مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية
مجلة علمية دورية محكمة
السنة/6 العدد/21
اذار 2014 – جمادي الاولى 1435
ISSN: 2073 1140

مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

دراسة تحليلية مقارنة
مع الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

م.د. يونس صلاح الدين علي
مدرس القانون الخاص
جامعة جيهان

وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان

كلية القانون
College of law - University of Tikrit

مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي
دراسة تحليلية مقارنة مع الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

م.د. يونس صلاح الدين علي
مدرس القانون الخاص
جامعة جيهان

المستخلص

يعد مبدأ الإغلاق من المبادئ الراسخة في قانون الأحكام العامة الإنكليزي، ويستند هذا المبدأ على أساس العدل والإنصاف، وقد أرست السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية العديد من الأنواع لهذا المبدأ، كالإغلاق بالاتفاق والإغلاق بالوصف والإغلاق الإنصافي، ويحظر هذا المبدأ على الشخص الذي يعد آخر بعدم تنفيذ حقوقه القانونية تجاهه من الرجوع عن وعده وتنفيذها، إذا ما أدى الوعد الصادر عن الطرف الأول إلى صدور تصرف عن الطرف الثاني تسبب في إلحاق ضرر بالطرف الثاني نفسه، وقد كان للفقه الإسلامي قصب السبق في معرفة فكرة الإغلاق واستنباط العديد من القواعد الفقهية التي تجسد هذه الفكرة، فضلا عن وضع العديد من التطبيقات العملية لها. وقد حذا القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 حذو الفقه الإسلامي في هذا المضمار واستنبط من فكرة الإغلاق العديد من التطبيقات بين طياته، على الرغم من عدم وضعه لقاعدة عامة للإغلاق.

المقدمـــة

وتتضمن النقاط الآتية:

أولا: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

يعد مبدأ الإغلاق من المبادئ الراسخة التي تضمنها قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law)، ويظهر مبدأ الإغلاق بشكل واضح في قانون العقد الإنكليزي (law of contract) وهو قانون غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ويقوم مبدأ الإغلاق على أساس العدل والإنصاف، فضلا عن اتصاله بالقيم والمفاهيم السامية كالأمانة والنزاهة والشرف والأخلاق. وهو يغلق السبيل أمام أي شخص يقطع على نفسه وعدا تجاه شخص آخر بإبرام أمر معين، ويحول دون رجوع الطرف الأول عن وعده، إذا ما تصرف الطرف الثاني تصرفا ألحق به ضررا على أساس ذلك الوعد، فإن هذا الوعد سوف يلزم الطرف الأول الذي قطعه على نفسه، ولم يقتصر العمل بهذا المبدأ على القانون الإنكليزي وحده، فقد كان للفقه الإسلامي قصب السبق في معرفة فكرة الإغلاق، التي استفاد منها الفقهاء المسلمون في استنباط الكثير من القواعد الفقهية، التي تحمل بين طياتها مفهوم الإغلاق، المستمد من مصادر الشريعة الإسلامية، ولاسيما القرآن الكريم الذي يأمر بالعدل والإحسان، والوفاء بالعهود والمواثيق، وعدم نقضها بعد إبرامها، كما عرف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 أيضا فكرة الإغلاق، إذ توجد فيه بعض تطبيقات هذه الفكرة مبعثرة بين ثناياه.

ثانيا: أسباب اختيار موضوع البحث.

1- قلة الأبحاث والدراسات القانونية المعمقة ذات الصلة بالقانون الإنكليزي، والذي يتجنبه معظم الباحثون القانونيون في دراساتهم وأبحاثهم في العراق.

2- محاولة إجراء دراسة تحليلية معمقة ومقارنة بين نظم مختلفة، وهي نظام قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law) ذو الأصول العرفية والمبني على السوابق القضائية، والفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، لمعرفة مدى التأثر والتأثير بين بعضها البعض في بلورة النظام القانوني لمبدأ الإغلاق لمبدأ الإغلاق،

على الرغم من أن الفقه الإسلامي كان له قصب السبق في معرفة هذا المبدأ قبل غيره من النظم القانونية.

ثالثا: أهمية البحث.

تكمن أهمية البحث في تزايد وكثرة تطبيقات مبدأ الإغلاق في الحياة القانونية اليومية، وزيادة تغلغله في مختلف النظم القانونية وارتباطه بها ارتباطا وثيقا، لأنه من المبادئ ذات الصلة بالأمانة والنزاهة وحسن النية والأخلاق.

رابعا: نطاق البحث وأهدافه.

تتسع رقعة البحث لتشمل القانون الإنكليزي والفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ويهدف البحث إلى بيان مدى اهتمام القانون الإنكليزي بمبدأ الإغلاق، ثم محاولة بيان مدى اهتمام الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي بفكرة الإغلاق.

خامسا: صعوبات البحث.

من أهم صعوبات البحث هي اختلاف المصطلحات والتعابير القانونية بين النظم الثلاثة: القانون الإنكليزي والفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، على الرغم من تشابه مفهوم الإغلاق في النظم الثلاثة بشكل عام.

سادسا: منهجية البحث.

اتبعت هذه الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي المقارن، إذ تركز محور الدراسة على جزئية معينة في القانون الإنكليزي، كأساس للمقارنة عن طريق التعريف بها وتكييفها وعرض السابقة القضائية التي أرست قواعدها وآراء الفقهاء الإنكليز بشأنها، ومحاولة مقارنة ذلك بالفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

سابعا: هيكلية البحث (خطة البحث).

في ضوء ما تقدم فسوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بمبدأ الإغلاق.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ الإغلاق وتطبيقاته.

المبحث الأول

التعريف بمبدأ الإغلاق

يعد مبدأ الإغلاق من المبادئ الراسخة والمعمول بها في قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law) وذلك ضمن إطار ما يعرف بقانون العقد الإنكليزي (law of contract) وهو قانون غير مكتوب مبني على السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، وتقترب الفكرة التي يتضمنها هذا المبدأ من بعض القواعد الثابتة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لذا سوف نتناول بالتعريف هذا المبدأ في القانون الإنكليزي ثم في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وكما يأتي:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.

المطلب الثاني: التعريف بفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

المطلب الأول

التعريف بمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

ظهر مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي (doctrine estoppel) عن طريق التطبيقات والسوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، ويرمي هذا المبدأ إلى جعل الوعد المجرد الذي يصدر عن شخص ما ملزما لا يمكن الرجوع عنه، لذا ولأجل التعريف بهذا المبدأ في القانون الإنكليزي، فسوف نتناول تعريفه وشروط تطبيقه وأنوعه وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.

الفرع الثاني: شروط تطبيق مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.

الفرع الثالث: أنواع الإغلاق في القانون الإنكليزي.

الفرع الأول

تعريف مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

يعرف جانب من الفقهاء الإنكليز مبدأ الإغلاق بأنه[1] (أحد المبادئ الشائعة في قانون الأحكام العامة الإنكليزي، والذي بمقتضاه يحظر على أحد الطرفين الرجوع عن وعده الذي قطعه تجاه الطرف الآخر الذي اعتمد هذا الأخير بشكل منطقي ومعقول على هذا الوعد وتصرف على أساس ذلك، بحيث أن أي رجوع أو عدول عن ذلك الوعد سوف يلحق به ضررا جسيما) كما عرفه جانب آخر من الفقه[2] بأنه (ذلك المبدأ الذي يمتنع بمقتضاه على شخص ما إنكار حقيقة وقائع صدرت عنه قولا أو تصرفا، جعلت شخص آخر يعتقد بصحة وجودها، مما جعله يغير من وضعه السابق تبعا لها) يتبين لنا من هذين التعريفين اللذين ساقهما الفقهاء الإنكليزي بأن مبدأ الإغلاق هو مبدأ قانوني شائع في قانون الأحكام العامة (common law) والذي بمقتضاه يحظر على أحد الطرفين وهو الواعد النكوص عن وعده أو الرجوع عنه بعد أن أقامه حجة على نفسه وعلى أساس واضح من العدل والإنصاف، شريطة أن يكون الطرف الآخر وهو الموعود له قد تصرف وفقا لهذا الوعد وبما يلحق به ضررا جسيما، إذا ما عدل الواعد عن وعده، لذا فإنه سوف يستفيد من إغلاق الطريق على الواعد من الرجوع أو العدول عن وعده، بسبب تغيير وضعه القانوني نتيجة لهذا الوعد، ويتبين كذلك بأن جوهر مبدأ الإغلاق هو أن الوعد ينبغي تنفيذه على الواعد جبرا في بعض الأحيان، إذا ما اعتمد عليه الموعود له، ويرى جانب من الفقه الإنكليزي [3] بأنه ينبغي التمييز ما بين مبدأ الإغلاق والوعد المعلق على شرط والقابل للتنفيذ (enforceable conditional promise) ففي حين يقوم

1 -Robert Daxbury. Contract in a Nutshell, sweet and Maxwell, 2001, P.24.
2- Salmond and Winfield, principles of the law of contract.London, 1925, P.178.
3 -Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract. Sixth edition, Clarendon press, oxford, 2005, P.125

كلاهما على فكرة الاعتماد أو الاتكال (reliance)، فإن مفهوم الاعتماد بالنسبة إلى الإغلاق لا يحتاج إلى تحديد من جانب الواعد كشرط يندرج في وعده بل يكفي أن يعتمد الموعود له على الوعد فحسب، أما في الوعد المعلق على شرط والقابل للتنفيذ، فإنه ينبغي تحديد مفهوم الاعتماد، ويمكن توضيح هذا الاختلاف بين هذين النظامين القانونيين بالمثال الآتي: إذا قطع شخص ما وعدا مشروطا على نفسه بالتنازل عن دينه المستحق الأداء في ذمة ابن أخيه وذلك في حالة زواج هذا الأخير، عندئذ فإن زواج ابن الأخ سيكون بمثابة مقابل أو عوض صحيح (sound consideration) وفي هذه الحالة فإن الوعد سيتحول إلى عقد صحيح نافذ، أما إذا قطع الشخص وعدا على نفسه للتنازل عن دينه المستحق الأداء في ذمة ابن أخيه دون الإشارة (صراحة أو ضمنا) إلى مسألة الزواج، إلا أن ابن الأخ تزوج لاحقا اعتمادا على هذا الوعد، ففي هذه الحالة لا يعد الزواج مقابلا جيدا (good consideration)، إلا أنه قد يكون كافيا على أساس أنه يمثل إغلاقا وعديا (promissory estoppel) يمنع الواعد من الرجوع عن وعده، ومن هذين المثالين يتبين لنا بوضوح أن مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي تبنى مفهوما أوسع للاعتماد مقارنة بفكرة الوعد المشروط أو المعلق على شرط.

الفرع الثاني

شروط تطبيق مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

يشترط لتطبيق مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي توافر الشروط الآتية:

أولا: ينبغي أن يكون الوعد الصادر عن الواعد صريحا واضحا لا لبس فيه، وأن يدلي الواعد عن طريقه ببيان واضح يلتزم فيه بعدم تنفيذ حقوقه القانونية أو المطالبة بها كما في السابقة القضائية المعروفة بـ

(Scandinavian Trading Tanker co. A. B. V. Flota Petrolera Ecuatoriana.HL. 1983).

ثانيا: ينبغي أن يكون الموعود له قد تصرف استنادا على هذا الوعد واعتمادا عليه. وقد اختلف الفقه الإنكليزي حول مسألة ما إذا كان الموعود له الذي اعتمد على

الوعد الصادر عن الواعد وغير من مركزه القانوني، قد أصابه الضرر نتيجة ذلك أم لا؟ فذهب جانب من الفقه[1] إلى ضرورة تعرض الموعود له للضرر لكي يعد التصرف الصادر عنه قد تم اعتمادا على الوعد الصادر عن الواعد، وبإمكان القاضي التحقق من ذلك إذا ما تبين له أن رجوع الواعد عن وعده، سوف يجعل المركز القانوني للموعود له أكثر سوءاً. في حين يرى جانب آخر من الفقه الإنكليزي[2] عدم ضرورة تعرض الموعود له للضرر، وأن كل ما ينبغي أن يفعله هو أن يغير من مركزه القانوني، وليس بالضرورة نحو الأسوأ. إلا أننا نرى بأن الرأي الأول هو الأرجح ولاسيما أن القضاء الإنكليزي انحاز إلى الرأي الأول. إذ ذكر القاضي اللورد (Denning) عند الفصل في السابقة القضائية المعروفة بـ

(W.J. Alan co. Ltd V. El Nasr Export and Import Co. CA. 1972).

(بأن المدعى عليه لابد أن يكون قد تصرف تصرفا مغايرا لتصرفه الاعتيادي، وأن ما حمله على هذا التصرف هو الوعد الصادر عن الواعد، إذ لولا هذا الوعد لما تصرف بهذه الطريقة. إلا أنه في ظل غياب الضرر أو الأذى، فإنه يصعب القول بأنه من غير المنصف بالنسبة إلى الواعد أن يرجع عن وعده).

ثالثا: ينبغي أن يكون من غير المنصف بالنسبة إلى الواعد أن يرجع عن وعده وينفذ حقوقه القانونية [3]، ففي السابقة القضائية المعروفة بـ

(D. and C. Builders V. Rees, CA, 1966)

استغل المدين الضائقة المالية التي يمر بها الدائنون فأرغمهم على قبول الوفاء الجزئي للدين (part-payment) وفي الدعوى المقامة ضده للتسوية بين الرصيد الدائن والمدين، قررت المحكمة بأنه ليس من غير المنصف بالنسبة إلى الدائنين الرجوع عن كلمتهم، بل أنه من غير المنصف في هذه الحالة بالنسبة إليهم الرجوع

1-Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman publishing,1999, P.65.
2-Robert Daxbury, ibid, P.25.
3 -Robert Daxbury, ibid, P.26.

أو التخلي عن وعدهم الذي قطعوه على أنفسهم في مواجهة المدين، وأن بإمكانهم المطالبة بتسوية الرصيد والمطالبة بباقي الدين، لأن المدين كان قد تصرف تجاههم بشكل غير منصف، نتيجة ممارسته لضغوط غير مبررة على الدائنين مستغلا وضعهم المالي الصعب.

الفرع الثالث

أنواع الإغلاق في القانون الإنكليزي

هناك ثلاثة أنواع رئيسة للإغلاق في القانون الإنكليزي، وهي الإغلاق بالاتفاق والإغلاق بالوصف والإغلاق الإنصافي، وسوف نتناول هذه الأنواع الثلاثة وكما يأتي:

أولا: الإغلاق بالاتفاق Estoppel by Convention.

وينشأ هذا النوع من الإغلاق عندما يتصرف طرفا عقد معين على أساس واقعة قانونية أو واقعة مادية، إذ يفترض اشتراك هذين الطرفين المتعاقدين بالتسليم بهذه الوقائع أو الاتفاق عليها اتفاقا مشتركا، أو أن أحدهما افترض وجود هذه الوقائع وأقر الطرف الآخر أو سلم بها، لذا فإنه يحظر على هذين الطرفين إنكار حقيقة هذا الافتراض، إذا ما كان من شأن هذا الإنكار أن يؤدي إلى رجوع الطرفين أو أحدهما على الأقل، في التسليم بهذه الوقائع أو الافتراضات التي تقوم عليها، وذلك بشكل غير عادل أو مناف للضمير، ويختلف هذا النوع من الإغلاق عن كلا من الإغلاق بالوصف والإغلاق الوعدي، لأنه لا يقوم على أساس أي وصف واضح أو بات أو جازم[1]. وقد ينشأ هذا النوع من الإغلاق أيضا عندما يستند افتراض الواقعة على خطأ يصدر عفويا عن الطرف الذي اعتمد عليه ويسلم به الطرف الآخر، على الرغم من أن هذا الافتراض المشترك القائم بين الطرفين ينبغي أن يكون واضحا وجازما، لذا يمكن أن يقال بأن هذا النوع من الإغلاق يمكن أن ينشأ عن اتفاق

1 - Treitel, The law of contract, twelfth edition, sweet and Maxwell, 2010, P.130.

صريح بين الطرفين (express agreement) ومن أوضح الأمثلة على هذا النوع من الإغلاق في القانون الإنكليزي وهو السابقة القضائية المعروفة بـ (Amalgamated investment and property co Ltd V. Texas commerce international bank Ltd. 1982).

إذ كان الطرف (A) يقوم بالتفاوض مع المصرف (X) للحصول على قرض لمصلحة أحد فروعه (B) لغرض شراء عقارات في جزر (Bahamas) وتطويرها. وقد تم الاتفاق على ضمان هذ القرض برهن على تلك العقارات فضلا عن كفالة يقدمها الطرف (A) وبموجب هذه الكفالة فقد تعهد (A) بأن يدفع للمصرف (X) جميع المبالغ المستحقة في ذمة (B) الذي يعد أحد فروع (A) وذلك في مقابل قيام المصرف (X) بتقديم القرض لـ(B). وقد وعدت عبارات هذا التعهد غير ملائمة، لأن القرض الممنوح لـ(B)، لم يقدم مباشرة من المصرف (X)، ولكن من أحد فروعه، وهو المصرف (Y)، على أن تتم تهيئة المبلغ من المصرف (X)، وعلى هذا الأساس، إذا ما تمت قراءة عبارات الكفالة قراءة حرفية، فإنها سوف لن تنطبق على القرض[1]، لأن المبلغ المستحق في ذمة (B) لا يكون مستحقا لمصلحة المصرف (X) بل للمصرف (Y)، لذا قررت محكمة الاستئناف بان التفسير الحرفي لعبارات عقد الكفالة سوف يتعارض مع نية الطرفين، وقررت بأن عقد الكفالة يمكن أن ينطبق على القرض الذي منحه المصرف (Y)، باعتباره التفسير الحقيقي لنية الطرفين، وعلى هذا الأساس وحتى وإن كانت الكفالة لا تحقق هذه النتيجة وفقا للتفسير الحرفي، فقد حظرت المحكمة على الطرف (A) أو منعته من إنكار هذا الكفالة التي تغطي مبلغ القرض الذي قدمه المصرف (Y). لأنه عند إجراء المفاوضات بين (A) والمصرف (X)، فقد افترض الطرفان أو اتفقا على تغطية الكفالة لمبلغ القرض، ولأن المصرف (X) كان قد استمر لاحقا في التصرف على أساس هذا الافتراض ومنح الطرف (A) العديد من التسهيلات فيما يتعلق بالقرض

1 -Treitel, ibid, P.130.

الممنوح لـ(B)، وكذلك بالنسبة إلى قرض آخر قدم مباشرة من المصرف (X) للطرف (A)، لذا فقد توصلت المحكمة إلى قناعة مؤداها أن هذا الافتراض هو بمثابة إغلاق يمنع الطرف (A) من الرجوع عن الكفالة، وأنه إغلاق اتفاقي أو بالاتفاق. وذكرت المحكمة كذلك في الحكم بأن أثر هذا النوع من الإغلاق هو منع أحد الطرفين من إنكار افتراض الواقعة المشتركة، أو المتفق عليها مع الطرف الآخر.

ثانيا: الإغلاق بالوصف Estoppel by Representation of Fact.

وينشأ هذا النوع من الإغلاق عندما يقوم أحد الطرفين بتأكيد حقيقة واقعة أو مجموعة وقائع للطرف الآخر، إذ يقوم أحد الطرفين وهو الواصف بالإدلاء بجملة وقائع أو حقائق للطرف الآخر وهو الموصوف له (representee) وذلك إما قولا أو فعلا أو حتى عن طريق السكوت باعتباره موقفا سلبيا محضا، وبنية الإيحاء للموصوف له وإقناعه بصحة وصدق ذلك الوصف، لتغيير موقفه، مما يسبب في إلحاق الضرر به. ففي هذه الحالة يحظر على الواصف (representor) من الرجوع عن وصفه الذي أدلى به للموصوف له في أية دعوى قد تحدث بينهما مستقبلا، ومن محاولة تقديم أي دليل لإثبات عكس ذلك الوصف، إذا ما تمسك به الموصوف له استنادا على وصف تلك الوقائع ودون أن يقدم أي مقابل.

ثالثا: الإغلاق الإنصافي Equitable Estoppel.

ويتكون الإغلاق الإنصافي من نوعين فرعيين من الإغلاق وهما:

1- الإغلاق الوعدي Promissory Estoppel.

يعد مبدأ الإغلاق الوعدي مبدأ أنصافيا ينشأ عندما يعد أحد الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر إما قولا أو فعلا بعدم تنفيذ حقوقه المنصوص عليها في العقد، إما بشكل كامل أو جزئي، شريطة أن يتصرف الطرف الآخر على أساس ذلك الوعد ودون تقديم أي مقابل من جانبه[1]. وأن هذا الوعد سوف يلزم الطرف الأول

1 - Robert Daxbury, ibid, P.24.

الذي قطعه على نفسه، ولن يسمح له بمقاضاة الطرف الآخر على أساس العقد، وهذا يعني بأن هذا المبدأ يوفر وسيلة لجعل الوعد ملزما في بعض الظروف، وذلك في حالة غياب المقابل[1]، فهذا المبدأ يمنع الطرف الأول من الرجوع عن وعده الذي قطعه على نفسه إزاء الطرف الثاني، إذا ما اعتمد هذا الأخير على الوعد، وتصرف على أساسه مما ألحق به ضررا. وطبقا للقواعد العامة في قانون العقد الإنكليزي، فإن الوعد الذي يصدر دون مقابل (without consideration)[2] يعد وعدا غير نافذ أو غير قابل للتنفيذ، وذلك طبقا للقواعد العامة في قانون العقد الإنكليزي، وهو ما يعرف بالوعد المجرد (bare promise). مثال ذلك: لو وعد الطرف الأول (A) الطرف الثاني (B) بعدم تنفيذ حقوقه القانونية المنصوص عليها في العقد، واعتمد (B) على هذا الوعد دون أن يقدم أي مقابل، فإن قواعد الإنصاف تمنع (A) من الرجوع عن وعده.

2- الإغلاق التملكي Proprietary Estoppel.

ينشأ الإعلاق التملكي عندما يتصرف شخص ما اعتماداً على قناعة مؤداها أنه سوف يكسب ملكية عقار شخص آخر أو حقوقا عينية عليها، وغالبا ما تتكون تصرفات ذلك الشخص من إقامة أبنية ومنشآت على أرض الشخص الآخر أو إجراء تحسينات على عقار ذلك الشخص، فإذا ما استوفى هذا النوع من الإغلاق شروطه القانونية، فعندئذ يحظر على المالك إنكار وجود تلك الحقوق أو التنصل منها ويجبر على منحها، والتسليم بحقوق الشخص الآخر في ملكية العقار، ومن هنا جاءت

---

1 - Treitel, ibid, P.141.

2- يعرف المقابل في القانون الإنكليزي بأنه الثمن الذي يدفع لشراء وعد الطرف الآخر
Consideration is the price for which the promise of the other is bought.
لمزيد من التفاصيل أنظر:Paul Richards, ibid, P.47.
كما يعرف أيضا بأنه (الحق أو المصلحة أو الفائدة أو الربح الذي يحصل عليه الواعد في مقابل الضرر أو الخسارة أو الإحجام أو المسؤولية التي ينهض بها الطرف الآخر وهو الموعود له
Consideration is some right interest profit or benefit accruing to the one party, the promisor in return for some forbearance, detriment loss or responsibility given suffered or under taken by the other the promise.
لمزيد من التفاصيل ينظر: Robert Daxbury, ibid, P.17.

تسمية الإغلاق التملكي[1]، ولذا فإنه يفترق عن الإغلاق الوعدي من حيث الشروط والآثار القانونية. إلا أن القاسم المشترك بينهما هو أنه في ظل كلا المبدأين فإن بعض الآثار القانونية يمكن أن تترتب على الوعود التي لا تعد وعودا ملزمة تعاقديا بسبب افتقارها إلى المقابل (want of consideration). ومن أهم شروط هذا النوع من الإغلاق أن يكون محل الوعد عقارا أو حقوقا عينية مترتبة على ذلك العقار، وأن يتسبب اعتماد الموعود له على الوعد في إلحاق الضرر به، وهو ما يعرف بالاعتماد الضار أو المسبب للضرر (detrimental reliance)، وينبغي أن يكون الضرر جوهريا، أما القضايا التي يمكن أن ينشأ فيها الإغلاق التملكي فيمكن أن تصنف إلى نوعين رئيسين[2]: النوع الأول يتعلق بقضايا يقف فيها مالك العقار موقف المتفرج، في حين يقوم شخص آخر بإجراء تحسينات في عقاره، ظنا منه عن طريق الغلط بأنه هو المالك الحقيقي للعقار، أما النوع الثاني: فيتعلق بقضايا يعتمد فيها الموعود على الوعد الصادر عن مالك العقار بنقل ملكية العقار إلى الموعود له أو كسب حقوق عينية على ذلك العقار، مما يتسبب اعتماد الموعود له على ذلك الوعد في إلحاق الضرر به. ويميز جانب من فقه القانون الإنكليزي[3] بين الإغلاق التملكي والإغلاق الوعدي من جانبين الأول: أن الإغلاق التملكي يقتصر على الوعود التي يكون محلها ملكية عقارات شخص آخر، أما الإغلاق الوعدي فينصب على جميع الوعود التي تدور حول عدم تنفيذ الحقوق القانونية وأيا كان نوعها، والثاني: أن الإغلاق التملكي يشترط أن يكون الموعود له قد تصرف تصرفا تسبب في إلحاق الضرر به، أما الإغلاق الوعدي فإنه يمكن أن ينشأ حتى وإن نفذ الموعود له واجبا كان قائما سلفا (pre-existing duty) ولم يعاني من أي ضرر، ومن جانب آخر فإن الإغلاق التملكي قد يكون بدوره أوسع نطاقا من الإغلاق الوعدي من جانبين أيضا،

1 -Treitel, ibid, P.146.
2 -Ewan mckendrick, contract law, Palgrave Macmillan, 2005, P.119.
3 - Treitel, ibid, P.159.

الأول: أن الإغلاق الوعدي لا ينشأ إلا عن وعد واضح وجازم، بخلاف الإغلاق التملكي الذي قد ينشأ حتى في حالة عدم وجود وعد حقيقي، والثاني: أن الإغلاق الوعدي ذو طابع دفاعي أو وقائي من حيث طبيعته القانونية، في حين قد يكون الإغلاق التملكي سببا لإقامة دعوى جديدة، فضلا عن كونه دفعا يدفع به الموعود له أثناء الدعوى. وخلاصة القول فإن الأساس القانوني لنشوء الإغلاق التملكي هو اعتماد الموعود له على الوعد الصادر عن الواعد بنقل ملكية عقار الواعد إلى الموعود له، اعتمادا يلحق به ضررا في الأعم الأغلب[1]، وأنه يقتصر على القضايا التي تقود حيثياتها الموعود له إلى الاعتقاد الجازم بإمكانية اكتساب ملكية عقار الواعد.

المطلب الثاني

التعريف بفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

عرف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي فكرة الإغلاق، وقد صاغ الفقهاء المسلمون بعض القواعد الفقهية التي تعبر عن هذه الفكرة، وقد انتقلت هذه القواعد في الفقه الإسلامي ووثقها الفقهاء المسلمون على اختلاف مذاهبهم في كتبهم، وذلك ضمن مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية التي جمعوها في تلك الكتب، إلى أن استقرت في مجلة الأحكام العدلية الصادرة عام 1296هـ أو 1879م، والتي تعد تقنينا للفقه الحنفي في صيغة قانون مدني، كما أخذ بهذه الفكرة القانون المدني العراقي أيضا وأورد لها بعض التطبيقات، لذا سنحاول التعريف بفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، وذلك عن طريق تعريفها وبيان أهم خصائصها وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

الفرع الثاني: خصائص فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

---

1 - Ewan mckendrick, ibid, P.120.

الفرع الأول

تعريف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

ذكرنا بأن الفقه الإسلامي كان له قصب السبق في تناول فكرة الإغلاق، وذلك عن طريق بعض القواعد الفقهية التي عبرت عن مضمون هذه الفكرة، ومن أهم هذه القواعد القاعدة الفقهية التي صاغها الفقهاء المسلمون والتي تقرر بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) ونصت على هذه القاعدة المادة المائة (100) من مجلة الأحكام العدلية، ويعرف جانب من الفقه الإسلامي [1] فكرة الإغلاق المستوحاة من هذه القاعدة الفقهية بأنها الفكرة التي مؤداها أن (كل عمل يصدر عن الشخص ويؤدي إلى نقض أو هدم أو إبطال ما أجراه وتم من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه) إذ أن من عقد العزم على القيام بعمل معين أو أتمه أو أبرمه بإرادته واختياره ثم أراد نقض ما تم على يديه، فلا يقبل منه ويكون سعيه مردودا عليه، لأنه يكون متناقضا في سعيه بذلك مع ما صدر عنه، والدعوى المتناقضة لا يجوز سماعها، لأنها تحمل في طياتها معنى التعارض والمنافاة بين الشيء الذي صدر عن الشخص أولا وبين سعيه الأخير في نقضه، وسواء أكان ذلك الشخص قد أجرى ذلك الشيء بنفسه أي صدر عنه أو تم من جهته حقيقة أم تم من جهته حكما، كما لو تم بواسطة وكيله [2]. أما في القانون المدني العراقي، وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يأخذ صراحة بهذه القاعدة ضمن القواعد العامة في التفسير الوارد في المواد 155-166 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، إلا أن غالبية فقه القانون المدني العراقي [3] ترى إمكانية الأخذ بها لكونها من القواعد العامة، وكذلك بسبب تأثر القانون المدني العراقي بالشريعة الإسلامية، وهذه القاعدة،

1- د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2007، ص512.

2- د. محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ج11، ط1، مؤسسة الرسالة، 2003، ص1006.

3- د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص192، ينظر أيضا د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص420.

وكما أشرنا سابقا، تمنع الشخص من نقض وإنكار ما صدر عنه من قول أو فعل، لأن إبرامه لأمر ما بإرادته واختياره يعد حجة قاصرة عليه تمنعه من نقضه وإنكاره، فيرد سعيه عليه[1]. وعلى هذا الأساس فإن يمتنع على الشخص الادعاء بخلاف ما صدر عنه ونقضه، إذا تسبب هذا الادعاء في حصول تعارض بين موقفه السابق وموقفه اللاحق. وقد أخذ القانون المدني العراقي بقاعدة قريبة في مضمونها وفحواها من هذه القاعدة، وهي ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه، والتي نصت على أنه (إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع) فإذا تعارض أمران أحدهما سبب يقتضي القيام بعمل والثاني مانع منعه وعدم اعتباره، فيرجع منع العمل على القيام به، أي يرجح المانع على المقتضي[2]، لأن السبب لا تترتب عليه الأحكام ما لم تتوافر شروطه وتنتفي موانعه[3]، فدرء المفاسد أولى من جلب المنافع، وقد استلهم المشرع العراقي هذه القاعدة من القاعدة المنصوص عليها في المادة (46) من مجلة الأحكام العدلية، فإذا وجد في أية مسألة سبب يستلزم الأخذ بها والعمل بموجبها وسبب آخر يقتضي منع العمل بها فيرجح المانع[4]. كما أخذ القانون المدني العراقي بقاعدة أخرى تحمل في طياتها أيضا فكرة الإغلاق، وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (81) منه والتي نصت على أنه (لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا) وهذه المادة مستنبطة أيضا من المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أنه (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان). فعبارة (السكوت في معرض الحاجة بيان) تحمل في ثناياها معنى الإغلاق، فإذا أوجد السكوت انطباعا خاطئا لدى الطرف الآخر، مما حمله على إحداث تغيير في موقفه نحو الأسوأ، وإلحاق

1-محمد الزحيلي، مصدر سابق، ص511.
2-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط1، أربيل، 2013، ص72.
3-د. محي الدين هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، 1978، ص75.
4-علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة طبع، ص47.

الضرر به، فإنه يحظر على الطرف الأول الاستفادة من سكوته كموقف سلبي محض، وينبغي عد السكوت في حكم البيان والتعبير، وهو المقصود بمعرض الحاجة بيان، أو كما عبر عنها بعض الفقهاء المسلمين[1] بأن (السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان)، كما وضع فقهاء القانون المدني قاعدة أخرى تحمل معنى الإغلاق[2] وهي قاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض) وهي تقابل قاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) والتي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية، ويمكن الأخذ بهذه القاعدة أيضا في ظل القانون المدني العراقي، لكونها من القواعد العامة ولها الكثير من التطبيقات في هذا القانون، والتي سوف نتناولها لاحقا، ويمكننا تعريف الإغلاق بأنه (منع الشخص من نقض وإنكار الأقوال والوقائع التي صدرت عنه بإرادته واختياره، إذا كان إنكارها يحمل معنى التعارض والمنافاة بين ما صدر عنه أو أجراه من قول أو عمل أولا، وبين مسعاه الأخير في نقضه).

الفرع الثاني

خصائص فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

تتسم فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي بالخصائص الآتية:

أولا: أنها فكرة تقوم على أساس وجود تناقض أو تعارض أو منافاة بين ما صدر عن الشخص في بادئ الأمر وبين سعيه بعد ذلك في نقضه أو إنكاره.

ثانيا: تتحقق فكرة الإغلاق وترتب آثارها إذا كان القول أو الفعل الصادر عن الشخص قد صدر بإرادته أو اختياره ورضاه، ثم سعى إلى نقض أو إنكار ذلك القول أو الفعل، ويتبين من مفهوم المخالفة بأن القول أو الفعل إذا كان قد صدر عن الشخص نتيجة إكراه شاب إرادته، فإن فكرة الإغلاق لا تجد لها سبيلا إلى

1-مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ص986.

2-د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص192.

التطبيق، فالإكراه في الفقه الإسلامي يؤثر في صحة التصرفات القولية والفعلية، ويعد من أهم عيوب الرضاء، فهو يعدم الرضاء سواء أكان ملجأ أو غير ملجئ[1].

ثالثا: تتحقق فكرة الإغلاق وترتب آثارها، عندما يكون التناقض بين ما تم من جهة الشخص قولا أو فعلا، وبين مسعاه اللاحق في نقضه قد تم أمام خصم منازع في الدعوى[2]، أما إذا لم يتم هذا التناقض أمام خصم منازع في دعوى، فإنه لا يعد تناقضا ويمكن سماعه.

رابعا: من خصائص فكرة الإغلاقكذلك أنها تقوم على أساس الوفاء بالعهود، إذ لا يجوز للشخص أن يرجع في تعهده الذي قطعه على نفسه تجاه شخص آخر، ولاسيما إذا كان المتعهد له قد تصرف على أساس هذا التعهد واطمأن إليه، وتجد فكرة الوفاء بالعهود أساسها الراسخ في الشريعة الإسلامية التي تحث على ضرورة الوفاء بالعهد أو التعهد وعدم نقضه أو مخالفته[3] استنادا على قوله تعالى (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)[4].

خامسا: تستند فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي كذلك على مبدأ حسن النية، إذ أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي من المتعاقد أن لا تكون إرادته قد اتجهت إلى الإضرار بالطرف الآخر، وأن يتجنب الخطأ العمد وكذلك الغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية، وكذلك الحال بالنسبة إلى التعارض والمنافاة بين القول أو الفعل الذي صدر عن الشخص أولا وبين سعيه اللاحق في نقضه فإن هذا التعارض يعد إخلالا واضحا بمبدأ حسن النية.

1- د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص226.
2- د. محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث الغزي، مصدر سابق، ص1006.
3- د.علي فوزي الموسوي، قاعدة الإغلاق وتطبيقاتها، ص5، بحث منشور على الرابط الإلكتروني www.iasj.net
4-سورة الإسراء، الآية 34.

سادسا: تتعلق فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي بقاعدة من قواعد الإثبات فضلا عن تعلقها بالقواعد الموضوعية، فبالنسبة إلى كونها من قواعد الإثبات فهي مستنبطة من المادة (79) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أن (المرء مؤاخذ بإقراره) وذلك إذا كان الفاعل عاقلا بالغا طائعا، ولم يكن محجورا عليه، ولم يصر مكذبا فيه بحكم الحاكم، فعندئذ لا يمكنه نقضه[1]، وقد أخذ قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 بهذا المبدأ، إذ نصت المادة (68) منه على أنه (1- يلتزم المقر بإقراره إلا إذا كذب بحكم. 2- لا يصح الرجوع عن الإقرار) فالإقرار حجة قاطعة وقاصرة على المقر، والذي لا يجوز له الادعاء بخلاف ما صدر عنه ومن إثبات خلاف ذلك، أي نقض ما سبق أن صدر عنه، لأنه يكون قد سعى في نقض ما تم من جهته، فيرد سعيه عليه[2]. أما بالنسبة إلى كونها من القواعد الموضوعية، فإنها تجد لها الكثير من التطبيقات عن طريق إحدى القواعد المستنبطة من فكرة الإغلاق وهي قاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض).

1-الشيخ احمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط6، 2001، ص401.
2-د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، إثراء للنشر والتوزيع، 2012، ص220.

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية لمبدأ الإغلاق وتطبيقاته

لقد نشأ مبدأ الإغلاق، وكما أشرنا سابقا، ضمن نطاق قانون العقد الإنكليزي (law of contract) والذي أرسى قواعد ما يعرف بنظرية العقد، وذلك عن طريق التطبيقات والسوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية، والتي أرست قواعد ما يعرف بقانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law) وقد تأثر مبدأ الإغلاق ومنذ نشأته بركن المقابل للعقد الإنكليزي[1]، وقد ساهم هذا التأثر أو هذه العلاقة بين ركن مقابل الالتزام ومبدأ الإغلاق في بلورة الطبيعة القانونية لهذا المبدأ، مما ترتب عليه استقرار هذا المبدأ في تطبيقات القضاء الإنكليزي، لذا سوف نتناول بالبحث الطبيعة القانونية لهذا المبدأ ثم تطبيقاته وكما يأتي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمبدأ الإغلاق.

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الإغلاق.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمبدأ الإغلاق

كنا قد أشرنا سابقا إلى أن العلاقة الوثيقة بين ركن مقابل الالتزام ومبدأ الإغلاق ساهمت وبشكل كبير في تحديد الطبيعة القانونية لهذا المبدأ في القانون الإنكليزي[2]، إلا أن فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي تقوم على أسس أخرى، بسبب اختلاف في المفاهيم القانونية لنظرية العقد في القانون الإنكليزي عن نظرية العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي. لذا سوف نتناول بالدراسة الأساس القانوني لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي وتكييف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وكما يأتي:

---

1 -Robert Hillman, Principles of contract law, concise hornbook, west, 2009, P.81.

2 - Jeffery Helewitz, basic contract law for paralegals, seventh ed. Wolter Kluwer, 201, P.70.

الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.
الفرع الثاني: تكييف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

الفرع الأول

الأساس القانوني لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

كنا قد ذكرنا سابقا بأن مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي يرتبط ارتباطا وثيقا بركن مقابل الالتزام في العقد الإنكليزي، لذا سنحاول التعرف على الأساس القانوني لهذا المبدأ، وذلك عن طريق دراسة العلاقة القائمة بين مبدأ الإغلاق وركن مقابل الالتزام ثم التكييف القانوني لمبدأ الإغلاق وكما يأتي:

المقصد الأول: العلاقة بين مبدأ الإغلاق وركن المقابل.
المقصد الثاني: التكييف القانوني لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.

المقصد الأول

العلاقة بين مبدأ الإغلاق وركن المقابل

تتسم نظرية العقد في القانون الإنكليزي بسمة مميزة مؤداها أن الوعد لا يكون نافذا أو ملزما في هذا القانون إلا بطريقتين الأولى: أن يتعزز بمقابل والثانية: أن يستوفي الشكلية المطلوبة فيعرف بالعقد المصدق:

(specialty contract or contract by deed or contract under seal)

فالوعد المجرد أو التبرعي (bare or gratuitous promise) لا يكون نافذا وملزما في القانون الإنكليزي، لأنه غير مدعم فكرة المقابل أو بفكرة الشكلية[1] وذلك لأن هذا القانون يدور وببساطة إما حول فكرة العقار البسيط (simple contract) والذي يقوم على أساس مفهوم الصفقة إذ أن فكرة المقابل كانت قد ارتبطت منذ نشوئها بفكرة العقد البسيط المجرد من الشكل (bargain) أو فكرة العقد المصدق والذي يقوم على أساس مفهوم الشكلية، ويمكن تنفيذه رغم غياب المقابل، لذا فإنه إذا ما وعد

1 - Paul Richards, ibid, P.46.

أحد الطرفين وهو (A) الطرف الآخر (B) بإعطائه مبلغ (500) جنيه، فإن هذا الوعد لا يمكن تنفيذه لأنه وعد مجرد أو تبرعي أو ما يعرف بالعقد العاري أو الخالي من العوض (nudumpactum) .

أو الذي لا يدعمه أي مقابل[1]. وإذا ما تركنا جانبا العقد المصدق والذي يكتسب قوة الإلزام من الشكلية، فإن تركيزنا في هذه الدراسة سوف ينصب على العقد البسيط (أو الرضائي) والذي يصير نافذا لاحتوائه على المقابل (consideration) أو ما يعرف بالعوض (quid pro quo) أي الأخذ والإعطاء المتبادل بين الطرفين المتعاقدين. فبدلا من أن يقول أحد الطرفين للآخر (أعدك بإعطائك 500 جنيه) كما في مثالنا السابق، فإنه ينبغي عليه القول (أعد بإعطائك مبلغ 500 جنيه في مقابل وعدك لي بنقل ملكية سيارتك)، ففي هذه الحالة نكون إزاء عقد بسيط يدور حول مفهوم أو فكرة الصفقة، وليس مجرد وعد تبرعي، وعلى هذا الأساس فإن فكرة المقابل في القانون الإنكليزي تقترب كثيرا من فكرة السبب وفقا للمفهوم التقليدي في نظرية الالتزام في القوانين المدنية العراقية والمصرية والفرنسية[2]، والذي يتحدد بالسبب القصدي أو سبب الالتزام، وهو الغرض المباشر المجرد والذي يسعى الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، ففي عقد البيع مثلا فإن السبب القصدي للبائع هو الحصول على الثمن، والسبب القصدي للمشتري هو الحصول على المبيع، والسبب وفقا لهذا المعنى واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود، لكونه يعد عنصرا موضوعيا ضمن نطاق العقد[3]. ويتسم المقابل في القانون الإنكليزي بعدة سمات، هي

---

1 - Paul Richards, ibid, P.46.
ويرى هذا الجانب من الفقه الإنكليزي بأن الهبات إذا ما تم إفراغها في شكلية معينة كوثيقة مصدقة (document made under seal) فإن الاتفاق يصير نافذا كعقد مصدق (specialty contract).

2- د.طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، 1979، ص9.

3-د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص101.

أنه ينبغي أن لا يكون في الماضي وأن يصدر من الموعود له في مقابل وعد الواعد، وأن يكون كافيا[1]. وفي تقديرنا فإن سمة الكفاية تعد من أهم السمات التي يتسم بها المقابل، إذ ينبغي أن يكون للمقابل قيمة اقتصادية معينة، وإن كانت بسيطة أو طفيفة، إذ أن المشاعر الإنسانية المجردة، على سبيل المثال، لا تصلح أن تكون مقابلا للالتزام لعدم كفايتها اقتصاديا[2] وإذا ما تمتع المقابل بشرط الكفاية الاقتصادية، فإنه سوف يكون مقابلا كافيا لقيام العقد البسيط، حتى وإن كان على درجة معينة من التفاهة (Triviality) ففي السابقة القضائية (chappell and co Ltd V. Nestle co. Ltd HL 1960) فقد عد مجلس اللوردات أغلفة الشكولاتة الفارغة بأنها يمكن أن تمثل جزءا من المقابل الذي يقدم لشراء جهاز تسجيل. إلا أنه واستثناء من شرط الكفاية (sufficiency) فقد عد القانون الإنكليزي المقابل غير كافيا في حالتين، حتى وإن كان يتمثل بمبلغ نقدي كافي من الناحية الاقتصادية، وهاتان الحالتان هما، أولا: القيام بواجب عام قائم أو مفروض (existing public duty) لأن تقديم المقابل فيها يخالف فكرة النظام العام[3]، ففي السابقة القضائية (Collins v. Godefory 1831) وعد المدعى عليه أن يقدم للمدعي مبلغا من النقود في مقابل إدلائه بالشهادة أمام المحكمة، وبما أن المدعي نفسه كان قد استدعي للإدلاء بالشهادة، فقد قررت المحكمة أن ما قدمه المدعى عليه للمدعي لا يمثل مقابلا للالتزام، على الرغم من كفايته، لأن المدعي لم يقدم من جانبه أي مقابل. فهو ملتزم قانونا بالإدلاء بالشهادة، وأن أدائه للشهادة لا يعد مقابلا يدعم وعد المدعى عليه، وهنا الالتزام بالشهادة هو التزام بواجب عام مفروض على عاتقه من قبل القانون، ولا يصلح مقابلا لدعم العقد البسيط. ثانيا: القيام بواجب أو التزام تعاقدي قائم أو

1-د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، 2001، ص28.
2-د. مصطفى سلمان الحبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص52.
3 -Paul Richards, ibid, p.53.

مفروض[1] (existing contractual duty) فالشخص إذا كان ملتزما التزاما تعاقديا سابقا للقيام بعمل، فإن التزامه أو واجبه المفروض عليه في صلب العقد لا يعد مقابلا لأي أجر إضافي يمكن أن يحصل عليه. ففي السابقة القضائية (stilk v. Myrick 1809) كان طاقم السفينة مكونا من عشرة بحارة وقبطان، وأثناء الإبحار فقد ترك اثنان من البحارة العمل على ظهر السفينة. ونتيجة للنقص العددي فقط أضطر القبطان إلى أن يقطع على نفسه وعدا لباقي البحارة الثمانية بدفع أجور إضافية في رحلة العودة من موانئ البلطيق إلى بريطانيا وعند وصول السفينة بسلام رفض القبطان دفع الأجور الإضافية للبحارة، فقاضوه أمام المحكمة، فدفع أمام المحكمة بأن المدعين كانوا ملتزمين أصلا التزاما تعاقديا بالقيام بواجباتهم وأنهم لم يفعلوا أكثر من ذلك، وأنه لا يرقى إلى درجة المقابل، فأيدت المحكمة دفع المدعى عليه، وقررت بأن المدعين كانوا ملتزمين أصلا التزاما تعاقديا بموجب العقد بتوجيه السفينة، وان وعد المدعى عليه القبطان ليس ملزما، لأنه لم يصادف مقابلا كافيا من المدعين الذين كانوا ملتزمين بالقيام بالتزاماتهم التعاقدية دون زيادة أو نقصان. يتبين بوضوح بأن هناك علاقة وثيقة بين مبدأ الإغلاق وركن مقابل الالتزام في العقد الإنكليزي، فهذا المبدأ يعد بديلا عن مقابل الالتزام كركن في العقد الإنكليزي[2]. ومن شأنه جعل الوعد المجرد ملزما. في حالة غياب المقابل من الجانب الآخر، وذلك إذا ما وعد الواعد الموعود له بعدم تنفيذ حقوقه القانونية تجاه الموعود له. واعتمد الموعود له على هذا الوعد ولم يقدم من جانبه أي مقابل للالتزام، فإن العدل والإنصاف يحظر على الواعد الرجوع عن وعده[3]. ففي السابقة القضائية (Hughes v. metropolitan railway co. HL. 1877) فقد أعذر مالك العقار المستأجر بضرورة إجراء ترميمات في غضون فترة ستة أشهر، وفي حالة عدم إجرائها فسوف

1-Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, oxford university press, 2007, P.117.

2 -Brian Blum, contracts examples and explanation, Fourth ed. Wolters Kluwer, 2007, P.205.

3 - Robert Daxbury, ibid, P.25.

يفسخ عقد الإيجار. إلا أنه وفي نفس الوقت دخل مالك العقار في مفاوضات مع المستأجر نفسه بخصوص بيع العقار للمستأجر، واستنادا على هذه المفاوضات، فلم يقم المستأجر بإجراء أية ترميمات، إلا أن المفاوضات وصلت إلى طريق مسدود بعد انتهاء فترة الستة أشهر، فقاضى مالك العقار المستأجر طالبا فسخ عقد الإيجار بسبب عدم قيام الأخير بأجراء الترميمات المتفق عليها، فمنع مجلس اللوردات المالك من الحصول على حكم بالفسخ، لأن سلوكه في إجراء المفاوضات مع المستأجر، قاد الأخير إلى الاعتقاد بعدم جدية المالك في فسخ الإيجار في نهاية مدة الأعذار، فإن المستأجر اعتمد على هذا السلوك، ولم يقم بإجراءات الترميمات لذلك فإنه يحظر عليه فسخ الإيجار، لأن المفاوضات أوقفت الأعذار، وأن مدة الأعذار ينبغي أن تسري من جديد بعد انتهاء المفاوضات. ويتبين من هذه السابقة القضائية بأن المستأجر لم يقدم مقابلا لوعد المالك بعدم الفسخ في حالة القيام بالترميمات، وأن وعد المالك يعد وعدا مجردا لعدم دعمه بالمقابل، إلا أن مبدأ الإغلاق جاء كبديل لمقابل الالتزام ومنع المالك من الرجوع عن وعده، وجعل وعده ملزما تجاه المستأجر، على الرغم من كونه وعدا مجردا [1].

المقصد الثاني

التكييف القانوني لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

بعد أن اتضح الدور الذي يضطلع به مبدأ الإغلاق في نظرية العقد الإنكليزي، بوصفه بديلا عن ركن مقابل الالتزام في بعض الحالات عند غياب هذا الركن، وأنه يمثل الأساس القانون لتنفيذ الوعود المجردة في بعض الحالات. فإن غالبية الفقه الإنكليزي [2] تميل إلى تكييف مبدأ الإغلاق بوصفه مجرد دفع كأصل عام، على الرغم من إمكانية كونه سببا لإقامة الدعوى في بعض الأحيان، هو حسب

1 - John calamari and joseph perillo, contact, fifth ed. Thomson, west, 2004, P.253.

2 -Paul Richards, ibid, P.63.see also Ewan mckendrick, ibid, P.118. see also Treitel, ibid, P.160, and Robert Daxbury, ibid, P.26.

تعبير الفقه الإنكليزي يعد بمثابة درع واقي وليس سيفا للهجوم (A shield but not a sword) إلا أن الدور الذي يمكن أن يلعبه الإغلاق والذي يتراوح من كونه دفعا إلى دعوى جديدا، قد يختلف باختلاف أنوع الإغلاق، على الرغم من أن التكييف الرئيسي لمبدأ الإغلاق يبقى في صيغة دفع أكثر من كونه سببا في إقامة دعوى جديدة، ففي السابقة القضائية (combe v. combe. 1951, 2KB 215CA) فقد وعد الرجل مطلقته بعد الطلاق بدفع مبلغ (100) مائة جنيه سنويا كنفقة، إلا أنه امتنع عن الدفع، فقاضته مطلقته بعد مضي سبع سنوات تقريبا، وطالبت بمبلغ (675) جنيه، وادعت أمام المحكمة بأنه كان قد قطع على نفسه وعدا جازما تجاهها، وأنها قد تصرفت استنادا على ذلك الوعد، وأنه ينبغي أن يحظر عليه الرجوع عن وعده، وقد أيدت محكمة الدرجة الأولى طلب هذه المرأة، إلا أن محكمة الاستئناف نقضت الحكم، وقررت بأن استعمال مبدأ الإغلاق كسبب جديد للدعوى يعد امتدادا غير مشروع لهذا المبدأ. إذ لا يمكن العمل بقاعدة الإغلاق في هذه الدعوى على الرغم من كون الوعد الصادر عن الرجل وعدا مجردا، بسبب عدم وجود مقابل من جانب المرأة، ولأن هذا المبدأ لا يصلح أن يكون سببا جديدا لإقامة الدعوى فإن شرط المقابل الكافي كان يجب أن يتوافر في هذه الدعوى [1]، وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة إلى الإغلاق الوعدي والذي يعد بمثابة دفع أو درع واقي ضد دعوى الخصم [2]، فإن الشيء نفسه ينطبق على الإغلاق بالاتفاق ففي السابقة القضائية

(Amalgamated investment and property co Ltd V. Texas commerce international bank Ltd. 1982).

المشار إليها سابقا، فقد قررت المحكمة بأن الطرفان كانا قد أبرما عقد الكفالة على أساس تصور مشترك مؤداه أن هذا العقد يمكن أن يغطي جميع القروض، لذا فقد

1 -Paul Richards, ibid, P.63.
2 -Charles Knapp and Nathan crystal, problems in contract law, case and materials, Wolters Kluwer, 2012, P.50

استعمل مبدأ الإغلاق للحيلولة دون إنكار المدعي لفاعلية عقد الكفالة، وقد استعمل المدعى عليهم هذا المبدأ كدفع أو درع واقي في صد دعوى المدعين، أما الإغلاق التملكي فإنه يصلح أن يكون سببا لإقامة دعوى جديدة، لذا فإنه يمكن تكييفه بأنه سبب في إقامة دعوى جديدة أو مضادة وليس مجرد دفع. ففي السابقة القضائية المعروفة بـ(Pascoe v. Turner 1979, 1 WLR, 431) عاش المدعي والمدعى عليها عدة سنوات كزوجين في بيت الزوجية إلا أن المدعي هجر المدعى عليها وعاش مع زوجة أخرى، وعندما قرر أن يتركها فقد أخبرها بأن بيت الزوجية وكل ما فيه من ممتلكات فقد صار ملكها، وفي مقابل ذلك فقد أنفقت المدعى عليها مبلغ قدره (230) جنيه لترميم البيت، إلا أن المدعي عاد بعد ذلك وقرر مطالبة المدعى عليها بالبيت، وأقام ضدها دعوى استرداد حيازة، فأقامت عليه المدعى عليها دعوى مضادة (counter-claim) تطالب فيها المحكمة بالحكم لها بملكية البيت وكل ما فيه. فنجحت في دعواها أمام محكمة الاستئناف، على الرغم من أنها لم تقدم مقابلا لوعد المدعي، إلا أنها تصرفت اعتمادا على هذا الوعد، مما تسبب هذا الاعتماد على إلحاق الضرر بها. وقد تأسست دعواها على قاعدة من قواعد الإنصاف (equity)[1]. استندت عليها المحكمة في إصدار حكم لمصلحتها، ويتبين بوضوح من هذه السابقة القضائية بأن مبدأ الإغلاق عد سببا لإقامة دعوى جديدة، إذ لم تكن هناك علاقة قانونية سابقة بين الطرفين، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فقد تم تنفيذ وعد المدعي، رغم غياب المقابل من الطرف الآخر.

الفرع الثاني

تكييف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

إن تكييف فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي يقتضي دراسة الأساس الفقهي لهذه الفكرة في الفقه الإسلامي، فضلا عن الأساس القانوني

1 -Ewan mckendrick, ibid, P.120.

لها في القانون المدني العراقي، وهذا ما سنحاول التعرف عليه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: الأساس الفقهي لفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي.

المقصد الثاني: الأساس القانوني لفكرة في القانون المدني العراقي.

المقصد الأول

الأساس الفقهي لفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي

تجد فكرة الإغلاق أساسها الفقهي في الفقه الإسلامي في قواعد الاصطحاب، إذ أن فكرة الإغلاق والتي تجسدت في الفقه الإسلامي في قاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) يمكن ردها إلى قاعدة (عدم نفوذ الإنكار بعد الإقرار) وكذلك إلى قاعدة (أصالة الصحة في عمل المسلم مطلقا)، فالأصل في الأقوال والأفعال هو الصحة حتى يثبت خلاف ذلك. وإذا شك شخص في صحة ما صدر عنه من قول أو فعل، فإنه ينبغي عد ذلك القول أو الفعل صحيحا، ولا يجوز نقضه أو تعديله، كي لا تعم الفوضى في نظام المعاملات، وقد عرف البعض[1] الاستصحاب بأنه (الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول) فهو بقاء الأمر الثابت نفيا أو إثباتا، حتى يقوم دليل على تغيير الحالة، أو هو استدامة إثبات ما كان ثابتا، أو نفي ما كان منفيا، وعرفه جانب آخر من الفقه[2] بأنه (استدامة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله) وعرفه آخرون[3] بأنه (ثبوت أمر في الزمن الثاني بناء عل ثبوته في الزمن الأول لفقدان ما يصلح التغيير).

1-د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، ط1، 1997، ص60.

2-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة والنشر المحدود، بغداد 1999، ص158.

3-د. محمد كمال الدين إمام ود. رمزي محمد علي دراز، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، ص268.

وينقسم الاستصحاب في الفقه الإسلامي إلى عدة أنواع من أهمها الأنواع الأربعة الآتية [1]:

1- استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء.

2- استصحاب حكم البراءة الأصلية.

3- استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي.

4- استصحاب صفة معتبرة في الحكم.

إن ما يهمنا من هذه الأنواع الأربعة هو النوع الرابع والأخير، والذي يمكن الاستناد عليه في تأصيل قاعدة (إحالة الصحة في عمل المسلم) وما يصدر عنه من قول وفعل، فإذا كان للشيء صفتان، أحدهما أصلية والأخرى عرضية، توجب على القاضي أن يحكم على هذا الشيء على وفق صفته الأصلية استصحابا لها، فالصفة الأصلية هي صحة القول أو الفعل الذي صدر عن الشخص، والصفة العارضة هي نقص أو تعديل أو إنكار ذلك القول أو الفعل، كما ويتضمن هذا النوع الأخير من الاستصحاب صورا فرعية أخرى كاستصحاب صفة العموم، واستصحاب صفة الإطلاق، واستصحاب المعنى الحقيقي، فضلا عن استصحاب اليقين. ويمكن الاعتماد على استصحاب اليقين أيضا في تفسير فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي، فإذا ما صدر عن الشخص قول أو فعل، فإن ذلك يعد إقرارا من جانبه بصحة ذلك القول أو الفعل، وأصل الإقرار هو البناء على اليقين وطرح الشك[2]، لذا فإن إقراره بصحة قوله أو فعله الذي صدر عنه أولا، يقوم كسبب قوي يمنع الرجوع، لأن الرجوع يمكن حمله على محمل التعارض والتناقض والمنافاة بين الشيء الذي صدر عن الشخص أولا وبين سعيه الأخير في نقضه، فلا يقبل منه ويرد عليه، واستصحاب صفة اليقين تقوم على أساس بعض القواعد الفقهية ومن أهمها (اليقين

1-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، دراسة تحقيقية وتطبيقية، أربيل، 2013، ص95.

2-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، دراسة تحقيقية وتطبيقية، أربيل، 2013، ص95.

لا يزول بالشك)[1] فالأمر ثابت يقينا لا يزيله شك ضعيف متردد لأن اليقين أقوى من الشك [2]، فضلا عن قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)[3].

و(القديم يترك على قدمه)[4] و(الأصل في الأمور العارضة العدم)[5]، وكذلك (الأصل براءة الذمة)[6]، فإذا أقر الشخص بقول أو عمل، فالقول للمقر[7]، ولا يقبل منه التناقض لأن الأصل البراءة، والإقرار مبني على اليقين والظن القوي، وليس الشك والتناقض، وهو ما تؤكده أيضا قاعدة (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين).

المقصد الثاني

الأساس القانوني لفكرة الإغلاق في القانون المدني العراقي

يمكن رد فكرة الإغلاق في القانون المدني العراقي إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فالعقد إذا ما انعقد صحيحا نافذا ورتب آثاره القانونية، فإنه يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تقضي بعدم إمكانية أن يستقل أحد أطراف العقد بنقضه أو تعديله، إلا بالاتفاق مع الطرف الآخر وفي الأحوال التي يقررها القانون، لذا فإن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، يقتضي وكما أشرنا سابقا، من الطرف المتعاقد عدم اتجاه نيته إلى الإضرار بالطرف المتعاقد الآخر، فالمفروض أن حسن النية هو الذي يسود التعاقد، ويقضي أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والنزاهة وأن يتجنب الغش الذي ينطوي على قصد الأضرار بالغير، وقد أخذ القانون المدني العراقي بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، إذ نصت الفقرة

1-ينظر المادة الرابعة من مجلة الأحكام العدلية.
2-د.محي الدين هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، مصدر سابق، ص37، ينظر كذلك سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة طبع، ص20.
3-ينظر المادة الخامسة من مجلة الأحكام العدلية.
4-ينظر المادة السادسة من مجلة الأحكام العدلية.
5-ينظر المادة التاسعة من مجلة الأحكام العدلية.
6-ينظر المادة الثامنة من مجلة الأحكام العدلية.
7-العلامة زين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، ط4، 2005، ص64.

الأولى من المادة (150) من القانون المدني العراقي على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، لذا فإن الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية يرتبط ارتباطا وثيقا بالأخلاق[1]، وقد نجم عن ارتباط قواعد الأخلاق بالعلاقات القانونية وتغلغلها فيها، ظهور قاعدة من القواعد العامة التي تحتم الابتعاد عن الغش ومؤداها أن (الغش يفسد كل شيء)، فإذا ما صدر عن شخص قول أو فعل ترتب عليه إبرام عقد معين، ثم سعى لاحقا إلى نقض أو إنكار ما صدر منه سابقا، فإن سعيه في هذا النقض والإنكار سوف يرد عليه، ولا يقبل منه، لأن التعارض والتناقض والإنكار تعد في حقيقتها تجسيد لمفهوم الغش الذي يفسد كل شيء، وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية الذي يعد المبدأ العام الذي ينبغي أن يسود جميع العلاقات القانونية[2]. فالطرف المتعاقد ينبغي عليه أن يتعاون مع الطرف المتعاقد الآخر في تنفيذ العقد، وأن يختار أسهل الوسائل للتنفيذ بما يتفق مع الأمانة والنزاهة، لا أن ينكر أو ينقض ما صدر عنه أولا من قول أو فعل، جعل الطرف الآخر يطمأن إلى ما صدر عن الطرف الأول، ويتخذ موقفه في إبرام العقد في ضوء ذلك، لذا فإن تنفيذ العقد بسوء نية يؤدي إلى نهوض مسؤولية الطرف المتعاقد الآخر، ويلزمه بالتعويض عن الضرر.

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الإغلاق

يعد مبدأ الإغلاق من المبادئ التي ترتبت عليها الكثير من التطبيقات على صعيد القانون الإنكليزي والقوانين المقارنة، وسوف نتناول بالبحث تطبيقات هذا المبدأ في قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law)، وذلك ضمن إطار قانون العقد، فضلا عن تطبيقات فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وكما يأتي:

1-د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، جامعة النهرين، ط1، 2004، ص28.

2-د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963، ص338.

الفرع الأول: تطبيقات مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي.
الفرع الثاني: تطبيقات فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي.
الفرع الثالث: تطبيقات فكرة الإغلاق في القانون المدني العراقي.

الفرع الأول
تطبيقات مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي

تظهر أهم تطبيقات مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي في مسألة الوفاء الجزئي بالدين (part-payment of dept) والتي تخضع للقاعدة المعروفة في القانون الإنكليزي بـ(The rule in pinnel's case) ومؤدى هذه القاعدة أن الوفاء الجزئي بالدين لا يعد مقابلا كافيا لتسوية الرصيد الدائن والمدين، لذا فبإمكان الدائن أن يقاضي المدين لاحقا للمطالبة ببقية الدين، ما لم يقدم المدين مقابلا جديدا[1]. فالاتفاق على قبول الوفاء الجزئي بالدين يعد في نظر القانون الإنكليزي وعدا غير معزز بمقابل وبالتالي لا يكون ملزما فإذا كان (A) مدينا لـ(B) بمبلغ من النقود، ووعد المدين الدائن بأن يفي بجزء من المبلغ، شريطة أن يوافق الدائن (B) على تسوية الرصيد وإطفاء الدين، فالقاعدة العامة في القانون الإنكليزي أنه يجب دفع جميع مبلغ الدين بالكامل، وأن الدائن غير ملزم بقبول الوفاء الجزئي بالدين كتسوية للمبلغ الكامل للدين[2]. إلا أن القاعدة المشار إليها أعلاه، والتي تحكم الوفاء الجزئي بالدين، يطرأ عليها استثناء مهم يتمثل بالإغلاق الإنصافي أو الوعدي (equitable or promissory estoppel)، وذلك إذا دعت قواعد العدالة والإنصاف إلى منع الدائن وإغلاق أو إيصاد السبل في وجهه للمطالبة ببقية مبلغ الدائن[3]. ومن أهم التطبيقات القضائية الإنكليزية لهذا الاستثناء هي السابقة القضائية المعروفة بـ
(central London property trust Ltd v. high trees house Ltd. 1947. KB. 130)

1 -Robert Daxbury, ibid, P.22.
2 -Paul Richards, ibid, P.60.
3 -Paul Richards, ibid, P.61.

ففي عام 1937 قام المدعون بتأجير مجموعة شقق سكنية يملكونها في لندن للمدعى عليهم، بموجب عقد إيجار لمدة 99 سنة وبأجرة سنوية تبلغ (2500) جنيه، وفي عام 1940 وجد المدعى عليهم (المستأجرون) بأنه من الصعب عليهم إيجاد مستأجرين من الباطن بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية وتعرض لندن للقصف الجوي، وإجلاء السكان منها، لذا فقد وافق المدعون (مالكو الشقق) على تخفيض الأجرة السنوية إلى مبلغ (1250) جنيه، إلا أن الوعد بقبول الأجرة المخفضة لم يكن معززا بمقابل، وعندما وضعت الحرب أوزارها عام 1945 تم تأجير جميع الشقق وعاد سوق العقارات إلى الارتفاع، وقد أقام المدعون دعوى يطلبون فيها من المدعى عليهم الوفاء بالأجرة وبشكل كامل (أي مبلغ 2500 جنيه) ابتداء من عام 1945، فرفض المدعى عليهم دفع المبلغ كاملا منذ ذلك الحين، فقرر القاضي اللورد (Denning) بأنه يحق للمدعين تقاضي الأجرة كاملة منذ نهاية الحرب، لأن الظروف التي أوجبت تخفيض الأجرة لم تعد قائمة، كما ذكر هذا القاضي، ومن بين أمور أخرى، بأنه لو كان المدعون قد طلبوا تسوية الرصيد واسترداد الأجرة كاملة منذ بداية الحرب، وأن قواعد العدالة والإنصاف سوف تحول دون طلبهم وتغلق السبيل في وجههم للمطالبة بذلك، على الرغم من غياب المقابل، لذا فقد عدت هذه القضية والحكم الصادر فيها بمثابة تطبيق لمبدأ الإغلاق الإنصافي أو الوعدي في مسائل الوفاء الجزئي بالدين، وذلك إذا ما استند المدعي في دعواه إلى أساس من العدل والإنصاف (equity) وقد أظهرت السوابق القضائية للمحاكم الإنكليزية تطبيقا آخر من تطبيقات مبدأ الإغلاق وهو ما يعرف بمبدأ التعليق أو الإرجاء (suspensory doctrine) أو الأثر التعليقي[1] (suspensory effect) ومؤدى هذا المبدأ هو إرجاء أو تعليق تنفيذ الالتزامات التعاقدية وليس انقضاؤها، ففي السابقة القضائية (Hughes case) المشار إليها سابقا. تم تعليق تنفيذ حقوق المالك إلى حين انتهاء مدة الأعذار البالغة ستة أشهر من تاريخ انتهاء المفاوضات،

1 -Treitel, ibid, P.142.see also Ewan mckendrick, ibid, P.118.

وفي قضية (high trees case) المشار إليها أعلاه تم تعليق الحق في تقاضي كامل الأجرة حتى نهاية الحرب[1]، أما القضية الرئيسة التي جسدت الأثر التعليقي لمبدأ الإغلاق فقد تمثلت بالسابقة القضائية.

(tool metal manufacturing co Ltd v. tungsten electric co Ltd 1955)

والتي تتلخص وقائعها في امتلاك المدعين لبراءة اختراع بريطانية، وقد أبرموا عقدا عام 1938 مع المدعى عليهم، والذين منحوا بموجب هذا العقد ترخيصا لصناعة وبيع سبائك من معادن مختلفة وفقا لتلك البراءة، وقد تضمن العقد شرطا مؤداه أنه في حالة قيام المدعى عليهم ببيع أكثر من حد معين من السبائك. فإنه ينبغي عليهم دفع مبلغ إضافي للمدعين، وعند نشوب الحرب وافق المدعون على تعليق حقوقهم بتقاضي المبالغ الإضافية إلى حين التفاوض على عقد جديد، وقد بدأت المفاوضات فعلا عام 1944 إلا أنها سرعان ما انهارت، وفي عام 1945 أقام المدعى عليهم دعوى ادعوا فيها قيام المدعين بالإخلال بالعقد، وقد تم رد دعوى المدعى عليهم، كما ردت محكمة الاستئناف الدعوى المقابلة التي أقامهما المدعون، وقررت بأن الاتفاق الذي تم التوصل إليه عام 1939 منع المدعين من المطالبة بالمبالغ الإضافية إلى حين قيامهم بتوجيه إخطار معقول (reasonable notice) إلى المدعى عليهم يظهر نيتهم في العودة إلى تنفيذ بنود العقد الأصلي إلا أنهم لم يوجهوا في حقيقة الأمر مثل هذا الإخطار. وفي أيلول من عام 1950 أقام المدعون دعوى ثانية طالبوا فيها بالمبالغ الإضافية من تاريخ الأول من كانون الثاني عام 1947، وادعوا أن دعواهم المقابلة هي بمثابة إخطار معقول يعبر عن نيتهم بتقاضي المبالغ الإضافية. وقد أيدت المحكمة الابتدائية هذه الدعوى، إلا أن محكمة الاستئناف نقضت حكم المحكمة الابتدائية، ثم عاد مجلس اللوردات بدوره لينقض حكم محكمة الاستئناف، وقد أكد مجلس اللوردات في حكمه بأن حقوق المدعين في المبالغ الإضافية كان قد تم تعليقه فحسب، إلى أن يحين الوقت لإلغاء الاتفاق الذي

1 -Paul Richards, ibid, P.65

تم التوصل إليه عام 1939 من قبل المدعين، وذلك عن طريق توجيه إخطار معقول إلى المدعى عليهم يعبر عن النية لإلغاء ذلك الاتفاق.

الفرع الثاني

تطبيقات فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي

توصل الفقه الإسلامي إلى العديد من تطبيقات فكرة الإغلاق ومن أهم هذه التطبيقات:

أولا: ضمان الدرك.

(وهو ما يعرف بضمان التعرض والاستحقاق في القوانين الوضعية) وتعرف أيضا في الفقه الإسلامي بكفالة الدرك. فالكفالة بالمال تكون على ثلاثة أنواع [1]، الأول: الكفالة بالدين وتنطوي على التزام بأداء دين في ذمة الغير. الثاني: الكفالة بالعين أو الكفالة بالتسليم، وتتضمن تسليم عين معينة قائمة في يد الغير كرد المغصوب إلى الغاصب وتسليم المبيع إلى المشتري، الثالث: الكفالة بالدرك أو ضمان الدرك: ومحلها ضمان تخلص المال المبيع من كل حق لغير البائع، أي ضمان حقوق المشتري تجاه البائع، إذا تبين أن المبيع مستحق، كأن يكون مملوكا لغير البائع أو مرهونا. ويقصد بالدرك ما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر سابق على تمام البيع. ومن تطبيقات ضمان الدرك في الفقه الإسلامي أنه إذا ضمن شخص الدرك (أي ضمن التعرض والاستحقاق لمشتري الدار ثم ادعى شفعة فيها أو ملكا عليها فلا يسمع منه ذلك، لأن ضمان الدرك للمشتري يتضمن في فحواه تقرير سلامة المبيع له، ودعواه الشفعة أو الملك لاحقا، نقض لذلك الضمان، فهو بدعوى الشفعة أو الملك يكون ساعيا في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته، لذا يكون سعيه مردود عليه.

1- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ص609.

ثانيا: الرجوع عن اقتسام التركة مع الورثة.

إذ تقاسم الورثة التركة، ثم ادعى أحدهم بعد القسمة أن التركة ملكه، وأراد نقض القسمة فلا تسمع دعواه [1]، لأن ما تم من جهته من القسمة وإقدامه عليها يحمل معنى الاعتراف والإقرار الضمني بحقوق الورثة في المال المقسوم. وأن هذا المال مشترك بين الورثة، لذا فإنه بسعيه في نقض القسمة يكون ساعيا في نقض حقوق الورثة في ذلك المال والذي تم من جهته، ويكون سعيه مردود عليه. ولا يصح من المقر أن يرجع عن إقراره السابق بحجة الخطأ فيه.

ثالثا: الادعاء بالفضالة بعد للبيع.

إذا باع شخص مالا أو اشتراه ثم ادعى أنه كان فضوليا عن شخص آخر، وأن المالك أو المشتري لم يجز البيع، فلا يسمع منه هذا الادعاء، لأنه كان ساعيا أيضا في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته ويرد سعيه عليه.

رابعا: الرجوع عن البيع بالوفاء.

لو باع أحد الشريكين في أرض حصته من شريكه بيعا جائزا (أي بيعا بالوفاء) ثم باعها من آخر بيعا باتا، فتوقف البيع الثاني على إجازة شريكه المشتري وفاء. فأجاز شريكه البيع الثاني، فلا يكون لشريكه حق الشفعة[2]، لأن الشريك بإجازته للمشتري يكون قد رضي بتمليك ذلك المشتري، والإجازة تحمل معنى الإقرار على إسقاط حقه في الشفعة، فلا يثبت له حق الشفعة بعد ذلك، لأنه بلجوئه إلى دعوى الشفعة يكون ساعيا في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته بالإجازة، فيرد سعيه عليه.

1- د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص513.
2- الشيخ احمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص476.

الفرع الثالث

تطبيقات فكرة الإغلاق في القانون المدني العراقي

تضمن القانون المدني العراقي العديد من تطبيقات فكرة الإغلاق والتي تقوم على أساس قاعدة (من التزام بالضمان امتنع عليه التعرض) والتي تقابل القاعدة الفقهية الإسلامية القاضية بأنه (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)، ومن أهم تطبيقات القانون المدني العراقي لفكرة الإغلاق التطبيقات الأربعة الآتية:

أولا: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

يعد الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق من أهم الالتزامات المترتبة على عقد البيع بعد نقل الملكية وتسليم المبيع، وهو يقع على عاتق البائع، إذ يلتزم البائع بموجب هذا الضمان أن يوفر للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة ونافعة[1]، والضمان القانوني يكون إما بضمان التعرض الشخصي أو ضمان التعرض الصادر عن الغير أو ضمان البائع لاستحقاق المبيع، وسوف نتناول بإيجاز هذه الأنواع الثلاثة:

أ- ضمان التعرض الشخصي.

نصت المادة (549) من القانون المدني العراقي على أنه (1- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري. 2- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد) إذ يلتزم البائع بعدم التعرض الشخصي للمشتري الذي خلصت إليه ملكية المبيع، وأيا كان نوع التعرض الشخصي الصادر عن البائع، قانونيا أم ماديا، فالبائع بتعرضه شخصيا للمشتري يكون ساعيا في نقض ملك المشتري الذي تم من جهته، لذا يكون سعيه مردود عليه، وهو خير تطبيق أيضا لقاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه

1-د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص106.

التعرض). كما عدت محكمة تمييز العراق البائع ضامنا لتعرضه الشخصي وجاء في أحد أحكامها[1] (أن المحكمة قررت فسخ العقد وحكمت على المميز بإعادة بدل الالتزام للسنتين 56 و57 بناء على دعوى المدعي المجردة ذلك لأن التعرض وحده لا يوجب فسخ العقد واسترجاع البدل، إنما يجب أن يصيب المشتري ضرر من ذلك التعرض فيضمنه البائع، ذلك لأن المادة 549 من القانون المدني تعتبر البائع ضامنا عدم التعرض، أي أنه كفيل بما يصيب المشتري من الضرر الذي يتسبب له من جراء المعارضة ولا يعني ذلك وجوب فسخ العقد بمجرد حصول المعارضة، لهذا يكون الحكم المميز مخالفا للقانون قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى لتدقيق هذه الجهة وحسم الدعوى استنادا إلى أحكام المادة 549 وما يتصل بها من أحكام البيع).

ب- ضمان التعرض الصادر عن الغير.

يلتزم البائع كذلك بضمان التعرض الصادر عن الغير، فضلا عن التزامه بضمان التعرض الشخصي الذي قد يصدر عنه، ويعد التزامه بضمان التعرض الصادر عن الغير التزاما إيجابيا، مضمونه القيام بعمل يدفع فيه كل تعرض صادر عن الغير وهو التزام بنتيجة، في حين أن الالتزام بضمان التعرض الشخصي سواء أكان التعرض قانونيا أم ماديا، يعد التزاما سلبيا يكف بموجبه البائع عن التعرض المادي والقانوني.

ج- ضمان البائع لاستحقاق المبيع.

نصت الفقرة الأولى من المادة (550) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارد على ملك البائع، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد)، فإذا تحقق التعرض الصادر عن الغير، ففي هذه الحالة ينهض التزام البائع بضمان التعرض عن طريق التدخل، والذي يستوجب عليه

1- حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم 1760/حقوقية/56 في 13/11/1956 نقلا عن سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1962، ص58.

اتخاذ كافة الوسائل اللازمة لدفع هذا التعرض، فإذا تمكن البائع من دفع هذا التعرض فإنه يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، أما إذا أخفق في دفع التعرض الصادر عن الغير، فإنه ينهض التزام البائع بضمان الاستحقاق، والذي يتمثل بالتنفيذ عن طريق التعويض، أي بدفع التعويض إلى المشتري عما لحق به ضرر.

ثانيا: الالتزام بضمان الرهن.

وقد نص المشرع العراقي على هذا الالتزام في كلا من نوعي الرهن التأميني والحيازي، ذ نصت الفقرة الأولى من المادة (1286) من القانون المدني العراقي على أنه (يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه) كما نصت المادة (1335) على أنه (يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة المرهون أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه)، ويضمن الراهن التعرض الشخصي الصادر عنه، سواء أكان التعرض ماديا أم قانونيا، وهو التزام سلبي[1] فالمدين الراهن في تعرضه الشخصي للدائن المرتهن يكون ساعيا في نقض سلامة الرهن التي تقررت لهذا الأخير ويكون سعي الراهن في ذلك مردود عليه، لأن (من التزام بالضمان امتنع عليه التعرض) كما يضمن الراهن التعرض القانوني الصادر عن الغير دون تعرضه المادي.

ثالثا: الحوالة المقيدة.

الحوالة المقيدة هي التي يقيد فيها المحيل (المدين الأصلي) أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين [2]، فإذا كان للمودع عين مودعه عند المحال عليه فأحال دائنه على الوديع ليستوفي حقه من هذه العين، فالدين في هذه الحالة لا يتعلق بذمة المحال عليه (الوديع)، بل يتعلق بالعين المودعة، وعلى هذا

1-د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص420.

2-د. عبد المجيد الحكيم ومحمد طه البشير وعبد الباقي البكري، القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص222.

الأساس فلا يجبر المحال عليه أداء الدين لكونه غير ملزم بذلك، وإنما يجبر على بيع العين المودعة وتسديد الدين من ثمنها، لذا فقد نصت المادة الفقرة الأولى من المادة (361) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه، ولا المحال عليه الدفع للمحيل، فلو دفع له ضمن للمحال له ويكون له الرجوع على المحيل)، وهذا النص تطبيق واضح لقاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض) فالحوالة المقيدة تمنع منذ لحظة انعقادها المحيل من مطالبة المحال عليه بالدين أو العين التي قيدت بها الحوالة، لأنه في حالة مطالبته يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته بخصوص تقييد الحوالة بالدين أو العين لمصلحة المحال عليه، ويكون سعيه مردود عليه.

رابعا: السكوت الملابس.

وهو السكوت التي تلابسه أو تحيط به ظروف ملابسة يستدل منها على أن هذا السكوت هو بمثابة قبول للإيجاب[1]، وقد نصت المادة (81) من القانون المدني العراقي على أنه (1-لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر مقبولا. 2- ويعبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد يتسلم البضائع التي اشتراها قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط). فما ورد في نص الفقرة الأولى من أن (السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر مقبولا) يمكن تفسيره على أساس أنه يمثل فكرة الإغلاق، لأن هذا السكوت الملابس أو المسبب بسبب الظروف الملابسة التي تحيط به، إذا حث الطرف الآخر على تغيير موقفه نحو الأسوأ وتسبب في إلحاق الضرر به، فإنه يحظر على الطرف الأول الاستفادة من سكوته كموقف سلبي محض، ويعد السكوت في حكم البيان والتعبير.

1- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص44.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (81) من القانون المدني العراقي على عدة حالات للسكوت الملابس وهي:

1- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه كمن يتلقى هبة ويسكت عن قبولها فيعد سكوته قبولا لها.

2- إذا وجد تعامل سابق بين الطرفين وتمخض إيجاب عن هذا التعامل، فيعد السكوت قبولا للإيجاب، كتاجر التجزئة الذي يطلب بضاعة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه، فيسكت تاجر الجملة عن الرد، فيعد هذا السكوت قبولا لإيجاب تاجر التجزئة وينعقد العقد.

3- سكوت المشتري الذي يتسلم البضائع التي اشتراها يعد قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

4- وقد أضاف الفقه [1] حالة رابعة مؤداها أنه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تقضي بعد السكوت عن الرفض قبولا، مثال ذلك السكوت عن الاعتراض على ما ورد في قائمة الحساب المصرفية لمدة كافية يعد قبولا بهذه القائمة. كما عدت محكمة تمييز العراق السكوت الملابس سببا يمنع التعارض والتناقض بين الشيء الذي صدر عن الشخص أولا وبين سعيه الأخير في نقضه وعدت القبول الضمني في منزلة أقوى من السكوت الملابس وجاء في أحد أحكامها [2] بأنه (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لهذه المحكمة وجد أن محكمة الاستئناف المميز حكمها قد أصرت على أن للمميز عليهما حق متابعة طلبهما في التعويض بالرغم من قبضهما مبلغ التعويض الذي كان قد أقره مجلس الوزراء، بحجة أن سكوتهما عن باقي طلبهما في التعويض لا يدل على القبول بما قبضاه، من دون أن تلاحظ أن المميز عليهما كان قد راجعا بطلب التعويض وبناء على هذه المراجعة اتخذت الإجراءات التي انتهت بتخصيص المبلغ الذي أقره مجلس الوزراء والذي

1- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص44.

2- حكم محكمة تمييز العراق ذو الرقم 1918/حقوقية/56 في 10/1/1957 نقلا عن سلمان بيات، مصدر سابق، ص83.

قبضه المميز عليهما بموجب أذونات الدفع دون الاحتفاظ بأي حق لهما في الموضوع فيكون قبضهما المبلغ المذكور قبولا منهما بما قدر لهما من تعويض حيث أن هذا التقدير جاء نتيجة مراجعتهما ومعاملة سابقة، لذلك لا يحق لهما بعد القبول وقبض مبلغ التعويض أن يطالبا بأكثر من ذلك وأن هذا القبول الضمني أقوى منزلة من السكوت في معرض الحاجة حيث أن القبول الضمني عمل إيجابي والسكوت حالة سلبية تفسرها ظروف الواقعة، ولما كان القانون اعتبر السكوت في معرض الحاجة بيانا وهو حالة سلبية، فبالأولى أن يعتبر القبول الضمني وهو حالة إيجابية سببا من أسباب الحكم، لهذه الأسباب كان ينبغي على المحكمة أن تحكم برد دعوى المميز وقدر نقض الحكم وصدر بالأكثرية).

الخـــاتمـــة

وتتضمن النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج

توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

1- يعد مبدأ الإغلاق من المبادئ الراسخة في القانون الإنكليزي، وهو مبدأ معمول به وبالتحديد في قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law)، وبمقتضاه يحظر على أحد الطرفين وهو الواعد الرجوع عن وعده الذي قطعه على نفسه وجعله حجة عليه على أساس العدل والإنصاف، شريطة أن يكون الطرف الآخر وهو الموعود له قد تصرف وفقا لهذا الوعد وبما يلحق به ضررا جسيما، إذا ما عدل الواعد عن وعده.

2- يشترط لتطبيق مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي توافر عدة شروط أهمها:

أ- أن يكون الوعد الصادر عن الواعد صريحا واضحا لا لبس فيه، ويلتزم فيه الواعد بعدم تنفيذ حقوقه القانون أو المطالبة فيها.

ب-أن يكون الموعود له قد تصرف استنادا على هذا الوعد واعتمادا عليه مما ألحق به ضررا نتيجة هذا الاعتماد.

ج- أن يكون من غير العادل أو المنصف على الواعد أن يرجع عن وعده.

3- يقسم الإغلاق في القانون الإنكليزي إلى ثلاثة أنواع رئيسة هي:

أ- الإغلاق بالاتفاق.

ب-الإغلاق بالوصف.

ج- الإغلاق الإنصافي وهو على نوعين: الإغلاق الوعدي والإغلاق التملكي.

4- لاحظنا من خلال البحث بأن الفقه الإسلامي يعرف فكرة الإغلاق، وهو أسبق في معرفتها من القانون الإنكليزي، إلا أن الفقهاء المسلمون لم يعرفوا مصطلح الإغلاق على وجه التحديد، ولكنهم صاغوا مجموعة من القواعد الفقهية التي تحمل بين ثناياها فكرة الإغلاق، ومن أهم هذه القواعد القاعدة القاضية بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) وتعني أن كل من عقد العزم على القيام بعمل معين أو أبرم أمرا بإرادته واختياره ثم أراد نقض ما تم على يديه، فلا يقبل منه ذلك ويكون سعيه مردود عليه.

5- كما عرف القانون المدني العراقي أيضا فكرة الإغلاق على الرغم من عدم إيراده لمصطلح الإغلاق في ثنايا القانون، كما أنه لم يذكر قاعدة (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) ضمن قواعد التفسير المستنبطة من مجلة الأحكام العدلية، وذلك في المواد 155-166 من هذا القانون، إلا أنه أورد بعض التطبيقات لفكرة الإغلاق، والتي تقوم على أساس القاعدة القاضية بأن (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض).

6- تأثر مبدأ الإغلاق ومنذ نشأته بركن المقابل للعقد الإنكليزي، فالوعد لا يكون نافذا وملزما في القانون الإنكليزي، إلا بوسيلتين: الأولى: إذا تعزز بمقابل مما يؤدي إلى ظهور ما يعرف بالعقد البسيط (Simple contract)، ففكرة المقابل كانت قد ارتبطت منذ نشوئها بفكرة العقد البسيط المجرد من الشكل. الثاني: إذا استوفى الشكلية المطلوبة فيعرف بالعقد المصدق (specialty contract) فإذا أفرغ الوعد المجرد في شكلية معينة كوثيقة مصدقة أو مختومة فإن الاتفاق الناتج يكون نافذا بوصفه عقدا مصدقا، على الرغم من افتقاره للمقابل، ويتبين بأن هناك علاقة وثيقة بين مبدأ الإغلاق وركن مقابل الالتزام في العقد الإنكليزي، إذا يعد مبدأ الإغلاق كبديل عن ركن مقابل الالتزام، ومن شأنه جعل الوعد المجرد ملزما في حالة غياب المقابل من الطرف الآخر، وذلك إذا ما

وعد الواعد الموعود له بعدم تنفيذ حقوقه القانونية تجاه الموعود له، واعتمد الأخير على هذا الوعد، فإن العدل والإنصاف يحظر على الواعد الرجوع عن وعده.

7- إن التكييف القانوني الراجح لمبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي هو أنه يمثل دفعا كأصل عام، على الرغم من إمكانية كونه سببا لإقامة دعوى جديدة في بعض الأحيان.

8- يتمثل الأساس الفقهي لفكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي بقواعد الاستصحاب، أما الأساس القانوني لهذه الفكرة في القانون المدني العراقي فيتمثل بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

9- تظهر أهم تطبيقات مبدأ الإغلاق في القانون الإنكليزي في مسألة الوفاء الجزئي بالدين وكذلك في مبدأ تعليق أو إرجاء ترتيب آثار الالتزام.

10- من أهم تطبيقات فكرة الإغلاق في الفقه الإسلامي، ما يعرف بضمان الدرك أو كفالة الدرك والرجوع عن اقتسام التركة مع الورثة والإدعاء بالفضالة بعد البيع، والرجوع عن البيع بالوفاء.

11- من أهم تطبيقات فكرة الإغلاق في القانون المدني العراقي الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، الالتزام بضمان الرهن، الحوالة المقيدة، والسكوت الملابس.

ثانيا: التوصيات.

بعد الانتهاء من عرض النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة،فإننا نقترح التوصيات الآتية:

1- نقترح على المشرع العراقي الاستفادة من القاعدة الفقهية الواردة في المادة (100) من مجلة الأحكام العدلية والتي تقضي بأنه (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)، وذلك بإضافتها إلى قواعد التفسير الواردة في المواد 155-166 من القانون المدني العراقي، بوصفها قاعدة عامة تمثل فكرة الإغلاق.

2- ونقترح على المشرع العراقي أيضا إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (150) من القانون المدني العراقي المتعلقة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وذلك للحيلولة دون قيام الشخص الذي يبرم عقدا ثم يسعى لاحقا إلى نقض ما أبرمته، ويكون النص المقترح كما يأتي (3- ويوجب حسن النية على من أبرم عقدا برضاه ألا يسعى إلى نقض ما أبرمته من جهته، وإلا رد سعيه عليه).

3- كما نقترح على المشرع العراقي أيضا الاستفادة من تطبيقات الفقه الإسلامي الخاصة بفكرة الإغلاق ومنع الشخص من الادعاء بالفضالة بعد بيع ملكه بيعا صحيحا نافذا، وعليه نقترح إضافة فقرة خامسة إلى المادة (135) من القانون المدني العراقي وكما يأتي (5- من تصرف في ملكه تصرفا جائزا بالبيع، ثم ادعى أنه فضولي وأن التصرف موقوف على إجازة المالك، سعيا في نقض ما تم من جهته فلا يسمع منه ذلك ويرد سعيه عليه).

4- ونقترح على المشرع العراقي أيضا الاستفادة من تطبيق آخر من تطبيقات الفقه الإسلامي الخاصة بفكرة الإغلاق، وذلك للحيلولة دون قيام الشخص بالرجوع عن اقتسام المال الشائع مع باقي الشركاء، والادعاء بملكية المال الشائع بمفرده، سعيا في نقض ما تم من جهته من إقرار بحصص باقي الشركاء في المال الشائع على القسمة، وعليه نقترح إضافة فقرة رابعة إلى نص المادة (1017) من القانون المدني العراقي وكما يأتي (إذا اقتسم الشركاء المال الشائع

قسمة رضائية ثم ادعى أحدهم بعد القسمة أن المال ملكه، سعيا في نقض ما تم من جهته فلا يسمع منه ذلك ويرد سعيه عليه).

5- كما نقترح على المشرع العراقي أيضا الاستفادة من تطبيق آخر من تطبيقات الفقه الإسلامي الخاصة بفكرة الإغلاق، وذلك لمنع الشريك الذي يجيز البيع الثاني لحصة شريكه في المال الشائع، بعد أن صدر له البيع الأول، من نقض الإجازة التي تمت من جهته، وطلب الشفعة، لأن الإجازة تحمل معنى الإقرار على إسقاط حقه في الشفعة، فلا يثبت له حق الشفعة بعد ذلك، وعليه نقترح إضافة فقرة خامسة إلى نص المادة (1071) من القانون المدني العراقي وكما يأتي: (إذا باع الشريك في المال الشائع حصته من شريكه ثم باعها من آخر بيعا باتا، فأجاز شريكه البيع الثاني، فلا يكون لشريكه طلب الشفعة، لأنه يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته، فلا يسمع منه ذلك ويرد سعيه عليه).

المصـــادر

أولا: المصادر باللغة العربية.

أ- كتب الفقه الإسلامي.

1. الشيخ احمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط6، 2001.
2. الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط3، 2006.
3. العلامة زين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، ط4، 2005.
4. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة طبع.
5. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، من دون سنة طبع.
6. د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، ط1، 1997.
7. د. محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ج11، ط1، مؤسسة الرسالة، 2003.
8. د. محمد كمال الدين إمام ود. رمزي محمد علي دراز، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007.
9. د. محمود الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، 2007.
10. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الطبعة الخامسة، شركة الخنساء للطباعة والنشر المحدود، بغداد 1999.
11. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد، ط1، أربيل، 2013.
12. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، دراسة تحقيقية وتطبيقية، أربيل، 2013.

13. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.
14. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.

ب- الكتب القانونية.

1. د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
2. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاولة، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
3. د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، جامعة النهرين، ط1، 2004.
4. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1962.
5. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، شركة الطبع والنشر الأهلية، 1962.
6. د. طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلو أمريكي، دار الفكر العربي، 1979.
7. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980.
8. د. عبد المجيد الحكيم ومحمد طه البشير وعبد الباقي البكري، القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980.
9. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1963.

10. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
11. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، إثراء للنشر والتوزيع، 2012.
12. د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980.
13. د. مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، جامعة النهرين، 2001.
14. د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، جامعة بغداد، 1978.
15. د. مصطفى سلمان الحبيب، المصطلحات القانونية في العقود الإنكليزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

ج- البحوث.

- د. علي فوزي الموسوي، قاعدة الإغلاق وتطبيقاتها، بحث منشور على الرابط الإلكتروني www.isaj.net

د- القوانين.

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. قانون الأحكام العامة الإنكليزي (common law).

ثانيا: المصادر باللغة الإنكليزية.

1. Brian Blum, contracts examples and explanation, Fourth ed. Wolters Kluwer, 2007.
2. Charles Knapp and Nathan crystal, problems in contract law, case and materials, Wolters Kluwer, 2012.
3. Ewan mckendrick, contract law, Palgrave Macmillan, 2005.
4. Jeffery Helewitz, basic contract law for paralegals, seventh ed. Wolter Kluwer, 2013.
5. John calamari and joseph perillo, contact, fifth ed. Thomson, west, 2004.
6. Michael Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract, oxford university press, 2007.
7. Paul Richards, law of contract, fourth edition, financial times, pitman, 1999.
8. Robert Daxbury. Contract in a Nutshell, sweet and Maxwell, 2001.
9. Robert Hillman, Principles of contract law, concise hornbook, west, 2009.
10. Salmond and Winfield, principles of the law of contract. London, 1925.
11. Stephen Smith, Atiyah's introduction to the law of contract. Sixth edition, Clarendon press, oxford, 2005.
12. Treitel, The law of contract, twelfth edition, sweet and Maxwell, 2010.