

**ضمانات القضاء على الغائب
في الفقه الإسلامي
مقارنة مع قانون المرافعات وقانون الإجراءات الكويتي**

إعداد:

د. محمد يوسف المحمود

الأستاذ المساعد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

جامعة الكويت

ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي
مقارنة مع قانون المرافعات وقانون الإجراءات الكويتي

مجلة كلية دار العلوم
١٤٦
العدد ٤٤

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 هذه العدالة، فإنه لا بد من تحقيق جملة من الاشتراطات والواجبات والاحترازمات والإجراءات، وهذا مبسوط بإسهاب في كتب الفقهاء في أبواب القضاء والدعوى والإثبات.

ومن مظاهر تحقيق هذه العدالة تمكين المدعي والمدعى عليه من إبداء الإثباتات المتاحة والدفع المطلوبة، بإعطاء كل من الخصمين حقه في المرافعة، قطعاً لدابر الخلاف والنزاع، وإغلاق باب الشر والفوضى في حالة انتفاء تحقيق هذه الإجراءات.

ولا يتأتى تقديم هذه الإثباتات والدفع إلا بحضور الخصمين والاستماع إليهما، كما جاء في حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»⁽¹⁾.

وهذا الأصل القضائي قد ينخرم بتعذر حضور أحد الخصمين أو مَنْ يُمثله لمجلس القضاء في الموعد المحدد سلفاً لانعقاد الجلسة، مما يحول دون السماع من أحد الخصمين، فتختل إحدى مقومات العدالة المطلوبة كما جاء مذكوراً في حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - والكلام عن عدم حضور المدعي في موعد الجلسة ليس إشكالاً كبيراً؛ لما يُعلم من طبيعة الدعوى القضائية الشخصية أنها مباحة لا يجبر على رفعها، فعدم حضوره قد يكون بسبب عدم رغبته الاستمرار في الدعوى، فلا يجبر عليها كما لم يجبر على رفعها ابتداءً، وقد يكون لمسوغات أخرى ذكرها الفقهاء.

إلا أن الإشكال الكبير في هذا الباب هي 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 من أمهات المسائل في باب القضاء، والخلاف فيها جوهرية، وله أثر فقهي، وهذا الخلاف الذي وقع بين الفقهاء من أهم أسبابه هو سعي كل فريق من الفقهاء إلى تحقيق أقصى درجات العدالة والإنصاف، وإعطاء كل ذي حق حقه.

فمن أجاز القضاء على الغائب غرضه إنصاف المدعي، وإعطاؤه حقه بشروط و ضمانات بما لا يخل في حق المدعى عليه الغائب.

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

والمقصد من هذه الدراسة ليس بيان حكم القضاء على المدعى عليه الغائب باستقصاء الآراء الفقهية والأدلة والمناقشات وتقريرات المسألة، وإن كنا سنستفتح 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 عند القضاء على الغائب لإنصافه وعدم الجور عليه وظلمه، وهو متفرع عن القول بجواز القضاء على الغائب.

وهذه الضمانات مستفادة من الضوابط والاشتراطات التي ذكرها الفقهاء في باب القضاء على الغائب عند ذكرهم للمسألة.

الدراسات السابقة:

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

أما الدراسات والبحوث التي عنت بمسألة القضاء على الغائب؛ ككتاب: هل للقاضي الحكم على الغائب؟ للأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة، وغيرها فقد ركزت على أصل مسألة الحكم على الغائب والخلاف فيه، وجاء ذكر الاشتراطات، تبعا وبشكل مقتضب، بخلاف الدراسة التي نحن بصددتها، فقد أوجزت الحديث عن مسألة الحكم على الغائب، وتوسعت في تفصيل وتحرير الضمانات، ومقارنة ذلك مع قانون الإجراءات وقانون المرافعات الكويتي.

وإذا تم هذا؛ فقد اقتضى النّظر المنهجي تقسيم الموضوع إلى مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث وخاتمة:

أما المقدمة: ففيها إبراز لأهمية الموضوع، وسبب اختياره، وتحديد الخطة، وبيان طريقة العمل.

التمهيد، وفيه ذكر لألفاظ الدراسة وبيان معانيها.

المبحث الأول: في مسألة القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي.

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

المبحث الثالث: ضمانات القضاء الغيابي في القانون (وفيه خمس مسائل).

المبحث الرابع: المقارنة بين الضمانات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ثم الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

عملي في البحث: يتمثل فيما يلي:

- ترتيب المسائل وفق معهود الدراسات والبحوث الأكاديمية، وذلك بتحديد المفهوم فالأنواع، ثم توضيح صورة المسألة الخلافية، وتحرير أقوالها، مع بيان الموقف منها ... إلخ.

- توثيق أقوال العلماء ومذاهبهم من مصادرها الأصيلة، فإن لم أجد، فالى أنزل رتبة، وهكذا.
- تحرير محل النزاع وبيان محل الوفاق.

- ترتيب الأقوال بمعية أدلتها.
 - نسبة الآيات إلى سورها ببيان رقمها واسم السورة.
 - عزو الأحاديث إلى مصادرها، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك، وإلا عزوته إلى غيرهما مع بيان درجته من حيث الصحة والضعف.
 - لم أر الحاجة داعية للتعريف بالأعلام، وكذا المفاهيم؛ لشيوعها في الدرس الفقهي القانوني.
 - ترتيب المصادر والمراجع في الحاشية ترتيبًا زمنيًا - حسب الوفيات - وهذا في الغالب إلا إذا اقتضت الحاجة تقديم المتأخر.
- وبعد، فهذا ما تيسر عمله، فالله أسأل التوفيق والسداد، وأحمده على توفيقه، وسبحانك اللهم وبحمدك، أشهد أنّ لا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك.

تمهيد: في بيان مفردات عنوان البحث:

وأهم مفردتيه هما الضمانات والغائب.

أولاً: مصطلح الضمانات:

الضمانة لغة:

الضمانة مفرد، وجمعها: الضمانات، وهي من الفعل الثلاثي ضمن، قال ابن فارس: «ضمن: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمننت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضمانًا من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»^(٢).

الضمانة في الاصطلاح:

الضمانة في الاصطلاح يختلف معناها تبعًا للعلم الذي تُستخدم فيه^(٣):

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

وفي الاقتصاد يقال: ضمانة قرض أو ضمانات مصرفية، ويقصد بها: وثيقة يضمن بها البائع خلو المبيع من العيوب وبقائه صالحًا للاستعمال مدة معينة^(٤).

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

ثانيًا: المقصود بالغائب

الكلام عن الغائب سيكون في النقاط التالية:

أولًا: تعريفه:

الغائب اسم فاعل من الفعل الثلاثي غاب، بمعنى بان وبُعد عن المكان، وهو خلاف شهد وحضر^(٥).

والغائب في الاصطلاح: يراد به في باب القضاء عند الإطلاق: الخصم المدعى عليه الذي لم يشهد ولم يحضر جلسة المحكمة بعد إعلانه ودعوته^(٦).

ثانياً: حالات الخصم الغائب:

الغائب عند الفقهاء له حالتان: إما قريب من مجلس القضاء، وإما بعيد عنه، وقد اختلفوا في تحديد القرب والبعد، وهذا الخلاف له أثر فقهي يتمثل بأن الغائب القريب ليس حكمه كالغائب البعيد في القضاء، كما سيأتي بيانه.

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 بعيداً، وهذا الضابط ذكره الشافعية^(٧).

وهناك من قال إن الضابط في التفريق بينهما هو مسيرة ثلاثة أيام أو ستين ميلاً، فما زاد على ذلك كان بعيداً، وهذا الضابط ذكره المالكية (والمالكية لهم في الغيبة ثلاثة أقسام: قريب ومتوسط وبعيد)^(٨).

وهناك من قال إن ضابط التفريق هو مسافة قصر الصلاة، وهذا الضابط ذكره الحنابلة^(٩).

وهناك قول أرجح الأمر للحاكم في التفريق بينهما، وهو قول الشوكاني^(١٠).

رابعاً: حكم الغائب القريب والبعيد:

الغائب القريب له احتمالان 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 غيابياً.

والاحتمال الثاني أن يمتنع عن الحضور بعد إعلانه، فهذا يُرغم على الحضور ولو بالقوة والقهر، ويرسل الحاكم أعوانه لإحضاره، فإن تترس وتعزز بقوته وسلطانه كالمتمسك والمتمرد، فهذا النوع وإن كان موجوداً في البلد التي فيها القاضي، فإنه يلحق بالغائب، ويحكم عليه بأنه غائب بعد إذاره^(١١)، على خلاف بين الفقهاء كما سيأتي.

أما الغائب البعيد، فحكمه:

أنه يتم إعلانه، وإلا اعتُبر غائباً، وقد اختلف الفقهاء في الحكم عليه كما سيأتي^(١٢).

خامساً: الغائب المفقود:

اتفق الفقهاء^(١٣) على جواز القضاء على الغائب المفقود، وهو الشخص الذي لا يعلم مكانه، ودليلهم في ذلك:

١. قضاء عمر بن الخطاب لزوجة المفقود، حين فُقد رجل في عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فجاءت امرأته إليه، فقضى لها أن تتربص أربع سنين، وأربعة أشهر وعشراً، ثم إذا شاءت تزوجت^(١٤).

٢. ومثله قضى عثمان بن عفان^(١٥)، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن الزبير وغيرهم^(١٦)، وهي قضايا انتشرت في الصحابة، فقضوا فيها بنحو ما سبق، فلم تنكر، فكانت إجماعاً.

المبحث الأول

حكم القضاء على الغائب

بناء على ما سبق، فإن الغائب الذي وقع فيه الخلاف بين الفقهاء هو الغائب القريب المتستر أو المتمرد والغائب البعيد بعد إعلانه، ولا يدخل في هذا الخلاف الغائب المفقود الذي سبق ذكر الاتفاق على جواز القضاء عليه.

وتعتبر مسألة القضاء على الغائب، أي المدعى عليه، من أمهات المسائل في باب القضاء، وقلماً يخلو كتاب في الخلافات من ذكر هذه المسألة المهمة، والكلام فيها متشعب، وكون الدراسة في ضمانات القضاء على الغائب، المتفرع عن الخلاف في المسألة، 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: لا يجوز القضاء على الغائب، ولا يحكم القاضي عليه حتى يحضر أو يقيم وكياً عنه، وهذا الاتجاه يقول به الحنفية في المعتمد، وقول بعض المالكية، ورواية عند الحنابلة، وبه قال شريح القاضي، وعمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى، والثوري، والشعبي^(١٧).

الاتجاه الثاني: يجوز القضاء على الغائب من حيث الجملة، فعلى القاضي إذا اكتملت شروط الدعوى في القضاء على الغائب أن يحكم عليه.

وهذا الاتجاه قال به جماهير الفقهاء؛ بعض الحنفية، والمالكية، 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. (١٨)

الأدلة في المسألة:

أولاً- أدلة المانعين (١٩):

وقد استدلوا بالآثار وبالمعقول، فالآثار كما يلي:

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 شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار» (٢٠).

وجه الاستدلال:

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

وقد أوجب عن هذا الاستدلال بأنه لا حجة لهم فيه، ذلك أن الخصمين حضرا معاً عند النبي ﷺ، وحكم بحسب ما سمع منهما، والتنصيص على السماع لا ينفي أن يكون غيره طريقاً للحكم.

٢. حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»^(٢١).

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.

وقد أجب عن هذا الاستدلال بما يلي:

أ) أن هذا الحديث مختلف في صحته، حيث ضعف الحديث ابن حزم^(٢٢)، وحسنه 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.

٣. أثر عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أتاه رجل قد فُتت عينه، فقال له عمر: «تحضر خصمك»، فقال له: يا أمير المؤمنين، أما بك من الغضب إلا ما أرى؟ فقال له عمر: فلعلك قد فُتت عيني خصمك معاً! فحضر خصمه قد فُتت عيناه معاً، فقال عمر - رضي الله عنه: «إذا سمعت حجة 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^(٢٥):

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

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

وأما استدلالهم بالمعقول من حيث إنه

ج) وأما استدلالهم بالمعقول من حيث إنه لو جاز الحكم على الغائب لم يكن الحضور واجباً عليه، كما أنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدم فيها.

ثانياً: أدلة المجوزين للقضاء على الغائب:

١. الآيات العامة التي تأمر بالعدل والقسط، واعتماد البيئات العادلة والحكم بها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٢٦)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ

شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ﴿٢٧﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (٢٨).

وجه الاستدلال:

أن الله تعالى طلب من المؤمنين القيام بالقسط، وإقامة الشهادة لجميع الناس، الحاضرين والغائبين، فلم يخص الله تعالى حاضراً 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 أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك ولدك 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 محل القضاء لا الإفتاء.

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 لا بد أن يكون مفصلاً رافعاً للنزاع.

٣. حديث العزنيين: أن رسول الله ﷺ قضى عليهم وهم غائبون بأن تقطع أيديهم وأرجلهم، وأن تسمر أعينهم، ثم يندبوا في الشمس حتى يموتوا (٣٠).

٤. قضاء عمر - رضي الله عنه - على الأسيفع، حيث رُوي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال على المنبر: «ألا إن الأسيفع: أُسَيِّفِعْ جُهَيْنَةَ، قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، ألا وإنه قد أدان معرضًا، ألا من كان له عليه دين فليأتنا غدًا؛ فإننا بائعو ماله»^(٣١) وكان الأسيفع غائبًا، وكان ذلك بحضرة الصحابة، ولم ينكر عليه أحد.

٥. قضاء جمع من الصحابة في الغائب المفقود^(٣٢) 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 - مع عجزهما عن الدفع والطعن، فإذا جاز الحكم عليهما، فلأن يجوز على الغائب من باب أولى؛ لأن حقه في الدفع والطعن إذا جاء محفوظًا، وحجته قائمة، فتسمع ويعمل بها باتفاق الفقهاء، ولو أدى إلى نقض الحكم السابق.

الترجيح:

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

كما أن القول بجواز القضاء على الميت والمفقود ونحوهما دون القضاء على الغائب فيه نوع من التعارض والتناقض، لأن مأخذ المسألتين واحد، وهو إقامة العدل، وإعطاء كل ذي حق حقه.

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

ثم إن ترجيح القول بالجواز ليس مجرداً عن أي اشتراط أو ضمانات، بل هناك ضمانات كثيرة ذكرها الفقهاء، والتي هي موضوع الدراسة كما سيأتي ذكرها.

أخيراً إن القول بالمنع أقرب إلى أن يكون نظرياً من أن يكون واقعياً، فالحنفية الذين يرون المنع في المسألة مذهبهم شهد اضطراباً كبيراً، فمن المغالاة في المنع وتعميم ذلك على الغائب إلى موقف أكثر اتفاقاً 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، بل قال بعض الحنفية: "وهذا أرفق بالناس"^(٣٣).

وأرجع بعض المعاصرين^(٣٤) ذلك إلى تأثير الجانب العملي على الرأي الفقهي في المذهب الحنفي، ويتجلى ذلك في تولي أبي يوسف لمنصب القضاء، بل ذهب كثير من فقهاء الحنفية المتأخرين إلى الأخذ بالاعتبار المصالح والضرورات في كل حالة على حدة.

قال ابن قاضي سماونة - رحمه الله: "وأقول: قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر تبتنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع، ويلاحظ الحرج والضرورات، فيفتى بحسبها جوازاً وفساداً؛ مثلاً: لو طلق امرأته عند العدول فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه، أو يُعرف ولكن

يعجز إحضاره، وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده، أو لمانع آخر؛ كأن لا رضي أحد بالوكالة، وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه؛ فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه دفعًا للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه. ذهب إلى جوازه الشافعي، ومالك، وأحمد بن حنبل، وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن يُنصَّب عن الغائب وكيلٌ يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يُفَرِّط في حقه، فينصب الأولى له ثم الأولى، والله أعلم^(٣٥).

المبحث الثاني

ضمانات القضاء على الغائب

في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إنه بعد التتبع والاستقراء، يمكن حصر ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي في سبع ضمانات، وهذا يدل على حرص فقهاء المسلمين على تحقيق أقصى درجات العدالة والإنصاف للخصمين، وخاصة الغائب منهما، ولا يكون غيابه مبررًا للحكم عليه من غير ضمانات، وهذه الضمانات تدل على الإثراء التشريعي الذي يمتاز به الفقه الإسلامي؛ مما يميزه عن القوانين الوضعية كما سيأتي في المبحث الرابع في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وهذه الضمانات التي سنذكرها، وفي ثبوت بعضها خلاف بين الفقهاء، قد نرجح عدم اعتبارها أو اشتراطها، إلا أنه يمكن الاستفادة منها في التشريع القانوني إن رأى الحاكم الأخذ بها بناء على المصلحة، وهذا ما قصدناه في وصفنا أن الفقه الإسلامي يمتاز بالثراء التشريعي الذي ينبغي لأهل القانون أن ينهلوا منه، 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، وأخيراً الموقف من الحكم القضائي الغيابي.

المسألة الأولى

الضمانة الأولى

أن تكون الدعوى في حقوق العباد

وهذه من الضمانات اللافتة في القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي، وهو النظر إلى موضوع الدعوى القضائية، فإن كان موضوع الدعوى في حقوق الله، فإنه لا يُقضى بها على الغائب، بخلاف لو كانت الدعوى في حقوق العباد.

وهذه الضمانة وقع الخلاف في اعتبارها بين الجمهور والظاهرية، وقبل بيان هذا الخلاف، يتطلب المقام الكلام عن الحق وأقسامه قبل ذكر هذا الخلاف.

فالحق في الاصطلاح الفقهي عرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله: "الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"^(٣٦).

وعرّف أهل القانون الحق بقولهم: "اختصاص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون"^(٣٧).

وتنقسم الحقوق عند الفقهاء باعتبار من يثبت له الحق (أو تنسب إليه) إلى أربعة أقسام^(٣٨):

القسم الأول: حق الله الخالص:

تعريفه: "ما كان نفعه غير مختص بشخص، وهو عائد إلى مجموع الأفراد"^(٣٩)، أو هو "الذي ليس محلاً للصالح أو الإسقاط"^(٤٠)، فهو يسمى في القانون بالنظام العام.

مثاله: العبادات، العقوبات المحضة كالحدود، الأيمان.

القسم الثاني: حق العبد الخالص:

تعريفه: "هو ما كان نفعه مختصاً بشخص معين"^(٤١)، أو: "هو الحق القابل للإسقاط والصالح"^(٤٢)، وهو ما يسمى في القانون بالحق الفردي أو حق الشخص، النظام الخاص.

مثاله: حقوق الشخص المالية، أو الحقوق المتعلقة بالمال كالدية، وحق استرداد المغصوب، والنفقة الزوجية.

معيار التفريق بين حق الله تعالى وحق العبد الخالص^(٤٣):

١. أن حق الله تعالى لا يجوز إسقاطه لا بعفو ولا بصلح ولا بغير ذلك، وأما حق العبد فيجوز فيه الإسقاط بالعفو والإبراء والصلح.
٢. أن جميع المسلمين مطالبون بإقامة حقوق الله تعالى واحترامها، وعدم المساس بها، وأما حق العبد فليس كذلك.
٣. أن حقوق الله تعالى لا يجري فيها التوارث، فلا يعاقب مثلاً ورثة الجاني، وأما حق العبد فيجري فيه التوارث.
٤. حقوق الله تعالى يجري فيها التداخل، بمعنى إذا تكررت جناية معينة، فلا يقام على جانبها إلا حد واحد، وأما حق العبد، فإن العقوبة تتكرر فيما يثبت للإنسان بتكرر الجناية.

القسم الثالث: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وكان حق الله هو الغالب^(٤٤):

مثاله: حد القذف بعد رفع المقذوف الأمر للحاكم وثبوت الحد على القاذف، فقبل رفع الأمر للحاكم وتبليغه بالقذف، فهو حق خالص للإنسان، فللعبد فيه حق؛ لأن المقذوف بالزنى قد اتهم في عرضه ودينه، والله فيه حق؛ لأن القذف بالزنى مساس بالأعراض علناً؛ مما يؤدي إلى شيوع الفاحشة في المجتمع، وغلب 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.

القسم الرابع: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وكان حق العبد هو الغالب^(٤٥):

مثاله: القصاص من القاتل عمداً عدواناً، فله فيه حق؛ لأنه اعتداء على المجتمع وأمنه، والله 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 حرّمهم من رعاية مورثهم واستمتاعهم بحياته، وغُلب حق العبد فيه ترغيباً 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.

فبعد تعريف الحق في الفقه الإسلامي والقانون، وأقسامه في الفقه الإسلامي باعتبار من ينسب له، فالجمهور والظاهرية اختلفوا في اشتراط هذه الضمانة في القضاء على الغائب.

فالجمهور^(٤٦) 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 يقضي على الغائب إلا في حقوق الأدميين، فأما في الحدود التي لله تعالى، فلا يقضي بها عليه؛ لأن مبناها على المساهلة والإسقاط، فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال، حكم بالمال دون القطع"^(٤٧).

وجه قولهم:

أولاً: أن حقوق الله سبحانه مبنية على المسامحة والإسقاط واليسر والرحمة، قال تعالى: ﴿وَرَبُّكَ الْغَنِيُّ ذُو الرَّحْمَةِ﴾^(٤٨)، 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 يسلم الظاهرية^(٤٩) بهذه الضمانة، فأجازوا القضاء على الغائب ولو كان الحق لله سبحانه، وهو قول للشافعية أيضاً^(٥٠).

وجه قولهم:

أن الحقوق كلها تثبت بالبينة، فلا فرق بين حق الله أو حق العباد.

وهناك قول للشافعية: يقضى على الغائب في كل حق سوى العقوبة مطلقاً، سواء كانت العقوبة حقاً لله سبحانه أو لأدمي^(٥١).

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

تنبيهات على هذه الضمانة:

أولاً: أن القضاء على الغائب في حق الله سبحانه في إيقاع العقوبة التي هي حق لله سبحانه، لا فيما يتعلق بحق العباد منها، كما في السرقة مثلاً، فإن قامت البينة على السرقة، فإنما يحكم بالمال لا بالعقوبة، وهو القطع.

ثانيًا: أنه بناء على ما سبق ذكره من أقسام الحقوق، فإن الحقوق المشتركة التي حق العبد هو الغالب، فإنه تسمع للدعوى فيها، ويحكم بها وإن كان فيها حق لله سبحانه.

المسألة الثانية

الضمانة الثانية

تحقيق الإعلان الصحيح

الدعوى القضائية إما أن ترفع شفاهًا إلى القاضي كما هو الحال في القديم، فيحضر أصحابها إلى مكان التقاضي، فيدخلهم الحاجب على القاضي بحسب الأسبقية، وقد يترك الترتيب عند الحاجة، فتقدم دعاوى أصحاب الأعدار من المرضى أو المسافرين ممن يتضرر بالتأخير، فإذا دخل سألته القاضي عن دعواه ونظر فيها^(٥٢).

وإما أن ترفع الدعوى القضائية إلى القاضي كتابةً كما هو حال 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^(٥٣).

وتجعل هذه الدعوى المكتوبة على نسختين، نسخة تعرض على القاضي، ونسخة تسلم إلى المدعى عليه عند تبليغه بالحضور إلى مجلس القضاء، مختوماً عليها بختم القاضي^(٥٤).

ويكون تبليغ المدعى عليه بالدعوى، إما عن طريق المدعي شخصياً، وإما عن طريق أحد أعوان القاضي الذي يقوم بتسليم الدعوى إليه، أو إلى أحد من أقاربه أو وكيله، فإن تعذر العثور عليه، فعلى من يقوم بالتبليغ إثبات ذلك وعرضه على القاضي في الجلسة.

وينبغي للقاضي إذا أراد إحضار الخصم أن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال.

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

فإن امتنع عن الحضور ولم يرسل وكيلاً عنه، وكان حاضراً في البلد ولم يكن معذوراً بمرض ونحوه، كرر الحاكم طلب حضوره مرة أخرى، وبعبارة أغلظ وأشد.

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 رادعاً له ولأمثاله، وإن لم يمكنهم إحضاره لهروبه أو تحصنه بما يحيل الوصول إليه، فإن القاضي يحكم عليه غيابياً.

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 كله هو بيان أنه لا بد من الإعلان الصحيح الكامل الوافي؛ حتى يتمكن القاضي من النظر الصحيح في الدعوى الغيابية والحكم فيها، وفي ذلك إعدار 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.

المسألة الثالثة

الضمانة الثالثة

تعيين وكيل عن الغائب

(المسخر)

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

وهذه الضمانة هي تنصيب القاضي وكيلاً عن الغائب، ويطلق عليه الفقهاء: (المسخر)، والمسخر اسم مفعول من الفعل سخر، يقال: سخره تسخيراً: كلفه عملاً بلا أجر، ورجل سخرة يسخر في الأعمال^(٥٥).

وفي الاصطلاح، عرف ابن عابدين المسخر بقوله: "هو أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه"^(٥٦).

وعرفت مجلة الأحكام العدلية، في المادة (١٧٩١)، الوكيل المسخر بأنه: هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يمكن إحضاره للمحكمة^(٥٧).

والكلام عن هذه الضمانة من جهتين:

الجهة الأولى: حكم تنصيب المسخر:

اختلف الفقهاء في حكم تنصيب وكيل عن الغائب (المسخر)، 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، وقول بعض الشافعية^(٥٨).

وجه قولهم:

١. احتياطاً لحق الغائب، ومواجهة بينة الخصم الحاضر والجواب عليها، فإن البينة لا تكون إلا على إنكار منكر^(٥٩).

القول الثاني: لا يجب على القاضي تنصيب وكيل عن الغائب، بل يجوز له ذلك. وهو مشهور مذهب المالكية، والأصح عند الشافعية، وقول الحنابلة^(٦٠).

وجه قولهم^(١١):

١. حديث واثلة بن الأسقع، يقول: قال رسول الله ﷺ: «إن من أعظم الفرى أن يدعى الرجل إلى غير أبيه، أو يُرى عينه ما لم تر، أو يقول على رسول الله ﷺ ما لم يقل»^(١٢).

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 أيضًا يعلم أن دعواه باطلة^(١٣).

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

القول الثالث: لا يجوز تنصيب وكيل عن الغائب (المسخر). وهو قول بعض الحنفية^(١٤)، وقول عند الشافعية^(١٥)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(١٦).

وجه وقولهم:

أن الوكيل الذي يتم تنصيبه قد ينكر ويكون الغائب مقرراً في الواقع، فيكون هذا كذباً، فكان التنصيب غير جائز لهذا الاعتبار، واستدلوا بالدليل الذي ذكره أصحاب القول الثاني، فإن فيه نهياً ووعيداً.

والذي يبدو - والعلم عند الله - أن تنصيب القاضي وكيلاً عن الغائب ليس بواجب، بل هو جائز؛ لأن الوجوب حكم تكليفي لا بد له من دليل، ثم إن هناك دعاوى قضائية لا تستحق تنصيب وكيل فيها؛ إما لوضوح القضية بكثرة

شهودها مثلاً، أو لقلة المبلغ المطلوب في الدعوى، وفي وجوب تنصيب الوكيل عن الغائب تكاليف إضافية على القضاء، والله أعلم.

الجهة الثانية: ما يترتب على تنصيب المسخّر^(١٧):

أولاً: 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 نصب له مسخراً.

المسألة الرابعة

الضمانة الرابعة

توفر البينة أو ما في حكمها

إن الإيذاء الذي قد يتعرض له المدعي عليه عند رفع الدعوى من المدعي محل تقدير وعناية عند الفقهاء، خاصة إذا كان مكان الخصم الغائب بعيداً عن مجلس القضاء، بل بعض الناس يتعمدون إيذاء غيرهم بجرّهم إلى مجالس القضاء، وما يلحق ذلك من إساءة للسمعة، وخاصة لأهل الفضل والوجاهة والعلم.

لذا وضع الفقهاء هذه الضمانة، ألا وهي ضرورة توفر بينة للمدعي الحاضر للقضاء على الغائب.

والمقصود بالبينة في الفقه الإسلامي: "اسم لما يبين الحق ويظهره"^(٦٨)،
وبعض الفقهاء قصرها على الشهود.

والكلام عن هذه الضمانة سيكون من جهتين:

الجهة الأولى: عند طلب استدعاء الغائب:

عند طلب استدعاء الخصم الغائب، وخاصة البعيد عن مجلس القضاء، لا بد
من ضرورة توفر بينة يقيمها المدعي قبل استدعاء المدعى عليه، واكتفى
بعض الفقهاء بيمين المدعي على صدق دعواه، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء
عند طلب استدعاء الخصم الغائب^(٦٩).

الجهة الثانية: عند المحاكمة الغيابية:

أما عند محاكمة الغائب، فإنه لا بد من توفر بينة عند المدعي الحاضر، ولا
يقبل منه غير دليل الإثبات من غير البينة كاليمين المردودة، وهذا يشمل كل
غائب، أو ما في حكمه كالمفقود أو الميت، وقد نص جمهور الفقهاء على هذه
الضمانة.

والسر 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 جداً) كإفريقية من المدينة
(يقضى) عليه في كل شيء بعد سماع البينة وتركيتها (بيمين القضاء) من
المدعي: أن حقه هذا ثابت على المدعى عليه، وأنه ما أبرأه به، ولا وكل
الغائب من يقضيه عنه، ولا أحاله به على أحد في الكل ولا البعض"^(٧٠).

قال الإمام النووي - رحمه الله: "ويشترط أن يكون للمدعي بينة، وإلا فلا فائدة، وأن يدعي جوده".^(٧١)

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 والبينه وحكم بها؛ لأنها بينة مسموعة فيحكم بها، كما لو شهدت على حاضر"^(٧٢).

ويرى بعض الشافعية إن تعذر توفر 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^(٧٣).

المسألة الخامسة

الضمانة الخامسة

اليمين على صحة البينة

هذه من الضمانات التي ذكرها الفقهاء لاستيثاق البينة التي أقامها المدعي على دعواه، وهذه اليمين مقوية للحكم القضائي فقط^(٧٤)، فلا ينقض الحكم بدونها، وتسمى عند الفقهاء يمين الاستظهار أو الاستيثاق أو الاستبراء، وهي اليمين التي تشرع بعد اكتمال البينة^(٧٥)، وكان المدعى عليه غائبًا أو ميتًا، لاحتمالية صحة البينة، ولكن المدعى عليه الغائب عنده جواب عن هذه البينة؛ كأن يطعن في البينة، أو تكون البينة صحيحة ولكن المدعى عليه قام باستيفاء 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^(٧٦).

وجه قولهم^(٧٧):

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 وتركيتها، وهذا المشهور من مذهب الحنابلة^(٧٨).

وجه قولهم^(٧٩):

استدلوا بقول النبي - عليه الصلاة والسلام: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"^(٨٠)، ومفهوم الحديث أن اليمين لا تكون على المدعي، وإنما يختص بالبينة، والبينة إذا عدلت تكون حجة شرعية ينبغي قبولها من غير حاجة إلى اليمين كالبينة على الحاضر.

الراجع:

عند النظر إلى وجهة نظر القولين، يتبين أنه لا مانع من اشتراط يمين الاستيثاق على بينة المدعي، وذلك احتياطاً لحق الغائب، والحاكم مأمور بالاحتياط^(٨١)؛ مما يشكل ضماناً 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 للبينه لو كان حاضراً، والله أعلم.

صيغة يمين الاستيثاق أو الاستظهار:

ذكر الفقهاء الذين أجازوا هذه اليمين صيغاً لها، وسنذكر صيغها عند كل مذهب:

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

"إذا ادعى أحد من التركة حقاً كعين أو دين وأثبتته، فيحلفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق أو أي مقدار منه قليلاً أو كثيراً بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة، أو بطريق الأمر بالاستيفاء، ولا أبرأه من كل الدين أو من بعضه، ولا قبل حوالة على غيره في كل الدين أو بعضه، ولا أوفى كله أو بعضه من طرف أحد، وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رهن"^(٨٢).

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 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"^(٨٣).

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"^(٨٤).

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 المدعي عليه يلزمه أدائه، ثم قال: ويجوز أن يقتصر فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه"^(٨٥).

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"^(٨٦).

المسألة السادسة

الضمانة السادسة

المطالبة بكفيل للمدعي في الحكم الغيابي

الكفالة لغة: من كفل المال وبالمال: ضمنه^(٨٧).

وأما الكفالة في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر.

فعرفها جمهور الحنفية بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين^(٨٨).

ويرى المالكية والشافعية - في المشهور - والحنابلة، أن الكفالة هي: أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم^(٨٩).

فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة على ضمان الأعيان البدنية.

وأما عند الحنابلة: فالضمان يكون التزام حق في ذمة شخص آخر، والكفالة التزام بحضور بدنه إلى مجلس الحكم.

ويسمى الملتزم بالحق ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفياً وقبيلاً وغيرهم، غير أن العرف جارٍ بأن الضمين يستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والقبيل في الجمع.

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 القاضي للمدعي بكفيل له عند القضاء على الغائب، وهذه الضمانة لم يتطرق لها إلا المذهب الشافعي، وهي ضمانة مختلف فيها عندهم على قولين^(٩٠):

القول الأول: أن القاضي يطالب المحكوم له بكفيل. وهو قول بعض الشافعية كالحسين بن علي الكرابيسي.

وجه قولهم:

أن طلب كفيل للمحكوم 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.

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

الراجع:

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 حفظاً لحق المدعى عليه الغائب، بأن يطلبها القاضي في
الدعوى التي قد تحتاج إلى كفيل فيها؛ نظراً لطبيعة ولحال المدعي، والله
أعلم.

المسألة السابعة

الضمانة 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:

أولاً: إن حضر الغائب بعد الدعوى وقبل صدور الحكم:

يرى الفقهاء أن القاضي لا يحكم عليه، بل ينظر ويستعمل، وحدّه بعض
الفقهاء بثلاثة أيام، فإن دفع الدعوى بالطعن في البينة أو بإقامته لبينة عادلة
ترد بينة المدعي برئ وأخذ الحق، وإلا قضى عليه القاضي بعد استكمال بينة
المدعي^(٩١).

ثانياً: حضور الغائب بعد صدور الحكم:

يرى الفقهاء أنه إذا حضر بعد الحكم ينظر في دفعه، ولو طلب الغائب
المهلة للدفع أُعطي ثلاثة أيام، فيصبح الغائب مدعيًا لا بد 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^(٩٢).

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

ذكر الفقهاء^(٩٣) أن على المحكمة الاحتفاظ بالبينة كاملة كأسماء الشهود ومسكنهم، وإذا حضر الغائب عرضت البينة عليه، ليتمكن من القدرح في البينة إن علم فيهم قدحاً، فهذا العرض حق للغائب، ولا يجاب إلى طلب إعادة الشهادة مثلاً؛ لأنها قد أدت بشكل صحيح.

بل ذكر بعض الفقهاء أن الدعوى ترد إذا لم يقم القاضي بالتصريح بالبينة؛ مما يجيز لقاضي آخر أن ينقض الحكم القضائي الغيابي^(٩٤).

خلاصة هذه الضمانة:

أن الغائب له ضمانات الطعن في الحكم القضائي ولو بعد صدور الحكم الغيابي في حقه، وهذه الضمانة فيها إشارة إلى عدم قوة الحكم القضائي مقارنة بالحكم الحضورى.

المبحث الثالث

ضمانات الحكم الغيابي في القانون الوضعي

تمهيد:

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، ولا يقبل التوكيل إلا ما استثنى ذكره في القانون، كما جاء في المادة (١٢١) من قانون الإجراءات الجزائية:

"يجب حضور المتهم بنفسه في جميع إجراءات المحاكمة، على أنه يجوز له أن يكتفي بحضور وكيله إذا كانت عقوبة الجريمة الحبس الذي لا يزيد على سنة أو الغرامة فقط، وذلك ما لم تأمر المحكمة بحضوره شخصياً. كذلك يجوز للمحكمة أن تكتفي بحضور الوكيل وتعفي المتهم من الحضور بشخصه إذا كانت الجريمة جنحة. أما غير المتهم من الخصوم، فلهم أن ينيبوا عنهم وكلاءهم في الحضور، على أن للمحكمة أن تأمر في أي وقت بحضورهم بأشخاصهم إذا كان في ذلك مصلحة للتحقيق".

أما الدعاوى المدنية والتجارية، فيجوز التوكيل بالخصومة عن الخصم كما جاء في المادة (٥٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية:

"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، ويجب على الوكيل أن يثبت وكالته عن موكله، ويكفي في إثبات التوكيل أن يقدم ورقة بذلك، فإن كانت غير رسمية وجب أن يكون مصدقاً على توقيع الموكل، ويجوز أن يُعطى التوكيل في الجلسة بتقرير يُدَوّن في محضرها، وحينئذ يقوم التقرير مقام التصديق على التوقيع، وإذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل".

مفهوم غياب الخصم في القانون:

إذا لم يحضر الخصم 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 أعلن الشخص واستلم الإعلان لا يعد غائبًا^(٩٥).

وثمره اعتباره غائبًا تظهر في الضمانات التي تترتب على الحكم الغيابي، والحكم الغيابي لا يلزم منه أن يأخذ الخصم الغائب حكم الغائب قانونًا، فقد يصدر الحكم غيابيًا 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 ظلماً وجورًا.

موقف القانون من الحكم الغيابي:

نصت القوانين الوضعية على صلاحية القاضي للنظر في الدعوى القضائية إذا كان الخصم غائبًا، وبينت القوانين الضمانات اللازمة في الحكم الغيابي؛ حيث جاء في المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية ما نصه:

"إذا تخلف المتهم عن الحضور بنفسه أو بوكيل عنه في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، فعلى المحكمة أن تتأكد من أنه أعلن إعلانًا صحيحًا في موعد مناسب، ولها أن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة أخرى وتأمّر 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".

وكما 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".

والضمانات في القانون يمكن حصرها بالضمانات التالية:

المسألة الأولى

الضمانة الأولى

الإعلان الصحيح عن الدعوى

فالإعلان في القانون يكون صحيحاً من خلال تحقق أمرين^(٦٦):

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 منصوصاً 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 طبقاً للقرارات السابقة، أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام، أو عن تسليم 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 آنفاً.

فإذا تم تسليم الإعلان وكان صحيحاً ولم يحضر الجلسة، ينظر في سبب عدم حضوره، وينظر في موعد تسليم الإعلان، فيجوز للقاضي التأجيل والإعلان مرة أخرى إلى جلسة أخرى، كما جاء في المادة (٦٠) من قانون المرافعات المدنية والجزائية، والمادة (١٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية.

وإذا لم يحضر بعد إعلانه واستلامه للإعلان، فإن القانون لا يعتبر غيابه غياباً قانونياً، كما سبق أن بينا في مفهوم غياب الخصم في القانون، بل الحكم الذي يصدر في حقه بمثابة الحكم الحضورى، فلا يأخذ الضمانات التي تكون للخصم الغائب.

المسألة الثانية

الضمانة الثانية

التدقيق في إجراءات المحاكمة الغيابية والحكم الغيابي^(٩٧)

هذه الإجراءات مطلوبة في كل دعاوى القضائية، سواء أكانت حضورية أو غيابية، وسواء ابتدائية أو 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 منه التدقيق فيها والتمحيص أكثر من المحاكمة الحضورية، مراعاة لعدم حضور المتهم الغائب وعدم تمكنه من الدفاع عن تهمة خصمه.

فلا يعتبر 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^(٩٨).

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

أولاً: الدفع بعدم الاختصاص

تعد قواعد الاختصاص ذات طابع إلزامي، وتعتبر 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^(٩٩) يعتبر دفعاً جوهرياً متعلقاً 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: تسبب الحكم القضائي

القانون يوجب تعليل الحكم القضائي وتسبب^(١٠٠) كل الأحكام مهما كانت، فعلى القاضي أن يحيط عمله بالدقة والموضوعية والتمحيص، وأن يضمن عمله كافة حيثيات الجريمة ودراستها بدقة وتكييفها، ثم يصدر الحكم، وأياً كانت نتيجة الحكم التي يتوصل إليها في نهاية حكمه، يجب أن يؤسس ويعلل تعليلاً قانونياً كافياً.

فلا ينبغي على القاضي أن يعتمد على إعادة محاكمة المتهم الغائب خالياً من أي تسبب، أو يشوبه قصور من هذا الجانب.

وقد أجمعت القوانين على أن التسبب 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، وبالتسبب يسلم القاضي حكمه من التحكّم والتعسف فيه.

وتسبب الأحكام له أهمية في الأحكام بشكل عام، وفي الأحكام الغيابية منها على الوجه الخاص؛ إذ تعد من الواجبات الأساسية المفروضة على القاضي بموجب القانون.

المسألة الثالثة

الضمانة الثالثة

عدم إبداء طلبات جديدة أو تعديلها بعد تقديمها^(١٠١)

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

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

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

المسألة الرابعة

الضمانة الرابعة

الاعتراض على الحكم الغيابي

طرق الطعن في الأحكام القضائية تنقسم إلى طريقتين^(١٠٢):

الطريق الأول: طرق الطعن العادية: وهي جائزة لكل خصم بالدعوى أيًا 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 حضورياً 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 فاعلاً أو شريكاً أو مسئولاً بمال يتظلم بموجبه إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم بحقه بقصد إلغائه^(١٠٣).

والفرق بين الاعتراض على الحكم الغيابي وغيره من طرق الطعن: أن الاعتراض على الحكم الغيابي يطرح الدعوى على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لنظرها من جديد، وأما الاستئناف وغيره فيطرح الدعوى على محكمة أعلى بمراجعة الحكم والمحاكمة^(١٠٤).

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 يمكن الغائب من إسقاط هذا الحكم الذي بني على سماع أقوال خصم واحد وإعادة محاكمته مجددًا بالصورة الحضرية، إعمالاً للقاعدة التي تقول "بعدم جواز الحكم على الشخص إلا بعد سماع أقواله"^(١٠٥).

وحتى يقبل الاعتراض ثمة شروط لا بد من توافرها، وهي:

أولاً: أن يكون الحكم قد صدر غيابياً.

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

ثالثاً: أن تكون هناك مصلحة في الاعتراض.

وقد نصت المادة (٢٠٥) من أصول الإجراءات الجزائية: "للمحكوم عليه غيابياً أن يعترض على الحكم في ميعاد خمسة أيام تضاف إليها مهلة المسافة ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغ الحكم، وذلك باستدعاء يرفعه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم مباشرة، وإما بواسطة محكمة موطنه".

وقد نصت أيضًا الفقرة الثانية من المادة (٢٠٦) من أصول الإجراءات الجزائية: "أما إذا لم يبلغ المحكوم عليه بالذات، أو لم يستدل من معاملات إنفاذه أن المحكوم عليه علم بصدوره، فيبقى الاعتراض مقبولاً حتى سقوط العقوبة بالتقادم".

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، كأنه يُوجَّه إليه إنذار بدفع الغرامة التي توجبت عليه.

الحالة الثانية: إذا قامت قوة قاهرة منعت المحكوم عليه من تقديم اعتراضه في الميعاد 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 عائداً لمحكمة الموضوع.

المسألة الخامسة

الضمانة الخامسة

إعلان الحكم القضائي الغيابي

من الضمانات القانونية التي أكدها القانون وشدد بها إعلان الحكم القضائي الغيابي على نحو يحقق الغاية منه، وهو اطلاع المتهم الغائب على الحكم القضائي الذي صدر في حقه^(١٠).

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^(١٠٧).

وتتجلى أهمية الإعلان في تحديد بداية ميعاد الاعتراض، وله أهمية أخرى هي إضافة القيمة القانونية للحكم الغيابي^(١٠٨). كما جاء في المادة رقم (١٨٨) من قانون الإجراءات الجزائية: "ميعاد المعارضة أسبوع واحد، ويبدأ في الجرح 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 قابلاً 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 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 الوضعي

قبل المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ضمانات القضاء على الغائب، لا بد من التأكيد على خصيصة من خصائص الفقه الإسلامي، بل هي من أهم خصائصه، ألا وهي خصيصة المرونة ومواكبة متغيرات الحياة بناء على ما تقتضيه المصلحة وتتطلبه الضرورة، وهذه المرونة ومواكبة منضبطة بضوابط الاجتهاد الفقهي المبسوط في كتب أصول الفقه.

وهذه الخصيصة تفتقدها كثير من القوانين والتشريعات الوضعية؛ حيث تشترط هذه القوانين والتشريعات النص على الضمانة في القانون حتى يتسنى للقاضي الاستناد إليها والعمل بها.

ويتجلى أثر هذه الخصيصة في موضوع دراستنا، فالضمانات التي ذكرت في القانون، سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو قانون المرافعات، فإن الفقه الإسلامي لا يوجد فيه ما يمنع من الاستفادة من هذه الضمانات وغيرها، بل يمكن القول أن الشريعة الإسلامية تدعمها احتياطاً لحق الغائب، استناداً إلى الأصول والقواعد العامة في الشريعة التي تمتاز بمرونة مصادرها، كالاستصلاح والاستحسان والعرف وغيرها من الأصول، وهي أصول منضبطة شرعت لتواكب متطلبات الحياة وتغيرها.

بخلاف القانون الوضعي الذي قد لا يمكنه الاستفادة من الضمانات التي ذكرها الفقهاء في كتبهم؛ لأن القانون لم ينص على هذه الضمانات؛ مما يحرم القانون الاستفادة من الثروة الفقهية التي خلفها فقهاء المسلمين، والتي تشكل حللاً ناجعة لمتطلبات الحياة، وهذا يؤكد أن الفقه الإسلامي مدرسة قانونية، بل من أميز المدارس؛ لقوة مصادرها واتسامها بالإثراء، بخلاف القانون الذي يغلب عليه الجمود.

وعند استعراض الضمانات، نجد أن هناك اتفاقاً في بعض الضمانات، واختلافاً في البعض الآخر.

فيتفق القانون مع الفقه الإسلامي في:

ضمانة تحقيق الإعلان الصحيح؛ ليصح محاكمة الغائب والقضاء عليه.

كما يتفقان في ضمانات نقض الحكم القضائي الغيابي أو الاعتراض عليه بعد صدوره.

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

ضمانة تخصيص المحاكمة الغيابية في حقوق العباد فقط، والذي يقابله الحق الخاص في القانون، دون حق الله سبحانه - المبني على المسامحة والعفو - والذي يقابله في القانون الحق العام.

ومن الضمانات التي تميز بها الفقه الإسلامي: ضمانات توفر البيئة ويمين الاستظهار والاستبراء عليها، وهذا غير مذكور في القانون إلا ما ذكر من ضمانات التدقيق في الإجراءات من خلال التأكيد على تسبب 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: ضمانات تعيين المحكمة وكياً عن الغائب، وهو ما يسمى بالمسخر لمواجهة المدعي في دعواه، وهذا لا وجود له في القانون الوضعي.

ومن الضمانات التي ذكرها بعض الفقهاء - وإن كان ذلك داخلاً 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 والاحترازمات المطلوبة حفظاً لحق الغائب، وهي

ضمانات لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من اعتبارها، بل قد يكون الفقهاء ذكروها 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 مطلوباً بشكل بدهي باعتبار حق الغائب في الطعن في الحكم والاعتراض عليه، والذي لا يمكن إلا من خلال إعلان الغائب بالحكم الغيابي.

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

والتسبب المذكور في القانون ذكره الفقهاء وأطلقوا عليه مصطلحات أخرى تؤدي نفس المعنى؛ منها^(١٠٩):

وجّه الحُكْم، مُسْتَنَد الحُكْم، والوجه الذي نَبَتَ به الحقُّ، الوجه الذي كان عنه التنبُّت، تعليل الحُكْم، موجب الحُكْم.

قال الإمام الشافعي - رحمه الله: «وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه أن يبين له، ويقول: احتجبت 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»^(١١٠).

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

فخلاصة الكلام:

أن الهدف الأسمى من الضمانات في الحكم الغيابي إنما هو لحفظ حق الخصم الغائب الذي قد يتعذر حضوره لعذر أو غيره، والغاية من القضاء تحقيق العدل والإنصاف، ومن مظاهر تحقيق هذه العدالة: السماع من الخصمين، وتمكين الخصمين من إبداء حججهم ودفعهم، فأى ضمانة تحقق هذا الهدف وهذه الغاية لا شك من اعتبارها في الفقه الإسلامي؛ لما فيها من المرونة والمواكبة، وهو قصور في القانون نظرًا لطبيعة التشريع القانوني والالتزام به.

الخاتمة

وبعد، فله الحمد والمِنَّة، وله الفضل على إتمام التَّعْمَة، 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 البيئية تجد 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 عند 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 في ثنتين منها، وهي ضمانة الإعلان الصحيح ونقض الحكم القضائي والاعتراض عليه وخالف التشريع في أخرى

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

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

و . 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 للفقهاء 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 المذكورة عند القانونيين بدون أدنى حرج.

وتأكيدا لهذا النتائج فإن الدعوة موصولة بضرورة تكثيف الدراسات البنينة بين الفقه الإسلامي والقانون لما فيها من إثراء وتكميل للثغرات القانونية.

كما أنّ هذا النوع من الدراسات البنينة يؤدي غالبا إلى مخرجات ذات جودة عالية مزودة بمعلومات تكاملية يفيد بعضها من بعض.

وبعد؛ فهذا ما تيسر جمعه وترتيبه، والله أسأل السداد والتوفيق، وسبحانك اللهم

وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك.

المراجع والمصادر:

١. أثر غياب المتهم في موحكة المحاكمة، تأليف: د عي حمزة عل، ومحمد د. مظلوم، بد يمد م ممة اتمحاق أحني للعلوم القانونية والسياسية، ية الانون، جامعة بابل، الملد ٩، العدد ٣، ٢٠١٧م.
٢. أدب القاضي، تأليف: أبو العجس ساد بن أبي أحيد اليبري، المعروف بابن الاص، تحقيق: . حيين ن ف اللب م، روتبة السادس، سيسلئف، السعوسيل، الطبع الأولي، ٥١٤٠٩-١٩٨٩م.
٣. أدب القضاء، تأليف: الماضي شهاب الدين أبي إحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي، المعروف بابن أبي الدم الشافعي، تحقيق: محيي هلال السرحان، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق، الطبعة الأولى، ٥١٤٠٤، ١٩٨٤م.
٤. إرواء الغليل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإلام، الطبعة الثانية، ٥١٤٠٥-١٩٨٥م.
٥. ... ا ... ، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهسد شم الأئمة السرخسي، دار المعريلا - بفروت.
٦. إعلام الموقعين إعلام الموقعيلا، لابن قيم اللوزية، تحق همشق هور

حسن، ار ابن اللوزي، الزودية.

٧. الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المططوب بن عبد مناف للمططوبي الكرشني المكم، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

٨. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين أبو الحسن علي بن ليتمان المرادوي الدمشدي الصالحي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٩. بداية الملتهد ونماية المتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القر به، الشهير بابن رشد الحفيد، دمديعة مصطفى البابي الحلبي وأولا ه، مصر، الطبعة الرابعة، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.

١٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاكاني، الكعبة الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت.

١١. تبصرة الحكام في أصد الأفض وية ومناهج الأدام، المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، مكتبة اليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٢. تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة: لا للإلإيا، تأليف: عبدالله بن محمد بن عد آل خنfen، دار ابن فرحون، الرياض، السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤٣٤هـ.

١٣. التلخيص الحبير التخييص الحبير، تليف: أبو الفضل أحمد بن عي بن حجر العفني لاق، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ.

١٤. جامع الفصولين، تأليف: محمود بن إرائي، الشهير بابن قاضي سماونه، نخة الملتبة الشامل.

١. جواهر يكلاا ك شرح مختصر خي في مذهب الإمام مالك، تأليف: الشيخ صالح عبلاي لايح الأبي الأرهزي، المقتبة الثقافل، بيروت، لبنان.

٢. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة، ابن عابدين محمد علاء الدين أفندي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٣. حاشية اوقى ددل على الشرح الكبير، المؤلف: محمد بن أحمد بن عريلا الددوقي المالكم، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٤. بلغة السالك لأقرب المالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لتابه المسلامي أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، المؤلف: أبو العباس أحمد بن ادممخلذ وتم، الشمير بالصاوي المالكم، دار المعارف.

٥. حاشية العدوي على ديح فاية الطالب الرباني، المؤلف: أبو الحسن، عي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، ا حملقت: يوسف الشيخ ق محمد ال بقالم، دار دالفقر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

٦. الحاوي الكبير في فقه الشافعي، أبو الحسن عي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشمير بالماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٧. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
٨. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٩. روضة الطالبين روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
١٠. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، لبنان، ١٩٩٤م.
١١. سنن ابن ماجه سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
١٢. سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.
١٣. سنن الترمذي اللامع الصحيح لسنن الترمذي، لمحمد بن عيسى الترمذي، تحكيأحمككمككشكاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٤. السنن الكبرى للبيهقي. السنن البلاء، ريلما أحيى بن الحسين

البيهقه، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، تحقيق ظمحممد عطا، دار
اللتبلا العلميل، بيروت.

١٥. السياسة الـعية، المؤلف: تقى الدين أبو العباس أحمد بن عبد
للايم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي الام بن محمد ابن تيمية
الحراني الحنبلي الدمشقي، بعة وزارة الشئون الالامية والأوقاف
والدعوة والإرشاد - الةقلمم العربية السعودية، الطبعة الأولى،
٥١٤١٨.

١٦. السيدا للرار المتدفق عى حدائق الأزهار، المؤلف: محمد بن علي
بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، دارداين حزم، الطبعة للألأى.

١٧. شرح الخرشي عى: مختصر: خزيل، تأليف أبو عبدالله محمد
ال، يشرح للمطبعة للألأى لة، قاهرة، ٥١٣١٧.

١٨. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شرح الزركشي، المؤلف:
شدم الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار
العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

١٩. شرح قانون كالإلراءات والمحاكمات اللزائية الكويتي، تأليف:
اللهييل نصرالله، اللهأحمد حبيب السماك، بعة جامعة الكويت،
الطبعة الألى ٢٠٠٧ م.

٢٠. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إماعيل
بن حماد اللوهري: الفارابي، تحقيقدأحمد عالعفدديبور عطار، دار
العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

٢١. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي،
تحقيق: الدكتور مصطفى أديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، الطبعة
الثالثة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢٢. صحيح مسسم، لمحمد بن الحجاج أبي الحسين الشيرازي النيسابوري،
تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢٣. الارق الحكمية، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن عبد
شمس الدين: ابن قتيبة: اللوزية، مكتبة دار البيان.

٢٤. العلاء الواردة في الأحاديث النبوية، المؤلف: أبو الحسن علي بن
عمر بن أحمد بن ممدى بن معود بن النعمان بن دينار البغدادي
الدارقطني، تحقيق وتخريج: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، دار
طيبة - الرياض، الطبعة: الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.

٢٥. العناية شرح الهداية، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أم
الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جما: الدين
الروم البابرتي، دار الفكر.

٢٦. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن حنبل بن حجر
أبو الفضل للعسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت،
١٣٧٩، رقم تبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام
بإخراجه وصححه وأشرف على بعته: محب الدين الخطيب.

٢٧. فتح العيب بشرح الأوجيه، الشرح الكبير [وهو شرح لكتاب الأوجيه
في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، المؤلف: عبد الكريم بن محمد

الرافعي القزويني، دار الفكر.

٢٨. فتح البك... كالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، المؤلف:
ي الله الله بالله الله النبي الله الله، الله ليو عبد الله الله الله، دار المعرفة.

٢٩. الفروع ومعه تصحيح الفروع، علاء الدين عي بن دديمان
المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس
الدين المدسي الراميني ثم الصالحم، المدق: عبد الله بن عبد
المدن التركي، مؤسسة الرسال، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،
١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٣٠. القاموس المحيط، المؤلف: قملد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب
الفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مجلس الرسال،
بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، لسؤم الرسال لللباع والنشر
والتوزيع سبيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

٣١. قواعد الأحكام بمصالح الأنام، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد
العزيز بن عبد السلام بن أبي الام بن الحسن السلمم الدمشق، م،
ملا ب ا بن العلم، راجعه: ه عبد الرؤوف عد، مكتبة لجات
الأزهرية - الكاهرة

٣٢. القوانين الفقهية، المؤلف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن
عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي.

٣٣. الكافي في فقه الإمام أحمد، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله
بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي،

الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،
١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م

٣٤. كشف القناع، لمنصور بن يونس البهوتي، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢، تعليق:
هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت.

٣٥. كنز الراغبين، تأليف: جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم
المحلي، تحقيق: محمود صالح الحديدي، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م، الطبعة
الثالثة.

٣٦. لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال
الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، دار صادر -
بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤ هـ.

٣٧. مجلة الأحكام العدلية، المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء
في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد،
كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.

٣٨. المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، المؤلف: أبو
زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.

٣٩. مجموع الفتاوى، المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم
بن تيمية الحراني، حملاقت: عبد الرحمن بن محمد بن قام، الناشر:
مجمع الملك فهد لبعاء المصحف الشريف، المدينة النبوية، الممققة
العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م.

٤٠. الي حرر في الفقه عى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: عبد
السلام بن عبد الله بن النضر بن محمد: ابن تيمية الحراني، يبو

البركات، مجد الدين، مكتبة المعارف- الرياض، الطبعة الثانية
١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

٤١. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن عبيد بن حزم الأندلسي
القرقبي، رهاد، دارالفدر، بيروت.

٤٢. المحيط البرهاني في الفقه النعماني في الإماقأبي حنيفة، المؤلف: أبو
المعالم برهان الدين محمود بن أحمد بن عابد بلعيز بن عمر بن
مارة البخاري الحنفي، المحكك: عبد الكريم مامم اللندي، الناشر:
دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ -
٢٠٠٤ م.

٤٣. مختار الصحاح، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر
بن عبد القادر الحنفي الرازي، حلاقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر:
المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة
الخامسة، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

٤٤. المدخد الفقهي العام، تأليف: مصدق دأحمد الزرقاء، دارالفدر،
بيرو أ:، لبنان.

٤٥. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكك،
تحقيق: لمصطفى عبد القادر لللا، لار للكتب العلمية، بيروت، الطبعة
الأولى، نة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.

٤٦. مسند أحمد. مند الإمام أحمد (بشرح وتحقيق: أحمد شار: دار
الكتاب الإسلام، مصر، ١٣٩٢ هـ.

٤٧. مصنف ابن أبي شيبة، أبله الله الله عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، تحقيق محمد عوامع.

٤٨. مصنف عبد الرزاق، ق ابو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحملأ الأظممعلمكتب الإلامم، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

٤٩. معجم اللغة العربية المعاصرة، تأليف: د. أحمد مختار عبدالحميد عمر، عامم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٥٠. المعلم الوسيط، اجمؤجف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيأت / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.

٥١. المغني في فله الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قامل المي، دار الفر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٥٢. مغني المحتاج إلى معرفلاي عاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعم، الناشر: دار الكتب العمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٥٣. معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرزاي، أبو الحسين حملاام: عبد السلام محمد هارون، الطبعة الأولى: دار الاملاامهلالالالالا: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٥٤. الاملية ونظرية اتد في الشريعة الاملية، تأليف: أحمد فراج

حسين، الدار للامعة، مصر، ١٩٨٦م.

٥٥. الاملية في الشريعة الالامية بيعتها ووظيفتها وقودها دراسة
مقارنة بالقوانين والنظم الوضعي، تليف: عبدالسلام داوود العباد،
ومسدا لردار البشير، الطبلسلالألى، ٥١٤٢١، ٢٠٠٠م.

٥٦. مواهب الليلي في شرح مختصر ذيل، المؤلف: شم الدين أبو
عبدالله محمد بن طمحمم بن عبد الرحمن لابطططي المغربي،
المعروف بالحطاب الرعيني المالكي طالله ططر، الطبعة: الثالثه،
١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٥٧. الموسوع اللنائية الالامية مقارنة بالأنظمة المعموسبها في
المملة العربية أ.: عويأ، تأييف ددعود بن عبدالعالي البارودي
العدييم، دار التسمري، الرياض، السعوسيل، البعة الأولى، ٥١٤٣٠،
٢٠٠٩م.

٥٨. الموسوع الفقيهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون
الالامية - الكويت، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ).

٥٩. الموطأ، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي
المدني، حملاق: محمد مصفى الأعظم، الناشر: مؤققة زايد بن
سسسان آل نهيان للأ لما الخيرية والإقانية - أبو ظبي - الإمارات،
الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٦٠. نظرية الحق بين الإلقه يي لإ لإ والقانون الوضعي، تأييف: د. أحمد
محمود الخولي، دار اللالام، الماهرة، مصر، الطبعة الأولى،

٢٠٠٣_٥١٤٢٣ م.

٦١. نظرية الدعوى بين لتشريعة الإلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، تأليف: محمد نعيم يابن، دار النفس، سئالأردن، الطبعة الثالثة، ٥١٤٢٥، ٢٠٠٥ م.

٦٢. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شم الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرمي دار الفر، بيروت، الطبعة: أخيرة - ١٤٠٤هـ-١٩٨٤ م.

٦٣. الوسيط في الإجراءات اللزائية الكويتياً، تأليف: د. عبدالوهاب حومد ، م بوعات جامعج الكويت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧ م.

٦٤. الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، تأليف: عزمي عبدالفتاح، مؤسة دار الكتب، الشرق، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦-٢٠٠٧ م.

(١) رواه الإمام أحمد في المسند: ١/٤٣، وأبو اود في كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، والترمفي في الأحقاق، باب ما جاء في القأضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسَمعَ كَلَامَهُمَا، وابن ماجه في الأحكام، باب ذكر القضاة وغيرهم، وقد حسن الحديث بمجموع رقه جمعة من العلماء. انظر: التلخيص الحبير: ٦/٣١٦١، وإرواء الغليل: ٢٢٦/٨.

(٢) مقاييس اللغة ٣/٣٧٢ (ض من).

(٣) ينظرتك المصطلحات في: معجم اللغة العربية المعاصرة ٢/١٣٧١.

- (٤) وهذا التعريف ذُكر في المعجم الوسيط ٥٤٥/١، وزاد في آخره: أو تعهد شفوي لأحد هذين الغرضين أو نحوهما. وكتَب بجوارها مُحدثة.
- (٥) انظر: القاموس المحيط، المعجم الوسيط، مادة (غيب).
- (٦) انظر: كشف القناع ٣٥٥/٦ بمعناه.
- (٧) انظر: أدب القضاء، لابن أبي الدد ٥٦٣/١.
- (٨) انظر: تبصرة الحكام ٦٩/١، جواهر الإكليل ١٤٣/٦، حاشية الدسوقي ١٦٢/٤.
- (٩) انظر: الفروع ٤٥٩/٦، شرح المنتهى ٥٣١/٣.
- (١٠) انظر: السيل اللرار ٢٩٣/٤.
- (١١) انظر: البحر الرتلوق ١٩/٧، الممذب ٤٠١/٣، المغني ٦١/٩، القوانين الفقهية ١٩٧.
- (١٢) كما يلتني في المبحث الأول.
- (١٣) انظر: المغني ٢٥٩/١١.
- (١٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨٥/٧ (١٢٣١٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٤٥/٧ (١٥٣٤٧).
- (١٥) المدى ٤٤٠/٨.
- (١٦) انظر: المغني ٢٤٨/١١.
- (١٧) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، رد المحتار ٢٨٨/٨، المغني ٩٤/١٤، القوانين الفقهية ١٩٧/١، بداية المجتهد ٥٧٩/٢، المحلى ٤٣٤/٨، أدب القاضي، لابن القلص ٣٦٠/٢، فتح الباري ١٧١/١٣.
- (١٨) انظر: التبصرة ٩٧/١، القوانين الفقهية ٣٢٠، مغني المحتاج ٣٠٨/٦، فتح المعيز ٥١٠/١٢، المغني ٩٣/١٤، الإنصاف ٢٩٨/١١، المحلى ٤٣٤/٨، فتح الباري ١٧١/١٣.
- (١٩) انظر: مراجع القول الأول.
- (٢٠) واهي البخاري، كتاب الأحكاك، باب موعظة الإمام للخصوم، ومسدد، كتاب الأفضية، باب ظليي بالظامر.
- (٢١) رواه أبو اود، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، وابن ماجة، كتاب الأحكاك، باب ذكر القضاة، والحديث صححه الحلكت في المستدرك ١٣٥/٣، والألباني في الإرواء رقم (٢٥٠٠) ٢٢٦/٨.
- (٢٢) انظر: المحلى ٤٣٧/٨.

- (٢٣) انظر: سنن الترمذي، رقم ١٣٣١، باب ما جاء قبلا لا قلاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما.
- (٢٤) رواه ابن حزم في المحلى ٤٣٦/٨.
- (٢٥) المرجع السابق.
- (٢٦) ((ورة المائدة: الآية ٤٩.
- (٢٧) ((ورة النساء: الآية ١٣٥.
- (٢٨) ((ورة الطلاق: الآية ٢.
- (٢٩) ((أخره البخاري في مواطن منها: كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير عله، ومسلله، كتاب الأفضية، باب قضية هند .
- (٣٠) بهذا اللفظ عند مسلم في القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين، رقم (١٦٧١)، وهو عند البخاري في مواطن منها: كتاب المحاربين، باب الْمُحَارِبِينَ مِنْ أَهْلِ الْكُفْرِ وَالرِّدَّةِ تحت الأرقام: (٦٤١٧)، (٦٤١٨)، (٦٤١٩)، (٦٤٢٠).
- (٣١) أخرجه مالك في الموطأ: ٧٧٠/٢، بسند مذققع ووصله، الدارقطني في العلل ١٤٧/٢-١٤٨، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٥٣٦/٤، ومن ريق مالك أخرجه البيهقي في السنن: ٤٩/٦، و١٤١/١٠، انظر: ال تلخيل الحبير: ١٨٤٧/٤-١٨٤٩.
- (٣٢) ((انظر: المحلى ٤٥٠/٩-٤٥٢، المغني ٢٤٨/١١-٢٥١.
- (٣٣) حاشية ابن عابدين ٤٠٩/٥.
- (٣٤) انظر: نظرية الدعوى، محمدنعيم ياسين، ٥٢٧.
- (٣٥) جامع الفصولين ٦٠-٥٩/١.
- (٣٦) المدخل الفقهي العام ١٠/٣.
- (٣٧) انظر: نظرية الإلإ بين الفقه الإسلامم والانون الوضعي، لأحمد الخولي ص٢٧.
- (٣٨) أنظر: أصول السرخسي ٢٨٩/٢، السياسة الشرعية، لابن تيمية، ٥٧، قواعد الأحكام ١٦٧/١، الملكية، للعباد ١٢٨/١، الملكية ونظرية الحق، لأحمد فراج حسين، ١١٧.
- (٣٩) انظر: الملكية، للعباد ١٢٨/١، الملكية ونظرية العقد، لأحمد فراج دين، ص١١٧.
- (٤٠) إعلام الموقعين ٨٥/١، الملكية ونظرية العه، أحم فراج دين، ١١٧.
- (٤١) انظر: الملكية، للعباد ١٢٩/١.
- (٤٢) إعلام الموقعين ٨٥/١.

- (٤٣) الملكية ونظرية الع ، أحمد فراج حدين ، ١١٩ .
- (٤٤) انظر: المرجع السابق.
- (٤٥) انظر: المرجع السابق.
- (٤٦) انظر دحاشية اوقدلي ١٦٢/٤ ، الإنصاف ٢٤٨/١١ ، المغني ٩٦/١٠ ، تحفة المحتاج ١٨٨/١٠ .
- (٤٧) المغني ٩٦/١٠ .
- (٤٨) سورة الكهف: آية ٥٨ .
- (٤٩) انظر: المحلى ٤٣٤/٨ .
- (٥٠) انظر: كنز الراغبين ٣١٢/٤ .
- (٥١) انظر: كنز الراغبين ٣١٢/٤ .
- (٥٢) يائع الصنائع ١٣/٧ .
- (٥٣) انظر: يائع الصنائع ١٣/٧ ، مغني المحتاج ٢٩٣/٦ ، المغني ٦٢/١٤ .
- (٥٤) انظر: أقبالقضاء ، لابن أبي الدد ٥٦٥/١ .
- (٥٥) انظر: الصحاح للوهري ٦٨٠/٢ ، لان العرب لابن منظور ٣٥٣/٤ ، مختار الصحاح للرازي ١٤٤ ، مادة(سخر).
- (٥٦) حاشية ابن عابدين ٤١٥/٥ ، وانظر: المحي البرهاني ٩٨/٨ .
- (٥٧) مجلة الأحكام العدلية ٣٦٥/١ .
- (٥٨) انظر: المحيط البرهاني ٨٩/٨ ، مواهب اللليل ١٤٤/٦ ، المجموع ١٥٠/١٢ ، تحفة المحتاج ١٦٥/١٠ .
- (٥٩) انظر: نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ .
- (٦٠) انظر: مواهب اللليل ١٤٤/٦ ، تحفة المحتاج ١٦٥/١٠ ، روضة الطالبين ١٧٥/١١ ، الفروع ٢٦٧/١١١ ، الإنصاف ٢٤٨/١١ .
- (٦١) انظر: المراجع السابقة.
- (٦٢) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب المناقب ، ١٨٠/٤ رقم (٣٥٠٩).
- (٦٣) انظر: فتح الباري ، لابن حجر ٥٤١/٦ ، مواهب اللليل في شرح مختصر خليل ١٤٤/٦ .
- (٦٤) انظر: المحيط البرهاني ٨٩/٨ .

- (٦٥) انظر: روضة الطالبين ١٧٥/١١
- (٦٦) انظر: المحيط البرهاني ٨٩/٨، مجموع الفتاوى ٣٥٦/٣٥، الفروع ٢٦٧/١١.
- (٦٧) انظر: تبصرة الحكام ١٣٥/١.
- (٦٨) الطرق الحكمية ٢٤/١، وانظر: مجموع الفتاوى ٣٩٢/٣٥، إعلام الموقعين ٧٦/١.
- (٦٩) انظر: القوانين الفقهية ١٩٧/١، فتح العلي المالک ٣٠١/٢، تحفة المحتاج ١٨٨/١٠، المحرر في الفقه ٢١٠/٢، شرح الزركشي ٢٨٧/٧.
- (٧٠) حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك ٢٣١/٤.
- (٧١) روضة البين وعمدة المفتين ١٧٥/١١.
- (٧٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢٤١/٤.
- (٧٣) انظر: تحفة المحتاج ١٨٨/١٠.
- (٧٤) انظر: حاشية الدسوقي ١٦٢/٤.
- (٧٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ١٣٦/٣، حاشية العود ١٥/٢.
- (٧٦) انظر: حاشية الددوقي ١٦٢/٤، تبصرة الحكام ٤١٠/١، مغني المحتاج ٣١٠/٦، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨، مجلة الأحكام ٤٩٨/٤، المغني ٩٦/١٠.
- (٧٧) انظر: المراجع السابقة.
- (٧٨) انظر: المغني ٩٦/١٠، شرح الزركشي ٨٧/٧.
- (٧٩) انظر: المراجع السابقة.
- (٨٠) رواه الترمذي في فنه، كتاب أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى، وابن ماجة في فنه، كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وبؤب له البخاري في كتاب الشهادات، باب ما جاء في البينة على المدعي، وصححه الألباني.
- (٨١) انظر: المغني ٩٧/١٠.
- (٨٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٩٨/٤.
- (٨٣) حاشية الدسوقي ١٦٢/٤.
- (٨٤) مغني المحتاج ٣١٠/٦، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨.
- (٨٥) مغني المحتاج ٣١٠/٦.
- (٨٦) شرح منتهى الإرادات ٥٣١/٣.

ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي
مقارنة مع قانون المرافعات وقانون الإجراءات الكويتي

(٨٧) انظر: لمان العرب لابن منظور ٥٩٠/١١، تاج العروس للزبيد دد ٣٣٤/٣٠، مادة (فكك).

(٨٨) حاشية ابن عابدين ٢٨١/٥، وانظر: العناية ١٨١/٧.

(٨٩) انظر: الموسوعة الفقهية ١٢٢/١٨.

(٩٠) انظر: الحاوي الكبير ٣٠٤/١٦.

(٩١) انظر: حاشية الدسوقي ١٤٨/٤، كنز الراغبين ٣١٢/٤، المغني ٩٥/١٤.

(٩٢) انظر: تبصرة الحكام ٢٨٧/١، كنز الراغبين ٣١٢/٤، المغني ٩٥/١٤.

(٩٣) انظر: حاشية العدود ٢٧٢/٢، كنز الراغبين ٣١٢/٤، كشاف القناع ٣٥٤/٦.

(٩٤) انظر: جواهر لإكليل ٣٣٢/٢، تبصرة كالحكاك ٨٦/١.

(٩٥) انظر: الوسيط في قانون المرافعات، ص ٦٤٨، شرح قانون الإجراءات والمحاکمات اللزائية، ٤٨٣.

(٩٦) انظر: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ٤٤٨ وما بعدها، شرح قانون الإجراءات والمحاکمات اللزائية، ص ٤٣٥ وما بعدها.

(٩٧) انظر: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ٦٥٦، بحث: "أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة"، ١٣١.

(٩٨) انظر: الوسيط في قانون المرافعات، ص ٦٥٦.

(٩٩) الهبادد: هو: مضي فترة زمنية معينة حدها القانون، تبدأ من تاريخ الواقعة ون أن يتخذ خلالها إجراء من إجراءاتها، ويترتب على هذا التقادد انقضاء الدعوى. انظر: الموسوعة الجنائية الإسلامية ٢٧٤/١.

(١٠٠) التسبيب: بيان الأسباب الواقعية والقانونية وأ باب الرد على لططات المهمة والدفع اللوهرية التي قادت الكاضي إلى حلاك الذي انتهى إليه. انظر: كتاب تسبيب الأحكام القضائية، عبيدالله محمد آل خنين ١٧.

(١٠١) انظر: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ٦٥٥.

(١٠٢) انظر: الوسيط في الإجراءات اللزائية الكويتية، ٣١١، شرح قانون الإجراءات والمحاکمات اللزائية، ص ٥٩٩.

(١٠٣) انظر: المراجع السابقة.

ضمانات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي
مقارنة مع قانون المرافعات وقانون الإجراءات الكويتي

- (١٠٤) انظر: المراجع السابقة.
(١٠٥) انظر: المراجع السابقة.
(١٠٦) انظر: الوسيط في قانون المرافعات، ٨٣٠، بحث: "أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة"، ١٤١.
(١٠٧) انظر: المرجع السابق.
(١٠٨) انظر: المرجع السابق.
(١٠٩) انظر: كتاب تسبيب الأحكام القضائية، عبد الله محمد آل خنين ١٩-٢٠.
(١١٠) الأمم ٦/٢٢٤.