

التحليل الاقتصادي للعقد : دراسة مقارنة

سارة عبد الصمد

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال

تتغير الحياة البشرية بتغير ظروف الإنسان و حاجاته و متطلباته الطبيعية و المادية . إلا أن هذه المعادلة الحيوية لا تطبق فقط في مجال معيشة الفرد أو على مستوى فكره ، بل تصدق أيضا على القواعد القانونية المنظمة لحياة هذا الفرد و التي من شأنها توفير الاستقرار بجميع معانيه، إذ أن هذه القواعد لا تأبى الجمود و التي من خلالها تحدد المصلحة و يقرر الجزاء .

فالتطورات التي مسّت القواعد القانونية ، أثرت أيضا في أساس النظريات و الحقائق القانونية. فالإنسان مرتبط ارتباطا وثيقا بواقعه ، و طالما كان الإنسان لا تحركه سوى حاجاته التي يطمح إلى اشباعها ، فان هذا سيؤدي لا محالة إلى انهيار القيم في ظل معناها الفلسفي. فقد أصبحت القيمة الوحيدة التي يحافظ عليها قانونا هي تحقيق المنفعة للأفراد . فالمنفعة هي الغاية الأسمى ، و هي الهدف الأساس من وجود القانون ¹ .

و يطلق على هذا الاتجاه من التفكير القانوني بالنعفعية القانونية ² ، أي ربط القانون بغايته. فهذا الارتباط يقوم على أساس أن الهدف الأول هو الوصول إلى المنفعة . و ارتبط هذا التوجه الفكري باسم المفكر الانجليزي ³ Jeremy Bentham و يأخذ مفهوم المنفعة عند المفكر المذكور مفهوما اقتصاديا محضا. و من هنا ظهر التقارب بين الاقتصاد و القانون ⁴ .

وقد لحق هذا التيار الفكري المعاملات و قوانينها ، حيث أصبحت هذه الأخيرة عبارة عن ميكانيزمات غايتها

¹ -فايز محمد حسين ، فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص 237 .

² - "تقوم النعفعية القانونية على فكرة تحقيق أكبر قدر من المنفعة ." :

« L'utilitarisme juridique est fondé , en apparence , sur la perspective de fournir le plus grand plaisir au plus grand nombre . »

-Bjarne Melkevik, Horizons de la philosophie du droit, Collection Diké , Les presses de l'université de Laval ; 2ème Tirage ,2004 .Page 58 .

³ -أحمد إبراهيم حسن ، غاية القانون -دراسة في فلسفة القانون -، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص48-49 .

⁴ - حسب الفقيه René Savatier فان الحياة الاقتصادية تنعش الحياة القانونية . كما أن الدينامية الاقتصادية تترجم في القانون من خلال الرابطة "التزام-دين" . هذه العلاقة التي تمثل رافعة بشرية.

« ...C'est même cette vie économique qui alimente la vie du droit . Le dynamisme économique se traduit , en droit , par le rapport obligation-créance, qui en est le /levier humain . »

- René Savatier ,La théorie des obligations :Vision juridique et économique ; Dalloz-Paris, Troisième édition ;1974 ;Page 11,N°8.

تحقيق النفعية التعاقدية. إذ قيل على لسان بعض الفقه أنه: "لن يستطيع رجل القانون تجاهل علاقة الاقتصاد بميدان الدراسات القانونية"¹. وقد ولد من رحم هذا الاتجاه الفكري "مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون".

ويرجع منشأ التحليل الاقتصادي للقانون إلى التيار الفقهي الأمريكي بزعماء الفقيه Richard Posner. وشكلت جامعة شيكاغو المنطلق الأكاديمي للتحليل الاقتصادي للقانون بالولايات المتحدة الأمريكية. وقد كانت أول الإصدارات العلمية في هذا الموضوع ما بين نهاية الخمسينيات و بداية الستينيات من القرن الماضي². وبعد مضي هذه الفترة الزمنية، عرف هذا الموضوع نجاحاً وإقبالاً علمياً مهماً من خلال صدور جملة من المقالات والمؤلفات الأكاديمية في هذا الطرح. وقد درس هذا الموضوع بأكبر الجامعات الأمريكية في شكل محاضرات تلقى على طلبة الاقتصاد. إلا أنه ما لبث أن أصبح هذا الاتجاه الفقهي محل دراسة من قبل رجال القانون³.

وقد أثر هذا التيار الفقهي على النظرية العامة للعقد، فقد أصبح العقد بموجب مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون أداة للزيادة والرفع من النفعية الخاصة للمتعاقدين⁴. ويرمي التحليل الاقتصادي للعقد التقليص من التكاليف⁵ والتصدي للمؤثرات الخارجية. ولا نقصد هنا التكاليف في إطار المفهوم الوظيفي فقط، بل تقليص

¹ « Dans peu de temps, le juriste ne pourra plus se permettre d'ignorer les apports des économistes à son propre domaine d'étude. » -Grégory Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, Préface Horatia Muir Watt; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2005; Page 1.

² "The new law and economics may be dated somewhat arbitrarily from the beginning of the 1960s, when Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost were published."

- Richard Allen Posner, Economic Analysis of Law; Edition Little Brown -Third Edition; 1986. Page 19; N°2.1

³ « L'analyse économique du droit est, à l'origine, un mouvement doctrinal américain. Les premières articles datent de la fin des années cinquante et du début des années soixante et, depuis lors, un nombre impressionnant d'articles et d'ouvrages se sont succédés tandis que des cours d'analyse économique du droit étaient donnés dans les plus grandes universités, cours confiés à des économistes. Mais si au début, la plupart des auteurs sont des économistes, peu à peu, de plus en plus de juristes s'intéressent à cette question. »

-Muriel Fabre-Magnan, De l'obligations d'information dans les contrats- Essai d'une théorie; Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1992; Page 49. N°57.

⁴ « Le contrat est perçu comme un instrument de maximisation des utilités individuelles et sociales. »

-Jacques Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, 3^e édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1993, Page 187; N°208.

⁵ - تقوم نظرية تكاليف المعاملة على تقسيم نفقات العقد إلى:

التكاليف التعاقدية اللاحقة Ex Post	التكاليف التعاقدية القبليّة Ex Ante
- تكاليف تطويع العقد	- تكاليف البحث عن المتعاقد
- تكاليف توجيه و تتبع المعاملة التعاقدية	- تكاليف تحرير العقد
- تكاليف إعادة المفاوضات التعاقدية	- تكاليف المفاوضات التعاقدية
- التكاليف (الاحتمالية) عند فسخ العقد.	- تكاليف ضمان الانضمام للمعاملة.

التكاليف يشمل كل من الزمن، و الجهد ، و باقي التكاليف التي قد يتكبدها المتعاقد سواء في مرحلة المفاوضات التعاقدية أو في حل صعوبة حاصلة بين الطرفين¹.

وقد ارتبط التحليل الاقتصادي للعقد بنظرية الفقيه Ronald Coase ، و الذي كشف لأول مرة عن فكرة " تكاليف المعاملات " ، من خلال مقاله الشهير حول التكاليف الاجتماعية المنشور سنة 1960². حيث جاء عن الفقيه المذكور: "حينما نأمل في إجراء مبادلة في السوق ، فمن المهم البحث عن المتعاقد و المتعاقدين الآخرين ، و تزويدهم بالمعلومات الضرورية ، ووضع شروط العقد ، وإجراء مفاوضات للانتهاء بصفقة حقيقية ، ثم وضع نظام مراقبة لتنفيذ كل طرف التزاماته³ ."

فالفعالية التعاقدية⁴ حسب هذا الطرح تتحقق حين يتم التخفيض من تكاليف المعاملة القانونية إلى أدنى حد ممكن بهدف الرفع الأقصى للعائد. وقد شملت مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون جملة من النظرية و الأفكار المحققة للفعالية الاقتصادية في جميع مراحل العقد، من مرحلة المفاوضات إلى حين تنفيذ العقد .

« Les coûts de transaction Ex Ante sont les coûts associés à la recherche d'un partenaire , à la rédaction , la négociation et la garantie d'un accord , tandis que les coûts de contractualisation Ex Post comprennent les coûts induits par une mauvaise adaptation des contrats aux circonstances dans lesquelles ils évoluent, les coûts de renégociation et de contrôle du respect des arrangements contractuels et éventuellement les coûts du rapture des accords . »

-Stéphane Saussier et Anne-Yvrande Billon , Economie des coûts de transaction ;Collection :Repères ; Editions La Découverte - Paris ,2007 .Page 17.

¹ « Cette analyse a pour objectif la minimisation des coûts de transaction et des effets externes ... Les coûts de transactions représentent le temps ,les efforts ,les ennuis, et autres coûts engendrés pour les parties par la négociation d'un contrat , ou encore le règlement d'un différent entre eux . »

- Jacques Ghestin, op.cit., Page 189,N°212 .

² « Le mouvement actuel d'analyse économique du droit a vraiment commencé avec l'article de Ronald Coase sur le coût social ,publié en 1960 . »

-Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau ,Analyse économique du droit ,Méthodes du droit : Collection dirigée par Philippe Jestaz , Dalloz ,Les éditions Thémis , 2^e édition ,2008 ,Page 182 ,N°674.

³ "Exprimant la même idée dans mon article « Le problème du coût social », j'ai utilisé les termes de « coûts de transaction de marché ». Ces expressions sont dorénavant connues dans la littérature économique sous l'appellation de « coûts de transaction ». J'ai exposé ma pensée en ces termes : « Lorsque l'on souhaite opérer une transaction sur un marché, il est nécessaire de rechercher son ou ses cocontractants, de leur apporter certaines informations nécessaires et de poser les conditions du contrat, de conduire les négociations instaurant ainsi un véritable marché, de conclure le contrat, de mettre en place une structure de contrôle des prestations respectives des obligations des parties, etc.»"

-Ronald Coase , L'entreprise ,le marché et le droit , Traduit de l'Anglais par Boualem Aliouat , Editions d'Organisations ,2005,Page 23.

⁴ يرتبط مفهوم الفعالية بمفهوم الأمن القانوني . ففي المادة التعاقدية على سبيل المثال ، فان مفهوم الأمن القانوني يفترض أن القانون يكرس تنفيذ الالتزامات كما هو متوقع من قبل المتعاقدين . كما أن فعالية هذا التصرف القانوني تظهر في مرحلة المفاوضات التعاقدية و التي بموجبها يجد مفهوم الأمن القانوني مرتع له .

و تأسيساً على ما سبق، ارتأينا دراسة هذا الموضوع دراسة بانورامية و ذلك من أجل إبراز الوجه الحديث للفقهاء الغربي المتقدم سيما الفقه الأمريكي، و فك خيوط هذا الموضوع بتناول مؤسسات قانونية غربية باحثين عن الحقيقة الغائبة عن أغلب الباحثين. بالإضافة إلى ذلك، اتجهنا عامدين الى عدم طرح إشكال معين، بل إشكال دراستنا يمس مختلف مراحل العقد منذ مرحلة التفكير في إبرامه الى مرحلة تنفيذه.

لذا، نتناول دراسة التحليل الاقتصادي للعقد في مرحلة المفاوضات التعاقدية (المبحث الأول)، و التحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد (المبحث الثاني)، ثم التحليل الاقتصادي لمرحلة تنفيذ العقد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التحليل الاقتصادي للعقد في مرحلة المفاوضات التعاقدية:

تمثل المرحلة التمهيديّة للعقود مرحلة تعاقدية تجسد الحالة السيكلوجية التي من شأنها تعبيد الطريق لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه. لذلك فإن مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون تجعل من هذه المرحلة المنطلق القانوني المحقق للفعالية الاقتصادية للمعاملة، و ترسخ "نظرية المبادلة" هذا الطرح.

فقد يرغب شخص مثلاً في شراء عقار ما و يريد أيضاً صاحب هذا العقار بيعه، لكن لا تكون لديه الأموال الكافية لشرائه في الحال، أو لا تكون إرادته قد استقرت على شرائه بصفة نهائية. فيلجأ بدلاً من التعاقد مع صاحبه على شرائه الحصول فقط على موافقته على البيع إذا ما رغب في إتمام البيع بعد ذلك.

و يشكل مفهوم المقابل¹ Consideration القلب النابض لنظرية المبادلة. فالغرض من فكرة المقابل أنه ثمة وعدا من شخص لآخر، و مضمون الوعد أن يقوم الموعود له بإبرام العقد والموافقة على الصفقة¹. فنظام Common

« La notion d'efficacité entretient avec celle de sécurité juridique des rapports beaucoup plus intéressants...En matière contractuelle, la sécurité juridique suppose, comme on l'a vu, que le droit favorise l'exécution des obligations que prévues au contrat. L'efficacité de l'acte, c'est-à-dire la satisfaction du but juridique prévu dans le *negotium*, participe donc la sécurité juridique. »

-Thomas Piazzon, La sécurité juridique ; Préface de Laurent Leveneur ; Collection de Thèses : Doctorat et Notariat ; Defrénois -Lextenso éditions, 2009 ; Page 67-68 ; N°52-53.

¹ -يشكل مفهوم المقابل وكذا مفهوم الإيجاب و القبول الثالث الذي لا يتجزأ و الذي يكون فكرة الصفقة. فلا يمكن تصور غياب هذه العناصر نظراً للارتباط المنطقي و التكميلي والمكون للمعاملة.

" Consideration, offer and acceptance are an indivisible trinity, facets of one identical notion which is that of bargain. Indeed, consideration may conveniently be explained as merely the acceptance viewed from the offeror's side. We can no doubt separate offer, acceptance and consideration for our convenience ... but they are logical and interdependent entities abstracted from the one entire reality which is bargain. We can no more abolish one without destroying the others than we can think of a circle without a circumference".

- Chris Turner, Unlocking Contract Law ; Taylor and Francis Group edition -London and New York ; Fourth Edition Published, 2014. Page 50; N°3.1.2.

Law يستعمل مصطلح "مقابل" كمفهوم ذو صبغة تقنية لوصف ما سيعطيه الواعد للموعد له لتحفيزه على إبرام العقد.²

فأساس هذه النظرية هي تبرير التراضي المجرد من الشكلية القانونية في ظل الفقه الأنجلو أمريكي ، إذ يتمثل هذا المبرر في أن أحد الطرفين قد حصل على مقابل أو فائدة لوعده³ . كما تمثل فكرة المقايضة Quid Pro Quo⁴ الأرضية للتحليل الاقتصادي للعقد .

وعلى سبيل المثال، فالمتعاقد "أ" يقدم مبلغ من المال ل "ب" لقاء إبرام العقد وفي المقابل يتعاهد "ب" أن يبرم العقد مع "أ". فخلال هذه الفترة الزمنية ، يكون التوقع المشروع⁵ لكل من "أ" و "ب" غير مكتمل طالما لا يزال في مرحلة المفاوضات .

¹ -و تجدر الإشارة أنه قد يختلط المقابل بالعربون والذي يعرف حسب الفصل 288 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده." في حين فإن المقابل هو كل ما يعطى للموعد له لإبرام العقد أي السعي وراء الاحتفاظ بالصفقة .

² " Regardless of form , each bargain involves reciprocal inducement : The promisee gives something to induce the promisor to give the promisee ,and the promisor gives the promise as inducement to promise. Common Law uses the technical term consideration to describe what the promisee gives the promisor to induce the promise."

-Robert Cooter and Thomas Ulen , Law and Economics ,Addison -Wesley - Pearson ,Sixth edition 2016,Page 278.

³ -طلبة وهبة خطاب ، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي ، دار الفكر العربي ، 1979 ، ص 26.

⁴ -" ويرى بعض الفقه الأمريكي وجود ارتباط وثيق بين فكرة المقابل و فكرة المقايضة"

" So expressed the doctrine of consideration emphasized the idea of bargain or exchange , it must exist a relation of Quid Pro Quo."

-Rick Biguood , Exploitative Contracts ,Oxford University Press - New York ,Fist Published 2003,Page 97.

⁵ - يعرف الفقه التوقع المشروع التعاقدى على أنه : "تربح احترام المتعاقد لالتزاماته الصريحة و المحمية قانونا ، على أساس التوقع المعقول للمتعاقد الآخر الذي يلتزم بالمقابل وبشكل حر في بتنفيذ لالتزاماته التعاقدية ."

« Nous pouvons défini l'attente légitime comme la représentation subjective qui , prolongeant l'expectative du respect par le cocontractant de ces obligations explicites ,est sanctionnée par le droit, parce qu'elles s'appuie sur une anticipation raisonnable de ce que le partenaire doit déduire de la formulation littérale de ses devoirs contractuels » .

- Florian Dupuy , La protection de l'attente légitime des parties du contrat : Etude de droit international des investissement à la lumière du droit comparé, Thèse en cotutelle (Humboldt -Universitat zu Berlin) soutenue le 30 Novembre 2007 ;Ecole doctorale : Droit- Economie -Sciences sociales ;Université Panthéon-Assas (Paris II) ;Page 29 .

-كما نظم المشرع الفرنسي ولأول مرة في ظل التعديل الجديد الذي ظل القانون المدني الفرنسي ، حماية التوقعات المشروعة في ظل تكوين العقد- Article 1166 du nouveau code civil français : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

-و في نفس الاتجاه ، فإن المشرع الفرنسي كرس نظرية التوقعات المشروعة و ضمنها بشكل موضوعي في جميع أنواع العقود ضمن التعديل الجديد.

فالمشرع المغربي لم يعطي اهتماما للمرحلة ما قبل التعاقدية¹، فحسب الفصل 14 من قانون الالتزامات و العقود " مجرد الوعد لا ينشئ التزاما ". لذلك تجد نظرية المبادلة في الفقه الأمريكي ساحة للمعاملات القانونية ذات الفعالية الاقتصادية . خصوصا و أن من شأن هذه المرحلة ما قبل التعاقدية حماية التوقع المشروع للأطراف ، بدل الخوض في معاملة قد لا تدر بالنفع لأطرافها .

المبحث الثاني: التحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد :

لحق مفهوم العقد و تكوينه مجموعة من التغيرات الجذرية في فلسفة مدرسة Posner القانونية -الاقتصادية . فبعد ما كان مبدأ سلطان الإرادة الحاكم الأول في العقد ، أصبحت المصلحة الاقتصادية المؤشر و الموجه للمعاملة القانونية .

فالتحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد ، يجعل من هذا الأخير أداة قانونية لتحقيق الفعالية الاقتصادية و ذلك من خلال : التحليل الاقتصادي للالتزام بالإعلام التعاقدية (المطلب الأول) ، ثم دراسة لنظرية المحتوى التعاقدية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول -التحليل الاقتصادي للالتزام بالإعلام التعاقدية Economic Analysis of duty of disclosure

رغم تنظيم المشرع المغربي للالتزام بالإعلام في ظل قانون حماية المستهلك - بموجب المواد من 3 إلى 14- ، نجد هذه النصوص يطبعها البساطة و عدم القدرة على مواكبة ما استجد في باب النظرية العامة للعقد . فالمستهلك المتعاقد بحاجة إلى نص قانوني يجمع بين الفعالية القانونية و تحقيق النتيجة الواقعية التي من أجلها أبرم العقد . فالمعلومة هي حقيقة مستقلة يمكن تكييفها قانونا أنها شيء غير مادي ، بحيث يمكن تملكها مبدئيا . لذلك تقدم مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون الحلة المتطورة للالتزام بالإعلام Duty of Disclosure ، من خلال جعل هذا الالتزام ذو قيمة اقتصادية بدل اعتباره واجبا ملقا على كاهل الأطراف المتعاقدة .

و يجد هذا الطرح سنده في ظل التيار "القانون و الاقتصاد" في نظرية الفقيه الأمريكي Anthony T. Kronman، و

« L'article 1166 du code civil consacre la théorie des attentes légitimes , appréciée de manière objective , pour tout type de contrat (vente , services , « fourniture de biens numériques des parties..) »

-François Ancel , Bénédicte Fauvarque -Cosson et Juliette Gest ; Aux sources de la réforme du droit des contrats , Dalloz , Janvier 2017 . Page 183 , N°25.183

¹ -بالرغم من أن المشرع المغربي قد نظم عقد التخصيص في ظل التعديل الذي طال القانون المنظم لبيع العقار في طور الانجاز (ظهير شريف رقم 1.16.05 صادر في 23 من ربيع الأول 1437 -3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير و تتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقار في طور الانجاز المتمم بموجب الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 -12 غشت 1913 بمثابة قانون للالتزامات و العقود) -الجريدة الرسمية عدد 6440 في جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) : حيث جاء في الفصل 3-618 مكرر مرتين : "يمكن للبائع و المشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الانجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عر في ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف"

الذي يقترح بموجبها الفقيه المذكور تحليل اقتصادي معمق للالتزام بالإعلام . و تصب نظريته حول التفريق بين كل من المعلومات المبحوث عنها عن قصد من طرف المتعاقد و المعلومات المحصل عليها عن غير سابق بحث عنها¹ . فالمتعاقد الذي تكبد عناء الحصول على المعلومة ، يجب حسب نظرية الفقيه Kronman أن يجعل من بحثه وسيلة للاستثمار داخل المعاملة . لذلك يقترح الفقيه المذكور أن تكون على هذه المعلومة المحصل عليها حق ملكية² .

إن نظرية الفقيه الأمريكي Kronman تشجع الأطراف المتعاقدة على الاستثمار في المعلومة التي من شأنها التأثير في فعالية المعاملة ككل . لكن هذا الطرح حسب رأي الفقيه المذكور لا يطبق على المعلومة المغلوطة ، كما لا تطبق على المعلومات التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد أو التي قد تؤثر على رضا المتعاقد . بل هذه النظرية هي مكنة من أجل الرفع من درجة المنفعة التعاقدية لأطراف العقد³ .

المطلب الثاني - نظرية المحتوى التعاقدية⁴ : The theory of Contents of contract

يقال أنه لا يعذر تغير الأحوال بتغير الأزمان ، فالمعاملات تتطور آلياتها و تتقدم فلسفتها بتغير أحوال الأفراد .

¹ « Dans un article célèbre paru en 1978 ,cet auteur -A. T. Kronman- a proposé une analyse économique approfondie de l'obligation d'information. Celle-ci repose sur une distinction fondamentale entre les informations acquises par une recherche délibérée et les informations acquises par hasard .»

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 74. N°90.

² « Ceci est en fait , selon l'auteur , la conséquence pure et simple de la définition donnée de l'information acquise délibérément . En effet, une personne qui acquiert une information de cette nature n'aura , par définition, engagé des frais que dans la perspective d'un profit .L'auteur recherche alors comment faire profiter de son acquisition celui qui a fait l'effort d'investir pour la connaissance d'une information . La meilleure façon consiste , selon lui , à lui accorder un droit de propriété sur cette information . »

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 75. N°91.

³ « D'une part , l'analyse économique ci-dessus présentée n'est pas valable en cas de transmission d'une fausse information. En outre, elle ne nous paraît pas applicable aux obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat. Enfin , et surtout , elle ne concerne pas, selon nous, toutes les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant , mais seulement celles qui portent sur la prestation reçue du cocontractant : elle est inopérante en matière d'obligations d'information sur sa propre prestation , c'est-à-dire sur la prestation fournie au cocontractant . »

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 80. N°101.

⁴ إن التعريف بالمحتوى التعاقدية يرمي إلى تحديد عناصر العقد ، أي تحديد الآثار المترتبة عن العقد . فالمحتوى التعاقدية إذن هو الحقوق و الالتزامات المترتبة التي تمثل أساس ميلاد العقد .

« La définition du contenu contractuel est une analyse de sa composition, définir le contenu d'un contrat , c'est déterminer les choses dont il est composé ... Pour définir le contenu du contractuel ils se posent un ensemble de question : se demander quels sont les effets des contrats ou des obligations conventionnelles , c'est donc se demander quels devoirs ils imposent à l'une des parties , quels droits ils confèrent à l'autre . »

-Ali Zarrouk , L'implicite et le contenu contractuel : Etude de droit comparé :Droit français et droit tunisien ; Préface de Philippe Delebecq ; Avant-Propos de Mohamed Kamal Charfeddine ;Collection :Logiques Juridiques ,L'Harmattan -Paris ,2012.Page 30;N°14.

هكذا الحال بالنسبة للعقود وأركانها¹ ، فقد أضحى كل من نظرية المحل و السبب² عاجزة على احتواء المعاملات القانونية المستحدثة.

وتشكل نظرية المحتوى التعاقدى³ النتيجة التي وصل إليها الفقه الأمريكي و الذي أخذ بها أيضا المشرع الفرنسي في إطار التعديل الأخير الذي طال نظرية العقد⁴ ، و التي تجعل من العقد وحدة تعاقدية ذات أبعاد اقتصادية . وينظر إلى المحتوى التعاقدى من زاويتين : من زاوية العلاقة العقدية المكونة من قبل أطراف العقد ، و التي من شأنها ترتيب الحقوق و الالتزامات الملقاة على كاهل الأطراف المتعاقدة و التي يجب تنفيذها . ثم من زاوية العناصر

¹ - ورد في النسخة العربية من ق ل ع في الفصل 2 الحديث عن أركان الالتزام . في حين أن النسخة الفرنسية لنفس القانون أوردت عبارة « Les éléments أي العناصر . فالعنصر يشمل الركن و صحة العقد ، كما أن الأهلية ليست بركن من أركان الالتزام لأن هذا الأخير -أي الركن- هو جزء من الكنه و الماهية وبالتالي فالأهلية هي شرط صحة.

« Article 2 du D.O.C : Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : -1° La capacité de s'obliger ; -2° Une déclarations valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ; -3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ; -4° Une cause licite de s'obliger . »

-Dahir du 9 Ramadan 1331 (12 Août 1913) formant Code des obligations et des contrats :Bulletin Officiel N°46 Du 12 Septembre 1913. Page 78-172.

²-نظم المشرع المغربي محل العقد في الفصول من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات و العقود ونظرية السبب في الفصول من 62 إلى 65 من نفس القانون .
³-يجب أن يعكس محتوى العقد تطابق الرضا بين المتعاقدين ، فيشكل محتوى العقد وسيلة لإثبات جدية الكلمة المعطاة للتعاقد و الشروع في المعاملة ووصف مدى احترام إرادة المتعاقدين.

« Le contenu du contrat est censé refléter les volontés contractuelles qui se sont accordées . Il constitue le moyen de prouver que la parole donnée n'a pas été observée ou , à l'inverse , qu'elle l'a été. Sa fonction paraît résider dans la caractérisation de la satisfaction respective des parties . »

-Frédéric Rouvière , Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution , Préface de Christian Atias ,Institut de Droit des Affaires ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille ;2005. Page 14 ;N°2.

⁴-تبني المشرع الفرنسي في ظل التعديل الجديد لفكرة المحتوى التعاقدى و الذي أضى البديل لكل من نظريتي المحل و السبب ، فقد شكل هذا التعديل فرصة للتناغمية القانونية مع الحياة الاقتصادية . كما ارتبط مفهوم المحتوى التعاقدى بصحة العقد إلى جانب كل من الرضا و الأهلية (و هذا ما أكدته مقتضيات المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي الجديد).

« Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause. Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section, de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées. »

-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Sous-section 3 : Le contenu du contrat ; www.legifrance.gouv.fr

الداخلية للمحتوى التعاقدى ، وهذه العناصر تجسدها بنود العقد¹ .

وعليه ، فإن نظرية المحتوى التعاقدى ألغت كل من نظرية السبب و المحل في الوقت نفسه و حلت محلها . فتستلزم صحة العقد وجود رضا المتعاقدين ، إلى جانب وجود مصلحة محددة يرمى الأطراف المتعاقدة الى تحقيقها فعليا . فالبحث عن موضوع العقد هو محل هذا الأخير ، و البحث عن الباعث من وراء إبرام العقد هو سبب هذا الأخير ، و بالتالي تحديد هذه المفاهيم يخرج المحتوى التعاقدى إلى أرض الواقع² .

المبحث الثالث : التحليل الاقتصادي لمرحلة تنفيذ العقد :

يشكل كل من العدل و النفع أساسا للقوة الملزمة للعقود ، و البديل لدغمائية مبدأ سلطان الإرادة . فالعقد يكون ملزما ما دام نافعا و شريطة أن يكون عادلا³ . فالقانون شعبية معيارية Normative وليست تفسيرية ، لأنه لا يستصدر من خلاله أحكام تستند لمبدأ السببية ، بل يتم استصدار أحكام القيمة بناء على مبدأ الغائية . فعمق مبدأ القيمة هو الذي يجعل من القاعدة "قانونية" ، و منظمة للالتزامات في إطار المعاملات الإنسانية⁴ .

و من أهم النظريات التي جاءت بهذا الخصوص : نظرية الفسخ الفعال للعقد (المطلب الأول) و التنفيذ على حساب المدين عن طريق صفقة بديلة (المطلب الثاني) و التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية العقدية

¹ "The terms of contract are discussed in the context of contents of the contract. From a majority point of view , however , the terms of contract and the contents of contract are not the synonym . For example , according to one argument, the contents of contract should be viewed from two aspects : civil legal relations and intrinsic structure . In civil legal relations aspect , the contents of contract refer to the contractual relationship created between the parties, which represent the rights and obligations that the parties have respectively .With regard to intrinsic structure ,the contents of contract because the contents are displayed by the terms ."

- Mo Zhang , Chinese Contract Law : Theory and Practice ; Martinus Nijhoff Publishers -Boston ,USA; 2006 . Page 121 .

² « ... Le contenu du contrat est en même temps la cause et l'objet du contrat ,... pour qu'un contrat se forme valablement ,il faut que les parties accordent leur volonté . Mais cet accord ne se réalise pas dans l'abstrait . Les parties veulent quelque chose de précis , pour une raison précise . Rechercher ce qu'elles veulent , c'est déterminer l'objet du contrat , rechercher pourquoi elles le veulent ,c'est déterminer la cause du contrat . En précisant ces deux notions , on concrétise donc le contenu du contrat lequel était jusqu'alors demeuré dans l'ombre . »

-Ali Zarrouk ,Op. Cit .Page 30 ;N°14.

³ « Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat , d'où doit se déduire l'ensemble de son régime... Le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté et du principe de solution générale et abstrait qu'il apportait , conduit ainsi d'abord à faire de l'utile et le juste les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat . »

- Jacques Ghestin , op.cit., Page 202-203 ,N°225 .

⁴ «Nous avons bien des fois , au cours de cette étude rappelé cette donnée fondamentale que le droit est une discipline normative , et non point explicative : il ne tend pas à formuler des jugements d'existence basés sur le principe de causalité , mais des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité... le droit repose en derrière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de valeur que telle règle pourra être une règle juridique , entraînant des obligations pour l'activité humaine . »

-Paul Roubier ,Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales ,Préface de David Deroussin ,Daloz 2005 , Page 317 , N°36 .

(المطلب الثالث) .

المطلب الأول : نظرية الفسخ الفعال للعقد¹ : The theory of efficient breach of contract

ولد من رحم مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون نظرية الفسخ الفعال للعقد² ، على اعتبار أن كل متعاقد يرمي إلى تحقيق مصلحة معينة من وراء إبرامه للعقد . إلا أنه قد تؤثر بعض الظروف الاقتصادية على العقد المبرم مما تجعله فارغا من المصلحة المرجوة من وراء إبرامه . لذلك يقترح الفقه الأمريكي المتجسد في مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون جعل فسخ العقد مسألة ناجعة على مستوى تحقيق مبدأ الفعالية التعاقدية³ .

و تجدر الإشارة إلى أن جميع حالات فسخ العقد سواء أتعلق الأمر بعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه ، أو في حالة وجود شرط فاسخ في العقد فانه لا يتم الرجوع بحثا عن مبدأ الفعالية التعاقدية المرجوة من وراء فسخ هذا العقد ، حتى في الحالة التي تدخل ضمن عدم التنفيذ الإرادي للعقد . فالفسخ الفعال للعقد حسب هذا الفكر القانوني أولى من التنفيذ الخالي من أي منفعة محققة⁴ .

¹ -في ظل التعديل الأخير الذي طال القانون المدني الفرنسي ، أشار المشرع المذكور في المادة 1219 و 1220 إلى استثناء عدم تنفيذ العقد و الذي يتماثل و فكرة الفسخ الفعال للعقد من حيث المبدأ .

Article 1219 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

Article 1220 : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

² -تعوض نظرية الفسخ الفعال للعقد نظرية البند الجزائي الرامي إلى وضع حد للعقد سواء أكان إنهاءه في صالح المتعاقدين أو كان غير فعال للعقد .
"La théorie de la violation efficace intervient donc pour faire échec à une clause pénale dont le but était de dissuader toute rupture contractuelle, efficace ou non."

-Isabelle Alvarez , Essai sur la notion d'exécution contractuelle , Thèse pour obtenir le grade de Docteur , Délivré par l'Université Montpellier I , Préparée au sein de l'école doctorale Droit et Science politique et l'unité de recherche (UMR 5815 -Dynamiques du Droit) ,Spécialité : Droit privé et sciences criminelles ,Soutenue Le 1^{er} Décembre 2014. Page 396 ;N° 929 .

³ -وقد أخذت هذه النظرية الأمريكية الأصل اهتمام من قبل بعض الفقه الفرنسي و الذي أعتبرها أداة تحليلية تمكن من معرفة هل من شأن عدم تنفيذ العقد تحقيق للفعالية الاقتصادية .

« L'objet de cette théorie somme toute récente est donc clair : offrir un outil analytique permettant de savoir si l'inexécution est économiquement utile , et au-delà , légitimer la faute intentionnelle lorsque ses effets sont efficaces. »

- Yves -Marie Laithier , Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat , Préface de Horatia Muir Watt , L.G.D.J -Editions Delta ,2004. Page 489 ,N°408.

⁴ « On le constate donc , chacune des institutions relevant de l'idée générale de rupture en appelle à une valeur (moralité et humanité , d'une part ; liberté individuelle , d'autre part) , à l'aune de laquelle sa mise en œuvre est effectuée . Or , aucune ne relève de l'idée

و تطبيق هذه النظرية لا يتم إلا من خلال : أولاً ، وجود عقد لم يعد محقق للمصلحة المرجوة من وراء إبرامه .
ثانياً ، تعويض المتعاقد الآخر و إبرام عقد جديد مع طرف ثالث شريطة أن تكون المنفعة في العقد الجديد أكثر من
منفعة العقد الأول¹ .

و لتوضيح معالم هذه النظرية ، نفترض أن المتعاقد "أ" أبرم عقد بيع بضاعة مع المتعاقد "ب" ، ففي حالة ظهور
متعاقد "ج" عند الشروع في تنفيذ العقد المبرم بين "أ" و "ب" و الذي يقدم ثمن أفضل لشراء البضاعة . فسيكون
في إطار مبدأ الفعالية التعاقدية ألا ينفذ المتعاقد "أ" العقد مع المتعاقد "ب" ، و أو يبرم المتعاقد "أ" عقداً جديداً
مع المتعاقد "ج" في ظل الفسخ الفعال للعقد. فالمتعاقد "ج" يمثل أساس هذا الفسخ الفعال لأن من شأن المتعاقد
"ب" أن يجعل هذه المعاملة القانونية فارغة النفع الاقتصادية المرجوة، وبالتالي تصبح النتيجة المنتظرة محمية
مادام سيرجع المتعاقد "أ" بالتعويض للمتعاقد "ب" .

وبناء على فكرة مدرسة التحليل الاقتصادي للعقد و التي تؤكد مبدأ تقليص التكاليف ، فإنه يمكن أن نتصور
المثال السلف الطرح في صورته التقليدية و التي تكمن في قيام المتعاقد "أ" بتنفيذ العقد مع المتعاقد "ب" وتسليمه
لبضاعة ثم يقوم المتعاقد "ب" ببيعها للمتعاقد "ج" . فمن شأن هذه المراحل تعظيم كل من عنصر الزمن و
التكاليف المادية و الأهم عدم تحقيق لعنصر الفعالية التعاقدية الاقتصادية² . وعليه ، فإنه يمثل فسخ فعال
للعقد كلما در هذا الفسخ بالفائدة الكلية على الأطراف المتعاقدة .

المطلب الثاني : التنفيذ على حساب المدين عن طريق صفقة بديلة : Execution at the expense of the debtor
through an alternative transaction

d'efficacité de la rupture , en tant que celle-ci est fondée sur l'admission de l'inexécution volontaire du contrat- violation efficace- et de
sa rupture -rupture efficace-, dans l'hypothèse où celles-ci apparaissent plus favorables que l'exécution ou le maintien. »

- Christophe Jamin , Droit et économie des contrats ; Collection : Droit et économie ; L.G.D.J - Lextenso éditions, 2008. Page 173, N°430 .

La théorie de la violation efficace (T.V.E.) a pour objet de mettre en évidence l'intérêt pour une partie de rompre le contrat initial, "¹
d'une part lorsqu'il ne remplit plus son objectif de création de richesse, et d'autre part dans l'hypothèse d'une offre ultérieure plus
intéressante, lorsque le bénéfice qu'elle obtient au titre du nouveau contrat est supérieur aux pertes de la victime dans le contrat
"originel.

-Rudden Bernard, Juilhard Philippe. La théorie de la violation efficace. Revue internationale de droit comparé, Octobre-décembre
1986. Vol. 38 N°4. Page 1017.

²-ان العقد يتنازع الى ضمان التوازن الاقتصادي بين الطرفين ، و الذي يسعى القانون الى تحقيقه من أجل حفظ الاستقرار في المعاملات بما ينعكس على
استقرار الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية ، الى جانب المتطلبات الشخصية لدى الأفراد التي قد تدفعهم الى الرغبة في تحقيق أكبر نفع اقتصادي على
حساب شركائهم في العملية التعاقدية .

-وليد خالد عطية و علي حسين منهل ، تفسير شروط الإغفاء من المسؤولية العقدية : دراسة في القانون الانجليزي ، منشورات الحلبي الحقوقية -
الطبعة الأولى 2016 . ص 5.

عندما يبرم الأطراف عقدا فهم يتبعون من وراءه منفعة عقدية تؤول إلى حقوق عقدية يتمتع بها كل واحد منهم ، و بالمقابل يتولد عن العقد التزامات عقدية توجب على من ترتبت عليه احترامها و تنفيذها . و إذا أخل أحدهم بتنفيذ ما وجب عليه في العقد ، جاز للمتعاقد الآخر أن يباشر الجزاءات التي منحها القانون له.

وفي ظل مفهوم العقد و مراميه من خلال الفقه الأمريكي ذي النزعة الاقتصادية ، تمثل الصفقة البديلة¹ وسيلة تجسد عنصر الفعالية التعاقدية حيث يمكن للمتعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه ، أن يباشر الدائن عن طريق التنفيذ على نفقة المدين بإبرام صفقات مع متعاقدين آخرين و يرجع بعد ذلك على المدين بفرق ما تكبده و تحمله من أضرار² .

وتطبيقا لما سبق ، ففي عقد البيع على سبيل المثال إذا لم يقم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري الذي بدوره لا يستطيع تسليم البضاعة للمشتري من الباطن نتيجة إخلال البائع بعدم تسليم البضاعة ، فيإمكان المشتري التنفيذ على حساب البائع بشراء بضاعة أخرى من نفس النوع التي تعاقدها لغرض تنفيذ التزاماته تجاه المشتري من الباطن ، و يرجع بالفرق بين ثمن معاملة العقد المخروق و ثمن معاملة العقد الذي أبرمه مع المتعاقد الآخر . و كذلك الأمر في حالة إخلال المشتري بعدم تسلم البضاعة و عدم دفع ثمنها ، فيإمكان البائع التنفيذ على حساب المشتري بقيامه ببيع البضاعة إلى مشتري آخر ، و يرجع على المشتري بالفرق بين ثمن العقد و ثمن الشراء الجديد³ .

المطلب الثالث: التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية العقدية: Economic analysis of contractual liability

يمثل الفقيه Guido Calabresi أحد أعمدة التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية المدنية. و تقوم أطروحته على التقليل من تكليف الصيانة و الوقاية من المخاطر في آن واحد ، و كذا اعتبار أنه يمكن أن تقلص تكاليف

¹- يعرف الفقه الفرنسي مقابل للتنفيذ على حساب المدين من خلال صفقة بديلة و هو ما يعرف برخصة الإحلال La faculté de remplacement وبموجها يتم تحقيق نوع من الموازنة بين مصلحة الدائن من جهة و عدم المساس بمصالح المدين من جهة أخرى. و تجد رخصة الإحلال مجالها الخصب في المادة التجارية على اعتبار أن المعاملات التجارية تقتضي نوع من السرعة و المرونة .

« L'inexécution totale du contrat autorise le cocontractant victime de l'inexécution à exercer une faculté de -remplacement- aux frais du vendeur . L'acheteur dont la commande n'a pas été honorée peut, après mise en demeure du vendeur des marchandises de même qualité , aux frais du vendeur défaillant . Cette faculté de remplacement est toutefois subordonnée à un principe de proportionnalité : L'inexécution doit être suffisamment substantielle pour pouvoir justifier le remplacement . »

-Annie Chamoulaud-Trapiers , Droit des affaires ; Collection : Lexifac Droit -Bréal Editions 2^e Edition ,2007 ; Titre 1 : Les actes de commerce ,Page 34.

² - وليد خالد عطية ، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة - دراسة مقارنة بين القوانين الأتكلوأمركية و المدنية و عقود البيع الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى 2017 . ص 9 .

³ - وليد خالد عطية ، مرجع سابق . ص 18

الخسائر بناء على الخفض من الأضرار وفق مقولته الشهير "تجنب الحوادث بأقل تكلفة"¹.

وتصبح قواعد المسؤولية المدنية في ظل هذا التيار الفكري وسيلة لمراقبة المخاطر، ويجسد عقد التأمين هذا الطرح². فالمبدأ الأساسي للتحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية هو ترقيب الخطر قبل حدوثه. فالمسؤولية حسب هذا الاتجاه الفقهي ليست باللاحقة *Ex post* على وقوع الأضرار، لأن التحليل الاقتصادي لقواعدها -أي المسؤولية- تجعلها مقارنة سابقة *Ex ante* التي توجه الفرد إلى تجنب هذه الأضرار. و من هنا يتم التساؤل عن المفهوم المستحدث للعلاقة السببية، إذ لا بد من تأويل اقتصادي لهذه العلاقة³.

ففي ظل التحليل الاقتصادي للقانون، فإن العلاقة السببية لا دور لها في مؤسسة المسؤولية، على اعتبار أن هذه الرابطة لا تدر بالفعالية الاقتصادية⁴. فتطبيق قواعد المسؤولية ينطلق من عدم قيام الفرد بالاحتياطات اللازمة بصورة تقل عن تلك المحددة قانونا. و يطلق على مستوى الاحتياط الملزم قانونا على الأفراد بالاحتياط

¹ «...C'est surtout M. Guido Calabresi, professeur à l'université de Yale, qui est à l'origine de l'analyse économique de la responsabilité civile. Selon lui, l'objectif de la responsabilité civile est de minimiser le coût de réparation et le coût de prévention des accidents. Sa principale idée consiste à dire que le coût des accidents peut être réduit si la partie qui pouvait les éviter au moindre coût est tenue responsable pour les pertes survenues. M. Calabresi donna à cette règle le nom de « Chepest-cost-avoider ». »

- Jacques Ghestin, Op.Cit. ; Page 184; N°204.

² « L'analyse économique des règles de responsabilité souligne leurs effets sur les incitations à limiter le risque : La responsabilité civile apparaît comme un moyen de contrôler le risque (Comportement à l'origine d'un dommage). Il en est de même pour l'assurance. »

- Bruno Deffains et Eric Langlais, Analyse économique du droit : Principes, Méthodes, Résultats ; Edition de Boeck Université - Bruxelles, 1^e édition, 2009, Page 73, N°3.1.

³ « La responsabilité, dans l'analyse économique, s'attache à prévenir le dommage avant sa survenance. Ainsi, la responsabilité n'est pas une réaction *ex post* (qui intervient après la survenance des dommages) à la question d'accident. Il s'agit d'une approche *ex ante* qui conduit les individus à prévenir les accidents. C'est pourquoi, dans cette approche, trouver l'auteur et le rendre responsable n'importe pas, (alors que le dommage a été causé par un individu, mais il peut être prévenu par différentes personnes, et non fortement par son auteur). En réalité, la causalité n'est pas considérée comme une notion constructive distincte de la responsabilité. Nous précisons l'interprétation économique de causalité. »

- Reza Fadaie Ghotbi, Comprendre la responsabilité civile, Thèse de doctorat en Droit privé soutenue Le 9 Mai 2016 ; Université Panthéon - Assas : Ecole doctorale de Droit privé. Page 26 ; N° 34.

⁴ « Dans l'analyse économique du droit, le lien de causalité n'a pas de rôle dans l'établissement de la responsabilité. Celle-ci est prévue pour un acte non efficient qui ne maximise pas la richesse. Appliquer le lien de causalité à la responsabilité ne nous mène pas à l'efficacité économique. »

- Reza Fadaie Ghotbi, Thèse Précitée. Page 39 ; N° 69.

المعقول *Précaution Raisonnable* ، و الذي يسميه أنصار مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون بالاحتياط المثالي *Précaution Optimale*¹ .

و تعتبر معادلة القاضي الأمريكي *Learned Hand*² معيار لحساب المسؤولية لتحقيق الفعالية الاقتصادية . وتنقسم معادلة القاضي المذكور إلى ثلاثة عناصر أساسية: الضرر المحتمل ، و مبلغ التعويض المحتمل ، ثم تكاليف الوقاية من الضرر . فإذا كان كل من الضرر المحتمل و مبلغ التعويض المحتمل الذي يمثل الضرر المتوقع أكثر من تكاليف الوقاية من الضرر ، يتم تكييف وضعية المسؤول عن الضرر بالإهمال . أما إذا كان كل من الضرر المحتمل و مبلغ التعويض المحتمل أقل من تكاليف الوقاية من الضرر فإنه لا يعتبر المسؤول إذاك مهملًا ، إلا أنه لا يعني عدم تكبد المتضرر قسط من المسؤولية في حالة عدم اعتباره قد أخذ -بصورة اقتصادية - جل ميكانيزمات الاحتراز . و يترجم هذا الطرح بالشخص الحريص على شؤون نفسه و يسعى في ظل الفقه الأمريكي بمقياس الإهمال³ .

. Standard of Negligence

و نمثل ما سبقناه من شرح للتحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية بالمثال الآتي : لنفترض أن المتعاقد "أ" قد أبرم عقد كراء عقار معد للاستعمال السكني مع المتعاقد "ب" ، و بعد إبرام العقد و تمكن المكثري من منفعة ذلك العقار ، سقط جدار في البيت أدى إلى خسائر قدرها 2000 درهم ، فلو غير المكثري أنابيب المياه المارة من الجدار بتكلفة 500 درهم ، لتمت الاستفادة من مبلغ 1500 درهم . فالمكثري أضحي مسؤولاً -حسب التحليل الاقتصادي

¹ « En vertu des critères de faute, la responsabilité de l'homme n'est engagée que lorsque sa précaution est plus basse que celle déterminée par la loi. Habituellement, le niveau de la précaution imposée par la loi est appelé la précaution raisonnable, signifiant en termes économiques, la précaution optimale. »

-Reza Fadaie Ghotbi , Thèse Précitée. Page 27-28 ;N° 39 .

²-تأخذ معادلة القاضي *Learned Hand* مبيد الإهمال كمعيار لقياس المسؤولية . و تنقسم هذه المعادلة بحداتها و نجاعتها في التصدي للمخاطر .
"Although the Hand Formula is of relatively recent origin, the method that it capsulizes has been used to determine negligence ever since negligence was first adopted as the standard to govern accident cases."

Richard Allen Posner , *Economic Analysis of Law* ; ibid. Page 150 .

³ « Dans un arrêt d'une cour fédérale américaine datant de 1947 , le juge *Learned Hand* a retenu une formule comportant trois variables pour fixer la responsabilité :

- La probabilité « P » du dommage ;
- Le montant « M » du dommage potentiel ;
- Le coût « C » de prévention .

Si $P \times M$, qui correspond au dommage prévisible et supérieur à C , l'auteur du dommage est considéré comme négligent. Si $P \times M$ est inférieur à C , l'auteur du dommage n'est pas négligent . Cette formule ne signifie pourtant pas que l'autre partie n'aurait pas pu de manière économiquement efficace , prendre plus de précautions. Ces idées habituellement traduites par les expressions plus floues de « Bon père de famille » et au Etats-Unis de « Standard of negligence » .»

-Nicolas David ; Le directeur juridique , quelle place et quel rôle ? ; Editions le Manuscrit , 2006 .Page 474-475.

للقانون - لأن تكلفة الوقاية أقل من تكلفة الضرر الواقع . فقد كان حري بالمكري تغيير الأنايب المائية لتقليص التكاليف المالية و الزمنية أيضا .

وعليه ، فان نظام المسؤولية العقدية حسب الطرح السالف لا يرمي إلى الحد المطلق للأثار المنثئ عن الأضرار ، والاسيتم الدخول في عالم المثالية . لذلك فان التحليل الاقتصادي يهدف في هذه الحالة إلى تأمين أقل مستوى من الخسائر الممكنة ، وهذا هو أساس مفهوم "التقليص" Minimisation الذي يشكل أهم أساسات التحليل الاقتصادي للقانون¹ .

¹ « Le système de responsabilité civile ne saurait avoir pour but la suppression complète de ces faits générateurs de dommages . Un tel objectif relèverait de l'utopie . Certains dommages sont inévitable , quelles que soient les précautions prises . C'est pourquoi l'analyse économique ne cherche pas à assurer le plus bas niveau de dommages possible , mais simplement le plus bas niveau de dommages socialement acceptable . C'est là le sens véritable du terme de « minimisation » . »

-Grégory Maitre , Op .Cit ;Page 53 ; N°99 .

خاتمة :

يمكن ختم دراستنا للموضوع بالتأكيد على أهمية العقد ، باعتباره وعاء إراديا محققا للمرونة على مستوى فعالية المعاملات القانونية . فكلما تطورت ميكانزمات العقد ، تنتعش بالضرورة القطعية النتائج الاقتصادية المحصل عليها من خلاله. و في ظل التشريع المغربي ، يمثل قانون الالتزامات والعقود العمود الفقري في المادة التعاقدية . فيشكل هذا القانون المذكور بدايات القانون الوضعي في المغرب بعد أن كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة بين الأفراد، إلا أن هذا القانون و الى حد اليوم لا يزال سجين النظريات العتيقة التي أضحت في ظل التشريعات المقارنة سوى محاور لدراسة تاريخ القانون .

فالحاجة إلى تشريع تعاقدي متطور رهين بالبحث عن التجارب المقارنة التي يشهد لها بالنجاعة¹ ، فلا يمكن في ظل عصر السرعة أن نحيين فصول قانون الالتزامات والعقود دون الاعتراف أنه قانون لم يعد يصلح لمعاملات قانونية أدرجت ضمن التشريع المغربي والتي يمكن تكييفها بالمركبة . فغياب المقاربة الاقتصادية في فصول قانون الالتزامات والعقود من شأنها تعطيل عجلة المعاملات بصورة عامة ، و الذي سيؤثر سلبا لا محالة على مستوى جودة الاجتهاد القضائي في المادة التعاقدية .

و عليه ، فالتحليل الاقتصادي للعقد هو من وحي الفكر القانوني الواقعي ، هو فكر انتشل من شبح القانون الطبيعي و الفلسفة الطوباوية Utopique ، التي تبحث عن مفهوم "المثالية" في القانون . فالواقعية القانونية أحدثت قطيعة إبستمولوجية Rupture Epistémologique مع النظريات العتيقة التي عمرت لحقب كبيرة من الزمن ، و شكلت معبرا للخروج من أطلال الفلسفة الرومانية التي أضحت غير صالحة أمام عولمة القانون .

¹ تتسم التجربة القانونية الأنجلو أمريكية بالتميز على مستوى وثيرة التقدم الذي عرفته من خلال نموذج "سرعة-الحداثة" بخلاف النموذج الفرنسي الذي يأخذ "بطء-الحداثة".

« A l'inverse, le modèle anglo-américain ne se représente pas la modernité et le progrès qui en est la justification, comme se fondant par principe sur une rupture avec le passé, mais plutôt comme un changement s'opérant dans le respect d'une continuité historique. C'est la raison pour laquelle nous qualifierons ce modèle de "soft-modernity" par opposition au modèle franco continental que nous dénommerons "deep-modernity". »

-David Ginocchi , Dorian Guinard , Sarah-Marie Maffesoli , Sébastien Robbe ; Les modèles juridiques Français et Américain : Influences croisées ; L'Harmattan , Collection : Presses Universitaires de Sceaux , 2009. Page 12-13 .