العقود الناقصة في القانون المدني
(دراسةٌ تحليليَّةٌ مُقارنَةٌ)

م. د. هدى سعدون لفتة
كلية القانون/ جامعة القادسية
Huda.s.lafta@gmail.com

م. م. حيدر صلاح كاطع
كلية القانون/ جامعة القادسية
Haider.gatea@qu.edu.iq

الكلمات المفتاحية: العقد الناقص، التحفيز العقديّ، الكمال العقديّ، الانتهاز العقديّ، المرونة العقديَّة.

كيفية اقتباس البحث

لفتة ، هدى سعدون ، حيدر صلاح كاطع، العقود الناقصة في القانون المدني (دراسةٌ تحليليَّةٌ مُقارنَةٌ)، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، تموز ٢٠٢٤،المجلد:١٤ ،العدد:٣.

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

Incomplete Contracts In Civil Law (A Comparative Analytical Study)

Huda Sadoon Lafta
College of Law/University of Al-Qadisiyah

Hayder Salah Gatea
College of Law/University of Al-Qadisiyah

Keywords : incomplete contract, contractual motivation, contractual perfection, contractual opportunism, contractual flexibility.

How To Cite This Article
Lafta, Huda Sadoon, Hayder Salah Gatea , Incomplete contracts in civil law :(a comparative analytical study), Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, July 2024,Volume:14,Issue 3.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

An incomplete contract is a second type of contract from the point of view of the theory of economic analysis of the contract. The contract may be complete, or it may only be incomplete, when its parties do not intend to include all the supplementary contractual clauses that the law has given them wide scope to regulate, in contrast to some of the conditions that must be specified in the beginning. This is a theory that has its eminence in the field of economic literature, from which economics, trade, and companies have benefited. Therefore, talking about the perfection and imperfection of a contract is dependent on that contractual will, which no matter how much the legislator tries to curb it and break its power - with its meaning and provisions - it is still difficult to appear before the legislator's anvil in all contracting circumstances.

The theory of the incomplete contract is effective in confronting many contractual crises. It may rescue a contract from inevitable termination, and life may be written for the contract that cannot be destined to be born properly and with all its components. However, with both of these, it is a

theory that has its merits and has its drawbacks, so it has not been spared. It is one of the arrows of criticism, but nevertheless it has a presence in Western jurisprudence that is more noticeable than in Arab jurisprudence, which did not pay attention to it.

المستخلص

إنَّ العقدَ الناقص نوعٌ ثانٍ من أنواع العقود من وجهةِ نظر نظريَّة التحليل الاقتصاديّ للعقد، فالعقد قد يكون كاملاً وقد لا يكون إلَّا ناقصاً عندما لا ينوي أطرافه إدراج كل البنود التعاقُديَّة التكميليَّة التي فسحَ القانون لهما مجالاً واسعاً في تنظيمها بعكسِ بعضِ الاشتراطات التي يجب أنْ تُحدد ابتداءً، وهي نظريّةٌ لها شموخها في مجال الأدبيات الاقتصادية استفاد منها رجالات الاقتصاد والتجارة والشركات. لهذا فإنَّ الحديثَ عن كمال ونُقصان العقد أمرٌ مرهونٌ بتلك الإرادة التعاقُديَّة التي مهما حاولَ المُشرِّع تحجيمها وكسر شوكتها – بمفهومها وأحكامها– بَيْدَ أنَّها مازالت عصيَّة على المُثول إلى سِندان المُشرِّع في كُلِّ ظُروفِ التعاقد.

هذا وتنجعُ نظريَّة العقد الناقص في التصدَّي للعديدِ من الأزمات التعاقديَّة، فقد تنتشل عقداً من الإنهاء المحتوم، وقد تكتب الحياة للعقد الذي لا يُمكن أنْ يُقدر لهُ الميلاد صحيحاً مُكتمِل الأركان، ولكن مع هذه وتلك فهي نظريَّة لها مالها وعليها ما عليها من المآخذ، فلم تسلمْ من سِهام النقد، ولكن مع ذلك لها حضورها في الفقه الغربي اللافت عنه في الفقه العربي الذي لم يكترث بها.

المقدمَّة

إنَّ النقصان في العقود وإنْ كان من الأمور التي تُعيب العقد، وإنْ لم يُرتّبْ القانونُ أثراً على هذا العيب بَيْدَ أنَّهُ عيبٌ يُحقق مزايا في جانبٍ واضحٍ منه، وحتّى تُزاح الستار عن تلك المزايا، سنُقسِّمُ هذه المقدمة على فقرات، وفقاً لما هو آتٍ:

أولاً: جوهر فكرة البحث

ببساطة شديدة يُعدُّ العقد الناقص إنموذجاً جديداً للتعاقد لاسيما في العقود طويلة الأجل التي تخضعُ لظروف معينة قد تحدث في الفترة التي يكونُ بها العقد سارياً، فالقانون يُرتب أثر معين عند اختلال هذه الظروف، وحتى يُزاح حكم القانون الآمر بنص اتفاقي واضح، فلا سبيل أكثرُ نجاعةً من العقد الناقص لتحقيق هذه الفائدة، كما أنَّ تلك النظريَّة أثبتت جدارتها في تكوين أساس نظريَّة أُخرى هي نظريَّة الإخلال الفعَّال بالعقد، ولم تقف عند هذا الحد بل راح الفقه يُطوّع مضمونها لخدمة عقود الاستثمارات الطويلة الأجل والتي تخضعُ في تنفيذها لمظاريف مختلفة، وليس هذا فحسب، بل أنَّ تلك النظريَّة لها مسببات كثيرة، فالنقص في العقود وإن كانَ خاضعاً لإرادة أطراف العقد غير أنَّ

ثمَّةَ ظروف معينة تدعو إلى الاتكال عليها لتجاوز تلك الظروف التي أثبتت تلك النظريَّة القدرة على مجابهتها.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في خرق القواعد "المسلمّات" في القانون المدني، فمن المعلوم أنَّ الحادث المستجد الذي يقع أثناء تنفيذ العقد متى ما أُثير بصدده نزاع يُعرض أمام المحكمة فإنَّ المحكمة وهي بصدد تكوين يقينها القانونيّ فإنَّها تبت في المُخاصمة من خلال الاتِكال على النيَّة الحقيقية للأطراف المتعاقدة وقت إنبرام العقد، ولكن هذا الأمر يُكلَّف المحكمة جهدها ووقتها، ومن هنا تأتي أهمية موضوع البحث في قدرة نظرية العقد الناقص على عدم هدر جهد المحكمة ووقتها من خلال ترك العقد ناقصاً لا مساغ لعرضه على المحكمة، وغنَّما يبقى طيعاً قابلاً للتبدُّل على المدى. زِد على ذلك أنَّ جمهورية العراق بحاجة إلى استقطاب الاستثمارات مما يعني المزيد من تكريس تلك النظريَّة في عقود الاستثمارات الأجنبيّة والمحليّة، علاوةً على ذلك فإنَّ هذه النظريَّة تؤسس لفكرة الإخلال الفعَّال في العقد التي لم تنلْ بعد نصيبها من البحث والتحليل- في الفقه العربي- على الأقل.

ثالثاً: إشكالية البحث

تأتي إشكاليَّة البحث من أنَّ النص الآمر لا يُمكن الخروج عليه البتَّة، وعند إعمال نظرية العقد الناقص نجدُ أنَّ النص الآمر المتعلَّق بترتيب معين لظرف معين قد يتعطَّل بإرادة الأطراف قبل حدوث الظرف الذي يدعو إلى تطبيق ذلك النص الآمر، وهذه إشكالية كبيرة، فضلاً عن ذلك أنَّ الكيفيَّة التي تعمل بها تلك النظريَّة في إطار عقود الاستثمار تحوم حولها الضبابيَّة الأمرُ الذي يستلزمُ بيان مزايا وعيوب تلك النظريَّة في هذا المضمار، والشيء نفسه بالنسبة لحالات الإخلال الفعَّال بالعقد. ويترشح عن هذه الإشكالية سؤالٌ مركزي واحد هو:

-كيف يمكن لنظرية العقد الناقص أنْ تُنحَّي تطبيق النص الآمر في قبالة تطبيق النص المكمّل أو المُفسِّر لإرادة المتعاقدين؟

ومن هذا السؤال المركزي تبرز طائفةٌ من التساؤلات الفرعيَّة منها على سبيل المثال:

١-ما المقصود بالعقد الناقص؟ وما هي خصائصه؟ وما هو تأصيله القانوني؟

٢-كيف يمكن للعقد الناقص أنْ يستقطب الاستثمارات الأجنبيَّة والمحليَّة؟

٣-ما هي الأسباب التي تجعلُ العقدُ ناقصاً؟

٤-ما هي الأواصر المشتركة بين نظرية العقد الناقص في المجال الاقتصاديّ وفي المجال القانونيّ؟

رابعاً:صعوبات البحث

تكمن صعوبة البحث في ندرة المراجع العربية التي تعالج الأوضاع القانونية للعقود الناقصة اما بالنسبة للمراجع الأجنبية فقد تناولت هذا الموضوع بين ثنايا صفحاته ذات الاعداد الكثيرة وبلغات مختلفة مما صعب من مهمة البحث عن المعلومة الدقيقة ،الامر الذي تطلب جهداً مضاعفاً في البحث والترجمة وترتيب الأفكار القانونية .

خامساً: منهجية البحث

انتهجنا في دراسة بحثنا هذا، المنهج التحليلي المقارن، إذ سَنُحلل نظريَّة العقد الناقص بجنباتها الاقتصادية ومدى إمكانية تطويعها في المجال القانونيّ، مع تحليل الرؤى القانونيَّة في الدراسات القانونية الشحيحة بشأنِها، وبعد ذلك حاولنّا قدر المستطاع اتباع المنهج المقارن، من خلال مقارنة وموازنة موقف القانون العراقي، بموقف التقنين المدني الفرنسي المُعدّل لسنة ٢٠١٦، وموقف القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المُعدّل، وموقف القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المُعدّل.

سادساً: هيكليَّة البحث

قسَّمنّا بحثنا هذا على مبحثين، تسبقهما مقدمة، وتعقبهما خاتمة، إذ تناولنّا في المبحث الأول مفهوم العقود الناقصة، ودرسنّا في المبحث الثاني نطاق العقود الناقصة.

المَبْحَثُ الأوَّل

مَفهومُ العُقود الناقِصَة

إنَّ مبدأ سُلطان الإرادة على الرُّغم من محاولات الفقه تحجيمه وتقييده بشتَّى الطُرق بَيْد أنَّهُ مازال مصدر قلق على المُشرِّع الذي يسعى جاهداً إلى جعله معصوباً بالقانون لا غيره، ولكن سنتعرَّف في هذا المطلب على كيفيَّة قيام مبدأ سُلطان الإرادة بجعل أحكام القانون أداة طيعة بيدِ المتعاقد أو المتعاقدين.

وعلى هذا الأساس، سَنُقسِّم هذا المبحث على مطلبين، نتناولُ في الأوَّل تعريف العقود الناقصة، وفي الثاني نتوقفُ مع تأصيلِ العقود الناقصة.

المَطْلَبُ الأوَّل

تَعْريفُ العُقود الناقِصَة

إنَّ استراتيجيَّة عدم الاكتمال التعاقدي أو النقص في العقود تُعدُّ واحدةً من أنجع الاستراتيجيات التي قد تقودّ إلى إنقاذ العقد من الفسخ أو الإنهاء، أو قد تكون وسيلة جاذبة للتعاقد بدلاً من طي صفحة

التعاقد عند عدم الاتفاق على اشتراطات معينة، أو بنودٍ تعاقديةٍ معينةٍ، على الرُّغم من عدم اليقين القانونيّ الذي قد توصمّ به هذه العقود.

وعلى هذا الأساس، سَنُعرِّجُ في هذا المطلب على معنى العقود الناقصة، وذلك في الفرع الأوَّل من هذا المطلب، وفي الفرع الثاني منه نبحث في خصائص العقود الناقصة.

الفَرْعُ الأوَّل

معنى العقود الناقصة

النظرية الجديدة [1]لحقوق الملكية هذا هو الاسم المعروف على صعيد الأدبيات الاقتصادية للعقد الناقص، وهي نظريةٌ تقف شامخةً إلى جانب نظريات مهمة في مجال الاقتصاد والشركات، كنظرية الحوافز في إطار العمل الوظيفي داخل الشركات، وهي نظرية منبوذة في تلك المجالات، ولكن بعد أنْ غاب نجمها، بزغ فجر جديد تربعَّت فيه هي على قمة الدراسات – حتى القانونيَّة منها في الغرب– الفقهيَّة في الوقت الذي مُنح فيه واضعها جائزة نوبل في الاقتصاد.[2]

إنَّ أغلب العقود التي تُبرم في عالمنّا اليوم تكون غامضةً أو ساكتةً عن الكثير من المسائل المهمة، [3]فالأصل أنَّ كل متعاقد عندما يُقدِم على التعاقد فهو يُصمم العقد برمتّه، ويرسم ملامحه، بحيث يخرج إلى النور عقدٌ مكتمل الأركان والشروط والبنود التي تُحدّد لِكُلِّ طرفٍ مالهُ من حقوق وما عليه من التزامات، فلو لمْ يكُن الأمر كذلك، فلا مجال للحديث إلَّا عن عقدٍ ناقصٍ.[4] وعلى هذا الأساس، سنتناولُ في هذا الفرعُ حقيقة العقد الناقص، وذلك في **(أولاً)**، ثمَّ نتوقفُ مع أسبابِ النَقْص في العقودِ، وذلك في **(ثانياً)**.

أولاً: حقيقة العَقْد الناقِص

في أدبيات الفقه القانوني يُشبِّهُ هذا الفقهُ العقد الناقص بالفرق بَيْنَ العقد الصريح والعقد الضمني، فيكونُ العقدُ تاماً في الأُطر التي يكونُ معها من المُمكن – لحظة التوقيع على العقد– توقُّع جميع الظروف التي قد تنشأ أثناء سريانه، وبهذا يكونُ العقد التام بمثابةِ العقد الصريح، وعلى العكس من ذلك يكون العقد الناقص، فهو في منأى عن توقُّع كل تلك الظروف.

ومع هذا، فإنَّ العقدَ يكون غير مكتمل مِنْ ناحية المظهر فقط، لأنَّ العقدَ يكون كاملاً بشكلٍ الزامي، كما أنَّ الإنسان الواعي والعاقل يوجب أنْ يكون عقده مكتملاً من ناحية عُقلائيَّة، ويُشبَّه العقد الناقص بالقانون، فالقانون نفسه يجب أنْ يكون كاملاً، ولكن القانون "المكوَّد" المكتوب هو قانونٌ ناقصٌ، القانون كامل بمعنى أنَّ المحكمة لا يُمكن لها التذرُّع بعدم وجود نص يحكم القضية، بل هي قادرةٌ على استصدار حكم في أي قضيةٍ تُعرَض عليها، لهذا ينتهي هذا الرأي إلى نعت هذا النقص بـ "النقص الظاهري".[5]

ونظرية العقد الناقص ليست وليدة القانون الخاص، بل لها مجالات في فروع القانون الأُخَّر كالقانون الدولي، [٦]والقانون الدستوري' [٧]وهذا إنْ دلَّ على شيءٍ فإنَّهُ يدلُّ على مدى نجاعة تلك النظريَّة في حلّ أزمات العقد.

وقِبالة الانعدام الفقهي في تعريف العقد الناقص نُعرّفه بأنَّهُ:" هو العقد الذي يرجئ أطرافه الاتفاق على بنود تعاقدية معينة إلى ما بعد إبرام العقد والإيذان ببدء تنفيذه، على إلَّا يكون من بينها تعطيل سريان بند تعاقدي جاء بهِ نص قانونيّ آمر".

ثانياً: أسبابُ النقْص في العقودِ

يتمُّ النأي بالنفس من لدن أطراف العقد عن تبيين كل تلك الظروف التي توضَّحُ من قبل أطراف العقد التام عَنْها في العقد الكامل لعدة أسباب، منها على سبيل المثال، أنْ تكون الظروف المحتملة كثيرة للغاية لا يُمكن تحديد الأقرب منها حدوثاً، بل قد يكون بعضها محتملاً والآخر غير محتمل إلى حدٍ كبيرٍ[٨]، كما إنَّ تكاليف العقد مثلاً عقد المشورة القانونيَّة[٩]، تكاليف المواد الأوليَّة[١٠]، ورسوم التوثيق[١١]، وما إلى ذلك من كُلَف "انتاج العقد" قد تفوق الفوائد التي ستُجنى من جرَّاء إبرام هذا العقد[١١].

ومن الأسبابِ الدافعة إلى تبنَّي نظريَّة النقص في العقود أنَّ بعض الظروف لا قُدرة على التحقق من مدى وقوعها فعلاً وبالتالي ليس ثَمَّة فائدة من إدراجها في العقود، كما أنَّ العقد الذي يهدفُ إلى تثبيت كُل المعلومات المتاحة على النحوِ الأمثل قد يقودّ إلى ترسيخ دعائم بنود عقديَّة قد يخرج من وراءها متعاقد مغبون، بسبب تجاوزها القُدرة المعرفية لأحد أطراف العقد[١٢]. وأخيراً فإنَّ أهم أسباب النقص في العقود هو عدم قُدرة أطراف العقد على تحديد الأفضل لهم من بين عدة بدائل.

الفَرْعُ الثاني

خَصائصُ العُقود الناقِصَة

إنَّ بيان معنى العقد الناقص لا يكون جلياً مالم نتطرَّق إلى أهم الخصائص اللصيقة بهِ والتي ترسم ملامحه العامة في عالم العقود المدنيَّة، خصائص ماديَّة ملموسة كانت أم معنوية تُستشف من خلال تعريفه، ولتوضيح ذلك، سَنُوزِّع الحديث على فقرتين، وكما هو آتٍ:

أولاً: العقد الناقص يُحققُ المرونة التعاقُديَّة

يُمكنُ القولُ أنَّ نظرية العقد الناقص من شأنها أنْ تُضفي طابع المرونة والسلاسة على العقد، وهذا يؤدّي إلى أنْ يوصف العقد بالقُدرة على التكيُّف مع الظروف التي من الممكن أنْ تثور في المستقبل لاسيما في العقود مستمرة التنفيذ أو الفورية التي تُنفَّذ على مراحل، وهذا يجرُّ في نهاية

المطاف إلى السمّاح لأطراف العقد على إعادة التفاوض متى ما نشبَّ ما يُعرقل من تنفيذ العقد، فما إنْ حدثت ظروف لا يُمكن توقعها في أثناء تنفيذه فإنَّ نظريَّة العقد الناقص تؤتي أُكلها في هذا الجانب، وتدحض ما ينجُم عن نظرية الظروف الطارئة من آثار[١٣].

وهذا لا يعني أنَّ أطرافَ العقدِ قد اتفقوا ابتداءً على جعل العقد ناقصاً تحت ضغط الظروف غير المتوقعَّة المحتملة التي قد تُصيب رباطهم العقدي، أبداً، بل أنَّ نظرية العقد الناقص قد تخدم – على نحو الصدفة مثلاً– عقدهم من خلال إعادة التفاوض دون الرُّكون إلى القضاء لإعمال أحكام تلك النظرية لاسيما بعد أنْ جنح فيها المُشرِّع الفرنسي كثيراً عما هو الوضع عليه في القوانين العربية[١٤]. لهذا فإنَّ لا ترابط بين العقد الناقص والعقد الذي قوَّضهُ ظرف طارئ، فحرية أطراف العقد في تحديد بنودهم التعاقديَّة قد يتضمَّن ضمنياً توقع حصول أحوال طارئة ولكن ليس معنى هذا أنَّ العقد الناقص رديفٌ لنظرية الظروف الطارئة.

لهذهِ وتلك نُرجح أنَّ نظرية العقد الناقص تُضفي طابع المرونة على العقد، فليس من المُحبَّذ التكهُن بكل ظروف التعاقد لحظة التعاقد، بل يُفضّل ترك فُسحة من الأحكام تأخذ مجراها الطبيعيّ مع مرور فترة تنفيذ العقد ومتى ما استجد طارئٌ رُكن إلى إعمال الحُكم المطلوب.

ثانياً: العقود الناقصة تربط بين القانون والاقتصاد

وُلِدَتْ نظرية العقد الناقص في أحضان الدراسات الاقتصاديَّة من خلال آليَّة معينة تُسمى في أدبيات الاقتصاد نظرية "اللعبة Game Theory"، وهي نظرية شهيرة في مجال اتخاذ القرارات الاستراتيجيَّة، فهي تهتمُّ بتحديد السلوك الاستراتيجيّ للأشخاص في إطار العلاقات التي تربطُ بَيْنَهما بشأنِ حوادثٍ غير متيقنَّة، وتفترض أنَّ كل طرفٍ يجب أنْ يتخذ ما يُقرره بشأن الحادث دون الالتفات إلى ما يُقرره الطرف الآخر[١٥]، ولقد طُبقت نظرية العقد الناقص لوضّع أساس الإخلال بالعقد، والوقوف على الإرادة الضمنية للمتعاقدين وذلك في سياق ما يُعرف **بلعبة التفاوض**، في الأُطر التي يحدث فيها مستجد من شأنّهِ أنْ يخل بالتنفيذ اللازم للعقد وذلك في إطار ما يُعرف **بالاستقراء العكسي أو المقلوب Backward induction**"[١٦].

هذا وتقوم نظريَّة التحليل الاقتصادي للعقد على أساس فكرة توزيع المخاطر في أداء الالتزامات التعاقديَّة اتكالاً على أنَّ هذا الأمر يعمل على تحقيق كفاءة وفاعليَّة العقد، بل تُبيَّن هذه النظريَّة أنَّ نظريَّة العقد تعيش مرحلة ضرورة التكيُّف مع ما تعرفه العلائق العقديَّة من تطوّر اقتصاديّ، في الأُطر التي تشهدّ رواج التجارة الدوليَّة، ودخول عصر الذكاء الاصطناعيّ، ولكن هذا لا يعنيّ أنَّ أدوات العقد قد تغيرَّتْ، أبداً، وإنَّما الذي تغيَّر هو كيفيَّة استعمالها[١٧]، ومن هذهِ نظريَّة العقد الناقص.

ثالثاً: الطبيعةُ القانونيَّة للعقودِ الناقِصَة

لا يُمكن اعتبار نظرية العقد الناقص مماثلة لنظرية انتقاص و تحوَّل العقد، وذلك لأنَّ مجال نظرية العقد الناقص هو العقود الصحيحة، لا العقود التي اعتراها عيب جعلها مختلة، أمَّا انتقاص العقد فنِطاقه "العقد الذي يكون في شقٍ منه باطل فإنَّ هذا الشق وحده الذي يبطل، أمَّا الباقي من العقد فيظلُّ صحيحاً باعتباره عقد مستقل إلَّا إذا تبيَّن أنَّ العقد ما كانَ ليتمّ بغير الشق الذي وقع باطلاً"[١٨].

أمَّا تحوَّل العقد فيختلف اختلافاً جذرياً عن الانتقاص، ففي الأخير أو ما يُعرف بالبُطلان الجُزئي يستبقي التصرُّف الأوَّل والمقصود بهِ أصلاً جزئياً لأنَّهُ صحيح جزئياً أو قد يكون غير صحيح من ناحية الكم فقط، أمَّا في التحوُّل فإنَّهُ في التصرُّف الأوَل والمقصود أصلاً باطلاً بهذا الاعتبار وبدور لأمر حول الاستبقاء عليه باعتبارهِ تصرفاً آخر تماماً[١٩].

يُضاف إلى ذلك فإنَّ تكملة العقد المشوب بعيبٍ يجعله خاضِعاً لنظرية انتقاص العقد إنَّما يكون من خلال القاضي بعد أنَّ يطلبهُ الأطراف[٢٠]، ذلك أنَّ القضاءَ المدنيّ قضاءٌ مطلوبٌ[٢١]، بَيْنَما في نظريَّة العقد الناقص فإنَّ تكملةَ العقد لا تكون إلَّا من قبيل أطراف العقد أنفسهم، فضلاً عن ذلك فإنَّ القاضي يُكيِّف العقد لاحقاً تبعاً لنية الأطراف في النظرية الأولى في حين لا يُعاد تكييف العقد الناقص[٢٢].

المطلب الثاني

التأصيلُ القانوني للعُقود الناقِصَة

إنَّ بيانَ التأصيل القانونيّ للعقودِ الناقصة يقتضي بيان الأساس القانونيّ للعقود الناقصة، وذلك في الفرع الاول من هذا المطلب، اما في الفرع الثاني فسنقف على اهم الانتقادات التي تعرضت لها نظرية العقود الناقصة .

الفرع الاول

الأساس القانوني للعقود الناقصة

يُمكن إرجاع الأساس القانونيّ للعقود الناقصة في القانون المدنيّ إلى عدة أُسسٍ وكما يلي:

أولاً: الإرادة المعتبرة قانوناً

تقوم نظريَّة العقد الناقص على أساس الحريَّة التي منحها المُشرِّع لأطراف العقد، فهي وإنْ كانت نظرية شيدَّتْ بنائها على أطلال نظريَّة العقد بمبادئها الكلاسيكيَّة غير أنَّ المُشرِّع لا يُمكن لهُ أنْ

يتصدَّى لها بالتحريم والتأثيم، فالمُشرِّع يسعى إلى تعزيز إرادة أطراف العقد بدلالة التنصيص القانونيّ على ذلك[٢٣].

علاوةً على ذلك، تعملُ نظريَّةُ العقد الناقص على جعل العقد مفتوحاً بمعنى أنَّها قادرة على جعل العقد يتواكب تماماً مع مختلف الظروف، بغير مجال لفرض إرادة معينَّة "غير" عن إرادة أطراف العقد، وكل ذلك مردَّهُ إلى مبدأ سُلطان الإرادة آنف الذكر[٢] تنطلق نظرية العقد الناقص من أن 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 المتنبا بها، واتفاقهما على الحلول في حالة وقوع هذه الظروف، وعليه لا يوجد عقد كامل من الناحية الواقعية مع اختلاف في درجة النقصان من عقد الآخر 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 سد الثغرات من أطرافه وليس من طرف الغير . إذا فالغرض من النظرية هو الحفاظ على استمرارية العقد تحت أي ظرف كان، بما معتاد إلغاء إمكانية خضوع الأطراف إلا لسلطان الإرادة، بحيث يكون للأطراف القدرة على اتخاذ القرارات، ولا يكونون مجرد طرف فيها، لأن العدالة ترتبط باتخاذ القرار السليم في الظروف المناسبة، فهي تمنح الأطراف العقد القدرة على اتخاذ القرارات المتعلقة بتنفيذه تحت ظل أي ظرف مستقبلي . وهي بذلك تتجاوز المتغيرات الخارجية للعقد تغير سعر المواد الأولية أو العملات الكوارث الطبيعية، والأوبئة). وتسمح بتطبيق إرادة الأطراف المتغيرة مع تطورات تنفيذ العقد المتأثر بالظروف الخارجية[٢٤].

ثانياً: تحريم عدم التكافؤ المعرفي بَيْنَ أطراف العقد

تتصدَّى نظريَّة العقد الناقص كذلك لفكرة "التفاوت المعرفي بَيْنَ المتعاقدين" فلأنَّ المُشرِّع شديد الحرص على حماية المستهلك من أنْ يكون طرفاً ضعيفاً في عقدٍ ما، بل يجب أنْ يكون أطراف العقد بحالة مساواة في التكافؤ المعرفي[٢٥] 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 . 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 تمس النظرية كل بنود العقد أم يجب التمييز بين الشروط الثابتة والشروط القابلة للتغيير؟ إن القواعد

الثابتة وجدت الحماية أطراف العقد أو الغير، وعليه تعود بنا النظرية للصراع التقليدي بين الإرادة والقانون في فرض أحكامهما على العقد.

ثالثاً: فكرةُ التحفيز التعاقديّ

هذا وتعمل نظريَّة العقد الناقص على إزالة اللثام عن فكرة التحفيز التعاقُديّ والتي تذهبُ إلى القول بأنَّ ما ينتجّ عن العقد من حقوق يتشظَّى إلى قسمين، الأولى تسمى الحقوق المحددة بالعقد وتسمَّى الحقوق العقديَّة، والثانيَّة تسمى الحقوق المتبقيَّة وهي غيرُ محددةٍ بالعقد، وهي القرارات التي تسمح لأطراف العقد أنْ يستقل كلٌ منهم بحقوق سيطرة متبقيَّة تسمح لكلّ طرف أنْ يتخذَّ قرارات لم يتم التفصيل عنها في العقد[٢٦].

تعمل نظرية العقد الناقص على تقوية فكرة التحفيز التعاقدي، فالحقوق المتولدة نتيجة إبرام العقد نوعان حقوق محددة بالعقد تسمّى بالحقوق العقدية، وحقوق غير محددة بالعقد تسمى بالحقوق المتبقية ، فحسب أوليفر هارت " إذا كان العقد غير مكتمل (وهو كذلك لا محالة، فينبغي أن يكون لأحد أطراف العقد حقوق سيطرة متبقية ، تسمح لأطراف العقد أن يتخذوا قرارات لم يتم التفصيل فيها في العقد مثال ذلك: إذا كان المقاول فكرة دون أن يكون له المال الكافي، في حين يوجد في جانب آخر مستثمر له أموال دون أن تكون لديه الفكرة المناسبة، فيتقدم 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، فيتعهد المقاول أن يمنح المستثمر مبالغ خلال فترات معينة، وفي حالة إخفاقه في أية مرحلة يمنح المستثمر حق التصرف في العقد والسيطرة عليه، أي أن التصرف في العقد يعد بمثابة تهديد على رقبة المقاول، فإذا حدث طارئ ما يلجأ الأطراف إلى إعادة التفاوض، ويكون المستثمر في مركز قوة مقارنة بالمقاول[٢٧].

رابعاً: تقليل تكلفة العقود

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

فالعقود الزمنية أو المرحلية في التعاقد تسمح بالاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية ، في حين وفق النظرية التقليدية يتم التعاقد حسب النظرة الآلية القدرات المتعاقدين، وعليه فنظرية العقد الناقص تعتمد على التحفيز التعاقدي – المذكور اعلاه الذي يؤدي بدوره إلى تقليل تكلفة العقد[٢٨] .

الفرع الثاني

نقد نظرية العقود الناقصة

لاقت النظرية في بداية ظهورها انتقادات كبيرة، ولم تلق قبولاً في المجال القانوني، فأصل النظرية كما ذكرنا – اقتصادي ، وصف من طرف الفقه القانوني بـ" المروّع " . كما كان للخوف من فشل التقديم الاقتصادي للعقد دور بارز في نبذ النظرية، لأن للعقد آثاراً اجتماعية وبيئية لا يمكن تجاهلها أيضاً، ولا يمكن الإفراط في توزيع البحوث على كل هذه الجوانب في الوقت نفسه[٢٩] .

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 الإعادة التوازن إليه، فكيف لها أن تعترف بنظرية تمس 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، إلا أنه يقوم على افتراض وصول الأطراف إلى الحل المناسب من خلال إعادة التفاوض، وهو ما لا يمكن تقبله في كل الحالات.[٣٠]

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

فضلاً عن أن هذه النظرية تهدم أساسها بنفسها، حيث إن جعل العقد صحيحاً رغم نقصانه يتعارض مع فكرة استقلال إرادة الأطراف متى أدى ذلك إلى إبرامهم عقداً لم يكونوا يرغبون به في الأصل، وإنما التعبير عن القبول يكون لاحقاً نتيجة تدخل عامل خارجي عن العقد لتكملته، 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 حين أن تعديل العقد بشكل يمس جوهره يعني اننا امام عقد أو عقود جديدة وليس أمام العقد الأصلي، ومحل النزاع في ظل النظرية التقليدية للعقد هو محاولة إيجاد حل مناسب للعقد الأصلي متى طرأت عليه ظروف غير متوقعة. من جهة ثانية يؤسس أصحاب نظرية العقد الناقص موقفهم تجاه الظروف الطارئة بأن 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 أن هذه الحوادث والظروف تبقى استثنائية، فليس من المعقول أن نجعل من الاستثناء قاعدة .[٣١]

برد مؤيدو نظرية العقد الناقص على أن قلة الرقابة على العقد المفروضة بموجب نصوص محددة تزيد من حسن نية الأطراف، وأن ازدياد السلوك الانتهازي للأطراف يمكن معالجته من خلال الحث على الأعمال الحوافز) وليس عن طريق التأطير الاخلاقي، لأن العقود الناقصة تمنح الوكلاء استقلالاً أكبر، والحوافز تعزز حسن النية لديهم .[٣٢]

لن ندعي أن فوز النظرية بجائزة نوبل كان سبب إدراجها في القانون المدني الفرنسي، حيث إن مشروع التعديل قد تم تحضيره مسبقاً بغرض جعل القانون المدني أكثر انفتاحاً ومرونة، وتعزيز الأمن القانون وتحقيق فعالية القواعد القانونية ، إنما لهذا التوافق التاريخي دلالة على تأثير – ولو نسبي – لنظرية العقد الناقص على القانون المدني الفرنسي، بعد أن تقلصت حدة الانتقادات الموجهة للنظرية، وأخذت في التسلل للمنظومات الغربية، مع التنبيه على وجود أدوات مسبقة لتطبيق نظرية العقد الناقص معترف بها في معظم القوانين.

المبحث الثاني

نطاق العقود الناقصة

إنَّ بيان نطاق العقود الناقصة في القانون المدنيّ يقتضي بيان الأدوات القانونية التي يجب استخدامها لتطبيق هذه النظرية اضف الى ذلك وجوب توضيح تطبيقاتها ومن خلال بيان تطبيقاتها نستنتجّ أحكام تلك العقود. وعلى هذا الأساس، سنُشظِّي الحديث عن نطاق العقود الناقصة على مطلبين، نتناولُ في المطلب الأوَّل الأدوات القانونية اللازمة لتطبيق نظرية العقود الناقصة ، ومن ثمّ نتناولُ بحثاً عقود الاستثمارات الناقصة العقود الناقصة كاحد تطبيقات هذه النظرية.

المطلب الأول

الأدوات القانونية اللازمة لتطبيق نظرية العقود الناقصة :

تتناثر العديد من الأدوات القانونية التي تسمح بتبني نظرية العقد الناقص في مجال العقود، ومن أهمها: إعادة التفاوض (أولاً)، العقد الإطار (ثانياً)، الشروط المتغيرة والربط القياسي (ثالثاً)، تفسير العقد (رابعاً)، ولغرض بيان ما تقدم سنفرد لكل أداة منها فرع مستقل .

الفرع الاول: إعادة التفاوض وتطبيق نظرية العقد الناقص

يشمل إعادة التفاوض ثلاث مراحل أساسية: إعادة التفاوض قبل التعاقدي، إعادة التفاوض التعاقدي، وإعادة التفاوض بعد التعاقدي 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 .[٣٣]

سواء أكان إعادة التفاوض بموجب شرط في العقد أم اتفاق لاحق ، فهو يسمح للأطراف بالاتفاق على صيرورة العقد وفق إرادتهم الحرة، ويعمل على تكيفهم مع التغيرات الطارئة لإعادة التوازن للعقد، وتجنّب التنفيذ المرهق الأطرافه، كما أن الفسخ الفعال للعقد وفق نظرية العقد الناقص يكون عندما يرغب كلا الطرفين في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي أن خرق الالتزام التعاقدي ينبغي أن يؤدي للفسخ فقط في حالة توجه إرادة الطرفين إلى هذه النتيجة .[٣٤]

تساعد إعادة التفاوض على تصحيح الخلل المترتب عن تفاوت المعلومات بين الأطراف المتعاقدة، فهو يمثل أداة سابقة ولاحقة على إبرام العقد تسمح للأطراف بسد فجوة المعلومات وتوجيه العقد وفق المعطيات الجديدة المحصل عليها قبل وبعد تنفيذ الالتزامات التعاقدية.[٣٥]

يضفي إعادة التفاوض مرونة على العلاقة التعاقدية، حيث يجعل التزامات الأطراف أقل 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.[٣٦]

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

الفرع الثاني: العقد الإطار كاداة لتطبيق نظرية العقد الناقص

العقد الإطار عقد مواضيعه العامة محددة بشكل عام، لكن تفاصيل التسليم والتفاصيل الخاصة بالثمن يمكن تحديدها لاحقاً وفق معيار معين ، ورغم عدم وجود نصوص في معظم القوانين المدنية توضح احكامه بالتفصيل، إلا أن الممارسة العملية أثبتت جدواها بالجمع بين عدة عقود مترابطة لا تنص على تفاصيل دقيقة حول الكمية أو الثمن، بل يتم تحديدها لاحقاً وفقاً لسعر معقول، أي يترك هامش حرية للتفاوض بين الطرفين .[٣٧]

لا يقوم العقد الإطار بتحديد تام ونهائي للعناصر الأساسية للمبادلة الاقتصادية أو التزامات الطرفين، فهو يمثل عقداً قاعدياً يحتاج محله إلى تحديد شامل وتوضيح تام ونهائي، وفي السياق نفسه يعتبر الاتفاق المبدئي.

التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة . إن العقد الإطار يعتبر عقداً ناقصاً بامتياز خاصة في العقود الطويلة كعقود الاستثمار وعقود الأشغال العامة الضخمة ، حيث لا تسمح التغيرات التجارية والتقنية بتحديد مضمون العقد بدقة، لذا يتم وضع الإطار العام للعقد، وتترك التفاصيل للاتفاق اللاحق على إبرام العقد.[٣٨]

يمثل نقصان المعلومات حول مال العقد والتغيرات المستقبلية أساس قيام نظرية العقد الناقص، لذا يتوجه المتعاقدان إلى الاحتفاظ بجزء من الإرادة للتعامل مع المعطيات المستقبلية، وهو نفس سبب ظهور العقد الإطار، بالإضافة إلى عنصرالمرونة الذي يساعد الأطراف المتعاقدة على تجاوز العقبات المستقبلية. يمثل عدم التحديد اليقيني عنصراً مشتركاً بين العقد الإطار ونظرية العقد الناقص، فكلا الأمرين يجعلان العقد مفتوحاً، أو يكتفي بوضع ملامح العقد المستقبلي 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 .[٣٩]

الفرع الثالث: الشروط المتغيرة والربط القياسي ونظرية العقد الناقص

من المعلوم أنه ليست كل شروط العقد على قدر متساو 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.[٤٠]

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 .[٤١]

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 تأكل الديون، فالمخاطر المتعلقة بمعدل تقلب أسعار سندات الملكية خطر التسوية بمقابل، وخطر الصرف من قبيل مخاطر تغير الأسعار، وخطر التسوية، وتزداد هذه المخاطر عندما تؤدي إلى تأكل الديون بسبب مشكلة التضخم، الذي يؤدي إلى تدهور القيمة الحقيقية لجميع الحقوق والالتزامات الآجلة ، وبالتالي تغيير في المركز المالي للمتعاقدين، حيث يستفيد منه المدين ويخسر الدائن، ويزداد ضرر الدائن بزيادة طول مدة العقد.[٤٢]

يعتبر تأكل القيمة الوفائية 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 . تتأثر قيمة كثير من العقود والالتزامات الأجلة 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.[٤٣]

يبدو أن الربط القياسي يشكل أداة لتقييد حرية الأطراف في توجيه العقد مستقبلاً، لأنه يربط مآل العقد بمؤشرات خارجة عن إرادة الأطراف، لكنه في حقيقة الأمر يمثل إحدى الأدوات التي تخرج عن المألوف في النظرية التقليدية للعقد، وتكرس فكرة التحوط من التغيرات المستقبلية من خلال أدوات قابلة للقياس، وهو بذلك يشترك مع نظرية العقد الناقص في جانبها المتعلق بالنقصان اللاإرادي أو الخارجي.

الفرع الرابع : تفسير العقد وتطبيق نظرية العقد الناقص

يرى جانب من الفقه أن 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 . فمحاولة نقل نظرية العقد الناقص من الفقه الأمريكي إلى الفقه الفرنسي جعلها مشوهة، حيث إن الفقه الأمريكي يركز 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 المحكم. اذ إن عملية التفسير ولو تمت من خلال الرجوع إلى إرادة الأطراف المستنبطة لا يعني أن 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 إن التفسير الخاطئ لإرادة الأطراف المتعاقدة يمس بجوهر نظرية العقد الناقص التي تحاول سد الثغرات بإرادة الأطراف حيث ترى المحكمة العليا المقاطعة "الاسكا" أن "الأطراف المتعاقدة لا يمكنهم ملء كل الفراغات

بخصوص الحالات الطارئة التي يمكن أن تظهر، فالمحكمة يمكنها سد الثغرات في العقد الضمان النزاهة عندما تكون توقعات الأطراف واضحة عندما يشير سلوك أو تعبير الأطراف في الاتفاقية إلى وجود نية كافية لإبرام العقد، فللمحكمة المجال الواسع لسد الثغرات . لكن لا ينبغي أن تفرض على أي طرف أداء ما لم يوافق عليه وربما لم يكن ليوافق عليه . أتي أن سلطة القاضي وفق نظرية العقد الناقص جد محدودة، وتكون في كثير من الأحيان منعدمة أمام إرادة الأطراف المتعاقدة.[٤٤]

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 يتوقف عند إرادة الأطراف اثناء إبرام العقد، بل كيفية تطور هذه الإرادة مع تنفيذ العقد .[٤٥]

إن تقييد إرادة العقد بإرادة الأطراف المبرمة للعقد تخنق الإبداع وتقلل من فرص الابتكار والتطوير، وتقف أمام التحفيز التعاقدي التجاري، حيث إنه في عقود الابتكار مثلاً قد تتفق الشركات على تطوير تكنولوجيا معينة، فيستخدمون كل إمكانياتهم لتسليم الشيء غير المحدد، فكيف يمكن للقاضي تفسير إرادة الأطراف في هذه الحالة .[٤٦]

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 أن المسألة مرتبطة بعدم التأكد المتعلق بطبيعة العقد، لذا تكون إرادة الأطراف الأقرب لتوجيه العقد حسب المستجدات .

إن هذا التفسير مبني على التعاون المفترض بين الأطراف، في حين أنه في حقيقة الأمر يكون التعاون أنياً تنقطع حلقاته بمجرد الوصول أو وضوح معالم النتيجة النهائية للعقد المتفق عليه، فبوادر اكتشاف تكنولوجيا معينة، تجعل الأطراف ينتقلون من مرحلة التعاون إلى مرحلة السيطرة لهذه الأسباب وجد القاضي لإعادة الأطراف إلى الوضعية العادلة والمنصفة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال إلغاء دور القضاء في تعديل العقود، كما أن 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، فإن هذه النظرة متعلقة بالموازنة بين العقدين في مرحلة التنفيذ، وإذا ما حدثت

نزاعات بين الطرفين، فالرجوع إلى نية الأطراف قبل إبرام العقد وبعد إبرامه تعزز قدرة القاضي على الفصل في المنازعة. [٤٧]

من وجهة نظر شخصية ينبغي التمييز بين النقصان الداخلي (الإرادي) والنقصان الخارجي (غير الإرادي للعقد، فعندما تتجه إرادة الأطراف إلى ترك العقد مفتوحاً، فإن الغلو في هذا التوجه يجعل أحد أهم أركان العقد (المحل) مهدداً، أما في النوع الثاني من النقصان فيكون للإرادة دور هام، حيث تبرز فكرة العقد الناقص بأكثر قوة متى كان النقصان لقوة قاهرة أو ظروف طارئة

المطلب الثاني

عقود الاستثمارات الناقصة

يرى الفقه أنَّ عقود الاستثمار لا يجب أنْ تكون عقوداً قاعدية Contract de base لا يحتاج محلها إلى تحديد شامل وتوضيح دقيق ونهائي، لهذا يرى الفقه أنَّ عقد الاستثمار هو عقد ناقص بامتياز، خصوصاً إذا كانت تلك الاستثمارات متعلقة بعقود الأشغال العامة الضخمة، إذ لا تسمح التغيُّرات التجارية والتقنية بتحديد مضمون العقد بدقة متناهية، لذا يتمّ وضع الإطار العام للعقد فقط، وتترك التفاصيل ليتمّ معالجتها عند اقتضاء الأمر ذلك، لهذا السبب قيل أنَّ نظرية العقود الناقصة أكثر ما يُقدَّر لها النجاح في العقود الاستثمارية طويلة الأمد[٤٨]. وتناول هذه الفكرة على فرعين، وفقاً لما يلي:

الفرع الأوّل

حدود النقص في عقود الاستثمارات

هذا ويُمثِّل نقصان المعلومات حول أيلولة العقد، والتبدُّلات المستقبلية التي من الممكن أنْ تهوي بهِ أساس نظرية العقد الناقص، لذا يميل أطرافُ العقد إلى الاحتفاظ بقدرٍ من الإرادة لمجابة المنعطفات المستقبلية، ويُساعد على ذلك، عنصر المرونة الذي تختصُّ به نظرية العقد الناقص، وعلى الرغم من ذلك فإنَّ نظرية العقد الناقص عليها ما عليها من المآخذ لأنَّها قد تقود إلى مشكلة أخرى وهي الإفراط في الاستثمارات بسبب عدم قدرة أطراف العقد على إبرام عقود كاملة بالمعنى القانوني، والبديهي من وراء مشكلة الإفراط في الاستثمارات هو أنَّهُ في ظل بعض الظروف سيكون من الأنسب لأحد أطراف العقد خرق العقد، بل أنْ يُعيد التفاوض ويشتري سبيله للخروج من العقد، فالبائع – على سبيل المثال– إذا ما عرض عليه مشترٍ آخر مبلغ أكبر من المبلغ الذي عرضه المشتري الأول، إنْ تمكنّا من إبرام العقد الجديد بدون تكاليف معينة، سيميل –البائع– إلى الإخلال الفعَّال بهذا العقد[٤٩].

كما ويُشكِّل عنصر عدم اليقين القانوني عاملاً مشتركاً بين الاستثمار الأجنبي ونظرية العقد الناقص، فكِلا الأمرين يؤدِّيان إلى جعل العقد مفتوحاً، إذ يكون للمتعاقد القدرة على رسم الملامح والأُطر العامة للعقد دون التوغُّل في الحيثيات، وعقود الاستثمار لاسيما إنْ كانت عقد إطار[٣٠] كانتْ مرفوضةٌ لدى الفقه والقضاء لمدة طويلة من الزمن حتى تمّ قبوله على مضض في سنواتٍ لاحقةٍ، ومن الإشكاليات الجسيمة هنا أنَّ فشل المفاوضات لتكملة النقص في العقود يؤدي إلى فقدان النتائج الإيجابية المترتبة على الاستثمار –فيما لو تحقق– كما أنَّهُ وفي حالة إعادة التفاوض قد يحاول الطرف المتعاقد كبح جماح الشريك الآخر في محاولة للحصول على جزء أكبر من المكاسب فيما لو قُدر للعقد الاستمرار[٥٠].

مع تسليمنَّا بأنَّ عقود الاستثمار ليست كلها على وتيرةٍ واحدةٍ من حيث الثبات أو القابلية للتغيير، فالشروط المتعلقّة بالأرباح متغيرة بحسب نسب الإنتاج، وكيفيَّة تنفيذ الالتزامات التعاقديَّة، وهذا يوماً إلى ضرورة جعل العقد ناقصاً، بل إنَّ نظرية العقد الناقص تُساعد المُحكمين على تفسير بعض المبادئ الدولية التي تحكم فكرة المعاملة العادلة والمنصفة، والمصادرة عير المباشرة، ولكن يرى الفقه ونؤيِّده في رؤياه أنَّ تطبيق نظريَّة العقد الناقص على العقود الدوليَّة المتعلقة بتفسير مبادئ الاستثمار الأجنبي قاصرةً إلى حد كبير، لأنَّ دور القاضي يُجبّ تماماً أمام إرادة أطراف العقد فلا يُمكن عد القاضي وصياً على أطراف العقد بل إنَّ النظرية تهدف إلى توسيع سلطة أطراف العقد[٥١].

ومن أكثر موارد تطبيق نظرية العقد الناقص في عقود الاستثمارات نجده بيّناً في مجال إعادة التفاوض، ففي ٢٠٢٠/١١/١٥ تم توقيع اتفاقية الشراكة الاقتصادية الشاملة (RCEP) من دون التطرّق إلى آليات تسوية المنازعات فيها، بين المستثمرين والدول، وبدلاً من صرف النظر عن التوقيع على الاتفاقية بسبب عدم الوِفاق على آليات التسوية المنوّه عنها، أدخل المتفاوضون بند إعادة التفاوض لاستكمال المصادقة على الاتفاقية ومن ثم العودة لمناقشة ذلك البند[٥٢]، وهذا الأمر لا يخلو من المخاطر، ذلك أنَّ بعض الأطراف قد ينتهزون تلك الفرصة ولا يكملون الاتفاق على إعادة التفاوض لمآرب انتهازية، ويقصد بالمآرب الانتهازية" البحث عن المصلحة الذاتية بالمكر"[٥٣].

لهذا السبب يصف الفقه العقد الناقص بأنَّه عقدٌ انتهازي بسبب عدم اكتماله وكثرة ثغراته، فعندما يتمتع الطرف المتعاقد بالمرونة اللازمة لتعديل أداءه في المستقبل مع تغيُّر الظروف، فإنَّه – على الدوام– سيميلُ إلى اختيار البديل الذي يتفق ومصلحته، رغم أنَّ هذا الخيار قد لا يكون الأوفق لكل الأطراف المتعاقدة[٥٤].

حاول بعض الباحثين تطبيق نظرية العقد الناقص على الاتفاقيات الدولية لمساعدة المحكمين في تفسير بعض المبادئ الدولية كـ" المعاملة العادلة والمنصفة " و " المصادرة غير المباشرة" ، حيث

ميز بين الجيل الأول للاتفاقيات الدولية المندرج تحت مظلة المنظمة الاقتصادية للتعاون والتنمية OECD لسنة ١٩٦٧ الذي يتميز بدرجة عالية من النقصان قليلة المحتوى عبارات بسيطة وفضفاضة، تركز على حماية الاستثمار)، والجيل المحاكي لاتفاقية التجارة والصداقة الأمريكية NAFTA لسنة ١٩٩٢ الذي يتميز بدرجة أقل من النقصان محاولة الموازنة بين حماية الاستثمار وحقوق الدولة المضيفة) . وعليه يمكن أن يتم تفسير الجيل الأول من خلال ممارسات وتطبيقات الجيل الثاني، مما يسمح بإنشاء منظومة متناسقة .[٥٥]

إلا أن تطبيقات نظرية العقد الناقص في تفسير العقود جد محدودة حتى لا يعتبر القاضي أو المحكم وصيّاً على المتعاقدين، فالنظرية تقوم أساساً على توسيع سلطة الأطراف التعاقدية في مواجهة سلطات القاضي التفسيرية، لذا يمكن أن تلعب اللجان المشتركة بين الدول دور المتعاقدين في إعادة التفاوض حول كيفية تنفيذ بعض المبادئ محل النزاع، وتمثل بذلك إحدى أهم ركائز نظرية العقد الناقص.[٥٦]

الفرع الثاني

العقودُ الناقِصة لتبرير الإخلال الفعَّال بالعقد

يُقصد بالإخلال الفعَّال بالعقد "النظرية التي تقضي بأنَّ الإخلال بالعقد يكون مقبولاً إذا كانَ من شأنهِ أنْ يُزيد الرفاه الاجتماعيّ عن طريق تحقيق الفعّاليَّة الاقتصادية في استعمال الموارد، وهو يتطلَّب تغيير ترتيب الجزاءات العقديَّة في مواجهته"[٥٧].

وللمزيد من التفصيل في هذه القضية الشائكة سنبحثُ ذلك في نقطتين أولهما حدود العقود الناقصة في تبرير الإخلال الفعَّال بالعقد، وفي ثانيهما نُثمِّن هذا الدور.

اولاً: الحدّ المقبول في التبرير

احتضنَ فقهُ القانون الاقتصادي الأمريكي نظريَّةَ العقود الناقصة[٥٨]، بل وجدَ فيها إنموذجاً فعّالاً لإنعاش نظام اقتصاد السوق[٥٩]، ففائدة العقد الناقص لا تُعدّ فقط أمراً مفيداً لأطراف العلاقة بل هو اختيار استراتيجي لهم علاوةً على هذا[٦٠]. فكان لُبّ هذه النظرية يتمحور حول ترك فراغ تعاقُديّ يُكمَّل متى كانت هنالك حاجة إلى ردم ذلك الفراغ أو الهوَّة، أي أنَّ هذه النظرية تدعو إلى هجر فكرة العقد المُحدد وبالتالي لا تهتم إلى ما يُسطَّره القانون من أحكام وشروط تهدف إلى صياغة العقد صياغة مُثلى[٦١].

لهذه وتلك أُثير تساؤلاً هاماً فيما يخص علاقة نظرية العقد الناقص بفكرة الإخلال الفعَّال بالعقد، وجوهر هذا السؤال يتمثَّل بمدى إمكانية نفي وصف الخطأ عن تخلُّف المدين عن تنفيذ التزاماته؟ وكانت إجابة هذا السؤال تتمحوَّر حول نظريَّة العقد الناقص.

ويرى الفقهُ وهو بصدد الإجابة عن هذا التساؤل أنَّه لا مناص من اللجوء إلى الافتراض القانونيّ[٦٢]، ومعنى ذلك نسأل أنفسنّا عن السلوك المتوقع من أطراف العقد اللجوء إليه عندما تستجد ظروف طارئة عِنْدَ سريان العقد بَيْنَهما، على فرضيَّة أنَّ أطراف العقد كانا قد توقعا تلكم الظروف وتعرضا لمعالجتها في مرحلة الاتفاق على التعاقد، فالعاقلُ الرشيد لا يُمكن أنْ يقبل تنفيذ بند تعاقدي أيَّاً ما كانت الظروف وأيَّاً ما كانت كُلفة هذا التنفيذ، لهذا فإنَّ افتراض استبعاد تطبيق هذا الفَرض سوف ينسجم تماماً مع الاتفاق الصريح الذي كانا سيتوصلان إليه على فَرض معالجتهما لهذا الطارئ في عقد تام سلفاً[٦٣].

وتذهب نظريَّة العقد الناقص في تبريرها للإخلال الفعَّال في العقد من خلال افتراض أنَّ المتعاقد في الأحوال التي تطرأ بها حوادث مستجدة ما كان منه ليركِن إلى الإخلال بالعقد إلَّا لو كان هذا الإخلال سيجعل مركزه المالي أقوى مما لو كانَ عليه الحال فيما لو رضى بالأمر الواقع وقام بتنفيذ العقد.

ثانياً: تثمين الحدّ المقبول في التبرير

في تقديرنّا جاءتْ نظريةُ العقد الناقص لتهدم مُسلمَّة من مُسلمات القانون المدنيّ التي تقاتل الفقه على تكريسها، لكن الواقع المتطوّر في عصر يتأهَّب للسرعة كان لهُ رأي آخر، وهذه المُسلَّمة هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تلك القاعدة التي نالت حظَّها الوافر من البحث والتمحيص على صعيد الفقه والقضاء، العربي والغربي، والقانون كذلك[٦٤].

لقد انتُقِدتْ نظريَّةُ العقد الناقص كوسيلة لتبرير الإخلال الفعَّال بالعقد لأنَّها تفترض أنَّ جميع الناس على وجه المعمورة هم أُناس عاقلون ورشيدون، ولكن هذا الوضع غير ثابت علمياً، إذ تُشير دراسات علم النفس المعرفي إلى أنَّ الناس وعلى اختلاف مستوياتهم التعليميَّة لا يكونون في وضع التعقُّل والرُشد في الأحوال التي يتمُّ فيها الاعتداء على علاقاتهم التعاقديَّة، ومن هذه وتلك يوصم أساس هذه الفكرة بعدم الصحة، وذلك لأنَّ أطراف العقد سيظلانّ يعومان في دوامة عدم اليقين القانونيّ لأنَّ اللجوء إلى القضاء ليس مستبعداً في كل الأحوال، حتى لو أنَّ المحكمة ستقضيّ بحكم يُحقق أقصى العوائد الماليّة الإيجابية للطرفين بَيْدَ أنَّ شخصاً ما قد سيتكبَّد دفع تكاليف معينَّة، وكذلك فإنَّ أطراف العقد قد يواجهون مشكلة فنيَّة تتعلق بقعود المحكمة وعدم قدرتها على تقديم حلاً ناجعاً فنياً للواقعة المعروضة أمامها مما يقود إلى قلع العقد من الحياة وإنهائه[٦٥].

وأخيراً، يرى الفقه ونؤيَّده في رؤياه أنَّ نظرية العقد الناقص ناجعة في تبرير قبول أساس الإخلال الفعَّال بالعقد، ذلك لأنَّ هذه النظريَّة تعتمد على استظهار توافق الطرفين ولو بشكلٍ ضمني، ولأنَّ

العقد شريعة المتعاقدين فإنَّ كل ما تتجَّه هذه الشريعة شِطّره يجب أنْ يلقى الاحترام والتنفيذ ولو كانَ ذلك ضمنياً لا صراحة في إعماله[٦٦].

كما أنَّ مجال الإخلال الفعَّال بالعقد وفقاً لمُتبنيَّات نظرية العقد الناقص تتجسَّد في العقود التي تردّ على نقل ملكية العقارات، فمثلاً المتعهّد ببيع العقار إنْ أخلَّ بتعهّده ولم يُسجِّل العقار باسم المشتري، فلا حول ولا قوة للأخير ماخلا المطالبة بالتعويض[٦٧]، فنظريَّة العقد الناقص قد تكون ضالعةً في هذا النكول وذلك من خلال قُدوم شخص ثالث للمتعهّد بعرضٍ مُغرٍ وبسعر أعلى من السعر الذي قطع بهِ الوعد مع الموعود لهُ الذي نُقض وعده من جانب الواعد، وكذلك الحال في تبرز في مجال بيع وإيجار أموال الدولة والقطاع العام، فالشخصُ الذي يشترك في المزايدات التي تحصل بشأن بيع وإيجار أموال الدولة ثُم رسى عليه المزاد، مع نكوله عن تسديد البدل وبعد قرار الإحالة القطعية فإنَّ المبيع يستقر على المُزايد الذي كُفت يده قبله، على أنْ يضمن المزايد الناكل الفرق بين البدلين والمصروفات ويؤخذ ذلك من التأمينات التي أودعها لدى الجهة المختصَّة، فتفترض هذه النظريَّة أنَّ الناكل ما كان لينكل إلَّا ليخرج بأقل خسارة ممكنة عن الخسارة التي ستسببها لهُ عملية مرسى المزاد[٤٧]. ولكن لا يعني ما تقدَّم أنَّنا ننكر ما تعرضَّتْ لهُ هذه النظريَّة من انتقاداتٍ جِسام كادت أنْ تودي بها لولا أنْ رُشِّح صاحبها لجائزة نوبل وفاز بها مما أسفر عن ذلك إحياء البحث بها من جديد[٦٨].

علاوةً على هذا، يرى الفقه أنَّ المجموعة العقدية المترابطة يمكن أنْ تكون سلاحاً رادعاً للميل الفطري إلى إنهاء العقد عند الإخلال به، فواحد من هذه العقود قد يكون ناقصاً، لكن الإخلال بالجزء غير المكتمل أو نشوب خلاف بشأنه يصل إلى سوح القضاء، لا يعني إنهائه من قبل القضاء، لأنَّ العقد الأول مثلاً يكون مرجعيةً للعقود المتسلسلة المترابطة اللاحقة، فهذا الترابط يمكن أنْ يُسهل على الأطراف تكملة النقص في العقد محل الإخلال، على افتراض بقاء ظروف إبرام العقد نفسها، فلو تغيرَّت فلا مساغ قانونيّ للحديث عن تكملة النقص[٦٩].

الخاتمة

بعد أنْ انتهينّا من دراسة بحثنا الموسوم بـ "**العقود الناقصة في القانون المدني: دراسة تحليلية مقارنة**"، خَلُصنّا إلى بيان أهم ما توصلَّت إليه الدراسة من نتائج ومقترحات، وذلك بفقرتين، وكما يلي:

أولاً: النتائج

ويُمكن إجمالها كما يلي:

١-إنَّ العقد الناقص هو الآلية القانونيَّة التي يُمكن من خلالها الالتواء على حكم القانون في فرضية عالجها المُشرِّع، فبدلاً من إعمال حكم القانون يتفق الأطرافُ على جعل العقد ناقصاً بقدر تعلُّق الحكم المتعلّق بهذهِ الفرضية، ومتى ما ظهرت تلك الفرضيَّة حتى يبدأ أطرافُ العقد المفاوضات ثانيةَ.

٢-من منافع النقص في العقود أنَّها قد تسعى إلى إبرام العقد الذي لا أمل في إبرامه بسبب الخِلاف على أمرٍ ما، فيبرم العقد ويُرجئ الأمر محل الخلاف إلى حينه، كما أنَّها قد تكون سبباً في إنقاذ عقدٍ ما من الفسخ أو الإنهاء، فيُصار إلى إعادة التفاوض بشأن العقد بدلاً من اقتلاعه من الحياة القانونيَّة، ثم أنَّها قد تفيد في مسائل معالجة الأوضاع العقديَّة في الأزمات والجوائح.

٣-إنَّ نظرية العقد الناقص تجعل العقد مكسياً بثوب المرونة التي تجعلهُ طيعاً قابلاً للتبدُّل والتكيُّف مع الأوضاع المستقبلية، كما أنَّ هذا لا يعني أننَّا نُنكر ما وصمّها الفقه بهِ من عيوب كادت أنْ تودي بها – وقد حصل ذلك- لوما حصول مخترعها في المجال الاقتصاديّ على جائزة نوبل في الاقتصاد الذي أحيا البحث فيها من جديد وعلى أثر ذلك نلقّف فقهاء القانون هذه النظريَّة لتطويعها في أبحاثهم.

٤-ترتكز نظرية العقد الناقص على جعل العقد مفتوحا امام إرادة الأطراف للتعامل مع الظروف المستقبلية سواء كانت طبيعية ام استثنائية متوقعة ام غير متوقعة قابلة للتغلب عليها ام لا ، وحقيقة هي فلسفة دخيلة على النظرية التقليدية للعقد ،تحتاج للكثير من النظر والتمحيص حول مضمونها ونتائجها القانونية .

٥-يُمكن اعتماد نظريَّة العقد الناقص في تفسير بنود العقد التي يُرجَّح معها الميل إلى إنهاء العقد أو فسخه فتكون بذلك مَعَلم من معالم نظريَّة تفسير العقود، أو على الأقل، يُمكن تضمينها في مجال الدراسات المتعلقَّة بالتفسير "المتطوَّر".

٦-إنَّ الأساسَ الذي تقومُ عليهِ نظريَّة العقد الناقص يكمُن في فكرة التحفيز العقديّ الذي يدفعُ المتعاقد صوب التعاقد بَعْدَ ترشيق العقد مِن الظروف التي يُمكن أنْ تظهر في الأُفقِ وتكون غيرَ محبذّةٍ لدى أطراف العقد، فتحجبها عن الظهور لينعم أطراف العقد بعقدٍ خالٍ من الأزمات.

٧-رأينّا أنَّ العقد الناقص إنْ كانْ داخلاً ضمن سلسلة عقديَّة فإنَّ بنوده التعاقدية تُكمّل مِنْ خِلال بقيَّة العقود فيما لو كانتْ الظروف نفسها، والفائدة المرجوّة منه.

ثانياً: المقترحات

ويُمكن إجمالها كما يلي:

١-إيلاء نظريَّة العقد الناقص الاهتمام الكافي على الصعيد الفقهيّ والقانونيّ، نظراً للمزايا المرجوَّة منها والتي من الممكن الحصول عليها فيما لو أُحكمت صياغتها.

٢-لا يمكن إبقاء الكرة في مرمى أطراف التعاقد في كل الظروف لذا نقترح عدم إعمال النظريَّة محل الدراسة في الظروف التي يستحيل معها تنفيذ العقد، أو الاستمرار في تنفيذه، أو استحالة وصول أطراف الاتفاق إلى حلول حُبيَّة.

٣-نقترح إيراد نص يحتوي على رسم معالم نظريَّة العقد الناقص في عقود القانون الخاص، وليُصاغ مثلاً بالنحو الآتي:

"**١- العقد الناقص هو العقد الذي لا يتضمن جميع البنود التعاقدية الاتفاقية التي عادةً ما يتفق أطراف العقد على إدراجها فيه بشأن محل العقد.**

٢- يمنع العقد الناقص أي جهة غير أطراف العقد بتكملة النقص العقديّ مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

٣ – لا يمنع العقد الناقص القضاء من التدخل لتكملة النقص العقدي عند اللجوء إلى القضاء للاحتكام إليه".

الهوامش

[1] Monique Selim, **incertitudes sociales enjeux epistemologiques,** l'harmattan, paris, 2014, P. 41.

[2] Josepha Laroche, **passage au crible de la scene mondiale**, L'Harmattan, Paris, 2018, P. 15.

[3] Eric Maskin, Jean Tirole, **unforeseen contingencies and incomplete contracts**, review of economic studies, vol. 66, 1999, p. 83.

[٤] د. علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٨، ص٥٩.

[5] Susheng Wang, Organization Theory and its Applications, 1ed, Routledge, New York, 2013, P. 60 and the next pages.

[6] Monique Selim, **incertitudes sociales enjeux epistemologiques,** l'harmattan, paris, 2014, P. 41.

[7] Josepha Laroche, **passage au crible de la scene mondiale**, L'Harmattan, Paris, 2018, P. 15.

[8] Eric Maskin, Jean Tirole, **unforeseen contingencies and incomplete contracts**, review of economic studies, vol. 66, 1999, p. 83.

[٩] يقصد بعقد المشورة القانونية:" العقد الذي يعتمد على أداء معين لمستشار متخصص في مجال معين الذي يضع فيه رب العمل ثقته نتيجة خبرة فنية وعملية مكتسبة وبالتالي يتخذ من خلال توجيهه قراره النهائي". لاحظ: سميع عبد السميع الأودن، **مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٨.

[10] Susheng Wang, Organization Theory and its Applications, 1ed, Routledge, New York, 2013, P. 60 and the next pages

[11] Jan- Erik Lane, Svante ERSSON, **Government and the economy**, 1ed, British library cataloguing date, New York, 2002, P. 246.

[12] James Fowkes, **building the constitution**, 1ed, Cambridge university press, New York, 2016, P. 96.Roger D. Congleton, Bernard Grofman, Stefan Volgt, the oxford handbook of public choice, v. 2, 1ed, oxford university press, New York, 2019, P. 54.

[١٣] د.علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون،٢٠١٨، ص٥٩.

[١٤]كما هو الحال في رسوم تسجيل العقد لدى الكاتب العدل. لاحظ: محمود أحمد عبيد، **الوسيط في شرح قانون التوثيق**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١١، ص٣٧٠.

[١٥]وبنفس هذا المعنى، لاحظ: عقيل محمد موسى الغبان، **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)**، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠٢٠، ص١١٣.

[16]Pierre Cahuc, Stéphane Carcillo, André Zylberberg, **Labore ecomics**, 2ed, the MIT press, London, P. 328.

[١٧]تُنظر المادة (١١٩٥) مدني فرنسي، و المادة (٢/١٤٧) مدني مصري، المادة (١٤٦) مدني عراقي، والمادة (٢٠٥) مدني أردني. وجميعهم لم يمنحوا القاضي سلطة الفسخ بغير طلب. وجميعهم جعلوها من القواعد المتعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها.

[١٨]انَّ منحَ المشرع للقاضي سُلطة المُراجعة العقدية جعلته متحكماً في العقد بطريقةٍ مُفرِطة الأمر الذي شبهه إتجاه في الفقه بأنَّه صار طرفاً ثالثاً في العقد، فإذا فرضنا أنَّ أطراف العقد طلبوا تطويعه ولم يطلبوا فسخه، فهذا يعني أنَّ إرادتهم لم تطلب انهاء العقد و"مِنْ دون الإرادة لا يمكن الحديث عن العقد. وعليه، فإنَّ فتحَ باب مُراجعة العقد على مصراعيهِ أمام القاضي مع وابلٍ مِن الانتقادات التي طالتْ المشرِعُ الفرنسيّ في هذا الشأنُ ومِنْها فَسخ العقد مِنْ غَيْرِ عَنْ دائرة أطرافه. في الوقت الذي لا تُمنَح فيهِ القوانين المدنيَّة العربيَّة محل المقارنة القاضي السُلطة نفسها. بينما في التقنين المدني الفرنسي نجد أنَّ القاضي يَملك سُلطة الإنهاء حتى وإنْ طالب أطراف العقد فقط بتعديلِ بُنود العقد وفي نيَّتِهم المُحافظة على العقد. لاحظ للمزيد: حيدر صلاح كاطع، **فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣، ص٧٢.

[١٩]د. علي حسين منهل، مصدر سابق، ص٦٣. ولاحظ في تفصيل ذلك:
Jhon Cirace, **law, economics and game theory**, 1ed, the rowman & littlefield publishing group, U.S.A., 2018, p. 319.

[٢٠]د. علي حسين منهل، مصدر سابق، ص٦٤ والتي تليها.

[٢١]لطيفة بوراس، **نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية**، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة الجزائر ١، من دون مجلد، العدد (١٤)، ج١، ٢٠٢٠، ص١٣ وما يليها.

[٢٢]لاحظ المادة (١٣٩) مدني عراقي، وتقابلها المادة (١٤٠) مدني مصري، ولا مماثل لها في القانون الفرنسي والأردني.

[٢٣]د. أحمد يسري، **تحول التصرف القانوني**، أطروحة دكتوراه، جامعة هالديبرج، النسخة العربية، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص٦٤. د. غني ريسان جادر الساعدي، **الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص٢٠٨.

[٢٤]لاحظ: د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٧، ص١٤٣.

[٢٥]د. إجياد ثامر نايف الدليمي، ال**أساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص١١٣.

[٢٦]مصطفى مجدي هرجة، **العقد المدني (أركانه، آثاره، بطلانه)**، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، من دون سنة نشر، ص٤٤٨.

[27] Oliver Hart, **incomplete contract and control**, American economic review journal, vol. 107, no. 7, 2017, P. 1749

[٢٨] . ينظر فهد علي الزميع ، نظرية العقد من منظور اقتصادي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ،العدد الرابع لسنة ٢٠١٤، ١٥٢-١٥٣.

[29]Richard Taylor, Damian Taylor, **contract law**, 9th ed, oxford university press, New York, 2023.

ينظر د. بدر الدين براحلية ، تاثير نظرية العقد الناقص على القوانين المدنية العربية ، المؤتمر السنوي الثامن الكويت ٢٤-٢٥ نوفمبر ٢٠٢١، ص٣٢١. [٣٠]

المرجع أعلاه ، مصدرسابق ، ص٣٣٣. [٣١]

[32] Jhon Cirace, **law, economics and game theory**, 1ed, the rowman & littlefield publishing group, U.S.A., 2018.

[33] ينظر جهيدة ابن طبال ، شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمارات الدولية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجزائر سنة ٢٠١٧ ،ص٣٤ وما بعدها .

[34] See William P. Rogerson, **Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract**, 15 RAND J. ECON. 39, 47-49 (1984)

ينظر د.حليمة بن ادريس ، إعادة التفاوض في العقود ، مجلة الاجتهاد القضائي ، المجلد ١٣، العدد الثاني ،سنة ٢٠٢١[35] ،ص٢٥٥ ومابعدها .

[36]ينظر جهيدة ابن طبال، مرجع سابق ،ص٣٧ ومابعدها .

للمزيد ينظر د. جعفر الفضلي ، عقد الاطار دراسة تحليلية ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٢٨ ، سنة ٢٠٠٦ ،ص ٤-١٤ [37].

ينظر د. ناصر علي عبد الكريم ، احكام عقد الاطار وفقا للقانون المدني ، دار النهضة العربية ، مصر ،٢٠٢٠[38]،ص٢١١ ومابعدها

[39] C. Walker, A.J. Smith, **privatized infrastructure the bot approach**, 2ed, Thomas telford publication, u.k., 1999, P. 85.

الربط القياسي هو جعل دين او التزام مالي اخر يتغير مبلغه بالزيادة او النقصان عند الاستحقاق بتغير مقياس او عند التعاقد بل الاستحقاق ..للمزيد ينظر محمد علي القري ، دراسات [40]مؤشر معين لايكون مستواه معروفا اقتصادية إسلامية ،المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، العدد الثاني ،ص١٧ ومابعها ،.

[41]Oliver Hart, Incomplete contract and control, Royal Economic Society, Ibid.p213.

[42] Charles J. Goetz, Robert E. Scott, **principle of relational contracts,** 67 VA, L. REV, 1981, P. 1089.

[43] Oliver Hart, Incomplete contract and control, Royal Economic Society, Ibid.p215

[٤٤] ينظر توفيق قريب الله نمر ، سلطة القاضي في تفسير العقد ، مجلة جامعة البحر الأحمر للعلوم الإنسانية ، العدد اتلرابع ،٢٠١٧، ٣١-٥٦ .

[45] Cynthia A. Montgomery, r**esource-based and evolutionary theories of the firm: towards a synthesis**, 1ed, Kluwer academic publishers, Netherlands, 1993, P. 84.

[٤٦] ينظر فضيلة ميسوم ، دور القاضي المدني في تفسير العقد ، مجلة المنارة للدراسات القانونية ،العدد١٤ ، ٢٠١٦ ، ص٣٤٣-٣٥٤ .

[47] Shinji Teraji, **the cognitive Basis of institutions**, 1ed, Elsevier, United Kingdom, 2018, P. 25. George Hendrikse, **economics and management of organizations,** McGraw Hill education, Berkshire, 2003, p. 242.

[48] Oliver Hart, Incomplete contract and control, Royal Economic Society, Ibid.p217

[٤٩] ينظر د. جعفر محمد جواد الفضلي، **عقد الإطار (دراسة تحليلية)**، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٨/ السنة ١١)، العدد (٢٨)، ٢٠٠٦، ص١.

[50] Ian Ayres, Robert Gertner, **Strategic contractual inefficiency and optimal choice of legal rules**, 101 YALE L. J, 1992, P. 729-730.

[٥١]د. بدر الدين براحلية، **تاثير نظرية العقد الناقص على القوانين المدنية العربية** ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ج٢، عدد خاص، ٢٠٢١، ص٥٢٠ والتي تليها.

[٥٢]والشيء عينه بالنسبة إلى اتفاقية التجارة الحرة بين الصين وأستراليا الموقعة بتاريخ ١٧/ يونيو/ ٢٠١٥ (المادة ٩.٩).

[53] William J. Aceves, The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice, 17 U. PA. J. INT'L ECON., 1996, P. 996.

[54] Tae Jung Park, **Incomplete International Investment Law -- Applying the Incomplete Contract Theory**, university of Cincinnati law review journal, vol. 90, iss. 4, 2022, art. 2, P. 1096.

[55].د علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١٧

[56] Simon A. B. Schropp, **trade policy flexibility and enforcement the WTO**, 1ed, Cambridge university press, New York, 2009, P. 61.

[57] In the same sense:Jun-ichi Nakamura, **Japanese firms during the lost two decades**, 1ed, springer, Japan KK, 2017, p. 69.

[58]Manuel BECERRA, **theory of the firm for strategic management (economic Value- analysis),** 1ed, Cambridge university press, new York, 2009, P. 49.

[59]Sugata Bag, **economic analysis of contract law**, 1ed, library of congress control number, Switzerland, 2018, P. 5 and the next pages.

[٦٠]يقصد بالافتراض القانوني:" وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس افتراض امر مخالف للحقيقة دائما، يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير نصه". يُنظَر د. السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣، ص١٥.

[61] Rudolph "von" Ihering , **L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development**, volume 4, TomeIv, A. marescq, paris, 1880, p. 205.

[٦٢]لاحظ المادة (١٥٠) مدني عراقي، والمادة (١٤٧) مدني مصري، والمادة (٢٠٢) مدني اردني، والمادة (١١٩٣) مدني فرنسي.

[63]David Lanius, **strategic indeterminacy in the law**, 1ed, oxford university press, New York, 2019, P. 272.

[٦٤]علي حسين منهل، مصدر سابق، ص٦٥.

[٦٥]لاحظ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ والذي جاء فيه:" أولاً – آ – يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض، اذا أخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول، دون أخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب – اذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد، أو احدث فيه أبنية أو منشآت اخرى بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فأن ذلك يعتبر سببا صحيحا يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته المعينة في التعهد، أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (آ) من هذا البند مضافا اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول".

[٦٦]رسل طاهر نجم، **نقض المُسلمَّات في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٢١، ص٩٢ والتي تليها.

[٦٧]من أبرز الانتقادات اللاذعة التي نالت منها مساسها بالأمن القانوني للعقود الذي بذل المشرع الفرنسي في سبيل تكريسه الغالي والنفيس، لأنَّ المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد أساسه الانتقاص من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تدحضها نظرية العقد الناقص، تلك القاعدة التي تعد من كلاسيكيات القانون المدني، والتي من أجلها لم يقر القانون المدني الفرنسي نظرية الظروف الطارئة حتى عام ٢٠١٦ التي أدخلها ضمن المادة (١١٩٥) منه، حيث كان الفقه الفرنسي القديم يرفض أي فرضيات لعدم تنفيذ العقد، فكما يُمكن أن تربح يُمكن أن تخسر كما ربحت إلا إذا كان هنالك خطأ من الآخرين. لاحظ:

Domat (J.), **LES LOIS CIVILES DANS LEUR ORDRE NATUREL**, L.I.T.I, Paris, 1698, p. 10

[٦٨]لاحظ للمزيد: د. خالد مصطفى فهمي، **التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٩، ص١٤ والتي تليها.

[69] Oliver Hart, **incomplete contract and control**, American economic review journal, vol. 107, no. 7, 2017, P. 1749.

المصادر

•المصادر العربية

أولاً: الكتب:

١-سميع عبد السميع الأودن، **مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢- د. محمد لبيب شنب، **شرح أحكام عقد المقاولة**، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٢.

٣- محمود أحمد عبيد، **الوسيط في شرح قانون التوثيق**، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١١.

٤-عقيل محمد موسى الغبان، **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة (دراسة مقارنة)**، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠٢٠.

٥-د. أحمد يسري، **تحول التصرف القانوني**، أطروحة دكتوراه، جامعة هالديبرج، النسخة العربية، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨.

٦- د. غني ريسان جادر الساعدي، **الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.

٧-د. أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٧.

٨- د. إجياد ثامر نايف الدليمي، ال**أساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة)**، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

٩-مصطفى مجدي هرجة، **العقد المدني (أركانه، آثاره، بطلانه)**، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، من دون سنة نشر.

١٠-د. السيد عبد الحميد فوده، **الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٣.

١١-د. خالد مصطفى فهمي، **التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية (دراسة مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٩.

ثانياً: البحوث:

١-لطيفة بوراس، **نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية**، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة الجزائر ١، من دون مجلد، العدد (١٤)، ج١، ٢٠٢٠.

٢-د. بدر الدين براحلية، **محاولة لتطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا**، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ج٢، عدد خاص، ٢٠٢١.

٣-د. جعفر محمد جواد الفضلي، **عقد الإطار (دراسة تحليلية)**، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٨/ السنة ١١)، العدد (٢٨)، ٢٠٠٦.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح:

١-رسل طاهر نجم، **نقض المُسلمَّات في القانون المدني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٢١.

٢-حيدر صلاح كاطع، **فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣.

٣-د. علي حسين منهل، **نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء/ كلية القانون، ٢٠١٨.

رابعاً: القوانين:

١-القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدّل لسنة ٢٠١٦.

٢-القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المُعدّل.

٣-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المُعدّل.

٤-القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المُعدّل.

٥-اتفاقية التجارة الحرة بين الصين وأستراليا الموقعة بتاريخ ١٧/ يونيو/ ٢٠١٥ .

خامساً: القرارات التي لها قوة القانون:

١-قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧.

•المصادر الأجنبية:

1.Monique Selim, **incertitudes sociales enjeux epistemologiques,** l'harmattan, paris, 2014.

2.Josepha Laroche, **passage au crible de la scene mondiale**, L'Harmattan, Paris, 2018.

3.Eric Maskin, Jean Tirole, **unforeseen contingencies and incomplete contracts**, review of economic studies, vol. 66, 1999.

4.Susheng Wang, **Organization Theory and its Application**s, 1ed, Routledge, New York, 2013.

5.Jan- Erik Lane, Svante ERSSON, **Government and the economy**, 1ed, British library cataloguing date, New York, 2002.

6.James Fowkes, **building the constitution**, 1ed, Cambridge university press, New York, 2016.

7.Roger D. Congleton, Bernard Grofman, Stefan Volgt, the oxford handbook of public choice, v. 2, 1ed, oxford university press, New York, 2019.

8.Joao Leitao, Elsa Morais Sarmento, JOAO Aleluia, **The Emerald Handbook of Public-Private Partnerships in Developing and Emerging Economies Perspectives on Public Policy, Entrepreneurship and Poverty**,1ed, emerald publishing, united kingdom, 2017.

9.Pierre Cahuc, Stéphane Carcillo, André Zylberberg, **Labore ecomics**, 2ed, the MIT press, London.

10.Jhon Cirace, **law, economics and game theory**, 1ed, the rowman & littlefield publishing group, U.S.A., 2018.

11.Richard Taylor, Damian Taylor, **contract law**, 9th ed, oxford university press, New York, 2023.

12.Shinji Teraji, **the cognitive Basis of institutions**, 1ed, Elsevier, United Kingdom, 2018.

13.George Hendrikse, **economics and management of organizations,** McGraw Hill education, Berkshire, 2003.

14.Cynthia A. Montgomery, r**esource-based and evolutionary theories of the firm: towards a synthesis**, 1ed, Kluwer academic publishers, Netherlands, 1993.

15.C. Walker, A.J. Smith, **privatized infrastructure the bot approach**, 2ed, Thomas telford publication, u.k., 1999.

16.Charles J. Goetz, Robert E. Scott, **principle of relational contracts,** 67 VA, L. REV, 1981.

17.William P. Rogerson, **Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract**, 15 RAND J. ECON, 1984.

18.Ian Ayres, Robert Gertner, **Strategic contractual inefficiency and optimal choice of legal rules**, 101 YALE L. J, 1992.

19.William J. Aceves, The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice, 17 U. PA. J. INT'L ECON., 1996.

20.Tae Jung Park, **Incomplete International Investment Law -- Applying the Incomplete Contract Theory**, university of Cincinnati law review journal, vol. 90, iss. 4, 2022.

21.Simon A. B. Schropp, **trade policy flexibility and enforcement the WTO**, 1ed, Cambridge university press, New York, 2009.

22.Jun-ichi Nakamura, **Japanese firms during the lost two decades**, 1ed, springer, Japan KK, 2017.

23.[69]Manuel BECERRA, **theory of the firm for strategic management (economic Value- analysis),** 1ed, Cambridge university press, new York, 2009 .

24.Sugata Bag, **economic analysis of contract law**, 1ed, library of congress control number, Switzerland, 2018.

25.Rudolph "von" Ihering , **L'esprit du droit Romain dans les diverses phases de son development**, volume 4, TomeIv, A. marescq, paris, 1880.

26.David Lanius, **strategic indeterminacy in the law**, 1ed, oxford university press, New York, 2019.

27.Domat (J.), **LES LOIS CIVILES DANS LEUR ORDRE NATUREL**, L.I.T.I, Paris, 1698 .

28.Oliver Hart, **incomplete contract and control**, American economic review journal, vol. 107, no. 7, 2017.