International Islamic Univ. المكتبة LIBRARY Islamabad الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد
INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY ISLAMABAD
DATA ENTERED

كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية العالمية
اسلام آباد . جمهورية باكستان الاسلامية

إجراءات سير الدعوى

بين الشريعة الاسلامية والقانون الباكستاني

T-212

إعداد:
شوكت حيات خليل
لنيل درجة الماجيستير
في الشريعة والقانون

بإشراف:
الاستاذ الدكتور
عبد اللطيف عامر
كلية الشريعة والقانون

١٤٠٦هـ
١٩٨٦م

20/7/2015

Accession No. T-212

ED

M.D.

DATA ENTERED

DATA ENTERED

LL.M

٢٩٧٫١٤

خ ل ا

١- فقه اسلامى

٢- عنوان

DATA ENTERED

Amz 07/01/14

توقيعات الممتحنين

١- ـــــــــــــــ

٢- محمد رشاد -

٣- عبد السلام

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

الحمد لله نحمده و نستعينه و نستغفره و نتوب إليه ،و نعوذ بالله من شرور أنفسنا و من سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له و من يضلل فلا هادي له ، و أشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله صلى الله عليه و على آله و اصحابه و من تبعهم وباحسان و سلم تسليما .

أما بعد : فقد رتبت البحث على تقديم و خمسة ابواب.

أما الباب الأوّل ففي الدعوى و أطرافها ،و قد عقدت له فصلين.

الفصل ألاوّل : في تعريف الدعوى و شروطها و هو محتو على مبحثين :

المبحث الأوّل : في المعني اللغوي للدعوى ،و بيان ما تطلق عليه في اللغة من معان حقيقية أو مجازية.و في

المعنى الاصطلاحى للدعوى عند فقهاء الشريعة الاسلامية الذين لم يختلفوا فى تحرير طبيعتها ،وإن اختلفت عباراتهم فى التعبير عنها ، وذكرت فيه تعريف الدعوى فى القانون الباكستاني .

المبحث الثاني : فى الشروط المطلوبة فى الدعوى لصحتها وقد ذكرت أن هناك أمورا قد اتفق الفقهاء على اشتراط بعضها فى الدعوى، واختلفوا فى اشتراط البعض الآخر ، وهى أن تكون الدعوى غير مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي، وأن تكون بتعبيرات جازمة وقاطعة ، وأن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحق الذى يدعيه ، وأن تكون بلسان المدعي عينا ، وأن يذكر المدعي فى دعوى العين أن المدعى به فى يد خصمه ،وأن يصرح المدعي فيها - من القاضي - تكليف المدعى عليه بالجواب، وأن تكون فى مجلس القضاء. ومع كل شرط من هذه الشروط قد بينت موقف القانون الباكستاني منه .

الفصل الثاني : في الشروط المطلوبة في اطراف الدعوى (من المدعي و المدعى عليه و المدعى به) و هو مشتمل على ثلاثة مباحث .

المبحث الأوّل : بينت فيه كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه ،و آراء فقهاء المذاهب الأربعة فيها ،ثم ذكرت موقف القانون الباكستاني في هذه القضية ، و ذكرت الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي و المدعى عليه .

المبحث الثاني : في شروط المدعي والمدعى عليه ، من شرط الأهليه و شرط الصفة (أي الشأن في القضية) بالنسبة كل منهما ، و من كون المدعى عليه معلوما و معينا ، و من حضوره مجلس القضاء عند الدعوى،و مع كل شرط بينت رأي القانون الباكستاني مقارنا بالشريعة الاسلامية .

المبحث الثالث : في شروط المدعى به ،من أن يكون في ذاته مصلحة مشروعة ،و أن يكون معلوما ، و أن يكون محتمل الثبوت عقلا و عادة، و كذلك ذكرت

أيضا موقف القانون الباكستاني منه.

وأما الباب الثانى هو فى إحضار المدعي عليه مجلس القضاء ونتائج غيابه بسبب التمرد أو الإمتناع أو الإستتار أو غير ذلك. وهذا الباب مشتمل على فصلين كبيرين:

الفصل الأوّل: فى إحضار المدعى عليه إلى مجلس القاضي فى الفقه والقانون، وهو محتو على ثلاثة مباحث:

المبحث الأوّل: فى دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه كى يحضر معه مجلس الحكم، فبينت فيه بعض التفاصيل المتعلقه بهذه الدعوة مع موقف القانون منها.

المبحث الثانى: وهو فى أمر القاضي للمدعى عليه بالحضور وذكرت فيه بيان متى يجب على القاضي أن يدعو أحد الخصوم إلى مجلسه؟ فبينت آراء الفقهاء فى ذلك مع رأى القانون الباكستاني، وبينت كيفية هذا الأمر وطرقه فى الفقه والقانون.

المبحث الثالث: في كيفية إحضار المدعى عليه إلى مجلس القضاء والطرق المختلفة لإحضاره و موقف القانون في المسألة.

الفصل الثاني: في القضاء على الغائب

فقد ذكرت فيها آراء الفقهاء بالتفصيل في القضاء على الغائب و رأى القانون الباكستاني في هذه المسألة.

و الباب الثالث متعلق بتفاصيل جواب المدعى عليه عن دعوى المدعي، و فيه أربعة فصول:

الفصل الأوّل: فيه بيان الشروط التي لا يكون هذا الجواب صحيحا إلاّ بها، من كونه صريحا و بصيغة جازمة و كونه مطابقا للدعوى، و كونه صادراً عن شخص جائز التصرف، و يوجد عند كل شرط مقارنته بالقانون الباكستاني.

الفصل الثاني: في إقرار المدعى عليه بدعوى المدعي و شروط الاقرار و مكانته و أثره على الدعوى، و معه مقارنته بالقانون الباكستاني.

الفصل الثالث: وذكرت فى هذا الفصل شروط الانكار و أثره على الدعوى ، و شروط الانكار فى القانون .

الفصل الرابع: وذكرت فى هذا الفصل امتناع المدعى عليه عن الجواب و أثر هذا الامتناع على الدعوى ، ففي بعض الأحيان جواب المدعى عليه لا يتضمن إقرارا ولا إنكارا صراحة ، و أحيانا هو يصرح ..... بالامتناع بأن يقول لا اقر ولا انكر ، و أحيانا يسكت عن الجواب ، فذكرت هذه الصور لامتناعه عن الجواب ورأي الفقهاء فيها و أوردت رأى القانون أيضا.

الباب الرابع فى موضوع كيفية أداء الشهادة واليمين ، و فيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول: فى كيفية أداء الشهادة و إختبار الشهود فى المحكمة فى نظر الشريعة والقانون.

الفصل الثانى: هو فى قضاء القاضي بعلمه فذكرت فيه آراء الفقهاء على هذا الموضوع مع أدلتهم ، وكذلك بينت تفصيل الحقوق التى يجوز فيها قضاء

القاضي بعلمه ، و أوردت رأى القانون فى هذه المسألة.

الفصل الثالث هو فى اليمين و نكول المدعى عليه عنها- فذكرت آراء الفقهاء مع أدلتهم بالتفصيل و موقف القانون من اليمين.

مبحث خاص: و هذا البحث هو فى المحاجة بين الخصمين، ففى القانون الباكستاني لا يجوز حكم القاضي حتى يسمع توضيح كلا المدعي والمدعى عليه بوساطة وكلائهم، ففى هذا الفصل ناقشت هذه المحاجة فى ضوء الشريعة الاسلامية.

و أما الباب الأخير و هو الباب الخامس فانه يتكلم عن الحكم و مصاريف الدعوى و تنفيذ الحكم ، ويحتوى على فصلين :

الفصل الأوّل : ذكرت فيه تعريف الحكم فى اللغة و عند الفقهاء والقانون و أوردت فيه شروط صحته فى الفقه الاسلامى والقانون الباكستانى معا

الفصل الثاني : و هذا الفصل يتكلم في تنفيذ الحكم في الفقه والقانون و محتو على مبحثين :

المبحث الاول : هو في تنفيذ الحكم ، فذكرت فيه طرق تنفيذ الحكم في الفقه الاسلامي والقانون الباكستاني.

المبحث الثاني : و هو في مصاريف الدعوى ، فالقانون الباكستاني ترك هذا الأمر إلى تقدير المحكمة والفقه الاسلامي خال عن أي رأى على هذا الموضوع.

و أخيرا أوردت فهرس المراجع والمصادر التي اعتمدت عليها للبحث ،والله سبحانه و تعالى أسال التوفيق والسداد والاتمام بالخير ،انه سبحانه نعم المولى و نعم الوكيل .

الباحث

شوكت حيات خليل

اسلام آباد

فهـــرس المحتويات

	الصفحة
خلاصة البحث	١ ـ ٨
فهرس المحتويات .	٩ ـ ٢١
تقـــديم.	٢٢ ـ ٢٦
الباب الاول : الدعوى و اطرافها في الفقه والقانون .	١٧ ـ ١١٧
الفصـــل الأوّل : تعريف الدعوى وشروطها في الفقه والقانون .	١٨ ـ ٧٢
المبحث الاول : تعريف الدعوى في الفقه والقانون.	١٩ ـ ٤١
اطلاقات لفظ الدعوى في اللغـــة.	٣٠
الدعاء.	٣٠
الزعـــم.	٣١
اضافـــة الانسان الى نفســـه شيئـــا .	٣١
الطلـــب والتمنـــي .	٣٢
المعنـــى الاصطلاحي للدعوى .	٣٣
تعريف الحنفيـــه.	٣٣
تعريف المالكية .	٣٥
تعريف الشافعيـــة.	٣٧
تعريف الحنبليـــــة.	٣٧
تعريف الدعوى في القانون الباكســـتاني .	٣٩
المبحث الثاني : شروط الدعوى في الفقه و القانون .	٤٢ ـ ٧٢
الشرط الاول : ان لا تكون الدعوى متناقضة لا مرسبق صدورمن المدعي .	٤٣
صـور التناقـض.	٤٤
التناقض في الدعوى الاصليه والرفـيع.	٤٤
التناقـض بيـن الدعوى و فعل سابق صدر من المدعي .	٤٦

	الصفحة
التناقض بين الدعوى و فعل او كلام صدر من المدعى متاخرا عن الدعوى.	٤٦
شروط تحقق التناقض.	٤٧
حكم التناقض.	٥٠
إرتفاع التناقض.	٥١
استثناءات شرط عدم التناقض.	٥١
أثر التناقض على الدعوى في القانون الباكستاني .	٥٢
الشرط الثاني : أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة و قاطعة.	٥٨
رأى القانون عن هذا الشرط.	٥٩
الشرط الثالث: أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذى يدعيه	٦٠
في المذهب الحنفي .	٦٠
في المذهب الشافعي .	٦١
في المذهب الحنبلي .	٦٢
رأى القانون عن هذا الاشتراط.	٦٢
الشرط الرابع: ان تكون الدعوى بلسان المدعي عينا .	٦٤
رأى القانون الباكستاني .	٦٥
الشرط الخامس : ان يذكر المدعي في دعوى العين ان المدعى به في يد الخصم	٦٥
موقف القانون عن هذا الشرط .	٦٦
الشرط السادس: أن يصرح المدعي بأن حصه يضع يده على المدعى به بغير الحق .	٦٧
نظرة القانون في ذلك .	٦٧
الشرط السابع: أن تتضمن الدعوى طلب إحضار المدعى به.	٦٨

	الصفحة
رأى القانـــون .	٦٩
الشرط الثامن : ان يطلب المدعى من القاضى تكليف المدعى عليه بالجواب .	٧٠
موقف القانون الباكستانى .	٧٠
الشـرط التاسـع : ان تكون الدعوى فى مجلس القضاء .	٧١
رأى القانون الباكسـتانى .	٧١
الفصل الثانى : شروط اطراف الدعوى فى الفقه والقانون .	٧٣ ـ ١١٧
المبحث الاول : كيفية معرفة المدعي من المدعى عليه	
فى الفقه والقانون .	٧٤ ـ ٨١
ضرورة هذا التمييز .	٧٥
رأى الحنفية و بعض الفقهاء من بقية المذاهب الثلاثة .	٧٦
رأى جمهور المالكية .	٧٧
رأى جمهور الشافعيـــة .	٧٧
رأى جمهور الحنبلية و بعض الحنفية .	٧٨
الحكمة فى معرفة المدعي من المدعى عليه .	٧٩
كيفية معرفة المدعي من المدعى عليـــه فى القانون الباكستاني .	٨٠
المبحث الثانى : شروط المدعي و المدعى عليه فى	
الفقـــه والقانون .	٨٢ ـ ٩٧
أولا : شروط المدعي .	٨٣
الشرط الأوّل : الاهلية .	٨٣
رأى الحنفية .	٨٣

	الصفحة
رأى المالكية .	٨٤
رأى الشافعية .	٨٤
رأى القانون الباكستاني .	٨٤
الشرط الثاني : الصفة .	٨٥
رأى القانون الباكستاني عن هذا الشرط .	٨٦
ثانيا : شروط المدعى عليه .	٨٧
الشرط الاول الاهلية .	٨٧
رأى الحنفية .	٨٧
رأى المالكية .	٨٨
رأى الشافعية .	٨٨
رأى الحنبلية .	٨٨
رأى القانون .	٨٩
الشرط الثاني : الصفة .	٨٩
الخصم فى دعوى العين .	٨٩
الخصم فى دعوى الدين .	٩٢
الخصم فى الدعاوى الأخرى .	٩٣
الخصم فى دعوى الفعل .	٩٣
الخصم فى دعوى القول .	٩٣
الخصم فى دعوى الحقوق .	٩٤
الخصم فى دعوى العقد .	٩٥
رأى القانون الباكستاني عن شرط الصفة فى المدعى عليه .	٩٥

	الصفحة
الشرط الثالث: معلومية المدعى عليه .	٩٥
رأى القانون فى هذا الشرط .	٩٥
الشرط الرابع: حضور المدعى عليه فى مجلس القضاء .	٩٥
رأى القانون فى ذلك .	٩٧
المبحث الثالث: شروط المدعى به فى الفقه والقانون .	٩٨ ـ ١١٧
الشرط الاول: أن يكون المدعى به فى ذاته مصلحة مشروعة .	٩٩
رأى القانون الباكستانى .	١٠١
الشرط الثانى: أن يكون المدعى به معلوما .	١٠٣
كيفية العلم بالمدعى به فى دعوى العين .	١٠٤
العقار .	١٠٤
رأى القانون الباكستاني .	١٠٥
ذكر سبب الاستحقاق .	١٠٦
رأى القانون الباكستانى .	١٠٧
المنقول .	١٠٧
رأى الجمهور .	١٠٧
رأى الحنفية .	١٠٨
رأى القانون .	١١٠
كيفية العلم بالمدعى به فى دعاوى الدين .	١١٠
راى القانون الباكستاني .	١١١
رأى جمهور الحنفية والمالكية فى ذكر سبب الاستحقاق فى دعاوى الدين .	١١١

الصفحـــة

رأى الشافعية والحنبلية فى ذلك . ١١٢

رأى القانون . ١١٣

كيفية العلم بالمدعـــى به فى الدعاوى الاخرى . ١١٣

دعوى العقد . ١١٣

رأى الحنفية . ١١٣

رأى الشافعية . ١١٣

رأى الحنبلية . ١١٤

رأى القانون . ١١٤

دعوى الإرث . ١١٤

الدعوى بالمجهـــول . ١١٤

رأى الحنفية . ١١٤

رأى المالكية . ١١٥

رأى الشافعية . ١١٥

رأى الحنبلية . ١١٦

رأى القانون الباكستاني . ١١٦

الشرط الثالث : ان يكون المدعى به محتمل الثبوت عقلا وعادة . ١١٧

رأى الحنفيـــة . ١١٧

رأى المالكية . ١١٧

رأى الشافعية . ١١٨

رأى الحنبلية . ١١٨

رأى القانون الباكستاني . ١١٨

	الصفحة
مبحث خاص: الاختصاص المحلي في الفقه والقانون .	١١٩ ـ ١٢٧
رأى ابي يوسف و جمهور الشافعية والحنبلية وقول للمالكية .	١٢٠
رأى الامام محمد .	١٢١
رأى المالكية .	١٢٢
قول للحنبلية .	١٢٣
رأى القانون الباكستاني .	١٢٤
الباب الثاني : إحضار المدعى عليه و نتائج غيابه في الفقه والقانون .	١٢٨ ـ ١٩٥
الفصل الاول : احضار المدعى عليه في الفقه والقانون .	١٢٩ ـ ١٥٧
المبحث الاول : دعوة المدعي للمدعى عليه .	١٣٠ ـ ١٣٦
بيان أن الأصل وجوب الإجابة و دليل ذلك .	١٣١
ذكر بعض التفاصيل المتعلقة بهذه الدعوة .	١٣٣
موقف القانون الباكستاني في ذلك .	١٣٥
المبحث الثاني : أمر القاضي لحضور المدعى عليه في الفقه والقانون .	١٣٧ ـ ١٥١
بيان و جوب إجابة الحاكم و دليل ذلك .	١٣٩
ذكر مذاهب الفقهاء في الحالات التي يجب فيها على الحاكم إحضار الخصم .	١٤٠
رأى الحنفية .	١٤٠
رأى المالكية .	١٤١
رأى الشافعية .	١٤٢
رأى الحنبلية .	١٤٣

	الصفحة
أمر القاضي لحضور المدعى عليه في القانون الباكستاني .	١٤٥
نقطات تبليغ ورقة الدعوة في الفقه والقانون .	١٥١
المبحث الثالث	
كيفية إحضار المدعى عليه .	١٥٢ ـ ١٥٧
بيان تفصيلي لوسائل إحضار المدعى عليه .	١٥٣
موقف القانون الباكستاني .	١٥٦
الفصل الثاني : القضاء على الغائب في الفقه والقانون .	١٥٨ ـ ٩١
ذكر اسباب الغياب و مذاهب الفقهاء فيها .	١٥٩
اولا : القضاء على المتمرد والمتستر .	١٥٩
رأى الحنفية .	١٦٠
رأى المالكية .	١٦١
راى الشافعية .	١٦٠
رأى الحنبلية .	١٦٢
ثانيا : القضاء على الغائب المفقود .	١٦٢
ثالثا : القضاء على الميت .	١٦٣
رابعا : القضاء على المجنون والصغير .	١٦٤
خامسا : القضاء على الغائب البعيد المعروف المكان .	١٦٥
رأى الحنفية .	١٦٥
بيان الاستثناءات التي يجوز فيها الحكم على الغائب .	١٦٧
أدلة الحنفية .	١٧٠
رأى جمهور الفقهاء .	١٧٣
ذكر شروط القضاء على الغائب .	١٧٤

	الصفحة
أدلة الجمهور	١٨٤
القضاء على الغائب فى القانون الباكستاني .	١٩١
الباب الثالث : جواب الدعوى فى الفقه والقانون .	١٩٦ـ٢٢٢
الفصل الاول : شروط جواب الدعوى فى الفقه والقانون .	١٩٧ـ٢٠٣
الشرط الاول : ان يكون الجواب صريحا وبصيغة جازمة .	١٩٨
رأى القانون الباكستاني فى ذلك .	١٩٩
الشرط الثاني : ان يكون الجواب مطابقا للدعوى .	٢٠٠
موقف القانون الباكستاني .	٢٠٠
الشرط الثالث : ان يكون الجواب صادرا عن شخص جائز التصرف .	٢٠١
رأى القانون فيه .	٢٠٢
بعض الشروط الاخرى التى وردت فى القانون الباكستاني .	٢٠٢
الفصل الثاني : اقرار المدعى عليه فى الفقه والقانون .	٢٠٤ـ٢٠٩
تعريف الاقرار .	٢٠٥
شروط الاقرار .	٢٠٥
الاقرار بالكتابة .	٢٠٧
مكانة الاقرار فى الاثبات .	٢٠٨
مكانة الاقرار فى القانون الباكستاني .	٢٠٩
الفصل الثالث : انكار المدعى عليه فى الفقه والقانون .	٢١٠ـ٢١٥
الانكار الحقيقي .	٢١١
الانكار الحكمي .	٢١٢
شروط الانكار .	٢١٣

	الصفحة
شروط الانكار في القانون الباكستاني .	٢١٥
الفصل الرابع: امتناع المدعى عليه عن الجواب. في الفقه والقانون .	٢١٦ـ٢٢٢
الإمتناع الحقيقي و آراء الفقهاء على حكمه .	٢١٧
رأى الحنفية .	٢١٧
رأى المالكية .	٢١٨
رأى الشافعية والحنيلية .	٢١٩
الإمتناع الحكمي و أمثاله .	٢٢٠
إمتناع المدعى عليه عن الجواب في القانون الباكستاني .	٢٢٢
الباب الرابع: الشهادة واليمين في الفقه و القانون .	٢٢٣ـ٢٦١
الفصل الاول: كيفية أداء الشهادة في الفقه والقانون .	٢٢٤ـ٢٣١
كيفية اداء الشهادة في الفقه الاسلامي .	٢٢٥
إختبار الشهود في الفقه الاسلامي .	٢٢٦
كيفية أداء الشهادة في القانون الباكستاني .	٢٢٨
إختبار الشهود في القانون الباكستاني .	٢٢٨
الفصل الثاني: قضاء القاضي بعلمه في الفقه و القانون .	٢٣١ـ٢٤٧
اتفاق الفقهاء على جواز قضاء القاضي بعلمه في تعديل الشهود و تحريحهم	٢٣٢
إختلافهم في قضاء القاضي بعلمه في بقية المجالات.	٢٣٢
رأى المجيزين و أدلتهم .	٢٣٢
اختلاف الفقهاء المجيزين على زمن حصول العلم للقاضي و مكانه .	٢٣٧

	الصفحة
رأى أبي حنيفة .	٢٣٨
رأى الصاحبين	٢٣٩
اختلاف الفقهاء على الحقوق التى يجوز فيها	
قضاء القاضى بعلمه .	٢٣٩
رأى الحنفية والشافعية .	٢٤٠
قول للشافعى و رأى ابن حزم .	٢٤٢
شروط قضاء القاضى بعلمه	٢٤٢
رأى المانعين و أدلتهم .	٢٤٢
موقف القانون الباكستاني .	٢٤٧
الفصل الثالث: اليمين فى الفقه والقانون .	٢٤٨ـ٢٦١
آراء الفقهاء فى نكول المدعى عليه عن اليمين .	٢٤٩
راى الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز القضاء على	٢٤٩
المدعى عليه بنكوله وادلتهم .	٢٥٠
اختلافهم فى الحقوق التى يقضي فيها بالنكول .	٢٥٣
رأى الامام أبي حنيفه .	٢٥٤
رأى الامام احمد .	٢٥٤
رأى المانعين للقضاء بنكول المدعى عليه و أدلتهم .	٢٥٥
راى الامام ابن حزم فى ذلك و ادلته .	٢٥٨
موقف القانون الباكستاني عن اليمين .	٢٦٠٩
مبحث خاص: المحاجة بين الخصمين فى الفقه والقانون	٢٦٢ـ٢٦٥

	الصفحة
الباب الخامس : الحكم و تنفيذه فى الفقه والقانون .	٢٦٦ـ٢٨٧
الفصل الأول : تعريف الحكم و شروطه فى الفقه والقانون .	٢٦٧ـ٢٧٦
تعريف الحكم .	٢٦٨
شروط الحكم .	٢٦٩
الشرط الاول : أن تسبقه خصومه و دعوى صحيحة .	٢٦٩
و رأى القانون فى ذلك .	٢٧١
الشرط الثانى : أن يكون الحكم بصيغة تدل على الإلزام .	٢٧٢
الشرط الثالث : أن يكون الحكم واضحا .	٢٧٣
رأى القانون عن هذا الاشتراط .	٢٧٤
الشرط الرابع : أن يصدر الحكم فى حضرة الخصوم .	٢٧٤
موقف القانون عن هذا الشرط .	٢٧٥
الشرط الخامس : أن يذكر فى الحكم الاسباب ينبني الحكم عليها .	٢٧٥
ورأى القانون فيه .	٢٧٥
الشرط السادس : أن لا يكون الحكم مخالفا للكتاب	٢٧٦
أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي .	٢٧٦
الفصل الثاني : تنفيذ الحكم و مصاريف المحاكمة فى الفقه والقانون .	٢٧٧ـ٢٨٧
المبحث الاول : تنفيذ الحكم فى الفقه والقانون	٢٧٨ـ٢٨٣
تنفيذ الحكم فى الفقه الاسلامى .	٢٧٩
تنفيذ الحكم فى القانون الباكستاني .	٢٨٠
المبحث الثانى : مصاريف المحاكمة فى الفقه والقانون .	٢٨٤ـ٢٨٧

الصفحة

مسألة مصاريف المحاكمة في الفقه الاسلامي ·	٢٨٥
رأى القانون الباكستاني ·	٢٨٦
فهرس المراجع ·	٢٨٨ ـ ٣١٠
كتب الحديث·	٢٨٩
كتب اللغة و المصطلحات ·	٢٩٣
كتب الفقه الحنفي ·	٢٩٥
كتب الفقه المالكي ·	٣٠١
كتب الفقه الشافعي ·	٣٠٣
كتب الفقه الحنبلي ·	٣٠٦
كتب المذاهب غير الاربعة·	٣٠٧
كتب عامة وحديثة في الشريعة·	٣٠٨
كتب القانون·	٣٠٩
الدوريات القانونية·	٣٠٩·

·ـ·ـ·ـ·ـ·ـ·ـ·ـ·ـ·ـ·

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله نحمده و نستعينه و نستغفره و نتوب إليه ،و نعوذ بالله من شرور أنفسنا و من سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له و من يضلل فلا هادى له ،واشهد أن لاإله إلا الله و حده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله صلى الله عليه وعلى آله و أصحابه و من تبعهم باحسان و سلم تسليما .

أما بعد : فان كل قانون مهماكانت مكانته من الدقة والتفصيل لايقيم شيئا بدون التنفيذ ، ولا بد لتنفيذه من نظام مستقيم و دقيق للمرافعات.

فالمرافعات أساس التطبيق العملي للقانون . فإذا كان أساس البناء محكما و قويا كان البناء محكما و قويا كذلك ، وإذا كان الأساس غير ثابت كان البناء كذلك.

فكذلك القانون فانه مهما كان عادلا لا يمكن تنفيذه ولا يمكن لصاحب الحق أن يأخذ حقه من خصمه عن طريق

هذا القانون إلاّ إذا كان أساسه اعيني نظام الاجراءات أو المرافعات فيه مستقبيا .

ولما كان مصدر الشريعة الإسلامية ..... هو الله العليم الخبير الذى خلق الإنسان و هو أعلم بحاجاته و مصالحه فانها تشكل نظاما شاملا متكاملا يتضمن القواعد الرئيسية التى ذكرت بالتفصيل فى كتب الفقه و لكن للأسف الشديد اصبحت عملية تاليف و جمع هذه الآراء المنتشرة والمتفرقة من بطون أمهات الكتب صعبة المنال . و هذا ما جعل معظم زملائنا المحامين يزعمون أنه لا يوجد فى الإسلام نظام شامل للمرافعات ماعدا بعض الآراء الفقهية المنتشرة فى كتب الفقه فالحاجة ماسة إلى مؤلف جامع فى هذا الموضوع يوضح نظام الإسلام الشامل فى المرافعات مع المقارنة بقانون المرافعات الباكستاني .

و بسبب عدم شمول قانون المرافعات الباكستاني فان الدعاوى تبقى مدة طويلة حتى يتم الفصل فيها و قد تستغرق فى بعض الأحيان اكثر من عشر سنوات. والأمر

الثانى أن الرعاوى المدينة اكثر عددا بالنسبة للرعاوى الجنائية فى المحاكم الباكستانية وإضافة إلى ذلك فإنى قد اشتغلت محاميا فى المحاكم المدنية ولى بعض الإلمام فيها. فلذا ملت إلى إختيار موضوع المرافعات للبحث فى هذا المجال.

فاما قانون الاجراءات المدنية الباكستاني فهو أساسا عبارة عن "مجموعة الاجراءات المدنية الصادرة سنة ١٩٠٨م"

"Code of Civil Procedure (V of 1908)."

وتقدم الدعاوى المدنية وفق هذا القانون. فالحاجة ملحة أن يقارن هذا القانون كله بنظام المرافعات فى الشريعة الإسلامية، ولكن هذا يحتاج إلى الوقت والجهد اللذين لا يتوفران لكاتب هذه السطور. فلذا سأدير البحث حول المراحل التى تمربها الدعوى فى المحاكم المدينة الباكستانية وهذه المراحل تتلخص فيما يلى:

١- رفع الدعوى .

٢- إحضار المدعى عليه .

٣- جواب المدعى عليه .

٤- الإثبات والبينات.

٥- المحاجة بين الخصمين.

٦- صدور الحكم و طرق تنفيذه .

و تناولت هذه المراحل كلها و عرضتها على نظام المرافعات الإسلامى لمقارنتها و اختبار مدى موافقتها للشريعة الإسلامية الضراء والتى لا شك لمن يقوم بالمقارنة أنها تفوق كل القوانين الوضعية .

و أرى لزاما علي أن أتوجه بشكرى إلى أستاذنا الفاضل دكتور عبدالطيف عامر إذ تفضل بالإشراف على عملي هذا و نسأل الله أن يجعل عملنا خالصا لوجهه ، نافعا لعباده ، و أن يجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه ، انه أكرم مسئول و أقرب مجيب ،

و هو حسبنا..... و نعم الوكيل وصلي الله على سيدنا محمد وصحبه و سلم تسليما كثيرا .

الباحث

شوكت حيات خليل
إسلام آباد

شعبان ١٤٠٦ھ
ابريل ١٩٨٦م

البـــاب الأوّل

الـدعـــوى و أطـــرافهـــا فـى الفقه والقانون

وفيه فصلان :

الفصـل الأوّل : تعـريف الـدعوى و شـروطها فـى الفقه و القانون .

الفصـل الثانـى : شـروط اطـراف الـدعـوى فـى الفقه و القانون .

الفصـــــل الأوّل

تعريف الدعوى و شروطها في الفقه و القانون

و فيه مبحثان :

المبحث الأوّل : تعريف الدعوى في الفقه و القانون.

المبحث الثاني : شروط الدعوى في الفقه والقانون .

المبحث الأول

تعريف الدعوى في الفقه والقانون

هذا المبحث هو في المعنى اللغوي للدعوى و بيان ما تطلق عليه في اللغة من معان حقيقية أو مجازية ، وفي المعنى الإصطلاحي للدعوى عند فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى مع أنهم اختلفوا في التعبير عنها . و ذكرت في هذا المبحث تعريف الدعوى عند القانون الباكستاني أيضاً.

المبحث الأوّل

تعريف الدعوى في الفقه والقانون

معناها في اللغة : المعاني الاصطلاحية تؤخذ من المعاني اللغوية ، و يكون بين المعنيين إرتباط وثيق ، فلذا نذكر أولاً المعاني اللغوية للدعوى .

الدعوى في اللغة اسم من الادعاء و هو المصدر أي أنها اسم لما يدّعى (١)، و تجمع على دعاوى بكسر الواو و فتحها (٢)، و لها في اللغة معان متعددة ، و فيما يلي بعض معانيها هذه التي هي أقرب لمعانيها الاصطلاحية:

١- الدعوى تستعمل بمعنى الدعاء (٣) كما جاء في القران الكريم (دعواهم فيها سبحانك اللهم ،و تحيتهم فيها سلام ، و آخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين (٤)

١- لسان العرب : ج - ١٤ ص - ٢٥٧.
٢- تاج العروس: ج - ١٠ ص - ١٢٨.
٣- لسان العرب: ج - ١٤ ص - ٢٥٧.
٤- سورة يونس: آية - ١٠.

و جاء في لسان العرب: لوقلت اللهم اشركنا في صالح دعاء المسلمين ،أو دعوى المسلمين جاز (١) ، والدعاء هو الرغبة إلى الله تعالى فيما عنده من الخير والابتهال إليه بالسؤال (٢).

٢- وأيضا تستعمل بمعنى الزعم (٣)، ولكنها تطلق على الذى لا حجة له على دعواه، فهو يسمى مدعيا قبل اقامة البينة ،اما بعد اقامة البينة يسمى محقا لا مدعيا فلذا يسمى مسيلمة الكذاب مدعيا للنبوة ، ولا تطلق الدعوى على نبوة محمد صلى الله عليه وسلم لأن نبوته صلى الله عليه وسلم قد ثبتت بالمعجزة (٤).

٣- وتأتى الدعوى بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شئيا سواء أكان ملكا أو استحقاقا من غير تقييدها بحال المنازعة أو المسالمة (٥)، وهى بهذا المعنى مأخوذة من قولهم "أدعى" أى اضاف الشيء إلى نفسه بأن قال: هولي أو ملكي.

١- لسان العرب: ج - ١٤ ص - ٢٥٧.
٢- لسان العرب: ج-١٤ ص ٢٥٧/ تاج العروس: ج - ١٠ ص - ١٢٦.
٣- لسان العرب: ج - ١٤ ص - ٢٦١ / تاج العروس: ج - ٢٠ ص ١٢٧.
٤- كتاب المبسوط: ج - ١٧ ص-٢٩.
٥- تبين الحقائق: ج - ٤ ص - ٢٩٠ / البحر الرائق: ج - ٧ ص - ١٩١/ المحاني الزهريه: ج - ٨٥/ المغني: ج - ٩ ص-١/ ٢.

٤- وأيضا تأتى بمعنى الطلب والتمنى(١) كما جاء فى قوله سبحانه و تعالى (لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)(٢) ، ويوجد هذا المعنى فى قوله صلى الله عليه وسلم (ما هذا ، دعوى أهل الجاهلية)(٣) هو من قبيل الطلب : و هو قولهم يالفلان ، كانوا يدعون بعضهم بعضا عند الأمر الحادث الشديد بهذا الطريق(٤) ، و منه حديث جابر رضى الله عنه قال : (كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فكسع (٥) رجل من المهاجرين رجلا من الانصار ، فقال الانصاري : يا للانصار وقال المهاجري : يا للمهاجرين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :- . . . . . (ما بال دعوى الجاهلية ؟)

١- كتاب التعريفات ص ٤٦ / الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١٠١ / مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٦١ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٨٤ /

٢- سورة يٰسين آية ٥٧.

٣- هذا جزء من حديث تمامه فى صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٦ ص ١٣٧.

٤- لسان العرب جـ ١٤ ص ٢٥٦ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٨٤ .

٥- أى ضرب دبره وعجيزته بيد أو برجل أو سيف -
صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٦ ص ١٣٨ .

قالوا : يا رسول الله كسع رجل من المهاجرين رجلا من الأنصار فقال صلى الله عليه وسلم: (دعوها فانها منتنة) (١).

المعنى الاصطلاحي للدعوى : إن فقهاء الشريعة لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى ، ولكنهم يتباعدون قليلا عن بعضهم البعض في اختيار الالفاظ التي تحتوى معناها ويمكن تقسيمهم كالتالي :

(١) الحنفية : فعرف بعض الحنفية الدعوى بأنها (مطالبة حق في مجلس من له خلاص عند ثبوته (٢)، والمقصود بالحق أن يكون من حقوق العباد والمراد من له الخلاص القاضي (٣)، فانه هو الذى يختص بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام ، و تعريف الدعوى كما ورد في مجلة الأحكام العدلية هو أقرب إلى هذا التعريف حيث عرف واضعو المجلة الدعوى بأنها (طلب انسان حقه من آخر في حضور الحاكم (٤) ،

١- صحيح مسلم بشرح النووى : ج - ١٦ ص - ١٣٨.
٢- درر الحكام : ج - ٢ ص - ٣٢٩/ العناية على الهداية : ج - ٦ ص - ١٢٧.
٣- درر الحكام : ج - ٢ ص - ٣٢٩.
٤- مجلة الأحكام العدلية : المادة : ١٦١٣.

و بهذا التعريف يخرج بعض التصرفات القولية الأخرى- التي تحدث أمام القضاء كالشهادة و الإقرار- من تعريف الدعوى ، لأن هذه التصرفات ليست مطالبة حق. و هو تعريف جامع لأن الحق يشمل الحق الوجودي والحق العدمي (١) ، و لكن هذا التعريف غير مانع من ناحية أنه يدخل فيه دعوى الفضولي ، فانه يطالب حقه من آخر في حضور الحاكم و لكنه يطالبه لغيره لا لنفسه ولا لمن يمثله. و هي دعوى لغة وغير صحيحة إصطلاحا .

وبعض الحنفية عرفوا الدعوى بانها (قول مقبول عند القاضي يعد قائله في الشرع طالبا حقا قبل غيره أو دافعا عن حق نفسه غير حجة) (٢) ، و عرفها بعضهم بانها (قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه) (٣) ، و يخرج بقولهم (قول مقبول) كل قول لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة ،

١- حاشية رد المختار: ج ٧، ص ٣٢٨ .

٢- المجاني الزهرية: ص ٨٥ .

٣- تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين: ج ٧، ص ٣٩٨ / كتاب فصل القضية: ص ٥ .

فى الدعوى ، و يخرج بقولهم (عند القاضي) الدعوى بمعناها اللغوى (١) ، والجزء الأخير من التعريف (أو دفعة عن حق نفسه) يشير إلى دخول دعوى منع التعرض فى التعريف مع أن بعض علماء الحنفية رأوا أنه لا حاجة إلى هذا الأخير إذا قصد بالحق معناه الأعم الشامل للحق الوجودي و الحق العرمي (٢) .

و قد يؤخذ على هذا التعريف بأنه غير جامع للدعاوى التى يرفعها أصحابها بغير قول كالكتابه مثل الدعاوى فى عصرنا الحاضر .

(٢) المالكية : وهم عرفوا الدعوى بانها (طلب معين أو مافى ذمة معين أو ما يترتب عليه أحد هما معتبرة شرعا لا تكذبها العادة) (٣) ، و قولهم (معين) يشير إلى شرط المعلومية فى الحق المدعى ، و يقصد به دعوى العين . والمراد من قولهم (ما فى ذمة معين) دعوى الدين . و يقصدون بقولهم (معين) الثانية الدين ، و اما قولهم (أوما يترتب عليه أحد هما) .....

١ــ قرة عيون الاخيار : ج - ٧ ص - ٣٩٩ .
٢ــ تنوير الابصار و قرة عيون الاخيار : ج - ٧ ص ٤٠٠ .
٣ــ الفروق : ج - ٤ ص - ٧٢ .

فهو اشارة إلى ..... الحالة التى لا يكون المدعى به فيها حقا من الحقوق ، ولكنه يترتب عليه طلب حق معين ، وذلك كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها ، فيترتب عليه حوز نفسها ، أو مايترتب عليه حق فى الذمة ، كدعوى الوارث أن أباه مات مسلما أو كافرا ، فيترتب له الميراث ، والمقصود بقولهم (معتبرة شرعا) هو أن تكون الدعوى ذات أهمية معقولة ، فلا تصح دعوى سمسمة أو عشرها ، ويعنى قولهم (أن لا تكذبها العادة) الدعوى من تقادم حقه على حائزه الذى مضى عليه وقت طويل يتصرف به على عين آخر من غير أن يتحرك هذا الأخير بدعوى أو طلب لحقه ، فهذه دعوى تكذبها العادة ، لأن الناس لا يسكتون عن حقوقهم لهذه المدة الطويلة . (١)

---

١ ـ الفروق : ج ٤ ، ص ٧٢ .

ولكن يؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع لدخول الدعوى بمعناها اللغوى فيه لعدم تقيد الطلب بكونه فى مجلس القضاء.

(٣) الشافعية: وهم عرفوا الدعوى بأنها (اخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم)(١)، وعرفها ايضا بقولهم (هى اخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم ليلزمه به)(٢).

وقد يؤخذ على هذين التعريفين، لانه لا يفرق فيهما بين الدعوى والتصرفات الأخرى كالشهادة والاقرار فانهما أيضا اخبار.

(٤) الحنبلية: وفقهاء الحنبلية عرفوا الدعوى بأنها (إضافة الانسان إلى نفسه إستحقاق شئ فى يد غيره أو فى ذمته)(٣).

١ـ نهاية المحتاج: ج ٨، ص ٣١٩ / مغنى المحتاج: ج ٤، ص ٤٦١

٢ـ تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ٢٨٥

٣ـ المغنى: ج ٩، ص ٢٢١/ كشاف القناع: ج ٦، ص ٣٨٤

و يؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع لدخول الدعوى بمعناها اللغوى فيه ،لأنه أغفل ذكر مجلس القضاء .

و لعل أحسن تعريف هو ما إختارة صاحب "نظرية الدعوى ،، حيث يعرف الدعوى بأنها (قول مقبول أو ما يقوم مقامه فى مجلس القضاء ، يقصد به انسان طلب حق له أو لمن يمثله ، أو حمايته) (١).

و يقصد بقوله (قول مقبول) قيد القول بكونه مقبولا لمنع دخول الدعاوى الفاسده فى التعريف . و المراد من قوله (أو ما يقوم مقامه) الدعوى المكتوبة كما هى فى عصرنا الحاضر ،و اما قوله (فى مجلس القضاء) يمنع دخول الدعوى بمعناها اللغوى فى التعريف . و قوله (يقصد به انسان طلب حق له)

١- نظرية الدعوى القسم الأول : ص ١٠١.

تمييز الدعوى عن غيرها من التصرفات التى يشترط لصحتها حدوثها فى مجلس القضاء ، كالشهادة والاقرار لأنه لا يقصد بهما طلب حق للانسان ،ويدخل فى التعريف الدعوى التى يدفعها غير صاحب الحق من وكيل أو ولى بقوله (أو لمن يمثله) ،و قوله (أو حمايته) إشارة إلى دعوى دفع التعرض (١).

تعريف الدعوى فى قانون المرافعات الباكستانى

ما عرفت الدعوى فى مجموعة الاجراءات المدنية سنة ١٩٠٨ ،ولكنه يفهم من المادة - ٢٦ من القانون المذكور بأن الدعوى هى الاجراءات التى تبدأ برفع الشكوى المكتوبة إلى المحكمة (٢).

وإذا عددنا ٥..... تعريفا للدعوى فيؤخذ عليه بأنه غير جامع لانه لا يعرف الدعوى و هى مازالت تحتاج إلى تعريف آخر .

١- نظرية الدعوى القسم الأول : ص ١٠١

٢ - Code of Civil Procedure: S-26.

وقد عـــرّفت الدعوى في بعض القضية الصـــادرة من المحاكم العليا الباكستانية على النحو التالي:

(أ) الـدعوى هـــي الإجراءات التي تتعلق بإثبات حـق من الحقوق أو تنفيذه(١)، وهذا التعريف أيضا" يحمل بعض السلبيات اذ انه لا يتناول معنى الدعوى ولا يطلق هذا اللفظ ليدل على المطالبة التي تحصل أمام القضـــاء وانما تطلـق الدعوى علـــى اجـراءات الدعوى أي سيرها مع أنها ليست الدعوى بل نتيجتها.

(ب) والدعوى هي الاجراءات الهادفة الى إسترواد حق للفرد أو تعويض الضرر الواقع على حقه(٢)، فلا يوجد أي فرق بين هذا التعريف وبين التعريف السابق.

١- PLD 1970 SC 1/PLD 1975 SC 625

٢- PLD 1970 SC 1/PLD 1975 SC 625

٣- تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين: جـ - ٧ ص - ٣٩٨.

٤- درر الحكام: جـ - ٤ ص - ٣٢٦ / العناية على الهداية: جـ - ١ ص - ١٢٧.

٥- مجلة الاحكام العدلية: المادة - ١٦١٢.

(ج) والدعوى هى الاجراءات التى غايتها تنفيذ حقوق الافراد وواجباتهم(١)، وهذا التعريف أيضا ينقصه ذكر المطالبة من المدعى لحقه، فلا يوضح من سيقوم بمطالبة هذه الحقوق والواجبات.

(د) ولعل أحسن تعريف فى هذا المجال هو بأن الدعوى هى المذكرة المكتوبة يقدمها المدعي إلى المحكمة ويذكر فيها سبب دعواه أي شكواه ويطالب فيها بحكم له (٢).

وهذا التعريف أقرب إلى تعريفات الدعوى فى الفقه الاسلامى مثل (هى قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه (٣)، و (هى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته (٤) و (هى طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم) (٥).

١ــ PLD 1970 SC 1/PLD 1975 SC 625/ PLD 1978 L 11 .
٢ــ AIR 1921 S166 .
٣ــ تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ٣٩٨ .
٤ــ درر الحكام جـ ١ ص ٣٢٩ / العناية على الهداية جـ ٦ ص ١٣٧ .
٥ــ مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦١٣ .

المبحث الثاني

شروط الدعوى في الفقه و القانون

في الشروط المطلوبة في الدعوى لصحتها ، و قد ذكرت في هذا المبحث ان هناك أمورا قد اتفق الفقهاء على اشتراطها في الدعوى ، و اختلفوا في اشتراط البعض الآخر ، و هي أن تكون الدعوى غير مناقضة لأمر سبق صدوره من المدعي ، و أن تكون بتعبيرات جازمة و قاطعة ، وأن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحق الذي يدعيه ، و أن تكون بلسان المدعي ، و أن يذكر المدعى في دعوى العين أن المدعى به في يد خصمه ، و أن يصرح المدعي فيها من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب ، و أن تكون في مجلس القضاء . و مع كل شرط من هذه الشروط قد بينت موقف القانون الباكستاني منه .

المبحث الثاني

شروط الدعوى في الفقه والقانون

إشترط الفقهاء لصحة الدعوى بعض الشروط فيها ، وفيما يلي بيان هذه الشروط :

الشرط الأول : أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي :

عند معظم الفقهاء يشترط لصحة الدعوى ان لا يسبق من المدعي ماينافض دعواه (١) ، والتناقض هو تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه ، (٢) والمراد منه هنا ان يسبق من المدعي مايعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع

١- المبسوط : ج - ١٧ ص - ٩٦ / بدائع الصنائع: ج - ٦ ص - ٢٢٢ / البحرالرائق: ج - ٧ - ص - ٢٠٦ الفتاوى العالمكيرية: ج - ٥ ص - ٢ / معين الحكام: ص - ١٣١ / المجاني الزهرية: ص - ٨١ / ادب القاضي للخصاف بشرح الصمام: ج - ٢٢ / جامع الفصولين: ج - ١ ص - ١٠ / كتاب فصل القضية: ص - ١١ / الاشباه والنظائر بشرح الحموي: ج - ١ ص - ٣٥٠ / الاختيار لتعليل المختار: ج - ٣ - ص - ١٢٥ / تبصرة الحكام: ج - ١ ص - ١٢٦ ، ١٣٢ تحفة المحتاج : ج - ١٠ ص - ٢٩٦ / مغني المحتاج : ج - ٤ ص - ١١٠ / إعانة الطالبين : ج - ٤ ص - ٢٤٢ / كشاف القناع : ج - ٦ ص - ٣٤٤ / البحرالزخار: ج - ٤ ص - ٢٤٢.

٢- كشاف اصطلاحات الفنون : ج - ٢ ص - ١٤١٢.

في الصرق بين السابق واللاحق (١) ، وذلك كما لو ادعى شخص أن هذه الدار وقف عليه ، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره ، (٢) . فلا تقبل دعواه لوجود التناقض بين الدعويين لأن الوقف لا يصير ملكا (٣) .

والتناقض الذي يمنع سماع الدعوى يقع على صور متعددة فمنها :

(١) قد يقع التناقض من المدعي في دعواه وقد يقع من المدعى عليه في دفعه للدعوى ، كما لو خطب إمرأة يريد نكاحها ، ثم ادعى أنه زوجها ، فلا تقبل دعواه لما تقدم من التناقض. (٤) وكذلك من ثبت عليه أنه أقر بعين لغيره ، ثم ادعاها لنفسه أو لغيره على سبيل الوكالة أو الوصاية لم تسمع دعواه بسبب مناقضتها لإقراره السابق (٥) ، ولو ادعى شخص على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ، فلما اقام المدعي بينة على دعواه

---

١ ـ الفواكه البدرية ص ٩٨ .
٢ ـ درر الحكام وحاشية شرنبلالي عليه جـ ٢ ص ٣٥٥ / تكملة حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ١٨ .
٣ ـ حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ١٨ .
٤ ـ درر الحكام جـ ٢ ص ٣٥٤ .
٥ ـ جامع الفصولين جـ ١ ص ١٢٣ / معين الحكام ص ١٢١ / المعاني الزهرية ص ٩٨، ٩٩ / كتاب فصل القضية ص ١٢ .

دفع المدعى عليه بأنه قضاه الدين ، أو ان المدعي أبرأه منه فلا يقبل منه هذا الدفع لأنه مناقض لإنكاره أصل الدين ؛ (١) وكذلك لو ادعى شخص على آخر وديعة ، فأنكر المدعى عليه دعواه ، ولكن حين أقام المدعي بينة عليه دفع المدعى عليه بردها أو هلاكها ، فلا يقبل منه دفعه لتناقضه مع انكاره السابق للوديعة (٢) .

وقد يقع التناقض بين الدعوى و بين كلام سابق صدر عن شخص غير المدعي إذا كان الاثنان في حكم شخص واحد ، كالوكيل والموكل ، و كالوارث و المورث ، و مثال ذلك لو أن الوكيل ادعى عينا لموكله ، و كان قد سبق من الموكل إقرار بأن تلك العين ليست له ، إنما لغيره ،

١ـ بدائع الصنائع : ج ٦ ، ص ٢٢٤ .

٢ـ جامع الفصولين : ج ١ ، ص ١٤٩ / تبصرة الحكام : ج ١ ، ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

لم تقبل دعوى الوكيل ، لبنا قضتها لا قرار الموكل ①؛ و قد الحق بعض الشافعية بذلك التناقض بين دعوى المدعي و اقرار أصله ،كما لو ثبت إقرار رجل بأن فلانا ولده و ولده أنكر و ادعى أنه من نسل شخص آخر ، فلا تقبل دعواه لمناقضها ماسبق من إقرار أصله ②.

(٢)- و كذلك يقع التناقض بين الدعوى و فعل سابق صدر من المدعي ،كما لو دخل أحد الورثة فى قسمة عين من اعيان التركة ،ثم ادعى العين لنفسه لم تسمع دعواه ، لان دخوله السابق فى القسمة يناقض دعواه ③.

(٣)- و يقع التناقض أيضا إذا صدر من المدعى كلام أو فعل يناقضها متاخرا عن الدعوى ،و ذلك كما ادعى شخص عينا فى يد آخر ، فأراد ذو اليد ابطال دعواه فقال للمدعي بحضرة الشهود : خذه وديعة إلى الغد فاخذه المدعي ، بطلت دعواه . لأن قبول الوديعة اقرار انه لا ملك له .. ④

١- الاشباه والنظائر لابن نجيم: ج-١ ص- ٣٥٠/ قرة عيون الاخيار: ج - ٧ ص - ١٦/ مجلة الاحكام العدلية : المادة - ١٦٥٢.
٢- تحفه المحتاج و حاشية الشيرواني : ج - ١٠ ص - ٢٦٦.
٣- جامع الفصولين : ج - ١ ص- ١٢٦.
٤- جامع الفصولين : ج - ١ ص- ١٣٧.

شـــروط تحقـق التنـاقـض: التناقض المانع من سماع الدعوى لا يتحقق إلا بالشروط التالية:

(١)- فيشترط أن يكون الأمران المتناقضان صادرين عن شخص واحد، أو عن شخصين هما..... في حكم شخص واحد، كالوكيل و الموكل أو الوارث والمورث (١)، وعند بعض الشافعية الفرع و أصله (٢).

(٢)-أن يكون الكلامان قد حصلا في مجلس قضاء واحد، واختلف فقهاء الحنفية في الكلام السابق الذي ثبت لدى القاضي وإن وقع خارج مجلس القضاء، عند متأخريهم ذلك يكفي إذا اثبت ذلك الكلام بحجة شرعية عند القاضي، سواء أكان ثبوته عند القاضي الذي رفعت إليه الدعوى أو كان عند قاض آخر (٣).

١-الاشباه والنظائر لابن نجيم: ج ١، ص ٣٥٠ / قرة عيون الأخيار: ج ٧، ص ١٦/ مجلة الأحكام العدلية: المادة ١٦٥٢.

٢-تحفة المحتاج و حاشية الشيرواني: ج ١٠، ص ٢٩٦.

٣-الدر المختار: ج ٧، ص ١٦/ المجاني الزهرية: ص ١٠٤

(٣)- و يشترط أن يكون الكلام السابق قد اثبت حقا لشخص بعينه ، ① و ذلك لا يكون إلاّ إذا صدر هذا الكلام فى وقت له منازع ، إلاّ لم يمنعه ذلك من رفع دعوى تناقضه ، لانه عند ما لم يثبت حقا لغيره ، و مثال ذلك لو قال صاحب اليد: (ليس هذا العقار لي) أو (لا حق لي فيه) فى وقت لا منازع له فيه ، ثم ادعى هذا العقار أحد ، فقال ذو اليد: (هذا لي) يقبل دفعه ، ولم يمنع من قبوله تناقضه مع كلامه السابق. ولكن لو قال ذلك فى وقت كان ينازعه أحد فى العقار الذى فى يده ، منع من دعواه الثانية أو دفعه اللاحق ، لأن كلامه السابق رتب حقا لغير قائله ②.

١ـ درر الحكام : ج ٢ ، ص ٣٥٤/ جامع الفصولين : ج ١ ، ص ١٢٥

٢ـ درر الحكام : ج ٢ ، ص ٣٥٥/ جامع الفصولين : ج ١ ، ص ١٢٥/ معين الحكام : ص ١٣١

(٤) - و يشترط ايضا أن لا يكون التوفيق ممكنا في المتناقضين، ① كما لو ادعى شخص دار بهبة أو شراء من أبيه، ثم ادعاها إرثا منه، تسمع دعواه الثانية لإمكان التوفيق بين الدعويين بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه، فعجز عن اثبات ذلك لعدم البينة، ثم ورثه بعد ذلك ولكنه لو ادعى أولا بالإرث، وثانيا بالشراء، لم تقبل دعواه الثانية للتناقض و تعذر التوفيق بينهما. ②

(٥) - و كذلك يشترط لتحقق التناقض المانع من سماع الدعوى أن لا يكون الكلام الأول قد كذب شرعا بالقضاء، ③ و مثال ذلك لو ادعى شخص على آخر أنه كفل له عن المدين بألف، فأنكر الكفالة، وبرهن الدائن أنه كفل من مدين، وحكم به القاضي، و أخذ المكفول له منه المال، ثم ان الكفيل ادعى على المدين أنه

---

١ جامع الفصولين: ج-١ ص- ١٢٨ / تكملة حاشية ابن عابدين: ج- ٧ ص- ١٥/ المجاني الزهرية: ص- ١٠٤ / الاختيار لتعليل المختار: ج- ٣ ص- ١٢٦.
٢ جامع الفصولين: ج- ١ ص- ١٢٨.
٣ الدر المختار و تكملة حاشية ابن عابدين: ج- ٧ ص- ١٨/ الفواكه البدرية: ص- ٩٩ / جامع الفصولين و حاشية الآلي الدرية: ج- ١ ص- ١٤٠

كفل عنه بأمره، و برهن على ذلك ، قبلت هذه الدعوى و إن كانت هذه الدعوى مناقضة لما سبق منه من إنكار للكفالة عندما ادعاها عليه الدائن ، و ذلك لأن إنكاره السابق بطل مفعوله بتكذيب الحاكم له. ①

حكم التناقض: والتناقض إذا وقع بالشروط المذكورة يمنع الدعوى من السماع ، سواء كان المدعي الذى ناقض كلامه السابق بدعواه - يدعي لنفسه أو كان يدعي لغيره، ممن أقربعين لغيره فكما لا يملك أن يدعيها لنفسه لا يملك أن يدعيها لغيره لوكالة أو وصاية. ② هذا هو اثر التناقض على الدعوى ولكنه يرتفع هذا الأثر في حالات تالية و تسمع الدعوى.

١- جامع الفصولين : ج ١، ص ١٤٥/ تكملة حاشية ابن عابدين : ج ٧، ص ١٨

٢- جامع الفولين : ج ١، ص ١٣٣/ مجلة الأحكام العدلية: المادة ١٦٤٨

(١)- إذا صدق الخصم كلام المتناقض، ومثال ذلك كما لو ادعى شخص على آخر ألف دينار بسبب الكفالة، فصدقه المدعى عليه سمعت دعواه بالرغم من تناقضه. ①

(٢)- وكذلك تسمع الدعوى إذا قال المتناقض (تركت كلامي الأول وادعي بكذا)، ② أو إذا قال (غلطت أو كذبت في الأولى) فيرتفع التناقض وتسمع دعواه ③.

(٣)- وكذلك اذا وقع التوفيق الفعلي بين الكلامين المتناقضين، يرفع التناقض وتسمع الدعوى. ④

وقد استثنى الفقهاء من شرط عدم التناقض لصحة الدعوى بعض المسائل التي تخفى أسبابها ⑤

فمنها:

(أ)- مسائل النسب: ومثال ذلك أن يقر شخص بأن

١- الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: ج - ٧ ص- ١٧، ١٨.
٢- الدر المختار وتكملة حاشية ابن عابدين: ج - ٧ ص- ١٧، ١٨.
٣- كشاف القناع: ج - ٤ ص- ٢٠٣ / الاختيار لتعليل المختار: ج - ٢ ص- ١٢٦.
٤- جامع الفصولين: ج-١ ص-١٢٨ / جامع الفصولين: ج - ١ ص- ٣٥، ١٣٦/
٥- جامع الفصولين: ج - ١ ص- ٢٢٤ / الأشباه والنظائر لابن نجيم وعزمين البصائر للحموي: ج - ١ ص- ٣٥٠ / درر الحكام: ج - ٢ ص- ٦ د ٢ / السجائر الزهرية والفوائد البدرية: ص- ١٠٠/ كتاب العدل: القصة ص- ١٢/
مجلة الأحكام العدلية: المادة - ١٦٥٥.

فلانا ابنه من الزنا، وكان هذا مجهول النسب، ثم يدعي بأنه ابنه من النكاح تسمع دعواه، وإن كانت مناقضة لا قراره السابق. ①

(ب)- مسائل الطلاق: وذلك كما لو اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثا قبل وقوع الخلع، سمعت دعواها، لخفاء وقوع الطلاق عليها ②

(ج)- مسائل العتق: ومثال ذلك كما لو أقر مجهول النسب بالرق لرجل، ثم ادعى أنه حر الاصل تسمع دعواه وتقبل بينته على ذلك، ③ وذلك لأن العتق مما ينفرد به السيد ويخفى على العبد، فقد يكون أقر بالرق سابقا ثم تبين أن سيده كان قد أعتقه، وهذا الخفاء لا يتحقق بالنسبة للسيد، لانه هو الذي يستبد بالعتق، فلا يكون خفيا بالنسبة له. ④

١- بدائع الصنائع: جـ ٦ ص- ٢٢٤ / كتاب فصل القضية: ص- ١٢.
٢- بدائع الصنائع: جـ ٦ ص- ٢٢٤ / الفواكه البدرية: ص- ١٠٢.
٣- بدائع الصنائع: جـ ٦ ص- ٢٢٤ / الفواكه البدرية: ص- ١٠٢ / كتاب فصل القضية: ص- ١٢.
٤- جامع الفصولين: جـ ١ ص- ٣٢٥ / الفواكه البدرية: ص- ١٠٢.

أثر التناقض في القانون الباكستاني.

و فيما يتعلق بالتناقض بين دعوى المدعي أو دفع المدعى عليه للدعوى و بين قولهما أو فعلهما أو إهمالهما السابق عن الدعوى ، فان الدعوى أو الدفع سيرفض و يمنع المدعي أو المدعى عليه من أن ينكر قوله أو فعله أو إهماله السابق بموجب مادة-١١٤ من قانون الشهادة الصادر ١٩٨٤م التي تنص:

إذا جعل شخص متعمدا بقوله أو بفعله أو بإهماله شخصا آخر يعتقد بصحة أمر ما أو أذن لشخص آخر أن يجعله بقول أو فعل أو إهمال يعتقد بصحة هذا الأمر و بالتالي يعمل طبقا لهذا الاعتقاد، فإنه لن يسمح للذى جعله يعتقد ولا لممثله أن ينكر صحة هذا الأمر في الدعوى بينه و بين الشخص الذى اعتقد صحة هذا الأمر . ①

١- Qanoon-e-Shahadat 1984: S-114/ Evidence Act 1872: S-115.

وعلى سبيل المثال لو ادعى شخص سهمه البالغ ثلاثة ارباع (٤/٣) فى تركة المتوفى ، ولكن رغم اعطائه له ربع (٤/١) التركة بحضرته وقت انتقال الملكية لم يعترض على هذه القسمة ، فان دعواه فى ثلاثة ارباع التركة لن تكسون مقبوله. ①

وإضافة إلى ذلك المستاجر الذى يدفع الأجرة خمس عشرة سنة لمبنى أوعقار متنازع فيه فى ملكيته ،لا يسمح له أن ينكر ملكية هذا العقار للمالك الذى يدفع له المستأجر الاجرة . ② وكذلك لو أنكر شخص ملكية مؤجره في العقار لا يسمح له ان يدعي بوجود عقد الإجارة بينه و بين المؤجر، ③ و بعبارة أخرى لا يسمح له أن يدعي بأنه مستأجرله

١- PLD 1969 L 418.
٢- SCMR 81 (139).
٣- (1878) 2 CLR 208.

وكذلك تحت قاعدة قانونية (RESJUDICATA)① لا يسمح لشخص أن يرفع الدعوى اعتمادا على الأسباب والأسس التي من المفترض أن يعتمد عليها في الدعوى السابقة ولكنه تركها.② كما يمنع المدعى عليه أن يرفع دعواه اعتمادا على الأسباب والأسس التي من المفترض أن يعتمد عليها في الدعوى السابقة.③

واما التناقض في الدعوى الأصلية أو الدفع الأصلي من المدعى عليه فلا تنص أية مادة من مواد مجموعة الاجراءات المدنية الصادرة ١٩٠٨م على منع هذا التناقض أو قبوله، ومع ذلك فرحلت هذه المشكلة في بعض قضايا المحاكم العليا الإقليمية

١- ويقصد بهذا المصطلح المنع من رفع الدعوى التي اسبابها المباشرة والجوهرية كانت اسبابا مباشرة وجوهرية في الدعوى السابقة بين نفس الخصمين بنفس شأنهما وصفتهما، في المحكمة المختصة، وهذه الدعوى السابقة قد سمعت كاملة وحكم فيها نهائيا وقطعا.

انظر: Code of Civil Procedure: S - 11

٢- A I R 1928 A 721 / A I R 1932 N 90 /
P L D 1949 FC 51 / P L D 1964 BJ 19.

٣- A I R 1915 PC 103 / A I R 1930 PC 177
A I R 1944 O 94 / P L D 1962 K 632.

و يسمح مبدئيا للمدعي والمدعى عليه فى بعض الحالات بالاعتماد على الأسس البدلية رغم كونها متناقضة بعضها مع البعض الأخرى ولكن لا يسمح لأحد الفريقين أن يعتمد علي حجتين متناقضين تناقضا قاطعا، (١) ويحق للمحكمة رد أحدهما (٢) بعد إعطاء الفريق الآخر الفرصة لاختيار أحدى الحجتين المتناقضين (٣) وقد تقرر أيضا أن الحجج المتناقضة أمارة على زيف الحجة وكذبها. (٤)

هذا كله يتعلق بالتناقض فى دعوى المدعي و جوابها من المدعى عليه، والآن نناقش التناقض الذى لا يكون فى الدعوى أو جواب الدعوى بل يحدث فى موقف المدعي أو المدعى عليه بعد إدخال الدعوى أو جوابها فى المحكمة.

١ــ PLD 1963 SC 553. . . . . .

٢ــ Code of Civil Procedure: O.6 r.16

٣ــ AIR 1930 A 877. . . . . .

٤ــ AIR 1929 PC 95. . . . . .

فان الخصم الذى اختار موقفا قانونيا طول مدة سير الدعوى لايسمح له أن يغيره بعد أن يفشل فيه، و خاصة إذا كان هذا التغيير فى موقفه يضع معارضه فى حرج كبير ويلحق به الضرر (١).

ولا يسمح لأي أحد من الفريقين أن يقدم الحجج إثبات واقع لم يذكره فى دعواه (٢)، كما يمنع المدعى عليه من ذلك النوع من الدفع الذى لا يتناوله جوابه عن الدعوى (٣). و بعبارة أخرى لا يسمح لخصمين بإثبات أمر غير الذى تتناوله الدعوى أو الدفع عنها (٤).

و يفهم مما ذكرسابقا أن القانون الانجليزى يماثل القانون الإسلامى من ناحية أنه يمنع وقوع التناقضات فى الدعاوى، و لكن الخلاف الرئيسى بينهما هو أن القانون الانجليزي الباكستاني متسم بالغموض وعدم

١- AIR 1924 PC 18.
٢- PLD 1971 K 505 p.69
٣- PLD 1964 L 292.
٤- PLD 1966 K 456.

وذهب اليه قانون اصول المحاكمات الشرعية المادة ٤٠ .

الصراحة فى هذه المسألة ، خلافا لنظيره الإسلامي الذى هو واضح وضوحا كاملا وحاسما حسما تاما .

والقانون الانجليزى يستمد طاقته من اقضية المحاكم العليا التى تفسره وتزيل غموضه وارتباكه ولكن القانون الإسلامي يمتاز عنه من حيث أن اصوله ومبادئه قد وضعت بوضوح تام ولا يحتاج لشرحه وإيضاحه إلى اقضية المحاكم .

الشرط الثانى : أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة :

وكذلك اشترط الفقهاء لصحة الدعوى أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة ، ولا يكون

فيها تردد ، فلا تصح الدعوى بقول المدعى (أشك أو أظن أن لي على فلان مبلغ كذا) أو (أنه غصب مني دابتي). ① فلا يجوز أن تقبل دعاوى الذين ليسوا متأكدين لحقوق لهم ، وانما يشكون في ذلك ، ويضيعون أوقات المحاكم. وبناء على ذلك من وجد وثيقة في تركة مورثه أو أخبره عدل بحق له ، فعند بعض الفقهاء لا يفيده ذلك إلاّ الظن ، وعند بعض الآخرين يجوز رفع الدعوى في هذه الصورة ، لان الظن هنا قوى ، والظن الغالب يكون بمنزلة التحقق. ②

وفي القانون الباكستاني أيضا يشترط أن تكون الدعوى بتعبيرات صريحة وجازمة وقاطعة ، وإذا رفعت الدعوى بناء على شك المدعي أو ظنه لا تقبل هذه الدعوى ، ويشترط أن يذكر المدعي الحقائق المادية بصورة قطعية ③ وإلاّ رفضت دعواه. ④

١ـ كتاب فصل القضية ص ١٢ / البحر الرائق جـ ٧ ص ١٢٩ / تبصرة الحكام جـ ١ ص ٩٢١.

٢ـ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٤٤ .

٣ـ AIR 1925 Pat. 168 / AIR 1932 A 467/ PLD 1970 K 125 p. 147.

٤ـ Code of Civil Procedure: o.7 r. 11(a).

الشـــرط الثالث : أن يـذكر المـدعـي فـى دعواه انه يطالب بالحق الذى يدعيـه :

و قد اختلف الفقهاء بشأن هذا الشرط و فيما يلى تفصيل آرائهـم :

الحنفيـــة : عند بعض الحنفية لا بد أن يذكر المدعي فى دعواه أنه يطالب بالحق المدعى ،① فيجب على المدعي أن يقول فى دعواه (وأنا أطالبه به) أو (مره ليعطينى حقي)، أو مايدل على ذلك كأن يقول (وأريد أخذه منه) أو (أريد تسليمه لي) .② واستدل اصحاب هذا الرأى بأن حق الانسان يجب إيفاءه بطلبه ، والحكم حق المدعي ، فيجوز أن يكون غير طالب له ،وإن

١ـ العناية وتكملة فتح القدير: ج ٦ ص ١٤٤/ بدائع الصنائع : ج ٦ ص ٢٢٢/ المجانى الزهرية والفواكة البدرية: ص ١٠٦ / الاختيار لتعليل المختار: ج ٢ ص ١١٠/ درر الحكام: ص ٣٣١ .

٢ـ المجانى الزهرية والفواكه البدرية: ص ١٠٧ .

لم يصرح بذلك ، و إنما بذكر القضية على سبيل الحكاية ، و إذا طلب حقه يوضح للقاضي غرضه.(١) وبعض الآخرين من الحنفية خالفوا في ذلك و قالوا بعدم اشتراط هذا الشرط.(٢)

الشافعية : عند بعضهم يشترط لصحة الدعوى ..... أن يطالب المدعي فيها بتسليم المدعي به إليه ، و عند بعض الآخرين منهم هذا الشرط ركن في الدعوى ، و يقولون إذا قال المدعي (يلزمه التسليم إلي) فان ذلك لا يكفي ، ولا بد من ذكر الطلب في الدعوى (٣). ولكنهم استثنوا دعوى الوديعة على المودع عنده من هذا الاشتراط ، و قالوا : ليس للمدعي ذلك ، لأن المودع عنده ليس ملزما بأكثر من تمكين صاحب الوديعة من حقه ، و ليس ملزما بالتسليم ، ولكنه يجب

١- الهداية تكملة فتح القدير : ج-٦ ص-١٤٧/ بدائع الصنائع : ج-٦ ص-٢٢٢.
٢- المباني الزهرية : ص-١٠٦.
٣- ادب القضاء لابن ابي الدم : ص-١٥٤.

أن يقول المدعى فى دعواه (وأنا اطلب أن يمكنني منها لأُ خذها)①.

الحنبليـــة: وعند الحنبلية أيضا قولان فى هذه المسألة ، ولكن الراجح هو عدم اشتراط ذكر المطالبة فى الدعوى ، والاكتفاء بدلالة الحال عليه ② ، مع أن بعضهم اشترطوا المطالبة. ③

والقانون الباكستاني يتفق مع الفقه الإسلامي فى هذا الاشتراط ، فيجب أن تنص الدعوى على طبيعة التعويض أو الغوص الذى يريده المدعي من المحكمة ، ④ وإلاّ رفضت دعواه ، ⑤ ولكنه يحق له أن يرفع الدعوى من جديد بعد ذكر الغوص أو التعويض المطلوب ، ⑥ ويجب

١ـ ادب القضاء لابن ابي الدم ص ١٥٦ .

٢ـ المغني جـ ٩ ص ٨٦/ كشاف جـ ٦ ص ٣٤٤ .

٣ـ منتهى الارادات القسم الثاني ص ٥١٢ .

٤ـ Code of Civil Procedure: O.7 r.7.

٥ـ Code of Civil Procedure: O.7 r.11(a).

٦ـ Code of Civil Procedure: O.7 r.11(i).

عليه أن يذكر مطالبة كاملة ، (١) فإذا ترك جزءا من مطالبة سقط حقه فى رفع الدعوى بالنسبة لهذا الجزء. (٢) وإذا كان يستحق التعويضات المختلفة ولم يذكر واحد منها أو أكثر فى دعواه ، فسقط حقه للتعويض أو التعويضات المتروكة ، (٣) ومثاله لو أجر "أ" منزله على ب بأجرة سنوية و ب لم يدفع الأجرة لسنوات ١٩٠٥ و ١٩٠٦ و ١٩٠٧ ، و"أ" رفع عليه الدعوى فى سنة ١٩٠٨ لأجرة ١٩٠٦ فقط ، فسقط حقه فى رفع الدعوى لأجرة بقية السنوات (٤).

١- Code of Civil Procedure: O.2 r.2.

٢- Code of Civil Procedure: O.2 r.2(2).

٣- Code of Civil Procedure: O.2 r. 2(3).

٤- Code of Civil Procedure: O.2 r.2.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى بلسان المدعي عينا :

يشترط عند الإمام أبي حنيفة أن تكون الدعوى بلسان المدعى عينا ، سواء أكان يدعي لنفسه أو لغيره ، وذلك إذا لم يكن في المدعي عذر مقبول والمدعى عليه يصر أن تكون الدعوى بلسانه عيمنا، فاما إذا كان في المدعي عذر مقبول ، أو رضي المدعى عليه أن تكون الدعوى بلسان غير المدعي، تصح أن تكون بلسان الوكيل أو نحوه ،(١) وخالف الجمهور والصاحبان أبا حنيفة في ذلك ، ولم يشترطوا هذا الشرط في الدعوى ، لأنه يجوز عندهم التوكيل بالخصومة ، شاء المدعى عليه أم أبى .(٢)

١- بدائع الصنائع : جـ - ٦ ص- ١١٢/ المعاني الزهرية : ص ١٠٧
الفتاوى العالمكيرية : جـ ٥٠ ص- ٢ / كتاب فصل القضية : ص- ١٢ .
٢- بدائع الصنائع : جـ - ٦ ص- ١١٢/ المعاني الزهرية : ص- ١٠٧/
الفتاوى العالمكيرية : جـ - د ص- ٢/ كتاب فصل القضية : ص- ١٢/
تبصرة الحكام : جـ - ١ ص- ١١١ / المحلى : جـ - ٦ ص- ٣١٦ .

والقانون الباكستاني يواغق رأى الجمهور فـــى هذه المسألة ، وكما نعلم أن في عصرنا الحاضر ترفع الدعاوى فى صورة مكتوبة ، فلا يشترط فى رفعها حضور المدعي شخصيا ، بل يستطع أن يرفعها بوساطة الوكيل أونائبـــه (١) .

الشـــرط الخـــامس: أن يـذكـــر المـدعي فـــى دعـــوى العـيـن أن المـدعى به فـى يـد الخصـــم :

وكذلك يشترط لصحة دعاوى العين ان يقول المدعي فيها (أنه ـ أي المدعي به ـ فى يد المدعى عليه (٢) سوا أكان المدعي به عقارا أم منقـولا .

١ـ Code of Civil Procedure: O.3 r.1 / AIR 1931 A 507. /
واختـاره قانون المحاكمات الحقوقية : المادة ٤١ .

٢ـ العناية على الهداية : ج ٦ ، ص ١٤٤/ درر الحكام : ج ٢ ، ص ٣٣٠ / الاختيار لتعليل المختار : ج ٢ ، ص ١١٠ .

و هذا الشرط يتعلق بشرط الصفة في المدعى عليه ، و المراد منه بأن المدعي يدعي في وجه شخص له شأن بالقضية ، فان الخصم في دعاوى العين هو واضع اليد على المدعى به ، فيجب ذكر ذلك حتى يعرف القاضي أنه يوجه دعواه إلى خصم - ويستثنى من هذا الشرط دعوى منع التعرض ، لأن الخصم يتعرض للمدعي و تكون العين في يد المدعي (١) .

ولا يوجد في مجموعة الاجراءات المدنية أي نص صريح على هذا الاشتراط ، ولكنه ورد فيها أنه يجب أن تتضمن الدعوى كل الحقائق المادية التي شكلت سبب الدعوى (٢) . ويوفر المدعي للمحكمة كل البيانات ليمكن المحكمة من تحديد ما إذا كان سبب الدعوى موجودا فعلا أم لا (٣) .

١- تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٢٩٦ / مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٦٥ .

٢- Code of Civil Procedure: O.7 r.1(e).

٣- AIR 1951 C 458.

فلهـــذا التوضيح لا بد للمدعي من ذكر أن المدعي به في يد المدعى عليه .

الشـــرط الســـادس: أن يصرح المدعي بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير الحـــق :

ويشترط في دعاوى المنقول أن يقول المدعي (أنه - أي المنقول - في يد الخصم بغير حق) ① . وذلك لأن المدعي إن لم يقل أن المدعى به في يد الخصم بغير حق يحتمل أن يكون في يده بحـــق كأن يكون ذلك بإذن الشارع أو بإذن المدعي نفسه .

وكما ذكر في الشرط الخامس أنه يجب - طبقا للقانون الباكستاني - أن تتضمن الدعوى كل الحقائق المادية التي تشكل سبب الدعوى ② .

---

١ - تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ٢٢٠ / قرة عيون الاخيار جـ ١ ص ٤١١ / درر الحكام جـ ٢ ص ٣٢٠ / تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٣٠ .

2- Code of Civil Procedure: O.7 r. 1(e) ← ٢

وعلى المدعى ان يوفر للمحكمة كل البينات ليمكن المحكمة من تحديد ما اذا كان سبب الدعوى موجودا فعلا أم لا ① . ففي ضوء هذه النصوص ينبغي للمدعي أن يذكر في دعواه أن المدعي عليه يضع يده على المدعى به بغير حق .

الشرط السابع: أن تتضمن الدعوى طلب إحضار المدعى به .

بعض الحنفية قد اشترطوا هذا الشرط و قالوا (لا بد أن يقول : فواجب عليه إحضاره مجلس الحكم لأقيم البينة عليه إن كان جاحدا) ثم قالوا (ولا بد من ذكر هذه اللفظة ـ أي قوله ان كان جاحدا ـ لان ذا اليد لو كان مقرا لا يلزم الإحضار لانه يأخذ من المقر ، والأمر بالإحضار إنما يصح لو كان منكرا ② .

١ـ AIR 1951 C 458.

٢ـ جامع الفصولين جـ ٢ ص ٧٠ / درر الحكام جـ ٢ ص ٣٣ .

و استثنوا دعوى الوديعة من هذا الاشتراط، لأن الواجب على المدعى عليه فى دعوى الوديعة هو التمكين والتخلية، ولا يجب عليه نقل الوديعة ① .

ويظهر أنه لا يشترط هذا الشرط لصحة الدعوى لانه لا يطلب إلاّ إذا كان المدعى عليه منكرا، وإنكاره لا يعرف إلاّ بجوابه، و جوابه هو نتيجة الدعوى الصحيحة .

وكذلك القانون الباكستانى لا يشترط هذا الشرط لصحة الدعوى، ولا تنص مجموعة الإجراءات المدنية على هذا الموضوع.

١ــ تبيين الحقائق : ج ٧، ص ٢٩٠، ٢٩١

الشـــرط الثامـــن : أن يطلب المدعي من القاضي تكليـف المدعى عليه بالجواب

اشترط بعض الحنفية لصحة الدعوى أن يطلب المدعي من القاضي تكليف المدعي عليه بالجواب، وعند بعض الآخرين من الحنفية لا يشترط ذلك إذا كان المدعي جاهلا ولا يعرف هذه الاصول ، (١) وكذلك يشترط عند بعض الشافعية أن يطلب المدعي سوال المدعي عليه ، و بعضهم ذهبوا إلى سؤال المدعى عليه بدون طلب المدعي (٢) .

و اما القانون الباكستاني فانه يوافق رأى الحنفية في هذا الاشتراط ، و ورد فيه أنه يجب على المدعي أن يقدم مع الدعوى ورقه الدعوة لحضوره مجلس الحكم (٣) . ويكتب في هذه الورقة أن يحضر المدعى

١ـ كتاب فصل القضية : ص ١٣ .

٢ـ أدب القاضي للماوردي : ج ٢، ص ٣٣٧ ـ ٣٣٨.

٣ـ Code of Civil Procedure: O.3 r.1

عليه ويجيب عن دعوى المدعي وإلاّ يُحكم عليه غيابيا (١) . وتقديم هذه الورقة هي بمثابة طلب تكليف المدعى به بالجواب.

الشرط التاسع: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء:

ويشترط لصحة الدعوى أيضا أن تكون في مجلس القضاء (٢) ، حيث اشترطوا لصحتها أن تكون في مجلس من عنده الخلاص - وهو القاضي - كما هو ظاهر من تعريفاتهم للدعوى (٣) . ويقصدون بمجلس القاضي محل جلوسه في بيت أو دكان ، فلا تسمع الدعوى ولا الشهادة إلاّ أمام القاضي أو نائبه (٤) . فلو رفعها المدعي في غير مجلس القاضي كانت دعوى بمعناها

---

١ - Code of Civil Procedure: First Schedule(Appendix)

٢ - درر الحكام جـ ٢ ص ٣٣٠ / الفتاوى العالمكيرية جـ ٥ ص ٢ .

٣ - بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٢ / المجاني الزهرية ص ١٠٧ / كتاب فصل القضية ص ١٢ / تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٢٨٦ .

٤ - قرة عيون الاخيار: جـ - ٢ ص - ٤٠٥ .

اللغوى ولا بمعناها الاصطلاحى ولا يترتب عليها وجوب الجواب على المدعى عليه (١).

وفى القانون أيضا يجب أن ترفع الدعوى فى مجلس القضاء (٢) أو عند ضابط المحكمة الذى عين لهذه الأمور خاصة (٣).

١ــ تبين الحقائق جـ ٧ ص ١٩٠، ١٩١.

٢ــ Code of Civil Procedure: S-15 and O. 4 r. 1.

٣ــ Code of Civil Procedure: O.4 r.1 / PLD 1960 L 757 / PLD 1961 AJK 82/ PLD 1978 L 1049.

الفصل الثانى

شروط أطراف الدعوى فى الفقه والقانون

يشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : كيفية معرفة المدعي من المدعى عليه فى الفقه والقانون .

المبحث الثانى : شروط المدعي والمدعى عليه فى الفقه والقانون .

المبحث الثالث : شروط المدعى به فى الفقه والقانون .

المبحث الأول

كيفية معرفة المدعي من المدعى عليه في الفقه والقانون .

ذكرت في هذا المبحث كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأوردت آراء الفقهاء فيها ، ثم ذكرت موقف القانون الباكستاني في هذا الأمر وكذلك ذكرت الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

المبحث الأول

كيفية معرفة المدعي من المدعى عليه في الفقه والقانون .

ورد في الشريعة الإسلامية أحكام مستقلة لكل من المدعي والمدعى عليه، فلذا كان التمييز بين المدعي والمدعي عليه هو من أهم الأمور ،لأن مسئولية إثبات الدعوى وضعت على عاتق المدعي و مسئولية دفعها باليمين على عاتق المدعى عليه بقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) (١) ، وفي رواية (البينة على المدعى واليمين على من انكر) (٢) . فالمسئولية الأولى أثقل و أصعب من المسئولية الثانية ، فإذا اخطأ القاضي في معرفة المدعي من المدعى عليه و وضع مسئولية المدعي على المدعى عليه أو العكس فيكون هذا ظلما كبيرا ،فلهذا

١- فتح الباري :ج-١٧ ص- ٢٢ / صحيح مسلم بشرح النووي : ج - ١٢ ص- ٢/ سنن الدار قطني ج ٣ ص ١٠ / سنن ابن ماجه : ج - ٢ ص- ٧٨٠/ سبل السلام : ج - ٤ ص- ٣٢ / نصب الراية : ج - ٤ ص- ٣٩٠ ، ٣٩١.

٢- السنن الكبرى : ج - ١٠ ص- ٢٥٢ / سنن الدار قطني :ج -٣ ص- ١١٠/ نصب الراية : ج - ص- ٩٦.

السبب نرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية بذلوا جهودهم من أجل وضع القواعد التى يعرف بها المدعي من المدعى عليه ، و فيما يلى تفصيل آراء الفقهاء فى هذه المسألة :

① - جمهور الحنفية و بعض المالكية والشافعية والحنبلية :

عرفوا المدعي بأنه (من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها) والمدعي عليه بأنه (من إذا تركها يجبر عليها) ① .

و هذا التمييز بين المدعي والمدعى عليه مأخوذ من طبيعة الدعوى ، فهى تصرف إرادى صادر من طرف المدعي ، و جوابها هو أثر من آثار ذلك التصرف وهو واجب على المدعى عليه

١- المبسوط : جـ - ١٧ ص - ٣١ / بدائع الصنائع : جـ - ٦ ص - ٢٢٤ /
معين الحكام : ص - ٢٢٦ / الفواكه البدرية والمجانى الزهرية : ص - ٦٣ /
تبيين الحقائق : جـ - ٤ ص - ٢١١ / البحر الرائق : جـ - ٧ ص - ١٩٣ /
معين الحكام : ص - ٥٢ / كتاب فصل القضية : ص - ١١ /
تنوير الابصار والدر المختار و قرة عيون الاخيار : جـ - ١ ص - ٣٢٢ ، ٣٢٣ /
تبصرة الحكام : جـ - ١ ص - ١٢٤ / الوجيز فى فقه مذهب الشافعي : ص - ٣٦٠ /
نيل الأوطار : جـ - ٨ ص - ٣١٦ / المغنى جـ - ٩ ص - ٢٢٢ .

ولقد رجح معظم الفقهاء الحنفية هذا المعيار وقالوا إن هذا المعيار عام لا يخرج عنه شيء من الفرعيات (١)

(٢)- جمهور المالكية: وهم عرفوا المدعي بأنه (من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل) والمدعى عليه عكسه ،أي من ترجح قوله بمعهود أو أصل (٢) . والمعهود هو العرف والعادة والغالب (٣) . يعنى العادة الجارية بين الناس.

(٣)- جمهور الشافعية: فعندهم المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ،والمدعى عليه هو من يتمسك بالظاهر (٤) . وبعضهم قالوا أن المدعي هو من لا يجبر على الخصومة (٥) . وهذا التعريف مأخوذ من أن الدعوى هي تصرف إرادي يختص بالمدعي وليس واجبا عليه .

١- تبين الحقائق : جـ - ٤ ص - ٢٦١.
٢- تبصرة الحكام: جـ - ١ ص- ١٢٣.
٣- شرح الخرشي : جـ - ٧ ص -٥٤.
٤- المنهاج و معنى المحتاج : جـ - ٤ ص - ٤٦٤.
٥- مغني المحتاج : جـ - ٤ ص - ٤٦٤.

④- جمهور الحنبلية و بعض الحنفية : و هم أخذوا تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها ، فقالوا أن المدعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شئ على الآخر ،والمدعى عليه هو من يضاف استحقاق شئ عليه ① . و قالوا أيضا أن المدعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، والمدعى عليه هو من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ② .

و قال بعضهم إن المدعي هو من يشهد بما في يد غيره لنفسه ③ . و قال الآخرون منهم إن المدعي هو من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا ، والمدعى عليه هو من يدفع ذلك عن نفسه ④ .

١- المغني : جـ - ٩ ص- ٢٢٢.
٢- كشاف القناع : جـ - ٦ ص- ٣٨٤.
٣- تبين الحقائق : جـ - ٤ - ٢٩١.
٤- بدائع الصنائع: جـ - ١ ص- ٢٢٤.

الحكمة فى معرفة المدعي من المدعى عليه

تظهر فائدة التمييز بين المدعي والمدعى عليه فى وقت رفع الدعوى ، فإذا عرف المدعي من المدعى عليه عرفت المحكمة المختصة بنظر الدعوى، لأن فى بعض القضايا تكون المحكمة المختصة محكمة مكان المدعي و فى بعضها الأخرى تكون محكمة مكان المدعى عليه أو المكان الذى يختاره أحدهما .(١)

و كذلك إذا عرف القاضى الخصمين يسهل له تعيين الطرف الذى يقع عليه مسئولية اثبات الدعوى، وهو المدعي، والطرف الذى يكلف باليمين عند عدم وجود البينة للمدعي. وكما يفيد التمييز بينهما فى المحاكمة الغيابية لأن قواعد غياب المدعي تختلف عن قواعد غياب المدعى عليه .

---

(١) سيأتى تفصيله فى مبحث خاص تحت عنوان "الاختصاص المحلي للمحاكم فى الفقه والقانون" أنظر ص - ١١٩.

واما واضعو مجموعة الاجراءات المدينة فانهم لم يجتهدوا فى وضع أية ضابطة يستعين بها القاضي من أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه، حتى ولم يعرفوا المدعي أو المدعى عليه، ويبدو أنهم يعتمدون فى التمييز بينهما على ما هو متعارف عليه، أو على المتبادر إلى الذهن من معنى للمدعي والمدعى عليه.

وقد وردت بعض التعريفات للمدعي والمدعى عليه فى بعض القواميس القانونية، فعرفوا المدعي بأنه هو الذى تبدأ اجراءات الدعوى بالتماسه فى المحكمة الابتدائية، وهو الذى يلتمس الإعانة ضد شخص آخر بأية صورة (١). والمدعى عليه هو المدافع الذى

١- Words & Phrases Legally Defined: 4/135.

توجهت اليه الدعوى أو الإجراءات (١) . و بعضهم أخذوا التعريف من المعانى اللغوية للمدعي والمدعى عليه ، حيث قالوا أن المدعى هو الذى يرفع الدعوى (٢) ، والمدعى عليه هو الشخص الذى رفعت عليه الدعوى او أي الإجراءات المدينة (٣) .

يظهر أنه ليس هنا قواعد و ضوابط مستقلة و واضحة فى القانون الباكستاني للتمييزبين المدعي والمدعى عليه ، ولو أن القضاء فى باكستان استنار بالضوابط والمعايير التى وضعت للتمييزبين الخصمين فى الفقه الاسلامي لكان أقرب تحقيقا للعدل بين المتنازعين .

١- Stroud's Judicial Dictionary: 2/726.

٢- Jowitt's Dictionary of Law: 2/1368 /
A Concise Dictionary of Law: P-242.

٣- Jowitt's Dictionary of Law: 1/158 /
A Concise Dictionary of Law: P-106.

المبحث الثاني

شروط المدعي والمدعى عليه في الفقه والقانون

هذا المبحث يتكلم فى شروط المدعي والمدعى عليه من شرط الأهليه و شرط الصفة (أي الشان فى القضية) بالنسبة كل واحد منهما ، و من كون المدعى عليه معلوما و معينا ، و حضوره مجلس القضاء عند الدعوى ،و مع كل شرط من هذه الشروط ذكرت موقف القانون الباكستانى منه.

المبحث الثاني

شروط المدعي والمدعى عليه في الفقه والقانون.

أولاً: شروط المدعي:

لقد اشترط الفقهاء في المدعي شرطين وهما:

الشرط الأول: الأهلية

وقد اختلفوا على اشتراط هذا في المدعي، فنذكر آراءهم في التالي:

١- الحنفية: فقهاء الحنفية لا يشترطون في المدعي كمال الأهلية، فيصح للصبي المميز المأذون له أن يكون المدعي ولكن لا يصح للذي لم يؤذن له (١).
وذلك لأن الدعوى من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

١- درر الحكام: ج - ٢ ص- ٣٢٠/ قرة عيون الاخيار: ج - ١ ص- ٣٢٥
المجاني الزهرية على العواكه البدرية: ص ٨٨/ كتاب فصل القضية: ص ١٢
مجلة الأحكام العدلية: المادة - ١١٦ -.

٢- المالكية: فهم ايضا لا يشترطون فى المدعي كمال الأهلية بل يصححون الدعوى من الصبي والسفيه وإن كان محجورا ①. ولا يشترطون إذن الولي.

٣ الشافعية: وهم يشترطون البلوغ فى المدعي فلا تصح الدعوى من الصبي والسفيه عندهم ②.

- الحنبلية: وهم أيضا ذهبوا إلى عدم جواز الدعوى من الصبي ③.

وفى القانون الباكستاني لا يستطيع الصبي أو المجنون أن يرفع الدعوى إلا بوساطة وليه. ④

١- نظرية الدعوى القسم الأول: ص ٢٨٦، (نقلا عن مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٢٧).

٢- تحفة المحتاج: ج ١٠ ص ٢٩٣ / مغنى المحتاج: ج ٤ ص ١١٠.

٣- منتهى الارادات القسم الثانى: ص ٦٢٨.

٤- Code of Civil Procedure: O.32 rr. 11 & 15

الشـــرط الثانـــى : الصفـة

اشترط الفقها جميعا شرط الصفة فى المدعي لصحة الدعوى ،و معنى هذا الشرط أن يكون المدعي ذا شأن فى الدعوى ..... و ليس المقصود أي شأن و إنمـا المقصود شأن يعترف به الشرع و يراه كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء ، فلذا يشترط أن ترفع الدعوى من قبل من له شأن فيها . و يتحقق ذلك فى الحالات التالية :

أ- إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه ، أي أن يكون أصيلا فى الدعوى (١) .

ب- أو يطلب الحق لغيره من حيث هو نائب أو ولى أو وصي أو وكيل عن صاحب الحق (٢) .

١- تبصرة الحكام : ج ١ ، ص ١٣٦ .

٢- تبصرة الحكام : ج ١ ، ص ١٣٦

ج - ويستطيع كل واحد من الناس أن يرفع الدعوى على من أحدث ضررا في الطريق العام ويطالب بإزالة الضرر ① .

د - وكذلك في حقوق الله يستطيع كل واحد من سكان الدولة الإسلامية أن يرفع الدعوى في حقوق الله أو في الحقوق التي حق الله غالب فيها ② .

وفي القانون الباكستاني لا توجد أي أحكام متعلقة بشرط الصفة في المدعي ، ولكنه يفهم من بعض القضية أنه يطرد من الدعوى إسماء الأشخاص الذين لا علاقة لهم بها ③ .

---

١ - نظرية الدعوى القسم الأول ، ص ٢٨٣
(نقلا عن فصول الاحكام للمرغيناني (مخطوط بدار الكتب) ق ١٦ ب) .

٢ - كتاب فصل القضية : ص ١٣ .

٣ - PLD 1972 SC 59 / PLD 1976 L 85 /
PLD 1965 D 226 / PLD 1957 L 1040.

ثانيـــا : شـــروط المـــدعى عليـــه :

اشترط جمهور الفقهاء فى المدعى عليه ثلاثة شروط و هى الأهليه والصفة والمعلومية ، واختص الحنفية المدعى عليه بشرط رابع و هو حضوره فى مجلس القضاء عند الدعوى والحكم ، و فيما يلى تفصيل هذه الشـــروط :

الشـــرط الأوّل : الأهليـــة

نذكر آراء الفقهاء فى هذه المسألة :-

١- الحنفيـة : يرون أنه يصـح أن ترفع الدعوى على الصبي المميـز المأذون له ① .

١- درر الحكام : ج ٢ ، ص ٣٣٠ / قرة عيون الأخيار : ج ١ ، ص ٣٢٥ / المجانى الزهرية على الفواكة البدرية ص ٨٨ / مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦١٦ / كتاب فصل القضية ص ١٤ .

٢- المالكيـــة: فهم يشترطون فى المدعى عليه الأهلية الكاملة ،فان كان المدعى عليه فاقد الأهلية أو أهليته ناقصة لم تصح الدعوى عليه (١) .

٣- الشـافعيـة: وهم يشترطون البلوغ فى المدعى عليه ، ولكنهم يرون أنه تصح الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به ،فتصح الدعوى بالقتل على السفيه (٢) .

٤- الحنبليـة: قالوا: تصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه ،فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف (٣) .

١- تبصرة الحكام: ج ١، ص ١٣٢ .

٢- تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ٢٩٣ / مغنى المحتاج: ج ٤، ص ١١٠ .

٣- كشاف القناع: ج ٦، ص ٣٨٤ .

و في القانون الباكستاني إذا رفعت الدعوى على الصبي أو السفيه فإن المحكمة هي التي تعين له الولي ①.

الشرط الثاني: الصفة

لا يصح رفع الدعوى إلاّ إذا رفعت على الشخص الذي تعتبره الشريعة خصما، و هو الذي لا يترك إلاّ إذا أتى بالجواب اعترافا أو إنكارا، فلذا بيّن الفقهاء قواعد لمعرفة الخصم في كل نوع من انواع الدعاوى، فنذكر معرفة الخصم في كل نوع من هذه الانواع كالتالي:

١- الخصم في دعوى العين: ففي دعوى العين الخصم - أي المدعى عليه - هو من كان في يده هذه العين ②، فالذي ليست في يده ليس له أن يقربها

١- Code of Civil Procedure: O. 32 rr.1 & 32.

٢- الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٤٦ / جامع الفصولين ج ١ ص ٣٨ / درر الحكام ج ٢ ص ٣٢٠ / مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦٣٥/ تبصرة الحكام ج ١ ص ١٠٤/ الام ج ٦ ص ٢٢٦ .

للمدعي، وإقراره ليس ملزما للذى يحوز تلك العين، و حائز العين المدعاة هو الذى يملك اقرار بها فقط، و هو الخصم فى دعواها، فلذا يشترط عند بعض الفقهاء لصحة الدعوى أن يذكر المدعي فى دعواه أن العين فى يد المدعى عليه (١). ولا يصح أن ترفع الدعوى على صاحب اليد الطارئة مثل المستأجر أوالمستعير أو المرتهن أو نحو ذلك (٢). لأن صاحب اليد الطارئة لا ينفذ إقراره على مالك العين ولا يترتب عليه حكم فلا يكون خصما إذا انكر ولكن إذا ادعى المدعي أن فلانا غصب منه عينه لم يكن للمدعى عليه أن يدفع بقوله أنه العين المدعاة ليست فى يده أو أنه نائب فى حيازتها عن غيره لأن فى دعوى الفعل أنها تصح .....

١- العناية على الهداية: ج ٦، ص ١٤٤.

٢- جامع الفصولين: ج ١، ص ٣٨.

توجيهها ضد الفاعل (١) ، لأنه لو أقر به لترتب على ذلك إلزامه بقيمة المدعى به أو مثله إن كان هالكا ، وردّه إن كان موجودا ، فهو الخصم فى مثل هذه الدعاوى .

وفى دعاوى الشفعة إن استلمها المشترى فللشفيع أن يرفع عليه الدعوى ، وإن لم يستلمها كان الخصم له كلا من البائع والمشترى ، لأن الأول هو واضع اليد، فيحضر من اجل التسليم ، والآخر هو المالك ، فلا تسمع الدعوى إلا بحضورهما جميعا (٢) .

وكذلك إذا ادعى شخص بعين من اعيان تركة المتوفى ، فالخصم هو الوارث الذى فى يده تلك العين ، فلا تسمع الدعوى بها على غيره من الورثة . (٣)

١- درر الحكام : ج ٢، ص ٢٤٤ .

٢- جامع الفصولين : ج ١، ص ٤٠، ٤١ .

٣- البحر الرائق : ج ٧، ص ١٩٤/ جامع الفصولين: ج ١، ص ٥٢ .

والظاهر أن هذه الصورة بعد قسمة التركة ، واما قبلها فكل واحد من الورثة خصم .

واذا طلب المدعي استرداد العين - التي باعها وسلمها الآخر بدون إذنه - فالخصم هو المشتري ولكنه إذا أراد التضمين تصح الدعوى على هذا الآخر الغاصب ، وإن كانت العين في يد غيره ، لأنها تكون دعوى الفعل وكما تصح على ذي اليد تصح على غيره ① .

الخصم في دعوى الدين :

الخصم في دعوى الدين هو الذي يثبت في ذمته الدين أو نائبه في الخصومة ، لانه هو الذي إذا أقر بالدين ألزم به .

١- مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٦٤٢

واستثنى الحنفية بعض الصور من هذا ومثالها دعوى الدين الذى سببه النفقه الشرعية للزوجه أو الأولاد أو الأبوين ، فيصح رفع الدعوى فى هذه الصورة على من يحوز العين المملوكة للمدين (١) . وكذلك تصح توجيه الدعوى إلى مدين المدين إذا كان سبب الدعوى هو النفقة الشرعية المذكورة (٢) .

الخصم فى الدعاوى الاخرى :

أ- دعوى الفعل : الخصم فى دعاوى الفعل هو الفاعل (٣) . فترفع دعوى الغصب على الغاصب.

ب- دعوى القول : الخصم فى دعاوى القول هو القائل ، ومثالها الطلاق والابراء والاقرار ،

١- مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٦٣٩ .

٢- مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٦٤٠ .

٣- نظرية الدعوى القسم الأول : ص ٢٩٩
(نقلا عن مباحث المرافعات ص ٣٠) .

كذلك القاذف أو الشاتم هو الخصم في دعوى القذف أو الشتم ① .

دعوى الحقوق : والخصم في هذه الدعاوى هو الذي ينازع المدعي في حقه و يمنعه من التمتع به ، اما حقوق الارتفاق العقارية فدعاويها كدعوى العين ، والخصم فيها هو الذي في يده العقار الذي تعلقت به هذه الحقوق ② .

ج - دعوى العقد : الخصم في دعوى العقد هو المباشر له ، أو من قام مقامه ، كالوكيل والوارث والوصي ③.

واما شرط الصفة للمدعى عليه في القانون فإن القانون الباكستاني خال عن الأحكام في هذا الموضوع ، ولكنه يفهم من بعض أقضية المحاكم العليا أنه يشتبر أسماء الخصوم الذين لا علاقة لهم بالدعوى ④.

١- نظرية الدعوى القسم الأول ص- ٢٩٩ (نقلا عن مباحث المرافعات: ص- ٣٠).
٢- نظرية الدعوى القسم الأول : ص- ٢٩٩ (نقلا عن مباحث المرافعات: ص- ٣٠، ٣١).
٣- نظرية الدعوى القسم الأول : ص- ٢٩٩ (نقلا عن مباحث المرافعات : ص- ٣٣).
٤- PLD 1957 L 100/PLD 1965 D 226/
PLD 1976 L 85/PLD 1972 SC 59.

الشـــرط الثالث : معلومية المدعى عليـــه .

اشترط بعض الفقهاء أن يكون المدعى عليه معينا و معلوما ① . و هذا الشرط لا بد منه ،لأن الهدف الأساسي من القضاء الفصل فى النزاع ، ولكن لا يمكن حصول هذا الهدف إذا كان المدعى عليه مجهولا ، و من شروط الدعوى أن تكون ملزمة شيئا على الخصم و فى حالة عدم معلومية المدعى عليه لا يمكن الالزام فيها .

و كذلك يشترط فى القانون الباكستاني معلومية المدعى عليه ، حيث ورد فيه أنه يجب أن يذكر فى الدعوى اسم المدعى عليه و عنوانه بالتفصيل ② .

الشـــرط الرابـــع: حضور المدعى عليه فى مجلس القضاء .

اشترط فقهاء الحنفية لصحة الدعوى حضور المدعى عليه فى مجلس القضاء ③ . إلاّ فى حالات استثناية

١- كتاب فصل القضية : ص ١٤.
٢- Code of Civil Procedure : O.7 r. 11(a)
٣- بدائع الصنائع : ج - ٦ ص - ٢٢٣/ معين الحكام: ص - ٤٥
الفواكه البدرية : ص - ٤٥

استدلالا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لما أرسله إلى اليمن (إذا أتاك الخصمان فسمعت من أحدهما فلا تقضين حتى تسمع من الآخر ، فانه أثبت لك)①، فلذلك خالفوا في القضاء على الغائب إلا في حالات استثنائية ، كالدعوى على المتمرد.② فيلزم عندهم أن يأتي المدعي مع خصمه إلى القاضي وقت رفع الدعوى

ولكن إذا رفض الخصم الحضور ، يحضر قهرا برفع الدعوى فقط بشرط أن يكون قريبا بحيث لو حضر يمكن أن يرجع إلى بيته في نفس اليوم. وإن لم يكن كذلك لم يحضره القاضي بمجرد الدعوى بل يقيم المدعي البينة على صدق دعواه ، وعند بعضهم لا يقيم البينة بل يحلف على صدق دعواه ، لأن

١ـ الجامع الصحيح جـ ٣ ص ٦١٩/ سبل السلام جـ ٤ ص ١٦٤ (هذا جزء من الحديث يذكر فيه سيدنا علي قصة ارساله الى اليمن وما اوصاه رسول الله صلى الله عليه وسلم)

٢ـ بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٢٣/ معين الاحكام ص ٥٤ / قرة عيون الاخيار جـ ١ ص ٣٧٨ ـ ٣٨٠ .

البينة تقام على الخصم و لا خصم هنا (١). فان اقام البينة أو حلف أمر القاضي باحضار المدعى عليه .

ولكنه إذا امتنع المدعى عليه عن الحضور بعد امر القاضي، أو اختفى فإن عرف مكانه أنذر، فان لم يحضر وكل القاضي من يدافع عنه و قضى عليه بوساطة هذا الوكيل عند الامام ابي يوسف، وكذلك من اختفى و لم يعرف مكانه (٢).

و في القانون الباكستاني يستطيع المدعى عليه أن لا يحضر اصالة و يرسل وكيله إلى المحكمة (٣). و لكن القاضي إذا رأى ضرورة يستطيع أن يطلب حضوره شخصيا (٤). ففي هذه الحالة على المدعى عليه أن يحضر شخصيا و إلا قضي عليه في غيابه (٥).

١ـ قرة عيون الاخيار جـ ١٠ ص ٣٧٩ .

٢ـ حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٤١٦ /
البحر الرائق جـ ٧ ص ١٩، ٢٠ /
معين الحكام ص ٩٧ /
كتاب فصل القضية ص ٥٩ /
المجاني الزهرية ص ٦٥ /
و اختاره قانون المحاكمات الحقوقية المادة ١٤٤ /
و لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ٢٨١، ٢٨٢.

٣ـ Code of Civil Procedure: O. 3 r.1

٤ـ PLD 1976 K 526 / AIR 1933 A 51 /
AIR 1917 A95.

٥ـ Code of Civil Procedure: O.9 r.12

المبحث الثالث

شروط المدعى به

في الفقه والقانون

و قد بينت في هذا المبحث بشروط المدعى به ،و هي أن يكون المدعى به في ذاتة مصلحة مشروعة ، و أن يكون معلوما ،و أن يكون محتمل الثبوت عقلا و عادة ،و كذلك ذكرت رأى القانون الباكستاني بالنسبة كل شرط من هذه الشروط .

المبحث الثالث

شروط المدعى به في الفقه والقانون

إشترط الفقهاء في المدعى به ثلاثة شروط ، فيمايلي تفصيل هذه الشروط :

الشرط الأوّل : أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة مشروعة :

يعني هذا الشرط ان تكون الغاية من الدعوى حصول المصلحة التي أقرّبها الشارع و حماها، والهدف الأساسي من مشروعية القضاء هو حماية حقوق الناس، و هذه الحقوق هي مصالح الناس التي اعترف بها الشارع و حماها . و بناء على ذلك فان الأصل في قبول الدعاوي أن يكون المدعى به مصلحة معتبرة في نظر الشارع،

و يشترط أيضا أن يترتب للمدعي نفع معتبر من وراء مطالبته بهذه المصلحة ، و ذلك لا يكون إلاّ إذا تعرضت تلك المصلحة لاعتداء ، فيكون لصاحبها مصلحة في رد ذلك الإعتداء (١) . و لذلك اشترط الفقهاء أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح و قالوا أنه ذلك لا يتحقق إلاّ إذا كان المدعى به مما ينتفع به المدعي لو أقربه خصمه (٢) . لأنه إن لم ينتفع كانت مطالبته بدون فائدة .

فلا تقبل الدعوى إذا لم يكن المدعى به مصلحة أو كان مصلحة و لكنها غير معتبرة شرعا ، و ذلك كمن يدعي بأشياء تافهة ، أو كمن يدعي أبوة المتوفى ولا يطلب الإرث أو غيره من الحقوق .

أو إذا كان المدعى به مصلحة للمدعي و لكن الشارع أصناف حمايته لها إلى زمن المستقبل كدعوى

١ـ نظرية الدعوى القسم الأوّل : ص ٣٠٦

٢ـ الفروق : ج ٤، ص ٧٢ / تبصرة الحكام : ج ١، ص ١٢٦، ١٢٢،

الدين المؤجل . ولذلك اشترط بعض الفقهاء أن يكون الحق المدعى حالا وقت المطالبة أمام القاضي ① .

قد يكون المدعى به مصلحة للمدعي خاصة ولكن الشارع يربط حمايته لها بإرادة المدعى عليه كمن يدعى عقد هبة لم تقبض أو عقد وكالة غير مأجورة، لأن هذه العقود غير ملزمة ② .

و قد تكون هذه المصلحة متولده من مفسدة كدعوى ثمن شيء محرم ، فلا تقبل دعوى هذا الثمن .

و فيما يتعلق بمجموعة الإجراءات المدنية فهي لا تذكر صراحة كون المدعى به مصلحة ، ولكنه كما نعلم بأن معظم التنازعات تتولد من العقود ، وقانون العقود الباكستاني يحرم العقد إذا كان موضوعه محرما أو الغاية منه محرمة ③ .

١- تحفة المحتاج : ج - ١٠ ص - ٣٠٢ / تبصرة الحكام : ج - ١ ص - ١٢٧.
٢- قرة عيون الاخيار : ج - ١ ص - ٣٨١ / شرائع الاسلام : ج - ٢ ص - ٢٢٩.
٣- Contract Act 1872: S-24.

وكذلك يمنع العقود التى هى فى صورة القمار ① ، وترد الدعوى بناء على هذه العقود يعنى لا يستطيع المدعي أن يرفع الدعوى بناء على العقد الذى يمنعه القانون ② .

وغاية العقد أو المعقود عليه ممنوع عند القانون فى الأحوال التالية ③ .

أ- إذا كان القانون يمنعه .

ب- إذا كان فيه خداع .

ج- إذا كان لإضرار الغير .

د- أو إذا كان يخالف الاخلاق .

فالعقد فى الصور المذكورة محرم ، والمدعي لا يستطيع أن يرفع الدعوى بناء على ذلك .

١- 1-Contract Act 1872: S.30.

٢- 2-Contract Act 1872: S.30(B).

٣- 3-Contract Act 1872: S.23.

الشـــرط الثانـــى : أن يكـــون المدعى به معلوما :

و اشترط الفقهاء لصحة الدعوى أن يكون المدعى به معلوما (١) . والمقصود بعلم المدعى به تصوره أى تميزه فى ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي (٢) . لأن الغاية من الدعوى هى إجبار المدعى عليه برد الحق المدعى إلى صاحبه ،ولا يمكن إلزامه مع جهالة الحق المـــدعـــى .

والدعوى التى لا يتوفر فيها هذا الشرط لا يلزم المدعى عليه جوابها بل يعطي القاضي للمدعى عليه وقت التصحيح ، فاذا لم تصح ترفض دعواه ، واما اذا جاء بدعوى ناقصة بالنسبة لذكر المدعى به مرة ثانية ورفعت دعواه بعد إستكمال شـــروطها (٣) .

١- المباني الزهرية : ص - ١٠٧ / كتاب فصل القضية : ص - ١٤ /
بدائع الصنائع : جـ - ٦ ص - ٢٢٢ / تهذيب الفروق : جـ - ٤ ص - ١١٤ ، ١١٧ /
حاشية الدسوقى : جـ - ٤ ص - ١٤٤ / المهذب : جـ - ٢ ص - ٣١١ /
المغنى : جـ - ٩ ص - ٨٤ / منتهى الارادات القسم الثانى : ص - ٥٩٢ /
البحر الزخار : جـ - ٤ ص - ٣٩٢ .

٢- تهذيب الفروق : جـ - ٤ ص - ١١٤ ، ١١٧ / حاشية الدسوقى : جـ - ٤ ص - ١٤٤ /
حاشية العدوى على الخرشي : جـ - ٧ ص - ١٥٤

٣- المبسوط : جـ - ١٧ ص - ٧٠ / تبصرة الحكام : جـ - ١ ص - ١٠٤ /
تحفة المحتاج : جـ - ١٠ ص - ٩٦٧ / المغنى : جـ - ٩ ص - ٨٦ .

وفيما يلى نذكر كيفية العلم بالمدعى عليه فى الدعاوى المختلفة :

١- كيفية العلم بالمدعى به فى دعوى العين :

المدعى به فى دعوى العين اما أن يكون عقارا و اما أن يكون منقولا :-

أ- العقار : اشترط الفقهاء فى دعوى العقار ذكر حدوده و ناحيته من البلد الموجود فيها (١) ، و بعضهم اشترطوا أيضا ذكر الأقسام الإدارية العامة والخاصة التى ينتمي إليها العقار المدعى مع ذكر جهة الباب التى يفتح عليها (٢) . هذا إذا لم يكن العقار مشهورا ، اما إذا كان مشهورا فيشترط ذكر اسمه فقط عند جمهور الفقهاء والصاحبين (٣) . و يشترط أبوحنيفة ذكر الحدود سواء أكان العقار مشهورا أو غير مشهور (٤) .

١- بدائع الصنائع : جـ ٦ ص ٢٢٢ / تنوير الابصار : جـ ١ ص ٣٩١ / تبصرة الحكام : جـ ١ ص ١٠٨ / المغنى : جـ ٩ ص ٨٥.

٢ - بدائع الصنائع : جـ ٦ ص ٢٢٢ / قرة عيون الأخيار : جـ ١ ع ٣٩٢.

٣- تنوير الابصار : جـ ١ ص ٣٩٢ / المنهاج مع شرح المحلي : جـ ٤ ص ٣١١ / كتاب فصل القضية : ص : ص ٦٨.

٤ - تنوير الابصار و الدر المختار : جـ ١ ص ٣٩١.

ويشترط عنده في تعريف الحدود أن يذكر أسماء أصحابها وأنسابها ، وإن كان أصحابها مشهورين فيذكر أسماء هم فقط (١) .

وعند الحنفية يكفي ذكر ثلاثة حدود فقط (٢) ، ولكن عند الشافعية يكفي ذكر ثلاثة الحدود في حالة ما إذا كان العقار يتميز بها ، بل يكفي الحد الواحد إذا عرف العقار به ، وتميز عن غيره (٣) .

مجموعة الاجراءات المدنية الباكستانية توافق الفقه الاسلامي في هذا المجال ، فورد فيها أنه إذا كان المدعى به عقارا ، فيلزم أن يذكر في الدعوى تفاصيل العقار حيث يتميز عن غيره ، ويذكر حدوده ورقم تسجيله في الأوراق الرسمية (٤) ، وإذا تخلفت الدعوى

١- تنوير الابصار والدر المختار مع حاشيه ابن عابدين : ج - ٥ ص - ٤٥٥ / الفتاوى الهندية : ج - ٤ ص - ٩ .

٢- قرة عيون الاخيار : ج - ١ ص - ٢٠٢ / معين الحكام : ص - ٥٦ / كتاب فصل القضية : ص - ١٠٦ .

٣- نهاية المحتاج : ج - ٨ ص - ١١١ .

٤- Code of Civil Procedure: O.7r.3/ PLD 1958 L 553/PLD 1977 SC. 4.

هـذا الشرط لا ترفض الدعوى ① ، بل يسئل المدعي عن التفاصيل المتعلقة ② .

و يشترط أيضا لصحة دعوى العقار أن يذكر المدعي سبب إستحقاقه عند جمهور الحنفية ③ ولا يشترط عند متأخرى الحنفية فى دعوى الملك فى البلاد الحديثة لاحتمال أن المدعى تملكه من الأصل ولم ينتقل إليه بسبب من الأسباب الناقلة كالبيع و نحوه و ذلك لقرب عهد تأسيسه ، اما المدن القديمة فيشترط فيها ، و ذلك لأن قدم البناء قرينة قاطعة على أن المدعي يدعيه بسبب من الأسباب الناقلة للملك ④ .

و اما المالكية فيجب عندهم ذكر سبب الاستحقاق

١ـ PLD 1977 SC 4/PLD 1973 ٢٤٧

AIR 1920 Pat. 850

٢ـ AIR 1915 C 597

٣ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٠١ /
مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦٢٧ .

٤ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٠١ .

سواء أكان الدعوى دعوى العقار أو المنقول أو الدين أو غيرها ، لأن السبب قد يكون فاسدا فيجب ذكره لكي يعرف (١) .

واما في القانون الباكستاني فلا يوجد أي نص أو قضية أو قرار..... يدل أنه يشترط ذكر سبب الإستحقاق في القانون الباكستاني. ولكن المدعي إذا كان يدعي ملك العقار لابد له من أن يثبت ملكيته للعقار فلذلك يجب عليه أن يذكر سبب الاستحقاق .

ب- المنقول : في المنقول انقسم الفقهاء إلى فئتين وفيما يلي تفصيل ذلك:

١- الجمهور: وعندهم يعلم المنقول بالاشارة إذا كان موجودا في مجلس القضاء (٢) أو كان حاضرا في البلد عند الحنبلية (٣) ، واما اذا كان غائبا وكان مثليا فيجب على المدعي ذكر وصفه المشروط ذكره في عقد السلم ولا يشترط في هذه الحالة

١- تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٣٠/ شرح الخرشي: ج ٧، ص ١٥٤ .

٢- أدب القضاء لابن ابي الدم: ص ١٥٤ .

٣- منتهى الارادات القسم الثاني: ص ٢ و ٥ .

ذكر قيمته ، والاحوط ذكرها (١) . واما إذا كان قيميا فقالوا : إذا كان منضبطا بالوصف ، فيجب وصفه بما ينضبط به ، وإلاّ فيجب ذكر قيمته (٢)

٢- الحنفيـــــة : إذا كان المنقول موجودا في مجلس القضاء فيعلم بالاشارة عليه (٣) ، وإذا كان غائبا ، وإن كان إحضاره إلى مجلس القضاء لا يكلف نفقه ، يطلب من المدعى عليه إحضاره ليشار إليه ، وإن كان احضارة يكلف نفقة معتبرة ، فيذهب القاضي أو أمينه إلى مكان وجوده ليشار إليه من قبل المدعي أمامه (٤) . فان كان لا يدري مكانـــه إكتفى بذكر القيمة ، ولم يكتف فيه بالوصف ، لأن العين لا تعرف بالوصف عندهم (٥) . واما المنقول الهالك

١- تبصرة الحكام ج ١ ص ١٢١ /
نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٦٢ /
المغني ج ٦ ص ٨٤ ، ٨٥ .

٢- تبصرة الحكام ج ١ ص ١٢١ /
نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٦٢ /
المغني ج ٦ ص ٨٤ ، ٨٥ .

٣- الهداية وتكملة فتح القدير : ج - ٦ ص - ١٤٢ /
الفتاوى الهندية : ج ٤ ص ٥ / كتاب فصل القضية ص ٨٥
تنوير الأبصار و الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ج ٥ ص ٥٤٤ /
مجلة الأحكام العدلية : المادة - ١٦٢٠ .

٤- تنوير الأبصار و الدر المختار و قرة عيون الأخيار ج ١ ص ٢٨٥ /
الفتاوى الهندية : ج ٤ ص ٥ /
كتاب فصل القضية : ص ١٥ /
معين الحكام : ص - ٦٥ .

٥- الهداية و تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٤٣ /
جامع الفصولين ج ١ ص ٧٠ .

فيه ذكر القيمة فقط، لأن عين المدعى به تتعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف ①. وهذا كله بالنسبة القيمي، واما المثلي فان دعواه تعتبر دعوى الدين في الذمة فيشترط فيه مايشترط في الدين ②.

وفي القانون الباكستاني يذكر المدعي في دعوى المنقول قيمته التقريبي ③.

واما ذكر سبب الاستحقاق في دعوى المنقول فذهب الحنفية إلى اشتراطة في المثلي دون القيمي ④ وفقهاء المالكية ذهبوا إلى وجوب هذا الاشتراط ولم يفرقوا في المثلي والقيمي ⑤، وخالف الشافعية مذهب الحنفية والمالكية في هذا وقالوا بعدم إشتراط ذكر سبب الإستحقاق في دعوى المنقول ⑥.

١- الفتاوى الهندية: جـ - ٤ ص - ٦ / تنوير الابصار والدر المختار: جـ - ٥ ص - ٥٤٤
معين الحكام: ص - ٥٦
٢- الفتاوى الهندية: جـ - ٤ ص - ٣، ٦ / كتاب فصل القضية: ص - ١٥
٣- Code of Civil Procedure: O.7r.2
(Amendments of Peshawar & Lahore High Court)
٤- البحر الرائق: جـ - ٧ ص - ١٩٥ / تنوير الابصار والدر المختار جـ ٥ ص ٥٤٧.
٥- تبصرة الحكام: جـ - ١ ص - ٢٢، ١٢١.
٦- المهذب: جـ - ٢ ص - ٣١١

أما القانون الباكستانى فسكوته عن هذه القضية كالسابق دليل على نقصانه.

٢- كيفية العلم بالمدعى عليه فى دعاوى الدين:

إذا كان المدعى به نقدا، أو كان مثليا، فيعلم ببيان جنسه و نوعه و وصفه و قدره①، و ذلك إذا كان فى البلد نقود مختلفة، وإما إذا كان هنالك نقد متعارف عليه فلا حاجة بغير ذكر قدره②.

وإما إذا كان المدعى به قيميا فدعوى لا تكون دعوى الدين فى الزمة إلا إذا كانت هالكا عند الحنفية لأن الأعيان القيمية لا تثبت فى الزمة عندهم، و تثبت فى الزمة عند الجمهور، و ذلك إذا كانت تنضبط بالوصف فتعلم بذكر أوصافها التى يشترط ذكرها فى عقد السلم③

١- الهداية و تكملة فتح القدير: جـ - ٦ ص ١٤١/ تنوير الابصار و الرد المختار فى (حاشية ابن عابدين): جـ - ٥ ص - ٥٤٧/ الفروق: جـ - ٤ ص - ٧٢ / كتاب فصل القضية ص - ١٥/ تبصرة الحكام: جـ - ١ ص - ١٠٥ / المهذب: جـ - ٢ ص - ٢١١/ المغنى: جـ - ٩ ص - ٨٥/

١- جواهر العقود: جـ - ٢ ص - ٤٩٨

٢- الفروق: جـ - ٤ ص - ٧١/ تبصرة الحكام: جـ - ٢ ص - ١٠٥/ المغنى: جـ - ٩ ص ٨٤، ٨٥.

واما ما لاينضبط بالوصف من الاعيان فيعلم بذكر قيمته إن لم يكن موجودا في مجلس القضاء. (١)

وعند القانون الباكستاني يذكر المدعي كمية المدعى به بالوضوح (٢).

واختلف الفقهاء في ذكر سبب استحقاق للدين، فآراءهم ملخص فيمايلي :-

١- جمهور الحنفية والمالكية : يرون بوجوب ذكر السبب في دعوى الدين (٣)، لأن كل دين لا بد لترتبه في الزمة سبب شرعي، ويجب على المدعي بيان هذا السبب، لأن الاسباب تختلف احكاما، فان كان سبب الدين عقد السلم مثلا، فانه يحتاج فيه إلى بيان مكان الايفاء، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، بخلاف ما إذا كان الدين ثمن مبيع، حيث يجوز استبدال به قبل قبضه ولا يشترط فيه بيان مكان الايفاء (٤). وإن السبب قد يكون باطلا، كان يكون الدين ثمن خمر أو خنزير أو نتيجة.....

١- تبصرة الحكام: ج ١، ص ١٣١ / نهاية المحتاج : ج ٨، ص ١٦٢/ المغني : ج ٩، ص ٨٤، ٨٥ .

٢- Code of Civil Procedure: O.7 r.2.

٣- البحر الرائق : ج ١، ص ١٠٤/ الفروق : ج ٤، ص ١١٥ .

٤- جامع الفصولين : ج ١، ص ٣٣ / معين الحكام: ص ٥٥ .

مقامرة أو غير ذلك ، فيستحاج إلى ذكره ليعرف ذلك (١) . وعند بعض الحنفية لا يشترط بيان سبب الاستحقاق فى دعوى الدين إلاّ فى دعوى المرأة للدين فى تركة زوجها ، وعللوا ذلك بأن المدعية تظن أن النفقة تصلح سببا لإيجاب الدين فى جميع الحالات مع أنها لا تصلح لذلك بعد وفاة الزوج (٢) . وبعضهم ذهبوا إلى عدم الوجوب لذكر سبب الإستحقاق إلاّ إذا كان المدعى به من النقود التى انقطع التعامل بها (٣) .

٢- الشافعية والحنبلية : وهم يرون أن الدعوى تصح بدون ذكر سبب استحقاق الدين المدعى فيها ويستدلون بأن أسباب الملك كثيرة مثل الإرث والشراء والهبة والوصية ونحوها غير ذلك ، فلذا يسقط وجوب ذكره لكثرتها وإختلافها (٤) .

١- تهذيب الفروق : ج ٤ ، ص ١١٥

٢- قرة عيون الأخيار : ج ١ ، ص ٣٩٩

٣- جامع الفصولين: ج ١ ، ص ٧٦

٤- المهذب : ج ٢ ، ص ٣١١ / منتهى الارادات القسم الثانى: ص ٥٦

و القانون الباكستانى لم يقل أى شئ عن هذا الموضوع ،و يظهر أنه لا يشترط ذكر سبب الاستحقاق فى دعوى الدين .

٣- كيفية العلم بالمدعى عليه في الدعاوى الأخرى:

أ- دعوى العقد : فذهب الحنفية إلى ذكر شروط كل سبب تكون له شروط كثيرة و مغلقة أى غامضة ، اما غير ذلك لا يشترط فيه ذلك ① ، و بعضهم اشترطوا ذكر الطوع والرغبة فى العقود المختلفة ②. والمالكية لا يشترطون ذكر الشروط ،وذلك لأن ظاهر عقود المسلمين الصحة ،فتحمل الدعوى على الصحيح ، ولا يشترط ذكر شروطه ③ .

و ذهب الشافعية إلى عدم اشتراط ذكر شروط العقد فى الدعوى ④، واستثنوا منه عقد الزواج فاشترطوا ذكر حضور الشاهدين و ولى المراة ورضاها ⑤ .

١- معين الحكام : ص- ٦٥
٢- قرة عيون الأخيار: ج- ١ ص- ٣١٩ / البحر الرائق: ج- ٧ ص- ٢٠١
٣- الفروق : ج- ٤ ص- ٣
٤- تحفة المحتاج و حاشية الشيروانى : ج- ١٠ ص- ٢٩٩
٥- المهذب : ج- ٢ ص- ٣١١ / نهاية المحتاج : ج- ٨ ص- ١٦٣

والحنبلية أو جبوا ذكر شروط العقد في الدعوى مهما كان ولم يفرقوا بين عقد النكاح وغيره ①

ويشترط في القانون الباكستاني في دعوى العقد أن يبين المدعي كل الأمور التي تساعد المحكمة في الحكم ②.

(ب)- دعوى الارث: ويجب في دعوى الارث ذكر سببه، ويذكر من أي جهة استحق الارث من المتوفى ③

الدعوى بالمجهول:

اختلف الفقهاء على الدعوى بالمجهول، فنلخص آراءهم فيما يلي:

١- الحنفية:- فتجوز دعوى الاقرار بالمجهول عندهم، ④ وكذلك تجوز دعوى الإبراء العام،

١- منتهى الارادات القسم الثاني: ص- ٥٩٣.
٢- Code of Civil Procedure: 0.6 R.5/ AIR 1938 N.530.
٣- معين الحكام: ص- ٥٨/ منتهى الارادات القسم الثاني: ص- ٥٩٠.
٤- حاشية ابن عابدين: ج- ٥ ص- ٥٤٥ / قرة عيون الاخيار: ج- ١ ص- ٣٨٠.

وان كان مجهولا ، لأن الابراء هو اسقاط، والجهالة لا تضر فيه ①. وهكذا تجوز الدعوى بالمجهول فى حالة الغصب لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله المغصوب ②. وأيضا تجوز دعوى الرهن المجهول ويكون القول فى بيانه للمرتهن ③.

٢- المالكية: وهم مع الحنفية فى دعوى الاقرار بالمجهول فتجوز عندهم ④، وكذلك تجوز الدعوى بالمجهول فيما وجد عذر للمدعي كدعوى شخص نصيبا من وقف كثير مستحقوه ⑤.

٣- الشافعية: وهم ذهبوا إلى جواز دعوى الاقرار بالمجهول ⑥، وعند بعضهم تجوز الدعوى بالمجهول إذا كان منضبطا فى الشرع ⑦.

١- قرة عيون الاخيار: جـ ١ ص ٣٨٠، ٣٨١
٢- الدر المختار وحاشية ابن عابدين: جـ ٥ ص ٥٤٤، ٥٤٥
٣- حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٤٥/ قرة عيون الاخيار: جـ ١ ص ٣٨٦
مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦٢١
٤- تهذيب الفروق: جـ ٤ ص ١١٩
٥- الفروق: جـ ٤ ص ٨٣
٦- تحفة المحتاج: جـ ١٠ ص ٢١٥
٧- تحفة المحتاج: جـ ١٠ ص ٢٩٥

٤- الحنبليـــة: معظـم الحنبلية أجازوا دعوى الإقرار بالمجهول (١)، ولكن البعض منهم خالفوهم فى هذا و قالوا أن دعوى الاقرار بالمعلوم لا تصح، لأنه ليس بالحق، فكيـف بالمجهول (٢)، وعند بعض الآخـرين منهـم تجوز الدعوى بالمجهول إذا كان المدعى به فيها مما يصح وقوع العقد عليها مبهما (٣).

و اما القانون الباكستانى فلا تجوز الدعـوى بالمجهـول فيه، فلا بد للمدعى من أن يبين فى دعواه قيمة المدعى به أو كميتـه (٤)

الشـرط الثالـث: أن يكـون المـدعى بـه محتمـل الثبـوت عقـلا و عـادة.

فيمـايلـى تفصيـل آراء فقهـاء المـذاهب الأربعة حـول هـذه القضيـة:

١- المغنى: ج - ٩ ص- ٨٤ - ٨٥.
٢- القواعد لابن رجب: ص- ٢٢٢.
٣- القواعد لابن رجب: ص- ٢٢٢، ٢٢٤.
٤ - Code of Civil Procedure: O.7 r. 1(i)

١- الحنفيـــة: عندهم لا تصح الدعوى بما يستحيل ثبوته فى العقل والعادة (١)، والمستحيل فى العقل هو أن يدعى شخص بنوة من هو أكبر منه سنا أو من هو مساويه، أو أن يدعى أبوة من هو أصغر منه أو هو مساوية، والمستحيل فى العادة مثاله لو يدعى شخص معروف بالفقر أنه أقرض المدعى عليه مائة ألف روبية دفعة واحدة، أو أن المدعى عليه اغتصبها منه، أو أنه أودعها عنده، فلم يردها إليه، ويطلب الحكم بردها (٢).

٢- المالكيـــة: يشترط عندهم أن لا يتعارض المدعى به مع العرف والعادة (٣)، ولذلك منعوا سماع دعوى الغصب على الرجل المعروف بصلاحه وتقواه (٤). واما كون المدعى به ممكنا فى العقل، فانهم يشترطونه من طريق أولى، لأن ما ليس ممكنا فى العقل لا يثبت فى العرف والعـــادة.

١- بدائع الصنائع: جـ-٦ ص-٢٢٤ / البحر الرائق: جـ-٧ ص-١٩٢/ الفواكه البدرية: ص-١٠٤، ١٠٥.
٢- الفواكه البدرية: ص-١٠٥.
٣- تبصرة الحكام: جـ-١ ص-١٢٩ / قوانين الاحكام الشرعية: ص-٣٢٨.
٤- تبصرة الحكام: جـ-٢ ص ١٥٢ / قوانين الاحكام الشرعيه: ص-٣٢٨.

٣- الشافعية: فهم أيضا يشترطون كون المدعى به محتمل الثبوت فى العقل، و إما المستحيل فى العرف والعادة فروى عن الإمام الشافعى أنه يقبلـه ①.

٤- الحنبلية: و هم ذهبوا إلى وجوب عدم تعارض المدعى به مع العرف و العادة ②. فالظاهر انهم يشترطون كون المدعى به محتمل الثبوت فى العقل من طريق أولى.

و فى مجموعة الإجراءات المدنية الباكستانية لا يشترط لقبول الدعوى أن يكون المدعى به محتمل الثبوت فى العقل والعادة، والظاهر أن ترفض الدعوى فى هذه الحالة بعد أن تبين للمحكمة كون المدعى به مستحيلا فى العقل والعادة.

١- الطرق الحكمية: ص ٩٩، ١٠٠.

٢- الطرق الحكمية: ص ٩٩، ١٠٠.

مبحث خاص

الاختصاص المحلي في الفقه والقانون

وهذا المبحث يتناول القاضي المختص بنظر الدعوى ،أهو قاضي المكان الذي يستقر فيه المدعى ؟ أم هو قاضي مكان المدعى عليه ؟ أم يجعل الاختيار في تحديده للمدعي أم للمدعى عليه؟ وذكرت أيضا رأى القانون الباكستاني في هذه المسألة.

مبحث خاص

الاختصاص المحلي للمحاكم في الفقه والقانون

أجاز بعض الفقهاء تخصيص القضاء بأمكنة محدودة (١) و هذا الرأى مناسب لعصرنا الحاضر الذى تتعدد فيه المدن و يحتاج إلى المحاكم و القضاة المتعددين. فاذا تعدد القضاة والخصمان يقعان تحت ولاية القضاة المختلفين فإلى أي قاض ترفع الدعوى؟ فيما يلى آراء الفقهاء حول هذه المسألة:

١- الامام أبو يوسف و جمهور الشافعية و قول للمالكية: يرون أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذى يختاره المدعي (٢)، لأنه هو الذى لا يجبر على الخصومة إذا تركها، و هو منشئ للخصومة

١- مجلة الأحكام العدلية: المادة ١٨١/ شرح قانون المحاكمات الحقوقية: ص ٨٩ الفواكة البدرية والمجانى الزهرية: ص ٧٥ / الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ج ٥، ص ٤١٩/ تبصرة الحكام: ج ١، ص ١٣٧ / تحفة المحتاج: ج ١٠ ص ١١٩

٢- البحر الرائق: ج ٧، ص ١٩٣ / قرة عيون الأخيار: ج ١، ص ٣٥٢ / نهاية المحتاج: ج ٨، ص ٨٦ / حاشتي الشبيروانى والعبادى على تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ١١٩/ حاشية الدسوقى: ج ٤، ص ١٦٤

فيعطى الخيار ، إن شاء رفعها عند قاضي مكانه أو عند القاضي الذى يسكن المدعى عليه فى ولايته (١).

٢- الإمام محمد : يرى أن الحق فى اختيار القاضى هو للمدعى عليه لا للمدعي (٢)، لأن المدعى عليه يدافع عن نفسه و يطلب السلامة لنفسه ، والأصل براءة الذمة والظاهر يشهد له ، فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده ، و تهمة وقعت له ، ربما يوقعه فى ارتباك يحصل له فيؤدى ذلك إلى اثبات ماليس فى الحقيقة ثابتا فى الذمة ، فالأولى مراعاة جانبه بالنظر إليه واعتبار اختياره ، لأنه يريد الدفع عن نفسه ، وخصمه يريد أن يوجب عليه ، و من طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها (٣).

١ـ تكملة حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ٤٠١ / حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٥ .
٢ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ١٩٣ / شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص ٤٢ /
لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ٢٢ / قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة ٣ .
٣ـ منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٧ ص ١٩٣ /
تكملة حاشية ابن عابدين جـ ٧ ص ٤٠١/شرح قانون المحاكمات الحقوقية ا ص ٤٣ .

٣- المالكية: وهم مع الشافعية والحنبلية وأبي يوسف فى جعل اختيار المكان للمدعي فى حالة تعدد القضاة فى بلد واحد، ولكنهم اختلفوا معهم فى مسألة تعدد القضاة وتعدد البلاد.

ففى دعاوى الدين تنظر الدعوى فى المكان الذى يتعلق فيه الطالب بالمطلوب (١)، يعني أن المدعي هو الذى يختار القاضى إذا كان هو وخصمه يسكنان فى بلد واحد، وتعددت مجالس القضاء، وإذا كانا يسكنان فى بلدين مختلفين، فللمدعي أن يتعلق بخصمه فى أي مكان يجده فيه، ويطالب بحقه عند قاضى ذلك المكان.

واما فى دعاوى العين فينظر إذا كان المدعي وخصمه من بلدين مختلفين وكلاهما تحت ولاية قاض

١- حاشية الدسوقى: ج ٤، ص ١٦٤.

واحد ، فترفع الدعوى إلى ذلك القاضى سواء أكان مجلسه فى بلد المدعي أم فى بلد المدعى عليه ، وحيثما كان المدعى به (١) . ولكن إذا كانا تحت ولاية قضاة مختلفين فعند المالكية قولان ، الأول أن ترفع الدعوى إلى القاضى الذى فى دائرته المدعى به (٢) ، والثانى أن ترفع إلى القاضى الذى يسكن فى دائرته المدعى عليه (٣) .

٤- قول للحنبلية : وهناك قول للحنبلية و هو أن يمنع الخصمان من المحاكمة حتى يتفقا على قاض معين (٤) . ولكن هذا القول يؤدى إلى الظلم ، فلهذا ضعفه معظم الحنبلية واعتمدوا على اختيار المدعي (٥) .

و فى بعض الاحيان يكون كل من الخصمين مدعيا ومدعى عليه فى وقت واحد ، مثلا اختلافهما فى قسمة

١- حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٦٤ .
٢- تبصرة الحكام جـ ١ ص ٨٤ /
حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٦٤ .
٣- تبصرة الحكام جـ ١ ص ٨٤ .
٤- القواعد لابن رجب ص ٣١٢ .
٥- القواعد لابن رجب ص ٣١٢ .

الملك أو فى قدر ثمن مبيع أو فى صداق ويوجب اختلافهما هذا تحالفهما (١)، ففى هذه الحالة ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتداعيين (٢)، فإن تساويا فى المسافة اقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة كان القول له فى تعيين القاضى (٣).

وعند القانون الباكستانى ترفع الدعاوى التالية أمام المحكمة التى فى دائرتها المدعى به (٤).

أ- دعوى إسترداد الأموال غير المنقوله،

ب- دعوى قسمة الأموال غير المنقولة،

ج - دعوى تعويض الضرر الواقع على الأموال غير المنقولة، والدعوى للحقوق المتعلقة بأموال غير المنقولة التى هى تحت يد المدعى عليه، أو الدعوى التى يتوقف التعويض فيها على فعل المدعى عليه ترفع فى المحكمة

١- حاشية الشيرواني والعبادى على تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١١٩.

٢- تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١١٩.

٣- تحفة المحتاج وحاشيتى الشيرواني والعبادى جـ ١٠ ص ١١٩/ القواعد لابن رجب ص ٣٦٢/ منتهى الارادات القسم الثاني ص ٥٧٥.

٤- Code of Civil Procedure: S-16

التى تحت دائرتها المدعى به ، أو فى المحكمة التى تحت دائرتها مكان المدعى عليه الدائم أو المؤقت ، أو الموقع الذى اتخذه مركزا لمعاملاته التجارية عادية كانت أو غير عادية (١) ، وإذا كانت الدعوى بعدة قطع من الأراضى الواقعة فى أماكن مختلفة تابعة لمحاكم مختلفة ، فالمدعي بالخيار يقيم دعواه حيثما شاء من بين هذه الأماكن (٢) .

د - دعوى لا ستر داد المنقول الذى تحت يد المدعى عليه ،

ر - دعوى فك الرهن أو فيده أو بيع المرهون .

ولكن إذا كان الحكم فى مثل هذه الدعاوى يتوقف على فعل المدعى عليه ، ترفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها المدعى به أو المحكمة التى يقع فى دائرتها مكان المدعى عليه الدائم أو المؤقت أو الموقع الذى اتخذه مركزا لمعاملاته التجارية عادية كانت أو غير عادية ، أو المكان الذى نشأ فيه سبب الدعوى (٣) .

١ـ Code of Civil Procedure: S-16(Proviso).

٢ـ Code of Civil Procedure: S-17.

٣ـ Code of Civil Procedure: S-16(Proviso).

و ترفع الدعوى لتعويض الضرر الواقع على ذات الإنسان أو أمواله المنقوله فالمحكمة التى يسكن فى دائرتها المدعى عليه أوالمحكمة التى وقع الضرر فمى دائرتها (١) .

وكل دعوى غير الدعاوى المذكورة سابقا ترفع أمام المحكمة التى يسكن المدعي فى دائرتها أو المحكمة التى تنشأ فى دائرتها سبب الدعوى (٢) .

و فى رأينا أن رأى الامام محمد أقوى و أقرب إلى روح الشريعة ، و اختاره واضعوا أصول المحاكمات الشرعية الاردنية لسنة ١٩٥٩م (٣) و قانون

١ـ Code of Civil Procedure: S-19.

٢ـ Code of Civil Procedure: S-20.

٣ـ قانون اصول المحاكمات الشرعية المادة ٣ .

المحاكمات الحقوقية للدولة العثمانية (١) ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر (٢).

وفي دعاوى العين نحن نميل إلى رأى ابن الماجشون الذى يرى ان هذه الدعاوى ترفع إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها المدعى به (٣) لأنه يحتاج فيها غالبا إلى الكشف وإقامة البينة على المدعى به، وذلك أسهل للقاضي لمعاينته.

---

١. قانون المحاكمات الحقوقية: المادة ١٨(١)

٢ـ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : المادة ٢٢

٣ـ تبصرة الحكام : ج ١، ص ٨٤ / حاشية الدسوقي: ج ٤، ص ١٩٤، وايضا اختاره قانون المحاكمات الحقوقية: المادة ١٨(١)

الباب الثانى

احضار المدعى عليه ونتائج غيابه فى الفقه والقانون

ويشتمل على فصلين :-

الفصل الأوّل : احضار المدعى عليه فى الفقه والقانون.

الفصل الثانى : القضاء على الغائب فى الفقه والقانون .

الفصـــــل الأوّل

إحضـــار المـدعـى عليـــه فى الفقـه والقانـــون

وفيـه ثـلاثـة مبـاحث :-

المبحث الأوّل : دعوة المدعي للمدعى عليه فى الفقه والقانـــون .

المبحث الثانى : أمر القاضى بحضور المدعي عليه .

المبحث الثالث : كيفية إحضـار المدعى عليـــــه .

المبحث الأول

دعوة المدعي للمدعى عليه في الفقه والقانون

ويجرى البحث هنا في دعوة المرئى للمدعى عليه كي يحضر معه مجلس القضاء وقد ذكرت في هذا المبحث بعض التفاصيل المتعلقة بهذه الدعوة مع موقف القانون الباكستاني منها .

المبحث الأول

دعوة المدعي للمدعى عليه في الفقه والقانون

الأصل في الشريعة الاسلامية أن يدعو المدعي خصمه إلى مجلس القضاء ولا يذهب إلى القاضي رأسا ، فيدعوه إلى مجلس القضاء بالحكمة وأجمل الأقوال ، لأنه يدعوه إلى حكم الله ، وإجابة هذه الدعوة واجبة على المدعو ويجب عليه عدم التأخر فيها ، ① لقوله سبحانه وتعالى :(وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله ، بل أولئك هم الظالمون إنما كان قول المومنين اذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون)② .

١- معين الاحكام: ص- ٩٧ / تبصرة الحكام: ج - ١ ص - ٣٠٢/ أدب القضاء لابن ابي الدم: ص - ٨٦.
٢- سورة النور: الآيات - ٤٨ - ٥١ .

فهـذه الآيات الكريمة تدل على أنه يجب على كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم تحت شرع الله سبحانه ، و من أعرض عن هذه الدعوة فهو ظالم و فاجر ① . و عند المازري المالكي و صاحب معين الحكام فيه دليل على من

دعي إلى حاكم فيجب عليه الإجابة وإذا تأخر يأثم ② .

و ورد عن الحسن البصري رحمة الله أنه قال : كان الرجل إذا كان بينه و بين الرجل منازعة فدعي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم و هو محق أذعن وعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم سيقضي له بالحق ،و إذا أراد أن يظلم ، فدعي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض و قال : انطلق إلى فلان ، فنزلت هذه الآية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان بينه و بين أخيه شيء ،فدعي

١- تفسير ابن كثير : ج ٣، ص ٢٩٨

٢- معين الحكام : ص ٩٢ / تبصرة الحكام : ج ١، ص ٣٠٢

إلى حاكم من حكام المسلمين ، فابى أن يجيب فهو ظالم لا حق له) ① ورد هذا الحديث متصلا من طريق الحسن نفسه عن ابن جندب رضى الله عنه بلفظ (من دعي إلى سلطان فلم يجب فهو ظالم لا حق له) ② .

و فيما يلى بعض التفاصيل المتعلقة بهذه الدعوة و إجابتها :

أ- فإذا دعاه المدعي إلى مجلس القضاء ولم يكن عليه حق لم تجب عليه الإجابة ، ولا يحرم عليه الامتناع من الذهاب مع المدعى إلى مجلس القضاء ③ .

ب- و اما إذا كان عليه حق و كان الحق لا يتوقف القيام به على حكم الحاكم ، فيجب عليه أداء الحق إن كان قادرا عليه ، ولا يحل المطال إلاّ بعذر شرعى ، ولا يحل له أن يقول لخصمه (لا أدفعه لك إلاّ بالحكم)

١- سنن الدارقطني : ج - ٤ ص - ٢١٤ / السنن الكبرى : ج - ١٠ ص - ١٤٠
تفسير ابن كثير : ج - ٣ ص - ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ .

٢- تفسير ابن كثير : ج - ٣ ص - ٢٩٨ / مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٩٨ .

٣- معين الحكام : ص - ٩٩ / تبصرة الحكام : ج - ١ ص - ٣٠٥ .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (مطل الغنى ظلم)، ① ولأنه يصعب على معظم الناس حضور مجلس القضاء فيجب عليه ايفاء الحق فقط، وليس له خيار بين الايفاء والحضور فى مجلس القضاء ، ولكنه إذا كان معسرا لم يجب عليه الايفاء ولا الحضور بل يحرم على المدعى أن يطالبه إذا كان يعلم عسرته ② .

٢- واما إذا كان المدعو يعلم أن عليه للمدعي حقا ولكن القيام به يتوقف على حكم القاضى فيجب عليه أن يجيب دعوة خصمه للحضور فى مجلس القضاء ومثال ذلك إذا دعي من أجل تقرير نفقه قريب ، اما إذا دعى لتقرير نفقه الزوجة فله خيار بين إبانتها وبين الإجابة ③

١- نصب الراية ج ٤ ص ٥٩ / صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٠ ص ٢٣٧، ٢٢٨.
٢- تبصرة الحكام: ج ١، ص ٣٠٥
٣- معين الحكام : ص ٩٩/ تبصرة الحكام: ج ١، ص ٣٠٥

٤- واذا دعاه المدعي إلى القضاء و هو يعلم أنه سوف يحكم عليه بالباطل بناء على الحجة الظاهرة ،فانه يجوز بينه و بين الله أن يمتنع عن الحضور إلى مجلس القضاء (١) .

و اما فى القانون الباكستانى فليس من الضروري أن يذهب المدعي أولاً إلى المدعى عليه ويدعوه إلى المحكمة بل له أن يذهب رأسا إلى المحكمة و يرفع الأمر إلى القاضي و مهمة ارسال ورقة تكليف بالحضور هى على المحكمة .

ولكن معظم الناس فى باكستان يرسلون أولا بوساطة المحامي ورقة التنبيهة (Notice) إلى المدعى عليه ، ولا يوجد ذكر هذا التنبيه فى القانون ولكنه يرسل قبل اقامة الدعوى لكي يتظاهر المدعي أمام القاضي أنه حاول أن يتهى القضية بينه و بين المدعى عليه خارج المحكمة ولكنه لم يرضى .

١- معين الحكام: ص ٩٩ / تبصرة الحكام: ج ١، ص ٢٠٥

ولكن إذا رفعت الدعوى على الحكومة فإنه يجب على المدعي أن يرسل إليها هذا التنبيه أو الإعلان و ينتظر لمدة شهرين ، فإذا لم يصل أي رد من جانب الحكومة فللمدعي أن يرفع الدعوى أمام المحكمة ①. وإذا أهمل ذلك و رفع الدعوى بدون هذا الإعلان تنتظر المحكمة لجواب الحكومة لمدة ثلاثة شهور ، ولا يستحق المدعى نفقات المحاكمة إذا صالحته الحكومة في خلال شهرين من تاريخ رفع الدعوى② ..

فضل الشريعة الاسلامية على القانون الوضعي الباكستاني واضح في هذه المسألة ، فلو ذهب كل مدع إلى المدعى عليه قبل اقامة الدعوى عليه ، و حاول أن يحل المشكلة خارج المحكمة لقل ازحام الدعاوى في المحاكم ، ولا يضيع المدعي ولا المدعى عليه أموالهما و أوقاتهما في المحاكمات.

١- Code of Civil Procedure: S-80 (1).

٢- Code of Civil Procedure: S-80 (2).

المبحث الثاني

احضار المدعى عليه بأمر القاضي في الفقه والقانون

وهذا المبحث في إحضار المدعى عليه بأمر القاضي، فيه بيان متى يجب على القاضي أن يدعو احدا من الخصوم إلى مجلسه؟ وقد بينت آراء الفقهاء في ذلك مع رأي القانون الباكستاني.

المبحث الثاني

إحضار المدعى عليه بأمر القاضى فى الفقه والقانون .

يأمر القاضى المدعى عليه أن يحضر إلى مجلسه إذا كان قد رفض دعوة المدعي لحضوره إلى مجلس القضاء، والقضية تتوقف على حكم القاضى. فيجب على المدعى عليه أن يجيب دعوة القاضى ويحضر بدون تأخر وإلا يعاقب ①، لأن امتثال أمر القاضى بحضوره واجب علية مصداقا لقوله سبحانه وتقدس (ياايها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم .... الآية) ②.

وقد روى عن أبو هريرة وابن عباس وغيرهما من الصحابة

١ـ معين الحكام : ص ٩٩/ المجانى الزهرية : ص ١٥٢ / منتهى الارادات القسم الثاني ص ٥٨٧ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٢٧ .

٢ـ النساء : آية ٥٩ .

رضى الله عنهم اجمعين أن أولى الأمر فى الآية هم امراء المسلمين (١) . فإذا تخلف المدعى عليه عن الحضور يترتب على ذلك جواز تعزيره (٢) ، و جواز القضاء عليه فى غيابه عند جمهور الفقهاء (٣) .

و اختلف الفقهاء فى الوقت الذى يجب على القاضى أن يدعو المدعى عليه إلى مجلسه ، و فيما يلى نذكر آراءهم:

١- الحنفيـــة : فهم على راى أنه يجب على القاضى أن يحضر المدعى عليه بمجرد الدعوى إذا كان يسكن قريبا من مجلس القضاء بحيث لو حضر يمكن له أن يرجع الى بيته نفس اليوم و يبيت فيه (٤) ، و اما إذا كان بعيدا بحيث لا يمكن له أن يرجع إلى بيته و يبيت فيه ، فلا يجوز

١- تفسير طبرى : ج - ٨ ص - ٤٩٧ ، ٤٩٨ /
٢- معين الحكام : ص - ٩٩ / المجانى الزهرية : ص ١٥٢ / منتهى الارادات القسم الثانى : ص - ٥٨٧ ، ٥٨٨ .
٣- البحر الرائق : ج - ٧ ص - ١٩ ، ٢٠ / المجانى الزهرية : ص - ٦٥ تبصرة الحكام : ج - ١ ص - ٨٧ / تحفة المحتاج : ج - ١٠ ص - ١٨٨ ادب القضاء ابن ابى الدم : ص - ٢٤٧ / المغنى : ج - ٩ ص - ٦١ ، ٦٢ .
٤- معين الحكام : ص - ٩٩ .

للقاضي أن يحضره بمجرد الدعوى بل عليه أن يطلب من المدعي البينة على صدق دعواه ، فإذا أقامها المدعي يحضره القاضي، وعند بعض الحنفية لا ضرورة للبينة بل يكفي أن يحلف المدعي على صدق دعواه ، فإن حلف أمر القاضي بإحضار المدعى عليه ، وإلاّ فلا (١) .

٢- المالكية : وهم يرون أنه إذا كان المدعى عليه قريبا بحيث مسافة بيته من المجلس هي ثلاثة ايام أو أقل . منها ، فعلى القاضي أن يأمر بإحضاره ، فان امتنع عن الحضور بدون عذر وعلم أنه موجود في المدينة وأقام المدعي البينة على صدق دعواه ، أحضره القاضي قهرا (٢) .

١- معين الحكام : ص٩٨

٢- تبصرة الحكام : ج ١، ص٣٠٢ / قوانين الحكام الشرعية : ص٣٢٦

واما إذا كان المطلوب بعيدا عن مجلس القضاء بحيث لا تسمع مكانه من مجلس القضاء اكثر من ثلاثة ايام فلا يجب احضاره ①، ويجوز القضاء على الغائب البعيد إذا كان مع المدعي بينة على دعواه ②.

الشافعية: عند الامام الشافعي يجب إحضار المدعى عليه الحاضر في البلد أو من كان قريبا من مجلس الحكم بحيث كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ③.

وعند بعض الشافعية يجب إحضاره إذا كان لا يبعد عنه فوق مسافة العدوى، وهي المسافة التي يرجع منها المبكر في خروجه الى محله الذي خرج منه في نفس اليوم الذي خرج فيه ④، ويشرط أن لا يعلم كذب المدعي وأن لا يكون المدعى به مستحيلا عقلا وعادة، وأن لا يكون المدعي عليه مستأجرا لعين، لأن حضوره يعطل حقه في استيفاء منفعة العين

١ـ تبصرة الحكام: ج ١، ص ٢٠٥.

٢ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٢.

٣ـ أدب القاضي للماوردي: ج ٢ ص ٩٧٣.

٤ـ تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ١٨٩.

المستأجرة ، وإنما يحضر المدعى عليه فى هذه الحالة اذا انتهت مدة الإجارة (١) .

واما إذا كان المدعى عليه بعيدا عن المجلس فلا يجب إحضاره إلاّ إذا حرر المدعي دعواه بأن ذكر فيها جميع الشروط المطلوبة (٢) .

ويجوز القضاء على النائب إذا كان عند المدعي بينة مقبولة (٣) .

٤- الحنبلية : يرون أنه يجب إحضار المدعى عليه الحاضر فى البلد أوالقريب منه ولا يشترط أن يحرر المدعى دعواه ، ويحضره القاضى مهما كان حقيرا أوشريفا (٤)

واما إذا كان غائبا عن البلد ولم يكن فى ولاية القاضي

١- تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٨٩ .
٢- ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ٣٢٩ .
٣- تحفة المحتاج جـ ١٠ ص١٨٦ / المهذب جـ ٢ ص٣٠٣ / اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٣٢٨ / منهاج الطالبين ص ١٥٠ .
٤- منتهى الارادات القسم الثاني ص ٥٨٧ .

فإنه لا يحضره ، و اما إذا كان فى ولاية القاضى و كان له فى بلد الخصم وكيل أو ولي ينوب عنه فى القضاء فان كان للمدعي بينة سمعها و اثبتها ، و كتب بها إلى خليفته ، و اما إذا لم يكن له وكيل أو ولي ، يطلب من المدعي أن يحرر دعواه ، فإن كانت دعواه مستوفية الشروط المطلوبة فى الدعوى ، أمر القاضى بإحضار الخصم ، مهما كان بعيدا و مهما تكلف ذلك من مشقة (١) . ولا يجب إحضار الخصم إذا كان المدعى به تافها ، حتي ولو كان المدعى عليه حاضرا فى البلد ، لأن ضرر فوات الحق فى هذه الحالة أخف من ضرر إحضار الخصم إلى مجلس القضاء (٢) .

١ـ المغنى : ج ٩ ، ص ٦١ ـ ٦٣ / منتهى الارادات القسم الثانى : ص ٥٨٨/

٢ـ كشاف القناع : ج ٦ ، ص ٣٣٠

أمر القاضي بحضور المدعى عليه فى القانون الباكستاني

وفى القانون الباكستاني إذا رفعت الدعوى و سجلت فى الدفتر الرسمي عند المحكمة ، ترسل ورقة الدعوة إلى المدعى عليه بوساطة موظفي الدولة لكى يحضر و يجيب دعوى المدعي (١) · و يرسل إليه نسخة من دعوى المدعي أيضا مع ورقة الدعوة (٢) ·

و يستطيع المدعى عليه ان لا يحضر اصالة و يرسل وكيله إلى المحكمة (٣) · ولكن القاضي اذا رأى ضرورة يستطيع أن يطلب حضوره شخصيا (٤)· ففي هذه الحالة على المدعى عليه أن يحضر شخصيا والاّ قضي عليه فى غيابه (٥)· و لا يطلب حضور المدعى عليه شخصيا

١ـ Code of Civil Procedure: O.5 r.1

٢ـ Code of Civil Procedure: O.5 r.2

٣ـ Code of Civil Procedure: O.3 r.1

٤ـ PLD 1976 K 526 / AIR 1933 A 51 /
AIR 1933 A 51 /
AIR 1917 A 95.

٥ـ Code of Civil Procedure: O.9 r.12

إذا كان يسكن خارج دائرة المحكمة التى رفعت عليها الدعوى ، ولا التى هو فى دائرتها ولكنه يسكن على مسافة خمسين ميلا من المحكمة ، أو مائتى ميل من المحكمة إذا كانت توجد فى الطريق إلى المحكمة قطارات أو حافلات عادة (١) .

وكذلك المرأة التى تحجب ولا تظهر بين الناس ، لا يستطيع القاضى أن يطلب حضورها أصالة (٢) .

وعلاوة على ورقة الدعوة يمكن أن يرسل المدعي بإجازة المحكمة ورقة أخرى بالبريد المسجل (٣) ، وإذا وقعه المدعى عليه ورفض أن يقبلها وموظف البريد سجل رفضه على ورقة الدعوى ثم تبليغ

١- Code of Civil Procedure: O.5 r. 4.

٢- Code of Civil Procedure: S-132.

٣- Code of Civil Procedure: O.5 r.10.A(1)

ورقة الدعوة خلاف المدعى عليه ① .

وإذا كان المدعى عليهم اكثر من واحد ، فلا بد من تبليغ ورقة الدعوة إلى كل واحد منهم ② .

والأصل فى القانون أن ورقة الدعوة تعطي للمدعى عليه شخصيا و لكنه إذا كان له وكيل مفوض فى هذا المجال ، فلا بأس أن تبلغ الورقة إليه ③ .

و فى الدعاوى المتعلقة بتجارة أو بأي عمل خلاف الشخص الذى لا يسكن فى دائرة المحكمة التى رفعت إليها الدعوى ، يمكن أن تبلغ ورقة الدعوة الى نائبه فى التجارة أو العمل أو مدير تجارته ④ .

و فى الدعاوى المتعلقة بالأموال غير المنقولة إذا كان لايمكن تبليغ ورقة الدعوة الى المدعى عليه شخصيا

١ـ Code of Civil Procedure:O.5 r.10-A(2).

٢ـ Code of Civil Procedure: O. r.11.

٣ـ Code of Civil Procedure: O.5 r.12 / PLD 1960 L 852 / AIR 1918 M 589.

٤ـ Code of Civil Procedure: O.5 r.15.

ولا نائبا مفوضا لقبول أوراق الدعوة ، ففى هذه الحالة تبلغ ورقة الدعوة إلى نائبه الذى يشرف على أمواله غير المنقولة ①

وإذا لم يوجد المدعى عليه بعد بحث طويل ، ولا يوجد له نائب مفوض لقبول أوراق الدعوة ، تبلغ ورقة الدعوة إلى أي عضو ذكر بالغ من اعضاء أسرته الذى يسكن معه فى نفس البيت ② . والخادم فى بيته لا يعتبر عضو أسرته لأجل تبليغ ورقة الدعوة ③ .

وإذا رفض المدعى عليه أو نائبه المفوض أو عضو أسرته الذكر البالغ ، أو إذا لم يوجد المدعى عليه بعد استخدام كل التدابير اللازمة لبحثه ، ولا يوجد له أي نائب مفوض ، تبلغ ورقة الدعوة بطريق اثباتها على باب البيت للمدعى عليه ④ .

١- Code of Civil Procedure: O.5r.14

٢- Code of Civil Procedure: O.54.15

٣- Code of Civil Procedure: O.5r.15 (Explanation).

٤- Code of Civil Procedure. O.5r.17/

PLJ 1979 L 547/PLD 1968 L 639/
PLD 1958 L 455/PLD 1952 S 519/
AIR 1925 C 60/AIR 1915 C 238.

و إذا كان خارج الدولة وليس له فى الدولة نائب ترسل إليه ورقة الدعوة بالبريد المسجل (١) .

و هذا الصورة تكون حين يسكن المدعى عليه خارج الدولة دائما، ولاتطبق هذه القاعدة إذا كان خارج الدولة مؤقتا (٢)

و كما هو ظاهر من الأحاديث والآثار المتعلقة بالقضاء والدعاوى أنه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم اجمعين كان المدعي يجلب إلى مجلس القاضى بطريق الدعوة الشفوية بوساطة أي شخص موجود عند القاضى ، و فى زمن بعد عصر الصحابة كانت دعوة الحضور ترسل إلى المدعى عليه فى صورة كتابية (٣) .

ولايوجد أية تفاصيل سواء ذلك فى كتب الفقه، فنحن رأينا لابأس أن نأخذ هذه التفاصيل من القانون لأنه لا قاعدة من قواعد القانون فى هذه المسألة تخالف الشريعة الإسلامية .

١ـ Code of Civil Procedure: O.5r.25/
AIR 1935 B 213/AIR 1929 0553.

٢ـ AIR 1917 M415/AIR 1930 M 429

٣ـ معين الحكام: ص ٩٩/ المغنى : ج ٩، ص ٦١، ٦٢/
كشاف القناع : ج ٦ ص ٣٢٨.

نفقات تبليغ ورقة الدعوة :

عند بعض الفقهاء مؤنة تبليغ ورقة الدعوة أى نفقة الراجل الذى يحضر المدعى عليه هى على المدعي (١) ، وعند بعض الآخرين هى على المدعى عليه اذا كان متمردا (٢) . وبعضهم ذهبوا إلى أنها على المدعى عليه إذا كان متعمدا و إذا لم يكن كذلك فانها على المدعي (٣) ، و طائفة منهم رأت انها تكون على بيت المال (٤) .

و القانون الباكستانى يتفق مع الرأى الأوّل و يضع هذه المؤنة على المدعي (٥) .

و نحن نميل إلى من رأى انها تكون على المدعي لان المدعي إذا نجح يستطيع أن يأخذ نفقات المحاكمة من خصمة كما سيأتى تفصلية فى الباب الخامس إن شاء الله.

١- معين الحكام : ص- ٩٩ / المجانى الزهرية : ص- ١٥٣ .
٢- حاشية رد المختار: ج- ٥ ص- ٣٧٢ / المجانى الزهرية : ص- ١٥٣
تبصرة الحكام : ج- ١ ص- ٣٣
٣- حاشية رد المختار: ج- ٥ ص ٣٧٢/ ادب القاضى للخصاف: ج- ٢ ص ٧٣ .
٤- حاشية رد المختار: ج- ٥ ص ٣٧٢/ المجانى الزهرية : ص ١٥٣
ادب القاضي للخصاف: ج- ٧٣ / تبصرة الحكام: ج-١ ص- ٣٣
٥ — Code of Civil Procedure: 0.7 r.9(1-A) (b)

المبحث الثالث

كيفية إحضار المدعى عليه في الفقه والقانون.

في كيفية إحضار المدعى عليه في الفقه والقانون و طرق إحضاره .

المبحث الثالث

كيفية احضار المدعى عليه في الفقه والقانون .

عند ما كان القاضي يأمر إحضار المدعى عليه كان يدفع مع المدعي ختما على قطعة شمع أو طين يكون مكتوبا عليها (أجب القاضي فلانا)(١) ، وبعد ذلك أصبح الإشعار بوجوب الحضور يرسل على قطعة قرطاس (٢) وإذا اطلع الخصم على الختم المرسل إليه يجب عليه ان يحضر الى مجلس القضاء اصالة او يوكل أي أحد ينوب عنه في المخاصمة ، وإذا رفض الحضور بعد أن أطلع على ختم القاضي ، فانه يرسل إليه بعض

١ـ معين الحكام : ص ٩٩/ أدب القضاء لابن أبي الدم : ص ٩١ / أدب القاضي للماوردي : ج ٢ ، ص ٣٢٢ / تحفة المحتاج : ج ١٠ ، ص ١٨٩ / كشاف القناع : ج ٦ ، ص ٣٢٧ / المغني : ج ٩ ، ص ٦١ ، ٦٢ .

٢ـ تحفة المحتاج : ج ١٠ ، ص ١٨٩ / معين الحكام : ص ٩٩ .

أعوانه، فيحضرونه قهرا إذا وجدوه وامتنع عن الحضور ①. وإذا حضر إلى مجلس القضاء وقام الدليل على إمتناعه عن الحضور من غير عذر أدب بما يراه القاضي مناسبا لمثله ②. وإذا عجز الأعوان عن إحضاره بعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي فيعرفه بالأمر، فيحضره إليه ③، وإحضاره يكون بوسائل مختلفة وفيما يلي تفصيل تلك الوسائل:

أ- فاذا كان المطلوب يختفي في مكان ويمتنع عن خروج منه، يستطيع أعوان القاضي أو الشرطة أن يخرجوه بالتضييق عليه، ويجوز دخولهم في مكانه بهدم ولكن يشترط أن يتأكدوا وجود المطلوب في ذلك المكان ④

١- معين الحكام: ص٩٩ / تبصرة الحكام: ج١، ص٣٠٢ / أدب القاضي للماوردي: ج٢، ص٢٣٣

٢- معين الحكام: ص٩٩ / أدب القضاء لابن أبي الدم: ص٨٩/ المغني: ج٩، ص٦١ - ٦٢ / كشاف القناع: ج٦، ص٣٢٨

٣- أدب القضاء لابن أبي الدم: ص٨٩/ أدب القاضي للماوردي: ج٢، ص٢٣٣

٤- تبصرة الحكام: ج١، ص٣٠٢

ب - وإذا لم يتأكدوا من وجوده في ذلك المكان أمر السلطان من يثق به من أهل الصلاح بعزل النساء إلى جانب من المكان الذي يشك فيه، ثم يشرع في تفتيش ذلك المكان (١)، فإذا وجد المطلوب يفعل في سبيل اخراجه كل مايضطره إلى الخروج من عقل ضياعه ومنافعه وسد بابه (٢).

ج - وفي بعض الأحيان قد يختفي المطلوب ولا يعثر عليه بعد إستخدام تلك الاجراءات جميعها، ففي هذه الحالة للقاضي أن يبعث من ينادي على باب المطلوب ثلاثا، أنه إذا لم يحضر سمر بابه وختم عليه، وينادى هذا الثلاثة أيام، فإذا لم يحضر فلا يقبل منه أية حجة ولا عذر إذا حضر بعده (٣).

١- تبصرة الحكام: ج ١، ص ٣٠٢.

٢- تبصرة الحكام: ج ١، ص ٣٠٢.

٣- تبصرة الحكام: ج ١، ص ٣٠٢/ تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ١٦١ / كشاف القناع: ج ٦، ص ٣٢٨.

ثم اذا مضى وقت ولم يحضر المطلوب ، أرسل إلى بيته شاهدين عدليين مع رسول ثقة ينادى بحضرتهما (يا فلان ابن فلان أن القاضى يقول لك احضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم وإلاّ نصب وكيلا عنك) فان لم يخرج نصب القاضى وكيلا منه ، وحكم عليه بحضور وكيله عند الحنبلية (١) ، وبعض المالكية والإمام أبي يوسف (٢) . وعند الشافعية يحكم عليه ولا ينصب عنه وكيلا (٣) .

واما فى القانون الباكستانى لا يستطيع المحكمة فى الدعاوى المدينة ان تحضر المدعى عليه قهرا ، حتى وإن كان متمردا وموجودا فى البلد ، فالقاضى يرسل اليه ورقة الدعوة بطرق مختلفة ، وإذا لم

١ـ المغنى : ج ٩ ، ص ٦١ ، ٦٢ .

٢ـ البحر الرائق : ج ٧ ، ص ١٩ ، ٢٠ / المجانى الزهرية : ص ٩٧ .

٣ـ أدب القاضى للماوردى : ج ٢ ، ص ٢٣٣ .

يحضر يحكم عليه فى غيابه ، والظاهر لى أنه ليس من الصحيح أن يحكم على من هو موجود فى البلد ، فلا بد من إحضاره و لو قهرا لكى يفصل بينه و بين المدعي بطريق إقامة البينة عليه أمام القاضي .

الفصل الثانى

القضاء على الغائب فى الفقه والقانون

وقد ذكرت فى هذا الفصل آراء الفقهاء بالتفصيل فى القضاء على الغائب ورأى القانون الباكستانى فى هذا الأمر.

الفصل الثانى

القضاء على الغائب فى الفقه والقانون

اختلف الفقهاء فى القضاء على الغائب

وانقسموا الى طائفتين، فالطائفة الأولى هم الأحناف الذين منعوا القضاء على الغائب ، والطائفة الأخرى هم الجمهور الذين أجازوا القضاء عليه ، ويمكن بيان آرائهم بطريق ذكر اقوالهم فى اسباب الغياب ، وفيما يلى تفصيل آرائهم حول هذه المسألة.

١) القضاء على المتمرد والممتنع عن حضور مجلس الحكم :

فإذا دعا القاضى الخصم الى حضور مجلس الحكم، وهو يرفض الحضور أو يختفي أو يهرب بعد أن حضر المجلس ، ففى هذه الحالة يجوز القضاء عليه فى غيبته بإتفاق الفقهاء ولكنهم اختلفوا فى التطبيق :

أ ـ الحنفية : عند الإمامين أبي حنيفة ومحمد لا يجوز القضاء على الغائب حتى ولو كان متواريا (١)، وعند أبي يوسف المتمرد أو المستتر يعذر ثلاثا، بأنه ان لم يحضر نصب عنه الموكيل وقضي عليه، فان لم يحضر نصب عنه وكيلا وقضي عليه في غيابه (٢).

ب ـ **الشافعية:** الظاهر في مذهب الشافعي أنه لايجوز القضاء عليه الا بعد احضاره (٣) ويصح عند بعضهم الشافعية القضاء على الغائب ولو كان قريبا عن مجلس القضاء (٤)، وامتناعه واستتاره عن

١ـ شرح أدب القاضي للخصاف : ج ٣، ص ٣٢٢/ كتاب فصل القضية : ص ٥٩ .

٢ـ حاشية رد المختار : ج ٥، ص ٤١٦/ البحر الرائق: ج ٧، ص ١٩، ٢٠/ معين الحكام: ص ٩٧/ المجاني الزهرية: ص ٦٥/ كتاب فصل القضية: ص ٥٩ واختاره قانون المحاكمات الحقوقية: المادة ١٤٤، ١٤٥/ ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٨١، ١٨٠.

٣ـ أدب القاضي للماوردي ج ٣ ص ٣٠٨

٤ـ أدب القضاء لابن أبي الدم: ص ٢٤٦/ أدب القاضي للماوردي ج ٣ ص ٣٠٨ المهذب : ج ٢، ص ٣٠٣ .

مجلس القضاء يعتبر نكولا منه، فترد اليمين على المدعى، فان حلف قضي له وان لم يكن معه بينة(١) وعند بعضهم لا يعتبر امتناعه نكولا لأنه يشترط في النكول سماع الدعوى وسؤال المدعى عليه عن جوابها(٢).

ج - المالكية: وعندهم أيضا يجوز القضاء على الغائب المتمرد، وتسمع عليه البينة ويقضي عليه بالحق المدعى به، ولا ترجى له حجة اذا حضر بعد ذلك عقوبة(٣).

١- تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ١٨٨.

٢- أدب القاضي للماوردي: ج ٢ ص ٣٢٤.

٣- تبصرة الحكام: ج ١، ص ٨٧.

د ـ الحنبلية : وهم مع أبى يوسف ، وأجازوا القضاء على الممتنع عن الحضور لو كان حاضرا فى البلد(١) وعند بعضهم الآخرين لايحكم عليه حتى يحضر قهرا(٢).

٢) القضاء على الغائب المفقود: وهو الشخص الذى لايعلم مكانه ، وهو يختلف عن المستتر، لأن المستتر هو الذى يختفي بعد أن تصل إليه دعوة القاضي للحضور مجلس القضاء ، وأما المفقود فيكون مجهول المصير قبل أن ترفع

١ـ المقنع : ج ٣، ص ١٣١ / منتهى الارادات القسم الثانى: ص ٦٠٥

٢- المغنى : ج ٩، ص ٦١، ٦٢

عليه الدعوى.

فيجوز الحكم عليه عند الجمهور، لأنهم يجيزون القضاء على الغائب المعروف المكان، فيجوز القضاء على المفقود بطريق أولى، وأما الحنفية فقد صرحوا بصحة القضاء على المفقود، لأنه مستثنى من الغائب الذى لا يجوز القضاء عليه، ولكن يجب تنصيب الوكيل عنه(١)

٣) القضاء على الميت: عند جمهور الفقهاء يجوز القضاء على الميت اذا لم يكن له وصي أو وارث، ولكن يشرط أن يكون مع المدعي حجة شرعية(٢).

١ـ البحر الرائق: ج ٧، ص ١٨/ المجانى الزهرية: ص ٦٥ / كتاب فصل القضية ص ٥٩ / واختاره اصول المحاكمات الحقوقية المادة ١٤٤، ١٤٥/ ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٨١، ١٨٢.

٢ـ المهذب: ج ٢، ص ٣٠٤، ٣٠٥/ كشاف القناع: ج ٦، ص ٣٥٢، ٣٥٣ / المقنع: ج ٣، ص ٦٢٩ / منتهى الارادات القسم الثانى: ص ٦٠٥.

وأما عند الحنفية فإن هذه الدعوى ترفع على وارث الميت أو وصيه أو شخص موصى له من قبل المتوفى (١)

٤) القضاء على المجنون والصغير: عند جمهور الفقهاء يجوز القضاء على المجنون والصغير، بشرط أن يكون مع المدعى بينة مقبولة، وللمقضى عليه حق معارضة الحكم اذا أفاق أو كبر(٢) وعند الحنفية لاتجوز الدعوى على الصبي غير المميز غير المأذون ولا على المجنون(٣) فالظاهر أنهم

١ـ كتاب فصل القضية ص ـ ٨٠

٢ـ المهذب جـ ـ ٢ ص ـ ٣٠٤/ كشاف القناع جـ ـ ٦ ص ـ ٣٥٤/ المقنع جـ ـ ٣ ص ـ ٦٢٩٠

٣ـ درر الحكام جـ ـ ٢ ص ـ ٣٣٠/ المجاني الزهرية ص ـ ٨٨/ مجلة الاحكام العدلية المادة ـ ١٦١٦٠

لا يجيزون القضاء عليهما ، وهؤلاء يرافع عنهم النائب الذى نصبه الشارع لحماية مصالحهم وقضائهم.

٥) القضاء على الغائب البعيد المعروف المكان :

انقسم الفقهاء فى هذه المسألة إلى المانعين والمجيزين و فيما يلى تفصيل آراءهم :

أ- الحنفية : عند الامام أبي حنيفة ومحمد لايجوز القضاء على الغائب مهما كان سبب غيابه ، حتى ولو كان حاضرا فى البلد وامتنع عن الحضور ولم يقرر عليه الوالى[١] بينما ذهب الامام أبو يوسف

١- شرح ادب القاضي للخصاف بشرح الصدر ج ٣ ص ٢٢٢/ كتاب نصل القضية ص ٥٦.

الى جواز القضاء على المستترأو الممتنع عن الحضور بعد المبالغة فى طلبه وإعذاره، والتوكيل عنه[١] وكذلك ذهب الامام محمد إلى عدم جواز القضاء على الذى هرب من مجلس الحكم بعد إقامة البينة عليه[٢]. خلافا لأبي يوسف الذى ذهب إلى جواز القضاء عليه فى غيابه[٣].

وبعض علماء الحنفية أجازو القضاء على الغائب غير الممتنع إذا كان بعيدا بتنصيب وكيل

١ـ حاشية رد المختار: ج ٥، ص ٤١٦ / أدب القاضى للخصاف: ج ٣، ص ٣٢٢/ معين الحكام: ص ٩٧/ البحر الرائق: ج ٧، ص ١٩، ٢٠/ المجانى الزهرية: ص ٦٥/ كتاب فصل القضية: ص ٥٩/ واختاره قانون المحاكمات الحقوقية: المادة ١٤٤، ١٤٥/ ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية: المادة ٢٨١، ٢٨٢

٢ـ شرح أدب القاضى للخصاف: ج ٣، ص ٣٢٣/ المجانى الزهرية: ص ٦٥ / كتاب فصل القضية: ص ٥٩

٣ـ شرح أدب القاضى للخصاف: ج ٣، ص ٣٢٢ / المجانى الزهرية: ص ٦٥ / كتاب فصل القضية: ص ٥٩ / واختاره لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: المادة ٢٨٤

يعبر عنه ، فيجيب عن دعوى المدعي، فينكر أو يدفع الدعوى(١). وبعض المتأخرين منهم ذهبوا إلى جواز القضاء على الغائب إذا اقتضت المصلحة أو الضرورة(٢).

وذكر بعض الحنفية الاستثناءات التي يجوز فيها الحكم على الغائب ، وهذه الاستثناءات هي في الحقيقة حالات تحققت فيها الضرورة أو المصلحة فاقتضى ذلك جواز القضاء على الغائب ، فمنها :

أ- يجوز عندهم القضاء على الغائب إذا كان المدعي يريد أخذ حقه من ثمن مال كان للغائب عنده

١- البحر الرائق جـ ٧ ص- ١٧/ جامع الفصولين جـ ١ ص- ٥٣/ الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص- ٨٧.

٢- جامع الفصولين جـ ١ ص- ٥٩، ٦٠.

ومثال ذلك مالو اشترى شخص من آخر شيئاً ثم غاب المشترى قبل أن يقبضه غيبة منقطعة، فانه يجوز للقاضى بناء على طلب البائع أن يحكم ببيع الشيء المبيع وايفاء الثمن للبائع اذا أقام البائع البينة على البيع(١).

ب- واذا كفل شخص للدائن أنه إن لم يوف المدين دينه فى مدة معينة فإن الدين يكون عليه، فغاب الدائن، كان للكفيل أن يرفع الأمر إلى القاضي ويطلب منه تنصيب وكيل عن الدائن ليسلم الدين إلى الدائن، فإذا فصل يبراء الكفيل(٢).

١- كتاب فصل القضية ص- ٥٩.

٢- البحر الرائق ج- ٧ ص- ٢٠ / معين الحكام ص- ٩٦ / شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص- ٤٤٦.

ج - أو حين يكون ما يدعيه المدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر، كمن ادعى دارا في يد رجل، فأنكر فأقام المدعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب، يقضي بها على الحاضر والغائب، وكذلك لو ادعى شفعة وأنكر ذو اليد الشراء، فأقام البينة أن ذا اليد اشتراها من الغائب يقضى على الحاضر والغائب(١).

د - وكذلك إذا اشترى شخص من آخر شيئا وجعل له الخيار بالرّد في مدة معينة، فالبائع غاب، وأراد المشترى الرّد في خلال المدة، فله في هذه الحالة أن يطلب من القاضي أن ينصب

١- شرح فتح القدير جـ ٧ ص ٣١٢/
الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٨٧.

خصما عن البائع ليرد عليه.(١)

أدلة الحنفية : استدل الحنفية على عدم جواز القضاء على الغائب بما يلي :

أ - الحديث عن علي رضي الله عنه أنه قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا، فقلت يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال صلى الله عليه وسلم (ان الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء):

---

١ - البحر الرائق جـ ٧ ص - ٢٠/ معين الحكام ص - ٩٨/ شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص - ٤٤٦.

قال رضى الله عنه: ما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد(١)

ووجه الدلالة على منع القضاء على الغائب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع عليا رضى الله عنه من أن يقضى لأحد الخصمين وهما حاضران حتى يسمع كلام الآخر، فإنه يدل على أن الغائب الذى لم يحضر التخاصم ولم يذكر حجته أولى بالمنع(٢).

١- نصب الراية جـ ٤ ص ٥٩ / سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٧٤/ السنن الكبرى جـ ١٠ ص ١٤٠.
٢- المبسوط جـ ١٧ ص ٣٩ / فتح القدير جـ ٧ ص ٣١٠/ البحر الرائق جـ ٧ ص ١٧.

ب- والحديث الصحيح (فانما أقضى على نحو ما أسمع)[١] ففيه حجة للحنفية، وذلك أن القضاء ينبغي أن يبنيه القاضى على ما يسمعه من الخصمين، وهذا يقتضي أن يكون الاثنان حاضرين ليتمكن من سماع أقوالهما جميعا، فيحكم بناء عليها.

ج- وروى عن عمر بن العزيز رضى الله عنه أنه قال (اذا جاءك الرجل وقد سقطت عيناه فى يده لا تقض له حتى يأتى خصمه)[٢] وكذ لك روى الشعبي

١- سنن ابن ماجه جـ ٢ ص- ٧٧٧/ السنن الكبرى جـ ١٠ ص- ١٤٩/ صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٢ ص ٤، ٥.

٢- الجوهر النقي جـ ١٠ ص- ١٤٠.

عن القاضي شريح أنه كان لايقضي على الغائب وهو قول النخعي أيضا (١).

د - واستدل الحنفية بالمعقول أيضا وقالوا: أن القضاء شرع من أجل قطع المنازعة، ولا منازعة مع غياب الخصم لعدم تحقق الانكار من قبله (٢). وقالوا أيضا أن شهادة الشهود لا تكون حجة إلّا إذا لم يطعن فيها الخصم المدعى عليه، ولايتأتى الطعن مع الغيبة، فلا يجوز القضاء بالبينة مع الغيبة (٣).

٢) الجمهور: اتفق جمهور الفقهاء على جواز

---

١ - الجوهر النقي جـ ١٠ ص ١٤٠.

٢ - المبسوط جـ ١٧ ص ٤٠/ الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ٤١٣، ٤١٤/ البحر الرائق جـ ٧ ص ١٧.

٣ - الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ٤١٤.

القضاء على الغائب[١]، ولكنهم اختلفوا بينهم على بعض الفروع والجزئيات، واختلافهم يظهر فى شروط القضاء على الغائب.

شروط القضاء على الغائب: فيما يلى تلخص الشروط التى اشترطها الفقهاء للقضاء على الغائب:

١) - أن يكون مع المدعى بينة شرعية على دعواه:[٢] وخالف الشافعية فى هذا الاشتراط واعتبروا الامتناع عن الحضور بمثابة النكول، فيجوز

---

١ - تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٣٥/ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٦٠/ كتاب الكافي في الفقه المالكي جـ ٢ ص ٩٣٧/ فتح العلي المالك جـ ٢ ص ٣٠١. المهذب جـ ٢ ص ٣٠٤/ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦١/ مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦/ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥٤/ المحلى جـ ٩ ص ٣٦٦.

٢ - فتح العلي المالك جـ ١ ص ٣٠١/ المهذب جـ ٢ ص ٣٠٢/ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥٤.

للمدعى بعده أن يحلف يمين الرّد، فإذا فعل ذلك قضى له(١)

٢) أن لا يكون المدعى به حقا من حقوق الله أو يغلب فيه حق الله: فلا يجوز القضاء على الغائب في الزنا أو السرقة(٢)، لأن فيهما حق الله غالب، ولكن إذا كان في المدعى به حقان. أي حق الله وحق العبد. يقضي في حق العبد دون حق الله، ومثال ذلك كأن تكون البينة على الغائب أنه سرق فيقضي

١ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ /
مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦.

٢ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٨٨ /
ادب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٨٠٣.

بالمال دون القطع(١).

٣) أن يذكر المدعي في دعواه أن خصمه منكر: ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يشترط في الدعوى على الغائب أن يذكر فيها أن الخصم الغائب منكر للحق المدعى، ولا يذكر أنه مقر، وذلك لأن الإقرار ينافي سماع البينة وتسمع عند الإنكار فقط، ولا تقام على مقر، ولو سكت المدعي ولم يقل عن خصمه إنه منكر أو مقر فالراجح سماع البينة على الغائب لأن المدعي محتاج إلى اثبات حقه، وقد لا يعلم حال المدعى عليه الغائب، فلا يعرف هل هو مقر أم منكر، فيعتبر

١ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٨٨ /
كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥٤ /
المغني جـ ٩ ص ١١٠ /
منتهى الارادات القسم الثاني ص ٦٠٦ .

غيابه كسكوته فى مجلس القضاء، وهذا يحمل على الإنكار فكذلك غيابه[١] وقد استثنى حالتان من هذا يجوز الدعوى فيهما وان صرح المدعى بإقرار خصمه، وهما أن يكون المدعى عليه ممن لا يقبل اقراره كسفيه ومفلس. والحالة الثانية أن يكون للغائب عين حاضرة فى ولاية القاضى الذى رفعت إليه الدعوى وأراد المدعى إقامة البينة على دينه ليوفيه منه، فتسمع منه الدعوى وإن ذكر أن خصمه مقر[٢].

١ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٨٨ /
مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٧ /
ادب القضاء لابن ابي الدم ص ٢٤٧ /
منهاج الطالبين ص ١٥٠ .

٢ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ /
مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٧

٤) أن يكون المدعى عليه الغائب بعيدا :

اتفق الفقهاء على جواز القضاء على الغائب البعيد فقط ، ولكن عند بعض الشافعية يجوز القضاء على الغائب عن المجلس في جميع الحالات حتى ولو كان قريبا منه (١)

٥) أن يكون المدعى مستترا أو ممتنعا عن الحضور أو يكون هاربا بعد حضوره المجلس :

اتفق جمهور الفقهاء ومعهم أبو يوسف من الحنفية على هذا الاشتراط ، فيجوز القضاء عندهم على الممتنع أو المستتر أو الهارب حتى ولو كان في

---

١ ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ ، ١٦٥ /
مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٧ .

مكان قريب[١]، وخالفهم فى ذلك الامام محمد وذهب إلى عدم جواز القضاء على الغائب مهما كان سبب غيابه حتى ولو كان حاضرا فى البلد، وامتنع عن الحضور[٢].

٦) أن ينصب الوكيل عن الغائب فى القضاء عليه:

اختلف الفقهاء على هذا الشرط، وفيما يلى آراؤهم:

أ - الحنفية: عندهم لا يجوز سماع البينة فى الحالات التى يجوز فيها عندهم القضاء على الغائب إلا إذا نصب القاضى وكيلا بخاصم عن الغائب وتقام عليه

١- البحر الرائق جـ ٧ ص ١٦ ، ٢٠٠/
المجانى الزهرية ص ١٥/
معين الحكام ص ٦٧/
تبصرة الحكام جـ ١ ص ٨٧/
تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٨٨/
ادب القضاء لابن ابى الدم ص ١٤٦/
المغنى جـ ٩ ص ٤١.

٢- شرح ادب القاضى للخصاف بشرح الحسام جـ ٣ ص ٢٢٢/
كتاب فصل القضية ص ٥٦.

البنيـة(١).

ب- المـالكيـة: عندهم قولان في هذه المسألة أحدهما أنه لا يجب على القاضي تنصيب الوكيل عن الغائب، ويكون للغائب حق معارضة بينة المدعي إذا حضر، وثانيهما أن يجب على القاضي تنصيب الوكيل عن الغائب، ولا يكون للغائب معارضة بينة المدعي(٢)

ج- الشـافعية: نقل في أدب القضاء عن بعض الشافعيه أن الأصح عندهم عدم تنصيب الوكيل عند الغائب، والمختار هو تنصيبه، لأن الدعوى تستدعي جوابا وقد تعذر جواب الغائب، فمن نصبه

١- البحر الرائق جـ ٧ ص ١٩، ٢٠ / المجاني الزهرية ص ٦٥ كتاب فصل القضية ص ٥٩ / معين الحكام ٦٧ / لسان الحكام ص ٢٢٦ / الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٨٧.
٢- تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٣٥.

القاضي يقوم مقامه[١]. وعند بعضهم لا يجب على القاضي تنصيب الوكيل عن الغائب بل يجوز له تنصيبه، ولا يتوقف صحة القضاء على تنصيب الوكيل[٢].

د ـ الحنبلية: فعندهم لا يجب تنصيب الوكيل عن الغائب إلاّ في حالة امتناع المدعى عليه عن الحضور إلى مجلس القاضي[٣].

٧) أن يحلف المدعى على صدق دعواه: عند المالكية والشافعية لا يجوز القضاء على الغائب بالبينة فقط، بل يجب على المدعي أن يحلف بأن الحق المدعى ما زال ثابتا على المدعى عليه، لأن

---

١ ـ أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٣٧.
٢ ـ تحفة المحتاج ج ٢ ص ١٦٥ / منهاج الطالبين ص ١٥٠.
٣ ـ المغني ج ٩ ص ٦١، ٦٢.

المدعى عليه اذا حضر قد يدعى مدفعا لدعوى المدعى أو بينته، ولو كان حاضرا ودفع الدعوى بنحو إبراء وغيره لوجبت اليمين(١)، والحنبلية عندهم قولان فى هذا أشهرهما أن المدعي لا يحلف بعد إقامة البينة، بقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه)(٢)، ويفهم من الحديث أن اليمين لا تكون على المدعي،

١ـ تبصرة الحكام: ج ١، ص ١٣٥/ تحفة المحتاج: ج ١٠، ص ١٦٦/ أدب القاضى للماوردى ج ٢ ص ٣٢٦/ منهاج الطالبين: ص ١٥٠/ الوجيز فى فقه الامام الشافعى: ج ٢، ص ٣٦٢/ المهذب: ج ٢، ص ٣٠٣ اعانة الطالبين: ج ٤، ص ٢٥٢.

٢ـ فتح البارى: ج ١٢، ص ٧٢/ صحيح المسلم بشرح النووى: ج ١٢، ص ٢/ سنن الدارقطنى ج ٣ ص ١١٠/ سنن ابن ماجة: ج ٢، ص ٧٧٨/ سبل السلام: ج ٤، ص ١٣٢/ نصب الراية: ج ٤، ص ٣٩٠، ٣٩١.

وانما تختص بالبينة ،ولأن البينة التى يقدمها المدعى إذا عدلت تكون حجة شرعية ينبغي قبولها ، من غير حاجة إلى أي أمر آخر يقويها ، وهى فى ذلك كالبينة التى تقام على الحاضر(١). ولكن إذا أقام المدعي شاهدا واحد فلا بد من الحلف(٢). وفى قول آخر لهم ذهبوا إلى وجوب التحليف ، لأنه يحتمل أن يكون المدعى عليه قد وفاه حقه ، فهى من قبيل الاحتياط خاصة فى زمن الفساد(٣).

١ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥٤ /
المقنع جـ ٣ ص ٦٣٠ /
منتهى الارادات القسم الثاني ص ٦٠٦ .
٢ـ كشاف القناع جـ ٦ ٣٥٤ .
٣ـ كشاف القناع جـ ٦ ٦٥٤ .

أدلة الجمهور فى القضاء على الغائب :

١) استدل جمهور الفقهاء بعمومات النصوص التى توجب الحكم بالعدل وليس فيها تخصيص ذلك بحاضر ولا غائب ، كقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط، شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين، ان يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا ، وان تلووا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا)(١). وقوله تعالى: (وأقيموا الشهادة لله ، ذلك يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر)(٢). و غير ذلك من

١ـ سورة النساء آية ١٣٥ .
٢ـ سورة الطلاق آية ٢ .

الآيات الكريمة التى لم يخص الله تعالى فيها وجوب الحكم بالعدل أو الشهادة بالحق بحاضر ولا غائب(١).

٢) واستدلوا أيضا بما ورد فى الصحيح من أن هند بنت عتبة دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفي بنى الا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي فى ذلك من جناح، فقال صلى الله عليه وسلم (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)(٢)

١ـ المحلى جـ ٩ ص ٣٦٩ .
٢ـ صحيح البخارى مع فتح البارى جـ ١٣ ص ١٤٦ / السنن الكبرى جـ ١٠ ص ١٤١ /

استدلوا بهذا الحديث بأنه قضاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبى سفيان رضى الله عنه مع أنه كان غائبا (١). ولكن كثيرا من الفقهاء ردّوا هذا الاستدلال وقالوا : إن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند كان إفتاء ولم يكن قضاء لها بذلك ، لأن أبا سفيان كان حاضرا فى البلد ولم يكن ممتنعا عن حضور مجلس القضاء. ويشترط للقضاء على الغائب أن يكون غائبا أو مستترا ، وهذا الشرط لم يكن موجودا فى أبى سفيان. ولكن أصحاب الاستدلال بهذا الحديث قالوا إن قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند (خذي ما يكفيك) هو بصيغة القطع يفيد

---

١ ـ ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ٣١٢/
اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٢٨ /
المقنع جـ ٣ ص ٥٦٣ .

القضاء ، ولو كان إفتاء لقال صلى الله عليه وسلم لها (لك أن تاخذي) أو (لا بأس عليك أن تاخذي)(١)

٣) واستدلوا(٢) بما رواه أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم حكم على العرنين الذين قتلوا الرعاة وسملوا أعينهم وفروا ، فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركهم واقتص منهم(٣)،

فاستدلوا بهذا أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى على العرنين، ونفذ حكمه وهم غيب . ولكنه ورد فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث فى آثارهم

١- - - - - - - - - - - شرح النووى على مسلم جـ ١٢ ص ٨ /
ادب القاضى للماوردى جـ ٢ ص ٣١٢ / اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٣٨ .

٢- المحلى جـ ٩ ص ٣٦٦ .

٣- - - - - - - - - - - - / صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ١٥٤

وجئ بهم، ثم أمر بقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم وألقاهم فى الحرة(١) .

٤) واستدلوا أيضا(٢) بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه حكم على أهل خيبر وهم غيب بأن يقيم الحارثيون أولياء القتيل البينة أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر ويسلم إليهم، أو يؤدوا ديته، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرأون.

١- صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١١ ص ١٥٥، ١٥٦ .

٢- المحلى جـ ٩ ص ٣٦٩ .

٥) واستدلوا بما ورد عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان رضى الله عنهما أنهما قضيا فى المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا (١)، وذكر اجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين على هذا (٢).

٦) واستدلوا بأن الدعوى مسموعة على الميت والصغير، فيجب سماعها على الغائب من طريق أولى، وذلك لأنهما أعجز من الغائب عن دفعها (٣).

١ـ مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦ .
٢ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ / حاشية البيجرمي جـ ٤ ص ٣٦٠ / المحلى جـ ٩ ص ٣٦٩ .
٣ـ مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦ / تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ / اعانة الطالبين جـ ٤ ص ٢٣٨ / حاشية البيجرمي جـ ٤ ص ٣٦٥ .

٧) وقالوا : إن جميع الفقهاء متفقون على سماع البينة على الغائب ، فلماذا لا يجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت(١).

٨) واستدلوا أيضا بأن منع القضاء على الغائب يفتح بابا أمام المبطلين الظالمين يدخلون منه إلى تحقيق مصالحهم وظلمهم ، وذلك يمتنعون من إيصال الحقوق إلى أصحابها بالهرب والامتناع عن الحضور والاستتار ، وهذا ترفضه روح الشريعة(٢).

١ـ مغني المحتاج جـ ٤ ٤٠٦/
تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ /
ادب القاضي للماوردي ص ٢ ص ٣١٤.
٢ـ مغني المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٦ /
المهذب جـ ٢ ص ٣٠٣ /
ادب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٣١٦.

القضاء على الغائب فى القانون الباكستاني:

اذا لم يحضر المدعى عليه إلى مجلس القضاء بعد أن تم تبليغ ورقه الدعوة اليه بأية وسيلة من وسائل التبليغ، للمحكمة أن تقضي عليه بدون سماع البينة عليه (١)..... هذا ماهو ورد فى القانون ولكن فى الواقع لا تحكم المحاكم على الغائب إلاّ بعد سماع البينة عليه(٢). وورد فى قضية من قضايا المحاكم العليا أنه يلزم على المحكمة أن تقول للمدعي أن يقم البينة على دعواه(٣). وقبل فى قضية أخرى أنه لا يجب على المحكمة أن تحكم على الغائب

١- Code of Civil Procedure: O.9 r. 6(a).

٢- PLD 1978 SC 89.

٣- PLD 1976 P 108 / 1970 SCMR 130 / PLD 1963 SC 663 / AIR 1947 C 269 / AIR 1926 O 92.

بدون سماع بينه المدعى بل لها خيار بين سماع البينة وعدم سماعها(١).

واما في الفقه الاسلامي فيشترط أن يكون مع المدعى بينة شرعية على دعواه(٢)، والحنفية وبعض المالكية والشافعية قالوا بوجوب تنصيب الوكيل عن الغائب ليقيم عليه البينة ويدافع عن الغائب(٣)، فيثبت من هذا أنهم لا يجيزون الحكم على الغائب بدون سماع البينة عليه، وكذلك اتفق جمهور الفقهاء

١ـ PLD 1978 SC 89

٢ـ فتح العلي المالك جـ ٢ ص ١٣٠١/ المهذب جـ ٢ ص ٤٠٢/ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٤ .

٣ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ٩٩، ٣٠٠ /المجاني الزهرية ص ٦٥/ معين الحكام ص ٩٧/ كتاب فصل القضية ص ٥٩ / تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٣٥ / تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦٥ .

على إن لا يجوز الحكم على الغائب بمقتضى بينة المدعي فقط ، بل يجب أن يحلف على صدق دعواه أيضا (١).

واذا حضر المدعى عليه أثناء المحاكمة الغيابية عليه وقدم عذرا مقبولا لغيابه ، يسمع دفعه والمحاكمة تبدأ فى مواجهته (٢) ، وبعبارة أخرى يستحق المدعى عليه أن يشارك فى المحاكمة فى أية مرحلة من مراحل سير الدعوى قبل الحكم عليه فى غيبته (٣).

وإذا كان لم يحضر وحكم عليه ، فله أن يقدم

---

١ ـ تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٢٥ / تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٦١ ، المهذب جـ ٢ ص ٣٠٤ .

٢ ـ Code of Civil Procedure: O.9r.1. وذهب اليه قانون اصول المحاكمات الشرعية المادة ٥٣ .

٣ ـ PLD 1973 L 659/PLD 1964 L 782/
AIR 1922 B 545/PLJ 1980 L 66/
PLJ 1980 L 48/AIR 1922 A 33/
AIR 1922 A 110

عريضة لإبطال الحكم عليه بشرط أن يبين للمحكمة أن ورقة الدعوى لم تبلغ إليه بطريقة لازمة، أو كان غيابه بعذر معقول منعه من الحضور إلى مجلس القضاء، ففي هذه الحالة تستطيع المحكمة أن تفرض عليه نفقات المحاكمة الغيابية(١). فاذا تبين للمحكمة أن غياب المدعى عليه ماكان بسبب تقصيره فتكليفه بنفقات المحاكمة ظلم.

ورأي بعض الحنفية - الذين أجازوا القضاء على الغائب اذا كان هناك حاجة أو ضرورة - رأياً أقرب إلى العدل في نظرنا أنه يجب دعوة كل مدعى عليه مهما كان بعيداً عن مجلس القضاء، لأنه

١- Code of Civil Procedure: O.7 r. 13

اذا قضى على الغائب من غير دعوته الى الحضور، ونفذ عليه الحكم فى ماله الموجود فى دائرة المحكمة بدون علمه، و بعد مدة طويلة .. تصرف المدعي فى ماله، فهذا يؤدى إلى الظلم، وخاصة إذا حضر الغائب وتبين أن له دفعا مقبولا لدعوى المدعي أو بينته.

—.—.—.—.—

الباب الثالث

جواب الدعوى فى الفقه والقانون

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأوّل : شروط جواب الدعوى فى الفقه والقانون.

الفصل الثانى : إقرار المدعى عليه فى الفقه والقانون.

الفصل الثالث : إنكار المدعى عليه فى الفقه والقانون.

الفصل الرابع : امتناع المدعى عليه فى الفقه والقانون

الفصل الأول

شروط جواب الدعوى فى الفقه والقانون

فيه بيان الشروط التى لا يكون هذا الجواب صحيحا إلا بها ، من كونه صريحا وبصيغة جازمة ، وكونه مطابقا للدعوى ، وكونه صادرا عن شخص جائز التصرف ، وأوردت عند كل شرط مقارنته مع القانون الباكستانى .

الفصل الأوّل

شروط جواب الدعوى فى الفقه والقانون

جواب المدعى عليه عن دعوى المدعى هو أيضا تصرف من التصرفات الشرعيه كالدعوى ، وله شروط خاصة فى الشريعة فلا يقبل بدون هذه الشروط ، واذا أجاب المدعى عليه عن الدعوى وجوابه لا يستوفى هذه الشروط أجبر على الاجابه الصحيحة وإلّا اعتبر امتناعه نكولا أو إقرارا ، وفيما يلى تفصيل هذه الشروط :

الشرط الأوّل : أن يكون الجواب صريحا وبصيغة جازمة :

فلا يقبل من المدعى عليه أن يجيب بقوله (ما أظن له عندى شيئا)[1] ، و يشترط فى

١- معين الحكام ص ٦٥ / تبصرة الحكام ج ١ ص - ١٦٢ ه

الجواب ذلك ليعرف موقف الخصم بصورة جازمة ومعروفة.

وكذلك القانون الباكستاني أيضا يشترط أنه لا يجوز للمدعى عليه أن ينكر الوقائع الواردة فى الدعوى بالعموم، بل يجب أن ينكر كل واقعة فى صورة مستقلة(١) ويجب أن يكون دفعه واضحا وجازما(٢)، ولا يكفي له أن يقول إنه لا يقبل كل الوقائع الواردة فى الدعوى(٣) بل يلزم أن يجيب كل واقعة بصورة مستقلة، واذا ترك واقعة من وقائع الدعوى اعتبر سكوته عنه إقرارا به(٤)،

١ــ Code of Civil Procedure: O.8 R.3/
ونفس الرأى ورد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٠٨.

٢ــ PLD 1977 L 102/AIR 1925 C 578/
AIR 1923 L 769

٣ــ AIR 1949 A 173.

٤ــ Code of Civil Procedure: O.8r.5/
PLD 1973 K 522/PLD 1965 SC 352/
PLD 1964 L 648/PLD 1963 K 182/

ولا يؤذن له أن ينكره بعد ذلك(١).

الشرط الثاني: أن يكون الجواب مطابقا للدعوى:

يشترط أن يجيب المدعى عليه عن جميع الطلبات المذكورة في الدعوى، ولا يترك إجابة أي منها، فكذلك لايكفي في الجواب عن الدعوى بمائة جنيه مثلا أن يقول (ليس له علي مائة)، فيجب أن يقول معه (ولا شيء منها)(٢)، لأنه بدون ذلك ينكر استحقاق مائة عليه فقط ولا ينكر استحقاق الأقل.

والقانون الباكستاني يوافق الشريعة الاسلامية في هذا الاشتراط، فيلزم أن يجيب المدعى عليه عن جميع طلبات الدعوى، ولا يسكت

١ــ PLD 1965 SC 352

٢ــ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٣٤.

على أي منهما كما هو المذكور فى الشرط الأول .

الشرط الثالث : أن يكون الجواب صادرا عن شخص جائز التصرف :

ويشترط لصحة جواب الدعوى أن يكون صادرا عن شخص جائز التصرف[١]، وذلك لأن الجواب تصرف يترتب عليه أثر شرعى يحتمل فيه النفع والضرر، والأصل فى الدعوى أن ترفع على جائز التصرف ، فلذا يشترط فى جواب الدعوى أن يصدر من شخص جائز التصرف .

١ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ١٩١ / درر الحكام جـ ٢ ص ٣٣٠ / الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٢ / تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٣٣ / تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٢٩٣ / مغنى المحتاج جـ ٤٠ ص ٤٠٧، ٤٠٨ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٨٤ .

وكذلك القانون لا يجيز أن ترفع الدعوى على الصبيى، بل يجب أن ترفع على وليه(١). فالظاهر أن القانون أيضا يشترط أن يصدر الجواب عن جائز التصرف.

وورد فى القانون الباكستانى بعض شروط أخرى لصحة جواب الدعوى، فاذا أدخل المدعى عليه جوابه فى المحكمة، لايجيز أن يأتى بدفع ترك ذكره فى الجواب(٢)، فلا يجوز له إلاّ بإجازة المحكمة أن يدعي بدفع جديد بعد أن تم جوابه(٣)

١- Code of Civil Procedure: O.32 r.3(1).

٢- Code of Civil Procedure: O.8 r.9.

٣- AIR 1925 B 390 / AIR 1935 M 117.

اذا أمره القاضي أن يأتي بجواب وهو لا يمتثل هذا الأمر، يستحق أن يحكم عليه القاضي (١)، وكذلك يستطيع أن يغرم المدعى عليه ويمنحه وقتا للجواب(٢).

١- Code of Civil Procedure: O. 8 r. 10.

٢- PLJ 1980 L 48 / PLJ 1980 L 66.

الفصل الثانى

اقرار المدعى عليه فى الفقه والقانون

وفى هذا الفصل ذكرت شروط الاقرار ومكانته وأثره على الدعوى . ومو قف القانون منه .

الفصل الثانى

اقرار المدعى عليه فى الفقه والقانون

الاقرار عند فقهاء الحنفية هو (اخبار الشخص بحق لأخر عليه)[١]، وعند الشافعية هو (اخبار عن حق ثابت على المخبر)[٢]. وعند المالكية هو (الأخبار عن أمر يتعلق به حق للغير)[٣].

شروط الاقرار:

يشترط فى الاقرار الشروط التى يجب توفرها فى جواب الدعوى ، ولا يشترط شرط التصريح فى الاقرار فيقبل اذا كان ضمنيا. والاقرار الضمني يكون فى بعض

١ـ تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٨٨ / درر الحكام جـ ٢ ص ٣٥٢ / المجانى الزهرية ص ٨٠.

٢ـ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٣٨.

٣ـ تبصرة الحكام جـ ص ٣١

الأحوال التى يدفع فيها المدعى عليه دعوى خصمه ، فيفهم من هذا الدفع بأنه مقر بأصل الدعوى ، وذلك كأن يدعى عليه مالا، فيقول فى الجواب (لقد أبرأنى المدعي عن هذا المال)، فيكون هذا الدفع متضمنا للاقرار بالمال المدعى[1]،

ويشترط للاقرار أن يكون فى مجلس الحكم[2]. وبناء على ذلك لا تصح الدعوى بالاقرار[3]، لأنه يشترط فى الدعوى أن تكون مطالبة بحق أو بموجبه والاقرار ليس حقا من الحقوق ، ولا موجبا من

١ــ ادب القضاء لابن ابى الدم ص ١٨٣ .
٢ــ كتاب فصل القضية ص ١٩ .
٣ــ المجانى الزهرية ص ١٤٠ / قانون المحاكمات الحقوقية المادة ٦٩ .

موجباته ، فلا يصح أن يكون مدعى به(١).

وكذلك لا يجوز الاقرار المشروط بشرط الخيار، فلو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لأن شرط الخيار فى معنى الرجوع ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد(٢).

ويصح الاقرار بالكتابة، فاذا قدم المدعى سندا ممحى أو مختوما من المدعى عليه يشهد له بصحة دعواه وأنكر المدعى عليه كون السند منه، فلا يقبل انكاره إذا ثبت أنه خطه أو ختمه بالشهرة

١ــ القواعد لابن رجب ص ٣٢٣ .
٢ــ كتاب فصل القضية ص ٢٠ /
الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١٣٨ /

معين الحكام ص ١٢٥ /

المجانى الزهرية ص ٨١ .

أو معرفة ذوى الخبرة(١) والاقرار بالإشارة مقبول من الأخرس خاصة إذا كانت معروفة(٢).

والاقرار أقوى من البينة، ولا ضرورة للبينة بعده إلاّ فى أحوال نادرة(٣): لأن الحكم بالاقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون(٤).

إذا أقر الصحيح العاقل البالغ الرشيد أو الصبى المميز المأذون له أو المعتوه المأذون له

---

١ ــ معين الحكام ص ١٢٥ / كتاب فصل القضية ص ١٩ / قانون المحاكمات الحقوقية المادة ٢٨ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٣٠ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٤٠ .

٢ ــ كتاب فصل القضية ص ١٩ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٤٠ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٢٨ .

٣ ــ معين الحكام ص ١٢٥ / كتاب فصل القضية ص ١٩ .

٤ ــ معين الحكام ص ١٢٥ .

أو معرفة ذوى الخبرة[١] والاقرار بالإشارة مقبول من الأخرس خاصة إذا كانت معروفة[٢].

والاقرار أقوى من البينة، ولا ضرورة للبينة بعده إلاّ فى أحوال نادرة[٣]: لأن الحكم بالاقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون[٤].

إذا أقر الصحيح العاقل البالغ الرشيد أو الصبى المميز المأذون له أو المعتوه المأذون له

---

١ ــ معين الحكام ص ١٢٥ / كتاب فصل القضية ص ١٩ / قانون المحاكمات الحقوقية المادة ٧٨ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٣٠ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٤٠ .

٢ ــ كتاب فصل القضية ص ١٩ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٤٠ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٢٨ .

٣ ــ معين الحكام ص ١٢٥ / كتاب فصل القضية ص ١٩ .

٤ ــ معين الحكام ص ١٢٥ .

مختارا في إقراره بماله صح اقراره ولزمه المال المقربه جميعه، وعلى القاضي تنفيذ هذا الاقرار ولو كرها(١).

وفي القانون أيضا يجوز الحكم بناء على الاقرار(٢). والاقرار هو أقوى البينات(٣)، ولا ضرورة للبينة بعد أن أقر الخصم بدعوى المدعي(٤)، ومع ذلك يشترط أن لا يكون الاقرار مشروطا بشرط(٥) والقانون الباكستاني خال عن التفاصيل المتعلقة باقرار المدعى عليه مثل ماهو الحال في الفقه الاسلامي.

١ــ كتاب فصل القضية ص ٢٤ .

٢ــ Code of Civil Procedure: O.12 r.6.

٣ــ AIR 1914 PC 220.

٤ــ Evidence Act 1872: S-58.

٥ــ AIR 1933 L 403 / PLD 1966 K 75.

الفصل الثالث

انكار المدعى عليه للدعوى فى الفقه والقانون

وهذا الفصل متعلق بشروط الانكار
وصوره فى الفقه الاسلامى
والقانون الباكستاني.

الفصل الثالث

انكار المدعى عليه للدعوى في الفقه والقانون

انكار المدعى عليه يمكن أن يقسم إلى الانكار الحقيقى والانكار الحكمي، فالأول هو أن ينكر المدعى عليه استحقاق المدعي للمدعى به، ثم له أن ينكر سبب استحقاق الشيء المدعى، كما أن له أن ينكر استحقاق المدعى به وان لم يتعرض لسبب هذا الاستحقاق بالانكار، ومثال ذلك لو ادعى شخص على آخر مالا بسبب الاقتراض أو الاتلاف، فيقول المدعى عليه فى جوابه عن الدعوى (ما أقرضنى أو ما أتلفت له)، صح انكاره، ويصح الانكار أيضا اذا أنكر المدعى به بجميع اجزائه، وان لم يتعرض لسبب استحقاقه.

من قرض أو اتلاف[١]. واذا أقر المدعى عليه بالشيء المدعى وأنكر سبب استحقاقه، صح إقراره عند بعض الشافعية ويؤاخذ به المقر، ويعتبر ذلك إنكارا للدعوى عند بعضهم، ومثال ذلك لو ادعى شخص ألفا على آخر بسبب الاقتراض، فقال المدعى عليه في الجواب: يستحق علي ألفا ولكن من ثمن مبيع أو قيمة متلف[٢].

وأما الانكار الحكمي فيكون إذا امتنع المدعى عليه عن جواب الدعوى، بأن يصر على السكوت أو يصرح أنه لا يريد أن يقر أو ينكر، ولم يكن سكوته

١ـ المهذب ج ٢ ص ٣١٠.

٢ ـ أدب القضاء لابن ابي الدم ص ١٧٤.

أو إمتناعه بسبب الدهشة أو الغباوة فيه، فاعتبر عند بعض الفقهاء في حكم الانكار والنكول فترد اليمين على المدعي عند من يقولون بالردّ، فاذا حلف قضي له بالمدعى به(١).

ويشترط في الانكار أيضا أن يكون صريحا وبصيغة الجزم، لأنه نوع من أنواع الجواب، فلا يصح قول المدعى عليه (ما أظن أنه له عندي شيئا)(٢). ويترتب على اشتراط التصريح وجزمه أن المدعى عليه لو أجاب على من ادعى عليه الف دينار مثلا بقوله: (ليس لك علي ألف) لما كان هذا الانكار متناولا جميع المدعى به وانما يمكن اطلاق الجزء عليه، ولا بد من أن يقول

١ــ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٣٠٣

٢ــ معين الحكام ص ٦٧ .

(ولا شيء منها)، وإلا حلف المدعي على ألف ناقصة جزءا واستحق ذلك[1] وذلك لأن انكار المدعى عليه لم يتناول صراحة كل جزء من المدعى به، وانما جزءا منه، فيعتبر صحيحا في حق هذا الجزء، ولا يعتبر في حق الأجزاء الأخرى.

ويشترط في الانكار أيضا أن يتناول الحق الذي تقتضيه الدعوى، فلا يصح الانكار الذي يتناول حقا آخر لا تقتضيه الدعوى، ومثال ذلك أن يقول المدعى عليه في جواب دعوى الوديعة (لم تودعني أولا تستحق علي شيئا) صح انكاره، ولكنه لو قال (لم يلزمني دفع إليك أو تسليم شيء إليك) لم يكن هذا انكارا للدعوى، لأنه لا يلزمه

---

١ ـ منهاج الطالبين ص ١٥٥ /
ادب القضاء لابن ابي الدم ص ١٧٤ .

ذلك وانما يلزمه التخليه بين المودع والوديعة، فهو قد نفى حقا لم يدعه عليه المدعي، فلايعتبر انكار الدعوى الوديعة(١).

ويشترط فى القانون الباكستانى أن لاينكر المدعى عليه الوقائع الواردة فى الدعوى بالعموم بل يجب عليه أن ينكر كل واقع فى صورة مستقلة(٢). ولا يكفي أن يقول أنه لا يقبل وقائع الدعوى(٣) بل يجب أن ينكر كل واقعة مستقلا، فاذا ترك أى واقعة من وقائع الدعوى اعتبر سكوته عنه اقرارا به(٤) ولا يؤذن بأن ينكره بعد ذلك(٥).

١ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٣٠٥ .

٢ـ ونفس الرأى وردفى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٠٨/

٣ـ Code of Civil Procedure: 0.8 r.3.
AIR 1949 A 173.

٤ـ Code of Civil Procedure: 0.8 r. 5 /
PLD 1963 K 182 / PLD 1951 L 166 /
AIR 1925 M 950 / PLD 1073 K 522 /
PLD 1964 L 648 / PLD 1965 SC 352 .

٥ـ PLD 1965 SC 352.

الفصل الرابع

امتناع المدعى عليه عن الجواب فى الفقه والقانون

هذا الفصل يبحث فى امتناع المدعى عليه عن جواب الدعوى ، فعلى بعض الأحيان لا يتضمن جوابه الانكار ولا الاقرار صراحة ، وأحيانا هو يصرح بالامتناع بأن يقول لا أقر ولا أنكر ، وأحيانا يسكت عن الجواب ، وذكرت فى هذا الفصل رأى القانون الباكستاني ايضا فى هذه المسألة .

الفصل الرابع

امتناع المدعى عليه عن الجواب فى الفقه والقانون

وقد يمتنع المدعى عليه عن جواب الدعوى ولايتضمن جوابه انكارا ولا اقرارا صريحا ، فامتناعه عن الجواب بهذه الصورة ينقسم إلى قسمين تاليين :ـ

أ ـ الامتناع الحقيقى: فى هذه الحالة قد يصرح المدعى عليه بأنه لا يريد أن يقر ولا أن ينكر، وقد يسكت عن الكلام فلا يتكلم بإقرار ولا بإنكار، فاختلف الفقهاء فى هذه الصورة وفيما يلى آراءهم فى ذلك :

الحنفية: الامامان أبو حنيفة ومحمد يريان أنه إذا أصر المدعى عليه على الامتناع بدون أى عذر

شرعى فهو بمنزلة المنكر، ويأخذ حكمه، خلا فا لأبي يوسف الذى يرى أنه ليس بمنزلة المنكر، وانما يجبر على الجواب بالأدب المناسب(١).

المالكية: عندهم أربعة أقوال فى هذه المسألة:

- قالوا: ان الممتنع يجبر على الجواب بالسجن ثم بالضرب، وان لم يزدجر بالسجن وحكم للمدعي بدون يمين.
- وقالوا أيضا: يطلب من المدعي يمين الرّد.
- وفى قول آخر لهم ذهبوا إلى أنه لا يسجن ولا يضرب ويعد امتناعه نكولا فيقضي للمدعى بيمينه، فإذا

١ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٠٣ /

معين الحكام ص ٦٥ /

الفواكه الدوانى الزهرية والفواكه البدرية ص ١١٢/

وذهبت اليه لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٠٧

كان المدعى به من الحقوق التى لا تثبت بالليمين كلف المدعى بالبينة، وقضي له إن أحضرها، وإلاّ فلا(١)

الشافعية والحنبلية : عندهم إذا سكت المدعى عليه عن الكلام، بعد امتناعة نكولا فيقضى للمدعي بيمينه، ولكنه يستحب عندهم أن لا يحكم بنكول الساكت عن الجواب، إلاّ أن يعذره القاضى ثلاث مرات بأنه ان لم يجب اعتبر ناكلا وقضى عليه بنكوله، فان أصر على امتناعه حلف المدعى على استحقاق المدعى به وقضي له به(٢) .....

١ــ تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٦٣ ، ١٦٤ .

٢ــ ادب القضاء لابن ابى الدم ص ١٨٨ /

منهاج الطالبين ص ١٥٠ /

المهذب جـ ٢ ص ٣٠٣ /

منتهى الارادات القسم الثانى ص ٦٠٣ .

ب - الامتناع الحكمي : ورد في كتب الفقه أمثلة كثيرة لهذا النوع من الامتناع، فمنها :

- اذا أجاب المدعى عليه عن الدعوى بقوله (لي مخرج مما ادعاه المدعي)، فاذا أصر على هذا الجواب اعتبر ممتنعا عن الجواب (١).

- أو اذا قال : (فليثبت المدعي دعواه)، فلا يكون هذا الجواب صحيحا ، واصراره على هذا يعتبر امتناعا عن الجواب ، لأن طلب الاثبات لا يستلزم اعترافا ولا انكارا (٢).

١ـ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٤٠ /

منتهى الارادات القسم الثاني ص ٦٠٣ .

٢ـ تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ٣٠٤ .

- والمدعى عليه فى حكم الممتنع عن الجواب أيضا اذا قال بعد رفع الدعوى عليه (مابقيت اتحاكم عنـدك) (١).

ففى هذه الصور المذكورة يعتبر المدعى عليه منكرا، ويطلب من المدعى البينة، فان عجز عنها طلب اليمين من المدعى عليه، فان نكل قضى عليه بالحق المدعى ، وهـذا عند جمهور الحنفية(٢)، واما عند غيرهم من الفقهاء فيعد المدعى عليه منكرا ناكلا ،

١ـ حاشية العبادى على تحفة المحتاج
جـ ١٠ ص ٣٠٤ /
حاشية البيجرمي جـ ٤ ص ٢٩٨ .
٢ـ البحر الرائق جـ ٧ ص ٣٠٢ /
معين الحكام ص ٦٤ /
الفواكه البدرية ص ١١٧، ١١٨ .

فيطلب من المدعى عليه اليمين ، فان حلف حكم له بالمدعى به(١).

و اما فى القانون اذا امتنع المدعى عليه عن الجواب بعد أن أُمره القاضى أن يأتى بجواب ، يستطيع القاضى أن يحكم عليه(٢)، وكذلك يستطيع أن يغرمه ويعطيه وقتا للجواب مرة ثانية(٣).

١ــ تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٦٣، ١٦٤ .

٢ــ Code of Civil Procedure: O.8 r.10.

٣ــ PLJ 1960 L 48 / PLJ 1960 L 66.

الباب الرابع

الشهادة واليمين فى الفقه والقانون

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأوّل : كيفية أداء الشهادة فى الفقه والقانون .

الفصل الثانى : قضاء القاضى بعلمه فى الفقه والقانون .

الفصل الثالث : اليمين فى الفقه والقانون.

الفصل الأوّل

كيفية أداء الشهادة في الفقه والقانون

هذا الفصل في كيفية أداء الشهادة واختبار الشهود أمام القاضي في نظر الشريعة الاسلامية والقانون الباكستاني ٠

الفصل الأوّل

كيفية أداء الشهادة فى الفقه والقانون

إذا حضر الشهود يسألهم القاضي عن الواقعة وهم يؤدون شهادتهم أمامه(١). ويستحب للقاضي إكرامهم ويكره له أن يعنفهم أو يقرّعهم(٢). ويستحق القاضي أن يختبر الشهود بأن يفرقهم ويسأل كل واحد منهم منفردا(٣). فيمتحنهم فيقول لهم: من شهد منكم أولا؟ وفى أي وقت شهد تم؟ وفى أي مكان شهد تهم؟ أو فى أي محلة شهد تم؟ ونحو ذلك

---

١ ــ ادب القضاء لابن ابى الدم ص ٩٧ .
٢ ــ ادب القضاء لابن ابى الدم ص ٩٣ / ادب القاضى للماوردى جـ ٢ ص ١٧ .
٣ ــ ادب القضاء لابن ابى الدم ص ٩٦ / ادب القاضى الماوردى جـ ٢ ص ١١٨ .

من الأسئلة[١] فإذا اتفقت شهادتهم قبلها و اتفقوا على كلمة واحدة، وظهرت عند القاضى دلائل الصدق سمعها بشروطها، ولكن إذا اختلفت شهادتهم وأقوالهم أبطلها وأسقطها[٢]. روى أن أربعة شهدوا عند داود عليه السلام على المرأة بالزنا فأمر رجمها فبلغ ذلك سليمان عليه السلام وهو يلعب مع الصبيان، فاستدعى أربعة من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك ثم فرقهم وسألهم فاختلفوا فرّد شهادتهم، فبلغ ذلك

١ـ أدب القضاء لابن ابي الدم ص ٩٦ /
أدب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ١٧.
٢ـ ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ٢٠ /
ادب القضاء لابن ابي الدم ص ٩٦ .

داود عليه السلام، ففرق الشهود وسألهم فاختلفوا فرّد شهادتهم.[١] وقيل أن أوّل من فرق الشهود دانيال عليه السلام، شهد عنده أربعة على امراة بالزنا ففرقهم، وسألهم فاختلفوا، فوعا عليهم فنزلت نار فاحرقتهم[٢].

وحكى أن سبعة خرجوا فى سفر ففقد واحد منهم، فجاءت امرأته إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه تدعى عليهم قتله، فقرقهم وأخذ واحدامنهم إلى جانب فسأله فأنكر، فقال على رضى الله عنه " اللهاكبر"

---

١ ـ ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ١٨ .

٢ ـ ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ١٩ .

فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كبر على اقرار الأوّل ، ثم استرعاهم واحدا بعد واحد، فأقروا ، فقال الأوّل : أنا ما أقررت. فقال " قد شهد عليك أصحابك "(١).

فثبت أن القاضي هو يسأل عن الشاهد تفصيل الشهادة ويختبره ولا حق للمدعى عليه لإختبارهم.

وأما القانون الباكستاني هو مخالف للشريعة الاسلامية في هذا النطاق تماما. ويعطى للمشهود له حق أن يسأل شهوده عن تفصيل الشهاده وبهذا الطريق يستخرج عنهم ما شهدوا(٢)، وينبغى للمشهود له أن يسئل الشهود عن كل التفاصيل بأسئلة متعددة.

١ـ ادب القاضي للماوردى ج ٢ ص ١٩ / المغني ج ٩ ص ٨٧ .

٢ـ Qanoon-e-Shahadat 1984: S-132 / Evidence Act 1872: S-137.

ولا يجوز لهم أن يقول له فقط أن يؤدوا الشهادة لأن هذا قد يعني أنهما أى الشاهد والمشهود له اتفقا على قصة محددة بينهما من قبل(١). وكذلك لا يجوز للمشهود له أن يسأل سؤالا تلقينيا أو استدراجيا(٢). وهو السؤال الذى يبين للشاهد كيفية الجواب أو يضع على لسانه الكلمات المطلوبة ليذكرها فى جوابه، وهو السؤال الذى يستدرج الشاهد الى الاجابة المطلوبة(٣)

١- High Court Rules & Orders
Volume-I, Part-H, Section-5.

٢- Evidence Act 1872: S-142 / ٢٢٩
Qanoon-e-Shahadat 1984: S-136.

٣- Evidence Act 1872: S-141 /

المعجم القانونى ص ٦١١.

واما اختبار الشهود فقد جعله القانون الباكستانى حقا للمشهود عليه(١). وهو يستطيع أن يسأل الشاهد سوءال تلقينيا(٢).

وهذا هو يخالف شرع الله سبحانه وتعالى فلا بد أن يكون مسألة الشهود للتفصيل الشهادة أو أختبار الشهود حقا للقاضي لأنه هو الذى يفصل فى القضية.

١- Evidence Act 1872: S-138 / Qanoon-e-Shahadat 1984: S-133 /

٢- Evidence Act 1872: S-143 / Qanoon-e-Shahadat 1984: S-138.

الفصل الثانى

قضاء القاضى بعلمه فى الفقه والقانون

ذكرت فى هذا الفصل آراء الفقهاء فى هذه المسألة مع أدلتهم، كذلك بينت تفصيل الحقوق التى يجوز فيها القضاء بعلم القاضى وذكرت رأى القانون الباكستانى فى ذلك.

الفصل الثانى

قضاء القاضى بعلمه فى الفقه والقانون

لقد اتفق الفقهاء على جواز قضاء القاضى بعلمه فى تعديل الشهود وتجريحهم، وأنه يقضى القاضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر، وأنه اذا شهد الشهود بعد قضائه حسب علمه لم يقض بها [1]

واختلفوا على جواز قضاء القاضى بعلمه فى غير ذلك من المسائل ، وفيما يلى تفصيل آرائهم على هذه المسألة:

أ - الحنفية وبعض المالكية وقول للامامين الشافعى وأحمد: ذهب هؤلاء إلى جواز

---

١ - تبصرة الحكام جـ١ ص ٢٣ / بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥١ .
ادب القاضي الماوردي جـ٢ ص ٣٦٩ / المحرر فى الفقه جـ ٢ ص ٢١٦

قضاء القاضي بعلمه بشرط أن يعلم بعد الشروع في المحاكمة(١) واستدلوا بما يأتي:

١) عن ابن عبدالبر أن عروة ومجاهدا رويا أن رجلا من بني مخزوم استعدى عمر رضي الله عنه على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حرا في موضع كذا وكذا، وقال عمر رضي الله عنه: إني لأعلم الناس بذلك، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان، فأتني بأبي

١ـ شرح ادب القاضي للخصاف جـ ٣ ص ١٠١٠ / الفتاوى البزازية جـ ٥ ص ٢٥٦ .
حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٣ / تحفة الفقهاء ص ٦٣٨، ٦٣٩/
المواهب البدرية ص ١٥٤ / مجمع الانهر جـ ٣ ص ١٦٧ /
قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٢٢ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦ /
بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٢ / ادب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٣٧٠ .
جواهر العقود جـ ٢ ص ٢١٢ / المغني جـ ٩ ص ٥٣/
الطرق الحكمية ص ١٧٤ / المحرر في الفقه جـ ٢ ص ٢٠٦ .

سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر رضى الله عنه : يا أبا سفيان انهض بنا الى موضع كذا وكذا ، فنهضوا ونظر عمر فقال: خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال : والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن، فقال والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة وقال: خذه لا أم لك فضعه ههنا فانك ماعلمت قديم الظلم، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر، ثم أن عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تمتنى حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذللته لى بالاسلام، وأبو سفيان استقبل القبلة وقال: اللهم لك الحمد اذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبي من الاسلام ما أذل به لعمر، فان عمر بن الخطاب حكم بعلمه ولم يطلب من المدعى بينة على دعواه

ولم يطلب بيمينا من المدعى عليه (١).

٢) وقد روى أن فاطمة رضى الله عنها أرسلت إلى أبى بكر رضى الله عنه تسأله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا نورث ما تركناه صدقة وانما يأكل آل محمد صلى الله عليه وسلم فى هذا المال وانى والله لا أغير شيئا من صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأعملن فيها بما عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى أبو بكر أن يدفع الى فاطمة رضى الله عنها منها شيئا (٢) فأبو بكر رضى الله عنه قضى فى هذه القضية بعلمه الذى سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم (٣).

١ــ المغنى جـ ٩ ص ٥٤ / الجوهر النقي جـ ١٠ ص ١٦٣ .

٢ــ صحيح المسلم بشرح النووى جـ ١٢ ص ٧٦ / فتح الباري جـ ١٢ ص ٥ .
السنن الكبرى جـ ١٠ ص ١٤٣ / جامع الترمذى مع تحفة الاحوذى جـ ٥ ص ٢٣٢ .

ــ ٣ــ الطرق الحكمية ص ١٧٧ .

٣) عن سعيد بن أطول : أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالا ، قال : فأردت أن أنفقها على عياله فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم : إن أخاك محتبس بدينه ، فاقض عنه ، فقال يا رسول الله قد أدّيت عنه إلاّ دينارين ادعتها امرأة وليست لها بينة : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فاعطها فإنها محقة .(١)

فالحديث ينطق بأن النبى صلى الله عليه وسلم قد قضى لهذه المرأة بما ادعته دون أن تقيم بينة على دعواها ، والنبى صلى الله عليه وسلم قد علم صدقها فحكم لها بعلمه(٢)

---

١ ـ سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨١٣ / مسند الامام احمد جـ ٤ ص ١٣٦ / السنن الكبرى ١٠/١٤٢

٢ ـ الطرق الحكمية ص ١٧٦ /

٤) واستدل أصحاب هذا الرأى بالمعقول أيضا وقالوا أنه إذا جاز للقاضى أن يقضى بشهادة الشهود، فانه يجوز له أن يقضى بعلمه بطريق أولى، لأن العلم الحاصل بطريق شهادة الشهود هو علم ظني، والعلم الحاصل للقاضي قطعي، لأنه أبصر بنفسه وسمع بنفسه فيجوز الحكم بناء عليه بطريق أولى لأنه أقوى من شهادة الشهود (١).

والفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز قضاء القاضى بعلمه قد اختلفوا بينهم لشأن زمن حصول العلم للقاضي ومكانه، وتفصيل هذه المسألة كالتالى :

١ـ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٥٢ /
ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ٣٧٤ .

T- 1846
T- 212

أبو حنيفة : هو يرى
الذى اكتسبه فى أثناء
دائرته القضائية ، ولي
إكتسبه قبل ولا يته لل
وذلك لأن العلم الحاص
هو علم الذى حصله فى وقت كان مكلفا فيه بالقضاء ،
فهذا العلم فى معنى البينة والعلم الحاصل له قبل
زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل فى
وقت كان غير مكلفا بالقضاء فيه ، فلم يكن فى معنى
البينة فلم يجز القضاء به (١)

١ـ حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ / تحفة الفقهاء ص ٦٢٩ .
شرح ادب القاضي للخصاف جـ ٣ ص ١٠١/ مجمع الانهر جـ ٣ ص ١٦٧/
الفواكه البدرية والمجانى الزهرية ص ١٥٤ / مختصر الطحاوى ص ٣٣٢ .

محمد و أبو يوسف : وقد ذهبا إلى جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقا سواء اكتسبه قبل ولايته للقضاء أو بعدها، و في دائرته القضائية أو خارجها ، وذلك لأنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لأن العلم في الحالين على حد سوا(١).

والفقهاء المجيزون اختلفوا أيضا في الحقوق التي يجوز قضاء القاضي بعلمه فيها ، فآراؤهم فيما يلي

---

١. حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٤٢٦ /
مجمع الانهر جـ ٢ ص ١٦٧ /
ادب القاضي للخصاف بشرح الحسام جـ ٢ ص ١٠١ .
مختصر الطحاوي ص ٣٢٢ .

أبو حنيفة وصاحباه ومعظم الشافعية: عندهم يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه فى جميع الحقوق المتعلقة بالآدميين ، ولا يقضي فى الحدود الخالصة، وفى السرقة يقضي بالمال دون القطع (١).

١ـ حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٨ /
ادب القاضي للخصاف بشرح الحسام جـ ٣ ص ١٠١ /
تحفة الفقهاء ص ٦٣٨، ٦٣٩ /
معين الحكام ص ١١٩ /
كتاب فصل القضية ص ٥٦ /
تحفة المحتاج جـ ١٠ ص ١٤٨ /
المهذب جـ ٢ ص ٣٠٤ /
ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ١٤٨ .

وذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وتستوفى الحدود بعد إقامة البينة أو الإقرار، والبينة التى تستوجب الحد لا بد من توفر صورتها وحقيقتها، اما الصورة فهى شهادة الشهود، واما الحقيقة فهى حصول العلم الذى يدل على الحادثة، وعلم القاضي بينة ناقصة إذ تحققت حقيقة البينة ولم تتوفر صورتها، وفوات الصورة يورث الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف القصاص فانه حق العبد، وحقوق العباد لا يحتاط فى اسقاطها، وكذلك حد القذف لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة(١).

١ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص٧.

قول للشافعي : قد حكى أحد قولى الشافعى أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه فى جميع الحقوق أى الحدود وغيرها (١) وذهب إليه ابن حزم أيضا (٢).

والفقهاء الذين أجازوا قضاء القاضى بعلمه اشترطوا أن يكون القاضي مشهورا بالصلاح والعفاف والصدق، ولم يعرف بكثير زلل بحيث تكون اسباب التقى منه موجودة وأسباب التهم فيه مفقودة (٣).

ب- بعض الحنفية والإمام مالك وبعض الشافعية والحنبلية : وهؤلاء من الفقهاء ذهبوا إلى عدم جواز القضاء بعلم

١- نيل الاوطار جـ ٨ ص ٣٠١ .
٢- المحلى جـ ٩ ص ٤٢٦ .
٣- مغنى المحتاج جـ ص ٣٩٨/ عمدة القارى جـ ٢٤ ص ٢٣٥ .

القاضي(١) و استدلوا على موقفهم بما يلي:

١) عن جابر رضى الله عنه قال: أتى رجل بالجعرانة منصرفه من حنين وفى ثوب بلال فضة والنبى صلى الله عليه وسلم يقبض منه يعطى الناس، فقال: يا محمد (صلى الله عليه وسلم) اعدل، فقال صلى الله عليه وسلم: ويلك من يعدل إذا لم أعدل لقد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل، فقال عمر رضى الله عنه: دعني يا رسول الله أقتل هذا المنافق، فقال: معاذ الله أن يتحدث الناس أنى أقتل أصحابى، إن هذا وأصحابه يقرءون القرآن لا يجاوز

١ـ حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٤٣٩ / المجانى الزهرية ص ٨٣، ٣٥٤ / كتاب فصل القضية ص ٥٧ / المدونة الكبرى جـ ٥ ص ١٤٨ / قوانين الاحكام الشرعية ص ٣٢٢ / ادب القاضى للماوردى ص ٣٧٠ المغنى جـ ٩ ص ٥٥

حناجرهم يمرقون منه كما يمرق السهم من الرمية(١).

فالنبى صلى الله عليه وسلم لم يحكم بعلمه على هذا المنافق وهو يعلم أنه منافق ولم يسمح لعمر رضى الله عنه أن يضرب عنقه .

٢) عن عائشة رضى الله عنها قالت إن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أباجهم بن حذيفة مصدقا، فلاحاه رجل فى صدقته فضربه أبوجهم فشجه، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا: القود يارسول الله، فقال صلى الله عليه وسلم لكم كذا وكذا

---

١ - نيل الاوطار جـ ٩ ص ١٩٩ /
صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٨ ص ١٥٨ /
سنن ابن ماجة جـ ١ ص ٦١ .

فلم يرضوا ، فقال لكم كذا وكذا ، فرضوا فقال : إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ، قالوا نعم ، فخطب فقال : إن هؤلاء أتوني يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا أفرضيتم : قالوا : لا ، فهم المهاجرون بهم فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفوا عنهم فكفوا ثم دعاهم فزادهم فقال أفرضيتم قالوا : نعم قال : إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم قالوا : نعم ، فخطب فقال : أرضيتم فقالوا نعم . فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يقض بعلمه حين أخبر القوم أنهم رضوا فأنكروا ذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم يعلم أنهم ليسوا صادقين ومع هذا لم يلزمهم بما أقروا (١).

١ـ نيل الاوطار جـ ٧ ص ١٩٥ / الجوهر النقي جـ ١٠ ص ٣٦ / بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٢ / المغني جـ ٩ ص ٥٥

٣) وقول النبى صلى الله عليه وسلم (شاهداك أو يمينه)[١]، فالنبى صلى الله عليه وسلم حدد طريق الحكم، وهو البينة وعند عدمها حلف المدعى عليه وانهاء الخصومة، ولم يذكر القضاء بعلم القاضي[٢].

٤) والمانعون لقضاء القاضى بعلمه قالوا: إنما منعنا قضاء القاضي بعلمه خشية اتهامه بالمحاباة أو الاعتداء على الناس لعداوة خفية، وهذا إيقاع

١ـ نيل الاوطار جـ ٩ ص ١١٩ /
فتح البارى جـ ١٦ ص ٢٥٩ .
٢ـ الطرق الحكمية ص١٧٧ /
ادب القاضي للماوردى جـ ٢ ص ٢٧٢ .

للمسلمين فى الظنون ،وقد كره النبى صلى الله عليه وسلم الظن فقال : إنما هذه صفية(١).

ومجموعة الاجراءات المدنية صامتة بشأن هذه المسألة، ولكنه فى الواقع لا تقضي القضاة بعلمهم فى المحاكم الباكستانية. وهناك أيضا بعض القرارات الصادرة من المحاكم العليا الباكستانية التى تعالج هذه المشكلة، و فيها أن الحكم لا يجوز أن يصدر بناء على علم الحاكم(٢).

ونحن أيضا نميل إلى هذا الرأى بسبب اختلاف حال القضاة فى عصرنا الحاضر،وكما هو المفتى به عند الحنفية(٣)

١ـ عمدة القارى جـ ٢٤ ص ٢٤١ / الطرق الحكمية : ص ـ ١٨٠ .

٢ـ PLD 1971 K 585/PLD 1971 K 613/ PLD 1957 K 409, AIR 1923 L 311/ AIR 1936 M 278.

٣ـ المباني الزهرية ص ١٥٤/الاشباه وال الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ٨٨ .

الفصل الثالث

اليمين فى الفقه والقانون

هذا الفصل فى اليمين ونكول المدعى عليه عنها. ذكرت فيه آراء الفقهاء بالتفصيل مع أدلتهم. وفيه رأى القانون أيضا.

-.-.-.-.-.-

الفصل الثالث

اليمين فى الفقه والقانون

إذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي وعجز المدعي عن إقامة البينة على صدق دعواه، وطلب تحليف المدعى عليه، طلب القاضي من المدعى عليه أن يقسم بالله أنه ليس بذمته الحق الذى ادعى المدعي. فإذا حلف المدعى عليه برئت ذمته وسقطت دعوى المدعي على المدعى عليه (١).

وأساس كل هذه الإجراءات هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمى (ألك بينة) قال لا قال صلى الله عليه وسم (لك يمينه وليس لك غير ذلك) (٢) والفقهاء جميعهم.....

١ـ معين الحكام ص ٦٦، ٦٧ / الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١١٠، ١١١ / المجانى الزهرية ص ١١٨ / كتاب فصل القضية ص ٤١/ قانون المحاكمات الحقوقية المادة ٦٨، ٩٢ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٩٨ / المهذب جـ ٢ ص ٣٠١ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٤٠ .

٢ـ صحيح مسلم بشرح النووى جـ ٣ ص ١٥٨، ١٦٢

متفقون على ذلك ، ولكنهم قد اختلفوا في الحالة التي يمتنع المدعى عليه عن الحلف فيها ، وفيما يلي تفصيل آرائهم :

أ - الامام ابو حنيفة ورواية عن الامام أحمد : يرون أنه اذا امتنع المدعى عليه عن الحلف فان للقاضي أن يحكم عليه لنكوله ،(١)

واستدلوا بأدلتهم التالية :

١)- روى الإمام أحمد أن عبد الله بن عمر باع عبدا له بثلاثمائة درهم بالبراءة الأصلية ثم ان صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان

١- الهداية شرح بداية المبتدى جـ ٣ ص ١٠٩ / معين الحكام ص ٧٩ / درر الحكام جـ ٢ ص ٣٢٤ / مجلة الاحكام العدلية المادة ١٨٢٠ / كتاب فصل القضية ص ٤١ / المجاني الزهرية ص ٨٢ / تحفة الفقهاء ص ٢٩٣ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ١٩٧ / المغني جـ ٩ ص ٢٣٠ / كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٣٨ .

ابن عفان فقال عثمان رضى الله عنه لابن عمر احلف بالله لقد بعته ومابه من داء،فأبى ابن عمر أن يحلف فرد عليه العبد، فعثمان رضى الله عنه وجه اليمين إلى ابن عمر رضى الله عنهما فامتنع فحكم عليه بالنكول(١).

٢)- وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)(٢). فالحديث كلف المدعى بالبينة ورد اليمين عليه وتكليفه بها منافٍ للحديث (٣).

١- المغنى جـ ٩ ص ٢٣٦ / الطرق الحكمية ص ١١٦ ، ١١٨

٢- سبق تخريج هذا الحديث على صفحة ٧٥.

٣- تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ١٥٥ / المغنى جـ ٩ ص ٢٣٦

٣) وقد روى عن ابن عباس وعن عمر وأبى موسى الأشعرى وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم اجمعين أنهم حكموا بالنكول(١).

٤) وقال أصحاب هذا الرأى: إن النكول من المدعى عليه بمثابة بينة من المدعي أو اقرار من المدعى عليه، إذ لو كان صادقا فى انكاره لحلف اليمين، ولكن نكوله أكد حق المدعي وقوى جانبه، وأظهر كذب المدعى عليه، وضعف جانبه، واما امتناع المدعى عليه عن اليمين تورعا فهذا محتمل ولكنه نادر لأن اليمين الصادقة مشروعة، فالظاهر أن الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن

١ـ بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٣٠ / تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٩٥ / الهداية وتكملة فتح القدير والعناية جـ ٦ ص ١٥٨ / نصب الراية جـ ٤ ص ١٠١ .

مباشرة أمر مشروع ، ومثل هذا الاحتمال ساقط شرعاً. كما أن البينة حجة القضاء بالاجماع ، ولئن كانت محتملة فى الجملة لأنها خبر ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، وكذا هاهنا ، واما القول بأن البينة حجة المدعى فهذا لاينبغى أن يكون غير حجة(١).

والفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز القضاء على المدعى عليه بنكوله اختلفوا فى الحقوق التى يقضي فيها بالنكول ، فنذكر آراءهم كالتالى:ـ

١ـ بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٣٠ / كتاب ادب القاضى للخصاف بشرح الجصاص ص ١٠٧ الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ١١١ / بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٦٣ .

الامام أبو حنيفة : يرى أنه للقاضي أن يقضي على الناكل عن اليمين فى كل شئ من الأموال والقصاص فيما دون النفس ، وأما فى القصاص بالنفس فلا يقضي فيه بالنكول ، ولا ترد اليمين الى المدعي، ولكن المدعى عليه يسجن حتى يحلف أو يقر، وكذلك لا يقضي بالنكول فى الحدود والنسب والولاء عند الصاحبين فى أحد قوليهما (١). وفى قولهما الآخر يقضى فى كل شئ الحدود واللعان (٢) .

الامام أحمد : قد نقل عنه الروايات التالية (٣).

- أنه يقضى بالنكول فى المال وما يقصد به المال فقط ،

١- المبسوط جـ ١٦ ص ٨٧ / كتاب ادب القاضى للخصاف بشرح الجصاص ١١٠.
٢- المبسوط جـ ١٦ ص ٨٧ ، ٨٨ / الفتاوى البزازية جـ ٢ ص ١٩٢ .
٣- المغنى جـ ٩ ص ٢٣٨.

- وأنه يقضي بالنكول فى القصاص فيما دون النفس ولا يقضي فى القصاص فى النفس ،
- وأنه يقضي بالنكول فى القصاص فيما دون النفس والقصاص فى النفس .

ب - الامام مالك والشافعى : ذهبا إلى عدم جواز القضاء على المدعى بنكوله . بل يرون أنه ينبغى أن يرد اليمين الى المدعي فيقسم بالله على صدق دعواه ، فإن أقسم حكم له القاضي على المدعى عليه وألزمه بالحكم ، واختار هذا الرأى بعض الحنابلة أيضا[1] . واستدل هؤلاء بما يلي :

---

١ - تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٩٠ / بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٦٢ / المهذب جـ ٢ ص ٣٠١ / جواهر العقود جـ ٢ ص ٤٩٨ / أدب القاضي للماوردى ص - ٢ ص ٣٥٥ / مغني المحتاج : جـ ٤ ص ٤٧٧ .

١) قد روى عن الشعبي قال : استسلف مقداد بن الأسود من عثمان بن عفان رضى الله عنهما سبعة آلاف درهم، فلما قضاه اتاه بأربعة آلاف. فارتفعا الى عمر رضى الله عنه، فقال المقداد : يا أمير المؤمنين ليحلف انها كما يقول ويأخذها، فقال له عمر: أنصفك احلف أنها كما تقول وخذها (١)

٢) وقالوا : ان النكول من المدعى عليه قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على مالا يتحققه، أو الخوف من عاقبة اليمين، أو ترفعه عنها مع علمه بصدقه فى إنكاره، ولا يتعين بنكوله صدق المدعي، فلا يجوز الحكم له من غير دليل،

١ـ المهذب جـ ٢ ص ٣٠١ / السنن الكبرى جـ ١٠ ص ١٨٤.

فاذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ماهو أقوى منها (١).

٣) وقالوا أيضا: انما قلنا لا يقضي القاضي على المدعى عليه بالنكول لأن الحق يثبت بالاقرار أو البينة، والنكول ليس باقرار ولا بينة (٢).

واستثنى أصحاب هذا الرأى الحالة التالية من ردّ اليمين على المدعي، بأن ادعى رجل على رجل دينا ثم مات المدعي ولا وارث له، وأنكر المدعى عليه فطلب منه اليمين فأبى، ففيه وجهان: أحدهما أن يقضي له لأنه لا يمكن رد اليمين على

١ــ المجموع جـ ١٨ ص ٣٩٤ .

٢ــ المجموع جـ ١٨ ص ٣٩٤ .

الحاكم لأنه لا يجوز له أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة، ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يعينون، فيقضي بالنكول لموضع الضرورة، والثاني أن يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرّد لا يمكن(١).

ج - الامام ابن حزم: وهذا الرأى الأخير هو للامام ابن حزم الذى يرى أنه إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين، فيجب على القاضى أن يجبره على اليمين بالضرب حتى يحلف أو يقر، واستدل بما يلي(٢):

---

١ - المجموع جـ ١٨ ص ٢٦٥ / المهذب جـ ٢ ص ٣٠١ .
٢ - المحلى جـ ٩ ص ٣٧١ .

١) روى الشعبي قال : كان بين أبى بن كعب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما منازعة وخصومة فى حائط ، فقال بينى وبينك زيد بن ثابت رضى الله عنه ، فأتياه فضر باعليه الباب فقال : يا أمير المؤمنين ألا أرسلت إلى حتى آتيك فقال له عمر رضى الله عنه ، فى بيته يؤتى الحكم ، فأخرج زيد وسادة فألقاها فقال له عمر : هذا أول جورك وأبى أن يجلس عليها ، فتكلما فقال لأبى بن كعب : بينتك وان أردت تصفى أمير المؤمنين من اليمين فاعفه ، فقال عمر : تقضي على باليمين ولا أحلف ؟ فحلف . ففى هذه الرواية زيد بن ثابت رضى الله عنه لم يذكر ردّ اليمين ولا حكما بالنكول بل أوجب اليمين على المنكر

قطعا إلاّ أن يسقطها الطالب ، وأنكر عمر رضى الله عنه أن يحكم الحاكم باليمين ولا يحلف المنكر(١).

٢) واستدل ابن حزم(٢) بقوله صلى الله عليه وسلم (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان)(٣) وقال فوجدنا الممتنع بما أوجب الله عزّوجل أخذه به من اليمين قد أتى منكرا ، فوجب تغيره باليد بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والتغيير باليد هو الضرب . فوجب ضرب الناكل حتى يحلف أو يقر .

١ـ المحلى جـ ٩ ص ٣٢٥ .
٢ـ المحلى جـ ٩ ص ٣٢٥ .
٣ـ صحيح المسلم بشرح النووى جـ ٢ ص ٢٢ .

٣)ـ واستدل بقوله سبحانه و تعالى (و لا تعاونوا على الاثم و العدوان (١) و قال من أطلق للمطلوب الامتناع فقد أعانه على الاثم و العدوان و على ترك ما افترض الله عليه الزامه اياه و أخذه به (٢)

و فى رأينا أن رأى الامامين مالك و الشافعى هو أقوى و أقرب الى العدل لأنه اذا حضر المدعى لدى القاضى و ليست معه بينة و امتنع المدعى عليه من اليمين، وجب على المدعى أن يحلف لأنه هو الذى انشأ الخصومة و رفع الدعوى و يدعى ---------- أنه صاحب الحق ـ و فى صورة امتناع المدعى عليه من اليمين بقى للمدعى أن يثبت حقه اما بالبينة و اما باليمين . فالبينة ليست عنده فبقى أن يحلف أنه صاحب الحق المدعى ـ و اذا حكمنا على المدعى عليه بنكوله يأخذ المدعى الحق بدون أى مسئولية عليه فيجب أن نضع عليه مسئولية اليمين لكى لا يبقى أى شك فى الحكم .

---

١ ـ المائدة ـ ٢

٢ ـ المحلى ٩/٣٧٥

اليمين في القانون الباكستاني :

اما قانون الشهادة الصادر سنة ١٨٧٢م و قانون الشهادة الصادر سنة ١٩٨٤م كلاهما يخالفان الحديث المذكور (البينة على المدعى و اليمين على من أنكر) صراحة فحسب القانون الصادر سنة ١٩٧٢م لا يمكن الفصل فى الدعوى بيمين المدعى عليه لأنه لا يتصور الحكم الا ببينة المدعى عليه - و فيما يتعلق بالقانون الصادر سنة ١٩٨٤م فقيل فيه :

" اذا حلف المدعى على دعواه فللمحكمة أن تطلب من المدعى عليه يمينا بشرط أن يقدم المدعى طلبا ليمين المدعى عليه" (١)

و كما هو ظاهر فان هذه المادة ايضا تخالف الشريعة الاسلامية فى مجال اليمين و تضع مسئولية اليمين على المدعى لا على المدعى عليه .

Qanoon-e-Shahadat:S-163....1

مبحث خاص

المحاجة بين الخصمين في الفقه والقانون

في القانون الباكستاني يستحق كلا المدعي والمدعى عليه ان يوضح موقفه بعد تسجيل الشهادة و يخاطب المحكمة ① . والقاضي لا يستطيع أن يصدر حكمه إلاّ إذا سمع مواقف الطرفين كاملة ② . ولا يستطيع أن يمنع أيا منهما من بيان موقفه ③ . واذا أصدر حكمه بدون سماع هذه المحاجة بنقض حكمه . ④

١ــ Code of Civil Procedure: O.18 r.2 / وهذا هو رأي قانون المحاكمات الحقوقية المادة ٤٤(١).

٢ــ PLD 1961 BJ 58 / AIR 1924 L 7.

٣ــ PLD 1954 FC 123.

٤ــ PLD 1976 K 1075 / AIR 1920 L 246.

و هذه المحاجة هى مساعدة مفيدة للقاضي، و هو يفهم مواقف الطرفين جيدا بهذا الطريق.

و نحن لا نرى أى نص صريح ..... يمنعها، بل بعض الاحاديث توافق هذه الاجراءات مثل قوله صلى الله عليه وسلم (انكم تختصمون إلى رسول الله ،و أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، و إنما أنا أقضي بينكم على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها يوم القيامة) .(١) ففي هذا الحديث

١- صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٢ ص ٤/

سنن ابى داود جـ ٣ ص ٤١٠ / سنن ابى ماجة جـ ٢ ص ٧٧٢/
بدائع المنن جـ ٢ ص ٢٣٣ / المنتقى ص ٤٤٤ /
سبل السلام جـ ٤ ص ١٦٤ .

تدل كلمة "الحن" على انه كان للخصمين حق توضيح دعاويهم بطريق بيان حججهم امام القاضي • وكذلك الحديث (ان لصاحب الحق اليد واللسان)[1] يدل على هذا المعنى •

وفي رأينا أن هذه المحاجة لا تخالف أى نص من الكتاب والسنة ولا قاعدة من قواعد الفقه الاسلامي ، وهى تساعد القاضي في الفصل بين المتنازعين، وفي اختيارها تيسير على الخصمين و على القاضي أيضا.

١ـ نصب الراية جـ ٤ ص ١٦٦.

الباب الخامس

الحكم و تنفيذه في الفقه والقانون

وفيه فصلان:

الفصل الاول : تعريف الحكم و شروطه في الفقه والقانون .

الفصل الثاني : تنفيذ الحكم و مصاريف المحاكمة في الفقه والقانون.

الفصل الأول

تعريف الحكم و شروطه فى الفقه والقانون

و بينت فى هذا الفصل تعريف الحكم عند الفقهاء و علماء القانون الوضعي و أوردت فيه شروط صحة الحكم فى الفقه الاسلامى والقانون الباكستانى معا .

الفصـــــل الأوّل

تعـــريف الحكـــم و شـــروطـــه فـى الفقـــه والقانون

عـرف بعض الفقهاء الحكم بأنه (فصل الخصومة)[1] و عـرفه بعض الآخرين بأنه (قطع الحاكم و فصله المخاصمـــة)(٢). ولكن أحسن تعريف للحكم هو بأنه (فصـل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي و من فـى حكمه بطريق الالـزام)(٣).

و فى قوله (فصل الخصومة) يبيـن حقيقة الحكم و بناء على قوله (بقول أو فصل) يصح الحكم بفعل كما يصح بقول و مثاله الحكم فى صورة الكتابه ، و المقصود بقوله (يصدر عن القاضي) إخراج كل ما يصدر عن غيره

١ــ كشاف القناع جـ ٦ ص ٣٣٠

٢ــ مجلـة الاحكام العدلية المادة ١٧٨٦

٣ــ نظرية الدعوى القسم الثانى ص ٢٠٣ .

ممن ليس لهم ولاية القضاء، و قوله (و من في حكمه) يعني نواب القضاة و من يعطون ولاية القضاء وكذلك يخرج بقوله (بطريق الالزام) مايفعله القاضي مما يؤدي إلى فصل الخصومة، ولكن لا على سبيل الالزام ومثاله محاولة القاضي للصلح بين الطرفين ①.

و قد عرف الحكم في مجموعة الاجراءات المدنية الباكستانية بأنه (البيان الصادر عن القاضي المتعلق باسباب الحكم)②. فهذا التعريف لا يوضح معنى الحكم اصطلاحا بل الحكم مازال يحتاج إلى تعريف.

شروط الحكم: لا يصح الحكم إلاّ بالشروط الآتية:

الشرط الأوّل: أن تسبقه خصومة و دعوى صحيحة: ③ و بناء على ذلك لا يصح الحكم في حقوق العباد إلاّ أن

١ـ نظرية الدعوى القسم الثاني ص ٢٠٣

٢ـ Code of Civil Procedure: S-2(9)

٣ـ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٤ / مجلة الاحكام العدلية المادة ١٨٢٩ .

يطالب صاحبها بها عن طريق الدعوى الشرعية، واما في حقوق الله يصح الحكم فيها من القاضي بدون حاجة إلى أي مطالبة من آخر، لأن تحصيل هذه الحقوق واجب على كل مسلم قاضيا كان أو غيره. وبعض الفقهاء استثنوا قسمين من الدعاوى من هذا الشرط، وهما:

١- كما لو زوج القاضي الصغير الذي لا ولي له، وكذلك شراؤه وبيعه مال اليتيم، وقسمته للعقار ونحو ذلك، فلا يشترط في هذه الاحكام ان تتقدمها الدعوى وهذا عند من يعتبرونها أحكاما، وكثير من الفقهاء لا يرونها احكاما ①.

٢- وكذلك لا يشترط سبق الدعوى للحكم الضمني ومثاله

١- حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٤ /

الالي الدرية في الفوائد الخيرية جـ ١ ص ٢٠ .

ما اذا اشهد الشهود على خصم بحق و ذكروا اسمه واسم أبيه، و قضي القاضي بعد ذلك بالحق فكان هذا قضاء بنسبة هذا اذا كان المشهود عليه غائبا غير مشار إليه ①.

و اما القانون الباكستاني فلا ينص على هذا الاشتراط، ولكنه لا يتصور الحكم بدون الدعوى في الدعاوى المدينة. و اما الدعاوى الجنائية فتستطيع المحكمة أن تحكم بمون دعوى المدعي، و كذلك صدر قرار بأنه لا يصدر الحكم إلاّ بعد سماع الدعوى كاملة ②. فالظاهر أنه يشترط في القانون الباكستاني سبق الدعوى في الاحكام المدينة كما هو الحال في الفقه الإسلامي.

١ـ اللالي الدرية في الفوائد الخيرية جـ ٢ ص ٢٠ / حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢٤.

٢ـ Code of Civil Procedure: S-33 / PLD 1954 FC 123 / PLD 1957 K 204 / AIR 1919 M 685.

الشـــرط الثانـى : أن يكـون الحكم بصيغـة تـدل على الإلـزام : وذلك لأن الحكم هو فصل الخصومة و حسم النزاع ، ولا يكون كذلك إن لم يكن ملـزما (١) . ولكن عنـد الفقهاء لا يشترط لصحة الحكم لفظ مخصوص له (٢) ، ولكنهم اختلفوا على بعض الصيغ مثل "ثبت عندى" أو "ظهر عندى" أو "علمت" فعند معظم الحنفية و بعض المالكية يصح الحكم بها (٣) ، وانها تفيد الالزام كغيرها من الصيغ ، ولكنهم قالوا : الأولى فى هذه الحالة أن يبين القاضى ان كان الثبوت الذى حكم به بالبينة أو بالاقرار

١ـ جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠ / شرح الغرشي جـ ٧ ص ١٦٧ .
٢ـ شرح الغرشي جـ ٧ ص ١٦٧ .
٣ـ جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٠ / لسان الحكام ص ١٢١
تبصرة الحكام جـ ١ ص ١١٦ .

لأن حكمه بالبينة يخالف حكمه بالاقرار (١)، ولا يصح الحكم بهذه الصيغ عند قولين راجحين للمالكية والشافعية (٢).

والقانون الباكستاني لا ينص على هذا الاشتراط، ولا يبين أية صيغة مخصوصة للحكم، ولكن في الواقع تصدر الاحكام بصيغ تدل على الالزام.

الشرط الثالث: أن يكون الحكم واضحا: فالحكم كما هو مذكور سابقا فصل الخصومة و حسم النزاع، و هو لا يكون كذلك إذا كان مبهما، حيث أنه إذا كان كذلك لم يمكن تنفيذه ولم يمكن أن يرفع التنازع به (٣)، فلا بد في الحكم من تعين مايحكم به، و من يحكم له بصورة واضحة (٤).

١- لسان الحكام ص ١٢١.

٢- تبصرة الحكام ج ١ ص ١١٦ /

مغني المحتاج ج ٤ ص ٣١٤.

٣- تبصرة الحكام ج ١ ص ١١٠.

٤- تبصرة الحكام ج ١ ص ١١٠ / مغني المحتاج ج ٤ ص ٣١٤

والقانون أيضا يشترط وضوح ..... الحكم ، حيث قيل فيه أنه يجب على القاضي أن يعطي حكمه على كل واقعة من وقائع الدعوى في صورة مستقلة (١) مع اسباب الحكم (٢) .

الشرط الرابع: أن يصدر الحكم في حضرة الخصوم ويشترط في الحكم أن يصدر في حضرة المدعي والمدعي عليه (٣). وهذا عند الحنفية الذين لا يجيزون القضاء على الغائب ، واما بقية المذاهب فقد ذكرنا سابقا انهم يجيزون القضاء على الغائب بشروط ولذلك فان حضور الخصمين لا يشترط دائما في صحة

١- Code of Civil Procedure: O.20r.5/
PLD 1960 D 831.

٢- Code of Civil Procedure: O.20rr. 4 & 5/
1981 CLC 539/PLD 1978 [illegible] 56/
PLD 1976 L 293/PLD 1976 L 758/
PLD 1976 K 1078/PLD 1976 [illegible] 42/
PLD 1976 D 26/PLD 1968 L 508/
PLD 1967 K 696/AIR 1945 NC 38/
AIR 1937 L 352/AIR 1922 L 1[illegible]2.

٣- مجلة الاحكام العدلية المادة ١٨٣٠ .

الحكم عندهم، وإنما يشترط فقط فى الحالات التى لا يتحقق فيها الشروط المطلوبة لصحة القضاء على الغائب.

والظاهر أن القانون لا يشترط هذا الشرط، ففى القانون الباكستاني لا يتوقف صحة الحكم على حضور الخصمين، ولكنه يجب على القاضي أن يخبر الخصمين قبل صدور الحكم. (١)

الشرط الخامس: أن يكون فى الحكم الاسباب التى ينبني الحكم عليها:

وكذلك يشترط لصحة للحكم أن يذكر فى الحكم الاسباب التى ينبني عليها الحكم، ويستحب ذلك للقاضي عند الامام الشافعي (٢). ويتفق معه القانون الباكستاني

١- Code of Civil Procedure: O.20 r.1.

٢- الام جـ ٦ ص ٢٢٤.

حيث يشترط ذكر اسباب الحكم ① .

الشـــرط السـادس : أن لا يكون الحكم مخالفا للكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس الجلـــي :

فإذا كان الحكم مخالفا للكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس الجلي وجب نقضه على القاضي الذى أصدره ② وكما هو معلوم أن القوانين الوضعية لا تهتم بهذا الشرط وضعها القانون الباكستاني .

١ــ Code of Civil Procedure: O. 20 rr. 4 & 5 /
1981 CLC 539 / PLD 1978 Q 56 /
PLD 1976 L 293 / PLD 1976 L 758 /
PLD 1976 K 1078 / PLD 1976 Q 42 /
PLD 1976 D 28 / PLD 1968 D 508 /
PLD 1967 K 696 / AIR 1945 PC 38 /
AIR 1937 L 352 / AIR 1922 L 142.

٢ــ شرح ادب القاضي للخصاف بشرح الحسام جـ ٣ ص ١٠٩ /
الام جـ ٦ ص ٢٠٨ .

الفصل الثانى

تنفيذ الحكم فى الفقه والقانون

و فيه مبحثان:

المبحث الاول: تنفيذ الحكم فى الفقه والقانون.

المبحث الثانى: مصاريف المحاكمة فى الفقه والقانون.

المبحث الأول

تنفيذ الحكم في الفقه والقانون

يوجد في هذا المبحث طرق

تنفيذ الحكم في الفقه الإسلامي

والقانون الباكستاني.

المبحث الاول

تنفيذ الحكم في الفقه والقانون

وإذا ثبت الحق للمدعي فيوخذ هذا الحق من المدعى عليه قهرا و يدفع للمدعي ① . وكذلك إذا امتنع عن اداء هذا الحق فيحق للقاضي ان يجس المدعي عليه مصراقا لقوله صلى الله عليه وسلم (مطل الغني ظلم) ② و(لي الواحد يحل عرضه وعقوبته) ③ و هذا اذا كان الغريم موسرا، واما إذا كان معسرا لا تحبس. ④

١ـ معين الحكام ص ٥٢ / تبصرة الحكام جـ ١ ص ١١٦ .
٢ـ فتح الباري جـ ١ ص ١٣٦ / صحيح المسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص ٢٢٨ / سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨١١ .
٣ـ فتح الباري جـ ١٠ ص ١٣٧ / سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨٠٣ .
٤ـ حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٣٧٩ / فتح القدير جـ ٧ ٢٧٣ / مجمع الانهر جـ ٢ ص ١٦٠ / درر الحكام جـ ٢ ص ٤٠٧ / بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ / معين الحكام ص ١٩٧ / ادب القاضي للخصاف بشرح الحسام جـ ٣ ص ٦٧ / مختصر الطحاوي ص ٣٣٥ / الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٥٩ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٢١ / شرح الخرشي جـ٥ ص ١٤٦ / لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المادة ٣٤٣ .

وكذلك اذا كان له مال زائد عنه ببيع عليه ويدفع قيمته للمدعى (١). وأما إذا ظهر إعساره يخلى سبيله وله للمدعى أن يلازمه (٢)، أو إذا حلف أنه لا مال له يخرج من السجن (٣). وعند بعض الفقهاء يحبس شهرين أو ثلاثة شهور ويسئل عنه فإذا ثبت إعساره يخرج من السجن (٤). وعند بعض الفقهاء يستطيع القاضي أن يحجر على أمواله يطلب الغريم، ويبيع عليه ماله ويدفع الحق إلى الغريم (٥).

والقانون الباكستاني متفق مع الشريعة الاسلامية في تنفيذ الأحكام. فيجب على المحكمة

١ــ ادب القاضي للخصاف بشرح العسام جـ ٣ ص ٦٧ / تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣١٩.
٢ــ الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٩٠ / درر الحكام جـ ٢ ص ٤٠٧.
ادب القاضي للخصاف بشرح العسام جـ ٣ ص ٧١ / معين الحكام ص ١٩٢
٣ــ تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٢١
فتح القدير جـ ٧ ص ٢٢٨ / بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٣ ،
٤ــ مجمع الانهر جـ ٢ ص ٤٦١
٥ــ معين الحكام ص ٢١٥ / الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٩٧ /
بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٤

أن تصدر أمرها بعريضة المحكوم له لتنفيذ الحكم بأي من الطرق الآتية :

أ- بتسلم أي مال محكوم به على وجه التعين .

ب- حجر أي مال و بيعه.

ج - القبض على المحكوم عليه و وضعه فى السجن .

د- و تعين حارس على أموال المحكوم عليه (١)، و المرأة لا تسجن فى تنفيذ الحكم المتعلق بالمال أو فى أي حق زواجى (٢) .

والقانون الباكستانى يبين قواعد تنفيذ الحكم بالتفصيل ، فيحجز لتنفيذ الحكم الاموال الآتية (٣) .

الأراضى و المنازل أو غيرها من المبانى والمصانع

١- Code of Civil Procedure: S-51 / O.21 r10.

٢- PLJ 1980 SC 252 / Code of Civil Procedure: O.21 r.33.

٣- Code of Civil Procedure: S-60.

والنقود و أوراق النقد و الشيكات والكمبيالات والسندات و أوراق الضمان الحكومية أو أي سندات مالية أخرى والديون والاسهم فى الشركات و جميع الأموال الأخرى القابلة للبيع منقولة كانت أو ثابتة والملوكة للمحكوم عليه أو التى له عليها أو على ارباحها سلطة التصرف التى يباشرها لمصلحة الشخصية سواء كانت باسمه أو كانت تحت يد شخص آخر بصفة امانة المحكوم عليه أو بالنيابة عنه.

والاشياء التالية غير قابلة للحجز و البيع فى تنفيذ الحكم (١):

١- مايلزم المرين و زوجه و اقاربه على عمود النسب و اصهارة ممن يعولهم و يلزم قانونا بنفقتهم و يقيمون معه فى معيشة واحدة من فراش و ثياب و أدوات الطعام و كذلك ما يلزمهم من غذاء لمدة شهر.

١- Code of civil Procedure: S-60

٢- المرتب إلى حد مائة و خمسين روبية و ما زاد عليه .

٣- الادوات والآلات والأشياء اللازمة لحرفة المدين أو مهنته والتى تراها المحكمة ضرورية لتمكينه من كسب عيشه إلاّ إذا كان الحجز لاقتضاء ثمن تلك الأشياء أو مصاريف صيانتها .

٤- دفاتر الحسابات .

٥- حق التقاضي بالتعويضات .

٦- أى حق فى الخدمة الشخصية .

٧- أجور العمال و خدم المنازل سواء كانت تدفع نقدا أوعينا .

٨- الحق فى النفقة مستقبلا .

٩- أى أجر أوماهية أوعلاوه أو مبلغ من النقود أو أى شيء آخر مما لا يجوز الحجز عليه أو بيعه بنص القانون

و فى راينا لا يوجد أي شي فى هذه الاجراءات مخالف للشريعة الاسلامية فلا بأس بمحكمة القاضي الباكستانية أن تطبق هذه الاجراءات لسهولتها .

المبحث الثاني

مصاريف المحاكمة في الفقه والقانون

وفي هذا المبحث نتكلم في مصاريف الدعوى في الفقه الاسلامي والقانون الباكستاني فالقانون ترك هذا الامر لتقدير المحكمة اما الفقه فهو خال عن أي رأي في هذا الموضوع.

المبحث الثاني

مصاريف المحاكمة في الفقه والقانون

لقد كانت المحاكمات في القرون الأولى لا تحتاج الى نفقات كثيرة و لم يكن هناك محامون ولا رسوم حكومية ولا أجرة تبليغ الاوراق. ولكن في عصرنا الحاضر تحتاج المحاكمة إلى مبلغ كبير لمصاريفها، فمنها اجرة المحامي و اجرة تبليغ الاوراق و رسوم حكومية للمحاكمة و نحوها. فلما كان المحكوم عليه ظالما بامتناعه عن أداء الحق أو لتأخره عن أدائه كان من مقتضى العدل أن يضمن للمحكوم له ما أنفقه من المصاريف القانونية لأجل اقامة الدعوى و الحصول على النتيجة المطلوبة.

والقانون الباكستاني ترك هذا الأمر إلى تقدير المحكمة (١). وورد في بعض القضية أن المحكوم له يستحق المصاريف التي انفقها على المحاكمة، ولكنه لا يستحقها إذا كان مرتكب في المحاكمة (٢).

ونحن نميل الى رأى واضعي القانون للمحاكمات الحقوقية (٣) الذين يرون ان النفقات للمحاكمة حق للمحكوم له إذا لم

١- Code of Civil Procedure: S-35/-1
PLD 1978 P 23 / PLD 1979 L 691/
AIR 1946 C 249/AIR 1943 C 162/
AIR 1929 L 129.

٢- AIR 1943 A 115/AIR 1942 M 419.

٣- قانون المحاكمات الحقوقية المادة ١٣٤.

يحكم له بمصاريف المحاكمة لخاف الناس من الذهاب الى المحاكم ، و لما استطاعوا أن يأخذوا حقوقهم من الغاصبين . و من ناحية أخرى يمكن ان يعتبر الحكم بمصاريف المحاكمة على المحكوم عليه نوعا من انواع الغرامة يفرض عليه لظلمه ومطله و كذبه .

فهـــرس المـــراجـــع

١- كتـب التفسير .

٢- كتب الحـديث .

٣- كتب اللغـة والمصطلحـات .

٤- كتب الفقـه الحنفـــي .

٥- كتـب الفقـه المالكـــي .

٦- كتـب الفقـه الشافعـــي .

٧- كتـب الفقـه الحنبلـــي .

٨- كتـب المـذاهب غيـر الأربعـة .

٩- كتـب عامـة وحـديثة فـى الشريعة .

١٠- كتـب القانـون .

١١- الدوريات القانـونيـة .

فهـــــرس المـــراجـــع

(١) كتـــب التفسيـــــر

١- تفسير القران العظيم (تفسير ابن كثيـــــر). — أبو الفدا اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٧٤هـ) دار الفكـــر - بيـــروت.

٢- جامع البيان عن تأويل اي القرآن (تفسير الطبري). — أبو جعفر محمد بن جديد الطبري (٣١٠هـ) الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م. مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر.

٣- الجامع لأحكام القـــرآن الكريم (تفسير القرطبي). — محمد بن احمد الانصارى القرطبي (٦٧١هـ) مصورة عن طبعة دار الكتب دار الكاتب العربى - مصـــر.

(٢) كتـــب الحديث

٤- بدائع المنن فى جمع و ترتيب مسند الشافعي والسنن. — احمد عبد الرحمن البناء الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م مطبعة دار الأنوار - بمصر.

٥- بلوغ المرام من أدلة الأحكام. — الحافظ ابن حجر العسقـــلاني (٨٥٢) الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م دار نشر الكتب الاسلامية - باكستان .

٦- الجوهر النقي في الرد على البيهقي مطبوع بذيل السنن الكبرى للبيهقي .	علاء الدين علي بن عثمان الماردني ابن التركماني (٧٥٠هـ) الطبعة الاولى سنة ١٣٥٢هـ دار الفكر بيروت.
٧- سبل السلام.	محمد بن اسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ) الطبعة الثانية ١٣٦٩هـ ١٩٥٠م مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر.
٨- سنن ابن ماجه.	محمد بن يذيد القزويني (٢٨٥ هـ) الطبعة نشر السنة ملتان باكستان.
٩- التعليق المغني على سنن الدار قطني.	علي بن عمر الدار قطني (٣٨٥هـ) الطبعة نشر السنة ملتان باكستان.

١٠ - السنن الكبرى.	احمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ) الطبعة الاولى سنة ١٣٥٢هـ دار الفكر - بيروت.
١١- صحيح مسلم بشرح النووي.	مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ) دار الفكر - بيروت.
١٢- عمدة القاري. شرح البخاري.	العلامة بدر الدين ابى محمد محمود بن احمد (٨٥٥ء) دار الفكر - بيروت.
١٣- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري.	احمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) الطبعة سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م مكتبة القاهرة - مصر.
١٤- كنز العمال في سنن الاقوال والافعال.	علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين (٩٧٥هـ) دار المعارف النظامية حيدر آباد بالهند ، سنة ١٣١٢هـ.
١٥- مجمع الزوائد و منبع الفوائد.	نور الدين علي بن ابى بكر الهيثمي (٨٠٧هـ) الطبعة سنة ، ١٣٥٢هـ مكتبة القدسي - مصر.

١٦-	مختصر سنن ابى داؤد.	عبد العظيم بن عبد القوى المنذرى الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م المطبعة العربية - باكستان.
١٧-	مصابيح السنة.	الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (٥١٦ هـ) الطبعة سنة ١٢٩٤هـ دار احياء الكتب العربية - مصر.
١٨-	معالم السنن.	ابو سليمان حمد بن محمد البستي الخطابي (٣٨٨هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م المطبعة العربية باكستان.
١٩-	المنتقى من سنن المصطفى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.	ابو محمد عبد الله بن على بن الجارود النيسابوري (٣٠٧هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٠٩هـ - حيدر آباد بالهند.

٢٠- الموطأ. الامام مالك بن أنس (١٧٩هـ) الطبعة سنة ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م دار أحياء الكتب العربية - مصر.

٢١- نصب الراية لاحاديث الهداية. عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ) الطبعة سنة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م مطبعة دار المأمون.

٢٢- نيل الأوطار. محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ) الطبعة سنة ١٩٧٣م دار الجيل - بيروت

(٣) كتب اللغة والمصطلحات

٢٣- تاج العروس شرح القاموس. محمد مرتضى الزبيدي (١٢٠٥هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية بمصر.

٢٤- كتاب التعريفات. علي بن محمد بن علي الجرجاني (٨١٦هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦هـ المطبعة الخيرية، بمصر.

٢٥- كشاف اصطلاحات الفنون. — محمد أعلى بن علي التهانوي (١١٥٨هـ) الطبعة سنة ١٨٦٢م بالهند.

٢٦- لسان العرب. — محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١هـ) الطبعة سنة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م دار صادر - بيروت.

٢٧- المعجم القانوني (إنجليزي - عربي) — حارث سليمان الفاروقي الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٢م مكتبة لبنان - بيروت.

٢٨- A concise Dictionary of Law. — P.G. Osborn, Pakistan Edition, Lahore Law Times.

٢٩- Jowill Dictionary of Law. — Earl Jowitt, 2nd Edition 1977, Aweet & Maxwell, London.

٣٠- Strouds Judicial Dictionary. — John S. James, 4th edition 1972, Sweet & Maxwell, London.

٣١- Words & Phrases Legally Defined. — John B. Saunders, 2nd edition, Butterworth, London.

(٤) كتب الفقه الحنفي

٣٢- الإختيار لتعليل المختار.

عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي
الطبعة الثانية - ١٣٧هـ - ١٩٥١م.
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر.

٣٣- الاشباه والنظائر و معه غمز عيون البصائر للحموي.

زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم
(٩٧٠هـ) إدارة القران والعلوم الإسلامية
كراتشي - باكستان.

٣٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم
(٩٧٠ هـ) الطبعة سنة ٣٣٣
مطبعة دار الكتب العربية الكبرى مصر.

٣٥- بدائع الصنائع.

علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد
الكلساني (٥٨٧هـ) الطبعة الأولى
سنة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م دار الكتب العربي
بيروت.

٣٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.	ابو محمد فخر الدين عثمان بن على الزيلعي (٧٤٣هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣١٥هـ المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر.
٣٧- تحفة الفقهاء.	علاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) الطبعة الاولى سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م مطبعة جامعة دمشق.
٣٨- جامع الفصولين.	محمد بن اسرائيل الروهى الشهير بابن قاضى سماوة (٨١٨هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠هـ. المطبعة الازهرية- مصر.
٣٩- درر الحكام فى شرح غرر الأحكام.	محمد بن فراموز بن على الشهير بملا خسرو (٨٨٥هـ) الطبعة سنة ١٣٣٠هـ مطبعة احمد كامل - قاهرة.
٤٠- رد المحتار على الدر المختار للحصكفي (١٠٨٨هـ) شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤هـ)	محمد أمين عابدين بن عمر عابدين (١٢٥٢هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٧٦هـ ١٩٦٦م دار الفكر العربى - بيروت.

٤١- شرح أدب القاضي للخصاف (٢٦١هـ).	حسام الدين عمر بن عبد العزيز المعروف بالصدر الشهيد (٥٣٦ هـ) الطبعة سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م. مطبعة الإرشاد بغداد.
٤٢- العناية على الهداية مطبوع بهامش فتح القدير.	محمد بن محمد بن محمود اكمل الدين البابرتي (٧٨٦هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٨٩- ١٩٧م دار الفكر - بيروت.
٤٣- غمز عيون البصائر مطبوع مع الإشباه لابن نجيم.	احمد بن محمد الحموي إدارة القران والعلوم الإسلامية كراتشي - باكستان.
٤٤- غنية ذوي الاحكام في بغية درر الحكام مطبوع مع درر الحكام	حسن بنا عمار على الوفائي الشرنبلالي (١٠٩٦) الطبعة سنة ١٣٣٠هـ.
٤٥. الفتاوى العالمكرية المعروفة بالفتاوى الهندية.	تاليف جماعة من علماء الهند الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ المطبعة الكبرى الاميرية مصر.

٤٦- الفتاوى البزازية
مطبوع الفتاوى العالمكيرية.
حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب ابن البزاز (٨٢٧هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣١٠هـ المطبعة الكبرى الاميرية - مصر.

٤٧- فتح القدير في شرح الهداية المرغيناني (٥٩٣).
ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (٨٦١هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م دار الفكر - بيروت.

٤٨- الفواكه البدرية في البحث عن اطراف القضية الحكمية
مطبوع على هامش المجاني الزهرية.
محمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس (٨٩٤هـ) مطبعة النيل القاهرة:

٤٩- قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار).
محمد علاء الدين عابدين (١٣٠٦) الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦م دار الفكر - بيروت.

٥٠- كتاب أدب القاضي للخصاف بشرح الجصاص.
ابي بكر احمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص (٣٧٠هـ) الطبعة سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م دار نشر الثقافة - قاهرة.

٥١- كتاب فصل القضيه فى المرافعات و صور التوثيقات والدعاوى الشرعية	محمود بن محمد خطاب السبكي (١٣٥٢هـ) الطبعة سنة ١٣٣٠هـ ١٩١٢م.
٥٢- اللالي الدرية فى الفوائد المحمودية مطبوع بذيل جامع الفصولين.	(تقريرات و حواشي لخيرالدين الرملي على جامع الفصولين جمعها ورتبها إبنه نجم الدين الرملي) الطبعة الأولى سنة ١٣هـ المطبعة الأزهرية - مصر.
٥٣- لسان الحكام فى معرفة الأحكام.	ابو الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة (٨٨٢هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م مطبعة مصطفى البابي الحلبي ،مصر.
٥٤- المبسوط.	محمد بن احمد ابو بكر السرخسي (توفي فى ٤٩٠هـ و قيل فى ٥٠٠هـ) الطبعة الثالثة، دارالمعرفة- بيروت :

٥٥- المجانى الزهرية على الفواكه البدرية — محمد صالح بن عبد الفتاح بن ابراهيم الجارم — مطبعة النيل- قاهرة.

٥٦- مجلة الأحكام العدلية. — المكتبة الماجدية كوئته - باكستان

٥٧- مختصر الطحاوى. — ابى جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوى (٣٢١ هـ) الطبعة سنة ١٣٧٠هـ. مطبعة دار الكتاب العربى، قاهرة.

٥٨- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام. — على بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ) الطبعة الثانية- ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م مطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر.

٥٩- مجمع الانهر فى شرح ملتقى الأبحر. — عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) الطبعة الاولى سنة ١٣٢٧هـ المطبعة العثمانية.

٦٠- منحة الخالق على البحر الرائق مطبوع مع البحر الرائق — محمد أمين عابدين بن عمر عابدين (١٢٤٢هـ) الطبعة سنة ١٣٣٣هـ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر.

٦١-	نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير).	شمس الدين احمد بن محمود الرومي المعروف بقاضي زاده (٩٨٨هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧١م. دار الفكر بيروت.
٦٢-	الهداية شرح بداية المبتدى.	علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (٥٩٣هـ) الطبعة الأخيره. المكتبة الإسلامية.

(٥) كتب الفقه المالكي

٦٣-	بداية المجتهد ونهاية المقتصد	محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد (٥٩٥هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ ١٩٧٦م المكتبة العلمية- باكستان.
٦٤-	تبصرة الحكام في اصول الأقضية و مناهج الأحكام مطبوع على هامش فتح العلي المالك	إبراهيم بن علي بن فرحون المدني (٧٩٩هـ) الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨هـ - ٩٥٨ م) مكتبة مصطفى البابي الحلبي- مصر.

٦٥- تهذيب الفروق
مطبوع على هامش
الفروق للقرافي.

محمد على بن حسين مفتي المالكية
(أحد علماء القرن الرابع عشر الهجرى)
عالم الكتاب - بيروت.

٦٦- حاشية الدسوقي على
الشرح الكبير للدردير.

شمس الدين محمد عرفة الدسوقي
(١١٣٠هـ) داراحياء الكتب العربية.

٦٧- شرح الخرشي
على مختصر الخليل.

ابو عبد الله محمد الخرشي (١١٠١هـ)
دارالفكر - بيروت.

٦٨- فتح العلي المالك.

ابو عبد الله محمد احمد عليش (١٢٩٩هـ)
الطبعة الاخيرة سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م.
مكتبة مصطفى البابى الحلبى - مصر.

٦٩- كتاب الكافي فى فقه
اهل المدينة المالكي.

ابي محمد يوسف بن عبد الله بن محمد
عبد البر النمرى القرطبى (٤٦٣هـ)
الطبعة الاولى سنة ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
مكتبة الرياض الحديثة - بالرياض.

٧٠ -	الفـروق (انوار البروق فى انواء الفروق).	احمد بن ادريس القرافي (٦٨٤هـ) عالم الكتاب - بيروت.
٧١-	قـوانيـن الاحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهيـة.	محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكى الطبعة سنة ١٩٧٩م- دارالعلم للملا يين بيـروت .
٧٢-	المـدونة الكـبرى.	الإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ) مطبعة السـعادة بمصـر.

(٦) كتـب الفقـه الشـافعـي

٧٣-	أدب القاضـى	أبـي الحسن علـى بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠هـ) الطبعة سنة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م مطبعة العانـي- بغـداد .
٧٤-	أدب القضاء (الدرالمنضومات فى الاقضية والحكومات).	ابـو اسحاق ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم المعروف بابن أبي الدم(٦٤٢) الطبعة المحققة بتحقيـق الدكتور محمد الزهيلـى .
٧٥-	الأم.	الامام ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعـي طبعة كتاب الشعب. (٤٠٥ هـ)

٧٦-	تحفة المحتاج بشرح المنهاج مطبوع مع حاشتى الشرواني والعبـــادي.	احمـد بن حجـــر الهيشمـي (٩٧٢هـ) دار صادر - بيـروت.
٧٧-	جواهر العقود و معيـن القضاة والموقعين والشهود.	محمـد بن احمد المنهاجي الأسيـوطي (١٢٧٦هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤هـ- ١٩٥٥هـ مطبعة السنة المحمدية. مصر.
٧٨-	حاشية إعانة الطالبيـن.	السـيد أبي بكر بن السيد محمد شطا الطبعة الثانية سنة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٨م مطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر.
٧٩-	حاشـية البيجـرى على منهـج الطـلاب.	أبـي يحيى ذكريا الأنصاري الطبعة سنة ١٣٥٥ هـ المكتبة التجارية الكبرى- مصر.
٨٠-	حـواشى العـلا متيـن علـى تحفـة المحتـاج.	عبـد الحميد الشيرواني- احمد بن القاســم العبادي دار صادر - بيـروت.

٨١- مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج. شمس الدين محمد احمد الشربيني (٩٧٧هـ) الطبعة سنة ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م داراحياء التراث العربي- بيروت .

٨٢- منهاج الطالبين وعمدة المفتين. مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ) دار المعرفة - بيروت .

٨٣- المهذب في فقه الإمام الشافعي. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (٤٧٦هـ) الطبعة سنة ٤٧٦هـ . مطبعة دار الحياء الكتب العربية مصر .

٨٤- المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية) أبو يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) وعلي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦هـ) ومحمد نجيب المطيعي معاصر و محمد حسين العقبي معاصر-المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٨٥- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن احمد الرملي(١٠٠٤هـ) المكتبة الاسلامية .

٨٦- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي. أبو حامد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ) الطبعة سنة - ١٣١٧هـ مطبعة الآداب مصر.

(٧) كتب الفقه الحنبلي

٨٧- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف. علاء الدين ابو الحسن على بن سليمان المقدسي (٨٥٥هـ) الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م داراحياء التراث العربى.

٨٨- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.

٨٩- القواعد. عبد الرحمن بن احمد بن حسن بن رجب (٧٩٥هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م مكتبة الكليات الازهرية- مصر.

٩٠- كشاف القناع عن متن الاقناع منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (١٠٥١هـ) مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

٩١- المحرر فى الفقه على مذهب الإمام احمد. مجد الدين أبي البركات (٦٥٢هـ) الطبعة سنة ١٣٦٩هـ مطبعة السنة المحمدية.

٩٢- المغنى. عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسى (٦٢٠هـ) مكتبة الرياض الحديثة.

٩٣- المقنع فى فقه الامام احمد بن حنبل. الامام احمد بن حنبل الطبعة سنة ١٣٨٢هـ المطبعة السلفية، مصر.

٩٤- منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات. تقى الدين محمد بن احمد الفتوحي الشهير بإبن النجار (٩٧٢هـ) الطبعة سنة ١٣٨١هـ ١٩٦٢م عالم الكتاب.

(٨) كتب المذاهب غير الأربعة

٩٥- المحلى. ابو محمد على بن احمد بن حزم الاندلسي (٤٥٦هـ) طبعة مصححه ومحققة. دار الآفاق الجديدة بيروت.

٩٦- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار.	احمد بن يحيى بن المرتضى (٨٣٠هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦هـ - ١٩٣٧م مؤسسة الرسالة - بيروت.
٩٧- شرائع الإسلام في الفقه الجعفري الإمامي.	نجم الدين جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق (٦٧٦هـ) الطبعة المحققة الأولى ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م مطبعة الآداب في النجف - عراق.

(٩) كتب عامة وحديثة في الشريعة

٩٨- شرح قانون المحاكمات الحقوقية.	سليم بن رستم باز البناني من اعضاء شورى الدولة العثمانية الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٥م مكتبة صادر بيروت.
٩٩- قانون اصول المحاكمات الشرعية.	الطبعة سنة ١٩٥٩م وزارة العدل الأردنية عمان.

١٠٠- لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. الطبعة سنة ١٣٤٤هـ - ١٩٢٦م
مطبعة نصر- مصر.

١٠١- نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية الدكتور محمد نعيم عبد السلام ياسين
وقانون المرافعات المدنية والتجارية. وزارة الاوقاف الاردنية.

(١٠) كتب القانون

١٠٢- Code of Civil Procedure (V of 1908).....

١٠٣- Contract Act (IX of 1872).....

١٠٤- Evidence Act (I of 1872).....

١٠٥- High Court Rules Volume-I.....

١٠٦- Qanoon-e-shahadat (10 of 1984) .....

(١١) الدوريات القانونية

١٠٧- ALL INDIA REPORTS (A I R).....

i. Allahabad High Court: 1917, 1922, 1928, 1930, 1931, 1932, 1933, 1943, 1949.

ii. Bengal High Court: 1925, 1935.

iii. Calcutta High Court: 1915, 1925, 1929, 1931, 1934, 1943, 1946, 1947.

iv. Lahore High Court: 1922, 1924, 1927, 1929, 1930, 1933, 1937, 1944.

v. Madras High Court: 1917, 1918, 1919, 1925, 1930, 1931, 1935, 1936, 1942.

vi. Nagpur High Court: 1932.

vii. Owadh High Court: 1926, 1938, 1944.

viii. Patna High Court: 1925.

ix. Privy Council: 1914, 1915, 1924, 1929, 1930, 1945.

CIVIL LAW CASES (C L C): 1981..... -١٠٨

PAKISTAN LEGAL DECISIONS (P L D)..... -١٠٩

i. Azad Jamu & Kashmir High Court: 1961, 1975.

ii. Bughdad-ul-Jadeed High Court: 1952, 1961.

iii. Dacca High Court: 1976, 1968.

iv. Federal Court: 1954.

v. Karachi High Court: 1957, 1963, 1966, 1967, 1971, 1973, 1976.

vi. Lahore High Court: 1920, 1949, 1951, 1958, 1960, 1964, 1965, 1968, 1969, 1973, 1976, 1978, 1979.

vii. Peshawar High Court: 1964, 1976, 1978.

viii. Privy Council: 1945, 1949.

ix. Quetta High Court: 1976, 1978.

x. Supreme Court: 1963, 1965, 1970, 1975, 1979.

PAKISTAN LEGAL JOURNAL (P L J)..... -١١٠

i. Lahore High Court: 1979, 1980.

ii. Supreme Court: 1980.

SUPREME COURT MONTHLY REVIEW (S C M R): 1970..... ١١١