

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية
كلية الدراسات العليا
قسم العدالة الجنائية
تخصص تشريع جنائي إسلامي

المعارضة على الحكم الغيابي

في نظام المرافعات الشرعية السعودي

دراسة تأصيلية مقارنة

إعداد

علي بن محمد بن أحمد آل دهمان

إشراف

د. محمد بن ناصر البجاد

رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على

درجة الماجستير في العدالة الجنائية

الرياض

1433هـ - 2012م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

Naif Arab University for Security Sciences



نموذج (٣٢)

كلية الدراسات العليا

قسم: العدالة الجنائية

إجازة رسالة علمية في صيغتها النهائية

الاسم : علي محمد احمد ال دهمان الرقم الأكاديمي: ٤٣٠٠٢٤٣

الدرجة العلمية : ماجستير في العدالة الجنائية التخصص: التشريع الجنائي الاسلامي
عنوان الرسالة: المعارضة على الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، داسة تأصيلية مقارنة .

تاريخ المناقشة : ١٤٣٣/٠٧/٠٢ هـ الموافق ٢٠١٢/٠٥/٢٣

بناءً على توصية لجنة مناقشة الرسالة، وحيث أجريت التعديلات المطلوبة، فإن اللجنة توصي بإجازة الرسالة في صيغتها النهائية المرفقة كمتطلب تكميلي للحصول على درجة الماجستير .

أعضاء لجنة المناقشة : والله الموفق ،،،،

مشرفاً ومقرراً

عضواً

عضواً

١- د / محمد بن ناصر البجاد

٢- د / فؤاد عبد المنعم أحمد

٣- د / نذير محمد أوهاب

رئيس القسم

الإسم : د. محمد بن عبد الله بن محمد

التوقيع :

التاريخ : ١٤٣٣ / ٧ / ١٤ هـ

المستخلص

عنوان الدراسة : المعارضة في الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي – دراسة تأصيلية – مقارنة

إعداد الطالب : علي بن محمد بن أحمد آل دهمان .

المشرف العلمي : د. محمد بن ناصر الجاد .

مشكلة الدراسة : ما أحكام المعارضة في الحكم الغيابي لجميع أطراف الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي ؟

منهج الدراسة : المنهج العلمي الوصفي بأسلوبه الاستقرائي ، التحليلي ، الاستنتاجي .

أهم النتائج :

- 1- أن هذه الأحكام المتعلقة بالمعارضة على الحكم الغيابي تنطلق من منطلق شرعي لكون القصد منها تحقيق العدالة ، ودفع الظلم وردع الظالم ونصرة المظلوم ، وطاعة ولاة الأمر في غير معصية الله تعالى إذ أن تصرف الإمام فيما يتعلق بالرعية منوط بالمصلحة ، قال تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا } النساء- 59
- 2- أن هذه الأحكام تهدف إلى تحقيق مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النظام من خلال درء المفساد وجلب المصالح وحسن سير العدالة .
- 3- المنظم السعودي لم يترك هذه الأحكام بلا قيود ولم يمنحها لكل من عارض في القضايا ، ولكنه وضعها ضمن ضوابط وشروط معينة حتى تحقق الغاية منها .

أهم التوصيات :

- 1- لم تحظ المعارضة على الحكم الغيابي بحظ وافر من المؤلفات المتخصصة فيه بل إن كثيراً من المؤلفات تناولت أحكام الحضور والغياب بإسهاب ، لذا أحكام المعارضة على الحكم الغيابي بحاجة إلى أن تؤخذ كلاً على حدة وتبحث بشكل موسع ومؤصل ومقارن .
- 2- يرى الباحث أن يتم الاستعانة بالتقنية الحديثة لتحجيم أثر الغياب في القضايا المنظورة من خلال تطوير وسائل التبليغ والمتابعة .
- 3- بعض أطراف الدعوى يمتلك طرقاً في التحايل وإبطاء التفاعل مع حالات الاستدعاء المقدمة منه أو غيابه لذا يقترح الباحث وضع إجراءات أكثر حزمًا في عملية الاستدعاء والمعاقبة الصريحة لحالات التخلف الغير مبررة.

College of Graduate Studies
Department of Criminal Justice

Specialization: Islamic Criminal legislation

STUDY ABSTRACT

Study Title: Opposition to default judgment in the Saudi Islamic Procedure law – A rooting and comparative study.

Student : Ali Mohammad Ahmad Al-Dahman

Advisor : Dr. Mohammad Nasser Al-Bijad

Study Problem: What are the provisions of the default judgment for all the parties of the case in the Saudi Islamic Procedure law?

Study Methodology: The descriptive scientific methodology with its analytical inductive, analytical, and deductive method.

Main Results:

1. The provisions of the opposition to the default judgment stems from Islamic origin since it aims to serve justice and eliminate injustice and prevent the oppressor and obey the rulers as long as not related to sin, as the act of Imam toward his nationals depends on interest.
2. These provisions aim to fulfill one of the great Islamic religion objectives, which is to maintain order through warding off the evils and bringing on the interest as well as the good justice.
3. The Saudi legislator did not leave these provisions without limitations and did not grant them to each protestor of the cases, but he sets specific controls and conditions to fulfill its objective.

Main Recommendations:

1. The opposition to default judgment did not get enough specialized publications, but many of them addressed in details the provisions of attendance and absence, thus the provisions of the opposition to default judgment needs to be addressed separately and extensively in a comparable manner.
2. The researcher sees to consult with the modern technology to weaken the impact of absence in the heard cases by developing the notice and follow up means.
3. Some parties of the case have tricky ways and interaction delay with the arraignment cases or his absence. Thus, the researcher suggests developing more strict procedures for the arraignment and express penalty in case of unjustified absence.

الإهداء

و

إلى والديّ الكريمين بدعائهما وحرصهما وسؤالهما الدائم .. حفظهما الله تعالى ..

إلى زوجتي الغالية التي تحمّلتني طيلة فترة الدراسة وكانت خير داعم لي ..

إلى ابنتي الغالية (لين) وابني الغالي (فارس) ..

إلى سعادة الاستاذ ناصر بن سفر المقاطي وسعادة الاستاذ عبد الرحمن بن عبد العزيز الفليج.

إلى كل قريب أو صديق أو حبيب وقف معي وسانديني وشد من أزرني أثناء دراستي في هذه المرحلة .

أهدي هذه الرسالة العلمية ، سائلاً الله عز وجل أن يجعل فيها علماً نافعاً ينتفع به .

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد :

إن الشكر لله - سبحانه وتعالى - أولاً وأخيراً حين أكرمني وتفضل علي بطريق العلم ، كما أحمدته سبحانه على جزيل كرمه وإحسانه بإتمام هذه الدراسة ، ثم أتقدم بأسمى آيات الشكر الجزيل لصاحب الفضل بعد الله عز وجل في تأسيس هذا الصرح العلمي والداعم المستمر لها صاحب السمو الملكي الأمير نايف بن عبد العزيز آل سعود ولي العهد نائب رئيس مجلس الوزراء ، وزير الداخلية ، ورئيس المجلس الأعلى لهذه الجامعة الموقرة ، والشكر موصول لمعالي رئيس الجامعة الأستاذ الدكتور عبد العزيز بن صقر الغامدي وإلى رئيس قسم العدالة الجنائية وأساتذتي الكرام في قسم العدالة الجنائية على جهودهم. كما لا يفوتني شكر خاص وامتنان بالغ لسعادة الاستاذين الفاضلين والمربيين الكريمين أ. ناصر بن سفر المقاطي و أ. عبد الرحمن بن عبد العزيز الفليح على دعمهما لي وتوجيههما لي وبذل كل جهدٍ ونصحٍ لتذليل الصعوبات التي واجهتني أثناء الدراسة .

والشكر موصول أيضاً لأخي وصديقي العزيز وحيد بن سعيد الوادعي الذي بذل كثيراً من وقته وجهده في توجيهي والنصح لي نصيحة الأخ لأخيه فجزاه الله عني خيراً.

كما أتقدم بجزيل شكري وعرفاني لسعادة المشرف على رسالتي الدكتور محمد بن ناصر البجاد على ما قدمه لي من توجيهات سديدة ودعم لي في هذا البحث .

والشكر العاطر والامتنان الوافر إلى من تفضل بمناقشة الرسالة على وقتهم الثمين الذي اقتطعوه في قراءة وتقويم الرسالة ، وكذلك لا يفوتني شكر زميلي في التخصص الأستاذ : سالم بن عساف الشمري على جهده الكبير لي ولزملائي طيلة فترة الدراسة فله مني الشكر ووافر الدعاء على أخلاقه العالية وتفانيه في خدمة زملاءه .

كما أتقدم بالشكر الخاص والامتنان البالغ لكل قريب أو صديق أو حبيب أسهم معنوياً بالدعاء والدعاء والتوجيه والكلمة الطيبة حتى تمكنت من إتمام هذا العمل - والحمد لله - .

الباحث

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ح	الفصل الأول : مشكلة الدراسة وأبعادها
1	مقدمة الدراسة

3	مشكلة الدراسة
3	تساؤلات الدراسة
3	أهداف الدراسة
3	أهمية الدراسة
4	حدود الدراسة
4	مفاهيم ومصطلحات الدراسة
9	منهج الدراسة
10	الدراسات السابقة
15	الفصل الثاني : مفهوم الحكم الغيابي
16	المبحث الأول : تعريف الحكم الغيابي
29	المبحث الثاني : محاكمة الغائب
60	الفصل الثالث : حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به
61	المبحث الأول : مفهوم حجية الأمر المقضي به وأساسه ومظاهره
96	المبحث الثاني : حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به
115	الفصل الرابع : المعارضة على الحكم الغيابي ودفعها
116	المبحث الأول : الحكم الغيابي وقبوله للنقض .
131	المبحث الثاني : المعارضة على الحكم الغيابي .
151	الفصل الخامس : الخلاصة والنتائج والتوصيات
156	قائمة المصادر والمراجع

الفصل الأول

مشكلة الدراسة وأبعادها

- مقدمة الدراسة .

- مشكلة الدراسة .
- أهداف الدراسة .
- أهمية الدراسة .
- حدود الدراسة .
- منهج الدراسة .
- مفاهيم الدراسة ومصطلحاتها .
- الدراسات السابقة .

الفصل الأول

مشكلة الدراسة وأبعادها

● مقدمة الدراسة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، قال الله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ } آل عمران 102 .
{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا } النساء (1)

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا □
يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ
فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا } الأحزاب (70-71) . أما بعد⁽¹⁾

فإن الله أرسل رسله وأنزل معهم ميزان العدل، ليقوم الناس بالقسط، وما ذلك إلا لأهميته، قال تعالى:
{ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ } الحديد: 25
ووردت نصوص قرآنية وأحاديث نبوية كثيرة تأمر بالعدل وترغب فيه، وتمدح من يقوم به، يقول ابن القيم رحمه الله: (فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأبي طريق استخرج بها العدل

(1) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم ، رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، 1400هـ، (د. د. ط)، كتاب الجمعة، باب تخفيف الصلاة والخطبة، ج: 2، ص: 593، رقم الحديث 868 .

والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له⁽¹⁾ ، وعند وجود الدعوى فإن الغاية الحقيقية هي تحقيق العدل - كما ذكر آنفاً - من خلال الاستماع إلى أطرافها المختلفة وما يتم إبداءه من بينة ودفاع أو يمين أو إقرار ونحوه، وعند تكامل النظر لدى القاضي في القضية التي ينظرها أمامه وبعد أن يستنفد أطراف الدعوى ما لديهم من أقوال وحجج ينطق القاضي بالحكم بناءً على ما تم النظر والتأمل فيه من أطراف الدعوى ، إلا أنه في بعض القضايا المنظورة يتغيب أحد أطراف الدعوى سواء المدعي أو المدعى عليه أو كلاهما مما يترتب عليه فجوة في تحقيق العدالة المنشودة وفقاً لما قد يكون لدى الغائب من اعتراضٍ وحجج قد تغير من وجه القضية والنطق بها . وقد حفظت الشريعة الإسلامية هذا الحق واعتبرته وفق الضوابط التي أقرتها وفصل فيها الفقهاء في كتبهم ، وكذلك النظام في هذه البلاد الذي يُستمد - بحمد الله - من الشريعة نظمه ولوائحه وتفادياً لضیاع الحقوق وصيانة لها قد قرر جملة من الإجراءات وفق المواد (53-54-55-56-57-58) في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، سيما إذا أخذنا في الاعتبار بأن الخصومة لا تسير بقوة الدفع الذاتي وإنما تسير بهمة الخصوم الذين يقع عليهم الحضور تحقيقاً للعدالة التي ينشدها الجميع، وحيث أن هذا من مقتضيات العدل من خلال إيصال الحق لأهله دون جور أو ظلم لذا رأيت أن يكون موضوع بحثي لنيل درجة الماجستير " المعارضة على الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي " سواءً في حق المدعي أو المدعى عليه أو كليهما أو حال تعدد الأطراف وسأجتهد في بيان المسائل الواردة في هذا الشأن ومقارنة ذلك بما ورد في قانون المرافعات المصري .

سائلاً الله العون والتوفيق والسداد ،،،

(1) الجوزية ، ابن قيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، دار عالم الفوائد ، جدة ، الطبعة الأولى 2010م ، ص19.

● مشكلة الدراسة :

يعد الحكم الغيابي من المواضع التي أجازها النظام تحقيقاً للعدالة واختصاراً للإجراءات سواءً كان في حق المدعي أو المدعى عليه ، وحيث إن هذا الغياب قد يكون مؤثراً في تحقيق سير العدالة وفقاً لصوره المتعددة كغياب المدعي أو غياب المدعى عليه أو غيابهم جميعاً أو غياب أحد اطراف الدعوى حال تعددهم ، فإن المنظم قد أجاز طرقاً للاعتراض على ما تم الحكم به غيابياً ، مما قد يغير من الحكم المقضي به تمكيناً لوصول الحقوق إلى أصحابها ، ومن ثم تنحصر مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيس التالي:(ما أحكام المعارضة في الحكم الغيابي لجميع أطراف الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي ؟)

● تساؤلات الدراسة : يتفرع من التساؤل الرئيس السابق التساؤلات الفرعية التالية :

- 1- ما مفهوم الغائب وما الحكم الغيابي وهل هناك فرق بين الحكم الغيابي وبين الحكم الحضورى؟
- 2- ما أنواع الغياب حسب أطراف الدعوى ؟ وما هي أحكام القضاء على الغائب أو له؟
- 3- متى يجوز الحكم بحجية الأمر المقضي به؟ وما هو أسسه ومظاهره والقيود عليه؟
- 4- متى يجوز الحكم الغيابي بحجية الأمر المقضي به؟
- 5- ما طرق المعارضة على الحكم الغيابي ومدده وآثاره ، المنصوص عليها أو غير المنصوص؟

● أهداف الدراسة :

- 1- معرفة مفهوم الغائب والحكم الغيابي ومن ثم بيان الفرق بين الحكم الغيابي وبين الحكم الحضورى.
- 2- التعرف على أنواع الغياب حسب أطراف الدعوى ، وبيان أحكام القضاء على الغائب أو له
- 3- حصر طرق المعارضة على الحكم الغيابي ومدده وآثاره سواءً المنصوص عليها أو غير المنصوص
- 4- معرفة متى يجوز الحكم بشكل عام على حجية الأمر المقضي به ومظاهره وأسس والقيود الواردة عليه ومن ثم بيان متى يجوز الحكم الغيابي على الحجية للأمر المقضي به .
- 5- عقد المقارنة فيما سبق مع قانون المرافعات المصري واستخلاص أوجه التشابه والاختلاف.

● أهمية الدراسة :

تظهر أهمية الدراسة في جانبين مهمين هما : الجانب العلمي، والجانب العملي :

1- الأهمية العلمية / تبرز الأهمية العلمية لهذه الدراسة في أنها تحقق جانباً مهماً لإيصال الحق لصاحبه من خلال التعرف على حق من حُكم عليه حكماً غيبياً وتحديد الحالات التي يحق له المعارضة عليها وآثار ذلك وحيث أني لم أجد دراسة متخصصة في تبين أحكام وأحوال المعارضة على الحكم الغيابي سوى ما تعرض له بعض الشراح في كتبهم عند تناول ذلك شرحاً للمادة (58) من نظام المرافعات الشرعية السعودية ومن ثم عقد المقارنة مع ما ورد في قانون المرافعات المدني والتجاري المصري .

2- الأهمية العملية / يأمل الباحث أن يحصل له التوفيق في هذا الجهد بأن يحقق إيضاحاً لكل ما يتعلق بالمعارضة على الحكم الغيابي من حيث طبيعته النظامية والقانونية وما يحيط به من أركان وإجراءات وشروط وآثار يجب توافرها حتى تكون المعارضة صحيحة، وينعكس ذلك على حماية الحقوق من ضياعها عن أصحابها وتفويت الفرصة عليهم لاستدراك ما لهم منها مما يفضي في النهاية إلى تحقيق العدالة والنظام ومصلحة المجتمع .

● حدود الدراسة :

1. الحدود الموضوعية /

يقتصر موضوع الدراسة على معرفة المقصود بالمعارضة في الحكم الغيابي وشروطه وآثاره وطرقه في نظام المرافعات الشرعية في النظام السعودي وتأصيل ذلك تأصيلاً شرعياً ونظامياً .

2. الحدود المكانية /

تقتصر هذه الدراسة ميدانياً على بيان المقصود بالمعارضة في الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي وبيان شروطه وطرقه وآثاره في المملكة العربية السعودية ومقارنتها بما ورد في قانون المرافعات المدنية المصري .

3. الحدود الزمنية /

تقتصر هذه الدراسة في ضوء أحدث الأنظمة والقوانين وفقاً لآخر التعديلات في كلٍ من المملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية الشقيقة .

• مفاهيم ومصطلحات الدراسة : أهم مصطلحات الدراسة ما يلي :

1- المعارضة /

لغة : قال ابن فارس : (عرض) العين والراء والضاد بناءً تكثر فروعه وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد وهو العرض الذي يخالف الطول ، ويقال : اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه ، ويقال : اعترض الأمر فلان إذا أدخل نفسه فيه وعارضت فلاناً في الطريق وعارضته في الكتاب ، و(عارض) في الحكم الغيابي : رفعه للمحكمة التي أصدرته طالباً إلغاءه أو تعديله ⁽¹⁾ .

في الاصطلاح : إقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم .ويقال : الاعتراض هو إنكار صحة الدعوى أو الدليل ⁽²⁾ .

عرف في القانون: طعن يرمي إلى رجوع المحكمة عن حكم صادر عنها بالصورة الغيابية ، ولا يقبل الاعتراض إلا من المحكوم عليه غيابياً ⁽³⁾ .

التعريف الإجرائي: من وجهة نظر الباحث فإن التعريف الإجرائي للمعارضة هو ما يبيده المحكوم عليه من اعتراض على الحكم الصادر ضده من قبل القاضي حال غيابه .

(1) أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1393هـ، الطبعة الثانية، المجلد الأول، ص: 593، مادة (عارض).

- ابن زكريا، أحمد بن فارس، مقاييس اللغة ، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ، (د.ط)، ص: 654، مادة(عرض) .
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب ، دار صادر، بيروت، لبنان، 2011م، الطبعة السابعة، ج: 9، ص: 100، مادة (عرض).

(2) البركتي ، محمد عميم ، التعريفات الفقهية ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م، الطبعة الثانية ص: 209 ، مادة (معارضة)

- العتيبي ، سعود بن عبدالعالي ، الموسوعة الجنائية الإسلامية ، دار التدمرية ، الرياض ، 1430هـ ، الطبعة الثانية ص : 123 مادة (اعتراض) .

(3) جرجس، د. جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1996م، الطبعة الأولى ص: 58.

2- الحكم /

لغة : قال ابن فارس : الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع . وأول ذلك الحكم ، وهو المنع من الظلم ، وسميت حكمة الدابة ، لأنها تمنعها يقال : حَكمت الدابة وأحكمتها ، ويقال : حَكمت السفينة وأحكمتها ، إذا أخذت على يديه ، والحكم : العلم والفقہ والعدل وهو مصدر حَكَم يَحْكُم ، ويروى : وإن من الشعر لحكمة ، ومنه الحديث : الخلافة في قريش والحُكْم في الأنصار¹ ، خصهم بالحكم لأن أكثر فقهاء الصحابة فيهم ، وحَكَم بالأمر حُكْمًا : قضى يقال : حكم له وحكم عليه وحكم بينهم ، والحُكْم : العلم والتفقه والحكمة⁽²⁾ .

وفي اصطلاح الفقهاء : هو قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص أي الإلزام وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه : (إنشاء الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات)³ ، والحُكْم ما يثبت جبراً ، أو هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه وعند الأصوليين : هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتناء أو التخيير⁴ ، وقد يكون مقابل الديانة فهو بمعنى إحضار المدعى عليه في مجلس الحكم⁽⁵⁾ .

وتعريفها في القانون : الحكم : هو القرار النهائي الذي تصدره المحكمة عندما تنتهي من النظر في الدعوى المرفوعة إليها . ويتضمن الحكم العقاب لمن أثبت عليه الجرم والتعويضات لمن أثبت له الحق⁽⁶⁾ .

التعريف الإجرائي للحكم من وجهة نظر الباحث هو ما اصطلح عليه القانونيون بأنه القرار النهائي الذي تصدره المحكمة عندما تنتهي من النظر في الدعوى .

⁽¹⁾ رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير عن عتبة بن عبد رضي الله عنه .

⁽²⁾ أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص:190، مادة (حكم).

- ابن زكريا، أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص: 221، مادة (حكم)

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ص: 186، مادة (حكم).

³ البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، د.ط، د.ت، 6/285

⁴ الطوسي، سليمان بن سعيد، مختصر شرح الروضة، دار الرسالة، د.ط، 1407هـ، 1/247

⁽⁵⁾ البركتي، محمد عميم، التعريفات الفقهية، مرجع سابق، ص: 80-81، مادة (الحكم)

- العتيبي، سعود بن عبدعالي، الموسوعة الجنائية الإسلامية، مرجع سابق، ص: 368 مادة (حكم)

⁽⁶⁾ جرجس، د.جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، مرجع سابق، ص: 141.

3- الغياب /

لغة : اسم فاعل من الفعل الثلاثي " غاب " بمعنى بان وبعد عن المكان ، وغاب كل مكان لا يدري ما فيه وكذلك الموضع الذي لا يدري ما وراءه قال ابن فارس : الغين والباء أصل صحيح يدل على زمان وفترة فيه ، ومن ذلك الغب ، هو أن ترد الإبل يوماً وتدع يوماً ، وأغبيت الزيارة من الغب أيضاً، ومنه أيضاً قولهم : غيب في الأمر ، إذا لم يبالغ فيه كأنه زيدت فترة أوقعها فيه .والغَبّ : ورد يوم وظماً آخر وقيل هو ليوم وليلتين ، وقيل هو أن ترعى يوماً وترد من الغد ، وفلان ما يُعَبِّنا عطاؤه أي لا يأتينا يوماً دون يوم ، بل يأتينا كل يوم ، ومنه قول الراجز (وَحَمْرَاتٍ شُرَّهْنَ غِبُّ) أي كل ساعة ، والغَبّ الإتيان في اليومين ويكون أكثر ، وأغَبّ القوم وغبّ عنهم جاء يوماً وترك يوماً ، وغبَّت المشية في الورد غِبّاً : شربت يوماً وتركت يوماً ،وبالنسبة للرجل في الزيارة : زار الحين بعد الحين ، ومنه قولهم : زر غِبّاً تزدد حباً⁽¹⁾ .

وفي الاصطلاح : من كان في مكان لا يصل إليه كتاب ولا يجيب عنه⁽²⁾ ويعرف الغياب في اصطلاح نظام المرافعات الشرعية السعودي بأنه " تخلف المدعي عليه أو المدعي عن حضور جلسة من جلسات المحاكمة في الوقت المحدد للجلسة دون أن يتقدم بعذر تقبله المحكمة أو تخلفه عن الحضور في الوقت المحدد لمعاينة محل النزاع"⁽³⁾ .

تعريف الفقهاء للغائب : يقصد به الغائب بعيد الغيبة وهو معلوم المكان ، فإذا تحدثوا عن القضاء على من هو في معنى الغائب أحقوه به ، ومن ذلك ما ذكره الغزي في أدب القضاء حيث قال : الفصل الثامن في الدعوى على من لا يعبر عن نفسه كالغائب (قريب الغيبة) والميت والصغير والمجنون والأخرس الذي ليس

(1) أنيس، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق ، ص: 642، مادة (غبت).

- ابن زكريا، أحمد بن فارس، مقاييس اللغة ، مرجع سابق، ص: 694 ، مادة (غبّ)

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب ، مرجع سابق، ج: 11، ص: 186، مادة (غبّ).

- الفيروزآبادي ، القاموس المحيط، دار الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1419هـ، الطبعة السادسة، ص 123.

(2) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني ، ط الثانية ، هجر للطباعة والنشر 1413هـ ، ج 9 ص 385.

(3) انظر نظام المرافعات الشرعية السعودي الفصل الثاني في حضور الخصوم وغيابهم (م 53-55)

له إشارة مفهومة والمحسوس في سجن السلطان الذي لا يمكن الوصول إليه فكل هؤلاء كالعائب على مسافة بعيدة⁽¹⁾.

التعريف الإجرائي للغياب : هو تخلف الخصم أو من يمثله عن الحضور أمام المحكمة أثناء وقت انعقاد الجلسات التي تنظر في الدعوى .

4- النظام /

النظام في اللغة : النظام(بالكسر) : هو التأليف والترتيب والاتساق ، وأصله الخيط الذي ينظم به اللؤلؤ ، وجمعه نظم وأنظمة وأناظيم⁽²⁾ ونظمت الأمر فانتظم : أقمته فاستقام على نظام واحد⁽³⁾ .

وتعريفه في الاصطلاح :هو من إطلاقات العصر الحديث ، وقد اكتسبت كلمة نظام معاني عديدة يُتوصل إليها بحسب السياق ، ويعني هنا " القواعد العامة الملزمة الصادرة من السلطة التنظيمية ،والموافق عليها بمرسوم ملكي"⁽⁴⁾ .

التعريف الإجرائي للنظام :هو مجموعة من الأحكام التي تتعلق بموضوع محدد وتعرض في صورة مواد متتالية⁽⁵⁾ .

5- المرافعات :

تعريفه في اللغة : مفردها مرافعة ، مأخوذة من الفعل (رَفَعَ) والرفع ضد الوضع ، تقول رفعته فارتفع فهو نقيض الخفض في كل شيء ، ومنه رافعت فلاناً إلى الحاكم وترافعنا إليه ، ورفعته إلى الحكم قرية منه وقدمه إليه ليحاكمه⁽¹⁾ .

(1) الغزي ، عيسى عثمان عيسى ، أدب القضاء ، الطبعة الأولى ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة ، الطبعة الأولى 1417هـ ، ص.145.

(2) ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، ج12 ، ص612.

(3) المقري، أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير، المكتبة العلمية ، د.ط، د.ت ، ج2 ، ص612 .

(4) المرزوقي ، محمد بن عبد الله ، السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية، الرياض، مكتبة العبيكان ، الطبعة الأولى ، 1425هـ ص86 .

(5) الحفناوي ، عبد المجيد ، أصول التشريع في المملكة العربية السعودية، د.ط ، د.ت ، ص93.

ومن معانيه : التقريب للشيء وتقويمه ، وعليه قوله تعالى: { وفُرش مرفوعة } الواقعة 34 أي مقربة لهم ، ومن ذلك : رفعته إلى السلطان . كذلك قال الرازي ⁽²⁾ .

تعريف المرافعات في اصطلاح شراح النظام : المرافعات لفظ حديث من حيث مدلوله الاصطلاحي كون المتقدمين من الفقهاء لم يتعرضوا لبيانه من الناحية الاصطلاحية .
وهناك عدة تعريفات منها :

- أنه "الأحكام والقواعد التي تنظم سير المرافعة وما يتعلق بها منذ بداية الدعوى وحتى الفصل فيها"
- أنه " مجموعة الأنظمة التي تحدد مجريات التقاضي ، والإجراءات التي يتبعها الخصوم عند رفع دعواهم أمام القضاء وإجراء السير فيها أمام القاضي " ⁽³⁾ .
- " عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم وصدور الأحكام وتنفيذها " ⁽⁴⁾ .

التعريف الإجرائي لنظام المرافعات - من وجهة نظر الباحث - : مجموعة القواعد المنظمة لأحكام القضاء . والمبينة لطرق التقاضي سواء قبل الشروع بالتقاضي بتبيين الاختصاصات القضائية ، أو أثناء التقاضي بتبيين أسلوب التقاضي أو بعد صدور الحكم بتبين طرق تمييزه والتحقق من موافقته للعدل ، والمقصود بالقضاء هنا هو القضاء بالمعنى الواسع أي كافة التعاملات سواء كانت مدنية أم تجارية وغيرها.

● منهج الدراسة :

المنهج المستخدم في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنتاجي وسأعتمد بعد اعتمادي على الله - عز وجل - على المنهج الوصفي بأسلوبه الاستقرائي الاستنتاجي وهو ما يسمى بـ«الطريقة العلمية» ،

(1) ابن منظور ، لسان العرب ج8 ، مرجع سابق ، ص130 .
(2) الرازي، محمد ، مختار الصحاح ، المطبعة الكلية ، مصر ، 1329هـ ، مادة رفع ، ص 250 .
(3) الدرغان ، عبد الله ، كتاب القواعد الإجرائية ، مكتبة التوبة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1422هـ ص7 .
(4) عمر، نبيل إسماعيل ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006م ، ص7 .

وسميت الطريقة العلمية بذلك؛ لأنها تعتمد في نتائجها النهائية على الفرضيات قبولاً أو رفضاً على صحة علاقة الفرضيات والمقترحات للموضوع أو المشكلة، وفي ضوء سلامة هذه العلاقة يتم قبولها أو رفضها⁽¹⁾.

ويقصد بالطريقة الاستقرائية: (طريقة تتطلب حصر كافة الجزئيات والوقائع وفحصها، ودراسة ظواهرها ومن ثم إعطاء حكم عام بصددتها)⁽²⁾.

ويقصد بالطريقة الاستنتاجية: (عبارة عن تنظيم المعلومات المتوافرة في قالب معين يستنبط منها الباحث نتائج صحيحة تزوده بالمقترحات والحلول)⁽³⁾.

• الدراسات السابقة :

• الدراسة الأولى /

عنوان الدراسة : (حضور الخصوم وغيابهم بين الفقه الإسلامي والنظم الوضعية)

الباحث : فؤاد بن عبد العزيز الماجد

الجهة والتاريخ : رسالة لنيل درجة الدكتوراة من المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - عام 1421هـ-1422هـ .

أهداف الدراسة :

- بيان الحالات التي وردت في الفقه الإسلامي المطبقة في المملكة العربية السعودية وكذلك النظم الوضعية في حضور الخصوم أو غيابهم ، وقد كانت هناك نتائج أهمها :
- هناك اختلاف بين حالات الحضور والغياب بين الفقه الإسلامي وبين النظم الوضعية الأخذ في اعتبار كذلك أن الفقه الإسلامي توسع في حفظ الحق حال الغياب مقارنة بالنظم الوضعية.

(1) أ. د/أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، كتابة البحث العلمي صياغة جديدة ، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ، الطبعة التاسعة، ص: 64 - 65.

(2) أ. د/أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، مرجع سابق ، ص: 64.

(3) أ. د/أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، مرجع سابق ، ص: 64.

منهج الدراسة :

اتبع الباحث في رسالته على البحث الاستقرائي التاريخي من خلال متابعة الآراء الفقهية وتتبع آراء المذاهب والفقهاء وترجيح ما يراه مع مراعاة الترتيب الزمني ومراجعة أنظمة الدول التي أشار إليها في رسالته

نتائج الدراسة :

- 1- الرفق واللين والأسلوب المناسب هو الطريقة المثلى لدعوة الخصم إلى مجلس القضاء .
- 2- وجود الحق وثبوته من الحالات التي يكون حضور المدعى عليه واجباً إلى مجلس القضاء .
- 3- ينظر القاضي في حال حضور طرفي الدعوى بطلبهما حسم النزاع .
- 4- الحضور لا يعتبر جبرياً في النظم الوضعية وإنما يتم إعلامه بالدعوى ومتى تخلف عن الحضور فإنه يتم الحكم في القضية.

أوجه الشبه والاختلاف :

- تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية في تناول الأحكام المتعلقة بالغياب بوجه عام من خلال الآثار وطرق الطعن والشروط اللازم توفرها للحكم على أحد طرفي الدعوى بالغياب، بينما تختلف الدراسة بكونها تناولت الأحكام على وجه المقارنة بين الفقه الإسلامي وبين النظم الوضعية بينما هذه الدراسة اختصت بالمعارضة على الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي ومقارنته بالقانون المصري .
- تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية بأتهما من الناحية الزمنية كانتا بعد صدور نظام المرافعات الشرعية وذلك بالمرسوم الملكي رقم (م/21) وتاريخ 20-5-1421هـ.
- تختلف الدراسة السابقة عن الدراسة الحالية بشمولها لدول الخليج العربي وقانون المرافعات المصري ومن ثم عقد المقارنات فيما بينها بينما الدراسة الحالية تعقد المقارنة بين نظام المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري فقط .

• الدراسة الثانية /

عنوان الدراسة : (أحكام الغائب في مجلس القضاء) للباحث : سليمان بن يوسف الدويش .
الجهة والتاريخ : قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام 1411هـ للحصول على درجة الماجستير .
أهداف الدراسة : التعرف على الأحكام الخاصة بالغائب في الفقه الإسلامي بصفة عامة .
منهج الدراسة : اعتمد الباحث في رسالته على البحث الاستقرائي التاريخي .
نتائج الدراسة :

- 1- إذا كان الغائب في بلد المدعي أو قريباً منها فلا تسمى به الدعوى إلا إذا امتنع عن الحضور أو توارى أو استتر .
 - 2- أن حكم القاضي على الغائب ينفذ ويلزم تنفيذه ولا يوقف تنفيذه على قدوم الغائب فإن حكم على الغائب بعين سلمت للمدعي ، وإن حكم عليه بدين ووجد له مال وفي منه .
 - 3- إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يترك لها نفقة وطالبت بالنفقة وحكم لها القاضي بالنفقة ، فإن هذا الحكم يكون نافذاً على المحكوم عليه .
- أوجه الاتفاق والاختلاف :
- تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية على تناول الأحكام المتعلقة بالأحكام حال غياب أحد أطراف الدعوى .
- وتختلفان في أن الدراسة السابقة تناولت الأحكام المتعلقة بالغائب بصفة عامة سواء المتعلقة بالأحوال الشخصية أو المتعلقة بالأموال أو المتعلقة بالدعوى الجنائية
- بينما الدراسة الحالية تناولت ما يتعلق بالمعارضة في الحكم الغيابي وبيان أثره وطرقه وشروطه .

• الدراسة الثالثة /

عنوان الدراسة : (أحكام غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية) .
الباحث : عبد الحميد بن عبد الله العودة
الجهة والتاريخ : المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - قسم السياسة الشرعية ، الرياض ، 1426هـ رسالة ماجستير .
أهداف الدراسة :

- التعرف على أحكام غياب الخصوم في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية
- عقد المقارنة بين نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية في أحكام غياب الخصوم .

فصول الدراسة :

الفصل الأول : أحوال تغيب الخصوم .

الفصل الثاني : حالات إصدار الحكم على الغائب .

الفصل الثالث : الضمانات الممنوحة للغائب عن مجلس القضاء .

نتائج الدراسة :

- هناك حالات تتطابق فيها أحكام غياب الخصوم بين نظامي المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية (مثل ضرورة الحضور لكل من المدعي والمدعي عليه وإن كان ذلك أكثر في نظام الإجراءات الجزائية) .

أوجه الشبه والاختلاف :

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في تناول الأحكام المتعلقة بالغياب في نظام المرافعات الشرعية السعودي .

وتختلف في أن هذه الدراسة عبارة عن عقد مقارنة بين نظامي المرافعات الشرعية السعودي وبين نظام الإجراءات السعودي بينما هذه الدراسة تتناول الأحكام المتعلقة بالمعارضة في الحكم الغيابي ومقارنته بالقانون المصري . وكذلك منهج الدراسة استقرائي تام بينما الدراسة الحالية منهجها استقرائي تحليلي استنتاجي .

● الدراسة الرابعة /

عنوان الدراسة : أحكام الحضور والغياب في دول مجلس التعاون الخليجي

الباحث : عبد الله بن عبد الرحمن الفالح

الجهة والتاريخ : قسم العدالة الجنائية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 1429هـ بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير تخصص تشريع جنائي إسلامي .

أهداف الدراسة :

- التعرف على أحكام الحضور والغياب في الشريعة الإسلامية والتعرف كذلك عليها في دول مجلس التعاون الخليجي .
- التعرف على الفروق والاختلافات في مواد حضور الخصوم وغيابهم في قوانين ونظم المرافعات بدول مجلس التعاون .

منهج الدراسة :

المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن بالرجوع إلى المصادر الأصلية والقوانين والأنظمة الصادرة بشأن نظم المرافعات في دول مجلس التعاون الخليجي .

أهم النتائج :

- 1- أوجب الفقهاء الحكم على الغائب في أحوال منها :
 - إذا كان في التأخر بإصدار الحكم على الغائب ضرر على خصمه .
 - إذا كانت الدعوى لا يتوقف عليها الحكم بحضور الغائب أو بينته .
 - إذا كان الغائب قد حضر وقدم حججه ثم تغيب .
- 2- في الفقه الإسلامي يجوز الحكم على الغائب في حقوق العباد مطلقاً دون الحقوق التي لله عز وجل
- 3- أن إجراءات الدعوى في الحكم على الغائب شأنها شأن أي دعوى أخرى .
- 4- مفهوم الغائب في أنظمة وقوانين المرافعات في دول مجلس التعاون هو من تخلف عن الحضور للجلسة سواء كان في نفس البلد أم لا .
- 5- في الدعاوى المستعجلة يجب الحكم على الغائب بأنظمة وقوانين المجلس .
- 6- يجب التأكد على أنه تم إبلاغ الغائب بلاغاً صحيحاً قبل الحكم عليه .
- 7- وجود بعض الفروق والاختلافات بين دول المجلس في مواد حضور الخصوم وغيابهم أوجه الاتفاق والاختلاف :

تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية في بيان أحكام الغياب لأطراف الدعوى أو أحدهم وأثر ذلك في سير الدعوى .
بينما تختلف عنها في أن الدراسة السابقة تناولت الأحكام فيما يتعلق بحضور الخصوم وغيابهم وذلك في دول مجلس التعاون الخليجي .
بينما الدراسة الحالية تتناول المعارضة على الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي وبيان آثاره وطرقه وشروطه ثم مقارنته بما ورد في القانون المصري .

● الدراسة الخامسة /

عنوان الدراسة : (غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية السعودي)

الباحث : محمد بن زنان عبد الله الغامدي .

الجهة والتاريخ : قسم العدالة الجنائية من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 1430هـ للحصول على درجة الماجستير .

أهداف الدراسة :

التعرف على أثر غياب الخصوم على سير الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي .

منهج الدراسة :

استخدم الباحث في دراسته المنهج الاستقرائي التأصيلي .

أهم النتائج :

- 1- أن المقصود بالخصوم في الفقه والنظام والقانون المصري هم أطراف النزاع (المدعي والمدعى عليه)
- 2- أن الغائب في الفقه الإسلامي هو الشخص البعيد أو الذي لا يعرف له موضع ، بخلاف النظام السعودي والقانون المصري ، فإن الغائب هو من تخلف عن حضور الجلسة سواءً كان في البلد أو غائباً عنه
- 3- أن نظام المرافعات الشرعية بمواده ولوائحه المنظمة لغياب الخصوم أو أحدهم يتفق مع ما ورد في الفقه الإسلامي .

أوجه الاتفاق والاختلاف :

تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية في بيان آثار غياب الخصوم أو أحدهم وما يترتب عليه من أحكام وتختلف الدراستان بأن الدراسة السابقة تناولت أثر الغياب في نظام المرافعات بينما الدراسة الحالية تتناول أحكام المعارضة في الحكم الغيابي وطرقه وشروطه وأحواله .

الفصل الثاني مفهوم الحكم الغيابي

تمهيد :

كما تمت الإشارة إليه في المقدمة فإن العدل مطلب رئيس للجميع وعلامة بارزة من علامات تقدم الدول وحضارتها وهذا لا يتأتى إلا بتطبيق دقيق والتزام جميع ما يقرره النظام لجميع أطراف الدعوى ، سواءً في

الحضور لجلسات المحاكمة أو ما يتم تقديمه من بينات وأدلة ونحوها من الوسائل المحققة لوصول العدل لمستحقه ، والمقصود بطرقي الدعوى هما المدعي والمدعى عليه علماً أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في تحديد الضوابط التي تميز بينهما إلا أن من أبسط المعايير الشرعية والتي تميز بينهما المعيار الذي قال به الحنفية بأن المدعي هو من (إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها) والمدعى عليه هو من (إذا تركها يجبر عليها)⁽¹⁾ ، وحيث أن الغياب لأحد أطراف الدعوى له أثر بالغ في القضية المنظورة فقد أعطى النظام ضوابط محددة للغياب الذي يؤدي إلى الحكم الغيابي على الغائب كما بين فروقاً محددة لبعض الحالات التي نفرق بينها وبين الحكم الحضوري وهذا ما سأتناوله في هذا الفصل عبر المبحثين التاليين :

المبحث الأول : تعريف الحكم الغيابي .

المبحث الثاني : محاكمة الغائب .

المبحث الأول : تعريف الحكم الغيابي :

تمهيد :

في هذا المبحث سأتناول مفهوم الغائب وضابطه في الفقه الإسلامي وكذلك الأنظمة الحديثة والمقارنة بينهما وتعريف الحكم الغيابي وذلك في المطلب الأول ، ثم أتناول الفروق بين الحكم الغيابي وبين الحكم الحضوري حسب ما يرد في المطلب الثاني سيما وأن الإمام بأحكام المعارضة في الحكم الغيابي يستلزم الإطلاع أولاً على بعض الأحكام المتعلقة بالحضور والغياب وبيانها والتفصيل فيها فقهاً ونظاماً .

(1) الكاساني، أبوبكر بن مسعود ، بدائع الصنائع ، دار المعرفة ، د.ط ، 1420هـ ، 224/6

المطلب الأول / مفهوم الغائب وتعريف الحكم الغيابي :

تمهيد :

وجود أطراف الدعوى لأي قضية مطلب رئيس لتحقيق العدالة ، ولأن هناك مرجعاً شرعياً يدل على ذلك ليبين كل طرف منهما ما له وما عليه كما ورد في سورة يوسف عليه السلام عند اتهامه بالتعرض لامرأة العزيز ، قال الله تعالى { وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ

سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ * قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي . . . { يوسف (25 - 26)

وحيث أن نبي الله يوسف عليه السلام كان متواجداً في وقت التهمة كان له أن يرد دعوى امرأة العزيز التي ربما استغلت الموقف أكثر لو كان غائباً في نسبة ما لم يحدث . كما يدل على ذلك من السنة النبوية ما ورد عن النبي ﷺ : (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له من النار) ⁽¹⁾ ، ووجه الاستدلال من الحديث الشريف أن وجود طرفي الدعوى أصل في القضاء بحيث يشمل دعوى المدعي وإجابة المدعى عليه ، كذلك توجيه الرسول ﷺ للصحابي الجليل علي بن أبي طالب رضي الله عنه : (إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر ، فسوف تدري كيف تقضي " قال علي : فما زلت قاضياً بعد) ⁽²⁾ ، ووجه الاستدلال من الحديث الشريف ظاهر بأهمية حضور طرفي الدعوى حتى يسمع القاضي حججهما ومن ثم يقضي بينهما بالحق والعدل .

وفي نظام المرافعات الشرعية السعودية نصت المادة (47) على أهمية ضرورة حضور الخصم بنفسه أو وكيله : (في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينوب عنهم ، فإذا كان النائب وكيلاً تعين كونه ممن له حق التوكيل حسب النظام .) وكذلك المادة (72) من قانون المرافعات المصري حيث نصت : (في اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين وللمحكمة أن تقبل قى النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة) ، إلا انه هناك حالات عديدة يغيب فيها الطرفان أو أحدهما ويستلزم الأمر سماع الدعوى والبيئة والحكم غيابياً للغائب أو عليه وسنوضح في هذا المطلب ، مفهوم الغائب والحكم الغيابي .

الفرع الأول : مفهوم الغياب في الفقه الإسلامي :

(1) رواه البخاري في كتاب الحيل رقم 90 إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت رقم 9 الحديث رقم 6566 صحيح البخاري 2555/6 ، ورواه مسلم في كتاب الأفضية رقم 30 باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطل رقم 3 الحديث رقم 1713 صحيح مسلم 1337/3 .

(2) رواه الترمذي في أبواب الأحكام رقم 13 باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما رقم 5 الحديث رقم 1331 وقال : هذا حديث حسن .

من يطلع على باب القضاء على الغائب في كتب الفقهاء يجدهم يقصدون به : الغائب بعيد الغيبة وهو معلوم المكان ، ومن ذلك ما ذكره الغزي في أدب القضاء حيث قال في الفصل الثامن في الدعوى على من لا يعبر عن نفسه : (كالغائب - قريب الغيبة - والميت والصغير والمجنون والأخرس الذي لا تفهم إشارته والمحبوس في سجن السلطان الذي لا يمكن الوصول له فكل هؤلاء كالغائب على مسافة بعيدة)⁽¹⁾ .

ومن ذلك أيضاً ما ذكره الإمام البهوتي في كشف القناع حيث قال : (وإن ادعى على غائب مسافة قصر ولو في غير عمله أو ادعى على ممتنع أي مستتر إما في البلد أو دون مسافة القصر أو ادعى على ميت أو صغير أو مجنون بلا بينة تسمع دعواه ، ولم يحكم له ، وإن كان له بينة سمعها الحاكم وحكم بما في حقوق الآدميين ، أما المستتر فلأنه متعذر الحضور أشبه الغائب بل أولى لأن الغائب قد يكون معذوراً بخلاف المستتر وكذلك الميت كالغائب بل أولى لأن الغائب قد يحضر بخلاف الميت ، وكذلك الصغير والمجنون كالغائب لأن كل واحد منهما لا يعبر عن نفسه)² .

وبذلك يتمثل مفهوم الغياب في الشريعة الإسلامية في تعريف الغائب بأنه كل من غاب عن النظر وإن اختلفوا في تحديد العلم بالمكان من عدمه ، فالجمهور يرون بأنه كل من غاب عن النظر عُلم مكانه أم لم يُعلم ، بينما المالكية يرون أن الغائب من علم مكانه وذلك في معرض تفريقهم بين الغائب والمفقود إذ أن المفقود عندهم الذي لم يعلم موضعه⁽³⁾ .

الفرع الثاني : مفهوم الغياب في نظام المرافعات الشرعية السعودي :

(1) الغزي ، عيسى عثمان عيسى ، أدب القضاء ، مرجع سابق ، ص 154

(2) البهوتي ، منصور بن يونس ، كشف القناع على متن الإقناع ، دارالفكر ، د.ط، 1402هـ ، ص 354

(3) الدسوقي ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ ، 4/118 .

أما ما يتعلق بضابط الغياب في نظام المرافعات الشرعي السعودي فقد حدد النظام عبر مادته (57) الضابط بأنه لا يعد غائباً من حضر قبل الميعاد المحدد لانتهاء الجلسة بثلاثين دقيقة ، على أنه إذا حضر والجلسة لا زالت منعقدة فيعد حاضراً⁽¹⁾ . وعليه نستنبط نستنتج حالتين للحضور من نص هذه المادة:

الأولى : من حضر قبل انتهاء الجلسة بثلاثين دقيقة عبر الميعاد المحدد لها فإنه يعتبر حاضراً ، ويترتب على ذلك أن من حضر بعد هذه المدة يعتبر غائباً .

الثانية : حضور الخصم والجلسة منعقدة فإنه كذلك يعتبر حاضراً⁽²⁾ ، حتى لو تجاوزت المدة الثلاثين دقيقة مع الأخذ بالاعتبار بأن هذا الموعد من الصلاحيات الممنوحة للقاضي دون قيود ، فيمكن أن يسمح للخصم بالحضور حتى لو كانت الجلسة في دقيقتها الأخيرة ، ويمكنه أن لا يسمح له بذلك فهو ميعاد تنظيمي يخضع في تقديره لسلطة قاضي الجلسة⁽³⁾ .

ومفهوم الغياب في نظام المرافعات الشرعية السعودي لا يوجد نص محدد لتحديده وإنما ما ورد عند الشراح بقولهم أن الغياب هو " عدم حضور الخصم أو من يمثله قانوناً أو وكالة في الجلسة "⁽⁴⁾ ، وقيل بأنه من تغيب عن الحضور في المحكمة سواء كان حاضراً في البلد أو غائباً عنه⁽⁵⁾ ، فالمقصود بالغياب في نظام المرافعات - حسب رأي الباحث - : غياب المدعي أو المدعى عليه عن جلسة من جلسات المحاكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة وذلك في الزمان والمكان المحددين لنظر الدعوى والحكم في موضوعها .

الفرع الثالث : مفهوم الغياب في قانون المرافعات المصري :

(1) بابكر ، علي يحيى ، فهرسة اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، مكتبة القانون والاقتصاد، ط1، 1430، المادة 57 ص 55.

(2) آل حنين ، الكاشف في شرح نظام المرافعات ، ص 305.

(3) دويدار ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، جدة ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، 1428 هـ 2007 ص 443.

(4) دويدار ، طلعت محمد ، ومحمد بن علي كومان ، التعليق على نصوص نظام المرافعات في المملكة ، د.ط، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1422 هـ 2001 م ، ص 319.

(5) دويدار، التعليق على نصوص نظام المرافعات في المملكة ، مرجع سابق، ص443.

فيما يتعلق بضابط الغيبة في قانون المرافعات المدني المصري فيمكن إيجازه في :

الأول : تخلف الخصوم عن الحضور في أي جلسة من الجلسات .

الثاني : أن يكون قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه بأن يتسلم هو الصورة ويوقع على الأصل بالاستلام عملاً بالمادة 11 / 1 مرافعات⁽¹⁾ .

الثالث : أن لا يكون قدم مذكرة بدفاعه⁽²⁾ .

أما مفهوم الغياب فقد نصت المادة (82) من قانون المرافعات التجارية والمدنية المصري على: (أنه إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها فإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوماً ولم يطلب احد الخصوم السير فيها أعتبرت كأن لم تكن) ولم يوجد في نص النظام تعريف صريح لمفهوم الغياب سوى ما أشار إليه بعض الشراح للقانون إذ قيد بعضهم الغياب بتخلف المدعي عليه فقط وذلك في جميع الجلسات .

وهذا ما أكدته البعض بقولهم " والغيبة في القانون الجديد هي تخلف المدعي عليه عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى بشرط أن لا يكون قد أعلن بصحيفة الدعوى لشخصه ، وأن لا يكون قد قدم مذكرة بدفاعه " ⁽³⁾ .

وهناك من يرى بأن الغياب بأن يكون من الجميع وذلك " عند المناداة من قبل حاجب المحكمة على المدعي أو المدعى عليه أو على المدعى عليهم جميعاً فلا يجيبه أحد " ⁽⁴⁾ .

وهناك من يرى أن الغياب يكون من الجميع أو من بعضهم ويترتب على ذلك أحكاماً خاصة " وأما أن يتخلف الخصوم كلهم أو بعضهم عن المثول أمام المحكمة أو عن تلبية النداء ، فيعتبر هذا غياباً منهم قرر

(1) أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الاسكندرية دار المطبوعات الجامعية ، ص 581.

(2) أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق ، ص 572، والي ، الوسيط في القضاء المدني، ص 573.

(3) أبو الوفا، مرجع سابق ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 572.

(4) عمر ، نبيل إسماعيل ، الوسيط في قانون المرافعات ، مرجع سابق، ص 489.

المنظم بشأنه أحكاماً خاصة" ⁽¹⁾، ويرى البعض بأن الخصم يعتبر غائباً إذا لم يحضر هو أو ممثله في الجلسة مع ملاحظة ما يلي :

أ - إذا حضر الخصم أو من يمثله أية جلسة ، فإن الخصومة في درجة التقاضي التي حضر فيها تعتبر حضورية بالنسبة له ، ولو تغيب هو ومثله باقي الجلسات (83 مرافعات)

ب- يقوم مقام الحضور تقديم الخصم مذكرة بدفاعه (83 مرافعات)

ج- أن الخصومة تعتبر حضورية إذا كانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخص المدعى عليه(84مرافعات)

د- إذا أعتبر الخصم غائباً فإنه يكون كذلك لمجرد عدم حضوره بصرف النظر عن العنصر الشخصي في غيابه ، أي بصرف النظر عما إذا كان قد غاب باختياره أو قام مانع حال دون حضوره، ⁽²⁾ .

والبعض الآخر فرق بين المدعي والمدعى عليه في مفهوم الغياب وقال بأن الغياب يختلف مفهومه طبقاً لقواعد المرافعات تبعاً لصفة الخصم في الخصومة . فالغياب بالنسبة للمدعي هو التخلف عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر المنازعة أو أي جلسة قد يستغرقها نظرها ، أما بالنسبة للمدعى عليه فهو التخلف عن حضور جميع الجلسات التي تنظر فيها المنازعة ما لم تكن عريضة الدعوى قد أعلنت لشخصه أو كان قد تقدم بمذكرة بدفاعه فيها ⁽³⁾ ، ويمكن تمييز الفرق هنا بين المدعي والمدعى عليه بأن المدعي : هو السبب في قيام الدعوى ويفترض فيه العلم بالجلسات وكافة إجراءاتها حتى يصدر حكم بات فيها ، أما المدعى عليه فالأصل أنه لا يعلم بقيام الدعوى ما لم يكن عنده العلم اليقيني بإعلامه لشخصه ، كما رجح آخرون أن غياب الخصوم هو أن يتخلف الخصوم أو بعضهم عن حضور الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو يحضروا في بعض الجلسات ويتخلفوا عن البعض الآخر ⁽⁴⁾ ، مما سبق يتضح أن المقصود بالغياب هو تخلف الخصم أو من يمثله عن حضور جميع الجلسات ولم يسبق أن قدم مذكرة بدفاعه أو أعلن لشخصه بصحيفة الدعوى .

(1) مسلم ، أحمد ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، ص 516.

(2) والي ، الوسيط في القضاء المدني ، مرجع سابق ، ص 573

(3) بدوي ، عبد العزيز إبراهيم خليل ، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام ، د.ط (الفكر العربي ، د.ت ، ص 358.

(4) العشماوي ، محمد وآخرون ، قواعد المرافعات في التشريع المصري 2006 ، ص 517.

الفرع الرابع : المقارنة بين مفهوم الغياب في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري :

أولاً : أوجه الاتفاق :

- 1- أن المقصود بالغياب هو عدم حضور الخصم سواءً كان المدعي أو المدعى عليه فرادى أو متعددين أو الوكيل أو النائب في الوقت المحدد لنظر الدعوى .
- 2- لا يعد الخصم غائباً إلا بعد إبلاغه بالطرق النظامية للحضور فإن حضر وإلا أعتبر غائباً .
- 3- في قانون المرافعات المدني والتجاري المصري يجعل إعلان صحيفة الدعوى لشخص المدعى عليه الخصومة " حضورية " لتحقيق العلم بالخصومة زماناً ومكاناً ، وهذا الإعلان إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً ففي حال كونه صحيحاً فيسير حسب الإجراءات وأما إن كان باطلاً فيصح وجوباً⁽¹⁾ ، ويقارب هذا ما ورد في نظام المرافعات الشرعية السعودي وذلك في المادة 55 التي نصت (أنه في حال غياب المدعي عليه بعد قفل باب المرافعة في القضية يعد حكمه حضورياً) ، كذلك ما ورد في المادة 56 حيث نصت : (إذا تعدد المدعى عليهم ، وكان بعضهم قد أعلن لشخصه وبعضهم الآخر لم يعلن لشخصه ، وتغيّبوا جميعاً أو تغيّب من لم يعلن لشخصه ؛ وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين ، ويعد الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً) .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

يتفق نظام المرافعات الشرعية السعودي مع الفقه الإسلامي في نظرتهما للغياب من خلال حضور الجلسات أو التخلف عنها والذان يختلفان فيه عن القانون المصري ويمكن توضيح من خلال ما يلي :

(1) المرافعات المدنية والتجارية ، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 568 ، والوسيط في قانون القضاء المدني ، فتحي والي، مرجع سابق، ص 572 ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، 1/ 419.

1- إذا حضر الخصم أو من يمثله في أي جلسة فإن الخصومة في درجة التقاضي التي حضر فيها تعتبر حضورية بالنسبة له ولو تغيب هو ومثله عن حضور بقية الجلسات⁽¹⁾ . وذلك في خصوص موضوع الخصومة التي حضر الجلسة المحددة لنظرها ، فلا يجوز للمدعي ان يبدي بعد ذلك في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل في الطلبات السابقة بما يضر خصمه كما لا يجوز للمدعي عليه أن يطلب في غيبة المدعي الحكم بطلب ما ، فكل ذلك لا يجوز إلا بعد إجراء إعلان جديد للخصم⁽²⁾ .
الغائب .

بينما نظام المرافعات الشرعية السعودي لا يقر هذا ويتفق مع الفقه الإسلامي إذ كيف يعتبر الخصم حاضراً في جميع الجلسات وهو لم يحضر سوى في واحدة منها فقط ، ولماذا يحرم من حق الطعن في الحكم عن طريق المعارضة ؟ مع ان غيابه قد يكون بعذر ، إذ أن الأولى أن يتم السير في الدعوى حتى لا يقع الضرر على الخصم الحاضر ، ولكن تعتبر الخصومة غيابية ويحق للخصم الغائب المعارضة كحق للطعن وبخاصة إذا كان غيابه بعذر .

2- إذا قدم الخصم مذكرة بدفاعه فإن هذا يقوم مقام حضوره ، فتعتبر الخصومة حضورية دائماً بالنسبة للمدعي ولو لم يحضر أية جلسة ، لأن الدعوى تبدأ بصحيفة مرفوعة منه يبين فيها طلباته وأسانيدها ، فمن المبالغة في الاهتمام به أن يرفع هو الدعوى ويتخلف عن الحضور ثم يكون الحكم الصادر عليه غيابياً يجوز له الطعن بالمعارضة ، فلا بد من مجازاته بأن يعتبر الحكم حضورياً في حقه ، ومن ناحية أخرى إذا قدم

(1) الحكم الحضورى في القانون المصرى يعنى حرمان الخصم الصادر عليه الحكم من حق الطعن فيه بطريق المعارضة ، إنما ينحصر حقه في الطعن فيه بالاستئناف إن كان صادراً من محكمة ابتدائية أو بالنقض إن كان صادراً من محكمة الاستئناف . انظر : المرافعات المدنية والتجارية - أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، ص 568 ، وموسوعة المرافعات المدنية والتجارية - أنور طلبة 2، دار المطبوعات الجامعية ، د.ط، 1993م ، ص : 43- 44
بل إن له أيضاً حق الطعن فيه بطريق الالتماس بإعادة النظر إذا وجد سبباً من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر . انظر -مثلاً- : (المادة 241 مرافعات مصري) وشرحها في التعليق على نصوص المرافعات - أحمد أبو الوفا 1 / 883 وما بعدها.

(2) (المادة 92 من قانون المرافعات المصرى السابق) ، وشرح المرافعات المدنية والتجارية ، الشرقاوي ، ص 411 ، وقواعد المرافعات ، محمد وعبد الوهاب العشماوي 156/2 ، والوسيط في القضاء المدني ، فتحي والي ، ص 571 ، المذكورة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية.

المدعى عليه مذكرة بدفاعه فإن الخصومة تعتبر في حقه حضورية في حقه أيضاً دون حاجة لحضوره الفعلي في أية جلسة ، لأن قيامه بإيداع مذكرة دفاعه يؤكد علمه بالدعوى .⁽¹⁾

بينما نظام المرافعات الشرعية السعودي يتفق مع الفقه الإسلامي في هذا الخصوص ، وذلك لأن قيام المدعي برفع صحيفة الدعوى إلى القضاء لا يعني عن سماع إجابته على ما قد يديه المدعى عليه من دفع لها ، كما أن إيداع مذكرة الدفاع لدى المحكمة من قبل المدعى عليه لا يكفي عن سماع إفادته لما يراه مناسباً لرد ما قد يضيفه المدعي من أسانيد تؤيد دعواه ، فإذا تم السير في الخصومة واعتبرت غيابه زال هذا الإشكال وبخاصة إذا كان الغياب بعذر .

3- في قانون المرافعات المدني والتجاري المصري يعتبر الخصم غائباً سواءً كان غيابه بعذر أو بدون عذر وحينها يسير القاضي في الخصومة بشكل طبيعي دون النظر لهذا الغياب .⁽²⁾

بينما أعطى نظام المرافعات الشرعية السعودي للغياب بعذر اعتباراً له ، ففي المادة(53) أشارت المادة إلى أنه : (إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأحوال، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه ، فإذا غاب المدعي ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة) .

وعليه فنظام المرافعات الشرعية يقترب من الفقه الإسلامي في هذا الاعتبار لأنه فرق بين المتغيب من باب التعتن والإهمال ومن كان غيابه لعذر .

والفقه الإسلامي كما ذكرت آنفاً يفرق بين الغياب لعذر والأخذ به في الخصومة ومن كان غيابه لغير عذر ففي الحديث الذي رواه المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (لا شخص أحب إليه العذر من الله ، من أجل ذلك بعث الله المرسلين مبشرين ومنذرين)⁽¹⁾

(1) انظر : المرافعات المدنية والتجارية - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 568 والوسيط في قانون القضاء المدني - فتحي والي، مرجع سابق، ص 572 والتعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد الوفا مرجع سابق، ص 415/1
(2) الشرقاوي، عبد المنعم أحمد، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، المطبعة العالمية، ص 411 ، والوسيط في قانون القضاء المدني ، فتحي والي ص 572.

الفرع الثالث : تعريف الحكم الغيابي :

يمكن تعريف الحكم الغيابي بأنه هو (الحكم الذي يصدر في خصومة تغيب في جلساتها الخصم ولم يقدم فيها مذكرة بدفاعه ، وهو يقبل الطعن فيه إذ الغائب على حجته)².

المطلب الثاني : الفرق بين الحكم الغيابي والحكم الحضور في نظام المرافعات الشرعية
السعودي :

تمهيد :

(1) رواه البخاري في كتاب التوحيد رقم 97 الحديث 6980 ، ورواه مسلم في كتاب اللعان رقم 19 الحديث 1499 .
² د/أحمد ، فؤاد عبد المنعم ، مذكرة الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودية ، مرجع سابق ، ص 103 .

إن التفريق بين الحكم الحضورى والحكم الغيابى له أهمية من حيث الآثار المترتبة عليه سيما وأن الأنظمة متفاوتة في تقدير ذلك من حيث الحكم على أطراف الدعوى أو احدها في حضوره لجميع الجلسات أو بعضها ونحو ذلك وفي هذا المطلب سأتناول ذلك في نظام المرافعات الشرعية السعودية .

أولاً : من حيث مجال كل منهما :

ينحصر مجال الحكم الغيابى في حقوق العباد فقط دون حقوق الله ، إذ أن حقوق الله عز وجل مبناها على المساهلة والإسقاط ، ولا ضرر في تأخير البت فيها إلى حين حضور المحكوم عليه فإن قامت بينة على الغائب بسرقه مال حكم بالمال دون القطع ، أما الحكم الحضورى فمجاله أوسع ليشمل حقوق الله تعالى وحقوق العباد ⁽¹⁾ .

ثانياً : من حيث أثر الحكم القضائى في قطع الخصومة :

من حيث قطع الخصومة يختلف الحكم الحضورى عن الحكم الغيابى في أن الحكم الغيابى يمنح للغائب فرصة الاستئناف في موضوع النزاع ، ويبقى على حجته إذا حضر وله أن يقدمها ، فإن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره فإن جرح ⁽²⁾ الشهود لم يحكم عليه ، وإن إستنظر الحاكم أجله ثلاثاً فإن جرحهم وإلا حكم عليه وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة به برئ وإلا حلف المدعى وحكم له ، وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود لأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم وإن جرحهم بعد الحكم فلا يقدر فيه ، بينما الحكم الحضورى يعتبر منهياً للخصومة فلا يمكن للمحكوم عليه من استئناف الخصومة وإبداء بيانات جديدة بعد الحكم إلا بشروط وقيود محددة ⁽³⁾ .

ثالثاً : من حيث اشتراط مستند الحكم :

يحتاج في الحكم الغيابى بشكل أكبر من الحكم الحضورى ، إذ يشترط في الحكم الغيابى بيان مستند الحكم وتوضيحه والتعريف بالشهود وما يتميزون به عن غيرهم حتى يكون للغائب القدرة على إبداء الطعن

(1) الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى ، ، 1419هـ مجلد 28/522.

(2) يقبل الجرح إذا كان مبنياً على يقين إما بالمعاينة أو السماع أو ما علم بالاستفاضة بين الناس انظر أدب القضاء للماودرى ج2/39.

(3) المرادوى ، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، .

فيهم ويعتبر إبهام شيء من ذلك قدحاً في الحكم ، قال المازري كما جاء في تبصرة الحكام (إذا لم يصرح القاضي بأسماء الشهود في الحكم على الغائب فالمشهور أن ذلك حكم لا ينفذ دون أن يعرف الغائب من يشهد عليه ووقع في المذاهب رواية أن ذلك ينفذ ولكنها مطروحة عند القضاء المالكية) .

بينما اختلف في جواز الطعن في الحكم الحضوري بناءً على إبهام شيء من ذلك ⁽¹⁾ .

رابعاً : من حيث النفاذ :

الحكم الحضوري المستجمع لشروطه مجمع على اعتباره ولا يتوقف نفاذه على قاضي آخر يقضي بصحته بينما الحكم الغيابي اختلف فيه ، ولذلك من العلماء من يرى وقف العمل به حتى يحكم حاكم آخر بصحته ⁽²⁾ .

وأختم في هذا المطلب بأن الفرق بين الحكم الحضوري والحكم الغيابي يمكن إيجازه في النقاط التالية:

1- للمحكوم عليه غيابياً تقدم اعتراضه إلى المحكمة التي صدر منها الحكم متى ما علم بالحكم ولو كان قد تجاوز المدة المحددة في النظام وهي ثلاثون يوماً أما في حال الحكم الحضوري فيكون تقدم الاعتراض خلال المدة المشار إليها ويسقط حقه في الاعتراض بعد ذلك .

2- للمحكوم عليه غيابياً أن يطلب وقف تنفيذ الحكم وتأخير التنفيذ ويكون الطلب علي وجه السرعة بقوة النظام ، وليس للحكم الحضوري وقف التنفيذ إلا في الالتماس بإعادة النظر .

3- الحكم الغيابي يحفظ للمحكوم عليه حجته ودفعه والبيانات التي لديه ولا تهدر ويجب سماعها ، أما الحكم الحضوري فبعد اكتساب القطعية لا يسمع إلا في إعادة الالتماس بإعادة النظر .

4- بالنسبة لاستلام الحكم الغيابي يجب أن يتسلم المدعى عليه أو وكيله أو من يجوز تبليغه حسب النظام نسخة من الحكم الصادر أما الحكم الحضوري فيبلغ الأطراف بموعد صدور الحكم ويجب عليهم

(1) ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1301هـ ، ج1/86.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لعبد الله بن أحمد السلفي زين العابدين ابن نجيم ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة ج7/18.

الحضور كي يستلمون نسخة من الحكم .

5- للمحكوم عليه غيابياً طلب إعادة الالتماس بسبب عدم الحضور إلى قاعة المحكمة وليس للمحكوم عليه حضورياً ذلك ولكن له طلب إعادة الالتماس بسبب آخر نص عليها النظام ، وفي حال تبليغ أحد طرفي الدعوى بشكل صحيح حسب ما نص عليه النظام بموعد الجلسة أو حضوره لأي جلسة من جلسات المحكمة أو استلامه نسخة من الحكم الصادر أو أودع وثيقة للدفاع أو طلبات فإن الحكم ينقلب من غيابي إلى حضوري ، في هذه الحالة وبعد قبول الاعتراض يتم إعادة المحكمة مرة أخرى وفي المرة الثالثة تتصدى محكمة التمييز للخصوم وتصدر الحكم ويكون قطعياً ليس لأحد الحق في الاعتراض عليه .

المبحث الثاني : محاكمة الغائب¹ :

تمهيد :

لا شك أن الأصل في فض المنازعات بين الخصوم حضور أطرافها ، لأن المواجهة بين أطراف الخصومة من أهم عوامل العدل المقررة شرعاً والمسلمة عقلاً ، إلا أن تخلف أحد أطراف الدعوى يثير شيئاً من التعطيل في تحقيق المصالح المشار إليها ، وسأتناول في هذا المبحث وعبر المطلب الأول حكم القضاء للغائب ، ثم بيان شروط سماع الدعوى والبيئة على الغائب عبر المطلب الثاني ، ثم أختتم بالمطلب الثالث بأنواع الغياب حسب أطراف الدعوى والآثار المترتبة عليها .

¹ استفتدت في هذا المبحث من : رسالة الدكتوراة والمقدمة من الباحث فؤاد الماجد بعنوان : حضور الخصوم وغيابهم . والمقدمة إلى المعهد العالي للقضاء ، ينظر للدراسات السابقة في الفصل الأول .

المطلب الأول : القضاء للغائب :

تمهيد :

في هذا المطلب أتطرق إلى المسائل المتعلقة بالقضاء للغائب في الفقه الإسلامي مع بيان أقوال الفقهاء حوله وأرائهم الفقهية عبر الفرع الأول ، وفي الفرع الثاني سأبين ما تم بيانه في الأنظمة الحديثة حول القضاء للغائب في نظامي المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري وسواءً كان هذا الغياب أصالة – مستقلاً – أم تبعاً .

الفرع الأول : القضاء للغائب عند الفقهاء :

تحرير محل النزاع في المسألة :

محل الاتفاق :

(1) اتفق الفقهاء على عدم جواز القضاء للغائب إلا تبعاً ، وصورة ذلك بأن يقضي للحاضر، فيلزم من ذلك القضاء للغائب، ويكون ذلك إذا كان بين الغائب والحاضر اتصال في الحق المدعى، وتتحقق هذه الصورة كثيراً في حالات الورثة ، ومثاله : كما لو ادعى شخص أن أباه قد توفي عنه وعن أخ له غائب ، وأن للميت عند فلان عيناً أو ديناً، فثبت بإقرار أو بينة، فإنه يقضي للأخوين الحاضر والغائب، فيأخذ الحاضر نصيبه ويجعل نصيب الغائب عند القاضي .⁽²⁾

محل الخلاف :

القضاء للغائب أصالة - استقلالاً - وليس تبعاً ، وليبان ذلك نفرق أولاً بين القضاء لمصلحة الغائب أو لغير مصلحته ، فلا يصح القضاء للغائب أصالة، إلا بناء على طلبه أو طلب وكيله، فإذا أضفنا إلى هذه القاعدة أن العبد غير مجبر على المطالبة بحقه تبين لنا أن الغائب الذي له حق عند غيره ولم يوكل أحداً بطلبه لا يجوز الحكم له به، إلا في تلك الحالة التي قدمناها، وإذا كان الفقهاء متفقين على عدم جواز الحكم للغائب، إلا أنهم اختلفوا كثيراً في القضاء ضده، وإذا جاز لنا أن نصنف بإجمال آراء الفقهاء في هذه المسألة إلى مانعين للقضاء على الغائب، وعلى رأسهم الحنفية، ومميزين له وهم بقية المذاهب في الأقوال الراجحة ، فإن هذا التصنيف ليس دقيقاً في واقع الأمر، إذ لا بد من التفريق بين أسباب الغياب عند فقهاء المذاهب وذلك حسب التفصيل التالي :

أولاً : شقة الخلاف تضيق إلى حد ما بين المذاهب بالنسبة للمتمرد والمستتر عن مجلس الحكم، فإذا وجب الحضور على شخص ما، ودُعي إليه من قبل الحاكم، فلم يمتثل وتمرد على الحضور، فلم يقدر عليه أو اختفى عن الأعين ، أو هرب بعد أن حضر مجلس الحكم، ورأى الحق يكاد يثبت عليه بالبينة الشرعية، فإن الفقهاء - في هذه الحالة - يكادون يتخذون موقفاً موحداً اتجاهه، مع اختلاف في التطبيق، وذلك أنهم يميزون الحكم عليه، وإن كان غائباً، ولا يقبلون منه حجة ، ويمكن بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي :

(1) - ابن مفلح ، محمد، الفروع ، دار عالم الكتب، ط1985، 4م، ج3، ص830
- الحنبلي، مرعي بن يوسف، غاية المنتهى، جامعة أم القرى، د.ط، 2007م، ج3، ص460،
-قراءة، محمد علي، الأصول القضائية، مكتبة مصر، د.ط، 1979م، ص36 وما بعدها.
(2) ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج3، ص830.

القول الأول : عند الحنفية / فإن المفتى به في المذهب الحنفي أن المتمرّد أو المستتر يعذر مرّات ثلاثاً , بأنّه إن لم يحضر نصب القاضي عنه وكياً وقضى عليه ⁽¹⁾ , وهذا هو ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية, وهو المفتى به في المذهب الحنفي, إلا أن الإمام محمد - من أصحاب أبي حنيفة - لم يرّ جواز القضاء على الغائب حتى ولو كان متوارباً, وهي رواية عن الإمام أبي حنيفة ⁽²⁾ .

القول الثاني : وكذلك المالكية / أجازوا القضاء على المتمرّد الذي أعى السلطان أمره, فقالوا: تسمع عليه البينة, ويقضى عليه بالحق, ولا ترجى له حجة إذا ظهر بعد ذلك عقوبة له ⁽³⁾ .

القول الثالث : وأما الشافعية / فقد ذهبوا على صحة القضاء على الممتنع, ولو كان قريباً من مجلس الحكم, وكذلك المتغيّب , ولكنهم قالوا: إن تماديه في التمرد والاستتار يعتبر نكولاً منه, فترد اليمين على المدعي, فإن حلف قضي له وإن لم يكن معه بينة ⁽⁴⁾ .

القول الرابع : ذهب الحنابلة إلى مثل مذهب أبي يوسف, فأجازوا القضاء على الممتنع عن الحضور ولو كان حاضراً في البلد, وذلك بعد تنصيب القاضي وكياً عنه ⁽⁵⁾ ,

ثانياً : اتفق فقهاء المذاهب على جواز القضاء على الغائب المفقود وهو الشخص الذي لا يعلم مكانه, وهو يختلف عن المستتر, فإن هذا يختفي بعد أن يصل إلى علمه أنه مطلوب للقضاء, وأما المفقود فيكون مجهول المصير قبل أن ترفع عليه الدعوى , وأما المذاهب غير الحنفية فيجوز الحكم عليه , لأنهم يجيزون القضاء على الغائب المعروف المكان, فيجوز القضاء على المفقود من باب أولى, إذ بغير ذلك تضيع الحقوق المتصلة به, أو أنّها تعلق على مصير مجهول, وأما الحنفية فقد صرحوا بصحة القضاء على المفقود

(1) ابن نجيم, عبد الله بن أحمد, البحر الرائق, مرجع سابق, 7, ص 19, 20

(2) الخصاص, أحمد بن عمر, شرح أدب القاضي, دار الكتب العلمية, د. ط, 1994م, ص 73.

(3) الكناني, عبد الله بن سليمان, العقد المنظم للحكام, دار الآفاق العربية, د. ط, 2011م, ج 2, ص 200

جعيط, محمد العزيز, الطريقة المرضية, الدار المتوسطة للنشر, د. ط, 2010م, ص 41, 42.

(4) الشيرازي, إبراهيم بن علي, المهذب, دار الكتب العربية, ج 2, ص 304,

ابن أبي الدم, إبراهيم بن عبد الله, أدب القضاء, دار الفكر, دمشق, ط 1402, 2هـ.

(5) ابن قدامة , المغني , مرجع سابق, ج 9, ص 61, 62.

ونفاذه، وأنه مستثنى من الغائب الذي لا يجوز القضاء عليه، ولكن قالوا بوجوب تنصيب وكيل يدافع عنه،
(1) ويقضى عليه .

ثالثاً: أما الميت ، فيجوز الحكم عليه إذا لم يكن له وصي أو وارث، فإنه لا خلاف في ذلك بين فقهاء
المذاهب غير الحنفية، ولكن بشرط أن يكون مع المدعي حجة شرعية⁽²⁾ ، وأما الحنفية فعندهم: الذي
يخاصم عن الميت وارثه أو وصية أو شخص موصى له من قبله بأكثر من الثلث، فإن لم يوجد أحد هؤلاء
كانت تركة الميت ملكاً لبنت مال المسلمين، فإذا ادعى مدعٍ حقاً فيها كان للقاضي أن ينصب قيماً حتى
يسمع خصومه المدعي في حقوق المسلمين⁽³⁾ .

رابعاً: القضاء على من لا يستطيع أن يعبر عن نفسه كمجنون وصغير، فقد ذهب إلى جوازه المذاهب
الفقهية غير الحنفية، واشترطوا في صحته أن يكون مع المدعي بينة مقبولة، وجعلوا الحق للمقضي عليه في
معارضته الحكم الصادر في حقه إذا أفاق أو كبر⁽⁴⁾ .

والظاهر من شروط الدعوى عند الحنفية أنهم لا يميزون القضاء على غير البالغ العاقل، وهؤلاء يدافع عنهم
النائب الذي نصبه الشارع لحماية مصالحهم وقضائهم. والصواب -والله أعلم- أن الحق في هذه المسألة مع
الحنفية، لأن روح الشريعة لا تسمح بأن يوجد شخص ضعيف لا يستطيع الدفاع عن مصالحه لنقص في
عقله من غير تنصيب شخص يتولى الدفاع عنه، وإن وجد من لا ولي له فالقاعدة أن الحاكم ولي من لا
ولي له، وفي كل حالة يطالب الحكم على المجنون أو الصغير ينبغي رفع الدعوى على وليه أو نائبه الشرعي،
لأنه لا يجوز التسليم لمن ادعى عليه، حتى ولو كان معه بينة، فقد لا تكون هذه عادلة، أو قد يكون له
مدافع آخر. فإن قيل: إن المقضي عليه الصغير أو المجنون إذا كبر أو أفاق كان له دفع الحكم الصادر عليه،
فالجواب أن هذا غير كاف في الاحتياط لهم، فقد لا يفيق المجنون، كما أن المقضي له قد يتصرف فيما

(1) ابن نجيم، عبد الله بن أحمد، البحر الرائق، مرجع سابق، ج7، ص18.

(2) الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب، مرجع سابق، ج2، ص304، 305
البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ، ج4، ص208، 209،
الأسيوطي، محمد بن أحمد، جواهر العقود، ط1374، 2هـ، ج2، ص361.

(3) قراءة، الأصول القضائية، مرجع سابق، ص47.

(4) المهذب: ج2، ص304، 305، كشف القناع: ج4، ص208، 209. جواهر العقود: ج2، ص361.

حكم له به قبل إفاقة المجنون وبلوغ الصغير ، وقد يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالحهم ، علماً أن حقوق المدعي محفوظة مضمونة حال كون الحق معه وذلك بعد أن ينصب القاضي وكيلاً على من لا يستطيع التعبير عن نفسه فتسمع الدعوى حينئذ فإن كان الحق مع المدعي فسيأخذه .

خامساً : الخلاف الأساسي بين الحنفية وغيرهم من المذاهب الفقهية الأخرى يظهر بوضوح في القضاء على الغائب البعيد المعروف المكان ، فإننا ننبه إلى أن المختلف فيه بين الفقهاء هو القضاء على الغائب . وليس سماع البينة عليه ، ففي هذه الأخيرة لا يختلف الفقهاء في جواز سماع البينة على الغائب من أجل تسجيلها خوفاً من ضياعها ، ولا يعتبر هذا التسجيل قضاء على الغائب ⁽¹⁾ ، وإنما الخلاف هو في القضاء على الغائب ، وعليه فيكاد يتفق الفقهاء على أن من لوازم ولاية القاضي حفظ أموال الغائبين ⁽²⁾ ، وحيث قرر الأصوليون في قواعدهم : أن (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) ، وعليه فإنه من المهم هنا التفريق بين أمرين :

الأمر الأول : الحقوق الثابتة حقيقة للغائب قبل غيابه كأن يكون للغائب نخل ثابتة ملكيته له ، ثم قام جاره بالتعدي عليه وذلك باقتطاع جزء منه وإدخاله ضمن ملكه ، وكأن يأتي بعض الناس فيسرقون ثمرته ، ثم يتقدم إنسان بدون وكالة عن الغائب مخبراً القاضي بذلك ولديه البينة على صحة دعواه .

وكذلك الحقوق الثابتة حكماً للغائب كالمطالبة بنصيبه من الإرث من قريبه المتوفى بعد غيابه ، أو المطالبة بحصته من الشركة التي تمت تصفيتها وكان عضواً مشاركاً فيها؛ لأن القرابة والشراكة ثابتتان له قبل غيابه ، فإن القاضي يلزمه حينئذ سماع الدعوى والبينة والحكم للغائب متى ظهر الحق له ، لأن هذا من باب حفظ ماله ، وقد أتت الشريعة بحفظ المصالح ودرء المفاسد ، وفي هذا الأمر يرى ابن حزم الظاهري وجوب الحكم

(1) العدوي، علي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، دار الكتب العلمية، د. ط، 2008م، ج 2، ص 297، ابن

أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 44

الهيتمي، أحمد بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، دار الكتب العلمية، 1996م، ص 429.

(2) الكاساني، مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية 196

الخطاب، محمد المقرئ، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت، 156/4

النووي، أبو بكر بن يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار عالم الكتب، بيروت، د. ط، 1410 هـ، 198/11 وأدب

القاضي - الماوردي 169/1، والمغني - ابن قدامة 743/5، وكشاف القناع 290/6.

للغائب إذا ظهر للحاكم ثبوت حق له من الحقوق وإن على الحاكم أن يُمكن من يتولى الخصومة عنه في ذلك⁽¹⁾.

والأمر الثاني: الحقوق التي لم يسبق ثبوتها للغائب قبل غيابه لا حقيقة ولا حكماً، كأن يتقدم إنسان بدون وكالة عن الغائب بالمطالبة بدين له في ذمة آخر ولديه البينة على صحة دعواه، فإن القاضي يلزمه حينئذ سماع الدعوى والبينة للغائب حتى لا يضيع حقه بغياب الشهود أو موتهم أو نسيانهم، ولكن لا يلزمه الحكم للغائب استقلالاً وإنما يجوز له ذلك؛ لاحتلال عدم رغبة الغائب في استحصال هذا الدين، لكونه مثلاً على أحد أقاربه أو على فقير معدم، فالقاضي بالخيار حينئذ في الحكم للغائب أو عدم الحكم له بناء على ما يظهر له من قرائنه الحال⁽²⁾.

لذا يترجح - والله أعلم - قول من قال بجواز أن يُمكن الحاضر من إقامة البينة عن الغائب سيما وأن القاضي مطالب بحفظ المال الموجود للغائب من الضياع، وكذلك المال الذي في حكم الموجود، وليس مطالباً بتحصيل أموال لم يدعها الغائب ولم تكن ثابتة له قبل غيابه لا حقيقة ولا حكماً، فهناك فرق بين الأمرين.

الفرع الثاني / القضاء للغائب في الأنظمة الحديثة :

نفرق كذلك بين القضاء للغائب تبعاً أو استقلالاً كما يلي :

1- بالنسبة للقضاء تبعاً فقد أشار بعض شراح القانون المصري إلى قاعدة قضائية هي: أن الوارث لا ينتصب خصماً عن باقي الورثة أو عن التركة إلا إذا كان قد خصم أو خصم طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها، أو مطلوباً في مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. وهذا يعني أنه إذا قام أحد الورثة بالمخاصمة في نصيبه فقط فإنه لا ينتصب خصماً عن بقية الورثة، ولا يحكم لهم تبعاً للحكم له، أما إذا كانت مخاصمته في جميع التركة طالباً الحكم لها بكل حقها، فإنه ينتصب حينئذ خصماً عن بقية الورثة، ويحكم لهم تبعاً للحكم له. وقد قضت بذلك محكمتا النقض والاستئناف بمصر⁽³⁾ والشريك في الملك

(1) ابن حزم، محمد بن علي، المحلى، طبعة مكتبة الجمهورية، 9/112.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 1/114.

(3) عبد التواب، معوض، موسوعة الأحوال الشخصية، مؤسسة المعارف، 1997م، 1116/2، 1157، 1158،

1162، 1165، وقارن التعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، 99/1

المشاع من حقه أن يرفع بمفرده دعوى وإثبات حالة العقار متى كان هناك ضرر واقع عليه، ولا يلزمه إحضار وكالة من بقية الشركاء⁽¹⁾.

ومما يؤكد ذلك القرار الصادر من مجلس القضاء الأعلى السعودي ببيئته الدائمة برقم 29/4/122 في 1401/7/2 هـ المعمم من معالي وزير العدل برقم 8/ت / 98 في 1411/9/21 هـ ، حيث تضمن ما نصه " أنه نظراً لأن إخراج حجج استحكام الأملاك المشتركة مما يحفظ تلك الأملاك بمساحتها ويسر لأهلها الاستفادة من البنك الزراعي ويمكن الملاك من ضبط حدودها، ولأن الشركاء ينوب بعضهم عن بعض في الحفاظ على الأموال المشتركة ولا يكون إنفاؤهم ملزماً لشركائهم بشيء وإنما يحفظون به لهم ما يمكن حفظه وصيانته بسبب حجة الاستحكام، ولأن طلب حجة الاستحكام ليس نقلاً للملك ولكنه من وسائل إثباته، فإن مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة يرى أن من حق أحد الشركاء في عقار طلب حجة الاستحكام له ولو لم يكن معه وكالة من بقية الشركاء، لأن من حقه رد من يريد الاعتداء على الملك وإقامة الدعوى في ذلك ولو لم يوكله شريكه الغائب، على أن تصدر الحجة في العقار الموروث باسم مورث المنهي وأنه خلفه لورثته، وفي العقار الذي لم ينتقل إلى المنهي وشركائه عن طريق الإرث تصدر الحجة باسم كافة الشركاء". أ. هـ⁽²⁾.

وقد نصت (المادة 1/516 مدني مصري الخاصه بالشركات) على أن (للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم - بالرغم من معارضة سائر الشركاء - بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة، متى كانت أعماله وتصرفاته خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من الإدارة دون مسوغ، ما دامت الشركة باقية)⁽³⁾. أ. هـ وقد أشار شراح القانون إلى أن من سلطات مدير

يوسف، محمد، ورفيقاه، مدونة الفقه والقضاء، دار المعارف، 1995م 159/1، 205، وما بعدها، 276 وما بعدها.

(1) أبو الوفا، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مرجع سابق، 98/1.

(2) التصنيف الموضوعي لتعاميم الوزارة 459/1، 460.

(3) تقابل (المادة 884 من قانون الموجبات والعقود اللبناني) ما ورد في هذه المادة من ناحية أعمال وتصرفات مدير

الشركة. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني السنهوري 302 / 5، 303.

الشركة إقامة الدعاوى ضد مديني الشركة, وهو لا يحتاج في ذلك إلى وكالة من جميع الشركاء, مع أن في الحكم له حكماً لهم تبعاً⁽¹⁾.

ونصت المادة الخامسة من نظام المرافعات الشرعية السعودي على ما يلي: (تقبل الدعوى من ثلاثة على الأقل من المواطنين في كل ما فيه مصلحة عامة إذا لم يكن في البلد جهة رسمية مسؤولة عن تلك المصلحة) وهذا فيه كذلك إشارة للقضاء على الغائب ولكن يُلاحظ عليه أنه يعني أنه لو قام أحد من الناس بالاعتداء على جزء من طريق عام بالبناء عليه مثلاً مما أدى إلى تضيقه, فإنه لا تقبل دعوى منع الاعتداء ولا إزالته من أحد المواطنين المقيمين بجوار هذا الطريق بمفرده, وإنما لا بد من اشتراك ثلاثة مواطنين على الأقل في رفع هذه الدعوى, ولا يخفى أن المواطن قد لا يجد في مجاوريه من يشترك معه في رفع الدعوى, وذلك بسبب انشغالهم بأعباء الحياة.

ولم تكتف المادة المذكورة باشتراط العدد بل علقت قبول الدعوى على عدم وجود جهة رسمية مسؤولة عن تلك المصلحة, ولا يخفى ما في هذا من الإضرار بالفرد والجماعة, فقد لا تتمكن الجهة المختصة من رفع الدعوى لسبب أو لآخر, بل قد تكون هذه الجهة هي الطرف المدعى عليه فتتعطل بذلك المصلحة العامة, لذا المصلحة والله أعلم أن تسمع الدعوى ولو من مواطن واحد وما يحكم له به يدخل فيه بقية مجاوريه وكذلك الجهة المختصة تبعاً إن لم تكن هي الطرف المدعى عليه.

2- أما بالنسبة للقضاء للغائب استقلالاً فإن الأصل هو عدم سماع الدعوى إلا من شخص تكون له مصلحة مباشرة فيها, فمتى لم تتوفر فيه هذه الصفة حكم عليه بعدم قبول دعواه⁽²⁾, وهذا يعني أنه لو تقدم شخص بدعوى ضد آخر مطالباً فيها بحق لغائب, وليس لهذا المدعي صفة في تمثيل الغائب لا بوكالة

(1) المرجع السابق, 309/5

الحياط, عبد العزيز, الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي, مؤسسة الرسالة, 267/1, 268.

(2) ولا بد أن تكون هذه المصلحة قانونية شخصية قائمة حين رفع الدعوى, إلا أنه يمكن قبول الدعوى مع أن المصلحة محتملة, إذا كان المقصود من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق, أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. انظر: في شروط قبول الدعوى: المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف ص 241 وما بعدها, المرافعات المدنية والتجارية - محمد فهمي ص 358 وما بعدها, والوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - رمزي سيف ص 128 وما بعدها, وفي شرط المصلحة: نظرية المصلحة في الدعوى - عبد المنعم الشوقاوي ص 57 وما بعدها, 117 وما بعدها 267 وما بعدها, وفي نظرية الدعوى - خليل جريح ص 101 وما بعدها.

ولا بغير ذلك، ولا توجد مصلحة للمدعي حال إقامة الدعوى لم تسمع دعواه، ولم يحكم للغائب استقلالاً ما دام أن الحاضر لا يمثل الغائب حقيقة ولا حكماً ولم يقمه القاضي وكيلاً عنه وقد وردت هذه القاعدة في المادة الرابعة في نظام المرافعات الشرعي السعودي والمادة الثالثة في نظام المرافعات المصري .

المطلب الثاني / شروط سماع الدعوى والبيينة على الغائب :

لا شك أن سماع الدعوى والبيينة من القواعد التي تحقق العدل في القضية المنظورة لأي قاضي، إلا أن الخلاف بين الفقهاء وقع في حالة كون أحد الأطراف غائباً، فهم وإن كانوا يتفقون فيما بينهم على جواز سماع الدعوى والبيينة على الغائب الخارج عن ولاية القاضي، ومن ثم مراسلة القاضي الموجود في ولاية الغائب إلا أنهم اختلفوا في سماع الدعوى والبيينة حال كون الغائب داخل ولايته في المنع ذهب الحنفية بأن لا تسمع الدعوى إلا على خصم حاضر⁽¹⁾، وإن كان الراجح الجواز في ذلك على رأي الجمهور⁽²⁾.

وفي هذا المطلب سنتناول الشروط المتعلقة بسماع الدعوى والبيينة على الغائب في الفقه والأنظمة الحديثة ومناقشتها .

أما يتعلق بشروط سماع الدعوى والبيينة على الغائب في الفقه الإسلامي :

فقد رأينا فيما سبق أن سماع الدعوى والبيينة على الغائب جاز عند جمهور الفقهاء في حين منع من ذلك فقهاء الحنفية، علماً بأن القائلين بجواز سماع الدعوى والبيينة على الغائب قد اشتروا شروطاً يرون ضرورة

(1) الكاساني، مسعود بن احمد، بدائع الصنائع، مرجع سابق، 6/222.

(2) لقول الرسول p لهلال بن أمية عندما قذف هلال زوجته بشريك بن سحماء : البيينة أو حد في ظهرهك ووجه الاستدلال أن الرسول p طلب البيينة في غياب زوجة هلال رغم أنها قريبة، ينظر : تبصرة الحكام 1/56، أدب القضاء - ابن أبي الدم ص563، مرجعين سابقين .

تحققها لكي تكون الدعوى صحيحة، وذلك إضافة إلى الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى على الحاضر⁽¹⁾.

وهذه الشروط لم تخل من خلاف بين الفقهاء الذين أجازوا سماع الدعوى والبينة على الغائب، وبيان ذلك فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون مع المدعي على الغائب حجة على صحة ما يدعيه:

وهذه الحجة قد تكون شاهدين، أو شاهداً وامرأتين، أو شاهداً ويميناً، أو غير ذلك من صنوف البيئات، كل دعوى بحسبها، وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: اشتراط ذلك، وإليه ذهب الشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾.

القول الثاني: عدم اشتراط ذلك بل تصح الدعوى وإن لم تقارنها بينة وإليه ذهب المالكية⁽⁴⁾ والبلقيني من الشافعية⁽⁵⁾.

(1) ذكر الفقهاء شروطاً كثيرة للدعوى منها ما يخص المدعي، ومنها ما يخص المدعى عليه، ومنها ما يخص الحق المدعى به، ومنها ما يخص الدعوى نفسها، وهذه الشروط منها المتفق عليه ومنها المختلف فيه، والتفصيل في ذكرها يخرج بنا عن المراد وأبين هنا أهمها فيما يلي:

1- أهلية طرفي الدعوى، أي أن كلاً من المدعي والمدعى عليه لا بد أن يكون جائر التصرف.

2- أن يكون المدعى عليه معلوماً.

3- العلم بالمدعى به.

4- أن تقام الدعوى في مجلس القضاء.

5- أن يكون المدعى به حقاً شرعياً.

6- عدم التناقض في الدعوى وأن تنفك عما يكذبها، فلا تكون مستحيلة عقلاً ولا عرفاً.

(2) انظر: أدب القاضي - الماوردي 305/2، وتحفة المحتاج 164/10، والمهذب 304/2، وروضة الطالبين

157/11، وأدب القضاء - ابن أبي الدم ص564، ومغني المحتاج 406/4، وأدب القضاء - الغزي ص 155

(3) انظر: غاية المنتهي 437/3، وكشاف القناع 354/6، والفروع 484/6.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 149/1.

(5) الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، د.ط، 2009م، 255/8.

دليل القول الأول: أنه إذا لم يكن مع المدعي حجة تؤكد صحة ما يدعيه لن يترتب على دعواه هذه حكم له، فلا فائدة حينئذ من سماع الدعوى⁽¹⁾.

ونوقش هذا الدليل: بأننا لا نسلم بعدم وجود فائدة من سماع الدعوى عند عدم البينة، لأن سماعها قد يفيد في إحضار المدعي عليه الغائب إن أمكن إحضاره، أو قد يحضر هو بنفسه فيجيب عن هذه الدعوى من غير حاجة إلى إعادتها مرة ثانية، ثم إن المدعي قد يتمكن في وقت ما من إحضار البينة وتشهد على صحة دعواه. كما أنه تمت الإشارة سابقاً إلى عدم وجود تلازم بين سماع الدعوى وبين الحكم. صحيح أن البينة شرط للقضاء على الغائب، ولكن لا يلزم من كونها شرطاً لصحة الحكم أن تكون شرطاً لصحة سماع الدعوى⁽²⁾.

دليل القول الثاني: استدل هذا القول بأن البينة لا أثر لها في وقوع الدعوى صحيحة في ذاتها، وإنما أثرها الحقيقي يكمن في نظر القاضي لهذه الدعوى بعد صحة وقوعها واستكمال شروطها، ومن ثم القضاء بموجبها، فالبينة خطوة أخرى تأتي بعد سماع الدعوى المستوفية لشروطها، فكلاهما مستقل عن الآخر، وذلك أن الدعوى قد تقع صحيحة ولا تصح البينة لسبب من أسباب رد الشهادة كوجود قرابة، أو نقص في العدالة، أو غير ذلك، فيعطي المدعي فرصة لإحضار بينة أخرى غير المردودة لتشهد على صحة هذه الدعوى دون حاجة لإعادتها⁽³⁾.

الترجيح: بعد استعراض دليل القول الأول وما ورد عليه من مناقشة ونظراً لقوة دليل القول الثاني، فإن الراجح - والله أعلم - عدم اشتراط وجود حجة لدى المدعي على الغائب حتى تسمع دعواه.

الشرط الثاني: أن يذكر المدعي في دعواه إنكار الخصم الغائب لما يدعيه، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

(1) انظر: المهذب 2/304، وروضة الطالبين 11/175، مرجعين سابقين.

(2) اللاحم، صالح، أحكام الغائب، رسالة دكتوراة، الرياض، ص 447-450.

(3) انظر: المرجع السابق.

القول الأول: اشتراط ذلك ، وإليه ذهب الشافعية في أحد الوجهين وهو الوجه المشهور الذي عليه العمل

عندهم⁽¹⁾ ، ولا يطالب المدعي عنها بالبينة على جحود الغائب, بل يكفي بدلاً من التصريح بجحود المدعي عليه ما يدل على ذلك, مثل أن يبيع شخص عيناً مستحقة لغيره, فإن المشتري إذا طالب بالثمن لا يلزمه ذكر جحود البائع إذا كان غائباً لأن إقدامه على بيع ما ليس له كاف بالدلالة على جحوده⁽²⁾ .

فإن قال : إن المدعي عليه مقرر, وأنا أقيم البينة احتياطاً مخافة أن ينكر, لم يلتفت لدعواه ولم تسمع بينته لتصريحه بالمنافي لسماعها, لأنها لا تقام على مقرر⁽³⁾ .

ما سبق هو فيما إذا أراد بإقامتها أن يكتب القاضي بذلك إلى حاكم بلد الغائب. أما لو كان للغائب مال حاضر وأقام المدعي البينة على دينه ليوفيه القاضي حقه, سمعت الدعوى والبينة حتى لو قال إن الغائب مقرر بالحق ، وزاد البلقيني على هذه الصورة صور أخرى:

إحداها: لو قال المدعي: إن المدعي عليه مقرر بالحق, ولكنه ممتنع عن تسليمه, سمعت بينته وحكم بها.

ثانيتها : إذا شهدت البينة بإقرار الغائب سمعت أيضاً.

ثالثتها: إذا كان الغائب لا يقبل إقراره لسفه ونحوه فلا يمنع قول المدعي: هو مقرر – من سماع البينة على الغائب, وكذا المفلس يقر بدين معاملة بعد الحجر, فإنه لا يقبل في حق الغرماء, فلا يضر قول المدعي فيه غيبته أنه مقرر, لأن إقراره لا يؤثر .

وإن أطلق المدعي فلم يتعرض لجحود الغائب ولا لإقراره, فالأصح عندهم سماع بينته, لأنه قد لا يعلم جحود خصمه الغائب ويحتاج إلى إثبات حقه, فتعتبر غيبته بمثابة سكوته⁽⁴⁾ .

(1) أدب القضاء، ص 564 ونهاية المحتاج 2678/8 ، مرجعين سابقين

الشريني، الخطيب، مغني المحتاج ، المكتبة التوفيقية، د. ط. د. ت، 406/4

(2) مغني المحتاج ، مرجع سابق 406/4، 407.

(3) نهاية المحتاج 256/8، ومغني المحتاج 407/4 مرجعين سابقين

(4) مغني المحتاج 407/4، ونهاية المحتاج 256/8، وأدب القضاء ص 155، مراجع سابقة

القول الثاني: عدم اشتراط ذلك, فيصح سماع الدعوى على الغائب وإن لم يذكر المدعي جحود المدعى عليه ، وإليه ذهب المالكية ⁽¹⁾ والشافعية في الوجه الثاني ⁽²⁾ , والحنابلة ⁽³⁾ .

دليل القول الأول: أن البينة لا يمكن سماعها إلا على خصم منكر للحق, فإذا علمنا إنكار المدعى عليه حسب إفادة المدعي كان للبينة فائدة حينئذ, إذ ليس لها تأثير على المقر ⁽⁴⁾ .

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المدعي إن كان يذكر جحود خصمه الغائب عند إقامة دعواه فهو غير معقول, لأنه لا يعلم حاله وقتئذ, وإن كان يدعي جحود خصمه قبل غيابه, فالقضاء حال إقامة الدعوى لا يرتبط بجحود ماض ⁽⁵⁾ , وأجيب عن هذه المناقشة: بأن الأصل استمرار الجحود ⁽⁶⁾ ؛ بناء على استصحاب الحال, ويمكن أن تناقش هذه الإجابة: بأن هذا الأصل صحيح لو كان المدعي عليه حاضراً أما وقد غاب فإن جحوده أمر محتمل , والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

دليل القول الثاني: أنه لا يشترط ذكر جحود المدعى عليه, لأن الغيبة في حكم السكوت , والبينة تسمع على الساكت ولو فرض إقرار المدعى عليه فإن سماع البينة لا يزيد الحق إلا ثبوتاً ⁽⁷⁾ .

الترجيح: بعد استعراض دليل القول الأول وما ورد عليه منه مناقشة فالراجح هو القول الثاني لوجهة دليله. والله أعلم.

الشرط الثالث: أن يكون المدعى عليه الغائب على مسافة يصح منها الإحضار والحكم على الغائب :

(1) تبصرة الحكام ، مرجع سابق 149/1 .

(2) أدب القضاء ، مرجع سابق ، ص564 .

(3) الإنصاف ، المرداوي 298/11 ، وكشاف القناع 354/6 ، والفروع 484/6 ، مراجع سابقة

(4) أدب القضاء ، ص564 ، ونهاية المحتاج 256/8 ، ومغني المحتاج 406/4 ، مراجع سابقة

(5) مغني المحتاج ، مرجع سابق ، 406/4 .

(6) المرجع السابق.

(7) الفروع ، مرجع سابق ، 484/6 .

وإلى اشتراط ذلك ذهب جمهور المالكية, وبعض الشافعية والحنابلة. بينما ذهب ابن القاسم وابن الماجشون من المالكية, والشافعية في قول, والإمام أحمد في رواية عنه, والظاهرية إلى عدم اشتراطه. وهو الراجح كما تم بيانه في التمهيد من هذا المطلب (1) .

أما بالنسبة لشروط سماع الدعوى على الغائب في الاجراءات الحديثة فلم أجد شروطاً خاصة لسماع الدعوى والبينة على الغائب ذكرها فقهاء القانون. إنما أرى أنه يمكن قول أن شرط سماع الدعوى على الغائب في النظم يتمثل في إبلاغ الخصم بمكان وزمان الجلسة المحددة لنظر الدعوى لدى القاضي. فإذا تم إعلانه بها إعلاناً صحيحاً لم يكن تخلفه عن الحضور مانعاً من نظر الدعوى في غيبته كما في المادة 55 من نظام المرافعات سعودي والمادة 84 من قانون المرافعات المصري .

المطلب الثالث : أنواع الغياب حسب أطراف الدعوى والآثار المترتبة عليها :

تمهيد :

تتنوع صور غياب الخصوم عن مجلس القضاء, ولكل منها أحكام وآثار على سير الدعوى والنظر فيها, وهذه الحالات أو الصور سأتناولها في هذا المطلب .

الفرع الأول : أنواع الغياب :

أولاً : غياب المدعي /

المدعي هو صاحب الدعوى ومنشؤها, ومن الطبيعي أن يكون الأحرص على متابعتها, وموالاته إجراءاتها, بغية الوصول إلى حكم يحسم النزاع إلا أن تخلفه عن الحضور لمجلس القضاء لمواجهة خصمه فيما يدعيه أمر متصور حدوثه, كأن يتبين للمدعي أن لا حق له فيما يدعيه, أو يتنازل عن خصمه, أو يتوصل معه إلى حل ودي, كما قد تكون الغاية من الغياب إلحاق الضرر بالخصم وإيذائه مادياً أو معنوياً.

ثانياً : غياب المدعي عليه /

(1) ينظر ص 39 من هذه الرسالة .

وهذه الحالة هي الأكثر شيوعاً في واقع المتخاصمين, وتعاني منها المحاكم سابقاً, وحديثاً, بل تكاد تكون هذه الحالة هي الوحيدة المعنية بأحكام الغياب عندما يتناولها العلماء في كتبهم وبحوثهم.

ثالثاً : غياب المدعي والمدعى عليه /

غياب طرفي الدعوى إحدى صور غياب الخصوم, وينسحب عليها ما ينسحب على الصورتين السابقتين لاشتمالها عليهما معاً.

رابعاً : غياب بعض الخصوم من الطرفين في حالة تعددهم /

فقد يتعدد الخصوم في الدعوى سواءً مدعون أو مدعى عليهم , ويحدث أن يضر كل المدعين أو بعضهم في حين يتغيب كل المدعى عليهم أو بعضهم في القضية الواحدة , وسيتم إيضاح الآثار المترتبة على هذه الحالات في الفرعين التاليين .

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الغياب :

أولاً : الآثار المترتبة على الغياب في الفقه الإسلامي :

إن الدعاوي تحتاج إلى همة الخصوم لتحريكها لكي تبلغ غايتها التي ينشدها كل ذي نية سليمة من الخصوم, وهي تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه في أسرع وقت ممكن, ولا شك أن مما يساعد على ذلك مثول الخصوم أمام القضاء للنظر في دعاويهم , ولكن هل معنى ذلك بقاء العدالة رهينة إرادة الخصوم بحيث لا يمكن تحقيقها في ظل تخلفهم عن الحضور ؟ إن المصلحة العامة تقتضي تمكين أصحاب الحقوق من الحصول عليها رغم تغيب الخصوم عن مجلس القضاء بدون مبرر شرعي, وإلا اتخذ الغياب وسيلة لإضاعة الحقوق, وانتشار الفساد بالمجتمع وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى , ولذا نجد أن الفقه الإسلامي عالج هذا الموضوع من خلال إجراءات محاكمة الغائب, واختلفت المعالجة والآثار المترتبة على الغياب باختلاف صفة الخصم المتغيب في الدعوى, على نحو ما سيأتي من تفصيل :

1- أثر غياب المدعي:

المدعي هو صاحب الدعوى ومنشؤها، ومن الطبيعي أن يكون الأحرص على متابعتها، فإذا تغيب عن متابعة دعواه دون عذر شرعي دلّ ذلك على تنازله عن حقه، فحينئذ تصرف المحكمة نظرها عن القضية ولا تحكم فيها، جاء في المهذب: "ولا يحكم به إلا بمطالبة المدعي، لأن الحكم حق، فلا يستوفيه من غير إذنه"⁽¹⁾، لذلك يتمنع على المحكمة أن تحكم للمدعي في غيابه ويتعين عليها الأمر بحفظ أوراق الدعوى، لأنه يعتبر تاركاً لدعواه والمدعي إذا ترك دعواه يترك، وقد أوضح ذلك الماوردي عند حديثه عن طريقة نظر القاضي لدعوى الخصوم فقال: فلو نودي صاحب الرقعة - المدعي - فلم يحضر، كرر النداء عليه ثلاثاً، فإن لم يحضر أخرجت رقعة غيره⁽²⁾، ومعنى ذلك أن قضيته لن تنظر إلا بعد حضوره، سواء حدد له وقتاً معيناً يترتب على مضيه شطب الدعوى بشكل نهائي، أم أنها تركت حتى يحضر ويتراجع فيها، أو يوكل غيره بالنتيجة واحدة وهي باتفاق الفقهاء لا تنظر دعوى بدون مدع⁽³⁾.

2- أثر غياب المدعى عليه :

سبق إيضاح اختلاف الفقهاء في مسألة الحكم على الغائب وانقسامهم إلى فريقين مؤيد ومعارض وترجيح رأي المؤيدين للحكم على الغائب، حتى لا تتخذ الغيبة وسيلة لإضاعة الحقوق، لذا فإن الغيبة لا تحول دون الفصل في النزاع والحكم فيه إلا في حالات تتراوح بين الوجوب والجواز والمنع وبين ذلك على النحو التالي:

الحالة الأولى: وجوب إصدار الحكم على الغائب وذلك في حالات منها :

(1) الشيرازي. أبو إسحاق، المهذب، مرجع سابق، ج3، ص618.

(2) الماوردي. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، مرجع سابق، فصل:صفة الرقاع، ص293.

(3) الحميدان. حميدان بن عبدالله، أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي، ص168.

أ- أن يقيم المدعي دعواه ويأتي ببينة تثبت حقه عند القاضي, ثم يمتنع المدعى عليه أو يهرب بعد أن يسمع القاضي ما عنده, حينئذ يجب على القاضي أن يحكم للمدعي, حتى لا يتخذ أرباب الظلم ومن اعتادت أنفسهم أكل أموال الناس بالباطل غيابهم خلاصاً من الحكم عليهم⁽¹⁾.

وقد أشار بعض الفقهاء إلى ذلك, حيث قال ابن فرحون: "كتب إلى مالك بن أنس عن الخصمين يختصمان في الأرض فيقيم أحدهما البينة على الآخر بأنها له, فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البينة هرب وتغيب, فطلب فلم يوجد, أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك: إذا ثبت عندك الحجج وسألته عما تزيد أن تسأل عنه, فلم تبق حجة فاقض عليه وهو غائب"⁽²⁾. وورد في المهذب "وإن حضر رجل عند القاضي وادّعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استتر فإن كانت معه بينة سُمعت دعواه وسُمعت بينته لأننا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقاً إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها..."⁽³⁾

ب- كل دعوى لا يتوقف الحكم فيها على حضور الخصم أو بينته, مثل دعوى القسمة فيما يمكن قسمه بلا ضرر ولا برد عوض, فمن طلب من القاضي القسمة بينه وبين غيره فيما يثبت ملكه له, ولا يترتب على قسمته ضرر فإنه يجب على القاضي إجابته والحكم في دعواه, وقد ورد في كنز الدقائق "ولو برهن - أي الورثة- على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه"⁽⁴⁾, كما أورد ابن فرحون في التبصرة: "إذا طلب أحد الشريكين القسمة وتغيب الآخر, أمر القاضي بالقسم عليه"⁽⁵⁾.

(1) العودة. عبد الحميد بن عبد الله, أحكام غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية, بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية, 1426هـ, ص71.

(2) تبصرة الحكام, مرجع سابق, ج1, ص372.

(3) الشيرازي. أبو إسحاق, المهذب, مرجع سابق, ج3, ص626.

(4) الزيلعي, فخر الدين عثمان بن علي, تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق, دار الكتب العلمية, بيروت, 1420هـ, ج6, ص407.

(5) تبصرة الحكام, مرجع سابق, ج2, ص214.

وجاء في الفروع: " يقسم حاكم على غائب قسمة إجبار"⁽¹⁾ , وقيل بالوجوب هنا لكون الحكم في حضور الخصم أو غيابه سواء, فلم يجوز تأخير الحكم مع إمكان تعجيله بلا ضرر⁽²⁾ .

ج - إذا كان تأخير الحكم على الغائب فيه ضرر ظاهر على الحاضر فهنا يجب على القاضي الحكم على الغائب, وإذا حضر فهو على بينته, فالضرر يزال, والخرج مرفوع كما في قوله ρ: " لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾ , ومن المتفق عليه أن الشريعة الإسلامية جاءت لحفظ الضرورات وصيانتها عن كل ما يعترضها, وما يجعل القضاء ونصب القضاة إلا لحفظ الحقوق وإزالة المظالم .

ومن أعظم الحقوق ما كان متعلقاً بضرورة من الضرورات التي زوالها قد يؤدي بالنفس إلى الهلاك, ومثال ذلك دعوى النفقة من الزوجة على زوجها الغائب, فإذا أقامت الزوجة البينة على أن زوجها الغائب لم يترك لها نفقة, وله مال في مكان معلوم, وطلبت أخذه وحب على القاضي الحكم لها وفرض النفقة لأن في تأخير الحكم هنا ضرر ظاهر, وخرج بين⁽⁴⁾ , وجاء في عيون المجالس: " إذا ادعت المرأة على رجل غائب الزوجية, وأن هذا الولد منه, وأن لها عليه نفقه, وأن له مالاً بيد فلان الحاضر وطلبت وأقامت البينة بذلك, فإنه يحكم على الغائب"⁽⁵⁾ .

وقيل إن قدر الحاكم على مال الغائب أنفق منه فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعه وأنفق على الزوجة منه⁽⁶⁾ , ويحمل على هذا قضاء الصحابة رضي الله عنهم في زوجة المفقود أن تتربص أربع سنين, وأربعة أشهر وعشر ثم إذا شاءت تزوجت, وذلك لما في منعها من الزواج من الضرر والخرج⁽¹⁾ .

(1) المقدسي. محمد بن مفلح , الفروع, مؤسسة الرسالة, بيروت, 1424هـ, ج11, ص246.

(2) العودة. عبدالحميد بن عبدالله , أحكام غياب الخصوم , مرجع سابق , ص74.

(3) حديث حسن, أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام حديث رقم (2340).

(4) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر, رد المختار على الدر المختار, دار المعرفة بيروت, 1425هـ, ج3, ص571؛ والدسوقي, محمد عرفة, حاشية الدسوقي, مرجع سابق , ص496.

(5) البغدادي: عبدالوهاب بن علي, عيون المجالس , مكتبة الرشد, الرياض, 1421هـ, ج4, ص1534.

(6) الحجاوي, موسى بن أحمد, الإقناع لطالب الانتفاع, دار عالم الكتب, الرياض, ط2, 1429هـ, ج4, ص60.

وابن مفلح , الفروع (مرجع سابق) ج9, ص305.

الحالة الثانية: المنع من إصدار الحكم على الغائب:

أ- إذا كان المدعى به حقاً من حقوق الله تعالى لم يجز الحكم على الغائب ، وهذا عند الجمهور ⁽²⁾ ، فلا يجوز القضاء على الغائب عندهم بالزنا وشرب الخمر وغيرها من حقوق الله عز وجل، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة والتخفيف، لاستغناؤه سبحانه، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويكفي في قيام الشبهة احتمال أن للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه، ولأنه لا ضرر على أحد في المنع من الحكم على الغائب في حقوق الله عز وجل، بخلاف حقوق الله، إذ قد يتضرر الحاضر من عدم الحكم على الغائب ولذا قيل بجوازه في حقوق الناس، ومنعه في حق الله تعالى، وأما إذا اشتمل المدعى به على حق الله، وحق للعبد قضي بما يخص حق العبد دون حق الله، كما في دعوى السرقة على الغائب فيقضي بالمال دون القطع ، وذهب ابن حزم ⁽³⁾ ، وبعض الشافعية ⁽⁴⁾ إلى أنه يقضي على الغائب في كافة الحقوق كما يقضي على الحاضر في كافة الحقوق ، سواء كانت حقوقاً لله أو حقوقاً للناس، مستنديين في ذلك إلى عموم الأدلة على جواز الحكم على الغائب، حيث ذكروا أن الأدلة لم تفرق بين ما كان حقاً لله عز وجل، وبين ما كان حقاً للعباد، فالتفريق لا يعضده برهان ولا يسنده دليل ، ولعل الراجح ما ذهب إليه الجمهور من المنع من الحكم على الغائب في حقوق الله لأنها مبنية على المسامحة واليسر والرحمة، كما في قوله تعالى { وَرَبُّكَ الْغَنِيُّ ذُو الرَّحْمَةِ إِنْ يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَسْتَخْلِفْ مِنْ بَعْدِكُمْ مَا يَشَاءُ كَمَا أَنْشَأَكُمْ مِنْ ذُرِّيَّةٍ قَوْمٍ آخَرِينَ } (الأنعام: 133) .

وقوله تعالى { وَاکْتُتِبْ لَنَا فِي هَذِهِ الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ إِنَّا هُنَا إِلَيْكَ قَالٍ عَذَابِي أُصِيبُ بِهِ مَنْ أَشَاءُ وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَأَكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ } (الأعراف:

(1) ذكر ابن قدامة في المغني (مرجع سابق) ج14، ص92، وابن حزم في المحلى (مرجع سابق) ج9، ص371، مجموعة من أفضية الصحابة في هذه المسألة.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق) ج6، ص75، والشرييني: محمد الخطيب ، مغني المحتاج (مرجع سابق) ج4، ص553، والرملی، نهاية المحتاج (مرجع سابق) ، ج8، ص268، وابن قدامة، المغني (مرجع سابق) ، ج14، ص95، والمرداوي: علاء الدين سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث، بيروت، 1410هـ، ج11، ص298، وابن مفلح: إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ، ج10، ص68.

(3) ابن حزم (محلّي) (مرجع سابق)، ج9، ص515.

(4) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين، مرجع سابق ، ج8، ص177.

156)، وقوله تعالى { وَرَبُّكَ الْغَفُورُ ذُو الرَّحْمَةِ لَوْ يُؤَاخِذُهُمْ بِمَا كَسَبُوا لَعَجَلْ لَهُمُ الْعَذَابَ بَلْ لَهُمْ مَوْعِدٌ لَنْ يَجِدُوا مِنْ دُونِهِ مَوْئِلاً } (الكهف-58).

ففي هذه الآيات وغيرها الدالة على سعة رحمة الله وعظيم مغفرته ما يناسب ألا يحكم على غائب في حقه عز وجل⁽¹⁾.

ب- إذا كان المدعى به مما لا ينقل كاستحقاق عقار ونحوه، فلا يجوز الحكم فيه على الغائب عند المالكية، معللين ذلك بكثرة المشاحة فيه، وحصول الضغن والحقد والنزاع عند أخذه، فيؤخر الحكم فيه لحين حضور المدعى عليه ليكون أقطع للنزاع⁽²⁾، ويرد على هذا الرأي أنه لا فرق فيما حرم الله بين العقار وغيره، بل إن الحكم على الغائب في العقار أولى من غيره، لأنه لا ينقل ولا يفوت، بل ويستدرك الخطأ فيه في كل وقت وليس كذلك سائر الأموال⁽³⁾، والراجح والله أعلم جواز الحكم على الغائب في العقار لعموم الأدلة التي تميز الحكم على الغائب، ولأن التفريق بين العقار وغيره لا يستند إلى دليل ظاهر، أو برهان بين⁽⁴⁾.

ج- إذا ذكر المدعي أن المدعى عليه الغائب، مقر بالحق المدعى به، لم تسمع بينته، ولم يجز الحكم على خصمه الغائب، قال بهذا بعض فقهاء الشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، وذلك لأن المدعي صرح بما ينافي سماع البينة، فالبينة لا تسمع على مقر إذ ليس هذا موضعها، كما أن المدعى عليه الغائب لا سبيل لسماع إقراره لغيابه فلا يجوز الحكم عليه والحالة هذه.

د- إذا كان الحق للغائب ولم يطالب به، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز الحكم للغائب إلا تبعاً، وذلك بأن يقضي للحاضر، فيلزم من ذلك القضاء للغائب، ويكون ذلك إذا كان بين الغائب والحاضر اتصال في

(1) العودة. عبد الحميد بن عبد الله، أحكام غياب الخصوم (مرجع سابق) ص 88، 89.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (مرجع سابق) ج 1، ص 98، والدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق) ج 6، ص 56.

(3) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج 10، ص 516.

(4) العودة. عبد الحميد بن عبد الله، أحكام غياب الخصوم (مرجع سابق) ص 90.

(5) الشريبي: محمد الخطيب، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج 4، ص 543، والرملی، نهاية المحتاج (مرجع سابق) ج 8، ص 269، والنووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8، ص 176.

(6) ابن مفلح: محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ، ج 11، ص 203.

الحق المدعى, ويكثر هذا بين الورثة, وذلك كما لو ادعى شخص أن أباه قد توفي عنه وعن أخ له غائب, وأن للميت عند فلان ديناً أو عيناً, فثبت بإقرار أو بينة, فإنه يقضي للأخوين الحاضر والغائب, فيأخذ الحاضر نصيبه, ويجعل نصيب الغائب عند القاضي, يدفعه له عند قدومه, وأيضاً يوجد في قضايا الوقف, كما لو قضى بالوقف لجهة من الجهات, فإنه يدخل فيه من لم يخلق تبعاً وهكذا⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: جواز إصدار الحكم على الغائب:

الأصل جواز الحكم على الغائب, والوجوب أو المنع إنما هو استثناء ولذا فإن كل ما لم يذكر في الوجوب أو المنع فهو باقٍ على الجواز, وفيما يلي حالات الجواز:

أ- إذا كان للمدعي أو المدعى عليه شركاء في العين المدعى بها لم يحضروا المرافعة, فإن للقاضي سماع الدعوى والحكم بها, وله طلب حضور من لم يحضر من المدعين أو المدعى عليهم, كما ذكر بعض فقهاء الحنابلة⁽²⁾, حجتهم في ذلك أن الحاضر يقوم مقام الغائب, ويغني عن حضوره, وهذا إطلاق فيه نظر إذ لو قيد بالغائب الممتنع أو المستتر أو البعيد لكان أولى, إذ قد يكون لدى الغائب حجة أو بينة ليست عند شريكه الحاضر, كما أن القول بجواز الحكم على الغائب إذا حضر شريكه قد يفتح باباً لضعاف النفوس من الشركاء بالتفريط بالمشترك فيه وذلك بالتنازل عنه مقابل عوض ونحوه⁽³⁾.

ب- إذا كان ما يدعيه المدعي على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر, بحيث لا ينفك عنه, فحينئذ للقاضي الحكم على الغائب, كما أن له الامتناع عن الحكم عليه, وهذه الحالة ذكرها فقهاء الحنفية⁽⁴⁾ واستنبطوا منها قاعدة مفادها: "كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب

(1) ابن مفلح, محمد بن مفلح المقدسي, الفروع, مرجع سابق, ص 830, ابن يوسف: مرعي بن يوسف الحنبلي, غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى, مرجع سابق, ج 3, ص 460, وقراءة: علي, الأصول القضائية في المرافعات الشرعية, مرجع سابق, ص 36 وما بعدها, وياسين: محمد نعيم, نظرية الدعوى, منشورات وزارة الأوقاف الأردنية, ج 2, ص 98.

(2) البهوتي, منصور, كشاف القناع, مرجع سابق, ص 585, وابن مفلح, الفروع (مرجع سابق), ج 7, ص 86.

(3) العودة. عبد الحميد بن عبد الله, أحكام غياب الخصوم, مرجع سابق, ص 81.

(4) ابن الهمام, شرح فتح القدير, دار الكتب العلمية, 1424هـ, ج 7, ص 291.

فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب"⁽¹⁾ ، وعليه فإن للقاضي أن يحكم بالنظر إلى الحاضر وله الامتناع بالنظر إلى الغائب ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

أ- أقام المدعي بينة أن له على فلان الغائب مبلغ كذا وأن هذا كفيلاً عنه، فإن للقاضي الحكم على الغائب والحاضر وله الامتناع عن ذلك.

ب- ادعى شفعة في يد إنسان فقال ذو اليد: الدار داري وما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن الدار اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وأنا شفيعها - أي المدعي-، وهناك أمثلة عديدة وصور كثيرة أخرى أوردها بعض الفقهاء⁽²⁾ ، إلا أن بعض ما ذكر من الصور والأمثلة فيها نظر لوجود ضرر ظاهر على الغائب فيها، فكان الأولى تقييدها بالغائب الممتنع أو المستتر ونحوه⁽³⁾.

3- أثر غياب المدعي والمدعى عليه:

الأثر عند غياب المدعي والمدعى عليهما بين ظاهر، وهو عدم النظر في الدعوى التي تغيب طرفها، إذ لا يمكن النظر في دعوى بدون خصوم، ويمكن استخلاص ذلك من كلام بعض الفقهاء الذين أشاروا إلى أن حضور الخصم شرط لصحة الدعوى، ومن ذلك ما ذكره الكاساني في معرض حديثه عن الشروط المصححة للدعوى حيث قال "ومنها حضرة الخصم"⁽⁴⁾ وما جاء في متن تنوير الأبصار "وشرطها - أي شرط الدعوى - مجلس القضاء وحضور خصمه"⁽⁵⁾ فإذا كان حضور أحد الخصمين شرطاً لصحة الدعوى فمن باب أولى بطلانها إن لم يحضروا جميعاً.

ثانياً : الآثار المترتبة على غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية السعودية وقانون المرافعات المصري :

(1) ابن عابدين، محمد، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج8، ص115.

(2) وردت صور عديدة لهذه الحالة في شرح فتح القدير، (المرجع السابق) ج7، ص291، 292، 293 وفي رد المختار (المرجع السابق)، ج8، ص115، 116، 117.

(3) العودة. عبد الحميد بن عبدالله، أحكام غياب الخصوم (مرجع سابق) ص28.

(4) الكاساني: أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص353.

(5) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، (مرجع سابق)، ج11، ص515.

رتب نظام المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري آثاراً مختلفة على تخلف الخصوم عن الحضور إلى مجلس القضاء في الوقت المحدد لنظر الدعوى, وهذه الآثار تختلف باختلاف الخصم المتغيب, فهناك آثار لتغيب المدعي, وأخرى لتغيب المدعى عليه, وثالثة لتغييهما معاً, لذا سيتم تناول هذه الآثار وفقاً للآتي :

1- أثر غياب المدعي :

المدعي هو الطرف الذي يقع عليه الجزء الأكبر من عبء متابعة الدعوى وموالاتها, بعد أن رفعها إلى القضاء , بغية الحصول على حكم يمكنه من الحق الذي يدعيه, وطالما هو طالب حق فمن المفترض حضوره جلسات المحاكمة وعدم التغيب عنها.

والمدعي قد يكون معذوراً أحياناً في غيابه, كما قد يكون ممطلاً, والبعض قد يدعي كذباً لأكل أموال الناس بالباطل, أو لإلحاق الأذى بخصمه وتشويه سمعته, أو لأي غرض آخر في نفسه, فإذا تقطعت حبال مكره لجأ إلى التهرب من مواجهة خصمه والتغيب عن جلسات المحاكمة, مما يؤدي إلى تكديس القضايا وإشغال المحاكم بدعاوي لا طائل من ورائها.

لذا نجد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي قد تصدى لهذه الحالة ورتب على غياب المدعي من غير عذر مقبول شطب الدعوى, حيث نصت على ذلك المادة (53) والتي جاء فيها: (إذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأحوال, وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها وتبلغ بذلك المدعى عليه, فإذا غاب المدعي ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة). فهذه المادة تظهر نوعاً من الحزم تجاه تغيب المدعي بدون عذر عن جلسات المحاكمة يتمثل في شطب دعواه ولو لم يطلب المدعي عليه ذلك, ويعد المدعي غائباً إذا حضر قبل نهاية الجلسة بأقل من نصف ساعة ولم تكن الجلسة منعقدة وفق ما تضمنته المادة (57) حيث يكون الشطب بعد انتهاء المدة المحددة للجلسة , ويعود لناظر القضية تقدير العذر المقبول .⁽¹⁾

(1) اللائحة التنفيذية للمادة (53) مرافعات سعودي الفقرات (1, 2, 3).

والمراد بالشطب هنا هو: استبعاد الدعوى من جدول قضايا المحكمة مع بقائها منتجة لكافة آثارها، فلا تنظرها المحكمة في الجلسة المحددة، ولا تتحدد لها جلسة لاحقة⁽¹⁾. ولا يعني شطب الدعوى إلغاؤها ولا زوال الآثار المترتبة عليها، بل متى حركت بعد شطبها فإنها تبدأ من حيث وقفت، وتبنى على مجرياتها السابقة؛ والغرض من الشطب منع تراكم القضايا لدى القاضي⁽²⁾.

فإذا شطب الدعوى للمرة الأولى وأراد المدعي استمرار النظر فيها فإن له ذلك، حيث تحدد المحكمة جلسة تبلغ المدعى عليه بها حسب المتبع، فإن غاب للمرة الثانية، دون عذر يقبله ناظر القضية شطبت الدعوى، ولا يمكن سماعها مجدداً إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة، بعد أن ترفع المعاملة من المحكمة مرفقاً بها صورة الضبط، مباشرة إلى المجلس - لإصدار قرار بنظر الدعوى بعد شطبها- فإذا أصدر قراراً بسماع الدعوى المشطوبة للمرة الثانية ثم شطبت مرة أخرى فلا تسمع إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة وبعد أخذ التعهد على المدعي من قبل ناظر القضية بعدم تكرار ما حصل منه⁽³⁾، ومع ذلك فلا يعتبر الشطب نتيجة حتمية لغياب المدعي في كل الأحوال، بل على المحكمة عدم شطب الدعوى والحكم فيها إذا توافرت الشروط التالية:

1- حضور المدعى عليه في الجلسة التي تغيب عنها المدعي بدون عذر شرعي.

2- أن يطلب المدعى عليه من المحكمة عدم شطب الدعوى والحكم في موضوعها.

3- أن تكون الدعوى صالحة للحكم فيها⁽⁴⁾.

هذا ما قرره المادة (54) من نظام المرافعات الشرعية السعودي والتي نصت على أنه: (... إذا حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنها المدعي فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى والحكم في

(1) دويدار، طلعت محمد. وكومان، محمد علي، التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 320.

(2) اللائحة التنفيذية للمادة (53) مرافعات سعودي الفقرة (6)، وابن خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص 289.

(3) اللائحة التنفيذية للمادة (53) مرافعات سعودي الفقرتان (4)، (5).

(4) أشارت المادة الخامسة والثمانون إلى أنه " تعد الدعوى مهياً للحكم في موضوعها إذا أبدى الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة".

موضوعها إذا كانت صالحة للحكم فيها وفي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم فيها ويعد هذا الحكم غيبياً في حق المدعي .

فالحكم هنا في حق المدعي غيبياً , ويكون خاضعاً لتعليمات التمييز ما لم يحكم له بكل طلباته ⁽¹⁾ , ولكنه يكون في حق المدعى عليه حضورياً, لأنه هو الذي طلبه سواء كان لصالحه أو لصالح المدعي, وقد صدر الحكم بناء على ما ظهر للقاضي من أدلة لم يستطع المدعي عليه نفيها أو إثبات عكسها ⁽²⁾ , وذات الأثر لغياب المدعي يرتبه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية, إذ جاء في مادته (82) (...) وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه) , ووجه ذلك أن المدعي يعتبر حاضراً من الناحية القانونية برغم تغييره من الناحية الفعلية, لأنه سبق له إبداء طلباته في صحيفة الدعوى ⁽³⁾ , فالغياب الذي يؤثر في نظر الدعوى وبالتالي تأجيلها هو ذلك الذي يصح معه افتراض جعل الخصم الغائب بنشأة الخصومة القضائية وبالجلسة المحددة لنظرها وهو ما لا يتوفر بعد بالنسبة للمدعي لعلمه السابق بالجلسة المحددة لنظرها ⁽⁴⁾ .

وبرغم صراحة النص على الحكم في الدعوى برغم تخلف المدعي عن الحضور, إلا أن شراح القانون اختلفوا حول ما إذا كان يحق للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها أم لا بد أن يطلب المدعي عليه ذلك؟

فالرأي الأول: علق الأمر على مسلك المدعي عليه, فإن كان سلبياً ولم يبد أقوالاً أو طلبات, فإن المحكمة تجد نفسها أمام دعوى بلا خصوم, فتقوم بشطب الدعوى, أما إن أبدى أقوالاً أو طلباً ما فقد أوجب القانون عليها أن تمضي بنظر الدعوى كما جاء في المادة السابقة ⁽⁵⁾ .

(1) اللائحة التنفيذية للمادة (54) مرافعات سعودي الفقرة(2).

(2) القاسم: عبدالرحمن بن عبدالعزيز, مسودة كتاب نظام المرافعات الشرعية أمام القضاء السعودي, غير منشورة, ص46.

(3) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية.

(4) مبروك , عاشور , النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني , دار النهضة العربية , 1998هـ, ص126.

(5) مسلم: أحمد, أصول المرافعات, مرجع سابق, ص518.

أما الرأي الثاني: فذهب إلى القول بأن الحكم في الدعوى لا يتوقف على تمسك المدعى عليه به, بل تتصدى المحكمة للدعوى ولو لاذ المدعى عليه بالصمت ما دام قد حضر. وذلك لأن من حق المدعى وقد رفع دعواه أن تتصدى لها المحكمة بالفصل فيها, خاصة وأن ذلك مفروض عليها لا يتوقف على طلب من المدعى عليه⁽¹⁾

وبذلك يتضح توافق الرأي الأول مع ما هو مقرر في نظام المرافعات الشرعية السعودي الذي جعل شطب الدعوى هو الأصل في حالة غياب المدعي, وأجاز للمدعى عليه الحاضر في الجلسة التي غاب عنها المدعي أن يطلب الحكم فيها وعلى المحكمة إجابته لذلك, متى كانت الدعوى صالحة للحكم فيها, أما الاختلاف بينهما فهو في صفة الحكم الصادر بحق المدعي ففي حين يعتبره النظام السعودي غيابياً, يعتبره القانون المصري حضورياً, ولعل ما ذهب إليه القانون المصري الذي جعل الأصل أن تنظر المحكمة في الدعوى التي حضر فيها المدعى عليه, وغاب عنها المدعي هو الأنسب, لأنه يقلل من الأحكام الغيابية, ويحقق المساواة بين الخصوم يجعله الحكم حضورياً في حق الخصم - مدعي أو مدعى عليه- الذي لديه علم سابق بالخصومة وموعدها ومع ذلك يتغيب عنها دون عذر مقبول.

2- أثر غياب المدعى عليه :

غياب المدعى عليه هو الأكثر شيوعاً وواقع المحاكم يشهد بذلك, فكثير من الخصوم إذا لم يجدوا ما يسعفهم من الحجج والبيانات امتنعوا عن الحضور لتعطيل الدعوى, وللنكاية بالمدعي الذي قد يطول انتظاره لسنوات للحصول على حقه, وربما أحجم بعض أصحاب الحقوق عن المطالبة بحقوقهم أو رضخوا لصلح غير منصف إذا علموا أن خصومهم من المماطلين الممتنعين عن الحضور لمجلس القضاء.

فكان التصدي لمثل هذه الحالات محل اهتمام أنظمة المرافعات التي بينت ما يترتب على تغيب المدعى عليه من آثار, وتختلف هذه الآثار بحسب ما إذا كان المدعى عليه منفرداً أو كان مشتركاً مع غيره على التفصيل الآتي:

أ- إذا كان المدعى عليه منفرداً:

(1) والي, فتحي. الوسيط في قانون القضاء المدني(مرجع سابق), ص575, وراغب, وجددي, مبادئ القضاء المدني, دار الثقافة الجامعية 1999م, ص529

بينت المادة الخامسة والخمسون من نظام المرافعات السعودي أنه : " إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى فيؤجل النظر في القضية إلى جلسة لاحقة يبلغ بها المدعى عليه, فإن غاب عن هذه الجلسة أو غاب عن جلسة أخرى دون عذر تقبله المحكمة فتحكم المحكمة في القضية, ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيباً ما لم يكن غيابه بعد قفل باب المرافعة في القضية فيعد الحكم حضورياً" .

ويتضح من نص المادة أن التأجيل المقصود خاص بالجلسة الأولى, فغياب المدعى عليه عن هذه الجلسة ولو بدون عذر يترتب عليه تأجيل النظر في القضية إلى جلسة لاحقة يبلغ المدعى عليه بموعدها, فإن تغيب عن الجلسة الثانية أو أي جلسة أخرى بدون عذر مقبول تم النظر في القضية والحكم فيها, ويكون الحكم في هذه الحالة غيباً إذا توفرت الشروط التالية⁽¹⁾ :

1. أن يكون غياب المدعى عليه قبل قفل باب المرافعة.

2. أن يكون التبليغ للمدعى عليه لغير شخصه.

3. أن لا يكون هناك عذر مقبول منعه من الحضور.

وفي المقابل هناك حالات يكون الحكم فيها حضورياً بحق المدعى عليه الغائب سواء أكان غيابه قبل قفل باب المرافعة, أم بعده وذلك إذا تبلغ لشخصه, أو وكيله الشرعي في القضية نفسها, بموعد الجلسة أو أودع هو أو وكيله مذكرة بدفاعه للمحكمة قبل الجلسة⁽²⁾ .

ويخضع الحكم في الحالين لتعليمات التمييز⁽³⁾ ، وإذا سمعت الدعوى ولم يكن للمدعي بينة, وتوجهت اليمين على المدعى عليه الغائب بدون عذر مقبول, فيبلغ بذلك حسب إجراءات التبليغ , ويشعر بوجود حضوره لأداء اليمين , وينذر بأنه إذا تخلف بغير عذر تقبله المحكمة عدداً ناكلاً وسوف يقضي عليه بالنكول, وذلك وفق المادة (109) أما إن كان له عذر- تقبله المحكمة - يمنعه من الحضور فيعامل وفق المادة(110) والتي تنص على " إذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه عن الحضور لأدائها فينتقل القاضي لتحليفه , أو تندب المحكمة أحد قضاةها أو الملازمين القضائيين فيها, فإذا كان من وجهت إليه

(1) اللائحة التنفيذية للمادة (55) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الفقرة(2).

(2) اللائحة التنفيذية للمادة (55) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الفقرة (1).

(3) اللائحة التنفيذية للمادة (55) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الفقرة(2).

اليمين يقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة فلها أن تستخلف في تحليفه محكمة محل إقامته ، وفي كلا الحالين يجزر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف والقاضي المستخلف أو المندوب والكاتب ومن حضر من الخصوم . " (1)

وقانون المرافعات المصري يرتب نفس الآثار على غياب المدعى عليه حيث جاء في مادته (84) ما نصه: (إذا تخلف المدعى عليه وحده في الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى فإذا لم تكن قد أعلنت لشخصه كان على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ويعتبر الحكم في الدعوى في الحالتين حكماً حضورياً) .

إلا أن النظام السعودي يعتبر الحكم غيابياً في حق المدعى عليه طالما لم يعلن لشخصه بالدعوى وموعده نظرها، أما إذا أعلن لشخصه أو حضر جلسة سابقة، أو أودع مذكرة بدفاعه لدى المحكمة المختصة، فإن الحكم يكون حضورياً بحقه حسب ما يقرر النظامان، فهما متماثلان في هذه المسألة، كما أنهما متفقان على استثناء الدعاوى المستعجلة من التأجيل إذا لم يحضر المدعى عليه الجلسة الأولى وكان قد جرى إعلانه إعلاناً صحيحاً سواء لشخصه أو لغير شخصه، حيث تقوم المحكمة بنظر الدعوى برغم تخلف المدعى عليه.

2- في حالة تعدد المدعى عليهم:

وضح النظام المقصود بتعدد المدعى عليهم بقوله: " يقصد بتعدد المدعى عليهم في الدعوى الواحدة إذا كانوا شركاء فيما بينهم في أموال ثابتة أو منقولة بحيث يكون الحكم لأحدهم أو عليه حكماً للجميع أو عليهم " (2) .

أما أثر غيابهم فقد بينته المادة السادسة والخمسون من نظام المرافعات السعودي بقولها: (إذا تعدد المدعى عليهم، وكان بعضهم قد أعلن لشخصه وبعضهم الآخر لم يعلن لشخصه، وتغيّبوا جميعاً أو تغيّب من لم

(1) اللائحة التنفيذية للمادة (55) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الفقرة (4)، وابن خنين، الكاشف (مرجع سابق)، ص 300.

(2) اللائحة التنفيذية للمادة (56) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الفقرة (1).

يعلن لشخصه, وحب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين, ويعد الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعي عليهم جميعاً) .

ويمكن أن نستخلص من مفهوم هذه المادة أن غياب المدعي عليهم لا يخلو من خمس صور:

الأولى: تغيب المدعي عليهم جميعاً عن الجلسة برغم علمهم اليقيني بالدعوى, كأن يبلغ كل منهم لشخصه بالدعوى في موعد ومكان نظرها, أو قاموا بإيداع مذكرات بدفاعهم لدى المحكمة قبل الجلسة ففي هذه الحالة يجب على المحكمة النظر في القضية دون تأجيل.

الثانية: إذا تغيبوا جميعاً عن جلسة المحاكمة, وكان بعضهم أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن لشخصه, ففي هذه الصورة تؤول المحكمة النظر في القضية إلى جلسة لاحقة يبلغ المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين؛ ويستثنى من ذلك الدعاوى المستعجلة الواردة في المادة (234) من نظام المرافعات الشرعية السعودي, إذ تنظر المحكمة فيها دون تأجيل⁽¹⁾.

الثالثة: أن يتغيب بعض المدعي عليهم ويكون المتغيب قد أعلن لشخصه, فعلى المحكمة هنا النظر في القضية والحكم فيها كما في الصورة الأولى.

الرابعة: أن يتغيب بعض المدعي عليهم ويكون المتغيب قد أعلن لغير شخصه فعلى المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة لاحقة⁽²⁾ كما في الصورة الثانية.

الخامسة: إذا تغيب جميع المدعي عليهم عن الجلسة ولم يبلغ أحد منهم لشخصه بل كان تبليغهم لغير أشخاصهم, وفقاً للمادتين (15 , 18) من نظام المرافعات السعودي فيؤجل النظر في القضية ويعاملون وفق ما جاء في المادة(55) التي سبق شرحها⁽³⁾, وهذا ما قرره أيضاً قانون المرافعات المصري حيث أورد في مادته (84) الآتي: "إذا تعدد المدعي عليهم وكان البعض قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن

(1) اللائحة التنفيذية للمادة (56) مرافعات سعودي الفقرة(3).

(2) العودة. عبد الحميد بن عبدالله, أحكام غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية(مرجع سابق), ص61.

(3) ابن خنين , الكاشف (مرجع سابق), ص303؛ وسبق شرح المادة (55) .

لشخصه وتغييوا جميعاً أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين، ويعتبر الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً⁽¹⁾، فالحكم يصدر بحق الجميع سواء حضروا جميعاً أو حضر بعضهم وذلك لتفادي تعارض الأحكام القضائية إذا ما عملت القاعدة العامة وحكم في الدعوى بالنسبة لمن أعلن لشخصه، أو أودع مذكرة بدفاعه، وأرجئ نظرها لمن لم تتصل بعلمه على وجه اليقين⁽¹⁾.

ج- في حال غياب المدعي والمدعى عليه معاً :

إن غياب طرفي الدعوى يمكن أن يفسر عدة تفسيرات فربما يكون سببه اتجاه نية الطرفين إلى وقف الخصومة وفقاً ضمناً لانشغالهما بتسوية ودية أو مفاوضات صلح خارج مجلس القضاء، الأمر الذي يدعو إلى أخذهم بشيء من المرونة وتعليق الدعوى إلى حين التعبير عن إرادة المدعى في شأنها، فإن طلب الاستمرار فيها حددت لها المحكمة جلسة يبلغ بها المدعى عليه، أما إذا تكرر الغياب فربما يفسر ذلك على أنه انعقاد عزم الخصوم على هجر الدعوى نهائياً والنزول عن الادعاءات المتبادلة، وقد يفسر ذلك على أساس عدم مبالاتهما بالدعوى مما يعني ازدرائهما للقضاء، وفي هذا الأمر تكمن خطورة دلالة الغياب المتكرر⁽²⁾، وفي النظام يختلف أثر غياب الخصوم جميعاً عن جلسة المحاكمة باختلاف حالة الدعوى وهيؤها للحكم، فإن كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فلا أثر عندئذ لغياب الخصوم في الدعوى، وتكون الدعوى مهياًة للحكم فيها إذا أبدى الخصوم أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة وفق ما جاء في المادة (85) من نظام المرافعات الشرعية. وإن لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم فيها، فلا تنظرها المحكمة بل تأمر بشطبها⁽³⁾، ومفهوم الشطب سبق إيضاحه . وإن شطب لأكثر من مرة تطبق عليها الأحكام التي سبق إيرادها عند تناول غياب المدعي، وتلك القواعد هي التي سبق وأن قررها المقنن المصري لبيان أثر غياب الخصوم على نظر الدعوى حيث نصت المادة (1/82) من قانون المرافعات على أنه: " إذا لم يحضر المدعي

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري، صاوي: أحمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية(مرجع سابق)، ص514.

(2) دويدار، طلعت محمد . وكومان، محمد علي، التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية ، مرجع سابق، ص320، 321.

(3) العودة. عبد الحميد بن عبدالله، أحكام غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية، مرجع سابق ، ص37.

ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها فإذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها اعتبرت كأن لم تكن".
. فالقانون المصري جعل مدة الشطب ستون يوماً يمكن خلالها لأحد طرفي الدعوى تجديدها وإلا تعرض المدعي لجزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن، ومثل هذا التحديد لم يرد في النظام السعودي.

الفصل الثالث

حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به

تمهيد :

من الأمور التي تحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في الأحكام القضائية التي تم الحكم والفصل فيها أن لا يجوز أن تكون محلاً للمناقشة سواءً أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أي محكمة أخرى للفصل فيها مرة أخرى ، إلا ما ورد من طرق محددة وضعها المنظم لذلك ، إذ أن القول بغير ذلك يؤدي إلى استمرار النزاع وعدم احترام كلمة القضاء وضياع الحقوق بين الناس ، وما يلحق به من فقد هيبة القضاء لتعرض الحكام للتناقض ، ومن هذا المنطلق جعل المنظم الحكم حجة فيما فصل فيه ، وحيث أن هذه الحجية للحكم المقضي به له أسس ومظاهر وقيود فسأتناول في هذا الفصل ذلك عبر المبحثين التاليين :

المبحث الأول : مفهوم حجية الأمر المقضي به وأسس ومظاهره

المبحث الثاني : وقت حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به

المبحث الأول : مفهوم حجية الأمر المقضي به
وأسسه ومظاهره :

تمهيد :

الحديث عن الحجية للحكم من المواضع التي قررها فقهاء الشريعة وفقهاء القانون وتم بسطها في كتبهم لما له من أهمية بالغة في الآثار المترتبة عليه للحكم ، و في هذا المبحث سأتناول عبر المطلب الأول مفهوم الحجية للأمر المقضي به والفرق بينه وبين قوة الأمر المقضي به ، ثم اتطرق إلى أساس مبدأ الحجية للأمر المقضي به عبر المطلب الثاني، ثم اختتم بالمطلب الثالث وهو مظاهر حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي به .

المطلب الأول : مفهوم الحجية للأمر المقضي به :

تمهيد :

سبق التنويه على أهمية القضاء في تحقيق العدل الذي يصبوا إليه الجميع في تحقيق منافعهم ، وتنبع أهميته الحقيقية من خلال ما أعطي من غاية سامية في تحقيق ما أمر الله به تعالى في كتابه الكريم وسنة نبيه ρ من تحقيق العدل وإيصاله لأهله حيث قال الله تعالى : ، قال عز وجل: { يَا ذَاؤُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ } ص-26 ، وقوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ } النساء- 59 ومن السنة النبوية توجيه الرسول ρ للصحابي الجليل علي بن أبي طالب رضي الله عنه : (إذا تقاضى إليك

رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر ، فسوف تدري كيف تقضي " قال علي : فما زلت قاضياً بعد)⁽¹⁾

إلا أن هذا الهدف لا يمكن تحقيقه ما لم تكن هناك صفة توجب الاحترام لما يتم الحكم به على وجه الالتزام والتنفيذ حتى يكون للقضاء فائدة وفعالية تحقق مصالح الناس وغاياتهم ، ولقد قرر علماء الإسلام هذه الحقيقة فأكدوا من أول الأمر في أبحاثهم الدائرة حول القضاء أنه يقوم على إلزام الخصوم، واستحقاق التنفيذ، والحصانة من الإبطال أو التغيير، إلا في مواضع مستثناة، فصلوها وحددوها. حتى إنهم أدخلوا هذا المعنى في تعريف القضاء نفسه، فقالوا في تعريفه: (إنه صفة حكومية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي)⁽²⁾ ، وقال آخرون منهم: (إنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام)⁽³⁾ .

والنفوذ والإلزام يقتضيان حصانة من الإبطال والنقض، وإلا فلا نفاذ لقضاء باطل أو منقوض ، وسأتناول وعبر الفرع الأول مفهوم الحجية للحكم المقضي به ثم أفرق بينه وبين قوة الأمر المقضي به عبر الفرع الثاني. الفرع الأول : مفهوم حجية الحكم المقضي به :

الحكم القضائي عند العلماء المسلمين هو (فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي على سبيل الإلزام)⁽⁴⁾ . ومعنى "فصل الخصومة" الحل الذي يقع في نفس القاضي للنزاع المعروض عليه، بناء على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع، ويعبر عنه بقول أو فعل، يتضمن الإلزام لكل من الخصمين بالأوضاع الحقوقية التي يراها القاضي ذلك الحل⁽⁵⁾ ، والأحكام الشرعية التي يطبقها القاضي على النزاع، قد يأخذها بصورة مباشرة من دليل شرعي تفصيلي، كنص آية كريمة، أو حديث شريف، وقد يستنبطها القاضي

(1) رواه الترمذي في أبواب الأحكام رقم 13 باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما رقم الحديث رقم 1331 وقال : هذا حديث حسن .

(2) الرصاع التونسي - شرح حدود ابن عرفة، الطبعة الأولى 1350هـ، ص 433، الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6، ص 86 (طبعة 1329هـ).

(3) ابن فرحون ، تبصرة الحكام، مرجع سابق ، ج 1، ص 12

(4) هذا التعريف وشرحه في نظرية الدعوى - محمد نعيم ياسين - القسم الثاني ص 203، نشر وزارة الأوقاف الأردنية.

(5) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج 1، ص 117، طبع 1958م، القراني - الأحكام، ص 8، (مرجع سابق).

باجتهاده المبني على القياس أو غيره من المصادر الفرعية⁽¹⁾، وأما معرفة الوقائع فسيبيل القاضي إليها حجج الخصوم من بينات وإقرار وأيمان وقرائن، ونحو ذلك من وسائل الإثبات المعتبرة، وثمره الحكم القضائي هي خروج كل من طرفي الخصومة بمراكز شرعية جديدة تختلف عن تلك التي كانوا عليها قبل صدور الحكم، إما زيادة، وإما نقصاً، وقد تكون الزيادة مجرد تقوية للأوضاع السابقة، والحكم القضائي في الفقه الإسلامي لا ينتج تلك الثمرة إلا بشروط، فصلها الفقهاء، من أهمها: أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة، وأن يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام، وأن يكون واضحاً في تحديد المحكوم والمحكوم له، وأن يكون في حضرة الخصوم، وأن يصدر عن قاض صحيح التولية⁽²⁾.

أولاً : مفهوم الحجية في الشريعة الإسلامية:

الحل الذي يعلنه القاضي المسلم في الخصومة المعروضة عليه، يبينه على مقدمات وقائع، تندرج تحت أحد نوعين اثنين هما:

1- الوقائع التي يدعيها أطراف الخصومة، ويكشف عنها الشهود وطرق الإثبات الأخرى.

2- الحكم الشرعي الذي يأخذه القاضي من المصادر الشرعية من كتاب أو سنة أو اجتهاد.

والحكم القضائي هو محصلة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع التي يدعيها الخصوم وتكشف عنها بينات، وبهذا يتبين أن الحكم القضائي عمل بشري يدخل عليه احتمال الخطأ، كما يدخل على غيره من أعمال البشر. والخطأ يحتمل أن يرد عليه من جهتين:

أ- جهة اكتشاف الحكم الشرعي أثناء طلبه من مصادره الشرعية.

ب- جهد تقدير الوقائع التي ادعاها أطراف الخصومة، وتكشف عنها التحقيق والنظر في الحجج الشرعية.

فهذان احتمالان لا يسلم منهما أي حكم قضائي، مهما كانت براعة القاضي الذي قضى به، ولو أخذ بعين الاعتبار في الأحكام، لتعطل القضاء، ولما نفذ أي حكم يصدر عنه، ولعمت الفوضى بين العباد. لهذا كان لا بد من حمل الأحكام القضائية على الصحة، وإهمال مقتضى هذه الاحتمالين، ويؤيد سلامة

(1) ياسين، د. محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، دار الفرقان، الطبعة الأولى، 1984م، ص9.

(2) انظر: تفصيل هذه الشروط في نظرية الدعوى - القسم الثاني ص 206 وما بعدها، نشر وزارة الأوقاف الأردنية.

هذا الاتجاه في تقدير الحكم القضائي سلامة حال القاضي من حيث الشروط المطلوبة لتعيينه، وسلامة أسلوب الإصدار من الناحية الشكلية باستكمال الشروط الشرعية المطلوبة في الأحكام القضائية⁽¹⁾.

من هذا المنطلق تحدد مفهوم حجية الحكم القضائي عند فقهاء المسلمين، بأن الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية الصحة وتحقيق العدالة، وبالتالي استحقاق التنفيذ، وبناء على هذا الظاهر لا يلي طلب أحد بإعادة النظر في القضية، ولا بتأجيل تنفيذ الحكم، أو نقضه، إذا كان هذا الطلب مبنياً على مجرد احتمال، ولم يقترن بدليل مقبول يقتضي فائدة جديدة من الإعادة⁽²⁾.

ومن صرح بهذا المعنى من الفقهاء المسلمين الماوردي، والقاضي ابن أبي الدم من الشافعية، وابن فرحون من المالكية. ومن عباراتهم في ذلك القول الماوردي: (الظاهر من أحكام القاضي نفوذها على الصحة)⁽³⁾، وعبارة ابن أبي الدم قريبة من هذا⁽⁴⁾، ومنه قول ابن فرحون: (يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور)⁽⁵⁾، ومفهوم الظاهر - كما هو عند علماء أصول الفقه الإسلامي - يقتضي أن يصار إليه، ويعمل بما يدل عليه من أحكام وحقوق، ولا يجوز تركه إلى غيره إلا بدليل يدل على جواز الترك. ولكنه قابل للتغيير إذا قامت أدلة وقرائن تقتضي ذلك⁽⁶⁾، ومقتضى قول الفقهاء بحمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر، أن هذا الحكم يجب تنفيذه والعمل به، وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، وهناك مقتضيات أخرى سيأتي تفصيلها في المطلب الثالث من هذا البحث إن شاء الله تعالى⁽⁷⁾.

-
- (1) ياسين، د. محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 10.
 - (2) المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ج 20، ص 283.
 - (3) الماوردي، أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ج 1، ص 691.
 - (4) ابن أبي الدم - أدب القضاء، ص 81، مطبعة زيد بن ثابت، 1975 م.
 - (5) ابن فرحون - تبصرة الحكام، ج 1، ص 74، (مرجع سابق).
 - (6) انظر في مفهوم الظاهر: محمد أديب الصالح - مصادر التشريع الإسلامي، ص 232، ط 1، وتفسير النصوص ج 1، ص 222، ط 2.
 - (7) ياسين، د. محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 11.

ومن جهة أخرى فإن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يعتبر ذلك الحكم مقدساً إلى درجة لا يمكن معها نقضه، وإنما هو معرض للنقض والتغيير إذا قامت أدلة قوية على مجانبته للصواب والحق⁽¹⁾، لأن روح الإسلام وقواعده تأبى أن تتعرف بأي وضع يتبين بأدلة كافية أنه باطل، لأن الباطل منكر، والمنكر يجب تغييره، وإلى هذا أشار الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري حيث قال: (إن الحق قديم لا يبطله شيء، وإن الرجوع إلى الحق أولى من التماذي في الباطل)⁽²⁾.

ثانياً : مفهوم الحجية في الأنظمة الحديثة :

قاعدة الحجية في الأنظمة والاجراءات الحديثة ، وعند سراجها، نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم القضائي، ويعتبر بمقتضاها متضمناً قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع⁽³⁾. وعرفها بعضهم بأنها فكرة قانونية مؤداها أن الحكم القضائي، إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة، فإنه يجوز الاحترام، سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا ما أثير ما قضى به الحكم أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد⁽⁴⁾، وعليه فلا سبيل إلى إبطال حكم قضائي إذا صدر مستوفياً لشروطه من حيث الشكل، حتى وإن تبين بالدلائل القطعية تنكبه عن طريق الحق، ولكن يخفف من هذا المسلك القانوني في إضفاء الاحترام الزائد على الأحكام القضائية، النظام الوضعي المتبع في التقاضي، حيث يتيح الفرصة أمام المتخاصمين للتقاضي أكثر من مرة في الخصومة الواحدة. ومع أن شراح القانون لا يرون في هذا المسلك مساساً بحجية الحكم القضائي، ويفرقون بين ما يسمى عندهم بقوة الأمر المقتضي، وبين ما يسمى بحجية الأمر المقضي، وأن الأولى أمر

(1) المطيعي - تكملة المجموع ، د.ط ، د.ت ، ج2، ص 138

(2) - سنن الدارقطني ج 4 ، 1966م ، ص 206

- البيهقي ، السنن الكبرى، 1355هـ، ج4، ص 150.

(3) سيف، رمزي ، الوسيط في شرح المرافعات المدنية والتجارية، د.ط، د.ت، ص 725، أبو الوفا - التعليق على نصوص نصوص قانون الإثبات، ص 231 .

(4) والي، فتحي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ج1، ص 267

زائد على الثانية، حيث يعنى صيرورة الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه⁽¹⁾، وقد أيد البعض علماء القانون الفرنسيين الذين يرون أن الحكم لا يتمتع بحجة الأمر المقضي حتى يصبح نهائياً، وغير قابل للطعن فيه⁽²⁾، لأن الحجية، إذا كانت - كما يقولون - قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أن الحكم قضى بالحق والعدل، فإن هذا المعنى يقتضي أن لا يجوز طرح القضية مرة أخرى، لا أمام المحكمة التي أصدرته، ولا المحاكم الأخرى سواء أكانت استئنافية أو نقضية، ولو جاز لكان معنى ذلك أن المحاكم الدرجة الثانية تغيير ما هو حق وعدل في اعتبار القانون، ولا يقول بهذا أحد، هذا ترجيح للقائل بعدم الحجية للأحكام غير النهائية لا يعني أنه يجوز لأية محكمة أخرى أن تغيرها أو تعيد النظر فيها، بل هذا لا يتعارض مع حصر جواز إعادة النظر في الأحكام بنوع معين من المحاكم، مثل محاكم الاستئناف، ويكون ذلك من باب تحديد الاختصاص، ومخالفته لا تكون مخالفة لمبدأ الحجية، ولكن مخالفة لقواعد الاختصاص، ونتيجة هذه المخالفة بطلان المحاكم الصادر عن المحاكم التي تصدر عنها، وبناء على ما تقدم يتضح أن حجية الحكم القضائي تتفاوت عند الأنظمة الحديثة في قوتها بين مرحلة وأخرى، من مراحل الحكم، فبينما تبدأ ضعيفة جداً بل معدومة، كما قال بعض علماء القانون، وذلك بعد صدورها لأول مرة، فإنها تغدو نهائية وقاطعة لا يجوز المساس بها، بعد استنفاد الخصوم لجميع فرصهم للطعن بالحكم، وأما في الفقه الإسلامي، فالأمر مختلف، من حيث أن قوة الحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي الصادر وفق الشروط الشرعية، لا تختلف قوة وضعفاً باختلاف المراحل التي يمر فيها الحكم، وإنما يجوز الحكم القضائي الصحيح حجية ذات قوة محددة من أول الأمر، وهي اعتباره محققاً وعادلاً من حيث الظاهر، وهذه القوة تكفي لجعله مستحقاً للتنفيذ، وهذه الحجية يجب على كل القضاة احترامها، ولا يستثنى منهم أحد، بل يجب على جميع الحكام مراعاتها، وليس لأحد منهم أن ينقض الحكم القضائي الصادر وفق الشروط الشرعية⁽³⁾.

الفرع الثاني : الفرق بين حجية الأمر المقضي به وبين قوة الأمر المقضي به :

- (1) عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم - مبادئ المرافعات، ص 615، طبع 1978م، فتحي والي - قانون القضاء المدني ح 1، ص 274، (مرجعين سابقين).
- (2) والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ح 1، ص 274.
- (3) ياسين، د. محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 12-13.

يبرز الفرق في أن قوة الأمر المقضي به صفة لا تثبت إلا للأحكام النهائية ، والحكم لا يكون نهائياً إلا إذا كان صادراً في حدود الاختصاص النهائي للمحكمة أو مستنفذاً لطرق الطعن العادية وإن كان قابلاً لطرق الطعن غير العادية ، وطرق الطعن يكون بالمعارضة ، فإن عارض المحكوم ضده في الحكم الغيابي أو استأنف الحكم الحضوري ، ثم رفضت المعارضة أو الاستئناف فإن الحكم يصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ، وإن لم يكن باتاً بقبوله الطعن بالتماس إعادة النظر أو النقض ⁽¹⁾ ، وقد يكون الحكم ابتدائياً حائزاً لحجية الأمر المقضي ، ولكن فاتت مواعيد المعارضة فيه والطعن عليه بالاستئناف ، أو تنازل عنها المحكوم ضده ، وعندئذ يكتسب الحكم قوة الأمر المقضي به ويصبح نهائياً رغم عدم الطعن عليه ، والحكم الابتدائي وإن كان قابلاً للطعن فيه فهذا لا ينفي أنه يكتسب حجية الأمر المقضي ، حتى لو كان غيبياً فالحجية تلحق بالحكم بمجرد صدوره ولكنها تزول بإلغاءه في المعارضة بالنسبة للحكم الغيابي أو بإلغاءه استئنافياً في الحكم الحضوري ، كما تزول عن الحكم النهائي بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه ، أما إذا تم تأييد الحكم الابتدائي استئنافياً أضيفت للحجية قوة الأمر المقضي به ⁽²⁾ .

وعليه فكل حكم يحوز قوة الأمر المقضي به فإنه يحوز الحجية والعكس غير صحيح فليس شرطاً حيازة الحكم للحجية في الأمر المقضي به أن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي به ⁽³⁾ .

إذن هناك ثلاثة مراتب للحجية : حجية الأمر المقضي به للحكم الغيابي والابتدائي والحضوري ، وقوة الأمر المقضي للحكم الابتدائي الذي صدر في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة ولا يقبل الاستئناف ، أو للحكم الابتدائي المؤيد استئنافياً أو سقطت عنه مواعيد استئنافه ، وهناك درجة البيوتوتة وهي أقصى درجات الحصانة للحكم القضائي وتمنح للأحكام التي لا تقبل الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر أو فاتت مواعيدها ، ونوجز بأن التفرقة بين الحجية والقوة ليست تفرقة في الدرجة بل لفكرتين مختلفتين تخدم كلاً منهما غرضاً مختلفاً ، فالحجية صفة للحماية القضائية التي يمنحها القرار القضائي ، أما قوة الأمر المقضي به فهي صفة في هذا القرار والحجية كصفة للحماية تنتج بالنسبة للمستقبل خارج الخصومة التي

(1) فودة ، عبد الحكيم ، حجية وقوة الأمر المقضي ، دار الفكر والقانون ، د.ط، د.ت ، ص 10.

(2) فودة ، عبد الحكيم ، حجية وقوة الأمر المقضي ، مرجع سابق ، ص 11.

(3) والي ، فتحي ، مبادئ القضاء المدني ، مرجع سابق ، 1975م ، ص 134.

صدر فيها ، أما القوة فإن أهميتها تكون داخل هذه الخصومة للدلالة على ما يتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية للطعن بطرق معينة أي للمساس أو عدم المساس به ⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : أساس مبدأ الحجية للأمر المقضي به ² :

تمهيد :

قد يتبادر تساؤل بخصوص الحجية : لماذا جعلت تلك الحجية للأحكام التي يصدرها القضاء, ولماذا لا يصح للقاضي أن يرجع عن قضاائه؟ ولماذا لا يملك القاضي أن يبطل قضاء غيره ؟ مع أن المعروف أن حق النقض والإبطال يكون للسلطة التي كان لها حق الإصدار، على ضوء هذه الاستفسارات سيكون الجواب عبر هذا المطلب .

(1) عبد الحكيم فودة ، حجية الأمر المقضي به ، مرجع سابق ، ص 11-12.

² استفدت في هذا المطلب والذي يليه من كتاب : الدكتور محمد نعيم ياسين : حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقوانين الوضعية

الفرع الأول : أساس مبدأ الحجية للأمر المقضي به في الفقه الإسلامي :

افتقرت وجهات نظر الفقهاء المسلمين في الإجابة عن هذه الأسئلة إلى رأيين :

الرأي الأول :

أن الأخذ بذلك المبدأ ضروري جداً للحفاظ على مصلحة عامة, تتمثل في تدعيم مرفق القضاء ليستطيع القيام بمهامه في فض المنازعات وفصل الخصومات. ثم اختلفت عبارات أصحاب هذا الاتجاه في تفسير وجه المصلحة المقتضية للأخذ بذلك المبدأ ، فبعضهم أرجع ذلك إلى ضرورة المحافظة على ثقة الناس بالقضاء, وبالأحكام التي يصدرها, إذ لو كان للقضاة أن ينقضوا أحكام بعضهم بعضاً من غير سبب شرعي, أو كان للقاضي أن يرجع عن قضائه إلى غيره, حسبما يشاء, وبدون سبب محدد, لأدى ذلك إلى عدم الوثوق بأحكام القضاة وعزوف الناس عن التحاكم إليهم وفي ذلك ينقل ابن فرحون عن بعض علماء المالكية كابن الماجشون وسحنون (لو كان له نقض هذا لرأيه الثاني لكان له فسخ الثاني والثالث, ولا يقف على حد, ولا يثق أحد بما قضى له به, وذلك ضرر شديد) ⁽¹⁾. وإذا انعدمت ثقة الناس بالقضاء, فقد يؤدي ذلك إلى اللجوء إلى وسائل أخرى غير التقاضي لتحصيل حقوقهم, فيكون ذلك سبباً في الفوضى والفساد والاحتكام إلى الهوى, يقول القاضي إسماعيل من علماء المالكية (يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور, وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء, فإن القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور, فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه, فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك) ⁽²⁾, وهذا يدل على أن مبدأ الحجية يحول دون الذرائع الفاسدة التي تؤدي إلى الضرر بالقاضي والقضاء, وبالناس بعد ذلك.

وعلل بعضهم عدم جواز تعقب الأحكام القضائية السابقة, وعدم جواز النظر فيها من غير سبب شرعي, بأن ذلك ضروري ليتفرغ القضاء للنظر في الخصومات المستقبلية, ولا يتشاغل بخصومات عرضت عليه, وفصل فيها, ولو كان للقضاة تتبع أحكام بعضهم بعضاً, لكان ذلك سبباً لبطء الفصل في الخصومات الحادثة وتعطيلها, ولو بصورة جزئية. ومن جهة أخرى فإن مثل هذا التبع, فيه قدح للقضاة, لأنه مظهر

(1) ابن فرحون, تبصرة الحكام, ج1, ص72, مرجع سابق.

(2) ابن فرحون, تبصرة الحكام, ج1, ص72, مرجع سابق.

من مظاهر الشك في قدرتهم , وهو ما ينبغي أن يسانوا عنه ويحفظوا منه . ومن أقوال العلماء في هذا المعنى قول الماوردي (وجملة ذلك أن القاضي إذا تقلد عملاً لم يجب عليه أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين: أحدهما: أن الظاهر منها نفوذها على الصحة والثاني أنه ناظر في مستأنف الأحكام دون ماضيها) (1) . كذلك نقل الماوردي عن جمهور البصريين أنهم قالوا: (لا يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين: أحدهما أنه يتشاغل بماض لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه , والثاني أنه تضمن قدحاً في الولاية ويتوجه عليه مثله) (2) .

ومما ذكر تعليلاً لوجوب نفاذ حكم القاضي في الظاهر والباطن , وإن اختلفا , استقرار معاملات الناس , والحيلولة دون تداخلها , ووقوعها فريسة الفوضى , وحتى يؤدي القضاء وظيفته في قطع الخصومات وحسم المنازعات (3) .

الرأي الثاني :

أن القضاة الأكفأ جعل لهم في الشريعة حق الإنشاء لضرورة فصل الخصومات , ووضع حد للعدوان وأن الإجماع قد انعقد على إعطائهم هذا الحق , وذلك بانعقاده على اعتبار أن حكم الله عز وجل هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد , فإذا حكم بحكم فقد أنشأ دليلاً شرعياً جديداً على قيام حقوق وواجبات , وهذا الدليل خاص , لتعلقه بكل حادثة بعينها , وهو مقدم على أي دليل عام تدخل تلك الحادثة في نطاقه .

ولتوضيح هذا الاتجاه في بيان أساس حجية الحكم القضائي , ثبت هنا عبارة صاحب هذا الاتجاه , وهو القرابي من علماء المالكية , حيث قال: (وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف وإن كان عامياً جاهلاً , الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة , كما في النذر وتعليق الطلاق على سبب , فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام

(1) الماوردي , أدب القاضي , ج 1 , ص 690 , مرجع سابق .

(2) الماوردي , أدب القاضي , ج 1 , ص 691 , مرجع سابق .

(3) ابن نجيم , البحر الرائق , مرجع سابق , ج 7 , ص 14 , ابن حجر , أحمد , فتح الباري , دار المعرفة , ط 1 , ص 13 , ص 150 .

مع علمهم وجلالتهم , لضرورة درء العناد, ودفع الفساد, وإخماد النائرة وإبطال الخصومة ...⁽¹⁾ وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة على أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد, وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة, ويحرم على كل أحد نقضه, وهذا شيء نشأ بعد حكم الحاكم لا قبله, لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال, ولأنواع النقوض والمخالفات, ولا نغني بالإنشاء إلا هذا القدر.⁽²⁾

ثم يوضح القرافي اتجاهه بضرب المثل فيقول:

(مثل الحاكم والمفتي مع الله تعالى - ولله المثل الأعلى - مثال قاضي القضاة يولي شخصين: أحدهما نائبه في الحكم والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم: فالترجمان يجب عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحاكم, ويخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص, فهذا هو المفتي يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقراءها, ويخبر بالخلائق بما ظهر له منها, من غير زيادة ولا نقص, إن كان المفتي مجتهداً, وإن كان مقلداً فهو نائب عن المجتهد في نقل ما لخصه إمامه لمن يستفتيه فهو كلسان إمامه والمترجم عن جناته. ونائب الحاكم في الحكم ينشئ من إلزام الناس وإبطال الإلزام عنهم ما لم يقرره مستنبه الذي هو القاضي الأصيل, بل فوض ذلك لنائبه, فهو متبع لمستنبه من وجهه, وغير متبع له من وجهه: متبع له في أنه فوض له ذلك وقد امتثل, وغير متبع له في أن الذي صدر منه من الإلزام لم يتقدم مثله في هذه الواقعة من مستنبه, بل هو أصل فيه. فهذا مثال الحاكم مع الله تعالى, وهو ممثل لأمر الله تعالى في كونه فوض إليه ذلك, فيفعله بشروطه, وهو منشئ لأن الذي حكم به تعين, وتعيينه لم يكن مقررراً في الشريعة, وليس إنشاؤه لأجل الأدلة التي تعتمد في الفتاوى, لأن الأدلة يجب فيها اتباع الراجح, وههنا له أن يحكم بأحد القولين المستويين على غير ترجيح, ولا معرفة بأدلة القولين, بل الحاكم يتبع الحجاج, والمفتي يتبع المستويين على غير ترجيح, ولا معرفة بأدلة القولين, بل الحاكم يتبع الحجاج, والمفتي يتبع الأدلة, ولا يعتمد على الحجاج, والأدلة: الكتاب والسنة ونحوها, والحجاج البينة والإقرار ونحوها. فهذا مثال الحاكم والمفتي مع الله تعالى, وليس له أن ينشئ

(1) القرافي, أحمد, الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام, مطبعة الأنوار, ط1357, 1هـ, ص38.

(2) المرجع السابق.

حكماً بالهوى واتباع الشهوات, بل لا بد أن يكون ذلك القول الذي حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر... (1)

وفي جواب لسؤال عن سبب امتناع نقض الحاكم في المختلف فيه يقول القرافي: (لما جعل الله تعالى للحاكم أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين, فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكماً من الله تعالى في تلك الواقعة, وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنص من الله عز وجل ورد خاص بتلك الواقعة, معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة...)²

ولما سئل القرافي عن قول بعض العلماء عن سبب الحجية وعدم النقض: إن نقضه يؤدي إلى بقاء الخصومات أو أمر آخر, أكد أن توجيهه السابق, وتحليله لحقيقة عمل القاضي أولى بالأخذ من أقوال الفقهاء, لأن هناك قاعدة في أصول الفقه وقواعد الشرع هي أنه إذا تعارض الخاص والعام, قدم الخاص على العام, وتخرج الأحكام على القواعد الأصولية أولى من إضافتها إلى المناسبات الجزئية.

وهذا الذي ذهب إليه القرافي لا ينبغي أن يظن بأن له أدنى نسبة أو علاقة بالنظرية الدينية التي تعلق نشوء القضاء في روما, حيث كان الملك هو الكاهن الأكبر, وكان الكهنة هم القضاة, ينطقون بالحكم وينسبونهم للآلهة في صورة معجزة ظهرت على ألسنتهم, وكان ذلك محاطاً بشكليات وطقوس ومراسم, يستخلص الكهنة من خلالها الحكم من القبس الإلهي, وتفسر هذه النظرية مبدأ الحجية بأنه مظهر للقدسية المسيبة على الحكم الصادر عن الكهنة, والتي تقضي أن لا يطرح سؤال على الآلهة أكثر من مرة واحدة .

ذلك أن عمل القاضي المجتهد في الإسلام مقيد بنصوص الكتاب والسنة, وبأصول لغوية, وفقهية ومنطقية, كما أن عمله القضائي له حدود وقيود شرعية إذا خالفها كان حكمه القضائي فاقداً لحجيته , مستحقاً للإبطال, وكما قال القرافي: ليس له أنه ينشئ حكماً بالهوى واتباع الشهوات, بل لا بد من أن يكون ذلك القول الذي حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر... (3)

(1) القرافي, الإحكام , مرجع سابق, ص 30 , 31 , .

(2) القرافي, الإحكام , مرجع سابق, ص 30 , 31 , .

(3) القرافي - الإحكام , مرجع سابق , ص 31 .

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد في العرف الإسلامي رتبة علمية, يصل إليها المسلم بالجهد العلمي الخالص, الذي تظهر ثماره في إنتاج علمي منظور ومعروف, فيعترف الناس له بهذه الرتبة العلمية التي تؤهله لمنصب القضاء, وليس الاجتهاد منصباً كهنوتياً يتحكم فيه شخص أو أشخاص معينون.

وإذا كان لا بد من مقارنة رأي القرابي بالنظريات القانونية المفسرة لمبدأ حجية الأمر المقضي, فإنه أقرب إلى تلك النظرية المسماة بنظرية القوة المنشئة للحكم, والتي ترى أن الحكم القضائي ينشئ أوضاعاً جديدة لم تكن قبل صدوره⁽¹⁾. غير أن الفرق بين ما ذهب إليه القرابي وبين ما ذهبت إليه هذه النظرية يكمن في مصدر تلك القوة المنشئة في الحكم القضائي. فبينما يذهب بعض أنصار تلك النظرية إلى أن أساس تلك القوة يرجع على اتفاق أو عقد قضائي يتفق الخصوم بمقتضاه على عرض النزاع على القاضي⁽²⁾, يرى القرابي فيما تقدم أن مصدر القوة المنشئة في الحكم القضائي يكمن في إعطاء القاضي الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لتولي منصب القضاء الحق في الاجتهاد بخصوص الحادثة موضع النزاع, والحكم القضائي عنده ليس إلا تعبيراً عن ذلك الاجتهاد الخاص بتلك الواقعة. ولكن القاضي ليس له حق الاجتهاد العام الذي يشمل الوقائع كلها, ولذلك لم يكن لأي قاض أن ينقض حكم قاض آخر استناداً لهذا الحق. وإنما يقتصر حقه على الاجتهاد بخصوص النزاع المعروض عليه, ولحكمه الصادر فيه قوة الحق المقضي به من حيث عدم تمكين أي شخص من نقضه, إلا إذا خرج هذا القاضي عن حدوده في تشريعه الخاص المتمثل في حكمه القضائي.

وهذا الأساس الذي جعله القرابي لمبدأ حجية الحكم القضائي هو - فيما نعلم - أقوى أساس يمكن أن يستند إليه ذلك المبدأ, إذ أنه يعطي الحكم القضائي من القوة ما لا يمكن معها التعرض له من أية جهة كانت, ما دام صحيحاً, ولم ترد عليه أسباب النقض التي فصلناها في المطلب السابق, لأنه يضعه في مرتبة التشريع الخاص بحادثة النزاع, والتشريع لا ينتقض إلا بالنسخ, والنسخ لا يكون إلا من صاحب الشرع, ولا نسخ بعد تمام الشريعة وانقطاع الوحي. أما الحالات التي تقدم ذكرها في المطلب السابق فإن الحكم فيها ينقض لأنه يتبين أنه لم يصدر صحيحاً, ولم يأخذ قوة التشريع من البداية.

الفرع الثاني : أساس مبدأ الحجية عند فقهاء القوانين :

(1) راغب, وجدي, النظرية العامة للعمل القضائي, منشأة المعارف, د.ط, 1967م, ص184

(2) نفسه, ص186.

اختلف فقهاء القانون في تحديد الفلسفة التي يقوم عليها مبدأ الحجية اختلافاً كبيراً، تمثل في نظريات كثيرة، سبقت إشارة قريبة على بعضها ونذكر فيما يلي بعضاً آخر منها:

- 1- أخذ القانون الروماني بفكرة الحجية تلبية لحاجة استقرار الحقوق التي يؤكدتها القضاء في أحكامه⁽¹⁾.
- 2- نظرية العقد القضائي: ويرى أصحابها أنه يوجد شبه عقد بين طرفي الخصومة، يلتزمان بموجبه مقدماً بقبول الحكم ولو كان غير عادل. وقد هجرت هذه النظرية لقيامها على افتراض بعيد عن الواقع⁽²⁾. مع أن لهذه النظرية أصلاً تاريخياً، حيث كان شعب روما القديم يلجأ إلى المنازعات القانونية بقرار تعاقدى، فكان الفرد إذا نازعه آخر في حقه يقترح عليه تحكيم فرد ثالث محايد، أو يترك القرار لضمير خصمه بتوجيه القسم إليه، والقرار الناتج عن التحكيم أو القسم يلزم الطرفين، ويولد حقاً غير منازع فيه، وأما الأشكال الرسمية التي ظهرت بعد ذلك فلم تكن سوى تثبيت للقرار التعاقدى في حل النزاع تحت شكل منظم ومحدد⁽³⁾.
- 3- نظرية الحقيقة: ويرى أنصار هذه النظرية أن أساس مبدأ الحجية هو افتراض مطابقة ما يقرره الحكم للحقيقة وأن هذه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس⁽⁴⁾. ومع أن هذه النظرية هي النظرية السائدة في الفقه الفرنسي والمصري⁽⁵⁾، لكن هذا التفسير يتعارض مع ما ذهب إليه كثيرون من أن حجية الأمر المقضي تصاحب الحكم القضائي منذ ولادته⁽⁶⁾، ولا تتوقف على صيرورته نهائياً باستنفاذ جميع طرق الطعن، إذ أن افتراض إصابة الحكم للحقيقة يقتضي أن لا يقبل هذا الحكم استثناءً ولا معارضة ولا نقضاً ولا غير ذلك، لأن قبول الطعن فيه معناه قبول محاولة تغيير ما هو حق وعدل.

(1) فتحي والي قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج1، ص305

(2) المرجع السابق.

(3) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص165

(4) فتحي والي، قانون القضاء المدني، ج1، ص307 (مرجع سابق) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي ص191، (مرجع سابق).

(5) انظر: المرجعين السابقين.

(6) عبدالباسط جمعي، مبادئ المرافعات، ص615 (مرجع سابق)، فتحي والي، رمزي سيف، الوسيط، ص132)

(مرجع سابق).

4- وذهب كثير من علماء القانون إلى أن مصلحة استقرار المراكز والأوضاع القانونية التي تؤكدتها الأحكام القضائية تكمن وراء مبدأ حجية الأمر المقضي , وأن هذه المصلحة لا تحقق إلا أن يجعل للحماية القضائية المتمثلة في الأحكام التي تصدرها المحاكم حجية تكفل ضمان الاستقرار لما تؤكدته تلك الأحكام من الحقوق والمراكز القانونية, وإلا فلا بديل لذلك سوى وقوف المعاملات, وفقدان الثقة في حماية مرفق القضاء للناس⁽¹⁾ .

وهذا الاتجاه في تفسير الدوافع الكامنة وراء التمسك بمبدأ الحجية قريب إلى حد بعيد من الاتجاه الذي تبناه كثير من فقهاء المسلمين في تعليل الأخذ بمبدأ الحجية.

المطلب الثالث : مظاهر حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي به :

تمهيد :

(1) أحمد نشأت, أحمد, رسالة الإثبات, مكتبة العلم, د. ط, 2005م ج2, ص202 فتحي والي , قانون القضاء المدني, ج1, ص308 (مرجع سابق) أبو الوفا, التعليق على نصوص قانون الإثبات , ص299, (مرجع سابق).

إن حمل الأحكام القضائية على الصحة في الظاهر, يستوجب احترامها, وترتيب آثارها عليها, وعدم تعطيل العمل بها بحجة الاحتمالات التي لم تقم عليها أدلة معتبرة في الشرع. ويظهر هذا الاحترام في عدة مظاهر سنتناولها عبر هذا المطلب .

الفرع الأول: أن لا يقوم القاضي بتعقب ومتابعة أحكام من سبقوه من القضاة :

ليس للقاضي أن ينظر في الأحكام التي صدرت عن غيره من القضاة الذين سبقوه, إذا كان أولئك القضاة قد تحققت فيهم جميع شروط التولية من عدالة وعلم وغير ذلك, قال ابن فرحون (فأما العالم العادل, فلا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها, إن عرض فيها عارض بوجه خصومة, فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا, وإن سأله الخصم ذلك..)⁽¹⁾ .

وهذا المظهر للحجية مقيد بما إذا لم يقم أحد الخصوم بطلب النظر في حكم من الأحكام, ولم يكن معه حجة تدل على أن الحكم كان باطلاً أو ظالماً. أما مجرد طلب الخصم إعادة النظر في حكم قضائي لا يجوز للقاضي تلبية طلبه, إلا إذا كان مع المتظلم بينة تشهد بصحة دعواه, على أن بعض فقهاء الشافعية يرى أن يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه, وإن لم يكن ذلك واجباً عليه, زيادة في الاحتياط, حتى إذا ما وجد حكماً فيه سبب من أسباب النقض الشرعية, نقضه, وهذا قول أبي حامد الاسفراييني من الشافعية. ولكن بقية علماء الشافعية وجميع فقهاء المالكية لا يجيزون للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة السابقين من غير متظلم معه بينة شرعية تدل على استحقاق الحكم النقض, لسببين: الأول: أنه لا يجوز للقاضي أن يتشاغل بماض لم يلزمه ولم يكلف بالنظر فيه, عن مستقبل يجب عليه. والثاني: أنه يتضمن معنى القدح في القضاة السابقين, لأن الظاهر, كما تقدم, نفوذ أحكامهم على الصحة, ويجب صيانة القضاة عن الابتذال, ومرفق القضاء عن الوهن.⁽²⁾ .

وإذا لم يجز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه في منصب القضاء, وانتهت ولايتهم, فإنه من باب أولى أن لا يمكن القاضي من النظر في أحكام القضاة الآخرين, الذي لا يزالون في ولايتهم, إذ الضرر

(1) ابن فرحون - تبصرة الحكام, ح 1, ص 74, (مرجع سابق).

(2) الشافعي - الأم, ح 6, ص 208, الماوردي (مرجع سابق) ح 1, ص 691, ابن أبي الدم - أدب القضاء (مرجع

سابق) ص 81, ابن فرحون - تبصرة الحكام (مرجع سابق) ح 1, ص 74, الخرشبي, محمد, الشرح الصغير, دار

الكتب الناصرية, ج 7, ص 163.

من تتبع أحكامهم أشد من تتبع أحكام القضاة السابقين, وقد نص بعض علماء المذهب المالكي على أنه: إذا اشتكى على القاضي في قضية حكم بها, ورفع ذلك إلى الأمير, فإن كان القاضي مأموناً في أحكامه, عدلاً في أحواله, بصيراً بقضائه, فليس للأمير أن يعرض له في ذلك, ولا يقبل شكوى من شكاه, ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه, فإن ذلك من الخطأ إن فعله, ومن الفقهاء إن تابعوه على ذلك. وإن كان عنده متهماً في أحكامه, أو غير عدل في حاله, أو جاهلاً بقضائه فليعزله وليول غيره, ولو فعل ذلك الأمير مخالفاً لهذا الأصل, فأجلس الفقهاء, وأمرهم بالنظر في تلك الحكومة, وتابعوه على جهله ومخالفته, أو أكرهوا على النظر, فأرأوا فسخ ذلك الحكم ففسخه الأمير, ورد قضيته إلى رأي الفقهاء, فالرأي أنه يجب على كل قاض ينظر في الحكم بعد ذلك أو يرفع إليه أن يمضي الحكم المفسوخ, ويفسخ الحكم الذي أبرمه الأمير ثانياً, والفسخ الذي تكلفه الأمير والفقهاء باطل, إلا أن يكون الأول مخالفاً لقطعي من كتاب أو سنة أو إجماع, فيمضي الفسخ, ويحيز ما فعله الأمير⁽¹⁾, وجاء في الفتاوى الهندية: (ليس للسلطان أن يأمر القاضي بإعادة النظر في القضية أمام العلماء)⁽²⁾, فهذه النصوص الفقهية تدل على أنه ليس لأحد أن يتعقب الأحكام التي يصدرها القاضي, حتى وإن كان ذلك المتعقب هو الأمير أو الخليفة, إلا أن يتظلم منه متظلم معه بينة مقبولة تدل على مخالفة الحكم للكتاب أو السنة أو الإجماع.

وفي الأنظمة الحديثة: لا يصح تعقب الأحكام القضائية بدون متظلم, وإن كان المتعقب هو المحكمة الأعلى, إذ القاعدة فيها أن النظر في خصومات الناس لا يكون إلا بناء على إرادتهم. كذلك لا خلاف في أن الطعن في الأحكام يجب أن يوجه ممن له مصلحة في توجيهه, وإلا فلا يسمع ولا ينظر⁽³⁾.

ولكنها تجيز تعقب الحكم القضائي الابتدائي, إذا طلب ذلك الخصم, وإن لم يكن معه أية حجة جديدة يريد أن يطرحها أمام القاضي الجديد (قاضي الاستئناف). وهذا مما تخالف فيه القوانين الوضعية الاجتهادات الفقهية الإسلامية, إذ لا يصح عند فقهاء المسلمين إعادة النظر في حكم قضائي صادر وفق الشروط الشرعية, إلا إذا طلب خصم ذلك واستعد لتقديم الحجج والبيانات الدالة على استحقاق الحكم

(1) ابن فرحون - تبصرة الحكام, ح 1, ص 79, (مرجع سابق).

(2) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية ج 5, ص 136, (ط 3 - بيروت 1400هـ/1980م).

(3) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص 648 (مطبوعة فتح الله إلياس بمصر - 1940م). عبدالباسط

جميعي - شرح قانون الإجراءات المدنية (دار الفكر العربي 1966م) ص 496.

للتقض بوجود بعض الأسباب الموجبة لذلك, ومن هنا نص الفقهاء المسلمون على أن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي, مستوفية لشرائطها الشرعية, فلا تنقض ولا تعاد⁽¹⁾.

ومن هذه الناحية يتبين أن الفقه الإسلامي أكثر اعتباراً لحجية الحكم القضائي, وحفظ حرمة الوظيفة القضائية من القوانين الوضعية, إذ يرى الفقهاء في مجرد إعادة النظر في قضية من غير ضرورة أو حاجة أو فائدة جديدة ابتداءً ينبغي أن يصرح عنه القضاء.

الفرع الثاني: عدم جواز رجوع القاضي عن قضائه إذا صدر بشكل صحيح :

ليس للقاضي, في الفقه الإسلامي, أن يحكم في حادثة, ثم يرجع عن حكمه, أو يبطله, بناء على تجدد اجتهاده, ولو فعل لم ينتقض الحكم, سواء أكان رجوعه بناء على تغير اجتهاده في استنباط الحكم الشرعي الذي طبقه على الخصوم أم كان بناء على تغير اجتهاده في تقدير الظروف والقرائن وتزكية الشهود وقوة الحجج والبيانات ونحو ذلك⁽²⁾.

ومما جاء في الفتاوى الهندية (إذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة رجعت عن قضائي أو أبطلت حكمي, أو وقفت على تلبيس الشهود, وأراد أن يبطل حكمه, لا يعتبر هذا الكلام منه, والقضاء ماض على حاله, إذا كان بعد دعوى صحيحة, وشهادة مستقيمة, وعدالة الشهود ظاهرة⁽³⁾).

وهذا المظهر للحجية, كسابقه, مقيد بقيود وحدود, فإن تعدها لم يعد للحكم حجية. وسيأتي تفصيل هذه القيود والحدود في المطلب التالي بإذن الله تعالى, ولكن نكتفي هنا بالإشارة إلى أن القاضي ليس له أن

(1) محمد زيد الأبياني - مباحث المرافعات والتوثيقات والدعاوي الشرعية - الطبعة الثانية, 1331هـ/1913م, ص 48

(2) الشافعي - الأم, ج6, ص 207, 208, (مرجع سابق). الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند, الفتاوى الهندية ج3, ص 332, مرجع سابق, الأبياني, مباحث المرافعات, ص 183, مرجع سابق, قراعة, الأصول القضائية ص 310, طبع سنة 1921م.

(3) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية, ج3, ص 332, 333 (مرجع سابق).

يرجع عن قضائه إلا إذا كان في خطأ بين وصريح، ولا يوجد من فقهاء الإسلام من قال به، فإن وجد فقيه واحد قال به، لم يكن للقاضي الذي أصدره أن ينقضه، وإن رأى أن غيره من الآراء أحسن منه⁽¹⁾.

ومع أن بعض فقهاء المالكية أجاز للقاضي أن يفسخ حكماً أصدره إلى ما هو أحسن منه أصوب، ولكن الراجح في المذهب عندهم أنه لا يجوز للقاضي ذلك، لأنه لو أجاز ذلك للقاضي لكان له فسخ الحكم الثاني إلى حكم ثالث، والثالث إلى رابع.. وهكذا، ولا يقف ذلك على حد، وعندئذ لا يثق أحد بما يصدر عنه من أحكام، وفي ذلك ضرر شديد إذا ظل القاضي في منصبه، وأراد أن يغير حكمه الصادر عنه، أما إذا عزل ثم ولي، فليس له نقض الأحكام التي أصدرها قبل العزل بلا خلاف⁽²⁾. ومن أخبار الصحابة الدالة على ذلك ما روي عن عمر الخطاب رضي الله عنه أنه حكم في مسألة المشتركة بحكم لم يشرك فيه بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، وبعدها بعام واحد عرضت عليه قضية مماثلة، فشارك فيها بينهم بالتساوي، فلما سئل عن ذلك قال: (تلك على ما قضينا يومئذٍ وهذه على ما قضينا اليوم)⁽³⁾، ومن أخبار التابعين في ذلك ما ذكر عن القاضي شريح رحمه الله تعالى أنه كان يقضي بالقضاء، ثم يرجع عنه، فيقضي بخلافه، ولا يرد ما كان قضى به أولاً، وشريح كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما، فما فعله فالظاهر أنه فعله سماعاً منهما⁽⁴⁾.

وفي الأنظمة الحديثة يعتبر خروج المنازعة من ولاية المحكمة أثراً من آثار الحكم القضائي، فلا يملك القاضي سحب الحكم الذي أصدره، ولا إحداث أي تغيير فيه أو إضافة إليه⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: نفاذ القضاء في المجتهدين وعدم تأثره باختلاف الاجتهاد:

(1) القرافي - الأحكام ص 174 (مرجع سابق)، ابن فرحون ج 1، ص 71 (مرجع سابق)، الماوردي - أدب القاضي، ج 1، ص 682 (مرجع سابق).

(2) ابن فرحون - تبصرة الحكام، ج 1، ص 71، (مرجع سابق).

(3) المغني لابن قدامة ج 9 ص 57، إعلام الموقعين ج 1 ص 119-120 والبيهقي في سننه الكبير (6/255). وقال الذهبي في ميزان الاعتدال (1/579-580 ترجمة الحكم): " هذا إسناد صالح .

(4) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي ج 3، ص 168، 169. السرخسي - المبسوط ج 1، ص 85، (مطبعة السعادة 1324هـ).

(5) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية (سابق) ص 637، أبو هيف المرافعات المدنية ص 573، (المعارف/ 1915م). جميعي - شرح قانون الإجراءات المدنية ص 479 (مرجع سابق).

إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة، ورفع هذا الحكم إلى قاضٍ آخر، وجب على الآخر احترام الحكم الصادر، وعدم نقضه، إذا كان موضوعه مجتهداً فيه، وليس ما يخالف نصاً قطعياً من القرآن أو السنة، أو إجماعاً معتبراً، وليس فيه ظلم واضح صريح لا شك فيه، فينفذ كل ما فيه خلاف وآراء فقهية، وإن كان القاضي الثاني لا يرى رأي القاضي الأول في المسألة التي صدر الحكم فيها⁽¹⁾، وهذا كله إذا كان الحكم الأول قد صدر من قاضٍ صحيح التولية وفق الشروط الشرعية، وضمن اختصاصه المنصوص عليه في كتاب التولية⁽²⁾.

وهذا الأصل متفرع عن قاعدة فقهية، وهي أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، لأن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول، ولأن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدي إلى مفسدة عامة، حيث لا يستقر حكم من الأحكام، إذ يكون معرضاً للنقض بتغير الاجتهاد، والنقض معرض للنقض كذلك.. وهلم جرأً، وفي ذلك مفسدة عظيمة، كذلك فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار هذا الأصل: فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولم ينقض حكمه⁽³⁾.

وقد مر حكم عمر في المشاركة بعدم المشاركة بين نوعي الإخوة، ثم حكمه بالمشاركة بينهم جميعاً من غير أن ينقض ما حكم به في المرة الأولى، كما يروى عنه أنه قضى في ميراث الجد بأحكام مختلفة، ولم يكن يرجع عن أفضيته الأولى، وبناءً على هذا الأصل لو حكم قاضٍ حنفي ببطلان خيار المجلس، أو بمنع القصاص في القتل بالثقل، أو بصحة النكاح بدون ولي، ثم عرض قضاؤه على قاضٍ آخر لا يرى صحة هذه الاجتهادات الفقهية، فليس له أن ينقض تلك الأحكام، ولو نقضها، لكان نقضه لها مستحقاً للنقض لو عرض على قاضٍ آخر⁽⁴⁾.

(1) يقول القراني في كتابه القيم "الإحكام" (أجمعت الأمة قاطبة أن حكم الله تعالى هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب إتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه)، ص 28.
(2) السمناني - روضة القضاة ص 323 (مطبعة أسعد - بغداد 1970، القراني - الإحكام ص 28، ابن فرحون - تبصرة الحكام، ج 1، ص 71، الشافعي - الأم، ج 6، ص 207، 208.
(3) ابن فرحون - تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 71.
(4) السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، 1990م، ص 113.

أما الأنظمة الحديثة فتفترض أن كل حكم صادر من محكمة نظرت القضية لأول مرة، هو حكم عليه شبهة الخطأ أو الجور، فيجوز التظلم منه إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته، ولا تحيد القوانين الوضعية عن هذه الفكرة إلا في أحوال محصورة يبين فيها أن الحكم غير قابل للاستئناف، وهي الأحوال التي يكون فيها موضوع الدعوى صغيراً أو تافهاً بحيث لا يتحمل المصاريف التي يتكبدها الخصوم في الاستئناف (1).

وهذه الفكرة السائدة في القوانين الوضعية تختلف اختلافاً ظاهراً عما هو الحال في الفقه الإسلامي، حيث يتفق الفقهاء على أن كل حكم صادر عن قاض صحيح التولية ومستوفٍ للشروط الشرعية يعتبر صحيحاً ما لم تقم قرينة أو بينة تدل على وجود الخطأ فيه أو الجور، ولا يجوز أبداً أن يعاد النظر في الأحكام ما لم تقم مثل تلك البينات والقرائن.

وفي الأنظمة الحديثة تنظيمات خاصة لنقض الأحكام أو تغييرها، والأصل فيها أنه ليس لقاض أن ينقض أحكاماً صادرة عن قاض آخر إلا بواسطة الطرق القانونية المحددة، وبغير هذه الطرق يمتنع بصورة مطلقة على أي قاض آخر أن يتعرض لأحكام أصدرها غيره، مهما يكن عيبها كبيراً، أو خطأها ظاهراً (2). ولقاضي الاستئناف أن ينقض الحكم الأول بناء على اجتهاد خاص في تفسير القانون المطبق على المنازعة، أو بناء على ظهور أدلة جديدة أو بطلان الأدلة السابقة، وللمحكمة النقض أن تنقض الأحكام بناء على تبنيها لاجتهاد خاص في تفسير القانون مخالف لاجتهادات المحاكم الأخرى، بل إن اجتهادات محكمة النقض في تفسير القانون تغدو من الناحية الواقعية هي السائدة والملتزم بها لدى قضاة المحاكم الأخرى (3).

وفي الأنظمة الحديثة يصبح الحكم ذا حصانة مطلقة من النقض أو حتى مجرد إعادة النظر فيه إذا استنفذ الخصوم جميع طرق الطعن باستعمالها فعلاً، أو بفوات مواعيدها القانونية، مهما ظهر خطأها أو جورها بعد ذلك. وهذه الفكرة أيضاً تختلف أيضاً عما ذهب إليه فقهاء المسلمين، إذ كلهم مجمعون على أن

(1) أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 622، 623

(2) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 645

(3) عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم - مبادئ المرافعات، مرجع سابق، ص 66. فتحي والي مبادئ قانون القضاء المدني، ص 633 - ط 2، دار النهضة العربية 1975م.

الحكم القضائي إذا وقع فيه الخطأ أو الجور، وقام على ذلك أدلة مقبولة شرعاً وجب نقضه وإبطاله، وسيأتي تفصيل ذلك بإذن الله تعالى.

الفرع الرابع: احترام الأحكام السابقة واعتبارها في القضايا الحادثة:

وإذا كان من الواجب على القاضي أن يحترم القضاة الآخرين، فإنه مطالب أيضاً بتنفيذ أحكامهم والعمل بها وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار أحكام جديدة، ويشير إلى ذلك قول ابن فرحون المتقدم: (والعادل العالم من القضاة لا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة)، والتجويز لها يعني تصحيحها واعتبارها في الخصومات الحادثة بعد ذلك. ويقول الحسام الشهيد: (إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك، ثم رفع لقاض آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها...)⁽¹⁾.

بل ذهب الفقهاء إلى أن كل قاض رفعت إليه قضية قضى فيها مرتين بحكمين مختلفين، ملزم بإبطال الحكم الثاني، وإمضاء الحكم الأول، إذا كان صادراً في مسألة مجتهد فيها، ولا يجوز له أن يعتمد الحكم الثاني، وكل حكم صدر بعد الأول مخالفاً له، لا يكون له أية حصانة قضائية، ويجب نقضه إذا عرض على القضاء في خصومة جديدة.⁽²⁾

والأنظمة الحديثة تذهب إلى مثل ما تقدم، وتقضي بأن على القضاة احترام ما حكم به سابقاً، واعتباره لأي من الخصوم مستنداً وحجة في أية دعوى ترفع بعده، وذلك تحقيقاً لاستقرار الحماية القضائية التي يمنحها الحكم القضائي لأحد الخصوم.⁽³⁾ ومن هذا المنطلق جعلت القوانين مخالفة الحكم لمبدأ الحجية سبباً من الأسباب التي يمكن لمحكمة النقض (التمييز) أن تستند إليها في حكمها بنقض ذلك الحكم المخالف.⁽⁴⁾

(1) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ج3، ص 110، وانظر مثل ذلك في أدب القضاء لابن أبي الدم ص 81، مرجع سابق.

(2) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ج3، ص 110

(3) فتحي والي - قانون القضاء المدني، ج1، ص 269، 272، (مرجع سابق).

(4) فتحي والي - قانون القضاء المدني، ص 417، ط 1977م، ولكن لا بد من ملاحظة أن هذا السبب لا يتحقق إلا إذا وصلت حجية الحكم القضائي إلى مرحلة قوة الأمر المقضي، ولم يعد بالإمكان الطعن فيها بالطرق العادية - انظر المرجعين السابقين.

الفرع الخامس: عدم تأثير الحكم القضائي بما يحدث بعد صدوره من الشبهات في البيئات التي استند إليها :

إذا صدر الحكم القضائي، وكان مبنياً على شهادة شهود عدول في الظاهر، ومستوفياً للشروط الأخرى، ثم حدث بعد ذلك بعض الشبهات حول شهادة الشهود، لم يؤثر ذلك على الحكم، وظل لازم التنفيذ، وقد قالوا في هذا المعنى: (الشك يدفع الحكم قبل صدوره، ولا يرفعه بعده) ⁽¹⁾. ومثال تلك الشبهات التي لا تؤثر في الحكم أن يرجع الشهود عن شهاداتهم، أو يرجع بعضهم، ويعترفوا أنهم كانوا كاذبين، فلو فعلوا ذلك لم ينتقض الحكم سواء أكان رجوعهم قبل استيفاء الحق المقضي به أم بعده. ولكن إذا كان الرجوع قبل الاستيفاء في الحدود أو القصاص لم يجز الاستيفاء، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهات، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) ⁽²⁾، ولا شك في أن رجوع الشهود شبهة ظاهرة، فينتقض الحكم لهذا السبب ⁽³⁾، ومع أن الحكم لا ينتقض برجوع الشهود، إلا أن الشهود يغرمون ما كانوا سبباً في تفويته من الحق على المحكوم عليه ⁽⁴⁾.

هذا وإن عدم انتقاض الحكم برجوع الشهود هو مذهب جمهور فقهاء المسلمين، وهو المعتمد في المذاهب الأربعة، وقد خالفهم في ذلك بعض فقهاء التابعين والظاهرية، ورأوا أن الحكم ينتقض برجوع الشهود عن شهاداتهم، لأن الشهادة سبب الحكم، فإذا بطلت الشهادة بطل الحكم، ضرورة أنه إذا بطل السبب بطل المسبب، كما لو تبين أن الشهود كانوا كفاراً. ومن الفقهاء من قال بنقض الحكم إذا رجع الشهود قبل الاستيفاء، ولا ينقض بعده ⁽⁵⁾. وأما جمهور الفقهاء فقد رأوا أن الحكم قد استوفى شروطه، وانبنى على شهادة صحيحة مستوفية الشروط، والرجوع يحتمل الصدق كما يحتمل الكذب، فهو ظني، فلا يؤثر في الحكم الذي انبنى على سبب مؤكد، ورجوع الشهود اعتراف منهم بأنهم فسقة، والفاسق لا ينتقض الحكم

(1) محمد علاء الدين عابدين - قرّة عيون الأخبار (تكملة رد المختار) ج 1، ص 14 (المطبعة العثمانية 1327هـ).

(2) الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج 6، ص 198، وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي، وهو ضعيف

(3) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 246

(4) الأبياني - مباحث المرافعات الشرعية ص 136، ابن قدامة - المغني ج 9، ص 246، مرجعين سابقين.

(5) ابن حزم، المحلى ج 9، مرجع سابق، ص 429، ابن قدامة، المغني، ج 9، مرجع سابق ص 246، العقي - تكملة المجموع، مرجع سابق ج 2، ص 278.

بقوله، ولو نقض الحكم بالرجوع لحاز نقض الرجوع عنه أيضاً.. وهلم جراً وفي ذلك مفسدة كبيرة على الناس، وانتزاع الثقة في القضاء والشهادات. ومن جهة أخرى فإن الرجوع إقرار وهو حجة قاصرة، ولا يسري أثره إلا على المقر، ولا يصيب الآخرين، ولذلك ذهب القائلون بعدم النقض إلى وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد الحكم، سواء أكان المشهود به مالا أم غيره، وسواء أكانت العين قائمة أم تالفة، فيجب على من رجع التعويض على المحكوم عليه، لأنه أتلف عليه ماله وفوت عليه مصلحته، وأما الطرف المحكوم له، فيسلم له المحكوم به، لأن الحكم باق كما تقدم ⁽¹⁾.

وهذا الذي اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة في الرجوع خاص بما عدا حالة شهادة الزور، فإنه إذا ثبت بالدليل أن الشهادة كانت زوراً كاعتراف الشهود بذلك وجب نقض الحكم عند فريق من الفقهاء، خلافاً للمالكية ² حيث لا يرون نقض الحكم في شهادة الزور أيضاً، وإنما ينفذ الحكم عندهم، ويعاقب شاهد الزور بالغرامة والتعزير ⁽³⁾.

ومن الشبهات التي لا تؤثر على الحكم الصادر بناء على الإقرار، رجوع المقر عن إقراره بعد صدور الحكم، وذلك في حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات، فإنه لا يؤثر على الحكم، بل لا ينظر إليه وإن صدر قبل الحكم، لتعلق حق المقر له بالمقر به ⁽⁴⁾، وأقوال الفقهاء وإن كانت مطلقة لا تحدد وقت الرجوع، لكنه يشمل الرجوع بعد الحكم من باب أولى ⁽⁵⁾.

ومن الشبهات التي لا تؤثر على البينات تغيير حال الشاهد بعد الحكم: فلو طرأ الفسق أو العداوة بعد الحكم، لم يؤثر عليه ولم يمنع من تنفيذه وكذلك لو غير الشاهد أقواله بعد الحكم زيادة أو نقصاً فلا أثر

(1) البهجة 174/1، انظر تفصيل أحكام الرجوع عن الشهادة، ومذاهب الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة عند محمد مصطفى الزحيلي في رسالته القيمة (وسائل الإثبات) - القسم الثاني، ص 781-787.

(2) التسولي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، 174/1.

(3) ابن قدامة - المغنى، مرجع سابق، ج9، ص 262، محمد الزحيلي - وسائل الإثبات - القسم الثاني 786، رسالة دكتوراة.

(4) الكاساني - بدائع الصنائع، ج7، ص 332، ط1، 1910م، إبراهيم الشيرازي - المهذب، ج2، ص 346، وانظر المادة 1588 من مجلة الأحكام العدلية.

(5) فراعة، علي، الأصول القضائية، مرجع سابق، ص 140.

لهذا التغيير على الحكم, فلو شهد بأن الدين مئة, فحكم به, ثم شهد بأنه كان أخطأ في المبلغ, وأنه مائتان أو خمسون, لم ينظر إلى كلامه, ويبقى الحكم على حاله⁽¹⁾.

الفرع السادس: عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر بعد صدوره من بينات لا تدل على خطأ فيه:

يختلف أثر ظهور بينات جديدة لم يطلع عليها القاضي عند إصدار حكمه باختلاف دلالاتها: فإن دلت هذه البينات على خطأ وقع فيه القاضي عند إصدار حكمه, وكانت دلالتها على ذلك قطعية ليس فيها احتمال, وجب نقض الحكم, لأن ما ابتنى على خطأ كان خطأ مستحقاً للنقض. ولكن إذا لم تدل هذه البينات على أن القاضي كان قد وقع في الخطأ, أو وجد احتمال معتبر في دلالتها على ذلك, بأن كان حكمه سليماً ولو من بعض الوجوه, والسبب الذي بناه عليه سليماً ولو على بعض الاحتمالات فإن ظهور البينات الجديدة, والحال هذه, لا أثر له على ذلك الحكم في الراجع⁽²⁾. ذكر ذلك السيوطي في الأشباه والنظائر, وذكر أنه لم ير نقلاً في هذه المسألة, وما تقدم هو ترجيحه الخاص به. غير أن هذا الذي رجحه السيوطي هو ما يفهم من بيان القرآني لنواقض الحكم القضائي, حيث اقتصر في تحديد أسباب النقض على ما يؤدي إلى كشف الخطأ في الحكم نفسه بكونه خالف نصاً أو إجماعاً, أو الخطأ في سببه كالحكم بشهادة كفار, أو بيينة مزورة فيفهم من ذلك البيان أن كل ما يستجد من البينات, أو التغيير فيها, إذا كان لا يؤدي إلى كشف خطأ في الحكم أو سببه, فإنه لا يؤثر على الحكم, بل يبقى صحيحاً واجب التنفيذ ملزماً لأطراف الخصومة⁽³⁾.

ومما يتفق مع هذا الفهم بعض الفروع الفقهية الدالة عليه ومنها: الوجه الرابع الذي ذكره ابن فرحون من وجوه طلب المحكوم عليه فسخ الحكم عنه, وهو أن يأتي المحكوم عليه بيينة لم يعلم بها, فإن سحنون من علماء المالكية ذهب على أن القاضي لا يسمعها وينفذ الحكم كما صدر أولاً, وكذلك الوجه الثامن, وهو أن يقول المحكوم عليه: كنت أغفلت حجة كذا, فإن القاضي لا يقبل منه ذلك, ولا ينقض الحكم قولاً

(1) ابن حزم, المحلى, مرجع سابق, ج9, ص 429, الشيرازي - المهذب, ج2, مرجع سابق, ص 343, محمد الزحيلي - وسائل الإثبات, مرجع سابق, ص 772.

(2) العقبى - تكملة المجموع, ج20, ص 283, (مرجع سابق), السيوطي - الأشباه والنظائر, ص 117, (مرجع سابق).

(3) السيوطي - الأشباه والنظائر, ص 117 (مرجع سابق).

واحداً⁽¹⁾ , ومن ذلك فتوى الشيخ عليش في (رجل ادعى أنه يستحق ثلث قطعة أرض يمتلكها جماعة, بسبب الإرث عن جدته لأبيه, ورفع دعواه إلى القاضي, فأنكروا, فادعى أن له بينة ثم اعترف بأنه عجز عن إقامتها فحكم القاضي بعدم استحقاقه شيئاً فيها ثم نازع هذا المحكوم عليه وأراد إقامة بينة), حيث أفتى بأنه لا تسمع دعواه ولا بينته إلا لعذر يحلف عليه, كنسيان بينة أو عدم علمه بها, ولا بد من يمينه على دعوى النسيان أو عدم العلم⁽²⁾ .

فيتحصل من تلك الفروع أن الحكم القضائي لا يؤثر عليه قيام بينات جديدة بعد صدوره صحيحاً, وإن تعارضت مع البينات التي حكم القاضي بناء عليها, ما لم يقيم المحكوم عليه الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها, فإن صرح بعلمه لها, أو لم يستطع إقامة الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها لم يسمع منه القاضي, وهذا ما نقل عن الإمام مالك في المدونة⁽³⁾ , ولكن تقدم أن سحنون يرى عدم النظر في البينات الجديدة التي تظهر بعد إصدار الحكم السليم, سواء أكان عالماً بها أم لم يكن.

ويتفق مع هذا الاتجاه الرأي الفقهي القائل بعدم جواز إبداء الدفع بعد صدور الحكم القضائي, لأن الدفع إذا كان مثبتاً ليس إلا ظهور نوع جديد من البينات, فإن كان لا يؤدي إلى كشف خطأ في الحكم القضائي, فهو مثل البينات الجديدة التي لا تؤدي إلى إبطال الحكم السابق. والقول بعدم جواز الدفع بعد الحكم هو رأي عند الحنفية, وهناك رأي آخر مفاده جواز إبداء الدفع بعد الحكم بشروط من أهمها أن يتضمن الدفع إبطال الحكم القضائي إذا ثبت, وذلك كما لو ادعى المدعي داراً بالإرث من أبيه, وبرهن على ذلك, فقضي له بها, وبعد ذلك ادعى المدعى عليه أن اشترى هذه الدار من مورث المدعي, صح هذا الدفع ونقض به الحكم الأول. ويرى الشيخ زيد الأبياني رأياً وسطاً بين القولين السابقين, وقريباً مما ذكر عن فريق من فقهاء المالكية, وهو أنه: إن كان ما يستند عليه الدافع خفياً, ولم يمكن الحصول عليه وقت السير في الدعوى, كان الدفع مقبولاً, ونقض به الحكم, وأما إذا كان ما يستند عليه غير خاف فلا يقبل منه.

(1) ابن فرحون - تبصرة الحكام, ح 1, ص 80, 81, (مرجع سابق).

(2) - الخرشبي, محمد بن عبد الله, شرح الخرشبي, مرجع سابق, ج 7, ص 156

- عليش, محمد بن أحمد, فتح العلي المالك, ج 2, ص 289 .

(3) المدونة, الإمام مالك بن أنس الأصبحي, 137, دار صادر طبعة مصورة عن طبعة دار السعادة 1323هـ, ج 13,

ص 175, وج 12, ص

هذا بالنسبة للدفع الموضوعي⁽¹⁾، وأما دفع الخصومة، وكذلك الدفوع الشكلية (كالدفع بعدم اختصاص القاضي)، فإنه لا يصح إبدائه بعد الحكم، ولكن قبله، فإن أبداه بعد الحكم لم يسمع دفعه، وبقي الحكم القضائي نافذاً⁽²⁾.

وفي الأنظمة الحديثة يدخل في معنى حجية الأمر المقضي أنه لا يجوز للقاضي أن يعيد النظر في قضية سبق أن أصدر حكماً فيها، بناء على ظهور أدلة جديد لم يسبق له أن اطلع عليها عند إصدار الحكم، كما لا يجوز له إعادة النظر فيها من أجل توجيه اليمين الحاسمة، ولا من أجل طلب استجواب الخصم بأمل الحصول على إقراره⁽³⁾. لهذا إذا رفع شخص دعوى ملكية على أساس عقد بيع اشترى بموجبه المال محل النزاع، واستند إلى ورقة مكتوبة، ورفضت الدعوى، فلا يجوز له إعادة رفع الدعوى على أساس عقد البيع نفسه مستنداً إلى دليل إثبات آخر⁽⁴⁾. ومع هذا فإن الأحكام الابتدائية يجوز نقضها أمام محكمة الاستئناف ببيانات جديدة أو دفوع جديدة⁽⁵⁾. ويجوز للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر في البيانات والحجج التي بني عليها الحكم إذا ثبت تزويرها⁽⁶⁾.

الفرع السابع: خضوع اعتقادات الخصوم الخاصة في المجتهادات لحكم القاضي:

يعنى هذا المظهر أنه يجب على الخصوم الالتزام بحكم القاضي، وإن كان حكمه مبنياً على اجتهاد مخالف لمذهبيهما أو مذهب أحدهما، ولا أثر في ذلك لدرجة المتقاضي في الاجتهاد، والعامي والفقير سواء في وجوب الالتزام بحكم القاضي، جاء في الفتاوى الهندية (إذا كان الحكم القضائي بخلاف ما يعتقد المحكوم

(1) وهو ما يقصد به إبطال دعوى المدعي بنحو الدفع بإبراء أو قضاء أو حوالة أو بيع أو هبة.

(2) محمد علاء الدين عابدين - قرّة عيون الأخيار، ج1، ص 26، 27، وج2، ص 457، (مرجع سابق)، ابن نجيم - الأشباه والنظائر، ص 89، ط 1322 هـ، مصر، والبحر الرائق ج3، ص 231، علي حيدر أفندي - أصول استماع الدعوى، ص 119، 120 (مطبعة التزقي بدمشق 1923) المادة 1840 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) نشأت، أحمد، رسالة الإثبات، مرجع سابق، ج2، ص 205، والي، فتحي، قانون القضاء المدني، ج1، ص 268، مرجع سابق.

(4) فتحي والي - قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج1، ص 268.

(5) أحمد مسلم - أصول المرافعات طبع 1969م، مصر، ص 562، أبو الوفاء - نظرية الدفوع، ص: 21، 22، الطبعة الرابعة، عبدالباسط - جمعي - شرح قانون الإجراءات المدنية ص 414، (مرجع سابق).

(6) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني، (مرجع سابق) ص 623.

له أو المحكوم عليه، وحب عليه أن يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه، سواء كان عامياً أو مجتهداً، وسواء كان الحكم بالحرمة وهو يعتقد الحل أو العكس⁽¹⁾. وبناء على ذلك قال العلماء: لو أن فقيهاً قال لامرأته: أنت طالق البتة وكان يرى هذه الصيغة من صيغ التطليق بالثلاث الذي لا تصح فيه الرجعة قبل نكاح شخص آخر، ورفعت زوجته عليه دعوى بأنه فعل ما يقتضي الرجعة، فقضى القاضي بالرجعة بناء على الاجتهاد الذي يرى هذه الصيغة تطليقة واحدة، وسع ذلك الفقيه أن يقيم مع زوجته، ويرجعها إليه، ويلتزم بالحكم ولا يلتزم باجتهاد نفسه، وكذلك إذا كان اعتقاد المطلق الذي قال لامرأته: أنت طالق البتة، أن هذه الصيغة تفيد التطليق واحدة، فخطب امرأته وتزوجها على مهر جديد وشهود، ثم رافعه إلى القاضي فجعلها ثلاثاً، وفرق بينهما، فإن لا يسع الزوج أن يقرها ولا يسع المرأة أن تمكنه⁽²⁾، وكذا كل قضاء مما يختلف فيه الفقهاء من تحريم أو تحليل أو اعتقاد أو أخذ مال أو غير ذلك ينبغي للمتفقه المقضي عليه الأخذ بقضاء القاضي، وأن يدع رأيه، ويلزم نفسه ما ألزمه القاضي، ويأخذ ما أعطاه⁽³⁾.

ولا خلاف في أن من لا علم له، إذا حدثت له حادثة، فسأل عنها الفقهاء فأفتوه فيها بحلال أو حرام، وقضى عليه قاضي المسلمين بخلاف ذلك، وهم ما يختلف فيه الفقهاء، فينبغي له أن يأخذ القضاء، ويدع عنه ما أفتاه الفقهاء. وهذا بخلاف ما لو تغيرت الفتوى، ولم تقتزن بقضاء، فليس لها ما للحكم القضائي من أثر الإلزام السابق، فلو أن فقيهاً عالماً قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يرى أن هذه الصيغة ثلاث، فأمضى رأيه فيها فيما بينه وبينها، وعزم أنها حرمت عليه، ثم رأى رأي عمر بن الخطاب في ذلك، وأنها

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية، ج3، ص 354، (مرجع سابق).

(2) الفرق عند الفقهاء بين هذه المسألة، ومسألة عدم نفوذ الأحكام في الباطن، كما لو كان الشهود زوراً، وشهدوا على زوج رجل من امرأة، فقضى القاضي بالزواج حيث لا يجل لأحدهما معايشة الآخر، بأن كلا منهما في مسألة شهادة الزور متيقن من خطأ القاضي، والخطأ ثابت عندهما في طريق الحكم وهي الشهادة، بينهما في المسألة الأخرى لا يوجد خطأ مقطوع به، وإنما اختلاف في الاجتهاد والرأي، وحكم القاضي يقطع الخلاف: انظر: الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي، ج3، ص 185، 186، (مرجع سابق).

(3) يرى بعض الفقهاء أن المجتهد يتبع رأي القاضي إذا كان القضاء عليه وليس له، فإن كان القضاء له يتبع اجتهاد نفسه ولا يتبع اجتهاد القاضي وهو قول أبي يوسف من مجتهد الحنفية، وتابعه في ذلك الخصاص في أدب القاضي - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ج3، ص 186، (مرجع سابق)، وهذا الرأي ليس فيه أي تجاوز لمبدأ حجية الحكم القضائي، لأن المحكوم عليه ليس له أي سبيل للتخلص من الحكم أو الحيلولة دون تنفيذه وأما إعطاء الحق للمحكوم له بعدم الالتزام، فإنه لا يحدش الحجية، إذ لكل إنسان أن يتنازل عن حقه.

تطبيقاً واحدة، وأنه يملك الرجعة، وجب عليه إمضاء رأيه الأول الذي كان عزم عليه من امرأته، ولا يردها زوجة له برأي حدث منه. والفرق بين القضاء والفتوى، أن قضاء القاضي يهدم الرأي، والرأي لا يهدم القضاء ولا يهدم الرأي⁽¹⁾.

ومن الفروع التي بناها فقهاء الشافعية على هذه القاعدة أن رجلاً لو خالغ زوجته ثلاثاً، ثم تزوجها الرابعة بلا محلل، لاعتقاده أن الخلع فسخ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح، قال أبو حامد الغزالي: (إن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها، وإن تغير اجتهاده)، وقال في تعليل ذلك (إنما يفعل ذلك لمصلحة الحكم، فإنه لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض ولتسلسل فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها)، ثم قال: (وإن لم يحكم حاكم فالمنتار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطاء الحرام على معتقده)⁽²⁾.

ومن تلك الفروع التي خرجت على أن القضاء يهدم الرأي وليس العكس ما حكاه القاضي الشافعي ابن أبي الدم في أدب القضاء عن الأصحاب، أن الحنفي إذا خلل خماً، فأتلفها عليه شافعي لا يعتقد طهارتها بالتخليل، فترافعا إلى قاض حنفي، وثبت ذلك عنده بطريقه، ف قضى على الشافعي بضمائها، لزمه ذلك قولاً واحداً، حتى لو لم يكن للمدعي بينة، وطالبه بعد ذلك بأداء ضمائها، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء، لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاد المدعى عليه⁽³⁾. ومن ذلك أيضاً قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للجار والمقضي عليه شفيعي، فينفذ ظاهراً وباطناً، ويحل للشفيعي الأخذ بهذه الشفعة⁽⁴⁾.

وفي الأنظمة الحديثة لا يتأتى مثل ذلك المظهر من مظاهر الحجية، لأنها لا تتدخل في اعتقادات الناس الشخصية، وإنما تلزمهم بالأحكام القضائية وتنفيذها عليهم بغض النظر عن كونها تتعارض مع اعتقاداتهم أولاً، ولا تبحث بعد ذلك في مواقفهم الخاصة بهم من هذه الأحكام، وسبب ذلك هو الاختلاف الواضح

(1) أحمد محمد التميمي - الفواكه العديدة، المكتب الإسلامي، 1960م، ج2، ص 141، الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ج3، ص 187.

(2) الغزالي - المستصفى، ج2، ص 120، ط1، 1937م، السيوطي - الأشباه والنظائر - ص 114، (مرجعين سابقين).

(3) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص 134، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 114، مرجعين سابقين

(4) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص 131، مرجع سابق.

بين طبيعة القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية حيث لا تعني الأولى إلا بتنظيم العلاقات الخارجية بين أفراد وجماعات الناس, ولا تهتم بعقائدهم أو أخلاقهم. الشخصية, بينما يتدخل الإسلام بأحكامه في جميع أنشطة الشخصية الإنسانية الداخلية والخارجية, وترتبط عنده المظاهر الخارجية للسلوك الإنساني بالدوافع الذاتية لذلك السلوك, النابعة من القلب أو العقل, وذلك لأن الذي شرع الأحكام هو الله - عز وجل - وهو القادر على مراقبة النشاط الإنساني بمظهره الخارجي المتجسد على الحوار, ومجذوره الداخلية المغروسة في الفكر والاعتقاد, وهو الذي سيحاسب على ذلك كله, ويجازي عليه في الآخرة, ولكن لا يستطيع أي مشرع بشري أن يدعي أنه قادر على أن يحكم العوامل الداخلية للنفس البشرية. وإنما يقتصر سلطانه على السلوك الخارجي وأعمال الجوارح.

الفرع الثامن: انتفاء مسؤولية القاضي عما يصدره من الأحكام إذا لم يتعمد الجور فيها :

لا خلاف بين فقهاء المسلمين في أن القاضي لا يسأل مدنياً ولا جنائياً عن الأحكام التي يصدرها وفق أصولها وشروطها الشرعية والتي لا تستحق النقض وفق ما تقدم من مظاهر الحجية.

بل يذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك, في حماية القاضي تمكيناً للعلماء من القيام بواجبهم في الفصل بين المتخاصمين دونما تأثير أو ضغط بأي شكل من الأشكال, وذلك أنهم قرروا أن لا مسؤولية مدنية ولا جزائية على القاضي فيما أخطأ فيه من الأحكام القضائية مما يستحق النقض والذي سنفصل حالاته في المطلب التالي إن شاء الله تعالى, فبالرغم من قولهم بوجوب نقض الحكم في تلك الحالات, لكنهم نفوا عن القاضي أية مسؤولية ما دام الخلل الحادث في الحكم لم يكن عن تعمد من القاضي, ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخلل في حق من حقوق الله تعالى, وبين أن يكون في حق من حقوق العباد. ومع ذلك فإن هذا الحق لا يذهب هدرًا, فإن كان في حقوق الله عز وجل, كما لو قضى في حد الزنى, أو السرقة, أو شرب الخمر, وما أشبه ذلك, ثم ظهر بعد القضاء أن الشهود كانوا كفارًا, ففي هذه الحالة يكون التعويض على المتضرر من بيت مال المسلمين, لأن القاضي إنما يعمل في حقوق الله عز وجل لصالح جماعة المسلمين, فيكون الضمان على المسلمين, وبيت المال فيه مال المسلمين, فيكون الضمان فيه, أما إذا كان خطأ القاضي في حق العباد, فالمسألة على وجهين: الأول: أن يكون الخطأ مما يمكن تداركه ورده, كما لو قضى بمال أو ضيعة أو دار, أو بطلاق, ثم ظهر أن الشهود كفار مثلاً, ففي هذه الحالة يصحح الوضع, ويؤخذ الحق من المحكوم له, ويرد للمحكوم عليه, الوجه الثاني: أن يكون الخطأ مما لا يمكن تداركه أو رده, بأن

قضى بالقصاص، واستوفي، ففي هذه الحالة تجب الدية في مال المحكوم له. وفي كلا الوجهين لا يسأل القاضي عن الخطأ⁽¹⁾، والأنظمة الحديثة سلكت مسلكاً قريباً من مسلك الفقهاء المسلمين في عدم تحميل القاضي مسؤولية ما يقع فيه من الخطأ، إذا لم يصاحب هذا الخطأ سوء نية، بأن لم يكن متعمداً ولم يكن الخطأ جسيماً⁽²⁾.

الفرع التاسع: نفاذ الحكم القضائي في الظاهر والباطن إذا كان موضوعه أمراً للقاضي ولاية الإنشاء فيه:

وهذا المظهر من مظاهر الحجية لم يقل به سوى أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وبيانه: أن المحكوم فيه نوعان: النوع الأول: ما يكون للقاضي فيه ولاية إنشاء، بمعنى أن إنشاء مثل هذا الأمر داخل في اختصاصه بشروط معينة، كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق، فالقاضي يملك أن يبيع مال الشخص حال خوف هلاكه للحفاظ، ويملك إنشاء النكاح على الصغيرة، والفرقة على العنين⁽³⁾، النوع الثاني أن يكون المحكوم فيه أمراً ليس للقاضي أن ينشئه في الأصل، كما في الأملاك المرسلة والميراث وغيره، فليس له أن يدفع مال فلان لفلان، وليس له أن يورث فلان إن لم يكن فيه سبب من أسباب الإرث.

فأما النوع الثاني فلا خلاف بين الفقهاء أن الحكم فيه لا ينفذ إلا في الظاهر، ولا ينفذ في باطن الأمر، بمعنى أن حكم القاضي في هذه الأمور لا يغير الواقع ولا يجل حراماً أو يحرم حلالاً.

وأما النوع الأول فهو الذي فيه الخلاف، وقد ذهب أبو حنيفة إلى أن حكم القاضي في هذا النوع ينفذ في الظاهر والباطن، وإن كان في الباطن بخلاف ما استند إليه الحاكم من الظاهر. والإمام أبو حنيفة في هذا يخالف جمهور فقهاء المسلمين ومنهم صاحبا محمد وأبو يوسف⁽⁴⁾.

(1) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ج3، ص161 (مرجع سابق)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية ج3، ص341، 342 (مرجع سابق)، الإمام مالك - المدونة ج12، ص149، (مرجع سابق)، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص76 (مرجع سابق)، إبراهيم عوض، القضاء في الإسلام ص250، 251، عامر، عبدالعزيز عامر، التعزير في الإسلام، دار الفكر العربي، ط2007، ص4، 268.

(2) والي، فتحي، قانون القضاء المدني، ج2، ص269، مرجع سابق، العشماوي، قواعد المرافعات، مرجع سابق، ص33.

(3) منلا خسرو- درر الحكام (المطبعة الشرقية، 1304هـ، ج9، ص409، ابن عابدين- الحاشية، ج5، ص406.

(4) الكاساني - البدائع، ج7، ص15 (مرجع سابق)، ابن نجيم- البحر الرائق، ج7، ص14 (مرجع سابق).

وبناء على ذلك إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت ، فأقام على ذلك شاهدي زور، فقضى القاضي بنكاح بينهما، والمدعي وشاهداه يعلمون أنه لا نكاح بينهما، فإن أبا حنيفة يرى أن قضاء القاضي نافذ في الظاهر بحيث يجب على القاضي أن يسلم المرأة إلى الرجل، ويقول لها: سلمني نفسك إليه ، فإنه زوجك، ويقضى بالنفقة، وأنه نافذ في الباطن بحيث يحل للمدعي وطء الزوجة، ويحل لها تمكينه، ولا حرمة على أي منهما بسبب ذلك، ولكن المدعي والشهود آثمون بسبب آخر، وهو الكذب وشهادة الزور والافتراء على الناس . وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين استأجرتهما امرأة، فشهدا لها على زوجها زوراً أنه طلقها ثلاثاً، ففرق القاضي بينهما بناء على ذلك، ثم تزوجها أحد الشاهدين: إن الشاهدين يأثمان إثماً عظيماً، ولكن الفرقة تمضي بينهما، أما الإثم فبسبب شهادة الزور، وهي من أعظم الكبائر، وأما مضي الفرقة فلأن الحكم صدر عن دليل صادق من حيث الظاهر، وبناء عليه لا يحل للزوج أن يعاشر الزوجة، ولا يحل لها أن تتزوج بزواج آخر قبل انقضاء العدة، وبعدها يحل لها أن تتزوج زوجاً آخر، وإن كان هذا الزوج أحد الشاهدين، أو شخصاً يعلم بحقيقة الحال. فأبو حنيفة يرى في مثل هذه الأحكام أنها تنشئ الحقوق وتولدها من بعد أن لم تكن في الحقيقة وواقع الأمر، ويعتمد الإمام أبو حنيفة في هذا على ما روي عن الصحابي الجليل علي رضي الله عنه أن رجلاً خطب امرأة، وهو دونها في النسب والحسب، فأبت أن تتزوجه، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند الإمام علي، فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال علي: قد زوجك الشاهدان، وقضى عليها بالنكاح. ووجه دلالة هذا الخبر أن قول الإمام علي: " قد زوجك الشاهدان" وعدم تجديد الزواج بينهما، مع موافقة المرأة على ذلك، ورغبة المدعي فيها، يدل على أن النكاح قد انعقد بينهما بحكم القاضي، ولو أن الإمام عليا كان يرى أن حكمه لا يؤدي إلى إنشاء النكاح بينهما على فرض كون الشهادة زوراً لاستجاب لطلبها، وعقد بينهما عقداً جديداً، احتياطاً، لتحسينها من الوقوع في الزنى.⁽¹⁾

كذلك استدل لأبي حنيفة بأن المصلحة تقتضي نفاذ حكم القاضي في الباطن والظاهر معاً، لأن القضاء إنما شرع لقطع المنازعة بين الخصوم من كل وجه، ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في باطن الأمر لما أدى القضاء وظيفته، ولما كان قاطعاً للخصومة وحاسماً للنزاع من كل وجه. ومن جهة أخرى، فإن المصلحة

(1) بدائع الصنائع ، ج7، ص15 (مرجع سابق) والبحر الرائق، ج7، ص14، (مرجع سابق) ، ودرر الحكام، ج2، ص409، (مرجع سابق)، وحاشية ابن عابدين، ج5، ص406 (مرجع سابق) ، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ، ج3، ص175 وما بعدها (مرجع سابق).

تقتضي ذلك، حتى لا يؤدي اختلاف الحكم بين الظاهر والباطن إلى نتائج فاحشة السوء لا تتناسب مع مبادئ الشريعة، إذ لو حكم القاضي بالطلاق بناء على شهادة الزور، ولم ينفذ الحكم في الباطن لبقيت المرأة حلالاً لزوجها الأول في الباطن، ولزوجها الجديد في ظاهر الأمر، ولو ابتلى الثاني بمثل ما ابتلى به الأول لملت للثالث بالإضافة على من سبقه، ولأصبحت حلالاً لجمع من الرجال في زمن واحد، وهذه نتيجة لا يقبلها شرع الله، ولا يحل هذا الإشكال إلا القول بالفاذ في الباطن والظاهر جميعاً⁽¹⁾.

أما الأنظمة الحديثة فإنها في أغلب الأحيان تكون مفردة لوجود حق، وليست منشئة لحقوق لم تكن، وبخاصة في المواد المدنية والتجارية، وقد تكون منشئة في مسائل الأحوال الشخصية، كالحكم بالتفريق بين الزوجين⁽²⁾. وسواء كانت مقررّة لحق سابق أو منشئة لحق جديد، وسواء كان الحكم القضائي مطابقاً للواقع أو مجانباً له، فإنه واجب النفاذ، ولا تتدخل التشريعات الوضعية في موقف الخصوم الاعتقادي من الأثر الذي أنشأته الأحكام القضائية، فلو أن قاضياً أصدر حكماً لصالح شخص ما بناء على أوراق مزورة لم يستطع اكتشافها، فإن القوانين لا تتدخل في وصف تصرف هذا الشخص المزور بالحل أو بالحرمة.

الفرع العاشر: بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية:

اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي الصادر في مواضع الاجتهاد لا يجوز نقضه ما دام سليماً، ومبناه كذلك، فإن قام أحد القضاة بنقضه أو حكم بخلافه فرفع الأمر إلى قاض ثالث وجب على هذا الأخير أن ينقضه ويمضي الحكم الأول ولأن الحكم الثاني صدر غير صحيح بسبب تعرضه لحكم صحيح واجب التنفيذ، قال السمناني: (وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء فإن نقضه الثاني، ثم ارتفع إلى ثالث نفذ قضاء الأول، وأبطل قضاء الثاني.. مثل طلاق المكره، إذ أبطله قاض ثم رفعه إلى قاض آخر فأوقعه ثم رفع إلى ثالث نفذ الأول وأبطل الثاني)⁽³⁾. وقال الحسام الشهيد: إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك، ثم رفع إلى قاض آخر، يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها، حتى لو قضى بإبطالها ونقضها، ثم رفع إلى قاض آخر، فإن هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الأول، ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدين ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد،

(1) نفس المراجع السابقة.

(2) محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، ص 641، 643 (مرجع سابق).

(3) السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ص 323، 324.

والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع, فكان الثاني بقضائه ببطلان الأول مخالفاً للإجماع, ومخالفة الإجماع ضلال وباطل, فلا يجوز الاعتماد عليه, فعلى القاضي الثالث أن يبطلها وينقضها , وإن كان رأيه بخلاف ذلك, ويستقبل الأمر استقبالاً في الحوادث التي ترفع إليه ⁽¹⁾.

ولقد ذهبت التشريعات الوضعية إلى عين ما قرره فقهاء المسلمين في هذه المسألة, حيث قررت أنه إذا صدر حكم نهائي على خلاف حكم سابق حاز حجية الأمر المقضي, برفع الأمر إلى محكمة النقض, فتلغي الحكم الثاني وتقرر نفاذ الحكم الأول ⁽²⁾. كذلك يجوز للخصم أن يدفع بحجية الشيء المحكوم به في أية حالة كانت عليها الدعوى, ولو في الاستئناف, ويترتب على نجاح الدفع منع المحكمة من إعادة النظر في المنازعة مرة أخرى ⁽³⁾.

والفرق بين الشريعة والقانون في هذا الموضوع ليس في أصل القاعدة, وإنما في وسائل إعمالها, فبينما يرى الفقهاء المسلمون أنه يجب على كل قاضٍ ترفع إليه خصومة ضمن اختصاصه, ويكتشف أن الحكم السابق الصادر في هذه القضية مخالف لحكم سليم أسبق منه, أن يبطل ذلك الحكم وينفذ الحكم الأول. وعلى أية حال فإن تخصيص القضاء بالزمان والمكان والقضايا أمر جائز في الشريعة, ونص على جوازه كثير من فقهاءها, وبناء عليه يجوز تخصيص النظر في القضايا التي سبق صدور أحكام فيها, بقاض معين أو بمحكمة معينة, ويكون عندئذ نظر غير ذلك القاضي في هذه القضايا باطلاً, والأحكام الصادرة عنه لا حجية لها, ولا يجوز تنفيذها, ما دامت صادرة من قاض غير مختص بالنظر فيها.

المبحث الثاني : حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به :

(1) الصدر الشهيد , شرح أدب القاضي, ج3, ص110, ابن فرحون , ج1, ص79.

(2) أحمد نشأت, رسالة الإثبات, ج2, ص207, مرجع سابق .

(3) عبدالباسط جميعي, شرح قانون الإجراءات , ص482.

تمهيد :

في المبحث السابق تم بيان مفهوم حجية الحكم للأمر المقضي به بشكل عام وهذا المبحث سأتناول متى يجوز الحكم الغيابي على حجية الأمر المقضي به إلا أنني قبل ذلك سأبين ما ذكر في الحدود والقيود على مبدأ الحجية عبر المطلب الأول ثم وعبر المطلب الثاني سأبين وقت الدفع اللازم ليحوز الحكم على الحجية للأمر المقضي محتتماً هذا المبحث بما عنونت له بجازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به .

المطلب الأول :الحدود والقيود التي ترد على مبدأ الحجية :

تمهيد :

حجية الحكم القضائي ليست مطلقة في الفقه الإسلامية ولكنها مقيدة بقيود ومشروطة بشروط وهو ما سيتم بيانه عبر هذا المطلب :

أولاً : لا يتمتع بالحجية من الأعمال القضائية سوى الأحكام :

فلا يتمتع بالحجية جميع التصرفات التي تصدر من القضاة وإنما يختص منها الأحكام فقط⁽¹⁾ ، بينما التصرفات يجوز نقضها والرجوع عنها سواءً من القاضي أو من غيره ممن له ولاية ، أما شروط الأحكام التي تحوز الحجية فقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن كل تصرفات القاضي مما هو داخل في اختصاصه تحوز الحجية ولا يجوز للقاضي الرجوع عنها ولا لغيره أن ينقضها إذا لم يرق سبب من أسباب النقض الشرعية ، فالعقود التي يجريها القاضي من بيع وشراء ونحوها في أموال اليتامى والغائبين والمجانين ونحوها مما يصدر عن القاضي يعتبر أحكاماً لا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية⁽²⁾ .

أما المالكية فقد اعتبروا معظم أفعال القاضي التي يقوم بها دون سابق خصومة ودعوى من خصم على خصم ليست أحكاماً قضائية ، ويجوز نقضها من أصحاب الاختصاص كما يجوز للقاضي الرجوع عنها للمصلحة .

وفي الأنظمة الحديثة للقاضي سلطة أخرى إلى جوار سلطته القضائية وهي سلطته الولائية ، وقد عرفها بعض شراح القانون بأن العمل الولائي يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره عن قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية ولكنه في أساسه عمل إداري لا يتمتع بكثير من المميزات التي تكون للعمل القضائي⁽³⁾ . وبناءً عليه فإذا كان التصرف الذي يصدر عن القاضي مجرد إجراء أو تدبير لا يستهدف حسم خصومة ولا تقرير حق وإنما يقصد به المحافظة على وضع قائم أو صيانة مصلحة لأحد أفرادها على أساس تقدير الظروف فهو عمل ولائي . وعليه فإن أهم أثر لهذا التفريق بين العمل القضائي وبين العمل

(1) ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص36.

(2) ابن عابدين، الحاشية، مرجع سابق، ج5، 423.

(3) العشماوي قواعد المرافعات ، مرجع سابق ، ص 229-230.

الولائي هو أن الأول يجوز الحجية بحيث لا يصح التراجع عنه ، بينما الولائي مع التسليم بوجوب تنفيذه واحترامه لكنه ليس ذا حصانة من التغيير أو التبديل أو حتى النقض الكلي من القاضي الذي أصدره (1) .

ثانياً : القضاة الذين لا تتعقب احكامهم ولا تنقض هم الذين يصح منهم القضاء :

وقد حدد الفقهاء شروطاً محددة لمن يصح قضاءه كالعلم والعدالة والبلوغ والعقل والحرية والإسلام (إذا كان القضاء بين المسلمين) والبصر والسمع والنطق والذكورة (على خلاف في قضاء المرأة فيما سوى الحدود والقصاص) (2) .

أما الاجراءات الحديثة فلا تكون للحكم أي حجية إذا صدرت من شخص ليست له ولاية القضاء ، أو من من كانت له ولاية القضاء لكن خارج حدود ولايته (3) .

ثالثاً حدود وقيود تتعلق بالمقضي له :

لا ينفذ قضاء القاضي ولا يجوز الحجية إذا كان الحكم الصادر لشخص ما ممن لا تقبل شهادته للقاضي ، وذلك ضماناً لحياده وعدم تأثره بأي مؤثر وإبعاداً عن مواطن الشبهات .

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على هذه القاعدة إلا أنهم اختلفوا في تطبيقاتها (4) .

وقريب من ذلك في الاجراءات الحديثة حيث نصت على حالات لا يصح للقاضي ولا يكون مؤهلاً لإصدار حكم قضائي منها إذا كان القاضي قريب أو صهر لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، أو وكيلاً عن أحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه ، أو كان له أو لزوجته أو أحد اقاربه مصلحة في الدعوى (5) .

رابعاً : حدود وقيود تتعلق بالمحكوم عليه :

(1) محمد حامد فهمي المرافعات المدنية والتجارية ص 22.

(2) عبد القادر، محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، 1995م.

(3) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني ص 561.

(4) الدكتور محمد مصطفى زحيلي، وسائل الإثبات، ج1، ص 115-116.

(5) العشماوي قواعد المرافعات ص 45.

لا يجوز الحكم القضائي الحجية إلا إذا توافر في المحكوم عليه شروط هي :

1- أن لا يكون بينه وبين القاضي عداوة فإن كانت هناك عداوة جاز الحكم للخصم ولم يجوز الحكم عليه وجاز له الطعن⁽¹⁾ .

2- أن يكون حاضراً عند الحكم فإن كان غائباً فقد اختلف الفقهاء في مسألة القضاء على الغائب⁽²⁾ .

وفي الأنظمة الحديثة ماهو قريب من هذا المسلك على النحو التالي :

1- فإذا كان بين القاضي أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد أطراف الدعوى كان هذا القاضي غير صالح للنظر في هذه القضية وللمحكوم عليه الطعن لو حكم القاضي⁽³⁾ .

2- في حال غياب الخصم تقلل من صدور الأحكام الغيابية ولكن لا تمنعها، حيث أجازت ذلك بقيود من أهمها : إعلانه ودعوته للحضور للمحكمة مهما كان بعيداً ، بل وإعادة إعلانه مرة أخرى كما ذهبت بعض التشريعات بهذا حتى إذا ما صدر الحكم كان بمثابة الحكم الحضورى ولم يكن للمحكوم عليه معارضته أو أن يحكم عليه بعد إعلانه للمرة الأولى وللغائب حق المعارضة على الحكم إذا رجع من غيبته⁽⁴⁾ ، والخلاصة أن الأحكام التي تصدر في غيبة المحكوم عليه نوعان :

أ : حكمٌ وجاهي ويجوز الحجية الكاملة ولا يجوز الاعتراض عليه إلا بطرق الطعن التي أجازتها القوانين .

ب: حكمٌ لا يجوز الحجية الكاملة ويمكن إعادة النظر فيه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم إذا طلب ذلك المحكوم عليه وهو ما يسمى بالمعارضة⁽⁵⁾ .

خامساً : حدود وقيود تتعلق بالحكم نفسه :

(1) تبصرة الحكام - ابن فرحون ، مرجع سابق ج1 ص135.

(2) سبق بيان ذلك في الفصل الثاني.

(3) العشماوي - قواعد المرافعات ص 145.

(4) مسلم ، احمد ، أصول المرافعات ، مرجع سابق ، ص689.

(5) عبد الباسط جمبجي - شرح قانون الإجراءات المدنية 492.

لا يكتسب الحكم القضائي حجيته في الفقه الإسلامي إلا إذا توفرت فيه شروط مخصوصة هي :

1- أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة إذا كان الحكم صادراً في حق من حقوق العباد⁽¹⁾ . وإلى مثل ذلك في الاجراءات الحديثة فإنه لا يصح حكمٌ لم تسبقه دعوى وطلب مقدم من صاحب الشأن ، ولذلك لم تكن الأعمال الولائية من قبيل الأحكام التي تحوز الحجية .

2- أن يكون بصيغة تدل على الإلزام ، إذ أن أهم وظيفة للأحكام القضائية حسم النزاع بين الخصوم وهذا لا يتحقق إلا بالإلزام⁽²⁾ ، وصيغة الإلزام فيها خلاف بين الفقهاء في كونه حجة لا يجوز نقضها أم لا كأن يقول القاضي : ثبت عندي كذا وكذا .. أتدل هذه الصيغة على الإلزام أم لا على قولين في المسألة وافقت الإجراءات الحديثة أحدها بكونه من الأعمال الولائية التي تفيد تسجيل البيانات وتوثيقها وعليه فلا حجة لها ويجوز نقضها⁽³⁾ .

سادساً : حدود وقيود تتعلق بطرق الإثبات :

إن ما يظهر من شبهات حول البيئات التي بني عليها الحكم لا يؤثر على حجيتها وكذلك ظهور بيئات جديدة ، إذا لم يكشف هذا الظهور وقوع القاضي في خطأ في الحكم الذي صدر عنه ، منها هذه الصورة في الشبهات على الحكم : إذا كان الحكم القضائي قد صدر بناءً على إقرار ، فإن رجح المقر عن إقراره فإن ذلك شبهة مؤثرة في الحكم إذا كان في حد أو قصاص ، كما لو رجح المقر في الزنى وشرب الخمر فينقض الحكم بناءً على هذا الرجوع ، كما لو هرب أثناء الجلد أو الرجم⁽⁴⁾ .

المطلب الثاني : وقت الدفع اللازم لحيازة الحكم الغيابي للحجية :

(1) ابن عابدين - الحاشية ص 424.

(2) الأنصاري، زكريا بن محمد، الإعلام والاهتمام، عالم الكتب، د.ط، 1984م ، ص 373.

(3) فتحي والي - قانون القضاء المدني ج 1 ص 279.

(4) الكشناوي ، أبو بكر حسن ، أسهل المدارك ، دار الكتب العلمية ، 1995م، ج 3 ص 168.

تمهيد :

قبل بيان حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به نبين الوقت لإقامة الدفع وصحة سماعه في الفقه وفي الأنظمة الحديثة ، لأن وقت الدفع له أهمية سيما أن الأصل أن وقت إقامة الدفع وصحة سماعه هو بعد سماع الدعوة كما سيتم بيانه في هذا المطلب .

الفرع الأول : وقت الدفع في الفقه :

أ- إذا كان الحكم حضورياً :

ذكر الفقهاء أن ذلك بعد سماع الدعوى وقبل الحكم, فيطلب القاضي من المدعي عليه أن يجيب على الدعوى أو البينة ويدفع بما يشاء⁽¹⁾ , فإن طلب مدعي الدفع من القاضي أن يمهل مدة معينة حتى يتمكن خلالها من إحضار أو إثبات دفعه, فإن القاضي يمهل مدة لذلك.

وقد اختلف أهل العلم في مقدار هذه المدة على الأقوال التالية:

القول الأول: إن القاضي يمهل إلى الجلسة الثانية، وإليه ذهب فقهاء الحنفية⁽²⁾

تعليق هذا القول : أن الحق قد توجه على المدعى عليه فليس له التأخير إلى ما بعد المجلس الثاني⁽³⁾ .

القول الثاني : إنه يمهل ثلاثة أيام ولا يزيد عليها ، وإليه ذهب الشافعية⁽⁴⁾ , والحنابلة⁽⁵⁾ .

دليل هذا القول: ما روي من قول عمر بن الخطاب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما " واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمداً ينتهي إليه, فإن أحضر بينة أخذت له حقه, وإلا استحللت القضية عليه" ، قالوا: ولأن مدة الإمهال تطول إذا زادت على ثلاثة أيام فوجب الاقتصار عليها⁽⁶⁾ .

(1) انظر: الأصول القضائية - قراءة ص 57, وتبصرة الحكام 80/1 , 81 وتحفة المحتاج 308/10 , 309.

(2) بدائع الصنائع 13/7.

(3) المرجع السابق .

(4) أدب القضاء - ابن أبي الدم ص 486, ومغني المحتاج 411/4, وأدب القاضي - المارودي 359/2 والمهذب 303/2.

(5) كشاف القناع 305/6, والمحرر 209/2 , والكافي - ابن قدامة 463/4, والمقنع 264/4.

(6) أدب القاضي - المارودي 359/2. مرجع سابق

القول الثالث : إن القاضي يحدد له أجلاً بحسب تلك الواقعة, بما يؤديه إليه اجتهاده في بلوغ طالب الإمهال مقصوده مع انتفاء ضرر خصمه، وإليه ذهب المالكية⁽¹⁾, واختاره ابن القيم من الحنابلة⁽²⁾.

دليل هذا القول: ما ورد في كتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما " ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه " .

وجه الاستدلال : أن هذا الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ليس فيه تقييد بمدة معينة, فيمهله الحاكم بقدر ما يمكنه من الإدلاء بحجته . وذلك يختلف باختلاف القضايا وظروفها⁽³⁾.

الترجيح:

هذا وحيث أن القول الأول لا يوجد دليل على صحته, كما أن كتاب عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - المشار إليه لم يقيد المدة بثلاثة أيام, وحيث أن طول الزمان وقصره أمر نسبي, يختلف باختلاف الوقائع والظروف, فإن الراجح والله أعلم ما ذهب إليه المالكية وابن قيم الجوزية من عدم تحديد مهلة الدفع بمدة معينة, بل ذلك يرجع إلى نظر القاضي, فيمهله من المدة قدر ما يمكنه من نقض القضاء لا ينتقض, ومتى وقع في جوازه لا يجوز بالشك⁽⁴⁾, وأن (الدافع أسهل من الرفع)⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لدفع الخصومة فيستفاد مما ذكر في كتب الحنفية أنه وإن صح إبدائه قبل الحكم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى, إلا أنهم صرحوا بعدم قبوله إذا أبدى بعد الحكم, وحجتهم في ذلك أن تأخر المدعى عليه في دفع الخصومة عن نفسه إلى ما بعد الحكم يجعل الدعوى صحيحة في جميع مراحلها, لأنها قامت على خصم حسب الظاهر, وبالتالي يكون الحكم فيها قد صدر صحيحاً, لأنه صدر على خصم شرعي, فليس من حقه بعد ذلك بأن يدفع بأن يده - مثلاً - كانت يد حفظ على العين التي حكم بها لغيره, إذ

(1) تبصرة الحكام 201/1, وشرح الخرشي 159/7. مرجع سابق

(2) الجوزية, ابن القيم, أعلام الموقعين, دارا لجليل, د. ط, 1999م, 110/1.

(3) أعلام الموقعين 110/1.

(4) في تقرير هذه القاعدة: القواعد والضوابط - الندوي ص 315, نقلاً عن المسوط, 121/1, 177/3, 155/4, 155/4, ونقلاً عن شرح الزيادات لقاضي خان ق 199/1 وأنظر: كتاب قاعدة اليقين لا يزول بالشك ص 203.

(5) انظر في تقرير هذه القاعدة: الأشباه والنظائر, ابن السبكي 127/1, ويعبر عنها ب (المنع أسهل من الرفع) القواعد - ابن رجب ص 300, وب (الدفع أقوى من الرفع) الأشباه والنظائر - السيوطي ص 138, والمنثور - الزركشي 155/2, والقواعد الفقهية - الندوي ص 396.

هو بعد الحكم عليه أصبح بمثابة أجنبي يريد إثبات الملك للغائب , فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق. والدفع كما تقدم إنما يصح بعد الحكم إذا ظهر بثبوتة بطلان القضاء السابق⁽¹⁾ .

وأرى أن هذا التعليل غير كافٍ , لأن هذا الدفع إذا ثبت فإنه يتبين أن الدعوى رفعت في وجه غير خصم شرعي , وأنها لم تكن مستوفية جميع شروطها الشرعية, فتكون غير صحيحة وبالتالي يكون الحكم الصادر فيها غير صحيح, وما دام أن هذا الدفع يظهر بطلان القضاء السابق فإنه ينبغي أن يكون مقبولاً⁽²⁾ .

أما المالكية فبعضهم ذهب إلى جواز الدفع الموضوعي بعد الحكم, بينما ذهب بعضهم الآخر إلى عدم جوازه, وعدم قبول أي نوع من البيانات من المحكوم عليه بعد فصل الدعوى, حتى ولو كانت خفية , وبخاصة إذا كان القاضي الذي حكم في الدعوى من أهل العلم والعدل.

ولكن للمحكوم عليه عندهم أن يطعن في الحكم الصادر عليه بمستمسكات أخرى ليس لها علاقة بموضوع الدعوى, وذلك كأن يطعن بأن بينه وبين القاضي الذي أصدر الحكم عدوة , فإن أثبت ذلك لزم نقض الحكم وإعادة المحاكمة من قبل قاضٍ آخر⁽³⁾ .

علماً بأن من يرى من المالكية عدم قبول أي نوع من البيانات من المحكوم عليه بعد فصل الدعوى (أي أن القاضي إذا حكم بعجز الخصم عن إحضار البينة بعدما كان قد أمهله مدة لإحضارها مقدرة حسب اجتهاد القاضي, فإنه لا تقبل من الخصم أي بينة يحضرها بعد الحكم) . يستثنون من هذه القاعدة خمس مسائل ليس للقاضي تعجيز المدعي فيها وهي: الدم (أي القتل) , والحبس (أي الوقف) والعتق والنسب والطلاق , فلو ادعى 0 مثلاً- شخص على آخر أنه قتل وليه عمداً, وأن له بينة بذلك, فأنظره القاضي ليأتي بما فلم يأت , فلا يحكم عليه بتعجيزه عن قيامها , بل متى أتى بما حكم بقتل المدعي عليه.

ولو أخطأ القاضي فحكم بتعجيز المدعي في هذه المسائل الخمس, فإن حكمه بذلك لا يكون ماضياً⁽⁴⁾ .

(1) انظر: حاشية منحة الخالق على البحر الرائق, 230/7.

(2) انظر: نظرية الدعوى - ياسين 175/2, 176.

(3) انظر: تبصرة الحكام - ابن فرحون 90/1- 92 والأحكام - المالقي ص 103.

(4) جعل بعض المالكية ضابط هذه المستثنيات هو أن (كل حق ليس لمدعيه إسقاطه بعد ثبوتة فإن الحكم بالتعجيز لا يقطع الحجة فيه) وقد ناقش بعضهم هذا الضابط بأن لولي الدم إسقاطه بعد ثبوتة إلا أن يحمل على قتل الغيلة

أما بالنسبة لدفع الخصوم, فيستفاد مما ورد في كتب المالكية أنه وإن صح إيدأؤه قبل الحكم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى, إلا أنه لا يقبل إذا أبدى بعد الحكم⁽¹⁾. وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية.

وأما الشافعية فهم يرون جواز الدفع الموضوعي بعد الحكم, ومن أمثلتهم على ذلك: أنه لو أزيلت يد الداخل بينة أقامها الخارج, ثم جاء صاحب اليد ببينة فإن الحكم ينقض. مع أنهم اختلفوا في سبب هذا النقض فقال بعضهم: إن الحكم تم بناء على البينة السالمة عن المعارض فلما عارضتها بنية أخرى سقط الحكم المبني عليها. وقال بعضهم: إنما ينقض الحكم هنا لأجل وضع اليد⁽²⁾, وبالنسبة لدفع الخصوم يرى الشافعية عدم جواز إيدأؤه إلا قبل الشروع في إقامة البينة من قبل المدعي, حتى قالوا: إنه إذا أقام المدعي شاهداً على ملكيته للعين, ثم قبل إكمال الشهادة دفع المدعي عليه بأن العين ليست ملكه, وإنما هي لزوجته - مثلاً - لم يقبل منه هذا الدفع, وطلب من المدعي إكمال الشهادة, فإذا أممها بشروطها قضى له بالمدعى به, ومن حق الزوجة بعد ذلك أن ترفع دعوى عليه بالعين التي قضى له بها, وسبب عدم قبول الدفع بعد الشروع في إقامة البينة من قبل خصمه هو تقصيره بسكوته عن إيدأء الدفع إلى هذا الوقت⁽³⁾. ومن القواعد الفقهية المقررة شرعاً أن (السكوت في معرض الحاجة بيان), ويفهم من كلام الحنابلة قبول الدفع الموضوعي بعد الحكم, فقالوا: إذا أنكر المدعى عليه سبب الحق, ثم ثبت عليه, فدفع بقضائه أو الإبراء منه فلا تخلو المسألة من أحد أمرين: إما أن ينسب القضاء أو الإبراء إلى وقت سابق على زمن إنكاره, فحينئذ لا يقبل منه هذا الدفع, ولا تسمع البينة عليه, لأن إنكار الحق يقتضي نفي القضاء أو الإبراء منه, فيكون مكذباً لنفسه. وإما أن ينسب القضاء أو الإبراء إلى وقت بعد زمن إنكاره, فيقبل منه حينئذ هذا الدفع بالبينة, لأن قضاءه بعد إنكاره كالإقرار به, فتسمع دعواه به كغير المنكر⁽⁴⁾.

فليس للولي إسقاطه بعد ثبوته لأنه حق لله. انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 150/4, وشرح الخرشي وحاشية العدوي عليه 160, 159/7.

(1) انظر: المرجعين السابقين.

(2) - ابن فرحون, الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب, تحقيق مأمون الباني, 422/2, 424, 486 - الغزي, أدب القضاء, مرجع سابق, ص 203.

(3) انظر: تحفة المحتاج 308/10, 309, ونظرية الدعوى - ياسين 176/2.

(4) انظر: مطالب أولي النهى 524/6, والتوضيح - الشوبكي 1314/3, 1322, 1323, وكشاف القناع 341/6, 391, وشرح الزركشي على مختصر الخرقي 372/7.

ويفهم من كلام الحنابلة أيضاً عدم قبول دفع الخصومة بعد الحكم⁽¹⁾. وأما بالنسبة للدفع الشكلي للدعوى، فمع أن الفقهاء لم يذكروا أحكاماً له لضيق نطاقه في النظام الإسلامي للمرافعات، إلا أنني أرى - كما يرى بعض الباحثين المعاصرين - أن يكون محله قبل الجواب عن الدعوة، لأن تأخر الدافع إلى ما بعد ذلك يدل على رضاه بالأمر الواقع، فلا يقبل برفعه، ويمكن أن يستأنس في هذا المقام بما ورد في كتاب الطريقة المرضية: ولو قال المدعى عليه: لا أجيب، لأنني أريد التحاكم بين يدي القاضي الحنفي. صرف إلى الحاكم الذي يريد المخاصمة عنده"⁽²⁾.

وقد ورد في كتاب أدب القضاء للسروجي⁽³⁾ ما يشبه هذا، وأن الحق في ذلك للمدعى عليه، لأنه هو المطلوب والأصل براءة ذمته. أ. هـ. فيفهم مما سبق أن الدفع بعدم اختصاص القاضي يكون قبل الجواب عن الدعوى⁽⁵⁾،

أما الدفع الشكلي للحكم فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى عدم نفاذ حكم القاضي لمن لا تقبل شهادته له .
ب - إذا كان الحكم غائباً :

اتفق معظم الفقهاء على قبول الدفع من الخصم الغائب، لأنه لم تسمع إجابته على الدعوى ولا ما لديه من حجج، وإنما صح القضاء عليه مع غيابه لضرورة عدم تأخير إيصال الحقوق إلى أصحابها، وإرجاء

(1) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي 259/7 وما بعدها، 409 وما بعدها، والإنصاف المرادوي 223/11، وما بعدها، وكشاف القناع 326/6، 327، 342، 343، والتوضيح الشويكي 1313/3، 1314، 1323، ومطالب أولي النهي 525/6 - 527، والمغني - ابن قدامة 56/9 وما بعدها، 301 - 303.

(2) الطريقة المرضية ص 31، 32، وهذا على القول بأن العبرة في اختصاص القاضي يكون لاختيار المدعى عليه.
(3) هو: أحمد بن إبراهيم بن عبدالغني بن إسحاق السروجي الحراني، ولد سنة 637هـ، كان حنبلياً ثم تحول حنفيّاً، تقلد منصب قاضي القضاة في مصر، كان إماماً علامة، بارعاً في الفقه، ومتقناً في الخلاف، ومشاركاً في علوم شتى من الحديث والقراءات، والنحو والصرف، واللغة والأدب، والكلام وغير ذلك، وصنف التصانيف الطبية النافعة توفي سنة 710هـ، وقيل غير ذلك.

انظر: الجواهر المضية 124/1، ورفع الإصر 50/1 - 52 والبداية والنهاية 62/14، وحسن المحاضرة 468/1.

(4) انظر: أدب القضاء - السروجي ص 545، 546.

(5) انظر: نظرية الدعوى - ياسين 176/2.

الحجة للغائب إذا حضر، ونقض الحكم الصادر ضده إذا قد دفعاً صحيحاً، أمر متفق عليه بين الفقهاء الذين أجازوا الحكم على الغائب⁽¹⁾.

بل قد ذكر بعض العلماء أن القاضي يشترط ذلك في حكمه؛ زيادة في التأكيد واحتياطاً للغائب، قال الماوردي⁽²⁾:

" ويشترط القاضي في حكمه على الغائب أنه قد جعله على حق وحجة إن كانت له، لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حججه وتصرفه"⁽³⁾.

وقد روي عن ابن المباشون وأصبغ من المالكية: القول بخلاف ذلك؛ لأن من أصلهما أن يقيم القاضي وكيلاً عن الغائب، يقوم بحجته ويعذر إليه. فالغائب عندهما كالحاضر⁽⁴⁾.

وهذا القول فيه بعد، لأن من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسد مسده، لعدم علمه بما لدى الغائب من حجج، بخلاف من ينصبه الخصم وكيلاً عنه، فهو يزوده بما لديه من بينات فلا يصح قياس الحكم الصادر في مواجهة الوكيل الذي نصبه القاضي على الحكم الصادر في مواجهة الوكيل الذي نصبه الخصم، كما لا يمكن قياسه على الحكم الصادر في مواجهة الخصم الحاضر لوجود الفرق، ومن القواعد الأصولية المقررة شرعاً أنه (لا قياس مع الفارق).

ولذلك قال ابن سهل من المالكية: " إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به عليه أصل معمول به عند القضاة والحكام، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره، إذ هو كالإجماع في المذهب"⁽¹⁾.

(1) انظر: أسهل المدارك 211/3، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 162/4، والتاج والإكليل 144/6، وشرح الخرشي 173/7، والبهجة 96/2، والقوانين الفقهية ص 197، وتبصرة الحكام 100، 99/1، وتحفة المحتاج 188/10، والمهذب 305/2، وأدب القاضي - الماوردي 328/2، وشرح المنهاج المحلي 312/4، ونهاية المحتاج 280/8، وشرح منتهى الإرادات 498/3، والإنصاف 301/11، وغاية المنتهى 437/3، والمبدع 91/10، وكشاف القناع 354/6، والفروع 485/6، والمغني 110/9، والمقنع 268/4.

(2) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، من كبار فقهاء الشافعية، ولد في البصرة سنة 364هـ، له مصنفات كثيرة من أشهرها: الأحكام السلطانية، وأدب القاضي، والحاوي، والإقناع توفي سنة 450هـ.

انظر: طبقات الشافعية - السبكي 267/5، وطبقات الشافعية - أبو بكر الحسني ص 151.

(3) انظر: أدب القاضي، الماوردي 328/2.

(4) انظر: تبصرة الحكام، مرجع سابق، 100/1.

فالحجة تبقى للغائب, ولو طالت غيبته إلى أن يحضر أو يبلغ بالحكم وتنتهي مدة الإمهال⁽²⁾.

هذا وحيث أن القضاء على الصغير أو المجنون أو الميت هو في معنى القضاء على الغائب, لذا فإن الحجة تبقى لهؤلاء ولمن ينوب عن الميت أيضاً, فإذا بلغ الصغير ورشد وأفاق المجنون ثم قدما دعواً صحيحاً, قبل طعنهما في الحكم وقضي لهما بذلك. أما الميت فإنه لا يتمكن من الدفع بنفسه, لكن لو ظهر له بعد الحكم وارث أو وصي فقدم دعواً صحيحاً, فإن طعنه مقبول أيضاً لأن المانع إذا زال صاروا كالحاضرين المكلفين⁽³⁾.

الفرع الثاني : وقت الدفع ومدته في الاجراءات الحديثة :

تختلف أنواع الدفوع في الوقت النظامي الذي يجب أن تبنى فيه, وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: الدفوع الموضوعية:

يكاد شراح أنظمة المرافعات أن يتفقوا على أن هذا الدفع يجوز إبدائه في أية حال تكون عليه الدعوى أثناء نظرها إلى حين إقفال باب المرافعة فيها, بل يجوز إبدائها بعد الحكم في الاستئناف إذا قام به صاحب الشأن في موعده وبشروطه⁽⁴⁾, ومع أن فقهاء القانون قد اتفقوا مع فقهاء المسلمين في جواز الدفع الموضوعي بعد الحكم, إلا أن الفرق بينهما هو أن الدفع عند الفقهاء يجوز أن يكون عند نفس القاضي الذي أصدر الحكم الأول, بينما لا يصح الدفع بعد الحكم في معظم النظم الوضعية إلا بعد أن يطعن المدعى عليه في الحكم الصادر ضده أمام محكمة أخرى وهي محكمة الاستئناف بشروط معينة, ووقت محدد لا يصح تجاوزه⁽⁵⁾. (المادة 230 مرافعات مصري).

(1) تبصرة الحكام 99/1.

(2) انظر: البهجة 96/2 والتاج والإكليل 144/6, والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 144/4, وشرح المنهاج - المحلي 312/4, وكشاف القناع 354/6, والفروع 829/3, وشرح منتهى الإرادات 498/3, والقضاء على الغائب ص 278.

(3) انظر: تحفة المحتاج 169/10, وكشاف القناع 354/6, والفروع 829/3, وشرح منتهى الإرادات 498/3.

(4) انظر: نظرية الدفوع - أحمد أبو الوفا ص 17, 18 وأصول المرافعات - أحمد مسلم ص 547, والدفوع في قانون المرافعات - خالد شهاب ص 5, ونظرية الدعوى - ياسين 177/2.

(5) انظر: نظرية الدعوى - ياسين 177/2, 178.

أما في المملكة العربية السعودية فإن المذكرة الاعتراضية تقدم إلى نفس القاضي الذي أصدر الحكم الأول (المادة 180 مرافعات سعودي). فالنظام السعودي يتفق في ذلك مع النظام الإسلامي. وفي حالة تأكيد القاضي لحكمه يقوم برفعه إلى محكمة التمييز لتدقيقه (المادة 181 مرافعات سعودي).

علماً بأن الطعن بطريق المعارضة في الأحكام الغيابية ، يتم رفع هذا الطعن إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم (المادة 389 ب ق مرافعات مصري).

كما أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر يتم رفعه إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، وذلك في معظم النظم الوضعية (المادة 243 مرافعات مصري)، بينما قررت (المادة 194 مرافعات سعودي) أن هذا الالتماس يرفع إلى محكمة التمييز.

ثانياً: الدفع بعدم قبول الدعوى:

تتفق الاجراءات الحديثة على أن هذا الدفع يجوز إبداءه في أية حال تكون عليها الدعوى، فيجوز إبداءه حتى بعد الحكم فيها⁽¹⁾ ، (المادة 72 مرافعات سعودي) و(المادة 115 مرافعات مصري).

والراجع - كما يرى البعض -⁽²⁾ أن وقت الدفع بعدم القبول ينبغي أن يحدد وفق الاعتبارين التاليين:

الاعتبار الأول: الوقت الطبيعي الذي ينبغي أن تبحث فيه المسائل التي يتعلق بها الدفع، ووقت المرافعة معظمه مختص لبحث موضوع الدعوى؛ لأن المقصود من القضاء إيصال الحقوق لأصحابها، والإجراءات الشكلية إنما وضعت كوسيلة لذلك الهدف، فطبيعة الأمور تقتضي جعل البحث فيها مقدماً على البحث في الموضوع، انطلاقاً من وجوب بحث الوسيلة قبل غيرها.

الاعتبار الثاني: المصالح التي يتعلق بها الدفع ، وهذه يتصور فيها نوعان:

أحدهما : أن يتعلق الدفع بمصلحة الدافع فقط.

والآخر : أن يتعلق الدفع بمصلحة الدافع ومصلحة الخارج عن الخصومة.

(1) وربما كان هذا الاتجاه متأثراً بما عليه القانون الفرنسي القديم، حيث أن الدفع بعدم القبول كان يعتبر من جملة الدفوع الموضوعية. وهو يتفق أيضاً مع ما تضمنته (المادة 123) من القانون الفرنسي الجديدة. انظر: نظرية الدفوع - أحمد أبو الوفا ص 840 , 852 , 853، والمرافعات التجارية والمدنية - عبد الحميد أبو هيف ص 289, 290.

(2) انظر: نظرية الدعوى - ياسين 177/2-178، مرجع سابق.

فالدفع بعدم قبول الدعوى بسبب انتفاء مصلحة المدعي فيها - مثلاً - ينتج عن أحد أمرين: إما أن الشيء الذي يطالب به المدعي ليس مصلحة يحميها النظام، أو أنه مصلحة ولكن لم يقع اعتداء عليها، وعلى كلا الأمرين يكون هذا الدفع متعلقاً بموضوع الدعوى، وما دام الأمر كذلك فينبغي قبول هذا الدفع ولو بعد الحكم، والدفع بعد قبول الدعوى بسبب انتفاء صفة المدعي إذا أبدى قبل التكلم في موضوع الدعوى فإنه يكون مقبولاً؛ لأنه لا يجوز إلزام المدعى عليه بمخاطبة من ليس خصماً له، وأما إذا أبدى بعده فيكون قبوله متوقفاً على إجازة صاحب الحق، فإن أجازته قبل الدفع ودفعت الخصومة، وكان ذلك منه إنكاراً لقيام المدعي في الخصومة نيابة عنه، وإن رده وجب السير في الدعوى، وعدم الالتفات إلى الدفع، واعتبر ذلك بمثابة الوكالة اللاحقة للمدعي في المخاصمة عنه. وأما إذا أثير هذا الدفع من قبل المحكمة - وينبغي أن يكون لها ذلك، لتعلقه بمصلحة غير الطرفين المتخاصمين، فإن قبوله يتوقف على إجازة صاحب الحق أيضاً، سواء أثارته المحكمة قبل التكلم في موضوع الدعوى أو بعده، والدفع بعدم أو بنقصان أهلية المدعي أو المدعى عليه ينبغي قبوله في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، لأن أحكام الأهلية شرعت لحماية أشخاص ضعفاء لا يستطيعون حماية أنفسهم بأنفسهم، فهذا الدفع متعلق بمصلحة الجماعة وبالنظام العام، والدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها على كل من يوجب النظام اختصاصهم، أو لعدم رفعها من جانب كل من يوجب النظام اشتراكهم في رفعها، هو في الواقع صورة من صور الدفع بانتفاء صفة المدعى عليه أو المدعي فيأخذ حكمها، لأن النظام حينما اشترط ذلك جعل الحق في رفع الدعوى، أو الصفة في الجواب عنها لجماعة بكاملها لا يجوز أن ينقص أحد منها⁽¹⁾.

ثالثاً: الدفع الشكلية: تتفق معظم النظم الوضعية على أن الأصل في الدفع الشكلية وجوب إبدائها معاً، قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقطت (المادة 71 مرافعات سعودي) و (المادة 108 مرافعات مصري).

وهناك حالتان يجوز فيهما التمسك بالدفع الشكلية بعد الدخول في موضوع الدعوى وهما:

1- الدفع الشكلية التي تتعلق بالنظام العام يجوز الإدلاء بها في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو بعد الحكم فيها، وذلك لأن تنازل الخصم صراحة عن إبدائها غير مقبول، فمن باب أولى عدم جواز استنتاج

(1) انظر: تفصيل أوقات الدفع بعدم القبول في نظرية الدعوى - ياسين 180/2 - 184

هذا التنازل من تراخيه في إبدائها⁽¹⁾، وذلك كالدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي (المادة 72 مرافعات سعودي) و (المادة 109 مرافعات مصري) وعلى المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة (المادة 74 مرافعات سعودي) و(المادة 110 مرافعات مصري).

2-الدفع المتعلقة بأمر حصل بعد التكلم في الموضوع, كالدفع بطلب تأجيل الدعوى من أجل الاطلاع على مستندات قدمها الخصم فإن الحق في هذا الدفع لم ينشأ إلا بعد تقديم تلك المستندات, وهذه الدفع يجب التمسك بها فور حصول سببها, وقبل استمرار التكلم في الموضوع, أو الرد عليها بما يفيد اعتبارها صحيحة؛ لأن الخصم إذا بادر - مثلاً - بالرد على ما جاء في المستندات المقدمة فإنه يسقط حقه في هذا الدفع⁽²⁾.

(1) انظر: المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف ص 286, 287, ونظرية الدفع - أحمد أبو الوفا ص 171.

(2) انظر: المرجعين السابقين, ومبادئ الخصومة المدنية - وحدي راغب ص 216, 217.

المطلب الثالث : حيازة الحكم الغيابي لحجية الأمر المقضي به :

تمهيد :

معظم الإجراءات الحديثة يبدأ الطعن في الأحكام من تاريخ صدوره ما لم تنص النظم على غير ذلك وفي هذا المطلب سأتناول متى يجوز الحكم الغيابي للحجية في نظامي المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري .

وكما ذكرت آنفاً فإن معظم الإجراءات الحديثة يبدأ الطعن في الأحكام من تاريخ صدوره ما لم تنص النظم على غير ذلك⁽¹⁾ , أو اليوم الذي يليه : (المادة 15 مرافعات مصري) والتي تتضمن: أنه إذا عين النظام لحصول الإجراء ميعاد مقدراً بالأيام أو بالشهور أو بالسنين , فلا يحسب منه يوم الإعلان, أو حدوث الأمر المعتبر في نظر النظام مجزئاً للميعاد.

وفي نظام المرافعات السعودي ما يشبه هذا حيث نصت (المادة 176) منه على ما يلي: " يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم من تاريخ تسليم إعلان الحكم للمحكوم عليه, وأخذ توقيعه في دفتر الضبط, أو من التاريخ المحدد لتسلمه إذا لم يحضر , ويبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو كيله".

والمعمول به حالياً في المملكة العربية السعودية هو ما ورد في التعميم الصادر من معالي وزير العدل السعودي برقم 8/ت / 111 في 1411/11/1هـ الذي ينص على ما يلي: "إنفاذاً لأحكام المادة

(1) يلاحظ - مثلاً - أن بداية ميعاد الطعن بطريق التماس إعادة النظر يختلف من سبب إلى آخر ومن نظام إلى آخر. انظر في تفصيل ذلك: (المادة 193 مرافعات سعودي), (المادة 242 مرافعات مصري) كما أن بداية ميعاد الطعن بطريق الاستئناف في بعض النظم الحديثة إذا صدر الحكم بناء على غش وقع من الخصوم, أو بناء على ورقة مزورة, أو بناء على شهادة مزورة, أو بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة في الدعوى احتجزها الخصم, فلا يبدأ ميعاد استئناف الحكم إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش, أو الذي أقرب فيه بالتزوير فاعله, أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور, أو من اليوم الذي ظهرت فيه الورقة التي احتجزت .
انظر: (المادة 228 مرافعات مصري).

الأولى⁽¹⁾ من لائحة تمييز الأحكام الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 60 في 1410/4/1 هـ الذي بدأ العمل بها بتاريخ 1410/5/28 هـ حسب التعميم الوزاري رقم 79 في 1410/5/6 هـ. وإشارة إلى التعميمات رقم 12/182/ت في 1392/11/23 هـ، ورقم 1/184/ت في 1392/11/23 هـ، ورغبة في توحيد إجراءات تسليم طرفي الدعوى وذوي العلاقة نسخة إعلام الحكم، وبدء ميعاد الاعتراض بطلب التمييز، وتلقي هذه الطلبات في حال تقديمها، وعلاقة ذلك بنهائية الأحكام، التي يسقط حق الاعتراض عليها خلال الميعاد، فقد رأينا تنظيمًا لذلك اتباع ما يلي:

أولاً: تحدد المحكمة بعد النطق بالحكم موعداً أقصاه عشرة أيام لاستلام نسخة من الحكم لتقديم الاعتراض مع إثبات ذلك في سجل ضبط القضية، وأخذ توقيع المعارض على ذلك. وفي حالة عدم حضوره لاستلام نسخة إعلام الحكم يتم إيداعها ملف الدعوى في ذات التاريخ، مع إثبات ذلك في ضبط القضية بمعرفة القاضي، ويعتبر الإيداع مجزياً لميعاد الثلاثين يوماً المقررة للاعتراض على الحكم وتقديم طلب تدقيقه.

ثانياً: إذا امتنع المحكوم عليه، أو المحكوم له ببعض طلباته عن التوقيع في الضبط على القناعة أو عدمها، فيؤخذ عليه محضر بذلك، وإذا مضت المدة المنصوص عليها في اللائحة سقط حقه في طلب التمييز.

ثالثاً: إذا تعذر إعداد نسخة الحكم في الموعد المحدد لتسليمها لذوي الشأن، يمدد الميعاد المدة الكافية لاستلام نسخة الحكم على ضوء ما قطعه من مراحل في دور التسجيل، على أن لا يتجاوز خمسة أيام، وتجري مساءلة المتسبب من الكتابة في التأخير، ويتخذ في حقه ما يقضي به النظام.

رابعاً: يبدأ ميعاد طلب الاعتراض على الأحكام من اليوم التالي لتاريخ تسليم نسخة إعلام الحكم. وإذا صادف اليوم الأخير من هذا الميعاد إجازة رسمية فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل تالي لانتهاؤه هذه الإجازة أما إذا صادفت الإجازة الميعاد أثناء سريانه، أو بدايته فلا يمتد الميعاد بمقدارها ولا ينقطع.

للاطلاع والتفصيل بما أشير إليه في تطبيق نص المادة الأولى المشار إليها لتحقيق وحدة الإجراءات المتخذة من كافة المحاكم⁽²⁾ " أ. هـ.

(1) نصت (المادة 178 مرافعات سعودي) على ما يلي: " مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً فإذا لم يقدم الخصم اعتراضه خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز وعلى المحكمة اتخاذ محضر بذلك في ضبك القضية والتمهيش على الصك وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية".
(2) التصنيف الموضوعي لتعاميم الوزارة 616/1، 617.

علماء بأن النظام السعودي بالنسبة للحكم على الغائب يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن الغائب على دعواه إذا حضر حتى لو اكتسب الحكم الصفة القطعية بتصديقه من محكمة التمييز (المادة 192 مرافعات سعودي) والتي تكون بالتماس إعادة النظر حيث نصت هذه المادة على " يجوز لأي من الخصوم أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام النهائية في الأحوال الآتية: وذكر في الفقرة (و) : إذا كان الحكم غيبياً " ¹.

أما ميعاد الطعن في الحكم, في المهلة المحددة لتقديم الطعن تختلف من طعن إلى آخر ومن نظام إلى آخر. فالطعن بالمعارضة في الحالات التي يجوز فيها ميعاده في القانون المصري ميعاده خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم الغيابي ما لم يقض القانون بغير ذلك (المادة 388 ب ق مرافعات مصري). والطعن بالاستئناف المسمى في النظام السعودي الحالي بالتمييز ميعاده خمسة عشر يوماً في الأحكام الجزائية و(البند2) من قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 60 في 1410/4/1 هـ . وبالنسبة للأحكام غير الجزائية ميعاد الطعن فيها ثلاثون يوماً وهذا الذي عليه العمل الآن. علماً بأن نظام الإجراءات الجزائية الجديد قد تضمنت (المادة 194) منه تحديد مدة الاعتراض بثلاثين يوماً من تاريخ تسلم صورة الحكم.

فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز, وعلى ناظر القضية حينئذ اتخاذ محضر بذلك في ضبط القضية , والتهميش على الصك وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية و(المادة 178 مرافعات سعودي) , مع ملاحظة أنه إذا كان المحكوم عليه ناظر وقف أو وصياً أو ولياً أو مأمور بيت مال أو ممثل جهة حكومية ونحوه, أو كان المحكوم عليه غائباً ومضت المدة المقررة دون تقديم اللائحة الاعتراضية, فإنه يسقط حقه في تقديمها ويجب على المحكمة رفع الحكم إلى محكمة التمييز لتدقيقه, ويستثنى من وجوب الرفع ما يلي:

أ. القرار الصادر على بيت المال من القاضي المختص منفذاً لحكم نهائي سابق.

ب. الحكم الصادر بمبلغ أو دعه أحد الأشخاص لصالح شخص آخر, أو ورثته ما لم تكن للمودع أو من يمثله معارضة في ذلك. انظر (المادة 179 مرافعات سعودي).

¹ اللائحة التنفيذية للمادة (192) مرافعات سعودي الفقرة (و).

وفي القانون المصري ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً في المواد المستعجلة، أيأ كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه (المادة 227 مرافعات مصري).

والطعن بالتماس إعادة النظر ميعاده في نظام المرافعات السعودي ثلاثون يوماً، (المادة 193 مرافعات سعودي) ، بينما ميعاده في القانون المصري أربعون يوماً (المادة 242 مرافعات مصري).

والطعن بالنقض في القانون المصري ميعاده ستون يوماً (المادة 252 مرافعات مصري)، ويمكن للنائب العام أن يطعن النقض لمصلحة النظام في الأحكام الابتدائية دون تقييد بميعاد معين (المادتين 250 , 252 مرافعات مصري).

الفصل الرابع

المعارضة على الأحكام الغيابية ودفعتها

تمهيد :

عند وجود الدعوى بين أفرادها فإن غايتها الحقيقية تحقيق العدل - كما ذكرت في مقدمة الرسالة - من خلال الاستماع إلى أطرافها المختلفة وما يتم إبداءه من بينة ودفاع أو يمين أو إقرار ونحوه، وعند تكامل النظر لدى القاضي في القضية التي ينظرها أمامه وبعد أن يستنفد أطراف الدعوى ما لديهم من أقوال وحجج ينطق القاضي بالحكم بناءً على ما تم النظر والتأمل فيه من أطراف الدعوى ، إلا أنه في بعض القضايا المنظورة يتغيب أحد أطراف الدعوى سواء المدعي أو المدعى عليه أو كلاهما مما يترتب عليه فجوة في تحقيق العدالة المنشودة وفقاً لما قد يكون لدى الغائب من إعتراضٍ وحجج قد تغير من وجه القضية والنطق بها . وقد حفظت الشريعة الإسلامية هذا الحق واعتبرته وفق الضوابط التي أقرتها وفصل فيها الفقهاء في كتبهم ، وكذلك النظام في هذه البلاد الذي يُستمد - بحمد الله - من الشريعة نظمه ولوائحه وتفادياً لضیاع الحقوق وصيانة لها قد قرر جملة من الإجراءات وفق المواد (53-54-55-56-57-58) في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، وسأبين في هذا الفصل ذلك عبر المبحثين التاليين :

المبحث الأول : الحكم الغيابي وقبوله للنقض .

المبحث الثاني : المعارضة على الحكم الغيابي .

المبحث الأول : الحكم الغيابي وقبوله للنقض :

تمهيد :

من خلال هذا المبحث سيتم بيان المسائل المتعلقة بدفع الأحكام الغيابية سواء ما ورد في الفقه الإسلامي أو النظمة الحديثة من خلال نظامي المرافعات الشرعية السعودي وذلك عبر المطلب الأول ، ثم أتطرق عبر

المطلب الثاني إلى طرق الاعتراض على الأحكام الغيابية حسبما ورد في نظامي المرافعات الشرعية السعودي وقانون المرافعات المصري .

المطلب الأول: دفع الأحكام الغيابية ونقضها :

تمهيد :

إن الأصل في الحكم القضائي هو نهائيته وعدم قبوله للنقض, سواء من القاضي الذي أصدره, أو غيره من القضاة ولو خالف مذهبهم, وذلك متى ما كان مستكماً للشروط المطلوبة شرعاً فهو من حين صدوره

يصح حجة على الخصوم ولازم التنفيذ فوراً، وهذا هو أهم أثر للحكم⁽¹⁾؛ لأن القضاة إنما نصبوا لفصل الخصومات بين المتنازعين وإيصال الحقوق إلى أصحابها فإذا جاز إعادة النظر في الأحكام مطلقاً أو جاز نقضها أو تأخير تنفيذها أدى ذلك إلى عدم استقرارها ، فتفوت المصلحة التي نصب القضاة من أجلها ، وفي هذا المطلب سأتناول في فرعه الأول دفع الأحكام الغيائية في الفقه الإسلامي وعبر الفرع الثاني سآبين دفع الأحكام الغيائية ونقضها في الأنظمة الحديثة .

الفرع الأول : دفع الأحكام الغيائية ونقضها في الفقه الإسلامي :

كما ذكرت في التمهيد أن حكم القاضي نهائي وأن هذا هو الأصل إلا أنه لا يخلو من استثناء؛ فقد قرر الفقهاء أن حكم القاضي إذا اعتراه ما يوجب النقض فإنه يجب حينئذ إعادة النظر فيه، ونقضه، سواء أكان ذلك من قبل القاضي الذي أصدره أم من قبل غيره. إلا أن الأولى أن تكون إعادة النظر في الحكم ونقضه من قبل القاضي الذي أصدره؛ لأنه هو المطلع على حقيقة الدعوى وهو الذي سمع من الخصوم وعرف ما لديهم من حجج، فالحاضر يرى ما لا يرى الغائب ، وإنما صح قبول الدفع بعد صدور الحكم مع أنه قد يترتب على ذلك نقض ما قضى به القاضي؛ لأن وقوع الخطأ في الأحكام محتمل، والقاضي غير معصوم منه، فتجب حينئذ إزالة الخطأ حتى يتم تحقيق العدل الذي من أجله نصب القضاة، وبخاصة إذا كان هذا الخطأ صريحاً واجب الإزالة بمخالفته للنصوص الثابتة الصريحة من الكتاب أو السنة وكذلك إذا كان مخالفاً للإجماع⁽²⁾ .

وقد قال تعالى { فَاخْكُم بِئَنَّهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ } سورة المائدة -48 ، وقال سبحانه { وَمَنْ لَمْ يَخُكْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ } سورة المائدة - 44 ، وروى البخاري

(1) انظر: الخرخشي وحاشية العدوي عليه 164/4 - 166 مرجع سابق .

(2) انظر : معين الحكام - الطرابلسي ص 34، ورد المختار 294/4 ، وتبصرة الحكام - ابن فرحون 71/1، أدب القضاء - ابن أبي الدم ص125، وأدب القاضي - الماوردي 685/1، والمغني ابن قدامة 56/9، وكشاف القناع 326/6، والمقنع - ابن قدامة 613/3 ، ونظرية الدعوى ياسين - 227/2، 228 ، والقضاء على الغائب ، ص269.

ومسلم عن عائشة رضي الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " (1) ،
أي باطل لا يسوغ الاعتداد به (2) ، فإذا كان حكم القاضي مخالفاً لهذه الأصول، كان حكمه باطلاً فوجبت
إزالته ، أما بالنسبة للحكم إذا خالف قياساً جلياً (3) فقد اختلف الفقهاء في نقضه على قولين :

القول الأول: إنه ينقض ، وإليه ذهب المالكية (4) ، والشافعية (5) ، وبعض الحنابلة (6) .

وتعليل هذا القول: أن الأصل في القياس الجلي منصوص عليه أو مجمع عليه، وانتفاء الفارق بين الأصل
والفرع مقطوع به، فيكون الحكم المخالف لهذا القياس مخالفاً للنص أو الإجماع فينقض (7) .

ولعل من أحسن ما يبين ذلك ما ورد عن الإمام الشافعي حيث قال: " وإذا حكم القاضي بحكم، ثم رأى
الحق في غيره: فإن رأى الحق في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أصح المعنيين
فيما احتمل الكتاب أو السنة، نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقضه على نفسه نقضه على من
قضى به إذا رفع إليه، ولم يقبله ممن كتب به إليه، وإن كان إنما رأى قياساً محتملاً أحسن عنده من شيء
قضى به من قبل، والذي قضى به يحتل القياس، ليس الآخر بأبين حتى يكون الأول خطأ في القياس" (8)
أ.هـ. أي إذا كان الاجتهاد الأول موافقاً للقياس فإنه لا ينقض بالاجتهاد الأخير حتى وإن رأى المجتهد أن
القياس الأخير أحسن، أما إذا كان الاجتهاد الأول مخالفاً لقياس جلي فإنه ينقض ونوقش: " بأنه إذا قطع
بانتفاء الفارق بين الأصل والفروع كان حكم الفرع ثابتاً بالنص لا بالقياس .

(1) رواه البخاري معلقاً في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة رقم 96 باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فإخطأ رقم 20
صحيح البخاري 2675/6 ورواه مسلم في كتاب الأفضلية رقم 30 باب نقد الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور
رقم 8 الحديث رقم 1718 صحيح مسلم 1343/3، وروي في مسند أحمد 180/6

(2) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم 16/12.

(3) القياس الجلي هو: ما كانت العلة فيه منصوصة، أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. الأحكام -
الأمدي 203/4.

(4) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 153/4، وتبصرة الحكام 72 56/1 وجواهر الإكليل 229/2.

(5) انظر: مغني المحتاج 396/4، وروضة الطالبين 136/8، والمهذب مع المجموع 374/18، ونهاية المحتاج 258/8.

(6) انظر: الفروع 456/6، والإنصاف - المرداوي 224/11.

(7) نقض الأحكام القضائية - عدالكريم اللاحم ، ص 22.

(8) الشافعي ، الأم ، مرجع سابق ، 207/6.

ولكن الأفهام تختلف في نفي الفارق وإثباته، فيختلف الحكم في الفرع بناء على هذا الاختلاف.

وإذا كان نفي الفارق وإثباته محل اجتهاد، لم يجوز نقض الحكم المبني على هذا الاجتهاد⁽¹⁾.

القول الثاني: إن الحكم لا ينقض إذا خالف قياساً جلياً، وهو مذهب الحنفية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، فلا ينقض الحكم عندهم إلا إذا خالف نصاً أو إجماعاً.

وتعليل هذا القول: " بأن الأفهام تختلف في إدراك الفارق بين الأصل والفرع، فيجري الخلاف في إثباته ونفيه محل اجتهاد، لم يجوز نقض الحكم المبني على هذا الاجتهاد"⁽⁴⁾.

الترجيح: نظراً لقوة تعليل القول الثاني، ولما ورد على تعليل القول الأول من مناقشة، فإنه يترجح - والله أعلم - عدم نقض الحكم المبني على الاجتهاد ولو خالف القياس الجلي؛ لأن ذلك يضيق مجال الاجتهاد، ويؤدي إلى نقض معظم الأحكام المبنية عليه.

وأما إذا كان الحكم اجتهادياً، وكان القاضي الذي أصدره مجتهداً صالحاً للقضاء، لم يجوز نقضه ولو خالف اجتهاداً آخر، سواء من القاضي بنفسه أو من قاضٍ غيره.

ومن أدلة ذلك ما يلي:

1- ما ورد " أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لم يشرك بين الإخوة لأُم والإخوة الأشقاء في المسألة المشتركة، ثم شرك بينهم، فقليل له: إنك لم تشرك بينهم عام الأول. فقال عمر: ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي. ولم ينقض حكمه السابق"⁽⁵⁾.

2- أنه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر⁽¹⁾.

(1) نقض الأحكام القضائية، ص 23.

(2) انظر: تبين الحقائق 188/4، والمبسوط 108/16، وروضة القضاة، السمناني ص 323.

(3) انظر: الإنصاف - المرداوي 224/11، وكشاف القناع 262/6.

(4) نقض الأحكام القضائية ص 23.

(5) روي في مصنف ابن أبي شيبة 246/6، وخلاصة البدر المنير 436/2، وله روايات أخرى في سنن البيهقي

120/10، ومصنف عبدالرازق 249/10. وقال ابن حجر بعد أن نقل إحدى رواياته: صححه الحاكم وفيه أبو

أمية بن يعلى الثقفي وهو ضعيف. ثم ذكر له روايات أخرى ولم يعلق عليها.

انظر: تلخيص الحبير 86/3.

3- أنه لو جاز نقض الاجتهاد بمثله، لجاز النقض من غير نهاية، وهذا يؤدي إلى تسلسل الأحكام وعدم استقرارها، وهذا ينافي المصلحة من نصب القضاة وهي: فصل الخصومات وقطع المنازعات⁽²⁾. وذلك قرر الفقهاء في قواعدهم: أن (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)⁽³⁾ وأن (الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص)⁽⁴⁾.

أما إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد، فقد اختلف الفقهاء في نقض حكمه على خمسة أقوال:

القول الأول: إن أحكامه تنقض كلها، سواء أوافقت الصواب أم لا، وهذا هو مذهب الحنابلة⁽⁵⁾.

القول الثاني: إنه لا ينقض من أحكامه إلا ما خالف مذهبه. وهذا مذهب الحنفية⁽⁶⁾ والشافعية⁽⁷⁾.

القول الثالث: إنه لا ينقض من أحكامه إلا ما توفر فيها شرطان:

أحدهما: أن يكون جوراً.

والآخر: ألا يكون قد شاور العلماء فيه. وهذا مذهب المالكية⁽⁸⁾.

القول الرابع: إنه ينقض من أحكامه ما كان خطأ، وإن لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً، ولا ينقض ما وافق الصواب. وهذا قول لبعض الحنابلة كابن قدامة⁽¹⁾.

(1) انظر تبيين الحقائق 188/6، وفتح القدير 300/7.

(2) انظر: تبيين الحقائق 188/6، والكافي - ابن عبد البر 957/2، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 153/2، ومغني المحتاج 396/4، وكشاف القناع 262/6، والمستصفي 120/2، والإحكام، الأمدي 203/4، وإرشاد الفحول ص 263، والعدة - أبو يعلى 1570/5.

(3) انظر في تقرير هذه القاعدة: الأشباه والنظائر - ابن نجيم ص 105، والأشباه والنظائر - السيوطي ص 101

(4) الكرخي، عبد الله بن الحسين، أصول الكرخي، مكتبة الملك فهد، الرياض، د. ط. د. ت. ص 171.

(5) انظر: الإنصاف - المرداوي 225/11، وكشاف القناع 263/6، والفروع 457/6، والمقنع 613/3، وشرح منتهى الإرادات 479/3.

(6) انظر: رد المحتار 407/5، وبدائع الثنائع 5/7، وروضة القضاة - السمناني ص 319.

(7) انظر: نهاية المحتاج 240/8، وروضة الطالبين 137/8، والمهذب مع المجموع 375/18، والإحكام الأمدي 203/4، والمستصفي 121/2.

(8) انظر: جواهر الإكليل 228/2، وتبصرة الحكام - ابن فرحون 82/1.

القول الخامس : إنه لا ينقض من أحكامه إلا ما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فقط, فحكمه في ذلك حكم الصالح للقضاء.

وهذا قول بعض الخنابلة كابن تيمية وجده مجد الدين وأبي بكر غلام الخلال وابن عقيل, وغيرهم وهو المذهب عند الجميع من المتأخرين⁽²⁾.

قال المرادوي: " وهو الصواب, وعليه عمل الناس من مدد, ولا يسع الناس غيره"⁽³⁾.

ولعل الصواب قصر النقض على ما كان الخطأ فيه ظاهراً (مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع) دون ما كان صواباً, وما يوجد له محمل على الصواب ولو احتل غيره, لما يأتي:

1- أن نقض الحكم ليس مقصوداً لذاته, بل هو وسيلة إلى إيصال الحق إلى مستحقه, فإذا كان الحكم صواباً تحقق المقصود, فلا ينقض.

2- أن نقض الأحكام الصحيحة مجرد تطويل للإجراءات وإشغال عما هو أولى بالوقت والجهد منه.

3- وهو أيضاً تعطيل للأحكام والمصالح المترتبة عليها.

4- كما أنه تكتير للخصومات والمنازعات التي تقضي المصلحة الحد منها والقضاء عليها"⁽⁴⁾.

5- أن الأصل الجواز لعدم وجود المجتهد بالشروط التي وضعها المتقدمون.

ومن أسباب نقض الحكم أن يكون القاضي قد أصدر حكمه قبل الكشف عن حال الشهود, أو التحقق من عدالتهم, فقد يظهر للقاضي بعد إصداره أن الشهود ممن لا تصح شهادتهم؛ لقيام مانع بهم كأن يكونوا أصولاً للمشهود له أو أعداءً للمشهود عليه أو فساقاً أو نحو ذلك, بل قد يغفل القاضي عن بعض الحجج أو يسهو في الحكم, والحاصل أن الأحكام التي تتمتع بالحجية الكاملة هي التي تكون مستوفية

(1) انظر: المغني 58/9, والإينصاف - المرادوي 225/11, وكشاف القناع 263/6, والفروع 457/6, وشرح منتهى الإرادات 479/3.

(2) الزركشي, محمد بن عبد الله, شرح الزركشي على مختصر الخرقى, مكتبة العبيكان, 1997م, 262/7, والإينصاف - المرادوي 226/11, ومجموع فتاوى ابن تيمية 302/27.

(3) الإينصاف 226/11.

(4) نقض الأحكام القضائية ص 39, 40.

لجميع شروطها، ومبنية على نظر في الدعوى مستوفٍ لشروطه أيضاً⁽¹⁾، ومع أن نقض الحكم يترتب عليه ضرر عدم استقرار الأحكام، إلا أن هذا لا يحصل إلا نادراً، ثم إن في إمضائه مع مخالفته للحق ضرر أشد، ومن القواعد الفقهية المقررة شرعاً أنه (يرتكب أخف الضررين لدفع أعلاهما). وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما -: "ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قدس لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"⁽²⁾، وروي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قضى في قضية حين بعثه الرسول - ﷺ - "فرضي بعضهم وكره بعضهم، فارتفعوا إلى النبي ﷺ فاخبر أن علياً رضي الله عنه قضى بينهم بكذا وكذا، فأمضى قضاءه"⁽³⁾. فقد أجاز علي - رضي الله عنه - أن يطلب الخصوم إعادة النظر في حكمه ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك عليه.

الفرع الثاني : دفع الأحكام الغيائية ونقضها في الأنظمة الحديثة :

إن الحكم في الاجراءات والنظم الوضعية الحديثة له نفس الأثر المقرر عند فقهاء المسلمين، من ناحية أنه بصدوره يمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به، كما يمتنع عليها تعديله أو إحداث إضافة إليه، فتنتهي ولاية المحكمة بالنسبة للنزاع، ويمتنع أيضاً على سائر المحاكم الأخرى إعادة النظر فيما فصل فيه، لأن الحكم بصدوره يفيد حجية الشيء المحكوم فيه، اللهم إلا إذا طرح النزاع أمام محكمة أخرى بشكل طعن في الحكم⁽⁴⁾. هذا وحيث أن القاضي لا يسلم من الخطأ، شأنه شأن أي إنسان، كما أن

(1) انظر: معين الأحكام - الطرابلسي ص 34، وتبصرة الحكام - ابن فرحون 71/1، ونظرية الدعوى - ياسين 229/2، 230، والقضاء على الغائب، ص 271.

(2) العهد الذي كتبه عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما - رواه الدارقطني في سننه 206/4، والبيهقي في السنن الكبرى 119/10، ونقله كثير من الأئمة، وقال عنه ابن القيم: وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول. أعلام الموقعين 86/1.

(3) روي في سنن البيهقي 118/8، والأم 177/7.

(4) انظر: نظرية الأحكام - أحمد أبو الوفا ص 593 وما بعدها، والمرافعات المدنية والتجارية - محمد فهمي ص 637 وما بعدها، وقانون القضاء المدني - محمود هاشم 400/2، 414 وما بعدها، وشرح المرافعات المدنية والتجارية - عبدالمعتم الشراوي ص 521 وما بعدها، والمرافعات المدنية والتجارية - عبدالحميد أبو هيف ص 573 وما بعدها، ومبادئ القضاء المدني - وجدي راغب ص 596 وما بعدها، وأصول المرافعات - أحمد مسلم ص 547، وبحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي - ضياء خطاب ص 278، 279.

نفوس المتقاضين لا تسلم من الضغائن والأحقاد، ومن وقع في نفسه شيء من ذلك لا يتصور أن يصدر الحكم مطابقاً للحقيقة الواقع، كما أن الشعور بعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى المحكوم عليه، ثم إن الخصم قد يهمل الدفاع عن حقه ويرجو فرصة أخرى لتعويض ما فاتته واستكمال دفاعه، فكان من المتعين على واضعي الأنظمة أن يعملوا على تأمين مصلحة الخصوم بإجازة الطعن في الأحكام. وطرق الطعن في الأحكام هي الوسائل التي حددتها الأنظمة على سبيل الحصر، التي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم؛ بقصد إعادة النظر فيما قضت به، والحكمة من هذا التحديد أن استقرار الحقوق لدى أصحابها يقتضي احترام الأحكام، فلا يطعن فيها إلا بطرق خاصة وبإجراءات خاصة، وفي مواعيد معينة بحيث إذا انقضت هذه المواعيد دون الطعن في الحكم أصبح غير قابل للطعن فيه، وعل في نظر النظم عنواناً للحقيقة والصحة، وأغلق كل سبيل لإعادة النظر فيه⁽¹⁾.

المطلب الثاني : طرق الطعن في الأحكام بشكل عام :

(1) انظر: نظرية الأحكام - أحمد أبو الوفا ص 593 وما بعدها، وشرح المرافعات المدنية والتجارية - عبدالمعزم الشرفاوي ص 532، 533، والوسيط في قانون القضاء المدني - فتحي والي ص 658 وما بعدها، وقانون القضاء المدني - محمود هاشم 445/2، 446.

تمهيد :

كما تم بيانه في المطلب الأول وعبر فرعه الثاني فإن الأنظمة حددت طرقاً للاعتراض على الأحكام سأتناولها في هذا المطلب مع بيان آليات العمل بها .

الفرع الأول : الطرق الواردة في الأنظمة الحديثة :

الطريق الأول / المعارضة :

والطعن بالمعارضة في جميع النظم خاص بالأحكام الغيائية ⁽¹⁾ .

وسيتم بسط الكلام عنه في المبحث الثاني من هذا الفصل -إن شاء الله- .

الطريق الثاني / الاستئناف ⁽²⁾ :

في السعودية نصت لائحة تمييز الأحكام الشرعية الجديدة الصادرة في 1410/4/1هـ على ما يأتي: " تقدم المذكورة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم مشتملة على : بيان الحكم المعترض عليه , وتاريخه, والأسباب التي بني عليها الاعتراض, وطلبات المعترض, والأسباب التي تؤيد الاعتراض " (المادة 180 مرافعات سعودي) .

كما نصت (المادة 181 مرافعات سعودي) على ما يلي: " بعد اطلاع القاضي الذي أصدر الحكم المعترض عليه على مذكرة الاعتراض, يجوز له أن يعيد النظر في الحكم من ناحية الوجوه التي بني عليها الاعتراض من غير مرافعة, وعليه أن يؤكد حكمه أو يعدله حسبما يظهر له, فإذا أكد حكمه فيرفعه مع صورة ضبط القضية وكامل الأوراق إلى محكمة التمييز, أما إذا عدله فيبلغ الحكم المعدل للخصوم وتسري عليه في هذه الحالة الإجراءات المعتادة", وكذلك نجد في قانون المرافعات المصري وفي المادة 230 ⁽³⁾ أن

(1) وهذا ما قرره اللجنة التشريعية بمجلس الأمة المصري .

انظر: التعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد أبو الوفا 1504/2 .

(2) ويسمى (التمييز في النظام السعودي) انظر (المادة 178 مرافعات سعودي) .

(3) انظر في شرح هذه المادة: الطعن بالاستئناف وإجراءاته - نبيل عمر ص 322-324 .

الاستئناف يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة¹ الاستئنافية المختصة, فلا تقدم إلى القاضي الذي أصدر الحكم كما في السعودية.

كما نصت المادة 232 من قانون المرافعات المصري على أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة إلى ما رفع عنه الاستئناف فقط.
الطريق الثالث / التماس إعادة النظر:

ورد في المادة 192 من نظام المرافعات الشرعي السعودي والمادة 241 من قانون المرافعات المصري على أن للخصوم أن يلمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في أحوال محددة.
وقد اتفق النظامان على جواز طلب التماس إعادة النظر في الأحوال الآتية:

1. إذا وقع من الخصم أو من وكيله حيلة أو غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
 2. إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها, أو قضي بتزويرها.
 3. إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها شهادة زور.
 4. إذا حصل الخصم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها. وفي (المادة 192 مرافعات سعودي), ورد التعبير بأعم من ذلك؛ فقد نصت الفقرة (ب) منها على ما يلي: "إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم" أي سواء كان الحائل دون تقديمها خصمه أو غيره.
 5. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
- بينما اختلفت في جواز طلب التماس إعادة النظر في الحالات الآتية:

1. إذا كان الحكم غيبياً⁽²⁾ (المادة 192/ و مرافعات سعودي).

ومع أن قانون المرافعات المصري لم ينص على هذه الحالة إلا أنها ذكرت ما يقرب منها.

(1) المقصود بقلم كتاب المحكمة هي الأعمال المدنية والتي يقوم بتنفيذها أقلام المدني والحسابات والودائع والمطالبة

وسكرتارية المحكمة ، وشئون العاملين ينظر الرابط : <http://www.thanwya.com/vb/showthread.php?t=272587>

(2) نص (المادة 41 مظام سعودي) على ما يلي: " للمحكوم عليه غيبياً أن يطلب من رئيس الديوان أو من ينييه إعادة النظر في الحكم الصادر ضده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالحكم, ويجيل رئيس الديوان أو من ينييه الطلب إلى الدائرة التي أصدرت الحكم لإعادة المحكمة في مواجهة المتهم".

2. يقرب من الحالة السابقة ما إذا صدر الحكم على شخص طبيعي, أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى. انظر: (المادة 192/ز مرافعات سعودي) (المادة 7/241 مرافعات مصري). وقد زاد القانون المصري عبارة " فيما عدا النيابة الاتفاقية" على نص الحالة المذكورة.

3. لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه, ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله, أو تواطؤه أو إهماله الجسيم.

وقد انفرد بذكر هذه الحالة القانون المصري في المادة 8/241 مرافعات .

أما بالنسبة لرفع الالتماس فقد نصت المادة 243 مرافعات مصري بأن يقدم للمحكمة التي أصدرت الحكم ، بينما نصت (المادة 194 مرافعات سعودي) على ما يلي: " يرفع الالتماس بإعادة النظر بإيداع صحيفة الالتماس لمحكمة التمييز, ويجب أن تشمل الصحيفة على : بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه, وأسباب الالتماس. وعلى محكمة التمييز متى اقتنعت أن تعد قراراً بذلك, وتبعته للمحكمة المختصة للنظر في ذلك".

الطريق الرابع – النقض :

نصت على هذا الطريق من طرق الطعن في الأحكام في قانون المرافعات المصري عبر المواد 248 – 273 مرافعات .

وذلك أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية:

1. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون, أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله.

2. إذا وقع بطلان في الحكم , أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

3. إذا كان الحكم مخالفاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم, وحاز قوة الأمر المقضي.

4. إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.

نصت على هذه الحالات وأشارت إليها (المواد 248 , 249 , 269 مرافعات مصري).

كما نصت المادة 250 مرافعات مصري على ما يلي: " للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية, أيأ كانت المحكمة التي أصدرتها إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون , أو خطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

1- الأحكام التي لا يبيح القانون للخصوم الطعن فيها.

2- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها، أو نزلوا فيها عن الطعن"

أما بالنسبة لرفع الطعن بالنقض في القانون المصري يتم بإيداعها لدى قلم كتاب محكمة النقض، أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه (المادة 253 مرافعات مصري)، ويذكر شراح قانون المرافعات المصري أن طرق الطعن تنقسم إلى قسمين⁽¹⁾:

1. طرق طعن عادية وهي: المعارضة، والاستئناف.

2. طرق طعن غير عادية وهي: التماس إعادة النظر، والنقض.

ولهذه التفرقة أهمية عملية من الوجوه الآتية:

أولاً: لم يحرص القانون أسباب الطعن بطريقة عادي، فقد أجازوا سلوكه أياً كان نوع العيب المنسوب إلى الحكم، فمن الجائز الطعن فيه بدعوى أن المحكمة قد أخطأت في استخلاص الوقائع، أو في تقديرها، أو أخطأت في تطبيق القانون على الوقائع المستخلصة فطبقت قاعدة نظامية غير المتعين إعمالها، أو لأن الإجراءات التي سبقت إصدار الحكم مشوبة بالبطلان، أو لأن الحكم نفسه مشوب بالبطلان، لعدم مراعاة الأوضاع التي نص عليها القانون عند النطق به، أو عند تحريره أو إيداعه، أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية فلا يجوز ولوجها إلا لأسباب معينة حصرها النظام.

ثانياً: ينبني على ما تقدم أن على الطاعن في الطرق غير العادية أن يقيم الدليل على قيام سبب من أسباب الطعن التي نص عليها النظام، وعلى المحكمة قبل أن تنظر في موضوع الطعن أن تتحقق من توافر هذا السبب لتحكم أولاً بقبول الطعن شكلاً، أما بالنسبة لطرق الطعن العادية فالأصل هو جواز مباشرتها، فلا يلزم الطاعن بإثبات جواز الطعن إلا إذا أثير النزاع بصدد وصف الحكم أو قيمة الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.

(1) " يقسم الفقيه الإيطالي كارنيوتي طرق الطعن تقسيماً آخر، فهو يرى أن طرق الطعن تنقسم إلى طرق: لإعادة بحث القضية وطرق لإصلاح الحكم، ولكن هذه التسمية غير دقيقة، نظراً لأن كل طرق الطعن في الأحكام تهدف إلى إصلاح الحكم المطعون فيه من العيوب التي تكون قد شابته". قانون القضاء المدني - محمود هاشم 448/2.

ثالثاً: أن الطعن في الحكم بطريق عادي يطرح موضوع الخصومة التي صدر فيها الحكم من جديد أمام المحكمة ، أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية فلا تطرح بمباشرتها إلا العيوب التي استند إليها الطاعن في طعنه .

رابعاً: الأصل أن يبدأ الطاعن فيستنفذ طرق الطعن العادية ثم يباشر الطرق غير العادية, فإذا كان الحكم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف , وفوت الطاعن على نفسه ميعاد الاستئناف أو استأنف الحكم ولم يول الخصومة في الاستئناف, مما يترتب عليه الحكم بسقوطها, أو باعتبارها كأن لم تكن لسبب من الأسباب, ففي هذه الأحوال يسقط حقه في الطعن في الحكم الابتدائي بالنقض أو بالتماس إعادة النظر , إنما خرج واضح النظام على القاعدة المتقدمة بالنسبة إلى المعارضة إذا كانت جائزة, فالطعن في الحكم الغيابي بطريق آخر غير المعارضة يعد نزولاً عن حق المعارضة (المادة 387 ب ق مرافعات مصري).

وعلى ذلك يجوز للمحكوم عليه ألا يباشر حقه في الطعن في الحكم بالمعارضة, ومع ذلك يكون له حق الطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر بحسب الأحوال.

خامساً: لا يجوز تنفيذ الحكم إذا كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادية, أو إذا كان قد طعن فيه فعلاً بإحدى هذه الطرق, ما لم يكن مشمولاً بالنفاذ المعجل⁽¹⁾.

إنما يجوز تنفيذ الحكم ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية أو كان قد طعن فيه فعلاً بإحدى هذه الطرق , مع ملاحظة أن النظام يميز لمحكمة النقض أو محكمة الالتماس أن تأمر قبل الفصل في الطعن بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتاً إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (المادتين 244, 251 مرافعات مصري).

(1) التنفيذ المعجل كان يسمى في النظام السعودي السابق التنفيذ المؤقت (المادة 56 تنظيم سعودي) وهو حق يعطيه النظام للفريق المستفيد من حكم لملاحقة التنفيذ رغم المفعول المعلق لطرق المراجعة أو المهلة. انظر: معجم المصطلحات القانونية – جيرار كورنو 570/1. وذلك مثل الحكم في النفقة أو حفظ المرأة عند المحرم, أو تسليم الصغير والصغيرة للحضانة ويتم تنفيذ الحكم بذلك حتى قبل اكتسابه الصفة القطعية بالشروط التي حددها النظام (المادتين 56, 57 تنظيم سعودي) , و(المادتين 198, 199 مرافعات سعودي).

سادساً: إخفاق الطاعن في الطعن غير العادي يعرضه إلى الحكم عليه بالغرامة, هذا فضلاً عن الحكم عليه بالتضمينات إن كان لها وجه ، أما إخفاق الطاعن في طرق الطعن العادي فلا يؤدي إلى هذه النتيجة كقاعدة عامة.

سابعاً: لا تكون للأحكام التي تقبل الطعن بطريق عادي قوة الشيء المقضي به إلا بعد استنفاد تلك الطرق أو انقضاء مواعيدها، أما قابلية الأحكام للطعن بعد ذلك بإحدى الطرق غير العادية فلا يؤثر على اعتبارها حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه ⁽¹⁾.

الفرع الثاني : موقف الشريعة الإسلامية من الأنظمة الحديثة في مسألة دفع الأحكام الغيائية ونقضها: بالإمكان عرض هذا الموقف من خلال التأمل فيما ورد في أحكام الفقه الإسلامي وبين ما ورد في الأنظمة الحديثة عبر المظاهر الآتية:

أولاً: إن مبدأ الطعن في الأحكام, وكذلك إعادة عرضها على من هو أعلم بها, ونقض ما كان منها مخالفاً للحق, سواء أكان هذا النقض من قبل مصدر الحكم أم من قبل غيره مبدأ شرعي قبل أن تكون نصوصاً في الأنظمة الحديثة ، وقد ورد ذلك بما جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما وما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه " لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل " ⁽²⁾.

ثانياً: يلاحظ في الأنظمة الحديثة كثرة التوسع في الطعون الواردة على الأحكام القضائية, ولا يخفى ما في هذا من تطويل للإجراءات, وتعطيل للأحكام وتكثير للخصومات, وهذا يتعارض مع المقاصد العامة للشريعة الإسلامية من جلب المصالح للعباد, ودرء المفاسد ورفع الحرج عنهم .

(1) انظر: التعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد أبو الوفا 757/1-760 , وقانون القضاء المدني - محمود هاشم 448/2, 449 , والمرافعات المدنية والتجارية محمد فهمي ص 646-648, وشرح المرافعات المدنية والتجارية - عبد المنعم الشرفاوي ص 534, 535, ونظرية الأحكام - أحمد أبو الوفا ص 617-620 والوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - رمزي سيف ص 720-723 وقواعد المرافعات - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي 752/2-755.

(2) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، ط. د. ت. 119/10 ونقله كثير من الأئمة وقال عنه ابن القيم : وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول.

ثالثاً: يلاحظ أن النظام السعودي في المحاكم الشرعية قد انفرد بالنص على عدم نقض الحكم إلا إذا كان مخالفاً للأصول الشرعية المادة 185 من نظام المرافعات الشرعية السعودي وهي: الكتاب والسنة والإجماع . فالنظام السعودي يتفق في ذلك مع الشريعة الإسلامية.

رابعاً: يلاحظ أن الطعن بطريق التمييز في النظام السعودي في المحاكم الشرعية يجمع إلى حد ما بين طريقي الطعن بالمعارضة وبالاستئناف الموجودين في أنظمة بعض الدول, ذلك أن الطعن في النظام السعودي بطريق التمييز يتم بتقديم المذكرة الاعتراضية إلى إدارة المحكمة التي أصدرت الحكم (المادة 180 مرافعات سعودي) فهو يشبه بذلك الطعن بالمعارضة في نظام المرافعات المصري , حيث يتم رفعه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم (المادة 389 ب ق مرافعات مصري).

ثم يتم بعد ذلك في النظام السعودي في المحاكم الشرعية رفع الحكم إلى محكمة التمييز لتدقيقه إذا لم يظهر لناظر القضية ما يوجب تغيير أو تعديل ما حكم به (المادة 181 مرافعات سعودي).

فالنظام السعودي المذكور فيه اختصار للوقت والجهد؛ إذ قد يقوم القاضي بالرجوع عما حكم به, وإصدار حكم آخر يقتنع به طرفا الدعوى. كما أن هذا الأسلوب يخفف من ازدحام القضايا المعروضة على محكمة التمييز , مما يؤدي بالتالي إلى سرعة إنهاء القضايا والبت فيها, ولاشك أن في هذا تحقيقاً لمصالح العباد.

خامساً: يلاحظ أن نظام المرافعات السعودي قد أضاف طريقاً آخر للطعن في الأحكام, هو: التماس إعادة النظر, حيث لم يكن موجوداً في تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية السعودي المعمول به سابقاً سوى طريق واحد للطعن هو التمييز.

وهذه الإضافة فيها تحقيق للمصلحة وتسهيلاً لإيصال الحقوق إلى أصحابها, حيث أن المتبع سابقاً عند وجود أحد الأحوال الواردة في النظام المجيزة لالتماس إعادة النظر, أن يرفع الملتمس طعنه إلى المقام السامي, وفي حالة الموافقة عليه يتم إحالة طعنه إلى مجلس القضاء الأعلى, ولا يخفى ما في هذا من إشغال للمقام السامي, ومجلس القضاء الأعلى عما هو أهم من ذلك .

المبحث الثاني : المعارضة على الحكم الغيابي :

تمهيد :

المعارضة طريق من طرق الطعن العادية وهو خاص في الأحكام الغيابية يهدف إلى استدراك الحكم وليس تجريحه سيما وأنه يتم أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم⁽¹⁾ ، والمعارضة على الحكم الغيابي يهدف إلى توصيل الحق لمن صدر في حقه حكم أثناء غيابه وفق الشروط والضوابط التي أقرها النظام، وفي هذا المبحث سأتناول طرق الاعتراض على الحكم الغيابي عبر المطالب التالية :

المطلب الأول :الطرق النظامية .

المطلب الثاني :الطرق الغير منصوص عليها .

المطلب الثالث : أثر الدفع وظهور الغائب

المطلب الأول : الطرق النظامية :

(1) مذكرة الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودية، الدكتور فؤاد عبدالمنعم أحمد، ص75.

تمهيد :

المعارضة خاص في الأحكام الغيابية يهدف إلى استدراك الحكم وليس تجريحه ، وسأتناول في هذا المطلب طرق المعارضة على الحكم الغيابي التي وردت في نظام المرافعات الشرعية السعودي ثم طرق المعارضة حسبما ورد في قانون المرافعات المدني المصري .

الفرع الأول : طرق المعارضة على الحكم الغيابي في نظام المرافعات الشرعية السعودي :

نصت المادة (58) مرافعات على أن " يكون للمحكوم عليه غيابياً خلال المدة المقررة في هذا النظام المعارضة في الحكم لدى المحكمة التي أصدرته، ويجوز له أن يطلب من المحكمة الحكم على وجه السرعة بوقف نفاذ الحكم مؤقتاً، ويوقف نفاذ الحكم الغيابي إذا صدر حكم من المحكمة يوقف نفاذه أو صدر حكم منها معارض للحكم الغيابي يقضي بإلغائه".

كفل نظام المرافعات للمحكوم عليه غيابياً ضمانات رئيسة يمكن من خلالها تحصيل حقه وفق الإجراءات المنصوص عليها وهي على النحو التالي :

الضمانة الأولى : المعارضة على الحكم الغيابي عبر ثلاث طرق :

الطريقة الأولى : المعارضة في الحكم لدى المحكمة التي أصدرته :

لم تبين المادة (58) هذه المدة ولكن يمكن تحديد ذلك عن طريق المادة (178) والتي تنص على أن الاعتراض بطلب تمييز الحكم تبلغ ثلاثون يوماً كما يلي : " مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثون يوماً ، فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز ، وعلى المحكمة اتخاذ محضر بذلك في ضبط القضية ، والتهميش على الصك وسجله بأن الحكم قد اكتسب القطعية".

أما بداية الاعتراض على الحكم الغيابي لدى المحكمة التي أصدرت الحكم من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله ⁽¹⁾ .

ومحل الإقامة أو العمل هو مكان التبليغ وفقاً لإجراءات التبليغ الواردة في نظام المرافعات الشرعية السعودي ⁽¹⁾ ، وعندما يتم الاعتراض على من تم الحكم عليه غيابياً لدى المحكمة التي أصدرت الحكم فإن القاضي

(1) مادة 3/58 من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

يحدد جلسة يتم تبليغ الخصوم بها ويلحق ذلك في الضبط والصك ، وفي حال عدم وجود ما يؤثر على الحكم بالنسبة للقاضي للمحكوم عليه أن يعترض بطلب التمييز .

الطريقة الثانية : المعارضة بطلب التمييز :

إذ أن للمحكوم عليه غيائياً الاعتراض على الحكم وطلب تمييزه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله ، فإذا لم يقدم المحكوم عليه أو وكيله اعتراضه خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز واكتسب الحكم القطعية ⁽²⁾ .

أما طريقة التبليغ فتسلم للمحكوم عليه أو وكيله وذلك في محل إقامته أو عمله وفقاً لإجراءات التبليغ ⁽³⁾ .

وفي حال تعذر تسليم صك الحكم له رفع إلى محكمة التمييز دون لائحة اعتراضية ⁽⁴⁾ .

أما إذا قبل المحكوم عليه الحكم بعد تبليغ به وجب تدوين ذلك في الضبط والصك ويسقط حقه في طلب التمييز ⁽⁵⁾ ، وفي حال تقديم المذكرة الاعتراضية فإن القاضي يطلع عليها فإذا ظهر له ما يدعو إلى تعديل

الحكم فإنه يحدد جلسة بهذا ويبلغ الخصوم حسب إجراءات التبليغ ويلحق ذلك في الضبط والصك ⁽⁶⁾ .

أما إذا لم يكن هناك ما يعدله القاضي فإنه ينوه على ذلك على المذكرة الاعتراضية ويدونه في الضبط ويرفع حكمه مع صورة ضبط القضية وكامل أوراق القضية إلى محكمة التمييز ⁽⁷⁾ .

وللمعترض أن يقدم أكثر من مذكرة اعتراض على الحكم نفسه بشرط أن يكون خلال مدة الاعتراض التي نص عليها النظام ⁽⁸⁾ .

(1) المادة 4/176 من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(2) المادة 176 - 178 واللوائح التنفيذية له من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(3) المادة 4/176 من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(4) المادة 5/176 من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(5) المادة 181 واللوائح التنفيذية له من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(6) المادة 2/182 من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(7) المادة 1/181. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(8) 4/174. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

وفي حال اقتناع المحكوم عليه غيابياً بالحكم بعد رفعه لمحكمة التمييز وقبل إعادته إلى القاضي فإن قناعته تدون في الضبط ، وتبلغ محكمة التمييز بذلك⁽¹⁾ .

الطريق الثالث : المعارضة بطلب الالتماس بإعادة النظر :

فإن المحكوم عليه غيابياً له أن يعترض على الحكم بعد تصديقه من محكمة التمييز بطلب الالتماس بإعادة النظر فيه⁽²⁾ .

ومدة الطلب ثلاثون يوماً تبدأ من تاريخ تبليغ الحكم النهائي إلى المحكوم عليه أو وكيله⁽³⁾ وذلك وفقاً لإجراءات التبليغ⁽⁴⁾ .

والمراد بالحكم النهائي هنا هو : الحكم المصدق من محكمة التمييز⁽⁵⁾ .

وطريقة الالتماس بإعادة النظر أن تودع صحيفة الالتماس لمحكمة التمييز مشتملة على بيان الحكم الملتمس إعادة النظر فيه وأسباب الالتماس⁽⁶⁾ .

ويؤخذ في الاعتبار أن طلب الالتماس بإعادة النظر خاص بالحكم إذا عُدد غيابياً⁽⁷⁾ فليس كل حكم صدر صدر على المحكوم عليه في غيابه يمكن الالتماس بإعادة النظر فيه لأن هناك حالات يعتبر فيه الحكم حضورياً وإن غاب .

وفي النظام هناك حالات أخرى يجوز فيها الطلب بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية⁽⁸⁾ .

الضمانة الثانية : وقف تنفيذ الحكم الغيابي :

(1) المادة 2/178. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(2) المادة 1/192 (هـ). من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(3) المادة 193. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(4) المادة 1/193. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(5) المادة 1/192. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(6) المادة 194. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(7) المادة 192 (و) وكذلك المادة 5/56 , 1/58 (ب). من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(8) المادة 192. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

كما نصت المادة (58) فإن للمحكوم عليه غيابياً أن يطلب من المحكمة الحكم على وجه السرعة بوقف نفاذ الحكم مؤقتاً، ويقدم هذا الطلب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، ويختص مصدر الحكم أو خلفه بنظر الطلب، وله حكم القضاء المستعجل⁽¹⁾.

ويكون الحكم الغيابي موقوفاً في حالين هما :

1- صدور حكم بوقف نفاذه من القاضي بطلب المحكوم عليه .

2- صدور حكم معارض له يبلغه⁽²⁾ .

وقد يتبادر سؤال : متى يكون للمحكوم عليه غيابياً طلب وقف نفاذ الحكم مؤقتاً؟ هل بعد صدوره من المحكمة أو بعد تصديقه من محكمة التمييز؟ والجواب : من المقرر أن الأحكام القابلة للتنفيذ والحائزة على الحجية هي الأحكام القطعية، والحكم الغيابي لا يكون قطعياً إلا بعد تصديقه من محكمة التمييز⁽³⁾. لكن هناك حالات معينة يجب أن يشمل فيها الحكم التنفيذ المعجل وإن لم تكتسب القطعية بكفالة أو بدونها حسب تقدير القاضي وذلك كالأحكام الصادر في الأمور المستعجلة⁽⁴⁾، أو الحكم بتقدير نفقة، أو أجره أجره رضاع، أو تسليم صغير لحاضنة، أو تفريق بين زوجين أو أداء أجره خادم ونحوها⁽⁵⁾، علماً أن التنفيذ المعجل له أحكامه في نظام المرافعات وليس فيها ما يستثني الحكم الغيابي⁽⁶⁾.

الضمانة الثالثة: بداية ميعاد الطعن: (الإعلان للشخص):

علمنا أن الإعلان للشخص هو الطريق الوحيد الذي يتحقق به العلم اليقيني بمضمون الإعلان، ولذلك وحتى لا يفوت على المحكوم عليه غيابياً فرصة الطعن في الحكم نظراً لجهله بصدوره، مما يفوت عليه حق الدفاع، نصت المادة (176) مرافعات على أن " يبدأ ميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي من تاريخ تبليغه

(1) المادة (1/58) (ز). من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(2) المادة 2/58. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(3) المادة 197. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(4) المادة 234. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(5) المادة 199. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

(6) المادة 198-199-200. من نظام المرافعات الشرعية السعودي

إلى الشخص المحكوم عليه أو وكيله " وأكدت هذا المعنى المادة (193) مرافعات حيث نصت على أن ميعاد الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الغيابي يبدأ من وقت إبلاغ الحكم.

الفرع الثاني : المعارضة في الأحكام الغيابية في قانون المرافعات المصري :

المعارضة في قانون المرافعات المصري هي : الطلب المرفوع من المحكوم عليه غيابياً في خصومة إلى المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم ، لكي تسمع دفاعه ، وتلغي أو تعدل الحكم المذكور إذ ليس من العدل أن لا

يسمع دفاع شخص في خصومة مرفوعة عليه ، لجواز أن يكون ذا عذر في التأخير عن الحضور⁽¹⁾ . وهو

طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية ، سواء كانت من محاكم الدرجة الأولى أو الثانية فلا يجوز تقديمها أمام محكمة أعلى ، كما لا يجوز تقديمها أمام أي محكمة أخرى من نفس درجة المحكمة التي أصدرت

الحكم منعاً من تسليط قضاء على قضاء (م389 مرافعات قديم)، ويعتبر اختصاص نفس المحكمة التي

أصدرت الحكم الغيابي بنظر المعارضة فيه من النظام العام . على أن اختصاص نفس المحكمة التي أصدرت

الحكم بنظر المعارضة لا يعني بالضرورة أن ينظرها نفس القاضي أو القضاة الذي اصدروا الحكم فالعبرة

بالمحكمة وليست بتشكيلها، واعتبار حكم ما غيابياً هو بحقيقة الواقع في الدعوى وليس بادعاء الخصم أو

بما تخلعه المحكمة خطأ على الحكم⁽²⁾، وحق المعارضة في الحكم الغيابي - حيث يجيز القانون ذلك -

يقتضيه احترام حقوق الدفاع ؛ إذ يتعين إتاحة الفرصة لمن صدر عليه الحكم في غيبة منه دون أن يسمع

دفاعه بإبداء دفاعه فقد يترتب عليه عدول المحكمة عما قضت به .

أولاً : التطورات التشريعية للمعارضة المدنية :

1- المعارضة في ظل قانون المرافعات الأهلي القديم :

(1) المعارضة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية ، عبد الحكيم فودة دار الفكر الجامعي 1992م ص 301.

(2) فهمي ، محمد حامد ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، 658.

صدر قانون المرافعات الأهلي بالأمر العالي المؤرخ 13 نوفمبر 1883م حيث ورد النص على المعارضة في الفصل الأول من الباب الثامن المتعلق بطرق الطعن في الأحكام وذلك في المواد من 329 وحتى 344 منه ، والمبدأ في ظل هذا القانون هو إجازة المعارضة في كل الأحكام الغيابية ، والاستثناء هو عدم جوازها . فقد نصت المادة 329 أهلي مختلط على أنه : تقبل المعارضة في الأحكام الصادرة في الغيبة إلى الوقت الذي علم فيه الغائب بتنفيذها .

2- المعارضة في ظل قانون المرافعات الملغي رقم 77 لسنة 1949م :

تضمن قانون المرافعات السابق رقم 77 لسنة 1949م والصادر في 29 يونيو سنة 1949م النص على المعارضة كطريق عادي من طرق الطعن في المواد من 385 وحتى 393 الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني عشر فأجازت المادة 385 المعارضة في كل حكم يصدر في الغيبة ، إذا لم يعتبره القانون بمثابة حكم حضوري ، أو إذا لم يمنع الطعن فيه بالمعارضة ، والمشرع في هذا القانون وإن كان ضيق طريق الطعن بالمعارضة من أجل تقصير مدة التقاضي والاقتصاد في الاجراءات والنفقات ، إلا أنه جعل الأساس هو إجازة المعارضة إلا إذا حظرها القانون صراحة ، أسوة بالقانون الأهلي القديم ، وقد استمد هذا القانون بعض الحالات التي لا تجوز فيه المعارضة من القانون المختلط .

3- المعارضة في ظل القانون الحالي رقم 13 لسنة 1968م :

أبقى القانون القائم والصادر في 9 مايو 1968م على المعارضة التي وردت نصوصها في القانون 77 لسنة 1949م مع تعديل وحذف بعض نصوصها بالقانون رقم 100 لسنة 1968م والصادر في 29 مايو 1962م ، حيث ورد بنص المادة الأولى من مواد الإصدار على أنه: (يلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون 77 لسنة 1949م عدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص بإجراءات

(1) الإثبات والفصل الثاني من الباب الثاني عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة) ، وأهم ما استحدثته التشريع القائم هو قلب القاعدة التي تحكم المعارضة ، إذ كانت القاعدة قبل صدوره هو إجازة المعارضة والاستثناء هو حظرها ، ولكن بتعديل المادة 385 أصبحت القاعدة هو عدم جواز المعارضة إلا بنص صريح فظالما لا يوجد نص فلا معارضة ، وأصبحت حالات المعارضة محدودة في الإطار التي أجازها
المشرع صراحة .⁽²⁾

ثانياً : الأحكام الجائز الطعن فيها بالمعارضة :

ألغى المشرع بالقانون رقم 100 لسنة 1962 نظام المعارضة في الاحكام الصادرة في الدعاوي المدنية والتجارية وقصرها على ما يرد به نص كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة بشهر إفلاس التاجر (م 565 من القانون التجاري)، فلا يجوز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون
(م385مرافعات قديم)⁽³⁾ .

وبهذا أخذ قانون المرافعات الجديد . والحكم الصادر غيابياً في المعارضة لا يجوز الطعن فيه بالمعارضة لا من رافعها ولا من المعارض ضده (م392مرافعات قديم) عملاً بقاعدة أن المعارضة بعد المعارضة لا تجوز ، وإذا طعن الخصم الغائب في الحكم الغيابي الصادر ضده بطريق آخر غير المعارضة ، فإن ذلك منه يعتبر نزولاً عن الحق في المعارضة (م 387 مرافعات قديم) .

ثالثاً : ميعاد المعارضة :

-
- (1) ألغى هذا الباب بالقانون 25 لسنة 1968م الذي نص في مادته الأولى على ذلك.
 - (2) فودة ، عبد الحكيم ، المعارضة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية ، مرجع سابق ، ص 303-306.
 - (3) المادة 385 معدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1962م وقانون المرافعات الجديد على المواد التي تنظم المعارضة حتى يمكن الرجوع إليها في الحالات الاستثنائية التي يبيح فيها القانون ذلك.

ميعاد المعارضة سواء كان الحكم صادراً من إحدى محاكم الدرجة الأولى أو الثانية خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم الغيابي ما لم ينص القانون على غير ذلك (م388 مرافعات قديم) . كنص المادة 565 من القانون التجاري الجديد على أن المعارضة في حكم شهر الإفلاس ثلاثون يوماً من تاريخ نشره في الصحف بالنسبة لكل ذي مصلحة من غير الخصوم ، ويترتب على عدم مراعاة الميعاد ، سقوط الحق في المعارضة ، إنما تبدأ بانتهاء ميعاد المعارضة مواعيد الطعن الأخرى التي يمكن توجيهها للحكم⁽¹⁾ ، فإذا لم يعلن الحكم الغيابي خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره ، أعتبر كأن لم يكن ، (م393 مرافعات قديم) فيغني ذلك عن الطعن فيه .

رابعاً : إجراءات رفع المعارضة :

ترفع المعارضة بتكليف بالحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي تراعي فيه الأوضاع المقررة لصحيفة الدعوى فيجب أن تشتمل صحيفة المعارضة على البيانات الواجب توافرها في سائر أوراق المحضرين ، وفضلاً عن ذلك نص القانون على ضرورة أن تشتمل صحيفة المعارضة على البيانات الخاصة بها وهي بيان الحكم المعارض فيه ، وأسباب المعارضة وإلا كانت باطلة (م389 مرافعات قديم) . وذلك ضماناً لجدية المعارضة ، ولأن المعارضة ترفع بالحضور وليس بإيداع صحيفتها قلم الكتاب ، لا تعتبر مرفوعة إلا من يوم إعلانها بالفعل للمعارض ضده في خلال الميعاد . فلا يكفي تقديمها لقلم المحضرين في خلال الميعاد لإعلانها⁽²⁾ .

خامساً : قواعد الحضور والغياب عند نظر المعارضة :

(1) الشرفاوي ، عبد المنعم، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 401.

(2) أبو الوفا ، أحمد ، التعليق على نصوص قانون ، مرجع سابق ، ص 569.

إن احترام حقوق الدفاع تقتضي السماح لمن صدر عليه الحكم في غيبته بالمعارضة فيه والحضور أمام المحكمة لإبداء دفاعه ، عليها ترجع بعد سماع دفاعه عما قضت به عليه غيابياً وعليه ؛ فإن حضور المعارض للجلسة المحددة لنظر معارضته ، أمر تمليه المحكمة من المعارضة ، بل هو قوام نظرها والحكم فيها ⁽¹⁾ فإذا تغيب المعارض في الجلسة الأولى لنظر المعارضة انعدمت جدواها ، ودل ذلك على عدم جدية طعنه ، لذا أوجب القانون على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم من تلقاء نفسها باعتبار معارضته كأن لم تكن (م 390 مرافعات قديم) فلا يجوز للمحكمة أن تؤجل نظر المعارضة لجلسة تالية يعلن بها المعارض ، فإذا حضر المعارض الجلسة الأولى لنظر المعارضة ، فإن المحكمة تنظر موضوعها وتفصل فيها ولو غاب المعارض ضده ، فلا تلزم المحكمة بتأجيل الدعوى لجلسة تالية يعلن بها المعارض ضده ، ولأن الحكم ولو صدر ضده غيابياً لا يجوز الطعن فيه بالمعارضة (م 392 مرافعات قديم)، ويكفي حضور المعارض الجلسة الأولى لنظر المعارضة تفادياً للحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، ولو تخلف عن الحضور بعد ذلك في باقي الجلسات . على أنه إذا تخلف المعارض ضده عن الحضور في أي جلسة تالية للجلسة الأولى فإن المحكمة تحكم بشطب المعارضة عملاً بالمادة 82 من قانون المرافعات، وإذا تعدد المعارضون فحضر البعض الجلسة الأولى بينما تخلف البعض الآخر . ويجب على المحكمة الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن بالنسبة لمن لم يحضر ونظر المعارضة بالنسبة لمن حضر منهم إلا إذا كان الحكم صادراً في دعوى لا يقبل موضوعها التجزئة أو يجب اختصاص أشخاص معينين فيها ، إذ يجب تأجيل نظر المعارضة بالنسبة للجميع لجلسة أخرى يعلن بها من تخلف عن الحضور عن الجلسة الأولى.

(1) فهمي ، محمد حامد ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 664.

ويترتب على الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن زوال إجراءات المعارضة وزوال ما ترتب عليها من آثار ، كما يترتب عليه سقوط الحق في الطعن في الحكم بالمعارضة بعد ذلك حتى لو كان ميعاد الطعن ما زال ممتداً ، وإنما بعد ذلك مواعيد الطعن الأخرى التي يمكن توجيهها للحكم .

سادساً : طبيعة الخصومة أمام محكمة المعارضة :

يفيد تحديد طبيعة الخصومة أمام محكمة المعارضة في تحديد الآثار التي تترتب على المعارضة وهو أمر يختلف فيه الفقه والقضاء ولما يزل الخلاف بشأنه قائماً⁽¹⁾ . ذلك أن المشرع لم يشأ وضع قاعدة عامة تجمع شتات الآثار التي تترتب على رفع المعارضة ويحسم بها ما يختلف عليه الرأي في شأن اعتبار المعارضة خصومة جديدة من جميع النواحي عن الخصومة الأصلية التي يصدر فيها الحكم الغيابي ام انها مجرد امتداداً لها⁽²⁾ ، وإنما اكتفى المشرع بالنص على ان المعارض يعتبر في حكم المدعى بالنسبة لسقوط الخصومة في المعارضة وتركها (م391مرافعات قديم) ، بمعنى ؛ أن ما يؤدي الى سقوط الخصومة في المعارضة هو عدم السير فيها بفعل المعارض او امتناعه ، كما انه هو الذي يملك دون المعارض ضده ترك الخصومة . ينبي على ذلك ؛ أنه إذا حكم بسقوط الخصومة أو بتركها فإن الحكم ينسحب فقط على إجراءات خصومة المعارضة وحدها فتسقط او تزول بينما يبقى الحكم الغيابي قائماً ، أما باقي الآثار التي تترتب على المعارضة والتي يتوقف تحديدها على حسم طبيعة الخصومة في المعارضة ، كمسألة من يتحمل من طرفي الخصومة عبء الإثبات هل هو المعارض أم المعارض ضده ، ومن يجوز تدخله أو إدخاله في المعارضة من الخصوم الجدد ، وما يجوز إبدائه من الطلبات المعارضة ، فذلك كله لم يتعرض له المشرع بدعوى أن الأمر في أكثره ظاهراً وأن الفقه والقضاء كفيلاً بحسم الخلاف في القليل الذي يختلف الرأي فيه . إلا أن الرأي - كما أسلفنا - ما زال مختلفاً ، فقد ذهب البعض

(1) الشرفاوي ، عبد المنعم، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 403.

(2) يُنظر المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغي .

إلى أن المعارضة لا تطرح على المحكمة خصومة جديدة وإنما تعتبر امتداداً للخصومة السابقة على الحكم أمام نفس المحكمة ، ورتب على ذلك أن كلا من طرفي الخصومة يعود إلى سابق مركز بما له فيها من مزايا وما تقتضيه من التزامات . فيعود المعارض مدعياً عليه بينما يعود المعارض ضده مدعياً ويقع على عبء الإثبات وفقاً للقواعد العامة ، ويجوز للمعارض والمعارض ضده إبداء طلبات جديدة أمام محكمة المعارضة كما يجوز التدخل والإدخال أمام المحكمة وذلك كله في الحدود الجائزة⁽¹⁾ ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن المعارضة تعتبر خصومة جديدة منفصلة عن تلك التي تصدر فيها الحكم المطعون فيه شأنها شأن الاستئناف يقف فيها المعارض موقف المدعي بينما يقف المعارض ضده موقف المدعى عليه ، ويكون لكليهما ما للطاعن والمطعون ضده من حقوق والتزامات وبالتالي يمتنع إبداء طلبات جديدة بما فيها الإدخال . على أنه أياً كان الرأي حول تحديد طبيعة الخصومة أمام محكمة المعارضة ، فإن المعارضة لا تطرح على المحكمة إلا ما حصلت فيه المعارضة . بمعنى أن سلطة المحكمة تتحدد بما حصلت فيه المعارضة ، ينبنى على ذلك ؛ أنه إذا عارض المحكوم عليه في شق مما حكم به دون الشق الآخر ، اقتضت سلطة المحكمة على نظر ما تم الطعن فيه وإنه لا يجوز للمعارض ضده أن يطرح على المحكمة ما سبق أن رفض من طلباته ، لأنه فضلاً عن ان المحكمة استنفدت ولايتها بالنسبة لهذه الطلبات ، فمن المسلم به أن المعارضة لا يستفيد منها إلا المعارض، وعلى عكس موقف المشرع المصري ، عني قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، حسماً لما ثار في الفقه والقضاء من جدل ، ببيان طبيعة الخصومة أمام محكمة المعارضة والآثار التي تترتب عليه . فنص على أن المعارضة تهدف إلى سحب الحكم الغيابي . وأن الحق فيها يكون للخصم الغائب (م571) ، وأن المعارضة تطرح أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المسائل التي تحكم فيها غيابياً لكي يفصل فيها من جديد من حيث الوقائع والقانون ، وأن الحكم الغيابي يظل قائماً إلى أن يصدر حكم في المعارضة بسحبه ، وأن خصومة المعارضة تحقق ويحكم فيها

(1) الشرقاوي ، عبد المنعم، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 403.

بحسب القواعد المطبقة أمام القضاء الذي أصدر الحكم المطعون فيه بالمعارضة (م576) . وأن ادعاءات

المعارض عند نظر المعارضة يجب ان تكون في حدود الدعوى الأصلية وذلك وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾ .

سابعاً : التظلم من أوامر الأداء معارضة بالمعنى الصحيح :

استبدل القانون رقم 100 لسنة 1962 بالمعارضة في أمر الأداء التظلم منه ، فإن ذلك لا يعدو مجرد

اختلاف في التسمية ، لأنه طبق على التظلم من أمر الأداء جوهر قواعد المعارضة .

1-قواعد التظلم :

يجوز القانون للمدين التظلم من الأمر في جميع الأحوال بصرف النظر عن قيمة ما صدر به الأمر وأياً كان

نوعه وسواء كان القاضي الذي أصدره هو القاضي الجزئي أم رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية (م1/206)

ومرجع ذلك ؛ أن الأمر يصدر في غيبة المدين ودون سماع أقواله ، فهو حكم غيابي ، ويرفع التظلم وفقاً

للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى . أي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة⁽²⁾ ، ويجب أن يكون مسبباً ضمناً

لجديته وإلا كان باطلاً (م2/206) . ويحصل التظلم أمام المحكمة التي اصدر قاضيها الأمر ، فإذا كان

التظلم قد صدر من قاضي محكمة المواد الجزئية اختصت المحكمة الجزئية بالتظلم من الأمر اذا لم يتم خلال

هذا الميعاد أو إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف (206 / 4) ، أو إذا كان قد قبل الأمر صراحة أو ضمناً

(م211) ، ويعتبر المتظلم في حكم المدعى ، وتراعي عند نظر التظلم القواعد والإجراءات المتبعة أمام محكمة

الدرجة الأولى (م1/207) . فيجوز للمتظلم والمتظلم ضده تقديم طلبات عارضة وإبداء الدفع المختلفة

كالدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المحلي أو بالإحالة كما يجوز التدخل والادخال في الخصومة . واذا

(1) والي ، فتحي ، الوسيط في القانون المدني ، مرجع سابق ص445.

(2) بينما ترفع المعارضة بتكليف الحضور وهو ما كانت ترفع به سائر الدعاوى في ظل القانون الملغى-وقد ابقى القانون

100 لسنة1962 على هذا النص ضمن نصوص المعارضة ، حيث تجوز ، وهو فعلة قانون المرافعات الجديد ، رغم

انه عدل طريقة رفع الدعوى فأصبح الإجراء الذي ترفع به الدعوى هو إيداع صحيفتها قلم الكتاب (م63) ، والي

، الوسيط في القضاء المدني ص469.

كانت المادة 1/207 قد أطلقت التعبير فنصت على أن التظلم ينظر طبقاً للقواعد والإجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى بينما اجتزأ المشرع الأمر بالنسبة للمعارضة فنص على أن المعارض يعتبر في محكم المدعى بالنسبة لسقوط الخصومة في المعارضة وتركها (م 391 مرافعات قديم) فإن حكم المادة 1/207 يتجه اليه جانب من الفقه دون نص ، وإذا تخلف المتظلم عن الحضور في الجلسة الأولى المحددة لنظر التظلم ، حكمت المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن (م 2/207) .

وإذا قضت المحكمة بإلغاء الأمر ، وجب عليها أن تفصل في الموضوع اذا كانت مختصة به .

ثامناً : اللجوء لطريق الطعن الأعلى هل يفيد النزول عن حق المعارضة ؟

إن اللجوء لطريق الطعن الأعلى يفيد النزول عن حق المعارضة ، وذلك أن مفاد نص المادة 385 من قانون المرافعات السابق معدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1962 م والمادة 387 واللتين أبقتا عليهما المادة الأولى من القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية القائم أنه : وإن كان الأصل هو استنفاد الطرق العادية أولاً ، ثم يباشر بعدها الطعن بالطرق غير العادية إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بالنسبة للحالات التي يجوز فيها المعارضة ، فنص على أنه إذا صدر حكم غيابي يمكن الطعن عليه بالمعارضة ويقبل كذلك الطعن بالاستئناف أو التماس إعادة النظر أو النقض فإن الطعن بأحد هذه الطرق من جانب الخصم الغائب يسقط حقه في الطعن بالمعارضة .

المطلب الثاني : الطرق غير المنصوص عليها :

هناك ضمانتان للمحكوم عليه غيابياً رغم عدم النص عليهما في الأنظمة، سأتناولها عبر الفرعين التاليين:

الفرع الأول : مبدأ احترام حقوق الدفاع:

حيث لا يجوز لأحد الخصوم أن يقدم طلبات جديدة أو يعدل طلبات شفاهة في الجلسة التي تغيب فيها الخصم، بل يجب إعلان الخصم الغائب بما وإذا استند إليها القاضي في حكمه دون إطلاع الخصم عليها وتمكينه من الرد يكون الحكم قابلاً للطعن لإخلاله بحق الدفاع.

وقد جاء هذا الحظر ولكنه في موقع آخر في غير الجلسات بالنص الصريح أي في مرحلة المداومة التي تتم بين القضاة في حالة تعددهم قبيل صدور بالحكم إذ نصت المادة (160) مرافعات على أنه " لا يجوز للمحكمة أثناء المداومة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الآخر"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في الخصومة :

مفادها أن مجرد غياب الخصم لا يعني اتجاه إرادته نحو التسليم ولو تسليماً مفترضاً بطلبات خصمه، لأن الأصل أنه لا ينسب لساكت قول وبالتالي لا نفترض للغائب إرادة فعل. فالإرادة لا تفترض ولذلك فالمحكمة عندما تنظر الدعوى في غيبة أحد الخصوم إنما تنظرها بشكل موضوعي ومجرد، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة والأنظمة المرعية، دون أن نفترض تنازل من جانب الغائب، أو تسليماً لخصمه بطلباته، فقد تنزل حكم الشرع أو النظام على واقعات الدعوى فيصدر الحكم لصالح الخصم الغائب سواء كان هو المدعى عليه أو المدعي⁽²⁾.

(1) دويدار ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية ، دار حافظ ، الطبعة الأولى 1428هـ ، ص 455.

(2) دويدار ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية ، مرجع سابق ص 455.

المطلب الثالث : أثر الدفع وظهور الغائب :

تمهيد :

" إذا كان الدفع دعوى فلا شك أن ينتج عنه ما ينتج عن الدعوى, فمتى حصل الدفع من المدعى عليه أو ممن له شأن فيه صار المدعى عليه مدعياً والمدعى مدعياً عليه, وحينئذ يسير القاضي مع الخصوم في هذا الدفع كسيره في الدعوى الأصلية" ⁽¹⁾ , وسأتناول في هذا المطلب أثر الدفع وظهور الغائب في الفقه والأنظمة الحديثة .

الفرع الأول : اثر الدفع وظهور الغائب في الفقه الإسلامي :

سبقت الإشارة إلى كيفية ذلك عند الكلام عن طرق الدفع ⁽²⁾ , فإذا حضر الغائب وأثبت دفعه فإن القاضي ينقض الحكم الصادر عليه في غيابه ويأمر برد ما أخذ منه , فإن كان القضاء عليه بعقوبته عبده وأقام دعواً صحيحاً بطل العتق. وإن كان القضاء عليه بثبوت دين وقد استوفى من ماله رد إليه ما أخذ منه. وإن حكم عليه بتسليم عقاره للمدعي أو بيعه لوفاء دينه أو لنفقة زوجته أو نحو ذلك فإنه يرد إليه عقاره - ولو انتقل إلى يد غيره - ويعتبر البيع لاغياً. وإن كان الحكم عليه في عين ثم زالت فإن كانت مثلية فله مثلها وإلا رجع على المحكوم له بالقيمة ⁽³⁾ , وإن كان القضاء على الغائب بفسخ نكاحه لعدم النفقة, ثم أثبت أنه ترك لها نفقة, أو أنه وكل من ينفق عليها, أو جرح شهود عدم النفقة, أو نحو ذلك, فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الحكم ينقض وترد إلى الغائب زوجته. وإليه ذلك المالكية ⁽⁴⁾ .

القول الثاني: إنه إذا عاد الزوج وادعى أن له مالا بالبلد خفي على يئنة الإعسار , لم يؤثر هذا الدفع على الحكم , إلا أن يثبت أيضاً أن زوجته كانت تعلم وجود ماله في البلد وأنها كانت قادرة على النفقة منه على نفسها. فإن أثبت ذلك نقض الحكم, لأنه يتبين حينئذ بطلان الفسخ. وإليه ذهب الشافعية ⁽¹⁾ .

(1) نظرية الدعوى - ياسين 192/2, 193.

(2) يُنظر المبحث الأول من هذا الفصل .

(3) انظر: البهجة 96/2 والقضاء على الغائب ص 286.

(4) انظر: البهجة 399/1, والخرشي 200/4.

القول الثالث: إن الحكم لا ينقض ولا ترد إلى الغائب زوجته, ذلك أن فسخ نكاح الغائب لتعذر النفقة يعتبر فسخاً لا رجعة فيه, ولا ترجى فيه الحجة للغائب, قياساً على الفسخ من أجل العنة. وإليه ذهب الحنابلة⁽²⁾.

الترجيح: الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول الثاني, فهو قول وسط بين إفراط القول الذي فتح الباب على مصراعيه لما لدى الغائب من حجج, وبين تفریط القول الثالث الذي قطع على الغائب حجته واستثنى - بلا مبرر مقبول- هذه المسألة من القاعدة العامة التي هي إرجاء الحجة للغائب, وأما القياس على الفسخ من أجل العنة فهو قياس مع الفارق فلا تقوم به حجة, لأن من القواعد الأصولية المقررة شرعاً أنه (لا قياس مع الفارق) وبيان ذلك: أن الحكم بالفسخ من أجل العنة قد تم حين قيام هذا العيب بالزوج لإزالة الضرر الواقع على الزوجة, فلو شفي الزوج بعد ذلك لم يحق له الرجوع إلى زوجته بالعقد الأول, لأن شفاؤه لا يزيل ما لحقها من ضرر حين عنته, ولا يؤثر في صحة الأصل الذي بني عليه الحكم حين صدوره وهو وجود العنة, أما الحكم بفسخ نكاح الغائب لعدم النفقة, فإذا حضر الغائب وأثبت أن له مالا بالبلد, أن زوجته كانت تعلم بوجود هذا المال, وأنها كانت قادرة على النفقة منه على نفسها, فإن هذا الدفع الثابت يدل على عدم صحة الأصل الذي بني عليه الحكم حين صدوره وهو عدم النفقة, وبالتالي ظهر بطلان الفسخ ولزم نقض الحكم؛ لأن الزوجة بسوء نية منها أرادت استغلال فرصة غياب زوجها حتى تفسخ نكاحها, بينما هي غير متضررة في الحقيقة, أما بالنسبة للقول الأول فيمكن أن يرد عليه بأن الغائب إذا أثبت - مثلاً - أن له مالا بالبلد فقط فإن هذا لا يعتبر دفعاً كافياً لنقض الحكم, لأن عدم علم الزوجة بهذا المال وعجزها عن النفقة منه على نفسها يجعله في حكم المعدوم مع عدم وجود الوكيل الذي يتولى النفقة عليها والله أعلم.

الفرع الثاني: أثر الدفع وظهور الغائب في الأنظمة الحديثة:

إن الدفع في الاجراءات الحديثة يترتب على قبوله آثار تختلف باختلاف أنواعه, وبيان ذلك فيما يلي:

1. أثر الدفع الموضوعي: يترتب على الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به, فيخسر المدعي دعواه بصفة نهائية لا يستطيع معها أن يرفع جديدة ويطلب اليوم ما خسره

(1) انظر: مغني المحتاج 442/3, وتحفة المحتاج 342/8.

(2) انظر: كشاف القناع 480/5, وشرح منتهى الإرادات 253/3, والمغني 247/9, 248.

بالأمس, وذلك أن قوة الشيء المحكوم به تحول بينه وبين رفع دعوى جديدة في الموضوع نفسه الذي سبق البت فيه من قبل القضاء بصفة نهائية⁽¹⁾.

2. أثر الدفع بعدم قبول الدعوى: وأما الحكم بعدم قبول الدعوى فيترتب عليه زوال إجراءات الخصومة وزوال سائر الآثار النظامية المترتبة على قيامها, كقطع مدة التقادم, وأحياناً يقتصر الأثر على ذلك ويكون من الممكن تجديد الدعوى, وأحياناً يتعدى إلى عدم جواز تجديدها كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق⁽²⁾.

3. أثر الدفع الشكلي: الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق المدعى به, ولا يترتب عليه إنهاء النزاع, وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة, ومع أنه لا يؤدي إلى ضياع حق المدعي إلا أن قبول هذا الدفع قد يضطر المدعي إلى تأخير دعواه أو تجديدها, وتارة يمكنه تجديدها حالاً, وتارةً يجب عليه الانتظار مدةً معلومةً أو إجراء أعمال مخصوصة, ولكن حقه لا يضيع لمجرد رفض الطلب الأول نتيجةً لقبول الدفع, اللهم إلا إذا كان حقه على وشك السقوط بمضي المدة ورفضت دعواه الأولى بسبب الشكل, ثم سقط الحق بمضي المدة قبل أن يمكنه رفع دعوى جديدة, فيكون السبب في سقوط حقه هو التقادم لا الحكم بقبول الدفع الشكلي⁽³⁾.

كذلك إذا صدر حكم غيابي فطعن فيه المحكوم عليه غيابياً بالمعارضة بصحيفة معارضة ثم دفعها المعارض ضده بدفع شكلي ببطلان صحيفتها, وحكم ببطلان صحيفة المعارضة, فالأصل أن هذا الحكم لا يمنع من تجديد المعارضة بصحيفة جديدة مصححة, ولكن قد يمتنع تجديد المعارضة إذا كان ميعادها قد انقضى عند تجديد الطعن⁽⁴⁾, هذا وإن بعض الدفوع الشكلية لا يترتب عليها انقضاء الخصومة من أولها وإنما بطلان عمل من أعمالها, وهذه هي الدفوع ببطلان إجراء من إجراءات الخصومة, حيث يترتب على الحكم بها بطلان الإجراء الذي وجه إليه الدفع واعتباره كأن لم يكن, فيسقط هذا الإجراء ويسقط معه جميع

(1) انظر: المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف ص 285, ونظرية الدفوع - أحمد أبو الوفا ص 18-836.

(2) انظر: نظرية الدفع بعدم القبول - نبيل عمر ص 295, وما بعدها, ونظرية الدفوع - أحمد أبو الوفا ص 890 وما بعدها. ونظرية الدعوى - ياسين 198/2, والوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - رمزي سيف ص 449.

(3) انظر: المرافعات المدنية والتجارية - عبد الحميد أبو هيف, ص 285, ونظرية الدفوع - أحمد أبو الوفا, ص 18, وأصول المرافعات - أحمد مسلم, ص 549.

(4) انظر: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - رمزي سيف, ص 409.

الإجراءات المتأخرة عنه والآثار النظامية المترتبة عليه, ولكنه لا يؤثر فيما سبقه من الإجراءات ما لم ينص النظام على خلاف ذلك, كما أنه لا يؤثر على الإجراءات التالية له إذا كان لها كيان مستقل ولم تكن مترتبة عليه ⁽¹⁾.

وينبغي التنبيه هنا إلى أن الحكم الصادر من محكمة النقض المتضمن نقض الحكم في الدعوى يترتب عليه إلغاء جميع الأحكام التي اتخذ الحكم المطعون فيه أساساً لها, وذلك أيّاً كانت المحكمة التي أصدرتها. وإذا كان الحكم لم ينقض إلا في جزء منه بقي نافذاً فيما يتعلق بالأجزاء الأخرى ما لم تكن مترتبة على الجزء المنقوض (المادة 271 مرافعات مصري) .

وبناءً على هذا تزول بزوال الحكم المنقوض جميع إجراءات أعمال التنفيذ التي تمت بناءً عليه, كالتكليف بالوفاء, والحجز, وإجراءات نزع الملكية, وتسليم العقارات, ودفع النقود, كما يزال ما تم من بناء أو غراس, وكذلك سد الفتحات والمنافذ, ومد الطرق والمساقى ⁽²⁾.

فإذا ظهر الغائب ودفع الحكم الصادر ضده فإنه يترتب على هذا الدفع ما تمت الإشارة إليه حسب نوعيته, أما بالنسبة لزوجته التي تم التفريق بينها وبينه بسبب تعذر النفقة عليها, فإنه إذا حضر ودفع الحكم بوجود مال له كانت زوجته عالمةً به, وكان باستطاعتها النفقة منه على نفسها, فإن هذا الدفع يكون من باب الدفع الموضوعية, فإذا أثبتته نقض الحكم الصادر ضده وأعيدت زوجته إليه - وفق ما تم توجيهه آنفاً - أما إذا لم يستطع إثبات ذلك الدفع فإن كانت زوجته مازالت في العدة فإنها تعاد إليه وذلك بناءً على المادة 6 شخصية نفقة مصري), لأن الطلاق في هذه النظم يقع رجعيّاً ما لم يوجد سبب آخر

(1) انظر: (المادة 159) من القانون الإيطالي, وهي تنص على " أن الحكم ببطلان إجراء لا يستتبع بطلان ما تقدم عليه من إجراءات, كما لا تبطل الإجراءات المتأخرة عليه إذا كان لها كيان مستقل بذواتها ولم تكن متعمدة عليه ", وتنص هذه المادة أيضاً على " أن بطلان جزء من إجراء لا يمتد إلى الأجزاء الأخرى منه, وإذا كان العيب يمنع أثراً معيناً للإجراء فإنه ينتج باقي آثاره إذا كان صحيحاً صالحاً لإنتاجها ". أ. هـ. وتوجه النظم الجديدة إلى الأخذ بمبدأ البطلان الجزئي للإجراء لا البطلان الكلي كالنظام الإنجليزي.

انظر: نظرية الدفع - أحمد أبو الوفا, ص 313 .

(2) انظر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - نبيل عمر, ص 402, والتعليق على نصوص قانون المرافعات - أحمد أبو الوفا, 974/1 .

للبينة مثل وقوعه قبل الدخول أو مكماً للثلاث⁽¹⁾ ، ويشترط لصحة الرجعة أن يثبت الزوج يساره بحيث يقدر على مداومة النفقة ويستعد للإنفاق وذلك أخذاً مما ذهب إليه فقهاء المالكية⁽²⁾ .

الفصل الخامس

الخلاصة وأهم النتائج والتوصيات

تناولت في هذه الدراسة الحديث عن الأحكام المتعلقة بالمعارضة على الحكم الغيابي ، وقد تطرقت قبل بيان ذلك للقضاء كمنزلة سامية وعالية وبينت أن القضاء يتميز عن الإفتاء بصفة الإلزام وأن أي دعوى ترفع للمحاكم تحوي أركانها الأربع : المدعى والمدعى عليه والحق المدعى (المدعى به) والصيغة ، مع ما له من أهمية في حضور أطراف الدعوى عند القضايا المنظورة ، لأن ذلك من أهم عوامل تحقيق العدل واستقراره

(1) انظر: مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقليمين المصري والسوري، ص191.

(2) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 519/2 ، ومواهب الجليل ب- الخطاب، والتاج والإكليل- الموافق

وإيصال الحق لأصحابه ، وقد وضع المنظم السعودي جملة من الحقوق التي تمنح لأحد أطراف الدعوى حال غيابه وذلك من أجل ضمان عدم ضياع الحقوق حال الغياب بعذر قاهر لم يتمكن من خلاله الغائب من الحضور ، وإلى ذلك حفظ للطرف الموجود كل الحق في تحصيل حقه حال كون الغياب بدون عذر وإنما لتطويل الإجراءات وتعطيل الأحكام والحقوق بحيث تم ضبط ذلك بمجموعة من القيود التي تخفف من أثر ذلك الغياب ، والمنظم في هذه الإجراءات وافق الشريعة الإسلامية في حفظ الحقوق وعدم ضياعها ، وقد حددت المادة الثامنة والخمسون من نظام المرافعات الشرعية السعودي أحكام المعارضة على الحكم الغيابي ، وقد تطرق الباحث في دراسته حول هذه الأحكام مع ما ورد كذلك في لائحته التنفيذية ، وحتى يكون الحديث حول أحكام المعارضة جلياً مفهوماً كان لزاماً التوطئة له بجملة من الأحكام التي تمنح الحكم القضائي الحجية بشكل عام والحكم الغيابي بشكل خاص مع بيان الأحكام الفقهية والنظامية للغائب وأحواله وآثار غيابه .

وكان من أهم النتائج والتوصيات المستخلصة من هذه الدراسة ما يلي :

أولاً : النتائج /

- 1- للقضاء منزلة سامية رفيعة في الفقه الإسلامي وفي الأنظمة والإجراءات الحديثة ، ولدى جميع الأمم سواء كانت مسلمة أم كافرة فالعدل مطلب للجميع .
- 2- ينبغي للمدعي أن يدعوا خصمه للقضاء برفق ولين لأن هذا من الأخلاق المأمور بها ومما حثت عليه الشريعة .
- 3- الأصل في الحكم في الشريعة الإسلامية وكذلك الأنظمة الحديثة أن تكون حضورية لأنه بها يتحقق استقرار العدل إلا أنه في حالات معينة يكون الحكم غيابياً حفظاً للحقوق من الضياع أو الإهمال .
- 4- يجوز سماع الدعوى والبينة على الغائب مطلقاً ، وبدون شروط خاصة بذلك .
- 5- هناك فرق بين الحكم الغيابي وبين الحضور من حيث أثر الحكم القضائي في قطع الخصومة وكذلك من حيث اشتراط مستند الحكم ومن حيث النفاذ .
- 6- الأصل في الحكم القضائي أن يكون نهائياً وقابلاً للتنفيذ وعدم قبوله للنقض ، متى كان مستكماً للشروط المطلوبة شرعاً ونظاماً .

- 7- انفرد النظام السعودي بأن الحكم إذا كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه ينقض
- 8- الطعن في الأحكام جائز ، وهي بصفة عامة :
- المعارضة وهو خاص بالأحكام الغيابية .
 - الاستئناف .
 - إلتماس إعادة النظر .
 - النقض .
- 9- تتفق الأنظمة والإجراءات الحديثة مع الفقه الإسلامي في نوعين من الدفوع :
- الدفع الموضوعي : وهو الدفع الذي يوجهه المدعي عليه إلى الحق الذي يطالب به المدعي في دعواه .
 - الدفع بعدم قبول الدعوى : وهي التي تسمى في الفقه الإسلامي بدفع الخصومة وهو الدفع الذي يوجه إلى حق المدعي في رفع الدعوى .
- 10- الدفوع الشكلية حظيت بإهتمام من واضعي نظم المرافعات ولم تحظ بإهتمام فقهاء المسلمين .
- 11- أن الدفوع قد يكون قبل إجابة الدعوى وقد يكون قبل الحكم وقد يكون بعده حسب الأحوال .
- 12- متى حضر الغائب وقدم طعناً صحيحاً فإن الحكم الصادر ينقض ويعاد إليه ما حكم عليه ضده .
- 13- يجب تنفيذ الحكم الغيابي فور صدوره متى توفرت الشروط اللازمة لذلك .
- 14- هناك أنواع لغياب أطراف الدعوى سواءً للمدعي أو للمدعى عليه أو معاً أو حال تعددهم فيما بينهم ، ولكل نوع مما سبق أحكام خاصة .
- 15- حتى يحوز الحكم للحجية في الأمر المقضي به هناك أسس ومظاهر لذلك ، وكذلك حدوداً وقيوداً له .
- 16- هناك فرق بين الحجية للأمر المقضي به وبين قوة الأمر المقضي به .
- 17- حدد النظام وقتاً للدفع في الحكم الغيابي ليحوز الحكم على الحجية .

18- هناك فرق بين طرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) وبين الطرق غير العادية (التماس إعادة النظر والنقض) ولهذا التفريق أهمية علمية .

ثانياً : التوصيات /

- 1- لم تحظ المعارضة على الحكم الغيابي بحظ وافر من المؤلفات المتخصصة فيه بل إن كثيراً من المؤلفات تناولت أحكام الحضور والغياب بإسهاب ، لذا أحكام المعارضة على الحكم الغيابي بحاجة إلى أن تؤخذ كلاً على حدة وتبحث بشكل موسع ومؤصل ومقارن .
- 2- يرى الباحث أن يتم الاستعانة بالتقنية الحديثة لتحجيم أثر الغياب في القضايا المنظورة .
- 3- بعض أطراف الدعوى يمتلك طرقاً في التحايل وإبطاء التفاعل مع حالات الاستدعاء المقدمة منه أو غيابه لذا يقترح الباحث وضع إجراءات أكثر حزمًا في عملية الاستدعاء والمعاقبة الصريحة لحالات التخلف الغير مبررة .
- 4- يقترح الباحث تفعيل دور الإعلام في نشر التوعية في المجتمع في تحقيق رسالة القضاء من خلال إيصال الحقوق لأهلها لتحقيق الحد الأدنى - على أقل تقدير - من الفهم والتوعية لدى أفراد المجتمع .

فهرس الآيات القرآنية

م	الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة
1	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ } .	آل عمران - 102	1
2	{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا } .	النساء - 1	1
3	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا □ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا } .	الأحزاب 70-71	1

4	{ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ }	الحديد - 25	1
5	{ وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ * قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي ... }	يوسف - 23	17
6	{ وَرَبُّكَ الْغَنِيُّ ذُو الرَّحْمَةِ إِنْ يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَسْتَخْلِفْ مِنْ بَعْدِكُمْ مَا يَشَاءُ كَمَا أَنْشَأَكُمْ مِنْ ذُرِّيَّةِ قَوْمٍ آخَرِينَ }	الأنعام- 133 .	48
7	{ وَاكْتُبْنَا لَكَ فِي هَذِهِ الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ إِنَّا هُنَا إِلَيْكَ قَالٍ عَذَابِي أُصِيبُ بِهِ مَنْ أَشَاءُ وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ فَسَاكْتُبُهَا لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِنَا يُؤْمِنُونَ }	الأعراف- 156 .	48
8	{ وَرَبُّكَ الْغَفُورُ ذُو الرَّحْمَةِ لَوْ يُؤَاخِذُهُمْ بِمَا كَسَبُوا لَعَجَّلَ لَهُمُ الْعَذَابَ بَلْ لَهُمْ مَوْعِدٌ لَنْ يَجِدُوا مِنْ دُونِهِ مَوْئِلًا }	الكهف- 58 .	48
9	{ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ }	ص - 26	62
10	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ }	النساء - 59	62
11	{ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ }	المائدة - 48.	118
12	{ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ }	المائدة - 44.	118

فهرس الأحاديث النبوية

م	طرف الحديث	الصفحة
1	" إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له من النار "	17
2	" إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر ،	17

	فسوف تدري كيف تقضي " قال علي : فما زلت قاضياً بعد " .	
25	" لا شخص أحب إليه العذر من الله ، من أجل ذلك بعث الله المرسلين مبشرين ومنذرين "	
46	" لا ضرر ولا ضرار "	3
118	" من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد "	4

قائمة المصادر والمراجع

- أنيس ، إبراهيم وآخرون ، المعجم الوسيط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1393هـ
- الأبياني، محمد زيد، مباحث المرافعات والتوثيقات والدعاوي الشرعية ، الطبعة الثانية، 1331هـ
- الأسيوطي ، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي ، جواهر العقود ومعين القضاة ، الطبعة الثانية ، 1374هـ

- الأزهرى ، صالح ، جواهر الإكليل ، دار الجيل ، د.ط ، 1997م .
- الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، د.ط، 1323هـ
- أفندي، علي حيدر، أصول استماع الدعوى، مطبعة الترقى، دمشق، د.ط، 1923م
- الأنصاري، زكريا بن محمد، الإعلام والاهتمام، عالم الكتب، د.ط، 1984م
- أحمد ، فؤاد عبد المنعم ، مذكرة الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودية ، جامعة نايف
- بابكر ، علي يحيى ، فهرسة اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، مكتبة القانون والاقتصاد، ط1، 1430
- البيهقي، أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، دار الكتب العلمية ، د.ط ، د.ت
- الباجوري ، إبراهيم ، حاشية الباجوري على شرح الشنشوري في علم الفرائض ، مصر ، د.ط ، د.ت
- البغدادي ، عبد الوهاب بن علي ، عيون المجالس ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 1421هـ
- البركتي ، محمد عميم ، التعريفات الفقهية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ، الطبعة الثانية ، 2009م
- البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، موقع وزارة الشؤون الإسلامية في المملكة العربية السعودية ، نسخة إلكترونية .
- بديوي ، عبد العزيز إبراهيم خليل ، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام ، دار الفكر العربي ، د.ط ، د.ت
- البخاري ، عمر بن عبد العزيز بن مازة ، شرح أدب القاضي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، الطبعة الأولى ، 1397هـ .
- البهوتي ، منصور بن يونس ، كشف القناع على متن الإقناع ، دارالفكر ، د.ط، 1402هـ
- التونسي ، الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ، دار الغرب الإسلامي ، د.ط ، 1993م
- التميمي ، أحمد بن محمد المنقور ، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة ، المكتب الإسلامي ، د.ط ، 1960م
- الحفناوي ، عبد المجيد ، أصول التشريع في المملكة العربية السعودية ، د.ط ، د.ت

- الحجاوي ، موسى بن أحمد ، الإقناع لطالب الانتفاع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، د.ط ، 1429هـ
- ابن حجر، أحمد، فتح الباري، دار المعرفة ، د.ط ، د.ت
- الحميدان ، حميدان بن عبد الله ، أحكام المرافعات في الفقه الإسلامي ، د.ط ، د.ت
- آل خنين ، عبد الله بن محمد ، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، مؤسسة الريان ، الطبعة الثالثة ، 1430هـ
- خلف ، عبد الجواد ، الغائب وأحكام القضاء ، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ، الطبعة الأولى ، 2008م
- الخرشبي ، محمد عبد الله ، الشرح الصغير على مختصر خليل ، دار الكتب الناصرية ، د.ط ، د.ت
- جرجس ، د. جرجس ، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1996م
- الجعيد ، محمد خلف ، حجية الأمر المقضي ، معهد الإدارة العامة ، د.ط ، 1406هـ
- جميعي ، عبد الباسط ، مبادئ المرافعات ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، د.ط ، 1978م
- الجوزية ، ابن القيم ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، دار عالم الفوائد ، جدة ، الطبعة الأولى 2010م
- الدسوقي ، شمس الدين محمد بن أحمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1424هـ
- الدرعان ، عبد الله ، القواعد الإجرائية ، مكتبة التوبة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1422هـ
- دويدار ، طلعت محمد ، ومحمد بن علي كومان ، التعليق على نصوص نظام المرافعات في المملكة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، د.ط ، 1422هـ
- دويدار ، د. طلعت محمد ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية ، دار حافظ ، الطبعة الأولى 1428هـ
- ابن أبي الدم، إبراهيم بن عبد الله، أدب القضاء، دار الفكر، دمشق، ط1402، 2هـ.
- راغب ، وحدي ، مبادئ القضاء المدني ، دار الثقافة الجامعية ، د.ط ، 1999م

- راغب ، وحدي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، 1967م
- ابن زكريا ، أحمد بن فارس ، مقاييس اللغة ، دار الحديث ، القاهرة ، د.ط ، 1429هـ .
- الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، مكتبة العبيكان، 1997م
- الزحيلي ، محمد مصطفى ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار البيان د.ط ، د.ت
- أ.د أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، كتابة البحث العلمي صياغة جديدة ، مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة التاسعة ، 1426هـ
- السرخسي ، محمد بن أحمد ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ط ، 1993م
- سقا ، عبد المنعم فارس ، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي ، دار النوادر ، الطبعة الأولى ، 1429هـ
- سيف ، رمزي ، الوسيط في شرح المرافعات المدنية والتجارية ، د.ط ، د.ت
- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1990م
- السماني ، علي بن محمد، روضة القضاة، مطبعة أسعد، بغداد ، د.ط ، د.ت
- الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، جدة ، د.ط ، د.ت
- الشرقاوي، عبد المنعم أحمد ، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، المطبعة العالمية، د.ط ، 1956م
- الشوكاني ، محمد بن علي ، فتح القدير ، عالم الكتب للطباعة والنشر ، د.ط ، 2002م
- شرف ، عبد الحكيم أحمد ، بحث في حجية الأحكام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، 1988م
- الشرقاوي ، عبد المنعم ، نظرية المصلحة في الدعوى ، د.ط ، د.ت
- الشيرازي ، أبي إسحق إبراهيم بن علي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العربية الكبرى ، د.ط ، د.ت
- الصالح ، محمد أديب ، مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط ، ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، 2002م
- الصنعاني ، أحمد بن قاسم ، التاج المذهب شرح متن الأزهار ، دار الحكمة ، د.ط ، د.ت
- صاوي ، أحمد السيد ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، د.ط ، 1971م

- العدوي ، أبو الحسن علي بن أحمد ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، 1994م
- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، رد المختار على الدر المختار ، دار المعرفة ، بيروت ، 1425هـ
- عامر ، عبد العزيز ، التعزيز في الشريعة ، دار الفكر العربي ، د.ط ، 2007م
- عبد القادر، محمد عبد القادر أبوفارس، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، 1995م.
- العتيبي ، سعود بن عبد العالي ، الموسوعة الجنائية الإسلامية ، دار التدمرية ، الرياض ، الطبعة الثانية ، 1430هـ
- العقبي ، تكملة المجموع ، المكتبة السلفية ، المدينة المنورة
- عمر ، نبيل إسماعيل ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، د.ط، 2006م
- العشماوي ، محمد وآخرون ، قواعد المرافعات في التشريع المصري ، د.ط ، 2006م
- العودة ، عبد الحميد بن عبد الله ، أحكام غياب الخصوم في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير - جامعة الإمام محمد بن سعود
- عليش، محمد بن أحمد ، فتح العلي المالك ، دار الفكر، د.ط، 1958م
- الغزي ، عيسى عثمان عيسى ، أدب القضاء ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة ، الطبعة الأولى ، 1417هـ .
- الغزالي ، أبي حامد ، المستصفى من علم الأصول ، دار الكتب العلمية ، د.ط ، 2008م
- فهمي ، محمد حامد ، المرافعات المدنية والتجارية ، مطبعة فتح الله إلياس ، مصر ، د.ط ، 1940م
- ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1301هـ
- فودة ، عبد الحكيم ، حجية الأمر المقضي به ، دار الفكر والقانون ، د.ط ، د.ت
- فودة ، عبد الحكيم ، المعارضة في المواد الجنائية والمدنية والشرعية ، دار الفكر الجامعي ، د.ط ، 1992م

- الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، دار الرسالة ، بيروت ، الطبعة السادسة ، 1419هـ
- الفوزان ، الوسيط في نظام المرافعات الشرعية السعودي ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الطبعة الأولى ، 1430هـ
- ابن قدامة ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، هجر للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، 1413هـ .
- قراعة ، علي محمود ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، د.ط ، د.ت
- القراني ، الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، مطبعة الأنوار ، د.ط ، د.ت
- الجوزيه ، ابن القيم ، أعلام الموقعين ، دارا لجيل ، د.ط ، 1999م
- الكرمي ، مرعي بن يوسف ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، د.ط ، د.ت
- الكرخي، عبد الله بن الحسين، أصول الكرخي، مكتبة الملك فهد، الرياض، د.ط، د.ت.
- الكاساني ، أبوبكر بن مسعود ، بدائع الصنائع ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ظ ، 1420هـ
- الكشناوي ، أبو بكر بن حسن ، أسهل المدارك ، دار الكتب العلمية ، د.ط ، 1995م
- الكناني ، سلمون بن علي ، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام ، دار الكتب المصرية ، د.ط ، د.ت
- اللاحم ، صالح ، أحكام الغائب ، رسالة دكتوراة مقدمة لقسم الفقه بكلية الشريعة – الرياض
- اللاحم ، عبد الكريم محمد ، نقض الأحكام القضائية ، دار إشبيليا ، د.ط ، 1998م
- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، أدب القضاء ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1391هـ
- مبروك ، عاشور ، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، 1998هـ
- المقدسي ، شمس الدين عبد الرحمن بن محمد ، الشرح الكبير ، د.ط ، 1419هـ
- المرادوي، علاء الدين سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث، بيروت، د.ط ، 1410هـ

- المرزوقي ، محمد بن محمد ، السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1425هـ
- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، د.ط ، 1400هـ
- المقرري ، أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير ، د.ط ، د.ت
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتب، بيروت، د.ط ، 1423هـ
- ابن منظور ، جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة السابعة ، 2011م
- مسلم ، أحمد ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، د.ط ، د.ت
- ابن مفلح ، محمد ، الفروع ، دار عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ، 1985م
- النووي ، أبوزكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، دار عالم الكتب ، بيروت ، د.ط ، 1410هـ
- ابن نجيم ، عبد الله بن أحمد السلفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الدار المعرفة للطباعة ، الطبعة الثانية ، د.ت
- نشأت ، أحمد ، رسالة الإثبات ، مكتبة العلم ، د.ط ، 2005م
- نظام ، عبد الرحمن ، الفتاوى الهندية ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، 1400هـ
- النيسابوري ، مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، د.ط، د.ت
- والي ، فتحي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1975م
- والي ، فتحي ، الوسيط في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ط ، 2009م
- أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د.ط ، د.ت
- أبو الوفا ، أحمد ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، مؤسسة المعارف ، د.ط ، 1991م
- أبو الوفا ، أحمد ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، د.ط ، د.ت
- ابن هبيرة ، أبي المظفر عون الدين يحيى ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، دار الوطن ، الطبعة الثانية ، 1417هـ
- ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، د.ط ، 1424هـ
- أبو هيف ، عبد الحميد ، المرافعات المدنية والتجارية ، د.ط ، د.ت

- الهيثمي ، أحمد بن محمد بن علي ابن حجر ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ط ، 1983م
- ياسين ، د. محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النفائس ، الطبعة الثانية ، 1432هـ
- ياسين, د. محمد نعيم, حجية الحكم القضائي, دار الفرقان, الطبعة الأولى, 1984م
- ابن يوسف: مرعي بن يوسف الحنبلي, غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى , مؤسسة دار السلام, دمشق, الطبعة الأولى ، د.ت