

قسم الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد، باكستان

T-1085



DATA ENTERED

الحكم على الغائب

[في الشريعة والقانون]

(دراسة مقارنة)

(بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون)



إشراف

الدكتور فضل الرحمن عبدالغفور

إعداد

عطاء الله عبدالقهار

1996

اسير حنة طبع دہماتہ؟

27/98/2010
C

MD

DATA ENTERED



T-1085

Accession No.....

MD
C

MS

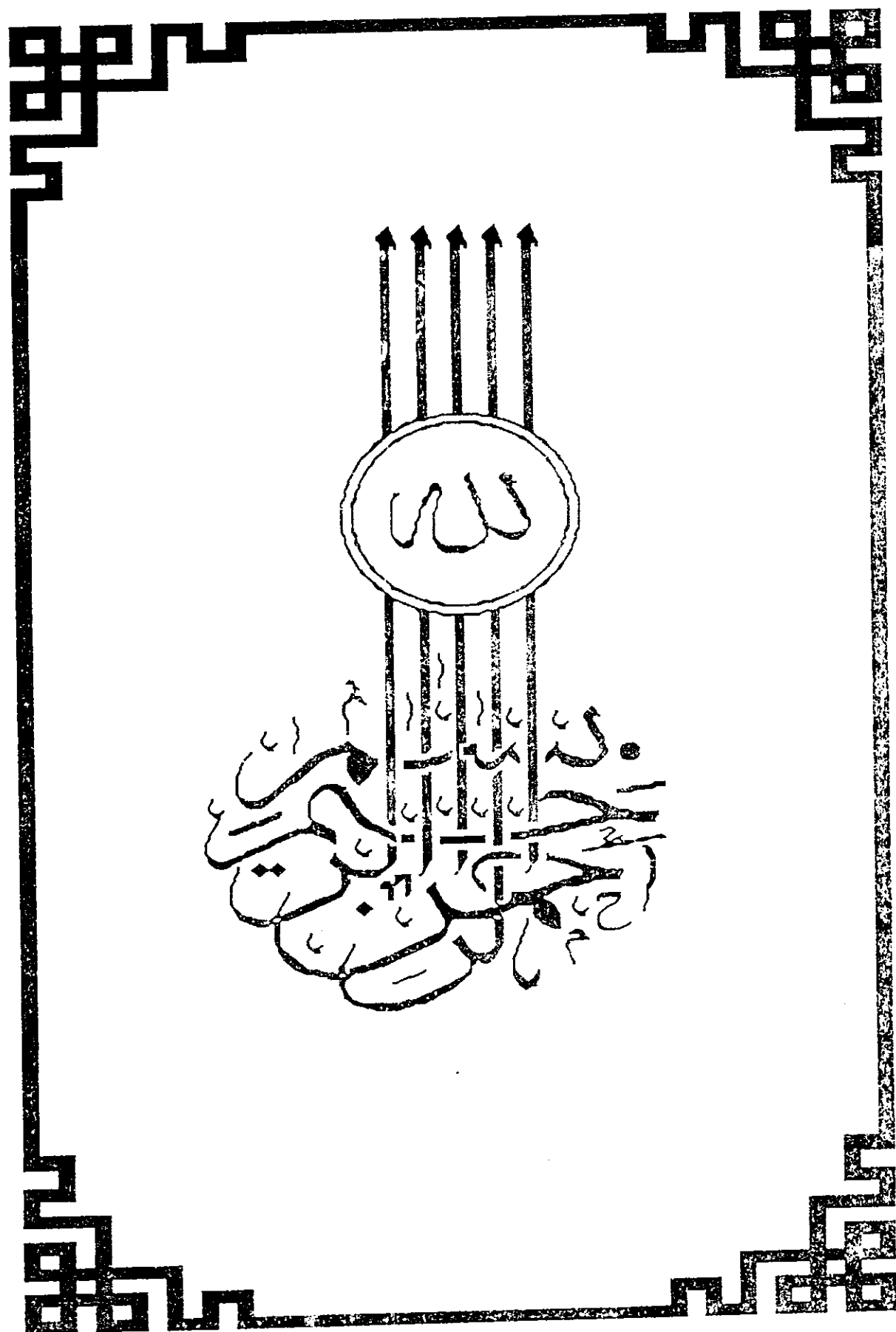
١٣٤٥٤٥٩٥٩

ح د ع

١- فقه اسلام - قضاء
٢- عنوان

DATA ENTERED

Amr
11/02/14



اعدلوا هو أقرب للتقوى

(المائدة)

الإهداء

أهدى ثمرة جهدى وباكورة أعمالى إلى والدى الكريم
"أمد الله فى عمره" لما بذله من الجهود المتواصلة فى تربيته
وتعليمه منذ نعومة أظفارى إلى هذا الوقت.
جزاه الله عنى كل خير.

بماد حضرتك (ممدوح) ١٣١٠هـ

دكتور دكتور

فصل لوالده

تم أكل

تم أكل

فصل لوالده

بماد حضرتك

تم أكل

كل

المناقشون

تمت مناقشة هذا البحث في اليوم الحادي عشر

التاريخ ١٩٩٦ / / م الموافق ١٤١٧ / / هـ

تمت ١٩٩٦ / ١٢ / ١٢

مناقشة (المناقشة) (المناقشة)

* المناقش الداخلي:
١٢/١٢/٩٦

* المناقش الخارجي:

* المشرف على البحث:
١٢/١٢/٩٦

* الباحث:
١٢/١٢/٩٦

كلمة الشكر والتقدير

يسعدنى أن أتوجه بشكرى إلى أستاذى الفاضل الدكتور فضل الرحمن عبدالغفور الذى قام مشكورا بالإشراف على رسالتى والذى استفدت كثيرا من نصائحه الخالصة وتوجيهاته القيّمة، وإنى شاهد له أمام الله أنه أحسن لى بالنصح والتشجيع.

ولا أنسى أن أتقدم بجزيل الشكر لكل من ساعدنى فى كتابة هذه الرسالة وأخص بالذكر منهم الأستاذ الدكتور أحمد يوسف، عميد كلية الشريعة والقانون - سابقا- بالجامعة الإسلامية العالمية، بإسلام آباد - باكستان، والأستاذ الدكتور دياب عبدالجواد رئيس قسم أصول الفقه، والأستاذ الدكتور سيد عواد على عواد.

ومن الواجب أن أتقدم بين يدى هذا البحث بخالص الشكر إلى جميع أساتذتى الذين تعلمت على أيديهم منذ الصغر إلى الآن، ولا سيما الأستاذ فضل ربى أستاذ التربية بأكاديمية الدعوة، بالجامعة، فله منى جزيل الشكر، ومن الله الأجر العظيم.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، الذي أوضح سبيل الهدى، وحكم بين الناس بما أراه الله، وقال: إنما أفضى على ما أسمع، وعلى آله وأصحابه أجمعين. وبعد:

فإن الله سبحانه وتعالى أوجب على الناس التحاكم إلى شرعه عند التنازع، فمن حق المظلوم أن يلجأ إلى من يطبق شرع الله من قاض أو حاكم، وبالتالي يجب على الحاكم أو القاضي إجابته وأخذ الحق له إن تبين صدقه، لأن العدل أساس العمران واستقرار النظام والأمن، والظلم يؤدي إلى انحطاط الأمم وتأخرها، واستمراره يؤدي إلى الهلاك والفساد، فمنعه قبل وقوعه وإزالته إذا وقع من أول واجبات المسلمين عامة، والحكام خاصة، فهذا الواجب وذاك الحق موضوع علم القضاء، فهو من أجل العلوم الشرعية وأشرفها ذكراً وأعزها مكاناً.

١- سبب اختيار الموضوع

إن عزمة الإسلام وسمو شريعته ووفائه بتلبية حاجات الأمم ومصالح الشعوب أصبحت حقيقة لا جدال فيها، ولقد بدأ رجال القانون في هذا البلد الإسلامي الطيب، باكستان - حفظها الله من شرور العلمانيين - وخاصة في منطقة "مالاكند" (الإقليم الشمالي الغربي)، يتجهون لدراسة الفقه الإسلامي، وخاصة في الأمور القضائية. وتعد مسألة الحكم على الغائب من القضايا المهمة في المجال القضائي، وقد اختلفت حولها وجهات نظر الفقهاء، وللخروج بالرأي الراجح في هذه المسألة وتيسيراً على الباحثين في الفقه الإسلامي، فقد اخترت هذه المسألة لتكون موضوع رسالتي.

٢- القعبات التي واجهتني في كتابة البحث وجمع مواده:

وقد واجهتني في كتابة البحث في هذا الموضوع بعض الصعوبات أهمها:

أ - ندرة الكتب المراجع في المنطقة التي فيها مقر عملي، حيث تقل فيها الكتب الفقهية العربية ذات الطباعة الواضحة، وخاصة كتب المذاهب الأخرى غير الفقه الحنفي.

ب - ضيق الوقت، وذلك نظرا لطبيعة العمل الذي أقوم به كقاض جنائي، حيث يستوعب هذا العمل كثيرا من الوقت.

ج - تعسر وجود ترجمة مهرية لبعض المصطلحات القانونية.

٣. منهجى فى كتابة البحث:

سلكت طريقة فى البحث تمتاز بخصائص ثلاثة:

١ - إننى اعتمدت فى تعريف على آراء الفقهاء والوقوف على مذاهبهم على أمهات الكتب المعتدة.

ب - إننى اتبعت طريقة تحليلية للآراء الفقهية المختلفة فى الوصول إلى رأى الراجح.

ج - عقد مقارنة عامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى مبرزاً نقاط الاتفاق والاختلاف فى كل منهما فى أكثر مباحث الرسالة، معتقداً أنه لا تمكن مقارنة بينهما، ولا يجوز أن توضع أحكام الشريعة والقوانين البشرية فى كفتى ميزان للمقارنة، فتعرضت لبيان موقف أهل القانون، لا على سبيل المقارنة مع الشريعة، وإنما على سبيل إكمال البحث ببيان موقف كل من تعرض لهذا الموضوع.

٤. محتويات البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة بالنتائج.

أما المقدمة فقد تكلمت فيها عن أهمية القضاء، وسبب اختيار الموضوع فيه، وبعض الصعوبات التى واجهتنى فى كتابة البحث وجمع مواده، والمنهج الذى اتبعته فى كتابته.

أما الباب الأول: فهو في ماهية القضاء وبعض متعلقاته، وقسمته إلى ثلاثة فصول:
 الفصل الأول: في تعريف القضاء ومصادره وحكمه ومشروعيته والغرض منه، وفيه
 ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القضاء وتمييزه عن حكم القاضي .

المبحث الثاني: مصادر القضاء .

المبحث الثالث: في حكم القضاء ومشروعيته والغرض منه .

الفصل الثاني: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء والفقهاء، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء

المبحث الثاني: الفرق بين القضاء والفقهاء .

الفصل الثالث: في شروط القاضي، وصلاحيته، وآدابه، ويحتوى على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في شروط القاضي .

المبحث الثاني: في صلاحيات القاضي .

المبحث الثالث: في آداب القاضي .

الباب الثاني: في الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ويشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تعريف الحكم القضائي، وشروطه، ومعياره، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الحكم في الشريعة والقانون .

المبحث الثاني: في شروط الحكم القضائي في الشريعة والقانون، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في شروط الحكم في الشريعة .

المطلب الثاني: في شروط الحكم في القانون .

المطلب الثالث: في المقارنة بين شروط الشريعة وشروط القانون للحكم .

المبحث الثالث: في معيار الحكم في الشريعة والقانون، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ما يكون حكماً وما لا يكون حكماً في الشريعة .

المطلب الثاني: ما يكون حكما وما لا يكون حكما في القانون .

المطلب الثالث: في مقارنة معايير الحكم في الشريعة والقانون والفائدة من التمييز بين الحكم وغيره .

الفصل الثاني: في أنواع الحكم القضائي في الشريعة والقانون، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تقسيمات الحكم القضائي في الشريعة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تقسيم الحكم من حيث كونه المحكوم به صحة التصرف وموجبه.

المطلب الثاني: تقسيم الحكم من حيث كونه مقصودا أو ضمنيا .

المطلب الثالث: تقسيم الحكم بالنظر إلى وسيلة التعبير عنه .

المطلب الرابع: تقسيم الحكم بالنظر إلى المحكوم به .

المبحث الثاني: في أنواع الحكم القضائي في القانون، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في تقسيم الحكم من حيث قابليته للطعن فيه .

المطلب الثاني: في تقسيم الحكم من حيث حسمه للنزاع .

المطلب الثالث: في تقسيم الحكم من حيث حضور الخصوم وغيابهم .

المبحث الثالث: في المقارنة بين تقسيمات الشريعة والقانون للحكم القضائي.

الفصل الأول: في أثر الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في أثر الحكم القضائي في الشريعة .

المبحث الثاني: في أثر الحكم القضائي في القانون .

الباب الثالث: في إحضار الخصوم وإعلامهم في الشريعة والقانون، وقسمته إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: في كيفية إحضار المدعى عليه في الشريعة، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في دعوة المدعى لخصمه المدعى عليه .

طه

المبحث الثانى: فى دعوة القاضى للمدعى عليه، وكيفية إحضاره، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: المذهب الحنفى .

المطلب الثانى: المذهب المالكى .

المطلب الثالث: المذهب الشافعى .

المطلب الرابع: المذهب الحنبلى .

المبحث الثالث: فى كيفية الإحضار .

الفصل الثانى: فى طرق إحضار المدعى عليه أو المتهم فى القانون، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فى طرق الإحضار فى القضايا الجنائية .

المبحث الثانى: فى طرق الإحضار فى القضايا المدنية .

الفصل الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون فى طرق الإحضار .

الفصل الرابع: المقصود بالغائب ومرجع الاختلاف فى الحكم عليه وبيان أن الأصل

هو حضور الخصوم، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقصود بالغائب .

المبحث الثانى: مرجع الخلاف فى الحكم على الغائب .

المبحث الثالث: الأصل حضور الخصمين.

الباب الرابع: فى موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى الشريعة والقانون، وقسمته

إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فى موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى الشريعة، وفيه ثلاثة

مباحث:

المبحث الأول: فى مذهب الحنفية وأدلتهم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مذهب الحنفية .

المطلب الثانى: أدلة الحنفية .

المبحث الثانى: فى مذهب الجمهور، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مذهب الجمهور .

المطلب الثانى: شروط صحة القضاء على الغائب عند الجمهور.

المطلب الثالث: أدلة الجمهور.

المبحث الثالث: فى مناقشة المذاهب، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مناقشة الجمهور لأدلة الأحناف.

المطلب الثانى: مناقشة الأحناف لأدلة الجمهور .

المطلب الثالث: الترجيح والرأى المختار.

الفصل الثانى: موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى القانون، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: المقصود بالغائب عند القانونيين.

المبحث الثانى: غياب المدعى عند أهل القانون.

المبحث الثالث: غياب المدعى عليه عند أهل القانون.

المبحث الرابع: غياب المدعى والمدعى عليه معا .

الفصل الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون فى الحكم على الغائب.

وأما الخاتمة، فقد لخصت فيها أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال معالجتى للموضوع.

هذا، وأسأل الله تعالى أن يجعل عملى خالصا لوجهه، وأن ينفع به، وأسأله الرحمة والعفو لى، ولوالدى، وللمن علمنى أو سهل لى طريق علم أو إفادة، ولجميع المسلمين.

عطاء الله عبدالقهار

قسم الدراسات العليا - كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد، باكستان.

٢٩/ ربيع الأول/ ١٤١٧هـ - ١٥/٠٨/ ١٩٩٦م

الباب الأول

فى ماهية القضاء وبعض متعلقاته

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فى تعريف القضاء ومصادره وحكمه ومشروعياته والغرض منه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف القضاء وتمييزه عن حكم القاضى.

المبحث الثانى: مصادر القضاء.
المبحث الثالث: فى حكم القضاء، ومشروعياته والغرض منه
الفصل الثانى: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء والفقهاء.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء.

المبحث الثانى: الفرق بين القضاء والفقهاء.

الفصل الثالث: فى شروط القاضى وصلاحياته وآدابه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى شروط القاضى.

المبحث الثانى: فى صلاحيات القاضى.

المبحث الثالث: فى آداب القاضى.

الفصل الأول

فى تعريف القضاء ومصادره وحكمه ومشروعيته والغرض منه:

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

فى تعريف القضاء وتمييزه عن حكم القاضى:

أولا فى اللغة: القضاء لغة يأتى على معان متعددة ولكنها ترمى إلى مفاهيم متقاربة. فيأتى على معنى القطع والفصل، تقول العرب: قضى يقضى قضاء، فهو قاض، إذا حكم وفصل، وقضاء الشيء يعنى إمضاؤه وإحكامه والفراغ منه، ومن معانيه: الأداء والإنهاء والصنع والتقدير: كقول الرجل: قضيت حاجتى وقضيت ديني، ويقال قضاه أى صنعه وقدره^(١)، ومنه قوله تعالى: ﴿فقضاهن سبع سموات فى يومين﴾^(٢)، ومنه القضاء والقدر.

ونظرا إلى هذه المعانى العديدة المتقاربة فى المفهوم والمتداخلة فى اللفظ، يقول الزهرى: (٣) القضاء فى اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه^(٤).

(١) لسان العرب لابن منظور محمد بن مكرم، مادة "قضى" ١٨٦/١٥-١٨٧، دار الصادر، بيروت، المعجم الوسيط، ٧٤٢/٢ وما بعدها، مادة "قضى".

(٢) حم السجدة، فصلت، الآية: ١٢.

(٣) الزهرى: هو محمد بن مسلم بن عبيدالله بن عبدالله بن شهاب الزهرى، أحد الأئمة الأعلام، وعالم الحجاز والشام، روى عن ابن عمر والمسور بن مخرمة وغيرهما، ولد سنة ٥١هـ، وقيل ٥٠هـ، ومات سنة ١٢٥هـ (تهذيب التهذيب لابن حجر ٤٤٥-٤٥٠).

(٤) لسان العرب ومختار الصحاح مادة "قضى".

ومن معانيه أيضا الحكم والإلزام، وهو أقرب إلى معناه الشرعي، ومنه قوله عز وجل: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه...﴾ (١) أي: أمر ربك وحتم (٢). وبناء على ما تقدم يكون معنى القاضي: القاطع للأمور، المحكم لها (٣).
ثانيا: في المصطلح الفقهي:

للقضاء مفهومان في الاصطلاح الفقهي: لأنه مصدر من وجه واسم علم من وجه، فأما كونه اسم علم فهو أنه اسم علم لإحدى السلطات الثلاثة للدولة أي: السلطة التشريعية، والسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية، والقضاء بهذا المعنى لا يهمننا في بحثنا، ولذا لا نتعرض له، ومن يرد تفاصيله فعليه الرجوع إلى الكتب في السياسة الشرعية.

وأما كونه مصدرا، كما هو الظاهر من معناه اللغوي، فقد تضاربت فيه آراء الفقهاء لإختلاف أنظارهم في معنى القضاء، فبعضهم يعتبره أنه صفة حكومية يتصف بها القاضي، تستلزم إمضاء حكمه، وعلى هذا، القضاء ما هو إلا صفة في القاضي (٤).

وبعضهم يعتبره فعلا يقوم به القاضي، فيرون أن القضاء هو فعل القاضي، وهذا المعنى قريب من مفهومه اللغوي كما أشرت إليه في نهاية ذكر معناه اللغوي (٥). وسأشرح تعريفي الفريقين حتى يتبين لنا ثمرة الخلاف كما يتبين لنا هل هناك أي وجه أو أوجه لإختيار أحدهما أو تفضيل أحدهما على الآخر أم لا؟

(١) الإسراء، الآية: ٢٣.

(٢) لسان العرب ومختار الصحاح مادة "قضى".

(٣) المرجع السابق.

(٤) مواهب الجليل ٨٦/٦ لمحمد بن محمد المعروف بالخطاب، مطبعة السعادة بمصر، انظر أيضا نظرية الدعوى، لمحمد نعيم ٤٠/١، طبع وزارة الأوقاف الأردن.

(٥) نظرية الدعوى، ٤٠/١.

شرح التعريف الأول (القضاء صفة فى القاضى)

قال ابن عرفة (١): القضاء "صفة" حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى، ولو بتعديل أو تجريح، لافى عموم مصالح المسلمين (٢).

فقوله "صفة" جنس فى التعريف ويشمل كل الصفات الحسية والعقلية. وقوله حكمية أي: تقديرية، وهى ما يحكم العقل بوجودها بعد حكم الشارع بذلك ويقدر حصولها فى نفسها، وقيامها بمحالتها قيام الأوصاف الحسية بمحالتها، فاحترز بذلك من جميع المعانى الأخرى من حسية كالبياض والسواد، وعقلية كالقدرة والعلم (٣).

وقوله "نفوذ حكمه"، قيد يقصد به إلزام القاضى أمرا شرعيا للخصم، والأمر الشرعى هو لا يعنى الحكم الشرعى الذى هو من مصطلحات علم الأصول، أي خطاب الله تعالى المنعوق بفعل المدعين من العباد - والشاهد هو إضافة الحكم إلى الضمير العائد إلى القاضى، وعلى هذا يكون المعنى أنه الصفة التى توجب للقاضى نفوذ حكمه، هى تلك الصفة الحكمية (٤).

هذا وإضافة الحكم إلى الضمير العائد إلى القاضى أيضا تفيد إخراج معان الحكم الأخرى، كأثر الخطاب الثابت مثل الوجوب، والحرمة، والصحة، والفساد، وكإسناد أمر لآخر إيجابا أو سلبا نحو: شرب زيد أولم يشرب زيد، وتفيد الإضافة أيضا إخراج معنى الحكم اللغوى وهو الفصل والقطع مطلقا (٥).

(١) هو محمد بن محمد بن محمد بن عرفة الورغمى التونسى، ولد فى عام ٧١٦هـ، ومات فى عام ٨٠٣هـ وله مؤلفات عديدة، أشهرها: المبسوط فى الفقه المالكى، ومختصر الفرائض، والمختصر الشامل.

(٢) شرح حدود ابن عرفة صد ١٣، مواهب الجليل ٨٦/٦، الخرشي، ١٣٨/٧، لأبى عبد الله أحمد الخرشي، طبع بولاق.

(٣) شرح حدود ابن عرفة صد ١٣ المطبعة التيونسية، نظرية الدعوى ٤٢/١ - ٤٣.

(٤) نظرية الدعوى ٤٣/١، انظر أيضا شرح حدود ابن عرفة صد ٤٣٤.

(٥) الفواكه البدرية لابن الغرس صد ٧٠٥ مطبوع مع المجانى الزهرية بمطبعة النيل، بالقاهرة، شرح حدود ابن عرفة صد ٤٣٤، نظرية الدعوى ٤٣/١.

واحترز بقوله "الشرعى" عن الأحكام غير الشرعية كالأحكام التى أصدره القاضى تبعاً لهواه، فإنها لا تنفذ أبداً لمخالفة النص الصريح وهو قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى...﴾ (١).

وقوله: "ولو كان بتعديل أو تجريح" يعنى أن القضاء صفة توجب لموصوفها نفوذ حكمه فى كل شئ ولو كان بتعديل أو تجريح والباء فى "بتعديل" للتصوير أى: ولو كان حكمه تعديلاً (٢).

وقوله "لا فى عموم مصالح المسلمين" يفيد إخراج الخلافة عن تعريف القضاء، وبالتالي يفرق بين القاضى والخليفة، فللقاضى مجال محدود، وولاية خاصة، وهو نائب عن الخليفة، فله فصل الخصومات فقط، ولا دخل له فى مصالح المسلمين الأخرى، كقسمة الغنائم، وتوزيع أموال بيت المال، وترتيب الجيوش، وتعيين منح الموظفين، وعمارة الجسور والمدارس والمستشفيات والشوارع وغير ذلك، وإنما كل ذلك للخليفة أو لنائبه (٣)، ولكن لا مانع أن يكون القاضى نائباً عن الخليفة لتلك الأمور إن اقتضت تلك مصلحة عامة المسلمين، وأذن الخليفة بذلك.

شرح التعريف الثانى (القضاء فعل يقوم به القاضى)

سيجد المتتبع تعريفات عديدة فى هذا المجال، وكل هذه التعريفات تتحد فى معناها مع اختلاف مبناها فى الغالب، ومن أهمها ما يلى:

(١) ص، الآية: ٢٦.

(٢) نظرية الدعوى ٤٣/١.

(٣) الخرشى وحاشية العدوى ١٣٨/٧.

١- يرى الحنفية أن القضاء فصل الخصومات وقطع المنازعات(١)، وزاد بعضهم "على وجه مخصوص" احترازا عن فصل الخصومات بغير القضاء كالصلح، كما قال بعضهم بأنه قول ملزم صادر عن ولاية عامة(٢).

وقد جمع بعض المحدثين بين التعريفين السابقين فقال: القضاء فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص، صادر عن ولاية عامة(٣).

٢- ويرى المالكية بأن القضاء إخبار عن حكم شرعى على سبيل الإلزام(٤)، وقال بعضهم: القضاء هو الدخول بين الخالق والمخلوق، ليؤدى فيهم أوامره، وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة(٥).

أما التعريف الاول للمالكية فهو غير مانع، لأنهم لم يحددوا مجال الحكم الشرعى، وهكذا لا يظهر من تعريفهم فرق واضح بين القضاء والخلافة، ألا يرون أن كثيرا من وظائف الخلافة إخبار عن الحكم الشرعى على سبيل الإلزام.

وأما تعريفهم الثانى فهو أيضا غير مانع لإطلاق أوامر الله وأحكامه، لأنها تشمل الإفتاء والتدريس والخطابة، وهذا لعدم ذكر عنصر الإلزام، ويمكن أن يرد عليهم أن تعريفهم هذا غير جامع أيضا، لأن كثيرا من الخصومات تفصل عن طريق القياس والاجماع، ويجب أن الكتاب والسنة يشملانها لثبوتها بهما.

(١) الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥ طبع مصطفى الحلبي، لسان الحكام لأبى الوليد إبراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة، ص٣، المطبعة الإسكندرية.
(٢) المرجعان السابقان، أيضا مباحث المرافعات ص١٣١، وتاريخ القضاء لمحمود عرنوس ص٩، المطبعة المصرية بالقاهرة.

(٣) الأصول القضائية ص٢٧٦، للشيخ على قراعة، مطبعة الرغائب، القاهرة.

(٤) تبصرة الحكام ١/١٢، لإبراهيم على بن فرحون، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة.

(٥) المرجع السابق.

ويرى الشافعية أن القضاء فصل الخصومات بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى (١)، وعرفه العز بن عبد السلام (٢) بأنه إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه (٣).

فكل هذه التعريفات مرتكزة ومتفقة على العناصر الآتية:

١- القضاء حقيقته فصل الخصومات.

٢- ذلك الفصل يكون على وجه مخصوص.

٣- ويكون على سبيل الإلزام.

"فصل الخصومات على وجه مخصوص" يفيد أن القاضي لابد أن يعتمد في الأحكام على مصادرها الشرعية أي: الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد (عند من يقول باشتراط الاجتهاد في القاضي) ولا ينفذ حكم القاضي أن اعتمد فيه على غير احكام الله حتى ولو رضى بها الخصوم من غير إجبار، ويدل على هذا نصوص عديدة منها.

١- قوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ (٤).

(١) مغنى المحتاج ٤/٣٧٢، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري، مطبعة مصطفى الحلبي.

(٢) هو عبدالعزيز بن عبد السلام أبو القاسم بن الحسن الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، ولد في دمشق ٥٧٨هـ، أحد من فقهاء الشافعية الذين وصلوا إلى رتبة الاجتهاد، وله مؤلفات عديدة منها التفسير الكبير، وقواعد الشريعة، والفوائد، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام وغير ذلك، مات سنة ٦٦٠هـ، انظر الأعلام للزركلي ٤/١٤٤-١٤٥، طبقات الشافعية الكبرى ٨٠/٥ وما بعدها.

(٣) مغنى المحتاج ٤/٣٧٢.

(٤) النساء، الآية: ٦٥.

٢- قوله تعالى ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ (١).

٣- قوله تعالى ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ (٢).

٤- وحديث معاذ بن جبل (٣) حينما أقره عليه الصلاة والسلام على ما ذكره من مراجع القضاء.

وأما العنصر الثالث أي: كون القضاء على سبيل الإلزام فهو احتراز عن الإفتاء حيث لا إلزام فيه، وسأوضح هذا إن شاء الله عند ذكر الفرق بين القضاء والإفتاء. والشافعية وإن لم يذكروا قيد الإلزام في تعريفهم هنا - ولكنهم صرحوا به في مواضع أخرى، وعدوه فرقا أساسيا بين القضاء والإفتاء (٤)

ثمرة الخلاف

لو اعتبرنا القضاء صفة حكمية في القاضي كما قاله الفريق الأول، فهو حينئذ يظل معنى متصلا بموصوفه سواء أقام هذا الموصوف بفصل الخصومات وقطع المنازعات أم لا، فيكون قاضيا حتى وإن لم يعرض عليه أى نزاع طول حياته. ولو اعتبرناه فعلا يقوم به القاضي كما يقول الفريق الثانى، فالرجل لا يكون قاضيا حتى يقوم بذلك الفعل.

(١) النساء، الآية: ١٠٥.

(٢) المائدة، الآية: ٤٤.

(٣) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصارى الخزرجى، أبو عبد الرحمن المدنى، أسلم وعمره ثمانى عشرة سنة، وهو من البدرين ومن جمع القرآن، توفى فى طاعون عمواس سنة ١٨هـ. (خلاصة التهذيب ص ٣٢٤).

(٤) مغنى المحتاج ٤/٣٧٢.

ويظهر لى أن اعتبار القضاء صفة فى القاضى رأى مرجوح، بل هو غير صحيح لأن الصفة الموجودة فى القاضى هى الصفة القضائية لا القضاء نفسه. والصفة القضائية معناها صلاحية القاضى لما يقوم به، ويمكن تسميتها بأنها ملكة قضائية، ومايقوم به القاضى فهو القضاء.

ولا أتفق مع الفريق الثانى فى قولهم بأن القضاء فصل الخصومات، لأنه غرض القضاء وغايته، فتعريفهم شامل للنتائج قاصر عن المقدمات، لأن القضاء عملية تبدأ من أول ما ينظر القاضى فى القضية بقصد القطع وتنتهى بإعلان الحكم. ثم تعريفهم يشير أن حكم القاضى والقضاء شئ واحد أو على الأقل شيان متداخلان ولذا لا يستطيع الباحث الفقهى التمييز بينهما، ونرى أيضا أن مؤلفى كتب القضاء لم يفرقوا بين تعريف حكم القاضى والقضاء.

فالقضاء عملية تبدأ من تحرير الدعوى وتسجيل الشكوى فى محكمة القضاء وتمر بمرحلة تقديم الشهادات، والحلف، وتقديم الإغذار وغير ذلك، وتنتهى أخيرا بإعلان الحكم، بينما الحكم نتيجة القضاء.

ثم لا يشترط فى الحكم ما يشترط فى القضاء من تقدم الدعوى والشهود والحلف على صدقها (عند البعض)، فأحيانا يحكم القاضى بتأجيل تاريخ سماع الدعوى من عند نفسه أو بطلب من أحد الخصمين أو كليهما. وكذلك يأمر المتهم بتقديم الكفالة والضمان، وأحيانا يعين حارسا قضائى فكل هذه أحكام وليست قضاء.

ثم يأتى القضاء بمعنى فصل الخصومات ويأتى كاسم علم للسلطة القضائية، ولكن الحكم لا يطلق على تلك السلطة، فالنتيجة أن القضاء كلى، والحكم جزئى، وأن الحكم أعم من القضاء.

وعلى ذلك - فالتعريف الصحيح - والله أعلم - هو "إعمال القاضى نظره فى الخصومات بقصد الفصل وإظهار الحكم الشرعى فيها على سبيل الإلزام".

المبحث الثاني

مصادر القضاء

للقضاء في الإسلام مصادر خاصة. وما هي إلا مصادر الفقه لأن القضاء فقه خاص^(١)، وسيأتى تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب إن شاء الله - فمصادر الفقه المتفق عليها هي مصادر القضاء وهي :

- ١ - الكتاب وهو القرآن الكريم.
 - ٢ - السنة الشريفة وهي أقوال الرسول - صلى الله عليه وسلم - وأفعاله وتقريراته.
 - ٣ - الاجماع: وهو اتفاق كل مجتهدى أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - بعد وفاته على أمر شرعى فى عصر من العصور.
 - ٤ - القياس: وهو حمل معلوم على معلوم أي الحاقه به فى حكمه لعله مشتركة بينهما، وهو إنما يستنبط من الثلاثة الأول^(٢).
- ونرى أن الرسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يرجع فى قضائه فى الأمور الدينية والدينية إلى الكتاب الكريم وإلى ما تنتجه له فطنته، ويوحى إليه الحق، فلما توفى، كانت أقواله وأفعاله وأعماله هدى لمن قضى بعده. وهكذا أضيف إلى الكتاب الذى هو مصدر الأول، المصدر الثانى وهو السنة، ثم كانوا إذا أشكل عليهم أمر، ولم يجدوا له نصا فى المصدرين، قاسوه بما شابهه - فكان القياس، وهكذا يكون القياس قد بدئ به قبل الإجماع، وإن أخره علماء الأصول فى الترتيب، والشاهد على ذلك ما قاله عمر - رضى الله عنه - فى كتابه المشهور إلى أبى موسى الأشعرى - رضى الله عنه - يوم ولاه الكوفة، فقال: " الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا

(١) القضاء في الإسلام لعارف النكدى ص ٩.

(٢) انظر لكل هذه التعريفات، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، د. حسين حامد حسان

ص ١٣٦، ١٤٩، ١٦٠، ١٦٦، أيضا أصول الفقه لبدان أبى العينين ص ٥٦، ٧٥، ١١١، ١٣٩.

أيضا أهل العلم ص ٦٥

سنة، ثم اعرف الأمثال والأشباه، وقس الأمور بنظائرها" (١).
وهكذا كان الخلفاء الراشدون يحكمون في قضية غير المنصوص عليها حسب
اجتهاداتهم وأرائهم وأقيستهم، وكثيرا ما كانت تختلف أحكامهم وأقوالهم تبعا لاختلاف
آرائهم وطرق الاجتهاد ومناهج القياس لهم (٢).

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ١٧٢، القضاء في الإسلام لعارف النكدي ص ٩-١١،
مطبعة الترقى بدمشق، مقدمة الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي.
(٢) القضاء في الإسلام لعارف النكدي ص ٩.

المبحث الثالث

العشر

فى حكم القضاء ومشروعيته والغرض منه

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على فرضية القضاء على الأمة وأوردوا عدة نصوص من الكتاب والسنة على فرضيته كما استدلوا بالإجماع والمعقول (١). ومن النصوص المستدلة بها ما يلى :

١- قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فىضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾ (٢).

٢- قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل...﴾ (٣).

٣- قوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾ (٤).

٤- قوله تعالى مخاطباً لنبيه عليه السلام: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ (٥).

٥- كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - قاضياً بنفسه امتثالاً لأمر ربه عز وجل " وإن احكم بينهم بما أنزل الله" الآية (٦).

هذا ولا يخلو كتاب من كتب السنة عن ذكر أقضيته عليه السلام فى جميع نواحي

(١) بدائع الصنائع ٢/٧، المغنى لابن قدامة ٣٤/٩.

(٢) ص، الآية: ٢٦.

(٣) النساء، الآية: ٥٨.

(٤) المائدة، الآية: ٤٢.

(٥) النساء، الآية: ٦٥.

(٦) المائدة، الآية: ٤٩.

الحياة مما يتعلق بالمجتمع والأسرة والشئون المدنية والجنايات والعقوبات وغيرها، فأول خلع (١) وقع في الإسلام كان بين حبيبة بنت سهل (٢) وثابت بن قيس بن شماس (٣)، وذلك نتيجة لقضاء الرسول - صلى الله عليه وسلم - بينهما.

ومن أقضيته عليه الصلاة والسلام قضاؤه في امرأة أسلمت، وتركت زوجها الكافر، فردّها إليه بعد إعلان إسلامه، وقضاؤه عليه السلام فيمن تزوج بكراً، فوجدها حبلى بالتفريق بينهما مع تعيين المهر للزوجة، هكذا ورد في رواية ابن عباس عنه - صلى الله عليه وسلم - (٤).

(١) الخلع معناه في اللغة النزاع والإزالة وفي الشريعة حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة (الأحوال الشخصية، لمحمد محي الدين عبد الحميد، ص ٣٢٨).
(٢) هي حبيبة بنت سهل بن ثعلبة النجارية، صاحبة وروت عنها عمرة بنت عبد الرحمن (خلاصة تهذيب الكمال ص ٤٢١).

(٣) هو ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري، الخزرجي، الخطيب، أحد من كبار الصحابة، وصح في مسلم أنه من أصحاب الجنة، لم يشهد بدراً، وشهد أحداً، استشهد يوم اليمامة سنة ١٢هـ (خلاصة تهذيب الكمال ص ٤٨).

(٤) روى أن حبيبة بنت سهل جاءت إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - وكانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأعلنت أنها لا تريد الإبقاء مع زوجها، وأنها في مقابل ذلك ترد له ما أعطى لها، فاستحضره الرسول - صلى الله عليه وسلم - وقال له خذ منها، فأخذ منها، وجلست في أهلها، رواه مالك في الموطأ بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبة بنت سهل ص ٣٤٨-٣٤٩، والحديث أيضاً مروى في سنن أبي داود مع معالم السنن ٢٥٤/٣، وفي سنن ابن ماجه ص ١٤٩، وفي سبل السلام ص ٢١٣، ٢٢٣.

وأما ابن عباس فهو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي، ابن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حبر الأمة وفقيهها، كان عمر يستشير به ويدعوه للمعضلات، مات سنة ٦٣هـ (خلاصة التهذيب ص ١٧٢).

ومن أقضيته - صلى الله عليه وسلم - أيضا - قضاؤه بالقصاص من ابنة النضر أخت الربيع حينما لطمت جارية، فكسرت ثنيتها، وروى أن أم الربيع قالت: يا رسول الله! أيقص من فلانة؟ فقال عليه السلام: "سبحان الله يا أم الربيع، القصاص في كتاب الله"، قالت والله لا يقتص منها أبدا، فمازالت حتى قبلوا الدية (١).

ومن أقضيته عليه السلام قضاؤه في حقوق الارتفاق، وقد ورد في الحديث أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير - رضى الله عنه - (٢) إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فى سقى نخل له، وكانت أرض الزبير أقرب إلى الماء من أرض خصمه، فقال عليه السلام بصفته قاضيا للزبير: "اسق أرضك ثم ارسل الماء إلى أرض جارك" فقال الرجل، لأجل أنه ابن عمك، فتلون وجه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال للزبير "اسق، ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر" (٣). وكما تولى الرسول - صلى الله عليه وسلم - القضاء بنفسه، ولاه لغيره من الصحابة.

(١) رواه أنس - رضى الله عنه - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١١/١٦٢-١٦٣، وسنن أبي داود ٤/٢٧٤.

(٢) هو الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، ابن عم الرسول - صلى الله عليه وسلم - صفية بنت عبدالمطلب، أحد العشرة السابقين، وشهد بدراء ووذو هجرتين، وأول من سل سيفا فى سبيل الله، شهد المشاهد كلها، توفى سنة ٣٦ هـ بعد منصرفه من وقعة الجمل (خلاصة تهذيب الكمال ص ١٠٣).

(٣) والحديث رواه عبد الله بن الزبير، انظر صحيح البخارى بحاشية السندى ٢/٣٥، وسنن أبي داود مع معالم السنن ٤/١٨١، وفى الحديث قوله عليه السلام الاول للزبير مبنى على الديانة والتطوع وقوله عليه السلام الثانى عين القضاء.

وقد ورد عن مسروق^(١) -رحمة الله عليه - كان أصحاب القضاء من أصحاب الرسول - صلى الله عليه وسلم - ستة، عمر وعلي وعبدالله بن مسعود وأبى بن كعب^(٢) وزيد بن ثابت^(٣) وأبو موسى الأشعري^(٤) - رضوان الله عليهم أجمعين - وبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - معاذا وعلياً ومعل بن يسار^(٥) قضاة -

هذا، وإن كتب السنة مملوءة بمثل هذه الأقضية، وأما ما ذكرته منها فهو سطر من قِطْرٍ.

والقيام بولاية القضاء أمر إنعقد الإجماع على فعله سلفاً وخلفاً^(٦) ولا أدل على

(١) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي الإمام القدوة، روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ، وروى عنه زوجته قير، وروى عنه أبو وائل والشعبي، وقال ابن المديني: صلى خلف أبي بكر وقال ابن معين: ثقة لا يسئل عن مثله، قال أبو سعيد السمعي: سمى مسروقاً لأنه سرقه انسان في صغره ثم وجد، وغير عمر اسم أبيه إلى عبدالرحمن (خلاصة التهذيب للكمال ص ٣٧٤).

(٢) هو أبي بن كعب بن قيس الأنصاري الخزرجي المدني، من كتاب الوحي، أستاذ القراء وهو من البدرين، شهد المشاهد كلها، وكان ممن جمع القرآن، وقد اختلف المؤرخون في سنة وفاته فقالوا: ٢٠هـ، ٢٢هـ، ٣٠هـ، ٣٢هـ (خلاصة التهذيب ص ٢١).

(٣) هو زيد بن ثابت بن الضحاك المدني، من كتاب الوحي، شهد بيعة الرضوان وقرأ على النبي - صلى الله عليه وسلم - وجمع القرآن في عهد أبي بكر - رضي الله عنه - توفي سنة ٤٥هـ، ٤٨هـ، ٥١هـ على اختلاف المؤرخين (خلاصة التهذيب ص ١٠٨).

(٤) هو عبدالله بن قيس بن سليمان الأشعري، ولاء عمر علي - بالبصرة - وهاجر إلى الحبشة، فتح على يده عدة أمصار، توفي سنة ٤٢هـ (خلاصة التهذيب ص ١٧٨).

(٥) هو معل بن يسار المزني أبو علي، شهد بيعة الرضوان، ومات في عهد معاوية - رضي الله عنه - (خلاصة التهذيب ص ٣٢٨).

(٦) مغنى المحتاج ٤/٣٧٢، نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد ٧/٧٩، المطبعة البهية المصرية.

ذلك عن أقضية الخلفاء الراشدين والتابعين، كشريح بن الحارث الكندي^(١) والقاضي الشعبي^(٢) والقاضي أياس بن معاوية^(٣) الذي كان في عهد عمر بن عبدالعزيز.

والعقل السليم كذلك يقتضى وجوب قيام ولاية القضاء، لأن الإنسان يريد أن يعيش حراً مطلقاً، وهذا يؤديه إلى منع الحقوق والتظالم، وهو دائماً يظن أن حماره وفرس غيره سواء، فهذا ظلم، والظلم يؤدي إلى هلاك الأمم وخرابها، فمنعه قبل وقوعه ورفعها إذا وقع من أول الواجبات على المسلمين^(٤).

والغرض من القضاء إقامة العدل ورفع الظلم، لأن العدل أساس العمران واستقرار النظام والأمن، والظلم سبب انحلال الأمم بما يورثه من الضغائن والأحقاد، وانحطاطها وتأخرها، والقول المنسوب إلى علي كرم الله وجهه، "الملك يبقى مع الكفر ولا يبقى مع الظلم" خير شاهد على الغرض من القضاء.

(١) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندي أبو أمية الكوفي، استقضاه عمر على الكوفة، وعثمان وعلي من بعده، ومدة قضاائه في الكوفة ستين سنة، ومات في سنة ٨٠ هـ. خلاصة التهذيب ص ١٤٠.

(٢) هو عامر بن شراحيل الحميري أبو عمرو الكوفي الشعبي ولد لست سنوات خلت من خلافة عمر، قال ابن عينية كان الناس يقولون، ابن عباس في زمانه والشعبي في زمانه، توفي سنة ١٠٣ هـ (خلاصة التهذيب ص ١٥٦).

(٣) هو أياس بن معاوية بن قرّة المزني، أبو واصل البصري القاضي كان يقول: من عدم فضيلة الصدق فقد فجع بأكرم أخلاقه، مات سنة ١٢٢ هـ (خلاصة التهذيب ص ٣٦).

(٤) بدائع الصنائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ٢/٧، المطبعة الجمالية بالقاهرة، نهاية المحتاج ٧٩/٨.

الفصل الثانى

المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء والفقه

وفيه مبحثان

المبحث الأول

المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء

إن المقصود بالحكم في البحث هو حكم القاضى بين الخصمين وليس المراد به الحكم الشرعى - خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين - وسأعالج الحكم تفصيلا فى الفصل الأول من الباب الثانى إن شاء الله ، وإنى قد ذكرت شيئا من الحكم في شرح التعريف أيضا.

وأما الفرق بين الإفتاء والقضاء فيظهر من تعريفهما، فالإفتاء إخبار عن حكم الشارع في أمر من الأمور، والمفتى إذا سئل عن حكم حادثة، يستقرئ الأدلة، ويفكر في مفاهيمها ومقتضياتها، ثم يخبر المستفتى بما ظهر له من غير زيادة ولا نقص. هذا إذا كان المفتى قد بلغ إلى رتبة الاجتهاد وإلا نظر فى مذهب إمامه، ويخبر السائل بما وجده في المذهب عن حكم الحادثة المسئولة عنها، وعلى هذا القضاء والإفتاء يتفقان من وجه ويختلفان في بعض الوجوه الأخرى^(١) وإليك التفاصيل فيما يلى:

أولا: أوجه الاتفاق بين القضاء والإفتاء

- ١- إعمال النظر فى الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف.
- ٢- تميز ما يجب اعتباره من هذه الأوصاف وما لا يجب .
- ٣- ربط الحكم الشرعى بالمعتبر من تلك الأوصاف.

(١) انظر تفاصيل هذا فى نظرية الدعوى ١/٤٨-٤٩.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين القضاء والإفتاء:

١ - القضاء ملزم بينما الإفتاء غير ملزم، فالمفتي لا يلزم بفتواه أحداً، والمستفتي أن شاء قبل قوله وإن شاء لم يقبله، ولكنه آثم بالترك، ولا شيء عليه قضاء. والقاضي إذا جلس للقضاء، وأصدر حكمه، فلا مناص من تنفيذ حكمه على من صدر عليه، لأنه مقلد من السلطان ونائب عنه، هذا إذا لم يكن هناك قاض فوقه أى قاضى القضاة، وإلا تكون إليه المراجعة بشكل الإستئناف في وقت معين. وعلى هذا يكون القضاء منشأً لأمر لم يكن موجوداً قبل صدوره، والمفتي يخبر عن حكم الشارع فقط (١).

٢ - الاختلاف فى أعمال النظر فى الجزئيات، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف، فالمفتي ينظر فى الواقعة المعروضة عليه، فيحللها ليستخرج منها الأوصاف المعتبرة، ويطبق عليها الأحكام الشرعية بعد استقراء الأدلة، بينما القاضي يعتمد على حجج الخصوم من بينة أو إقرار ليكتشف منها ما ينبغى إعتباره من الأوصاف وتطبيق الحكم الشرعى عليه، وهكذا احتاج القاضي إلى كثير من الصفات التى قد لا يحتاجها المفتي من فراسة عظيمة، ويقظة وافرة وخبرة واسعة (٢).

٣ - إن القاضي حكمه جزئى خاص ولا يتعدى إلى غير المحكوم عليه، بينما فتوى المفتي شريعة عامة تتعلق بالمستفتي وغيره (٣) وهذا الفرق ذكره ابن قيم الجوزية

(١) إعلام الموقعين، لشمس الدين أبى عبدالله محمد بن أبى بكر، المعروف بابن قيم الجوزية ٣٦/١، شركة الطباعة الفنية، مغنى المحتاج ٣٧٢/٤.

(٢) نظرية الدعوى ٤٩/١.

(٣) إعلام الموقعين ٣٨/١.

رحمه الله (١).

ويظهر لى أن القضاء أيضا يتعدى إلى الغير، ولكن تعديته أقل من تعدية الفتوى، نرى أن القاضى إذا قضى بين الخصمين فى واقعة، ثم جاء إليه فى المستقبل قريبا أو بعيدا خصمان آخران بمثل تلك الواقعة، فقضاؤه السابق يتعدى إلى هذه الواقعة، وهو القضاء بالأشباه والنظائر.

هذا، ولا مانع أن يستلهم القاضى بقضاء القاضى السابق إن وجد التشابه التام بين القضية المعروضة عليه وبين القضية المعروضة على القاضى السابق.

ويؤيدنى فيما ذكرت من تعدية القضاء إلى غير المقضى عليه قول صاحب جامع الفصولين محمد بن إسرائيل الرومى الشهير باب سماوة حيث يقول (الفصل الخامس فى القضاء على الغائب والقضاء الذى يتعدى إلى غير المقضى عليه) (٢).

(١) هو محمد بن أبى بكر أيوب بن سعد بن حريز الزرعى الدمشقى أبو عبدالله شمس الدين. والجوزية لنسبة إلى مدرسة بدمشق وكان أبوه قيما عليها، من أشهر أساتذته شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - ومن أشهر تلاميذه ابن كثير، كان له باع طويل فى التفسير والحديث والفقه وأصوله، له مؤلفات عديدة، منها زاد المعاد فى هدى خير العباد، وإعلام الموقعين من رب العالمين، والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، (كتاب الذيل على طبقات الحنابلة). (٢) جامع الفصولين ١/ ٥٣. وأما ابن سماوة فهو بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبدالعزيز، ولد فى قلعة سماوة من بلاد الروم، له مؤلفات كثيرة، أهمها: لطائف الإشارات، وجامع الفصولين، توفى ٨٠٨هـ.

المبحث الثانى

الفرق بين القضاء والفقہ

ذكرت في المبحث الثاني من الفصل الأول إن القضاء أخص من الفقه، نستطيع أن نقول فقه القضاء كما نقول فقه الأسرة، ثم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجرى مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه العام ذكر، وعليها مدار الأحكام، والجاهل بها يخطئ خطئاً عسواء في الظلام^(١).

وقد أشار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى تمييز علم القضاء عن الفقه العام بقوله: "أقضاكم على وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل" (٢).

(١) نظرية الدعوى ٥٦/١-٥٧.

(٢) انظر كنز العمال لعلاء الدين على بن حسام الدين الهندي، حديث رقم ٣٦٧٥٣ / ١٣ / ٢٥٤، ورواه أيضا البيهقي في المرفوع عن أنس، ورواه الملا في سيرته عن ابن عباس، ورواه البخاري عن عمر موقوفا، (كشف الخفاء ومزيل الإلباس لأحمد القلاش ١ / ١٨٤).

ف الخفاء ومزيل الإلباس لأحمد القلاش ١/١٨٤٠.

الفصل الثالث

فى شروط القاضى وصلاحياته وآدابه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

فى شروط القاضى

واتفق الفقهاء على بعض شروط القاضى واختلفوا فى بعضها: فيشترط فيه اتفاقاً أن يكون عاقلاً بالغاً حراً مسلماً سميعاً بصيراً ناطقاً، ويجرى الخلاف فى كونه عادلاً، ذكراً، مجتهداً (١).

فالعادلة شرط فيه عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبالتالى لا يجوز عندهم تولية الفاسق، لأنه مرفوض الشهادة وقال عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (٢).

فإذا كان حاله فى الشهادة هكذا، فهو أولى بالمنع من القضاء.

وقال الحنفية: الفاسق أهل للقضاء، حتى لو عين قاضياً، صح قضاؤه للحاجة، وينبغى أن لا يعين كما لا ينبغى قبول شهادته، ولذا يأثم من يعينه للقضاء، ومن يقبل شهادته، والمحدود فى القذف لا يعين عند الأئمة كلهم (٣).

وأما الذكورة فهي شرط - أيضاً - عند الأئمة الثلاثة: والحنفية يشترطونه فى الحدود والقصاص فقط، فلا تعين قاضياً، لأنه لا شهادة لها فيها، ويجوز توليتها فى الأموال والمعاملات المدنية الأخرى من أجل قبول شهادتها فيها، ويأثم المولى لها للحديث "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (٤).

(١) البدائع ٣/٧؛ بداية المجتهد ٤٤٩/٢، مغنى المحتاج ٣٧٥/٤، المغنى ٣٩/٩.

(٢) الحجرات، الآية: ٦.

(٣) البدائع ٣/٧، بداية المجتهد ٤٤٩/٢، مغنى المحتاج ٣٧٥/٤، المغنى ٣٩/٩.

(٤) رواه البخارى وأحمد والنسائى والترمذى وصححه عن أبى بكر.

هذا هو الصحيح
في شروط القاضى

ويستدل الأئمة الثلاثة بالحديث المذكور، ويقولون إن القضاء يحتاج إلى اليقظة والخبرة الواسعة، وكمال الرأي، وتمام العقل، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الخبرة، رأيها ضعيف وخبرتها بشؤون الحياة ضيقة، ثم لا بد للقاضي من مجالسة الرجال من الفقهاء، والشهود، والخصوم، والمرأة ممنوعة من ذلك، فلا تصح توليتها، والشاهد على هذا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يولها قاضيا، ولا واليا، ولم يولها الخلفاء من بعده (١).

هذا، وقال ابن جرير الطبري (٢): يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء، لأنه يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضيا (٣) ولكنه رأى مرجوح، وقياس القضاء بالإفتاء قياس مع الفارق، لإختلافهما في حقيقتهما، ولأن الصحابة كانوا يستفتون عائشة - رضى الله عنها - (٤) ومع ذلك لم يولها أحد للقضاء.

وأما الاجتهاد، فهو أيضا شرط عند المالكية والشافعية والحنابلة (٥)، ووافقهم في ذلك بعض الحنفية كالقدوري (٦) فتولية المقلد والجاهل لا يصح، لأنه لا يصلح

(١) الفقه الإسلامى وأدلته ٤٨٢/٦ وما بعدها. - د - وهبة الزميلي. دار الفكر - ١٩٨٩ م.

(٢) هو محمد بن جرير بن يزيد أبو جعفر الطبري منسوب إلى طبرستان، ولد في عام ٢٢٤هـ ومات في ٣١٠هـ مؤلفات في التفسير والتاريخ.

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته ٤٨٣/٦.

(٤) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق - رضى الله عنهما - أم المؤمنين حبيبة الرسول - صلى الله عليه وسلم - وروت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما يزيد عن ألفي حديث (خلاصة تهذيب الكمال ص ٤٢٥).

(٥) مغنى المحتاج ٣٧٥/٤، بداية المجتهد ٤٤٩/٢، المغنى ٣٩/٩.

(٦) هو أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري، ولد سنة ٣٦٢هـ، كان عالما فقيها، تفقه على محمد بن يحيى الجرجاني، ومات في بغداد سنة ٤٢٨هـ، له مصنفات عديدة منها مختصر القدوري، والتجريد، والتقريب. (تذكرة مصنفى الدرر النظامى للأستاذ اختر راهى ص ٥٩-٦٠).

للفتوى، والله عزوجل، يقول: ﴿وإن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ (۱)، ولم يقل بالتقليد للآخرين، وقال سبحانه ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ (۲) كما قال: ﴿فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول﴾ (۳) وروى بريدة عن النبى - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "القضاة ثلاثة، واحد فى الجنة وإثنان فى النار، فأما الذى فى الجنة، فرجل عرف الحق، ففضى به، ورجل عرف الحق وجار فى الحكم، فهو فى النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار" (۴).

ويظهر ما تقدم أن اشتراط وصف الاجتهاد مذهب المالكية عامة، ولكن الأمر ليس كذلك، بل المعتمد والأصح عندهم أنه يصح تولية المقلد مع وجود المجتهد (۵).

وقال جمهور الحنفية: لا يشترط كون القاضى مجتهدا، وإشتراطه شرط الأوليه والندب والاستحباب، فتولية غير المجتهد للقضاء صحيح (۶)، ويحكم بفتوى المجتهد، لأن الغرض من القضاء فصل الخصومات وإيصال الحقوق إلى مستحقيها، وهو يتحقق بالتقليد.

ويظهر لى أن هذا رأى أرجح، لأن القاضى منفذ الأحكام فقط، وأما الإجتهد فهو أمر مفوض إلى المفتين وإلى من يجلسون فى بارلمان فى عصرنا هذا، فأعضاء البارلمان لابد لهم من الملكة الإجتهدية، ولكنى أقول: إن الشئ الذى لابد منه فى القاضى هو الرشد القضائى (Judicial Visdom) لا الاجتهاد بمعناه الأصولى، وأما

(۱) سبق تخريجه.

(۲) النساء، الآية: ۱۰۵.

(۳) النساء، الآية: ۵۹.

(۴) رواه ابن ماجه وأبو داود والترمذى، وصححه الحاكم (نصب الرأية ۶۵/۴).

(۵) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ۱۲۹/۴.

(۶) كنز الدقائق لعبد الله بن أحمد محمود النسفى ص ۲۷۶، طبع المكتبة العربية كراتشى

تعقيب الجاهل بالمقلد فهو غير صحيح، لأن التقليد لا يعنى الجهل مطلقاً، فتولية الجاهل أيضاً لا يصح عند الحنفية لأنه يفسد أكثر مما يصلح.*

هذا، وقال الإمام الغزالي - رحمه الله - (١): اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر من المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلاً، فاسقاً، وفي هذا يقول الشافعية، إذا تعذرت هذه الشروط فولى سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً، نفذ قضاؤه للضرورة.*

(١) هو الإمام محمد بن محمد بن أحمد، ولد سنة ٤٥٠ هـ كان أفقه أقرانه، صنف في كل فن، وله عشرات التصانيف منها الوسيط، والبسيط، والوجيز، (طبقات الشافعية الكبرى ١٩١/٦).

(*) - السدائع ٣/٧ ، فتح القدير ٥/٤٥٣ ، الدر المختار و رد المحتار ٤/٣١٢

(*) مغنى المحتاج ٤/٣٧٥ ، المهذب ٢/٣٩٠

المبحث الثانى

فى صلاحيات القاضى

وتشتمل ولاية القاضى على عشرة أمور، وهى كما يلى (١):

- ١- الفصل بين المتخاصمين إما بصلح عن تراضى، وإما بإجبار على حكم نافذ.
 - ٢- قمع الظالمين على الغصب والتعدى وغير ذلك، ونصرة المظلومين، وإيصال الحقوق إلى مستحقيها.
 - ٣- إقامة الحدود.
 - ٤- النظر فى الدماء والجراح.
 - ٥- النظر فى أموال اليتامى والمجانين، وتقديم الأوصياء عليهم حفظاً لأموالهم.
 - ٦- النظر فى الأحباس.
 - ٧- تنفيذ الوصايا.
 - ٨- عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولى.
 - ٩- النظر فى المصالح العامة.
 - ١٠- الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر بالقول والفعل.
- ويبدو مما ذكر أنه لا مانع فى الفقه الإسلامى من الجمع بين السلطتين (القضائية والتنفيذية) وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء القانون الوضعى من وجوب الفصل بين هاتين السلطتين، والفصل بينهما مسموح فى الفقه الإسلامى إن كانت هناك مصلحة تقتضى ذلك، ولكن يجب حينئذ أن يكون الحاكم (Deputy Commisisoner) ورئيس الشرطة (Suprentendent Police) تابعاً للقاضى الجنائى الكبير (District and Sessions Judge) هذا فى المقاطعة.

(١) الفقه الإسلامى وأدلته ٦/٤٨٧، ٤٨٨، نقلاً عن القوانين الفقهية.

مؤلف القوانين الفقهية
 د. محمد عبد السلام
 د. محمد عبد السلام

المبحث الثالث

فى آداب القاضى

وهناك آداب معينة لابد أن يلتزم بها القاضى، وأغلب هذه الآداب مستمدة من كتاب سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى - رضى الله عنهما - وهى تنقسم إلى قسمين: آداب عامة، وآداب خاصة:

أولاً: الآداب العامة

١- المشاورة:

ويندب للقاضى أن يشاور الفقهاء، ويستعين بأرائهم فيما يشكل عليه من الأمور لقوله تعالى: " وشاورهم فى الأمر" (١)، وروى عن أبى هريرة - رضى الله عنهم أنه قال: " ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لأصحابه منه" (٢).

وهكذا يجوز للقاضى أن يأخذ بأحد الآراء قبل صدور الحكم، وليس له إبطال الحكم الذى صدر منه، لأنه صار بالقضاء كالرأى المتفق عليه، ولكن له أن يعمل فى المستقبل بخلاف الرأى السابق (٣).

٢- التسوية بين الخصمين

يندب للقاضى أن يعدل بين الخصوم فى الجلوس والإقبال، وأن يسوى بينهما فى النظر، والنطق والإشارة، فلا يضحك فى وجه أحدهما، ولا يضيف أحدهما، ولا يرفع صوته على أحدهما، وإذا تكلم أحدهما، أسكت الآخر حتى يسمع كلامه ويفهم، ثم

(١) آل عمران، الآية: ١٥٩.

(٢) أخرجه الترمذى عن أبى هريرة.

(٣) البدائع ١١/٧ وما بعدها، الدر المختار ٤/٣١٦.

يستنطق الآخر حتى يفهم تماما رأيه (١)، وفي ذلك يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: "من ابتلى بالقضاء بين المسلمين، فليسو بينهم في المجلس، والإشارة، والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر" (٢). وروى عن علي أنه قال: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه" (٣)، وكتب عمر إلى أبي موسى الأشعري: "أس بين الناس في وجهك، وعدلك، ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يئس ضعيف من عدلك" (٤). وفي عصرنا الحاضر، إذا وكل أحد الخصوم محاميا، يجوز للقاضي أن يمنع الخصوم عن الكلام، لأن المحامي حينما يبدأ يتكلم، وجه القاضي إليه، فكلام الخصم يزعجه، فيلتبس عليه الأمر، فيمكن للقاضي أن يقول له أسكت أم اعزل المحامي.

٣- قبول الهدايا

ولا يقبل القاضي هدية أحد إلا من ذي رحم محرم، أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته، لأن هدية الخصم نوع من الرشوة، وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "هدايا العمال غلول" (٥).

من ملاحظات

(١) المبسوط ٦١/١٦، البدائع ١١/٧، فتح القدير ٤٦٩/٥.

(٢) رواه اسحاق بن راهويه في مسنده وأبو يعلى والدارقطني والطبراني عن أم سلمة، ولفظه مختلف (نصب الرأية ٧٣/٤).

(٣) رواه اسحاق بن راهويه والبيهقي عن الحسن بن علي، وله طريق آخر عند الطبراني في الأوسط (نصب الرأية ٧٣/٧).

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن أبي المليح الهذلي واعتمده ابن قيم الجوزية، وروى عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أيضا، (نصب الرأية ٦٣/٤، إعلام الموقعين ٨٥/١).

(٥) رواه أحمد والبيهقي وابن عدي والبخاري من حديث أبي حميد الساعدي وإسناده ضعيف، ورواه الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة، وإسناده أشد ضعفا، (نيل الأوطار ٢٩٧/٧-٢٩٨).

من ملاحظات

وأخرج أبو داود، عن بريدة حديثاً بلفظ " من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً، فما أخذه بعد ذلك، فهو غلول" (١).

وقال عليه الصلاة والسلام في قصة ابن اللثبية: "ما بال العامل نبعثه فيجيئ، فيقول: هذا لكم وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أمه، فينظر، أيهدى إليه أم لا؟" (٢).
فإن كان المهدي قريباً من القاضي ولا خصومة له، جاز قبول هديته لعدم التهمة.
وإن كان المهدي أجنبياً عن القاضي، لا تقبل هديته، لأنه قد يكون له مآرب فيما بعد، إلا إذا كان له عادة قبل تقلد القضاء، فيجوز قبولها بشرط أن لا تزيد الهدية على القدر المعتاد (٣).

٤. إجابة الدعوة

والدعوة على نوعين - خاصة وعامة - فالدعوة عامة إذا اتخذها صاحبها سواء حضر القاضي أم لا، كدعوة العروس والختان، فللقاضي إجابة الدعوة شريطة أن لا تكون لصاحبها خصومة.

والدعوة خاصة إذا اتخذها صاحبها للقاضي أي لم يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي، لا يجيبها القاضي من أجل التهمة، إلا إذا كان صاحب الدعوة ممن اعتاد أن يتخذ للقاضي دعوة قبل القضاء، أو كان بينه وبين القاضي قرابة، ولم يكن لصاحب الدعوة خصومة (٤).

(١) الغلول معناه الخيانة ومنه قوله تعالى: " وما كان لنبي أن يغفل " البخاري (٢)

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أبي حميد الساعدي. (٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٤٩٩/٦، ٥٠٠، نقلاً عن البدائع وفتح القدير والدر المختار ومغنى

المحتاج، أنظر أيضاً كنز الدقائق للنسفي ص ٢٧٧.

(٤) البدائع ١٠/٧، فتح القدير ٤٦٨/٥، كنز الدقائق ص ٢٧٧.

وقال البعض: إن الدعوة العامة هي ما تكون فوق العشرة، وأما مادون ذلك فهي دعوة خاصة (١).

ويبدو لي أن إعتبار العدد غير صحيح من أجل كثرة التحايل والإسراف، وربما يزيد العدد فيها أكثر من عشرة وحتى أكثر من مائة ولكن مع ذلك تكون خاصة. هذا، ويظهر لي أن إجابة الدعوة العامة أيضا لا يصح في زمننا هذا، لأن القاضي لا يمكن له إجابة الدعوة كل يوم، فهو إن أجاب دعوة العروس يوما ولم يجبها في يوم آخر، أتتهم، وماذا يفعل القاضي أن تعددت الدعوات في يوم واحد؟

٥- شهود الجنازة وعيادة المريض

وورد في فتح القدير أنه لا بأس بأن يشهد القاضي الجنازة، ويعود المريض (٢)، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: "حق المسلم على المسلم خمس: رد السلام وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعيادة المريض، وإتباع الجنائز، وإذا استتصحك فانصح له" (٣) فهي السادسة .

ويبدو لي أنه لا بأس بأن يشهد القاضي الجنازة إن رآها، أو جئ بالجنازة قريبا من مجلس القضاء ولكن ليس له أن يذهب إلى مكان بعيد عنه في ولايته وخصوصا إذا لم ير الجنازة، وأما العيادة فهي لا تصح إلا إذا كان بين المريض وبين القاضي قرابة.

ثانيا: الآداب الخاصة

١- مكان القضاء:

وينبغي أن يكون مجلس القضاء فسيحا بارزا للناس متلائما مع الوقت والفصول، متناسبا مع الحر والبرد، وعلى هذا اختلف الفقهاء في اتخاذ المسجد مجلسا للحكم، قال

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٠٢/٦، كنز الدقائق ص ٢٧٧.

(٢) فتح القدير ٤٦٧/٥ - ٤٦٨، كنز الدقائق ص ٢٧٧.

(٣) رواه البخاري، ومسلم وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة، ورواه البخاري في الأدب المفرد من حديث عبدالرحمن بن زياد، انظر أيضا نصب الرأية ٧٢/٤، وسبل السلام ١٤٨/٤.

الحكم

الشافعية، لا يصح اتخاذ المسجد مجلسا للحكم لإحضار المجائين والصغار وذوات الأعدار بالحیض والنفاس والجنابة (١)، وقال الحنفية والمالكية والحنابلة أنه لا بأس من القضاء في المسجد اقتداء برسول الله - صلى الله عليه وسلم - وبصحابته (٢).

٢- معاونو القاضی:

وينبغي أن يكون للقاضي حارسا وأن يكون له أعوانا يستحضرون الخصوم وأن يكون له كاتب عفيفا (٣). كلمة لم يرد في خبر

٣- فهم المنازعة:

وينبغي للقاضي أن يقرأ الدعوى ويفهم الخصومة فهما دقيقا (٤).

٤- صفاء القاضي وحالته النفسية:

ويلزم أن لا يكون القاضي قلقا ضجرا مضطربا وقت القضاء (٥)، وأن لا يكون غضبانا لقوله عليه السلام "لا يقضى القاضي وهو غضبان" (٦).

٥- مصالحه الخصمين:

وينبغي للقاضي أن يرد الخصوم إلى الصلح إن كان يرجو ذلك (٧).

هذا، وسوف أعرف الحكم وأشرحه في فصول ثلاثة من الباب الثاني، أخصص الأول منها لتعريف الحكم وشروطه وحكمه، وأذكر في ثانيها أنواع الحكم القضاء في الشريعة والقانون، وأتكم في ثالثها من أثر الحكم القضائي في الشريعة والقانون.

(١) مغنى المحتاج ٤/٣٩٠.

(٢) كنز الدقائق ص ٢٧٧، فتح القدير ٥/٤٦٥، الدر المختار ٤/٣٢٣، الشرح الكبير للدردير ٤/١٣٧، المغنى ٩/٤٥.

(٣) البدائع ٧/١٢.

(٤) الفقه الإسلامى وأدلته ٦/٥٠٦.

(٥) المبسوط للسرخسى ١٦/٦٤.

(٦) رواد أحمد وأصحاب الكتب الستة عن أبي بكر.

(٧) البدائع ٧/١٣.

هذا هو الحكم
في المنازعة

الباب الثاني

فى الحكم القضائى فى الشريعة والقانون

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تعريف الحكم القضائى وشروطه ومعياره .

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تعريف الحكم فى الشريعة والقانون.

المبحث الثانى: فى شروط الشريعة والقانون.

المبحث الثالث: فى معيار الحكم فى الشريعة والقانون.

الفصل الثانى: فى أنواع الحكم القضائى فى الشريعة والقانون.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى تقسيمات الحكم القضائى فى الشريعة.

المبحث الثانى: فى أنواع الحكم القضائى فى القانون.

المبحث الثالث: فى المقارنة بين تقسيمات الشريعة والقانون للحكم

القضائى.

الفصل الثالث: فى أثر الحكم القضائى فى الشريعة والقانون.

فيه مبحثان:

المبحث الأول: فى أثر الحكم القضائى فى الشريعة.

المبحث الثانى: فى أثر الحكم القضائى فى القانون.

الفصل الأول

تعريف الحكم القضائي وشروطه ومعياريه

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث

المبحث الأول

في تعريف الحكم * في الشريعة والقانون

الحكم لغة - بضم الحاء، القضاء، والفتح المنع^(١)، وعلى ذلك سمي القاضي حاكماً لأنه يمنع الظالم من ظلمه كما قيل للحاكم القاضي لأنه يقضي أحياناً^(٢). وللحكم في اصطلاح الفقهاء تعريفات عديدة، ونحن بعميق النظر فيها نتوصل إلى نتيجة أن الحكم هو فصل الخصومات، وقد ذكر الدكتور محمد نعيم - بعد بيان شروط الحكم وأنواعه - تعريفاً مانعاً جامعاً للحكم فقال: الحكم القضائي عند علماء المسلمين هو فصل الخصومات بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه على سبيل الإلزام^(٣)، ثم شرح تعريفه فقال: فالقول بأنه " فصل الخصومات " بيان لحقيقة الحكم، فهو عبارة عن الحل الذي يقع في نفس القاضي للنزاع القائم أمامه، بناء على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع المعروضة عليه، فهو كما يقول القرافي^(٤) أمر

* - إن المقصود بالحكم في البحث هو حكم القاضي بين الخصمين وليس المراد به الحكم الشرعي - خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين.

(١) القاموس المحيط مادة "حكم".

(٢) كشاف القناع ٢٦٦/٤.

(٣) نظرية الدعوى ٢٠٣/٢، أيضاً حجية الحكم القضائي، د. محمد نعيم عبدالسلام ياسين، ص ٨، ٩، طبع الكويت.

(٤) هو أحمد بن إدريس شهاب الدين القرافي المالكي، ولد في مصر، وتوفي فيها، وله مصنفات كثيرة، منها: أنوار البروق، والزخيرة، مات سنة ٦٨٤هـ، (الأعلام ٩٠/١).

٢٠٠٠

نفساني، وليس أمر لسانيا، وإنما اللسان وسيلة التعبير عنه، فتارة يخبر عنه بالقول وتارة بالفعل وتارة بالإشارة - وهذا مدلول قولنا "يقول أو فعل".

والقول بأنه "يصدر عن القاضي" يفيد إخراج كل ما يصدر عن غيره ممن ليس لهم ولاية القضاء، ويلحق بهم نوابهم وهذا معنى ما جاء في التعريف "ومن في حكمه".

والقول بأنه "على سبيل الإلزام" يفيد إخراج ما يفعله القاضي ما يؤدي إلى فصل الخصومات ولكن لا على سبيل الإلزام كالصلح.

هذا، وقد أشرت في الفصل الأول من الباب الأول، أن الفقهاء معظمهم لا يرون الفرق بين قضاء القاضي وحكمه، فعرفوهما بتعريف واحد وإن تختلف تلك التعريفات في الألفاظ والمباني. فالدكتور محمد نعيم سلك نفس المسلك وعرف الحكم بنفس المفهوم الذي عرف به القضاء، وأنا بدقة النظر في (تعريف) للقضاء والحكم، وصلت إلى عدم الفرق بينهما إلا الفرق في الألفاظ، وإليك كلا التعريفين: (فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام) (١).

تعريفه للحكم : (فصل الخصومات بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام) (٢).

وإني قد وضحت في الباب السابق أن القضاء عملية ممتدة، والحكم نتيجة فقط، وأزيد هنا أن القضاء أخص من الحكم فأمر القاضي للمدعى بإحضار (بنيت) حكم وليس قضاء، وتعين حكم يوم سماع الدعوى حكم، وتعين حارس قضائي (Receiver). ورجال القانون يعرفون الحكم بأنه كل قرار تصدره المحكمة متعلقا بالدعوى

(١) نظرية الدعوى ٢/٢٠٣، أيضا حجية الحكم القضائي ص ٨، ٩.

(٢) نظرية الدعوى ١/٤٧، أيضا حجية الحكم القضائي ص ٨، ٩.

المرفوعة إليها، وقال بعضهم بأنه القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه^(١).

وطبقا لقانون المرافعات المدنية باكستان، الحكم أي القضاء ما يسمى في اللغة الانجليزية بـ (Decree) وهو قرار يعبر عن قضاء المحكمة تعبيراً رسمياً مبنياً لحقوق الخصمين في القضايا المرفوعة أو في شق منها، وهذا التعبير إما يكون تمهيدياً (Preliminary decree) أو نهائياً (Final decree) .

والجدير بالذكر أن هناك اصطلاحاً آخر في القانون الباكستاني مقابل الحكم وهو ما يسمى بـ (Order) وهو كل قرار يصدره القاضي في القضية المرفوعة إليه، وإن لم يكن فيه حسم النزاع^(٣).

أقول: - والله أعلم - إن ما قررته قضاء في السابق فهو القسم الأول من القانون، ويسمونه أيضاً بـ (Judgement) وأما ما قررته حكماً فهو القسم الثاني من القانون.

(١) المرافعات المدنية والتجارية لأبي الوفاء ص ٧٥١، مطبعة دار المعارف، بالاسكندرية.

(٢) قانون المرافعات المدنية، باكستان، (CPC) مادة ٢ جزء ٢.

(٣) قانون المرافعات المدنية، باكستان، (CPC) مادة ٢ جزء ٩.

المبحث الثانى

فى شروط الحكم القضائى فى الشريعة والقانون

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

فى شروط الحكم فى الشريعة

الشرط بسكون الرأى فى اللغة مصدر بمعنى الزام الشئ والتزامه وجمعه شروط، والشرط بفتح الرأى يعنى العلامة وجمعه أشراط (١)، ومنه قوله تعالى: " فقد جاء أشراطها" (٢).

أما الشرط فى الاصطلاح فهو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا، ويكون خارجا عن حقيقة المشروط، ويلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم، كالطهارة للصلاة، ولذا قال الأصوليون: الشرط هو الوصف الظاهر المنضبط الذى يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه (أي: من غير تأثير له فيه) (٣) وللشرط أنواع: منها شروط الانعقاد وشروط اللزوم، وشروط الصحة، وكلامنا هنا فى القسم الأخير. فالحكم القضائى فى الفقه الإسلامى لا يصح إلا بشروط فصلها الفقهاء من أهمها ما يلى :

١- رفع الدعوى الصحيحة

لو كان الحكم فى حق من حقوق العباد، فيشترط أن تتقدمه خصومة ودعوى

(١) مختار الصحاح مادة "ش ر ط"، وأيضا المعجم الموسط مادة "ش ر ط" ٤٧٩/١.

(٢) محمد، الآية: ١٨.

أصول الفقه ٣٠٢، ٣١٢.

(٣) أصول الفقه الإسلامى لبدران أبى العيين بدران ص ٢٨٩؛ وأيضا أصول الفقه الإسلامى

د. وهبة الزحيلي ٩٨-٩٩.

صحيحة^(١)، وعلى هذا لا يصح حكم القاضى فى تلك الحقوق قبل رفع الدعوى الصحيحة، فلو حكم، كان حكمه باطلاً ولا يترتب عليه أى أثر، ولو كان حكمه فى حقوق الله وما نسميها الآن بحقوق المجتمع، فلا يشترط فيها هذا الشرط؛ لأن تحصيلها واجب على كل مسلم قاضياً كان أو غيره. ولكن الفقهاء استثنوا من هذا الشرط بعض أنواع الأحكام وإن كان متعلقة بحقوق العباد، منها:

أ - الحكم الفعلى: وذلك كتزويج القاضى الصغير الذى لا ولى له، وشراؤه وبيعه مال اليتيم، وقسمته للعقار وغير ذلك مما هو فى هذا المعنى، هذا عند الفقهاء الذين يرون أن أفعال القاضى أحكام، لأن كثيراً من الفقهاء لا يعدونها أحكاماً^(٢).

ب - الحكم الضمنى: وذلك كما إذا شهد الشهود على خصم بحق، وذكروا اسمه واسم أبيه، وقضى القاضى بعد ذلك بالحق، كان هنا قضاؤه بنسبه ضمناً وإن لم يكن فى حادثة النسب، ولم ترفع الدعوى من أجل ذلك^(٣) ويقرب من هذا فى القانون الوضعى اصطلاح (Obiter dictum) *

(١) حاشية ابن عابدين ٤٢٤/٥، الأصول القضائية ص ٢٩٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢٤/٥.

(٣) نظرية الدعوى ٢٠٦/٢.

(٤) شرح الخرشي ١٦٧/٧.

(*) لم أجد أى نص فى القانون يدل على هذا النوع من الحكم، فالحكم الضمنى لا يعنى قضاء فى القانون.

الحكم ثابت بالبينة لو بالإقرار، لأن الإقرار يوجب الثبوت ولو لم يتبعه حكم بخلاف البينة، وإلى هذا ذهب الشافعية والمالكية في المرجوح عندهم (١) وأما الراجح عندهم فهو عدم اعتبار الصيغ المذكورة أحكاماً، وقالوا أن الثبوت والحكم مغايران (٢) واستدلوا بما يلي:

١- يثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع كما يثبت عنده هلال رمضان، وليس ذلك حكماً (٣).

٢- الثبوت عبارة عن قيام الحجة على وجود السبب الشرعي، بينما الحكم قرار صادر عن القاضي لفصل الخصومة، فثبت من هنا أن الثبوت في حقيقته مغاير للحكم (٤).

٣- الوضوح: ويشترط أن يكون الحكم واضحاً مبيناً لحقوق الطرفين رافعاً للخلاف بينهما حاسماً للنزاع (٥).

٤- اعلان الحكم في حضرة الخصوم: ويشترط أن يعلن القاضي الحكم في حضرة الخصوم (٦)، هذا عند من لا يجيزون القضاء على الغائب، وأما الذين يجيزونه، فلا يشترطون دائماً حضور الخصمين عند اعلان الحكم، وسيأتى تفصيل جواز القضاء وعدم جوازه على الغائب في الباب الرابع - إن شاء الله - .

(١) تبصرة الحكام ١/١١٤، لسان الحكام ص ٩، جامع الفصولين ١/٢٠.

(٢) تبصرة الحكام ١/١١٤-١١٥. مغنى المحتاج ٤/٣٩٤.

(٣) نظرية الدعوى ٢/٢٠٨.

(٤) تبصرة الحكام ١/١١٤-١١٥.

(٥) مغنى المحتاج ٤/٣٩٤، تبصرة الحكام ١/١١٠.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة ١٨٣. حكم صادر عن المحكمة رقم ٢٠٠٠/٢٠٠٠.

٥- تقدم الإعذار: ولم يقل أحد من الفقهاء بإشتراط تقدم الإعذار سوى المالكية. فلا بد للقاضي أن يعذر من قامت عليه البينة وتوجه عليه موجب الحكم وذلك بأن يسأله إن بقيت عنده حجة يقولها أو دفع يقدمه، فالإعذار معناه قطع العذر وإزالته لا إثباته (١)، ويستحب ذلك عند الشافعية (٢).

٦- ذكر الأسباب: ولم يذكر الفقهاء هذا الشرط بالصراحة ويشتم من أقوالهم أنه مستحب، وينبغي للقاضي أن يبينها للمحكوم عليه، وقد جاء في الأم للإمام الشافعي - رحمه الله (٣) - (وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه ويبين له، ويقول له: احتجبت عندي بكذا، واحتج خصمك بكذا، وجاءت البينة عليك بكذا) (٤) وهكذا يبعد القاضي عن التهمة.

وقال بعض الشافعية أنه يجب على قاض الضرورة بيان أسباب الحكم في حكمه وإلا لا ينفذ حكمه، (٥).

(١) تبصرة الحكام ١/١٦٦.

(٢) الأم، للإمام الشافعي، ٢٢٤/٦، المطبعة الأميرية، بولاق.

(٣) هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع أبو عبد الله الشافعي، حفظ القرآن وعمره سبع سنين، والموطأ وعمره عشرين سنين، وقال الإمام أحمد: إن الشافعي للناس كالشمس للعالم، ولد في سنة ١٥٠هـ، وتوفي سنة ٢٠٤هـ (خلاصة التهذيب ٢٧٧-٢٧٨).

(٤) المرجع السابق.

(٥) الأم ٢٢٤/٦، فتح المعين بشرح قرّة العين، للشيخ زين الدين بن عبدالعزيز المليباري، ١٣٧-١٣٨، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى، [وقاض الضرورة هو الذي عين دون توفر جميع الشروط المطلوبة لصحة تولية القضاء].

(و) (مكرر)

٧- عدم التعارض مع الكتاب والسنة

ويشترط في الحكم أن لا يكون مخالفا للكتاب والسنة والإجماع والقاس الجلى والقواعد الشرعية العامة وإلا وجب نقضه على القاضي الذى أصدره وعلى غيره ممن وقع عنده (١).

ولا يتوهم أن يكون هذا الشرط شرطا أولا للحكم، ولا شك أنه أهم الشروط، ولكن ذكرته فى النهاية، لأن القاضي حينما يكتب حكمه حسب الشروط السالفة الذكر، فيجب عليه فى الأخير أن ينظر هل حكمه ذلك مخالف للنصوص أم لا؟، فتأتى مرحلة هذا الشرط بعد تكوين الحكم، ولذا ذكرته فى النهاية رعاية للترتيب.

(١) الأم ٢٠٨/٦، أيضا نظرية الدعوى ٢١١/٢.

المطلب الثانى

فى شروط الحكم فى القانون

١- ذكر الأسباب: ويشترط فى الحكم أن يشتمل على الأسباب التى بنى عليها، والنظم الوضعية تعلقت أهمية كبيرة على تسبيب الأحكام وتجعله من شروط صحتها وترتب البطلان على إغفالها^(١) وحتى سموا ذكر الأسباب وذكر الحجج القانونية قضاء (Judgement) ولذا ورد فى قانون المرافعات المدنية باكستان فى تعريف القضاء (Judgement) أنه بيان القاضى للأسباب التى بنى عليها قضاؤه^(٢) وورد فى القانون المرافعات الجنائية باكستان وجوب ذكر الأحوال والظروف والأسباب التى أوجبت الحكم، ولا يجب ذكرها فقط بل يجب ترجمة كل هذه الأشياء إلى اللغة التى يفهمها المحكوم عليه^(٣).

وقد ذكر علماء القانون لهذا الشرط فوائد كثيرة أهمها، اطمئنان المحكوم عليه، وتمكين الخصوم من دراسة أسباب الحكم عند الطعن فيه بالإستئناف، والسهولة لمحكمة التمييز والإستئناف^(٤).

٢- تقدم الدعوى الصحيحة

ويشترط فى الحكم عند القانونيين أن تسبقه دعوى صحيحة وهم يقابلون دائما بين الطلبات المقدمة من قبل المدعى والحكم الصادر فى الدعوى، كما يقابلون بين دعوى المدعى وجواب المدعى عليه ليستخرجوا منها النقاط المتنازع عليها (FACTS IN ISSUE) وورد فى قانون المرافعات المدنية باكستان أن الحكم لابد أن يسبقه رفع

(١) قانون المرافعات المصرى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، مادة ١٧٦.

(٢) قانون المرافعات المدنية باكستان، مادة ٢ جزء ٩.

(٣) قانون المرافعات الجنائية باكستان، مادة رقم ٣٦٧.

(٤) المرافعات المدينة والتجارية لأبى الوفاء ص ٧٨٨.

الدعوى^(١) ويجب على المدعى فى قانون المرافعات الجنائية باكستان أن يذهب إلى الشرطة ويكتب دعواه أو أن يذهب إلى القاضى الجنائى مباشرة إذا أنكر الشرطة عن كتابة دعواه أو طلب منه الرشوة^(٢).

نعم، علماء القانون يطلقون أحيانا اسم الحكم على الأوامر التى يصدرها القاضى بناء على وظيفته الولائية، من غير تقدم الدعوى كأمره ببيع مال اليتيم، وأمره بزواج الصغير الذى لا ولى له، ولكنهم يصرحون بأن فى هذا الإطلاق تساهلا واسترخاء، وإنما الحكم القضائى فى معناه الخاص ما تقدمه طلب من المدعى^(٣).

٣- إصدار الحكم فى جلسة عامة:

يجب على القاضى^{المقرر} الحكم فى جلسة عامة، وأن الحكم الذى لم يعلن هكذا فهو ليس بحكم، ولذا نص قانون المرافعات الجنائية باكستان، أن الحكم فى كل قضية أو خصومة لابد أن يعلن فى جلسة علنية^(٤).

٤- الوضوح: ويشترط فى الحكم أن يكون واضحا مبينا لحقوق الخصمين^(٥).

٥- تقدم الإعذار: ويشترط أيضا أن يسبقه إعذار، ومرحلة الإعذار تأتى بعد كل الشهادات التى قدمها المدعى، ويسمونه ببيان المدعى عليه^(٦)، هذا ما قال به فقهاء المالكية أيضا، كما مر.

(١) انظر قانون المرافعات المدنية باكستان، مادة ٢ جزء ٢، وانظر أيضا مادة ٢٦.

(٢) انظر قانون المرافعات الجنائية باكستان، مادة ١٥٤، وأيضا مادة ٢٠٠، ٢٠١.

(٣) المرافعات المدنية والتجارية لأبى الوفاء ص ٧٥٢.

(٤) قانون المرافعات الجنائية باكستان، مادة ٣٦٦.

(٥) قانون المرافعات المدنية، باكستان، مادة ٢ جزء ٢.

(٦) قانون المرافعات الجنائية، باكستان، مادة ٣٤٢ ومابعدھا.

٦- المشورة: ويشترط قبل النطق بالحكم جريان المشورة لجميع أعضاء المحكمة (BENCH) أن كانت مشكلة من قضاة عديدة، فيشترط توقيعات أعضاء اللجنة الذين سمعوا المرافعة، وإن حصل لبعضهم خلاف فلا بد له أن يكتب الوجوه التي تؤيده في موقفه، وقد ورد في قانون المرافعات المصري وجوب حضور القضاة وقت تلاوة الحكم، فإذا حصل لأحدهم مانع، وجب أن يوقع مسودة الحكم (١).
هذا، وهناك شروط أخرى شكلية لا بد منها في الحكم قبل الإصدار كتاريخ إصدار الحكم، واسم المحكمة الصادرة، وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة، وأسماء الخصوم، وغير ذلك (٢).

(١) قانون المرافعات المصري، رقم ١٣، سنة ١٩٦٨م، مادة ١٦٦.

(٢) المرجع السابق.

المطلب الثالث

فى المقارنة بين شروط الشريعة وشروط القانون للحكم

وظهر مما تقدم أن الشريعة والقانون يشتركان فى بعض الشروط كحضور الخصوم (١) ووضوح الحكم، وتقدم رفع الدعوى، وتقدم الإعداء، وأما بقية شروط القانون كذكر الأسباب وإصدار الحكم فى جلسة عامة (٢)، وذكر أسماء القضاة واسم المحكمة، فلا ترفضها الشريعة أن كانت المصلحة تقتضى ذلك.

ولكن الشريعة اختلفت مع القانون فى شرط واحد. وهو عدم تعارض الحكم مع الكتاب والسنة، لأن مصدر الحكم فى الشريعة هو الله تعالى وحده، أما الحكم القانونى فإنه من وضع البشر.

(١) سنرى فى الباب الرابع - إن شاء الله - أن الفقهاء قالوا بجواز القضاء على الغائب إستثناء، وأما علماء القانون فهم أيضا استثنوا بعض الصور من قاعدة حضور الخصوم، (انظر مواد ٨٨، ٨٧، ٢٠٤، ٥١٢، ٥١٤، من قانون المرافعات الجنائية، باكستان، وانظر أيضا الحكم ٩، قاعدة ٦ من قانون المرافعات المدنية، باكستان).

(٢) وروى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يقضى بين الخصوم فى معتكفه وكان الخلفاء الراشدون يجلسون فى المسجد لفصل الخصومات بل روى عن البعض أنهم كانوا يقضون فى الطرق العامة من غير مضائق المارة (شرح أدب القاضى للحسام الشهيد ص ٢٦).

مستأجر

المبحث الثالث

فى معيار الحكم فى الشريعة والقانون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

ما يكون حكما وما لا يكون حكما فى الشريعة.

وفى ضوء مما تقدم معنا فى المبحث السابق أقول: إنه ليس كل ما يصدر عن القاضى من أقوال وأفعال حكما، بل هناك شروط لابد من توافرها فيه، فكأن توافر تلك الشروط معيار لجعل قول القاضى وفعله حكما، وبناء على ذلك اختلف الفقهاء فيما يلى من التصرفات، هل هى تعتبر أحكاما أم لا؟ .

١- تصريح القاضى بثبوت شئ عنده بوسيلة من وسائل الثبوت الشرعية:

والثبوت إما ثبوت صفة أو ثبوت سبب من الأسباب الشرعية كأهلية الإمامة للصلاة، وثبوت العدالة عند الحاكم، ورؤية الهلال فى رمضان وشوال وذى الحجة أو فعل النسك ونحو ذلك^(١).

٢- بعض تصرفات القاضى الخاصة: توجد هناك كثير من تصرفات القاضى كال عقود التى يجريها من بيع وشراء فى أموال اليتامى، والغائبين، والمجانين، وكذلك تزويجه لليتامى، أو تزويجه لمن لا ولى له، فذهب معظم الحنفية إلى ان هذه التصرفات أحكام لا يجوز نقضها، إذا صدرت وفق الشروط الشرعية، وخالفهم فى ذلك بعضهم، لأن الحكم هو ما سبقه خصومة ودعوى صحيحة، فالفرق الأول منهم استثنوا من شرط سبق الدعوى الأحكام الفعلية للقاضى^(٢)، والحق أنها أحكام وليست قضاء.

(١) نظرية الدعوى ٢١٣/٢.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/٤٢٣-٤٢٤.

وقالت المالكية: إن هذه الأفعال ليست أحكاماً (١).

وكذلك ذهب الحنفية إلى أن ما يقوم به القاضى من أفعال يقصد بها استخلاص الحق لصاحبه بعد قيام ^{السداد} البنية أو غيرها من وسائل ثبوت الحق، أحكام، كحبس المدعى عليه بعد ثبوت الحق عليه (٢).

وخالفهم المالكية، وصرحوا بعدم اعتبار تلك الأفعال أحكاماً، وفى هذا يقول ابن فرحون: (٣) " ولا يعتبر حكماً تصرفات الحكام بتعطى أسباب الإستخلاص ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس أو الإطلاق، وأخذ الكفلاء والأملياء، وأخذ الرهون لذوى الحقوق ونحو ذلك، فهذه التصرفات ليست حكماً لازماً، ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك، وإبطاله بالطرق الشرعية (٤).

هذا، وقد يستلزم فعل القاضى الحكم ببطالان التصرف السابق، وذلك كما لو أقدم على تزويج امرأة كانت قد تزوجت زواجا يستحق الفسخ، فإن نفس العقد عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها السابق، (هذا ما يسميه الفقهاء بالحكم الضمنى، ويأتى تفصيل ذلك فى الفصل الثانى من هذا الباب - إن شاء الله -) والواقع أن كل تصرف يصدر عن القاضى ويستلزم إبطال تصرف آخر له، يعتبر حكماً (٥).

(١) تبصرة الحكام ٩١/١.

(٢) ذكره صاحب نظرية الدعوى نقلاً عن الفتاوى الأنقروية ٢١٤/٢.

(٣) هو إبراهيم بن على بن محمد بن أبى القاسم بن فرحون اليعمرى المدنى المالكى، ولد بالمدينة ٧١٩هـ، ومات فى ٧٩٩هـ، ولى قضاء المدينة، ومن تأليفاته، شرح مختصر ابن الحاجب، وتسهيل المهمات، وتبصرة الحكام، والديباج المذهب فى أعيان المذهب، (معجم المؤلفين ٦٨/١).

(٤) تبصرة الحكام ٩٣/١.

(٥) تبصرة الحكام ٢١٤/٢.

٣. التنفيذ (Execution)

قد ذهب الفقهاء في التنفيذ إلى ثلاثة مذاهب: فقال المالكية: إنه ليس حكماً وقالوا: إنه يختلف عن الحكم في حقيقته، وفي ذلك يقول ابن فرحون: "تنفيذ الحكم على قسمين تنفيذ القاضى حكم نفسه، وتنفيذ حكم غيره، فالأول معناه الحبس، والإلزام وأخذ المال بيد القوة، ودفعه لصاحبه وتخليص سائرا الحقوق، وإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الثبوت والحكم، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والتنفيذ هو الرتبة الثانية، وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لاسيما الحاكم الضعيف القدرة على الجبابة، فهو ينشئ الإلزام ولا يخطر له تنفيذه لتعذر ذلك عليه، فالحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً، وبالجمله ليس في التنفيذ حكم البتة إلا أن يقول الحاكم: حكمت بما حكم به الأول، والزمتم بموجبه ومقتضاه" (١).

وقالت الشافعية: إن التنفيذ حكم على الإطلاق أي سواء صدر هذا التنفيذ من قبل القاضى الذى أصدر الحكم أو من غيره، وقالوا: إن فائدة التنفيذ هو تأكيد الحكم الأول (٢).

وللحنفية في التنفيذ تفصيل، فقالوا: إن الأصل فيه هو أنه حكم، إذ من صيغ القضاء قول القاضى: "انفذت عليك القضاء" والمراد من التنفيذ عندهم هو التنفيذ الشرعى، ومعناه إمضاء القضاء الأول بشروطه، وأما إذا كان المراد بالتنفيذ مجرد إحاطة القاضى الثانى علماً بحكم القاضى الأول على وجه التسليم له، فلا يعتبر حكماً (٣).

(١) تبصرة الحكام ١/١١٦.

(٢) الإعلام والاهتمام ص ٣٨٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٣، لسان الحكام ص ٩.

المطلب الثانى

(ما يكون حكما وما لا يكون فى القانون)

ومن المعلوم أن التشريعات الإجرائية الوضعية قد جعلت للقضاة، بالإضافة إلى سلطتهم القضائية (Judicial Powers) سلطات أخرى لا يمكن اعتبارها من ضمن سلطتهم الأصلية (Original Authority)، ويسمونها بسلطة الولاية (Extra Judicial Authority) ويسمونها أيضا بـ "سلطة الإدارية" (Executive Powers) وبمقتضى هذه السلطة يصدر من القضاة أوامر، وقرارات، لا تسمى أحكاما إلا تجاوزا وتساهلا لأنها لا تصدر من أجل حسم خصومة بين الخصمين، وإليكم أمثلتها:

١- التوثيق والتصديق: قد تعرض على المحكمة عديدا الأوراق والمؤهلات للفحص والإثبات، والقاضى يصدق كل يوم عددا من تلك الأوراق والمؤهلات سواء جهزت خارج مجلس القضاء، أو تمت في مجلس القضاء، فهذه الأعمال لا تعتبر أحكاما، بل يقال إن هذه الأوراق أو تلك المؤهلات مصدقة وموثقة من قبل القاضى (١) (Attested documents)، كتوقيع القاضى على سند السكونة وتوقيعه على سند عقد الزواج أو أى عقد آخر، بين العاقدين. وتوقيعه على مبرر للاعتقال (warrant) ونحو ذلك.

٢- الإذن والأمر: وذلك حيث يكون عمل القاضى هو إزالة عائق دون اتخاذ إجراء أو إبرام تصرف من قبل صاحب الشأن، فيلجأ هذا إلى القاضى ليصرح له بذلك، ومثال ذلك أن يصدر القاضى قرارا يجعل المتهم أو المدعى عليه غائبا أو فارا (proclaimed offender) أو (absconder) أو قراره لجعل الرجل المديون مفلسا (٢).

(١) نقله صاحب نظرية الدعوى عن مذكرات الدكتور عبدالباسط فى سلطة القاضى

الولاية ٢/٢١٦.

(٢) انظر مواد ٨٧، ٨٨، ٢٠٤، ٥١٢، ٥١٤، ١٣٣، من قانون المرافعات الجنائية باكستان.

وكذلك إذا كان عمل القاضى إصدار الأمر باتخاذ تدبير معين حيثما يكون ثمة سبب يقتضى ذلك كما هو الشأن بالنسبة لأمر الحجز التحفظى أو الأمر ببحث عن المتهم وعن اسلحته داخل بيته. لأنها صدرت منه لا بصفته كقاض (١).

٣. الرقابة والضبط: وذلك حيث يكون عمل القاضى مراقبة بعض التصرفات أو ضبط بعض المسائل، كما هو الشأن فى مراقبة الأوصياء والأولياء لضمان حماية الضعفاء من ناقصى الأهلية ونحوهم.

هذا، وقد وضعت فى القانون معايير لتمييز الأحكام عن غيرها من الأعمال التى يصدرها الحاكم، وأهم هذه المعايير ذلك الذى نادى به "د. يجرى" وهو معيار ينظر فيه إلى حقيقة الحكم وتكوينه حيث يقول: "الحكم ينطوى على عنصرين متلازمين هما عنصر التقرير وعنصر الإلزام" (٢).

(١) انظر مادة ٩٦، ومادة ١٤٥، ١٤٦ من المرجع السابق.

(٢) نظرية الدعوى ٢/٢١٧.

المطلب الثالث

فى مقارنة معايير الحكم بين الشريعة والقانون والفائدة من التمييز

بين الحكم وغيره:

رأينا فى المطلبين السابقين أن هناك شبه كبير بين معايير الشريعة ومعايير القانون للحكم، فالشريعة والقانون يتفقان فى الشروط الأساسية أو المعايير الرئيسة للحكم وهو كونه حاسما للنزاع مشتملا على الأسباب والحجج مسبوقة بالدعوى الصحيحة من صاحب الشأن. وبناء على ذلك لا تكون أفعال القاضى التى ذكرتها فى المطلب السابق أحكاما، وبهذا يتبين لنا أن القانون الوضعى متفق مع الشريعة وخصوصا مع رأى المالكية فى تقدم الإعدار.

فائدة التمييز

ومن أهم فوائد التمييز بين الأحكام وغيرها هو أن الحكم إذا صدر وفق شروطه الشرعية، لم يجز نقضها بعد. ووجب تنفيذه، وأما التصرفات الأخرى للقاضى يجوز نقضها من قبل مصدرها ومن غيره بالطرق الشرعية^(١).

ويترتب أيضا على هذا التمييز أنه لا يشترط فيما دون الحكم ما يشترط فى الحكم، وكذلك لا يجرى فى غير الأحكام ما يجرى فيها من خلاف كخلاف فى الحكم على الغائب بين الحنفية والجمهور.

وفى القانون أيضا أهمية كبيرة لهذا التمييز، وهى أن الآثار المترتبة على الحكم لا تقتضيها الأعمال الأخرى الصادرة عن القاضى، كحق الإستئناف أو المراجعة مثلا، فهو موجود مع كل من صدر الحكم بخلافه لا تصرفات القاضى الأخرى.

وكذلك إن الحكم إذا صدر طبقا لشروطه فى القانون، يتمتع بحجية الأمر المقضى، ومن ثم لا يجوز للقاضى الرجوع فيه، بينما يجوز ذلك بالنسبة للأعمال الولائية^(٢).

(١) تبصرة الحكام ١/٩٣-٩٥.

(٢) انظر الباب إحدى وثلاثون من قانون المرافعات الجنائية باكستان، مواد من ٤٠٤ إلى ٤٣١.

الفصل الثانى

فى أنواع الحكم القضائى فى الشريعة والقانون

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

فى تقسيمات الحكم القضائى فى الشريعة

وهو يشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول

تقسيم الحكم من حيث كون المحكوم به صحة التصرف وموجبه:

للحكم تقسيمات عديدة وأنواع شتى، وقسمه الفقهاء من هذه الناحية إلى قسمين (١)

أ - الحكم بالصحة.

ب - الحكم بالموجب.

أ - والمراد من الأول عند الفقهاء الحكم بصحة التصرف المتنازع عليه،
والتصرف صحيح إن تترتب عليه آثاره الشرعية، ونجد هذا النوع من الأحكام فى
العقود وغيرها، كالنكاح وسائر المعاملات من بيع وإجارة ورهن وقرض، وشفعة
وعارية وكفالة وحوالة ونحوها من أبواب العقود.

وفقهاء الشريعة متفقون على جواز هذا النوع من الأحكام، وهو أقوى أنواع
الأحكام عند المالكية (٢) ولكن المالكية استثنوا منها صورة واحدة وهى إذا ما كان
الحكم بالموجب مستوفيا لجميع الشروط المعتبرة فى الحكم بالصحة، وذلك لوجود

(١) نظرية الدعوى ٢/٢١٨.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٠٣.

الإلزام فيه مع تضمنه للحكم بالحصّة (١).

ب - الحكم بالموجب: والمقصود به أن يصرح القاضى بالإلزام بالآثار المترتبة على التصرف (٢)، فالتصرف مثاله عقد البيع مثلا، والآثار المترتبة عليه خروج المبيع عن ملك البائع، ودخوله فى ملك المشتري، واستحقاق التسلم والتسليم فى كل من الثمن والمبيع وغير ذلك.

ففى هذا النوع من الأحكام لا يشترط ثبوت ملك الشئ المتصرف فيه لدى القاضى بل يكفى ثبوت أهلية التصرف وصحة صيغة التصرف لدى القاضى، فإذا ثبت ذلك عنده، كان له أن يحكم على من صدر منه، هذا ما ذهب إليه المالكية، وإنهم قالوا، إنما جاز الحكم بالموجب مع عدم ثبوت الملك، لأنه قد يتعسر فى بعض الأحوال إثبات الملك، إلا أنه إذا تبين بعد ذلك عدم الملك، وجب نقض الحكم (٣).

وخالف الشافعية المالكية فيما سبق، وقالوا بثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته، فكانهم يشترطون فى الحكم بالموجب ما يشترطون فى الحكم بالصحة (٤).

وللحنفية تفصيل فى هذه المسألة، وهم يفرقون بين موجب الحكم، ومقتضاه، وقد قرر ابن عابدين (٥) أن الموجب لا يصح الحكم به إذا لم يكن من مقتضيات التصرف إلا إذا وقعت بخصوصه حادثة أى خصومة ودعوى، فإن كان من مقتضيات

(١) المرجع السابق.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٠٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مغنى المحتاج ٤/٣٩٥.

(٥) هو الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين ولد سنة ١١٩٨ هـ ومات فى سنة ١٢٥٢ هـ

له تصانيف ضخمة كثيرة أهمها "رد المختار على الدر المختار".

التصرف، صح الحكم به، وكان حكماً بالصحة، وبيان ذلك في عقد البيع مثلاً إن البيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك، فإن هذه، وإن كانت موجبات العقد لكنها مقتضيات لازمة له، والحكم به حكم بها، وهناك ما هو من موجبات العقد، ولكنه ليس من مقتضياته اللازمة له. وذلك كثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار، فإن عقد البيع لا يقتضى ذلك، أي لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه شفعة، فهذا يسمى موجب البيع ولا يسمى مقتضاه، والحكم به لا يصح إلا إذا حدث بشأنه التنازع، وترافع إلى القاضى، وهكذا فإنه إذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه، فحكم بموجب ذلك البيع، كان حكماً بصحته وبباقى مقتضياته الشرعية التى لا تنفك عنه، ولا يكون حكماً بموجبه الذى ينفك منه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم وقوع تنازع وترافع فى ذلك (١).

فاتضح مما سبق أن للتصرف قسمين من الآثار عند الحنفية، آثار يمكن انفكاكها عن التصرف، وآثار لا يمكن انفكاكها عن التصرف . وحكمها مختلف كما مر.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٩٧/٥-٣٩٨.

العلاقة بين الحكم بالموجب والحكم بالصحة

والغالب أن كل موضع يجوز الحكم فيه بالصحة، يجوز فيه الحكم بالموجب، والعكس أيضا صحيح في الغالب^(١)، ويستثنى من ذلك حالات عديدة منها:

١- الحكم في الزنا والسرقة ينبغي أن يكون بالموجب دائما، ولا يكون بالصحة بحال من الأحوال^(٢).

٢ - إذا انعقد عقد البيع بشرط الخيار، يجوز فيه الحكم بالصحة، ولا يجوز الحكم بالموجب، لأنه وإن كان صحيحا، إلا أنه لا يترتب عليه آثاره^(٣).

٣- وعقد البيع إذا انعقد فاسدا، جاز الحكم بموجبه عند الحنفية، وهو الملك بالقبض، ولا يجوز الحكم بالصحة هنا لأنه وقع فاسدا، ومثاله الخلع على خمر ونحوها عند الشافعية، فهو فاسد عندهم، ولكن يحكم بموجبه عندهم، وتترتب عليه البينونة، ولزوم مهر المثل^(٤).

(١) نظرية الدعوى ٢٢١/٢.

(٢) مغنى المحتاج ٣٩٥/٤، أيضا تبصرة الحكام ١٠٥/١.

(٣) مغنى المحتاج ٣٩٥/٤.

(٤) تبصرة الحكام ١٠٦/١، مغنى المحتاج ٣٩٥/٤.

المطلب الثالث

تقسيم الحكم بالنظر إلى وسيلة التعبير عنه

ونعرف أن وسيلة التعبير عن الحكم إما يكون بفعل القاضى أو بفعله، وعلى ذلك ينقسم الحكم من هذه الناحية إلى نوعين:

١- الحكم القولى.

٢- الحكم الفعلى.

فالأول منهما هو الحكم الذى يعبر عنه بقول يصدر عن القاضى، وإنى كما قلت فى مبحث سابق أنه لا يشترط لفظ مخصوص للحكم، بل يكفى أن يكون بأية صيغة ملزمة، والفقهاء متفقون على صحة هذا النوع من الأحكام.

والثانى منهما هو الحكم الذى يعبر عنه بفعل يصدر عن القاضى، وفيه خلاف بين الفقهاء وقد مر التفصيل فى ذلك فى الفصل الأول من هذا الباب، وفى فائدة هذا التقسيم، قالت الحنفية، إن الحكم القولى فقط هو الحكم الذى يشترط فيه تقدم دعوى وخصومة عليه، ولا يشترط ذلك فى الحكم الفعلى (١).

(١) اللآلى النرية على جامع الفصولين ٢٠/١.

المطلب الثالث

فى تقسيم الحكم من حيث حضور الخصوم وغيابهم

ومن هذه الناحية أيضا ينقسم الحكم إلى قسمين:

١- الحكم الحضورى.

٢- الحكم الغيابى.

فالأول هو ما يصدر من الأحكام فى حضرة الخصوم حقيقة أو حكما. كحضور نوابهم ومحاميهم. وقد جاء فى القانون المرافعات المدنية - باكستان، أنه يلزم على المحكمة أن تعين تاريخا ويوما لإعلان الحكم وأن تخبر الطرفين المتنازعين أو محاميهم، ثم قال شراح القانون: إن الحكم الذى لم يعلن فى المحكمة أو الحكم الذى أعلن فى المحكمة ولكن الطرفين لم يخبرا للحضور، فهذا لا يكون حكما (١).

وقانون المرافعات الجنائية أيضا ينص على ما سبق، فطبقا له لابد أن يعلن الحكم فى جلسة علنية وفى حضور الخصمين حقيقة أو حكما، ويلزم أن يكون الحكم بلغة يفهمها المدعى عليه أو المحكوم عليه (٢).

والحكم الغيابى: ما يصدر من الأحكام فى غيبة الخصم المحكوم عليه، وسيأتى تفاصيل ذلك فى الباب الرابع، وتسمى مثل هذه الأحكام بـ (Ex parte) أن كان فى قضية مدنية وبـ (Trial in absentia) أن كان فى قضية جنائية (٣).

(١) الحكم ٢٠، القاعدتان ٢٠١، من قانون المرافعات المدنية - باكستان.

(٢) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، مادة ٣٦٦.

(٣) المعجم القانونى لحارث سليمان فاروقى، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٨م، ص ٢٦٢، أيضا

قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادتان: ٥١٤، ٥١٢.

المبحث الثالث

فى المقارنة بين تقسيمات الشريعة والقانون للحكم القضائى

والمقارنة بين تقسيمات الشريعة وتقسيمات القانون للحكم لا تكون إلا فى درجات التقاضى أو درجات المحاكم والاستئناف والطعن فى الأحكام. وكل هذه التقسيمات تتعلق بسير القضاء والخصومة.

فقتسيم رجال القانون، إن لم تكن فيه مخالفة لنص شرعى، مقبول فى الشريعة، ولذلك أقول: إن الأصل فى القضاء أن يكون على درجة واحدة حسما للنزاع فى أسرع وقت ولكن ضمانا ليسر العدالة وإحقاق الحق وبسبب قلة الورع، ونقص علم بعض القضاة، وفقدان الرشد القضائى، جرى العمل على تعدد المحاكم .

ولا مانع فى الفقه الإسلامى من مبدأ تعدد المحاكم بدليل أن سيدنا عليا قضى بين خصمين فى اليمن وأجاز لهما إذا لم يرضيا أن يأتيا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأتياه فأقر قضاء على^(١)، وقال عمر لأبى موسى الأشعرى - رضى الله عنهما - فى رسالته المشهورة : "ولا يمنعك قضاء قضية بالأمس، ثم راجعت فيه نفسك، وهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق لأن الحق قديم، والرجوع إلى الحق خير من التماذى فى الباطل"^(٢).

وقد فصل فقهاء المذاهب الأربعة هذا الموضوع فى بحث نقض الإجتهااد أو نقض الحكم على النحو التالى:

الحكم إما يكون معتمدا على دليل قطعى من نص أو إجماع أو قياس جلى أولا، فلا ينقض فى الصورة الأولى، لأن نقضه إهمال لدليل قطعى، وهذا غير جائز، وفى الصورة الثانية ينقض بالاتفاق، سواء من قبل نفس القاضى أو من قاض آخر،

(١) الفقه الإسلامى وأدلته، ٦/٧٥٤.

(٢) المرجع السابق.

لمخالفته الدليل القطعى، هذا إذا كان الحكم فى الأمور القطعية، وإذا كان فى غير الأمور القطعية كما هو الحال فى مجال الإجتهدات أو فى الأدلة الظنية، فلم ينقض "أي: بحسب نظام القضاء الفردى" حتى لا تضطرب الأحكام الشرعية، أو تتعدم الثقة بأحكام القضاة، وتبقى الخصومات على حالها بدون فصل زمانا طويلا.

وفى تعدد المحاكم، يعلم الخصمان سلفا أن الحكم لم يكتسب الدرجة القطعية، وإنما يجوز استئنافه ونقضه، فلم توجد هناك خشية اضطراب الأحكام الشرعية لأن الحكم لم يكتمل بعد، ويمكن تأييد ما ذكر بما قرر الفقهاء من جواز نقض الحكم إذا صدر سهوا أو ظهر منه خطأ^(١)، فإن اكتسب الحكم الدرجة القطعية من محكمة النقض، فلا ينقض الحكم السابق فى حادثة مشابهة عملا بقاعدة (الإجتهد لا ينقض بمثله)^(٢) وأصلها قول عمر (تلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى)^(٣).

والخلاصة أن فقهاءنا عرفوا مبدأ الطعن فى الأحكام ولا يعد تنظيم المحاكم حديثا مخالفا للشرعية، وإنما يتمشى معها، وفقا لما قرره الفقهاء فيما يجوز نقضه من الأحكام أو الطعن فى الحكم بسبب التهمة الموجهة للقاضى. وقد عرف الفقهاء فى الأندلس فعليا مبدأ القضاء بالرد^(١).

(١) فتح القدير ٥/٤٨٧، البدائع ١٤/٧، المغنى ٩/٥٦.

(٢) الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطى، المتوفى ٩١١هـ، ص ١٠١ وما بعدها، طبع بيروت.

(٣) روى عن سيدنا عمر - رضى الله عنه - أنه قضى فى المسألة الحجرية بحرمان الإخوة الأشقاء من الميراث، لأن الفروض استوعبت جميع التركة، كما إذا مات شخص، وترك زوجا، وأما إخوة لأم، وإخوة أشقاء، ثم قضى بالمقاسمة فى الثلث بين الإخوة لأم، والإخوة الأشقاء، فلما سئل عن سبب التفرقة بين الحكيمين، قال: "تلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضى" (أصول الفقه الإسلامى، لوهبة الزحيلي ٢/١١٥-١١٦، طبع بيروت).

(٤) الفقه الإسلامى وأدلته ٦/٧٥٦.

الفصل الثالث

فى أثر الحكم القضائى فى الشريعة والقانون

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

فى أثر الحكم القضائى فى الشريعة:

وأثر الحكم القضائى إذا صدر وفق شروطه، الإلزام والحجية، ولكن هذه الحجية ليست مطلقة بل إنها مقيدة من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن أثر الحكم القضائى محدود ولا يتعدى إلى غير الواقعة التى لم يصدر فيها، وإن كانت فيها ماثلة للواقعة التى صدر فيها الحكم^(١)، ومعنى ذلك أن نفس الحكم وعينه لا يتعدى، لأن القاضى غير القاضى الأول إذا رأى تشابها تاما فى القضية السابقة التى حكم فيها القاضى الآخر وفى القضية المعروضة عليه، فيمكن له أن يجر مثل ذلك الحكم إلى هذه القضية لأن تعدى الحكم مع مراعاة الأشباه والنظائر (Precedents) مسموح فى الشريعة، ويقول الخرشي^(٢): "إن الحكم لا يجاوز محله إلى ما يماثله بمعنى أنه إذا حكم الحاكم فى جزئية معينة لا يكون حكما فيما يحدث من مماثلها، لأن الحكم جزئى لا كلى، بل إن تجدد المماثل، فإنه يستأنف الإجتهد فيه، إذا كان من الأمور الاجتهادية"^(٣).

(١) إعلام الموقعين ٣٨/١.

(٢) هو محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، أبو عبدالله، ولد ١٠١٠هـ وتوفي فى ١١٠١هـ كان فقيها فاضلا، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر- الأعلام ١١٨/٧.

(٣) شرح الخرشي ١٦٧/٧.

فالمراد مما سبق من منع تعدى الحكم هو امتداد نفس الحكم، وأما إذا جر القاضى مثل ذلك الحكم بعد التحرى والنظر، فلا مانع أن يمتد إلى واقعة أخرى.

ولا أدل على ذلك عن قول عمر - رضي الله عنه - لأبى موسى الأشعرى: "أعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك" (١)

الناحية الثانية: اتفق الجمهور على أن أثر الحكم القضائى لا يمتد إلى تغيير الوصف الشرعى لما صدر فيه، ويعنى ذلك أن حكم القاضى لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال (٢).

(١) مقدمة الاشباه والنظائر للسبكي.

(٢) انظر لتفصيل هذا الموضوع، نظرية الدعوى ٢٣١/٢ وما بعدها.

المبحث الثانى

فى أثر الحكم القضائى فى القانون

وأثر الحكم فى القانون هو أن المحكوم فيه يكتسب قوة لم تكن له قبل صدور الحكم، وتسمى هذه القوة فى النظم الوضعية بحجية الأمر المحكوم به، ومؤدى هذه الحجية صدور الحكم صحيحا من الناحية الشكلية، والناحية الموضوعية، وأهم مظاهرها، أنه لا يجوز للمحكمة التى أصدرت الحكم أو لأية محكمة أخرى أن تنتظر فيما مضى به الحكم^(١)، وهذا يختلف مع قانون المرافعات المدنية باكستان، لأن محكمة القاضي الجنائي الأعلى (Sessions Judge) والمحكمة العليا (High Court) بإمكانهما أن تطلب من أية محكمة قضائية تابعة لهما، ملف القضية التى حكمت فيها، ليعلم هل المحكمة الأولى أصدرت الحكم وفق شروط القانون وفى دائرة اختصاصها (Jurisdiction) أم لا؟^(٢).

وقد نصت مادة ١١٤ من القانون السالف الذكر أنه يمكن للمحكمة التى أصدرت الحكم أن تنتظر فى حكمها وتراجعه (Review) .

هذا، وشرح القانون قالوا: إن الأحكام تقرر وجود الحقوق وتكشف عنها، ولا تنشأ من العدم. واستشهدوا من ذلك بعض الأحكام، كالأحكام الصادرة بتعيين حارس قضائى (Receiver) أو تحديد نفقة مؤقتة لأحد الخصوم ونحو ذلك^(٣).

(١) أصول المرافعات لأحمد مسلم ص ٦٨٣.

(٢) قانون المرافعات المدنية - باكستان، مادة ١١٥.

(٣) شرح قانون المرافعات المدنية - باكستان، د، ف، ملا، مواد ١١٤، ١١٥.

وقال بعض شراح القانون أن من أثر الحكم إخراج المنازعة من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم فيها(٤).

فظهر مما تقدم أن للحكم آثار ثلاثة في القانون وهي كما يلي:

١- قوة الإلزام.

٢- تقرير الحقوق.

٣- إخراج المنازعة عن ولاية المحكمة الصادرة للحكم.

وتم الباب الثانى هنا - بفضل الله - وبهذا نقرب إلى حد ما من بيان صلب الموضوع وهو الحكم على الغائب ولكن من الضرورى أن نعرف، كيف يصير المتهم غائبا؟ ومتى يصير؟ وماذا طرق إحضار الخصوم؟

فالجواب على هذه الأسئلة يجرننا إلى شئ من التفاصيل، وإليك بيانها فى الباب الآتى تحت عنوان " فى إحضار الخصوم وإعلامهم فى الشريعة والقانون".

(٤) نظرية الدعوى ٢/٢٤٧، ٢٤٨، أيضا أصول المرافعات لأحمد مسلم ص ٦٨٣، المرافعات المدنية لأبى الوفاء ٨٨، ٨١٥.

الباب الثالث

فى إحضار الخصوم وإعلامهم فى الشريعة والقانون

فيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فى كيفية إحضار المدعى عليه فى الشريعة.

فيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: فى دعوة المدعى لخصمه المدعى عليه.

المبحث الثانى: فى دعوة القاضى للمدعى عليه وكيفية إحضاره.

المبحث الثالث: فى كيفية الإحضار.

الفصل الثانى: فى طريق إحضار المدعى عليه أو المتهم فى القانون.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فى طريق الإحضار فى القضايا الجنائية.

المبحث الثانى: فى طريق الإحضار فى القضايا المدنية.

الفصل الثالث: فى المقارنة بين طرق الإحضار فى الشريعة وبين طرق الإحضار

فى القانون.

الفصل الرابع: المقصود بالغائب ومرجع الاختلاف فى الحكم عليه وبيان أن

الأصل هو حضور الخصم.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقصود بالغائب.

المبحث الثانى: مرجع الخلاف فى الحكم على الغائب.

المبحث الثالث: الأصل حضور الخصمين.

تمهيد

إن الدعوى فى الشريعة الإسلامية لا تصح ولا تنتج حكمها إلا إذا وجهها المدعى إلى من يصلح أن يكون خصما أو المدعى عليه، (١) ثم وضعت الشريعة شروطا للمدعى، وشروطا للمدعى عليه، فبعض تلك الشروط مشتركة بينهما كالأهلية (٢)، والصفة (٣)، وبعضها مختصة بالمدعى عليه.

فالشرط الأول هو أن يكون المدعى عليه معلوما معينا، لأنه لا سبيل إلى وصول الهدف من مشروعية الدعوى إلا به، ولأن القاضى لا يمكن له أن يصدر حكما على مجهول (٤).

والشرط الثانى هو حضور الخصم، ولكن كما قلت آنفا أن الدعوى لا تصح ولا يترتب عليه أى أثر إلا إذا وجهها المدعى إلى من يصلح أن يكون خصما، وهذا يقتضى حضور الخصم، وبناء على ذلك، يرى علماء الحنفية أن حضور المدعى عليه شرط لصحة الدعوى إلا فى حالات استثنائية، وحتى فى هذه الحالات، قال بعضهم بضرورة تنصيب خصم مسخر عن المدعى عليه الغائب، ترفع فى مواجهته الدعوى. ولذا لا يرون جواز القضاء على الغائب، وسيأتى تفاصيل هذا فى الباب الرابع، إن شاء الله.

وفى هذا الباب الثالث أريد أن أوضح طرق إحضار المدعى عليه، وأقسمه إلى أربعة فصول:

(١) نظرية الدعوى ١/٣٠١.

(٢) نظرية الدعوى ١/٢٨١، ٢٨٥، ٢٨٦.

(٣) والصفة تعنى كون المدعى والمدعى عليه ذا شأن فى القضية المرفوعة إلى القاضى.

(٤) معين الحكام ص ٥٨، الجامع الكبير ص ١٢٠.

الفصل الأول

فى كيفية إحضار المدعى عليه فى الشريعة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

فى دعوة المدعى لخصمه المدعى عليه

إذا أراد المدعى حضور المدعى عليه إلى مجلس القضاء، فينبغى له أن يدعوه بأحسن الطرق لأنه يدعوه إلى حكم الله وسبيله (١).

ويجب على المدعى عليه إيجاب دعوة المدعى بدون تأخير (٢) والأصل فى ذلك قوله عز وجل : ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ* وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ* أَفَى قُلُوبُهُمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحْيِفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ* إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (٣).

فهذه الآيات الكريمة تدل على وجوب قبول دعوة التحاكم إلى الله ورسوله، وتحريم الإعراض عنه، وفى تفسير هذه الآيات يقول المازرى (٤) المالكى: إن فيها دليلا على من دعى إلى حاكم، فعليه الإجابة ويحرج أن تأخر أي يا ثم (٥).

(١) نظرية الدعوى ٨٣/٢، ٨٤.

(٢) تبصرة الحكام ٢٠٣/١، كشف القناع ١٩٢/٤.

(٣) النور، الآية: ٥١-٤٨.

(٤) وهو محمد بن على بن عمر التميمى المازرى المعروف بالإمام، كان حافظا نظارا مجتهدا فى المذهب، له مؤلفات كثيرة، أهمها "شرح التلقين، للقاضى عبدالوهاب، وشرح البرهان، لإمام الحرمين، والمعلم شرح صحيح مسلم"، توفى سنة ٥٣٦هـ (الديباج المذهب ص ٢٧٩).

(٥) تبصرة الحكام ٣٠٢/١.

وروى عن الحسن البصرى (١) - رحمه الله - أنه قال: كان الرجل إذا كان بينه وبين الرجل منازعة، فدعى إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو محق أذعن (٢)، وعلم أن النبي عليه السلام سيقضى له بالحق، كان يذهب إليه عليه السلام، وإذا أراد أن يظلم وعلم أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - سيحكم عليه، أعرض وقال انطلق إلى فلان، فأنزل الله هذه الآية، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : "من كان بينه وبين أخيه شيء، فدعى إلى حاكم من حكام المسلمين، فأبى أن يجيب، فهو ظالم، لا حق له" (٣).

ولهذه الواقعة المروية عن الحسن البصرى - رحمه الله - أشباه عديدة في زمننا نحن، ومثال ذلك الرجال الكبار في منطقتنا "مالاكند" في الأقليم الشمالى الغربى (NWFP) فعندنا ثلاثة قوانين: القانون الباكستانى أى: القانون الذى يجرى فى باكستان عامة، والقانون الإسلامى (الشريعة)، والقانون الخاص بهذه المنطقة المسمى بـ (JIRGA LAW) وهو يعنى عرف ساكنى هذه المنطقة (٤).

فإذا وقعت المنازعة بين الرجل الكبير "خان" (٥) وبين رجل آخر عادى، وهذا الخان يعرف أن الشريعة ستقضى له، فقال لخصمه: نحن مسلمون وآباؤنا وأجدادنا كانوا مسلمين، تعال، نتحاكم إلى شريعة الله، وإنه إذا عرف أن الشريعة ستقضى عليه،

(١) هو الحسن بن أبى حسن البصرى أبو سعيد، ولد فى ٢١هـ، أحد أئمة التابعين، كان عابدا ناسكا كثير العلم، روى من المراسل كثيرا، وأن معظم مراسله عن على بن أبى طالب، (خلاصة التهذيب ص ٦٦).

(٢) أذعن بالحق أى أقر به. (المنجد مادة "ذ ع ن").

(٣) سنن الدار قطنى ٤/٢١٤، وهذا حديث مرسل ولكنه ورد متصلا من طريق الحسن نفسه عن سمرة بن جندب.

(٤) قد نسخ قانون تطبيق الشريعة لسنة ١٩٩٤م، كل القوانين الوضعية فى مالا كند.

(٥) انظر عن هذه الكلمة فى الصفحة التالية تحت هامشية رقم (١)

فقال لخصمه، نحن من قوم "بختون" (٢) لنا عرف خاص، تعال: نتحاكم إلى عرفنا وقانوننا، ونذهب إلى بعض رجال من قومنا كي يقضوا بيننا.

هذا، وكما نعرف أن التكليف بما لا يطاق ممنوع في الشريعة ولذا لا يجب على الخصم الحضور على كل حال، بل يسقط عنه الحضور إن كان معه عذر شرعي معقول، وقد ذكر فقهاؤنا بعضاً من تلك الأعذار منها.

- ١- المرض الشديد: وهو المرض الذي لا يستطيع المطلوب الحضور معه (٣).
- ٢- زوال العقل بالعوارض السماوية والعوارض المكتسبة، كالجنون والإغماء، والسكران

٣- إذا كان المطلوب امرأة محتجة، لأنها من كثرة الحياء إما لا تأتي إلى مجلس فيه رجال، أو لا تجترئ عن تقديم حججها وإن حضرت المجلس، ففي هذه الحالة خشية ضياع حقها، وقد ورد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها" فلم يكلفها بالحضور، وإنما بعث إليها رسولا (٤).

وأضيف إلى ذلك أحوال الذين لهم وظائف في خارج البلد، ولا يستطيعون المجيء إلا بإذن كفلائهم والمستخدمين لهم.

(١) هذا اسم عام لأصحاب الثروة الضخمة والأراضي الواسعة، وهم كانوا يؤثرون على المحاكم القانونية قبل قانون تطبيق الشريعة لسنة ١٩٩٤م.

(٢) "بختون" اسم جمع للذين يتكلمون باللغة البشتوية، لهم أعرافهم يتميزون بها عن غيرهم.

(٣) نظرية الدعوة ص ٧٥، وما بعدها نقلاً عن روضة القضاة للسمناني.

(٤) ورد هذا الحديث عن أبي هريرة، وزيد الجهني، انظر مسلم بشرح النووي ٢٠٧/١١، صحيح البخاري بفتح الباري، ١٥٧/١٣.

وقد ظهر مما تقدم، أن الأصل هو إجابة المدعى عليه لدعوة المدعى بالنسبة إلى التحاكم إلى حكم الله، وإليه ذهب جمهور الفقهاء غير أن بعضهم قالوا بعدم وجوب الإجابة^(١) ومذهب الجمهور أرجح لقوة أدلتهم، ولكنهم أيضا فرقوا بين أحوال مختلفة فقالوا:

١- إن المدعى عليه المطلوب إن كان يعرف بأنه ليس عليه حق للمدعى، فلم تجب عليه الإجابة، ولم يحرم عليه الإمتناع^(٢).

٢- وإذا كان المدعى عليه المطلوب يعرف أن عليه حق للمدعى، ولكن القيام به يتوقف على حكم الحاكم، فحينئذ تجب عليه الإجابة، والإتيان إلى مجلس القضاء إذا دعاه خصمه، كما إذا دعى من أجل تقرير نفقة قريب، ولكنه إذا دعى لتقرير نفقة الزوجة، كان مخيرا بين الإجابة وبين إبانته^(٣).

٣- وإذا كان على المطلوب حق للمدعى، فهذا الحق إما يكون مما يتوقف قيامه على حكم الحاكم أم لا؟ ففي الأول يجب عليه أدائه إن كان قادرا على الأداء، ولا يجوز فيه المطل، لأنه ظلم لقوله - صلى الله عليه وسلم -: "مطل الغنى ظلم"^(٤) ولأن حضور مجلس القضاء يصعب على كثير من الناس، وكذلك لا ينبغي أن يشغل القاضى ومحكمته فى مثل هذه القضايا قليلة الشأن.

وفى الثانى أى إذا كان الحق مما يتوقف قيامه على حكم الحاكم تجب على المطلوب إجابة خصمه كما بينته فى الجز ٢ آنفا.

(١) تحفة المحتاج ١٠/١٩٠.

(٢) قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام ٢/٣٠، تبصرة الحكام ١/٣٠٥.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) رواه مالك، وأصحاب السنن إلا الترمذى عن أبى هريرة، انظر المؤطا ص ٤١٨، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٢٢٧، ٢٢٨، وسنن أبى داود مع معالم السنن ٣/٢٥.

٤- ولا تجب على المدعى عليه المطلوب الإجابة، أن عرف أن القاضى سوف يحكم عليه بالبطل، بناء على الحجج الظاهرة، والشهادة الزور، وأمره مفوض إلى الله، وقال بعض العلماء: إنه يحرم عليه الحضور والإجابة إذا كان الأمر متعلقا بالدماء أو الفروج أو الحدود وسائر العقوبات الشرعية(١).

وفى ذلك يقول النواب محمد صديق حسن خان القنوجى البوفالى(٢): "وأما إذا لم يكن فى ذلك المكان (مكان المدعى والمدعى عليه) قاض، بل كان فيه من القضاة ممن لا يتعلل الحجة الشرعية إذا جاءت، فهذا وجوده كعدمه، وترافع الخصمين إليه جهل على جهل، ولو كشف للخصمين أن القاضى لا يعلم الشريعة، لم يتخاصما إليه، والواجب أن يكون التخاصم إلى من هو أعلم منه بالمسائل الشرعية المأخوذة عن الأدلة، لأن التوسع فى علوم القرآن وتفسيره، والتبحر فى السنة المطهرة لا بد منهما لمن يدعى أنه يقتدر على الحكم بين الخصمين"(٣).

٥- دعوة المدعى للمدعى عليه المطلوب لا يخلو عن حالتين: الحالة التى لم يذكر فيها الحق المدعى به، والحالة التى ذكر فيها، ففي الأولى لا يعرف المدعى عليه الحق المدعى به، فحينئذ تجب عليه إجابة الدعوة والحضور إلى مجلس القضاء، وفى

(١) تبصرة الحكام ١/٣٠٥، قواعد الأحكام لعز بن عبدالسلام ٢/٣٠.

(٢) هو محمد صديق خان بن حسن بن على بن لطف الله الحسينى البخارى القنوجى، ولد فى ١٢٤٨هـ / ١٨٣٢م، ونشأ فى فنوج (الهند) وتعلم فى دهلى، وسافر إلى بوفال طلباً للمعيشة، ففاض بثروة وافرة، وتزوج بملكة بوفال، فتمول، ولقب بنواب على الجاه أمير الملك بهادر، له مصنفات عديدة منها، فتح البيان فى التفسير، وعون البارى فى الحديث، وحصول المأمول من علم الأصول فى أصول الفقه، وتوفى فى ١٣٠٧هـ / ١٨٨٩م. ١٨٨٩

(٣) ظفر اللاضى بما يجب فى القضاء على القاضى ص ١٧٥، المكتبة السلفية، لاهور، باكستان.

الثانية يعرف المدعى عليه الحق المدعى به، فإن كان المدعى عليه مقرا به، يجب عليه أدائه ولا يلزمه الحضور إلى مجلس القضاء، وإلا يجب عليه ذلك (١).

وأقول بالإيجاز أن الأصل في المسألة السابقة وجوب الإجابة إلا في حالات ثلاثة وهي:

١- إذا كان المدعى عليه معتقدا وجوب الحق عليه، ويقر به.

٢- وإذا كان قادرا على قضائه.

٣- ولم يكن ذلك متوقفا على حكم القاضي.

وأما ما قلت من وجوب إجابة دعوة المدعى، فأقصد بذلك إنها تجب ديانة لا قضاء، وثمره ذلك، أنه لو امتنع عن إجابة خصمه، ورضى بالإثم فإنه لا يعاقب قضاء، ولا يغرم، ولكن له خزي وعقاب في الآخرة، وحينئذ يجب على القاضي إحضاره جبرا.

ولأن نظرية الآخرة لا يعتقدها أهل القانون، فلم يجب عندهم على المدعى عليه الحضور إلى مجلس القاضي بدعوة خصمه، بل يجب عليه الحضور إن دعى من قبل الحاكم، ونرى إن المدعى عليه يفر من الحضور مع الطلب من القاضي، لأن المجتمعات التي تحكم بالقوانين الوضعية تتكون من الذين لا يخافون الله ولا يؤمنون به، فتظل ناقصة مهما بالغ واضعوا القانون في الاحتياط، فكلما سعى علماء القانون في إنشاء قانون يمنع الناس عن الفرار من الحكم والحضور إلى مجلس القضاء، اكتشف الجناة فنونا من التحايل على القوانين والنظم، وساعدهم على ذلك كثير من وسائل الحضارة المعاصرة، والحق إن هذا النقص لا يستدرك إلا إذا ارتبطت عقول الناس وقلوبهم بالعلم الخبير.

وكل ما ذكرت حتى الآن، كان متعلقا بدعوة المدعى للمدعى عليه وسأبحث في المبحث الآتي عن كيفية دعوة الخصم إلى الحضور من قبل القاضي أو الحاكم.

(١) نظرية الدعوى ٧٧/٢، نقلا عن أدب القضاء.

المبحث الثانى

فى دعوة القاضى للمدعى عليه وكيفية إحضاره

رأينا فى المبحث السابق أن إجابة دعوة المدعى إلى حكم الله واجبة دينيا على المدعى عليه. ولكن إجابة دعوة الحاكم أي: القاضى واجبة ديانة وقضاء لأن الحاكم أو القاضى ممثل للشارع فى تطبيق أحكامه، والله عز وجل يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اطِيعُوا اللَّهَ وَاطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(١).

وقد روى عن ابن عباس وأبى هريرة وغيرهما أن المراد من ولى الأمر فى هذه الآية هم الأمراء، واختاره الطبرى^(٢) والقرطبى^(٣) من المفسرين^(٤).

فثبت من ذلك أن التحاكم إلى شرعه تعالى واجب قضاء كما هو واجب ديانة، ويراد بالواجب القضائى أنه يترتب على التخلف عنه عقوبات دنيوية، كالتعزير والقضاء مع الغيبة عند الجمهور خلافا لأبى حنيفة - رحمه الله - .

ومن هنا ينشأ التساؤل أنه متى يجب الحضور إلى مجلس القضاء، فاختلف الفقهاء فى هذه المسألة، وإنهم وضعوا معايير مختلفة لقرب المدعى عليه وبعده. وإليك بيان ذلك فى أربعة مطالب:

(١) النساء، الآية: ٥٩.

(٢) انظر التفسير الطبرى ٩٨-٩٧/٨.

(٣) القرطبى هو محمد بن أحمد بن أبى بكر الأنصارى، الخزرجى، الأندلسى، أبو عبد الله القرطبى. من كبار المفسرين، ولد فى ٦٧١ هـ فى قرطبة، ثم رحل إلى الشرق، واستقر بمصر، وتوفى فيها، من كتبه، "الجامع لأحكام القرآن" و "الأئمة فى أسماء الله الحسنى"، (الأعلام ٢١٧/٦، ٢١٨).

(٤) تفسير الطبرى ٥٠٨/٨.

المطلب الأول

المذهب الحنفى

إن الأحناف يفرقون بين حالتى المطلوب من حيث قربه وبعده، فإن كان قريباً مسافة الغدوى أي: كان بإمكانه أن يرجع إلى منزله قبل الليل، وجب على القاضى إحضاره بمجرد دعوى المدعى دون أن يطلب منه بيعة أو حجة، وإذا كان بعيداً عن هذه المسافة، لم يجب على القاضى إحضاره بمجرد دعوى المدعى (١)، لأنه كم من المدعين لا يريدون بدعائهم إلا أذية خصمهم، ولذا يجب على القاضى فى هذه الصورة أن يطلب من المدعى بيعة، أو أى شئ آخر حتى يطمئن بصحة الدعوى، وقال بعض الحنفية: إن المدعى لا يطلب منه البيعة، بل يستحلف، فإن حلف يأمر القاضى بإحضار الخصم، وإلا فلا (٢).

والرأى الأول فى مذهب الحنفية قريب من قانون المرافعات الجنائية - باكستان - لأن المدعى حينما يقدم دعواه، لابد أن يستحلف على صدقها وهذا ما يسمى فى القانون بـ (Affidavit)، وأيضاً لابد له أن يقدم بينته، ثم بعد ذلك يجب على القاضى إحضار خصمه، إن اطمئن بصدق دعواه، وإلا ألغى دعواه (٣) وكذلك لابد للمدعى أن يقدم للشرطة بينته وأن يحلف على دعواه (First Information Report) (٤).

(١) قرة عيون الأخيار، للعلامة الفاضل محمد علاء الدين أفندى، ٣١٥/١، طبع المكتبة الماحدية، كويت - باكستان، مباحث المرافعات ص ٣٨-٣٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المواد، ٢٠٠، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤.

(٤) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المواد، ١٥٤، ١٦١، ١٦٤.

المطلب الثانى

المذهب المالكى

والمالكية أيضا يقسمون المدعى عليه المطلوب إلى نوعين:
وهما القريب والبعيد، وحد البعد عندهم مسيرة ثلاثة أيام، وقيل هى مسافة القصر (١).

فإن كان المدعى عليه قريبا، فيجب على القاضى إحضاره ويحضره القاضى قهرا إن غاب بدون عذر شرعى (٢)، وهذا إذا استطاع المدعى تقديم بينة، أو أية حجة بصحة دعواه، وعلم القاضى أن دعواه صحيحة، وإلا لم يأمر القاضى لاسيما فى المواضع البعيدة لأن عديدا من المدعىين لا يريدون بدعاويهم إلا أذية الخصم، فالمالكية فى ذلك موافقون للحنفية.

وإذا كان المطلوب بعيدا بأكثر من مسافة القصر، أو مسيرة ثلاثة أيام، لم يجب على القاضى إحضاره، ونقل صاحب نظرية الدعوى قولا عن سحنون المالكى (٣) أن مسافة البعد عنده ستون ميلا ولا بأس بهذا القول لأن مسافة القصر، ومسييرة ثلاثة أيام، ومسافة ستون ميلا شئ واحد تقريبا.

وظهر من قول سحنون المالكى أن المذهب المالكى رعى الغائب رعاية واسعة، لأن بعد الستين ليس بعدا معقولا، ويسهل إليه الفرار خصوصا فى زمننا هذا، فالجانى

(١) الطريقة المرضية ص ٢٩.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٨٧.

(٣) هو عبدالسلام سحنون بن سعيد بن حبيب القيروانى، ولد فى ١٦٠هـ، أخذ عن كثير من أصحاب الإمام مالك بن أنس، تولى القضاء القيروان فى عهد محمد بن الأغلب سنة ٢٣٤هـ، توفى فى سنة ٢٤٠هـ، (الديباج المذهب ص ١٦٠-١٦٦).

أو المتهم سيفر إلى هذا البعد في ساعة حتى ولو جلس في سيارة الأجرة، وإن كانت له سيارة شخصية فيصل إليه في نصف ساعة أو أقل.

هذا وعلماء المالكية استثنوا من مذهبهم هذا بعض الصور، وجوزوا فيها القضاء على الغائب ولو كان بعيداً، منها:

- ١- إذا كان مع المدعى بيعة، ودعواه مستوفية لشروطها.
- ٢- فإن لم يكن معه بيعة، فقد جعلوا للقاضي الذي رفعت إليه الدعوى أن يكتب لقاضي المنطقة التي يسكن فيه المدعى عليه، ويطلب منه أن يستجبه، ويسجل ما يديه من حجج، ثم يرسلها إليه، ثم ينظر في الدعوى على ضوء ما يصله من قاضي المدعى عليه.
- ٣- وقال بعض المالكية: إنه إذا كان مع المدعى شاهد بدعواه، كتب القاضي إلى المدعى عليه (ولو كان بعيداً) إما أن تحضر أو ترضى خصمك^(١).

لهذا. وقال بعض المالكية بالمدعى عليه الوسيط، وهو من يكون على صافنة أو صيرة عشرة أيام من مجلس القاضي^(٢).

(١) انظر لكل هذه الاستثناءات الثلاثة، نظرية الدعوى ٨٣٨٢/٢.

(٢) تبصرة الحكام ١١ | ١٣٥

المطلب الثالث

المذهب الشافعى

والمدعى عليه المطلوب عندهم أيضا إما يكون قريبا أو بعيدا، والقريب عندهم هو من كان حاضرا فى البلد، أو لا يبعد فوق مسافة الغدوى، وهى المسافة التى يرجع فيها المبكر فى خروجه إلى محله الذى خرج منه فى نفس اليوم الذى خرج فيه^(١).

فيجب على القاضى إحضار القريب شريطة أن لا يعلم كذب المدعى، وأن لا يكون المدعى به مستحيلا عادة وعقلا، ومثاله دعوى الرجل العادى المعروف مسكنته على الرجل المتمول أو الملك مثلا بأن له عليه ثلاثة مليون دولار، ويشترطون أيضا أن لا يكون المدعى عليه مستأجرا لعين، لأن حضوره يعطل حقه فى استيفاء العين المستأجرة بل يجب على القاضى إحضاره بعد مدة الإجارة، والتعطيل المضر عندهم يعنى زمنا تقابله أجرة و ان كانت قليلة^(٢).

وكل ما ذكرت يدل على أن فقهاء المذهب الشافعى بنوا مذهبهم فى القضاء على الغائب القريب على رعاية أحوال المدعى، والمدعى عليه، والمدعى به. وأما الغائب البعيد، فهم يوجبون إحضاره، إذا كان مع المدعى بينة، وكانت دعواه مستوجبة لجميع شروطها الشرعية، فكانهم وافقوا المالكية فى القضاء على الغائب البعيد، ووافقهم فى ذلك الحنابلة أيضا^(٣).

(١) تحفة المحتاج ١٠/١٨٦.

(٢) تحفة المحتاج ١٠/١٨٩.

(٣) المغنى لابن قدامة ٩/٦٢-٦٣، المذهب ٢/٣٠٥.

المطلب الرابع

المذهب الحنبلي

وفقهاء الحنابلة أيضا فرقوا بين المدعى عليه القريب وبين المدعى عليه البعيد، ولكنهم وافقوا الشافعية إلى حد بعيد، فقالوا: إن كان المدعى عليه حاضرا في بلد القاضى أو قريبا منه، وجب إحضاره^(١).

ولهم تفاصيل فى الحكم على الغائب البعيد، قالوا: إن كان المدعى عليه خارجا عن ولاية القاضى (Out of Jurisdiction) لم يكن للقاضى إحضاره، لأنه لا ولاية له عليه، وإن كان له فى بلد الخصم المطلوب خليفة ينوب عنه فى القضاء، فإن كانت للمدعى بيينة، سمعها، وأثبتها، وكتب بها إلى خليفته، فيحكم بينهما على ضوئها، وإن لم تكن له بيينة حاضرة، أمره بمقاضاة خصمه عند خليفته.

وأما إذا كان المدعى عليه فى ولاية القاضى ولكنه كان بعيدا عن بلده، ولم يكن فى بلده نائب عن القاضى، فإنه يطلب من المدعى أن يحرر دعواه، فإن كانت مستوفية لشروطها، أمر القاضى بإحضار الخصم مهما كان بعيدا، ومهما تكلف ذلك من مستنقة^(٢)، إذ لا بد من فصل الخصومة بين المتنازعين وهذا قريب من قانون المرافعات الجنائية - باكستان^(٣).

وقالت الحنابلة، لا يجب إحضار الخصم إذا الشئ المدعى به تافها لا تتبعه الهمة، حتى ولو كان المدعى عليه حاضرا فى البلد أو قريبا منه، لأن ضرورة فوات الحق فى مثل هذه الحالة أخف من ضرر حضور مجلس الحكم^(٤).

وخلاصة هذا المذهب أنه يحضر القريب بمجرد الدعوى، ولا يحضر البعيد إلا إذا حرر المدعى دعواه، واستوفت جميع شروطها.

(١) كشاف القناع ٤/١٩٢، ١٩٣.

(٢) المعنى لابن قدامة ٩/٦١-٦٣.

(٣) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، مواد ٢٠٣-٢٠٤.

(٤) كشاف القناع ٤/١٨٣، غاية المنتهى ٣/٤٤٥.

المبحث الثالث

فى كيفية الإحضار

تقدم أن إجابة القاضى واجبة ديانة وقضاء إذا دعا شخصا للحضور أمامه، ومن هنا ينشأ التساؤل عن كيفية إحضار المطلوب، وخصوصا إذا امتنع، لأنه إذا استجاب لدعوة خصمه، وحضر معه إلى القاضى فلا حاجة حينئذ لأى إجراء يتخذه من أجل حضوره، ولا يتوهم أن المدعى عليه إذا استجاب لدعوة المدعى، فلا حاجة إلى القضاء، لأن إجابة المدعى عليه لا يعنى أنه مقرر بما يدعيه خصمه.

وكلامنا هنا يجرى حول كيفية إحضار المطلوب إذا دعاه القاضى، وامتنع عن الحضور.

فمثلا إذا جاء المدعى شاكيا وقال: يا حضرة القاضى، أن لى على فلان حقا، وهو لا يحضر معى إليك، ويتوارى عني فى بيته، ففى هذه الحالة ينظر فى شكواه، ويسأله عن مكان المدعى عليه، فإذا اطمئن القاضى من بيانه ودعواه، ورأى أن إحضار المطلوب ضرورى، أمر بإحضاره.

وكان القاضى يكتب للمدعى على قطعة طين أو شمع "أجب القاضى فلانا (١)، ثم ترك هذا، وبدأ القضاة يشعرون المدعى عليهم بوجوب الحضور بكتابة قرطاس مختوم يرسلونها إليهم (٢).

ثم إذا اطلع الخصم على الختم المرسل إليه، وجب عليه الحضور ديانة وقضاء كما تقدم وإلا وكل عن نفسه من يرضاه لينوب عنه فى المخاصمة.

وإذا أثبت المدعى أن المدعى عليه تعنت، ورفض الحضور، فإنه يرسل إليه

(١) كشاف القناع ٤/١٩٢، المغنى ٩/٦١، ٦٢، جواهر الكلام، لمحمد حسن بن الشيخ باقر النجفى ٦/٣٣٥، طبع إيران.

(٢) تحفة المحتاج ١٠/١٨٩.

القاضي بعض أعوانه فيحضرونه قهرا إن وجدوه، فإن امتنع من الحضور، وجادل الأعوان، يعزر عند ثبوت امتناعه بغير عذر شرعي^(١)، وإن أعجز الأعوان عن إحضاره، يبعث القاضي إلى صاحب الشرطة أو الوالي، فيحضره إليه^(٢).
هَذَا، وامتناعه يمكن في صور مختلفة:

- ١- يمكن أن يكون له حصن يتحصن فيه، ففي هذه الصورة يخرج الأعداء ويفعلون في ذلك كلما يضطرون إليه، فتضيق عليه، ويسد أكله وشرابه، وحتى يهدم عليه حصنه إذا تأكد وجوده داخل الحصن، لأنه معاند للسلطان^(٣).
- ٢- وإذا لم يتأكد مكانه أي وجوده في مكان معين بل شك في وجوده، أمر السلطان من يثق به عن أهل السلاح بعزل النساء إلى ناحية من موضع الذي يشك وجوده فيه، ثم يشرع في تفتيش ذلك المكان، ويخرجه ليأخذ منه^(٤).
- ٣- وإذا لم يعرف مكانه مطلقا، بعث القاضي من ينادى على بابه ثلاثا، أنه إن لم يحضر في مدة كذا وكذا، سمر بابه، وختم عليه، ويفعل ذلك ثلاثة أيام حتى لم يبق له عذر^(٥).

٤- فإذا فعل القاضي ما قلنا في الفقرة الثالثة، ولم يحضر المطلوب، أرسل إليه شاهدين عدلين مع رسول ثقة ينادى بحضرتهما (يا فلان بن فلان، إن القاضي يقول لك، أحضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم، وإلا نصبت وكيلا يخاصم عنك). ويفعل القاضي ذلك أيضا ثلاثة أيام، فإن لم يحضر، نصب القاضي عنه

(١) القوانين الفقهية ص ٢٨٧. المغنى لابن قدامة ٦١/٩، ٦٢، كشف القناع، ١٩٢/٤.

(٢) كشف القناع ١٩٢/٤، ١٩٣. المحرر في الفقه ٢١٠/٢.

(٣) نظرية الدعوى ٢٨٦/٢.

(٤) الطريقة المرضية، ص ٦٨.

(٥) تحفة المحتاج ١٦/١٠.

وكيلاً، وحكم عليه بحضور وكيله هذا، هذا ما ذهب إليه الشافعية^(١) والحنابلة، وجماعة من المالكية، وأبو يوسف من الحنفية، وعلى قوله الفتوى عندهم^(٢).
وتلك الإجراءات التي ذهب إليها جمهور الفقهاء في إحضار المطلوب لم يتناولها أي نص صراحة، بل إنها مستتبطة من فعل بعض الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - وروى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه أخرج امرأة من الدار لأجل محاكمتها بعد أن امتنعت.
وقد حرم بعض الفقهاء الهجوم على بيت الخصم المطلوب، ودخول داره في جميع الأحوال، بل إنهم سلكوا في ذلك مسلك القانون المدني مع تغير قليل، فقالوا ينصب عنه وكيل ويحكم عليه بحضور وكيله^(٣).

(١) تحفة المحتاج ١٠/١٨٨.

(٢) الطريقة المرضية ص ٢٨. المغنى لابن قدامة ٩/٦١ - ٦٢. جواهر الكلام ٦/٣٣٥.

(٣) نظرية الدعوى ٨٧/٢.

الفصل الثانى

فى طرق إحضار المدعى عليه أو المتهم فى القانون

إن طرق إحضار المدعى عليه أو المتهم تختلف عن بلد إلى بلد وعن قانون إلى قانون ولكن إلى حد قليل، فلقضايا المدنية (Civil Cases) طرق وللقضايا الجنائية (Criminal Cases) طرق، وكذلك للقضايا الدخلية (Revenue Cases) طرق، وأما اختلاف تلك الطرق باختلاف البلدان، فهو اختلاف شكلى أكثر من اختلافها فى الحقيقة، فالقانون الفرنسى قلما يختلف فيها مع القانون البريطانى، والقانون البريطانى يندر فيه خلاف قانون الولايات المتحدة، والقانون الباكستانى بنوعيهما المدنى والجنائى يوافق القانون البريطانى تسعين فى المائة تقريبا، وهلم جرا.

ولكن الفرق بين طرق الإحضار فى القضايا المدنية والقضايا الجنائية فرق مادى، ولذا أذكرها فى بحثين أخص الأول منهما للقضايا الجنائية والثانى للقضايا المدنية، وبحثنا يدور فى هذا حول القانون الباكستانى.

المبحث الأول

فى طرق الإحضار فى القضايا الجنائية

إن القضايا الجنائية تسجل فى محكمة القاضى عن طريقين:

١- عن طريق الشرطة.

٢- عن طريق المدعى مباشرة.

ويسمى الأول بـ (FIR CASES) وهى القضايا التى تتوب فيها الحكومة من جانب المدعى، ويسمى الثانى بـ (Private Complaint) أى الشكوى الشخصية. ولا بد أن يعلم أن المدعى عليه يستخدم له اصطلاح المتهم (accused) فى القانون الجنائى الباكستانى.

وهناك خمسة طرق لإجبار المتهم للحضور وهى:

١- ورقة الاستدعاء (Summons).

٢- المبرر للاعتقال (Warrant of Arrest).

٣- إشعار المتهم وإعلامه بمكتوب خاص إليه وإلى الناس عامة.

(Proclamation for a Person Abscondig)

٤- حجز ممتلكات المتهم (Attachment of Property).

٥- طرق الكفالة والضمان (Bond and Sureties).

واليكم بيان كل هذه الطرق وشئ من تفصيلاتها:

١- ورقة الاستدعاء (Summons)

وهى ورقة مصدرة من محكمة القضاء إلى شخص تطلب منه الحضور إلى مجلس القضاء، وتسمى أيضا بورقة التكليف بالحضور، ويشترط فيها أن تحتوى على شروط^(١) أهمها مايلى:

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة ٦٨.

١- لابد أن تكون مكتوبة مزدوجة، فيرسل إحداها للمطوب، والأخرى تلتصق بملف الدعوى.

٢- مؤقعة من القاضي ومختومة من محكمته.

٣- مبينة لأسماء المدعى عليهم أو المتهم.

٤- مبينة للتاريخ واليوم والمكان الذى قرره القاضي لسماع الدعوى.

٥- مبينة لاسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

فأعوان القاضي يرسلون هذه الورقة إلى الشرطة وهو يذهب بها إلى المطلوب، وهو يوقع على الورقة، ويأتى الشرطة بهذه الورقة إلى محكمة القضاء، وأعوان القاضي يضعونها فى ملف الدعوى.

ولكن إذا ذهب الشرطى بهذه الورقة إلى المطلوب ولكنه لم يجده فى بيته، فسلم الورقة إلى رجل عاقل بالغ من أسرته ، وهو يوقع على الورقة، وإذا لم يمكن هذا، علقها الشرطى على مكان جلى من بيت المطلوب (١).

هذا، إذا كان المطلوب شخصا حقيقيا، وإذا كان المطلوب شخصا معنويا (Legal Person) كالمصانع والشركات، والبنوك، أعطى الشرطى الورقة للمدير أو لنائبه (٢).

٢- المبرر للإعتقال

إذا وقع المطلوب ورقة الإستدعاء، ولم يحضر مع ذلك، أرسل إليه القاضي المبرر للإعتقال (٣)، والمبرر على نوعين: مبرر يمكن قبول كفالة بشأنه ويسمونه بـ (Bailble Warrant) ومبرر لا يمكن قبول كفالة بشأنه (Non Bailble Warrant) ولا بد فيه من اعتقال المطلوب وتقديمه إلى القاضي، إلا إذا نسخ ذلك المبرر من قبل ومن قبل القاضي (٤).

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادتان: ٧١، ٧٠.

(٢) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادتان ٦٩، ٧٣.

(٣) المرجع السابق، المادتان ٧٥، ٢٠٤. وكذلك المادة ٧٦.

والقاضي يخاطب مسئول الشرطة في المبرر بخلاف ورقة الاستدعاء، لأن المخاطب فيها هو المطلوب نفسه^(١)، ويشترط في المبرر ما يشترط في ورقة الاستدعاء مع تغيير يسير ولذا يشترط في المبرر ما يلي :

أ - أن يكون مكتوباً.

ب - موقعا من مصدره.

ج - مبين لاسم الشرطي المأمور بالاعتقال، ومنصبه.

د - مبين للجرائم والجنايات التي اتهم بها المطلوب.

هـ - مبين لاسم المطلوب، وعنوانه ومنصبه.

و - مختوم من المحكمة المصدرة^(٢).

والمبرر يمكن إنجازه وتنفيذه في أي مكان من باكستان، ولا يشترط فيه ولاية القاضي المصدر له^(٣).

هذا، وقد قسم القانون المرافعات الجنائية باكستان الجنائيات ونص أن القاضي يمكن له أن يرسل مبرر الاعتقال مباشرة أي قبل ورقة الاستدعاء^(٤)، في بعض أنواع الجنائيات.

٣. إشعار المتهم وإعلامه وإعلام عامة الناس بمطلوبية المتهم

وإذا شهد الشاهدان أمام القاضي، أن المتهم الذي أمر باعتقاله قد فر أو اختفى ولا يعلم مكانه، ولم يمكن تنفيذ المبرر، واطمأن إلى ذلك القاضي، فينشر في صحيفة، أو جريدة إعلانا يشعر المتهم بأنه مطلوب للقاضي في مكان كذا وفي وقت كذا وفي يوم

(١) المرجع السابق، المادة ٧٧.

(٢) انظر لكل هذه الشروط المادة ٧٥ من قانون المرافعات الجنائية - باكستان.

(٣) انظر المادة ٨٢ من المرجع السابق.

(٤) انظر المادة ٢٠٤ من المرجع السابق.

كذا، ويكتب مكتوبا خاصا لهذا الغرض ويلصقه على مكان جلى أو أى مكان عام من قريته، ولا بد فيه من امهال المدعى، ولا يقل الإمهال عن ثلاثين يوما(١).

٤- حجز الممتلكات

ومن طرق إجبار المتهم للحضور حجز ممتلكاته. ويمكن للقاضى فى أى وقت بعد اشعار المتهم أن يأمر بحجز ممتلكاته المنقولة وغير المنقولة، فإن لم يحضر المتهم فى وقت مقرر له، يأمر القاضى بمصادرة ممتلكاته (Confiscation)، وإن حضر فى الوقت، يأمر القاضى بتخلى الممتلكات(٢).

٥- طريق الكفالة والضمان

والطريق الأخير هو أن تطلب المحكمة من المتهم الكفلاء، والكفالة يمكن أن يكون بالشخص ويمكن أن يكون بالمال، ويسمى الأول فى القانون بـ(Sureties) والثانى بـ(Bonds) (٣).

ويمكن إجراء هذا الطريق بعد حضور المدعى عليه أو المتهم مرة.

(١) المرجع السابق، المادة ٨٧.

(٢) المرجع السابق، المادة ٨٨.

(٣) المرجع السابق، المواد: ٩١، ٩٢، ١٠٧، ٤٩٧.

المبحث الثاني

فى طرق الإحضار فى القضايا المدنية

ونجد ستة طرق لإحضار المدعى عليه (Defendent) فى القانون الباكستانى وهى:

- ١- ورقة الاستدعاء
- ٢- الرسالة
- ٣- المبرر للاعتقال
- ٤- حجز ممتلكات المدعى عليه وبيعها
- ٥- الغرامة
- ٦- الكفالة

١- ورقة الاستدعاء: يمكن للقاضى المدنى أن يحضر المدعى عليه عن طريق ورقة الاستدعاء، هذا بعد تسجيل الدعوى، وإذا كان المدعى عليه فى ولاية قاض آخر، ارسل ورقة الاستدعاء إلى ذلك القاضى وهو يرسلها إلى المدعى عليه (١). ولتسليم ورقة الاستدعاء إلى المدعى عليه طرق معينة، فمن أراد تفاصيلها فعليه الرجوع إلى الحكم الخامس (Order 5) من قانون المرافعات المدنية - باكستان.

٢- الرسالة: ويمكن للقاضى المدنى أن يرسل رسالة مختومة عنه إلى المدعى عليه بدلا من ورقة الاستدعاء (٢).

هذا ولا يمكن للقاضى المدنى أن يرسل مبرر الاعتقال مباشرة فى أية قضية مدنية، كما يفعله القاضى الجنائى، ولكن إذا امتنع المدعى عليه أو الشهود من الحضور، ارسل إليهم المبرر للاعتقال، ويمكن له أن يغرمهم بحيث لا يزيد عن خمس مائة روبية، ويمكن له أيضا الأمر بحجز ممتلكات المدعى عليه وبيعه وطلب الكفالة منه (٣).

(١) قانون المرافعات المدنية - باكستان، المادتان: ٢٧، ٢٨.

(٢) الحكم الخامس، القاعدة ٣٠، (Order 5, Rule 30) من القانون المرافعات المدنية - باكستان،.

(٣) قانون المرافعات المدنية - باكستان، المادة ٣٢.

الفصل الثالث

المقارنة بين الشريعة والقانون في طرق الإحضار

وبعد دراسة طرق إحضار المدعى عليه أو المتهم في الشريعة والقانون، لا نجد فرقاً بينها إلا في بيع ممتلكات المدعى عليه أو المتهم والغرامة المالية عليه. فكتاب القاضي على طين أو شمع إلى المدعى عليه تعنى ورقة الاستدعاء، وإحضاره بمساعدة الأعوان يعنى المبرر للاعتقال والنداء على باب المدعى عليه أو المتهم ثلاثاً يعنى إشعار المتهم وعامة الناس، فالفرق بين الشريعة والقانون في هذه النقاط ليس فرقاً جوهرياً بل يمكن تسميتها بالفرق التطوري، وأما طريقة الكفالة والضمان فلا يوجد أي فرق بين الشريعة والقانون فيها. وأما بيع ممتلكات المطلوب، والغرامة المالية عليه، فإن فقهاء الشريعة لم يجوزوا ذلك لأنه تعزير بالمال، وهو لا يجوز في الراجح عند الأئمة^(١)، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس، فيأكلونه.

وروى عن أبي يوسف رحمه الله^(٢) أنه يجوز للسلطان التعزير بأخذ المال، ومعنى التعزير بأخذ المال على القول عند من يجيزه، هو إمساك شيء من مال الجاني عنه مدة لينزجر عما اقترفه، ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال، كما يتوهم الظلمة، إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي^(٣).

(١) فتح القدير ٢١٢/٤، تبين الحقائق ٢٠٧/٣، حاشية ابن عابدين ١٩٥/٣، البدائع ٦٣/٧، مغنى المحتاج ١٩١/٤، حاشية الدسوقي ٣٥٤/٤، المغنى ٣٣٤/٨، اعلام الموقعين ٩٩/٢.

(٢) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ولد ١١٣هـ، لم يكن في أصحاب أبي حنيفة مثله، وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، تولى قضاء بغداد، وتوفي ١٨٣هـ، وله مؤلفات قيمة، منها: "الأمالى والنوادر، والخراج" (الفوائد البهية، لمحمد عبدالحى الكهنوى، ص ٢٢٥).

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته ٢٠٢/٦.

الفصل الرابع

المقصود بالغائب ومرجع الاختلاف في الحكم عليه
وبيان أن الأصل هو حضور الخصوم

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

المقصود بالغائب

إذا ذكر الغائب عند البحث عنه في الشريعة، تبادر إلى الذهن مفقود الخبر فقط، ولكن أريد بالغائب هنا، الغائب عن محكمة القضاء، ثم لا أقصد بغيابه مجرد الغياب عن مجلس الحكم، لأن الفقهاء يكادون يتفقون على أن الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في البلد لا يصح الحكم عليه ولا بد من إحضاره^(١) ثم المراد منه الغائب الذي عرف مكانه.

نعم، هناك رأى يقول بعمم المقصود بالغائب الذي يجوز الحكم عليه مع غيابه، فجعله يشمل كل غائب عن مجلس القضاء حتى ولو كان قريباً منه، ولكنه رأى مرجوح نادر، وذهب إليه ابن حزم الظاهري رحمه الله^(٢).

(١) تبصرة الحكام ١/١٣٥، القوانين الفقهية ص ٢٨٧، الشرح الكبير ٤/١٦٤ تحفة المحتاج ١/١٨٦، كشف القناع ٤/٢٠٩.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/٣٦٦ وما بعدها، وأما ابن حزم فهو على بن أحمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦-٣٨٤هـ) ولد بقرطبة، ونشأ شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، له مصنفات كثيرة جداً أشهرها "المحلى" في الفقه (الفتح المبين ١/٢٢٤).

المبحث الثانى

مرجع الخلاف في الحكم على الغائب

قد تسببت مبدأ حرية الدفاع في اختلاف الفقهاء في الحكم على الغائب، ومن المعلوم أن المساواة مبدأ أساسى عام في النظام الإسلامى ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾^(١)، وقوله عليه السلام في حجة الوداع: "أيها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد، كلكم لأدم، وأدم من تراب، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، لا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى"^(٢).

ويحفل تاريخ الحضارة الإسلامية بتطبيقات مبهرة لا حصى لها، لهذا المبدأ الذى يخضع له الأمراء مثل ما يخضع المحكمون، ويتمتع به المسلمون وغيرهم^(٣). ومنح الفقه الإسلامى لطرفى الخصومة حق الأداء بحججه فى مجلس القاضى من غير إساءة للقاضى أو للطرف الآخر، ولذا نص الفقهاء على أنه ينبغى للقاضى أن يعطى كل من الخصمين الوقت الكافى لتقديم حججه ودفعه، حتى لا يكون لأحد منهما عذرا بعد الحكم^(٤).

(١) الحجرات، الآية: ١٣.

(٢) انظر مسند الإمام أحمد ٥/٤١١، (سلسلة الكتب الستة).

(٣) انظر مبدأ المساواة فى النظام الإسلامى، د. محمد الشافعى أبو راس ص ١٢٥، ١٤٠ وما بعدها، وانظر أيضا مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الثالث (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م). وفيها بحث تحت عنوان "حقوق الإنسان أمام القضاء فى الإسلام للمستشار البشرى محمد الشور بجى ص ٢٩٢ وما بعدها.

(٤) المبسوط ٦٣/١٦، المغنى ٨٩/٩، تبصرة الحكام ٤٣/١، نظرية الدعوى ٣٣/٢.

والمقصود من ولاية القاضى إيصال الحقوق إلى أربابها فيتعين على القاضى أن يفسح صدره لكل من الخصوم على سواء دون غضب ولا قلق ولا ضجر، وأن يعطى مدة كافية للدفاع لأن الدفاع حق أصيل ينشأ منذ اللحظة التى يواجه فيها الشخص بالإتهام، ويقصد بهذا الحق تمكين الشخص من درء الإتهام عن نفسه إما بإثبات فساد دليل المدعى أو بإقامة الدليل على نقيضه.

والإتهام بطبيعته يقتضى الدفاع، فهو ضرورة منطقية له، وهو من المسلمات فى الشريعة الإسلامية، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعلى كرم الله وجهه: "إذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق" (١) وكتب عمر إلى أبى عبيدة - رضى الله عنهما - "إذا حضرك الخصمان، فعليك بالبينات العدول، والأيمان القاطعة، ثم أثن للضعيف حتى يبسط لسانه ويجتزئ قلبه" (٢).

فكل هذه الأدلة تنص على مبدأ حرية الدفاع، والرأى متفق فى الفقه الإسلامى على أن تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه أمر لازم فى الشريعة الإسلامية، فلا يجوز لأي سبب حرمان المتهم من هذا الحق.

ويشترط فى المتهم أن يكون قادراً على الدفاع، لأن العاجز عن الدفاع كالحرمان منه، وقد بلغ تشدد فقهاء الشريعة فى ذلك إلى حد ما لم يبلغه المعاصرون من رجال القانون، ولذا عقاب الأخرس فى الجرائم الخطيرة ممنوع عند الحنفية مع اكتمال نصاب الشهادة ضده، بدليل أنه لو كان الأخرس ناطقاً فربما إدعى شبهة تدرأ الحد عنه، وأنه غير قادر على إظهار كل ما فى نفسه بالإشارة، بإقامة الحد عليه خلاف العدل (٣).

-
- (١) أخرجه الحاكم وأبو داود وأحمد.
- (٢) الخراج للإمام أبى يوسف، ص ١٢٦، المطبعة السلفية بمصر.
- (٣) مقالة الأستاذ الدكتور البشرى محمد شوربجى، بمجلة كلية الشريعة والقانون، بالقاهرة، العدد الثالث، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

و ورد في المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية للإمام المودودي (١) - رحمه الله - أنه لا يعاقب أحد على ذنب أو جريمة إلا بعد أن يسمح له بالدفاع عن نفسه وتحكم عليه المحكمة (٢).

وإذا كان الأمر كذلك، فالفقهاء اختلفوا في الحكم على الغائب، فذهب بعضهم إلى عدم الجواز، لعدم قدرة الغائب بالدفاع، وحتى هو لا يعلم خصمه ودعواه فثبت من هنا أن مرجع الخلاف بين الفقهاء هو مبدأ حرية الدفاع.

وأما عند أهل القانون، فقد نصت المادة ١٦٨ من قانون المرافعات المصري الصادر في سنة ١٩٦٨م برقم ١٣ أنه (لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه، أو أن تقبل أوراقا أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها. وإلا كان العمل باطلا، ويقرب من هذا مادة ٢٠٤، ٢٣٩، ٢٤١ من قانون المرافعات الجنائي الباكستاني).

(١) المودودي، هو العالم الجليل سيد أبو الأعلى بن سيد أحمد حسن المودودي، ولد في أورنك آباد، (الهند) سنة ١٩٠٣م، أسس الجماعة الإسلامية، باكستان، خالف بعض العلماء الديوبنديين في نظريتهم "إن الأقوام تتشكل حسب الحدود الجغرافية، وقال: إن القوم يتشكل من العقيدة، وكتب في ذلك كتابه الشهير "المسألة القومية" وحكمت المحكمة العدلية العسكرية بإعدامه في سنة ١٩٥٣م من أجل كتابه الذي كتبه ضد المنتبى الباكستاني، غلام أحمد القادياني، ولكن نسخت العقوبة بعد، له مؤلفات عديدة، منها: "تفهم القرآن" في التفسير، و"الرسائل والمسائل" في الفقه، و"الخلافة والملوكية" في السياسة الشرعية والتاريخ، وغير ذلك، ومات سنة ١٩٧٠م. (دائرة المعارف الإسلامية ٧٤١/٢١ وما بعدها) انظر أيضا (أبو الأعلى المودودي، حياته وفكره العقدي، لمحمد بن صادق).

(٢) المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية، ص ٣٧٩ - ٣٨٠، ٥٦٣، طبع لاهور، باكستان.

المبحث الثالث

الأصل حضور الخصمين

وثبت من كل ما تقدم معنا من نصوص فى هذا الفصل أن الأصل هو حضور الخصمين أمام القاضى، وأنه لا يصح للقاضى أن ينظر فى الدعوى مع غياب أحد الخصمين، كما لا يصح له أن يجيب أحدهما فى غيبة الآخر، فإذا تخلف أحد الخصمين عن مجلس القضاء، وهو متعنت فى هذا، جاز للقاضى النظر فى الخصومة، وأن ظل غائبا، كما يجوز للقاضى أن يطلع على الخصومة إذا عرضها عليه المدعى وإن كان خصمه غائبا، ليعرف حقيقتها فإن وجدها صالحة للنظر فيها، استدعى الخصم، وإن وجدها باطلة ردها.

ونجد نفس هذا المفهوم فى قانون المرافعات المدنى باكوستان فالمادة ٢٠٢ تنص على أنه يجب على القاضى أن ينظر فى الدعوى هل له حق القضاء فيها أم لا، فإذا لم يكن له هذا الحق أرسلها إلى القاضى الذى له الحق، وإذا كان له ذلك الحق بنفسه فنظره هل دعوى المدعى صالحة للنظر فيها أم لا، فإن كانت صالحة دعى المدعى عليه حسب مادة ٢٠٤، وإن كانت غير صالحة ردها حسب مادة ٢٠٣.

فإن قيل إذا كان الأصل حضور الخصمين، فكيف أجاز معظم الفقهاء الحكم على الغائب؟

أقول: إن الحكم على الغائب خلاف الأصل، واستثناء من القاعدة العامة، ولكن الفقهاء اشترطوا لذلك شروطا عديدة، واحتفظوا للغائب حق الطعن فى البينة والخصم، والفقهاء حينما لم يجدوا بدا عن الحكم على الغائب خرجوا على الأصل المتقدم دفعا لأشد الضررين، وهو ضياع الحق لو طالت الغيبة وخصوصا إذا كانت الخصومة فى الأمور المستعجلة، فثبت من هنا أن الحكم على الغائب خلاف الأصل.

الباب الرابع

فى موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى الشريعة والقانون
وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فى موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى الشريعة.
وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مذهب الحنفية وأدلتهم.
المبحث الثانى: فى مذهب الجمهور وأدلتهم -
المبحث الثالث: فى مناقشة المذاهب.

الفصل الثانى:

فيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: المقصود بالغائب عند القانونيين.
المبحث الثانى: غياب المدعى عند أهل القانون.
المبحث الثالث: غياب المدعى عليه عندهم.
المبحث الرابع: غياب المدعى والمدعى عليه معا.
الفصل الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون فى القضاء على الغائب.

تمهيد

أتعرض في هذا الباب لصلب الموضوع، وكما ذكرت في الفصل الرابع من الباب الثالث أن الأصل في هذه القضية هو حضور الخصمين إلى مجلس الحكم والقضاء؛ وأن حرية الدفاع أى: الدفاع عن النفس (Self Defence)، والمساواة مبدأً أساسيان في النظام الإسلامي، ولذا اختلف الفقهاء في الحكم على الغائب، وخصوصاً في الغائب البعيد، فمنهم من تمسك بمبدأ حرية الدفاع والمساواة، فذهب إلى عدم جواز الحكم على الغائب إلا في صور قليلة، ومنهم من ذهب إلى جواز الحكم عليه بقيود معينة مراعاة لإعطاء الحق إلى صاحبه في أسرع وقت ممكن، وسدا لباب الفرار للجناة والمجرمين... وإليك تفاصيل هذا الموضوع في خلال الفصول الثلاثة من هذا الباب:

الفصل الأول

فى موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى الشريعة:

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

مذهب الحنفية وأدلتهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

مذهب الحنفية

إن المذهب الحنفى قد تطور فى هذه القضية بعد عصر الطرفين الإمام أبى حنيفة (١) والإمام محمد بن الحسن الشيبانى (٢)، فكان الإمام الأعظم يقول بعدم جواز الققاء على الغائب مهما كان سبب غيابه، حتى ولو كان حاضراً فى البلد ممتنعاً عن الحضور ولم يقدر عليه الوالى، وحتى قال بعدم جواز القضاء على الغائب الذى هرب من مجلس الحكم بعد إقامة البينة عليه (٣).

(١) هونعمان بن ثابت الفارسى إمام العراق وفقه الأمة، قال ابن المبارك: مارأيت فى الفقه مثل أبى حنيفة، وقال القطان: لا نكذب الله، ماسمعنا أحسن من رأى أبى حنيفة، وقال المكي: أبوحنيفة أعلم أهل زمانه، وروى أنه مات فى السجن بسبب رفضه الدخول فى القضاء (خلاصة التهذيب ٣٤٥).

(٢) هو الإمام محمد بن الحسن الشيبانى، ولد بواسط، ونشأ بالكوفة، تفقه على أبى حنيفة، كان أعلم الناس فى العربية والحساب، أخذ عنه الإمام الشافعى علماً كثيراً، وله تصانيف قيمة، منها: كتب ظاهر الرواية، أي المبسوط والجامع الصغير، والجامع الكبير والسير الصغير، والزيادات، توفى سنة ١٨٩ هـ (الفوائد البنية ١٦٣).

(٣) الهداية وشروحها - فتح القدير والعناية ٤٩٣/٥، بدائع الصنائع ٣٩١٧/٨، روضة القضاء وطريق النجاة ١/١٩٠، البحر الرائق ١٨/٧، الأصول القضائية ص ٢٩١-٢٩٤، موجز فى المرافعات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ١٢١-١٢٢، مباحث المرافعات، ١٩١، ١٩٢.

وذهب إلى هذا زيد بن علي (١) وابن شبرمة (٢) وشريح (٣)، وسفيان الثوري (٤)، وهو قول ابن الماجشون من المالكية (٥) وهو أيضا رواية عن الإمام أحمد (٦). وقد جاء في جامع الفصولين للحنفية، الحكم على الغائب لم يجز عندنا سواء كان غائبا عن المجلس، حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد فقط (٧)، والمراد بعدم الجواز عند الحنفية، عدم الصحة لا عدم الحل، وقال ابن نجيم إن المراد منه عدم النفاذ (٨). وما ذكره صاحب جامع الفصولين هو أصل المذهب الحنفي، ويدل على ذلك الاستثناءات العديدة التي وضعوها، والتي هي في حقيقتها حالات تحققت فيها الضرورة أو المصلحة، فاقترض ذلك جواز القضاء على الغائب، ولكن المتأخرين

-
- (١) البحر الزخار ١٢٩/٦، وأما زيد فهو زيد بن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب. (٢) المحلى ٣٦٦/٩، البحر الزخار ١٢٩/٦، وأما ابن شبرمة فهو عبدالله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الكوفي القاضي ثقة فقيه. (٣) المغنى والشرح الكبير ٤٥٥/١١، وأما شريح فهو أبو أمية شريح بن الحارث بن الجهم، تابعي أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يلقه، وقد استقضاه عمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم أجمعين. (٤) المرجع السابق. وأما الثوري فهو أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي الملقب بأمير المؤمنين في الحديث، ولد ٩٥ هـ وقيل ٩٧ هـ، وتوفي سنة ١٦٦ هـ، ودفن في البصرة. (٥) بداية المجتهد لابن رشد ٥١٢/٢. وأما ابن الماجشون فهو عبدالملك بن عبدالعزيز من الماجشون القرشي، مفتي المدينة، تفقه بالإمام مالك بن أنس توفي سنة ٢١٢ هـ (الديباج المذهب ١٤٣، ١٥٤). (٦) المغنى والشرح الكبير ٤٥٥/١١، وأما الإمام أحمد فهو أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، الفقيه المحدث، ولد سنة ١٦٤ هـ، قال فيه الإمام الشافعي: خرجت من بغداد وما خلف بها أفقه ولا أروع ولا أزهد من أحمد بن حنبل، ومن أشهر كتبه "مسند الإمام أحمد بن حنبل"، وتوفي سنة ٢٤١ هـ. (خلاصة التهذيب ص ١٠). (٧) جامع الفصولين ٣٩/١. (٨) البحر الرائق ١٨/٧.

اعتبروا هذه الحالات استثناءات محصورة ومحددة لا تجوز الزيادة عليها، وقال الدكتور محمد نعيم عبدالسلام يسن: لعل الواقع أنها مجرد أمثلة على قاعدة عامة في المذهب، تنص على أنه يجوز القضاء على الغائب إذا اقتضت ذلك الضرورة أو المصلحة أو رفع الحرج^(١)، ولذا أجازوا القضاء عليه إذا حضر مجلس الحكم من يقوم مقامه، والذي يقوم مقامه إما وكيله، أو وصيه، أو من ينوب عنه حكماً لأمر لازم كما لو كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بأن كان ذلك سبباً لثبوت حق الغائب، لأن الحاضر يصير مدعى عليه في ما هو حقه، ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب، فكان الكل حق الحاضر؛ لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به، فيكون قضاء على الحاضر، كمن ادعى على الآخر أنه أخوه، وادعى عليه ميراثاً أو نفقة عند الحاجة، فإن القاضي يقضى بثبوت نسبه من أبيه وأمه مع أنهما غائبان، لأن إثبات النسب ضروري للحكم بالميراث والنفقة، لأنه لا يمكن إثباته إلا بإثبات النسب من الغائب، فنسب الحاضر خصماً عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاً له^(٢)، وفي القريب نقدم أمثلة أخرى لمثل هذه الاستثناءات إن شاء الله. واعترض الماوردي^(٣) وابن حزم رحمهما الله ووافقهما الأستاذ الدكتور محمد رضا عبدالجبار العاني المدرس المساعد بكلية الشريعة بجامعة بغداد، فقالوا: إن الحنفية خالفت أصلهم في مسائل متعددة احتج بها عليهم من قال بجواز القضاء على الغائب^(٤).

(١) نظرية الدعوى ١٠٤/٢.

(٢) فتح القدير ٥/٤٩٤-٤٩٥-٤٩٦، بدائع الصنائع ٣٩١٩/٨.

(٣) الماوردي هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، له مؤلفات عديدة، أشهرها: الأحكام السلطانية، والحاوي في الفقه.

(٤) مجلة كلية الشريعة - جامعة بغداد، العدد السابع ١٤٠١هـ/١٩٨١م، انظر أيضاً أدب

الفاضي ٣١٤/٢، انظر كذلك المحلى، ٣٦٧/٩.

ومن هذه المسائل أن رجلاً لو حضر وادعى أنه وكيل للفلان الغائب في قبض ديونه، وأنكر من عليه الديون وكالته، فأقام الوكيل البينة على صحة وكالته، حكم القاضي بها على الغائب، وجعل للوكيل قبض الدين من الحاضر، ومنها لو أن شافعاً ادعى على الحاضر ابتياع دار من غائب يستحق شفعتها، فأنكر الحاضر الشراء فأقام الشافع البينة بالابتياع وعلى الحاضر بالشراء، أوجب الشفعة للشافع، ومنها أن امرأة لو ادعت أنها زوجة الفلان الغائب، وأن هذا ولده منها، وأقامت البينة، وسألت القاضي أن يحكم لها عليه بنفقتها ونفقة ولدها في ماله الحاضر، جاز للحاكم أن يحكم عليه بذلك وهو غائب، (١).

وأجيب عن ذلك أن المعترضين قد أخطأوا في المثال الأول، لأن الباحث يعرف بأدنى التأمل فيه أنه مثال القضاء للغائب لا عليه، وكلامنا في القضاء على الغائب، وأما بقية الأمثلة فهي كلها حالات تتحقق فيها الضرورة أو الحاجة.

وإليك أمثلة أخرى توجد كاستثناءات من القاعدة العامة عند الحنفية.

١- إذا اشترى شخص من آخر شيئاً، وجعل له خياراً بالرد في مدة معينة، ولكن البائع اختفى، وأراد المشتري الرد في خلال المدة، فله في هذه الحالة أن يطلب من القاضي أن ينصب خصماً عن البائع الغائب ليرد عليه (٢).

٢- إذا كفل شخص آخر للدائن على أنه إن لم يوف المديون دينه في مدة معينة، فإن الدين يكون على الكفيل، فغاب الدائن في المدة المعينة، كان للكفيل أن يرفع الأمر للقاضي، ويطلب منه تنصيب وكيل عن الدائن يسلم إليه، فإذا فعل ذلك، يسبرأ الكفيل (٣).

(١) هذه المسائل قد أوردتها الماوردي وأورد غيرها، فمن أراد تفصيل ذلك فليراجع جامع

الفصولين ٤٠/١ وما بعدها.

(٢) البحر الرائق ٢٠/٧.

(٣) المرجع السابق.

- ٣- إذا جعل الزوج أمر زوجته في يدها أنه إن لم تصلها نفقتها في مدة معينة، فتغيب، فإن القاضي ينصب من يقبض لها نفقتها إذا رفعت أمرها إليه (١).
- ٤- إذا توارى الخصم، فالقاضي يرسل أمينا ينادى على بابه ثلاثة أيام - كما مر- ثم ينصب عنه وكيلًا للدعوى، هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - (٢).
- وأيضًا نقل القاضي ابن أبي الدم عن الحنفية أنهم يجيزون القضاء على الزوج الغائب بنفقة زوجته وأولاده وحتى بنفقة حيوان غاب عنه (٣).
- وأعلق على هذا أن كل هذه الاستثناءات من باب قضاء الأمور المستعجلة، (Cases of emergent nature) ومثاله أيضًا، معاملة الشريكين في البيت يعني إذا كان الأسفل منه لرجل والأعلى لرجل، وخرب بنیان البيت لسبب أو خرب الأسفل بحيث لا يستقيم الأعلى، ويخاف صاحب الأعلى من الهلاك بسبب سقوط السقف الأعلى، فإن كان صاحبه غائبًا ذهب إلى القاضي، وينصب القاضي وكيلًا عن الغائب حتى يكون مراقبًا على الحاضر ونفقته على السقف الأسفل.
- ومثال ذلك أيضًا مسألة الجدار المشترك بين الجارين، وأحدهما غائب، وسقط الجدار، وللحاضر وظيفة في الخارج وبقي وقت في جواز سفره لا يتوقع فيه اتيان صاحبه، أي: جاره، فللقاضي أن يقضى على الغائب، ويأمر الحاضر بعمارة كل الجدار، ويأمر له بنفقته على صاحبه.
- وهذان المثالان ليسا مثالين فقط بل هما من الأقضية التي حصلت فعلا في المحكمة التي أشرف عليها كقاضي.

(١) الأصول القضائية ص ٢٩٠ - ٢٩١.

(٢) البحر الرائق ٢٠/٧.

(٣) نظرية الدعوى ٢/ ١٠٤، نقلا عن أدب القضاء

فثبت من هنا أنه لا يرد على الحنفية أنهم خالفوا أصلهم في المسألة كما يتوهم البعض، بل إنهم أكدوا أصلهم بذكر الاستثناءات، لأن الاستثناء يؤكد القاعدة ويقويها. وإلى ذلك أشار د. محمد نعيم عبدالسلام ياسين بقوله: رأى الحنفية ليس مطلقاً في المنع، وإنما يستثنى كل حالة تدعو فيها الحاجة أو الضرورة إلى إجازة الحكم على الغائب، ويعود إلى القاضي تقدير هذه الحاجة أو الضرورة، وبناءاً على ذلك فإننا نرى أن المذهب الحنفية لم يعد يعطى فرصة لفاسدى الذمم ممن يعتمدون الغياب لمنع الحقوق عن أصحابها، حيث تدخل هذه الحالات فى عداد المستثنيات من الأصل العام (١).

(١) نظرية الدعوى ١٠٥/٢.

المطلب الثانى

أدلة الحنفية

استدل هذا الفريق بأدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة والمعقول:

- ١- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ (١).
- وجه الدلالة أن هذا الذم على وجوب الحضور للحكم، ولو نفذ الحكم مع الغيبة، لم يجب الحضور، ولم يستحق الذم، (٢).
- ٢- ورد عن على - كرم الله وجهه - أنه قال: بعثنى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله! ترسلنى وأنا حديث السن، ولا علم لى بالقضاء، فقال عليه السلام: "إن الله سيهدى قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء" قال: فما زلت قاضياً وما شككت فى قضاء بعد (٣).
- وجه الدلالة فى الحديث أن النبى - صلى الله عليه وسلم - نهاه عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، والقضاء بالحق للمدعى حالة غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، فكان منهيًا عنه، وكانت جهالة كلامه مانعة من القضاء، وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه (٤)، وإذا كان المنع ثابتاً للحاضر الذى لم يقدم حجته، فثبت المنع بالأولى بالنسبة للغائب الذى لم يحضر للتخاصم، ولم يذكر حجته، لأنه قد معه حجة تبطل بها حجة الآخر، (٥).

(١) النور، الآية: ٤٨.

(٢) أدب القاضى، ٣٠٩/٢.

(٣) مسند الإمام أحمد ٢٠٨/١٥، الجامع الصحيح ٦١٨/٣، سنن أبى داود ٤٠٩/٣، سنن ابن ماجه ٤٨٤/٢، وراه الحاكم فى المستدرک فى کتاب الفضائل وقال عن اسناده أنه حديث صحيح الإسناد، انظر أيضا نصب الرأية فى تخريج أحاديث الهداية، ٦١/٤-٦٢، وانظر أيضا فتح البارى، ١٧١/١٣.

(٤) بدائع الصنائع ٣٩١٨/٨، فتح القدير ٤٩٤/٤.

(٥) البحر الرائق ص ٧/٧، مباحث المرافعات ١٩٠، موجز فى المرافعات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ١٢١.

٣- هذا ولعل في قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الصحيح: "إِنَّمَا أَقْضَى عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ" (١)، بعض الحجة لهم وذلك أن القضاء ينبغي أن يبينه القاضى على ما يسمعه من الخصمين، وهذا يقتضى أن يكون الاثنان حاضرين ليتمكن من سماع أقوالهما جميعاً، فيحكم بناء عليها (٢).

٤- ما روى عن عمر بن عثمان بن عفان أنه أتى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - رجل قد فقتت عينه، فقال له عمر: فلعلك قد فقتت عيني خصمك معاً، فحضر خمسه، وقد فقتت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان لك القضاء، ولا يعلم فى ذلك مخالف لعمر من الصحابة (٣).

٥- وذكر ابن التركمانى (٤) أن عمر بن عبدالعزيز قال: إذا جاءك الرجل وقد سقطت عيناه فى يده فلا تقض له حتى يأتى خمسه (٥). وكذلك روى الشعبى عن القاضى شريح أنه كان لا يقضى على الغائب، وهو قول النخعى (٦) أيضاً.

(١) مسلم مع النووى ٥٤٠/١٢. البخارى مع فتح البارى ١٣٤/١٣.

(٢) بداية المجتهد ٤٦٠/٢.

(٣) المحلى ٣٦٨-٣٦٩/٩.

(٤) هو على بن عثمان بن إبراهيم الماردينى علاء الدين الشهير بابن التركمانى ٦٨٣هـ ٧٤٥هـ، كان عالماً شيخاً بارعاً محققاً مدققاً وله اليد الطولى فى الحديث والتفسير وغير ذلك، وله مؤلفات كثيرة منها المنتخب فى الحديث، و"المؤتلف والمختلف" و"كتاب الضعفاء" و"المتروكين" والجواهر النقى فى الرد على البيهقى، (الفوائد البهية ٢٣/١).

(٥) الجواهر النقى ١٤٠/١٠.

(٦) هو إبراهيم بن يزيد النخعى أبو عمران الكوفى الفقيه ولد سنة ٥٠ هجرى وقيل ٤٧ هجرى ومات ٩٦ هـ وكان لا يتكلم إلا إذا سئل. [خلاصة التهذيب ص ٢١]

٦- إن القاضي مأمور بالقضاء بالحق وبنصوص القرآن والسنة، والحق اسم للكانن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت بالبيئة لإحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبيئة حكماً بالحق وكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل المنازعات والخصومات ولم تظهر الخصومة حالة الغيبة لأن الخصومة تتحقق بالإنكار، ولا إنكار إلا مع حضور الخصم (١).

٧- إن حجية البيئة على وجه يوجب العمل بها متوقف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها، والعجز عنه لا يعلم إلا مع حضوره أو حضور نائبه (٢).

٨- إن المدعى عليه إذا كان موجوداً، وسئل عن الدعوى يجوز أن يقربها، فيحكم بمقتضى الإقرار، ويجوز أن ينكر، فيثبت المدعى دعواه بالبيئة، فيكم بمقتضاها، ولا شك أن الحكم بالإقرار يخالف الحكم بالبيئة، إذ الأول يكون قاصراً على المقر، والثاني يتعداه إلى غيره (٣).

وكما قلت في بداية المبحث الأول: إن متقدمي الحنفية، والإمام أبو حنيفة والإمام محمد نفسيهما كانا متشددين بعدم جواز القضاء على الغائب مهما كان سبب غيابه، ولكن لما ظهر أبو يوسف من تلاميذ أبي حنيفة - رحمهم الله - وخصوصاً بعدما تولى القضاء ذهب إلى جواز القضاء على المستتر أو الممتنع عن الحضور بعد المبالغة في طلبه وإحضاره والتوكيل عنه، ولعل اتصال أبي يوسف بالقضاء وممارسته مدة طويلة، كان له أثر فعال فيما ذهب إليه، فلربما أكدت له خبرته العلمية، أن بعض الناس ممن فسدت ضمائرهم يتخذون من الغياب والاستتار وسيلة للهروب من دفع الحقوق إلى أصحابها، ولعل فساد الذمم وقلة التقوى بين الناس في عهود عاشها القاضي أبو يوسف لم تكن موجودة في بيئة أبي حنيفة وعهده.

(١) بدائع الصنائع ٣٩١٨/٨، فتح القدير ٤٩٣/٥، البحر الرائق ١٧/٧، المبسوط ٣٠/١٧.

(٢) الهداية وفتح القدير ٤٩٤/٥.

(٣) الهداية وفتح القدير ٤٩٤/٥، مباحث المرافعات ص ١٩١.

وكذلك ذهب أبو يوسف إلى جواز القضاء على الهارب من مجلس الحكم بعد إقامة البينة عليه خلافا لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (١) وأيد شمس الأئمة الحلواني (٢) رأى أبي يوسف .

وقال الحلواني رحمه الله : إنه أرفق بالناس رعاية لمشاكلهم (٣) لأن الإمام أبا يوسف أصبح قاضى القضاة بعد عهد الإمام الأعظم، وموضع الرفق والعصر والحرص يتحسها من يمارس الحياة القضائية والفصل فى خصومات الناس أكثر ممن يعتمد على التصور والدراسات النظرية.

ولينتبه باحث فقهي أن الاختلاف السالف الذكر يجرى فى الهارب الذى هرب بعد إقامة البينة عليه وقبل الحكم، أما الهارب بعد الإقرار بجريمته وقبل صدور الحكم عليه، فالعلماء متفقون على حجة الحكم عليه والفرق بين المسألتين أن المدعى عليه أو المتهم، له حق الطعن فى البينة التى تقام عليه، وليس للمقر الطعن فيما سبق من اقراره (٤). وبعد الإمام أبى يوسف رحمه الله، ظهر من علماء الحنفية من أجاز القضاء على الغائب غير الممتنع إذا كان بعيدا بتنصيب وكيل ينوب عنه، فيجيب عن دعوى المدعى، فينكر أو يدفع الدعوى (٥) وقد روى هذا المذهب عن خواهرزاده (٦).

(١) ، موجز فى المرافعات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ١٢١ -

١٢٢ ، مباحث المرافعات ص ١٩١ ، ١٩٢ ، نظرية الدعوى ١٠١/٢ .

(٢) هو عبدالعزيز بن أحمد شمس الأئمة الحلواني أو الحلواني نسبة لبيع الحلواء، وهو من أئمة الحنفية الكبار، وله تصانيف عديدة أشهرها، المبسوط ، توفى سنة ٤٤٨ هـ، تاج التراجم فى طبقات الحنفية ص ٣٥ ، والفوائد البهية ص ٦٥ .

(٣) نظرية الدعوة، ص ١٠٢ ، نقلا عن فصول الأحكام للمرغيناني ق ٣٠ ب.

(٤) الفواكه البدرية وحاشية المجانى الزهرية ص ٦٥ .

(٥) البحر الرائق ١٧/٧ ، جامع الفصولين ٥٣/١ .

(٦) هو محمد بن الحسين البخارى، والمشهور بأبى بكر خواهرزاده، كان إماما فى الفقه والنحو، توفى سنة ٤٨٣ هـ وله المختصر والتجنيس والمبسوط، انظر الفوائد البهية ص ١٦٣ .

وأخيرا ذهب كثير من علماء الحنفية المتأخرين إلى أنه ينبغي أن يؤخذ بعين اعتبار المصالح والضرورات في كل حالة على حدة، فإذا اقتضت المصلحة أو الضرورة أن لا يؤخر الحكم إلى وقت حضور الغائب، وجب الحكم عليه إن أقامت الأدلة ضده^(١)، وفي ذلك يقول ابن قاضي سماوة في "جامع الفصولين" ما نصه: "أقول: قد اضطربت أراؤهم وبياناتهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يصف، ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر تبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط، ويلاحظ الحرج والضرورات، فيفتي بحسبها صحة وفسادا مثلا: لو طلق امرأته عن العدول فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره، وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها، لبعده أو لمانع آخر كأن لا يرضى أحد بالوكالة، وكذلك المديون، لو غاب عن البلد وله نقد بالبلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث إطمأن قلب القاضي، وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق من الضياع مع أنه مجتهد فيه، وذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل، ولا يفرط في حقه، فينصب الأولى له ثم الأولى، والله أعلم"^(٢).

وعلم مما تقدم إن للحنفية في القضية أقوالا مختلفة ويجد الباحث اضطرابا في أقوالهم، وهو يتحير حينما يقرأ النص السابق لصاحب جامع الفصولين والذي نقله صاحب البحر الرائق ولهذا السبب اعترض بعض المحققين المعاصرين على الحنفية في المسألة، فهذا هو الأستاذ محمد رضا عبد الجبار العاني يقول: "الواقع أن فقهاء

(١) نظرية الدعوى ١٠٢/٢.

(٢) جامع الفصولين ٦٠/١ - ٦٩.

الحنفية اضطربوا اضطراباً واضحاً في توجيه مذهبهم فمثلاً يقول في فتح القدير: ذكر
 ظهير الدين في فتاواه في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، وذكر شمس الأئمة
 السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ، وفي "مفقود
 خواهرزاده"، لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب إلا أن مع هذا لو نصب وكيلًا، وأنفذ
 الخصومة بينهم، فهو جائز وعليه الفتوى، وبعد أن أورد صاحب فتح القدير هذه النقول
 يعقب قائلاً: والذي يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على
 امضاء قاض لأن نفي القضاء هو المجتهد فيه، فهو كقضاء المحدود في القذف ونحوه.

هذا، وحينما نأتى إلى جامع الفصولين فنقرأ فيه "ادعى على غائب شيئاً ليس
 للقاضي أن ينصب وكيلًا عنه، ولو قضى على الغائب بلا خصم عنه، ففي نفاذ حكمه
 روايتان، والفتوى على نفاذه كما نقله البعض، وذكر بعضهم أنه لا ينبغي للقاضي أن
 يحكم على الغائب بلا خصم إلا أن مع هذا لو وكل وكيلًا وأنفذ الخصومة بينهم، جاز،
 وعليه الفتوى.

وحينما نأتى إلى البحر الرائق فنجد فيه "والقائل بأن الفتوى على النفاذ هو
 خواهرزاده، وفي منية المفتى: القضاء على الغائب بلا خصم فيه روايتان، ويغتنى
 بعدم النفاذ".

وحينما ننقل إلى ابن عابدين، نجده يقر الخلاف في نفاذ الحكم وعدمه مع إثباته
 أن حكم المذهب هو عدم القضاء على الغائب (١).

ولذلك أقرر (يعنى المعترض) عدم انضباط الحنفية في مذهبهم في مسألة القضاء
 على الغائب، فأقول: إن ما نقله المعترض من أقوال علماء الحنفية صحيح، ولكن لا
 يصح أن يقال: إن تلك الأقوال سبب وراء الاضطراب في مذهبهم، بل لا يوجد
 الاضطراب أصلاً، هذا أسميه التطور في المذهب، كما ذكرته في بداية هذا المبحث.

(١) مجلة كلية الشريعة جامعة بغداد، العدد السابع، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، ص ٢٣٠-٢٣١.

والخلاصة ، أن للحنفية فى المسألة معنى فى القضاء على الغائب البعيد غير
المفقود قولين: أحدهما الجواز، والثانى المنع، ولكن القول الثانى هو الراجع، ولكن
هذا رأى الراجع ليس مطلقا فى المنع دائما وإنما يستثنى منه كل حالة تدعو فيها
الحاجة أو الضرورة إلى إجازة الحكم على الغائب، وبناء على ذلك أقول: إن مذهب
الحنفية لم يعد يعطى فرصة لفاسدى الذمم ممن يتعمدون الغياب لمنع الحقوق عن
أصحابها، حيث تدخل هذه الحالات فى عداد "المستثنيات من الأصل العام".

المبحث الثاني

في مذهب الجمهور
وأدلته

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

في بيان مذهب الجمهور

ذهب الشافعية (١) والحنابلة في الصحيح (٢)، والمالكية (٣)، والإمامية (٤) وأكثر
العترة الزيدية (٥) إلى جواز القضاء على الغائب، وبه قال ابن شبرمة، والأوزاعي (٦).
وقال الإمام أحمد - رحمه الله - هو مذهب الحسن البصري، وأهل البصرة، وبه قال
الليث بن سعد (٧)، وهو مذهب الظاهرية (٨) فهو مذهب جمهور الفقهاء، وقد صرح

(١) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦، المهذب ٢/٣٠٣ ومابعدهما، قواعد الأحكام
٢/٤٣، تحفة المحتاج ١٠/١٦٣.

(٢) المغنى والشرح الكبير ١١/٤٥٥، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لابن قسيم الجوزية ٢/٤٣،
الفروع ٣/٨٢٩.

(٣) تبصرة الحكام بهامش فتح العلى المالك ١/٨٦، مواهب الجليل والتاج والاكلیل ٦/١٤٣،
القوانين الفقهية ص ٢٨٧.

(٤) شرائع الإسلام ٤/٨٦.

(٥) البحر الزخار ٦/١٢٩.

(٦) أبو عمرو الأوزاعي اسمه عبدالرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي الدمشقي من فقهاء
المحدثين، ولد ببغداد سنة ٨٨هـ، وأقام بدمشق، ثم تحول إلى بيروت، وتوفي سنة ١٥٧هـ. (معجم

المؤلفين ٥/١٦٣).
(٧) محدث فقيه من أصحاب مالك ابن أنس ولد في سنة ٩٢هـ، وتوفي ١٧٥هـ ومن آثاره التاريخ
ومسائل في الفقه، (معجم المؤلفين ٨/١٦٢).

(٨) المحلى ٩/٣٦٦.

الشافعية بأنه يجوز للحاكم أن يقضى على الغائب فى عموم الأحكام فى المنقول وغير المنقول سواء تعلقت هذه الأحكام بحاضر أم لم تتعلق بحاضر كما يجوز له أن يحكم على الميت وعلى من لا يجيب عن نفسه من صبي أو مجنون (١).

فاتفقت كلمة الجمهور على ما سبق، إلا قولاً قديماً للشافعية تخلى عنه بعد ذلك (٢) وقولاً لابن الماجشون من علماء المالكية (٣) وقولاً ضعيفاً فى المذهب الحنبلى (٤). وهذا ما ذكرناه صحيح من حيث الإجمال فقط لأن الجمهور أيضاً اختلفوا فيما بينهم فى بعض التفصيلات والفروع، وقبل أن أذكر أدلة الجمهور، أقدم مواضع الاتفاق ومواضع الختلاف بينهم، ولذا نود أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مواضع الاتفاق والاختلاف عند الجمهور:

أ - مواضع الاتفاق:

١- معظم الفقهاء اتفقوا على أن الغائب الذى يجوز القضاء عليه هو البعيد (٥) ومعلوم أن حد البعد يختلف عندهم، فقال المالكية، يعتبر قريباً من لم يبعد عن مجلس القضاء أكثر من مسيرة ثلاثة أيام بشرط أن تكون الطرق آمنة، وإلا فإن هذه المسافة تعتبر بعيدة (٦) وللشافعية فى هذا قولان: القول الأول: هو مسافة القصر حد البعد (٧)،

(١) أدب القاضى ٣٠٦/٢.

(٢) نظرية الدعوى ١٠٧/٢. نقلاً عن أدب القاضى لابن أبى الدم.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٨٧، بداية المجتهد ٤٦٠/٢.

(٤) المحرر فى الفقه ٢١٠/٢، نظرية الدعوى ١٠٧/٢، نقلاً من الإفصاح عن معانى الصحاح ص ٤٣٠.

(٥) نظرية الدعوى ١٠٧/٢.

(٦) تبصرة الحكام ١٣٥/١، الشرح الكبير ١٦٢/٤، الطريقة المرضية ص ٤١.

(٧) تحفة المحتاج ١٨٦/١٠.

والثاني: أن حد البعد هو مسافة الغدوى، وهي المسافة التي لا يرجع مبكر منها إلى موضعه الذي أبكر منه أوائل النهار (١)، وقال الحنابلة: إن حد البعد هو ما زاد عن مسافة القصر (٢).

٢- واتفقوا أيضا على جواز القضاء على الممتنع والمستتر والهارب بعد حضوره المجلس (٣).

٣- ويقوم الاتفاق بينهم أيضا في بعض الشروط المطلوبة من أجل صحة القضاء على الغائب مثلا أن يكون مع المدعى على الغائب بينة شرعية على دعواه (٤)، وأن لا يكون المدعى به حقا من حقوق الله الخالصة أو فيه حق الله غالب وغير ذلك (٥) كما اتفقوا على أنه لا تقبل دعوى المدعى على الغائب إذا ذكر فيها أن خصمه مقرر بما يدعيه عليه، وذلك لأن الإقرار يناقض سماع البينة، وموضعها عند الإنكار فقط، ولا تقام على مقرر (٦).

ب - مواضع الاختلاف عند الجمهور

١- فقد ذهب المالكية مذهباً مختلفاً عن سائر المذاهب التي تجيز القضاء على الغائب بتصنيف الغيبة إلى أقسام ثلاثة: قريبة ومتوسطة وبعيدة، فالقريبة هي المسافة التي تستغرق ثلاثة أيام أو أقل من أجل قطعها، والمتوسطة هي ما يكون فيها الغائب

(١) المرجع السابق، وأيضاً انظر فتح المعين وإعانة الطائين ٢٣٣/٤.

(٢) كشف القناع ٢٠٨/٤، كشف المخدرات ص ٥١٣.

(٣) نظرية الدعوى ١٠٨/٢، وما بعدها.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٨٧، المذهب ٣٠٤/٢، الفروع ٨٢٨/٣، كشف القناع ٢٠٨/٤، تحفة المحتاج ١٠/١٦٤.

(٥) تحفة المحتاج ١٠/١٨٨، جواهر الكلام ٣٥٠/٦، النجاشي المذهب ١٩٣/٤، كشف المخدرات ص ٥١٤.

(٦) الفروع ٨٢٨/٣، تحفة المحتاج ١٠/١٦٤.

على مسافة عشرة أيام مع أمن الطريق، والبعيدة هي ما يكون فيها على مسافة أربعة أشهر.

فلا يصح القضاء على الغائب في الأولى ويصح في الثانية والثالثة (١)، ولا يوجد هذا الفرق عند الجمهور الآخرين.

٢- ومما اختلف فيه، أن المدعى على الغائب إذا قدم بينة هل يجب القضاء بمقتضاها أم لا بد من طلب اليمين من المدعى على أن حقه على خصمه لم يسقط بأى سبب من أسباب السقوط المعروفة.

فذهب المالكية والشافعية إلى عدم جواز القضاء بمقتضى بينة المدعى بل لا بد عندهم من تحليف المدعى على دعواه (٢).

وفي المذهب الحنبلي روايتان، أحدهما: أن المدعى لا يستحلف بعد تقديم البينة وتركيتها، وثانيهما: تحليف المدعى على صحة دعواه (٣).

٣- ومما اختلفوا فيه من شروط صحة القضاء على الغائب أنه هل يشترط أن يذكر المدعى في دعواه إنكار الخصم الغائب، فيشترط هذا عند الحنابلة، وعند الشافعية قولان: وفي أحدهما يقولون: إنه لا بد من تصريح المدعى بإنكار خصمه الغائب، لأن البينة لا يحتاج إليها إلا عند الجهود (٤).

٤- وأيضا اختلفوا في تنصيب الوكيل عن الغائب ليدفع عنه.
فعند الحنابلة لا يجب على القاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب البعيد (٥).

(١) تبصرة الحكام ١/١٣٥.

(٢) جواهر العقود ٢/٣٦٠-٣٦١، نظرية الدعوى ١١١/٢.

(٣) نظرية الدعوى ١١١/٢.

(٤) مغنى المحتاج ٤/٤٠٧.

(٥) المغنى لابن قدامة ٩/٦١-٦٢.

وللمالكية قولان: أحدهما لابن القاسم وهو أنه لا يجب على القاضي أن يقيم للغائب وكيلًا يقوم بحجته، والثاني لسحنون وهو أنه ينبغي عليه تنصيب وكيل يقوم بحجته ويدافع عنه ويطعن في بيعة المدعى (١).

وللشافعية أيضا قولان (٢)، يقول ابن أبي الدم: " فإذا انجزت دعوى المدعى، هل يحتاج إلى نصب مسخر يأذن له القاضي في الجواب عن الغائب، فيه وجهان مشهوران " ثم نقل عن بعض علماء الشافعية قولهم، إن الأصح عدم النصب، والمختار هو النصب، لأن الدعوى تستدعى جوابا، وقد تعذر جواب الغائب، فمن نصبه الحاكم، يقوم مقامه منكرًا.

وتظهر من بعض كتب الشافعية أن تنصيب الوكيل من الغائب جائز فقط وليس بواجب، ولذا لا يتوقف صحة القضاء عليه (٣).

وأما ما ذكرته من مواضع الاتفاق والاختلاف بين الجمهور آنفا، فأود أن أذكر في هذا المقام أوجه الخلاف فقد تسبب شروطهم لصحة القضاء على الغائب وراء ذلك الاتفاق والاختلاف^١ فللشافعية شروط خاصة ووافقهم الحنابلة فيها، أما المالكية فقد وافقهم في بعضها وخالفهم في بعضها الآخر وإليك بيان ذلك.

(١) تبصرة الحكام ١/١٣٥.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٢٠٧.

(٣) تحفة المحتاج ١٠/١٦٥، مغنى المحتاج ٤/٤٠٧.

المطلب الثاني

شروط صحة القضاء على الغائب عند الجمهور

- ١- أن يبين المدعى ما يدعى به قدرا ونوعا ووصفا ويصرح بأنه يطالب بحقه (١).
- ٢- أن يكون للمدعى حجة في دعواه لأن القاضى ليس له قضاء إلا أن يستند قضاؤه إلى الحجة المعتبرة (٢).
- ٣- أن يدعى المدعى جهود المدعى عليه للحق المدعى به ولا يكلف إقامة البينة على هذا الجحود، ويقوم مقام الجحود ما فى معناه كما لو اشترى عينا وخرجت مستحقة، فادعى الثمن على البائع الغائب، فلا خلاف أنها تسمع وإن لم يذكر الجحود لأن إقدامه على البيع كاف فى الدلالة على الجحود (٣).
- ٤- أن يحلف المدعى أنه لم يبرئ من الحق، لأنه يجوز أن يكون حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء أو قضاء أو حوالة (٤).
- ٥- أن لا يكون المدعى عليه مقرا بالحق الذى عليه للمدعى لأن الدعوى لا تسمع على مقر بالحق الذى عليه، لكن لو كان للغائب مال حاضر أو أقام المدعى البينة على دينه لأجل أن يوفيه القاضى حقه، فإن دعواه تسمع وإن قال إن المدعى عليه مقر، كذلك تسمع دعواه لو قال إنه مقر بالحق لكنه ممتنع عن الوفاء (٥).

(١) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦، المذهب ٢/٣٠٣.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦.

(٣) مجلة كلية الشريعة جامعة بغداد ص ٢١٥-٢١٦، العدد السابع ١٤٠١هـ/١٩٨١م، مقالة

الاستاذ الدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني.

(٤) المرجع السابق.

(٥) مغنى المحتاج ٤/٤٠٧.

هذه الشروط ذكرها الشافعية ويوافقهم الحنابلة أيضا فيما ذكرته من شروط إلا في تحليف المدعى يمين الاستبراء، فقد صرح الحنابلة في الصحيح بأنه لا يلزم المدعى أن يحلف مع بينته التامة على أن حقه باق ولكن الاحتياط تحليفه، ودليلهم الحديث "البينة على المدعى واليمين على من أنكر" فلم يطالب المدعى بغير البينة (١).

وأما المالكية فقد وافقوا الشافعية في لزوم توجيه يمين القضاء أو الاستبراء التي لا يتم الحكم إلا بها، فقالوا يحلف المدعى أنه ما أبرأ المدعى عليه، ولم يقبل الحوالة منه ولا وكل أحدا في اقتضاء المال كله أو بعضه، والمعتمد في المذهب المالكية أن هذه اليمين واجبة ويقابله أنها يمين استظهار وقالوا: حيث لم توجه للمدعى يمين القضاء، وحكم القاضي، فإن حكمه ينقض ويستأنف ثانيا (٢).

هذا وقد أضاف المالكية شرطين آخرين وهما :

أ - إن القاضي لا يحكم على الغائب ولا يسمع عليه الدعوى إلا أن يكون لهذا الغائب بموضع الحكم مال أو وكيل أو كفيل لأن القاضي لم يول على جميع الناس، بل على بلد خاص، وهذا بالنسبة لمن سافر لمحل انقطع به، أما الذي سافر وغاب ليرجع، فهذا تسمع عليه الدعوى ولو لم يكن له شيء (٣).

ب - لابد للقاضي وهو يقضى على الغائب أن يسمى الشهود الذين شهدوا للمدعى بالحق في حكمه، وذلك ليجد المدعى عليه مدفعا عند قدومه، بتجريح الشهود ولأنه باق على صحته، فإن لم يسمع القاضي البينة وألزم الخصم بالحكم فسخ حكمه ويستأنف ثانيا ، وهذا في الغيبة البعيدة والمتوسطة، وتسمية الشهود عند المالكية شرط لصحة الحكم في أحد القولين وفي قول الآخر مستحب وهو مذهب سحنون (٤).

(١) كشف القناع عن متن الإقناع ٣٥٢/٦، ٣٥٤، الإنصاف ٢٩٩/١١.

(٢) الخرشي وحاشية العدوى ١٧٢/٧.

(٣) الخرشي وحاشية العدوى ١٧٢/٧.

(٤) تبصرة الحكام ٨٦/١، الخرشي وحاشية العدوى ١٧٢/٧.

المطلب الثالث

أدلة الجمهور

واستدل الجمهور لمذهبهم بنصوص عامة من الكتاب والسنة، ووقائع خاصة قضى فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على الغائبين واستدلوا أيضا بالمعقول، وفيما يلي نقدم هذه الأدلة.

١- قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (١).

وجه الدلالة في الآية أن المدعى يقيم البينة على الغائب وما شهدت به البينة على الغائب من فوجب الحكم به (٢)، ويرد عليه أنه شرع من قبلنا فلا يستقيم الاستدلال به والجواب عليه أنه قد ورد في شرعنا ما يؤيده من وجوب الحكم بالحق فيكون شرعا لنا.

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ (٣) وقوله: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾ (٤).

وجه الاستدلال بهذين النصين، وما جاء في معناه إنما يكون بطريق العموم إذ أن وجوب الحكم بالحق يشمل الحاضر والغائب (٥).

٣- قال ابن حزم - رحمه الله - (٦): "ووجدنا الله تعالى يقول: (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) (٧) فلم يخص تعالى حاضرا من غائب، فصح وجوب الحكم على

(١) ص، الآية: ٢٦.

(٢) أدب القاضي، ٣١١/٢.

(٣) المائدة، الآية: ٤٩.

(٤) المائدة، الآية: ٤٨.

(٥) البحر الزخار، ١٢٩/٦.

(٦) المحلى ٣٦٩/٩.

(٧) النساء، الآية: ١٣٥.

الغائب كما هو على الحاضر، وما ندري في الضلال أعظم من فعل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمدا أو خطأ أو أنه غصب هذه الحرة أو تملكها أو أنه طلق امرأته ثلاثا أو أنه غصب هذه الأمة من هذا، أو تملك مسجدا أو مقبرة، فلا يلتفت إلى كل ذلك، وتبقى في ملكه الحرة والفرج الحرام والمال الحرام، إلا أن هذا هو الضلال المبين والجور المتقين، والفسق المتين، والتعاون على الإثم والعدوان".

فهم أي الجمهور استدلوا بعمومات النصوص التي توجب الحكم بالعدل والقسط.

٤- قال ابن حزم - رحمه الله -: (١) صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

الحكم على الغائب كما حكم على العرنين الذين قتلوا الرعاة وسملوا أعينهم، وفروا، فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم، وقضى على أهل خير وهم غيب، بأن يقيم الحارثيون أولياء عبدالله بن سهل - رضى الله عنه - البينة، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خير ويسلم إليهم أو يؤدوا ديته، أو يحلف خمسون من اليهود أنهم ما قتلوه، ويبرءون.

٥- وبما روته عائشة - رضى الله عنها - قالت : جاءت هند بنت عتبة إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله: إن زوجي أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وبني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل على في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله : - صلى الله عليه وسلم - خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك، متفق عليه (٢). قال النووي: استدل به جماعة من أصحابنا وغيرهم على جواز القضاء على الغائب (٣)، وقال العسقلاني: استدل به الخطابي على جواز القضاء على الغائب (٤).

(١) المحلى ٣٦٩/٩.

(٢) فتح الباري ٥١٠/٩، صحيح مسلم بشرح النووي ٧/١٢، المحلى ٣٧٠/٩.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٧/١٢.

(٤) فتح الباري ٥١٠/٩.

وقال ابن رشد: وعمدة من أجاز القضاء على الغائب حديث هند (١).

واحتج بالحديث ابن حزم لوجوب القضاء على الغائب (٢).

فالجمهور يقولون: إن في الحديث قضاء من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على أبي سفيان مع أنه كان غائبا، والذي يدل على أنه قضاء منه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال لهند "خذي ما يكفيك" بصيغة القطع، ولكن فتوى يقال "لك أن تأخذي" (٣).

٦- واستدلوا أيضا بما روى عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - ومعاوية بن أبي سفيان - رضي الله عنه (٤)، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا حضر عنده الخصمان فتوعدا الموعد، فوفى أحدهما ولم يف الآخر، قضى للذي وفى على الذي لم يف (٥) ومعلوم أنه لا يقضى له بدعواه، فثبت أنه قضى له بالبينة وخصمه غائب (٦).

(١) بداية المجتهد ٥١٣/٢.

(٢) المحلى ٣٧٠/٩.

(٣) مغنى المحتاج ٤٠٦/٤.

(٤) هو معاوية بن صخر بن حرب الأموي أبو عبد الرحمن، أسلم زمن الفتح وولى الشام عشرين سنة وملك عشرين سنة، كان خليفا للإمارة توفي سنة ٦٠ هـ، خلاصة التهذيب ص ٣٢٦.

(٥) رواه أبو سعيد النقاش والطبراني في الأوسط، كنز العمال ١٨٣/٣، ومجمع الزوائد

١٩٨/٤.

(٦) جواهر الكلام ٣٠٥/٦.

٧- وقوله عليه السلام "البنية على المدعى واليمين على من أنكر" (١) وجه الدلالة أن اشتراط حضور الخصم زيادة لا دليل عليها، لأن الحديث لم يثبتها، بل ذكر البينة أو اليمين (٢).

ومن آثار الصحابة استدلال الجمهور بما يلي:

١- وروى عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال فى خطبة له "من كان له على الأسيف مال فليأتنا غدا، فإننا بانعو ماله، وقاسموه بين غرمائه" (٣) وكان غائبا (٤).

وجه الدلالة أن هذا الخبر قد انتشر وليس له مخالف فى الناس فكان إجماعا، ويدعم ما قال المارودى قول ابن حزم من أن الصحيح عن عمر وعثمان القضاء على الغائب إذا صح الحق قبله، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك (٥).

٢- وروى عن عمر - رضى الله عنه - أنه حكم فى امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا (٦) ثم تتزوج .

(١) رواه الترمذى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال عنه، هذا حديث فى إسناده مقال، وأخرجه الذرا قطنى بسند فيه الحجاج وهو ضعيف، غير أنه أخرجه عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن شريح عن عمر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعلى كل حال فإن شطره الثانى فى الكتب الستة روي عن ابن عباس واللفظ لمسلم، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه" أخرجه البخارى فى الرهن وفى الشهادات وفى التفسير، ومسلم وأبو داود والنسائى فى القضاء والتزمذى وابن ماجه فى الأحكام. (انظر الجامع الصحيح ٢٢٦/٣-٢٢٧، سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢، مسند الإمام أحمد ٢١٥/١٥).

(٢) فتح القدير ٤٩٣/٥.

(٣) السنن الكبرى ١٤/١٠.

(٤) مغنى المحتاج ٤٠٦/٤.

(٥) المحلى ٣٦٩/٩.

(٦) مغنى المحتاج ٤٠٦/٤، المحلى ٣٧١/٩.

٣- وروى ابن حزم أن رجلاً كان مع أبي موسى الأشعري، وكان ذا صوت ونكاية في العدو، فغَنِمُوا، فأعطاه أبو موسى بعض سهمه، فأبى أن يأخذ إلا جميعاً، فضربه عشرين سوطاً. ^٩حلق رأسه، فجمع شعره ورحل إلى عمر، فدخل عليه وأخرج شعره، وضرب به صدر عمر ثم قص قصته على عمر، فكتب عمر إلى أبي موسى الأشعري أن فلانا قدم على، فأخبرني بكذا وكذا، فإن كنت فعلت ذلك به فعزمت عليك، إن كنت فعلت به ذلك في ملاء من الناس فعزمت عليك لما جلست له في ملاء الناس حتى يقتص منك، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء، لما جلست في خلاء حتى يقتص منك، فقال له الناس: أعف عنه فقال: لا والله لا أدعه لأحد، فلما قعد أبو موسى للقصاص رفع رأسه إلى السماء، وقال: اللهم قد عفوت عنه (١) ففي هذا الخبر أن عمر رضي الله عنه قضى على أبي موسى وهو غائب وبعث إليه بالحكم لينفذه على نفسه.

قالوا: وهذه أخبار عن الصحابة - رضوان الله عليهم - وفيها قضاء على الغائب، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك (٢).

ومن المعقول استدلو بما يلي:

١- أن سماع البيهقي على الغائب جائز بالاتفاق، فيجب الحكم بها كالبيهقي المسموعة على الحاضر الساكت (٣).

٢- الحكم على الميت والصغير جائز وهما أعجز عن الدفع من الغائب فكان جواز الحكم على الغائب أولى (٤).

(١) المحلى ٣٧٠/٩.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦، المحلى ٣٧١/٩.

(٣) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦، تحفة المحتاج ١٠/١٦٤.

(٤) المرجعين السابقين.

٣- أن منع القضاء على الغائب يفتح باباً أمام المضلين الظالمين يدخلون منه إلى تحقيق مصالحهم وظلمهم، وذلك بأن يمتنعوا عن إيصال الحقوق إلى أصحابها بالهرب والامتناع عن الحضور، والإستتار، وهذا ترفضه روح الشريعة (١).

٤- إن الغائب لو حضر، لكان بين اقرار وإنكار، فإن أقر فالبيئة موافقة وإن أنكر فالبيئة صحيحة، فلم يكن في الغيبة مانع من الحكم بالبيئة في حالتى الاقرار والإنكار، لأن الغائب إذا جاء، فله حق الجرح، فإذا أسقط البيئة بالجرح، ينتقض ما تقدم من الحكم (٢).

٥- إن وجوب دفع الباطل على الفور يقتضى تلبية المدعى إذا كان معه حجة شرعية تشهد له، ولو كان خصمه غائباً، وتأجيل القضاء إلى وقت حضور الغائب يودى إلى إقرار الباطل إلى فترة ممتدة ^{غير} معينة، وهذا لا يجوز، وأحسن ما يؤيد ذلك ما جاء فى كتاب "قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام حيث يقول: "والغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين من الظاليمين، وتوفير الحقوق على المستحقين، والنظر لمن يتعذر نظره لنفسه، كالصبيان والمجانين والمبذرين، فذلك كان سلوك أقرب الطرق فى القضاء واجبا على الفور لما فيه من إيصال الحقوق إلى أصحابها. ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين، وقد تقدم أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبان على الفور، وأحد الخصمين هنا ظالم أو مبطل، وتجب إزالة الظلم والباطل على الفور، وإن لم يكن أثماً بجهله، لأن الغرض إنما هو دفع المفساد سواء كان مرتكبها أثماً أو غير أثم، وكذلك يجب القضاء على الغائب لما فى تأخيرها إلى حضوره من استمرار المفسدة لأن الدعوى إن كانت بطلاق تضررت المرأة ببقائها فى قيود نكاح مرتفع، ولم تتمكن من التزوج، وإن كانت بعثاق، تضررت الأمة والعبد بإجراء أحكام الرق

(١) معنى المحتاج ٤/٤٠٦، أدب القاضى ٢/٣١٢.

(٢) أدب القاضى ٢/٣١٦.

عليهما إلى حضور الغائب، وإن كانت الدعوى بعين تضرر بها بالحيلولة بينه وبينها، وإن كانت بدين تضرر به بتأخير قبضه، وعدم الارتفاق به. ولا فرق بين الغائب والحاضر في إقامة الحجج فإن الظن المستفاد في إقامة الحجج على الغائب كالظن المستفاد من إقامتها على الحاضر، فإن قيل: الحاضر يناضل عن نفسه بالمعارضات والجرح بخلاف الغائب، قلنا لا يجوز ترك ما وجب ظهوره بحجة شرعية، لاحتمال الأصل وعدمه، والحاكم يناضل عن الغائب حسب الإمكان، ولذلك يحلف المدعى، ولا يجوز إهمال الحجج الشرعية لمجرد الأوهام والظنون الضعيفة لما ذكرناه من تقديم الظن القوي على الظن الضعيف في سائر الأحكام" (١)

المبحث الثالث فى مناقشة المذاهب

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

مناقشة الجمهور لأدلة الأحناف

وقد تعرض الجمهور لمذهب الحنفية فى القضاء على الغائب بالإبطال، وأشد من حمل عليهم ابن حزم الظاهري - رحمه الله - فقد حاول تنفيذ حججهم واحدة واحدة، وإليك تفاصيل ذلك فيما يلى:

١- أما دليلهم الأول وهو الآية " وإذا دعوا إلى الله ورسوله .. الآية، فقالوا إن فى الآية ذم لمن يغيب عن الحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور ولم يستحق الذم. فأجاب الماوردي على هذا الإستدلال بوجهين:

أ - إن المراد بالآية "الحاضر" لأن الدعاء يكون للحاضر دون الغائب. ب - أنه ذم المعرضين بالإعراض، وذمهم أحق بوجوب الحكم عليهم من إسقاط الحكم عنهم (١).
٢- وأما مستدلهم الثانى وهو رواية على - رضى الله عنه - وفيه "فلا تقضين لأحد الخمسين حتى تسمع من الآخر" قال ابن حزم - رحمه الله - إن الحديث ساقط من حيث اسناده، لأن من رواه شريك (٢)، وسماك بن حرب (٣)، وحنش بن المعتمر (٤)،

(١) أدب القاضى، ٣٠٩/٢.

(٢) هوشريك بن عبدالله النخعي أبو عبدالله الكوفي، قال ابن معين عنه هو ثقة يغلط وقال العجلي: ثقة، وقال يعقوب بن سفيان: ثقة سيئ الحفظ، مات سنة ١٧٧هـ (خلاصة التهذيب ص ١٤٠).

(٣) هو سماك بن حرب بن أوس البكري، أحد الأعلام التابعين، قال ابن المديني له نحو مائتى حديث، ومات سنة ١٢٣هـ خلاصة التهذيب ص ١٣٢.

(٤) هو حنش بن المعتمر الكنانى، روى عن على وأبى ذر، وروى عنه الحاكم وسماك بن حرب ووثقه أبو داود، وقال النسائي، ليس بالقوى، وقال البخارى: يتكلمون فيه، (خلاصة التهذيب ص ٨١).

فالأول مدلس، وأما الثاني فهو يقبل التلقين، وحنش ساقط مطرح وهذا الحديث أيضا روى من طريق آخر، وفيه القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائي (١)، وهو مجهول لا يدري من هو (٢).

ثم قال: لو صحت هذه الأخبار فليس لمن احتج به متعلق، لأنه ليس فيها أن لا يقضى على الغائب بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجة، وهذا شيء لا نخالفهم فيه، ولا يجوز أن يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه لكن بالذى أمر الله من البيينة العادلة فقط، والماوردي هنا أيضا أجاب على مستدل الأحناف بوجهين:

- أ - أنه قال إذا أتاك الخصمان، فكان الحديث وارداً في الحاضرين فقط.
 - ب - إن اشتراط ذلك في الحاضر، دليل على جوازه في الغائب لعدم الشرط (٣).
- وقال ابن العربي : حديث على - رضى الله عنه - إنما هو مع امكان السماع، فأما مع تعذره بمغيب، فلا يمنع الحكم كما لو تعذر بإغماء أو جنون أو حجر أو صغر (٤).
- وأقول : إن مستدل الحنفية السابق، ليس في المرتبة التي وضعه فيها ابن حزم، ولا شك أن من رواه شريك بن عبدالله، ولكنه وثقه أبو داود (٥) كما وثقه ابن سعد وغيره، وقد روى له البخاري، وقال عنه ابن حجر العسقلاني "احتج به الجماعة إلا

(١) هو القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائي الواسطي ووثقه ابن حبان (خلاصة التهذيب ص ٢٦٦).

(٢) انظر لكل هذا المحلى ٣٦٩/٩ ومابعدها.

(٣) أدب القاضي ٣١٧/٢.

(٤) نقلا عن فتح الباري ١٣/١٧١.

(٥) هو سليمان بن الأشعث الإزدي أبو داود السجستاني حافظ الحديث وقال عنه ابن حبان: أبو داود أحد أئمة الدنيا فقيها وعلماء وحفظاً ونسكاً وورعاً وإنفاقاً مات سنة ٢٧٥هـ، بالبصرة عن ثلاث وسبعين سنة، (خلاصة التهذيب ص ١٢٧).

أن في روايته عن انس لحديث الإسراء مواضع شاذة" وغاية ما قالوه عنه أنه يغلط وسيئ الحفظ^(١)، وأما سماك بن حرب فعلم من أعلام التابعين، له أحاديث كثيرة، وقد وثقه غير واحد من أهل العلم ، وغاية ما قالوا في حديثه أنه مضطرب إذا رواه عن عكرمة^(٢) فقط لا عن غيره.

وكذلك وثق أبو داود حنش الراوى الثالث^(٣) ولم يقل أحد عنه أنه راوى ساقط مطرح، وأما الراوى الأخير أي القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائي فقد وثقه ابن حبان^(٤) وترجم له بعض العلماء، فلا ندرى كيف صار هذا الراوى مجهولا لا يعرفه أحد كما زعمه ابن حزم - رحمه الله .

وهذا الخبر أيضا رواه أبو داود^(٥) وحسنه ابن حجر العسقلاني - رحمه الله -^(٦) وقال الترمذي: إنه حديث حسن.^(٧)

وأما حصر ابن حزم لدلالة الحديث على عدم جواز القضاء بمجرد دعوى المدعى فهو تأويل بعيد، لأن عدم الجواز في مثل هذه الصورة أمر بدهي، لا خلاف فيه لأحد، ولا يعتقد أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استهدفه من وراء كلامه

(١) خلاصة التهذيب ص ١٤٠، هدى السارى ص ٤٠٨.

(٢) هو عكرمة البربري مولى ابن عباس، أبو عبدالله ، أحد أئمة الأعلام مات سنة ١٠٥هـ قال العجلي: ثقة برئ مما يرميه الناس به، خلاصة التهذيب ص ٢٢٩.

(٣) خلاصة التهذيب ص ٨١.

(٤) هو الإمام الحافظ الجليل محمد بن حبان بن أحمد، تولى قضاء سمرقند زمانا، وكان حافظا فقيها، ومن تصانيفه، "المسند الصحيح" و"الضعفاء" و"الجرح والتعديل" مات سنة ٣٥٤هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى ٣/١٣١-١٣٢.

(٥) سنن أبي داود ٣/٤٠٩.

(٦) فتح الباري ١٣/١٤٦.

(٧) الجامع الصحيح ٣/٦١٨.

بالتبرير من حيث هو

لعلى - رضى الله عنه - فإنه ما من أحد في الدنيا يقول بأن المدعى يقضى له بمجرد إدعائه من غير أن تقوم بينة على صحة دعواه^(١).

٣- وأما ما ذكر الحنفية من آثار الصحابة رضوان الله عليهم - فقد ردها ابن حزم أيضا من حيث أسندها، وفي بعض المواقع قصرها في عدم جواز القضاء على الغائب بمجرد دعوى المدعى، ثم أكد أن الثابت عن عمر وعثمان - رضى الله عنهما - هو القضاء على الغائب من غير أن يثبت عن غيرهما من الصحابة خلاف ذلك^(٢).

وأجاب المارودى أيضا عن مستدل الحنفية وهو رواية عمر بن عثمان عن عمر، وفيه "إذا سمعت حجة الآخر بأن لك القضاء"، وقال إنه أى عمر بن عثمان بن عفان ولد ليلة مات فيها عمر بن الخطاب، وإن صح هذا الخبر عن عمر، فليس فيه إلا أن لا يقضى على غائب بدعوى خصمه، وهذا حق لا ينكره أحد فضلا عن أنه صح عن عمر وعثمان بن عفان - رضى الله عنهما - القضاء على الغائب^(٣).

٤- ورد المارودى أيضا ما قدم الحنفية لمذهبهم من المعقول، فقال الحنفية إن الغائب عاجز عن الدفع، ووجوب العمل بالبينة متوقف على هذا العجز، وهو لا يعرف إلا عند الحضور.

فأجاب المارودى وقال: إن حق الغائب ثابت في الإنكار، وجرح الشهود وطعن الحكم عند عودته، أما إذا لم يعد فإن صاحب الحق يطالب بحقه مع البينة المثبتة لهذا الحق، وما وجد القضاء إلا لإعادة الحقوق إلى أصحابها، فعلى القاضى القيام بواجبه الشرعى وهو القضاء على من ثبت عليه الحق سواء كان حاضرا أم غائبا^(٤).

(١) نظرية الدعوى ١٢٣/٢.

(٢) المحلى ٣٧٠/٩.

(٣) أدب القاضى ٣١٠، المحلى ٣٦٩/٩.

(٤) مقالة الأستاذ الدكتور محمد رضا عبد الجبار في مجلة كلية الشريعة جامعة بغداد، العدد

السابع، ١٤٠١هـ/١٩٨١م، ص ٢٣٧، ٢٣٨.

المطلب الثانى

فى مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور

١- أما ما قدموه من الآيات الكريمة التى تدل على إقامة العدل والحكم بين الناس بالقسط، فهى نصوص عامة، ونسلم أنها تشمل القضايا كلها، سواء كانت قضية الغائب أو الخاصر، ولكننا نقول إنها تأمر بالقسط والعدل، والقضاء على الغائب يخالف ذلك.

٢- وأما ما أورده من رواية هند - أبى سفيان فرد كثير من الفقهاء هذا الاستدلال وقالوا: إن إذن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لهند كان إفتاء ولم يكن قضاء لها بذلك، بدليل أن المقضى عليه وهو أبو سفيان كان حاضرا فى البلد ولم يكن متواريا ولا متعززا، لأن الواقعة حدثت بعد فتح مكة لما حضرت هند للمبايعة، وكان أبوسفيان موجودا بها وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبا عن البلد أو مستترا لا يقدر عليه، ولم يكن هذا الشرط فى أبى سفيان موجودا، فلا يكون قضاء على الغائب بل هو إفتاء (١).

وقال بعض العلماء: إن الاستدلال بهذا الحديث على جواز القضاء على الغائب لا يصح، لأن للدعوى شروط الصحة، وقول هند لم يستوف تلك الشروط، ألا ترون أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يطلب منها البيعة ولم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها (٢).

قم قال الجمهور، والذى يدل على أنه قضاء أنه عليه السلام قال لهند: "خذى ما

(١) أحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٦٤/٤، فتح البارى ١٤٦/١٣، شرح النووى على صحيح مسلم ٨/١٢.

(٢) تحفة المحتاج ١٠/١٦٤، مغنى المحتاج ٤/٤٠٦.

يكفيك" بصيغة القطع ولو كان فتوى لقال لها "لك أن تأخذى" لأن المفتى لا يقطع، فلما قطع كان حكماً (١).

فأجاب الحنفية عن هذا وقالوا: إن الحديث ورد بصيغة الفتوى أيضاً، فلم يقطع لها، وذلك أنه ورد في صحيح مسلم (٢) عن عائشة - رضى الله عنها - قالت: "جاءت هند إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله! والله ما كان على ظهر الأرض أهل أخباء أحب إلى من أن يذلهم الله من أهل خبائك، وما على ظهر الأرض أهل خباء أحب إلى من أن يعزهم الله من أهل خبائك، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - وأيضاً والذي نفسى بيده ثم قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل ممسك، فهل على حرج أن أنفق على عياله من ماله بغير إذن، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: لا حرج عليك إن تنفق عليهم بالمعروف (٣)، فإن قوله عليه السلام "لا حرج عليك" من صيغ الإفتاء وليس من صيغ القضاء (٤).

٣- وأما استدلال الجمهور برواية أبى موسى الأشعرى ومعاوية بن سفيان عن النبي عليه السلام وفيه أنه قضى على الغائب الذى لم يحضر. فأجاب الحنفية عن هذا وقالوا:

إن هذا الحديث ضعيف، وقد تكلم فيه غير واحد من أهل العلم وعلماء الحديث (٥) ولونسلم صحته جدلاً فإنه لا يدل على جواز القضاء على الغائب مطلقاً، والذى فيه أن

(١) مغنى المحتاج ٤/٤٠٦.

(٢) هو الإمام فى الحديث مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري، من أشهر تصانيفه "صحيح مسلم" توفى سنة ٢٦١هـ، خلاصته ص ٣٢٠.

(٣) مسلم بشرح النووي ١٢/٩٨.

(٤) نظرية الدعوى ١١٧/٢.

(٥) ورد فى كنز العمال ٣/١٨٣، رواه أبو سعيد النقاش فى القضاء وفيه خالد بن نافع وهو ضعيف، وفى مجمع الزوائد ٤/١٩٨، قال أبو حاتم: ليس بقوى يكتب حديثه وضعفه الأئمة.

من دعى إلى القضاء، فلم يمتثل ولم يأت فى الموعد المحدد للمحاكمة، جاز الحكم عليه مع غيابه وقد تقدم أن المفتى به عند الحنفية هو جواز القضاء على الممتنع والمستتر.

٤- وكذلك استدل ابن حزم - رحمه الله - لمذهبه بقصة العرنيين الذين قتلوا الرعاة الخ....

فهنا أيضا زعم ابن حزم أنه قضاء من الرسول عليه السلام على العرنيين وهم غيب.

ولكن نجد عند الشيخين رواية أخرى وفيها أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعث فى آثارهم وجيئ بهم ثم أمر بقطع أيديهم وأرجلهم، ^{رُفِعَ}وَسُمِرَ أعينهم، وإتكائهم فى الحرة^(١)، ومع تعدد روايات هذه القصة فى صحيح مسلم وغيره إلا أنه لم يذكر فى إحداها إنه عليه السلام قضى عليهم وهم غيب، وإنما أمر بإحضارهم، فأحضروا، فقضى عليهم، ونفذ حكمه فيهم، فإذا علم هذائتين أنه لا وجه للاستدلال بهذه القصة على جواز القضاء على الغائب^(٢).

٥- وكذلك استدل ابن حزم - رحمه الله - لمذهبه بقصة أهل خيبر وقال: إنه عليه السلام قضى عليهم وهم غيب، كما مر قوله.

وقد رد الحنفية هذا الاستدلال وقالوا: إن حادثة القتل وقعت قبل فتح خيبر بدليل أنه ورد فى إحدى الروايات التى أخرجها مسلم فى صحيحه أن هذه الحادثة وقعت فى خيبر عندما كانت فى صلح مع المسلمين^(٣)، وكيف يحضر الحاكم المدعى عليه الذى لا يدخل تحت حكمه وسيطرته.

(١) صحيح البخارى مع فتح الباي ١/١٥٤، صحيح مسلم بشرح النووى ١١/١٥٥، ١٥٧.

(٢) نظرية الدعوى ١١٨/٢.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى ١١/١٥٠.

وفى رواية أخرى لمسلم أنه - صلى الله عليه وسلم - كتب إلى أهل خيبر بأنهم أما أن يدوروا المقتول وإما إن يأذنوا بحرب فأجابوا: والله ما قتلناه^(١)، وهذا هو ما يمكن فعله مع من لم يكن داخلا في دولة الإسلام، وبهذا يكون الاستدال على جواز القضاء على الغائب بهذه القصة استدلالا ضعيفا^(٢).

٦- وأما ما ذكره ابن حزم أن عمر - رضى الله عنه - قضى على الأسيفع وهو غائب.

فأجاب التركمانى عن هذا وقال: إن هذه الحادثة لم يذكر فيها غيبة الأسيفع، فيحمل على أنه كان حاضرا عند الدعوى^(٣).

(١) المرجع السابق، ١١/١٥٠-١٥٢.

(٢) نظرية الدعوى ١١٩/٢.

(٣) يؤيد هذا ما ورد فى السنن الكبرى، فليس فيه ذكر غيبة الاسيفع، انظر السنن الكبرى ٤١/١٠.

المطلب الثالث

الترجيح والرأى المختار

الترجيح والرأى المختار في هذه المسألة لا يمكن أن يكون مطلقا ومؤبدا، لأن الترجيح هنا موقوف على الأحوال والظروف التي يمر بها المسلمون في فصل خصوماتهم هذه الأيام، ورعاية الظروف أمر ممدوح في الأحكام الشرعية حسب ما اقتضته الشريعة وبحيث لا يؤدي إلى مخالفة النص الصريح، وهذا هو الشئ الذي جعل الشريعة الإسلامية ملائمة وكافية لكل زمان ومكان .

وفى ظلال ما سبق، يبدو لى أن مذهب الحنفية أرجح وأقرب إلى الصواب، وذلك لما يلى:

وعلم مما تقدم معنا فى الفصول السابقة إن حضور الفريقين أمر لازم فى القضاء، ويجب على القاضى أن يعطى فرصة لكل واحد منهما لبيان دليله وحجته، وسبق هذا أيضا أن ذم الناس قد فسدت، وعقولهم وطبائعهم لم تبق سليمة، وإن كثيرا من الأشرار يحاولون الفرار من الحكم ولا يحضرون إلى مجلس القضاء، ليس هذا فحسب بل إنهم يهجمون على القضاة ومساعدتهم، ويهددونهم بقتلهم واختطاف صبيانهم كما يهددونهم بقطع وظائفهم وفصلهم عنها عن طريق الرجال الكبار فى الحكومة، ولا شك أن لهؤلاء المفسدين صلة قوية مع بعض رؤساء الحكومة، والمفسد للمفسد أنيس، ولقد رأيت بنفسى أن المجرمين يأوون إلى بيوت هؤلاء بعد ارتكاب الجريمة فرارا من الشرطة، والشرطة تعلم وجودهم فى تلك الأماكن.

وهكذا نجد أنفسنا بين الأصل العام "حضور ^{المختار} الخمسين" وبين الظروف والأحوال الطارئة، وهذا يؤدي بنا إلى القول بأن مذهب الحنفية أقرب إلى الصواب لأن فيه عملا بالأصل العام ورعاية الظروف معا، وثبت مما تقدم من استقراء مذهب الجمهور وأدلتهم أن ذلك الذى اعترضوا به على الحنفية ليس فى محله ولا يرد عليهم.

وقد تقدم لنا فيما سبق أنه لم يقل أحد من الفقهاء سوى الإمام أبي حنيفة بمنع القضاء على الغائب مطلقاً ومن غير استثناء، وذلك أن الرأي الراجح عند الحنفية إنما منع القضاء على الغائب إذا لم تكن هناك حاجة أو ضرورة أو مصلحة تقتضى ذلك، فدخل تحت هذا الاستثناء من الحالات ما يفسد على أى مبطل أو ظالم خطته فى التخلص من إيفاء حقوق الناس فلا يؤخذ عليهم إذن أن مذهبهم يتيح للظالمين تحقيق ظلمهم بالهرب والاستتار والامتناع، لأن كل ذلك يبيح عندهم القضاء على الغائب، وهذا جار عندهم بالنسبة للحاضر فى البلد والغائب عنها، فيجب دعوة كل مدعى عليه مهما كان بعيداً عن مجلس القضاء ، ولكن منعاً للدود وإغلاقاً لباب الأشرار قالوا: يحضر القريب بمجرد الدعوى، والبعيد لا يحضر بمجرد دعائها، وإنما ببيئة الأشخاص أى الإحضار، و أرى أن مادة رقم ٢٠٢، ومادة رقم ٢٠٠ من قانون المرافعات الجنائى باكستان، اللتان تقتضيان من المدعى الحلف على دعواه وأيضاً إقامة البيئة منه على صحة دعواه، كلتاهما مأخوذتان من الفقه الحنفى.

فإذا قارنا هذا ببقية المذاهب نجد خلافاً جوهرياً بينهما، فإن مختلف المذاهب التى ترى جواز القضاء على الغائب لم تذهب إلى وجوب إحضار الخصم البعيد على القاضى إن كان معه بيئة. بل أنهم قالوا بجواز القضاء على الغائب بدون طلب إحضاره، وعلى هذا فإن البيئة التى يقيمها المدعى على الغائب توجب إحضار الخصم فقط عند الحنفية بينما توجب القضاء عند غيرهم، فإذا دعى المدعى عليه بالطرق التى مرت معنا فى الباب الثالث، وامتنع عن الحضور، وتغذر إحضاره، فحينئذ يباح للقاضى أن يحكم عليه وهكذا، فإن تكامل مذهب الحنفية هو فى أن كل غائب بعيد أو قريب يدعى إلى القضاء، ويقضى على كل ممتنع أو مستتر بعد دعوته، وبذلك تسد الطرق على جميع من يحاولون ظلم الناس وهضم حقوقهم بالمماطلة والتغيب لأن المطلوب لا يخلو عن إحدى الصورتين، إما الحضور وإما الامتناع والاستتار، وفى كلتى الصورتين يقضى عليه عند الحنفية .

وأما ما استدلل به الجمهور بأن الباطل يجب إزالته على الفور، فأجاب عنه صاحب نظرية الدعوى، فقال: "صحيح أن الباطل يجب إزالته على الفور، ولكن ينبغي أن يكون ذلك وفقا للكيفية التي أرادها الشارع وهي في مسألتنا السماع من الطرفين المتنازعين، والحكم بمقتضى البيانات الشرعية، ولا يقضى بناء على مجرد السماع من أحدهما دون الآخر إلا إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ واجب ديني ودنيوي عليه وهو الحضور لسماع أقواله، ووجوب الشيء على الفور لا يعنى وجوب فعله ناقصا من أجل الاختصار من زمن تنفيذه، وإنما يعنى وجوب الشروع في أوله وأن استغرق إتمامه زمنا طويلا" (١).

فإن قيل إن دعوة الغائب ومحاولة إحضاره قد يستغرق زمنا تضيق فيه البيانات، وتضيق بذلك الحقوق، فالجواب أن الحنفية لم يمنعوا من سماع البينة عليه كما قدمنا، فلتسمع البينة ولتحفظ بتسجيلها لدى القاضي حتى إذا حضر المدعى عليه بعد دعوته، أعلم بها، وقضى عليه إن لم يكن معه دفع لها، وأما إن يقضى على الغائب من غير دعوته للحضور، ولا إمتناعه عن ذلك، وربما تطول غيبته، وينفذ عليه الحكم في ماله المعروف، ولا يصل إلى علمه كل ذلك إلا بعد مدة طويلة قد يكون المحكوم له قد تصرف بالمحكوم فيه، وفوت عينه فإن هذا الاجتهاد يؤدي إلى ظلم، وخصوصا إذا حضر الغائب وتبين أن له دفعا مقبولا لدعوى المدعى أو بينته، وليس من حاجة إلى سلوك هذا السبيل، فقد تبين أن مذهب الحنفية يراعى جميع هذه الاعتبارات.

وقد وضحت فيما سبق من استقراء أدلة الجمهور أن قياس الغائب بالميت أو الصغير لا يصح، لأنهما لا تصح دعوتهما للحضور لعدم الفائدة، فيكون القضاء عليهما من قبيل دفع ضرورة إيصال الحقوق إلى أصحابها، وعدم إزعاجهم بالانتظار الطويل، على أن الحنفية لا يرون القضاء على الميت إلا في مواجهة وصيه أو وارثه

(١) نظرية الدعوى ١٢٤/٢-١٢٥.

أو من أوصى له بأكثر من ثلث ماله، أو قيم بيت مال المسلمين أن لم يكن له وارث أو وصى، والصغير كذلك لا يقضى عليه إلا في مواجهة نائبه الشرعي (١).

ثم الجمهور يقولون إن للغائب المقضى عليه حق المعارضة وطعن الشهود والجرح عليهم، أقول : لو قضى على الشخص في الجائيات وهو غائب، فعقوبته لا تخلو عن حالتين إما يحد وإما يعزر، وفي كلتي الحالتين كيف يكون تنفيذ العقوبة عليه لأنه غير موجود، والنيابة في العقوبات لا تصح. ولو قضى على الغائب في المعاملات المدنية مثلاً في دعوى عين ما، وأعطى القاضي هذه العين للمدعى، فهل العين، أو هلك المدعى، فهل لا يؤدي هذا إلى مشاكل أكثر من عدم جواز القضاء على الغائب.

والآن بقيت معنا الأخبار والآثار المتضاربة عن الصحابة في القضية، وكل المانع والمجيزين استدلوا بتلك الآثار، أقول إن هذا التضارب أيضاً يؤكد مذهب الحنفية، لأن القاعدة في النصوص المتعارضة التطبيق ما أمكن إن لم يعلم تاريخ نزولها أو لا يعلم تقديمها وتأخيرها عن الآخر، فلعل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين - كانوا يقضون على الخصم الغائب إذا رأوا حاجة لذلك أو عذراً كأن يكون الغائب مفقوداً أو مستتراً أو ممتنعاً، أو كانت حاجة ماسة للمدعى في التعجيل بالحكم له بحقه، وكانوا يرفضون ذلك إذا لم تكن هناك حاجة ماسة، ولهذا صح عن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - أنهما حكما على المفقود وهو غائب، ولم يعلم مخالفتهما ^{في ذلك من الصحابة} في ذلك من الصحابة.

هذا، وأقول إن كل ما نقلت عن المذاهب ينبغي اجراؤه في المعاملات المدنية فقط، لأن المعاملات الجنائية تقتضي احتياطاً أكثر ولا سيما الحدود والقصاص، وأقول في تأييد رأي هذا أن الفقهاء قد جاءوا في القضاء على الغائب بأمثلة جلها مدنية،

(١) الأصول القضائية ص ٤٧.

ونرى أن كثيرا من الفقهاء بل كلهم يقولون في المثال في المسألة (رجل ادعى على غائب ديناً) أو (رجل ادعى على غائب عينا): وغير ذلك.

ولعل استخدامهم لمصطلحات "المدعى" و"المدعى عليه" بدلا عن "المتهم" و"المتهم" أيضا يشير إلى أن الاختلاف السابق يجرى في الأمور المدنية أو في الأمور المتعلقة بالمال فقط (١).

(١)

هذا ما وصلت إليه والله أعلم

(١) هنا بعض الناس يزعمون أن تقسيم الدعوى باعتبار نوع الشئ المدعى لم يكن موجودا ومفهوما عند الفقهاء بل هو من مستحدثات العصر الجديد ونتيجة فكر رجال القانون. أقول إن الأمر ليس كذلك وقد أشار إلى هذا التقسيم ابن قيم الجوزية من الحنابلة (الطرق الحكيمة ص ١٠١-١٠٢) وهو معروف أيضا في الفقه المالكي، فقد قسموا الدعاوى إلى قسمين: دعاوى التهم والعدوان (Complaints) ودعاوى غير التهم والعدوان (Plaints or suits) وخصوا النوع الأول بأحكام زائدة على أحكام الصنف الآخر، كنصاب الشهود، والحبس والتعزير وغير ذلك. انظر (تبصرة الأحكام ١٥٢/٢ ومابعداها) وانظر أيضا (نظرية الدعوى ١٤١/١).

الفصل الثانى

موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى القانون

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

المقصود بالغائب عند القانونيين

يقصد بالغيباب فى قانون المرافعات تخلف الخصم عن حضور ^{إلى} الجلسات التى تنظر فيها الدعوى سواء بنفسه أو هو ووكيله معا (١).

وقد قرر قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى أن غياب الشخص يتحقق بتخلفه عن حضور جميع جلسات المحددة، لنظر الدعوى بشرط:

١ - أن لا يكون قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه، إذ بهذا الإعلان يتحقق علمه اليقيني بها.

ب - أن لا يكون قد قدم مذكرة بدفاعه إذ بدأ يكون قد تحقق علمه بالدعوى. فإذا تخلف المدعى عليه عن الحضور بالجلسة الأولى، وجب على المحكمة تأجيل الدعوى لجلسة تالية يعلنه بها خصمه حتى يعتبر الحكم بعدئذ حضوريا (٢).

واعتبار الحكم حضوريا يعنى أن المحكوم عليه لا حجة له إذا ما عاد ولا قدرة له على الاعتراض، وطعن البينة والحكم.

ولم أجد للفقرة "أ" من شرط القانون المصرى سنداً فى الفقه الإسلامى ولم أر من الفقهاء من يرى أن إعدار الغائب يعتبر مسقطاً لحقه فى الحجة إذا ما عاد وهو الصحيح، لأن الإعدار لا يقطع بسلامة حكم الحاكم على من أعذر، ولأن الحكم لا يصح

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان - المواد ٨٧، ٨٨، ٢٠٤، ٥١٢.

(٢) قانون المرافعات المصرى لسنة ١٩٦٨، المادة ٨٤.

إذا لم يعلم الحاكم رأى الخصمين ، فإذا حكم ببينة المدعى ، فإن حق المدعى عليه يبقى في إقرار أو إنكار هذا الحكم .

وأما الفقرة "ب" فإن لها سنداً في الفقه المالكي لأنهم يرون فيما لو قامت البينة على شخص ثم تغيب ، فللقاضي أن يكتب إليه بما يريد معرفته ، فإذا استكملت حججه فله أن يحكم عليه ، ولا حجة للغائب عند ما يعود .

وإسقاط حق المحكوم عليه في هذا الرأي المالكي إنما هو مبني على أن رأى المحكوم عليه قد علم لدى القاضي ، فإذا ما قضى ، فإنما يقضى بعد معرفة رأى الخصمين .

وقد نصت المادة "٥٥" من قانون المرافعات المدنية العراقية على : (أ - تعتبر المرافعة حضورياً إذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك . - ب - تجوز للمحكمة قبول الخصم الغائب قبل ختام المرافعة في الدعوى) .

وهكذا يعتبر الخصم حاضراً إذا حضر جلسة واحدة من جلسات المرافعة ولو تخلف بعد ذلك ، ولولم يحضر صدور الحكم ، وسبب ذلك أنه بحضوره جلسة واحدة يكون علمه قد ثبت بقيام الخصومة .

وهذا ، مخالف لما نقله الماوردي من الاتفاق على أن المدعى عليه لو حضر جميع الجلسات ، ثم تخلف عن جلسة قرار الحكم ، فإنه لا يقضى عليه إلا مع حضوره . لكن الظاهرية على ظاهر مذهبيهم ، يجيزون القضاء عليه طالما قامت عليه البينة . ^١ وكذلك المالكية - كما مر معنا - يجيزون القضاء على من استكملت حججه ، وإن كان غائباً ، وإن عاد فلا حجة له .

والقانون المصري في المادة "٨٣" من قانون المرافعات وافقه القانون العراقي في الفقرة "أ" مع اعتبار إيداع المدعى عليه مذكرة بدفاعه كحضوره جلسة واحدة أو أكثر في اعتبار الحكم عليه حضورياً ، كذلك وافق قانون المرافعات المصري في المادة "٨٦" أحكام الفقرة الثانية من المادة "٥٥" من قانون المرافعات العراقي المذكورة آنفاً ،

والتي تجيز للخصم الغائب حضور الجلسات إذا ما قدم قبل صدور الحكم ، وذلك لا يختلف مع الفقه الإسلامي لأن الدعوى تنتظر وقد حضر جميع أطرافها.

ويعتبر الشخص غائبا في القانون الباكستاني أن لم يحضر عن الطرق التي بينها في الباب الثالث تحت عنوان "طرق إحضار المدعى عليه في القانون" وانظر أيضا لتفصيل تلك الطرق قانون المرافعات الجنائي باكستان من مادة رقم ٦٨ ، إلى مادة رقم ٩٣ ومادة رقم ٥١٢ ، وانظر أيضا قانون المرافعات المدنية - باكستان - من مادة رقم ١ إلى مادة رقم ٣٠ في الحكم الخامس أي: (Order 5: Rules 1-30).

ووصلت إلى هذه النتيجة بعد استقراء مواد القانون حول حضور الخصمين وغيابهما، إن الخصم يعد غائبا ولو كان موجودا خارج باب المحكمة شريطة إعلامه بالطرق التي وضعها القانون للإحضار.

ثم الغياب لفظ عام يشمل غياب المدعى وغياب المدعى عليه وغيابهما معا، وإليك تفاصيل ذلك فيما يلي.

المبحث الثانى

غياب المدعى عند أهل القانون

يلزم على المدعى الحضور إلى مجلس القاضى المحدد له ولكنه إذا تخلف عن الحضور، فقد تفاوتت التطورات التشريعية الإجرائية حول حاله. ^{نظر} نفى القانون الباكستانى، المدعى إما يكون فى الأمور الجنائية وإما يكون فى الأمور المدنية. فإذا لم يحضر المدعى إلى جلسة محددة له، فيمكن للقاضى أن يؤجل دعواه إلى تاريخ معين، ويمكن له أيضا أن يصدر الحكم بإيقاف المرافعات وبدون أى قضاء فيها (١).

هكذا شأن المرافعات فى القضايا الجنائية فقط، ويمكن له أيضا أن يسمع البينة ويقضى على الخصم الحاضر لأن الحكومة/ الدولة تعتبر مدعيا أو مستغنيا فى القضايا الجنائية، لأنها مسئولة عن حفظ أموال الناس ودمائهم وأعراضهم، ولذا يحضر المحامى الحكومى كالمدعى فى الأمور الجنائية، وقد سماه القانون بمحامى عامة الناس: (Public Prosecutor) (٢).

وفى القضايا المدنية إن لم يحضر المدعى إلى مجلس القاضى فى الوقت المحدد له، ويحضر المدعى عليه فقط وهو لا يقر بما إدعاه المدعى، فيجب على القاضى المدنى أن يصدر الحكم بإسقاط دعوى المدعى أو بإلغائه (٣).

وقد وافق القانون المصرى القانون الباكستانى هذا، فقد نص أنه يمكن للمدعى عليه إبطال جميع الإجراءات التى قام بها المدعى لجلب المدعى عليه أمام المحكمة وإبطال جميع ما تم فى القضية، واعتباره كأنه لم يكن من غير أن يكون لذلك أى أثر

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، مادة رقم ٢٤٩.

(٢) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، من مادة رقم ٤٩٢ إلى ٤٩٥.

(٣) قانون المرافعات المدنية - باكستان، الحكم ٩، القاعدة ٨.

على الحق المدعى به. ويمكن للمدعى عليه أيضا أن يطلب الحكم له غيابيا في أصل الدعوى، وقد يؤدى النظر فيها إلى الحكم على المدعى أوله، وكان القانون يجعل في هذه الحالة حقا للمدعى الغائب المحكوم عليه في معارضة الحكم الصادر عليه^(١)، وقد ذهب قانون المرافعات العراقى مذهباً قريبا من هذا^(٢).

وقد تطور القانون المصرى فأوجب تأجيل نظر القضية لجلسة أخرى، وكلف المدعى عليه الحاضر أن يقوم بإعلام خصمه الغائب بميعاد الجلسة الجديدة، فإن حضر، نظرت الدعوى بحضور الخصمين وإلا جعل للمدعى عليه ذلك الخيار المتقدم في طلب الحكم في موضوع الدعوى أو اعتبارها كأن لم تكن^(٣).

(١) المرافعات المدنية، أبو هيف ص ٥٩١، المرافعات المدنية، محمد حامد فهمى ص ٤٧٣، ٤٧٤.

(٢) المادتان ٥٧، ٦٥، من قانون المرافعات العراقى.

(٣) نظرية الدعوى ١٢٨/٢، ١٢٩، شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٣٥٥.

المبحث الثالث

غياب المدعى عليه عند أهل القانون

وإذا تبين لعدّ المَنادات على الخصوم طبق طرق الإحضار التي ذكرتها في الباب السابق، ولم يحضر المدعى عليه فعدّ غائباً عند أهل القانون (١).
والأصل في القانون الجنائي الباكستان، حضور المتهم أو المدعى عليه، وليس للقاضي أن يعلن الحكم في القضية الجنائية حين غياب الطرفين ومحامييهما أو حين غياب المتهم أو المدعى عليه (٢) بل يجب على القاضي الجنائي اعطاء صورة الحكم للمقضى عليه، هذا أيضاً يقتضى حضور المدعى عليه أو المتهم (٣).
هذا هو الأصل، ولكن المتهم أو المدعى عليه أن لم يحضر بعد استخدام طرق الإحضار، ويرى القاضي أن إحضاره واعتقاله محال جداً، أو لا يمكن إحضاره في المستقبل القريب، واعتقد بفراره في البلد إلى مكان مجهول، فيمكن للقاضي أن يسمع بينة المدعى أو المستغيث ويكتب ما قالوه أمامه، هذا لأجل إمكان ضياع البينة (٤).
فإن وصل القاضي إلى النتيجة أن دعوى المدعى باطل وبينته لا تثبت، فيحكم ببراءة المدعى عليه وهو غائب ولكنه أن وصل إلى النتيجة بخلاف هذا، وهو يرى بعد سماع البينة إمكان عقوبة المدعى عليه، فهو لا يقضى عليه وهو غائب، بل يحكم بحجز ممتلكاته، فإن حضر في مدة حولين بعد ذلك، وأثبت عند القاضي أنه لم يفر أو أنه لم يعلم ضرورة حضوره، دفعت له ممتلكاته أن لم يبلع، وإن بيعت، دفع له ثمنه (٥).

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة رقم ٣٥٣.

(٢) قانون المرافعات الجنائية، باكستان، المادة رقم ٣٦٦.

(٣) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة رقم ٣٧١.

(٤) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة رقم ٥١٢.

(٥) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة رقم ٨٧، ٨٨، وأيضاً المادة رقم ٨٩.

وأما القضايا المدنية، فحالها مختلف عن القضايا الجنائية في القانون الباكستاني والأصل فيها أيضا حضور الخصمين ولكن المدعى عليه إذا تخلف عن الحضور، واطمأن القاضي بأن إحضار المدعى عليه لا يمكن في المستقبل القريب، فيسمع بنيته المدعى ويقضى على الغائب أى المدعى عليه (١) هذا ما يسمونه في القانون بـ (Ex parte).
 وذهب بعض القوانين إلى أنه يجب على المحكمة تأجيل نظر القضية إلى جلسة أخرى يعلن المدعى بها خصمه الغائب فإن ظل مختلفا عن الحضور وجب الحكم عليه إن أقامت الأدلة ضده (٢).

وذهب بعض القوانين الأخرى إلى أنه إذا تغيب المدعى عليه يخير المدعى بين أن يطلب الحكم عليه بحيث يكون للغائب المحكوم عليه حق الاعتراض على الحكم الصادر عليه أو أن يطلب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية، (٣).
 وورد في المرافعات المدنية لمحمد حامد فهمي أن بعض التشريعات القديمة تشير إلى أنه يحكم على المدعى عليه حين غيابه أن يثبت الدعوى بالحجج القانونية ويكون الحكم الصادر للطعن قابلا للطعن بطريقة المعارضة، ونقل أبو هيف أيضا هذا المفهوم (٤).

هذا إذا كان المدعى عليه منفردا، وإذا تعدد المدعى عليهم، وحضر بعضهم وغاب البعض الآخرون، فقد ذهب كثير من التشريعات إلى وجوب تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها الغيب من الخصوم، فإن ظلوا متخلفين عن الحضور، وجب الحكم في الدعوى، وليس للغائبين حق معارضة الأحكام الصادرة عليهم غير أن

(١) قانون المرافعات المدنية - باكستان، الحكم ٩، القاعدة ٦.

(٢) نظرية الدعوى ١٣٠/٢.

(٣) المراجع السابق ١٣٠/٢-١٣١.

(٤) المرافعات المدنية، أبو هيف: ص ٥٩٢، أيضا المرافعات المدنية، محمد حامد فهمي

قانون المرافعات المصري الجديد استثنى من وجوب إعادة اعلان الغائبين حالتين (١):

١- أن تكون الدعوى في أمر مستعجل.

٢- أن يكون الغائبون من المدعى عليهم قد جرى إعلانهم لأشخاصهم.

فاتضح مما تقدم أن التشريعات الوضعية، لا تحكم على المدعى عليه الغائب كالأصل، بل يحكم عليه استثناء وضرورة، هذا في القضايا المدنية، وأما القضايا الجنائية فلا يقضى على الغائب فيها، هذا واضح من قانون المرافعات الجنائي الباكستاني، وأما ما نقلته من القضايا على الغائب في تشريعات البلدان الأخرى كالمصر^١ والعراق، فهي أيضاً تدل على أن القضايا على الغائب عندهم، يجوز في القضايا المدنية، ويدل على ذلك أسماء الكتب المراجع، كقانون المرافعات المدنية لأبي هيف وقانون المرافعات المدنية لمحمد حامد فهمي وغير ذلك.

(١) قانون المرافعات المصري رقم ١٣، لسنة ١٩٦٨، المادة رقم ٨٤.

المبحث الرابع

غياب المدعى والمدعى عليه معا

فإذا غاب المدعى، وغاب المدعى عليه ايضا، فيمكن للقاضي ايقاف المرافعات (١). ويمكن للقاضي المدني أن يصدر الحكم بالغاء الدعوى (٢).

وتنص المادة ٩١ من قانون المرافعات المصرى على أنه إذا لم يحضر المدعى والمدعى عليه معا، ولم يبد طلبات ما، قررت المحكمة من تلقاء نفسها شطب الدعوى، والزمّت المدعى بالمصاريف. وشطب الدعوى معناه استبعادها من جدول القضايا، فلا تعود إلى المحكمة لتتظرها إلا بإعلان من أحد الخصوم إلى الآخر بالحضور فى جلسة تحددها لنظر الدعوى. فشطب الدعوى لا يؤثر فى قيامها، فالدعوى المشطوبة تبقى قائمة وهى تشبه من هذه الناحية الدعوى الموقوفة، وينبنى على ذلك نتيجة:

- ١- أن الآثار التى ترتبت على رفع الدعوى كقطع التقادم وسريان الفوائد وغير ذلك، تبقى قائمة بالرغم من الحكم بشطبها.
 - ٢- أن الدعوى المشطوبة إذا عادت للمحكمة بإعلان من أحد الخصوم للآخر، تعود من النقطة التى وقفت عندها بحكم الشطب، فما تم من إجراءات المرافعة قبل الحكم بالشطب يبقى قائما ولا يلغى.
- وشطب الدعوى إذا تغيب المدعى والمدعى عليه تقضى به المحكمة بالبداهة من تلقاء نفسها لعدم وجود من الخصوم، وهو واجب على المحكمة فإن حكمت فى الدعوى سواء فى موضوعها أو فى مسألة فرعية كان حكمها باطلا لأن حضور الخصوم أو بعضهم وطلب الحكم فى الدعوى شرط لازم لصحة الحكم فيها (٣).

(١) قانون المرافعات الجنائية - باكستان، المادة رقم ٢٥٩.

(٢) قانون المرافعات المدنية، باكستان، الحكم ٩، القاعدة ٣.

(٣) انظر الوجيز فى قانون المرافعات، د. رمزى سيف، ص ٤٣٢-٤٣٣.

الفصل الثالث

المقارنة بين الشريعة والقانون في الحكم على الغائب

١- قد اتضح من الفصلين السابقين أن القانون وافق الشريعة في أن الأصل في القضاء حضور الخصمين سواء كان القضاء في المعاملات المدنية أو في الأمور الجنائية، وبالتالي اتفق القانون والشريعة الإسلامية بأن القضاء على الغائب استثناء وجوز للضرورة أو الحاجة الماسة، وهذا بعد الأخذ بكل طرق إحضار المدعى عليه، وبناء على ذلك أقرر أن القانون أقرب إلى ما ذهب إليه الحنفية من فقهاء الشريعة.

لا يصح القضاء على الغائب مهما كان بعيداً فلا بد من إحضاره بطرق الإحضار السالفة الذكر، وأما بقية المذاهب الإسلامية، فقد أجازت القضاء على الغائب البعيد (مع اختلافهم في تحديد البعد) ولولم توجه إليه الدعوة بالحضور إلى مجلس الحكم.

٢- نجد أن هنالك بعض صور الغياب قد أحدثها العصر الجديد والقانون الوضعي بينما لا توجد تلك الصور في كتب الفقهاء القدامى، فإنهم ذكروا فقط الصورة التي يكون فيها المدعى عليه غائباً، وأشاروا من طرف خفي جداً إلى حكم غيبة المدعى حينما قرروا جميعاً بأنه لا يصح الحكم للغائب إلا تبعاً، مثلاً إدعى بعض الورثة على آخرين من الورثة بشيئ للميت، فإذا أقام الأدلة على دعواه، حكم له وللورثة جميعاً، وقد ذكرت في الفصل السابق أن الحكم للغائب يمكن قصداً للمدعى في بعض الصور عند القانونيين:

وخصصت الفقهاء القدامى في الفقرة السابقة لأن الفقهاء المعاصرون تعرضوا لبحث غياب المدعى بالتفصيل كالأستاذ عبدالكريم زيدان والأستاذ الدكتور محمد عبدالجبار العاني وغيرهما من الفقهاء المعاصرين (١).

(١) انظر القضاء في الإسلام لعبد الكريم زيدان. ومقالة الأستاذ الدكتور عبدالجبار العاني. في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة بغداد، العدد السابع ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، ص ٢٣٧-٢٣٨.

٣- والفقهاء القدامى أيضا لم يبحثوا عن صورة غياب الطرفين معا، وبالتالي لا نجد عندهم ذكر شطب الدعوى أو إلغائها أو تأجيلها إلى وقت معلوم بينما رأينا في الصل السابق أن القانون قد تعرض لهذا وخصص بعض المواد لهذه الصورة وصرح بشطب الدعوى وإلغائها أن اطمأن القاضى بأن الطرفين لا يرغبون في الإجراءات.

ولماذا لم يتعرض لتلك الصور الفقهاء القدامى

فالجواب على ذلك أن غياب المدعى، وغياب المدعى والمدعى عليه معا، أمر بدهى، لأن الغياب في الصورة الأولى يدل على عدم رغبة المدعى في الإجراءات وغياب الطرفين في الصورة الثانية أكثر دلالة في عدم رغبة كلا الطرفين في المرافعة، ثم رفع الدعوى في الفقه الإسلامى لم يكن معقدا كما نراه اليوم، لأنه لم يوجد نظام نفوذ السلطة القضائية (Jurisdiction) ولم يوجد فرق بين القاضى الجنائى والقاضى المدنى، لم يتصور هذا التقسيم في بداية الأمر، ولم يكن أحد يطالب بدفع رسم للدولة (Court Fee) كلما قصد الحاكم من أجل طلب حقه.

ولذلك يقول الفقهاء المعاصرون أن في ظل مثل هذا النظام، إذا تخلف الخصوم عن الحضور فليس من داع إلى إبقاء الدعوى مرفوعة مع تغيب طرفيها (١) ثم المدعى لا يجبر على الخصومة في الفقه الإسلامى، وأيضا لا يجبر المدعى عليه على الخصومة عند تخلف المدعى، فإذا تخلف، فلم يبق دعواه، لأنه لا دعوى بلا مدع، فإذا تخلف المدعى عليه وكان المدعى متخلفا أيضا، فلا يكون أحد منهما مجبرا على الحضور.

٤- والفقهاء القدامى أيضا لم يذكروا حكم الصورة التى تخلف فيها المدعى وحضر المدعى عليه كما لم يذكروا حكم تعدد المدعين ^{المركبين} والمدعى عليه، في الصور الأولى وهو ما ذكرت آنفا، أن المدعى من أجل تعريفه الفقهي، لا يجبر على الخصومة إذا

(١) نظرية الدعوى ١٣٥/٢.

تركها، فإن قيل إن فتح هذا الباب للمدعى بحيث يستطيع الإنسحاب من الدعوى كلما أراد، فيه عبث بخصمه من جهة، وبالقضاء من جهة أخرى، وفضلا عن ذلك قد يكون للمدعى عليه مصلحة معتبرة في استمرار الدعوى إلى أن يصدر فيها الحكم، بوجود إمكان القضاء في حقه، وحينئذ يمكن له أن يقول للقاضي إن المدعى قد ادعى عليه قصدا لإزعاجه وضياع وقته وماله ونقص عرضه، فإذا أثبت ذلك عند القاضي واعتقد القاضي بأن المدعى من الأشخاص الذين قد تعودوا على الدعاوى في المحكمة بدون الأدلة قاصدين ضياع وقت المحكمة وإزعاج الناس فينبغى له تقرير المدعى، أقول إن جواب الاعتراض موجود في نفس الاعتراض، لأن القاضي مأمور بتقرير ^{ردح} المماطل للدود كلما تبين ذلك في أحد المتخاصمين وهذه العقوبة كافية لردع أصحاب البنات السيئة. وأما أنه قد يكون للمدعى عليه مصلحة في استمرار دعوى المدعى، فأقول أن انسحاب المدعى عن دعواه لا يضر ذلك لأنه يمكن للمدعى عليه، أن يدعى على المدعى "السابق" بالسيئة تلك المصلحة، وهو يصبح المدعى، والمدعى السابق يصير المدعى عليه.

وأما الصورة الثانية (عدم وجود حكم تعدد المدعين والمدعى عليهم) فالواقع أن الفقهاء المسلمين، وخصوصا الحنفية منهم، قد أشاروا إلى ما يتعلق بهذه الصورة وذلك في حالة اتحاد الدعوى بينهم جميعا، والمراد باتحاد الدعوى أن يكون هنالك اتصال وثيق بينهم في الحق المدعى، إلا أنهم قد وضعوا لهذه الحالة أحكاما تختلف إلى حد ما عما قرره القوانين الوضعية المعاصرة، ومنهم من أجاز القضاء للغائب أو عليه من غير دعوته للحضور، وجعل له إذا رجع من غيبته الحق في دفع الأحكام الصادرة عليه أوله (١).

(١) نظرية الدعوى ١٣٥/٢، وصاحب الكتاب أيضا ذكر بضع الأمثلة للصور التي فيها اتحاد الدعوى بين المدعين والمدعى عليهم، نقلا عن الأصول القضائية للشيخ على قراعة، بتصرف، وقد تركت ذكر تلك الأمثلة خوف إطناب البحث وعدم الفائدة في هذا المقام.

وأقول في النهاية أن اعتراض بعض الناس بالنسبة لعدم وجود ذكر الأحكام لبعض الصور الغيبية غير معقول ولا يَعْتَبَرُ، لأن عدم ذكر الشيء لا يعنى عدم وجود الشيء، وبالتالي عدم تعرض الفقهاء لتلك الصور لا يعنى أن الشريعة غير متوجهة إليها، لأن الأصل في الأشياء الإباحة، فكل حكم في أية صورة من الغياب، إذا لم يكن متصادما مع القواعد العامة الفقهية الشرعية، ولم يخالف النصوص فهو معتبر ومقبول في الشريعة الإسلامية.

خاتمة البحث

- وفى الأخير أقدم أهم النتائج التى وصلت إليها فى كتابة هذا البحث وهى كما يلى:
- ١- ثبت أن القضاء فى حقيقته ما هو إلا الفعل الذى يقوم به القاضى فى الفصل بين الخصوم، وهو ليس صفة ذاتية فيه كما ذهب البعض، وأنه من الأجدر بهذا البعض تسمية هذه الصفة الذاتية المتكونة فى القاضى بالملكة القضائية.
 - ٢- ثبت أن ثمة فرق بين القضاء والحكم وأن بينهما عموم وخصوص مطلق فكل قضاء حكم وليس العكس، هذا التفريق لم أقف على من نبه إليه.
 - ٣- ثبت من خلال البحث أن القضاء مهمة عسيرة ذات خطر جسيم تكلف من يتقلدها التبعات الثقالة مما لا يلزم بها حتى أولى المسئوليات العليا.
 - ٤- كذلك تبين أن القضاء باب من أبواب الفقه وجزئى من جزئياته الكثيرة وبالتالي فالفقه أعم والقضاء أخص.
 - ٥- اتضح من خلال البحث الأهمية الكبرى لتنفيذ الحكم القضائى وامتلاك القوة الملزمة لذلك تأكيداً لقول سيدنا عمر - رضى الله عنه - لعامله فى القضاء حاثاً له على تنفيذ ما قضى به "فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له".
 - ٦- تبين من خلال البحث بأنه لا مانع فى الفقه الإسلامى من الجمع بين السلطتين (القضائية والتنفيذية) وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء القانون الوضعى من وجوب الفصل بين هاتين السلطتين.
 - ٧- تقرر أن رأى الراجح فى مسألة القضاء على الغائب هو رأى القائل بعدم جواز القضاء على الغائب فى الأمور الجنائية وجوازه فى الأمور المدنية أن كان لمصلحة، وهذا هو رأى الأحناف الذين أخذوا بمبدأ حرية الدفاع والمساواة بين الخصوم فى المرافعات، وبه أخذ القضاء الباكستانى.
- وذلك على النقيض من رأى الجمهور الذين بنوا الحكم بعدم الجواز على مبدأ إيصال الحقوق إلى أصحابها.

٨- ظهر من خلال البحث أن ثمة تقارباً كبيراً بين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي فيما يتعلق بالأمور الإجرائية كطرق إحضار الخصوم وتحديد وقت لسماع الدعوى... الخ. وثبت أيضاً أنها أمور اجتهادية يخضع لإجتهد المجتهدين.

٩- ظهر من خلال البحث كذلك أنه ليس هناك ما يمنع من تقسيم القضايا إلى جنائية ومدنية وإفراد كل منها بآماكن خاصة وقضاة متخصصون. ~~وأنه لا بد من~~

١٠- ثبت أن عباً إحضار الخصم إلى مجلس القضاء يقع على عاتق المحكمة أو القاضى بالإضافة إلى عدم فرض رسوم لتقديم الدعوى لدى المحكمة فى الشريعة الإسلامية، وهذا ما يعرف عند القانونيين بـ (Court Fee)، وإعتبار مثل هذه الأمور من واجبات الدولة لتحقيق العدالة.

١١- تبين أن الفقه الإسلامى والفقه الوضعى يلتقيان فى الأخذ بالقضاء السابق فى القضايا المماثلة وهو ما يعرف فى القانون الوضعى، بـ (Precedent).

١٢- اتضح من خلال البحث أن الخلاف فى الحكم على الغائب يجرى فى القضايا المدنية فقط.

هذا، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسى والشيطان.

وأصلى واسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وتم بحمد الله

عطاء الله عبدالقهار

كلية الشريعة والقانون، مرحلة الماجستير

الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد - باكستان.

الفهارس

- ١- فهرس الآيات.
- ٢- فهرس الأحاديث.
- ٣- فهرس الأعلام.
- ٤- ثبت المصادر والمراجع.
- ٥- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

ت	الآية	رقم الآية	الصفحة
	آل عمران		
١-	وشاورهم فى الأمر	١٥٩	٢٦
	النساء		
١-	إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها	٥٨	١٢
٢-	يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول	٥٩	٧٥
٣-	فإن تنازعتم فى شئ	٥٩	٢٢
٤-	فلا وربك لا يؤمنون	٦٥	١٢-٧
٥-	إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق	١٠٥	٢٣-٨
٦-	كونوا قوامين بالقسط	١٣٥	١١٨-٣٥
	المائدة		
١-	فاحكم بينهم بالقسط	٤٢	١٢
٢-	ومن لم يحكم بما أنزل الله	٤٤	٨
٣-	فاحكم بينهم بما أنزل إليه	٤٨	١١٨
٤-	وإن احكم بينهم بما أنزل إليه	٤٩	١١٨-٢٢
	الأنعام		
١-	وقضى ربك أن لا تعبد إلا إياه	٢٣	٢
	النور		
١-	وإذا دعوا إلى الله	٤٨	١٠٤, ١٩
٢-	وإن يكن لهم الحق	٤٩	٦٩
٣-	أفى قلوبهم مرض	٥٠	٦٩
٤-	إنما كان قول المؤمنين	٥١	٦٩

ص

- ١- يا داؤد إنا جعلناك خليفة في الأرض ١٦ ١١٨_٤

حم السجدة

- ١- فقضاهن سبع سموات ١٢ ٢

محمد

- ١- فقد جاء أشراطها ١٨ ٣٥

الحجرات

- ١- يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق ٦ ٢١

- ٢- يا أيها الناس إنا خلقناكم ١٣ ٩٣

فهرس الأحاديث

الفصحة	الحديث	ت
٩٣	١- إذا أتاك الخصبان	١
١٤	٢- اسق ارضك ثم أرسل الماء	٢
٢٠	٣- أقضاكم على وأعلمكم بالحلال	٣
١٢١ - ١١٧	٤- البينة على المدعى	٤
٢٣	٥- القضاة ثلاثة	٥
١٣٢	٦- إما أن يدوا المقتول	٦
١٠٤	٧- إن الله سيهدي قلبك	٧
٢٩	٨- حق المسلم على المسلم خمس	٨
١٣	٩- خذ منها، فأخذ منها	٩
١٢٠	١٠- خذ ما يكفيك	١٠
١٤	١١- سبحان الله يا أمر الربيع	١١
١٠٥	١٢- فإنما أقضى على نحو ما اسمع	١٢
١٢٠	١٣- قضى للذين وفي (للذين)	١٣
١٣٠	١٤- لا حرج عليك أن تتفقى	١٤
٣٠	١٥- لا يقضى القاضى	١٥
٢١	١٦- لن يفلح قوم	١٦
٢٨	١٧- ما بال العامل نبعثه	١٧
٧٢	١٨- مظل الغنى ظلم	١٨
٢٦	١٩- من أبتلى بالقضاء	١٩
٧٠	٢٠- من كان بينه وبين أخيه	٢٠

- ٢١- نهانا النبي - صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم..... ٢٧
- ٢٢- واغد يا أنيس على امرأة هذا..... ٧١
- ٢٣- وأمر بقطع أيديهم وأرجلهم..... ١٣١
- ٢٤- هدايا العمال غلول..... ٢٧

فهرس الأعلام

الاسم	الصفحة	ت
١- إبراهيم بن على بن محمد بن فرحون المالكي.....	٤٥	
٢- إبراهيم بن يزيد النخصى أبو عمران الكوفى.....	١٠٥	
٣- أبو الأعلى المودودى.....	٩٤	
٤- أبى بن كعب - رضى الله عنه -	١٥	
٥- أحمد بن إدريس القرامى المالكي.....	٣٢	
٦- أحمد بن حنبل الإمام.....	٩٩	
٧- أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدورى.....	٢٢	
٨- الزبير بن العوام.....	١٤	
٩- القاسم بن عيسى بن إبراهيم الطائى.....	١٢٦	
١٠- الليث بن سعد المالكي.....	١١١	
١١- أياس بن معاوية بن قمره المزنى.....	١٦	
ث		
١٢- ثابت بن قيس بن شماس الأنصارى.....	١٣	
ح		
١٣- حبيبة بنت سهل البنجارية الصحابية.....	١٣	
١٤- حنش بن معتمر الكنانى.....	١٢٥	
ز		
١٥- زيد بن ثابت بن الضحاك المدنى.....	١٥	
١٦- زيد بن على.....		

س

- ١٧- سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري..... 99
 ١٨- سليمان بن أشعث الأزدي..... ١٢٦
 ١٩- سماك بن حرب بن أوس..... ١٢٥

ش

- ٢٠- شريح بن الحارث بن قيس..... ١٦ 99
 ٢١- شريك بن عبدالله النخعي الكوفي.....

ع

- ٢٢- عائشة بنت أبي بكر..... ٢٢
 ٢٣- عامر بن شراحيل الحميري الشعبي..... ١٦
 ٢٤- عبدالرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي..... ١١١
 ٢٥- عبدالسلام كحنون بن سعيد المالكي..... ٧٧
 ٢٦- عبدالعزيز بن أحمد شمس الأئمة الحلواني..... ١٠٧
 ٢٧- عبدالعزيز بن عبدالسلام، ابو القاسم الدمشقي..... ٧
 ٢٨- عبدالله بن بشرمة بن طفيل..... 99
 ٢٩- عبدالله بن عباس بن عبد المطلب..... ١٣
 ٣٠- عبدالملك بن عبدالعزيز بن الماجشون .. 99
 ٣١- عكرمة مولى ابن عباس .. ١٢٧
 ٣٢- علي بن أحمد بن سعيد المشهور بابن حزم الظاهري..... ٩١
 ٣٣- علي بن عثمان بن إبراهيم المارديني الشمهور بابن التركماني... ١٠٥
 ٣٤- علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي..... ١٠٠

م

- ٣٥- محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين... ٥١

- ٣٦- محمد بن أبى بكر أيوب بن سعد الشهير ابن قيم الجوزية... ١٩
- ٣٧- محمد بن أحمد بن أبى بكر القرطبى الأندلسى..... ٧٥
- ٣٨- محمد بن أحمد الطوسى الغزالى..... ٢٤
- ٣٩- محمد بن أدريس الإمام الشافعى..... ٣٨
- ٤٠- محمد بن الحسن الشيبانى..... ٩٨
- ٤١- محمد بن الحسين البخارى الشهير بخواهرزاده..... ١٠٧
- ٤٢- محمد بن حبان بن أحمد..... ١٢٧
- ٤٣- محمد بن جرير بن يزيد الطبرى..... ٢٢
- ٤٤- محمد بن عبدالله الخرشى المالكى..... ٦٣
- ٤٥- محمد بن على بن عمر المازرى..... ٦٩
- ٤٦- محمد بن محمد بن عرفة الورغمى التونسى..... ٤
- ٤٧- محمد بن مسلم بن عبدالله، الشهاب الزهرى..... ٢
- ٤٨- محمد صديق خان بن حسن..... ٧٣
- ٤٩- محمود بن إسرائيل الشهير بابن سماوة..... ١٩
- ٥٠- مسروق بن الأجدع أبو عائشة الكوفى..... ١٥
- ٥١- مسلم بن حجاج بن مسلم القشيرى..... ١٣٠
- ٥٢- معاوية بن صخر بن حرب الأموى..... ١٢٠
- ٥٣- معقل بن يسار المزنى أبو على..... ١٥

ن

- ٥٤- نعمان بن ثابت (الإمام أبو حنيفة)..... ٩٨

ي

- ٥٥- يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف القاضى..... ٩٠
- * - عبدالله بن قيس بن سليمان الأشعرى، أبو موسى..... ١٥

فهرس المصادر والمراجع

- ١- القرآن الكريم
- ٢- كتب التفسير
- ٣- كتب الحديث
- ٤- كتب اللغة
- ٥- كتب أصول الفقه
- ٦- كتب الفقه الحنفى
- ٧- كتب الفقه المالكى
- ٨- كتب الفقه الشافعى
- ٩- كتب الفقه الحنبلى
- ١٠- كتب المذاهب غير الأربعة
- ١١- كتب عامة وحديثة فى الشريعة
- ١٢- كتب القانون
- ١٣- كتب التراجم

ملحوظات:

- ١- أغفلت ذكر بعض المراجع خصوصا الدوريات والمجلات والكشافات التى أرشدت إلى مظان البحث.
- ٢- راجعت فى بعض الكتب (خصوصا كتب الحنفية) إلى أكثر من طبعة، والذى اعتمدته منها أذكره فى هذه الجريدة وما عداه فهو طبعة بشاور أو كراتشى، باكستان.
- ٣- اتخذت بعض الحروف فى الهامش تجنباً للإطناب والتطويل.

وهى:

ص: أى الصفحة. ج: أى الجلد.

CPC: (Code of Civil Procedure)

CrPC (Code of Ciminal Procedure)

١- كتب التفسير

- ١- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠هـ) مطبعة دار المعارف بمصر.
- ٢- الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي)، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١هـ) طبعة الشعب.

٢- كتب الحديث

- ٣- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، أبو الفتح محمد بن علي بن وهب تقي الدين القشيري، الشهير بابن دقيق العيد (٧٠٢هـ) مطبعة الشرق، ١٣٤٢هـ.
- ٤- الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ) مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٦هـ.
- ٥- الجوهر النقي في الرد على البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني (٧٥٠هـ) مطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي.
- ٦- سبل السلام، محمد بن اسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ) مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ١٣٤٥هـ.
- ٧- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة، سنة ١٣٧٣هـ.
- ٨- سنن الدار قطنى، علي بن عمر الدار قطنى (٣٨٥هـ) مكتبة الكتب العربية بشاور.
- ٩- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ)، مطبعة دائرة المعارف، حيدر آباد بالهند، سنة ١٣٥٥هـ.
- ١٠- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥هـ) مطبعة السعادة بمصر، سنة ١٣٦٩هـ.
- ١١- سنن النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣هـ) المطبعة المصرية بالأزهر، سنة ١٣٥١هـ.

- ١٢- صحيح البخارى: محمد بن إسماعيل البخارى (٢٥٦هـ) طبع أصح المطابع دهلى.
- ١٣- صحيح مسلم بشرح النووى: مسلم بن حجاج القشيري (٢٦١هـ) والشرح ليحيى بن شرف النووى (٦٧٦هـ) الطبعة المصرية بالقاهرة، ١٣٤٩هـ.
- ١٤- فتح البارى بشرح صحيح الإمام البخارى: أحمد بن حجر العسقلانى (٨٥٢هـ) المطبعة البهية المصرية، سنة ١٣٤٨هـ.
- ١٥- كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين على بن حسام الدين (٩٧٥هـ)، دار المعارف النظامية، حيدرآباد، (الهند)، سنة ١٣١٢هـ.
- ١٦- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين على بن أبى بكر (٨٠٧هـ) مكتبة القدسى بمصر، سنة ١٣٥٣هـ.
- ١٧- مصابيح السنة: الحسن بن مسعود البغوى (٥١٦هـ) المطبعة الخيرية العامرة، سنة ١٣١٨هـ.
- ١٨- معالم السنن: أبو سليمان أحمد بن محمد (٣٨٨هـ) المطبعة العلمية بحلب، سنة ١٣٥٢هـ.
- ١٩- المؤطا: إمام دار الهجرة مالك بن أنس (١٧٩هـ) أصح المطابع دهلى (الهند).
- ٢٠- نصب الرأية لأحاديث الهداية: عبدالله بن يوسف الزيلعى (٧٦٢هـ) مطبعة المجتبائى لاهور.
- ٢١- نيل الأوطار: محمد بن على الشوكانى (١٢٥هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، سنة ١٩٦١م.
- ٢٢- كشف الخفاء ومزيل الألباس: لأحمد قلاش، بيروت.
- ٣- كتب اللغة
- ٢٣- القاموس المحيط: مجدد الدين محمد بن يعقوب (٨١٧هـ) المطبعة الحسينية، سنة ١٣٣٠هـ.
- ٢٤- المنجد فى اللغة: لويس معلوف، مصور إنتشارات أسمايلىان، إيران.

- ٢٥- لسان العرب: محمد بن بكر بن منظور المصري، دار صادر، بيروت، ١٣٧٥هـ.
 ٢٦- المعجم القانوني: حارث سليمان فاروقي، مكتبة لبنان، ١٩٨٨م.
 ٢٧- مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي (٦٦٦هـ) الطبعة السادسة، مكتبة لبنان.

٤- كتب أصول الفقه

- * أصول الرخص - درر المختار - بيروت
 ٢٨- نور الأنوار مع قمر الأقمار: أحمد علي جيون، مكتبة الإمدادية ملتان، ١٩٨٣م.
 ٢٩- أصول الفقه الإسلامي: أ. د. حسين حامد حسان، مصور بالجامعة الإسلامية العالمية، بإسلام آباد.
 ٣٠- أصول الفقه الإسلامي: أبو العيين بدران.
 ٣١- أصول الفقه: أ. د. وهبة الزحيلي، طبع بيروت، ١٩٩٤م.

٥- كتب الفقه الحنفي

- ٣٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠هـ) دار الكتب العربية الكبرى بمصر، ١٣٣٣هـ.
 ٣٣- بدائع الصنائع: علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود ملك العلماء، الكاساني (٥٨٧هـ) مطبعة الجمالية بالقاهرة، ومطبعة ملتان، باكستان، ١٣٢٨هـ.
 ٣٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: أبو محمد الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣هـ) المطبعة الأميرية، ١٣١٤هـ.
 ٣٥- جامع الفصولين: محمود بن إسرائيل الرومي الشهير بابن قاضي سماوة (٨١٨هـ) المطبعة الأزهرية والمكتبة الإسلامية، كراتشي ١٣٠٠هـ.
 ٣٦- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: محمد أمين عابدين بن عمر عابدين (١٢٥٢هـ) مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٦٦م.
 ٣٧- العناية على الهداية: محمد بن محمد بن محمود البابر (٧٨٦هـ)، ٨٦١هـ.
 ٣٨- فتح القدير شرح الهداية: ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد (٨٦١هـ).

المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٥٦هـ.

٣٩- الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضية الحكيمة: محمد بن محمد بن خليل الشهير بابن الغرس (٨٩٤هـ) مطبوع مع المجاني الأزهرية بمطبعة النيل.

٤٠- المبسوط: محمد بن أحمد أبوبكر شمس الأئمة السرخسي (٤٩٠/٥٠٠هـ)، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة بمصر.

٤١- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (٨٤٤هـ) المطبعة الأميرية ببولاق، وشركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٠٠هـ.

٤٢- كنز الدقائق: عبدالله بن أحمد، مفتي الثقلين النسفي (٧١٠هـ) طبع مكتبة امدادية ملتان ومكتبة السعيد كراتشي، ١٩٧٠م.

٤٣- الهداية: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (٥٩٣هـ) مكتبة السعيد، كراتشي، ١٣٥٦هـ.

٤٤- قررة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار): محمد علاء الدين عابدين أفندي، (١٣٠٦هـ)، المكتبة الماجدية، كويت، باكستان، ١٩٧٤م.

٦- كتب الفقه المالكي

٤٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد (٥٩٥هـ)، مطبعة الكليات الأزهرية، ومطبعة حسان بالقاهرة، ١٩٧٩م.

٤٦- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن فرحون المدني (٧٩٩هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، ١٩٥٨م.

٤٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: محمد عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ) مطبعة عيسى الحلبي.

٤٨- حاشية العدوي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى بكفاية الطالب الرباني:

الشيخ على الصعیدی العدوی (١١٨٩هـ) مطبعة دار الفكر، ومطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة.

٤٩- شرح حدود الإمام محمد بن عرفة: محمد الأنصاري الشهير بالرصاص التونسي، مصور من مطبعة التونسية، بتونس، ١٣٥٠هـ.

٥٠- شرح الخرشي على مختصر خليل: أبو عبدالله محمد القُرشي (١١٠١هـ) المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣١٧هـ.

٥١- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية: محمد العزيز جعيط، مصور من مطبعة الإرادة بتونس، الطابعة الثانية.

٥٢- العقد المنظم للحكام فيما جرى بين أيديهم من العقود والأحكام: سلمون بن علي بن عبدالله (٧٦٧هـ) المطبعة العامرة الشرفية، ١٣٠١هـ.

٥٣- فتح العلي المالك: أبو عبدالله محمد أحمد عيش (١٢٩٩هـ) مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٨م.

٥٤- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق): أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ) مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٤٦هـ.

٥٥- القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية): محمد بن أحمد بن محمد الكلبي (٧٤١هـ) مصور، من مطبعة النهضة بتونس، ١٣٤٤هـ.

٥٦- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن محمد المعروف بالحطاب (٩٥٤هـ) مطبعة السعادة بمصر، وبهامشه التاج والأكليل لمختصر خليل، سنة ١٣٢٩هـ.

٧- كتب الفقه الشافعي:

٥٧- الأشباه والنظائر: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (٩١١هـ) طبع بيروت، وطبع مكة، ١٣٣١هـ.

- ٥٨- الإعلام والاهتمام بجمع فتاوى شيخ الإسلام زكريا الأنصارى: أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصارى (٩٢٦هـ) مطبعة الترقى بدمشق.
- ٥٨- الأم: الإمام أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعى (٢٠٤هـ) المطبعة الأميرية، بيوتلاق، ١٣٢٤هـ.
- ٥٩- تحفة المحتاج بشرح المنهاج: أحمد بن حجر الهيثمى (٩٧٢هـ) طبع دار الكتب العربية الكبرى، بمصر.
- ٦٠- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: محمد بن أحمد المنهاج الأسيوطى (٨٩٠هـ) مطبعة السنة المحمدية، بالقاهرة، ١٩٥٥م.
- ٦١- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام: أبو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام (٦٦٠هـ) طبع دار الشرق، بالقاهرة. ١٩٦٨م.
- ٦٢- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهرى (٩٧٧هـ) طبع مصطفى الحلبى، ١٩٣٣م.
- ٦٣- المذهب فى فقه مذهب الإمام الشافعى: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادى (٤٧٩هـ) مطبعة مصطفى الحلبى، ١٩٦٠م.
- ٦٤- نهاية المحتاج إلى شرح ^{المهم} المهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤هـ)، المطبعة البهية المصرية، ١٣٠٤هـ.

٨ - كتب الفقه الحنبلى

- ٦٥- الأحكام السلطانية: أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء (٤٥٨هـ) مطبعة مصطفى الحلبى، ١٩٦٦م.
- ٦٦- إعلام الموقعين عن رب العالمين: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٨٨هـ.
- ٦٧- الإفصاح عن معانى الصحاح: الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠هـ) المطبعة العلمية بطلب، ١٣٤٨هـ.

٦٨- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن قيم الجوزية، مطبعة السنة المحمدية بمصر، سنة ١٣٧٨هـ.

٦٩- الفروع: قاضى القضاة أبو عبدالله محمد بن مفلح المقدسى (٧٦٣هـ) ١٣٣٩هـ.

٧٠- كشف المخدرات والرياض المزهرات: زين الدين عبدالرحمن بن عبدالله (١١٩٢هـ) المطبعة السلفية.

٧١- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتى (١٠٥١هـ) الطبعة العامرة، ١٣١٩هـ.

٧٢- المحرر فى الفقه على مذهب الإمام محمد: أبو البركات عبدالسلام بن تيمية الحرائبي، مطبعة السنة المحمدية بمصر، ١٣٦٩هـ.

٧٣- المغنى: عبدالله بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى (٦٢٠هـ) مطبعة المنار، ١٣٦٧هـ.

٩- كتب المذاهب غير الأربعة

أ - كتب الفقه الظاهري:

٧٤- المحلى: أبو محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى (٤٥٦هـ) مطبعة المنيرية بالقاهرة، ١٣٥٠هـ.

ب - كتب الفقه الزيدى

٧٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار: أحمد بن يحيى بن المرتضى (٨٤٠هـ) مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ.

ج - كتب الفقه الجعفرى

٧٦- جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام: محمد حسن بن شيخ باقر النجفى، طبع حجر بإيران، ١٢٧١هـ.

٧٧- شرائع الإسلام فى الفقه الجعفرى الإمامى: نجم الدين جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق (٦٧٦هـ) مطبعة دار الحياة بيروت، سنة ١٩٣٠م.

١٠. كتب عامة وحديثة في الشريعة

- ٧٨- القضاء في الإسلام : عبدالكريم زيدان.
 - ٧٩- الفقه الإسلامي وأدلته: أ. د. وهبة الزحيلي، طبع بيروت، ١٩٨٧م.
 - ٨٠- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية التجارية:
١. د. محمد نعيم عبدالسلام ياسين، نشر وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية
الأردن.
 - ٨١- القضاء في الإسلام: د. محمد عبدالقادر أبو فارس، مطبعة دار الفرقان، الكويت.
 - ٨٢- تاريخ القضاء في الإسلام: محمود بن محمد بن عرنوس (١٩٥٥م)، المطبعة
المصرية الأهلية الحديثة، بالقاهرة، سنة ١٣٥٢هـ.
 - ٨٣- الأحوال الشخصية: محمد محي الدين عبدالحميد، مصور بالجامعة الإسلامية
العالمية، بإسلام آباد.
 - ٨٤- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: أ. د. محمد
نعيم عبدالسلام ياسين، دار الفرقان، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م.
 - ٨٥- ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي: النواب محمد صديق حسن
خان، المكتبة السلفية، لاهور، باكستان.
 - ٨٦- المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية: أبو الأعلى المودودي (١٩٧٨م). مطبعة
المنشورات الإسلامية، لاهور، باكستان.
- ## ١١. كتب القانون
- ٨٧- أصول المرافعات: د. أحمد مسلم، مطابع دار الفكر العربي بمصر، مطبعة دار
الفكر العربي بمصر، سنة ١٩٦٩م.
 - ٨٨- قانون المرافعات المصري: الصادر سنة ١٩٤٩م، المطبعة الأميرية، ١٩٤٩م.
 - ٨٩- المرافعات المدنية والتجارية: الدكتور عبدالحميد أبو هيف، مطبعة المعارف،
سنة ١٩١٥م.

- ٩٠- المرافعات المدنية والتجارية: الدكتور محمد حامد فهمي، مطبعة فتح الله إلياس نوري، سنة ١٩٤٠م.
- ٩١- المرافعات المدنية والتجارية: الدكتور أحمد أبو الوفاء، مطبعة دار المعارف، بالإسكندرية، سنة ١٩٥٥م.
- ٩٢- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية: الدكتور رمزي سيف، المطبعة العالمية، ١٩٦٧م.
- ٩٣- قانون المرافعات المدنية: باكستان (CPC).
- ٩٤- قانون المرافعات الجنائية: باكستان (CrPC).
- ٩٥- شرح قانون المرافعات المدنية، باكستان، د، ف، ملا.
- ٩٦- قانون تطبيق الشريعة في مالاكند في إقليم الشمالى الغربى فى باكستان، لسنة ١٩٩٤م.
- ٩٧- شرح قانون المرافعات العراقى: عبدالرحمن علام، مطبعة العائى ببغداد.
- ١٢- كتب التراجع
- ٩٨- الأعلام: خير الدين بن محمود بن محمد بن على الزركلى الدمشقى، الطبعة الثانية، ١٣٧١هـ.
- ٩٩- تاج التراجع فى طبقات الحنفية: أبو العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩هـ) مطبعة العائى ببغداد، سنة ١٩٦٢م.
- ١٠٠- خلاصة تهذيب الكمال فى أسماء الرجال: صفى الدين أحمد بن عبد الله الخزرجى، المطبعة الخيرية، ومكتبة المطبوعات الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.
- ١٠١- الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب: قاضى القضاة برهان الدين ابن على بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكى (٧٩٩هـ) مطبعة المعاهد بالقاهرة، الطبعة الأولى، سنة ١٣٥١هـ.

- ١٠٢- الذيل على طبقات الحنابلة: زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٣٧٢هـ.
- ١٠٣- طبقات الشافعية الكبرى: تاد الدين أبو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي (٧٧١هـ) المطبعة الحسنية، الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٤هـ.
- ١٠٤- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: الشيخ عبدالله مصطفى المراغي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، سنة ١٣٦٦هـ.
- ١٠٥- الفوائد البهية في تراجم الحنفية: أبو الحسنات محمد عبدالحى اللكهنوى الهندى، مكتبة الكتب العربية، بشاور، باكستان.
- ١٠٦- تذكرة مصنفى الدرر النظامى: الأستاذ اختر رسول الراهمى، باكستان.
- ١٠٧- معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة. طبع بيروت

مكتبة
الكتب
العربية
بشاور
باكستان

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الباب الأول: فى ماهية القضاء وبعض متعلقاته.....	١
الفصل الأول: فى تعريف القضاء ومصادره وحكمه ومشروعيته والغرض منه	٢
المبحث الأول: فى تعريف القضاء وتمييزه عن حكم القاضى	٢
المبحث الثانى: مصادر القضاء	١٠
المبحث الثالث: فى حكم القضاء ومشروعيته والغرض منه	١٢
الفصل الثانى: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء والفقہ	١٧
المبحث الأول: المقصود بالحكم والفرق بين القضاء والإفتاء	١٧
المبحث الثانى: الفرق بين القضاء والفقہ	٢٠
الفصل الثالث: فى شروط القاضى وصلاحيته وآدابه	٢١
المبحث الأول: فى شروط القاضى	٢١
المبحث الثانى: فى صلاحيات القاضى	٢٥
المبحث الثالث: فى آداب القاضى	٢٦
الباب الثانى: فى الحكم القضائى فى الشريعة والقانون	٣١
الفصل الأول: تعريف الحكم القضائى وشروطه ومعياره	٣٢
المبحث الأول: فى تعريف الحكم فى الشريعة والقانون	٣٢
المبحث الثانى: فى شروط الحكم القضائى فى الشريعة والقانون	٣٥
المطلب الأول: فى شروط الحكم فى الشريعة	٣٥
المطلب الثانى: فى شروط الحكم فى القانون	٤٠
المطلب الثالث: فى المقارنة بين شروط الشريعة وشروط القانون للحكم	٤٣
المبحث الثالث: فى معيار الحكم فى الشريعة والقانون	٤٤

- المطلب الأول: ما يكون حكما وما لا يكون حكما في الشريعة ٤٤
- المطلب الثاني: ما يكون حكما وما لا يكون حكما في القانون ٤٧
- المطلب الثالث: في مقارنة معايير الحكم في الشريعة والقانون والفائدة من التمييز بين الحكم وغيره ٤٩
- الفصل الثاني: في أنواع الحكم القضائي في الشريعة والقانون ٥٠
- المبحث الأول: في تقسيمات الحكم القضائي في الشريعة ٥٠
- المطلب الأول: تقسيم الحكم من حيث كونه المحكوم به صحة التصرف وموجبه ٥٠
- المطلب الثاني: تقسم الحكم من حيث كونه مقصودا أو ضمنيا ٥٤
- المطلب الثالث: تقسم الحكم بالنظر إلى وسيلة التعبير عنه ٥٥
- المطلب الرابع: تقسم الحكم بالنظر إلى المحكوم به ٥٦
- المبحث الثاني: في أنواع الحكم القضائي في القانون ٥٧
- المطلب الأول: في تقسيم الحكم من حيث قابليته للطعن فيه ٥٧
- المطلب الثاني: في تقسيم الحكم من حيث حسمه للنزاع ٥٩
- المطلب الثالث: في تقسيم الحكم من حيث حضور الخصوم وغيابهم ... ٦٠
- المبحث الثالث: في المقارنة بين تقسيمات الشريعة والقانون للحكم القضائي ٦١
- الفصل الأول: في أثر الحكم القضائي في الشريعة والقانون ٦٣
- المبحث الأول: في أثر الحكم القضائي في الشريعة ٦٣
- المبحث الثاني: في أثر الحكم القضائي في القانون ٦٥
- الباب الثالث: في إحضار الخصوم وإعلامهم في الشريعة والقانون ٦٧
- الفصل الأول: في كيفية إحضار المدعى عليه في الشريعة ٦٩
- المبحث الأول: في دعوة المدعى لخصمه المدعى عليه ٦٩
- المبحث الثاني: في دعوة القاضى للمدعى عليه وكيفية إحضاره ٧٥
- المطلب الأول: المذهب الحنفى ٧٦

٧٧	المطلب الثاني: المذهب المالكي
٧٩	المطلب الثالث: المذهب الشافعي
٨٠	المطلب الرابع المذهب الحنبلي
٨١	المبحث الثالث: في كيفية الإحضار
٨٤	الفصل الثاني: في طرق إحضار المدعى عليه أو المتهم في القانون .
٨٥	المبحث الأول: في طرق الإحضار في القضايا الجنائية
٨٩	المبحث الثاني: في طرق الإحضار في القضايا المدنية
٩٠	الفصل الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون في طرق الإحضار
	الفصل الرابع: المقصود بالغائب ومرجع الاختلاف في الحكم عليه وبيان أن الأصل
٩١	هو حضور الخصوم
٩١	المبحث الأول: المقصود بالغائب
٩٢	المبحث الثاني: مرجع الخلاف في الحكم على الغائب
٩٥	المبحث الثالث: الأصل حضور الخصمين
٩٦	الباب الرابع: في موقف الفقهاء من الحكم على الغائب في الشريعة والقانون
٩٨	الفصل الأول: في موقف الفقهاء من الحكم على الغائب في الشريعة ..
٩٨	المبحث الأول: مذهب الحنفية وأدلتهم
٩٨	المطلب الأول: مذهب الحنفية
١٠٤	المطلب الثاني: أدلة الحنفية
١١١	المبحث الثاني: في مذهب الجمهور
١١١	المطلب الأول: بيان مذهب الجمهور
١١٦	المطلب الثاني: شروط صحة القضاء على الغائب عند الجمهور
١١٨	المطلب الثالث: أدلة الجمهور
١٢٥	المبحث الثالث: في مناقشة المذاهب

١٢٥	المطلب الأول: مناقشة الجمهور لأدلة الأحناف.....
١٣٩	المطلب الثاني: مناقشة الأحناف لأدلة الجمهور
١٣٣	المطلب الثالث: الترجيح والرأى المختار.....
١٣٨	الفصل الثاني: موقف الفقهاء من الحكم على الغائب فى القانون.....
١٣٨	المبحث الأول: المقصود بالغائب عند القانونيين.....
١٤١	المبحث الثانى: غياب المدعى عند أهل القانون.....
١٤٣	المبحث الثالث: غياب المدعى عليه عند أهل القانون.....
١٤٦	المبحث الرابع: غياب المدعى والمدعى عليه معا
١٤٧	الفصل الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون فى الحكم على الغائب
١٥١	خاتمة البحث:
١٥٣	الفهارس.....
١٥٤	فهرس الآيات.....
١٥٦	فهرس الأحاديث.....
١٥٨	فهرس الأعلام.....
١٦١	فهرس المصادر والمراجع.....
١٧٢	فهرس الموضوعات.....