة أخرى، والمسؤولية المترتبة في حال تحقق كل منهما. فلكل منهما دوره وإطاره في العملية التعاقدية، وفق تراتبية قانونية معتبرة، تبدأ بالتنفيذ لتنتقل بعدها للتعويض، ولا يمكن تجاهل أحدهما إلا بعد انتفاء الآخر. بمعنى أن التنفيذ العيني هو التزام أصلي، والتعويض هو التزام احتياطي. والقول بخلاف ذلك، سيجعل من التنفيذ والتعويض التزامين متساويين، وهو الأمر غير المقبول قانوناً، أو سيجعل من التعويض التزاماً بدلياً أو تخييرياً، وهو كذلك غير مقبول. فالعقود تبرم لتنفذ لا لتعوض، فالمتعاقدان لم يتعاقدا على التعويض وإنما تعاقدا على التنفيذ، كما أنهما لم يتعاقدا على أن يكون لأي منهما خيار في تنفيذ التزام بدل آخر، بل إن المشرِّع حتى في حال التصور المسبق لإمكانية نكول أحد الأطراف عن تنفيذ اتفاقه، كما في الشرط الجزائي، الذي يمثل اتفاقاً مبطناً على التعويض، لم يقبل باللجوء إلى التنفيذ المباشر لهذا الشرط، إلا في حال انتفاء إمكانية التنفيذ العيني. وعليه فالمسؤولية المترتبة على هذه العملية التعاقدية هي مسؤولية قانونية وليست مسؤولية اقتصادية، وإن كانت توزن اقتصادياً في حال تم النكول عنها، فإن ذلك لا يطعن في قيمتها القيمية والقانونية(63).

كذلك، فإن نكول الشخص عن تنفيذ ذات الالتزام، والانتقال إلى التنفيذ الاقتصادي للعقد، لن يقوم به المدين، من حيث الأصل، إلا في حال كانت هناك منفعة اقتصادية خالصةً له، وعدم ضرر اقتصادي، وفق منظوره بالنسبة للدائن، وبالتالي فإن هذه النظرية تختصر فكرة الضرر في الضرر المادي أو القابل للتقييم المادي، ولا تنظر إلى فكرة الضرر المعنوي أو الضرر غير القابل بالتقييم الاقتصادي. فهناك حالات لا يمكن أن يحققها إلا التنفيذ القانوني للالتزام القائم على تنفيذ ذات الالتزام، وليس التنفيذ الاقتصادي، بل إن القبول بالتنفيذ الاقتصادي وإجبار الدائن على القبول به، هو شكل من أشكال الإضرار به. وبالتالي فإن التنفيذ الاقتصادي في حالات عديدة لا يمكن له أن يقوم مقام التنفيذ القانوني، ما يجعله بعيداً عنه، كما أنه لا يضمن فكرة التعويض بالمفهوم القانوني، كون التعويض القانوني له شروط عدة من أهمها انتفاء إمكانية تحقق التنفيذ الأصلي، والتعويض الكامل عن مختلف أنواع الضرر. ثم، هل التعويض في

(63) B. Deffains, L'évaluation des règles juridiques: un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile, Revue d'Economie Politique, n° 6, 2000, Pp. 752-785. E. Mackaay, La responsabilité civile extracontractuelle: une analyse économique, dans Pierre-Claude Lafond (Dir.), Mélanges Claude Masse, Enquête de justice et d'équité, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, p. 319-346. G. Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005. G. Viney, L'analyse économique du droit: la responsabilité, l'appréciation du préjudice, Petites affiches, 2005, n° 99, p, 89s.

القانون المدني لاسيما في إطار المسؤولية العقدية، التي تقوم على أركان ثلاثة، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مشروط دوماً بتحقق وجود الضرر فعلاً، أم بافتراض وجود الضرر!؟

في الحقيقة إن الإجابة عن هذه الفرضية ليست مطلقة، ونعتقد أنها للنفي أقرب منها للتأكيد في بعض الحالات. فالتعويض في القانون المدني وتحديداً في قضايا المسؤولية العقدية، قد يكون جزاء النكول عن تنفيذ العقد الذي يفترض فيه وقوع الضرر، لا تحققه، لاسيما في حال الاتفاق المسبق على التعويض في قضايا الشرط الجزائي. فالمدين له الحق دوماً في التعويض سواء، أوقع ضرر أم لم يقع، ودون الحاجة لإثبات هذا الضرر أصلاً، انطلاقاً من أن المشرِّع المدني يفترض في هذه الحالة وقوع الضرر، ولا يبحث في تحقق الضرر. وبالتالي يغدو الضرر وفق المفهوم القانوني، وكركن من أركان المسؤولية العقدية، التي لا خلاف عليها، عنصراً من عناصر الحق في التعويض سواء تحقق الضرر، وهو الأصل، أو افترض الضرر وهو الاستثناء(64). وبالتالي يبقى التعويض حقاً للدائن، مع انتفاء تحقق الضرر الفعلي، انطلاقاً من التمييز ما بين وقوع الضرر حقيقةً، وافتراض وقوع الضرر دون تحققه فعلاً، بل وربما انتفاؤه(65). ما يجعل من ربط التعويض بالفكر الاقتصادي للمنافع، أمراً غير مبرر وغير مقبول في هذه الفرضية، ذلك أن التعويض في هذه الحالة، ليس لجبر الضرر، وإنما للنكول عن الوفاء بالالتزام، ما ينفي عن التعويض أي معيار اقتصادي، ويجعله موزوناً وفقاً لمعيار قانوني قيمي بحت.

كل ذلك، يثبت الحدود الفاصلة بين التنفيذ القانوني والتنفيذ الاقتصادي من جهة، والتنفيذ الاقتصادي والتعويض من جهة أخرى. وبالتالي في حال عدم تنفيذ العقد لدينا مفهومان قانونيان أصيلان هما: التنفيذ القانوني والتعويض، ومفهوم دخيل على القانون هو «التنفيذ الاقتصادي»، لا علاقة له بأي منهما.

(64) P. Grosser, Clause pénale et caducité du contrat, JCPG, n°19, 2011, Chro, Droit des contrats, n° 566, Pp. 949 à 956, spéc., n° 17, Pp. 955-956, note à propos de Com. - 22 mars 2011. P. Wery, La clause pénale, In Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles, La Charte, 2001, p. 249 et s.

(65) هذا التحليل يقرب التطور الحاصل لنظرية الضرر أكثر فأكثر من نظيرها الحاصل لنظرية الخطأ. هذه الأخيرة التي انتقلت بمفهوم الخطأ، من مفهوم الخطأ المحقق إلى الخطأ المفترض، ومن ثم إلى الخطأ المحتمل، لاسيما في قضايا المسؤولية البيئية.

D. Tallon, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, RTD. Civ. 1994, p, 223; Pourquoi parler de faute contractuelle? In J. Beauchard et P. Couvrat (Dir.), Droit civil, procédure, linguistique juridique: Écrits en hommage à G. Cornu, Paris, PUF, 1994, p. 429. I. Doussan, Le droit de la responsabilité civile française à l'épreuve de la Responsabilité environnementale instaurée par la Directive du 21 avril 2004, Petites Affiches, 25 août 2005, p.3.

2.2. التنفيذ الاقتصادي وباقي مرتكزات التنفيذ القانوني:

إضافة للإشكالية السابقة، فإن القبول بالتنفيذ الاقتصادي كشكل من أشكال الوفاء بالعقد يطرح إشكاليات قانونية بالنسبة للعديد من مرتكزات العملية التعاقدية، كمبدأ حسن النية، والقوة الملزمة للعقد، ومبدأ المسؤولية عن الالتزام، وقضية الإثراء غير المبرر[66] ... وأوصاف الالتزام المتعلقة بالالتزام البدلي والالتزام التخييري.

ففيما يتعلق بمبدأ حسن النية، هذا الشكل من التنفيذ يطيح بهذا المبدأ في نظرية العقد، ذلك أن العقود، قانوناً إنما وضعت لكي تنفذ وفق مقتضيات حسن النية، الذي يوجب تنفيذ ذات الالتزام ما أمكن ذلك، وألا تكون هناك نية مبيتة للتنصل من هذا الالتزام، حالما تسنح الفرصة، فإن كان انعقاد العقد عملية اقتصادية، فإن تنفيذ هذا العقد ليس بذلك[67]. وعليه، فإن تَبْييت المدين لنية الالتفاف على تنفيذ العقد حال الحصول على فرصة أفضل، إنما هو عمل يخالف تنفيذ العقد بحسن نية، ويطرح قضية سوء النية، بل إنه يمكن أن يطال أساس العملية التعاقدية في قضية الإيجاب والقبول في العقد، ومدى تطابق الإرادة بين الطرفين حيال ذلك، وهل كانت نية الطرفين متجهة نحو تنفيذ الالتزام العقدي، أو تحين الفرص الاقتصادية البديلة؟ وهل نحن أمام التزام بتنفيذ عقد أم تحيين للانقلاب على العقد؟.

كذلك فإن الإقرار بهكذا تحليل، سيضع مبدأ القوة الملزمة للعقد في مركز غير تفضيلي مع مبدأ سلطان الإرادة[68]، بما سيعزز من مكانة هذه الأخيرة على حساب الأولى، ولذلك

(66) يجدر التنويه إلى أنه تم تغيير المسمى القانوني لهذه النظرية في القانون المدني الفرنسي الجديد، من: الإثراء بلا سبب، إلى: الإثراء غير المبرر.

L'enrichissement injustifié. (Articles 1303 à 1303-4) «Code Civil français, éd. 2018».

في حين أن المشرع المدني الكويتي استخدم للدلالة على هذا المفهوم، مصطلح: «الإثراء دون سبب على حساب الغير»، القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادتان (262-263).

(67) S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats op, cit, n° 74, M. Nussenbaum, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires, Gazette du Palais, 2012, n°145, p. 34s.

محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، 2013، ص 27-54.

(68) L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Droit et patrimoine, 1998, n° 98, p. 69s. B. Fages, Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la «chose» des parties? Op, Cit. C. Pérès, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie Op, Cit.

حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ص 10 وما بعدها.

فإن الأمر غير المقبول من الناحية القانونية، ويطعن في إلزامية العقد باعتباره يمثل شريعة المتعاقدين، جاعلاً من إرادة النكول الفردية لأحد المتعاقدين عن التنفيذ العيني للعقد أعلى من إرادتهما المشتركة في الوصول لهذا التنفيذ، لا لمعيار قانوني أو أخلاقي، وإنما لمفهوم العرض والطلب وتبدلات السوق الاقتصادية، ما يضعف بشكل كبير مبدأ الأمان القانوني للعقد، وينعكس سلباً على النظرية الاقتصادية ذاتها، كونها تجعل الكلف الاقتصادية المتوقعة من هذه العملية القانونية غير مؤكدة، وإنما احتمالية الحدوث، ومعلقة على إرادة أحد الطرفين دون الآخر، رغم أننا في إطار اتفاق قانوني ملزم[69].

كذلك، إن إقرار هذا التنفيذ الاقتصادي ضمن نظرية العقد، كتنفيذ مقبول، حتى في حال إمكانية تنفيذ الالتزام الأصلي، يطرح سؤالاً أكثر عمقاً حول التوصيف القانوني للالتزام المقترن بالتنفيذ الاقتصادي، لكونه التزاماً بسيطاً أو التزاماً موصوفاً، وهل هذا الالتزام التزام تخييري أو بدلي. فالقبول بمبدأ التنفيذ الاقتصادي كشكل من أشكال الوفاء بالعقد، سيجعل كل التزام عقدي هو التزام تخييري، يقوم على محلين كلاهما احتمالين ممكني الوقوع لا يخالفان القانون، هما التنفيذ القانوني «تنفيذ ذات الالتزام» والآخر اقتصادي «أداء الكلفة الاقتصادية للالتزام»، ما سيلغي من القانون بالمطلق فكرة الالتزام البسيط. كل ذلك ما لم يتفق أطراف العقد على خلاف ذلك، الأمر الذي ستكون له ارتداداته على نظرية أوصاف الالتزام في القانون المدني، جاعلاً الأصل في الالتزام في القانون المدني هو الالتزام الموصوف بشكله التخييري، ذلك أن المدين لديه الحق في تنفيذ ذات الالتزام، أو تقديم التكلفة الاقتصادية المتعلقة بهذا التنفيذ، وليس التعويض، وبأي منهما قام انطفأ التزامه تجاه المدين.

أضف لذلك، فإن المنفعة الاقتصادية للمدين المتأتية من التنفيذ الاقتصادي تتداخل مع مفهوم الإثراء غير المبرر، فهل المنفعة الاقتصادية التي تأتي على حساب النكول عن تنفيذ الالتزام الأصيل لالتزام تخييري هو التنفيذ الاقتصادي، هي منفعة مبررة ومقبولة، أم شكل من أشكال الإثراء غير المبرر. مما لا شك فيه أنه عندما ينكل المدين عن التزامه،

(69) بل من الأمور التي كانت تعاب على الاجتهاد القضائي من قبل الفقه تغليبه لمبدأ سلطان الإرادة على مبدأ القوة الملزمة للعقد في العقود التمهيدية في حالات الوعد بالبيع، معتبراً أنه لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده، وأن في هذه الحالة فإن الالتزام ينتقل إلى التعويض، لا عن عدم تنفيذ العقد، وإنما عن عدم تنفيذ التزام بالقيام بعمل هو: المضي بإجراءات التعاقد، وبالتالي لا مجال هنا إلا للتعويض، وليس التنفيذ، ما كان يطعن بشكل كبير في الأمان القانوني لنظرية العقود التمهيدية في القانون المدني الفرنسي، ويُشكّل عيباً في تحديد الكفاءة الاقتصادية لهذه القاعدة، موقف شهد تحولاً لافتاً من قبل المشرع المدني الفرنسي الذي اعتبر أنه يمكن في هذه الفرضية إجبار المدين على تنفيذ وعده، ما يعيد للنظرية الفرنسية الخاصة بالعقود التمهيدية صفة الأمان القانوني، ويعزز من الكفاءة الاقتصادية للقانون.

المفروض عليه لالتزام آخر أكثر ربحية له، فنحن أمام حالة من حالات الإثراء التي يسعى المدين لتحصيلها، لكنه بالنسبة لنا، إثراءٌ مطعون في صحته، لا لسببه ولكن لتبريره. فالإثراء هنا له سبب وهو نكول المدين عن تنفيذ التزامه أمام الدائن، السبب المقبول اقتصادياً وغير المشروع وغير المبرر قانوناً، كونه إثراء قائم على النكول عن تنفيذ التزام ممكن التنفيذ، رغبةً في الوصول لربح أكثر من خلال التهرب من تنفيذ الالتزام، ما يجعل من فعل المدين المتمثل بالنكول عن تنفيذ التزامه وسيلة مشروعة ومبررة لإثرائه على حساب الدائن اقتصادياً، وبما يخالف القانون. وبدلاً من معاقبة المدين على تصرفه، باعتباره غير مشروع وغير صحيح قانوناً، فنحن، من خلال فكرة التنفيذ الاقتصادي نثني عليه ونقر له الأمر الذي قام به.

ثانياً- صدقية القول بحقيقة التنفيذ القانوني:

لمجمل ما سبق، وانطلاقاً من القيمة القانونية والأخلاقية لفكرة العملية التعاقدية من جهة، والتنفيذ من جهة أخرى، فقد هجرت أغلب التشريعات فكرة التنفيذ الاقتصادي، مثبتةً بذات الوقت أن التعويض بشكله القانوني هو البديل الوحيد عن التنفيذ القانوني.

1. هجر فكرة التنفيذ الاقتصادي وتكريس فكرة التنفيذ القانوني:

لمختلف الأسباب السابقة، نجد أن أغلب التنظيمات القانونية ترفض فكرة التنفيذ الاقتصادي، وتؤكد على التنفيذ القانوني، وفي حال استحالته يتم الانتقال للتعويض[70].، كما هو واضح من نصوص القانون المدني الفرنسي الذي شدد على أنَّ للدائن الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلًا، أو أضحى هناك عدم تناسب واضح بَينَ تكلفة هذا التنفيذ بالنسبة للمدين والنفع الحاصل للدائن[71]، واضعاً بذلك مبدأً ثابتاً مفاده: أن الأصل في التنفيذ: «التنفيذ العيني» أو «تنفيذ ذات الالتزام»، الذي يُعد من ثوابت نظرية العقد لديه، وفي حال استحالة ذلك ننتقل للتعويض كوسيلة لجبر الضرر لا التنفيذ[72]، رافضاً بذلك النظرية الاقتصادية القائمة على التنفيذ الاقتصادي، مؤكدًا أنَّه في حال رفض المدين الامتثال لهذا التنفيذ يمكن للدائن، في إطار مهلة ونفقة معقولة، أنْ يقوم بالتنفيذ العيني سواء بمفهومه الإيجابي أو السلبي، أي يمكنه أنْ يقوم هو بذاته بتنفيذ ذات الالتزام المتوجب على المدين الذي امتنع عن تنفيذه،

(70) E. Brousseau, La sanction adéquate en matière contractuelle: une analyse économique, Petites Affiches, n° 99, 2005., p. 43s. B. Deffains, Existe-t-il de bonnes sanctions d'un point de vue économique? In Sanctions et gouvernance des sociétés, 2012, Ed. CREDA, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

(71) Art. (1221), «Code Civil français, éd. 2018».

(72) Art. (1231), «Code Civil français, éd. 2018».

من حيث القيام بالعمل المتفق عليه، أو السلبي من حيث إزالة الفعل الضار والآثار الناجمة عنه، مع احتفاظه في كلتا الحالتين بالحق بمطالبة المدين بالتعويض عن المبالغ التي أُنفقت لهذه الغاية، كما يمكنه كذلك، أنْ يطلب من القضاء بأنْ يقوم المدين مسبقًا بدفع المبالغ الضرورية للتنفيذ أو الإزالة، مستبعداً اشتراط الإذن المسبق في التنفيذ الإيجابي المرتبط بتنفيذ الالتزام ذاته المترتب على المدين الناكل، فالرقابة القضائية في هذه الفرضية تأتي بصورة لاحقة، لاسيما في حالة مطالبة الدائن بالنفقات المترتبة على هذا التنفيذ ورفض هذا الأخير لتسديد مبالغ التنفيذ أو الاعتراض على ما قام به الدائن، وإنَّما يشترطه فقط في حال التنفيذ السلبي، من حيث الحصول على الإذن المسبق في حال التدمير أو الإزالة، ذلك لعدم إمكان الرجوع عن مثل هذه التصرفات من جهة والخشية من التعسف الممكن في ارتكابها من قبل الدائن.

في التشريع المدني الكويتي، يمكن لحظ ذات التوجه، وإن مع بعض التعديل، حيث وضع المشرِّع مبدأ عاماً مفاده أن على المدين الوفاء بالالتزام متى استوفى شروطه القانونية، فإذا امتنع وجب تنفيذه جبراً عليه[73]، مؤكداً أن الأصل في التنفيذ التنفيذ العيني، ومجبراً المدين على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً. وفي حال لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب إذنا من المحكمة بالقيام به، كما يجوز له تنفيذه دون إذن عند الضرورة ويكون التنفيذ في الحالتين على نفقة المدين[74]، ومبقياً على التعويض كأحد أوجه جبر الضرر، من حيث النص، وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً[75]. على أنه لا يلجأ للتعويض إلا إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً[76].

بالرغم من ذلك فإن ما يسترعي الانتباه في الموقف التشريعي الكويتي، هو التوصيف القانوني الذي منحه للتعويض كأحد أوجه جبر الضرر، معتبراً إياه شكلاً من أشكال التنفيذ، ومعالجاً إياه في صور التنفيذ لا التعويض، تحت توصيف: التنفيذ بطريق التعويض»[77]، ما يجعل توصيف التعويض أقرب إلى التنفيذ منه إلى التعويض، وهو أمر نعتقد فيه نظر كبير، لجملة الأسباب التي بيَّنَاها سابقاً، والتي نأمل أن يعالجها المشرِّع من خلال تدخل تشريعي واضح يعالج فيه مسألة التعويض كأثر من الآثار المترتبة على العقد، وليس ضمن مواضيع التنفيذ كشكل من أشكال التنفيذ.

(73) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (1).
(74) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (285-288-291).
(75) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (2).
(76) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284) الفقرة (1)، المادة (293)، المقطع الأول.
(77) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المواد (293-309).

2. إقرار فكرة التعويض كبديل عن التنفيذ القانوني لا الاقتصادي:

بالرغم من ذلك، فإن المشرِّعين المدنيين الفرنسي والكويتي، لم يقضيا بالتنفيذ العيني في جميع الفرضيات، وإنما أقرَّا نوعين من التلطيفات إلى جانبهما، وذلك وفق مفهوم الاستحالة: الأولى، ذات دلالة فعلية، من حيث عدم الإمكانية الفعلية للقيام بالتنفيذ، لكون الالتزام الواجب تنفيذه ببساطة لم يَعُدْ ممكنًا القيام به، لزواله أو لأمر خارج عن إرادة المدين[78]، مدخلين بذلك مفهوم القوة القاهرة لنظرية العقد[79]. والثانية، ذات دلالة مجازية بعدم الإمكانية لكون الالتزام غير ممكن إجبار المدين على القيام به رغم إمكان قيامه به فعلًا، والتي يمكن أن تنطوي تحتها فرضيات عديدة، منها ما هو تقليدي يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق والموازنة بين المنفعة والمضرة، ومنها ما يتعلق بمفهوم التضارب بين التنفيذ العيني للالتزام والاعتداء على الحريات الشخصية التي توسع الاجتهاد القضائي في توضيح الجوانب التطبيقية لها[80].

إلا أنَّه بعيداً عما سبق، فقد أدخل المشرِّع المدني الفرنسي الجديد تطبيقاً جديداً لمفهوم الاستحالة المجازية يستند للدلالة الاقتصادية لمفهوم التنفيذ، من حيث المقاربة بين التكلفة الاقتصادية التي سيتحملها المدين في حال إجباره على التنفيذ والمنفعة الاقتصادية التي ستؤول للدائن في حال التنفيذ، بحيث إنَّه إذا تبين وجود عدم تناسب مبالغ فيه بَينَ التكلفة والمنفعة، بحيث طغت الأولى على الثانية، حين ذاك يمكن للمدين أنْ يتمسك بعدم التنفيذ العيني، وينقلب التنفيذ إلى تنفيذ بمقابل بقوة القانون[81]. ومن غير الخافي أنَّ التبني القانوني لهذا المفهوم الحداثي من الاستحالة المجازية في القانون المدني المعدل، إنَّما هو نتاج تأثر المدرسة اللاتينية للعقد بالفكر الأنكلوسكسوني في إطار ما يمكن

(78) Art. (1218), «Code Civil français, éd. 2018». H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, Revue des contrats, 2015, n° 03, p. 112.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (293).

(79) Art. (1231-1), «Code Civil français, éd. 2018».

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (293).

(80) N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016/2, p. 408. Ph. Delebecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, Droit et patrimoine, n° 259, juin 2016, p. 62s.

القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (30). القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (292). راجع: أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام والإثبات في فقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 9 وما بعدها. محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 11 وما بعدها.

(81) Art. (1221), «Code Civil français, éd. 2018». N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Op, Cit. P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, Petites affiches, 2008, n° 111, p. 4s.

تسميته بـ: «نظرية التحليل الاقتصادي للعقد» التي أخذت رواجًا كبيرًا ضمنه، كونها تُرجِّح المفهوم الاقتصادي للالتزام على المفهوم القانوني[82]، بحيث توزن الالتزامات القانونية بمعيار اقتصادي لا قانوني! الأمر الذي يعارضه جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي، ويرى فيه شكلًا من أشكال التحلل من الالتزامات العقدية بالتعويض ذي الدلالة الاقتصادية، الأمر الذي يمكن أنْ يُساء استخدامه[83]، ما يطرح السؤال بشكل كبير حول القيمة القانونية للالتزام بالعقد كضمانة قانونية للدائن للوصول إلى التنفيذ العقدي المتفق عليه[84]. لذلك، ورغبة من المشرِّع المدني الفرنسي للتلطيف من الآثار السلبية التي قد تترتب على تطبيق هذه الرخصة للمدين، شدَّد على أنَّ من يملك تحديد مفهوم عدم التناسب المبالغ فيه بين القيمة الاقتصادية للعقد، «التكلفة» والقيمة القانونية للالتزام «المنفعة» هو القضاء. وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى فسخ العقد بصورة منفردة وفقًا لإرادة المدين، بل يتطلب الأمر أنْ يقول القضاء كلمته في هذا المجال بدايةً، بحيث لا يمكن التذرع بهذا التنفيذ بمقابل ما لم يتحقق شرطان متكاملان: الأول إقرار القاضي أنَّ هناك عدم تناسب بين التكلفة والمنفعة. والثاني، أنَّ هذه الحالة من عدم التناسب بين القيمتين وصلت حدًا من الجسامة يمكن معه الانتقال بالتنفيذ من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل. ومما لا شك فيه أنَّ على القضاء، في قادم الأيام الإجابة على كثير من التساؤلات التي ستتناول التطبيق العملي لهذه الفرضية في التشريع المدني الفرنسي، لاسيما في العقود ذات الطبيعة الاقتصادية، التي تُعَدُّ فيها القيمة الاقتصادية للعقد على درجة كبيرة من الأهمية لطرفي العقد، «المدين والدائن».

هذا الموقف الحداثي من المشرِّع المدني الفرنسي، يمكن أن نسجل موقفاً مقارباً له وليس مماثلاً من قبل المشرِّع المدني الكويتي، وذلك في إطار تطبيق القواعد العامة للتنفيذ العيني، التي أقر فيها المشرِّع الكويتي أنَّه إنْ كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز للمحكمة

(82) Th. Kirat, Economie du droit, Collection Repères, La Découverte, Paris, 1999, p. 13. A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP, Général, 2001. I. p. 300. F. Marmoz, note sous Com, 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des conventions, Petites affiches, 2000, p. 12s.

(83) D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Petites affiches, n° spécial, 1998, p.12. S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. Muir-Watt, Bdp, LGDJ, 2000, p, 16s.

N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l>exécution du contrat, op, cit. P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, op, cit, p. 4s.

(84) بَيَّنَ البحث وفي أكثر من نقطة بحثية مدى تأثر المدرسة الفرنسية للعقد بالفكر الاقتصادي الأنكلوسكسوني الحديث، لاسيما فيما يتعلق بمفهوم الإكراه المصطلح على تسميته بـ: «الإكراه الاقتصادي»، كما في نظرية الأسباب التعسفية، ناهيك عن نظرية الظروف الطارئة، وغيرها من النقاط الأخرى. الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: «القوة الملزمة للعقد والتوازن العقدي»، والفقرة المعنونة: «القوة الملزمة والعدالة العقدية»، ضمن المطلب المتعلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان العقدي من هذا البحث.

بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً[85]. ومما لا شك فيه أن ورود النص على إطلاقه ضمن مفهوم: «الإرهاق»، يمكن أن يُفسَّر بالنسبة للبعض ضمن مفهوم الإرهاق الاقتصادي الذي قد يلحق بالمدين جرَّاء تنفيذ العقد، مطالباً القاضي الانتقال حينها من التنفيذ العيني إلى التعويض. هذا الموقف قد يكون مقبولاً كونه يفضي بنا للوصول إلى ذات النتيجة من حيث الانتقال من التنفيذ إلى التعويض بطلب المدين.

ورغم ذلك، يبقى بالنسبة لنا موضع نظر كبير، لاسيما إذ ما علمنا أن النص الوارد في القانون المدني الكويتي لا يناقش البعد الاقتصادي للعقد، بقدر ما يناقش طبيعة الإرهاق في التنفيذ، المرتبط بأسباب أخرى بعيدة عن التكييف الاقتصادي، تدخل في القدرة على التنفيذ من عدمه، لأمور قد ترتبط بمحل التزام العقد، وليس المتعاقد بحد ذاته، وهنا يكمن جانب التباين بين نص الاستحالة المجازية في القانون المدني الفرنسي، وهذه الحالة الواردة في القانون المدني الكويتي، فالنص الفرنسي يتناول حالة قيام المدين «هو» بوزن الالتزام المترتب عليه اقتصادياً بين مفهومي تكلفة التنفيذ والعائد منه، بحيث تتم عملية التقييم الاقتصادي للعقد من قبل المدين في إطار تقييم التزامه، بين مفهومي الغرم والغنم، بينما النص الكويتي إنما يتناول الحالة التي يصبح فيها تنفيذ العقد مرهقاً للمدين، بالاستناد إلى محل الالتزام الواجب القيام، بعيداً عن حساب المنافع الاقتصادية للمدين، ودون الاستناد إلى التحليل الاقتصادي لهذا الالتزام من قبل المدين، ما يجعل النص الكويتي في إطار معالجته لهذه الفرضية، محل نقاش وجدل فقهي متباين الرؤى، بين مؤيد ومعارض، ويجعل من المتوجب عليه توضيح موقفه أكثر من هذه الفرضية، والانتقال في معالجتها، من النص العام، إلى النص الخاص، شأنه في ذلك، شأن المشرِّع المدني الفرنسي، وفق ما سبق بيانه أعلاه.

(85) القانون المدني الكويتي رقم (67) لعام 1980، المادة (284).

الخاتمة:

تناول البحث طبيعة العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، عبر دراسة فكرة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، من خلال توضيح نقاط الالتقاء والافتراق بين كلٍ من الاقتصاد والقانون، في التشريع المدني الفرنسي والكويتي، حيث تناولنا في المبحث الأول إمكانية التوفيق بين الاشتراطات القانونية والاقتصادية، وبالتالي إمكانية النظر إلى القاعدة القانونية كمؤشر اقتصادي، لاسيما فيما يتعلق بمرحلتي إبرام العقد وتنفيذه، والحالة التي لا يمكن فيها للقاعدة القانونية أن توزن اقتصادياً، نظراً لبعدها القيمي والأخلاقي، باعتبارها مقياساً للعدالة، ونعني بها قضيتي التنفيذ العيني والتعويض.

وقد بيَّن البحث أن النظرية الاقتصادية في التعاملات القانونية لها حضورها الرحب في إطار مرحلة انعقاد العقد وتنفيذه، في إطار مبدأ الحرية التعاقدية والعقود الزمنية المتراخية، ما يثبت إمكانية ترابط النظرية الاقتصادية مع النظرية القانونية في فهم فلسفة العقد في هاتين المرحلتين. في حين تنتفي هذه العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد في قضية التنفيذ العيني للالتزام والتعويض عن هذا الالتزام، إذ لا يمكن تكييف عملية التنفيذ العيني للعقد بالتنفيذ بطريق التعويض، أو الخلط بين البعد القيمي للتنفيذ، والقيمة الاقتصادية للتعويض، فلكل منهما دوره في المنظومة العقدية، بحيث لا يجوز الخلط أو الدمج بينهما.

في ضوء ذلك يمكن القول إنه ثمة نتائج يمكن أن نستخلصها من البحث، إن في الجانب الفلسفي المعمق في العلاقة التبادلية بين القانون والاقتصاد، أو في الجانب المقارن بين المنظومة التشريعية الفرنسية والكويتية من قضية التحليل الاقتصادي للعقد.

1. في الجانب الفلسفي المعمق:

بيَّن البحث أن منهج التحليل الاقتصادي يُمثِّل اليوم قيمةً مضافةً للفكر القانوني، فمع تمازج العلوم الاجتماعية بمختلف فروعها مع بعضها البعض، يغدو اعتماد منهج التحليل الاقتصادي في صياغة وبلورة القاعدة القانونية أمراً صحياً ومطلوباً. فالقاعدة القانونية، في بعدها الاجتماعي هي قاعدة محكومة بالميول الإنسانية بما فيها ذات الطبيعة النفعية، وعلى واضع النص القانوني أن يراعي هذه الجوانب في معرض وضعه لهذه القاعدة، فالقاعدة القانونية كما توزن تشريعياً من قبل المشرع، توزن اقتصادياً من قبل الملتزمين بها. وكلما كانت الكلف الاقتصادية لهذ القاعدة أكثر دقةً ووضوحاً كلما كان الالتزام بها، أكثر حضوراً. فالتنافسية في عالم القانون، بما فيها المدني، لم تعد

توزن بالرصانة القانونية وحسب، وإنما بالتنافسية الاقتصادية في قدرة القانون على إشباع الحاجات الاقتصادية للأفراد. وغدت هذه المفردات الاقتصادية واضحة البروز في الأعمال التحضيرية للعديد من مشاريع القوانين، لاسيما في الدول الغربية.

وبالرغم من ذلك، فإن اعتماد منهج التحليل الاقتصادي في صياغة النص القانوني، لا يعني بحال من الأحوال تبني فلسفة التحليل الاقتصادي الصرفة، كونها تخرج القاعدة القانونية عن كينونتها القيمية. وعليه لا يجوز النظر إلى القاعدة القانونية كقاعدة اقتصادية صرفة، أو وزنها بالميزان الاقتصادي الصرف. ففي حال التجاذب بين الفلسفة القانونية القيمية، والفلسفة الاقتصادية النفعية، يجب أن تكون الغلبة في هذا المجال للفلسفة القانونية، فالقانون وضع بالأصل لحماية الحقوق، لا لتعظيم هذه الحقوق، ولم تكن الغاية من القانون يوماً، إعادة توزيع الثروات، وإنما حماية هذه الثروات من كل اعتداء قد يقع عليها والتعويض عن أي ضرر يلحق بها.

2. في الجانب القانوني المقارن:

بيَّن البحث أوجه التقارب بين الفكر القانوني الفرنسي والكويتي من قضية التحليل الاقتصادي للعقد، لاسيما فيما يتعلق بموضوع إبرام العقد والتنفيذ، وإن مع بعض التمايزات البينية الطفيفة، لاسيما في جهة الضوابط القانونية للعملية التعاقدية، إلا أن كلا القانونين يقرَّان بشكل أو بآخر بالقيمة الاقتصادية للعملية التعاقدية، ولا يعارضان فكرة المنافع الاقتصادية في العقد، وإن كان التقنين القانوني في النص القانوني الفرنسي أكثر حضوراً من نظيره في النص القانوني الكويتي. كما كان القانون المدني الكويتي أكثر استجابة للتحولات الاقتصادية التي تطرأ على نظرية العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة من نظيره الفرنسي، الذي اعتمد هذه النظرية من الناحية التقنينية حديثاً في عام 2016، بموجب التعديل القانوني الأخير، وإن كان هامش الإرادة المشتركة في إعادة التوزان الاقتصادي للعقد في النص الفرنسي الحديث أكثر انفتاحاً من نظيره الكويتي. كذلك بيَّن البحث، أوجه الاختلاف في النظر للتعويض بين المشرِّع المدني الفرنسي والمشرِّع المدني الكويتي؛ ففي حين بقي الأول حريصاً على إبقاء الفصل بين مفهوم التنفيذ العيني كأصل في الالتزام القانوني، والتعويض كأصل في الجزاء لعدم الالتزام بالتنفيذ، نجد أن الثاني، قد عالج التعويض في أحكام التنفيذ، باعتباره شكلاً من أشكال التنفيذ، متحدثاً عن التنفيذ العيني أولاً، والتنفيذ بطريق التعويض ثانياً، مضفياً مصطلح التنفيذ على مفهوم التعويض، وكأن التعويض هو شكل من أشكال التنفيذ، الأمر الذي بيَّنا رأينا القانوني فيه، وتمنينا على المشرِّع الكويتي مراجعة موقفه القانوني حيال ذلك.

المراجع [86]:

أولاً- باللغة العربية:

1- الكتب:

- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام والإثبات في فقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

- عاطف النقيب، نظرية العقد، ط2، المنشورات الحقوقية «صادر»، بيروت، 1998.

- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة التعاقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

2- الأبحاث:

- آيت عودة بلخير محمد، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، الجزائر، العدد الخامس، 2015.

- درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد رقم 11، تاريخ 2012.

- ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، 2014.

- فهد علي الزميع،

• التحليل الاقتصادي القانوني، بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، السنة السادسة والثلاثون، 2012.

(86) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأنَّ كافة المراجع مسددة في متن البحث.

• نظرية العقد من منظور اقتصادي، دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، 2014.

- مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقوق المعرفية – دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعداه من العلوم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3 السنة 31، 2007.

- عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السادسة، العدد 1، 1933.

- فلوريان فاوست، القانون المقارن والتحليل الاقتصادي للقانون، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، تحرير ماتياتس ريمان، رينهارد زيمرمان، أكسفورد، 2008، ترجمة: محمد سراج، سامي شبّر، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2016.

ثانيا– باللغة الأجنبية:

Français:

I. Articles:

- **Spéciaux:**

- J.-J. Sueur, La “main invisible” ou le droit économique – Retour sur Adam Smith et certaines de ses institutions, Revue internationale de droit économique, 2013.

- A. Zecevic-Duhamel, La notion d’économie du contrat en droit privé, JCP, Général, 2001. I.

- B. Deffains and S. Ferey, L’économie du droit entre révolution cognitive et tournant réaliste, Revue française d’économie, 2012, n° 27.

- B. Deffains,

• Introduction, Le droit comme facteur de développement économique, Mondes en développement, 2005/1, n°129.

• L’évaluation des règles juridiques: un bilan de l’analyse économique de la responsabilité civile, Revue d’Economie Politique, n°6, 2000.

• Le défi de l’analyse économique du droit: le point de vue de l’économiste, Petites affiches 2005, n° spécial.

• Systèmes juridiques et performances économiques: existe-t-il un droit

efficace? Gazette du Palais, 2015, n° 242.

- D. Sindres, Contrat, principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé, In R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), Concurrence normative et performance juridique, Société de législation comparée, coll. de l'UMR de droit comparé, 2012, n° 16.
- E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, In B. Deffains, L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002.
- E. Mackaay, La responsabilité civile extracontractuelle : une analyse économique, dans Pierre - Claude Lafond (dir.), Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003.
- E. Millard, L'analyse économique du droit: un regard empiriste critique, Droit prospectif, 2009.
- G. Deharo - Dalbignat, Rationalité juridique et opportunité économique: la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice? Petites affiches, 2012, n° 31.
- G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Gény, T. II, Sirey, 1934.
- G. Vedel, Le droit économique existe-t-il? In Mélanges Vigreux, 1981.
- H. Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, In L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002.
- J. Sueur, Droit économique et méthodologie du droit: contribution aux Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, Éd. Frison-Roche, Paris.
- L. Grynbaum, Doctrine américaine contemporaine: le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, Revue des contrats, 2008, n°4.
- M. Nussenbaum, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires, Gazette du Palais, 2012, n° 145.
- R. Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation, RTD civ. 2006.
- R. Libchaber, La pensée économique de Jean Carbonnier: l'exemple de la monnaie, In Hommage à Jean Carbonnier, Dalloz, Coll. Thèmes et

Commentaires, Série Association Henri Capitant, 2007.

- Th. Kirat,

• L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit économique, n°1, 2003.

• Economie et droit : De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances? In: Revue économique, volume 49, n°4, 1998.

▪ **Généraux:**

- A. Coure et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations: incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Sociétés, 2015.

- B. Deffains, Introduction à l'analyse des systèmes juridiques, Revue Economique, 2008, vol. 58..

- B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1.

- B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations: Réponse à la consultation, Gazette du Palais. 2015, n° 120.

- D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats, Revue des contrats, 2008, n°3.

- H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, Revue des contrats, 2015, n° 03.

- J-P. Chazal,

  ● De la signification du mot loi dans l'article 1134 al, du Code civil, RTD civ, 2001.

  ● Violence économique ou abus de faiblesse, Droit et patrimoine, 2014, n° 240.

- N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016, n°2.

- O. Deshayes,

  ● L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193. JCP, Général, Supplément au n° 21, 2015.

  ● La formation des contrats, Revue des contrats. 2016, n° Hors-série.

- V. Thireau, L'éthique dans le monde des économistes, Revue Juridique

Nîmoise, n°5, 2010.

- X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat: entre actualités et principes, Petites affiches, 2007, n° 70.

II. Ouvrages:

▪ Spéciaux:

- B. Deffains (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, Paris, 2002.
- B. Deffains et S. Ferey, Théorie du droit et analyse économique, éditions Droits, 2007.
- G. Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, Droit et économie, 2005.
- M. Faure, A. Ogus, Économie du droit: le cas français, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002.
- S. Bienenstock, Trois Éssais sur l'Analyse Économique du Droit de la Consommation, Doctorat, Juin, 2016.
- S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi: Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoirede DEA, droit des contrats, Lille II, 1998.
- Y. Gabuthy, Analyse économique du droit: présentation générale - Économie et prévision, 2013.
- E. Mackaay, L'analyse économique du droit de la consommation, dans: Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation, Th. Bourgoignie (dir.), Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008.

Généraux

- A. Bénabent, Droit civil- Les obligations, 11e éd., Montchrestien, LGDJ, 2007.
- B. Élodie, Les théorèmes de Coase: Enoncés et critiques microéconomiques, Thèse, Université Paris I, 2003.
- B. Fauvarque-Cosson et S. Patris-Godechot, Le Code civil face à son destin, Documents français, 2006.
- D. D'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, T I. 1994.
- E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité? LGDJ, 1997.

- F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005.
- F. Terré et Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil: Les obligations, 10ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2009.
- J. Carbonnier, Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001.
- L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, LGDJ, 2012.
- Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, 11ème éd., Litec, 2010.
- Ph. Stoffel-Munck et Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit des obligations, LGDJ, 2015.

English:

- A. Richard Posner, Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, 1998.
- B-G. Oren, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review, 2008, n° 92(3).
- E. Mackaay, History of Law and Economics, In Encyclopedia of Law and Economics (dir. B. Bouckaert et G. De Geest), Vol. I General Works, History and Methodology, Edward Elgar, 2000.
- E-W, Kitch, Chicago School and Law and Economics, The New Palgrave Dictionnary of Economics and the Law, T. I, MacMillan, 1998.
- H. Donald and J. Hermann, Review of Economic Analysis of Law, By Richard A. Posner, 1974 Wash. U. L. Q. 1974.
- H. Hovenkamp, The Economic Analysis of Law, In the United States: A Brief interentreprises, PUF, Paris. 1995.
- R. Cass Sunstein, Behavioral Analysis of Law, The University of Chicago Law Review, Vol. 64, n °. 4, 1997.
- R. Cass, Behavioral analysis of law, The University of Chicago law review, 1997.
- R. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol. 3, n° 1, 1960.
- R. Cowan R. and M. Rizzo, The Genetic-Causal Tradition and Modern Economic, Theory Kyklos, vol.49-fasc 3, 1996.
- R-A. Posner, Economic Analysis of the Law, Little Brown and Co, Boston, USA, 1973.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	119
المقدمة	120
مدخل تعريفي– التحليل الاقتصادي للقانون «الخلفية والخصوصية»	123
أولاً– خلفية العلاقة، من التعايش.. إلى الإنكار.. فالتناغم	123
ثانياً– خصوصية العلاقة، بين الفكر الأنكلوسكسوني واللاتيني	126
المطلب الأول– التحليل الاقتصادي لنظرية العقد.. وإمكانية التوفيق	131
أولاً– مبدأ حرية التعاقد والتحليل الاقتصادي	131
ثانياً– القوة الملزمة للعقد والتحليل الاقتصادي	136
المطلب الثاني– التحليل الاقتصادي لنظرية العقد.. وحتمية التباعد	143
أولاً– صدقية الادعاء بحقيقة التنفيذ الاقتصادي	143
ثانياً– صدقية القول بحقيقة التنفيذ القانوني	149
الخاتمة	154
المراجع	156