فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969
"دراسة مقارنة"

م. م قحطان عزيز محسن النعيمي
جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية

The Concept of Presumption in Iraqi Civil Procedure Law No. (83)
"A Comparative Study"of 1969

M. M. Qahtan Aziz Mohsen Al-Nuaimi
University of Kirkuk/College of Law and Political Science

المستخلص: ليس بوسع القاضي المدني التوصل إلى فهم وقائع الدعوى ومجرياتها ألا من خلال أضفاء الوصف الواقعي والقانوني السليم عليها، ويحتاج القاضي في بعض الأحيان إلى تفسير النصوص القانونية للتوصل إلى ارادة المشرع المبتغاة من وضعه لتلك النصوص، وهنا يلجأ إلى افتراض أمر أو مسألة ما من النص تطابق الواقع والحقيقة القضائية التي توصل اليها، لهذا فالافتراض يمثل عملية عقلية فنية أساسها المنطق القانوني والضرورات الموضوعية في العمل الإجرائي والقضائي، في القوانيين الحديثة ومنها قانون المرافعات المدنية، يستمد مشروعيته من أباحة المشرع الإجرائي للقاضي المدني بالافتراض ضمن تطبيقات محددة ومنظمة بالنصوص القانونية الصريحة أو الضمنية وبالشروط القانونية التي تمنح القاضي هذه السلطة، بحيث يقوم بأعمال الافتراض لأيجاد الحلول العملية من الوقائع الثابتة التي تطابق الواقع ويقبلها القانون.

الكلمات المفتاحية :افتراض، اثبات، مرافعات، دعوى

Abstract: A civil judge cannot arrive at an understanding of the facts and course of a case except by providing a sound factual and legal description. Sometimes, a judge may need to interpret legal texts to arrive at the intended instrument the legislator intended in establishing

those texts. In this case, he or she resorts to assuming a matter or issue from the text that corresponds to the reality and judicial truth that he or she has arrived atTherefore, assumption represents a technical rational process based on legal logic and objective necessities in procedural and judicial work. In modern laws, including the Civil Procedure Code, its legitimacy is derived from the procedural legislator's permission for the civil judge to assume within specific applications organized by explicit or implicit legal texts and the legal conditions that grant the judge this authority. This allows the judge to challenge the law and find practical solutions based on established .positions that correspond to reality and are accepted by law

Keywords: assumption, proof, pleadings, lawsuit

المقدمة

أولاً: التعريف الموضوع: تتصل فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة ومجالات تطبيقها بفصل القضاء في المنازعات المدينة وإعطاء كل ذي حق حقه وفقاً للأصول القانونية، كما أنها ترتبط ارتباطاً مباشراً بالمنطق المجرد وبالعلوم التي اشتقت منها كالمنطق القانوني والمنطق القضائي، وهي مسائل تتصل بفلسفة القانون وروح التشريع بشقيه الموضوعي والإجرائي. فضلاً عن ارتباط هذه الفكرة بكثير من المبادئ المستقرة في قانون المرافعات المدينة وقانون الإثبات وعلى وجه الخصوص مبدأ حياد القاضي المدني، ومبدأ توسيع سلطته التقديرية ومنحه الدور الإيجابي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة وإجراءات شكلية، ومنحة دوراً فعالاً باتباع التفسير المتطور للنصوص التشريعية عند تطبيقها على الواقعة محل الدعوى وغيرها مما يسهم في تحقيق العدل الناجر.ألا انه ينبغي العناية والحرص عند استخدام فكرة الافتراض القضائي

في المجالات التي أباحها المشرع الإجرائي للقاضي المدني، فقد يترتب عليها في أحوال معينة، المساس بضمانات التقاضي للخصوم فيهدرها أو للمبادئ الأساسية للخصومة القضائية فيخل بها اخلالاً جسيماً، وقد يعدم فعاليتها اذا ما اتجه القاضي أو هيئة المحكمة للتوسع في الاجتهاد تحت ذريعة أباحة الافتراض له من قبل المشرع، لذا يجب هنا التحوط والتروي والتقيد بمجالات الافتراض في مسائل المرافعات المدينة وإجراءات الإثبات والتي يكون المشرع الإجرائي قد قدرها وربطها بشروط معينة بحيث لا يجوز التوسع في تطبيقها عما اختطه المشرع من ضوابط أو القياس عليها.

ثانياً: أهمية موضوع الدراسة: تعتبر فكرة الافتراض القضائي وسيلة من الوسائل القانونية الهامة والفعالة التي تمكن القاضي أو هيئة المحكمة من بناء الحكم في الدعوى المدنية على أساس الأسباب الواقعية والموضوعية المستقاة من مجريات الدعوى ووقائعها، وتفسير النصوص القانونية وفقاً لمقتضيات العدالة وإرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، كما يحقق الافتراض القضائي مزايا أخرى منها، أعطاء المحكمة سلطة تقديرية مقننة من قبل المشرع الإجرائي باستبعاد الإجراءات الشكلية المعيبة مسبقاً، والتقليل من الإجراءات المفرطة أو الخاطئة التي قد يسلكها الخصوم عند المباشرة في سلوك الإجراءات القضائية.

ثالثاً: إشكالية الدراسة: تكمن إشكالية الدراسة، أن فكرة الافتراض في القوانين الإجرائية لها أساس قانوني في بعض التشريعات المدنية الحديثة، ونادى بها البعض من الفقه الإجرائي، مبناها الجهد العقلي للقاضي المدني المفترض في سبيل تطور القانون على أساس تغيير حكم القانون في أمر مخالف للحقيقة المعروضة أمامه، دون تغيير نصه. وبالرغم من هذه الفائدة المرجوة من فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية، إلا أن المشرع الإجرائي العراقي لم يعتمدها في نصوص واضحة وصريحة، في قانون المرافعات الدينية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل ، أو في أي قانون أخر بل ترك المسألة لاجتهاد القاضي على أساس مساحة من السلطة التقديرية المقيدة، وهذا الأمر لا يستقيم مع وجود الكثير من الوقائع والإجراءات المتشعبة التي تستلزمها الدعاوى المدينة في وقتنا الحاضر.

رابعاً-: فرضيات الدراسة: هنالك عدة فرضيات سنتناولها في هذه الدراسة والتي تخص الإشكالية من بينها:

1-ما هو مفهوم فكرة الافتراض في القانون الإجرائي، وماهي الشروط القانونية التي يتطلبها الافتراض القضائي؟

2-ماهي ابرز التطبيقات العملية لفكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (83) لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل والقوانين المقارنة؟

3-ما هي الأحكام القانونية التي تخص فكرة الافتراض في مسائل المرافعات المدينة في القوانين المقارنة ؟

4-ما هي الآثار القانونية التي تترتب على فكرة الافتراض تجاه المحكمة التي تنظر في الدعوى المدنية أو تجاه الخصوم أطرافها؟

خامساً: منهجية الدراسة: سوف نعتمد المنهج التحليلي المقارن ما بين قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٩ النافذ العدل، وبين قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ النافذ فيما يخص فكرة الافتراض، وتطبيقاتها ومدى فاعليتها في نطاق القانون الإجرائي، فضلاً عن الاعتماد على أراء الفقه الإجرائي ومناقشتها وتحليلها ترجيح الراجح منها، مع تعزيز الدراسة بالتطبيقات القضائية للقضاء العراقي والمقارن كلما أمكن ذلك .

سادسا: هيكلية الدراسة: تم تناول موضوع الدراسة وفق الهيكلية الأتية:

المبحث الأول: التعريف بالافتراض وأساسه القانوني وتميزه من غيره من الأوضاع المشابهة.

المبحث الثاني: شروط الافتراض وآثاره في قانون المرافعات المدينة

المبحث الأول

التعريف بالافتراض وأساسه القانوني وتميزه من غيره من الأوضاع المشابهة

في الواقع أن مناط فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة متلازمة ومرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالعمل القضائي، وعليه فمناط الافتراض في القوانين الإجرائية المدنية يختلف عنه في ميدان القوانيين الموضوعية في القانون الخاص وان كان كلاهما من صور الافتراض القانوني، فالافتراض المقصود هنا هو الافتراض القضائي الذي يكون في أساسه بتصريح من المشرع الإجرائي، ولا يقوم أو تتحقق الغاية منه إلا بتحقيق شروطه القانونية وارتباطه بالضرورات العملية والمنطقية المتجددة وما تهدف اليه هذه الفكرة من ترتيب للأثار القانونية الإيجابية للمحكمة التي تنظر في الدعوى المدينة وكذلك للخصوم المتقاضيين أيضا. ولأجل الوقوف على ماهية فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة سنعمل على تعريفه أو بيان مفهومه ومن ثم تحديد الأساس القانوني لفكرة الافتراض وتميزها من غيرها من الأوضاع المشابهة. لذا ستتقسم هذا البحث إلى مطلبين وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

تعريف الافتراض

يقتضي تعريف الافتراض التعرف على مدلول هذا الاصطلاح في اللغة ومن ثم تبيان معناه في الاصطلاح التشريعي ولدى فقهاء القانون الإجرائي، لذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعيين وكالاتي:

الفرع الأول

تعريف الافتراض لغة

لمصطلح الافتراض عدة معاني ودلالات في اللغة، فالافتراض مشتق من الفرض، والفرض في اللغة العربية يعني الحزّ في الشيء، ويقال فرضت الشيء أفرضه فرضاً وفرضته للكثير

واوجيته[1]. ويقال ما أعطيت من غير فرض، وينصرف معنى الفرض ايضاً الى ما أوجيه الله تعالى وسمي بذلك لان له معالم وحدود، ويقال فرض عليه أني كتبه عليه بما أمر به ونهى عنه[2]، قال تعالى في محكم كتابه: (لأتخذن من عبادك نصيباً مفروضاً)[3]. ويقال فرض الله على عبادة العبادات فرضاً، أي أوجب والاسم الفريضة، وكذلك يقال فرضُ له العطاء أي قدر له نصيباً والقاضي فريضة قدرها وأوجبها، وفروض الحيوان: قراضه كثر أو سن، فهو فارض ، وهي فارض، وفارضة[4]. ويقال الاسم الفريضة ، وسُمي العلم بقسمة المواريث فرائض، وفروض، وهي مقدرة في كتاب الله عز وجل في النصف والربع والثمن والسدس[5]. ويطلق الفرض على الفريضة من الابل والبقر ما بلغ عدده الزكاة، وأفرضت الماشية وجبت فيها الفريضة وذلك اذا بلغت نصاباً، والفريضة أيضا ما فرض في السائمة من الصدقة[6]. وينصرف معنى الافتراض عند بعض علماء اللغة، إلى قضية مسلم بها أو موضوعية للاستبدال بها على غيرها، كما ويستخدم هذا المصطلح لكل مبدأ تستنبط منه نتائج بصرف النظر عن صدقه أو عدم صدقة[7]، أما الفرض في المنطق فهو فكرة توضع ثم يتحقق من صدقها أو خطأها عن طريق الملاحظة والتجربة، فمثلاً عرف الافتراض بأنه افتراض الباحث أي أتخذ فرضاً ليصل إلى حل مسألة معينة[8].

---

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بابن منظور، لسان العرب، ط1 ، دار صادر، بيروت، 1990، ص454.

(2) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، المكتبة الاسلامية، القاهرة، 1972، ص301.

(3) سورة النساء ، الآية (١١٨)

(4) الفيروزابادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، بيت الافكار الدولية، عمان ، الأردن، 2004، ص657.

(5) محمد عميم المجددي، التعريفات الفقهية، معجم بشرح الألفاظ المصطلح عليها، بين الفقهاء والأصوليين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص163.

(6) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص233.

(7) الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، ط1، مكتبة ناشرون، لبنان، 2004، ص931.

(8) ابن منظور، لسان الحرب، مصدر سابق، ص233.

الفرع الثاني

تعريف الافتراض في الاصطلاح التشريعي والفقهي

اعتادت غالبية التشريعات الإجرائية المدينة على عدم وضع التعريفات الخاصة بالمصطلحات القانونية عند صياغة النصوص القانونية، تاركتاً وضع التعريفات للفقه القانوني وحسناً فعلت ذلك، ولذلك لم يعرف المشرع الإجرائي مصطلح الافتراض في قانون المرافعات المدنية العراقي ولا في أي قانون إجرائي أخر، وكذلك الحال في القوانين محل المقارنة. وفي هذا السياق اجتهد الفقه القانوني لإيجاد تعريفات متعددة ومختلفة للافتراض القضائي، تكاد يتجه البعض منها الى ربط الافتراض في قانون المرافعات المدنية بالحيل والقرائن القانونية، بينما يتجه القسم الآخر منها الى عكس ذلك.

فقد عرف الافتراض في قانون المرافعات المدينة بأنه : " أمراً يقرره المشرع ليواجه به صعوبات معينة قد تتعلق بصياغة القاعدة الإجرائية أو تطبيق أحكامها في بعض الحالات، أو لأثبات امراً من الأمور الإجرائية أو مواجهة سكوت الخصوم من القيام بواجباتهم الإجرائية، أو ممارسة حقوقهم في الخصومة المدينة أو لحفظ هذه الحقوق[1].

وعُرف بأنه الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها واقعة حقيقية حتى ينطبق القانون على حالة لا ينطبق عليها من قبل، إذ يترتب عليه إخفاء أمر واقعي بأن يفترض أن حكم القاعدة القائمة ينطبق على حالة معينة بالرغم من القاعدة لا تشملها في فرضها دون التغيير في البناء اللفظي للقاعدة[2].

[1]د. محمد الصاوي مصطفى، الافتراض في قانون المرافعات المدينة ،دار النهضة العربية، القاهرة،2020،ص15 وما بعدها.

[2]د. عكاشة محمد عبد العال، و د. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2006، ص65.

وعرف البعض الافتراض بأنه: استخلاص مسألة أو قرينة من وقائع ثابتة قاطعة في ذاتها ولكنها ليست قاطعة فيما هو قد افترض على أساسها[1].

وعرف ايضاً بأنه: "وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، يقوم على أساس أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه[2].

ويتضح لنا من التعريفات السابقة أن الافتراض في قانون المرافعات المدنية يقترب من القرائن القانونية كونه يبتنى في الغالب على احتمال كبير لمطابقته للواقع والحقيقة، وان فكرة الافتراض من صنع المشرع الإجرائي ليخالف بها المنطق القانوني عند صياغة القاعدة القانونية، مقابل الزام القاضي المدني بحسن تطبيقها وفقاً لما تمليه عليه أحكام تلك القاعدة ولما يمكن أن تمنحه من سلطة تقديرية بناءه تسهل عليه عملية الوصول الى الحقيقة التي بني على أساسها الافتراض، وان هذه الفكرة عندما تدخل في حيز التطبيق العملي، فهي تقلب الأمور راساً على عقب ، لذا أباحها المشرع الإجرائي للقاضي في حدود معينة للتعامل مع الواقع الماثل إمامة ، كما في حالة اعتراض بقاء الموطن على حاله اذا الغى الخضم في الدعوى موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه الأخر بذلك، إذ يصح تبليغه في موطنه الملغي والأمثلة الكثيرة على مثل تلك الحالة، وقد تباينت مواقف الفقه القانوني بشأن الأخذ بفكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية والإبقاء عليها أو التخلص منها أو عدم لزومها إلى عدة أراء وهي :

الرأي الأول: يرى أن فكرة الافتراض مجرد كذب وتشويه الحقيقة ولابد من التخلص منها، إذ لا ضرورة تدعو إلى الأخذ بها كونها تتنافى مع طبيعة عمل القضاء في تطبيق النصوص القانونية على الوقائع كما هي، ومن ثم فأن ضررها اكثر من نفعها، لذلك ينبغي التخلص منها في نطاق قانون المرافعات المدينة وقانون الإثبات في المواد المدينة، وفي المقابل على المشرع

[1]د. نبيل إسماعيل عمر / عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية، منشأه المعارف ، الإسكندرية، 1998، ص282.
[2]د. ياسر باسم ذنون وجوتيار عبدالله احمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدينة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(112) العدد (45) السنة 2010، ص9ز

الإجرائي الاجتهاد في بناء القواعد القانونية على أساس من الواقع بطريقة مباشرة بدلاً من وضعها على شكل افتراض[1].

الرأي الثاني: يرى ضرورة الإبقاء على الافتراض والتمسك به كونه وسيلة من وسائل القانون التي لا غنى عنها، ويرجع السبب في ذلك للضرورات العملية التي يحققها نظراً لأنه ييسر الحصول على الحل الملائم الذي يؤدي إلى الاقتصاد في الجهد وأعمال الذهن[2].

الراي الثالث: يرى انه وسيلة ضرورية لتطور القانون ولكنها مؤقتة ومصيرها الاختفاء، وبالتالي لا يمكن إنكار دور الافتراض ودوره في تطوير القانون من ناحية، ولا يمكن تجاهل ما ينطوي عليه من مخاطر تنتج عن مخالفته للحقيقة في بعض الأحيان، لذا يجب التحوط والتروي عند اللجوء إلى الافتراض في العمل القضائي تفادياً لما قد يترتب عليه من المساس بضمانات التقاضي للخصوم حتى لا يتم إهدارها أو بالمبادئ التي تحكم القضاة وأعوانهم فيخل بها ويعدم فاعليتها[3].

ونميل إلى تأييد الراي الثالث ، نظراً لما يحققه فكرة الافتراض من مزايا وآثار إيجابية سواء في نطاق قانون المرافعات المدينة وفي القوانين الأخرى كقانون الأثبات والقانون المدني، فالأصل في القاعدة القانونية هو الجمود والتجرد، ولهذا لابد للقاضي المدني في أحوال معينة من اللجوء إلى الافتراض والبحث عن الحقيقة القضائية الواقعية كما يراها حتى لو اقتضى الأمر مخالفة القاعدة التشريعية، ولهذا فالافتراض وسيلة ذهنية يملكها القاضي المدني بتفويض من المشرع في حدود معينة لا يجوز التوسع فيها على حساب العدالة ومصلحة الخصوم في الدعاوى المدينة. وعلى أساس ما سبق بإمكاننا تعريف الافتراض في قانون المرافعات المدينة بأنه : مكنة قانونية يبيحها المشرع الإجرائي للقاضي المدني بمقتضاها يتمكن من استخلاص امرأ أو مسألة من الوقائع القاطعة في الدعوى المنظورة، ولكنها ليست قاطعة فيما هو قد افترض

---

[1] د.ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون، دار التأليف للنشر والتوزيع، القاهرة، 980،ص111.

[2] المصدر نفسه، ص111.

[3] ينظر د.محمد الصاوي مصطفى، الافتراض في قانون الواقعات، مصدر سابق، ص39.

على أساسها، وإنما وفقاً للحقيقة الواقعية المجردة، التي تستند على الثابت الأكيد في العمل القضائي.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لفكرة الافتراض وتميزها من غيرها من الأوضاع المشابهة.

لفكرة الافتراض أساسا قانونياً في قانون المرافعات المدنية، وفي سائر فروع القوانين الإجرائية الأخرى، ففي قانون المرافعات هنالك العديد من النصوص القانونية التي يتضمنها هذا القانون، والتي تدل دلالة واضحة على اقتناء المشرع الإجرائي للعبارات التي تصرح بالافتراض، مما يشير إلى وجود العديد من التطبيقات القانونية بهذا الصدد سنأتي إلى ذكرها لاحقاً سواء في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، أو في سائر القوانين محل المقارنة. ويلاحظ أن هنالك اختلاط والتباس للوهلة الأولى ما بين فكرة الافتراض القضائي وأوضاع أخرى مشابه لها مثل القرائن والحيل القانونية على اعتبار أنها كلها من صور الافتراض القانوني. وعلى أساس ما تقدم تقسم هذا المطلب إلى فرعيين وكالاتي:

الفرع الاول

الأساس القانوني الفكرة الافتراض وتطبيقاتها في قانون المرافعات المدنية

بينا فيما سبق بأن فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية هي بالأساس عملية عقلية وفنية مبناها أباحة المشرع الإجرائي للقاضي المدني استقراء النصوص القانونية والتعامل معها وفقاً لمجريات الدعوى وعلى ضوء الحقيقة الواقعية، والضرورات العملية للعمل القضائي وفي الحدود التي يفرضها القانون في المجال الإجرائي. ولذلك هنالك العديد من التطبيقات القانونية لأعمال فكرة الافتراض سواء في قانون المرافعات المدنية العراقي أو في القوانين محل المقارنة، أما بتصريح ضمني شبه مباشر من قبل المشرع أو من دون التصريح بها في صلب النصوص

القانونية، ولكن الفقه الإجرائي يستخلصها بهدف تفسير أو تبرير حكم النص القانوني ورده إلى الأساس المنطقي الذي يقوم عليه. ومن الأمثلة التي نسوقها بهذا الصدد، افتراض صحة الإجراء متى ما تحققت الغاية منه، فمن تطبيقاته في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، ما نصت علية المادة (56/ 2)[1] والتي افترض المشرع العراقي فيها حصول علم الخصم الآخر بمكان وموعد المرافعة متى ما حضر جلساتها في الموعد المحدد حتى لو شاب ورقة التبليغ عيب أو نقص جوهري يؤدي الى بطلانها، فهنا المشرع يفترض وقوع التبليغ صحيحاً بمجرد حضور الخصم للجلسات وكذلك افتراض المشرع العراقي في نص المادة (58/ 2) من ذات القانون، بأن الموطن الذي الغاه الخصم هو موطن حقيقي له[2].

وأيضا ما افترضه المشرع في نص المادة (12 / 1)[3] من القانون المذكور والتي تتضمن أن تنازل المدعي بحق الملكية عن دعوى الحيازة، وترتب على ذلك سقوط حقه في الادعاء بالحيازة، وفي نص المادة (55/ 1)[4] من القانون المذكور والتي افترض المشرع الإجرائي العراقي، حضور المدعى عليه في جميع جلسات المرافعة في حالة حضوره لأية جلسة من جلسات المرافعة ولو تغيب بعد ذلك. والأمثلة على تطبيقات الافتراض كثيرة ومتنوعة ومنها ما افترضه المشرع العراقي في نص المادة (93) من قانون المرافعات المدينة، التي تخص حالات رد القاضي لأحد الأسباب التالية[5]:

أولاً : اذا كان أحد الطرفيين مستخدما عنده أو كان هو قد اعتاد مواكلة أحد الطرفيين أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبل إقامة الدعوى أو بعدها.

---

[1] ١) تقابلها المادة (20/ 2) من قانون المرافعات المدنية والتجارية مصري والمادة (113) من قانون الإجراءات المدينة والتجارية الإماراتي.

[2] تقابلها المادة (10/ 2) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[3] تقابلها المادة (45/ 1) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[4] المادة (44/ 1) من قانون المرافعات المدنية المصري، والمادة (67/ 2) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

[5] المادة (٩٣) من قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (٨٣) لسنة 1969، الفاقد المعدل ، يقابلها المواد (146 ، 174) من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري والمادة (116) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الاماراتي ، والمادة (134) من قانون أصول المحاكمات طريقة الأردني .

ثانياً: اذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

ثالثاً: اذا كان قد أبدى رأياً فيها قبل الأوان.

يتبين لنا من خلال الشروط الواردة أعلاه، أن المشرع العراقي قد افترض تأثر حياد القاضي، ففي هذه الحالات يضع المشرع قرينة لا تقبل إثبات العكس، على أن القاضي لابد أن يفقد حياده، حتى ولو لم يتعمده في الواقع ومن ثم يكون غير صالح لنظر الدعوى ولهذا لا يجوز القياس على هذه الحالات واقتراض عدم حياد القاضي في غيرها من الحالات غير المنصوص عليها قانوناً[1]. ويرى جانب من الفقه أن استنتاج الافتراض من غير الأمر الذي جعله المشرع لا يجوز، وإنما يجب أن يكون أساس الافتراض، ومبناه أو دلالته في القاعدة القانونية ويبنى الحكم على هذا الافتراض، وقد يكون له اساساً في النصوص التشريعية بصورة غير صريحة، يستخلصها القاضي خلال مجريات الدعوى أو عندما يعمل على تطبيق حكم القاعدة القانونية، وبعبارة أخرى أن القاعدة القانونية لم تصرح بالافتراض ولكن حكمها يبنى عليها ضمناً ولكن الفقه يردها إلى الأساس المنطقي الذي تقوم عليه[2].

ومن تطبيقات الافتراض بهذا الخصوص على سبيل المثال، ما جاء في نص المادة (٩١)[3] من قانون المرافعات المدينة العراقي النافذ حالياً، فقد افترض المشرع العراقي حالات للتنحي الوجوبي، وبالتالي متى ما توافرت شروط التنحي أصبح لازماً على القاضي المدني عدم النظر في الدعوى، وهذه المسألة بحكم القانون ولا يقبل فيها جدلاً أو نقاشاً غير ذلك، ويترتب على هذا الافتراض الضمني اثراً اجرائياً لا يقبل إثبات العكس، كما أن عدم العمل به يترتب عليه بطلان

[1] د.عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات الاردني - م المركزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص67.
[2] د. محمد الصاوي مصطفى، مصدر سابق، ص25، وذلك د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، مصدر سابق، ص74.
[3] يقابلها المادة (١٤٧) من قانون المرافعات الدينية والتجارية العراقي النافذ.

العمل القضائي ولو تم باتفاق الخصوم[1]. ويرى جانب من الفقه الإجرائي، أن هذا النوع من الافتراض لا يصرح به المشرع صراحة في النصوص التشريعية بل يستخلصه الفقه بقصد تفسيره تفسيراً منطقياً لتبرير حكم النص القانوني وهذا ما يطلق عليه (بالافتراض المفسر) بالنظر لأساس وجوده[2]، في تعجيل الفصل في الخصومة وفقا لمقتضيات العدالة والإنصاف.

ومما تقدم تستخلص أن الأساس القانوني لفكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة لها تطبيقات عديدة ومتنوعة في ثنايا النصوص القانونية في قانون المرافعات المدينة العراقي، أو في سائر التشريعات الإجرائية المدينة الأخرى بما فيها القوانين محل المقارنة، ولكن يشترط لتحقيق الافتراض تحقق مبتغاه في النص التشريعي وسواء وردّ بصورة صريحة أو ضمنية فيه، ولهذا فالافتراض لا يقوم من الأساس إلا اذا أجازه المشرع الإجرائي، عندما يتم افتراض صحة النتيجة التي قصدها المشرع في النص أو تلك التي استنتجها الفقه لتحقيق ضمانات قانونية تجعل من الافتراض القضائي أقرب ما يكون إلى الواقع والحقيقة، ولهذا لا يجوز للقاضي المدني أن يفترض شيئاً ما لم يفترضه المشرع في دلالة النصوص التشريعية، ومهما كانت مطابقته للواقع أو العدالة، ومن باب أولى لا يجوز للفقه الإجرائي الاستنتاج أو القياس بوجود افتراض في أمر ما، ما لم يكون منصوصاً عليه في قانون المرافعات المدينة .

تمييز الافتراض القضائي من الأوضاع المشابهة له

بما أن الافتراض القضائي يمثل احدى صور الافتراض القانوني، فلا شك أن هناك أوضاع قانونية في نطاق قانون المرافعات المدينة أو في سائر القوانين الأخرى تكاد تشابه أو تقترب منه إلى حد كبير جداً، كونها هي الأخرى تبنى على أساس فكرة الافتراض، لذا فالافتراض في قانون المرافعات المدينة له أوجه تشابه واختلاف مع تلك الأوضاع كالحيل والقرائن القانونية، ولاجل التوصل إلى ما يميز فكرة الافتراض (محل الدراسة) عن هذه الأوضاع المشار اليها سنبين هذه المسألة في الفقرات الأتية:

[1]د. محمد موسى جاب الله، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص60.

[2]د. محمد علي عبد السلام - فلسفة الافتراض في الدعوى الإدارية، مطبعة السلام ، القاهرة ، دون سنة نشر،ص275.

أولا: تمييز الافتراض القضائي عن الحيل القانونية:

يطلق البعض من الفقه القانوني على الحيلة القانونية تعبير (الافتراض القانوني) على اعتبار أنها وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس أمر يفترضه المشرع افتراضاً يخالف به الواقع والحقيقة دائماً[1]، ولا تسمح بالمجادلة في هذا الأمر، ولا في النتائج التي تترتب عليه[2]. بينما الافتراض في نطاق قانون المرافعات المدنية، من أعمال الإدارة القضائية المقرونة بإحالة الدعوى ومجرياتها وإجراءات الإثبات فيها إلى التحليل المنطقي والتفسير البناء ضمن المنطق القانوني المقتبس من فحوى النص التشريعي، ومقتضيات العدالة.

وقد عرف الفقه الفرنسي الحيلة القانونية بأنها "كذب فني تقتضيه الضرورة" un mensonge (consacre par lansisit) بمعنى أن الحيلة تدور حول المشاكل بدلاً من حلها ومن هذة الناحية فلحيلة ليست إلا الحل العلمي الناقص لمشكلة ما، وتهدف الحيلة القانونية إلى تذليل الصعوبات التي تلازم تبني وتطبيق قواعد قانونية جديدة، لأجل تسهيل فكرة أو مفهوم قانوني معين أو إلى تسهل أو تحقيق أهداف معينة خاصة[3].

وبالرغم من أن الحيلة القانونية هي نوع من أنواع الافتراض القانوني، والتي تؤسس على واقع ملموس مؤكد لا خلاف علية فقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (حيلة) تبنى على أساس نشر القانون في الجريدة الرسمية، وهذا أمر ثابت يقيناً، وكذلك افتراض العلم بالتبليغ القضائي (أو الإعلان) بمجرد تسليمه للشخص في موطنه ولو كان لغير المعلن اليه نفسه، وهي أيضا واقعة ثابتة يقيناً بوقوع العلم بمجرد أجراء الإعلان في الموطن[4]. إلا أن فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية تختلف عن الحيل القانونية في عدة أمور من أهمها:

[1] محمود عبد الرحيم ديب ، الحيل في القانون المدني المصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص52.
[2] ينظر: د. محمود عبد الرحيم ديبا، الجيل في القانون المدني، مصدر سابق، ص71.
[3] ينظر: د. مصطفى أبو زيد، دور الافتراض في تطور القانون، مصدر سابق، ص299.
[4] ينظر: د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مصدر سابقن ص61.

1-الافتراض القضائي يبنى على احتمال يغلب تحقيقه في الواقع ، اما الحيل تبنى على اساس افتراض مخالف للحقيقة دائما[1].

2-الافتراض القضائي يجد أساسه القانوني في سلطة القاضي التقديرية والتي منحها له المشرع الإجرائي من خلال الافتراض بحيث يستطيع القاضي مؤامة الواقعة محل النزاع وفقاً للغاية التي يقصدها المشرع من اباحة الافتراض والمتمثلة بتحقيق العدالة وتبسيط الشكلية في العمل الإجرائي[2]. أما الحيل القانونية فلا مجال للقول بوجود سلطة تقديرية القاضي فيها لأنها تتضمن افتراض من قبل واضعي القانون لا يجوز إثبات عكسه أو نفيه، وان القاضي المدني لا يملك مخالفة القاعدة أو الاجتهاد فيها[3].

ولكل ما تقدم تعتقد أن أهم ما يميز الافتراض في قانون المرافعات المدينة عن الحيل القانونية، هو أن المشرع عندما يقرر أمر ما باعتباره حيلة قانونية فأنه لا يهتم بالعلاقة بين هذا الأمر وبين الواقع ومطابقته للحقيقة، بل يهتم بالحقيقة المفترضة التي قصدها والفائدة المرجوة منه والتي لا يقبل مناقشتها أو الجدال بشأنها بينما في الافتراض يراعي المشرع أن يتطابق في الأعم الأغلب من الحالات مع الواقع والحقيقة والمنطق القانوني وما يستنبطه القاضي من ظروف الدعوى.

ثانياً: تمييز الافتراض القضائي عن القرائن القانونية: يعرف الفقه الإجرائي القرائن القانونية بأنها "عبارة عن استنباط واقعة متنازع عليها من واقعة ثانية فتكون الثانية قرينة على الأولى[4].

وعرفت أيضا بأنها: أسلوب للمنطق القانوني بمقتضاه يتم استنباط واقعة مجهولة من واقعة أخرى ثانية، ولهذا فالقرينة ما هي إلا افتراض يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحياً وفقاً لما هو مألوف في الحياة أو لما يرجحه العقل[5]، ولكن الافتراض في قانون المرافعات المدينة

(1) ينظر: د. محمد محمد فرحات ، القرينة كوسيلة للإثبات، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة، 1981، ص82.
(2) ينظر: د.محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص16.
(3) ينظر: محمود عبد الرحيم ديب، الحيل في القانون المدني، مصدر سابق، ص77.
(4) ينظر: د.محمد فرحات ، القرينة كوسيلة للإثبات ، مصدر سابق، ص11.
(5) د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مصدر سابق، ص35.

أمر قد يقرره المشرع لمواجهة بعض الصعوبات المتعلقة بصياغة القاعدة القانونية الإجرائية أو تطبيق أحكامها في بعض الحالات أو لمواجهة سكوت الخصوم أثناء المرافعات عن القيام بواجباتهم الإجرائية أو ممارسة حقوقهم الإجرائية في الدعوى المدنية المنظورة أو للحفاظ على هذه الحقوق، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن القرينة من وسائل الفن القانوني (Cmo yens de lajuringue) يمكن القاضي استعمالها تحويل الشك الى الحقيقة والتردد الى يقين ، فهي لا تطبيق الا في حالة الشك توصلا إلى القول القاطع حول وجود أو عدم وجود الواقعة المجهولة[1]. ومما تقدم يتضح لنا من المعنى العام للقرائن انها نوع من انواع الافتراض القانوني، إذ يكون أساس ومبتنى كل من القرائن القانونية وبالأخص القرائن القاطعة[2]، أن كلاهما يقومان على أساس افتراض أمر ما وأنهما لا تخالفان الحقيقة إلا أحيانا لأنه يجوز إثبات عكسهما بالإقرار واليمين. ولكن فيما وراء ذلك تختلف القرائن القانونية عن الافتراض القضائي في عدة أمور من أهمها:

1–الافتراض القضائي من صنع المشرع بشكل مطلق، كما أوضحنا ذلك سابقاً، وهو مقيد بالنصوص القانونية التي تتيح ذلك، وعليه فليس للقاضي أو للمحكمة أي دور في تقرير أو استنباط وجوده في مسألة أو أمر ما لم يقرر المشرع الإجرائي ذلك بخلاف القرائن فمنها ما يستنبطه القاضي من ظروف الدعوى ووقائعها[3].

2–الهدف من القرائن بكافة أنواعها هو تيسير الإثبات، بخلاف الهدف من الافتراض القضائي الذي يكون في الغالب لأجل مطابقة الواقع مع الحقيقة المفترضة في الدعوى المنظورة، وذلك

(1) ينظر: د. محمد الصاوي مصطفى ، مصدر سابق، ص13.

(2) تقسم القرائن باعتبار مصدرها الى قرائن قانونية وقرائن قضائية ، فالأولى هي من صنع المشرع، ويستنبطها بطريقة مجردة بأخذ مما يغلب وقوعه بين الناس اما الثانية فيستنبطها القاضي من ظروف الدعوى او يستنبطها الخصوم امامه فيقرهم القاضي على هذا الاستنباط، كما تقسم القرائن من حيث أمكان اثبات عكسها الى قرائن بسيطة وهي التي يجوز اثبات عكسها وقرائن قاطعة لا يجوز اثبات عكسها للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد فرحات، القرينة كوسيلة للاثبات، مصدر سابق، ص82.

(3) ينظر: د.عادل عبد الرحمن، القرائن في الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص31.

لان المشرع شاء ألا يعتد إلا بالحقيقة التي افترضها، على عكس القرائن فأن المشرع بناها على الاحتمال الراجح دائماً[1].

المبحث الثاني

شروط الافتراض وآثاره في قانون المرافعات المدينة

تلعب فكرة الافتراض في القانون الإجرائي دوراً ايجابياً باعتبارها وسيلة قانونية يلجأ اليها القاضي المدني للتوصل إلى الحكم القضائي السليم في الدعوى المنظورة من خلال التفسير السليم للقاعدة القانونية وتطبيقاتها، بحيث يكون له دوراً إنشائي مبني على أساس الجهد الذهني وفي الحدود التي سمح له المشرع بالافتراض. لذا ينبغي لصحة هذا العمل القضائي جملة من الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب توافرها معاً، وهي في الأساس تدور حول ضرورة وجود نص قانوني يقرر وجود الافتراض صراحة أو ضمناً، فضلاً عن قيام موجب للافتراض من خلال الشكل القانوني في قانون المرافعات المدنية، وكذلك لابد من عدم توقف الإجراءات أو انقطاع تسلسلها أثناء النظر في المنازعة المعروضة، يضاف الى ذلك افتراض العلم بالإجراءات القضائية ومطابقة الافتراض القضائي للقانون هذا وأن تحققت تلك الشروط سوف يرتب آثاراً قانونية، نتيجة لقيام موجبات الافتراض. وتنقسم الآثار التي تترتب على أعمال الافتراض القضائي، إلى قسمين الأول يطلق عليها الآثار الشكلية والثانية بالآثار الموضوعية. وعلى أساس ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وكالآتي :

المطلب الدول

شروط الافتراض في قانون المرافعات المدينة

يستلزم قيام الافتراض وأعماله في الدعاوى المدنية توافر جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، لكي يكون هذا العمل القضائي صحيحياً من الناحية القانونية ومنتجاً لآثاره، متى

[1] ينظر: د. محمد عبد الرحيم ديب، مصدر سابق، ص66.

ما كان مطابقاً مع نموذجه في قانون المرافعات المدنية او في أي قانون آخر. تدور الشروط القانونية للافتراض الإجرائي –الافتراض القضائي على وجه العموم، بضرورة وجود نص قانوني يقرره صراحة أو ضمناً، وقيام موجب الافتراض من خلال الشكل القانوني في قانون المرافعات المدينة، وكذلك عدم توقف الإجراءات أو انقطاع تسلسلها أثناء نظر الدعوى وعليه سنبحث بتلك الشروط في الفروع الآتية:

الفرع الأول

وجود نص قانوني يقرر الافتراض

لا يكون الافتراض في قانون المرافعات المدينة إلا بنص قانوني يقرره صراحة أو ضمناً، بحيث لو لم يوجد هذا النص فلا يجوز للقاضي أو للخصوم الافتراض أو التمسك بآثاره، لذا لا يجوز للقاضي المدني تخطي هذا القيد (الشرط) والاستناد إلى قياس او استنتاج مهما كان منطقه أو مطابقته للواقع أو العدالة، ولا يجوز استنتاج الافتراض من غير الأمر الذي يجعله المشرع الإجرائي أساسا ومبنى لهذا الافتراض المقرر بنص على حالات لم يرد بشأنها نص.[1] وقد يصرح المشرع بالافتراض في القاعدة القانونية عندما تكون الألفاظ والعبارات المستخدمة دالة على ذلك. والأمثلة عديدة ومتنوعة ومنها، افتراض المشرع العراقي تأثر حياد القاضي عند نظر الدعوى، في حالات معينة نصت عليها المادة (٩١)[2] من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل، ففي هذا المثال حدد المشرع حالات معينة للتنحي الوجوبي للقاضي مفترضاً تأثر حياده اذا ما قام بنظر الدعوى. وفي ذات النهج سار المشرع المصري

[1] أن تقرير الافتراض في صلب القاعدة القانونية يعد بمثابة قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها، للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد الصاوي مصطفى، مصدر سابق، ص22.

[2] المادة (٩١) على: -(لا يجوز للحاكم أو القاضي نظر الدعوى في الأحوال الآتية : 1- اذا كان زوجاً أو صهراً أو قريباً لاحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة 2- اذا كان له او لزوجه او لاحد أولاده أو احد أبويه خصومة قائمة مع أحد الطرفين أو مع احد أولاده أو أحد أبويه . ٣-اذا كان وكيلاً لأحد الخصوم او وصياً عليه او قيماً او وارثاً ظاهراً له... ٤-اذا كان له او لزوجه أو لأصوله او لأزواجهم أو لفروعه او لأزواجهم او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة ٥-اذا كان قد افتى أو ترافع عن احد الطرفين في الدعوى او كان قد سبق له نظرها حاكماً او خبيراً أو محكماً أو كان قد ابدى شهادة فيها.

أيضا عندما قرر الحالات التي يتأثر فيها حياد القاضي، وذلك في نص المادة (148)[1] من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري رقم (13) لسنه 1968 النافذ. ومثال ذلك أيضا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (161) من قانون المرافعات المدينة التي جاء فيها: (يتلى منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك، ويعتبر الطرفان مُبلغين به تلقائياً اذا كانت المرافعة قد جرت حضورياً، حضر الطرفان أم لم يحضرا في الموعد المحدد الذي عين لتلاوة القرار).

يتضح من النص أعلاه أن المشرع العراقي يفترض العلم اليقيني بالحكم القضائي الصادر من جهة الخصوم حتى مع عدم حضورهم بالجلسة المحددة لتلاوته ما دامو قد حضروا إحدى الجلسات السابقة[2]، وذلك بدلالة استخدام المشرع للفظ "يعتبر" والذي جرى استخدامه للدلالة على إجازة المشرع للافتراض صراحة في صلب القاعدة القانونية، فالمتأمل لذلك يجد أن المشرع استعمله أيضا في نص المادة (13) من قانون المرافعات المدينة، عندما نص فيها على انه : (يعتبر تبليغا توقيع الخصم أو وكيله بحضور الموظف المختص على ورقة التبليغ أو على ورقة أو عريضة الدعوى للحضور في الموعد المعين). ويتبين لنا من خلال النص، أن المشرع العراقي أعتبر وقوع التبليغ صحيحا في حالة ثبوت علم المطلوب تبليغه بطريق أخر غير المتعارف عليه كتوقيع الخصوم على عريضة الدعوى او على ورقة التبليغ في داخل المحكمة وأمام الموظف المختص، ففي جميع تلك الأحوال أجاز المشرع للقاضي الافتراض صراحة من اجل الفصل في الدعوى وبما يتفق مع النحو الذي يتطابق مع نموذجه الإجرائي في قانون المرافعات المدينة من وقوع التبليغ صحيحاً.

أما المشرع المصري فقد أوجد العديد من الأمثلة عن الافتراض الصريح، في قانون المرافعات المدينة والتجارية ومن أبرزها: "اعتبار الدعوى كأن لم تكن " وذلك في نص المادة (1/82) من القانون المذكور، وكذلك ما جاء في نص المادة (1/84) من ذات القانون والذي جاء فيها:

[1] المادة (148) من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري.
[2] افترض المشرع المصري ذات الافتراض وذلك في نص المادة (83) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(... يعتبر الحكم في الدعوى في الحالتين حضورياً). وكذلك في نص المادة (41) من ذات القانون، عندما افترض المشرع فيها، أن تنازل المدعي بالحق عن دعوى الحيازة ورتب على ذلك سقوط حقه في الادعاء بالحيازة، فضلاً عن ذلك افترض المشرع المصري صحة الأجراء اذا تحققت الغاية منه وذلك في نص المادة (20) من قانون المرافعات المدينة والتجارية، وفي مجال تقدير قيمة الدعوى أفترض المشرع الإجرائي المصري، أن الدعوى بطلب غير قابل للتقدير قيمتها زائدة على عشرة آلاف جنيه ، كذلك نص المشرع المصري على الافتراض في المادة (128) من القانون الذكور عندما أباح للقاضي ذلك بالقول : "اذا لم تعجل الدعوى في ثمانية أيام التالية لنهاية الأجل اعتبر المدعي تاركاً لدعواه والمستأنف تاركاً استئنافه".[1]

كما أقر بالاقتراض صراحة في نصوص أخرى من قانون المرافعات المدنية والتجارية فعلى سبيل المثال اعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إعلانا للخصوم الذين حضروا احدى الجلسات أو قدموا مذكرة بدفاعهم.[2] وقد لا يرد الافتراض في القاعدة القانونية صراحة، بل ضمناً ويستخلصها القاضي من خلال سلطته التقديرية، أثناء نظر الدعوى أو يعمل الفقة الإجرائي على استخلاص الافتراض من القاعدة القانونية أثناء تعرضه لها بالتفسير او التأصيل محاولاً ردها الى الأساس المنطقي الذي تقوم عليه.[3] والأمثلة على استخلاص الافتراض من القواعد القانونية عديدة وكثيرة جداً ولكن يجب على القاضي عند أعمال الافتراض ضمناً توخي الحذر والدقة، إذ يجب عليه أن يكون تفسيره للنص التشريعي مطابقاً لما رسمه المشرع من غاية –أي بعبارة أدق أن لا يخالف تفسيره لنص القانون وإرادة المشرع والا كان حكمه في الدعوى غير سليم ومعرض للبطلان الإجرائي. ونعني بمخالفة الافتراض لنص القانون من جهة القاضي، كأن يعمل على إنكار وجود القاعدة القانونية أو

[1] د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية، مصدر سابق، ص285.
[2] المادة (173) من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري.
[3] لفتة هامل العجيلي، الأثر الإجرائي للتميز بين الواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التميز، مكتبة السنهوري، بغداد، 2021، ص299.

تأكيدها وتفسيرها بشكل خاطئ، بل عليه تفسير النص بأن يعمل على البحث فيه عن علة الحكم ومعناه للتوصل إلى العدالة.[1]

وما تقدم نستخلص، أن الافتراض في قانون المرافعات لا يقوم إلا من خلال عمل المشرع وحده، فهو وحدة –أي المشرع – من يقرره سواء صراحة أو ضمناً، لذا ليس للقاضي أن يفترض شئياً في المجال الإجرائي مالم يفترضه المشرع وبذلك يعد هذا الشرط من أهم الشروط اللازمة لأعمال الافتراض القضائي.

الفرع الثاني

تحقق مبنى الافتراض في القانون الإجرائي

لا يكفي وجود نص قانوني يقرر الافتراض فقط لقيام موجبا له، بل يجب أن يتحقق مبناه سواء في قانون المرافعات المدينة او في قانون الإثبات، من خلال الإجراءات والشكلية القانونية المقررة فيهما. فالمشرع الإجرائي لا يأخذ بفكرة الافتراض إلا على أساس تحقق أمر ما من الأمور التي اتخذها مبنى وأساسا لقيام الافتراض. ويعني هذا الشرط وجوب قيام الافتراض على أمر ثابت ومؤكد لا يداخله شك أو احتمال فاذا لم يتحقق مبنى الافتراض وأساسه، لا يمكن بأي حال من الأحوال القول بقيام الافتراض القضائي حتى ولو كان الواقع يؤكد تحققه. ومن الأمثلة التي نسوقها لتأكيد ذلك، افتراض المشرع العراقي أن الحكم الصادر يعد حضوري، طالما حضر المدعى عليه أي جلسة من جلسات نظر الدعوى أو قدم مذكرة بدفاعه حتى ولو لم يحضر باقي الجلسات. وفي المضمون ذاته أفترض المشرع المصري أيضا أن الحكم يعتبر حضوري في نص المادة (83) من قانون المرافعات المدنية والتجارية اذا تحققت المقتضيات الواردة في نص المادة المذكورة[2].

[1]د. محمد الصاوي مصطفى، مصدر سابق، ص27.
[2]د. محمد موسى جاب الله، مصدر سابق، ص56.

ونرى أن مبنى الافتراض هو حضور أي جلسة من جلسات المرافعة أو تقديم مذكرة او لائحة بالدفاع، وخلافاً لذلك لا يمكن الافتراض أو يقول بأن الحكم الصادر حضورياً في حق المدعى عليه في المثال أعلاه –استناداً إلى أي أمر آخر أو واقعة أخرى غير الحضور الفعلي لأي جلسة من جلسات المرافعة أو تقديم لائحة دفاع فيها، نظراً لانعدام مبنى الافتراض.[1] وقد ساير القضاء العراقي اتجاه المشرع العراقي في هذا الشأن، بأن قضت محكمة التميز الاتحادية في قرار لها بأنه: (وجد أن المحكمة أصدرت حكمها المميز حضورياً رغم أن المميز (المدعى عليه) لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة كما لم يحضر وكيله وطلب تأجيل الدعوى بعريضة قدمها إلى المحكمة في الجلسة المؤرخة 1990/4/4...وقد رفضت المحكمة الطلب وتم إجراء المرافعة بحق المميز غيابياً واستندت المحكمة في قرارها إلى نص مادة (55) من قانون المرافعات المدينة، وحيث أن المادة المشار اليها قد نصت في فقرتها الأولى على أن المرافعة تعتبر حضورية إذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك، ولما كان المميز قد تخلف عن الحضور رغم تبليغه ولم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة، لذا كان على المحكمة أن تقتنع بطلب وكيل المميز وان تقرر إجراء المرافعة بحقه غيابيا فلهذه الأسباب قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما سبق شرحه)[2]. والمتأمل لقضاء محكمة التميز الاتحادية الموقرة، يتضح له أنها قد اعتبرت قرار محكمة الموضوع غير صحيح ومخالف للقانون لكونها أصدرت حكماً حضورياً بينما كانت المرافعة في كل مراحلها غيابية، وان محكمة الموضوع قد أخطأت في اعتبار الحكم حضورياً وكان الأجدر بها أن تصدر حكماً غيابياً لان المميز لم يحضر أي جلسة من جلسات المرافعة، وان –لا تفترض ذلك بناء على تقديم طلب التأجيل للدعوى لاعتبار المرافعة قد جرت بحق المميز حضورية، وعليه لا وجود لمبنى للافتراض من الأساس. ومن الأمثلة الأخرى على وجوب تحقق مبنى الافتراض، ما جاء في نص المادة (2/161) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والتي افترض فيها المشرع

[1] د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد،2019، ص461.
[2] قرار محكمة التميز الاتحادية العراقية المرقم/2822/ ش / 1990في 1990/7/17 مشار اليه لدى د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات، مصدر سابق، ص81.

العراقي عدم العلم بالحكم الصادر الذي يجب التبليغ به للخصوم ما دام لم يتم هذا التبليغ، والى ذلك ذهب المشرع الصري أيضا في نص المادة (1/84) من قانون المرافعات المدنية والتجارية اذ يبقى افتراض عدم العلم بالحكم الصادر منتجاً قائماً لآثاره في عدم سريان ميعاد الطعن إلى أن يتم إعلان الخصم بالحكم، ولا يهدم هذا الافتراض ثبوت علم من كان يجب إعلانه بالحكم حتى ولو قام برفع استئناف عنه وتم رفضه، فيظل مفترض فيه عدم العلم بهذا الحكم ويجوز له الطعن فيه مرة أخرى اذا تم إعلانه بالحكم، ويعتبر المثال من أوضح الأمثلة التي تؤكد أن تحقق مبنى الافتراض يعد شرطاً جوهرياً لقيام الافتراض القضائي[1].

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها الذي جاء فيه: (... ومن ثم فأن قيام الطاعن برفع استئناف عن الحكم المطعون فيه قضى بعدم جوازه وانه لا يقوم مقام إعلان الحكم ولا يمنع الطاعن من الطعن فيه بالنقض في ميعاده القانوني الذي ينفتح من تاريخ إعلانه)[2]. ويبرر البعض من الفقه الإجرائي وجوب هذا الشرط، بأن المسألة ليست كما في مجال القرائن في القانون المدني، وإنما في مجال الافتراض في وسط إجرائي، هو الخصومة المدنية بحيث لا تسمح إجراءاتها الشكلية –مع استبعاد دور الإرادة فيها –بالبحث فيما وراء ذلك بالأمر الذي جعله المشرع مناطاً للافتراض، فمتى تحقق الأمر المجري للافتراض في قانون المرافعات وجب ترتيب هذا الأثر دونما البحث في أي مسألة أخرى فيما وراء تحقق مبنى الافتراض.[3]

نستخلص مما سبق من أمثلة، أن المشرع في مثل هذه الحالات من الافتراض لا يعتد بالواقع الفعلي وإنما يعتد بالواقع الذي افترضه وتحقق مناطه ومبناه على النحو المطابق مع نموذجه القانوني في قانون المرافعات المدنية، بأن سمح للقاضي بالافتراض لأمر ثابت وأكيد ولو تعارض مع الحقيقة في أحوال معينة.

---

[1] ينظر: د. أبو زيد مصطفى، دور الافتراض في تطوير القانون، مصدر سابق، ص120.

[2] طعن رقم 154، سنة 47 ق جلسة 1975/9/6 س8، ص566، مشار اليه لدى د. أبو زيد مصطفى، المصدر نفسه، ص131.

[3] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص96.

الفرع الثالث

عدم توقف أو انقطاع إجراءات الخصومة

في بعض الحالات لا يكفي تحقق الشروط السابقة الذكر وإنما لابد لقيام الافتراض وترتب آثاره الصحيحة، كما في حالة (افتراض العلم بالإجراءات القضائية) ، ألا ينقطع تسلسل إجراءات الخصومة، فاذا حدث وانقطع تسلسل الإجراءات لأي سبب من الأسباب القانونية، فأن حالة الافتراض تقطع هي الأخرى ولا يمكن التعويل عليه في إنتاج أي أثر قانوني – بمعنى أخر أن الافتراض القضائي متى تحقق فأنه لا ينتج أثرا إلا في نطاق محدد هو الفترة المحددة التي تستمر فيها الإجراءات الخاصة بذات الخصومة دون انقطاع، وبالتالي لا يمتد اثر الافتراض اكثر من هذه الفترة او يتجاوزها[1]. وأبرز مثال على ذلك اعتبار النطق بالقرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إعلانا للخصوم الذين يفترض حضورهم لإحدى جلسات المرافعة او لتقديم مذكرة دفاع فيها، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب بعد تحقق افتراض حضورهم.[2]

وقد أشار المشرع العراقي إلى تلك الحالة في نص المادة (1/174) بالقول: (١–تقف المدد القانونية إذا توفى المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه بعد تبلغه بالحكم وقبل انقضاء المدة القانونية للطعن). ففي هذه الحالة تحقق مبنى الافتراض الذي افترضه المشرع في النص أعلاه، فافتراض علم الخصوم بالإجراءات المتخذة لا يمتد اثره فيما وراء ذلك الوقت الذي انقطعت فيها تسلسل الجلسات، ولهذا أكد المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة على وجوب قيام قلم المحكمة بتبليغ الورثة او احدهم او من يقوم مقام من فقد أهليته للتقاضي او صاحب الصفة الجديدة بالقرارات المتخذة التي أصدرتها بعد انقطاع

[1] محكمة النقض العربية، ط رقم (72) لسنة 31 ق جلسة 1997/6/1مشار اليه لدى محمد الصاوي، مصدر سابق، ص47.
[2] د. ابو زيد مصطفى، دور الافتراض في تطور القانون، مصدر سابق، ص31.

تسلسل الإجراءات والمشرع عندما قرر هذه القاعدة القانونية أراد التأكيد أن انقطاع الإجراءات يترتب عليه أيضا انقطاع افتراض الحضور في الخصومة وعدم العلم بإجراءاتها المتخذة.[1]

أما المشرع المصري فقد جاء بحكم مشابه لما نص عليه المشرع العراقي طبقاً لنص المادة (174) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي جاء فيها : (1- يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة فيها إعلانا للخصوم الذين حضروا احدى الجلسات او قدموا مذكرة بدفاعهم وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب...). وبالرغم من وجود التشابه بين موقف المشرع العراقي والمصري لمثل هذه الحالة، ألا أن المشرع المصري لم يحدد أسباب وقف أو انقطاع المرافعة وإنما ذكر عبارة أي سبب يكون سبب لانقطاع المرافعة. وبالرجوع إلى موقف المشرع المصري، فاذا صدر قرار أثناء سير المرافعة فأنه لا يلزم إعلان (تبليغ) هذا القرار إلى الخصوم الذين لم يحضروا جلسة النطق به، اذا كانوا قد حضروا أية جلسة من الجلسات السابقة عليها أو قدموا مذكرة دفاعهم، والا لا يكون تسلسل الجلسات قد انقطع فيها.[2]

ومن الأمثلة أيضا التي نص عليها المشرع المصري بهذا الصدد، عدم سريان ميعاد الطعن في الحكم الصادر إلا من تاريخ إعلان الحكم، وذلك في حالة تخلف المحكوم عليه عن الحضور أو عن تقديم مذكرة بدفاعه في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب.[3] وبذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه: (... ومن الحالات التي يفترض فيها جهل المحكوم عليه بالخصومة وبما اتخذ فيها من إجراءات، تلك التي ينقطع فيها تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب متى ما ثبت أن الخصم لم يحضر أية جلسة من الجلسات التالية لهذا الانقطاع ولو كان قد حضر في الفترة السابقة على ذلك).[4]ويتضح مما تقدم: انه متى ما انقطع تسلسل الجلسات، فأن افتراض حضور المدعي

[1] الفقرة الثانية من المادة (174) من قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (83) لسنة 1969 النافذ المعدل.
[2] ينظر: د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص1317.
[3] ينظر نص المادة (1/213) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
[4] نقض 1996/1/23، طعن رقم ٥٩٧ سنة 61 قضائية -20 – 161، أشار اليه د. محمد كمال عبد العزيز، ، مصدر سابق، ص1317.

عليه السابق على الانقطاع وعلمه بالإجراءات المتخذة لا يثبت إلا بالتبليغ الصحيح بها، والا لا يمكن الاستناد على افتراض علمه بها، وعليه فأن شرط عدم انقطاع تسلسل الإجراءات في الخصومة القائمة لأي سبب من الأسباب هو أحد الشروط اللازمة لقيام الافتراض في بعض حالاته في نطاق قانون المرافقات المدنية، لكي يكون الافتراض صحيحاً من الناحية الواقعية ومنتجاً لآثاره القانونية.

المطلب الثاني

الآثار القانونية للاقتراض القضائي

من الأمور المسلم بها في مجال العمل الإجرائي والقضائي، إن ينتج عنه آثار قانونية، وهذا هو حال الافتراض القضائي أيضا، فالافتراض سواء في قانون المرافعات المدنية أو الإثبات يرتب العديد من الآثار الإجرائية والموضوعية، لان المشرع الإجرائي عندما استساغ فكرة الافتراض إنما أراد منها الوصول إلى صحة الأعمال الإجرائية واعتبار أن هذه الأعمال الإجرائية قد تمت صحيحة منذ البداية في كافة مراحل الدعوى. لذا فإجازة الافتراض من قبل المشرع، يعمل وبشكل كبير على توسعة مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني في تحليل النصوص القانونية وتفسيرها تفسيرا متطورا بما يتماشى مع الحقيقة الواقعية والمنطقية للتوصل إلى حكم سديد وصائب من الناحية الشكلية والموضوعية، والذي سيكون عنوانا للحقيقة بعد اكتسابه لحجية الأمر المقضي فيه، وتعد تلك الآثار من أبرز آثار الافتراض القضائي فضلاً عن آثار أخرى. ومن هذا المنطلق سوف نبحث في الآثار القانونية للافتراض القضائي وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول

توسيع سلطة القاضي التقديرية في تفسير النصوص القانونية

يقصد بالسلطة التقديرية للقاضي: هي رخصة من المشرع للقاضي المدني تمكنه من مباشرة الأعمال القضائية بصورة تتناسب ومرونة سير الدعوى، بحيث يكون الدور المنوط للقاضي في هذا المجال، هو التصدي لفحص النزاع المعروض وإيجاد حلول عملية يفرضها الواقع ويقبلها القانون.[1] وقد يلجأ القاضي إلى الافتراض القضائي، وهنا يستطيع من خلاله الولوج إلى سد الخلل التشريعي ا وليفسره تفسيراً منطقياً أو قد يعالجه من خلال افتراض مسألة أو امر ما يقبلها العقل والمنطق. ولكن تلك السلطة في مجال الافتراض ليست مطلقة من كل قيد بل وضع لها ضوابط ومقتضيات من قبل المشرع الإجرائي بإمكان القاضي استخلاصها استخلاصاً سائغاً من تحليل النصوص التشريعية أو فحص الأحكام وربطها ببعضها ليتسنى له أعمال الافتراض القضائي في مجال نظر الدعوى في كل مرحلة من مراحل نظرها وفي مجال طرق الإثبات فيها، وفي مجال عمل كل دليل وقوته في الإثبات ومحله ومن يقع عليه عبء الإثبات وكذلك عند تقدير الدليل وقوته من بين بقية الأدلة الأخرى التي حددها القانون[2]. وبالنظر إلى سلطة القاضي في الإعمال الإجرائية بما فيها سلطته الافتراضية، نجد أنها تقوم على فكرة التقدير الموضوعي لعنصر الفرض المستمدة من القاعدة القانونية، فالغالب أن القاعدة القانونية تتضمن فرض معين وحكم حتى إذا لم يتم صياغتها بطريقة افتراضية مباشرة من جانب المشرع الإجرائي، تلك الصياغة بعد تحليلها افتراض حكم ما يتماشى مع حاله واقعية او تشكل حالة قانونية أو مختلطة بين الواقعية والقانونية.[3] ولهذا فلولا الافتراض لما استطاع القاضي التوسع في تفسير وتحليل القواعد القانونية العامة المجردة بأن يتمكن من خلاله بتحديدها بالواقعة محل الدعوى وعلى أشخاصها بأعيانهم دون غيرهم بمعنى آخر أن الافتراض القضائي قد رتب أثراً، بأن جعل من النص التشريعي ينطبق على تلك الواقعة وأشخاصها الذين يتحقق فيهم الوصف

[1] د. احمد محمود سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني وتطبيقاتها، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1988، ص25.
[2] الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 النافذ المعدل.
[3] ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص407.

والصفات والشروط التي يستمدها القاضي منه بعد أن كان لا يتحدد بهم بالذات أو بالظروف المحيطة بالواقعة ذاتها[1]. وعلى هذا الأساس اسهمت الآثار المهمة للاقتراض القضائي في توسعة نطاق السلطة التقديرية في مجال تفسير النصوص القانونية القائمة وأيضا في تحديد وتبرير مقاصد المشرع الاجرائي منها والتي تعتبر من اهم الآثار الاجرائية لافتراض ان لم يكن من اكثرها شيوعاً. هذا وقد اختلف الفقه الإجرائي في مسألة مدى فاعلية الافتراض في توسعة السلطة التقديرية للقاضي إلى عدة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: يرى أن الافتراض القضائي لا يؤدي الى توسعة السلطة التقديرية، وذلك لان سلطة القاضي تجد أساسها الشكلي والفعلي في جميع الحالات التي يخول المشرع القاضي فيها حرية التقدير سواء عند مباشرته النشاط الإجرائي أو عند اقتناعه بالوقائع او عند تقديره للأدلة او للحكم، وفي مثل تلك الحالات تجد سلطة القاضي التقديرية اساساً لها بأن ترك المشرع للقاضي حرية التقدير ليربط بين الوقائع المثارة بصورة تجعلها متكاملة وعاكسة للوضع الواقعي، بينما يعمل الافتراض بحسب رأيهم على المحافظة على الدور الإيجابي للقاضي في العمل القضائي في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها لا اكثر بحيث يصبح دور القاضي المدني دورا مسايرا للافتراض الذي اراده المشرع في تلك النصوص القانونية، وقد يمنحه المشرع دوراً من خلال الافتراض في تبرير وجود الحكم فيها بهدف اكمال النص التشريعي عن طريق التفسير المتطور للنصوص الغامضة والمبهمة بل حتى النصوص الواضحة في بعض الاحيان عند الضرورة نظراً لما تتميز به تلك النصوص من عمومية وتجريد[2]. ولا نميل إلى تأييد هذا الراي، لان القاضي المدني يعمل من خلال الافتراض القضائي، إلى ربط وقائع الدعوى المنظورة ببعضها عن طريق المساحة الواسعة الممنوحة له من قبل المشرع في اباحة الافتراض، لكي يكون قناعة بثبوت كل أو بعض الادعاءات وتحويلها إلى أوضاع قانونية وإعطائها الوصف المناسب المستمد من القاعدة القانونية على أساس مساحة واسعة من السلطة التقديرية.

[1] د. حسين كيرة، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1970، ص150.
[2] رائد زيدان، سلطة القاضي في ادارة الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه كلية حقوق ، جامعة تبريز ، 2012، ص91.

الاتجاه الثاني: يرى أن فكرة الافتراض في القوانين الاجرائية لها الأثر البالغ في توسعة السلطة التقديرية للقاضي، على اعتبار أن الافتراض يعطي للقاضي الدور الإيجابي في العمل القضائي ويمنحه سلطة تقديرية لا نظير لها في سبيل تمكنه من أحقاق الحق، عن طريق إسهامه بشكل مباشر ومن خلال الافتراض الواقعي في تفسير النص القانوني المنتج والهادف إلى جعل هذا النص صالح للتطبيق على الواقعة محل الدعوى، أو على أيا من إجراءاتها القضائية، أو لتحويل تلك الواقعة العادية إلى مفهوم قانوني، فيتدخلان بصورة تصبح معها الواقعة المادية كياناً للمفهوم القانوني الذي يشكل أساس الحكم القضائي[1].

وقد برّر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالقول، بأن المشرع قد سمح للقاضي في نطاق عمله القضائي الحق في الافتراض أو إيجاد الافتراض الذي بنى عليه المشرع القاعدة القانونية وبالتالي أراد المشرع توسعة السلطة التقديرية الافتراضية وتطبيقها التطبيق السليم على الواقعة المعروضة أمام القاضي، وبذلك تنازل من المشرع ذاته عن سلطته الافتراضية للقاضي وهذا بحد ذاته يعد رخصة أخرى يمنحها المشرع للقضاء في إن يقترض ما يراه منتجاً في الدعوى[2].

ومن الأمثلة على ذلك في قانون المرافعات المدنية العراقي سماح المشرع للقاضي بأن يفترض وقوع التبليغ صحيحاً في حالة ثبوت علم المطلوب تبليغه بطريقة أخرى غير المتعارف عليها والمتمثلة بتوقيع الخصم على عريضة الدعوى أو على ورقة التبليغ في داخل المحكمة أو أمام الموظف المختص، وفقاً لنص المادة (22/ 1)[3] من قانون المرافعات المدنية العراقي.

وأيضا افتراض المشرع العراقي صراحة في نص المادة(12/ 1)[4] من قانون المرافعات المدينة، بأن تنازل المدعي بحق الملكية عن دعوى الحيازة مما ترتب على ذلك سقوط حقه في الادعاء بالحيازة. وكذلك افتراض المشرع العراقي في نص المادة (55/ 1)[5] من قانون المرافعات المدنية عدم حضور المدعى عليه في جميع الجلسات لاعتبار الحكم قد صدر حضورياً، وانما

(1) د.نبيل إسماعيل عمر ، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص121.
(2) د. محمد جاب الله ، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص17.
(3) تقابلها نص الادة (24/ 1) من قانون المرافعات الدينية والتجارية المصري النافذ حاليا.
(4) يقابلها نصت المادة (83) من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري.
(5) يقابلها نصت المادة (67/ 2) من قانون المرافعات المدينة والتجارية المصري.

يكفي حضوره اية جلسة من جلسات المرافعة ولو تغيب بعد ذلك. ففي كل تلك الأمثلة وغيرها أيضا، يتم أعمال الافتراض القضائي من خلال منح سلطة افتراضية تقديرية للقاضي تخوله لاستخلاص الإجراءات السليمة أو لتفسير القواعد أو تبريرها وفقاً لمقتضيات العمل القضائي للتوصل الى حكم صائب وسديد في الدعوى، ومهما يكن من اختلاف ما بين الفقه الإجرائي في مسألة وجود هذا الأثر القانوني من عدمه، نرى أن الاتجاه الثاني هو الاتجاه الراجح، إذ أن الافتراض القضائي يوسع من سلطه القاضي المدني التقديرية سواء في منحة دوراً إيجابياً عند قيامه بتفسير النصوص القانونية أو تبريرها وفقاً لمقتضيات العمل القضائي الهادف الى احقاق الحق باقل جهد ووقت وتكاليف، فضلاً عن أثره في انشاء قواعد قانونية جديدة مستمدة من المبادئ القانونية التي أستقر القضاء على افتراضها وبالاخص قضاء محكمة التمييز الاتحادية العراقية، على اعتبار أن قراراتها تحوز على الحجية الملزمة وتصبح قرائن قانونية قاطعة واجبة الاتباع من قبل الكافة[1].

الفرع الثاني

اكتساب الحكم القضائي الصادر حجية الأمر المقضي فيه

الحكم القضائي في الدعوى المدنية هو اجراء صادر عن المحكمة المختصة بموجب سلطتها القضائية، بمقتضاه تقضي بحق او بالزام معين، أو الإعفاء منه او ببطلان عقد او ما شابه ذلك، وبالتالي تكون الغاية الرئيسية من إصدار الأحكام القضائية هي إزالة حالة التجهيل التي تكتنف الحق موضوع الدعوى، حتى تستقر الحقوق والمراكز القانونية للخصوم اطراف الدعوى، ولا يصدر حكم القضائي اعتباطاً، بل عبر سلسلة من الإجراءات القضائية الممهدة و منها دور الخصوم في تقديم كافة الدفوع والأدلة والسبل القانونية لإثبات الحقوق. وهنا قد يلجأ القاضي المدني إلى أعمال الافتراض القضائي كوسيلة فنية إجرائية عند تحقق شروطه القانونية، سواء طيلة مدة قيام الخصومة او أثناء تقديم الأدلة والإثباتات فيها، ليصدر الحكم القضائي على وفق

[1] أ. د.احمد سمير محمد الصوفي، بحوث في القانون الخاص، ج2، المركز الاكاديمي للنشر، القاهرة، 2022، ص108.

ما افترضه من تطبيقات للافتراض ، فما مدى اكتساب هذا الحكم القضائي لحجية الأمر المقضي فيه ؟ وهل أن الافتراض القضائي من رتب هذا الأثر الموضوعي ام أن المسألة تختلف عما نتصور وذلك بأن الأحكام المدنية تكتسب حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدورها صحيحة وسليمة من الناحية القانونية ؟

قبل الإجابة على كل تلك التساؤلات، ينبغي علينا بيان معنى حجية الأحكام القضائية من الناحية القانونية، فالحجية هي صدور الحكم من المحكمة المختصة سواء أكانت محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية ويكون حجة فيما فصل فيه من حقوق بين الخصوم في ذات الحق محلاً وسبباً، على اعتبار أن هذا لحكم يعد مطابقاً للحقيقة فيها فصل فيه، بحيث تعتبر هذه الحجية قرينة قاطعة لا يقبل نقضها او إثبات عكسها[1]. وبناء على ذلك فلا يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى القضاء لطرح ذات النزاع الذي سبق الفصل فيه، وذلك لان هذا الحكم قد اكتسب حجية مؤداها أنه قد صدر صحيحاً من حيث الإجراءات الشكلية والموضوعية[2]. وفي هذا السياق يرى البعض من الفقه الإجرائي أن الافتراض في قانون المرافعات المدنية لا يقبل إثبات العكس، وحجتهم في ذلك انه ليس كما القرينة القانونية التي من الجائز إثبات عكسها وهدمها، فأثبات عكس القرنية لا يمس القرينة ولا يدحض صحتها بينما الأمر مختلف تماماً في الافتراض القضائي فلا يجوز هدم الافتراض وإثبات عكسه وهنا نتكلم عن افتراض توافرت شروط تطبيقه التي نص عليها المشرع الإجرائي[3]. ومن الأمثلة على ذلك، افتراض عدم العلم بالإجراءات، إجراءات التبليغات القضائية، هو إثبات العلم بها، وعكس ثبوت الحجية للحكم القضائي الصادر هو عدم حجيته، وعكس افتراض صحة الإجراء هو إثبات عدم صحته، وعكس اعتبار الدعوى كأن لم تكن هو إثبات انها كائنة وقائمة من الأساس، وعكس اقتراض عدم صلاحية القاضي هو إثبات صلاحيته لنظر الدعوى[4]. ولا شك أن إثبات العكس في الأمثلة السابقة، غير جائز بل هو محظور وممنوع في الغالبية العظمى من حالات الافتراض

(1) ينظر: د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدينة، المكتبة القانونية، بغداد، 1988، ص120.
(2) ينظر: د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات القرائن وحجية الأحكام، مطبعة الفجر، بيروت، 1977، ص340.
(3) ينظر: د. محمد الصاوي مصطفى، مصدر سابق، ص30.
(4) ينظر: د. أبو زيد مصطفى، دور الافتراض في تطور القانون، مصدر سابق، ص70.

وتطبيقاته في قانون المرافعات المدينة[1]. ولهذا فأن الحكم القضائي الصادر يكتسب الحجية بمجرد صدوره، لان المشرع افترض عدالته أولا، وقرر صحة الإجراءات المتخذة في أثناء إصداره شكلاً وموضوعا، وأعطاه حجية الأمر المقضي فيه، ولا يقبل إثبات عكسها او بطلاتها او قبول دليل ينقض هذا الحجية وبالتالي فالمشرع الإجرائي هو من افترض عدالة هذا الحكم ولا يقبل أثبات عدم عدالته بأي شكل من الأشكال[2].

ويرى جانب أخرى انه لا يجوز إثبات عكس الافتراض إلا بهدمه من أصله، ولذا يشترط لهدم الافتراض من أصله هو إثبات عدم توافر شروط الافتراض القضائي في الحكم القضائي الصادر، وحجتهم في ذلك أن حجية الأحكام قرينة ذات شطرين تسمى أحدهما قرينة الصحة والأخرى قرينة الحقيقة[3]. لذا بالإمكان هدم الافتراض وإثبات عكسه ومحو اثره المباشر في اكتساب الحكم الصادر عنه لحجية الأمر المقضي فيه من خلال مراجعة طرق الطعن القانونية فيه، وإثبات ذلك أمام محاكم الطعن، اذا يفترض في الحكم وجود أسباب تسمح المحكمة التمييز معرفة ما اذا كان الحكم مؤسساً من الناحية القانونية ام غير مؤسس، وتأسيس الحكم يعني أن يذكر في ورقة أعلام الحكم الأسباب الواقعية والقانونية التي تكفي لتوليد القناعة لدى محكمة التمييز بأن الحكم قد صدر صحيحاً فاذا حصل وذكرت أسباب في الحكم وأصاب الأسباب الواقعية منها خلل أو قصور كونها تتضمن عرضاً ناقصاً لوقائع النزاع بحيث يؤدي ذلك إلى استحالة معرفة ما اذا كان القانون قد طبق تطبيقاً صحياً أم لا مما يؤدي إلى نقض الحكم[4]، وبالتالي هدم الافتراض وأثره المباشر أيضا.

---

(1) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني، ط 4 ، دار النهضة، بغداد، 1994، ص212.

(2)المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لنسته ١٩٧٩ ، النافذ المعدل، والمادة (١٠١) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

(3)ذكرى عبد العال مطلك ، ود. علي عبد العال خشان ، الحجية القانونية للحكم القضائي المصادر، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، العدد (27)، 2022، ص55، وكذلك د. رضوان ابراهيم عبيدات ود. احمد عبد الكريم ابو شنيب، حجية الأمر المقضي فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية ع2 ، م39، الأردن، عمان، ص587.

(4)د. فرات رستم أمين، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التميز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دار الحامد للشر والتوزيع، عمان الأردن، 2013، ص277.

ونرى أن الحكم الصادر من جراء أعمال الافتراض الفضائي يكتسب حجية الأمر المقضي فيه وهو أثر مباشر من أثار هذا الاقتراض، اذا تحققت شروطه القانونية، لذا فالحكم يعد في ذاته قرينة الحقيقة القانونية ، وينتج عن تلك الحجية أثران : الأول هو الأثر السلبي ومن مقتضاه عدم جواز أعادة نظر النزاع من جديد من قبل القضاء لسبق الفصل فيه، أما الأثر الإيجابي الأخر فهو يفيد في إن ما قضى به الحكم، يمكن الاحتجاج به أمام أية محكمة أخرى ولكن تلك الحجية التي يكتسبها الحكم القضائي الصادر بناء على الاقتراض ليست مطلقة وثابتة، وإنما بالإمكان هدمها بهدم الافتراض وإثبات عكسه، عند إثبات ذلك أمام محكمة الطعن، فالافتراض واثره يدور وجوداً وعلماً مع وجود مناطه وتحقق شروطه، والا كان باطلاً اذا انعدمت دلالاته.

وجدير بالذكر أن الأحكام القضائية المدنية التي تكتسب الحجية وتصبح قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، هي الأحكام القطعية التي يتم من خلالها تقرير الحقوق وإنشاءها، أو تنشئ المراكز القانونية للمتخاصمين، وهذه المسائل من الآثار الأخرى التي تستتبع صيرورة الحكم باتا وثبوت الحجية فيه.

الخاتمة

أولا –الاستنتاجات: –

1–بينت لنا الدراسة أن فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية هي فكرة أساسية لها مجال واسع التطبيق في ميدان القضاء المدني، ويصعب الاستغناء عنها الآن أو في المستقبل، ومع ذلك ألا أن قانون المرافعات المدنية العراقي قد خلى من نظرية قانونية تخص مجالات الافتراض وتطبيقاته، لها أصولها وقواعدها، بالرغم من وجود بعض التطبيقات العملية للافتراض منه.

2–توصلنا إلى التعريف القانوني الملائم لفكرة الافتراض في نطاق القانون الإجرائي: بأنها مكنة إجرائية فنية بمقتضاها يستطيع القاضي المدني تصويب الإجراءات القضائية المتخذة في الدعوى المنظورة، على أساس ما تفرضه الضرورة العملية والفائدة المتوخاة منها في الحدود التي رسمها له المشرع الإجرائي من الثابت الأكيد في العمل القضائي. لذا لا يصح للقاضي الافتراض القضائي إلا وفقاً للقواعد القانونية التي قرر فيها المشرع ذلك صراحة أو ضمناً، وخلافاً لذلك سيكون الافتراض مخلاً إخلالا جسيماً بضمانات التقاضي الأخرى وبمبادئ الخصومة وعديم الجدوى القانونية.

3–لاحظنا أن للافتراض القضائي شروطاً قانونية يجب توافرها جميعاً، حتى يكون لهذا العمل الإجرائي اثره وشرعيته القانونية وهي بإيجاز: وجود نص قانوني يُقرر الافتراض، وتحقق مبنى الافتراض في القانون الإجرائي، وعدم توقف او انقطاع إجراءات الخصومة القائمة وبإمكاننا إضافة شرطاً لازم أخر لأعمال فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدينة او في قانون الإثبات أيضا وهو عدم جواز إثبات عكس الافتراض بعد ثبوته الا بهدم الافتراض من أساسه، وذلك لان مناط الافتراض ودلالته هما متلازمان ومرتبطان ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

4-لاحظنا أن هنالك اختلاف واضح بين فكرة الافتراض القضائي في نطاق قانون المرافعات المدنية، وما بين أوضاع قانونية أخرى مشابهة لها كالحيل والقرائن القانونية، فالأخيرة مبناها الاحتمال الراجح القابل لإثبات عكسه، بينما الافتراض القضائي فكرة يقررها المشرع الإجرائي على أساس الثابت والأكيد من الحقيقة القضائية، ليتمكن القاضي من استنباط دلالات لا يمكن إثبات عكسها إلا بهدم الاقتراض ذاته.

5-توصلنا إلى أن للافتراض القضائي عدة أثار قانونية من أهمها، أنه يعمل على توسعة السلطة التقديرية للقاضي المدني ويمنحه دوراً إيجابياً في إدارة الدعوى المدنية، ويحد من اجتهاداته الفردية في العمل القضائي في آن واحد، فالافتراض محدد بالنصوص التشريعية فقط التي تقرره صراحة أو ضمناً ولهذا لا مجال لتوسع القاضي في الاجتهاد القضائي مادام المشرع الإجرائي قد رسم الحدود التشريعية للاقتراض، فضلاً عن آثار قانونية أخرى من بينها أن الافتراض سوف يكسب الحكم الصادر حجية الأمر المقضي فيه سواء في مراحل إصداره أم في أثناء احدى الإجراءات الممهدة الأخرى أثناء نظر الدعوى المدنية.

ثانياً -المقترحات: -

1-نقترح على المشرع العراقي أيجاد نظرية عامة متكاملة لها أصولها وقواعدها التشريعية تخص فكرة الافتراض وتطبيقاتها، لاعتمادها فعلاً في نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي وفي قانون الإثبات أيضاً، كلاً بحسب مقاصده وبالشروط والمقتضيات التي يراها المشرع الإجرائي ملائمة لتطوير المنظومة الاجرائية والعمل القضائي في العراق، على غرار ما اتجهت اليه بعض النظم الإجرائية المدنية في وقتنا الحاضر، والتي سعت جدياً إلى اعتماد فكرة الافتراض واستعمالها، باعتبارها وسيلة هامة وضرورية في الأعمال القضائية، ولها العديد من التطبيقات في الخصومة المدينة التي تسهم في العمل على تقليل الجهد والوقت والنفقات، والى التقليل من تراكم الدعاوى في المحاكم والى أحقاق الحق وتبسيط الشكلية في الإجراءات القضائية.

2–نأمل من المشرع العراقي العمل على إيجاد تطبيقات أخرى جديدة تخص فكرة الاقتراض القضائي سواء في نطاق قانون المرافعات المدنية أم في نطاق قانون الإثبات، وعدم الاقتصار على بعض التطبيقات الضمنية فقط كحالة افتراض العلم بالإجراءات القضائية المتخذة وافتراض العلم بالموطن الجديد، واقتراض صحة التبليغ القضائي إذا حضر الخصم (المدعى عليه) في اليوم المحدد لجلسة المرافعة وغيرها من التطبيقات. ومن التطبيقات المقترحة: اقتراض حياد القاضي مسبقاً عند نظر الدعوى، وكذلك افتراض سوء نية المدين بإخفاء أو الخشية من إخراج أمواله من الضمان العام، وبالتالي اعتبار هذا المسوغ القانوني داعياً إلى إيقاع الحجز الاحتياطي على المال محل المنازعة دون طلب من الخصم الآخر بافتراض المحكمة لذلك، ولذلك افتراض أن طلب عزل الوكيل أو اعتزاله للتوكل عن أحد الخصوم هو نوع من أنواع المماطلة والتسويف في إطالة أمد النزاع وهكذا.

3–نأمل من المشرع العراقي أعمال فكرة الافتراض في قانون المرافعات المدنية في خصومة الطعن أيضا، كونها امتداد للخصومة عند نظر الدعوى المدنية، سواء في خصومة الطعن بالأحكام الصادرة بطرق الطعن العادية وغير العادية. فعلى سبيل المثال يظهر مجال الافتراض القضائي في الافتراض على الحكم الغيابي في أوجه عدة من أبرزها: أن الافتراض المذكور ينظر من قبل المحكمة المختصة بنظره لمرة واحدة فقط، لذا فان الحكم الذي سيصدر عن الافتراض سيكون حضورياً في جميع الأحوال حتى لو غاب المعترض او المعترض عليه عن جلسة نظر الافتراض.

المصادر

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، الطبعة الاولى ، دار صادر، بيروت، 1990.

2- الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، ط1، مكتبة ناشرون، لبنان، 2004.

3- د. احمد محمود سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني وتطبيقاتها، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1988.

4- د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدينة، المكتبة القانونية، بغداد، 1988.

5- د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات القرائن وحجية الأحكام، مطبعة الفجر، بيروت، 1977.

6- د. حسين كيرة، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1970.

7- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد،2019.

8- د. عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

9- د. عزمي عبد الفتاح، قانون القضاء المدني، ط 4 ، دار النهضة، بغداد، 1994.

10- د. عكاشة محمد عبد العال، و د. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2006.

11- د. فرات رستم أمين، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التميز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دار الحامد للشر والتوزيع، عمان الأردن، 2013.

12- د. محمد الصاوي مصطفى، الافتراض في قانون المرافعات المدينة ،دار النهضة العربية، القاهرة،2020.

13- د. محمد علي عبد السلام - فلسفة الافتراض في الدعوى الإدارية، مطبعة السلام ، القاهرة

14- د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

15- د. محمد محمد فرحات ، القرينة كوسيلة للإثبات، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981.

16- د. محمد موسى جاب الله، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

17- د. نبيل إسماعيل عمر / عدم فاعلية الجزاءات الإجرائية، منشأه المعارف ، الإسكندرية، 1998.

18- د.ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون، دار التأليف للنشر والتوزيع، القاهرة، 980.

19- د.عادل عبد الرحمن، القرائن في الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

20- د.عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات الاردني - المطابع المركزية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

21- د.نبيل إسماعيل عمر ، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

22- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981

23- الفيروزابادي، القاموس المحيط، ط1، بيت الافكار الدولية، عمان ، الأردن، 2004.

24- لفتة هامل العجيلي، الأثر الإجرائي للتميز بين الواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التميز، مكتبة السنهوري، بغداد، 2021.

25- د. احمد سمير محمد الصوفي، بحوث في القانون الخاص، ج2، المركز الاكاديمي للنشر، القاهرة، 2022.

26- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، المكتبة الاسلامية، القاهرة، 1972.

27- محمد عميم المجددي، التعريفات الفقهية، معجم بشرح الألفاظ المصطلح عليها، بين الفقهاء والأصوليين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.

28- محمود عبد الرحيم ديب ، الحيل في القانون المدني المصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.

ثانيا: البحوث

1- ياسر باسم ذنون وجوتيار عبدالله احمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدينة ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(112) العدد (45) السنة 2010.

2- ذكرى عبد العال مطلك ، ود. علي عبد العال خشان ، الحجية القانونية للحكم القضائي المصادر، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، العدد (27)، 2022

3- د. رضوان ابراهيم عبيدات ود. احمد عبد الكريم ابو شنيب، حجية الأمر المقضي فيه، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية ع (2) ، م (٣٩) الأردن، عمان.

ثالثا الرسائل والاطاريح

1- رائد زيدان، سلطة القاضي في ادارة الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الكلية الحقوق والإدارة العامة ، جامعة تبريز، ايران، 2012.

رابعا: القوانين

1- قانون المرافعات المدينة العراقي رقم (٨٣) لسنة 1969

2- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 النافذ المعدل.

3- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

4- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

5- قانون الإجراءات المدنية والتجارية الاماراتي.

6- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.