

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.
- قسنطينة -
- كلية الشريعة والاقتصاد.
- قسم الفقه وأصوله
الرقم التسلسلي:
رقم التسجيل:

الدّعوى المدنيّة - دراسة مقارنة - بين الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنيّة والإدارية الجزائري

- رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الفقه و أصوله -

إشراف الأستاذ الدكتور:

كمال لدرع.

إعداد الطالب:

مختار صالحى.

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د / فيصل تليلاني	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	رئيسا
أ.د / كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	مشرفا ومقررا
أ.د/ عبد المجيد بوكركب	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	عضوا
د/ زهرة بن عبد القادر	أ. محاضرة "أ"	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة -	عضوا
د/ سامي بن حملة	أ. محاضر "أ"	جامعة قسنطينة 1	عضوا
د/ موسى مرمون	أ. محاضر "أ"	جامعة قسنطينة 1	عضوا

السنة الجامعية:

1438/1437 هـ - 2017/2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

عبد

الإسلامية

﴿ وَلَوْ كَانِ مِنْ حِنْدٍ تُحْيِرُ اللَّهَ ﴾

لَقَرَّبْتُمْ فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴿

سورة النساء - الآية 82

الإهداء

اهداء خاص لوالدي الذي ظلّ يوصيني بطلب العلم حتى وافته المنية، جازاك الله عني
خير الجزاء.

والدتي التي تصرُّ عليّ لإتمام هذه الرسالة، أطال الله عمرك يا أمي.
زوجتي التي تعاني معي أعباء الحياة وتؤازرني في كل لحظات حياتي، وتصبر.
إلى ابني إسلام والذي أتمنى له حياة سعيدة، ملؤها التفهم والإخلاص.
إلى ابني إسحاق الذي أتمنى له الهداية والغنى.

إلى ابني صهيب الذي يساعدي على حمل أعباء الحياة، زادك الله حرصاً
على طلب العلم.

إلى صغرى الأبناء جليسي الخاص في الدراسة على صغر سنها إنصاف، أتمنى لك
حياة سعيدة في ظل دينك.

وأنا أخط كلمات الإهداء ينتابني شعور بأني أرهقت الجميع وأتعبتكم في سبيل انجاز
هذه الرسالة، فشكراً....

إلى إخواني وأخواتي كل باسمه وأهلي الأعزاء عموماً...

شكر وتقدير

شكر وتقدير خاص للأستاذ الدكتور لدرع كمال والذي أخصه بالقول:
تعاطيت مع جميع الطلبة الباحثين بحلم وأناة، فلك مني خير تقدير، وأخصك بما
جاش في صدري صدقا لا تملقا:

طبت وطاب مسعاك

أخلص لربك ذخرا لأخراك

حلم من الحليم فيك تجلّي

لك مني خير تقدير حيّاك.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الموقرة
والذين قبلوا الاطلاع على البحث، والذين أنتظر منهم النصيحة والقول السديد
لأصحح المسار حتى أستفيد وأفيد فالكل على درب العلم متعلمذ إلى أن نلقى
الله.

كما أخص بالشكر طاقم مكتبة جامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة، ودار
الإفتاء والأزهر وكلية الحقوق بالقاهرة، والمكتبة السعودية بالدار البيضاء بالمغرب،
وطاقم مركز الدراسات والبحوث الأوروبي في قانون الأسرة والأشخاص ببوردو 4
بفرنسا، ومؤسسة عبد الحميد شومان بعمان بالأردن، وطاقم مكتبة جامعة سوق
أهراس ...

وشكر موصول لكل من ساهم في مساعدتي على إتمام الرسالة جازاكم الله
عني خير الجزاء.

قائمة المختصرات

● باللغة العربية:

ق.إ.م.ج: قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

ق.إ.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ق: قانون.

ق.م: القانون المدني.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ط: الطبعة.

د.ت.ط: دون تاريخ طبع.

د.د.ط: دون دار طبع.

---/--: الجزء أو المجلد/ الصفحة.

ص: الصفحة.

م: مادة.

● En français :

P : Page.

N° : Numéro.

OP. Citée : Ouvrage précité.

مقدمة

جامعة الأميرة
علا القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله منزل الشّرع مُحْكَمًا ميسّرًا رافعًا للحرج، محققًا لمصالح الدنيا والآخرة، الباعث فينا خير نبيّ رحمة للعالمين، جاء بأعظم رسالة تضمنت من القيم ما يستقيم به حال من اعتنقه، حافظة للمقاصد الشّرعية مراعية لمصالح العباد دافعة للمفاسد، من خلال أحكام محققة للغايات الشّرعية الثابتة على تغيير الوسائل المرتبطة بالزمان والمكان.

لقد أوجب الشّارع الحكيم أن يتحاكم الناس إلى شرعه حين التّنازع، وذلك باللّجوء إلى القضاء، وعدم فضّ النزاعات بطرق تذهب بالحق، وتفوت الفرصة على صاحبه، وتشيع الفوضى في المجتمع، فبواسطة القضاء والمحاكم تمارس الدول وظيفتها في إقامة العدل، وتعرض عليهم القضايا، فيقرون الحقوق عند انكارها أو الاعتداء عليها، ويحفظونها بسلطة الدّولة عند التعرض لها أو انتهاكها، ...

فالعدل هو أساس انتظام المجتمعات والعلاقات الفردية والجماعية وحتى الدولية، واستقرارها وبالتالي تقدمها وازدهارها وحضارتها، على أن مناط العدل ومنتهاه وقوامه، وصول الحق إلى صاحبه في وقته المناسب دون إبطاء وبأبسط الاجراءات وأيسرها وأقل التكاليف والجهود، فمن شأن ذلك أن يؤثر على حياتهم وطمأنينتهم واستقرارهم الاجتماعي وانتظام سائر شؤونهم.

إن تفعيل النصوص الشّرعية أو القانونية المتعلقة بالحقوق تكون بالقضاء والقضاة، ومنه وجب القول بوجوب تولي القضاء من طرف أهل العلم والاستقامة، المؤهلين تأهيلا شرعيا وقانونيا حتى يكونوا على دراية بأدوات الوصول إلى وجه الحق في الدعوى بالسرعة الواجبة لإحقاق الحق لأصحابه.

إن سرعة الفصل في القضايا تتطلب توافر منظومة إجرائية و تنظيمية وإدارية تهدف إلى تسيير الإجراء ليقبل عليه المقبل و هو مطمئن البال هادئ النفس، يسعى بأيسر السبل إلى حقه دونما مشقة منفرة و هو يعلم أن ما من سبيل إلى تحصيل الحقوق إلا القضاء حتى لا تعم الفوضى، و يستقيم العيش في كنف الجماعة في حدود الدولة الواحدة، و تكون الدعوى هي الوسيلة المثلى لتحصيل تلك الحقوق، مع العمل على تسهيل إجراءات التقاضي وتخفيف الأعباء على المتقاضين، و إنصافهم و عدم التأخر في الفصل في الدعوى، إذ إن ذلك هو لب الحق و صميم ما يقتضيه عدم المماطلة الظالمة، و أثرها يعود بالسلب على استقرار المجتمعات.

و ما ذلك إلا بتعميم الوصول بقناعات الأفراد إلى أن لا سبيل لحماية الحقوق و ضمانها حين النزاع غير الدعوى، العنصر الأساس لقيام الحق، و حماية السلطة القضائية، و يجب أن تكون الدعوى وسيلة الوصول إلى الحق المفقود حقيقة توافرت على الشروط المطلوبة لصحتها، و التي اهتم بها الفقهاء و العلماء بياناً و تفصيلاً لتترتب عليها نتائجها، بدءاً من تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، و شرح ميارة الفاسي المالكي، و أدب القضاء لابن ابي الدّم الشافعي، و من المحدثين محمد زيد الأياني في الفقه الحنفي، و القاضي الشرعي علي قراعة في الفقه الحنفي، و محمد العزيز جعيط في فقه المالكية، و غيرهم ممن اختص في بحث ما تعلق بالقضاء و فقهه و ممارسته .

إن صميم البحث دراسة مقارنة لمادة الدّعى المدنية دون الإدارية و لا الجزائية و تتعلق حينها بنظرية الدّعى عموماً؛ و تكون الدراسة ضمن وحدة تجمع مختلف ما جاء في المذاهب الفقهية و السّنية منها أساساً، مع التعرّيج من حين إلى آخر على المذاهب الأخرى، و الممارسات القضائية الشرعية،

ومقارنة ذلك و القانون عموما و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد و في خطوطه العريضة في سياق واحد و إثبات الأدلة، و بيان أوجه التشابه و الاختلاف و محاولة تقريب الآراء، والترجيح حين التباين، والإشارة من حين إلى آخر لقانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى.

علما أن الفقه الإسلامي في ذلك يشتمل على زخم من الآراء والأفكار المترامية في كتب الفقه، ولكن لم يفرد لها الفقه القديم مؤلفات خاصة بالجوانب الإجرائية، والأصل السعي بتظافر جهود المختصين للملمة أطراف المادة والاستفادة منها؛ وما يكون في مادة البحث إلا محاولة متواضعة ومحدودة وبالاعتماد على القديم والحديث من الفقه الشرعي والقانوني الذي تطاله اليد.

إن الدّعى حدّ وسط بين المادة الموضوعية والمادة الإجرائية، وعلى القضاء سماع الدعاوى، والحكم لصاحب الحق بثبوت صحة دعواه، فقانون الإجراءات المدنية يتكفل بحماية الحقوق الموضوعية الثابتة في القانون المدني من أن تهدر ورد كل عدوان عنها.

إن الهدف من بحث مثل هذه الموضوعات هو إثارة اهتمام طرفي المعادلة الفقهية الإسلامية، والفقهية الوضعية، إذ أن أهل القانون لا يعكفون بالشكل الكافي على دراسة حقيقة الفقه الإسلامي، وفي هذا الموضوع بالذات على غناه، اعتمادا على منهج المقارنة مع القوانين إلا نادرا، خاصة في الجزائر؛ وأهل الفقه لا يعكفون على دراسة ما جد في القوانين متعلقا باختصاصاتهم، يحذوهم في ذلك تلك الآفاق العلمية التي تعود على الجميع بالخير؛

إن الإفادة من الزخم الفقهي الإسلامي لازمة، و لو بترجمته إلى لغة نصوص قانونية، فقه عكف عليه جهابذة الأمة الذين أخلصوا لله فأثمر ذلك

ثروة بقيت على مرّ السنين، وحتى المنصفين من أهل الغرب قد عكفوا على دراسة فقهنها و استفادوا منه في دراساتهم القانونية ، و قد لمست ذلك من خلال زيارات متكررة لمركز البحوث الأوروبي بيوردو 4 بفرنسا من خلال باحثيها، وهم يتقبون و يتساءلون عن فقهنها الإسلامي، و شرعنا، ليجعلوا منه فقها يشكل مشاريع قوانين و يتحول إلى قوانين؛ و لا زلنا في المقابل حبيسي فكر التلاغي لا فكر التلاقي على ما يخدم مصالحنا و ينظم مجتمعاتنا، إذ أن الدعوى هي الجسر الرابط بين القضاء الشرعي الإسلامي و القضاء المدني، كما يطلق عليه البعض، و ما يحتم ذلك هو طبيعة المنازعات اليوم بتعقيدها؛ فما عدنا على أخلاق العهد الأول، و ضعف الوازع الديني فينا و هو ما زاد من تلك التعقيدات؛ على الأقل في المرحلة الراهنة دون أن ننفي وجوب انتاج حدثنا بفكرنا وأيدينا، بمعزل عن القوانين الغربية التي جعلت على مقاسهم لأعراف سائدة عندهم وذاك منطق الأشياء، ولكن لا حساب لنا عندهم فيها، رغم أن جلّها إن تمعنا مقتبس من ثقافتنا الإسلامية، فلا غرابة في ذلك فهي حضارة على أنقاض حضارة، من هنا جاءت:

• أهمية الموضوع:

تخضع نظرية الدعوى لقواعد، فهي سمة أساس من سمات قانون القضاء الشرعي والمدني، إذ هي الوسيلة المثلى لتحصيل الحقوق المتنازع عليها، وعليه وجب أن تكون واضحة المعالم سهلة الاستعمال، بسيطة الإجراء، سريعة في تنفيذ احكامها وإلا ما أدت هدفها.

من هنا يتحتم التركيز على المبادئ والأصول ومرتكزات الدعوى، وما يمكن أن يعرقلها وسيرها، وتقصير مدة النزاع لينعم صاحب الحق، إذ إن

عكس ذلك يولد الإحساس بالظلم عند مدعي الحق وأثر ذلك على مفهوم العدل والدولة.

فميزة البحث الأساسية، والتي تتضح من خلال العنوان وهو الدّعى في شقها المدني دون الإداري ولا الجزائي والتي تطالها نظرية الدّعى في عمومها، إذ يتعلق البحث بالأساس بمقارنة بقانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائي، رغم الإشارة عرضا للشق النظري من المؤلفات المصرية والتي تعتمد في عمومها على التشريع الفرنسي، والمؤلفات القانونية الفرنسية، وفي ترجمة حرفية عادة.

كما جاء البحث مرتبا ترتيبا منهجيا قانونيا وُضِبَ البحث في تلك القوالب بالتدرج الآتي:

الدّعى، الإختصاص، الخصومة، الحكم، مع مقارنة الفقه والقضاء الإسلامي بالقوانين الوضعية في بعدها النظري، وقانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائي، والاشارة أحيانا إلى قانون الإجراءات المدنية الجزائي الملغى؛ دون التعرّيج على نظرية الإثبات لأنها أفردت ببحوث مقارنة كثيرة فقهية إسلامية مع مقاربات تخص القوانين الجزائرية¹ رغم ما جدّ فيها بعد اعتماد العقود الإلكترونية من طرف المشرع الجزائري ووجوب افراده بالبحث، إذ أصبح لزاما التفكير في مدى ملاءمة المبادئ القانونية للمتغيرات وإعادة نظرٍ ولو جزئية بخصوص نظرية الإثبات بحتمية عولمة كاسحة؛ بل هل بإمكان القواعد العامة في نظرية العقود وكذا القواعد المنظمة للتوثيق مواكبة

¹ - أنظر رسالة ماجستير الطالب صالح مختار، الموسومة بـ: "إثبات الحقوق وبالقرائن في الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون"، إشراف الدكتور سعيد فكرة، قسم الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، اشتملت على إشارات للإثبات في المادة المدنية في القانون الجزائري. نوقشت بتاريخ 08 ربيع الثاني 1422هـ/ الموافق لـ: 30 جوان 2001 م، (رسالة من مقدمة و 252 صفحة).

المستجدات... وهو مجال بحث واسع، وزاوية أخرى، مما يحتاج التعمق بل هو موضوع الساعة بالنسبة للإثبات في التشريع الجزائري.

• أسباب اختيار الموضوع:

الدعوى تحريك للقضاء، وتحقيق للجانب الموضوعي للحق،... ورغم ما أُلّف فيها فهي و لزامي أطرافها ما زالت تحتاج للبحث و التنقيح خاصة منها ما شكل فقها و قضاء إسلاميا مقارنا بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، و لكن في شقه المدني، و في خطوطه العريضة لأن شموله بالبحث والتمحيص كاملا ليس بالأمر الهين، و يتطلب جهودا متضافرة تحتاج إلى مخابر بحث، و قد حَزَّ في نفسي أن يؤلف المشاركة في المقارنات و المقاربات بين الفقه الشرعي و الفقه الوضعي ولا يتأتى ذلك بين القوانين الإجرائية الجزائرية و فقه القضاء الشرعي.

إذ إن القضاء في شقه العملي يتكون من شق إجرائي شكلي، قواعده موكلة شرعا لولي الأمر يضبطها في كل عصر حسب المصلحة التي تقتضيها، فهي من الضرورات التي لا بد منها وتتصل في حقيقتها بسياسة التشريع وتنظيمه عموما.

وسيرها يكون في اتجاه التيسير على المتقاضين فلا ضير شرعا من خوض موضوع رسالة يتعلق بمقاربة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

● أهداف البحث:

لكل بحث هدف يصبو اليه الباحث من خلاله لدفع عجلة العلم، مهما كان هذا الدفع يسيرا ومتواضعا، ولو بمجرد لفت انتباه الباحثين لولوج المجال؛ وعليه يكون من أهداف البحث ما يلي:

- إجراء المقارنة بين الفقه الإسلامي فيما يخص الدعوى الشرعية في شقها المدني والممارسة القضائية.

- إجراء المقارنة والشق الإجرائي المدني الجزائري، وتبيان ما جد فيه بعد صدور آخر تعديل.

- إجراء المقارنة بين الفقه الإسلامي والوضعي الجزائري، وقد اشتملت كتب الفقه الإسلامي على زخم من المعلومات في مجال الدعوى عموما، إلا أنها لم تفرد لها مصنفات خاصة بالدعوى المدنية، ونظرية الدعوى عموما، ناهيك عن مقارنة بالإجراء المدني الجزائري.

- محاولة وضع معالم مادة تشكل وحدة تمكن من إثارة فضول الباحثين للموضوع، لتشكل نواة لمنطلقات البحث العلمي في مجال تلاقح الفقه والقضاء الإسلامي والفقه والقضاء الوضعي والجزائري منه بالذات، والإفادة من معين لا ينضب سهر على خدمته كبار علماء الأمة، لعل الفقهاء أن يتلاقحوا، بأن يجد كل ضالته بما يثري المادة النظرية والإجرائية بخصوص الدعوى المدنية ومفاهيمها وتطبيقاتها.

- ضبط المبادئ الأساسية للدعوى والمدنية منها بالذات حتى لا تغدو وسيلة وهمية لا يثق بها المدعون وأصحاب الحقوق لتحقيق مبدأ المساواة بين الناس وتجسيده.

● إشكالية البحث:

ما فائدة هذه الدراسات والبحوث ومقارنة القوانين الوضعية والفقهِ الإسلامي، إن لم يكن ذلك لأجل التلاقح فيما تسمح به أحكام الشرع إذ أن الشق الإجرائي متروك أمره لولي الأمر يمضيه حسب حاجة الزمان والتيسير على الناس في المعاملات القضائية لفض الخصومات؛ وضبط ذلك يكون بضبط الآجال التي إن لم يتم التحكم بها ندفع أطراف الدعوى إلى الإحساس بالظيم فيتركوا حقوقهم تُهدر لعلمهم بعدم جدوى ذلك.

وعليه يطرح الإشكال الآتي:

هل يمكن أن توجد الضّالة من خلال البحث لتجديد الفقهِ القضائي الإسلامي في شقه الإجرائي، وكذا القوانين الوضعية بأن تفيّد من الفقهِ القضائي الإسلامي بزخمه الذي أفادت منه حتى التشريعات الغربية؟ ونحن بذلك أمام جدلية التّلاقي بدلا من جدليّة التّلاغي التي لا تجدي نفعاً، ولا تعود على الأمة بالخير.

وعليه يمكن طرح التساؤلات الجزئية المتفرعة عن ذلك كالآتي:

- حول ماهية الدعوى المدنية وشروطها وتقسيماتها في الفقهِ الإسلامي مع مقارنة مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي لم تفرد بالبحث حسب علمي.
- هل مسألة الإختصاص القضائي مسألة اجتهادية ليس فيها سُنّة عن رسول الله ﷺ ولا عمل للصحابي يستأنس به فيها؟ أم هو اختلاف الزمان والاصطلاح؟
- ماهي وسائل الرقابة القضائية التي أشار إليها الفقهِ الإسلامي والتي تؤمن الخصوم من أخطاء القضاة؛ وهل تنفق وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري؟

● الدراسات السابقة:

بديهي أن الدراسات السابقة تشكل حلقة مهمة في البناء العام لأي بحث إذ هو ذلك البناء الذي اجتمعت أجزاؤه لتشكيل ما يمكن أن يكون فيه جواب عن إشكالية قد طرحت، يجمعه في النهاية تساند وظيفي لكل أجزائه فيقع الترابط المفضي إلى المعنى المراد، فتتم المساهمة في توضيح أبعاد المشكلة.

إن تناول الدراسات السابقة بالبحث يعد حتمية إذ لا مناص من القول باستحالة الانطلاق بالبحث من العدم، فالكلام لو لم يعاد لنفذ ولكنها زاوية النظر والمنهج الذي يعطي الموضوع النفس الجديد، من هنا يمكن التدرج فيما مثل دراسات سابقة في الموضوع المراد بالبحث مع وجود ذلك التمايز الذي يُفسّح فيه المجال لبحث الموضوع من جديد ومن زاوية موضوعية ومنهجية أخرى:

1- من أهم المؤلفات الحديثة التي اشتملت على دراسة نظرية الدعوى لمؤلفه محمد نعيم ياسين، مقارنة بالقانون عموماً، وهي عبارة عن رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة، اطلعت على نسخة منها بكلية التربية جامعة القاهرة على شكل ميكروفيلم ونسخة مكتبية بكلية الشريعة بالأزهر الشريف إضافة إلى نسخة إلكترونية في طبعة خاصة سنة 2003م ونسخة مطبوعة حديثاً سنة 2011م والمقارنة فيها بين الفقه الإسلامي والقانون عموماً ووفق منهجية معينة عن نظرية الدعوى عامة لا عن الجانب المدني مفرداً رغم الإشارة إليه.

2- ومنها دراسة لأكرم حسن ياغي من خلال مؤلفه الموسوم بنظرية الدعوى الشرعية دراسة مقارنة اعتمد فيها قانون المحاكم الشرعية وقانون القضاء السني والجعفري والمطبق على الطائفتين السنية والجعفرية فيما يعود إلى دعاوى الأحوال الشخصية وغيرها من الدعاوى.

3- ولمحمد إبراهيم البدارين دراسة حول الدعوى في الفقه وقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية؛ دون أن توسم في عمومها بالدعوى المدنية بل شملت الدعوى عموماً.

وهذا على حدّ علمي المحدود بالإصدارات والمؤلفات في موضوع البحث دون أن أعثر على مؤلّف اشتمل على مقارنة فقهية وقضائية إسلامية مقارنة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفي خطوطه العريضة على الأقل لأن تفصيل الدعوى المدنية وشمولها ببحث مقارن من الصعوبة بما كان يحتاج لتضافر جهود الباحثين، على أن جديد البحث هو الاختصار على الدعوى المدنية دون البحث في نظرية الدعوى عموماً كما جاء في الكتب المذكورة آنفاً، مع اعتماد المقارنة على المذاهب السنية ومقارنة المادة الشرعية والفقه الشرعي العام بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري دون غيره من القوانين.

• المنهج المتبع في البحث:

- يقتضي الموضوع اعتماد المنهج الاستقرائي المقارن، لما يتطلب من جمع لآراء الفقهية والنصوص القانونية من مصادرها، لإجراء مقارنة تحليلية بين الفقه والقضاء الشرعي والقانون عموماً والقانون الإجرائي الجزائري وما تعلق به من قوانين.

• منهجية البحث:

- اعتماداً في ذلك ترتيباً منهجياً قانونياً، انطلاقاً من مفاهيم الدعوى في الفقه الإسلامي كذا القوانين الوضعية.

- ثم التأكيد على الإختصاص القضائي كأساس من أسس الدعوى المدنية وملامح ذلك في الفقه والقضاء الشرعي.

- وضبط مبادئ الخصومة المدنية في شقها الفقهي الإسلامي وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمعمول به في القوانين الدولية، والتأكيد على الأعمال المكونة للخصومة.

- ثم ما تعلق بالحكم القضائي المدني وأنواعه وآثاره مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

- وتم الاعتماد على مؤلفات المذاهب السنية الأربعة وبعض المذاهب الأخرى وأساساً منها الظاهري فقها وقضائياً ومن القوانين: وبالأولوية قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والعودة من حين إلى آخر إلى قانون الإجراءات المدنية الملغى؛ ثم القوانين عمومها كالمصري والفرنسي (والاكتفاء بشرح المصطلحات القانونية الفرنسية التي يكتنفها الغموض ودون غيرها تفادياً للحشو) لأن جل العالم العربي ومنه القانون الجزائري يعتمد في أغلب الأحيان حرفياً؛ مع إشارة لبعض المؤلفات التونسية والمغربية.

- ودون الإطالة في المقارنات والإطناب فيما لا طائل منه بالنسبة لأهداف البحث فترفع اليد ما أن يتضح الأمر؛ ومنها المباحث اللغوية المطولة إلا فيما يمت للموضوع بشكل مباشر، وذلك حتى لا يجيد البحث عن مبتغاه، ودون بحث عن مقارنات تطويعية لأحدها على حساب الآخر.

- كما تم تفادي المناقشات المطولة مما يشوب الفقه الإسلامي بما لا يوافق الزمان؛ وعرّج عليها البحث اقتضاباً، ومن ذلك قولهم هل يمكن أن يكون القضاء في المساجد؟ وموضوع الاختلاف حول القضاء والفتيا، إذ بالبسيط يقال الإلزام بتنفيذ الأحكام القضائية قائم وإلا ما فائدة إصدارها، والفتيا لا إلزام فيها؛ ومن ذلك التمثيل للدعوى فيما لا غرض فيه بشعيرة وقمحة وسمسة مما حدى بالبعض للنظر لزخم فقها بازدراء أحياناً، والقول

بعدم مواكبة العصر أحيانا أخرى؛ كما أن لفظ الثبوت في سياق تلفظ القاضي بالحكم القضائي بقوله: " ثبت عندي " يشتهر بحكمته عند بعضهم واللفظ يوحي بمرحلة سابقة على النطق بالحكم، فكيف يكون حكما قضائيا! أو الإطالة في مباحث شبيهة بالمساواة بين الخصوم أمام القضاء والتي وصلت عند بعضهم وفي سياق بحث نظرية الدعوى إلى ما يزيد عن ثلاثين صفحة، وما عُذنا عندها أمام تأليف هادف بل نحن أمام فوضى التأليف، والخوض في مباحث نظرية مطولة وغدا البحث العلمي أحجاما وما عاد أهدافا.

● الصعوبات المصاحبة للبحث:

إن الصعوبات المصاحبة للبحث عادة ما تكون كثيرة، وتتعلق بأعباء الحياة بداية؛ ثم بتوفر المصادر والمراجع والتي يصعب جمعها أو اقتناؤها وخاصة ما تعلق بنظام الإعارة المكتبية وحتى الجامعية منها، على كثافة المادة وتشعبها والتي يصعب ضبطها والإحاطة بها، بل تحتاج لجهود متضافرة من طرف الباحثين ناهيك عن إتيانها بجزئياتها خاصة في طيات ذلك الزخم الفقهي الذي تميز به الفقه الإسلامي.

إضافة إلى كون البحث مقارنا يتشعب بالباحث إلى اختصاصين مختلفين يعوز الباحث في شق منه الوسيلة لدراسته أثناء مرحلة التدرج وما بعدها عرضيا، ودون تركيز في مادة الدراسة وبما تقتضيه المقررات الجامعية علما أن الدراسات الفقهية الإسلامية المقارنة بالقانون الجزائري والدعوى في شقها المدني بالذات لا وجود لها.

● خطة البحث:

خطة البحث من فصل تمهيدي وأربعة فصول:

تناول الفصل التمهيدي منها ماهية الدعوى في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج وينقسم بدوره إلى مبحثين تناولوا مفهوم الدعوى والشروط العامة لقبولها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

والفصل الأول يتعلق بتفصيل شروط الدعوى وتقسيمات الدعاوى المدنية وتصنيفها في الفقه الإسلامي بمباحث ثلاث تعلقت بتفصيل تلك الشروط وتقسيماتها وأنواعها والتمييز بين الدعاوى وتصنيفها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

والفصل الثاني يتعلق بالاختصاص القضائي على أهميته وذلك من خلال ثلاث مباحث، تعلق الأول منها بمفهوم الإختصاص والثاني بدرجات التقاضي والثالث بأنواع الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

والفصل الثالث يتعلق بالخصومة القضائية وذلك من خلال ثلاث مباحث تعلقت بالخصومة القضائية وضمانات المحاكمة العادلة والأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

والفصل الرابع يتعلق بالحكم القضائي وذلك من خلال مباحث ثلاث تعلق الأول منها بالحكم القضائي وأنواع الأحكام القضائية وآثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. وهو المفصل كالاتي:

- الفصل التمهيدي: ماهية الدعوى في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الأول: مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثاني: الشروط العامة لقبول الدعوى في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

- الفصل الأول: بتفصيل شروط الدعوى وتقسيمات الدعاوى المدنية وتصنيفها في

الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. وقسم بدوره إلى ثلاثة مباحث:

✓ المبحث الأول: تفصيل شروط الدعوى المدنية في الفقه

الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثاني: تقسيمات الدعاوى المدنية وأنواعها في الفقه

الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثالث: التمييز بين الدعاوى وتصنيفها في ق.إ.م.إ.ج.

- الفصل الثاني: بالاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الأول: مفهوم الإختصاص في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثاني: درجات التقاضي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثالث: أنواع الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

- الفصل الثالث: الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الأول: الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثاني: ضمانات المحاكمة العادلة في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثالث: الأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

- الفصل الرابع: الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الأول: الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

✓ المبحث الثالث: آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

• مصادر ومراجع البحث:

تنوعت المصادر والمراجع المعتمدة في هذا البحث لطبيعة في موضوعه المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من جهة وقانون الإجراءات المدنية الجزائري وكذا قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى من جهة أخرى.

اعتمادا على المصادر و الأمهات الخاصة بالفقه على المذاهب الأربعة و الإشارة إلى بعض المذاهب الأخرى كالمذهب الظاهري، ثم الإشارة للمصادر والمراجع الخاصة بالقضاء الإسلامي المشار إليه آنفا، واعتماد المصادر القانونية و المراجع المرتبطة بها حدود المتاح؛ فمصادر هذا البحث كثيرة ومتنوعة وأساسا منها كتب الفقه الإسلامي المقارن، وكذا كتب القانون المقارن منها، كما تم استقراء النصوص وجمعها واعتماد المقارنات بين الفقه والقضاء الإسلامي وكذا القوانين، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، و فهارس المصادر والمراجع تعكس ذلك تصنيفا بوضوح، والله الفضل والمنّة.

الفصل التمهيدي

ماهية الدعوى في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج

المبحث الأول: مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثاني: الشروط العامة لقبول الدعوى في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج.

تمهيد:

يختص القاضي بفصل الخصومات والمنازعات، ويعتمد في الحكم بين الناس على وسائل وطرق خاصة لإثبات الحقوق، وهو بذلك مُخبر عن الحكم الشرعي من خلال تلك الوسائل، والحكم حينها ملزم للأطراف ونافذ بالجبر تحت سلطة وليّ الأمر الذي نصب ذلك القاضي، وعلى القاضي الحكم بالحق والفصل ومقتضيات العدل ووفق إرادة الله تعالى في الأرض ومن خلال شرعه، ولا مجال للأهواء في ذلك.

للقضاء مكانة عظيمة، إذ يمثل أساس الفصل في النزاعات، وحفظ الحقوق لأصحابها، وهو الحال بالنسبة للدعوى وإجراءاتها شرعية كانت أم قانونية إذ هي التي ترسم لأطراف النزاع وكذا للقاضي طريق سير الدعوى من البداية إلى النهاية مع بيان أحكامها وما يتصل بها، حتى الفقهاء المسلمين اعتنوا بإحكام الموضوع وأحكامه استنباطا وشرحا، وركّزوا الجهد في موضوع القضاء حول أحكام الإجراء منذ رفع الدعوى حتى الحكم فيها وتنفيذها، وفيها ما يضيء كل الأنظمة الإجرائية الوضعية وزيادةً.

مما يعكس أن الشريعة الإسلامية ودون منازع بأصولها وفروعها، قادرة على سدّ حاجات الناس وذلك ما يعكس صلاحها لكل زمان ومكان، وكيف لا وهي من مشكاة عليم خبير وما زخم الفقه الإسلامي في كل فروعها إلا من ذلك الفضل والألوية، وشتان بين ما هو من خالق وما هو من مخلوق، ولكنها مقارنة لا تعدو أن تكون بين فقه إسلامي وقوانين وضعية.

من هنا تتضح أهمية الدعوى بالنسبة للقضاء، وفض النزاع بين المتنازعين، ولذلك يجدر توضيح المعاني اللغوية، والاصطلاحية للدعوى وشروطها العامة من خلال هذا الفصل التمهيدي.

المبحث الأول

مفهوم الدّعى في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

المطلب الأول: مفهوم الدّعى في اللغة والاصطلاح.

إن ضبط المعاني اللّغوية والاصطلاحية يكتسي أهمية خاصة بالنسبة لأي موضوع، حيث به تحدد المفاهيم، وتعين الأبعاد التي من خلالها يتم خوض البحث. تستخدم مادة دعوى في اللّغة والاصطلاح استخدامات متعددة وعلى كثرة معانيها اللّغوية سيتم التّركيز على أقرب المعاني اللّغوية والاصطلاحية للبحث، إذ إن المعاني الاصطلاحية لا تنضبط إلا بضبط المعاني اللّغوية.

الفرع الأول: الدعوى لغة.

مفردها دعوى: جمع دعاوى ودعاوٍ⁽¹⁾ وهي اسم من الادعاء، أي إنها اسم لما يُدعى⁽²⁾، وبينهم دعوى، وادعى فلان دعوى باطلة⁽³⁾. ويقال دعوى فلان كذا: قوله؛ قال تعالى: ﴿فَمَا كَانَ دَعْوَاهُمْ إِذْ جَاءَهُمْ إِلَّا أَنْ قَالُوا إِنَّا كُنَّا ظَالِمِينَ﴾ سورة الأعراف، الآية 05، أي قولهم، وتجمع على دعاوى ودعاوي والفتح أولى⁽⁴⁾، وقد تجلت أقرب المعاني اللّغوية المرتبطة بالمعنى الاصطلاحي في آيات القرآن الكريم بعددها الموالي وهي كالاتي⁽⁵⁾:

¹ أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط: الأولى، 1429هـ/2008م، ص: 749.

² محمد بن بكر بن منظور (711 هـ)، لسان العرب، مادة (د ع و)، دار صادر، بيروت، 1375 هـ/1956م، ص: 257/14.

³ أبو القاسم جار الله محمود بن عمر بن احمد الزمخشري (المتوفى 538هـ) اساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية لبنان بيروت 1419هـ/1998م، مادة (د ع و)، 1 / 288.

⁴ سعد أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا: دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1408 هـ/1988م، ص: 131.

⁵ محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، باب الدال، مادة (دع و)، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط الأولى، 1364 هـ/1945م، ص: 260.

- قال تعالى: ﴿فَمَا كَانَ دَعْوَاهُمْ إِذْ جَاءَهُمْ إِلَّا أَنْ قَالُوا إِنَّا كُنَّا ظَالِمِينَ﴾.
سورة الأعراف، الآية 05، أي قولهم (1).
- قال تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ سورة يس، الآية 57. أي مهما طلبوا وجدوا (2).
- قال تعالى: ﴿نَحْنُ أَوْلِيَاؤُكُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنْفُسُكُمْ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدْعُونَ﴾ سورة فصلت، الآية 31. أي مهما طلبتم وجدتم (3).
- وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً سَيِّئَتْ وُجُوهُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾ سورة الملك، الآية 27، أي تستعجلون (4)، ولا يخرج ذلك عن مسمى الطلب المستعجل. والغالب الأعم أن أقرب المعاني التي جاء بها القرآن الكريم متعلقة بمعنى الادعاء قولاً أو طلباً، على أن للدعوى في اللغة تفسيرات عدّة يرجع معظمها الى معنى واحد، هو الطلب (5). وهو المعنى الأساس للمادة الاصطلاحية للدعوى؛ كما تطلق الدعوى على الزعم (6).
- وادعى كذا: زعم أنه له حقاً أو باطلاً (7)، وهو القول غير المدعوم بالحجة، وصاحب هذا الزعم يسمى مدّعياً لا محقاً (8)، الى حين ثبوت ذلك الزعم بالحجة، قولاً أو إخباراً، جاء في المصباح المنير: ودعوى فلان كذا أي قوله، وقد يتضمن الادعاء معنى الإخبار فتدخل الباء جوازاً، يقال فلان يدّعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك (9).

1_ محمد علي الصابوني: مختصر تفسير ابن كثير، دار القرآن الكريم، بيروت، ط: السابعة، 1402 هـ/ 1981 م، 06/02.

2_ المرجع نفسه، 166/03.

3_ المرجع نفسه، 263/03.

4_ المرجع نفسه، 530/03.

5_ أكرم حسن ياغي: نظرية الدعوى الشرعية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، 2005، ص: 50.

6_ محمد بن اسماعيل الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق فواز أحمد زمرلي وإبراهيم محمد الحمل. دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية، 1406 هـ/ 1986 م، 255/04.

7_ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت817هـ)، القاموس المحيظ، تعليق أبو الوفاء نصر الهورين المصري الشافعي (1291هـ)، مراجعة أنس بن الشامي وركريا بن أحمد، دار الحديث، القاهرة 1429 هـ / 2008 م، ص: 548.

8_ محمد بن بكر بن منظور، المرجع السابق، 257/14.

9_ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، 1987 م، ص: 74.

فالدّعى في اللّغة هي إضافة الإنسان لنفسه استحقاق شيء في يد غيره وفي ذمته⁽¹⁾.

ونتيجة لما سبق يمكن القول إن الدّعى زعم صيغ في طلب، ويتأرجح معنى الدّعى المراد بالبحث في شقه اللّغوي بين الزّعم والطلب، ودون باقي المعاني اللغوية، بل هما أخص المعاني القريبة للدّعى في معناها الاصطلاحي الفقهي والقانوني.

الفرع الثاني: مفهوم الدّعى في الاصطلاح الفقهي الإسلامي.

الدّعى وسيلة وصول الى الحق⁽²⁾، وتقوم أساسا بطلب من صاحب الشأن أو من يمثله؛ ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يختلفوا في تحديد طبيعتها ولكنهم اجتهدوا في وضع ضوابط لتعريفها وقد ذهبوا في ذلك مذاهب، أكد البحث على السّنية منها واقوالهم في ذلك على التتالي التاريخي: مع الإشارة من حين إلى آخر إلى بعض المذاهب الأخرى.

أولا: مفهوم الدّعى المعتمد⁽³⁾ عند الحنيفة.

الدّعى قول مقبول عند القاضي يقصد به طالب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه⁽⁴⁾، ويقصد بالقول المقبول الدّعى الصحيحة نفيًا للدّعى الباطلة على أن يكون بين يدي القضاء وذلك طلبا لحق له أو لغيره أو دفعا له عن حق نفسه؛ ويؤخذ على التعريف كونه غير مانع إذ يدخل دعوى الفضولي⁽⁵⁾ فإنه يطالب بحق غيره لمن يمثله وهي دعوى غير صحيحة اصطلاحا⁽⁶⁾.

¹ شرف الدين أبو النجا الحجاوي المقدسي (ت 895 هـ)، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله التركي، مطبعة دار الملك عبد العزيز، ط: الثالثة، 1423هـ/2002م، ص: 475.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1405هـ/1985م، 510/06.

³ محمد إبراهيم البدارين، الدّعى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط: الأولى، 2007م، ص: 32.

⁴ قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر (ت 988هـ) تكملة شرح فتح القدير المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى 1415هـ/1995م، 159/08.

⁵ من يتدخل فيما لا يعنيه ويتصرف في ملك غيره بغير وكالة ولا ولاية. محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص: 346.

⁶ محمد نعيم ياسين، نظرية الدّعى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ / 2003م، ص: 79.

وجاءت مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾ في المادة 1613 بتعريف جامع مفاده: "أن الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي"⁽²⁾ وشمل بذلك أركان الدعوى، والحق بمعناه العام الوجودي والعدمي⁽³⁾، فإن قصد المعنى الضيق للحق وهو الوجودي، فلا يدخل في التعريف دعوى منع التعرض، حيث إن المطلوب فيها حق عدمي، وهو طلب إنسان عدم التعرض لحقه⁽⁴⁾ والحق الوجودي هو مختلف أنواع الحقوق ومنها حق الملكية.

ثانياً: مفهوم الدعوى في الفقه المالكي:

يقول الإمام شهاب الدين القرافي⁽⁵⁾ وفي سياق الحديث عن الفرق الحادي والثلاثين والمائتين بين قاعدة الدعوى الصحيحة والدعوى الباطلة: "وضابط الدعوى الصحيحة أنها طلب معين أو في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة"⁽⁶⁾.

¹ مجلة الاحكام العدلية: عبارة عن تقنين مدني من فقه الحنفية على عهد الدولة العثمانية للخروج من الاختلاف الحاصل في كتب الفقه الحنفي وانتقت لذلك مبرزي الفقهاء في ذلك العصر وعلى رأسهم أحمد جودت باشا العالم الشهير ووزير العدلية يومئذ، فكانت من أعظم آثار الدولة العثمانية. (علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، بموافقة دار الجيل، بيروت، ط: 1423هـ / 2003م، 173/04).

² الدعوى من خلال المادة 1613 أحكام عدلية: " طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه". وشرعاً: هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي حال المنازعة يدل على الجرم بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه"، علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام؛ مقدمة المغرب فهمي حسين، المرجع السابق، 03/01. فيكون شرط الدعوى ووقوعها في حضور القاضي، ثم الطلب الذي يقع في غير حضور القاضي لا يعد دعوى.

³ الحق الوجودي: كقول المدعي: إن لي عند فلان كذا مبلغاً؛

الحق العدمي: هو دعوى دفع التعرض بأن يطلب المدعي دفع التعرض والقاضي يمنع المتعرض من ذلك. علي حيدر، درر الحكام لشرح مجلة الاحكام، المرجع السابق، 173/04.

⁴ أحمد ابراهيم ابراهيم، موجز المرافعات الشرعية، مطبعة الفتوح الأدبية، مصر، 1925م، ص: 03، 02.

⁵ هو الإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي (نسبة إلى قبائل صنهاجة البربرية المغربية) القرافي (نسبة إلى المحلة المجاورة لقبر الامام الشافعي في القاهرة) مصري المولد والمنشأ والوفاة وهو من علماء المالكية له مصنفات عدة ومنها كتاب الفروق في أربع أجزاء، وكتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام، وتصرف القاضي والإمام وغيره؛ توفي سنة 684هـ/1285م. خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط: الخامسة عشر، ط: 2002م، 95 / 01.

⁶ شهاب الدين القرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: رواس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت. ط، 04 / 72.

وتعليقا على التعريف المعتمد من قبل محمد العزيز جعيط⁽¹⁾، المطلب الأول في حقيقة الدعوى، المادة 01: "فطلب معين كدعوى أن هذه الدار اشتراها أو غصبت منه ... وطلب ما في ذمة معين ودعوى المرأة أن بذمة زوجها ألفا من صداق أو نفقة".⁽²⁾

وفي إشارة إلى معنى الدعوى دون ذكرها كاصطلاح فقهي وفي الباب الحادي عشر من كتاب القوانين الفقهية لابن جزي⁽³⁾ متحدثا عن الاستحقاق⁽⁴⁾ بقوله: "هو أن شيئا بيد شخص، ثم أنه حق لشخص آخر. بما تثبت به الحقوق شرعا من اعتراف وشاهدين عدلين، أو شاهدين ويمين، أو غير ذلك، فيقضى له به."⁽⁵⁾

وتتوقف كيفية القضاء على أشياء كمعرفة الدعوى وهي خبر يوجب حكم صدقه لقائله حقا على غيره، فالإقرار والدعوى والشهادة كلها إخبارات. والفرق بينهما أن الإخبار إن كان يقتصر حكمه على قائله فهو الإقرار وأن لم يقتصر فيما ألا يكون لمخبر فيه نفع وهو الشهادة أو يكون

¹ _ هو محمد العزيز جعيط (1886هـ/1970م) سمي شيخ إسلام المذهب المالكي سنة 1944 م، مفتيا للديار التونسية سنة 1960 م ترك آثارا جلية في الفقه المالكي ومنها كتاب الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية؛ (موقع الإسلام في تونس (أعلام تونس) وغلاف كتاب محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية).

² _ محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، تحقيق محمد بن ابراهيم بوزغية، الدار المتوسطة للنشر، تونس، د.ت.ط، ص:103، بتصرف.

³ _ هو ابو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي ولد بغرناطة بالأندلس سنة 693هـ عكف على طلب العلم منذ صباه فنبغ في مختلف المعارف من تفسير و عقيدة و فقه و أصول و كان شاعرا و أدبيا ، اشتغل بالعلم تحصيلًا وتأليفًا، من مؤلفاته: النور المبين في قواعد عقائد الدين ، وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم ، تقريب الوصول الى علم الأصول ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، قيل توفي سنة 741 شهيدا في موقع الطريف في مثلث جبل طارق ضد النصارى - شمس الدين محمد بن فرحون ، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب ، مطبعة شقرون ، مصر 1351هـ ، 02/ 139 ، 274 ، 275.

⁴ _ الاستحقاق: الجدارة بالشيء، وثبوت الحق، وذلك بظهور كون الشيء حقا واجبا أداؤه للغير. محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص:59.

⁵ _ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي(693هـ/741هـ) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن أحمد بن سيدي مولاي انتهى منه صاحبه سنة 1430هـ، د.د.ط، ص: 502.

وهي الدعوى".⁽¹⁾ بذلك يجب وضع حد بين الدعوى والتصرفات القولية كالشهادة والاقرار فهذه ليست مطالبة بحق⁽²⁾.

ثالثا: مفهوم الدعوى في الفقه الشافعي:

الدعوى إخبار عن وجوب حق له على غيره عند حاكم ليلزمه به⁽³⁾ والحكم القضائي عندهم إخبار وليس إنشاء، كما تخرج الشهادة بلفظ له إذ هي إخبار بحق غيره⁽⁴⁾؛ إن التعبير بلفظ "حق له" يشمل الدعاوى الصحيحة المشروعة والأصل أن معنى الحق في التعريف يقصد بها الوجودي والعدمي كمعنى عام للحق؛ غير أن لفظ الإخبار قد يكون على سبيل الحكاية وليس على سبيل المطالبة وهو ما يؤخذ على التعريف⁽⁵⁾.

فليس المقصود بالدعوى مجرد الإخبار واطهار المخبأ، وإنما المقصود حمل المُنْكَر على الاعتراف بهذه الحقيقة، وترتيب آثار الوجود عليها⁽⁶⁾ والتعريف في عمومها جامع لكل أركان الدعوى، ومانع من دخول الشهادة والإقرار ودعوى الفضولي⁽⁷⁾، ويؤخذ على التعريف أن ظاهر الإخبار يعني الحكاية وليس المطالبة وهي أساس الحق في الدعوى، غير أن فقه القضاء الشافعي كما سبق يذهب إلى القول بأن الحكم القضائي هو إخبار وليس إنشاء.

¹ _ الشيخ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي التونسي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط: الأولى، سنة 1339هـ، ص: 23.

² _ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص: 79.

³ _ الشرواني وابن القاسم، حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الكتب العلمية؛ بيروت، ط: الأولى، 1996م، 338/13.

⁴ _ الشرواني وابن القاسم، المرجع نفسه، 338/13.

⁵ _ محمد إبراهيم البدارين، المرجع السابق، ص: 37.

⁶ _ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص: 54.

⁷ _ أحمد محمد لطفي محمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007م، ص: 184.

رابعاً: مفهوم الدّعى في الفقه الحنبلي:

الدّعى عند الحنابلة إضافة شخص لنفسه استحقاق شيء في يد غيره أو إثبات حق في ذمته⁽¹⁾. وقد أغفل التعريف ذكر المكان الذي يجب إنشاء الإضافة فيه وهو مجلس القضاء، والمطلوب هو تعريف الدّعى في نظر الشارع لا الدّعى مطلقاً⁽²⁾. وكان بالإمكان القول بأن الدّعى هي إمكانية الالتجاء إلى سلطة لتقرير حق منكر أو رد حق مغتصب⁽³⁾.

ولا يمكن تصور سلطة للفصل في الحقوق كالقضاء، إذ إن وجه التفرقة بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي هو كونها بين يدي القضاء، فيعترف مخفقا في ضبط المعاني الاصطلاحية كل من لم يؤكّد على القضاء كأساس للفصل في الدعاوى كيفما كان نوعها.

التعريف المختار: من خلال ما سبق يتضح بالنظر في هذه التعريفات أن الفقهاء يتفقون في أن الدّعى عبارة عن قول ينطوي على حق معين يطلب المدعي من القاضي تمكينه منه أو دفعه عنه⁽⁴⁾.

فالدّعى حق من حقوق العباد المباحة، قولاً أو إخباراً ولو بالإشارة أو طلباً بالكتابة لحق أو عدم التعرض لحق، ثابتة لشخص معين أو من يمثله، وفي ذمة معين بين يدي القضاء، معلوم الحق فيها غير مجهول، معقولة لا تكذبها العادة.

وتكون بذلك أمام تعريف شامل لجميع معاني الدّعى في الفقه الإسلامي مع ملاحظة أن إضافة الإخبار ليشمل التعريف ما جاء في الفقه الشافعي متعلقاً بالدّعى، وإلا فالإخبار قد يكون على سبيل الحكاية لا غير، إذ التعبير عن مسمى الدّعى يكون بالطلب وليس بالإخبار.

¹ _ موفق الدين بن قدامى وشمس قدامى وشمس الدين بن قدامى المقدسيان، المغني ويلييه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط: 1393هـ / 1973م، 325/01.

² _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 83.

³ _ عبد الكريم شهبوب، التأصيل الفقهي للقضاء وقواعد المرافعات عند عمر بن الخطاب وأثر ذلك في القضاء الاسلامي، مطبعة الخليج العربي، تطوان، المغرب، ط: الأولى، 2005 م، ص: 70.

⁴ _ عبد الله بن محمد الشامي، نظام القضاء والمرافعات في الشريعة الاسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: الاولى، 1420هـ / 2000م، ص: 177.

المطلب الثاني: مفهوم الدعوى في الاصطلاح القانوني و ق.إ.م.إ.ج.

إن تعدد معاني الدعوى في المادة القانونية والآراء الفقهية بشأنها، زاد من غموض فهمها وضبط معانيها فهي بين الادعاء، والمطالبة القضائية، وقد تعني الخصومة.

إن حق التقاضي مكفول في الدستور الجزائري بموجب المادة 140⁽¹⁾ منه بحيث يميز لكل مدع بحق سواء كان ذلك الحق شخصيا أو عينيا، يستند إلى وثائق أو بدونها التوجه للقضاء المختص من أجل شرح دعواه وعرض الأسباب لأجل استعادة ذلك الحق أو حمايته⁽²⁾.

وتنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان⁽³⁾: "أن لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون".

أما المشرع الجزائري وفي ق.إ.م.إ.ج⁽⁴⁾ لم يرد عنه تعريف للدعوى⁽⁵⁾ إذ إن ذلك منوط بالفقه وفقهاء القانون، وليس من مهمة المشرع صياغة التعاريف الاصطلاحية⁽⁶⁾ كما أن الفقه القانوني قد ساهم في إيجاد نوع من الغموض واختلاف المعاني الخاصة بالدعوى والذي أسهم في

¹ صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 26 رجب 1417 هـ الموافق لـ 07 ديسمبر سنة 1996م والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، والمصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996م، في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 76.08 ديسمبر 1996م، ص: 06. والقانون رقم 03/02 المؤرخ في 27 محرم 1423 هـ/10 أفريل سنة 2002م، والمتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 25 في 14 أفريل 2002م، ص: 13. والقانون 19/08 المؤرخ في 17 من ذي القعدة 1429 هـ/الموافق لـ: 15 نوفمبر 2008م والمتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 63 الموافق لـ 15 نوفمبر 2008م، ص: 08.

² عبد الرحمن بربارة، شرح ق.إ.م.إ.ج، منشورات بغداد، ابن جراح، الجزائر، ط: الثانية، 2009م، ص: 20.

³ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948م.

⁴ سواء الأمر 154/66 الصادر في 08 يونيو 1966م والمتضمن ق.إ.م، والمعدل والمتمم بالقانون 09/08 الصادر في 25 فيفري 2008م، المتضمن ق.إ.م.إ.ج.

⁵ وكذا الأمر بالنسبة لباقي التشريعات العربية ومنها المغربية والتونسية، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية المغربي، عبد الكريم الطالب، الوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط: الخامسة، ط: 2009م، ص: 144. وكتاب أحمد الجندوبي وحسين بن سلمة، شركة أوربيس، تونس، ط: الأولى، ط: 2005م، ص: 175.

⁶ ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973م، ص: 24؛ محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن؛ طبعة حديثة، سنة: 2006م، هامش، ص: 281.

التشريع في عمومته، إلا أن الدعوى لا تخرج عن مسمى المطالبة أمام القضاء، وقد تعني الادعاء، وقد تعني الحق، وأخيراً قد تعني مجموع الإجراءات أمام القضاء فيقال مصاريف الدعوى (1).

وعلى غير عادة التشريعات ضبط المشرع الفرنسي (2) مفهوم الدعوى من خلال المادة ثلاثين من ق.إ.م.ف (3)، فالدعوى حسب نص المادة: "حق ثابت لصاحب ادعاء يثبت بحكم قضائي إذا تم إثباته"، والظاهر أنها ضوابط اصطلاحية اشتمل عليها ق.إ.م. الفرنسي، مع العلم وكما سبق ذكره أن المشرع لا يعرّف فذاك دور منوط بأهل الفقه والاصطلاح (4).

إن تعدد المعاني القانونية للدعوى والآراء الفقهية حولها زاد غموض فهمها وضبط معانيها، فهي تتراوح بين المطالبة القضائية والادعاء وقد تعني الخصومة (5)، ومن شأن ذلك أن يزيد الدارس اضطراباً، إذ المعاني الخاصة بالدعوى تختلط وتتشعب، إلا أنها لا تعدو أن تكون نظرات مختلفة (6). فعلماء القانون لا يطلقون لفظ الدعوى ليدل على المطالبة التي تحصل أمام القضاء وإنما يطلقون الدعوى على حق الإنسان في القيام بهذه المطالبة، فالأصل أن الدعوى شيء، وحق الإنسان بالقيام بها شيء آخر فالأولى هي التصرف، والثاني كونه تصرفاً مباحاً لكل إنسان فإطلاق الدعوى

1_ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط: 2008م، ص: 45.

2_ "المبادئ العامة لهذه النظرية لا زالت في تشريعنا مستوفاة من القانون الفرنسي". محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، ط: 2006م، 19/01. وكذا الحال بالنسبة للتشريعات في المغرب العربي عموماً، والمشرق العربي وحتى المؤلفات.

3_ Article 30 du code de procédure civile français de la loi N : 1787/2007 du 20 décembre 2007 : "L'action et le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée".

4_ "وهذه الضوابط بها بعض النقائص، خاصة أنه لم يفرق بين القضاء الاستعجالي والقضاء الموضوعي باعتبار أن الحماية القانونية يمكن أن تكون مؤقتة أو نهائية"، ولذلك يمكن اقتراح تعديل ذلك كما يلي: "الدعوى هي الحق المخول قانوناً للانتحاء إلى السلطة القضائية قصد المطالبة بحماية حق حماية مؤقتة أو نهائية". أحمد الجندي وحسين بن سلمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية التونسية، المرجع السابق، ص: 180، 181.

-Pierre Julien et Natalie Fricère, droit judiciaire privé, 3^{ème} édition, lextenso éditions, paris 2009 (sale de droit privé) N° PRDC 62. Bordeaux 04. Page : 22.

5_ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مطبعة أحمد الضمراني، القاهرة، الطبعة الثانية، 1991م، 10/02.

6_ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 46.

على حكمها لا يصح⁽¹⁾، وعليه تكون الدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعي، ولا يتصور الاعتراف بهذه الوسيلة إلا من لديه الحق، وإلا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق، ومن ليس صاحبه⁽²⁾.

وقد عرفها جمهور فقهاء القانون بأنها الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته؛ فهي حق اجرائي نشأ لصاحب حق موضوعي، في مواجهة من اعتدى على حقه، أو مركزه القانوني، مضمونه الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني في هذا الاعتداء⁽³⁾.

لذلك اشتملت المادة الثالثة من ق.إ.م.إ. الجزائري على المبادئ الخمسة الموالية لسريان هذا القانون من حيث الزمان، وهي حق التقاضي والمساواة أمام القضاء وحق الدفاع والوجاهية⁽⁴⁾ والفصل في دعاوى ضمن آجال معقولة⁽⁵⁾.

المطلب الثالث: مفهوم الدعوى المدنية.

إذا كانت الدعوى هي طلب شخص حقه من آخر بواسطة القضاء، فإن ذلك يخضع لإجراءات خاصة وشكل معين لممارسة ذلك الحق، هذه الإجراءات في عمومها تتناول التنظيم القضائي، والشكل الذي يجب بمقتضاه رفع الدعوى، والدفاع بهما والتدخل والتحقيق، والحكم، واتباع طرق الطعن بشأن الاحكام القضائية.

¹ _ محمد نعيم ياسين نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص: 86، 87، بتصرف.

² _ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 47.

³ _ عبد التواب مبارك، أصول القضاء المدني، مطبعة العشري القاهرة، ط: الاولى، 2005/2004م، ص: 212، واعتبر بعضهم الدعوى بأنها مركز قانوني وليست سلطة ولا حقا، روبيي: القانون الوضعي والوضعية القضائية، باريس، دالوز 1963.

Roubier : droit subjectifs et situations juridique, Paris 1963

⁴ _ الوجاهية: إلزام يقع على الخصوم والقاضي على حد سواء، فأطراف الخصومة يباشرون دعواهم بما يكفل عدم الجهالة لدى الطرف الاخر، كما يقع على القاضي تمكين الاطراف بما يدعيه كل واحد منهم. عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص: 22، سائح سنقوقة، شرح ق.إ.م.إ.، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط: 2011م، ص: 29.

⁵ _ عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص: 20.

بما أن البحث يركز على الدعوى في شقها المدني دون الإداري ولا الجزائي ولا غيرها من الدعاوى وتتحدد معانيها من خلال القضاء المدني، والذي عادة ما يعرف بطريقة سلبية: كل قضاء غير القضاء الإداري ولا الجنائي أو غيرهما من أنواع القضاء الأخرى⁽¹⁾.

وبالمعنى الواسع مجموعة القواعد القانونية التي تعنى بالنظام القضائي للدولة وتنظيم التقاضي امام المحاكم المدنية.

إذ العلم بالأحكام الكلية الموضوعية، لا يغني القاضي عن معرفة الاحكام الاجرائية لمعرفة سير الدعوى حتى الحكم فيها، وقد اشاد العلماء بأهمية علم القضاء، ومنه فقه المرافعات⁽²⁾.

على أن دراسة هذا القانون تتضمن:

1) مجموعة القواعد والقوانين التي تتعلق بالنظام القضائي.

2) مجموعة القواعد والقوانين التي تتعلق بالمحاكم المختلفة.

3) مجموعة القواعد والقوانين التي تتعلق بالإجراءات.

وتعنى هذه القواعد بالإجراءات التي يجب اتباعها أمام المحاكم في الدعاوى المدنية والتجارية ودعاوى الاحوال الشخصية ودعاوى العمال ومسائل الولاية على المال، وكيفية السير في الدعوى والتحقيق فيها، وما يصدر فيها من أحكام، والإجراءات التي يجب اتباعها عند تنفيذ الأحكام⁽³⁾.

وينتقد غالب الفقه تسمية هذا الفقه بالمرافعات لقصور في الدلالة على كل الموضوعات التي يتضمنها هذا القانون.

وذهب بعض الفقه إلى تسميته على غرار الفقه الفرنسي ولترجمة حرفية بالإجراءات المدنية والتجارية وقد يطلق عليه القانون القضائي الخاص، أو قانون القضاء المدني، ودرج البعض على تسميته بقانون القضاء لموافقة هذه التسمية للاصطلاح السائد في الفقه الاسلامي⁽⁴⁾؛

¹ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 03.

² عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المدخل الى فقه المرافعات، دار ابن فرحون، الرياض، السعودية، ط: الثانية، 1431هـ/2010م، ص: 29.

³ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 2000م، ص: 6، 7.

⁴ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص: 07.

فعلم القضاء يفتقر الى معرفة احكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والحزئيات، وغالب تلك المقدمات لم يجر لها في دواوين الفقه ذكرا، ولا أحاط بها الفقيه خبيرا، وعليها مدار الاحكام، والجاهل بها يخطب خبط عشواء في الظلام⁽¹⁾.

وعليه لم يفرد فقهاء الاسلام لهذا الفن مصنفات، ولكنه محتوى في كتب فروع الفقه الاسلامي المتعلقة بعلم القضاء عموما.

إن جهات القضاء في الشريعة الاسلامية ثلاث: محاكم القضاء العادي، ومحاكم قضاء الحسبة، ومحاكم ديوان المظالم، ولكل جهة نظامها المستقل، واختصاصها الكامل، وأن محاكم القضاء العادي هي جهة الولاية الاصلية في انهاء منازعات الناس، مدنية كانت ام جنائية⁽²⁾؛ ولا يهمننا سوى الشق المدني من القضاء.

فيجب أن يكون القاضي واقفا على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة، ومقتدرا على فصل وحسم الدعاوى الواقعة توفيقا لهما⁽³⁾.

وأصول المحاكمات المدنية أيضا مما اعتمدته بعض القوانين العربية ترجمة حرفية عن القوانين الفرنسية. ويختلف القضاء المدني عن القضاء الجنائي من حيث:

1) اختلاف المصلحة محل الحماية: فالمدني يحقق حماية مصالح خاصة للخصوم، والجنائي يحقق حماية مصالح موضوعية للمجتمع.

2) اختلاف الجزاء: فالقضاء المدني يحقق حمايته عن طريق اصلاح نتائج المخالفة، بينما الجنائي يحقق حمايته عن طريق عقاب المخالف للقاعدة القانونية⁽⁴⁾. فالمبدأ العام أن القضاء المدني يمارس بطلب من ذي المصلحة، مع حرية تصرف الاطراف في مباشرة الاجراءات، ويمارس

² ابن فرحون، المرجع السابق، 02/01.

³ محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، ط: 1402هـ/1982م، ص: 79، 80 بتصرف.

³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1991، ص 525/04.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 04. بتصرف.

القضاء بناء على طلب النيابة العامة، ويسود مبدأ النشاط التلقائي أي اتخاذ القاضي للإجراءات من تلقاء نفسه، وتمتعه بسلطات واسعة⁽¹⁾.

أما التسمية في الجزائر فالقديمة⁽²⁾ منها تعتمد على معيار الجمع والوحدة في النظام القضائي المدني "ق.إ.م الجزائري"، وصارت في القانون الجديد⁽³⁾ تعتمد على التوجه نحو الازدواجية لذلك أطلق عليه تسمية ق.إ.م.إ.⁽⁴⁾ ونص المادة الأولى منه صريحة في ذلك.

والفقه الاجرائي لا يمتاز بالثبات الذي تمتاز به قواعد قانون موضوعي للقانون المدني، إذ إن الإجراءات عرضة للتعديل المستمر، وليس في ذلك ما يعاب على الفقه الاجرائي وهو ما يتفق مع ما تتسم به تلك القواعد من المرونة والقابلية للتشكل⁽⁵⁾، ناهيك عن الاختلاف الحاصل حول التسمية في حد ذاتها.

المطلب الرابع: الدعوى وما شاكلها من مصطلحات قانونية.

كما اشتملت المادة على الكثير من المصطلحات التي تتداخل والدعوى في معانيها ومنها: الادعاء، الحق، الخصومة، الطلبات، وفيها تقارب للمعاني مع تأثير جلي بتعدد الآراء الفقهية حول الدعوى وفي الكثير مما قيل من افكار عن الدعوى هي في حقيقتها نظرات من وجهات مختلفة⁽⁶⁾.

الفرع الأول: الدعوى والادعاء.

لا يمكن القول إن الدعوى هي الادعاء⁽⁷⁾، ما دامت الدعوى هي وسيلة حماية الحقوق والمراكز القانونية، ذلك أن الذي يحقق الحماية للمدعي هو الحق في الحصول على حكم يحقق هذه

¹ _ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 04. بتصرف.

² _ من خلال الامر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966م المتضمن ق.إ.م الجزائري.

³ _ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008م المتضمن ق.إ.م.إ.م الجزائري.

⁴ _ شويحة زينب، الاجراءات المدنية في ظل القانون 09/08، دار أسامة للطباعة، الجزائر، ط: الاولى، 2009م، 30/01.

⁵ _ عبد الباسط جميعي، مسائل في قانون المرافعات، طبعة الفقه الاجرائي وخصائصه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد الاول، السنة الرابعة، 1962م، جانفي، ص: 84، 83، بتصرف.

⁶ _ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 46.

⁷ _ الدعوى القضائية في اللغة الفرنسية: l'action en justice، والادعاء والادعاءات: les prétentions .

Jacques picotte, juridictionnaire, droit d'action en justice ,fac de droit université Moncton, Canada. 2012, page : 110.Prétention : page : 142 voir Présupposé, page : 204 et voir bien-fonde, page : 568 .

الحماية بواسطة القضاء، فالدعوى توجد بمجرد الاعتداء على الحق ولو قبل بدء الخصومة، اما الادعاء فإنه لا يوجد إلا برفعه أمام القضاء⁽¹⁾.

فاختلاف الدعوى والادعاء جلي، إذ أن هذا الاخير هو الحق المدعى به، وليس الدعوى بذاتها، أي المطلب الذي تقدم به المدعي أمام القضاء⁽²⁾.

والدعوى هي نقطة لقاء الاجراءات والحق الموضوعي، وتهدف إلى تكريس احترام حق أو مصلحة مشروعة بتقديم طلبات للقضاء، وهو ما يتماشى مع الصياغة التي أتت بها المادة الثالثة من ق.إ.م.إ.ج، وقد أوضح هذا القانون أن الدعوى حق وبين معالمها ونطاقها أكثر من ذي قبل⁽³⁾.

ولهذا نجد أن المشرع الفرنسي يفرق بين الدعوى والادعاء، فيقرر ان الدعوى بالنسبة للمدعي هي الحق في أن يسمعه القضاء بشأن ادعائه، حول ما إذا كان هذا الادعاء يقوم على أساس أم لا، وهي بالنسبة للمدعى عليه حقه في مناقشة أساس هذا الادعاء⁽⁴⁾.

فالادعاء قد يكون حقا موضوعيا، ويظل كذلك إلى حين اثباته بين يدي القضاء وصدور الحكم بذلك فيثبت حقا لصاحبه، أما الدعوى فتبقى ذلك الاجراء القضائي الذي تتبع فيه خطوات ومراحل وفق أشكال معينة.

وكون الحق الموضوعي مفترض لوجود الدعوى، فيه دلالة على ان الحق الموضوعي أسبق في ظهوره واستعماله من الحق الاجرائي، فالأخير ينظم وسيلة حماية الأول، وبالتالي فهو يليه في الظهور والاستعمال⁽⁵⁾.

¹ _ فتحي والي، المرجع السابق، ص:49.

² _ عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط: الاولى، 1431هـ / 2010م، ص:156.

³ _ يقصد ق.إ.م.الجزائري الملغى رقم 154/66 الصادر بأمر في 08 يونيو 1966م.عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، دار موفم للنشر، الجزائر، ط:2009م، ص:51.

⁴ _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص:14/02.

⁵ _ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص:213.

والفرد مختار بين ان يتخلى عن ادعائه أو يتصالح عليه، فيتنازل عن جزء من ادعائه مقابل الحصول على الجزء الآخر، او يتفق على التحكيم بشأنه، أو يرفعه الى القضاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الدعوى والحق.

كثيرا ما يخلط فقهاء القانون بين الدعوى والحق، ففريق يرى ان الدعوى هي الحق ذاته، اذ يقع اندماج بينهما ويستحيل فصل أحدهم عن الآخر؛ وفريق يذهب الى ضرورة التمييز بين الدعوى والحق لأنهما بالفعل مستقلان عن بعضهما⁽²⁾.

والاصل ان الدعوى تتصل بالحق اتصالا وثيقا فتتأثر ببعض مظاهره، إلا انها لا تختلط به ولا تعدو ان تكون وسيلة لحمايته⁽³⁾.

فالدعوى ليست الحق الموضوعي، فقد يوجد هذا الاخير دون ان توجد الدعوى الحامية له، كما هي الحالة في الالتزام الطبيعي⁽⁴⁾، وبالمقابل أن وجود الدعوى لا يعني وجود الحق المدعى به، أي ان شروط اقامة الدعوى قد تكون متوافرة، فيما الحق المدعى به منتفٍ في الواقع أو في القانون، والدعوى ليست حق اللجوء الى القضاء، لأن الدعوى هي وسيلة ممارسة هذا الحق وليست الحق بذاته؛ فمن يرفع دعوى أمام القضاء يعتبر ممارسا لحق التقاضي بمعزل عما إذا كانت الدعوى محقة أم لا⁽⁵⁾.

¹ - وجمدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة: الاولى، 1986م/1987م، ص:76.

² - ادريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الدعوى والاحكام، مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، الطبعة: الاولى، 1986م، 20/02، 21.

Pierre Julien, Natalie Fricèro, droit judiciaire privé, page 17 et 18, OP.CIT.

³ - احمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص:182.

⁴ - أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط: الرابعة عشر، 1986م، ص:19.

⁵ - عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010، ص:156.

وتبقى التفرقة بين الحق الموضوعي والدعوى صعبة في بعض الحالات، إذ إن النيابة العامة التي تطعن لصالح القانون في الدعوى المدنية لا يمكن القول بالنسبة لها أن لها حق موضوعي؛ وإنما تسهر على تحقيق المشروعية، أما أنها صاحبة صفة فهي مخولة قانونا بالسهر على ذلك، فيستأنف وتطعن فيها وفي حدود صلاحيات قانونية، دون أن تكون صاحبة حق موضوعي كما هو الشأن لصفة أصحاب الشأن في حق الدعوى المطالبين بحقوقهم أصالة.

ومن الواضح في ق.إ.م.إ.ج، أن كل شخص معني بالدعوى، سواء مدعى او مدعي عليه أو مدخل أو متدخل⁽¹⁾ في الخصام، فهو فاعل في الدعوى إذ يخضع مركزه القانوني لشروط وآثار. فالدعوى حق قانوني يسمح للأفراد والسلطات العمومية باللجوء للعدالة لفرض احترام القانون؛ وهي حق مجرد، موضوعي ودائم حسب الفقهاء، وهي إمكانية ممنوحة لجميع المتقاضين⁽²⁾. وعليه فلا وجود لحق إلا إذا كان القانون يعترف به ويقره، وهذا الاستثناء الذي يقره القانون يوضح بذاته علاقة صاحب الحق بغيره وضرورة احترام الكافة لهذا الحق؛ ووسيلة حماية الحق هي الدعوى، ووسيلة الحماية ليست عنصرا من عناصر الحق، بل أثر من آثار وجود الحق، واستناده إلى القانون⁽³⁾.

¹ التدخل: هو الانضمام الى القضية ممن لم يكن طرفا فيها أثناء قيد الدعوى، ويكون اختياريا بناء على طلب الغير أثناء سير الخصومة فيصبح طرفا فيها ويتم التدخل وجوبيا رغماً عن ارادة الغير ويصبح طرفا في الدعوى بناء على طلب رغبة أحد الخصوم بناء على أمر المحكمة أثناء السير في الدعوى. ويصح في الحالتين أمام قاضي الاستعجال وفيما أجازته القانون أي بشروط، أنظر نص المادة 124 إلى 197 الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري. عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص: 40.

² الإدخال: بنص المواد 203 و 204 من القانون المذكور إدخال الضامن على أنه إدخالا وجوبيا ويمارسه أحد الخصوم ضد الضامن والنص الجديد ينقل الالتزام إلى أحد الخصوم. المرجع نفسه، ص: 40 إلى 45.

³ عبد السلام ذيب ق.إ.م.إ.ج، المرجع السابق، ص: 51 و 52، ومحمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، المرجع السابق، ص: 20.

³ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص: 57، بتصرف.

والأصل وجوب الربط بين الحق والدعوى باعتباره حقا اجرائيا قائما بذاته ومستقلا عن الحق الموضوعي، وبين مسألة قبول الدعوى، وهي لا شك مسألة سابقة على الفصل في موضوع الدعوى؛ ومتى حكم القضاء بقبول الدعوى فانه بذلك يكون قد أكد حق الدعوى بالنسبة للمدعي، أي أكد حقه في أن تنظر دعواه.

وبالتالي حقه في أن يصدر حكما في موضوعها، على أن ذلك لا يعني ضرورة أن يكون الحكم في صالحه فقد يصدر الحكم في غير مصلحته بالرغم من سبق تأكيد القضاء لحقه في الدعوى، وهذا دليل أكيد على عدم ارتباط الدعوى بالحق الموضوعي، اما إذا لم تتوفر شروط قبول الدعوى، فلا ينشأ للمدعي حق في الدعوى، أي حقه في أن تنظر دعواه من القضاء ليحصل على حكم في موضوعها⁽¹⁾.

فالدعوى في العموم منفصلة عن الحق محل الحماية ووجود هذا الاخير شرط لنجاح المدعي في دعواه وليس لقبول الدعوى، فالذي يجيب في دعواه قد لا يكون صاحب حق ولكنه وبصفة مجردة صاحب حق في القيام بدعواه⁽²⁾.

الفرع الثالث: الدعوى والخصومة

كثيرا ما تخلط نصوص القانون بين الدعوى والخصومة مع أن لكل معنى خاصا إذا اريد اعطاء كلمة دعوى معناها الاصطلاحي الدقيق⁽³⁾، وعليه فالدعوى ليست الخصومة، لأن الدعوى هي وسيلة اللجوء الى القضاء، فيما الخصومة هي مجموعة الاعمال الاجرائية، التي تبدأ بإيداع عريضة الدعوى وتنتهي بإصدار الحكم⁽⁴⁾.

1_ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 30/02.

2_ أحمد الجندي، وحسين بن سلمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 179.

3_ محمد العشماوي، قانون المرافعات في التشريع المصري المقارن، المرجع السابق، ص: 282.

4_ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 157. ووجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص: 82.

ويذهب بعض فقهاء القانون المغاربة⁽¹⁾، إلى القول بأن التمييز بين الدعوى والخصومة لا يستقيم الاخذ به في القانون المغربي، ذلك أن الدعوى هي الخصومة، وقد انتقل هذا التمييز خطأ إلى بعض الكتب المغربية التي تطرقت للموضوع تأثراً منها بالمؤلفات الشرقية والمصرية منها على وجه الخصوص⁽²⁾.

وعلى العموم تتميز الدعوى عن الخصومة؛ فالدعوى هي الحق في الحماية القضائية، اما الخصومة فهي مجموعة الاعمال الاجرائية التي يقوم بها القاضي واعوانه والخصوم وممثلوهم وأحياناً غيرهم، والتي ترمي إلى اصدار قضاء يحقق هذه الحماية؛ فهي الوسيلة الفنية التي يجري التحقيق بواسطتها من توافر الحق في الدعوى، ولهذا فإن شروطها تختلف تماماً عن الشروط اللازمة لتوافر هذا الحق⁽³⁾.

فإن كانت الدعوى هي الحق في الحماية القضائية، فالخصومة هي مجموعة الاجراءات الشكلية التي نص عليها القانون الاجرائي لمباشرة الدعوى المدنية أمام الجهات القضائية وعادة ما تبدأ بإيداع العريضة الافتتاحية وتنتهي بحكم في موضوعها.

¹ - ومنهم عبد الكريم الطالب، استاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض، مراكش - المغرب الاقصى، من مؤلفاته: مركز الفقه الاسلامي في القانون المدني المغربي، والشرح العملي لقانون المسطرة المدنية وغيره من المؤلفات.

² - عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، هامش 01 و03 من ص: 146.

³ - فتحي والي، المرجع السابق، ص: 50. محمد أحمد عابدين، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية والاستثنائية، دار المعارف، الاسكندرية 1994م، ص: 15.

الفرع الرابع: الدعوى والطلبات.

يقصد بالطلبات القضائية الاعمال الاجرائية التي يعلن بها المدعي رغبته في الحصول على الحماية القضائية اللازمة⁽¹⁾ فالطلب هو ذلك الاجراء الذي يعرض به المدعي ادعاءه على القضاء طالبا حكما على خصمه المدعى عليه، فاذا استجاب القضاء ادى ذلك الى الحكم لصاحب الطلب بشيء على خصمه المدعى عليه⁽²⁾.

فبواسطة الطلب القضائي تحرك الدعوى لطرح النزاع امام القضاء الذي يلزم بالفصل فيه، والطلب القضائي هو الذي ينشأ بين الخصوم حالة قانونية خاصة تدعى علاقة الخصومة، ويستخلص من هذا أن النظام القانوني تحول للفرد حق اللجوء الى القضاء كلما تعذر عليه التصالح مع الخصم حول نزاع معين وذلك عن طريق الدعوى القضائية⁽³⁾.

ومتى روعيت في المطالبة القضائية الاجراءات التي نص عليها القانون تلتزم المحكمة بنظرها ولو لم يكن للمدعي الحق فيما يطلبه⁽⁴⁾؛

فإن كانت الدعوى حق بشروط معينة، فالمطالبة القضائية للكافة ويحكم القاضي بناء عليها ولو بالرفض شكلا أو موضوعا، ويضع القانون شروطا لقبول الدعوى (صفة، مصلحة...) وللمطالبة القضائية شروطا (بيان عريضة دعوى، أهلية...) فقد يكون الطلب صحيحا دون أن تكون الدعوى مقبولة أو العكس⁽⁵⁾.

¹ _ وجددي راغب، المرجع السابق، ص: 115.

² _ رمزي سيف، المرجع السابق، ص: 376.

³ _ محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص: 22، أحمد الجندي، وحسين بن سلمة، المرجع السابق، ص: 209.

⁴ _ عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، د.د.ط، ط: الثانية، 1956م، 15/01.

⁵ _ بوشير محمد امقران، ق.إ.م، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الطبعة: الرابعة، 2008م، ص: 29.

وحيث تخلف شرط من شروط الدعوى يكون الدفع القبول ، أما حين تخلف شرط صحة المطالبة القضائية يكون الدفع بطلانها⁽¹⁾. فإن وقع من المدعي ترك الخصومة و تنازل عن الطلب القضائي، لا يترتب عن ذلك انقضاء الدعوى، إذا يجوز له إعادة رفع الدعوى نفسها مرة أخرى⁽²⁾. بذلك تكون الفروق الجوهرية بين الدعوى والطلبات قد اجتمعت وتحتاج لعودة حين الحديث عن الدفع و الطلبات بشكل مفصل، ويكون الطلب عرض ادعاء بناء على عريضة دعوى واهلية عند من اعتبرها شرطا من شروط صحة الدعوى مع الصفة والمصلحة، فإن تخلفت شروط الطلب كان الدفع بطلان الدعوى.

المبحث الثاني

الشروط العامة لقبول الدعوى في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

إن اللجوء للقضاء من الحقوق المقررة شرعا وقانونا، وذلك لحماية الحقوق من أن تهدر، ورد كل ما يوجه اليها من اعتداء يتكفل به صاحبه من خلال الدعوى، وبها يجبي الحق، فهي وسيلة حماية عن طريق السلطة القضائية ويشترط في الدعوى شروطا اشار اليها الفقه الشرعي وكذا الوضعي. والشرط هو ما كان خارجا عن حقيقة الشيء وتوقفت صحته عليه؛ والشروط التي تتوقف عليها صحة الدعوى أربعة أنواع، نوع يتعلق بنفس الدعوى ونوع يتعلق بالمدعي ونوع بالمدعى عليه ونوع يتعلق بالمدعى (به)⁽³⁾.

إجمالا هي أهلية الأداء، وصفة المدعي والمدعى عليه، مع شرط المصلحة، وأن يكون المدعى به حقا معترفا به شرعا ومعلوما، والمدعى عليه معلوما، حاضرا في مجلس القضاء، وذلك كله على

¹ - وجددي راغب، المرجع السابق، ص: 133.

² - أمينة النمر، قانون المرافعات، مطبعة الاشعاع، الاسكندرية، مصر، ط: 1992م، ص: 212.

³ - محمد زيد الايباني بك، كتاب مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، مطبعة عبد الله وهبة الكنتي، مصر، الطبعة الثالثة، 1343هـ/1924م، ص: 06.

خلاف في بعض من الشروط عند أهل الفقه فيما بينهم، وكذا الخلاف في بعض منها عند أهل القانون.

وهي شروط اشترطها الفقهاء لصحة الدعوى، وجواز قبولها وسماعها، بحيث إذا توفرت في دعوى المدعي صحت وقُبلت منه، وسمعت، وسئل الخصم المدعى عليه عنها⁽¹⁾.

المطلب الأول: شروط قبول الدعوى في الفقه الاسلامي.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى في المذاهب الأربعة.

أولاً: شروط قبول الدعوى في المذهب الحنفي.

أضاف صاحب تكملة حاشية ابن عابدين، كون الدعوى في مجلس القضاء لتكتمل شروط ثمانية انتهى إليها مذهب الحنفية⁽²⁾ زائد الشروط السبع من عقل المدعي والمدعى عليه، وأن يكون المدعى مما يحتمل الثبوت، وأن يكون بلسان المدعي، وفي حضرة الخصم، ويشترط عدم التناقض في الدعوى، وأن تكون ملزمة للخصم⁽³⁾.

يقول صاحب درر الحكام: "و ما جرى عليه العمل اشتراط تسعة شروط و أضاف على ما سبق ، ألا يتخذ الإقرار كسبب للملك"، كما اختلفوا في اشتراط أهلية المدعي و المدعى عليه ، و ما يترتب عليه من الحلف ، فدعوى الصبي المميز المأذون بالتجارة أو المخاصمة أن يكون مدعياً و مدعى عليه صحيحة كما أن يمينه و نكوله عن اليمين صحيحان أيضا على القول المفتى به ،

¹ أحمد محمد علي داوود، القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الاسلامية والتطبيق القضائي، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط: الاولى، ط:1433هـ/2012م، 01/239.

² محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين (ت 1252م)، رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، ومعه تكملة حاشية قرّة عيون الاخيار، محمد عملاء الدين أفندي بن الشيخ محمد امين، تعليق محمد صبحي حسن حلاق، عامر حسين. دار احياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى، 1998م، 11/447.

³ أبو البركات عبد الله احمد محمود المعروف بحافظ الدين النسفي (ت710هـ)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، والشرح لزين الدين ابراهيم بن نجيم (ت970هـ) وعليه حواشي منحة الخالق على البحر الرائق، محمد امين عابدين عمر بن عبد العزيز، ضبط زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الاولى، 1997م، 07/327.

وإن كان الصبي العاقل لا يحنث لكونه غير مكلف لا أن الصبي يمتنع عن اليمين الكاذبة منعاً لزوال ثقة الناس منه في أموره التجارية و كذلك بإقراره في امور التجارة صحيح (المادة 972 من مجلة الأحكام العدلية) .

إلا أن بعض الفقهاء قال بعدم توجيه اليمين على الصبي المأذون لأنه لا يترتب على يمينه حنث حيث إنه يجب على من يدعي على الصبي المأذون أن يثبت دعواه بالبينة أو الاقرار⁽¹⁾.

كما اختلفوا في وجوب أن تكون الدعوى بلسان المدعي، وامكانية إلزام المدعى عليه بالمدعى به واشتراط عدم التناقض في الدعوى، وأن تكون الدعوى محتملة الثبوت وألا يكون الاقرار سبياً للملك⁽²⁾.

فإن تأخرت هذه الشروط لا يترتب على الدعوى آثار وليس على المدعي أن يعطي أي جواب بل تبطل الدعوى والباطل لا يترتب عليه شيء.

¹ _ علي حيدر ، المرجع السابق، 210 و 180/04.

² _ إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد ، تعارض الدعاوى و الاحكام في مذاهب الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، دار العاصمة ، الرياض ، ط:الاولى، 1435هـ/2014م ، 394/02.

ثانيا: شروط قبول الدعوى في المذهب المالكي.

شروط الدعوى عند بعض المالكية أن تكون معلومة ومحققة⁽¹⁾، وأضاف صاحب الفروق وملزمة، ولا تكذبها العادة وأن يتعلق بها غرض صحيح⁽²⁾ وجاء في شرح التحفة إضافة شرط خامس وهو ألا يشهد العرف والعادة بكذبها⁽³⁾.

وقال الشيخ جعيط في المادة 22: "يشترط في الدعوى أن تكون مبيّنة غير مجملة إذا لم يكن هناك عذر على الاجمال، وأن تكون موجهة على معين، وأن تكون بحيث لو أقر بها المطلوب أو قامت عليها الشهادة بها لزمته"⁽⁴⁾. معلومة والطلب فيها محدد لا غموض فيه بشأن المطلوب المدعى المعين، وضابط ذلك أن المدعى عليه المقر أو الذي قامت عليه بينة يتعلق به قضاء بحكم.

ثالثا: شروط قبول الدعوى في المذهب الشافعي.

يشترط لصحة الدعوى أي دعوى ثلاثة شروط وهي أن تكون معلومة، ملزمة، لا تنافيها دعوى أخرى⁽⁵⁾، وخلاصة ما في المذهب أن شروط الدعوى ستة: أن تكون الدعوى معلومة، ملزمة، حالة، وعند قاض، وأن تتعلق بها مصلحة، وألا تناقضها دعوى أخرى⁽⁶⁾.

¹ محمد بن عبد الله بن علي (ت1101هـ) حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل (ت767هـ)، و في هامشه حاشية علي بن أحمد العدوي (ت112هـ)، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، 1997م، 503/07.

² شهاب الدين بن العباس الصنهاجي القراني، (ت626هـ) الفروق، بهامشه: القواعد السنّية في الاسرار الفقهية لابن الشاط، تحقيق: عبد الحميد هندواي، ط: الأولى، ط: 2002م، 70/04.

³ أبو عبد الله محمد بن احمد بن محمد (ت1072هـ) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، لأبي بكر محمد محمد عاصم (ت829هـ) و بالهامش حاشية أبي علي الحسن المعداني(ت1140هـ) على الشرح و التحفة ضبطه و صححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الاولى، ط: 2000م، 32،31/01.

⁴ محمد عبد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 57.

⁵ المناوي (ت926هـ)، فتح الرؤوف القدير، شرح عماد الرضا، بيان أدب القضاء للأنصاري، تحقيق عبد الرحمان عبد الله عوض يكبر، الدار السعودية للنشر و التوزيع، جدة، ط: الأولى، 1986م، 60/01.

⁶ الرملي (ت1004هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في فقه الشافعية، و معه حاشيتان، حاشية ابي الضياء نور الدين علي الشيراملي (ت1087هـ)، و حاشية أحمد عبد الرزاق محمد أحمد المعروف بالمغربي الرشيد(ت1096هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م، 340/08.

رابعاً: شروط قبول الدعوى في المذهب الحنبلي.

راجع المذهب عند الحنابلة أن الدعوى لا تصح إلا من جاز التصرف، وأن تكون محررة تحريراً يعلم به المدعي، ومتعلقة بالحال، ومنفكة عما يكذبها، وذكر السبب في زوال يده⁽¹⁾.

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية: "تصح الدعوى شرط أن تصدر من جاز التصرف، وأن تكون محررة والمدعى به معلوم، منفكة عما يكذبها، ومتعلقة بالحال، واحضار العين المدعى به، أو تعيينها إذا كانت عقاراً مع التصريح بالطلب، مع ذكر شروط العقد في العقد، وتعيين السبب وذكره في دعوى الإرث، ويجب التقويم إذا كان المدعى به أحد النقدين"⁽²⁾.

وبالنظر إلى آراء المذاهب حول الشروط العامة للدعوى يحصل الاتفاق حول أن تكون حالة ومعلومة و ملزمة و أن تنفك عما يكذبها ، والاختلاف حاصل حول وجوب ذكر ما عداها من الشروط، و منه اشتراط الحنفية كون الدعوى في مجلس القضاء، او اشتراط ذكر سبب الملك عند الشافعية ، او اشتراط ذكر سبب الدين و الخُلطة عند المالكية لكي تكون الدعوى صحيحة و مقبول سماعها امام القاضي مرتبة لآثارها من وجوب الجواب بإقرار أو انكار أو نكول أو إثبات بالبينة، والشروط التي لم يشترطها أصحاب المذهب لا تعد ملزمة و تصح الدعوى عند عدم تحققها كشرط حضور المدعى عليه أو احضار المدعى به؛

فإن تم اشتراطها فالدعوى لا تسمع إلا باستكمال شروطها، فان صدر حكم ولم تستوف هذه الشروط يتم نقضه، فمحل الحكم دعوى غير صحيحة⁽³⁾.

ومجملتها تكون الشروط المتعلقة بصحة الدعوى في المذاهب المذكورة كالآتي:

¹ _ المرداوي (ت885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على المقنع ومعه الشرح الكبير، تحقيق: عبد الله محسن التركي، مطبعة هجر القاهرة، ط: الأولى، 1996م، 122/29 و 460.

² _ أحمد بن عبد الله القارئ، مجلة الاحكام الشرعية، تحقيق عبد الوهاب ابراهيم بن سليمان و محمد ابراهيم أحمد علي، مطبعة تامة، جدة، ط: الثالثة، 1426هـ/2005م، المواد من 2099 إلى 2116.

³ _ إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، مرجع سابق، 399/02، 400.

- 1- أن تكون الدعوى ملزمة للخصم بشيء، سواء كان هذا الشيء إعطاء حق أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل على فرصة الثبوت والحكم لصالح المدعي.
- 2- أن تكون هناك خصومة حقيقية بين طرفيها، فلا تكون مجرد احتيال.
- 3_ ألا يقوم تناقض فيها من المدعي نفسه بما يكذبها.
- 4- التصريح بالدعوى كشرط لسماعها، فلا يكفي مثلا القول الخبري بأن يقول عند فلان كذا، وإنما تجب المطالبة به لتسمع الدعوى.
- 5- أن تتعلق بالحال، وإن كانت بدين وجب ان يكون حالا غير مؤجل.
- 6_ وعند بعضهم ألا يكذبها العرف أو العادة.
- 7_ ويشترط اغلبهم أن تكون في مجلس القضاء.
- 8_ دعوى من لا أمان له ألا تصح، كدعوى الحربي. -انته- (1)

و يلاحظ أن من ضمن الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الاسلامية لسماع الدعوى توجد طائفة من هذه الشروط تتعلق بصحة المطالبة القضائية و حفظها بمنجى من البطلان، ومثال ذلك اشتراط عدم تناقض المدعي مع نفسه، و ألا يكذبها العرف الساري، وان يوجد نزاع حقيقي، بمعنى ألا تنتفي المنازعة التي تؤدي إلى قيام المصلحة و حلوها (2)، و هي شروط لقبول الدعوى الشرعية و هي شروط مشتركة بين جميع الدعاوى الشرعية و هي من الاهمية بما كان بالنسبة لصحة الدعوى؛ و قد اتفق فقهاء الاسلام على ان للدعوى شروطا منها ما يرجع إلى المدعي والمدعى عليه، و هما شرط الاهلية و الصفة ، و منها ما يرجع إلى المدعى به و هو شرط المصلحة المشروعة أو ما يعرف بمشروعية الدعوى (3).

1_ نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الاسكندرية، د.ت.ط، ص: 321 و 322.

2_ نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص: 324.

3_ أكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية، مرجع سابق، ص: 101 و 102.

وبما أن شروط صحة الدعوى تختلف بالزيادة والنقصان من مذهب الى آخر كان لا بد من إيجاد حدّ أدنى من الشروط إذا لم تتوافر تبطل الدعوى، وإذا توافرت صحت الدعوى وإن تطلب أحد المذاهب شروطاً أكثر، ومعيار الاشتراط أن تتفق المذاهب على اشتراطها وهي: أن تكون الدعوى معلومة المدعى به، وملزمة للمدعى عليه، ومحققة ليس فيها شك كاظن أو نفي كأن تنافسها دعوى أخرى سواء أكان نفي من المدعي أم من غيره؛ أي: لا تنافسها دعوى أخرى أو يكذبها المدعي⁽¹⁾. وكثير منها محل اختلاف عند أهل القانون وإن كان أطراف الدعوى: مدعي، ومدعى عليه، ومدعى، فقد اشترك الفقه الشرعي والقانون في ذلك ومفادها:

- من شروط المدعي والمدعى عليه: أن تكون لدهما أهلية التقاضي، وهي نوعان⁽²⁾:
 - أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، وذلك بثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه؛ وهي صفة إنسانية لا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد.
 - أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها على العقل، سواء كانت عبادات دينية كالصلاة أو تصرفات مدنية كالعقود.
- وقبل الخوض في شروط المدعي والمدعى عليه، تجدر الإشارة إلى أن هناك فروقاً جوهرية بين المصطلحين، يجب أن تضبط في الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي عموماً، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى إجمالاً في المذاهب المذكورة.

واجمالاً لما كانت الحاجة ماسة الى توضيح الفروق بين المدعي والمدعى عليه حتى لا يقع الخلط بينهما فقد اجتهد الفقهاء في ذلك.

¹ إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، تعارض الدعاوى والأحكام في مذاهب الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 402.

² مصطفى بن أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع الأديب، دمشق، ط: التاسعة، 1968م، 739/2 و 749.

فاختلفت عباراتهم بسبب اجتهاد كل منهم في أن يأتي بتعريف لهما موضحا حقيقتهما مانع من وقوع الاشتباه بينهما، وذكروا لذلك تعاريف كثيرة واني مقتصر هنا على ذكر أهمها وهي:

1. المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه، وهذا أحسن التعاريف وأصحها.

2. المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه.

3. المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه.

4. المدعي من يلتمس خلاف الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.

5. المدعى عليه هو المنكر والآخر المدعي. - انته - (1)

ويرى الإمام الشوكاني (2): أن معيار الحنفية هو أسلم ما ذكر، مع ان معيار المالكية والشافعية أشهر منه (3)، والاصل ألا يهمل القاضي بقية المعايير ويعتمد على واحد فقط، بل يستعين بالجميع (4)، ولا ينبغي إهمال التعاريف الاخرى، للوصول إلى معرفة كل من الطرفين، وخاصة في الدعاوى التي يكون فيها دفع للدعوى، فينبغي للقاضي استعمال جميع ما يوصله إلى معرفة الطرفين، لما يترتب على ذلك من أهمية عظيمة (5).

1_ على قراءة، كتاب الاصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، 1344هـ/1925م ص:06.

2_ محمد بن علي الشوكاني الصنعاني (1173-1250هـ) مجتهد من هجرة شوكان باليمن، من أشهر ما ألف: نيل الأوطار في الحديث وفتح القدير في تفسير القرآن الكريم، خير الدين بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي، الأعلام، د.د.ط، الطبعة: الثالثة، 1959، 298/06.

3_ محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط: الثالثة، سنة: 1961م، 316/08.

4_ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص:185.

5_ محمد ابراهيم البدارين، المرجع السابق، ص:103.

وهنا تكمن لدينا أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه والفائدة المترتبة على ذلك ودور هذا التمييز في تحقيق العدالة القضائية، ويتمثل ذلك في الأمور التالية (1):

1. تكليف المدعي تلاوة دعواه أمام القضاء، ثم بعد ذلك سؤال المدعى عليه عنها، فإذا أنكر كلف القاضي المدعي عبء الإثبات، بوسائل الإثبات المشروعة، فإذا عجز عن الإثبات وطلب يمين خصمه، حلفه القاضي (2).
2. تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، سواء محكمة مكان المدعي، او المدعى عليه، أو المكان الذي يختاره أحدهما.
3. في حالة بطلان الدعوى، أو الحكم بعدم الاختصاص، فان المدعي يتحمل مصاريف الدعوى، وفي حالة عدم التمييز بينهما، قد يحمل المدعى عليه المصاريف وفي ذلك ظلم له.
4. في نظر الدعوى، تختلف القواعد المتعلقة بغياب المدعى عليه عن قواعد غياب المدعي والخلط بين تلك القواعد يؤثر في العدالة القضائية، إذ إن غياب المدعي قد يلزم عنه اسقاط الدعوى، فإذا لم يتم التمييز بينهما، فقد يسقط القاضي الدعوى عند غياب المدعى عليه، لأنه يعتقد أنه المدعي (3).

المطلب الثاني: طرفا الدعوى والتمييز بين المصطلحين في الفقه الإسلامي والقانون:

إن التمييز بين المصطلحين من الاهمية بما كان، إذ أنها تعين القاضي على إصابة الحق في احكامه، لذلك بذل فقهاء الاسلام الجهد البالغ في ضبط ما يميزون به بين المدعي والمدعى عليه

1 _ حسن تيسير شموط، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية، دار النفائس، عمان، الاردن، ط: الأولى، 1426هـ/2006م، ص: 166 و 167.

2 _ محمد ابراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص: 103.

3 _ حسن تيسير شموط، المرجع نفسه، ص: 169.

وثمره ذلك عمليا؛ قال سعيد بن المسيب⁽¹⁾: "من عرف المدعي والمدعى عليه، لم يلبس عليه ما يحكم بينهما"⁽²⁾.

الفرع الأول: طرفا الدعوى والتمييز بينهما في الفقه الإسلامي.

أولا: مذهب الحنفية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

المدعي عندهم هو من يدعي على غيره بقوله ، و إذا ترك الخصومة ترك ، و المدعى عليه: من يستدعى عليه بقول غيره ، و إذا ترك الخصومة لا يُترك⁽³⁾ إذا كان الادعاء كما سبق هو أن يزعم شخص أن له حقا عند آخر ، فالمدعي عندهم هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها⁽⁴⁾ ، فما أن يباشرها مدعيا ، يجبر بالجواب المدعى عليه ، للأول تركها مختارا و لا يجبر عليها ، فله ترك الخصومة متى شاء ، و هي معاني متقاربة عندهم لا تخرج عما سبق؛ وهو مذهب معظم الأحناف وعندهم هو معيار عام لا يخرج عنه شيء من الفروع⁽⁵⁾ .

ثانيا: مذهب المالكية والشافعية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

وظاهره أن من تعضد جانبه بما يصدقه فهو المدعى عليه والثاني مدعي، والذي يظل كذلك حتى تقبل بينته بين يدي القضاء ليتحول إلى صاحب حق ومحق، والمدعى عندهم من تجردت دعواه

¹ هو سعيد بن المسيب بن حزن الامام أبو محمد المخزومي، أحد الاعلام و سيد التابعين، ثقة حجة فقيه ، رفيع الذكر، رأي في العلم و العمل، عاش تسعا و تسعين سنة ، مات سنة 94م ، الذهبي (ت748هـ) الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، تحقيق عزت علي عيد عطية و موسى محمد علي الموشي، دار النصر ، للطباعة القاهرة ، ط:الاولى ، 1392هـ/1972م، 372/01 ، 373.

² محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبي الغرناطي (ت741هـ)، القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية 1989م، ص:296.

³ محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي (ت490هـ)، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط:الأولى، د.ت.ط، 31/17.

⁴ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، دار الجيل، بيروت، ط:1991م ، 4/175.

⁵ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت743هـ) تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط:الاولى، 1314هـ ، 291/04.

من أمر يصدقه⁽¹⁾، والآخر هو المدعى عليه، وقال الإمام القراني: "وضابط المدعي والمدعى عليه عبارتان للأصحاب إحداهما أن المدعي أبعد المتداعين سببا، والمدعى عليه هو أقربهم سببا؛ فمن كان خلاف أصل أو عرف فهو المدعي، والمدعى عليه من كان قوله وفق أصل أو عرف"⁽²⁾، كالحيازة، ووضع اليد وغيره.

وقال ابن عبد البر⁽³⁾: الطالب أبدا مدع، والدافع المنكر مدعى عليه⁽⁴⁾، فالأول من ادعى أمرا خفيا، والمدعى عليه من تمسك بظاهر الامر⁽⁵⁾. والمحققون من المالكية، على أن المدعي من ضعف قوله لخروجه عن المعهود، والمدعى عليه من ترجح قوله بعادة، أو موافقة الأصل أو قرينة الأصل، كمن له مالا على رجل، فضعف قول الطالب، وهو مدع، وترجح قول المطلوب، وهو المدعى عليه، لأن الأصل براءة الذمة، أو كمن حاز شيئا ثم ادعاه غيره، فترجح قول من حازه، فهو المدعى عليه، وضعف قول الآخر، فهو مدع؛ فالبينة على من ضعف قوله، واليمين على من قوي قوله⁽⁶⁾.

ولكن كثيرا من الدعاوى فيها تتداخل الحقوق، فيكون فيها كل من المتخاصمين مدعيا من وجه، ومنكرا من وجه، وكل واحد منهما يقرر دعواه، وينكر دعوى خصمه، فنحتاج لتمييز أحدهما

¹ محمد بن محمد السنباوي الامير (ت 1232هـ)، ضوء الشموع على شرح المجموع، المطبعة البهية، مصر، ط: 1304هـ، 316/02.

² أحمد بن ادريس الصنهاجي القراني (ت 684هـ)، أو أنوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الاولى، 1418هـ/1998م، 160/04.

³ أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري المعروف بابن عبد البر (368هـ - ت 463هـ) إمام وفقه مالكي ومحدث ومؤرخ أندلسي من مصنفاته: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، الإنصاف فيما بين العلماء في بسم الله الرحمن الرحيم من الخلاف. أبو العباس أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار الكتب العلمية، بيروت، 1972م، 71/07.

⁴ برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن شمس الدين أبو عبد الله بن فرحون اليعمرى (ت 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 98/01.

⁵ ابن فرحون: تبصرة الحكام، المرجع نفسه، 99/01.

⁶ ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 296.

عن الآخر الى تعريفات كاشفة ومبينة تجلي لنا (المدعى) من (المدعى عليه) عند التداخل وتشابك الحقوق وقد يقع انقلاب وصفي يقلب المدعى والمدعى عليه (1).

وأهمية الإشهاد والبيينة في ذلك جلية إذ إن عدم الإشهاد يقلب المدعى عليه مدع والعكس (2). كما أن الترجيح أحيانا يكون بالأصل والحال، والمعهود بما تعارف عليه الناس.

أما الشافعية فعندهم المدعى من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر (3)؛ فلو سكت المدعى خُلِّي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يُخَلَّى ولا يكفيه عندها سكوت ويلزمه جواب (4).

ويكاد المذهبان أن يتحدثا في المعيار المعتمد للتمييز بين المدعى والمدعى عليه، والخلاف بينهما منحصر في التطبيق، وذلك عندما يتعارض أمران من أمور الظاهر؛ فالمالكية يرون أن دلائل الحال من عرف وقرائن أقوى من الأصل والذي يراه الشافعية أقوى منابع الظهور غالبا، وكلّ قدم الأقوى في نظره، وجعل مخالفه مدعيا، وعليه البيينة، والحق أن خلافهم هذا ليس خلافا في المعيار، إنما هو في قواعد كلية تعود إلى مدى قوة كل من الأصل والعرف والقرائن (5).

1_ محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، ط: الثانية، 1432هـ/2011م، ص: 244، 245.

2_ إذا طالب اليتيم البالغ الراشد ماله من الوصي، ادعى الوصي تسليمه إليه، فاليتيم (مدعى عليه) مع انه طالب بماله من الوصي، وهو (مدع) مع أنه مطلوب، لأن الوصي يدعي دفع المال، وكان عليه أن يشهد البيينة على الدفع، واليتيم ينكر الاستلام فعليه اليمين؛ لأن الله أمر الاوصياء بالأشهاد على الايتام حين دفع المال إليهم، قال تعالى: "فإذا دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم". سورة النساء، الآية -7- و القياس على ذلك.

3_ شمس الدين محمد بن أبي العباس حمزة بن أحمد بن شهاب الدين الرملي (ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المحتاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ / 1984م، 339/08.

4_ شهاب الدين ابراهيم عبد الله بن ابي الدم (ت642هـ)، كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الاولى، 1407هـ/1987م، ص: 131.

5_ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، مرجع سابق ص: 182.

ثالثاً: مذهب الحنابلة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

- المدعي: من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه؛ وإذا سكت عن الطلب ترك؛
 - والمدعى عليه: الذي يطالبه غيره بحق يذكر بذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الجواب لم يترك، بل يقال إن أجبت، وإلا جعلتك ناكلاً، وقضيت عليك⁽¹⁾.
- وفي المغني: المدعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته، والمدعى عليه: من يضاف إليه استحقاق شيء عليه؛ والمدعى عندهم: من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره، أو اثبات حق في ذمته، والمدعى عليه: من ينكر ذلك⁽²⁾.

الفرع الثاني: طرفا الدعوى والتمييز بينهما في القانون.

تفترض الدعوى بالضرورة وجود خصمين يقوم بينهما النزاع بداية، هما المدعى والمدعى عليه، وقد يتعدد المدعون أو المدعى عليهم. والمدعى هو الشخص الذي يأخذ زمام المبادرة في الدعوى فيتوجه إلى القضاء طالبا الحكم له على خصمه بما يدعيه؛ أما المدعى عليه، فهو الشخص الذي يتلقى التكليف بالحضور ويتولى الرد على ادعاءات المدعي ووسيلته في ذلك ابداء الدفوع⁽³⁾، فالأول هو من تكون له الدعوى، والثاني من توجد الدعوى في مواجهته.

فالدعوى هي حق إرادي لصاحبها في مواجهة المدعى عليه الذي يقع على عاتقه الاثر القانوني الناشئ عن تطبيق القانون بواسطة القضاء⁽⁴⁾، والعبارة في تحديد اشخاص الدعوى يكون بصفتهم لا بمباشرتهم لها، فقد يباشرها من لا صفة له بالنسبة للحق أو المركز المدعى به، مثل المحامي أو النائب، ومع ذلك لا يعتبر طرفا في الدعوى، والطرف الأصلي فيها هو الموكل والذي لم يباشر

¹ شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي (ت968هـ)، الإقناع وكشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت1051هـ)، دار الفكر بيروت 1402هـ/1982م، 384/06.

² موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م، 162/12.

³ أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 565.

⁴ فتحي والي، الوسيط في قانون الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص: 52.

الدعوى بنفسه، وحتى ولو لم يحضر فيها ولم يباشر أي إجراء بصددتها، ومع ذلك فهو الطرف الذي يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه⁽¹⁾.

غير أن مركز الشخص في الدعوى واعتباره مدعيا أو مدعيا عليه لا يتحدد فقط بصحيفة افتتاح الدعوى، فقد يوجه المدعى عليه طلبا عارضا الى المدعي ردا على دعواه، وهو ما يسمى بدعوى المدعى عليه، وفي هذه الحال يصبح المدعى عليه مدعيا بينما يصبح المدعي مدعيا عليه. على أن تغاير المراكز القانونية للخصوم وتبادلها أثناء سر الخصومة نتيجة لتبادل وسائل الدفاع والهجوم لا يؤثر على المراكز القانونية للخصوم لما حددته صحيفة افتتاح الدعوى⁽²⁾.

وظاهر الأمر ألا وجود لضوابط كثيرة يستعين بها القضاء الوضعي لتمييز المدعي عن المدعى عليه بشكل يجلي الامر ويحقق الحق لأصحابه، ويحقق مقصد القضاء وهو العدل بين المتخاصمين، كما هو الحال بالنسبة للضوابط التي وضعت في الفقه والقضاء الاسلامي.

¹ محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، 32/02.

² أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 565، 566.

الفصل الأول

تفصيل شروط الدعوى وتقسيمات
الدعاوى المدنية وتصنيفها في الفقه
الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الأول: تفصيل شروط الدعوى المدنية في الفقه
الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثاني: تقسيمات الدعوى المدنية وأنواعها في الفقه
الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثالث: التمييز بين الدعوى وتصنيفها في ق.إ.م.إ.ج.

تمهيد:

يتفق الفقه الإسلامي والقانون حول مفهوم الأهلية باعتبارها صلاحية لادعاء المدعين، بالنظر لمؤهلاته الذاتية، ولكنهما لا يتفقان في تحديد سن الأهلية إذ المتتبع للتسلسل الزمني لهذه السن يجدها لا تستقر على حال وتختلف حسب الزمان والمكان.

فبديهي أن اكتمال العقل والإدراك هو أساس التفريق بين الكبير والصغير ولكن هذه السن لم تنضبط يوماً ووقع الفقه الشرعي وكذا الوضعي في اضطراب مستمر، ولعل الفسحة فيه تركت شرعاً قصداً من الشارع الحكيم ليأخذ ضبط هذه السن شكل الزمان وملايساته، ووجب في المقابل أن يواكب ذلك حركة فقهية، إذ أن صلاح الشريعة لكل زمان ومكان يتأتى في وجه من وجوهه من ذلك.

فالعقل مناط التكليف والأهلية معتبرة شرعاً بذلك، فلا تصح دعوى مجنون ولا صبي لا يعرف تصريف الأمور، ولا تصح الدعوى عليهما، وإنما تقام في مواجهة الأولياء أو الأوصياء أو الوكلاء، وتقام عنهم بواسطةهم، والأهلية في الشخص معتبرة لكي تصح تصرفاته، وتبنى عليها الأحكام وقد سماها الفقهاء بأهلية الأداء.

فالإنسان غير كامل الأهلية له حق في الدعوى ولكن لا يملك أهلية مباشرتها دون مساعدة أو تمثيل من غيره، فشرطاً قبول الدعوى هما الصفة والمصلحة وهو مضمون المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج. وبالعودة إلى شروط أطراف الدعوى، فالكثير منها محل اختلاف في الفقه الإسلامي وفي القانون، كما يشتركان في أخرى.

المبحث الأول

تفصيل شروط الدعوى المدنية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج:

المطلب الأول: تفصيل شرط الأهلية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج:

الفرع الأول: أهلية الأداء في الفقه الإسلامي:

أولاً: أهلية الأداء في الفقه الحنفي:

يجوز عندهم للصبي المميز المأذون له من طرف وليه أن يرفع الدعوى وأن يدعى عليه⁽¹⁾؛ كما اشترطت المادة 1616 من مجلة الأحكام العدلية: "أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين، فدعوى المجنون والصبي غير المميز، ليست صحيحة، إلا أنه يصح أن يكون وصياهما أو وليهما مدعين أو مدعى عليهما".

ثانياً: أهلية الأداء في الفقه المالكي:

تصح عندهم الدعوى من السفیه والصبي ولو كان محجوراً عليه، ولا يشترط في المدعي الرشد⁽²⁾، ودون حاجة لإذن الولي في ذلك. وفي المقابل لا تسمع الدعوى على السفیه. ولا يكلف بإقرار ولا إنكار، وذلك في دعوى الديون والمعاملات⁽³⁾. على أن الملكية في الامر يفرقون بين المدعي والمدعى عليه في المسألة وهو الملاحظ من خلال ما تقدم ذكره والفرق في ذلك جلي بينهم وبين مذهب الأحناف. فللمحجور عليه طلب حقوقه كلها عند قاضٍ ويمكّن من ذلك مع حضور وصيه أو غيبته، وله أن يوكل على ذلك، فلا يشترط في الدعوى بلوغ ولا رشد⁽⁴⁾، فلا تتوقف الدعوى على حرية ولا بلوغ، وتقبل دعواه ما أقام شاهداً واحداً⁽⁵⁾، هذا عن المدعي، أما عن المدعى

¹ محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل، القاهرة د.ت.ط، ص: 88.

² محمد بن محمد الخطاب (ت954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1329هـ، 127/06.

³ إبراهيم بن علي بن فرحون المدني، (ت799هـ) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبعة الحلبي، مصر، 1301هـ، 107/01.

⁴ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 241/02.

⁵ أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك و بهامشه حاشية الصاوي، تخريج مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، د.ت.ط، 286/04.

عليه أن يكون معتبر الإقرار، بحيث لو أقر لزمه إقراره، وذلك كالدعوى على البالغ العاقل الرشيد أو نائبه، فلا تسمع الدعوى على المحجور أو نائبه⁽¹⁾، فهي دعاوى لا تسمع ولو أقام المدعي البينة على صحة دعواه.

ثالثا: أهلية الأداء في المذهب الشافعي:

اشترطوا البلوغ في المدعي والمدعى عليه، وتسمع الدعوى حتى على المحجور عليهم فيما صح فيه إقرارهم به، فتسمع حتى الدعوى بالقتل على السفه⁽²⁾، فالبلوغ عندهم شرط أساس في صحة الدعوى على المدعي والمدعى عليه، كما تسمع الدعوى عندهم حتى على المحجور عليه فيما يصح فيه إقراره، حتى حال السفه تسمع الدعوى عليه بالقتل.

رابعا: أهلية الأداء في المذهب الحنبلي:

وعندهم تصح الدعوى حتى على السفه كالطلاق والقذف وغيره⁽³⁾ ... وظاهر الأمر مما سبق أن الأحناف والمالكية يكتفون بالأهلية الناقصة في حق المدعي عليه؛

¹ _ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي، د.د.ط، ط: 1955م، 113/01 و 114.

² _ عبد الله بن حجازي الشرقاوي حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري، المطبعة الأزهرية، مصر، ط: الأولى، 1305هـ، 382/02.

³ _ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، المطبعة العامرة الشرقية، ط: الأولى، 1319هـ، 277/04.

أما الشافعية والحنبلة فقد استثنوا⁽¹⁾ من ذلك بعض المسائل التي لا يشترطون فيها كمال الأهلية.

الفرع الثاني: شرط الأهلية في ق.إ.م.إ.ج.

يقصد بأهلية الشخص صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات، ويراد بأهلية الأداء صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق وتحمل الالتزامات على وجه يعتد به قانوناً⁽²⁾.

ويتعلق بالبحث أهلية الأداء وذلك بخصوص مباشرة الدعوى، لأنها هي المقصودة في الاجراءات المدنية عموماً، ومعلوم أنها تتدرج بتدرج الإدراك أو التمييز لدى الشخص، بل تدور معه وجوداً وعدمًا ونقصاناً، فكلما اكتمل الإدراك والتمييز، كانت الأهلية كاملة والعكس صحيح، وكلما كان الإدراك مفقوداً، أو منعدماً، كانت الأهلية منعدمة أو مفقودة ...

أولاً: أهلية الوجوب في المجال الإجرائي:

إن أهلية الوجوب في المجال الإجرائي هي أهلية الاختصاص، وتعني صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم لما تتضمن من حقوق وواجبات إجرائية⁽³⁾، وبانتهاء الشخصية القانونية تنتفي أهلية الاختصاص، وتزول تلك الشخصية بالوفاة الطبيعي.

¹ استثنى المالكية في الدعوى على المحجور وفي المعاملات أن يكون المدعى عليه كامل الأهلية (بالغ، عاقل، رشيد) فإن كان ناقص الأهلية فلا تصح الدعوى عليه واستثنوا من ذلك ما لو استدان لسداد حاجته، أو أدخله في مصلحته، وما كان فيه مأذون له بالتجارة وكان تحت الاختبار، وما لو كانت الدعوى على تركة والده هنا وفي هذه الحالات تسمع الدعوى عليه. ابن فرحون، المرجع السابق، 109/01، علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، على تحفة الحكام، لابن عاصم الاندلسي، طباعة دار الفكر، د.ت.ط، بيروت، 302/02، 303، وغيرها.

² مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصادر الالتزامات، مطبعة دار القلم، بيروت، ط: الثالثة، 1974، م، 136، 135/01.

³ وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، عدد واحد، 1976، ص: 114 وما يليها.

ثانيا: أهلية الأداء في المجال الإجرائي في ق.إ.م.إ.ج.

أما أهلية الأداء في المجال الإجرائي فهي أهلية التقاضي وتعني صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أما القضاء⁽¹⁾، وحسب الرؤية التقليدية تتطلب ممارسة الدعوى بالنسبة للشخص الذي يمتلك الحق في الادعاء تمتعه بأهلية التقاضي والصفة والمصلحة، وهو ما نصت عليه المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري لسنة 1966 ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الاهلية كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما.

على أن أهلية التقاضي في هذا السياق تعني قدرة المدعي على مباشرة تصرفات بنفسه، مميزا تماما وهو ما يعني بلوغه سنا معينة محددة قانونا، خالية من العيوب المؤثرة على التصرفات أداءً ووجوباً.

فلا هو قاصر أو مجنون ، و لا هو ممنوع من ممارسة حقه في التقاضي بموجب أمر قضائي⁽²⁾؛ فلقبول الدعوى المدنية المعروضة على المحكمة أن يكون أطراف الدعوى يتمتعون بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة إجراءات التقاضي ، و إذا رفعت الدعوى من قبل شخص أو ضد شخص فاقد أو ناقص الأهلية أو من محجور عليه من غير أن يكون ممثلا بممثل قانوني ، فإنه يحق للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوى خلال أي مرحلة من مراحل سير الدعوى ، خلافا لمن يرى أن الأهلية شرط لصحة المطالبة القضائية و ليست شرط لقبول الدعوى ، كما يجوز للمحكمة أن تثير مسألة انعدام الأهلية و تحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها⁽³⁾. والمادة 65 من ق.إ.م.إ.ج. صريحة في ذلك .

على أن الدعوى بمفهومها الحديث لا يشترط لصحتها ولا لقبولها أو قيامها أهلية التقاضي، إذ أن حق الدعوى يثبت للمدعي ما دام له صفة ومصلحة، وكل ما في الأمر أن عدم الأهلية لا

¹ _ وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 1986م، ص: 457.

² _ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري معدل و متمم .

³ _ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 58.

يستطيع أن يباشرها بنفسه بل يتعين أن يباشرها النائب عنه أو الولي وإلا كانت معرضة للحكم بعدم قبولها، فالأهلية شرط في مباشر الخصومة، ليست شرطا في وجود حق الدعوى وصلاحيته للعرض على القضاء⁽¹⁾.

فالدعوى تشترط المصلحة والصفة فحسب، وهذا ما كرسته المادة 13 من القانون الجديد⁽²⁾، وهما شرطان لقبول الدعوى يترتب عن عدم توفرهما عدم قبول الدعوى الذي يجعل الحكم الصادر بشأنه حائزا لقوة الشيء المقضي به، أما الأهلية ونظرا لعدم استقرارها وتغيرها حتى أثناء الخصومة، فالحكم الذي يصدر عند عدم توفرها يكون بعدم قبول الدعوى شكلا، ولا يجوز قوة الشيء المقضي به، إذ يمكن مع مراعاة شروط الآجال إن وجدت، إعادة رفع الدعوى حين يكتمل هذا الشرط⁽³⁾.

وعليه فقد تم استبعاد الأهلية من شروط قبول الدعوى في ق.إ.م.إ.ج، إذ لم تعد تحتسب من الدفوع بعدم القبول وذلك للأسباب الآتية:

- إن الأهلية شرط لصحة التقاضي، أو شرط لمباشرة نشاط أو عمل قانوني، وليست شرطا لوجود الحق في التقاضي.
- الدفع في حال عدم وجود أهلية في المدعي والمدعى عليه في الدعوى هو دفع بعدم صحة الإجراءات، وهو دفع شكلي وليس دفعا بعدم القبول، أي أنه ليس دفعا بعدم وجود الحق في التقاضي، غير أنه مرتبط بالنظام العام، وفق نص المادة 64 ويجوز إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويثيره القاضي من تلقاء نفسه.
- الأهلية شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها.
- يترتب على فقدان الأهلية أثناء سير الخصومة انقطاعها، أما فقدان الصفة أثناء سير الخصومة فيرتب الحكم بعدم قبولها.

¹ محمد العشماوي قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، د.د.ط، طبعة حديثة، 2006م، هامش، ص: 289.

² "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا اشترطه القانون".

³ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص: 60.

- الدفع المقدم في انعدام الأهلية، هو دفع يبطلان الإجراء، أما الدفع المقدم بعدم توافر الصفة او المصلحة هو دفع بعدم القبول. - انته - (1)

فممارسة الدعوى واستعمالها هي التي يشترط لها الأهلية، إذ أن الدعوى المرفوعة من ذي أهلية إذا فقد أهليته خلال سيرها لا تسقط، ويؤمر وليه أو وصيه بالسير في الدعوى وتظل قائمة صحيحة (2).

ومما يوافق الفقه الإسلامي في مفهوم الدعوى، والتي يرونها المطالبة القضائية ذاتها، اشترطوا الاهلية لصحة الدعوى إذ هي حسبهم تصرف شرعي أو قانوني يشترط تمتع صاحبه بالصلاحيية المطلوبة لذلك في القانون (3).

وعلى ضوء ما تقدم نخلص إلى أن أهلية التقاضي ليست شرطاً من شروط قبول الدعوى، وإنما شرط لمباشرة إجراءاتها، ويترتب على تخلفها بطلان إجراءات الخصومة، أما أهلية الاختصاص فهي شرط لوجود الدعوى، ويكون الانعدام جزاء انتفائها قبل رفع الدعوى (4).

وهو ما انتهى إليه ق.إ.م.إ.ج، فالإنسان غير كامل الأهلية يمكن أن يكون له حق في الدعوى، ولكنه لا يملك أهلية مباشرة هذا الحق دون مساعدة أو تمثيل من غيره، وبالتالي فان شرطي قبول الدعوى هما الصفة والمصلحة وهو مضمون المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد.

¹ - شويخة زينب، المرجع السابق، 46/01 . وترى ان القانون الجديد مصيب في استبعاد الأهلية في التقاضي للأسباب السابقة الذكر، أنظر هامش الصفحة 46.

² - رزق الله انطاكي، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية، مطبعة الجامعة السورية، 1957م، ص: 134.

³ - نعيم ياسين، نظرية الدعوى، المرجع السابق، ص: 268، بتصرف.

⁴ - بوبشير محمد امقران ، المرجع السابق، ص : 81.

المطلب الثاني: الصفة في التقاضي في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

الفرع الأول: صفة التقاضي في الفقه الإسلامي في المدعي والمدعى عليه:

وذلك بأن يكون طالب الحق لنفسه مدعياً وأصيلاً عن نفسه، وإن ادعى الحق لغيره نائباً أو ولياً أو وصياً أو وكيلاً، على أن الحق بعد ذلك إن ثبت بحكم قضائي للأصيل، وهو صاحب الحق الذي ناب عنه غيره فيه فيكون المدعي والمدعى عليه ممن له حق المخاصمة دون غيره، إذ لا تسمع دعواه، فلا يصح أن يتقدم خصم عن آخر دون ولاية أو وصاية أو وكالة، وهي حقوق خاصة بالعباد؛ أما ما كان منها حقاً لله تعالى ويوصف بالحق الشرعي العام، فلكل مسلم مكلف شرعاً حق الادعاء حسبة⁽¹⁾.

أولاً: الصفة في التقاضي عند الحنفية:

ومن ذلك الطلاق، والوقف، والحدود، والإيلاء، وهي ملزمة له رعاية لحق الله تعالى وهو من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽²⁾. وجاء في المادة 1644 من مجلة الأحكام العدلية: "يكون واحد من العامة مدعياً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها إلى العموم، كالطريق العام، وتسمع دعواه، ويحكم على المدعى عليه". فأحداث حفرة في الطريق العام بما يحدث الضرر على المارين، فلشخص واحد أن يدعي على محدث الحدث في الطريق، وأن يطلب رفعه⁽³⁾.

ثانياً: الصفة في التقاضي عند المالكية:

جاء عن الشيخ جعيط في المادة الثالثة في صفة القائم بالدعوى قوله: "يلزم فيما ليس حقاً له أن يكون القائم بالدعوى صاحب الحق، أو وكيله أو ناظره من وصي أو مقدم قاض".

¹ الحسبة: "ولاية دينية يقوم ولي الأمر بمقتضاها بتعيين من يتولى مهمة الأمر بالمعروف إذا أظهر الناس تركه، ونهى عن المنكر إذا أظهر الناس فعله". علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1985م، ص: 240.

² علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الاحكام، المرجع السابق، 257/04، بتصرف.

³ علي حيدر، المرجع نفسه، 258/04.

وفي المادة الرابعة " لا يشترط الرشد في قبول الدعوى من صاحب الحق نفسه"⁽¹⁾. وجاء عنه في المادة 18: " تقبل الدعوى فيما هو حق لله من كل أحد". فحسبة لله جاز لكل فرد في الدولة أن يباشر الدعوى لوضع حد للمتجاوز في حق الله، ووقع أمامه المساس بالنظام العام. فكل فرد في الدولة الإسلامية بالنسبة لجميع الدعاوى التي يطالب فيها بحقوق الله، أو بما يكون حق الله فيه غالب على حق العبد، هذا مع العلم بأن تحديد هذه الحقوق مختلف فيه لدى كثير من الفقهاء وتسمى هذه الدعاوى في الفقه الإسلامي بدعاوى الحسبة، وكل فرد مسلم في دولة الإسلام يعتبر ذا صفة فيها، وذلك لأن رفعها من قبيل النهي عن المنكر والأمر بالمعروف⁽²⁾.

ثالثا: الصفة في التقاضي عند الشافعية:

قال القاضي ابن أبي الدم⁽³⁾: "كل ما تقبل فيه شهادة الحسبة، مما هو من حدود الله تعالى، فالمستحب للشاهد ألا يشهد به، لأنه مندوب إلى ستره، وما كان من قبيل طلاق وقصاص، ورضاع، وعتق، وما يفضي إليه وعفو عن قصاص ووقف وغير ذلك، مستحب للشاهد إظهاره، والشهادة به، إن لم يتعين عليه، وإن تعين وجب"⁽⁴⁾.

رابعا: الصفة في التقاضي عند الحنابلة:

وعند الحنابلة لا تصح دعوى في حق الله، ولا تسمع دعوى في حق الله، ولا يستحلف في حق الله تعالى، وهذا ما عليه مذهب الحنابلة، وعليه الأصحاب⁽⁵⁾ وعندهم في المذهب رأي ذهب

¹ _ محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص: 55، 56، 57.

² _ نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 272.

³ _ هو إبراهيم بن عبد الله عبد المنعم الحمداني الحموي شهاب الدين أبو إسحاق المعروف بابن أبي الدم، مؤرخ و باحث من علماء الشافعية ولد (558هـ - ت642هـ) بحماة بسوريا، تفقه ببغداد و تولي قضاء حماة و فيها مات، ومن مؤلفاته: كتاب التاريخ، و أدب القضاء، و غيره. الزركلي، الأعلام، مصدر سابق، 42/01.

⁴ _ شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله، المرجع السابق، ص: 321.

⁵ _ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، المرجع السابق، 331/06.

إلى القول بأن دعوى الحسبة في حق الله تعالى تسمع، كحد، وعدة، وردة، وطلاق، وظهار، كما تقبل شهادة المدعي في حق الله تعالى، لأنه لا يجر الى نفسه نفعاً، ولا يدفع عنها ضرراً⁽¹⁾.
وظاهر الأمر أن حدود الوقوف على مصلحة المجتمع معتبرة في الشريعة الإسلامية⁽²⁾ ويعبر عنها اليوم بالنظام العام ودور النيابة العامة⁽³⁾ فيه مهم ولكنه بالنسبة للمواطن في حدود ما يسمح به القانون.

الفرع الثاني: الصفة في التقاضي في ق.إ.م.إ.ج:

الصفة في المدعى عليه: وأصلها العام أن من ادعى على غيره شيئاً، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره فيترب عليه حكم، فانه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، وتصح الدعوى بتوجيهها إليه، أما إذا كان لا يترب على إقراره حكم لم يكن خصماً بإنكاره⁽⁴⁾ فالمدعى عليه يجب أن يكون خصماً في الدعوى، فإذا ادعى عليه شيء، وكان يترب على إقراره حكم، يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة، أما إذا لم يترب على قراره بالدعوى حكم، فلا يكون خصماً بإنكاره الدعوى.

فمن ادعى على آخر شيء فقال المدعى عليه هذا أودعه عندي غائب أو رهنه أو غصبته منه، فإن أقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي، ورفع عنه البعض الخصومة إذا عرف

¹ _ منصور بن يوسف البهوتي (ت1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار الارقم، بيروت، د.ت.ط، ص:502.

² _ " جمهور الفقهاء يرون وجوب الحسبة على كل مسلم، والبعض منهم يرى أن النصح بالحسنى هو واجب على كل مسلم، وأما ما زاد عن ذلك من أعمال الحسبة مما يقتضي المقاومة والضبط والبحث والتقديم الى القضاء، فينبغي أن يكون عن طريق المحتسب المعين من قبل الحاكم، ولا مانع لأي مسلم أن يبلغ والي الحسبة عن أي مكروه." سمير عالية، "نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت. ط:1997م، ص:344.

³ _ النيابة العامة عبارة عن جهاز قضائي ينوب عن المجتمع في الدفاع عن مصالحه ونظامه لدى القضاء. المعنى اشارت اليه المادة 248 من القانون 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ.ج.

⁴ _ محمد بن محمد الخطاب (ت954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1329هـ، 125/06.

بالصلاح⁽¹⁾.

أولاً: الصفة في ق.إ.م.إ.ج:

يعالج قانون الإجراءات المدنية مدى أحقية الشخص في القيام بعمل ما أمام القضاء، وذلك قبل البحث في موضوع الدعوى، ويوجد هذا السند حين يمارس صاحب الحق الموضوعي المدعى به الدعوى لاسترداد حق مدعى؛ وهو شرط لا يستقل عن المصلحة فالصفة في هذه الحالة احدى مظاهر المصلحة، وهي الحالة التي تتقارب وتتداخل فيها معاني الصفة بالمصلحة⁽²⁾، وفي غيرها يتباينان، ويذكران منفصلين.

فالصفة أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق لصاحب الحق في الدعوى وسلباً⁽³⁾ لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته، فهي تميز للجانب الشخصي للحق في الدعوى؛ وفي الغالب وبمجرد إثبات الحق أو المركز القانوني وحدوث الاعتداء تثبت الصفة في الدعوى، ذلك أن الدعوى التي تنشأ عن الاعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق في مواجهة المعتدي⁽⁴⁾.

فإن كان الحق متعدد الأطراف، فيكون لأي منهم الحق في الدعوى، وإذا كانت المصلحة القانونية مصلحة جماعية أو عامة، تتوافر عندها الصفة لهيئة يناط بها حماية هذه المصلحة العامة

¹ شمس الدين احمد بن قودر، قاضي زاده أفندي تكملة فتح القدير المسماة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ/1995م، 250/08 و 252 و 254.

² يثور الخلاف الفقهي حول اعتبار الصفة شرطاً قائماً بذاته، أم أنها مجرد وصف من أوصاف المصلحة، ويذهب بعض الفقهاء الى أنها وصف من اوصاف المصلحة والتي تعتبر في رأيهم الشرط الوحيد لقبول الدعوى، فالمصلحة عن الجانب الشخصي للدعوى، محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، 75/02، 76. بتصرف، المصلحة تقتضي حصول فائدة ينتظرها الخصم من إقامة الدعوى بينما تتمثل الصفة في السلطة التي تمكن الخصم من رفع هذه الدعوى.

³ المدعي بحق هو صاحب الصفة الإيجابية والمدعى عليه المعتدي على هذا الحق هو صاحب الصفة السلبية، محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص: 77.

⁴ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 58.

فتكون وحدها صاحبة الصفة في الدعوى (1).

فإن كانت الصفة هي حق المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرفاً أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته أو لتحقيق مصلحة لفائدة المتدخل أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة (2).
إن المادة 13 من ق.إ.م.إ. ج صريحة في اعتبار الصفة (3)، وقيد مجال تدخل القاضي تلقائياً وحصره في انعدام الصفة والإذن وليس له حسب نص المادة أن يثير انعدام الدفع المصلحة إنما يكتفي بمراقبة مدى جدية الدفع فيما لو اثاره المدعى عليه، وظاهر النص اشتراط الصفة والمصلحة معاً لرفع الدعوى، وذلك ليتمكن القاضي من الرقابة على توفر كل منهما في الدعوى، إذ أن الصفة في الدعوى تتحقق بتحقق المصلحة الشخصية المباشرة، ولو لم يكن مباشرها هو نفسه بل بواسطة نائبه القانوني.

ويظهر التمييز بين الصفة والمصلحة، عندما يعين القانون للأشخاص الذين يملكون الصفة لممارسة الدعوى، فيقطع بذلك طريق الادعاء أمام سائر الأشخاص الذين قد تتوفر لهم المصلحة في ذلك (4).

والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المخاصمة عنها أمام القضاء، ولا يمكن الفصل بين مالك الحق وبين ذي الشأن في الدعوى التي تكفله وفي الوقت نفسه تكفل حقوق

¹ _بربارة عبد الرحمن، شرح ق.إ.م.إ.، منشورات بغدادية، الجزائر، ط: الثانية، سنة: 2009م، ص:34.

² _فتحي والي، المرجع السابق، ص:58،59.

³ _ يقول عبد العزيز سعد: "ومن البديهي القول ان شرط الصفة لقبول دعوى المدعي هو شرط أساس من النظام العام بدليل ان الفقرة الثانية من المادة 13 انه يجوز للقاضي أن يثير انعدام الصفة في المدعي والمدعى عليه، ويجوز لكل من المدعى عليه ومحاميه إثارة الدفع بانعدام الصفة في خصمه في أية مرحلة من مراحل سير الدعوى ". أبحاث تحليلية في ق.إ.م.إ.ج، مرجع سابق، ص:61.

يقول الأستاذ محمد أحمد عابدين: "والدفع بانعدام صفة أحد الخصوم غير متعلق بالنظام العام، إذ هو مقرر لمصلحة من وضعت لحمايته، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي فيه من تلقاء نفسها، وإذا دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، ورأت المحكمة أن الدفع قائم على أساس فعليها أن تؤجل الدعوى لإعلان ذي الصفة بدلاً من الحكم بعدم القبول ". الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص:287.

⁴ _ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص:110.

آخرين، كما هو الحال في الالتزامات غير القابلة للتجزئة والتضامن والتعاقد لمصلحة الغير، فانتقال الحق للورثة أو للغير انتقلت معه الدعوى، وأصبح هؤلاء أصحاب الصفة في مباشرتها، و لمعرفة من له الصفة في الخصومة و البحث عن صاحب الحق موضوع النزاع، فلا يقبل من غير ذي الحق أن يقاضي عنه لحساب غيره، بحيث إذا نجح في الدعوى انتفع ذلك الغير بالحكم الصادر فيها لمصلحته، و إذا فشل لا يضار ذلك الغير بفشله، و ليس أحد ملزماً أن يباشر الدفاع في الدعوى بمجرد رافعها من صفة التقاضي، و إذا تبين فقدان الصفة كانت الدعوى غير مقبولة، و تقضي المحكمة بذلك في أي حالة كانت عليها الدعوى، وأمام أي درجة من درجات التقاضي؛ فالصفة إذا شرطاً لازم مستقل بذاته، فلا يغني عنها وجود مصلحة للمدعي في النزاع⁽¹⁾. ثم لزم التمييز بين الصفة في الدعوى وصفة التقاضي.

ثانياً: التمييز بين الصفة في الدعوى وصفة التقاضي.

تقتضي أن يكون المدعي والمدعى عليه طرفي الاعتداء، وهذا الشرط يعبر عنه بالصفة في الدعوى فينبغي التفرقة بين الصفة في الدعوى وبين الصفة في التقاضي، أو الصفة الإجرائية، فصاحب الصفة الإجرائية هو الممثل القانوني لصاحب الصفة في الدعوى، ولذلك ترفع الدعوى منه أو ضده باعتباره نائباً عن صاحب الصفة الأصلية، كالولي أو الوصي أو القيم بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه، ومدير الشركة بالنسبة للشركة، ومن يمثل الدولة أو الشخص الاعتباري العام⁽²⁾.

1 _ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص: 305.

2 _ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص: 222، 223.

ثالثا: الصفة في المدعي:

قد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر مشروع فيسمح القانون في هذه الحالة لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات، كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة (1).

رابعا: الصفة في المدعى عليه:

إذ يشترط في صحة الدعوى أن ترفع ضد من يكون معنيا بالخصومة، وضد من تجوز مقاضاتهم فلا تجوز دعوى ضد فاقد الأهلية لتعلق ذلك بحق الدفاع، أو موظف أجنبي يتمتع بالحصانة الدبلوماسية، أما عنصر الصفة لدى الوكيل القضائي للخصومة غير مؤهل قانونا لتمثيل الدولة أمام القضاء الإداري وهم الوزراء والولاة (2).

فإذا رفع المدير دعوى باسم الشركة التي يترأس مجلس إدارتها، تتوفر الصفة في الدعوى للشركة والصفة في التقاضي للمدير الذي ليس عليه سوى تبرير وكالته، وهنا تفرقة هامة من حيث المركز القانوني ومن حيث الجزاء، ومن حيث جزاء زوالها أثناء الخصومة؛ فمن حيث المركز القانوني، أصحاب الصفة في الدعوى هم أطرافها، أما أصحاب الصفة في التقاضي فليسوا سوى أطرافا في الخصومة ممثلين عن الخصوم. ومن حيث الجزاء فوسيلة التمسك بعدم توفر الصفة في الدعوى هي الدفع بعدم القبول، أما وسيلة التمسك بتخلف الصفة في التقاضي فهي البطلان (3).

وأما من حيث جزاء زوالها، أثناء سير الخصومة إلى أن تصبح الدعوى غير مقبولة، وذلك بسبب وجوب توفر هذا الشرط من وقت تقديم المطالبة القضائية إلى حين صدور الحكم في الدعوى أما زوال الصفة في التقاضي عن الممثل الإجرائي أثناء نظر الدعوى فيؤدي إلى انقطاعها (4).

1 _ بربرة عبد الرحمن، شرح ق.إ.م.إ.ج مرجع سابق، ص: 34، 35.

2 _ المرجع نفسه، ص 36/35/36.

3 _ وجددي راغب، المرجع السابق، ص: 127.

4 _ وجددي راغب، المرجع السابق، ص: 114.

خامسا: دعوى النيابة العامة:

النيابة العامة عبارة عن جهاز ينوب عن المجتمع في الدفاع عن مصالحه، ونظامه العام لدى القضاء؛ وهي همزة وصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، كما أنها مستقلة عن القضاء، ولا تتدخل النيابة العامة في عمل القضاة، كحضور المداولات وغيره مما لا تسمح لها به القوانين⁽¹⁾، ولها حق تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية، ولها الصفة في رفع الدعاوى التي تتعلق بالصالح العام، وبالتدخل وجوبا أو جوازا في الدعاوى المدنية المرفوعة من غيرها لتبدي رأيها في هذه الدعاوى⁽²⁾.

وقد وسع المشرع الجزائري دائرة تدخل نيابة في المسائل المدنية بحيث لم يعد قاصرا على مستوى المجلس كما هو عليه الحال في ق.إ.م الملغى ليتحول إلى إجراء عام يشمل كل الجهات القضائية على اختلاف درجاتها (المادة 88 من ق.إ.م.إ.ج)⁽³⁾.

وقد تأكد دور النيابة العامة بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا إلزامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"⁽⁴⁾. وهو دور قديم حيث كانت تتدخل في حالات استثنائية ولها حق رفع بعض الدعاوى⁽⁵⁾، أما اليوم فهي طرف أصيل في الدعاوى المتعلقة بالأسرة، وقد غدت لأجل ذلك قضايا الأسرة من النظام العام.

¹ _ السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 153 و 154 بتصرف.

² _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 83/02.

³ _ عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص: 113. أنظر سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص: 111، 112. تعليق على المادة 122 من القانون 154/66 الملغى والمتضمن ق.إ.م.إ.ج.

⁴ _ المادة 03 مكرر من الأمر 05/02 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005م، يعدل و يتمم القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

⁵ _ حيث يمكن للنيابة العامة طلب تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها (المادة 99) وطلب الحجر (المادة 102) و طلب إصدار حكم بفقدان أو موت المفقود (المادة 114)، و رفع دعوى التخلي عن الكفالة (المادة 125) و طلب تصفية التركة و تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي للوارث القاصر (المادة 182) من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، محمد ابراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، مرجع سابق، ص: 35.

وذلك من الأهمية بالنسبة لحماية الأسرة؛ حيث تبدي النيابة طلباتها وتؤكد على تطبيق القانون بخصوص الأسرة، حيث أيد المشرع ذلك بالتأكيد على الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة المستحدث على غرار باقي الأقسام⁽¹⁾.

و خلافا للدور الأصيل للنياية العامة في تحريك الدعوى العمومية، أمام القضاء الجزائي، فقد حول المشرع حق التدخل في الدعاوى المدنية بهدف حماية النظام العام، وتدخل بصفتها خصم في الدعوى كمدعي أو مدعى عليها بنص المادة 256 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائي أو بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون فتكون بذلك طرفا منظما(المادة 259) و عدد المشرع من خلال المادة 260 القضايا التي يجب إطلاع النيابة العامة بها لإبداء الرأي كتابيا حول تطبيق القانون ، و حولتها سلطة التدخل التلقائي في كل ما تعتقد من النظام العام ، و دون أن تستهدف مصلحة أحد الخصمين ، و هي بتلك الصفة تعمل كمستشار للقاضي دون ان يكون رأيها ملزما له.

والإشكال حين التبليغ تعلق بالكيفية خاصة من طرف الخصوم، كما أنها قد تشكل عبئا على المتقاضين من حيث النفقات؟

إن الممارسات لا تجعل منها طرفا أصليا و ضد من تكون خصما؟

ويعين النص بذلك القضايا ذات الطابع المدني التي يتعين على الجهة القضائية اطلاع النيابة العامة عليها.

¹ حددت المادة 423 من القانون 09/08 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008م و المتضمن ق.إ.م " صلاحيات قسم شؤون الاسرة و قاضيه و تشكيلته الجديدة" ؛ يقول سائح سنقوقة : " ينظر قسم شؤون الاسرة على الخصوص فيما يتعلق الامر باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب ، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة ". شرح ق.إ.م.إ.ج، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 579/01.

وهو إجراء جوهري يقع على عاتق المجلس القضائي الناظر في الدعوى بأي حال كان، وعدم تقديم ملف الدعوى إلى النائب العام من شأنه أن يؤدي إلى نقض ذلك القرار⁽¹⁾، فيحضر الجلسات ويقدم الطلبات كتابية في كل القضايا التي يكون طرفاً أصلياً فيها (المادة 258).

إن وصف النيابة العامة وهي تباشر الدعوى الجنائية أنها تؤدي دور الخصم الأصلي، وكذا التفرقة التقليدية بين أسلوب النيابة حال كونها تباشر اختصاصاتها المبينة في القانون في المواد المدنية، بين خصم (أو طرف) منضم (أو اضافي) و خصم (أو طرف) أصلي و التي يعتنقها الفقه والقضاء و الشارع سواء في فرنسا أو مصر (و الدول التي اخذت عنهما) لا أساس لهذا الوصف أو تلك التفرقة فالنيابة ليست خصماً أصلياً أو منضمّاً أو إضافياً، سواء في المواد الجنائية أو المواد المدنية و إنما هي تباشر دورها لضمان الشرعية⁽²⁾ و إن كانت محدودة كما أسلفنا⁽³⁾ و عليه فهناك فقه وضعي يفند هذا الوصف و المتمثل في كون النيابة العامة طرفاً أصلياً، و إنما يكمن دورها في ضمان الشرعية. أما دعاوى الحسبة فلا ذكرها في النظام القضائي الجزائري ولكنها تمارس كدور محدود بضوابط حولها القانون للنيابة العامة، وليس المجال مجال تفصيل لذلك، ويعود الأمر إلى علاقة التضاد بين الدورين فحيث يكون هذا لا يكون ذاك، كما أن نظام الحسبة مجاله يطال كل شخص في الدولة، إذ لأي شخص أن يرفع دعوى الحسبة أمراً بالمعروف وتغييراً للمنكر بما يحفظ النظام العام والوجه الحضاري في الدولة، ورغم ذلك لا يعد هذا الفرد خصماً في الدعوى.

¹ شرح المادة 141 من القانون 154/66 المتضمن إ.م.ج الملغى، سائح سنقوقة، ق.إ.م، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001م، ص:116.

² الشرعية : وهي حالة ما أصبح شرعياً . محمد رواس قلعه جي ، المرجع السابق ، ص:260. كما أنها مجموعة القواعد التي يجب مراعاتها والتقيد بها في مجتمع معين ، ويجب التمييز بين الشرعية الدولية والشرعية الداخلية . ابتسام قرّام ، المرجع السابق ، ص : 171 .

³ نجيب محمد مصطفى بكير ، "دور النيابة العامة في قانون المرافعات" دراسة تأصيلية رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، تحت رقم 04/23، 1973م ، ص:695.

وإذا لم يكن النظام الإسلامي قد عرف النيابة العامة بنظامها المعروف في النظم المقارنة، فقد عرف نظام الحسبة وكان المحتسب له نفس سلطة الدفاع عن الحقوق العامة، وهي الحقوق الخالصة لله تعالى، وكذا تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم في جرائم الحدود عدا السرقة إذ لا بد من ادعاء المجني عليه وحضوره أمام القاضي⁽¹⁾.

إن الصفة وإن كانت تتميز عن المصلحة في بعض الأحيان، قد يكون من الصعب فصلها تماما عن المصلحة، ولهذا قد يكون من الطبيعي أنها لا تعد شرطا مستقلا في الدعوى إلا في حالات استثنائية، أما المصلحة فإنها الشرط الذي يتعين توافره دائما⁽²⁾، وقد جمع بينهما المشرع الجزائري من خلال المادة 13 من ق.إ.م.إ.

المطلب الثالث: شرط المصلحة في المدعي في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

الفرع الأول: شرط المصلحة في الدعوى في الفقه الإسلامي:

يشترط فقهاء الإسلام في الدعوى أن يترتب عليها نفعاً معبراً شرعاً، لاستبعاد ما لا قيمة له كي تصح الدعوى وذلك في الشرط الثالث بالقول: "كون المدعى فيه ذا غرض صحيح أي يترتب عليه نفع شرعي احترازاً مما لا قيمة له"⁽³⁾ لما في ذلك من تضييع لوقت القضاة وإذابة المدعى عليه؛ إلا أنه الحنابلة يذهبون إلى القول بجواز ذلك تطبيقاً لقاعدة حفظ جميع الحقوق مهما كان⁽⁴⁾.

¹ _ نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات الشرعية و علم القضاء في المملكة العربية السعودية ، المعارف ، الإسكندرية، مصر، 1998م ، ص:329.

² _ مصطفى عبد المقصود سليم ، "معيار التمييز بين الصفة و المصلحة في الدعوى المدنية " المجلة القانونية الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، العدد :14 ، ط:2002م ، ص:29.

³ _ محمد علي بن حسين، المرجع السابق، 117/04.

⁴ _ مجموعة أساتذة الفقه الإسلامي ، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن ، موسوعة جمال عبد الناصر ، المجلس الاعلامي للشؤون الاسلامية ، مصر ، المجلد الثاني ، 174/04.

ولإخراج الدعوى من حدود العبث، لا بد من أن تترتب عليها مصلحة له أو لموكله أو للمولى عليه أو للوصي عليه، على أن تكون مصلحة معتبرة شرعاً⁽¹⁾، وبتصرف من المادة 1630 من مجلة الأحكام العدلية.

وتتحقق المصلحة في حفظ الضروريات الخمسة⁽²⁾، وهو ما أشارت له المادة 1613 من مجلة الأحكام العدلية.

فقد اشترط الحنفية في الدعوى ألا تكون عبثاً⁽³⁾، والمالكية اشترطوا أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح⁽⁴⁾، ويرى الشافعية في المدعي أن يكون حقاً أو ما ينفع في الحق⁽⁵⁾.

وجعلها إن لم يثبت أن كلها تقصد تحقق المصلحة في الحق المدعى ويثبت ذلك لصاحب الصفة أو من يمثله على أن تكون المصلحة معترف بها شرعاً، فإن لم تكن مشروعة فلا حديث عنها.

فقد شرعت الدعوى لحماية الحقوق، والمصالح المشروعة، والمطالبة بها، وفق الأسس، والمقتضيات الشرعية المقررة⁽⁶⁾.

¹ ابن فرحون: تبصرة الحكام، مصدر سابق، 102/01.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط: التاسعة، 1967م، 10/03.

³ محمد علاء الدين عابدين (ت1306هـ)، قرة عيون الاخيار (تكملة رد المختار)، المطبعة العثمانية، 1327هـ، 381/01.

⁴ أبو عبد الله محمد أحمد عليش (ت1299هـ) منح الجليل على مختصر خليل، المطبعة العامرة، بالقاهرة، 1294هـ، 170/04.

⁵ جلال الدين عبد الرحمان السيوطي (ت911هـ)، الاشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية، طبع بمكة المكرمة، السعودية، 1331هـ، ص: 508.

⁶ أحمد محمد علي داوود، القضاء و الدعوى و الإثبات و الحكم، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط: الاولى، 2012م، 266/01.

ورغم استقرار فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة توافر شرط المصلحة في الدعوى لكي تكون مقبولة، إلا أن هذا لا يعني أن الحكم الذي سيصدر فيها لا بد وأن يحقق هذه المصلحة، لأنه قد يصدر في غير صالح المدعي وذلك بناء على ما ينكشف للمحكمة من عدم أحقية المدعي فيما يدعيه، وكل المقصود بتوافر شرط المصلحة هو أن المدعي بحق تميمه الشريعة دون أن يتأكد القاضي من وجوده فعلاً لحظة بحث شرط المصلحة⁽¹⁾.

فالمصلحة هي الفائدة التي تعود على رافع الدعوى، إذا ما قضى له بطلبه، فحيث لا فائدة⁽²⁾ لا مصلحة، وحيث لا مصلحة لا دعوى⁽³⁾.

الفرع الثاني: شرط المصلحة في الدعوى في ق.إ.م.إ.ج:

إن كانت الدعوى هي الوسيلة القانونية التي يحمي بها صاحب الحق حقه من الاعتداء أو من إنكاره عليه، وأن المصلحة شرط لقبول الدعوى، وأن المصلحة المعنية هي الحاجة إلى الحماية القانونية، و تكون المصلحة في الدعوى مقبولة سواء كانت مادية أو أدبية، على أن تكون في الحالتين جدية، و مناط تقدير جدية المصلحة بدرجة الاعتداء الواقع على الحق الذي بمناسبته وجدت المصلحة ذاتها، و أن اشتراط المصلحة القانونية مقتضاه استبعاد المصلحة غير المشروعة التي يطلب بها تنفيذ التزام مخالف للآداب، أو الدعوى التي لا يقصد منها غير الاضرار بالمدعى عليه⁽⁴⁾.

¹ _ نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية و علم القضاء في المملكة العربية السعودية، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، د.ت.ط، ص: 325، 326.

² _ وجوب العمل على تخليص الفقه الاسلامي في شقه الخاص بالدعوى مما لا طائل من الحديث عنه و لا طرحه أصلاً بين يدي القضاء حيث غدا الحديث عنه اليوم ضرب من اللامعقول، بل و يصبح فقهننا محل استهزاء، و من ذلك و على سبيل المثال لا الحصر لأنه زخم لا يحصر، قوله: "كون المدعى فيه ذا غرض صحيح أي يترتب عليه نفع شرعي احترازاً من الدعوى بقمحة أو شعيرة أو عشر سمسة و نحو ذلك". محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي، مرجع سابق، 117/04.

³ _ حلمي حجار، القانون القضائي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت، ط: الثالثة، 1996م، 51/01.

⁴ _ عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، مكتبة عبد الله وهبة عابدين، مصر، الطبعة: الأولى، 1947م، ص: 425.

إن المصلحة في التصرف تعبر عن الفائدة أو الجدوى الإجرائية من وراء ممارسة الدعوى، إن هذه المصلحة تسبق وجود الدعوى أو الطلب الافتتاحي للدعوى، إن هذه المصلحة تسبق وجود الدعوى أو الطلب الافتتاحي للدعوى و يمكن تقديرها استقلالاً عن هذا الطلب و من المؤكد أن الفائدة من الدعوى تشمل أيضاً أن يسمح الطلب بالحصول من القاضي على حكم فعال بصدد الادعاءات المقدمة إلى المحكمة، و لكن ذلك يفترض أولاً وجود اضطراب أو ارتباك أو اعتداء يتصل بهذا الحق، وأن يكون من شأن هذا الاعتداء توقيع جزاء معين⁽¹⁾، أو رد الحقوق لأصحابها.

ونص المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج في صريحه: " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...". وذلك بإضافة لفظي قائمة أو محتملة بالنسبة للمادة 459 من قانون الاجراءات المدنية الملغى.

فالمصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته أو بعضها فلا يكفي مجرد المصلحة النظرية البحتة، فهي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها وهي كونها وسيلة لحماية الحق⁽²⁾.

على أن تكون تلك المصلحة القانونية، تستند إلى نص قانوني فهي غير مستندة إلى حق أو مركز قانوني فتكون دعواه باطلة غير مقبولة، إذا أن مجرد توافر المصلحة للمدعي في أن يحصل على منفعة مادية كانت أو معنوية كالمساس بالشرف وغيره، لا يكفي لقبول الدعوى، ما دامت هذه المصلحة لا تستند إلى الحق يحميه القانون بنص، ويسمى في الشريعة وهي المصلحة المشروعة المستندة إلى دليل شرعي ويثبت بذلك مشروعية الدعوى بالمعنى المعتمد في الشريعة الإسلامية.

1 _ عبد المقصود سليم، المرجع السابق، ص:13.

2 _ أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص:19.

فالدعوى غير المشروعة أو الملوثة لا تكون مقبولة لعدم قانونية المصلحة فيها فلا يحميها القانون لمخالفتها للنظام العام أو الآداب، كمن يطالب بإلزام المدعى عليه بدفع دين قمار، أو إلزامه بدفع فوائد ربوية ولو كان متفقاً عليها⁽¹⁾.

أما ذكره المشرع من كونها مصلحة قائمة بمعنى أن يكون الحق الذي يبغى المدعي الذود عنه وحمايته قد اعتدي عليه بالفعل وهو ما يبرر الالتجاء إلى القضاء⁽²⁾، وهذا ما تعمل به الكثير من التشريعات لتفادي قيام دعاوى لامتناهية بسبب الظن لوحده، أو احتمال الإضرار بالحقوق الذاتية⁽³⁾.

فيشترط في المصلحة أن تكون قد نشأت وظهرت بالفعل وأن تكون شخصية وقانونية ومشروعة أي يقرها القانون⁽⁴⁾.

أما كون المصلحة محتملة فيعني أن الاعتداء على حقوق المدعي لم تتم بعد، ولكن من المحتمل أن يحدث ذلك في المستقبل، وتكون مصلحة المدعي في هذه الحالة محتملة⁽⁵⁾.

فقد تتولد مستقبلاً و قد لا تتولد أبداً ، فيكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل⁽⁶⁾، وأما الفقه الإسلامي فنرى أنه يمكن اعتبار هذه الدعوى في مثل هذا الفرض من قبيل دعوى منع التعرض ، لأن المفروض أن مزاعم المدعي تشكل مسلكاً تهديدياً لحق المدعى عليه ، و لا يقال: إن الدعوى المذكورة لا تصح إلا بالنسبة للعقار، فإن هذا هو مسلك القانون فقط ، وأما فقهاء الشريعة الإسلامية، وخصوصاً الشافعية منهم فقد أجازوا هذه الدعوى للدفع أي تعرض يوجد ضد

1 _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 52، 51/02.

2 _ محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص: 272.

3 _ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص: 61.

4 _ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص: 297.

5 _ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص: 160.

6 _ كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه (المادة 101 وما يليها من قانون الاسرة الجزائري) في ماله إضرار بالورثة نتيجة اصابته بالجنون أو العته أو السفه؛ فمصلحة ذوي الحقوق هنا احتمالية إلا أن رجحان كفة الاضرار بهم تمنحهم الحق في قيد الدعوى الحجر. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مرجع سابق ، ص: 39.

أي حق، مهما كان : منقولاً أو عقاراً ، أو ديناً، أو غير ذلك⁽¹⁾ فإن الأصل عدم قبول هذا النوع من دعاوى فإن القول بما يكون استثناء من القاعدة العامة، وذلك بالاحتياط لدفع ضرر محقق ، أو رفع دعوى إثبات حق يخشى زوال دليله عن طريق ما يسمى بالدعوى الوقائية⁽²⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

¹ _ محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ، دار النفائس ، الاردن ، ط: الثانية ، 2011م ، ص:312.

² _ أكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية، مرجع سابق ص:136، أنظر تفصيلاً في الموضوع: بوبشير محمد امقران، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، من ص:54 إلى ص:64، أنظر نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، 327،328.

المبحث الثاني

تقسيمات الدعوى المدنية وأنواعها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج:

المطلب الأول: تقسيمات الدعوى المدنية وأنواعها في الفقه الإسلامي:

جاء في كتاب أصول المرافعات القضائية: "المدعى به إما أن يكون عينياً أو دينياً أو حقاً أو عقداً أو فعلاً ولكل هذه الأنواع شروط وأشكال مخصوصة يلزم تحققها لتكون الدعوى صحيحة ويجمع هذه الشروط والأشكال شرط معلومية المدعى به"⁽¹⁾. لقد حدد النص أنواع الدعوى عينياً أو دينياً أو حقاً أو عقداً أو فعلاً، وضبط ذلك بأشكال يلزم أن تتحقق لتكون الدعوى صحيحة ويجمعها شرط المعلومية في المدعى به وحتى المدعى عليه فوجب تفصيل ذلك كله كالآتي:

يشترط لسماع الدعوى أن تكون محققة⁽²⁾ لم يصرح فيها مدعي بالشك، أو الظن أو الوهم، والمذهب أن دعوى الظن أو الشك لا تسمع على المشهور، وهذا غير دعوى التهمة⁽³⁾. فتسمع دعواه ويتوجه اليمين على المدعى عليه ولو كانت الدعوى مشكوكة أو مظنوننة؛ جاء في مواهب الخلاق: "والحاصل أن الدعوى تسمع سواء كانت بمحقق أو بمشكوك أو مظنون، لأن المدعى عليه إذا أنكر غير المحققة فتلزمه يمين التهمة"⁽⁴⁾.

1- علي قراءة، المرجع السابق، ص: 17.

2- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، مع تقارير محمد عليش، طباعة دار الفكر، دون تاريخ، 144/04.

3- دعوى التهمة: وهي دعوى الجناية والأفعال المحرمة، كدعوى القتل، وقطع الطريق، والسرقة، والقتل، والعدوان. "ابن قيم الجوزية (751 هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، ص: 101. ودعوى غير التهمة وهي ما يعرف في النظم المعاصرة بدعوى الحقوق العينية والشخصية وهي تعدد وتنوع بحسب موضوعها، هذا الموضوع الذي قد يكون حقاً عينياً أصلياً أو فرعياً، و سواء كان متعلقاً بعقد من العقود أو بغير ذلك. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص: 308.

4- أبو الشتا ابن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للأمية الزقاق، ط: الثانية، د.ت.ط، 1955م، 113/01.

أن يكون المدعى به معلوماً، إذ لا تصح الدعوى بشيء مجهول فمثل هذه الدعوى لا تسمع، فيجب أن يكون المدعى به معلوم القدر، والجنس، والصفة، والسبب، فمعلومية⁽¹⁾ المدعى به شبه متفق عليه في الفقه الإسلامي.

فمن شروط الدعوى الصحيحة أن تكون معلومة محققة لا تكذبها العادة يتعلق بها غرض صحيح⁽²⁾.

وعلق الإمام القرافي بالقول: "غير أن قولهم (ويقصد الشافعية) وقول أصحابنا و(يقصد المالكية) أن من شرطها أن تكون معلومة في نظره فإن الإنسان لو وجد وثيقة في التركة مورثة أو أخبره عدل بحق له فالمنقول جواز الدعوى يمثل هذا يمثل هذا والحلف بمجرد عندنا وعندهم، مع أن هذه الأسباب لا تفيد إلا الظن، فإن أرادوا أن العلم في نفس الأمر عند الطالب فليس كذلك وان أرادوا أن⁽³⁾ التصريح بالظن يمنع الصحة، والسكوت عنه لا يقدر فهذا مانع لأن عدمه شرط لكل قاعدة استثناءات ولا جدوى من التعميم والشواهد كالتي ذكر القرافي تشكل خير ضابط وقيد لكل ما يراد تعميمه رغم أن القواعد لها من الأهمية في ضبط الأمور والحكم على القضايا والفصل في المسائل. والعلم بالمدعى عليه يحصل بأمرين:

أ. بالإشارة إليه إن كان حاضراً حال الدعوى.

ب. أو بالتسمية والوصف الذي يزيل الجهالة هذا إذا كان مما يمكن وصفه وصفاً منضبطاً وما لا يمكن وصفه فيكفي فيه ذكر قيمته⁽⁴⁾.

1- فخر الدين بن علي الزيلعي (743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وعليه هامش حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، 1314 هـ، من الحاشية 292/04، الجزء: 4. والموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الثانية، (1404هـ/1983م)، 299/20. محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق على هامش الفروق، مرجع سابق، 117/04. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 101/01. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، (476)، مطبعة مصطفى الحلبي 1379هـ/1960م، 311/02. موفق الدين بن قدامي وشمس الدين ابن قدامة المقدسي المغني وويليه الشرح الكبير. ط 1983م/1403هـ، مرجع سابق، 162/12.

2- القرافي، الفروق، مرجع سابق، 72/04، والفرق الحادي والثلاثون والمائتان، (1404هـ/1983م) 299/20.

3- القرافي، الفروق، المرجع نفسه، 74-73/04.

4- الكاساني، المرجع السابق، 224/06.

فالدعوى كما سبق ذكره تنقسم إلى دعوى عين في يد، وإلى دعوى مال في ذمة، وإلى حقوق شرعية...، ورد بعين، وحق شفعة، وغير ذلك⁽¹⁾ ونقصد من دعاوى غير التهمة الدعاوى المدنية والمتعلقة عادة بالمال والحالة الخاصة للأشخاص.

الفرع الأول: دعاوى العين⁽²⁾ في الفقه الإسلامي:

ومحلها الحق العيني، والعين قد تكون عقارا وقد تكون منقولا.

أولا: دعاوى العقار:

1) دعاوى العقار وشروط المذهب الحنفي:

لابد من بيان حد العقار ليكون معلوما، ولا نكتفي بذكر حد واحد، وكذا بذكر حدين، وتقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود عند أبي حنيفة مع وجوب بيان موضع العقار، وبلده ليصير معلوما⁽³⁾.

وذكر في مجلة الأحكام في المادة 1623: "إذا كان المدعى به عقارا، يلزم في الدعوى ذكر بلده، وقريته، أو محلته، وزقاقه، وحدوده الأربعة أو الثلاثة، وأسماء أصحاب حدوده".

وجاء في المادة 1624: "إذا أصاب المدعي في بيان الحدود وذكر زيادة أو نقصانا في أذرع العقار، لا يمنع ذلك من صحة الدعوى".

كما ورد في المادة 1627: "إذا كان المدعى به عينا، فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله: هذا المال لي، وأما إذا كان دينا فيسأل عن سببه، وجهته، هل ثمن مبيع أو أجرة، أو دين من جهة أخرى".

وإذا كان المدعى به عينا، سواء كان عقارا أو كان منقولا، فلا يلزم حين الادعاء به بيان سبب ملكيته، بل تصح دعوى الملك المطلق بقول المدعي: "هذا المال لي"،

¹ - شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله ، كتاب أدب القضاء ، مرجع سابق ، ص: 135 .

² - العين: يراد بالعين ماعدا الدين من المنقولات والعقارات ولكل منها شروط وأحكام تخصها ، علي قراعة ، كتاب الأصول القضائية ، في المرافعات الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 18 .

³ - الكاساني ، المرجع السابق ، 222 / 06 .

ولا يجب سؤال المدعي: "هل ملكت هذا المال شراء أو إرثاً؟"⁽¹⁾

2) دعاوى العقار وشروط المذهب المالكي:

وجوب ذكر ما يميز العقار عن غيره، بذكر الدار أو العقار، من الأراضي ببيان موضعها من البلد، وذكر جميع الحدود، التي تحد الدار أو العقار من الأراضي⁽²⁾.
ولا بد من ذكر سبب الدعوى، أي سبب الاستحقاق أو الملكية، سواء أكان المدعى به عقاراً أو منقولاً⁽³⁾، جاء في المادة 24 من "الطريقة المرضية": إذا عين المدعي حدوداً للعقار المتنازع فيه ولم يصادقه المدعى عليه على تلك الحدود، وزعم أن حدود ما بيده مخالفة لتلك الحدود، يلزم تقييد الدعوى والجواب على العين، ليكون التنازع فيه معيناً. ويجعل توجهه بعدلين لهذا الغرض، ويتلقى العدلان شهادة من يحضره الخصمان من الشهود لتحديد المتنازع فيه.
فبيان السبب من تمام صحة الدعوى، فإن كان سبب ما يدعيه فاسداً، وهذا لا يجوز الحكم به⁽⁴⁾.

3) دعاوى العقار وشروط المذهب الشافعي:

ذكر حدود المحل كلها، إذا لم يعلم بأقل منها، وإلا اكتفى بما يعلم به فيها، وما يتميز به العقار⁽⁵⁾.

4) دعاوى العقار وشروط المذهب الحنبلي:

إذا تم ادعاء عقار، وجب بيان موضعه، وحدوده، وذكر المدعي أن حقوقها له، وأنها في يد المدعى عليه ظلماً، وأنا أطلب بردها، وهو ينعني منها، حينها تصح الدعوى⁽⁶⁾.

1- علي حيدر، درر الحكام، المرجع السابق، 204-203 / 04.

2- ابن فرحون: تبصرة الحكام، المرجع السابق، 105/01، انظر المادة 23 من الطريقة المرضية. محمد عبد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 58.

3- القرافي: الفروق، المرجع السابق، 157/04، محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، 144/04.

4- عبد الله بن عبد الله بن علي بن سلمون الكنايني (ت767هـ)، مطبوع مع تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 192/02.

5- محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط، 412/04.

6- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت1051هـ) كشف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1402هـ/1982م، 344/06.

إذ لا يصح القول: " بأن لكل عقار سجل خاص به تدون فيه جميع المعلومات المتعلقة به، وأنه لا يبعد عن الصواب من ذهب إلى عدم اشتراط كل ذلك في التعريف بالعقار، إذا ذكر المدعي رقم السجل المختص به (1).

ثانيا: دعاوى المنقول:

1) دعاوى المنقول وشروط المذهب الحنفي:

المنقول المدعى إما أن يكون قائما وإما أن يكون هالكا والقائم لا يخلو حاله من أمور ثلاثة:

- أن يمكن احضاره مجلس القضاء من غير حمل ومؤونة.
- أن يمكن احضاره مجلس القضاء ولكن بحمل ومؤونة.
- ألا يمكن احضاره مجلس القضاء أصلا. - انتهـ(2)

فإن كانت منقولة و هي موجودة فإن كانت حاضرة بالمجلس كانت معلومتها بالإشارة إليها لأن الإشارة أقصى ما يمكن في التعريف و إن كانت غير موجودة في المجلس فإن أمكن إحضارها إليه بدون نفقة ألزم القاضي المدعى عليه بإحضارها إلى مجلس الحكم ليشار إليها في الدعوى واليمين و الشهادة، و إن كان احضارها غير ممكن أو كان ممكنا و لكن بنفقة كان القاضي مخيرا فإن شاء توجه إلى محلها و سمع الدعوى هناك، و إن شاء بعث أمينه إذا كان مأذونا بالاستخلاف مع المدعي و المدعى عليه و الشهود للإشارة إليها في محلها فيسمع النائب و يقضي وإن كانت هالكة فهذه الدعوى و دعوى الدين سواء لأنه بعد الهلاك يدعي الضمان، و هو القيمة أو المثل فيعرف بما يعرف به الدين(3).

¹ _ محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى ، ص:340. إن إشكالات العقار في العالم العربي لا تزال عالقة من مخلفات الاستعمار. نعيمة حاجي، أراضي العرش في القانون الجزائري، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010م ، نظرة تفصيلية ، لإشكالات أراضي العرش و العقار، ص:39.

² _ علي قراعة، المرجع السابق ، ص:20 و 21.

³ _ محمد زيد الأبياني بك، مباحث المرافعات و صور التوثيقات و الدعوى الشرعية ، مرجع سابق ، ص:15 ، و الاشارات نفسها لعلاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي (ت539هـ) تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية، 1414هـ/1993م ، 181/03.

وهو ما نصت عليه المادة 1620 و 1621 من مجلة الأحكام العدلية، ووضحه علي حيدر في درر الحكام⁽¹⁾ وصرحت المادة 1621: "ولكن لا يلزم بيان قيمة المدعى به في دعوى الغصب والرهن.....". إذ الإلزام في المجهول لا يتحقق، ولا يستطيع المدعي إقامة الحجة عليه لجهله بحقيقته، فإن كان المدعى به عينا سواء منقولاً كان أو عقاراً، فلا يلزم حين الادعاء به بيان سبب ملكيته، بل تصح دعوى الملك المطلق بقول المدعي: هذا المال لي ولا يجب سؤال المدعي هل ملكت هذا المال شراءً أو إرثاً؟⁽²⁾

2) دعاوى المنقول وشروط المذهب المالكي:

إذا ادعى أن المدعى عليه أتلف شيئاً من ذوات الأمثال، أو غصبه إياه، ولم يكن المدعي قائماً بعينه، فلا بد من ذكر القيمة في الدعوى، وذكر الصفة⁽³⁾. يقول الإمام القرافي وذكر القيمة مع الصفة أحوط، ولا بد في ذكر الحيوان من تبيين أسنانه، وجنسه، وذكر هو أم أنثى⁽⁴⁾. ففي المتعلقة بالعروض والحيوان والطعام يلزم فيه تعيين نوع المدعى فيه وبيان عدده وقيمته، ويستحسن التوسع في وصفه⁽⁵⁾. وفقه المذهب على أنه لا بد من بيان السبب في دعوى العين، سواء كانت الدعوى مثلية أم قيمية، وذلك حتى تسمع الدعوى، فإن خلت دعوى المدعي من السبب، يسأله القاضي عنه، فإن بيّنه، أمر المدعى عليه بالجواب، وإن لم يبيّنه لا تسمع دعواه⁽⁶⁾. وتصحيح الدعوى أن يبين المدعي أن كانت في شيء من الأعيان أنه بيد المدعى عليه بطريق الغصب، أو العدا، أو الوديعة... أو غيره⁽⁷⁾.

1- علي حيدر، درر الحكام، المرجع السابق، تعريب: فهمي الحسيني المحامي، ص: 185/04.

2- علي حيدر، المرجع نفسه، 203 /04.

3- ابن فرحون، المرجع السابق، ص 105 /01. ذوات الأمثال: أن يكون المدعى به مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً متقارباً.

4- محمد علي بن حسين، المرجع السابق، ص 157/04.

5- محمد العزيز جعيط، م 26، المرجع السابق، ص 58.

6- أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت897هـ)، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1416 هـ/1995 م، 120-121-122.

7- ابن فرحون، المرجع السابق، ص 104 /01.

3) الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة وشروط المذهب الشافعي:

الإشارة إلى المدعى في الدعوى المذكورة عند الشافعية تعني عن الصفة وعن ذكر القيمة (1).

وعندهم ذكر الوصف في المدعى في المثلي واجب، وذكر القيمة فيه مندوب، والمتقوم بعكسه؛ (2)

وفي دعوى المال لا يلزم ذكر السبب، الذي تم به الملك لأن أسبابه كثيرة (3).

4) الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة وشروط المذهب الحنبلي:

تعيين المدعى به للإشارة إليه إن كان عينا حاضرة في المجلس، ويجب إن أقر المدعى عليه أن يده مثلها إحضارها للمجلس. (4)

أما العين إن كانت من ذوات الأمثال غائبة أو تالفة أو عينا في الذمة (نفقة وكسوة وغيرها)، ذكر ما تنضبط به من صفاتها أو قيمتها كألوية، وقد يلزم ذكر القيمة إذا لم تكن العين مما لا ينضبط كالجواهر الكريمة (5).

فالمدعى به إن كان عينا أو دينا، لم يحتج الى ذكر السبب لكثرة سببه، ويكفيه القول: أنا أستحق هذه العين التي في يده أو في ذمته. (6) وعندها يكون مجرد الادعاء كان لإقامة الدعوى على المدعى عليه، ونحتاج عندها للحديث عن الإثبات ليتحرى القاضي الحق ويفصل لصالح من ثبت له الحق.

1- فليقل: أدعي أن هذه العين _ويشير إليها_ ملكي، وهذا الحاضر غصبها مني، ويلزمه تسليمها إليّ، وأنا أطلب تسليمها منه، وأسألك سؤاله، فمره بالتسليم إلي. شهاب الدين ابراهيم ابن عبد الله، المرجع السابق، ص: 135.

2- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة قليوبي (ت1068هـ)، حاشية قليوبي على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، ط: الرابعة، د.ت.ط، 311/04.

3- ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، (ت476هـ)، المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 310/02.

4- موفق الدين بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، (ت620هـ)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م، 448 / 11.

5- البهوتي، الاقتاع وكشاف القناع عن متن الاقتاع، المرجع السابق، ص 346/06.

6- البهوتي، المرجع نفسه، ص 346/06.

ثالثاً: دعوى الدين ومعلومية المدعى به.

1) معلومية الدين في فقه الحنفية:

إذا كان المدعى به ديناً⁽¹⁾ ، فإن كان من النقود فمعلوميته تكون ببيان جنسه ، ونوعه ، وقدره، ووصفه إذا كان في البلد نقود مختلفة وسبب وجوبه (مختلف فيه) وإن كان من المكيلات أو الموزونات فمعلوميته تكون بذكر الجنس (حنطة أو شعير) والنوع والصفة (الجودة أو الرداءة) والقدر، وسبب الوجوب (قرض أو سَلَمٌ)، فإن كان قرضاً فلا يلزم فيه التأجيل وغير ذلك من الأحكام ، وإن كان سببه السَلَمُ⁽²⁾ يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء ولا يجوز الاستبدال به قبل القرض، وإن كانت ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل قبضه ولا يشترط مكان الإيفاء⁽³⁾.

على أن ذكر أسباب الدين جعل عند الحنفية من شروط صحته مع تفصيل شروط صحة دعوى الدين، وهم السواد الأعظم من الأحناف.

2) معلومية الدين في فقه المالكية:

يجب تبين قدر المدعى إذا تعلقت الدعوى بالشيء في الذمة، دون ذكر أنه في يده، مبيعا أو قرضاً، أو سلماً وغيره، أو ذكر جنس الدنانير في ذمة المدعى عليه وكذا المقدار⁽⁴⁾.
ويجب في ذوات الأمثال ذكر الكيل والوزن أو العدد مع ذكر الصفة والميزة، وفي المقومات يصف ما يضبط القيمة⁽⁵⁾.

¹ - يقول علي قراة: "الدين هو الحق الذي يترتب في الذمة ولا يتعين بالتعيين ، وهذا قد يكون مكيلاً و قد يكون موزوناً وقد يكون معدوداً..." ، مرجع سابق ، ص 24 ، أنظر المواد : 1626-1627 من مجلة الأحكام العدلية ، وأنظر علي حيدر ، درر الحكام ، مرجع سابق ، 204 / 04 .

² - **بيع السَلَم** : هو بيع السلعة الآجلة الموصوفة في الذمة بثمن مقبوض في مجلس العقد . محمد رواس قلعه جي : معجم لغة الفقهاء ، المرجع السابق ، ص: 249 .

³ - محمد زيد الأيباني بيك ، المرجع السابق ، ص: 14 .

⁴ - القرابي، الفروق، المصدر السابق ، 154/04 . ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق ، 105/01 .

⁵ - محمد علي بن حسين ، المرجع السابق ، 154 / 04 .

ويلزم ذكر القيمة في الجواهر لصعوبة ضبط الصفة وكذا وجوب ذكر القيمة في ذوات الأمثال المدّعاة إذا تلفت مع ذكر السبب في العموم في دعوى الدين (1).

3) معلومية الدين في فقه الشافعية:

ذكر صفة العين الباقية، والصفة، والجنس والنوع إذا شكل المدعى به ديناً، فإن تلفت العين ذكر صفتها إن كان لها مثل، والأحوط ذكر القيمة، ولا يشترط ذكر السبب. (2)

وإذا كان الحق الثابت في الذمة من ذوات الأمثال، فوجب ذكر الجنس والنوع، والصفة، والقدر، فإن كان الحق غير مثلي من ثياب وحيوانات، وما يصح فيه السلم، كان ثبوتها إذا ادعى بها بعقد سلم، وذكر صفاتها المعتبرة في صحة السلم. (3)

4) معلومية الدين في فقه الحنابلة:

ذكر الجنس والنوع والقدر، إذا ثبت أن المدعى به شكل أثماناً، فإن شكل عيناً في الذمة، كالنفقة والكسوة والمبيع في الذمة وغيره، فالأمثل ذكر أوصافها، فإن كانت مما لا ينضبط كالجواهر، تعين ذكر القيمة ولا حاجة لذكر المدعى به إن كان عيناً أو ديناً. (4)

فالمدعي يجب أن يكون معلوماً، سواء شكل حقا عينياً، عقارياً كان أم منقولاً، أو شكل ديناً من خلال دعاوى شخصية في الذمة، أو حقا شخصياً يرد على منقول أو عقار بالتفصيل في المذاهب الفقهية الإسلامية كما سبق ذكره وهو شق مدني بحت وهو المقصود بالبحث.

مع وجوب تكييف الفقه المتعلق بما سبق وربطه بالمصطلح الحديث والمتداول بين الناس حتى يتضح المقصود وتتوضح المعاملات، وينجلي المقصود من الدعاوى في الشق المراد بالبحث.

1- محمد بن عرفة الدسوقي ، المرجع السابق ، 04 / 144 .

2- الفيروز آبادي ، المرجع السابق ، 02 / 310 .

3- شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله، المرجع السابق ، ص: 137-138.

4- أبو فرج بن عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت 672 هـ) ، الشرح الكبير على متن المقنع ، مطبوع مع المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392 هـ / 1972 م ، 11 / 438.

الفرع الثاني: دعاوى غير العين والدين ومعلومية المدعى به:

فالمدعى به إن كان غير دين أو عين فالدعوى لا تسمع إلا إذا كان معلوماً، مع التأكيد على عدم بيان كل جزئية هي موضوع دعوى فهذا لا يتأتى وليست بالأمر اليسير، ولو حصل ذلك لا يمكن الانتهاء منه. (1)

كما أن وضع قاعدة عامة في كيفية تحقيق شرط المدعى به في كل هذه الدعاوى أمر صعب، وربما كان غير ممكن، لاختلاف مواضعها، اللهم إلا القول بأن المدعي في كل من هذه الدعاوى ينبغي عليه تحديد مدعاه بشكل يميزه عن غيره (2).

على أن الاستثناء الوارد على شرط المعلومية في المدعى به وهي خمس مسائل (3) حكموا بصحة الدعوى فيها مع جهالة المدعى به:

أولاً: دعوى المغصوب المجهول:

أو الذي لا يدري قيامه أو هلاكه فإنها تصح وإن لم يذكر المدعي قيمته والقول في قدر القيمة للغاصب (4).

وذهب الأحناف ولا يلزم بيان قيمة المدعى به، وإن لم يبين قيمته، أو قال لا أعرف قيمته فالغالب أن المدعي لا يعرف حقيقة ماله المغصوب (5) وهو المذكور في المدة 1621 من مجلة الأحكام العدلية، فهو ادعاء غصب المال دون تعيين قيمته، وتنعت بدعوى غصب المجهول.

1- محمد زيد الأبياني بك، المرجع السابق، ص: 16، بتصرف.

2- محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص: 351.

3- علي قراعة، المرجع السابق، ص 7-8-9. ومحمد زيد الأبياني بك، المرجع السابق، ص 16-17، وذكرها بصيغة أربعة أشياء ولم يشر لدعوى الإقرار بالمجهول الذي أشار له علي قراعة وغيره من الفقهاء القدامى.

4- علي قراعة، المرجع نفسه، ص: 07.

5- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (ت970هـ)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م و مع البحر الرائق تكملته محمد بن حسين بن علي الطوري القادري (ت1138هـ)، 213/07.

فإن ضمن الغاصب قيمة المغصوب المدعى مع الجهالة به وذلك بقوله ويمينه، ولكن ظهر المغصوب بعدها فللمالك حق الخيار، إمضاء للضمان أو أخذ العين ورد ما تم تعوضه به (1).

تدل الشريعة في روحها على أنها تعذر في بعض المسائل الجاهل في كثير من الأحوال، وللقاضي تقدير ذلك وعليه يمكن ترجيح قول الذين قالوا بصحة الدعوى بالغصب المجهول، لأن المدعي معذور في جهله، إذ الغاصب يحرص ألا يراه أحد فيشهد عليه (2).

ثانياً: دعوى الرهن المجهول:

دعوى الرهن المجهول تكون بدون ذكر قيمة المرهون، وهي صحيحة والقول في قيمته للمرتهن (3) فإذا ادعى على غيره أنه رهن عنده عين كذا ولم يذكر قيمتها سمعت هذه الدعوى ولو قال لا أدري قيمتها (4)، كأن يدعي أنه رهن عنده ثوبا، ولم يبين قيمته، وشهد الشهود بالمدعى به، ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه، جازت شهادتهم، والقول للمرتهن في أي ثوب كان (5) وهو مذهب الأحناف في المسألة.

فيحبس عندهم كل من الغاصب والمرتهن إلى أن يبين قيمة المغصوب والرهن، فيقضي القاضي عليهما بالقيمة، فيقدر القاضي حتى الحبس حسب الحاجة (6).

فالدعوى عندهم تصح بالمجهول في دعوى الرهن، ولا يلزم بيان قيمة المدعي به (7).

1_ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المزغيناني (ت593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د.ت.ط، 18/04.

2_ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص:359، بتصرف.

3_ علي قراعة، المرجع السابق، ص:08.

4_ محمد زيد الأبياني بك، المرجع السابق، ص:13.

5_ شمس الدين أحمد بن قودر قاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير المسماة نتائج الأفكار، في كشف الرموز والأسرار، على الهداية في شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ/1995م، 165/08.

6_ أحمد إبراهيم إبراهيم (ت1945هـ)، موجز في المرافعات الشرعية، المرجع السابق، ص:15.

7_ محمد أمين ابن عابدين (ت1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م، 94/06.

والمادة 1621 من مجلة الأحكام العدلية تنص على ذلك⁽¹⁾، والحق أنه لا يوجد وجه ظاهر لإعفاء المدعي في هذه الدعوى من تعريف مدعاه وتحرير دعواه، فالرهن عقد مشروع يتاح فيه للراهن أن يعرف ماله المرهون، وأن يشهد عليه، فليس له عذر في جهله بالمدعى به⁽²⁾.

ثالثاً: دعوى الإقرار بالمجهول:

وهي من الاستثناءات الفقهية الخاصة بالدعوى ومعلوماتها، إذ القول بحبس المقر بالمجهول إلى أن يبينه، دل في حد ذاته على صحة الدعوى بالمجهول، فالحبس يعكس حقيقة صحة هذا النوع من الدعوى.

فالمذاهب الأربعة على صحة دعوى الإقرار بالمجهول، وشد بعض الشافعية عن القول بذلك⁽³⁾ فدعوى الإقرار بحق مجهول صحيحة فلو ادعى على آخر أنه أقر له بحق ولم يوضح ذلك الحق صحت دعواه وكلف المقر بالبيان⁽⁴⁾.

رابعاً: دعوى إبراء المجهول:

إذا ادعى شخص على غيره أنه أبرأه من الدين الذي له عنده بدون تعيين قدره قبلت هذه الدعوى⁽⁵⁾ ويلزم من ذلك ألا يكون الحق معلوماً،

¹ يقول علي حيدر: "إذا سقط عن المدعي بيان قيمة المدعي به فالأولى أن يسقط ذلك عن الشهود، فهم بعيدين عن ممارسة ذلك المال، و عليه إذا ثبت الرهن المجهول بالشهادة، يجبر المدعي عليه على البيان"؛ درر الحكام، مرجع سابق، 194/04.

² محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 360.

³ محمد علاء الدين عابدين (ت1306هـ)، قرّة عيون الاختيار في تكملة رد المحتار، المطبعة العثمانية، 1327هـ، 380/01، محمد علي بن حسين، المرجع السابق، 116/04؛ أحمد بن حجر الهيثمي (ت972هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج على تحفة المحتاج، عبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، المطبعة الميمنية، مصر، ط: الثالثة، 1315هـ، 295/10، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، المغني، دار المنار، ط: الثالثة، 1367هـ، 84/09، وعن بعض الشافعية ومنهم القاضي ابن أبي الدم: "لا تسمع الدعوى مجهولة إلا في الإقرار والوصية، لأن الوصية بالشئ المجهول تصح...، أدب القضاء، ص: 145، وذلك قياساً على دعوى الوصية بالمجهول.

⁴ علي قراعة، الأصول القضائية، المرجع السابق، ص: 08.

⁵ محمد زيد الأبياني بك، المرجع السابق، ص: 17.

ولا تمنع الجهالة في الدين صحة الإبراء⁽¹⁾، فالإبراء العام عند الأحناف عند من قال بصحته لزمه أن يقول بصحة دعواه، أو بصحة الدفع به إذا اقتضى الأمر، وإلا لما كان للقول بصحته أي معنى⁽²⁾.

خامسا: دعوى الوصية المجهولة:

المذاهب الأربعة على صحة دعوى الوصية المجهولة:

1-المذهب الحنفي: على أن ادعاء المدعي بالقول أوصى لي فلان بجزء من ماله الفلاني، ولم يبين مقدار ذلك وأطالب الورثة أن يبينوه ويؤدوه لي، فدعواه صحيحة، فعلى الورثة ذلك، لأن الوصية لا تبطل بالجهالة، ويعود عليهم بيان المجهول⁽³⁾.

فدعوى الوصية بحق مجهول مقدارها صحيحة فلو ادعى أن فلانا أوصى له حال حياته بشيء من ماله ومات مصرا على ذلك ولم يوضح الشيء الموصى به صحت دعواه وعلى ورثة الموصي البيان⁽⁴⁾، وقبلت منه الدعوى وإن كان ما يدعيه مجهولا.

2-المذهب المالكي: قال القرافي: ثبت عن الشافعية صحة القضاء بالمجهول كثلث المال، والمال غير معلوم وصحة الملك في الإقرار بالمجهول، من غير حكم ويلزمه الحاكم بالتعيين، قال القرافي: "وقاله أصحابنا"⁽⁵⁾.

¹ _ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، (ت1252هـ)، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1386هـ، 410/07، و الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، 121/08، والشيرازي، المرجع سابق، 311/02. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، 465/04.

² _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 357.

³ _ محمد علاء الدين الحصكفي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م، 251/07، و انظر علي حيدر، مرجع سابق، 184/04.

⁴ _ علي قراعة، المرجع السابق، ص: 08.

⁵ _ القرافي، الفروق، المرجع السابق، 72/04، الفرق الحادي والثلاثون و المائتان.

3-المذهب الشافعي: جاء في أدب القاضي: "واعلم أن اصحابنا كلهم قالوا: ولا تصح الدعوى بالمجهول، ولا تسمع، واستثنى بعضهم الدعوى بالوصية فقط وبعضهم استثنى الوصية والاقرار"⁽¹⁾، وما ذلك إلا من القياس عندهم.

4-المذهب الحنبلي: الدعوى بما يصح وقوع العقد عليه مبهما؛ كالوصية في المبهم ونحوه، فإن الدعوى تصح به⁽²⁾.

وظاهر الامر أن الفقهاء أجازوا للشخص أن يوصي بما هو مجهول لمن يريد في الحدود المسموح بها شرعا فإن كان هذا حقا من حقوقه، فإن كمال هذا الحق يكون بحمايته، فكان لا بد من إجازة الدعوى بالوصية المجهولة، لإعطاء هذا الحق معناه الصحيح⁽³⁾. وتصح الدعوى بالمجهول في هذه المسائل الخمس لأمرين:

- أولهما: أن الشخص قد لا يعرف قيمة أمواله التي يرهنها أو تغتصب منه فلو كلفناه عند دعواها بيان قيمتها لتضرر فتسهيلا على الناس ومنعا من هذا الضرر أجزنا دعوى المغصوب والرهن بدون ذكر قيمة كل.
 - ثانيهما: أنه لما كان كل من الإبراء بالمجهول والوصية بالمجهول والإقرار بالمجهول جائز شرعا كان من الضروري إجازة الدعوى بهذه الأمور الثلاثة على هذه الصفة توصلا للحصول على الحق المدعى فيها. -انته-⁽⁴⁾
- فإذا نظرنا لسبب هذا الاستثناء وجدنا ظاهرا في الوصية والإبراء لأنهم نصوا على أن كلا منهما يصح بالمعلوم وبالمجهول فلو لم يميزوا صحة الدعوى بالمجهول فيهما لوجد التناقض في

¹ _ شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله، المرجع السابق، ص:143.

² _ أبو الفرج عبد الرحمان بن رجب (ت795م)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت، ط: الثانية، 1408هـ/1988م، ص:252.

³ _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص:375.

⁴ _ علي قراعة ، المرجع السابق، ص:08.

كلامهم⁽¹⁾، وأما الرهن والغصب فالاستثناء فيهما غير ظاهر ولذلك اختلفوا في السبب، فمن قائل إن السبب في ذلك أن الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة تضرر به⁽²⁾.
فتختلف شرط المعلوماتية لا يجبر المدعى عليه على الجواب، فلا حكم قضائي، وعلى المدعي تصحيح دعواه بتعريف كافي للمدعى به، وترتب على الدعوى أحكامها؛ فإن لم يكمل النقص ردت دعواه.

الفرع الثالث: دعاوى العقود:

يقول الإمام القرافي في الفرق الحادي والثلاثين والمائتين بين قاعدة الدعوى الصحيحة والدعوى الباطلة: "تسمع الدعوى عندنا في النكاح وإن لم يقل تزوجتها بولي وبرضاها بل يقول هي زوجتي فيكفيه، وقاله أبو حنيفة وقال الشافعي وابن حنبل لا تسمع حتى بولي وبرضاها وشاهدي عدل بخلاف دعوى المال وغيره، فظاهر عقود المسلمين الصحة فلا يحتاج إلى الشروط... " ⁽³⁾.
وجاء في تهذيب الفروق على هامش الفروق: "قولهم إن دعوى الشيء يتناول شروطه بدليل البيع، فكما لا يحتاج البيع في دعواه إلى الشروط كذلك النكاح لا يحتاج في دعواه إليها⁽⁴⁾".

أولاً: المذهب الحنفي:

يشترط الحنفية في دعوى العقود بيان شروط كل سبب، فلا بد من تعداد هذه الشروط لصحة الدعوى⁽⁵⁾.

1_ محمد زيد الأبياني بك ، مرجع سابق ، ص:17.

2_ المرجع نفسه.

3_ القرافي ، المرجع السابق، 73/04، بتصرف.

4_ محمد علي بن حسين ، المرجع السابق، 116/04.

5_ عبد الله بن أحمد النسفي (ت 710 هـ) وزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم (ت 970 هـ)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1333هـ، 195/07، علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، 186/04.

ثانيا: المذهب المالكي:

لم يشترط المالكية في دعوى العقد أي شرط، فظاهر عقود المسلمين عندهم الصحة، وتحمل الدعوى على الصحة دون ذكر الشروط؛ وقد تقدم الحديث عن المالكية لأن القرآني ذكر باقي المذاهب السنية في سياق الحديث عن العقد والشرط.

ثالثا: المذهب الشافعي:

يرى الشافعية على أنه وجه لا يشترط في صحة الدعوى بالبيع ذكر شروط صحته، كقوله: ابتعته منه ابتياعا صحيحا، انعقد بإيجاب وقبول، عن طواعية واختيار، على الصحيح من المذهب، وفيه وجه مخرج من النكاح، أنه لا بد في صحة الدعوى بالبيع من ذكر بشروطه وتفصيلها كالنكاح⁽¹⁾، ويحمله بعضهم على الاستحباب، ولكن أكثرهم حملوه على الوجوب⁽²⁾.

رابعا: المذهب الحنبلي:

ويذهبون إلى القول بوجوب ذكر الشروط في العقود قياسا على النكاح⁽³⁾، فإن ادعى المدعي عقدا سوى النكاح اعتبر ذكر شروطه كالنكاح، وهو أولى وأصح⁽⁴⁾ والغالب أنهم ألزموا بوجوب ذكر شروط العقد في الدعوى وهو الأصح والأولى عندهم.

الفرع الرابع: دعاوى الحق الأصلي ودعاوى الحيازة في الفقه الإسلامي:

أولا: دعاوى الحق الأصلي: ويطلب فيها الحكم بالحق الأصلي، وهي حقوق ثابتة فيها الملكية أو ما تفرع عنها من الحقوق كالارتفاق وغيره، ويكفي إثباتها بسندات الملكية.

ثانيا: دعاوى الحيازة: وفيها يطلب الحق بوضع اليد على العين محل الدعوى؛ والحيازة مصدر حاز الشيء إذا ضمه إلى نفسه،

¹ _ شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله، المرجع السابق، ص: 136.

² _ أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف أبادي الشيرازي (ت 476 هـ)، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 310/02.

³ _ عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت 682 هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع مع المغني، دار الكتاب العربي، بيروت 1392 هـ / 1972م، 438/11.

⁴ _ البهوتي، المرجع السابق، 346/06.

وهي اصطلاحاً وضع اليد على الشيء مع حرية التصرف فيه⁽¹⁾، فالحيازة في الشريعة الإسلامية هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه وهو مظهر من مظاهر الحيازة.

يقول الإمام القرافي: "اعلم أن اليد إنما تكون مرجحة إذا جهل أصلها أو علم أصلها بحق، أما إذا شهدت بينة أو علمنا نحن ذلك أنها بغصب أو عارية أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ملك فإنها لا تكون مرجحة البتة"⁽²⁾. فهي حسب النص السابق إما مشروعة وإما باطلة؛

إذ أن مجرد الحيازة لا ينقل الملك ولكن يدل عليه، فلا تنفع الملكية إلا من ادعاء الحائز الملكية، وجعل أصل مدخله، هل دخل وجه لا يقتضي نقل الملك، كالعارية⁽³⁾ والإسكان ونحوهما أم لا. أما إذا تحقق أن دخوله كان بشيء منها فلا تنفعه حيازته ولو طال جداً.⁽⁴⁾

1) أقسام الحيازة وشروطها في الفقه الإسلامي:

أ) أقسام وشروط الحيازة في الفقه الحنفي:

تنقسم الحيازة في الفقه الحنفي إلى ثلاثة أقسام⁽⁵⁾:

- يد يعلم أنها عالة باطلة، كيد المتهم بالسرقة على أموال يدعي ملكيتها، وهذه اليد لا تكسب حقاً وليست قرينة عليه.
- يد يعلم أنها محققة عادلة وكانت ثمرة تصرف شرعي، وهذه اليد هي الحيازة التي يحميها الشرع الإسلامي وهي دليل على الملك.

¹ _ محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 189.

² _ القرافي، الفروق، مصدر سابق، الفرق الرابع والثلاثون و المائتان، 78/04.

³ _ العارية: تملك المنافع بغير عوض. محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص: 300.

⁴ _ قاله ابراهيم بن فتوح العقيلي الغرناطي، كان من أحفظ الناس لمذهب مالك، ولد سنة(784هـ) وتوفي سنة(865هـ)، م حمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 149.

⁵ _ البهوتي، المرجع السابق، 442/06.

- يد لا يعرف مصدرها وهل هي يد مبطللة أو صحيحة، هذه اليد تعد قرينة على الملك ولا يكلف صاحبها بالإثبات. - إنته-

فالحيازة في الشريعة الإسلامية وإن لم تعتبر سببا للملك، فإنها تعد قرينة على الحق، ظاهرة تدل على وجوده لصاحبها فلا يكلف بالإثبات، على أنها تعد كذلك فيما لا يدخل في ملكية أحد، كالأراضي الموات⁽¹⁾ التي لا تدخل في ملكية أحد شرط إحيائها والقيام عليها قيام المالك الحريص على ملكه. أما وضع اليد على المملوك للغير مهما طال مدته فلا يعتبر سببا لكسب الملكية.

ب) أقسام وشروط الحيازة في الفقه المالكي:

كما تعتبر من الفروع الفقهية المبنية على العادة⁽²⁾، ويقضى بشهادة الحيازة على الملك، وجميع ما يذكر من شروط وهي سبعة⁽³⁾:

- الحوز، أي وضع اليد على الشيء المحوز.
- وأن ينسب إلى الحائز.
- وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.
- وأن تطول المدة⁽⁴⁾.

1_ الموات: ما لا حياة فيه، وهي أرض لا مالك لها ولا ينتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع. محمد رواس قلعه جي، المرجع نفسه، ص: 467.

2_ لأن الحائز يشهد له الأصل والعرف، فإن شهد الأصل والعرف لأحد المتداعين دون الآخر، فيكون الآخر هو المدعي قطعاً، فإذا شهد لهما معاً، أو اختلفا في ذلك، فما الحكم؟ أنظر الفقه المالكي في ثوبه الجديد، محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، ص 266،265،264/06.

3_ عن أحمد بن محمد عبد الله القلشاني، أخذ عن والده و ابن عرفة و له شرح على الرسالة، و شرح مختصر بن الحاجب من المالكية، تولى القضاء و توفي سنة 863هـ، محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية، مرجع سابق، ص:148.

4_ ولتحقيق الحال الشاهدة عرفاً للحائز، قسم الفقهاء الحائز إلى أجنبي وقريب غير شديد القرابة، وقريب جدا وأصهار، و جعلوا مدة الحيازة في الأجنبي 10 سنين، و جعلوا طول المدة في القرابة تفصيلاً وصل إلى حد القول بما زاد عن أربعين سنة، و قيل في حالات إلى ما تملك فيه البيئات و ينقطع فيه العلم، و ذلك يكون باختلاف صفة الحائز و درجة قرابته فالعادة قاضية بالتسامح مع الأقارب. محمد بوزغية، محقق الطريقة المرضية، محمد العزيز جعيط، مرجع سابق، ص:150،149، بتصرف. و انظر ضوابط طول مدة الحيازة بالتفصيل في المذهب المالكي، محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، أحمد الدردير، مع تقارير بهامشه لمحمد عليش، دار الفكر، د.ت.ط، 236،235،233/04.

- وألا ينازع المحوز عنه في تلك المدة.
- وأن يكون حاضرا عالما بالغاً رشيداً.
- لم يمنعه من القيام مانع. -إنته-

فدعوى دفع التعرض هي دعوى منع التعرض لأصل الحق سواء كان هو حق الملكية أو حق آخر متفرع عنه. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى المغصوب عقاراً كان أو منقولاً هي دعوى لاسترداد الحق المسلوب. (1)

فإن رفعت دعوى من دعاوى الحيازة على عين من الأعيان فإنه يجب النظر فيها من جميع جوانبها؛ وإذا أقام المدعي البينة على الحيازة وأقام المدعى عليه البينة على الملك، جعلت الملكية للمدعى عليه والحيازة أيضاً لأنها أثر للملك. أما إذا أقام مدعي الحيازة البينة على أن الحيازة قد انتقلت إليه بتصرف شرعي، حكم له بالحيازة في هذه الحالة (2).

فالحيازة والشروط الكثيرة التي ذكرها الفقهاء تعتبر نوع من الحجّة الشرعية الدالة على الملك لا يقف أمامها إلا إقرار الحائز بعدم أحقيته بالشيء المحوز، ولم تعتبر البينة، التي يقدمها المدعي على الحائز، واعتبرت قرينة الحيازة أقوى منها (3).

2) حماية الحيازة في الفقه الإسلامي:

إن الفقه الإسلامي على أن الحيازة كالحق الأصلي تحتاج للحماية ومن مظاهر تلك الحماية:

أ) دفع التعرض:

وذلك من خلال دعوى قضائية دفعا للتعرض والاستيلاء بالقوة، فيتقدم المدعي بين يدي القضاء طالبا منع التعرض وسواء على عقار أو منقول (4).

1_ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق 198/04.

2_ نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص: 314.

3_ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 239.

4_ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 04.

و ما ذلك إلا لحماية أي حق من الحقوق التي يتعرض صاحبها للتعدي من طرف الغير في عقار أو منقول أو حقوق تابعة لها عموماً، و منه حتى دعاوى منع الأشغال التي قد يتذرع المدعى عليه يوماً ما بأنها تقادمت، فجاز له مباشرة الدعوى لمنع تلك الأشغال كالنوافذ المطللة على دور الغير و ما شاكلها من أشغال، و حتى طلب إزالتها إن قامت بالفعل، فكل ما يشكل تعرضاً أو بداية تعرض أو قام التعرض فعلاً وجبت المطالبة بالإزالة من خلال دعوى تباشر من طرف المدعي ضد من أقامه أو سوف يقيمه مستقبلاً و يخشى من ادعائه تقادمه فتفوت الفرصة على المدعي.

وفي العموم دعوى دفع التعرض ووضع حد لتعد حال الحيازة ويتزامن مع رفع الدعوى، أما دعوى وقف الأشغال فنقام قصد سعي لعدم وقوع تلك الأشغال ورغم أنه ضرر محتمل.

(ب) استرداد الحيازة:

إذا سلبت الحيازة بالقوة أو الاحتيال، جاز للمحق أن يباشر دعوى للمطالبة باستعادة الحيازة ما أن يثبت أنه كان مستعيراً أو مستأجراً. ويقضى له بذلك وتسترد⁽¹⁾.

فهي دعوى يباشرها صاحبها حال التعدي اغتصاباً للعقار أو الحق العيني عموماً، ولا تشترط إلا الحيازة المادية أو وضع اليد في حالة هدوء دون منازع حيازة علنية يعلمها الكل.

ويكمن الفرق بين الدعاوى الثلاث دفع التعرض ومنع الأشغال ودعوى استرداد الحيازة في كون دعوى عدم التعرض أن التعدي فيها وقع حالاً ومتزامناً مع رفع الدعوى، أما دعوى استرداد الحيازة، فالحيازة فيها مادية ووضع اليد هادئ وعلني يعلمه الكل، أما دعوى منع الأشغال فتكون لمنع أشغال لم تقع بعد.

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط: الأولى، 1947م، 415/01.

فإذا ادعى طرفان ملك شيء فالمدعى به قد يكون في يد أحدهما، أو بيد واحد منهما، وقد يكون بيد طرف ثالث؛⁽¹⁾

- فإن كان المدعى به في يد أحدهما فهو المدعى عليه، وجانبه قوي، وتراعى مدة الحيازة في ذلك على ما ذكر سابقاً، إلا إذا أثبت المدعى أنه ما جاء الحوز في يد المدعى عليه إلا على سبيل الكراء، أو غيرها من المعاملات، وما لم يثبت المدعى يقضى للحائز مع يمينه، فإن نكل عن اليمين، كان اليمين على المدعي وحكم له به، فإن نكل هو، بقي الحوز بيد الحائز.⁽²⁾

- وقد يستويان في الدعوى بأن يكون كلاهما مدعياً ومدعى عليه وحالها بأن يكون المدعى به في يد كل واحد منهما، أولاً يكون المدعى به بيد أحد منهما؛ فعلى كل منهما أن يثبت حيازته وأولويته بذلك، والبينة العادلة مع اليمين على أن الشيء المحوز باقياً تحت يده إلى الآن، فإن تساوت البيتان⁽³⁾، عدالة قسم بينهما مع اليمين فإن حلف الواحد وامتنع الآخر، اختص بالمدعى به الحالف.⁽⁴⁾

¹ جلال الدين ابن عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد أبو الأجنان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م، 214/03.

² علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني مع حاشية العدوي لعلي الصعيدي العدوي المصري، مطبعة المدني القاهرة، ط: الأولى، 1407هـ/1987م، 134/04. بتصرف.

³ عند تساوي البيتان أو انعدامها فالقسمة حسب نص الأحاديث تكون بما روي عن أبي موسى الأشعري: "أن رجلين تعارضا، ادعيا بغيرا على عهد رسول الله ﷺ فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسمة بينهما نصفين". أخرجه أبو داود و النسائي و في رواية للنسائي: "أن رجلين اختصما إلى النبي في دابة ليس لواحد منهما بينة، فقضى بها بينهما". أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، و معه معالم السنن للخطابي، تعليق عزت عبید الدعاس، و عادل السيد، دار الحديث، الطبعة الأولى، 1389هـ/1970م. حديث رقم: 3613، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي. وأبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي(ت303هـ)، سنن النسائي، و معه شرح جلال الدين السيوطي، و حاشية السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م، حديث رقم: 5424، ترقيم عبد الفتاح أبو غدة.

⁴ صالح بن عبد السمیع الأبي الأزهری، جواهر الإكلیل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بیروت، د.ت.ط، 254/02. بتصرف، و انظر علي ابن خلف المنوفي، المرجع السابق، 134/04.

- فإن كان المدعى به في يد ثالث غير المتداعيين فلا يخلو من أن يدعيه لنفسه فيحلف والشيء يكون له. فإن أقر لغيره بالمدعى به مع يمينه، وتساوت البيتان، فيكون لمن يقر له الحائز بيمينه هو، فإذا لم يقر به لواحد منهما، ولا لغيرهما، وقد تساويا في البينة أو انعدمت، قسم بينهما⁽¹⁾.

على أن الحالات السابقة الذكر والمتعلقة بادعاء الحيابة وشرط ذلك وما يؤول له القضاء في ذلك والبيانات، وتساوي البيئات كله من خلال فقه المالكية والحال كذلك بالنسبة لباقي المذاهب فالكل ينطلق من أحاديث الرسول ﷺ المذكورة بالهامش وهي متعلقة بالحيابة التي يقع النزاع حولها ولا يقوم الدليل على مصدر قيامها، والحكم فيها يكون لصاحب البينة، أو للظاهر القوي، والذي يقوى بوضع اليد على العين، عقارا كان أم منقولا. وهو نهج فقهي إسلامي، فلا تفرقة بين المنقول والعقار في حماية الحيابة، لا لذاتها وإنما باعتبارها سلطة يمنحها الحق الأصلي⁽²⁾.

المطلب الثاني: تقسيمات الدعاوى وأنواعها في القانون:

الفرع الأول: من حيث التقسيم العام:

إذا كان نظام المرافعات التجارية والأنكحة وغيرها فهو الإجراء المدني، أما الجنائيات وما يلحق بها من الحدود والتعزيرات وما يتعلق بها، فلها نظام خاص يسمى نظام الإجراءات الجزائية⁽³⁾.

¹ _ علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني، المرجع نفسه، 134/04، أنظر محمد ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، 219/04.

² _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 254.

³ _ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، مكتبة العبيكات الرياض، ط: الثانية، 1429هـ/2008م، ص: 17.

وعليه تنقسم الدعاوى إلى قسمين رئيسيين⁽¹⁾:

أولاً: دعاوى عامة:

وتباشرها النيابة العامة لطلب توقيع العقاب على من يرتكب جريمة ما، وهذا النوع من الدعاوى فقد تكفل ببيان طبيعته وكيفية مباشرته قانون الاجراءات الجزائية.

ثانياً: دعاوى مدنية:

وهي التي تتعلق بأموال الشخص وحالته وقد تنشأ هذه الدعاوى عن ارتكاب جريمة، ويكون موضوعها المطالبة بتعويض أو رد الشيء المطلوب وعندئذ تقسم إلى دعاوى مدنية، ترفع للمحاكم الجنائية بطريقة التبعية للدعوى العامة، وهذه لا شأن لقانون المرافعات بتنظيمها.

ودعاوى مدنية، ترفع بطريق أصلية أمام القضاء المدني، وتخضع لقواعد قانون المرافعات واجراءاته. - انته-

الفرع الثاني: من حيث الصحة والفساد:

على أن الدعوى تنقسم إلى قسمين، دعوى صحيحة ودعوى فاسدة. والدعوى الصحيحة هي المستوفية شروط صحة الدعوى، وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها وسماع بينة المدعى إذا أنكرها المدعى عليه، ووجوب اليمين على المدعى عليه إذا عجز المدعى عن إثباتها وطلب تحليفه، ووجوب الحكم بالمدعى على المدعى عليه إذا نكل عن اليمين⁽²⁾.

والدعوى الفاسدة هي ما لم تستوف شرط صحة الدعوى وحكمها عدم وجوب الجواب على المدعى عليه عقبها، والقاضي لا يقبل من الدعاوى إلا الصحيحة ومن هذا يعلم أن تعريف الدعوى، هو تعريف الدعوى الصحيحة⁽³⁾،

¹ _ محمد العشماوي ، المرجع السابق ،ص:325.

² _علي قراة ، المرجع السابق ص:04.

³ _يقول عبد الله بن محمد الشامي: "و قد بسط القاضي الغزي المتوفى في (799هـ) القول في الدعوى الصحيحة فقد عقد لها فصلا في كتابه "أدب القضاء" (32) حشد فيه الكثير من المسائل التي تكون فيها الدعوى صحيحة و ما أظن أن أحدا غيره من العلماء قد سبقه في ذلك" نظام القضاء و المرافعات في الشريعة الإسلامية ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط: الأولى، 1420هـ/2000م ص:189.

فقط لا الدعوى بقسميها⁽¹⁾، فمتى وجدت الدعوى مستوفية جميع الشروط فاحكم بصحتها، ورتب عليها حكمها، ومتى وجدتها غير مستوفية لها فاحكم بفسادها فلا ترتب عليها الحكم⁽²⁾.

و من الدعاوى ما يوصف بالناقص ، لنقص في وصف الشيء المدعى كحدود العقار ، أو عدم تحديد مقدار الدين ، أو نقص في شرط من شروط النكاح مثلا ، ويمكن جبر ذلك و تعود الدعوى إلى ما كانت عليه من الصحة بعد سؤال القاضي و ضبط أسباب النقص⁽³⁾، فوصف الدعوى بالفاسدة من فقه الأحناف ، ووصفها بالناقصة من فقه الشافعية حسبما سبق ذكره و هو نفس الوصف تقريبا ، و يقابل الصحيح من الدعاوى الباطل منها فلا يترتب عليها أي أثر أصلا إن ثبت بطلانها ، فالدعوى بطلب تنفيذ عقد باطل فلا يسمع و لا يمكن إصلاحه ، فما بني على باطل فهو باطل .

الفرع الثالث: من حيث طبيعة الحق المتنازع عليه.

يغلب على الفقه قسمة الدعاوى حسب طبيعة الحق المتنازع عليه إلى دعوى شخصية ودعوى عينية وذلك تبعا للحقوق الشخصية العينية، ويضيف لها البعض الدعاوى المختلطة.

أولا: الدعاوى الشخصية.

وترمي هذه الدعاوى إلى حماية أو إلى تنفيذ حق شخص، في مواجهة من يترتب عليه هذا الحق، ويقصد بهذا المعنى الدعوى الشخصية تلك الدعوى المرفوعة بحق شخص مراد حمايته، ومن المعروف أن الحق الشخصي هو مجرد رابطة بين شخصيتين تجعل من أحدهما مدينا أو ملتزما بأن يؤدي عملا أو يمتنع عن عمل لصالح شخص آخر هو صاحب الحق أو الدائن.

¹ علي قراة ، المرجع السابق ، ص:04.

² محمد زيد الأيباني بك ، المرجع السابق ، ص: 19.

³ علي بن محمد بن حبيب البصري ، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994م، 44،45/13 بتصرف.

ومحل هذه الرابطة إما أداء عمل أو امتناع عن عمل أو التزام بإعطاء⁽¹⁾، ومثالها دعوى الدين، وتوجد الدعوى الشخصية فقط لصاحب الحق الشخصي ولخلفائه، ولهذا فإنها حتى لو تعلقت بشيء معين، فإنها لا تنتقل إلى من ينتقل إليه هذا الشيء إلا إذا أمكن اعتبار الدعوى من ملحقات الشيء تنتقل معه إلى الخلف⁽²⁾.

فالدعوى الشخصية ترمي إلى المطالبة بحق شخصي أي دين، ومفهوم الدين يتميز باتساع رقعته، بحيث عادة ما تدخل فيه جميع الحقوق التي لا يمكن تصنيفها في أصناف أخرى.

وهكذا اعتبر الاجتهاد قضايا حالة الاشخاص كدعوى شخصية ذلك أن التصنيف التقليدي لا يأخذ إلا بالدعوى المتعلقة بالحقوق المالية أو الذمة المالية دون الأخذ بالدعوى غير المالية أو غير المادية، كما أن طبيعة حق المستأجر ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ تصنف بأنها شخصية وكذا الدعوى البوليصية⁽³⁾. حماية مما يقوم به المدين من تحايل لتهريب أمواله وعلى الدائن إثبات ذلك.

إلا أنه يصعب حصر هذا النوع من الدعوى في قائمة نظرا لحرية الالتزام المعترف به لكل شخص، وتعتبر شخصية الدعوى المتعلقة بدين مهما كان محله، الدعوى التي يكون محلها واقعة أو

¹ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 91/02.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص: 81.

³ عبد السلام ذيب، ق.إ.م.إ.ج.ج، مرجع سابق، ص: 54، انظر قواعد الاختصاص الاقليمي، المواد 39 و 40 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري .

الدعوى البوليصية (**Action paulienne**): دعوى يباشرها الدائن من أجل حمايته من الافعال الاحتيالية التي يقوم بها المدين و التي تستهدف تهريب ما بقي من أصول أمواله، كقيام المدين بهبة، و يجب على الدائن أن يثبت أن ذلك الفعل قد يسبب له أضرارا و أن المدين قد قام بغش تجاهه. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، (مادة act) ص: 13، فتحي والي، مرجع سابق، ص: 83.

امتناعا تعتبر شخصية كالتى يكون محلها مبلغ مالي واعتبر القضاء الدعوى الناشئة عن عقد إيجار دعوى شخصية كدعوى المؤجر بفسخ عقد الإيجار لعدم دفع أجرة الإيجار (1).

فكل دعوى لا تدخل في فئة الدعوى العينية والدعوى المختلطة تعتبر حكما وعفوا من فئة الدعوى الشخصية، وعلى هذا تعتبر الدعوى المتعلقة بحالة الشخص أو المتعلقة بحقوق الأسرة، أو الملكية الأدبية، بمثابة دعوى شخصية (2).

ثانيا: الدعوى العينية.

وهي تلك التي يتمسك المدعي فيها بحق عيني، كالمطالبة بالملكية، أو الحيازة، أو بأن لعقاره حق ارتفاق على عقار جاره، أو بأن عقاره لا يتحمل حقوق ارتفاق، وأن ملكيته له خالية من أي قيد يقيدها والمطالبة بما يترتب على الرهن من حق الامتياز والحبس (3).

وقد تكون حقوقا عينية تبعية، لا تقوم بذاتها، وانما لابد أن تستند في وجودها على حق شخصي تضمن الوفاء به، ولذلك يطلق عليها التأمينات العينية، وهي حقوق الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، والاختصاص، والامتياز (4).

فتتعلق بالخصوص إلى المطالبة بحق عيني كالملكية وحق الارتفاق، وحق الانتفاع، والإيجار من أجل السكن والعارية ومساحة العقار والرهن العقاري (5).

- أهمية التفرقة بين الدعويين:

وتبدو أهمية التفرقة بين الدعوى الشخصية والدعوى العينية، فيمن ترفع عليه الدعوى، فالدعوى الشخصية لا ترفع إلا على الملتزم بالحق الشخصي لكون الحق الشخصي رابطة بين طرفين،

1_ محمد ابراهيمي ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص:40.

2_ أكرم حسن ياغي ، المرجع السابق ، ص:89.

3_ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص:327.

4_ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 92/02.

5_ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص:55.

أما الدعوى العينية فترفع على أي شخص تؤول إليه العين، لأن الحق العيني ينصب على عين بذاتها ومن ثم يتبعها أينما كانت⁽¹⁾.

فالدعوى شخصية إذا تعلقت بالتزام، وتمارس ضد عدد محدد من الأشخاص يقع على عاتقهم مقابل الالتزام، فلا ترفع الدعوى إلا على الطرف الآخر أو ورثته باعتبارهم خلفا عاما له، فهو رابطة بين شخصين أما العينية إذا مارسها صاحبها حول حق عيني وضد حائز الشيء موضوع الحق العيني، فهو سلطة على مال معين فترفع الدعوى على أي شخص يؤول إليه المال، فلا يشترط أن يرتبط برفع الدعوى أي رابط، وهو تقسيم تظهر فاعليته في تعيين المحاكم المختصة⁽²⁾، وفي تحديد من ترفع عليه الدعوى.

ثالثا: الدعاوى المختلطة.

أشار المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 39 من ق.إ.م.إ.ج صراحة إلى الدعاوى المختلطة بالقول: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

- في مواد الدعاوى المختلطة أمام الجهات القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الاموال".
فهي الدعاوى التي تستند في ذات الوقت إلى التزام شخصي و إلى حق عيني ناشئين عن مصدر واحد، و ترمي إلى الحكم بتنفيذ عقد أو بتصرف قانوني تفرغ شخص بمقتضاه إلى آخر عن ملكية عقار ، الدعاوى الرامية إلى ابطال أو فسخ عقد يتضمن نقل ملكية عقار ، الدعاوى المتعلقة بإيجار عقار⁽³⁾، و الواقع أن اصطلاح دعوى مختلطة اصطلاح منتقد، فإذا كانت الحقوق تنقسم إلى حقوق شخصية و حقوق عينية و ليس هناك ما يمكن تسميته بالحقوق المختلطة، فكذلك الدعاوى

¹ _ أحمد سيد الصاوي، المرجع السابق، ص: 223.

² _ لم يرد تحديد الإختصاص بموجب المادة 39 من ق.إ.م.إ.ج إلا على سبيل التوجيه، و لا يجوز للقاضي إثارة عدم الإختصاص تلقائيا فيما لم يثره أحد أطراف الخصومة، فإذا تقدم الخصم بدفع يتضمن عدم اختصاص الجهة القضائية، كان على القاضي الرد على هذا الدفع ، أما تحديد الاختصاص بموجب المادة 40 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، فهو يتميز استثناء بطابع الإلزام و للقاضي أن يثير عدم اختصاصه تلقائيا حتى و لو لم يثره أحد أطراف الخصومة، ذلك أن المشرع حدد الإختصاص في المواد التسعة التي تضمنتها فقرات المادة، مراعاة منه لاعتبارات تتعلق أساسا بحسن سير مرفق العدالة . عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص: 85 و 86.

³ _ عبده جميل غصوب، الوجيز في ق.إ.م، المرجع السابق، ص: 170 و 171.

التي تحميها، و إنما قد يلتجئ الشخص إلى القضاء رافعا في نفس الوقت دعويين: دعوى عينية ودعوى شخصية، فنكون بصدد دعويين مرفوعتين معا لا بصدد دعوى واحدة مختلطة⁽¹⁾.

فالدعوى المختلطة تستند إلى طلبين الأول عيني والثاني شخصي يترتبان عن عملية قانونية وحيدة، فمشتري عقار يتمتع بموجب عقد البيع الناقل للملكية حقا عينيا على العقار وحقا شخصيا يتمثل في الالتزام بتسليم العقار؛ ولتنفيذ العقد يتمتع المشتري بدعوى مختلطة بناء على الحقين اللذين يتمتع بهما⁽²⁾.

يشير نص المادة 39 من ق.إ.م.إ.ج في فقرته الأولى إلى عينات من النزاعات، والجهات القضائية التي يتعين عليها نظر هذه القضايا، بغض النظر عن مقر إقامة الأطراف؛ والمقصود بالأموال المختلطة (العقارات والمنقولات) أي أنه إذا تعلق الأمر بنزاع يتضمن عقارا ومنقولاً في آن واحد فإن الجهة المختصة وفقا لهذا النص هي المحكمة الواقعة في دائرة اختصاصها مقر الأموال⁽³⁾.

استثناء من القاعدة العامة للاختصاص الإقليمي التي يحدده فيها المشرع بموطن المدعى عليه فقد حددها المشرع بمكان آخر من خلال المادة المذكورة أعلاه، ومن بينها ما تعلق بالدعوى المختلطة، فالجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال وذلك في مواد تعويض الضرر عن جناية أو جنحة أو مخالفة أو فعل تقصيري ودعوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة أمام الجهة التي يقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار⁽⁴⁾.

فالمشرع قد خص الدعوى المختلطة بفقرة خاصة في المادة 39 وجعل لها استثناءات من القاعدة العامة المتمثلة في موطن المدعى عليه وحولها إلى مقر الأموال ليسهل بلوغ مرحلة الحكم وليتم الاقتصاد في الوقت وليختصر الاجراءات بجعل الاختصاص لأقرب محكمة وهي محكمة مقر الأموال كاختصاص محلي أو إقليمي.

1_ فتحي والي، المرجع السابق، ص:84.

2_ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص:55.

3_ سائح سنقوقة، المرجع السابق، 102/01.

4_ شويخة زينب، المرجع السابق، ص 117/01.

الفرع الرابع: تقسيم الدعاوى من حيث موضوع الحق المدعى به:

تنقسم الدعاوى باعتبار ما يرد الحق المطالب بحمايته فيها إلى دعاوى عقارية، ودعاوى منقولة وترد الأولى على الأموال الثابتة أي العقارات سواء كانت من المباني أو من الأراضي، وتتعلق الثانية بالدعاوى التي ترد على الأموال غير الثابتة، أي الأموال المنقولة، سواء كانت من المنقولات المادية، أو كانت حقوقاً في الذمة⁽¹⁾.

وهي التي يكون الهدف منها حماية مال منقول أو حق عيني وارد عليه، ومثلها الدعوى التي يرفعها مالك المنقول لاسترداده، أما العقارية حماية عقار أو حق عيني ورد عليه حق الملكية كالدعوى التي يرفعها مالك العقار على من اغتصبه منه⁽²⁾، ومن أمثلة الدعوى العقارية: الدعوى الرامية إلى حماية حق الملكية، ومن أمثلة الدعاوى المنقولة: الدعوى الرامية إلى المطالبة بدين أو شيء منقول؛ وإذا تم دمج الدعاوى المنقولة والعقارية مع الدعاوى الشخصية والعينية⁽³⁾ تتوصل إلى التصنيف الآتي:

1_ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 94/02.

2_ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص: 237.

3_ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص: 171.

أولاً: الدعوى العينية:

وتنقسم إلى عينية ومنقولة فتكون كالتالي:

1. دعوى عينية عقارية:

لحماية حق عيني على عقار، كدعوى استحقاق العقار⁽¹⁾، وتهدف إلى تثبيت حق الملكية والحقوق العينية الأخرى على العقار، كحقوق الانتفاع والتصرف والارتفاق⁽²⁾ ودعوى الحيازة.

2. دعوى عينية منقولة:

لحماية حق عيني على منقول، كاسترداد المنقول⁽³⁾ أو المطالبة به كدعوى استرداد المنقول الذي ضاع أو سرق⁽⁴⁾.

ثانياً: الدعوى الشخصية:

وتنقسم إلى عقارية ومنقولة وتكون كالتالي:

1) الدعوى الشخصية العقارية:

وهي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ويكون الغرض منها الحصول على عقار أو تقرير حق عيني عليه، كالدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل على البائع بطلب صحة التعاقد، حتى إذا حكم بصحة العقد، قام هذا الحكم بعد تسجيله مقام العقد، وهذه الدعوى شخصية لأن مشتري العقار بعقد غير مسجل يستند إلى حق شخصي هو التزام البائع بالقيام بنقل الملكية، وهي عقارية لكونها ترمي في النهاية إلى الحصول على ملكية العقار بعد تسجيل الحكم⁽⁵⁾.

¹ _ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص:85.

² _ عبده جميل غصوب، المرجع السابق ، ص:171.

³ _ فتحي والي ، المرجع السابق ، ص:85.

⁴ _ عبده جميل غصوب ، المرجع السابق، ص:171.

⁵ _ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق ، ص:224.

2) الدعى الشخصية المنقولة:

وهي الدعى التي تستند إلى حق شخصي ويكون الغرض منها الحصول على مال منقول، كالدعى التي ترفع بقصد إلزام المدعى عليه بتسليم منقول⁽¹⁾، كالدعى الرامية إلى تسليم غلة الأرض أو أثاث المنزل أو بدلات الإيجار⁽²⁾.

المبحث الثالث:

التمييز بين الدعاوى وتصنيفها في ق.إ.م.إ.ج:

المطلب الأول: التمييز بين الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية:

وبخصوص أهمية التمييز بين الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية من جانب أهلية التقاضي فإن المشرع اعتبر عموماً مباشرة الدعى المنقولة كعمل من أعمال الإدارة، في حين أن مباشرة الدعاوى العقارية اعتبرها كعقد تصرف، فإذا كان بإمكان الولي التصرف في منقولات القاصر بمفرده، كأن يرفع الدعى المنقولة باسم القاصر، فإن مباشرة الدعى العقارية مرهوناً باستئذان القاضي⁽³⁾.

كما تظهر أهمية تقسيم الدعاوى إلى عينية وشخصية ومنقولة من حيث الاختصاص المحلي:

- فالدعاوى المنقولة سواء كانت شخصية أو عينية تختص بها المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه، طبقاً للقاعدة العامة في الإختصاص المحلي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

¹ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 224.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص: 171.

³ محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص: 43، وعلق بالقول: "خفف قانون الاسرة من أهمية التمييز بين مباشرة الدعى المنقولة ومباشرة الدعى العقارية من طرف الولي، حفاظاً على مصالح القاصر، المادة 87 من القانون 11/84 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ألزمت الولي استئذان القاضي حتى في بعض التصرفات المتعلقة بمنقولات القاصر كبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، و استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة .. -انته-

- أما الدعوى العينية العقارية فتختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار على أساس أنها المحكمة الاقرب إلى العقار محل المنازعة.

- وبالنسبة للدعوى الشخصية العقارية تختص بها إما المحكمة التي يقع في دائرتها أو التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه⁽¹⁾. غير أن الانتقاد لحق الدعوى الشخصية العقارية من حيث وجودها فعلا، حيث أن الدعوى الشخصية لا تكون إلا منقولة، اعتبارا بأن محلها دائما هو رابطة قانونية بين شخصين؛ وطالما كانت كذلك فهي ليست محسوسة ولا تعتبر عقارا لذلك والقاعدة أن الأشياء التي لا تعتبر عقارا تعتبر من المنقولات⁽²⁾.

وإشارة لأنواع الدعوى السالفة الذكر في ق.إ.م.إ. يرى البعض أن خلط الألفاظ ظاهر بوضوح كما التي استعملها المشرع لتعريف أنواع الدعوى، إذ أن القانون لا يفرق بين منقول وشخصي، وبين عيني وعقاري؛ فعبارة "دعوى منقولة" يعني بها أحيانا "دعوى شخصية منقولة" وعبارة "دعوى عقارية" "دعوى عينية عقارية" فلقد اعتبرت كل دعوى منقولة كأنها شخصية لأنه يكون كذلك في أغلب الأحيان، وأن كل دعوى عقارية هي دعوى عينية وذلك كون هذه الحالة العادية⁽³⁾.

1_ أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق ، ص:225، أنظر المواد 39 و 40 من ق.إ.م.إ.ج.

2_ محمود محمد هاشم ، المرجع السابق، ص:95.

3_ محمد ابراهيمي، للوجيز في ق.إ.م. ، ص:43 و 44 إشارة إلى المواد 02 و 08 من القانون 154/66 الملغى و المتضمن

ق.إ.م.إ.ج.

المطلب الثاني: تصنيف الدعاوى العينية العقارية:

وهو تصنيف لا يكون إلا داخل الدعاوى العينية العقارية، وينقسم إلى دعاوى ملكية⁽¹⁾ Actions pétitoires ، ودعاوى حيازة Actions possessoires⁽²⁾ وتهدف الأولى إلى حماية حق عيني على عقار، كحق الملكية والانتفاع والارتفاق، و دعاوى الحيازة إلى حماية حيازة الحقوق العينية المذكورة، و تمارس من قبل حائز المال غير المنقول⁽³⁾.

فدعاوى الملكية أو دعاوى الحق هي التي تتعلق بحق عيني على عقار سواء بتقريره أو نفيه، أما دعاوى الحيازة فيقصد بها الدعاوى التي تحمي حيازة الحق العيني، فهي لا تحمي حقا موضوعيا، وإنما مركز قانوني واقعي هو وضع اليد، لذلك خصها المشرع بقواعد خاصة⁽⁴⁾.

الفرع الأول: دعاوى الملكية في القانون:

فدعاوى الملكية هي التي ترمي إلى حماية أصل حق الملكية العقارية، أما دعاوى الحيازة، فهي التي تحمي الحيازة الظاهرة فحسب ولا تتعلق بأصل الملكية أو الحق العيني⁽⁵⁾.
وتكمن أهمية التفرقة بين الدعويين في خضوع دعوى الحيازة إلى نظام خاص، بينما تدخل دعوى الملكية ضمن النظام العادي للدعوى⁽⁶⁾.

وفي مجال المنقولات، المادة 835 من القانون المدني تحول دون التمييز بين الحيازة والملكية إذ تنص أنه من حاز بسند صحيح منقولا يصبح مالكا له⁽⁷⁾.

¹ _ تطلق عليها بعض القوانين العربية تسمية " دعوى الحق " كالقانون المصري ، و القانون السوري.

² _ ابتسام القرام ، المرجع السابق ، ص:13 و14 (مادة act).

³ _ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص:93.

⁴ _ عبد التواب مبارك، المرجع السابق ، ص:239.

⁵ _ عبد الكريم الطالب ، المرجع السابق، ص:155.

⁶ _ عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص:56.

⁷ _ محمد ابراهيمي ، المرجع السابق، ص:45.

وليس هناك ما يضاف بالنسبة لدراسة دعوى الحق، إذ هي تخضع للقواعد العامة للدعوى كما أسلفنا، أما دعوى الحيازة فلأنها تحمي مجرد مركز قانوني ولخضوعها لبعض القواعد الخاصة فإنها تستدعي دراسة خاصة (1).

الفرع الثاني: دعوى الحيازة في القانون.

أولاً: شروط قيام دعوى الحيازة في القانون:

لقيام الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القوانين الوضعية يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

- وضع اليد.
 - التصرف في الشيء تصرف المالك.
 - تسمية الشيء الى المتصرف.
 - استمرار الحيازة مدة طويلة دون انقطاع.
 - عدم وجود منازعة في الحيازة.
 - ألا يكون وضع اليد لسبب غير مشروع. - إنتهـ (2)
- ولا نقصد الحيازة المجردة من نية التملك كحيازة الوكيل أو المستأجر والمستعير والمرتهن والحارس والخادم فهي حيازة عرضية. (3)

1_ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 87.

2_ محمد بن معجوز المرغرابي، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي و التقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط: الاولى، 1990، ص: 313.

3_ محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977م، ص: 60.

1) العنصر المادي للحيازة:

على أن تكون حيازة قانونية أي شرعية، وأن تكون مستوفية لشرائطها، بأن يتوفر عنصراها المادي بالسيطرة على الشيء محل الحيازة، وبقيام الحائز بكل الأعمال المادية التي يقوم بها صاحب الحق عادة، كزراعة الأرض وقد يقوم بها بواسطة مساعديه. (1)

2) العنصر المعنوي للحيازة:

فالحائز وهو يقوم بالأعمال المادية المكونة للعنصر المادي بنية أنه صاحب الحق على العقار محل الحيازة، أي مالكا له فهو يظهر بمظهر المالك صاحب الحق العيني عليه. (2)

ثانيا: دعوى الحيازة في القانون الجزائري:

وقد نظم المشرع الجزائري دعوى الحيازة على غرار باقي القوانين العربية فهي إما دعوى منع تعرض والذي لم يبلغ درجة سلب الحيازة، وتتولى المحكمة إزالة آثاره أو نفي حق المتعرض في العمل الذي قام به، أو دعوى استرداد الحيازة، وقد بلغ حد سلب الحيازة وتقوم باستردادها أو دعوى وقف الأعمال الجديدة وهي حالة يفترض وجود تهديد بحصول تعرض للحيازة ويراد بها توقي الاعتداء قبل وقوعه.

وهو ما أكد عليه القانون المدني الجزائري⁽³⁾، وتشترك الدعاوى المذكورة في بعض القواعد كما تنفرد واحدة منها بقواعد خاصة، فهي تشترك في آجال رفع الدعوى، (817 ق.م) المحددة

¹ _ فتحي والي، المرجع السابق، ص:95.

² _ أحمد مسلم، قانون القضاء المدني المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966م، ص:73.

³ - القانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، في مواده على التالي المذكور سابقا: 820-817-821. وقد أشار المشرع الجزائري في القانون المذكور للحيازة من المادة 808 الى 343 كسبا وانتقلا وزوالا وحماية وآثارا وتقادما مكسبا وتملكا للمنقول بالحيازة، كما أشار المشرع لدعاوى الحيازة في الشق الإجرائي المدني من خلال المادة 524، إلى المادة 530 متعلقة بإجراءات رفع دعاوى الحيازة و الفصل فيها.

بسنة على أن يكون وضع يد هادئ ومستمر على ألا يكون جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية لما فيه من التناقض⁽¹⁾. أما القواعد الخاصة بكل واحدة من الدعاوى المذكورة:

1) دعوى عدم التعرض:

المهم في هذه الدعوى أن يكون حالاً أو متزامناً مع رفع الدعوى.

2) دعوى الاسترداد:

وتستعمل هذه الدعوى في حالة التعدي واغتصاب الحق العقار أو الحق العيني منه عنوة أو بالإكراه، وذلك يمس الأمن العام فممارسة الدعوى لا يشترط فيها إلا الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ والعلمي على خلاف دعوى عدم التعرض ودعوى وقف الأشغال.

3) دعوى وقف الأشغال:

خلافاً لدعوى عدم التعرض فالتعدي لم يقع بعد، بل يتعلق الأمر بالسعي، قصد عدم وقوعه، فالمثل التقليدي هو في مادة البناء عندما يتبين أن من شرع فيه سيتعدى حتماً على حيازة من يقوم بالدعوى ويكفي في هذه الحالة التمسك بالضرر المحتمل. -انته-⁽²⁾.

ثالثاً: نطاق القاعدة بالنسبة للقاضي:

إذا رفعت إلى القاضي دعوى الحيازة يتقيد بما يلي:

- 1) يقتصر على نظر مسألة الحيازة دون التعرض لأصل الحق، فالقانون يحمي الحيازة لذاتها.
- 2) يبيّن حكمه على أساس توافر شروط الحيازة وأوصافها وليس على أساس ثبوت الحق.
- 3) لا يجوز له قبول أية أدلة أو مستندات يراد بها إثبات الحق أو نفيه، ولا يبيّن حكمه بناء على هذه الأدلة أو المستندات. -انته-⁽³⁾.

1- عبد السلام ذيب ، المرجع السابق، ص 56-57.

2- المرجع نفسه ، ص 58-59.

3- عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص 261 بتصرف.

والرأي السائد أن جميع الدعاوى لا تخرج عن كونها شخصية أو عينية، منقولة أو عقارية، باعتبار أن الحق المتنازع فيه إما أن يكون شخصياً أو عينياً، وأن الشيء المطالب به، إما أن يكون منقولاً أو عقارياً، ولكن هذا التقسيم لا يعتبر شاملاً لكل أنواع الدعاوى فمنها ما تعلق بالحالة، أو التي موضوعها الحصول على دليل اثبات، كدعوى اثبات الحالة أو دعوى التزوير المدنية.⁽¹⁾

¹ - محمد العشماوي، المرجع السابق، ص 326، بتصرف.

الفصل الثاني

الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الأول: مفهوم الاختصاص في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثاني: درجات التقاضي في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثالث: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

تمهيد:

الاختصاص القضائي من الأسس المفصلية في القضاء في الإسلام، إذ به يعرف مدى حدود سلطة القاضي في الفصل في القضايا و الخصومات، فكان و لا زال من أهم موضوعات القضاء في الفقه الإسلامي، و انشغال الفقه به عموماً، لكن و على غرار الدعوى و الخصومة، لم يفرد الفقه الإسلامي للاختصاص مصنفات خاصة، و ما ذلك إلا لأن سلطة القضاء كانت مبسطة لا حدود لها في الشرع، و تتسع و تضيق مرتبطة بالزمان و ملاساته، و الأمكنة و ما يسودها من ظروف مصاحبة، كتعداد السكان، و نوع المنازعات، و طبيعة الخصومات، و ذم الناس و وظائفهم، و أجناسهم، و دينهم، و غيرها.

ولأجله ظهرت أهمية الاختصاص في الدراسات الحديثة بعدما تعددت المحاكم و تنوعت، و تباعدت المسافات، و كثر القضاة، و الممارسون في الوقت الواحد، و في المحكمة الواحدة، مما حتم تفرد كل منهم بمهام، فصلا في الخصومات أو إحقاق الحقوق لأصحابها.

المبحث الأول

مفهوم الاختصاص في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.الجزائري.

وعليه يتعلق الإختصاص بتحديد القضايا التي تباشر المحكمة وظيفة القضاء بشأنها من بين القضايا التي تدخل في ولاية جهة القضاء التي تتبعها. فالإختصاص يحد من ولاية المحكمة بسبب وجود محاكم أخرى تتبع نفس الجهة⁽¹⁾، وهو من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقاً لمعايير النوع والموقع الإقليمي فعنصر الإختصاص يشكل مفتاح كل دعوى⁽²⁾، على أن دائرة البحث في نظرية الإختصاص، وكنتيجة

¹ _ فتحي والي، الوسيط، المرجع السابق، ص:225.

² _ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص:74.

لتعدد جهات القضاء، قد ضاقت وتبسطت بعد اقتصار النظام القضائي على جهتين: القضاء العادي والقضاء الإداري⁽¹⁾ بدرجاتهما.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في اللغة والاصطلاح الفقهي الإسلامي.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي في اللغة.

يقال اختصه؛ أفرده دون غيره. ويقال اختص فلان بالأمر، وتخصّص له إذا انفرد، وخص غيره واختصه بالشيء⁽²⁾.

قال تعالى: ﴿يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ﴾
سورة آل عمران، الآية 74.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في اصطلاح الفقه الإسلامي.

يرتبط المعنى الاصطلاحي بشكل مباشر بالمعنى اللغوي ويشق منه على أن لا ارتباط للمعنى الاصطلاحي بالقضاء في الفقه الإسلامي، إذ أن المسمى لم يستعمل الا حديثا ومرتبطا بالقضاء، فالاختصاص هو الانفراد؛ فيقال انفرد الشخص بالشيء دون غيره من الناس، أي انفرد الشخص بالشيء واقتصره عليه دون غيره من الأشياء⁽³⁾.

وهو اصطلاح ارتبط بالقضاء في العصور المتأخرة وهو ثابت في الفقه الاسلامي عمليا ودون المسمى السابق وهو الاختصاص.

المطلب الثاني: القضاء والاختصاص على العهد النبوي الأول.

يوصف عهد النبوة بخير القرون بسبب نقاء الدم، وقوة الوازع الديني، مما نتج عنه قلة الخصومات بين الناس، وقد يعود ذلك أيضا لمحدودية رقعة الدولة وقلة رعاياها بالمعنى المراد اليوم، إلا أن تفصيل النصوص فيه الضالة والمقصود.

1 _ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص: 145.

2 _ ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، عن مطبعة بولاق، القاهرة، 1308هـ، 290/08.

3 _ محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص: 49.

فقد بعث النبي ﷺ حذيفة ابن اليمان (1) ليقتضي بين قوم في خصّ كان بينهم، فقتضى حذيفة للذين يليهم القمط (2)، فلما رجع النبي ﷺ أخبره، فقال: "أصببت وأحسنيت" (3). فاختص النبي ﷺ حذيفة بالفصل قضاءً في الخصومة المعينة دون غيره من الصحابة على كثرتهم ومكانتهم، إنها ملامح فكرة الإختصاص القضائي الأولى إذ خصص النص بالزمان و بالمكان وبالأشخاص و أحياناً بالحادثة، وقد يختصه بالقيمة.

لقد ولي النبي ﷺ كلا من معاذ وعلي، وأبي موسى الأشعري، على اليمن بأقاليمه المتعددة، وما ذلك إلا بدايات ارساء فكرة الإختصاص القضائي بالمكان وغيره. وعلى عهد الخلفاء، وعهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه خصوصاً، تبلورت فكرة الاختصاص القضائي بعد اتساع رقعة الدولة، وازدياد عدد رعاياها. فقد ثبت في رواية لابن سيرين (4) قال: "كان لا يُقضى في دم دون أمير المؤمنين" (5) ويقصد عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛

1_ هو حذيفة ابن اليمان حسل بن جابر العبسي، صاحب السر، منعه و أباه شهود بدر استحلاف المشركين لهم، توفي (سنة 36هـ)، أعلمه رسول الله ﷺ بما كان و ما يكون إلى يوم القيامة من الفتن و الحوادث و كان صاحب سره، و له مئة حديث. الإمام الذهبي (ت747هـ)، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، تحقيق عزت علي عيد عطية، وموسى محمد علي الموشي، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ط: الأولى، 1392هـ/1972م، 210/01.

2_ من مفردات الحديث الخص: وهو البيت من قصب محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص: 196؛ والقمط ما يشد به الأخصاص، ومنه معاهد القمط. محمد بن ابي بكر الرازي (ت666هـ)، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ، مادة (خص) ص: 169، ومادة (قمط) ص: 491.

3_ الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه باب الرجلان يدعيان في خص حديث رقم: 2343. محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (ت 273هـ)، سنن بن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، 1373هـ.

4_ هو ابو بكر محمد بن سيرين الأنصاري، من كبار التابعين وأئمتهم ولد في خلافة عثمان رضي الله عنه، سكن البصرة (110هـ)، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت747هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ، 606/06، رقم: 246.

5_ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت235هـ)، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار التاج، بيروت، ط: الأولى، 1409هـ، باب الدم يقضي فيه الأمراء، 453/05.

وما ذلك إلا تخصيص بالنوع المعين من القضايا حيث اختص أمير المؤمنين نفسه كقاض أول في الدولة بالقضاء في الدماء والأنفس لأهميتها في شرع الله ولخطورتها على المجتمع واستقراره، وهي بدايات ظهور الاختصاص النوعي بالمعنى الحديث.

وقد ثبت عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال للسائب بن يزيد (1):

"أكفني صغار الأمور"، فكان يقضي في الدرهم والدرهمين (2).

وما ذلك إلا من الإختصاص القيمي وهو من النوعي بالمعنى المتداول

في المادة الوضعية اليوم.

إنها الإرهاصات الأولى لفكرة الاختصاص القضائي بالمعاني والمصطلحات الحديثة والمتداولة

في القانون موضوعيا واجرائيا، وكذا بين فقهاء القانون.

حيث أن جهات التقاضي في الفقه الإسلامي تعني أن يكون القضاة على اختصاصات

متعددة، تحدد بالمكان والزمان والنوع، فلا يقضي القاضي في غيرها.

¹ _ السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة بن الأسود، ولد سنة (02هـ)، استعمله عمر على سوق المدينة، وهو آخر من مات من الصحابة. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ، 22/03، رقم: 3084.

² _ محمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع (ت 306 هـ)، أخبار القضاة، دار عالم الكتب، بيروت، د.ت.ط، 105/01.

وكل محكمة تختص بقضايا معينة فهي بين قضاء عادي⁽¹⁾ وقضاء المظالم⁽²⁾ (القضاء

الإداري).

المطلب الثالث: مفهوم الاختصاص القضائي في ق.إ.م.إ.ج.

يقصد بالاختصاص في نظر بعض الفقه الوضعي صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة

عليها⁽³⁾، ويعرفه البعض الآخر انطلاقاً من خلال علاقته بالولاية القضائية بالقول:

" إذ كانت الولاية تعني سلطة الحكم بمقتضى القانون الممنوحة لكافة محاكم الدولة أي لجميع

أعضاء السلطة القضائية التي تقابل سلطتي التشريع والتنفيذ في الدولة، فإن الاختصاص هو نصيب

كل محكمة من هذه الولاية، إذ ينتج عن تجزئة ولاية القضاء نظراً لاستحالة أن تمارس محكمة واحدة

فقط هذه الولاية في الدولة كلها، أن تختص كل محكمة من المحاكم المختلفة بنصيب معين من ولاية

القضاء"⁽⁴⁾. في سير الدعوى القضائية ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه

¹ _ وهي صاحبة الولاية العامة في مجال القضاء، فهي التي تفصل في المسائل المدنية والتجارية، والأحوال الشخصية، والحدود والقصاص، وتنفيذ الوصايا وحماية القصر وأموالهم. عبد الرحمان بن عبد العزيز القاسم، النظام القضائي الإسلامي مقارناً بالنظم القضائية الوضعية، نشر جامعة الملك سعود، الرياض، ط: الأولى، 1393هـ، ص: 604.

² _ ويشبهه في طبيعة عمله محاكم القضاء الإداري ومحاكم مجلس الدولة، ويعد أصلاً للنظر في أعمال الولاية والحكام ورجال الدولة، وهي جهة قضائية مستقلة بذاتها وعن القضاء العادي. أحمد محمد لطفي، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط: الأولى، 2007م، ص: 28.

³ _ René Morel , traité élémentaire de procédure Civile , Paris , 2^{eme} Ed. 1949. n^o 194, P:177

⁴ _ أحمد المليجي ، الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 م، ص: 447.

وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي، إذ يقال بأن معيار التقييم لرجل القانون يعتمد على معرفته بالإجراءات التي يشكل الاختصاص عنصراها الأساسي.

فعنصر الإختصاص يشكل مفتاح كل دعوى، إذا وضع في قفل الباب المناسب، فتح المدخل وتم البدء في مناقشة الموضوع، أما إذا أخطأ القفل فلا حديث عن الخصومة لأن أول ما ينظر فيه القاضي شمول ولايته في الخصومة.⁽¹⁾

المبحث الثاني

درجات التقاضي في الفقه الاسلامي وق.إ.م.إ.الجزائري.

المطلب الأول: درجات التقاضي في الفقه الاسلامي.

وهو مبدأ مقرر في الفقه الإسلامي، إذ إن استئناف الدعوى أمام قاضي أعلى درجة اعتراضا من المحكوم عليه على ما صدر ضده من حكم قضائي من تلك الدرجة. ويقصد بذلك أن يكون من حق المتداعين في طلب نظر الدعوى في محكمة ثانية أعلى درجة من الأولى للنظر في الحكم لتأييده أو تحكيم بغيره⁽²⁾.

قال الله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (78) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ (79)﴾، سورة الأنبياء الآيات: 78-79.

فقد قضى داود لصاحب الغنم بغنم التي افسدته، فقصد الرعاة سليمان، فقال: لعل لحكم غير هذا فقال لأبيه أي رأيت ما هو أرفق بالجميع، فقال: ما هو؟ قال: أن تدفع الغنم لصاحب

¹ _ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 74.

² _ محمد عبد الرحمان البكر، السلطة القضائية و شخصية التقاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، ط: الأولى، 1408هـ، ص: 251.

الحرث لينتفع بها، وتدفع الحرث لصاحب الغنم، ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه. فقال داود: وفقت يا بني، لا يقطع الله فهمك. وقضى بينهما بما قضى به سليمان، فأثنى الله على سليمان ولم يذم داود⁽¹⁾ فلولا هذه الآية لرأيت القضاة قد هلكوا، ولكنه تعالى أثنى على سليمان بصوابه، وعذر داود باجتهاده، وقد اختلف العلماء في المجتهدين في الفروع إذا اختلفوا، هل الحق في قول واحد منهم غير معين أم جميع أقوالهم حق؟⁽²⁾

ولما ثبت روايته عن رسول الله ﷺ قال: "كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن احدهما، فقالت لصاحبتهما: "إنما ذهب بابنك"، وقالت الأخرى: "إنما ذهب بابنك"، فتحاكما إلى داود فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود وأخبرتا. فقال: "أئتوني بالسكين أشقه بينكما". فقالت الصغرى: "لا تفعل، يرحمك الله هو ابنها". فقضى به للصغرى⁽³⁾. فقبرينة الحال قضى بالابن للصغرى، وهي التي خشيت عليه، وكان ذلك من سليمان نقضا لقضاء داود بل قضى بعكسه تماما، وهذا اعتراض على حكم أثمر عدم تأييد الحكم الأول، ونتج عنه قضاء جديد وموفق أثمر بقبرينة الحال على أن الطفل ابن للتي خشيت عليه بقوة عاطفة الأمومة التي دفعتها لأن تتنازل عن حقها في البنوة حفاظا على حياة الطفل.⁽⁴⁾

¹ _ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، تعليق محمد كريم راجح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية، 1406هـ/1986م، 269/03.

² _ اسماعيل بن كثير (ت 774 هـ)، مختصر تفسير بن كثير، تحقيق: محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، ط: السابعة، 1402هـ/1981م، 516/02.

³ _ أبو محمد بن عبد الله ابن العربي (ت 543 هـ) أحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الأولى، 1425هـ/2004م، 192/03.

⁴ _ اخرجه البخاري في كتاب الفرائض(85) باب (30) إذا ادعت المرأة ابنا، حديث رقم: 6769، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 56/12، عن أبي هريرة رضي الله عنه. مختار صالح، إثبات الحقوق بالقرائن في الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تحت إشراف الدكتور سعيد فكرة، مكتبة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة بتاريخ 30 جوان 2001م.

ومنه حديث عن قضاء علي بن أبي طالب رضي الله عنه في مسألة الزبية⁽¹⁾ حين احتفر قوم بئرا فسقط فيه رجل وتعلق به آخر ... إلى الرابع فسقطوا جميعا، فماتوا، ففضى بديات مختلفة، فقصوا على رسول الله ﷺ، فقال: " هو ما قضى بينكم"⁽²⁾.

ذاك تأييد الرسول ﷺ لحكم قاضيه باليمن إنه استئناف الدعاوى الجائر أمام درجة أعلى، إذ لم يرض المحكوم عليه بالقضاء الأول.

فتحري الحق، والسعي لإصابة الحكم الصواب، ليس فيه منقصة لأي درجة من درجات التقاضي، بل هو احقاق للحق لأصحابه بإعادة النظر بعد عرض البيّنات، وهو ما يحمل القضاة على تحري الصواب وتدقيق النظر، مما فيه بذل الجهد لتسيب الأحكام مما يطمئن النفوس بالرضا بأحكام القضاء، فيستتب الأمن بالعدل، وذاك أساس الملك واستمرار الدول، ويتدارك كل من فاتته فرصة دفع أو بينة ليستكملها، وهو عين الحق المفتقد.

المطلب الثاني: درجات التقاضي في القانون وق.إ.م.إ. الجزائري

مبدأ التقاضي في القانون الجزائري يقوم على درجتين، ما لم تنص القوانين الجزائرية على غير ذلك، عبارة صريحها جاء بنص المادة 06 من ق.إ.م.إ.ج، وذلك بين المحكمة والمجلس وفقا للتنظيم المعمول به في الجزائر.

وما مقصد المشرع الجزائري من اقرار نظام التقاضي على درجتين إلا عرض النزاع مجددا على مستوى الدرجة الثانية لتفصل فيه بكل حياد وموضوعية وكأن الأمر يتعلق بخصام جديد لم يسبق الفصل فيه.⁽³⁾

إن معظم التشريعات المقارنة تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين كما أن أغلبهم يورد بعض الاستثناءات كأن يجعل المشرع الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى نهائيا غير قابل للاستئناف

¹ _ الزبية: حفرة تحفر في موضع عال ليقع فيها الأسد، أو يوضع فيها. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص:248.

² _ اخرجه أحمد بن حنبل في مسنده في كتاب القتل والجنايات والدماء، أحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي (ت 1378هـ)، الفتح الرباني لترتيب مسند ابن حنبل الشيباني دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1396م، 58/16.

³ _عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، ط: الأولى، 2003م، ص: 24.

مثل الدعاوى التي تكون قيمتها ضئيلة، أو مراعاة لظروف إنسانية مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للمنازعات الفردية في العمل وفيها يقتصر التقاضي على درجة واحدة.⁽¹⁾

فالنزاع يطرح أمام محكمة الدرجة الأولى ومتى لم تصب شكلا أو موضوعا، أو لم يقتنع أي من أطراف الدعوى بمحتوى الحكم لأي سبب من الأسباب سعى صاحب المصلحة الى نقله الى الدرجة الثانية، أي المجلس وفي بعض القضايا كما ذكر سابقا قد يقتصر التقاضي على درجة واحدة وهي القضايا ذات قيم أو نزاعات معينة.⁽²⁾

إنها مبادئ كرستها الشريعة الاسلامية من خلال النصوص السابقة الذكر، والفقه والقضاء الاسلامي أقر ذلك إحقاق للحقوق وتيسيرا على الناس في نزاعاتهم وخصوماتهم وتجسيدهم للعدل.

المطلب الثالث: مكان القضاء في الفقه الإسلامي

إن أول من اتخذ دارا خاصة للقضاء في الإسلام هو الخليفة عثمان بن عفان، و التي عرفت فيما بعد بالمحكمة⁽³⁾، و ما ذلك كله إلا مشتقات من الدور الذي يؤدي فيه هذا المكان، فهو دار عدل أو دار قضاء، أو دار حكم و محكمة، أو دار فصل في المنازعات، فالأصل أن لا مشاحة في الاصطلاح، و لا ضرورة للحديث عن حق السبق و التلاخي بين الاختصاصات إذا السبق ثابت بالزمان بداية ثم بتعقيدهاته و عدد الرعايا و المواطنين و هما كفيلا بالحكم على ذلك و حتميته، فالمسجد شكل مكانا للقضاء على عهد رسول الله ﷺ فلا غرابة فيه، فالخصومات محدودة حتى بفعل خير القرون إذا الذمم ليست على ما هي عليه اليوم، كما أن ترامي أطراف الدولة بعد الفتوحات جعل القضاء في كل إقليم على حدى، فذلك كله متروك للزمان و ملابساته؛

¹ عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص: 24.

² سائح سنقوقة، المرجع السابق، 01/ 33. أشارت المادة 34 من ق.إ.م.إ الجزائر الى قابلية كل الأحكام للاستئناف دون أن يذكر المشرع الحالات الاستثنائية التي لا تقبل فيها المنازعة أي طريق للطعن كما هو مبين في قانون الاسرة بالنسبة لفك الرابطة الزوجية والتسريح التأديبي بالنسبة للمنازعات الفردية للعمل، عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص: 81.

³ محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، د.ت.ط، ص: 26.

صح عن وكيع القاضي⁽¹⁾، أن أبا سفيان الحميري⁽²⁾ عن أبيه أنه كتب معه كتابا إلى القاضي ابن أبي ليلى⁽³⁾، قال: "فلقيته على باب عيسى بن موسى⁽⁴⁾، فدفعت إليه الكتاب؛ فلم يقبله، فقلت ليس هو في الحكم إنما هو وصلك به، قال: لا أقبله إلا في مجلس الحكم⁽⁵⁾، فثبت من تصرفات القاضي ابن أبي ليلى أن الأحكام تنقيد بمجالس الحكم والقضاء، خشية التهمة وضبطا للأموال بمكانها وزمانها، إنها هيبة القضاء ومكانته على العهود الأولى وهو ما يجب أن يكون عليه القضاء والقضاة اليوم.

جاء في المادة 1801 من مجلة الأحكام العدلية: "والحاكم المنسوب على أن يحكم في محكمة معينة بحكم في تلك المحكمة فقط، وليس له أن يحكم في محل آخر". فتعقيدات الإدارة القضائية للدعوى والحكم وتنفيذ الأحكام، ووثائقها ورسومها وكثرة النزاعات والخصومات وعدد الرعايا واتساع رقعة الدول تحتم أن يتحدد القضاء بالمحكمة ودور القضاء ولا مجال للحديث عن قضاء المساجد فالزمان غير الزمان.

¹ هو أبو بكر بن محمد بن خلف بن حيان بن صدقة الضبي البغدادي الملقب بوكيع القاضي، باحث ولي القضاء بالأهواز ببغداد، توفي سنة 306هـ، له عدة مصنفات منها: أخبار القضاة وتواريخهم، يعرف بطبقات القضاة من ثلاثة مجلدات، وكتاب الطريق في أخبار البلدان ومسالك الطرق ولم يتمه، وغيرها... من مقدمة كتاب أخبار القضاة، لو كيع، دار عالم الكتب، بيروت، د.ت.ط. مقدمة الكتاب المذكور.

² سعيد بن يحيى بن مهدي بن عبد الرحمن بن أبي سفيان الحميري، ولد (112هـ/ت 202هـ) كان عالما زاهدا من العلماء، شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، المرجع السابق، 432/09.

³ محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي، (ولد بعد سنة 70هـ/148هـ)، من قضاة الكوفة وأئمتهم أثناء خلافة الوليد بن يزيد الأموي، يكافء أبو حنيفة في فقهه، المرجع نفسه، 31/06.

⁴ عيسى بن موسى بن محمد بن علي بن عبد الله بن العباس أبو موسى الهاشمي، جعل ولي العهد بعد المنصور فتحايل عليه المنصور وقدم عليه لولاية العهد المهدي، المرجع نفسه، 434/07.

⁵ محمد بن خلف بن حيان الملقب بوكيع، أخبار القضاة، المرجع نفسه، 310/03، نسخة مصورة من طرف عالم الكتب، بيروت، عن النسخة الأصلية المحققة من طرف عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط: الأولى، 1366هـ/1947م.

المبحث الثالث

أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.الجزائري

المطلب الأول: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الإختصاص الولائي في الفقه الإسلامي:

وهو الذي عرفه الإسلام في القضاء منذ أن قامت الولاية القضائية في الإسلام، وكان رسول الله ﷺ أول من أقام قاعدة ذلك الاختصاص القضائي، وبارشه بنفسه (1) ويعرف الاختصاص الولائي على أنه نصيب كل جهة قضائية من جهات التقاضي من ولاية القضاء (2) وهو أهم أنواع الاختصاصات القضائية، لأنه يشملها، إذا أن في كل جهة قضائية ينقسم الاختصاص القضائي إلى نوعي ومكاني وزماني.

أولاً: أنواع الاختصاصات الولائية.

ويعتبر هذا النوع الأوسع في الممارسة القضائية من حيث الاختصاصات والأعمال، وهم القضاة الذين ينظرون في المنازعات، واستيفاء الحقوق بثبوت الولاية، نظر الأوقاف تنفيذ الوصايا، تزويج الأيامي، إقامة الحدود، المحافظة على المرافق (العمومية)، تصفح الشهود، ما تعلق بالتوبة، على أن الاختصاصات السابقة الذكر تشمل ما يطلق عليه اليوم بالاختصاصات القضائية، أو الاختصاصات الولائية (3).

ويجمعها في الفقه الإسلامي الاختصاصات الولائية الآتية:

1. ولاية القضاء العادي (الشرعي).

¹ _ عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، القواعد الإجرائية في المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، ط: الأولى، 1413هـ، ص:98.

² _ فؤاد عبد المنعم أحمد والحسين علي غيم، المرجع السابق، ص:115.

³ _ سليمان بن محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط:1972م، ص:492.

2. ولاية القضاء الإداري (قضاء المظالم).

3. ولاية قضاء الحسبة.

4. ولاية قضاء العسكر.

وتندرج جميع الاختصاصات القضائية ضمنها، بناء على توزيع الاختصاص النوعي⁽¹⁾، ويقصد به في الفقه الإسلامي، مالا يتحقق إلا بتعدد القضاة في المدينة الواحدة أو البلد الواحد، ومن هنا يلجأ ولي الأمر لتخصيص كل منهم بنوع من الخصومات والمنازعات، وما هو إلا اختصاص القاضي بنوع معين من القضايا كالمعاملات المدنية، وأحكام الأسرة، والإدارية والتجارية، والجنائية وغيرها، تسهيلا لأعمال القضاة والخصوم فتوزع أعمال القضاة موضوعا، أو قيمة، أو حسب الأشخاص للتحقق سرعة الفصل في المنازعات.

ثانيا: معايير الاختصاص النوعي: ويحدد الإختصاص النوعي عند الفقهاء بمعايير معينة⁽²⁾:

1. ذكر أنواع الاختصاص بذكر الموضوعات التي يحق للقاضي الفصل فيها، فلا يحق له النظر في غيرها.

2. يتحدد بقيمة الدعوى التي ينظر فيها وهو الكمي أو القيمي فلا ينظر إلا فيما حدد له.

3. بذكر أشخاص الخصومة، فلا ينظر إلا في الخصومات التي تحدث بين من قصر نظره عليهم دون غيرهم. - إنته -

الفرع الثاني: الاختصاص الموضوعي في الفقه الإسلامي:

إن موضوع القضاء له أهميته الخاصة لاتصاله بحياة الناس، فعلى كل من يشتغل به من العلماء و القضاة الميدانيين أن يستقصوا قدر طاقتهم الآراء التي تناولتها الأقلام على شتى الثقافات، فقد بسط الفقهاء كلامهم في ذلك مفرقا في أثناء حديثهم عن القضاء و اختصاصات القضاة، الأمر الذي يحتم تتبع أقوالهم ووضعها في قالب فقهي جديد، من خلال النظر في الكتب الفقهية التي

¹ - فؤاد عبد المنعم أحمد و الحسين علي غيم، المرجع السابق، ص:115.

² - أحمد بن محمد المليجي، المرجع السابق، ص:167، بتصرف.

تناولت القضاء عموماً، وكتب القضاء منها على وجه الخصوص فيها توجد أحكام متعلقة بالنظام القضائي، و لوحظ أن فيها من يستخدم لفظ التقييد للمكان و المذهب و لفظ التخصيص للأحكام⁽¹⁾.

إن تحديد الاختصاص النوعي بمعيار الموضوع الذي سينظر فيه القاضي، هو عينه الاختصاص النوعي⁽²⁾.

فالمالكية على أن للإمام أن يعين قاضيين أو أكثر، يحكم كل قاض منهم بنوع من أنواع الفقه⁽³⁾؛ كقاضي الأنكحة، وما يتعلق بها، وقاضي الشرطة، وقاضي المياه، وهذا بناء على أن ولاية القضاء تنعقد عامة وخاصة⁽⁴⁾ وذلك بالقول في الشرح: "وعليه يجوز للإمام الأعظم أن ينصب قاضيين أو أكثر، كل منهم يحكم بنوع من أنواع الفقه؛ كقاضي الأنكحة وما يتعلق بها، وما أشبه ذلك".

فبين قاض يحكم في الأنكحة والأحوال الشخصية، وقاض يحكم في الميراث والأوقاف، وآخر يحكم في البيوع والمعاملات، وآخر يحكم في الحدود والجنايات، ولكل شأن من شؤون المعاملات الخاصة بالمسلمين وغيرهم من الرعايا قاضياً يحكم ويفصل حسب الحاجة والضرورة التي يملها الحق والعدل من منطلق النصوص والممارسات القضائية السابقة.

¹ _ عبد الله بن محمد الشامي، المرجع السابق، ص: 14.

² _ أحمد بن محمد المليجي، المرجع السابق، ص: 167، بتصرف.

³ _ يقول عبد الله بن محمد الشامي: "إن التقييد المذهبي في القضاء يثبط الهمم ويضعف مسار التشريع لا سيما وأنه يجعل القائمين على القضاء لا ينهلون من معارف المذاهب الأخرى و لا يسيرون نحو طريق الاجتهاد الفاتح لها مما لم يرد به نص في التشريع الإسلامي". المرجع السابق، ص: 241.

⁴ _ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، ط: الأولى، 1318هـ، 144/07.

وعن الشافعية جواز أن يجعل الإمام لأحد القضاة في حق، وإلى آخر في حق آخر⁽¹⁾، ويقصد القضاء في الموضوع المعين.

وعن الحنابلة يجوز أن يولي من له الولاية قاضيين فأكثر في بلد واحد، ويجعل لكل واحد منهما عملاً، كأن يجعل لأحد القضاة الحكم بين الناس، والآخر عقود الأنكحة، ومنه تولية القاضي الواحد⁽²⁾.

فظاهر الأمر من النصوص السابقة أن لا غرابة في الفقه الإسلامي في قضية اختصاص القاضي بنظر الدعوى المعينة، فلا يقضي القاضي في غير ما حدد له، ولا نفاذ لحكمه إذا قضى في قضية أخرى، ويكفي لذلك أن يحيط بما نصب له علماً ودون غيره.

جاء في المغني: "يجوز للإمام أن يولي قاضيين وثلاثة، في بلد واحد، ويجعل لكل واحد عملاً؛ فيولي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المدائيات والآخر ينظر في العقار"⁽³⁾. فنحن أمام اختصاص قضاء المناكحات، والمدائيات، والنظر في العقار، وقضاء الأحداث⁽⁴⁾ يراد به الجرائم الكبرى الخطيرة التي تقع في المجتمع وتهدد الأمن والاستقرار، وكذا قاضي السوق، وقاضي الجراح، وقاضي البر، وقاضي المياه، وغيرها من الاختصاصات النوعية التي تخص ذكره.

¹ أبو إسحاق إبراهيم بن يوسف الشيرازي (ت376هـ)، المهذب في فقه الشافعية، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط: الأولى، 1417هـ، 474/05.

² منصور بن يونس الحنبلي (ت1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ، 292/06.

³ موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح بن محمد الحلوة، مطبعة هجر، القاهرة، ط: الأولى، 1410هـ، 90/14، و مثله في الأحكام السلطانية والولاية الدينية، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي (ت450هـ)، تحقيق خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، د.ت.ط، ص: 142.

⁴ لفظ الأحداث يرتبط بالمعنى اللغوي وهو الأمر الحادث المنكر الذي ليس بمعتاد ولا معروف، ومنه أحداث الدهر، ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 436/04. صح عن النبي ﷺ قوله: "المدينة حرام من كذا وكذا، لا يقطع شجرها، ولا يحدث فيها حدث، من أحدث فيها حدثاً فعليه لعنة الله، والملائكة والناس أجمعين". رواه مسلم في كتاب الحج، حديث رقم: (1366) فضائل المدينة، صحيح مسلم بشرح النووي. مسلم بن الحجاج القشيري (ت261هـ) بشرح أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق: وهبة الزحيلي، دار الخير، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ، 495/09.

الفرع الثالث: الاختصاص القيمي في الفقه الإسلامي.

جاز لولي الأمر قصر ولاية القاضي على مقدار معين من المال، لا يقضي فيما يزيد عنه، وذلك بقصر ولاية القضاء على المنازعات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين من المال⁽¹⁾، لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه للسائب بن يزيد حديث سابق: "اكفني صغار الأمور"، فكان يقضي في الدرهم و الدرهمين⁽²⁾ فإذا قلد الحاكم القاضي النظر في نصاب مقدار بمئتي درهم، فنظر فيهما بين خصمين، جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا القدر، و ثالثة، و كان يبين الشريكين أربعمئة درهم، فأراد أن ينظر فيها جاز، إذا كانت دعوى الشريكين متفرقة، و لم يجز إذا كانت دعواهما واحدة، و إذا أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائتا درهم، جاز، إلا عن النهي، تغليبا لحكم التقدير دون الجنس⁽³⁾.

فيجوز على الظاهر في الفقه الإسلامي تخصيص قاضي بمقدار، و آخر بمقدار قد يزيد عنه، و المفاهيم تتطور حسب الزمان و المكان و تطور العمران و قيمة الأشياء المتداولة، و هي تركت في الأصل تقديرا لوعاء الزمان الذي وضعت فيه.

¹ _ محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية و شخصية القاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، القاهرة، ط: الأولى، 1408هـ، ص: 520.

² _ سبق ذكره، أنظر الصفحة 100.

³ _ أبو الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي (ت 450 هـ)، أدب القاضي محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ، 174/01.

الفرع الرابع: الاختصاص بالنظر لأشخاص الخصومة في الفقه الإسلامي:

وذلك بأن يخصص ولي الأمر في الدولة ولاية القضاء بالأشخاص المتخاصمين، على اختلاف طبقات الناس أو جنسهم أو وظائفهم، كالأحداث سنا، أو الرجال، والنساء⁽¹⁾ منفصلين، أو أهل الذمة دون غيرهم، أو الأجانب دون المواطنين، أو اختص ببلد أو قوم دون غيرهم.

وأدلته في السنة والسيرة النبوية كثيرة منها:

ما رواه معقل بن يسار المزني⁽²⁾ رضي الله عنه، قال: أمرني رسول الله أن أقضي بين قومي، فقلت: "ما أحسن القضاء!"، قال: "افصل بينهم"، فقلت: "ما أحسن الفصل!"، فقال: "اقض بينهم، فإن الله تبارك وتعالى مع القاضي ما لم يخف عمدا"⁽³⁾.

ففي أشخاص محدودين ومعينين ولي النبي ﷺ معقل بن يسار قاضيا فيما يخص خصوماتهم و دون غيره من القضاة الذين كان يعينهم في الناس و قد تم التخصيص بأشخاص الخصومة. فيجوز تولية قاضيين ببلد على أن يختص كل واحد منهما بناحية من البلد، أو نوع من المحكوم فيه، بأن هذه الولاية يصح التخصيص فيها، واستثنى في ولايته ألا يحكم رجل معين صح

¹ _ جاء في مغني المحتاج: " ما لو ولي الإمام قاضيا يحكم بين الرجال، وآخر يحكم بين النساء... و قس بهذا ما يشبهه...". شمس الدين محمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت 997 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ، 296/06.

² _ هو معقل بن يسار المزني، قال عنه الذهبي (ت 748 هـ)، حديبي (أي أسلم قبل الحديبية)، عنه روى الحسن ومعاوية بن قرة، بقي إلى آخر دولة معاوية، من كتاب الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، مرجع سابق، 163/03. شهد بيعة الرضوان، سكن البصرة بعد فتحها في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإليه ينسب نهر معقل الذي بها. أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت 463 هـ) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي بن محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط: الأولى، 1412هـ، 1432/03.

³ _ الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده في كتاب القضاء، أحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي (ت 1378 هـ)، الفتح الرباني لترتيب مسند ابن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الثانية، 1396هـ، 211/15 وما يليها.

ذلك⁽¹⁾. فلولي الأمر أن يعين قاضيا ليحكم في قبيلة بني فلان فحسب، أو بين فلان أو فلان، أو على أن يحكم على فلان، فتصح هذه الولاية⁽²⁾.

فيختص قاض العسكر مثلا بالنظر في القضايا التي تثور بين الجند، ولا ولاية له على المدنيين، أو في حالة وجود جندي في حالة نزاع مع طرف ليس من الجند، والمدعى عليه جندي، وموطنه موطن قاض الجند⁽³⁾. ومنها قضاء الأحداث وما تعلق بهم مدنيا وجزائيا وأحكام ذلك في الفقه والقضاء الإسلامي على خصوصية قضاء الأحداث. وهي من التخصيص بالنظر لأشخاص الخصومة، وهو هنا ما تعلق بالعسكر وهي اختصاصات كانت ولا زالت سائدة.

الفرع الخامس: الاختصاص الإقليمي في الفقه الإسلامي

أولا: ضوابط الاختصاص الإقليمي في الفقه الإسلامي.

والاختصاص الإقليمي هو الإختصاص المحلي أو المكاني، وما ذلك إلا بأن يخصص ولي الأمر من ولاه القضاء بأن يحكم في دائرة معينة، فلا يجوز أن يحكم في غيرها⁽⁴⁾. وهو تخصيص القضاء بالمكان تسيرا على الناس، والتخفيف على القضاة والمحاكم.

جاء في الفرق الثالث والعشرين والمائتين بين قاعدة ما ينفذ من أحكام تصرفات الولاية والقضاة وبين قاعدة ما لا ينفذ: "إن صحة تصرف القضاة إنما يستفاد من عقد الولاية، وعقد الولاية إنما يتناول منصبا معيناً وبلداً معيناً، فكان معزولاً عما عداه لا ينفذ فيه حكمه، قال القرافي: وقاله أبو حنيفة والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وأضاف وعلمت فيه خلافاً."⁽⁵⁾

¹ _ محمد بن عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، ضبط وتخرّيج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 98/08.

² _ محمد بشير الشقيقة، المرجع السابق، 115/06.

³ _ أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي ابن الشحنة (ت 882 هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام و بهامشه معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين بن أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت 844 هـ)، مطبعة الحلبي، مصر، ط: الثانية، 1393 هـ، ص: 222.

⁴ _ أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (ت 450 هـ)، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد: 1391 هـ، 155/01.

⁵ _ القرافي، الفروق وبهامشه تهذيب الفروق، مرجع سابق، 40/04، وقد أعلن فيه الإجماع في المذاهب السننية الأربعة في المسألة.

فالإجماع من هذا النص معلن في الفروق للإمام القرافي وهو على تفصيل في المذاهب السنية
الباقية كآلآتي في الهامش (1).

صح أن رسول الله ﷺ بعث أبا موسى الأشعري (2)، ومعاذ بن جبل (3) رضي الله عنهما إلى
اليمن، كل واحد منهما على مخالاف واليمن مخالافان، ثم قال: "يسرا ولا تعسرا، وبشرا ولا تنفرا".
فانطلق كل واحد منهما إلى عمله (4).

وفي الحديث الدليل على تخصيص عمل القضاة بالمكان تخصيصا لكل منهما من طرف
رسول الله ﷺ بناحية معينة من اليمين ودون الآخر، وفي تبصرة الحكام أن تحديد الإختصاص المكاني
للقاضي شرط في صحة توليته: "ولا تتم الولاية إلا بثلاثة شروط ومنها ذكر البلد الذي عقدت عليه
الولاية، ليطمئن عن غيره (5)".

1_ أنظر محمد أمين بن عابدين (ت1202هـ)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، 419/05،
وهو مذهب الحنفية في المسألة. وأنظر: الماوردي الشافعي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص: 141. وأنظر: ابن قدامة
المقديسي، المرجع السابق، 14/89.

2_ عبد الله قيس بن سليم أبو موسى الأشعري، وليّ زيد و عدن باليمن للنبي ﷺ ووليّ الكوفة و البصرة لعمر رضي الله عنه،
روى عنه بنوه أبو بكر و أبو بردة و ابراهيم و موسى، مناقبه مشهورة، توفي سنة 44 يخلف. الذهبي، المرجع السابق، 119/02.
3_ هو معاذ بن جبل الخزرجي؛ من نجباء الصحابة روى عنه الحديث عبد الرحمان بن غنم ومسروق وكثير بن مرة، تولى بعضا
من قضاء اليمن، انظر الذهبي، المرجع السابق، 153/03.

4_ الحديث أخرجه البخاري في كتاب المغازي حديث رقم حديث رقم: 4341، و4342. أبو عبد الله محمد بن اسماعيل
المتوفى (ت252هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ) تحقيق محمد
فؤاد عبد الباقي؛ دار الريان للتراث، القاهرة، ط: الثانية، 1409هـ، 657/07.

5_ برهان الدين بن أبي البقاء ابراهيم بن فرحون المالكي (ت799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام،
تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1416هـ، 20/01.

وفي روضة القضاة للسمناني⁽¹⁾ قوله: "فإن عين موضع الولاية ولم يعين الناس، وكان له أن يحكم على كل من في الموضع الذي وليه"⁽²⁾.

وفي الشرح الكبير: "جاز للإمام نصب قاض متعدد، يستقل كل واحد بناحية يحكم فيها بجميع أحكام الفقه بحيث لا يتوقف حكم واحد منهم على حكم آخر كقاض كذا، وقاض كذا"⁽³⁾، وراح يسرد المناطق في مصر.

وفي الحاوي الكبير للماوردي: "ويجوز أن يكون التقليد عاما ومخصوصا، ويكون القضاء عندها مقصورا بولاية على الجانب الذي قلده الإمام، سواء كان للجانب الآخر أو لم يكن"⁽⁴⁾.

وفي المغني لابن قدامة: "ويجوز أن يولي قاضيا عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من سكانه"⁽⁵⁾.

فلا يجوز له أبدا أن يقضي في غير حدود عمله المكاني، لأن ولايته للقضاء وقعت مخصوصة بالقضاء في مكان محدد، وإذا حكم في غيره خالف شرط التولية، فهو في غير موضع عمله كأبي واحد من الرعية"⁽⁶⁾.

¹ _هو علي بن محمد بن أحمد أبو القاسم الرحي المعروف بابن أحمد السمناني ، ولد برحبة مالك بين حلب وقرقيسية بسوريا، (ت 499 هـ / 1105م) ، من فقهاء الحنفية ، من آثاره روضة القضاة وطريق النجاة ، وأدب القاضي . خير الدين الزركلي، موسوعة الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الخامسة . 2002م ، 449/2.

² _أبو القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني الحنفي(ت444هـ) روضة القضاة و طريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الثانية، 1404هـ/1984م، 73/01.

³ _أبو البركات أحمد الدردير (ت1201هـ/1787م)، الشرح الكبير مطبوع بhamش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بيروت، د.ت.ط، 134/04. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، ط: الأولى، 1404هـ/1984م، 281/08.

⁴ _أبو الحسن علي ابن محمد ابن حبيب الماوردي(ت450هـ/1085م)، الحاوي الكبير، تحقيق محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994م، 65/20.

⁵ _أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة(ت630هـ/1232م)، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 481/11.

⁶ _أبو اسحاق ابراهيم بن يوسف بن علي الشيرازي(ت376هـ) المهذب، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار القلم دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ، 477/05.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي بين المدعي والمدعى عليه (التنازع) في الفقه الإسلامي.

بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الإقليمي في الفقه الإسلامي، وجب التمييز بين مذهبين في المسألة، أحدهما يرى (1) أن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يكون فيه مكان المدعي، إذ هو الذي ينشئ الخصومة فيجب أن يعطي الحق في أن يختار القاضي الذي يريده، وذلك إذا كان في البلد الذي يتبعه أكثر من قاض، والرأي الثاني (2) و يرى أن العبرة لقول المدعى عليه و اختياره دون النظر إلى مكانه، إذ الأصل براءة ذمته و الأصل مراعاة ذلك في اختياره.

وجاء في البحر الرائق: "ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة، ف وقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة، والآخر من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك، اختلف فيها أبو يوسف ومحمد بن الحسن (3) والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه" (4). وهو القول الراجح عند الحنفية إذ العبرة في ذلك لمكان المدعى عليه لاختياره.

1 _ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، 132/01.

2 _ أبو الوليد ابراهيم بن أبي اليمن بن الشحنة (ت882هـ-1477م) لسان الحكام في معرفة الحكام، مع معين الحكام للطرابلسي، دار الفكر بيروت، د.ت.ط، ص:222، وهو قول لصاحب أبي حنيفة النعمان وهو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (113-183هـ). أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي (ت1101هـ/1689م)، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، د.ت.ط، 380/04. منصور بن يونس، البهوتي (1051هـ/1641م)، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 262/06.

3 _ محمد زيد الأبياني بك، المرجع السابق، ص:22، 23.

4 _ زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن نجم (ت 970هـ/1562م)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط، 193/07.

والخلاف يزول ولا يبقى له أثر إذا تعدد القضاة، وكان كل منهم مأذونا بالقضاء على من يحضر إليه، وليس مختصا بمكان معين، فيكون الاختيار للمدعي فيطلبه عند أي قاض يريد، ولا فائدة من اعتبار الأمر للمدعي أو المدعى عليه حينها، بينما يرى البعض الآخر أن العلة موجودة، والحكم يدور مع علته لذا فإن الاعتبار في تلك الحالة لمكان المدعى عليه⁽¹⁾.

فظاهر النصوص السابقة أن العبرة بمكان المدعى عليه وتوحيد العبرة بذلك، والأصل أن لا اختيار لا للمدعي ولا للمدعى عليه وضابط المسألة مكان المدعى عليه أو موطنه وهو ما يوافق القوانين الوضعية، إذ أن القاعدة العامة في الاختصاص الاقليمي أو المحلي أو المكاني للقضاء هي موطن المدعى عليه، وهو ما عليه ق.إ.م.إ.ج في مواد: 37، 38، 39.

ثالثا: القاضي المختص بنظر الدعوى نوعيا وإقليميا عند المالكية.

واختلفت المالكية في تحديد القاضي المختص بنظر الدعوى إن تعدد القضاة والبلاد:

1. في دعوى الدين: يختار مدعي الدين من يشاء من القضاة إذا كان البلد واحد والقضاة

مستقلين بالنظر في جميع الدعاوى، وحين اختلاف البلاد، للمدعي أن يتعلق بخصمه في أي

مكان يجده فيه، والقصد موطن المدعى عليه.⁽²⁾

وهو ما وافق رأي محمد أبي الحسن الشيباني من الحنفية، ويشكل أساسا القاعدة العامة في

القوانين الوضعية اليوم من اعتبار المحكمة المختصة اقليميا هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن

المدعى عليه.

2. وفي دعوى العين يشير المذهب المالكي إلى حالتين:

¹ _ محمد أمين بن عمر بن عابدين (ت 1252هـ / 1836م)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1992م، 542/05.

² _ الخرشبي، المرجع السابق، 174/07. الخطاب، المرجع السابق، 146/06.

- إذا كان المتدعيان في بلدين مختلفين ويخضعان لولاية نفس القاضي، ترفع الدعوى في بلد المدعي أو المدعى عليه، وسواء كان المدعى به في محل أحدهما أو لم يكن. (1)
 - فإن كان المدعيان في ولاية قاضٍ مختلف عن الآخر ففي المسألة رأيان:
 - ترفع الدعوى حيث المدعى عليه ولا عبء لا بموطن المدعي ولا المدعى به، وهو مشهور مذهب مالك (2).
 - ورأي يذهب إلى القول بأن الدعوى ترفع إلى القاضي الذي يقع في محله المدعى به. (3)
- فإن اختلط أمر المدعي والمدعى عليه وتعذر التفريق بينهما، أو إذا تساوى في الادعاء يكون الفصل بأقرب القاضيين منهما، فإن تساوى القاضيان في القرب كان القول لمن سبق، فإن لم يعلم السابق يلجأ إلى الاقتراع بين المتداعيين (4).

إن نصوص السنة السابقة الذكر (5)، وبالاستقراء و تظافر الجهود، و البحث في سيرة الخلفاء و القضاة، و في فقه المذاهب، يجد الباحث المبتغى المتعلق بالاختصاص القضائي بما يفيد حتى يومنا هذا، و المسألة في عمومها تخضع لاجتهادات القضاء، وفق الزمان و المكان والحاجة في حركة إجرائية دؤوبة تهدف إلى إحقاق الحق من جهة و التيسير على المتقاضين، ومساعدة القضاة في مهامهم لتسهيل أدائها، على أن ترجيح موطن المدعى عليه كقاعدة عامة في القوانين الوضعية متعلقة بالاختصاص الإقليمي يوافقها من الفقه، فقه المالكية في دعوى الدين وحتى في المشهور من

¹ _ الدسوقي، المرجع السابق، 164/04.

² _ المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، 146/06. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، 164/04، وهو رأي أصبغ، ومطرف، وابن حبيب وابن القاسم من المالكية.

³ _ ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 74/01. الخطاب، مواهب الجليل، 146/06، وهو رأي ابن الماحشون، وسحنون، وابن كنانة من المالكية.

⁴ _ الخرشي، شرح الخرشي، مرجع سابق، 145/07. الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، 380/04. البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، 292/06.

⁵ _ يرى محمد نعيم ياسين: "أن مسألة الإختصاص القضائي مسألة اجتهادية ليس فيها سنة عن رسول الله ﷺ، و لا عمل لصحابي يستأنس به فيها، و السبب في ذلك أن الكلام فيها لم يرد إلا بعد أن قال الفقهاء بجواز تخصيص القضاء بالمكان و الزمان و النوع، و هذا تخصيص لم يحدث بالفعل إلا في أزمان متأخرة، فلم يكن هناك داع عملي للبحث فيها". المرجع السابق، ص: 214.

المذهب بالنسبة لدعوى العين، و يوافقها رأي محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، إذ ترفع الدعوى من حيث المبدأ في موطن المدعى عليه؛ والاستثناءات تكون وفق متطلبات القضايا و خصوصيتها و هي مفصلة في القوانين الوضعية.

وعلى المدعي أن يسعى بدعواه إلى موطن المدعى عليه وفي ذلك إحقاق للحق، ومن الاستثناءات الثابتة في الفقه كما ذكر سابقا ومنهم المالكية في دعوى العين كأن يكون عقارا فيكشف عليه القاضي وبعينه، فمكان وجوده هو الذي يحكم على الإختصاص، وهو ما يوافق الفقرة 01 من المادة 40 من ق.إ.م.إ.ج وهو من الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة، ومنها في المواد العقارية وما يتبعها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الإشكال.

إن الزخم الفقهي المتعلق بمسألة الاختصاص، يحتاج لتظافر جهود الباحثين للإفادة من الفقه الإسلامي دون القول بحق السبق و جدليته التي لا طائل منها إذ هي ثابتة بالتاريخ، و ثابتة للفقه الإسلامي لتعلقه بنصوص القرآن والسنة و أعمال الخلفاء الراشدين، و ثابتة لحضارة سادت مشارق الأرض و مغاربها، كدولة مارس فيها القضاة فقها وجدوا فيه الضلالة، و بحثوا عن طريق تلك الممارسة عن التجديد، و هي أحكام تنظيمية أفاد منها الفقه الوضعي الحديث، و راح يجدد و يتطور مما يجدر أيضا الإفادة منه لتطوير الفقه الإسلامي فيما تعلق بالاختصاص القضائي وغيره، لأن في التلاقح التطور، و في التشبث بالرأي الجمود و لا داعي للتلاخي، فهو لا يخدم المجتمع في شيء. ويجدر بنا التلاقي لخدمة البحث و تطوير هذه العلوم للصالح العام.

الفرع السادس: الإختصاص الزماني في الفقه الإسلامي: أجاز جمهور فقهاء الأمة أن يخصص القضاء بالزمان طبقا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والنوع⁽¹⁾.

¹ محمد أمين ابن عابدين الحنفي (ت 1252 هـ)، رد المختار على الدر المختار، 419/05. محمد بن أحمد بن جزي الكلبي المالكي (ت 741 هـ)، القوانين الفقهية دار العلم للملايين، بيروت، 1974م، ص: 324، شمس الدين محمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت 997 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415 هـ، 269/06، ابو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي (ت 458 هـ)، الأحكام السلطانية و الولايات الدينية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض، السعودية، د.ت.ط، ص: 69.

فقد صح عن الإمام أبي حنيفة النعمان رحمه الله قوله: " لا يترك القاضي على القضاء إلا سنة واحدة، لأنه متى اشتغل بذلك نسي العلم، فيقع الخلل في الحكم، ويجوز للسلطان أن يعزل القاضي برية أو بغير رية"⁽¹⁾، ولو يقلد ثانية بعد ذلك، ولمدة معينة أيضا.

وفي المادة 1801 من مجلة الأحكام العدلية وفي بداية نص المادة: " القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان، واستثناء بعض الخصومات، مثلا القاضي المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط، وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها". وهي صريحة في الإختصاص الزماني للقضاء بحيث يتخصص القاضي المأمور بالحكم بالمدة المحددة وليس له الحكم في غير ذلك. فالقاضي معين للحكم مدة سنة مثلا، محددة من تاريخ كذا إلى تاريخ كذا، يقضي في تلك السنة فقط، وليس له أن يقضي قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها.⁽²⁾

فتحوز الولاية حتى في يوم واحد وفي جميع الدعاوى وتزول ولاية القاضي بغروب الشمس؛ أو في يوم السبت، فإذا خرج يوم السبت لم تبطل ولايته، لبقائه على أمثاله.⁽³⁾ وعليه فلولي الأمر أن يعين قاضيا ليحكم بين الناس في يوم معين من أيام الأسبوع، أو أياما معينة من الشهر، أو مدة معينة من الزمن، وتبطل ولايته بانتهاء مدته.⁽⁴⁾ وجاء في كتاب الأحكام السلطانية قوله: " لو قال الإمام للقاضي قلدتك النظر في كل يوم سبت جاز أيضا، وكان مقصور النظر فيه"⁽⁵⁾.

¹ _ أبو الوليد ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي (ابن الشحنة) (ت 882 هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مع معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت 844 هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط: الثانية، 1393هـ، ص: 219.

² _ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، 132/01.

³ _ شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1994م، 34/10.

⁴ _ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 114/06.

⁵ _ أبو الحسن علي بن محمد الماوردي (ت 450 هـ)، الأحكام السلطانية، تحقيق: خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.ط، ص: 143.

و ما ذلك إلا ليتفرغ القضاة في باقي الوقت لتدارس القضايا و تحري الفصل فيها بالعدل المطلوب شرعا، و في ذلك تنظيم للعمل القضائي، و فيه وحدة الفصل في القضايا المعينة في الزمن المعين و لما فيه من التيسير على الناس، على أن ذلك لا يصلح في كل أنواع القضايا المعروضة على القضاء للنظر فيها، و منها كما جاء في كتاب رد المحتار دعوى الوقف و الإرث، و دعوى مال اليتيم المهمل، و دعوى مدين معسر، و دعوى غائب غيبة بعيدة، و ذلك ثابت بسبب بعد المدعي عن التزوير في مثل هذه الدعاوى، و لحصول الضرر الذي يلحقه عند التقيد بزمن معين في سماع هذه الدعاوى⁽¹⁾.

جاء في تبصرة الحكام: "كما يتقيد العمل القضائي بالنظر في الخصومات المعينة بالنوع في أيام محددة، كأن يفصل القاضي بأمر ولي الأمر في أيام محددة في قضايا أهل الذمة"⁽²⁾. وإذا قيد القاضي بالقضاء في يوم أو أيام معينة من الأسبوع، فعليه أن يلتزم بذلك ولا يقضي في الأيام الأخرى⁽³⁾ وفيه تداخل بين التنظيمات القضائية المعمول بها وبين القضاء وفق الاختصاص الزماني المذكور.

مما سبق يتضح أن النبي ﷺ قد وضع الأسس الأولى للاختصاص القضائي، ثم تلاه توسع رقعة الدولة و تعدد رعاياها، فبدت ملامح الحاجة إلى أنواع أخرى من الاختصاصات القضائية أملت المرحلة المعينة، و المكان المعين، فكثرت أنواعه حسب حاجة الناس إليه، و ذلك أساسا في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه و ما تلاه من العصور، ثم تطور الأمر من طرف القضاة والفقهاء العاملين، و طوروا مادة البحث و الاستقصاء من خلال الممارسة القضائية و بناءً على ما جاء في نصوص القرآن و السنة و ما ثبت عن الخلفاء الراشدين؛

لا يثير الاختصاص النوعي في الغالب تنازعا لوضوحه، إذ أن من الثابت منطقا أن القضاة لا ينظرون في قضايا ليست من اختصاصهم، ولا الخصم يتقدم بقضيته أمام قاض غير مختص في

¹ _ محمد أمين ابن عابدين، المرجع السابق، 419/05، وما بعدها فيه تفصيل.

² _ ابن فرحون، المرجع السابق: 33/01.

³ _ احمد محمد علي داوود، المرجع السابق، 132/1.

النظر في قضيته، أمام كثرة الناس وتعقيد المشاكل والخصومات فدعى ذلك لفكرة الإختصاص على تنوع الموضوعات.

مع القول حسب النصوص السابقة بجواز تعدد درجات التقاضي لما فيه من تحقيق مصالح الناس، وعدم تفويتها عليهم، فالخطأ القضائي وارد ولحن الناس بحججهم وارد، وتصحيح الأخطاء في الحقوق من الفضائل التي تعرف بها الأنظمة العادلة.

المطلب الثاني: أنواع الاختصاص القضائي في ق.إ.م.إ.ج

الفرع الأول: الاختصاص الولائي في ق.إ.م.إ.ج.

الإختصاص سلطة خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما، وتهدف قواعد الاختصاص الى تحديد نصيب كل جهة من جهات القضاء، ونصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، ونصيب كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات التي يجوز الفصل فيها.⁽¹⁾

فإن كان الاختصاص أربعة أنواع فالاختصاص الولائي أحدها ويعرف بالوظيفي وتحدد قواعده كل جهة من جهات القضاء، ونصيبها من ولاية القضاء معتدا في ذلك بطبيعة الدعوى⁽²⁾.

فالقضاء العادي مثلا وحسب نص المواد 32،33،34 من ق.إ.م.إ.ج⁽³⁾، هو جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظر المنازعات والجرائم أما جهة القضاء الإداري فهي جهة قضاء

¹ _ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 355.

² _ إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، (القانون القضائي الخاص)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط: الأولى، 1998 م، 01/540 .

³ _ ما المادة 32 من القانون الجديد إلا صيغة المادة 02 من القانون 154/66 الملغى والمتضمن ق.إ.م. كما أن المادة 34-35 تقابل المادة 06 من القانون الملغى مع التفصيل في صلاحيات الأقسام المستحدثة.

تقتصر ولايته على نظر المسائل الإدارية، فلا يخرج عن اختصاص القضاء العادي ذات الولاية العامة إلا ما أدخله المشرع في اختصاص القضاء الإداري أو ما يخرج عنها بنص قانوني خاص.

على أن الاختصاص الولائي يشملها كلها، في كل جهة من جهات القضاء يظهر تقسيم اختصاص القضاء الإداري بين نوعي، ومكاني، وزماني.

فالاختصاص الولائي وهو نصيب كل جهة قضائية من جهات التقاضي من ولاية القضاء ويعرف باختصاص الجهة⁽¹⁾.

ونقصد أن ولاية القضاء العادي أشمل وأعم لأنه يختص بمحاكمه المدنية بالفصل في كافة المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية كما يختص بمحاكمه الجنائية بالفصل في المسائل الجنائية في حين يقتصر اختصاص القضاء الإداري على الفصل في المسائل الإدارية.⁽²⁾

والاختصاص الولائي هو نوع من الاختصاص النوعي بمعناه العام لأنه يستند إلى نوع الخصومة ويتأثر باختلافه ويأخذ من جهة تعلقه بالنظام العام ، بحيث يكون للمحكمة أن تحكم - من تلقاء نفسها - بعدم اختصاصها ؛ وللخصوم أن يتمسكوا بالدفع بعدم الاختصاص ويتميز الاختصاص الولائي عن النوعي بكون الحكم الذي يصدر من محكمة لا ولاية لها ، لا يكون له قوة الشيء المقضي به ، ولا يحتج به أمام جهة قضائية أخرى ، ولا يؤثر في حقوق الخصوم ، أما الاختصاص النوعي لا يمنع الحكم إذا صار نهائياً بسبب انقضاء مواعيد الطعن أو استنفادها من أن يصبح حكماً لازماً له قوة الأحكام وآثارها باعتباره صادراً في منازعة من نوع المنازعات التي تختص بها محاكم الجهة القضائية، ولو أنها خارجة عن سلطة المحكمة التي أصدرت الحكم بالذات.⁽³⁾

1_ عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، المرجع السابق ، ص: 98 .

2_ أحمد السيد صاوي ، المرجع السابق ، ص: 360 .

3_ محمد العشماوي، المرجع السابق ، ص: 147-148 بتصرف .

من هنا يمكن القول إن الاختصاص الولائي يقصد به تحديد نطاق المسائل والمواضيع التي تدخل ضمن مجال العمل القضائي وتبيان المسائل التي تخرج عن هذا النطاق، على أنه يجب ألا يحصر الاختصاص الولائي في استبعاد القضايا التي تدخل ضمن عمل الجهات الإدارية عن القضاء العادي، وهو ما يؤدي عادة لحدوث لبس بين الإختصاص الولائي والاختصاص النوعي؛ وإنما يجب أن يتوسع مدلوله ليشمل تبيان كل ما يدخل وما لا يدخل في ولاية القضاء.

فإذا تعددت جهات القضاء في الدولة، قضاء عادي وقضاء إداري⁽¹⁾ يتحتم الحديث عن الإختصاص الولائي، ومعناه أشمل، ولا يتضح إلا بتناول المسائل التي تخرج عن نطاق عمل القضاء بحيث لا يجوز البت فيها قضاء ومنها:

- فالقضاء الجزائري لا يختص بالنظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها دولة أجنبية أو أعضاء السلك الدبلوماسي، نظرا لاعتبارات السيادة، ولاعتبارات العرف الدبلوماسي والقانون الدولي.
- لا ينظر القضاء في مدى دستورية القوانين إذ أن ذلك منوط بالمجلس الدستوري، والجزائر تأخذ بمبدأ الرقابة السياسية (المجلس الدستوري).

¹ _ القضاء في الدولة الجزائرية وإلى غاية سنة 1998م كان يأخذ بالوحدانية ، قضاء عادي فقط ، حتى جاءت القوانين التي تكرر فكرة القضاء الإداري باستقلالته عن القضاء العادي ، قانون عضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر 1419 هـ الموافق ل : 30 مايو 1998م والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله . قانون رقم :98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 هـ الموافق ل: 30 مايو 1998م المتعلق بإنشاء المحاكم الادارية وتشكيلتها. قانون عضوي رقم 98-03 المؤرخ في 08 صفر 1419 هـ الموافق ل: 03 يونيو 1998م متعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها . وتختص حسب المادة الثالثة منه في الفصل في منازعات الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

- ما تعلق بأعمال السيادة⁽¹⁾ المتعلقة بتصرفات السلطة التنفيذية، وهذا لاعتبارات خاصة لسلامة الدولة في الداخل أو الخارج، ولا يكون القضاء مختصا بالنظر في دعوى محلها طلب إلغاء أو إيقاف تنفيذ أو تفسير أو تعويض المترتب عنه متى قرر له القضاء صفة أعمال السيادة.
- الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان، وكذا الأعمال التي تجريها الدولة لتنظيم علاقاتها بالدول الأخرى، كإبرام المعاهدات.
- تصدر القرارات من المحاكم في المنازعات بما لها من سلطة قضائية حتى يعتبر حكما، فإذا ما صدر بما لها من سلطة ولائية اعتبر أمرا ولائيا؛
- والوظيفة القضائية هي الوظيفة الأساسية للمحاكم وهي الفصل في الخصومات وتتضمن حتما الإلزام والأمر، وبجانب تلك الوظيفة الأساسية، تقوم المحاكم بوظيفة ولائية وهي إصدار الأوامر إما لخصومة مستقبلية، أو في خلال خصومة قائمة، أو بعد صدور الحكم فيها⁽²⁾.
- فما المقصود بالوظيفة القضائية والوظيفة الولائية للمحاكم؟
- إن الدور المنوط قانونا بالمحاكم هو وضع حد للنزاع القائم بين طرفين بحكم قضائي، وبجانب هذه الأحكام القضائية أعطى القضاء سلطة إصدار قرارات ولائية⁽³⁾، فما هي معايير تحديد إطار كل منهما، والتمييز بينهما يرجع إلى حكم القانون لا إلى قرارات الخصوم أو اتفاقهم...

¹ أعمال السيادة تخرج بحكم طبيعتها عن ولاية التقاضي إلغاء أو تعويضا، باعتبار أنها أعمال متصلة بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا باعتبارها إدارة، ويجمعها إطار واحد عام هو تحقيق المصلحة العليا للجماعة والسهر على احترام دستورها وتأمين سلامة أمنها في الداخل والخارج، محمد أحمد عابدين، الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 17-18 و20.

² أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، الطبعة الحادية عشرة، دار المعارف الاسكندرية، 1975م، بند562، ص:755-757.

³ _ Henri Léon et Jean Mazeaud; leçons de droit civil, (Cinquième édition) Paris , sans maison d'édition , 1972, , P:155

والتفرقة بينهما من الأهمية بما كان (1):

- فأعمال القضاء تدخل في وظيفة القاضي ما لم يمنعه من ذلك نص القانون، أما التصرفات الولائية فلا يختص بها إلا استثناء وبنص خاص.
 - ان قواعد الإجراءات المدنية التي منها المبادئ كحرية الدفاع وعلنية الجلسات تنظم الوظيفة القضائية للمحاكم ولا يتم إعمالها فيما تباشره المحاكم في الأوامر الولائية.
 - الأحكام القضائية تسبب وإلا اعتراضها البطلان، أما الأوامر فلا يشترط أن تذكر الأسباب الداعية إلى إصدارها إلا إذا خالفت امراً سبق إصداره.
 - الأحكام القضائية تحوز حجية الشيء المحكوم به، أما الولائية فلا.
 - يجوز الطعن في الأحكام بطرق الطعن المعروفة، أما الأوامر الولائية فلا يجوز الطعن فيها بهذه الطرق، وإنما التظلم بالطرق التي رسمها القانون.
 - تختلف طرق تبليغ الأحكام والأوامر الولائية، الأول عن طريق محضر للمحكوم عليه والثاني عن طريق كاتب المحكمة بحكم الوصول.
- إن حصر الأعمال الولائية من الصعوبة بما كان لأنها متعددة ومختلفة ومنها سلطة القاضي في التوثيق والتصديق وهو مجرد إثبات ما تم أمامه من اجراءات وتصرفات، أو التصديق على تصرف تم خارج مجلس القضاء. ومن أمثلة ذلك التصديق على عقود الصلح التي تبرم أثناء الخصومة وضبط الإشهادات والإقرارات التي يدي بها الأشخاص أمام مجلس القضاء (2).
- سلطة القضاء في الإذن والأمر، ومن الإذن إزالة القاضي عائق يمنع صاحب الشأن من إتخاذ إجراء معين أو تصرف، فيلجأ إلى القاضي ليصرح له بذلك، ومنه تقصير المواعيد وغيره، ومنه

¹ _Alfred Jauffret; Manuel de Procédure civile et voies d'exécution ,Deuxième édition , Paris , sans maison d'édition ,1976 ,N :234 , P: 126.

² _ عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1974، ص:167.

الأمر بإصدار القاضي أمر باتخاذ تدبير معين، ومنه صحيح الأمر بوضع الأختام على محل أو سكن⁽¹⁾.

• سلطة القاضي في الرقابة والضبط ومن ذلك مراقبة التصرفات أو ضبط بعض المسائل للتحقق من سلامتها، ومن ذلك الإجراءات التي يتخذ للمحافظة على أموال القصر وناقص الأهلية وعديميها وتعيين الأوصياء وعزلهم⁽²⁾.

ويمكن القول بأن الوظيفة الولائية في العموم تباشر على شكل أوامر على عرائض، وأن تباشر بنص خاص على شكل أوامر كأوامر الأداء، أو القرارات، ومن الأداء طلب الحجز التحفظي على أمتعة المستأجر المتأخر في دفع الأجرة، ووضع الأختام على تجارة المفلس⁽³⁾.

والغالب في الفقه الوضعي اعتبار أوامر الأداء حكماً قضائياً يحسم النزاع، وإن كانت اجراءاته تشابه إجراءات الأوامر على عرائض، لتقديمها إلى القضاء بطريقة العريضة وصدورها في غيبة الخصوم⁽⁴⁾. وهو المعمول به في ق.إ.م.إ.ج من خلال نص المادة 08 في الفقرة الأخيرة منه.

الفرع الثاني: الاختصاص النوعي في ق.إ.م.إ.ج.

ويقصد بالاختصاص النوعي توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى، مدني، تجاري، أحوال شخصية، ضرائب، عمال، مسائل مستعجلة.... إلخ، وذلك بغض النظر عن قيمة الدعوى ذاتها، بمعنى أن تختص كل طبقة من طبقات المحاكم بنظر

¹ _ عزمي عبد الفتاح ابراهيم، نظام قاضي التنفيذ في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية، 1978م، ص:404.

² _ عبد الباسط جمعي، المرجع نفسه، ص:167.

³ _ عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص:174.

⁴ _ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص:658-

نوع معين من القضايا دون غيرها. (1) ونقصد من البحث في القضاء العادي القضاء المدني دون الجزائي.

ويعمل بهذا المعيار بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى، كما يعمل به أيضا في قضاء الدرجة الثانية، كما يأخذ به في تحديد ما يدخل في اختصاص الشكايات القضائية المتخصصة داخل جهة القضاء المدني. (2)

والحكمة في الجزائر تتشكل من أقسام مكلفة بالنظر في مختلف القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع وإن كان عرف الإصطلاح المعمول به وصف كل قسم من أقسام المحكمة بمحكمة، ولأن المادة 32 من ق.إ.م.إ. ج استحدثت الكثير من الأحكام ومنها:

- استحداث الأقطاب المتخصصة. (3)
- اعتماد نظام الإحالة بين الأقسام المشكلة لنفس المحكمة. (4)

الفرع الثالث: الاختصاص القيمي في ق.إ.م.إ. الجزائي.

ويقصد بالاختصاص القيمي مجموعة القواعد التي تستهدف تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى وذلك على ضوء قيمتها، كما يمكن معرفة ما إذا كان الحكم صادرا فيها يقبل الطعن فيه بالاستئناف أم لا؛ (5)

1_ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 369.

2_ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 01 / 290.

3_ تختص الأقطاب المتخصصة حسب الفقرات 7، 8، 9، 10 من المادة 32 والمنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والإفلاس، والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية، والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات، وتفصل بتشكيلة جماعية من ثلاث قضاة.

4_ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق ص: 75.

5_ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 410.

إن نص المادة 33 من ق.إ.م.إ.ج تشير إلى الإختصاص النوعي للمحاكم بالاستناد إلى معيار القيمة المالية للنزاع، مقترنة بمختلف الطلبات. (1)

فالفقرة الأولى من المادة المذكورة قد قررت بأن قيمة النزاع إذا لم تتجاوز 200.000 دج فالمحكمة تصدر حكماً نهائياً.

فإن تجاوزت قيمة النزاع المذكور أعلاه فيما إذا كان النزاع متعلقاً بالأموال أو أن النزاع خارج عن دائرة الأموال، كأن يتعلق بالعقارات أو المنقولات أو قضايا الأسرة أو غيرها، فالمحكم يكون قابل للاستئناف أو بامتناع أصحابه عن الطعن فيه بالاستئناف.

كما تختص المجالس في الطلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة إذا كان النزاع متعلقاً بجهتين قضائيتين واقعتين في دائرة اختصاصه (2).

الفرع الرابع: الاختصاص الإقليمي و ق.إ.م.إ.ج.

بعد أن يتم تحديد ما يدخل في اختصاص كل محكمة من محاكم الدرجة الأولى نوعياً أو قيمياً، يجب توزيع هذه القضايا على المحاكم المتحدة في الطبقة، المتعددة والمنتشرة في الدولة، بحيث تباشر كل محكمة منها وظيفتها القضائية والولائية بالنسبة لما يدخل في اختصاصها في نطاق إقليم محدد، يعرف بدائرة الاختصاص، والقانون يحدد دائرة اختصاص المحاكم الابتدائية. (3)

على أن القواعد التي ينص عليها المشرع في هذا المجال تطبق على كل الجهات القضائية ما عدا المحكمة العليا التي لا تخضع لقواعد الإختصاص المحلي كونها تمارس صلاحياتها على القرارات الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية. (4)

1 _ عبد الرحمان بريارة ، المرجع نفسه ، ص:82.

2 _ كذلك في طلبات الرد المرفوعة ضد قضاة المحاكم التابعة لدائرة اختصاص المجلس. عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص:33.

3 _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 305/01.

4 _ محمد براهمي، المرجع السابق، 167/01.

وقد دعا إلى وضع قواعد الإختصاص المحلي اتساع رقعة إقليم الدولة، وتنظيم مرفق القضاء وحسن سير العدالة، وتيسيرا على كل راغب في الوصول إلى القضاء. (1) والمعيار في ذلك جغرافي بحت والمشروع الجزائري اعتمد تناسبا مع أحكام الدستور مصطلح الإقليم. (2)

و القاعدة العامة في التشريعات المقارنة أن هذا الاختصاص ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه، فالأصل حسب مبادئ الشرع براءة ذمم الناس حتى يثبت العكس، و مركز المدعى عليه من القوة بما يكفي ليكون المدعي هو من يبادر بالسعي لما يدعيه كحق، و في موطن المدعى عليه وهو المقر القانوني للشخص المعني كمبدأ عام، و هذا ما نصت عليه المادة 37 من ق.إ.م.إ.ج، مع مراعاة مصلحة المدعى عليه فإن لم يعرف موطنه فالعبرة بآخر موطن له، فإن وقع اختيار موطن فالاختصاص حينها يعود إلى الجهة القضائية التي يقع بدائرتها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

فإن تعدد المدعى عليهم حسب نص المادة 38 يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

وقد سبق من النصوص الفقهية الشرعية ما يعكس أن الفقه الإسلامي قد عرف تخصيص القضاة بنظر المنازعات كافة أو بعضها في دائرة محددة، بلد معين أو ناحية منها، إذ يجوز أن يكون القاضي خاص العمل، فيقلد النظر في أحد جانبي البلد أو في محلة منه، فتتخذ أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له وينظر بين ساكنيه إلى الطارئين إليه. (3)

1 _ محمد العثماوي، المرجع السابق، ص: 233.

2 _ المادة 15 من الدستور الجزائري لسنة 1996 في حديثه عن الجماعات الخلية أسماها بالجماعات الإقليمية للدولة ويعني بها البلدية والولاية.

3 _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص: 305.

على أن لكل قاعدة استثناءات، ومن استثناءات القاعدة المذكورة أعلاه، إذ بموجبها يؤول الاختصاص المحلي لمحكمة معينة لتختص بالنزاع⁽¹⁾، لكن لا يجب أن يفهم من هذا أن تحديد الاختصاص محلي خاص هو من النظام العام.

وقد استحدثت المشرع الجزائري لذلك فقرة مفادها: " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" للدلالة على أن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، ويجوز الاتفاق على مخالفته شريطة ألا ينص القانون على خلاف ذلك، إذ في هذه الحالة يصبح من النظام العام ويكون لاغيا كل اتفاق يخالف هذا المبدأ⁽²⁾.

¹ _ والمادة 39 و 40 من ق.إ.م.إ.ج حددت تلك الاستثناءات بالتفصيل، حماية للأشخاص أو للأموال أو للمصالح، إذ حدد المشرع الإختصاص بمكان آخر تتحقق من خلاله الحماية لما سبق ذكره، كما نصت المادة 40 عما ورد في المواد 37 و 38 و 46.

² _ شويخة زينب، المرجع السابق، ص: 116. والمادة 45 من القانون المذكور تشير لذلك صراحة بالقول: "إلا إذا تم بين التجار".

الفصل الثالث

الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الأول: مفهوم الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثاني: ضمانات المحاكمة العادلة في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثالث: الأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي

وق.إ.م.إ.ج.

تمهيد:

القضاء هو مجموع القواعد والأحكام التي توصل إلى حماية الحقوق العامة والخاصة، بعد المطالبة بها وإثباتها، لفصل الخصومات وقطع المنازعات، بالأحكام الشرعية.

والخصومة هي الإجراءات التي تتبع أمام القضاء من وقت إحضار الخصم إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى إذ لا يتصور أحد وجود خصومة دون مراحل إجرائية حددتها أحكام الفقه الإسلامي من منطلق نصوص الممارسة القضائية على عهد رسول الله، وبعد الخلفاء الراشدين والقضاة، وهو المعمول به أيضا في قوانين الإجراءات المدنية عموما.

يتنازع المدعي والمدعى عليه أمام القضاء شيئا، وهم أحد أطراف الدعوى أو الخصمان، ويطلبان الفصل أمام القاضي وإنهاء الخصومة بالحكم أو ببيان الحق لصاحبه.

فما هي هذه المراحل الإجرائية؟ وكيف نصل من خلالها إلى الانتهاء إلى إصدار الأحكام القضائية المتعلقة بالقضية المعينة؟

فإذا كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي تكفلها الدولة للأفراد، فإن ممارسة هذا الحق يجب أن تكون بطريقة منظمة، لذلك عادة ما يحدد المشرع الشكل الذي يجب أن تتم فيه المطالبة بالحقوق والدفاع عنها.

والخصومة المدنية هي أهم شكل يصدر فيه العمل القضائي، يعنى المشرع بتنظيمها، بحيث يكفل ضمانات التقاضي الأساسية، ويحقق حسن سير العدالة، إذ أن الشكل من أهم النظم الاجرائية في الخصومة المدنية فهو الذي يكون هيكلها الأساسي، ومن خلاله يعالج موضوع النزاع حتى لحظة الفصل فيه. (1)

¹ محمد الصاوي مصطفى ابراهيم، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، مصر، د.ت.ط، ص: 02 (مقدمة البحث).

المبحث الأول

الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج

تناول فقهاء الإسلام القواعد التي تؤمن العدالة وحسن سير المحاكمة، وما ذلك إلا ليتم ترسيخ الدعاوى على أسس شرعية، دعماً للقضاء وعدالة القضاة، ويتلاقى ذلك مع المبادئ والأسس الإجرائية التي بينتها الأنظمة الإجرائية الوضعية اليوم في عمومها، ويثبت ذلك من خلال التشريعات المقارنة وكذا القانون والمواثيق الدولية، بل ومجال هذه القواعد في الفقه والقضاء الإسلامي متقدمة عليها في الكثير من الأحيان.

فما هي هذه القواعد التي تؤمن العدالة من خلال الفقه الإسلامي وكذا القوانين الوضعية، وأساساً القانون الجزائري في شقه الإجرائي المدني؟

وتشكل هذه القواعد صمام أمان للأنظمة الإجرائية للدعوى، مما يؤثر بتجاهلها على السير الحسن لمرفق العدالة، ويؤثر على استقرار المجتمع احساساً بالضميم الذي يقع عليه جراء ذلك.

إن للخصوم دون غيرهم الحق في إقامة الدعوى المدنية، ولا يثبت ذلك الحق للقاضي إذ ليس له أن يضع يده على الدعوى من تلقاء نفسه، رغم أنه المكلف وحده شرعاً بإدارة الجلسات. إذ القضاء هو مجموعة القواعد والأحكام التي توصل إلى حماية الحقوق العامة والخاصة، بعد المطالبة بها وإثباتها، لفصل الخصومات وقطع المنازعات، وفق الأحكام الشرعية⁽¹⁾. وعلى القاضي لذلك أن يكون عالماً بحكم الله تعالى، وأن يفهم وقائع الدعوى وما يتكلم به الخصوم، وما يدلان به من حجج وأدلة ودفوع ليحكم بالعدل اللازم شرعاً في حكم القاضي.

¹ _ محمد الزحيلي ، القضاء الشرعي القواعد و الضوابط الفقهية، دار الفكر، بيروت، 1436هـ/2015م، 09-08/01.

المطلب الأول: المساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ. الجزائري.

الفرع الأول: حياد القضاء والمساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي.

و من أهم القواعد التي يقوم عليها القضاء في الشريعة الإسلامية، مبدأ المساواة بين الخصوم، فالعدالة تتوقف أحيانا على ذلك؛ فالدولة تفتح أبواب القضاء لإقامة العدالة بين الناس، و تعين القضاة الذين تتوفر فيهم الشروط، و تفترض فيهم الحياد، و الموضوعية، ليستطيعوا إقامة العدل، و منع الظلم، و فصل المنازعات، دون أن يكون لهم ارتباط أو علاقة بين الخصوم وأطراف النزاع، و هذا يوجب عليهم المساواة الكاملة بين الخصوم، و التسوية في المعاملة، في جميع مراحل الدعوى لأن الميل لأحدهم يوحى أو قد يوحى بالانحياز له، و يؤثر و لو نفسيا على الطرف الآخر⁽¹⁾.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (135)﴾. الآية 135، النساء.

و المعنى المراد لا تميلوا بالهوى مع الفقير لضعفه، و لا على الغني لاستغناؤه، و كونوا مع الحق، فالله الذي أغنى هذا و أفقر هذا أولى بالفقير أن يغنيه بفضله بالحق لا الهوى و الباطل، والله أولى بالغني أن يأخذ ما في يده بالعدل و الحق، لا بالتحامل عليه، فإنما جعل الله الحق والعدل معيارا لما يظهر من الخبث و ميزانا لما يتبين من الميل، عليه تجري الأحكام الدنيوية، و هو سبحانه يجري المقادير بحكمته، و يقضي بينهم يوم القيامة بحكمه؛ فقد سوى بين الخلق أجمعين، و إن تفاضلوا في الدرجة، و أمر بعدم اتباع الأهواء في طلب العدل برحمة الفقير و التحامل على الغني، بل ابتغوا الحق فيهما، و هذا بيان شاف⁽²⁾.

¹ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 194/01.

² _ أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، المرجع السابق، 522/01.

وعن أم المؤمنين أم سلمة رضي الله عنها زوج رسول الله ﷺ أنه قال: " من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه، وإشارته، ومقعده."⁽¹⁾

وما ذلك إلا طلب العدل بين الخصوم والتسوية بينهما في كل حركة وسكنة، حتى ملاحظة العين، والمقعد، والإشارة، وغيره،

¹ - أخرجه البيهقي في سننه في كتاب القضاء أحمد بن الحسين البيهقي (ت458هـ)، سنن البيهقي، طبع حيدر آباد الهند، ط: الأولى، 1344 هـ، 10/135. و قال النووي هو حديث ضعيف لكن له شواهد بمعناه تعضده، و معناه صحيح، يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، المجموع شرح المهذب، و السبكي (ت756هـ) و المطيعي (ت1407هـ)، نشر علي يوسف، مطبعة إمام القاهرة، 1966م، 19/165.

ومما ينسب لعمر بن الخطاب رضي الله عنه رسالته المشهورة في القضاء التي بعثها إلى قاضيه أبي موسى الأشعري والتي جمعت أكبر جانب من أصول القضاء وآدابه ووسائله، بحيث تعتبر الأساس الأصلي لبناء كيفية التداعي والقضاء في الإسلام⁽¹⁾، وعدت في نظر العلماء دستورا عظيما في سياسة القضاء وفقهه؛⁽²⁾

¹ يقول الصادق بالعيد: "لم يضع القرآن الكريم تصورا معيناً لتنظيم مهمة القضاء، والحال أنه لم يتضمن تصورا واضحا و تقنيا مفصلا للمهمة القضائية و للهيكلة القضائي أو ما من شأنه أن يترجم عن تصور معين للوظيفة القضائية؛ "فقانون الإجراءات" مرتبط بصفة مباشرة و عضوية بالنظام القضائي و هيكلته، فإن لم يضع القرآن الكريم أسسا لنظام قضائي جديد، فلا غرابة في أن لا نجد فيه شيئا جوهريا في "قانون الإجراءات"،... و خلافا لما ادعاه الفقهاء القدامى ، فإن النظام القضائي و النظام الإجرائي تكوّنا لا على أساس الأحكام القرآنية، و لا حتى على أساس تعليمات من الخلفاء الراشدين، و إنما كان ذلك على أساس التفاعل الذي حصل بين الفقه الإسلامي و الأنظمة و القوانين الإجرائية المعمول بها في مختلف البلاد المفتوحة. الصادق بعيد، القرآن و التشريع قراءة جديدة في آيات الأحكام، مركز النشر الجامعي تونس، الطبعة الثانية، سنة 2000م، ص: 166-180. و علق على هامش الصفحة 180 مشيرا لرسالة عمر بن الخطاب بالقول: "و يحسن التذكير أن هذه الرسالة مشبوهة في صحتها و أن بعض الفقهاء رفضوا صحتها التاريخية، و دون توضيح و مستدلا بكتب تاريخية أجنبية و تعليقات أحمد أمين في كتاب فجر الإسلام.- انته- إن القرآن الكريم كتاب هداية و ما كان يوما كتابا إجرائيا رغم أنه اشتمل على اسس الحكم و القضاء و الرد على الطعون المتعلقة بالرواية و السند للإطار التاريخي لرسالة عمر و كذا الطعون المتعلقة بالاصطلاحات و المبادئ التي تتضمنها رسالة عمر رضي الله عنه في كتاب عبد الكريم شهبون، التأصيل الفقهي للقضاء و قواعد المرافعات عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه. مرجع سابق، و أساسا من الصفحة 66 إلى الصفحة 100 و ما بعدها. و فيه ما يكفي لإثبات صحة نسبة الرسالة إلى عمر و الأمر متعلق بطعن منسوب لابن حزم الظاهري حول كون أبي موسى قاضيا بالبصرة و ليس بالكوفة في الفترة المذكورة واصفا الرسالة بالمكذوبة في نسبتها لعمر رضي الله عنه. أبو محمد علي بن أحمد ابن سعيد بن حزم(ت456هـ)، المحلى، المكتب التجاري للطباعة، بيروت، د.ت.ط، 59/01. وثبت أن عمر قد ولى أبي موسى قضاء الكوفة بعد عزل عمار بن ياسر رضي الله عنه سنة إحدى و عشرين للهجرة، فأقام أبو موسى على قضائها سنة، ثم ولاه عمر قضاء البصرة بعد المغيرة بن شعبة رضي الله عنه. محمد بن جرير الطبري (ت310هـ)، تاريخ الطبري، دار الكتب العلمية بيروت، ط: الأولى، 1407هـ، 262/04. و لا يطعن ذلك في نسبة الرسالة لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في شيء.

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص: 74.

والتي جاء في مطلعها: "أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وفي قضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف في عدلك..."⁽¹⁾

ومعنى آس من التآسي وهو التسوية بين الخصوم وفيه دليل على أن على القاضي أن يساوي بين الخصومة، إذا تقدموا إليه اتفقت عللهم أو اختلفت، فاسم "الناس" يتناول الكل؛ وإنما يسوي بينهم، في وجهه ومجلسه، وعدله. يعني في النظر إلى الخصمين والإقبال عليهما في جلوسهما بين يديه، حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر وفي عدله بينهما، وبالعدل أمر، إن هذا من أهم ما ينبغي للقاضي أن ينصرف إليه ليكون عدله في قضائه، وأما إذا خص أحد الخصمين بالدخول عليه، أو القيام له أو بصدر المجلس أو الإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه عنوان حيفه وظلمه⁽²⁾.

إذ أن في تخصيص أحد الخصمين بمجلس، أو إكرام مفسدتان: إحداهما طمعه في أن يكون الحكم له، فيقوي قلبه، والثاني: أن الآخر ييأس من عدله فيضعف قلبه، وتنكسر

¹ محمد ابن اسماعيل أمير اليميني الصنعاني (ت1182هـ) سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط: الثانية 1986م، 229/04، و قال رواه الدارقطني و البيهقي و نسب لأبي اسحاق قوله: " هو أجل كتاب فإنه بين آداب القضاة و صفة الحكم و كيفية الاجتهاد و استنباط القياس". علي بن عمر الدارقطني (ت385هـ)، سنن الدارقطني، مطبعة المحاسن القاهرة ، 1386هـ، 206/04. شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى 1964م، 71/10. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 21/01. و صححه الألباني وقال: "إسناد رجاله ثقات، رجال الشيخين، لكنه مرسل (ما سقط الصحابي من إسناده و رفعه التابعي إلى رسول الله صل) لأن سعيد بن بردة تابعي صغير روايته عن عبد الله بن عمر مرسله فكيف عن عمر؟ لكنه أضاف "كتاب عمر" وجادة صحيحة من أصح الوجادات، وهي حجة. محمد ناصر الدين الألباني (ت1420هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، 1399هـ، 241/08. و الوجادة: في اصطلاح المحدثين اسم لما أخذ من العلم من صحيفة، من غير سماع و لا إجازة و لا مناولة و الجمع وجاد. و قد تداول رسالة عمر جمع مستفيض من المؤرخين و المحدثين و الفقهاء و غيرهم...

² عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص: 78/ علي منصور: تعديل القانون الوضعي بما يتفق والأحكام الشرعية القطعية.

حجته⁽¹⁾. فيمنع القاضي من الانفراد بالخصم؛ لما يفضي إليه من كسر قلب خصمه، وإلحاق التهمة بالقاضي ومنع القاضي من الحكم لأصوله وفروعه وزوجه، سدا لذريعة محاباتهم⁽²⁾.

كما أن على القاضي أن يقعد وخصمان بين يديه مهما كانت منزلتهما الدينية والاجتماعية والرسمية، سواء كانا ضعيفين أم قويين، أو ضعيف مع قوي، ولا يقعد أحدهما عن يمينه وآخر عن يساره⁽³⁾.

فلفظ آس بين الناس في رسالة عمر رضي الله عنه تتناول الكل ولم تستثن أحد كفارا كانوا أم ذميين.

يقول نعيم ياسين: "فروح الشريعة الإسلامية ومقتضيات قواعدها العامة، بالإضافة إلى عموم النصوص في وجوب التسوية بين الخصوم في القضاء، إذ للذميين في دولة الإسلام ما للمسلمين من الحقوق، ومنها حق المساواة في المعاملة في جميع المجالات، ومنها المعاملة التي تصدر عن القاضي وهو ينظر في الخصومات⁽⁴⁾."

فالإسلام يسعى لتحقيق العدالة القضائية فلا يفرق بين الأشخاص الذي سيطبق عليهم القضاء وأحكامه، إذ النصوص العامة ومقاصد الشريعة التي جاءت بوجوب المساواة بين الخصوم لم تفرق بين المسلم وغيره⁽⁵⁾.

¹ _ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 175/06.

² _ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص: 54.

³ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 199/01.

⁴ _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 430.

⁵ _ حسن تيسير شموط، المرجع السابق، ص: 178. أنظر في المسألة فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني (ت593هـ)، الكمال بن الهمامة (861هـ)، و معه التكملة نتائج الأفكار، أحمد بن 8، المعروف بقاضي زاده أفندي (ت988هـ)، المطبعة التجارية الكبرى مصر ، 1356هـ، 469/05. أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، محمد حجي و زملائه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1994م، 69/10. إبراهيم بن علي الشيرازي (ت676هـ) المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، 1992م، 504/05. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت620هـ) المغني، دار المنار مصر، ط: الثالثة، 1367هـ، 2527/02.

وفي نص المادة 1799 من مجلة الأحكام العدلية على أن:
"القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين وبناءً عليه يلزم عليه أن يراعي العدل
والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحكمة كإجلاس الطرفين، وإحالة النظر
وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من أحادي
الناس".

إن في المادة الفقهية الشرعية زخم مفصل بما يغني في تكوين
القضاة في التعامل مع الخصوم وذلك في حركات القاضي وسكناته أثناء سير
المحاكمة وحتى نظرة أعينهم للخصوم، وتعاملهم في أدق التفاصيل ما لا يرقى
إلى مستواه كل قوانين الأرض وليس ذلك من باب الميل والمحاباة ولكن هي
الموضوعية بعد الدراسة.

واستدل بعضهم على جواز رفع المسلم وتفضيله على غير المسلم ودليلهم خبر عن
علي رضي الله عنه أنه خرج إلى السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعا، قال فعرف على الدرع، فقال:
هذه درعي، بيني وبينك قاضي المسلمين. وكان قاضي المسلمين شريح الذي أمير المؤمنين علي بن
أبي طالب رضي الله عنه استقضاه، فلما رأى شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس عليا
في مجلسه، وجلس شريح قدامه إلى جنب النصراني، فقال له علي: أما يا شريح لو كان خصمي
مسلمًا لتعدت معه مجلس الخصم ولكني سمعت رسول الله يقول: " لا تصافحوهم ولا تبدؤوهم

بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم ولجؤهم إلى مضايق الطرق وصغروهم كما صغروهم الله".⁽¹⁾ والآراء حول المسألة قد اضطرت وتباينت.⁽²⁾

إلا أن منتهى المسألة و ظاهرها أنه و إن صح جواز رفع مسلم على ذمي في المقام وتقديمه في المجلس، لا يؤثر في حقيقة القضاء بالحق، إذ الأمر لا يعدو أن يتعلق بالتعامل الدافع لإسلام الذمي لا غير، و قد أمرنا بالدعوى للدين بكل وسيلة مشروعة، و روح الشرع تؤيد ذلك و كذا نصوصه؛ أما الفصل بين المسلم و الذمي حين الخصومة و النزاع، فإتيان الحق حينها، مقصد شرعي، و إلزام القضاة بتحريه لا نقاش فيه، بل و الإجماع على ذلك حاصل، و حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه و ان اعتراه الضعف فمعناه يصح من حيث التفضيل في المجلس و تقديم المسلم على الذمي، و لكن ذلك لا يطعن في كونه قصد القضاء لطلب الحق و هو أمير المؤمنين، و ما كان للقاضي أن يقضي إلا بالحق ولو لذمي على مسلم مع فارق المكانة، فحقوق أهل الذمة في الإسلام ثابتة بالنصوص المستفيضة و قد أفرد لها علماء الإسلام فصولا في طيات المؤلفات.

¹ — اخرججه البيهقي في السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت458هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة، 1994م، 136/10، و ضعف البيهقي هذا الحديث، و قال عنه الماوردي: "و لولا ضعف في إسناد هذا الحديث لقدم المسلم على الذمي وجها واحدا". أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت450هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994م، 346 / 20.

² — ويقول النووي: "والأصح رفع مسلم على ذمي فيه"، أي في المجلس، وهو القول الأصح عند الشافعية، وقول للمالكية والحنابلة، وقال المالكية والشافعية في قول والحنابلة في قول بالتسوية بين المسلم والذمي.

محمد الشريبي الخطيب (ت997هـ)، مغني المحتاج على منهاج الطالبين للنووي، مصطفى الباوي الحلبي، القاهرة، 1370هـ، 400/04، ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت67هـ)، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، 1992م، 504/05. ابراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (779هـ) تبصرة الحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001م، 37/01. الماوردي الحاوي الكبير، مرجع سابق، 346/20. عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، 2527/02. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، 69/10. عثمان بن حسين الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، د.ت.ط، ص: 198. و قال الألباني في إرواء الغليل: "ضعيف". محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، في تخريج منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية، 1405هـ/1985م، 242/08، حديث رقم: 2620.

الفرع الثاني: المساواة بين الخصوم في القانون الجزائري.

تعتبر الدساتير في عمومها وكذا القوانين الإجرائية مبدأ حياد القاضي والمساواة بين الخصوم، من الأصول الإجرائية والقواعد العامة التي يجب مراعاتها في التقاضي. ومن ذلك ما جاء في المادة 140 من الدستور الجزائري: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون" وهو صريح دستور 1996. فلجميع مواطني الدولة حق التقاضي على قدم المساواة أمام محكمة واحدة، وفق اجراءات تقاض موحدة بالنسبة للجميع، فضلا عن وحدة القانون المطبق على الجميع وخضوع الكل لمعاملة متساوية دون أية تفرقة⁽¹⁾.

ونص المادة الثالثة من ق.إ.م.إ.ج في فقرته الثانية يشير إلى المساواة أمام القضاء بالقول: "يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم". فيمنح أطراف الخصومة نفس فرص الرد وتقديم الدفع والسندات والوثائق والاستماع إليهم، كي يشعر كل طرف بأن القاضي منحه ذات فرص الدفاع التي استفاد منها خصمه⁽²⁾.

فالفرص المتكافئة تعني أن يعامل القاضي كافة أطراف الدعوى معاملة متساوية بحيث يمكن كل متقاضي من نفس الفرصة أو الإجراء الذي مكن به غيره ومن ذلك أن يمنح طرفا أجلا لتقديم مذكرة أو القيام بأي إجراء فإن عليه أن يمكن غيره من المبدأ وهو ما لا يسمح للقاضي للقيام به، لأنه بلا شك سيؤثر على مصداقيته وبالتالي المساس بجهاز العدالة ككل، وهو أمر غير محبذ على الإطلاق⁽³⁾.

لا مرء في أن نجاح القاضي في المساواة بين الخصوم أثناء النظر في الدعوى يشكل خطوة أولى وأساسية في نجاح مهمة بتوفير العدالة للباحثين عنها بصرف

¹ _ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص: 21.

² _ عبد الرحمان بربارة، المرجع نفسه، ص: 21.

³ _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، 28/01.

النظر عن جنسيتهم أو أصلهم أو سنهم أو جنسهم أو وضعهم المالي والاجتماعي وأضحى مبدأ المساواة اليوم يمثل ضماناً أساسية من ضمانات المحاكمة العادلة⁽¹⁾

المطلب الثاني: مبدأ الوجاهية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

الفرع الأول: مبدأ الوجاهية في الفقه الإسلامي.

و من القواعد المنصوص عليها و التي ينبغي مراعاتها أثناء نظر دعوى مبدأ الوجاهية، ويراد أن أي إجراء يقوم به القاضي أو يأمر به يجب أن يكون على مرأى و مسمع الجميع دون استثناء لأي سبب كان، إلا إذا تنازل أحدهم عن حقه ذاك صراحة⁽²⁾؛ و ما ذلك أيضا إلا من باب المساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي إشارة لمبدأ الوجاهية و الوجاهية من خلال نص الآية، قال تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَضْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ (21) إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَغِي بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ (22) إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعِجَةً وَلِيَ نَعِجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ (23) قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعِجَتِكَ إِلَى نِعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِيَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ (24)﴾ سورة ص، الآية: 21-24. في الآية دم من يمتنع عن الحضور، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور.

إن الخصمين حضرا بنفسيهما إلى مجلس قضاء داود عليه الصلاة والسلام، وأقرا قائلين: "خصمان بغى بعضنا على بعض". وطلبا القضاء والفصل بينهما بالحق ودون شطط لمعرفة الصراط المستقيم، وقد تسرع بالحكم لمجرد سماع الأول، لأنه كان مشغولا بالعبادة حين عرض القضية عليه في حال مناجاته، وجاء العرض مثيرا ويحمل ظلما صارخا للمدعي، فتعجل في إصدار الحكم، ثم تنبه إلى وقوع الخطأ في القضاء قبل سماع الخصم الآخر، وأن ذلك كان فتنة وابتلاء له من الله

¹ _ عمار بوضياف، المحاكمة العادلة، جسر للنشر، الحمديّة، الجزائر، 2010م، ص:38.

² _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، 29/01.

تعالى ليربيه على أدب القضاء⁽¹⁾، وما كان عليه ليسمع أحد الخصمين ويحكم بل ويسمع بترث كلام الخصم الآخر⁽²⁾.

على ألا يتحول ذلك إلى إحساس بالقهر والاحتقار أمام هيئة قصدها للمطالبة بحق بسبب تصرفات بعض القضاة ونظرهم الفوقية للمدعي والمدعى عليه وحتى الشهود أحيانا. ثم إن من أصول المرافعة المقررة لسير الدعوى في الشريعة: تمكين الخصم من الإدلاء بحجته واستيفائها، والتوسعة على الخصمين سماع واستيفاء ما لديهما من دعوى، وإجابة، ودفع، وطعن في البيّنات⁽³⁾.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ

(48) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ(49)﴾ سورة النور، الآية 48-49.

فعلى المطلوب أن يجيب وإلا فهو آثم⁽⁴⁾، إلا لعذر مسقط لوجوب حضور الخصم،

على أن يكون عذرا شرعيا يفصل شرعيته القضاء؛

كما أن النبي ﷺ لما بعث علي بن أبي طالب إلى اليمن قاضيا ومرشدا إياه إلى أصول

القضاء في الإسلام بقوله: "بعثني رسول الله إلى اليمن قاضيا، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا

حديث السنن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله يهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين

يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين

1_ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 144/01.

2_ أحمد ادريس القرافي(684هـ)، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، مرجع سابق، 13/10-14 و11. فالحكم يقتضي وجود الخصمين.

3_ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص:166.

4_ قال ابن كثير: "و في الطبراني عن سميرة مرفوعا: "من دعي إلى السلطان فلم يجب فهو ظالم لا حق له". مختصر تفسير ابن كثير، تحقيق محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، الطبعة السابعة، 1981م/1402هـ، 613/02.

لك القضاء، قال: فما زالت قاضيا، أو: ما شككت في قضاء بعد⁽¹⁾. فمعالم الحق تتبين وتنكشف بسماع القاضي للطرفين، فمحتوى النص يمنع عن القاضي الحكم إلا بعد سماع الأطراف المتخاصمة. وفي الأثر أن النبي صلى الله عليه وسلم استحضر ثابت بن قيس إلى مجلسه ليسمع منه بعد أن أعلنت زوجته حببية بنت شهل أنها لا تريد البقاء معه، وأعلنت ردها لما أعطاها وكان لها ما طلبت⁽²⁾. فما قضى صلى الله عليه وسلم حتى سمع من الطرفين، ولو باستحضار الخصم. والقول بحضور الخصم وسماعه حتمية منطقية، بإظهار الحق وتجليته لا يكون إلا بذلك، إذ الصورة لا تتضح أمام القاضي في الدعوى إلا بذلك.

الفرع الثاني: مبدأ الوجاهية في القانون و ق.إ.م.إ.ج.

ويعني هذا المبدأ تمكين كل من الخصمين من الاطلاع على المستندات والأوراق التي يقدمها خصمه، ومن سماع دفاعه، وذلك ليتسنى له مناقشة دفاع الخصم، وهو من أهم الأسس التي تضمن حسن سير العدالة، وإصدار الأحكام بأفضل الشروط وأكثرها انطباقا على الحقيقة⁽³⁾. ونص المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفي فقرته الثالثة بنصه: "يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية". وهي إلزام يقع على الخصوم والقاضي على حد سواء فأطراف الخصومة يباشرون دعواهم بما يكفل عدم الجهالة لدى الطرف الآخر، كما يقع على القاضي تمكين الأطراف بما يدعيه كل واحد منهم⁽⁴⁾.

وما ذلك إلا تحقيقا لمبدأ المساواة بين الخصوم الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من حقوق بل وأكثر من ذلك أضفت على تلك الفرص، صفة الشفافية المتمثلة في الوجاهية

¹ الحديث أخرجه الترمذي في سننه في كتاب القضاء تحت رقم 1346 وحسنه، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي (ت279هـ)، سنن الترمذي الجامع الصحيح، تحقيق عبد الرحمان محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، 1400هـ، 395/02.

² مالك بن أنس الأصبجي (ت179هـ) الموطأ، مطبعة الشعب، مصر، 1970م، ص:349.

³ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص:177.

⁴ عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص:22.

أثناء عرضهم لمختلف الطلبات والدفعات، كل ذلك في سبيل تمكين كل ذي حق من حقه، وهو الهدف الأسمى من وضع هذا القانون⁽¹⁾ والإخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى وسببا في رده⁽²⁾.

والواقع أن هذا المبدأ من مقتضيات مبدأ المساواة بين الخصوم لأن في سماع أحدهما في غيبة الآخر تفضيلا له عليه، وحرمانا للأخير من سماع أقوال خصمه والرد عليها والدفاع عن رأيه غير أنه في كل مرة يتعنت أحد الخصمين يجرم من مقتضيات هذا المبدأ، فيسمع من خصمه في غيابه، إذا لا يجوز أن يكون هذا المبدأ سلاحا يستعمله أهل الباطل لأكل أموال الناس وحقوقهم⁽³⁾.

المطلب الثالث: مبدأ علنية المحاكمة في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

من القواعد المقررة للمحاكمة مبدأ العلنية فيما جاز أن يكون علنيا بنصوص الشرع أو القانون، تنص المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته"⁽⁴⁾.

وفي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽⁵⁾ وفي مادته الرابعة عشر بنصه: "جميع الأشخاص متساوين أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في أي تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماته في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة وعلنية... إلا إذا كان من شأن العلنية أن تؤدي إلى الإضرار بصالح العدالة، على أنه يشترط صدور أي حكم في قضية جنائية أو مدنية علنا،

1 _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص: 28، 29.

2 _ طاهري حسين، ق.إ.م.إ.موجزة، الدار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2012م، ص: 04.

3 _ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 441، حيث أن الوجاهية لا تتحقق إلا عن طريق التكليف بالحضور، ومن لم يلتزم بقواعد قانونية، و لم يستجب لأوامر قضائية يتعين في حالات معينة تطبيق أحكام المادة 216 من ق.إ.م.إ.ج. و بالتالي القضاء بشطب القضية، مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، ملف رقم: 067579، قرار بتاريخ 17-05-2012م قضية (س.ر) ضد بلدية الجزائر. يوسف دلاندة، ق.إ.م.إ.، دار هومة، الجزائر، 2014م، ص: 07.

4 _ الصادر في 10 ديسمبر 1948م بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 والمتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

5 _ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، المؤرخ 16 ديسمبر 1966م، تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976م وفقا لأحكام المادة 49 منه.

إلا إذا اقتضت مصالح الأحداث أو الإجراءات الخاصة بالمنازعات الزوجية أو الوصاية على الأطفال وغير ذلك"...

وهو ما نصت عليه الدساتير عموما ومنها الدستور الجزائري في مادته 149، وكذا نص المادة السابعة من ق.إ.م.إ.: "الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة". وهو أصل ومظهر مساواة وطمأننة للأطراف وضمان لعدم التحيز، علنية في حدود ما يسمح به القانون، على أن النطق بالحكم يكون دائما في جلسة علنية، ولا يتبين من ذلك أي حكم، وإلا تعرض للبطلان⁽¹⁾.

إن المحاكمة العادلة لا تتجسد في أرض الواقع إلا إذا كانت جلسات القضاء مفتوحة أمام الجميع، ليمارس هؤلاء رقابة شعبية على القاضي تدفعه أكثر على تطبيق القانون، ومراعاة حقوق الخصوم والمساواة بينهم⁽²⁾.

و ذلك إزاء جميع إجراءات الدعوى الشكلية منها و الموضوعية بما في ذلك (منطوق الحكم)، وعكسها سرية الجلسات بأن يقتصر الأمر على حضور أطراف الدعوى دون غيرهم، أو حضور دفاع الأطراف لا غير، حفاظا على النظام العام و الآداب العامة و حرمة الأسرة، و إن استدعت الضرورة جلسة سرية استوجب الأمر تقديم طلب ممن يهمله الأمر إلى رئيس الجهة القضائية أو من هذا الأخير تلقائيا متى رأى أن ذلك ضروري⁽³⁾، و ذلك بغرفة المشورة، و متى توفرت إحدى هذه الأسباب و نظرت المحكمة الدعوى في جلسة سرية كان حكمها صحيحا غير مشوب بالبطلان، و تستقل المحكمة بتقدير مدى توفر عناصر الاستثناء دون معقب عليها، خلافا للدعاوى التي يوجب القانون نظرها في جلسة سرية و هو الحال بالنسبة للدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة، حيث رتب المشرع البطلان على نظره في جلسة علنية⁽⁴⁾.

¹ _ عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية، encyclopedia، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015م، ص: 399.

² _ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 32.

³ _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، 35/01.

⁴ _ عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص: 26، بتصرف.

إن أخص ضمانات في الفقه الإسلامي متعلقة بالقضاء هي القاضي، ويشترط فيه معرفة الأحكام الشرعية للحكم بموجبها، والتزام القاضي المنهج الشرعي في نظر الدعوى، والفصل فيها حسب الحكم الشرعي⁽¹⁾، وإذا حكم بالعدل بحكم الله تعالى فحكمه صحيح، فذلك أخص الضمانات وأولى من علنية الجلسات وحضور العوام وهم في العموم لا يدركون حقيقة ما قام به القاضي ولو حضروا المجلس، ويكون الأولى وجود العلماء وحضورهم الجلسة.

ويندب للقاضي أن يحضر العلماء من أهل الفقه مجلس القضاء، ويشاورهم في الأمور المهمة التي تحتاج إلى تدقيق النظر فيها، وأما الأحكام الظاهرة فلا حاجة له بإحضارهم وقيل يجب عليه إحضار العلماء ومشاورتهم وخصوصاً في المسائل التي لم يتضح له جانب الحق فيها، لأنه لا يجوز أن يحكم إلا فيما يتيقن أنه حق، ولا يجوز القضاء بالظن والتخمين، فوجود العلماء، ومذاكرتهم، يساعد كثيراً في إصابة الحق⁽²⁾.

ويستشف تطبيق مبدأ العلنية في القضاء في الإسلام دون التصريح باسمه، من تطبيقات ممارسة القضاء على عهد رسول الله ﷺ، إذ تشهد النصوص على قضائه في المساجد وما ذلك إلا من باب العلنية.

واستحب المالكية الجلوس في ساحة المسجد، ويؤيده قول مالك: "كل من أدركته من القضاة، لا يجلسون إلا في الرحاب"⁽³⁾، فيما لاصق المسجد من باحة وساحة؛ وما ذلك إلا من باب العلنية، ويرتبط ذلك بالزمان وظروفه، مع بساطة المنازعات على العهد الأول وقبل اتساع رقعة الدولة وكثرة رعاياها، وإلا وعلى أن المسألة خلافية، فما جعلت المساجد للصخب وتعلي الأصوات، وتنظيم قضائي إداري كامل.

¹ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 44/01.

² _ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 143/06.

³ _ محمد بن أحمد بن عرفة المالكي الدسوقي (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ/1996م، 16/06.

وقد بانت النصوص القائلة بأفراد دور للقضاء، وتقريبها من المواطن في الفقه المالكي، من خلال حاشية الخرشى، بقوله: " يجب أن يكون موضع القضاء في وسط البلد في بناء واسع للجلوس فيه... وحتى لا يخرج القاضي مع البروز إلى الاستئذان عليه"⁽¹⁾ وما ذلك إلا من باب تقريب القضاء من المتقاضين وذلك بجلوس القاضي في مكان يتوسط البلد وفيه تجسيد لمبدأ العلنية.

وما نص المادة 1815 من مجلة الأحكام العدلية بصريحها إلا من باب التأكيد على مبدأ العلنية في القضاء الشرعي وذلك في الفصل الرابع المتعلق بصورة المحاكمة: "يجري الحاكم المحاكمة علنا، ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم".

وفيه تحقيق تلك الآثار المترتبة على العلنية صيانة من جهة لاستقلال القضاء، وإبعاده عن التهمة، ودفعا للخصوم لاجتناب الانفعال الذي قد يسود الجلسات، وتدفع القضاة إلى المساواة في المعاملة بين الخصوم، كما تفيد من حضر المجلس في الاطلاع على حقيقة القضاء واجراءاته، تثقيفا أو حفظا للحقوق، أو تعاضا وأخذا للحيطه من نتيجة أن نعيد عن الحق، وعواقب ذلك.

المبحث الثاني

ضمانات المحاكمة العادلة في الفقه الاسلامي وق.إ.م.إ.ج

المطلب الأول: تسيب الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويعتبر تسيب الأحكام اليوم وفي جل القوانين الوضعية من أعظم الضمانات للمحاكمة العادلة، ومنها القانون الجزائري، فقد فرضها الدستور الجزائري⁽²⁾ على القضاة ونظمها القانون. فهي الدلالة الظاهرة على قيامهم بواجب التدقيق في الطلبات والدفوع، والمقصود بالتسيب: أن يضمن القاضي حكمه بمجموع الأسباب المتصلة بالوقائع والقانون التي أدت إلى إصدار

¹ محمد بن عبد الله علي الخرشى المالكي، حاشية الخرشى المالكي، حاشية الخرشى على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، 493/07.

² المادة 144 من الدستور الجزائري لسنة 1996: "تعلى الأحكام القضائية، و ينطق بها في جلسات علانية" و يؤكد المشرع على التسيب و علانية جلسات الحكم و هما المبادئ الأساسية في نظر الدعوى و التي تمثل ضمانات المحاكمة العادلة.

المنطوق وتبرير صدوره⁽¹⁾ وهو ما نصت عليه المادة 11 من ق.إ.م.إ.ج: " يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة". وذلك يشمل كل ما يصدر عن الجهات القضائية حتى الأوامر. جاء في المبسوط: " وينبغي أن يعتذر القاضي إلى كل من يخاف أن يقع في نفسه عليه شيء إذا قضى عليه، وأن يفسر للخصم، ويبين له حتى يعلم أنه قد فهم عنه حجته، وقضى عليه بعدما فهم، وبذلك تنتفي عنه تهمة الميل، وينقطع عنه طمع الخصم والقالة فيه والشكاية منه".⁽²⁾ يرى بعض المالكية وجوب تسيب الأحكام في حالة النقض⁽³⁾، بعدم قبول الحكم إذا تهيأت أسباب النقض،

وبعضهم أوجب التسيب مطلقاً⁽⁴⁾. و استحب الشافعي -رحمه الله- ذلك بقوله: " وأحب للقاضي إذا أراد القضاء على رجل أن يجلسه، و يقول له احتججت عندي بكذا، و جاءت البينة عليك بكذا، و احتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم عليك من قبل بكذا، ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، و أبعد من التهمة و أخرى إن كان القاضي غفل من ذلك عن موضع فيه حجة أن يبينه، فإن رأى فيها شيئاً يبين له أن يرجع أو يشكل عليه أن يقف حتى يتبين له، فإن لم يرى فيها شيئاً أخبره بأن لا شيء فيها، و أخبره بالوجه الذي رأى أنه لا شيء فيها"⁽⁵⁾ و أوجب الشافعية على قاضي الضرورة أن يبين مستند الحكم من بينة أو غيرها، و لا يقبل قوله: " حكمت بكذا من غير بيان مستنده في ذلك"⁽⁶⁾. كما أوجب الفقه الإسلامي ذكر السند الشرعي المعتمد في الحكم

1_ الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائري، الطبعة الثانية، 2000م، ص: 362.

2_ أبو بكر محمد بن احمد بن سهل السرخسي(ت486هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1986م، ص: 108.

3_ أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت 897 هـ)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، على هامش مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت ، الطبعة: الثانية، 1978م، 135/06.

4_ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط: الثانية ، 1951م، 65/01.

5_ محمد بن ادريس بن العباس الشافعي(ت204هـ)، الأم، دار الشعب، القاهرة، د.ت.ط، 224/06.

6_ شمس الدين محمد بن حمزة الرملي(ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، البابي الحلبي، القاهرة، 1967م، 246/08.

من نقل أو قياس، و ذموا ما لا يسند فيه من أحكام قضائية إلى نقل أو قياس⁽¹⁾، و ما ذلك إلا مسمى القاعدة القانونية بالنسبة للقوانين الوضعية.

إن معتمد الحكم القضائي في القضاء الوضعي هو السند القانوني والأسباب الواقعية لقيام التسبب صحيحا، وهي أسس بني عليها القضاء والفقه الإسلامي أحكام القضاء، إلا أنها في الفقه من المستحبات، وفي بعضه من الواجب، وقد جعلها القانون الوضعي من الواجب اللازم للأحكام القضائية الصحيحة، وإلا فالحكم معيب ويقع تحت طائلة الطعن ويطول بذلك عمر النزاع، ويتعقد الأمر على المتقاضين، وبما أن التسبب ضرورة واقعية فليكن في الفقه الإسلامي وعلى غرار القوانين الوضعية بوجوب تسبب الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: لغة التقاضي والكتابة والتمثيل أمام القضاء في ق.إ.م.إ.ج.

والدعوى لا تقبل اليوم أمام المحاكم إلا إذا كانت مكتوبة وتقدم بموجب عريضة افتتاح دعوى، ويقدم المدعى عليه جوابه بواسطة عريضة جوابية، ويبقى للمشاهدة دورها أثناء سير المحاكمة⁽²⁾، إذ من حق أحد الأطراف وتحقيقا لمبدأ حرية الإثبات أن يلجأ إلى شهادة الشهود، لكشف الحقيقة التي سببها الحكم في القضية، ويمكن أن يتم الدفاع من خلال مرافعة شفوية وهو مبدأ أكد عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 09 من ق.إ.م.إ.ج.

وهي القاعدة العامة في إجراءات التقاضي إذ استهل المشرع المادة بلفظ "الأصل"، وذلك على غرار التشريعات المقارنة لأجل مواجهة ازدياد عدد القضايا على نحو لا يتسع به وقت القاضي لسماع مناقشات الخصوم ومرافعاتهم⁽³⁾، والدعوى إذا كانت إخبار بحق له على غيره أمام القاضي، فوسيلتها الأصلية وتماشيا مع إجراءات التقاضي وتطوراتها فليس في الشرع ما يمنع من أن تكون

¹ _ التسولي، المرجع نفسه، 20/01.

² _ المرافعة الشفوية تحقق مبدأ المواجهة بين الخصومة، بحيث تسمح بإجراء المناقشة مباشرة بين جميع الخصوم أمام القاضي مما يساعد على الاتصال بأدلة الإثبات وتمكنه من الإمام بعناصر الدعوى. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د.ت.ط، 663/01.

³ _ عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص: 28، بتصرف.

مكتوبة لانطلاق اجراءات الدعوى، وأثنائها قد يصبح الإخبار مشافهة حسب مراحل الدعوى ومتطلباتها، مرافعة أو غيرها.

على أن المشرع الجزائري قد جاء في المادة 08 من ق.إ.م.إ.ج واصلاحا للخلل وملء الفراغ وواجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول⁽¹⁾، فصيغة الأمر ترتب الجزاء في حالة المخالفة على أن تتم الإجراءات في الشكل والمضمون باللغة الوطنية (العربية)⁽²⁾، العريضة وجوابها، والمرافعة الشفوية، والمستندات، والوصلات والخبرات، والأحكام القضائية⁽³⁾.

ويتأكد تمثيل الخصوم بمحام⁽⁴⁾ أمام جهات الاستئناف والنقض، ما لم يكن في ذلك مخالفة لنصوص القانون⁽⁵⁾. والمتقاضين ليسوا ملزمين بالاستعانة بمحام، وهو نص المادة الأخير كما يمكن إدخال الدولة ومؤسساتها ضمن ذلك الاستثناء⁽⁶⁾.

وتكمن أهمية حق الدفاع في أن الحقوق المقررة للأفراد لا تحترم دائما كما هو شأن الطبيعة الإنسانية التي تنزع الى الأنانية التي تولد العدوان على حقوق الآخرين وحررياتهم، لذلك كان إيجاد وسيلة منظمة للدفاع عن الحقوق والحرريات ضرورة، وقد تمثلت تلك الوسيلة في الاعتراف بحق الدفاع القضائي الذي يزود الفرد بجميع الوسائل والضمانات التي تهدف إلى رد الاعتداء وتحمي المصالح

¹ _ طاهري حسين ، المرجع السابق، ص:04.

² _ انظر الجريدة الرسمية، العدد الثالث، سنة 1991م في المادة السابعة من القانون 05/91، المؤرخ في 16 جانفي 1991م و المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية بنصه: "تحرر العرائض و الاستشارات و تجري المرافق أمام الجهات القضائية باللغة العربية وحدها".

³ _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، 36/01.

⁴ _ أنظر المادة 151 من الدستور الجزائري لسنة 1996م: "الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".

⁵ _ المادة 10 من ق.إ.م.إ.ج.

⁶ _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص:41.

التي قررها القانون للأفراد عبر الإجراءات القضائية التي تكفل المساواة للخصوم، تؤدي إلى حسن سير العدالة⁽¹⁾.

و قد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مؤكدا على حق الدفاع في المادة 11 بقوله: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بحكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه" كما أكد العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية في المادة 14 منه حق المتهم في الوقائع المنسوبة إليه و بلغة يفهمها و في أسرع وقت، و منحه مدة زمنية معقولة لإعداد وسائل دفاعه، و اتصالاته، و محاكمته حضوريا مع تمكينه من الدفاع عن نفسه بنفسه أو بواسطة مساعدة قانونية يختارها مع وجوب إعلامه بحقه في استعمال مدافع عنه، فإن لم يستطع بحكم وضعه المالي تختار له المحكمة مدافعا عنه يتولى المهمة مجانا..."

المطلب الثالث: مبدأ حق الدفاع في الفقه الإسلامي:

بالرجوع للقضاء في زمن النبي ﷺ والخلفاء من بعده نجد أنه قد اتسم بالإجراءات البسيطة، وتتم المرافعة بصورة شفوية، فحينما يجهر المدعي بعد ترخيص القاضي له بالحديث عن دعواه يكون ذلك أمام مسمع ومرأى من الجميع، وليتمكن القاضي بعد السماع من فهم موضوع الدعوى ويتولى المدعى عليه الرد على مزاعم المدعي، ويقدم كل واحد منهما وسائل إثباته وتأكيد مزاعمه⁽²⁾، ولكن قد يحدث ألا يحسن الخصوم عرض الادعاء فيلحن بحجته فيضيع حقه، ومن ذلك العاجز والأعجمي وغيرهم.

¹ _ سعيد خالد علي الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دراسة فقهية مقارنة في القانونين المصري و اليمني و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، د.د.ط، 1417هـ/1996م، ص:06.

² _ عمار بوضياف، المحاكمة العادلة، المرجع السابق، ص:46،47.

وعن أم المؤمنين أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "إنكم تختصمون إليّ، فلفل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار"⁽¹⁾.

واللحن هو الميل عن جهة الاستقامة والمراد أن بعض الخصماء يكون أعرف بالحجة وأفطن له من غيره⁽²⁾،

إذ أن استخدام الكلام وتبيان الحجة هو أرقى وسائل الدفاع ورسالة المحامي من النبل بما كان إن استوفت ضوابطها الشرعية فهو لسان من لا يستطيع ابلاغ رسالته، والسعي مع المظلوم حتى يثبت له حقه فهو مأجور ما شكلت المحاماة إحقاقاً للحق وابطالاً للباطل ونصرة للمظلوم، وشرط أن يصدق الموكل محاميه وعلى المحامي تحري الدقة والصدق في وكالته فلا يتوكل على ظالم ولا لباطل، لأنه معين للقاضي في الوصول إلى الحقيقة، وكلها أخلاق ثابتة في الإسلام.

وفي رسالة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري: "واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة، وإلا وجهت عليه القضاء؛ فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر".

وثبت عن مالك بن أنس رضي الله عنه: "أن القاضي يحكم بعد أن يقول للمحكوم أبقيت لك حجة فيقول لا، فإن قال نعم أنظره ما لم يتبين له ددده، ولا يقبل حجة بعد إنفاذ القضاء"⁽³⁾ إلا أن الفقه الإسلامي لم يستخدم مصطلح حق الدفاع، وإن كانت فكرة هذا الحق موجودة فيه⁽⁴⁾، فقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية التوكيل بالخصومة ولم يقصروا حكمهم على التوكيل في الخصومة المدنية، بل صرفوه إلى الخصومة الجنائية، ولا شك أن إجازة التوكيل في إثبات

¹ _ الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأحكام باب مواعظ الإمام للخصومة، الحديث رقم: 7169، صحيح البخاري، مرجع سابق، 157/13. الحديث أخرجه مسلم، بابا الحكم بالظاهر و اللحن بالحجة، حديث رقم: 1713، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1375هـ/1955م، ، 1337/03.

² _ محمد بن إسماعيل اليميني الصنعاني(ت1182هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مرجع سابق، حديث رقم 1304 وقال متفق عليه، 233/04.

³ _ ابن فرحون، المرجع السابق، 68/01 و 132، 133.

⁴ _ سعيد خالد علي الشرعي، المرجع السابق، ص: 09.

الاتهام يقتضي بالضرورة إجازته في دفعه بل هو من باب أولى، لأن من كان في مقام الاتهام هو في أمس الحاجة لمن يدافع عنه نظراً لما قد يعتريه من اضطراب يعجزه عن الدفاع عن نفسه⁽¹⁾.

فحق الدفاع في الإسلام من المسلمات ولكل من الخصمين أن يقدم دفاعه مع تنفيذ حجج الخصم بكل وسيلة وأسباب البينة، وعلى القاضي أن يساوي بينهما في ذلك الحق دون مفاضلة. كما أن من مظاهر حرية الدفاع في الإسلام الإمهال بالآجال لطرفي الدعوى لتحضير الحجج والدفع، وإطلاع الخصوم على الأوراق والمستندات⁽²⁾، الخاصة بالخصم ليتمكن من الدفاع عن نفسه إلى أن يكتفي كل طرف حينها نتحدث عن مرحلة الحكم، ونكون حينها وبذلك قد قمنا بتبصير العدالة لرفع ظلم أو منع وقوعه.

وإن كان حق الدفاع ثابت لذي الصفة، فهل يثبت في الفقه الإسلامي بتوكيل شخص ذا خبرة ودراية بخبايا القضاء وهو اليوم المحامي ليقوم بما يعجز عنه الشخص العادي...؟

المطلب الرابع: مبدأ الوقار الواجب للعدالة وحال القاضي أثناء الجلسة في الفقه وفي ق.إ.م.إ.ج.

الضمير ميثاق القاضي في نشاطه العملي والفكري، فهو مرآة للقانون حيث يشكل القاضي القانون الناطق، فهو مصدر الثقة الأول والأخير للمتقاضين، والطرف الأساسي في عملية التقاضي، لذلك فقد اشترط الفقهاء المسلمون أن تجري المحاكمة في وقت صفاء فكر وسكون قلب، لأن من الخطأ والضرر بأن يزعم بكمال حال القاضي في جميع الأوقات⁽³⁾.

¹ _ سعد حماد صالح القبائلي، حق المتهم في الاستعانة بمحام، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005م، ص:99.

² _ أنظر المادة 70 من ق.إ.م.إ.ج.

³ _ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص:179.

ويعني ذلك أن يكون القاضي عند نظر الدعوى على حال معتدلة، حاضر الذهن، صحيح

الفهم، وهذا أصل من أصول المرافعات، ...

على وجه تسكن فيه طبيعته، ويجتمع فيه عقله، ويتوفر فيه فهمه⁽¹⁾. وأصل نهي النبي ﷺ عن القضاء

حال الغضب من حديث أبي بكر⁽²⁾ إلى ابنه وكان بسجستان

فإني سمعت رسول الله يقول: " لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان"⁽³⁾ إذ الغضب يؤثر على العقل

والإدراك، وقد يورثه الخلط في الأمور، على خطورة القضاء على حقوق الناس وحررياتهم، ويخشى من

التسرع في الحكم.

¹ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص: 169.

² أبو بكر، كنية كناه بها الرسول ﷺ و هو نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفي روى عنه أولاده و الحسن و عدة الكثير عن رسول الله و بعض الأحاديث في الصحيحين و من أولاده عبد الرحمان و عبد الله و مسلم و عبد العزيز، مات سنة 51هـ. صفى الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المطبعة الخيرية، القاهرة، ط: الأولى، 1322هـ، ص: 346. الذهبي، المرجع السابق، 208/03.

³ أخرجه البخاري في صحيحه حديث تحت رقم 7158، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، إشراف محي الدين الخطيب، تعليق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، المكتبة السلفية، د.ت. ط. 136/13، أخرجه البخاري. وأخرجه مسلم في صحيحه تحت رقم 1717، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق وتصحيح وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، نشر إدارات البحوث العلمية، السعودية، ط: 1400هـ. واللفظ له، 1342/03، فالحديث متفق عليه.

وكتب عمر بن الخطاب إلى قاضيه أبي موسى الأشعري رسالته القضائية المشهورة: "إياك والغضب، والقلق، والضجر والتأذي بين الناس، والتنكر عند الخصومة"⁽¹⁾ وجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية على كراهة قضاء الغضبان، ويصح قضاؤه⁽²⁾.

ودليلهم ما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن الزبير⁽³⁾ اختصم و رجل من الأنصار إلى رسول الله في شراج⁽⁴⁾ الحرة، فقال رسول الله للزبير: "أسق زرعك، ثم أرسل الماء إلى جارك" فقال الأنصاري محتجا و معاتبا: "أن كان ابن عمك يا رسول الله"، فغضب رسول الله ﷺ حتى احمر وجهه و تلون، ثم قال للزبير: "اسق زرعك، و احبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله إلى جارك"⁽⁵⁾.

وما هذا إلا حكم حال غضب ولكن نتحدث عن معصوم يتحكم في غضبه ويحسن توجيهه وتلطيف شدته ويُعَانُ على ذلك بما عصم به من الله تعالى.

1_ سبق تخريج الحديث في الصفحة 137 و مناقشة ما يجول حوله من خلاف، ص: 136.
2_ الكمال بن الهمام (ت 861 هـ)، فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني (ت 593 هـ)، و معه تكملة نتائج الأفكار، أحمد بن قوادر قاضي زاده، المطبعة التجارية الكبرى، مصر، 1356هـ، 466/05. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي (ت 463 هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق محمود قيسية، مؤسسة النداء، أبو ظبي، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م، 347/02. يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ)، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، دمشق، 1964م، 39/11.

3_ الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، ابن عمه رسول الله ﷺ صفيية بنت عبد المطلب، و ابن أخ خديجة، حوارى رسول الله ص، عنه روى عبد الله، و عروة و نافع ابن جبير، حضر بدر و هاجر المهجرتين، أول من استل سيفاً في سبيل الله، و من العشرة المبشرين في الجنة، قال الذهبي: استشهد يوم واقعة الجمل في جمادى الأولى سنة 36 هـ، له 38 حديثاً عن رسول الله ص 58، صفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، مرجع سابق، ص: 103. الذهبي، المرجع السابق، 320/01.

4_ الشراج: شرحة و شرح جداول الماء الصغيرة المتفرعة. محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص: 259.
5_ محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار القلم، دمشق، 400هـ/1980م، 832/02. تحت رقم: 2231. و مسلم ابن حجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم مع شرح النووي، المطبعة المصرية، القاهرة، 1349هـ، 107/15. تحت رقم: 2357، وهو حديث متفق عليه.

لذلك قال بعض الحنابلة وقول عند المالكية: أن القضاء في حال الغضب باطل وفساد ولا ينفذ لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد.

جاء في المغني: "إذا غضب تغير عقله، ولم يستوف رأيه فكره وفي معنى الغضب كل ما يشغل فكره من الجوع المفرط، وغيره فهذه كلها تمنع الحاكم، لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب"⁽¹⁾.

وفي بداية المجتهد: "لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان، ومثل هذا عند مالك أو يكون عطشاناً أو جائعاً أو خائفاً وغير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم، لكن إذا قضى في حال من هذه الأحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم أنه ينفذ حكمه، ويحتمل أن يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه"⁽²⁾.

وهي ضمانات وضعها الفقه الإسلامي لحماية القاضي من نفسه ومن التأثيرات النفسية، لأن الإنسان بفطرته وطبيعته تتأثر نفسه بالظروف المحيطة بها فأوجب لذلك على القاضي عدم الجلوس لنظر الدعوى إلا إذا كان في أحسن حال من التأثيرات النفسية أوجب عليه عدم القضاء في الحالات التي يسوء فيها خلقه مثل حالة الغضب وذلك حماية له من نفسه ومن نوازع الشر فيه كإنسان على عكس القانون الوضعي الذي لم يتعرض لمثل هذا، وهذا يعد قصور في التشريع الوضعي⁽³⁾.

¹ _ محمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م، 394/11.

² _ أبو الوليد محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي (ت595هـ)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار ابن حزم، تحقيق ماجد الحموي، بيروت، ط: الأولى، 1416هـ/1995م، 1793/04.

³ _ عادل محمد جبر أحمد الشريف، حماية القاضي و ضمانات نزاهته بين الفقه الإسلامي و قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص: 226 و 424.

إن مراعاة مقتضيات النفس والحالات الجسدية للقاضي وبالتفصيل، لا تجد لها أثر في التشريعات الوضعية، والأصل أن يعرج عليها في التدريس في معاهد القضاء وتراعى في آداب وأخلاقيات القضاء، لأن ذلك من الوقار الواجب للعدالة، والواجب من العدالة⁽¹⁾.

المطلب الخامس: الصلح بين الخصوم في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.

الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي⁽²⁾، وهو من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي وفي التشريعات المقارنة، وعادة ما يكون بعد دعوى صحيحة مقدمة، وخصومة قائمة، وذلك بأن يتنازل كل طرف عن بعض حقه ليحصل على الباقي.

قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا (114)﴾، سورة النساء، الآية 114 وقال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. سورة النساء، الآية 128. وهو إيجاز واعجاز. فدل على أن خير الكلام بين المتناجين ما أمر صاحبه بصدقة أو أمر بمعروف، أو إصلاح بين الناس بإخلاص لله تعالى ودون قصد لإرضاء الخلق دونه، فله جزاء من الله والأجر العظيم والقضاة خصوصاً، والآيات في ذلك كثيرة وأفرد له الفقهاء باباً في مصنفاتهم والصلح مشروع بين المتخاصمين، ويتأكد عند الإشكال في الحكم بسبب عدم وضوح الواقعة أو عدم ثبوتها أو حكمها الكلي، ولتجنب مر القضاء بين الأقارب، بين الأصدقاء والصلحاء⁽³⁾.

وما الصلح إلا تنازل عن بعض الحق الذي يتمتع به الإنسان، أو قرره الشرع له ليعطيه إلى الطرف الآخر إما احساناً وتفضلاً، وإما معاوضة للحصول على سائر حقه الباقي، فهو عفو عن

¹ أثبت الواقع أن البعض من الزملاء القضاة ينسون أنفسهم كقضاة و يأخذون في مجارة الواقع الطارئ فيتحولون إلى أشبه ما يكون بالخصم، بالتسبب في تسيير الجلسة، أو التلغظ بألفاظ استفزازية إزاء أحد المتقاضين أو كلهم، مما يفتح المجال واسعاً أمام المتربصين بالعدالة. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات، مرجع سابق، ص: 44. و يتحاملون أحياناً حتى على الشاهد بحجة التأكد من مصداقية شهادته حتى يشعرونه بالخرج، فلا يكاد البعض منهم يميز بين الخصم و الشاهد، و في ذلك انتقاص لقيمة البيئة على أهميتها في الإثبات.

² محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص: 276.

³ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع السابق، ص: 174.

الآخر شخصياً أو مالياً. فيما جاز فيه الصلح ويحق له العفو عنه كالتقصاص والديات، والجنح، والأموال، ولا صلح في الحدود⁽¹⁾ للنصوص الواردة في ذلك.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً"⁽²⁾. فالصلح قد شرع للمسلمين ابتداءً فهم المخاطبون بالنص وكذا بينهم و بين غيرهم والنصوص الدالة كثيرة.

ودل على الصلح قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "ردوا الخصوم حتى يصلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن"⁽³⁾.

وكتب عمر رضي الله عنه لمعاوية بن أبي سفيان: "أحرص على الصلح بين الناس ما لم يستبن لك القضاء"⁽⁴⁾.

وفي مجلة الأحكام العدلية وفي المادة 1826 جاء: "يوصي ويخطر القاضي الطرفين بالمصالحة مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح...".

ولا يكون إلا التصريح مرة أو مرتين وإلا فصل القاضي بالحكم لعدم إلحاق الضرر بصاحب الحق، على أن يتأكد الأمر بالصلح حين يشتهبه على القاضي وجه الحكم في القضية، وإذا كانت الخصومة بين الأقرباء، وهذا هو مذهب المالكية⁽⁵⁾.

¹ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 1064/02، بتصرف.

² _ الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده في كتاب الصلح، أحمد بن حنبل (ت 241 هـ)، مسند أحمد، المكتب الإسلامي، بيروت، 1398هـ/1978م، 366/02.

³ _ الحديث أخرجه الإمام البيهقي في سننه في كتاب الصلح، أحمد بن حسين بن علي البيهقي (ت 458 هـ)، السنن الكبرى عن دائرة المعارف العثمانية، الهند، دار الفكر، بيروت، 1344هـ، 66/06.

⁴ _ محمد رواس قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، بيروت، 1421هـ/2000م، 1240/02.

⁵ _ محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي (ت 490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، د.ت.ط، 66/16 و

أما المالكية والحنابلة وابن حزم الظاهري، فيرون أن القاضي يأمر بالصلح في حالة وجود إشكال ولم يتكون في نفسه قرار، فإن ترجح لديه قرار معين فلا يجوز الأمر بالصلح لأنه أدرك المحق من المبطل⁽¹⁾،

ويأمر القاضي إستثناءً بالصلح إذا ظهر وجه الحق وخشي وقوع الفتنة⁽²⁾ فيكون لزاما عليه دفع المفسدة على حساب المصلحة. فإن خشي تفاقم الأمر بين الخصوم، واتساع نطاق العداوة سواء كانوا من ذوي الرحم والفضل، أو من غيرهم، وجب على القاضي أن يأمرهم بالصلح وجوبا ولو بان له وجه الحق في الدعوى سدا لباب الفتنة، وكذلك يفعل المحكم، ولكن لا يجبر أحدا منهم على الصلح؛ على أن الصلح لا يجوز إلا فيما يصح التصالح عليه من الأمور المالية وأمثالها⁽³⁾. ومن أولى مهمات القاضي في وقتنا الحاضر، محاولة الصلح بين أطراف الدعوى قبل البدء في إجراءات الدعوى، وهذا الأمر يصبح أكثر ضرورة لسببين⁽⁴⁾:

أ. إن أغلب الدعاوى المعروضة على المحاكم في وقتنا الحاضر هي بين الأزواج أو الأقارب⁽⁵⁾.
ب. إن هذه الدعاوى يطول فيها القضاء قبل الحكم بها، وكلما طال الزمن بها زادت العداوة والبغضاء مما يؤدي إلى قطيعة الأرحام وذلك من الإفساد في الأرض. - انتهـ -
وأشار المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي المادة الرابعة منه إلى إمكانية إجراء الصلح وذلك ضمن الأحكام التمهيدية بين الأطراف وأثناء سير الخصومة، وفي أي

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، بالمطبعة العامرة، مصر، مصورة عن ط: الأولى، 1301هـ، 52/02، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت630هـ)، المغني على مختصر الخراقي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م، 399/11، وأبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت456هـ)، المحلى، دار الطباعة الأميرية، القاهرة، ط: الأولى، 1351هـ، 422/09 و423.

² محمد بن عيسى بن المناصف (ت 620 هـ)، تنبيه الحكام على مآخذ الحكام، تحقيق عبد الحفيظ منصور، دار التركي، تونس، 1988م، ص:46.

³ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 162/06.

⁴ محمد ابراهيم البدارين، المرجع السابق، ص:232.

⁵ مادة 444 و448 من ق.إ.م.إ.ج على أن أمر الصلح صلحا أو تحكيما غير قابل لأي طعن.

مادة كانت مدنية أم إدارية، ولفظ يمكن في بداية نص المادة أفاد الجواز ويدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي وهي صورة عن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى.

فالنص ذو أهمية كبيرة، لما له من فوائد جمة، وقد أثبت الواقع تلك الفوائد، سيما ما تعلق بالنزاعات التي تقع بين أفراد الأسرة الواحدة أو تلك التي تقع بين الجيران، بسبب غياب عنصر الحوار، مما يتعين اللجوء إليه دوماً والعمل قدر الإمكان على الاستفادة من نتائجه⁽¹⁾.

فالصلح⁽²⁾ وحسب المادة 49 من القانون 11/84 والمادة 439 من ق.إ.م.إ.ج، اجراء وجوبي ويتم في جلسة سرية بالنسبة للطلاق بناء على طلب أحد الزوجين أو كان بالتراضي بين الزوجين، واجراءات الصلح يباشرها القاضي بنفسه أو يسند ذلك لحكمين⁽³⁾.

على مرفق القضاء و تنظيميا أن يعمل على إنشاء هيئة للصلح الأسري، و تعمل بدورها على إيجاد تحكيم أسري بعد خبرة اجتماعية و من الأسرة نفسها سابق عن القضاء، كآلية يتم تفعيلها خاصة بعد تفاقم احصائيات الطلاق و تبعات ذلك على المجتمع عموما و الأسرة خصوصا؛ و يلجأ إليها إجباريا في الحالات القابلة للصلح أو التحكيم، و يلزم قرار هذه الهيئة في فض المنازعات بقرار حكم ملزم لطرفي الخصومة، و للقاضي أن يشرف على هذه الهيئة المشكلة من أصحاب خبرة متعددي الاختصاصات (علوم شرعية و قانونية، و علوم اجتماعية و نفسية) لتقع غريبة القضايا و التخفيف على القاضي لآداء مهامه، ثم تأتي مرحلة الصلح القضائي لتتحدث بعدها عن مرحلة الحكم.

¹ _ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص:31.

² _ و الصلح رغم أن آثاره كاشفة (م 463 من القانون المدني الجزائري)، فإنه باكتمال أركانه و شروطه و شكلياته، كما نظمها القانون و ينهي النزاع القائم بصفة باتة، و يضع حدا للخصومة بصورة نهائية. الأخضر قوادري، الوجيز الكافي في اجراءات التقاضي، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص:76،75.

³ _ المواد 439 إلى 449 من ق.إ.م.إ.ج. و انظر المادة 56 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائر متعلقة باشتداد الخصومة بين الزوجين و اجراءات تدخل الحكمين للصلح بينهما. إذ أن محل التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية عامة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي تكون في الحقوق سواء كانت مالية أو غير مالية التي يملك الفرد التنازل عنها و التصالح عليها.

وواضح مما سبق أن مفهوم الصلح القضائي بين المتخاصمين أوسع دائرة في الفقه الإسلامي وأشمل، والمستحب شرعا وفقها للقاضي أن يحاول الصلح في جميع الدعاوى التي لا يكون المطلوب فيها حق من حقوق الله عز وجل، ولا تعدو أن تكون مصالح خاصة بالخصوم، والاستحباب قد يتحول إلى وجوب إذا غلب على ظن القاضي أن الأمر سيتفاقم إذا حكم بين الخصوم.

المبحث الثالث

الأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.الجزائري

إن الأعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم والقضاة وأعاونهم بقصد الحصول على حكم قضائي، تتابع وتبدأ بالمطالبة القضائية، مروراً بمجموعة أخرى من الأعمال وانتهاء بالعمل الختامي فيها وهو الحكم القضائي المنهي لها⁽¹⁾. على أن الأعمال الصادرة عن الغير هي الأعمال التي يقوم بها الخبراء والشهود والمترجمون، وتلك الأعمال التي يقوم بها معاونو القضاء من الموظفين⁽²⁾. فالخصم هو الذي يقدم باسمه طلب إلى القضاء للحصول على الحماية القضائية، أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب؛ وإذا قدم الطلب نيابة عن شخص أو وجه إلى نائب عن شخص، فإن الخصم هو الأصيل وليس النائب⁽³⁾. على أن المركز القانوني للخصم عبارة عن مجموعة الحقوق والواجبات الإجرائية التي ينسبها القانون للشخص باعتباره خصماً⁽⁴⁾.

والأعمال الإجرائية باعتبارها أعمالاً قانونية يجب أن تتوافر فيها شروط معينة، منها ما يتعلق بشخص القائم بالعمل، ومنها ما يتعلق بشكل العمل، والشكل في العمل الإجرائي قد يكون عنصراً من عناصره، وقد يكون ظرفاً يجب وجوده خارج العمل، والشكل كعنصر للعمل يتضمن وجوب

1 _ محمود محمد هاشم ، المرجع السابق، 134/02.

2 _ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 350، 349.

3 _ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص: 340، 339.

4 _ وحدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول (السنة الثامنة عشر)، 1978م، ص: 78 من المجلة، ص: 08، من ورقة البحث.

تمام العمل كتابة، ووجوب أن تتضمن العريضة بيانات معينة، كإمضاء المعني أو ذكر تاريخها، والشكل كظرف للعمل قد يتصل بمكان العمل كوجوب تسليم الإعلان في موطن المعلن عليه، فالشكل ليس الإجراء، إذ الشكل شرط من شروط الإجراء⁽¹⁾.

إن العملية القضائية تتكون من نوعين من القواعد: إجرائية شكلية ترسم و تبين الطرائق التي يجب سلوكها و الأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها؛ و هذه القواعد جائزة شرعا، موكلة إلى ولي الأمر يضعها في كل عصر بحسب المصلحة التي تقتضيها، فهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة، و من صلاحياتهم الزمنية يحولون و يبدلون من مجاريه دائما، على حسب ما يرون أنه أصلح و أضيظ، لذلك لم يأت التشريع الإسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسيم، إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائما كلزوم الإشهاد في عقد النكاح، و طريقة التلاعن بين الزوجين، و كالإرشاد العام إلى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة أو الرهن، و كأصول القضاء الأساسية من استماع الدعوى و سؤال الخصم و تكليف البينة أو اليمين⁽²⁾.

فيقوم القضاء على دعوى من شخص، وأدلة وبيانات، ثم دفع من آخر، ويسمع القاضي كلامهما، ويرى أدلتهما، ويبني حكمه على الظاهر الواضح الذي انكشف له وأدركه⁽³⁾. وما ذلك من المدعي إلا ادعاء بالحق المطلوب والذي إن تأكد قضى به القاضي.

وأن يكون بناء على طلب المدعي وهو شرط اشترطه الفقهاء، وذلك بعد تزكية الشهود واستيفاء الحجج، إذ أن موضوع الحكم هو الحق المدعى به، والذي يطالب به المدعي فهو حق له، والقاضي لا يستوفي هذا الحق إلا بعد أن يطلب المدعي منه ذلك على أن يكون الحق من حقوق العباد⁽⁴⁾.

¹ _ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1975م، ص: 146.

² _ عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص: 766، بتصرف.

³ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 111/01.

⁴ _ أبو البصل، المرجع نفسه، ص: 331 و 332، بتصرف.

الفصل الرابع

الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الأول: مفهوم الحكم القضائي في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج.

المبحث الثالث: آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي
وق.إ.م.إ.ج.

تمهيد:

القضاء بين الناس أصل الشريعة ومدار الأحكام؛ فيه تعصم الدماء وتحفظ الأموال وتستقيم المعاملات وفق ضوابط حددها الشرع حتى لا يقع التجاوز والاعتداء على حقوق الآخرين.

لذلك وجب صون منصب القضاء من العبث لخطورته، لأنه المظهر الأساس لتجسيد مبدأ العدل في الدولة؛ فالمنصب خطير وحساس به تقاس حضارة الأمم، وحماية القضاء والقضاة؛ وينعكس ذلك على تقدم المجتمعات؛

فساد القضاء ينمي الإحساس بالظلم الذي يؤدي أحيانا بتماسك الأمم وينذر باندثارها وزوالها. ويتعين القول بوجوب احترام كل الفئات لهذا المنصب الحساس وخاصة ولاية الأمور، مع وجوب احترام أحكامه والسهر على تنفيذها ويسري ذلك على الكافة ودون استثناء فنضمن بذلك عدالة ذات مصداقية يثق الناس في أحكامها، فتتحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فتحدث التوازن المطلوب في المجتمع.

ويكون من البديهي القول إذا كان القصد من وجود منصب القضاء هو إيصال الحقوق لأصحابها فالحكم القضائي هو نهاية جولة التداعي أمام القضاء؛ ويستوي شأن ذلك بالنسبة للشريعة والقانون وهو الأثر المباشر للحكم القضائي.

المبحث الأول

الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.م.الجزائري.

بديهي أن تنتهي الخصومة بحكم في موضوعها من جانب المحكمة المختصة والتي رفعت إليها الدعوى ولصالح أحد أطراف الدعوى، والحكم عندها يعبر عنه بالعمل الختامي الذي يترتب عنه إثبات الحق لأصحابه والذي ينتهي بالتنفيذ، وإلا فلا طائل منه؛ فما المقصود بالحكم في الفقه الإسلامي وفي القانون وق.إ.م.إ.م.ج؟ وماهي شروطه وأنواعه، وآثاره المترتبة عليه، وحجيته؟ هذا ما سيعرج البحث عليه دون حشو أو إطراب بحثا عن مقارنة فقهية وقضائية إسلامية ومن خلال القوانين الوضعية عموما، والقانون الجزائري أساسا.

المطلب الأول: الحكم القضائي في اصطلاح المذاهب.

الفرع الأول: الحكم القضائي في الاصطلاح الفقهي الحنفي.

هو إخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام⁽¹⁾ وفي المادة 1786 من مجلة الأحكام العدلية: " قطع الحاكم المنازعة وحسمه إياها".

الفرع الثاني: الحكم القضائي في الاصطلاح الفقهي المالكي:

هو إخبار عن إلزام الله تعالى وإلزام الحاكم فيما يمكن أن يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا⁽²⁾. وتعريفات المالكية كثيرة وتصيب في مجملها حول المعاني السابقة الذكر في تعريف القرافي. وفي الطريقة المرضية وفي المادة 296: " الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا"⁽³⁾. وفي مجملها لا تخرج عن معاني أمر القاضي بالإلزام وتدور كلها حول الإخبار والإنشاء وتختلف عن الفتوى بالإخبار عن حكم الشارع حسب اعتقاد المفتي⁽⁴⁾، والذي لا إلزام فيه.

¹ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة الباوي الحلبي، مصر، ط: الثانية، د.ت.ط، ص: 07.

² شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 884 هـ)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1994م، 120/10.

³ محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 93.

⁴ محمد العزيز جعيط، المرجع نفسه، المادة 297، ص: 93، بتصرف.

الفرع الثالث: الحكم القضائي في الاصطلاح الفقهي الشافعي.

جاء في مغني المحتاج قوله: "الحكم إلزام من له بحكم الشرع، أو إظهار حكم الشرع".⁽¹⁾ ويقصد الحكم القضائي وينصب المعنى حول انفاذ وإلزام بحكم قضائي، إذ الصلاحية شرعا بالإلزام بأحكام الشرع منوطة بالقضاء وما الفتيا إلا إخبار لا إلزام فيه.

الفرع الرابع: الحكم القضائي في الاصطلاح الفقهي الحنبلي.

وفي كشف القناع بالنسبة للفقه والاصطلاح الحنبلي جاء حول الحكم القضائي قوله: "الحكم هو فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام".⁽²⁾ ومن ألفاظ التعريفات الاصطلاحية الفقهية للحكم وجمعا للألفاظ التي ركز عليها الفقه في عمومها فالحكم القضائي لا يخرج عن مسمى الفصل في الخصومة بين المتداعين بواسطة حكم قضائي وفق أحكام شرعية على وجه الإلزام بعد النظر في أدلة الإثبات والأسباب المفضية إلى الحسم بين الأطراف في نزاع واقع.

ولابد للقاضي أن يستعمل الألفاظ الدالة على اللزوم من نفي أو اثبات ما حكم به بعد نظره في الدعوى، وما ثبت عنده من وسائل الإثبات⁽³⁾. إذ الحكم القضائي هو الهدف الأساس من وجود النظام القضائي، وفتح المحاكم، وتعيين القضاة، ورفع الدعوى، ليأخذ طريقه إلى الهدف النهائي، وهو التنفيذ، وإيصال الحقوق لأصحابها، ومنع المعتدين من استمرار عدوانهم، وكف الظلمة عن ظلمهم، وانتهاء الخلاف والمنازعة بين الأطراف⁽⁴⁾.

¹ شمس الدين أبو الحسن علي بن خليل الخطيب الشربيني (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1421هـ/2000م، 257/06

² منصور بن يونس البهوتي (ت 1051 هـ)، كشف القناع عن الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1402هـ/1982م، 266/04.

³ محمد بن بشير الشقفة، المرجع السابق، 162/06.

⁴ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 967/02.

ويستشف مما سبق أن كل دعوى قضائية تحتاج لوجود خصومة مقدمة في شكل طلب يجوي مدعى به، ومدعى ومدعى عليه، وقاض منصب من ولي الأمر وذو اختصاص، ومنطوق الحكم في الواقعة بما ثبت بالدليل وغلب على ظن القاضي صحته.

وهذا ما عبر عنه الفقه الإسلامي بالأركان⁽¹⁾، وهي في المذاهب متقاربة لا يعترتها اختلاف كبير.

ولعبد الناصر أبو البصل تعريف شامل وجامع لجميع الأحكام القضائية جاء فيه: "الحكم القضائي ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلا في الخصومة متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل أو امتناع عن فعل أو ايقاع عقوبة على مستحقيها أو بتقرير معنى في محل قابل له"⁽²⁾.

لقد شمل حتى الحكم الضمني المستفاد من نص الحكم الصريح وتلك إضافات جعلت التعريف أشمل وأدق.

المطلب الثاني: الحكم القضائي في ق.إ.م.إ.ج:

يعتبر الحكم القضائي الهدف الرئيس من وجود النظام القضائي، إلا أنه ليس الهدف الأخير من ذلك، لأن الهدف النهائي للقضاء والمتقاضين هو تنفيذ الحكم ووصول صاحب الحق إلى حقه، حيث لا قيمة للحكم القضائي مهما علا شأنه من دون تنفيذه⁽³⁾.

¹ فني فقه الحنفية والشافعية حكم ومحكوم به، ومحكوم له وعليه، وحاكم وطريق (وهو القضية أو الدعوى). وعند المالكية والحنابلة، هي أيضا ستة: القاضي، والمقضي به، والمقضي له، و المقضي فيه، والمقضي عليه، وكيفية القضاء (ولكن الحنابلة لم يذكروا كيفية القضاء). أبو اليسر بدر الدين محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن الغرس (ت 849 هـ)، الفواكه البدرية على المجاني الزهرية، لمحمد صالح عبد الفتاح بن ابراهيم الجارم، مطبعة النيل، مصر، د.ت.ط، ص: 05، وص: 02 و 03، من المجاني الزهرية. عبد الرحمان محمد قاسم العاصمي النجدي (ت 1392 هـ)، حاشية الروض المربع بشرح زاد المستنقع، د.د.ط، 1424 هـ، وعليه حاشية الرملي لتركيا الأنصاري، 277/04. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 09/01. البهوتي، المرجع سابق، 285/06.

² عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، الأردن، ط: الأولى، 1420 هـ/ 2000م، ص: 52.

³ أكرم حسن ياغي، المرجع السابق، ص: 289.

لكلمة حكم معنى عام وهو كل أمر أو قرار يصدر من السلطة القضائية، ولكن المعنى الخاص لكل حكم هو رأي المحكمة وقرارها في القضية المرفوعة إليها من الخصوم أو في نقطة خاصة بهذه القضية أو بسيرها⁽¹⁾.

ويظهر مما سبق أن الحكم يطلق على كل قرار يصدر من القاضي، أي من المحكمة، أي كانت درجتها وأيا كانت تشكيلتها، في الخصومة بالشكل المقرر، ولكن لا يطلق على ما يصدره القضاء من أعمال في غير خصومة، مثل الأوامر على العرائض، وإذا كان هذا هو الأصل، فإن القانون قد يخرج عليه بنص، ويدخل في معنى الحكم بعض ما يصدر عن القضاء في غير خصومة، مثل أوامر الأداء، فعلى الرغم من أنها تصدر في غير خصومة وفي غير الشكل المقرر للأحكام فإنها تعد أحكاما بالمعنى الصحيح⁽²⁾.

فيطلق القانون بصفة عامة على كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، وأيا كان مضمونه، أما ما يكون استعمال لسلطة القاضي الولائية فإن القانون يطلق عليه اصطلاح أمر⁽³⁾.

والحكم في الفقه المقارن يعني القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب، في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منها أو مسألة متفرعة عنه⁽⁴⁾. ونحن عندها أمام:

¹ عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، د.د.ط، الطبعة الثانية، 1921م، بند 1065، ص: 776.

² محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 300/2.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص: 544، 545.

⁴ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، مصر، الطبعة الثالثة، 1977م، بند 11، ص: 35-37.

- عنصر شكلي: وله أهمية بالغة في تعريف الحكم، فيجب أن يصدر الحكم من جهة قضائية، فإذا صدر القرار فاصلا في منازعة معينة بين شخصين ولكنه من غير جهة قضائية، وإنما ينبغي أن يصدر وفقا لإجراءات معينة مبينة في قانون المرافعات.
 - عنصر موضوعي: وهو أن الحكم قرار صادر في منازعة معينة بين خصمين، فالحكم القضائي ينطوي على عنصرين أحدهما هو عنصر تقرير الحق وثانيهما هو عنصر الإلزام، أي إلزام من عليه، الحق باحترامه أو بدائه إلى صاحبه، فإذا اجتمعا هذان العنصران لقرار من القرارات الصادرة من القضاء فإنه يوصف بأنه حكم وإلا فلا يصدق عليه هذا الوصف⁽¹⁾.
- فالحكم هو قرار صادر في منازعة لحسمها أو في شق منها ووفق إجراءات معينة وعليه تكون عناصر الحكم القضائي ثلاث:

القرار الصادر في منازعة، حاسم للنزاع أو شق منها، وبإجراءات معينة.

إن مفهوم الحكم القضائي في ق.إ.م.إ.ج هو كل ما يصدر عن جهات الحكم بصدد الفصل فيما يعرض عليها من نزاعات، وهو نص صريح المادة 08 في الفقرة الأخيرة بالقول: " يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

فالحكم هو ما يصدر عن الجهة القضائية للفصل في خصومة ما، وفقا للقواعد المقررة قانونا، سواء صدر في موضوع الدعوى، أو في مسألة اجرائية، ويأخذ شكله ومضمونه ووصفه على حسب نوع الجهة التي صدر عنها، والمسألة القانونية التي صدر بناء عليها، أو حسب الصيغة التي صدر بها، ووفق مقيضات القانون⁽²⁾.

¹ عبد الباسط جمعي، مبادئ مرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، مصر، د.د.ط، 1974م، ص:388-390.

² شويحة زينب، المرجع السابق، ص:206.

وعليه يمكن القول إن الفقه الإسلامي يؤكد على أن الحكم هو ما يصدر عن القاضي مما يفصل في الخصومة من الناحية الموضوعية، والمعنى في القانون الوضعي أشمل بالنسبة لما ذكر من معاني الحكم في المادة 08 من ق.إ.م.إ.ج والتي تشمل حتى الأحكام والأوامر، والقرارات القضائية.

ويستعمل المشرع الجزائري، اصطلاح الحكم على أحكام المحاكم الدنيا، ويطلق اصطلاح القرار على أحكام المحاكم العليا كالمجالس القضائية والمحكمة العليا، ويطلق اصطلاح الأمر على الأحكام المستعجلة على القرارات الولائية، وتطلق أيضا اصطلاح الأحكام المستعجلة وعلى القرارات الولائية، ويطلق أيضا اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين (Sentence)⁽¹⁾.

المطلب الثالث: شروط إصدار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: شروط إصدار الحكم القضائي في فقه الحنفية.⁽²⁾

- القاضي هو محور القضاء الإسلامي، ويشترط فيه شروط أهمها معرفة الأحكام الشرعية للحكم بموجبها، فإن توفرت الشروط في تعيين القاضي والتزم المنهج الشرعي في نظر الدعوى، والفصل فيها، حسب الحكم الشرعي⁽³⁾. فهو الشرط الأساس في كل دعوى ومرجع لكل الفقه.

- أن يثبت بحكم شرعي قطعي من الكتاب والسنة المتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعي وذلك في المسائل الاجتهادية المختلف حولها.

- يرجع بعضها للمقضي له بأن يكون حاضرا وقت القضاء ويكون ممن تقبل شهادته.

- بعضها يرجع إلى المقضى عليه، إذا لا يجوز القضاء على الغائب إذا لم ينب عنه خصم حاضر.

- انتهـ.

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية، Encyclopedia، بن عكنون، الجزائر، ط: الثانية، 2015م، ص: 599.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1408هـ/ 1997م، 95/09 و116.

³ محمد الزحيلي القضاء الشرعي، المرجع السابق، 44/01.

وأن يكون في حضرة الخصمين أو نائبهما إذ في مذهبهم عدم جواز الحكم على الغائب⁽¹⁾.
وللحكم في مجلة الأحكام العدلية شرطين: (المادة 1829 والمادة 1830).

- لا يصح الحكم من دون سبق دعوى.

- حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة.

الفرع الثاني: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب المالكي.

اشترط المالكية شروطا تتعلق بالدعوى في حد ذاتها ومنها احضار المدعى به في مجلس الحكم إذا كان حاضرا في البلد أو بصفته وقيمته إذا كان غائبا⁽²⁾. كما يؤكدون على شروط متعلقة بالقاضي ويعبر عنها بالصفات. جاء في تبصرة الحكام: "شروط القضاء التي لا يتم القضاء إلا بها ولا تنعقد الولاية ولا يستدام عقدها إلا معها عشرة: الإسلام والعقل، والذكورية والحرية، والبلوغ، والعدالة، والعلم وكونه واحدا، وسلامة السمع والبصر من العمى والصمم وسلامة اللسان من البكم... ومن شروط الكمال أن يكون متيقظا كثير التحرز من الخيل، عالما بالشروط بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والأقارير والشهادات وغير ذلك... والعلم والورع"⁽³⁾، ويختص الفقه المالكي بإبطال الحكم إذا انعدمت الشروط الآتية: الإعذار والأجل والتعجيز.

أولا_ الإعذار:

هو سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم بينة هل عنده من يجرح هذه البينة أو لا (هل له ما يسقطه)،

¹ علاء الدين ابو الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من أحكام، البابي الحلبي، مصر ط: الثانية، د.ت.ط، ص: 84.

² محمد عبد الله بن علي (ت 1101 هـ) حاشية الخرشبي على مختصر خليل (ت 767 هـ) و معه حاشية علي بن أحمد العدوي (ت 112 هـ)، تخريج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1417 هـ/1997م، 540/07.

³ ابن فرحون، المرجع السابق، 21/01 إلى 24.

فيقول: ألك حجة تطعن في المطعن أو بينة غير هذه، ويشهد على الإعذار عدلين، فإن حكم قبل الإعذار بطل حكمه، ويكون الإعذار قبل الحكم شرط في صحته على المشهور في المذهب إلى أن تنقطع حجته⁽¹⁾.

وهذا متعلق بالراشد الحاضر البالغ العاقل المالك لأمر نفسه أهلية وصفة. أما الصغير والسفيه والغائب إذا كان مدعى عليه، حلف المدعي الذي ثبت حقه يمين القضاء له الحكم مع بينته، وتقوم اليمين عندها مقام الإعذار⁽²⁾. والحكم بلا إعذار لا يصح بل هو باطل على مشهور المذهب⁽³⁾. إن مسمى الإعذار هو الحجة القائمة على الأطراف قبل النطق بالحكم حتى لا يتذرع بذلك ما قام عليه الحكم ويتظلم أو يشعر بظيم واقع عليه بعدم اعطائه فرصة للدفاع عن نفسه أو تقدم حججه ويقطع بذلك دابر كل احساسا بالظلم، وذلك هدف القضاء الفصل في الخصومات بحق وعدل.

ثانياً_ التأجيل والتلوم: " إذا قال المدعي أو المدعى عليه المحكوم عليه لي حجة، ينظره القاضي لأجل الإتيان بها باجتهاده ثم يحكم عليه بعدها"⁽⁴⁾. فطلب التأجيل⁽⁵⁾ من المدعي المكلف بالبينة

¹ علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي، بهامش شرح الخرشي، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، 1288هـ، 510/07، 511.

² محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م، ص: 322.

³ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة (تحفة الحكام)، لأبي عاصم الأندلسي، طباعة دار الفكر، د.ت.ط، 65/01.

⁴ محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، 512/07.

⁵ الآجال: تكون بين تقدير القاضي وبين مالا تقدير للقاضي فيه، و تضبط بالشرع، و الأول يتوقف على اجتهاد القاضي اعتمادا فيه من المتأخرين على المتقدمين. أما الثاني ففيه مدة سنة للمعتز من يوم رفع زوجته الدعوى، وكذا بالنسبة للمجنون حادثا أو طارئا، و يعزل عن زوجته سنة و إلا تم التفريق و هو حال المجذوم. وأربع سنين أجل المفقود من يوم رفع الزوجة أمرها إلى الحاكم، و منه حالة الإيلاء و الإمتناع عن إتيان الزوجة بتمام أربعة أشهر من يوم الحلف و كذا من امتنع عن الوطاء بغير عذر. بنت فكر ابن عاصم، حلي المعاصم، لابن عبد الله الباودي بهامش البهجة شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 56/01. وابن فرحون تبصرة الحكام، د.د.ط، الطبعة الأولى، د.ت.ط، 137، 139/01، وفيها أن التلوم لا يتجاوز ثلاثة أيام وقد يتجاوز.

يضرب له أجل حسب قرب أو بعد البينة وحسب طبيعة الدعوى وحسب اجتهاد القاضي، فإن ضرب له أجل بعد أجل سمي ذلك تلوما، أو اكتفى القاضي بأجل صارم، بعد ذلك على المدعى عليه اليمين بطلب من المدعي⁽¹⁾.

ثالثا_ التعجيز:

حكم بعدم قبول بينته للحجة التي ادعاها لا الحكم بعد تبين اللد فإنه لا يمنع من قبول بينته بعد ذلك، ويكتب التعجيز لمن سأله تأكيداً للحكم لأن عدم سماع الحجة يتوقف عليه⁽²⁾. وبانقضاء الآجال والتلوم، واستوفيت الشروط ولم يأت الشخص المؤجل بشيء يوجب له نظراً، أعجزه القاضي وانفذ القضاء عليه، وسجل وقطع بذلك تبعته عن خصمه في ذلك المطلوب، ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها، ولا يقبل منه بينة إن أتى بها⁽³⁾، فالتعجيز يكون بعد استنفاد الفرص في إحضار الحجج والبيانات لمن طلب التأجيل حتى يأتي بها، فإن عجز عن إثبات حقه، ولم يأت بحجة عجزه القاضي⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب الشافعي.

جاء في جواهر العقود حول شروط الحكم القضائي: "وشرط القاضي، إسلام وتكليف، وحرية وذكورة، وعدالة وسمع وبصر -على الصحيح- ونطق وكفاية، واجتهاد، ... عارفاً بأصول الاعتقاد... فإذا تعذرت هذه الشروط فولي سلطان له شوكة فاسقا نفذ قضاؤه للضرورة"⁽⁵⁾. ومن الشروط أن يتولى القضاء قاض مختص ولا سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً أو مقلداً

¹ ابن جزري، المرجع نفسه، ص: 322.

² علي الصعدي العدوي، المرجع السابق، 513/07 و514.

³ ابن فرحون، المرجع السابق، 151/01.

⁴ محمد بشير الشقفة، المرجع السابق، 286/06.

⁵ محمد بن أحمد الصنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، اعداد أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، المكتبة المكية، مكة، ط: الأولى، 1432هـ/ 2011م، 77/04.

نقد قضاؤه، ولا يشترط أن يكون مجتهدا لئلا تتعطل مصالح الناس⁽¹⁾. بقول القاضي ثبت عندي أو صح أو وضع بالبينه العادلة أو قبلت البينة ليس بالحكم بالحق المشهود به، وإن كان مثل ذلك متوقف على الدعوى سواء أكان الثابت الحق أم سببه⁽²⁾.

الفرع الرابع: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب الحنبلي.

شروط الحكم عند الحنابلة ثلاثة: وجود دعوى وقاضي ودليل على صاحب الحق المتنازع فيه وما ذلك إلا البينة على صحة الدعوى، ودليل لصحة حكم القاضي، جاء في مزيل الداء: "ويشترط لصحة الحكم ثلاثة شروط أساسية: طلب من المدعي، وإذن من الحاكم، وعدالة البينة ظاهرا وباطنا"⁽³⁾.

الأصل أن الركن لا ينفصل عن شرطه، وقد تداخل أحيانا أمر الركن وشروط صحته عند الفقهاء، فشرط صحة الحكم أن يصدر عن قاض مختص، بلفظ دال عليه كحكمت أو قضيت، وأن يكون القاضي منصب من ولي الأمر، وأن يتقدم الحكم دعوى صحيحة، متعلقة بحقوق العباد، حكم واضح المعالم بكل أركانه، وأن تكون الدعوى معلومة ليترتب عليها حكم واضح، بحضور الخصوم، ووفق دليل اثبات شرعي من اقرار أو بينة أو يمين حكم غير مخالف للكتاب والسنة.

¹ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ)، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط: 1423هـ/2003م، 85/08 و 86.

² محسن بن جعفر بن علوي يونمي العلوي الحسيني (ت 1379 هـ)، مجموعة القضاء الشرعي الجامعة لكل شرط مرعي، تحقيق فائز بن سالم سعيدان، مكتبة تريم الحديثة، حضرموت، اليمن، 1428هـ/2007م، ص: 301.

³ عبد الله بن مطلق الفهيد، مزيل الداء عن أصول القضاء، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط: 1372هـ، ص: 55 و 56.

الفرع الخامس: شروط صحة الحكم في الفقه الإسلامي:

1- أن يتقدم الحكم دعوى صحيحة⁽¹⁾: وفيه كما سبق تمييز في الفقه بين حقوق العباد والذي لا حكم فيه دون طلب، وحقوق الله والتي لا تستوجب طلباً، وهو من الحقوق التي وجب تحصيلها على كل مسلم يباشره حسبة لله تعالى، ومنه وبه تتحقق فكرة النظام العام في الإسلام؛

وفي مجلة الأحكام العدلية في المادة 1829: "يشترط في الحكم سبق الدعوى، وهو أنه يشترط في حكم القاضي في خصوص ما تعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر، فلا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى".

2- ومن شروط صحة الحكم: الخصومة، وذلك بأن تكون هناك خصومة حقيقية بين الطرفين، فإذا لم تكن هناك خصومة، وكان القصد الاحتيال للوصول إلى الحكم، فلا تسمع الدعوى⁽²⁾. فلو علم القاضي أنه لا توجد خصومة حقيقية بين الطرفين، وأن الدعوى التي أقامها بعضهما على البعض ظاهراً هي وسيلة للاستحصال على حكم يطرق الاحتيال، فلا يستمع الدعوى، فإن إستمعها القاضي مع علمه بذلك فلا يعتبر الحكم ترتب على تلك الدعوى⁽³⁾.

3- بما أن المقصود بالحكم هو فصل الخصومة والتزام وإلزام بالحق، وجب تعيين المحكوم به، والمحكوم له ويتميز عليه بشكل ينفي الجهالة واللبس، فتكون الدعوى معلومة⁽⁴⁾ إذ الحكم المبهم لا يترتب عليه تنفيذ⁽⁵⁾.

¹- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي (ت 1072 هـ)، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، لأبي بكر محمد محمد محمد عاصم (ت 829 هـ)، و بالهامش حاشية أبو علي الحسين بن رجال المعداني (ت 1140 هـ)، على الشرح و التحفة، ضبطه و صححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ / 2000م، 18/01 و 19.

²- موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن قدامة (ت 620 هـ)، الكافي، تحقيق: عبد الله عبد بن عبد المحسن، دار هجر القاهرة، ط: الأولى، 1418 هـ / 1997م، 04 / 459.

³- ابن فرحون، المرجع السابق، 110/01.

⁴- علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجليل، بيروت، 1991م، 04/665.

⁵- علي حيدر، المرجع نفسه، 04/665.

4- أن يصدر الحكم من قاض صحيح التولية⁽¹⁾ من ولي أمر وذوي اختصاص لا تخرج عن دائرة اختصاصه الدعوى.

5- ألا تخالف صيغة الحكم الكتاب والسنة أو الإجماع والقياس، وإلا نقض من القاضي نفسه أو من غيره⁽²⁾. وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه، إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً⁽³⁾. فإذا حكم القاضي باجتهاده، ثم بان خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي، نقضه هو وغيره⁽⁴⁾.

6- أن تكون صيغة الحكم واضحة الدلالة على المحكوم له والمحكوم عليه، بحيث يتم التمييز عن غيره باسمه، ومسكنه، وحرفته ومحلها، وكذا وضوح دلالة الصيغة على المحكوم به، فإذا كان دينا تعين قيمته⁽⁵⁾.

7- أن يصدر الحكم بحضور الخصوم، ويكون الحكم مشمولاً بولاية القاضي مكاناً وزماناً ونوعاً، ويتقيد القاضي بعقد التولية⁽⁶⁾.

8- ولا يكون للحكم القضائي حجية عند المالكية، إلا أن يسبق صدوره اعدار يوجهه القاضي لمن يريد الحكم عليه، بسبب توجه البيّنات عليه، فيسأل هل عنده تجريح للبيّنة أو ما يسقط ما وجب

1_ ابن فرحون، المرجع السابق، 26/01 و 29 و ابن قدامة، المرجع السابق، 433/04 و 434.

2_ أحمد بن محمد الدردير (ت 1201 هـ)، مختصر خليل و الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت.ط، 153/04.

3_ محمد أمين ابن عابدين (ت 1252 هـ)، تنوير الأبصار مع الدر المختار و رد المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ/ 1995 م، 544، 536/ 05.

4_ محمد الخطيب الشربيني، المنهاج مع مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 396/04.

5_ ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 88/01. ابن عابدين، تنوير الأبصار مع الدر المختار ورد المختار، مرجع سابق، 540/05 و 541.

6_ علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي بهامش العدوي بهامش شرح الخرشني، المطبعة الأميرية بولاق، القاهرة، ط: 1288 هـ، 475/07. جلال الدين عبد الله نجم بن شاس (ت 616 هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد أبو الأحفان، ط: الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1415 هـ/ 1995 م، 135/03. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، روضة الطالبين، 198/11.

عليه بالبينة، وذلك قبل صدور الحكم بموجبها وقد أسهب المالكية في ذلك وأفاضوا⁽¹⁾ وفي مجلة الأحكام العدلية في المادة 1716: "إذا شهدت الشهود، يسأل القاضي المشهود عليه، بقوله: "ماذا تقول في شهادة هؤلاء؟"، وفي نهاية المحتاج: "فإذا طلبه القاضي قال لخصمه: أ لك دافع في هذه البينة أو قادح؟ فإن قال: لا، أو نعم، ولم يثبت، حكم القاضي عليه." (2)

وقد أوجب المالكية على القضاة بشكل عام أن لا يحكموا قبل الإعدار وسندهم في ذلك قوله تعالى في قصة سليمان عليه السلام مع الهدهد حين افتقده: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لِيَأْتِنِي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾. سورة النمل، الآية 21، وقوله تعالى: ﴿... لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرُّسُلِ...﴾. سورة النساء، الآية 165.

9- الاتفاق حاصل على أن لا قضاء على الغائب بخصوص حقوق الله تعالى، إذ أن مبنى هذه الحقوق على المسامحة والإسقاط⁽³⁾. ومن شروط الحكم أن يكون بحضور المدعي، وهو اتفاق حاصل في المسألة، وأجاز الجمهور الحكم على المدعي عليه الغائب بشروط، أما الحنفية فقد اشترطوا أن يحضر الحكم إذ لا يجوز عندهم القضاء على الغائب إلا لمصلحة أو ضرورة⁽⁴⁾.

¹ - ابو عبد الله محمد أحمد عيش (ت 1299 هـ)، فتح العلي المالك على مذهب الإمام مالك، مطبعة الباي الحلبي، مصر، 1378هـ، 295/02، و أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان بن المغربي الخطاب الرعي (ت 954 هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 130/08. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 132/01 و 133.

² - شمس الدين محمد بن ابي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي (ت 1004 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ / 1984م، 257/08.

³ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 825 هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1329هـ، 146/13.

⁴ - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595 هـ)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ت.ط، 431/02. شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله ابن أبي الدم، أدب القضاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1407هـ/1987م، ص: 205 إلى 218. ابن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م، 485/11. ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 366/09 و 371، مسألة رقم: 1780، و في المسألة تفصيل في المذاهب.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 1830: "يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم عند النطق بالحكم، بعد اجراء محاكمة الطرفين مواجهة حضورهما في مجلس الحكم، ولكن لو ادعى أحد على أحد آخر خصوصا، وأقر به المدعى عليه، ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم، فللقاضي أن يحكم في غيابه، بناء على اقراره، كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي، وأقام البينة في مواجهة المدعى عليه، ثم غاب المدعى عليه عن مجلس الحكم، أو توفي قبل التزكية والحكم، فللقاضي أن يزكي البينة ويحكم بها". فالقول بإقامة البينة بحضور المدعى عليه ثابتة في يفقه الأحناف بناء على ما جاء في مجلة الأحكام، ثم إن غاب بعد ذلك حكم القاضي فهي رواية⁽¹⁾ وفيها رفق بالناس.

ويأمر القاضي بإحضار المدعى عليه ولو جبرا إذا كان حاضرا في البلدة، ولو بعد عن مجلس الحكم مسافة القصر وما قاربها، ما دام ضمن ولاية القاضي واختصاصه⁽²⁾.
وتعالج مسألة القضاء على الغائب، بالسماح له بالطعن والاعتراض على الحكم بعد معرفته إياه، أو بعد تقديمه لعذر واقعي منعه من الحضور إلى مجلس القضاء، وذلك يحقق العدالة القضائية للمدعي والمدعى عليه⁽³⁾.

والذي يظهر للمتأمل أن موقف الحنفية من مسألة القضاء على الغائب قد تطور بعد عهد الإمام أبي حنيفة من مغالاة في المنع، وإطلاق ذلك في كل غائب (الميت والمفقود وغيره)، إلى موقف أكثر قربا من حيث النتائج العلمية من المذاهب الأخرى التي تكاد تنفق على جواز القضاء عليه مطلقا⁽⁴⁾، على أن لكل قاعدة استثناءاتها.

¹ رواية عن أبي يوسف صاحب أبو حنيفة، علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت 1991م، 668/04.

² عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، شرح محمد الشيباني الشنقيطي، طباعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، د.ت.ط، 341/04 و ما يليها. أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للأمية الزقاق، د.د.ط، الطبعة الثانية، 1375هـ، 204/01.

³ حسن تيسير شموط، المرجع السابق، ص: 210.

⁴ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 514 وفيه حول محاكمة الغائب تفصيل في الفقه، من ص: 509 إلى ص: 538، و في القانون من 539 إلى 552.

10- أن يستند الحكم إلى وسيلة إثبات شرعية، من اقرار أو بينة، أو نكول عن اليمين، والحجة أو وسيلة الإثبات⁽¹⁾. وذلك بأن يستند الحكم القضائي على طريق من طرائق القضاء الشرعية فلا يعتد بحكم اعتمد على طريق غير مشروع⁽²⁾، خاصة ما خالف الكتاب والسنة والإجماع⁽³⁾.

11- أمر القاضي الخصوم بالصلح قبل النطق بالحكم كما سبق وذلك حال وجود إشكال في القضية، مع الاستثناءات الواردة في ذلك، بل ويأمر بالصلح عديد المرات، أقلها مرتين.

12- وفي الشرح الكبير للدردير يقول: "على القاضي بوجوب المشاورة فيما أشكل من مسائل⁽⁴⁾، وذلك يلزم القاضي المقلد وليس المجتهد"⁽⁵⁾. وظاهر الأمر أن جل قضاة اليوم يلزمهم المشاورة قبل الحكم إن لم نقل كلهم حسبما ما تقدم، والغالب أنهم المستشارون والخبراء.

والمشاورة مستحبة عند الحنفية⁽⁶⁾، والشافعية⁽⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁾ من الفقهاء بحضور مجلس القضاء قبل اصدار الحكم في القضية المعنية فما ثبت أن الصحابة التزموا الشورى في الأفضية؛ ولكنهم مجتهدون في الغالب، فهل كل قاض اليوم في درجة الاجتهاد حتى يعفى من المشورة في الأفضية، إنه قياس مع

¹ أنظر مجلة الأحكام العدلية المواد 1817-1820.

² الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، تحريات البناي، و تحصيلات الدسوقي، المطبعة الملكية العصرية، صيدا لبنان، 1432هـ / 2011م، 157/04.

³ محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، 1410هـ/1990م، 208/06.

⁴ أبو البركات أحمد الدردير (ت 1201 هـ)، الشرح الكبير و عليه حاشية الدسوقي شمس الدين بن عرفة (ت 1230 هـ) مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د.ت.ط، 139/04. قال الدردير: "وأحضر القاضي و لو كان مجتهدا العلماء ندبا، و قيل وجوبا أو شاورهم إن لم يحضرهم". المرجع نفسه، و هي حسب النصوص السابقة في الفقه المالكي بين الوجوب و الاستحباب. يقول ابن فرحون: "و أما ان لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة و التقليد...". عن دار الكتب العلمية، المطبعة العامرة، مصر، 1301هـ، 45/01.

⁵ عبد الباقي الزرقاني (ت 1099 هـ)، شرح مختصر خليل، المطبعة البهية المصرية، مصر، 1307هـ، 137/07.

⁶ أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد السمناني (ت 499 هـ)، روضة القضاة و طريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، الرسالة، بيروت، عنها دار الفرقان، عمان، ط: الثانية، 1984م، 107/01.

⁷ شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي (ت 1004 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط، عن طبعة القاهرة، 1357هـ، 242/08.

⁸ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، د.د.ط، الطبعة الأولى، 1958م، 208 / 11. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح القدسي (ت 763 هـ)، كتاب الفروع، عالم الكتب، بيروت، ط: الثالثة، 1982، 445 / 06.

الفارق الشاسع في التمكن علما وصدقا واخلاصا وورعا، فالزمن غير الزمان، فذاك خير القرون، وهذا آخر الزمان بعلاماته الدالة على قيام الساعة.

إن تعدد الشروط التي يجب توافرها لصحة الحكم واختلاطها بالركن، واختلاف الأخذ ببعضها عند الفقهاء أدى إلى نقض هذه الأحكام عند البعض وصحتها عند البعض الآخر مما أدى إلى تناقض الأحكام، لذلك كانت الحاجة إلى الاستقرار على شروط موحدة للحكم عند توافرها يصح الحكم ويرتب آثاره وعند فقدانها يبطل الحكم، وهذه الشروط لا خلاف على اشتراطها بين الفقهاء، واعتبار هذه الشروط الأربعة وهي المؤثرة في صحة الحكم وهي:

- أ. أن تسبق الحكم دعوى صحيحة.
- ب. أن يصدر الحكم من قاض مختص.
- ج. أن يقوم الحكم على أدلة في الظاهر صحتها.
- د. أن يكون ما يصدر عن القاضي من حكم ملزما له حجتيه⁽¹⁾.

إن السمة العامة والمصاحبة لشروط إصدار الحكم من بدايته وإجمالاً هي الاضطراب الفقهي الحاصل في الموضوع، وهي مجتمعة تشكل أسساً للقوانين الوضعية اليوم في شكلها ومحتواها من بداية إيداع الطلب في عريضة الدعوى إلى النطق بالحكم وتنفيذه، وفيما يشكل في ظاهره اضطراب في الفقه الإسلامي، ففي المسألة توسعة وشمول، لكل مستجد حسب الزمان وحاجاته، وبحثا من خلاله على تيسير الإجراء شيئاً فشيئاً مع التأكيد على إحقاق الحق لأصحابه، وأهمية ذلك بالنسبة لتجسيد مبدأ العدل.

13- أن تكون صيغة الحكم دالة على مضمونه وبالجزم الذي لا تردد فيه، إذ أن إظهار المقصود بأبلغ لفظ هو البيان بعينه، ويكون بكشف المراد من معنى الكلام الصادر عن القاضي، ولكن بدلالة الشيء الذي سيتحقق.

¹ إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، تعارض الدعاوى والأحكام في مذاهب الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ط: الأولى، 1435هـ/2014م، ص: 587 و588.

وقد ذكر الفقهاء ألفاظا معينة تدل على الحكم واتفقوا من الألفاظ على حكمت أو أزلت، أو قضيت⁽¹⁾ على أن تبني الدعوى مستوفية الشروط الشرعية المذكورة آنفا.

و اختلفوا حول وجوب أو عدم وجوب اشتراط لفظ معين للدلالة على الحكم، فذهب الحنفية في قول و ترجح عند المالكية و الشافعية و الحنابلة⁽²⁾ عدم اشتراط لفظ معين، و يكون بكل ما دل على حقيقة الحكم، على الاختلاف في الفقه أيضا حاصل حول عدم استعمال القاضي لفظ حكمت و لا قضيت و لكن لفظ الأمر بالفعل و الواقع على المدعى عليه بتسليم المدعى به، أو الأمر بإيداعه السجن أو أداء النفقة، و الإذن بالبناء و غيره، فالراجح عند الحنفية، و المالكية، و الحنابلة أن أمر القاضي حكم إذا تهيأت شروطه، فالحكم ليس اللفظ فقط و إنما إيصال الحقوق لأصحابها⁽³⁾. وعند الشافعية أمر القاضي ليس بحكم، جاء في أدب القضاء: " فعل الحاكم وأمره بالفعل ليس بحكم، وإنما قوله لفظا حكمت بكذا... وهذا عندي فيه تردد ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه على فقيهه".⁽⁴⁾

¹ _ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين (ت 1252 هـ)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1979 (مصورة على مطبعة علي الباي الحلبي، مصر، 1966م)، 352/05. عبد الباقي الزرقاني (ت 1099 هـ)، شرح مختصر خليل، المطبعة البهية المصرية، 1307هـ، 148/07. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، 245/08. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (ت 763 هـ)، الفروع، عالم الكتب، بيروت، ط: الثالثة، 1982م، 452/06 و 455.

² _ ابن عابدين، المرجع نفسه، 352/05. الزرقاني، المرجع نفسه، 148/07. ابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1986م، ص: 119. ابن مفلح، المرجع السابق 455/06.

³ _ ابن عابدين، المرجع السابق، 353/05. ابن فرحون، تبصرة الحكام، المرجع السابق، 114/01. ابن مفلح، المرجع السابق، 453/06.

⁴ _ ابن أبي الدم، المرجع السابق، 119.

المبحث الثاني:

أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. الجزائري.

المطلب الأول: أنواع⁽¹⁾ الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

تفتح الدولة أبواب القضاء لإقامة العدالة بين الناس، وتعين القضاة الذين توفر فيهم الشروط، وتفترض فيهم الحياد والموضوعية، ليستطيعوا إقامة العدل، ومنع الظلم، وفصل المنازعات، دون أن يكون لهم ارتباط أو علاقة بين الخصوم وأطراف النزاع، وهذا يوجب عليهم المساواة الكاملة بين الخصوم، والتسوية في المعاملة في جميع مراحل الدعوى لأن الميل لأحدهم يوحى أو قد يوحى بالانحياز له، ويؤثر ولو نفسياً على الطرف الآخر⁽²⁾.

وإن من مقتضيات العدل إتيان الأحكام على أكمل وجه بعد أن تستوفي الدعوى شروطها وتتهيأ مقتضيات الحكم، على أن الأحكام القضائية تعدد وكذا اعتباراتها في الفقه الإسلامي وهي كالاتي:

- 1- ما تعلق بصدور الحكم إلى حكم فعلي وحكم قولي.
- 2- ما تعلق بنتيجة الحكم قصدياً أو ضمناً.
- 3- ما تعلق بسبب الحكم وأثره من حيث صحته إلى حكم بالصحة وحكم بالوجوب.
- 4- ما تعلق بنتيجة الحكم في المحكوم به وهو قضاء استحقاق أو قضاء ترك.
- 5- وما تعلق بشروط الدعوى، وهو إما حكم حضوري وإما حكم غيابي.

¹ النوع: بفتح فسكون جمع أنواع، الصنف من كل شيء. و هو كلي مقول على واحد أو كثيرين، متفقيين بالأغراض دون الحقائق. و القسم: بكسر فسكون، جمع أقسام و أقاسيم، الجزء من الشيء المقسوم، ما كان مندرجاً تحت غيره، وهو جزء منه. محمد رواس قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص: 363 و 490. كثيراً ما يخلط الفقه الوضعي بين مسألة النوع والقسم بسبب تداخل المعاني، ففي الأمر اتفاق بالأغراض دون الحقائق، و في الأقسام يكون الاتفاق بينها في حقيقة الشيء لكونه جزء منه.

² محمد الزحيلي، المرجع السابق، 195/01.

الفرع الأول: ما تعلق بصدور الحكم إلى حكم فعلي وحكم قولي.

وبين المذاهب الفقهية في ذلك أحيانا اتفاق وأحيانا أخرى اختلاف من حيث حجية أنواع الأحكام القضائية:

أولا_ الحكم الفعلي في فقه الحنفية:

وقد اختلف الفقه في اعتبار فعل القاضي حكما. ومن ذلك تزويج للصغير والصغيرة، وتصرفه في مال اليتيم، وقيل ليس بحكم، إذ الحكم يستدعي دعوى صحيحة وحجة، فاشتراط الحكم وجود مقتضياته وانتفاء موانعه وفعل القاضي لا يتطلب ذلك، فإذا صدر حكم القاضي على الطريق المعتبر للحكم فإنه يكون حكما⁽¹⁾ على أن الحكم القولي غير الفعلي إذ نحتاج إلى دعوى، والحكم الفعلي في فقه الحنفية وهو الذي يصدر عن القاضي في حدود ولايته القضائية.

وفي الأشباه والنظائر: "فعل القاضي حكم منه، فليس له أن يزوج الصغيرة التي لا ولي لها من نفسه، ولا من ابنه، ولا ممن تقبل شهادته له، ولا يبيع القاضي ماله من يتيم، وكذا عكسه، وأما شراؤه من وصية أو باعه من يتيم وقبله وصيه، فإنه يجوز ولو وصيا من جهة القاضي وفيه أمر القاضي حكم كأمر يدفع الدين أو الأمر بالحبس⁽²⁾." فممنهم من قال بأن فعل القاضي حكم ولا حاجة لسبقه بدعوى، وقال بعضهم عكس ذلك وهو ما سبق ذكره على رأيين في المذهب.

وما تزويج القاضي لصغيرة بإذن من وليها إلا وكالة وليس حكما فعليا، ولو أعطى علة الوقف الموقوف على الفقراء لفقير دون غيره لا يعد حكما وجاز عندها لأي قاضٍ غيره منعه⁽³⁾.

¹ أبو اليسر بدر الدين محمد ابن محمد ابن الغرس (ت 894 هـ)، الفواكه البدرية على المجاني الزهرية، محمد صالح عبد الفتاح بن ابراهيم الجارم، مطبعة النيل، مصر، د.ت.ط، ص: 21 و 22.

² زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر ابن نجيم (ت 970 هـ) هامش الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م، ص: 235، بتصرف.

³ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، 666/04 و 667.

والفعلي لا يكون حكما بدليل ثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة بعد تزويج القاضي على الأصح⁽¹⁾. وتطرح عندها إشكالية حجية القضاء الفعلي.

ثانياً_ الحكم الفعلي في فقه المالكية:

وقد عنون محمد العزيز جعيط فيما يحصل به الحكم وحول الحكم الفعلي والحكم القولي ومن خلال المادة 313 بالقول: "الحكم يحصل بقول أو فعل، فأما القول فكقوله حكمت بإمضاء العقد، أو فسخه. لكن يلزم أن يكون الحكم فيما تناوله الخصام والتداعي، وإلا اعتبر اعتبار الفتوى. ولا يشترط في الحكم القولي أن يكون متعلقه تغيير أمر عن حاله، بل لا فرق بين تغييره وتقديره. وأما الفعل فإنه لا يفيد الحكم بطريق المطابقة، وإنما يفيد بطريق الالتزام، إذا كان ذلك الفعل يتوقف على إبطال شيء، فيفيد الفعل حينئذ، الحكم بإبطال ذلك الشيء"⁽²⁾.

فدون خصام وسبق دعوى صحيحة وقول القاضي حكمت بما يفيد الإلزام يعتبر ذلك من الفتيا وليس من الأحكام. وعكسه الحكم الفعلي إذ لا يفيد الحكم مطابقة ويفيد بطريق الالتزام، وذلك إذا تعلق الحكم بإبطال شيء حينها يفيد الحكم الفعلي. فالحكم الفعلي هو الأصل في الأحكام القضائية ويشترط الفقهاء عموماً أن تسبقه دعوى صحيحة وخصومة كما صرح به صاحب الطريقة المرضية على غرار باقي المذاهب.

وفي تبصرة الحكام نقلاً عن القراني قوله: "في المواضع التي تصرفات الحكام فيها ليست بحكم ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها وهي أنواع كثيرة وذكر من ذلك عشرين نوعاً"⁽³⁾. وهي تصرفات أي فعلية ولا يترتب عليها حكم ما دامت لا يتناولها الخصام والتداعي كما قال محمد العزيز جعيط.

¹ - علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة الباي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، د.ت.ط، ص: 21.

² - محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 96.

³ - ابن فرحون، المرجع السابق، 80/01.

ثالثاً_ الحكم الفعلي في فقه الشافعية:

جاء في كتاب القضاء في سياق الحديث عن المحبوسين: " وفي هذا إشارة إلى أن فعل الحاكم أو أمره ليس بحكم، إنما الحكم، إنما الحكم قوله لفظاً: حكمت بكذا، أو بلفظ آخر يقوم مقامه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الأحكام القضائية من حيث كونها مقصودة أو ضمنية.

أولاً_ الحكم القصدى: هو الذي يكون منصبا على الحق المدعى به المطلوب الحكم به⁽²⁾، ومن ذلك ادعاء الرجل بيئته على ملكية دار فقضى له بها القاضي، فانصب الحكم على الحق المدعى به وقضى له بما طلب، فذلك حكم قصدي، وهي مبنية على دعوى وخصومة.

ثانياً_ الحكم الضمني: ولا تشترط الدعوى والخصومة في القضاء الضمني، ويكون محتوى في القضاء القصدى ودون تصريح به من طرف القاضي في حكمه.

ومنه إذا شهدت بيئته على الشخص بحق ما وتم ذكر اسمه واسم أبيه وجدده وقضى القاضي بذلك للحق الأصلي المطلوب من المدعي، فهو قضاء ضمني بنسب المدعى عليه ولو لم يكن الادعاء في حادثة النسب⁽³⁾. وهو حجة رغم أنه متضمن في الحكم القصدى.

ومن ذلك إذا شهد الشهود أن فلانة زوجة فلان قد وكلت زوجها في الأمر الفلاني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر، وحكم بالتوكيل، فيكون حكماً ضمناً بالزوجية بينهما⁽⁴⁾ فهذا النوع من الأحكام يقتضيه الحكم القصدى، وإن لم يكن محلاً للنزاع، ولا مطلوباً من قبل المدعي⁽⁵⁾.

¹ ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد الزحيلي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، 1975م، ص:74.

² محمد أمين بن عابدين(ت 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م، 569/05.

³ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي(ت 844 هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة الباي الحلبي، مصر، ط: الثانية، د.ت.ط، ص:21.

⁴ ابن عابدين، المرجع نفسه، 569/05. علي حيدر، المرجع السابق، 666/04.

⁵ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص:644.

الفرع الثالث: ما تعلق بسبب الحكم وأثره من حيث صحته إلى حكم بالصحة وحكم بالوجوب.

أولاً_ الحكم بالصحة والوجوب في مختلف المذاهب الفقهية:

1) عند الحنفية: الحكم بالصحة منصب على نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف بموجب ما صدر منه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك مثلاً إلا حين البيع أو الوقف. هذا بالنسبة للبائع إذا حكم القاضي بموجب ما صدر منه، فإذا وقع الحكم بالصحة وصرح بصحة ذلك العقد، وفقاً كان أو بيعاً؛ فلا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله؛ إذا كان في محل مختلف فيه اختلافاً قريباً لا ينقض فيه قضاء القاضي، ما لم يتبين بناؤه على سبب باطل⁽¹⁾.

2) الحكم بالصحة والوجوب عند المالكية:

وقال ابن فرحون في التبصرة: "هو قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعترف عنده في ذلك شرعاً"⁽²⁾.

وفي الطريقة المرصية وفي المادة 319 منه: "الحكم بالصحة، عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محله على الوجه المعترف شرعاً. والمراد بالصحة في العقود ترتب أثر الشيء عليه"⁽³⁾.

وفيه المادة 320 منه على أن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة الصيغة، فيما يشترط فيه صيغة خاصة، وكون التصرف في محله⁽⁴⁾. وغالباً ما يكون في الوقف وحجته في ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته⁽⁵⁾.

¹ _ الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 44 و 45.

² _ ابن فرحون، المرجع السابق، 89/01.

³ _ محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 97.

⁴ _ المرجع نفسه، ص: 97.

⁵ _ ابن فرحون، المرجع نفسه، 89/01، 90.

وهذا النوع من الأحكام ليس فيه اختلاف بين الفقهاء ولا من حيث الشروط وذلك إذا حاز الشروط الواجب توفرها فيه والمذكورة آنفاً في الطريقة المرضية وهي ثلاث وترتبط من حيث الحكم بالصحة بالمحكوم به. على أن صحة التصرف تعني بأنه صدر بحيث تترتب آثاره عليه.

3) الحكم بالصحة والوجوب عند الشافعية:

وصح عن الشافعية بأن الحكم بالصحة هو قيام البيئة العادلة باستيفاء العاقد شروط ذلك العقد الذي يراد الحكم به⁽¹⁾. أما عن الشروط فهي نفس ما ذكر العزيز جعيط.

وفي منتهى الإرادات يقصد بالحكم بالصحة: ما يترتب على اللفظ من أثر، ويشترط: صحة الصيغة، الإيجاب والقبول، وأهلية، وأن يكون تصرفه في محله⁽²⁾. ويستلزم الحكم بالصحة ثبوت الملك للبائع والحيازة قطعاً، وهو خاص بالثبوت دائماً وباتفاق في الفقه الإسلامي وهو من أعلى درجات الأحكام إذا وقع الحكم مستوفياً لشروطه.

وهذا النوع من الأحكام يرد على تصرفات عقود كانت أو غيرها، كالنكاح وسائر المعاملات من بيع وقرض ورهن وإجارة ومساقاة وقسمة وشفعة وعارية ووقف ووكالة وحوالة وكفالة وغير ذلك من أبواب المعاملات⁽³⁾.

- **الحكم بالموجب:** أما عن الحكم بالموجب فجاء في الفقه الحنفي في معين الحكام: "هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام، بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عاماً؛ على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً⁽⁴⁾. وفي تبصرة الحكام أضاف على ذلك كأن يكون مالكا فيصح الحكم لأن مقتضاها وموجبها ذلك⁽⁵⁾. وهو اصطلاح قضائي بحت.

¹ - ولي الدين أحمد بن الحسين العراقي الشافعي (ت 826 هـ)، رسالة في الحكم بالصحة والموجب، تحقيق: حمزة بن الحسين الفهر، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة، ط: الأولى، 1416هـ/ 1995م، ص: 53.

² - تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح بن النجار (ت 972 هـ)، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح و الزيادات ومعه حاشية للنجدى، تحقيق: عبد الله عن المحسن تركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ/ 1999م، 276/05.

³ - محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 639.

⁴ - الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 44.

⁵ - ابن فرحون، المرجع السابق، 90/01، 91.

و مثاله عقد البيع مقتضاه انتقال ملكية المبيع للمشتري بعد لزوم البيع، أما موجهه كالرد بالعيب⁽¹⁾. و الحكم عند الشافعية بالصحة كصحة عقد البيع مثلا، و الحكم بموجب ما ثبت عنده، و الحكم بموجب ما قامت به البينة عنده، و الحكم بموجب ما أشهد به على نفسه، و الحكم بثبوت ما شهدت به البينة و في الغالب يستلزم الحكم بالصحة الحكم بالموجب و العكس صحيح، و لكن قد يتجردا كالبيع بشرط الخيار فإنه صحيح و مرتب لأثره و يحكم فيه بالصحة دون الموجب، و الخلع الذي يحكم فيه بالموجب دون الصحة لأنه يخلو من البينونة و من مهر المثل، إذ الصحة ترد على العقد لا على الإلزام بالمال⁽²⁾.

4) **الحكم بالصحة والوجوب عند الحنابلة:** وفي الفقه الحنبلي الحكم بالموجب هو الأثر الذي يوجه اللفظ كالإقرار ونحوه، ويشترط فيه، صحة الصيغة وأهلية التصرف⁽³⁾.

و الحكم بالموجب لم يكن معروفا في أوائل العصور الإسلامية⁽⁴⁾. وإنما عرف بعد أن تعدد القضاة، وحسب المذهب، مما أدى إلى تصادم الأحكام ونظر لتصادم الآراء الفقهية الصادرة عن هؤلاء القضاة وإن اختلفت مذاهبهم؛ لأن القاضي يحكم بالصحة إذا قامت عنده البينة العادلة باستيفاء العاقد شروط العقد المراد الحكم به، إذا لم تقم البينة باستيفاء تلك الشروط حكم بموجه⁽⁵⁾.

¹ ابن عابدين، الرد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1972م، عن مطبعة الحلبي، مصر، 1966م، 397/05.

² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ، 2000م، 394/04.

³ أحمد الفتوحى، المرجع السابق، 276/05 و 277.

⁴ يقول ابن الغرس: "و ذكر الموجب في القضاء لا يعرف للسلف، و إنما كانت الأقضية صرائح، فيقال: قضى له بالدار، بالفرس، بأن يسلمه العين المبيعة، بأن يقبضه دينه... ثم تعورف القضاء بالموجب توسعة و تيسرا و هربا...". محمد ابن محمد بن محمد بن خليل المصري الحنفي بن الغرس (ت 932هـ)، الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية مع المجاني الزهرية لمحمد صالح ابن عبد الفتاح الجارم الحنفي الرشيدى، مطبعة النيل، مصر، د.ت.ط، ص: 25. حكمت بموجب العقد دون التصريح بالعين المحكوم بها، والتي لا تطابق الأحكام الفقهية.

⁵ عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص: 486، 487، بتصريف.

وفي معين الحكام جاء: "وقد يتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة، فإذا شهد عند القاضي شهود بأن هذا وقف، وذكروا المصرف على وجه معين، فحكم القاضي بموجب شهادتهم، كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة والحكم بالموجب⁽¹⁾.

ثانياً_ شروط الحكم بالموجب: ويشترط في الحكم بالموجب عند المالكية كما ذكره ابن فرحون أهلية التصرف وصحة صيغته، وأثره: أنه ملزم ولا ينقض هذا الحكم فليس لحاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه⁽²⁾. وهو الحال عند الشافعية⁽³⁾ وهو اتفاق في المذهبين حول هذين الشرطين.

ثالثاً_ أقسام الحكم بالموجب⁽⁴⁾:

- إذا كان الموجب أمراً واحداً، ففي الطلاق مثلاً موجبه انحلال قيد العصمة، وفي العتاق ثبوت الحرية للبعد.

- إذا كان الموجب أموراً يستلزم بعضها بعضها في الثبوت، ومثاله ادعاء رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به، فأنكر الدين فأثبتته وحكم بموجب ذلك. - انته-
فالمقر بالكفالة يلزمه أداء الدين الثابت عن الغائب وما حكم القاضي إلا بموجب ذلك.

ويختلفان من بين ما يختلفان فيه فيما يلي:

- ينصب الحكم بالصحة على ثبوت صدور ذلك الشيء والحكم على من صدر منه، أما الحكم بالموجب فمنصب على نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما وهما في ذلك يختلفان من حيث محل الحكم⁽⁵⁾.

1_ الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 47.

2_ ابن فرحون، المرجع السابق، 91، 90/01.

3_ عبد الرؤوف بن علي زين الدين المناوي (ت 926 هـ)، شرح عماد الرضا ببيان أدب القضاء لأنصاري، تحقيق عبد الرحمان عبد الله عوض بكير، الدار السعودية، جدة، ط: الأولى، 1406 هـ / 1986 م، 303/01 و 306. الخطيب الشربيني، المرجع السابق، 395/04.

4_ ابن الغرس، المرجع السابق، ص: 41.

5_ الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 49. و ابن فرحون، المرجع السابق، 103/01.

- إن استيفاء الشروط الشرعية يقتضيه الحكم بالصحة، أما الحكم بالموجب فلا يقتضي ذلك، وما مقتضاه إلا صدور ذلك الحكم.

- يتوجه الحكم بالصحة إلى ذات التصرف قصدا وعقدا أو غير عقد وكذا إلى الآثار، بينما الحكم بالموجب فإنه يتوجه إلى الآثار صراحة أو قصدا وإلى ذات التصرف ضمنا، والأول حكم عام على التصرف، أما الثاني فيختص بالمحكوم عليه أو بأطراف التصرف الواقع، فالتصرف قد يكون صحيحا لكن موجبه قد يكون محل خلاف بين الفقهاء، فالاتفاق على الأول لا يقتضي الاتفاق على الثاني. ولا يتم نقض الحكم بواحد منهما وذلك إذا صدر في مجال الاجتهادات التي لا ينقض الحكم فيها إذا استوي الحكم بالصحة والحكم بالموجب، فإن تضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة ففي هذه الحالة يكون الحكم بالموجب أقوى حيث تناول صفة التصرف وآثاره⁽¹⁾.

الفرع الرابع: ما تعلق بنتيجة الحكم في المحكوم به وهو قضاء استحقاق أو قضاء ترك

أولا - قضاء الاستحقاق وقضاء الترك:

الاستحقاق وهو الجدارة بالشيء وثبوت الحق، وبالتالي ظهور كون الشيء حقا واجبا أداءه للغير⁽²⁾. وذلك بأن يظهر أن المدعي محق في دعواه يقضى له بقضاء الاستحقاق وإن ظهر أنه مبطل في دعواه فيقضى له بقضاء الترك. ففي مجلة الأحكام العدلية وفي المادة 1786 جاء الحكم عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين، **القسم الأول:** هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام: كقوله حكمت أو اعط الشيء الذي ادعى به عليك، ويقال له قضاء الاستحقاق وقضاء الإلزام، **والقسم الثاني** هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله: ليس لك حق، أو أنت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك⁽¹⁾.

¹ - إسماعيل محمد حسين البريشي، نظام موجبات الأحكام وردود الحكم القضائي بها، دار النفائس، الأردن، 1426هـ / 2006 م. ص: 326، 327.

² - محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص: 59.

ومن ذلك قول القاضي، سلمه أو ادفع الدين الذي ادعى عليك، وتعبير آخر المدعى عليه بشيء كالدين أو العين (1).

ومثال قضاء الاستحقاق: أن يدعي شخص على آخر ديناً في ذمته، ويثبته بالبينة المعتمدة في الشرع، فيأمر القاضي المحكوم عليه بدفع هذا الدين للمحكوم له فيكون هذا القضاء قضاء استحقاق، وبه يظهر أن المدعي مستحق لهذا الدين (2).

ويكون الحكم بالترك حينما ينظر القاضي في الدعوى التي أمامه ويستوفي إجراءات التقاضي كاملة، ويصل إلى نتيجة مفادها أن المدعي غير محق في دعواه، إذا لم يستطع إثباتها، وبالتالي يحكم القاضي على المدعي بمنعه من معارضة المدعى عليه، وإلزامه بترك النزاع، فالحكم بالترك يكون لصالح المدعى عليه، ولذا يكون المدعي محكوماً عليه، والمدعى عليه محكوماً له، في حين يكون المدعي هو المحكوم له، والمدعى عليه محكوماً عليه في قضاء الاستحقاق (3).

1) أنواع قضاء الترك: وهو على وجهين:

– **الوجه الأول:** جاء في درر الحكام: "فالمقضي عليه بقضاء الاستحقاق في حادثة لا يكون مقضياً له أبداً في تلك الحادثة، أما المقضي عليه بقضاء الترك في حادثة فيجوز أن يقضي إذا أثبت دعواه بالبينة في تلك الحادثة (4)".

وذلك كأن يدعي زيد على عمرو مالا، فينكر المدعى عليه، ويعجز المدعي عن الإثبات، ويحلف المدعى عليه بالطلب اليمين، أو لا يطلب المدعي تحليف المدعى عليه حينها يحكم القاضي

1_ علي حيدر، المرجع السابق، 520/04. العين: هو الشيء المعين، متعلق بعين معينة كالسيارة، بقطع النظر عن من هي في يده. محمد رواس قلعة جي، المرجع نفسه، ص: 326.

2_ أحمد يوسف جرادات، المرجع السابق، ص: 46.

3_ عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص: 471 و 472.

4_ علي حيدر، المرجع نفسه، 521، 519/04.

على المدعي بترك النزاع، بأن يقول: " إنك ممنوع من معارضة عمرو"⁽¹⁾ فإن أقام المدعي بعد ذلك بيّنة على دعواه يحكم له وكذا الحال في دعوى العين.

– الوجه الثاني: وجاء عنه في درر الحكام: " أن شخصا ثالثا إذا ادعى بأن المحكوم به هو ماله فتسمع دعواه في قضاء الترك، ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدع تلقي الملك من جهة المقضي له فحينئذ تسمع⁽²⁾.

والعلاقة وطيدة بين سبب الحكم ونوعيته، فأساس التفرقة بين الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك هو وسيلة الإثبات، إثباتا للحق أو نفيا له، فإن كان سبب الحكم ومستنده هو إقرار المدعي عليه أو البيّنة، أو النكول، فإن الحكم عندها يكون حكم استحقاق وإلزام، لأن القاضي يلزم المدعي عليه بإقراره أو بما ثبت عليه بالبيّنة، أما إذا عجز المدعي عن الإثبات وحلف المدعي عليه كان الحكم حكم ترك⁽³⁾.

وعلى ذلك فإن قضاء الاستحقاق يعد حجة لا يجوز تحديد الخصومة مرة أخرى، أما قضاء الترك فلا يعد حجة ويجوز تحديد الخصومة إذا وجدت بينة، ولا يقع التعارض بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك لأن قضاء الاستحقاق مقدم على قضاء الترك⁽⁴⁾.

فالحجية مطلقة في الحكم بالاستحقاق حيث يمتنع على القاضي أن ينظر القضية التي حكم فيها بالاستحقاق محكوما له، بنفس الخصوم فلا يمكن أن يصبح المحكوم عليه في الحكم بالاستحقاق محكوما له، وامتناع إعادة النظر في الحكم بالاستحقاق يكون إذا صدر الحكم مستوفيا للشروط الشرعية المطلوبة فيه، وعند ذلك يكون متمتعا بالحجة والثبات⁽⁵⁾.

1_ عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص: 472.

2_ علي حيدر، المرجع السابق، 519/04 و 521.

3_ فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، الدار العربية للنشر، عمان، الأردن، ط: الثانية، 1407هـ/1987م، ص: 365.

4_ إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، المرجع السابق، ص: 608.

5_ عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع نفسه، ص: 473.

أما الحكم فلا يكتسب تلك الحجية، حيث يجوز للمحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع من جديد إذا حصل ما يثبت حقه، وبالتالي يجوز أن يصبح المحكوم عليه محكوماً له في حكم جديد بالاستحقاق، وهذا مبناه في الأساس على اختلاف الحُكْمَيْن في الماهية، فالحكم بالاستحقاق أقوى بكثير، لأن فيه جانباً إيجابياً وهو الإثبات ثم الوصول إلى الحكم بالاستناد إلى السبب، وهو وسيلة الإثبات، أما الحكم بالترك فهو حكم سلبي، حيث لم يستطع المدعي إثبات دعواه، وقد يتمكن في المستقبل، لذا كان له أن يعيد طرح النزاع من جديد (1).

- ومن حيث ادعاء الغير ملكية المحكوم به، فإذا ادعى الشخص الثالث بأن المحكوم به هو ماله، فتسمع دعواه في قضاء الترك ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدع تلقي الملك من جهة المقضي له فحينئذ تسمع (2). وأساس ذلك أن الحكم بالاستحقاق اكتسب مبدأ الحجية والثبات بخلاف الحكم بالترك.

الفرع الخامس: ما تعلق بشروط الدعوى.

وهو إما حكم حضوري، وإما حكم غيبي، وهو ما تعلق بالمدعى عليه.

أولاً: الحكم الحضوري والحكم الغيبي إذا تعلق بالمدعى عليه في المذهب الحنفي:

أن الرجل إذا ادعى على آخر عند القاضي الحنفي أنه اشترى منه هو وشخص آخر، غائب عبداً بثمن معلوم وطالبه بجزء من الثمن فأنكر الشراء، فأقام عليه وعلى الغائب بينة بالشراء، هل يقضى عليه أي على الغائب بالشراء حتى ولو حضر الغائب لا يكلف إلى إقامة البينة ثانياً بحضرته ويقضي بحصته من الثمن أم لا؟ فالقاضي عندهم يقضي على الحاضر بحصته من الثمن، وإذا حضر الغائب تعاد البينة بحضرته ويقضي عليه بما عليه (3).

1_ عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص: 473.

2_ علي حيدر، المرجع السابق، 521/04.

3_ محمد بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم (ت 970 هـ)، الفتاوى الزينية، تحقيق سعيد بن سالم بن مساعد الغامدي، دار كنوز اشبيلية، الرياض، ط: الأولى، 1432هـ/2011م، ص: 367.

وظاهر الأمر من خلال ذلك أن الحكم الغيابي ليس بحجة على الغائب وله حق المعارضة حتى يثبت أولاً يثبت ما نسب إليه من الشراء أو عدمه.

ثانياً: الحكم الحضورى والحكم الغيابى إذا تعلق بالمدعى عليه فى المذهب المالكي:

جاء فى الكافي: " يقضى القاضى على الغائب فى الحقوق كلها من معاملات ومدائنت والوكالات وسائر الحقوق إلا العقار وحده، فإنه لا يحكم عليه فيه إلا أن تطول غيبته ويضر ذلك بخصمه، فإن كان ذلك؛ حكم عليه فيه، هذا تحصيل مذهب مالك، وأصحابه المدنيين ممن يرى القضاء عليه فى الربيع وغيره دون انتظار، ويرجى للغائب حجته، وقد روى ذلك أيضاً عن مالك، وهو قول أشهب⁽¹⁾، ولما جاز القضاء على الميت كان القضاء على الغائب أجوز".⁽²⁾

فلكل من الحكم الحضورى والحكم الغيابى حجته ومن هنا يكون التعارض وينتهى المذهب الحنفى إلى جواز الحكم على الغائب فى حالات الضرورة وحال تواري الخصم قصدا وعمدا⁽³⁾.

إن الواقع والمنطق يقتضى جواز الحكم على الخصم الغائب، إذ لو قلنا بعدم جواز الحكم عليه لتغيب الخصم لدفع الأحكام القضائية عليهم سيؤدى ذلك إلى ضياع الحقوق. ولا ضير من تأخر الخصم الحاضر فى البلد، ومن يمكن إحضاره لمجلس الحكم.

¹ - أشهب بن عبد العزيز القيسي هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي الجعدي الفقيه المالكي المصري. وكانت ولادته سنة 140 هـ وقيل سنة 150 هـ وقيل سنة 145 هـ وتوفي سنة 204 هـ وكانت وفاته بمصر. تلمذ الأشهب على الليث بن سعد ويحيى بن أيوب الغافقي المصري وابن لهيعة فى مصر وأخذ عنهم. وفى الحجاز على سفيان بن عيينة والفضيل بن عياض ولزم الإمام مالك حيث رحل إليه وأخذ عنه العلم الذى أهله لأن يكون واحداً من أكبر أصحابه. تفقه على الإمام مالك ثم على المدنيين والمصريين. قال الإمام الشافعي: " ما رأيت أفقه من أشهب...". وكانت المنافسة بينه وبين ابن القاسم . أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان و أبناء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1972م، رقم الترجمة: 100. 238،239/01.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي فى مذهب أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط: الثالثة، ط: 1406هـ/1986م، 931/02.

³ - ابن عبد البر، الكافي، المرجع نفسه، 931/02.

المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية في ق.إ.م.إ.ج.

تنتهي الخصومة إلى صدور الحكم في موضوعها، وهو الخاتمة الطبيعية للخصومة، وقد تنتهي الخصومة بدون صدور حكم في موضوعها كالحكم الصادر بسقوط الخصومة، وقد لا تنتهي إلى صدور حكم ينهي النزاع أو ينهي الخصومة، كالحكم الصادر بإجراء تدبير مؤقت كتعيين حارس قضائي على العين المتنازع عليها أو يأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات⁽¹⁾.

وتختلف الأنواع التي جرى العمل بها في فقه القانون الوضعي عموماً وحسب المعيار الذي تعتمد عليه، والأساس منها هو معيار حسم النزاع وفض الخصومات، ومن حيث الحجية المترتبة عليها، فتختلف باختلاف الأسس التي تبنى عليها على النحو الآتي:

فهي وبحسب حسمها للنزاع بين الخصوم، أو التي لا تحسم نزاعاً بين الخصوم خاصة بموضوع الخصومة أو مسألة متفرعة عنها وهي الأحكام القضائية القطعية، وأحكام غير قطعية لا تحسم نزاعاً بين الخصوم وإنما تتعلق بتسيير الخصومة أو باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات فيها⁽²⁾.

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية، Encyclopedia، بن عكنون، الجزائر، ط: الثانية، 2015م، ص: 599.

² محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 304/2.

الفرع الأول: من حيث قطعية الحكم القضائي.

أولاً_ الأحكام القضائية القطعية.

وهي الأحكام القضائية الفاصلة في موضوع النزاع أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه، وهذه الأحكام تكتسب حجية الشيء المقضى به، ومثاله الحكم الذي يقضي بملكية عين لشخص معين، والحكم بسقوط الخصومة⁽¹⁾.

و منه الحكم الصادر باختصاص المحكمة، أو بعدم قبول الدعوى⁽²⁾ و منه الحكم بإجابة طلبات المدعي أو برفضها، و الحكم بوقف الدعوى حتى يتم الفصل في مسألة أولية، و الحكم بعدم اختصاص المحكمة أو برفض الدفع بعدم الإختصاص⁽³⁾، و ليس معنى الأحكام القطعية النهائية التي تضع حدا للنزاع و لا تقبل الطعن بأي طريق من طرقه ، و لكن مقصود بها تلك الأحكام التي تفصل في النزاع، ولو كانت غيائية قابلة للمعارضة أو ابتدائية قابلة للاستئناف، و ليس من الضروري أن تفصل في النزاع بجملته، بل يكفي أن تضع حدا للنزاع في بعض أجزاء الدعوى، أو الطلبات المقدمة فيها.

أو الدفوع أو المسائل الفرعية، ولو كانت نقط النزاع الأخرى لم يفصل فيه، ومنها:

¹_ Gullien et vincent, lexique de termes juridiques, Paris, 1974, P:206, sans maison d'édition

² محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص:602.

³ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص:651.

-الأحكام التي تصدر في طلبات رد القضاة أو الخبراء، والأحكام التي تصدر بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو التي تصدر بقبولها لتحقيق هذه الشروط عند رافعها⁽¹⁾. ومنه الحكم بصحة ورقة أو بتزويرها⁽²⁾، وما سبق كله عبر عنه المشرع الجزائري من خلال ما جاء في المادة 296 من ق.إ.م.إ.ج أن: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض، ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه".

ضبط المشرع الجزائري من خلال النص السابق معنى الحكم في الموضوع على أنه الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض؛ فصفة الحكم واردة وفي كل الحالات سواء تعلق الحكم بالفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع أو بدفع شكلي وفقاً للمادة 49 وما يليها من القانون الجديد أو بدفع بعدم القبول عملاً بالمادة 67 من نفس القانون، بعبارة أخرى، الحكم في الموضوع هو كل حكم لا يسبق حكماً آخر حول نفس النزاع⁽³⁾.

ففي النص بعض القصور في الشرح ذلك أنه من الطبيعي أن تكون كافة الأحكام الفاصلة في مسألة موضوعية، هي أحكام قطعية؛ إلا أن النص شمل تلك الأحكام الفاصلة في الشكل كلياً، إذ نجد أن هناك أحكام فاصلة في الشكل هي أحكام قطعية كالأحكام الفاصلة في فوات أجل الطعن، و في نفس الوقت توجد أحكام فاصلة في الشكل و لكنها غير قطعية كالأحكام الفاصلة في عدم صحة إجراءات التقاضي، إذ أن الحكم القطعي تقرر له الحجية المقررة للأحكام في عدم قبول دليل يناقضه، و هذا الأمر لا نجد في الأحكام الفاصلة في مسألة شكلية غير منهية للخصومة⁽⁴⁾.

1 _ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص: 744.

2 _ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص: 503.

3 _ عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص: 214.

4 _ شويحة زينب، المرجع السابق، ص: 212.

وفي الحقيقة، فإن المشرع يخلط بين الأحكام القطعية، وهي الأحكام التي تنهي الخصومة وستنفذ بها المحكمة ولايتها، والأحكام الصادرة في الموضوع وهي التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه والأحكام القطعية بدورها تنقسم إلى أحكام صادرة في الموضوع كالأحكام الصادرة برفض الدعوى أو بإلزام المدين بالأداء، وأحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع التي تنهي الخصومة وستنفذ بها المحكمة ولايتها غير أنها لا تحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم الصادر ببطان إجراءات الخصومة أو بعدم قبول الدعوى لكون المصلحة غير قائمة ولا حالة⁽¹⁾.

ثانياً_ الأحكام القضائية غير القطعية:

وهو إما حكم وقتي وإما حكم يتعلق بسير الدعوى وبإجراءات إثباتها،

(1) الحكم الوقتي: يهدف إلى اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية لحماية مصالح الخصوم ولحفظ أموالهم إلى حين الفصل في موضوع النزاع، ومنه الحكم بتعيين حارس قضائي على عين متنازع على ملكيتها. والحكم المتعلق بسير الدعوى.

(2) إجراءات الإثبات: ينقسم بدوره إلى حكم تمهيدي وحكم تحضيري⁽²⁾، كالحكم بانتقال المحكمة لمعاينة المتنازع عليه، والحكم بتعيين خبير في الدعوى⁽³⁾.

¹ _ عمر زودة، المرجع السابق، هامش ص: 601 و 602. لذلك يمكن القول إن المشرع يخلط بين الأحكام القطعية التي تحسم النزاع كلياً أو جزئياً، فهذه تحوز الحجية، و بين الأحكام القطعية الصادرة في مسألة فرعية و تنتهي بها الخصومة فهذه تستنفذ بها المحكمة ولايتها و هذا ما تعبر عنه المادة 297 من ق.إ.م.إ.ج و استنفاد الولاية بمجرد النطق بالحكم القطعي إذ الأمر يتعلق بالنظام العام، يثيره القاضي تلقائياً. كأن ترفع الدعوى إلى المحكمة التي سبق لها أن فصلت بعدم الإختصاص، ثم يعاد رفع الدعوى أمام المحكمة، فتكون قد استنفدت ولايتها.

² _ و هو ما أشارت إليه المادة 106 من ق.إ.م. و التي ميزت بين نوعين من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، أحكام تحضيرية تصدر أثناء سير الدعوى و أحكام تمهيدية تصدر أثناء سير الخصومة الأولى بغرض القيام بإجراء معين دون أن تكشف الجهة القضائية عن وجهة نظرها ولا استئناف فيها بمفردها، و الثانية بغرض توضيح مسائل فنية أو القيام بمهام تتطلب مؤهلات دقيقة لكن يستشف من محتواه الموقف المبدئي للقاضي وهي قابلة للاستئناف، و لم يعد هناك داع بموجب النص الجديد (م 297 ق.إ.م.إ.ج) من تحديد طبيعة الأحكام الصادرة قبل الموضوع. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون إجراءات مدنية و إدارية، مرجع سابق، ص: 215.

³ _ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، لمنشأة المعارف الإسكندرية، ط: الثالثة، 1977م، بند 270، ص: 579، 580.

فالحكم القضائي غير القطعي هو الذي لا يتضمن حسماً لأي من مسائل الخصومة سواء على المستوى الموضوعي أو على المستوى الإجرائي. لذا، فإنه يمكن القول بأن هذا الصنف من الأحكام يقتصر على الأحكام التي ترمي إلى إعداد القضية للفصل فيها بتنظيم سيرها وإجراءات تحقيقها، كالحكم الصادر بضم دعويين ليتم الفصل فيهما معاً أو بالفصل بين دعويين لتنظر كل منهما على حدة أو الحكم الصادر بتعيين خبير كما ذكر سابقاً.

وقد وضع المشرع لذلك ضوابط في المادة 298 من ق.إ.م.إ.ج. أكتفى من خلالها بالقول إن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع على أنه الحكم الأمر بإجراء تحقيق، أو بتدبير مؤقت، موضحة بأنه لا يمكنها اكتساب حجية الشيء المقضي فيه لأنها لا تفصل في موضع النزاع ولا تمس مصالح الأطراف كما أن المادة 145 من القانون الجديد تقضي صراحة بعدم جواز استئناف الحكم الأمر بالخبرة وهو حكم صادر قبل الفصل في الموضوع⁽¹⁾.

وذاك هو المقصود بالأحكام غير القطعية في ق.إ.م.إ.ج. مثل تعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها أو تقرير نفقة مؤقتة، أو الحكم بانتقال المحكمة لمعاينة العقار المتنازع عليه⁽²⁾. فالتعبير بالأحكام الآمرة بإجراء التحقيق في نص المادة 298 هو جمع الأحكام التحضيرية والتمهيدية في ق.إ.م. القلم لإنهاء جدل كان قائماً حولها. ومنها أيضاً لفظ الأحكام الفاصلة في تدبير مؤقت ويقصد الأحكام الاستعجالية الصادرة عن القسم الاستعجالي (م 299 ق.إ.م.إ.ج) أو الصادرة عن قسم موضوعي تلبية لطلب عارض مفاد طلب استعجالي غير ماس بأصل الحق، ومثاله الأوامر الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة بما حوله طبقاً للصلاحيات المخولة له من ق.إ.م.إ.ج بموجب المادة 425⁽³⁾.

¹ - بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 216.

² - عمر زودة، المرجع السابق، ص: 602.

³ - شويحة زينب، المرجع السابق، ص: 213، بتصرف.

وعليه فالحكم غير القطعي هو الذي لا يترتب عليه تخلي القاضي عن النزاع، أما الحكم القطعي⁽¹⁾ فهو الذي يفصل في موضوع النزاع كلياً أو جزئياً ويجوز الحجية وقد يفصل في المسائل الفرعية، كالحكم بعدم الإختصاص أو بسقوط الخصومة فلا تحوز الحجية، وإنما تستنفذ المحكمة بشأنها ولايتها، أما الأحكام غير القطعية فهي التي لا تستنفذ المحكمة ولايتها بشأنها⁽²⁾. وقد يشتمل الحكم الواحد على قرارين أحدهما قطعي والآخر غير قطعي، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يقرر مسؤولية المدعى عليه (قطعي) والذي يحيل مسألة تحديد التعويض إلى خبير (غير قطعي)⁽³⁾.

الفرع الثاني: أنواع الأحكام من حيث قابليتها للطعن.

وتنقسم إلى أحكام قضائية ابتدائية أو نهائية أو باتة، أو حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه.

أولاً_ الأحكام الابتدائية والنهائية:

وهي الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الأولى، وتقبل الطعن بالاستئناف، عكسها الأحكام النهائية وهي التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف⁽⁴⁾. وفي الفقرة الثالثة من المادة 33 من ق.إ.م.إ.ج نص المشرع: "وتفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف". وعليه فالأصل أن كل الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحكمة تكون قابلة للطعن بالاستئناف على مستوى الدرجة الثانية وهو ما نصت عليه المادة 34 والمادة 315 من نفس القانون، ويستثنى من ذلك ما تعلق بالدعاوى التي تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج) وحسب الفقرة الأولى من المادة 33 ق.إ.م.إ.ج فيفصل فيها ابتدائياً ونهائياً، ولا طعن فيها بالاستئناف والمعارضة إلا أن ينص القانون على غير ذلك، وما ذلك إلا تخفيفاً على جهة الاستئناف.

¹ الحكم الفاصل في الموضوع يجوز قوة الشيء المقضي فيه و يجعل القاضي يتخلى عن النزاع ما لم يطعن فيه بالمعارضة أو التماس إعادة النظر أو يطلب تفسيره أو تصحيحه. عبد السلام ذيب، ق.إ.م.إ.ج.ج، مرجع سابق، ص:205.

² عمر زودة، المرجع السابق، ص:602.

³ فتحي والي، المرجع السابق، ص:545.

⁴ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط: الحادية عشر، 1975م، ص:708.

و لكن المشرع لم يذكر الحالات الاستثنائية التي لا تقبل فيها المنازعة أي طريق للطعن مع أن نصوصها خاصة عديدة تضمنت أحكاما تضيضي على الأحكام الصادرة في منازعة ما، الطابع النهائي كما هو مبين في قانون الأسرة بالنسبة لفك الرابطة الزوجية⁽¹⁾، و التسريح التأديبي بالنسبة للمنازعات الفردية⁽²⁾، و للعامل طلب إلغاء القرار أو طلب التعويض عن الضرر لدى الجهة القضائية الباتة، و تبعا لذلك، فإذا صدر الحكم غيايبا أو نهائيا فهو لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، لكنه يقبل الطعن فيه بالمعارضة، لأن القانون لم ينص على عدم قابلية الطعن فيه بالمعارضة⁽³⁾.

علما أن المادة 33 لا تميز بين أنواع الدعاوى وقت تحديد قيمة الطلبات عكس ما تضمنته المادة 02 من ق.إ.م.إ.ج الملغى و التي تفرق بين الدعاوى المنقولة و الدعاوى الشخصية العقارية، إذا كانت قيمة النزاع لا تتجاوز (2000 دج) و الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية إذا كان الدخل السنوي مقدرا بإيراد أو قيمة إيجاربه لا تتجاوز ثلاثمائة دينار و المنازعات بين المستأجر والمؤجر إذا كانت قيمة الإيجار السنوي يوم رفع الدعوى لا تتجاوز ألفا و خمسمائة دينار (1500 دج) و في المنازعات المتعلقة بإيجار الأماكن المفروشة إذا كانت القيمة الإيجارية السنوية يوم رفع الدعوى لا تتجاوز ثلاثة آلاف و ستمائة دينار (3600 دج)⁽⁴⁾.

¹ انظر المادة 57 من الأمر 02/05 الصادر في 27 فيفري 2005م و المعدل و المتمم للقانون 11/84 الصادر في 09 يونيو 1984م و المتضمن قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على ما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، و تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

² عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص:81. أنظر الفقرة 03 و 04 من المادة 73 من ق. رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991م، و يتم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990م المتعلق بعلاقات العمل ج.ر عدد 68 لسنة 1991م.

³ عمر زودة، الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص:603. و علق بالقول: " لكن الحكم الإنتهائي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف غير أنه يمكن الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر".

⁴ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص:82.

ثانياً_ الأحكام الباتة:

وهي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية⁽¹⁾، فاستنفذت جميع طرق الطعن حيث تم تبليغ الحكم للمحكوم عليه ولم يطعن فيه بالاستئناف حتى انقضاء الميعاد، فيصبح حكماً غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، أو الحكم الذي استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، فيصبح حكماً غير قابل لأي طريق من طرق الطعن فهو بات⁽²⁾. وتبدو أهمية تقسيم الأحكام إلى ابتدائية أو انتهائية وباتة، في معرفة مدى جواز تنفيذ الحكم تنفيذاً جبرياً، فالأحكام الانتقائية الحائزة لقوة الأمر المقضي هي التي تنفذ جبراً، بينما الأحكام الابتدائية لا يجوز تنفيذها جبراً إلا إذا كانت مشمولة بالنفذ المعجل⁽³⁾.

ثالثاً_ الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه:

وهي الأحكام القضائية التي تقبل الطعن بطرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف، ولو كان الحكم قابلاً للطعن فيه، بطرق الطعن الغير العادية وهي التماس إعادة النظر والنقض، ولو طعن فيه بأحد هذين الطريقين⁽⁴⁾.

1_ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص:708.

2_ عمر زودة، المرجع السابق، ص:603.

3_ عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص:506.

4_ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص:708.

الفرع الثاني: من حيث صدورها في مواجهة المحكوم عليه إلى أحكام قضائية حضورية

وغيايية.

أولا_ الحكم الحضورى:

هو الذى يصدر فى خصومة حضورية، وهى التى حضر جلساتها كلها أو بعضها الخصم سواء كان حضوراً فعلياً أصالة أو وكالة أو كان حضوراً حكماً بأن كان قدم مذكرة بدفاعة قبل الجلسة ولم يحضرها بعد ذلك⁽¹⁾.

وقد نص المواد 288 إلى 293 من ق.إ.م.إ.ج، على أنها تصدر فى الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية وفى الأحوال التى نص عليها المشرع صراحة فى المواد المذكورة.

ويميز المشرع الجزائرى بين الحكم الحضورى (م 288)، ويترتب عليه أثر وهو عدم قبول هذا الحكم الطعن فيه بالمعارضة بل يقبل الطعن فيه بالاستئناف.

وكذا الحكم الحضورى الاعتبارى (م 293)، أى الحكمى فهو أيضاً لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة بل يقبل الطعن بالاستئناف.

فما هو الأثر المترتب على هذا التقسيم وبمواد صريحة أم هى مجرد محاكاة ما جاء به المشرع الفرنسى؟ يقول الأستاذ حسن النيدانى: "يميز التشريع الفرنسى بين الحكم الحضورى والحكم الحضورى الاعتبارى بمراعاة إجراءات معينة، ذلك إذا كان الحكم غير قابل للاستئناف، ولم يتم إعلان المدعى عليه بشخصه، ففي هذه الحالة لا يجوز اعتبار الحكم حضورياً اعتبارياً إلا بعد إعلان المدعى عليه الغائب لشخصه إعلاناً صحيحاً"⁽²⁾.

¹ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 304/02.

² الأنصارى حسن النيدانى، مبدأ وحدة الخصومة و نطاقه، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص: 227.

فالأحكام الحضورية في مفهومها وحسب النصوص السابقة: هي كل حكم تم فيه حضور المدعى عليه شخصيا، أو حضر فيه وكيل أو محامي من الخصوم أثناء الخصومة أو قدموا مذكرات، ويكون حضوريا دائما في حق المدعي، ويعد الحكم حضوريا إذا امتنع أحد الخصوم الحاضر في الخصومة عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الآجال المحددة⁽¹⁾.

ويعد الحكم حضوريا اعتباريا بأن يتم تسليم الإعلان للمدعى عليه شخصيا، فلا يحضر بنفسه أو بواسطة وكيل أو محام فالتخلف يكون رغم التبليغ الشخصي.

ومن ثم لا يترتب أي أثر على هذا التمييز في القانون الجزائري بين الحكم الحضورى والحكم الحضورى الاعتبارى، ولذلك إذا صدر حكم وتم وصفه بأنه حضورى وهو فى الحقيقة حضورى اعتبارى أو العكس، فلا يترتب أى أثر على ذلك، كلاهما غير قابلين للطعن فىهما بالمعارضة، ويقبلان الطعن فىهما بالاستئناف⁽²⁾.

ثانياً_ الحكم الغيابى:

أما الحكم الغيابى، فهو الحكم الذى يصدر فى خصومة تغيب كل جلساتها الخصم ولم يقدم فيها مذكرة بدفاعه، والحكم يعتبر حكما حضوريا دائما بالنسبة للمدعى، ولكنه قد يكون غيابيا بالنسبة للمدعى عليه؛ والحكم الغيابى وحده هو الذى قبل الطعن فيه بالمعارضة، فالغائب على حجته⁽³⁾.

¹ _ شويخة زينب، المرجع السابق، 210، 209/01.

² _ عمر زودة، المرجع السابق، ص: 605.

³ _ محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 304/2.

فلا يتصور صدور حكم غيابي في المسائل المدنية يقبل الطعن فيه بالمعارضة إلا في الأحوال التي أجاز القانون فيها ذلك، كما هو الحال بالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، فبالنسبة للأحكام الغيابية الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، فبالنسبة لهذه الأحكام تبقى أهمية التفرقة بين الأحكام الحضورية والأحكام الغيابية⁽¹⁾ وفي ق.إ.م.إ.ج وحسب نص المادة 292: "إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا".

فالتبليغ الصحيح شرط لانعقاد الخصومة، ولا يغني عنه إلا الحضور الشخصي للمدعى عليه أو وكيله أو محاميه، ورغم ذلك لم يحضر يصدر الحكم غيابيا، في هذه الحالة وإذا لم يتم فإنه يقضي بعدم صحة الإجراءات، ولا ينظر في موضوع الدعوى لعدم قيام المدعي بالإجراءات الواجبة عليه قانونا⁽²⁾.

ويترتب على الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي، بطلانه، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 327 من ق.إ.م.إ.ج شرط ألا يكون هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالتنفيذ المعجل على أن المادة 379 تنص على ألا تقبل المعارضة⁽³⁾ في قرارات المحكمة العليا.

1_ أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص: 655.

2_ شويحة زينب، المرجع السابق، 210/01.

3_ من حيث الإختصاص تتم المعارضة في الحكم أو القرار الغيابي، أمام نفس اشتراط الجهة القضائية ولا يشترط أن يكون في نفس التشكيلة، في أجل شهر لرفع المعارضة (م 328 ق.إ.م.إ.ج) من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الرسمي وقد كانت (10 أيام في م 98 ق.إ.م.إ.ج) حسب أشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى المنصوص عليها في (14) و ما يليها من ق.إ.م.إ.ج) مع تبليغ الأطراف و إرفاق العريضة بنسخة من الحكم المطعون فيه تحت طائلة عدم القبول شكلا. عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص: 247.

المبحث الثالث:

آثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.الجزائري

المطلب الأول: آثار الحكم القضائي البات في الفقه الإسلامي.

الأثر هو ما بقي من رسم الشيء، ويطلق عليه بعض الفقهاء: الأحكام، كقولهم أحكام النكاح، ويقصدون آثاره، أو هو العلامة التي يخلفها الشيء⁽¹⁾.

وآثار الحكم القضائي هي النتائج والأحكام المترتبة عليه بعد النطق به، على أن يكون باتا مستوفيا لأركانه وشروطه بحيث لا طعن فيه، فلا يجوز نقضه ويجب أن نمر به لمرحلة التنفيذ.

الفرع الأول: الفصل في الخصومة.

يرتبط الحكم في الفقه الإسلامي بالأثر المترتب عليه فيدور معنى الحكم حول فصل الخصومات⁽²⁾ وما ذلك إلا بيان لأثر الحكم من الفصل في الخصومة وقطع المنازعة.

ولكن حكم الحاكم عندهم لا يزيل الشيء عن صفته، بمعنى أن حكم القاضي لا يجل ما كان حراما قبل قضائه، ولا يحرم ما كان حلالا قبل قضائه، وينفذ الحكم⁽³⁾ عندها وهو أخص أثر من آثار الأحكام القضائية، مع عدم جواز رجوع القاضي في حكمه لإلزام الحكم وحجيته.

فالحكم القضائي شأنه شأن التصرفات الشرعية الأخرى التي رتب الشارع على صدورها آثارا معينة، هي النتائج التي ترجى من اصدار تلك التصرفات⁽⁴⁾.

¹ محمد رواس قلعة جي، المرجع السابق، ص:42.

² أبي العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي، أدب القضاء، تحقيق صديقي بن محمد ياسين، دار البشائر، بيروت، ط: الأولى، 1418هـ/1997م، ص:97. ولي الدين عبد الرحمان بن محمد بن خلدون (ت 808 هـ)، منزل الملام عن حكام الأنام، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطني، الرياض، ط: الأولى، 1417هـ، ص:116. أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، و الدار الشامية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ/1996م، 542/05. تقي الدين أبي بكر بن زيد الجراعي (ت 883 هـ)، غاية المطلب في معرفة المذهب في فروع الفقه الحنبلي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1424هـ/2004م، ص:399.

³ أحمد محمد علي دواد، المرجع السابق، 353/02.

⁴ عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص:413.

الفرع الثاني: حجية الحكم القضائي.

الحجية وصف ثابت بحكم الشرع، يلحق مضمون الحكم القضائي، أو الأمر المقضي به، الفاصل في المراكز الموضوعية القانونية ويكون غير قابل للمناقشة فيه مرة أخرى⁽¹⁾. فالحجية تثبت بحكم الشرع وتمنع إعادة طرح النزاع من جديد، دون أن يعني ذلك عدم جواز الطعن في الحكم في الشرع وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى الأشعري خير جواب على ذلك: "ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قدس لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"⁽²⁾.

فإذا صدر الحكم موافقا لشروط صحته لا يجوز نقضه، ويكون ملزما وتترتب آثاره، ويجب التنفيذ، وعكس ذلك الحكم الذي لم يكتسب الحجية، ومن مقتضيات حجية الحكم القضائي عدم جواز نقضه ولا الرجوع فيه، وأن يثبت الحق المحكوم فيه.

على أن الحكم القضائي في الفقه الإسلامي لا ينتج تلك الثمرة إلا بشروط فصلها الفقهاء، من أهمها:

يقول الأستاذ نعيم ياسين: "أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة، وأن يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام وأن يكون واضحا في تحديد المحكوم والمحكوم له، ومحضرة الخصوم، وأن يصدر عن قاض صحيح التولية"⁽³⁾.

¹ حسن بن أحمد الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، الدار العلمية، عمان، ط: الأولى، د.ت.ط، ص: 73.

² المناقضة: في القول بأن يتكلم الشخص بما يناقض معناه. محمد بن بكر عبد القادر الرازي (ت 666هـ)، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.ط، ص: 676.

³ محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1436هـ/2015م، ص: 16.

وقد جاء في كتاب السيل الجرار: " إذا كان الحاكم الذي حكم جامعا للشروط المتقدمة صار حكما لازما للمحكوم عليه أن يتلقاه بالسمع والطاعة، فإن كان الحكم المتأهل قد أصاب الحق في حكمه فلا شك ولا ريب أنه يجوز لمسلم كائنا من كان يتعرض لنقض هذا الحكم"⁽¹⁾. وفي المادة 314 من الطريقة المرضية وبما عنونه تصرفات الحكام التي ليست حكما، ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها:

"لا يعتبر من الحكم الذي لا يمكن نقضه ولا تغييره، تصرف الحاكم بتولييه عقد البيع أو عقد النكاح، أو بإثباته صفته لشخص، أو بإثباته أسباب المطالب، أو بإثباته الحجج، أو بإثباته أسباب الحكم الشرعية، أو بجزمه وتصريحه بالوجوب أو الندب أو الإباحة أو الكراهة أو التحريم، أو بنصبه للكتاب والقسام أو المترجمين والأمناء في أموال الغائبين والقاصرين"⁽²⁾.

كما يترتب على حكم الحاكم إذا وقع على وجه الصواب برفع العمل بمقتضى الخلاف، أي أنه إذا رفع لمن لا يراه ليس له نقضه⁽³⁾.

وعند الشافعية ليكون للحكم حجية لا بد من القول ألزمت العمل بموجبه، وأن يعين في الحكم ما يحكم ومن يحكم له ويلزمه؛ فيمتنع أن يتبع بنفسه أحكامه لنقضها أو يتبع أحكامه غيره⁽⁴⁾.

وعند الحنابلة إذا حكم القاضي في مختلف فيه بما لا يراه مع علمه لا ينقض⁽⁵⁾.

¹ محمد علي الشوكاني (1255هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، د.ت.ط، 302/04.

² محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص: 96.

³ محمد بن عبد الله بن علي (1101هـ)، حاشية الخرشبي على مختصر خليل (ت767هـ)، و معه حاشية علي بن أحمد العدوي (ت 112هـ)، تحقيق زكريا عميرات، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ/1997م، 527/07.

⁴ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م، 293،290/06.

⁵ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على المقنع و معه الشرح الكبير، تحقيق عبد الله محسن التركي، مطبعة هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ط: 1417هـ/1996م، 556،555/28.

على أن الحكم يكتسب الحجية بمجرد صدوره إذا كان مستنده قرآن أو سنة صحيحة متواترة أو مشهورة ولو آحادا، وما استند إلى إجماع أو قياس جلي⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (65)﴾. سورة النساء، الآية 65.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا (36)﴾. سورة الأحزاب، الآية 36.

فكما أن حكم الله ورسوله يرفع الخصام بشكل قطعي كذا حكم القاضي إذا استند إلى أصول الشرع فلا يجوز نقضه.

والحكم الاجتهادي المستوفي شروطه، ويقبل فيه الاجتهاد يكتسب حجيته ولا يجوز نقضه، ولو لم يقبل الاجتهاد وذلك لأن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، ولو كان الثاني أقوى، ويحكم بالتالي في الواقعة الجديدة إلا إذا تيقن الخطأ⁽²⁾.

إن شروط تولية القضاة إذا توفرت تمنع تعقب أحكام من كان قبله ممن سبقه. جاء في معين الحكام: "...والعالم العدل فلا تعرض لأحكامه بوجه"⁽³⁾. وهو ما قال به صاحب تبصرة الحكام وأضاف ولا يتعرض لأحكام العالم العدل إلا على وجه التجويز لها، إن عرض فيها عارض بوجه خصومة، أما على وجه الكشف لها والتعقيب فلا، وإن سأله الخصم ذلك، إلا أن يظهر له الخطأ⁽⁴⁾.

¹ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الخراقي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، د.ت.ط، 56/09.

² جلال الدين السيوطي (ت 911 هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1979، ص: 179، بتصرف.

³ علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط: الأولى، 1300 هـ، ص: 29.

⁴ ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1995م، 64/01.

وإذا لم يجز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه في منصب القضاء، وانتهت ولايتهم، فإنه من باب أولى ألا يمكن القاضي من النظر في أحكام القضاة الآخرين، الذين لا يزالون في ولايتهم، إذ الضرر من تتبع أحكامهم أشد من تتبع أحكام القضاة السابقين⁽¹⁾.

فلو حكم القاضي في مسألة ثم رأى أصوب من الرأي الأول فهل يمضي الرأي الأول أم ينقضه؟ من صح منه الاجتهاد عند الجمهور⁽²⁾ لا يجوز له نقض حكمه، إلا إذا خالف نصاً أو اجماعاً. لما روي من الأثر عن رسول الله أنه كان يقضي بالقضاء، فينزل عليه القرآن بخلاف ما قضى فيمضي ما قضى به ثم يستأنف القضية⁽³⁾.

وما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في قضية قضى فيها بحكمين مختلفين، قال: "تلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي"⁽⁴⁾.

¹ محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص: 26.

² أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ط: 2001م، 99/16. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، 63/1، وقال: "وقول عند المالكية". الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، 396/4. ابن قدامة، المرجع السابق، 56/9.

³ الربيع بن حبيب بن عمر الربيع، مسند الإمام الربيع الجامع الصحيح، تحقيق محمد ادريس، دار الحكمة، بيروت، ط: الأولى، 1425هـ، ص: 28.

⁴ صبحي الحمصاني، المجتهدون في القضاء مختارات من أفضية السلف، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط: الأولى، د.ت.ط، ص: 43.

ومما خالف النص الشرعي ما روي عن عثمان رضي الله عنه من اجتهاده مع وجود النص في حق من ولدت لستة أشهر فأمرت برجمها فذكره على رضي الله عنه بالنص قائلاً: " ليس ذلك عليها، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز: {... وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ...} . سورة الأحقاف، الآية 15. وقال أيضاً: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ} . سورة البقرة، الآية 233.

فالحمل لستة أشهر ظاهر في النصوص فلا رجم عليها، فبعث عثمان في أثرها فوجدها قد رجمت⁽¹⁾. وهو دليل من قال بأن للقاضي أن ينقض أحكامه إذا تغير اجتهاده وظهر أن غيره أصوب منه.

ويرد عليه بالقول لأن في هذا الأثر دليل على رد الاجتهاد بوجود النص والآيات قطعية في الدلالة على المراد وعليه لا يستقيم القول بأنه رد اجتهاد بنقض القاضي ما صدر منه من اجتهاد سابق.

ولمالك في ذلك قول: إذا تبين للقاضي أن الحق في غير ما قضى به رجع فيه، ولا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه⁽²⁾.

ويجوز نقض الحكم ما بقي القاضي على ولايته، فإن اجتهده ثم عزل ثم ولي فلا يحق له نقض قضاة الذي كان قبل عزله عن القضاء أولاً⁽³⁾.

ولابن جزري في القوانين الفقهية ما يلي⁽⁴⁾:

من أصاب من الحكام لم ينقض حكمه أصلاً، وإن أخطأ فذلك على أربعة أوجه:

¹ _ اخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود حديث رقم: 11، مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1951، 825/02.

² _ ابو عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت 897 هـ)، التاج و الإكليل، مطبوع بمامش مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م، 137/8، بتصرف.

³ _ ابن فرحون، المرجع السابق، 63/01.

⁴ _ محمد بن أحمد بن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م، ص: 316.

1- أن يحكم بما يخالف الكتاب والسنة، أو الإجماع، فينقض هو حكم نفسه، وينقضه من تولى بعده ويلحق بذلك الحكم بالقول الشاذ.

2- أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد، فينقضه أيضا هو ومن يلي بعده.

3- أن يحكم بعد الاجتهاد، ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حكم به، فلا ينقضه من ولي بعده، واختلفوا: هل ينقضه هو أم لا؟

4- أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب، فيفسخه هو ولا يفسخه غيره. -إنته-

فإن نقض القاضي الحكم، وجب عليه أن يبين السبب الذي نقض الحكم من أجله، لكيلا ينسب إلى الظلم والجور والهوى، بنقضه الأحكام التي حكم بها القضاة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من آثار الحكم القضائي اللزوم.

اللزوم بالضم مصدر لزم الشيء: ثبت ودام، ومنه الوجوب، ولزمه الأمر، إذا وجب عليه⁽²⁾. ويرتبط من حيث الإصطلاح باللغة ويعني عدم جواز الرجوع عن الحكم من طرف القاضي وعدم جواز نقضه فهو لازم.

جاء في السيل الجرار: "إن مرجع لزوم حكم الحاكم ووجوب امتثاله، وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقا للحق، عدم لزومه، وجواز نقضه، يرجع إلى كونه مخالفا للحق"⁽³⁾. قاعدة على بساطتها ووضوحها فهي أساسية في الفصل في الأحكام الصادرة عن القضاة من حيث لزومها أو عدم اللزوم.

¹ أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، و بهامشه حاشية الصاوي، تخريج مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، د.ت.ط، 227/4. وابن جزوي، المرجع نفسه، ص: 316.

² محمد رواس قلعة جي، المرجع السابق، ص: 391.

³ محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت 1255 هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود ابراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1405 هـ/1985 م، 303/4.

فوصف اللازم لتوافر شروط يشمل حتى القاضي الذي أصدره وباقي القضاة والأطراف وكذا المحكوم به. وذلك بعدم جواز طرح النزاع من جديد.

- فإن ثبت الحق عند القاضي بالبينة أو بالإقرار ألزم عليه، فإن امتنع فطلب صاحب الحق حبس غريمه، حبسه لأنه ثبت ظلمه بإنكاره⁽¹⁾. وهو إلزام يكون لحكم القاضي نفسه ولحكم غيره ما أن تتوافر شروطه فلا يجوز نقضه وهو مذهب الحنفية في المسألة.
- إن كانت حقيقة القضاء هي ذلك الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام⁽²⁾ فالإلزام هو أثر ذلك الحكم. ويعبر عنه أيضا أي الإلزام بأنه أمرا شرعيا لخصم⁽³⁾ على رأي المالكية.
- وعند الشافعية الإلزام من صيغ الحكم القضائي... وذلك بالإلزام بالمدعى به، إذ لا معنى للإلزام إلا الحكم⁽⁴⁾.
- فإذا رد القاضي شهادة الفاسق فلا يجوز إعادة شهادته لأن ذلك بمثابة نقض للحكم من أساسه، إذ يترتب على الحكم بالشيء الحكم بلازمه، فالمخالفة في القضية الواحدة نقض مع العلم. ولا نقض للحكم إذا رد القاضي شهادة الصبي وبلوغه وتغير صفته قبلها بأن أصبح البالغ خصما في الدعوى⁽⁵⁾ على القول الحنبلي.

¹ _ نصر بن محمد بن ابراهيم السمرقندي (ت 375 هـ)، فتاوى النوازل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ط: 1425/هـ/2004م، ص: 385.

² _ الدردير، المرجع السابق، 187/4.

³ _ ابن عرفة أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (ت 894 م)، شرح حدود ابن عرفة الموسوم، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأحناف و الطاهر لعموري، دار المغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1993م، 568/02.

⁴ _ عبد الرؤوف بن علي زين الدين المناوي (ت 926 هـ)، شرح عماد الرضا ببيان أدب القضاء للأنصاري "المسمى الرؤوف القادر"، تحقيق عبد الرحمان عبد الله عوض بكير، الدار السعودية، جدة، ط: الأولى، ، 1406/هـ/1986م ، 290، 261/01. بتصرف.

⁵ _ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت 885 هـ)، الإنصاف، في معرفة الراجح من الخلاف على المقنع و معه الشرح الكبير، تحقيق عبد الله محسن التركي، مطبعة هجر، القاهرة، ط: الأولى، 1417/هـ/1996م، 389، 387/28. بتصرف.

فما حكم به القاضي لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو اجماع، فإن قضى القاضي فيما يسوغ فيه الاجتهاد فلا ينقض قضاؤه، والاجتهاد لا ينقض بمثله، ولا اجتهاد ينقض بالاجتهاد⁽¹⁾.

وخلاصةً لما تقدم ذكره حول مسألة آثار الحكم وفي سياق ضبط مسألة لزوم الحكم للقاضي بشروط، وعدم جواز نقض الأحكام إذا لم تخالف نص القرآن والسنة وكذا اجتهاد القاضي فيما جاز فيه الاجتهاد من المعترف له بالقدرة عليه الحامل لصفة المجتهد لأن الظاهر صحة حكمه.

الفرع الرابع: آثار الحكم القضائي النفاذ.

إذا استوفى الحكم القضائي الشروط الشرعية، حاز حجية كاملة وعندها وجب تنفيذه. قال تعالى: ﴿وَأَذْكُرْ عِبَادَنَا إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ أُولِي الْأَيْدِي وَالْأَبْصَارِ (45)﴾. ﴿سورة ص، الآية 45، أولي الأيدي أي أولي القوة في طاعة الله وتنفيذ أحكامه، والأبصار يعني التبصر في الحق⁽²⁾﴾.

وصح عن عمر رضي الله عنه قوله: "إنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"⁽³⁾، فما فائدة الأحكام القضائية إذا لم تنفذ وما المراد منها حينها سواء أصابت الحق أم لم تصبه، إذ هي ملاذ كل من تضرر أو اعتقد ضياع حقه فيلجأ للقضاء لاسترداده، وكيف يسترده دون تنفيذ الأحكام. لقد أقبل الرعييل الأول من الصحابة على تنفيذ أحكام القضاء بقوة وازع العقيدة فيهم ما أن يدرك الحق حتى حين النزاع وهو ما غاب عنا اليوم فاستحالت الحياة إلى ما هي عليه في المعاملات والعلاقات.

إن شرط نفاذ القضاء الخصومة الصحيحة والدعوى المستوفية لشروطها والصحيحة بالمعنى الأدق، وبعد الثبوت وصدور الحكم تكون مرحلة التنفيذ⁽⁴⁾. وينفذ حكم القاضي الأول لأنه كان

¹ _ محمد الزحيلي، المرجع السابق، 1028/2، بتصرف.

² _ اسماعيل بن كثير (ت 774 هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، تحقيق محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، ط: الثالثة، 1402هـ/1981م، 206/3.

³ _ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزي (ت 750 هـ)، اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، 1973م، 85/1.

⁴ _ الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 52.

في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدين نافذ بالإجماع، والمخالف للإجماع وهو الثاني باطل⁽¹⁾. وإن خالف القاضي المقلد الحكم الراجح في المذهب بنقض حكمه لأنه بمثابة النص على الحكم⁽²⁾ أي الحكم الراجح.

وجاز القضاء بالمرجوع عنه وما خالف قول علمائنا (ويقصد المذهب الحنفي) على أن يكون من أهل الرأي والاجتهاد⁽³⁾.

على أن حقوق العباد المالية وما شاكلها، يقع تنفيذها على كاهل من يثبت عليه الحق، فإن امتنع بلا وجه ولا وجه شرعي نفذه الحاكم بقوة القضاء بناء على طلب صاحب الحق⁽⁴⁾.

وعند المالكية حقيقة التنفيذ فهو غير الثبوت والحكم لأنه الإلزام بالحبس والسجن، وأخذ المال بيد القوة ممن عليه الحق ودفعه لمستحقه ونحو ذلك فهذا هو التنفيذ، وهو في الرتبة الأخيرة، والثبوت في الرتبة الأولى والحكم بينهما في الرتبة الثانية⁽⁵⁾.

وإن تبين وجه الحكم وجب على القاضي إنفاذه... إلا حين خشية فتنة تحصل من جهة المحكوم عليه أو خشية وقوع عداوة بين الأقارب ليتعين عليه طلبهما للصلح، فإن امتنع من الصلح من له الحق حكم له القاضي⁽⁶⁾.

¹ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، 1423هـ/2003م، 688/4.

² الطرابلسي، المرجع نفسه، ص: 34، بتصرف.

³ ابن الشحنة، المرجع السابق، ص: 221.

⁴ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، 72/14.

⁵ شهاب الدين أبي العباس بن إدريس القرافي (ت 684 هـ)، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبد الفتاح أبوغدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط: الثانية، ط: 1416هـ/1995م، ص: 143.

⁶ محمد يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب مالك بن أنس للقاضي أبي بكر محمد محمد عاصم الأندلسي الغرناطي (ت 829 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، ص: 18، بتصرف.

أولاً: نفاذ الحكم القضائي في المذهب المالكي:

ويقول محمد العزيز جعيط صاحب الطريقة المرصية وفي المادة 301: "التنفيذ هو تمكين الحقوق بأيدي مستحقيها، والإلزام بالحبس وغيره". وفي المادة 302: "يلزم المنفذ أن ينفذ الحكم، ولو كان مذهبه مخالفا لما وقع الحكم به".

فالتنفيذ هو تمكين أصحاب الحقوق من مستحقاتهم بعد صدور الحكم القضائي والسهر على تنفيذه، وعلى من وقع عليه حكم التنفيذ والإذعان وإن أجبره القاضي بالتنفيذ.

ثانياً_ نفاذ الحكم القضائي في المذهب الشافعي:

بديهي أن النفاذ يكون أثرا لحكم قضائي، و " الحكم القضائي قد يكون تنفيذ لما قامت به حجة فينفذ ظاهرا لا باطنا وهو من باب ما ليس بإنشاء من الأحكام القضائية، كأن يحكم القاضي بشهادة الزور التي ظاهرها عدالة البينة لم يحصل بحكم القاضي الحل باطنا سواء أكان المحكوم به مالا أو نكاحا أو غيرها، و النوع الثاني من أحكام القضاء هو الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين، و فسخ النكاح بالعيب، و نحوه، فإن ترتبت على أصل كاذب بأن فسخ بعيب قامت بشهادة الزور فهو كالنوع الأول، و إن ترتب على أصل صادق فإن لم يكن في محل اختلاف المجتهدين نفذ ظاهرا و باطنا..."(1).

كما ينفذ قضاء المجتهد والمقلد والفاسق للضرورة، فإن خرج المقلد عن مذهب إمامه لم ينفذ حكمه (2). إذا أنه ليس مجتهدا فلا يعتد بحكمه والحكم المعتمد هو مذهب إمامه المجتهد وعادة ما يكون صاحب المذهب.

1_ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ)، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ/2003م، 138/8، 139.

2_ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م، 263/06، 270.

ثالثاً_ نفاذ الحكم القضائي في المذهب الحنبلي:

ويترتب على صدور الحكم القضائي نفاذه في الظاهر إذ أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته باطنا، إذ أن علم القاضي بما كاذبة لم ينفذ الحكم ولو في عقد،

وفسخ؛ فزوجية امرأة بينة زور فتم وطئها بعلم فهو كالزنا ويصح نكاحها غيره، وإن حكم بطلاقها ثلاثاً بشهادة زور فهي زوجته باطنا ويكره له اجتماعه بها ظاهراً، ولا يصح نكاحها غيره ممن يعلم بالحال⁽¹⁾.

إن حكم القاضي لا يزيل الشيء عن صفته، ولا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً، فمحل حكم القاضي يكون على الظاهر، ولا يغير حكم الباطن، لذلك فإن كان الباطن كما هو في الظاهر نفذ ما حكم به، وإذا تبين أن الظاهر خلاف الباطن، كأن يشهد شاهداً زوراً على أمر من الأمور خلاف الواقع والحقيقة، فحكم القاضي يثبت الشيء في الظاهر، ولكن لا ينفذ إلى الباطن، ولا يغير حقيقة الشيء من الحلال إلى الحرام أو عكسه⁽²⁾.

على أن للقاضي إذا أصدر الحكم أن يقوم بتنفيذه إن استطاع، بقوة التنفيذ المتاحة ذكر في مغني المحتاج، ويذهب بعضهم إلى أن الكفاية اللائقة بالقضاء: "... بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه"⁽³⁾.

¹ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى ابن النجار (ت 972 هـ)، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات، تحقيق عبد الله المحسن تركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ/1999م، 304/05.

² أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، 360/2.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشريبي (ت 977 هـ)، مغني المحتاج، إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، 375/4.

وتنفيذ الأحكام الصادرة عن القاضي إذا كان الحق المدعى به عينا حاضرة في مجلس القضاء،
فيأمر بانتزاع المدعى به ويسلم للمحكوم عليه إذا كان حاضرا، فإن هرب كتب القاضي إلى قاضي
البلد الذي يوجد فيه ليستوفي الحق منه⁽¹⁾.

فإن كان القضاء هو الفصل في الخصومات بين الناس ورد الحقوق لأصحابها، إلا أن مهمة
تنفيذ هذه الأحكام يكون بتفويض من الحاكم، وقد يكون شخصا آخر غير القاضي الذي أصدر
الحكم. جاء في معين الحكام: "وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ، لا سيما الحاكم الضعيف القدرة
على الجبارة؛ فهو ينشئ الإلزام ولا يحصل له التنفيذ لتعذر ذلك عليه، فالحاكم من حيث هو حاكم
ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكما"⁽²⁾.

وجاء في تبصرة الحكام: "والحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ
فأمر زائد على كونه حاكما، فقد يفوض إليه التنفيذ وقد لا يندرج تحت ولايته، فصارت للسلطنة
العامة التي هي في حقيقة الإمامة مباينة للحكم من حيث هو حكم"⁽³⁾.

فهي مهمة للحاكم إسنادها تفويضا لمن يشاء لتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاة، وقد
تمنح لكل القضاة، وقد يخص بها البعض منهم في حدود ما يراه مناسبا للمصلحة العامة إذ لا معنى
لأحكام قضائية لا تنفذ، فالحقوق حينها ستهدر ويختل ميزان العدل في الدولة.

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت 450 هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994م،
283/02.

² علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة
الباي الحلبي، مصر، ط: الثانية، د.ت.ط، 688/04-690.

³ أبو الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمرى (ت 799 هـ)، تبصرة الحكام في الأقضية و مناهج الأحكام، تحقيق جمال
مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/ 2003م، 13، 12/1.

رابعا_ أخطاء القضاء ومسؤولية القاضي:

إن خطأ القاضي في حكمه وارد ومحمّل الوقوع، وقد صرح النبي ﷺ بذلك في قوله: "إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار"⁽¹⁾.
فالتمرس في الحجاج من الخصوم قد يقنع القاضي فيحكم له بحق غير حقه وله ظاهر الحق لا باطنه وعليه الوزر في ذلك، فالله يتولى الأمور الباطنة، ومن خطأ القضاة العمدة إذا ترتب عليه التعزير والعزل.

يقول ابن فرحون: "على القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة: العقوبة الموجهة، ويعزل، ويشهر ويفضح، ولا تجوز ولايته أيضاً أبداً، ولا شهادته"⁽²⁾.

فإن تبين للقاضي أنه أخطأ في قضاؤه فينبغي له أن يبادر بالرجوع عن ذلك الحكم، ولا يمنعه الاستحياء، ولا الخوف من فعل ذلك، فالله تعالى يحفظه من الناس"⁽³⁾.

فالقاضي بشر قد يخطئ وقد يصيب، والشرع قد تعامل مع ذلك بكل واقعية، فلا يطالب بإعادة الأمور إلى ما كانت عليه إذا استحال ذلك لإقامة الحد، أو إقامة عقوبة القتل، لكنها جعلت التعويض والضمان وغيره.

الفرع الخامس: ومن آثار الحكم التسجيل⁽⁴⁾:

أولاً_ تسجيل الحكم في المذهب الحنفي:

¹ _ رواه البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، 157/13. رواه مسلم، صحيح مسلم، 1337/03، سبق تخريج الحديث، ص:150.

² _ أبو الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون (ت 799 هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م، 231/02.

³ _ أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 490 هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، 75/16.

⁴ _ التسجيل : من سجل، و هو تدوين الشيء في السجلات (الدواوين) الرسمية ، محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص:130.

جاء في معين الحكام متعلقا بتسجيل الحكم القضائي كأثر من آثار الحكم القضائي: " كثيرا ما يوجد في سجلات الحاكم: " ليسجل بثبوتة و الحكم به، و هي أعلى مراتب الحكم من حيث القوة،... بحيث تترتب آثار الحكم و فيه معنى الإلزام لكل أحد،... و كل ما كان مختلف فيه و عرفه و حكم به مع علمه بالخلاف؛ ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى الواقعة، فهي صحة مطلقة في نفس الأمر، و قد يعرض لها الفساد،... فإن تبين بطلان الحكم لفوات محله، نقضه ذلك القاضي نفسه أو غيره؛ لأن الخلل الذي ظهر تبين أنه في محل الحكم لا في الحكم، كما أن كل تسجيل يتضمن إرجاء الحجة لغائب أو صغير أو حاضر بعد بينته، فللقاضي أن يتعقبه بما يجب بخلاف التسجيلات المطلقة... " (1).

ثانيا _ تسجيل الحكم في المذهب المالكي:

وعند المالكية: " إذا طلب أحد الخصمين من القاضي إبرام الحكم ونفوذه تسجيل الحكم وأخذ نسخة منه فيجب تسجيله وتسليم نسخة لمن طلبها سواء أكان المحكوم له أو المحكوم عليه، ولا حرج ولا جناح على القاضي إذا سجل الحكم قبل أن يطلب منه " (2).

ويمكن القول إن من آثار الحكم التسجيل إذ يتم به تثبيت الحكم الصحيح، ويتم التنفيذ كما أن الأصل أنه لا يتم نقضه إذا سجل، حيث أن التسجيل هو أعلى درجات صحة الحكم القضائي.

فالأصل أن لا خلاف في أن تسجيل الأحكام القضائية يثبت به الحكم ويلزم به الأطراف وينفذ، ولكنه ليس بشرط في جميع الأحكام عند الفقهاء، كما أن الحكم يرفع الخلاف في المسائل المجتهد فيها بصدوره بصيغته سواء كان مسجلا أو غير مسجل.

ومما سبق يتضح جليا أن الاتفاق الحاصل في الفقه الإسلامي أن الأثر المباشر للحكم هو الفصل في الخصومة وأن تثبت الحقوق لأصحابها ويصبح الحكم ملزما للأطراف وناظرا ويرتفع به

¹ _ الطرابلسي، المرجع السابق، ص: 39، 43، 44، 50 بتصرف.

² _ محمد بن يوسف، المرجع السابق، ص: 28.

الخلاف فيما إذا تعلق بمسائل اجتهادية إذا صدر بصيغته الشرعية بعد خصومة ودعوى صحيحة والخطأ القضائي حين مخالفته للكتاب والسنة والإجماع يتم بالتحتمية نقضه، ولا ينتقض إذا شكل اجتهادا قضائيا بعد تغيير القاضي اجتهاده ويمضي الحكم القضائي الأول، كما يمضي الحكم الثاني على اجتهاده الجديد ويستقيم الأمر.

ويتم ذلك حتى من طرف قاض ثان إذا خالفه الرأي ما أن تعلق الحكم بأمر يسوغ فيه الاجتهاد فيثبت القاضي الأول على اجتهاده، ولا ينقض من القاضي الثاني.

إن الألفاظ الدالة على الحكم القضائي كثيرة والاختلاف حاصل حولها، فهي بين قول القاضي ظهر عندي، وثبت عندي، وضح عندي، وهي عند الحنفية من الألفاظ الدالة على الحكم القضائي ويخالفهم الرأي المالكية والشافعية في ذلك وفيما ترجح عندهم على أنها لا تعد أحكاما.⁽¹⁾ والأصح عند الجمهور وقول عند الحنفية قول القاضي حكمت أو قضيت.⁽²⁾

المطلب الثاني: آثار الحكم القضائي و ق.إ.م.إ.ج.

إن الهدف الرئيسي من الأحكام القضائية هو وضع حد للنزاع القائم بين الخصوم وهي ما يراد به بحجية الحكم المقضي به في القوانين الوضعية عموما، ما أن يصدر الحكم صحيحا شكلا، و مطابق لمقتضى الشق الموضوعي للقانون، عندها لا يصح لأي محكمة حتى التي أصدرت الحكم أن تنظر مجددا في ذلك النزاع؛ إلا لتصحيح الأخطاء المادية الواردة في الحكم الكتابية أو الحسابية، فإن تظلم أحد الخصوم فله طريق الطعن في الحكم بالطرق العادية، كالاعتراض على الحكم الغيابي أو الاستئناف، و غير العادية بإعادة المحاكمة، أما قوة الأمر المقضي و تتعلق بالأحكام النهائية غير القابلة للطعن بالطرق العادية، و إن قبل الطعن بالطرق غير العادية.⁽³⁾

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ط: 2003هـ، 01/114. و محمود بن اسرائيل الرومي (ت 818 هـ)، المعروف بابن قاضي سمانونة، جامع الفصولين، ط: الأولى، المطبعة الأزهرية، القاهرة، 1300هـ، 01/20.

² الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيف حسن عيد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1421هـ/2000م، 3/227.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط، 02/632.

فالأحكام القضائية تكون كاشفة للحقوق ومقررة لها دون أن تنشئها مع وجوب التأكيد على الاستثناءات الواردة على هذه المسألة ومنها ما سبق ذكره.

والقاعدة العامة أن الحكم القضائي يكشف الحق ويعلنه ويقويه، فهو لا ينشئ حقوقاً للأطراف، لأن إنشاء الحقوق ليس من وظائف القضاء فالحكم بإلزام المدين بدفع قيمة الدين الثابت في ذمته إنما ينصب على حق ثابت قبل الحكم⁽¹⁾. وبما أن لكل قاعدة استثناء فالوارد بالنسبة للمسألة أن حكم القاضي قد ينشئ المراكز القانونية إذ الأحكام المقررة لما هو موجود وتؤكد من ذلك الحكم بثبوت النسب، وصحة العقد أو بطلانه، وكذا الأحكام الإنشائية ومنها التفريق بين الزوجين، وأحكام فسخ العقد، وأحكام أخرى كتصفية الشركة وغيرها... ومنها أحكام الإلزام بأداء المحكوم عليه بأداء معين، ومنه الحكم على المستأجر بداء الأجرة، أو بالإخلاء⁽²⁾.

¹ - رزق الله الأنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية، مطبعة الداودي، دمشق، 1985م، ص:700.
² - محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات المدنية و التجارية، محاضرات في الإمارات العربية المتحدة، 1982م، ص:144،145.

الختام

في الختام يمكن الإشارة إلى بعض الأسس التي ثبتت من خلال البحث والتقصي واستقراء النصوص وإجراء المقارنات يمكن حوصلة بعض نتائج البحث دون الخوض في البديهيّات وتكون النتائج كالآتي:

1- إن القول بأن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعيّة يتفقان على حق التقاضي المكفول لكل فرد في الدولة انتقاص لمشروع حضاري ساد على مرّ العصور، فحق التقاضي حق قديم ثبت في الأنظمة المختلفة، فكيف لا يثبت في الفقه والقضاء الإسلاميين؛ وهو حق مضمون تتفق فيه الشرائع السماوية والقوانين الوضعيّة.

2- إن وسيلة الدّفاع عن الحقوق والحريّات هي الدّعوى، سواء في الفقه الشّرعي أو القوانين الوضعيّة، ولكنهما يختلفان من حيث طبيعة الدّعوى، إذ هي في الفقه الإسلامي تصرف شرعي، وفي القوانين الوضعيّة وما انتهت إليه النظريات الحديثة حقاً شخصياً وإجرائياً تحكمه أشكال محددة تحت طائلة الرفض في الشّكل.

3- والاختلاف حاصل بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعيّة من حيث شروط الدّعوى القضائيّة إذ لا فرق في الفقه الإسلامي بين الدّعوى والمطالبة، بل الدّعوى هي المطالبة، أما في القوانين الوضعيّة فهناك شروط تخصّ الدّعوى وهناك شروط تخصّ المطالبة القضائيّة.

4- الدّعوى في الفقه الإسلامي تباشر في مواجهة المدّعى عليه و يثبت ذلك في القوانين الوضعيّة و لو مع غياب المدّعى عليه، ثم يتمّ تبليغه بذلك ليعدّ دفاعه، على أن الإعذار في الفقه الإسلامي يعطى للمدّعى عليه حتى بعد دفاعه و بأجال محددة و ذلك قبل النطق بالحكم و يثبت ذلك أساساً في الفقه المالكي؛ كما أن النظامين كفلاً للغائب حقوقاً و بضمانات محددة

يتفق عليها الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، و من هذه المبادئ مبدأ المساواة بين الخصوم وذلك من خلال الرقابة على عمل القضاة و ضمان مبدأ المواجهة و هي مبادئ ثابتة في الفقه و القضاء الإسلامي و قد ظهرت جليلة بالنص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

5- في الاختصاص القضائي تخفيف الأعباء على القضاة، ويسهل المهام، ويقصر عمر النزاع وفيه تيسير على أطراف الخصومة، وفيه تتفق أحكام فقه القضاء الإسلامي والقوانين الوضعية، ولعامل الزمان والمكان والأشخاص يخضع تطوير ذلك وتنوع القضاء.

6- أساس فكرة الإختصاص وضع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعث القضاة إلى الأمصار معلنا فصلا عمليا بين السلطات المخولة للولاية وللقضاة من جهة كما أرسل كل إلى إقليم وهي الإرهاصات الأولى لفكرة الإختصاص القضائي والفصل بين السلطات.

7- وإن للزمان وتعقيداته أحكامه المؤثرة في تطوير فكرة الإختصاص والذي لم يستعمل فيه هذا المصطلح ابتداء، وتؤكد في العصور المتأخرة ولكنه وجد عمليا بناء على ما أكدته السنة النبوية، وأعمال الخلفاء الراشدين، ومنه حتى درجات التقاضي، وبالمعنى المتداول حديثا.

8- ليس في الشرع ما يمنع من تطوير الشق الإجرائي لما فيه من تيسير لمصالح الناس فذاك من صلاح الشرع لكل زمان ومكان وهو من مقاصد الشرع الإسلامي ما لم يكن فيه مساس بقواعد الشرع العامة وأحكامه.

9- إن أعمال مبدأ حياد القاضي لمصلحة الناس وإبعاد القاضي عن التهمة، هو محل اتفاق الفقه الإسلامي والقانون وذلك في الجوانب المدنية

أساساً، وهو مما يترجح في الفقه من عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في معرض نظر الخصومة.

10- كما يتفق القانون والفقه الإسلامي على مبدأ علنية الجلسات وكذا تسبب الأحكام القضائية، وضمان حق الخصوم في الطعن في الأحكام.

11- تمثل طرق الطعن في الأحكام وسائل رقابة تؤمن الخصوم من أخطاء القضاة فتضمن الحقوق، وهو ما يتفق فيه الفقه والقانون من حيث الممارسة لا المسميات، ولا حديث عن الأحكام النهائية أو الباتة إذا خالفت نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها أو إجراء من إجراءات التقاضي، والحكم القضائي الذي انتهك أصول التقاضي الشرعية وكذا القانونية.

● التوصيات:

1- وجوب التفكير في طريقة عمل شبيهة بمشاريع البحوث والمخابر وتضافر جهود الباحثين في الاختصاصين الشرعي والقانون لدراسة ما تعلق بالقضاء في الجوانب الشرعية والقوانين خاصة من حيث الممارسة، للبحث عن الضالة عن طريق التجديد.

2- إشراك علماء اللغة في مخابر البحث لإجلاء المعاني اللغوية الغامضة فيما تعلق بالفقه القضائي الشرعي وتبسيط معانيه وفك رموزه إذ فيه أحيانا ما لا يمكن إجلاء غموضه بسبب تعقده فلغة الزمان غير الزمان.

3- وجوب ادراج مادة فقه القضاء الشرعي ومبادئ المحاكمات العادلة بالمعنى الشرعي، وكذا الضمانات الممنوحة لأطراف الدعوى في مناهج التدريس في معاهد القضاء؛ إذ تحتوي على ثروة فقهية تجدر الالتفاتة إليه

والإفادة منه لتحسين مستوى القضاة وأدائهم لما لذلك من أثر في توطيد دعائم الدولة.

4- تفعيل آليات صلح بين الزوجين على مستوى المحاكم سابقة عن جلسات القضاء، ومكاتب مستشاري أسرة خارج مجال القضاء وتنسيقاً معه، حفاظاً على الأسرة وتماسكها و تخفيف العبء عن القضاة، وإنزالاً لمؤشر إحصائيات الطلاق التي تتفاقم سنة بعد سنة في الجزائر، وذلك بضبط آليات للصلح بإشراف أجهزة الدولة وإشراك المختصين، إذ فيه مجال لتوظيف ذوي الاختصاص الشرعي والقانوني والاجتماعي والنفسي... ومن خلال مبالغ رمزية يدفعها الأطراف تفسح المجال لمنصب توظيف، وتساهم في التخفيف من نسب الطلاق ومن الأعباء الملقاة على كاهل القضاة.

5- استحداث آليات استعارة وتعامل مباشر مع الكتاب، ووسيلة البحث من خلال بطاقات وطنية خاصة بالأستاذ الباحث، والباحث عموماً تسمح بالتعامل المباشر مع وسيلة البحث، والخروج عن الطرق البدائية من أنظمة استعارة يستوي فيها الأستاذ الباحث بالطالب، ويتمكن أحياناً منها حتى الأعوان بحكم العلاقات ولا يكاد يبلغ الأستاذ الباحث الكتاب ولا تطاله يده حتى يُمكنَّ منه بواسطة... .

والحمد لله رب العالمين.

إن وفقت فمن الله.

وإن أخفقت فمن نفسي ومن الشيطان.

الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس آثار الصحابة.
- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- فهرس القواعد الفقهية والأصولية.
- المصطلحات الفقهية الشرعية والقانونية.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.
- رتبت الآيات حسب تسلسل سور القرآن الكريم.
- أما باقي الفهارس فرتبت حسب تسلسلها في صفحات البحث.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الآيات
214	" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةَ(233)". الآية 233، سورة البقرة.
98	" يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ". الآية 74، سورة آل عمران.
159	"... وَالصُّلْحُ خَيْرٌ...". الآية 128، سورة النساء.
180	"لِيَأْتِيَ النَّاسَ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ...". الآية 165، سورة النساء.
212	"... فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (165)". الآية 165، سورة النساء.
33	قال تعالى: "فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ". سورة النساء، الآية 07.
158	" لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَعْمَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءً مَّرْضَاتٍ لِّلَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا (114) ...". الآية 114، سورة النساء.
134	" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانِ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا(135)". الآية 135، سورة النساء.

04،03	"فَمَا كَانَ دَعْوَاهُمْ إِذْ جَاءَهُمْ بِأَسْنَا إِلَّا أَنْ قَالُوا إِنَّا كُنَّا ظَالِمِينَ". الآية 05، سورة الأعراف.
102	"وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ(77) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ(78)" الآية 77-78، سورة الأنبياء.
143	"وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ (48) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ(49)". الآية 48-49، سورة النور.
180	"لَأَعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ". الآية 21، سورة النمل.
212	"وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا (36)". الآية 36، سورة الأحزاب.
04	"لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مِمَّا يَدْعُونَ" الآية 57، سورة يس.
142	"وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخُسْفَى إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ (21) إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَحْفَ خَصْمَانِ بَعَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ (22) إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً لِئِي نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ (23) قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى تِجَارِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ (24)" الآيات 20-23، سورة ص.
217	"وَأَذْكُرْ عِبَادَنَا إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ أُولِي الْأَيْدِي وَالْأَبْصَارِ (45)". الآية 45، سورة ص.

04	" نَحْنُ أَوْلِيَاؤُكُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنْفُسُكُمْ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ". الآية 31، سورة فصلت.
213	" وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (15)". الآية 15، سورة الأحقاف.
04	" فَلَمَّا رَأَوْهُ زُلْفَةً سَيِّئَتْ وُجُوهُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدَّعُونَ" الآية 27، سورة الملك.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	الحديث
هامش 80	"أن رجلين اختصما إلى النبي في دابة ليس لواحد منهما بينة...".
هامش 80	"أن رجلين تعارضا، ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم...".
99	"أصبت وأحسنت".
103	"هو ما قضى بينكم...".
104	"كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن احدهما...".
هامش 110	"المدينة حرام من كذا وكذا...".
112	"اقض بينهم، فإن الله تبارك وتعالى مع القاضي ما لم...".
114	"يسرا ولا تعسرا...".
135	"من ابتلي بالقضاء بين المسلمين...".
139	"لا تصافحهم ولا تبدئوهم بالسلام...".
.143	"لا تقضين حتى تسمع من الآخر...".
.144	"استحضر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس...".
222-153	"انكم تختصمون إليّ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن...".
155	"لا يحكم أحدكم بين اثنين وهو غضبان...".
156	"...اسقي زرعك، ثم أرسل الماء...".
159	"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا...".

فهرس آثار الصحابة

الصفحة	الأثر
99	"...اكفني صغار الأمور..."
111-101	"كان لا يقضى في دم دون أمير المؤمنين..."
106	"فقلت ليس هو في الحكم إنما هو وصلك به..."
137	"...أس بين الناس في مجلسك..."
137	"...إن القضاء فريضة محكمة..."
217-137	"...إنه لا ينفع تعلم بحق لا نفاذ له..."
139	"أما يا شريح لو كان خصمي مسلماً..."
143	"بعثني رسول الله إلى اليمن قاضياً..."
153	"واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه..."
156	"إياك والغضب والقلق..."
159	"احرص على الصلح..."
159	"ردوا والخصوم حتى يصطلحوا..."
213	"تلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي..."
214	"فبعث عثمان في أثرها..."

فهرس الأعلام

الصفحة	الأعلام المترجم لهم
06	القرافي أحمد شهاب الدين الصنهاجي.
07	ابن جزى محمد بن أحمد.
07	جعيط محمد العزيز.
20	عبد الكرم الطالب.
29	الصنعاني محمد علي الشوكاني.
31	سعيد بن المسيب.
32	أبو يوسف بن عبد الله النمري.
45	ابن أبي الدم شهاب الدين أبو إبراهيم.
76	إبراهيم بن الفتوح العقيلي الغرناطي.
77	أحمد بن محمد عبد الله القلشاني.
99	حذيفة بن اليمان.
99	محمد أبو بكر بن سيرين الأنصاري.
100	السائب بن يزيد.
106	أبو بكر بن محمد بن خلف بن حيان.
106	بن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمان.
106	سعيد بن يحيى بن مهدي بن عبد الرحمان بن أبي سفيان الحميري.
106	عيسى بن موسى بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس.
112	معقل بن يسار المزني.

114	الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم أبو موسى.
114	معاذ بن جبل الخزرجي.
115	السمناني أبو القاسم علي بن أحمد.
155	نفيح بن الحارث بن كلدة المكني بأبي بكرة.
156	الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي.
197	أشهب بن عبد العزيز القيسي المالكي.

عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس القواعد الفقهية

الصفحة	القاعدة الفقهية
06	"وضابط الدعوى الصحيحة...."
29	"المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها...."
44	"أن يكون القائم بالدعوى صاحب الحق...."
45	"لا يشترط الرشد في قبول الدعوى ما صاحب الحق...."
48	"أصحاب الحقوق هم ذوو الصفة في المناخمة...."
54	"المدعى فيه ذا غرض صحيح يترتب عليه نفع شرعي...."
60	"تسمع الدعوى بمحقق أو مشكوك أو مظنون...."
74	"دعوى الشيء يتناول شروطه بدليل البيع...."
76	"اليد تكون مرجحة إذا جهل أصلها...."
174	"لا يصح الحكم من غير سبق دعوى...."

فهرس المصطلحات الفقهية الشرعية والقانونية

الصفحة	المصطلح
03-.....	الدعوى:
06	الحق الوجودي:
06	مجلة الأحكام العدلية:
12	الوجاهية:
18	التدخل والادخال:
22 وما بعدها...	الصفة:
44	الحسبة:
46	النيابة العامة:
47	الصفة الإيجابية:
47	الصفة السلبية:
47 وما بعدها...	المصلحة:
60	دعوى التهمة:
60	دعوى غير التهمة:
65	ذوات الأمثال:
67	معلومية الدين:
67	بيع السِّلْم:
76	العارية:
76 وما بعدها	دعوى الحيابة:
77	الموات:

84	الدعوى البوليصية:
99	الخص:
99	القمط:
110	الأحداث:
117	دعوى العين:
125	أعمال السيادة:
135	الريالة:
138	الوِجادة:
141	الذمي:
143	مبدأ الوجاهية في الفقه الإسلامي والقانون:
157	الشرح:
162 وما بعدها...	الحكم القضائي:
176	الآجال:
185	القسم:
185	النوع:
202	الأحكام التحضيرية:
202	الأحكام التمهيدية:

فهرس المصادر والمراجع

- 1- القرآن الكریم بروایة حفص (عن عاصم).
- 2- التفسیر.
- 3- الحدیث.
- 4- اللغة والمصطلحات.
- 5- الفقه العام.
 - أ. الفقه الحنفي.
 - ب. الفقه المالكي.
 - ج. الفقه الشافعي.
 - د. الفقه الحنبلي.
 - هـ. الفقه الظاهري.
- 6- السیر والتراجم.
- 7- الشريعة.
- 8- القانون.
- 9- الشريعة والقانون.

- ملاحظة:

- بعد التصنيف الأولي، اعتمدت النظام الألفبائي في ترتيب المؤلفات.
- رجعت للعديد منها وللمؤلف نفسه في عدة طبعات حسب ما تيسر.

أ) التفسير:

1. إسماعيل ابن كثير (ت 774 هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، تحقيق محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، الطبعة السابعة، 1402هـ/1981م.
2. أبو محمد بن عبد الله ابن العربي (ت 543 هـ) أحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الأولى، 1425هـ/2004م، ج: الثالث.
3. عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، تعليق محمد كريم راجح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية، 1406هـ/1986م.
4. محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الكتب المصرية، ط: الأولى، 1364هـ/1945م.

ب) كتب الحديث النبوي:

5. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق وتصحيح وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، نشر إدارات البحوث العلمية، السعودية، ط: 1400هـ.
6. أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت235هـ)، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار التاج، بيروت، ط: الأولى، 1409هـ.
7. أبو داوود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، ومعه معالم السنن للخطابي، تعليق عزت عبید الدعاس، وعادل السيد، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي دار الحديث، الطبعة الأولى، 1389هـ/1970م.
8. أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي (ت458هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة، 1994م.
9. أبو عبد الله محمد بن اسماعيل (ت252هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت852هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي؛ دار الريان للتراث، القاهرة، ط: الثانية، 1409هـ.
10. أحمد بن حسين بن علي البيهقي (ت 458 هـ)، السنن الكبرى عن دائرة المعارف العثمانية، الهند، دار الفكر، بيروت، 1344هـ.
11. أحمد ابن حنبل (ت 241 هـ)، مسند أحمد، المكتب الإسلامي، بيروت، 1398هـ/1978م.
12. أحمد بن عبد الرحمان البنا الساعاتي (ت 1378 هـ)، الفتح الرباني لترتيب مسند ابن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الثانية، 1396هـ.

13. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ.
14. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، إشراف محي الدين الخطيب، تعليق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، المكتبة السلفية، دون تاريخ.
15. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1329 هـ.
16. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415 هـ.
17. الإمام الذهبي (ت 747 هـ)، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، تحقيق عزت علي عيد عطية، وموسى محمد علي الموشى، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ط: الأولى 1392 هـ/1972 م.
18. الربيع بن حبيب بن عمر الربيع، مسند الإمام الربيع الجامع الصحيح، تحقيق محمد ادريس، دار الحكمة، بيروت، ط: الأولى، 1425 هـ.
19. علي بن عمر الدارقطني (ت 385 هـ)، سنن الدارقطني، مطبعة المحاسن القاهرة، 1386 هـ.
20. محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار القلم، دمشق، 400 هـ/1980 م.
21. محمد ابن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق فواز أحمد زمرلي و ابراهيم محمد الجمل. دار الكتاب العربي، بيروت، ط الثانية، 1406 هـ/1986 م.
22. محمد ابن يزيد ابن ماجه القزويني (ت 273 هـ)، سنن بن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، 1373 هـ.
23. محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار (1250 هـ) مطبعة الحلبي، القاهرة، ط: الثالثة، سنة: 1961 م، 316/08.
24. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي السلمي (ت 279 هـ)، سنن الترمذي الجامع الصحيح، تحقيق عبد الرحمان محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، 1400 هـ.
25. محمد علي الشوكاني (1255 هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، دون تاريخ.
26. محمد ناصر الدين الألباني (ت 1420 هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، 1399 هـ.
27. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، في تخريج منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الثانية، 1405 هـ/1985 م.

28. مسلم ابن حجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم مع شرح النووي، المطبعة المصرية، القاهرة، 1349هـ.
29. مسلم بن الحجاج القشيري (ت261هـ) بشرح أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق: وهبة الزحيلي، دار الخير، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ.
30. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بابا الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1375هـ/1955م.
31. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303هـ)، سنن النسائي، ومعه شرح جلال الدين السيوطي، وحاشية السندي، ترقيم عبد الفتاح أبو غدة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.
- (ج) اللغة:
32. إبراهيم ابن علي الشيرازي (ت676هـ)، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، 1992م.
33. ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، عن مطبعة بولاق، القاهرة، 1308هـ.
34. أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف أبادي الشيرازي (ت 476 هـ)، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
35. أبو اسحاق ابراهيم بن يوسف بن علي الشيرازي، المهذب، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار القلم دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ.
36. أبو القاسم جار الله محمود بن عمر بن احمد الزمخشري (المتوفى 538هـ) أساس البلاغة تحقيق محمد باسل عيون السود، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1419هـ/1998م.
37. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان 1987م.
38. احمد مختار عمر " معجم اللغة العربية المعاصرة "، عالم الكتب القاهرة، ط: الأولى، 1429هـ/2008م.
39. سعد أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1408هـ/1988م.

40. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت 817هـ)، القاموس المحيط، تعليق ابو الوفاء نصر الهورين المصري الشافعي (1291هـ)، مراجعة أنس بن الشامي وزكريا بن أحمد، دار الحديث، القاهرة 1429هـ / 2008م.

41. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت 817هـ) القاموس المحيط تعليق ابو الوفاء نصر الهورين المصري.

42. محمد بن أبي بكر الرازي (ت 666 هـ)، مختار الصحاح، دار الإرشاد، حمص، سوريا، ط: الثانية، 2003م.

43. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.

44. محمد بن بكر بن منظور (711 هـ)، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1375 هـ، 1956م.

45. محمد بن بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ.

46. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط: الأولى، 1405هـ/1985م.

(د) الفقه الحنفي:

47. ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1972، ط: الثانية، عن م الحلبي، مصر، 1966.

48. أبو البركات عبد الله احمد محمود المعروف بحافظ الدين النسفي (ت 710هـ)، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، والشرح لزين الدين ابراهيم بن نجيم (ت 970هـ) وعليه حواشي منحة الخالق على البحر الرائق، محمد امين عابدين عمر بن عبد العزيز، ضبط زكريا عميرات، ط: الاولى، دار الكتب العلمية ببيروت، 1997م.

49. أبو القاسم علي بن محمد ابن أحمد السمناني الحنفي (ت 499هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الثانية 1404هـ/1984م.

50. أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد السمناني (ت 499 هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، الرسالة، بيروت، عنها دار الفرقان، عمان، ط: الثانية، 1984م.

51. أبو الوليد ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي (ابن الشحنة) (ت 882 هـ)، لسان الحكام في معرفة

الأحكام، مع معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن

خليل الطرابلسي الحنفي (ت 844 هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دون تاريخ.

52. أبو الوليد ابراهيم بن أبي اليمن بن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الحكام، مع معين الحكام للطرابلسي، دار الفكر بيروت، دون تاريخ.
53. أبو اليسر بدر الدين محمد بن محمد بن الغرس (ت 894 هـ)، الفواكه البدرية على المجاني الزهرية، محمد صالح عبد الفتاح بن ابراهيم الحارم، مطبعة النيل، مصر، دون تاريخ.
54. أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 490 هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.
55. أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ط: 2001.
56. أبو الوليد ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي بن الشحنة (ت 882 هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام وبهامشه معين الحكام فيما تردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين بن أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت 844 هـ)، مطبعة الحلبي، مصر، ط: الثانية (1393 هـ).
57. تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح بن النجار (ت 972 هـ)، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات ومعه حاشية للنجدي، تحقيق: عبد الله عن المحسن تركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ / 1999م.
58. زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر بن نجيم (ت 970 هـ) هامش الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.
59. زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ / 1997م ومعه البحر الرائق وتكملته لمحمد بن حسين بن علي الطوري القادري (ت 1138هـ).
60. زين العابدين ابن ابراهيم بن محمد بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة بيروت، دون تاريخ.
61. شمس الدين أحمد بن قودر قاضي زاده (ت 988هـ)، تكملة شرح فتح القدير المسماة نتائج الأفكار، في كشف الرموز والأسرار، على الهداية في شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ / 1995م.
62. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان. ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ / 2000م.
63. عبد الله بن أحمد النسفي (ت 710 هـ) وزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مطبعة دار الكتب العربية الكبرى، مصر 1333هـ.

64. علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي (ت 844 هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط: الأولى، 1300هـ.
65. علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ط: الثانية، دون تاريخ.
66. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ/1997م.
67. علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي (ت 539هـ) تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1414هـ/1993م.
68. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى الباي الحلبي، مصر، دون تاريخ.
69. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
70. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تقريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت 1991م.
71. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، بموافقة دار الجيل، بيروت، ط: 1423هـ / 2003م. (نسخة إلكترونية)
72. فخر الدين بن علي الزيلعي (743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وعليه هامش حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، مصر، ط: الأولى، 1314هـ.
73. قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر (ت 988هـ) تكملة شرح فتح القدير نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار على الهداية في شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، 1415هـ/1995م.
74. محمد ابن محمد ابن محمد ابن خليل المصري الحنفي بن الغرس (ت 932هـ)، الفواكه البدرية في الأفضية الحكمية مع المجاني الزهرية لمحمد صالح ابن عبد الفتاح الجارم الحنفي الرشيد، مطبعة النيل، مصر، دون تاريخ.
75. محمد أمين ابن عابدين (ت 1252 هـ)، تنوير الأبصار مع الدر المختار ورد المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م.
76. محمد أمين بن عابدين الحنفي، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.

77. محمد أمين بن عبد العزيز عابدين، رد المختار على الدر المختار في المعروف بحاشية ابن عابدين، ومعه تكملة حاشية قرّة عيون الاخيار، محمد علاء الدين أفندي بن الشيخ محمد أمين، تعليق محمد صبحي حسن حلاق، عامر حسين. دار احياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى، 1998م.
78. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1979 (مصورة على مطبعة على البابي الحلبي، مصر، 1966).
79. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين، حاشية بن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط: الثانية، 1386هـ.
80. محمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي (ت 490هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
81. محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط: الأولى، دون تاريخ.
82. محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل، القاهرة، دون تاريخ.
83. محمد علاء الدين الحصكفي (ت 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م.
84. محمد علاء الدين عابدين (ت 1306هـ)، قرّة عيون الاخيار (تكملة رد المختار)، المطبعة العثمانية، مصر، 1327هـ.
85. محمود بن اسرائيل الرومي (ت 818هـ)، المعروف بابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ط: الأولى، المطبعة الأزهرية، القاهرة، 1300هـ.
- (هـ) الفقه المالكي:**
86. ابراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (799هـ) تبصرة الحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001م.
87. ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، مصورة عن ط: الأولى، بالمطبعة العامرة، مصر 1301هـ.
88. ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1995م.
89. أبو البركات أحمد الدردير (ت 1201هـ)، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقي شمس الدين بن عرفة (ت 1230هـ) طبع عيسى البابي الحلبي، القاهرة، دون تاريخ.
90. أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بيروت، دون تاريخ.

91. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة (تحفة الحكام)، لأبي عاصم الأندلسي، طباعة دار الفكر، دون تاريخ.
92. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط: الثانية، 1951م.
93. أبو الشتاء ابن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للأمية الزفاق، ط: الثانية، دون دار الطبع، 1955م.
94. أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي، مواهب الخلاق على شرح التاودي للأمية الزفاق، دون دار الطبع، الطبعة الثانية، 1375هـ.
95. أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي (693هـ/741هـ) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن أحمد بن سيدي مولاي انتهى منه صاحبه سنة 1430هـ، دون ذكر دار الطبع، (نسخة إلكترونية).
96. أبو الوفاء ابراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري (ت 799 هـ)، تبصرة الحكام في الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/ 2003م.
97. أبو الوفاء ابراهيم بن محمد بن فرحون (ت 799 هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط: الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م.
98. أبو الوليد محمد ابن أحمد ابن رشد القرطبي (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، تحقيق ماجد الحموي، ط: الأولى، بيروت، 1416هـ/ 1995م.
99. أبو عبد الله محمد أحمد عlish (ت1299هـ) منح الجليل على مختصر خليل، المطبعة العامرة بالقاهرة، 1294هـ.
100. أبو عبد الله محمد أحمد عlish، فتح العلي المالك على مذهب الإمام مالك، الباي الحلبي، مصر، 1378هـ.
101. أبو عبد الله محمد بن احمد بن محمد (ت1072هـ) شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، لأبي بكر محمد محمد عاصم (ت829هـ) وبالهامش حاشية أبي علي الحسن المعداني (ت1140هـ) على الشرح والتحفة ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ط: 1420هـ/ 2000م.
102. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي (ت1101هـ/1689م)، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، دون تاريخ.
103. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، ط: الأولى، 1318هـ.

104. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن المغربي الخطاب الرعينين (ت 954 هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
105. أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (ت 897 هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، على هامش مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1978م.
106. أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1416 هـ/1995م.
107. أبو عمر يوسف بن عبد الله محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في مذهب أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط: الثالثة، ط: 1406 هـ/1986م.
108. أحمد ابن إدريس القراني، الذخيرة، محمد حجي وزملائه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1994 هـ.
109. أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك وبهامشه حاشية الصاوي، تخرىج مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، دون تاريخ.
110. أحمد بن ادريس الصنهاجي القراني (ت 684 هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1418 هـ/1998م.
111. أحمد بن غيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
112. أحمد بن محمد الدردير (ت 1201 هـ)، مختصر خليل والشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دون تاريخ.
113. برهان الدين أبو الوفا ابراهيم بن شمس الدين أبو عبد الله بن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
114. برهان الدين بن أبي البقاء ابراهيم بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1416 هـ.
115. جلال الدين عبد الله نجم بن شاس (ت 616 هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد أبو الأجنان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، 1415 هـ / 1995م.
116. جليل الدين ابن عبد الله ابن نجم ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد أبو الأجنان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م.
117. الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، تحريرات البناني، وتحصيلات الدسوقي، الملكية العصرية، صيدا لبنان، 1423 هـ/ 2011م.
118. شهاب الدين ابن العباس الصنهاجي القراني، (ت 626 هـ) الفروق، بهامشه: القواعد السنّية في الاسرار الفقهية لابن الشات، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، ط: الأولى، ط: 2002م.

119. شهاب الدين أبي العباس بن إدريس القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبد الفتاح أبوغدة، ط: الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط: 1416هـ/1995م.
120. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1994م.
121. شهاب الدين القرافي: "أنواء البروق في أضواء الفروق لقواعد الفروق"، وضع رواس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
122. الشيخ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي التونسي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط: الأولى، سنة 1339هـ.
123. صالح ابن عبد السميع الأبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ.
124. عبد الباقي الزرقاني (ت 1099 هـ)، شرح مختصر خليل، المطبعة البهية المصرية، 1307هـ.
125. عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك، شرح محمد الشيباني الشنقيطي، طباعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، دون تاريخ.
126. عبد الله بن عبد الله بن علي بن سلمون الكناني (ت 767هـ)، مطبوع مع تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
127. عثمان بن حسين الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، دون تاريخ.
128. علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي بهامش العدوي بهامش شرح الخرشبي، الأميرية بولاق، القاهرة، ط: 1288هـ.
129. علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني مع حاشية العدوي لعللي الصعيدي العدوي المصري، مطبعة المدني القاهرة، ط: الأولى، 1407هـ/1987م.
130. مالك بن أنس الأصبحي (ت 179هـ) الموطأ، مطبعة الشعب، مصر، 1970م.
131. محمد ابن عبد الرحمن المغربي الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، ضبط وتخرىج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
132. محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية، تحقيق محمد بن ابراهيم بوزغية، الدار المتوسطة للنشر، تونس، دون تاريخ.

133. محمد بشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، ط: الثانية، 1432هـ/2011م.
134. محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م.
135. محمد بن أحمد بن جزى الكلبي المالكي (ت 741 هـ)، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، 1974م.
136. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دون تاريخ.
137. محمد بن أحمد بن عرفة المالكي الدسوقي (ت 1230 هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ/1996م.
138. محمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكلبي الغرناطي (ت 741 هـ)، القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية 1989م.
139. محمد بن ادريس بن العباس الشافعي (ت 204 هـ)، الأم، دار الشعب، القاهرة، دون تاريخ.
140. محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشبي على مختصر خليل (ت 767 هـ)، ومعه حاشية علي بن أحمد العدوي (ت 112 هـ)، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1417هـ/1997م.
141. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، مع تقارير محمد عليش، طباعة دار الفكر، دون تاريخ.
142. محمد بن محمد الخطاب (ت 954 هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل، مطبعة السعادة مصر، الطبعة الأولى، 1329هـ.
143. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، ط: الأولى، 1404هـ/1984م.
144. محمد يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام على منظومة فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب مالك بن أنس للقاضي أبي بكر محمد محمد عاصم الأندلسي الغرناطي (ت 829 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.

و) الفقه الشافعي:

145. ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، (ت 476 هـ)، المهذب، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
146. ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب، مطبعة مصطفى الحلبي 1379هـ/1960م.
147. ابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1986م.

148. ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، تحقيق محمد الزحيلي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، 1975م.
149. أبو الحسن علي بن محمد ابن حبيب الماوردي (ت450هـ/1085م)، الحاوي الكبير، تحقيق محمد مطرجي، دار الفكر، بيروت، 1994م.
150. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي، الأحكام السلطانية والولاية الدينية، تحقيق خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، دون تاريخ.
151. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت 676 هـ)، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط: 1423هـ/2003م.
152. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي، أدب القاضي، محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ.
153. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد: 1391هـ.
154. أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: الثانية، 1393هـ.
155. أحمد بن حجر الهيتمي (ت972هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، عبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم العبادي، المطبعة الميمنية، مصر، ط: الثالثة، 1315هـ.
156. جلال الدين السيوطي (ت 911 هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1979م.
157. جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية، طبع بمكة المكرمة، السعودية، 1331هـ.
158. الخطيب الشربيني (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م.
159. الشرواني وابن القاسم، حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط: الأولى، دار الكتب العلمية؛ بيروت، 1996م.
160. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، 1415هـ.
161. شمس الدين محمد بن ابي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي (ت1004هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في فقه الشافعية، ومعه حاشيتان، حاشية ابي الضياء نور الدين علي الشبراملي

- (ت1087هـ)، وحاشية أحمد عبد الرزاق محمد أحمد المعروف بالمغربي الرشيدى(ت1096هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م.
162. شمس الدين محمد بن ابي العباس أحمد حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ / 1984م.
163. شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ، عن طبعة القاهرة، 1357هـ.
164. شمس الدين محمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1967م.
165. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ، 2000م
166. شهاب الدين ابراهيم عبد الله ابن ابي الدم (ت642هـ)، كتاب ادب القضاء، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الاولى، 1407هـ/1987م.
167. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة قليوبي (ت1068هـ)، حاشية قليوبي على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، ط: الرابعة، دون تاريخ.
168. عبد الله بن حجازي الشرقاوي (ت1226هـ) حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري، المطبعة الازهرية مصر ط: الاولى 1305هـ.
169. علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
170. علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1240هـ.
171. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج على منهاج الطالبين للنووي، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1370هـ. ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(ت67هـ) المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، 1992م.
172. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ.
173. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
174. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، 1410هـ/1990م.

175. يحيى ابن شرف النووي(ت676هـ)، المجموع شرح المهذب، والسبكي(ت756هـ) والمطيعي(ت1407هـ)، نشر علي يوسف، مطبعة إمام القاهرة، 1966م.
176. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، دمشق، 1964م.

ز) الفقه الحنبلي:

177. ابن قيم الجوزية (751 هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
178. أبو فرج بن عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت 672 هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، مطبوع مع المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392 هـ / 1972 م.
179. أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة(ت630هـ/1232م)، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
180. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الخرقى، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بدون تاريخ.
181. ابو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي(ت458هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الوطن، الرياض، السعودية، مكتبة عين السبع، الدار البيضاء، المغرب، دون تاريخ.
182. شرف الدين أبو النجم موسي بن أحمد الحجاوي المقدسي (ت968هـ)، الاقناع وكشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت1051هـ) دار الفكر بيروت 1402هـ/1982م.
183. شرف الدين أبي النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله التركي، مطبعة دار الملك عبد العزيز، ط: الثالثة، 1423هـ/2002م.
184. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، 1973م.
185. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (ت 763 هـ)، كتاب الفروع، عالم الكتب، بيروت، ط: الثالثة، 1982.
186. عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت 682 هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع مع المغني، دار الكتاب العربي، بيروت 1392 هـ / 1972 م.
187. عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت620هـ) المغني، دار المنار مصر، ط: الثالثة، 1367هـ.

188. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي (885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دون دار طبع، الطبعة الأولى، 1958م.
189. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي (ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على المقنع ومعه الشرح الكبير، تحقيق عبد الله محسن التركي، مطبعة هجر، القاهرة، الطبعة الأولى، ط: 1417هـ/1996م.
190. محمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، 1392هـ/1972م.
191. منصور بن يوسف البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار الارقم، بيروت، دون تاريخ طبع.
192. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1402هـ/1982م.
193. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
194. منصور بن يونس الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.
195. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المطبعة العامرة الشرقية، ط: الأولى، 1319هـ.
196. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت 630هـ)، المغني على مختصر الخرق، دار الكتاب العربي، بيروت، 1392هـ/1972م.
197. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت 620 هـ)، الكافي، تحقيق: عبد الله عبد بن عبد المحسن، دار هجر القاهرة، ط: الأولى، 1418هـ / 1997م.
198. موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح بن محمد الحلو، مطبعة هجر، القاهرة، ط: الأولى، 1410هـ.
- ح) الفقه الظاهري:**
199. أبو محمد علي بن أحمد ابن سعيد بن حزم (ت 456هـ)، المحلى، المكتب التجاري للطباعة، بيروت، دون تاريخ.
200. ابن حزم، المحلى، دار الطباعة الميرية، القاهرة، ط: الأولى، 1351هـ.
201. أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت 463 هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق علي بن محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، ط: الأولى، 1412هـ.

202. ابن حزم (ت456هـ)، المحلى، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ.
203. أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1972م.
204. خير الدين الزركلي، الاعلام، دار العلم للملايين، ط: الخامسة عشر، ط: 2002م.
205. خير الدين بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي، الاعلام، دون دار الطبع، الطبعة الثالثة، 1959م.

ط) السير والتراجم:

206. شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي (ت747هـ)، سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الأولى، 1414هـ.
207. شمس الدين محمد بن فرحون، الدياج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، مطبعة شقرون، مصر 1351هـ.
208. صفى الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المطبعة الخيرية، القاهرة، ط: الأولى، 1322هـ.
209. محمد ابن جرير الطبري (ت310هـ)، تاريخ الطبري، دار الكتب العلمية بيروت، ط: الأولى 1407هـ.
210. محمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع (ت306هـ)، أخبار القضاة، دار عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ.
211. وكيع، مقدمة كتاب أخبار القضاة، دار عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ.
212. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق محمود قيسية، مؤسسة النداء، أبو ظبي، الطبعة الأولى، 1424هـ/2004م.

ي) الشريعة:

213. أبو الفرج عبد الرحمان بن رجب (ت795م)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت، الطبعة الثانية، 1408هـ/1988م.
214. أحمد بن عبد الله القارئ، مجلة الاحكام الشرعية، تحقيق عبد الوهاب ابراهيم بن سليمان ومحمد ابراهيم أحمد علي، ط: الثالثة، مطبعة تامة، جدة، 1426هـ/2005م.
215. أحمد محمد لطفى محمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007م.

216. إيمان فؤاد عبد المنعم أحمد، تعارض الدعاوى والاحكام في مذاهب الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، ط: الاولى، دار العاصمة، الرياض، 1435هـ/2014م.
217. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، الدار العلمية، عمان، ط: الأولى، دون تاريخ.
218. حسن تيسير شموط، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الاردن، ط: الاولى 1426هـ/2006م.
219. سمير عالية، "نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت. ط: 1997.
220. الصادق بلعيد، القرآن والتشريع قراءة جديدة في آيات الأحكام، مركز النشر الجامعي تونس، الطبعة الثانية، سنة 2000م
221. عبد الرؤوف بن علي زين الدين المناوي (ت 926 هـ)، شرح عماد الرضا ببيان أدب القضاة للأنصاري "المسمى الرؤوف القادر"، تحقيق عبد الرحمان عبد الله عوض بكير، الدار السعودية، جدة، ط: الأولى، 1406هـ/1986م.
222. على قراعة، كتاب الاصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة، مصر، الطبعة الثانية، 1344هـ/1925م.
223. علي علي منصور، مقدمة كتاب النيل وشفاء العليل، تأليف ضياء الدين عبد العزيز الثميني (ت 1223هـ) وشرح كتاب النيل وشفاء العليل، تأليف محمد بن محمد الطفيش، ط: الثانية 1393هـ/1973م.
224. محمد الزحيلي، القضاء الشرعي القواعد والضوابط الفقهية، دار الفكر، بيروت، 1436هـ/2015م.
225. محمد بن أحمد الصنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، اعداد أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، المكتبة المكية، مكة، ط: الأولى، 1432هـ/2011م.
226. محمد بن عيسى ابن المناصف (ت 620 هـ)، تنبيه الحكام على مأخذ الحكام، تحقيق عبد الحفيظ منصور، دار التركي، تونس، 1988م.
227. محمد بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم (ت 970 هـ)، الفتاوى الزينية، تحقيق سعيد بن سالم بن مساعد الغامدي، دار كنوز اشبيليا، الرياض، ط: الأولى، 1432هـ/2011م.
228. محمد رواس قلعه جي، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، بيروت، 1421هـ/2000م.
229. محمد زيد الايباني بك، كتاب مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، مطبعة عبد الله وهبة الكتبي، مصر، الطبعة الثالثة، 1343هـ/1924م.
230. محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، دون تاريخ.

231. محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية التقاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، ط: الأولى، 1408هـ.
232. محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، ط: 1402هـ/1982م، بتصرف.
233. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ط: الثانية، دار النفائس، الاردن، 2011.
234. محمد نعيم ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1436هـ/2015م.
235. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، السعودية، طبعة خاصة إلكترونية، 1423هـ / 2003م.
236. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط: التاسعة، 1967م.
237. مصطفى بن أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع الاديب، دمشق، ط: التاسعة، 1968م.
238. الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويت، ط: الثانية، د.ت.ط.
239. نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، المعارف، الاسكندرية-مصر، 1998.
240. نظام القضاء والمرافعات في الشريعة الاسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: الاولى 1420هـ/2000م.
241. ولي الدين أحمد بن الحسين العراقي الشافعي (ت 826 هـ)، رسالة في الحكم بالصحة والموجب، تحقيق: حمزة بن الحسين النعر، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة، ط: الأولى، 1416هـ/1995م.
242. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، 1405هـ/1985م.

ك) القانون:

• الموائيق والنصوص الرسمية: دون. CLODA.

243. الأمر 05/02 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.
244. القانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، في مواده على التوالي المذكور سابقا: 820-817-821.

245. القانون الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 26 رجب 1417 هـ الموافق لـ 07 ديسمبر سنة 1996 والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، والمصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 76، 08 ديسمبر 1996.
246. القانون الصادر في 10 ديسمبر 1948 بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 والمتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
247. قانون رقم: 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 هـ الموافق ل: 30 مايو 1998 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية وتشكيلتها.
248. القانون رقم 03/02 المؤرخ في 27 محرم 1423 هـ/10 أبريل سنة 2002، والمتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 25 في 14 أبريل 2002
249. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن ق.إ.م.إ.م. الجزائري.
250. قانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ويتم القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ج.ر. عدد 68 لسنة 1991.
251. قانون عضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر 1419 هـ الموافق ل: 30 مايو 1998 م والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
252. قانون عضوي رقم 98-03 المؤرخ في 08 صفر 1419 هـ الموافق ل: 03 يونيو 1998 متعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.
- الكتب القانونية:
253. ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998م.
254. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، دون تاريخ.
255. أحمد ابراهيم ابراهيم، موجز المرافعات الشرعية، مطبعة الفتوح الادبية، 1925م.
256. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1975م.
257. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط: الحادية عشر، 1975م.
258. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، ط: الثالثة، 1977م.
259. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط: الرابعة عشر، 1986م.
260. أحمد الجندي وحسين بن سلمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية التونسي، شركة اوربيس، تونس، ط: الأولى، ط: 2005 م.

261. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 2000م.
262. أحمد المليحي، الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993 م.
263. أحمد مسلم، قانون القضاء المدني المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966م.
264. الأخضر قوادري، الوجيز الكافي في اجراءات التقاضي، دار هومة، الجزائر، 2013م.
265. إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، (القانون القضائي الخاص)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط: الأولى، 1998 م.
266. ادريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، الدعوى والاحكام، مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، الطبعة: الأولى، 1986م.
267. إسماعيل محمد حسين البريشي، نظام موجبات الأحكام وردود الحكم القضائي بها. دار النفائس، الأردن، 1426هـ/ 2006 م.
268. أكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط الأولى، 2005م.
269. أمينة النمر، قانون المرافعات، مطبعة الاشعاع، الاسكندرية، مصر، ط: 1992م.
270. الأنصاري حسن النداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1998.
271. بربارة عبد الرحمن، شرح ق.إ.م.إ، منشورات بغداددي، الجزائر، ط: الثانية، سنة: 2009.
272. بوبشير محمد امقران، ق.إ.م، الطبعة: الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2008م.
273. حلمي حجار، القانون القضائي الخاص، دار النهضة العربية، بيروت، ط: الثالثة، 1996م.
274. رزق الله الأنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الداودي، دمشق، 1985م.
275. رزق الله الأنطاكي، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية، مطبعة الجامعة السورية، 1957م.
276. روبيي: القانون الوضعي والوضعية القضائية، باريس، دالوز 1963.
277. سائح سنقوقة، شرح ق.إ.م.إ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط: 2011، ص: 29.
278. سعد حماد صالح القبائلي، حق المتهم في الاستعانة بمحام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 2005.

279. سعيد خالد علي الشرعي، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دراسة فقهية مقارنة في القانونين المصري واليمنى والفقه الإسلامى، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دون دار طبع، 1417هـ/1996م.
280. سليمان بن محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسى الإسلامى، دار الفكر العربى، القاهرة، ط: 1972م
281. شويخة زينب، الاجراءات المدنية في ظل القانون 09/08، دار أسامة للطباعة، الجزائر، ط: الاولى، 2009م.
282. ضياء شيت خطاب؛ الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973م.
283. طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، الدار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2012م.
284. عادل محمد جبر أحمد الشريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته بين الفقه الإسلامى وقانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008م.
285. عبد الباسط جمعي، مبادئ مرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربى، مصر، 1974م.
286. عبد الباسط جمعي، مسائل في قانون المرافعات، طبعة الفقه الاجرائى وخصائصه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، 1962، جانفي، العدد الاول، السنة الرابعة، بتصرف.
287. عبد التواب مبارك، اصول القضاء المدني، مطبعة العشري القاهرة، ط: الاولى، 2004/2005.
288. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، ط: الثانية، منشورات بغدادى، ابن جراح، الجزائر.
289. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربى، بيروت، دون تاريخ.
290. عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، ط: 2009م.
291. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في ق.إ.م.إ.ج.ج، دار هومة، الجزائر، ط: 2013م.
292. عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط: الخامسة، 2009م.
293. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، مكتبة عبد الله وهبة عابدين، مصر، الطبعة: الأولى، 1947م.
294. عبد المنعم الشرقاوي، شرح المرافعات المدنية والتجارية، ط: الثانية، دون دار طبع، د.ت.ط.
295. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، ط: الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1431هـ/ 2010م.

296. عزمي عبد الفتاح ابراهيم، نظام قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 1978م.
297. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ريجانة للكتاب، الجزائر، ط1، 2003م.
298. عمار بوضياف، المحاكمة العادلة، مطبعة جسر للنشر، المحمدية، الجزائر، 2010م.
299. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، Encyclopedia، بن عكنون، الجزائر، ط: الثانية، 2015م.
300. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، المؤرخ 16 ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49 منه.
301. الغوثية بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائري، الطبعة الثانية، 2000م.
302. فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، الدار العربية للنشر، عمان، الأردن، ط: الثانية، 1407هـ/1987م.
303. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة، ط: 2008م.
304. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصادر الالتزامات، مطبعة دار القلم، بيروت، ط: الثالثة، 1974 م.
305. محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، الجزء الاول، ط: 2006م.
306. محمد أحمد عابدين، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية والاستثنائية، دار المعارف، الاسكندرية 1994.
307. محمد العشماوي قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، دون دار طبع، طبعة حديثة 2006م.
308. محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، محاضرات في الإمارات العربية المتحدة، 1982م.
309. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دراسة في نظام القضاء واجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط: الثانية، مطبعة أحمد الضمراني، القاهرة ط: 1991.
310. مصطفى عبد المقصود سليم، "معيار التمييز بين الصفة والمصلحة في الدعوى المدنية" المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد: 14، ط: 2002.
311. من خلال الامر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن ق.إ.م الجزائري.

312. نجيب محمد مصطفى بكير، " دور النيابة العامة في قانون المرافعات " دراسة تأصيلية رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، تحت رقم 04/23/1973م.
313. نعيمة حاجي، أراضي العرش في القانون الجزائري نظرة تفصيلية لإشكالات أراضي العرش والعقار، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010م.
314. والقانون 19/08 المؤرخ في 17 من ذي القعدة 1429 هـ/الموافق ل: 15 نوفمبر 2008 والمتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 63 الموافق ل نوفمبر 2008.
315. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، عدد واحد، 1976.
316. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
317. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: الأولى، 1986م.
318. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول (السنة الثامنة عشر)، 1978م.
319. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987/1986.
320. يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2014م.

ل) شريعة وقانون:

321. أحمد محمد علي داوود، القضاء والدعوى والاثبات والحكم في الشريعة الاسلامية والتطبيق القضائي، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط: الاولى، ط: 1433هـ/2012م.
322. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط: الأولى، 1947م.
323. صالح مختار، إثبات الحقوق بالقرائن في الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تحت إشراف الدكتور سعيد فكرة، مكتبة جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة بتاريخ 30 جوان 2001م.
324. عبد الرحمن بن عبد العزيز القاسم، النظام القضائي الإسلامي مقارنا بالنظم القضائية الوضعية، نشر جامعة الملك سعود، الرياض، ط: الأولى، 1393هـ.

325. عبد الكريم شهبوب، التأصيل الفقهي للقضاء وقواعد المرافعات عند عمر بن الخطاب وأثر ذلك في القضاء الاسلامي، ط: الأولى، مطبعة الخليج العربي، تطوان، المغرب، 2005م.
326. عبد الله بن عبد العزيز الدرعان، القواعد الإجرائية في المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، الرياض، السعودية، ط: الأولى، 1413هـ.
327. عبد الله بن محمد الشامي، نظام القضاء والقضاء والمرافعات في الشريعة الاسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: الأولى، 1420هـ / 2000م.
328. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، مكتبة العبيكات، الرياض، الطبعة: الثانية، 1429هـ / 2008م.
329. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المدخل الى فقه المرافعات، دار ابن فرحون، ط: الثانية، 1431هـ / 2010م.
330. عبد الله بن مطلق الفهيد، مزيل الداء عن أصول القضاء، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط: 1372هـ.
331. فؤاد عبد المنعم أحمد والحسين على غيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر، 1414هـ.
332. مجموعة أساتذة فقه إسلامي، موسوعة الفقه الاسلامي المقارن، موسوعة جمال عبد الناصر، المجلس الاعلامي للشؤون الاسلامية، مصر، دون تاريخ طبع.
333. محسن بن جعفر بن علوي يونمي العلوي الحسيني (ت 1379 هـ)، مجموعة القضاء الشرعي الجامعة لكل شرط مرعي، تحقيق فائز بن سالم سعيدان، مكتبة تريم الحديثة، حضرموت، 1428هـ / 2007م.
334. محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط: الأولى، 2007م.
335. محمد بن معجوز المزغراني، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط: الأولى، 1990م.
336. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977.

س) الملتقيات والدوريات والمجلات المتخصصة:

337. أحمد لشهب، جهود الفقهاء الإسكندرانيين في خدمة المذهب المالكي، ص: 519، العدد: 06، 1436هـ/2014م، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة. وغيرها من الأعداد.
338. البشير محمود وخديجة بالخيرات، إشهار ملكية العقارات ذات الطوابق بالسجل العقاري، أخبار المجلة القانونية، السنة الرابعة، العدد: 72، 73، جولية /أوت 2009م، ص: 26.
339. صالح مختار، مداخلة بعنوان: " خلفيات التعديل والمستحدث في قانون الأسرة في ظل القانون 02/05" يوم دراسي حول قانون الأسرة بين البعد النظري والواقع العملي. المركز الجامعي سوق أهراس، بتاريخ 13 مارس 2007م.
340. مصطفى رشوم، فقه الإمام مالك بن أنس (تقارب الفقهاء ما عدا الأمور الاعتقادية) الملتقى الوطني الرابع الذي نظم بسكيكدة (على هامش الملتقى لجريدة الخبر، صاحب المقال: عباس فلوري 2013/09/02).
341. عباسة الطاهر، عوارض الخصومة في ظل القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دورية دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث، القبّة، الجزائر، العدد 09، نوفمبر 2010 م، (الترقيم الدولي 1112-2008).
342. مختار صالح، مداخلة بعنوان: " جديد الأحوال الشخصية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، الملتقى الوطني حول التعديلات المتعلقة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008، جامعة سوق أهراس، يومي 13 و 14 ماي 2008م.
343. مجموعة من المتدخلين، مشروع عصرنه الجهاز القضائي (الحماية القانونية للطفل) أخبار المجلة القانونية، السنة الرابعة، العدد: 72، 73، جولية/أوت 2009م، ص: 14. (راجع المادة 424 و425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري).
344. مزيان محمد أمين، قراءة نقدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008)، دورية دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث، القبّة، الجزائر، العدد 09، نوفمبر 2010 م، (الترقيم الدولي 1112-2008).

345. هيثم حامد المصاورة، دراسات التأصيل الشرعي للأحكام القانونية، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، العدد: 06، 1436هـ/2014م، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص:13.

(م) باللغة الفرنسية:

346. Alfred Jauffret; Manuel de Procédure civile et voies d'exécution ,Deuxième édition , Paris , sans maison d'édition ,1976.
347. Gullien et Vincent, lexique de termes juridiques, Paris, 1974 - sans maison d'édition
348. Henri Léon et Jean Mazeaud; leçons de droit civil, (Cinquième édition) Paris , sans maison d'édition , 1972.
349. Jacques Picotte ,juridictionnaire ,droit d'action en justice ,fac de droit université Moncton ,Canada. 2012.
350. Jacques Boré / Luis Boré , La Cassation en Matière Civile, , Edition Dalloz Action . 2009/2010, salle de droit privé , N° PROC 45.3 , Bordeaux 04.
351. Pierre Julien et Natalie Fricère, droit judiciaire privé, 3^{ème} édition, Lextenso éditions, Paris 2009 (salle de droit privé) N° PROC 62. Bordeaux 04.
352. René Morel , traité élémentaire de procédure Civile , Paris , 2^{ème} Ed. 1949
353. Roubier : Droit Subjectifs et Situations Juridique, Paris 1963.
354. Serge Guinchard , Droit et pratique de la procédure civile, Edition Dalloz , 2009/2010.

(ن) المواقع الإلكترونية :

355. [Fr.wikipedia.org](http://fr.wikipedia.org) الموسوعة الإلكترونية الحرة ويكيبيديا

356. <http://waqfeya.com> المكتبة الوقفية
357. www.elkhabar.com موقع الخبر
358. www.infosjuridiques.com.tn
359. www.joradp.dz موقع الجريدة الرسمية
360. www.legiferance.gov.fr
361. www.lexisnxis.fr
362. www.univ-batna.dz موقع جامعة باتنة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الصفحة	الموضوع
أ	مقدمة
1	الفصل التمهيدي: ماهية الدعوى في الفقه والقانون
3	المبحث الأول: مفهوم الدعوى في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
3	المطلب الأول: مفهوم الدعوى في اللغة في الإصطلاح
3	الفرع الأول: الدعوى لغة
5	الفرع الثاني: مفهوم الدعوى في الإصطلاح الفقهي الإسلامي
5	أولاً: القول المعتمد عند الحنفية
6	ثانياً: مفهوم الدعوى في الفقه المالكي
8	ثالثاً: مفهوم الدعوى في الفقه الشافعي
9	رابعاً: مفهوم الدعوى في الفقه الحنبلي
10	المطلب الثاني: مفهوم الدعوى في الإصطلاح وق.إ.م.إ.ج
13	المطلب الثالث: مفهوم الدعوى المدنية
16	المطلب الرابع: الدعوى وما شاكلها من مصطلحات.
16	الفرع الأول: الدعوى والادعاء
17	الفرع الثاني: الدعوى والحق
19	الفرع الثالث: الدعوى والخصومة
21	الفرع الرابع: الدعوى والطلبات
22	المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
23	المطلب الأول: شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي
23	الفرع الأول: شروط قبول الدعوى في المذاهب الأربعة
23	أولاً: شروط قبول الدعوى في المذهب الحنفي
25	ثانياً: شروط قبول الدعوى في المذهب المالكي
25	ثالثاً: شروط قبول الدعوى في المذهب الشافعي
26	رابعاً: شروط قبول الدعوى في المذهب الحنبلي
28	الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى إجمالاً في المذاهب المذكورة
30	المطلب الثاني: طرفا الدعوى والتمييز بين المصطلحين في الفقه الإسلامي والقانون
31	الفرع الأول: طرفا الدعوى والتمييز بينهما في الفقه الإسلامي

- 31 أولاً: مذهب الحنفية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه
- 32 ثانياً: مذهب المالكية والشافعية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه
- 33 ثالثاً: مذهب الحنابلة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه
- 34 الفرع الثاني: طرفا الدعوى والتمييز بينهما في القانون
- 36 الفصل الأول: تفصيل شروط الدعوى وتقسيمات دعاوى المدنية وتصنيفها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
- 38 المبحث الأول: تفصيل شروط الدعوى المدنية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
- 38 المطلب الأول: تفصيل شرط الأهلية في الفقه وق.إ.م.إ.ج
- 38 الفرع الأول: أهلية الأداء في الفقه الإسلامي
- 38 أولاً: أهلية الأداء في الفقه الحنفي
- 38 ثانياً: أهلية الأداء في الفقه المالكي
- 39 ثالثاً: أهلية الأداء في المذهب الشافعية
- 39 رابعاً: أهلية الأداء في المذهب الحنبلي
- 40 الفرع الثاني: شرط الأهلية في ق.إ.م.إ.ج
- 40 أولاً: أهلية الوجوب في المجال الإجرائي
- 41 ثانياً: أهلية الأداء في المجال الإجرائي في ق.إ.م.إ.ج
- 44 المطلب الثاني: الصفة في التقاضي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
- 44 الفرع الأول: صفة التقاضي في الفقه الإسلامي في المدعي والمدعى عليه
- 44 أولاً: الصفة في التقاضي عند الحنفية
- 44 ثانياً: الصفة في التقاضي عند المالكية
- 45 ثالثاً: الصفة في التقاضي عند الشافعية
- 45 رابعاً: الصفة في التقاضي عند الحنابلة
- 46 الفرع الثاني: الصفة في التقاضي في ق.إ.م.إ.ج
- 47 أولاً: الصفة في ق.إ.م.إ.ج
- 49 ثانياً: التمييز بين الصفة في الدعوى وصفة التقاضي
- 49 ثالثاً: الصفة في المدعي
- 50 رابعاً: الصفة في المدعى عليه
- 50 خامساً: دعوى النيابة العامة

- 54 **المطلب الثالث:** شرط المصلحة في المدعى في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 54 **الفرع الأول:** شرط المصلحة في الدعوى في الفقه الإسلامي
- 56 **الفرع الثاني:** شرط المصلحة في الدعوى في ق.إ.م.إ.ج
- 60 **المبحث الثاني:** تقسيمات الدعاوى المدنية وأنواعها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
- 60 **المطلب الأول:** تقسيمات الدعاوى المدنية و أنواعها في الفقه الإسلامي
- 62 **الفرع الأول:** دعاوى العين في الفقه الإسلامي
- 62 **أولاً:** دعاوى العقار
- 62 1. دعاوى العقار وشروط المذهب الحنفي
- 63 2. دعاوى العقار وشروط المذهب المالكي
- 63 3. دعاوى العقار وشروط المذهب الشافعي
- 63 4. دعاوى العقار وشروط المذهب الحنبلي
- 64 **ثانياً:** دعاوى المنقول
- 64 1. دعاوى المنقول وشروط المذهب الحنفي
- 65 2. دعاوى المنقول وشروط المذهب المالكي
- 66 3. الدعاوى بالعين الحاضرة المنقولة وشروط المذهب الشافعي
- 66 4. الدعاوى بالعين الحاضرة المنقولة وشروط المذهب الحنبلي
- 67 **ثالثاً:** دعاوى الدين ومعلومية المدعى به
- 67 1. معلومية الدين في فقه الحنفية
- 67 2. معلومية الدين في فقه المالكية
- 68 3. معلومية الدين في فقه الشافعية
- 68 4. معلومية الدين في فقه الحنابلة
- 68 **الفرع الثاني:** دعاوى غير العين والدين ومعلومية المدعى به
- 69 **أولاً:** دعوى المغضوب المجهول
- 69 **ثانياً:** دعوى الرهن المجهول
- 70 **ثالثاً:** دعوى الإقرار بالمجهول
- 71 **رابعاً:** دعوى ابراء المجهول
- 72 **خامساً:** دعوى الوصية المجهولة
- 72 1. المذهب الحنفي

72	2. المذهب المالكي
730	3. المذهب الشافعي
73	4. المذهب الحنبلي
74	الفرع الثالث: دعاوى العقود
74	أولاً: المذهب الحنفي
75	ثانياً: المذهب المالكي
75	ثالثاً: المذهب الشافعي
75	رابعاً: المذهب الحنبلي
75	الفرع الرابع: دعاوى الحق الأصلي ودعاوى الحيازة في الفقه الإسلامي
75	أولاً: دعاوى الحق الأصلي
75	ثانياً: دعاوى الحيازة
76	1. أقسام الحيازة وشروطها في الفقه الإسلامي.
76	أ) أقسام الحيازة وشروطها في الفقه الحنفي.
77	ب) أقسام الحيازة وشروطها في الفقه المالكي.
78	2. حماية الحيازة في الفقه الإسلامي
78	أ) دفع التعرض
79	ب) استرداد الحيازة
81	المطلب الثاني: تقسيمات الدعاوى وأنواعها في القانون
81	الفرع الأول: من حيث التقسيم العام
81	أولاً: دعاوى عامة
82	ثانياً: دعاوى مدنية
82	الفرع الثاني: دعاوى من حيث الصحة والفساد
83	الفرع الثالث: من حيث طبيعة الحق المتنازع عليه
83	أولاً: الدعاوى الشخصية
85	ثانياً: الدعاوى العينية
86	ثالثاً: الدعاوى المختلطة
88	الفرع الرابع: تقسيم الدعاوى من حيث موضوع الحق المدعى به
89	أولاً: الدعاوى العينية

89	1. دعاوى عينية عقارية
89	2. دعاوى عينية منقولة
89	ثانيا: الدعاوى الشخصية
89	1. الدعوى الشخصية العقارية
90	2. الدعوى الشخصية المنقولة
90	المبحث الثالث: التمييز بين الدعاوى و تصنيفها في ق.إ.م.إ.ج
90	المطلب الأول: التمييز بين الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية
92	المطلب الثاني: تصنيف الدعاوى العينية العقارية
92	الفرع الأول: دعاوى الملكية في القانون
93	الفرع الثاني: دعاوى الحيازة في القانون
93	أولا: شروط قيام دعوى الحيازة في القانون
94	1. العنصر المادي للحيازة
94	2. العنصر المعنوي للحيازة
94	ثانيا: دعوى الحيازة في القانون الجزائري
95	1. دعوى عدم التعرض
95	2. دعوى الاسترداد
95	3. دعوى وقف الأشغال
95	ثالثا: نطاق القاعدة بالنسبة للقاضي
97	الفصل الثاني: الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والقانون
97	المبحث الأول: مفهوم الإختصاص في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج
98	المطلب الأول: الإختصاص القضائي في اللغة والاصطلاح الفقهي الإسلامي
98	الفرع الأول: الإختصاص القضائي في اللغة
98	الفرع الثاني: الإختصاص القضائي في اصطلاح الفقه الإسلامي
98	المطلب الثاني: القضاء والاختصاص على العهد النبوي الأول
101	المطلب الثالث: مفهوم الإختصاص القضائي في ق.إ.م.إ.ج
102	المبحث الثاني: درجات التقاضي في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
102	المطلب الأول: درجات التقاضي في الفقه الإسلامي
104	المطلب الثاني: درجات التقاضي في ق.إ.م.إ.ج

- 105 **المطلب الثالث: مكان القضاء في الفقه الإسلامي**
- 107 **المبحث الثالث: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج**
- 107 **المطلب الأول: أنواع الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي**
- 107 **الفرع الأول: الاختصاص الولائي في الفقه الإسلامي**
- 107 **أولاً: أنواع الاختصاصات الولائية (الوظيفية)**
- 108 **ثانياً: معايير الاختصاص النوعي**
- 108 **الفرع الثاني: الاختصاص الموضوعي في الفقه الإسلامي**
- 111 **الفرع الثالث: الاختصاص القيمي في الفقه الإسلامي**
- 112 **الفرع الرابع: الاختصاص بالنظر لأشخاص الخصومة في الفقه الإسلامي**
- 113 **الفرع الخامس: الاختصاص الإقليمي في الفقه الإسلامي**
- 115 **أولاً: ضوابط الاختصاص الإقليمي في الفقه الإسلامي**
- 117 **ثانياً: الاختصاص الإقليمي بين المدعي والمدعى عليه(التنازع) في الفقه الإسلامي**
- 117 **ثالثاً: القاضي المختص بنظر الدعوى نوعياً وإقليمياً عند الملكية.**
- 117 **1. دعوى الدين**
- 117 **2. دعوى العين.**
- 119 **الفرع السادس: الاختصاص الزماني في الفقه الإسلامي**
- 122 **المطلب الثاني: أنواع الاختصاصات القضائية في ق.إ.م.إ.ج**
- 122 **الفرع الأول: الاختصاص الولائي (الوظيفي) في ق.إ.م.إ.ج**
- 127 **الفرع الثاني: الاختصاص النوعي في ق.إ.م.إ.ج**
- 128 **الفرع الثالث: الاختصاص القيمي في ق.إ.م.إ.ج**
- 129 **الفرع الرابع: الاختصاص الإقليمي في ق.إ.م.إ.ج**
- 132 **الفصل الثالث: الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي والقانون**
- 133 **المبحث الأول: الخصومة القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج**
- 134 **المطلب الأول: المساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج.**
- 134 **الفرع الأول: حياد القضاء والمساواة بين الخصوم في الفقه الإسلامي**
- 141 **الفرع الثاني: المساواة بين الخصوم في القانون الجزائري**
- 142 **المطلب الثاني: مبدأ الوجاهية في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج**
- 142 **الفرع الأول: مبدأ الوجاهية في الفقه الإسلامي**

- 144 الفرع الثاني: مبدأ الوجاهية في ق.إ.م.إ.ج
- 145 المطلب الثالث: مبدأ علنية المحاكمة في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 149 المبحث الثاني: ضمانات المحاكمة العادلة في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 149 المطلب الأول: تسبيب الأحكام في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
- 151 المطلب الثاني: لغة التقاضي والكتابة والتمثيل أمام القضاء و ق.إ.م.إ.ج
- 153 المطلب الثالث: مبدأ حق الدفاع في الفقه الإسلامي
- 155 المطلب الرابع: مبدأ الوقار الواجب للعدالة وحال القاضي أثناء الجلسة في الفقه وفي ق.إ.م.إ.ج
- 159 المطلب الخامس: الصلح بين الخصوم في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 163 المبحث الثالث: الأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي والقانون و ق.إ.م.إ.ج
- 165 الفصل الرابع: الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون
- 167 المبحث الأول: الحكم القضائي في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 167 المطلب الأول: الحكم القضائي في اصطلاح المذاهب
- 167 الفرع الأول: الحكم القضائي في الإصطلاح الفقهي الحنفي
- 167 الفرع الثاني: الحكم القضائي في الإصطلاح الفقهي المالكي
- 168 الفرع الثالث: الحكم القضائي في الإصطلاح الفقهي الشافعي
- 168 الفرع الرابع: الحكم القضائي في الإصطلاح الفقهي الحنبلي
- 169 المطلب الثاني: الحكم القضائي في القانون و ق.إ.م.إ.ج
- 172 المطلب الثالث: شروط إصدار الحكم في الفقه الإسلامي
- 172 الفرع الأول: شروط إصدار الحكم القضائي في فقه الحنفية
- 173 الفرع الثاني: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب المالكي
- 173 أولاً: الإعدار
- 174 ثانياً: التأجيل والتلوم
- 175 ثالثاً: التعجيز
- 175 الفرع الثالث: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب الشافعي
- 176 الفرع الرابع: شروط إصدار الحكم القضائي في المذهب الحنبلي
- 177 الفرع الخامس: شروط صحة الحكم القضائي في الفقه الإسلامي
- 184 المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي و ق.إ.م.إ.ج
- 184 المطلب الأول: أنواع الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

- 185 الفرع الأول: ما تعلق بصدور الحكم إلى حكم فعلي وحكم قولي
- 185 أولاً: الحكم الفعلي في فقه الحنفية
- 186 ثانياً: الحكم الفعلي في فقه المالكية
- 187 ثالثاً: الحكم الفعلي في فقه الشافعية
- 187 الفرع الثاني: الأحكام القضائية من حيث كونها مقصودة أو ضمنية
- 187 أولاً: الحكم القصدي
- 187 ثانياً: الحكم الضمني
- 188 الفرع الثالث: ما تعلق بسبب الحكم وأثره من حيث صحته إلى حكم بالصحة وحكم بالوجوب
- 188 أولاً: الحكم بالصحة والوجوب في مختلف المذاهب الفقهية
- 188 1. الحكم بالصحة والوجوب عند الحنفية
- 188 2. الحكم بالصحة والوجوب عند المالكية
- 189 3. الحكم بالصحة والوجوب عند الشافعية
- 190 4. الحكم بالصحة والوجوب عند الحنابلة
- 191 ثانياً: شروط الحكم بالموجب
- 191 ثالثاً: أقسام الحكم بالموجب
- 192 الفرع الرابع: ما تعلق بنتيجة الحكم في المحكوم به وهو قضاء استحقاق أو قضاء ترك
- 192 أولاً: قضاء الاستحقاق وقضاء الترك
- 193 1. أنواع قضاء الترك
- 193 - الوجه الأول
- 194 - الوجه الثاني
- 195 الفرع الخامس: ما تعلق بشروط الدعوى
- 195 أولاً: المذهب الحنفي
- 196 ثانياً: المذهب المالكي
- 197 المطلب الثاني: أنواع الأحكام القضائية في ق.إ.م.إ.ج
- 198 الفرع الأول: من حيث قطعية الحكم القضائي
- 198 أولاً: الأحكام القضائية القطعية
- 200 ثانياً: الأحكام القضائية غير القطعية
- 202 الفرع الثاني: أنواع الأحكام من حيث قابليتها للطعن

202	أولاً: الأحكام الابتدائية والنهائية
204	ثانياً: الأحكام الباتة
204	ثالثاً: الأحكام الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه
205	الفرع الثاني: من حيث صدورهما في مواجهة المحكوم عليه إلى أحكام قضائية حضورية وغيابية
205	أولاً: الحكم الحضورى
206	ثانياً: الحكم الغيابى
208	المبحث الثالث: آثار الحكم القضائى فى الفقه الإسلامى وق.إ.م.إ.ج
208	المطلب الأول: آثار الحكم القضائى البات فى الفقه الإسلامى
208	الفرع الأول: الفصل فى الخصومة
209	الفرع الثانى: حجية الحكم القضائى
214	الفرع الثالث: من آثار الحكم القضائى اللزوم
216	الفرع الرابع: من آثار الحكم القضائى النفاذ
218	أولاً: نفاذ الحكم القضائى فى المذهب المالكى
218	ثانياً: نفاذ الحكم القضائى فى المذهب الشافعى
219	ثالثاً: نفاذ الحكم القضائى فى المذهب الحنبلى
220	رابعاً: أخطاء القضاء ومسؤولية القاضى
221	الفرع الخامس: ومن آثار الحكم التسجيل
221	أولاً: المذهب الحنفى
222	ثانياً: المذهب المالكى
223	المطلب الثانى: آثار الحكم القضائى فى ق.إ.م.إ.ج
225	الخاتمة.
229	الفهارس العامة
268	فهرس الموضوعات

ملخص الرسالة:

إن المقصد الكلي للشريعة الإسلامية هو تحقيق مصالح العباد، ودفع المفسد عنهم، وعليه فلا بد أن تكون لهذه الشريعة مقاصد تتجه الأحكام نحو تحقيقها، وإن تلك الأحكام ماهية إلا سبل ووسائل لتحقيق تلك الغايات كما أن الوسائل قد تتغير بتغير الأزمان والأماكن، وتبقى المقاصد ثابتة عليها مدار استقرار النظام العام للإنسان.

ويتم ذلك عن طريق القضاء والذي هو مجموعة القواعد والأحكام التي توصل إلى حماية الحقوق عامة كانت أم خاصة شرط المطالبة بها وإثباتها، لفض الخصومات ووضع حد للمنازعات وفق أحكام الشرع الحنيف.

فالدعوى هي اخبار الشخص بحق له على غيره أمام القاضي وهو الطريقة الوحيدة للمطالبة بالحق، وذلك بإبلاغ القاضي بالضميم الذي وقع أو الخلاف أو العدوان القائم أو النزاع، والدعوى عندها هي المسوغ الوحيد للقاضي للنظر فيما يقع بين الناس ليفصل فيه.

وتكون الدعوى الحد الوسط بين المادة الموضوعية والمادة الإجرائية إذ يكون لزاما على القضاء سماع الدعاوى والحكم لصاحب الحق بثبوت صحة دعواه.

وما تعلق البحث إلا بالدعوى المدنية دون الإدارية ولا الجزائية، وفي مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وقد وقع البحث في مقدمة وفصل تمهيدي وأربعة فصول وخاتمة:

أما المقدمة فقد اشتملت على تعريف لموضوع الأطروحة وأهميته، وأسباب اختيار الموضوع، وأهداف البحث فيه، ثم الدراسات السابقة له، والمنهج المستخدم فيه، ويليه خطة البحث.

ويشتمل البحث في عمومته على فصل تمهيدي وأربعة فصول:

فصل تمهيدي: تناول ماهية الدعوى في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج وينقسم بدوره إلى مبحثين اشتملا على مفهوم الدعوى والشروط العامة لقبولها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

الفصل الأول: ويتعلق بتفصيل شروط الدعوى وتقسيمات الدعاوى المدنية وتصنيفها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. وقسم بدوره إلى ثلاثة مباحث: تعلقت بشروط الدعوى المدنية وتقسيمات الدعاوى المدنية وأنواعها والتمييز بين الدعاوى وتصنيفها في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

الفصل الثاني: وتعلق بالاختصاص القضائي في الفقه وق.إ.م.إ.ج، وقسم إلى ثلاثة مباحث تعلقت بمفهوم الإختصاص ودرجات التقاضي وأنواع الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. الفصل الثالث: وتعلق بالخصومة القضائية في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج، وقسم إلى ثلاثة مباحث: تعلقت بالخصومة القضائية وضمانات المحاكمة العادلة والأعمال المكونة للخصومة في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

الفصل الرابع: وتعلق بالحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج. وقسم إلى ثلاث مباحث تعلقت بالحكم القضائي وأنواع الأحكام القضائية وآثار الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وق.إ.م.إ.ج.

وخلص البحث إلى جملة نتائج منها أن حق التقاضي حق قدس مضمون تتفق فيه الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، والدعوى هي وسيلة الدفاع عن الحقوق والحريات على أن طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامي هي تصرف شرعي وفي القوانين الوضعية وما انتهت إليه النظريات الحديثة حق شرعي وإجرائي تحكمه أشكال محددة تحت طائلة الرفض في الشكل.

كما أن الاختلاف حاصل بين الفقهاء الإسلامي والوضعي من حيث شروط الدعوى والمدنية منها بالذات إذ لا فرق في الفقه الإسلامي بين الدعوى والمطالبة أما في الفقه والقوانين الوضعية فهناك شروط تخص الدعوى وهناك شروط تخص المطالبة.

كما أن فكرة الإختصاص القضائي وجدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن دون الاصطلاح المتداول اليوم في القوانين.

كما خلس البحث إلى مجموعة من التوصيات تعلقت بمشاريع البحوث ومخابر البحث الخاصة بالدعوى عموماً ومن الإختصاصين الشرعي والوضعي، ووجوب إدراج مادة فقه القضاء الشرعي والضمانات الممنوحة لأطراف الدعوى في مناهج التدريس في معاهد القضاء الجزائري، مع التركيز على آليات الصلح فيما جاز فيه الصلح وذلك في جلسات غير جلسات القضاء.

وإيجاد مكاتب مستشاري أسرة خارج مجال القضاء وتنسيقا معه للتخفيف من القضايا ومن الإحصائيات المتفاقمة خاصة ما تعلق بشؤون الأسرة وتخفيفا عن القضاة لكثرة الأعباء الملقاة على كاهلهم.

وليس في الشرع ما يمنع من تطوير الشق الإجرائي لما فيه تيسير لمصالح الناس، إذ لا مساس بقواعد الشرع العامة وأحكامه، وذلك موكل شرعا لولي الأمر يضبطه حسب المصلحة التي تقتضيها، فهي من الضرورات وتتصل في حقيقتها بسياسة التشريع وتنظيمه عموما.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

Résumé

Le but ultime de la loi islamique '*Charia*' est de réaliser les intérêts des gens et de repousser la corruption. Ainsi, la *Charia* devrait avoir des finalités auxquelles convergent ses dispositions ; ces dispositions ne sont, en fait, que des moyens pour réaliser les finalités et peuvent, donc, changer en fonction du temps et de l'espace tandis que ces dernières, censées garantir la stabilité de l'ordre général des gens, restent stables ; cette tâche est assumée par le pouvoir judiciaire qui fixe les règles et les dispositions qui mènent à la protection des droits des personnes, qu'ils soient publics ou privés, à condition d'être réclamés et prouvés, afin de mettre fin aux litiges et régler les différends et ce, conformément à la *Charia*.

L'action en justice est la réclamation d'un droit par une personne à l'encontre d'une autre devant une cour de justice ; elle est ainsi le seul moyen de revendiquer son droit. C'est seulement en saisissant le juge d'une injustice, d'un conflit, d'une agression ou d'un conflit, que celui-ci puisse connaître des litiges entre les personnes rivales.

L'action est à la charnière des règles de fonds et des règles de procédure, car le juge est tenu d'entendre l'affaire et de statuer sur la validité de la demande du titulaire du droit.

Cette recherche se concentre sur l'action civile, indépendamment de l'action administrative ou pénale, dans le cadre d'une approche comparative entre la doctrine islamique et le code de procédure civile et administrative algérien (C.P.C.A.A.).

La recherche est structurée autour d'une introduction, un chapitre préliminaire, quatre chapitres et une conclusion. L'introduction comprend une définition du sujet de la thèse, son intérêt, les raisons qui ont sous-tendu son choix, les objectifs visés, l'état de l'art en la matière, l'approche utilisée et enfin le plan de la thèse.

Le chapitre préliminaire discute de l'essence de l'action en justice dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A. et se divise en deux sections traitant de la définition de l'action et ses conditions générales de recevabilité dans la doctrine ainsi que dans le C.P.C.A.A.

Le premier chapitre tente de détailler les conditions de l'action, la classification des actions civiles et leur typologie dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A. Ce chapitre a

aussi été réparti en trois sections se rapportant aux conditions des actions civiles, leurs classifications, leurs types, la distinction des actions civiles et leur typologie dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A.

Le deuxième chapitre traite de la compétence juridictionnelle dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A. ; il a aussi été réparti en trois sections relatives à la définition de la compétence juridictionnelle, l'ordre judiciaire et les types de compétences dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A.

Le troisième chapitre discute du contentieux judiciaire dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A. Ce chapitre a été divisé en trois sections afférentes au contentieux judiciaire, les garanties du procès équitable et les actes constitutifs du contentieux dans la doctrine islamique et dans le C.P.C.A.A.

Quant au quatrième chapitre, il a été dédié à la sentence judiciaire dans la doctrine et dans le C.P.C.A.A. et a aussi été divisé en trois sections consacrées à la sentence judiciaire, les types de sentences et les effets des sentences judiciaires dans la doctrine et dans le C.P.C.A.A.

La recherche a abouti à un nombre de conclusions, notamment que le droit d'ester en justice est un droit ancien dont la garantie est assurée par toutes les lois divines ainsi que par le droit positif ; l'action en justice est le moyen de défense des droits et libertés, bien que sa nature dans la doctrine islamique soit un acte légal alors qu'elle est, dans le droit positif, un droit légal et procédural, régi par des formalités définies, sous peine d'irrecevabilité formelle et ce, conformément aux théories positivistes modernes.

La différence entre la doctrine islamique et le droit positif existe aussi par rapport aux conditions de l'action, notamment civile, étant donné qu'il n'y a guère de différence entre l'action et la revendication dans la doctrine islamique, alors que dans le droit positif et la doctrine y relative, les conditions se rapportant à l'action et celles concernant la revendication ne sont pas les mêmes. En outre, la notion de 'compétence juridictionnelle' était connue pendant l'époque du prophète, que la paix et le salut d'Allah soient sur lui, sauf que l'appellation ne fût pas utilisée.

La recherche a aussi abouti à un nombre de recommandations pouvant être utiles aux projets de recherche et aux laboratoires de recherche qui s'intéressent au sujet de l'action en justice, en général, que ce soit du point de vue positif ou religieux. La recherche recommande

aussi l'insertion de la matière de 'la justice islamique et les garanties des justiciables' dans les programmes d'enseignement de l'institut de la magistrature, en Algérie, en se focalisant sur les moyens de conciliation lorsque ceci est possible et ce, en dehors des instances de justices.

Le métier de conseiller aux familles peut être créé, en dehors mais en collaboration avec le secteur de la justice, dans le dessein de réduire le nombre d'affaires en matière de droit de la famille et de soulager la charge des juges aux affaires familiales, d'ailleurs submergés par un grand nombre d'affaires.

La loi islamique n'empêche pas le développement de l'aspect procédural afin de faciliter le traitement des affaires, tant que ceci ne porte pas atteinte aux règles générales et aux dispositions de la *Charia* ; c'est en fait la tâche du pouvoir politique qui peut la réguler en fonction de l'intérêt public des musulmans, car c'est une nécessité, liée, en général, à la politique législative et à son organisation.

عبد القادر القادر للطبوع الإسلامية

Abstract

The ultimate purpose of the Islamic law '*Sharia*' is to realize people's interests and to drive away corruption. Hence, Sharia should have aims around which revolve its provisions. The provisions of Sharia are but ways and means to accomplish its aims; thus, they might change in accordance to time and space while the aims that guarantee the stability of the general order of humans remain steady. This task is assumed by the judiciary which sets the rules and provisions that lead to the protection of people's rights, be them public or private, on condition of being claimed and proved, in order to settle disputes and end conflicts in accordance with the Islamic law.

The legal action is the claim of a right by a person towards another in a court of justice, as it is the only way to claim a disputed right; by informing the judge of an injustice, a conflict, an aggression or a conflict, this action is the only justification for the judge to examine the disputes between rival claimants.

The legal action is at the hinge of substantive and procedure rules because the judge is obliged to hear the case and rule on the validity of the claim of the right holder.

This research is focused on the civil action, regardless of the administrative or the penal action, within a comparative approach between the Islamic doctrine and the Algerian civil and administrative procedural law (ACCAP).

The research is structured into an introduction, a preliminary chapter, four chapters and a conclusion. The introduction comprises a definition of the subject of the thesis, its interest, the reasons which underpinned its choice, the sought objectives, the state of the art in this regard, the utilized approach and finally the plan of the thesis.

The preliminary chapter discusses the essence of legal action in the Islamic doctrine and in the Algerian Code of Civil and Administrative Procedure (ACCAP) and is divided into two sections dealing with the definition of the legal action and its general conditions of admissibility in the doctrine as well as in the ACCAP.

The first chapter attempts to descend into the particulars of the conditions of the legal action, the classification of civil actions and their typology in the Islamic doctrine and in the

ACCAP. This chapter has also been divided into three sections dealing with the conditions of civil actions, their classifications, their types, the distinction of civil actions and their typology in the Islamic doctrine and in the ACCAP.

The second chapter deals with jurisdictional competence in Islamic doctrine and in the ACCAP; it has also been divided into three sections relating to the definition of jurisdictional competence, judicial order and types of jurisdiction in the Islamic doctrine and in the ACCAP.

The third chapter discusses the judicial litigation in the Islamic doctrine and in the ACCAP. This chapter has been divided into three sections relating to judicial litigation, fair trial guarantees and the acts constituting litigation in the Islamic doctrine and in the ACCAP.

As for the fourth chapter, it is dedicated to the judicial sentence in the doctrine and in the C.P.C.A.A. and was also divided into three sections devoted to the judicial sentence, the types of sentences and the effects of judicial sentence in the doctrine and in the ACCAP. The research has resulted in a number of conclusions, particularly that the right to sue is an ancient right, guaranteed by all divine laws as well as by positive law; the legal action is a means by which rights and freedoms can be defended, although its nature in Islamic doctrine as a legal act differs from its nature in positive law, in accordance with modern theories, as a legal and procedural right, governed by definite formalities, under penalty of formal inadmissibility.

The difference between Islamic doctrine and positive law exists as concerns the conditions of action, especially civil action, since there is hardly any difference between action and claim in Islamic doctrine, whereas, in positive law and the doctrine relating thereto, the conditions of the action and the claim are not the same. Moreover, the notion of 'jurisdictional competence' was known during the time of the prophet, Peace and Blessings of Allah be upon him, except that the appellation was not used at that time.

The research also resulted in a number of recommendations that could be useful to research projects and research laboratories interested in legal action in general, whether from a religious or a positive standing. The research recommends the introduction of the subject of 'Islamic justice and the guarantees of litigants' in the curricula of the institute for the judiciary in Algeria, focusing on the means of conciliation outside trials, whenever possible.

Moreover, family counseling offices may be set up, outside but in conjunction with the judiciary, in order to reduce the number of cases relating to family law and to relieve the burden of judges, already overwhelmed by the excessive number of cases.

Islamic law does not prevent the development of the procedural aspect in order to facilitate the processing of legal cases, as it does not prejudice the general rules and provisions of *Sharia*; this is the task of the political leadership which can regulate it in accordance with Muslims' welfare for it is a necessity that is generally related to legislative policy and its organization.

جامعة الإمام محمد
عبد القادر للعالم الإسلامي