"الشروط التعاقدية المفتوحة والالتزام ببذل عناية – دراسة مقارنة"([1])

ID No. 3329

(PP 122 - 135)

https://doi.org/10.21271/zjhs.24.2.8

شيرزاد عزيز سليمان

كلية العلوم الاسلامية-قسم الشريعة / جامعة صلاح الدين-اربيل

sherzad.sulaiman@su.edu.krd

عبدالكريم عمر صالح

طالب دكتوراه في كلية القانون/جامعة صلاح الدين- أربيل

المعهد الإداري التقني - قسم الإدارة القانونية / جامعة أربيل التقنية-اربيل

abdulkarim.salih@epu.edu.iq

الاستلام:2019/11/04

القبول : 2020/02/19

النـــشر: 2020/04/20

ملخص

مفهوم التعاقد بشروط مفتوحة مفهوم حديث نسبيا، يعترف به بعض القوانين الوطنية الغربية. و المشكلة تكمن في أن القوانين التي لا تجيز التعاقد بشروط مفتوحة تركز على اليقين والاستقرار في المعاملات المالية بينما القوانين التي تجيزه تفعل ذلك بدافع من الضرورة الاقتصادية العملية لإدخال نوع من المرونة لتمكين العقد المبرم على الاستجابة لتقلبات السوق وغيرها من المتغيرات في الظروف الموضوعية في مرحلة تنفيذ العقد. يحاول هذا البحث تحليل ماهية التعاقد بشروط مفتوحة واستقصاء جذوره التاريخية ومناقشة التعريفات الفقهية العراقية والأجنبية له. ويستعرض التعرف على الشروط المفتوحة الواردة في العقود، مع تركيز خاص على الإلتزام ببذل عناية كشرط تعاقدي مفتوح.

الكلمات الدالة: التعاقد، الشروط المفتوحة، السلطة التقديرية، بذل عناية.

المقدمة:

لابد أن يتفق الطرفان على تحديد جميع الشروط الجوهرية عند ابرام العقد ليعتد القانون المدني العراقي به كعقد ملزم للطرفين. ولكن في العصر التكنولوجي الراهن، الكثير من عقود البيع التي تجتاز حدود الدولة الواحدة والعقود طويلة الأجل والعقود المعقدة، مثل عقود البنى التحتية كبناء المطارات والمصانع، وعقود التنقيب عن النفط والغاز واستغلالها، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود التوريد والايجار التمويلي وغيرها، أصبحت تتطلب مرونة أكثر وحرية تعاقدية أوسع مما توفرها القواعد التقليدية للقانون المدني. يعد الحفاظ على التوازن بين الاستقرار واليقين من جهة والحاجة إلى الاستجابة للمتطلبات الفعلية التي تفرضها الظروف الجديدة والمتغيرة من التحديات القانونية التي لا يمكن التباطؤ في وضع الحلول لها.

هل يمكن للطرفين في عقد البيع مثلا إغفال تحديد شرط جوهري كالثمن صراحة، أو ضمناً او عدم ذكر أي أسس يمكن تحديد الثمن بموجبها فيما بعد؟ ما الحكم إذا اتفق الطرفان على المضي قدماً مع العقد دون الاتفاق على تحديد الثمن أو أي شرط جوهري آخر، أو إذا أغفلا أمر الثمن أو كمية المبيع نهائياً عند ابرام العقد؟ نلاحظ من قراءة أولية للنصوص ذات الصلة من القانون المدني العراقي، أنه يشترط أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة وقت إبرام العقد، فهل يستطيع مفهوم التعاقد بالشروط المفتوحة تلبية ذلك؟ فالتعاقد بشروط مفتوحة بطبيعته يسمح بتأجيل تعيين بعض عناصر محل الإلتزام إلى مرحلة ما بعد ابرام العقد، أي مرحلة تنفيذ العقد للسماح بأخذ التغييرات الخارجية الطارئة في تلك المرحلة، بنظر الاعتبار، أو أن المعلومات ذات الصلة لم تكن متوفرة عند ابرام العقد.

[1] هذا البحث مستل من مشروع أطروحة الدكتوراه الموسومة "التعاقد بشروط مفتوحة – دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية"، مقدم الى مجلس كلية القانون، جامعة صلاح الدين - أربيل، من قبل الطالب عبدالكريم عمر صالح، وبإشراف أ.م. د. شيرزاد عزيز سليمان، وهو جزء من متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.

أسباب اختيار الموضوع:

نتيجة تعقد العلاقات الاقتصادية وتشابكها، تتخلل الشروط المفتوحة العديد من المعاملات المالية بطرق مختلفة، بالرغم من ذلك، لم ينل هذا الموضوع قسطاً وافراً من البحث وبالأخص باللغة العربية. وهو موضوع حديث ومرتبط بالمفاهيم الأساسية في العقود المدنية، وهو يحتاج الى تعميق النظر ومحاولة تحليل جوانبها وإشكالاتها، في سبيل اقتراح الحلول الفقهية والقضائية أو حتى الاستجابة التشريعية إن تطلب الأمر.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى القاء الضوء على مفهوم التعاقد بشروط مفتوحة ودراسة نشوئها وتطورها في الفقه الغربي واستطلاع مدى امكانية الاستفادة من مزاياها في توفير المرونة وهامش أوسع من الحرية للمتعاقدين في تكوين العقد، وتنفيده في العراق عموماً و إقليم كوردستان خصوصاً.

أهمية الموضوع:

إن الحالات التي يبرم فيها العقد دون أي ذكر للثمن أو كمية المبيع وتمنح أحد الطرفين سلطة تقديرية لتحديده فيما بعد، هي حالات في ازدياد مستمر بسبب التكنولوجيا الحديثة والطرق المتعددة والمعقدة للمعاملات المالية الحديثة، كالعقود طويلة الاجل وعقود النفط والغاز وعقود التأمين. وكلما توسع النطاق العملي للتعاقد بشروط مفتوحة، ازدادت أهمية تنظيمه القانونية.

قد تساعد البحوث القانونية في هذا المجال المشرع الوطني على استيعاب المشاكل القانونية المرتبطة بالعقود الحديثة من خلال معاينة البيوع والتعاملات المحلية والدولية والإستئناس بالحلول المقدمة في القوانين الوطنية للدول الاخرى والاتفاقيات الدولية، وكل ذلك قد يمهد الطريق الي توجيه القوانين والتطبيقات الداخلية ذات الصلة الى التوافق مع الأطر القانونية الدولية المنظمة لعقود البيع سواء في المعاملات المالية ذات الطابع الداخلي أو الدولي.

تتلخص أهمية هذا البحث في محاولة التعرف على أحكام التعاقد بالشروط المفتوحة وما يميزها عن التعاقد بالشروط المحددة. والإطلاع على موقف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية. وإضافة إلى أهميته الأكاديمية المذكورة، قد يفيد المتعاملين والمهتمين أيضاً في تكوين عقودهم وهم على بينة من المبادئ القانونية ذات الصلة.

منهج البحث:

يقدم هذا البحث تحليلاً منهجياً تأصيلياً للتعاقد بشروط مفتوحة من خلال البناء على الدراسات الحالية، والأبحاث الحديثة متعددة التخصصات في القانون المدني، والغالبية العظمى منها هي باللغة الإنكليزية، ويعتمد استخدام أدوات الشرح الدقيقة في مجال النظم القانونية المعقدة.

خطة البحث:

تشتمل خطة البحث على مقدمة ومطلبين وخاتمة. في المطلب الأول، الذي سنقسمه بدوره إلى فرعين، نوضح المقصود بالشروط المفتوحة، فبعد بيان مفهوم الشرط بشكل عام والشروط المفتوحة بشكل خاص، سنتصدى لتعريف الشروط المفتوحة. نخصص المطلب الثاني لبيان نبذة تاريخية لأصل فكرة التعاقد بشروط مفتوحة ومن ثم تحليل الإلتزام ببذل عناية كشرط تعاقدي مفتوح تباعا.

1- مفهوم الشروط المفتوحة

نحاول في هذا المطلب أن نبين مفهوم الشروط المفتوحة من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بالشرط

"الشرط" وفقاً للقانون المدني العراقي إما هو شرط تقييدي، نظمت احكامه المادة (131)، أو شرط تعليقي واقف أو فاسخ وفقاً لمواد (285-290)؛ أو شرط الخيارات كخيار الرؤية وشرط الخيار والتي نظمت احكامه المواد (509 – 513). ولكن ليست هذه ما نقصد بالشرط في هذا البحث، وإنما نقصد بالشروط العقدية البنود العقدية، أو ما يحتويه العقد عموما، أي المسائل العقدية "التي يستلزمها القانون في واقعة معينة ليترتب عليها أثر قانوني معين" (مرقس، 1992، ص 494).

الشروط الجوهرية في العقد هي التي تحدد ماهية العقد الذي ينوي الطرفان ابرامه. والأصل في القانون المدني العراقي هو أن يتفق المتعاقدان على جميع الشروط الجوهرية، كالثمن والمبيع في عقد البيع، وأن يحددا ما ينشأ عنه من حقوق

والتزامات. فإذا قام المتعاقدان بالاتفاق على جميع الشروط العقدية الجوهرية بإرادتهما المشتركة يكون العقد ملزماً ولا يمكن تعديله عموماً إلا باتفاقهما المشترك، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين (الحكيم، 1977، ص. 156-157).

أما الشروط غير الجوهرية، أي المسائل الثانوية او التفصيلية، مثل مكان تسليم المبيع في عقد البيع، هي تلك الشروط التي لا تتصل بغاية العقد الأساسية او بالإلتزامات المتقابلة فيه (الفتلاوي، 2006، ص. 42). فليس من الضروري ذكرها في العقد، ولا يؤثر إغفالها أو إرجاء الاتفاق عليها على صحة العقد مالم يعلق الطرفان انعقاد العقد على الاتفاق اللاحق على مسألة ثانوية أو أي شرط آخر (الحكيم، 1977، ص. 156-158). يمكن أن يتحول شرط غير جوهري الى شرط جوهري إذا تمسك به أحد الطرفين واعتبره جوهرياً بالنسبة له بحيث يتوقف رضاؤه بالعقد عليها، مثل تسليم المبيع في مكان معين أو زمان معين، فلا ينعقد العقد قبل وجود اتفاق عليها (الحكيم، 1977، ص. 156-157).

يميز المشرع العراقي بين الشروط الجوهرية والتفصيلية وترتب آثار قانونية مختلفة في حالة خرق أي منها. في حين لا يمكن إبرام العقد الا بالاتفاق على المسائل الجوهرية، يسمح بإغفال مسائل ثانوية. تنص المادة 86 (2) من القانون المدني العراقي لسنة 1951 المعدل على إنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة." وليست فقط البنود العقدية ملزمة للطرفين وإنما كل ما يعتبر من مستلزمات العقد أيضاً بموجب ما نصت عليه المادة 150 (2) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام".

من هذا يتبين أن ترك الشروط التفصيلية أو الثانوية مفتوحة دون تحديد، أمر يجيزه القانون المدني العراقي، ويعتمد في تنظيم تحديده على نصوص القانون المفسرة لإرادة الأطراف. وإن المحكمة تقضي في النزاع بين الأطراف المتعاقدة في هذا الشأن طبقاً لطبيعة الموضوع أو المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة (ينظر المادة 86 (2) من القانون المدني العراقي والمادة 95 من القانون المدني المصري). فأمر الشروط الثانوية المفتوحة محسوم في الفقه، وكذلك في التشريع العراقي، ولا خلاف حوله. أما لو تصورنا شرطاً جوهرياً مفتوحاً في العقد، هنا قد نكون أمام معضلة قانونية تحتاج الى حل، فالقانون يشترط في الإيجاب أن يحتوي على جميع المسائل الجوهرية للعقد حتى يمكن اقترانه بالقبول. فإذا ترك بعض الشروط الجوهرية مفتوحة الى حين التنفيذ، هل يترتب على ذلك بطلان الإيجاب وبالتالي بطلان العقد، أم يقرها القانون ويحترم فيها إرادة المتعاقدين في الالتزام به؟ وتكون هذه المسألة محل دراستنا في هذا البحث.

في القانون الانكليزي تصنف البنود العقدية عموماً على أنها شروط (condition) أو ضمانات (warranties) (O'Sullivan, 2018, p. 333). والمفترض أن تقوم الأطراف بتحديد كيفية تصنيف كل بند عقدي في بداية ابرام العقد. وإذا كان هناك خرق للعقد فيما بعد، فسيتمكن الأطراف من تحديد العلاجات المتاحة وفقاً لتصنيف البنود المتفق عليه. الشرط (condition) هو كل بند يتصل مباشرة بجوهر العقد مثل كمية أو جودة المبيع أو قد يتضمن العقد بنداً ينص على أنه يجب تسليم المبيع في وقت محدد، بمعنى أنه شرط من شروط العقد الجوهرية الى الحد الذي يعتبر معه الطرف الآخر أن عدم الوفاء به هو إخفاق في تنفيذ العقد برمته، بما يبرر طلب التعويض أو فسخ العقد بإرادته المنفردة. قد ينص العقد صراحة على الشروط أو قد تكون الشروط ضمنية (implied terms)، مثلا، يشترط في عقود البيع وإن لم يصرح بها المتعاقدان إن المبيع مملوك للبائع وله الحق في التصرف فيه (Hughes, 1959, p. 8). يجب التنويه هنا، الكثير من القانونيين الإنكليز يستخدمون مصطلح "العناصر الجوهرية – essential elements" أو "essential terms" للدلالة على (conditions) أو الشروط الجوهرية (Andrews, 19 April 2019) ، (Bowen, 1922, p. 133).

اما الضمان (warranty) فهو بند عقدي تقل أهميته عن أهمية الشرط ويكتب عادة كوعد أو تعهد (Clarkson, et al, 2015, p. 439)، مثلا، في عقد الخدمات قد ينص العقد على أن الموظفين الذين يقومون بتقديم الخدمة مدربين على مستوى معين. وبموجب المادة 61 من قانون بيع البضائع الإنكليزي (United Kingdom Sale of Goods Act 1979)، فإن خرق الضمان قد يؤدي إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار. ولكن لا يترتب عليه الحق في رفض البضاعة أو طلب فسخ العقد، ولا يحرم خرق الضمان الطرف المتضرر من كامل الاستفادة من العقد (Andrews, 2011, p. 87).

بما أن القانون المشترك الإنكليزي يهدف تاريخياً إلى تيسير المعاملات المالية في السياقات التجارية، ففي تفسير الشروط العقدية، تصب المحاكم جل إهتمامها على نية الطرفين (*Hoadly v McLaine*, 1834)، لذا قد يكون بند معين ضماناً في

عقد ما وشرطاً في عقد آخر، بحسب مدى أهمية البند العقدي هذا للأطراف حتى لو تمت تسميته عن طريق الخطأ في العقد (Barnes, et al., 2009, p.336).

ليست بالضرورة أن تكون الشروط الجوهرية التي يتم إغفالها أو يرجأ الإتفاق عليها الى مرحلة التنفيذ جميعها شروطاً مفتوحة. فعندما يتفق الطرفان على بعض الشروط العقدية ولا يتفقان على شرط جوهري، كالأجرة أو الثمن أو كمية المبيع مثلاً، هناك احتمالان، فإذا كانت نيتهما عدم الالتزام بالعقد إلا بعد الاتفاق على الشرط المعين هذا، فالإشكالية هنا ليست إشكالية اليقين (certainty) أو معلومية المحل، بل هي إشكالية تتعلق بوجود النية بالإلتزام قانوناً (intention to be legally bound) ولذلك فإن العقد في هذه الحالة لا ينعقد أساساً لعدم توفر التراضي (O'Sullivan, 2018, p. 78).

أما إذا كانت الشروط الأخرى التي اتفق عليها الطرفان، عدا الثمن أو الأجرة أو كمية المبيع مثلا، مهمة لهما لدرجة انصرفت نيتهما إلى إحداث أثر قانوني والإلتزام بالعقد وتحديد شرط الثمن غير المحدد أو تقدير الأجرة أو كمية المبيع غير المحدد فيما بعد، فهنا أيضاً ينبغي التمييز بين حالتين. إذا نوى الطرفان الإلتزام وإحداث أثر قانوني ولكن اشترطا في العقد أن يتم تحديد الشرط أو الشروط غير المحددة فيما بعد باتفاق لاحق بينهما، هنا لا يكون الأمر متعلقاً بنظرية التعاقد بشروط مفتوحة أيضاً (Clarkson, et al, 2015, p. 381), بل إنه قد يعد من تطبيقات عقود الإطار أو التدرج في إبرام العقد، في حال توفرت شروطها (Mouzas, Furmston, 2008, p. 38). وعليه إذا لم يتمكن الطرفان فيما بعد من التوصل إلى اتفاق بإرادتهما الحرة، فمن الصعب تحديد ذلك الشرط خارجياً لوجود شرط عقدي يقضي باتفاق يرضي الطرفين، وقد تختلف المسؤولية المترتبة على ذلك وفقاً للأحوال، واستناداً الى النظام القانوني المعمول به.

بناء على ما سبق ذكره، نستنتج أنه إذا لم يتفق الطرفان على شرط جوهري في صلب العقد أو أغفلاه، ونويا مع ذلك المضي قدماً مع العقد والإلتزام به مع تفاهم أو اتفاق صريح أو ضمني أن يقوم أحدهما بتحديده عند تنفيذ العقد بالإستناد إلى أسس معينة أو غير معينة مسبقاً فيمكن اعتبار الشرط من الشروط المفتوحة والتي ينطبق عليها النظام القانوني للتعاقد بالشروط المفتوحة، بحسب القانون الواجب التنفيذ المعني. ويمكن الإشارة إلى الشرط بالافتراض القانوني على أنه شرط اتفق عليه ضمناً وقابلاً للتحديد قانوناً، مثلاً، على أساس ثمن معقول وفقاً للمادة 8 (2) من قانون بيع البضائع الانكليزي 1979، أو سعر السوق وفقاً للمادة 2-305 من قانون التجارة الامريكي الموحد، أو بممارسة السلطة التقديرية ممارسة معقولة وعادلة بموجب المواد 315-317 من القانون المدني الألماني (2002) (Watkin,1999, p. 141)، أو السعر المتداول في التجارة بموجب المادة 528 من القانون المدني العراقي أو أجر المثل بالنسبة لعقد الايجار بموجب المادة 738 من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني: الإطار القانوني للتعاقد بالشروط المفتوحة

في بعض العقود، خصوصاً المتسمة منها بالتعقيد أو الدوام والإستمرارية، من الصعب لأي من الطرفين أن يتنبأ بكل الفرضيات الطارئة المحتملة، وحتى لو تمكنت الأطراف، فرضا، من تحديد الحالات الطارئة مقدماً فإنه من الصعب التنبؤ بمدى تأثير الحالة الطارئة، إذا وقعت على العلاقة التعاقدية، أو أن تحدد مسبقاً الإستجابات المناسبة لها (Epstein, 2014, p. 301). ولذا فإن العقد الذي يوضح بالتفصيل إلتزامات كل طرف وردوده في جميع السيناريوهات المحتملة، وبالأخص للعقود الطويلة المعقدة، هو ليس إلا "ضرب من الخيال" (Farnsworth, 2004, p. 480).

قد لا يستطيع الطرفان في العقود المعقدة الاتفاق على مدة العقد أو ثمن محدد، أو حتى تفاصيل معينة تعتمد على ظروف تتعلق بكيفية الإنجاز أو التوقعات المستقبلية لتقدم المشروع، فيضطران إلى ترك تحديد مثل هذه الشروط لإرادة الطرف الذي ينجز المشروع عادة فيقوم هو بتحديد طريقة الإنجاز وبالتالي يحدد المسائل التي تركت مفتوحة، وإذا تعذر عليه ذلك أو ظهر نزاع بصدده فإن المحاكم تكون مختصة بتحديد تلك المسائل العقدية (المطرفي، دلالات 2008، ص. 102).

في عقود مقاولة الإنشاء والتعمير وغيرها من عقود المقاولة وكذلك عقود الإستصناع قد تكون هناك مسائل لا يمكن لرب العمل الإحاطة بها أو تقييد المقاول أو الصانع المهني فيها حيث يمكن اعتبارها من قبيل الشروط المفتوحة لأن السلطة التقديرية للمقاول أو الصانع تكون كبيرة بحكم الدقة الفنية المطلوبة في أداء عمله وتحديد كيفية وفاءه بإلتزاماته (ثروت، 1976، ص. 46).

لا يقتصر التعاقد بشروط مفتوحة فقط على العقود المعقدة، طويلة الأجل أو العقود التي تكتنف تنفيذها صعوبة تحديد حالات مستقبلية طارئة. العديد من العقود البسيطة الفورية قد يتخللها شرط مفتوح (Gergen, 1992, p. 999)، مثل شراء الطعام من مطاعم البوفيه المفتوح حيث يحدد المطعم ثمنا معينا للوجبة، ولكن مقدار الطعام والشراب يحدده المشتري وبهذا تكون كمية المبيع مفتوحة عند ابرام العقد وللمشتري السلطة المطلقة، وليست المقيدة، إلا على أساس معيار مادي ذاتي وهو الشبع في تحديده فيما بعد، هذه المسائل رغم بساطتها الظاهرة والامكانية الضئيلة للمقاضاة فيها إلا أنها لا تقل اهمية من

الناحية النظرية عن العقود المفتوحة المعقدة، وأنها ايضاً قادرة على إثارة جدل فقهي وشعبي واسع، على حد سواء (على سبيل المثال، أنظر جريدة البيان الإماراتية، الفوزان: ينفي تحريم البوفيه المفتوح، (17 آذار 2014)).

كذلك الحال في العقود المبرمة مع اصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامي والمهندس المعماري. مثلا، يتلقى الطبيب في عيادته مبلغاً مقطوعاً من المريض ومع ذلك يمارس سلطة تقديرية في تحديد مقدار الوقت والجهد المبذول (Gergen, 1992, p. 999). وللوكيل في عقود الوكالة العامة المطلقة سلطة تقديرية يمارسها لصالح الموكل (السنهوري، 1964 ، ص 459)، أو في عقود الشركة بين طرفين في ممارسة العمل حيث أن أحد الشركاء قد تكون له سلطة تقديرية في تحديد إلتزامه فيما يتعلق بمجال التجارة أو نوعية العمل الذي يقوم به (Goldberg, 2002, p. 320).

قد يكون شرط أجرة المقاول غير محدد ايضاً عندما يغفل الطرفان عند ابرام عقد المقاولة تقدير الأجرة أو بيان أساس لتقديرها فيما بعد، وينسجم هذا مع المادة (1/880) من القانون المدني العراقي التي تعترف بالصفة الملزمة لعقد المقاولة وإن: "لم تحدد الأجرة سلفاً او حددت على وجه تقريبي". وتنص المادة (1/880) على معايير موضوعية لتحديد الأجرة والتي تتمثل بوجوب الرجوع الى "قيمة العمل ونفقات المقاول". وإذا أغفل المتعاقدان بالكامل الإشارة إلى الأجرة فهذا لا يعني بطلان العقد في ظل القانون المدني العراقي ولا بالضرورة حرمان المقاول من الأجرة حيث توفر المادة (2/880) من القانون المدني العراقي أساساً منطقياً لتبرير الإلتزام بدفع الأجرة وذلك بإفتراضها وجود إتفاق ضمني "على وجوب الأجر إذا تبين من الظرف أن الشيء او العمل الموصي به ما كان ليؤدى إلا لقاء أجر يقابله" (المادة (2/880) من القانون المدني العراقي). وكذلك الحال في عقد العمل بالنسبة للأجر غير المتفق عليه، مثلاً، إذا كان نوع العمل "ليس مما جرت العادة بالتبرع به" (المادة (1/903) من قانون المدني العراقي) وإذا أغفل المتعاقدان ذكر مقدار الأجر أو لم يتفقا عليه فيتم تقدير الأجر بأجر المثل وفقاً للمادة (2/993) من القانون المدني العراقي.

يتبين من هذه النصوص أنه في القانون المدني العراقي لا يشترط لصحة العقد أن يتفق الطرفان على تحديد كافة الشروط الجوهرية وقت ابرام العقد بل يكفي اتفاقهما الصريح على الأسس التي يمكن تحديد الشرط الجوهري بالاستناد إليها تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة (1/514) من القانون المدني العراقي)، وعليه فإن إتفاق الطرفين على تقدير الثمن فيما بعد وفقاً لسعر السوق أو وسيلة خارجة عن إرادة الطرفين يعد ممكناً (المادة (528) من القانون المدني العراقي). يذهب القانون المدني العراقي في المادة 528 منه أبعد من ذلك، فإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على تحديد الثمن ولم يذكرا الأسس التي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها، فلا يترتب عن ذلك بطلان عقد البيع "متى تبين من الظروف ان المتعاقدين نويا إعتماد السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما" (المادة (528) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (424) من القانون المدني المصري). هنا يسمح القانون العراقي بالاكتفاء بالاتفاق الضمني على الثمن. فيمكن للطرفين إغفال ذكر الثمن وإغفال ذكر أي أسس لتحديد الثمن فيما بعد بمقتضاها. مثلاً إذا اشترى المشتري كمية معينة من القمح بثمن معين ثم طلب من البائع ذاته كمية معينة اخرى من القمح دون تحديد الثمن، أو بيان أي أسس لتقديره فيما بعد، فلا يبطل البيع بسبب جهالة الثمن، بل يحدد الثمن بناء على التعامل السابق بين الطرفين.

بالرغم من المرونة التي تبديها المادة (528) من القانون المدني العراقي، يلاحظ هنا أنه لا يمكن تفسيرها وكأنها تجيز التعاقد بشروط مفتوحة، بل نرى أن القانون المدني العراقي، أو المصري في هذا الصدد، يسمح بإقامة الدليل على اتفاق ضمني على سعر معين أو قابل للتعيين، وهو تحديداً السعر الذي جرى عليه التعامل بين الطرفين، أو الاتفاق الضمني على معيار معين وهو السعر المتداول في التجارة كأساس لتقدير الثمن بموجبه فيما بعد ومن الواضح أن هذا لا يتضمن إناطة سلطة تقديرية لأحد الطرفين لتقدير الثمن كما هو الحال فيما يتعلق بالشروط المفتوحة. ففي مثالنا السابق، لا يسمح للبائع، بموجب القانون المدني العراقي، بعدما أرسل الكمية المطلوبة من القمح وأستلمها المشتري أن يطلب ثمناً يزيد عن السعر الذي اعتمداه في تعاملهما السابق ولو أنهما لم يتفقا صراحة على أي ثمن فيما يتعلق بعقدهما الثاني هذا. أما في ظل مفهوم التعاقد بشروط مفتوحة يجوز للبائع أن يطلب زيادة معقولة عما جرى التعامل بينهما (Hillman, 1981, p. 340).

يعمل نظام التعاقد بشروط مفتوحة بمرونة أكثر مع العقود المترابطة التي تبرم بين الاطراف ذاتها لأن اسعار معظم المبيعات متقلبة تتطلب تحديثًا مستمرًا، ولهذا السبب، قد لا تنسجم الأسعار القديمة، التي تم التعامل بها سابقاً، مع المعاملات المستقبلية المتكررة بين الطرفين (*Quaker State Mushroom Company, Inc v Dominick's Finer Foods, Inc of Illinois*, 1986). يجوز للبائع عند ممارسته السلطة التقديرية بتحديد الثمن المفتوح أن يزيد أو يحط من الثمن وإذا أقدم على زيادة الثمن يتعين عليه مراعاة قواعد حسن النية وأن يكون مقدار زيادة الثمن مقداراً معقولاً وفقاً للنظام القانوني لمحكمة الموضوع.

نستنتج مما تقدم أنه في ظل نظام قانوني يقر بالتعاقد بشروط مفتوحة، ليس كل إغفال لشرط جوهري يجعل الشرط مفتوحاً وبالتالي العقد صحيحاً. لكي يعد الشرط الجوهري الذي تم إغفاله أو لم يتفق عليه شرطاً مفتوحاً يجب أن تكون هناك نية تعاقدية للطرفين، قابلة للإثبات، بالمضي قدما مع العقد والالتزام به بالرغم من ترك أحد الشروط الجوهرية مفتوحاً مع إيلاء أحد الطرفين أو عامل خارجي مستقل عنهما سلطة تحديد الشرط وفق ضوابط موضوعية. وهذه النية التعاقدية بالمضي قدما مع العقد هي الأساس الذي ترتكز عليه شرعية التعاقد بشروط مفتوحة، والمعلوم أن الشروط الجوهرية المفتوحة ليست مقبولة في نطاق عقد البيع البسيط، لأن القانون يشترط عدم جهالة المحل جهالة فاحشة، أما إذا كانت الجهالة يسيرة فالعقد يكون صحيحا، وهذا خاضع للمعايير الموضوعية الواردة في هذا الصدد، ولكن في البيوع المركبة أو التي يتم فيها الاتفاق مع المنتجين يحتاج الأمر الى بعض الدقة في تكييف العقد، حيث يمكن في بعض الأحيان تكييف تلك العلاقة بأنها عقد استصناع بدلا من البيع، وبالتالي فإنه يمكن القول أن القانون العراقي يسمح حينها بالتعاقد على أساس الشرط المفتوح الوارد فيه نوعا ما، أما في بقية الحالات التي لا يمكن تكييفها على ذلك النحو فالقانون العراقي موقفه يكون واضحا بصدد الشروط الجوهرية، حيث يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين حسب التفصيلات التي ذكرناها آنفا.

الفرع الثالث: تعريف الشروط المفتوحة

انطلاقاً من أن الشرط المحدد يتم تحديده بدقة من قبل العاقدين في الوقت الذي يبرمان فيه العقد، فإن البعض من الفقه يعرف الشروط المفتوحة بأنها هي: "تلك البنود العقدية التي لا يتم تحديدها بدقة أو لا يتفق عليها عند إبرام العقد" (Gabuardi, 2001, p. 4). وهذا بنظرنا لا يفي بتحديد مفهوم الشروط المفتوحة فهو يبدو غير مانع لدخول مفاهيم أخرى الى ما تدل عليه الشروط المفتوحة، كحالات عدم تطابق الإرادتين لإنشاء العقد أو حالة السكوت أو عدم الإتفاق حول الشروط الثانوية، أو حتى بعض الحالات التي تؤخر فيها الإتفاق الى وقت لاحق كحالات الإتفاق على مراتب أو ما تسمى عند البعض بعقود الإطار.

قد يكون التعريف الذي أورده مارك غيرغن (Gergen) للشروط المفتوحة أقرب الى الصواب حيث يقول بأن الشروط المفتوحة هي: "شروط تعاقدية تمنح صراحة أحد الطرفين سلطة كبيرة، ولكن ليست السلطة المطلقة، في تنفيذ هذه الشروط وفقاً لتقديره لها" (Gabuardi, 2001, p. 3). يذهب غيرغن إلى أن العقود المفتوحة تمنح حرية في تقدير الوفاء لأحد الطرفين بينما تحاول اقناعه بممارسة السلطة التقديرية هذه لتعظيم العائد المشترك للطرفين. يتم الإقناع من خلال توفير الحافز للطرف الذي له سلطة تقديرية بتقاسم العائد على وفائه مع الطرف الآخر. نظراً للطبيعة الأنانية لبعض البشر، يلاحظ غيرغن، أنه قد لا تؤدي هذه العقود إلى تحقيق الوفاء الأمثل، لأن التكاليف والعائدات مقسمة بين الطرفين (Gergen, 1992, p. 997).

إذن العقد المفتوح، كما ينظر إليه غيرغن، هو عقد لا ينص على الشروط الكاملة المتفق عليها بين الطرفين المعنيين، ويتضمن بنود يمكن تعديلها بإرادة منفردة، عادة من قبل البائع (حسن، 2014، ص 1-23). يري غيرغن ان الوعد ببذل عناية أو الوعد بإتخاذ اجراءات هي شروط عقدية مفتوحة تخول أحد الطرفين سلطة كبيرة في تحديد الالتزام ولكن هذه السلطة ليست مطلقة بل عادة ما تصاحبها قاعدة غير محددة مساندة مثل قاعدة حسن النية في تنظيم التقدير (Gergen, 1992, p. 999).

إن منح السلطة المطلقة لأحد الطرفين قد يحول العقد حبيساً للإرادة المحضة لهذا الطرف ومشيئته الشخصية وبالتالي يخالف قاعدة انشاء الإلتزامات المتقابلة في كل من الطرفين والقواعد العامة للإيجاب والقبول التي بنيت عليها عقود المعاوضة أوالعقود التبادلية ويترتب عليه بطلان العقد. أما التعاقد بالشرط المفتوح، وإن كان يعتمد على السلطة التقديرية لأحد الأطراف في بعض الفرضيات، ولكن القانون لا يبطله نظراً لتدخل أو تظافر عوامل أخرى بجانب الإرادة في مصير الشرط، فرغم وجود السلطة التقديرية الكبيرة للطرف المتعاقد إلا أنها ليست سلطة محضة. فالملتزم بالشرط المفتوح ليس ملتزماً بشرط إرادي محض، بل تكون له سلطة تقديرية وفق معايير موضوعية، وليست ذاتية محضة، مثل معيار المعقولية أو حسن النية في تنفيذ العقود عموما.

ينتقد البعض " (Gabuardi, 2001) تعريف غيرغن للشروط المفتوحة لأن الأخير لم يبين بالتحديد ما يقصد بعبارته "سلطة كبيرة، ولكن ليست السلطة المطلقة" وكذلك لأن غيرغن في تعريفه قال أن السلطة التقديرية هذه تمنح "لأحد الطرفين"، ويعتقد كارلوس غابوردي (Gabuardi, 2001) إن هذا يمثل فقط احدى حالات الشروط المفتوحة ولا تقتصر الشروط المفتوحة على تلك الحالات بل قد تكون هناك حالات عديدة أخرى تُترك فيها شروط العقد مفتوحة، ولكن تخضع لظروف أو عناصر أو عوامل خارجة عن سيطرة الطرفين (Gabuardi, 2001, p. 5). ويضيف غابوردي أنه قد تكون هناك حالات من الشروط المفتوحة حيث يكون العقد صامتاً فيما يتعلق بشرط جوهري معين والطريقة التي يتم تحديد هذا الشرط المفتوح بها فيما بعد. عليه، ينظر

غابوردي إلى التعاقد بشروط مفتوحة بشكل اوسع ويقول إن الشروط المفتوحة هي نقيض الشروط العقدية الثابتة والمحددة، وهو يستنتج تعريفها بناء على ذلك بأنها هي: "تلك الشروط التي لم يتم تحديدها بدقة أو لم يتفق عليها في الوقت الذي يبرم الطرفان فيه العقد، ولكن يتم تحديدها بسلطة تقديرية كبيرة - ولكن ليست غير مقيدة تماماً- لأحد الأطراف، أو عن طريق العناصر أو العوامل أو أمور خارجة عن سيطرة الطرفين"(Gabuardi, 2001, p. 6).

يبدو أن هذا التعريف لا يميز بين الشروط التي يتفق الأطراف على إبقائها مفتوحة مع فهم مشترك لتحديدها في مراحل متأخرة من التنفيذ حسب الظروف التي تحين حينها وبين الشروط التي تغفل الأطراف تناولها وبالتالي يترك الاتفاق عليها وكذلك الشروط التي تتفاوض عليها الأطراف ولكنها لا تتوصل إلى نتيجة مرضية لكل منهما بشأنها ومع ذلك يتفقان على المضي قدما مع العقد وإرجاء التفاوض إلى مراحل متأخرة من تنفيذ العقد.

نلاحظ ايضاً إن كلا التعريفين للشروط المفتوحة، التي اوردهما غيرغن وغابوردي، يتضمنان عبارة مفادها "الشروط التي لم يتم تحديدها بدقة أو لم يتفق عليها وقت ابرام العقد" مما يدل على أن التعريفان بذلك يدخلان ضمن نطاق الشروط المفتوحة حالة إذا اكتفى الطرفان بذكر الأسس التي يحدد الشرط بموجبها فيما بعد وليس تحديد الشرط ذاته في صلب العقد، لأن ذلك يعد نوعاً من أنواع عدم تحديد الشرط بدقة. تأتي أحكام المادة 527 من القانون المدني العراقي مخالفا لهذا المفهوم، أذ تعتبر "بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد" تقديراً كافياً للثمن نافياً للجهالة وبالتالي شرطا قابلا للتحديد على أسس موضوعية متفق عليها وبالتالي ليس شرطاً مفتوحاً.

يتبين من تعريف الشروط المفتوحة الذي اورده غابوردي إن الشرط القابل للتقدير يأتي ضمن تعريف الشروط المفتوحة، ولكننا نرى أن الثمن لا يصبح مفتوحاً لمجرد الاتفاق على أسس موضوعية لتحديده فيما بعد، بل إن الثمن في هذه الحالة يعتبر الثمن القابل للتحديد، وهو التحديد غير المباشر أو الضمني للثمن. نلاحظ هنا، من جانب آخر، أن الأسس التي تجعل الثمن قابلا للتقدير في القانون المدني العراقي أو المصري بهذا الشأن، هي أن تكون أسس واضحة غير مبهمة في بيان كيفية إجراءات تقدير الثمن، فإذا اتفق الطرفان على أن الثمن هو الثمن العادل أو ثمن المثل لا تكون هذه أسس واضحة بشكل كاف لتحديد الثمن بموجبها وبالتالي لا ينعقد البيع في ظل القانون المدني العراقي أو المصري (قاسم، 2007، ص. 197). بينما في التعريف الذي أورده غيرغن للثمن المفتوح، لا يشترط لينعقد البيع أن تكون الأسس التي تحدد الثمن بموجبها واضحة، أو حتى مجرد الإشارة إلى هذه الأسس.

بناء على ما سبق، يمكننا تعريف التعاقد بالشرط المفتوح بأنه: (هو التعاقد الذي يتضمن شرطاً جوهرياً لا يتم تحديده عند ابرام العقد والذي يجب تحديده في مرحلة تنفيذ العقد، من خلال السلطة التقديرية الممنوحة لأحد الطرفين وعوامل أخرى خارجة عن إرادتهما).

2- أصل فكرة التعاقد بشروط مفتوحة والإلتزام ببذل عناية

نحاول في هذا المطلب أن نستعرض نبذة تاريخية موجزة عن فكرة التعاقد بالشروط المفتوحة ومن ثم نقوم بتحليل الإلتزام ببذل عناية كشرط تعاقدي مفتوح.

الفرع الأول: أصل فكرة التعاقد بشروط مفتوحة:

فكرة التعاقد بشروط مفتوحة تعود بأصولها إلى القرنين الحادي عشر والثاني عشر، عندما حدثت النهضة التجارية في أوروبا (Berman, Kaufman, 1978, p. 224). حيث كانت مرتبطة جزئياً ببداية التجارة مع الأسواق الشرقية. وفي جزء آخر مرتبطة بالتطورات السياسية، والاقتصادية العامة في أوروبا، بما في ذلك صعود الوحدات السياسية المستقلة مثل البلدات والمدن (Plucknett, 1956, p. 118). فالتعاقد بشروط مفتوحة ليس بممارسة حديثة، رغم بروزه و تناميه بشكل بارز في أوائل القرن العشرين. فقد بدأ مجتمع التجارة الأوروبي الجديد بالنمو تدريجياً وخلق نظاماً جديداً للقانون يحكم أنشطته التجارية. فالأسواق والمعارض كانت موجودة في الغرب، لكنها كانت تفتقر الى نظام قانوني متطور، وامتد ذلك الحال الى حوالي قرنين أو ثلاثة قرون (Lopez, 1968, p.229). ومع نمو التجارة، وإحياء دراسة القانون في الجامعات ونمو النظم القانونية الكنسية والعلمانية على حد سواء، وضعت قواعد قانون التجار الذي تضمن عادات الأسواق ونظم المعاملات المالية.

تطور قانون التجار في بريطانيا على مر القرون من مجموعة من القواعد العرفية يمارسها التجار كانت تنعكس في أحكام المحلفين التجار في القضايا التجارية لمحاكم القانون المشترك (Common law) ولم ينطبق بدقة على القانون المشترك لغاية اواخر القرن الثامن عشر بإنكلترا (Plucknett, 1956, p. 660-64). قد طالب بعض التجار بقانون أكثر وضوحًا، وروجت السياسة الوطنية للحاجة إلى تطوير القانون الرسمي بدلاً عن الإعتماد المستمر على تجربة التجار العرفية غير الرسمية (Plucknett, 1956, p. 664). وكانت هذه السياسة واضحة في رأي اللورد مانسفيلد (Lord Mansfield)، الذي شدد على وجوب اعتبار القواعد التجارية العرفية قواعد قانونية ورأى أنه من المناسب أن تقر القواعد التجارية من قبل المحاكم فقط (*Pillans & Rose v Van Mierop & Hopkins* 1765).

لم يطبق قانون التجار فقط على التجار وحدهم، بل على جميع الناس وجميع المعاملات المالية، وأصبح بعد ذلك جزءاً لا يتجزأ من القانون المشترك الإنكليزي الرئيسي (Baker , 1979, pp. 295-322). وقد أسفر قرار اللورد مانسفيلد ومؤيديه فيما بعد عن إنشاء مجموعة قواعد قانونية تجارية إنكليزية مُعلن عنها قضائياً، والتي احتوت القواعد التجارية التي وضعت في وقت سابق في أوروبا وصقلتها. وأضاف ذلك بعداً عالمياً للقانون المشترك الإنكليزي، مما جعل محاكم القانون المشترك تلبي احتياجات التجارة البريطانية المتزايدة خارج حدودها (Tajudin, 2013, p. 5). وأصبحت هذه القواعد التي نشأت كأعراف بين التجار، تشكل فيما بعد قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام 1893 (Nizami, 2015, p. 155) (Akram, et al, 2014).

أما خارج المملكة المتحدة، بدأت الكثير من الأنظمة القانونية الغربية، كالنظام القانوني الألماني وقوانين الولايات المتحدة الامريكية، منذ اواسط القرن الماضي، بالتوجه نحو الشروط المفتوحة، تماشياً مع ما تستلزمها المعاملات المالية الحديثة من المزيد من المرونة في التعامل بين الأطراف (Prosser, 1932, p. 734). ولكي تسير تنفيذ العقود دون عوائق تسد الطريق امامها، تسمح هذه القوانين -عند الضرورة- إدراج سعر معقول في العقد وفقاً لسعر السوق، أو قيام المحكمة بتعيين شخص آخر لتقدير سعر معقول. وبهذا الصدد قررت المحكمة العليا في تكساس، 1966، أنه عندما يكون الطرفان قد بذلوا كل ما هو ضروري لإبرام اتفاق ملزم لبيع السلع أو الخدمات، باستثناء الثمن، فإن عدم تحديد الثمن لا يترك العقد غير مكتمل لدرجة لا يمكن تنفيذه، في مثل هذه الحالة، يُفترض أن 'سعراً معقولاً' كان مقصوداً (*Bendalin v. Delgado, Supreme* Court of Texas, 1966).

المتفحص للقانون المدني العراقي يجد تطبيقات عديدة هنا وهناك وقد أشرنا الى البعض منها في المطلب الأول من هذا البحث. ولكن الذي يهمنا أن نركز عليه هنا هو الإلتزام ببذل عناية حيث نجد أنه تطبيق من تطبيقات الشروط المفتوحة في مجال العقود، وهذا ما نتناوله فيما يأتي بالتفصيل.

الفرع الثاني: الإلتزام ببذل عناية كشرط تعاقدي مفتوح

تظهر الشروط المفتوحة في العقد في حالات ومظاهر متعددة. فلا يشترط أن يكون الشرط الجوهري المفتوح متعلقاً بالثمن أو المبيع أو المدة، فقد ينظم الإلتزام بشرط ثابت ولكن يخضع الشرط الثابت للتعديل من قبل أحد الطرفين عند حدوث ظروف موضوعية جديدة (Gergen, 1992, p. 998)، أو قد يكون الإلتزام بحد ذاته مفتوحا، غير محدد بدقة كما في الإلتزام ببذل عناية أو ببذل أفضل الجهود.

من الوهلة الاولى يبدو أن التعاقد بشروط مفتوحة يأتي على نقيض من القواعد العقدية العامة التقليدية التي تتطلب ثمن ومحل معينين أو قابلين للتعيين، في حين مبدأ التعاقد بشروط مفتوحة يسمح بمرونة أكثر. ولكن إذا أمعنا النظر في بعض الشروط العقدية الشائعة التي تجيزها القوانين المدنية التقليدية مثل القانون المدني العراقي، نرى أنه من الممكن اعتبارها شروطا عقدية مفتوحة، ومن أبرز هذه الشروط العقدية هو الإلتزام ببذل العناية لإستيفاء بند عقدي في الحالات التي لا يتمكن الطرفان فيها من تحديد ما تكون عليه "العناية" عند ابرام العقد. وتعتبر هذه الشروط العامة التي تتطلب إتخاذ معايير متعددة من العناية أحد أشكال الشروط المفتوحة (Gergen, 1992, pp. 999-1000)، حيث تولي أحد الأطراف سلطة واسعة في الوفاء بإلتزاماته العقدية وتتطلب منه إستخدام الحيطة المعقولة في الأداء.

عموما، قد يتفق الطرفان أن يلتزم المدين، أو الواعد، فقط ببذل عناية الرجل المعتاد في محاولته للوصول إلى النتيجة المرجوة، إذ يكون محل الإلتزام العقدي هو قيام المدين / الواعد بعمل يبذل فيه العناية المتفق عليها، أو التي يحددها القانون، والمثال النموذجي للإلتزام ببذل عناية هو إلتزام الطبيب؛ إذ أنه لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية المطلوبة وفقاً للقواعد المعمول بها في المجال الطبي. والعناية الطبية هذه يقدر الطبيب مضمونها من حيث مقدار الوقت والجهود المبذولة بحسب ما يراه الطبيب ضروريا في كل حالة.

غالباً ما تستخدم الأطراف المتعاقدة هذه البنود بشكل عام كأداة لقياس الوفاء بالإلتزامات العقدية عندما لا يود أحدهما إلزام نفسه بموجب العقد باستيفاء أحد البنود في الحالات التي لا يستطيع فيها ضمان نتيجة معينة، أو عندما يكون موقف ما خارج عن سيطرته، أو عندما لا يمكنه التنبؤ بقدرته على تحقيق الهدف، على سبيل المثال، قد ينص البند على ما يلي: "يتعين على المقاول تقديم جميع البيانات الضرورية وبذل [أفضل الجهود / الجهود المعقولة / الجهود المعقولة تجاريًا] للحصول على جميع تلك التراخيص والموافقات والأوامر من جميع السلطات الحكومية والجهات ذات الصلة التي قد تكون أو تصبح ضرورية لتنفيذ إلتزاماته بموجب هذا العقد".

المعروف في القانون والفقه العراقي هو عندما يتعهد المدين بالعمل فهو يلتزم ببذل قدر معين من الحيطة والحذر في أداءه للعمل، أو قدر ما يبذله الشخص المعتاد، كإلتزام الطبيب نحو مريضه أو التزام المحامي نحو موكله، وهذا ما تنص عليه المادة 251 (1) من القانون المدني العراقي: "في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء او أن يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فان المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود". وعناية الشخص المعتاد معيار موضوعي يستلزم النظر إلى نوع العمل والظروف المحيطة (د. منذر الفضل، 2006، ص. 224). ومع ذلك للطرفين الإتفاق صراحة أو ضمناً على أنه إذا بذل المدين من الجهود للوفاء بالتزامه التعاقدي بقدر الجهود التي يبذلها عادة في شؤونه الخاصة، فهو قد وفى بالتزامه التعاقدي. بدلا من إستخدام معيار "الرجل المعتاد" الموضوعي للتحقق من مسألة وفاء المدين بالتزامه، حيث يعد المدين قد نفذ إلتزامه ببذل عناية الشخص المعتاد بموجب المادة 251 (2) من القانون المدني العراقي إذا بذل: "من العناية ما اعتاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك."

يتباين هنا مدى العناية المطلوبة في تنفيذ الإلتزام ببذل عناية وفقاً لأحكام العقد وبحسب الأحوال. وقد يكون مقدار عناية المدين بشؤونه الخاصة أقل أو أكثر من عناية الرجل المعتاد، ومع ذلك، يستوفي المعيار الشخصي الذي تنص عليه المادة 251 (2) من القانون المدني العراقي. يمكن اعتبار ذلك تجسيدا لمفهوم التعاقد بالشرط المفتوح الذي يعتمد هنا على معيار شخصي صرف، مستبعدا التقيد بالمعايير الموضوعية المذكورة آنفا، لأن المعيار في هذه الحالة هو السلطة التقديرية للشخص، فإناطة مثل هذه السلطة التقديرية لأحد المتعاقدين تحقق أحد الخصائص المميزة للشروط المفتوحة عن غيرها من المفاهيم الأخرى المشابهة لها.

لقيام المسؤولية العقدية يقع عبء الإثبات على الدائن أن يثبت أن المدين لم يتخذ الحيطة اللازمة التي تعهد بها (سمارة، 2007، ص. 24-25). على سبيل المثال، في قضية (*Leigh Co. v. Bank of New York*, 1985)، قررت المحكمة وضع العبء على الدائن المدعي ليقدم "أدلة تثبت ما يشكل معيار الجهود المعقولة تجارياً" في القضية المعروضة. تستند مسؤولية المدين إلى القواعد المدنية العامة، بحيث يعد مسؤولاً في نطاق المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع أو غير المتوقع إذا إرتكب غشاً أو خطأ جسيماً (مادة 169 (3) من القانون المدني العراقي). بعكسه إذا كان إلتزام المدين التعاقدي التزاماً بتحقيق نتيجة فلا يكون تنفيذه له إلا بتحقيق الغاية المعينة في العقد وهي محل الإلتزام (السنهوري، 1952، ص 428).

من المتفق عليه في الفقه الإنكليزي أن معيار بذل "الجهود المعقولة –reasonable efforts" (أو " reasonable endeavours " بالعبارة الإنكليزية البريطانية) معيار وسطي، تقتضي بأن يقوم الطرف بما هو ممكن في حدود المعقول من أجل تحقيق الهدف المعلن (Park, 2006, pp. 705-729). بينما الوعد ببذل "الجهود المعقولة تجاريًا - commercially reasonable efforts" يفرض مستوى من العناية أقل صرامة من "أفضل الجهود" ويتم تفسيرها عموماً على أنها تتطلب من الطرف المتعاقد بذل جهد كبير دون أن يتطلب منه إتخاذ أي إجراء يكون غير معقول تجارياً في ظل هذه الظروف. لم يحظَ معيار "الجهود المعقولة تجارياً" إلا بتفسير محدود من جانب المحاكم (Day, 2007).

يعترف الكثير من الباحثين الامريكيين بأن معايير قانون التجارة الأمريكي الموحد (1951) المعدل (UCC – Uniform Commercial Code, 1951) غير واضحة بشأن إستيفاء الإلتزام ببذل عناية (Miller, 1981, pp. 615-640). وفقاً للمادة 2-306 (2) منه، أي عقد بين البائع أو المشتري للتعامل الحصري في نوع البضائع المعنية، يفرض إلتزاما على البائع، ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك لبذل "أفضل الجهود – best efforts" لتوريد البضائع، وعلى المشتري بذل "أفضل الجهود" لتعزيز بيعها (McCallon, 2004). ولكن التعليق الرسمي لهذه المادة، في الفقرة 5 منه، لا يميز بين معايير "أفضل الجهود" و"الجهود المعقولة" للجهد حيث يؤكد أنه يتعين على الأطراف استخدام "توخي الحرص المعقول (reasonable diligence) وكذلك حسن النية"، مما يلقي بضلال

على مفهوم نطاق العناية المطلوبة (Goldberg, 2007, pp. 103-113). Officail Comment at: (https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_130219-53df.html)

في التطبيقات القضائية أيضاً هناك غموض في التمييز بين الالتزام "بالجهود المعقولة" و "أفضل الجهود" لدرجة تساوي المحاكم بينهما لعدم وجود تعريف تشريعي أو قضائي دقيق للعبارتين. في قرار لها في 2007 وضحت المحكمة العليا لإنكلترا وويلز أن الإلتزام ببذل جميع "الجهود المعقولة" يعادل إستخدام "أفضل الجهود" (*Rhodia International Holdings Ltd. & Rhodia UK Ltd. v. Huntsman Int'l LLC*, (2007). ومع أن المحكمة أكدت على التمييز بين واجب أفضل الجهود و واجب الجهود المعقولة بموجب القانون الإنكليزي، إلا أنها أقرت بأنه من غير الواضح ما هي الجهود التي ستكون مطلوبة بدقة بموجب كل منهما إذا لم يبين ذلك الأطراف صراحة وعلى وجه التحديد في العقد (*Rhodia International Holdings Ltd. & Rhodia* UK Ltd. v. Huntsman Int'l LLC). في قضية (*Ashokan Water Servs., Inc. v. New Start, LLC, 2006*)، عند النظر في معيار بذل أفضل الجهود، ذكرت المحكمة أنه: "لا يزال من غير الواضح متى وكيف يتم تنفيذ شرط " أفضل الجهود " في غياب معايير موضوعية واضحة في العقد، ولا سيما العلاقة بين" أفضل الجهود " و" حسن النية و"التعامل العادل" و " الجهود المعقولة".

تقر الكثير من القرارات القضائية الغربية بأن بذل جهود معقولة تجارياً لا يتطلب من الطرف الواعد الدخول في أمور تعارض مصالحه التجارية الخاصة. مثلا، في قضية (*Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 1979) رأت محكمة الإستئناف في نيويورك أن الإلتزام ببذل أفضل الجهود يفرض واجب أكبر من حسن النية، ولكن أقل من واجب ائتماني (fiduciary duty) وتوصلت المحكمة إلى أنه عند الوفاء بالإلتزامات العقدية ببذل أفضل الجهود لا يعني بالضرورة وفي كل الأحوال "منع الطرف من النظر بشكل معقول في مصلحته" (Rob Park, 2006, p. 714). ومع ذلك، قد يختلف التفسير القضائي لما يمكن اعتباره السلوك المعارض لمصالح أحد الأطراف من حالة إلى أخرى. على سبيل المثال، في (*Rex Medical LP v. Angiotech Pharmaceuticals US*, 2010) على الرغم من إدعاء المدعى عليه أن استمرار تنفيذ العقد سيؤدي إلى خسائر مالية تقدر بنحو مليون دولار في الشهر، أذنت المحكمة اقتراحاً من المدعي يقضي بإلزام المدعى عليه بإنهاء اتفاقية الدمج، وخلصت إلى أن الأسباب المزعومة للمشتري في إنهاء العقد كانت "كلام فارغ - utter and complete nonsense ".

يرى البروفسور أريك راسموسن (Rasmusen, 2015, p. 7) أن معايير العناية عموماً غير واضحة ولا سيما عبارة "أفضل الجهود" تفتقر إلى التفسير القضائي الدقيق وأنها قد تفيد أن يغض الطرف الواعد النظر عن ربحه الخاص لصالح الطرف الاخر، وينصح راسموسن المحامي إذا كان موكله هو الطرف الواعد أن يتجنب الوعد "بأفضل الجهود"، وإذا أصر الطرف الآخر على إستعمال هذه العبارة، فمن المفضل أن يوضح في العقد ما ينطوي عليه الإلتزام أو تضمين معيار يمكن على أساسه قياس وفاء الطرف "أفضل الجهود" كواجب تعاقدي (Rasmusen, 2015, p. 8). يرى الكثير من الباحثين أن أعلى معيار مطلوب من إلتزام بذل العناية هو تعهد الطرف بالقيام ببذل "أفضل الجهود – (best efforts or best endeavours)" في تنفيذ التزاماته من أجل تحقيق الهدف المعلن (Park, 2006, pp. 705-729).

أما في القانون العراقي نرى ما يوازي معيار "أفضل الجهود" في الفقه الإنكليزي، معيار "الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه" كما جاء في المادة 297 والذي يتطلب عناية أكثر من عناية الرجل المعتاد، والتي يسميها القانون العراقي "عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه" (سيد احمد وعبد الوهاب، 2018، ص. 53-54). تتعلق المادة 297 هذه بسلطة المحكمة التقديرية في منح المدين نظرة الميسرة، وتتمثل هذه الحالة بالمدين الذي لا يقوم بالوفاء بإلتزامه بموجب العقد الا عند المقدرة او الميسرة فتقوم المحكمة بتعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل. تأخذ المحكمة لتحديد ميعاد الميسرة أمرين بنظر الإعتبار أولهما أمر واقعي يتعلق بموارد المدين وثانيهما أمر إفتراضي إذ تفترض المحكمة أن يبذل المدين في الوفاء بهذا النوع من الإلتزام "عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه" ويبدو هذا النوع من العناية بوضوح أكثر صرامة من "عناية الرجل المعتاد" أو بذل "جهود معقولة".

يبدو في الكثير من التطبيقات القضائية ما يعتبر جهوداً "معقولة" أو "أفضل الجهود" يقرر باتخاذ معيار موضوعي. ففي قضية (*Williams Cos. v. Energy Transfer Equity, LP 2017*)، شددت المحكمة العليا في دلاور، الولايات المتحدة، على أن موافقة المتعاقد على بذل "الجهود المعقولة تجاريًا" لتحقيق نتيجة مرغوبة، يترتب عليها الخضوع لمعيار موضوعي؛ فهو يلزم نفسه للقيام بتلك الأشياء المعقولة موضوعيا لإحداث النتيجة المرجوة، في سياق الإتفاق الذي توصل إليه الطرفان (Miller, 1981, pp. 615-640). وفي ذلك الأمر وفي سياق العقد المعني، ساوت المحكمة بين "أفضل الجهود المعقولة" و "حسن النية". أما فيما يتعلق بواجب بذل أفضل الجهود، قررت محكمة المقاطعة الفيدرالية للمنطقة الغربية من ولاية ويسكونسن، "أن واجب بذل

أفضل الجهود يتطلب من الطرف بذل الجهود المعقولة والعناية الواجبة" (*Gilson v. Rainin Instrument, LLC*, Aug. 9, 2005, at 14).

مسألة ما إذا كان الطرف قد بذل جهودا معقولة أم لا هي مسألة الوقائع وبالتالي تخضع لمعيار شخصي، حيث ستنظر المحكمة في معرفة الطرف وخبرته ووضعه المالي وقدراته الأخرى عند تحديد ما إذا كان هذا الطرف قد بذل أقصى جهوده لإستيفاء إلتزامه العقدي أم لا (Triple-A Baseball Club Assoc. v. Northeastern Baseball, Inc., 1987).

بالرغم من أن المعايير الموضوعية والذاتية التي يخضع لها نطاق العناية المتفق عليها قد لا تختلفان في الطبيعة القانونية إلا أنهما مختلفتان من حيث النطاق، فللطرف الواعد في ممارسة السلطة التقديرية وفقاً للمعيار الشخصي مرونة أكبر بكثير مما يسعها المعيار الموضوعي، لأن المعيار الشخصي يعتمد على حسابات شخصية في قياسه لمدى تنفيذ الإلتزام وقيام المسؤولية العقدية من عدمها. بينما المعيار الموضوعي لا يأبه بالحسابات الشخصية للملتزم بقدر ما يأبه بحسابات شخص في نفس ظروفه، سواء أكان ذلك الشخص معتاداً أو حريصاً أم لا في تقدير أموره.

نستنتج مما ذكر، إن مفهوم "أفضل الجهود" والمفاهيم المشابهة له تتطلب عموماً بذل جهود صادقة والعمل بحسن نية من الطرف الواعد. نظراً لافتقار هذه المعايير تعريفات قانونية أو حتى فقهية محكمة، يتم تفسيرها بشكل غير متسق من قبل المحاكم وعادة ما يتم تطبيقها بحسب السياق والظروف الخاصة بالقضية المعروضة على المحكمة، وبالتالي تواجه المتعاقدين مستوى عال من عدم اليقين فيما يتعلق بمستوى الواجب الذي يفرضه العقد (*Robin Bradley Kar, Margaret Jane Radin*, 2019, p. 1214). يعتمد نطاق الإلتزام ببذل العناية المطلوبة في كل حالة على سياق المفاوضات التي ينتج عنها الإلتزام التعاقدي، والوقائع الموضوعية والذاتية ذات الصلة. وهي بالتالي واجبات غير محددة على الطرف الواعد، وأنها مفتوحة أيضاً للتدخل القضائي لتفسير وتحديد نطاق الالتزام (Gergen, 1992, p. 1065). وهذا يعني أن الالتزام ببذل عناية يتوفر فيه جميع الخصائص التي تتسم بها الشروط المفتوحة في العقد، حيث يمكن اعتباره تطبيقاً واضحاً من تطبيقاتها، ويتجلى ذلك خصوصاً في التداخل بين المعايير الموضوعية والإعتبارات والمعايير الشخصية فيه.

الخاتمة:

توصلنا من خلال هذا البحث الى مجموعة من الإستنتاجات وهي كالآتي:

1- إن الاطراف في بعض العقود المعقدة تميل إلي ترك بعض الشروط التعاقدية مفتوحة لصعوبة التأكد من تفاصيلها عند ابرام العقد. فعدم اليقين أو الغموض بشأن المستقبل قد يمنع الأطراف من التعاقد في حال اقتصار العقد على شروط ثابتة فقط.

2- يمكن تعريف التعاقد بالشرط المفتوح على أنه: (الشرط الجوهري الذي لا يتم تحديده عند ابرام العقد والذي يجب تحديده في مرحلة تنفيذ العقد، من خلال السلطة التقديرية الممنوحة لأحد الطرفين وعوامل أخرى خارجة عن إرادتهما).

3- المعيار المميز للشرط المفتوح هو أنه يعتمد في تحديده على إرادة أحد الطرفين و عوامل خارجية مستقلة عن ارادتهما أو شخص ثالث يكلف بتحديده، والإرادة هنا ليست مطلقة أو شخصية محضة، بل مقيدة بعوامل موضوعية.

4- يكون الشرط غير المحدد أو غير المتفق عليه عند ابرام العقد شرطاً جوهرياً وليس من الشروط غير الجوهرية، وهذا ما يميز بين الشروط المفتوحة والشروط الموكولة تحديدها الى القواعد القانونية المفسرة.

5- تظهر الشروط المفتوحة في العقد في حالات ومظاهر متعددة. فلا يشترط أن يكون الشرط الجوهري المفتوح متعلقاً بالثمن أو المبيع أو المدة، فقد يكون الإلتزام بحد ذاته مفتوحا، غير محدد بدقة كما في الإلتزام ببذل عناية.

6- أن الإلتزام ببذل عناية كشرط تعاقدي يتوفر فيه جميع الخصائص التي تتسم بها الشروط المفتوحة في العقد، حيث يمكن إعتباره تطبيقاً واضحاً من تطبيقاتها.

المراجع

أ- المراجع باللغة العربية:

اولاً. الكتب:

1- سيد احمد، إبراهيم وعبد الوهاب، أشرف أحمد. (2018) **الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام وانتقاله في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع.

2- عامر، حسين. (1949) **القوة الملزمة للعقد.** القاهرة: مطبعة مصر.

3- ثروت، كمال قاسم. (1976) **الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة**. الجزء الأول، بغداد: مطبعة اوفسيت الوسام.

4- قاسم، محمد حسن. (2007) **القانون المدني: العقود المسماة – البيع – التأمين (الضمان) – الايجار، دراسة مقارنة**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

5- الفضل، منذر (2006) **الوسيط في شرح القانون المدني**. أربيل: دار ئاراس للطباعة والنشر.

6- المطرفي، سعد بن حامد بن صالح. (2008) **دلالات الإيجاب والقبول في البيوع بين الإسلام والقانون الدولي**. المتاح علي: http://almatrfi.com/ar/books/2.pdf (تاريخ الزيارة: 2019/11/12).

7- مرقس، سليمان. (1992) **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الرابع، احكام الالتزام**، القاهرة: الطبعة 2.

8- الحكيم، عبدالمجيد. (1977) **الموجز في شرح قانون المدني، الجزء الثاني، في احكام الالتزام**. الطبعة 3، بغداد: المكتبة القانونية.

9- السنهوري، عبدالرزاق احمد. (1952) **الوسيط في شرح القانون المدني**. الجزء الاول، بيروت: دار احياء التراث العربي.

10- السنهوري، عبد الرزاق احمد. (1964) **الوسيط في شرح القانون ال مدني**. الجزء الثامن، بيروت: دار احياء التراث العربي.

ثانياً. الأبحاث:

11- حسن، حيدر فليح. (2014) البيع على اساس الثمن المفتوح - دراسة في ضوء قانون التجارة الامريكي الموحد واتفاقية الامم المتحدة للبيوع الدولية، **مجلة العلوم القانونية**، جامعة بغداد، 29 (1)، ص. 1-23.

ثالثاً. الرسائل والاطاريح الجامعية:

12- بكرو، كمال الدين جمعة. (2017) **عقد الاستصناع وصوره المعاصرة – دراسة فقهية تحليلية**. اطروحة دكتوراه، بيروت: كلية الامام الاوزاعي للدراسات الاسلامية.

13- الفتلاوي، سلام عبدالزهرة عبدالله. (2006) **نطاق العقد**. اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون.

14- سمارة، عادل عبدالعزيز. (2007) **مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة**. رسالة ماجستير، نابلس: جامعة النجاح. كلية الدراسات العليا.

رابعاً. التقارير الاخبارية:

15- مؤسسة دبي للإعلام. الفوزان: ينفي تحريم البوفيه المفتوح، **جريدة البيان الإماراتية**. (17 آذار 2014)، https://www.albayan.ae/five-senses/east-and-west/2014-03-17-1.2082626 (تاريخ الزيارة: 2019/11/20).

ب- المراجع باللغة الانكليزية:

اولاً. الكتب:

16- Andrews, Neil. (2011) **Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press.

17- Barnes, James et al. (2009) **Law for Business**. 10th edition, New York: Hill Irwin,.

18- Bowen, David. (1922) Elements of the law relating to vendors and purchasers. London: Estate Gazette Ltd . https://ia902703.us.archive.org/29/items/elementsoflawrel00bowe/elementsoflawrel00bowe.pdf (Last visited 20/11/2019).

19- Clarkson, K., Miller, R. & Cross, F. (2015) **Business Law – Texts and Materials**, 13th edition, Cengage Learning, Stamford, USA,.

20- Dedek, Helge. (2018) Chapter 6: **Contents and Effects', in: Jansen**, Neil & Zimmermann, R. (eds.) Commentaries on European Contract Laws. Oxford University Press.

21- Farnsworth, E. Allan. (2004) **Contracts**, 4th edition, Aspen Publishers.

22- Lopez, Robert & Irving Raymond. (1968) **Medieval Trade in the Mediterranean World**, Columbia University Press, New York,.

23- O'Sullivan, Janet (2018). **O'Sullivan and Hilliard's the Law of Contract.** 8th edition, Oxford University Press.

24- Parry, Sir David Hughes. (1959) **The Sanctity of Contracts in English Law.** London: Stevens and Sons Limited.

25- Plucknett, Theodore. (1956) **Concise History of the Common Law**. 5th edition, London: Butterworths

26- Watkin, Thomas Glyn. (1999) **An Historical Introduction to Modern Civil Law**. London: Routledge.

ثانياً. الأبحاث:

27- Akrami, F., Yusoff, S. S. & Isa, S. M. (2014) Open Price Term under the United Kingdom Sale of Goods Act 1979 and the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG): A Comparative Analysis. **Asian Social Science**, volume 10, number 15, Faculty of Law University of Kebangsaan Malaysia, Selangor, http://dx.doi.org/10.5539/ass.v10n15p97 (Last visited 20/11/2019).

28- Andrews, Neil. (19 April 2019) The Contractual Core: Which topics really count? **University of Cambridge**, Published on, https://www.theylj.co.uk/wp-content/uploads/2018/10/Contractual-Core-Professor-Neil-Andrews.pdf (Last visited 20/11/2019).

29- Baker, J. H., (November, 1979) The Law Merchant and the Common Law before 1700. **The Cambridge Law Journal**, Volume 38, Number 2, pp. 295-322.

30- Berman, Harold J and Colin Kaufman. (1978) The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria). **Harvard International Law Journal**, volume 19, pp. 221-277.
31- Day, J. (2007) **Best Efforts and Endeavours Case Analysis and Practical Guidance Under U.S. and U.K. Law**', Insights Commentaries, http://www.jonesday.com/best-efforts-and-endeavourscase-analysis-and-practical-guidance-under-us-and-uk-law-07-30-2007/ (Last visited 20/11/2019).
32- Epstein, W. N. (2014) Facilitating Incomplete Contracts. **Case Western Reserve Law Review**, volume 65, issue 2, pp. 297-340
33- Gabuardi, C. (2001) Open Price Terms in the CISG, the UCC and Mexican Commercial Law. **Pace Law School Institute of International Commercial** Law, https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabuardi.html (Last visited 20/11/2019).
34- Gergen, M. P. (1992) The Use of Open Terms in Contract. **Columbia Law Review**, volume 92, pp. 997-1081. https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2702&context=facpubs.
35- Gilson, R. J., Sabel, C. F. and Scott, R. E. (October 2010) Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice, and Doctrine. **Columbia Law Review**, volume 110, number 6, pp. 1377- 1447.
36- Gilson, R. J., Sabel, C. F. and Scott, R. E. (2009) Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration. **Columbia Law Review**, volume 109, number 3, pp. 431-502.
37- Goldberg, V. P. (2007) Desperately Seeking Consideration: The Unfortunate Impact of U.C.C. Section 2-306 on Contract Interpretation. **Ohio State Law Journal**, volume 68, pp. 103-113. https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1635&context=faculty_scholarship (Last visited 20/11/2019).
38- Goldberg, V. P. (2002) Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reining in Good Faith. **University of California Davis Law Review**, volume 35, pp. 319-385.
39- Hillman, R. (1981) A Study of Uniform Commercial Code Methodology: Contract Modification under Article Two. **Northern Carolina Law Review**, volume 59, number 2, pp. 335-376, https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1686&context=facpub (Last visited 20/11/2019).
40- Kar, R. B.& Radin, M. J. (2004) Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis. **Harvard Law Review**, volume 132, number 4, (2019), pp. 1138-1219, https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2019/02/1135-1219_Online.pdf (Last visited 20/11/2019).
41- McCallon, T. W. (2004) Old Habits Die Hard: The Trouble with Ignoring Section 2-306 of the UCC. **Tulsa Law Review**, volume 39, https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2458&context=tlr (Last visited 21/11/2019).
42- Miller, Z. (1981) Best Efforts? Differing Judicial Interpretations of a Familiar Term. **Arizona Law Review**, volume 48, pp. 615-640, http://arizonalawreview.org/pdf/48-3/48arizlrev615.pdf (Last visited 21/11/2019).
43- Mouzas, S. & Michael F. (March 2008) From Contract to Umbrella Agreement, **Cambridge Law Journal**, volume 67, Number 1.
44- Park, R. (2006) Putting the "Best" in Best Efforts. **University of Chicago Law Review**, volume 73, issue 2, Article 5, pp. 705-729.
45- Prosser, W. L. (1932) Open Price in Contracts for the Sale of Goods. **Minnesota Law Review Journal**, volume 16, issue 7, pp. 733-790, https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=mlr (Last visited 21/11/2019).
46- Rasmusen, E. (2015) Why Use Requirement Contracts? The Tradeoff between Hold-Up and Breach. **Harvard Law School**, pp. 1-42, https://extranet.sioe.org/uploads/isnie2015/rasmusen.pdf (Last visited 21/11/2019).

ثالثاً. الرسائل والاطاريح الجامعية:

47- Nizami, H. (2015) **An Efficiency Based Resolution of Contentious Issues under the Convention on International Sale of Goods.** PhD thesis, University of Warwick, , http://wrap.warwick.ac.uk/81474/1/WRAP_Theses_Nizami_2015.pdf (Last visited 21/11/2019).
48- Tajudin, A. (2013) **Legal Enforceability of Intentional Open Price in the US, England and the United Nations.** PhD theses, Durham University, Durham, England, , http://etheses.dur.ac.uk/7348/1/Amalina_Tajudin_Phd_thesis.pdf?DDD19+ (Last visited 21/11/2019).

رابعاً. القضايا القضائية:

49- Hoadly v McLaine, (1834) 10 Bing, 482. *Quaker State Mushroom Company, Inc v Dominick's Finer Foods, Inc of Illinois*, 635 F Supp. 1281, (1986), https://www.courtlistener.com/opinion/1439296/quaker-state-mushroom-v-dominicks-finer-foods/ (Last visited 22/11/2019).
50- Pillans & Rose v Van Mierop & Hopkins (1765) 3 Burr 1663, https://alchetron.com/Pillans-v-Van-Mierop (Last visited 22/11/2019).
51- Bendalin v. Delgado, Supreme Court of Texas, No. A-11231, 406 S.W.2d 897, (1966). https://law.justia.com/cases/texas/supreme-court/1966/a-11231-0.html (Last visited 22/11/2019).

52- Leigh Co. v. Bank of New York, 617 F. Supp. 147 (S.D.N.Y. 1985), U.S. District Court for the Southern District of New York - 617 F. Supp. 147, February 21, 1985, https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/617/147/2246799/
53- Rhodia International Holdings Ltd. & Rhodia UK Ltd. v. Huntsman Int'l LLC, England and Wales High Court, (Commercial Court), (2007) EWHC 292, https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff74b60d03e7f57eaaf40 (Last visited 22/11/2019).
54- Ashokan Water Servs., Inc. v. New Start, LLC, 807 N.Y.S.2d 550, 555 (N.Y. Civ. Ct. 2006)
55- Bloor v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, United States Court of Appeals, Second Circuit, (1979), https://www.lexisnexis.com/lawschool/resources/p/casebrief-bloor-v-falstaff-brewing-corp-578416998.aspx (Last visited 22/11/2019).
56- Rex Medical LP v. Angiotech Pharmaceuticals (US), 754 F. *Supp*. 2d 616 (United States District Court, S.D. New York. 2010), https://www.courtlistener.com/opinion/2467056/rex-medical-lp-v-angiotech-pharmaceuticals-us/ (Last visited 22/11/2019).
57- Williams Cos., Inc. v. Energy Transfer Equity, L.P., Court of Appeal Nos. 12168 & 12337, 2017 https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/2017/330-2016.html (Last visited 23/11/2019).
58- Gilson v. Rainin Instrument, LLC, No. 04-C-852-S, 2005 U.S. Dist. LEXIS 16825, (W.D. Wis. Aug. 9, 2005), at 14, https://www.casemine.com/judgement/us/59147514add7b049343aa73a (Last visited 23/11/2019).
59- Triple-A Baseball Club Assoc. v. Northeastern Baseball, Inc., 655 F. Supp. 513, 540 (D. Me. 1987), https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/655/513/1423339/ (Last visited 23/11/2019).

"کرۆکی گەرێبەستکردن بە بەندی کراوە و پابەندبون بە هەوڵدان وەك نمونە - توێژینەوەیەکی بەراوردکاریە"

شیرزاد عزیز سلیمان
کۆلێژی زانستە ئیسلامییەکان، بەشی شەریعە / زانکۆی سەڵاحەدین- هەولێر

عبدالکریم عمر صالح
قوتابی دکتۆرا لە کۆلێژی یاسا، زانکۆی سەڵاحەدین- هەولێر
پەیمانگای کارگێڕی تەکنیکی، بەشی کارگێڕی یاسا / زانکۆی پۆلیتەکنیکی هەولێر

پوختە

گرێبەستکردن بە بەندی کراوە چەمکێکی تا رادەیەك نوێیە، هەندێ لە یاسا نیشتمانییە پۆژئاواییەکان رێگەی پێ دەدەن. گرفتەکە لەوەدایە کە ئەو یاسایانەی رێگە بە گرێبەستکردن بە بەندی کراوە نادەن جەخت لە دڵنیایی و سەقامگیری لە مامەڵە داراییەکاندا دەکەنەوە، لە کاتێکدا یاساکانی دی بەهۆی زەرورەتی کرداری ئابوری مۆڵەتی ئەنجامدانی دەدەن بۆ ئەوەی بەندی کراوە جۆرێك لە نەرمونیانی بهێنێتە ناو گرێبەست تا گرێبەستەکە توانای ئەوەی هەبێ لەگەڵ هەڵبەزودابەزی بازاڕ و گۆڕانکارییەکانی دی لە هەلومەرجە بابەتییەکان لە کاتی جێبەجێکردنیدا هەڵ بکا.

ئەم توێژینەوەیە هەوڵ دەدا کرۆکی گرێبەستکردن بە بەندی کراوە شیبکاتەوە، لە ڕەگوڕیشە میژوییەکەی دەکۆڵێتەوە و تاوتوێی پێناسە فیقهییە عێراقی و بیانییەکان دەکا. ناسینەوەی گرێبەستکردن بە بەندی کراوە دەخاتە ڕوو و بەتایبەت جەخت دەخاتە سەر پابەندبونی هەوڵدان وەك بەندێکی کراوە لە گرێبەستدا.

کلیلی توێژینەوە: گرێبەستکردن، بەندی کراوە، دەسەڵاتی تەقدیری، هەوڵدان.

"The Essence Of Open Contract Terms And Obligation To Exercise Care As An Example – A Comparative Study"

Sherzad Azeez Sulaiman
College Of Islamic Sciences. Department of Shriaa / Salahaddin University-Erbil

Abdulkarim Omar Salih
Candidate at College of law, Salahaddin University-Erbil... Technical Administrative Institute, Legal Administration Department / Erbil Polytechnic University

Abstract

The "open terms contract" is relatively a recent concept, recognised by some Western national legal systems. The laws that do not authorise contracting on open terms focus on the certainty and stability of financial transactions, while practical economic necessity to introduce some kind of flexibility is behind the view of the laws that authorise it. The main purpose is to enable the contract to respond to market fluctuations and other variations in the material conditions at the contract implementation phase.

This research attempts to analyse the nature of open terms contracts and to investigate its historical roots and discuss its progress and definitions in Iraqi and foreign legal systems. It reviews the identification of open terms contained in contracts, with particular emphasis on the obligation to exercise care as an open contractual term.

Key word: contract, open terms, discretionary power, best endeavour.