# ضمانات القضاء على الغائب
## دراسة فقهية مقارنة بقانوني المرافعات والإجراءات الكويتي*

الدكتور

محمد يوسف المحمود*

## المُلخص

تهدف الدراسة إلى بيان الضمانات التي ذكرها فقهاء المسلمين عند القضاء على الخصم الغائب عن مجلس الحكم، وهي ضمانات الغرض منها تحقيق العدالة بين الخصمين، وحفظ حق الغائب منهما، ومقارنة ذلك بالقانون الكويتي.

وقد احتوت الدراسة على مقدمة وتمهيد وأربعة مطالب وخاتمة، تناولت هذه المطالب الحديث عن مسألة القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وخلاف الفقهاء فيها والأدلة والمناقشات والموازنة، كما تناولت ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي، واشتملت على سبع ضمانات، كما تناولت ضمانات القضاء على الغائب في القانون الكويتي، واشتملت على خمس ضمانات، ثم الخاتمة وتم فيها المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي في ضمانات القضاء على الغائب.

وقد اعتمد الباحث في منهجية الدراسة على المنهج الوصفي والاستقرائي والاستنباطي والمقارن، وتوصل الباحث إلى النتيجة التالية:

أن ضمانات القضاء على الغائب شملت المراحل الزمنية للتقاضي بكل تفاصيله مما يدل

* أجيز للنشر بتاريخ ١٧/ ١١/ ٢٠١٩.

* الأستاذ المساعد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية- جامعة الكويت.



المنارة للاستشارات

www

**على خاصية الشمول وإثراء الأحكام في الفقه الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية، وتمثل هذا التميز ببعض الضمانات كنوع الحكم الغيابي واقتصاره على ما كان من حقوق العباد دون حقوق الله وضمانة تعيين المسخر لمواجهة المدعي في دعواه ونحوها، أما الضمانات القانونية فهي إجراءات احترازية لحفظ حق الغائب، ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من الاستفادة منها.**

**وتوصي الدراسة بضرورة تكثيف الدراسات البينية بين الفقه الإسلامي والقانون لما فيها من إثراء وتكميل للثغرات القانونية، كما أنّ هذا النوع من الدراسات البينية يؤدي غالباً إلى مخرجات ذات جودة عالية مزودة بمعلومات تكاملية يفيد بعضها من بعض.**

**الكلمات الدالة:**

**القضاء على الغائب، ضمانات القضاء، الفقه الإسلامي، قانون المرافعات والإجراءات الكويتي، مقارنة الفقه الإسلامي بالقانون الكويتي.**

# المقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

وبعد، فإن المقصد الأسمى من القضاء هو تحقيق العدالة وفق كتاب الله وسنة نبيه، ولتحقيق هذا المقصد، فإنه ينبغي تحقيق جملة من الاشتراطات والواجبات والاحترازات والإجراءات، وهذا مبسوط بإسهاب في كتب الفقهاء في أبواب القضاء والدعوى والإثبات.

ومن مظاهر تحقيق هذه العدالة تمكين المدعي والمدعى عليه من إبداء الإثباتات الموجودة والدفوع المطلوبة، بإعطاء كل من الخصمين حقه في المرافعة، قطعاً لدابر الخلاف والنزاع،



المنارة للاستشارات
www

وإغلاق باب الشر والفوضى في حال انتفاء تحقيق هذه الإجراءات.

ولا يتأتى تقديم هذه الإثباتات والدفوع إلا بحضور الخصمين والاستماع إليهما، كما جاء في حديث علي بن أبي طالب – رضي الله عنه – قال: «...**فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء**»(١).

وهذا الأصل القضائي قد ينخرم بتعذر حضور أحد الخصمين أو مَن يُمثله لمجلس القضاء في الموعد المحدد سلفًا لانعقاد الجلسة، مما يحول دون السماع من أحد الخصمين، فتختل إحدى مقومات العدالة المطلوبة كما ورد آنفاً، والكلام عن عدم حضور المدعي في موعد الجلسة ليس إشكالًا كبيرًا؛ لما يُعلم من طبيعة الدعوى القضائية الشخصية أنها مباحة لا يجبر على رفعها، فعدم حضوره قد يكون بسبب عزوفه عن الاستمرار في الدعوى، فلا يجبر عليها كما لم يجبر على رفعها ابتداء(٢).

إلا أن الإشكالية في هذا الباب تكمن في غياب المدعى عليه عن الجلسة القضائية، وهو ما قصده الفقهاء في كتبهم عند كلامهم عن مسألة القضاء على الغائب، فالمقصود بالغائب هنا هو المدعى عليه.

ومسألة القضاء على الغائب تعد من أمهات المسائل في باب القضاء، والخلاف فيها جوهري، وله أثر فقهي، ومرجع هذا الخلاف بين الفقهاء هو سعي كل فريق منهم إلى تحقيق أقصى درجات العدالة والإنصاف، وإعطاء كل ذي حق حقه.

---

(١) رواه أحمد بن حنبل في المسند: ٢/ ٢٢٥ (٨٨٢)، وأبو داود السجستاني في السنن، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، ٥/ ٤٣٤ (٣٥٨٢)، ومحمد بن عيسى الترمذي في الجامع الكبير، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضِي بين الْخَصْمَيْنِ حتى يَسْمَعَ كَلَامَهُمَا، ٣/ ١١ (١٣٣١) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وقد اختلف العلماء في صحة الحديث، حيث ضعفه ابن حزم وعبدالحق الإشبيلي، وحسّنه الترمذي والألباني، وصححه الحاكم. انظر: ابن حزم، المحلى ٨/ ٤٣٧، عبدالحق الأشبيلي، الأحكام الوسطى ٣/ ٣٤٣، الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين ٤/ ١٠٥، الألباني، إرواء الغليل: ٨/ ٢٢٦.

(٢) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤، علي اللخمي، التبصرة ١/ ١٤١، يحيى النووي، روضة الطالبين ١٢/ ٧، عبد الله بن قدامة، المغني ١٤/ ٢٧٥.



المنارة للاستشارات

www

فمن أجاز القضاء على الغائب غرضه إنصاف المدعي، وإعطاؤه حقه بشروط وضمانات بما لا يخل بحق المُدعَى عليه الغائب.

ومن منع القضاء على الغائب غرضه حفظ حق المدعى عليه الغائب، الذي هو الطرف الأقوى، باعتباره متمسكًا بالأصل أو الظاهر.

والمقصد من هذه الدراسة ليس بيان حكم القضاء على المدعى عليه الغائب باستقصاء الآراء الفقهية والأدلة والمناقشات وتفريعات المسألة، وإن كان ستستفتح هذه الدراسة بالإشارة إلى أصل هذه المسألة وأهم الأدلة فيها، إلا أن القصد الأولي من هذه الدراسة – كما هو عنوانها – هو بيان الضمانات التي ذكرها الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب حفظاً لحقه وعدم الإخلال بنظام العدالة، وهذه الضمانات تم استنباطها من خلال ما ذكره الفقهاء في الضوابط والاشتراطات التي ذكروها في المسألة.

**الدراسات السابقة:**

لم أقف– حسب علمي– بعد البحث عن دراسة أكاديمية أو بحث علمي عالج موضوع الضمانات المطلوبة للقضاء على الغائب، إذ غالب الكتابات الموجودة تعنى بدراسة باب القضاء والدعوى بشكل عام، ومن خلالها يتم التطرق للقضاء على الغائب كأحد المباحث في هذه الأبواب.

أما الدراسات والبحوث التي عنيت بمسألة القضاء على الغائب؛ ككتاب: هل للقاضي الحكم على الغائب؟ للأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة، وغيرها فقد ركّزت على أصل مسألة الحكم على الغائب والخلاف فيه، وجاء ذكر الاشتراطات، تبعاً وبشكل مقتضب، بخلاف هذه الدراسة فقد أوجزت الحديث عن مسألة الحكم على الغائب، وتوسعت في تفصيل وتحرير الضمانات، مع مقارنة ذلك بقانوني الإجراءات والمرافعات الكويتي.

**حدود الدراسة:**

تتناول الدراسة **موضوع ضمانات القضاء على الغائب** عند فقهاء المسلمين بذكر أقوالهم



المنارة للاستشارات
www

وأدلتهم، وموقف قانون المرافعات الكويتي، وقانون الإجراءات الكويتي.

**منهجية الدراسة:**

تفرض طبيعة البحث وأهدافه الجمع في الدراسة بين مجال الفقه الإسلامي وقانوني المرافعات والإجراءات الكويتي، ولا شك أن مثل هذه الطبيعة- في تنوع مصادرها- تفرض حتمًا على الدراسة أن تعتمد على المناهج التالية:

**أولاً: المنهج الوصفي**: ذلك بوصف الوضع الحقيقي للحالة التي عليها قانوناً المرافعات والإجراءات الكويتي في ضمانات القضاء على الغائب وبيان مدى موافقتها للآراء في الفقه الإسلامي.

**ثانياً: المنهج الاستقرائي**: وذلك عن طريق استقراء النصوص والآراء في الفقه الإسلامي وقانوني المرافعات والإجراءات الكويتي فيما يتعلق بموضوع الدراسة.

**ثالثاً: المنهج الاستنباطي**: فبعد بيان صور المسائل الفقهية واستقراء الفروع الفقهية، يتم استنباط بعض الأحكام الشرعية منها.

**رابعاً: المنهج المقارن**: وذلك من خلال المقارنة بين الآراء في الفقه الإسلامي وما أخذ به قانوناً المرافعات والإجراءات الكويتي فيما يتعلق بموضوع الدراسة.

**خطة الدراسة:**

وإذا تم هذا؛ فقد اقتضى النَّظر المنهجي تقسيم الموضوع إلى مقدمة ومبحث تمهيدي وأربعة مباحث وخاتمة:

**أما المقدمة**: ففيها إبراز لأهمية الموضوع، وسبب اختياره، ومشكلة البحث، والدراسات السابقة، والمنهجية، وتحديد الخطة.

مبحث تمهيدي، وفيه ذكر لألفاظ الدراسة وبيان معانيها.

**المبحث الأول**: حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي.

**المبحث الثاني**: ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي (وفيه سبع مسائل).



المنارة للاستشارات

www

**المبحث الثالث**: ضمانات القضاء الغيابي في القانون (وفيه خمس مسائل).
**المبحث الرابع**: المقارنة بين الضمانات في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي
**ثم الخاتمة**: وفيها النتائج والتوصيات.
سائلاً المولى عز وجل التوفيق والسداد، والإعانة والتيسير، والنفع والإفادة.

## مبحث تمهيدي:
## في بيان مفردات عنوان الدراسة

**وأهم مفردتين تناولهما عنوان الدراسة، هما الضمانات والغائب.**

### المطلب الأول:
### مصطلح الضمانات

**الضمانة لغة**: الضمانة مفرد، وجمعها: الضمانات، وهي من الفعل الثلاثي ضمن، من قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته(٣).

يقال: ضَمِنَ الشيء وضَمِنَ به- كعَلِمَ- ضماناً وضَمناً، فهو ضامن وضَمِين: كَفَلَه(٤).

**الضمانة في الاصطلاح**: الضمانة في الاصطلاح يختلف معناها تبعًا للعلم الذي تُستخدم فيه(٥):

ففي القانون يقال: ضمانة قانونية أو ضمانات دستورية، ويقصد بها: وثيقة يضمن بها طرف طرفًا آخر(٦).

وفي الاقتصاد يقال: ضمانة قرض أو ضمانات مصرفية، ويقصد بها: وثيقة يضمن بها البائع

(٣) أحمد بن فارس، مقاييس اللغة ٣/ ٣٧٢، أحمد بن محمد، الفيومي، المصباح المنير ٢/ ٣٦٤، مادة (ض م ن).
(٤) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس ٣٥/ ٣٣٧ ، محمد بن مكرم، ابن منظور، لسان العرب١٣/ ٢٥٧، مادة (ض م ن)
(٥) ينظر تلك المصطلحات في: أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة ٢/ ١٣٧١.
(٦) المرجع السابق، وينظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، ١١٠-١١١.



المنارة للاستشارات
www

خلو المبيع من العيوب وبقاءه صالحًا للاستعمال مدة معينة(٧).

وفي السياسة يقال: ضمانة دولية، ويقصد بها: تكفل الدول الكبرى أو هيئة الأمم المتحدة باستقلال دولة صغيرة، أو تنفيذ معاهدة أو اتفاق.

والمقصود بها في الدراسة، هي تلك الشروط التي وضعها الفقه الإسلامي والقانون، بحيث تتكفل هذه الشروط والضمانات بأن يكون القضاء على الغائب مستوعبًا لحفظ حقه من أخذه من غير استحقاق.

## المطلب الثاني:
## المقصود بالغائب

الكلام عن الغائب سيكون في النقاط التالية:

**أولاً: تعريفه:** الغائب اسم فاعل من الفعل الثلاثي غاب، بمعنى بان وبعُد عن المكان، وهو خلاف شهد وحضر(٨).

والغائب في الاصطلاح: يراد به في باب القضاء عند الإطلاق: الخصم المدعى عليه الذي لم يشهد ولم يحضر جلسة المحكمة بعد إعلانه ودعوته(٩).

**ثانياً: حالات الخصم الغائب:**

والغائب عند الفقهاء له حالتان: إما قريب من مجلس القضاء، وإما بعيد عنه، وقد اختلفوا في ضابط التفريق بين القرب والبعد، وهذا الخلاف بينهم له أثر فقهي، يتمثل هذا الأثر في حكم كل واحد منهما من حيث الإعذار والإجراءات كما سيأتي.

(٧) وهذا التعريف ذكره: إبراهيم مدكور وآخرون في المعجم الوسيط ١/ ٥٤٥، وزاد في آخره: أو تعهد شفوي لأحد هذين الغرضين أو نحوهما. وكتَب بجوارها: مُحدَثة، وانظر: د.نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ٢٢٢-٢٢٦.
(٨) محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، وإبراهيم مدكور وآخرون، المعجم الوسيط، مادة (غيب).
(٩) منصور البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٥٥ بمعناه.



المنارة للاستشارات
www

**ثالثاً: ضابط التفريق بين القريب والبعيد:**

اختلف الفقهاء في ضابط التفريق بين القريب والبعيد:

فهناك من قال إن الضابط في التفريق بينهما أن القريب هو من يرجع إلى منزله من غير مبيت، وإن كان فيه مبيت كان بعيدًا، وهذا الضابط ذكره الشافعية(١٠).

وهناك من قال إن الضابط في التفريق بينهما هو مسيرة ثلاثة أيام أو ستين ميلًا، فما زاد على ذلك كان بعيدًا، وهذا الضابط ذكره المالكية (والمالكية لهم في الغيبة ثلاثة أقسام: قريب ومتوسط وبعيد)(١١).

وهناك من قال إن ضابط التفريق هو مسافة قصر الصلاة، وهذا الضابط ذكره الحنابلة(١٢).

وهناك قول أرجع الأمر للحاكم في التفريق بينهما، وهو قول الشوكاني(١٣).

**رابعاً: الأثر المترتب على الحكم بالقرب والبعد:**

الغائب القريب له حالتان عند الفقهاء، إما أنه غير ممتنع عن الحضور جلسة المحكمة، فهذا يتم استدعاؤه من خلال الإعلان وترغيبه بالحضور، وتكرار إعلانه، وذكر الفقهاء جملة من الإجراءات حتى يحضر، كالتشميع على باب بيته، والمناداة عليه في الطرقات، فلا يحكم عليه غيابيًّا.

والحالة الثانية أن يمتنع عن الحضور بعد إعلانه، فهذا يُرغم على الحضور ولو بالقوة والقهر، ويرسل الحاكم أعوانه لإحضاره، فإن تترس وتعزز بقوته وسلطانه كالمتستر

(١٠) ابن أبي الدم، أدب القضاء ١/ ٥٦٣.

(١١) إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٦٩، صالح الآبي الأزهري، جواهر الإكليل ٦/ ١٤٣، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٢.

(١٢) محمد بن مفلح، الفروع ٦/ ٤٥٩، منصور البهوتي، شرح المنتهى ٣/ ٥٣١.

(١٣) محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار ٤/ ٢٩٣.



المنارة للاستشارات
www

والمتمرد، فهذا النوع وإن كان موجودًا في البلد التي فيها القاضي، فإنه يلحق بالغائب، ويحكم عليه بأنه غائب بعد إعذاره(١٤)، ويكون فيه خلاف الفقهاء في حكم القضاء على الغائب.

**أما الغائب البعيد، فحكمه**: أنه يتم إعلانه، بعد تأكد القاضي من صحة الدعوى ووجود البينة، والقاضي يتشدد في إجراءات الدعوى في البعيد أكثر من القريب، لما في حضور البعيد من التكلف والمشقة (١٥).

## المبحث الأول:
## حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي

بناءً على ما سبق، فإن الغائب الذي وقع فيه الخلاف بين الفقهاء هو الغائب المدعى عليه القريب المتستر أو المتمرد والغائب البعيد بعد إعلانه.

وتعدّ مسألة القضاء على الغائب، من أمهات المسائل في باب القضاء، وقلّما يخلو كتاب في الخلافيات من ذكر هذه المسألة المهمة، والكلام فيها متشعب، وكون الدراسة في ضمانات القضاء على الغائب، المتفرع عن الخلاف في حكم القضاء على الغائب، فإن المقام يتطلب عرض الاتجاهات الفقهية في المسألة، وأهم أدلة كل اتجاه دون الإسهاب في المناقشات.

**ومسألة القضاء على الغائب فيها اتجاهان رئيسان هما:**

**الاتجاه الأول**: أنه لا يجوز القضاء على الغائب، ولا يحكم القاضي عليه حتى يحضر أو يقيم وكيلاً عنه، وهذا الاتجاه قال به الحنفية في المعتمد، وهو قول بعض المالكية كابن الماجشون، ورواية عند الحنابلة، وبه قال شريح القاضي، وعمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى، والثوري، والشعبي(١٦).

(١٤) زين الدين بن نجيم، البحر الرائق ٧/ ١٩، إبراهيم الشيرازي المهذب ٣/ ٤٠١، محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية ١٩٧، عبد الله ، ابن قدامة، المغني ٩/ ٦١.

(١٥) زين الدين بن نجيم، البحر الرائق ٦/ ٣٠٣، محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية ١٩٧، إبراهيم الشيرازي المهذب ٣/ ٤٠١، منصور البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٥٥.

(١٦) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢، محمد بن عابدين، رد المحتار ٨/ ٢٨٨، عبد الله بن قدامة، المغني



المنارة للاستشارات

www

**الاتجاه الثاني**: يجوز القضاء على الغائب من حيث الجملة، فعلى القاضي إذا اكتملت شروط وضمانات القضاء على الغائب أن يحكم عليه، وهذا الاتجاه قال به جماهير الفقهاء؛ فهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة في المذهب، والظاهرية، وبه قال الأوزاعي، وابن سيرين، والليث بن سعد، وأبو عبيد، وإسحاق بن راهويه، وابن المنذر، وحكم به الصحابة كعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب – رضي الله عنهم.(١٧)

**الأدلة في المسألة: أولاً- أدلة المانعين:**

١. حديث أم سلمة – رضي الله عنها – عن النبي ﷺ أنه قال: «**إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار**»(١٨).

**وجه الاستدلال:**

قول الرسول ﷺ: «فأقضي له على نحو ما أسمع»: يدل على أن القاضي يجب أن يبني حكمه على ما يسمع من الخصمين، وهذا يتطلب حضورهما في مجلس القضاء، وإذا غاب أحدهما فلا يقضي(١٩).

**الجواب عن هذا الاستدلال** بأنه لا حجة لهم فيه، ذلك أن الخصمين حضرا معًا عند النبي

---

١٤/ ٩٤، محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية ١٩٧، محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٥، أحمد بن علي بن حزم، المحلى ٨/ ٤٣٤، ابن القاص، أدب القاضي ٢/ ٣٦٠، أحمد بن حجر، فتح الباري ١٣/ ١٧١.

(١٧) علي اللخمي، التبصرة ١/ ٩٧، محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية ١٩٧، محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج ٦/ ٣٠٨، عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز ١٢/ ٥١٠، عبد الله بن قدامة، المغني ١٤/ ٩٣، علي المرداوي، الإنصاف ١١/ ٢٩٨، أحمد بن حزم المحلى ٨/ ٤٣٤، أحمد بن حجر، فتح الباري ١٣/ ١٧١.

(١٨) رواه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، ٩/ ٦٩ (٧١٦٨)، ومسلم بن الحجاج النيسابوري في صحيحه، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر، ٣/ ١٣٣٧ (١٧١٣) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(١٩) بدر الدين العيني، عمدة القاري ٢٤/ ٢٥٦، أبو بكر محمد ، ابن العربي، القبس ٨٧٥، محمد الأمير الصنعاني، سبل السلام ٢/ ٥٧٢.



المنارة للاستشارات
www

ﷺ، وحَكَم بحسب ما سمع منهما، والتنصيص على السماع لا ينفي أن يكون غيره طريقًا للحكم، فلا ينفي عدم القضاء على الغائب المستحق.

٢. حديث علي بن أبي طالب – رضي الله عنه – قال: «**بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويثبّت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء**»(٢٠).

**وجه الاستدلال:**

قول الرسول ﷺ: «فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول»: يدل على أن الحاكم لا يقضي على غائب؛ لأنه ﷺ منعه أن يقضي لأحد الخصمين حتى يسمع كلام الآخر، والقضاء للمدعي حال غياب المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر(٢١).

**الجواب عن هذا الاستدلال بما يلي:**

أ) أن هذا الحديث مختلف في صحته، حيث ضعف الحديث ابن حزم(٢٢)، وحسّنه الترمذي في السنن(٢٣).

ب) أن الحديث – على فرض صحته – لا يوجد فيه ما يمنع من القضاء على الغائب، فهو وارد في حالة حضور الخصمين عند القاضي، ولم يتطرق إلى القضاء على الغائب، فهو مسكوت عنه، وبينته أحاديث أخرى كما سيأتي.

---

(٢٠) تقدم تخريجه.

(٢١) أبو بكر محمد ، ابن العربي، القبس ٨٧٥.

(٢٢) علي بن أحمد بن حزم، المحلى ٨/ ٤٣٧.

(٢٣) محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، ٣/ ١١ (١٣٣١).



المنارة للاستشارات

www

٣. أثر عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه أتاه رجل قد فُقئتْ عينه، فقال له عمر: «تحضر خصمك»، فقال له: يا أمير المؤمنين، أما بك من الغضب إلا ما أرى؟ فقال له عمر: فلعلَّك قد فقأْتَ عَيْنَيْ خصمك معًا! فحضر خصمه قد فُقئت عيناه معًا، فقال عمر – رضي الله عنه: «إذا سمعت حجّة الآخر بان القضاء»(٢٤).

ففي هذا الأثر لم يحكم عمر بن الخطاب على الغائب، بل أمر بإحضار الخصم.

**وقد أجيب عن هذا الأثر بما يلي:**

أ) أن الأثر ضعيف، ضعفه ابن حزم لوجود راويين ضعيفين في السند، فضلًا عن انقطاعه(٢٥).

ب) أنه على فرض صحة الأثر، فإنه لا يمنع من القضاء على الغائب؛ لأن المتخاصمين حاضران، ولم يغب المدعى عليه.

٤. من المعقول: أنه لو جاز الحكم على الغائب لم يكن الحضور واجبًا عليه، كما أنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها.

**ثانياً: أدلة المجوزين للقضاء على الغائب:**

١. الآيات العامة التي تأمر بالعدل والقسط، واعتماد البيّنات العادلة والحكم بها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ**﴾(٢٦)، وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لله وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أو الوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ**﴾(٢٧)، وقولـه تعالى: ﴿**وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَالْيَوْمِ الآخِرِ**﴾(٢٨).

(٢٤) رواه علي بن حزم في المحلى ٨/ ٤٣٦.
(٢٥) رواه علي بن حزم في المحلى ٨/ ٤٣٦.
(٢٦) سورة المائدة: الآية ٤٩.
(٢٧) سورة النساء: الآية ١٣٥.
(٢٨) سورة الطلاق: الآية ٢.



المنارة للاستشارات
www

**وجه الاستدلال**: أن الله تعالى طلب من المؤمنين القيام بالقسط، وإقامة الشهادة لجميع الناس، الحاضرين والغائبين، فلم يخص الله تعالى حاضرًا من غائب.

٢. حديث عائشة – رضي الله عنها – أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم، فقال: «**خذي ما يكفيك وولدَك بالمعروف**»(٢٩).

**وجه الاستدلال**: أن رسول الله ﷺ قضى على أبي سفيان بالنفقة وهو غير حاضر في مجلس القضاء، وهو قضاء؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال لها: «خذي»، وهو أمر، والإلزام محله القضاء لا الإفتاء(٣٠).

**وقد أجاب الحنفية عن هذا الاستدلال**: أن هذا الحديث ليس فيه قضاء على الغائب؛ لوجود أبي سفيان وقتئذ بمكة، غير متوارٍ ولا ممتنع، وإنما هو استفتاء وجواب، ومما يدل أيضاً على أنه إفتاء أن النبي ﷺ حكم لها بالنفقة بحكم مجمل، والحكم القضائي لابد أن يكون مفصلًا رافعًا للنزاع(٣١).

٣. حديث العرنيين: أن رسول الله ﷺ قضى عليهم وهم غائبون بأن تقطّع أيديهم وأرجلهم، وأن تسمر أعينهم(٣٢)، ثم ينبذوا في الشمس حتى يموتوا(٣٣).

---

(٢٩) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري في مواطن منها: كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علم، ٧/ ٦٥ (٥٣٦٤)، ومسلم بن الحجاج النيسابوري، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ٣/ ١٣٣٨ (١٧١٤).

(٣٠) أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري ١٣/ ١٧٢.

(٣١) بدر الدين العيني، عمدة القاري ٢٤/ ٢٥٦.

(٣٢) سمر أعينهم فيه وجهان: أحدهما: أن يكون من المسمار، يريد أنهم كحلوا بأميال قد أحميت بالنار، والثاني: أن يكون السمر لغة في السمل، فيكون سمر بمعنى سمل، قال أبو عبيد: السمل: أن تفقأ العين بحديدة محماة أو بغير ذلك، وقد يكون السمل بالشوك، انظر: ابن حجر، فتح الباري ١٢/ ١١٢، الخطابي، معالم السنن ٣/ ٩٧.

(٣٣) بهذا اللفظ عند مسلم بن الحجاج النيسابوري في صحيحه، كتاب القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين، ٣/ ١٢٩٦ (١٦٧١)، وهو عند محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه في مواطن منها: كتاب المحاربين، باب المُحَارِبِينَ من أَهْلِ الْكُفْرِ وَالرِّدَّةِ وغيره ٨/ ١٦٢، ١٦٣(٦٨٠٢- ٦٨٠٥).



المنارة للاستشارات

www

٤. قضاء عمر – رضي الله عنه – على الأسيفع، حيث رُوي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قال على المنبر: «**ألا إن الأسيفع: أُسَيْفع جُهينة، قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاجّ**[٣٤]**، ألا وإنه قد إدَّان معرضًا ألا من كان له عليه دين فليأتنا غدًا؛ فإنَّا بائعو ماله**»[٣٥] وكان الأسيفع غائبًا، وكان ذلك بحضرة الصحابة، ولم ينكر عليه أحد[٣٦].

٥. قضاء جمع من الصحابة في الغائب المفقود[٣٧]، كعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن الزبير – رضي الله عنهم.

٦. المعقول: أن القضاء على الغائب أولى بالجواز من القضاء على الصغير وعلى الميت – وهذا ما يسلم به الحنفية[٣٨]– مع عجزهما عن الدفع والطعن، فإذا جاز الحكم عليهما، فلأن يجوز على الغائب من باب أولى؛ لأن حقه في الدفع والطعن إذا جاء محفوظٌ، وحجتُه قائمة، فتسمع ويعمل بها باتفاق الفقهاء، ولو أدى إلى نقض الحكم السابق.

**الترجيح**: بعد هذا العرض لاختلاف الفقهاء وأدلتهم في حكم القضاء على الغائب، فالذي يبدو – والعلم عند الله – أن أدلة المجيزين أقوى وأوجه من أدلة المانعين.

فالقول بجواز القضاء على الميت والمفقود ونحوهما دون القول بالقضاء على الغائب فيه نوع من التعارض والتناقض؛ فمأخذ المسألتين واحد، وهو إقامة العدل، وإعطاء كل ذي حق

(٣٤) سبق الحاج: قال الباجي –رحمه الله:"أي أنه كان يشتري له الرواحل السابقة فيزيد في ثمنها إما لأن قيمتها أعلى من قيمة غيرها، أو لأنه كان يزيد على قيمتها؛ لأن من كانت عنده كان لا يسمح بها إلا بأكثر من قيمتها لضنانته بها لا سيما ممن يشتريها بالدين، ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدها حتى إنه ربما أعجفها وأهلكها فتلف بذلك ماله وقام عليه غرماؤه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين". المنتقى شرح الموطأ ٦/ ١٩٧.

(٣٥) أخرجه مالك بن أنس في الموطأ: ٢/ ٧٧٠، بسند منقطع، ووصله علي بن عمر الدارقطني في العلل ٢/ ١٤٧-١٤٨، وأبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه ٤/ ٥٣٦ (٢٢٩١٥)، ومن طريق مالك أخرجه أحمد بن الحسين البيهقي في السنن الكبير ١١/ ٤٧٤، ٢٠/ ٤١٩ (١١٣٧٣، ٢٠٥٢٠)، انظر: أحمد بن علي بن حجر، التلخيص الحبير ٤/ ١٨٤٧-١٨٤٩.

(٣٦) أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة ١٠/ ١١٤.

(٣٧) علي بن حزم، المحلى ٩/ ٤٥٠-٤٥٢، وعبد الله بن قدامة، المغني ١١/ ٢٤٨-٢٥١.

(٣٨) انظر: زين الدين بن نجيم، البحر الرائق ٧/ ١٨.



المنارة للاستشارات
www

حقه.

فالقول بجواز القضاء على الغائب متوافق مع مقاصد الشريعة في حفظ الأموال، والوفاء بالحقوق، ومنع أكل الأموال بالباطل، وسد باب التحايل على أداء الواجبات.

**وبيان ذلك**: أن في ذريعة غياب المدعى عليه بحجة عدم القضاء عليه هو طريق لضياع الحقوق والأموال، وفيه أكل لحق المدعي بالباطل بدعوى غياب المدعى عليه وهذا مخالف لما جاء في قوله تعالى:{يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...} [٣٩]، وهذا يخالف مقاصد الشريعة التي جاءت بحفظ المال والحقوق.

وترجيح القول بالجواز ليس قولا مجردًا عن أي اشتراط أو ضمان، بل هناك ضمانات كثيرة ذكرها الفقهاء، والتي هي موضوع الدراسة كما سيأتي ذكرها.

أخيرًا فالقول بالمنع أقرب إلى أن يكون نظريًّا من أن يكون واقعيًّا، فالحنفية الذين يرون المنع في المسألة مذهبهم شهد اضطرابًا كبيرًا، فمن المغالاة في المنع وتعميم ذلك على الغائب إلى موقف أكثر اتفاقًا مع المذاهب الأخرى القائلة بجواز القضاء على الغائب، ويكفي مثال واحد على ذلك أن أبا حنيفة ومحمد بن الحسن منعا القضاء على الغائب الذي هرب من مجلس الحكم بعد إقامة البينة عليه، بينما ذهب أبو يوسف إلى جواز القضاء عليه في هذه الحالة، والفتوى في المذهب الحنفي عند الاختلاف الأخذ بقول أبي يوسف في القضاء والشهادات[٤٠]، وقال ابن عابدين-رحمه الله- في بيان ترجيح رأي أبي يوسف: «**وهذا أرفق بالناس**»[٤١]، وأرجع الدكتور محمد نعيم ياسين[٤٢] هذا الاختلاف في المذهب الحنفي إلى تأثير الجانب العملي على الرأي الفقهي في المذهب الحنفي، ويتجلى ذلك في تولي أبي يوسف لمنصب القضاء.

(٣٩) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٤٠) محمد إبراهيم علي، المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ص ٩٦.

(٤١) محمد أمين ، ابن عابدين، حاشية الدر المختار ٥/ ٤٠٩.

(٤٢) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٢٧.



المنارة للاستشارات

www

وقال صاحب جامع الفصولين ما حاصله:" أقول قد اضطربت آراؤهم في الحكم على الغائب وله، فينبغي عندي أن يحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً أو فساداً صيانة للحقوق مع أنه مجتهد فيه ذهب إلى جوازه الأئمة الثلاثة وفيه عندنا روايتان والأحوط نصب وكيل عنه يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه"(٤٣).

## المبحث الثاني:
## ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي

بعد التتبع والاستقراء، نجد أن الفقهاء قد ذكروا جملة من الضمانات عند قضاء القاضي للحكم على الغائب، ويمكن حصر تلك الضمانات في الفقه الإسلامي بسبع ضمانات، مما يدل على حرص فقهاء المسلمين على تحقيق أقصى درجات العدالة والإنصاف للخصمين، لاسيما عند غياب المدعى عليه، فلا يكون غيابه عندهم مبررًا للحكم عليه من غير ضمانات، وهذه الضمانات تدل على الإثراء التشريعي الذي يمتاز به الفقه الإسلامي من غيره من التشريعات الوضعية، وإن كان في ثبوت بعض الضمانات خلاف بين الفقهاء، قد يترجّح عدم اعتبارها، إلا أنه يمكن الاستفادة منها في التشريع القانوني إن كان الأخذ بها يحقق مصلحة الخصوم، وهذه الضمانات السبع التي سيتم عرضها في هذا المبحث ستخضع في ترتيبها للمراحل الزمنية للتقاضي، ابتداء من طبيعة الدعوى محل التقاضي في حالة غياب الخصم، ثم المتطلبات المطلوبة للإعلان قبل موعد الجلسة، والتي يترتب عليها صحة النظر في الدعوى الغيابية، ثم الإجراءات المتبعة والإثباتات المطلوبة في الجلسة عند النظر في الدعوى، وأخيرًا الموقف من الحكم القضائي الغيابي.

### المسألة الأولى: أن تكون الدعوى في حقوق العباد

وهذه الضمانة الأولى وهي من الضمانات اللافتة في القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي، وهو النظر إلى موضوع الدعوى القضائية، فإن كان موضوع الدعوى حقوق الله،

(٤٣) محمد أمين ، ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ٢٩٧.



المنارة للاستشارات
www

فإنه لا يُقضى بها على الغائب، بخلاف ما لو كانت الدعوى في حقوق العباد.

والحقوق تنقسم عند الفقهاء باعتبار من يثبت له الحق (أو تنسب إليه) إلى أربعة أقسام(٤٤):

**القسم الأول: حق الله الخالص**: تعريفه: «**ما كان نفعه غير مختص بشخص، وهو عائد إلى مجموع الأفراد**»(٤٥)، فهو يسمى في القانون بالنظام العام، مثاله: العبادات، العقوبات المحضة كالحدود، الأيمان.

**القسم الثاني: حق العبد الخالص**: تعريفه: «**هو ما كان نفعه مختصًّا بشخص معين**»(٤٦)، وهو ما يسمى في القانون بالحق الفردي أو حق الشخص، أو النظام الخاص، مثاله: حقوق الشخص المالية، أو الحقوق المتعلقة بالمال كالدية، وحق استرداد المغصوب، والنفقة الزوجية.

**القسم الثالث: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وكان حق الله هو الغالب**(٤٧):

مثاله: حد القذف بعد رفع المقذوف الأمر للحاكم وثبوت الحد على القاذف، **فقبل رفع الأمر للحاكم وتبليغه بالقذف**(٤٨)، فهو حق خالص للإنسان، فللعبد فيه حق؛ لأن المقذوف

(٤٤) محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي ٢/ ٢٨٩، تقي الدين أحمد ، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص٥٧، عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام ١/ ١٦٧، العبادي، الملكية، ١/ ١٢٨، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية الحق، ص١١٧.

(٤٥) محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين ١/ ٨٥، العبادي، الملكية، ١/ ١٢٨، أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص١١٧.

(٤٦) محمد بن أبي بكر ، ابن القيم، إعلام الموقعين ١/ ٨٥، العبادي، الملكية ١/ ١٢٩.

(٤٧) المراجع السابق.

(٤٨) وهذا قول المالكية في رواية، والرواية الأخرى على العفو مطلقاً وهو رأي الشافعية والحنابلة، ويرى الحنفية عدم العفو مطلقاً، وذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما؟ فمن قال حق لله: لم يجز العفو كالزنى، ومن قال حق للآدميين: أجاز العفو، ومن قال حق لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه، قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٥٦، ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٣٥، روضة الطالبين ١٠/ ١٠٦، كشاف القناع ٦/ ١٠٤، الباجي، المنتقى ٧/ ١٤٨، بداية المجتهد ٤/ ٢٢٦.



المنارة للاستشارات

www

بالزنى قد اتهم في عرضه ودينه، ولله فيه حق؛ لأن القذف بالزنى مساس بالأعراض علنًا؛ مما يؤدي إلى شيوع الفاحشة في المجتمع، وغُلّب حق الله كي تتحتم إقامة الحد على القاذف؛ لاعتدائه على حق المجتمع والمقذوف، ولكي يمنع من التنازل.

ومن أمثلة هذا الحق أيضاً: حد السرقة بعد الرفع للحاكم(٤٩).

**القسم الرابع: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وكان حق العبد هو الغالب:**

مثاله: القصاص من القاتل عمدًا عدوانًا، فلله فيه حق؛ لأنه اعتداء على المجتمع وأمنه، ولله في نفس العبد حق الاستعباد، وللعبد حق القصاص؛ لأن القتل العمد اعتداء على شخصه؛ لأن للعبد المقتول حق الحياة، وقد حرمه القاتل من حقه هذا، كما أنه اعتداء على أولياء المقتول؛ لأنه حرمهم من رعاية مورثهم واستمتاعهم بحياته، وغُلّب حق العبد فيه ترغيبًا لجانب العفو من أولياء المقتول إبقاءً للنفس الإنسانية في الحياة، وفيه استئصال لروح الثأر من نفوسهم إذا علموا أن مصير القاتل بيدهم، وقد يكون الرضا بالدية أنفع لهم.

وهذه الضمانة وقع الخلاف بين الفقهاء في اعتبارها، وذلك بين الجمهور والظاهرية:

فجمهور الفقهاء(٥٠) يرون أنه لا يقضى على الغائب في حقوق الله؛ حيث إن الحكم على الغائب مقصور على حقوق العباد فقط.

قال ابن قدامة – رحمه الله: **"ولا يقضى على الغائب إلا في حقوق الآدميين، فأما في الحدود التي لله تعالى، فلا يقضى بها عليه؛ لأن مبناها على المساهلة والإسقاط، فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال، حكم بالمال دون القطع"**(٥١).

(٤٩) حكى الفقهاء الإجماع على جواز الشفاعة والعفو بعد السرقة وقبل أن يصل الأمر للحاكم، فإذا وصل الأمر إلى الحاكم فالشفاعة فيه حرام، ولا يقبل فيه العفو، ينظر: تبيين الحقائق ٣/ ١٦٣، المغني ٩/ ١٢٩، منح الجليل ٩/ ٢٩٠، المجموع ٢٠/ ٩٥.

(٥٠) محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٢، أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٨، عبد الله بن قدامة، المغني ١٠/ ٩٦، علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف ١١/ ٢٤٨.

(٥١) عبد الله بن قدامة، المغني ١٠/ ٩٦.



المنارة للاستشارات
www

**وجه قولهم: أولاً**: أن حقوق الله سبحانه مبنية على المسامحة والإسقاط واليسر والرحمة، قال تعالى: **{وربك الغني ذو الرحمة}**(٥٢)، وإذا كان هذا حالها، فلا يقضى فيها على الغائب.

**ثانياً**: أن حقوق الله سبحانه الأصل فيها أنها تدرأ بالشبهات، والقضاء على الغائب فيه شبهة؛ لذا لا يقضى فيها.

**ولا يسلّم الظاهرية**(٥٣) **بهذه الضمانة**، فأجازوا القضاء على الغائب ولو كان الحق لله سبحانه، وهو قول للشافعية أيضاً(٥٤).

**وجه قولهم**: أن الحقوق كلها تثبت بالبينة، فلا فرق بين حق الله أو حق العباد، فلا وجه لعدم القضاء على الغائب.

**وهناك قول للشافعية**- يمكن اعتباره قولاً ثالثاً في المسألة- يقضي على الغائب في كل حق سوى العقوبة مطلقًا، سواء كانت العقوبة حقًّا لله سبحانه أو لآدمي(٥٥).

**ولعل ما ذهب إليه الجمهور هو الأولى بالصواب**، وأنه يشترط للقضاء على الغائب أن تكون الدعوى في حقوق العباد، وذلك لقوة ما استدلوا به، وتغليبًا لجانب الاحتياط، ونظرًا إلى طبيعة حق الله – سبحانه – المبني على التسامح والعفو.

ومن ذهب من الفقهاء إلى تعميم القضاء على الغائب في مطلق الحقوق، بدعوى عدم الفرق بين الحضور والغياب عند إقامة البينة، فإن هذا لا يسلم لهم، حيث الفرق بين حضور الخصم وغيابه واضح ومعلوم، فالبينة بحد ذاتها لا تكفي في ثبوت الحق للمدعي لاحتمالية المعارضة من جهة المدعى عليه، وهذا متعذر في حالة الغياب، مما يجعله ضعيفاً لذا أوجب الفقهاء ضم يمين الاستيثاق للبينة.

(٥٢) سورة الكهف، الآية ٥٨.
(٥٣) علي بن حزم، المحلى ٨/ ٤٣٤.
(٥٤) جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٢.
(٥٥) جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٢.


المنارة للاستشارات
www

**تنبيهان على هذه الضمانة: الأول**: أن عدم القضاء على الغائب في حق الله سبحانه إنما هو في إيقاع العقوبة التي هي حق لله سبحانه، لا فيما يتعلق بحق العباد منها، كما في السرقة مثلًا، فإن قامت البينة على السرقة، فإنما يحكم بالمال لا بالعقوبة، وهي القطع.

**الثاني**: كما أنه- بناء على ما سبق بيانه من أقسام الحقوق- فإن الحقوق المشتركة التي حق العبد هو الغالب فيها، كما في القصاص، فإنه تسمع الدعوى فيها، ويحكم بها، وإن كان فيها حق لله سبحانه، ويمكن الاستدلال لذلك بقصة العرنيين التي سبق ذكرها، فإن الواقعة كانت قتلًا، والحكم كان غيابيًّا.

**المسألة الثانية: تحقيق الإعلان الصحيح:**

الدعوى القضائية في المحكمة إما أن ترفع مشافهة إلى القاضي كما هو الحال في القديم(٥٦)، وإما أن ترفع إلى القاضي كتابةً كما هو العرف السائد بعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية وكثرة الناس، فيقوم أحد أعوان القاضي بكتابة دعاوى الناس، ويكتب في الصحيفة اسم المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى، وتاريخ رفع الدعوى، وغيرها من البيانات الضرورية، ثم توضع كل دعوى في محفظة، وتجمع دعاوى كل شهر ومحافظها في محفظة على حدة، ويقدمها للقاضي، ويوضع لها تاريخ للمرافعة بحسب الأسبقية(٥٧).

وتجعل هذه الدعوى المكتوبة على نسختين، نسخة تعرض على القاضي، ونسخة تسلم إلى المدعى عليه عند تبليغه بالحضور إلى مجلس القضاء، مختومًا عليها بختم القاضي(٥٨).

ويكون تبليغ المدعى عليه بالدعوى، إما عن طريق المدعي شخصياً، وإما عن طريق أحد أعوان القاضي(٥٩) الذي يقوم بتسليم الدعوى إليه، أو إلى أحد من أقاربه أو وكيله، فإن تعذر

(٥٦) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ١٣.

(٥٧) أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ١٣، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٦/ ٢٩٣، عبد الله بن قدامة، المغني ١٤/ ٦٢.

(٥٨) ابن أبي الدم، أدب القضاء ١/ ٥٦٥.

(٥٩) الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي ٢/ ٣٢٣، منصور البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٢٨.



المنارة للاستشارات
www

العثور عليه، فعلى من يقوم بالتبليغ إثبات ذلك وعرضه على القاضي في الجلسة.

وعند تبليغ المدعى عليه بالحضور، فإنه يلزمه الحضور بنفسه أو من ينوب عنه إلى مجلس القضاء، ولا يسعه التأخر إلا لعذر.

فإن أبى المدعى عليه الحضور ولم يرسل وكيلاً عنه، كان القاضي بالخيار بين أن يجبره على الحضور بواسطة الشرطة، فإن أحضروه إلى مجلس القضاء، وقام الدليل على امتناعه وتعنته من غير عذر، عزّره القاضي بما يراه رادعًا له ولأمثاله، وإن لم يمكنهم إحضاره لهروبه أو تحصنه بما يحيل الوصول إليه، فإن القاضي يحكم عليه غيابيًّا.

فهذه الإجراءات في الإعلان هي ضمانة لا بد من تحقيقها حتى يصح القضاء على الغائب، وتختلف قوة الحكم وإمكانية نقضه بحسب سبب غياب المدعى عليه، كما سيأتي في الضمانة السابعة.

وإجراءات الإعلان للخصم تختلف في الطريقة والأسلوب بحسب اختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة، والمقصد من ذلك كلّه هو بيان أنه لابد من الإعلان الصحيح الكامل الوافي؛ حتى يتمكن القاضي من النظر الصحيح في الدعوى الغيابية والحكم فيها، وفي ذلك إعذار عند الحكم على الغائب بسبب تحقق هذا الإعلان.

فإن حصل الإخلال في إجراء الإعلان، أو لم يتم استلام الإعلان؛ فإن على القاضي تأجيل الدعوى إلى أن يتم تصحيح إجراءات الإعلان(٦٠).

**المسألة الثالثة: تعيين وكيل عن الغائب (المسخّر)**

وهذه ضمانة من الضمانات المهمة التي ذكرها الفقهاء بعد تحقق الإعلان الصحيح وإعطاء المهلة المطلوبة لإبلاغ الغائب بالحضور إلى مجلس القضاء أو حضور من ينوب عنه.

(٦٠) علي بن محمد اللخمي، التبصرة ١/ ٢٤٢، جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٣، منصور البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٢٨، الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي ٢/ ٣٢٣.



المنارة للاستشارات

www

وهذه الضمانة هي تنصيب القاضي وكيلاً عن الغائب، ويطلق عليه الفقهاء: (المسخّر)، والمسخَّر اسم مفعول من الفعل سخر، يقال: سخره تسخيرًا: كلفه عملًا بلا أجرة، ورجل سخرة يسخر في الأعمال(٦١).

وفي الاصطلاح، عرف ابن عابدين المسخَّر بقوله: **"هو أن ينصبَ القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه"**(٦٢).

**وعرفت مجلة الأحكام العدلية، في المادة (١٧٩١)، الوكيل المسخّر بأنه: هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يمكن إحضاره للمحكمة"**(٦٣).

والكلام عن هذه الضمانة من جهتين:

**الجهة الأولى: حكم تنصيب المسخّر:**

اختلف الفقهاء في حكم تنصيب وكيل عن الغائب (المسخّر)، وذلك على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** يجب على القاضي تنصيب وكيل عن الغائب يخاصم عنه، وتقام عليه الحجة. وهذا قول الحنفية في الحالات التي أجازوا فيها القضاء على الغائب، وقول بعض المالكية كسحنون، ووجه عند الشافعية(٦٤).

**وجه قولهم:** أن ذلك احتياط لحق الغائب، ومواجهة بينة الخصم الحاضر والجواب عليها، فإن البينة لا تكون إلا على إنكار منكر(٦٥).

**القول الثاني:** لا يجب على القاضي تنصيب وكيل عن الغائب، بل يجوز له ذلك. وهو

(٦١) إسماعيل الجوهري، الصحاح للجوهري ٢/ ٦٨٠، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ٤/ ٣٥٣، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح ص١٤٤، مادة (سخر).

(٦٢) محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٥، وانظر: برهان الدين محمود ابن مازه، المحيط البرهاني ٨/ ٩٨.

(٦٣) مجلة الأحكام العدلية ١/ ٣٦٥.

(٦٤) برهان الدين محمود بن مازه، المحيط البرهاني ٨/ ٨٩، محمد الحطاب الرعيني، مواهب الجليل ٦/ ١٤٤، يحيى النووي، روضة الطالبين ١١/ ١٧٥، أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٦٥.

(٦٥) محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج ٨/ ٢٦٩.



المنارة للاستشارات
www

مشهور مذهب المالكية، والأصح عند الشافعية، وقول الحنابلة[٦٦].

**وجه قولهم: ١**. حديث واثلة بن الأسقع، يقول: قال رسول الله ﷺ: «**إن من أعظم الفرى أن يدعى الرجل إلى غير أبيه، أو يُرِيَ عينه ما لم ترَ، أو يقول على رسول الله ﷺ ما لم يقل**»[٦٧].

**وجه الاستدلال**: في الحديث تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعي، فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها، وفيه تصحيح للدعوى على الغائب بغير مسخر، لدخول المسخر في دعوى ما ليست له وهو يعلم أنها ليست له، والقاضي الذي يقيمه أيضاً يعلم أن دعواه باطلة[٦٨].

٢. أن الوكيل الذي يتم تنصيبه قد ينكر ويكون الغائب مقرًّا في الواقع، فيكون هذا كذبًا، ولكون الغرض من التنصيب هو إثبات الحقوق بما لا ضرر فيه، كان تنصيبه جائزًا وليس واجباً.

**القول الثالث**: لا يجوز تنصيب وكيل عن الغائب (المسخر). وهو قول بعض الحنفية[٦٩]، وقول عند الشافعية[٧٠]، واختيار ابن تيمية[٧١].

**وجه قولهم**: أن الوكيل الذي يتم تنصيبه قد ينكر ويكون الغائب مقرًّا في الواقع، فيكون هذا كذبًا، فكان التنصيب غير جائز لهذا الاعتبار، واستدلوا بالدليل الذي ذكره أصحاب القول الثاني، فإن فيه نهيًا ووعيدًا.

(٦٦) محمد الحطاب الرعيني، مواهب الجليل ٦/ ١٤٤، أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٦٥، يحيى النووي، روضة الطالبين ١١/ ١٧٥، محمد بن مفلح، الفروع ١١١/ ٢٦٧، علاء الدين علي المرداوي، الإنصاف ١١/ ٢٤٨.

(٦٧) رواه محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، ٤/ ١٨٠ (٣٥٠٩).

(٦٨) أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري ٦/ ٥٤١، محمد ، ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٢/ ٢٠٩.

(٦٩) برهان الدين محمود ، ابن مازه، المحيط البرهاني ٨/ ٨٩.

(٧٠) يحيى النووي، روضة الطالبين ١١/ ١٧٥

(٧١) برهان الدين محمود ، ابن مازه، المحيط البرهاني ٨/ ٨٩، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٥٦، محمد بن مفلح، الفروع ١١/ ٢٦٧.



المنارة للاستشارات

www

**والذي يبدو- والعلم عند الله** - أن تنصيب القاضي وكيلاً عن الغائب ليس بواجب، بل هو جائز يرجع تقديره للقاضي؛ لأن الوجوب حكم تكليفي لا بد له من دليل، ثم إن هناك دعاوى قضائية لا تستحق تنصيب وكيل فيها؛ إما لوضوح القضية لقوة البينة، وإما لقلة المبلغ المطلوب في الدعوى، كما أن في وجوب تنصيب الوكيل عن الغائب تكاليف إضافية على القضاء، ووجه الجواز في تنصيبه أن المسخر يكون معيناً للقاضي بالجواب على الدعوى والبينة بذكر الإيرادات المحتملة، والله أعلم.

**الجهة الثانية: ما يترتب على تنصيب المسخّر:**

**أولاً: أن** الغاية من تنصيب وكيل عن الغائب أنه يخاصم عن الغائب ويحفظ حقوقه، وتقام عليه البينة، ويقوم بالجواب على البينة.

**ثانياً:** يرى بعض الفقهاء أنه عند تنصيب المسخّر لا يكون للغائب حق معارضة بينة المدعي إذا حضر، وذهب بعض الفقهاء إلى أن له حق المعارضة، ولو نصّب له مسخّر(٧٢).

**المسألة الرابعة: توفّر البينة أو ما في حكمها**

إن الإيذاء الذي قد يتعرض له المدعى عليه عند رفع الدعوى من المدعي هي محل عناية عند الفقهاء، خاصة إذا كان مكان الخصم الغائب بعيدًا عن مجلس القضاء، بل قد يتعمد بعض الناس إيذاء الآخرين بجرّهم إلى مجالس القضاء، وما يلحق ذلك من إساءة للسمعة، وخاصة لأهل الفضل والوجاهة والعلم.

لذا وضع الفقهاء هذه الضمانة، ألا وهي ضرورة توافر بينة للمدعي الحاضر للقضاء على الغائب، والمقصود بالبينة في الفقه الإسلامي: **"اسم لما يبين الحق ويظهره"**(٧٣)، وبعض

(٧٢) إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ١٣٥.

(٧٣) محمد بن أبي بكر ، ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية ١/ ٢٤، وانظر: أحمد بن عبد الحليم ، ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٥/ ٣٩٢، محمد بن أبي بكر ، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ١/ ٧٦.



المنارة للاستشارات
www

الفقهاء قصرها على الشهود[٧٤].

**والكلام عن هذه الضمانة سيكون في حالتين:**

**الحالة الأولى: عند طلب استدعاء الغائب:**

فعند طلب استدعاء الخصم الغائب، وخاصة البعيد عن مجلس القضاء، ذهب الفقهاء[٧٥] إلى ضرورة توافر بينة يقيمها المدعي قبل استدعاء المدعى عليه، بينما اكتفى بعض الفقهاء بيمين المدعي على صدق دعواه عند طلب استدعاء المدعى عليه، فإن تعذرت البينة- أو حتى اليمين على قول بعض الشافعية[٧٦] - فإنه يحكم على الغائب ولا بد من حضوره، وأدلة هذه الحالة ومناقشاتها والترجيح سيأتي الكلام عنها في الحالة الثانية.

**الحالة الثانية: عند المحاكمة الغيابية:**

أما عند محاكمة الغائب، فإنه لابد من صحة بينة المدعي، كما لا يقبل منه غير دليل إثبات من غير البينة كاليمين المردودة، وهذا يشمل كل غائب، أو ما في حكمه كالمفقود أو الميت، وقد نص جمهور الفقهاء على هذه الضمانة.

والسبب في اشتراط هذه الضمانة حفظ حق الخصم الغائب، وضعف الحكم الغيابي مقارنة بالحضوري، مما يتطلب تقوية الحكم بالبينة، بل يطلب القاضي من المدعي الحاضر اليمين على استيثاق البينة كما سيأتي.

قال الدردير - رحمه الله: «**(و) الغائب (البعيد جدًّا) كإفريقية من المدينة (يقضى) عليه في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها (بيمين القضاء)**»[٧٧].

(٧٤) المراجع السابقة.

(٧٥) محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية ١٩٧، محمد بن عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٣٠١، أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٨، عبد السلام بن تيمية، المحرر في الفقه ٢/ ٢١٠، محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي ٧/ ٢٨٧.

(٧٦) أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٨.

(٧٧) أحمد الصاوي الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك ٤/ ٢٣١.



المنارة للاستشارات

www

قال الإمام النووي – رحمه الله: «**ويشترط أن يكون للمدعي بينة، وإلا فلا فائدة، وأن يدعي جحوده**».(٧٨)

وقال ابن قدامة في الكافي: «**إن حضر رجل يدعي على رجل غائب عن البلد ولا بينة معه لم تسمع دعواه؛ لأن سماعها لا يفيد، وإن كانت له بينة سمع الدعوى والبينة وحكم بها**»(٧٩).

ويرى بعض الشافعية(٨٠) إن تعذر توافر البينة مع المدعي الحاضر، وخصمه كان غائبًا، أن هذا الغياب يعتبر بمثابة النكول عن اليمين، وخاصة الغائب المتمرد المتستر، وبناء عليه ترد اليمين إلى المدعي فيحلف ويأخذ الحق ويحكم به.

ولعل مستندهم في اعتبار اليمين المردودة في حالة غياب الخصم بعد استدعائه، أن عدم حضوره هو بمثابة النكول عن اليمين عند عدم البينة، والحكم عند ذلك هو رد اليمين إلى المدعي لحلف اليمين، فإن حلف أخذ الحق وإلا فلا، وفي عدم اعتبار ذلك نكولاً سبيلاً لهروب الخصم من اليمين المردودة وفي ذلك تضييع للحق(٨١).

والذي يبدو –والعلم عند الله– ضرورة وجود البينة في القضاء الغيابي، ولا يكتفى بيمين المدعي باعتبار أن غياب الخصم يعد نكولاً، وذلك لضعف الحكم الغيابي، كما أن فيه احتياطاً لحق الخصم الغائب، إلا أنه يمكن للقاضي الأخذ بهذه الضمانة في حالات خاصة كما في المدعى عليه الغائب المتستر والمتمرد إذا ثبت ذلك بتكرار الإعلان وصحته، مع الإعلان له بأن عدم الحضور يعد نكولاً يستحق المدعي الحق باليمين.

**المسألة الخامسة: اليمين على صحة البينة**

هذه من الضمانات التي ذكرها الفقهاء لاستيثاق البينة التي أقامها المدعي على دعواه،

(٧٨) يحيى النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ١١/ ١٧٥.
(٧٩) عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد ٤/ ٢٤١.
(٨٠) أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٨.
(٨١) الماوردي، الحاوي ١٧/ ١٤٠-١٤٢.



المنارة للاستشارات
www

وهذه اليمين مقوية للحكم القضائي فقط[٨٢]، وتسمى عند الفقهاء يمين الاستظهار أو الاستيثاق أو الاستبراء، **وهي اليمين التي تشرع بعد اكتمال البينة**[٨٣]، وكان المدعى عليه غائبًا أو ميتًا، لاحتمالية عدم صحة البينة، لكون المدعى عليه الغائب عنده جواب عن هذه البينة؛ كأن يطعن فيها، أو تكون صحيحة ولكن المدعى عليه قام بإيفاء الحق.

**وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه اليمين بعد إقامة البينة على قولين:**

**القول الأول**: لا يجوز الحكم بالبينة على الغائب إلا بعد يمين الاستظهار، فاليمين واجبة، وإلا نقض قضاؤه، وهذا قول المالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة[٨٤].

**وجه قولهم**[٨٥]:

١. أنه يحتمل أن هناك جوابًا من الغائب على هذه البينة، فلا يمكن الاستيثاق إلا من خلال هذه اليمين.

٢. أن القضاء على الغائب يتطلب الاحتياط في الحكم، وهذه اليمين خير ما يحتاط به له.

**القول الثاني**: أنه لا يستحلف بعد تقديم البينة وتزكيتها، وهذا المشهور من مذهب الحنابلة[٨٦].

**وجه قولهم**[٨٧]: استدلوا بقول النبي – عليه الصلاة والسلام: **"البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"**[٨٨]، ومفهوم الحديث أن اليمين لا تكون على المدعي، وإنما يختص بالبينة،

(٨٢) محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٢.

(٨٣) محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣/ ١٣٦، علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي ٢/ ١٥.

(٨٤) محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٢، إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٤١٠، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٦/ ٣١٠، محمد الرملي، نهاية المحتاج ٨/ ٢٧٠، مجلة الأحكام ٤/ ٤٩٨، عبد الله بن قدامة، المغني ١٠/ ٩٦.

(٨٥) المراجع السابقة.

(٨٦) عبد الله بن قدامة، المغني ١٠/ ٩٦، محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي ٧/ ٨٧.

(٨٧) المراجع السابقة.

(٨٨) رواه محمد بن عيسى الترمذي في الجامع الكبير، كتاب أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين



المنارة للاستشارات

www

والبينة إذا عدّلت تكون حجة شرعية ينبغي قبولها من غير حاجة إلى اليمين كالبينة على الحاضر.

**الراجح**: عند النظر إلى وجهة نظر القولين، يتبيّن أنه لا مانع من اشتراط يمين الاستيثاق على بينة المدعي، وذلك احتياطًا لحق الغائب، والحاكم مأمور بالاحتياط(٨٩)؛ مما تشكل هذه اليمين ضمانة لحق الغائب، والحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني لا ينافي اشتراط يمين الاستيثاق؛ لأنه لا يوجد في الحديث ما يمنع من توجيه اليمين للمدعي كما في الشاهد واليمين، واليمين المردودة، ثم إن اليمين هنا ليست يمين إثبات، بل هي يمين استيثاق لحق المدعى عليه الغائب عن الاعتراض الذي سيوجهه للبينة لو كان حاضرًا، والله أعلم.

**صيغة يمين الاستيثاق أو الاستظهار:**

ذكر الفقهاء الذين أجازوا هذه اليمين صيغًا لها، وسيتم ذكر صيغتها عند كل مذهب:

**فالصيغة التي ذكرها الحنفية جاء ذكرها في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٧٤٦):**

«إذا ادعى أحد من التركة حقًّا كعين أو دين وأثبته، فيحلفه القاضي على أنه لم يستوفِ هذا الحق أو أي مقدار منه قليلًا أو كثيرًا بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة، أو بطريق الأمر بالاستيفاء، ولا أبرأه من كل الدَّين أو من بعضه، ولا قبِل حوالة على غيره في كل الدَّين أو بعضه، ولا أوفَى كله أو بعضه من طرف أحد، وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رَهن»(٩٠).

**أما الصيغة عند المالكية، فجاءت على النحو التالي**: «(قضي عليه) في كل شيء بعد سماع البينة وتزكيتها (بيمين القضاء) من المدعي أنه ما أبرأه، ولا أحاله الغائب به، ولا وكل من

على المدعى ٣/ ١٩ (١٣٤٢)، ومحمد بن يزيد ، ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ٣/ ٤١٦ (٢٣٢١)، وبوَّب له محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب ما جاء في البينة على المدعي ٣/ ١٦٧، صحح الحديث الحافظ في بلوغ المرام ٥٢٠، والألباني في الإرواء ٨/ ٢٦٦.

(٨٩) عبد الله بن قدامة، المغني ١٠/ ٩٧.

(٩٠) علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤/ ٤٩٨.



المنارة للاستشارات
www

يقضيه عنه في الكل ولا البعض، وهي واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب، وهذه اليمين تتوجه في الحكم على الغائب والميت واليتيم والمساكين والأحباس»[٩١].

**والشافعية لهم صيغتان في يمين الاستظهار: صيغة مختصرة، وصيغة مطولة وصفت بالأكمل، فالصيغة المختصرة:** «(ويجب) على القاضي (أن يحلفه) أي المدعي يمين الاستظهار (بعد) إقامة (البينة) أي وتعديلها، وقبل توفية الحق (إن الحق) الذي لي على الغائب (ثابت في ذمته) إلى الآن، وأنه يجب تسليمه»[٩٢].

**والصيغة المطولة التي وصفت بالأكمل:** كما جاء في مغني المحتاج: «والأكمل على ما ذكره في أصل الروضة أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه، ولا من شيء منه، ولا اعتاض، ولا استوفى، ولا أحال عليه هو ولا أحد من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أداؤه، ثم قال: ويجوز أن يقتصر فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه»[٩٣].

**وقريب من الصيغة المختصرة ما جاء عن الحنابلة:** «(ولا يجب عليه) أي المحكوم له على غائب ونحوه (يمين على بقاء حق) ... (إلا على رواية) قال (المنقح: والعمل عليها في هذه الأزمنة) لفساد أحوال غالب الناس؛ لاحتمال أن يكون استوفى ما شهدت له به البينة، أو ملكه العين التي شهدت له بها البينة»[٩٤].

**المسألة السادسة: المطالبة بكفيل للمدعي في الحكم الغيابي**

الكفيل هو أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم[٩٥].

والمقصود بهذه الضمانة أنه نظرًا لغياب المدعى عليه واحتمالية عدم استحقاق المدعي للحق في الحكم القضائي الغيابي، وحفظًا لحق المدعى عليه الغائب، اشترط بعض الفقهاء مطالبة

(٩١) محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٢.

(٩٢) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٦/ ٣١٠، محمد الرملي، نهاية المحتاج ٨/ ٢٧٠.

(٩٣) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٦/ ٣١٠.

(٩٤) منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٥٣١.

(٩٥) الصنعاني، بدائع الصنائع ٦/ ٨، النووي، روضة الطالبين ٤/ ٢٥٣، ابن قدامة، المغني ٤/ ٤١٦.



المنارة للاستشارات

www

القاضي للمدعي بكفيل له عند القضاء على الغائب، وهذه الضمانة لم يتطرق لها إلا الشافعية، وهي ضمانة مختلف فيها عندهم على قولين(٩٦):

**القول الأول**: أن القاضي يطالب المحكوم له بكفيل، وهو قول بعض الشافعية كالحسين بن علي الكرابيسي(٩٧).

**وجه قولهم**: أنَّ طلَبَ الكفيل للمحكوم إنما لجواز أن يتجدد ما يوجب بطلان الحكم، فيؤخذ به الكفيل.

**القول الثاني**: أن مطالبة القاضي بالكفيل للمحكوم له لا تجب. وهو قول جمهور الشافعية.

**وجه قولهم**: **أولاً**: أنها كفالة بغير مستحق.

**ثانياً**: أن قضاءه على الغائب كقضائه على الميت والصبي، وليس يلزم أخذ الكفالة في القضاء عليهما، كذلك لا تلزم في القضاء على الغائب.

**الراجح**: الذي يبدو- والعلم عند الله- أنه لا يجب على القاضي طلب الكفيل للمحكوم له؛ لقوة ما استدلوا به، لكن لا يمنع الاستفادة من هذه الضمانة في القضاء على الغائب حفظًا لحق المدعى عليه الغائب، بأن يطلبها القاضي في الدعاوى التي قد تحتاج فيها إلى كفيل؛ نظرًا لطبيعة وحال المدعي، والله أعلم.

**المسألة السابعة: قابلية الحكم الغيابي للنقض**

من الضمانات المهمة في القضاء على الغائب، أن يعطى الغائب الفرصة الوافية للدفاع عن نفسه بعد حضوره، وذلك وفق إجراءات ذكرها الفقهاء، وبيان هذه الإجراءات على النحو التالي:

(٩٦) محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي ١٦/ ٣٠٤، عبد الواحد الروياني، بحر المذهب ١٤/ ٩٢.

(٩٧) هو: الحسين بن علي بن يزيد الكرابيسي البغدادي الشافعي أبو علي. محدث، فقيه، أصولي، متكلم، عارف بالرجال، سمع الحديث الكثير، وصحب الشافعي، وحمل عنه العمل، وعد في كبار أصحابه، توفي سنة (٢٤٥هـ). من مصنفاته: أسماء المدلسين، كتاب الإمامة. انظر: محمد شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء (١٢/ ٧٩)، عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين (٤/ ٣٨)..



المنارة للاستشارات
www

**أولاً: إن حضر الغائب بعد الدعوى وقبل صدور الحكم:**

يرى الفقهاء أن القاضي لا يحكم عليه، بل ينظر ويستمهل، وحدَّه بعض الفقهاء بثلاثة أيام، فإن دفع الدعوى بالطعن في البينة أو بإقامته لبينة عادلة ترد بينة المدعي برِئ وأخذ الحق، وإلا قضى عليه القاضي بعد استكمال بينة المدعي(٩٨).

**ثانياً: حضور الغائب بعد صدور الحكم:**

يرى الفقهاء أنه إذا حضر بعد الحكم ينظر في دفوعه، ولو طلب الغائب المهلة للدفوع أُعطي ثلاثة أيام، فيصبح الغائب مدعيًا لابد له من إقامة بينة لأخذ الحق من المدعي الأول الذي صدر الحكم لصالحه من خلال بينته، فإن كان للغائب بينة عادلة وإلا نفذ الحكم ولا حق له(٩٩).

**ثالثاً: الاحتفاظ بالبينة كاملة والتي صدر بسببها الحكم على الغائب:**

ذكر الفقهاء(١٠٠) أن على المحكمة الاحتفاظ بالبينة كاملة كأسماء الشهود ومسكنهم، وإذا حضر الغائب عرضت البينة عليه، ليتمكن من القدح في البينة إن علم فيهم قدحًا، فهذا العرض حق للغائب، ولا يجاب إلى طلب إعادة الشهادة مثلًا؛ لأنها قد أديت بشكل صحيح.

بل ذكر بعض الفقهاء أن الدعوى ترد إذا لم يقم القاضي بالتصريح بالبينة؛ مما يجيز لقاضٍ آخر أن ينقض الحكم القضائي الغيابي(١٠١).

**خلاصة هذه الضمانة:** أن الغائب له ضمانة الطعن في الحكم القضائي ولو بعد صدور الحكم الغيابي في حقه، وهذه الضمانة فيها إشارة إلى عدم قوة الحكم القضائي مقارنة بالحكم الحضوري.

(٩٨) انظر: محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٤٨، جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٢، عبد الله بن قدامة، المغني ١٤/ ٩٥.

(٩٩) انظر: إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٢٨٧، جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٢، عبد الله بن قدامة، المغني ١٤/ ٩٥.

(١٠٠) علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٢٧٢، جلال الدين المحلي، كنز الراغبين ٤/ ٣١٢، منصور البهوتي، كشاف القناع ٦/ ٣٥٤.

(١٠١) صالح الآبي الأزهري، جواهر الإكليل ٢/ ٣٣٢، إبراهيم بن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٨٦.



المنارة للاستشارات

www

## المبحث الثالث:
## ضمانات الحكم الغيابي في القانون الكويتي

الدعوى القضائية في القوانين الوضعية، ومنها القانون الكويتي: إما دعوى جزائية، أو مدنية، أو تجارية.

والحضور في كل دعوى يختلف بحسب اختلاف الدعوى، فالأصل في الدعوى الجزائية حضور الخصم بنفسه **في جميع إجراءات المحاكمة**، ولا يقبل التوكيل إلا فيما استثني ذِكرُه في القانون **كأن تكون عقوبة الجريمة الحبس الذي لا يزيد على سنة أو الغرامة فقط**، كما جاء في المادة (١٢١) من قانون الإجراءات الجزائية، وجاء نصها:"يجب حضور المتهم بنفسه في جميع إجراءات المحاكمة. على أنه يجوز له أن يكتفي بحضور وكيله اذا كانت عقوبة الجريمة الحبس الذي لا يزيد على سنة أو الغرامة فقط ، وذلك ما لم تأمر المحكمة بحضوره شخصياً".

أما الدعاوى المدنية والتجارية، **فيحضر الخصوم بأنفسهم في اليوم المعين لنظر الدعوى**، ويجوز التوكيل بالخصومة عن الخصم كما جاء في المادة (٥٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، حيث جاء نصها:"يحضر الخصوم بأنفسهم في اليوم المعين لنظر الدعوى أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين. وللمحكمة أن تقبل وكيلاً عنهم من يختارونه ممن تربطه بهم رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة إلى الدرجة الرابعة...".

**مفهوم غياب الخصم في القانون:**

ويقصد بغياب الخصم في القانون: إذا لم يحضر الجلسات المحددة لنظر الدعوى، سواء بنفسه أو عن طريق وكيل يسمح له القانون أو يوجب حضوره عنه، ولم يقدم مذكرة بدفاعه، فإنه يكون غائبًا.

فإذا حضر ولو جلسة واحدة لا يكون غائبًا، وكذلك لو أُعلن الشخص واستلم الإعلان لا يعد غائبًا(١٠٢).

(١٠٢) محمد جابر جيرة، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، ص ١٧٥ وما بعدها، عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات، ص٦٤٨، فاضل نصر الله وأحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، ص٤٨٣



المنارة للاستشارات
www

وثمرة اعتباره غائبًا تظهر في الضمانات التي تترتب على الحكم الغيابي، والحكم الغيابي لا يلزم منه أن يأخذ الخصم الغائب حكم الغائب قانوناً، فقد يصدر الحكم غيابيًّا وله حكم الحضور اعتبارًا كما لو حضر جلسة واحدة أو تم إعلانه وهرب؛ حيث أحاط قانون أصول المحاكمات أطراف الخصومة بكثير من الضمانات في جميع مراحل الدعوى؛ حتى لا يدان بريء، أو يفلت مجرم من العقاب، أو يأخذ حق غيره ظلمًا وجورًا.

**موقف القانون من الحكم الغيابي:**

نص القانون الكويتي الوضعي على صلاحية القاضي للنظر في الدعوى القضائية إذا كان الخصم غائبًا، حيث جاء في المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية، ما نصه:" ...إذا تأكدت من أن المتهم يصرّ على عدم الحضور بغير عذر مقبول، ولم تر ضرورة إصدار أمر بالقبض عليه، أو تأكدت من أنه هارب وليس من المنتظر إمكان القبض عليه في وقت مناسب، فلها أن تأمر بنظر الدعوى في غيبته وأن تصدر حكماً غيابياً فيها".

كما جاء في المادة (٥٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ما نصه:"إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه في أول جلسة أو في أية جلسة أخرى حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قررت شطبها، وذلك بعد التحقق من صحة الإعلان، وتقرر المحكمة شطب الدعوى إذا حضر الطرفان واتفقا على الشطب. وتعتبر الدعوى كأن لم تكن إذا لم يعلن أحد الخصوم الخصم الآخر بالسير في الدعوى خلال تسعين يوماً من شطبها. وتحكم المحكمة في الدعوى إذا تخلف المدعي أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى أو في أية جلسة أخرى مع ثبوت العلم بها قانوناً وحضر المدعى عليه".

كما بين قانون الإجراءات الجزائية الكويتي وكذلك قانون المرافعات، الضمانات اللازمة في الحكم الغيابي الصادر من قاضي المحكمة.

**والضمانات في القانون يمكن حصرها بالضمانات التالية:**

وجاء ذلك في المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية، ونصها:" إذا تخلّف المتهم عن



المنارة للاستشارات

www

الحضور بنفسه أو بوكيل عنه في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، فعلى المحكمة أن تتأكد من أنه أعلن إعلاناً صحيحاً في موعد مناسب، ولها أن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى، وتأمر بإعادة إعلانه، إذا تأكدت من أن المتهم يصرّ على عدم الحضور بغير عذر مقبول، ولم تر ضرورة إصدار أمر بالقبض عليه، أو تأكدت من أنه هارب وليس من المنتظر إمكان القبض عليه في وقت مناسب، فلها أن تأمر بنظر الدعوى في غيبته وأن تصدر حكماً غيابياً فيها".

**المسألة الأولى: الإعلان الصحيح عن الدعوى:**

فالإعلان في القانون يكون صحيحًا من خلال **تحقق أمرين**(١٠٣):

**الأول**: استيفاء البيانات المنصوص عليها في القانون، كما في المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والمادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية.

وإذا تبين للقاضي بطلان الإعلان، وجب عليه تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية يعلن عنها المدعي، كما جاء في المادة (٦٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

**الأمر الثاني**: يتحقق الإعلان باستلامه من الشخص المكلف بالحضور، أو من ينوب عنه بالاستلام، كما جاء منصوصًا عليه في المادة (٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والمادة (١٧) من قانون الإجراءات الجزائية.

وإذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه طبقًا للفقرات السابقة، أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام، أو عن تسلم الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته لمسئول مخفر الشرطة أو من يقوم مقامه الذي يقع في دائرته موطن المعلن إليه أو محل عمله، كما هو مبين في المادتين المذكورتين آنفًا.

فإذا تم تسليم الإعلان وكان صحيحًا ولم يحضر الجلسة، ينظر في سبب عدم حضوره،

(١٠٣) محمد جابر جيرة، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، ص ١٨٦ وما بعدها، وص ٢١٨، عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ص٤٤٨ وما بعدها، فاضل نصر الله وأحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، ص٤٣٥ وما بعدها.



المنارة للاستشارات
www

وينظر في موعد تسليم الإعلان، فيجوز للقاضي التأجيل والإعلان مرة أخرى إلى جلسة أخرى، كما جاء في المادة (٦٠) من قانون المرافعات المدنية والجزائية، ونصها:"في الدعاوى التي يصدر الحكم فيها نهائياً إذا تخلف المدعى عليه وحده عن الحضور في الجلسة الأولى أو عن تقديم مذكرة بدفاعه ولم يكن قد أعلن لشخصه وجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلنه بها المدعي...".

والمادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية، ونصها:" إذا تخلّف المتهم عن الحضور بنفسه أو بوكيل عنه في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، فعلى المحكمة أن تتأكد من أنه أعلن إعلاناً صحيحاً في موعد مناسب، ولها أن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى، وتأمر بإعادة إعلانه".

وإذا لم يحضر بعد إعلانه واستلامه للإعلان، فإن القانون لا يعتبر غيابه غيابًا قانونيًّا، كما سبق بيانه في مفهوم غياب الخصم في القانون، بل الحكم الذي يصدر في حقه بمثابة الحكم الحضوري، فلا يأخذ الضمانات التي تكون للخصم الغائب.

**المسألة الثانية: التدقيق في إجراءات المحاكمة الغيابية والحكم الغيابي**(١٠٤)

هذه الإجراءات مطلوبة في كل الدعاوى القضائية، سواء أكانت حضورية أم غيابية، وسواء ابتدائية أم نهائية، والحكمة في التأكيد على هذه الإجراءات في الحكم الغيابي على الخصوص هي خشية اتكال القاضي على إعادة المحاكمة أو التساهل فيها مواجهةً لعصيان المتهم الغائب والمتمرد على العدالة، باتخاذ إجراءات رادعة وإصدار عقوبات قاسية تجاه المتهم الغائب ولو كان هو صاحب الحق، بحيث تكون المحاكمة في هذه الحالة مرتكزة على إثبات التهمة المنسوبة للمتهم دون تدقيق أو تمحيص.

فعدم وجود المتهم الغائب لا يسوغ للقاضي التساهل في هذه الإجراءات، بل المطلوب

(١٠٤) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ص٦٥٦، علي عسل ومحمد مظلوم، بحث: "أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة"، ص١٣١.



المنارة للاستشارات

www

منه التدقيق فيها والتمحيص أكثر من المحاكمة الحضورية، مراعاة لعدم حضور المتهم الغائب وعدم تمكنه من الدفاع عن تهمة خصمه.

فلا يعد غياب الخصم تسليمًا وإقرارًا بطلبات خصمه، ولا يجوز أن تستخلص المحكمة من الغياب خسارة الخصم الغائب وإصدار الحكم ضده، فقد يصدر الحكم لصالح الخصم الغائب وضد الخصم الحاضر، كما لو عجز المدعي عن إثبات حقه(١٠٥).

ومن هذه الإجراءات التي أكد عليها القانون وتشكل ضمانة للحكم القضائي:

**أولاً: الدفع بعدم الاختصاص**

تعد قواعد الاختصاص ذات طابع إلزامي، ويعد من النظام العام، ويجب على الجميع التقيد بها، والمحكمة يتعين عليها ومن تلقاء نفسها إثارة الإجراء المخالف للقانون والقضاء بإبطاله وإنهاء آثاره.

**ثانياً: الدفع بتقادم الدعوى**

الدفع بانقضاء الدعوى بسبب التقادم(١٠٦) يعد دفعًا جوهريًّا متعلقًا بالنظام العام، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها حتى في حالة غياب المتهم دون حاجة لانتظار المحكمة بإثارة هذا الدفع من طرفها.

**ثالثاً: تسبيب الحكم القضائي**

القانون يوجب تعليل الحكم القضائي وتسبيب(١٠٧) كل الأحكام مهما كانت، فعلى القاضي أن يحيط عمله بالدقة والموضوعية والتمحيص، وأن يضمّن عمله كافة حيثيات

(١٠٥) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات، ص٦٥٦.

(١٠٦) التقادم: هو مضي فترة زمنية معينة حددها القانون، تبدأ من تاريخ الواقعة دون أن يتخذ خلالها إجراء من إجراءاتها، ويترتب على هذا التقادم انقضاء الدعوى. ينظر: سعود العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية ١/ ٢٧٤.

(١٠٧) التسبيب: بيان الأسباب الواقعية والقانونية وأسباب الرد على الطلبات المهمة والدفوع الجوهرية التي قادت القاضي إلى الحكم الذي انتهى إليه. ينظر: عبد الله آل خنين، كتاب تسبيب الأحكام القضائية ص١٧.



المنارة للاستشارات
www

القضية ودراستها بدقة وتكييفها، ثم يصدر الحكم، وأيًّا كانت نتيجة الحكم التي يتوصل إليها في نهاية حكمه، يجب أن يؤسس ويعلل تعليلًا قانونيًّا كافيًا.

فلا ينبغي للقاضي أن يعتمد على إعادة محاكمة المتهم الغائب خاليًا من أي تسبيب، أو يشوبه قصور من هذا الجانب.

وقد أجمعت القوانين على أن التسبيب هو من أهم الضمانات التي يفرضها القانون على القضاة؛ ففيه يبرز قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث للوصول إلى الحقيقة في القضايا التي تعرض عليهم للفصل فيها، وبالتسبيب يسلم القاضي حكمه من التحكُّم والتعسف فيه.

ولتسبيب الأحكام أهمية في الأحكام بشكل عام، وفي الأحكام الغيابية منها على الوجه الخاص؛ إذ تعد من الواجبات الأساسية المفروضة على القاضي بموجب القانون(١٠٨).

**المسألة الثالثة: عدم إبداء طلبات جديدة أو تعديلها بعد تقديمها(١٠٩)**

حظر القانون في مادته (٦١) من قانون المرافعات الكويتي على المدعي إبداء طلبات جديدة، أي طلبات إضافية، أو تعديل طلباته السابقة إذا كان المدعى عليه متخلفًا عن الحضور في الجلسة التي تُبدى فيها الطلبات، ويجوز للمدعي تعديل الطلبات إذا كان التعديل متمخضًا لمصلحة المدعي وغير مؤثر على حق من حقوقه.

فيجوز للمدعي أن يعدل طلباته بإنقاص ما يطالب به ولو كان المدعى عليه غائبًا؛ لأنه في مصلحته.

وقد يكون مسوّغ المنع هذا ألا يستغل الخصم الحاضر عدم حضور خصمه في طلب طلبات جديدة أو تعديلها.

(١٠٨) عبد الله آل خنين، كتاب تسبيب الأحكام القضائية ص١٧.

(١٠٩) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ص٦٥٥.



المنارة للاستشارات

www

**المسألة الرابعة: الاعتراض على الحكم الغيابي**

طرق الطعن في الأحكام القضائية تنقسم إلى طريقين(١١٠):

**الطريق الأول**: طرق الطعن العادية: وهي جائزة لكل خصم بالدعوى أيًّا كان نوعها، ولأي سبب من الأسباب الموضوعية والقانونية، وتنقسم لقسمين:

أ) الاعتراض على الحكم الغيابي.

ب) الاستئناف.

**الطريق الثاني**: طرق الطعن غير العادية: وتكون في حالة وقوع الحكم في نوع معين من الخطأ متعلق بتطبيق القانون أو بتقدير الوقائع؛ لذا لا يجوز سلوكه إلا في ظروف معينة، وبناء على أسباب موحدة على سبيل الحصر، وهذه الطرق هي:

أ) التمييز.

ب) تصحيح القرار التمييزي.

ج) إعادة المحاكمة.

**وتتمثل أهمية التفرقة** بين الأحكام الغيابية والحضورية والحضورية الاعتبارية من حيث طرق الطعن بالمعارضة، فالأحكام الحضورية والمعتبرة حضوريًّا لا تقبل الطعن بالمعارضة، وأما الأحكام الغيابية فهي التي تقبل الطعن بالمعارضة.

**والاعتراض على الحكم الجزائي الغيابي** هو: طريق طعن عادي، وحق منحه القانون للمحكوم عليه بالصورة الغيابية، سواء أكان فاعلًا أم شريكًا أم مسئولًا بمال يتظلم بموجبه إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم بحقه بقصد إلغائه(١١١).

**والفرق بين الاعتراض على الحكم الغيابي وغيره من طرق الطعن**: أن الاعتراض على

(١١٠) محمد جابر جيرة، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، ص٢٧٢، عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، ص٣١١، فاضل نصر الله وأحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، ص٥٩٩.

(١١١) المراجع السابقة.



المنارة للاستشارات
www

الحكم الغيابي يطرح الدعوى على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لنظرها من جديد، وأما الاستئناف وغيره فيطرح الدعوى على محكمة أعلى بمراجعة الحكم والمحاكمة(١١٢).

**والحكمة من الاعتراض على الحكم الغيابي**: أنه صادر في غيبة المحكوم عليه دون أن يدافع عن نفسه ويدلي بأقواله وحججه؛ حيث يعتبر الحكم الغيابي من أقل الأحكام قوة في الدلالة على ما قضي به، فمن العدل أن يمكّن الغائب من إسقاط هذا الحكم الذي بني على سماع أقوال خصم واحد وإعادة محاكمته مجددًا بالصورة الحضورية، إعمالًا للقاعدة التي تقول «**بعدم جواز الحكم على الشخص إلا بعد سماع أقواله**»(١١٣).

**ولكي يقبل الاعتراض ثمة شروط لابد من توافرها، وهي:**

**أولاً**: أن يكون الحكم قد صدر غيابيًّا.

**ثانياً**: أن يكون الحكم المعترض عليه قد حكم على المعترض.

**ثالثاً**: أن تكون هناك مصلحة في الاعتراض.

ومدة الاعتراض لها حالتان عند تبليغ الحكم وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٥) من أصول الإجراءات الجزائية أن: «**للمحكوم عليه غيابيًّا أن يعترض على الحكم في ميعاد خمسة أيام تضاف إليها مهلة المسافة ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغ الحكم**».

على أنه يستثنى من التقيد بمهلة الأيام الخمسة التي حددتها المادة (٢٠٥) من أصول المحاكمات الجزائية ما يلي:

**الحالة الأولى**: إذا لم يبلغ المحكوم عليه الحكم بالذات، أو لم يستدل من معاملات إنفاذه أن المحكوم عليه علم بصدوره، كأن يُوجَّه إليه إنذار بدفع الغرامة التي توجبت عليه.

**الحالة الثانية**: إذا قامت قوة قاهرة منعت المحكوم عليه من تقديم اعتراضه في الميعاد

(١١٢) المراجع السابقة.

(١١٣) المراجع السابقة.



المنارة للاستشارات

www

كمرضه الشديد، أو اعتقاله، أو قطع سبل بين مكانه ومقر المحكمة التي ينبغي أن يقدم إليها الاعتراض بسبب فيضان أو منع تجول، أو أي مانع قاهر آخر، ويبقى تقدير ذلك عائدًا لمحكمة الموضوع.

وعند عدم تبليغ الحكم للخصم الغائب فإنه **يبقى الاعتراض مقبولًا حتى سقوط العقوبة بالتقادم**. كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢٠٦) من أصول الإجراءات الجزائية.

**المسألة الخامسة: إعلان الحكم القضائي الغيابي**

من الضمانات القانونية التي أكدها القانون وشدد فيها إعلان الحكم القضائي الغيابي على نحو يحقق الغاية منه، وهو اطلاع المتهم الغائب على الحكم القضائي الذي صدر في حقه(١١٤).

فالحكم الغيابي هو إخطار المحكوم عليه بالحكم لنفي قرينة متصلة به؛ إذ يفترض القانون جهل المحكوم عليه بالحكم الغيابي الصادر ضده لكي يجري الطعن فيه إن رغب في ذلك(١١٥).

وتتجلى أهمية الإعلان في تحديد بداية ميعاد الاعتراض، وله أهمية أخرى هي إضافة القيمة القانونية للحكم الغيابي(١١٦)، كما جاء في المادة رقم (١٨٨) من قانون الإجراءات الجزائية: «ميعاد المعارضة أسبوع واحد، ويبدأ في الجنح من تاريخ إعلان الحكم الغيابي للمحكوم عليه، أما في الجنايات، فمن تاريخ القبض على المحكوم عليه إذا لم يكن الحكم قد أعلن لشخصه، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يعارض المحكوم عليه، لم يجز الطعن بالحكم إلا بالاستئناف إذا كان قابلًا له. ويعلن الحكم الغيابي لشخص المحكوم عليه، فإن لم يتيسر ذلك سلّم الإعلان في محل إقامته لمن يوجد من أقاربه أو أصهاره الساكنين معه، أو لمن يوجد من أتباعه، فإن لم يوجد منهم أحد، أو امتنع من وجد عن تسلّم الإعلان، نشر الإعلان في الجريدة

(١١٤) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات، ص٨٣٠، علي عسل ومحمد مظلوم، بحث: "أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة"، ص١٤١.

(١١٥) المراجع السابق.

(١١٦) المراجع السابق.



المنارة للاستشارات
www

الرسمية وألصق في أمكنة بارزة في الجهة التي فيها، وفي مكان بارز من محل سكنه أو عمله، وفي أي مكان آخر يرى نشره فيه».

## المبحث الرابع:
## المقارنة بين ضمانات القضاء على الغائب
## في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

بعد العرض السابق للضمانات في القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وفي قانون الإجراءات والمرافعات الكويتي، فهذا المبحث هو ثمرة الدراسة من خلال بيان المقارنة بين الفقه والقانون.

وقبل الشروع في المقارنة يتطلب تقرير ما يلي:

يتميز الفقه الإسلامي بجملة من الخصائص، ومن أبرز هذه الخصائص فيه خصيصة الثبات والمرونة(١١٧)، حيث أراد الله تعالى لدينه الحنيف أن يكون دينا خالدا، تحكم شريعته الأفراد والمجتمعات، وأن يكون صالحاً ومصلحاً لكل زمان ومكان، ولهذا كان حريّا بأن يحمل في مضامينه وخصائصه مؤهلات خلوده، وصلاحية شريعته لكل عصر ومصر.

هذه الخصيصة من أبرز ملامحها قبول التشريعات القانونية التي تحقق حفظ الحقوق بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية، خاصة أن تصرفات كثير من الناس جبلت على التحايل للاستيلاء على حقوق الناس من غير وجه حق مما يتطلب سن القوانين التي تكفل لمعالجة الثغرات القانونية في القوانين، فالقوانين تستحدث بما يحدثه الناس من مخالفات، قال عمر بن عبدالعزيز – رحمه الله:" تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"(١١٨).

ويضبط خاصية المرونة أصول شرعية، ومن هذه الأصول الاستصلاح(١١٩)، وسد

(١١٧) محمد أحمد سراج، مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي، ص ١٣و١٩.

(١١٨) ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات ٢/ ٣٠٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام ٢/ ١٥٣.

(١١٩) الاستصلاح: في اللغة: العمل على إصلاح شي ما، وفي الاصطلاح: بناء الأحكام على المصلحة المرسلة، والمصلحة:



المنارة للاستشارات

www

الذرائع[١٢٠]، وبيان ذلك:

فالناس استحدثوا من التصرفات التي لم تكن معهودة في القديم، مما يتطلب معه تشريعات تضبط مثل هذه التصرفات وتمنع التمادي فيها، وهذا الاستحداث لا يتأتى علاجه إلا من خلال سد الوسيلة الموصلة لأخذ حقوق الناس من غير وجه حق، تحت ذريعة غياب الخصم، وهذه المصلحة يجب على القانون تحقيقها.

ومن المقررات التي يقتضي بيانها قبل المقارنة بين الفقه والقانون أن الضمانات التي ذكرها الفقهاء عند الحكم للقضاء على الغائب ليست من قبيل الأحكام القطعية التي لا يجوز مخالفتها بدليل وقوع الخلاف في كثير منها، بل هي بمثابة حلول وضعها الفقهاء من باب تحقيق أقصى درجات العدالة، وقد تكون الضمانة تناسب زماناً ومكاناً دون زمان آخر ومكان آخر، فلا يوجد مانع شرعي في عدم الأخذ بها، والاستعاضة عنها بضمانة أخرى.

ومن المقررات أيضاً أن التشريعات الفقهية والقانونية إنما جاءت إلى تحقيق غاية واحدة، وهو تحقيق العدل والإنصاف سواء في حق المدعي أو في حق المدعى عليه الغائب، بحيث لايستغل المدعي غياب المدعى عليه لأخذ حقه، ولا يجعل المدعى عليه غيابه سبباً لأخذ حق المدعي.

ومن المقررات أيضاً أن الهدف من المقارنات بين الفقه والقانون هو الإثراء التشريعي والاستفادة من التشريعات المتنوعة في الباب، بما يحقق المقصد من القضاء بين الخصوم.

وعليه ومن خلال استعراض ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وقانون المرافعات والإجراءات الكويتي، نجد أن هناك اتفاقًا في بعض الضمانات، واختلافًا في البعض الآخر.

---

المنفعة، سواء أكانت دنيوية أم أخروية، بجلب نفع أو بدفع ضرر، انظر: السلمي، عياض بن نامي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص ٢٠٤.

(١٢٠) سد الذريعة: الذريعة هي الوسيلة المؤدية إلى الشيء، سواء أكان مصلحة أم مفسدة، وسد الذريعة: منع الوسائل المفضية إلى الفاسد، انظر: السلمي، عياض بن نامي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص ٢١١..



المنارة للاستشارات
www

**فيتفق القانون مع الفقه الإسلامي في:** ضمانة تحقيق الإعلان الصحيح؛ ليصح محاكمة الغائب والقضاء عليه، كما يتفقان في ضمانة نقض الحكم القضائي الغيابي أو الاعتراض عليه بعد صدوره.

**وتميز الفقه الإسلامي عن القانون في ذكر ضمانات لم يذكرها القانون الكويتي، ومن هذه الضمانات:**

ضمانة اقتصار الأحكام الغيابية على حقوق العباد دون حقوق الله سبحانه – المبني على المسامحة والعفو، والذي يقابله في القانون بالحق الخاص والحق العام.

ومن الضمانات التي تميز بها الفقه الإسلامي أيضاً: ضمانة ضرورة توفر البينة عند المدعي كما أن عليه يمين الاستظهار والاستيثاق، وهذا لا يوجد له ذكر في القانون إلا ما ذكر من ضمانة التدقيق في الإجراءات من خلال التأكيد على تسبيب الحكم القضائي المبني على قناعات القاضي القانونية والواقعية، وهو ما قد يفهم منه وجود ما يقتنع به القاضي من أدلة ثبوتية.

ومن الضمانات المميزة أيضاً في الفقه الإسلامي: ضمانة تعيين المحكمة وكيلاً عن الغائب، وهو ما يسمى بالمسخّر لمواجهة المدعي في دعواه، وهذا لا ذكر له في القانون الوضعي.

ومن الضمانات التي ذكرها بعض الفقهاء – وإن كان ذلك داخلًا تحت السلطة التقديرية للقاضي – المطالبة بكفيل للمدعي عند الحكم له ضد خصمه الغائب.

**أما في القانون،** فالضمانات التي ذكرها القانون إذا تم التأمل فيها، نجد أنها مندرجة تحت الإجراءات والاحترازات المطلوبة حفظًا لحق الغائب، وهي ضمانات لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من اعتبارها والأخذ بها كما تم بيانه في المقررات، بل الفقهاء يذكرونها في الإجراءات القضائية بشكل عام.

فضمانة الإعلان عن الحكم الغيابي إجراء لازم للاعتراض ونقض الحكم القضائي، وهذا لا يوجد ما يمنعه في الفقه الإسلامي، بل قد يكون مطلوبًا بشكل بدهي باعتبار حق الغائب



المنارة للاستشارات
www

في الطعن في الحكم والاعتراض عليه، والذي لا يمكن إلا من خلال إعلان الغائب بالحكم الغيابي.

أما ضمانة التدقيق في إجراءات المحاكمة الغيابية، فهي احترازات مطلوبة لحفظ حق الخصم الغائب، وهو مقصد محل اهتمام وعناية عند الفقهاء، والـتأكيد بتحقيق هذه الإجراءات أمر ضروري عند الفقهاء، بل هو من لوازم اشتراط العدالة والاجتهاد في القاضي تحسبًا لتحقيق مثل هذخ الإجراءات بشكل عام، وفي المحاكمة الغيابية بشكل خاص.

والتسبيب المذكور في القانون ذكره الفقهاء وأطلقوا عليه مصطلحات أخرى تؤدي نفس المعنى؛ منها(١٢١):

وجْه الحُكْم، مُستنَد الحُكْم، والوجه الذي ثَبَت به الحقُّ، الوجه الذي كان عنه التثبُّت، تعليل الحُكْم، موجِب الحُكم.

قال الإمام الشافعي– رحمه الله: «وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه أن يبين له، ويقول: احتججت عندي بكذا، وجاءت البينة عليك بكذا، واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم من قبل كذا؛ ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، وأبعد عن التهمة، وأحرى إن كان القاضي غفل عن موضع فيه حجة أن يبينه»(١٢٢).

وضمانة عدم إبداء طلبات جديدة من قبل المدعي بعد تحقق غياب خصمه هي ضمانة لها وجاهتها؛ منعًا لاستغلال الخصم الحاضر غياب خصمه، وهي ضمانة لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من اعتبارها اعتبارًا للمصلحة وسدًّا للذريعة.

(١٢١) عبد الله محمد آل خنين، كتاب تسبيب الأحكام القضائية ص ١٩-٢٠.

(١٢٢) محمد بن إدريس الشافعي، الأم: ٦/ ٢٢٤.



المنارة للاستشارات
www

## الخاتمة

وبعد، فلله الحمد والمنَّة، وله الفضل على إتمام النِّعمة، وحيث بلغ البحث نهايته – بتوفيق من الله وفضله – فإنه من المناسب أن أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة:

أ- إن هذه الدراسة البينية تجسد مدى حرص التشريع الإسلامي على حفظ الحقوق بتمكين تحقيق تفاصيل العدالة في أعلى مقاصدها ولعل وضع ضمانات الحكم على الغائب من مظاهر هذا التجسيد، ويوضحه:

ب- أن الضمانات المذكورة عن الفقهاء شملت المراحل الزمنية للتقاضي بكل تفاصيله وهذا يدل:

ج- على الإثراء التشريعي الذي يمتاز به الفقه الإسلامي مما يميزه عن القوانين الوضعية

د- تبين أن الضمانات المذكورة في هذه الدراسة وافق القانون التشريع الفقهي على اثنتين منها، وهي ضمانة الإعلان الصحيح ونقض الحكم القضائي والاعتراض عليه وخالف التشريع الفقهي في الأخرى.

ه- تميز التشريع الفقهي ببعض الضمانات كنوع الحكم الغيابي واقتصاره على ما كان من حقوق العباد دون حقوق الله وضمانة تعيين المسخر لمواجهة المدعي في دعواه ونحوها

و- اتضح أن الضمانات القانونية ما هي إلا إجراءات احترازية لحفظ حق الغائب.

ز- إن هذه الضمانات القانونية يمكن الإفادة منها بالنسبة للفقه الإسلامي لأن خاصية المرونة والواقعية التي تتميز بهما الشريعة في مصادرها تخول لها المواكبة للمستجدات مما يعني إتاحة الفرصة للفقيه والقاضي: الإفادة من أي شيء يخدم تحقيق العدالة وفق مقصود الشرع؛ وهذا لا وجود له في القانون لاشتراط الالتزام بالمنصوص عليه وهذا ترتب عليه: إمكانية الاستفادة من الضمانات



المنارة للاستشارات

www

المذكورة عند القانونيين بدون أدنى حرج.

وتأكيداً لهذه النتائج فإن هذا النوع من الدراسات البينية يؤدي غالباً إلى مخرجات ذات جودة عالية مزودة بمعلومات تكاملية يفيد بعضها من بعض.

وبعد؛ فهذا ما تيسر جمعه وترتيبه، والله أسأل السداد والتوفيق، وسبحانك اللَّهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك.



المنارة للاستشارات
www

## المراجع والمصادر:


١. إبراهيم بن عبد الله، ابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق: محيي هلال السرحان، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

٢. إبراهيم بن علي بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط١، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٣. إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة.

٤. أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.

٥. أحمد بن أبي أحمد، ابن القاص، أدب القاضي، تحقيق: د.حسين خلف الجبوري، ط١، مكتبة الصديق، الطائف، السعودية، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

٦. أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م.

٧. أحمد بن حنبل، المسند (بشرح وتحقيق: أحمد شاكر)، دار الكتاب الإسلامي، مصر، ١٣٩٢هـ.

٨. أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

٩. أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفلق، الرياض، الطبعة: السابعة، ١٤٢٤ هـ

١٠. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ.

١١. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه:




المنارة للاستشارات

www

محب الدين الخطيب، دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩هـ.
١٢. أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م.
١٣. أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف.
١٤. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
١٥. أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبير، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، مصر، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
١٦. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية الحق في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٦م.
١٧. أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، دار السلام، القاهرة، مصر، ١٤٢٣هـ_٢٠٠٣م.
١٨. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط١، عالم الكتب، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
١٩. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط٤، دار العلم للملايين – بيروت، ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧م.
٢٠. برهان الدين محمود بن أحمد بن مازه، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٤ م.
٢١. تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ط١، طبعة وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية،



المنارة للاستشارات
www

١٤١٨هـ.
٢٢. حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢م.
٢٣. سعود بن عبد العالي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية مقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط١، دار التدمرية، الرياض، السعودية، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
٢٤. سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي ، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ.
٢٥. صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.
٢٦. عبدالحق بن عبدالرحمن بن عبدالله الأزدي الإشبيلي، الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
٢٧. عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، ط٢، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ.
٢٨. عبد السلام بن عبد الله بن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط٢، مكتبة المعارف- الرياض، ١٤٠٤هـ -١٩٨٤مـ.
٢٩. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، ط١، مؤسسة الرسالة ودار البشير، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
٣٠. عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة
٣١. عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، الشرح الكبير، دار الفكر.
٣٢. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م



المنارة للاستشارات
www

٣٣. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط١، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٣٤. عبد الله بن محمد آل خنين، تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، ط٣، دار ابن فرحون، الرياض، السعودية، ١٤٣٤هـ.
٣٥. عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: محمد عوامة.
٣٦. عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، ط٤، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧م.
٣٧. عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، ط١، مؤسسة دار الكتب، الشرق، الكويت، ٢٠٠٦-٢٠٠٧م.
٣٨. علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٣٩. علي بن أحمد الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٤٠. علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.
٤١. علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، ط١، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ.
٤٢. علي بن عمر الدارقطني، العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، ط١، دار طيبة - الرياض، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
٤٣. علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الشافعي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٤٤. علي حمزة عسل ومحمد سامي مظلوم، أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، بحث محكم في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، المجلد ٩، العدد ٣، ٢٠١٧م.
٤٥. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي



المنارة للاستشارات
www

الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
٤٦. عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ،٢٠٠٥م.
٤٧. فاضل نصر الله وأحمد السماك، شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، ط١، طبعة جامعة الكويت، ٢٠٠٧م.
٤٨. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
٤٩. مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ط١، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.
٥٠. مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
٥١. محمد أمين بن عابدين الدمشقي الحنفي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بيروت.
٥٢. محمد إبراهيم علي، وآخرون، المذهب عند الحنفية- المالكية- الشافعية- الحنابلة، اعتنى به: تركي النصر، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
٥٣. محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١٧هـ.
٥٤. محمد بن أبي بكر ، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ، تحقيق: مشهور حسن، دار ابن الجوزي، السعودية.
٥٥. محمد بن أبي بكر ، ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان.
٥٦. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م
٥٧. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١،



المنارة للاستشارات
www

دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٥٨. محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٥٩. محمد أحمد سراج، مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي، ١٩٩٥م.
٦٠. محمد بن أحمد السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
٦١. محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية.
٦٢. محمد بن أحمد بن رشد الجد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٦٣. محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط٤، مصر، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
٦٤. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٦٥. محمد بن أحمد بن عليش المالكي، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة.
٦٦. محمد بن أحمد جلال الدين المحلي، كنز الراغبين، تحقيق: محمود صالح الحديدي، ط٣، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
٦٧. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
٦٨. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا، ط٣، دار ابن كثير، اليمامة، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
٦٩. محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.
٧٠. محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط١، دار العبيكان، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م
٧١. محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط١، دار ابن



المنارة للاستشارات
www

حزم.
٧٢. محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر.
٧٣. محمد بن محمد الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٧٤. محمد بن مفلح، الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٧٥. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط٣، دار صادر - بيروت، ١٤١٤ هـ.
٧٦. محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
٧٧. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
٧٨. محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٧٩. محمد جابر جيرة، غياب المتهم في مرحلة المحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
٨٠. محمد علاء الدين ، ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٨١. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، ط٢، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٨٢. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٣،، دار النفائس، الأردن، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
٨٣. مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار


المنارة للاستشارات
www

إحياء التراث العربي، بيروت.
٨٤. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، لبنان.
٨٥. منصور بن يونس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٨٦. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، تعليق: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
٨٧. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
٨٨. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.



المنارة للاستشارات
www

## Judicial Guarantees for Trial in Absentia:
A Comparative Study on the Kuwaiti Procedural Law

**Dr. Mohamed El Mahmoud**
Assistant Professor at the College of Sharia and Islamic Studies Department of Comparative Jurisprudence and Sharia Policy, Kuwait University

**Abstract:**

This study aims to explore the guarantees the Muslim jurists have indicated while giving a judgment in absentia, such guarantees designed to achieve justice between the litigants and safeguard the right of the absentee, as well as drawing a comparison with the Kuwaiti law.

The study consists of an introduction, preface, four chapters and a conclusion. The chapters addressed the issue of judgment in absentia from the standpoint of the Islamic jurisprudence and the disagreement arose among then, evidence, discussions and counterbalancing, it involved seven guarantees, it also tackled the guarantees of the justice secured by the Kuwaiti law to the absentee, it involved five guarantees, then came the conclusion, in which a comparison was drawn between the Islamic Jurisprudence and the Kuwaiti Law regarding the guarantees of judgment in absentia.

The researcher applied the descriptive, inductive, deductive and comparative method. The researcher has found the following:

The judgment in absentia included the temporal phrases of litigation in all its detail, which indicates the quality of comprehensiveness and enrichment of the Islamic jurisprudence compared with the positive law, such distinction was embodied in some guarantees such as the judgment in absentia, however, but it limited to the rights of people not those of Allah, along with ensuring appointing an attorney to encounter the case of the plaintiff, but the legal guarantees are taken as precautionary



www.manaraa.com

procedures to preserve the right of the absentee, that the Islamic jurisprudence contains no text that prohibits utilizing it.

The study recommends increasing the interrelated studies between the Islamic jurisprudence and law in order to enrich and bridge the legal gaps, in addition, such type of studies often lead to high quality outcomes that are supported by integrated information.

Key Words: judgment in absentia, justice guarantees, Islamic jurisprudence, Kuwaiti Procedural Law, comparing Islamic jurisprudence with the Kuwaiti law



المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Copyright of Journal of Sharia & Law is the property of United Arab Emirates University, College of Law, Sharia & Law Journal and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com