قاعــدة الإغلاق
وتطبيقاتها القانونية

د.علي فوزي الموسوي
كلية القانون – جامعة بغداد

الى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق – جامعة النهرين

في المدة (٣٠) إلى (٣١) آذار /٢٠١٠

ضمن محور اثر الفقه الإسلامي في القوانين الوضعية

محاور قسم القانون الخاص

مقدمة:-

لقد كان للجهود الجبارة المخلصة التي بذلها الفقهاء المسلمون في بيان كفاءة اداء الفقه الاسلامي وعظمته وفق حركة التطور الحضاري أثر كبير في اغناء القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المدني العراقي ، فنجد اليوم آثاراً عظيمة لهذا الفقه المعطاء في كافة القوانين.

وقد تم ذلك من خلال القواعد الفقهية[١]،التي تمثل بحق مرحلة متقدمة من النضج العلمي والفكري القادر على استيعاب احكام الفقه نصوصاً واجتهاداً وصوغ ذلك في قواعد عامة يندرج تحتها مالا حصر له من الجزئيات.

لقد حوت مقدمة مجلة الاحكام العدلية الصادرة سنة ١٢٩٦هـ، ١٨٧٩م التي تعد قانوناً مدنياً على مجموعة من القواعد الفقهية بلغت تسعاً وتسعين قاعدة ، وقد اشارت مقدمة هذه المجلة الى اهمية تلك القواعد وأن فهمها له أثر في تقريرها في الاذهان وبالتالي وجود ملكات فقهية[٢].

واذا كانت هذه المجلة ثمرة جهود مخلصة بذلها العلماء الاعلام في صياغة احكام الفقه الاسلامي والذي كان وما زال له قصب السبق في بيان الاحكام القانونية في العديد من القوانين حتى الغربية منها ، فاننا اليوم بأمس الحاجة الى الرجوع الى تلك القواعد التي تمثل المنهل العذب الذي نستقي منه أحكام معاملاتنا.

إن موضوع بحثنا هو قاعدة الاغلاق الواردة في القاعدة القانونية الفقهية التي تقول : (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) أو القاعدة (من وجب عليه الضمان يمتنع عليه التعرض).

إن هذه القاعدة الجليلة تعود في جذورها الى الفقيه الحنفي البارع زفر بن الهذيل رحمه الله فهو أول من قال بها ، ووضع شروطها وأحكامها وبعد إن استقر تطبيقها الفقهي انتشرت في البلاد الاسلامية ووصلت الى العالم الغربي من خلال الدولة العثمانية ، وتلقفها الفقه

---

(١) يراد بالقاعدة لغةً: الاساس مادياً كان أو معنوياً

أنظر إبن منظور، لسان العرب، ٣٦١/٣،والزبيدي،تاج العروس،دار ليبيا للنشر بنغازي،٤٧٣/٢ كذلك الراغب الأصفهاني،الحسين بن محمد المتوفى سنة ٥٠٢هـ ، المفردات في غريب القرآن، القاهرة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده :سنة ١٩٦١،ص٤٠٩.

اما في الاصطلاح الشرعي فهي:

(حكم كلي ينطبق على اكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه) للمزيد أنظر الحموي أحمد بن محمد الحسيني (المتوفى سنة ١٠٩٨هـ،١٦٨٧م) ، غمر عيون البصائر ، القاهرة: دار الطباعة العامرة، سنة ١٣٥٧هـ،ص٢٢

(٢) منير القاضي، شرح المجلة، ط١، ج١، بغداد : مطبعة العاني، سنة ١٩٤٩، ص١.

الانكلوسكسوني فصاغ منها مبدأ معروفا عندهم الا وهو مبدأ أو قاعدة الاغلاق Rules by estoppel [1] .

ان هذه القاعدة لم تأخذ حقها في البحث والتحليل لذلك آثرنا أن ندرسها في مبحثين: نعقد المبحث الاول للتعرف بها وبيان اساسها الفقهي والقانوني ، بينما يتولى المبحث الثاني دراسة التطبيقات الفقهية والقانونية آملين أن تكون هذه الدراسة ذات قيمة علمية.

ومن الله التوفيق.

(1) Brownlie, principles of public international Law ,Oxford , 1973 , p 618.

اذ يقول المؤلف: "This rule is from an old jurist so called sofer – Hydel"

ومعنى ذلك : إن هذه القاعدة تعود لفقيه قديم يدعى سوفر – هيدل أي زفر بن الهذيل.

المبحث الاول
مفهوم قاعدة الاغلاق

البحث في قاعدة الاغلاق يقتضي بيان مفهومها واساسها سنتولى بحث ذلك بمطلبين نخصص المطلب الاول للتعريف بالقاعدة والثاني لبيان اساسها من الناحية الشرعية والقانونية وكما يأتي:

المطلب الاول
التعريف بقاعدة الاغلاق

لقاعدة الاغلاق معنى فقهي في الشريعة الاسلامية ، كما أن لها معنى قانونيا سنبين ذلك في فرعين.

الفرع الاول
التعريف الشرعي لقاعدة الاغلاق

تعني هذه القاعدة بالفقه الاسلامي ان كل تصرف قولي او فعلي أو أسقاط[١] اذا صدر من ذي أهلية وترتب عليه حق لأخر يكون ملزماً لمن صدر منه ولا يقبل الرجوع عنه[٢] .

فهي تعني عدم نفوذ الانكار بعد الأقرار وبعبارة أخرى تعني أصالة الصحة في عمل المسلم مطلقاً لان الاصل في التصرفات الصحة ما لم يقم دليل بخلاف ذلك ، فأذا تم الامر من أحد فلا يسمع قوله ولا يعتبر ادعاؤه في نقض هذا الامر، ومن هذا القبيل الاقرارات الشرعية والتصرفات التي توجب الاسقاطات.

---

(١) تشمل التصرفات الشرعية التصرفات القولية والفعلية فالقولية تشمل الانشاءات والاسقاطات والانشاءات أما أن تتم من جانب واحد فتدعى بالايقاعات كالوقف والنذر والوصية والجعالة ، يقابلها في القوانين المدنية العمل القانوني الصادر من جانب واحد ، وأما ان تتم من جانبين فتسمى عندئذ بالعقود .

أما الاسقاطات فهي التي تؤدي الى انهاء حالة قانونية قائمة كالابراء من الدين والعتق، أما التصرفات الفعلية فهي التي تكون سبباً للضمان كغصب مال الغير أو أتلافه ، فالغصب ينشئ على عاتق الغاصب التزاماً بالرد عينا أو قيمةً ، والاتلاف ينشئ كذلك التزاماً على المتلف بتعويض صاحب المال عن قيمة ماله ، للمزيد أنظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، ج١، ط٥، بغداد: مطبعة نديم، سنة١٩٧٧ م،ص٣١.

(٢) محمد شفيق العاني ، الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية ، بغداد: مطبعة لجنة البيان العربي، سنة ١٩٦٥، ص١٣٦.

الفرع الثاني
التعريف القانوني لقاعدة الاغلاق

في البدء يحسن بنا أن نشير الى أن الكلمة الانكليزية المستخدمة هي Estoppel التي تعني الاغلاق في مقابل التناقض والتعارض والتنافر والتضاد والتباين[١] .

ويذكر الفاروقي في معجمه القانوني أن هذا المصطلح أصله ،انكليزي ، وهو لا يخلو من معنى الكلمتين أذ يفيد الاغلاق او الايقاف على سير أو تصرف أو سلوك، ويمكن تفسيره بالاغلاق الحكمي او الحجة المغلقة لانها تغلق دون الشخص باب الرجوع فيما قال او فعل وتجعل من قوله او فعله حجة عليه، كما يمكن تفسيره بالحجة القاصرة على صاحبها او الحد المانع[٢] .

وهذه القاعدة هي ايضاً من قواعد البينه تمنع الشخص من أنكار ما صدر عنه من قول او فعل او سلوك وتقرر أن صدوره أو رضاه أو سكوته عن أمر أو قبوله به صراحة أو ضمناً يعتبر حجة قاصرة عليه تمنعه من نقضه أو أنكاره ويرى جانب من الفقه المصري أن قاعدة الاغلاق هي قاعدة أجرائية ارتقت الى مركز القاعدة الجوهرية في القانون ، وهي في نطاق القانون الدولي العام تحرم على دولة ان تدافع عن موقف حالي يتعارض مع موقف سابق ويضرب هذا الاتجاه مثلاً بدولة تقوم بالتوقيع على معاهدة وكانت تعلم بوجود خطأ الا انها تصرفت وكأن الخطأ غير موجود ثم اخذت بعد فترة لاحقة تطالب ببطلان المعاهدة بسبب الخطأ[٣] .

اما في الفقه العراقي فأن جانبا منه ذهب الى أن أصل القاعدة هو النظام القانوني الانكليزي ، وهو أن الخصم في دعوى مرفوعة امام القاضي الانكليزي يمنع ان يتخذ موقفاً مختلفاً عن الموقف الذي سبق أن اتخذه أمام المحكمة ويكون هدف هذه القاعدة هو منع المترافع من ان يناقض نفسه[٤] .

ويتضح مما تقدم أن قاعدة الاغلاق هي ليست قاعدة إجرائية فحسب بل قاعدة موضوعية أيضاً تمثل اساساً يمكن الاستناد اليه أو الحكم به .

---

(١) د.ابراهيم اسماعيل الوهب، القاموس القانوني ، بيروت : مكتبة لبنان ، ط٢، سنة١٩٧٢،ص٤٥.

(٢) حارث سليمان الفاروقي،المعجم القانوني، ط٥ ، بيروت : مكتبة لبنان ،سنة ١٩٨٨، ص ٢٧٧ .

(٣) د.غسان الجندي، قانون المعاهدة الدولية ، عمان، سنة ١٩٨٨، ص ٢٤٢ .

(٤) د.نزار العنبكي، الالتزام الناشئ عن الوعد الصادر من جانب واحد وتطبيقاته في القانون الدولي العام ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس ، العدد ١،٢، سنة ١٩٨٧، ص٢٨٨ .

المطلب الثاني
الاساس الشرعي والقانوني لقاعدة الاغلاق

يجد الاساس لقاعدة الاغلاق أصوله في القرآن الكريم والقواعد الفقهية سنبين ذلك بنقطتين:-

اولاً- اساس قاعدة الاغلاق في القرآن الكريم :-

حث القرآن الكريم في العديد من الايات الكريمة على ضرورة الالتزام بالعهد وعدم نقضه ، ومصطلح العهد في الشريعة الاسلامية يعني التزام المكلف بأوامر ونواهي الشارع المقدس[١] ومن هذه الايات ما يأتي :

قال تعالى:

(والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) [٢] .

وقال عزّ من قال:

(الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الارض أولئك هم الخاسرون) [٣] .

وقال تعالى ايضاً:

(ولا تبطلوا اعمالكم) [٤] (ولا تكونوا كالتي نقضت غزلهامن بعد قوة أنكاثاً) [٥] .

وفيما تقدم من آيات يتضح أن العهود والمواثيق المقطوعة يجب أن تنفذ ويوفى بها بأمانة وأخلاص وحسن نية ، ففي ذلك قوة ومصلحة ومراعاة لواجب اخلاقي وديني ، والله شاهد ورقيب وضامن للعهود المبرمة ، وعدم الوفاء بها دليل الخيانة وسوء النية والغدر [٦] .

ثانياً – أساس قاعدة الاغلاق في الفقه الاسلامي:

للفقه الاسلامي قواعد فقهية كلية ، والقواعد في اصول الفقه هي الاحكام الكلية التي منها ما ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها بحيث لا يشذ منها شيئ ولا يخرج عن حكمه شيئ ومنها ما ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه ، أذ قد يخرج بعضها عن حكمه [٧] ،

---

(١) د.مصطفى أبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، دراسة مقارنة ، بغداد ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، سنة ٢٠٠٤م، ص٢٢.

(٢) المعارج- آية ٣٢ .

(٣) البقرة – آية ٢٧.

(٤) محمد-اية ٣٣

(٢) النحل –آية رقم ٩٢.

(٣) الشيخ محمد ابو زهرة ، العلاقات الدولية في الاسلام ، القاهرة: الدار القومية للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٤، ص٤١.

(٧) منير القاضي، مرجع سابق، ص٥٣ .

وقد تلقفت مجلة الاحكام العدلية الكثير من قواعد الفقه الاسلامي ومن هذه القواعد ما يعبر او يقترن بما نحن بصدد بحثه ما يأتي:

١- القاعدة الواردة في المادة ١٠٠ من مجلة الاحكام العدلية:

(من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)، التي تعني عدم جواز انكار ما تم قبوله سابقاً وعدم جواز الادعاء بما يخالف سلوكاً أو فعلاً أو قولاً أو اذا تم أمر من أحد فلا يسمع قوله ولا يعتبر عمله في أبطال ما كان قد أتمه.

٢- القاعدة التي تتضمنها المادة ١٦ من المجلة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)، بمعنى أنه أذا أجتهد مجتهد في مسألة أجتهاداً صحيحاً فأن حكمه هذا لا يجوز أبطاله بأجتهاد آخر صادر عنه أو عن مجتهد لتساويهما في القوة وليتم الوقوف على حكم للمسألة المعروضه.

٣- القاعدة الواردة في المادة ٨٠ من المجلة:

٤- (لا حجة في التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم) أي ان الحجة (الشهادة) تبطل بسبب التناقض فلا يبنى عليها حكم قضائي ، ولكن اذا لحق الحجة (الشهادة)حكم قضائي قبل وقوع التناقض فلا يختل الحكم بعد حصول التناقض ، وكذلك لا عبرة بالتناقض في الاقرار فلو أنكر المدعى عليه التزاماً عليه أو حقاً لآخر ثم أقر به ، فأنه يلزم بأقراره ، ولا يخل هذا التناقض بالأقرار[١] .

ان هذه القواعد جميعاً ترجع الى أصل مشترك الى قاعدة شرعية تسمى أصالة الصحة والتي مفادها أن الاصل في التصرفات الصحة حتى يثبت خلاف ذلك وقاعدة اصالة الصحة مبحوث عنها في جميع كتب الفقه الاسلامي[٢]، فالفرد اذا شكّ في صحة العمل الذي اتى به سواء كان قولاً أو فعلاً حمل الفعل الصادر عن نفسه على الصحة الواقعيه، فالفاعل قد يخطيء عن قصد أو غير قصد فيعتقد بما ليس بصحيح واقعاً صحيحاً ومفروض قاعدة الصحة أن كل تصرف شرعي يأتيه الفرد تكون معه أمارات الصحة فلا يجوز نقضه أو تعديله لان في ذلك اختلالا للنظام لا يرتفع الا بالحمل على الصحيح الواقعي ، وفي هذا المعنى فأن قاعدة أصالة الصحة تتطابق قانوناً مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[٣] .

---

(١)منير القاضي ، مرجع سابق ، ص١٤٣.

(٢) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، النجف الاشرف: المطبعة الحيدرية، سنة ١٣٥٩هـ ، ص٦١.

(٣) محمد علي الحسني، أمالي الهادي، مباحث فقهية في الالتزام والمعاملات ، بيروت : مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، سنة ١٩٧٥،ص٩٨ .

اما عن الاساس القانوني لقاعدة الاغلاق فيمكن رده الى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والالتزامات ، وقد نص القانون المدني العراقي كغيره من القوانين المدنية الحديثة [1] على هذا المبدأ في الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ منه التي نصت على:

(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وحسن النية هو تصوير للنوايا الهادئة الخالية من الصرامة وبأتجاه مقترن بالاعتدال وكل ما يتوخاه المتعاقد وما يهدف اليه في تنفيذ عقده دون إفراط قد يؤدي الى إهدار مصالح الغير وباستبعاد الغش والتدليس اللذين يقلبان الحقائق مما يتطابق مع التناقض والتعارض ، فانتفاء الغش والتحايل يفيد حسن النية ويبين وجود قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية إبتداءا وإنتهاءا.

(١) المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري،والمادة ٣/١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي لسنة١٨٠٤ م.

المبحث الثاني
التطبيقات القانونية لقاعدة الاغلاق

لقاعدة الاغلاق تطبيقات عديدة في نطاق القانون الخاص ، اغلبها مستمد من الشريعة الاسلامية سنتناولها بالبحث بمطالب ثلاثة الاول لبيان تطبيقات القاعدة في القانون المدني والثاني نخصصه للتعرف على تطبيقاتها في قانوني المرافعات والاثبات والثالث لدراسة تطبيقها في القانون التجاري.

المطلب الاول
تطبيقات قاعدة الاغلاق في القانون المدني

تتمثل تطبيقات قاعدة الاغلاق في القانون المدني في ضمان العرض والاستحقاق في عقد البيع والادعاء بالفضالة بعد البيع سنقول كلمة موجزة فيها بفروع ثلاثة كما يأتي:

الفرع الاول
ضمان التعرض في عقد البيع

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع وسائر العقود الناقلة للملكية أن يضمن للمشتري حيازة المبيع حيازة هادئة تمكنه من استغلاله والانتفاع به وأن لا يتعرض له احد بأمتناع البائع عن كل ما من شأنه تعكير حيازة المشتري سواء كان ذلك منه او من الغير وقد جاء ذلك في المادة ٥٤٩ من القانون المدني العراقي بقولها:

(١- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري.

٢- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد).

ويتضح من نص المادة أن التعرض قد يصدر من البائع او من الغير سنبين ذلك بايجاز بنقطتين:

أولاَ- التعرض الصادر من البائع

يلتزم البائع بعدم منازعة المشتري في ملكية المبيع وعدم التعرض له في انتفاعه وإلتزام البائع في هذا الشأن هو إلتزام بالامتناع عن عمل يقتضي منه عدم التعرض للمشتري سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً والتعرض المادي يكون بقيام البائع بأي فعل مادي يعكر حيازة المشتري للمبيع دون أن يستند في القيام به الى حق قانوني يدعيه على المبيع ومن امثلته بائع المحل التجاري يفتح محلا مماثلا في نفس الجهة التي يوجد فيها المحل المبيع لانه يتعارض مع التزامه بالضمان لان: (من التزم بالضمان أمتنع عليه التعرض) ، اما التعرض القانوني الذي يستند فيه البائع الى حق قانوني يدعيه على المبيع في مواجهة المشتري فلا يجوز لمن باع ملك الغير اذا

تملك المبيع بسبب الميراث أو الوصية أو الشراء أن يطالب بأسترداده لانه ضامن لا يجوز له التعرض.

ثانياً:- التعرض الصادر من الغير:

مقتضى هذا الالتزام هو القيام بعمل مضمونه حماية المشتري من كل تعرض صادر من الغير ، وهو في هذا المجال يضمن استحقاق المبيع ، فالاستحقاق معناه ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكاً للمشتري كلاً او جزءاً[1] وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني
ضمان الاستحقاق في عقد البيع

الاصل كما قلنا ، ان يضمن البائع التعرض الصادر عن الغير ، فيجب عليه أن ينفذ ألتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن أدعائه بهذا الحق فأذا عجز البائع عن ذلك وحكم للغير بأستحقاق المبيع كلاً او جزءاً وجب على البائع أن يدفع التعويض للمشتري عما اصابه من ضرر من جراء حرمانه من المبيع لان البائع يضمن استحقاق المبيع استناداً لنص المادة ١/٥٥٠ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها :-

(أذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد).

يجد ضمان الاستحقاق اساسه في الفقه الاسلامي أذ أنه يبحث ضمن مواضيع الضمان بعنوان ضمان الدرك أو الكفالة بالدرك.

فالدَرَك بفتحتين هو اسم من ادركت الرجل أي لحقته ، وقد جاء في الحديث الشريف (اعوذ بالله من دَرَك الشقاء) [2] أي من لحاق الشقاء ، وهو في اصطلاح الفقه الاسلامي كفالة ما يدرك المال المبيع من خطر بسبب سابق على المبيع ، وقد نصت المادة ٦١٦ من مجلة الاحكام العدلية على :

(الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن البيع وتسليمه أو بنفس البائع أن أستحق المبيع).

ويلاحظ من النص أن عبارة (وتسليمه) زائدة لان هذا القسم من كفالة الدرك هو كفالة بالمال والكفالة بالمال كما عرفتها المادة ٦١٤ من مجلة الاحكام العدلية هي كفالةبأداء المال.

---

(١) د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١ ، في البيع والايجار، ط٣، بغداد: مطبعة العاني ، سنة ١٩٧٤، ص١٢٩ .

(٢) صحيح البخاري ،الجامع الصحيح المختصر،محمد بن إسماعيل ابوعبدالله البخاري الجعفي،بيروت؛دار ابن كثير،ط٣،سنة ١٩٨٧م،١٤٠٧هـ.

ويفهم من هذا التعريف أيضاً أن الكفالة بالدرك قسمان أولهما متحقق ضمن الكفالة بالمال، وثانيهما يتحقق ضمن الكفالة بالنفس لذلك لم تعد الكفالة بالنفس قسماً منفرداً .

الفرع الثالث
الادعاء بالفضالة بعد البيع

لا يجوز لمن باع فضالة[١] أذا تملك الشيئ أن يأتي بنقيض قصده الا اذا كان مال الوقف أو محجور عليه وهذا يعد استثناء من القاعدة كذلك لا يجوز للشخص لو رهن حصته الشائعة أو باعها أن يأتي بنقيض ذلك وأن يدعي أنه لا يملك المال ومع ذلك هناك استثناء يرد على ذلك هو ما جاء في الفقرة(١) من المادة ١٠٦٢ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها : (وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلايكون للتصرف أثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك) كما ويمكن التوسع في هذا الموضوع ليشمل رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار فيتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك ، ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع أو المتصرفين أياً كانت النتيجة التي تترتب فيمابعد على قسمة العقارأو على بيعه أو إفراغه لعدم إمكان قسمته [٢] .

المطلب الثاني
قاعدة الاغلاق في قانوني المرافعات والاثبات

ان تطبيق قاعدة الاغلاق في قانون المرافعات يتجسد في مبدأ مستقر في هذا القانون وهو (حجية الأمر المقضي به) الذي هو عبارة عن :

قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مؤداها ان الحكم صدر صحيحا من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، لذلك فهو يعتبر حجة فيما قضى به وتكون للحكم حجية ولو كان بالامكان الطعن فيه باحدى طرق الطعن المقررة قانوناً وهذه الحجية تبقى ولا تزول الا اذا أبطل أو عدل أو فسخ أو نقض[٣] فلقد نصت المادة ٣/١٦٠ من قانون المرافعات العراقي

---

(١) عالج المشرع العراقي عقد الفضولي في القانون المدني ضمن العقد الموقوف فالعقد وفقاً لتقسيم هذا القانون صحيح وموقوف وباطل ونص على تصرف الفضولي في المادة ١٣٥ منه أذ جاء في الفقرة (١) منها ما يأتي: (من تصرف في ملك غيره بدون أذنه أنعقد تصرفه موقوفاً على أجازة المالك .....)، وقد عرفت الفضالة في الفقه المصري بأنها:

(واقعة ارادية قوامها أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك) للمزيد أنظرد.عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام،ج١ ،القاهرة،المطبعة العلمية، سنة١٩٥٥م، ص٦١١.

(٢) انظر المادة ١٢٩١ من القانون المدني العراقي.

(٣) د.أدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية، الموصل: مطابع جامعة الموصل، سنة ١٩٨٨، ص٣٤٢.

النافذ على : (الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية) ، فالدعوى يتحدد نطاقها بعناصر ثلاثة هي الموضوع ، والسبب ، والاشخاص وهذه العناصر تلزم القاضي وأطراف الدعوى بعدم تجاوزها أثناء نظر الدعوى[١] .

أما في قانون الاثبات فأن تطبيق القاعدة يكون في السندات الصادرة من الشخص بما يسمى بالاغلاق بالسند التدويني رسمياً كان أو عاديا فلا يجوز لمن صدر منه سند رسمي أن يأتي بنقيضه ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة[٢] كما يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو أمضاء أو بصمة أبهام وفي حالة الانكار الكيدي للسند يحق للمتضرر أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي يصيبه عن ذلك[٣] .

المطلب الثالث
تطبيقات قاعدة الأغلاق في القانون التجاري

لقاعدة الاغلاق تطبيق في القانون التجاري في نطاق الاوراق التجارية في فكرة التجريد في الاوراق التجارية التي تجد أساسها في قاعدة الاغلاق وتتلخص فكرة التجريد بأن هناك من التصرفات في الاوراق التجارية ما لا يجوزفيها الاحتجاج ببعض الدفوع في العلاقات المتباعدة بالنسبة لبعض الاشخاص دون العلاقات المباشرة وهو ما يعرف بقاعدة التطهير من الدفوع فضلاً عن قيام ونشوء الورقة التجارية ذاتها على فكرة التجريد فأستناداً لنص المادة ١٥٨ من قانون التجارة العراقي رقم٣٠ لسنة ١٩٨٤ بفقرتيها (٢ ،٣) بخصوص الصك التي جاء فيهما ما يأتي :

(٢- لا تقبل المعارضة في اداء قيمة الصك الا في حالة ضياعه أو الحكم على حامله بالاعسار ٣- وليس للمحكمة أن تأمر بوقف الصرف حتى في حالة قيام دعوى بأصل الحق) مما يفهم منه عدم أمكانية الرجوع عن صرف صك نشأ مكتملاً من حيث بياناته الالزامية ، وهذا تطبيق لقاعدة الاغلاق ، ويفهم منه أيضاً أن التجريد في الصك مئة بالمئة وهذا التجريد يكون جزئياً في الحوالة التجارية أو السفتجة لوجود سلطة للمحكمة في ايقاف صرف الحوالة [٤] ، وهو أي التجريد ظاهري في الكمبيالة لان ساحب الكمبيالة هو المسحوب عليه فيها.مما يعني عدم أمكان المدين الصرفي الرجوع عن التزاماته في نطاق الورقة التجارية ويمتنع عليه أبداء الدفوع تجاه حامل تلك الورقة أي يغلق على نفسه بأيراد أي دفع يناقض ما ألتزم به تجاه الحامل القانوني.

---

(١) د.أدم وهيب النداوي ، المصدر نفسه ، ص ٢٢٥ .

(٢) المادة ٢٢/اولاً من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٣) المادة ٢٥ بفقرتيها الاولى والثانية من قانون الاثبات النافذ.

(٤) أنظر المادة ٩٤ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

خاتمة

أتضح فيما تقدم أن قاعدة الاغلاق التي تقضي بعدم جواز الادعاء بما يخالف سلوكاً سابقاً وعدم جواز نقض وأنكار ما تم قبوله من المبادئ العامة للقانون المعروفة في القانون الانكليزي بأسم مبدأ أو قاعدة الاغلاق (Estoppel) وهو مبدأ أو قاعدة معروفة قبلاً في الشريعة الاسلامية في الاحكام التي تقضي بوجوب أحترام وتنفيذ العهود والمواثيق بحسن نية وعدم نقضها.

وتبين مما تقدم أيضاً إن القاعدة تقضي بعدم التناقض ليست قاعدة أجرائية كدفع في مرافعات القضاء والتحكيم حسب بل قاعدة موضوعية أيضاً تمثل أساساً يمكن الاستناد اليه.

إن الاساس الفقهي لهذه القاعدة يكمن في قاعدة أصالة الصحة التي تقابل في القانون مبدأ حسن النية والرضا والقبول الضمني والسلوك اللاحق والاقرار. ومن الاهمية بمكان أن نشير أن مبدأ عدم التناقض قد صادف تطبيقاً واسعاً في اطار القانون الخاص سواء كان ذلك في القانون المدني أو في قانون المرافعات والاثبات أو القانون التجاري وعليه يمكن القول أن تقصّي أصول وتطبيقات القاعدة أثبت وأكد وجود نظرية عامة.

نأمل إن نكون قد وفقنا في مسعانا ونأمل أن يتم التوسع في هذا البحث لابراز جوانب عمليه اخرى.

والحمد لله اولاً واخيراً

المصادر والمراجع

أولاً- مراجع عامة وفقهية باللغة العربية:

١- القرآن الكريم.

٢- ابن منظور،لسان العرب ،ج٣

٣- د.أبراهيم أسماعيل الوهب، القاموس القانوني ، بيروت : مكتبة لبنان ، ط٢، سنة ١٩٧٢.

٤- الحموي أحمد بن محمد الحسيني (المتوفى١٠٩٨ هـ=١٦٨٧ م)، غمر عيون البصائر ، القاهرة : دار الطباعة العامرة ، سنة ١٣٥٧هـ.

٥- الراغب الأصفهاني الحسين بن محمد المتوفى ٥٠٢ ، المفردات في غريب القرآن مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة سنة ١٩٤٩.

٦- الزبيدي ،تاج العروس ج٢،بنغازي ،دار ليبيا للنشر.

٧- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني ، بيروت ، مكتبة لبنان ،ط ٥ ، سنة ١٩٨٨.

٨- محمد أبو زهرة ، العلاقات الدولية في الاسلام ، القاهرة : الدار القومية للطباعة والنشر، سنة ١٩٦٤.

٩- محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري،بيروت،دار ابن كثير،سنة١٩٨٧م،١٤٠٧هـ.

١٠- محمد حسين آل كاشف الغطاء ،تحرير المجلة ، النجف الاشرف: المطبعة الحيدرية ، سنة ١٣٥٩ هـ.

١١- محمد علي الحسني ، آمالي الهادي ، مباحث فقهية في الالتزام والمعاملات ، بيروت : مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، سنة ١٩٧٥.

١٢- منير القاضي ، شرح المجلة ، ط١ ، ج١، بغداد : مطبعة العاني ، سنة ١٩٤٩.

ثانياً:- مراجع قانونية باللغة العربية:

١- د.أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية ، الموصل : مطابع جامعة الموصل، سنة ١٩٨٨.

٢- د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، ج١ في البيع والايجار ، ط٣ بغداد : مطبعة العاني ، سنة ١٩٧٤.

٣- د.عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام،ج١،القاهرة: المطبعة العلمية،سنة١٩٥٥.

٤- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، بغداد : شركة الطبع والنشر الاهلية ، سنة ١٩٦٣،وكذلك ط٥،الصادرة من مطبعة نديم سنة ١٩٧٧.

٥- د.غسان الجندي ، قانون المعاهدات الدولية ، عمان : سنة ١٩٨٨.
٦- محمد شفيق العاني ، الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية ، بغداد : مطبعة لجنة البيان العربي ، سنة ١٩٦٥.
٧- محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية ،ج١ ، بغداد : مطابع وزارة التعليم ، سنة ١٩٨٢.
٨- د.مصطفى أبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، دراسة مقارنة ، بغداد : شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، سنة ٢٠٠٤.
٩- د.نزار العنبكي ، الالتزام الناشئ عن الوعد الصادر من جانب واحد وتطبيقاته في القانون الدولي العام ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد السادس ، العدد (١ ،٢) ، سنة ١٩٨٧.

ثالثاً – مصادر قانونية باللغة الانكليزية :

1- Brownlie , principles of public international Law , Oxford , 1973.

رابعاً– القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة ١٩٥١
٢- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٤- قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٥- القانون المدني المصري رقم(١٣)لسنة١٩٤٨.