مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٤)

قاعدة الاغلاق وتطبيقاتها في الحقوق العينية

م.د.رعـــد عـــداي حسين
كلية الحقوق/جامعة النهرين

الملخص

لابد لكل غاية طريق يوصل لها يمتاز بالعمومية،وغايات الاحكام القانونية متشعبة لاحصر لها ولا عد.فكانت القواعد الفقهية في البلاد الاسلامية بمثابة الشمعة التي تنير الطريق .

والقواعد الفقهية كثيرة ومتعددة تتناول جوانب كثيرة، ومن بين هذه القواعد قاعدة ((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)) والتي تسمى بقاعدة الاغلاق وهي القاعدة المستمدة من الفقه الاسلامي الحنيف والتي جاءت بها مجلة الاحكام العدلية وبينتها بشيء بسيط من التفصيل.وعلى الرغم من الاشارة الصريحة في مجلة الاحكام العدلية الا أن قانوننا المدني اعرض عن ادراج هذه الاشارة بشكلها الصريح في حين اورد لها تطبيقات غير مباشرة في ثناياه تنوعت بين مختلف ابواب هذا القانون(١).

ولما لهذه القاعدة من أثر ايجابي على غايات الاحكام القانونية فلابد ان تاخذ هذه القاعدة حقها من الدراسة والتحليل لاسيما في نطاق الحقوق العينية لما لها من تاثير في هذا المجال.

Abstract

The Estoppel Rule and its Applications in the law of Rights in Rem For Any aim a way to reach it distinct by its generality. The purposes of creating legal rules is vary and unlimited. Jurisprudential rules in the Islamic countries are like a candle lighting the way.

Jurisprudential rules are varied and various, including the Islamic rule ((who whom has endeavored to revoke what has been taken by him, his endeavors will fail)), which is expressed in the western jurisprudence as ((estopple rule)). The Journal of Judicial provisions had explicitly pointed out to this rule and dealt with its content in some details. In contrast, the Iraqi Civil Code of ١٩٥١ has not stated this rule, despite that some of its applications have been regulated throughout parts of this code.

Given that the enactment of this rule has of a great legal significance in clarifying the purposes of a vast of legal rules, as will be demonstrated in this article, the author is of the view that the re-enactment of this rule in the Civil Code and analyzing its content, particularly in the realm of rights in rem, should be considered by lawmaker and legal literature

(١) ولم يقتصر الامر على القانون المدني العراقي وانما هناك تطبيقات كثيرة لهذه القاعدة في قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩وقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤

المقدمة

يتأثر الفرد بصورة عامة في تصرفاته القولية والفعلية بالسلوكيات الخاصه به هو شخصياً ،وبغض النظر عن كون تلك السلوكيات ايجابية ام سلبية فان من شانها ان ترتب احكاما قانونية اذا ما افرغت(السلوكيات)بتصرفات يعتد بها القانون،فحسن النية يرتكز بصورة اساسية الى سلوك اجتماعي معين وكذلك سوء النية وكذلك واحترام الحقوق والتعسف في ممارستها والتغرير في العقود والاكراه والاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس وحفظ الوديعة والتزامات الجواروغيرها الكثير من المواطن القانونية التي تكون فيها السلوكيات الشخصية هي الدافع للقيام بها او الامتناع عنها.

ومن هذه السلوكيات ماتكون طبيعية وتدفع الفرد الى تغيير اقواله او افعاله بسبب يرجع الى تسرع او عدم دقة الشخص في اتخاذ قراره او عدم امتلاكه للشجاعة في اتخاذ هذا القرار اصلا،واحيانا يكون سلوك هذا الشخص متاثرا بالعوامل الخارجية لنكون اما تارجح في المواقف،وهذا الامر ليس عليه تثريب الا اذا اقترن هذا التأرجح بموقف يرتب عليه القانون اثراً.ولمعالجة هذا التارجح او التقلب او التغيير بالمواقف (لاسيما اذا رتب اثار قانونية) اورد الفقه الاسلامي قاعدة ففهية سميت فيما بعد بقاعدة الاغلاق (عدم التناقض) لتضع حدا لهذا التغيير في المواقف او العدول عن الراي وصيغت بمفردات اوردتها مجلة الاحكام العدلية بالمادة (١٠٠) منها بمضمون التالي ((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)) ولنجاعة هذه القاعدة واثرها الايجابي الكبير في حسم القضايا بصورة سريعة وبحجة دامغة فقد تلقفتها اغلب القوانين العالمية وقضائها،فعرفتها المحاكم الانكليزي وطبقتها كثيرا تحت تسمية (Estoppel) اي الغلق والامناع الذي يجابه الشخص في حالة أبداء راي او اتخاذ قرار صدر منه بارادة حرة والعدول عنه بتصرف لاحق يناقض ماصدر منه سابقاً،واضطرد العمل بهذه القاعدة لاسيما من قبل القضاء لتكون سداً منيعاً يحتج به تجاه من يعدل بدون مبرر عن تصرف سابق صادر عنه.

مشكلة البحث:-

تكمن مشكلة البحث في دراسة قاعدة طالما لجأ اليها القضاء في حسم المنازعات على الرغم من عدم ايرادها بشكل مباشر في القوانين النافذه،الا ان اثرها المنطقي والواضح جعلها تنعكس في هذه القوانين بتطبيقاتها الكثيرة.وبسبب غياب النص التشريعي المباشر فلم تعالج احكامها بشكل مستفيض وبما يتناسب مع اهميتها وترك الامر للقضاء والفقه يتلمسان الاحكام وفقا لاتساع مداركهم القانونية تارة وتارة اخرى بقياسهم على الامثلة المقترنة بهذه المادة والواردة في شروحات مجلة الاحكام العدلية لنكون امام حاجة ملحة من الزيادة في التفحص والاستنتاج لحصر احكام القاعدة المتشعبة

هدف البحث:-

يكمن هدف البحث في تسليط الضوء على هذه القاعدة وبيان اساسها عبر العصور القانونية المختلفة وحسم نطاقها من حيث امكانية سريانها على القوانين الشكلية ام الموضوعية ومن ثم بيان تطبيقاتها المتناثرة ضمن الحقوق العينية الاصلية والتبعية.

منهجية البحث:-

اتخذ هذا البحث المنهج التحليلي للنص القانوني وبيان مواقف بعض قوانين الدول وقضاءها من هذه القاعدة فضلا عن الاشارة الى القرارات القضائية المعززة للقاعدة كلما اقتضى الامر.

تقسيم البحث:-

سوف نفسم البحث الى مبحثين نخصص الاول منهما الى المفهوم العام لقاعدة الاغلاق فيما سيكون المبحث الثاني لبيان تطبيقات القاعدة في الحقوق العينية تعقبهما خاتمة نوضح بها اهم النتائج والمقترحات التي نرى من الضروري بيانها بشكل واضح.

المبحث الاول
المفهوم العام لقاعدة الاغلاق

لابد لنا في بداية الامر من توضيح لمعنى هذه القاعدة في الانظمة القانونية المختلفة،وبيان كيفية تناولها من قبل هذه الانظمة المقارنة،وتسليط الضوء على علاقة هذه القاعدة بالمفاهيم الراسخة في القوانين فضلا عن بيان نطاق الاخذ بها من حيث توضيح مدى سريانها على القوانين الشكلية والموضوعية.

المطلب الاول: قاعدة الاغلاق في الانظمة القانونية

من يتعمق في دراسة قاعدة الاغلاق يجد وبوضوح انها من القواعد التي فرضتها العدالة وقواعد العقل والمنطق لذلك تجد اغلب التشريعات وفي اغلب الحقب الزمنية قد تناولت هذه القاعدة[٢] واهتمت بمضمونها.

اولا:- قاعدة الاغلاق في الفقه الاسلامي

كعادته الفقه الاسلامي لم يترك صغيرة وكبيرة الا وتناولها بالبحث والتفصيل وليست قاعدة الاغلاق ببعيدة عن ذلك،حيث تناولها بشكل مستقل الفقيه زفر بن الهذيل[٣] اذ دق اللبنه الاساسية لهذه القاعدة [٤]،فكان له الفضل اشاعتها وبروزها

مرحلة الفقه الاسلامي (ماقبل صدور مجلة الاحكام العدلية):- تنطلق اغلب القواعد الفقهية الاساسية من القران والسنة النبوية المطهرة،وصلب مايرمي اليه ديننا الحنيف هو اقامة العدل والاحسان ،وهاتين الصفتان لايمكن تحقيقهما الا بضبط لسلوك الانسان كي لايحيد عن المفاهيم الانسانية النموذجية،لذلك ظهرت القواعد الفقهية لتساعد في تنظيم الجانب الاجتماعي والقانوني في الحياة،وليست قاعدة الاغلاق ببعيدة عن ذلك التنظيم اذ هي بمضمونها تحد من العدول عن التصرفات القولية والفعلية بدون مسوغ عقلاني لاسيما في حالة وان رتب الطرف الاخر احكاماً قانونية على التصرف ماقبل العدول عنه،وسميت بالاغلاق لانها تغلق الطريق عن من يريد الرجوع بتصرفه[٥] ،ومن ابرز الاشارات المتاثرة بهذه القاعدة هو مايتعلق مثلاً بالرجوع في الهبة حيث نقل عن الرسول (ص) ان ((مثل الذي يهب فيرجع في هبته كمثل الكلب ياكل فيقيىء ثم ياكل قيئه))[٦] وفي رواية اخرى ((مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يرجع فيها كمثل الكلب قاء ثم عاد في قيئه فاكله))[٧]،وبذلك يثبت هذا الحديث المبدأ التي تستند عليه هذه القاعدة

(٢) وان لم يكن هذا التناول بالشكل الصريح كما هو عليه الان،اذ توسع بفعل الدراسات والبحوث خلال الفترة الاخيرة

(٣) ويسمى ايضا ابو الهذيل وهوزفر بن الهذيل العنبريبن قيس بن سلم توفي سنة ١٥٨ هـ.....راجع وفيات سير اعلام النبلاء،ابي عبد الله عثمان الذهبي،ط١،دار المعرفة،٢٠٠٧،ص٥٧٢

(٤) انظر د علي فوزي الموسوي،قاعدة الاغلاق وتطبيقاتها القانونية،بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين،المجلد ١٣ العدد ٢ تموز،٢٠١١،ص٢٠٥

(٥) وتاتي كذلك بمعنى المنع والايقاف والصد فضلا عن عدم الرجوع

(٦) سنن النسائي،للحافظ ابو عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي،ط١،المكتبة العصرية،٢٠٠٦،فصل الرجوع بالهبة ص ٥٩١-٥٩٢

(٧) المصدر نفسه،ص٥٨٩

وهو عدم الرجوع عن تصرف سابق رتب احكاماً قانونية لما ينضوي ذلك من هدر للحقوق واخلالاً بالعدالة فضلا عن زعزعة استقرار المعاملات في الكيان الاجتماعي القائم[٨]. وخير دليل على القدح بعدم العدول بان هناك من يرى بامكانية الرجوع بالهبة بعد الاقباض مالم يتصرف الموهوب له تصرفا متلفاً للعين او ناقلاً للملك او مغيراً للعين كقصارة الثوب ونجارة الخشب وطحن الحنطة،اي ان العلة الاكثر فاعلية هي عدم الرجوع بالتصرف فيما اذا رتب الطرف الاخر عليه تصرفات قانونية[٩].وكذلك لو رجعا الشاهدان عن الشهادة فيما يتعلق بالمال[١٠] فلا ينقض الحكم[١١] سواء كانت العين المشهود عليها باقية او تالفة،ولو ادعى بعض الورثة ان اخاً له من ابيه وامه ورث اباه معهم وانه مات بعد موت الاب وورثه هذا المدعي،وجحد الباقون ذلك،فاقام المدعي البينه فلا تقبل بينته لانه مناقض في دعواه لدلالة اقراره بانعدام وارث اخر باقدامه على القسمة))[١٢].كل هذه الامثلة هي دلالات على مكانة هذه القاعدة في الفقه الاسلامي وتطبيقها بشكل مباشر وصريح في تلك الحقبة.

قاعدة الاغلاق في اطار مجلة الاحكام العدلية

تعد مجلة الاحكام العدلية عبارة عن مجموعة قواعد فقهية اسلامية مقننة،ماخوذة في اغلبها من الفقه الحنفي،وقد عكست بشكل اكثر وضوحاً ما تناوله الفقه الاسلامي بخصوص قاعدة الاغلاق،إذ وردت فيها باشارة صريحة تحت مضمون ((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)).فلو رهن شخص مالاً لاخر وسلمه اليه ثم بعد ذلك اقر بان المال المرهون هو لفلان فاقراره هذا وان كان غير مصدق بحق المرتهن فهو ملزم به بعد ادائه الدين واسترداده الرهون ،ولو طلب شخص وديعة من المستودع مدعياً انه وكيل المستودع بالقبض،فاذا سلمه المستودع الوديعة فليس له بعد ذلك استردادها منه بداعي انه لم يثبت وكالته لان ذلك يستلزم نقض ماتم من جهته[١٣].

ولاجل ذلك يقتضي استبعاد اي تصرف قانوني من شخص ما اذا تعارض هذا التصرف مع تصرف سابق له[١٤]لان من شان ذلك ان يقوض مبدأ حسن النية[١٥] من جهة واستقرار المعاملات من جهة اخرى.

إذ يفرض مبدا حسن النية ان يتصرف الفرد تصرفاً بعيداً عن الخداع والحيل تجاه الطرف الاخر لاسيما ما اذا كان الطرف الاخير قد كيف اوضاعه على اساس ان

(٨) الا ان هذا الراي ليس مطلقاً بالجملة إذ يمكن الرجوع احيانا ولكن باعتبارات معينة....لمزيد من التفصيل انظر محمد جواد مغنية،فقه الامام جعفر الصادق،بدون رقم طبعة،بيروت–لبنان،بدون سنة صدور ،ص٤٨١

(٩) محمد جمال الدين مكي العاملي،الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية،ط٣،دار التفسير،ج،١،١٩٧٨،ص٣٩٥

(١٠) وذلك على خلاف الحدود كون ان الحدود تدرأ بالشبهات فاذا تعارضت الشهادات ارتفعت ولايدري القاضي ايهما اصدق الاولى ام الثانية

(١١) محمد جمال الدين مكي العاملي،المصدر السابق،ص٣٧٩

(١٢) علاء الدين الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،المجلد التاسع،خال من رقم طبعة،دار الحديث–القاهرة،٢٠٠٥، ص١٥٤

(١٣) علي حيدر،درر الحكام شرح مجلة الاحكام،ط١،دار الكتب العلمية– لبنان،٢٠١٠،ص٩٣

(١٤) ((فلو وكل رجلا ببيع داره فباعها الوكيل وهو شفيعها بطلت شفعته لانه بطلب الشفعة يسعى في نقض البيع الذي تم من جهته فلا يقبل منه وكذلك اذا اذا ضمن رجل الدرك ثم ادعى ان المبيع ملكه فلا تسمع دعواه)) لمزيد من التفصيل انظر،سليم رستم باز،شرح المجلة،ط١،دار الكتب العلمية–لبنان،٢٠١٠،ص٥٢

(١٥) د.علي فوزي الموسوي،المصدر السابق،ص٢١١

التصرف القانوني الذي كان هو طرفا فيه كان تصرفاً خالياً من الشوائب المصطنعة بفعل سيء النية الامر الذي يفرض علينا استبعاد اي تصرف قانوني لاحق يناقض سابقه من دون مسوغ .

كل هذه الاعتبارات جعلت هذه القاعدة من القواعد الصريحة في مجلة الاحكام العدلية وخصوصا اذا ما علمنا ان هذه المجلة لم تاتي بكل القواعد الفقهية الاسلامية وانما اتت بالقواعد المفيدة والمهمة والراسخة والتي لها اثر واضح وجلي في تنظيم الحياة القانونية في المجتمع بما يؤثر ايجاباً على مجمل الامن المجتمعي.

ثانيا:- قاعدة الاغلاق في القوانين العراقية

تناولت القوانين العراقية قاعدة الاغلاق دون الاشارة لها بشكل صريح كما هو عليه الحال في مجلة الاحكام العدلية، فكان نصيب القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النصيب الاكبر من هذه الاشارات باعتباره الشريعة العامة لكثير من القوانين الاخرى،وعلى سبيل المثال لا الحصر ما في المادة (١٤٦) والتي جاء بها ((اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي))،وكذلك المادة (٥٤٩) التي جاء بها ((١- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه،سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يدعي ان له حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري. ٢- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد)).ومن يدقق بالنص الاخير في فقرته الثانية يجد وبشكل واضح إقرار المشرع العراقي على ان مضمون قاعدة الاغلاق يرجع الى ثوابت العدالة وحسن النية[١٦] لانهما يفترضان في اي تصرف قانوني بغض النظر عن مرحلته(اعمال تمهيدية او انعقاد او انقضاء) ولا ضرورة للنص عليهما في العقد.

وكذلك فيما يتعلق بالهبة وحظر الرجوع عنها الا بشروط محددة اوردها لقانون[١٧]حيث يتبين من هذه النصوص انه يغلب عليها طابع عدم الرجوع اي ان الاساس هو الزام الواهب بما وهب والاستثناء هو الرجوع عنه وعدم التشجيع عليه او تأييده .واشارات اخرى وردت في باب الحقوق العينية في المادة (١/١٢٩٦) والتي جاء بها ((١- يضمن الراهن في الرهن التاميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شانه انقاص ضمانه ٢- فاذا وقعت اعمال من شانها أن تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان ،كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)).

ولاينحصر الامر بالقانون المدني العراقي بل وردت اشارات كثيرة في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ منها ماورد في المادة (١٦٩) منه والتي جاء بها

(١٦) ويعتبر حسن النية قاعدة قانونية ذكرت في كثير من التشريعات المدنية العالمية منها القانون المدني الايطالي والقانون المدني السويسري والقانون المدني الياباني والقانون المدني اليوناني والتركي فضلا عن ايراده في أغلب القوانين المدنية العربية كونه من المباديء السامية التي تهدف اليها الشريعة الاسلامية الغراء....لمزيد من التفصيل انظر .د.شيرزاد عزيز سليمان،حسن النية في ابرام العقود،ط١،دار دجلة- الاردن،٢٠٠٨،ص١٨٩

(١٧) انظر المادة٦٢٠ و٦٢٣ من القانون المدني العراقي

((لايقبل الطعن بالاحكام الا ممن خسر الدعوى ولا يقبل ممن اسقط حقه فيه اسقاطاً صريحاً امام المحكمة او بورقة مصدقة من الكاتب العدل))[١٨].

وليس ببعيد من ذلك قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩والتي تضمن نصوصا كثيرة[١٩] تشير صراحة تارة وضمناً تارة اخرى لهذه القاعدة ومن هذه النصوص ماجاء بالمادة (٦٤/ثانيا) والتي تنص ((أ- اذا ناقض المقر ماكان قد اقر به سابقا،كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه او دفعه ب- يرتفع التناقض بقرار من المحكمة او بتصديق من الخصم او بالتوفيق بين الاقرارين ج- يغتفر التناقض اذا ظهر عذر للمقر كان محل خفاء)) وكذلك ماورد بالمادة (٦٨)) والتي جاء فيها ((اولا:- يلتزم المقر باقراره الا اذا كذب بحكم ب- لايصح الرجوع عن الاقرار)).وبذلك فهذه النصوص تشير بما لايقبل الشك بتناول القانون العراقي لهذه القاعدة ولو كان بشكل ضمني احياناً

ثالثا:- قاعدة الاغلاق في القوانين المقارنة

اخذت كثير من القوانين المقارنة بقاعدة الاغلاق واحكامها وهذا الامر ليس بغريب فالقواعد المنطقية والتي ترتكز على اسس موضوعية رصينة تكون محل اشتراك لدى اغلب المجتمعات العالمية كون ان الغايات الانسانية غايات مشتركة في اغلب الاحيان،وبذلك تكون الوسائل التي تتعامل مع هذه الغايات وسائل مشتركة ايضاً وبضمنها التشريعات القانونية

قاعدة الاغلاق في القوانين العربية

دأبت القوانين العربية على تلمس احكام الفقه الاسلامي واذابته وصهره ضمن تشريعاتها ،ومن تلك الاحكام مايتعلق بقاعدة الاغلاق، حيث نص قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٩ في مادته (٥٠٨) بانه ((يبقى للواهب حق الرجوع عن العرض مادام القبول لم يتم)).وترى القانون المدني المصري(١٣١) لسنة ١٩٤٨ (الاب الروحي لكثير من القوانين العربية)[٢٠] قد اخذ بهذه القاعدة ضمناً ايضاً

(١٨) كون ان قبول الحكم صراحةً او ضمناً او اسقاط الحق في الطعن فيه اسقاطاً صريحاً او ضمنياً امام المحكمة المختصة او امام الكاتب العدل يجعل هذا الطعن واجب الرد ،لان ذلك يعتبر قبولا للحكم واسقاطاً لايجوز الرجوع فيه اذا انصرفت نية الطاعن الى ذلك ،وهذ الاسقاط قد يكون صريحا كما يكون من الممكن بالطريق الضمني في حالة قيام المحكوم عليه الى تنفيذ الحكم الصادر ضده في مديرية التنفيذ المختصة وما يؤيد ذلك القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز (٢٩٩/م٩٨/٣)في ١٩٩٨/٤/٢٦....للمزيد ينظر.القاضي مدحت المحمود،شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية،ط١،بدون دار نشر،٢٠٠٥،ص٢٣٠

(١٩) اذ ان هناك جانباً كبيراً في الفقه يرى بان قاعدة الاغلاق تجد مناخاً واسعاً في القوانين الشكلية وبالتحديد في قواعد الاثبات دون الموضوعية ،فهي لاتملك انشاء الحقوق وانما يقتصر اثرها على كبح جماح المدعي من إنكار اقوال او افعال سبق وان صدرت منه لكون هذا الانكار يتضمن في جانب من جوانبه معنى للغش وسوء النية.....sir rupert cross and nancy wikins outline of the law of evidence.london.butterworths p٣٠٦.١٩٨٦. نقلا عن د.صادق عبد الكريم طريخم ،قاعدة عدم التناقض(الاغلاق) وتطبيقاتها القانونية،ط١،الثقلين للطباعة،٢٠١٧،ص١٨٨

(٢٠) حيث تولى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري(وهو احد اكبر واضعي القانون المدني المصري ومن ضمن اعضائها الاربع والخمسين) وضع قوانين مدنية لبعض من البلدان العربية ومنها العراق بصورة مباشرة،في حين تاثرت به القوانين المدنية للدول العربية الاخرى كونها تتضمن جوانب كبيرة من الفقه الاسلامي والتي برع الفقيه السنهوري في تضمين هذا الفقه مع احكام الشريعة اللاتينية المتمثلة بالقانون الفرنسي في مدونة واحدة متمثلة بالقانون المصري والعراقي فكانا خير قدوة للقوانين الاخرى ... لمزيد من التفصيل انظر.محمد عبده،عبد الرزاق السنهوري ابو القانون وابن الشريعة(دراسة في مشروعه الفكري ورؤيته الاسلامية)،ط١،مركز الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي-بيروت،٢٠١١ص٢٧ ومابعدها

في كثير من نصوصه ودار في فلكها فقرر بالمادة (١٢٤) بانه ((١- ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضي به حسن النية ٢- ويبقى بالاخص ملزما بالعقد الذي قصد ابرامه،اذا ظهر الطرف استعداده لتنفيذ هذا العقد)).وكذلك ماورد بالمادة (٤٣٨)) والتي تنص ((يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع او بعضه سواء كان التعرض من فعله او من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان اجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد ال اليه من البائع نفسه)).وكذلك ماورد في باب الوكالة وبالتحديد المادة (٢/٧١٥) والتي جاء بها ((على انه اذا كانت صادرة لصالح الوكيل او لصالح اجنبي فلا يجوز للموكل ان ينهي الوكالة او يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه)).

وعلى هذا النحو سار القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦في المادة (٦٥٥) والتي جاء بها ((١- يترتب على الصلح انتقال حق المصالح الى البدل المصالح عليه وسقوط حقه الذي كان محل النزاع ٢- ويكون ملزماً لطرفيه ولايسوغ لايهما او لورثته من بعده الرجوع فيه)). وكذلك المادة (٦٥٧) التي جاء بها ((يجوز لطرفي الصلح اقالته بالتراضي اذا كان في حكم المعاوضة ولاتجوز اقالته اذا تضمن اسقاطاً لبعض الحقوق)).

وعلى هذا النحو ايضا سار قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ومثال ذلك ماورد في المادة (١٣٨١) والتي جاء بها ((اذا كان منع الاتصال بالطريق العام بسبب تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني فلا يجوز طلب الممر الا في اجزاء هذا العقار)). وكذلك المادة (١٤١٤) التي تنص ((يضمن الراهن العقار المرهون وهو مسئول عن سلامته كاملاً حتى تاريخ وفاء الدين،وللمرتهن ان يعترض على كل نقص في ضمانه وان يتخذ من الاجراءات ما يحفظ حقه على ان يرجع بالنفقات على الراهن)).

وغير تلك من قوانين البلاد العربية والتي تتضمن اشارات واسعة تشير بشكل او باخر الى قاعدة الاغلاق سواء كانت بمضمونها او بالاحتكام لاثارها القانونية،ولانجد من الضروري لايرادها اجمعها ولكن المهم في هذا الصدد هو ان فلسفة التشريعات العربية لم تتغاضى عن اللجوء لهذه القاعدة.

قاعدة الاغلاق في القوانين الاجنبية

ان المتمعن في الثقافة القانونية يستشعر بشكل جلي ان اغلب القوانين العالمية تتلاقى في نقاط كثيرة،مما يستتبع ذلك وجود قواعد ومفاهيم قانونية مشتركة،وبالتالي ظهور نصوص قانونية قد تكون متقاربة بالفحوى او المضمون الى حد كبير. ومن تلك القواعد المشتركة هي قاعدة الاغلاق التي اخذت بها كثير من القوانين العالمية .

ومن هذه القوانين هو القانون المدني الفرنسي الصادر عام (١٨٠٤)[٢١]بالمادة

(٢١) حيث صدر في فرنسا بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ مرسوم رقم ٢٠١٦/١٣١ بشان تعديل قانون العقود والاحكام العامة للالتزامات والاثبات،ونشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد ٣٥بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١ واصبح نافذاً في ٢٠١٦/١٠/١..حيث جاء هذا التعديل بناء على دعوات التحديث لقانون العقود الفرنسي.د.محمد حسن قاسم،قانون العقود الفرنسي الجديد= =

(١١٥٨) التي تنص ((١- يجوز للغير الذي يشك في نطاق سلطة النائب الاتفاقي بشان تصرف يقدم على ابرامه،ان يطلب كتابة من الاصيل ان يؤكد له خلال مدة يحددها على ان تكون مدة معقولة،ان النائب مخول بابرام هذا التصرف ٢- يجب ان تتضمن الكتابة انه في حالة عدم الرد خلال هذه المدة يعتبر النائب مخولا ابرام هذا التصرف)). اي ان المشرع الفرنسي يركن بصورة او اخرى الى عدم مقبولية ان يخالف الفرد تصرف قانوني سبق وان اتخذه بارادة حرة مستنيرة وهذا الامر مستنتج من الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر كون ان اساس مضمون التصرف (الاول) يبقى هو المفترض،كون ان الرجوع عنه غير مقبول بصورة عامة،لاسيما وان القضاء الفرنسي يؤيد ذلك ويؤسسه على نظرية الاوضاع الظاهرة المستندة لقاعدة الاغلاق حيث يعتبرونها كوسيلة قضائية تهدف الى حماية الاطراف التعاقدية من الاضرار في حالة وجود تناقض من شانه زعزعة المراكز القانونية[٢٢].

اما القانون الالماني وقضاءه فقد اخذ بهذه القاعدة وان كان بشكل اقل عن ماهو الحال في القضاء الفرنسي[٢٣] حيث ردها الى حسن النية في التعامل الوارد بالمادة(٢٤٢)وعزز ذلك القضاء الالماني حيث صدرت عنه بعض القرارات يستنتج من خلالها لجوئه واستعانته بقاعدة الاغلاق[٢٤].وبغض النظر عن مدى إتساع تطبيق هذه القاعدة في المانيا إلا ان المتتبع للقرارات الصادرة يتلمس بوضوح تطابق جوهر الفكرة لدى القضاء الالماني والفرنسي معاً،بما يضمن حماية احد الاطراف التعاقدية من تراجع الطرف الاخر عن تصرف سابق انتج اثاره القانونية.

اما القانون الانكليزي فتجد قاعدة الاغلاق(ESTOPPEL)[٢٥] مناخها الواسع فيه،كون ان هذه القاعدة تستند بشكل كبير الى مباديء العدالة التي دخلت الى انكلترا في القرن الثالث عشر للميلاد بواسطة مستشار الملك حيث بلور هذا الامر بقيام مستشار الملك في القرن الرابع عشر للميلاد بتأسيس محكمة خاصة براسته تسمى (Chancery court)[٢٦]،تقوم على اساس الاحتكام للعدالة التي يرونها بانها تنبع من ضمير الملك وليس من وحي القانون الطبيعي وتصدر احكامها وفقا لما يقتضيه العقل وطهارة الوجدان[٢٧]بعيداً عن صرامة القانون[٢٨]

ومن المعروف ان النظام القانوني الانجلو-سكسوني هو نظام غير محدد بنصوص تشريعية مكتوبة (القانون الانكليزي مثالا) حيث يستند بشكل كبير الى نظام السوابق القضائية ((common lawعلى خلاف النظام اللاتيني وعلى الرغم من هذا الاختلاف

= باللغة العربية ،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت،٢٠١٨،ص٧

(٢٢) د.صادق عبد علي طريخم،المصدر السابق،ص ١٣١ وما بعدها

(٢٣) المصدر نفسه،ص١٤٦

(٢٤) الا ان القضاء الالماني استعان بهذه القاعدة بكثرة في نطاق قانون الاجراءات المدنية والقوانين الاجرائية الاخرى.

(٢٥) ومعناها الصد والايقاف ،معجم الاقتصاد والتجارة،اعداد دائرة المعاجم في لبنان، مكتبة لبنان ناشرون،١٩٩٣،ص١١٣. ومضمونها كذلك عدم قبول الدعوى او سماعها اذا كانت تتضمن انكار المدعي او المدعى عليه لقرار المحكمة(estoppel by record)....د.ابراهيم اسماعيل الوهب،القاموس القانوني،ط٢،مكتبة لبنان،١٩٧٢،ص٧٥

(٢٦) زهدي يكن،تاريخ القانون،ط١،دار النهضة العربية-مصر،١٩٦٦،ص٢١٥

(٢٧) المصدر نفسه،ص٢١٦

(٢٨) المحامي اللورد دينيس لويد،فكرة القانون،بدون طبعة،منشورات عالم المعرفة -الكويت،ص١٩٨١،ص١٥٦

في البنية الاساسية للنظامين إلا ان مضمون هذه القاعدة لا يختلف عن مضمونها في الانظمة القانونية المختلفة والذي يتمثل بمنع الشخص من اتيان قول او فعل يناقض ماسبق الاتيان به من اقوال او افعال،حيث تشابه النظامان(الانكلوسكسوني واللاتيني) بشكل خاص في اعتبار قاعدة الاغلاق كاساس لنظرية الاوضاع الظاهرة في مجال (النيابة) وتصرفات النائب الظاهر فعندما يتصرف احد الاشخاص مع شخص اخر حسن النية ويدعوه للاعتقاد بانه قد اناب عنه شخص اخر((ففي هذه الحالة اذا تعامل هذا الغير(حسن النية) مع النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب الشأن ان ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه))[٢٩]

وقد ركن القضاء الانكليزي الى هذه القاعدة كثيراً واستنجد بها بل واعتبر نفسه احيانا من المؤوسسين لها وله الفضل في بروزها،فتبناها وطبقها باضطراد،ومن القضايا المهمة في هذا الشأن هي قضية وعد بنقل ملكية منزل ((عندما بين احد الملاك لشخص من افراد اسرته بان المنزل الذي يملكه هذا المالك مع شريك له سيكون لاحقا لهذا الفرد من العائلة بعد فض الشراكة،حيث قام (الفرد من العائلة)بدوره الى اقامة تحسينات واضافات وترميمات في هذا المنزل استناداً لهذا التصريح،وعلى الرغم من بساطة النفقات التي استلزمها الترميم الا انها تعد الجزء الاكبر والمهم من اموال هذا الفرد ،وبناء على ذلك استعانت المحكمة بقاعدة عدم التناقض لا بل وفرضت تعويض مناسب على ذلك وخيرت المدعي اما بترخيص المدعى عليه بالسكن مدى الحياة في هذا المنزل او اتمام اجراءات نقل الملكية وبعد تعنت المدعي غير المبرر اصدرت المحكمة قرارها بنقل ملكية المنزل))[٣٠]

المطلب الثاني:علاقة قاعدة الاغلاق بالمفاهيم القانونية السامية

ان الغاية من القانون بصورة عامة هي تنظيم لسلوك الافراد في المجتمع ،ولابد لهذا القانون ادوات يستعين بها لتنفيذ تلك الغايات ومن هذه الادوات هي النصوص التشريعية التي تستند في مضمونها الى مفاهيم وقواعد تنطلق منها.لذلك ترى وجود تلاحم وترابط بين كثير من هذه القواعد والمفاهيم التي تستند للعدالة او الاخلاق[٣١] كون ان الغايات هي واحدة لا تتعدد حتى وان اختلف النظام القانوني المطبق .

ومايهمنا هنا هو بيان علاقة قاعدة الاغلاق(عدم التنافض) بالمفاهيم القانونية السامية كمباديء العدالة والضمير الحي واستقرار المعاملات وحسن النية.

اولاً:- علاقة قاعدة الاغلاق بمباديء العدالة والضمير الحي

من المعروف ان القانون ليس غاية بحد ذاته بل الغاية هي مايرمي القانون

(٢٩) فتحية قرة،احكام الوضع الظاهر ،بدون طبعة،منشاة المعارف-الاسكندرية،١٩٧٧،ص٩٤

(٣٠) نقلا عن د.صادق عبد علي طريخم،المصدر السابق،١١٨ ومابعدها

(٣١) ومن الملاحظ ان الفقهاء الرومان ومنذ زمن بعيد يربطون النظم القانزنية بالمباديء الاخلاقية ولايقيمون حدوداً فاصلة بين القانون والاخلاق لابل عند تعريفهم للقانون فانهم لايفصلون بينه وبين الاخلاق فصلاً تاماً وتاسيساً على ذلك فانهم يرجعون الكثير من الدعاوى الى اساس اخلاقي ومنها دعاوى الاثراء بلا سبب والدعوى الخاصة بدفع غير المستحق...لمزيد من التفصيل راجع د.صوفي حسن ابو طالب،بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني،بدون طبعة،مكتبة نهضة مصر ،بدون سنة نشر ،ص١٢٨

الى تحقيقه من مباديء ساميه تهدف الى احقاق العدل لذلك فلابد من الارتكان لهذه المباديء لتكون منطلقا لكل مايؤدي الى اشاعة العدل بين الافراد ،وفي ذلك يقول السير Fredreik polook ((ان القانون ليس مجموعة جمل وعبارات،ولكنه نظام يقوم على مباديء،والقرارات القضائية في قانوننا وان كانت خير دليل على المباديء الا انها ليست جميعها مقبولة ومسلم بصحتها،والمبدأ هو المحك الذي يجب ان تقاس به القرارات،فالقرارات تصنع والمباديء تحيا وتنمو))[٣٢] .

ولسمو مفهوم العدالة فقد اوردت المصادر تعريفات شتى له الا ان هناك من انفرد في ذلك عن طريق تعريف تميز بمدلولاته القانونية حيث عرفت بانها ((مجموعة القواعد القائمة الى جانب احكام القانون الاصلي والمستندة الى اسس صريحة مستمدة عادة من وحي العدل والقانون الطبيعي او فكرة العدل المطلق والتي ترمي لما فيها من خصائص سامية الى تعديل احكام القانون او توسيعها))[٣٣].وبالرجوع الى اسس قاعدة الاغلاق التي ترمي الى عدم الاتيان بعمل قانوني يناقض عمل قانوني سابق له رتب على اساسه الطرف الاخر احكاماً قانونية من الصعب الرجوع عنها او كان بالامكان الرجوع عنها الا انها تكلف نفقات مرهقة فضلا عن اهدار الزمن،نرى ان هذا الاساس ينسجم كثيراً في مضمونه مع مباديء العدالة،إذ تفرض مباديء العدالة والضمير الحي التقيد بالتعامل العادل والمنصف والمعقول[٣٤] وعلى رفع الحيف عن الطرف المتضرر،مما يستلزم اغلاق الطريق عن الشخص في حالة اتيانه بعمل يتعارض بصورة مباشرة او بصورة غير مباشرة مع عمله السابق كون ان العمل الاول قد اقترن بعلم الطرف الاخر ورتب احكاماً قانونية عليه،وليس من العدل ان نجعل الافراد تحت رحمة تقلب اهواء غرمائهم بتأرجحهم غير المبرر في هدم اعمالهم او اقوالهم السابقة،لاسيما اذا ما علمنا ان في اغلب الاحيان يكون التصرف الاول او القول الاول على درجة كبيرة من الصحة[٣٥] وانا الرجوع عنه يكون مدعاة للشك والحذر[٣٦].

اما الاثر المترتب على العمل بهذه القاعدة هو عدم الاخذ واهدار التصرف اللاحق الصادر من الشخص في حالة تناقضه مع تصرفه السابق،اما اذا تداخل فعل الشخص مع فعل شخص اجنبي واثيرت قاعدة الاغلاق من قبل القضاء فان الاثر المترتب على ذلك هو ان يقوم هذا الشخص بمنع (الشخص الاجنبي) من اتمام الفعل على الوجه الذي يتناقض مع اعتبارات العدالة[٣٧]والتي تعد مبدأ سامي يفوق القانون احيانا[٣٨].

(٣٢) د.عبد المجيد الحكيم،الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي،ط١،١٩٩١،ص١١٧

(٣٣) اسماعيل نامق حسين،العدالة واثرها في القاعدة القانونية،بدون طبعة،دار الكتب القانونية- مصر،٢٠١١،ص ٥٢ ويشير بدوره الى د.عبد الرحمن البزاز،مباديء الموجز في تاريخ القانون،١٩٤٩،ص١٠٠

(٣٤) د.صادق عبد علي طريخم،المصدر السابق،ص١٧٦

(٣٥) المادة ٤ من مجلة الاحكام العدلية ((اليقين لايزول بالشك)) وكذلك انظر المادة ((٢/١٥٥) من القانون المدني العراقي ((على ان الاصل في الكلام الحقيقة ،اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز))

(٣٦) فالاصل في الكلام للبدار..اي ان مايتبادر للذهن لاول وهلة يكون في غالب الاحيان هو الاكثر رصانة من غيره

(٣٧) انظر المادة(٥٤٩) من القانون المدني العراقي

(٣٨) حيث قضت محكمة بداءة الاعظمية بالعدد ٢٥٥ في ١٩٩١/١٢/٣٠برد دعوى المدعي (المدير العام لشركة التامين الوطنية العراقية/اضافة لوظيفته) على اساس ان شركة التامين وان كان لها الحق بالرجوع للمطالبة بالتعويض=

ثانيا:- علاقة قاعدة الاغلاق بالاستقرار القانوني

يعد الاستقرار غاية من غايات القانون المختلفة ويمكن تعريفه بانه ((تاكيد وتحديد القواعد القانونية في تنظيمها للمراكز القانونية بما يضمن تامين النتائج بحيث يستطيع كل فرد ان يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها ويعرف نتائج تصرفاته ماله وما عليه[٣٩] من قبل المتعاقد الاخر))[٤٠]،فلا يترك المتعاقد في حيرة من امره نتيجة عدم معرفة اثار تصرف قانوني ما او وضعه في موقف صعب نتيجة لفسح المجال للمتعاقد الاخر بتغيير اقواله او افعاله او بالتذرع بحوادث غير مسوغة لتغيير مركزه القانوني[٤١].

وتتجلى قاعدة الاغلاق باعتبارها احد مؤثرات الاستقرار القانوني في القوانين الشكلية بصورة اوسع من القوانين الموضوعية الا ان هذا الامر لاينفي تماما نشاط هذه القاعدة في القوانين الموضوعية.

ويرجع سبب انتشار هذه القاعدة في القوانين الشكلية او الاجرائية يعود الى اشتمال هذه القوانين على مدد وتوقيتات زمنية محددة لايمكن للافراد الاتفاق على تعديلها باي وجه كان،ويمكن تقريب الفكرة عن طريق تصور وضعاً قانونياً ما يرتكز بصورة مباشرة على مدة محددة لايراعيها احد الاطراف فيتخذ موقفاً قانونياً متعارضاً مع موقفه الاول،فهذه المدد وبغايتها الاستقرارية تمنع بصورة غير مباشرة اي شخص من اتيان اي فعل يتعارض مع افعاله السابقة لنكون امام اغلاقاً ضمنياً فرضه القانون.

ومن الامثلة الاخرى هو مبدأ عدم جواز النظرفي الدعوى التي سبق الفصل فيها،اذ ان القانون يفرض اغلاقاً على المدعي من قيامه بالادعاء بمضمون وقائع سبق وان عرضت على المحكمة واصدرت قرارها بشانه [٤٢]

ومن الامثلة الاخرى المتعلقة باستقرار المعاملات غير المقترن بالزمن هو ادعاء(أ) الذي يسكن في بلاد اجنبية بانه اعطى وكالة خاصة الى محاميه في العراق لغرض قيام الاخير ببيع منزل موكله الى (ب) وبعد ان باشر الوكيل بالمضي قدماً باجراءات البيع عاد الموكل الى العراق ليصطدم بحقيقة ان فكرة البيع اصبحت لا تلائمه ومن المفيد العدول عنها،فيلجأ الى القدح بجميع الاجراءات المتخذه من قبل وكيله (والتي ركن لها (ب) ورتب عليها اثارا قانونية)،بداعي ان الوكالة المعطاة من قبله وبارادته لم تستوفي الاجراءات الادارية المكملة التي تفرضها الاجهزة الادارية المختصة،مما عرض المراكز

= التي دفعته عن سائق الدراجة الذي لايحمل اجازة سوق او على سائق السيارة المقصر بالحادث (ايهما تريد) الا ان هذا التخيير مقيد بقواعد العدالة وان المدعى عليه هو المتضرر بالحادث والمقرر له تعويضاً من ذلك (سائق الدراجة)حيث تبين ان المقصر والمدان جزائيا هو سائق السيارة وكان المفروض بشركة التامين ان تلاحق الاخير ولا تتعسف باستعمال الخيار المناط لها ،لاسيما اذا ماعلمنا ان الحادث الذي وقع لم يكن نتيجة عدم حصول المدعى عليه على الاجازة بل انه من جراء اهمال وتقصير سائق السيارة....للمزيد انظرالقاضي ربيع محمد الزهاوي،التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة،الجزء الثاني،ط١،مكتبة السنهوري-بغداد،٢٠١٣،ص٢٤٨

(٣٩) د.يس محمد محمد الطباخ،الاستقرار كغاية من غايات القانون،بدون طبعة،المكتب الجامعي الحديث-الاسكندرية،٢٠١٢،ص ٢٤

(٤٠) اسماعيل نامق حسين،المصدر السابق،ص٢٣٥

(٤١) حيث ينبري راي يرى بان الاستقرار هو اولى غايات القانون ومن ثم تاتي بعدها العدالة،ويردف بانه لافائدة كبيرة من اقرار عدالة في مجتمع يفتقر الى الاستقرار وتعمه الفوضى ومعاملات افراده متارجحة ومتذبذبة....للمزيد ينظر علي حميد كاظم الشكري،استقرار المعاملات المالية،اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون/جامعة كربلاء،٢٠١٤،ص١١٤

(٤٢) د.صادق عبد علي طريخم،المصدر السابق،ص٤٤٨

القانونية المتكونة بفعل الوكيل الى التخلخل الارباك .

اما مايتعلق بالقوانين الموضوعية فنرى ان القانون المدني العراقي لايخلو من هذه الاشارات الرامية الى استقرار المعاملات ومن ابهى النصوص المشرقة التي نستظهر منها قاعدة الاغلاق وعلاقتها باستقرار المعاملات هو نص المادة (٣/١٧٣) والتي تنص ((اما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطئه فللمحكمة ان تخفض الفوائد سواء اكانت قانونية ام اتفاقية،اوالا تقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)).فالمتمعن بهذا النص يرى ان إستقرار المعاملات يتطلب بشكل او باخر عدم اطالة امد النزاع لاسيما اذا كان الدائن قد ارتكب خطأ تسبب في ذلك او كان غير مراعي لمقتضيات حسن النية في تصرف كتقديمه ادلة متناقضة او رجوعه عن موقف سابق او تغيير لمركزه القانوني او التنصل عن توكيل او ابرامه لعقد يخالف ماسبق ابرامه من عقود او اي تصرف قانوني اخر يؤدي للاطالة ويقترن بتغيير او تعديل او انكار موقف سابق. الامرالذي يقتضي اهدار الاثر القانوني المترتب على هذه الاطالة اذا ماكان هذا الاثر فيه جوانب ايجابية(فوائد قانونية او اتفاقية).

ثالثا:- علاقة قاعدة الاغلاق بمبدا حسن النية في التصرفات القانونية

ربما نرى ان علاقة قاعدة الاغلاق بمبدأ حسن النية في التصرفات القانونية هي الاوطد من سابقاتها،فحسن النية يفترض دوما التصرف المعقول والشريف[٤٣] والذي ينسجم مع الخلق الرفيع[٤٤] بما يمنع من ايذاء الغير او تعريض حقوقه للخطر او الضرر.اي يجب ان تنسجم الاقوال مع التصرفات والرغبة الحقيقية في انجاز كل شي على احسن وجه،وبذلك يمنع الشخص من المضي قدماً في تناقضاته الذاتية[٤٥] بما يؤدي الى الاضرار بالاخر بقصد حرمانه من حق من الحقوق بعد كان مؤكداً او شبه مؤكد .وبعبارة اخرى ان حسن النية يفرض مناخاً قانونياً مؤداه عدم قيام الاطراف باسباب غير معقولة بأبدال تصرف ما بتصرف لاحق لم يكن في حسبان الطرف الاخر في ظل التوقع المعتاد له ،فمورد البضاعة لايمكن الادعاء بعدم دفعه للضرائب على هذه البضاعة (بعد تعاقده) مما يخشى ارتفاع اسعارها الى ذلك الحين ليجعل الطرف الاخر في موقف زمني حرج، والناقل لايمكن تغيير مسار نقله للبضاعة بعد الاتفاق على هذا المسار مع الطرف المستفيد وان كان اقصر واقل كلفة،كون ان المستفيد قد كيف اوضاعه بحيث يستطيع بيع جزء من هذه البضاعة في منطقة المسار الاول.

وقد اورد القضاء الانكليزي حكما قضائياً يظهر من خلاله العلاقة بين قاعدة

(٤٣) وهذا التصرف ينبع من الضمير الانساني ذاته حيث رددت محاكم القانون العام في انكلترا في القرن الثالث عشر والرابع عشر هذا المصطلح كثيراً وعبرت عنه بتعابير شتى مثل ((الضمير)) و ((العقل والمنطق)) و((الضمير والقانون)) و((قانون الضمير)) و((القانون والحق والضمير الحسن))و((العقل وحسن النية))....لمزيد من التفصيل انظر د.عبد المجيد الحكيم،المصدر اليابق،ص١٣٦

(٤٤) وهذا المبدا ليس بالقريب اذ شاع في القانون الروماني واخذ مدى واسع فيه بحيث كانت هناك عقودا تسمى بعقود حسن النية حيث يجوز للقاضي ان يتقصى من نية الاطراف ويتلمس حقيقتها بعيداً عن حرفية الاتفاق المنعقد بينهما... حسن عامر،التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود،ط١،مطبعة مصر،١٩٦٠،ص٢١٨

(٤٥) د.مرتضى جمعة عاشور،الدفع بالاستوبل في التحكيم التجاري الدولي،بحث في مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين،المجلد الرابع-العدد ١٤، ٢٠١٢،ص٣

الاغلاق وحسن النية ((حيث قرر اللورد denning ان بامكان المدعي الاستفادة من مبدأ حسن النية بدلاً من الدفع بقاعدة التناقض،ففي قضية scaptrade فسخ المالك عقدا لتاجير باخرة على اساس الدفع الشهري ،وذلك لان المستاجر قد تاخر لمدة اربعة ايام عن الدفع.دفع المستاجر انه ينبغي منع المالك بموجب قاعدة عدم التناقض من التمسك الصارم بحقوقه التعاقدية،لان المالك كان قد تسامح في السابق عن التاخير في الدفع في مناسبات سابقة))[٤٦]

وعلى الرغم من تكييف المحكمة الانكليزية لفعل مالك السفينة بانه مخالف لحسن النية او يعد اغلاقاً تجاهه كحد ادنى الا اننا نرى ان الرجوع عن اعمال التسامح لايمكن ان يعد قرينة قانونية على سوء النية او لاتشكل اغلاقاً يمكن الدفع به تجاه مالك السفينة كون ان المستاجر كان عليه ان يتوقع التقيد الحرفي بالعقد ويكيف اوضاعه وفقا لهذا التوقع وليس العكس بحيث يبني اماله على مجرد توقع بوجود تكرار لهذا التسامح من الجانب الاخر.

وغني عن ذلك فقد اشار القانون المدني العراقي الى مبدا حسن النية في المادة (١/١٥٠) والتي تنص ((يجب تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))[٤٧].وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي قد اشار الى مبدأ حسن النية بمناسبة تنفيذ العقد الا ان هذا المبدأ يعد من المباديء الاخلاقية الراسخة في القوانين المقارنة ويمتد اثره الى كافة التصرفات القانونية سواء كانت متعلقة بالعقد او غير العقد،وتظهراثاره في حالة وان تصرف احد الاشخاص بما يخالف حسن النية بتراجعه عن تصرف قانوني الى تصرف قانوني اخر يخالفه بالاثار مما يسبب ضرر بالطرف الاخر لتبرز قاعدة الاغلاق وتمنع اثار التصرف اللاحق من النفاذ حماية للطرف الاخر.

المطلب الثالث:مدى سريان قاعدة الاغلاق على القوانين الشكلية والموضوعية

يتنازع الفقه في نطاق سريان قاعدة الاغلاق فمنهم من يرى انها تسري على القوانين الشكلية بينما يرى الجانب الاخر بانها تسري على القوانين الموضوعية

أولا:- مدى سريان قاعدة الاغلاق على القوانين الشكلية

امر مفروغ منه كون ان قاعدة الاغلاق يتوسع نطاقها في القوانين الشكلية(الاجرائية) اكثر من القوانين الموضوعية وسبب ذلك يعود الى مضمون قاعدة الاغلاق الذي يرتكز على فكرة اتيان قول او فعل ونقضه والرجوع عنه في وقت لاحق قد يطول او يقصر ،وهذا النطاق الزمني يرتبط بالقوانين الاجرائية اكثر من نظيرتها الموضوعية كون ان الاولى تهدف الى إستقرار الاحكام وتنظيم إجراءات التقاضي واثبات التصرفات بما تتضمنه من مدد زمنية محددة بموجب القانون،وخير دليل على انتعاش قاعدة الاغلاق في العراق بظل قانون المرافعات هي المادة (١٦٩) التي جاء بها ((لايقبل الطعن بالاحكام الا ممن خسر الدعوى ولا يقبل ممن اسقط حقه فيه اسقاطاً صريحاً امام المحكمة او بورقة مصدقة من

(٤٦) د.قضية اشار اليها د.صادق عبد علي طريخم،المصدر السابق،ص٤٠٢

(٤٧) ويقابله نص المادة(١/١٤٨) من القانون المدني المصري وكذلك المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي

الكاتب العدل)). وكذلك تطبيقاتها الواضحة في قانون الاثبات ومايتعلق برجوع المقر فيما اقر بشانه.

اما في انكلترا باعتبارها البلد الذي تبنى هذه القاعدة في اوربا فانهم يرونها مرتبطة بقوانين الاجراءات والاثبات اكثر من غيرها وتتبلور في هذه القوانين بثلاث صور[٤٨]:-

الاحتكام الى قاعدة حجية الشيء المقضي به والصد عن كل ما يتعارض معه

قطعية التعهدات الخطية الصادرة من اشخاصها وعدم الاخذ بانكارها

حجية التصرفات السابقة وعدم الاخذ بأي اثبات لتصرف لاحق يناقض الاول بمضمونه

ثانيا:- مدى سريان قاعدة الاغلاق على القوانين الموضوعية

من المعروف للمتخصص في القانون بان مجلة الاحكام العدلية يغلب عليها الطابع الموضوعي متمثلة بالقواعد الفقهية الكثيرة الواردة بها، حيث تضمنت المادة ١٠٠ من مجلة الاحكام العدلية نصاً عرف فيما بعد بقاعدة الاغلاق أشتمل على مايلي ((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه) وبنفس الاثر[٤٩] اتت القاعدة (من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض).وبالنظر لكون مجلة الاحكام العدلية تعد ارثاً قانونياً للقانون المدني العراقي فقد استمد منها الكثير من الاحكام لاسيما القواعد الفقهية. ومن ضمن هذه القواعد التي استنار بها هي قاعدة الاغلاق او عدم التناقض اذ على الرغم من عدم النص عليها بصورة مباشرة الا ان المتمعن في نصوص القانون المدني العراقي يكاد يجزم بوجود احكام لهذه القاعدة ضمن ثناياه.وكثيرة هي الاحكام سواء كانت ضمن عقد البيع او الايجار او ضمن الحقوق العينية واحكام اخرى متناثرة ضمن ابوابه المختلفة،ومثال ذلك ماورد بنص المادة (١٨) من القانون المدني والتي تنص ((١-الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ٢-ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد بالعراق وتترتب اثارها فيه،اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الاخر تبينه،فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية))[٥٠]،وبذلك لايستطيع الشخص بعد ان قام بالتصرف باعتباره كامل الاهلية واستغل ظروفا تجعل من خفاء اهليته سلماً لسوء نيته ان يتنصل عن التزامه بداعي عدم كمال الاهلية وفقا لقانونه الوطني ومن ثم الادعاء ببطلان تصرفه،حيث اعتبره القانون المدني العراقي بموجب المادة ١٨ منه بانه كامل الاهلية ويتحمل جميع التزاماته التعاقدية من دون اي شائبة

(٤٨) فتحية قرة،المصدر السابق،ص٩٤

(٤٩) د.علي فوزي الموسوي،المصدر السابق،ص٢٠٥

(٥٠) وقضية ليزاردي التي اورها الفقه الفرنسي في سنه ١٨٦١ خير مثال لتوضيح هذه المادة ((كان ليزاردي المكسيكي الجنسية والذي يسكن باريس قد عقد في سن يتعدى الواحد والعشرين من العمر صفقة لشراء بعض المجوهرات ولم يبين للبائع ان بلوغ سن الرشد وفقا للقانون المكسيكي هو اتمام الخامسة والعشرين من العمر،ولدى مطالبة البائع له بالاقساط المتفق عليها دفع ليزاردي ببطلان التزامه لانه قاصر وفق احكام القانون المكسيكي الا ان المحكمة المرفوع امامها النزاع لم تاخذ بهذا الدفع وقضت بصحة التزامه وايدتها بذلك محكمة النقض والزامت المدعى عليه بدفع المبلغ اللازم بذمته ،حيث ان التاجر الفرنسي قد خدعته مظاهر هذا الشاب الذي تراءى له رشيداً قياساً على احكام القانون الفرنسي،وان تصرف التاجر الفرنسي كان بحسن نية وهو لايلزم بمعرفة قوانين الدول المختلفة))....قضية واردة لدى د.غالب علي الداوودي و د.حسين محمد الهداوي،القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،ط٤،المكتبة القانونية -بغداد،٢٠١١،ص٩٦

وليس ببعيد من القانون المدني العراقي بصفته احد القوانين الموضوعية الرئيسية في النظام القانوني نجد ان الكثير من القوانين الموضوعية الاخرى استعانت بهذه القاعدة ومنها قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي يرى في فكرة التجريد في نطاق الاوراق التجارية تطبيقاً مهماً لقاعدة الاغلاق[٥١]

ويبين جانب مهم من الفقه[٥٢] ان عدم كتابة عقد الشركة وفقا لقانون الشركات العراقي رقم(٢١) لسنة١٩٩٧ لايعصم الشركاء من المسؤولية بادعائهم بطلان الشركة بعدما رتبت التزامات بذمة الاطراف،كون ان المتعامل مع الشركة ليست من مهامه التوثق من الجانب القانوني لها،وانما يركن بصورة اساسية الى مظهرها الخارجي(وضعها الظاهر) المتمثل بكيانها على الرغم من عدم التسجيل ،ومن ثم فلا يمكن التسليم بادعاء الشركاء بعدم قانونيتها والتنصل من التزاماتهم القانونية والمالية لابل امكانية اخضاعهم للعقوبات الواردة بالمادة (٢١٥) من قانون الشركات المذكور

وكذلك ماورد بالمادة (٤٥/اولا) من قانون النقل العراقي رقم(٨٠) لسنة ١٩٨٣ والتي جاء بها ((يكون الناقل مسؤولاً عن الاضرار التي تنشأ عن العيب في التغليف او التعبئة او الحزم اذا قبل النقل مع علمه بالعيب ،ويعتبر عالماً بالعيب اذا كان ظاهراً او كان مما لايخفى عن الناقل المعتاد)) اي ان الناقل لايمكن له التخلص من الاضرار التي تحدث بالبضاعة والادعاء بعدم اشعاره بالعيوب ومن ثم الدفع بعدم مسؤوليته طالما كان عالماً بعيوب التغليف أو اعتبر عالماً بها ورغم ذلك ارتضى النقل مجازفاً ومستخفاً بالظروف.

نخلص مما تقدم ان نطاق قاعدة الاغلاق يسري على القوانين الشكلية والموضوعية على حد سواء[٥٣] الا ان من العدل ان نجزم بان هذه القاعدة اكثر تطبيقاً في القوانين الشكلية من الموضوعية منها للاسباب السالف ذكرها

(٥١) د.علي فوزي الموسوي،المصدر السابق،ص٢١٥ والذي يرى بان هناك بعض من التصرفات في الاوراق التجارية ما لايجوز فيها الاحتجاج ببعض الدفوع في العلاقات المتباعدة بالنسبة لبعض الاشخاص دون العلاقات المباشرة وهو مايعرف بقاعدة التطهير من الدفوع

(٥٢) د.لطيف جبر كوماني،الشركات التجارية،بدون طبعة،٢٠٠٦،ص٢٩.كذلك د.باسم محمد ملحم و د.بسام حمد الطراونة،الشركات التجارية،ط١،دار المسيرة للطباعة والنشر-عمان،٢٠١٢،ص٧٩

(٥٣) د.علي فوزي الموسوي،المصدر السابق،ص٢٠٨

المبحث الثاني
تطبيقات قاعدة الاغلاق في الحقوق العينية

سبق وان بينا ان تطبيقات قاعدة الاغلاق(عدم التناقض) كثيرة ومختلفة في ثنايا القانون المدني،ومن ضمن هذه التطبيقات ما يتعلق منها بالحقوق العينية،ونرى من الضروري في مستهل الامر ان نفسر نص المادة (١٠٠)من مجلة الاحكام العدلية (والتي تعد اساس لكثير من الاحكام القانونية) وبيان هل كان المقصود من نص المادة المذكور بانها تنصرف الى العلاقات التعاقدية ام إمكانية انصرافها الى سائر المفاهيم القانونية الاخرى.

المطلب الاول: شمولية قاعدة الاغلاق وانطباقها على الحقوق العينية

هيمنت الاحكام التعاقدية على مضمون القانون المدني العراقي فقد افرد هذا القانون ١١٢ مادة صريحة من المادة(٧٣-١٨٥) تتناول احكام العقد بصورة عامة ناهيك عن ما تم ايراده ضمن احكام عقد البيع (م ٥٠٦)، والايجار(م ٧٢٢)، والمقاولة والاستصناع (م٨٦٤) والعمل (م ٩٠٩) والوكالة (م ٩٢٧) والوديعة (م ٩٥٠) والاعارة (م٨٤٧)، والتامين (م٩٨٣) والكفالة (م١٠٠٨) والرهن التاميني (م١٢٨٥) والحيازي (م ١٣٢١)، فتربعت فلسفة العقد على مساحة واسعة من القانون الامر الذي ادى الى تأثر قسم كبير من هذه النصوص بهذه الفلسفة وبالرجوع الى نص المادة ١٠٠ من المجلة والذي ينص ((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)) وتفسير مفرداته نستشعر ان صبغته التعاقدية واضحة للاسباب التالية:-

أولا:- التفسير اللغوي لـ (نقض):-

اوردت معاجم اللغة العربية معنى كلمة النقض ويكاد اغلبها مجمع على معنوى وحد لهذه الكلمة وهو ((أفساد ما ابرمت من عقد وبناء،والنقض نقض البناء والحبل والعهد،والنقض ضد الابرام ،والنقض اسم البناء المنقوض اذ هدم،والمناقضة في القول ان يتكلم بما يتناقض معناه))[٥٤].فالنقض ضد الابرام[٥٥] وهما كلمتان يشاع استخدامهما كثيراً في مجال انعقاد العقد وانهائه وغالباً ماينحصر معناهما به،ومثال ذلك ماورد بالمادة ١٢٥ ((اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول،فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه((وكذلك المادة(١/١٣٤))) اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي

(٥٤) ابن منظور،لسان العرب،المجلد الثالث عشر،ط٤،دار صادر-بيروت،٢٠٠٥ص٣٣٩

(٥٥) ورد في لسان العرب (٥٤) معنى لكلمة نقض الا اننا وجدنا ان اقربها للمعنى محل البحث هو (النقض ضد الابرام)

فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها)). وكذلك المادة(٢/١٣٦) والتي تنص ((ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا.((وكذلك المادة ١٥٣ ((١- يجوز للمشترط دون دائنه او وارثه ان ينقض المشارطة قبل ان يعلن المنتفع للمتعهد او للمشترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد. ٢- ولا يترتب على نقض المشارطة ان تبرأ ذمة المتعهد نحو المشترط الا اذا اتفق صراحة او ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط احلال منتفع محل المنتفع الاول كما ان له ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة.))

اما ما يتعلق بمصطلح الابرام فقد ورد ايضا في المواطن المتعلقة بالعقد ومثال ذلك ماورد بالمادة (٢/٩١٠) ((غير انه يشترط لصحة هذا الاتفاق:أ – ان يكون العامل بالغاً رشده وقت ابرام العقد)) وكذلك في المادة٩٨٦((أ-ان يدفع الاقساط او الدفعة المالية الاخرى في الاجل المتفق عليه. ب – ان يقرر وقت ابرام العقد كل الظروف المعلومة له، والتي يهم المؤمن معرفتها، ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهما في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل اسئلة مكتوبة.((وكذلك ماورد بالمادة (٩٩٢) والتي جاء بها ((يقع باطلا التامين على حياة الغير،مالم يوافق الغير عليه كتابة قبل ابرام العقد،فاذا كان هذا الشخص لاتتوفر فيه الاهلية،فلا يكون العقد صحيحاً الا بموافقة من يمثله قانوناً)).

يتبين من ماورد ان كلمتا النقض ونقيضتها الابرام قد وردتا كثيرا بمناسبة الحديث عن العقد واثاره،ومن ثم فان الغالب الشائع بانصراف نية المشرع ذهنيا على اقل تقدير الى انصراف القاعدة على العقود.

ثانيا:- تفسير عبارة (ماتم من جهته)

ان التمعن في تفسير عبارات المادة المذكورة يتبين له ان انصراف نية واضع القاعدة ترمي الى دلالتها التعاقدية لاسيما عبارة (ماتم من جهته) اذ بمفهوم المخالفة نستدل ان هناك جهة اخرى في العلاقة القانونية التي ترمي القاعدة الى الانطباق عليها ،وغالبا عندما تتضمن العلاقة القانونية اكثر من طرف واحد فيغلب عليها ان تكون علاقة تعاقدية.

وعلى الرغم من كون قاعدة الاغلاق(عدم التناقض) تنظم الجانب التعاقدي بشكل كبير الا ان هذا الامر لايعني مطلقاً عدم تنظيمها لحالات قانونية اخرى،فدلالة نص معين لايعني مطلقاً انكار تطبيق جوهر الفكرة وسحبها على اوضاع قانونية اخرى، وخير برهان على ذلك ما جاء بالمادة ١/١٠٧٧ والتي تنص((يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة اشهر من انتهاء القسمة، وللمدعي عليه ان يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل نقداً او عيناً، ما نقص من حصته.))

نخلص من ماورد بان قاعدة الاغلاق تصلح ان تكون قاعدة شاملة ومنطبقة على

الاحكام المتعلقة بالعلاقات التعاقدية وغيرها من الاحكام القانونية الاخرى وبضمنها الحقوق العينية الاصلية وقسم كبير من الحقوق العينية التبعية متمثلة بالرهن التاميني والرهن الحيازي كونهما عقدين ينبرمان بايجاب وقبول ويشتملان على جميع اركان العقد.

المطلب الثاني: قاعدة الاغلاق في الحقوق العينية الاصلية(حق الملكية والقيود الواردة عليه)

تضمنت الاحكام المتعلقة بالملكية وما يتفرع عنها ومضات تشير الى قاعدة الاغلاق منها مايتعلق باختيار المالك لنقطة جغرافية ظاهرة العيب عند تملك العقار ومنها ما يتعلق باحكام حق المرور.

اولاً:-اختيارالشخص لنقطة جغرافية ظاهرة العيب عند تملك العقار

تثير حالات الجوار مشاكل عدة منها قانونية ومنها واقعية،الا ان حالة الجوار هذه تفرض على المالك قدراً ادنى من التعامل المتسامح مع جاره فلا يستطيع الادعاء بكل ضرر يصيبه وان كان بسيطا[٥٦]،ولكن في احيان معينة تكون هذه الاضرار متوقعة الحدوث بسبب موقع العقار حيث يكون عرضة للاخطار،ومثال ذلك عندما ينتقي احد الاشخاص منزلاً للسكن في منطقة تتميز بطابع صناعي او ينتقي هذا المنزل بجانب مصنع كان قائماً من قبل،فيتضرر من وجود هذا المصنع ،فهل يحق له الادعاء بهذه الاضرار الحاصلة له ام لا؟

في البداية يجب ان ننوه ان هذه الحالة او المسألة ليست غريبة عن القوانين العراقية والعربية ،حيث اوردت المادة (١٢٠٧) من مجلة الاحكام العدلية نصاً واضحاً بدلالته على تحصين المالك من المسؤولية عن الاضرار التي يسببها عقاره بالجار الجديد حيث جاء في هذه المادة ((اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء اخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه،مثلا اذا كان لدار قديمة نافذة مشرفة على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة ان يدفع بنفسه مضرته وليس له حق ان يدعي على صاحب الدار القديمة،كما انه لو احدث احد داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يطلب تعطيل دكان الحداد بداعي انه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد،وكذا اذا احدث احد داراً في القرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية بداعي ان غبار البيدر يصيب داره)).

وهذا النص كرر في القانون المدني العراقي بالمادة (٣/١٢٠٧) وبمضمون مطابق لما ورد في المادة(١٢٠٧) من مجلة الاحكام العدلية حيث جاء فيه ((وذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفا مشروعا،فجاء اخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه))[٥٧].ومضمون هذا النص واضح وهو يعالج حالة الاسبقية في التملك وما اذا كانت هذه الاسبقية لها اثر في عدم مسؤولية المالك

(٥٦) د.حسن علي الذنون،الحقوق العينية الاصلية،بدون طبعة،شركة الرابطة للطباعة والنشر،١٩٥٤،ص٣٧

(٥٧) حيث يرى د.حسن علي الذنون بان هذه الفقرة قد جاءت من باب اللغو وفيها لبس وغموض واتت بعكس نية المشرع الا انه لم يبين مبنى اللبس او الغموض..د.حسن علي الذنون ،المصدر السابق ،ص٣٩

عن الاضرار التي يسببها عقاره للجار الجديد ام لا.الجواب على هذا السؤال تنازع فيه فريقين من الفقهاء احدهما يرى بعدم عصمته عن المسؤولية الناتجة عن الاضرار التي يحدثها عقاره بالغير بينما يرى الفريق الثاني بعصمته عن هذه المسؤولية.

الفريق الاول المنادي بعدم العصمة من المسؤولية :- يرى هذا الفريق[٥٨] بان المالك يكون مسؤولا مسؤولية تامة عن الاضرار التي يسببها عقاره بالجار الجديد على الرغم من اسبقيته في التملك،الا ان الامر ليس بهذا الاطلاق اذ تكون لهذه الاسبقية حجتها اذا كانت جماعية اي ان تقترن المنطقة بنشاط صناعي او زراعي معين، فمن ياتي وينشأ دارا للسكن في هذه المنطقة فلا يمكنه الادعاء بالاضرار ومن ثم المطالبة بالتعويض نتيجة الاضرار الواقعة عليه.

الفريق الثاني المنادي بالعصمة من المسؤولية :- يذهب هذا الفريق بان المالك يكون بمنأى عن المسؤولية عن الاضرار التي يسببها مصنعه بالجار الجديد اذا كان اسبق في التملك[٥٩]،ومن باب اولى اذا كانت اسبقيته جماعية،وبذلك فهو يحدد ضمناً خيارات القاطنين الجدد في هذه المنطقة بخيارين فقط اولهما ان يتخذ الجار الجديد مهنة تنسجم مع المهن الشائعة في هذه المنطقة او ان يتحمل الجار الجديد الاضرار الواقعة عليه دون ان يكون له الحق بالطلب بالتعويض

موقف القانون المدني العراقي والفقه:- وعلى الرغم من وجود رايان محترمان باسانيدهما واستنتاجاتهما الا ان جانب من الفقه العراقي يقر بان موقف القانون العراقي يذهب بما اخذ به الفريق الثاني الذي ينادي بالاخذ بالاسبقية بالتملك كسبب لعدم مسؤولية المالك(ومن دون الاشارة الى ان تكون الاسبقية جماعية او لا) عن الاضرار التي يسببها عقاره بالجار الجديد استناداً الى ماجاءت به المادة (٣/١٠٥١) من القانون المدني العراقي[٦٠].

وعلى ذلك سار المشرع المصري[٦١] والمحاكم الفرنسية[٦٢] الا انهما اشترطا ان تكون الاسبقية جماعية لا فردية

مضمون الاغلاق:- ان مضمون الاغلاق في هذه الحالة يتمثل باختيار الجار الجديد نقطة جغرافية ظاهرية العيب يمكن الاستدلال عليها بسهولة وبدون مشقة تذكر فقد اختار الجار الجديد مكانه بارادته الحرة المستنيرة على الرغم من توقعه القاطع بان هناك اضراراً سوف تلحق به نتيجة لموقع العقار وسط منطقة يغلب عليها طابع صناعي او زراعي ينتج منه ضرراً،مما يستنتج بقبوله طواعية للوضع الجديد وراضياً بما يمسه من

(٥٨) د.نبيل ابراهيم سعد،الحقوق العينية الاصلية،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت،٢٠١٠،ص٦٦ ويشير بدوره الى مجموعة كبيرة من الفقهاء يذهبون الى نفس الرأي ومن ضمنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط، فقرة ٤٣١والدكتور حسن كيرة في الموجز في احكام القانون المدني ،ص١٥٠.والدكتور عبد المنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية الاصلية،فقرة ٤٥

(٥٩) وقد اخذت بعض محاكم مصر قبل صدور القانون المدني المصري اتجاهاً يرمي الى عدم مسؤولية المالك عن الاضرار التي يسببها عقاره للجار الجديد... انظر د.نبيل ابراهيم سعد،المصدر السابق،ص٦٦

(٦٠) محمد طه البشير ود.غني حسون طه،الحقوق العينية،ط٣،العاتك-القاهرة،٢٠١٠،ص٧٨

(٦١) د.توفيق حسن فرج،الحقوق العينية الاصلية،بدون طبعة،الدار الجامعية-الاسكندرية،بدون سنة نشر،ص١٢٣

(٦٢) هذا الرأي بينه الدكتور توفيق حسن فرج مستنداً في ذلك الى ماجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري التي تشير بانه ((ليس لصاحب البناء ان يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة بل هو الذي يلزمه ان دفع الضرر عن نفسه))....لمزيد من التفصيل انظر د.توفيق حسن فرج،المصدر نفسه،ص١٢٤

اضرار[٦٣].ولانرى بان العلة تدور مع كون الاسبقية جماعية ام لا وانما تدور العلة مع علم وقبول الجار الطاريء بالموقع الضار به وأرتضائه بالنتائج.

أثر الاغلاق:- بموجب قبول الجار الجديد بهذا الوضع غير مكترثا بما سوف يصيبه من اضرار متوقعة نتيجة طبيعة استغلال المكان فلايمكنه التذرع بهذه الطبيعة المضرة به عند حدوث الاضرار لاحقا كونه كان عالماً بها ومتوقعا لها ومع ذلك اقدم عليها فلا يحق له الشكوى (كونه قد تنازل ضمنياً عنها) من ذلك والمطالبة بتعويضه عن الاضرار[٦٤].فقاعدة الاغلاق تفرض عليه عدم انكاره لقبوله الضمني بمكان عقاره الجديد والادعاء بعد ذلك بالاضرار الواقعة عليه.

ثانيا:- الانحباس الناشيء عن حق المرور

يعرف حق المرور بانه ((حق مرور الانسان الى ملكه من طريق خاص في ملك الغير))[٦٥]،ويعد من القيود القانونية الورادة على حق الملكية مناطه الانحباس عن الطريق العام،وهو وسيلة قررها القانون لضمان انتفاع الارض المحبوسة عن الطريق العام،وقد اقر القانون المدني هذا القيد في المادة (١٠٥٩) وكذلك فعل القانون المدني المصري بالمادة(٨١٢) والقانون المدني الفرنسي بالمادة(٦٨٢).

وشروط حق المرور هي:-

- ان يكون العقار محبوساً عن الطريق العام
- ان لايكون الانحباس ناشيء عن فعل المالك
- المقابل المالي

ومايهمنا هو الشرط الثاني المتضمن بان لايكون الانحباس عن الطريق العام قد صدر بتصرف مادي او قانوني من المالك،فقد يقوم المالك على بناء معين داخل ارضه مما يؤدي الى غلق الممر المؤدي الى الطريق العام[٦٦] او قيام المالك بتجزئة العقار بتصرف قانوني كان يبيع جزء من العقار ويستبقي الجزء الاخر،او ان يكون العقار مملوك على الشيوع ثم يقسم بين الشركاء المشتاعين فيختص كل منهم بجزء فتنحبس بعض الاجزاء،او يتنازل بارادته الحرة عن حق من حقوق ارتفاق المرور

مضمون الاغلاق:- بلا شك ان قيام المالك باعمال قانونية او تصرفات مادية في عقاره هو حق من حقوقه بموجب حق الملكية الا ان الامر ليس بهذا الاطلاق ،فالاعمال التي يقوم بها ومن شانها ان تحبس جزء من العقار هو وحده من يتحمل نتائجها فليس له ((ان يخلق ظروفا قانونية صعبة بالنسبة لاستعمال او استغلال جزء من الارض التي يملكها ثم يحمل الغير نتيجة عمله))[٦٧] فعلى من خلق هذا الوضع الحرج تحمل اعباءه.

(٦٣) الاستاذ علي الخفيف،الملكية في الشريعة الاسلامية،بدون طبعة،دار النهضة العربية-القاهرة،١٩٩٠،ص١٢٩

(٦٤) المصدر نفسه،ص١٢٩

(٦٥) د.حسن علي الذنون،المصدر السابق،ص٤٩

(٦٦) الاستاذ محمد طه البشير و د.غني حسون طه،المصدر السابق،ص٨٧

(٦٧) د.محمد حسن قاسم،موجز في الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت، ٢٠٠٦،ص ٧٧

أثر الاغلاق:- يتحمل المالك الاثر المترتب على قيامه باعمال قانونية وتصرفات مادية تؤدي الى انحباس كل العقار او بعض اجزاءه فمن يقوم بتجزئة عقار مما يؤدي الى حبسه بعد ان كان متصلاً بالطريق العام فان حق المرور للجزء المحبوس يتقرر على الاجزاء الاخرى وليس على العقار المجاور له ((فمن المسلم ان احداً لايملك بمجرد الارادة تقييد سلطات ملكية الغير بخلق حالة من الانحباس تبرر المطالبة بحق المرور القانوني على ارضه،فعلى من خلق الانحباس وحده تحمل مسؤولية النتائج دون ان يملك تحميلها للاخرين))[٦٨]،وبذلك لايمكن لمالك العقار المطالبة بالمرور بارض الجار بعد ان قام بفعله هو وحده بحبس عقاره عن الطريق العام ،فقاعدة الاغلاق تسد الطريق على مالك العقار من المطالبة بحق المرور بارض الجار وخير دليل على ذلك ان هذه القاعدة تتجمد وتتراجع في حال ان لم تكن التجزئة ناشئة عن تصرف قانوني من قبل المالك كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة ففي هذه الحالة ليس للمالك يد في خلق هذه الظروف وبالتالي يمكن له المطالبة بالمرور بالاراضي المجاورة من دون عائق قانوني.[٦٩]

المطلب الثالث:قاعدة الاغلاق في الحقوق العينية التبعية(الرهن التاميني والحيازي)

تضمنت الاحكام الخاصة بالرهن التاميني والحيازي في القانون المدني العراقي ومضات قانونية تشير الى الاخذ بهذه القاعدة،فمنها مايتعلق بضمان سلامة الرهن ومنها مايتعلق بمركز المرتهن ودوره في التنفيذ على العقار المرهون رهنا تامينياً.

أولا:- الالتزام بضمان سلامة الرهن

من المعروف ان عقد الرهن التاميني عقد ملزم لجانب واحد فهو ينشيء التزامات في ذمة الراهن ولايلزم المرتهن بشيء،بينما يكون عقد الرهن الحيازي ملزماً للجانبين ويفرض التزامات على الراهن والمرتهن على حد سواء،ومن الالتزامات المشتركة بين العقدين هو الالتزام بضمان سلامة الرهن

الالتزام بضمان سلامة الرهن التاميني:- تقضي المادة (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي بان ((١- يضمن الراهن في الرهن التاميني سلامة الرهن،وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه ٢- فاذا وقعت اعمال من شانها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان،كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)).

مضمون الاغلاق:- ان التزام الراهن بضمان سلامة الرهن امر مفروغ منه ،فلا يتصور ان يقوم الراهن باقرار الرهن ضماناً لدين معين ومن ثم يبادر للقيام باجراءات من شانها ان تقوض عقد الرهن،وبناء على ذلك فان كاهل الراهن يثقل بالتزام يتخذ صورتين احداهما سلبية تتمثل بامتناع الراهن عن كل عمل مادي يمس الرهن بسوء فليس له القيام باي اعمال من شانها تخريب العقار او اجزاء منه ولا رفع منقول منه ولا قلع اشجاره او

(٦٨) د.رمضان ابو السعود،الوجيز في الحقوق العينية الاصلية،بدون طبعة،منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت،٢٠٠٢،ص٤٨٢
(٦٩) د.نبيل ابراهيم سعد،المصدر السابق،ص٨٨

انتزاع ثمارها او او تخريب ممراته او غلق ابوابه .او قيامه باعمال قانونية تؤثر على حق المرتهن كما في حالة التنازل عن حقوق ارتفاقه وعليه عدم ترتيب اي حق على العقار المرهون(٧٠)

والصورة الثانية ايجابية تتمثل بضرورة تدخل الراهن من اجل دفع كل دعوى صادرة من الغير تتعارض بمجملها مع حق المرتهن(٧١)كان يدعي الغير بانه مالك للعقار المرهون وان الرهن الصادر من الراهن لم ينقل الى المرتهن حق الرهن لانه صادر من غير مالك او ادعى ان له حق ارتفاق على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على ان حق الارتفاق هذا غير موجود(٧٢).

من كل ماتقدم نرى بان الراهن لايمكن ان يناقض نفسه باعطاءه للرهن وضمان دينه ومن ثم يقوم باعمال قانونية او مادية من شانها ان تنقص من هذا الضمان وتجعل المرتهن يتصور بعدم وجود رهن اصلا او بعدم كفايته او فائدته.او ان يتخلى الراهن عن مرتهنه ويتقاعس عن دفع ادعاء الغير مما يعرض المرهون للزوال احياناً.

اثر الاغلاق:- يتمثل اثر الاخذ بقاعدة الاغلاق هو إنكار كل تصرف صادر من الراهن يناقض موقفه السابق باعطاء الرهن(٧٣)حيث يبقى للمرتهن الحق بالاعتراض على كل عمل من شانه انقاص ضمانه (م١/١٢٩٦)،وله فوق ذلك وقف هذه الاعمال فضلاً عن اتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر(م٢/١٢٩٦)،فما فائدة ابرام عقد رهن تاميني بيد والمبادرة بهدم محله باليد الاخرى؟وتعريض الرهن للزوال او الضرر ومن ثم بقاء الدين بدون ضمان لتتحرك ارادة الدائن المرتهن من جديد والمطالبة بحصوله على تامين كافٍ او اداء الدين له فوراً وهو عكس مايريده ويتمناه الراهن.

الالتزام بضمان سلامة الرهن الحيازي :- اتى ضمان سلامة الرهن الحيازي بنفس مضمون الالتزام بضمانة الرهن التاميني فقد نصت المادة (١٣٣٥) من القانون المدني العراقي على ((يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن ،وليس له ان ياتي عملاً ينقص من قيمة المرهون او يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه)).

وبذلك فان الراهن في الرهن الحيازي يضمن التعرض الشخصي بشقية القانوني والمادي ويضمن التعرض القانوني الصادر من الغير الذي من شانه تعريض المرهون للخطر ،وهذا الالتزام لايختلف عن التزام الراهن في الرهن التاميني،ومن ثم فان الراهن حيازياً سوف يواجه بقاعدة الاغلاق(عدم التناقض) التي تفرض عليه عدم اتخاذ سلوك مناقض(تهديد سلامة الرهن) لسلوك سبق وان اقدم عليه بارادته المختاره (ابرام عقد الرهن)

(٧٠) د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-الجزء العاشر،ط٣،منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت،٢٠٠٠،ص٣٨٦

(٧١) الاستاذ محمد طه البشير ود.غني حسون طه،المصدر السابق،ص٤٢٠

(٧٢) د.عبد الرزاق السنهوري ،المصدر السابق،ص٣٨٨

(٧٣) الاستاذ محمد طه البشير ود.غني حسون طه،المصدر السابق،ص٤٢٠

ثانيا:- مركز المرتهن ودوره في التنفيذ على العقار المرهون

من المعروف ان المدين الراهن لايُقدم الرهن الى المرتهن عبثاً وانما يقدمه ضماناً لدين سابق بذمته ،كون ان الرهن التاميني باعتباره من الحقوق العينية التبعية لايقوم بذاته وانما يستند في وجوده الى حق شخصي سابق،وهذه الضمانة لاتعطي ثمارها الا اذا اقترنت بوسائل واليات قانونية تكفل للمرتهن من اقتضاء حقه عند حلول الاجل اقتضاء سلساً هادئاً،وبغير ذلك سوف يعزف الافراد من الاقدام على علاقات قانونية يفتقر فيها احد الاطراف الى الملائة المالية الانية،او على اقل تقدير سوف يتراجعون عن اكمال المسيرة التعاقدية في حالة اصطدامهم بعوائق مالية.وبناء على ذلك فقد اعطى المشرع أهمية بالغة بتنظيم احكام التنفيذ على العقار المرهون بعد حلول اجل الدين.وقد قضت المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي على ((يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تامينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين،الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن)).وعلى الرغم ما للمرتهن من جواز قانوني في نزع ملكية العقار المرهون بعد حلول اجل الدين الا ان هذا النزع قد يصطدم بعقبات قانونية متعلقة به شخصياً وبمركزه القانوني الذي من الممكن ان يعيق هذا النزع.

مضمون الاغلاق:- يمكن للشخص ان يكون محوراً لاكثر من مركز قانوني في ان واحد،فاحياناً ممكن للشخص ان يبرم عقد بوصفه نائباً عن غيره واصيلا عن نفسه،ويمكن ان يكون بائعاً و وديعاً ومؤجراً في نفس الوقت كما في عقد الفندقة[٧٤]،واحياناً يمكن ان يكون الشخص مرتهناً وعدلاً بالنسبة للرهون الاخرى المقررة لغيره[٧٥]، لابل اكثر من ذلك فمن حيث الفلسفة القانونية فان الشخص يمكن ان يكون دائناً ومديناً في الوقت ذاته كما في العقود الملزمة لجانبين حيث ترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين كالبيع والمقايضة والايجار[٧٦]،وكذلك في الرهن التاميني اذ يمكن للحائز دفع دعوى المرتهن ضده عندما يكون الاخير ضامناً لنقل الملكية اليه كما لو كان وراثا للبائع له او كفيلا لان من دعوى الرهن نزع ملكية العقار من يد الحائز ،فان ضمن المرتهن البائع في نقل الملكية الى المشتري فلا يصح له بعد ذلك ان يطلب التنفيذ على العقار لان من يلتزم بالضمان ليس له ان يتعرض))[٧٧].ومضمون الاغلاق واضح وهو مطالبة المرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون بعد ان ضمن البائع بنقل الملكية الى المشتري،فموقف المرتهن متناقض في الحالتين اذ كيف يطالب بالتنفيذ على العقار بعد ان سبق له التعهد بصفته كفيلا للبائع بنقل الملكية.

اثار الاغلاق:- يمكن اثارة قاعدة الاغلاق في هذا الفرض وقيام الحائز بدفع دعوى المرتهن على أساس التناقض بين موقفيه السابق واللاحق فمن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه،وبالتالي لايمكن للمرتهن المطالبة بالتنفيذ بعد ان كان

(٧٤) حيث يكون بائعاً للمأكولات والمشروبات ومؤجراً لمحل الاقامة و وديعاص فيما يتعلق باغراض النزيل
(٧٥) الاستاذ محمد طه البشير ود.غني حسون طه،المصدر السابق،ص٥١٤
(٧٦) د.انور سلطان،مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني،ط١،منشورات الجامعة الاردنية-عمان،١٩٨٧، ص١٥
(٧٧) الاستاذ محمد طه البشير ود.غني حسون طه،المصدر السابق،ص٤٥١

كفيلاً بنقل الملكية لاسيما وان موقفه الاول(كفيلاً بنقل الملكية) قد رتبت عليه الاطراف الاخرى وهي غالباً ماتكون حسنة النية احكاماً قانونية يصعب الرجوع عنها.

وليست هذه هي الاحكام الوحيدة المتعلقة بقاعدة الاغلاق (عدم التناقض) في الحقوق العينية،وإنما هناك احكاماً كثيرة تتعلق بالتنازل ومن ثم الرجوع عنه في مختلف الحقوق الا ان شرحها وتفصيلها سوف ياخذ مجالاً واسعاً جداً يمكن ان يكون محلا لرسائل واطاريح مطولة.

الخاتمة

افرز لنا الخوض في ضمار هذه القاعدة جملة من النتائج والمقترحات البعض منها مضمور ضمن البحوث والدراسات الفقهية والبعض الاخر لم ياخذ نصيبه العادل من البحث والدراسة الاكاديمية.

اولا:- النتائج

كعادته الفقه الاسلامي لم يترك صغيرة او كبيرة الا وتناولها بالبحث والتفصيل،فلخص ماتم الوقوف عليه بقواعد فقهية كثيرة اصبحت مناراً للاجيال المتعاقبة،فشملت هذه القواعد معظم جوانب الحياة ومن هذه القواعد هي قاعدة الاغلاق(عدم التناقض) التي تمنع الشخص من تغيير او تبديل رايه السابق براي اخر بعد ان اقترن بعلم الغير ورتب عليه احكاماً قانونية،فبلورت مجلة الاحكام العدلية هذه الفكرة وصاغتها بقاعدة من ضمن القواعد الواردة فيه وعرفت فيما بعد بقاعدة الاغلاق (م١٠٠) والتي جاء بها((من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)).

وعلى ديدن مجلة الاحكام العدلية سار القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ ولكن على استحياء فأخذ بالكثير من تطبيقات هذه القاعدة ولكن من دون النص عليها صراحة ضمن ثناياه، ومثل ذلك اخذ وقانون المرافعات(٨٣) ١٩٦٩ وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ قانون التجارة رقم (٣٠) ١٩٨٤.

بالنظر لتسيد احكام الشريعة الاسلامية وفقهها على نصوص القوانين العربية فقد اخذت كثير من هذه القوانين بمضمون قاعدة الاغلاق ولكن من دون النص صراحة عليها ،الا ان عدم النص المباشر عليها لم يقلل من اهميتها بشيء فالمتمعن بالنصوص يمكن له بيسر تلمس احكام هذه القاعدة.

شاع تطبيق هذه القاعدة في دول وانحسر في دول اخرى،فشاع تطبيق قاعدة الاغلاق في القانون الانكليزي باعتباره قانوناً يرتكز على السوابق القانونية واحتكامه للمباديء ذات البعد الانساني،فاخذ قضاءه بهذه القاعدة وطبقها باضطراد الا ان مناخها المفضل كان في القوانين الشكلية والاجرائية اكثر من القوانين الموضوعية،اما القانون الفرنسي فاستعان بهذه القاعدة ايضاً ولكن ليس بالقدر الواسع كما هو الحال في القانون الانكليزي،فاخذ القضاء الفرنسي بهذه القاعدة في قوانينه الاجرائية لاسيما مايتعلق بالاثبات وعلى الرغم من انحسارها في القانون الفرنسي الا ان المطلع لايمكن انكار الاستعانة بها في هذا القانون،وبنفس الاتجاه سار القانون الالماني فاخذ باحكامها وطبقها ولكن بشكل ابسط.

لم تأت قاعدة الاغلاق(عدم التناقض) من فراغ وانما فرضتها الضرورات العملية بضمنها ضرورة حسم النزاعات باسرع وقت كي لا تتفاقم اثاره،وهذه الضرورات لاتفرض علينا سرعة حسم النزاع فقط وانما تفرض ان يكون حسم هذا النزاع مستند على احكام قانونية مقنعة للاطراف لايختلف عليها اثنان قدر الامكان،مما يؤدي الى ارتياح الافراد

من قرارات المحاكم وقبولهم لها بطيب خاطر على الرغم من صدورها ضدهم،لاجل ذلك فان رواج قاعدة الاغلاق يرجع الى اسسه المنطقية والموضوعية الراسخة حيث ارجعها بعض الفقه الى مباديء العدالة والضمير الحي فيما ارجعها اخرون الى الاستقرار القانوني وانبرى فريق ينادي بارجاعها الى حسن النية في التصرفات القانونية.

تنازع الفقه كعادته في التفسير والتحليل،فانقسم قسمان فيما يتعلق بنطاق سريان قاعدة الاغلاق فالفريق الاول يرى ان سريانها على القوانين الشكلية دون الموضوعية بينما يرى الفريق الثاني بسريانها على القوانين الموضوعية ويرى اخرون بان الواقع القانوني والعملي يفرض علينا الاعتراف بمد نطاقها للقوانين الشكلية والموضوعية على حد سواء.

لم ينحصر تطبيق القاعدة على مجال محدد بالقانون وانما شمل مجالها مختلف التصرفات والاحكام القانونية.فكان لهذه القاعدة حظ من التطبيق في مجال الحقوق العينية الاصلية والتبعية،فظهر اثرها فيما يتعلق باحكام مسؤولية المالك من الاضرار التي يسببها عقاره للجار الجديد،وكذلك ما يتعلق بالانحباس الارادي للعقار ومدى تاثيره على حق المرور في ارض الغير ومداخلاته القانونية.

وفي الحقوق العينية التبعية نجد ان ضمان سلامة الرهن في الرهن التاميني والحيازي خير مثال على الاخذ بهذه القاعدة كون ان الراهن يمتنع (يغلق عليه) بعد ان اعطى الرهن بقيامه باي نوع من الاعمال التي من شانها انقاص الدائن المرتهن من ضمانه سواء كان هذا الانقاص ناتج عن التعرض الشخصي الصادر من المدين الراهن (قانونيا او ماديا) او تقاعس الراهن عن التعرض القانوني الصادر من الغير ،وكذلك مايتعلق بامتناع المرتهن من المطالبة بالتنفيذ على العقار المرهون بعد ان كان هو نفسه كفيلا للبائع بنقل ملكية ذات العقار.

ثانيا:- المقترحات

تضمين القوانين الحديثة نصاً صريحاً يعكس مضمون هذه القاعدة،وعدم ترك موضوع الاخذ بها من عدمه الى الثقافة القانونية للقاضي او القانوني.اذ لايخفى ما لهذه القاعدة من حجة دامغة تمنع من مواجهتها مما يؤثر ايجاباً بحسم النزاع.

تسليط الضوء على هذه القاعدة في الميادين القضائية من السادة القضاة او المحامين،حيث يمكن الاستعانه بها لحسم النزاع بصورة سريعة وعادلة ومقنعة جدا للاطراف المتنازعة لاسيما وانها ليست غريبة عن احكامنا القانونية ولها اشارات وومضات ضمن القوانين النافذة.

اعطاء هذه القاعدة فرصة اكبر في الدراسات والبحوث الاكاديمية اذ تفتقر المكتبات القانونية العربية الى دراسات متعلقة بهذه القاعدة على الرغم من اهميتها وتطبيقاتها العملية الكثيرة