

نظرية العقد من منظور اقتصادي

دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي

الدكتور/ فهد علي الزميع
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يتناول هذا البحث الأسس الاقتصادية لنظرية العقد في القانون الكويتي والأمريكي، وبشكل خاص كفاءة القواعد القانونية المنظمة للعقود من منظور اقتصادي. ويسلط هذا البحث الضوء على الموضوع من منطلق الدراسات البيئية التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من النظرية القانونية في الغرب. ويختتم البحث أن القانون الكويتي يحتاج إلى مراجعة لرفع كفاءة هذه القواعد ولتتماشى مع النظرية الاقتصادية الحديثة، وبشكل خاص القواعد الخاصة بالتنفيذ العيني واحتساب الأضرار.

مقدمة:

شهد القرن المنصرم نهضة فكرية وعلمية لم يسبق لها مثيل في مجال العلوم الاجتماعية، وذلك في محاولة منها لمواكبة التطور الفكري المتزايد في الحياة البشرية، وفي سبيل ذلك استُحدثت علوم جديدة، في محاولة لرد كافة الظواهر الحديثة إلى تلك العلوم. ومن جانب آخر عملت العلوم التقليدية على تطوير نفسها بشكل يضمن لها البقاء، ومن صور هذا التطور ما يعرف بالدراسات البيئية Interdisciplinary Studies، وهي تلك العلوم التي تنشأ من تلاقي علمين مختلفين، وتهدف تلك العلوم إلى حل المشكلات أو إلقاء الضوء

على موضوع هو من السعة أو التعقيد بحيث يتعذر التعامل معه بشكل كاف من خلال حقل معرفي وحيد^(١).

ونجد تطبيقات للعلوم البينية في مجالات شتى سواء في الطب أو الهندسة، وكذلك العلوم الاجتماعية كعلوم الاجتماع والفلسفة والقانون والأدب.

وقد تم الاهتمام بالعلوم البينية بشكل كبير، مما أدى إلى إنشاء العديد من المؤسسات البحثية التي تهدف إلى تطوير تلك العلوم، بالإضافة إلى إضافة أقسام أكاديمية في الجامعات تهتم بدراسة العلوم البينية^(٢).

ولما للاقتصاد من أهمية بالغة على مر العصور، ولما له من دور مهم في تطور باقي العلوم، فنجد أنه كان عاملاً مشتركاً مع العديد من العلوم الأخرى، وجاء التحليل الاقتصادي للقانون كحقل من الحقول التي انتشرت وأصبحت من المجالات الرئيسية خاصة في الفقه الأمريكي وبدرجة أقل الفقه القانوني الأوروبي^(٣).

يعد نشأة علم التحليل الاقتصادي للقانون صدى لروابط تاريخية وطيدة تربط بين القانون والاقتصاد، حيث اعتبر القانون من جانب الكثير من الفقهاء انعكاساً لعلوم أخرى. ويؤكد ذلك الفقيه القانوني جني Geny، والذي يرى أن

(١) د. مشاعل عبد العزيز الهاجري "قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم)"، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٧١-٢٤٠.

(٢) أنشأت العديد من الجامعات مراكز بحثية تختص بالدراسات البينية، يمكنك زيارة الموقع الإلكتروني لهذه المراكز البحثية:

Centre for the study of interdisciplinary - University of North Texas:
www.csid.unt.edu

Centre for Interdisciplinary Research in the Arts and Languages, The University of Manchester: <http://www.arts.manchester.ac.uk/cidra/>

College for Interdisciplinary Studies - The University of British Columbia:
www.cfis.ubc.ca

(٣) لمزيد من المعلومات راجع: د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

القانون هو انعكاس لمبادئ مختلفة من شتى العلوم الاجتماعية، ويؤكد ذلك بقوله إن: "مهمة القانون الأساسية هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية التي تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة"^(٤). بل إن أستاذنا السنهوري - رحمه الله - أشار إلى أهمية تحديد المبادئ الاقتصادية التي ستبني لجنة صياغة ووضع القانون المدني الجديد فلسفة تشريعها، ولذا نجد سمو كعب هذا العلم في الفقه الأمريكي الحديث.

وتبرز أهمية هذا البحث في أنه يقوم بتقديم رؤية للعاملين في مجال القانون من باحثين وقضاة ومحامين، موضحاً أهمية استخدام الاقتصاد كآلية لتحليل القانون من أجل فهم أفضل للقانون. ويؤدي التحليل الاقتصادي للقانون - في كثير من الأحيان - إلى الوصول إلى الأسس الاقتصادية للقانون والتي يكون مبنياً عليها أو يدفع نحوها.

وتعد هذه الورقة البحثية إحدى حلقات سلسلة بحثية تهدف إلى تقديم علم التحليل الاقتصادي للقانون إلى المكتبة العربية والتي ابتدأتها ببحوثي المعنون بـ "التحليل الاقتصادي للقانون بين التجريد النظري والتطبيق العملي" والمنشور بمجلة الحقوق والتي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت^(٥). وسيتناول هذا البحث بالتفصيل التأصيل الاقتصادي لأهم مكونات نظرية العقد وذلك من خلال إلقاء الضوء على القانونين الكويتي والأمريكي.

وتأتى أهمية تحليل نظرية العقد تحليلاً اقتصادياً لما لهذا الفرع القانوني من تأثير بالغ الأهمية على العلاقات التجارية، وما له من آثار على آليات عمل السوق الحر، الأمر الذي سينعكس - سلباً أو إيجاباً - على البيئة التجارية والقوانين التجارية المرتبطة به مثل (قانون الشركات والإفلاس...) كما سيؤثر

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول لسنة ١٩٣٣، صفحة ٦٥.

(٥) د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

بالسلب على سلوك الأفراد والمؤسسات، كما يؤثر بشكل مباشر على زيادة تكلفة العمليات التجارية نتيجة لتكاليف الإجراءات التعاقدية والتي تقررها القواعد القانونية المنظمة للعلاقات التعاقدية، مما يؤثر على الاقتصاد، بالإضافة إلى تكاليف التقاضي، والتي يؤدي ارتفاعها إلى موت هذه القواعد القانونية إكلينيكياً كونها تمثل حاجزاً أمام الاستفادة من هذه القواعد. ففي الولايات المتحدة الأمريكية عدد القضايا المتعلقة بالعلاقات التعاقدية قد انخفض بين العام ١٩٩٢ - ٢٠٠١ بنسبة ٣٧٪ بولاية ويسكنسن و ٣١٪ بولاية كولاردو^(٦). ولعل أهمية القواعد القانونية المنظمة للعلاقات التعاقدية وأثرها على اقتصادات الدول تمتد لتصل إلى الأدب العالمي، فمسرحة الروائي ويليم شكسبير "تاجر البندقية" تبين أهمية القواعد القانونية للعقود والتي كان اقتصاد مدينة البندقية مبنياً عليها، ففي فصل المحاكمة يتفق الأطراف جميعاً على أن عدم تنفيذ العقد سيكون له الأثر الكارثي على مكانة المدينة^(٧).

خاصة أن الاقتصاد الحر قائم على الحرية الشخصية والملكية الفردية وقدرة الأفراد على الدخول في تعاقدات واتفاقيات فيما بينهم، ويأتي دور العقود كآلية ومؤسسة Institutions^(٨) لتسهيل هذه التعاملات بين الأفراد كجزئية جوهرية وحيوية لتفعيل آليات السوق الحر والنظام الرأسمالي^(٩). وبناءً عليه، فإن التنظيم القانوني للعقود له تأثير مباشر على فعالية أي نظام اقتصادي مبني على اقتصاديات السوق الحر إما بشكل إيجابي أو سلبي، كما سيتم توضيحه في هذا البحث.

(٦) Macaulay, "Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem?" Wisconsin L. Rev. at p779, (2004).

Ibid at p31. (٧)

for more detailed discussion on the role of institutions see Douglas North, Institutions, Institutional change and economic performance, Cambridge University Press, 1990. (٨)

law & Economics of Contracts Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz, and Richard Craswell at p1. (٩)

ويأتي دور القواعد القانونية المنظمة للعقود من منظور اقتصادي لمعالجة العقود الزمنية التي يكون للزمن فيها دور جوهري^(١٠) نظراً لاحتمالية استغلال أحد أطراف العقد الخاصة الزمنية الملازمة لطبيعة هذا العقد، أو وقوع أعراض خارجية لم تكن قائمة وقت إتمام العقد، ومن ثم يأتي دور هذه القواعد القانونية لتنظيم هذه الأحداث المستقبلية^(١١). ويترتب على غياب قواعد قانونية محكمة لهذه العقود الزمنية هيمنة العقود الفورية، بمعناها الحرفي وليس القانوني، نظراً لعدم ثقة الأطراف ببعضهم البعض، وغياب قواعد يستطيعون الاحتكام إليها في حالة حدوث نزاع، الأمر الذي سيكون له انعكاس سلبي على الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية، ولا يتم - في كثير من الأحيان - تقدير الأهمية الاقتصادية لمبدأ سيادة القانون والقواعد القانونية المنظمة للعقود، ويتجاهل البعض انعكاساته الخطيرة المهمة على الأوضاع الاقتصادية. ويقدم المهتمون بهذا الشق من البحث مثالا لتأثير انعدام أو ضعف مبدأ سيادة القانون وغياب قواعد قانونية فعالة لتنظيم العقود على الاقتصاد، فعلى سبيل المثال، لو أن شخصاً لديه سلعة عرضها للبيع وتقدم لشرائها شخص عرض مبلغ ٥٠ دولاراً ثمناً لها مع الالتزام بدفع الثمن فوراً، وعرض مشتر آخر ١٠٠ دولار ثمناً للسلعة لكن سيقوم بدفع الثمن بعد أسبوع، ففي حالة وجود قانون وتكون له السيادة والغلبة، فإن البائع سيفضل البيع للمشتري بثمان آجل لكونه أعلى، لكن إذا لم يكن للقانون السيادة أو ضعف في حماية البائع، فإن البائع سيفضل البيع بالثمان العاجل الأقل قيمة على الرغم من الخسارة التي سيمنى بها وذلك لافتقاده الطمأنينة على وفاء المشتري بالثمان في الموعد المحدد، وبالقطع فإن انعكاسات ذلك على الأوضاع الاقتصادية ستكون كبيرة في حالة تعميم المثال السابق على غيره من الأنشطة التي تتم في أي مجتمع.

(١٠) لمزيد من الشرح حول العقود الزمنية، راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٣٩-١٣٨.

(١١) Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston, Little, Brown, 1972 at p93.

وعليه، فإن الفقيه (بوسنر) يرى أن الهدف الرئيسي للقواعد القانونية المنظمة للعقود هو ردع الأفراد عن الولوج بأعمال استغلالية ضد طرف أو الأطراف الأخرى في العقد، وأن هذا الردع سيؤدي إلى خلق مناخ إيجابي يمكن الأفراد من التعاقد فيما بينهم، والدخول في عقود زمنية تؤدي في النهاية إلى الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة، ذلك بالإضافة إلى تنظيم المتغيرات المستقبلية التي من المستحيل أن يستطيع الأطراف المتعاقدة التنبؤ بها ومن ثم تنظيمها بالعقد، ومن هنا يأتي دور القواعد القانونية المنظمة لهذه العقود^(١٢).

والسبب الاقتصادي الآخر الذي عادة ما يتم تداوله بأدبيات التحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة للعقود هو اعتبار العقود إليه لتوزيع المخاطر والدخول في عمليات تحوط بين الأطراف المتعاقدة^(١٣). بالإضافة إلى ما سبق فإن أهم أهداف هذه القواعد القانونية من منظور اقتصادي يتمثل في الدور المحوري الذي تضطلع به هذه القواعد من خلال تخفيض ما يسمى تكاليف التعاقد Transaction Costs، وتجعل هذه القواعد القانونية الدخول في تعاقدات زمنية أمراً ممكناً نظراً لوجود تنظيم قانوني للأطراف المتعاقدة، وهذه العقود الزمنية عادة ما تمثل استخداماً أمثل للموارد الاقتصادية المتاحة خاصة إذا ما تم مقارنتها بالعقود الفورية والتي لا تتطلب وجود قواعد قانونية متكاملة لتحفيز الأفراد بالدخول فيها كما تم تبيانه أعلاه^(١٤).

ولابد من الإشارة إلى أن هناك فقهاء ومدارس فكرية أخرى خاصة بنظرية العقد تختلف مع النظريات القائمة على التحليل الاقتصادي والتي سيتم تناولها في هذا البحث، فالفقيه (دواركين) يعترض على الأساس الذي يقوم عليه علم التحليل الاقتصادي للقانون المتمثل في الكفاءة الاقتصادية كهدف عام للقانون. فالكفاءة وزيادة ثروات المجتمع وفقاً (لدواركين) لا تعني بالضرورة أن المجتمع

Ibid at p94.

(١٢)

ibid at p7.

(١٣)

Jeffery L. Harrison, Law and Economics in a nut Shell, West, 2011, at p 92-94.

(١٤)

سيكون في وضع أفضل، فهناك مسائل أخرى مثل التوزيع العادل للثروة ومبادئ أخلاقية يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار^(١٥).

ويهدف هذا البحث إلى تبيان الأسس الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود في نظرية العقد في ظل القانون المدني الكويتي ومقارنتها بالقانون الأمريكي، وتحديد أوجه القصور التشريعي ومدى إمكانية تعديل بعض هذه القواعد من منطلق اقتصادي.

وسنقوم بعرض الأفكار في فصلين متتابعين، بحيث يكون الفصل الأول مدخلاً للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة لنظرية العقد، وسيضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، سنلقى الضوء في المبحث الأول على الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود، أما المبحث الثاني فسنخصصه لعرض المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون، وذلك بعرض مفصل لمبادئ (معايير) الكفاءة والتي تتضمن معيار تحقيق المنفعة دون ضرر، ومعيار تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر، ومعيار التعويض، وسنلقى الضوء على معيار التكلفة الاجتماعية (لرونالد كوس) وذلك بعرض لمفهوم التكاليف الخارجية، موضحين أهم ملامح بحث (كوس) عن التكاليف الاجتماعية.

وسنقوم بدراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي في الفصل الثاني من هذا البحث، وذلك بعرض للإطار الاقتصادي لنظرية العقد في المبحث الأول، ومنه سننتقل إلى عرض للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي في المبحث الثاني، والذي يتضمن ثلاثة فروع يتم دراستها من منظور اقتصادي (الإخلال بالالتزام العقدي، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي). أما الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي فسيكون محل دراستنا في المبحث الثالث والأخير.

Ronald M. Dworkin, Is Wealth a Value?, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, (١٥) No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 195-196.

الفصل الأول

مدخل للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية

المنظمة لنظرية العقد

يقتضي البدء في تقديم تحليل اقتصادي لنظرية العقد، التعرض بداية إلى مدخل للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة للعقود، وذلك بتوضيح الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية (المبحث الأول)، والمبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود

مما لا شك فيه أنه لا يمكن الحديث عن القانون بمعزل عن الاقتصاد، فلكل تنظيم قانوني أهداف اقتصادية وإن كان عادة لا يتم الإفصاح عنها في القانون أو في مذكرته الإيضاحية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة غياب هذه الأهداف. وتأتي أهمية تبيان هذه الأهداف في الفقه القانوني لتكون أداة ضمن أدوات التفسير القانوني وللوصول للأهداف المنشودة من تلك القواعد. وكلي أمل في أن هذا النوع من الكتابات سيمثل إضافة مهمة يستطيع الباحثون ورجال القضاء استخدامه عند شرح هذه القواعد وتطبيقها.

فالفقيه ويتمان Donald Wittman يرى أن الأهداف الاقتصادية الرئيسية للقواعد القانونية المنظمة للعقود تتلخص في ثلاثة أهداف رئيسية: الهدف الأول يتمثل في تخفيض التكاليف التي يتكبدها الأطراف للدخول في هذه الالتزامات، ويذهب في ذات الاتجاه الفقيه والقاضي بوسنر Richard Posner؛ حيث يرى أنه في غياب القواعد القانونية المنظمة للعقود سيضطر الأطراف إلى التفاوض ووضع جميع الحالات التي يمكن لهم أن يتنبؤوا بأنها ستكون ذات علاقة، مثل آلية احتساب التعويض وغيرها من القواعد، ومن هنا يأتي دور القواعد القانونية

لنظرية العقد ومن خلال القواعد المكتملة بشكل خاص والأمرة بشكل عام لتخفيض تكاليف التعاقد والمفاوضات بين الأفراد لعلمهم بأنهم يستطيعون الاعتماد على هذه القواعد القانونية^(١٦). ويتبين لنا من ذلك أن هذه القواعد تساهم في تخفيض التكاليف المصاحبة للتعاقد transaction costs reduction.

أما الهدف الثاني فإنه يتمثل في تخفيض التكاليف التي تتكبدها المحاكم عند النظر في النزاعات المتعلقة بهذه العقود، فتلك القواعد القانونية تساهم في إتاحة المعلومات المطلوبة من قبل المتعاقدين؛ حيث إن هذه القواعد القانونية تلزم المتعاقدين بالإفصاح من خلال بعض القواعد المكتملة والأمرة economize on information cost مثل ضمان العيب الخفي، فحقيقة هذا الالتزام ليس ضمان الشيء بقدر ما هو خلق حافز للبائع للإفصاح، ومن ثم فإن قرار المشتري سيؤدي إلى استخدام أمثل للموارد efficient allocation of resources لما لهذا الإفصاح من أثر على قيمة المبيع^(١٧).

ويتمثل الهدف الثالث في تخفيض الآثار الاقتصادية التي تنتج عن العقود القائمة على السلوكيات المبنية على أسس اقتصادية غير سليمة والعقود غير المكتملة Incomplete Contracts، ويقصد بالعقود غير المكتملة أو الناقصة تلك العقود التي لم تتناول جميع تفاصيل العلاقة وكيفية معالجة الأحداث التي من المتوقع حدوثها بالمستقبل، وتتراوح هذه التفاصيل المنقوصة من تفاصيل بسيطة مثل متى يستحق الدين إلى تفاصيل أكثر تعقيداً مثل الضمانات التي يقدمها البائع في عقد البيع^(١٨).

وفي أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون فإن جميع العقود تعتبر عقود غير مكتملة، والسبب الاقتصادي في ذلك يعود لنظرية الفقيه رونالد كوس المتعلقة

Richard Posner, Economic Analysis of Law, at pp. 93-95. (١٦)

Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press 2007 at p 125-127. (١٧)

Ejan Mackaay, The Civil law of Contract; IN Contract law and economics, ed Gerrit De Geest, Edward Elgar Publishing, 2011, at p427. (١٨)

بالتكاليف المصاحبة للتعاملات Transaction Costs والتي تشمل تكاليف التفاوض^(١٩)؛ حيث إن هذه التكاليف تمثل عقبة اقتصادية للوصول إلى العقد الكامل وهو ذلك العقد الذي يعالج كافة تفاصيل العلاقة التعاقدية من الناحية النظرية^(٢٠). وهذا النقص في العقود يغطي من خلال العرف والقواعد المكتملة وفي بعض الأحيان من خلال المحاكم من خلال تفسير العقود، وبالإضافة إلى ما سبق فإن العقود تكون عادة غير مكتملة أو ناقصة لأسباب أخرى مثل القوة التفاوضية للأفراد، ومثال على ذلك عقود الإذعان أو بسبب نقص المعلومات^(٢١).

وقبل البدء في تقديم تحليل اقتصادي لنظرية العقد في القانونين الكويتي والأمريكي فإنه من الأهمية بمكان تبيان معايير الكفاءة والتي تمثل حجر الزاوية في أي تحليل اقتصادي للقانون، حيث إن القواعد القانونية عادة ما تسعى لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وهو مصطلح خلافي.

يقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة - تمثل أعمده الأساسية - والتي يجب الإحاطة بها قبل البدء في تحليل نظرية العقد اقتصادياً، وهذا المبحث قد سبق نشره في بحث سابق للمؤلف، ويعد

(١٩) أجابت هذه النظرية عن العديد من الأسئلة والمتعلقة بكيفية تقرير الاقتصاديين في المسائل المختلفة، وكيفية اختيارهم للنظريات المناسبة، وكيفية معالجة المشاكل التي تواجه النظام الاقتصادي وإسداء المشورة بشأن السياسات العامة، وتقوم النظرية على عدد من المبادئ الرئيسية، حيث أكد (كوس) على ضرورة أخذ التكاليف الخارجية في الاعتبار، فلا تقتصر تكلفة الإنتاج على التكاليف الداخلية لها، وتعد التكاليف المصاحبة للتعاملات أحد هذه التكاليف الخارجية، حيث طالب (كوس) بضرورة تدخل الدولة بتنظيم قانوني يعمل على خفض التكلفة الاقتصادية المصاحبة للتعاملات، وذلك من أجل سد الخلل في نظام السوق. (راجع معيار التكلفة الاجتماعية، ص ١٢).

To Know More: R. H. Coase, Essays on Economics and Economists, University of Chicago Press, 2012.

Eric A. Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal, 2003, Vol. 112, at p833.

ibid.

(٢١)

بمثابة مقدمة مهمة لفهم مفهوم الكفاءة الذي يمثل حجر زاوية في علم التحليل الاقتصادي للقانون.

المبحث الثاني المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون

يقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة، والتي تعد بمثابة أعمده الأساسية، والتي يجب الإحاطة بها قبل البدء في تحليل نظرية العقد اقتصادياً، ونكتفي هنا بالإشارة إلى أهم النقاط التي ينبغي الإلمام بها، مع الإحالة إلى بحث سابق منشور للمؤلف لمزيد من الإيضاح^(٢٢).

حيث تتمثل المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون في مبدئين أو معيارين مهمين، أولاً: مبدأ الكفاءة، حيث يتحدد مفهوم الكفاءة ويقاس درجة كفاءة القوانين وفقاً لعدد من المعايير، سيتم التعرض لثلاثة معايير مهمة منها.

ثم سنتعرض ثانياً: معيار التكلفة الاجتماعية (وفقاً لنظرية رونالدكوس)، كأحد المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون^(٢٣).

أولاً - مبدأ الكفاءة (أو معيار الكفاءة):

يكاد يتفق المتخصصون في مجال التحليل الاقتصادي للقانون، على أن الهدف والباعث من استحداث قوانين جديدة ينحصر في الوصول إلى أقصى درجات الكفاءة والفاعلية في إدارة واستخدام الموارد المتاحة.

(٢٢) لمزيد من المعلومات راجع: د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

(٢٣) للاطلاع على دراسة تحليلية لهذه المعايير يرجى الاطلاع على بحثنا المشار إليه سابقاً.

لكن الاختلاف غالباً ما يدور حول المقصود بالكفاءة والفاعلية، وكيفية قياس درجة كفاءة وفاعلية القوانين، ونعرض فيما يلي لأهم المعايير المستخدمة في تحديد وقياس الكفاءة^(٢٤).

١ - المعيار الأول: تحقيق المنفعة دون ضرر Pareto Optimal Efficiency:

وفقاً لهذا المعيار^(٢٥)، تتحقق الكفاءة للقانون أو أي تصرف قانوني إذا أدى تطبيقه إلى منفعة شخص أو أشخاص دون إلحاق ضرر بالمجتمع أو تحميله أعباء نتيجة تطبيقه^(٢٦). ولقد عولت بعض المحاكم الأمريكية على هذا المعيار^(٢٧)، واستندت له في العديد من أحكامها^(٢٨). إلا أنه يؤخذ على هذا المعيار قيامه على أساس غير واقعي؛ إذ يستحيل - من الناحية العملية - وجود قانون لا يلحق ضرراً بأحد^(٢٩).

٢ - المعيار الثاني: تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر criteria

:Utilitarian

وفقاً لهذا المعيار^(٣٠)، يسعى الإنسان - دائماً - إلى جلب السعادة، وتجنب الألم، لذا فإن معيار كفاءة أي قانون أو أي تصرف قانوني آخر، إذا ما حقق

(٢٤) انظر:

- Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press 2006, at p 16-18.
- Jaffery Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication 2008, at p 28.

(٢٥) قال بهذا المعيار الاقتصادي عالم الاجتماع الإيطالي Vilfredo Pareto.

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

(٢٧) انظر: Jaffery Harrison & Jules Theeuwes, at p28

(٢٨) راجع الحكم الصادر في قضية Watson v. Pietrantopn: 364, S.W. 2d 812 (W.Va. 1988)

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

(٣٠) يرجع هذا المعيار للفيلسوف بنتام Bentham.

أكبر قدر من السعادة لأكثر عدد من الأشخاص، وأن يكون الألم الناتج عنه، يمثل أقل قدر ممكن لأقل عدد من الأشخاص^(٣١).

وجه لهذا المعيار العديد من النقد على أساس أنه يعتمد - في جوهره - على مصطلحات تتسم بالغموض وعدم التحديد، مثل السعادة... والعدد الأكبر من الأشخاص وغير ذلك من التعبيرات التي تفتقد الانضباط الاصطلاحي الذي يمكن الاستناد إليه والتعويل عليه في هذا المجال^(٣٢).

٣ - المعيار الثالث: التعويض Kalder Hicks Efficiency:

وفقاً لهذا المعيار^(٣٣)، فإن الحكم على مدى كفاءة القانون، هو أن تكون المنافع الناتجة عن تطبيقه أكثر من التعويضات والتكاليف الناتجة عن هذا التطبيق من الناحية النظرية على الأقل، بما في ذلك التعويضات عن الأضرار المترتبة على التطبيق، فالقانون يكون ذا كفاءة اقتصادية Kaldor Hicks efficient إذا كانت المحصلة النهائية للأخذ به وتطبيق أحكامه هو زيادة ثروات المجتمع Society Wealth Maximization^(٣٤).

(٣١) تعتمد اقتصاديات الرفاهية (Welfare-economics) على هذا المعيار كأساس فلسفي، راجع: Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 2004, at p597-598.

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

To Know More: - Bhikhu Parekh, Jeremy Bentham: Ten Critical Essays, Routledge, 2012.

John Troyer, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill, Hackett Publishing, 2003.

(٣٣) يعتبر هذا المعيار الأساس النظري للتحليل الاقتصادي القائم على تحليل المنافع والتكاليف Cost and Benefit Analysis. ويرجع هذا المعيار إلى ثلاثينيات القرن الماضي. لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات هذا التحليل انظر:

D. Bradford Hardin Jr, Why Cost-Benefit Analysis? A question (and some answers) about the legal academy, Alabama Law Review, Vol 59, No 5, 2008.

(٣٤) Qi Zhou, The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, <http://ssrn.com/abstract=870748> at p3-5.

إلا أنه تم توجيه بعض الانتقادات لهذا المعيار خاصة من ناحية أخلاقية ومن منطلقات العدالة^(٣٥). وعبر عن ذلك الفيلسوف Nash Rawls، بقوله إن رفاهية المجتمع تتحدد بمقدار ما يحققه هذا المجتمع من رفاهية للطبقة الأضعف، فإذا كانت الطبقة الضعيفة في أي مجتمع لا تتمتع بالقدر المناسب من الرفاهية، فلا يمكن اعتبار المجتمع ككل يتمتع بالرفاهية حتى مع وجود بعض الفئات من أبنائه تتوفر لديهم إمكانات وأدوات الرفاهية^(٣٦).

ثانياً - معيار التكلفة الاجتماعية (نظرية رونالد كوس):

يستخلص هذا المعيار من نظرية رونالد كوس Coase Theorem التي قدمها في بحثه الشهير The Problem of Social Cost^(٣٧) وتقوم هذه النظرية على عدة دعائم رئيسة من أهمها ما يأتي:

أ - الأسس الرئيسية لنظرية Coase:

١ - التكاليف الخارجية:

تقوم هذه الفكرة على أن حساب الربح المتحقق من إنتاج أي سلعة أو تقديم خدمة، يتم عن طريق إيجاد الفارق بين تكلفة إنتاجها وثمان البيع، إلا أنه

(٣٥) انظر:

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

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

(٣٧) يعتبر هذا البحث رائداً في مجاله، ومن أكثر البحوث التي يتم الاستعانة بها، والإشارة لها في الدراسات الاقتصادية والقانونية في الولايات المتحدة الأمريكية:

See Steven G. Medema & Richard O Zerbe, Jr, The Coase Theorm, in the Law and Economics Encycloepdia, at p 836.

ولعل الطريف، هنا، أن كتابات (كوس) أثرت تأثيراً كبيراً على القانون والاقتصاد، مع أن (كوس) أقر بأن بحثه كان موجهاً للاقتصاديين وليس للقانونيين، ولم يتصور أن كتاباته وأبحاثه سيكون لها هذا الأثر العظيم في مجال الدراسات القانونية (Jittery

Marries, Law and Economics in a Nut Shell, at p 56).

يجب تحديد العناصر الداخلة في تكلفة الإنتاج، حيث كان يقضى العرف أن تكلفة الإنتاج تنحصر في التكاليف الداخلية (المباشرة) فقط، كالأجور والمواد الأولية والطاقة وغيرها، دون اعتبار للتكاليف الخارجية (غير المباشرة)^(٣٨)، كنفقة تلوث البيئة^(٣٩).

كما تقوم هذه الفكرة على فرضية أن عدم ضم التكاليف غير المباشرة (الخارجية) التي يتحملها المجتمع إلى عناصر التكاليف المباشرة (الداخلية) عند حساب تكلفة إنتاج السلع، من شأنه أن يؤدي إلى نشوء اقتصاد مشوه؛ وذلك لعدم استخدام الموارد المتاحة بشكل فعال (efficient use of resources)، وعلاجاً لهذا الخلل، اقترح الاقتصادي بيجو علاج هذا الخلل بتحويل التكاليف الخارجية (غير المباشرة) إلى تكاليف داخلية (مباشرة) وتحميل المستثمر بها من خلال تدخل حكومي بفرض الضرائب^(٤٠).

٢ - الكفاءة الاقتصادية:

لم ترق الفكرة السابقة لكوس، فقد رفض - بشدة - أن يكون علاج الخلل بتحويل التكاليف الخارجية إلى التكاليف الداخلية وتحميل المستثمر بها، ويرى الاستعاضة عن ذلك بإجراء دراسة تحليلية لكل حالة على حدة، وتحديد الوسيلة المناسبة للتعامل الاقتصادي الرشيد مع التكاليف الاقتصادية الخارجية من خلال آليات السوق^(٤١).

(٣٨) انظر: Milton Friedman, The Swedes Get it Right, Reason Magazine

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

(٤٠) مثال ذلك الضريبة البيغوفيه Pigouvian Taxes، وسميت بهذا الاسم لأن الاقتصادي الشهير بيجو هو صاحب هذه الفكرة.

(٤١) من الحالات الواقعية التي طبقت التحليل السابق مدينة في أوهايو الأمريكية، راجع:

Donald Wittman, Ibid at p53.

ب - أهم ملامح بحث كوس عن التكاليف الاجتماعية:

يقدم كوس في بحثه تفسيراً وتحديداً للأسباب التي تدعو الدولة لتقديم سياسات عامة في المجال الاقتصادي - في ظل الفكر الاقتصادي التقليدي - وهو وجود خلل في السوق Market Failure^(٤٢). لوجود قصور في آليات السوق، وعجز هذه الآليات عن ضبط هذا الخلل، وبالتالي، فإن التدخل الحكومي لمعالجة هذا الخلل في السوق يبدو أمراً ضرورياً، كما أنه يحقق الكفاءة الاقتصادية والمصلحة العامة.

وإحدى صور التدخل الحكومي هي التدخل التشريعي بهدف حماية الحقوق وتحقيق الكفاءة الاقتصادية^(٤٣). فالنظام القانوني يؤثر على التكاليف المصاحبة للتعاملات Transaction Costs^(٤٤) مما يؤدي إلى خفض قيمة هذه التكاليف أو زيادتها، وبذلك يكون كوس من الرواد الأوائل الذين ربطوا بين النمو والكفاءة الاقتصادية من جهة، والنظام القانوني وحماية الحقوق من جهة أخرى^(٤٥).

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

Ibid at p 36-37. (٤٣)

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

(٤٥) للمزيد راجع:

John N. Drobak & Douglass C. North, Legal in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics 2nd Edition, Edward Elgar 2005, at p53-54.

الفصل الثاني

دراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي

يقتضي الحديث عن الإطار الاقتصادي لنظرية العقد توضيح الخلل الموجود في آليات السوق، وذلك من أجل توضيح الآلية التي يمكن اتباعها من خلال نظرية العقد لمعالجة كل خلل على حدة، وللإحاطة بذلك لا بد من الاتفاق بداية على الوضع المثالي للسوق.

وبناء على هذا الطرح سنتمكن من عرض الإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي، وتطبيقاً على ما سبق سنتعرض إلى الإفصاح كأحد أهم محاور نظرية فشل آليات السوق.

سنقوم بدراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي، وذلك بعرض للإطار الاقتصادي لنظرية العقد في المبحث الأول، ومنه سننتقل إلى عرض للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي في المبحث الثاني، والذي يتضمن ثلاثة فروع يتم دراستها من منظور اقتصادي (الإخلال بالالتزام العقدي، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي). أما الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي فسيكون محل دراستنا في المبحث الثالث والأخير.

المبحث الأول

الإطار الاقتصادي لنظرية العقد

كما تم توضيحه سابقاً من أن النظرية الاقتصادية تقر بوجود خلل في آليات السوق Market Failure، ومن ثم فإن ما يسمى بالعقد الكامل، وهو ذلك العقد الذي يصفه (كوتر والن) بالعقد الذي يقوم بمعالجة كافة الأحداث - أو الأمور الطارئة - المستقبلية والتي قد تحدث لكلا الطرفين سواءً نتيجة لفعلهما أو لأي سبب خارجي، بالإضافة إلى توافر جميع المعلومات بشكل كامل عن

كافة العوامل التي من الممكن أن يكون لها تأثير على العقد^(٤٦)، ولذا فإن افتراض إمكانية توافر هذه الشروط في العقد القانوني هو أمر غير واقعي، ويستحيل حدوثه في عالمنا الواقعي، ولذلك تأتي أهمية تحديد أوجه الخلل في آليات السوق لتحديد الدور الذي يفترض على نظرية العقد أن تقوم به لمعالجتها. وقبل الدخول في أوجه الخلل في آليات السوق والآلية التي تتبع في نظرية العقد لمعالجة كل خلل على حدة، فإنه من الأهمية بمكان معرفة ما هو الوضع المثالي للسوق من الناحية النظرية، وذلك لإسقاطها على الواقع العملي ومن ثم تحديد أوجه الخلل والتي ستمثل الأساس الاقتصادي لكثير مما جاء في نظرية العقد، ولتوضيح هذه المسألة بصورة مبسطة فإن الجدول رقم ١ يبين متطلبات السوق الكامل أو المثالي Perfect Market، وبعد ذلك سنتناول بالتفصيل الحديث عن التأسيس الاقتصادي للعديد من القواعد القانونية في نظرية العقد.

جدول رقم ١: الشروط المطلوبة للسوق المثالي

أشخاص عقلانيين Rational Actors:	يعتبر هذا الشرط الأول لتوافر السوق الكامل أو المثالي، ويقصد به أن الأشخاص المتعاقدة ومتخذي القرار يتصرفون بعقلانية لتعظيم ثروتهم وإيجاد العائد الأمثل والأفضل لمواردهم.
خيارات غير مقيدة Unconstrained Choices:	أن تكون خيارات أطراف التعاقد غير مقيدة بأي قيد؛ مثل أن يتخذوا قراراتهم تحت أي صورة من صور التهديد سواء من الدولة أو من الأفراد الآخرين، أو أن تكون خياراتهم مقيدة من ناحية تشريعية، ويستثنى من ذلك قيد ندرة الموارد.
غياب تكاليف التعاقد Absence of Transaction Costs:	إن تكاليف الدخول في أي تعامل مع الغير يفترض أن تكون محدودة لضمان انتقال الموارد المتاحة للمستخدم الذي يستطيع توظيفها بالشكل الأمثل، وهذا يعتبر من أهم شروط ومتطلبات السوق المثالي.

Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, prentice Hall, 2011, at pp. (٤٦) 224-232.

تابع / جدول رقم ١: الشروط المطلوبة للسوق المثالي

غياب التكاليف الخارجية Absence of Externalities ^(٤٧)	يجب ألا تكون هناك أي آثار جانبية للعقد على الغير؛ وبمعنى آخر فإنه يجب على الأطراف المتعاقدة تحمل كافة التكاليف والأضرار الناتجة عن تنفيذ العقد.
توافر المعلومات بشكل كامل Perfect Information	يجب أن تكون الأطراف المتعاقدة على إطلاع بكافة المعلومات التي ستؤثر على تصرفاتهم، ولا يقصد هنا التنبؤ بالمستقبل، بل يقصد بذلك المعلومات المتاحة وقت التعاقد حتى يستطيع طرفا التعاقد التصرف بشكل عقلاني.
المنافسة الكاملة Perfect Competition	الشرط الأخير هو توافر عدد معقول من المتعاملين بالسوق من مشترين وبائعين، وغياب أي احتكارات مطلقة أو نسبية، وبمعنى آخر لا يتمتع أي من الأطراف بقوة تفاوضية تعطيه ميزة تنافسية بالتفاوض للقيام على سبيل المثال بفرض شروطه على الطرف الآخر.

المصدر: Hatzis, Aristides N^(٤٨)

تأتي أهمية تبيان الوضع المثالي للسوق لتحديد إذا ما كان النظام القانوني بشكل عام والنظرية العامة للعقد بشكل خاص قد قامت بالتدخل التشريعي المناسب لمعالجة بعض من أوجه الخلل، إضافة إلى ما سبق فإن الفهم الاقتصادي للقانون وأهدافه الاقتصادية سيكون له بالغ الأثر لتقديم فهم أعمق للقانون، خاصة أن هناك شبه إجماع من قبل الاقتصاديين على أن هناك خللاً باليات السوق Market Failure، الأمر الذي يستدعي تدخلاً تشريعياً لمعالجة أو التخفيف من آثار هذا الخلل، وهناك شبه إجماع على أوجه الخلل في آليات السوق والتي تحاول النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد معالجتها سواء بشكل مقصود أو غير مقصود.

(٤٧) لتبيان ما هو المقصود بالتكاليف الخارجية راجع المبحث الثاني، ص ٢١.

(٤٨) Hatzis, Aristides N., *Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?*. THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=661661> or: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.661661>

ومن أجل توضيح أوجه الخلل الاقتصادي المختلفة التي قد تصيب آليات السوق، فإن الجدول رقم ٢ يقوم بعرض مبسط لتلك الاختلالات الاقتصادية.

الجدول ٢: أوجه الخلل الاقتصادي في آليات السوق التي تسعى نظرية العقد لمعالجتها

المبدأ القانوني في نظرية العقد المعالج لهذا الخلل	أوجه الخلل في آليات السوق وفقاً لنظرية خلل آليات السوق Market Failure
قواعد الأهلية (حيث إن هذه القواعد القانونية مبنية على أساس أن الأشخاص فاقد الأهلية غير أسوياء ومن ثم لايعتد بتصرفاتهم) ويهدف ذلك إلى التأكد من أن الأطراف المتعاقدة أسوياء وعقلانيون، وهو الأمر المطلوب للوصول إلى سوق مثالي، ولو بصورة نسبية.	التصرفات غير العقلانية والتي ينتج عنها تبديد للموارد Irrationality
القواعد الأمرة في القانون المدني والمسؤولية التقصيرية، بالإضافة إلى قواعد النظام العام، تهدف إلى الحد من تأثير التكاليف الخارجية للتصرفات العقدية، من خلال عدم اعتراف المحاكم ببعض أنواع العقود، وفرض المسؤولية التقصيرية لتحويل التكاليف غير المباشرة التي تنتج عن التصرف القانوني إلى تكاليف مباشرة يتحملها طرفا العقد.	التكاليف الخارجية السلبية Negative externalities
القواعد المنظمة لعيوب الإرادة (وقواعد الإفصاح والعيوب الخفي)، حيث إن هذه القواعد القانونية تهدف إلى الحد من ظاهرة غياب المعلومات عند التعاقد، الناتجة عن الخلل في آليات السوق الحر، ومعالجة هذا الخلل للوصول إلى المعلومات الكاملة Perfect Information.	غياب المعلومات عند تعاقد الأطراف Asymmetry of information
القواعد المنظمة لعقود الإذعان حيث تهدف إلى الحد من القوة الاحتكارية لأحد الأطراف المتعاقدة نتيجة خلل في آليات السوق، بالإضافة إلى النظرية العامة للغبن، حيث تهدف إلى معالجة هذا الاختلال في آليات السوق التي تنشأ نتيجة غياب المنافسة الكاملة.	القوة الاحتكارية لأحد المتعاقدين وغياب المنافسة الكاملة

المصدر: Hatzis, Aristides N

تعتمد نظرية العقد في التشريع الأمريكي على مبادئ قانونية أساسية قائمة على: أولاً أيديولوجية استقلالية الفرد، وانعكس ذلك على مبدأ حرية التعاقد Freedom of Contract^(٤٩) والحد من تدخل الدولة، ولقد تعدى هذا الأمر إلى تهميش كامل لدور الدولة حتى في الحالات التي يقوم فيها الفرد بالإضرار بمصالحه الشخصية (ما دام يتمتع بالأهلية الكاملة).

وبالإضافة إلى هذا المبدأ المهم، تقوم نظرية العقد في التشريع الأمريكي على فلسفة السوق الحر، ولعل إلغاء قوانين الربا أهم ما حققته هذه الفلسفة القائمة على الحرية الشخصية، حيث كانت هذه القوانين تضع قيوداً على الحد الأعلى للاقتراض، وقد تم إلغاؤها بأغلبية الولايات في الوقت الحالي^(٥٠).

ومن الأهمية بمكان تبيان أن تطور فلسفة نظرية العقد وصلت إلى مرحلة تم تقييد هذه المبادئ فيها انطلاقاً من أيديولوجيات فلسفة العدالة الاجتماعية وتعظيم دور المحاكم في الحد من آثار فلسفة السوق الحر بشكلها المطلق، مما دفع المحاكم إلى التدخل في الالتزامات التعاقدية انطلاقاً من مبادئ العدالة، خاصة في عصر ما بعد الثورة الصناعية وانخفاض شعبية أيديولوجية الفيلسوف بنتام Jeremy Bentham^(٥١).

وفي مرحلة أخرى انتقلت فلسفة القانون إلى هيمنة فلسفة التحليل الاقتصادي للقانون على أحكام المحاكم وتفسير القواعد القانونية الخاصة بنظرية العقد، بل إن تدخل المحاكم في تعديل أو إلغاء بعض بنود العقود من

(٤٩) من الأهمية بمكان توضيح أن مبدأ حرية التعاقد قد مر بعدة مراحل، وأصبحت المحاكم مستعدة أكثر مما سبق لتقييد حرية الأفراد. حول هذا الموضوع انظر: Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press 1985.

(٥٠) Robert L. Birmingham, Damage Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law, Duke Law Journal, Vol. 1969, No. 1 (Feb., 1969), at p58.

Ibid at p59.

(٥١)

خلال تقييد المبدأ العام القائم على أن "العقد شريعة المتعاقدين" عادة ما يكون له تأصيل اقتصادي، وإن غاب ذلك عن وجدان المحكمة ومنطوق وحيثيات أحكامها، وذلك من خلال تعديل بنود العقد للوصول لوضع أكثر كفاءة اقتصادياً، ولمعالجة اختلالات السوق الحر المشار إليها في الجدول رقم ٢ أعلاه.

المبحث الثاني

الإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانون الكويتي والأمريكي

في إطار تعرضنا للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانون الكويتي والأمريكي، سنتعرض إلى الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي (الفرع الأول)، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي من منظور اقتصادي (الفرع الثاني)، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي

تعد نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال efficient breach doctrine أحد أعمدة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد، ويقوم هذا المبدأ على فرضية أنه في بعض الأحيان يعتبر الإخلال بالالتزام العقدي أمراً إيجابياً من الناحية الاقتصادية، بمعنى أن نتائج هذا الإخلال تكون اقتصادياً ذات طابع إيجابي على الرغم من عدم قانونية العمل^(٥٢). ووفقاً لهذا المبدأ فإن الإخلال يعتبر كفوفاً efficient من ناحية اقتصادية إذا كان المردود الاقتصادي للشخص المدين في العقد يتجاوز خسائر الدائن^(٥٣). ولا يعني ذلك أن هذا الإخلال يعتبر تصرفاً مشروعاً.

Thomas J. Miceli, Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, (٥٢) Litigation, Oxford University Press, 1997, at p128-30.

Peter Linzer, On the Amorality of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and (٥٣) the Second "Restatement" Columbia Law Review, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1981), pp. 114-115.

ولتوضيح هذا المفهوم يقوم البروفيسور لينزر بتقديم المثال الآتي^(٥٤):

"زيد" يملك مصنع أخشاب لصناعة الأثاث، وقد طلب منه "عبيد" - وهو مالك لمتجر لبيع الأثاث - تصنيع ١٠٠ ألف كرسي بسعر ١٠ \$ للكرسي الواحد، ولإنجاز هذه الطلبية فإن مصنع "زيد" سيصل لطاقته التشغيلية القصوى ولن يستطيع القيام بأي طلبات أخرى إلى أن ينتهي من طلبية "عبيد".

تم توقيع عقد بين عبيد وزيد بهذا الشأن، ومن المتوقع تحقيق "زيد" ربح بمقدار ٢ \$ للكرسي الواحد وبإجمالي ٢٠٠,٠٠٠ \$ للصفقة.

وقبل البدء في عملية التصنيع، طلب "يوسف" - وهو مالك لمتجر متخصص في بيع الطاولات - من "زيد" صناعة ٥٠٠٠٠ طاولة خشبية بسعر ٤٥ \$ للطاولة الواحدة، وتكلفة إنتاج الطاولة الواحدة للمصنع تقدر بـ ٣٠ \$، أي أنه من المتوقع تحقيق "زيد" ربح بمقدار ١٥ \$ للطاولة الواحدة وبإجمالي ٧٥٠,٠٠٠ \$ إذا ما قبل هذا العرض من شركة يوسف، ولكن من أجل أن يقبل العرض فإن زيدا سيكون مضطراً للإخلال بالالتزام العقدي مع عبيد، مع العلم بأن هناك مصانع أخرى في المدينة قادرة على تصنيع الكراسي الخشبية المطلوبة من قبل عبيد، ولكن مصنع زيد هو الوحيد القادر على صنع الطاولات الخشبية في المدينة مما يعني أن شركة يوسف لن تستطيع أن تتفاوض مع أي مصنع آخر.

ولنفترض أن بسبب مخالفة زيد للعقد سيضطر عبيد للتفاوض مع مصنع آخر وأن التكلفة ارتفعت بنسبة ٢٠٪، أي بمبلغ ٢٠٠,٠٠٠ \$ إضافة إلى مصاريف أخرى سيتكبدها عبيد نتيجة إخلال زيد للعقد تقدر بـ ١٠٠,٠٠٠ \$، أي أن زيدا ملزم بتعويض عبيد بمبلغ وقدره ٣٠٠,٠٠٠ \$، على الرغم من هذا التعويض الكبير والذي يقدر بـ ٣٠٪ من إجمالي قيمة العقد فإن زيد سيحقق ربحاً وقدره ٤٥٠,٠٠٠ \$ نتيجة إخلاله بالعقد، وعبيد سيحصل على تعويض عادل والكراسي الخشبية، ويوسف سيحصل على الطاولات الخشبية التي

(٥٤) تم تغيير الأسماء من قبل الباحث.

يريدها بالإضافة إلى أن المصنع الذي سيتعاقد معه عبيد سيحصل على ربح وسيستطيع زيادة القدرة التشغيلية لمصنعه^(٥٥). هذا كله لن يحصل ولا يتصور إلا بسبب الإخلال بالالتزام التعاقدية الذي قام به زيد، ولهذا السبب سمي هذا النوع «الإخلال بالالتزام العقدي الفعال».

تبنى القانون الأمريكي هذا التوجه في شكل نظرية الإخلال بالالتزامات العقدية، ففي شروح القانون Restatement (Second) of the law of contracts لنظرية العقد بالقانون الأمريكي ينص على أن: "الهدف التقليدي للمسؤولية التعاقدية في نظرية العقد (في الولايات المتحدة الأمريكية المصطلح الدارج هو قانون العقود Contract Law) لا تتمثل في إكراه المدين لتنفيذ التزاماته العقدية تنفيذاً جبرياً، ولكن القانون تبني التعويض النقدي كمييار عام لمعالجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، حتى في حالات الإخلال العمدية فلم يميزها القانون عن الإخلال غير العمدي.... والتنفيذ العيني/الجبري هو بمثابة الاستثناء في حالة عدم كفاية وعدالة التعويض النقدي كآلية للتعويض"، وبشكل عام، فإن المدين قد يجد أن عدم وفائه بالتزاماته العقدية سيعود عليه بالنفع حتى في حالة أن قام بتعويض الدائن تعويضاً كاملاً للأضرار التي أصابته^(٥٦).

ويعتبر التنفيذ العيني/الجبري هو بمثابة الاستثناء في حالة عدم كفاية وعدالة التعويض النقدي كآلية كافية للتعويض. وقد قام البروفيسور فارنسوارث بتفسير ذلك بقوله إنه لو كان المجتمع يرى أنه يجب تنفيذ العقود، بغض النظر عن أي ظرف، لجعل مخالفة الالتزامات العقدية جريمة أو لوضع غرامة مدنية لها كما كان متبعاً في الدول الشيوعية عندما يكون هناك تعاقدات بين مؤسسات الدولة، وهو عكس ما تتبعه غالبية دول العالم من حيث إن فلسفة التعويض لا تقوم على أساس العقاب ولكن هي قائمة على تعويض الضرر^(٥٧). وقد تبني

Ibid. (٥٥)

For more details see the American Second Restatement of Contract law. (٥٦)

E. Allan Fransworth, Legal Remedies for Breach of Contract, Columbia Law Review, Vol 70, No 7 (1970) at pp1146-1147. (٥٧)

هذا الرأي الكثير من الفقهاء والقضاة ولو كان ذلك بشكل غير مباشر أو ضمنى ودون الإشارة إلى ما يسمى مبدأ الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال^(٥٨) (efficient breach Doctrine) وعلى رأسهم الفقيه والقاضي أوليفر هولمز عندما ذكر أن القانون العام Common Law مبني على أن الالتزام بالعقد إما يعني أن يتم تنفيذ العقد أو التعويض النقدي للدائن^(٥٩).

“The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it and nothing else”

وتأصيل هذه المسألة وفقاً لهولمز، مبني على أساس أن الوعد بعمل أمر ما يتضمن أيضاً الوعد بالتعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزام^(٦٠).

الفرع الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي من منظور اقتصادي

خلصنا سابقاً إلى أن الفلسفة الاقتصادية أصبحت جزءاً لا يتجزأ من نظرية العقد في الفقه الانجلوسكسوني، ويأتي موضوع التعويض الاتفاقي ليؤكد سمو كعب النظرية الاقتصادية على غيرها من النظريات الفلسفية القائمة على الحرية الشخصية ومبدأ سلطان الإرادة، حيث إن القواعد القانونية المنظمة للتعويض الاتفاقي أتت لتؤكد وترسخ نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال. فالقانون الأمريكي وضع قيداً على التعويض الاتفاقي والذي يطلق عليه في

(٥٨) هناك من يعترض على نظرية كفاءة القانون العام Common law ودور المحاكم في تعزيز مبادئ الكفاءة الاقتصادية انظر:

Gerald P. O'Driscoll Jr, Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 355-366.

(٥٩) للمزيد من التفاصيل انظر: Oliver Wendell Homes, Jr. The Path of Law, 10 Harvard Law Review 457, 1897.

(٦٠) See Jody S. Kraus, A Critique of the Efficient Performance Hypothesis, 116 Yale Law Journal, 568 2006.

القانون الأمريكي (Liquidated Damages)، وهذا القيد يتمثل في رفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بالتعويض الاتفاقي إذا كان يمثل غرامة أكثر منه تعويضاً.

ولقد تطور بشكل كبير استخدام المحاكم لهذا الحق، بمراقبة التعويض الاتفاقي، ومقداره. وعلى سبيل المثال طالبت المحكمة الفيدرالية مراجعة قيمة المبلغ المنصوص عليه في العقد، كتعويض اتفاقي، مقابل الأضرار الفعلية الناجمة عن الإخلال بالعقد، وتدخلت المحكمة بتقريب قيمة التعويض لكي يكون معبراً عن الأضرار^(٦١).

وتتلخص القضية في عدم إتمام صفقة شراء حصة ٤٩٪ من Colonial Hilton Inn في مدينتي لينفيلد وويكفيلد بولاية ماساتشوستس، رفع البائع دعوى قضائية ضد المشتري مطالباً إياه بتعويض قدره \$٢٠٠,٠٠٠.

وجدت محكمة المقاطعة أن المشتري كان على خطأ، ورأت أنه من حق البائع التعويض المتفق عليه، رفع البائع دعوى أمام المحكمة الفيدرالية، وقامت المحكمة الفيدرالية بمراجعة للتعويض المتفق عليه، وفقاً للربح الذي فات المتضرر، والمكسب المتوقع تحققه للمدعى عليه، وعلى أساس ذلك تم تعديل قيمة التعويض.

والسبب في ذلك يعود إلى أن الاعتراف المطلق بهذا النوع من الاتفاقيات سيقوض مبدأ الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال^(٦٢) كون أنه يلزم الطرف المخل بأكثر مما تحدده المبادئ العامة، وكون أن هذا الشرط يستخدم ليس من أجل التعويض ولكن كضمانة للالتزام الأطراف بالعقد^(٦٣).

(٦١) Colonial at Lynnfield v. Sloan, 870 F.2d 761 (1st Cir. 1989),
<http://federal-circuits.vlex.com/vid/lynnfield-sloan-zipes-37252283>

(٦٢) Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4 (May, 1977), pp. 556-559.

(٦٣) وقد تناولت مجموعة من الأحكام الأمريكية هذا الأمر انظر: الحكم في Henderson- Boyd Lumber Co. v. Cook, Ala.226, 42 So.838 (1906).

وعلى جانب آخر يفرض بعض الفقهاء عدم وجوب الاعتراف بالتعويض الاتفاقي في حالة اعتباره غرامة وليس تعويضاً حتى لو كان يتجاوز ما كان ستقره مبادئ التعويض في النظام القانوني، خاصة في التعاملات غير التجارية والتي من الممكن أن يكون الدافع وراء الدخول فيها إشباع حاجات نفسية، وليس تحقيق مكسب مادي، حيث إن مبادئ التعويض في القانون لن تكون كافية لتعويض الدائن في مثل هذه الحالات^(٦٤).

فعلى سبيل المثال لنفترض أن شخصاً ما أراد أن يفاجئ زوجته بهدية عبارة عن لوحة مرسومة من قبل أحد الرسامين المشهورين والمعروف عنه جودة عمله ولكنه لا يلتزم بمواعيد التسليم التي يتم الاتفاق عليها، ولكي يضمن الدائن التنفيذ في يوم محدد تم الاتفاق على أنه في حال مخالفة العقد يلتزم المدين بدفع مبلغ مليون دولار على الرغم من أن العمل بأكمله لا يتجاوز مائة ألف دولار، ففي هذه الحالة فإن هذا الاتفاق يعتبر بمثابة وسيلة للوصول للتنفيذ العيني خاصة إذا ما كان السبب وراء الإخلال لا يعود لظروف طارئة أو قوة قاهرة، ولا يعود لتصرفات الملتزم بالتنفيذ^(٦٥)، ومن الأهمية بمكان تبيان أن القانون الأمريكي يعطي المحكمة الحق إما لإلغاء البند الخاص بالتعويض الاتفاقي أو تنفيذه دون أن يكون لها الصلاحية بتخفيضه، ولكن في الغالب لاتقوم المحاكم بإلغاء هذا البند نظراً لأن المبلغ المتفق عليه يكون غالباً قليل القيمة^(٦٦).

ويعترض آخرون على وضع قيود على حرية الأفراد في الاتفاق على الشرط الجزائي؛ حيث إن ذلك يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد التي هي بذاتها تعتبر أحد أعمدة السوق الحر Laissez-faire، ومن ثم فإن وضع أي قيود قانونية على قيمة الشرط الجزائي يتعارض مع هذه المبادئ على الرغم من اعتراف المؤيدين لهذا التوجه بانحسار أيديولوجية حرية التعاقد مقابل

Hugh Collins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 2003, P.373. (٦٤)

Charles J. Goetz and Robert E. Scott, pp. 558-568. (٦٥)

Samuel A. Rea, Jr, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1984), pp. 148. (٦٦)

الدور الاجتماعي والاقتصادي لنظرية العقد، ولكنهم يرون أن القيود القانونية على الشرط الجزائي أصبحت ضحية لهذا الانحسار^(٦٧).

ومن الأهمية بمكان تبيان أن التوجه لعدم الاعتداد بالشرط الجزائي إذا تجاوز حدود ما بدأ ينتقل إلى الأنظمة القانونية اللاتينية وهو توجه مغاير لما كان متبعاً في هذه الدول. فعلى سبيل المثال في فرنسا كانت مدونة نابليون تتمحور حول أيديولوجية حرية التعاقد، وعليه نصت المواد ١٢٢٦ و ١٥٥٢ على أحقية الأفراد في الاتفاق على أي شرط جزائي، ولكن التعديلات التشريعية التي تمت في عام ١٩٧٥ أعطت القاضي الحق في تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أنه مبالغ فيه، فأصبح القانون أقرب للمبادئ المتبعة في القانون الأمريكي^(٦٨). وبذلك فإنه تم تقليل أو نزع الصفة التهديدية التي كان يتمتع بها الشرط الجزائي في القضاء والفقهاء الفرنسي التي كانت سائدة قبل التعديلات التي تمت في سبعينيات القرن العشرين^(٦٩).

وقد تبني المشرع الكويتي ذات التوجه من خلال اعتبار الاتفاق التعويضي آلية من آليات التعويض وليس شرطاً تهديدياً، حيث تم ربط مثل هذه الاتفاقات بوقوع الضرر لسريانها، وأعطى المحكمة الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه، وفي هذا المقام نصت المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي على أنه: "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق

Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, Michigan University Press, at (٦٧) pp. 187-189.

Ibid at p190. (٦٨)

للمزيد من الإيضاح بخصوص الوضع الذي كان سائداً بفرنسا قبل التعديلات التشريعية (٦٩) انظر: الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني الخاص بالاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية صفحة ١٨٨.

يخالف ذلك". ويترتب على ذلك أن المشرع قد اشترط ضرورة توافر ركن الضرر لاستحقاق التعويض، ولكن الإضافة التي تقدمها هذه المادة تتمثل في نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، فلا يتحمل الدائن - في حالة وجود اتفاق تعويضي - عبء إثبات حدوث الضرر ولكن يقتصر دوره على إثبات الخطأ من جانب المدين، ويقع على عاتق المدين نفي حدوث الضرر^(٧٠). والأساس الاقتصادي لهذه المادة هو تحقيق الاستخدام الأمثل للموارد، حيث إن الهدف هو التعويض وليس العقوبة.

وعند دراسة الالتزام القانوني للمدين بالتعويض فإن غالبية الأنظمة القانونية اشترطت بل أوجبت على الدائن التزام تخفيف والحد من أضراره الناتجة عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية Mitigation of Damages principle. وقد أوجب القانون الكويتي ذات الالتزام على الدائن حيث ألزمه أن يقوم بتلافي الأضرار الناتجة عن مخالفة المدين لالتزاماته العقدية، حيث تنص المادة ٣٠٠ من القانون الكويتي المدني على أن: "الضرر يجب أن يكون نتيجة طبيعية لمخالفة المدين للالتزامات العقدية للاعتراف به قانوناً، ولا يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا ما كان باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

والأساس الاقتصادي لهذا الالتزام هو التشجيع والتأكيد على الاستغلال الأمثل للموارد efficient.allocation of resources، فالهدف الأساسي لهذه القاعدة القانونية من منظور اقتصادي ليس حماية المدين من خلال تقليل حجم الأضرار التي سيكون مسؤولاً عنها، ولكن حماية الاقتصاد من عدم الاستغلال الأمثل للموارد المتاحة للمجتمع^(٧١). وكما تم تبيانه في تعريف علم الاقتصاد فإن المحفزات تعتبر مكوناً رئيسياً من مكونات علم الاقتصاد، ويأتي دور القاعدة القانونية في القانونين الأمريكي والإنجليزي الخاصة بالالتزام الدائن بالتخفيض والحد من الأضرار المترتبة على مخالفة المدين للعقد؛ لخلق حافز للدائن للحد

(٧٠) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي صفحة ٢٧٤-٢٧٥.

Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law, at p138

(٧١)

من الآثار السلبية المترتبة على هذه المخالفة، وخاصة أن التعويض في القانونين الأمريكي والإنجليزي قائم على أساس وضع الدائن في ذات الموقع الذي كان سيكون فيه في حال تم تنفيذ العقد، ولو اكتفينا بهذه القاعدة فسيترتب عليها هدر اقتصادي حيث إن التعويض الذي سيلتزم به المدين سيكون أعلى في هذه الحالة مما سيكون عليه في حال غياب أي التزام قانوني على الدائن، للتخفيض وللمحد من أضراره التي ستترتب نتيجة إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية^(٧٢). ويأتي التدخل القانوني بفرض هذه القاعدة القانونية لخلق الحافز الذي سيترتب عليه وقف أي هدر للموارد الاقتصادية للمجتمع بما فيها الطرف الذي أخل بالتزاماته القانونية، ولتوضيح هذا المفهوم فلنتصور أن هناك عقد إيجار وأن المستأجر قد خالف بنود العقد بمغادرته الشقة المؤجرة وتوقفه عن دفع الأجرة على الرغم من أن العقد سار ولمدة ستة أشهر إضافية؛ ففي هذه الحالة فإن المؤجر ملتزم قانوناً بأن يسعى إلى تخفيض أضراره، وذلك متصور من خلال الإعلان عن وجود شقة شاغرة للجمهور وإلا كان مخالفاً للالتزام بتخفيض الضرر، والفلسفة الاقتصادية كما تم تبيانه أعلاه تتمثل بالسعي لاستخدام الموارد المتاحة بالمجتمع استخداماً أمثل، ففي هذه الحالة فإن المجتمع سيستفيد من إعادة طرح الشقة للجمهور، حيث إن في غياب مثل هذا الالتزام فإن التصرف الطبيعي للمؤجر هو عدم الإعلان عن أن الشقة شاغرة خاصة إذا كان هناك ضمانات تغطي ضرر المؤجر سبق أن قدمها المستأجر.

الفرع الثالث

التعويض في القانونين الكويتي والأمريكي

خلصنا سابقاً إلى أن التعويض يعد أحد أهم المواضيع التي توضح مكانة النظرية الاقتصادية في نظرية العقد، ومن أجل تأكيد هذه الفكرة، وتوضيح الفلسفة الاقتصادية لمبدأ التعويض سنتعرض أولاً لتحليل الأسس الاقتصادية

Eric A. Posner, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Encyclopedia of law and economics, Vol. 3 (2000), at pp169-172. (٧٢)

للقواعد القانونية المنظمة للتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي، وثانياً إلى أنواع التعويض من منظور اقتصادي.

أولاً - التعويض في القانونين الكويتي والأمريكي من منظور اقتصادي:

قبل الشروع في تحليل الأسس الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للتعويض في نظرية العقد في كل من القانون الأمريكي والقانون الكويتي، علينا بداية أن نبين الفلسفة الاقتصادية لمبدأ التعويض، فوفقاً لفقهاء التحليل الاقتصادي للقانون فإن أهمية القواعد القانونية المنظمة للتعويض تبرز في العقود الزمنية، تلك العقود التي تتضمن عاملاً زمنياً لتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، وخلال هذه الفترة يكون الأطراف والعقد عرضة لما يسميه غويتز وسكوت احتمالية الندم Regret Contingency، ويقصد هنا باحتمالية الندم تغير الظروف المستقبلية لأحد طرفي التعاقد مما يدفعه إلى الندم على الدخول في مثل هذه الالتزامات التعاقدية، وبناء على ذلك يسعى إلى الهروب من تنفيذ التزاماته التعاقدية^(٧٣). وبناءً عليه فإن أحد الأسس الاقتصادية للتعويض في نظرية العقد هو خلق حافز يحد من حدوث احتمالية الندم، وفي حالة حدوثها فإن القواعد القانونية للتعويض تحدد القيمة المالية لنقل هذا الندم من رغبة إلى واقع حقيقي، وذلك من خلال عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية ودفع تعويض مالي للدائن كمقابل لهذا الواقع والرغبة.

ومن الأهمية بمكان أن نبين هنا أنه من وجهة نظر اقتصادية فإن القواعد القانونية لا تمنع الإخلال بالالتزامات العقدية ولكن تؤسس لها قيمة مالية^(٧٤) وذلك لخلق المجال أمام تنفيذ ما يسمى نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال Efficient Breach Doctrin التي سبق أن تم تناولها في بداية البحث.

Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of (٧٣) the Basis of Contract, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7 (Jun., 1980), pp. 1271-1276.

Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and (٧٤) Economics, Vol. 3 (2000) at p118.

وعليه نرى أن التعويض النقدي هو الأصل في القانون الأمريكي^(٧٥) والإنجليزي وأن التعويض العيني هو الاستثناء، ففي حال مخالفة أحد طرفي العقد التزاماته التعاقدية فإنه يلتزم بتعويض الطرف الآخر نقداً، ولا يحق للمدين طلب التعويض العيني إلا في حالات استثنائية كما تم تبيانه في المبحث السابق. والأمر الذي يؤكد حقيقة هذا التحليل هو أنه لو كان القانون يهدف إلى جعل الالتزام العقدي مسألة جبرية (ويقصد بالجبرية هنا أن تنفيذ العقد لا خيار فيه حتى لو التزم الدائن بالتعويض الكامل للمدين) لجعل التنفيذ العيني هو الأساس والنقدي هو الاستثناء، ويتضح ذلك في تشدد المحاكم الأمريكية في إعطاء الأوامر القضائية للتنفيذ العيني، أو الامتناع عن عمل لعدم تمكين المدين من مخالفة العقد، حيث إن المحاكم الأمريكية لا تقوم عادة بإصدار مثل هذه الأوامر إلا من باب الاستثناء، ويجب على الدائن أن يثبت للمحكمة أن التعويض النقدي - وهو الأصل - لن يكون كافياً لتعويض الدائن، هذا بالإضافة إلى أمور أخرى يستوجب على الدائن أن يثبتها^(٧٦)، أو من خلال الغرامات الجزائية كرادع لأي طرف يسعى للإخلال بالتزاماته التعاقدية.

ويقوم الأساس الاقتصادي في السماح للدائن بمخالفة التزاماته مع إلزامه بالتعويض النقدي على الاستحالة العملية للتنبؤ بكافة الأحداث التي قد تطرأ في المستقبل، ولو كان هذا الأمر قابلاً للتطبيق - وهو أمر غير متصور - لكان من الممكن قبول فكرة أن يقوم النظام القانوني لنظرية العقد بالاعتراف بالتنفيذ العيني كأصل، حيث إن أطراف العقد كانت على علم بكافة المعلومات والمعطيات المحيطة بالعقد، وعليه اتخذوا قرارهم بعد أن قاموا بالتثبت وتقييم كافة العوامل

See John D. Calamari & Joseph M. Perillo, The Law of Contracts, 4th Edition, (٧٥) West Group Publications, 1998 at p611-620.

(٧٦) للمزيد حول الأوامر القضائية وآخر التطورات القضائية بشأنها خاصة بعد حكم المحكمة الدستورية بقضية eBay انظر:

Mark P. Gergen, John M. Golden & Henry E. Smith, The Supreme Courts Accidental Revolution? The Test for Permanent Injunctions, Columbia Law Review, Vol 112 No 2, March 2012 at pp204-249.

المستقبلية، وانعكس هذا الأمر على العقد وعلى التزاماتهم المتقابلة، ولكن نظرية العقد غير الكامل أو الناقص Incomplete contracts theory والواقع العملي يؤكدان أن العقود دائماً لا تعالج كافة الأمور التي قد تحدث مستقبلياً، ويعود ذلك إلى أسباب اقتصادية أيضاً، فالوقت والجهد والتكلفة التي سيتكبدها أطراف العقد تفوق المنافع المرجوة من البحث عن كافة هذه العوامل وإضافتها في العقد^(٧٧)، وعليه فإن أطراف العقد يحق لهم مخالفة بنود العقد شريطة أن يكون هناك تعويض كامل وعادل للدائن، ويطلق الفقيه شافيل من جامعة هارفرد على هذه العقود الكاملة التي تم فيها الأخذ في الاعتبار بكافة الأحداث المستقبلية العقود الفعالة efficient contracts. ويرى شافيل وبارتون كذلك أنه يشترط لفاعلية النظام القانوني للتعويض efficient contract remedies regime أن يقوم على أساس تعظيم ثروة الطرفين في حالة مخالفة بنود العقد كما تم تبينه بالمثال السابق الخاص بنظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال^(٧٨).

وهذا الفكر الاقتصادي اعترفت به المحاكم الأمريكية، بل أن الفلسفة الاقتصادية لمبدأ الاستخدام الأمثل للموارد efficient allocation of resources امتدت لتشمل عدم تنفيذ بعض العقود التي تؤدي إلى الهدر الاقتصادي economic waste كونها تخالف النظام العام.

ففي قضية بولاية أوكلوهوما في عام ١٩٩٤ تتمحور أحداثها حول عقد تم توقيعه بين طرفين أحدهما شركة نפט وغاز (شركة أباتشي) والطرف الآخر مالك للأرض (فريد وزولا شنبييرغر) بموجبه يقوم صاحب الأرض بمنح شركة أباتشي حق استخدام الأرض لدعم بئر بجوار أرض عائلة شنبييرغر، وفي عام ١٩٨٤ وكجزء من تسوية تمت بينهما اتفق خلالها الطرفان على أن تقوم شركة

Benjamin Klein, the role of incomplete contracts in self-enforcing relationships, (٧٧) in the Economics of Contracts Theory and Practice, ed Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant, at pp. 60-62.

Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and Economics, Vol. 3 (2000) at p119-121. (٧٨)

أباتشي بالتقليل من التلوث البيئي الناتج من استخدام الأرض بعد الانتهاء من أعمالها، ولكن بعد أن انتهت شركة أباتشي من استخدام الأرض قامت بمخالفة الالتزام العقدي ولم تقم بتنظيف الأرض، وبناءً عليه قامت عائلة شنبيرغر بمقاضاة الشركة ومطالبتها بمبلغ مليون وثلاثمائة دولار والذي يمثل تكلفة تقليل مستوى التلوث بالأرض، وخلال المحاكمة قامت الشركة بإثبات أن قيمة الأرض بعد أن تتم عملية التنظيف والتي ستكلف ١,٣ مليون دولار سيزيد بقيمة ٥١٧٥ دولاراً فقط! وبناءً عليه فقد قامت المحكمة بتطبيق أحد مبادئ التعويض في القانون الأمريكي والذي يؤدي إلى أنه في بعض الحالات يكون التعويض هو قيمة الانخفاض في قيمة الأصل الناتج عن مخالفة الطرف الآخر لالتزاماته العقدية Diminution in value وليس تكلفة العمل الواجب تنفيذه والمنصوص عليه في العقد، خاصة في حالة وجود فرق كبير بين قيمة العمل الواجب تنفيذه وانعكاسه على القيمة الاقتصادية للأصل كما هو الحال في هذه القضية، كما تشترط بعض المحاكم ألا يكون هذا العمل شرطاً جوهرياً في العقد^(٧٩)، وهو الأمر الذي لم يكن ماثلاً في هذه القضية، حيث إن العائلة ستقوم ببيع الأرض ولن تستخدم الأموال للقيام بعملية التنظيف من التلوث وأن أصل العقد هو استخدام الأرض من قبل شركة أباتشي وهو ما حصل في الواقع، ونتيجة لذلك حكمت المحكمة لعائلة شنبيرغر بمبلغ ٥١٧٥ دولاراً، وهو الفارق في قيمة الأرض السوقية في حال قامت شركة أباتشي بتنفيذ التزامها العقدي^(٨٠). ومن المهم في هذا المثال تأصيل الإطار العام الذي استندت عليه

(٧٩) في قضية أخرى وعلى الرغم من وجود فرق شاسع بين قيمة العمل الواجب تنفيذه وانعكاسه على قيمة الأصل إلا أن المحكمة أمرت بدفع قيمة العمل الواجب تطبيقه انظر:

City School District of the City of Elmira v. McLane Construction Co., 85 A.D.2d 749, 445 N.Y.S.2d 258 (1981).

(٨٠) من المهم التنويه على أنه في القرن التاسع عشر كانت نظرية القانون المنظم للالتزامات العقدية الكلاسيكية ترفض مثل هذا التحليل، حيث إنها كانت قائمة على

المحكمة، فوفقاً لقواعد التعويض في القانون الأمريكي فإن المحكمة عندما تقرر مبلغ التعويض تقرر إما التكلفة التي سيتكبدها الدائن لتنفيذ الالتزام الذي كان يفترض أن يقوم به المدين، أو أن يتم تحديد القيمة التي فقدها الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه، وهذا الاختيار لا يكون للدائن ولكن تحكم به المحكمة بناءً على ظروف القضية.

وعند النظر في القانون الكويتي نجد أن المشرع قد تبني التنفيذ العيني كقاعدة عامة وليس استثناءً في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته العقدية، فقد نصت المادة ٢٨٠ على أنه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عليه". ويتفق القانون المدني المصري مع القانون الكويتي في ذلك فتنص المادة ٢٠٣ على أن: "(١) يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ممكناً. (٢) على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

ويتضح من ذلك أن الأصل في تنفيذ الالتزام عينياً، ويستثنى من ذلك أن يكون التنفيذ مرهقاً للمدين؛ عندئذ يجوز الاقتصار على دفع تعويض نقدي ما لم يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً، هذا ما أكده قضاء محكمة النقض المصرية بقوله: "إن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن فوراً بحيث يجوز الجمع بينهما، إذ إن تنفيذ الالتزام

= مبدأ استقلالية الأفراد وحقهم المطلق للدخول بأي تعاقد بغض النظر عن آثار هذا التعاقد على أي من الطرفين، فالعقود كانت لها قدسية خاصة في ذلك الوقت. للمزيد من التحليل عن التطور الفكري في القانون الأمريكي راجع:

Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, 8th edition at p 228-230.

M?rquez-Escobar, Pablo, (2010), Contract law and economics: cycles and equilibrium in the cannon of North American legal thought, UNIVERSIDAD JAVERIANA - BOGOT?, issue, <http://EconPapers.repec.org/RePEc:col:000441:009245>.

إما أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزام به أو تنفيذاً عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني، أو إذا كان ينطوي على إرهاب للمدين^(٨١).

وذلك بخلاف ما تبناه القانون الأمريكي كما تم تبينه أعلاه، وتبنى المشرع الكويتي ذات التوجه في حالات التنفيذ العيني فقد نصت المادة ٢٨٤ على: "يجبر المدين، بعد إعداره، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. (٢) ومع ذلك إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً". والتنفيذ العيني جذوره تمتد إلى المدرسة الشخصية في تنظيم العقود، حيث إن هذه المدرسة تنظر إلى أن الدافع وراء الدخول في التعاقد له مسبباته الشخصية ولا يمكن للتعويض النقدي أن يعوض هذه الخصوصية والدوافع وراء الدخول في العقد، وبناءً عليه فإن التنفيذ العيني هو الخيار الأنسب للدائن في حالة مخالفة المدين للعقد^(٨٢). ومسألة إرهاب المدين والضرر الجسيم للدائن المنصوص عليها في القانون المدني الكويتي في المادة ٢٨٤ في حقيقتها مبنية على أسس اقتصادية، وقائمة على ما اصطلح عليه في أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون تحليل المنافع والتكاليف Cost Benefit Analysis. ومعيار إرهاب المدين الوارد في المادة ٢٨٤ يتمثل فيما يسمى التكلفة البديلة المتاحة للدائن.

ولتوضيح هذه الفكرة سنتعرض إلى إحدى قضايا مجلس اللوردات البريطاني *Co-operative Insurance Society v Argyll Stores*^(٨٣) والتي تعرضت لهذه المسألة في وقائع قضية تتلخص أحداثها في نزاع بين شركة مالكة لمجمع تجاري، قامت بتأجير أحد أكبر المتاجر المتوفرة بالمجمع لشركة

(٨١) الطعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٦٠ ق. جلسة ١٩٩٤/٤/٧ س ٤٥ ج ١ ص ٦٦٣.

(٨٢) Timothy J. Muris, The Costs Of Freely Granting Specific Performance, Duke Law Journal, Vol 1982: at p1053.

(٨٣) [1998] AC 1, [1997] 2 WLR 898 (HL).

أرغيل، وهي شركة تملك وتدير عدداً كبيراً من الأسواق التجارية Super Markets، وكان عقد التأجير يمتد لمدة ٣٥ سنة، وينص على أن المستأجر يلتزم بتشغيل المحل التجاري كسوق تجاري طوال مدة العقد، وكان هذا المتجر هو الأكبر والأهم من ناحية استقطاب الزوار للمجمع التجاري، وبعد مضي بضع سنوات تكبد المستأجر خسائر على مستوى الشركة، وقرر إغلاق ٢٧ متجراً غير مربح كجزء من إعادة الهيكلة، وكان من ضمن هذه المتاجر المتجر الواقع بالمجمع التجاري، وعليه قام المؤجر برفع دعوى تنفيذ عيني يطلب من المحكمة أن تأمر المستأجر بالاستمرار في تشغيل المتجر، نظراً لأن المجمع التجاري يعتمد بشكل كبير على وجود المتجر، وقد قام مجلس اللوردات برفض طلب التنفيذ العيني والاكْتفاء بالتعويض النقدي، وقد قام اللورد هوفمن بكتابة حكم المحكمة، والتسبب الذي أورده اللورد هوفمن لرفض المحكمة طلب التنفيذ العيني يتمثل في أن المحكمة لن تأمر المدين بالاستمرار بتشغيل المتجر بخسارة للمدة المتبقية، وذلك ليتمتع الدائن بالانتعاش الذي يجلبه هذا المتجر للمجمع التجاري كونه من أهم أسباب استقطاب الزبائن للمجمع، ومن غيره فإن عدد الزوار سينخفض، الأمر الذي سيجلب عليه خسارة للمجمع التجاري، وفي حالة الموافقة على طلب التنفيذ العيني فإنه سيكون هناك إثراء للدائن على حساب المدين، وهو الأمر الذي ترفضه المحكمة خاصة أن خسائر المدين ستفوق مكاسب الدائن في حالة الحكم بالتنفيذ العيني^(٨٤). ولعل هذا الحكم يظهر أن هناك حالات يكون فيها إرهاب للمدين، المستأجر في القضية السابقة من حيث إن إلزامه بالاستمرار بالعقد سيجلب عليه خسائر للمدين، في الوقت نفسه فإن غياب التنفيذ العيني سيجلب عليه ضرر جسيم للدائن. والسؤال الذي يطرح هنا مصلحة من هي التي يجب أن تسمو؟ من منظور اقتصادي، وهو

Daniel Friedman, Economic Aspects of Damages and Specific Performance (٨٤) Compared in Contract Damages; Domestic and International Perspectives, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, 2008 Hart Publications at p 76-79.

منظور يجب أن يكون حاضراً بشكل دائم عند قراءة النصوص القانونية خاصة تلك التي تنظم علاقات تجارية بين الأفراد، فالتنفيذ العيني وفقاً للمادة ٢٨٤ لا محل له، ويستبدل بالتعويض النقدي في حالة أن التكاليف التي سيتم تكبدها نتيجة الحكم بالتنفيذ العيني ستفوق المنافع التي ستنتج نتيجة تبني التنفيذ العيني، بغض النظر عن سيطحمل التكاليف ومن سيستفيد؛ نظراً لأن هذا الأمر سينتج عنه استخدام سيئ للموارد المتاحة inefficient allocation of resources.

أما المشرع الكويتي فقد تبني توجهاً مغايراً للقانون الأمريكي والإنجليزي. فالتعويض النقدي ليس هو الأصل في القانون الكويتي كما هو الحال بالقوانين الأمريكية والإنجليزية، وعليه فإن التعويض النقدي يصبح خياراً متاحاً في حالات محددة أهمها إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، أو أنه أصبح غير ممكن كما هو في حالة هلاك المبيع، وكذا هو الحال في القانون المصري وعلى ما تواترت عليه أحكام محكمة النقض أنه: "لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عيناً إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة ٢٠٣/٢ من القانون المدني أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين، إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"^(٨٥).

وبناءً على هذا التوجه فإن نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال لا يكون لها محل في القانون الكويتي إلا في حالات استثنائية، هذا التوجه من المشرع يتعارض مع المبادئ السائدة في أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون، حيث إن التنفيذ العيني له - من وجهة نظر فقهاء التحليل الاقتصادي للقانون - عيوب من الناحية الاقتصادية، فالعقود بطبيعتها غير مكتملة - كما سبق توضيحه - ولا يمكن تخيل تضمينها لجميع الاحتمالات التي قد تظهر مستقبلياً بعد التعاقد، وعليه فإن إكراه الأطراف على التنفيذ العيني كقاعدة عامة يترتب عليه آثار اقتصادية سلبية عديدة، أول هذه الآثار السلبية يتمثل في غياب إمكانية استخدام الموارد استخداماً أمثل، والمثال الذي تم الاستدلال به من قبل عند مناقشة مبدأ الإخلال

(٨٥) الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق. جلسة ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٢١.

بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال يؤكد ذلك^(٨٦). بالإضافة إلى ذلك فإن المحاكم في حالة التنفيذ العيني ستكون مسؤولة عن الإشراف على هذا الالتزام والتأكد من تنفيذه بالكامل، ومن جودة المبيع في حالة إلزام البائع بالتنفيذ العيني، مما يؤدي إلى زيادة في نفقة التنفيذ وهدر للموارد.

ولبيان هذه النقطة فلنفترض أن البائع عبارة عن مصنع والتنفيذ العيني يتطلب من هذا المصنع تنفيذ التزامه بتصنيع ألف كرسي وبالمواصفات التي تم الاتفاق عليها، ففي هذه الحالة فإن المحكمة - للتأكد من إتمام التنفيذ العيني- يجب أن تطمئن على جودة المبيع، والفصل بين المتعاقدين في حالة وجود نزاع بينهم بخصوص جودة الكراسي، وكل هذه الأمور تستنزف موارد المحكمة ويترتب عليه استغلال سيء للموارد^(٨٧). وعلى الرغم من أن الأنظمة القانونية اللاتينية Civil Law Systems تتبنى كأصل عام التنفيذ العيني فإن الكثير منها قد قام بتخيير الدائن بين التعويض النقدي والتنفيذ العيني، كما أن الدراسات الميدانية أثبتت أن طلبات التنفيذ العيني بدأت في الانحسار في دول مثل الدنمارك^(٨٨). بالإضافة إلى أن الدول الأوروبية بدأت تبتعد عن التنفيذ العيني من خلال وضع بعض الاستثناءات مثل القانون الألماني الذي ينص على أنه لا يحق للدائن طلب التنفيذ العيني إذا ما كانت هناك سلعة بديلة والحصول عليها متاح بتكلفة معقولة، ففي مثل هذه الحالة فإن التعويض النقدي هو الإجراء متاح للدائن^(٨٩). والعديد من كتابات الفقهاء تؤكد أن الفرق بين النظام القانوني العام Civil Law Jurisdictions والأنظمة القانونية اللاتينية Civil Law Jurisdictions هو نظري، وأنه من المنظور العملي فإن التعويض النقدي هو الخيار متاح خاصة في القانون الألماني فوفقاً للفقهاء "Zweigert and Kotz"

(٨٦) انظر: الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي، ص ٢١.

(٨٧) Steven Shavell, Specific Performance versus damages for breach of contract, Discussion Paper No 532, John M. Olin Center of Law, Economics, and Business, Harvard University, 11/2005 at p 12-13.

(٨٨) Henrik Lando & Caspar Rose, On the enforcement of specific performance in Civil Law countries, International Review of Law and Economics 24 (2004) at p 473-477.

Ibid at p 479-480.

(٨٩)

In Germany,... where the claim to performance is regarded as the primary legal remedy, it does not in practice have anything like the significance originally attached to it, since whenever the failure to receive the promised performance can be made good by the payment of money, commercial men prefer to claim damages rather than risk wasting time and money on a claim for performance whose^(٩٠) execution may not produce satisfactory results.

وقد أكد البروفيسير شيفال أن التنفيذ العيني يجب أن يقتصر تنفيذه على العقود التي ترد على بيع العقارات دون عقود بيع السلع والخدمات، ويعود ذلك لأسباب اقتصادية، حيث تزداد بنسبة كبيرة المخاطر غير المعلومة - أو التي يمكن توقعها - في تعاقدات السلع والخدمات من تلك التي يتعلق موضوعها بالعقارات. وعلى سبيل المثال بافتراض أن هناك عقد حفريات، وأن المسح الجيولوجي - بافتراض أنه من مسؤولية الشركة التي ستقوم بتنفيذ العقد - لم يكشف عن وجود طبقة صلبة بالأرض تتطلب نوعاً خاصاً من المعدات لا تتوفر لدى الشركة، وشراؤها أو تأجيرها سيكبد الشركة خسائر كبيرة، ففي مثل هذه الحالات فإن الشركة تفضل أن تتوقف عن العمل مع التزامها بالتعويض النقدي نظراً للتكاليف الكبيرة في حالة إلزامها بالتنفيذ العيني، وفي حالة إلزام المحكمة للشركة بالتنفيذ العيني، يصعب على المحكمة التأكد منه، وعليه يرى أنصار التحليل الاقتصادي للقانون أن التنفيذ العيني يجب ألا يكون هو الأصل وإنما يعتبر استثناء.

ثانياً - أنواع التعويض من منظور اقتصادي:

فلسفة التعويض في الفقه

يأتي التنظيم القانوني للتعويض في صلب النظرية الاقتصادية لنظرية العقد، وهو ما خلصنا إليه سابقاً، فإن الأصل في القانون الأمريكي هو التعويض النقدي وأهم أنواع التعويض النقدي في القانون الأمريكي هو expectation

Zweigert and Kotz (1998), p. 484.

(٩٠)

damages. وهذا التعويض يهدف إلى وضع الدائن في ذات الموقع في حال تم تنفيذ العقد بما يشمل الكسب الفائت، وذلك وفقاً لشروط حددها القانون^(٩١).

وعلينا أن نوضح أن فلسفة التعويض في القانون الأمريكي - وإلى حد ما القانون الإنجليزي - قامت أسسها على عمل الفقيهين فولر وبيردو في بحثهما المنشور في العام ١٩٣٦ والذي من خلاله قام فولر بشكل خاص بتبيان المصالح Interests، وأوجه التعويض التي يمكن أن يسعى القانون لتغطيتها في حالة وجود إخلال بالالتزام العقدي^(٩٢). والمساهمة الحقيقية لهذا العمل تتمثل في التأصيل الفلسفي لمبدأ التعويض للأرباح المتوقعة Expectation Damages حيث إن التعويض مبني على فلسفة أن المدين يستحق جميع المنافع التي كانت ستؤول إليه في حالة أن الدائن التزم بتنفيذ العقد، وذلك على الرغم من أن هذا التعويض يشمل منافع لم تؤول للدائن، وعليه فإن العدالة تنتقل من كونها عدالة تصحيحية Corrective Justice إلى أن تصبح عدالة إعادة توزيع الثروات Distributive Justice. وبمعنى آخر، فإن تبني القانون لمثل هذا النوع من التعويض قد ألزم الدائن بالتزام إيجابي مفاده أنه عليه أن يقوم بتعويض المنافع المتوقعة من العقد Positive duty to benefit the promise وليس مجرد التزام سلبي بعدم الإضرار بالمدين Negative duty not to injure the promise^(٩٣).

وهناك بعض الفقهاء الذين اعتبروا أن التعويض النقدي هو بمثابة خيار Option متاح للمدين لإعادة شراء التزامه التعاقدية، ويستطيع استخدامه متى ما ارتأى له أن المنفعة المرجوة أعلى من قيمة هذا الخيار (خيار الفسخ وإلغاء التزاماته)، وتتمثل قيمة هذا الخيار في المبلغ الذي سيستحقه الدائن لو وضعه في ذات الموقع الذي كان سيكون فيه في حال قد تم تنفيذ العقد، ومن الأهمية

(٩١) Williston, A, Treatise on the Law of Contracts, Mount Kisco, N.Y. Baker, Voorhis & co. 3rd, 1968 at pp. 198-200.

(٩٢) L.L Fuller & William R. Perdue Jr, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936, pp52-96.

Peter Benson, at p31.

(٩٣)

يمكن التأكيد على أن قيمة هذا الخيار قد تأتي جراء حكم قضائي، أو من خلال عقد تسوية بين الدائن والمدين^(٩٤).

ويأتي اعتراف القانون والقضاء في النظام القانوني الأمريكي بمبدأ الكفاءة الاقتصادية Economic Efficiency، سواء أكان هذا الاعتراف بقصد أم غير مقصود، ومن ثم اعتبار الإخلال بالالتزام العقدي والحق في التعويض النقدي الناتج من هذا الإخلال سينتج عنه نتائج اقتصادية إيجابية، بل إن الأفراد عادة ما يقومون بتسوية خلافاتهم خارج أسوار القضاء كنتيجة لوجود بعض القواعد القانونية غير المبنية على الكفاءة الاقتصادية^(٩٥).

المبحث الثالث

الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي

لعل أهم محاور نظرية فشل آليات السوق Market Failure هو نقص المعلومات المتاحة التي يستطيع الأفراد الاعتماد عليها في اتخاذ قراراتهم النهائية والتصرف بشكل عقلاني Rational Behavior، وعليه فإن القواعد القانونية عادة ما تتدخل لمعالجة هذا الخلل في آليات السوق من خلال فرض الالتزام بالإفصاح^(٩٦)، ولكن فرض وجود معلومات كاملة للأطراف المتعاقدة يصطدم بمجموعة تحديات اقتصادية وعملية كما سيتم تبينه بهذا المبحث.

وعليه فإن التزام الإفصاح يعد أحد أعمدة نظرية العقد، وتتضح أهميته بشكل خاص في عقود البيع ممتثلاً في القواعد القانونية المنظمة للعيوب الخفية في المبيع والقواعد الخاصة بالتدليس؛ باعتبار أن السكوت عن الإفصاح عن معلومات جوهرية يعد من أوجه التدليس، كما سيتم تبينه بشكل تفصيلي بهذا المبحث.

(٩٤) Paul G. Mahoney, Contract Remedies and Options Pricing, Journal of Legal Studies, Vol 24, No 1 (1995) at p140.

(٩٥) Vincy Fon & Francesco Parisi, Litigation and the Evolution of Legal Remedies: A Dynamic Model, Public Choice, Vol 116, No (2003) at p420.

(٩٦) Michael J. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press, at pp102-104.

ولكن مسألة الإفصاح أشمل من القواعد القانونية المنظمة للعيوب الخفية، فعلى سبيل المثال هل يلتزم البائع بالإفصاح للمشتري بأن استخدام المبيع يتطلب تصريحاً خاصاً لاستخدامه، وعليه يجب على المشتري أن يكون حاصلًا على مثل هذا الترخيص أم أن التزام معرفة هذه المعلومة يقع على عاتق المشتري^(٩٧)؟ هناك تردد كبير لدى الفقهاء في التوسع في فرض التزامات بخصوص الإفصاح ومنهم ريبيرت وبوثيروغيسيتين في فرنسا خاصة في حقبة ما قبل ستينيات القرن الماضي^(٩٨)، ولكن بعد ستينيات القرن الماضي أصبح هناك توجه إلى التوسع في الالتزامات المتعلقة بالإفصاح في مرحلة ما قبل التعاقد واعتبارها جزءاً من القانون الفرنسي، ولعل مسألة الإفصاح تبدو بسيطة للوهلة الأولى خاصة إذا ما تم النظر إليها من منظور المشتري الضعيف والبائع الجشع، ولكن هذا الأمر، لا يعكس حجم وأهمية هذه المسألة، فالمسألة أكبر بكثير من مسألة البائع الجشع والمشتري الضعيف، فعلى سبيل المثال هل يجب أن يلزم القانون طرفي العلاقة التعاقدية بالإفصاح عن أي معلومة جوهرية غير معلومة للطرف الآخر قبل الدخول في علاقة تعاقدية؛ خاصة إذا كانت هذه المعلومة قد تم التوصل إليها بتكلفة مالية، مثل تكليف أحد المكاتب المتخصصة للحصول على هذه المعلومة^(٩٩)؟

ولعل قضية *Lailaw v. Oregon* مثال عملي على أن مسألة الإفصاح لا تتعلق دائماً بحماية المشتري فقط، ففي هذه القضية يعمل "اورغن" كتاجر بالعمولة المتخصصة بتجارة التبغ في ولاية نيو اورلينز، وفي تاريخ ١٩ فبراير ١٨١٥ تم إبلاغه بأن معاهدة سلام قد تم توقيعها بين الجانب الأمريكي

(٩٧) Pierre Legrand, Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 3 (Winter, 1986), pp. 322-323.

(٩٨) Ibid at p324.

(٩٩) ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن قوانين الإفصاح الخاصة بأسواق المال خارجة عن نطاق هذا المبحث.

والبريطاني معلنة انتهاء حرب ١٨١٢، وفي ذات اليوم قام "اورغن" بالاتصال بشركة ليدلو وقام بطلب كمية من التبغ، وقد قام ممثل البائع بسؤال اورغن إذا ما كان هناك أي أخبار قد تؤثر بسعر البيع ولم يتضح ما إذا كان "اورغن" قد أجاب عن هذا السؤال أم لا، وبعد الإعلان عن اتفاقية السلام ارتفع سعر التبغ بحوالي ٣٠-٥٠٪. وبناءً عليه قام البائع برفع دعوى على المشتري على أساس أنه لم يتم بالإفصاح عن هذه المعلومة الجوهرية، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأسباب إجرائية ولكنها أشارت في حكمها إلى أن المشتري ليس عليه أي التزام بالإفصاح عن المعلومة للبائع^(١٠٠).

فأدبيات التحليل الاقتصادي للقانون تقدم حلولاً متضاربة، فالبعض يرى أن أي قاعدة قانونية تلزم الأطراف بالإفصاح عن كافة المعلومات الجوهرية للطرف الثاني سيكون لها آثار سلبية على المجتمع ككل؛ حيث إن مثل هذا الالتزام سيقوض أي حافز للأفراد للبحث والتحري عن المعلومات، فكلتا الطرفين سيعتمدان على بعضهم البعض، وهذا الاعتماد التبادلي سيكون بمثابة حافز سلبي لهما للبحث والتحري لاعتمادهما على بعضهم البعض، ومن ثم فإن قراراتها لن يترتب عليها استخدام أمثل للموارد من الناحية الاقتصادية، وذلك نظراً لغياب المعلومات الجوهرية بسبب اعتمادهما على بعض^(١٠١).

ووفقاً للفقهاء كورمن فإنه يجب التمييز بين المعلومات التي يتم تحصيلها بشكل مباشر وبمجهود أحد الأطراف، والمعلومات التي يتم تحصيلها بشكل عرضي Casually، وأنه يجب أن يكون الالتزام القانوني للإفصاح منحصراً في المعلومات التي يتم الحصول عليها بشكل عرضي، خاصة أن المعلومات التي تم الحصول عليها بشكل مباشر تمثل ملكية خاصة، ومن ثم فإنه لا يوجد أي التزام للإفصاح عنها، وفرض أي التزام قانوني للإفصاح عن هذه المعلومة

Laidlaw v. Oregon, 15 U.S, 1817

(١٠٠)

Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality, Oxford (١٠١) University Press, at p271

يترتب عليه تحويلها من ملكية خاصة إلى ملكية عامة دون وجود أي تعويض لصاحبها؛ ذلك بالإضافة إلى الآثار السلبية في حالة وجود التزام قانوني للإفصاح عن مثل هذه المعلومات على المحفزات للحصول على المعلومات، خاصة أن المعلومات تمثل عصب السوق الحر وأحد أعمدته الرئيسية، فبناءً على المعلومات المتاحة يتم تداول الموارد المتاحة بشكل فعال، وفرض التزام بالإفصاح عن هذه المعلومة سيخلق حافزاً سلبياً للأفراد للسعي وتكبد تكاليف للحصول على مثل هذه المعلومات، وذلك بعكس المعلومات العرضية التي لا تكبد صاحبها أي تكاليف.

يضاف إلى ما سبق فإن تبني مثل هذه القاعدة القانونية بخصوص الالتزام بالإفصاح من قبل الطرفين سيترتب عليها تخفيض التكلفة على البائع، أيضاً فيما يتعلق بالبحث عن أي معلومات عن المبيع خاصة إذا ما كانت من قبيل المعلومات العامة المتاحة؛ حيث إن المشتري في هذه الحالة سيكون ملزماً بالإفصاح عن المعلومات العرضية التي تصله، ويرى الفقيه كورمن أن الأطراف يحق لهم الاتفاق على خلاف ذلك، أي أنه من الأفضل أن تعتبر هذه القاعدة من القواعد التكميلية وليست الآمرة^(١٠٢). كما يرى الفقيه كورمن أن طبيعة بعض العقود تستوجب أن يكون لها وضع استثنائي لهذه القاعدة مثل العيوب الخفية، وهذا الاستثناء له مبرراته الاقتصادية، حيث إن تكلفة الحصول على معلومات فيما يتعلق بالعيوب الخفية ستكون مرتفعة جداً، بالإضافة إلى أن البائع لم يستثمر للحصول على هذه المعلومات ولكن توافرت لديه نتيجة استخدامه للمبيع، فالمعيار في جميع هذه الحالات يتمحور حول تأثير القواعد القانونية على المحفزات، بالإضافة إلى تأثيرها على تكاليف التعاقد Transaction Costs.

وفي الإطار ذاته نجد أن المشرع المدني الكويتي لم يذكر مصطلح الإفصاح، وإنما عبر عن الإفصاح بمفهوم المعاكسة وذلك عند معالجته لموضوع التدليس كأحد عيوب الرضا، التي تؤثر على صحة التعاقد، حيث نص المشرع الكويتي في المادة ١٥٢ من القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ على أن: "يعتبر بمثابة

الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملايساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به".

ويلاحظ أن المشرع اعتبر الكتمان وعدم الإفصاح عن المعلومات نوعاً من التدليس، وإن كان السكوت يتضمن نشاطاً سلبياً^(١٠٣)، إلا أنه يمثل إخلالاً بواجب المصارحة وحسن النية التي يفرضها القانون، فالصدق وحسن التعامل أحد مقومات الصفة العامة في إبرام العقود.

وتثار هنا إشكالية تحديد طبيعة المعلومات التي يلتزم المتعاقدون بالإفصاح عنها، والذي قد يعد السكوت عنها نوعاً من التدليس، فما هي المعلومات التي يلتزم المتعاقدون بالإفصاح عنها؟

تجيب المادة ٢٥ من القانون المدني الكويتي^(١٠٤) والمادة ٩٥ من القانون المدني المصري^(١٠٥) عن هذه الأسئلة، حيث توجب على البائع إخبار المشتري

(١٠٣) النص في المادة ١٢٥ من القانون المدني . يدل على أن الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر، متى كان هذا الأمر يبلغ حداً من الجسامه بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروط (طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق . جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ س ٤٤ ع ٣ ص ٢١٧).

(١٠٤) م ٢٥ مدني كويتي: إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

٢ - وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة. (١٠٥) م ٩٥ مدني مصر: إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

بالمعلومات الجوهرية في المبيع، إلا أن المشرع لم يشترط الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية وذلك لصعوبة تطبيق ذلك في العمل، بل إن العقد يتم فقط بالمسائل الجوهرية، وأي خلاف على المسائل التفصيلية، يكون للمحكمة النظر فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وعاد المشرع المصري وأكد على ضرورة الإفصاح عن المعلومات الجوهرية في المادة ١٠١ من القانون نفسه، حيث جاء نص الفقرة الأولى كما يلي "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية"، ولكن ماذا يقصد المشرع في المادتين (٩٥ . ١٠١) بالمسائل الجوهرية؟ وما معيار التمييز بين ما هو جوهري وما هو تفصيلي؟

يرى الفقيه السنهوري أن على القاضي تقدير المسائل الجوهرية وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة - طبقاً للمعيار الشخصي للمتعاقدین- فإذا كانت تلك المعلومة جوهرية، أي أن المشتري كان سيرفض الشراء في حال أنه وصل إلى علمه هذا الأمر، بطل العقد لعدم توافر عنصر التراضي لغياب الباعث على التعاقد، أما في حالة أن المشتري لم يكن يؤثر في قراره تلك المعلومة، ففي هذه الحالة لا يمكن إبطال العقد، كمالك الأرض الذي يعلم أنه سيتم إنشاء مصنع بالقرب من أرضه، مما قد يؤثر على سعر الأرض إذا استعملت لبناء برج سكني، فإذا قام الشخص بشراء الأرض لبناء مصنع عليها، فلا يمكنه الرجوع على البائع بأنه أخفى عنه بناء مصنع بالقرب منه، لأن ذلك لن يؤثر على الباعث في موافقة المشتري على الشراء، ولكن هذا الأمر في حالة الحصول على المعلومة بدون جهد، فما هو الحال إذا بذل مالك الأرض جهداً للحصول على المعلومة، فهل يلتزم بالإفصاح عن تلك المعلومة؟ وما هي الآثار الاقتصادية لوجود التزام قانوني شامل يلزم الأطراف الإفصاح عن كافة المعلومات الجوهرية؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب بداية النظر إلى المعلومة من الجانب الاقتصادي، والتمييز بين المعلومة الإنتاجية والتي يقصد بها تلك المعلومة التي

يتحصل عليها الفرد نتيجة بذل جهد، فقيام مالك الأرض بإجراء تحليلات للتربة والاستعانة بخبراء متخصصين لتحديد مدى كفاءة الأرض للزراعة يؤدي للحصول على معلومة إنتاجية، ولكن هل يلتزم مالك الأرض بالإفصاح عن هذه المعلومة إلى المشتري، أم أنها تعد معلومات تخرج عن نطاق المعلومات الجوهرية المتطلب الإفصاح عنها في مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة التفاوض).

النوع الثاني من المعلومات هي المعلومات غير الإنتاجية وتلك التي يعرفها المالك بدون أن يبذل جهداً، كمالك الأرض الذي يعلم أنه سيتم إنشاء مصنع بالقرب من أرضه، مما قد يؤثر على سعر الأرض إذا استعملت لبناء برج سكني، فيخفي هذه المعلومة عن المشتري.

تنقلنا هذه التفرقة إلى سؤال آخر، هل يلتزم المتعاقدان بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية الإنتاجية وغير الإنتاجية؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب الإشارة إلى أن الالتزامات بوجه عام يحكمها مذهبان: أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية، والآخر مادي ينظر إليه كقيمة مالية، ويرى السنهوري أنه في مجال العقود نجد تطبيقاً لهذين المذهبين؛ فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية، بينما يراه المذهب المادي وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية، وقد تبنت القوانين العربية مذهب القوانين اللاتينية وأخذت بإرادة المتعاقدين كأصل، بالإضافة إلى الميل إلى الإرادة الظاهرة في بعض الحالات، ويعتبر التعبير المادي عن هذه الإرادة هو مجرد دليل يكشف عنها، فإذا اتفق التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ بها، وفي حالة عدم الاتفاق يتم التعويل على الإرادة وإهمال التعبير^(١٠٦).

لذا فإنه يجب التمييز بين المعلومة التي يحصل عليها بعد جهد (المعلومة الإنتاجية)، تلك المعلومة لا تعد معلومة جوهرية (بالمفهوم القانوني)؛ حيث إنها

(١٠٦) عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ١١٩، ص ١٤٩.

ناشئة نتيجة جهد مبذول من جانب المالك، وله هو وحده حق الاستفادة منها دون غيره، كحق المخترع في الاحتفاظ بسر اختراعه، ولا يعني أنه يبيع تطبيقاً لأحد اكتشافاته أنه مطالب بالإفصاح عن سر اكتشافه، والطبيب الذي يكتشف دواء له أن يبيع الدواء وأن يذكر فيه المواد الفعالة دون أن يذكر طريقة التحضير.

أما النوع الثاني من المعلومات وهي المعلومة غير الإنتاجية والتي تحصل عليها بدون جهد، ففيها رأيان:

الرأي الأول يذهب إلى ضرورة الإفصاح عنها، لأن في كتمانها سوء نية، وحسن النية هو أمر مفترض بين المتعاقدين كما سنوضح ذلك في موضع آخر، وللمشتري الرجوع على البائع في حالة عدم إفصاحه عن تلك المعلومة، بإثبات أن الغلط الجوهري تسبب فيه البائع ومن ثم إبطال العقد.

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أنه ليس من الضروري لإبرام العقد الاتفاق على جميع المسائل^(١٠٧)، وهذا ما أكدت عليه المادة ٩٥ من القانون المدني المصري بقولها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد...".

ويضيف السنهوري القول أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ولا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم، كما أن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو يساهم في صنع العقد ولا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه الطرفان، ودارت حول هذه المادة مناقشة طويلة في لجنة مراجعة مشروع القانون المدني المصري، حتى تم الموافقة عليها كما هي.

ونلاحظ أن المشرع قد ساوى بين الكذب في الإدلاء بالمعلومات وبين السكوت عن ذكرها، فعدم إفصاح المتعاقد عن المعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساتها، يعد من الحيل المكونة للتدليس، كما لم يشترط المشرع الكويتي

(١٠٧) عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٨٢.

وجوب أن يكون هذا الإفصاح ناتجاً عن التزام قانوني فحسب، وإنما توسع في ذلك إلى الأخذ في الاعتبار الاتفاق بين المتعاقدين وطبيعة المعاملة؛ بل تعدى ذلك إلى الأخذ في الاعتبار الثقة الخاصة بين طرفي التعاقد، وقد رتب المشرع على التدليس - سواء بالكذب أو السكوت - إبطال العقد^(١٠٨).

وقد اتخذ المشرع المدني المصري ذات التوجه حيث نصت المادة ١٢٥ على أن: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة" - مما مؤداه أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً^(١٠٩).

ويأتي اهتمام القانون بالإفصاح لما يفترضه المشرع من حسن النية بين المتعاقدين، فتنفيذ العقد يجب أن يطبق وفقاً لحسن النية بين المتعاقدين، هذا ما ذهبت إليه المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وكانت المادة ١٤٨ من مشروع القانون المدني المصري تنص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية وشرف التعامل، إلا أن لجنة القانون في مجلس الشيوخ قامت بحذف عبارة "شرف التعامل". وقد استدل المرحوم السنهوري من ذلك على أن اللجنة حذفَت المعيار المادي الموضوعي لحسن النية وأبقت فقط على المعيار الشخصي^(١١٠).

(١٠٨) راجع: المادة ١٥١ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

(١٠٩) الطعان رقماً ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق، جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣، س ٤٨، ج ٢، ص ٩٥٢.

(١١٠) المرجع السابق، ص ٦٢٦.

وهو ذات الأمر الذي نجده منصوصاً عليه في المادة ١٩٧ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ووفقاً للتحليل السابق للسنةوري، فإن المشرع الكويتي ذهب إلى الاعتداد بالمعيار المادي الموضوعي، ولم يكتفِ بالمعيار الشخصي عند تنفيذ العقد.

ويعد هذا التوجه من المشرع الكويتي، توجهاً محموداً، لما يمثله من تمتع القاضي بحرية أكبر عند تفسير العقد معتمداً في ذلك على المعيارين الشخصي والموضوعي.

وعلى الرغم من أن حسن النية أو سوء النية هو أمر نفسي ليس للقانون صلة به، إلا أنه في الوقت الذي تنعكس فيه هذه النية على تصرفات الشخص بحيث تؤثر على مصلحة الآخرين، فإن القانون يتدخل لتنظيم هذا الأمر، لبث الثقة بين المتعاقدين؛ لذا فإن مبدأ حسن النية يعد من أهم المبادئ القانونية، حيث إن اللجوء لهذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية، والتي قد يؤدي التقيد بحرفية تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. وعلى الرغم من أن القضاء الإنجليزي (كمثال للنظام الانجلوسكسوني) لا يأخذ بشكل عام بمبدأ حسن النية في العقود، فهذا المبدأ يبدو غريباً في الفكر القانوني الانجلوسكسوني والذي يأخذ بالفلسفة الفردية، فمبدأ حسن النية له آثار اقتصادية سلبية بوضعه عوائق أمام النشاط الاقتصادي، وقيل إن من شأن تطبيق المبدأ زيادة كلفة التعاقد^(١١١)، هذا بالإضافة أن الأخذ بمبدأ حسن النية يحد من الحرية الاقتصادية للأفراد، ويعطي للقضاء التدخل في أمور خاصة بين المتعاقدين، كما يعتبره البعض التزاماً مرهقاً^(١١٢).

Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, The Modern Law Review, Vol. 61, No. 1 (Jan., 1998), pp. 11-32, <http://www.jstor.org/stable/1097334?origin=JSTOR-pdf>

(١١٢) يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد - دراسة مقارنة - الجزء الثاني - عقد التفاوض بحسن نية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص ٨.

إلا أننا نجد أن القوانين العربية^(١١٣)، والمعاهدات الدولية^(١١٤) قد اهتمت بهذا المبدأ، حتى في مرحلة ما قبل إبرام العقد (التفاوض)^(١١٥)، حيث نظمت المواد ٧٢ و ٧٣ من القانون المدني الكويتي الوعد بالعقد بشرط أن يعين في الوعد المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، إلا أن القانون لم يعرف "حسن النية"، ولم يذكر المعيار الذي يجب تطبيقه في هذا المجال، ولم يحدد هل يجب الاعتماد بمعيار موضوعي أم شخصي، ولقد عرف القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية حسن النية بأنه النزاهة في تنفيذ التصرف القانوني^(١١٦) "honesty in fact in the conduct of transaction" concerned، ولكن هذا الأمر ينقل الخلاف إلى تحديد المقصود بالنزاهة.

وعودة إلى التمييز في نوعية المعلومة المشار إليها أعلاه من ناحية اقتصادية فإنه وفقاً للفقيه كورمن فإنه لتوضيح المعلومة التي يستوجب الإفصاح عنها عند التعاقد، فعمل المحللين الماليين مناسب جداً لتوضيح الفرق بين هذين النوعين من المعلومات، لئلاخذ مثال قيام المحلل المالي بتجميع المعلومات المتاحة وتحليلها فإن المعلومة التي ستنتج عن هذا الفعل تمثل معلومة تم الحصول عليها بشكل مباشر وتمثل ملكية خاصة لهذا المحلل، أما في حالة وصول معلومة داخلية من الشركة نتيجة علاقته بأحد موظفيها فإن هذه المعلومة تعتبر معلومة عرضية^(١١٧). ففي الحالة الأولى فإنه لا يوجد - ولا يفترض وجود - التزام قانوني بالإفصاح عن هذه المعلومات، أما في الحالة الثانية فإن قوانين

(١١٣) راجع: م ١٥٩، م ١٩٧ مدني كويتي، م ١٤٨ مدني مصري، م ٢٠٢ مدني أردني، م ١١٣٤ فرنسي.

(١١٤) راجع أيضاً: م ٢ من ميثاق الأمم المتحدة والمادة ٢٦ والمادة ٣١-١ من اتفاقية فينا للمعاهدات الدولية لعام ١٩٦٩.

(١١٥) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص ٢.

S.I 201. 9.

(١١٦)

Anthony T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of (١١٧) Contracts, The Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Jan., 1978), pp. 14-15.

أسواق المال تفرض التزاماً بالإفصاح قبل القيام بشراء الأسهم حتى يتسنى للبائع تحديد السعر العادل بناءً على هذه المعلومة، ويرى الفقيه ايزنبرغ من جامعة كاليفورنيا بيركلي أن معيار تحديد المعلومات الواجب الإفصاح عنها وفقاً للفقيه كورمن هو معيار إجرائي، ويتمحور حول آلية الحصول على المعلومة والتي ينتج عنها إما التزام قانوني للإفصاح أو عدمه، ويقترح الفقيه ايزنبرغ أن القانون يجب أن يضع التزاماً بالإفصاح عن أي معلومة جوهرية كأصل عام إلا في الحالات التي يترتب فيها على هذا الالتزام تكلفة عالية على كفاءة الأسواق^(١١٨)، فمبدأ الإفصاح الذي يقترحه ايزنبرغ يلتزم بناءً عليه طرف العقد الحاصل على المعلومة بتصحيح الافتراض الضمني الخاطئ "Mistaken tacit assumption".

ويقسم الفقيهان كوتر والن المعلومات الواجب الإفصاح عنها إلى تقسيم مغاير مبني على العائد الاجتماعي للمعلومة، ففي حالة المعلومات التي لا يترتب عليها سوى هدر سلبي للموارد فإن القانون يجب أن يضع التزاماً للإفصاح عنها حتى لا يكون هناك حافز للحصول على مثل هذه المعلومة، فالمعلومات يجب تقسيمها كما يرى كوتر والن إلى معلومات إنتاجية Productive information، ويقصدون بها المعلومات التي ينتج عنها زيادة بالثروات العامة للمجتمع من خلال التوصل إلى معلومات ستؤدي إلى انتقال الموارد إلى مستخدمين أكفأ، ومثال ذلك قيام شركات النفط بشراء أراضٍ زراعية أو سكنية واستخراج النفط والغاز منها، ومن ثم يكون العائد المتحصل من استخدام الأرض أعلى؛ أو أن تؤدي هذه المعلومات؛ إلى اكتشاف يؤدي إلى استخدام أمثل للموارد المتاحة مثل اكتشاف أن أحد أنواع العسل يمكن استخدامه لمعالجة بعض الأمراض الجلدية^(١١٩)، ففي هذه الحالات فإن القواعد القانونية لا تضع التزاماً للإفصاح عن مثل هذه المعلومات؛ وذلك لتشجيع وخلق الحافز لأفراد المجتمع على البحث واكتشاف مثل هذه

Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, California Law Review, (١١٨) Volume 91 Issue 6, 2003 at p1687.

Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, at p294-296.

(١١٩)

المعلومات، مما سيترتب عليه انتقال الموارد إلى من يستخدمها بشكل أكثر كونها معلومات إنتاجية، أما النوع الثاني من المعلومات والذي يستوجب أن يخضع للالتزام بالإفصاح هي المعلومات التي لا ينتج عنها شيء سوى إعادة توزيع الموارد المتاحة، الثروة، Redistributive Information. ولتوضيح ماهو المقصود بهذا النوع من المعلومات نضرب المثال التالي: مالك عقارات يأتيه أحد الأفراد ويقوم بتقديم عرض شراء لهذه العقارات مع معرفته المسبقة بأن بلدية المنطقة ستقوم بإصدار قرار سينتج عنه ارتفاع لأسعار العقارات في هذه المنطقة، ففي هذه الحالة فإن المعلومة لن يكون لها أي أثر على زيادة كفاءة الموارد، ولكن بدل من أن يستفيد صاحب العقارات من هذا القرار سيكون المستفيد هو الشخص الذي من خلال علاقته اكتشف هذا القرار، وعليه فإنه يجب أن تلزم نظرية العقد الشخص المتقدم بالعرض وصاحب هذه المعلومة بالإفصاح عنها للبايع، والسبب في ذلك يعود إلى أن مثل هذه القاعدة ستلغي المحفزات الخاصة للبحث وإعادة اكتشاف معلومات لن يكون لها أي تأثير إيجابي على الكفاءة الاقتصادية بالمجتمع، ففي مثالنا السابق فإن الجهد الذي بذله وتكبده المشتري للبحث عن هذه المعلومات "الداخلية" يعتبر من ناحية اقتصادية "هدر اقتصادي Economic waste"، فبدل من هدر الجهد بالكشف عما هو معلوم كان من الأفضل اقتصادياً أن يقوم بجهد إيجابي مثل دراسة القيام باستثمار حقيقي يكون له إضافة اقتصادية للمجتمع^(١٢٠). وقد اعتمد الفقيهان على دراسة سابقة للاقتصادي هيرستيفر في بحثه المنشور في عام ١٩٧١ والذي كان يسعى من خلاله تبين متى يكون البحث والاستثمار في الحصول على معلومة له مردود اقتصادي إيجابي، ومتى يكون له مردود سلبي^(١٢١).

Ibid.

(١٢٠)

Jack Hirshleifer, the Private and Social Value of Information and the Reward (١٢١) to Inventive Activity, 61 AM.E CON. REV.5 61 (1971).

ولكن بدأت تظهر العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ، فبدأ الالتزام بالإفصاح يتوسع خاصة مع ظهور قوانين حماية المستهلك، فهذه التطورات تعد استثناء لما اشتهر بمبدأ "احترس أيها المشتري Caveat Emptor" في القانون العام، ويقوم هذا المبدأ على فلسفة فردية قائمة على أن قدرة الفرد على حماية مصالحه أكبر من قدرة الدولة على حمايتها، ولقد أثر هذا المبدأ بشكل كبير في تاريخ القانون الأمريكي^(١٢٢)، حتى بدأت تظهر العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ.

وتم تأكيد هذا الاهتمام بالإفصاح من جانب المحاكم، في القضايا المتعلقة بالإفصاح، حيث اعتبرت المحكمة أن عدم إفصاح البائع للمشتري عن معلومة أن المنزل مصاب بنوعية معينة من الحشرات، يعد بمثابة تدليس^(١٢٣).

ولكن مازال الفقه والقضاء الأمريكي يفتقد معياراً واضحاً لتنظيم مسألة الإفصاح، فالأحكام وآراء الفقهاء منقسمة حول هذا الموضوع على الرغم من وجود توافق عام على وجوب الإفصاح عند التعاقد في حالة وجود علاقة تحكمها مبادئ الأمانة fiduciary duty مثل علاقة عضو مجلس الإدارة بالشركة، ولكن خارج نطاق هذه التعاقدات ذات الطبيعة الخاصة فإن المسألة خلافية^(١٢٤). وفي دراسة مفصلة لأحكام المحاكم الأمريكية لتحديد أهم الأمور التي عادة ما تدفع المحكمة لتحديد متى يكون الإفصاح واجباً قام كل من الباحثين كرويك وزيلر بداية بتحديد العوامل/الخصائص التي سيتم استخدامها في هذه الدراسة العملية، وتم تقسيم هذه العوامل إلى خمس فئات على النحو التالي:

– **الفئة الأولى:** تتمثل في البحث عن طبيعة المعلومة التي لم يتم الإفصاح عنها حيث يؤمن البعض بأن المحاكم الأمريكية تميز بين المعلومات التي

(١٢٢) انظر مثلاً: Colton v. Stamford وقضية Obde v. Schlemeyer.

(١٢٣) Florence Caterini, pre-contractual obligations in France and the United States, 2005, LLM Theses and Essays, Paper 7 at p 17.

(١٢٤) Kimberly D. Krawiec and Kathryn Zeiler, Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories, 91 Virginia Law Review 1799 (2005).

بطبيعتها خاصة بالمبيع Intrinsic in nature مثل العيوب الخفية والمعلومات الخاصة بسلامة المبيع، وذلك بخلاف المعلومات التي بطبيعتها متعلقة بالبيئة الخارجية extrinsic in nature التي قد يكون لها تأثير على العقد مثل المعلومات الخاصة بالحرب والسلم^(١٢٥)، ويضاف إلى ذلك التمييز بين الآراء والنوايا الشخصية والحقائق، وأفضل مثال على ذلك يتمثل في تداول الأسهم، فإذا قام شخص بببيع أسهمه نتيجة إيمانه بأن السوق سينهار فهذه المعلومة تعتبر رأياً شخصياً، ولا يلتزم في الإفصاح عنها، أما إذا كان البيع لعلمه بأن الشركة ستقوم بالإعلان عن خسائر فنكون في هذه الحالة بصدد معلومة مبنية على حقائق، ويلتزم في الإفصاح عنها، ويضاف إلى ما سبق المعلومات التي في حال عدم الإفصاح عنها سيترتب عليها أضرار مادية سواء بالمبيع أو المستخدم، بخلاف المعلومات التي يترتب على عدم الإفصاح عنها تفويت ربح أو تحاشي خسارة، ففي الحالة الأولى يرى الباحثون أن المحاكم تتطلب أن يكون هناك إفصاح كما هو الحال في عمليات بيع التبغ وتبيان الأضرار التي ستترتب عليه^(١٢٦)، لذا فإن هذه الفئة تتضمن البحث عما إذا كانت المحاكم ترى بأن هناك التزاماً بالإفصاح في حالة عدم تصحيح معلومة سبق أن تم الإفصاح عنها.

- **الفئة الثانية:** تربط مستوى الإفصاح المطلوب بطبيعة التعامل أو الصفقة. وسنتناول تحت هذه الفئة أربع فئات فرعية لتحديد الإطار العام لهذه الفئة: الفرع الأول يتعلق بالعلاقات المبنية على علاقات خاصة مثل التعاقدات التي تتم بين الأزواج والمدراء وشركاتهم، حيث إنه نتيجة لهذه العلاقة ذات الطبيعة الخاصة Fiduciary or confidential relationship فإن الكثير من المحاكم افترضت وجود التزام بالإفصاح عن أي معلومات جوهرية خاصة

Ibid at p. (١٢٥)

Ibid at p1807. (١٢٦)

بالتعاقد. الفرع الثاني من التعاملات التي تندرج تحت هذه الفئة هي العقود الخاصة بالتأمين والاتفاقات التي تتعلق بالتحلل من المسؤولية، وهذه التعاملات وفقاً للباحثين عادة ما تقوم المحاكم بافتراض وجود التزام بالإفصاح^(١٢٧). الفرع الثالث من التعاملات التي يرى بعض الفقهاء وجوب وجود التزام بالإفصاح يتمحور حول التعاملات التي يتوافر لدى أحد المتعاقدين القدرة غير المتساوية للحصول على المعلومة والإطار النظري للافتراض بوجود التزام بالإفصاح هو "نظرية تساوي فرصة الحصول على المعلومة Equality of access theory، وقد تم استخدام هذه النظرية في قوانين أسواق المال بشكل مكثف عندما يتعلق الأمر بالتعاملات القائمة على معلومات داخلية وتجريم مثل هذه التعاملات. ويرى بعض الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية أن المحاكم عادة ما تتطلب التزاماً للإفصاح عندما يكون التعامل مرتبطاً ببيع العقارات، وأن مثل هذا التوجه من قبل المحاكم الأمريكية يعود للقانون السائد أيام الإمبراطورية الرومانية^(١٢٨).

– **الفئة الثالثة:** تتمحور حول مصدر المعلومة والآلية المستخدمة للحصول عليها، حيث يرى بعض الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية أن أحد العوامل التي تحدد ما إذا كانت المحاكم تتطلب الإفصاح أم لا، يتعلق بالطريقة التي تم الحصول فيها على المعلومة، فعلى سبيل المثال فإن المعلومات التي يتم الحصول عليها بشكل عرضي مقابل تلك التي تم البحث عنها والحصول عليها، لذا فإن المحاكم عادة ما تلزم الطرف الذي يحصل على المعلومة بشكل غير قانوني بالإفصاح عنها للطرف الآخر^(١٢٩).

Ibid at p1809-1813. (١٢٧)

Ibid at p1816 (١٢٨) ويضيف الباحثون أن المحاكم كانت تفرض التزام بالإفصاح فيما يتعلق بالتعاملات المتعلقة بنقل ملكية العبيد في الولايات المتحدة الأمريكية.

Ibid at p1820-1822 (١٢٩)

- **الفئة الرابعة:** العوامل المتعلقة بطبيعة الطرف الذي لم يتم الإفصاح له عن المعلومة، وهناك العديد من الفرضيات التي يقوم الباحثون بدراستها للتأكد مما إذا ما كانت المحاكم بالفعل تتطلب الإفصاح بناءً على شخصية الطرف الذي لم يتم الإفصاح له، ويفترض زيلر وكارويك أن المحاكم عادة ما تتطلب الإفصاح إذا كان الطرف الآخر بائعاً أو مستأجراً، أو أن يكون الطرف غير المفصح له امرأة أو شخصاً مريضاً أو كبير السن^(١٣٠).
- **الفئة الخامسة:** التصرف الذي أقدم عليه الطرف الذي تتوافر له المعلومة كعامل يدفع المحاكم لفرض التزام الإفصاح، ويقصد بالتصرف هو التصرفات السيئة من قبل أحد طرفي العقد مثل عدم الإفصاح الكامل عن الحقيقة أو ما يعرف بأنصاف الحقائق^(١٣١).

ختاماً فإن مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون تقدم للمحاكم والمشرعين خارطة طريق لكيفية تحديد ماهية المعلومات التي تمثل معلومات جوهرية، ولعل المحاكم الكويتية تستطيع الاستفادة من هذا التحليل عند دراسة ما إذا كانت المعلومة واجبة الإفصاح أم لا وفقاً لتقديرها، حيث إن الفقه القانوني العربي والمحاكم العربية نادراً ما تبحث أو تقدم مثل هذه القراءات المتعمقة عندما يتعلق الأمر بالتزام الإفصاح من جانب الأفراد المتعاقدة.

الخاتمة:

مما لا شك فيه أنه لا يمكن الحديث عن القانون بمعزل عن الاقتصاد، فلكل تنظيم قانوني أهداف اقتصادية، وإن كان عادة لا يتم الإفصاح عنها في القانون أو في مذكرته الإيضاحية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة غياب هذه الأهداف، بل إن غالبية القواعد القانونية يكون لها أسس اقتصادية تكون قائمة عليها أيضاً.

Ibid

(١٣٠)

Ibid at pp1825-1826

(١٣١)

ومن أجل توضيح الأهداف الاقتصادية للقانون والأسس الاقتصادية التي يقوم عليها القانون، يتم اللجوء إلى التحليل الاقتصادي للقانون والذي يعد أحد العلوم البنينة، والتي نشأت كنتيجة للروابط الوطيدة التي تربط القانون والاقتصاد، ويصبو هذا العلم إلى استخدام الاقتصاد كألية لتحليل القانون من أجل فهم أفضل للقانون، كما يؤدي - في كثير من الأحيان - إلى الوصول لوضع أسس اقتصادية للقانون والتي يكون مبنياً عليها أو يدفع نحوها، ويعد تقدير الأهمية الاقتصادية لمبدأ سيادة القانون والقواعد القانونية المنظمة للعقود، أمراً ذا أهمية بالغة، وخاصة في ظل تجاهل البعض للانعكاسات الاقتصادية الخطيرة والمهمة لهذه القواعد على الأوضاع الاقتصادية.

وتأتى أهمية تحليل نظرية العقد تحليلاً اقتصادياً، لما لهذا الفرع القانوني من تأثير بالغ الأهمية على العلاقات التجارية، مما يؤثر على آليات عمل السوق الحر، الأمر الذي سينعكس سلباً أو إيجاباً على البيئة التجارية والقوانين التجارية المرتبطة به، وتبعاً لذلك يكون له بالغ الأثر على سلوك الأفراد والمؤسسات، كما تؤثر نظرية العقد اقتصادياً على تكلفة العمليات التجارية، بما تتضمنه من تكلفة الإنتاج وتكلفة التعاقد، حيث تختص القواعد القانونية بتحديد تكاليف وإجراءات التعاقد بالإضافة إلى تكاليف التقاضي؛ كما توفر سيادة القانون إحدى صور الحماية للمتعاملين، حيث تعمل القواعد القانونية على ردع الأفراد عن الولوج في أعمال استغلالية، مما يؤدي إلى خلق مناخ إيجابي للتعاملات القانونية.

ومن ناحية أخرى يهدف هذا التحليل إلى تقليل الآثار الاقتصادية التي تنتج عن العقود القائمة على السلوكيات المبنية على أسس اقتصادية سليمة أو العقود غير المكتملة (التي يوجد نقص في تفاصيلها)؛ وتتضح أهمية هذا الهدف إذا تم تبني النظرية التي تعتبر جميع العقود غير مكتملة.

ويرتبط بذلك افتراض عدم وجود سوق مثالي (مكتمل) وتحديد أوجه الخلل في آليات السوق، وذلك من أجل توضيح إذا ما كان النظام القانوني بشكل عام

والنظرية العامة بشكل خاص قد قامت بالتدخل التشريعي المناسب لمعالجة بعض أوجه الخلل.

ويقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة، وتعد معايير الكفاءة أحد هذه المبادئ والتي تمثل حجر الزاوية في أي تحليل اقتصادي للقانون؛ حيث تسعى القواعد القانونية عادة إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية، ولكن يصعب وضع معيار يوضح المقصود بالكفاءة والفعالية، والتي تعد أحد المفاهيم المتغيرة والتي تخضع لاجتهادات متعددة في محاولة لتوضيح المقصود بهذا المفهوم.

حيث يرى البعض أن تحقيق المنفعة دون ضرر هو المعيار الأمثل لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وهو ما أخذت به بعض المحاكم الأمريكية، بينما تعتمد اقتصادات الرفاهية على معيار تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر، في حين تعدد الاقتصادات المهمة بتحليل المنافع والتكاليف على معيار التعويض، وفي الإطار ذاته، تقوم نظرية رونالد كوس على اعتبار معيار التكلفة الاجتماعية هو المعيار الملائم لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، والذي يقوم على ضرورة تدخل الدولة في الاقتصاد لمعالجة الخلل في نظام السوق، ويكون هذا التدخل من خلال دراسة دقيقة وعملية، وتهدف بذلك إلى علاج الخلل في تضمين التكاليف الخارجية لتكاليف عناصر الإنتاج.

وفي سياق متصل؛ يعد من أهم محاور فشل آليات السوق نقص المعلومات المتاحة التي يستطيع الأفراد الاعتماد عليها في اتخاذ قراراتهم النهائية والتصرف بشكل عقلاني، فالمعلومات تمثل عصب السوق الحر وأحد أعمده الرئيسية، وعليه فإن القواعد القانونية عادة ما تتدخل لمعالجة هذا الخلل من خلال فرض الالتزام بالإفصاح، ولكن فرض وجود معلومات كاملة للأطراف المتعاقدة يصطدم بمجموعة تحديات اقتصادية وعملية، ويؤدي نقصانها إلى التأثير على إرادة المتعاقدين، لذا تفرق الأدبيات بين المعلومات الإنتاجية والمعلومات غير الإنتاجية.

لذا يجب توضيح مدى إمكانية إلزام أطراف العلاقة العقدية بموجب القانون بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية، والتي تكون غير معلومة للطرف الآخر قبل الدخول في العلاقة التعاقدية؛ خاصة إذا كانت هذه المعلومة تم التوصل إليها بتكلفة مالية (كالاستعانة بأحد المكاتب المتخصصة)؛ كما يجب تحديد نطاق هذا الالتزام، وهل هو ملزم للمشتري فقط أم للمشتري والبائع على حد سواء.

تقدم أدبيات التحليل الاقتصادي حلاً متضارباً حول هذه الإشكاليات: ففي حين يذهب رأي إلى أن من شأن إقرار هذا الالتزام أن يقوض أي حافز للأفراد للبحث والتحري عن المعلومات؛ يذهب رأي آخر إلى ضرورة التفرقة بين المعلومات التي يتم تحصيلها بشكل مباشر وبمجهود أحد الأطراف (تمثل ملكية خاصة ولا يلتزم الشخص بالإفصاح عنها) والمعلومات التي يتم تحصيلها بشكل عرضي يلتزم بالإفصاح عنها.

هذا الرأي ذهب إليه الفقيه السنهوري، حيث قرر ضرورة التمييز بين المعلومة الإنتاجية (والتي يتحصل عليها الفرد نتيجة بذل مجهود) تلك المعلومة لا يلتزم بالإفصاح عنها؛ والمعلومة غير الإنتاجية (وهي التي يعرفها المتعاقد دون بذل أي جهد) وفيها اختلاف في الرأي.

ولقد ذهب القانون الكويتي إلى اعتبار عدم الإفصاح (السكوت) "أحد الحيل المكونة للتدليس"، كما ذهب إلى ضرورة الإفصاح عن جميع المسائل الجوهرية دون اشتراط الإفصاح عن المسائل التفصيلية.

ولكن لم يحدد المشرع المقصود بالمسائل الجوهرية التي يتعين على المتعاقدين الإفصاح عنها؛ لذا نجد أن الفقه القانوني قد ذهب إلى أن المسائل الجوهرية هي من الأمور التي تخضع للمعيار الشخصي للمتعاقد (أي أن المشتري سيرفض الشراء إذا وصل لعلمه هذا الأمر)، والمعيار المادي الموضوعي، والتي يبت فيها القاضي وفقاً لحالة كل قضية، وتأتي مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون لتقدم أطراً يمكن للمحاكم الاستعانة بها كمعايير لتحديد الأمور التي يفترض أن يتم الإفصاح عنها عند التعاقد.

وقد أدى الوعي بأهمية التحليل الاقتصادي للقانون إلى أن أصبحت الفلسفة الاقتصادية جزءاً لا يتجزأ من نظرية العقد في الفقه الانجلوسكسوني، ويتضح ذلك عند تحديد الإطار الاقتصادي للنظرية العقدية، حيث يتم الاعتماد على نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال، والذي يقوم على فرضية أنه في بعض الأحيان يعتبر الإخلال بالالتزام العقدي أمراً إيجابياً من الناحية الاقتصادية، بمعنى أن نتائج هذا الإخلال تكون اقتصادياً ذات طابع إيجابي على الرغم من عدم قانونية العمل، وعليه فإن التعويض النقدي وليس التنفيذ الجبري هو الوسيلة والآلية المتاحة أمام الدائن.

كما يتضح ذلك أيضاً في معالجة موضوع التعويض الاتفاقي، والذي يؤكد سمو كعب النظرية الاقتصادية على غيرها من النظريات الفلسفية القائمة على الحرية الشخصية ومبدأ سلطان الإرادة، حيث إن القواعد القانونية المنظمة للتعويض الاتفاقي أتت لتؤكد وترسخ نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال، والتي لا تمنع الإخلال بالالتزامات العقدية ولكن تؤسس قيمة مالية لها. ويبرز تطبيق ذلك بصورة جلية في العقود الزمنية، تلك العقود التي تتضمن عاملاً زمنياً لتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، وخلال هذه الفترة يكون الأطراف والعقد عرضة لما يطلق عليه احتمالية الندم، ولقد أخذ القانون الأمريكي بهذا الأمر، حيث وضع قيداً على التعويض الاتفاقي Liquidated Damages، وهذا القيد يتمثل في رفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بالتعويض الاتفاقي إذا كان يمثل غرامة أكثر منه تعويضاً.

ومن الأهمية بمكان تبيان أن هذا التوجه بدأ ينتقل إلى الأنظمة القانونية اللاتينية، وهو ما تبناه المشرع في القانون المدني الكويتي، حيث اعتبر الاتفاق التعويضي آلية من آليات التعويض وليس شرطاً تهديدياً، حيث تم ربط مثل هذه الاتفاقات بوقوع الضرر لسريانها، وأعطى المحكمة الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه.

ويتضح هذا الأمر بجلاء أيضاً في الاختيار بين التعويض النقدي والتعويض العيني، حيث ذهب القانون الأمريكي والإنجليزي إلى إقرار أن الأصل

في التعويض هو التعويض النقدي، وأن التعويض العيني هو استثناء وذلك اعتماداً على نظرية العقد غير الكامل أو الناقص، والتي تتيح للدائن التعويض النقدي في حالة مخالفة التزاماته العقدية، وذلك في حالة الاستحالة العملية للتنبؤ بكافة الأحداث التي قد تطرأ في المستقبل، والتي قد تؤدي إلى إرهاقه في تنفيذ العقد؛ يبرر ذلك صعوبة التوقع بكافة الأحداث المستقبلية بالإضافة إلى أسباب اقتصادية، فالوقت والجهد والتكلفة التي سيتكبدها أطراف العقد تفوق المنافع المرجوة من هذا البحث عن كافة العوامل وإضافتها للعقد.

وعلى الرغم من أهمية هذه النظرية إلا أنه بمراجعة القانون الكويتي نجد أن نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال ليس لها محل إلا في حالات استثنائية، حيث تبنى المشرع الكويتي التنفيذ العيني كقاعدة عامة وليس استثناء في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته العقدية، حيث تنص المادة ٢٨٠ على أنه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عنه"، وفي التنفيذ العيني يعد التعويض النقدي خياراً متاحاً في بعض الحالات الاستثنائية، كحالة أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو أنه أصبح غير ممكن.

هذا التوجه من المشرع يتعارض مع المبادئ السائدة في القوانين الحديثة، كما يتعارض مع أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون؛ حيث إن التنفيذ العيني له عيوب من الناحية الاقتصادية، فالعقود بطبيعتها غير مكتملة، ولا يمكن تخيل تضمنها لجميع الاحتمالات التي قد تظهر مستقبلياً بعد التعاقد، وعليه فإن إلزام الأطراف باللجوء للتنفيذ العيني كقاعدة عامة يترتب عليه آثار اقتصادية سلبية عديدة، وتتمثل أول هذه الآثار في غياب إمكانية استخدام الموارد استخداماً أمثل، بالإضافة إلى زيادة في نفقة التنفيذ وهدر للموارد، لأن المحاكم - في حالة التنفيذ العيني - ستكون مسؤولة عن الإشراف على هذا الالتزام والتأكد من تنفيذه بالكامل ومن جودة المبيع، هذا الأمر يدفعنا إلى ضرورة تعديل القانون الكويتي ليكون مواكباً للتغيرات الاقتصادية.

قائمة المراجع*

أولاً - المراجع العربية:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول لسنة ١٩٣٣، ص ٦٥.
- فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧-٢٢٢.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني الخاص بالاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية.
- مشاعل عبد العزيز الهاجري " قلاع وجسور: الدراسات البيئية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم) "، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٧١-٢٤٠.
- يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد - دراسة مقارنة - الجزء الثاني - عقد التفاوض بحسن نية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Anthony T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, The Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Jan., 1978).

* ترتيب أبجدي؛ مع حفظ الألقاب العلمية.

- Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz, and Richard Craswell, law & Economics of Contracts.
- Benjamin Klein, the role of incomplete contracts in self-enforcing relationships, in the Economics of Contracts Theory and Practice, ed Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant
- Bhikhu Parekh, Jeremy Bentham: Ten Critical Essays, Routledge, 2012.
- Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press 2007.
- Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7 (Jun., 1980).
- Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4 (May, 1977).
- City School District of the City of Elmira v. McLane Construction Co., 85 A.D.2d 749, 445 N.Y.S.2d 258 (1981).
- Colonial at Lynnfield v. Sloan, 870 F.2d 761 (1st Cir. 1989),<http://federal-circuits.vlex.com/vid/lynnfield-sloan-zipes-37252283>.
- D. Bradford Hardin Jr, Why Cost-Benefit Analysis? A question (and some answers) about the legal academy, Alabama Law Review, Vol 59, No 5, 2008.
- Daniel Friedmann, Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared in Contract Damages; Domestic and International Perspectives, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Hart Publications, 2008.
- Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press 2006.
- Douglas North, Institutions, Institutional change and economic performance, Cambridge University Press, 1990.

- E. Allan Fransworth, Legal Remedies for Breach of Contract, Columbia Law Review, Vol 70, No 7 (1970).
- Ejan Mackaay, The Civil law of Contract; IN Contract law and economics, ed Gerrit De Geest, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Eric A. Posner, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Encyclopedia of law and economics, Vol. 3 (2000).
- Eric A. Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal, 2003, Vol. 112.
- Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality, Oxford University Press.
- Florence Caterini, pre-contractual obligations in France and the United States, 2005, LLM Theses and Essays, Paper 7.
- Functional Law and Economics the search for self-neutral principles, Chicago & Kent Law Review, Vol 70.
- Gerald P. O'Driscoll Jr, Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980).
- Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, The Modern Law Review, Vol. 61, No. 1 (Jan., 1998).
- Hatzis, Aristides N., Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?. THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=661661> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.661661>.
- Henrik Lando & Caspar Rose, On the enforcement of specific performance in Civil Law countries, International Review of Law and Economics 24 (2004).

- Hugh Collins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 2003, P.373.
- Jack Hirshleifer, the Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, 61 AM.E CON. REV.5 61 (1971)
- Jaffrey Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication, 2008
- Jeffery L. Harrison, Law and Economics in a nut Shell, West, 2011.
- Jittery Marries, Law and Economics in a Nut Shell.
- Jody S. Kraus, A Critique of the Efficient Performance Hypothesis, 116 Yale Law Journal, 568 2006.
- John D. Calamari & Josphe M. Perillo, The Law of Contracts, 4th Edition, West Group Publications, 1998.
- John N. Drobak & Douglass C. North, Legal change in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics 2nd Edition, Edward Elgar 2005.
- John Troyer, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill, Hackett Publishing, 2003.
- Kimberly D. Krawiec and Kathryn Zeiler, Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories, 91 Virginia Law Review 1799 (2005).
- L.L Fuller & William R. Perdue Jr, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936.
- Laidlaw v. Oregon, 15 U.S.
- Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, 8th edition at p 228-230.
- Macaulay, "Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?" Wisconsin L. Rev., 2004.
- Mark P. Gergen, John M. Golden & Henry E. Smith, The Su-

- preme Courts Accidental Revolution? The Test for Permanent Injunctions, Columbia Law Review, Vol 112 No 2, March 2012.
- Marquez-Escobar, Pablo, (2010), Contract law and economics: cycles and equilibrium in the cannon of north american legal thought, UNIVERSIDAD JAVERIANA - BOGOT?, issue, <http://EconPapers.repec.org/RePEc:col:000441:009245>.
 - Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, California Law Review, Volume 91 Issue 6, 2003.
 - Michael J. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press.
 - Milton Friedman, The Swedes Get it Right, Reason Magazine, http://www.daviddfriedman.com/Academic/Coase_World.html, 1991.
 - Nash Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971.
 - Nicholas Mercuro & Timothy P. Ryan, Law, Econo (Ryan, 1984)mics and Public Policy, 1984, Jai Press.
 - Oliver Wendell Homes, Jr. The Path of Law, 10 Harvard Law Review 457, 1897.
 - Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press 1985.
 - Paul G. Mahoney, Contract Remedies and Options Pricing, Journal of Legal Studies, Vol 24, No 1 (1995).
 - Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and Economics, Vol. 3 (2000).
 - Peter Linzer, On the Amorality of Contract Remedies--Efficiency, Equity, and the Second "Restatement" Columbia Law Review, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1981).
 - Pierre Legrand, Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 3 (Winter, 1986).

- Qi Zhou, The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, <http://ssrn.com/abstract=870748>.
- R. H. Coase, Essays on Economics and Economists, University of Chicago Press, 2012.
- Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001.
- Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston, Little, Brown, 1972.
- Richard Posner, Utilitarianism, Economics and legal theory, Journal of legal studies, VIII (1), January 1979.
- Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, prentice Hall, 2011.
- Robert L. Birmingham, Damage Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law, Duke Law Journal, Vol. 1969, No. 1 (Feb., 1969).
- Ronald Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol 3,1960.
- Ronald M. Dworkin, Is Wealth a Value?, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 195-196.
- Samuel A. Rea, Jr, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1984).
- Steven G. Medema & Richard O Zerbe, Jr, The Coase Theorm, in the Law and Economics Encycloepdia.
- Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 2004.
- Steven Shavell, Specific Performance versus damages for breach of contract, Discussion Paper No 532, John M. Olin Center of Law, Economics, and Business, Harvard University, 11/2005.

- Thomas J. Miceli, Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation, Oxford University Press, 1997.
- Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law.
- Timothy J. Muris, The Costs Of Freely Granting Specific Performance, Duke Law Journal, Vol 1982.
- Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, Michigan University Press.
- Vincy Fon & Francesco Parisi, Litigation and the Evolution of Legal Remedies: A Dynamic Model, Public Choice, Vol 116, No (2003).
- Williston, A, Treatise on the Law of Contracts, Mount Kisco, N.Y. Baker, Voorhis & co. 3rd, 1968.