

الافتراض القانوني

م.د. أسراء عبدالزهرة كاطع

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة

Legal Assumption

M.Dr Esraa Abdel-Zahra Kate

**Imam AL-Kadhum College of Islamic
Sciences University**

توجد العديد من الأفكار لا تتفق مع الحقيقة أيا كانت الحقيقة قضائية أو واقعية ، وهذا يعد من قبيل ما يسمى بالافتراض القانوني ويقابل ذلك في فقه الشريعة الإسلامية ما يسمى بالحيلة الشرعية ، لهذا نعرض في موضوعنا لبيان مفهوم الافتراض القانوني وتمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة له ودوره في تطور القانون وتفسير نصوصه عن طريق التأصيل التاريخي له وبيان فلسفته القانونية ، ومن ثم بيان التطبيقات للافتراض القانوني .

Abstract

There are many ideas that do not agree with the truth, regardless of whether the truth is judicial or factual, and this is like the so-called legal assumption, and in Islamic Sharia jurisprudence it corresponds to the so-called legal trick. In the development of law and the interpretation of its texts through the historical rooting of it and the statement of its legal philosophy, and then a statement of the applications of the legal assumption.

المقدمة

العديد من الأفكار نعرضها بصدد موضوع قانوني معين ، لا تتفق مع الحقيقة سواء أكانت الحقيقة قضائية أم واقعية ، لا بل أن هذه الفكرة القانونية تخالف الحقيقة الواقعية إلى حد التقاطع بينهما ، وهذا يعد من قبيل الافتراض القانوني ، وهو ما يطلق عليه في فقه الشريعة الإسلامية الغراء بالحيلة ، فما المقصود بالافتراض القانوني ، وما هو دوره في تطور النصوص القانونية باعتباره وسيلة من وسائل الصياغة التشريعية ؟ نجد أن هذا الموضوع لم يأخذ حظه في الدراسة الفقهية والقانونية ، وإنما اقتصر الأمر على مجرد آراء فقهية في أماكن متفرقة ، والسبب في ذلك أن دراسة هذا الموضوع تتطلب الخوض في تاريخ القانون وفلسفته ، وهو ما لا يستهوي الكثير من الباحثين في مجال القانون الخاص والافتراض القانوني باعتباره وسيلة من وسائل الصياغة التشريعية لا يزال يستخدم من القائمين على تفسير النصوص القانون وتطبيقها ، فهو متجسد في العديد من المسائل الواردة في القانون الخاص وبالذات القانون المدني وغيره من فروع القانون الأخرى ، ولا يزال الخلاف حول اعتبار مسائل من تطبيقات الافتراض القانوني من عدمه ، ومن هذه المسائل فكرة الأثر الرجعي للفسخ ، وقاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً ، وفكرة العقار بالتخصيص ، والمنقول بحسب المال وغيرها كثير . فدراستنا لهذا الموضوع ليست مجرد دراسة في تاريخ القانون وفلسفته ، وإنما تستوجب إعادة النظر في كثير من المسائل الواردة في القانون الخاص في محاولة لتأصيل الأساس الفلسفي الذي تقوم عليه هذه المسائل ، وبالذات بيان حاجة المشرع إليه في الوقت الحالي من عدمه ، وذلك باعتباره وسيلة من وسائل الصياغة التشريعية ، وعلى هذا الأساس سندرس في هذا البحث التعريف بالافتراض القانوني في المبحث الأول ، ونخصص المبحث الثاني لبيان دور الافتراض القانوني في تطور القانون وتطبيقاته التشريعية .

المبحث الأول التعريف بالافتراض القانوني

يعد الافتراض القانوني وسيلة لازمة لتطور القانون يفترضها ، لذا نحاول ان نبين مفهومه أولاً ، ومن ثم تمييزه عن أهم الحالات المشابهة له ، وهذا ما سندرسه في مطلبين وعلى النحو الآتي .

المطلب الأول مفهوم الافتراض القانوني

اتفق الفقه على تعريف الافتراض القانوني على أنه " وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون ، يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه ^١ ، أو الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها واقعة حقيقة حتى ينطبق القانون على حالة لا ينطبق عليها من قبل ، إذ يترتب عليه أخفاء أمر واقع ، بأن يفترض أن حكم القاعدة القائمة ينطبق على حالة معينة ، وعلى الرغم من أن القاعدة لا تشملها في فرضها وذلك دون التغيير في البناء اللفظي للقاعدة ^٢ ، وقد عرفه الفقيه الألماني Hering بأنه " كذب فتي اقتضته الضرورة " ^٣ ، أما الأستاذ Maine فقد عرف الافتراض القانوني بأنه " افتراض يخفي أو يسعى إلى أخفاء حقيقة أو قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون أن يمس نصها " ^٤ ومما تقدم يتبين لنا أن الافتراض القانوني عبارة عن وضع من صنع المشرع مخالف للحقيقة يهدف المشرع من خلاله إلى ترتيب آثار قانونية معينة يتعذر الوصول إليها إلا من خلاله ، ومن مجمل هذه التعريفات يلاحظ أن الفقهاء قد أجمعوا على أن الافتراض القانوني قائم على أساس فكرة الكذب لأنه ينطوي على مخالفة للحقيقة لكن هذا الأمر لا يمكن التسليم به على إطلاقه لأنه أن صح قيامه على فكرة الكذب ، فإنه في أحيان أخرى يكون قائماً على فكرة المجاز ، والمجاز هو عبارة عن استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة بين المعنيين الحقيقي والمجازي ، وتضمن القانون المدني العراقي هذه القاعدة في المادة (٢/١٥٥) منه التي تنص

على أنه " الأصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز " . بيد أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال ، ما هي طبيعة الحقيقة التي يقوم الافتراض القانوني على مخالفتها ؟ ابتداءً لابد من القول أن الحقيقة لها تقسيمات متعددة في مجالات مختلفة إلا أنه بصدد الموضوع المطروح على بساط البحث ، فإنه يوجد نوعين من الحقيقة هما الحقيقة الطبيعية أو الواقعية والحقيقة القانونية ، وبهذا الصدد يوجد اتجاهان رئيسيان هما :-

الاتجاه الأول :- يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية وهي تتمثل في مجموعة م الحقائق سابقة في وجودها على الحقائق القانونية ، ويقرر أنصار هذا الاتجاه أن الافتراض لا يخالف الحقيقة القانونية ، وإذا وجدت مثل هذه المخالفة ، فإن الأمر لا يخرج عن نطاق الافتراض ليدخل في إطار إلغاء القانون أو الاستثناء من القاعدة العامة .^٥

الاتجاه الثاني :- ذهب أنصار هذا الاتجاه وفي مقدمتهم الأستاذ أن ديموج وكرز إلى أن الافتراض القانوني لا يقوم على أساس مخالفة الحقيقة الطبيعية وإنما يقوم على مخالفة حقيقة قانونية مفادها أن الإنسان وحده هو الذي تثبت له الشخصية القانونية كما أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة تخالف حقيقة قانونية مفادها أ الحق المفرز لكل شريك لا ينشأ إلا بالقسمة^٦ والاتجاه الراجح هو ما ذهب إليه الأستاذ منصور مصطفى منصور والذي هو أقرب للاتجاه الأول ، حيث ذهب إلى أن الافتراض يقوم دائماً على مخالفة الحقيقة الطبيعية ، ومتى ما تم ذلك فإنها تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية ولكن مخالفة هذه الأخيرة وحدها لا تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية ومن ثم لا يؤدي إلى القول بوجود الافتراض القانوني ، وعلى هذا الأساس فإنه ما إذا أردنا التحقق من وجود الافتراض في قاعدة م القواعد القانونية من عدمه فإنه يتعين معرفة ما إذا كانت هذه القاعدة تخالف الحقيقة القانونية من عدمه ، فإن لم تكن تخالفها فلا وجود له وأن كانت تخالفها فإن هذا لا يكفي القول بوجود الافتراض القانوني ، وإنما يتعين البحث فيما إذا كانت القاعدة تخالف الحقيقة الطبيعية إلى جانب مخالفتها القانونية فإذا ثبت ذلك تحقق الافتراض ، أما إذا لم يثبت ذلك فلا وجود للافتراض .

المطلب الثاني تمييز الافتراض القانوني عما يشبهه به من أفكار

أن دراسة التعريف بالافتراض القانوني تستوجب أن نبحث على وجه الدقة تمييزه عن بعض الأفكار القانونية التي قد تشبهه به من زاوية أو أخرى ، بحيث يؤدي هذا التشابه إلى الخلط بينهما نظراً لتقارب الأفكار ، وعلى هذا الأساس سوف يتناول هذا المطلب تمييز الافتراض القانوني عن كلاً من القرائن والصورية والغش نحو القانون والتغريب وذلك كله في أربعة فروع وعلى النحو الآتي .

الفرع الأول الافتراض القانوني والقرينة

تعرف القرينة بأنها " ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، وبعبارة أخرى افتراض قيام أمر معين لا يمكن العلم به علماً يقينياً استناداً إلى توافر أمراً آخر يمكن العلم به علماً يقينياً على أساس غلبة الارتباط بينهما وجوداً وعدماً^٧ ، وعليه فإن القرينة تنقسم إلى عدة أنواع في مقدمتها القرينة القانونية والقرينة القضائية ، والقرينة القانونية تنقسم إلى دورها إلى القرينة القانونية البسيطة والقرينة القانونية القاطعة وكل هذه الأنواع في مجملها تقوم على أساس توافر عنصرين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي ، والعنصر المادي يصلح عليه بفكرة الغالب والراجح الوقوع ، وهو يعني ثبوت واقعة أو عدة وقائع لدى المحكمة في اضبارة الدعوى المنظورة وذلك كله وفقاً للمجرى العادي للأمر ، أما العنصر المعنوي فإنه يتمثل بالاستنباط الذي تقوم به المحكمة من خلال الواقعة الثابتة لتصل إلى الواقعة المجهولة والمراد إثباتها^٨ . وتعتبر القرينة القانونية من قبيل الصياغة التشريعية شأنها في شأن الافتراض القانوني وهي تؤدي إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية شأنها شأن الافتراض القانوني ومع ذلك فإنه يمكن إجمال الفرق بينهما على النحو الآتي :-

أولاً :- من حيث الأساس الفلسفي .

الافتراض القانوني أن صح قيامه في بعض الأحيان على فكرة الكذب ، فإن في أحيان أخرى قد يقوم على فكرة المجاز ، وذلك نظراً لوجود العلاقة ما بين المفترض والواقع ، بمعنى أنه يخالف الحقيقة الطبيعية ، أما على أساس المجاز أو الكذب ، في حين أن القرينة عموماً تقوم على أساس فكرة الاحتمال الراجح ، وهذه تتطوي على قدر ضئيل م المخالفة للحقيقة الطبيعية ، وهذه المخالفة قائمة على أساساً على الاحتمال وليس للمجاز أو الكذب من ذلك في شيء .

ثانياً :- من حيث الصياغة التشريعية .

يعد الافتراض القانوني من طرق الصياغة التشريعية يلجأ إليها المشرع عندما يعوزه السند المنطقي لتبرير بعض الحالات القانونية القائمة ، في حين أن القرائن تدخل في مجال الإثبات بنوعيه الجنائي والمدني فضلاً عن دورها في صياغة القواعد القانونية .

الافتراض القانوني يكون دائماً متعلقاً بالقانون أي أن مجال عمله هو القواعد القانونية ، في حين أن القرائن تتعلق بالقانون وبالواقع على حد سواء أي أن مجال عملها يكون في نصوص القانون وفي مجال عبء الإثبات .

الفرع الثاني الافتراض القانوني والصورية

يقصد بالصورية اصطلاحاً مظهر كاذب عن إجراء تصرف قانوني⁹ ، ويلجأ إليها المتعاقدان عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه ، والجدير بالذكر أن الصورية لا تقصر على العقود وإنما يتوسع نطاقها ليشمل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد وكذلك الأحكام ، ولاسيما تلك التي تثبت صلحاً بين الخصمين أو تقضي برسو المزاد على شخص معين يكون مشترياً باسمه لحساب غيره . يبدو م هذا العرض أن الصورية تتفق مع الافتراض القانوني في أنهما يخالفان الحقيقة إلا أنه مع ذلك فأن وجه الاختلاف بينهما يبدو فيما يأتي :-

أولاً :- من حيث المصدر .

فالافتراض القانوني وهو يعتبر من طرق الصياغة المعنوية المستخدمة في صياغة النصوص يكون مصدره المشرع دائماً في حين أن الصورية يلجأ إليها المتعاقدان لاصطناع مظهراً كاذب لتصرف قانوني معين ، يستتر وراءه تصرفاً حقيقياً بمعنى أن مصدرها هو اتفاق المتعاقدين .

ثانياً :- من حيث الغرض من الافتراض القانوني .

عندما يلجأ إليه المشرع هو أما تطوير أو تفسير أو تبرير القانون ، في حين أن الغرض من الصورية هو خديعة الغير ، باصطناع هذا المظهر الكاذب الذي يخفي تصرفاً حقيقياً آخر لتحقيق غاية معينة .

الفرع الثالث الافتراض القانوني والغش نحو القانون

يقصد بالغش نحو القانون بأنه "التدابير الإرادية لوسائل مشروعة بذاته للوصول بها إلى أغراض تحالف أوامر القانون ونواهيته"¹⁰ ، والغش نحو القانون يختلف عن الصورية ، فهذه الأخيرة تنطوي على تصرف ظاهر غير حقيقي فالإرادة الظاهرة للمتعاقدين غير حقيقية بينما في الغش نحو القانون يجري المتعاقدان تصرفاً حقيقياً أي أن الإرادة الحقيقية لهما موجودة ولكن قصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وعليه فالغش نحو القانون هو عبارة عن طريقة يلجأ إليها الأفراد لاستبعاد تطبيق القانون عليهم في الوقت الذي يكون هو واجب التطبيق أو محاولة تطبيقه عليهم في الوقت الذي غير واجب التطبيق عليهم ، وإذا كان الافتراض القانوني والغش نحو القانون يتفقان في أن كلا منهما ينطوي على مخالفة الحقيقة ، إلا أنه مع ذلك ثمة فروقات بينهما ومنها :-

أولاً :- من حيث المصدر :

الافتراض القانوني يتعلق بصياغة القاعدة القانونية ، وبذلك يكون مصدره المشرع وحده ، في حين أن الغش نحو القانون لا يتصل بمضمون القاعدة القانونية وإنما يتعلق بالوسائل أو الطرق التي يتبعها الأفراد لمخالفة حكم القاعدة .

ثانياً :- من حيث النطاق :

الافتراض القانوني يشكل عنصر العلة أو الباعث في القاعدة القانونية فالمشرع ذاته هو الذي يخالف الحقيقة في الافتراض بحيث أن هذه المخالفة تشكل جزء من القاعدة القانونية ، بينما يقع الغش نحو القانون من الأفراد المخاطبين بحكم القاعدة القانونية¹¹ .

الفرع الرابع الافتراض القانوني والتغريب مع الغبن

التغريب وحده ليس سبباً من توقف العقد وكذلك الغبن حتى لو كان فاحشاً لا يكفي لتوقف العقد وعدم نفاذه إلا في حالات خاصة¹² . فإذا أجمع التغريب مع الغبن كان مانعاً من نفاذ العقد وأعتبر عيباً من عيوب الإرادة يفسد الرضاء كما يفسده الغلط والإكراه والتغريب هو أن يذكر أحد المتعاقدين للأخر أمور ترغبه في الأقدام على التعاقد معه أو أن يقوم بإجراءات فعلية تدفعه إلى التعاقد معه¹³ ، فجوهر التغريب يكمن في استخدام طرق احتيالية تدفع أحد المتعاقدين وهو المتعاقد المغرر به إلى التعاقد وتتكون هذه الطرق الاحتيالية من أعمال مادية تؤثر على إرادة المتعاقد الأخر فتصور له الأمر على غير حقيقته ومن ثم تدفعه إلى التعاقد من خلال العرض الموجز لفكرة التغريب يتضح أنها تتفق مع الافتراض القانوني في أن كل منهما يؤدي إلى مخالفة الحقيقة ومع ذلك يبقى الفرق قائماً بينهما من حيث المصدر ومن حيث الأثر .

أولاً:- من حيث المصدر : الافتراض القانوني كما هو معلوم مصدره المشرع في حين أن التغريب يكون مصدره المتعاقد الأخر ، أو أنه كان يعلم به أو على الأقل يفترض أن يكون عالماً به .

ثانياً :- من حيث الأثر :- الافتراض القانوني في حالة تحققه لا يؤدي إلى تعطيل حكم القاعدة القانونية ، لا بل يشكل عنصر العلة أو الباعث فيها ، في حين أن العقد المعيب بعيب التغير يكون موقوفاً على إجازة المتعاقد الذي وقع بهذا العيب أن شاء أجازته وأن شاء أبطله خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اكتشاف العيب^{١٤} .

المطلب الثالث تمييز الافتراض القانوني عما يشته به في الشريعة الإسلامية

بعد أن بحثنا على وجه القلة تمييز الافتراض القانوني من بعض الأفكار القانونية ، نحاول من زاوية أخرى إلى تمييزه عن بعض الأفكار الشرعية ، ولذا نحاول أن نبينه في ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي .

الفرع الأول تمييز الافتراض القانوني عن الرخصة

أن مصطلح الافتراض القانوني يقابله مصطلح الحيلة الشرعية في الشريعة الإسلامية ، وكما بينا سابقاً أن الافتراض القانوني ينطوي دائماً على تجاهل للواقع وفيه مخالفة للحقائق الثابتة بهدف الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها ، والحقيقة التي يخالفها الافتراض تكون إما حقيقة طبيعية أو قانونية ، وأبرز مثال على الحيلة الشرعية (الافتراض من ناحية القانون) هي الرخصة والتي هي ضرورة لازمة لتطبيق أحكام الشرع ، والرخصة من المصطلحات الإسلامية التي يقابلها مصطلح (اليسر والسهولة) ، وفي الاصطلاح هي ما شرع من الأحكام بقصد التخفيف عن الناس المكلفين في أحوال وأعدار خاصة تقع لهم أي استباحة المحظورات مع قيام الحاضر ، أما العزيمة في الاصطلاح الشرعي فهي ما شرع ابتداءً على وجه العموم أي الحكم الثابت من غير مخالفة دليل شرعي ، وقد شرعت أساساً لتكون نظاماً عاماً لجميع المكلفين في جميع الأحوال مثل الصلاة والزكاة وصوم رمضان...^{١٥} ، وعليه فإن الرخصة والعزيمة في علم أصول الفقه وصفان متقابلان من صفات الحكم الشرعي يدخلان ضمن خطاب الوضع ، لأن العزيمة هي صفة للفعل المؤكد بدليل شرعي ، فتتعلق بالفعل أو الترك ، بينما الرخصة هي صفة للحكم الشرعي الثابت على خلاف دليل شرعي ومثاله صيام شهر رمضان فهو عزيمة مؤكدة في الشرع والإفطار رخصة للمسافر والمريض ، لذا فهنا تحقق الأمر المخالف للواقع من الصيام إلى الإفطار وهذا ما يؤكد معنى الافتراض القانوني (الحيلة الشرعية) في الشريعة الإسلامية وأصل الحكم الثابت هو الصيام وما يخالفه في التحول من الصعوبة إلى السهولة هو الإفطار لعذر شرعي مقبول^{١٦} .

الفرع الثاني تمييز الافتراض القانوني عن التقية

التقية من الفعل العربي (يتقي) أي يخشى كما يقول (أتق شر من أحسنت إليه) ، والتقية كمصطلح ديني هي أخفاء معتقد ما خشية الضرر المادي أو المعنوي ، والفقه متفقين على مسألة التقية ولكن الخلاف في معناها واستخدامها ، والتقية في الإسلام أيضاً من وفي تاريخ الأديان كاليهودية فهي جائزة على العكس من الديانة المسيحية التي لا تبيح تصرفات مثل التقية مطلقاً ، وارتبطت بمراحل الاضطهاد أو التمييز القائم على العقيدة ، واشتق مصطلح التقية من القرآن الكريم في قوله تعالى " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه وإلى الله المصير"^{١٧} ، ويمكن القول أن التقية هي إظهار الكفر وإبطال الإيمان وذلك عند خوف المسلم على نفسه من الكفار والمشركين ، وعليه فإن التقية هي رخصة يلجأ إليها المسلم في حالات اضطرارية ومواقع معينة بشرط أن لا يؤدي العمل بها إلى الفساد في الدين أو خفاء الحق وإلا فإنه لا يجوز للمسلم أن يعمل بالتقية بل عليه أن يضحي بنفسه في سبيل الله ، حيث قال الإمام الصادق (عليه السلام) " للتقية مواضع من أزالها عن مواضعها لم تستقم له ، وتفسير ما يتقي مثل أن يكون قوم سوء ظاهر حكمهم وفعلهم على غير حكم الحق وفعله ، فكل شيء يعمل المؤمن بينهم لمكان التقية مما لا يؤدي إلى الفساد في الدين فإنه جائز "فكان الأئمة (عليهم السلام) يستخدمون التقية ، بسبب الاضطهاد والقمع من قبل السلطات السياسية التي كانت في ذلك الوقت ومن الأمثلة على ذلك تقية الإمام الباقر (عليه السلام) في أن قتل البازي والصقر هو حلال " عن أبان بن تغلب " قال: سمعت أبا عبد الله يقول: كان أبي يفتي في زمن بني أمية أنما قتل البازي والصقر فهو حلال ، وكان يتقيهم ، وأنا لا أتقيهم ، وهو حرام ما قتل^{١٨} مما تقدم يبدو الفرق واضحاً بين الافتراض القانوني والتقية ، حيث أن الافتراض القانوني هو افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه أو الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها صحيحة لينطبق القانون عليها ، بينما التقية فإن الواقعة صحيحة ولكن يستند عليها خوفاً من الاضطهاد السياسي وهي رخصة يلجأ إليها المسلم في حالات اضطرارية كما أشرنا في أعلاه .

الفرع الثالث تمييز الافتراض القانوني عن الذريعة

الذريعة تعني الوسيلة ، وسواء كانت مؤدية إلى الصلاح أو الفساد أي موصلة إلى فعل محرم أو محلل ، ويراد بسد الذرائع عند علماء الأصول منع الأفعال المؤدية إلى الفساد ، أي وضع الوسائل المؤدية إلى فعل المحرم وإعطائها حكمه بصرف النظر عن قصد أصحابها ، أن هذه الوسائل تأخذ حكم المنع لا باعتبار القصد من الفعل وإنما باعتبار ما يؤول إليه الفعل من شر وضرر ، ومن أمثلة سد الذرائع قوله تعالى ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم^{١٩} ، وبه نهى الله سبحانه وتعالى عن سب أصنام المشركين وخشية أن يؤدي ذلك إلى سب الله تعالى ومنها امتناع الرسول (ص) عن قتل من ظهر نفاقه من المسلمين عندما أشير عليه بذلك في قوله الشريف " أخاف أن يتحدث الناس أن محمد يقتل أصحابه " ، فقد راعى الرسول (ص) حديثه من زوال الطمأنينة في نفوس حديثي العهد بالإسلام ، ومنها أيضاً نهى الرسول (ص) عن الاحتكار خشية التضيق على الناس ، وقد أسس الفقهاء على سد الذرائع قاعد عامة هي " درء المفسد مقدم على جلب المصالح "^{٢٠} ، ن الذريعة التي تقضي إلى المفسدة قطعاً يجب سدها بالإجماع والتي تقضي إلى المفسدة نادراً ملغاة بالإجماع ، وأن من أقوى الفروق بين الذريعة والحيلة في الشريعة الإسلامية هو جانب القصد ، فإن الذريعة قد تقضي إلى الأمر المحرم ولكن دون قصد من المكلف ، أما الحيلة فإن المكلف قصد من وجودها الوصول إلى الأمر المحرم ، وأيضاً فإن الحيل أعم من الذرائع أي أن الحيل تكون بالذريعة وتكون بأسباب أخرى^{٢١}.

المبحث الثاني تطبيقاته التشريعية للافتراض القانوني ودوره في تطور القانون

يلعب الافتراض القانوني دوراً مهماً في مجال تطور القانون إلا أن هذا الدور يختلف باختلاف الحالة المعروضة له ، فقد يؤدي الافتراض القانوني إنشاء قواعد قانونية جديدة ، وقد يؤدي دوراً في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة ، وقد يكون له دوراً في تبرير القواعد القانونية القائمة ، من هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، يتناول المطلب الأول التطبيقات التشريعية للافتراض القانوني ، في حين يتناول المطلب الثاني دور الافتراض القانوني في تطور القانون وعلى النحو الآتي.

المطلب الأول دور التطبيقات التشريعية للافتراض القانوني

للافتراض القانوني تطبيقات تشريعية كثيرة ، منها على سبيل المثال ما قضت به المادة (١٣٧٤) من القانون المدني العراقي^{٢٢} والتي تعطي امتياز لمؤجر العقار على المنقولات التي يضعها المستأجر في العين المؤجرة وبداهة فإن هذا الوضع يخالف الحقيقة التي تقضي بجعل امتياز مؤجر العقار على هذه المنقولات المملوكة للمستأجر ويؤدي الافتراض القانوني هنا دوراً مهماً في تبرير هذه المخالفة وذلك على أساس فكرة الرهن الضمني ، كما لو كان هناك عقد رهن متفق عليه ضمناً بين المؤجر والمستأجر يضمن حقوق المؤجر في مواجهة المستأجر ، ومن التطبيقات التشريعية للافتراض القانوني فكرة الشخصية المعنوية التي حددها المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي ، فقد اختلف الفقه في تبرير هذه الشخصية المعنوية فبعض الفقه ردها ن الرأي الأقرب إلى الصواب هو أن فكرة الشخصية المعنوية يمكن تبريرها على أساس فكرة الافتراض القانوني ومن أهم التطبيقات التشريعية للافتراض القانوني يبدو في فكرة الأثر الرجعي ، فقد تضمن القانون المدني العديد من التطبيقات التشريعية لفكرة الأثر الرجعي ، ومنها نص المادة (١٣٨ / ٢) إذ جاء فيها " فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل " ، فهذا النص من القانون المتضمنة الأثر الرجعي للفسخ إذ يتطلب الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وأيضاً نص المادة (٢٩٠) منه والتي تتضمن الأثر الرجعي للشرط سواء أكان شرطاً واقفاً أم شرطاً فاسخاً ففي حالة بطلان العقد وهو ما تنص عليه المادة (١/١٣٨) بقولها " العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً فقد اختلف الفقه في تبرير الأثر الرجعي للبطلان ، فذهب البعض إلى القول بأن الأثر الرجعي للبطلان إنما يقوم على أساس مطابقة الحقيقة ولا وجود للافتراض في هذا الصدد ، واتفق مع الرأي الثاني وذلك لأن العقد الباطل وهو ما يقابل البطلان مطلقاً في القانون المدني المصري يكون عقداً معدوماً من حيث الوجود والأثر هذا ما يؤكد صريح المادة (١/١٣٨) من القانون المدني العراقي ، أما آثار العقد الباطل والتي تضمنتها المادتين (١٣٩ و ١٤٠) من ذات القانون فنرى خلافاً للفقه أنها تقوم على الافتراض القانوني لأنها تؤدي إلى اعتبار ما ليس صحيحاً ، صحيحاً ، ففي حالة انتقاص العقد من حيث الواقع العقد باطل إلا أن هذا الانتقاص لجأ إليه المشرع لتصحيح هذا العقد ، وهذا بحد ذاته يتضمن الافتراض القانوني ، أما في حالة تحول العقد فإنه يقوم على أساس الافتراض القانوني من خلال الإرادة المفترضة للمتعاقدين في التحول إلى العقد الذي توافرت أركانه وأيضاً بالنسبة للأثر الرجعي في الفسخ إذ أن العقد وجد صحيحاً إلا أنه لم ينفذ في أي وقت من الأوقات ، لذا فإن الأثر الرجعي والفسخ يكون متفقاً مع الحقيقة من حيث عدم التنفيذ ولا دور للافتراض القانوني في هذه الحالة ، أما إذا كان هناك تنفيذ لأحد الالتزامات ورغم ذلك فإنه يمكن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الفسخ ، فإن الأثر الرجعي في هذه الحالة لا يمكن تبريره على

أساس الافتراض القانوني أما الأثر الرجعي للشرط الواقف والفاسخ ، فإنه يقوم أساساً على الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فهذه الآثار تفسير لهذه الإرادة ، ومع ذلك ينبغي هنا التمييز بين الوسيلة الفنية المستخدمة من قبل المشرع وهي هنا الافتراض القانوني وبين تبرير الغاية منها على أساس الإرادة المحتملة للمتعاقدين^{٢٣} وبعد هذه التطبيقات التشريعية للافتراض القانوني ، نأخذ مثلاً حيوياً وهو فكرة الأثر الرجعي للقسمة في حالة إزالة الشبوع ، إذ تنص المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي على أنه " ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائماً مالكاً للحصة المفززة التي آلت إليه وأنه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص " ، فهذا النص يقرر أمرين ، أولهما أن القسمة ذات أثر كاشف بحق الشريك ولم تنشأ له حقاً جديداً ، وثانيهما ، أن للقسمة أثراً رجعياً فيعتبر الشريك أنه قد تملك الجزء المفز الذي آل إليه ، لا من تاريخ وقوع القسمة وإنما من بدء حالة الشبوع^{٢٤} ، وقد أجمع الفقه على أن هذا النص قد تضمن افتراضاً قانونياً قصد المشرع وذلك لحماية الشريك المتقاسم مما يكون قد رتبته غيره من الشركاء على الجزء المقرر الذي آل إليه تحقيقاً لمبدأ المساواة الذي ينبغي أن يسود بين المتقاسمين ، فالأثر الرجعي للقسمة بإجماع الفقهاء قائماً على أساس الافتراض القانوني ، أما الأثر الكاشف هو محل خلاف فيما إذا قائماً على أساس الافتراض أم الحقيقة ، ومما ينبغي ذكره أن الأستاذ السنهوري يذهب إلى أن الأثر الحقيقي للقسمة هو أثر مزدوج كاشف وناقض ويضرب لذلك مثلاً بقوله لو أن أرضاً يملكها اثنان في الشبوع لكل منهما النصف فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكاً للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما وأفرزنا نصيب كل منهما فإن هذا النصيب يصبح مملوكاً لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر ، فهل يكون للأفراد عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقض ؟ أن الشريك عندما أفرز نصيبه من الأرض صار هذا النصيب المفز ملكه وحده كما قدمنا هذا النصيب قبل القسمة أثناء حالة الشبوع ملكاً للشريكين لكل منهما النصف فالإفراز أذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة في جميع النصيب المفز ، ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب وأثر ناقض في النصف الآخر ، ومع ذلك فإن مقتضيات الضرورة العملية تقتضي تغليب أحد هذين الأثرين على الآخر ، عليه فإن المشرع العراقي وبموجب النص المتقدم يغلب الأثر الكاشف للقسمة على الأثر الناقض إلا أن هذا التغليب مقيد بتحقيق الهدف المقصود وهو حماية حق الشريك المتقاسم بحيث أن الجزء المفز الذي وقع في نصيب هذا الشريك يكون خالياً من كل أثر للتصرفات التي صدرت من بقية الشركاء أثناء الشبوع صفوة القول ، يلاحظ أن فكرة الأثر الرجعي تعد من أكثر الأفكار القانونية انتشاراً ، إذ يقوم الأثر الرجعي على فكرة الافتراض القانوني وذلك عن طريق اعتبار أن تصرفاً من التصرفات أو واقعة من الوقائع قد وقعت في وقت سابق على الوقت الحقيقي الذي حدثت أو وقعت فيه .

المطلب الثاني دور الافتراض في تطور القانون

أن بحث دور الافتراض في تطور القانون يقتضي منا أن نوزع هذا المطلب إلى ثلاثة فروع يتناول كل فرع منها حالة على حدة .

الفرع الأول دور الافتراض القانوني في إنشاء قواعد قانونية جديدة

توجد قواعد قانونية موضوعية تقوم في مضمونها على مخالفة الواقع وهي بذلك تنطوي على الافتراض من ناحية الموضوع والشكل على حد سواء ، من ذلك القاعدة المقررة في بعض القوانين والتي تقرر تصحيح نسب الابن غير الشرعي كما في حالة زواج والديه زواجاً لاحقاً على ولادته فهذه القاعدة تخالف مضمونها الواقع ، من حيث أنها تجعل ابن غير شرعي ابناً شرعياً ، فالافتراض هنا داخل في مضمون أو فحوى القاعدة القانونية فهو يمثل عنصر العلة أو الباعث فيها فهو لا يعتبر مجرد وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة بحيث يمكن استبداله بوسيلة أخرى ، وإنما يترتب على اختفاء هذا الافتراض اختفاء القاعدة القانونية ذاتها^{٢٥} ، ومن الأمثلة التشريعية التي يدخل فيها الافتراض القانوني في تكوين القاعدة القانونية هو حالة الحلول العيني والوفاء مع الحلول^{٢٦} ، ويلاحظ أن هذه المخالفة بين الواقع والقانون ، لا تتعلق بوسائل القانون المصطنعة ، وإنما تتعلق أساساً بالمقتضيات العميقة للنظام القانوني .

الفرع الثاني دور الافتراض القانوني في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة

في هذا المجال يلعب الافتراض القانوني دوراً في توسيع نطاق تطبيق القواعد القانونية القائمة ، فالافتراض الذي يؤدي إلى اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص لا ينشئ قواعد قانونية جديدة ، إنما يؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية الخاصة بالقارات بحيث تشمل ليس فقط الأشياء الثابتة بحيزها والتي لا يمكن نقلها من دون تلف بل تشمل كذلك المنقولات المرصودة لخدمة هذه الأشياء ، ومن ذلك أيضاً دوره في توريث الجنين وهو ما يصطاح عليه بالشخصية القانونية ، لأن الشخصية الطبيعية تبدأ بتمام ولادة الإنسان حياً وتنتهي بوفاة^{٢٧} ، فالافتراض هنا يكون قائماً على فكرة المجاز نظراً لوجود علاقة ما بين المفترض والواقع^{٢٨} ، فهو هنا لا يلعب دوراً في إنشاء قواعد قانونية جديدة وإنما

يؤدي دوره في إيجاد حلول قانونية جديدة من خلال القواعد القانونية القائمة فالافتراض هنا يعد مجرد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية يمكن الاستغناء منه إنشاء قواعد قانونية جديدة تعالج هذا الموضوع ، وهو في هذه الحالة يؤدي إلى تعديل في فرض القاعدة القانونية بحيث يتسع هذا الفرض لوقائع جديدة أو مختلفة مع الوقائع التي وضع هذا الفرض لها أساساً ، مما يؤدي إلى التقليل من عدد القواعد القانونية ^{٢٩} .

الفرع الثالث دور الافتراض القانوني في تبرير القواعد القانونية القائمة

هذه الحالة لا يدخل الافتراض القانوني في مضمون القاعدة القانونية الموضوعية ، من حيث الموضوع ولا يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقها وإنما يقتصر دوره فقط على شرح وتبرير القاعدة ، وغالباً ما يكون الافتراض القانوني في هذه الحالة من صنع الفقهاء فهم يلجأون إلى هذا النوع من الافتراض لغرض تبرير بعض القواعد القانونية القائمة ، والتي الافتراض هي من صنع المشرع إذ يعملون على رد هذه القواعد القانونية إلى أصولها العامة أو مبررات وجودها مثل دية الجنين في القانون الجنائي ، إذ يفترض وجوده حياً لانتقال الدية إليه ثم إلى ورثته فهو من باب افتراض وجود المسبب على سببه .

المبحث الثالث تطبيقات الافتراض القانوني

يعد الافتراض القانوني افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه أو الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها صحيحة لينطبق القانون عليها ويقابلها في الشريعة الإسلامية مصطلح الحيلة الشرعية أما في التاريخ القديم فقد كانت الحيلة أسلوباً شائعاً قديماً للتغلب على شدة النظم وضيق نطاقها وهذا ما أشرنا إليه في المبحث السابق ونحاول في هذا المبحث بيان تطبيقات الافتراض القانوني في عدة أفكار ، وذلك لأنه لا تزال الحيلة القانونية تلعب دورها في القانون الحديث ولكن استعمالها كوسيلة لتعديل نصوص التشريع أصبح أقل مما كان عليه في القوانين القديمة ، ذلك أن تعديل القانون بالتشريع أما نسخاً أو تعديلاً صريحاً أو ضمناً هو السائد في العصر الحديث خصوصاً في الدول الديمقراطية التي يتولى مجلس النواب أو مجلس الأمة فيها مهمة سن القوانين وتعديلها ومع ذلك فإن حق الوريث في التركة بافتراض اتحاد شخصية الوارث والمورث وغيرها من التطبيقات الأخرى التي نحاول دراستها في أربعة مطالب وعلى النحو الآتي .

المطلب الأول النيابة في التعاقد

قد لا يستطيع الشخص لسبب أو لآخر إبرام عقد معين أو التعبير عن إرادته فيه لكن هذا لا يعني سلب حقه في التعاقد فهو يستطيع أن ينيب غيره في إبرام العقد ، والنيابة هي حلول إرادة شخص محل إرادة شخص آخر في تصرف جائز معلوم على أن ينصرف أثر التصرف إلى ذمة الأصل ، لذلك فإن نطاق النيابة لا يمكن أن تكون في الأعمال المادية بل هي مقتصرة على التصرفات القانونية ما لم تتعارض طبيعتها مع فكرة النيابة كما هو الحال في اليمين إذ لا يجوز لأحد أن ينيب غيره في أداء اليمين ، والنيابة من حيث جهة تعيين النائب تقسم إلى نيابة قانونية وهي التي يعين القانون النائب مثل حالة نيابة الأب عن أبنه ، وقد تكون قضائية وذلك عندما يعين القاضي النائب مثل حالة الوصي والقيم ، وقد تكون النيابة اتقافية عندما يقوم الأصل بتعيين النائب كما هو الحال في الوكالة ، وقد تختلط فكرة النيابة مع فكرة الوكالة لكثرة اجتماعهم ، لذا يجب التمييز بينهما فالنيابة هي حلول إرادة شخص محل إرادة شخص آخر في تصرف جائز معلوم على أن تنصرف آثار التصرف إلى الأصل ، أما الوكالة فهي عقد بين شخصين يحل بموجبه أحدهما محل الآخر في إبرام تصرف قانوني وهي بهذا المعنى أحد مصادر النيابة والنيابة قد توجد دون الوكالة كما هو الحال في الأب والوصي والقيم الذين يعتبرون نواباً دون أن يكونوا وكلاء وقد توجد وكالة دون أن تكون هناك نيابة كما هو في حالة الاسم المستعار إذ يتفق شخص مع آخر على إبرام تصرف لكن التصرف لا ينصرف أثره إلى الأصل بل إلى الوكيل ^{٣٠} ، ولم يعالج القانون المدني العراقي الأحكام العامة للنيابة بل اكتفى بالكلام عنها عند تعرضه لعقد الوكالة وعند تعرضه لبيع الولي والوصي ماله للصغير وأن هذا النقص في المعالجة القانونية موقف يؤخذ عليه المشرع العراقي فمعالجة أحكام الوكالة لا يغني من التطرق إلى النيابة بعد أن عرفنا أنهما ليس شيئاً واحداً ، أما عن طبيعة النيابة فإن النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقصد شخصية الأصل عن طريق الافتراض القانوني ، أو أن النائب ليس إلا رسولاً ، وأن إرادة النائب محل إرادة الأصل أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصل ، وعليه فإن النائب يحل محل إرادة الأصل عن طريق الافتراض القانوني .

المطلب الثاني انتقال الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين)

يراد حقاً بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته -حقاً كان أو ديناً من شخص إلى آخر (من دائن إلى آخر) باعتباره حقاً شخصياً ، أو من مدين إلى آخر باعتباره ديناً ، ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى آخر بحوالة الدين ، وتحويله من مدين إلى آخر بحوالة الدين ، فالذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات و ضمانات ودفع ، وينتقل بجميع صفاته ، فلو كان التزاماً تجارياً أو قابلاً للتنفيذ أو ينتج فوائد

أنتقل محتقظاً بهذه الصفات ، وينتقل بجميع ضماناته ، فلو كان التزاماً مضموناً برهن أو امتياز أو بكفالة أنتقل مع التامين الذي يضمنه ، وينتقل بجميع دفعه ، فلو كان المدين يستطيع أن يدفع الالتزام بسبب من أسباب البطلان أو بسبب من أسباب الانقضاء ، فإنه يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الدائن الجديد من حوالة الحق أو يتمسك المدين الجديد به تجاه الدائن في حوالة الدين ، وينتقل الالتزام بالوفاء بين الأحياء ، ويخضع الانتقال بسبب الوفاة لقواعد الإرث والوصية ، أما انتقال الالتزام بين الأحياء ، فقد نظمته القانون المدني العراقي في المواد من (٣٣٩-٣٧٤) ، وهذا الانتقال قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ويقال الأول حوالة الحق والثاني حوالة الدين^{٣١}. وكما نعلم أن الحيلة هي وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه ، وفي الواقع الملموس أن الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها ، فهي مخالفة للحقيقة وللقانون معاً ، ومثالها استحداث نظم قانونية جديدة ، فانتقال الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) هو أن الالتزام الناشئ بين شخصين يجب أن يستمر قائماً بينهما بذاتهما حتى انقضائه ، وبناء على ذلك لا يصح انتقال الالتزام ، لا سلباً ولا إيجاباً ، ولكن تحت ضغط الضرورات العملية أباحوا انتقال الالتزام سلباً وإيجاباً بين الأحياء بسبب الوفاة ، فقد كان المبدأ المقرر في القانون الروماني أنهم أباحوا على سبيل الاستثناء بين الأحياء باستعمال عدة وسائل أهمها (تجديد الدين عن طريق تفسير الدائن)^{٣٢} .

المطلب الثالث الشخصية المعنوية

لقد أصبح من المسلمات أن يعترف القانون الشخصية القانونية لكل إنسان ، فكل شخص أصبح في نظر القانون شخصاً بكل ما يترتب على ذلك من آثار ، ولكن اعتبارات عديدة دعت إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لمجموعة من المصالح ومن هنا جاءت فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ولقد ثار خلاف حول طبيعة هذه الأشخاص المعنوية هل هي حقيقة أم مجرد افتراض ، فقد ذهب رأي في الفقه إلى إنكار وجود الشخصية المعنوية ويرى أصحاب هذا الرأي أن لا فائدة إطلاقاً من الاعتداد بهذه الفكرة إذ يمكن الاعتماد في الحفاظ على المصالح الجماعية إلى الأفكار والمفاهيم التقليدية المألوفة مثل التضامن الاجتماعي ، الملكية المشتركة وغيرها . أما الرأي الثاني فهو مذهب الافتراض والخيال (المجاز) حيث يعتبر أصحاب هذا المذهب أن الإنسان (الشخص الطبيعي) هو الشخص القانوني الوحيد القادر على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وما الشخص المعنوي إلا مجرد افتراض ومجاز من باب تمكين مجموعة الأشخاص أو الأموال من أداء مهامها الجماعية وتحقيق الأغراض الموجودة من أجلها . أما الرأي الثالث سمي بمذهب الحقيقة والواقع ويرى أصحابه أن الاعتراف بالشخصية المعنوية للمجموعة من الأشخاص والأموال كما هو الحال بالنسبة للأفراد إنما يقوم اعتباراً من أنها القدرة المجردة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات بغض النظر عن تستند إليه هذه القدرة إنسان (فرد) أو مجموعة أفراد وأموال^{٣٣} وعلى أية حال هذا نموذج للافتراض القانوني في العصر الحاضر لكن هذه النظرية يعيها المغالاة في تشبيه الشخص المعنوي بالشخص الحقيقي فيعترف للشخص المعنوي بصلاحيه اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات

المطلب الرابع نظام التبني

لقد عرف التبني كنظام لدى الشعوب منذ القدم وتبنته العديد من الدول المعاصرة ووضعت له آليات تنظمه ، في حين أن بعض الدول منعته وأكدت على أنه لا يترتب على أي أثر أو حكم مستعينة بوسيلة قانونية تمكن من إبطاله وهي دعوى إبطال التبني مستخلفة إياه بالكفالة ، ويراد بالتبني اتخاذ أبن أو بنت الآخرين بمثابة الابن أو البنت من النسب الصحيح أو الأصيل فهو أحد هذه العادات الشائعة ، أما لتجاوب مع النزعة الفطرية في حب الأولاد في حالة العقم أو اليأس من الإنجاب وأما لاستلطاف الولد أو لاستحسان ولد أو بنت الأخر ، فيجعل الولد متبني مع العلم أنه ولد الأب الأخر الحقيقي وليس ولد المتبني في الحقيقة وربما كان سبب التبني أو الباعث هو رعاية ولد لقيط أو مفقود أو مجهول النسب أو لا عائلة له ولا مربي له فيقوم بتبنيه حفاظاً عليه من الضياع أو الموت أو الهلاك^{٣٤} وبعد هذه المقدمة عن نظام التبني نلاحظ أن من يملك أبسط المام بالفقه الإسلامي يجد أنه بعيد كل البعد عن التعقيد ، فأحكام الافتراض في الشريعة الإسلامية كلها تتصف بالبساطة والسهولة إلى درجة أنها لا تكلف الملتزم بها العناء الكثير وطبيعي للفقه الإسلامي وهو شريعة الله سبحانه وتعالى الخالدة على الأرض أن يكون بعيداً كل حيلة لأنه واضح المعالم بين الأهداف يستمد أحكامه من أصول عامة جاء القرآن والسنة المطهرة متكفلين ببيانها فالشريعة الإسلامية لها موقف من الافتراض القانوني في بعض المراسيم التي جاء الإسلام فأبطلها كما في نظام التبني الذي كان عند العرب يقوم على افتراض وجود صلة الأبوة والبنوة بين الطرفين بمجرد اتیان بعض المراسيم وكانت تقطع صلة المتبني عن عشيرته السابقة ويندرج في عشيرة المتبني (الأب الجديد)^{٣٥} .

الخاتمة

أولاً / الاستنتاجات

- ١) الافتراض القانوني عبارة عن وضع من صنع المشرع مخالفاً للحقيقة يهدف المشرع من خلاله إلى ترتيب آثار قانونية معينة يتعذر الوصول إليها إلا من خلاله ، فهو يؤدي إلى تعديل يؤدي إلى تعديل حكم القاعدة القانونية دون إجراء أي تغيير في البناء اللفظي للقاعدة .
- ٢) من خلال البحث تبين لنا أن الافتراض القانوني يقوم على أساس مخالفة نوعين من الحقيقة حتى يمكن القول بتحقيقه وهما الحقيقة القانونية والحقيقة الطبيعية أو الواقعية ، فإذا كانت القاعدة القانونية تخالف في حكمها الحقيقة الطبيعية إلى جانب مخالفتها للحقيقة القانونية قلنا بتحقيق الافتراض القانوني .
- ٣) يتميز الافتراض القانوني عن القرينة في أن مخالفته للحقيقة الطبيعية أما أن تكون قائمة على أساس الكذب أو المجاز نظراً لوجود العلاقة ما بين المفترض والواقع ، في حين أن القرينة تقوم على أساس فكرة الاحتمال الراجح وبذلك تكون مخالفتها للحقيقة الطبيعية قائمة على أساس الاحتمال ، فضلاً عن ذلك فإن الافتراض القانوني يكون دائماً متعلقاً بالقانون ، في حين أن القرائن تتعلق بالواقع والقانون على حد سواء .
- ٤) تبين بان الافتراض القانوني تميز عن الصورية باعتبار المصدر والغرض ، فمصدر الافتراض هو المشرع في حين أن مصدر الصورية هو اتفاق المتعاقدين هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن الغرض من الافتراض هو تطوير أو تفسير أو تبرير القانون ، في حين أن الغرض من الصورية هو خديعة الغير .
- ٥) وأضح أيضاً أن الافتراض القانوني تميز عن فكرة الغش نحو القانون وذلك أيضاً باعتبار المصدر ونطاق ، فمصدر الافتراض دائماً هو المشرع في حين أن مصدر الغش نحو القانون هو اتفاق المتعاقدين باستعمال طرق أو وسائل معينة ، وكذلك من حيث النطاق فالمشرع في الافتراض القانوني هو الذي يخالف الحقيقة لان الافتراض يشكل عنصر العلة أو الباعث في القاعدة في حين أن الغش نحو القانون يقع من قبل الافراد المخاطبين بحكم القاعدة القانونية .
- ٦) وأخيراً يتميز الافتراض القانوني عن فكرة التبرير ، فالأول مصدره قانوني والثاني مصدره اتفاقي كذلك الأول لا يؤدي إلى تعطيل حكم القاعدة القانونية بخلاف الثاني الذي يجعل العقد موقوف على إجازة المتعاقد الذي وقع في هذا العيب .
- ٧) الافتراض القانوني يلعب دوراً فعالاً في تطوير القانون وذلك من خلال دوره في انتشار قواعد قانونية جديدة ، ودوره في توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة ، كما في حالة المنقول بحسب المال أو العقار بتخصيص ودوره في تبرير القواعد القانونية القائمة كما في حالة امتياز المؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة إذ يتم تبريرها على أساس فكرة الرهن الضمني .
- ٨) وقد ثبت أن الافتراض القانوني له تطبيقات تشريعية كثيرة في القانون المدني خصوصاً وفي القوانين عموماً إذ أكثر ما نلاحظ الافتراض القانوني هو في فكرة الأثر الرجعي سواء في حالة البطلان أو الفسخ أو القسمة وغيرها كثير ، وأيضاً لها تطبيقات في النيابة في التعاقد ونظام التبني والشخصية المعنوية وغيرها .

ثانياً: المقترحات

توصلنا من خلال بحثنا لموضوع (الافتراض القانوني) إلى أنه على المشرع عند صياغته للقواعد القانونية تحري الحقيقة قدر المستطاع بحيث يكون حكم القاعدة القانونية متفق مع الحقيقة القانونية والحقيقة الطبيعية على حد سواء ، وأيضاً نقترح صياغة قاعدة قانونية بصيغة عامة ملزمة ومجردة قد تستدعي قدر معين من مخالفة الحقيقة لذا نرى أنه لا يمكن الاستغناء عن الافتراض كلياً دائماً وإنما يتعين على المشرع الإبقاء عليه والأخذ به في حدود الضرورة فقط ، أما بالنسبة للقضاء العراقي نقترح عندما يعرض لنص قانوني ينطوي على الافتراض أن يأخذ بشأنه بمبدأ التفسير الضيق ، وذلك في حدود الغرض منه فإذا كان ثمة ضرورة عملية دعت إلى الأخذ به من قبل المشرع عند صياغة القاعدة القانونية فأن الضرورة تقدر بقدرها ومن ثمة يجب الوقوف عند حدود الغرض المقرر من الافتراض ، أما النتائج الأخرى العرضية التي يمكن أن يؤدي إليها الافتراض فيجب عدم الأخذ بها أو يتعين الرجوع في شأنها إلى الحقيقة كما في حالة تحديد طبيعة القسمة في إزالة الشروع بموجب نص المادة ١٠٧٥ من القانون المدني العراقي .

قائمة الهوامش

- ١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٤٧، وأيضاً، د. عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ٥٩، د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٢٨٦.
- ٢) د. علي بدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون، ج ١، تاريخ الشرائع، مطبعة نوري، مصر، ١٩٣٦، ص ٥٤.
- ٣) نقلاً عن د. عبد السلام الترماني، تاريخ النظم والشرائع، مطبوعة جامعة الكويت، المطبعة العصرية، الكويت، ١٩٧٥، ص ٣٨٠.
- ٤) نقلاً عن د. علي حسن الذنون، فلسفة القانون، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ٧٥.
- ١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مصدر سابق، ص ٩ وما بعدها.
- ٦) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مصدر سابق، ص ١٢-١٣.
- ٧) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٦٤.
- ٨) ياسر باسم ذنون، نظرية الرجحان وتطبيقها في أدلة الإثبات المدني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٣، ص ١٢٠ وما بعدها.
- ٩) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة، ١٩٨٠، ص ١٢٠ وما بعدها.
- ١٠) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، ط ٧، ١٩٧٢، ص ٤٥٧.
- ١١) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص ٥٥٥.
- ١١٢) المادة (١٢٤/١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ١٣) عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٨٦.
- ١٤) المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي.
- ١٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٣٠.
- ١٦) أياد مطشر صيهود، المدخل القانوني إلى دراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٥٢.
- ١٧) سورة آل عمران، الآية (٢٨).
- ١٨) مقال منشور على شبكة الانترنت على الموقع <http://ar.m.wikipedia.org>
- ١٩) سورة الأنعام، الآية (١٠٨).
- ٢٠) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ١٢٢ و ١٢٣.
- ٢١) إبراهيم بن مهنا المهنا، سد الذرائع، مقال منشور على الموقع www.dorar.net/lib/book_end/10286
- ٢٢) تنص المادة (١/١٣٧٤) من القانون المدني العراقي على "أجرة المباني والأراضي الزراعية لثلاث سنوات أو لمدة الإيجار أن قلت عن ذلك وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول
- ٢٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٣، (الأوصاف - الحوالة - الانتضاء)، الناشر دار النهضة العربية، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٦٤، ص ٦١ وما بعدها.
- ٢٤) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص ١٢٧.
- ٢٥) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢٤٤.
- ٢٦) المواد (٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١) من القانون المدني العراقي.
- ٢٧) المادة (١/٣٤) من القانون المدني العراقي.
- ٢٨) د. سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، توزيع منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٠٨.

- ٢٩ (المصدر السابق / ص ٤٠٩ ، ، وأيضاً ، د. محمود عبد الرحيم الديب ، ا، وأيضاً ، د. محمود عبد الرحيم الديب ، مصدر سابق ، لحيل في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥-٢٤٦ .
- ٣٠ (د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ص ٥٤
- ٣١ (د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير ، القانون المدني ، أحكام للقانون ، بغداد، ٢٠١٠، ص ٢١٩ .
- ٣٢ (د. عادل عامر ، وسائل تطور القانون ،كلية الحقوق ، جامعة المنصورة www.f-law/threads/24546
- ٣٣ (د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول في الإدارة العامة وتنظيمها ، ١٩٤٩، ص ٥٧ ، وأيضاً محمد يعقوب السعيد ، دراسة مقدمة بشأن نظرية الشخصية المعنوية مقال منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث السنة ٣١ ، ١٩٧٦، ص ٢٠ .
- ٣٤ (بحث منشور على شبكة الانترنت بعنوان التنبني والكفالة للكاتب 18 natacha على الرابط [www.star times.com](http://www.star.times.com) تاريخ النشر
- ٣٥ (د. توفيق حسن فرج ، دروس في القانون الروماني ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ١٢٥ .

قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- ١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التأليف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .
- ٢) أياد مطشر صيهود ، المدخل القانوني إلى دراسة الشريعة الإسلامية ، بيروت ، ٢٠١٦ .
- ٣) د. توفيق حسن فرج ، دروس في القانون الروماني ، بيروت ، ١٩٦٥ .
- ٤) د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، توزيع منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
- ٥) د. صوفي حسن أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٥ .
- ٦) د. عباس العبودي ، تاريخ القانون ، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ .
- ٧) د. علي بدوي ، أبحاث في التاريخ العام للقانون ، ج ١ ، تاريخ الشرائع ، مطبعة نوري ، مصر ، ١٩٣٦ .
- ٨) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ج ٢ ، ط ٧ ، ١٩٧٢ .
- ٩) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، والترجمة ، ١٩٨٠ .
- ١٠) د. عبد السلام الترماني ، تاريخ النظم والشرائع ، مطبوعة جامعة الكويت ، المطبعة العصرية ، الكويت ، ١٩٧٥ .
- ١١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، (الأوصاف - الحوالة - الانقضاء) ، الناشر دار النهضة
- ١٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٨ ، الناشر دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ .
- ١٣) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير ، القانون المدني ، أحكام الالتزام ، ج ٢ ، للقانون ، بغداد، ٢٠١٠ .
- ١٤) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ،
- ١٥) د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول في الإدارة العامة وتنظيمها ، ١٩٤٩ .
- ١٦) د. علي حسن الذنون ، فلسفة القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ .
- ١٧) د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، مطابع، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢ .
- ١٨) د. محمود عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،
- ١٩) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- ٢٠) ياسر باسم ذنون ، نظرية الرجحان وتطبيقها في أدلة الإثبات المدني ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق
- ٢١) محمد يعقوب السعيد ، دراسة مقدمة بشأن نظرية الشخصية المعنوية مقال منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث السنة ٣١ ، ١٩٧٦ .
- ٢٢) بحث منشور على شبكة الانترنت بعنوان التنبني والكفالة للكاتب 18 natacha على الرابط [www.star times.com](http://www.star.times.com) تاريخ النشر
- ٢٣) مقال منشور على شبكة الانترنت على الموقع <http://ar.m.wikipedia.org>
- ٢٤) د. عادل عامر ، وسائل تطور القانون ،كلية الحقوق ، جامعة المنصورة مقال منشور على موقع الانترنت على الرابط www.f-law/threads/24546