

الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي

إعداد

د/متولي عبد المؤمن محمد المرسي

عضو هيئة التدريس بجامعة

(جامعة الملك سعود بالمملكة العربية السعودية

و جامعة المنصورة بجمهورية مصر العربية)

المقدمة

أولاً: دور الافتراض في بناء القواعد القانونية:

عد الافتراض القانوني في العصر الحديث، أحد الوسائل المعنوية لصياغة القانونية^(١)، ويقصد بهذه الوسائل التعبير عن جوهر القاعدة القانونية عن طريق أعمال الذهن والمنطق والمجاز القانوني؛ بغية ترتيب حكم، أو أثر قانوني^(٢)؛ وعلى الرغم من قدم اللجوء إلى وسيلة الافتراض القانوني لتحقيق غايات محددة إلا أن التشريعات الحديثة والمعاصرة مازالت تستخدم هذه الوسيلة في بناء القواعد القانونية، وهندستها، وصياغتها، وتفسيرها، وتطبيقها^(٣).

ولعله من المعلوم أن القواعد القانونية تنقسم وفق إحدى صور تقسيماتها، إلى قواعد قانونية موضوعية، وقواعد قانونية إجرائية (شكالية)^(٤)؛ والقواعد القانونية

(١) تتعدد الطرق المعنوية لصياغة القاعدة القانونية؛ ومن هذه الطرق على سبيل المثال لا الحصر؛ القران القانونية، والحيل القانونية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاتي ببغداد، العراق ١٩٧٥م، ص ٢٤٩ وما بعدها.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري، الطبعة السادسة، الرياض ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م، ص ١١٧ وما بعدها. د. صحراوي فريد، الحيل القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزائر ٢٠١٤-٢٠١٥م، ص ٢٠٣.

(٣) د. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٤٥-٤٦. د. ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد رقم (١) المجلد رقم (١٢) السنة ٢٠٠٥م، ص ١٢٦.

(٤) هناك أهمية للفرقة بين القواعد القانونية الموضوعية، والقواعد القانونية الإجرائية؛ وسنقتصر الحديث هنا على أهمية هذه التفرقة في مجال القانون الخاص؛ ومن هذه الأهمية على سبيل المثال لا الحصر؛ الآتي: ١- تحديد القانون واجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص؛ حيث ينصرف تحديد هذا القانون إلى القواعد الموضوعية دون الإجرائية؛ إذ من الثابت أن القواعد الإجرائية تخضع لقانون دولة القاضي المختص بنظر النزاع؛ راجع في ذلك: د. متولي عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في القانون الدولي الخاص السعودي، الطبعة الأولى، دار الإجازة للنشر،

الموضوعية، هي تلك القواعد التي تنظم بعض الأمور، كبيان الحقوق والواجبات وكيفية اكتسابها وانقضائها، وتنقسم القواعد الموضوعية إلى قواعد موضوعية عامة، كالقانون الإداري^(١)، والقانون الجنائي^(٢)؛ وقواعد موضوعية خاصة، كالقانون

الرياض ١٤٣٧ - ١٤٣٨ هـ، ص ٤٥، وص ٢٥٨. ٢- أن القوانين الإجرائية قد تسري على وقائع حدثت في الماضي؛ كما هو الحال في وضعية سريان قواعد قانون المرافعات الجديد على الدعاوى التي لم يتم الفصل فيها وفقاً للقانون الملغى؛ أما القواعد الموضوعية في نطاق القانون الخاص؛ فلا تسري إلا بأثر فوري. ٣- أن القواعد الإجرائية تطبق - كقاعدة عامة، أو بحسب الأصل - على كافة طوائف المجتمع؛ أما القواعد الموضوعية في نطاق القانون الخاص؛ فقد تطبق على طائفة من طوائف المجتمع دون باقي الطوائف؛ فالقواعد الموضوعية الحاكمة للزواج مثلاً قد تختلف في الدولة الواحدة في حال وجود عدة طوائف دينية بها؛ أما القواعد الإجرائية؛ فتكون واحدة؛ وتطبق على جميع الطوائف. ٤- أن المبدأ السائد في مجال القواعد الموضوعية في نطاق القانون الخاص، هو مبدأ سلطان الإرادة؛ بينما لا وجود لهذا المبدأ في مجال قانون المرافعات كأصل عام؛ لأن هذا القانون قانون إجرائي يخضع لتنظيمات محددة من قبل المنظم ولا يمكن الخروج عليها من قبل الأفراد إلا فيما ندر. ٥- أن المحكم في حال اللجوء إلى التحكيم كوسيلة من وسائل فض النزاع؛ قد لا يتقيد بالقواعد الإجرائية؛ ولكنه يلتزم بتطبيق القواعد الموضوعية (٤)؛ راجع في ذلك: د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السادسة عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م، ص ١٤؛ ومزيداً من التفاصيل حول هذا الموضوع برمته؛ راجع: د. منولي عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودية، الطبعة الأولى، دار الإجابة، الرياض ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧م، ص ١٥ وما بعدها.

(١) للافتراض القانوني تطبيقات عديدة في مجال القانون الإداري؛ كالشخصية المعنوية، والقرار السلبي أو الضمني؛ مزيداً من التفاصيل عن القرار الإداري السلبي أو الافتراضي؛ راجع: د. محمد جمال عثمان جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م، ص ٢٣ وما بعدها. د. رفعت عيد السيد، القرارات الناشئة عن سكوت الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص ٢٠ وما بعدها. د. خالد الزبيدي، القرار الإداري السلبي في الفقه والقضاء الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، المجلد رقم (٣٠) العدد رقم (٣)، سبتمبر ٢٠٠٦م. أ. متعب بن عطية بن علي آل علي المالكي، القرار الإداري السلبي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ١٤٢٩/١٤٣٠ هـ، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) للافتراض القانوني في نطاق القانون الجنائي دوراً أيضاً كما هو الحال في حالة افتراض الخطأ، وافتراض وجود الركن المعنوي؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. بلجراف سامية، تطبيق الافتراض التشريعي للركن المعنوي في المادة الجمركية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، العدد رقم (٨) لعام ٢٠١٤م، ص ٧٧ وما بعدها.

المدني^(١)، والقانون التجاري؛ أما القواعد القانونية الإجرائية أو الشكلية، فهي تلك القواعد التي تنظم وسائل الحصول على الحق، أو حماية الحقوق الموضوعية؛ ومن أمثلة هذه القواعد، القواعد المنظمة للمرافعات؛ سواء المرافعات الشرعية^(٢)، أو الإدارية^(٣)؛ وكذلك القواعد المنظمة للإجراءات الجزائية^(٤)؛ ويُعد قانون أو نظام المرافعات، الشريعة العامة للقوانين الإجرائية في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة^(٥).

والواقع أن الافتراض القانوني لا يقتصر دوره على نوع واحد من القواعد سالفة الإشارة، وإن اختلف مقدار هذا الدور؛ حيث يلعب دوراً كبيراً في نطاق القواعد القانونية الموضوعية، ودوراً محدوداً في مجال القواعد القانونية الإجرائية^(٦).

(١) للافتراض القانوني في مجال القانون المدني تطبيقات كثيرة؛ منها المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس افتراض الخطأ؛ ويعد هذا الأمر أحد تطورات الفكر القانوني الحديث؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فيصل محمد البحيري، أثر النهضة العلمية الحديثة على الفكر القانوني، دراسة في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، منشورات مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٤٥٩ وما بعدها.

(٢) كنظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر عام ١٤٣٥ هـ.

(٣) كنظام المرافعات أمام ديوان المظالم السعودي الصادر عام ١٤٣٥ هـ.

(٤) كنظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر عام ١٤٣٥ هـ.

(٥) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السادسة عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣ م، ص ١٤-١٥. د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، الكتاب الثاني في التقاضي، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة ١٩٧٧ م، ص ١٥-١٥. د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٢ م، ص ٤١. - أحمد محمد حشيش، الوجيز في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠ م، ص ٥٢ وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٥ م، ص ١٣ وما بعدها.

(٦) أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر، الإمارات العربية المتحدة، دبي ٢٠١٧ م، ص ٥؛ ومزيداً من التفاصيل عن دور الافتراض في قانون المرافعات المصري؛ راجع: د. محمد فتحي رزق الله عطية، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، الإسكندرية ٢٠١٥ م، ص ١٥ وما بعدها.

ثانياً: تحديد نطاق البحث:

موضوع الافتراض القانوني من الموضوعات المتشعبة؛ حيث يطال - كما رأينا - القواعد القانونية بنوعها؛ الموضوعي، والإجرائي، على حد سواء؛ ولهذا يكون من الصعوبة بمكان التحدث عن هذا الموضوع في كافة القواعد القانونية؛ كما يكون من الاتساع بمكان - كذلك - بحث هذا الموضوع في نوع من نوعي القاعدة القانونية برمته؛ ولهذا لن نتعرض لموضوع تطبيقات الافتراض القانوني في مجال القواعد القانونية الموضوعية؛ كما أننا لن نتطرق لدور الافتراض القانوني وتطبيقاته في كافة القواعد القانونية الإجرائية؛ وإنما سيقصر الحديث - في هذا البحث - على إعطاء لمحة عن التطور التاريخي للافتراض القانوني في بعض الشرائع، وبيان أطر الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي^(١)؛ بوصف كون هذا النظام يمثل الشريعة العامة للقواعد الإجرائية في النظام القانوني في هذا البلد الأمين^(٢).

(١) صدر نظام المرافعات الشرعية السعودي بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢ هـ؛ ويعد هذا النظام أحد الأنظمة الحاكمة للبيئة العدلية في المملكة العربية السعودية؛ حيث يوجد إلى جوار هذا النظام عدة أنظمة أخرى تأطر لهذه البيئة؛ كنظام المحاماة، ونظام القضاء، ونظام ديوان المظالم، ونظام التحكيم، ونظام التنفيذ، ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام المرافعات أمام ديوان المظالم؛ كما توجد لجان إدارية ذات اختصاص قضائي (اللجان شبه القضائية)؛ وهذه اللجان عديدة ومتنوعة ولا يتسع المجال لذكرها أو حصرها؛ وهناك مؤلفات قد تناولت هذه اللجان بالدراسة والتحليل؛ ومن هذه المؤلفات على سبيل المثال لا الحصر؛ راجع: د. عمر الخولي، قضاء الظل، الطبعة الثانية، دار الإجابة، الرياض ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م. د. أيوب بن منصور الجريوع، اللجان شبه القضائية في القانون السعودي، الطبعة الأولى، بدون ناشر، الرياض ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٧ م.

(٢) لعل ما يؤكد ذلك: المادتين رقمي (١٤٦، ٢١٨) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، والمادة رقم (٢) من نظام التنفيذ السعودي، والمواد (٤، ٥، ١٣، ٦٠) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية.

ثالثاً: دواعي اختيار موضوع البحث:

هناك جملة من الأسباب التي دفعتني لاختيار موضوع الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي محلاً للبحث؛ ومن هذه الأسباب على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي: عدم التطرق لهذا الموضوع بالبحث على مستوى المملكة العربية السعودية؛ وكذلك إثبات أن القانون ليس وليد اليوم؛ بل هو نتاج تطور طويل، ومن الأدلة على ذلك أن موضوع الافتراض أو الحيلة القانونية، ليس وليد العصر الحديث أو المعاصر، حيث تم الاعتماد على هذا الموضوع كوسيلة تطويرية للقواعد القانونية في الحضارات القديمة؛ أي منذ أمد بعيد؛ وما زال لهذا الموضوع ظلال اقتضتها الضرورة في القوانين المعاصرة.

رابعاً: مشكلة البحث:

يعتبر موضوع الافتراض القانوني من الموضوعات الشائكة في مجال الدراسات القانونية عامة؛ لأنه يُعزى إلى دراسة فلسفة القانون^(١)، وهذه الدراسة لها أدوات قد لا

(١) تعرف الفلسفة في سياقها العام، بأنها لفظ يوناني نقله العرب في عصر الترجمة وقال عنه "الفارابي" أسم الفلسفة يوناني، وهو دخيل في العربية، وهو علي مذهب لسانهم فيلوصوفيا، ومعناه إيثار الحكمة؛ فالفلسفة هي محبة الحكمة، وقد ذكر "شيشرون" أن فيثاغورس، هو الذي وضع هذا اللفظ حيث قال: "لست حكيماً ولكني محب للحكمة ويتردد مفهوم الفلسفة في سياق معناها العام بين أمرين: الأول: أن تكون علم العلوم أم العلوم، والثاني: أن تكون علم القوانين العقلية المطلقة للفكر والوجود أو علم النفس الإنسانية، ولذلك يقال دوماً أننا لا نعرف شيئاً ولا نستنتج أمراً إلا عن طريق الفكر، فهل تكون معرفتنا مطابقة للواقع والحق أم أنها أوهام من صنع فكرنا ونحتة؟ بل أين الدليل علي انه يوجد حق واقع وتصور ذاتي لا يتجاوز أمره الفكر؟ كل ذلك يحتاج ألي علم يبحثه ويقرر الحق فيه، الفلسفة رهن هذه الأسئلة، وهي لذلك باقية ما بقيت هذه الأسئلة وما بقيت النفس التي توقظها. وفي تقديري أن الفلسفة هي أساس جميع العلوم، ومنها القانون؛ وفلسفة القانون تبحث عن أصول القانون وأسسها العامة وتستعين في ذلك بعلم القانون المقارن وبتاريخ القانون لتحديد أصل القانون والهدف الذي يصبو إليه. وفي عبارة أكثر شمولية يقصد بفلسفة القانون عموماً البحث في الموضوعات الأشد عمومية في مجال القانون، وهي مجال واسع لبحث الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون. وتنقسم فلسفة القانون إلى عدد من المباحث هي الوجود القانوني والقيم القانونية والمعرفة القانونية. مزيداً من التفاصيل حيال فلسفة

تتوافر في بعض البلدان التي تخلو مناهجها من دراسة هذا الموضوع؛ فضلاً عن ندرة التخصص في هذا المجال الهام. ولهذا يحاول هذا البحث تجاوز هذه الإشكالية عن طريق الغوص في نظام المرافعات الشرعية السعودي للوقوف على فلسفة هذا النظام في مضمار الافتراض القانوني، ومقدار الدور الذي يلعبه الافتراض في هذا الفرع القانوني الإجرائي الهام.

وفي ضوء ما سبق؛ تظهر بوضوح مشكلة البحث، وهي تتلخص - باختصار شديد - في كون هذه النوع من الدراسات يُعد نوعاً جديداً في البيئة القانونية السعودية، تلك البيئة التي تتميز بخصوصية أساس القانون فيها^(١)؛ حيث الشريعة الإسلامية

القانون؛ راجع: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان ٢٠١١م، ص ٤١ وما بعدها. د. حسن عبد الرحمن قدوس، الأصول الفلسفية للوضعية القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر) ١٩٩٧م، ص ١٦٦ وما بعدها. فلسفة القانون؛ لهنري باتيفول، ترجمة د. سموحي فوق العادة، مكتبة الفكر الجامعي، بيروت (لبنان) ١٩٧٢م. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بغداد (العراق) ١٩٧٥م. د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، دار الحكمة، بغداد (العراق) ١٩٩١م. د. عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٩٦م. جورجو فيكيو، فلسفة القانون، ترجمة د. ثروت أنيس الأسيوطي، عمان ١٩٩٨م. د. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢م. د. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٧م. د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٢٠ وما بعدها.

(١) أختلف الشراح حول تسمية المصادر المادية أو الموضوعية للقانون؛ فمنهم من يسميها أساس القانون؛ ومنهم من يسميها المصادر الفكرية للقانون؛ ومنهم من يسميه المذاهب القانونية؛ ومنهم من يسميها جوهر القاعدة القانونية؛ ومنهم من يسميها طبيعة القانون؛ ومنهم من يسميها المصادر الموضوعية للقانون، ومنهم من يسميها المصادر المادية للقانون؛ ومنهم من يسميها بالقانون بين المذاهب الشكلية والمذاهب الشككية والمذاهب الموضوعية؛ ومنهم من يسميها بالقانون بين المذاهب الشكلية والمذاهب المثالية. كما اختلف الفقهاء - أيضاً في هذا الشأن - حول موضع معالجة هذا الموضوع؛ ويرجع هذا الخلاف إلى التسمية التي يختارها الشارح له؛ فمن يسميها المصادر المادية أو الموضوعية للقانون يعالجه تحت عنوان مصادر القانون؛ ومن يسميها بجوهر القانون يعالجه تحت هذا العنوان في الموضوع الذي يراه مناسباً. وعلى الرغم من اتفاق غالبية الشراح حول تعريف القانون بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد داخل المجتمع؛ إلا

الغراء، وذلك من جهة، وعدم اعتراف بعض المشتغلين في المجال الفقهي أو القانوني في المملكة العربية السعودية بإمكانية تأثر المنظم ببعض الأفكار الإجرائية المتبعة في القانون المقارن، ومنها دور الافتراض القانوني في القوانين الإجرائية، وذلك من جهة أخرى.

خامساً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف، منها ما يُعد هدفاً رئيساً؛ ومنها ما يُعد هدفاً فرعياً ينبثق عن الهدف الرئيس؛ ومن أهم هذه الأهداف على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي:

- ١- الوقوف على الملامح العامة لنظرية الافتراض القانوني.
- ٢- الوقوف على مقتضيات أو مبررات وجود الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي.
- ٣- رصد أهم تطبيقات الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

سادساً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في جملة من الأمور، لعل من أهمها على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي:

- ١- بيان مدى اهتمام المنظم السعودي ببعض الأفكار التي تُعزى إلى فلسفة القانون^(١).

أنهم قد اختلفوا حول العناصر التي يتكون منها حتى يكتسب هذا القانون صفة الشرعية ويكون ملزماً للأفراد؛ ويمكن تصنيف هذا الخلاف إلى أربعة تيارات حاول كل منها إبراز ماهية القانون؛ وهذه التيارات؛ هي: المذهب الشكلي، المذهب الموضوعي، المذهب المختلط، وأخيراً؛ مذهب أساس القاعدة القانونية في الفكر القانوني المعاصر.

(١) فلسفة القانون ليست وليدة العصر الحديث، حيث ترد جذورها إلى العصور القديمة، ولهذا يجب ألا يفهم البعض أن فلسفة القانون لم تستخدم إلا منذ عهد الفيلسوف الألماني هيجل، فصحيح أن هذا

٢- تبرير بعض الأوضاع القانونية السائدة رغم مخالفتها للحقيقة والواقع.

٣- التأكيد على أن المنظم السعودي لا يبتعد عن النسق التشريعي العام في القانون المقارن، وبخاصة في مجال القواعد القانونية الإجرائية المتبعة في القانون المقارن.

سابعاً أدبيات البحث:

واقع الأمر أن موضوع البحث يعتبر موضوعاً جديداً في المملكة العربية السعودية؛ ولذلك لا توجد أدبيات لهذا البحث في المملكة، أما على مستوى القانون العربي المقارن؛ فتوجد - على حد علمي - عدة أدبيات، أو دراسات سابقة؛ سواء في القانون المصري^(١)، أو في القانون العراقي^(٢).

ثامناً: منهج البحث:

سأتبع حيال دراستي لهذا البحث كل من: المنهج التاريخي المقارن، والمنهج التحليلي أو الاستنباطي؛ فالمنهج التاريخي المقارن سيكون له محلاً حيال بيان دور

الفيلسوف هو أول من استخدم اصطلاح فلسفة القانون، لكن فلسفة القانون وجدت قبله بكثير. والواقع أن لفلسفة القانون وظائف عديدة منها على سبيل المثال: إحداث توافق بين الفكرة القانونية والتغير الاجتماعي، إيجاد تفسير للأنظمة السياسية والقانونية، وتعميق الوعي القانوني، والارتقاء بمستوى الفكر القانوني، وفهم القواعد القانونية؛ مزيداً من التفاصيل، راجع: د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الثاني لعام ٢٠١٠م، ص ١٣٦٥ وما بعدها.

(١) عن دور الافتراض القانوني في قانون المرافعات المصري؛ راجع: د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، (مصر) ١٩٩٨م. - د. محمد فتحي رزق الله عطية، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، الإسكندرية ٢٠١٥م.

(٢) عن دور الافتراض في قانون المرافعات العراقي؛ راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر، الإمارات العربية المتحدة، دبي ٢٠١٧م.

الافتراض القانوني في الشرائع القانونية القديمة، أما المنهج التحليلي أو الاستنباطي؛ فسيكون مجال أعماله - في أثناء - تحليل نصوص نظام المرافعات الشرعية؛ خاصة التي تتعلق منها بموضوع الافتراض القانوني محل البحث؛ وذلك بغية استخلاص منها ما يُعد افتراضاً قانونياً صريحاً، أو افتراضاً قانونياً ضمناً، أو افتراضاً فقهيّاً.

تاسعاً: خطة البحث:

ينقسم البحث إلى مبحثين؛ يسبقهما مقدمة، وتسبقهما خاتمة؛ وسنتناول في المبحث الأول: التطور التاريخي للافتراض القانوني؛ أما المبحث الثاني؛ فسيخصص لأطر الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المبحث الأول

التطور التاريخي للافتراض القانوني

لعب الافتراض القانوني أو الحيلة دوراً هاماً في الشرائع القانونية الأكثر ذيوماً وشيوعاً وانتشاراً في العالم المعاصر^(١)؛ فقد لعب الافتراض القانوني دوراً كبيراً في

(١) وهذه الشرائع؛ هي: الشريعة القانونية اللاتينية، والشريعة القانونية الأنجلوسكسونية، والشريعة الإسلامية الغراء؛ وتعد الشريعة الإسلامية الدين الوحيد - من بين الأديان السماوية الثلاث - الذي يُعد ديناً سماوياً وشريعة قانونية في آن واحد. فيسود العالم المعاصر عدة شرائع قانونية؛ أبرزها ثلاث شرائع رئيسية، هي: الشريعة الإسلامية، والشريعة اللاتينية، والشريعة الأنجلوسكسونية. وتتميز الشريعة الإسلامية بأنها تستمد أصول أحكامها من مصدر سماوي، ويغلب على أحكامها النزعة الموضوعية. وتتميز الشريعة اللاتينية، بأنها ذات أصل روماني مشترك، ويغلب القانون المكتوب فيها، وشيوع النزعة الشخصية فيها. أما الشريعة الأنجلوسكسونية؛ فإنها ترجع من حيث أصلها إلى تقاليد القبائل الأنجلوسكسونية؛ وهو اسم مركب لنوعين من قبائل الجرمان هما: قبيلة أنجلو، وقبيلة سوكونس، وقبائل النورمان، وهي تعتمد في تطورها على القضاء (السوابق القضائية)؛ كما هي أقل ما تكون متأثرة بالقانون الروماني. ولهذه الشرائع صدى الشرائع القانونية في البلدان العربية؛ ومنذ أن تمزقت الوحدة العربية تحت معاول الاستعمار؛ وحرصت الدول المستعمرة على أن تعزل كل إقليم عربي عن غيره من الأقاليم المجاورة؛ أصبحت الدول العربية مسرحاً للشريعتين: اللاتينية الأنجلوسكسونية؛ ومن ثم فقد تأثرت كل دولة عربية بالنظم القانونية للدولة المستعمرة. وبعد أن تحررت الدول العربية من الاستعمار؛ ظلت القوانين الاستعمارية لها بقايا لا يمكن إنكارها، ويمكننا في هذا السياق، أن نبين وضعية الدول العربية الآن من الشرائع القانونية الأكثر ذيوماً وشيوعاً في العالم المعاصر؛ وذلك على النحو التالي: الشريعة الإسلامية: تطبق الشريعة الإسلامية الآن في مجال الأحوال الشخصية في كل البلدان العربية، وتعد مصدراً للقوانين الوضعية في بعض فروع القانون الأخرى؛ وتطبق الشريعة الإسلامية في المملكة العربية السعودية شكلاً وموضوعاً في كافة أوجه الأنشطة القانونية الموضوعية باستثناء بعض القواعد القانونية التي تحكم النشاط التجاري، وقد عاد السودان منذ عام ١٩٨٣م، إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل مجالات القانون، كما عدلت بعض الدول العربية من قوانينها خاصة القانون المدني بزيادة الاقتباس من أحكام الشريعة الإسلامية؛ مثل: مصر، سوريا، والعراق. واتجهت بعض الدول العربية الأخرى؛ مثل: الأردن، الإمارات، واليمن، إلى الاعتماد كلية على الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية. - أما الشريعة اللاتينية؛ فهي ممثلة في القوانين التي أخذت من القانون الروماني عن طريق القانون الفرنسي، وبصفة خاصة تفنين نابليون، وهذه الشريعة تعتبر مصدراً للقانون في عدة دول عربية- في غير مسائل الأحوال الشخصية - ففي الدول العربية في أفريقيا تعد مصدراً لقانون بعض الدول؛ مثل: مصر، ودول شمال أفريقيا، كما تعد مصدراً للقانون في بلاد الشام؛ مثل: سوريا، ولبنان؛ وقد بدأت دولة الكويت في الاقتباس من

أصول شريعتين قانونيتين من هذه الشرائع؛ وهما: الشريعة القانونية اللاتينية؛ التي يُعد القانون الروماني ذا شطر كبير في تكوينها؛ والشريعة الأنجلوسكسونية التي يُعد القانون الإنجليزي ذا نصيب كبير في بزوغها، كما أن الافتراض القانوني (الحيلة) قد ألقى بظلاله على الفقه الإسلامي خاصة بعد قفل باب الاجتهاد^(١)؛ حيث ظهر له دور آنذاك - وإن كان محدوداً - كما أن القوانين الحديثة لم تخل من تطبيقات للحيلة خاصة في إطار وسياق تبرير بعض القواعد القانونية^(٢).

القوانين الأوروبية ذات النزعة اللاتينية. أما الشريعة الأنجلوسكسونية؛ فكان يوجد لها صدى في بعض البلاد العربية - في غير مسائل الأحوال الشخصية - ويقصد بهذه الشريعة القانون الإنجليزي، وقد كان لهذه الشريعة مجال واسع في التطبيق في البلاد العربية التي خضعت للاحتلال الإنجليزي؛ مثل: السودان، والعراق؛ وبعد حصول هذه الدول على استقلالها، بدأت في إصدار قوانين تعتمد بصفة أساسية على الشريعة الإسلامية الغراء؛ مزيداً من التفاصيل حول الشرائع القانونية السائدة في العصر المعاصر؛ راجع: د. عبد المنعم البدر، أصول القانون المدني المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٥٩م، ص ٢٩٦ وما بعدها. د. عبد الرحمن البزاز، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد ١٣٨٥هـ-١٩٦٧م، ص ٤٦ وما بعدها. د. عبد السلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثانية، الكويت ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٢١ وما بعدها. ومزيداً من التفاصيل حول القانون الإنجليزي بصفة عامة؛ راجع: د. محمد محمد بدران، القانون الإنجليزي: دراسة في تطوره التاريخي، ومصادره القانونية، وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م. د. سليمان محمد الطماوي، توحيد المصلحات القانونية في البلاد العربية، سلسلة الندوات "الدراسات القانونية" الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعات العربية، بيروت ١٩٧٤م، ص ١٢٦. د. مصطفى كمال طه، دور الدراسات القانونية في توحيد القوانين في البلاد العربية، سلسلة الندوات "الدراسات القانونية" الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعات العربية، بيروت ١٩٧٤م، ص ٦٤. د. عبد المنعم فرج الصدة، دور الدراسات القانونية في توحيد القوانين في البلاد العربية، سلسلة الندوات "الدراسات القانونية" الندوة الأولى لعمداء كليات الحقوق بالجامعات العربية، بيروت ١٩٧٤م، ص ٩٨.

(١) في القرن الرابع الهجري.

(٢) لعله من المعلوم أن الافتراض القانوني كان له أدوار متعددة في القوانين القديمة، وبخاصة في القانون الروماني؛ حيث كان للافتراض في هذا القانون ثلاثة أدوار مجتمعة؛ الدور الأول: استحداث نظم قانونية جديدة، والدور الثاني: تخفيف حدة بعض النظم القائمة، والدور الثالث: تبرير بعض النظم القانونية؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، الأصول التاريخية والفلسفية للنظم الاجتماعية والقانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر)؛

وقد عُرف الافتراض القانوني في الشرائع القانونية القديمة بعدة تعريفات منها أنه: أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه^(١)، أو وسيلة يتم الاستناد فيها إلى واقعة كاذبة بغية توسعة نطاق تطبيق حكم القانون على حالة لا ينطبق عليها من قبل^(٢). كما عرفه الفقيه الألماني (أهرنج) بأنه كذب فني اقتضته الضرورة^(٣)؛ فالحيلة أو الافتراض على هذا النحو، تُعد افتراضاً يترتب عليه تجاهل لأمر واقعي وظاهر وملموس؛ بغية تطبيق القاعدة القانونية - في الشرائع القانونية - على أمر لم يُنص عليه فيها؛ وذلك دون تغيير في البناء اللفظي لهذه القاعدة^(٤).

والمتمثل في هذه التعريفات يلحظ بسهولة أن الافتراض القانوني يُعد وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون^(٥)، وهو يشتمل في حقيقة الأمر، على نوعين من المخالفة؛

- ٢٠١١م، ص ١٦٧ وما بعدها. د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، دار مكتبة العالم العربي، الرياض ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م، ص ١٧٥ وما بعدها.
- (١) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد ١٩٧٥م، ص ٧٥-٧٦. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر) ١٩٨٠م، ص ٧-٨. مصطفى سيد أحمد صقر، الأصول التاريخية والفلسفية للنظم الاجتماعية والقانونية، مرجع سابق، ص ١٦٧-١٦٨. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية، بدون ناشر، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠٠١م، ص ٢١٠-٢١١. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) ١٩٨٧م، ص ٢٣٧-٢٣٨. د. عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، عمان ٢٠١٤م، ص ٧٣-٧٤. ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ١٢٧.
- (٢) قرب من ذلك: د. محمد جمال عيسى، الشكلية القانونية؛ رسالة مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، عام ١٩٩٢م، ص ٣٧٧.
- (٣) مشار إليه لدى د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ...، مرجع سابق، ص ٢١٠.
- (٤) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٣٧.
- (٥) د. علي بدوي، أبحاث في التاريخ العام للقانون (تاريخ الشرائع)، بدون ناشر، القاهرة ١٩٤٧م، ص ٥٤.

هما: الأول: مخالفة الحقائق الطبيعية؛ والثاني: مخالفة الحقائق القانونية^(١). ولعل هذا ما أدى إلى نشوب الخلاف بين الشراح حيال نوع المخالفة التي تخالفها الحيلة، فذهب البعض منهم، إلى أن الحيلة تخالف الحقائق الطبيعية، وذهب البعض إلى أنها تخالف الحقيقة القانونية؛ بينما ذهب آخرون إلى التوفيق بين الرأيين السابقين؛ فقالوا: إن الحيلة تخالف الحقائق الطبيعية والقانونية معا^(٢).

والواقع أن الحيلة - والحال هذه - تعد تطبيقاً، أو صورة من صور الاقتصاد القانوني؛ وهو يختلف بالقطع عن الاقتصاد السياسي؛ من حيث الدور؛ فالاقتصاد السياسي يعمل على ويهدف إلى سد الحاجات الإنسانية المتعددة أمام ندرة الموارد المتاحة. أما الاقتصاد القانوني؛ فهو ذلك العلم الذي يمكننا من استخدام الوسائل التي نستطيع بموجبها استنباط أحكام قانونية من القواعد والمبادئ الموجودة بحيث تنسحب على العلاقات المتجددة والمتعددة؛ ومن ثم تحكمها؛ وقد تكون هذه الوسائل بسيطة، مثل: القياس، وقد تكون معقدة ومُتشابكة، مثل: الافتراض القانوني، الذي يُعد من أهم تطبيقات الاقتصاد القانوني قاطبة^(٣).

(١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ٩ وما بعدها. - د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٤٠٨. - د. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٩٩. - د. عباس مبروك الغزيري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون ناشر، المنوفية (مصر) ١٩٩٨م، ص ٢٦٨.

(٢) مزيداً من التفاصيل حول هذا الخلاف؛ راجع: د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٣م، ص ٩٧ وما بعدها. - د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) ١٩٧٤م، ص ٤٠٢ وما بعدها. - د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها. - د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٠ وما بعدها. - د. عبد المنعم درويش، دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون ناشر، الجزء الثاني (الشرائع القديمة) القاهرة ١٩٩٤م، ص ٢٦-٣٨.

(٣) د. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م، ص ٢٠٠-٢٠١. - د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٧١.

ويتميز الافتراض القانوني عن بعض الأفكار القانونية التي تتشابه معه؛ فهو يتميز عن الغش الذي يعرف بأنه استخدام طرق خداعية من قبل الأفراد^(١)، بغية الوصول إلى تطبيق القواعد القانونية، أو عدم تطبيقها^(٢). ويتفق الافتراض القانوني مع الغش في أن كلاً منهما ينطوي على مخالفة الحقيقة^(٣)؛ ومع ذلك فإن هناك أوجه اختلاف بينهما؛ فمخالفة الحقيقة في الحيلة يكون من قبل واضع القاعدة القانونية، أو من قبل من كان يطبقها أو يفسرها في القوانين القديمة^(٤). أما في الغش، فإن الغش يصدر عن الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية^(٥)، كما أنهما يختلفان من حيث الهدف: فالهدف من استعمال الحيلة يكمن في اتساع نطاق تطبيق القاعدة القانونية. أما الهدف من الغش؛ فهو يرنو إلى تطبيق حكم القاعدة القانونية، أو استبعاد تطبيق حكمها^(٦).

كما يتميز الافتراض عن الصورية التي تُعد اصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني^(٧)؛ بغرض إخفاء الحقيقة عن الغير، وغايتها التحايل على أحكام القانون^(٨). وعلى الرغم من تشابه الحيلة مع الصورية في أن كلاً منهما يخالف

(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر ٢٠٠٥م، ص ٨ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٣) د. ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

(٥) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٦) د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان ٢٠١٠م، ص ١٨٤-١. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٧) د. ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٨) مزيداً من التفاصيل حول الصورية؛ راجع: د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٧م.

الحقيقة^(١)؛ إلا أنهما يختلفان في عدة أمور؛ منها: من حيث القائم على كل منهما: الذي يقوم بالحيلة هو المشرع أو المفسر، أما الذي يقوم بالصورية؛ فهو شخص عادي. ومن حيث الغرض من كل منهما: فالغرض من الصورية، هو خديعة الغير^(٢)، أما الغرض من الحيلة، فهو توسيع نطاق تطبيق القاعدة القانونية، وذلك - كما سبق أن رأينا - عن طريق تغيير حكمها دون تغيير نصها.

وكذلك يتميز الافتراض القانوني عن القرينة، التي تُعرف بأنها استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت بناءً على الغالب من الأحوال، ويطلق عليها وصف القانونية إذا نص عليها المشرع، كما يطلق عليها وصف القضائية، إذا استخلصها القاضي من وقائع وظروف الدعوى^(٣). كما عرفت القرينة - كذلك - بأنها استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم^(٤)، فالقرينة - والحال هذه - افتراض يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة، أو وفقاً لما يرححه العقل، وتلعب القرينة القانونية دوراً في إثبات الحقوق والمراكز؛ وفي الصياغة القانونية^(٥)؛ ولهذا لا غنى عنها في أي نظام قانوني^(٦).

(١) أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٣) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الجزء الخامس، دار الجيل للطباعة، الطبعة الرابعة، القاهرة ١٩٩١م، ص ١٠٣.

(٤) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ١٨٦ - د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية ٢٠٠٠م، ص ٦٤.

(٥) أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦١.

(٦) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

وتتفق الحيلة مع القرينة في أن كلاً منهما يعد وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، وفي أن كلاً منهما يقوم على تصور ذهني تحكمي للواقع^(١)؛ لكنهما يختلفان في كون الحيلة تُعد مخالفة للواقع دوماً بغير استثناء على الإطلاق^(٢)، أما القرينة، فهي تطابق الحقيقة في معظم الحالات، ولا تخالفها إلا فيما ندر^(٣).

ومن نافلة القول إن الافتراض القانوني يتميز بعدة خصائص نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي: أنه يُعد من صنعة المشرع أو المنظم، وأنه يتجاهل الواقع والحقيقة عن عمد^(٤)، كما أن الافتراض القانوني كان يترتب عليه - في الماضي - تغيير حكم القانون دون تغيير نصه؛ أو بعبارة أخرى تجاهل تام للقاعدة القانونية، على الرغم من وجودها من الناحية الفعلية^(٥)؛ أما الآن، فهو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، الهدف منها تبرير بعض الأوضاع القانونية القائمة.

وترتيباً على كل ما تقدم، ونزولاً عليه في ذات الوقت؛ سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الأطر العامة للافتراض القانوني في جذور بعض الشرائع القانونية.

المطلب الثاني: أهم تطبيقات الافتراض القانوني في العصر الحديث.

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٠٠.

(٣) د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٤٠٠.

(٥) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٧.

المطلب الأول

الأطر العامة للافتراض القانوني في جذور بعض الشرائع القانونية

تكافتت جملة من الأسباب التي أرغمت المجتمعات القديمة على استعمال أسلوب الافتراض أو وسيلة الحيلة، واتباع هذا الأسلوب كان بمثابة حل توفيقى بين ضرورة احترام القوانين القائمة، من ناحية، وضرورة تطويرها، من ناحية أخرى^(١)، ومن هذه الأسباب نذكر على سبيل المثال لا الحصر^(٢): الأصل الديني لبعض القوانين، والتطور البطيء للظروف الاجتماعية والاقتصادية^(٣)، والطبيعة المحافظة لبعض الشعوب^(٤)، والطبيعة الخاصة لبعض القوانين، وعدم ملائمة النصوص القانونية للظروف والمتغيرات الحادثة في المجتمع^(٥)، وقصور العقل الإنساني^(٦). وسنعرض فيما يلي للافتراض القانوني عند الرومان، والإنجليز، وفي الشريعة الإسلامية، وذلك في عجلة سريعة وبصورة موجزة من خلال ثلاثة فروع بيانها كالتالي:

- (١) د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، بدون ناشر، بغداد ١٩٤٩م، ص ١٣-١٤. د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ٨٧-٨٨. د. علي بدوي، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٧. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٢٧.
- (٢) مزيداً من التفاصيل حول هذا الموضوع؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها.
- (٣) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢٠٢-٢٠٣. د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٣٢.
- (٤) د. علي بدوي، مرجع سابق، ص ٤٧-٤٨. د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٣٨.
- (٥) د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦م، ص ٥٧.
- (٦) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٣٧-٢٣٨. د. منذر الفضل، تاريخ القانون، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان ١٩٩٨م، ص ٤٠.

الفرع الأول: الافتراض القانوني في القانون الروماني.

الفرع الثاني: الافتراض القانوني في القانون الانجليزي.

الفرع الثالث: الافتراض القانوني في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

الافتراض القانوني في القانون الروماني

يقصد بالقانون الروماني مجموعة القواعد القانونية التي طبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة مدينة روما في منتصف القرن الثامن قبل الميلاد (عام ٧٥٤ ق.م) وحتى وفاة الإمبراطور جستنيان (عام ٥٢٥م)^(١).

والواقع أن الحيلة قد لعبت دوراً كبيراً لدى الأمة الرومانية أكثر من أي أمة أخرى^(٢)؛ فلقد كان لوسيلة الحيلة بوصف كونها وسيلة تطويرية للقانون مركز الصدارة عند الرومان، وبالتالي كان تأثيرها أوضح وأعمق من الوسائل العامة الأخرى التي تم اتباعها حيال تطوير القانون، وهي: العدالة، والتشريع.

وكانت الحيلة تنقسم - بحسب مصدرها - عند الرومان إلى نوعين: النوع الأول: الحيلة البريتورية؛ وهي تنسب للحكام القضائيين بما لهم من سلطة تطبيق القانون وتفسيره. والنوع الثاني: الحيلة الشرعية؛ ويقصد بها الحيل التي ابتدعها فقهاء القانون عند الرومان للخروج من المأزق التي كانت تصادف التطبيق العملي

(١) د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٢) د. علي بدوي، مرجع سابق، ص ٤٨.

للقانون^(١)، وكذلك الحيل التي اعتمدها المشرع الروماني في سبيل تطوير أو تبرير بعض النظم القانونية^(٢)؛ وقد سمي هذا النوع بالحيل الشرعية لتميزها عن الحيل البريتورية^(٣).

وأياً ما كان نوع الحيلة - بريتورية كانت أم شرعية - فإنها قد استعملت من جانب الرومان لاستحداث نظم قانونية جديدة، أو التخفيف من آثار بعض النظم القانونية القائمة، أو لتبرير بعض النظم القانونية القائمة؛ فقد استطاع الرومان عن طريق وسيلة الحيلة استحداث نظم قانونية جديدة^(٤)، ومن أمثلة هذه النظم ما يلي^(٥): الملكية البريتورية^(٦)، والنيابة في التعاقد^(٧)؛ وانتقال الالتزام (حوالة الحق، وحوالة الدين^(٨))، والتوسع في استعمال الإشهاد^(٩)، والتوسع في استعمال الدعوى الصورية^(١٠).

- (١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٨٥ - د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٤ - أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها.
- (٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٧٨ - د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ١٩٦.
- (٣) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٤.
- (٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها.
- (٥) مزيداً من التفاصيل حول دور الحيلة في خلق أنظمة قانونية جديدة؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها.
- (٦) د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ..، مرجع سابق، ص ١٩٨ - د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم ..، مرجع سابق، ص ٦٠.
- (٧) مزيداً من التفاصيل حول هذا الموضوع؛ راجع: د. شفيق شحاتة، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى - العدد الأول، يناير ١٩٥٩م - د. طه عوض غازي، النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩١م - د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٨٨-١٩١. د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني: "تاريخه ونظمه"، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة ١٩٥٦م، ص ٥٦١ - د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٢٧٧ - د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٣. ولعله من

المعلوم أن القانون الروماني القديم يعترف لم يكن بالنيابة؛ وهي حلول شخص محل الأصيل لإجاز تصرف قانوني معين؛ وذلك مرده إلى أن آثار التصرف القانوني عندهم كانت تنصرف إلى أطراف التعاقد دون غيرهم؛ وعن طريق الحيلة سمح القانون الروماني بإمكانية النيابة؛ نظراً لأهميتها في الواقع العملي؛ سواء داخل الأسرة الواحدة، أو خارجها؛ وذلك عن طريق الحيلة التي تؤدي إلى افتراض آثار التصرف تنصرف للأصيل وليس إلى النائب.

(١) كان المبدأ المقرر عند الرومان بقاء الالتزام بين أطرافه حتى انقضاؤه؛ ومن ثم لم يكن من الجائز استعمال حوالة الحق أو حوالة الدين كوسائل لانتقال الالتزام سلباً (حوالة الدين) أو إيجاباً (حوالة الحق) وعن طريق الحيلة استطاع الرومان الاعتراف بانتقال الالتزام سلباً أو إيجاباً بسبب الوفاة؛ ثم أباحوا ذلك في وقت لاحق بين الأحياء، وذلك عبر عدة وسائل منها تجديد الدين بتغيير الدائن؛ وذلك بحلول دائن جديد محل الدائن القديم (حوالة الحق)؛ ومن ثم تنقضي علاقة المديونية القديمة، أو نظام الوكالة في قبض الدين المصحوب بهبته للوكيل؛ وقد ظهر هذا النظام الأخير لتلافي الصعوبات الناجمة عن إتباع حوالة الحق عن طريق تجديد الدين بتغيير الدائن؛ ويتم بموجب هذه الوسيلة، أن الدائن القديم (المحيل) يوكل الدائن الجديد (المحال له) في قبض الدين ثم يهبه له في ذات الوقت؛ وأخيراً عن طريق نظام الاتفاق العادي الذي تحميه دعوى مفيدة. كما عرف القانون الروماني أيضاً إرهاصات لانتقال الالتزام عن طريق حوالة الدين؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٢٧٩- د. عبد المنعم درويش، مرجع سابق، ص ٦٩- د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤٥- د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢٠٥- د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) نص قانون الألواح الاثني عشر على الإشهاد كوسيلة حقيقية يجب إتباعها لنقل ملكية الأموال النفيسة، وبخاصة الأموال اللازمة للاستغلال الزراعي، شريطة أن يكون البيع حقيقياً، وأن يكون له سبباً محدداً، وأن يكون البيع لقاء مقابل أي ثمن، وقد سميت هذه الطريقة بالإشهاد لأنها كانت تستلزم حضور خمسة شهود لانتقال الملكية إلى المكتسب؛ لكن بموجب الحيلة تم استحداث طرق جديدة لاستعمال الإشهاد اعتباراً من القرن الثالث قبل الميلاد؛ حيث اعتباراً من هذا التاريخ تم استخدام الإشهاد كطريقة صورية وصار دفع الثمن صورياً وليس حقيقياً، ومن ثم أصبح وسيلة لنقل ملكية كافة الأموال النفيسة أياً كان سبب انتقالها، وتحول إلى عمل مجرد عن سببه؛ وبالتالي استخدم عن طريق وسيلة الحيلة ومن باب التوسعة في نقل ملكية المال بدون مقابل كالهبة والوصية. وبهذا استخدم الإشهاد لأغراض جديدة غير التي أنسيء من أجلها من باب التوسعة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٨٥- د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ...، مرجع سابق، ص ٢١٦- د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٣) كانت الدعوى الصورية وسيلة معتمدة عند الرومان بجانب الإشهاد لنقل ملكية الأموال النفيسة، وكانت هذه الدعوى تتسم بالبساطة إذا ما قيست أو قورنت بالإشهاد؛ وهذه الوسيلة أشبه بما يسمى التنازل عن الحق أمام القاضي، وهي في حقيقة الأمر تعد دعوى صورية أو ظاهرية؛ حيث

كما أثرت الحيلة - عند الرومان كذلك - في تخفيف بعض النظم التي كانت تتسم بالشكلية المفرطة؛ ومن مظاهر ذلك ما يلي: إمكانية تطبيق القانون الروماني على الأجانب^(١)، والتخفيف من حدة آثار الموت المدني^(٢)، وإلزام الجار بتعويض جيرانه عن

تتضمن بين جنباتها تصوير منازعة على خلاف الحقيقة؛ وأياً ما كان الأمر فقد استطاع الرومان من باب التوسعة استخدام الحيلة التي مفادها اتخاذ أمر مخالف للحقيقة والواقع على مرأى ومسمع من القاضي المختص؛ للهروب من الشكلية المفرطة والتعقيد البالغ الذي ورثه الرومان من قانون الألواح الاثني عشر؛ فقد تم استعمال هذه الدعوى في مناسبات عديدة لتحقيق الغرض المنشود عن طريق الحيلة مثل: نقل الملكية هروباً من القواعد المتطلبة في الإسهاد، وتحرير الرق، وافتراس بنوة مصطنعة (التبني)؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، لبنان ١٩٨٥م، ص ٣٠٠ - د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٩٣، هامش رقم ١ - د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(١) ساد لدى الرومان ولمدة ليست بالقصيرة أن قانونهم لا ينطبق إلا على الرومان فحسب؛ وهذا يفهم منه أن هذا القانون كان قائماً على أساس مبدأ شخصية القوانين؛ كما كان السائد لديهم - أيضاً - أن القانون الأجنبي لا قيمة له عندهم إلا فيما ندر؛ راجع في ذلك: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٣٩. وواقع الأمر أن عدم تطبيق القانون الروماني على الأجانب؛ كان مرده إلى أمرين، الأول نظرة الاستعلاء والعظمة التي كانت تسيطر على الرومان، تلك النظرة التي تولد عنها النظر إلى الأجانب نظرة وضيعة؛ لأنهم حسب تصور الرومان في مرتبة أدنى منهم بكثير. والثاني؛ هو أن التعامل أمام القضاء الروماني كان يتم بموجب إتباع شكلية معينة وصيغ محددة وهذه وتلك مقتبسة من الدين؛ وبالتالي كان من الصعب إشراك الأجانب في إتباع ذلك لاختلاف ديانتهم عن ديانة الرومان؛ راجع في ذلك: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٦٨. وبالتالي كان القانون الروماني ينحصر تطبيقه على الرومان دون الأجانب؛ كما أن الأجنبي - والوضع كذلك - لا يتمتع بأي حماية قانونية؛ ويعد ماله مباحاً لأي مواطن روماني، كما لم يكن من حق الأجنبي الزواج من الرومان؛ وأمام ذلك ظهرت الكثير من المشاكل الأمر الذي استدعى ضرورة التدخل؛ عن طريق البريتور؛ لاستعمال حيلة مفاده اعتبار الأجنبي روماني وقت حدوث النزاع ويظل كذلك إلى أن ينتهي؛ وذلك حتى يستطيع الأجنبي الاستفادة من حق التقاضي أمام المحاكم الرومانية؛ راجع في ذلك: د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٢) استطاع الرومان التغلب على المشاكل الناتجة عن تطبيق الموت المدني بوسيلة الحيلة حيث كان يشترط الرومان لاكتساب الشخصية القانونية الكاملة أن يكون الشخص حراً وليس عبداً، ورومانياً وليس أجنبياً، ومستقلاً بحقوقه غير خاضع لولاية أحد؛ وأمام هذه الصعوبات افترض الرومان حيلة مردها إعمال أحد فرضين: الأول؛ اعتبار أن الشخص المحكوم عليه بالموت المدني قد مات موتاً طبيعياً؛ حتى تؤول ثروته لورثته ويعتبر ميتاً موتاً طبيعياً - في هذا الفرض - منذ لحظة الحكم

الأضرار التي تلحق بهم^(١)، ونقل الملكية بقرار قضائي^(٢)، وافترض أن الأرض إيطالية^(٣).

ولم يقف دور الحيلة عند الرومان عند استحداث نظم جديدة أو التخفيف من نظم قائمة؛ بل امتد أثرها - أيضاً - إلى تبرير بعض النظم القانونية القائمة؛ وذلك باستخدام التصور الذهني المخالف للحقيقة والواقع (الحيلة) ومن أمثلة ذلك: الأشخاص المعنوية

عليه بالموت المدني. والثاني؛ تجاهل حالة كونه ميت موتاً مدنياً؛ ومن ثم اعتباره على خلاف الواقع متمتعاً بالشخصية القانونية لحين تحقق الأثر القانوني المراد بلوغه؛ راجع في ذلك: د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٦٧ - د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

(١) لم يكن القانون الروماني يقرر حق الجار في التعويض إذا ما أصابه ضرر ناتجاً عن سقوط منزل جاره؛ وقد استطاع الرومان تقرير مبدأ تعويض الجار لجاره عن الأضرار التي تلحق به؛ وذلك على خلاف النصوص القانونية التي كانت لا تفضي بذلك؛ وذلك عن طريق الحيلة التي استطاع البريتور بموجبها حماية الجار من الأضرار التي يمكن أن تحيق به من جراء أخطاء جاره وبخاصة إذا كان الضرر ناجماً عن سقوط منزل الجار أو صيرورته أياً للسقوط؛ راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٢) الأصل والقاعدة أن الأحكام القضائية؛ سواء في القانون الروماني، أو حتى في الشرائع القانونية الحديثة؛ تعد أحكاماً مقررّة وكاشفة للحقوق لا منشئة لها؛ ومن ثم لا يجوز للقاضي إنشاء حق لشخص أو نقل حق من شخص لآخر. غير أن الرومان قد خرجوا عن هذه القاعدة في عدة مناسبات تحت ستار الحيلة؛ منها ما تم ذكره في البد السابق المتعلق بإلزام الجار بتعويض جيرانه عن الأضرار التي تلحق بهم؛ ومنها حالة القسمة القضائية، ومنها حالة المتاع الذي أصاب غير مالكة بأذى؛ راجع في ذلك: د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٩٥ - د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ ...، مرجع سابق، ص ٢٣٣ - د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) كانت دعاوى الملكية العقارية مقصورة على الأراضي الإيطالية فحسب، وبالتالي إذا لم تكن الأرض حاملة لهذا الوصف فإن صاحبها لم يكن يستطيع رفع دعوى بشأنها لدفع الاعتداء عنها أو استردادها إذا ما سلبت منه؛ وأمام هذا الوضع الجائر أضطر البريتور إلى افتراض أن الأرض محل النزاع من الأراضي الإيطالية حتى تكتسبها الحماية؛ راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(الاعتبارية)^(١)، وافترض ولادة الجنين قبل وفاة مورثة^(٢)، والأثر الرجعي لقبول التركة الشاغرة، أو افتراض حياة المورث لحين قبول الوارث للتركة^(٣)، وقوع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء^(٤)، والتبني^(٥).

(١) الأصل أن كلمة شخص لا تطلق إلا على الإنسان الطبيعي؛ ولكن عن طريق الحيلة القانونية اتسع مفهوم كلمة الشخص بحيث شمل الأشخاص الاعتبارية كالشركات، والمؤسسات.

(٢) الأصل أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان حياً وتنتهي بوفاة؛ وبتطبيق ذلك على الجنين نجد أنه لا يتمتع بالشخصية القانونية؛ لأنه لم يولد بعد؛ وبالتالي يحرم من الميراث؛ وبناءً عليه ابتدع الرومان حيلة أو افتراض مفاده اعتبار الجنين قد ولد قبل وفاة مورثه؛ ومن ثم يتمتع بالشخصية القانونية ويرث؛ وفي تطور لاحق قرر الرومان أن الجنين يعتبر مولوداً في كل ما ينفعه؛ راجع: د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٢-٤٣. د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ...، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٣) كان الوضع عند الرومان يعطي للوارث الحق في قبول التركة أو رفضها، وتعتبر التركة في الفترة من وفاة المورث إلى حين قبول الورثة لها تركة شاغرة أي لا مالك لها، ولمعالجة هذا الوضع افترض الرومان أحد فرضين وعملوا بهما جنباً إلى جنب: الأول: اعتبار أن الوارث قد قبل التركة منذ لحظة وفاة المورث. والثاني: اعتبار المورث حياً على خلاف الحقيقة لحين قبول الوارث للتركة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤٢-٢٤٣. د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠. د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٦٩. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠. د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٤) الأسر قديماً كان سبباً من أسباب الرق؛ ووقوع الروماني أسيراً بأيدي الأعداء يترتب عليه صيرورته غير حر؛ وبالتالي لا تتوافر لديه الشخصية القانونية وبالتالي ليس لديه حقوق. وقد لجأ الرومان تفادياً للمشاكل التي تنتج عن وقوع الروماني في الأسر إلى استعمال نظرية تسمى بنظرية ما وراء الحدود؛ ومفادها أن الروماني إذا وقع في الأسر ثم عاد إلى روما اعتبرت شخصيته القانونية مستمرة كما لو كان لم يقع في الأسر مطلقاً. وفي حال وفاة الروماني في الأسر اتبعت حيلة مفادها أن الروماني مات موتاً طبيعياً في ذلك اليوم الذي أسر فيه؛ ومن ثم يعتبر متوفياً وهو حر؛ وبالتالي تنفذ وصيته - إن وجدت - وتنقل تركته إلى ورثته؛ راجع: د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠. د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٧٠.

(٥) لجأ الرومان لنظام التبني في حال عدم تحقيق الزواج للغرض الأساسي منه؛ وهو الإنجاب؛ ويقصد بالتبني خلق رابطة قرابة صناعية وليست طبيعية؛ ويترتب عليها اعتبار المتبني ابناً للمتبني وخرج من صلبه، وهذا الاعتبار يعد تصور ذهنياً مخالف للحقيقة؛ لأن رابطة البنوة الطبيعية تجيء عن طريق الإنجاب، وقد اعتبر التبني مساوياً للبنوة الطبيعية؛ وفي ذلك حيلة ولا شك؛ لأن في ذلك افتراض رابطة قرابة على خلاف الحقيقة والواقع؛ راجع: د. هشام صادق، د. عكاشة عبد

الفرع الثاني

الافتراض القانوني في القانون الإنجليزي

للحيلة دور كبير في القانون الإنجليزي؛ حيث جاء دورها على نفس منوال الدور الذي لعبته في القانون الروماني^(١)؛ ويرجع سبب استعمال الحيلة عند الإنجليز لعدة أسباب؛ منها^(٢):

- الطبيعة المحافظة للشعب الإنجليزي، وعدم جنوحهم للتغيير؛ بغية المحافظة على التقاليد^(٣)؛ وبالتالي كان أسلوب الحيلة يتماشى مع كل ظروفهم ومنطلقاتهم حيال الفكر القانوني.

- طبيعة القانون الإنجليزي؛ حيث إنه قانون غير مكتوب، ويعتمد بصفة أساسية على نظام السوابق القضائية ومن قبلها العرف؛ ولهذا كان استعمال الحيلة في القانون الإنجليزي أكثر يسراً من استعمالها في القانون الروماني^(٤).

والواقع أن دور الحيلة في القانون الإنجليزي يظهر أثره في ناحيتين: الأولى: دور الحيلة في تعديل القواعد الإجرائية المتعلقة بقواعد الاختصاص القضائي: وكان للحيلة دور في هذا الإطار عن طريق توسيع أو زيادة اختصاصات المحاكم الملكية على

=

العال، مرجع سابق، ص ٢٤٢- د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٢٨٧- د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٢- د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ...، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(١) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٦- أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٣) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٤٨- د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٤) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٦.

حساب المحاكم الأخرى (الإقطاعية والكنسية) حتى انتهى الأمر إلى استيلاء المحاكم الملكية على جميع المنازعات؛ ومن ثم توحدت جهة التقاضي وحصرت في المحاكم الملكية فقط، وذلك حتى ظهور قانون العدالة؛ ومن ثم محكمة المستشار (محكمة ضمير الملك سابقاً).

وفي الحقيقة أن الأفراد كانوا يفضلون التقاضي أمام المحاكم الملكية لعدة أسباب؛ منها: بساطة الإجراءات التي كانت تتبع أمام هذه المحاكم، وضمان تنفيذ هذه الأحكام؛ لأنها صادرة عن محاكم منسوبة للملك الحاكم^(١).

أما الناحية الثانية: فهي تتعلق بدور الحيلة في تطوير القواعد القانونية الموضوعية: لم يقتصر دور الحيلة عند الإنجليز على النظام القضائي فحسب، بل لعبت الحيلة - أيضاً - دوراً كبيراً في مجال تطوير القواعد القانونية الموضوعية، التي لا يمكن فهمها، أو تبريرها إلا من خلال الحيلة؛ ومن أمثلة ذلك ما يلي: افتراض رابطة القرابة بين الشركاء لإنشاء الشركة^(٢)، واعتبار الرضاعة قرابة حقيقية^(٣)، والرضاع الأدبي^(٤)، ومصادرة أموال المجرم^(٥)، والتوسع في مفهوم الجرائم العامة^(٦).

(١) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٢) د. علي بدوي، مرجع سابق، ص ٥٥. د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ٩٥. د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٤) يتشابه نظام الرضاع الأدبي عند الإنجليز مع نظام العماد المقدس في الدين المسيحي؛ حيث يترتب على هذا النظام وجود رابطة قرابة روحية بين كل من خادم سر العماد وهو الأشبين، وبين الشخص المعمد ووالديه؛ فيعد الأشبين بمثابة الأب الروحي للشخص المعمد؛ ومن ثم تنشأ بينهما رابطة قرابة روحية. كما يتشابه نظام الرضاع الأدبي - أيضاً - مع نظام الوصاية في الدولة الرومانية بعد اعتناقها الدين المسيحي، إذ لم يكن يسمح للوصي ولا لأولاده بالزواج من الفتاة الخاضعة للوصاية؛ لأن العلاقة بينهما تشبه صلة القرابة؛ راجع في ذلك: د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢٠٩. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٦٥. د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٦. ويقرر قانون مانو الهندي هذا النظام حيث يكون للمعلم بموجب هذا القانون الحق في الإرث في أموال طلابه؛ كما يحق للزملاء من الطلاب =

الفرع الثالث

الافتراض القانوني في الشريعة الإسلامية

أولاً: مدى استعانة الفقهاء المسلمين بالحيلة:

لم يستخدم فقهاء الإسلام الحيلة قبل قفل باب الاجتهاد؛ وذلك مرده إلى عدم الحاجة إليها؛ بسبب اشتمال الشريعة على قواعد عامة وكلية تتصف بالمرونة؛ ومن ثم لا يمكن أن ينالها الجمود، وبسبب وجود مصادر متعددة للفقهاء الإسلامي ومنها الاجتهاد بالرأي، وبسبب أن أحكام الشريعة لم تنزل دفعة واحدة وإنما نزلت على التعاقب (منجمة) بمناسبة أحكام وقعت فعلاً^(٣)؛ ولهذا لم يكن للحيلة بوصف كونها وسيلة من الوسائل العامة لتطويع القانون؛ دور في تشكيل الفكر القانوني الإسلامي آنذاك^(٤).

أما بعد قفل باب الاجتهاد؛ فقد استعان بعض فقهاء المذاهب بالحيلة، وبدأت الحيلة تظهر عند أصحاب مدرسة الرأي^(٥)؛ وبناءً عليه؛ فقد ظهرت الكثير من المؤلفات المتعلقة بالحيل والمخارج، بل إن الأكثر من ذلك أن هناك عدداً ليس بالقليل من الكتب

أيضاً الإرث فيما بينهم؛ إذ شبه هذا القانون العلاقة هذه وتلك بصلة القرابة؛ ومن ثم رتب عليها أحكام تشبه قواعد الميراث؛ راجع في ذلك: د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٨؛ هامش رقم ١.

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٧- د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢) د. على بدوي، مرجع سابق، ص ٦٠- د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٤) د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٥) د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، بدون ناشر، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٦٣، ص ٢٤٦.

الفقهية قد تضمن باباً للحيلة لبيان الصحيح منها ومن ثم يجوز استعماله وغير الصحيح منها؛ ومن ثم لا يجوز استعماله^(١). كما اهتم الكثير من الباحثين بالحيلة في الشريعة الإسلامية وجعلوها محلاً للكثير من الدراسات والبحوث في العصر الحديث^(٢).

ثانياً: تعريف الحيلة الشرعية:

عرف الفقيه الحنبلي ابن القيم الجوزية الحيلة بأنها: "سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل الى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة"^(٣)؛ كما عرفت - أيضاً - بأنها الحذق وجودة النظر والفكر والقدرة على دقة التصرف في الأمور والتحول بها من حال إلى حال^(٤)؛ هذا؛ وقد شاع استخدام مفردة الحيلة وأصبحت معروفة عرفاً بمفهوم سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء^(٥).

(١) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) من هذه الدراسات على سبيل المثال لا الحصر؛ راجع: د. محمد عبد الوهاب بحيرى، الحيل في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٤٥م. د. نجاشي علي إبراهيم، الحيل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٣م. د. محمد إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار العربي، ١٩٨٣م. د. صالح بن إسماعيل بويشيش، الحيل الفقهية «ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية»، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م. د. عبد السلام ذهني، الحيل المحظور منها والمشروع، بدون ناشر، ١٩٤٦م. أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الإفتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها. د. علاء أحمد محمود القضاة، الحيل الشرعية وضابط الصحيح منها والمردود، رسالة دكتوراه، الأردن، بدون تاريخ، ص ٨ وما بعدها.

(٣) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، الجزء الثالث، دار الجيل، لبنان ١٩٦٣م، ص ٢٤٠.

(٤) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٧٩؛ هامش رقم ١٦. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٥) د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٥م، ص ٣١٦.

ثالثاً: أقسام الحيلة في الشريعة الإسلامية (في الفقه الإسلامي):

توجد تقسيمات كثيرة للحيلة في الفقه الإسلامي، ومن ابرز هذه التقسيمات؛ هو تقسيم الحيلة إلى قسمين؛ الأول: الحيل المشروعة؛ والثاني: الحيل المحظورة؛ وسنعرض لهذين القسمين تباعاً.

القسم الأول: الحيل المشروعة: وهي تلك الحيل التي ترمي إلى غاية مشروعة؛ وتنقسم بدورها إلى نوعين^(١):

النوع الأول: الحيل التي تكون الوسيلة فيها مشروعة وما يترتب عليها مشروع: إلا أن الهدف من استخدام الحيلة في هذا النوع هو تحقيق غرض آخر غير الذي استخدمت من أجله (مثال: أن يتزوج رجل بامرأة بسبب أن يعتز بأهلها) أو (أن يتزوج الرجل بامرأة بهدف مالها أو الاستئجار بأهلها).

النوع الثاني: الحيل التي تكون الوسيلة فيها غير مشروعة ولكن الغاية التي تترتب عليها مشروعة، وهو ما يسمى باستعمال المحظور للجائز مثال: استعانة الدائن بشاهد زور ليثبت حقه الذي ينكره عليه المدين كذبا، وقد اختلف الفقهاء في هذا النوع فمنهم من يحرمه ومنهم من يراه صحيحاً مع إثم كل من الدائن والشاهد؛ نظراً لاتباعهم لتلك الوسيلة^(٢).

القسم الثاني: الحيل المحظورة: وهذا النوع من الحيل تكون الغاية منها غير مشروعة، وهي - أيضاً - على نوعين:

النوع الأول: الحيل التي تكون الوسيلة فيها مشروعة ولكن القصد منها الوصول الى شيء محرم؛ وهو ما يسمى باستعمال الجائز للمحظور: (مثال: هبة المال قبل حلول الحول لإسقاط الزكاة، والسفر لقطع الطريق أو القتل).

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٦.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

النوع الثاني: الحيل التي تكون الوسيلة فيها غير مشروعة والغاية منها غير مشروعة أيضاً (مثال: من يتناول المسكر لتسقط عنه فريضة الصلاة).

رابعاً: أسباب استخدام الحيلة في الفقه الإسلامي:

لم يستخدم فقهاء الإسلام الحيلة لنفس الأسباب التي دعت إلى استخدامها في الشرائع والقوانين السالف بيانها؛ إنما تم استخدامها في الفقه الإسلامي لأسباب تجد مردها في القواعد الإسلامية ذاتها؛ أو في الأسس العامة للشريعة الإسلامية مثل رفع المشقة والتيسير وتحقيق المصلحة، ومن هذه الأسباب: أن الحيلة تتشابه مع الرخص التي قررها الشارع للتخلص من الشدائد ورفع الحرج والتخفيف عن المكلفين^(١)، وأن الحيلة كانت تحمي بعض الحقوق كحماية حق الجنين في الميراث، وحماية حق الابن الدائن لأبيه، وأن الحيلة قد وجدت لها محلاً بعد ما شاع الفقه الافتراضي، وأن الحيلة كانت من إفرازات التعصب المذهبي^(٢).

خامساً: مدى مشروعية الحيلة في الفقه الإسلامي:

لم تتحد كلمة الفقهاء حول مدى مشروعية الحيلة، ومن ثم مدى جواز استخدامها من عدمه، ويمكن تصنيف هذا الخلاف إلى ثلاثة اتجاهات^(٣)، الاتجاه الأول، يرى أنه يجوز استخدام الحيلة مطلقاً، والاتجاه الثاني، يرى أنه لا يجوز استعمال الحيلة

(١) لقد علم بالاستقراء أن أسباب التخفيف عن المكلفين عديدة منها على سبيل المثال لا الحصر: النقص؛ كالصغر والجنون والأنوثة في بعض المواضع. والمرض؛ حيث إباحة التيمم والجلوس أثناء الصلاة والإفطار في نهار رمضان. والجهل؛ وبه يرد البيع بالعيب وفسخ عقد النكاح. والسفر؛ وبه تقصر الصلاة الرباعية، وترك الجمعة والجماعة، والإفطار في رمضان. والنسيان؛ حيث لا يفتقر مثلاً الصائم بالشرب أو الأكل. والإكراه؛ وبه يباح التلفظ بألفاظ معينة؛ كالكفر وأكل الميتة وشرب المحرمات.

(٢) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٣) مزيداً من التفاصيل حول هذا الخلاف راجع البحث القيم لأستاذنا الدكتور أبو زيد عبد الباقي (يرحمه الله) الافتراض ودوره في تطور القانون، مرجع سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

مطلقاً؛ وهذا موقف الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل^(١)، والاتجاه الثالث، يرى أنه يجب استخدام الحيل المشروعة فقط، أما الحيل غير المشروعة، والتي تخالف مقتضيات الشرع؛ فلا يجوز استخدامها. والاتجاه الرابع بين الفقهاء هو الاتجاه الثالث؛ ذلك أنه لا يمكن استخدام الحيلة بصورة مطلقة كما قرر أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يمكن حظر استخدامها بصورة مطلقة أيضاً كما ذهب أصحاب الاتجاه الثاني؛ وترجيح الاتجاه الثالث؛ مرده إلى عدة اعتبارات منها؛ أن بعض الفقهاء قد أجازوا استخدام الحيل كالأحناف^(٢)، والشافعية، ولأنه من الثابت أن الحيلة لعبت دوراً واقعياً في حل بعض المشكلات؛ لدرجة يمكن معها القول إن الحيلة كانت عاملاً من عوامل نمو الفقه الإسلامي^(٣).

سادساً: أثر الحيلة في الفقه الإسلامي:

لم يكن للحيلة دور كبير في الفقه الإسلامي؛ لأن الفقهاء لم يلجأوا إليها إلا في حالات قليلة ومحدودة، ويمكن أن نبرز أثر الحيلة في الفقه الإسلامي من خلال الإشارة لبعض الأمور؛ منها على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي^(٤):

١- **بيع الوفاء:** قد يتحايل بعض الناس على تحريم الربا بما أسموه ببيع الوفاء، ومفاده عقد بيع يتم بين المقرض والمقترض، بحيث يكون المقترض في مركز البائع، والمقرض في مركز المشتري، وبمقتضاه تنتقل ملكية الشيء المبيع إلى المقرض، في

(١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) يعتبر مذهب الإمام أبو حنيفة أكثر المذاهب الإسلامية تأثراً بالحيل؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. إيهاب أحمد سليمان أبو الهيجاء، الحيل وأثرها في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، بدون تاريخ، ص ٣٠ وما بعدها.

(٣) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨١.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

مقابل الثمن الذي يدفعه إلى المقترض. ويقترن هذا البيع بشرط فاسخ مقتضاه أن يرد المشتري (المقرض) الشيء المبيع إلى البائع (المقترض)^(١)؛ وبهذه الحيلة يتمكن كل من المقرض والمقترض من تحقيق عقد القرض الربوي^(٢)، وهذا العقد مختلف في صحته بين الفقهاء^(٣).

٢- **بيع العيننة**: من أوجه التحايل على قواعد الربا أيضاً ما لجأ إليه بعض الناس من شراء شيء بثمن مؤجل، ثم يبيعه ثانية إلى بائعه بثمن عاجل أو فوري أقل من الثمن الذي اشتراه به^(٤)، وهذا البيع فيه تحايل على القواعد التي تحرم الربا، وهو محل خلاف بين الفقهاء؛ فالبعض يجيزه والبعض لا يجيزه ويعتبره باطلاً^(٥).

٣- **بيع التلجئة**: ويقصد به ذلك البيع الذي يضطر إليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضروري آخر^(٦)؛ أو بعبارة أكثر إيضاحاً هو البيع الذي يلجأ إليه الإنسان بغير اختياره الحر خشية تسلط ظالم أو بطش سلطان جائر^(٧)؛ وهو يعد بيعاً صورياً ظاهراً يخفي في باطنه اتفاقاً مخالفاً^(٨). وقد عرفت المادة رقم (١٧٩) من مجلة الأحكام

-
- (١) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٧٧- د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٧٥.
- (٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٧.
- (٣) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٧٧- د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ ...، مرجع سابق، ص ٢٢١.
- (٤) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٧٧- د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٧.
- (٥) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٧٨- د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٨- د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٢٢٢.
- (٦) د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، لبنان ١٩٧٢م، ص ٥٢٩.
- (٧) د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ ...، مرجع سابق، ص ٢٥٧- د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٢١٨.
- (٨) شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، دار المعرفة، لبنان ١٣٩٩هـ، ص ١٤٢.

الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيع التلجنة بأنه: " هو التقية بإظهار عقد غير مقصود باطناً". وقد أبطل الحنابلة مثل هذا النوع من البيوع؛ وعلى هذا نصت المادة رقم (٢٢٥) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ على أنه: " لا يصح بيع التلجنة؛ فلو أشهد أني أبيعه خوفاً وتقية، وباعه كان البيع باطلاً".

٤- **تفويت الشفعة على الجار:** الأصل أن تكون الشفعة للجار في حال بيع العقار؛ وقد يتخذ مالك العقار موقفاً معيناً لتفويت الشفعة على جاره، وذلك عن طريق اتخاذ حيلة مؤداها قيامه بهبة العقار لشخص آخر؛ حيث لا شفعة في الهبة، وهذا التصرف في حقيقته يعد تصرفاً صورياً، لأن العقد في حقيقته - والحال هذه - يعد بيعاً وفي ظاهره يعد هبة^(١).

٥- **بقاء ملكية التركة المدينة على ذمة المورث لحين تسديد الديون:** المبدأ السائد في الشريعة الإسلامية الغراء في شأن توزيع التركة: أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون؛ ومن ثم لا توزع الأنصبة على الورثة إلا بعد سداد الديون التي شغلت بها ذمة المورث قبل وفاته، وتنفيذ وصاياه؛ وإعمال هذا الأمر على إطلاقه يجعل التركة سائبة أو شاغرة^(٢) أي لا مالك لها في الفترة ما بين وفاة المورث وحتى تسديد ديونه، ولهذا ابتدع الفقهاء حيلة مفادها افتراض المورث حياً وموجوداً على قيد الحياة حتى يتم تسديد ديونه^(٣)، ويترتب على استخدام هذه الحيلة المقبولة نتيجتان لازمتان؛ هما: بقاء المورث مالكاً لأعيان التركة حتى سداد ديونه؛ ومن ثم لا تبقى التركة شاغرة، وعدم

(١) د. محمد عبد الوهاب بحيرى، الحيل في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٢) د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢٠٩. - د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم ...، مرجع سابق، ص ٢١٥.

استطاعة الورثة في توزيع التركة أو التصرف حتى في جزء منها إلا بعد سداد الديون؛ لأنهم ليسوا بملاك لها^(١).

٦- توريث الحمل: من شروط الميراث تحقق أمرين: الأول: وفاة المورث.
والثاني: وجود الوارث على قيد الحياة وقت وفاة المورث، وبتطبيق ذلك على الجنين في بطن أمه؛ فإنه لا يرث؛ لذا ابتدع الفقهاء حيلة مشروعة لحماية مصالح الجنين؛ وحتى لا يُحرَم من الميراث؛ وذلك بافتراض تمتع الجنين بالشخصية القانونية قبل ولادته^(٢)؛ ومن ثم افتراض ولادته قبل وفاة مورثه، لكي يتمكن من الميراث.

٧- اعتبار المفقود مورثاً: رأينا أن من شروط الميراث وفاة المورث؛ فهل يُعد المفقود مورثاً؟ المفقود هو شخص انقطعت أخباره ولا يعلم حياته من مماته؛ وحفاظاً على حقوق الورثة في حال اختفاء المورث وانقطاع أخباره لمدة زمنية معينة انقطعت فيها حبال أخباره؛ فقد ابتدع الفقهاء حيلة مفادها اعتبار المفقود ميتاً موتاً حكماً^(٣)؛ ومن ثم توزع التركة على الورثة من تاريخ اعتباره ميتاً وتعدد زوجته^(٤)؛ وفي ذلك حيلة وافترض لأن اعتباره ميتاً موتاً حكماً ليس على سبيل الجزم واليقين.

٨- تصرفات المريض مرض الموت: إذا كان الأصل والقاعدة أن وصية المريض مرض الموت لأحد الورثة لا تُنفذ في حق بقية الورثة إلا بإجازتهم؛ فإن تطبيق ذلك على إطلاقه قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة؛ فقد يحدث عملاً أن تكون نمة المريض مشغولة حقيقة بدين لأحد الورثة؛ وقد يرفض الورثة الباقيون إقرار هذا الدين؛ فهنا لا مفر من القفز فوق هذه الصعوبة إلا بابتداع حيلة مفادها قيام علاقة مديونية بين

(١) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

(٢) د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٧٧.

(٣) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٥. د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٤) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٠.

المريض وشخص أجنبي يثق فيه^(١)، ويقبض هذا الشخص الغريب المبلغ ثم يقوم بدفعه إلى الوارث^(٢) (صاحب الحق في الدين) وذلك هروباً من تطلب موافقة الورثة.

٩- المضاربة: القاعدة في الفقه الإسلامي أنه لا ضمان على مؤتمن، وفي عقد المضاربة يعد صاحب العمل أميناً، وبالتالي لا يضمن المال الذي سلمه له صاحب المال^(٣)، كما لا يستطيع هذا الأخير اشتراط الضمان؛ لأنه شرط ينافي القاعدة التي تقرر عدم ضمان المؤتمن، ولهذا ابتدع الفقهاء حيلة مؤداها تقديم صاحب المال إلى صاحب العمل ليس على سبيل المضاربة وإنما على سبيل القرض، وبذلك يكون صاحب العمل ملتزماً برد المال إلى صاحبه، ومن ثم لا يخاف صاحب المال على ماله، وإلى جانب عقد القرض يتفق الطرفان على أن يدفع صاحب المال مبلغاً ضئيلاً لصاحب العمل على سبيل المضاربة، ثم يستغلان المبلغين (القرض + المضاربة) في التجارة بموجب اتفاق يحدد نصيب كل منهما في الربح، وبهذا يتحقق الغرض المقصود؛ وهو إجراء المضاربة من جهة، وتجنب صاحب المال مخاطر ضياعه^(٤).

١٠- الإقرار بثبوت النسب للتحايل على تحريم التبني: من المعلوم أن الإسلام قد حرم التبني؛ ومن المعلوم - أيضاً - أن إثبات النسب في الشريعة الإسلامية يكون بموجب أحد أمور ثلاثة؛ هي: الفراش، الإقرار، والبينة^(٥)، وقد استعملت حيلة في هذا الشأن للالتفاف على تحريم الشريعة للتبني؛ ومفاد هذه الحيلة أن يقوم شخص بإقراره ببنوة شخص آخر؛ فإذا توافرت شروط الإقرار المعتبرة شرعاً؛ فإن الإقرار يعد منتجاً لآثاره، ومن ثم يتحقق ثبوت النسب^(٦)، وتقوم رابطة بين المتبني (المقر)

(١) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٣) د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

(٤) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٥) د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٦) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١٣.

والمتبني (المقر له) ومن ثم يصير المقر أباً للمقر له ويتولد عن ذلك الالتزامات والحقوق التي ترتبها الشريعة الإسلامية فيما بينهما؛ وبالتالي تتحقق الأغراض التي يحققها نظام التبني المحرم شرعاً في الإسلام^(١).

١١- انتقال الالتزام (الحوالة): يطلق انتقال الالتزام في القانون على الحوالة؛ سواء أكان انتقال الالتزام سلبياً ويسمى حوالة الدين، أو إيجابياً ويسمى حوالة الحق؛ والقاعدة في الفقه الإسلامي جواز انتقال الالتزام بين الأحياء عن طريق حوالة الدين، وعدم جواز ذلك في خصوص حوالة الحق؛ وأمام ذلك ظهرت الحيلة في هذا الشأن للالتفاف على هذا المنع^(٢)، وذلك عن طريق السماح بحوالة الحق عبر وسائل معينة^(٣)، كما امتدت الحيلة - أيضاً - إلى حوالة الدين الجائزة أصلاً وذلك لتحقيق أغراض متعددة؛ منها على سبيل المثال: وكالة قبض الدين، واتباع وسيلة معينة لانقضاء الالتزام^(٤)؛ فبخصوص حوالة الحق، أباح الفقهاء للدائن (المحيل) أن يوكل شخصاً (المحال له) في قبض الدين الذي هو بذمة مدينه (المحال عليه) ويهبه له في الوقت ذاته؛ فيقوم الوكيل (المحال له) بقبض الدين وتملكه في الحال بموجب الهبة، كما أن هناك طريقة أخرى يمكن الوصول من خلالها إلى تحقيق أثر حوالة الحق؛ وتتلخص هذه الطريقة ببساطه شديدة في تضمين العقد شرطاً مفاده أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء لأي شخص، أو بند آخر مفاده أن يتم الوفاء للدائن الحقيقي (المحال له) لأن من أبرم العقد ليس هو الدائن الحقيقي، بل اسم مستعار^(٥).

(١) د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢) د. عبد المنعم درويش، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) د. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم...، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٤) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٥) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

المطلب الثاني

أهم تطبيقات الافتراض القانوني في العصر الحديث

بقي للحيلة دور في القوانين الحديثة لكنه في حقيقة الأمر يعد دوراً محدوداً؛ لأن أغلب الأسباب التي دعت لاستخدامها في الماضي قد انقشعت وتلاشت؛ فلم تعد النصوص القانونية ذات طابع مقدس لا يمكن المساس بها^(١)، ولأن المجتمع يستطيع الآن تعديل ما يريد من قواعد قانونية عن طريق تدخل السلطة التشريعية بصورة واضحة وظاهرة^(٢)، ولأن التشريع أصبح في العصر الحديث المصدر الرئيس للقانون^(٣)، خاصة في بلدان القانون المكتوب، ولأن صياغة أغلب التشريعات في العصر الحديث تتسم بالمرونة^(٤)، ومن ثم يمكن أن يمتد نطاق تطبيقها في بعض الأحوال على أمور معينة من باب التوسعة، أو المرونة في تطبيق النصوص^(٥).

ومن مظاهر الدور المحدود للحيلة في العصر الحديث؛ قيامها فقط بتبرير بعض النظم القانونية^(٦)؛ فلم يعد لها دور في استحداث نظم جديدة إلا فيما ندر^(٧)، كما لم يعد لها دور في تخفيف حدة بعض النظم القائمة إلا فيما ندر أيضاً.

(١) د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٧-٤٨. د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٣) د. عباس مبروك الغزيري، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٤) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٥) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٨٩ وما بعدها.

(٦) د. عمر ممدوح مصطفى، مرجع سابق، ص ٧٣-٧٤. د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٩-٢٦٠. د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ...، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٧) عكس هذا؛ راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها.

وسنعرض فيما يلي لبعض مظاهر أو تطبيقات الحيلة في القانون الحديث؛ ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر؛ نذكر الآتي:

١- الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية؛ حيث تتمتع الأشخاص الاعتبارية؛ سواء أكانت أشخاص اعتبارية عامة (كالدولة أو المؤسسات العامة)، أو أشخاص اعتبارية خاصة (كالجمعيات، أو الشركات^(١))، أو المؤسسات) بالشخصية القانونية على سبيل المجاز بهدف تقرير صلاحية هذا الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات^(٢)، وبلوغ هذا الهدف أصبح ضرورة لا فكاك منها؛ نزولاً على اعتبارات اقتصادية^(٣)؛ وذلك على الرغم من أن هذا التصوير الافتراضي أو المجازي لا يتماشى مع مفهوم الشخصية في الإطار الفلسفي^(٤)؛ حيث إن مفهوم الشخصية في هذا الإطار، وكذا في علم النفس، يقتصر على الإنسان فحسب ولا يمكن أن يمتد إلى غيره^(٥)؛ والواقع أن موضوع اكتساب الشخص المعنوي للشخصية القانونية، يعد من الموضوعات التي شغلت

(١) مزيداً من التفاصيل حول الشخصية المعنوية للشركة؛ راجع: د. محمد حسن الجبر، القانون التجاري، الطبعة الخامسة، بدون ناشر، الرياض ١٤٣٣ هـ، ص ٢٠٣ وما بعدها. د. أنور مطاوع منصور، القانون التجاري السعودي، الطبعة الأولى، مكتبة المنتبي، الدمام ١٤٣٥ هـ-٢٠١٤ م، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٢) مزيداً من التفاصيل حول أنواع الشخص الاعتباري أو المعنوي؛ سواء أكان عاماً أو خاصاً؛ راجع: د. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩١ م، ص ١١٨.

(٣) مزيداً من التفاصيل حول الشخصية القانونية للشخص الاعتباري؛ راجع: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون: « القسم الثاني النظرية العامة للحق»، مكتبة مكاوي، لبنان ١٩٧٧ م، ص ٧٥٧-٨٢٤. د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص ٢٦٩-٢٨٧.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكاوي، بيروت ١٩٧٥ م، ص ٧٤١-٧٩٩.

(٥) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٤٨٠. د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.

ولازالت الفقه القانوني كثيراً؛ فمزال الخلاف سائداً حول كون هذا الشخص يُعد حقيقة أم افتراضاً^(١).

٢- توريث الجنين (الحمل المستكن) إذا مات مورثه وهو مزال جنين في بطن أمه؛ وهذا الحق يعد اعترافاً مؤقتاً معلقاً على شرط ولادته حياً^(٢)؛ وبالتالي إذا لم يتحقق هذا الشرط، بأن ولد ميتاً اعتبر كأن لم يكن؛ ومن ثم يوزع النصيب الذي كان محجوزاً له على الورثة^(٣)؛ فافتراض أن الحمل المستكن قد ولد وقت وفاة مورثه؛ وهو لم يولد أصلاً، يعد حيلة ولاشك، ولهذا يطلق الفقه على هذا النوع من الشخصية اسم الشخصية الاحتمالية^(٤)؛ وتكيف أهلية الجنين على أنها أهلية وجوب ناقصة، أو محدودة لاقتصارها على اكتساب ما يعود عليه بالنفع المحض من الحقوق^(٥).

٣- رجعية القوانين الأصلح للمتهم؛ ويقصد به انطباق قانون على وقائع وقعت قبل نفاذه؛ وذلك على سبيل الاستثناء^(٦)؛ لأن الأصل والقاعدة أن القانون ينطبق بأثر فوري، وليس بأثر رجعي؛ وفي هذا افتراض قانوني مفاده اعتبار الواقعة حدثت بعد نفاذ القانون الجديد^(٧). والجدير بالذكر أن النظرية الحديثة لا تعتبر سريان القوانين الأصلح للمتهم، استثناءً من مبدأ عدم الرجعية، بل تعتبره تطبيقاً من تطبيقات الأثر

(١) راجع في هذا الخلاف: د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٤٧٨-٤٨٢.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٥٩٩-٦٠٢. د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٤٢٢-٤٢٣.

(٥) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون «القسم الثاني النظرية العامة للحق» مكتبة مكاوي، لبنان ١٩٧٧م، ص ٦٦٦.

(٦) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

(٧) يمكن للمشرع أن يقرر سريان القانون بأثر رجعي، إذا نص القانون على ذلك صراحة، وهذا حقاً حصرياً للمشرع وحده؛ ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يخرج على مبدأ عدم الرجعية؛ مزيداً من التفاصيل حول هذا الموضوع؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ١٣.

الفوري للقانون، وقد علل أنصار هذه النظرية ذلك، بأنه يجب التفرقة بين أمرين الأول: هو الفعل. والثاني: هو الحكم القضائي؛ وطالما أن الفعل وقع في الماضي، وأن الحكم لم يصبح باتاً؛ فإن المعول عليه هو الحكم وليس الفعل^(١)؛ بل إن الأكثر من ذلك؛ أنه إذا صدر الحكم القضائي وصار باتاً؛ ثم صدر تشريع جديد يخفف العقوبة عن القانون الذي صدر الحكم في ظلّه؛ أو جاء القانون الجديد لاغياً الجريمة التي صدر بشأنها حكماً قضائياً؛ فإن اعتبارات العدالة تقتضي تطبيق قاعدة القانون الأصح للمجرم؛ ومن ثم تخفيف العقوبة وفقاً للقانون الجديد، أو وقف تنفيذ الحكم في حالة اعتبار الفعل لا يشكل جريمة كلية في القانون الجديد؛ وذلك نزولاً على اعتبارات العدالة، لأن تخفيف العقوبة؛ أو اعتبار الفعل لم يعد، يشكل جريمة في القانون الجديد، فيه دلالة أو إشارة إلى أن المشرع كان مخطئاً في التقدير؛ وقد صحح الخطأ؛ ومن ثم يجب رفع الآثار الناجمة عن هذا الخطأ^(٢).

٤- العلم الضمني بالقواعد القانونية: (قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون؛ أو افتراض العلم بالقانون)^(٣)، وهذه القاعدة يترتب عليها عدم إمكان التذرع بعدم العلم بالقانون بسبب المرض، أو بسبب السفر، أو بسبب كونه أمة لا يجيد القراءة والكتابة، أو بسبب كون الشخص أجنبياً ولا يعلم بقانون الدولة الموجود فيها^(٤).

(١) د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٢) د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٣٤٩، وص ٣٨٧.

(٣) يوجد خلاف فقهي حول تكليف افتراض العلم بالقانون؛ فالبعض يعتبره قرينة، والبعض الآخر يعتبره حيلة؛ مزيداً من التفاصيل حول هذا الخلاف؛ راجع: د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٥٩٧ وما بعدها. د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٨٩. د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٢٢٢. د. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، لبنان ١٩٩١م، ص ٣٠.

٥- فكرة العقد الاجتماعي بين الحاكم والمحكوم^(١)؛ حيث تقوم هذه الفكرة على افتراض لا أساس له في الحقيقة ولا في الواقع بهدف إيجاد تبرير للشكل الذي تأخذه الدولة وقبل ذلك نشأتها^(٢)، وكذا إيجاد تبرير للعلاقة بين الحاكم ورعيته؛ فقد برر أنصار فكرة العقد الاجتماعي هذه العلاقة بوجود عقد ينظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم^(٣)، وهذا العقد لا وجود له في الواقع والحقيقة؛ بل لا يعدو كونه مجرد افتراض قائم على تصور ذهني محض^(٤).

٦- مبدأ النيابة في التعاقد؛ النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثار التصرف إلى الشخص الأصيل^(٥)؛ وتقوم النيابة على أساس حيلة مفادها أن النائب يتقمص شخصية الأصيل.

٧- الأثر الرجعي للشرط، ومفاده أنه إذا تحقق الشرط كوصف من أوصاف الالتزام أو تخلف، فإن أثره يستند إلى الماضي، أي يتردد إلى وقت انعقاد التصرف وليس إلى وقت تحقق الشرط أو تخلفه؛ وهذا يمثل القاعدة العامة، لأن هناك حالات مستثناة من قاعدة الأثر الرجعي للشرط^(٦).

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٤) د. صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٥) مزيداً من التفاصيل النيابة في التعاقد؛ راجع: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، الأردن ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م، ص ٢٢ وما بعدها.

(٦) مزيداً من التفاصيل حول القاعدة العامة لفكرة الأثر الرجعي للشرط والحالات المستثناة منها؛ راجع: د. طلبية وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ص ١٥٠ وما بعدها.

٨- الأثر الرجعي للقسمة^(١)؛ وقد نصت على ذلك صراحة المادة رقم (٨٤٣) من القانون المدني المصري؛ حيث نصت على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ، وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص". فهذا النص قد قرر تملك الشريك على الشيوخ بأثر رجعي، أي منذ بدء حالة الشيوخ، وليس من وقت القسمة؛ وبالتالي للقسمة - والحال هذه - أثر كاشف وليس منشأ؛ وهذا يتضمن افتراضاً ملحوظاً، لجأ إليه المشرع لتبرير هذا الأمر، كما أن للقسمة أثراً رجعياً - ومن ثم فإنها تُعد على هذا النحو - افتراضاً أو مجازاً أو تحايلاً على الواقع ومخالفة للحقيقة؛ ذلك أن المال الذي آل إلى المتقاسم كان مملوكاً على الشيوخ في الفترة السابقة على القسمة، ولم يفرز ويخصص للمتقاسم إلا من تاريخ القسمة^(٢).

٩- الأثر الرجعي للفسخ، الفسخ هو جزاء مدني يترتب كنتيجة لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ولذلك فإن هذا الجزاء لا يتقرر إلا في العقود التبادلية، ويترتب على الفسخ عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، وكان العقد لم ينعقد أصلاً^(٣)، وفي هذا افتراض مؤداه أن العقد كأن لم يكن بالنسبة للمتعاقدين والغير^(٤)، وهذا مخالف للحقيقة والواقع.

(١) مزيداً من التفاصيل حول الأثر الكاشف والناقل للقسمة؛ راجع: د. مفلح بن ربيعان الفحطاني، د. بهاء العلايلي، أحكام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون، بدون ناشر، الطبعة الأولى، الرياض ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ١٩٤ - ١٩٩. د. محمد عبد الرحمن الضويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠١م، ص ٥١٥ - ٥٢٨.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة ١٩٩٠م، ص ١٥٥.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٤) مزيداً من التفاصيل حول الفسخ؛ راجع: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٢٥٤ وما بعدها.

١٠ - الاشتراط لمصلحة الغير^(١)؛ حيث يجوز وفقاً لهذا الاشتراط أن يكتسب شخص ليس طرفاً في العقد حقاً بموجب هذا العقد^(٢).

١١ - الصورية^(٣)، يقصد بالصورية: اصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني بموجب عقد، وتنقسم الصورية إلى نوعين: الأول: الصورية المطلقة، وهي تنصب على التصرف القانوني ذاته؛ بمعنى اتخاذ مظهر لا وجود له في الحقيقة؛ مثل: قيام المدين ببيع بعض ممتلكاته صورياً لإخراجها عن الضمان العام لدائنيه. أما النوع الثاني: فهو الصورية النسبية؛ وترد على نوع التصرف أو على ركن أو شرط فيه؛ وهنا نجد نوعين من التصرف، أحدهما ظاهر والآخر مستتر، ومن أمثلة الصورية النسبية: إبرام عقد هبة في صورة عقد بيع، أو ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتهرب أو التحايل على القانون في شأن رسوم التسجيل^(٤).

١٢ - افتراض إعلان المدعى عليه في بعض الحالات على خلاف الحقيقة والواقع، ومن ذلك مثلاً إعلان المدعى عليه عن طريق جهة الإدارة؛ حيث يكون هذا

(١) مزيداً من التفاصيل حول الاشتراط لمصلحة الغير؛ راجع: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

(٢) وقد أخذت بعض التشريعات بهذا الأمر ومنها القانون المدني المصري؛ فقد نصت المادة رقم (١٥٢) من هذا القانون على أن: "العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"؛ وفي هذا حيلة ولا شك مؤداها انصراف أثر تصرف إلى شخص ليس طرفاً في الرابطة العقدية.

(٣) مزيداً من التفاصيل حول الصورية؛ راجع: د. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٧م.

(٤) د. طلبية وهبة خطاب، مرجع سابق، ص ١١٨.

الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليمه للإدارة، وليس من وقت اتصال علم المعلن إليه به^(١).

١٣- اعتبار المدعى عليه حاضراً للجلسة رغم غيابه والحكم عليه من هذا المنطلق، ومن ذلك مثلاً غياب المدعى عليه بعد قفل باب المرافعة، ففي هذه الحالة يصدر الحكم وكأنه حاضر على خلاف الحقيقة^(٢)؛ كما للمحكمة - أيضاً - في حال تعدد المدعى عليهم وغياب البعض منهم أو كلهم أن تحكم باعتبارهم حاضرين؛ ومن ثم يصدر الحكم في حقهم حضورياً وليس غيابياً؛ كما للمحكمة جعل الحكم حضورياً بالنسبة للبعض وغيابياً بالنسبة للبعض الآخر^(٣).

١٤- اعتبار السكوت قبولاً، أو السكوت المعبر عن الإرادة^(٤)؛ حيث إن الأصل والقاعدة أنه لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان؛ ومن ثم يعول على السكوت أحياناً، على اعتبار أنه يُعد رضاءً ضمناً.

١٥- الهبة، لقد أفسحت بعض التشريعات؛ ومنها القانون المدني المصري، للأفراد التحايل على حكم القانون ومخالفة أحكامه بموجب استخدام الحيلة^(٥)؛ ومن تطبيقات ذلك؛ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة رقم (٤٨٨) من القانون المدني

(١) د. الأنصاري النيداني، د. على الشيخ، قانون المرافعات، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ٣٢٨- د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، الطبعة الثالثة، دار حافظ للطباعة والنشر، جدة ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٣٦٥ وما بعدها.

(٢) د. طلعت محمد دويدار، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

(٣) د. طلعت محمد دويدار، مرجع سابق، ص ٤٦٦-٤٦٧.

(٤) مزيداً من التفاصيل حول اعتبار السكوت قبول ومن ثم افتراض أو حيلة؛ راجع: د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩١ م.

(٥) د. مصطفى سيد أحمد صقر، مرجع سابق، ص ٢١٨- د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

المصري؛ حيث نصت هذه الفقرة على أنه: " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر"؛ فالهبة وفقاً لهذه الفقرة يمكن أن تتم بورقة عرفية إذا وردت مثلاً في صورة عقد بيع متضمن ثمناً صورياً.

١٦- افتراض التضامن في الالتزامات التجارية؛ يجب أن يكون للتضامن السلبي (بين المدينين) في المعاملات المالية المدنية سنداً في نصوص القانون، أو بموجب اتفاق بين المدينين، ومؤدى ذلك أن التضامن لا يفترض في القانون المدني؛ والأمر على خلاف ذلك في المعاملات التجارية؛ حيث اقتضت طبيعتها ضرورة افتراض التضامن بين المدينين؛ فقد جرى العرف التجاري على افتراض التضامن بين المدينين في حال تعددهم؛ كما قد يكون مصدر هذا الافتراض نص القانون؛ ومفاد ما تقدم أن التضامن إذا كان مصدره العرف لا يحتاج إلى سند من القانون ولا اتفاقاً بين المدينين في المعاملات التجارية؛ نظراً لكونه مفترضاً بطبيعته، ونفس الأمر ومن باب أولى إذا كان مصدره القانون^(١)، وتتبلور الحكمة من تقرير افتراض التضامن في دعم الائتمان التجاري، حيث يمكن هذا التضامن الدائن من مطالبة أي مدين بالدين كله، ولا يكون لهذا الأخير الحق في الاعتراض؛ ومن ثم لا يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بالتقسيم ولا بالتجريد^(٢).

١٧- امتداد شخصية المتوفى إلى ما بعد الوفاة استثناءً، إذا مات الشخص وكانت تركته محملة بالديون، فإن شخصيته القانونية تبقى حكماً وليس حقيقة طيلة

(١) د. أنور مطاوع منصور، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦.

(٢) د. محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ٤٦؛ وراجع في خصوص المسؤولية التضامنية عن ديون شركة التضامن، ذات المؤلف، ص ٢٤٠ وما بعدها؛ والمسئولية التضامنية للشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة؛ ص ٢٦٧.

الفترة التي تستغرقها تصفية شركة، أو بعبارة أخرى لحين سداد ديونه^(١)، وهذا أمر افتراضي لا أساس من الواقع والحقيقة^(٢).

١٨ - الحكم بوفاة الغائب والمفقود، تنقضي الشخصية القانونية قبل التحقق يقيناً من وفاة الشخص الغائب أو المفقود، وذلك إذا مرت مدة زمنية على اختفائه أو غيبته، وهذا ما يسمى في القانون بالموت الحكمي^(٣)؛ وهذا أيضاً يعد من قبيل الافتراض القانوني؛ لأنه ليس هناك ما يقطع يقيناً بوفاة الغائب أو المفقود^(٤).

١٩ - قيام المسؤولية المدنية على افتراض الخطأ؛ تقوم المسؤولية المدنية - أحياناً - على أساس افتراض الخطأ من جانب بعض الأشخاص؛ فمسئولية متولى الرقابة، تقوم على أساس افتراض التقصير في جانبه، وهذا الخطأ قابل لإثبات العكس؛ والخطأ المفترض في جانب المتبوع عن أعمال تابعيه؛ وهو خطأ قابل لإثبات العكس أيضاً؛ والخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان، وهذا الخطأ غير قابل لإثبات العكس، وكذلك المسؤولية التقصيرية لحارس البناء تقوم على فكرة الخطأ المفترض، ونفس الشيء نجده في مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، حيث تقوم على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس^(٥).

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٤١٣ - د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى عبد الحميد عدوي، شفافية الافتراض القانوني، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣م، ص ٩ وما بعدها. - د. متولى عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٦٠٧-٦١٦. - د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٤٢٨ - د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

(٤) د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٤١٤.

(٥) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٣٦١-٣٦٥.

٢٠ - العقار بالتخصيص^(١)، الواقع أن العقار بالتخصيص يعد منقولاً بحسب الأصل، كل ما هنالك أنه رصد لخدمة عقار فتغيرت طبيعته ويأخذ حكم العقار وليس المنقول؛ شريطة أن تتوافر فيه الشروط والأوضاع اللازمة قانوناً^(٢)؛ وذلك عن طريق المجاز، أو الافتراض القانوني^(٣).

٢١ - المنقول بحسب المأل^(٤)؛ على الرغم من أن المنقول بحسب المأل يعد عقاراً بحسب الأصل؛ إلا أن القانون اعتبره مجازاً أو افتراضاً منقولاً^(٥)، ولا يعتبر كذلك إلا إذا توفرت فيه شروط محددة؛ لعل من أهمها: أن يتم التحول في زمن قريب ووشيك الوقوع^(٦).

٢٢ - الإلغاء الضمني للقاعدة القانونية فافتراض إلغاء القاعدة القانونية التي تتعارض مع نص جديد من ذات المرتبة، أو من مرتبة أدنى، يعد افتراضاً قانونياً، لأن السلطة المختصة بالتشريع لم تصرح بالإلغاء؛ وإنما يتم افتراض إغائه^(٧).

(١) مزيداً من التفاصيل حول العقار بالتخصيص؛ راجع: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون « القسم الثاني النظرية العامة للحق» مرجع سابق، ص ٨٣٣ - ٨٣٧. د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مرجع سابق، ص ٢٩٧ - ٣٠٠.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٣٨١-٣٨٣.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٨١٦-٨٢٦.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٨٢٩-٨٣٦.

(٥) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون « القسم الثاني النظرية العامة للحق» مرجع سابق، ص ٨٣٩.

(٦) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٣٨٤. د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٧) زيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ١٠٦-١٠٧. د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ٢١٠.

٢٣- نظرية الشركة الفعلية أو الواقعية؛ إذا قضي ببطان الشركة؛ سواء أكان البطلان بطلاناً نسبياً، أو بطلاناً مطلقاً؛ فإنه طبقاً للقواعد العامة ينبغي أن ينسحب البطلان إلى الماضي؛ ومن ثم عودة الشركاء إلى الحالة التي كان عليها قبل تكوين الشركة؛ بيد أن أعمال القاعدة العامة هذه لا يمكن تطبيقه على إطلاقه، ولذلك فقد استقر الرأي على عدم سحب البطلان على الماضي وقصر سريانه على المستقبل، وبالتالي تعد الشركة قائمة وصحيحة في الفترة من تكوينها وحتى الحكم ببطلانها؛ وتعد باطلة وليس لها وجود في الفترة من الحكم ببطلانها فصاعداً، وهذا يُعد افتراضاً وليس حقيقة، ولذلك سميت الشركة هذه بالشركة الواقعية^(١).

٢٤- نظام التبني، مازال نظام التبني موجوداً إلى يومنا هذا في بعض البلدان

غير الإسلامية^(٢).

(١) مزيداً من التفاصيل حول الشركة الفعلية؛ راجع: د. محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص ١٩٦ وما بعدها- د. أنور مطاوع منصور، مرجع سابق، ص ١٣٩-١٤٢.

(٢) د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٦١- د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٨٨.

المبحث الثاني

أطر الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي

صدر نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ؛ متضمناً (٢٤٢ مادة نظامية)؛ وقد قسم المنظم السعودي هذا النظام إلى أربعة عشر باباً؛ وهذا التقسيم يُعد تقسيماً منهجياً معتمداً على أساليب الصياغة المنهجية الحديثة للقوانين أو الأنظمة.

والواقع لا يمكن القول بأن المنظم السعودي قد اعتنق مبدأ الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية؛ إلا بعد مراجعة هذا النظام برمته؛ وذلك مرده إلى أن الافتراض لا يتقرر في النظم القانونية الإجرائية؛ إلا إذا قرر المنظم الأخذ به؛ سواء بطريقة صريحة، أو بطريقة ضمنية^(١).

والمأمل في نظام المرافعات الشرعية السعودي يجد أن المنظم قد تبنى نظرية الافتراض القانوني؛ سواء عن طريق النص عليها صراحة، أو عن طريق النص عليها بطريقة ضمنية؛ ومن أمثلة النص الصريح على الافتراض القانوني؛ النصوص النظامية المتعلقة بافتراض العلم بتبليغ المدعي عليه في بعض الحالات؛ واعتبار المدعي عليه حاضراً في الخصومة على الرغم من غيابه حقيقة؛ ومن أمثلة النص بطريقة ضمنية على الأخذ بالافتراض القانوني ما قرره المنظم السعودي في خصوص اعتبار المدعي متنازلاً عن دعوى الحيازة في حال تمسكه بدعوى الملكية^(٢)؛ حيث من الثابت عدم جواز الجمع بين دعوى الملكية والحيازة^(٣)؛ وقد يتبلور دور الافتراض القانوني في

(١) د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات (مصر) ١٩٩٨م، ص ٣٢.

(٢) راجع نص المادة رقم (٢٠٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، الطبعة الأولى، دار الإجازة، الرياض ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، ص ١٧٦.

نظام المرافعات الشرعية السعودي ليس على أساس النص عليه صراحة أو ضمناً؛ بل على أساس استخلاص هذا الدور من خلال الشروحات الفقهية؛ وهذا النوع من الافتراض يسمى بالافتراض المفسر أو الفقهي^(١)؛ ومن ذلك على سبيل المثال افتراض عدم صلاحية القاضي لنظر النزاع^(٢)؛ وذلك في حالات محددة يكون القاضي فيها ممنوعاً من نظر الدعوى، وسماعها بقوة النظام^(٣).

وفي ضوء ما تقدم؛ ونزولاً عليه؛ يمكننا تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب؛ بيانها كالتالي:

المطلب الأول: مفترضات وجود نظرية الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الثاني: مبررات استخدام المنظم السعودي للافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الثالث: تطبيقات الافتراض القانوني الصريح في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الرابع: تطبيقات الافتراض القانوني الضمني في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الخامس: تطبيقات الافتراض القانوني الفقهي في نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مرجع سابق، ص ٥٠ وما بعدها. د. السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص ٤٥.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٣) راجع نص المادة رقم (٩٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الأول

مفترضات وجود نظرية الافتراض القانوني

في نظام المرافعات الشرعية السعودي

لكي يمكن القول باعتراف المنظم لنظرية الافتراض؛ فإنه يجب أن تتوافر مفترضات أو شروط محددة؛ وهذه الشروط أو تلك المفترضات متوافرة في نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ حيث أخذ المنظم السعودي بهذه النظرية؛ سواء بطريقة صريحة، أم بطريقة ضمنية؛ ويظهر ذلك بوضوح من خلال وجود أربعة مفترضات في هذا النظام، وهي: النص على الافتراض القانوني في النظام؛ وتحقيق غاية الافتراض القانوني المنصوص عليه نظاماً؛ وأن تتحقق الغاية من الإجراء وفقاً لنظام المرافعات، وعدم انقطاع تسلسل إجراءات الخصومة في بعض الحالات؛ وسنعرض لهذه المفترضات تباعاً؛ وذلك على النحو التالي:

المفترض الأول: النص على الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية

السعودي: إن المتأمل في نظام المرافعات الشرعية السعودي، يلمس في سهولة ويسر أن المنظم السعودي؛ قد أعتنق نظرية الافتراض القانوني في هذا النظام؛ والدليل على ذلك أنه نص في نصوص عديدة على الافتراض القانوني؛ سواء أكان هذا النص قد جاء بطريقة صريحة، أم بطريقة ضمنية^(١).

(١) توجد نصوص نظامية كثيرة تقرر وتؤكد على وجود نظرية الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ وسنعرض لتحليل هذه النصوص من خلال عرض المطالب: الثاني والثالث من هذا المبحث.

وطالما أن الافتراض القانوني لا يتقرر إلا بموجب نص نظامي؛ فإنه لا يجوز للقاضي، أو للخصوم إنشاء الافتراض أو التمسك بآثاره^(١)؛ كما لا يجوز لهم سحب دلالة الافتراض المقرر بموجب نص على حالات لم يرد بشأنها نص^(٢).

المفترض الثاني: أن تتحقق غاية الافتراض القانوني المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية السعودي: لا يكفي فقط النص على الافتراض القانوني في النظام، حتى يمكن القول باعتراف المنظم لنظرية الافتراض؛ بل يلزم إلى جوار وجود هذا النص، تحقق الافتراض لغايته بطريقة واضحة لا يعترها شك ولا لبس ولا غموض؛ فالنص على الافتراض - والحال هذه - وحده لا يكفي؛ بل يجب أن تتحقق الغاية من النص على الافتراض؛ وهذه الغاية تختلف من موضع إلى آخر؛ فمثلاً النص على اعتبار الحكم حضورياً بالنسبة للخصم، إذا حضر حتى ولو جلسة واحدة من جلسات الخصومة؛ فهذا النص يحقق فحوى وغاية الافتراض^(٣)؛ حيث يكفي حضور الخصم لجلسة واحدة لا اعتبار الحكم الصادر في حقه حكماً حضورياً وليس غيابياً^(٤)، فحضور الخصم هنا تحقق به العلم بوجود خصومة، ومن ثم تتحقق الغاية من مقتضى الافتراض؛ ومن المعلوم أن لا اعتبار الحكم حضورياً بالنسبة للخصم أهمية بالغة؛ حيث لا يجوز لهذا الخصم طالما الحكم حضورياً الاعتراض عليه بطريق المعارضة.

المفترض الثالث: أن تتحقق الغاية من الافتراض القانوني وفقاً للإجراءات والأشكال الواردة في نظام المرافعات الشرعية السعودي: مما لا شك فيه أن الخصومة

(١) أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٧١.

(٢) د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها.

(٤) د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٤.

القضائية تُعد سلسلة من الإجراءات المتتابعة والمتتالية، وهذه الإجراءات تتم وفقاً لما هو منصوص عليه في نظام المرافعات الشرعية؛ وبالتالي فإنه لا يكفي النص على الافتراض فحسب، بل يجب أن يكون الافتراض ذا غاية قانونية، وهذه الغاية التي يصبو المنظم إلى تحقيقها - من جراء اعتناقه للافتراض - يجب أن تكون المقدمات المؤدية إليها قد تمت وفقاً لما يقرره النظام من خلال الإجراءات والأشكال المعتمدة؛ فإذا لم يتم احترام هذه الإجراءات، أو تلك الأشكال؛ فلا يعول على الافتراض القانوني^(١) - والحال هذه - ومن ثم لا يُعتد به^(٢)؛ لأن نظام المرافعات يُعد من أبرز مقوماته أو خصائصه: أنه يُعد نظاماً إجرائياً أو شكلياً؛ وبالتالي فإن احترام الشكل أحد الأطر الهامة التي يقوم عليها هذا النظام.

وتطبيقاً لذلك؛ فإن النص على تحديد الأشخاص الذين تسلم إليهم أوراق التبليغ (الإعلان) لا يكفي وحده لاعتبار وجود نظرية الافتراض القانوني؛ بل يلزم له أن تحقق الغاية من التبليغ؛ وهي غاية اعتبارها المنظم أن التبليغ قد تم إذا سلم الإعلان لأحد الأشخاص الذين حددهم المنظم؛ كما يلزم فوق هذين الأمرين كذلك أن يتم التبليغ بطريقة صحيحة؛ وفقاً لنظام المرافعات الشرعية؛ فيجب مثلاً أن يتم الإعلان إذا كان ورقياً في الأوقات المحددة نظاماً.

المفترض الرابع: عدم انقطاع تسلسل إجراءات الخصومة في حالة افتراض العلم بالإجراءات: لكي يكون افتراض العلم بالإجراءات ناجعاً ومحققاً للغاية المرجوة منه، فإنه يجب أن يكون هذا الافتراض معمولاً به في خصومة لم تنقطع فيها

(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٧م، ص ٢٨١ وما بعدها.

(٢) د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٦.

الإجراءات^(١)؛ لأن العلم بسير الخصومة بعد انقطاعها لا يمكن أن يتم إلا إذا تم التبليغ الصحيح من جديد، ومن ثم إذا تم افتراض حضور الخصم قبل انقطاع الخصومة؛ فإن هذا الافتراض لا يسري في مواجهة هذا الخصم بعد انقطاعها، إلا إذا تم تبليغه من جديد بسير الخصومة بعد زوال السبب الذي أدى إلى انقطاعها.

المطلب الثاني

مبررات استخدام المنظم السعودي للافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية

رأينا أنه لا يمكن القول بأن المنظم قد اعتنق نظرية الافتراض القانوني من عدمه؛ إلا بعد مراجعة نظام المرافعات الشرعية برمته؛ وقد استبان لنا بعد هذه المراجعة أن المنظم السعودي قد أخذ بنظرية الافتراض القانوني، والدليل على ذلك المفترضات السالف بيانها في المطلب السابق.

وإذا كان المنظم السعودي قد أخذ بهذه النظرية؛ فإن السؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو: ما هي المبررات التي دفعت المنظم السعودي إلى الأخذ بهذه النظرية في نظام المرافعات الشرعية؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل يمكن تلمسها من خلال عدة أمور يتضح من خلال عرضها الأسباب أو المبررات التي دفعت المنظم السعودي إلى اعتناق هذه النظرية؛ ومن هذه المبررات على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي:

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٨١.

أولاً: أن نظام المرافعات من الأنظمة الشكلية: لما كان نظام المرافعات يتميز بأنه نظام إجرائي وشكلي؛ فإن التمتع بالأحكام الواردة في هذا النظام يقتضي ضرورة اتباع شكل معين؛ وهذا الشكل الهدف منه تحقيق المصلحتين العامة والخاصة معاً؛ وبالتالي إذا لم يتبع المخاطب بالإجراء الشكل المنصوص عليه نظاماً؛ فإنه يكون غير جدير بالحماية القضائية؛ بيد أن الشكلية التي يتطلبها نظام المرافعات لا تُعد شكلية مفرطة^(١)؛ لأن هذا النظام يحرص في الكثير من المواضع على تحقيق اعتبارات العدل والعدالة^(٢)؛ ومن ثم عدم ضياع حقوق الأفراد بسبب هفوات شكلية.

ولعل اتباع المنظم حيل الإجراءات المتخذة في الخصومة نهج الافتراض القانوني؛ مرده إلى عدم تكرار الإجراء؛ وهذا الأمر يحكمه مبدأ عدم الهدر الإجرائي^(٣)؛ أو مبدأ تقليل نفقات الإجراء^(٤)؛ فاعتبار أن الخصم قد أعلن افتراضاً لا حقيقة - على سبيل المثال - يُعد أحد تطبيقات هذا المبدأ.

ثانياً: التطبيق الجيد لبعض المبادئ التي تقوم عليها الخصومة القضائية: من المعلوم أن الخصومة القضائية تقوم على جملة من المبادئ التي لا يتسع المقام لذكرها^(٥)، ومن هذه المبادئ؛ مبدأ تمكين المحكمة المختصة من مباشرة

(١) د. محمود عمر محمود، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، الطبعة الأولى، دار خوارزم العلمية للنشر، جدة ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٢٦.

(٢) د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ١٧.

(٣) مزيداً من التفاصيل حيل هذا المبدأ بوجه عام؛ راجع: نبيل إسماعيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء، دراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩ م.

(٤) د. نبيل إسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٥) مزيداً من التفاصيل حول المبادئ التي تقوم عليها الخصومة القضائية؛ راجع: وجدي فهمي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة

الخصومة في مواجهة السلوك السلبي لبعض أطرافها، على أساس افتراض تحقق
المواجهة بمجرد اتصال علم الخصوم بانعقاد الخصومة القضائية^(١)، ومن ثم افتراض
حضور هذا الخصم على الرغم من أنه لم يحضر حقيقة.

المطلب الثالث

تطبيقات الافتراض القانوني الصريح

في نظام المرافعات الشرعية السعودي

سبق أن ذكرنا أن النص على الافتراض القانوني قد يكون بموجب
نص صريح، أو بموجب نص ضمني، ومحور اهتمامنا في هذا المطلب ينحصر في
تطبيقات النص الصريح على الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية
السعودي.

والواقع أن المنظم السعودي قد نص صراحة على إعمال نظرية الافتراض
القانوني في عدة مواضع بنظام المرافعات الشرعية؛ ومن هذه المواضع على
سبيل المثال: العلم الافتراضي بالتبليغ القضائي؛ فإذا كان الأصل هو العلم اليقيني
بالتبليغ؛ إلا أن المنظم السعودي قد خرج عن هذا الأصل مقررًا افتراض تبليغ الخصم
في حالات محددة؛ وذلك تحقيقاً لجملة من الاعتبارات؛ لعل من أهمها: حسن سير
الخصومة والبعد عن البطء في اتخاذ الإجراءات؛ وذلك إعمالاً لمبدأ تحقيق العدالة
الناجزة.

رقم (١٨) عام ١٩٧٦م، ص ١٠٣ وما بعدها. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص،
الجزء الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٦١١ وما بعدها.
(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات
المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

ويقصد بالعلم الافتراضي؛ اعتبار المطلوب تبليغه مبلغاً بالإجراء مجازاً أو ظناً، وليس حقيقة^(١)، ويفضل البعض من الفقهاء^(٢)، استخدام مصطلح العلم الظني بدلاً من مصطلح العلم الافتراضي، على أساس أن الظن هو التردد بين العلم والجهل مع غلبة احتمال العلم؛ ولأن العلم الافتراضي قائم على أساس حيلة قانونية مبناهما تغليب العلم على الجهل بطريقة تحكيمية قد لا تصادف واقع^(٣). ونحن من جانبنا لا نؤيد هذا الرأي لأن مصطلحي الظن والافتراض وإن كانت بينهما فروق من الوجهة اللغوية، إلا أنه لا توجد مثل هذه الفروق في السياق القانوني؛ لأن دلالتهما القانونية - في نظرنا - تكاد تكون واحدة.

ومن تطبيقات العلم الافتراضي بالتبليغ القضائي بموجب نص صريح وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي؛ افتراض التبليغ عبر استعمال الوسائل الإلكترونية، وافتراض التبليغ في مكان الإقامة، وافتراض التبليغ لدى جهة الإدارة، وافتراض التبليغ بالطرق غير الاعتيادية، ولهذا سنعرض لهذه الأنواع من طرق التبليغ الافتراضي، والحضور الافتراضي في الخصومة، واعتبار المدعى عليه ناكلاً، واعتبار المدعي تاركاً لدعواه؛ وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: افتراض العلم بالتبليغ عبر الوسائل الإلكترونية.

الفرع الثاني: افتراض العلم بالتبليغ في محل الإقامة.

الفرع الثالث: افتراض العلم بالتبليغ لدى جهة الإدارة.

- (١) د. طلعت محمد دويدار، الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٩٠.
- (٢) د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، مرجع سابق، ص ٣٦٥.
- (٣) عكس هذا الرأي؛ راجع: د. أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، دراسة في الإعلان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٣.

الفرع الرابع: افتراض العلم بالتبليغ بالطرق غير الاعتيادية.

الفرع الخامس: الحضور الافتراضي في الخصومة.

الفرع السادس: اعتبار المدعى عليه ناكلاً.

الفرع السابع: اعتبار المدعى تاركاً لدعواه.

الفرع الأول

افتراض العلم بالتبليغ عبر الوسائل الإلكترونية

صدر الأمر الملكي رقم (١٤٣٨٨) وتاريخ ٢٥/٣/١٤٣٩هـ؛ متضمناً الموافقة على استعمال الوسائل الإلكترونية في التبليغات القضائية؛ وبناءً على هذا الأمر، ونزولاً عليه؛ فقد أصدر المجلس الأعلى للقضاء، قراره رقم (٣٩/٦/٢١٩)؛ وتاريخ ٢١/٤/١٤٣٩هـ؛ واضعاً الضوابط والشروط النظامية الواجب توافرها في التبليغ القضائي الإلكتروني.

وبموجب هذا القرار يعتبر التبليغ عبر الوسائل الإلكترونية منتجاً لأثاره النظامية وتبليغاً لشخص المرسل إليه، وذلك شريطة أن يتم هذا التبليغ، وفق ما يلي^(١):

١- أن يتم التبليغ عبر الرسائل النصية على الهاتف المحمول الموثق لدى الجهة المختصة، أو عبر البريد الإلكتروني للشخص الطبيعي، أو المعنوي، إذا كان مجال هذا البريد عائداً للمبلغ، أو كان مدوناً في عقد بين طرفي الدعوى، أو في الموقع الإلكتروني الخاص بالمبلغ، أو موثقاً لدى جهة حكومية، أو كان هذا

(١) راجع تعميم معالي وزير العدل رقم (١٠٢٠/ت) وتاريخ ٤/٥/١٤٣٩هـ.

التبليغ (التبليغ عبر الوسائل الإلكترونية) عن طريق إحدى الحسابات المسجلة في أي من الأنظمة الآلية الحكومية^(١).

٢- أن يضاف إلى البيانات الواجب توافرها في التبليغ، وفي صحيفة الدعوى عدة بيانات أخرى، هي: رقم الهوية، أو السجل التجاري للمدعي عليه، أو المبلغ، ويكون عبء توفير ذلك على المدعي أو على طالب التنفيذ أو على طالب التبليغ، بحسب الأحوال^(٢).

٣- أن يكون استعمال الوسائل الإلكترونية السالف بيانها عبر الأنظمة الإلكترونية المعتمدة لدى وزارة العدل^(٣).

وفي ضوء ما سبق؛ وترتيباً عليه؛ فإن التبليغ عبر الوسائل الإلكترونية - على النحو السالف بيانه - يُعد تبليغاً قائم على افتراض العلم بالتبليغ بموجب نص صريح؛ ولعل ما يدل على ذلك أن البند أولاً من نص قرار المجلس الأعلى للقضاء، قد أشار صراحة إلى أن التبليغ عبر الوسائل الإلكترونية يُعد منتجاً لآثاره النظامية؛ فالمنظم - والحال هذه - قد افترض العلم في جانب المعنى بالوسيلة الإلكترونية في مجال التبليغ القضائي.

(١) راجع البند رقم أولاً من قرار المجلس الأعلى للقضاء في المملكة العربية السعودية رقم (٣٩/٦/٢١٩)؛ وتاريخ ١٤٣٩/٤/٢١هـ.

(٢) راجع البند رقم ثانياً من قرار المجلس الأعلى للقضاء في المملكة العربية السعودية رقم (٣٩/٦/٢١٩)؛ وتاريخ ١٤٣٩/٤/٢١هـ.

(٣) راجع البند رقم ثالثاً من قرار المجلس الأعلى للقضاء في المملكة العربية السعودية رقم (٣٩/٦/٢١٩)؛ وتاريخ ١٤٣٩/٤/٢١هـ.

الفرع الثاني

افتراض العلم بالتبليغ في محل الإقامة

لن نعرض في هذا السياق للتبليغ أو الإعلان في محل الإقامة تفصيلاً؛ لأن ذلك محله المؤلفات والمراجع العامة^(١)؛ وإنما سنعرض لهذا الموضوع بوصف كونه تطبيقاً صريحاً من تطبيقات نظرية الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي^(٢).

والمواقع أن التبليغ في محل الإقامة يستلزم قيام القائم على التبليغ بتسليم الأوراق القضائية^(٣)، في المكان الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتقاد، وقد أوضح

(١) مزيداً من التفاصيل حول الإعلان القضائي في القانون المصري؛ راجع: د. نبيل إسماعيل عمر، إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية ١٩٨١م، ص ١٥ وما بعدها. - د. عاشور السيد ميروك، نظرات في طرق تسليم الإعلان، أطول علمية وعملية لمشاكل تسليم الإعلان اليومية، مكتبة الجلاء الجديدة بمصر ١٩٨٨م، ص ١٧ وما بعدها. - د. أحمد هندي، الإعلان القضائي، بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، مرجع سابق، ص ٢٧ وما بعدها. - د. عاشور ميروك، الجديد في عالم الإعلان القضائي، دراسة تحليلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م، ص ١١ وما بعدها. وللمزيد من التفاصيل حول التبليغ في نظام المرافعات الشرعية الملغي؛ راجع: أ. هايف بن صالح الوسيدي، الإعلان القضائي في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) مزيداً من التفاصيل عن التبليغ في محل الإقامة وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد؛ راجع: د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، مرجع سابق، ص ٣٦٥-٣٦٦. د. منولي عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٣) الجدير بالذكر أن الأشخاص المنوط بهم الإعلان وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي؛ هم: المحضرون، المدعي، القطاع الخاص؛ كما أجاز - كما رأينا - أن يتم الإعلان بموجب رسائل عبر الجوال أو عبر البريد الإلكتروني؛ ويجب على الشخص المنوط به التبليغ القيام به خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من خلال تسليمه إليه؛ إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الموعد؛ فعندئذ يجب أن يتم تسليم التبليغ قبل الجلسة؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. منولي عبد المؤمن محمد المرسي، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٢٥٤ وما بعدها.

المنظم محل إقامة البدو الرحل، واعتبره هو المكان الذي يقطنه الشخص وقت إقامة الدعوى؛ أما بالنسبة للموقوفين والسجناء؛ فإن محل إقامة كل منهما المكان الموقوف أو المسجون فيه أي منهما؛ وقد خول المنظم أي شخص أن يختار مكان إقامة خاص بغرض تلقي الإخطارات والتبليغات فيه^(١).

والتبليغ في محل إقامة الشخص يُعد متحققاً ومنتجاً لآثاره القانونية؛ وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، حتى ولو لم يسلم التبليغ للخصم ذاته وفق ضوابط محددة؛ وهذا مرده إلى أن التبليغ قد تم من الوجهة القانونية على أساس العلم الافتراضي بجانب الخصم المعنى بالتبليغ.

ويكون التبليغ في محل الإقامة متحققاً، حتى ولو لم يسلم للمعنى به، شريطة أن يسلم هذا التبليغ لأحد من هؤلاء: إما وكيل المراد تبليغه، أو لأحد من أهله (الزوج والزوجة)، أو لأحد من أقاربه (على أساس رابطة الدم دون تحديد درجة قرابة محددة شريطة أن يكون من الساكنين مع المراد تبليغه)، أو لأحد من أصهاره دون تحديد درجة قرابة محددة؛ شريطة أن يكون من الساكنين مع المراد تبليغه، أو لأحد من خدمه (وهم من تربطه بالمعنى بالتبليغ رابطة تبعية)^(٢).

والجدير بالذكر؛ - في هذا السياق - أن المنظم السعودي، لم يراع ترتيباً معيناً حيال تسليم التبليغ لغير شخص الخصم المعنى؛ ومن ثم فإنه يجوز للقائم على التبليغ أن يسلم أحداً من الخدم العاملين لدى المراد تبليغه، حتى في وجود أهله (زوجته) أو في وجود أحداً من أقاربه أو أصهاره؛ ومع هذا؛ فإننا نتفق - مع بعض من الفقهاء^(٣) -

(١) راجع نص المادة رقم (٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، مرجع سابق، ص ٣٧١.

حيال أنه ينبغي على القائم بالتبليغ أن يتحرى الدقة حيال تسليمه للتبليغ، وأن يدل ظاهر المستلم على أنه سيسلم هذا التبليغ للمعني به؛ ومن ثم فإنه يجب - والحال هذه - أن يراعى عدة أمور؛ منها: أن يكون مستلم التبليغ كبيراً، وليس صغيراً^(١)، وأن يكون عاقلاً، وليس مجنوناً، وألا يكون هناك تعارض في المصالح بين المعني بالتبليغ والمسلم إليه التبليغ في محل إقامته؛ كما لو كان المستلم قريباً، والتبليغ متعلق بدعوى ميراث بين هذا القريب والمعني بالتبليغ^(٢).

وفي ضوء ما سبق؛ ونزولاً عليه؛ فإنه يجب حتى يكون التبليغ في محل الإقامة - بوصف كونه أحد تطبيقات العلم الافتراضي - منتجاً لآثاره القانونية، توافر الشروط التالية:

١ - ألا يكون مستلم التبليغ هو الشخص المعني بهذا التبليغ^(٣).

٢ - أن يتم من قبل الشخص الذي حدده المنظم^(٤)، أي القائم على التبليغ.

٣ - أن يتم في المكان الذي حدده المنظم^(٥).

٤ - أن يتم في الموعد الذي حدده المنظم^(٦)؛^(١).

(١) لا يشترط في القانون المصري أن يكون من استلم التبليغ كامل الأهلية؛ فيكفي أن يكون مميزاً ومدركاً لأهمية التبليغ الذي استلمه؛ وذلك مرده إلى أن استلام التبليغ لا يعتبر تصرفاً قانونياً؛ راجع: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠م، ص ٤٣٤.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

(٣) لأنه لو سلم التبليغ للشخص المعني به؛ فإننا نكون أمام علم يقيني وليس افتراضي.

(٤) راجع نص المادة رقم (١١) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٥) راجع نص المادة رقم (٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٦) راجع نص المادة رقم (٤٣) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

- ٥- أن يسلم لشخص من الأشخاص الذين حددهم المنظم^(١).
- ٦- أن يراعي القائم على التبليغ، اعتبارات التأكد من أن متلقي التبليغ سيُحيط المعنى بهذا التبليغ بمقتضاه^(٢).
- ٧- ألا يكون هناك تعارض في المصالح بين مستلم التبليغ والمعني به، وهذا الشرط لم ينص عليه في نظام المرافعات الشرعية السعودي، ولذلك سنوصي في خاتمة البحث بضرورة إدراجه في نص المادة رقم (١٤) من هذا النظام.

الفرع الثالث

افتراض العلم بالتبليغ لدى جهة الإدارة

الأصل والقاعدة أن يسلم المُحضر صورة التبليغ ومرفقاتها إلى من وجهت إليه في مكان إقامته^(٤)، أو عمله إن وجد، وإلا فيسلمها إلى من يقرر أنه وكيله، أو يعمل في خدمته، أو أنه من الساكنين معه من أهله، وأقاربه، وأصهاره، فإذا لم يوجد منهم أحد،

(١) يجب على الشخص المنوط به التبليغ القيام به خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من خلال تسليمه إليه؛ إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الموعد؛ فعندئذ يجب أن يتم تسليم التبليغ قبل الجلسة؛ راجع: د. منولي عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

(٤) يقصد بمكان الإقامة في تطبيق أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي المكان الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد، وبالنسبة للبدو الرحل يعد مكان إقامة الشخص المكان الذي يقطنه عند إقامة الدعوى، وبالنسبة إلى الموقوفين والسجناء يعد مكان إقامة الشخص المكان الموقوف فيه أو المسجون فيه. ويجوز لأي شخص أن يختار مكان إقامة خاصاً يتلقى فيها التبليغات التي توجه إليه بالإضافة إلى مكان إقامته العام، وإذا غير الخصم مكان إقامته سواء الخاص أو العام، فيجب عليه إبلاغ المحكمة بذلك؛ راجع في ذلك نص المادة رقم (٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

أو امتنع من وجد منهم عن التسلم أو كان قاصراً؛ فيسلم المحضر أو القائم على التبليغ، الصورة ومرفقاتها - بحسب الأحوال - إلى عمدة الحي، أو مركز الشرطة، أو رئيس المركز، أو معرّف القبيلة، الذين يقع مكان إقامة الموجه إليه التبليغ في نطاق اختصاصهم حسب الترتيب السابق، مع أخذ توقيعهم على الأصل بالتسلم^(١).

ويجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة إلى أي من الجهات المذكورة أن يرسل إلى الموجه إليه التبليغ في مكان إقامته أو عمله خطاباً - مسجلاً مع إشعار بالتسليم - يخبره فيه بأن الصورة سلمت إلى تلك الجهة، وعلى المحضر كذلك أن يبين ذلك في حينه بالتفصيل في أصل التبليغ، ويُعد التبليغ منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة لجهة الإدارة^(٢). وعلى رؤساء المراكز، ومراكز الشرطة، وعمد الأحياء، وكذا معرّفي القبائل، أن يساعدوا المحضر على أداء مهمته كل في حدود اختصاصه^(٣).

وفي ضوء ما سبق؛ يمكن القول: إن الإعلان لجهة الإدارة لا يكون منتجاً لآثاره؛ إلا إذا توافرت فيه جملة من الشروط؛ منها:

١- أن يكون المحضر، أو القائم بالإعلان، قد انتقل لمحل إقامة المراد تبليغه، ولم يستطع تسليم الإعلان لعدم وجود من يتسلمه، أو وجوده ورفض تسلمه، أو وجوده ولكن لا تتوافر شروط التسليم فيه.

٢- أن يقوم المحضر بتسليم الإعلان لجهة الإدارة في ذات يوم عدم تمكنه من تسليمه في محل الإقامة، وعلى جهة الإدارة مساعدة المحضر في إنجاز مهمته.

(١) د. منولي عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودية، مرجع سابق، ص ٢٥٥، ص ٢٥٦.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) راجع نص المادة رقم (١٥) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٣- أن يقوم المحضر بإرسال خطاب مسجل للمعني بالإعلان خلال (٢٤ ساعة) من تسليم الإعلان للجهة الإدارية - مع إشعار بالتسلم - يخبره فيه بأن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.

فإذا توافرت الشروط السالف بيانها؛ عُد المعني بالتبليغ مبلغاً به على سبيل الافتراض، ومن ثم يكون التبليغ منتجاً لآثاره النظامية، ولا يحق للمعني بالتبليغ التشكيك في حصول هذا التبليغ، وبهذا نجد أن التبليغ لجهة الإدارة يُعد تبليغاً قائماً على فكرة العلم الافتراضي، كما نجد أنه يُعد تطبيقاً من تطبيقات نظرية الافتراض القانوني.

الفرع الرابع

افتراض العلم بالتبليغ بالطرق غير الاعتيادية

يعتبر المنظم أن التبليغ قد تم وفقاً للعلم الافتراضي في حالة كون التبليغ قد تم بالطرق غير الاعتيادية؛ ويقصد بهذه الطرق بعض الحالات التي يكون فيها التبليغ منتجاً لآثاره النظامية متى تم وفقاً للنظام؛ ومن هذه الطرق (أي غير الاعتيادية): تبليغ الشخص مجهول محل الإقامة، وتبليغ الشخص المقيم خارج حدود البلاد؛ وسنعرض تباعاً لهاتين الحالتين؛ وذلك على النحو التالي:

١- تبليغ الشخص مجهول محل الإقامة: إذا كان المعني بالتبليغ ليس له مكان إقامة معروف، أو مكان إقامة مختار في المملكة؛ فإنه يتم إعلانه إلى وزارة الداخلية بالطرق الإدارية المتبعة^(١)، وإذا تعذر تبليغ من لا يعرف عنوانه، أو لم يمثل

(١) راجع نص المادة رقم (١٧) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

بالحضور أمام المحكمة رغم تبليغه؛ فإنه يجوز للمحكمة المختصة أن تقرر - على سبيل العقوبة - وقف خدماته لدى الدوائر والجهات الحكومية^(١).

٢- تبليغ الشخص المقيم خارج حدود البلاد: إذا كان مكان إقامة الموجه إليه التبليغ خارج المملكة فترسل صورة التبليغ إلى وزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية، ويكتفى بالرد الذي يفيد وصول الصورة إلى الموجه إليه التبليغ^(٢)؛ وبهذا يتحقق افتراض العلم بالتبليغ، ومن ثم يكون التبليغ منتجاً لآثاره القانونية.

الفرع الخامس

الحضور الافتراضي في الخصومة

الأصل والقاعدة أن يحضر الخصم جلسات الخصومة؛ سواء بنفسه، أو عن طريق ممثل له^(٣)، بيد أن هذا الخصم قد لا يحضر لا بنفسه ولا عن طريق ممثل له، وقد يكون عدم الحضور هذا مرده إلى وجود عارض يحول دون الحضور؛ كالمرض، أو

(١) راجع الفقرة الخامسة من نص المادة رقم (١٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٩) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) واقع الأمر أن مفهوم حضور أطراف الخصومة وغيابهم في القانون المقارن من الأمور التي تختلف بشأنها الرؤى؛ ففي التشريعات التي تطبق نظام المرافعات الشفوية؛ يكون لا مفر من حضور الخصم سواء بنفسه أو عن طريق ممثل له؛ أما في الأنظمة التي تأخذ بنظام المرافعات الكتابية؛ فإنه لا يلزم حضور الخصم طالما قدم مذكرات دفاع مكتوبة؛ فالعبرة والحال هذه ليس بحضور الخصم أو من يمثله؛ وإنما العبرة بتقديمه للمذكرات من عدمه؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد عوض الزغبى، أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)؛ الجزء الثاني: التقاضي - الأحكام وطرق الطعن؛ دار وائل للطباعة والنشر، عمان ٢٠٠٣ م، ص ٦٢٠ وما بعدها. والأصل والقاعدة وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي؛ أن تكون المرافعة شفوية، واستثناءً يجوز تقديم الأقوال أو الدفوع في مذكرات مكتوبة تتبادل صورها بين الخصوم، ويحفظ أصلها في ملف القضية مع الإشارة إليها في الضبط، وعلى المحكمة أن تعطي الخصوم المهل المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها كلما اقتضت الحال ذلك؛ فالمنظم السعودي والحال هذه قد اعتنق المرافعات الشفوية كأصل؛ والمرافعات المكتوبة كاستثناء؛ راجع نص المادة رقم (٦٥) من نظام المرافعات الشرعية.

السفر^(١)، وقد يكون مرده إلى عدم مبالاة الخصم بالخصومة، وتفضيله اتخاذ موقف سلبي حيالها^(٢)، وفي هذه الحالة الأخيرة يعامل المنظم هذا الخصم بنقيض مقصوده؛ ومن ثم يعتبره حاضراً للخصومة؛ لأنه سيء النية^(٣)؛ وذلك على الرغم من عدم حضوره حقيقة، وفقاً لضوابط محددة؛ فإذا اعتبره المنظم كذلك كنا أمام تطبيق من تطبيقات الافتراض القانوني.

والمتمثل في نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ يجد أن المنظم السعودي قد اعتبر الخصم حاضراً للخصومة على سبيل المجاز أو الافتراض^(٤)؛ وذلك في عدة مناسبات منها؛ على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي:

١ - حالة غياب المدعى عليه المبلغ بالخصومة لشخصه، أو عن طريق وكيله؛ أو أودع هذا الوكيل مذكرة بدفاعه ثم غاب، أو حضر المدعى عليه جلسة من جلسات الخصومة ثم غاب بعد ذلك؛ فإن المدعى عليه يُعد حاضراً؛ ومن ثم تحكم المحكمة في الخصومة مع اعتبار المدعى عليه حاضراً^(٥)، وهذا يُعد - ولا شك - تطبيقاً من تطبيقات الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية.

(١) أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عاشور السيد ميروك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر) ١٩٨٨م، ص ١٥ وما بعدها. د. محمود السيد عمر التحيوي، حضور صاحب الصفة الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٣م، ص ٢٠ وما بعدها.

(٣) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٣٠.

(٤) بيد أنه يجب على القاضي في نفس الوقت أن يُعمل بعض القواعد التي تحمي الخصم الغائب؛ ومن ذلك مثلاً: التأكد من صحة تبليغه، وإعلانه بمنطوق كل حكم متعلق بالإثبات يصدر في غيبته؛ مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٣٧ وما بعدها.

(٥) راجع الفقرة الثانية من نص المادة رقم (٥٧) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٢ - حالة تعدد المدعى عليهم وغياب بعضهم دون البعض الآخر، فإذا تعدد المدعى عليهم، وكان بعضهم قد بلغ لشخصه، وبعضهم الآخر لم يبلغ لشخصه، وتغيّبوا جميعاً، أو تغيّب من لم يبلغ لشخصه، وجب على المحكمة - في غير الدعاوى المستعجلة - تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية، ويتولى المدعى تبليغ من لم يبلغ لشخصه من الغائبين، ولعل تأجيل الدعوى - في هذه الحالة - مرده إلى الحفاظ على وحدة الخصومة؛ وفي جميع الأحوال يُعد الحكم في الدعوى في حق من تبلغ من المدعى عليهم حكماً حضورياً^(١). وهذا الحكم يُعد - ولا شك - تطبيقاً من تطبيقات الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية.

وتكمن الغاية من اعتبار المدعى عليه حاضراً - على النحو السالف بيانه - في عدة أمور، لعل من أهمها: الحرص على سير الخصومة بانتظام واضطراد دون عراقيل قد تكون مفتعلة من جانب المدعى عليه؛ معاملة الخصم المهمل بنقيض مقصوده، والتقليل من صدور أحكام غيابية يعترض عليها فيما بعد عن طريق المعارضة بوصف كونها طريق عادي من طرق الاعتراض على الأحكام.

الفرد السادس

اعتبار المدعى عليه ناكلاً

يعتبر المدعى عليه ناكلاً وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي في حالتين؛

هما:

- ١ - إذا امتنع المدعى عليه عن الجواب كلياً، أو أجاب بجواب غير ملائق للدعوى، وكرر عليه القاضي طلب الجواب الصحيح ثلاثاً في الجلسة نفسها؛ فإذا أصر على ذلك عدّه ناكلاً بعد إنذاره^(٢)، وأجرى في القضية المقتضى الشرعي^(٣).

(١) راجع نص المادة رقم (٥٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) الإنذار أن يقول القاضي للمدعى عليه إذا لم تجب على دعوى المدعى جعلتك ناكلاً وقضيت عليك ويكرر ذلك عليه ثلاثاً، ويدونه في ضبط القضية، فإن أجاب وإلا عدّه القاضي ناكلاً، وأجرى ما يلزم شرعاً.

(٣) راجع نص المادة رقم (٦٧) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٢- إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب دون عذر مقبول، أو حضر وامتنع عن الإجابة دون مسوغ؛ فللمحكمة المختصة بنظر النزاع أن تسمع البيّنة، وأن تستخلص ما تراه من ذلك التخلف، أو الامتناع، فإذا لم تكن لديه بيّنة عدّ هذا الخصم - المتخلف عن الحضور أو الممتنع عن الإجابة دون مسوغ - ناكلاً، ومن ثم تجري المحكمة ما يلزم وفق المقتضى الشرعي^(١).

والمتمأل في ما سبق يلمس في سهولة ويسر؛ أن المنظم قد اعتبر المدعى عليه ناكلاً، ومن ثم يحكم القاضي على اعتبار أن المدعى عليه مسلماً بمطالب المدعى، وذلك على الرغم من أن المدعى عليه لم يسلم صراحة بما طلبه خصمه.

الفرع السابع

اعتبار المدعي تاركاً لدعواه

يجوز وقف الخصومة بناءً على اتفاق أطراف الخصومة على عدم السير فيها مدة لا تزيد عن ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم، ولا يكون لهذا الوقف أثر في أي موعد حتمي قد حدده النظام لإجراء ما. ويجوز لأي من طرفي الخصومة طلب السير في الدعوى قبل انتهاء المدة المتفق عليها، شريطة موافقة خصمه. وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل المتفق عليه والمقر من قبل المحكمة المختصة، عدّ المدعي تاركاً لدعواه^(٢)، فعدم قيام المدعي بطلب معاودة السير في الخصومة - والحال هذه - يفترض معه أنه لا يرغب في استمرار دعواه؛ ومن ثم يعدّ تاركاً لها، وهذا يعدّ ولا شك تطبيقاً صريحاً من تطبيقات الافتراض القانوني.

(١) راجع نص المادة رقم (١٠٧) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) راجع نص المادة رقم (٨٦) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

المطلب الرابع

تطبيقات الافتراض القانوني الضمني

في نظام المرافعات الشرعية السعودي

يقصد بالافتراض الضمني؛ ذلك الافتراض الذي لم ينص عليه المنظم صراحة، ولكنه يستخلص بطريقة ضمنية تفهم من واقع الحال؛ ولهذا النوع من الافتراض القانوني عدة تطبيقات؛ منها على سبيل المثال لا الحصر؛ ما يلي:

١- افتراض عدم صلاحية القاضي بنظر النزاع (المنع الوجوبي أو عدم الصلاحية الحتمية^(١)): نص نظام المرافعات الشرعية السعودي على عدة حالات لا يجوز للقاضي - إذا توافرت إحداها - نظر النزاع^(٢)، أو سماع الدعوى، حتى ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم؛ وهذه الحالات وردت على سبيل الحصر، وبيانها كالتالي^(٣):

أ- إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو كان قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة.

ب- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته.

(١) د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) مزيداً من التفاصيل حيال عدم صلاحية القاضي بنظر النزاع وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي؛ راجع: د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٣) راجع نص المادة رقم (٩٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

ج- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم، أو وصياً، أو قيماً عليه، أو مظنونة وراثته له، أو كان زوجاً لوصي أحد الخصوم أو القيم عليه، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بهذا الوصي أو القيم.

د- إذا كان له مصلحة في الدعوى القائمة أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه.

هـ- إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها، أو باشر إجراء من إجراءات التحقيق فيها.

ولم يكتف المنظم بتحديد الحالات التي يمتنع فيها على القاضي نظر النزاع، بل قرر أيضاً الجزاء الإجرائي المترتب على مخالفة هذا الأمر؛ حيث قرر أنه يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه، حتى ولو تم باتفاق الخصوم، لأنه يتعلق بالنظام العام^(١)، وإذا وقع هذا البطلان في حكم مؤيد جاز للخصم أن يطلب من المحكمة العليا نقض الحكم، وإعادة نظر الدعوى أمام دائرة أخرى^(٢).

فالمنظم - والحال هذه - قد حدد حالات المنع، كما حدد جزاء مخالفة المنع، وتكمن الحكمة من المنع في افتراض مؤداه افتراض عدم صلاحية القاضي بنظر النزاع في الحالات المبينة والسالف الإشارة إليها؛ فالمنظم قد افترض أن القاضي الذي تتوافر فيه حالة من الحالات السالف بيانها، لا يكون موضوعياً حيال نظره للنزاع؛ ومن ثم حظر عليه نظره بقوة القانون، أو النظام.

(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) راجع نص المادة رقم (٩٥) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٢- افتراض تأثر حياد القاضي وتقرير رده من قبل الخصوم: (المنع الجوازي أو عدم الصلاحية التقديرية^(١)): لم يكتف المنظم السعودي بتقرير حالات المنع الوجوبي السالف بيانها، بل قرر - أيضاً - حالات يكون من حق الخصوم طلب رد القاضي^(٢)، ومن ثم منعه من نظره إذا ثبت صحة ما يقرروه؛ فيقصد برد القاضي - والحال هذه - منعه من نظر الدعوى بناءً على طلب أحد الخصوم^(٣).

(١) د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، مرجع سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) ويجدر بنا في هذا المقام أن نبين بعض أوجه الاختلاف بين: عدم صلاحية القاضي؛ ورد القاضي؛ فيختلف الرد عن عدم صلاحية القاضي من عدة وجوه؛ نذكر منها؛ الآتي: أ- أن حالات رد القاضي أخف وطأة من حالات عدم صلاحية القاضي. ب - أن الحالات المتعلقة بعدم صلاحية القاضي بنظر النزاع قد وردت على سبيل الحصر؛ بينما حالات رد القاضي؛ فقد وردت على سبيل المثال وليس الحصر. ج - أن عدم صلاحية القاضي بنظر النزاع من الأمور التي تتعلق بالنظام العام؛ أما رد القاضي؛ فلا يتعلق بالنظام العام. د- أن قضاء القاضي في حال عدم الصلاحية يترتب عليه بطلان الحكم الصادر منه؛ أما قضاء القاضي في حال وجود سبب للرد ودون أن يتمسك به الخصوم يُعد قضاءً صحيحاً. هـ - أن الحكم الصادر بالمخالفة لأحكام منع القاضي أو عدم صلاحيته؛ لا يتحصن بمضي المدة حتى ولو كان صادراً عن المحكمة العليا؛ أما الرد؛ فإنه يتحصن بمجرد قفل باب المرافعة. و- أن سكوت الخصوم عن طلب الرد يُعد تنازلاً ضمناً عن التمسك بالرد؛ أما رضاء الخصوم؛ سواء أكان صريحاً، أو ضمناً؛ فلا قيمة له في شأن عدم صلاحية القاضي أو منعه من نظر النزاع. ز- أن قرابة المصاهرة الناجمة عن علاقة الزوجية، تمنع القاضي من نظر النزاع؛ سواء أكانت علاقة الزوجية قائمة، أو غير قائمة؛ وبغض النظر عن سبب انقضاء هذه العلاقة؛ وبغض النظر عن وجود أولاد من عدمه؛ أما علاقة الزوجية المنقضية بالطلاق؛ فلا يترتب عليها رد القاضي إلا في حالة إنجاب القاضي من مطلقته؛ راجع: د. منولي عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. خالد محمد العميرة، رد القاضي في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي وبعض القوانين العربية، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، الكويت ٢٠٠٣م، ص ١٤ وما بعدها. د. علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، القاهرة ١٩٩٩م، ص ٧ وما بعدها.

فقد نصت المادة رقم (٩٦) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، على أنه: "١- يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية^(١): أ- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها. ب- إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه. ج- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده. د- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده. هـ- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز. ٢- يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى إلى حين الفصل فيه".

وإذا قام بالقاضي سبب للرد، ولكنه لم يتنح؛ جاز للخصم طلب رده، فإن لم يكن سبب الرد من الأسباب المنصوص عليها في المادة (٩٦) سألقة الإشارة؛ وجب تقديم طلب الرد قبل تقديم أي دفع، أو دفاع في القضية، وإلا سقط الحق فيه (أي أنه يُعد دفعاً شكلياً)، ومع ذلك؛ فإنه يجوز طلب الرد: إذا حدثت أسبابه بعد ذلك، أو إذا أثبت طالب

(١) مزيداً من التفاصيل حيال رد القاضي في النظام القانوني السعودي؛ راجع: د. أحمد صالح مخلوف، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٣٧٩ وما بعدها. د. محمود علي عبد السلام وافي، مبادئ المرافعات الشرعية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص ٦٧ وما بعدها. د. محمود عمر محمود، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٨٨ وما بعدها. د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها. د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

الرد أنه كان لا يعلم بها، وفي جميع الأحوال، لا يقبل طلب الرد، بعد قفل باب المرافعة^(١).

فالمنظم - والحال هذه - قد حدد حالات للرد على سبيل المثال في المادة رقم (٩٦)، كما حدد في المادة رقم (٩٨) إمكانية الرد لأسباب أخرى لم ترد في المادة رقم (٩٦) كما قرر المنظم وقف الدعوى بقوة القانون في حال تقديم طلب الرد وتظل الدعوى موقوفة لحين الفصل في طلب الرد^(٢)، وتكمن الحكمة من الرد في افتراض مؤداه إمكانية تأثر حياد القاضي أو عدم موضوعيته؛ وهذا الافتراض وإن كان لا يحاكي الحقيقة المطلقة في جميع الأحوال؛ إلا أنه قد يصادفها في بعض الأحوال؛ لأن النفس البشرية إمارة بالسوء، والكمال لله وحده عز وجل، فالمنظم - والوضع كذلك - قد افترض أن القاضي؛ قد لا يكون موضوعياً حيال نظره للنزاع.

٣- افتراض النزول عن التمسك بالبطان النسبي: يكون البطلان نسبياً إذا تعلق الأمر بالمصلحة الخاصة لأطراف الخصومة، ومن أمثلة هذا النوع من البطلان، تمسك المدعى عليه ببطلان الإعلان^(٣)؛ نظراً لتبليغه به في محل إقامته بعد غروب الشمس، وهذا النوع من البطلان يُعد التمسك به من الدفع الشكلية لذا يجب إيدأوه قبل التكلم في الموضوع^(٤)، كما أنه لا يتعلق بالنظام العام^(٥)، ومن ثم يجب أن يتمسك به من شرع البطلان لمصلحته؛ وبالتالي لا يجوز للمحكمة المختصة أن تقضي به من تلقاء نفسها؛

(١) راجع نص المادة رقم (٩٨) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) راجع الفقرة الثانية من نص المادة رقم (٩٦) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٢٠.

(٤) د. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٥) د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

ويجوز التنازل عنه من قبل من شرع لمصلحته، سواء أكان هذا التنازل صراحة، أم ضمناً^(١).

فإذا كان البطلان الإجرائي - والحال هذه - بطلاناً نسبياً^(٢)؛ فإن المنظم يفترض نزول صاحب الحق عن التمسك به، في حالات محددة منها في نظام المرافعات الشرعية السعودي: حالة عدم تمسك الخصم ببطلان التبليغ الورقي الحاصل في غير الأوقات التي يجوز فيها الإعلان أو التبليغ^(٣).

٤- افتراض نزول من اختار الخبير عن الحق في رده: لعله من المعلوم أنه يجوز - وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي - رد الخبراء لذات الأسباب التي تجيز رد القضاة^(٤)، وتفصل المحكمة التي عينت الخبير في طلب الرد بحكم غير قابل

(١) د. أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٢) البطلان هو جزء إجرائي يوقع في حال عدم الاتباع التام، أو الجزئي للعمل الإجرائي؛ ويؤدي البطلان إلى عدم ترتيب الآثار التي يرتبها عليه النظام لو كان أتخذ صحيحاً؛ مزيداً من التفاصيل حيال البطلان الإجرائي بوجه عام؛ راجع: د. جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٦م. - د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٩م. - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٩م. - د. فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٢م. - د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ١٣.

(٣) نصت المادة رقم (١٢) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه: "لا يجوز إجراء أي تبليغ في مكان الإقامة قبل شروق الشمس، ولا بعد غروبها، ولا في أيام العطل الرسمية، إلا في حالات الضرورة، وبإذن كتابي من القاضي".

(٤) نصت المادة رقم (٩٦) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، على أنه: "١- يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية(٤): أ- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها. ب- إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه. ج- إذا كان لمطلقاته التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده. د- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته،

=

للاعتراض، ولا يقبل طلب رد الخبير من الخصم الذي اختاره إلا إذا كان سبب الرد قد جد بعد الاختيار، وكذلك لا يقبل طلب الرد بعد قفل باب المرافعة^(١).

فالمنظم قد افترض أن من اختار الخبير وبه اسباب تدعو إلى رده وقت الاختيار، قد تنازل ضمناً عن حقه في طلب الرد؛ ولهذا لا يجوز رد الخبير من قبل الخصم الذي اختاره إلا لأسباب جديدة لم تظهر إلا بعد الاختيار.

المطلب الخامس

تطبيقات الافتراض القانوني الفقهي في نظام المرافعات الشرعية السعودي

نقصد بالافتراض القانوني الفقهي، ذلك الافتراض الذي لا يقرره المنظم بصورة صريحة أو ضمنية، بل يستخلصه الفقه الإجرائي من واقع ممارسات الخصوم، ومن تطبيقات هذا النوع من الافتراض على سبيل المثال؛ الآتي:

أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده. هـ- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز. ٢- يترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى إلى حين الفصل فيه". مزيداً من التفاصيل حيال رد القاضي في النظام القانوني السعودي؛ راجع: د. أحمد صالح مخلوف، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ٣٧٩ وما بعدها. د. محمود علي عبد السلام وافي، مبادئ المرافعات الشرعية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص ٦٧ وما بعدها. د. محمود عمر محمود، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٨٨ وما بعدها. د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها. د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

(١) راجع نص المادة رقم (١٣٣) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

١- سقوط الحق في إبداء الدفوع الشكلية: يسقط الحق في إبداء الدفوع الشكلية بعد التكلم في موضوع الخصومة، ومن هذه الدفوع الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، وبعدم الاختصاص المكاني، وبإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها، أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها، فهذه الدفوع، وهي من الدفوع الشكلية، يجب إبدائها قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها^(١)؛ فجزاء السقوط - والحال هذه - يُعد مبنياً على افتراض مؤداه تنازل صاحب الحق في الدفع الشكلي عن هذا الدفع^(٢).

٢- اعتبار الحكم القضائي عنواناً للحقيقة: الأصل أن الحكم القضائي يصدر صحيحاً^(٣)؛ ولا يمكن القول بغير ذلك؛ فالحكم القضائي يُعد عنواناً للحقيقة القضائية^(٤)، فيما يقضي به^(٥)؛ ويظل كذلك إلى أن يثبت العكس عبر الاعتراض عليه، وتعديل فحواه؛ سواء تعديلاً كلياً، أم جزئياً.

فكون الحكم القضائي عنواناً للحقيقة يُعد افتراضاً قانونياً، وقد توصلت التشريعات المتباينة على مر العصور، لهذا الافتراض لوضع حد للخصومات بحيث لا تستمر إلى ما لا نهاية^(٦).

(١) راجع نص المادة رقم (٧٥) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) مزيداً من التفاصيل راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

(٣) مزيداً من التفاصيل راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٤) د. منولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ٣٨١، وص ٣٩٦.

(٥) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، الكتاب الثاني في التقاضي، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة ١٩٧٧م، ص ٦٧٧.

(٦) د. مصطفى سيد أحمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٥م، ص ١١.

٣- **اكتساب الأحكام القضائية لحجية الأمر المقضي:** انطلاقاً ونزولاً على القاعدة القائلة بأن الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة^(١)؛ فإن الحكم القضائي يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه^(٢)؛ وتُعد الحجية قاعدة قانونية موضوعية؛ نزولاً على فاعلية الأحكام في إسباغ الحماية القضائية واستقرار الحقوق والمراكز القانونية؛ ووضع حد للمنازعات، ومنع التضارب في الأحكام؛ ومفاد الحجية احترام الحقوق المقررة أو المنشئة بموجب الحكم من أطراف الخصومة والقاضي على حد سواء؛ وبالتالي لا يجوز لأي قاض قبول خصومة سبق الحكم فيها بين ذات الخصوم وفي ذات الموضوع^(٣)؛ وهذا واجب على القاضي ينبغي عليه أن يقرره من تلقاء نفسه^(٤).

وللحجية أثران أو وظيفتان؛ إحداهما سلبية؛ ومفادها عدم إجازة نظر الدعوى السابق صدور حكم فيها؛ والثانية؛ إيجابية ومفادها احترام ما قضت به الأحكام^(٥). وللحجية نطاق محدد بالخصومة التي صدر فيها الحكم، خصوصاً وسبباً وموضوعاً^(٦)، كما أن الحجية تظل قائمة؛ ما لم يتم تعديل الحكم، أو يقضى بالغانه.

- (١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع د. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، مطابع جامعة الكويت، الكويت ١٩٧٤م، ص ٣٩٨ وما بعدها.
- (٢) مزيداً من التفاصيل راجع: أ. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٠٩ وما بعدها.
- (٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. علي عوض حسن، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٦م، ص ١٣ وما بعدها.
- (٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠م، ص ١٦٠ وما بعدها. د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧١م، ص ١٧ وما بعدها. د. إبراهيم سيد أحمد، حجية الأحكام فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، الإسكندرية ٢٠٠١م، ص ٩ وما بعدها.
- (٥) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٦١. د. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ١٩٩.
- (٦) نصت المادة رقم (١٠١) من قانون الإثبات المصري على أنه: "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة. ولكن لا

والجدير بالذكر أن الحجية لا تمنع من الاعتراض على الحكم^(١)؛ ما لم يكن حكماً انتهائياً؛ كما أن الحجية تطال كافة الأحكام القضائية الفاصلة في خصومة، حتى ولو كانت صادرة من محاكم الدرجة الأولى؛ بيد أنه يجدر التنويه إلى أن الحجية لا تطال كل بيانات الحكم القضائي؛ بل تطال منطوقه فقط؛ وقد تطال الحجية أسباب الحكم إذا كانت وثيقة الصلة بمنطوقه^(٢).

فالحكم القضائي - والحال هذه - يكتسب الحجية، ومن ثم فإنه يُعد قائماً على افتراض مفاده أنه يصادف الحقيقة القضائية، غير أنه قد لا يصادفها من الناحية الواقعية أو الحقيقية.

٤- شطب الدعوى لافتراض كون المدعي مهملاً: يقصد بشطب الدعوى محوها من (رول) أو جدول الجلسات؛ ويتقرر هذا الجزاء في حالات منها حالة غياب المدعي عن جلسة من جلسات الدعوى ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة، وللمدعي بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها بحسب الأحوال، وعند ذلك تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعي عليه، فإن غاب المدعي كذلك، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة؛ فتشطب الدعوى^(٣)، ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار من المحكمة العليا^(٤)، وهذا كله ما لم يتمسك المدعي عليه باستمرار نظر الدعوى، أو كون الدعوى صالحة للحكم فيها. وتكمن الحكمة من وراء تقرير هذا الجزاء تجاه

تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً".

(١) د. مصطفى سيد أحمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٤٠ وما بعدها.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد هندي، شطب الدعوى، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣م، ص ١١ وما بعدها.

(٤) راجع نص المادة رقم (٥٥) من نظام المرافعات الشرعية السعودية.

المدعى أنه يُعد مدعياً مهماً وغير جدير بالحماية القضائية؛ غير أن هذا الجزاء لا يحول دون قيام المدعى برفع دعوى جديدة عن ذات الموضوع^(١)؛ فالشطب - والحال هذه - له مفترضات أولها: غياب المدعى وعدم تمسك المدعى عليه باستمرار نظر الدعوى، وثانيها: عدم صلاحية الدعوى للحكم فيها، وثالثها: انتفاء العذر المقبول للغياب من قبل المعنى^(٢).

٥- اعتبار الدعوى كأن لم تكن: إذا شطبت الدعوى ولم يقد أحد الخصوم بتعجيلها؛ عُدت الدعوى كأن لم تكن، ومن ثم تزول كافة الآثار التي كانت قد ترتبت عليها^(٣)، أي كأنها لم ترفع من الأساس^(٤)؛ ويترتب هذا الجزاء دون حاجة إلى صدور حكم من المحكمة المختصة بذلك^(٥).

٦- افتراض تنازل صاحب الحق في الإجراء عن اتخاذ؛ ومن أمثلة ذلك؛ ما يلي:

أ- سقوط الحق في المعارضة: إذا غاب المعارض، أو وكيله عن الجلسة الأولى لنظر المعارضة؛ فإن للمحكمة أن تحكم - في هذه الحالة - ومن تلقاء نفسها بسقوط حقه في المعارضة، ويعد حكمها نهائياً^(٦).

(١) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. أحمد هندي، شطب الدعوى، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها.

(٢) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود علي عبد السلام وافي، مبادئ المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الرشد، الرياض ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٣) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، مطبوعات جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨١ م، ص ٩ وما بعدها.

(٤) مزيداً من التفاصيل؛ راجع: د. عبد التواب عبد السلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠١ م، ص ١١ وما بعدها.

(٥) د. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، مرجع سابق، ص ١٦٤، ص ١٧٠.

(٦) راجع نص المادة رقم (٦٠) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

ب- سقوط الحق في الإثبات: إذا تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات بالورقة محل النزاع، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمقارنة صالحة لها^(١).

ج- سقوط الحق في الاعتراض بالاستئناف: إذا لم يقدم المعارض اعتراضه بالاستئناف خلال المدة المقررة (٣٠ يوماً أو ١٠ أيام في حال الاستعجال) سقط حقه في طلب الاستئناف أو التدقيق، وعلى الدائرة المختصة تدوين محضر بسقوط حق المعارض عند انتهاء مدة الاعتراض في ضبط القضية، والتهميش على صك الحكم وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية^(٢).

د- سقوط الاعتراض بالاستئناف بعد قبوله: إذا لم يحضر المستأنف أو من طلب التدقيق بعد إبلاغه بموعد الجلسة، ومضى ستون يوماً ولم يطلب السير في الدعوى، أو لم يحضر بعد السير فيها، فتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بسقوط حقه في الاستئناف أو التدقيق^(٣).

هـ - سقوط الحق في الاعتراض بالنقض: إذا لم يقدم المعارض اعتراضه بالنقض خلال المدة المقررة (٣٠ يوماً أو ١٥ يوماً في حال الاستعجال)؛ سقط حقه في طلب النقض^(٤).

و- سقوط الحق في الطعن بالتماس إعادة النظر: إذا لم يقدم المعارض اعتراضه بالتماس إعادة النظر، وفقاً للأوضاع المحددة نظاماً؛ سقط حقه في طلب التماس إعادة النظر^(١).

(١) راجع نص المادة رقم (١٤٥) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٨٧) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٣) راجع نص المادة رقم (١٩٠) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

(٤) راجع نص المادة رقم (١٩٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

خاتمة البحث

بعد أن انتهينا من هذا البحث يمكننا أن نقرر أننا قد توصلنا إلى عدداً من النتائج والتوصيات؛ وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- ١- أن الافتراض القانوني؛ سواء من الوجة التاريخية، أو حتى في العصر الحديث والمعاصر، يُعد مخالفاً للحقائق القانونية والطبيعية.
- ٢- أن الافتراض القانوني يُعد وسيلة من وسائل تطور القاعدة القانونية، كما يُعد وسيلة أو طريقة من طرق الصياغة المعنوية لهذه القاعدة.
- ٣- أن للافتراض القانوني تطبيقات عديدة؛ سواء في الشرائع القانونية القديمة، أو في الفكر القانوني الحديث والمعاصر.
- ٤- أن الافتراض القانوني لم يظهر لدى المسلمين؛ إلا بعد قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري.
- ٥- أن الدور الذي يقوم به الافتراض القانوني في الوقت الراهن؛ يُعد دوراً محدوداً إذ ما قيس بالدور الذي لعبه في العصور القديمة.
- ٦- أن دور الافتراض القانوني في القواعد القانونية الإجرائية، يُعد أقل بكثير من الدور الذي يلعبه في مجال القواعد القانونية الموضوعية.

=

(١) راجع نصي المادتين رقم (٢٠٠، ٢٠١) من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

٧- أن المنظم السعودي قد انتهج نهج القانون المقارن حيال النص على الافتراض القانوني في نظام المرافعات الشرعية.

٨- أن المنظم السعودي قد صاغ بعض النصوص القانونية في نظام المرافعات الشرعية عبر نهج الصياغة المعنوية؛ وذلك عن طريق الحيلة القانونية، أو الافتراض القانوني.

٩- أن المنظم السعودي قد نص على أكثر من تطبيق للافتراض القانوني، ومنها افتراض العلم بالتبليغ، وافتراض حضور جلسات الخصومة.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي المنظم السعودي بضرورة التعويل على العلم اليقيني في مجال التبليغ أو الإعلان في بعض الأحوال بدلاً من التعويل على العلم الافتراضي؛ لأن الاعتماد على الافتراض في بعض الأحوال؛ يُعد حلاً غير ناجح، ومن ثم لا يحقق العدالة في حالات كثيرة.

٢- نوصي المنظم السعودي بتعديل نص المادة رقم (١٤) من نظام المرافعات الشرعية؛ وذلك بإضافة عبارة لنص هذه المادة؛ وهذه العبارة؛ هي: شريطة ألا تكون مصلحة المراد تبليغه متعارضة مع من تسلم الإعلان؛ وبناءً عليه نوصي أن يكون نص هذه المادة بعد تعديلها على النحو التالي: "يسلم المحضر صورة التبليغ ومرفقاتها إلى من وجهت إليه في مكان إقامته أو عمله إن وجد، وإلا فيسلمها إلى من يقرر أنه وكيله، أو يعمل في خدمته، أو أنه من الساكنين معه من أهله، وأقاربه، وأصهاره، شريطة ألا تكون مصلحة المراد تبليغه متعارضة مع من تسلم الإعلان؛ فإذا لم يوجد منهم أحد، أو امتنع من وجد عن التسلم، أو كان قاصراً فيسلم الصورة ومرفقاتها بحسب الأحوال إلى عمدة الحي، أو مركز الشرطة، أو رئيس المركز، أو

معرّف القبيلة، الذين يقع مكان إقامة الموجه إليه التبليغ في نطاق اختصاصهم حسب الترتيب السابق، مع أخذ توقيعهم على الأصل بالتسلم. وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة إلى أي من الجهات المذكورة في هذه المادة أن يرسل إلى الموجه إليه التبليغ في مكان إقامته أو عمله خطاباً - مسجلاً مع إشعار بالتسلم- يخبره فيه بأن الصورة سلمت إلى تلك الجهة، وعلى المحضر كذلك أن يبين ذلك في حينه بالتفصيل في أصل التبليغ، ويُعد التبليغ منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة وفقاً للأحوال السابقة".

٣- نصي المنظم السعودي بتعديل نص المادة رقم (٥٧) من نظام المرافعات الشرعية؛ وذلك بإضافة فقرة في بداية هذه المادة، ويكون نص هذه الفقرة مفاده اعتبار المدعي حاضراً في جميع الأحوال؛ ومن ثم يكون نص هذه المادة وفقاً لمقترحنا على النحو التالي: "يعتبر المدعي حاضراً في جميع الأحوال.. أما المدعي عليه فيكون اعتبار حضوره من عدمه وفق الآتي: إذا غاب المدعي عليه عن الجلسة الأولى ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها فيؤجل النظر في الدعوى إلى جلسة لاحقة يبلغ بها المدعي عليه، فإن غاب عن هذه الجلسة دون عذر تقبله المحكمة ولم يكن تبلغ لشخصه أو وكيله فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعي عليه غيابياً.. إذا تبلغ المدعي عليه لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها بموعد الجلسة، أو أودع هو أو وكيله مذكرة بدفاعه لدى المحكمة قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى ولم يحضر، أو حضر المدعي عليه في أي جلسة ثم غاب، فيتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعي عليه حضورياً.. إذا لم يحضر المدعي عليه الذي ليس له مكان إقامة معروف أو مكان إقامة مختار في المملكة بعد إعلانه وفقاً لما ورد بالفقرة (ط) من المادة (السابعة عشرة) من هذا النظام، فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدعي

عليه غيابياً. إذا تخلف المدعى عليه في المسائل الزوجية والحضانة والنفقة والزيارة ومن عضلها أو لياؤها، فللمحكمة أن تأمر بإحضاره جبراً وفق ضوابط تحددها لوائح هذا النظام".

٤ - نوصي المنظم السعودي بتعديل نص المادة رقم (١٦٤) من نظام المرافعات الشرعية؛ وذلك بإضافة فقرة لهذه المادة، يكون مضمونها افتراض حضور أطراف الخصومة لجلسة النطق بالحكم؛ وذلك مرده إلى أهمية اعتبار حضور أطراف الخصومة لجلسة النطق بالحكم من جهة موقف الخصوم من الحكم وسريان مواعيد الاعتراض أو الطعن عليه من اليوم التالي لصدوره. ومن ثم فإننا نقترح أن يكون نص هذه المادة على النحو التالي: " ينطق بالحكم في جلسة علنية بتلاوة منطوقة أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه، ويجب أن يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة حاضرين تلاوة الحكم، فإذا حصل لأحدهم مانع جاز تغييره إذا كان قد وقع على الحكم المدون في الضبط. ويعتبر جميع أطراف الخصومة حاضرين لجلسة النطق بالحكم، حتى ولو تغيب البعض منهم عن هذه الجلسة".

قائمة بأهم المراجع^(١)

١. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر) ١٩٨٠م.
٢. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السادسة عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
٣. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ١٩٧١م.
٤. أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م.
٥. أحمد عوض الزغبى، أصول المحاكمات المدنية (دراسة مقارنة)؛ الجزء الثاني: التقاضي - الأحكام وطرق الطعن؛ دار وائل للطباعة والنشر، عمان ٢٠٠٣م.
٦. أحمد محمد حشيش، الوجيز في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م.
٧. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٥٧م.
٨. أحمد مسلم، أصول المرافعات، الكتاب الثاني في التقاضي، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة ١٩٧٧م.

(١) ذكرت المراجع بدون ذكر الألقاب العلمية والمهنية لمؤلفيها.

٩. أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م.
١٠. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م.
١١. أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، دراسة في الإعلان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م.
١٢. أحمد هندي، شطب الدعوى، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣م.
١٣. أمينة النمر، قوانين المرافعات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ١٩٨٢م.
١٤. الأنصاري النيداني، على الشيخ، قانون المرافعات، بدون ناشر، بدون تاريخ.
١٥. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، الأردن ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
١٦. بلجراف سامية، تطبيق الافتراض التشريعي للركن المعنوي في المادة الجمركية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، العدد رقم (٨) لعام ٢٠١٤م.
١٧. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكاوي، بيروت ١٩٧٥م.
١٨. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ١٩٥٦م.
١٩. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار شتات للنشر، الإمارات العربية المتحدة، دبي ٢٠١٧م.

٢٠. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة العاني ببغداد، العراق ١٩٧٥م.
٢١. حسن كيره، المدخل إلى القانون «القسم الثاني النظرية العامة للحق» مكتبة مكاي، لبنان ١٩٧٧م.
٢٢. خالد بن عبد العزيز الرويس، رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري، الطبعة السادسة، الرياض ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٢٣. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، مطابع جامعة الكويت، الكويت ١٩٧٤م.
٢٤. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٩م.
٢٥. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٢٦. شفيق شحاتة، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى - العدد الأول، يناير ١٩٥٩م.
٢٧. صالح بن إسماعيل بوبشيش، الحيل الفقهية «ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية»، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٢٨. صحراوي فريد، الحيل القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الجزائر ١، الجزائر ٢٠١٤-٢٠١٥م.
٢٩. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩م.

٣٠. طلعت محمد دويدار، الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوى ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٣م.
٣١. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد، الطبعة الثالثة، دار حافظ للطباعة والنشر، جدة ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥م.
٣٢. طه عوض غازي، النيابة التعاقدية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩١م.
٣٣. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية، بدون ناشر، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠٠١م.
٣٤. عاشور السيد مبروك، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر) ١٩٨٨م.
٣٥. عاشور السيد مبروك، نظرات في طرق تسليم الإعلان، حلول علمية وعملية لمشاكل تسليم الإعلان اليومية، مكتبة الجلاء الجديدة بمصر ١٩٨٨م.
٣٦. عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، عمان ٢٠١٤م.
٣٧. عباس مبروك الغزيري، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون ناشر، المنوفية (مصر) ١٩٩٨م.
٣٨. عبد التواب عبد السلام مبارك، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، القاهرة ٢٠٠١م.
٣٩. عبد الرحمن اليزاز، الموجز في تاريخ القانون، بدون ناشر، بغداد ١٩٤٩م.

- ٤٠ . عبد السلام ذهني، الحيل المحظور منها والمشروع، بدون ناشر، القاهرة ١٩٦٤م.
- ٤١ . فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢م.
- ٤٢ . فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٩م.
- ٤٣ . فايز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان ٢٠١٠م.
- ٤٤ . فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الثاني لعام ٢٠١٠م.
- ٤٥ . فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٠م.
- ٤٦ . فيصل محمد البحيري، أثر النهضة العلمية الحديثة على الفكر القانوني، دراسة في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، منشورات مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥م.
- ٤٧ . متولى عبد المؤمن محمد المرسى، الوجيز في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، دار مكتبة العالم العربي، الرياض ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦م.
- ٤٨ . محمد إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار العربي، ١٩٨٣م.
- ٤٩ . محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، (مصر) ١٩٩٨م.

٥٠. محمد جمال عيسى، الشكلية القانونية؛ رسالة مقارنة بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، عام ١٩٩٢م.
٥١. محمد جمال عيسى، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦م.
٥٢. محمد عبد الوهاب بحيرى، الحيل في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٤٥م.
٥٣. محمد فتحي رزق الله عطية، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، الإسكندرية ٢٠١٥م.
٥٤. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية ٢٠٠٠م.
٥٥. محمود على عبد السلام وافي، مبادئ المرافعات الشرعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٥٦. محمود علي عبد السلام وافي، مبادئ المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، دار الرشد، الرياض ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٥٧. محمود عمر محمود، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، الطبعة الأولى، دار خوارزم العلمية للنشر، جدة ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
٥٨. محمود محمد هاشم، إجراءات التقاضي والتنفيذ، مطبوعات جامعة الملك سعود، الرياض ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
٥٩. محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن، مطبوعات جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨١م.

٦٠. مصطفى سيد أحمد صقر، حجية الأمر المقضي، دراسة تأصيلية تحليلية في القانون الروماني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٥م.
٦١. مصطفى سيد أحمد صقر، الأصول التاريخية والفلسفية للنظم الاجتماعية والقانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر)؛ ٢٠١١م.
٦٢. مصطفى عبد الحميد عدوي، شفافية الافتراض القانوني، تطبيق على معايير تحديد لحظة الموت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣م.
٦٣. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٣م.
٦٤. نبيل إسماعيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء، دراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م.
٦٥. نجاشي علي إبراهيم، الحيل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، القاهرة ١٩٧٣م.
٦٦. هشام صادق، عكاشة عبد العال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية، الإسكندرية (مصر) ١٩٨٧م.
٦٧. ياسر باسم نون، الافتراض القانوني ودوره في تطور القانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد رقم (١) المجلد رقم (١٢) السنة ٢٠٠٥م.