University Of Human Development
9th International Scientific Conference
The Deficiencies and Inflation Aspects in Legislation
31/7/2021 – 2/8/2021

قاعدة الإغلاق الحكمي وأثرها في تعديل القوة الملزمة للعقد

ئاسۆس نامق براخاس

جامعة التنمية البشرية، كلية القانون والسياسة – قسم القانون

المقدمة

- المدخل التعريفي لموضوع البحث وأهميتها:

العقد شريعة المتعاقدين قاعدة لا تحكم العقد عند التكوين فقط، وإنما عند التنفيذ أيضاً، حيث إن بنود العقد تتحول، بعد تكوينه إلى قانون يفرض نفسه، ولا يمكن خرق قدسيته. أي أن العقد متى نشأ صحيحاً ونافذا يجب، تنفيذه طبقاً لما أشتمل عليه وبما يوافق الحسن النية والثقة بين الناس، وهذا ما يسمى مبدأ القوة الملزمة للعقد. ومتى كان العقد ملزما لطرفيه لا يمكن أن ينفرد أحد الأطراف بنقضه أو تعديله. وحدود إلزامية العقد لا تقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدان فقط، بل يشمل كل ما يعتبر من مستلزماته وفق القواعد التشريعية والعرفية، وما تتطلبه العدالة، وما تفرضه طبيعة الالتزام المتفرع من العقد.

وعند تنفيذ العقد يقاس مدى التزام المدين بالعقد بالطريقة التي ينفذ فيه، وموافقته مع مستلزمات العقد، أي كلما تقاربت طريقة التنفيذ مع مستلزمات العقد، أعتبر المدين على الطريق الصحيح في الوفاء، وكلما تباعدت طريقة التنفيذ عن مستلزمات العقد، أعتبر المدين مخلاً بالتزاماته العقدية. وبما أن المدين قد يخرج عن الطريق المرسوم في بعض الحالات لصعوبة تنفيذ الالتزام من جهة، وصعوبة المواءمة بين الظروف وطرق التنفيذ من جهة أخرى، اتاح القانون للدائن الاعتراض على مسلك المدين متى راه مغايراً للعقد استنادا إلى القوة الملزمة للعقد.

ولكن هذا الحق الممنوح للدائن ليس حقا مطلقا، بل يقيده ما صدر منه من فعل أو قول اوحى للمدين سلامة مسلكه في تنفيذ العقد، أي أن وعلى الرغم من إقرار حق الاعتراض للدائن، إلا ان الدائن قد يتم إيقافه بما صدر منه سابقاً، أي يتم إغلاق باب الاعتراض عليه، وهذا ما يسمى بقاعدة الاغلاق الحكمي التي اخترناها موضوعا لدراستنا هذه. وأهمية هذه الدراسة تظهر في بيان حدود هذه القاعدة، واثرها في تعديل القوة الملزمة للعقد، سواء بإضفاء الالزامية على بنود معينة في العقد أو حتى خلق بنود جديدة، أو من خلال تجريد التزام عقدي من قوتها الملزمة.

- الهدف من البحث:

نحاول من خلال هذه الدراسة تحقيق عدة أهداف منها:

1. تعريف قاعدة الإغلاق الحكمي وبيان آلية عمل هذه القاعدة في نطاق العقد.
2. بيان كيفية التي من خلالها يمكن للمحاكم الإعتماد على هذه القاعدة لتحقيق العدالة للمتعاقدين وتحقيق التوازن العقدي.
3. بيان الحالات التي من الممكن الإعتماد على هذه القاعدة لبناء حكم عادل بحق اطراف العقد.

- منهجية البحث:

نعتمد في كتابة هذا البحث منهج التحليلي، إذ نقوم بتحليل الأحكام المتعلقة بقاعدة الإغلاق الحكمي ونبين كيفية تطبيقها في نطاق العقد.

- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في عدة جوانب، أولاً أن القانون المدني العراقي على الرغم من تعددية مصادر الأحكام فيها إلا انه لم يتمكن من حل مشكلة ثغرات معينة في القانون، حيث هناك مواقف قد لا يتمكن القاضي الحكم فيها بلإعتماد على مصادر القانون فقط، لذا وجدنا أن الإعتماد على قاعدة فقهية كقاعدة

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

الإغلاق الحكمي وسيلة مساعدة لسد هذه الثغرات. وثانياً أن التكلم عن قاعدة غير شائعة في النظام القانوني اللاتيني يواجه مشكلة بيان القاعدة بشكل الكافي وبيان آلية عملها من جهة لكون هذه القاعدة ولحد الأن لم يتبلور معالمها بشكل كافي في النظام القانوني اللاتيني، وإقناع القضاء للأخذ بها من جهة ثانية.

- خطة البحث:

نقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث بالشكل الآتي:

المبحث الأول: التأصيل الفكري لقاعدة الإغلاق الحكمي.

المبحث الثاني: قاعدة الإغلاق الحكمي وأثرها في إضفاء القوة الملزمة على العقد.

المبحث الثالث: قاعدة الإغلاق الحكمي وأثرها في تجريد العقد من القوتها الملزمة.

المبحث الأول
التأصيل الفكري لقاعدة الإغلاق الحكمي

الإغلاق الحكمي قاعدة من القواعد الفقهية التي بدأت تجد سبيلها إلى نطاق القانون وتستند إليها المحاكم لبناء احكامهم في الأماكن التي لا يمكن تحقيق العدالة بالاستناد على القانون فقط، وعلى الرغم من أنها من القواعد المقررة في الفقه الانجلو سكسوني، إلا أنه من الممكن إيجادها في صور وأنماط مختلفة في الفقه اللاتيني، ولبيان مفهوم القاعدة وأساسها القانوني يجب تعريفها وتاصيلها والوقوف على أنواعها المختلفة.

المطلب الأول
تأصيل قاعدة الإغلاق الحكمي وتعريفها

الإغلاق الحكمي ترجمة لكلمة (estopple) وكأصل تأتي كلمة (estoppel) من كلمة فرنسية قديمة (estoppe) والتي تعني الإيقاف، وكلمة (estoupail) والتي تعني(سدادة المقبض)، والتي تشير إلى إيقاف التناقض أو الخلل الحاصل في وضع معين[1]، والكلمة بدأت تستخدم في المجال القانوني للإشارة إلى منع المتعهد من إستعمال حق وعد بعدم إستعماله، وذلك إستناداً إلى أن الوعد الذي تم من قبله قد تم الإعتماد عليه من قبل الطرف الآخر[2]. وهذه القاعدة من القواعد المعروفة في الفقه الانجلوسكسوني وبداية ظهورها كانت في مجال التحكيم الدولي، حيث منعت الدول من إتخاذ موقف تناقض موقف سابق لها[3]، إلا أنها وجدت سبيلها إلى احكام القضاء في العلاقات بين الافراد في محاكم الولايات المتحدة الامريكية[4] فتوجد الكثير من الأحكام التي بنيت على هذه القاعدة في سبيل تحقيق المساواة بين أطراف النزاع. وهذه القاعدة دخلت إلى النظام القانوني اللاتيني من خلال التحكيم التجاري الدولي، ومنها تم الاعتماد عليها في المجال الإجرائي من خلال الدفع بعدم قبول المستند إلى حجية الشيء المقضي به[5].

(1) LIU GUOQING, A COMPARATIVE STUDY OF THE DOCTRINE OF ESTOPPEL:
A CIVILIAN CONTRACTARIAN APPROACH IN CHINA, 2010 Canberra L. Rev. 1 (2010, https://heinonline.org
P1./

(2) Jay A.Fainman ,promissory Estoppel and the Judicial Method, Harvard Law Review
Vol. 97, No. 3 (Jan., 1984), pp. 678-718.

(3)Jay A.Fainman ,promissory Estoppel, pp. 678-718.

(4)T.leighe Anenson. From Theory to Practice: Analyzing Equitable Estoppel Under a Pluralistic Model of Law.p3.

(5) مجاجي سعاد، الأستوبيل أو ما يعرف بمبدأ عدم التناقض إضراراً بالغير، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياية، العدد الثالث، المجلد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عمار ثليجي بالاغواط، ص572.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

أما من ناحية المعنى فأن تعريفها تختلف حسب المجال التي تستخدم فيه هذه القاعدة، ففي القانون الدولي تكون مفهوم القاعدة أن تحرم على دولة ان تدافع عن موقف حالي يتعارض مع موقف سابق[1]. أما في النطاق الإجرائي تعني عدم جواز إثبات عكس مسلك سابق للشخص[2]. ومما رأينا أن هذه القاعدة من الممكن الأخذ به في جميع مجالات القانون لأنها تغلق دون الشخص باب الرجوع في ما قال أو فعل، وتجعل من قوله حجة عليه[3]. أي أن قاعدة الإغلاق يتعلق بالامتناع الواقع على عاتق شخص، الذي بتصريحاته أو بتصرفاته أو بمسلكه أو بالمظهر الذي أعطاه لحالة واقعية، بأن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به، والذي أدى بشخص آخر إلى تعديل مواقفه بما يضره[4].ومن هنا يتبين لنا أن قواعد الإغلاق تتنوع بتنوع وجه إستخدامها، فلدينا قاعدة الإغلاق بالقول والتي تمنع على الشخص تناقض ما صدر منه من قول سابق، وله وجه الأخر والذي يسمى الإغلاق بالوعد حيث تعني منع الشخص من نقض ما وعد به سابقاً[5]. والإغلاق بالفعل أو السلوك، أي منع الشخص من تناقض سلوكه السابق.

المطلب الثاني
أنواع قواعد الإغلاق

تأتي قاعدة الإغلاق الحكمي على أنواع كثيرة أهمها:

1 - **الاغلاق بالحكم أو الشئ المقضي به أو القضية المفصول فيها بحكم**[6]، حيث أن قرار قضائي حول نزاع معين يكون له قوة الشيء المقضي فيه ولايمكن لآي من الطرفين الإحتجاج بحق يخالف هذا القرار، فمثلاً إذا تم عقد قرض بين شخصين وكانت سعر الفائدة أعلاه من الحد القانوني، وبقرار قضائي تم تخفيض الفائدة إلى الحد القانوني، لا يمكن للدائن بعد صدور هذا القرار أن يطالب بفسخ العقد لكون المدين لم يلتزم بالحد المتفق عليه من الفائدة.

2 - **الاغلاق بالسند أو الكتابة :** وهو ينشأ بحكم ما ينظمه الشخص من سند مكتوب يصدر فيه عن بيانات لن يكون له بعد ذلك أن ينكرها أو ينفي عنها ما وصفها به أو يكذبه[7].

3 - **الاغلاق بالوعد:وهذا يقوم على وعد أو إتفاق شفوي أو تحريري**[8]. من ذلك ما يترتب على عقد الايجار من حرمان المستأجر ان ينكر ما كان لصاحب المؤجر من حق الملكية فيما اجر عند ابرام العقد. وكذا قبول الوديع للوديعة يمنعه من انكار ان المودع كان يملك الحق في الأشياء المودعة عندما أودعها[9].

4 - **اغلاق بالسلوك :**ينشأ بحكم ما يصدر عنه الشخص من سلوك أو عمل يراد به حمل الغير على اتيان شئ أو الامتناع عنه، ثم تصرف هذا الغير بناء على ما رأى من هذا السلوك واستهدافه للمضرة بجراء ذلك. وفي هذه الحال يمنع الشخص الأول من انكار سلوكه أو عمله ولو اعتقد بسلامته عندما صدر عنه[10].

(1) د.هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة الكربلاء، السنة السابعة العدد الثالث، 2016، ص8.
(2) د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، دار النهضة العربية،قاهرة-مصر، 1986، ص147.
(3) حارث سليمان الفاروقي. المعجم القانوني, ط 3، بيروت : مكتبة لبنان, 1980 , ص257
(4) د.حفيظة سيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2003،ص796.
(5) Daniel A.Farber,Johan H.Matheson, Beyond promissory Estoppel: Contract Law and the Invisible Hand shakes,The Universtey of Chicago Law Review,October 1985.
(6) LIU GUOQING, A COMPARATIVE STUDY OF THE DOCTRINE OF ESTOPPEL:
A CIVILIAN CONTRACTARIAN APPROACH IN CHINA, 2010 Canberra L. Rev. 1 (2010, https://heinonline.org
P3.
(7) حارث سليمان الفاروقي، مصدر سابق، ص258.
(8) Daniel A.Farber,Johan H.Matheson,last sorce.
(9) حارث سليمان الفاروقي، المصدر ذاته، ص258.
(10)حارث سليمان الفاروقي، مصدر سابق، ص285.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

المطلب الثالث

المبررات القانونية للأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي في نطاق العقد

أن مبدأ سلطان الإرادة لا يقتصر على مرحلة تكوين العقد فقط بل يتعداه إلى مرحلة تعديله، حيث في ظل النظام القانوني العراقي لا يمكن تعديل العقد إلا بناء على نص في القانون او بالتراضي[1]، أي أن لإرادة المتعاقدين الدور الاساسي في تعديل العقد، فإذن لكل سلوك يأتي به أي من المتعاقدين أثر في تنفيذ العقد أو تعديل قوته الملزمه، وبما إن قاعدة الإغلاق الحكمي تعمل على قطع الطريق أمام المتعاقد الذي يناقض سلوكه السابق، فإذن نستطيع من خلال ذلك بيان أهم المبررات للأخذ بهذه القاعدة في نطاق العقد، منها:

أولاً: إن هذه القاعدة تجد أساسها القانوني في كلا من نصوص القانون وإرادة المتعاقدين على حد سواء، ذلك لن أساس هذه القاعدة هو حسن النية، حيث أن قطع الطريق أمام المتعاقد أن يناقض نفسه ويعدل موقفه يوافق حسن النية في تنفيذ التزامات العقدية، لذا يعد الأخذ بهذه القاعدة من صميم الالتزام بالنصوص القانونية، وذلك لأن تنفيذ العقد بما تتفق مع ما يوجبه حسن النية قاعدة آمرة في القانون المدني العراقي[2]، هذا من جهة ومن جهة أخرى أنها قاعدة تنبع من رضا المتعاقدين بحيث أنه عبارة عن منع المتعاقد الذي يسلك سلوكاً معيناً من تناقض سلوكه الذي أرتاح له الطرف المقابل، فإذن نجد حول هذا السلوك موافقة متبادلة، ولو ضمنية، بين صاحب السلوك والطرف المقابل.

ثانياً: وأيضاً وجدنا أن النظام القانوني العراقي اعتمد تعدد مصادر القانون في القانون المدني العراقي وهذا ما يبدو أنه وسيلة ليحل مشكلة النقص في التشريع ويمنح القاضي إمكانية واسعة لإستقاء الأحكام من المصادر المختلفة للقانون ومن هنا قد يبدو لأول وهلة إستعاب مصادر القانون في القانون المدني العراقي لجميع القواعد الفقهية والمباديء القانونية، وإنتفاء أي مبرر قانوني للأخذ بقاعدة مثل قاعدة إغلاق الحكمي. وعلى الرغم من تفهمنا لهذا التصور إلا أننا لا نوافقه لأننا نجد أن مبدأ العام في تعددية المصادر هي في حال غياب نص تشريعي على القاضي الحكم وفقاً للقواعد العرفية، فإن لم يجد فوفق مباديء الشريعة الإسلامية، وإن لم يجد فوفق قواعد العدالة، وللقاضي أن يسترشد بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية[3]، وبمأنه لا توجد نص تشريعي يقرر الأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي فلا يكون في هذه الحالة إلا اللجوء إلى المصادر الإحتياطية، وإذا حكم القاضي بناء على المصادر الإحتياطية للتشريع يسمى قراره بالسوابق القضائية، أي أن الحكم يتضمن حكماً ليس ثابتاً في نص تشريعي يمكن للقضاء الرجوع إليه كلما واجههم مشكلة النقص في القانون، بل يجدون أنفسهم امام سابقة قضائية يتمثل وجهة نظر قاضي معين حول ما وجده من العرف تحكم موضوع النزاع أو ما رأه أكثر ملائمة من القواعد الفقهية الواردة في الشريعة الإسلامية لحكم الموضوع أو ما رأه أكثر عدالة لفض النزاع، أي أن السوابق القضائية تتسم بنزعة شخصية للقاضي الموضوع، والسابقة القضائية في حد ذاتها ليس مصدراً الزامياً للمحاكم وليس حتى للقاضي الذي أصدر الحكم، بحيث يجوز له العدول عن رأيه هذا أو تبني رأي مخالف في قضية أخرى، فإذن بخلاف الاحكام التي يستند على نصوص التشريعية تتميز الأحكام المبنية على المصادر الإحتياطية بأنها قابلة للتغيير، وتفتقر إلى الإلزامية اللازمة لتوحيد القرارات الصادرة حتى في القضايا المتقاربة من حيث الموضوع والطلبات، وهذا ما يأخذنا إلى مبررنا الثاني للأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي حيث أن وجود قاعدة ثابتة يتم الرجوع إليه كلما عرض نزاع معين على المحكمة يؤدي إلى توحيد الإحكام وتوفير العلم الكافي للمتعاقدين حول مراكزهم القانونية.

فإذن وإستناداً إلى ما تم عرضه نجد أن الأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي في نطاق العقد ليس فقط له ما يبرره بل هي خطوة ضرورية لتحقيق العدالة للمتعاقدين.

المطلب الرابع

آلية الأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي

بما أن قاعدة الإغلاق يتعلق بالامتناع الواقع على عاتق شخص، الذي بتصريحاته أو بتصرفاته أو بسلكه أو بالمظهر الذي أعطاه لحالة واقعية، بأن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به[4]. فإذن يشترط لعمل هذه القاعدة وجود إلية محددة يسهل الأخذ بها لتطبيق هذه القاعدة وتلك الإلية تتمثل في تحقق شروط معينة في الوضع القانوني الذي يراد تطبيق قاعدة الإغلاق الحكمي عليها ومنها:

1.وجود موقف أو مسلك من أحد المتعاقدين ويستمر وجوده، ويقتنع المتعاقد الأخر بهذا الموقف ويعتمد عليه، وبعد ذلك يحاول المتعاقد الاول تناقض سلوكه السابق، بما يهدد إلحاق الضرر بالمتعاقد الثاني. وبناء على هذا الضرر أو خطورة وقوع الضرر.

(1) الفقرة(1) من المادة (146) من القانون المدني العراقي.
(2) المادة (150) من القانون المدني العراقي.
(3) المادة (1) من القانون المدني العراقي.
(4) د.حفيظة سيد الحداد، مصدر سابق، ص 769.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

2. لا يشترط في الموقف الذي نريد إيقافه أن يكون موقفاً إيجابياً دائماً، بل قد يكون الموقف مجرد سكوت، أي على الرغم من ان الموقف السلبي لا يحتسب على الشخص، ولكن من خلال العمل بقاعدة الإغلاق الحكمي نتخطى هذا الحاجز، ويكون الموقف السلبي ذات أثر ويحتسب على الشخص ولكن بشرط أن يكون هذا الموقف السلبي ذات أثر بالنسبة للطرف المقابل، فعندما يسكت الشخص في موقف يستدعي عادتاً إتخاذ موقف إيجابي، يتخطى هذا السكوت كونه حياد إلى مرحلة تفسير هذا السكوت هل أنه قبول أو الرفض، ففي هذه الحالة يتدخل قواعد التفسير لتفسير موقف هذا الشخص، ويعتمد المفسر على الغالب الشائع[1]، أي إذا كان الغالب الشائع في مثل تلك الحالات أن يعتبر سكوت الشخص قبولاً فلا يستطيع بعد أن يسكت عن موقف معين أن يرجع عن هذا الموقف ويتمسك بحقه في إعتبار سكوته موقف سلبي أو رفض حتى.

3. يجب أن يكون الموقف طوعياً، أي أن لا يكون المتعاقد قد تصرف هذا التصرف نتيجة إكراه أو نتيجة إحتيال من المتعاقد المقابل[2].

4. يجب أن يتعلق المسلك بموضوع من صلب العقد[3]: أن الإنسان مهما حاول أن يكون حريصاً على أداء واجباته إلا أن هناك امور قد يغفل عنها ليس لكونه غير مهتم بل لكون هذه الأمور من بديهات الحياة، فلكي يتم العمل بقاعدة الإغلاق الحكمي يجب أن يكون الموقف الذي صدر عن الشخص يتعلق بموضوع جوهري أو ضروري لتنفيذ العقد، وذلك لمنع أخذ كل موقف يصدر عن هذا الشخص كحجة عليه ويترتب على ذلك خلق توتر للشخص من تصرفاته.

5. يجب أن لا يخالف المسلك الذي نريد التمسك به في مواجه المتعاقد نصاً أمراً: أن قاعدة الإغلاق الحكمي تجد أساسها في حسن النية والرضاء الضمني للمتعاقدين، ولكي يعتبر هذه المسلك ذات أثر يجب ان لا يخالف نصاً أمراً، فلا يمكن منع المتعاقد الذي يتمسك ببطلان عقده بحجة أنه قبل بهذا العقد أو أستمر في تنفيذه.

6. يجب أن يترب عن تناقض الموقف السابق الحاق ضرر بالمتعاقد المقابل: في حال لم يترتب عن تناقض الموقف الحاق ضرر بمصلحة مشروعة بالمتعاقد الأخر فلا يمكن له التمسك بقاعدة الإغلاق الحكمي.

المبحث الثاني

قاعدة الإغلاق الحكمي وأثرها في إضفاء القوة الملزمة على العقد

ان مبدأ القوة الملزمة للعقد ناتج عن مبدأ سلطان الارادة، وهو بذلك من الاثار المترتبة عن التعاقد فاذا نشأ العقد صحيحا بكل الاركان والشروط الخاصة به نتج عنه التزامات واصبح من الواجب تنفيذها ولا يمكن التنصل منها بالنسبة لجميع الاطراف، ولكن بما أنه قد يستجد بعد تكوين العقد أمور لم يكن بالحسبان، فأجاز المشرع للمتعاقدين بتعديل العقد بناءً على إتفاقهم المتبادل، كما أجاز للقاضي التدخل لتعديل العقد متى تبين له تعسف المتعاقدين في إستخدام حقهم في العقد. وأحد الطرق التي يمكن تعديل القوة الملزمة للعقد به، هي طريقة تنفيذ العقد، بحيث أن تنفيذ العقد بطريقة معينة تخلق عند الطرف المقابل إعتقاد بان هذه هي طبيعة الالتزام، كما يمكن أن يكمل أحد المتعاقدين العقد بطريقة تنفيذه، ومن هنا لايمكن بعد الشروع بتنفيذ العقد بطريقة معينة التراجع عنه، وهذا هو فحوى قاعدة الإغلاق الحكمي، ولتوضيح ذلك يجب بيان تنفيذ البنود العقدية وخلق بنود جديدة من خلال التنفيذ.

المطلب الأول

تنفيذ بنود العقد

يتكون العقد بالتراضي[4]، ويتكون التراضي من الأجزاء التي تم الإتفاق عليها بين المتعاقدين، فإذن يتكون العقد من البنود التي تم إتفاق الطرفين بشأنها، وأول محطة في تنفيذ العقد هي تنفيذ العقد طبقاً لما يشتمل عليه[5]، أي تنفيذ البنود العقدية، ولكن هناك فرق بين صياغة البند وكيفية تنفيذه، بحيث يوجد التزامات عقدية على الرغم من تحديد الالتزام وزمان ومكان تنفيذه إلا أن طريقة تنفيذه لا يتم الاتفاق بشأنه، أو قد يصعب تحديد كيفية تنفيذه على وجه

(1) المادة (165) من القانون المدني العراقي.

(2) د.هادي نعيم المالكي، مصدر سابق، ص10.

(3) Neil Andrews, CONTRACT LAW ,Cambridge university prees,2015,p150.

(4) إذا كان العقد الشكلياً فيتطلب إضافة إلى التراضي توفر الشكل المطلوب قانوناً، أما إذا كان العقد عيناً يتطلب التسليم إضافة إلى التراضي. د.أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، الجزء الأول، 2003، ص67.

(5) المادة (150) من القانون المدني العراقي.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

الدقة بما يمنح صلاحية تحديد طريقة تنفيذه للطرف المقابل، مثلاً في عقد النقل أتفق الراكب مع سائق على إيصاله لمكان عمله كل يوم، وسلك الناقل طريقاً معينة للوصول إلى مكان عمل الراكب، فتنفيذ هذا الالتزام بهذه الطريقة يخلق إعتقاد لدى الراكب بأن هذه الطريقة هي الطريقة المتبعة لتنفيذ العقد، فإذا قام السائق بتغيير طريقه في أحد الأيام وكان من شأن هذا التغيير إلحاق ضرر بالراكب، فللراكب طلب تنفيذ العقد بالطريقة السابقة إستناداً إلى قاعدة الإغلاق الحكمي.

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال حول، إلا يوجد طريقة أخرى في القانون المدني العراقي لإيقاف السائق من التزام الطريقة التي أعتمدها قبلاً، دون الحاجة إلى اللجوء إلى قاعدة الإغلاق الحكمي؟

كما هو معلوم لدينا إن مبدأ القوة الملزمة للعقد تحكمه قاعدتان أساسيتان هما قاعدة"اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"[1] وقاعدة "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[2] فوفق هذين القاعدتين للمتعاقد حماية مصالحه وحقوقه العقدية، وذلك في حالة إذا لم يلتزم المدين بتنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه أو قام بتعديل العقد بإرادته المنفردة أو حتى نفذ العقد بطريقة تخالف حسن النية، للدائن إجبار المدين إما بتنفيذ العقد عيناً أو طلب تعويض عما صدر منه من إخلال ببنود العقد، ولكن هل من الممكن للراكب أن يلتجئ إلى هذين القاعدتين في مثالنا السابق؟ بالتأكد تكون الجواب بالنفي لأن في مثالنا السابق قام السائق بتنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه ونفذ إلتزامه الرئيس من العقد إلا وهو إيصال الراكب لمكان عمله، ولم يقم بتعديل العقد أو حتى لم ينفذ العقد بطريقة تفتقر إلى حسن النية، ومع ذلك يهدد تغير طريقة تنفيذه مصالح الراكب ويعرضه لخسارة معينة، فهنا لايكون أمام الراكب أي وسيلة لطلب الإستمرار على الطريقة السابقة ما لم يتم اللجوء إلى قاعدة الإغلاق الحكمي. لذا نجد أن الأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي وسيلة فعالة ومنتجة لمنع المتعاقد من تغيير طريقة تنفيذه للعقد، ولذلك لضمان توفير الحماية الكافية لمصالح المتعاقد الآخر.

المطلب الثاني

تكملة العقد من خلال تنفيذه

لايقتصر العقد من حيث الموضوع على ما ورد فيه من حقوق والتزامات نشأت عن اتفاق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل يمتد ليشمل كل ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام[3]. لذا عندما نفترض أن هناك عقداً صحيحاً قد تم بين أطرافه، نعني بأنه قد تم الإتفاق على المسائل الجوهرية، ولكن هناك مسائل تفصيلية تحتاج تكملة العقد به سوى غفل المتعاقدين الإتفاق بشأنها قصداً أو إهمالاً أو حتى قد يكون بسبب عدم قدرة المتعاقدين لتغطية جميع تلك المسائل التفصيلية وقت التعاقد، لان هناك من تلك المسائل تستجد عند تنفيذ العقد، فتعني فكرة تكميل العقد سد النقص في تنظيم العقد الصحيح[4]،

وعلى الرغم من الفقرة الثانية من المادة (150) من القانون المدني العرقي حددت مستلزمات العقد وفق عوامل الخارجية لتكميل العقد من القانون والعرف والعدالة وكل ذلك وفق معيار طبيعة الإلتزام، إلا أن النص نفسه قد ورد هذه العوامل في حالة غياب إتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين لتكميل العقد، بما معناه أنه في النص يتم تفضيل إتفاق المتعاقدين على هذه العوامل لتكميل العقد، وذلك عندما أورد في الفقرة الأولى من المادة ذاتها" يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" أي أن لتنفيذ الرضائي والموافق للعقد دور أساسي في تكميل العقد، بما معناه أن الطريقة التي يسلكها المتعاقدين في تنفيذ العقد لها دور في تكميل العقد وتكون تلك المواقف التي تأتيها أحد العاقدين في سبيل تنفيذ العقد تحتسب على البنود العقدية بإعتبارها من المسائل التفصيلية، وأساس القانوني لهذه المواقف نجدها في قاعدة الإغلاق الحكمي، حيث أن سلوك أحد الأطراف طريقة معينة يخلق لدى الطرف المقابل إعتقاد بأن هذه الطريقة لديها قوة إلزامية كبنود العقد تماماً، وعندما يريد الطرف الآخر تناقض هذا التصرف للطرف الأول الإحتماء بقاعدة الإغلاق الحكمي لوقف تناقضه، ومثال ذلك في عقود التوريد، قد يتفق المورد مع رب عمل بتجهيز طلبية معينة له كل يوم، ولكنهم لم يحددوا الساعة المعينة لتوريد الطلبية، فتنفيذ الطلبية من قبل المورد في ساعة معينة في ايام مكررة تخلق لدى رب العمل الإعتقاد بطريقة تنفيذ هذه، وبان هذه الساعة المعينة هي الساعة التي يتم تجهيز الطلبية فيها، فإذا صدوف أن جهزت المورد الطلبية في ساعة أبكر من الساعات السابقة واللحق ذلك ضرراً برب العمل، فلرب العمل أعتبار ذلك كإخلال بالعقد، ولا يمكن للمورد التحجج بان ساعة التوريد لم يحدد بالعقد فله كامل الحرية في تجهيز الطلبية في أي ساعة يشاء، وذلك

(1) الفقرة الاولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي.
(2) الفقرة الاولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي.
(3) المادة (150) من القانون المدني العراقي.
(4) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2012،ص40.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

لأن إستمراره في تنفيذ العقد في ساعة معينة خلق تصور لدى رب العمل بأن لهذا الموقف قوة البنود التي تم الإتفاق عليها سابقاً فيجب الإستمرار على تنفيذ العقد بهذه الطريقة ولو جبراً على المدين وهذا ما يوافق مضمون قاعدة الإغلاق الحكمي.

فإذن لقاعدة الإغلاق الحكمي دور مهم وضروري في تحقيق العدالة العقدية بين أطرافها في مرحلة تنفيذ العقد وذلك من خلال إضفاء القوة الملزمة لمواقف صدر من أحد اطراف العقد وأعتمد عليه الطرف المقابل وأمن بإلزاميته وتصرف هو الاخر على هذا الأساس، فيكون محاولة الطرف الأول لتناقض تصرفه السابق بمثابة إخلال بالتزام يجب تحمل مسؤوليته، ولايكون أساس هذا الحق إلا العمل بقاعدة الإغلاق الحكمي.

المبحث الثالث

قاعدة الإغلاق الحكمي وأثرها في تجريد العقد من قوتها الملزمة

سبق وأشرنا إلى أنه اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. بما معناه أنه لا يجوز لأحد العاقدين تعديل العقد أو حتى تجريد العقد أو أحد بنوده من قوته الملزمة إلا بناء على إتفاق لاحق أو إنصياعاً لحكم القانون، ولكن يجب أن نبين دور قاعدة الإغلاق الحكمي في كلا من إتفاق المتعاقدين أو نص القانون كوسيلة لتجريد العقد من قوته الملزمة.

المطلب الأول

إتفاق المتعاقدين لتعديل العقد

العقد شريعة المتعاقدين، يعني أن العقد بالنسبة إلى عاقديه يُعد بمثابة قانون، وإن كان منشأه الاتفاق بينهما، أي أن يكون الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من القانون، ولا يجوز للفرد أن يتحلل من كليهما.[1] وتقوم هذه القاعدة على أسس فلسفية وأخلاقية واقتصادية وتاريخية وحضارية، فهي تقوم أولاً على مبدأ سلطان الإرادة، أي أن الفرد لا يُلزم إلا بما أراد وإذا أراد أن يُلزم فلا يحول دون ذلك شيء، وهي تقوم ثانياً على أساس احترام الوعد، كما تقوم على وجوب استقرار المعاملات، فإذا كان العقد لا يقيد العاقد، فإن الناس تنصرف عن إبرام العقود وتشيع فيهم الفوضى وتنعدم الثقة، لذلك كان لا بد أن يكون للعقد قوة ملزمة بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه أو تعديله، وتلك هي الأسس التي تقوم عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وعلى هذا فإن العقد إذ يكون شريعة المتعاقدين، فإن القانون قد أراد له ذلك ليصير العقد نوعاً من النظام الخاص لمن عقدوه برضائهم، فإنه يتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما اشترعاه كخضوعهما لما شرعه القانون، كما يتعين على القاضي رعاية تلك العقود وحمايتها كرعايته للنصوص القانونية، ولكن على غرار القانون وإمكان إلغائه بالطريقة التي سُن بها يمكن كذلك حل العقد بالوسيلة نفسها التي تم بها، أي باتفاق الطرفين. كما يمكن إلغائه من خلال إهمال العمل به أو الإتفاق على ما يخالفه ولكن دون النص صراحة على إلغاء سابقه، أو الأتفاق على إعادة تنظيم مسألة سبق تحديدها بالإتفاق. فإذن لكل موقف يصدر عن أحد العاقدين أو كلاهما دور في تعديل القوة الملزمة للعقد، وإذا كان الإتفاق صراحة فلا مجال لتأويل قصد المتعاقدين، ولكن المشكلة تظهر في الحالات التي يتفق الطرفين حول موضوع معين ويثور الشك حول هل أن من شأن هذا الإتفاق تعديل العقد أو تجريدها من قوتها الملزمة. فمثلاً عندما يتفق المتعاقدان صراحة أن يكون دفع ايجار بالدينار العراقي، ولكن عند الدفع يقوم المستاجر بالدفع بالدولار الأمريكي أكثر من مرة ويسكت المؤجر عن ذلك، وبعد إنخفاض قيمة الدولار الأمريكي عند الوفاء يمتنع المؤجر عن إستلام الإجرة بحجة أن الإتفاق كان بالدينار العراقي ولا يمكن للمستأجر الدفع بغير هذه العملة، فهنا هل من الممكن إعتبار سكوت المؤجر دليلاً على موافقته لتعديل البند الذي حدد نوع العملة التي يتم دفع الأجرة بها؟

للإجابة على السؤال يجب النظر إلى النية المشتركة للمتعاقدين، أي هل أن المتعاقدين أرادا من خلال تصرفهما هذا تعديل نوع العملة، فإذا تبين للقاضي غياب نية الطرفين حول هذا الموضع، فلا يمكن الإعتداد بالدفوعات السابقة، أما أذا أثار شك حول النية المشتركة للمتعاقدين أو تعارض نيتهما، فيمكن من خلال قاعدة الإغلاق الحكمي تحقيق العدالة بين الطرفين، من حيث النظر إلى فكرة هل أن أحد العاقدين صدر منه موقفاً معيناً وأستمر على هذا الموقف مدة معينة، أو هل تحقق الإستمرار في هذا الموقف لمدة زمنية من شأنها خلق قناعة لدى الطرف الثاني بأن هذا الموقف الجديد يحل محل الموقف المتفق عليه، وثانياً يجب النظر إلى هل أن من شأن تناقض هذا التغير إلحاق الضرر بالمتعاقد المقابل، وهل يتعلق الموقف بصلب العقد أو موضوعاً جوهرياً في العقد، ففي حال تحقق كل هذه الأمور، يمكن ومن خلال قاعدة الإغلاق إعتبار قيام المستأجر بالدفع بالعملة مختلفة وإستمراره على هذا الموقف، وإستمرار

1- Neil Andrews, contract law, cambridge university press, 2015, p110.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

سكوت المؤجر على موقف المستأجر دليلاً على وجود إتفاق بين الطرفين لتعديل البند المتعلق بنوع العملة، وبالتالي منع المؤجر من المطالبة بدفع بغير العملة الحالية.

المطلب الثاني

تعديل العقد بناء على نص القانون

الطريقة الثانية لتعديل العقد هي بقرار قضائي، فبعد أن يتم عرض نزاع على المحكمة سوى تعلق بوجود شرط تعسفي في عقد الإذعان[1] أو تعلق بحدوث ظرف طاريء أدت إلى إخلال التوازن بين الالتزامات العقدية[2]، فيجب على القاضي التدخل لتعديل الإلتزامات العقدية في سبيل إرجاع التوازن للعلاقة العقدية، ويتم ذلك من خلال قرار قضائي، ومن شأن هذا القرار أما خلق إلتزامات جديدة في العقد أو تجريد الالتزام السابق من قوتها الملزمة وإحالة الشرط الجديد محله، فمثلاً لو تحققت ظرف طاريء وأصبحت تنفيذ التزامات العقدية مرهقاً للمدين، للقاضي بعد الموازنة بين مصالح الطرفين أن يحاول تعديل العقد، سواء من خلال إنقاص إلتزامات المدين، أو زيادة التزامات الدائن[3]، أو قد يختار القاضي وقف تنفيذ العقد مدة معينة إلى أن يزول الظروف الإستثنائية التي أدت إلى ضرورة تعديل العقد[4]. فالقرار هنا يتجرد اللالتزام السابق من قوتها الملزمة، فلا يجوز للطرف الذي طلب تعديل العقد أن يناقض نفسه ويغير موقفه ويطلب حقاً يناقض القرار القضائي، كما لا يجوز للمدين إذا توقف العقد لمدة من الزمن بأن يرجع وينفذ التزاماته، وبعد ذلك يمتنع عن ذلك بحجة أن العقد تم إيقافه بقرار قضائي، فلا يسمع منه ولا يسمح له بتناقض موقفه وذلك لأن الحكمة من إيقاف العقد هي لمساندة المدين في الظروف الإستثنائية التي واجهته، فعندما يسلك المدين موقفاً يوحي للدائن عدم تأثر المدين بهذه الظروف يكون من شأن تصرفه هذا تجريد القرار من قوتها الملزمة.

الخاتمة

- وفي الختام توصلنا لعدة نتائج منها:

1. إن قاعدة الإغلاق الحكمي على الرغم من أنها قاعدة خلقت في النظام القانوني الأنجلوسكسوني إلا أنها قاعدة تلائم النظام القانوني اللاتيني أيضاً لكونها تهدف إلى إستقرار الأوضاع القانونية ومنع المتعاقد من تناقض نفسه وخلق جو من توتر وعدم افستقرار في العلاقة العقدية.
2. إن الأخذ بقاعدة الإغلاق الحكمي لا يعني تقيد المتعاقد كاملة بل يعني عدم السماح له بتغير سلوكة بطريقة يترتب عليه إلحاق الضرر بالمتعاقد المقابل.
3. لا يقتصر العمل بهذه القاعدة لإضفاء القوة الملزمة للعقد فقط بل من المكن الإستفادة منه لتجريد البنود العقدية من قوتها الملزمة.
4. تدخل العمل بهذه القاعدة ضمن السلطة التقديرية للقاضي لكونها قاعدة فقهية، لهذا يكون للقضاء حرية واسعة في الأخذ بها أو المدى التي يتم العمل بها وحتى تحديد الحالات التي من الممكن الأخذ بهذه القاعدة فيها.

- وعلى ضوء هذه النتائج نقترح:

أن يأخذ القضاء المدني في العراق العمل بقاعدة الإغلاق الحكمي بنظر الإعتبار ويعمل بها في الأماكن التي لا يمكن تحقيق العدالة من خلال الإعتماد على القانون فقط وذلك في سبيل إضفاء الإستقرار أكثر للعلاقة العقدية، وتقوية القوة الملزمة للعقد بصورة أكبر.

(1) المادة 167 من القانون المدني العراقي.
(2) المادة 146 من القانون المدني العراقي.
(3) د.ياسر باسم ذنون، رؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على أحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون كلية القانون جامعة الإمارات العربية، العدد السابع والخمسون، السنة الثامنة والعشرون، 2014، ص192.
(4) د.سليمان مرقس، نظرية العقد، بدون طبعة، القاهرة، 1956، ص344.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221

قائمة المصادر

الكتب:

1. د.أحمد شرف الدين، نظرية الإلتزام، الجزء الأول،2003.
2. جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، قاهرة-مصر، 1986.
3. حارث سليمان الفاروقي. المعجم القانوني, ط 3، بيروت : مكتبة لبنان, 1980.
4. حفيظة سيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2003،ص796.
5. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2012.
6. د.سليمان مرقس، نظرية العقد، بدون طبعة،القاهرة، 1956.

البحوث المنشورة باللغة العربية:

1. مجاجي سعاد، الأستوبيل أو ما يعرف بمبدأ عدم التناقض إضراراً بالغير، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياية، العدد الثالث، المجلد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عمار ثليجي بالاغواط.
2. هادي نعيم المالكي، قاعدة الإغلاق في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة الكربلاء، السنة السابعة العدد الثالث، 2016.
3. د.ياسر باسم ذنون، روؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على أحكام القضائية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون كلية القانون جامعة الإمارات العربية، العدد السابع والخمسون، السنة الثامنة والعشرون، 2014.

البحوث المنشورة باللغة الانجليزية:

1. LIU GUOQING, A COMPARATIVE STUDY OF THE DOCTRINE OF ESTOPPEL:
2. Jay A.Fainman ,promissory Estoppel and the Judicial Method, Harvard Law Review
3. T.leighe Anenson. From Theory to Practice: Analyzing Equitable Estoppel Under a Pluralistic Model of Law.p.3
4. Daniel A.Farber,Johan H.Matheson, Beyond promissory Estoppel: Contract Law and the Invisible Hand shakes,The Universtey of Chicago Law Review,October .1985

A CIVILIAN CONTRACTARIAN APPROACH IN CHINA, 2010 Canberra L. Rev. 1 (2010,
https://heinonline.org
Vol. 97, No. 3 (Jan., 1984.

5. Neil Andrews, CONTRACT LAW,Cambrige university prees,2015.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp213-221