

محاولة لتطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا

الدكتور/ بدر الدين براحلية

كلية الحقوق

جامعة باجي مختار عنابة - الجزائر

ملخص:

يكشف المقال مضمون نظرية العقد الناقص، ويوضح ظهورها كنظرية مستحدثة في المنظومة الأنجلو - أمريكية. يعرض المقال الأسس القانونية التي تقوم عليها نظرية العقد الناقص، ويستقرئ الأدوات التي تدعم إدراجها في النظام العام للعقود.

يوضح المقال مدى مساهمة نظرية العقد الناقص في معالجة الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا التي أحدثت ما يمكن تسميته بـ "أزمة العقد". يقدم المقال إعادة التفاوض كمبدأ أصيل لاستمرار العلاقات التعاقدية، وفي الوقت نفسه يبرز محدودية نظرية العقد الناقص أمام العقود المترابطة.

الكلمات المفتاحية: نظرية العقد الناقص، إعادة التفاوض، الالتزامات التعاقدية، جائحة كورونا.

مقدمة:

تقوم نظرية العقد على إعمال مبدأ سلطان الإرادة، أي القوة الملزمة للعقد إلى غاية تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم التعاقدية، وهي بذلك تقوم على أساس أنّ العقد يحقق العدل للأطراف استناداً لمعرفتهم بما يخدم مصلحتهم، في حين تقتضي نظرية العقد الناقص عدم قدرة الأطراف على الإلمام بكل عناصر العقد بناء على التوقعات المستقبلية لتنفيذه، فالعقد الكامل المبني على أساس الإحاطة بكل الظروف والمعلومات في مرحلة إبرام العقد غير ممكن من الناحية العملية.

قد يكون نقصان العقد لسبب داخلي أو خارجي، أي يرجع لإرادة الأطراف في ترك العقد غير محدّد بشكل مطلق لتوجيهه مستقبلاً حسب الظروف والنتائج، أو يرجع لظروف استثنائية تجعل أطراف العقد يتكيفون معها للوصول إلى الغرض المقصود من إنشاء العقد^(١).

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

تختلف نظرية العقد الناقص عن نظرية إنقاص وتحول العقد في حالة البطلان الجزئي (La théorie des contrats incomplets et la conversation du contrats par réduction)، فمجال نظرية العقد الناقص هو العقود الصحيحة وليست العقود المعيبة، أما إنقاص العقد فيتم تطبيقه في الحالة التي يكون فيها العقد باطلاً جزئياً لیتّم تصحيح العيب المشوب به، كما أنّ تكملة العقد في نظرية العقد الناقص يكون من الأطراف، وفي إنقاص العقد يكون من طرف القاضي بعد التثبت من نية الأطراف، ويكون محل العقد الناقص غير محدّد بشكل تام، أما في إنقاص العقد فمحلّه محدّد بشكل كامل وتام، ولا يعاد تكييف العقد الناقص على عكسه في حالة إنقاص العقد.

تعمل نظرية العقد الناقص على إضفاء سلاسة ومرونة على العقد تجعله يتكيف مع الظروف في المستقبل من خلال السماح للأطراف بإعادة التفاوض على بنوده، خاصة ما يتعلّق بكيفية تنفيذه بعد حدوث ظروف معيّنة لم يكن بالإمكان توقّعها، وهي بذلك تبدو كصورة مستحدثة عن نظرية الظروف الطارئة، إلّا أنه بعد التفحص والتمحيص يظهر أنّها تختلف عنها من حيث الأحكام والنتيجة، حيث تستمد نظرية العقد الناقص قوّتها من إرادة الأطراف في التكيّف مع الظروف، في حين تقوم نظرية الظروف الطارئة على عجز يصيب أطراف العلاقة التعاقدية ويفوق قدرتهم على التعامل مع هذه الظروف.

تعتبر نظرية الظروف الطارئة قيّداً على سلطة الأطراف في تحديد أحكام العقد، في حين أنّ نظرية العقد الناقص تجعل المبدأ يصل إلى ذروته من حيث الحرية في تحديد صيرورة العقد، فمبدأ سلطان الإرادة وفق هذه النظرية يلعب دوراً غير محدود في مآل ونتيجة العقد دون تدخّل من القاضي أو الغير، بل يتمّ تعديل العقد بإرادة الأطراف في إطار عملية تنافس للوصول إلى غرض كل طرف من العقد^(٢)، وهي بذلك تنبثق عن فلسفة مغايرة لفلسفة التعاون بين أطراف العقد التي ما فتئ يدّعي بها شرّاح القانون المدني الفرنسي والقوانين المتأثرة به.

اعتاد الفقه القانوني على التمييز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة من خلال الآثار والنتيجة، في حين أنّ المنطق القانوني يقوم على التمييز من حيث الماهية والشروط، وأما النتيجة والآثار فتحصيل حاصل بالنظر إلى تكييف القاضي للعقد

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

وتفسير بنوده، كلتا النظريتين تعتمدان على الظروف غير المتوقعة كأساس لتطبيقهما، مع اختلاف في الحكم بحسب إمكانية تنفيذ الالتزامات التعاقدية من استحالتها؛ لذا كان يفضل القانون المدني الفرنسي وصف نظرية الظروف الطارئة بـ "القوة القاهرة المؤقتة".

فكرة التوقع نسبية، تختلف بحسب مركز الأطراف وقدرتهم على امتلاك المعلومة، وهو ما خلق أزمة القانون المدني أمام القوانين الخاصة وأمام قوانين الاستهلاك، فاختلاف المراكز القانونية للأطراف من حيث القوة والمركز الماليين، وقدراتهم على اكتساب المعلومات، والإحاطة بظروف العقد الحالية والمستقبلية، أنتج المحترف في جانب المستهلك، الذي تعمل القوانين الخاصة على توفير الحماية القانونية له في مختلف مراحل العقد، وفي نظرة القاضي للمنازعة، وبالنتيجة منطوق الحكم أو القرار القضائي.

إنَّ اختلاف أسس الأنظمة القانونية المقارنة في تعاملها مع العقود وتغليب النص الاتفاقية أو النص القانوني على الوقائع المستجدة لم يعد يتّصف بالجمود التقليدي نفسه خاصة في إطار عولمة القواعد القانونية المنظمة للعقد، وفي الوقت نفسه، فالصراع أو التنافس بين الهيئات القضائية لجذب اهتمام واستقطاب المتعاقدين لحل نزاعاتهم، ولَدَّ تقارباً بين الأنظمة الكلاسيكية: النظام اللاتيني، النظام الأنجلوساكسوني، والنظام الإسلامي. فمحاولة البحث في هذا التراث الإنساني ومقارنة القواعد قد يسهّل الوصول إلى الحل الذي يسمح بتجاوز "أزمة العقد في زمن كورونا".

لقد ظهرت جائحة كورونا كحدث متوقع نظرياً غير معلوم عملياً^(٣)، تندرج ضمن "عدم توقع المتوقع When you don't expect what is expected"، وهي بذلك برزت كمحصّ لمتانة وصلابة القواعد القانونية المنظمة للقانون العام للعقود، فهي من حيث إمكانية التوقع بها، ومدّتها، وتقدير الأضرار الناجمة عنها، نتيجة نقصان اليقين حول كيفية انتقال العدوى وتاريخ القضاء عليها، أدّت إلى استحالة تنفيذ نوع من العقود، وجهالة مصير نوع آخر، ممّا يجعل تكييفها يتردّد بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية عدم يقينية إن كانت طارئة أم دائمة، وإن كان

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

سيتم القضاء على الوباء أم ينبغي التعايش معه، وبالتالي تختلف وجهات النظر والأحكام حسب مآل الالتزامات التعاقدية في كل حالة وفي كل عقد.

بتاريخ ٣٠/٠١/٢٠٢٠ أعلنت منظمة الصحة العالمية أنَّ جائحة كورونا تمثل حالة طوارئ صحية ذات بعد دولي، وفي ١٠/٠٢/٢٠٢٠ أعلنت الصين أنَّها أمام قوة قاهرة، وشرعت في توزيع شهادات على المؤسسات العاملة فيها تثبت هذه الحالة^(٤)، وهو نفس ما أعلنه وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي بتاريخ ٢٠/٠٢/٢٠٢٠^(٥)، في حين اتخذت دول أخرى كالجائز إجراءات وتدابير للوقاية من انتشار الوباء دون الإعلان الرسمي عن حالة القوة القاهرة^(٦)، وإذا كانت الجائحة في حد ذاتها لا تمثل قوة قاهرة، فإنَّ هناك توجُّهاً عالمياً معتبراً على تكييف التدابير المتخذة بسببها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ^(٧). هذه التدابير والإجراءات عرفت تفاوتاً زمنياً له آثار قانونية معتبرة

(٤) بلغ عدد هذه الشهادات أكثر من ٦٤٥٤ شهادة بتاريخ ٢٥/٠٣/٢٠٢٠، 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).

(٥) <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/mesures-daccompagnement-des-entreprises-impactees-par-le-coronavirus-covid-19> (05/05/2020, 10:34).

(٦) المرسوم التنفيذي رقم ٦٩/٢٠ المؤرخ في ٢١/٠٣/٢٠٢٠ المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -١٩) ومكافحته، جريدة رسمية عدد ١٥، مؤرخة في ٢١/٠٣/٢٠٢٠، ص٠٦. المرسوم التنفيذي رقم ٧٠/٢٠ المؤرخ في ٢٤/٠٣/٢٠٢٠، المتعلق بتدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -١٩) ومكافحته، جريدة رسمية عدد ١٦، مؤرخة في ٢٤/٠٣/٢٠٢٠، ص٠٩. المرسوم التنفيذي رقم ٧٢/٢٠ المؤرخ في ٢٨/٠٣/٢٠٢٠ المعدل والمتمم المتعلق بتمديد الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، جريدة رسمية عدد ١٧، مؤرخة في ٢٨/٠٣/٢٠٢٠، ص٤١.

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

محمود المغربي وبلال صنيدي، التكييف القانوني للجائحة "الكورونا" على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٠٦، جوان ٢٠٢٠. ياسر عبد الحميد الإفطحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٠٦، 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 ٠٦،

من جهة، ومن جهة ثانية يبرز دور القاضي في إسقاط الحكم على الواقع، أي اختلاف الأحكام في كيفية تطبيق النظرية على الالتزامات التعاقدية.

يقال "لكل كارثة مستفيدون"، وبالتالي لا يمكن تعميم الحكم نفسه على كل العقود، كما لا يمكن إسقاط الحكم نفسه على كل العقود ذات النوع نفسه، فهناك عقود تمّ تفعيلها وازدهارها بفعل جائحة كورونا، في حين انقضت عقود أخرى بقوة القانون أو الواقع، وبينهما عقود لا تزال عند موقف انتظار أمل العودة للتنفيذ مستقبلاً، وقد ازدادت المسألة تعقيداً نتيجة ما يعرف بـ "العقود المترابطة"، فليس عقد الإيجار لقضاء عطلة صيفية في إحدى الدول الأوروبية، كعقد لاعب كرة قدم محترف في أحد الأندية الأوروبية، كعقد استثمار بناء سدّ في دولة نامية.

إنّ إيجاد حلّ للعقود خلال أزمة كورونا، وإصدار قرارات قضائية أو تحكيمية بعد الأزمة، يحتاج إلى أعمال الجهود الفكرية، وإحياء القواعد المنسية أو المهجورة بما يكفل حقوق الأطراف وعدالة العقد، وبهذا الصدد يطرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية كأثر لجائحة كورونا؟

تعدّدت الدراسات الاقتصادية التي فصلت في مضمون وأحكام نظرية العقد الناقص^(٨)، في مقابل قلة الدراسات القانونية التي تعرّضت للموضوع^(٩)، وهذا راجع

= 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 ٠٦، 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 ٠٦، جوان ٢٠٢٠. فتحي تيتوس، كوفيد ١٩: هل يشكل قوة قاهرة؟، حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٠٣، جامعة الجزائر، جويلية ٢٠٢٠، ص ص ٧٣٨، ٧٤٩. زكرياء مولاي وآخرون، تأثير فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٠٣، جامعة الجزائر، 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، ص ٢٩٥.

(٨) 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).

(٩) 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).

لرفضها من طرف جانب من الفقه القانوني الغربي^(١٠)، وبالتالي تعتبر هذه الدراسة تطبيقاً عملياً لوضع النظرية على المحك من خلال مقارنة تهدف إلى بحث مدى إمكانية تطبيقها لحل المنازعات العقدية التي من شأنها أن تثور بعد الخروج من نفق جائحة كورونا.

نعتمد في هذا المقال على المنهج التحليلي لأساس نظرية العقد الناقص وأدواتها القانونية، كما نستعين بالمنهج المقارن لتتبع تطبيق هذه النظرية في أنظمة قانونية مختلفة، مع محاولة تقديم نظرة استشرافية لحل منازعات ما بعد جائحة كورونا.

لقد ظهرت نظرية العقد الناقص في مرحلة سابقة على جائحة كورونا، وتطورت من خلال فكرة العقد الإطار، وإعادة التفاوض حول تنفيذ العقد كآلية مستحدثة في بعض القوانين المدنية للحيلولة دون إنهاء العقد، ولكنها تعرضت لانتقادات لاذعة على أساس أنها تمس بالأمن القانوني للعقود، وتتعارض مع القوة الملزمة للعقد، أي "الصراع بين استقرار ومرونة العقود"، إلا أنه بعد فوز صاحبها "أوليفر هارت" بجائزة نوبل للاقتصاد سنة ٢٠١٦، سطعت شمسها من جديد، وأدى ذلك إلى إحياء النقاش حول: مضمون نظرية العقد الناقص (المبحث الأول).

أمام صعوبة تعميم تطبيق نظرية العقد الناقص بالموازاة مع النظريات التقليدية للقانون المدني، فسنعرض لدور جائحة كورونا في تطبيق نظرية العقد الناقص من جهة، وكشفها عن محدودية هذه النظرية من جهة ثانية، تحت مظلة: حدود تطبيق نظرية العقد الناقص في ظل جائحة كورونا (المبحث الثاني).

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

Colloque «Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?», Droit et patrimoine, 58, mars 1998. de la Faculté de Droit de Chambéry 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, L'analyse économique du droit, I, Fondement; Les éditions Thémis, 2000. Christophe Jamin, Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008. Thierry kirat, L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats «incomplets» à la pratique des contrats administratifs, La Revue International de Droit économique, n° 1, 01/01/2003, pp 11-46.

المبحث الأول مضمون نظرية العقد الناقص

لنّ ندّعي في هذا المقال الإلمام بكل جزئيات نظرية العقد الناقص؛ لأنّها تحتاج لمؤلفات وأبحاث، إنّما سنحاول فتح نافذة للبحوث على جزء من الدراسات الاقتصادية التي لم تأخذ حقّها من الجانب القانوني، باعتبار نظرية العقد الناقص نتاج التحليل الاقتصادي للعقد (المطلب الأول)، وعليه سنقتصر على إيجاز الأسس والأدوات القانونية لهذه النظرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول نظرية العقد الناقص نتاج التحليل الاقتصادي للعقد

شهد موضوع التحليل الاقتصادي للعقد تطوراً ملحوظاً في المنظومة الأنجلوساكسونية مقارنة بالمنظومة اللاتينية، حيث يعتبر توزيع المخاطر في أداء الالتزامات التعاقدية - خاصة بالنسبة للعقود طويلة الأجل - ذا أهمية قصوى في الجانب الاقتصادي؛ كونه يحقق كفاءة وفعالية العقد^(١١)، وهو ما يسمح بالنظر للعقد من زاوية الغائية.

إلمام الأطراف بكل العناصر الخارجية عن العقد وتضمينها في شروطه يعتبر أمراً مستحيلاً، وهو ما شكّل مبرراً لظهور نظرية العقد الناقص (الفرع الأول)، لتنتقل الفكرة فيما بعد من المجال الاقتصادي إلى المجال القانوني (الفرع الثاني)

الفرع الأول ظهور نظرية العقد الناقص

تندرج نظرية العقد الناقص (يطلق عليها أيضاً النظرية الجديدة لحقوق الملكية)^(١٢) ضمن النظريات التعاقدية للشركات، فهي تتمثل الركيزة الثالثة بعد نظرية تكلفة المعاملات Transaction Costs Theory TCT التي ركّزت على فكرة عدم

(١١) راجع في ذلك: فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٠٤، ٢٠١٤.

(١٢) Olivier Soutel, L'évolution de la théorie des contrats incomplets face à la dé-intégration vertical, Revue d'économie Industrielle, V 177, 2007, pp 93 -110 (20/05/2020, 23:01).

التأكد ضمن التيار العقدي^(١٣)، ونظرية الحوافز Incentives Theory IT المتعلقة بالعمل الوظيفي داخل الشركة وفق نظرية الوكالة^(١٤).

كانت نظرية العقد الناقص منبوذة ومهجورة في بدايات ظهورها، ولم تنل اهتماماً إلا من بعض الباحثين في المنظومة الأنجلوأمريكية، وبدرجة أقل في ألمانيا وكندا^(١٥). ليسطع نجمها بعد سنة ٢٠١٦ عندما نال صاحبها "Oliver Hart" جائزة نوبل للاقتصاد.

مرت نظرية العقد الناقص حسب "Soutel" بثلاث مراحل^(١٦): بدءاً بثمانينات القرن الماضي (١٩٨٦)^(١٧) عندما اهتمت بتقييم ملكية الأصول ودورها في الإدارة، ثم بحث مدى تأثير الملكية على الحوافز^(١٨)، ليبرز "Hart" في بحث الدور الضروري والناقص لملكية الأصول والهيكل المالي للشركة.

في سنة ١٩٩٠، وضع "Hart" و "John Moore" نظرية حقوق الملكية Property right theory، التي تقوم على أنّ نقص المعلومات وإرادة الأطراف تسمح بإعادة التفاوض على شروط وكيفية تنفيذ العقد سواء لعدم القدرة على الإلمام بكل العناصر المحيطة بتنفيذ العقد أو كخيار استراتيجي للمتعاقدين^(١٩).

قدّم "Ayres" سنة ١٩٩٨^(٢٠) نظرية النقصان في القانون الأمريكي تحت باب

(١٣) 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)

(١٤) Bengt Holmstrom and Paul Milgrom, Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, Journal of Law, Economic, and Organization, V7, 1991, pp 24-52, (25/05/2020, 00:34).

(١٥) Wei Guangyue, op cit, 03.

(١٦) Olivier Soutel, Ibid.,

(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.

(١٨) Hart O. et Moore J. (1990), «Property Rights and the Nature of the Firm», Journal of Political Economy, vol. 98, n° 6, pp. 1119-1158.

(١٩) Oliver Hart and John Moore, Foundations of incomplete contracts, Review of Economic Studies (1999) 66, 115-138, (20/05/2020, 16:34). Oliver Hart, Incomplete contract and control, American Economic Review 2017, 107(7): 1731-1752, (27/05/2020, 19:56).

(٢٠) Iran Aures, Default rules for incomplete contracts, in P. Newman (éd), The New Palgrave 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).

الالتزامات التي تتطلب عملاً قانونياً لسدّ الثغرات "Filling Gaps"^(٢١)، ممّا طرح مسألة صحة العقد، وهل التزامات العقد غير المحددة تسمح باحتفاظه بخاصية الإلزام؟

انتقلت الفكرة فيما بعد من عدم التأكّد إلى عدم التوقّع حسب "Ménard" سنة ٢٠٠١، حيث اعتبر أنّ عدم التأكّد يندرج ضمن فكرة عدم التوقّع في العقد خاصة بالنسبة للعقود طويلة الأجل، وهو ما أثار مسألة القوة القاهرة وعلاقة الظروف غير المتوقعة باستحالة تنفيذ العقد^(٢٢).

الفرع الثاني

نظرية العقد الناقص من المجال الاقتصادي إلى المجال القانوني

وجدت نظرية العقد الناقص في فقه القانون الاقتصادي الأمريكي حاضناً مثالياً لها، واعتبرت نموذجاً مناسباً لتفعيل نظام اقتصاد السوق، فنقصان العقد ليس مفيداً فقط للأطراف المتعاقدة، بل قد يكون اختياراً استراتيجياً للمتعاقدين.

لقد برزت هذه النظرية كنتاج للتحليل الاقتصادي للعقد باعتبار كفاءته وفعاليته الاقتصادية، والتي تتحقّق بتحقيق مكاسب للأطراف المتعاقدة بغضّ النظر عن صحته من الناحية القانونية، أي أنّه يتمّ تصحيح العقد وتجاوز نقصانه متى كانت للأطراف فائدة يمكن تحقيقها منه، أي أنّها تتجاوز فكرة العقد المحدّد وفق النظرية التقليدية للعقد^(٢٣).

بمفهوم المخالفة يمكن تحديد العقد الكامل أو المكتمل بأنّه العقد الذي لا يمكن تعديله إلا بإرادة الأطراف باعتبارها مصدر التزامات المتعاقدين، أي أنّ العقود المبرمة بين الأطراف تأخذ حكم القانون بينهما من حيث القوة الملزمة^(٢٤)، وفي حالة وقوع ظروف طارئة تكون هذه الإرادة وحدها أساس تعديل العقد، والمرجع الأساس في تحديد الالتزامات المستقبلية للأطراف.

توسّعت النظرية خارج نطاق القانون الخاص لتشمل تفسير الاتفاقيات الدولية بغرض سد الثغرات الموجودة فيها من طرف المحكّمين الدوليين باعتبارها عقوداً

Thierry kirat, op cit, p15.

(٢١)

Ibid.,

(٢٢)

Ibid.,

(٢٣)

Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 01.

(٢٤)

ناقصة^(٢٥). ثم تعدّت إلى القانون الدستوري عندما امتدت النظرية لتحليل قرارات المجلس الدستوري، حيث تمّ تكييف القاضي كعون اقتصادي، والدستور كعقد بين السلطة والمواطن، لتمثّل النصوص الدستورية دور بنود العقد الناقص^(٢٦).

كون الفقه القانوني الفرنسي حسّاساً تجاه موجة التحليل الاقتصادي للعقد، لم تجد هذه النظرية صدى كبيراً لها في هذه المنظومة إلّا مؤخراً نتيجة التوجّه العالمي لعولمة قانون العقود والتنافس لاستقطاب رؤوس الأموال للاستثمار من جهة، وجعل الهيئات القضائية الفرنسية أكثر جاذبية من جهة ثانية. وعليه تم تقديم العقد الناقص بأنّه: "عقد يتضمّن عدّة شروط مفتوحة أو غير محدّدة تحوّلًا للمستقبل"^(٢٧).

يمكن القول إنّ الفقه الفرنسي يحاول تصوّر نظرية العقد الناقص من خلال عقد البيع البسيط الذي يستلزم تحديد محلّه بدقة، أو كفكرة الشركة الصغيرة عند "ديموج" ١٩٢٣، أو مجمّع صغير عند "ماكنايل" ١٩٧٨، وهذا باعتبار العقد سنفونية صغيرة متناسقة بين الأطراف^(٢٨).

في حين أنّ القانون الأمريكي اعتمد على نظرة مجتمعه في تقييم العقد المستمدّة من الشركات العابرة للحدود والمجتمع التعاقد الدولي، حيث يأخذ بنظره توسعية تحوّل عقد البيع البسيط إلى عقد التوريد الذي يكون فيه تحديد الكميّة أو السعر متغيّراً بشكل دوري، أي أنّ الفقه الفرنسي انتقل من القانون إلى الواقع، في حين انتقل الفقه الأمريكي من الواقع إلى النصّ التطبيقي محاولاً تجاهل الأسس والأدوات القانونية لنظرية العقد الناقص.

المطلب الثاني

الأسس والأدوات القانونية لنظرية العقد الناقص

يركّز أنصار نظرية العقد الناقص في تقديمها إلى الساحة القانونية على جملة من الأسس (الفرع الأول)، وتعتمد في إثبات وجودها في ميدان الالتزامات على بعض الأدوات القانونية (الفرع الثاني).

(٢٥) 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).

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

(٢٧) Christophe Jamin, Ibid.,

(٢٨) Ibid.,

الفرع الأول

الأسس القانونية لنظرية العقد الناقص

أخذت نظرية العقد طريقها إلى المجال القانوني باتباع سياسة البناء على الأطلال، أي الانطلاق من نقائص نظرية العقد التقليدية القائمة لوضع مقوماتها الخاصة (أولاً)، محاولة في ذلك - ككل نظرية جديدة أو مستحدثة - تجاوز الانتقادات الموجهة إليها (ثانياً).

أولاً: مقومات نظرية العقد الناقص

يمكن حصر المقومات التي اعتمدت عليها نظرية العقد الناقص للولوج إلى العلوم القانونية في: "تعزيز إرادة الأطراف"، "التحفيز العقدي"، "تقليل تكلفة العقود".

تنطلق نظرية العقد الناقص من أنَّ العقد الكامل هو ذلك العقد الذي يبرمه المتعاقدان برضا تام، ويتحقق هذا الأخير متى لم يشبه أي عيب مهما كان مقداره، ومن ذلك: الرضا التام بالوقائع المتنبأ بها، واتفقهما على الحلول في حالة وقوع هذه الظروف، وعليه لا يوجد عقد كامل من الناحية الواقعية مع اختلاف في درجة النقصان من عقد لآخر^(٢٩) لذا يعمل الأطراف على تخصيص جزء من الإرادة لما يمكن أن يحدث مستقبلاً، فتتحرك هذه الإرادة لاستكمال البنود غير المنصوص عليها في العقد بغرض تحقيق توازنه، ولكن يكون سدّ الثغرات من أطرافه وليس من طرف الغير^(٣٠). إنَّ فالغرض من النظرية هو الحفاظ على استمرارية العقد تحت أي ظرف كان، بما معناه إلغاء إمكانية خضوع الأطراف إلا لسلطان الإرادة.

تعمل نظرية العقد الناقص على جعل العقد مفتوحاً، بحيث يكون للأطراف القدرة على اتخاذ القرارات، ولا يكونون مجرد طرف فيها، لأنَّ العدالة ترتبط باتخاذ القرار السليم في الظروف المناسبة، فهي تمنح لأطراف العقد القدرة على اتخاذ القرارات المتعلقة بتنفيذه تحت ظل أي ظرف مستقبلي^(٣١). وهي بذلك تتجاوز المتغيرات الخارجية للعقد (تغيّر سعر المواد الأولية أو العملات، الكوارث الطبيعية، والأوبئة)، وتسمح بتطبيق إرادة الأطراف المتغيرة مع تطورات تنفيذ العقد المتأثر بالظروف الخارجية.

Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, op cit, p725.

(٢٩)

Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 06, 07.

(٣٠)

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

(٣١)

ترتكز نظرية العقد الناقص أيضاً على عدم تماثل المعلومات بين أطراف العقد، فاختلاف مركز الأطراف يجعل أحدهم يبرم عقداً يكون المستفيد الأكبر منه في حال وقوع ظروف يتوقعها بحكم خبرته أو إمكانيته، دون أن يكون الطرف الآخر في المركز نفسه^(٣٢). بمعنى آخر، أن النظرية تعمل على أن يكون أطراف العقد في حالة من المساواة دون أن يستمتع أحدهما بحق امتياز في اتخاذ قرار، أو الاستفادة من ظروف لو كان يعلمها الطرف الآخر قبل التعاقد لكانت إرادته قد اتجهت نحو اتخاذ تصرف قانوني آخر. لكن، هل تفسّر النظرية كل بنود العقد أم يجب التمييز بين الشروط الثابتة والشروط القابلة للتغيير؟ إن القواعد الثابتة وجدت لحماية أطراف العقد أو الغير، وعليه تعود بنا النظرية للصراع التقليدي بين الإرادة والقانون في فرض أحكامهما على العقد. تعمل نظرية العقد الناقص على تقوية فكرة التحفيز التعاقدية، فالحقوق المتولدة نتيجة إبرام العقد نوعان: حقوق محدّدة بالعقد تسمى بالحقوق العقدية، وحقوق غير محدّدة بالعقد تسمى بالحقوق المتبقية^(٣٣)، فحسب "أوليفر هارت" إذا كان العقد غير مكتمل (وهو كذلك لا محالة)، فينبغي أن يكون لأحد أطراف العقد حقوق سيطرة متبقية Residual Rights Control، تسمح لأطراف العقد أن يتخذوا قرارات لم يتم التفصيل فيها في العقد^(٣٤).

مثال ذلك: إذا كان لمقاول فكرة دون أن يكون له المال الكافي، في حين يوجد في جانب آخر مستثمر له أموال دون أن تكون لديه الفكرة المناسبة، فيتقدّم المقاول للمستثمر بعرض يمنح بموجبه حقوق مشاركة في الأرباح المستقبلية أو عائد ثابت، لكن هناك بعض المسائل من غير الممكن التحكم فيها حالياً، وحتى يتفادى المقاول منح المستثمر عائداً مرتفعاً، يعوّضه عن ذلك بمنحه صلاحية التحكم والسيطرة على العقد، فيتعهّد المقاول أن يمنح المستثمر مبالغ خلال فترات معيّنة، وفي حالة إخفاقه في أية مرحلة يمنح المستثمر حقّ التصرف في العقد والسيطرة عليه، أي أن التصرف في العقد يعدّ بمثابة تهديد على رغبة المقاول، فإذا حدث طارئ ما، يلجأ الأطراف إلى إعادة التفاوض، ويكون المستثمر في مركز قوة مقارنة بالمقاول^(٣٥).

Ibid., (٣٢)

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). (٣٣)

Oliver Hart, Ibid., (٣٤)

Oliver Hart, Incomplet contract and control, Royal economic Society, Ibid., (٣٥)

تعمل النظرية أيضاً على تقليل تكلفة العقود، فمن المعلوم أنَّ العقود باختلاف أنواعها المدنية، التجارية، الإدارية، والدولية، تتطلب تكلفة أو مصاريف مرتبطة بكتابة العقد، تنفيذه، حل منازعاته، وتكاليف التدابير والإجراءات الخاصة بمعالجة الظروف الاستثنائية^(٣٦). فوفق هذه النظرية: كلما كان العقد ناقصاً نقصت تكاليف العقد، وكلما كان أكثر تفصيلاً زادت هذه التكاليف^(٣٧).

فالعقود الزمنية أو المرحلية في التعاقد تسمح بالاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية^(٣٨)، في حين أنَّه وفق النظرية التقليدية يتم التعاقد حسب النظرة الآنية لقدرات المتعاقدين، وعليه فنظرية العقد الناقص تعتمد على التحفيز التعاقدي - المذكور أعلاه - الذي يؤدي بدوره إلى تقليل تكلفة العقد.

لم تتوقف النظرية عند فكرة العقد، بل اتسعت مجالها لتشمل كل التصرفات القانونية، فمن جهة لم توضع هذه النظرية لظروف استثنائية فقط على غرار بعض النظريات المعروفة في القوانين المدنية (الظروف الطارئة والقوة القاهرة)، إنما كأساس تقوم عليه كل العقود والالتزامات، وتتعدى ذلك إلى بعض التصرفات القانونية، فهي تتعدى النقصان الخارجي الوارد بسبب ظروف لا دخل لإرادة الأطراف فيها كظروف استثنائية غير متوقعة لتشمل أيضاً النقصان الداخلي الذي يكون إرادياً ومقصوداً من المتعاقدين^(٣٩).

من جهة ثانية، يتسع مجال نظرية العقد الناقص ليشمل قانون الشركات وتنظيم العلاقة بين الشركاء (أصحاب الملكية)، والمديرين (إدارة الشركة)، وفكرة الوكالة وتعارض المصالح، بالإضافة إلى عقود التأمينات والخصخصة.

هذا التوسع على مستوى بنود العقد، وعلى مستوى التصرفات التي يمكن أن تشملها النظرية، بالإضافة إلى الفلسفة القائمة عليها، ولّد جملة من الانتقادات والجبهات المعارضة لها.

Wendy Netter Epstein, op cit, p 305. (٣٦)

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.cfm?abstract_id=2815104 (30/05/2020, 08:10). (٣٧)

فهد علي الزميع، المرجع السابق، ص ص ١٥٢، ١٥٥. (٣٨)

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). (٣٩)

ثانياً: نقد نظرية العقد الناقص

لاقت النظرية في بداية ظهورها انتقادات كبيرة، ولم تلق قبولاً في المجال القانوني، فأصل النظرية - كما ذكرنا - اقتصادي ورياضي، وصّف من طرف الفقه القانوني بـ "المروّع"^(٤٠). كما كان للخوف من فشل التقديم الاقتصادي للعقد دور بارز في نبذ النظرية، لأنّ للعقد آثاراً اجتماعية وبيئية لا يمكن تجاهلها أيضاً، ولا يمكن الإفراط في توزيع البحوث على كل هذه الجوانب في الوقت نفسه^(٤١).

تهدم هذه النظرية أحد مقومات النظرية التقليدية للعقد، وهو الأمن القانوني واستقرار المعاملات، فإذا كانت القوانين الغربية لم تعترف بنظرية الظروف الطارئة على عكس القوانين المدنية العربية التي أخذت بها كأساس لتعديل العقد، وتدخل القاضي لإعادة التوازن إليه، فكيف لها أن تعترف بنظرية تمسّ بجوهر القوة الملزمة للعقد؟

تقوم نظرية العقد الناقص على جعل الباب مفتوحاً أمام إرادة الأطراف لوضع ما يرونه مناسباً في المستقبل، وفي هذا دعم واضح لمبدأ سلطان الإرادة، إلاّ أنّه يقوم على افتراض وصول الأطراف إلى الحلّ المناسب من خلال إعادة التفاوض، وهو ما لا يمكن تقبله في كل الحالات.

فإذا كان المعوّل عليه هو الإرادة، فهي لا تغيب في النظرية التقليدية للعقد حتى في إيجاد حلول للمنازعات تحت مسمّى الوسائل البديلة والوسائل الودية لحلّ المنازعات، وقد أثبتت التجربة العملية فشلها في كثير من المجتمعات، كما أنّ القواعد الأخلاقية المتواجدة في القوانين ونظريات العقود عموماً تقلّل من حالات الاستغلال للمراكز القانونية وتفاوت المعلومات بين المتعاقدين.

فضلاً عن أنّ هذه النظرية تهدم أساسها بنفسها، حيث إنّ جعل العقد صحيحاً رغم نقصانه يتعارض مع فكرة استقلال إرادة الأطراف متى أدّى ذلك إلى إبرامهم عقداً لم يكونوا يرغبون به في الأصل، وإنّما التعبير عن القبول يكون لاحقاً نتيجة تدخّل عامل خارجي عن العقد لتكاملته^(٤٢)، فعدم وجود الكمية مثلاً في أصل العقد قد تحكمه عوامل الإنتاج والاستهلاك، وهي عوامل لا علاقة لها بإرادة الأطراف المتعاقدة، كما قد تتدخل مصادر أخرى لتكملة العقد كالعرف أو الأعراف التجارية أو الأحكام التنظيمية، وهي مسائل تتعدّى إرادة الأطراف المتعاقدة، وتختلف من حال لآخر. في

Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 03.

Ibid.,

Ibid, p 01.

(٤٠)

(٤١)

(٤٢)

حين أن تعديل العقد بشكل يمسّ جوهره يعني أننا أمام عقد أو عقود جديدة وليس أمام العقد الأصلي، ومحلّ النزاع في ظل النظرية التقليدية للعقد هو محاولة إيجاد حلّ مناسب للعقد الأصلي متى طرأت عليه ظروف غير متوقعة.

من جهة ثانية يؤسس أصحاب نظرية العقد الناقص موقفهم تجاه الظروف الطارئة بأنّ العقد الناقص يسمح بإعادة التفاوض حول ظهور هذه الحالات، لكن المتعاقدين في حقيقة الأمر لا يعرفان احتمالات ظهور هذه الحوادث والظروف الطارئة، وبالتالي لا تظهر فائدة من هذه النظرية خاصة أنّ هذه الحوادث والظروف تبقى استثنائية، فليس من المعقول أن نجعل من الاستثناء قاعدة^(٤٣).

يردّ مؤيدو نظرية العقد الناقص على أنّ قلة الرقابة على العقد المفروضة بموجب نصوص محدّدة تزيد من حسن نية الأطراف، وأنّ ازدياد السلوك الانتهازي للأطراف يمكن معالجته من خلال الحثّ على الأعمال (الحوافز) وليس عن طريق التأطير الأخلاقي، لأنّ العقود الناقصة تمنح الوكلاء استقلالاً أكبر، والحوافز تعزّز حسن النية لديهم^(٤٤).

لن ندعي أنّ فوز النظرية بجائزة نوبل كان سبب إدراجها في القانون المدني الفرنسي، حيث إنّ مشروع التعديل قد تمّ تحضيره مسبقاً بغرض جعل القانون المدني أكثر انفتاحاً ومرونة، وتعزيز الأمن القانوني، وتحقيق فعالية القواعد القانونية^(٤٥)، إنّما لهذا التوافق التاريخي دلالة على تأثير - ولو نسبي - لنظرية العقد الناقص على القانون المدني الفرنسي، بعد أنّ تقلّصت حدّة الانتقادات الموجهة للنظرية، وأخذت في التسلّل للمنظومات الغربية، مع التنبيه على وجود أدوات مسبقة لتطبيق نظرية العقد الناقص معترف بها في معظم القوانين.

الفرع الثاني

الأدوات القانونية لتطبيق نظرية العقد الناقص في مجال العقود

تتناثر العديد من الأدوات القانونية التي تسمح بتبني نظرية العقد الناقص في مجال العقود، ومن أهمّها: إعادة التفاوض (أولاً)، العقد الإطار (ثانياً)، الشروط المتغيرة والربط القياسي (ثالثاً)، تفسير العقد (رابعاً)، وبدرجة أقلّ مبدأ حسن النية (خامساً).

Ibid., (٤٣)

Wendy Netter Epstein, op cit, p311. (٤٤)

(Mustapha Mekki, La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, (12/05/2020, 12:34). (٤٥)

أولاً: إعادة التفاوض وتطبيق نظرية العقد الناقص

يشمل إعادة التفاوض ثلاث مراحل أساسية: إعادة التفاوض قبل التعاقد، إعادة التفاوض التعاقد، وإعادة التفاوض بعد التعاقد، مع اختلاف الآثار القانونية للتوقف عن التفاوض باختلاف المنظومات القانونية المعنية بالتعاقد، وفي الوقت نفسه لكل مرحلة من المراحل السابقة إشكالات وحلول مختلفة حتى داخل المنظومة القانونية نفسها^(٤٦).

سواء أكان إعادة التفاوض بموجب شرط في العقد أم اتفاق لاحق^(٤٧)، فهو يسمح للأطراف بالاتفاق على صيرورة العقد وفق إرادتهم الحرة، ويعمل على تكيفهم مع التغيرات الطارئة لإعادة التوازن للعقد، وتجنب التنفيذ المرهق لأطرافه، كما أن الفسخ الفعّال للعقد وفق نظرية العقد الناقص يكون عندما يرغب كلا الطرفين في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي أن خرق الالتزام التعاقدية ينبغي أن يؤدي للفسخ فقط في حالة توجّه إرادة الطرفين إلى هذه النتيجة^(٤٨).

تساعد إعادة التفاوض على تصحيح الخلل المترتب عن تفاوت المعلومات بين الأطراف المتعاقدة، فهو يمثل أداة سابقة ولاحقة على إبرام العقد تسمح للأطراف بسدّ فجوة المعلومات وتوجيه العقد وفق المعطيات الجديدة المحصّل عليها قبل وبعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

يضيف إعادة التفاوض مرونة على العلاقة التعاقدية، حيث يجعل التزامات الأطراف أقلّ حدة، ويسمح لهم بتعديل العقد وفق المتغيرات الطارئة، وهو بذلك ينقص من تكلفة المنازعات حول تنفيذ عقود مرهقة، وفي الوقت نفسه تفادي الوصول بالعقد إلى الحل.

تقوم نظرية العقد الناقص على تكريس إرادة الأطراف في التفاوض وإعادة التفاوض حول العقد وكيفية تنفيذه، وهذا دون الحاجة لتدخل الغير^(٤٩)، أي أنها تقوم على ثقة الأطراف في الوصول إلى الحل المناسب للعقد وللمتعاقدين بموجب إرادتهما الحرة المتغيرة مع طريقة تنفيذ العقد والظروف الطارئة عليه.

(٤٦) 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).

(٤٧) علاء الدين الخصاونة، الجوانب القانونية للالتزام بإعادة التفاوض ومراجعة العقود، مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد ٠١، ٢٠١٤، ص ٦١٨.

(٤٨) Christophe Jamin, op cit, p 190.

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

ثانياً: العقد الإطار كأداة لتطبيق نظرية العقد الناقص

العقد الإطار عقد مواضيعه العامة محدّدة بشكل عام، لكن تفاصيل التسليم، والتفاصيل الخاصة بالثمن يمكن تحديدها لاحقاً وفق معيار معين^(٥٠)، ورغم عدم وجود نصوص في معظم القوانين المدنية توضّح أحكامه بالتفصيل، إلّا أنّ الممارسة العملية أثبتت جدواها بالجمع بين عدّة عقود مترابطة لا تنصّ على تفاصيل دقيقة حول الكمية أو الثمن، بل يتمّ تحديدها لاحقاً وفقاً لسعر معقول، أي يترك هامش حرية للتفاوض بين الطرفين^(٥١).

لا يقوم العقد الإطار بتحديد تام ونهائي للعناصر الأساسية للمبادلة الاقتصادية أو التزامات الطرفين، فهو يمثل "عقداً قاعدياً" *Contrat de base* يحتاج محله إلى تحديد شامل وتوضيح تام ونهائي^(٥٢)، وفي السياق نفسه يعتبر "الاتفاق المبدئي" *Accord de principe* التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة^(٥٣).

إنّ العقد الإطار يعتبر عقداً ناقصاً بامتياز خاصة في العقود الطويلة كعقود الاستثمار وعقود الأشغال العامة الضخمة^(٥٤)، حيث لا تسمح التغيّرات التجارية والتقنية بتحديد مضمون العقد بدقّة، لذا يتم وضع الإطار العام للعقد، وتترك التفاصيل للاتفاق اللاحق على إبرام العقد.

يمثل نقصان المعلومات حول مآل العقد والتغيرات المستقبلية أساس قيام نظرية العقد الناقص، لذا يتوجّه المتعاقدان إلى الاحتفاظ بجزء من الإرادة للتعامل مع المعطيات المستقبلية^(٥٥)، وهو نفس سبب ظهور العقد الإطار، بالإضافة إلى عنصر المرونة الذي يساعد الأطراف المتعاقدة على تجاوز العقبات المستقبلية.

يمثل عدم التحديد اليقيني عنصراً مشتركاً بين العقد الإطار ونظرية العقد الناقص، فكلّا الأمرين يجعلان العقد مفتوحاً، أو يكتفي بوضع ملامح العقد المستقبلي

Ninel Ulloa Maureira, op cit, pp 14-16. (٥٠)

Ibid,. (٥١)

M. Jacques Ghestin, La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent, in CREDA, Le contrat-cadre de distribution, Colloque organisé à Paris les 11 et 12 décembre 1996, (09/09/2020, 05:09). (٥٢)

Ibid,. (٥٣)

Ninel Ulloa Maureira, Ibid,. (٥٤)

Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, op cit, p726. (٥٥)

المراد إبرامه، لذا لاقى العقد الإطار على غرار نظرية العقد الناقص رفضاً في الفقه والقضاء الفرنسي لفترة من الزمن، ليتم قبوله على مضض في السنوات الأخيرة^(٥٦).

ثالثاً: الشروط المتغيرة والربط القياسي ونظرية العقد الناقص^(٥٧)

من المعلوم أنه ليست كل شروط العقد على قدر متساوٍ من حيث الثبات أو القابلية للتغيير، فالشروط المتضمنة حوافز لأحد المتعاقدين متغيرة بحسب نسبة وكيفية تنفيذ التزاماته التعاقدية، تجعل العقد ناقصاً متوقفاً تنفيذه على تحقيق نتائج عملية.

فمحل العقد وفق النظرية التقليدية يكون محدداً أو قابلاً للتحديد، وإذا كانت صفة التحديد لا تثير إشكالاً من حيث الجملة، فإن القابلية للتحديد تتفاوت نسبتها من درجة لأخرى، فقد يكون نقصان العقد مفروضاً على الأطراف في حالة كان الثمن أو محل العقد متغيراً من حيث الأصل، كما يمكن أن يكون التغيير بسبب ظروف خارجية غير متوقعة، فيمكن أن يعطي أحد أطراف العقد للطرف الآخر مجالاً للقياس يكون من حقه الحصول على ثمن لا يتجاوز الحد الأعلى المتفق عليه، كما لا يقل عن الحد الأدنى المتفق عليه أيضاً، ويكون تقدير الثمن واجب الدفع بحسب نسبة التكلفة المرتبطة بدورها بسعر أو أسعار مواد أخرى ذات صلة بمحل العقد المتفق عليه^(٥٨).

وعليه، تكون هذه الطريقة أفضل من اشتراط أحد الأطراف سعراً مرتفعاً يتحوط بموجبه من إمكانية ارتفاع الأسعار عن السعر المتفق عليه والمتوقع من طرفه أو من طرف كلا المتعاقدين. بمعنى آخر تجنب أن يتعرض أحد الأطراف لظلم (غبن) أو خسارة تجعل من العقد مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً.

يلعب الربط القياسي دوراً بارزاً في تفادي تآكل الديون، فالمخاطر المتعلقة

(٥٦) Cass. Civ n=o 70-10752 du 27/04/1971. Cass. Civ n=o 77-10155 du 11/10/ 1978. Cass. Civ n=o 91-15578 du 01/12/1995. See; F. Pollaud-Dulian et A. Ronzano, Le contrat-cadre par déla? les paradoxes: RTD com. 1996, p. 179. J. Gatsi, Le contrat-cadre, Bibl. dr. prive?, n= o 273, LGDJ, 1996.

(٥٧) الربط القياسي هو جعل دين أو التزام مالي آخر يتغير مبلغه بالزيادة أو النقصان عند الاستحقاق بتغير مقياس أو مؤشر معين لا يكون مستواه معروفاً عند التعاقد بل عند الاستحقاق، أو هو: اتفاق أو نظام على ربط دين مؤجل كله أو بعضه بمؤشر (معياري) 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، عدد ٢٠٢، ج ٠٤، ص ١٧.

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

بمعدل تقلب أسعار سندات الملكية، خطر التسوية بمقابل، وخطر الصرف من قبيل مخاطر تغير الأسعار، وخطر التسوية، وتزداد هذه المخاطر عندما تؤدي إلى تآكل الديون بسبب مشكلة التضخم، الذي يؤدي إلى تدهور القيمة الحقيقية لجميع الحقوق والالتزامات الآجلة^(٥٩)، وبالتالي تغيير في المركز المالي للمتعاقدين، حيث يستفيد منه المدين ويخسر الدائن، ويزداد ضرر الدائن بزيادة طول مدة العقد.

يعتبر تأكل القيمة الوفاءة للدين مقارنة بقيمته العقدية، وبعبارة أخرى الأوراق النقدية نفسها لكن تتفاوت القيمة الشرائية بين زمن العقد وزمن الوفاء بالدين الذي تكون له قيمة اسمية وقيمة فعلية^(٦٠). تتأثر قيمة كثير من العقود والالتزامات الآجلة نتيجة التغيرات في أسعار السلع والخدمات بفعل عوامل العرض التي لا يمكن التنبؤ بها، وعوامل التضخم المتفاقمة التي يصعب القضاء عليها في الوقت العاجل، نتيجة وقوع ظروف استثنائية لم يكن الأطراف على علم بها، وليس لهم القدرة على التنبؤ بوقوعها، لذا يعتمد المتعاقدون على مؤشرات لضبط التوازن العقدي.

تنقسم القوانين من حيث منعها لإمكانية الربط القياسي للحقوق والالتزامات بالذهب مثلاً أو ما يسمى بـ "شرط الذهب" إلى ثلاثة اتجاهات: تذهب بعض القوانين، كالقانون المصري، إلى المنع المطلق من اعتماد غير النقود الورقية كوسيلة للتقدير، خاصة بعد صدور المرسوم رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي نصّ على بطلان شروط الدفع

(٥٩) 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.

– 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، ص ٤٠.

(٦٠) رفيق يونس المصري، آثار التضخم على العلاقات التعاقدية في المصارف الإسلامية والوسائل المشروعة للحماية، دار المكتبي، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩، ص ١٠٧.

بالذهب في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية^(٦١). في حين تتجّه الاجتهادات الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية إلى قبول الربط بالذهب أو بعملة أخرى إذا وجدت علاقة بين محل العقد ونشاط الأطراف^(٦٢). وإذا كان شرط الذهب قد تمّ منعه في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون احتياطي الذهب The Gold Reserve Act 1934، فإنّ الكونغرس قد أعاد إمكانية استخدامه في العقود المبرمة بعد أكتوبر ١٩٧٧، وهو ما أكّده القضاء الأمريكي^(٦٣).

يبدو أنّ الربط القياسي يشكّل أداة لتقييد حرّية الأطراف في توجيه العقد مستقبلاً؛ لأنّه يربط مآل العقد بمؤشرات خارجة عن إرادة الأطراف، لكنّه في حقيقة الأمر يمثّل إحدى الأدوات التي تخرج عن المألوف في النظرية التقليدية للعقد، وتكرّس فكرة التحوّط من التغيرات المستقبلية من خلال أدوات قابلة للقياس، وهو بذلك يشترك مع نظرية العقد الناقص في جانبها المتعلّق بالنقصان الإلزامي أو الخارجي.

رابعاً: تفسير العقد وتطبيق نظرية العقد الناقص:

يرى جانب من الفقه^(٦٤) أنّ نظرية العقد الناقص قد عانت من توجيه مقصود من الفقه القانوني لنظرية العقد، وفشل ذريع في تفسير قدرة العقود الناقصة على تلبية رغبات الأطراف المتعاقدة في جعل العقد مفتوحاً كخيار استراتيجي^(٦٥). فمحاولة نقل نظرية العقد الناقص من الفقه الأمريكي إلى الفقه الفرنسي جعلها مشوّهة، حيث إنّ الفقه الأمريكي يركّز في تقديمه للنظرية على إرادة الأطراف المتطورة مع تنفيذ العقد، في حين يحاول الفقه الفرنسي إيجاد مجال لها في التفسير التقليدي للعقد من طرف القاضي أو المحكّم.

إنّ عملية التفسير ولو تمّت من خلال الرجوع إلى إرادة الأطراف المستنبطة لا يعني أنّ ذلك هو مقصود الأطراف، فقد لا يرمي المتعاقدان إلى ما يذهب إليه القاضي، وقد تكون إرادتهما بعد وقوع النزاع غير تلك التي كانت قبله، بل إنّ التفسير الخاطئ لإرادة الأطراف المتعاقدة يمسّ بجوهر نظرية العقد الناقص التي تحاول

(٦١) محكمة الاستئناف المختلطة، قرار بتاريخ ١٨/٠٢/١٩٣٦، مجلة الأحكام المصرية، عدد ٤٨، ص ١٤٢.

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

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

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

(٦٥) Ibid.,

"سدّ الثغرات Filing Gaps" بإرادة الأطراف. حيث ترى المحكمة العليا لمقاطعة "الاسكا" أنّ: "الأطراف المتعاقدة لا يمكنهم ملء كل الفراغات بخصوص الحالات الطارئة التي يمكن أن تظهر، فالمحكمة يمكنها سد الثغرات في العقد لضمان النزاهة عندما تكون توقعات الأطراف واضحة. عندما يشير سلوك أو تعبير الأطراف في الاتفاقية إلى وجود نية كافية لإبرام العقد، فللمحكمة المجال الواسع لسدّ الثغرات ... لكن لا ينبغي أن تفرض على أيّ طرف أداء ما لم يوافق عليه وربما لم يكن ليوافق عليه^(٦٦). أيّ أن سلطة القاضي وفق نظرية العقد الناقص جدّ محدودة، وتكون في كثير من الأحيان منعقدة أمام إرادة الأطراف المتعاقدة.

يحاول القاضي من تفسير العقد وفق النظرية التقليدية الوصول إلى نية الأطراف عند إبرام العقد وليس لإرادتهم الحالية المتطورة نتيجة اطلاعهم على آثار تنفيذ العقد، فبدلاً من معاقبة النقصان والمرونة حسب مؤيدي نظرية العقد الناقص، ينبغي بحث كيف تجيب المرونة عن الصحة وأيضاً عن تفسير العقد، فلا يتوقّف عند إرادة الأطراف أثناء إبرام العقد، بل كيفية تطوّر هذه الإرادة مع تنفيذ العقد^(٦٧).

إنّ تقييد إرادة العقد بإرادة الأطراف المبرمة للعقد تخنق الإبداع وتقلّل من فرص الابتكار والتطوير، وتقف أمام التحفيز التعاقدية التجاري؛ حيث إنّ في عقود الابتكار مثلاً قد تتفق الشركات على تطوير تكنولوجيا معينة، فيستخدمون كلّ إمكانياتهم لتسليم الشيء غير المحدّد، فكيف يمكن للقاضي تفسير إرادة الأطراف في هذه الحالة؟^(٦٨).

تحاول نظرية العقد الناقص الإجابة عن هذا التساؤل من خلال البحث عن نية الأطراف المعاصرة للتنفيذ وليس الإبرام، هذه النية أساسها التعاون لتخفيف المخاطر، أي أنّ المسألة مرتبطة بعدم التأكّد المتعلّق بطبيعة العقد، لذا تكون إرادة الأطراف الأقرب لتوجيه العقد حسب المستجدات^(٦٩).

(٦٦) 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.

Wendy Netter Epstein, op cit, p297.

(٦٧)

Ibid.,

(٦٨)

Ibid.,

(٦٩)

إنَّ هذا التفسير مبني على التعاون المفترض بين الأطراف، في حين أنَّه في حقيقة الأمر يكون التعاون آنياً تنقطع حلقاته بمجرد الوصول أو وضوح معالم النتيجة النهائية للعقد المتفق عليه، فبإدراك اكتشاف تكنولوجيا معينة، تجعل الأطراف ينتقلون من مرحلة التعاون إلى مرحلة السيطرة، لهذه الأسباب وُجد القاضي لإعادة الأطراف إلى الوضعية العادلة والمنصفة، فلا يمكن بأيِّ حال من الأحوال إلغاء دور القضاء في تعديل العقود، كما أنَّ الجهود المشتركة في التعاون إن استمرت في هذه المرحلة يكون سببها خوف الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من استيلاء الطرف القوي على المنتج المبتكر، أي يظهر اختلال في توازن العقد، وبالتالي يحتاج المتعاقدان لطرف ثالث خارج عن العقد يرجع للعقد توازنه.

إذا كان العقد الناقص أكثر كفاءة من العقد المحدد من حيث كثرة المنازعات، فإنَّ هذه النظرة متعلّقة بالموازنة بين العقدين في مرحلة التنفيذ، وإذا ما حدثت نزاعات بين الطرفين، فالرجوع إلى نية الأطراف قبل إبرام العقد وبعد إبرامه تعزّز قدرة القاضي على الفصل في المنازعة.

حاول بعض الباحثين^(٧٠) تطبيق نظرية العقد الناقص على الاتفاقيات الدولية لمساعدة المحكّمين في تفسير بعض المبادئ الدولية كـ " المعاملة العادلة والمنصفة " و"المصادرة غير المباشرة"، حيث ميّز بين الجيل الأول للاتفاقيات الدولية المندرج تحت مظلة المنظمة الاقتصادية للتعاون والتنمية OECD لسنة ١٩٦٧ الذي يتميَّز بدرجة عالية من النقصان (قليلة المحتوى)، عبارات بسيطة وفضفاضة، تركّز على حماية الاستثمار)، والجيل المحاكي لاتفاقية التجارة والصادقة الأمريكية NAFTA لسنة ١٩٩٢ الذي يتميَّز بدرجة أقل من النقصان (محاولة الموازنة بين حماية الاستثمار وحقوق الدولة المضيفة)^(٧١). وعليه يمكن أن يتم تفسير الجيل الأول من خلال ممارسات وتطبيقات الجيل الثاني، ممّا يسمح بإنشاء منظومة متناسقة^(٧٢).

إلا أن تطبيقات نظرية العقد الناقص في تفسير العقود جدّ محدودة حتّى لا يعتبر القاضي أو المحكّم وصياً على المتعاقدين، فالنظرية تقوم أساساً على توسيع سلطة الأطراف التعاقدية في مواجهة سلطات القاضي التفسيرية؛ لذا يمكن أن تلعب

Wolfgang Alschner, op c it, p 03.

(٧٠)

Ibid.,.

(٧١)

Ibid.,.

(٧٢)

اللجان المشتركة بين الدول دور المتعاقدين في إعادة التفاوض حول كيفية تنفيذ بعض المبادئ محل النزاع، وتمثّل بذلك إحدى أهم ركائز نظرية العقد الناقص.

خامساً: مدى اعتبار حسن النية كأداة لتطبيق نظرية العقد الناقص

أصول مفهوم حسن النية دينية أكثر منها قانونية^(٧٣)، ظهرت في القانون المدني الفرنسي قبل تعديل سنة ٢٠١٦ في المادة ١١٤٣^(٧٤)، وقد وقع خلاف كبير حول تفسيرها، إن كانت من مخلفات القانون الروماني في التمييز بين عقود حسن النية وعقود القانون الضيق^(٧٥)، أو يقصد بها تنفيذ العقد وفق قصد الأطراف والهدف المرجو من العلاقة التعاقدية^(٧٦)، أو هي أداة أو آلة لتحقيق العدالة. وترى المدرسة الحديثة أنّ حسن النية التعاقدية يتمثّل في إقامة التوازن العقدي^(٧٧)، الذي يتحقّق بمراعاة كل متعاقد لمصالح المتعاقد الآخر خلال كل مراحل العلاقة التعاقدية^(٧٨).

يبدو للوهلة الأولى أنّ مبدأ حسن النية يخدم نظرية العقد الناقص كونهما يشتركان في إعادة التفاوض حول العقد، وتنفيذ العقد وفق مبادئ العدالة والإخلاص والأمانة حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي^(٧٩)، كما تمّ فرض واجب الإعلام تطبيقاً لمبدأ حسن النية والتخفيف من السلوك الانتهازي لأحد الأطراف نتيجة تفوّقه في الجانب المعلوماتي مقارنة بالطرف الآخر^(٨٠). أضف إلى ذلك أنّه من الناحية العملية،

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

(٧٤) Art 1143 du Code civil français (Avant la modification de 2016) déclare: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi».

(٧٥) Stéphane Darmaisin, Contrat moral, LDJ, Paris, édition DELTA, Paris, France, 2000, P141.

(٧٦) François Terré, Droit civil - obligation - Dalloz, 8e édition, 2012, p403.

(٧٧) Ibid, p09.

(٧٨) جاك غستان، المطول في القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٢٦١.

(٧٩) Civ 1, 20/03/1985. B1985,1,n°201, Voir Béatrice 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).

(٨٠) Thierry kirat, op cit, P19.

جرى العرف على جعل بعض العقود ناقصة اعتماداً على حسن النية بين الأطراف نتيجة وجود مانع أدبي إذا كان العقد المبرم بين أقارب أو أصدقاء، فيكون تحديد الثمن من طرف واحد.

بعد تعديل ٢٠١٦، أصبح مبدأ حسن النية في فرنسا شاملاً لمرحلة إبرام وتكوين العقد، بعد أن كان خاصاً بتنفيذه، كما قُدم مبدأ حسن النية كمبدأ استراتيجي وتنافسي بين المنظومات القانونية^(٨١). ليتحوّل بذلك إلى مبدأ أخلاقي، اقتصادي، واجتماعي، يواجه أيديولوجية السوق^(٨٢). يقلّص مبدأ حسن النية من مجال ودائرة الحرية التعاقدية؛ لذلك لا يزال يلقي اعتراضات وانتقادات فقهية في المنظومة القانونية الفرنسية باعتباره يعمل على إعادة التوازن العقدي، ويمسّ بالقوة الملزمة للعقد^(٨٣).

وإذا كان بعض الفقه الفرنسي يرى أن مبدأ حسن النية ركيزة أساسية لنظرية العقد الناقص؛ كونه يقوم على واجب المساعدة والتعاون والمشاركة بين المتعاقدين في الوصول بالعقد إلى برّ الأمان^(٨٤)، فإننا نرى أنّ الاحتفاظ بجزء من التحكم والسيطرة على العقد بموجب نظرية العقد الناقص سببه عدم الثقة في الطرف الثاني، أو عدم الثقة في الأسباب الخارجية المحيطة بالعقد، وبالتالي فهو بذلك يقع في موقف وسط بين القوة الملزمة للعقد في شكلها الجامد حسب ما كان يأخذ به القانون الفرنسي قبل تعديل ٢٠١٦، وبين مبدأ حسن النية الذي يجعل العقد قابلاً للتغيير من طرف القاضي، فهو يسمح بتغيير وجهة العقد لكن من طرف المتعاقدين وليس الغير.

ما يؤكّد هذه التقييم أنّ نظرية العقد الناقص قد ظهرت وتطوّرت في أحضان المنظومة الأنجلوساكسونية التي تبلغ فيها الحرية المطلقة للمتعاقد في القانون

(٨١) Mustapha Mekki., La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, op cit, p 01.

Ibid., (٨٢)

J.-L. Bergel, The?orie ge?ne?rale du droit, Collection: Méthodes du droit; 4e (٨٣) édition; Parution

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

Ninel Ulloa Maureira, op cit, p 08. (٨٤)

العقدي ذروتها في مرحلتي التفاوض وإبرام العقد^(٨٥)، فالعقد في هذه المنظومة عبارة عن عدة وعود متعلّقة بالإرادة، وحسن النية فيها شبه معدوم عند الأطراف في مرحلة التفاوض^(٨٦)، لأنها عملياً تعتبر مرحلة عسكرية يتحصّر فيها الأطراف للهجوم، ولا يمكن خلالها الحديث عن الأخوة والتضامن^(٨٧).

إضافة إلى هذه الأدوات، يمكن الاعتماد على التراث الإسلامي في إيجاد مدخل للنظرية من خلال "البيع بسعر السوق" أو "السلم بسعر المثل يوم التسليم"^(٨٨). ناهيك عن وجود بعض الأفكار القانونية كالشرط الواقف والشرط الفاسخ، وتفويت الفرصة، وتعويض ما لحق من ضرر وما فات من كسب، كما أنّ لها تطبيقات متعددة في نظرية العقد الإداري فيما يتعلّق بمراجعة سعر الصفقات العمومية وتغييره في حدود معينة: عقود الأشغال العامة، عقود التوريد، وعقود الصفقات الصناعية، بالإضافة إلى عقود الابتكار وعقود ترخيص الملكية الفكرية (قبل الحصول على الموافقة التنظيمية) التي تعتبر عقوداً ناقصة بطبيعتها، ولو أراد القانون والأطراف عكس ذلك^(٨٩).

من وجهة نظر شخصية ينبغي التمييز بين النقصان الداخلي (الإرادي) والنقصان الخارجي (غير الإرادي) للعقد، فعندما تتجّه إرادة الأطراف إلى ترك العقد مفتوحاً، فإنّ الغلو في هذا التوجّه يجعل أحد أهم أركان العقد (المحل) مهدّداً، أمّا في النوع الثاني من النقصان فيكون للإرادة دور هام، حيث تبرز فكرة العقد الناقص بأكثر قوة متى كان النقصان لقوة قاهرة أو ظروف طارئة، كما هو الحال بالنسبة لجائحة كورونا، موضوع المبحث الحالي.

(٨٥) يشمل القانون العقدي الإنجليزي، بالإضافة للتوجيهات الأوروبية والاجتهاد القضائي، القوانين التالية:

Law reform Trusted Contracts Act 1943, Third Party Liability 1999, Sales of Good Act 1977 and Unfair Contracts Terms 1977.

Scott Baker & Kimberley D. Krawiec, op cit, p 744. (٨٦)

Dema Valente, Enforcing Promises; Consideration and Intention in the law of contract, PP 04 - 14 www.otago.ac.nz (05/09/2020, 12:34). (٨٧)

Rafic Yunus Al-Masri, 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). (٨٨)

Wendy Netter Epstein, op cit, p313. (٨٩)

المبحث الثاني

حدود تطبيق نظرية العقد الناقص في ظل جائحة كورونا

تأثرت العقود بسبب جائحة كورونا من جوانب عديدة: انخفاض كبير في قيمة العقد أو سعر المنتجات، رفض البنوك أوامر الدفع، منع التجمعات، غلق بعض المؤسسات، غلق الحدود بالنسبة للتجارة الدولية، إلغاء حركة النقل، وفرض قواعد وإجراءات تقييدية على الحقوق والحريات^(٩٠). كما مسّت الجائحة الأجال القانونية بصفة أساسية، خاصة آجال: الرجوع في عقد الاستهلاك، القبول في حقّ الشفعة، الالتزام بالإعلام، الطعن، تسجيل حقّ البطلان، شهر العقود الواردة على المحل التجاري، تسجيل الحقوق العينية، تسجيل حق الأفضلية^(٩١).

لم توضع نظرية العقد الناقص - كما رأينا سابقاً - لمعالجة ظروف استثنائية، بل تطبق كقاعدة عامة في كلّ الظروف والأحوال، إلّا أن الحالة الثانية منها المتمثلة في النقصان الخارجي للعقد أو النقصان بغير إرادة الأطراف تتقارب فيها آراء مؤيدي ومنتقدي النظرية، ومن ذلك حدوث وباء عالمي كما هو الحال بالنسبة لجائحة كورونا، التي أحدثت شخاً في نظرية العقد التقليدية أو ما يمكن تسميته بـ: أزمة نظرية العقد في زمن كورونا (المطلب الأول)، وفتحت المجال لإحياء نظرية العقد الناقص رغم مشكلة المحدودية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أزمة نظرية العقد في زمن كورونا

اختلفت السياسات الحكومية في معالجة جائحة كورونا من الناحية القانونية، فبعض الدول أثرت إصدار تعليمات وأنظمة تقتصر على الحجر أو منع بعض الحريات، في حين فصلت أنظمة أخرى في آثار السياسات المتبعة على الالتزامات التعاقدية، وعليه لم تتأثر نظرية العقد بأزمة كورونا فقط نتيجة الاختلاف حول تكييفها القانوني

(٩٠) Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, Dossier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n=O04, Avril 2020, p176.

(٩١) 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=O04, Avril 2020, p166.

إن كانت قوة قاهرة أم ظرفاً طارئة (الفرع الأول)، بل بسبب الآثار القانونية المتضمنة في الإجراءات والتدابير التي عالجتها الجائحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

جائحة كورونا: قوة قاهرة أم ظروف طارئة؟

على عكس معظم الأوبئة السابقة^(٩٢)، تمّ تكيف جائحة كورونا من طرف الحكومات والهيئات الدولية كقوة قاهرة^(٩٣). وهذا في انتظار صدور الأحكام والقرارات القضائية الموضحة لآثارها القانونية على التصرفات والالتزامات التعاقدية.

إذا كان الخلط بين نظرية القوة القاهرة Force Majeure / Superior Force والظروف الطارئة Imprévision / Hardship في مختلف الأحكام النظرية والتطبيقات القضائية ليس وليد جائحة كورونا، فإنّ لهذه الأخيرة دوراً بارزاً في إعادة إحياء الجدل الفقهي والقانوني حول النظريتين.

لقد ميّزت معظم القوانين العربية بين أحكام القوة القاهرة^(٩٤) وأحكام الظروف الطارئة^(٩٥) من خلال فكرة الاستحالة والإرهاق أو المشقة، حيث تعتبر قوة قاهرة الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وظرفاً طارئة الأحداث التي تجعل تنفيذه مرهقاً وليس مستحيلاً، أي أنّ فكرة الاستحالة هي مركز دوران الأحكام القانونية والقرارات القضائية.

بيد أنّ تداخل غرض النظريتين في إيجاد عذر للمدين لعدم تنفيذ التزامه نتيجة سيناريو غير متوقّع، وعدم اعتماد بعض الأنظمة القانونية الغربية لفكرة المشقة أو الظروف الطارئة، ووجود أنظمة هجينة، جعل هذا التمييز غير كاف، حيث يكون الظرف قوة قاهرة أحياناً وظرفاً طارئاً أحياناً أخرى، وهو ما ظهر جلياً حتى في بعض النصوص القانونية الإقليمية على غرار "قواعد اليونيدروا"^(٩٦).

(٩٢) Pascale Guimard, La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, 04/03/2020, (30/05/2020, 14:19).

(٩٣) Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, op cit, p176.

(٩٤) راجع: المادتين ١٦٥، ٢١٧ من القانون المصري، والمواد ٢١٥، ٢٢٣ و ٢٩٥ من القانون الكويتي، والمادتين ١٢٧ و ١٧٨ من القانون الجزائري، والمادتين ١٦٥، ٢١٨ من القانون المدني البحريني.

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

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

يتفق القانون الأمريكي والإنجليزي على أحكام القوة القاهرة، بحيث تجعل الاستحالة تنفيذ العقد غير ممكن تحت مسمى "غير العملية أو غير القابلية للتطبيق العملي Impracticability" في القانون الأمريكي، و"الإخفاق Frustration" في القانون الإنجليزي، إلا أن الاستحالة هنا تتعلق بالاستحالة الأولية أي عند إبرام العقد، وليست الاستحالة اللاحقة عند تنفيذه.

حيث لم تطوّر الأنظمة الأنجلوساكسونية فكرة "المشقة Hardship" على المستوى الوطني، وهو ما أكدّه القضاء بعدم العذر بالظروف اللاحقة كارتفاع تكلفة العقد أو حدوث تضخم أو تغيير العملة^(٩٧)، إلا في حالات نادرة عندما تمسّ الظروف بشكل كبير بطبيعة وجوهر العقد^(٩٨). إذاً فكرة المشقة معترف بها في القضاء الإنجليزي بشكل محدود جداً، وليس للقاضي في أي حال من الأحوال تعديل العقد جزئياً أو كلياً، بل تهدم العقد^(٩٩).

تقترب فكرة "عدم القابلية للتطبيق" الأمريكية من فكرة المشقة إذا كان العقد غير قابل للتطبيق إلا بتكلفة غير معقولة، مفرطة، وشريطة وجود نية مشتركة للطرفين لتطبيقها^(١٠٠).

أمّا القانون الفرنسي قبل تعديل ٢٠١٦، فلم يكن يميّز بموجب المادة ١١٤٨ بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، بل يعترف فقط بالقوة القاهرة^(١٠١) وبعد التعديل، حدّدت المادة ١٢١٨ عناصر القوة القاهرة بالأحداث الخارجة عن إرادة المدين، والتي يمكن أن تكون غير متوقعة عند إبرام العقد، ولا يمكن تجنبها بوسائل مناسبة، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. وإذا كانت الاستحالة مؤقتة يؤجّل تنفيذ العقد إلى غاية زوال

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

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

(٩٨) Canary Wharf (BP4) T1 Ltd. v. European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch), para. 27. Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p25.

(٩٩) Ibid.,

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

(١٠٠) Ibid.,

(١٠١) Article 1148 du CCF (Avant 2016): "Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit".

الحادث، أمّا إذا كان الحادث دائماً فينتهي العقد بقوة القانون، ويتحلّل الأطراف من التزاماتهم^(١٠٢).

بإسقاط هذه الأحكام على جائحة كورونا، نجد أنّ مجرد التأخر في التنفيذ بسبب الجائحة لا يعدّ إخلالاً بالتزام، ولا يترتب المسؤولية ولا التعويض مع اختلاف في الحكم بحسب طبيعة العقد، مثلاً: عقد تموين بين مطعم ومؤسسة اقتصادية توقّفت عن النشاط مؤقتاً أو شرع عمّالها في العمل عن بعد بسبب جائحة كورونا مآله الحلّ أو التأجيل، في حين العقد نفسه تؤدّي الجائحة حتماً إلى حله متى كان هذا التأخير يجعل تنفيذ العقد دون معنى أو فائدة اقتصادية للطرفين كتموين حفلة زواج، فلا يمكن تأجيل تنفيذ العقد إذا اتفق الزوجان على إلغاء الحفلة وإتمام مراسيم الزواج.

من جهة ثانية، يثير الشرط الثالث من شروط القوة القاهرة مشكلة بالنسبة لجائحة كورونا، فلا يمكن التعميم بالنسبة لأثر عنصر التوقّع على استحالة تنفيذ الالتزام في كل العقود، وفي كل الدول، إنّما تتمّ معالجة المسائل حالة بحالة^(١٠٣). فهل يخصّ التوقّع العقود الجديدة أم تجديد العقد؟ كما أنّ العقود المبرمة قبل تاريخ لاحق على انتشار الوباء في دول معينة يجعل من مسألة التوقّع نسبية بالنسبة لأطراف العقد، وبذلك تثار مسألة توقيت التوقّع، فهل العبرة بدخول الوباء للبلد؟ أم بتاريخ إعلان منظمة الصحة العالمية؟ أم بتاريخ انتشاره في الصين؟^(١٠٤).

أخيراً، تتعلّق استحالة التنفيذ أيضاً بطبيعة العقود في حدّ ذاتها، والقدرة على

Article 1218 du CCF: “Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu’un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l’exécution de son obligation par le débiteur. Si l’empêchement est temporaire, l’exécution de l’obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l’empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles”.

Julia Heinich, op cit, p 612. Mustapha Mekki, De l’urgence à l’imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?, op cit p 170.

راجع في الرأي نفسه: فتحي تيتوس، المرجع السابق، ص ٧٣٨، ٧٤٩. زكرياء مولاي وآخرون، المرجع السابق، ص ٣٤٣. ياسر عبد الحميد الإفتيحات، المرجع السابق، ص ٧٨٢. أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص ٧٤٢، ٧٤٧. فارس محمد العجمي، المرجع السابق، ص ٣٣٤. أنس فيصل التورة، المرجع السابق، ص ٣٠١، ٣٠٧. محمد الأيوبي، المرجع السابق، ص ٢٨٨، ٢٩٢.

Ibid., Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, op cit, p179.

(١٠٤)

استبدال أو تأجيل التنفيذ، وهي مسائل تستلزم تدخّل القاضي لا محالة. كما أنّ استحالة التنفيذ لا يمكن أن يحتج بها بسبب الجائحة إذا كان محلّ الالتزام دفع مبلغ من النقود إلا في حالات نادرة (المدين تحت العناية المركّزة)^(١٠٥)، أو كان المدين سبباً في تأخّر الالتزام إلى حلول الجائحة^(١٠٦).

ينتهي العقد بقوة القانون متى كانت الاستحالة مطلقة (حسب المادة ١٢١٨ من القانون المدني الفرنسي الجديد)، أمّا إذا كان تأثير الجائحة على العقد يجعل الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، ولم يقبل المتعاقد المعني تحمّل المخاطر، فيمكن حسب المادة ١١٩٥ (الجديدة) للأطراف إعادة التفاوض حول تنفيذ العقد، وفي حالة فشل التفاوض أو رفض الطرف الآخر، تتمّ مراجعة العقد من طرف القاضي الذي يمكنه تعديله أو إنهائه^(١٠٧).

لم تؤثر جائحة كورونا على القواعد الوطنية فقط، بل تعدّتها إلى القواعد عبر الوطنية، حيث عدّلت غرفة التجارة الدولية في مارس ٢٠٢٠ من شروط القوة القاهرة، فلم يعد الطرف المتضرر ملزماً بإثبات عدم إمكانية التنبؤ بالحادث المفاجئ، بل يكفي إثبات عدم قدرته على تجنبه أو التغلّب عليه^(١٠٨).

من الناحية العملية، أخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة منذ قضية "شركة بورديو للإضاءة" سنة ١٩١٦^(١٠٩)، في حين أنّ القضاء المدني

Ibid., Erwan Poisson and others, Covid-19 coronavirus - force majeure, (١٠٥) imprévision/hardship and emergency legislation on contracts under French law in light of the Covid-19 pandemic, 30/03/2020 (30/05/2020, 09:35).

Erwan Poisson and others, Ibid., (١٠٦)

Article 1195 du CCF: "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe". (١٠٧)

<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf> (26/05.2020, 14:36). (١٠٨)

Conseil d'état, 30/03/1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, (١٠٩) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux> (30/05/2020, 10:34).

الفرنسي لا يعترف بهذه النظرية منذ قرار محكمة النقض الفرنسية بخصوص "قناة كاربون" سنة ١٨٧٦ عندما اعتبرت أنه ليس للمحكمة تعديل العقد إلا بموجب نص قانوني بحجة احترام إرادة الأطراف وتحقيق الأمن القانوني^(١١٠). لذا عرفت القضايا التجارية هروباً نحو التحكيم الذي يفضّل الوسائل الودية، ويسمح بوضع شروط إعادة التفاوض^(١١١)، وهو ما انتهى إليه القانون المدني الفرنسي الجديد.

أما بخصوص القرارات الأخيرة الصادرة بمناسبة جائحة كورونا^(١١٢)، فحيثياتها تشير إلى تكيف التدابير المتبعة في ظل جائحة كورونا كقوة قاهرة مؤثرة على الحقوق والحريات وتنفيذ الاستدعاءات القضائية، وستكشف القرارات المستقبلية عن إمكانية توسيعها لتكون قوة قاهرة بمفهوم قانون العقود.

بالمقارنة بين الأنظمة نجد أنّ جائحة كورونا تعتبر قوة قاهرة من حيث المبدأ في جميع الأنظمة القانونية، قد تتحوّل إلى ظروف طارئة في بعض الأنظمة، مع اختلاف في الآثار الواجب تطبيقها في هذه الحالات إن كان يرجع فيها لإرادة الأطراف أم لإرادة وسلطة القاضي.

إلا أنّ التدابير والإجراءات القانونية المتخذة لمواجهة جائحة كورونا كان لها الأثر البالغ على تعميق الفجوة بين هذه الأنظمة، فجائحة كورونا قد تكون قوة قاهرة (فسخ العقد) أو ظرفاً طارئاً (تعديل العقد)، بل قد تكون محفزاً على تنفيذ بعض العقود (استمرار التنفيذ)، وهذا بالنظر لطبيعة العقد (محل العقد أو شخصية الأطراف) من جهة، وبالنظر لتأثيرها بالتدابير والإجراءات المتخذة من جهة ثانية.

الفرع الثاني

الآثار القانونية للإجراءات والتدابير المتخذة على نظرية العقد

وصفت التدابير والإجراءات المتخذة بسبب جائحة كورونا بـ "Lex epidemia"^(١١٣) قياساً على قواعد العادات التجارية "Lex Mercatoria" نظراً لتأثيرها على الحياة

CC, Arrêt du 6 mars 1876, Canal de Craponne, (30/05/2020, 10:50) (١١٠)

Peter Klaus Berger and Daniel Behn, op cit, p42. (١١١)

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. Cité par; Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, op cit, p177. (١١٢)

Mustapha Mekki, De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?, op cit, p164. (١١٣)

الاقتصادية وآثارها القانونية على العقود والالتزامات، حيث انتقلت بنا من القانون العام إلى القوانين الاستثنائية. وهو ما يطرح التساؤل حول جدوى إصدار القواعد التي تمسّ بنظرية العقد، فهل تمثل إقصاء أو تفعيلاً لقواعد القانون المدني؟ ما محلّ المدد الواردة في بعض النصوص من الإعراب على ضوء القواعد العامة؟

لقد أصدرت الصين شهادات القوة القاهرة، وإذا كانت هذه الشهادات تعتبر إثباتاً بين المدنيين على المستوى المحلي، فهي ملزمة للمحاكم الصينية (الوطنية) لكنّها ليست ملزمة للمحاكم ومراكز التحكيم الدولية^(١١٤). وعليه لا يمكن للأطراف المتعاقدة الاحتجاج بهذه الشهادات للتملّص من الالتزامات العابرة للحدود، لكنّها ستؤثّر عليها بطريقة غير مباشرة، حيث لا يمكن للمتعاقد الصيني الاحتجاج بعدم قدرته على تنفيذ التزاماته بسبب الشهادات في حدّ ذاتها، لكن قد يحتجّ بأثر هذه الشهادات على المستوى المحلي، وانعكاس ذلك على الالتزام التعاقدي في مواجهة الغير بالنسبة للعقود التجارية الدولية.

في جانب آخر، اعتبرت المنظومة الفرنسية أنّ جائحة كورونا تمثل قوة القاهرة، ونصّت الأحكام التنظيمية الصادرة (خاصة الأمر الصادر في ٢٥/٣/٢٠٢٠)^(١١٥) على تأخير الآجال القانونية Report des délais، وهي بذلك لا تعتبر توقيفاً للعقد Interruption ولا تعليقاً Suspension للآجال القانونية^(١١٦). كما أكّدت هذه الأخيرة على توقيف العمل بالشروط الجزائية في مجال الصفقات العمومية والعقود المدنية (باستثناء السندات المالية التي تخضع للقانون النقدي والمالي)^(١١٧) وبشكل أكثر تفصيلاً نظّمت الحكومة الفرنسية أحكام فسخ بعض العقود المتأثرة بشكل كبير بسبب جائحة كورونا كعقود السياحة من خلال محاولة تسوية الوضعية ودياً مع الزبائن بتقديم عروض مستقبلية^(١١٨).

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

(١١٥) Ordonnance n° 2020/330 du 25/03/2020 relative aux mesures de continuité budgétaire, financière et fiscale des collectivités territoriales et des établissements publics locaux afin de faire face aux conséquences de l'épidémie de covid-19, (12/09/2020, 10:29)

(١١٦) Mustapha Mekki, De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?, op cit p166.

(١١٧) Julia Heinich, op cit, p 615.

(١١٨) Ordonnance no 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de sejour en cas = de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure, JORF?

إذا سلمنا جدلاً بأن جائحة كورونا قوة قاهرة، فهل هي دائمة أم مؤقتة؟ وهل ينقضي العقد بقوة القانون أم بحكم القاضي؟ وهل يمكن للقاضي تعديل بعض بنود العقد وتطبيق نظرية انتقاص العقد (وليس العقد الناقص)؟ وإذا استعاضت الحكومات بالتدابير والنصوص القانونية الخاصة للحفاظ على العقود بعد الحجر، فماذا بقي للنظرية العامة للعقد؟

يبدو أننا سنكون أمام أزمة قانونية كنتيجة لأزمة صحية، فهل ستأتي جائحة كورونا على ما بقي من أحكام النظرية العامة للعقد؟ أم ستحيي هذه الجائحة نظرية العقد الناقص محل البحث.

المطلب الثاني

نظرية العقد الناقص بين الإحياء والمحدودية في ظل جائحة كورونا

يمكن للقاضي وفق النظرية التقليدية للعقد الاعتماد على معايير موضوعية وشخصية لتقدير تطبيق نظرية القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة على العقد، كمدة العقد، نسبة الإنجاز، الالتزامات المنجزة من الطرفين، أهمية العقد بالنسبة لكل طرف، ارتباط العقد بعقود أخرى، معيار شخصية المتعاقد إن كانت محل اعتبار.

أما تطبيق نظرية العقد الناقص في جزئها المتعلق بالظروف الاستثنائية فيغلب الطابع الإرادي للمتعاقدین على دور القاضي، حيث يمكن أن تتطور إرادة الأطراف إلى إنشاء التزامات جديدة تلغي الالتزامات السابقة، تجعل من الوضع كأننا أمام عقد أو عقود جديدة على أنقاص العقد السابق؛ لذا قد يكون لجائحة كورونا دور في إحياء نظرية العقد الناقص (الفرع الأول).

ككل نظرية فليس من الممكن تطبيق نظرية العقد الناقص في كل الأحوال بالدرجة نفسها على كل العقود، لذا سنتعرض لمحدودية نظرية العقد الناقص في ظل جائحة كورونا (الفرع الثاني).

= 26/03/2020, (29/05/2020, 13:45). Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure, JORF n°0074 du 26 mars 2020, (29/05/2020, 13:59). See; Jean-Denis Pelletier, Coronavirus: une ordonnance pour sauver les professionnels du tourisme, 28/03/2020, (29/05/2020, 14:38).

الفرع الأول

إحياء نظرية العقد الناقص في ظل جائحة كورونا

تمثل إعادة التفاوض أساس نظرية العقد الناقص ولكن بشكل أوسع من المعمول به في نظرية الظروف الطارئة، حيث لا يقتصر إعادة التفاوض على معالجة الحوادث التي تؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل قد يكون متعلقاً بتحسين العقد أو لمواكبة تقدّم تكنولوجي ما وفق مبدأ التحفيز التعاقدوي المشار إليه سابقاً.

بالنسبة للجانب الأول من نظرية العقد الناقص الذي تشترك فيه مع نظرية الظروف الطارئة، يمكن الاعتماد على إعادة التفاوض لحل المنازعات الناشئة عن جائحة كورونا، لأنّ غرض إعادة التفاوض بإرادة الأطراف هو الوصول إلى حلّ يرضي الطرفين يتم بموجبه تنفيذ العقد.

إعادة التفاوض قد يكون اتفاقياً (عند إبرام العقد أو تنفيذه)، وقد يكون قضائياً (بطلب من القاضي أو المحكم)، فهو يسمح للأطراف المتعاقدة تعديل العقد والاتفاق على كيفية تنفيذه على ضوء الظروف والحوادث الطارئة عليه^(١١٩)، أيّ أنّه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فهذه الأخيرة أنشأت العقد فكان لزاماً منحها صلاحية تعديله، أي من يملك الكلّ (إنشاء العقد من العدم) يملك الجزء (تعديل العقد المبرم).

الأصل أنّ تكون إعادة التفاوض بموجب شرط يلتزم به أطراف العقد، فهل يمكن إلزام الأطراف بإعادة التفاوض في حالة عدم وجود هذا الشرط؟ وهل يستوي الأمر بالنسبة للعقود الداخلية والدولية؟

أولاً: إعادة التفاوض في العقود المحلية

إذا كان إعادة التفاوض يتمّ بموجب شرط في العقد أو ما يعرف بشرط إعادة التفاوض أو شرط المشقة Hardship، فجائحة كورونا قد جاءت في ظروف استثنائية وبطريقة غير مسبقة، حيث لم تعتد بعض المنظومات على وضع هذا الشرط، كما قد يصاغ هذا الشرط في أنظمة أخرى بشكل لا يشمل حالة وقوع جائحة تؤثر على العقود بالشكل الملاحظ بالنسبة لكورونا.

من جهة ثانية، قد تميل بعض الأنظمة إلى تغليب دور القاضي في تعديل العقد على منح فرصة لأطرافه لإعادة التفاوض، فهل هذا يعني أنّ إعادة التفاوض يفقد مفعوله أمام نظرية الظروف الطارئة؟

(١١٩) علاء الدين الخصاونة، المرجع السابق.

إذا قلنا بأنَّ شرط إعادة التفاوض في ظل القوانين التي تعتمد على نظرية الظروف الطارئة باطل، فهل المادة ١٠٧ من القانون المدني الجزائري (وما يقابلها في القوانين العربية)^(١٢٠) غرضها استمرارية تنفيذ العقد أم منع الاتفاق على إقصاء تدخّل القاضي في تعديل العقد؟ بمعنى آخر هل نظرية الظروف الطارئة في هذه الأنظمة من النظام العام؟ فإذا رغب الأطراف في إعادة التفاوض حول تعديل العقد بعد حدوث ظرف الطارئ (جائحة كورونا مثلاً)، فهل يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام أم أنَّ المقصود بالبطلان هنا بطلان منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد؟

لا تعتبر القوانين الغربية كلاً من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة من النظام العام، أي يمكن الاتفاق على تحمّل أحد الأطراف مخاطر تغيّر الظروف، في حين تمنع القوانين العربية الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في تعديل العقد بالنسبة للظروف الطارئة دون القوة القاهرة^(١٢١). لكن في حقيقة الأمر، لم توضع نظرية الظروف الطارئة كقيّد على حرية الأطراف، بل جاءت لتحقيق مقتضيات العدالة في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعديل العقد.

إذا قلنا أنَّ نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فكيف يفسّر السماح للأطراف بالاتفاق على تحمّل المدين آثار القوة القاهرة (وهي أشدّ) دون أن نسمح بذلك بالنسبة للظروف الطارئة، لذا فالمقصود هو الرجوع دائماً لإرادة الأطراف كأصل عام، والقاضي كاستثناء وحل أخير.

فالنصوص السابقة لم تلزم القاضي بل جاءت جوازاً لتعديل العقد، فالبطلان المترتب على مخالفة القاعدة يتعلّق بالاتفاق الذي يصبّ على عدم قبول تدخّل القاضي لإزالة الإرهاق اللاحق بالطرف المتضرر من الحادث الطارئ (جائحة كورونا)، أما إن تم الاتفاق على التفاوض بشرط سابق أو اتفاق لاحق، فيكون الشرط أو الاتفاق صحيحين.

حسب مفهوم المواد المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، لو تم الاتفاق على تعديل

(١٢٠) تنصّ المادة ١٠٧ من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "...غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفّذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق بخلاف ذلك".

Roland Ziadé et Claudia Cavicchioli, op cit, p182.

(١٢١)

العقد بشرط أو اتفاق، فالطرفان لم يخرجاً عن دائرة العقد شريعة المتعاقدين، أما إن كان الطلب بإعادة أحدهما فقط، فيمكن للقاضي إن رأى ذلك، إلزام الطرف الآخر بإعادة التفاوض قبل أن يمارس صلاحياته في تعديل العقد وإرجاع الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

يبدو أنَّ نظرية الظروف الطارئة بقواعدها المجسدة في القوانين المعاصرة لا تعطي للأطراف ما تعطيه لهم نظرية العقد الناقص، فهذه الأخيرة يبلغ فيها مبدأ سلطان الإرادة ذروته، حيث يسمح الشروع في تنفيذ العقد للأطراف بأخذ نظرة حقيقية وعملية حول صيرورة تنفيذ ونتائج العقد المتوقعة، ناهيك عن كون الجائحة قد تمسّ جوانب أخرى خارجة عن نطاق العقد لكن ذات علاقة غير مباشرة بتنفيذه، أي أنَّ العقد يبقى مفتوحاً في ظل هذه النظرية خاضعاً لإرادة الطرفين أو الطرف الذي احتفظ بجزء من حقوق السيطرة على العقد عند إنشائه، وهذا طبعاً تكريس للنظام الرأسمالي الذي برزت فيه النظرية، حيث يسمح للسوق بتنظيم نفسها بنفسها، ويقلّ فيها تدخّل الدولة بالتنظيم، وعليه إعادة التفاوض في العقود المحلية لا يمكن أن يحلّ محلّ القاضي بشكل تام، أي أنَّ سلطان الإرادة يبقى ذا أثر محدود في بعض الأنظمة متى كان العقد محلياً.

ثانياً: إعادة التفاوض في العقود الدولية

يتعدّى مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية شروط العقد إلى تحديد القانون واجب التطبيق، حيث تتميز هذه العقود بطول مدتها: باعتبارها عقوداً مستمرة (تتخلّلها ظروف طارئة أو تغيرات تستوجب إعادة النظر في كيفية تنفيذه)، وخصوصية أطرافها (ذات طرف أجنبي في غالب الأحيان)، وتدخّل الغير (مؤسسات التمويل)، وممارسة الدولة لسلطتها العامة أحياناً، وأهمية موضوعها (تتعلّق بالتنمية عادة).

إنّ المسألة تزداد تعقيداً في العقود الدولية، وإن كان يغلب عليها تضمن شرط إعادة التفاوض، فإنّه يمكن إلزام الأطراف بإعادة التفاوض بموجب شرط في العقد أو حتّى بإلزام من القاضي أو المحكّم. إنّ إلزام الأطراف بإعادة التفاوض لا يعني إلزامهم بالوصول إلى نتيجة مفادها تعديل العقد والاستمرار في تنفيذه، بل هي فرصة تُمنح لهم لتقريب وجهات النظر، فالالتزام بإعادة التفاوض هنا التزام بتحقيق نتيجة، أما الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد فهو التزام ببذل عناية وفق مبدأ حسن النية والتعاون بين الأطراف وفق مقتضيات العدالة.

إذا كان إعادة التفاوض يمثل أهم مبادئ نظرية العقد الناقص التي يمكن أن تسهم في إبراز نظرية العقد الناقص في حل منازعات الالتزامات التعاقدية المتأثرة

بجائحة كورونا، فإنَّ الإلزام بإعادة التفاوض في العقود التجارية الدولية يمسّ بأساس نظرية العقد الناقص، وهو مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن أن يلزم الأطراف بالجلوس لإعادة التفاوض دون وجود شرط أو اتفاق مسبق^(١٢٢).

الخلاصة أنَّه يوجد تقارب بين معظم الأنظمة القانونية حول تكييف جائحة كورونا مع اختلاف حول كيفية معالجة آثارها ومدى قابلية تفعيل نظرية العقد الناقص فيها. فالقانون الفرنسي تخلّى عن الجمود السابق وسمح بإعادة التفاوض، أي أنَّه قبل بتطبيق النظرية، ولكن "باحترام". في حين يسمح القانون الأمريكي بإعادة التفاوض دون منح سلطات للقاضي، وهو أساس قيام نظرية العقد الناقص، وتقترب القوانين العربية من القانون الفرنسي فيما يتعلّق بسلطة القاضي مع صمتها فيما يخصّ إعادة التفاوض. هذا الأخير يمكن أن نعتبره ممكناً في القوانين العربية من خلال التفسير الموسّع لعبارة "العقد شريعة المتعاقدين"، لا يمكن تعديله إلا بإرادة الطرفين"، فإذا كان القانون يسمح بتعديل العقد فمن باب أولى السماح بإعادة التفاوض.

أيّ أنّ جزءاً هاماً من تطبيقات نظرية العقد الناقص متأصل في القوانين المعاصرة، ويمكن أن يسهم في حلّ منازعات جائحة كورونا، ولكن يمكن أن يتم ذلك بشكل نسبي، ممّا يعني أنّ هذه النظرية تبقى ذات محدودية أمام جائحة كورونا.

الفرع الثاني

محدودية نظرية العقد الناقص أمام جائحة كورونا

إنّ الغرض من نظرية العقد الناقص جعل العقد انسيابياً ومرناً، يمكن الاستمرار في تنفيذه بإرادة الطرفين أو بتوجيه من أحد أطراف العقد، إلّا أنّ المسألة ليست قابلة للتعميم، فبعض العقود تحتاج فقط للتأخير، وبعضها الآخر لا يمكن أن يستمر أو يؤجل، في حين أنّ نوعاً آخر من العقود يمكن تكييفه وتعديله بما يخدم مصلحة الطرفين أو تحقيق التوازن العقدي، وهو ما يستلزم تدخّل القاضي في تعديل العقد (أولاً)، ومن جهة ثانية ترتبط العقود ببعضها بعضاً في الحياة الاقتصادية المعاصرة، وهو ما يجعل نظرية العقد الناقص محدودة أمام فكرة العقود المترابطة (ثانياً).

(١٢٢) المادة ٥٥ 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/oxford?student?LEG.html> (23/05/2020, 14:56).

أولاً: محدودية نظرية العقد الناقص أمام دور القاضي

لا غنى عن الرجوع إلى دور القاضي في تطبيق نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة في تعديل العقد، فمثلاً أثارت جائحة كورونا مشكلة التوقُّع، فإذا كان انتشار الوباء في بعض الدول كان في نهاية السنة الماضية أي لم يكن متوقعاً بالنسبة للمتعاقدين في هذه الدول، فإنَّه بالنسبة لدول أخرى لم تشرع في الاحتياط من المرض إلى خلال نهاية الثلاثي الأول من السنة الجارية، أي أنه كان للأطراف المتعاقدة في هذه الدول فرصة توقُّع وصول الجائحة، وتوقُّع الآثار الجانبية على التزاماتهم التعاقدية.

إنَّ إلغاء دور القاضي في تعديل العقد يجعل العقد خاضعاً للواقع أكثر من خضوعه للقانون، كما أنَّ التعويل على إرادة الأطراف وحدها في قيادة عربة العقد يجعل القانون خاضعاً للإرادة وليس العكس، ومع اختلاف الإرادات تختلف القوانين، أي حدوث حالة من عدم التناسق في المنظومة القانونية.

إذا حدثت ظروف طارئة قد يكون في تنفيذ العقد إرهاباً لأحد الأطراف، كما يمكن أن يكون في عدم تنفيذه أيضاً تكلفة كبيرة لأحد المتعاقدين، وعليه فالموازنة بين تنفيذ التزام أو التزامات تعاقدية أو عدم تنفيذها نتيجة جائحة كورونا ليست بالأمر الهين، فاحتجاج أحد الأطراف المتعاقدة بتعليمات الحجر الجزئي المفروض من طرف السلطات العامة لا يمكن أن يكون في حدِّ ذاته عذراً لفسخ العقد، أو عدم تنفيذ الالتزامات متى كان ذلك ممكناً ولو بتكلفة زائدة عن التكلفة المتَّفَق عليها في العقد دون أن تصل إلى حدِّ الإرهاب، ومسألة تقدير أن أحد الالتزامات مرهق أم لا نسبية، يمكن أن يتم التفاوض أو إعادة التفاوض حولها، ويبقى تدخُّل القاضي أو المحكِّم لتسوية النزاع معتبراً، وهو ما يعني محدودية نظرية العقد الناقص.

نظرية الظروف الطارئة تتعلَّق بحالات استثنائية قد ينجم عنها إنقاص الالتزامات المرهقة للأطراف المتعاقدة، كما أنَّ للقاضي دوراً فعَّالاً في تعديل العقد، أمَّا في العقد الناقص فيتم إعادة التفاوض بين المتعاقدين ولا سلطان للقاضي أمام سلطان الإرادة. أي أنَّ نظرية الظروف الطارئة تشترك في جزء من نظرية العقد الناقص التي تعتبر أشمل وأوسع نطاقاً.

إن نظرية العقد الناقص تجعل من انفساخ العقد حالة مستبعدة، لكن هل انصراف إرادة الأطراف إلى الاستمرار في تنفيذ العقد، ولو بإعادة تحويله وعدم قبول فسخ العقد إلَّا بالإرادة المشتركة، كفيلة بتحديد نهايات كلِّ العقود، أمَّ أنَّ نظرية العقد

الناقص تقف حائرة أمام انفساخ العقد بحكم القانون أو الواقع؟ وهل وجود علاقة وثيقة بين العقود المبرمة يجعل تطبيق نظرية العقد الناقص محدوداً؟

ثانياً: محدودية نظرية العقد الناقص أمام العقود المترابطة

تقف نظرية العقد الناقص عاجزة أمام ما يمكن تسميته بـ "العقود المترابطة"، أي عند حدوث ظروف استثنائية تمسّ عقد ما، ويكون هذا العقد على صلة وثيقة أو يبني على أساسه تنفيذ عقود أخرى، فإنّ استحالة تنفيذ هذا العقد تجعل من تنفيذ العقود الأخرى مرهقاً أو مستحيلاً، والقاعدة هنا ألا تخضع كلّ العقود للنظام نفسه^(١٢٣)، أي لا يمكن الاحتجاج بالقوة القاهرة نفسها كعذر لتنفيذ كل العقود، بل تعالج حالة بحالة، وعليه سنأخذ ثلاثة نماذج من العقود: عقود التشييد، عقد لاعب كرة القدم المحترف، عقد العمل.

تتأثر عقود التشييد والبناء بجائحة كورونا من جوانب عديدة: صحّة وأمن الأشخاص، كيفية إنجاز الأشغال، التمويل المالي، آجال استلام الرخص الإدارية، تأخر مواعيد الدفع،... إلخ^(١٢٤). بل يمكن أن تتوقّف الأشغال تماماً لارتباط هذه العقود بعقود أخرى لا يستطيع أصحابها تنفيذ التزاماتهم بسبب المرض أو بسبب التدابير المتخذة من طرف السلطات العمومية كمنع النقل مثلاً، أو توقّف عقود المناولة، أو إلغاء تنفيذ التزامات الوعد ببيع العقارات محلّ إنجاز المشاريع، أو تأثر العلاقة بين المقاول ومكاتب الاستشارات الهندسية.

الأكثر من ذلك أنّ القروض البنكية أساسها ودائع العملاء التي تنخفض إلى مستويات دنيا في ظل الجائحة مع التزام هذه المؤسسات بتطبيق القواعد المالية الاحترازية، وهو ما يؤثّر بشكل كبير على سير مشاريع التشييد والبناء، كما تطرح مسألة أسعار العقارات موضوع التشييد^(١٢٥)، وقد تؤدّي الجائحة إلى إفلاس المؤسسات إذا طالت مدّة التدابير والإجراءات المتخذة، وهو ما يطرح قابلية نظام

Julia Heinich, op cit, p 612.

(١٢٣)

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=0 05, 05/05/2020, pp 209-218. 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=0 05, 05/05/2020, pp 228-230.

Ibid.,

(١٢٥)

الإفلاس المعتمد في الأنظمة القانونية لتجاوز آثار الأزمة، ودور إعادة التفاوض في تعزيز ما يعرف بـ "إعادة هيكلة المؤسسات المتعثرة".

شهد تكيف عقد لاعب كرة القدم تبايناً حول اعتباره عقد عمل، أو عقد مقالة، أو التزاماً بعمل يخضع للقواعد العامة، ويعتبر قطاع الرياضة (كرة القدم خاصة) من أكثر القطاعات تضرراً من جائحة كورونا، ليس لأهميته بالنسبة للمواطن، ولكن لنظامه المالي والتعاقدي المعقد والهش^(١٢٦).

فتوقيف المباريات أثر على مصادر التمويل: التذاكر واستغلال المرافق الملحقة بالملاعب، الإشهارات وعوائد البث، الزيارات السياحية ... إلخ^(١٢٧)، وهذا في مقابل رواتب اللاعبين المرتفعة، ورغم أنّ هؤلاء يمكن اعتبارهم قد أحيوا على البطالة الجزئية أو النشاط الجزئي، فإنّه في الوقت نفسه لا يمكن تسوية المسألة من خلال إعادة التفاوض على الرواتب؛ لأنّ قرارات إجراء المباريات في ملاعب مغلقة يجعل اللاعبين يؤدون التزاماتهم كاملة دون الحصول على الأجور المتفق عليها^(١٢٨). بل إنّ استمرار تنفيذ اللاعبين لعقودهم بإجراء المباريات مغلقة وتحمل المزيد من المخاطر (قد تصل للوفاة) يجعل من بعض العقود المرتبطة بها دون جدوى؛ لأنّها لا تقبل التأجيل ما دام العقد الرئيسي محلّ تنفيذ بطريقة مختلفة عن المعتاد^(١٢٩).

عقود العمل غير محدّدة المدّة بطبيعتها، أيّ أنّها تمثّل إحدى أهم تطبيقات نظرية العقد الناقص، حيث تتكفّل الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية بتحديد مضمون العقد ومحلّه بشكل أدقّ، والرضائية فيه نسبية، لذا يوصف وضع العامل بالتنظيمي أكثر من التعاقدي^(١٣٠).

يتأثر تنفيذ عقد العمل بسبب جائحة كورونا نتيجة منع الانتقال من مكان لآخر، وغلق بعض المؤسسات، كما تطرح مسألة التعويضات عن التوقّف عن العمل، وتغيير حجم وتوقيت ساعات العمل، والمخاطر المرتبطة ببيئة العمل في حدّ ذاتها، والأخطار

Frédéric Buy, les organisateurs sportifs et le Coronavirus, dossier de Covid-19 (١٢٦) et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n°4, Avril 2020, p199.

Ibid., (١٢٧)

Ibid., (١٢٨)

Ibid., (١٢٩)

Grégoire Duchange, Coronavirus et contrat de travail, dossier de Covid-19 et (١٣٠) Contrat, Actualité Juridique Contrat, n°04, Avril 2020, p191.

المهنية المتعلقة بالمسافة بين المنزل ومكان العمل^(١٣١). كما تطرح أيضاً مسألة بقاء الأولاد في المنزل بسبب غلق المدارس والمؤسسات التعليمية^(١٣٢).

من ناحية أخرى تتأثر عقود العمل بالوضع الاقتصادي العام، فالعامل قد يستمر في نشاطه في بعض المؤسسات جزئياً أو كلياً، غير أنّ عائد المؤسسة الذي يُبنى على أساسه أجر العامل قد ينخفض بسبب جائحة كورونا لارتباطه ببعض العقود الأخرى، وعليه يكون ربّ العمل أمام خيارين: تسريح العمّال أو تخفيض الرواتب، فيطرح التساؤل بالنسبة للحالة الأولى حول مسألة التسريح التعسفي، وفي الثانية بالمساس بجوهر عقد العمل (أجرة العامل)^(١٣٣).

هذه المسائل وأخرى، لا يمكن حلّها إلّا بعد إعادة النظر في كيفية تطبيق روح النصوص القانونية المنظمة للالتزامات التعاقدية، وإعمال القضاة فكرهم واجتهادهم لحل المنازعات بعيداً عن النظريات التقليدية للقانون.

الخاتمة:

يعتبر التحليل الاقتصادي للعقد نتيجة منطقية للدراسات البيئية ومنهجاً مستجداً في بعض الأنظمة، ونتيجة عولمة القواعد القانونية، كانت نظرية العقد الناقص إحدى مخرجات التلاقح والاقتراس بين الأنظمة القانونية.

ترتكز هذه الأخيرة على جعل العقد مفتوحاً أمام إرادة الأطراف للتعامل مع الظروف المستقبلية سواء أكانت طبيعية أم استثنائية، متوقعة أم غير متوقعة، قابلة للتغلب عليها أم لا. وهي فلسفة دخيلة على النظرية التقليدية للعقد، تحتاج لكثير من النظر والتمحيص حول مضمونها ونتائجها القانونية.

إنّ تقييم نظرية العقد الناقص ينبغي أن يكون من خلال التمييز بين حالة النقصان الإرادي (المخاطر الداخلية للعقد)، والنقصان الخارجي (المخاطر الخارجية للعقد): حيث إنّّه بالنسبة للحالة الأولى فإنّ عدم نصّ النظرية على معيار ضابط للحدّ الذي يمكن أن نسمح أو نمنع فيه عدم التحديد يعتبر محلّ جدل كونه يمسّ نظرية العقد في الصميم، وينقل العقود إلى ظاهرة الاحتمالية التي تمسّ بالقوة الملزمة للعقد. أمّا بالنسبة للحالة الثانية فينبغي عدم تركيز المخرج على إرادة الأطراف، بل

Ibid.,

(١٣١)

Ibid.,

(١٣٢)

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

تظهر ضرورة التفصيل بين العقود، فلا يمكن وضع نظرية تجمع كل العقود، بالدرجة نفسها، وفي الظروف نفسها. من جهة ثانية لا مناص من تدّخل القاضي أو المحكم للفصل في النزاعات التي يمكن أن تثار بمناسبة جائحة كورونا، بل إنّ بعض العقود لا تقبل إبقاء الكرة في مرمى الأطراف نتيجة استحالة الاستمرار في تنفيذها أو استحالة وصول الأطراف إلى حلّ ودّي حولها.

لذا يمكن أن نقول أنّ جائحة كورونا تمثّل اختباراً حقيقياً "Test" لنظرية العقد التقليدية ونظرية العقد الناقص. فإذا كانت هذه النظرية ولا شكّ تساهم في إيجاد حلول لآثار جائحة كورونا على الالتزامات التعاقدية، فإنّها تبقى ذات آثار محدودة بالنسبة لبعض الحالات القانونية الشائكة والعقود المترابطة.

بعد الانتهاء من دراسة الموضوع، وجدت عبارة لشيخ الإسلام ابن تيمية ورد فيها جوابه عن الجوائح: "ولا خلاف بين الأمة أن تعطل المنفعة بأمر سماوي بوجب سقوط الأجرة أو نقصها أو الفسخ"^(١٣٤). فنلاحظ اختلاف الفتوى وتغيّر الأحكام بتغيّر الظروف والأحوال في العقد نفسه (عقد الإيجار). أي أنّه توجد مجالات أخرى للدراسات المقارنة التي يمكن أن تقدّم الحلول لتأثير جائحة كورونا على الالتزامات التعاقدية، وهذا في انتظار الشروع في حل المنازعات المتوقعة على المدى القصير والمتوسط والطويل.

(١٣٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة ٢٠٠٥، الجزء ٠٣، ص ٢٩٣.

المراجع

أولاً - 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 ٠٦، 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 ٠٦، 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 ٠١، 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 ٠٦، جوان ٢٠٢٠.
- فتحي تيتوس، كوفيد-١٩: هل يشكّل قوة القاهرة؟ حوليات جامعة الجزائر، المجلد ٣٤، العدد ٠٣، جامعة الجزائر ١، جويلية ٢٠٢٠.
- فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٠٤، 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، ص ٢٩٥.
- 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 ٠٦، جوان ٢٠٢٠.
 - ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد ٠٦، جوان ٢٠٢٠.

ثانياً - المراجع باللغات الأجنبية:

A. Books:

- François Terré, Droit civil - obligation - Dalloz, 8^e édition, 2012.
- Stéphane Darmaisin, Contrat moral, LDJ, Paris, édition DELTA, Paris, France, 2000.

B. Articles and papers:

- 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 > <https://ssrn.com/abstract=2241652> < .
- Bengt Holmstrom and Paul Milgrom, Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, Journal of Law, Economic, and Organization, V7, 1991, pp 24-52, > https://econpapers.repec.org/article/oupjleorg/v_3a7_3ay_3a1991_3ai_3a0_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° 05, 05/05/2020,.

- Dennis Tallon, Le concept de bonne foi en droit français du contrat, Saggi, conferenze seminari del Centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M. J. Bonell, site internet: <http://www.cnr.it> .
- Ejan Mackaay, L'analyse économique du droit, I, Fondement; Les éditions themis, 2000. Christophe Jamin, Droit et économique des contrats, LGDJ, 2008.
- Erwan Poisson and others, Covid-19 coronavirus - force majeure, imprévision/hardship and emergency legislation on contracts under French law in light of the Covid-19 pandemic, 30/03/2020 > <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/covid-19-coronavirus-force-majeure-imprevision-hardship-and-emergency-legislation-on-contracts> < .
- Frédéric Buy, les organisateurs sportifs et le Coronavirus, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n°4, Avril 2020.
- <https://www.degruyter.com/view/journals/gj/4/3/article-gj.2004.4.3.1141.xml.xml> < .
- Grégoire Duchange, Coronavirus et contrat de travail, dossier de Covid-19 et Contrat, Actualité Juridique Contrat, n°04, Avril 2020.
- 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.
- Hart O. et Moore J. (1990), « Property Rights and the Nature of the Firm », Journal of Political Economy, vol. 98, n°6, pp. 1119-1158.
- Ian Ayres and Robert Gertner, Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules, Yale Law

- Journal, V 99 (87) 1989, > <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7236&context=ylj> <
- Iran Aures, Default rules for incomplete contracts, in P. Newman (éd), The New Palgrave Dictionary of economics 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, Renegotiating 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= °11/7856, 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= O04, Avril 2020.
 - Mustapha Mekki, La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, > <https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf> < .
 - Ninel Ulloa Maureira, Introduction du concept Américain des contrats incomplets en droit civil français, Global Jurist Topics, V 4 (3), 2004.
 - Oliver E. Williamson, Transaction Cost Economics: The Natural Progression, The American Economic Review, Vol. 100, No. 3 (JUNE 2010), pp. 673-690, > <https://www.jstor.org/stable/27871227> < .
 - Oliver Hart and John Moore, Foundations of incomplete contracts, Review of Economic 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, Incomplete Contracts and Control, Royal economic Society, Past-Presidents Plenary, 02/05/2017 > <https://www.youtube.com/watch?v=T1FhxdFbdqw> < .
 - Oliver Hart, Incomplete contract and control, American Economic Review 2017, 107(7): 1731-1752, > <https://doi.org/10.1257/aer.107.7.1731> < .
 - Olivier Soutel, L'évolution de la théorie des contrats incomplets face à la dé-intégration vertical, Revue d'économie Industrielle, V 177, 2007, pp 93 -110 > <https://journals.openedition.org/rei/1193> < .
 - Pascale Guiomard, La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, 04/03/2020, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/grippe-epidemies-et-force-majeure-en-dix-arrets#.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 age of Corona: A historical and comparative 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 indefinite agreement, 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 Contrat, Actualité Juridique Contrat, n= 004, Avril 2020.
 - 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>.
- Sophie Harnay, L'analyse économique du juge constitutionnel », Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques, 78, 2017.
 - 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 > https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2926643 < .
 - Susheng Wangm, Definition of incomplete contract, Hong Kong University of Science & Technology (HKUST) - Department of Economics, 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 contrats administratifs, La Revue International de Droit Economique, n° 1, 01/01/2003.
 - Wei, Guangyue, The Scientometric Evaluation of the Research on the Incomplete Contract from 1986 to 2016 (August 1, 2017) > <https://ssrn.com/abstract=3291386> < .
 - Wendy Netter Epstein, Facilitating Incomplete 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 à l'ordonnance n°2020-315 du 25 mars 2020 relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure, JORF n°0074 du 26 mars 2020, > https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.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.jurisprudence.dalloz-avocats.fr> < .

An attempt to apply the incomplete contract theory to the contractual obligations under pandemic Corona

Dr. Badreddine Berrahlia

The article explores the content of incomplete contract theory. It illustrates the emergence of the incomplete contract theory in the Anglo-American jurisdiction. The paper demonstrates the legal basis of the theory and the tools that support its integration in the general system of contracts.

The article explains the participation of the incomplete contract theory to addressing the contractual obligations issues under pandemic Corona and "the contract crisis".

The paper provides the renegotiation as a genuine principle to the continuity of the contractual relationships. In the same time, it highlights the limitation of the incomplete contract theory in the case of interlinked contracts.