بحث

تأثيرالعقد الناقص على الالتزامات التعاقدية

في ظل الأزمات المالية العالمية

الدكتور

محمد جمال عزاز أبو رحاب

ملخص:

نوضح فى هذا البحث محتوى نظرية العقد الناقص وتشرح ظهورها كنظرية ناشئة في النظام الأنجلو أمريكي. كما نقدم الأسس القانونية التي تستند إليها نظرية العقد الناقص ونقدم الأدوات التي ستدعم إدراجها في نظام العقود العام.

وتبين مساهمة نظرية العقود الناقصة في النظر إلى الالتزامات التعاقدية في ضوء جائحة كورونا التي تسببت فيما يسمى بحالة 'أزمة العقود'. وتقر إعادة التفاوض على أنها المبدأ الأصلي لاستمرار العلاقات التعاقدية وتؤكد في الوقت نفسه على قيود نظرية العقود الناقصة فيما يتعلق بالعقود المترابطة.

مقدمة:

في حين أن نظرية العقد تقوم على مبدأ قوة الإرادة، أي أن الطبيعة الملزمة للعقد تتحقق حين يفي الطرفان بالتزاماتهما التعاقدية، بحيث يضمن العقد الإنصاف للأطراف بناء على معرفتهم بما هو في مصلحة الطرفين، ولا يمكن لنظرية العقد الناقص التعرف على جميع عناصر العقد بناء على توقعاتهم المستقبلية لتنفيذ العقد، ولكن العقد المثالي القائم على الاهتمام بجميع الشروط والمعلومات في مرحلة توقيع العقد غير ممكن في الممارسة العملية.

لم يتم تحديد خصومات العقد بشكل نهائي لأسباب داخلية أو خارجية، أي التوجيه المستقبلي اعتمادا على الظروف والعواقب التي ينوي الطرفان بموجبها ترك العقد(١).

تختلف نظرية العقود الناقصة عن نظرية تخفيض العقود وتحويلها في حالات البطلان الجزئي (نظرية عدم اكتمال العقود وتحويل العقود مقابل تخفيض)، فمجال نظرية العقود الناقصة هو

(١) Ninel Ulloa Maureira, Introduction du concept Americain des contrats incomplets en droit civil frangais, Global Jurist Topics, V 4 (3), 2004, (05/05/2020, 23:34).

العقد الصحيح، وموقع العقد الناقص غير محدد بالضبط، ولكن في حالة تخفيض العقد، يتم تحديد موقعه بشكل كامل، ولا يتم إعادة تطبيق العقد غير المكتمل، على عكس حالة تخفيض العقد. على عكس حالة الاختصار، لا يتم إعادة تطبيقها.

تعمل نظرية العقود الناقصة على توفير عقد مطاط ومرن للتكيف مع الظروف المستقبلية من خلال السماح للأطراف بإعادة التفاوض على شروط العقد، وخاصة كيفية تنفيذه بعد حدوث بعض المواقف غير المتوقعة، لذلك على الرغم من أنها تبدو نسخة محدثة من نظرية الطوارئ، عند النظر فيها ودراستها، يبدو أنها تختلف عنها من حيث الأحكام والنتائج ، في حين أن نظرية العقود الناقصة تستمد قوتها من رغبة الأطراف في التكيف مع الموقف، فإن نظرية حالات الطوارئ تستند إلى أوجه القصور التي تؤثر على الموقف فى حين إن أطراف العلاقة التعاقدية وقدرتها على التعامل مع هذه المواقف خارج نطاق هذه النظرية.

٢في حين أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر قيدا على سلطة الأطراف في تحديد شروط العقد، فإن نظرية العقود الناقصة تضع المبدأ في المقدمة من حيث حرية تحديد عملية العقد. ووفقا لهذه النظرية، يلعب مبدأ المراسيم دورا غير محدود في مصير العقد ونتائجه دون تدخل قاض أو غيره، ولكن بما أن العقد يتم تعديله بإرادة الأطراف في إطار عملية تنافسية لتحقيق أهداف كل طرف في العقد(١)، فإن تشريع القانون المدني الفرنسي والتعاون بين أطراف العقد ينبع من فلسفة مختلفة، وهو ما تؤكده أيضا التشريعات المتأثرة بالعقد.

تستخدم السوابق القضائية للتمييز بين القوة القاهرة والطوارئ وفقا للتأثير والنتيجة، لكن منطق القانون يقوم على التمييز بين الطبيعة والظروف، وبالنسبة للتأثير والتأثر، يتم الحصول على

(١) يكون التنافس بين المتعاقدين في تغليب مصلحة أحدهما على الآخر واضحاً في بعض العقود كعقد البيع مثلاً، في حين يقل هذا التنافس في بعض العقود الأخرى كعقد الشركة دون أن يضمحل تماماً خاصة في العلاقة بين أغلبية المساهمين وأقليتهم، وبين الأغلبية أحياناً أخرى.

النتيجة من خلال مراعاة تكييف القاضي للعقد وتفسير شروطه، ولكن لكلتا النظريتين مراسيم مختلفة، اعتمادا على احتمال الوفاء بالالتزامات التعاقدية، والمراسيم المعتمدة على الطوارئ كأساس لتنفيذه. ولذلك فضل القانون المدني الفرنسي تعريف نظرية الطوارئ بأنها 'قوة قاهرة مؤقتة'.

مفهوم التوقع نسبي ويعتمد على وضع الأطراف وقدرتها على المعرفة. وهذا ما سبب الأزمة في القانون المدني قبل القانون الخاص وقبل قانون المستهلك، حيث المواقف القانونية المختلفة للأطراف من حيث القوة المالية والوضع الراهن، وقدرتها على الحصول على المعلومات ويكون على بينة من شروط العقد الحالية والمستقبلية والشروط أنتجت خبرة في جانب المستهلك، والقانون الخاص يوفر الحماية القانونية في مراحل مختلفة من العقد. من وجهة نظر القاضي للنزاع، فإنه يؤدي إلى حكم عملي أو قرار قضائي.

إن الاختلافات في أساس النظم القانونية المقارنة في التعامل مع العقود أو النصوص القانونية المتعلقة بالظواهر الجديدة، لا سيما في سياق عولمة القواعد القانونية، قد لفتت الانتباه إلى نفس العقد. في الوقت نفسه تم إنشاء منافسة بين النزاعات والمؤسسات القضائية لجذب المتعاقدين لفض النزاعات، وفصل بين الأنظمة الكلاسيكية: النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني والنظام الإسلامي. محاولات فحص هذا التراث الإنساني ومقارنة القواعد قد تسهل تحقيق الحلول التي من شأنها التغلب على 'أزمة عقد التتويج'.

ظهرت جائحة كورونا كحدث متوقع نظريا ولكن من الناحية العملية لا يمكن التنبؤ به(١)، فهو يندرج ضمن نطاق "عدم القدرة على توقع الذي يمكن توقعه إذا لم يكن المتوقع متوقعا" وبالتالي

(١) ذلك أن النصوص الشرعية تقضي بظهور أوبئة جديدة نتيجة خروج الإنسان عن سلوك الفطرة السليمة، كما أن الدراسات الطبية أكدت قبل سنوات حدوث أوبئة مشابهة لفيروس "سارس" سنة ٢٠١٣ دون إمكانية توقع وتحديد المكان والزمان.

أصبح صارما في القواعد القانونية التي تؤطر القانون العام للعقد. نظرا لإمكانية التنبؤ بها، ومدتها، وتقييم الضرر الناجم، ومدى الاحتراز عنه، وعدم اليقين بشأن انتقال العدوى، لذا أصبح من المستحيل إبرام نوع من العقد، ومن ناحية أخرى، فإن مصيرها غير معروف. كذلك حقيقة أنه عاجل أو مستمر، أو احتمال اختفاء الوباء أو التعايش معه، وتؤخذ الالتزامات التعاقدية في كل عقد في الاعتبار وفقا لمصيرها، والتكيف الحاسم بين الأحكام هو نوع من القوة القاهرة.

أعلنت منظمة الصحة العالمية في ٢٠٢٠/١/٣٠م أن جائحة كورونا تمثل حالة طوارئ صحية ذات بعد دولي؛ في ١٠ فبراير ٢٠٢٠م، أعلنت الصين أنها تواجه قوة غالبة وبدأت في توزيع الشهادات على المؤسسات التي تثبت الحالة(١)؛ وفي ٢٠٢٠/٢/٢٠م، أعلن وزير الاقتصاد والمالية بفرنسا نفس الحالة(٢)، في حين اتخذت دول أخرى تدابير واتخذت خطوات لمنع انتشار الوباء دون إعلان رسمي عن مدى الحالة(٣). وإن كانت الجائحة لا تشكل نفسها خطورة الانتشار قوة قاهرة، وهناك اتجاه عالمي معترف به نحو تكييف التدابير المتخذة لظروف

(١) بلغ عدد هذه الشهادات أكثر من ٦٤٥٤ شهادة بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٥، وغطت ما يقارب ٩٠ مليار دولار أمريكي. Peter Klaus Berger and Daniel Behn, Force majeure and Hardship in the age of Corona: A historical and comparative study McGill Journal of Dispute Resolution, 2020, p03, Forthcoming; (29/05/2020, 11:38).

(٢) https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/mesures- daccompagnement-des-entre-prises-impactees-par-le- coronavirus-covid-19 (05/05/2020, 10:34)

(٣) المرسوم التنفيذي رقم ٦٩/٢٠ المؤرخ في ٢٠٢٠/٣/٢١ المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد – ١٩) ومكافحته، جريدة رسمية عدد ١٥، مؤرخة في ٢٠٢٠/٣/٢١، ص٦. المرسوم التنفيذي رقم ٧٠/٢٠ المؤرخ في ٢٠٢٠/٣/٢٤ المتعلق بتدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد –١٩) ومكافحته، جريدة رسمية عدد ١٦، مؤرخة في ٢٠٢٠/٣/٢٤، ص٩. لمرسوم التنفيذي رقم ٧٢/٢٠ المؤرخ في ٢٠٢٠/٣/٢٨ المعدل والمتمم المتعلق بتمديد الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، جريدة رسمية عدد ١٧، مؤرخة في ٢٠٢٠/٣/٢٨، ص٤١.

الاجتياح أو حالات الطوارئ(١). تحدد هذه التدابير والإجراءات، من ناحية الفروق الزمنية ذات الأهمية القانونية، بينما تؤكد من ناحية أخرى على دور القضاة في إبطال الأحكام الفعلية، أي الاختلافات في طريقة تطبيق النظرية على الالتزامات التعاقدية.

يقول البعض "لكل كارثة مستفيدون" لكن لا يمكن تعميم نفس القرار على جميع العقود، ولا يمكن إلغاء نفس القرار على جميع العقود من نفس النوع، لأنه يقال إن "كل كارثة لها مستفيد" وهناك عقود يتم تفعيلها وتطويرها بواسطة الجائحة، بينما يتم إنهاء عقود أخرى بقوة القانون أو الواقع، هناك عقود تعرف باسم "عقود الربط البيني"، مثل عقود إيجار العطلة الصيفية في الدول الأوروبية، والتي لا تزال تنتظر على أمل التنفيذ في المستقبل، وبالتالي تتعقد المشكلة نتيجة

---

(١) Julia Heinich, L'incidence de l'epidemie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure a rimprevision. Recueil Dalloz, n = O11/7856, 26/03/2020, p611.

محمود المغربي وبلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة "الكورونية" على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠. ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠. أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠. فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠. أنس فيصل التورة، تأثير جائحة فيروس كورونا على عقد العمل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠. فتحى تيتوس، كوفيد –١٩: هل يشكل قوة قاهرة؟، حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٣، جامعة الجزائر ١، جويلية ٢٠٢٠، ص ص ٧٣٨، ٧٤٩. زكرياء مولاي وآخرون، تأثير فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٣، جامعة الجزائر ١، جويلية ٢٠٢٠، ص ص ٣٣٢، ٣٥٢. محمد الأيوبي، المركز القانوني للمدين في واقعة فيروس "كورونا كوفيد ١٩" في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا"، سلسلة إحياء علوم القرآن، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص٢٩٥.

العقود المترابطة، فعقود لاعبي كرة القدم المحترفين مع الأندية الأوروبية لا تشبه عقود الاستثمار لبناء السدود في البلدان النامية.

فإيجاد الحلول التعاقدية خلال أزمة كورونا واتخاذ القرارات القضائية أو التحكيمية بعد الأزمة وتطبيق الجهود الذكية وضمان حقوق الأطراف ونزاهة العقد، في هذا السياق، يطرح السؤال إلى أي مدى يمكن تطبيق نظرية العقود غير المكتملة على الالتزامات التعاقدية كأثر لوباء كورونا.

هناك العديد من الدراسات الاقتصادية التي فصلت في مضمون وأحكام نظرية العقد الناقص(١)، على النقيض من عدم وجود دراسات قانونية(٢)، تفصل محتوى وأحكام نظرية العقود الناقصة (٣)، فإن ذلك يرجع إلى رفضها من قبل القانون الغربي، وتعتبر هذه الدراسة

---

(١) بلغت خلال الفترة من ١٩٨٦ إلى ٢٠١٦ حوالي ٩٨٤ ورقة بحثية من طرف أكثر من ٦٠٠ مؤسسة في ٣٦ دولة، راجع في إحصاء هذه البحوث:

Wei, Guangyue, The Scientometric Evaluation of the Research on the Incomplete Contract from 1986 to 2016 (August 1, 2017) (22/05/2020, 23:44).٢

(٢) Wendy Netter Epstein, Facilitating Incomplete Contracts, 65 Case Western Reserve law Review, 297 (2014), (29/05/2020, 16:52). Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, Incomplete Contracts in a Complete Contract World, 33 Fla. St .U.L.Rev. (2006). http://ir.law.fsu.edU/lr/vol33/iss3/8 (30/05/2020, 15:03).

(٣) حيث اعتبرها الفقه الفرنسي مثلاً تمس بـ"حرمة العقد "l'intangibilite du contrat، راجع في ذلك:

Colloque «Que reste-t-il de rintangibilite du contrat?, Droit et patrimoine, 58, mars 1998. de la Faculte de Droit de Chambery du 28 novembre 1998, Droit et patrimoine, mars 1998, p. 55.

إلا أنه خلال العقدين الأخيرين توجهت الدراسات القانونية الفرنسية إلى الاهتمام بهذه النظرية وتحليلها في إطار اقتصاد العقود أو الاقتصاد والقانون، راجع في ذلك:

Ejan Mackaay, ['analyse economique du droit, I, Fondement; Les editions Themis, 2000. Christphe Jamin, Droit et economique des contrats, LGDJ, 2008.

تطبيقا عمليا لاختبار النظرية بمنهج يهدف إلى فحص درجة قابليتها للتطبيق في حل النزاعات التعاقدية التي تنشأ بعد الخروج من نفق جائحة كورونا.

تستند هذه المقالة على منهج تحليلي لنظرية العقود غير المكتملة وأساس أدواتها القانونية، وتحاول تقديم نظرة إيجابية لحل النزاعات بعد جائحة كورونا، مع استخدام منهج مقارن لمراقبة تطبيق هذه النظرية في الأنظمة القانونية المختلفة.

وقد ظهرت نظرية العقود الناقصة في الفترة التي سبقت كارثة كورونا وتطورت عن فكرة العقود الإطارية، وأعادت التفاوض على تنفيذ العقد كآلية أدخلت في بعض المراسيم المدنية لمنع إنهاء العقد، لكنها أثرت على الأمن القانوني للعقود وتناقضت مع الطبيعة الملزمة للعقود، أي أن التعارض بين استقرار العقد ومرونته تعرض لانتقادات حادة بسبب عدم اكتمال العقد، مما أدى إلى عدم اكتمال العقود، لكن عاد الأمل مرة أخرى بعد أن حصل أوليفر هارت على جائزة نوبل في الاقتصاد في ذلك العام، مما أدى إلى إحياء النقاش مرة أخرى. محتوى نظرية العقد الناقص (المبحث الأول).

في مواجهة صعوبة تعميم تطبيق نظرية العقود الناقصة لصالح نظرية القانون المدني التقليدية، فإننا نتعرض لدور جائحة كورونا كأحد الازمات العالمية في تطبيق نظرية العقود غير المكتملة من جهة، ومحدودية هذه النظرية من جهة أخرى. تحت هذه المظلة: حدود تطبيق نظرية العقود غير المكتملة في ضوء الجائحة الإكلينيكية (المبحث الثاني).

Thierry kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de !'economic des contrats «incomplets» a la pratique des contrats administratifs, La Revue International de DroitVconomique, n = 0 1, 01/01/2003, pp 11-46.

المبحث الأول

محتوى نظرية العقود الناقصة

لن تدعي هذه المقالة أنها على دراية بجميع أجزاء نظرية العقود غير المكتملة بسبب الأدبيات والأبحاث اللازمة، ولكن من خلال النظر في نظرية العقود الناقصة (المطلب الأول) كمنتج للتحليل الاقتصادي للعقود، فإنها تحاول فتح نافذة بحثية على جزء من البحث الاقتصادي لا تحصل على حقها من الجانب القانوني. لهذا السبب، نقتصر على تلخيص الأسس والأدوات القانونية لهذه النظرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظرية العقود الناقصة نتاج التحليل الاقتصادي للعقود

شهد موضوع التحليل الاقتصادي للعقود تطورا ملحوظا في النظام الأنجلوساكسوني مقارنة بالنظام اللاتيني، حيث يكون لتوزيع المخاطر في الوفاء بالالتزامات التعاقدية أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية، خاصة بالنسبة للعقود طويلة الأجل. نظرا لأنه يوفر الكفاءة والفعالية في العقود(١)، فإنه يجعل من الممكن النظر في العقود من منظور الأهداف.

ويعتبر من المستحيل على الأطراف أن تكون على دراية بجميع العناصر الخارجية للعقد وإدراجها في شروط العقد. لذا يتم قبول هذا الموقف كمبرر لظهور نظرية العقود الناقصة (الفرع الأول) لفكرة الانتقال لاحقا من المجال الاقتصادي إلى المجال القانوني (الفرع الثاني).

(١) راجع في ذلك: فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤، ٢٠١٤.

الفرع الأول
ظهور نظرية العقد الناقص

يتم تضمين نظرية العقود الناقصة (وتسمى أيضا نظرية حقوق الملكية الجديدة)(١) في نظرية عقد الشركة وتمثل الركيزة الثالثة بعد نظرية تكلفة المعاملة نظرية (TCT)، والتي تركز على فكرة عدم اليقين في تدفق العقد، وفقا لنظرية الوكيل(٢)، فإنه يرتبط بالعمل الوظيفي داخل الشركة.

تم استبعاد نظرية العقود الناقصة والتخلي عنها في سنواتها الأولى، مما جذب اهتمام بعض الباحثين الأنجلو أمريكيين فقط، بينما في ألمانيا وكندا حظيت باهتمام أقل(٣). بعد عام صعد نجمه عندما حصل مالكه "أوليفر هارت" على جائزة نوبل في الاقتصاد.

وفقا لسوتيل، مرت نظرية العقود الناقصة بثلاث مراحل(٤): من ثمانينات القرن الماضي(٥)، تهتم بتقييم ملكية الأصول ودورها في الإدارة ودراسة إلى أي مدى تؤثر الملكية على الحوافز(١)، بينما تؤكد أبحاث هارت على الدور غير الكامل والهيكل المالي للشركة.

---

(١) Olivier Soutel, L'evolution de la theorie des contrats incomplets face a la de- integration vertical, Revue d'economie Industrielle, V 177,2007, pp 93 -110 (20/05/2020, 23:01)

(٢) Oliver E. Williamson, Transaction Cost Economics: The Natural Progression, The American Economic Review, Vol. 100, No. 3 (JUNE 2010), pp. 673-690, (22/05/2020, 23:45)

(٣) Wei Guangyue, op cit, 03

(٤) Olivier Soutel, Ibid,.

(٥) ١٧ Grossman S.-J. et Hart O.-D. (1986), «The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration», Journal of Political Economy, vol. 94, n 4, p. 691-719.

في عام ١٩٩٠، طور 'هارت' و 'جون مور' نظرية حقوق الملكية استنادا إلى حقيقة أن نظرية حقوق الملكية تسمح للأطراف بإعادة التفاوض على كيفية تنفيذ العقد، بغض النظر عن نقص المعرفة ورغبة الأطراف في التعرف على جميع العناصر المحيطة بتنفيذ العقد. تنفيذ العقد أو كخيار استراتيجي للمتعاقدين(٢).

وفى عام ١٩٩٨ قدم "أيريس"(٣) نظرية النقص للقانون الأمريكي في الفصل الخاص بالالتزامات التي تتطلب إجراءات قانونية لسد الفجوة(٤)، الأمر الذي أثار مسألة صحة العقد؛ هل الالتزام غير المحدد في العقد يجعل الملكية ملزمة؟

في عام ٢٠٠١، تم اعتبار عدم اليقين فكرة عدم القدرة على التنبؤ في العقود، خاصة العقود طويلة الأجل، وبالتالي الانتقال من عدم اليقين إلى عدم القدرة على التنبؤ، تم طرح مسألة القوة الغالبة والعلاقة بين الظروف غير المتوقعة واستحالة تنفيذ العقد(٥).

---

(١) Hart o. et Moore J. (1990), «Property Rights and the Nature of the Firm», Journal of Political Economy, vol. 98, n 6, pp. 119-1158.

(٢) Oliver Hart and John Moore, Foundations f incomplete contracts, Review of Economic Studies (1999) 66, 15-138, (20/05/2020, 16:34). Oliver Hart, Incomplete contract and control, American Economic Review 2017, 107(7): 1731-1752, (27/05/2020, 19:56).

(٣) Iran Aures, Default rules for incomplete contracts, in p. Newman (ed). The New Palgave Dictionary of economics and the law. Springer, London, 2002. Ian Ayres and Robert Gertner, Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules, Yale Law Journal, V 99 (87) 1989, (18/05/2020, 22:45).

(٤) Thierry kirat, op cit, p15

(٥) Ibid,.

الفرع الثاني
نظرية العقود الناقصة من المجال الاقتصادي إلى المجال القانوني

ينظر إلى نظرية العقود الناقصة في القانون الاقتصادي الأمريكي على أنها نموذج مناسب لإيجاد مركز حضانة مثالي لذلك وإحياء النظام الاقتصادي للسوق.

ظهرت هذه النظرية، بغض النظر عن صحتها القانونية، كمنتج للتحليل الاقتصادي للعقود من حيث الكفاءة، والكفاءة الاقتصادية التي تم الحصول عليها من خلال ضمان مصالح الأطراف المتعاقدة. بمعنى آخر عندما يكون للأطراف مصالح يمكن اشتقاقها منه يتم تعديل العقد والتغلب على عيوبه. أو بعبارة أخرى فإنه يتجاوز فكرة العقد كما هو محدد وفقا لنظريات العقد التقليدية(١).

ومع مفهوم الانتهاك، يمكن تعريف العقد المكتمل أو النهائي على أنه عقد لا يمكن تغييره إلا بإرادة الأطراف كمصدر لالتزامات المتعاقد، أي أن العقد المبرم بين الطرفين سيأخذ سيادة القانون بينهما من حيث إلغاء التصدي(٢). وهو الأساس لتعديل العقد والمرجع الرئيسي في تحديد الالتزامات المستقبلية للأطراف.

توسعت النظرية خارج نطاق القانون الخاص لتشمل تفسير الاتفاقات الدولية التي تهدف إلى سد هذه الثغرات من قبل المحكمين الدوليين كعقود معيبة(٣). انتقلت لاحقا إلى القانون الدستوري

---

(١) Ibid,.

(٢) Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 01

(٣) Alschner, Wolfgang, Interpreting Investment Treaties as Incomplete Contracts: Lessons from Contract Theory, 30th Annual Conference of the European Association of Law and Economics (EALE), July 18, 2013. Available at SSRN: (3005/2020, 10:42).

عندما تم تمديد النظرية لتحليل قرارات المجلس الدستوري، الذي تكيفه القضاة كمساعدة اقتصادية، تماما كما تمثل النصوص الدستورية دور أحكام الاتفاقية غير المكتملة(١).

حقيقة أن القانون الفرنسي حساس لموجة التحليل الاقتصادي للعقود يجعل القضاء الفرنسي أكثر جاذبية، لأن هذه النظرية لم تجد صدى كبيرا في هذا النظام حتى وقت قريب، نتيجة لعولمة قانون العقود من ناحية والميل التنافسي العالمي لجذب رأس المال للاستثمار من ناحية أخرى. وبالتالي، فإن العقود الناقصة هي عقود مع بعض آجال الاستحقاق المفتوحة أو غير المحددة للتحوط المستقبلي(٢).

حاول القانون الفرنسي صياغة نظرية العقود غير المكتملة من خلال فكرة عقد بيع بسيط يتطلب تحديد دقيق لموقعه، أو شركة صغيرة، أو مجمع صغير من ماكنيل، والذي يمكن القول أنه مثل فكرة أن العقد هو سيمفونية صغيرة منسقة بين الطرفين(٣).

من ناحية أخرى، بينما يعتمد القانون الأمريكي على آراء مجتمعه عند تقييم العقود المشتقة من الشركات متعددة الجنسيات ومجتمع العقود الدولي، فإن تحويل عقود البيع البسيطة إلى عقود توريد يتقلب فيها تحديد الكمية والسعر بانتظام – انتقل القانون الفرنسي من القانون إلى الواقع، بينما انتقل القانون الأمريكي من الواقع إلى النصوص التطبيقية وحاول تجاهل الأساس القانوني وأدوات نظرية العقد المعيبة.

---

(١) Sophie Harnay, L'analyse economique du juge constitutionnel», Revue Inter-disciplinaire d'Etudes Juridiques, 78, 2017, pp. 109-124.

(٢) Christophe Jamin, Ibid,.

(٣) Ibid,.

المطلب الثاني
الأسس والأدوات القانونية لنظرية العقود الناقصة

يركز مؤيدو نظرية العقود الناقصة في مقدمتها إلى مجال القانون على عدد من الأسباب (الفرع الأول) ويثبتون وجودها في مجال الالتزامات، على بعض الأدوات القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الأسس القانونية لنظرية العقود غير المكتملة

اتباع سياسة البناء على الأنقاض، أي البدء من أوجه القصور في نظريات العقد التقليدية الحالية وتطوير عناصرها الخاصة (أولا)، ومحاولة القيام بذلك وتجنب النقد الموجه إليها كنظرية جديدة تماما أو جديدة (ثانيا).

أولا: عناصر نظرية العقود الناقصة :-

يمكن أن تقتصر العناصر التي تعتمد عليها نظرية العقود الناقصة للوصول إلى قصد القانون على "تعزيز إرادة الأطراف" و "الحافز التعاقدي" و "تقليل تكاليف العقد".

تستند نظرية العقود الناقصة إلى حقيقة أن العقد الكامل هو عقد مبرم من قبل اثنين من المتعاقدين باتفاق كامل، والأخير راض تماما عن الحقائق المتوقعة ويوافق على الحل إذا ثبتت هذه الشروط، وبالتالي فهو ليس عقدا كاملا واقعيا بدرجات متفاوتة من التخفيض من عقد إلى آخر، استنادا إلى حقيقة أن الطرفين يعملان بالتالي على تخصيص جزء من الإرادة التي قد تنشأ في المستقبل(١)، وهذا يعني أن العقد غير مكتمل بشكل واقعي، يعمل على استكمال

(١) Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, op cit, p725.

الأحكام غير المنصوص عليها في العقد. وتلافي الثغرات من قبله لا من قبل طرف ثالث(١). لذلك، فإن الغرض من النظرية هو الحفاظ على استمرارية العقد في جميع الظروف، مما يلغي إمكانية أن يخضع الطرفان فقط لسلطة الإرادة.

تعمل نظرية العقود غير المكتملة (الناقصة) على توضيح العقد وتعطي أطراف العقد القدرة على اتخاذ قرار بشأن تنفيذه في ظل ظروف مستقبلية، لأن الأطراف لديها القدرة على اتخاذ القرار، وترتبط العدالة باتخاذ القرار الصحيح في الظروف المناسبة(٢). عند القيام بذلك، فإنه يغفل المتغيرات خارج العقد (التغيرات في أسعار المواد الخام أو العملة، والكوارث الطبيعية، والأزياء) ويسمح بإرادة الأطراف للتغيير مع تطور تطبيق العقد، والذي يتأثر بالظروف الخارجية.

تستند نظرية العقود الناقصة أيضا إلى عدم تناسق المعلومات بين أطراف العقد، حيث تؤدي المراكز المختلفة للأطراف إلى إبرام الطرف الآخر عقدا يكون فيه الطرف الآخر هو المستفيد الأكبر إذا كان الموقف الذي يتوقعه بسبب خبرته أو قدرته ينشأ دون أن يكون الطرف الآخر في نفس الموقف. بمعنى آخر، تعمل النظرية في موقف يكون فيه طرفا العقد في وضع متساو ولا يتمتع أي منهما بحق متميز في اتخاذ القرارات أو الاستفادة من المواقف التي تؤدي فيها إرادة الطرف الآخر إلى إجراء قانوني مختلف إذا كان يعرف قبل العقد(٣). ومع ذلك، فإن النظرية تؤثر على جميع شروط العقد، أو القواعد المعمول بها التي يجب أن تميز بين الشروط

---

(١) Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 06, 07.

(٢) Oliver Hart, Incomplete Contracts and Control, Royal economic Society, Past– Presidents Plenary, 02/05/2017 (25/05/2020, 10:03).

(٣) Ibid,.

الثابتة والمتغيرة موجودة لحماية العقد أو الطرف الآخر، وبالتالي تعود النظرية إلى التعارض التقليدي بين الإرادة والقانون عند فرض مراسيم مفصلة على العقود.

وفقا لأوليفر هارت، هناك نوعان من الحقوق التي تنشأ نتيجة لتوقيع العقد: الحقوق التعاقدية، تسمى الحقوق التعاقدية، والحقوق غير التعاقدية، تسمى الحقوق المتبقية(١): "إذا لم يكتمل العقد، فإن أحد أطراف العقد لديه الآن حقوق إدارية تسمح لأطراف العقد باتخاذ قرارات غير مفصلة في العقد ويجب أن يكون لديه إدارة الحقوق المتبقية(٢).

على سبيل المثال: إذا كان لدى المقاول فكرة بدون أموال كافية، وعلى الجانب الآخر يوجد مستثمر بأموال بدون فكرة مناسبة، يقدم المقاول عرضا يمنح فيه المستثمر الحق في المشاركة في الأرباح المستقبلية أو الدخل الثابت، ولكن هناك بعض المشاكل التي لا يمكن السيطرة عليها في الوقت الحالي. وللتأكد من أن المقاول لا يوفر عائدا مرتفعا للمستثمر، يقوم المقاول بتعويض ذلك عن طريق تفويض المقاول لإدارة العقد والتحكم فيه، يتعهد المقاول بتزويد المستثمر بمبلغ لفترة زمنية معينة ويمنح المستثمر الحق في الادخار إذا فشل العقد في أي مرحلة. أما في حالة الطوارئ، أي عندما يشكل التخلص من العقد تهديدا للمقاول، يلجأ الطرفان إلى التفاوض، ويكون المستثمر في وضع أقوى مقارنة بالمقاول(٣).

تعمل هذه النظرية أيضا على تقليل تكاليف العقود ومن المعروف أن الأنواع المختلفة من العقود – المدنية والتجارية والإدارية والدولية – تتطلب تكاليف أو نفقات تتعلق بتنفيذ العقد والتنفيذ

---

(١) Steve w. Feldman, Laws as implied contract terms: The divergent approaches and a proposed solution, University of Pennsylvania, Journal of Business Law, Vol. 19 Issue No. 4, p 07 (29/05/2020, 00:20).

(٢) Oliver Hart, Ibid,.

(٣) Oliver Hart, Incomplet contract and control, Royal economic Society, Ibid,.

وتسوية النزاعات وتكلفة التدابير والإجراءات المتخذة للتعامل مع المواقف الاستثنائية(١). وفقا لهذه النظرية، كلما كان العقد غير مكتمل، انخفضت تكاليف العقد ؛ وكلما كان العقد أكثر تفصيلا، زادت هذه التكاليف(٢).

يضمن التعاقد المؤقت أو المرحلي في العقود الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية(٣)، ولكن وفقا للنظرية التقليدية، تستند العقود إلى تقييم في الوقت الفعلي لقدرات المقاول، وبالتالي فإن نظرية العقود الناقصة تستند إلى حوافز العقد المذكورة أعلاه، مما يؤدي إلى تخفيض تكاليف العقد.

فمن ناحية، تم تطوير هذه النظرية، بالإضافة إلى العديد من النظريات المعروفة للقانون المدني (الطوارئ والقوة القاهرة)، ليس فقط للحالات الاستثنائية، ولكن أيضا كأساس تستند إليه جميع العقود والالتزامات. وهذا يتجاوز بعض التدابير القانونية، ولكن إلى جانب أوجه القصور الخارجية الناجمة عن ظروف لا علاقة لها بإرادة الأطراف، فإنه يشمل أيضا أوجه القصور الداخلية الطوعية والمتعمدة للمقاول كحالات استثنائية غير متوقعة(٤).

ومن ناحية أخرى، توسع مجال نظرية العقود غير المكتملة ليشمل قانون الشركات، الذي ينظم العلاقة بين الشركاء (مالكي العقارات) والمديرين (مديري الشركات) والوكلاء وأفكار تضارب المصالح، بالإضافة إلى عقود التأمين وعقود الخصخصة.

---

(١) Wendy Netter Epstein, op cit, p 305.

(٢) Susheng Wangm, Definition of incomplete contract, Hong Kong University of Science & Technology (HKUST) – Department of Economics, July 27,2016, pp 01–11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm3abstract_id = 2815104 (30/05/ 2020, 08:10).

(٣) فهد علي الزميع، المرجع السابق، ص ص ١٥٢، ١٥٥.

(٤) Robert E. Scott, A theory of self–enforcing indefinite agreement, The Columbia Law Review, Nov Vol. 103, N = o 7, Nov 2003, pp. 1641–1699, (15/05/2020, 14:35).

هذا التمديد على مستوى شروط العقد، بالإضافة إلى الفلسفة القائمة على النظرية، أثار الكثير من الانتقادات والتساؤلات ضده، على مستوى الإجراءات التي يمكن تضمينها في النظرية.

ثانيا: انتقادات نظرية العقود الناقصة :-

في بداية ظهورها، تلقت النظرية انتقادات كبيرة ولم يتم قبولها في المجال القانوني، لذا فإن أصل النظرية، كما ذكرنا، اقتصادي ورياضي، والذي وصفه الفقه بأنه" صادم"(١). كما لعب الخوف من فشل العرض الاقتصادي للعقد دورا بارزا في رفض النظرية، لأن العقد له أيضا تأثير اجتماعي وبيئي لا يمكن تجاهله، وفي نفس الوقت لا يمكن تفريق الدراسة بشكل مفرط على كل هذه الجوانب(٢).

على عكس القانون المدني العربي، الذي يأخذ نظرية المعاملات هذه كأساس لتعديل العقود، فإن القانون الغربي لا يدرك نظرية الطوارئ على عكس القانون المدني العربي، الذي أخذها كأساس لتغيير العقد، فيتدخل القاضي لاستعادة التوازن ويمكنه التعرف على النظريات التي تمس الطبيعة الملزمة للعقد.

كما تستند نظرية العقود غير المكتملة على فتح الباب أمام إرادة الطرفين لتنفيذ ما يرونه مناسبا في المستقبل، وهو دعم واضح لمبدأ سلطة الإرادة، لكنه يقوم على افتراض أن الطرفين سيتوصلان إلى حل مناسب من خلال إعادة التفاوض، وهو أمر غير مقبول في جميع الحالات.

لا تفتقر نظرية العقد التقليدية إلى إيجاد حلول للنزاعات باسم حل النزاعات بوسائل بديلة وودية إذا كانت الإرادة الموثوقة هي الإرادة. أثبتت التجربة العملية أن هذا قد فشل في العديد من

---

(١) Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 03.

(٢) Ibid,.

المجتمعات. فأخلاقيات القانون ونظرية العقد تقلل بشكل عام من حالات إساءة استخدام المواقف القانونية ونقص المعلومات بين المقاولين.

علاوة على ذلك، فإن هذه النظرية تدمر أيضا أساسها الخاص، لأنها تتعارض مع فكرة استقلال إرادة الأطراف عند جعل العقد ساري المفعول على الرغم من عيوبه فإنه يؤدي إلى إبرام عقد لم يرغب فيه الطرفان في البداية، ولكن التعبير عن القبول هو نتيجة تدخل عوامل خارج العقد للتعويض عنه لاحقا. بعض الأمثلة الأكثر شيوعا على ذلك مذكورة أدناه. على سبيل المثال، قد يخضع غياب الكمية في بداية العقد وعوامل الإنتاج والاستهلاك لعوامل لا علاقة لها بإرادة أطراف العقد، وقد تتدخل مصادر أخرى لإكمال العقد. فعلى سبيل المثال، العرف، الاستخدام التجاري، الأحكام التنظيمية، إلخ. هذه قضايا خارج إرادة أطراف العقد وتختلف من حالة إلى أخرى. تغيير العقد بطريقة تؤثر على جوهره يعني أننا نواجه عقدا جديدا بدلا من العقد الأصلي، ولكن حل النزاعات بموجب نظرية العقد التقليدية هو محاولة إيجاد حل وفقا للعقد الأصلي عندما تنشأ ظروف غير متوقعة.

من ناحية أخرى، يبني مؤلفو نظرية العقود غير المكتملة نظريتهم على حالات الطوارئ التي تسمح للعقود غير المكتملة بإعادة التفاوض على حدوث هذه المواقف، ولكن في الممارسة العملية لا يستفيد المقاولون من هذه النظرية لأنهم غير مدركين لاحتمال حدوث هذه الأحداث أو حالات الطوارئ. وعلى وجه الخصوص، تظل هذه الأحداث والمواقف استثنائية، ومن غير المعقول جعل الاستثناءات هي القاعدة(١).

يقول مؤيدو نظرية العقد السلبي أن عدم السيطرة على العقود التي تفرضها أحكام معينة يزيد من حسن نية الأطراف، والعقود السلبية تمنح الوسطاء مزيدا من الاستقلال، والحوافز تزيد من

(١) Ibid,.

حسن نيتهم، وبالتالي يمكن تحسين الزيادة في السلوك الانتهازي للأطراف من خلال تشجيع السلوك (الحوافز) بدلا من التأطير الأخلاقي(١).

لا يقال أن جائزة نوبل هي سبب إدراجها في القانون المدني الفرنسي، لأن التعديلات تم إعدادها مسبقا من أجل جعل القانون المدني أكثر انفتاحا ومرونة، وزيادة الأمن القانوني وضمان الفعالية المعيارية القانونية(٢). ومع ذلك، فإن هذا الإجماع التاريخي يظهر تأثير النظرية على القانون المدني الفرنسي بعد أن بدأت شدة النقد الموجه لنظرية العقود غير المكتملة في الانخفاض واختراق الأنظمة الغربية. ويحذر من أن هناك أدوات متقدمة لتطبيق نظرية العقود غير المكتملة، ومعظمها معتمد في التشريع القانوني.

الفرع الثاني
الأدوات القانونية لتطبيق نظريات العقود غير المكتملة في مجال العقود

يتم توزيع عدد من الأدوات القانونية التي تمكن من اعتماد نظريات العقود غير المكتملة في مجال العقود، وأهمها إعادة التفاوض (أولا)، والاتفاقيات الإطارية (ثانيا)، والشروط المتغيرة والملزمة القياسية (ثالثا)، وتفسير العقد (رابعا)، وبدرجة أقل، مبدأ الشهرة (خامسا).

أولا: إعادة التفاوض وتطبيق نظريات العقود غير المكتملة

تتكون إعادة التفاوض من ثلاث مراحل أساسية –إعادة التفاوض قبل التعاقد، وإعادة التفاوض التعاقدي، وإعادة التفاوض بعد التعاقد– وبينما تختلف العواقب القانونية لوقف المفاوضات وفقا

(١) Wendy Netter Epstein, op cit, p31.

(٢) Mustapha Mekki, La bonne foi dans l'avant–projet de reforme du droit des obligations du 23 octobre 201 312:34 ,12/05/2020.

للنظام القانوني المتضمن في العقد، فإن لكل مرحلة من المراحل السابقة مشاكل وحلول مختلفة، حتى داخل نفس النظام القانوني(١).

سواء كانت إعادة التفاوض بموجب أحكام العقد أو عقد لاحق(٢)، يجوز للطرفين قبول تشغيل العقد وفقا لإرادتهما الحرة، وتكييفه مع التغييرات التي تحدث لإعادة توازن العقد، وتجنب التنفيذ المرهق من قبل الطرفين، ويجب أن يؤدي الإنهاء إلى الإنهاء فقط إذا رغب الطرفان في عدم الوفاء بالتزاماتهما التعاقدية، أي أن انتهاك الالتزامات التعاقدية يجب أن يؤدي فقط إلى الإنهاء إذا كانت إرادة الطرفين هو هذا الاتجاه(٣).

نظرا لأن إعادة التفاوض تمثل أداة قبل وبعد التعاقد تسمح للأطراف بسد فجوات المعلومات وفصل العقد وفقا للبيانات الجديدة التي تم الحصول عليها قبل وبعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإنها تساعد على تصحيح الاختلالات الناجمة عن فرق المعلومات بين الأطراف.

كما تمنح إعادة التفاوض المرونة للعلاقة التعاقدية لجعل التزامات الأطراف أكثر صرامة، وتسمح بتغيير العقد وفقا للمتغيرات العاجلة، وبالتالي تقليل تكاليف النزاعات حول تنفيذ العقود المرهقة، وفي نفس الوقت يمنع تحقيق اتفاق التسوية.

تستند نظرية العقود غير المكتملة إلى مباركة استعداد الطرفين للتفاوض وإعادة التفاوض على العقد وطريقة تنفيذ العقد، والتي بدورها تقوم على ثقة الطرفين في التوصل إلى حل وفقا للعقد،

---

(١) See; Jeswald W. Salacuse, Renegotiating international business transactions: The continuing struggle of life against form, The international lawyer, V 35m n = o4, 2001, pp 1507-1541, (06/08/2020, 07:27).

(٢) علاء الدين الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد ١، ٢٠١٤، ص ٦١٨.

(٣) Christophe Jamin, op cit, p 190.

أي دون الحاجة إلى تدخل أطراف ثالثة وللمقاول بإرادته الحرة(١)، والتي تختلف باختلاف كيفية تنفيذ العقد والظروف الناشئة عنه.

ثانيا: العقد الإطارى كأداة لتطبيق نظرية العقد الناقص:

لا يوجد حكم في معظم القوانين المدنية يفصل أحكامه، لكنه مع ذلك أثبت فائدته في الممارسة العملية من خلال الجمع بين العديد من العقود المترابطة التي لا تقدم تفاصيل دقيقة عن الكمية أو السعر، ولكن يتم تحديدها بعد ذلك وفقا لسعر معقول(٢). وبعبارة أخرى، فإنه يترك هامشا من الحرية للتفاوض بين الطرفين(٣).

ولا تحدد الاتفاقات الإطارية بشكل كامل ودقيق العناصر الأساسية للمعاملة الاقتصادية أو التزامات الأطراف، ولكنها محددة بشكل شامل وكامل ودقيق(٤)، وفي السياق نفسه، فإن التوصل إلى اتفاق مبدئي هو التزام وليس الوصول إلى نتيجة. فهي ليست من هذا القبيل(٥).

وتعتبر الاتفاقيات الإطارية عقودا غير مكتملة، خاصة بالنسبة للعقود طويلة الأجل مثل عقود الاستثمار وعقود المرافق الكبيرة(٦)، حيث لا تسمح التغييرات التجارية والتقنية بتحديد المحتوى الدقيق للعقد، لذلك يتم وضع إطار عام للعقد وتترك التفاصيل للاتفاقيات اللاحقة بشأن توقيع العقد.

---

(١) Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 07.

(٢) Ninel Ulloa Maureira, op cit, pp 14-16.

(٣) Ibid,.

(٤) M. Jacques Ghestin, La notion de contrat-cadre et les enjeux theoriques et pratiques qui s'y attachent, in CREDA, Le contrat-cadre de distribution, Colloque organise a Paris les 11 et 12 decembre 1996, (09/09/2020, 05:09).

(٥) Ibid,.

(٦) Ninel Ulloa Maureira, Ibid,.

إن نقص المعلومات حول مصير العقد والتغييرات المستقبلية هو أساس نظرية العقود غير المكتملة، لذلك يميل المقاولون إلى الاحتفاظ ببعض الإرادة للتعامل مع البيانات المستقبلية(١)، وهو نفس سبب ظهور العقود الإطارية، وهو عنصر من عناصر المرونة التي ستساعد الأطراف على التغلب على العقبات المستقبلية.

عدم اليقين من اليقين هو عنصر مشترك بين العقود الإطارية ونظرية العقود غير المكتملة، والعقود الإطارية، على غرار نظرية العقود غير المكتملة، تم رفضها لبعض الوقت في الفقه الفرنسي وقبلت على مضض في السنوات الأخيرة لأن كلا الأمرين كافيان لفك شفرة العقد أو إنهاء تفاصيل العقد المستقبلية(٢).

ثالثاً: الظروف المتغيرة والاتصال القياسي ونظرية العقد الناقص(٣):

من المعروف أنه ليست كل شروط وأحكام العقد متساوية من حيث الاستقرار أو القابلية للتغيير، والشروط، بما في ذلك الحوافز الممنوحة للمقاولين، متغيرة اعتمادا على النسبة المئوية للالتزامات التعاقدية وطريقة تطبيقها، مما يؤثر سلبا على العقد اعتمادا على تنفيذ النتائج الفعلية.

---

(١) Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, op cit, p726.

(٢) Cass. Civ n = o 70-10752 du 27/04/1971. Cass. Civ n = 0 77-10155 du 11/10/1978. Cass. Civ no 91-15578 du 01/12/1995. See; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat-cadre, .contrat-cadre par dela? les paradoxes: RTD com. 1996, p. 179. J Gatsi, Le LGDJ, 1996.و Bibi. dr. prive?, n = 0 273

(٣) الربط القياسي هو جعل دين أو التزام مالي آخر يتغير مبلغه بالزيادة أو النقصان عند الاستحقاق بتغير مقياس أو مؤشر معين لا يكون مستواه معروفا عند التعاقد بل عند الاستحقاق، أو هو: اتفاق أو نظام على ربط دين مؤجل كله أو بعضه بمؤشر (معيار) معين أو جزء منه، يكون الوفاء به عند حلوله بقدر من جنس الدين، يعادل قيمته بحسب المؤشر المعتمد عليه عند العقد. محمد علي القري، دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عدد٢، ج ٤، ص١٧.

ووفقا للنظرية التقليدية، إذا كان مكان العقد محددا أو قابلا للتحديد، ولا تشكل قابلية تعريف الصفة مشكلة من حيث الجملة، فإن قابلية التحديد تختلف حسب الدرجة، في الحالات التي يحق فيها لطرف واحد في العقد الحصول على سعر لا يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه، يكون سعر العقد أو مركزه متغيرا ويكون التغيير ناتجا عن ظروف خارجية غير متوقعة، قد يمنح الخصم على العقد الطرف الآخر نطاق قياس، سيتم دفع عروض الأسعار وفقا لنسبة التكاليف المتعلقة بسعر أو أسعار المواد الأخرى المتعلقة بمكان العقد المتفق عليه(١).

لذلك، فإن هذه الطريقة مفضلة على أحد الطرفين الذي يتقاضى سعرا أعلى، مما يحميها من احتمال وجود سعر أعلى من السعر المتفق عليه والمتوقع من قبل الطرف الخاص به أو كلا المتعاقدين. بمعنى آخر، منع أحد الطرفين من تكبد خسائر من شأنها أن تجعل العقد صعبا، حتى لو لم يكن غير عادل أو مستحيلا.

تلعب الروابط دورا مهما في منع تآكل الديون. فمخاطر أسعار الصرف والتسوية مثل تقلب أسعار السجل العقاري، ومخاطر التسوية في الصرف وتقلب الأسعار، وحقيقة أن هذه المخاطر تؤدي إلى تآكل الديون بسبب مشاكل تضخمية، تؤدي إلى انخفاض في القيمة الحقيقية لجميع الحقوق والالتزامات المستقبلية(٢)، والتغيرات التي تؤدي إلى خسارة المركز المالي للمقاول للمدين والدائن، تؤدي إلى زيادة في خسائر الدائنين مع تمديد فترة العقد.

---

(١) Oliver Hart, Incomplet contract and control, Royal economic Society, Ibid,.

(٢) يميز الفقهاء بين:

- تغير قيمة النقود من خلال مقارنة قوتها الشرائية بالنسبة للذهب، أي مقدار ما تساويه وحدة نقدية من الذهب، ويطلق عليها القيمة الاسمية للنقود أو التنظيمية أو الشرعية.

يعتبر تآكل قيمة العقد، أي قيمة الولاء للالتزام مقارنة بالسند نفسه، لكن قيمة الشراء تختلف بين وقت العقد، الذي له قيمة اسمية وقيمة حقيقية، ووقت الوفاء بالالتزام(١). حيث تتأثر قيمة العديد من العقود والالتزامات الآجلة بالتغيرات في أسعار السلع والخدمات بسبب عوامل العرض غير المتوقعة، فضلا عن تفاقم العوامل التضخمية التي يصعب القضاء عليها في الوقت المناسب بسبب ظهور حالات استثنائية لا يعرفها الطرفان وليس لديهم القدرة على التنبؤ بتحقيقها. نظرا لعدم قدرتهم على التنبؤ بحدوث هذه المواقف، يعتمد الأطراف على المؤشرات لضبط العقد.

على سبيل المثال، يمكن تقسيم القوانين أو ما يسمى (شرط الذهب) إلى ثلاث اتجاهات من حيث منع إمكانية وجود صلة قياسية بين الحقوق والالتزامات بالذهب. تحظر بعض القوانين، مثل قوانين مصر، بشكل صارم قبول النقود غير الورقية كوسيلة للتقدير، خاصة بعد إصدار المرسوم(٢). وينص هذا المرسوم على بطلان شروط الدفع بالذهب في العقود التي يكون فيها

- تغير قيمة النقود بمعنى القيمة الخارجية لها أي نسبة مبادلة العملة الوطنية بغيرها من العملات الأجنبية، أو سعر الصرف، ويتم تحديدها في ظل العملات الورقية بواسطة السلطات المالية للدولة، وتتأثر بالعوامل الداخلية والخارجية عن طريق الطلب الخارجي على العملة الوطنية.
- تغير قيمة النقود بمعنى القوة الشرائية للنقود على سائر العملات والخدمات، وتعرف بالقيمة الحقيقية للنقود، والتي تختلف عن القيمة الاسمية بأن هذه الأخيرة ثابتة لا تتغير، في حين تتبع الأولى التغير الحادث في الأسعار، وهو المقصود بسلطان النقود في المبادلة بسائر السلع والخدمات، أي وجود ارتباط عكسي بين قيمة النقود وأسعار السلع.

عيسى بن مصطفى، أثر تغير قيمة النقود في الحقوق والالتزامات في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي – دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، ٢٠٠٨، ص٤٠.

(١) رفيق يونس المصري، آثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية، دار المكتبي، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩، ص٧.

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة، قرار بتاريخ ١٩٣٦/٢/١٨م، مجلة الأحكام المصرية، عدد ٤٨، ص١٤٢.

الالتزام بالأداء ذا طابع دولي. وتميل السوابق القضائية المعاصرة للمحاكم الفرنسية إلى قبول المراسيم الملزمة بالذهب أو بالعملة الأخرى(١)، حيث توجد علاقة بين المكان الذي يتم فيه إبرام العقد وأنشطة الأطراف. عندما تم حظر متطلبات الذهب في الولايات المتحدة بموجب قانون احتياطي الذهب لعام ١٩٣٤، جعل الكونجرس من الممكن استخدام متطلبات الذهب مرة أخرى في العقود المبرمة بعد أكتوبر ١٩٧٧. وقد أكد ذلك أيضا القضاء الأمريكي(٢).

على الرغم من أن الربط القياسي يبدو أنه أداة تقيد حرية الأطراف في إملاء العقود المستقبلية لأنه يربط مصير العقد بمؤشرات أخرى غير إرادة الأطراف، إلا أنه يمثل في الواقع إحدى الأدوات غير العادية في نظرية العقد التقليدية ويشارك الجوانب المتعلقة بالتخفيض غير الطوعي أو الخارجي بنظرية العقود غير المكتملة، لأنه يتبنى فكرة الحماية من التغييرات المستقبلية بوسائل قابلة للقياس.

رابعاً: تفسير العقد وتطبيق نظرية العقد الناقص:

يعتقد بعض الفقهاء(٣) أن نظرية العقود غير المكتملة تعاني من التوجه المتعمد لفقه نظرية العقد وأن العقود غير المكتملة تفشل تماما في تفسير قدرة الأطراف المتعاقدة على إشباع الرغبة في فتح العقود كخيار استراتيجي(٤). وقد شوهت محاولات نقل نظرية العقود غير المكتملة من الفقه الأمريكي إلى الفقه الفرنسي لأن الفقه الأمريكي يركز على عرض النظرية على إرادة الأطراف أثناء تطورها في تنفيذ العقد، بينما يحاول الفقه الفرنسي إيجاد مكان للنظرية في التفسير التقليدي للعقود من قبل قاض أو محكم وقد شوهها عند محاولة نقلها.

---

(١) Cass. Civ. 3, du 18 octobre 2005, 04-13.930, www.legifrance.gouv.fr (10/02/2016).

(٢) http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/08a0322p-06.pdf (05/05/2016).

(٣) Wendy Netter Epstein, op cit, p 304.

(٤) Ibid,.

لا تعني عملية التفسير أن هذه هي نية الأطراف، حتى لو تم إجراؤها بالإشارة إلى الوصايا المفترضة للأطراف، فقد لا يكون المقاولون يستهدفون ما قصده القاضي، وقد تكون إرادتهم بعد النزاع مختلفة عنه قبل النزاع. على الرغم من أن هذا ليس هو الحال، إلا أن سوء تفسير إرادة أطراف العقد يؤثر على طبيعة نظرية العقود غير المكتملة، والتي تحاول 'سد الفجوة' بإرادة الأطراف. أجرت المحكمة العليا لمقاطعة ألاسكا التقييم التالي فيما يتعلق بحالات الطوارئ التي قد تنشأ عندما لا يتمكن الطرفان من سد جميع الثغرات، ويمكن للمحاكم سد الثغرات في العقد وضمان النزاهة عندما تكون توقعات الأطراف واضحة. إذا كان سلوك وبيانات أطراف العقد تشير إلى أن لديهم إرادة كافية لإبرام العقد، فإن المحكمة لديها مجال كاف لسد الفجوة... ومع ذلك، لا ينبغي للمحكمة أن تفرض فعلا على أي من الأطراف التي لا تقبلها وربما لن تقبلها. وبعبارة أخرى، وفقا لنظرية العقود المعيبة(١)، فإن سلطات القاضي محدودة للغاية وغالبا ما لا توجد أمام إرادة الأطراف المتعاقدة.

من خلال محاولة تفسير العقود وفقا للنظريات التقليدية، يحاول القضاة الوصول إلى إرادة الأطراف في وقت إبرام العقد، وليس إرادتهم الحالية، والتي تتطور نتيجة لمعرفتهم بآثار العقد. وفقا لمؤيدي نظرية العقود غير الكاملة، بدلا من معالجة العيوب وتحقيق المرونة، ويجب عليهم

(١) Because contracting parties cannot plan for all contingencies that might arise, a court may fill gaps in contracts to ensure fairness where the reasonable expectations of the parties are clear. [Accordingly]when the conduct or expressions of parties to an agreement indicate a sufficient intent to make a contract, a court has latitude to fill in the gaps... [but] the courts should not impose on a party any performance to which he did not and probably would not have agreed". See; Steve w. Feldman, op cit, p21.

النظر في كيفية استجابة المرونة لصحة العقد وتفسيره. حيث لا يتوقف عند إرادة الطرفين في وقت إبرام العقد، ولكنه يوضح كيف يتطور ذلك مع تنفيذ العقد(١).

فالقيود المفروضة على استعداد الأطراف لتوقيع العقود تخنق الإبداع، وتقلل من فرص الابتكار والتطوير، وتشكل عقبة أمام الترويج للعقود التجارية، على سبيل المثال، في عقود الابتكار، توافق الشركات على تطوير تقنية محددة، وباستخدام كل الاحتمالات، تقنية غير محددة(٢).

تحاول نظرية العقود غير المكتملة الإجابة على هذا المحور من خلال البحث عن نية الأطراف المعاصرة للدخول في عقد وعدم الدخول فيه، لأن هذه النية تقوم على التعاون لتقليل المخاطر، أي إرادة الطرف الأقرب إلى العقد هو توجيه العقد، لأن القضية تتعلق بعدم اليقين بشأن طبيعة العقد(٣).

ويستند هذا التفسير إلى التعاون المتوخى بين الطرفين، في حين أن التعاون في الواقع يكون في الوقت الحقيقي ويصل أو يوضح معايير النتيجة النهائية للعقد المتفق عليه، إن العلامات التي تشير إلى اكتشاف تقنيات معينة تنقل الأطراف من مرحلة التعاون إلى مرحلة التحكم، وبالتالي تعيد الأطراف المهيمنة إلى وضع عادل ومنصف، علاوة على ذلك، فإن جهود التعاون المشترك ترجع إلى خوف الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من أنه إذا استمرت في هذه المرحلة، فإن الطرف القوي سوف يستولي على المنتج المبتكر، أي سيظهر خلل في العقد، وبالتالي سيحتاج المقاول إلى طرف ثالث خارج العقد لإعادة رصيد العقد.

---

(١) Wendy Netter Epstein, op cit, p297.

(٢) Ibid,.

(٣) Ibid,.

في الحالات التي يكون فيها العقد غير المكتمل أكثر كفاءة من عقد معين من حيث تواتر النزاعات، يرتبط هذا الرأي بموازنة العقدين في مرحلة التنفيذ، وعندما تنشأ النزاعات بين الطرفين، فإن الإشارة إلى نوايا الطرفين قبل وبعد إبرام العقد يحسن قدرة القاضي على إلغاء النزاع.

حاول بعض الباحثين(١) تطبيق نظرية العقود غير الكاملة على الاتفاقيات الدولية لمساعدة المحكمين على تفسير مبادئ دولية معينة، مثل 'المعاملة العادلة والمنصفة' و'المصادرة غير المباشرة'. فقد تميز الجيل الأول من الاتفاقيات الدولية تحت مظلة منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الاقتصادية للتعاون والتنمية والتي تتميز بدرجة عالية من أوجه القصور (محتوى منخفض، صياغة بسيطة وفضفاضة، التركيز على حماية الاستثمار) واتفاق تجاري يقلد اتفاقية التجارة والصداقة الأمريكي نافتا، يتميز بدرجة منخفضة من أوجه القصور (محاولات لتحقيق التوازن بين حماية الاستثمار والحقوق)(٢). وبالتالي، فإن الجيل الأول يسمح بإنشاء نظام قابل للتفسير ومتماسك من خلال ممارسة الجيل الثاني(٣).

ومع ذلك، بما أن تطبيق نظرية العقود غير المكتملة في تفسير العقود محدود للغاية، فإن القضاة أو المحكمين لا يعتبرون حماة المقاولين، وتستند النظرية بشكل أساسي إلى توسيع سلطة الأطراف المتعاقدة في مواجهة السلطة التفسيرية للقاضي، يمكن للمجالس المشتركة للدولة أن تلعب دورا في إعادة التفاوض على كيفية تطبيق بعض المبادئ المتنازع عليها، وبالتالي تمثل واحدة من أهم ركائز نظرية العقود غير المكتملة.

خامساً: مدى اعتبار حسن النية كأداة لتطبيق نظرية العقد الناقص

---

(١) Wolfgang Alschner, op c it, p 03.

(٢) Ibid,.

(٣) Ibid,.

غالبا ما يكون أصل مفهوم النوايا الحسنة دينيا وليس قانونيا(١)، وهو من بقايا القانون الذي ظهر في القانون المدني الفرنسي قبل عام من التعديل ويميز بين العقود الحسنة النية وعقود القانون الضيق(٢)، والتي تهدف إلى تنفيذ العقود وفقا لنية الأطراف والأهداف المرجوة من العلاقة التعاقدية(٣)، كأداة أو آلة لضمان العدالة، وكانت هناك خلافات كبيرة حول فك رموزها. وفقا للمدرسة الحديثة(٤)، فإن الشهرة التعاقدية هي موازنة تعاقدية يقدمها كل مقاول مع مراعاة مصالح المقاولين الآخرين في جميع مراحل العلاقة التعاقدية(٥).

للوهلة الأولى، يبدو أن مبدأ الصدق يوفر نظرية العقود غير الكاملة، حيث يشارك في إعادة التفاوض على العقد وتنفيذ العقد وفقا لمبادئ العدالة والأمانة والنوايا الحسنة في الفقه الفرنسي(٦). وتم إدخال الالتزام بالإبلاغ من أجل تطبيق مبدأ حسن النية وتقليل السلوك الانتهازي لأحد الطرفين نتيجة لميزة المعلومات التي يتمتع بها على الطرف الآخر. أيضا، من الناحية العملية، من المعتاد أن بعض الأطراف القائمة على حسن النية بين الجانبين لا تكتمل نتيجة للعقبات الأخلاقية، ويتم إبرام الأطراف بين الأقارب أو الأصدقاء.

---

(١) Dennis Tallon, Le concept de bonne foi en droit frangais du contrat, Saggi, conferenze seminari del Centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M. L Bonell, site internet: http://www.cnr.it (05/03/2007).

(٢) Stephane Darmaisin, Contrat moral, LDJ, Paris, edition DELTA, Paris, France, 2000, P141.

(٣) Frangois Terre, Droit civil – obligation – Dalloz, 8e edition, 2012, p403

(٤) Ibid, p09.

(٥) جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص٢٦١.

(٦) Civ 1, 20/03/1985. B1985,1,n20l, Voir Beatrice J, op cit, p 44–50. Denis Tallon, op cit, p 02. CC,.. https://www.jurisprudence.dalloz–avocats.fr/search/ dz?query = bonne + foi&sort = tri_dt%3Adown&cursor = rows%3A20 (17/05/ 2020, 23:40).

وفي فرنسا، أصبح مبدأ الالتزام، بعد أن كان خاصا بتطبيقه، شاملا في مرحلة إبرام العقود وإقامتها، وأقر مبدأ الالتزام بوصفه مبدأ استراتيجيا وتنافسيا بين النظم القانونية(١). وبالتالي، فإنه يتحول إلى مبدأ أخلاقي واقتصادي واجتماعي في مواجهة أيديولوجية السوق(٢). يضيق مبدأ الصدق نطاق ومدى حرية التعاقد؛ لذلك، لا يزال يواجه اعتراضات وانتقادات فقهية في النظام القانوني الفرنسي، حيث يحاول استعادة التوازن التعاقدي ويتطرق إلى الطبيعة الملزمة للعقد(٣).

تعتبر بعض السوابق القضائية الفرنسية مبدأ حسن النية أساسا رئيسيا لنظرية العقود الخادعة، حيث يقوم هذا المبدأ على الالتزام بالمساعدة والتعاون والمشاركة بين المقاولين في التوصل إلى العقد بأمان(٤)، في نطاق نظرية العقود غير المكتملة، نعتقد أن الاحتفاظ ببعض السيطرة والهيمنة على العقد ناتج عن عدم الثقة في الطرف الثاني أو الأسباب الخارجية المحيطة بالعقد،

---

(١) Mustapha Mekki,, La bonne foi dans l'avant-projet de reforme du droit des obligations du 23 octobre 201 3, op cit, p 01.

(٢) Ibid,.

(٣) Bergel, The?orie ge?ne?rale du droit, Collection: Methodes du droit; 4e٠ J.-L edition; Parution

Dalloz, 2003. Y.-M. Laithier, Les principes directeurs du droit des contrats en droit compare?, RDC 201 3 n 1, p. 410. p. Morvan, Le principe de droit prive?, e?d. Panthe?on-Assas, 1999, nQ 763. p. A. Fenet, Recueil complet des travaux preparatories du Code civil. Tome II, Videcoq libraire, 1836, p 3. Cite par; Mustapha Mekki,, La bonne foi dans l'avant-projet de reforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, op cit, p 03.

(٤) Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 08.

فهو يتوسط مبدأ حسن النية في الطرف وشكل العقد، والذي يخضع للتعديل من قبل القاضي لأنه يسمح لطرف بتغيير اتجاه العقد.

ويدعم هذا التقييم ظهور وتطوير نظرية عقد غير مكتملة في النظام الأنجلوساكسوني، حيث تبلغ الحرية المطلقة للمقاول في قانون العقود ذروتها في مرحلة التفاوض وإبرام العقد(١). في هذا النظام، العقد هو وعد بالإرادة ويعتبر في الواقع مرحلة عسكرية يستعد فيها الطرفان للهجوم، ولا يوجد ذكر للأخوة والتضامن، لذلك هناك القليل من الإخلاص بين الطرفين خلال مرحلة التفاوض(٢).

بالإضافة إلى هذه الأدوات، يمكن الاعتماد على التراث الإسلامي لإيجاد نقطة دخول للنظرية من خلال" البيع بسعر السوق "أو" السلم بالسعر " (حتى في يوم التسليم نفسه). فبالنسبة لنظرية العقود الإدارية، هناك العديد من التطبيقات المتعلقة بمراجعة وتعديل سعر المعاملات العامة، والتي تعتبر عقودا غير مكتملة بطبيعتها، حتى لو رغبت في ذلك، ضمن حدود معينة(٣).

من وجهة نظر شخصية، من الضروري التمييز بين التناقص الداخلي (الطوعي) والخارجي (غير الطوعي) للعقد، حيث تميل إرادة الأطراف إلى إبقاء العقد مفتوحا. في حين أن المبالغة في هذا الاتجاه تهدد أحد أهم ركائز العقد، كما في حالة جائحة كورونا، والتي هي موضوع

---

(١) يشمل القانون العقدي الإنجليزي، بالإضافة للتوجيهات الأوروبية والاجتهاد القضائي، القوانين التالية: Law reform Trusted Contracts Act 1943 و Third Party Liability 1999, Sales of Good Act 1977 and Unfair Contracts Terms 1977.

(٢) Dema Valente, Enforcing Promises; Consideration and Intention in the law of contract, pp 04 – 14 www.otago.ac.nz (05/09/2020, 12:34).

(٣) Rafic Yunus ALMasri, Market Price of Salam on the Date of Delivery: Is it Permissible? J.KAU: Islamic Econ., Vol. 16, No. 2, pp. 29–32 (29/05/2020, 10:23).

المناقشة الحالية، فإن فكرة العقد المعيب لها دور مهم في النوع الثاني من التخفيض، حيث يكون التخفيض ناتجا عن قوة قاهرة أو حالة طارئة، والتي تظهر بقوة أكبر.

المبحث الثاني

قيود تطبيق نظرية العقود غير المكتملة فيضوء الازمات العالمية

تأثرت العقود بجائحة كورونا – كأحد الازمات العالمية – بعدة طرق، مثل الانخفاضات الكبيرة في قيمة العقود وأسعار المنتجات، ورفض دفع الطلبات من قبل البنوك، وحظر التجمع، وإغلاق بعض المؤسسات، وإغلاق الحدود للتجارة الدولية، وإلغاء حركة النقل، وتنفيذ القواعد والتدابير التقييدية المتعلقة بالحقوق والحريات(١). كما أثر الوباء على الفترات القانونية، لا سيما إلغاء عقود الاستهلاك، وقبول حقوق الأولوية، والتزامات الإخطار، والطعون، وتسجيل حقوق البطلان، وشهور العقود المشتراة في المتاجر التجارية، وتسجيل الحقوق العينية، وتسجيل حقوق الأولوية(٢).

إن نظرية العقود غير المكتملة، كما رأينا بالفعل، لم يتم تطويرها للتعامل مع المواقف الاستثنائية، ولكن كقاعدة عامة تنطبق على جميع المواقف والظروف، ولكن الوضع الأخير، المتمثل في الافتقار الخارجي للعقد أو الافتقار المخادع لإرادة الأطراف، تسبب في حدوث تصدعات في نظرية العقد التقليدية ويجمع وجهات نظر مؤيدي النظرية ومنتقديها، بما في ذلك

(١) Roland Ziade et Claudia Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, Dossier de Covid-19 et Contrat, Actualite Juridique Contrat, n = O04, Avril 2020, pl76.

(٢) Mustapha Mekki, De Furgence a Fimprevu du Covid-19: quelle boite a outils contractuels? Dossier de Covid-19 et Contrat, Actualite Juridique Contrat, n = O04, Avril 2020, 10166.

تفشي وباء عالمي، كما في حالة وباء كورونا. الأزمة التي شهدتها نظرية العقد خلال فترة كورونا (المطلب الأول) ومهدت الطريق لإحياء كورونا. نظرية العقد غير مكتملة على الرغم من مشاكل التقييد (المطلب الثاني).

المطلب الأول
أزمة نظرية العقد في عصر كورونا

اختلفت السياسات الحكومية حول كيفية التعامل مع جائحة كورونا من وجهة نظر قانونية. فضلت بعض البلدان إصدار توجيهات وأنظمة تقتصر على عزل أو حظر حريات معينة، بينما عزلت أنظمة أخرى تأثير السياسة على الالتزامات التعاقدية، وعليه لم تتأثر نظرية العقد بأزمة كورونا فقط نتيجة الاختلاف حول تكييفها القانوني إن كانت قوة قاهرة أم ظروفاً طارئة (الفرع الأول)، بل بسبب الآثار القانونية المتضمنة في الإجراءات والتدابير التي عالجت الجائحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
جائحة كورونا: قوة قاهرة أم ظروف طارئة؟

على عكس معظم الأوبئة السابقة(١)، تم الاعتراف بوباء كورونا على أنه قوة قاهرة من قبل الحكومات والمنظمات الدولية(٢). هذا الوضع في انتظار إصدار أحكام وقرارات قضائية تشرح العواقب القانونية من حيث الدعاوى والالتزامات التعاقدية.

(١) Pascale Guiomard, La grippe, les epidemies et la force majeure en dix arrets, 4/3/2020, (30/05/2020, 14:19).

(٢) Roland Ziade et Claudia Cavicchioli, op cit, p176.

إذا لم يكن الخلط بين نظرية القوة التي لا تقاوم/المنتصرة وإلحاح الأطراف / الصلابة في مختلف القرارات النظرية والممارسات القضائية نتيجة الوباء، فإن هذا الأخير يلعب دورا مهما في إحياء المناقشات العقائدية والقانونية حول النظريتين.

وقد ميزت معظم التشريعات العربية بين أحكام القوة القاهرة(١) وأحكام الطوارئ(٢) من خلال فكرة الاستحالة أو الصعوبة، التي تأخذ في الاعتبار الحالة التي تجعل فيها القوة القاهرة من المستحيل تنفيذ التزام في حالة الطوارئ التي لا يستحيل تنفيذها ولكن يجب تحملها، أي أن فكرة الاستحالة هي محور تناوب الأحكام القانونية والمراسيم القضائية.

ومع ذلك، فإن الأهداف المتداخلة للنظريتين هي إيجاد أعذار للمقترضين لعدم الوفاء بالتزاماتهم نتيجة لسيناريوهات لا يمكن التنبؤ بها، وحقيقة أن بعض الأنظمة القانونية الغربية لا تتبنى فكرة الوضع الصعب أو الطوارئ، ووجود أنظمة هجينة يكون فيها الموقف أحيانا قوة قاهرة وأحيانا حالة طارئة."وهذا التمييز غير كاف، كما يتبين من بعض نصوص القوانين المحلية مثل "قواعد اليونيدروا"(٣).

نظرا لأن القانون الأمريكي والبريطاني يتفقان على حكم القوة القاهرة، فإن الاستحالة تجعل من المستحيل تنفيذ عقد تحت اسم الاستحالة أو الاستحالة في قانون الولايات المتحدة، و 'إحباط الفشل' في القانون الإنجليزي، فإن الاستحالة هنا لا تتعلق بالاستحالة اللاحقة أثناء تنفيذ العقد، ولكن بالاستحالة الأولى، أي الاستحالة في وقت إبرام العقد.

---

(١) راجع: المادتين ١٦٥، ٢١٧من القانون المصري، والمواد ٢١٥، ٢٣٣و٢٩٥ من القانون لكويتي، والمادتين ١٢٧ و١٧٨ من القانون الجزائري، والمادتين ١٦٥، ٢١٨ من القانون المدني البحريني.

(٢) راجع: المادة ١٤٧ من القانون المصري، والمادة ١٩٨ من القانون الكويتي، والمادة ١٠٧ من القانون الجزائري، والمادة ١٢٩ من القانون المدني البحريني.

(٣) UNIDROIT Principes 2016, Art 6.2.2. Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit,.

لم يطور النظام الأنجلو ساكسوني فكرة "مشقة المشقة" على المستوى الوطني، وهو ما أكده القضاء على عدم تبرير الظروف اللاحقة مثل ارتفاع تكلفة العقد أو حدوث تضخم أو تقلبات العملة(١)، إلا في حالات نادرة حيث يكون للوضع تأثير كبير على طبيعة وجوهر العقد(٢). وبالتالي، فإن فكرة المشقة ينظر إليها القضاء البريطاني إلى حد محدود للغاية، ولا يقوم القاضي بتعديل العقد جزئيا أو كليا، ولكنه يلغي العقد(٣).

تقترب الفكرة الأمريكية غير القابلة للتطبيق من فكرة المشقة إذا وفقط إذا كانت هناك نية مشتركة للأطراف التي تطبقها، عندما لا يمكن تطبيق العقد إلا بتكاليف غير معقولة ومفرطة(٤).

أما بالنسبة للقانون الفرنسي قبل التعديل، فإن المادة ١ لم تميز القوة القاهرة عن الطوارئ، ولكنها تعترف فقط بالقوة القاهرة(٥) بعد التعديل، تحدد المادة ١ عناصر أحداث القوة القاهرة غير المتوقعة في وقت إبرام العقد، والتي لا يمكن تجنبها بالوسائل المناسبة وجعل أداء الالتزام

---

(١) Taylor V. Caldwell (1863) 122 Eng. Rep. 309 (K.B. Paradine V. Jane (1647) 82 Eng. Rep. 897 (K.B. Kreil V. Henry [1903] 2 KB 740 (CA).

Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p22– 24.

(٢) Canary Wharf (BP4) 11 Ltd. V. European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch), para. 27. Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p25.

(٣) Ibid,.

راجع أيضاً: محمود المغربي وبلال صنديد، المرجع السابق، ص ص ٧٥، ٧٧.

(٤) Ibid,.

(٥) Article 1148 du CCF (Avant 2016): (Il n’y a lieu a aucuns dommages et interets lorsque, par suite d’une force majeure OU d’un cas fortuit, le debiteur a ete empeche de donner OU de faire ce a quoi il etait oblige, OU a fait ce qui lui etait interdit”.

مستحيلا. إذا كانت الاستحالة مؤقتة، يتم تأجيل تنفيذ العقد حتى يختفي الحادث، ولكن إذا كان الحادث دائما، يتم إنهاء العقد بقوة القانون ويتم إعفاء الأطراف من الالتزامات(١).

من خلال إزالة هذه الأحكام المتعلقة بوباء فيروس كورونا، فإن التأخير في التنفيذ بسبب الوباء ليس خرقا للواجب، ولكنه مسؤولية بأحكام مختلفة حسب طبيعة العقد، على سبيل المثال، عقد تقديم الطعام بين مطعم ومؤسسة اقتصادية توقف مؤقتا عن العمل أو بدأ عمالها العمل عن بعد بسبب جائحة فيروس كورونا. أو سوف تنتج عدم ترتيب التعويض، عندما يلزم هذا التأخير تنفيذ العقد دون معنى أو منفعة اقتصادية لكلا الطرفين كإمداد لحفل الزفاف، فإن العقد نفسه سيؤدي حتما إلى فسخه، ولكن إذا وافق الزوج على إلغاء الطرف وإكمال حفل الزفاف، لا يمكن تأجيل تنفيذ العقد.

من ناحية أخرى، لا يمكن تعميم حالة القوة القاهرة حول تأثير العوامل المتوقعة على استحالة الوفاء بالالتزامات في جميع العقود وفي جميع البلدان، لكنها تثير قضية جائحة كورونا، حيث يتم تناول القضية على أساس كل حالة على حدة(٢). يتعلق الأمر بتوقيع عقد جديد أو تجديد

---

(١) Article 1218 du CCF: (11 y a force majeure en matiere contractuelle lorsqu'un evenement echappant au contrdle du debiteur, qui ne pouvait etre raisonnable- ment prevu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent etre evites par des mesures appropriees, empeche !'execution de son obligation par le debiteur. Si l'empechement est temporaire, !'execution de !'obligation est suspendue a moins que le retard qui en resulterait ne justifie la resolution du contrat. Si l'empechement est definitif, le contrat est resolu de plein droit et les parties sont liberees de leurs obligations dans les conditions prevues aux articles".

(٢) Julia Heinich, op cit, p 612. Mustapha Mekki, De Furgence a Fimprevu du Covid-19: quelle boite a outils contractuels?, op cit p 170.

العقد أيضا العقود المبرمة قبل تاريخ لاحق على انتشار الوباء في بلد معين تسبب مشاكل مع التوقعات لأطراف العقد، وبالتالي فإن مسألة توقيت التوقعات تنشأ. فهل الاعتبار يكون بتاريخ دخول الوباء إلى البلاد، أو تاريخ إعلان منظمة الصحة العالمية، أو تاريخ انتشاره في الصين(١).

أخيرا، تتعلق استحالة التنفيذ أيضا بطبيعة العقد نفسه، والقدرة على استبدال أو تأجيل التنفيذ، وهي قضايا تتطلب حتما تدخل القاضي. أيضا، إذا كان الالتزام هو دفع المبلغ فقط في حالات نادرة (إذا كان المدين في العناية المركزة) (٢)، أو إذا تسبب المدين في تأخير الالتزام حتى الوباء، فلا يمكن فرض عدم قابلية التنفيذ بسبب الوباء(٣).

يتم إنهاء العقد بقوة القانون كلما كانت الاستحالة مطلقة (وفقا للمادة ١٢١٨ من القانون المدني الفرنسي الجديد)، ولكن إذا كان تأثير الوباء على العقد يزعج الالتزام ولم يكن مستحيلا، ولم يقبل المقاول المعني المخاطرة، وفقا للمادة ١١٩٥ (الجديدة)، يمكن للأطراف إعادة التفاوض

راجع في الرأي نفسه: فتحي تيتوس، المرجع السابق، ص ص ٧٣٨، ٧٤٩. زكرياء مولاي وآخرون، المرجع السابق، ص٣٤٣. ياسر عبد الحميد الإفتيحات، المرجع السابق، ص٧٨٢. أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص ص ٧٤٢، ٧٤٧. فارس محمد العجمي، المرجع السابق، ص٣٣٤. أنس فيصل التورة، المرجع السابق، ص ص ٣٠١، ٣٠٧. محمد الأيوبي، المرجع السابق، ص ص ٢٨٨، ٢٩٢.

(١) Ibid,. Roland Ziade et Claudia Cavicchioli, op cit, p179.

(٢) Ibid,. Erwan Poisson and others, Covid-19 coronavirus – force majeure, imprevision/hardship and emergency legislation on contracts under French law in light of the Covid-19 pandemic, 30/03/2020 (30/05/2020, 09:35).

(٣) Erwan Poisson and others, Ibid,.

على أداء العقد، وإذا فشلت المفاوضات أو إذا رفض الطرف الآخر، فسيتم مراجعة العقد من قبل قاض يمكنه تعديله أو إنهائه(١).

لم تؤثر جائحة كورونا على قواعد البلاد فحسب، بل امتدت أيضا إلى القواعد العابرة للحدود، حيث عدلت المحكمة الجنائية الدولية من ظروف القوة القاهرة في ٣ مايو. فالطرف المتضرر غير ملزم بإثبات عدم القدرة على التنبؤ بحادث مفاجئ ويكفي لإثبات أنه لا يمكن تجنبه أو التغلب عليه(٢).

وفي الواقع، اعتمدت العدالة الإدارية الفرنسية نظرية الطوارئ منذ قضية شركة الإضاءة بوردو قبل عام(٣)، لم تعترف العدالة المدنية الفرنسية بهذه النظرية منذ قرار محكمة النقض الفرنسية على "قناة كاربون" سنة ١٨٧٦م، تعتقد المحكمة أنه لا يمكن تعديل العقد إلا بأحكام قانونية

---

(١) Article 1195 du CCF: “Si un changement de circonstances imprevisible lors de la conclusion du contrat rend !’execution excessivement onereuse pour une partie qui n’avait pas accepte d’en assumer le risque, celle–ci peut demander une renegociation du contrat a son cocontractant. Elle continue a executer ses obligations durant la renegociation. En cas de refus OU d’echec de la renegociation, les parties peuvent convenir de la resolution du contrat, a la date et aux conditions qu’elles determinent, OU demander d’un commun accord au juge de proceder a son adaptation. A defaut d’accord dans un delai raisonnable, le juge peut, a la demande d’une partie, reviser le contrat OU y mettre fin, a la date et aux conditions qu’il fixe”.

(٢) https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc–forcemajeure–hardship– clauses–march2O2O.pdf (26/05.2020, 14:36.

(٣) Conseil d’etat, 30/03/1916, Compagnie generale d’eclairage de Bordeaux, https://www.conseil–etat.fr/ressources/decisions–contentieuses/les–grandes–deci– sions–du–conseil–d–etat/conseil–d–etat–30–mars–1916–compagnie–generale–d–eclai– rage–de–bordeaux (30/05/2020, 10:34).

بحجة احترام إرادة الأطراف وتحقيق الأمن القانوني(١). وبالتالي، فإن القانون التجاري يعرف اللجوء إلى التحكيم، الذي يفضل الوسائل الودية ويسمح بإنشاء شروط إعادة التفاوض(٢). هذا ما خلص إليه القانون المدني الفرنسي الجديد.

أما القرار المتخذ أثناء جائحة فيروس كورونا(٣)، فإن المنطق هو تطبيق الإجراءات المعتمدة في ظل جائحة فيروس كورونا كقوة قاهرة تؤثر على الحقوق والحريات وتنفيذ الاستدعاءات القضائية. تعتبر القرارات المستقبلية للكشف عن إمكانية التوسع في قوة قاهرة لأحكام قانون العقود.

في المقارنة بين الأنظمة، يعتبر جائحة فيروس كورونا من حيث المبدأ قوة قاهرة في جميع الأنظمة القانونية، وفي بعض الأنظمة يمكن أن يتحول إلى حالة طارئة، ولكن هناك اختلافات في الآثار المطبقة في هذه الحالات، سواء بإرادة الأطراف أو بإرادة وسلطة القضاة.

يمكن أن يكون جائحة كورونا قوة قاهرة (إنهاء العقد) أو طارئ (تعديل العقد)، وحتى حافزا لتنفيذ بعض العقود (استمرار التنفيذ)، والتي، من ناحية، ترجع إلى طبيعة العقد (مكان العقد أو شخصية الأطراف)، وكذلك مع مراعاة تأثير التدابير والإجراءات المتخذة من جهة ثانية.

---

(١) CC, Arret du 6 mars 1876, Canal de Craponne, (30/05/2020, 10:50))

(٢) Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p42.

(٣) Douai, 4 mars 2020, no 20/00395. Douai, 5 mars 2020, no 20/00400. Douai, 5 mars 2020, no 20/00401. Colmar, 12 mars 2020, no 20/01098. Colmar, 16 mars 2020, no 20/01142: Colmar, 16 mars 2020, no 20/01143. Colmar, 23 mars 2020, no 20/01206: Colmar, 23 mars 2020, no 20/01207. Cite par; Roland Ziade et Claudia Cavicchioli, op cit, p177.

الفرع الثاني
التأثير القانوني للإجراءات والتدابير على نظرية العقود

انتقلت التدابير والتدابير الناجمة عن جائحة الفيروس من القانون العام إلى القانون الاستثنائي، لذلك تم وصفها بأنها "وباء ليكس"(١) قياسا على قواعد ممارسة الأعمال التجارية "ليكس مركاتوريا" نظرا لتأثيرها على الحياة الاقتصادية والعواقب القانونية على العقود والالتزامات. وهذا يثير تساؤلا حول جدوى إصدار القواعد التي تؤثر على نظرية العقود، أنها لا تمثل استبعاد أو تفعيل قواعد القانون المدني، مكان المصطلحات الواردة في بعض النصوص من وجهة نظر القواعد العامة.

أصدرت الصين شهادات القوة القاهرة، وإذا كانت هذه الشهادات تعتبر دليلا بين المدينين على المستوى المحلي، فإنها تلزم المحاكم الصينية (المحلية)، ولكن ليس المحاكم الدولية أو مراكز التحكيم(٢). لذلك، لا يمكن للأطراف استدعاء هذه الشهادات لتجنب الالتزامات عبر الحدود، ولكن المقاولين الصينيين لا يمكن أن ندعو أنهم لا يستطيعون الوفاء بالتزاماتهم للشهادة نفسها، ولكن يمكن استدعاء تأثير هذه الشهادات على المستوى المحلي، ولا يمكن استدعاء الالتزامات التعاقدية من حيث الأطراف الثالثة للعقود التجارية الدولية. يمكن أن ينعكس وبالتالي يؤثر بشكل غير مباشر.

---

(١) Mustapha Mekki, De Furgence a Fimprevu du Covid-19: quelle boite a outils contractuels?, op cit, p164.

(٢) Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p14.

من ناحية أخرى، يعتقد النظام الفرنسي أن جائحة كورونا قوة قاهرة، والأحكام التنظيمية الصادرة (خاصة الأمر الصادر في ٢٥/٣/٢٠٢٠ (١) تنص على تأخير الموعد النهائي القانوني، لذلك لا يعتد بتعليق العقد أو تعليق الموعد النهائي القانوني(٢). كما أكد الأخير على تعليق تطبيق الشروط الجنائية في مجال المعاملات العامة والعقود المدنية (باستثناء الأوراق المالية الخاضعة للقانون المالي والمالي) (٣). بمزيد من التفصيل، نظمت الحكومة الفرنسية أحكام إنهاء بعض العقود التي تأثرت بشدة بوباء فيروس كورونا، مثل عقود السياحة، من خلال محاولة حل الموقف وديا مع العملاء من خلال تقديم عروض مستقبلية(٤).

(١) Ordonnance n = 0 2020/330 du 25/03/2020 relative aux mesures de continuite budgetaire, financiere et fiscale des collectivites territoriales et des etablisse- ments publics locaux afin de faire face aux consequences de Fepidemie de covid-19, (12/09/2020, 10:29))

(٢) Mustapha Mekki, De Furgence a Fimprevu du Covid-19: quelle boite a outils contractuels?, op cit p166.

(٣) Julia Heinich, op cit, p 615.

(٤) Ordonnance no 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financieres de resolution de certains contrats de voyages touristiques et de se?jours en cas de circonstances exceptionnelles et inevitables OU de force majeure, JORF? = 26/03/2020, (29/05/2020, 13:45). Rapport au President de la Republique relatif al'ordonnance nQ 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financieres de resolution de certains contrats de voyages touristiques et de se?jours en cas de circonstances exceptionnelles et OO74 du 26 mars 2020, (29/05/2020, 13:59). ٥inevitables OU de force majeure, JORF n See; Jean- Denis Pellier, Coronavirus: une ordonnance pour sauver les professionnels du tourisme, 28/03/2020, (29/05/2020, 14:38).

إذا قبلنا الحجة القائلة بأن جائحة كورونا قوة قاهرة، هل هو دائم أم مؤقت؟ وهل سوف ينتهي العقد بقوة القانون أو حكم القاضي؟ يمكن للقاضي تعديل بعض أحكام العقد وتطبيق نظرية تغيير العقد (ليس عقدا غير مكتمل، ولكن استبدال النص بتدابير قانونية خاصة للحكومة للحفاظ على العقد بعد الحجر الصحي). ما تبقى في النظرية العامة للعقود للحفاظ عليه؟

يبدو أننا نواجه أزمة قانونية نتيجة للأزمة الصحية، هل ستأتي جائحة كورونا على بقية أحكام النظرية العامة للعقود، أم أن هذا الوباء سيعيد إحياء نظرية العقود المفقودة المعنية؟

المطلب الثاني

نظرية العقد الناقص بين الإحياء والمحدودية في ظل جائحة كورونا

وفقا للنظرية التقليدية للعقود، يمكن للقاضي الاعتماد على معايير موضوعية وشخصية لتقييم تطبيق نظرية القوة القاهرة أو نظرية الطوارئ على العقد، مثل مدة العقد، ومعدل الإنجاز، والالتزامات التي يؤديها الطرفان، وأهمية عقد كل طرف، وربط العقد بالعقود الأخرى، ومعايير شخصية الأطراف، إلخ. إذا تم النظر فيها.

فيما يتعلق بتطبيق نظرية العقود غير المكتملة في الأجزاء المتعلقة بالظروف الاستثنائية، حيث يمكن أن تتطور إرادة الأطراف لإنشاء التزام جديد بإلغاء الالتزام السابق، فإن الطبيعة الطوعية للأطراف لها الأسبقية على دور القاضي، مما يجعل الوضع كما لو كان يواجه عقدا أو عقدا جديدا في أنقاض العقد السابق. لذلك، قد يكون لوباء كورونا دور في إحياء نظرية العقود غير المكتملة (الفرع الأول).

بشكل عام، من المستحيل تطبيق نظرية نقص العقد على جميع العقود بالتساوي في جميع الحالات، وبالتالي، نظرا لوباء فيروس كورونا، فإننا نتعرض لحدود نظرية نقص العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول
إحياء نظرية العقود الناقصة في ظل الازمات العالمية

إعادة التفاوض هي أساس نظرية العقود غير المكتملة، لكن إعادة التفاوض أوسع من نظرية الطوارئ، والتي لا تقتصر على التعامل مع الحوادث التي تؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وقد تكون مرتبطة بتحسين العقود أو قد استوعبت بعض التطورات التقنية وفقا لمبدأ الحوافز التعاقدية المذكور سابقا.

أما بالنسبة للجانب الأول من نظرية العقود غير المكتملة، وهو أمر شائع مع نظرية حالات الطوارئ، فمن الممكن اللجوء إلى إعادة التفاوض لحل النزاعات الناشئة عن جائحة كورونا، حيث أن الغرض من إعادة التفاوض بإرادة الأطراف هو التوصل إلى حل مرض للطرفين يتم تنفيذ العقد.

وقد تكون إعادة التفاوض تعاقدية (عند إبرام العقد أو تنفيذه)، وقد تكون قضائية (بناء على طلب قاض أو محكم)، وتسمح للأطراف المتعاقدة بتعديل العقد والاتفاق على كيفية تنفيذه في ضوء الظروف والقضايا الناشئة عنه(١). أي أنه يقوم على مبدأ قوة الإرادة، وكان لابد من منح الأخير سلطة إنشاء عقد وتعديله، ومن يملك الكل (لإنشاء عقد من الصفر) يمتلك الحق (لتعديل العقد الموقع).

الأصل هو أن إعادة التفاوض تتم وفقا للشروط التي بموجبها يلتزم طرفا العقد، وبالتالي فإن الأطراف ملزمة بإعادة التفاوض في حالة عدم وجود هذا الشرط.

أولا: إعادة التفاوض في العقود المحلية:

(١) علاء الدين الخصاونة، المرجع السابق.

في الحالات التي تتم فيها إعادة التفاوض بموجب مادة في العقد أو بند يعرف باسم بند إعادة التفاوض أو بند المشقة، فإن تفشي كورونا قد نشأ بطريقة غير مسبوقة في ظل ظروف استثنائية، حيث أن بعض الأنظمة غير معتادة على تحديد هذا الشرط، ويمكن صياغة هذا الشرط بطريقة لا تشمل حالات الأوبئة التي تؤثر على العقود بالشكل الملاحظ للكورونا في الأنظمة الأخرى.

من ناحية أخرى، قد تميل بعض الأنظمة إلى إعطاء الأولوية لدور القاضي لتغيير العقد بدلا من إعطاء الأطراف الفرصة لإعادة التفاوض، مما يعني أن إعادة التفاوض تفقد فعاليتها في مواجهة نظرية الطوارئ.

لا يأخذ القانون الغربي في الاعتبار كل من نظرية الطوارئ وقوة السياسة العامة القاهرة. في حين أن أحد الطرفين قد يوافق على تحمل خطر تغيير الوضع، يحظر القانون العربي الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي لتغيير اتفاق الطوارئ دون قوة قاهرة(١). ومع ذلك، من الناحية العملية، لم يتم تطوير نظرية الاحتمالات كتقييد على حرية الأطراف، ولكن كشرط للعدالة في الحالات التي لا يوافق فيها الطرفان على تغيير العقد.

إذا قلنا أن نظرية الطوارئ هي أمر عام، فإن القصد دائما هو الإشارة إلى إرادة الأطراف ككيان عام، وإلى القاضي كاستثناء وكملاذ أخير، لأنه يشرح كيف يمكن لأحد الأطراف أن يوافق على تحمل آثار القوة القاهرة على المدين دون إعطاء إذن للطوارئ.

الحكم السابق لم يلزم القاضي، بل جاء كجواز سفر لتغيير العقد، فالبطلان الناجم عن مخالفة القواعد يتعلق بالعقود التي تصر على عدم قبول تدخل القاضي لتخفيف التعب بعد طرف متأثر

(١) Roland Ziade et Claudia Cavicchioli, op cit, pl82.

بحالة طوارئ (جائحة كورونا)، ولكن في الحالات التي تم فيها الاتفاق على مفاوضات على شروط سابقة أو اتفاقيات لاحقة، تطبق الشروط أو الاتفاقيات.

وفقا لفهم المادة لنظرية الظروف الاستثنائية، إذا وافق الطرفان على إجراء تعديل على العقد في الشروط أو الاتفاقية، فإنها لا تحيد عن نطاق العقد، ولكن إذا كان الطلب فقط في إرادة واحدة، يمكن للقاضي، حسب تقديره، إجبار الطرف الآخر على إعادة التفاوض قبل استخدام سلطته لتغيير العقد وإعادة الالتزام الثقيل إلى حد معقول.

لا يبدو أن نظرية المواقف الطارئة ذات القواعد المجسدة في القانون الحديث تعطي الأطراف ما تعطيه نظرية العقود غير المكتملة، لأن الأخيرة تصل إلى ذروة مبدأ قوة الإرادة، مما يسمح للأطراف برؤية العملية على أنها بداية تنفيذ العقد بطريقة واقعية وعملية، ناهيك عن حقيقة أن الوباء قد يؤثر على مسائل أخرى تقع خارج نطاق الاتفاقية، ولكنها مرتبطة بشكل غير مباشر بتنفيذها. بمعنى آخر، وفقا لهذه النظرية، يظل العقد مفتوحا اعتمادا على إرادة الحزب أو الأطراف التي احتفظت بجزء من السيطرة على العقد عند إنشائه، وهذا بالطبع هو نعمة النظام الرأسمالي الذي نشأت فيه النظرية، حيث يسمح للسوق بالتنظيم الذاتي والدولة للتنظيم بسبب التدخل الأقل، لا يمكن أن تحل إعادة التفاوض على العقود المحلية محل القاضي تماما. وبعبارة أخرى، لا تزال قوة الإرادة محدودة، وقد يكون فعالا في بعض النظم التي تكون فيها العقود محلية.

ثانياً: إعادة التفاوض في العقود الدولية:

مبدأ الترخيص المتعمد في العقود الدولية يتجاوز شروط العقد لتحديد القانون الواجب تطبيقه. تنقطع هذه العقود بسبب الاتفاقات الجارية (حالات الطوارئ أو التغييرات التي تتطلب إعادة النظر في كيفية تنفيذها)، وخصائص الأطراف (عادة ما تكون أجنبية)، وتدخل الأطراف الثالثة

(المؤسسات المالية)، وأحيانا استخدام السلطة الرسمية للدولة وأهمية قضاياهم (عادة ما تتعلق بالتنمية). لأن هذه الاتفاقات تتميز بالخصائص التالية:

تصبح القضية أكثر تعقيدا في العقود الدولية، وعلى الرغم من أنها تحتوي عادة على أحكام إعادة التفاوض، فقد يضطر الطرفان إلى إعادة التفاوض بسبب الأحكام التعاقدية أو التزامات القاضي أو المحكم. لا يعني التزام الأطراف بإعادة التفاوض أنه يتعين عليهم التوصل إلى استنتاج مفاده أنه يجب تغيير العقد والاستمرار في تنفيذه. هنا، الالتزام بإعادة التفاوض هو الالتزام بالتوصل إلى نتيجة، في حين أن الالتزام بمواصلة العقد هو الالتزام بالعناية وفقا لمبادئ حسن النية والتعاون بين الطرفين وفقا لمراسيم العدالة.

إذا كانت إعادة التفاوض تمثل أهم مبدأ في نظرية العقود غير المكتملة، وهذا يمكن أن يساهم في التأكيد على نظرية العقود غير المكتملة في حل نزاعات الالتزامات التعاقدية المتأثرة بجائحة كورونا، فإن الالتزام بإعادة التفاوض على العقود التجارية الدولية قد يجبر الأطراف على إعادة التفاوض دون قيد أو شرط أو بدون اتفاق مسبق، مما يؤثر على مبدأ قوة الإرادة، الذي هو أساس نظرية العقود غير المكتملة(١).

ونتيجة لذلك، أصبح من الواضح أن هناك تقاربا بين معظم الأنظمة القانونية بشأن التكيف مع جائحة كورونا، وهناك اختلافات حول كيفية التعامل مع آثاره وجدوى تفعيل نظرية العقود الخادعة. تخلى القانون الفرنسي عن المأزق السابق وسمح بإعادة التفاوض، أي أنه قبل تطبيق النظرية، ولكن 'بكمية صغيرة'. في حين أن القانون الأمريكي يسمح بإعادة التفاوض دون

(١) المادة ٥ من مسودة الأمم المتحدة لمدونة سلوك الشركات عبر الوطنية، راجع في ذلك:
Talal Abdulla Al-Emadi, The renegotiating clause in petroleum international joint venture agreements, Oxford Student Legal Research, Paper Series is at http://www.ssrn.com/link/ oxford7student7LEG.html (23/05/2020, 14:56).

تفويض القاضي، وهو الأساس لتأسيس نظرية العقود غير المكتملة، فإن القانون العربي يقترب من القانون الفرنسي بشأن سلطة القاضي ويلتزم الصمت بشأن إعادة التفاوض. ويمكن النظر إلى هذا الأخير على أنه ممكن من خلال تفسير واسع لعبارة 'العقد هو شريعة المقاول ولا يمكن تغييره إلا بإرادة الطرفين' في القانون العربي. في الحالات التي يسمح فيها القانون بإدخال تعديلات على العقد، تكون هذه هي الخطوة الأولى في السماح بإعادة التفاوض.

وهذا يعني أن جزءا مهما من تطبيق نظرية العقد غير المكتمل متأصل في القانون الحديث ويمكن أن يساهم في تسوية النزاعات في جائحة كورونا، هذا يعني أن النظرية لا تزال محدودة في مواجهة الوباء.

الفرع الثاني
قيود نظرية العقود غير المكتملة في مواجهة الازمات العالمية

الغرض من نظرية العقد غير المكتمل هو ترشيد العقود وجعلها مرنة، والتي يمكن الاستمرار في تنفيذها بإرادة الأطراف أو بتوجيه من أحد أطراف العقد، ولكن المشكلة لا يمكن تعميمها، فبعض العقود تحتاج فقط إلى تأجيلها، والبعض الآخر لا يمكن مواصلتها أو تأجيلها، بينما نوع آخر من العقود يخدم مصالح الأطراف، أو يمكن تكييفه وتعديله لتحقيق مستوى عال من الأداء. وهذا يتطلب من القاضي التدخل في تعديل العقود (أولا)، والعقود المستعملة مترابطة في الحياة الاقتصادية الحديثة، لذلك تقتصر نظرية العقد غير المكتمل على فكرة العقود المترابطة (ثانياً).

أولا: قيود نظرية العقود الغير مكتملة أمام دور القاضي:

من الضروري الإشارة إلى دور القاضي في تطبيق نظرية القوة القاهرة وحالات الطوارئ في تعديل العقد. على سبيل المثال، أثارت جائحة كورونا مسألة التوقعات. إذا كان انتشار الوباء في بعض البلدان في نهاية العام الماضي، فقد كان غير متوقع بالنسبة للمقاولين في هذه البلدان، وبالنسبة للآخرين، إذا لم يبدأوا في اتخاذ تدابير وقائية ضد المرض حتى نهاية الأشهر الثلاثة الأولى من العام، أي أن الأطراف في هذه البلدان أتيحت لها الفرصة للتنبؤ بوصول الوباء والآثار الجانبية على الالتزامات التعاقدية.

إن إلغاء دور القاضي في تعديل العقد يجعل العقد أكثر خضوعا للواقع من القانون، والاعتماد فقط على إرادة الأطراف في قيادة مركبة للعقد يجعل القانون خاضعا للإرادة، وليس العكس، أي أن حالة عدم التماثل تحدث في النظام القانوني.

لذلك، فإن التوازن بين الوفاء أو عدم الوفاء بالالتزامات أو الواجبات التعاقدية نتيجة جائحة كورونا ليس بالأمر السهل، ولا يمكن أن يكون احتجاج أحد الطرفين بسبب أمر الحجر الصحي الجزئي الذي تفرضه سلطة عامة وحدها ذريعة لإلغاء التصديق على العقد. بدلا من ذلك، يمكن التفاوض أو إعادة التفاوض بشأن مسألة عدم الوفاء بالالتزامات، حتى التكاليف التي تتجاوز التكاليف المتفق عليها في العقد دون الوصول إلى نقطة الاستنفاد، وافتراض ما إذا كان أحد الالتزامات مرهقا بالنسبة للآخر. يعتبر القاضي أو المحكم لتسوية المنازعات، مما يضع قيودا على نظرية العقود غير المكتملة.

تهتم النظرية الظرفية بالحالات الاستثنائية التي يمكن أن تقلل من الالتزامات الثقيلة للأطراف المتعاقدة، وللقاضي دور نشط في تغيير العقد، بينما في العقود غير المكتملة، تتم إعادة التفاوض بين المقاولين وليس للقاضي سلطة على سلطة اتخاذ القرار. وبعبارة أخرى، تشترك

نظرية الحالات الطارئة في بعض خصائص نظرية العقد المفقودة، والتي تعتبر الأكثر شمولا وانتشارا.

نظرية العقود الناقصة تجعل تكرار العقد وضعا مستبعدا، ولكن تكرار العقد هو انحراف عن إرادة الأطراف للحفاظ على العقد من خلال عدم الموافقة على إنهاء العقد بإرادة مشتركة وحدها، وهل يكفي تحديد إنهاء جميع العقود، أم أن نظرية العقود غير المكتملة خادعة قبل وجود علاقة وثيقة بين العقود المبرمة يجعل تطبيق نظرية العقود غير المكتملة محدودا؟

ثانياً: قيود نظرية العقود غير المكتملة المتعلقة بالعقود المترابطة:

نظرية العقود غير المكتملة عاجزة في مواجهة العقود التي يمكن أن تسمى 'العقود المترابطة'. أي تنشأ ظروف استثنائية تؤثر على العقد وتجعل تنفيذ العقود الأخرى مرهقا أو مستحيلا، لأن تنفيذ هذا العقد مستحيل على أساس ارتباط هذا العقد ارتباطا وثيقا أو الذي يستند إليه تنفيذ العقود الأخرى. القاعدة هنا هي أنه لا تخضع جميع العقود لنفس النظام(١)، أي أنه لا يمكن طرح القوة القاهرة كذريعة لأداء جميع العقود، ولكن يتم النظر فيها على أساس كل حالة على حدة، لذا خذ ثلاثة نماذج –عقود البناء وعقود لاعبي كرة القدم المحترفين وعقود العمل.

تأثرت عقود البناء بوباء كورونا بعدة طرق: صحة الناس وسلامتهم، وكيفية اكتمال الأعمال، والتمويل المالي، والمواعيد النهائية للحصول على تراخيص الإدارة، والمواعيد النهائية للدفع المتأخر(٢). قد تؤثر هذه العقود على العلاقة بين المقاول ومكتب الاستشارات الهندسية إذا كان

---

(١) Julia Heinich, op cit, p 612.

(٢) Jean–Philippe Tricoire et Cyrille Charbonneau, Covid–19 et VEFA. Dossier de La construction dans la tempete: contrats de construction et VEFA a lepreuve du Covid–19. Revue de Droit Immobilier, Dalloz, n = 0 05, 05/05/2020, pp 209– 218. Cyrille Charbonneau et Jean–Philippe Tricoire, Les marches prives de construction a Fepreuve du

صاحب العمل غير قادر على الوفاء بالتزاماته بسبب المرض أو عمل سلطة عامة، أو تم حظر النقل، أو تعليق عقود النقل، أو الوفاء بالالتزامات الملتزمة ببيع العقار، حيث تم الانتهاء من المشروع، أو تم إلغاؤه.

تستند القروض المصرفية إلى ودائع العملاء، والتي انخفضت إلى الحد الأدنى في ضوء الوباء، تلتزم هذه المؤسسات بتنفيذ القواعد المالية الاحترازية التي لها تأثير كبير على تقدم مشاريع البناء والتشييد(١)، والمشاكل في أسعار العقارات تثير قضية البناء، ويمكن أن يؤدي الوباء إلى اتخاذ تدابير، ويمكن أن تؤدي الإجراءات المطولة إلى إفلاس المؤسسات، وهذا يثير إمكانية تبني نظام إفلاس في النظام القانوني للتغلب على آثار الأزمة ودور إعادة التفاوض في تسهيل ما يسمى بعملية "إعادة هيكلة المؤسسات المتعثرة".

يشهد تكييف عقود لاعبي كرة القدم تغيرا فيما إذا كان يعتبر عقد عمل أو اتفاقية تعاقدية أو التزاما بالعمل وفقا للقواعد العامة. القطاع الرياضي (خاصة كرة القدم) هو القطاع الأكثر تضررا من وباء كورونا، ليس لأهميته بالنسبة للمواطنين، ولكن بسبب النظام المالي والتعاقدي المعقد والهش(٢).

وقد أثر انقطاع المباريات على مصادر التمويل: التذاكر واستخدام المرافق المتصلة بالملعب، وإيرادات الإعلانات والبث، والزيارات السياحية(٣). يمكن النظر في ذلك مقابل رواتب أعلى

Covid-19, Dossier de La construction dans la tempete: contrats de construction et VEFA a lepreuve du Covid-19. Revue de Droit Immobilier, Dalloz, n = 0 05, 05/05/2020, pp 228-230.

(١) Ibid,.

(٢) Frederic Buy, les organisateurs sportifs et le Coronavirus, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualite Juridique Contrat, n°4, Avril 2020, pl99.

(٣) Ibid,.

للاعبين وإحالات للبطالة بدوام جزئي أو أنشطة بدوام جزئي، ولكن في الوقت نفسه، فإن قرار إقامة المباريات في ملعب داخلي لا يحل المشكلة عن طريق إعادة التفاوض على الرواتب، لأن اللاعبين لا يتلقون رواتبهم المتفق عليها ولا يفون بالتزاماتهم بالكامل(١). لا يمكن القيام بذلك، لأن اللاعبين لن يحصلوا على أجورهم المتفق عليها ولن يتم لعب المباراة في مباراة داخلية. حتى حقيقة أن اللاعبين يستمرون في الوفاء بعقودهم من خلال لعب المباريات الداخلية وتحمل المزيد من المخاطر يجعل العقد الرئيسي غير عادي(٢).

يتم تعريف عقود العمل بشكل أساسي على أنها غير محددة، أي أنها تمثل أحد أهم تطبيقات نظرية العقود غير المكتملة، وبما أن الاتفاقيات والاتفاقيات الجماعية تسمح بتحديد محتوى العقد وموقعه بشكل أكثر دقة والرضا هنا نسبي، فإن وضع الموظفين تنظيمي وليس تعاقديا(٣).

يتأثر تنفيذ عقود العمل بجائحة كورونا بسبب حظر السفر من مكان إلى آخر، وإغلاق بعض المؤسسات، ومشاكل التعويض عن فترات عدم العمل، والتغيرات في حجم وتوقيت ساعات العمل، والمخاطر المتعلقة ببيئة العمل نفسها، والمخاطر المهنية المتعلقة بالمسافة المنفصلة عن المنزل إلى مكان العمل(٤). كما يثير إغلاق المدارس والمؤسسات التعليمية مسألة بقاء الأطفال في المنزل(٥).

---

(١) Ibid,.

(٢) Ibid,.

(٣) Gregoire Duchange, Coronavirus et contrat de travail, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualite Juridique Contrat, n°5, Avril 2020, p191.

(٤) Ibid,.

(٥) Ibid,.

من ناحية أخرى، تتأثر عقود العمل بالوضع الاقتصادي العام. بينما قد يستمر العمال في النشاط جزئيا أو كليا في بعض الوكالات، نظرا لعلاقتهم ببعض العقود الأخرى، فإن عودة الوكالة التي يستند إليها أجر العامل قد تنخفض بسبب جائحة كورونا، لذلك لدى أصحاب العمل خياران. فصل الموظف أو تخفيض راتبه، في الحالة الأولى لإثارة مسألة الفصل التعسفي، في الحالة الثانية للإخلال بجوهر عقد العمل (أجر الموظف)(١).

لا يمكن حل هذه القضايا وغيرها إلا من خلال إعادة التفكير في كيفية تطبيق روح النصوص القانونية التي تنظم الالتزامات التعاقدية وجعل القضاة يفكرون ويهتمون بحل النزاعات بطريقة بعيدة عن النظرية القانونية التقليدية.

الخاتمة:

نتيجة لعولمة القواعد القانونية، أصبحت نظرية العقود الناقصة واحدة من مخرجات التلقيح المتبادل والمراسيم بين الأنظمة القانونية، يقوم على إنشاء عقد مفتوح لإرادة الأطراف للتعامل مع الظروف المستقبلية، الطبيعية أو الاستثنائية، المتوقعة أو غير المتوقعة، التي يمكن التغلب عليها أو لا يمكن التغلب عليها. إنها فلسفة غريبة عن نظرية العقد التقليدية وتتطلب الكثير من النظر والدراسة لمحتواها ونتائجها القانونية.

يجب إجراء تقييم لنظرية العقود الناقصة من خلال التمييز بين حالات التناقص الطوعي (المخاطر الداخلية للعقد) وحالات التناقص الخارجي (المخاطر الخارجية للعقد). في الحالة الأولى، لا تنص النظرية على معايير خاضعة للرقابة إلى الحد الذي يمكن فيه التسامح مع عدم اليقين أو تجنبه، لأنه يتطرق إلى نظرية العقد الأساسية ويمكن القول إنه ينقل العقد إلى ظاهرة الاحتمال، مما يؤثر على القوة الملزمة للعقد.

(١) أنس فيصل التورة، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

في الحالة الثانية، لا ينبغي التركيز على نية الأطراف، وتنشأ الحاجة إلى التفصيل بين العقود، ولا يمكن تطوير نظرية تجمع بين جميع العقود بنفس الدرجة وتحت نفس الظروف. من ناحية أخرى، فإن تدخل القاضي أو المحكم أمر لا مفر منه لحل النزاعات التي قد تنشأ بسبب وباء كورونا، ومن المستحيل أن يستمر تطبيق بعض العقود أو أن يتوصل الطرفان إلى حل ودي حول هذه العقود، لأن أهداف الأطراف هي عدم الاتفاق على إبقاء الكرة في ملعب المحكمة.

لذلك، يمثل تفشي كورونا اختبارا حقيقيا لنظرية العقد التقليدية وغير المكتملة. على الرغم من أن هذه النظرية ساهمت بلا شك في حل تأثير تفشي كورونا على الالتزامات التعاقدية، إلا أن تأثيرها على بعض المواقف القانونية الصعبة والعقود المترابطة لا يزال محدودا.

بعد الانتهاء من بحثي في هذا الموضوع، صادفت مقولة للشيخ الإسلام ابن تيمية. قال عن الجائحة: "ولا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة أو نقصها أو الفسخ (١). انتبه إلى النزاعات والتغييرات في الأحكام بسبب الظروف والمواقف المتغيرة في نفس العقد (اتفاقية الإيجار). ومع ذلك، هناك مجالات بحثية مقارنة أخرى يمكنها حل تأثير تفشي كورونا على الالتزامات التعاقدية وتنتظر بدء حل النزاعات، وهو أمر متوقع على المدى القصير والمتوسط والطويل.

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة ٣، ٢٠٠٥، الجزء ٣، ص٢٩٣.

المراجـــــــــع

أولا: المراجع باللغة العربية:

أ) المقالات:

- أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠.
- أنس فيصل التورة، تأثير جائحة فيروس كورونا على عقد العمل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠.
- رفيق يونس المصري، آثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية، دار المكتبي، دمشق، سورية، الطبعة الثانية،٢٠٠٩.
- زكرياء مولاي وآخرون، تأثير فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٠٣، جامعة الجزائر ١، جويلية ٢٠٢٠، ص ص ٣٣٢، ٣٥٢.
- علاء الدين الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد ١، ٢٠١٤.
- فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠.

- فتحي تيتوس، كوفيد-١٩: هل يشكل قوة قاهرة؟ حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٣، جامعة الجزائر ١، جويلية ٢٠٢٠.
- فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٤، ٢٠١٤.
- محمد الأيوبي، المركز القانوني للمدين في واقعة فيروس "كورونا كوفيد ١٩" في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا"، سلسلة إحياء علوم القرآن، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص٢٩٥.
- محمود المغربي وبلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة "الكورونية" على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠.
- ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٦، جوان ٢٠٢٠.

ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية:

A. Books:

Francçois Térré, Droit civil – obligation – Dalloz, 8e édition, 2012.

Stéphane Darmaisin, Contrat moral, LDJ, Paris, édition DELTA, Paris, France, 2000.

B. Articles and papers:

Alschner, Wolfgang, Interpreting Investment Treaties as In-complète Contracts: Lessons from Contract Theory, 30th Annual Conférence of the European Association of Law and Economies (EALE), July 18, 2013 >https://ssrn.com/ab- stract = 2241652 < .

Bengt Holmstrom and Paul Milgrom, Multitask Principal- Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, Journal of Law, Economie, and Organization, V7, 1991, pp 24-52, > https://econpapers.repec.org/article/ oupjleorgZv_3a7_3ay_3al991_3ai_3aO_3ap_3a24-52.htm .

Cyrille Charbonneau et Jean-Philippe Tricoire, Les marchés privés de construction à l'épreuve du Covid-19, Dossier de La construction dans la tempête: contrats de construction et VEFA à l'épreuve du Covid-19. Revue de Droit Immobilier, Dalloz, n = o 05, 05/05/2020,.

Dennis Talion, Le concept de bonne foi en droit fran5ais du contrat,

Saggi, conferenze seminari del Centro di studie ri- cerche di diritto comparato e straniero diretto da M. J. Bonell, site internet: http://www.cnr.it .

Ejan Mackaay, L'analyse economique du droit, I, Fonde¬ment; Les éditions themis, 2000. Christphe Jamin, Droit et économique des contrats, LGDJ, 2008.

Erwan Poisson and others, Covid-19 coronavirus - force ma¬jeure, imprévision/hardship and emergency législation on contracts under French law in light of the Covid-19 pan¬démie, 30/03/2020 > https://www.allenovery.com/en-gb/glo- bal/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus- force-majeure-imprevision-hardship-and-emergency-legisla- tion-on-contracts < .

Frédéric Buy, les organisateurs sportifs et le Coronavirus, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n = e4, Avril 2020.

hhttps://www.degruyter.com/view/journals/gj/4/3/article-gj.2004.4.3.1141.xml.xml < .

Grégoire Duchange, Coronavirus et contrat de travail, dos¬sier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n = 04, Avril 2020.

Grossman S.-J. et Hart O.-D. (1986), « The Costs and Bene- fits of Ownership : A Theory of Vertical and Latéral Intégra¬tion », Journal of

Political Economy, vol. 94, n = Q4, p. 691- 719.

Hart O. et Moore J. (1990), « Property Rights and the Nat¬ure of the Firm », Journal of Political Economy, vol. 98, ns6, pp. 1119-1158.

lan Ayres and Robert Gertner, Filling gaps in incomplète contracts: An économie theory of default rules, Yale Law

Journal, V 99 (87) 1989, > https://digitalcommons.law.yale.e-du/cgi/viewcontent.cgi?article = 7236&context = ylj <

Iran Aures, Default rules for incomplète contracts, in P. Newman (éd), The New Palgave Dictionary of économies and the law, Springer, London, 2002.

Jean-Philippe Tricoire et Cyrille Charbonneau, Covid-19 et VEFA. Dossier de La construction dans la tempête: contrats de construction et VEFA à l'épreuve du Covid-19. Revue de Droit Immobilier, Dalloz, n = o 05, 05/05/2020.

Jeswald W. Salacuse, Renegociating international business transactions: The continuing struggle of life against form, The international lawyer, V 35m n = o 4, 2001, pp 1507- 1508, > http://www.jstor.org/stable/40707631 < .

Julia Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision. Recueil Dalloz, n = °l

1/7856, 26/03/2020.

Mustapha Mekki, De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n = 004, Avril 2020.

Mustapha Mekki, La bonne foi dans l'avant-projet de ré¬forme du droit des obligations du 23 octobre 2013, > https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mek- ki.pdf< .

Ninel Ulloa Maureira, Introduction du concept Américain des contrats incomplets en droit civil fran5ais, Global Jurist Topics, V 4 (3), 2004.

Oliver E. Williamson, Transaction Cost Economies: The Natural Progression, The American Economie Review, Vol. 100, No. 3 (JUNE 2010), pp. 673-690, > https://www.jstor.- org/stable/27871227 < .

Oliver Hart and John Moore, Foundations f incomplète con¬tracts, Review of Economie Studies (1999) 66, 115-138,

> http://econ.lse.ac.uk/staff/lfelli/teach/Hart-Moore- 1999.pdf< (20/05/2020, 16:34).

Oliver Hart Past-Presidents Plenary: Oliver Hart, Incomplète Contracts and Control, Royal économie Society, Past-Presi¬dents Plenary, 02/05/2017 > https://www.youtube.com/ watch?v = TlFhxdFbdqw< .

Oliver Hart, Incomplète contract and control, American Economie Review 2017, 107(7): 1731-1752, > https://doi.org/ 10.1257/aer.l07.7.1731 < .

Olivier Soutel, L'évolution de la théorie des contrats incom¬plets face à la dé-intégration vertical, Revue d'économie In- dustrielle, V 1 77, 2007, pp 93 -110 >https:// journals.openedition.org/rei/1193 < .

Pascale Guiomard, La grippe, les épidémies et la force ma¬jeure en dix arrêts, 04/03/2020, https://www.dalloz-actuali- te.fr/flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-ar- rets#.Xs7W563MyCQ > https://www.dalloz-actualite.fr/ flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-arrets < .

Peter Klaus Berger and Daniel Behn, Force majeure and Hardship in the âge of Corona: A historical and compara¬tive study McGill Journal of Dispute Resolution, 2020, p03, Forthcoming; > https://ssrn.com/abstract = 3575869 < (29/ 05/2020, 11:38.

Robert E. Scott, A theory of self-enforcing indefmite agree- ment, The Columbia Law Review, Nov Vol. 103, N = o 7, Nov 2003, pp. 1641-1699, > https://www.jstor.org/stable/ 3593401< .

Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, dossier de Covid-19 et Con¬trat, Actualité

Juridique Contrat, n = O04, Avril 2020.

Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, Incomplète Contracts

in a Complété Contract World, 33 Fia. St. U. L. Rev. (2006).

http://ir.law.fsu.edU/lr/vol33/iss3/8.

Sophie Harnay, L'analyse économique du juge constitution¬nel »,

Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques, 78, 2017.

Steve W. Feldman, Laws as implied contract terms: The di¬vergent approaches and a proposed solution, University of Pennsylvania, Journal of Business Law, Vol. 19 Issue No. 4, p 07 > https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm7abstrac- t_id = 2926643 <.

Susheng Wangm, Définition of incomplète contract, Hong Kong University of Science & Technology (HKUST) - De¬partment of Economies, July 27, 2016, https://papers.ssrn.-com/sol3/papers.cfm?abstract_id = 2815104.

Thierry kirat, L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des con¬trats administratifs, La Revue International de Droit Econo¬mique, n = o 1, 01/01/2003.

Wei, Guangyue, The Scientometric Evaluation of the Re¬search on the Incomplète Contract from 1986 to 2016 (Au- gust 1, 2017) > https://ssrn.com/abstract = 3291386 < .

Wendy Netter Epstein, Facilitating Incomplète Contracts, 65 Case Western Reserve law Review, 297 (2014), > https:// scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol65/iss2/4 <.

C. Reports:

Rapport au président de la république relatif al l'ordon¬nance nQ2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions fi¬nancières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exception¬nelles et inévitables ou de force majeure, JORF nQ0074 du 26 mars 2020, . https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-ac- tualite.fr/files/resources/2020/03/2020-315_rapport.pdf< .

D. Websites:

www.ca6.uscourts.gov .

www.dalloz-actualite.fr > http://www.dalloz-actualite.fr < .

www.economie.gouv.fr .

www.jurisprudence.dalloz-avocats.fr > http://www.jurispru¬dence. dalloz-avocats.fr < .

The impact of the incomplete contract on contractual obligations in light of the global financial crises

This article outlines the content of the incomplete contract theory and

explains its emergence as an emerging theory in the Anglo-American system. It also presents the legal underpinnings of incomplete contract theory and appreciates the tools that will support its inclusion in the general contract system.

It shows the contribution of the incomplete contracts theory to the consideration of contractual obligations in light of the Corona pandemic, which caused the so-called “contract crisis” situation. It acknowledges renegotiation as the original principle for the continuation of contractual relations while stressing the limitations of the incomplete contracts theory with respect to interdependent contracts.