

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير محمد القادر للعلوم الإسلامية

- قسنطينة -

قسم الشريعة والقانون
- دراسات عليا -

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية
رقم التسجيل...../.....
الرقم التسلسلي.....

المعارضة في الأحكام الغيابية
في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
- دراسة مقارنة -

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذة الدكتورة:
سعاد سطحي

إعداد الطالب:
أحمد رتاج

السنة الجامعية: 1426-1427هـ / 2005-2006م



جامعة إسلامية

جامعة الأمير عبد القادر

لهذا

إلى أبيجـ عليه الرحمة والرضوان - الحاضر حضورا اعتباريا.

إلى القلب الحنون أمي العزيزة بديلة الحاضرة حضورا حقيقيا.

إلى إخوتي الحاضرين حياة وحقيقة:

شعبان، الطاهر، عبدة، قنبلة، عائشة، مبروك، الجمع، مليكة.

إلى إخوتي الغائبين الغيبين:

إسماعيل، عمر، عباس.

إلى أعمامي و أخوالي حضورا وغيبا.

إلى كل من علمني ولو حرفا.

إلى الأستاذة الدكتورة: سعاد سطيح

إلى كل زملائي الأساتذة في التعليم.

إلى كل زملائي في الدراسة الحاضرين والغائبين.

إلى كل تلاميذي في باتنة و مسيلة و أم البواقي.

إلى كل القضاة الذين يصدرون أحكاما حضورية و حضورية اعتبارية و غيابية.

إلى كل من صدر ضده حكم غيابي.

وإن كنت نسيت أحدا فلن أنسى الأستاذة القديرة الشهية:

الظالمة بحسنها . الشهية بكبريائها، القمرية بأخلاقها.

أهدي هذا العمل...

...أحمد

تشكرات

أشكر الله العليّ القدير الذي وفقني كل النوفيق وأهمني الصبر والعمل، شكرا يليق
بجلال وجهه، وعظيم سلطانه.

كما أقدم بأسمى آيات الشكر والتبجيل والعرفان والاحترام إلى كل من ساهم في
إنجاز هذا البحث، وأخص بالذكر

الأستاذة الدكتورة: سهام سطحي (المشرف الحالي)

و الأستاذ الدكتور: عمار بوضياف (المشرف الأول)

على نفضلهما للإشراف على هذه الرسالة، وما بذلوه من توجيهات ونصائح التي لولاها لما
كان هذا البحث، والذين اغترف من خُلِقهما الدّمث كما اغترفت من علمهما الواسع.

ولا أنسى في هذا المقام

الأستاذ الدكتور: نصر سلمان

على تشجيعه، ونصائحه القيمة، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

ولإدارة الكلية وقسم الشريعة، وللقائمين عليهما، وعلى المكتبة كل الشكر والامتنان
العظيمين لهم مني.

كما لا أنسى أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة عضوا عضوا على نفضلهم وتشمهم عناء
قراءة الرسالة، وعلى التكرم بمناقشتها وإسداء الملاحظات والتوجيهات.

فالشكر للجميع.

مقدمة

جامعة الأمير عبد العزيز
الاسلامية علوم القرآن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي لا معقب لحكمه، ولا راد لقضائه، ولا طاعن في أمره، القائل في محكم كتابه ﷻ: ﴿إِنَّا سَأَلْنَا عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾ [الأنبياء: 23]، أمرنا بالحكم بما أنزل في قوله جلَّ شأنه مخاطبا رسوله ﷺ. أمته: ﴿وَأَن آحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [البقرة: 49]، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن تبعه وسار على هديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الإنسان مدني اجتماعي بطبعه، لا يمكنه العيش إلا ضمن جماعة ومجتمع، وإن أي جماعة عن وحد هذه المعمورة لا تخلو من المنازعات والخصومات مهما بلغ التقدم والرفي أوجه، وهذه لاشك نتيجة طبيعية لحماية، نظرا لاحتكاك الناس ببعضهم البعض، وتعاونهم فيما بينهم بشق المعاملات من بيع وشراء ورواح وطلاق، وإيجار وكراء، ولما جُلُّوا عليه من اختلاف وتباين في الطباع والرغبات والغرائز والأمرجة، ومن ثم وحتى يستمر المجتمع والدولة - لا بد من وجود سلطة تضرب على أيدي العابثين من أبناء الجماعة نظامها. بحيث تأخذ هذه السلطة بالظالم وتنصف المظلوم، وبذلك يسود العدل وتشيع الطمأنينة والهناء والأمن والاستقرار.

ولما كان من الضروري وجود سلطة فلا شك أن هذه السلطة هي سلطة القضاء، حيث يتم ممارستها العملية القضائية والتي تتمثل في الفصل في الخصومات والمنازعات بين الأفراد، وتمكين كل ذي حق مهضوم حقه من حقه والحصول عليه.

ومما لاشك فيه أيضا أن العملية القضائية هذه تبدأ أولا بعرض الخصومة والتزاع على القاضي أو ما يسمى في القانون برفع الدعوى - ثم يتبع ذلك نظر القاضي فيها بسماع أقوال الحضور المدعى والمدعى عليه. فيستمع القاضي لطلباتهم ودفعهم حتى يصل إلى قناعة معينة يحدّد من خلالها الحق من المظلم، والبريء من المتهم، فيصدر قراره الفاصل في التزاع بحكم قضائي يكون هو عنوان الحقيقة والكلمة الأخيرة، وبذلك تنتهي العملية القضائية.

بيد أن القاضي - وهو بشر - قد يخطئ في إصابة العدل والحق، ومن ثم قد يشوب حكمه بشائبة الخطأ. فقد يخطئ في فهم النص، أو في تكييف الواقعة مع النموذج الشرعي أو القانوني، أو قد يصدر حكمه في غياب المدعى عليه أو المتهم، أو حتى الضحية فيما يخص التعويض عن الضرر، أو قد يخطئ في شكل من إجراءات الحكم... وهكذا فإن حكمه في هذه الحالات وغيرها يكون مشوبا بشائبة الخطأ، هذا بله عن أن إنسان يسعى دائما أو في أغلب الحالات إلى إصدار حكم في صالحه، ومن ثم فإنه يرى في الحكم الذي صدر ضده حكم خاطئ فيسعى إلى تصحيحه.



ومن هنا يتضح أن الهدف من العملية القضائية ليس فقط إصدار الأحكام وفصل الخصومات والمنازعات وإنما الأمر يتوقف في إصابة كبد الحقيقة، وفي خلوها من الأخطاء الموضوعية والشكلية. وحتى تكون كذلك لا بدّ من تصحيحها، وذلك بما يسمى: الطعن في الأحكام القضائية.

والطعن في الحكم القضائي موضوع ذو بال، لأنه يخدم الهدف الأساس، والمقصد الرئيس للقضاء ألا وهو إقامة العدل، هذا الذي لا يتأتى إلا بالوصول إلى عين الحقيقة كما هي دون أن يشوها خطأ في الموضوع أو الشكل.

ومن هذه الأهمية الكبرى، والخطورة القصوى التي تحتلها نظرية الطعن في العملية القضائية خصوصاً، وفي نظام القضاء عموماً، ولما كانت نظرية الطعن في الأحكام القضائية ذات امتداد كبير وواسع تتناول جوانب كثيرة، ولما كان الحكم الغيبي هو أضعف الأحكام القضائية على الإطلاق، رأينا أن ندرس الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيبية، أي دراسة جانب من جوانب نظرية الطعن في الأحكام القضائية، وهو تصحيح الحكم الغيبي بطريق المعارضة.

أولاً | إشكالية البحث

يتتبع البحث الإجابة عن الإشكالية الأساسية الآتية: ما مدى إمكانية جواز الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيبية؟ وما هو المنهج الذي سلكه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ذلك؟

وهذه الإشكالية في الحقيقة تولد عنها إشكالتان مهمتان تجب الإجابة عنهما، وهما:

أ/ ما هو موقف المذاهب الفقهية الإسلامية والأنظمة القانونية الوضعية الكبرى من الحكم الغيبي؟ والمبرر في الإجابة عن هذه الإشكالية هو أن الحكم الغيبي هو سبب وعلّة المعارضة، فإذا وجد السبب والعلّة - وهو الحكم الغيبي - وجد الحكم وهو المعارضة، ولا يمكن الكلام عن الحكم دون الكلام عن السبب، ومن ثم لا بد من دراسة الحكم الغيبي من أجل ربط الأسباب بمسبباتها، وإدراك مدى العلائق والشائج والتأثيرات التي تربط بينه وبين المعارضة.

ب/ ما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من فكرة الطعن في الأحكام القضائية؟ أو بعبارة أدق: ما هو منهج الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقرير فكرة الطعن في الأحكام القضائية؟

والعلّة في الإجابة عن هذه الإشكالية تتجلى في أن الطعن بالمعارضة ما هو إلا آلية من آليات الطعن في الأحكام القضائية، إلى جانب الآليات الأخرى كالاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر وغيرها، ولذلك فإنه قبل دراسة الآلية - المعارضة - لا بد من دراسة فكرة الطعن في الأحكام من جذورها، ماهية وموقفها، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



أما عن المغزى من تناول هاتين الإشكاليتين فهو وضع الطعن بالمعارضة في السياقات الشرعية والقانونية، والتاريخية والفلسفية من نظرية الطعن في الأحكام القضائية، ومن ثم ربط الفروع بالأصول، والجزئيات بالكليات، حتى تكون الرؤية إلى المعارضة رؤية كلية شمولية، لا تجزئية تفكيكية.

ثانياً/ عنوان البحث

عنه ان البحث هو :

المعارضة في الأحكام الغيابية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة -

ومن خلال العنوان فإن هذا البحث يدرس ويتناول التأصيل الشرعي والقانوني للمعارضة في الأحكام الغيابية، أي البحث في الأسس الفلسفية والفكرية والفقهية، الشرعية والقانونية، وكذلك الشروط والإجراءات والآثار والحكم في المعارضة فقط، ولا يبحث في طرق الطعن الأخرى كالاستئناف، النقض والتماس إعادة النظر، اللهم إلا على سبيل الإشارة والتنبيه والتمييز، لا على سبيل التفصيل والتأصيل.

ثالثاً/ أسباب وحوافز الاختيار

إن اختياري للموضوع كان لسببين: الأول ذاتي، والآخر موضوعي:

أ/ السبب الذاتي: والتمثل في رغبتى الكبيرة في البحث في الجانب القضائي في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي.

ب/ السبب الموضوعي: والتمثل في قلّة وجود الدراسات المقارنة - وأقول الدراسات المقارنة- التي بحثت الموضوع، حيث أنه لم تتم للمة شتات مادته العلمية، بحسب علمي، في دراسة علمية إلا بعض الدراسات القليلة التي سذكرها لاحقاً، ولم يفرد بالكتابة والتأليف في بحث مستقل، مع أن أقوال الفقهاء المسلمين فيه، ومذاهبهم المختلفة، في مختلف الكتب والموسوعات الفقهية، لا يعطي كل واحد منها صورة عامة واضحة حول هذا الموضوع رغم أهميته وضرورته المعرفية والعملية.

رابعاً/ أهداف البحث

يسعى البحث إلى استكناز واستكناه مجموعة من الأهداف والغايات يمكن إجمالها فيما يأتي:

أ/- محاولة رصد الأحكام العامة للطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية تكون مأصوله على نصوص الشرع الإجمالي - القرآن والسنة - وأقوال الفقهاء والمقاصد، ومركوزة على الشكل والموضوع، وعلى اللفظ والمعنى، وتجمع بين المثالية والواقعية.

ب/ - محاولة الكشف والتعرّف على جانب من جوانب النظام القضائي الإسلامي مع مقارنته بالقانون الوضعي، وإدراك الموافقات والفروق بينهما، مع محاولة إتمام ما يجب إتمامه في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها.



ج/- البحث عن الخطة الأنجع، والطريقة الأقوم، في الشريعة والقانون، في كيفية مواجهة مشكلة الغياب بلا عذر مقبول عن جلسات المحاكمة.

د/- التمكن من الآليات الإجرائية من أجل ممارسة مهنة المحاماة، التي هي حلم لا يزال يراودني منذ الصغر.

خاتمة الدراسات السابقة، عرض و نقد

المعارضة في الأحكام الغيابية - بهذا العنوان - موضوع رغم أهميته في الواقع العملي القضائي إلا أنه لم تتم دراسته دراسة علمية أكاديمية، حسب علمي، في مؤلفٍ مستقلٍ، تتم فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وتبين المنهج والموافقات والفرق بينهما.

ولعل الدراسة الوحيدة التي بحثت هذا الموضوع هي رسالة الأستاذ محمد بلعتروس: القضاء على الغائب¹، حيث تكلم فيها- ضمن الفصل الرابع - عن الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية، مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. وقد أفدنا منه في جوانب كثيرة وعديدة، إلا أن ما يعيب بحثه هو ضعف التأصيل الفقهي والمقاصدي والفلسفي والتاريخي للطعن بالمعارضة بصفة عامة، وكذلك غياب المقارنة بين التشريعات الإجرائية لمختلف الدول.

أما بحث الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة: القضاء على الغائب² فقد تناول فيه موقف مذاهب الفقه الإسلامي من القضاء على الغائب، ولذا كانت دراسته في الفقه الإسلامي فقط دون المقارنة مع القانون الوضعي. وقد أفدنا منه كثيرا في خصوص ما يتعلق بموضوعنا.

أما في القانون الوضعي فكثيرة هي المؤلفات في هذا الموضوع منها: مؤلف الدكتور زغلول البلشي، المعارضة في الأحكام الجنائية³، وكتاب حسام محمد سامي جابر، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية⁴. ورسالة الدكتور محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي⁵، وكتاب الدكتور عبد الحكم فودة، المعارضة في المواد المدنية والجنائية⁶. ومنها كذلك بحث الدكتور رمزي سيف، المعارضة في الأحكام الغيابية في مشروع قانون المرافعات⁷. وكلُّ هذا دون أن ننسى الشروح على القوانين الإجرائية المدنية و الجزائية التي أفدنا منها كثيرا.

1 - رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، نوقشت سنة 1999م.
2 - نشر بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة 5، العدد 40، ذو القعدة 1420هـ الموافق لشهر مارس 2000م.
3 - منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1998م.
4 - د ب ن، ط 1، 2000م.
5 - دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1985م.
6 - وهو منشور ضمن الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، المكتب الفني للموسوعات، القاهرة، بالاشتراك مع دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 1998م. الجزء الخامس والسادس.
7 - بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، العدد 3، السنة 3، يوليو - سبتمبر 1948م.

وهذه الكتب والأبحاث تناولت الموضوع بشكل مسهب، حيث تناولته من زوايا كثيرة فلسفية وتاريخية وإجرائية، وكل ذلك بالمقارنة بين مختلف التشريعات الإجرائية، ولذا استفدنا كثيرا من هذه الدراسات.

سادسا / منهجية الكتابة والمناهج المستعملة في دراسة الموضوع

منهج الكتابة يكون بالتعرف على المعنى اللغوي للمصطلح، إن كان لا بد من ذلك، ثم تعريف المصطلح وبيان موقف الفقهاء المسلمين - متى عثرنا عليه - في مختلف المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وحتى الظاهرية والزيدية وغيرها من المذاهب المنبثقة من المسألة، ثم أستخلص تعريفاً أو رأياً من كل ذلك، ثم أتناول المصطلح أو المسألة في القانون الوضعي وأذكر التعاريف والأقوال والآراء والمذاهب مع تحليلها ونقدها إن أمكن ذلك، وأرجح ما يبدو راجحاً مع بيان أدلة الترجيح. ثم بعد ذلك أقارن بين ما قرره الفقه الإسلامي وما وصل إليه القانون الوضعي فأستخلص الموافقات والفروق.

وقد تم التوسل في كل هذا بالمناهج العلمية المعروفة: المنهج التحليلي، والمقارن، و التاريخي. فهذا الأخير يتم التوسل به لرصد الأصول والمصادر والتطورات التاريخية لفكرة الطعن في الأحكام وفكرة الطعن بالمعارضة.

أما المنهج المقارن فيكون بالموازنة و المقارنة على طريقة الموافقات والفروق بين المذاهب الفقهية الإسلامية فيما بينها، وبينها وبين القانون الوضعي، وبين مختلف التشريعات الإجرائية لشتى الدول وهي الجزائر وتونس والمغرب ومصر وسوريا ولبنان وفرنسا وغيرها. أما المنهج التحليلي فتوسل به لتحليل وتفسير المعارضة ما هية، وموقفاً، وأساساً، وشروطاً، وآثاراً، وحكما، وكذلك الشرعية و القانونية.

سابعا / الصعوبات

كانت الصعوبات التي واجهتني في جلها صعوبات موضوعية، حيث افتقدت إلى المصادر الأصلية التي تتحدث عن النظامين الجرماني والأنجلوسكسوني، في خصوص بيان موقفها من الحكم الغيابي والمعارضة. وكذلك عدم الحصول على بعض التشريعات الإجرائية لبعض الدول رغم سعيينا الحثيث للعثور عليها، وذلك عن طريق الانتقال والمعينة والتفتيش والاستجواب عنها في معرض الجزائر الدولي للكتاب في طبعاته الثامنة والتاسعة وحتى العاشرة، زيادة على صعوبة الحصول على القرارات القضائية الصادرة من المحكمة العليا، وعدم وجود نشرات لها منتظمة ومتوفرة.

كما افتقدت إلى بعض الكتب في القضاء الإسلامي التي أظنها أنها تهمني، وذلك مثل:

- أصول استماع الدعوى الحقوقية لعلي حيدر.
- مباحث المرافعات و صور التوثيقات و الدعاوى الشرعية للشيخ محمد زيد الأبياني.
- الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ عبد الحكيم بن محمد السبكي.

ثامنا/ خطة البحث

وقد قسمت هذا البحث إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين مع مقدمة تعرف بالدراسة:
فالفصل التمهيدي عنونه بـ: الحكم الغيابي، والطعن في الأحكام القضائية (الماهية و الموقف)، وقد جعلته على مبحثين، المبحث الأول وعنوانه: ماهية الحكم الغيابي، والموقف منه. أما المبحث الثاني فتناولت فيه: ماهية الطعن في الأحكام القضائية، والموقف منه.

أما الفصل الأول فقد تناولت فيه الجانب النظري والتأصيلي للمعارضة، فكان عنوانه: ماهية الطعن بالمعارضة، والموقف منها وأساسها. وقسمته إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه: ماهية الطعن بالمعارضة، أي التعريف اللغوي والاصطلاحي وبيان الخصائص، وكذلك تمييز المعارضة عن طرق الطعن الأخرى، في حين أن المبحث الثاني تكلمت فيه عن: الموقف من الطعن بالمعارضة وأساسها، حيث تطرقت فيه إلى بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من المعارضة كطريق طعن، مع بيان الحجج والأدلة ومناقشتها ما أمكن ذلك، كما تعرضت بالتفصيل للتأصيل والتأسيس للمعارضة قضائيا وفلسفيا وتاريخيا.

في حين أن الفصل الثاني كان فصلا عمليا إجرائيا ولذا عنونه بـ: شروط المعارضة، آثارها والحكم فيها. وهو في مبحثين: المبحث الأول تناولت فيه: شروط المعارضة الشكلية والموضوعية، والمبحث الثاني تحدثت فيه عن: آثار المعارضة والحكم فيها. سواء الآثار الإجرائية أو الموضوعية، وسواء الحكم بقبول المعارضة أو رفضها.

أما الخاتمة فضممتها مجموعة من النتائج التي توصلت إليها، وبعض الاقتراحات التي تراءت لي خلال البحث. كما زودت الدراسة بفهارس فنية، وملحق خاص بالنماذج المتعلقة بالتقرير بالمعارضة وتبليغ الحكم الغيابي.

قائمة الاختصاصات

الاختصاص	تفصيله
م 2/98 ق إ م	الفقرة 2 من المادة 98 قانون الإجراءات المدنية
م 3/413 ق إ ج	الفقرة 3 من المادة 413 قانون الإجراءات الجزائية
ق ق ع	قانون القضاء العسكري
ق ت	القانون التجاري
ق م	القانون المدني
م م د ت التونسية	مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية
م إ ج التونسية	مجلة الإجراءات الجزائية التونسية
ق م ج المغربي	قانون المسطرة الجنائية المغربي
ق إ ج الليبي	قانون الإجراءات الجنائية الليبي
مرافعات مصري	قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري
ق إ ج المصري	قانون الإجراءات الجنائية المصري
ق أ ع المصري	قانون الأحكام العسكرية المصري
ق أ م م اللبناني	قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني
ق أ م ج اللبناني	قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني
ق أ م ج السوري	قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري
ق إ م ج الكويتي	قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي
ق إ م ج العراقي	قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية العراقي
ق أ م ج الأردني	قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني
ق إ ج الإماراتي	قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي
ق إ م الفرنسي	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي
ق إ ج الفرنسي	قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي

ملاحظة: كل قانون لم تذكر جنسيته فهو قانون جزائري.



جامعة الأمير
الفصل التمهيدي:
الحكم الغيابي، والطعن في الأحكام القضائية
المأهية والموقف

المبحث الأول: ماهية الحكم الغيابي والموقف منه.
المبحث الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية، والموقف منه.

الاسلامية

مَهَيِّدًا

يعتبر موضوع «المعارضة» موضوعًا وثيق الصلة بموضوعين آخرين هما: الحكم الغيابي، والطعن في الأحكام القضائية. وتتجلى الصلة الوثيقة، والرابطة المتينة بين المعارضة والحكم الغيابي في أن الأولى -المعارضة- لا تجوز إلا في الأحكام الغيابية، دون الأحكام الحضورية، والأحكام الحضورية الاعتبارية. وبمعنى آخر، فإن سبب المعارضة هو الحكم الغيابي، فإذا وجد الحكم الغيابي جازت المعارضة، وإذا لم يوجد الحكم الغيابي فلا معارضة.

فإذا تقرر هذا، وتقرر أن أي دراسة لا تكون دراسة علمية أكاديمية إلا إذا تم ربط الأسباب بمسبباتها، والعللة بمعلولها، فإنه لا بد من دراسة الحكم الغيابي -ماهية وموقفنا- وذلك بهدف إدراك مدى العلائق والشائج والتأثيرات التي تربط بينه وبين المعارضة.

أما صلة المعارضة بموضوع الطعن في الأحكام القضائية، فيتجلى ذلك في أن الطعن بالمعارضة ما هو إلا آلية من آليات الطعن في الأحكام القضائية إلى جانب الآليات الأخرى، كالاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر وغيرها، ولذلك فإنه قبل دراسة الآلية -المعارضة- لا بد من دراسة الطعن في الأحكام القضائية، وكل ذلك بهدف ربط الفروع بالأصول، والجزئيات بالكليات حتى تكون النظرة إلى المعارضة نظرة كلية شمولية، لا تجزيئية تفكيكية.

وتأسيساً على ما سبق فإن هذا الفصل ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الحكم الغيابي، والموقف منه.

المبحث الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية، والموقف منه.

المبحث الأول: ماهية الحكم الغيابي، والموقف منه

نتناول في هذا المبحث نقطتين، كل نقطة في مطلب: النقطة الأولى ماهية الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أما النقطة الثانية فتتمثل في موقف الفقه الإسلامي والقانون من الحكم الغيابي. والعللة في هذا الترتيب أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فلا بد عند دراسة أية قضية أو مسألة علمية أن نتصورها أولاً وأن نحدد المصطلحات والمفاهيم، ثم نحكم عليها بعد ذلك.

المطلب الأول: ماهية الحكم الغيابي

الفرع الأول: ماهية الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

نقصد بماهية الحكم الغيابي في هذا البحث: تعريفه، وبيان طبيعته، وقيمه في ما قضى به. ولذا نتناول هذا الفرع في بندين، الأول عنوانه: تعريف الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي، أما الثاني فعنوانه: طبيعة الحكم الغيابي، وقيمه في الفقه الإسلامي.

البند الأول: تعريف الحكم الغيابي⁽¹⁾ في الفقه الإسلامي

يتناول الفقهاء المسلمون عادة مسألة الحكم الغيابي تحت عنوان: «القضاء على الغائب»⁽²⁾، وهم تحت هذا العنوان يدرسون كيفية إحضار الخصم الغائب، وأقسام الغائب، وحكم كل قسم، وحكم القضاء على الغائب في الأموال والدماء وغيرها، ومن ثم فهم لم يعرفوا الحكم الغيابي تعريفاً علمياً أكاديمياً، تتوافر فيه شروط التعريف من أن يكون جامعا مانعا غير واقع في دور، ولهم العذر في هذا، ذلك أن الفقه لديهم اصطليح بالصيغة العملية الواقعية الهادفة إلى إيجاد الحلول للمشكلات الحاصلة في زمنهم، لا الصيغة النظرية الفلسفية.

أما الباحثون المعاصرون⁽³⁾ فهم لم يعرفوا الحكم الغيابي، وهذا رغم ذكرهم إياه حين بيان أقسام الحكم القضائي، فكانوا يعرفونه تعريفاً قانونياً دون الرجوع إلى التأصيل من خلال أقوال الفقهاء المسلمين. وأحيانا كانوا يعرفون الغياب والغائب، ولا يعرفون الحكم الغيابي.

ورغم كل ذلك، فإن هذه الدراسة تسعى إلى تقديم تعريف للحكم الغيابي يكون مأصولاً على أقوال الفقهاء، ومركوزاً على اجتهاداتهم وآرائهم، ولذا سنذكر أولاً تعريف الحكم الغيابي ثم نحاول تأصيله من خلال أقوال الفقهاء.

(1) -سنقتصر فقط على التعريف الاصطلاحي للحكم الغيابي دون التعريف اللغوي، وذلك على أساس أن هذا الأخير يكون أكثر قبولا وفائدة في المصطلحات غير المركبة، أما المصطلحات المركبة، مثلما هو حال مصطلحنا الحكم الغيابي، فليس أنه لا فائدة من التعريف اللغوي، وإنما يؤدي التعريف اللغوي إلى الدخول في مناهة لا مخرج لها، وإلى تشعب البحث، وربما إلى الخروج من الموضوع، ويوضح ذلك خلاصة إذا علمنا أنه لا بد من تعريف الحكم لغة ثم اصطلاحاً في مختلف المذاهب الفقهية وعلى شرح التعاريف ومناقشتها، وتعريف الغياب لغة اصطلاحاً وذكر أقوال وتصنيفات الغياب لدى الفقهاء، وهذا دون إهمال أقوال الفقهاء المعاصرين، ولا شك أن هذا المسلك غير محبذ منهجياً، وبالأخص إذا عرفنا أن المسألة -تعريف الحكم الغيابي- هي مسألة تدخل ضمن الفصل التمهيدي. وتأسيساً على هذا قررنا الولوج مباشرة في التعريف الاصطلاحي للحكم الغيابي فقط.

(2) -الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ-1982م، ج6، ص222. السرخسي، شمس الدين محسن أحمد، المبسوط، تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1406هـ-1986م، ج17، ص39. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج10، ص112. الدردير، أبو البركات سيدي أحمد محمد العدوي، الشرح الكبير، دار الكلب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج6، ص55. ابن انس، مالك، المئونة الكبرى، رواية سنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمان بن القاسم، دار الفكر، بيروت، ط1، ج4، ص77. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تصحيح: محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، ط1، ج6، ص230. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: محمد مطر جي وآخرون، دار الفكر، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ج20، ص367. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م، ج11، ص485. البهوتي، منصور بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، نشر وتوزيع إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالملكة العربية السعودية، ط1، ج3، ص497. ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمناهج علماء الأمصار، تحقيق: عبد الله محمد الصديق، عبد الحفيظ سعد عطية، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1، ج6، ص129.

(3) -ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفنائس، عمان، ط1، 1419هـ-1999م، ص521-671. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار الفنائس، عمان، ط1، 1420هـ-2000م، ص223-494. رواج، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية -الاستئناف مثلاً- دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2000-2001، ص29. بلعروس، محمد، القضاء على الغائب -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون غير منشورة، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1989-1999م، ص25-128. أبو غندة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد40، السنة5، ذو القعدة، 1420هـ، مارس 2000، ص66-94 وما بعدها.

الحكم الغيبي هو: «الحكم الصادر في تخلف المحكوم عليه، أو نائبه عن حضور جميع جلسات المرافعة وبلد المدعي في حقوق الناس».

وهذا التعريف استخلصناه من أقوال الفقهاء الذين يقولون بجواز القضاء على الغائب وهم الجمهور- المالكية والشافعية والحنابلة- أما الحنفية فإنهم لا يعرفون الحكم الغيبي، والغائب والغياب، وهذا تبعاً لقولهم بعدم جواز الحكم على الغائب⁽¹⁾.

ونأتي الآن إلى تأصيل التعريف المستخلص، وهذا التأصيل يكون كالآتي:

1/- تعريف الغياب: يعرف الفقهاء المسلمون الغياب بأنه: «تخلف المدعى عليه عن حضور جلسات المرافعة وعن بلد المدعي معاً». أي أن الغياب هو عدم وجود المدعى عليه في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة بما فيه التخلف عن حضور جلسات المرافعة.

ومفهوم المخالفة فإن الحضور هو: «وجود المدعى عليه بشخصه أو بوكيله- في الحالات التي يجوز فيها ذلك- في جلسات المرافعة أو في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة».

وواضح من هذه التعريفات أن الفقه الإسلامي يضيق من نطاق الغياب، فليس هو فقط التخلف عن حضور جلسات المرافعة، وإنما هو أيضاً تخلف المدعى عليه عن البلد الذي به القاضي، والنصوص الدالة على هذا المعنى طافحة وكثيرة. يقول ابن رشد (الجد) المالكي: «... غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة فهذا يكتب إليه، ويعذر إليه في كل حق، فأماً وكل وإماً قَدِمَ، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين، وبيع فيه ماله من أصل وغيره، وفي استحقاق العروض والحيوان، والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعناق وغير ذلك، ولم يرج له حجة في شيء من ذلك»⁽²⁾، ومعنى عبارة «ولم يرج له حجة في شيء من ذلك» أنه يعتبر حاضراً وليس بغائب. ويقول خليل ابن إسحاق «والقريب كالحاضر»⁽³⁾. ويقول أبو بكر الكشناوي المالكي مُعرِّفاً الغائب بأنه: «هو الذي غاب عن بلد المدعي»⁽⁴⁾، وقد قدر بعض المالكية حد القرب بـ: 60 ميلاً⁽⁵⁾. وهذا المعنى - أي الغائب هو الذي غاب عن مجلس الحكم وعن بلد المدعي - يتفق عليه جميع المالكية الذين نقلنا عنهم⁽⁶⁾.

(1)- انظر: ص 25 من هذا الفصل.

(2)- ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد الحياي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م، ج9، ص180-181. وانظر: فتاوى ابن رشد (الجد)، تقديم وجمع: المختار بن الطاهر التليبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م، ج3، ص1326.

(3)- ابن إسحاق، خليل، مختصر خليل، مطبعة محمد علي صبيح بميدان الأزهر الشريف، القاهرة، دط، دت، ص221.

(4)- الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م، ج2، ص289.

(5)- ابن إسحاق، مختصر خليل، مرجع سابق، ص222.

(6)- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ-1986م، ج1، ص98. عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، دط، دت، ج4، ص206-207. الدرديري، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص55. الحرشي، أبو محمد

أما الشافعية فإنهم يتفقون على أن الغياب هو غياب المدعى عن مجلس الحكم، ويختلفون في الغائب عن مجلس الحكم الحاضر في البلد، والراجح عندهم أن الغائب عن المجلس الحاضر في البلد هو كالحاضر في مجلس الحكم. يقول أبو إسحاق الشيرازي الشافعي: «وإن ادعى على حاضر في البلد يمكن إحضاره، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه تسمع الدعوى والبيئة ويقضى بها بعدما يخلف المدعى، لأنه غائب عن مجلس الحكم، فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد، والمستتر في البلد.

والثاني: أنه لا يجوز سماع البيئة عليه ولا يحكم، وهو المذهب، لأنه يمكن سؤاله، فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم»⁽¹⁾.

وهكذا يتبين لنا أن مذهب الشافعية في الراجح عندهم أن الحاضر في البلد هو كالحاضر في المجلس وحكهما واحد، وإذا كان الراجح عند الشافعية هو أن الحاضر في البلد الغائب عن المجلس يعتبر كالحاضر في المجلس، فإنهم يختلفون أيضا في تحديد مسافة القرب على قولين:

الأول: يذهب إلى أن حد الغيبة هو مسافة العدوى، أي المسافة البعيدة، وضابطها عندهم المسافة التي يقطعها الشخص ذهابا وأيابا، بحيث إذا خرج من بيته مبكرا عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه⁽²⁾.

الثاني: ويذهب إلى أن حد الغيبة هو مسافة القصر، وذلك لأن الشارع اعتبرها في مواضع كثيرة⁽³⁾، كقصر الصلاة وفطر الصائم المسافر.

والخاتبة هم كذلك يعرفون الغياب بنفس التعريف الذي ذكرناه في السابق، يقول موفق الدين ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «فأما الحاضر في البلد، أو قريب منه إذا لم يمنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم»⁽⁴⁾، فهو يعتبر حاضرا.

الله محمد بن عبد الله الحرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ط، دت، ج7، ص172. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ط، دت، ج7، ص153-154.

(1)- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، دار الفكر، بيروت، ط، دت، ج2، ص303. وانظر أيضا: النووي، أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ط، دت، ج20، ص163. الماوردي، الحاروي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص368-369. ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله الحسوي، أدب القضاء المسمى: الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1402هـ-1982م، ص279. الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط، دت، ج4، ص414. الرملي، شمس الدين بن محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ربه، دار الفكر، بيروت، ط، دت، 1404هـ-1984م، ج8، ص279-280. حيث يقول الرملي: «ومن يقربه أي بمسافة قريبة ولو بعد الدعوى عليه في حضوره، وهو من يتأتى حضوره كلما ضر فلا تسمع دعوى ولا بينة عليه، ولا يحكم بغير حضوره بل يجب إحضاره لسهولة ذلك ليدفع إن شاء أو يقصر»، ص279-280.

(2)- الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها. الرملي، المرجع نفسه، ج8، ص279. الهيثمي، أبو العباس أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط، دت، ج10، ص186-187. ابن أبي الدم، المرجع نفسه، ص278.

(3)- المراجع السابقة، والصفحات نفسها.

(4)- ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص487.

ويقول تقي الدين بن النجار الحنبلي: «والغائب دون ذلك (أي دون مسافة القصر) لم تسمع دعوى، ولا بينة عليه، حتى يحضر، كحاضر، إلا أن يمتنع فيهما»⁽¹⁾.

ويقول شمس الدين الزركشي الحنبلي: «وقول الخرقى يحكم على الغائب، مفهوم أنه لا يحكم على الحاضر، وهو يشمل الحاضر في البلد، والحاضر في مجلس الحكم، ولا نزاع في الثاني، أما الأول فقيل... لا يسمع البينة ولا الدعوى عليه حتى يحضر كالحاضر بمجلس الحكم، وقيل يسمعان... وقيل يسمعان ولا يحكم عليه حتى يحضر»⁽²⁾.

فهذه النقول جميعها تدل على مفهوم الغياب لدى الحنابلة، وأن الراجح لديهم بالنسبة للحاضر في البلد هو كالحاضر في مجلس الحكم، وكلام ابن قدامة المقدسي وتقي الدين ابن النجار يدل على ذلك.

أما حد القرب عند الحنابلة فهي مسافة القصر يقول شمس الدين الزركشي الحنبلي: «ويعتبر في الغيبة أن تكون إلى مسافة القصر فأزيد»⁽³⁾. فمن كان دون مسافة القصر فهو حاضر حتى ولو كان غائبا عن مجلس الحكم، أما إذا كانت المسافة مسافة قصر فأزيد فيعتبر غائبا ويحكم عليه حكما غائبا وترجي له الحجة في ذلك، وهم بهذا القول يتفقون مع الشافعية في أحد أقوالهم بأن حد القرب هو مسافة القصر.

والحنابلة متفقون على هذا التحديد ولم يخالف في ذلك إلا بعضهم، فحده «بأن يكون فوق نصف يوم»⁽⁴⁾. ومعروف بالعادة أن نصف اليوم هو 12 ساعة، وهم بهذا التحديد يتفقون مع من قال من الشافعية بأن حد القرب هو مسافة العدوى كما ذكرنا سابقا. وأيا ما كان الأمر فإن القول الراجح والذي عليه الفقه الحنبلي⁽⁵⁾ هو أن حد القرب هي مسافة القصر، والتي يمكن تقديرها بـ: 88,7 كلم⁽⁶⁾. وهو ما نصت

(1) - ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، منتهى الإرادات في جمع المقتع مع التصحيح وزيادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1419 هـ - 1999 م، ج 5، ص 300-301. وانظر شروحه: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1402 هـ - 1982 م، ج 6، ص 355. ابن مفلح، أبو عبد الله محمد بن مفلح، القروع، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، ط 4، 1404 هـ - 1984 م، ج 6، ص 484.

(2) - الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 1413 هـ - 1993 م، ج 3، ص 289-290. ابن تيمية، محمد بن عبد الله أبو البركات عبد السلام، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، ج 2، ص 210.

(3) - الزركشي، المرجع نفسه ج 7، ص 288.

(4) - الزركشي، المرجع و الصفحة نفسها.

(5) - المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1377 هـ - 1958 م، ج 1، ص 298. ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 299. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 497-498. البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 353-355. ابن مفلح، المرجع و الصفحة نفسها.

(6) - مسافة القصر تساوي أربعة برد، والبرد يساوي 12 ميلا، أو الأربعة برد تساوي ستة عشر فرسخا، والفرسخ ثلاثة أميال إذن: الأربعة برد تساوي 48 ميلا في الحالين والميل يساوي 4000 ذراع، والذراع = 46,2 سنتمرا، وبالتالي تكون مسافة القصر بالأمتال في الميل الواحد: 4000 × 46,2 م = 1848 مترا في الميل، ويضرب عدد الأميال تحصل على: 1848 م × 48 ميل = 88704 مترا أو 88,7 كلم. انظر في هذا: ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 2، ص 91. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1405 هـ - 1985 م، ج 1، ص 74-75.

عليه المادة 2028 من مجلة الأحكام الشرعية بقولها: «إذا كان المدعى عليه حاضرا في البلد، غير مستر أو غائبا دون مسافة القصر في عمل القاضي لزم إحضاره، ولا تسمع الدعوى ولا البيعة إلا بحضوره»⁽¹⁾.

وبعد كل هذه الجولات والصلوات الفقهية من المالكية والشافعية والحنابلة، فإننا نخلص إلى ما قررناه سابقا من أن الفقهاء المسلمين يضيقون في مفهوم الغياب عن مجلس الحكم، فحصره في الغياب عن الاختصاص المحلي للقاضي أو المحكمة.

هذا، وقد خالف في تضييق مفهوم الغياب كل من ابن حزم الظاهري، والإمام الشوكاني. يقول الإمام ابن حزم الظاهري: «كل من لم يحضر مجلس الحاكم فهو غائب عنه، ولو أنه في رحبة دار الحاكم»⁽²⁾.

ويقول الإمام الشوكاني: «وأما قدر مسافة الغيبة فينبغي تفويض النظر فيه إلى الحاكم المجتهد، لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأموال»⁽³⁾، وهوما استصوبه بعض من الباحثين المعاصرين⁽⁴⁾.

والذي نراه نحن أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، من المالكية والشافعية والحنابلة، من تضييق مفهوم الغياب ليشمل الغياب عن مجلس الحكم وعن الاختصاص المحلي للمحكمة. وهذا على أساس أن الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في البلد يجب إحضاره بالشرطة وهذا بالإضافة إلى أنه يجب على المدعى عليه إجابة القاضي وعدم التأخر ديانة، فإذا لم يجب دعوة القاضي فهو آثم⁽⁵⁾.

ولا شك أيضا أنه في تضييق مفهوم الغياب لتضييق لنطاق الطعن فيها بالمعارضة، وذلك على أساس أنه في تضييق نطاق الغياب يكون أليا توسيعا لنطاق الحضور الذي هو حضور المدعى عليه مجلس الحكم، أو بتدقيق الاختصاص المحلي للقاضي أو المحكمة. وهكذا يتبين لنا أن الأصل في تحديد الغياب والحضور يعود إلى المسافة التي تفصل المدعى عليه عن مجلس الحكم.

2- الغياب عن جميع جلسات المرافعة: والغياب أيضا هو التخلف عن حضور جميع جلسات المحاكمة، فإذا حضر المدعى عليه جميع الجلسات، أو بعضها ثم فرّ بعد ذلك أو امتنع عن الحضور، فإنه يعتبر حاضرا، والحكم الصادر ضده يعتبر حضوريا، ومن تم فلا حق له بالطعن بالمعارضة.

وفي هذا المعنى يقول ابن رشد (الجد) المالكي: «...إنه إذا تغيب (أي الخصم) بعد إن استوفى جميع

(1)- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، تحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- محمد إبراهيم أحمد علي، الناشر جامعة جدة، ط1401هـ-1981م، ص2028.

(2)- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي، المحلى، دار الفكر، بيروت، دط، ج9، ص367.

(3)- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حلقات الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، دط، 1408هـ-1988م، ج4، ص274.

(4)- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص225.

(5)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص369. البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج6، ص327. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مرجع سابق، ج7، ص290. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص374. ابن أبي السدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص132. ابن جزى، محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفسوق الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، دط، 1979، ص326.

حججه، وهرب فرارا من القضاء عليه، أنه يقضي عليه ويعجزه، ولا يكون إذا قدم أن يقوم بحجته بمرتلة أنه لو قضى عليه وهو حاضر»⁽¹⁾.

وكلام ابن رشد (الجدد) المالكي واضح في أن من حضر جميع الجلسات واستوفى جميع مرافعاته وحججه، ثم يفر بعد ذلك، فإن الحكم الصادر ضده هو حكم حضوري. بيد أن ما قاله ابن رشد (الجدد) بعد ذلك فيه نظر، فهو يقول: «وأما إن هرب وتغيب قبل أن يستوفى جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوم عليه، فإن لم يخرج، وتمادى على مغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته»⁽²⁾.

فهو يعتبر أن حضور المدعى عليه بعض الجلسات، ثم غيابه عن البعض الآخر غائب ترجى له الحجة وذلك بالطعن بالمعارضة. وهذا الذي قاله ابن رشد (الجدد) فيه نظر، وذلك على أساس أن الفار من وجه العدالة بعد حضوره جلسة أو جلسات المرافعة دليل وقرينة قوية على فساد نية الخصم وإرادته في إطالة أمد النزاع، وتسويق الحكم، وأكل أموال الناس بالباطل وتضييعها، وكل هذا يتنافى ومقصد الشريعة الإسلامية من القضاء الذي هو «رفع التهاجر، ورد النوائب، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، وقطع الخصومات، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر»⁽³⁾.

والحق أن ابن رشد (الجدد) ليس وحده فقط في هذا الرأي، وإنما معه بعض الخنابلة أيضا. يقول تقي الدين بن النجار الحنبلي: «من ادعى على غائب مسافة قصر بغير علمه أو مستر بالبلد أو بدون مسافة قصر... وله بينة سمعت وحكم بها لا في حق الله تعالى فيقضى... ثم إذا كُلف غير مكلف ورشد أو حضر الغائب أو ظهر المستر، فعلى حجته»⁽⁴⁾. و«مراده بالمستر: الممتنع من الحضور»⁽⁵⁾.

وكلام تقي الدين بن النجار الحنبلي انتقده بعض الخنابلة على أساس أن المتواري والممتنع ليس له عذر في الغياب بخلاف الغائب الذي يكون عادة له عذر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التساهل مع المتواري والممتنع قد يؤدي إلى عواقب خطيرة وهو أكل أموال الناس بالهروب والاختفاء، فيمنع «لئلا يجعل الاستتار وسيلة إلى تضييع الحقوق»⁽⁶⁾. فإذا ضاعت الحقوق فأين القضاء من العدل حيثلذ.

وكأني بكلام ابن رشد (الجدد) المالكي وتقي الدين بن النجار الحنبلي ومن تبعهم يود تقديم مساعدة مجانية للفار أو الممتنع من وجه العدالة. وكما رأينا، فإن كلامهم لا يستقيم ومنطق التشريع ومقاصده، فالقضاء المقصد منه هو إنصاف المظلوم، وقمع الظالم، ورد الحقوق إلى أهلها، وكل ما ناقض هذا المقصد فهو منقوض

(1) - ابن رشد (الجدد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 192.

(2) - ابن رشد (الجدد)، المرجع والصفحة نفسها.

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

(4) - ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 299-300. المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 11، ص 298. الزركشي، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج 7، ص 289. ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 6، ص 484-485.

(5) - المرادوي، المرجع والصفحة نفسها.

(6) - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 497-498. البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 354.

مردود باطل.

ومع ذلك، فإنه لا بد من الإقرار الكامل بأن ما قاله ابن رشد (الجد)، وتقي الدين بن النجار الحنبلي، ومن سار على قوسهما، يدل دلالة قوية على مدى تحري الفقهاء وجه العدالة، وأن كل هارب أو ممتنع أو متغيب عن القضاء ليس دلالة على صدق التهمة، فالفار من العدالة قد يفر لأنه بريء، وما حمله على ذلك إلا التخلص من الاتهام الباطل لتمكين خصومه وأعدائه من القضاء، فأصبحوا هم الخصم والحكم في آن واحد، بل وربما كان الخصم المذنب الحقيقي والفعلية أكثر حرصا من البريء على الحضور للبراءة الاتهام عن نفسه⁽¹⁾.

وإذن فليس كل هروب من وجه العدالة هو هروب من العدل، بل قد يكون هروبا من الظلم والجور الذي يتم باسم القضاء والكلمة الأخيرة وعنوان الحقيقة!

ورغم هذا، فإننا تثبت ما قررناه من أن الفار من وجه العدالة والممتنع من الحضور يعتبر حاضرا لا غائبا، ومن ثم فليس له حجة ترجي في ذلك صونا للعدل والقضاء ولحقوق الناس، ولا استقرار المجتمع وحمائته من الإهانة والعبث بأحكامه وقضائه. وكذلك فإنه «لو تم للمتمردين عن الشرع تفردهم لم ينفذ الحق على غالب الناس، وحينئذ تبطل الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملة بين العباد، ويظل ما هو رأس الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»⁽²⁾، ومن ثم فإن الحكم على الفار والمتمرد والممتنع هو صون للشرع، وصيانة الشرع واجبة. وهذا المعنى أكده الشافعية، فقد ذهبوا إلى صحة القضاء على الممتنع والمتعزز، أي المتغلب بسُلطان أو نفوذ، ولو كان قريبا من مجلس الحكم، فإن تمادى في التمرد والاستتار يعتبر نكولا منه فترد اليمين على المدعي، فإن حلف قضى له وإن لم يكن معه بينة.

يقول ابن حجر الهيتمي الشافعي: «ولا يحكم بغير حضوره... إلا لتواريه... أو تعززه أي تغلبه، وقد ثبت ذلك عند القاضي فتسمع البينة، ويحكم بغير حضوره من غير يمين للاستظهار على المنقول المعتمد، تغليطا عليه، وإلا لا تمتنع الناس كلهم، فإن لم يكن للمدعي بينة جعل الآخر في حكم الناكل، فيحلف المدعي يمين الرد، خلافا للماوردي ومن تبعه، ثم يحكم له»⁽³⁾.

وهكذا يتبين لنا أن الشافعية لا يتساهلون مع الممتنع والمتغيب والمتعزز في الحكم عليهم، واعتبار هذا الحكم حكما حضوريا اعتباريا.

3- الحكم الغيبي هو ما صدر ضد المحكوم عليه الغائب، لا ما صدر في صالحه.

فالحكم الغيبي هو الحكم الذي يتضمن ويلحق ضررا وخسارة بالغائب المحكوم عليه، لا نفعا له، فإذا صدر حكم غيبي لصالح الغائب، فلا يجوز لهذا الأخير الطعن فيه بالمعارضة لطالما أن الحكم صدر لصالحه،

(1) - جلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 155.

(2) - الشوكاني، السيل الجرار، مرجع سابق، ج 4، ص 273.

(3) - الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مرجع سابق، ج 10، ص 187-188. وانظر أيضا: الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8،

ص 280. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 414-415.

ومقررًا لحقوقه، ولا يمكن للشخص أن يطعن في حكم صدر لصالحه، ذلك أن المحكوم له هو مدع «والمدعي يتفجع بالقضاء، والمدعى عليه يتضرر به»⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس فإن الحكم للغائب⁽²⁾ خارج عن دراستنا، التي تقتصر فقط على الحكم على الغائب.

4- الحكم الغيابي هو ما صدر في غيبة المحكوم عليه ونائبه

فإذا حضر نائب ووكيل الغائب جلسات المرافعة، فإن الحكم لا يعد غيابيا بل يعد حضوريا، وينصرف مقصود الحكم إلى المحكوم عليه لا إلى النائب، وذلك على أساس أن «حاضرة النائب كحاضرة المتوب عنه، فلا يكون قضاء على الغائب»⁽³⁾، ومثل النائب عن الغائب: الوكيل والوصي والوارث⁽⁴⁾. وإنما يكون الحكم حضوريا. وكل هذا في المواد المدنية دون المواد الجزائية حيث في هذه الأخيرة يجب على المتهم الحضور شخصيا.

وقد أجاز الحنفية التوكيل بالخصومة في القضاء على الغائب، وهذا حتى يخرجوا من المأزق الفقهي والمتمثل في منعهم القضاء على الغائب⁽⁵⁾. وأجاز الإمام مالك أيضا التوكيل في الخصومة، وأجازه أيضا ابن القاسم وأصبح من المالكية في كل الخصومات إلا في القضاء على الغائب⁽⁶⁾. وأجاز الشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة «التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها، حاضرا كان الموكل أو غائبا، صحيحا أو مريضا»⁽⁸⁾. وإنما أجاز الفقهاء للخصم التخلف عن مجلس القضاء وإرسال نائب له في المواد المدنية دون الجزائية، وذلك لأسباب شتى، نوجزها فيما يأتي:

أ/ - الوكالة في الخصومة تدعو إليها الحاجة، وذلك لاختلاف الناس وتفاوتهم في البيان والأداء، وأن

(1) - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 40.

(2) - اختلف الفقهاء في الحكم للغائب: فذهب الحنفية إلى جواز الحكم للغائب إذا أقيم له نائب عنه يدعي بحقه. واختلف المالكية على خمسة أقوال أرححها الجواز، وهو قول ابن القاسم وسحنون. ومنع الشافعية والحنابلة الحكم للغائب. وانظر في كل هذا: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418هـ - 1997م، ج 7، ص 29. نظام، الشيخ وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1406هـ - 1986م، ج 3، ص 433. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 6، ص 59. الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، القاهرة، ط 2، (1412هـ - 1992م)، ج 6، ص 146. علسيش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 212. ابن عبد الرفيع، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1989، ج 2، ص 632-633. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 1، ص 460. المرشدي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 11، ص 304. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 223.

(4) - الكاساني، المرجع و الصلحة نفسها.

(5) - الكاساني، المرجع و الصلحة نفسها. نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 3، ص 433.

(6) - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 11، ص 16، ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 632. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 179.

(7) - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 408. الميمني، تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص 170. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 269.

(8) - ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 5، ص 204.

الفصل (التصوير) | الفهم (التباني)، و (الطعن) في (الأحكام القضائية) (الناحية و (الدقة)

بعضهم أقدر من بعض على إيضاح دعاويهم، وإيراد حججهم⁽¹⁾. ويدل على هذا ما روته أم المؤمنين أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّكُمْ تَحْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ⁽²⁾ بِمَجْتَه مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ»⁽³⁾.

ب/- كما قد تدعو الحاجة إليها صيانة للنفس عن الابتذال، واحتساباً لرلل الخصومات، والدعاوى الكيدية التي يقصد منها إلحاق الضرر بالمدعى عليه، والإساءة إليه في سمعته وشرفه ومكانته. وقد «كان (كما قال عبد الله بن جعفر) علي بن أبي طالب ﷺ عنه يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكُلَّ فيها عقيلًا بن أبي طالب، فلما كبر عقيل وكَلَّني»⁽⁴⁾. وذلك أن عليا ﷺ يرى «أن للخصومة قَحْمًا... وَالْقَحْمُ الْمَهَالِكُ»⁽⁵⁾.

ج/- إن في تجويز التوكيل بالخصومة محل إشكالية الغياب الشخصي لأطراف النزاع، ذلك أن في غيابهم دون إجازة الوكالة في المطالبة بالحقوق، يؤدي إلى إطالة أمد النزاعات وإضاعة حقوق الناس، ووقوع التهاجر بينهم، وتضعف القضاء والعدل. وهذا حتى لا تكون «الغيبه والاستتار طريقًا لإسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها»⁽⁶⁾.

د/- ومن جهة أخرى، فإن الحكم القضائي المدني-دون الجزائي لأن التوكيل لا يجوز فيه- الصادر بحضور الوكيل هو حكم حضوري، وذلك حتى ولو كان الموكل أو الأصيل غائبًا عن جلسات المرافعة لأن «حضره النائب كحضره المنوب عنه، فلا يكون قضاء على الغائب»⁽⁷⁾. ومن ثم فإن من شأن التوكيل بالخصومة التقليل من الأحكام الغيابية، والحد من فرار الخصوم، وتعهد غيابهم واحتفائهم واستتارهم، فيكون ذلك من العدل، إن لم يكن العدل ذاته.

(1)- القاسمي، ظفر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي- الكتاب الثاني: السلطة القضائية، دار الفانس، بيروت، ط1، 1978، ج2، ص383.

(2)- ألحن: معناه أبلغ وأعلم بالحجة. أنظر: النووي، أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصبابطي و آخرون، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1994، ج6، ص246.

(3)- رواه البيهقي، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، النسخة الأميرية المطبوعة، دم ن، دط، 1314هـ، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، ج9، ص69. رواه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1375هـ-1955م، كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، ج3، ص1337، رقم الحديث: 1713.

(4)- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، دم ن، دط، دت، كتاب الوكالة، باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبه، ج6، ص81.

(5)- البيهقي، المرجع و الصفحة نفسها.

(6)- الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج2، ص303.

(7)- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص223.

5- الحكم الغيابي هو الحكم الصادر في حقوق الناس

يثور السؤال حول مجال الحكم الغيابي في القضايا والحقوق هل يجوز إصدار حكم غيابي في جميع القضايا المالية والأسرية والجنائية في الفقه الإسلامي أم أن ذلك قاصر فقط على القضايا والحقوق المالية والأسرية دون الجنائية، وتعبير آخر هل يجوز إصدار الحكم القضائي في كل الحقوق، حقوق الله ﷻ وحقوق الناس؟
اختلف الفقهاء المسلمون في هذه المسألة على قولين:

-الأول: ذهب المالكية⁽¹⁾ والظاهرية⁽²⁾ إلى أنه يقضى على الغائب في كل شيء متى استكملت الدعوى شرائطها، لا فرق عندهم بين الدعاوى المتعلقة بحقوق الله، والدعاوى المتعلقة بحقوق العباد.
وعلة هذا الرأي هو عدم وجود نص يفرق بين الدعاوى في الحكم على الغائب، بين الحقوق المتعلقة بحقوق الله تعالى، والحقوق المتعلقة بالعباد، ثم إن الحكم القضائي يصدر على أساس عدالة البينة، لا على أساس موضوع القضية هل من الحقوق المتعلقة بالله تعالى، أم من الحقوق المتعلقة بالعباد؟

واستثنى المالكية من هذا الإطلاق في الحكم على الغائب العقار على أساس أن الناس لا يتشاحون ولا يتغالبون في المنقول بعكس العقار، فإنهم يتغالبون ويتماسكون عليه نظراً لأهميته المالية وقيمه الاجتماعية. ولم يخالف في هذا من المالكية سوى عبد الملك بن الماجشون، وسحنون بن سعيد التوخجي، حيث رأوا أنه يقضى على الغائب في كل شيء⁽³⁾. يقول الخرشي موجهاً رأي المالكية: «وإنما لم يحكم عليه في استحقاق العقار لأن العقار مما تتشاح فيه النفوس، ويحصل فيه الضغن والحقد والتراع عند أخذه»⁽⁴⁾.

وقد انتقد ابن المرتضى الزيدي، وابن حزم الظاهري هذا «المسلك المالكي» في التفريق بين المنقول والعقار في الحكم على الغائب، وهذا بناء على أنه لا يوجد أساس في التفرقة، فالتفرقة هي: «قول بلا برهان»⁽⁵⁾. ثم إن «العقار كان أولى في الرأي أن يحكم فيه على الغائب، لأنه لا يُنقل ولا يُعاب عليه ولا يفوت، بل يُستدرك الخطأ فيه، في كل وقت، وليس كذلك سائر الأموال»⁽⁶⁾.

وهذه المناقشة والنقد من ابن المرتضى الزيدي، وابن حزم الظاهري هو نقد وجيه جداً، فالمنقول بطبيعته

(1)- الحشني، محمد بن حارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: الشيخ محمد الجعدي و آخرون، الدار العربية للكتاب، بيروت بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دم ن، دت، ص 353. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 55-56. الزرقاني، شرح الزرقاني، مرجع سابق، ج 7، ص 154. الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 172-173. عيش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 206-207.

(2)- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 366.

(3)- الحشني، أصول الفتيا، مرجع سابق، ص 353. ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 181. القسراي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 117. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 155. عيش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 207. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 56. ابن عبد الوهيب، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 631-632. الخرشي، الخرشي في مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 173. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 154.

(4)- الخرشي، المرجع والصفحة نفسها.

(5)- ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129.

(6)- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 6، ص 366.

يهلك، ويتغير شكله وقيمه، وبخلاف العقار فإن طبيعته البقاء على أصله من غير هلاك ولا يتغير شكله وقيمه. الثاني: ذهب الشافعية في الراجح من أقوالهم⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾، والزيدية⁽³⁾، إلى التفرقة في الحكم على الغائب بين حقوق الله تعالى فمنعوا الحكم فيها، إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية منها أي ما تعلق بالندوى المدنية و الغرامة الجزائية، وبين حقوق الأدميين فأجازوا الحكم على الغائب فيها.

وحقوق الله تعالى التي لا يقضى فيها على الغائب هي: حد الزنى، والشرب، والحراة والقذف، وهذا عند من يعتبره من حقوق الله تعالى. أما من يعتبره حق آدمي فيجوز الحكم فيه على الغائب وهو مذهب الشافعية، والسرقة ماعدا الجوانب المالية فيقضى فيها على الغائب. أما حقوق الأدمي فهي: العقارات والعروض والديون، والنسب والرضاع والزواج والطلاق، والفصاح، والتعزير في حق الأدمي، وغيرها، فهذه يحكم فيها على الغائب.

وأساس هذا الرأي أن حقوق الله تعالى منها على المسامحة والمساهلة، لاستغاثته سبحانه وتعالى، بخلاف حقوق الناس فإنها مبنية على الحرص والتمسك والمساحة والمكايسة، فإذا قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم عليه بالمال دون القطع.

وهذا الرأي الثاني، رأي وجيه، وهو ما نرجحه كما نرجحه بعض المعاصرين⁽⁴⁾، وذلك لأن شأن الدماء والحريات شأن خطير وذو جلال، فالأولى والأصح عدم الحكم على الغائب في هذه القضايا، صيانة لها من التعدي عليها، خاصة إذا علمنا أن المدعى عليه في قضايا الدماء هو الحامل الرئيس للحقيقة الغائبة بغيابه وهذا إلى جانب المدعي طبعاً. هذا، بالإضافة إلى النصوص القرآنية التي تدل على أن حقوق الله مبنية على المسامحة والمساهلة، منها قوله تعالى: ﴿وَرَبُّكَ الْغَفُورُ ذُو الرَّحْمَةِ﴾ [الكهف: 58]، وقوله: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ﴾ [الأعراف: 156].

(1)- للشافعية في هذه المسألة أقوال ثلاثة: الأول: وهو الأظهر والأرجح، يفرق بين حقوق الله تعالى، فلا يحكم فيها ما عدا الجوانب المالية منها، وحقوق العباد جواز الحكم فيها، وهو الذي ذكرناه في المن، الثاني: يقضى على الغائب في كافة الحقوق، الثالث: يقضى على الغائب في كل حق سوى العقوبة مطلقاً سواء كانت العقوبة حقاً لله تعالى، أو لأدمي. أنظر في هذا: الخطيب الشربيني، عفي المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 415. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 280. الماورودي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 372. النووي، محي الدين بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود. علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج 8، ص 177. الهيثمي، تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص 188.

(2)- المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 11، ص 301. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 486. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498. البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 354. ابن مفلح، القروع، مرجع سابق، ج 6، ص 485. الزركشي، شرح الزركشي، مرجع سابق، ج 7، ص 289. ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 300.

(3)- الصعالي، أحمد بن قاسم البعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح منق الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، دط، دت، ج 4، ص 193. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129.

(4)- أبو غدة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 99. وهذا الرأي أيضاً أخذت بملة الأحكام الشرعية في المادة 2046، وذلك بقولها: «يصح الحكم ببنية في حقوق البشر على الغائب... أما حقوق الله فلا يصح الحكم فيها على الغائب».

البند الثاني: طبيعة الحكم الغيابي، وقيمته في الفقه الإسلامي

أولاً/ طبيعة الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

نقصد بطبيعة الحكم الغيابي هل هو حكم عادي كباقي الأحكام القضائية، أم أنه معلق على شرط؟ الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي ليس حكماً عادياً، وإنما هو حكم معلق على شرط وهو أي يطعن فيه الغائب بالمعارضة، ومن ثم فالحكم الغيابي في الفقه حكم ضعيف في دلالته على صحة ما قضى به. وفي هذا يقول محمد بن إسماعيل الصنعائي: «الغائب لا يفوت عليه حق، فإنه إذا حضر كانت حجته قائمة وتسمع، ويعمل بمقتضاها، ولو أدى إلى نقض الحكم لأنه في حكم المشروط»⁽¹⁾.

ثانياً/ قيمة الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي

يقصد بقيمة الحكم الغيابي: دلالته على ما قضى به قطعية أم ضعيفة. وقد قررنا من قبل أن الحكم الغيابي هو حكم معلق على شرط، ومتم فهو حكم غير مكتمل التكوين والأركان، ومن ثم فإن دلالته على ما قضى به دلالة ضعيفة.

ويتجلى لنا هذا الضعف بوضوح أكبر من خلال اتفاق الفقهاء⁽²⁾ المحيزين للقضاء على الغائب -سواء المملكية والشافعية والحنابلة- على أن الغائب يبقى على حجته إذا حضر بعد الحكم عليه، وهم لم يجزوا للغائب الطعن في الحكم إلا «لشعورهم القضائي» بضعف الحكم الغيابي في دلالته فيما قضى به.

ويزداد هذا التحلي أكثر خاصة إذا علمنا أن إرجاء الحجة للغائب والسماح له بالطعن في الحكم الغيابي أصل من الأصول، وقاعدة من القواعد الأساسية في القضاء على الغائب، وفي هذا المعنى يقول ابن فرحون المالكي، وهو يقرر هذا الأصل والقاعدة: «إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العلول عنه ولا الحكم بغيره»⁽³⁾.

وهذا الضعف الذي يتصف به الحكم الغيابي له أثره على الطعن بالمعارضة، وسرى في الفصل الأول هذا الأثر بصورة أوضح، وذلك عند الكلام على خصائص المعارضة.

الفرع الثاني: ماهية الحكم الغيابي في القانون الوضعي

نتناول في هذا الفرع ذات المسائل التي تناولناها في الفرع السابق في الفقه الإسلامي، وهي: التعريف،

(1)-الصنعائي، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، تحقيق: محمد الداي بلطف، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1412-1992م، ج4، ص215.

(2)-ابن رشد (الجند)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج9، ص187. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص115. الخطيب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص132. الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج2، ص304. الحطيب الشريفي، معني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص415. المرزاوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج11، ص301. الجوهري، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص498. الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد النهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج2، ص288.

(3)-ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص99.

والطبيعة والقيمة، ولذا فإن هذا الفرع ينقسم كسابقه إلى بندين: تنطبق في البند الأول إلى تعريف الحكم الغيابي، و في البند الثاني إلى طبيعة الحكم الغيابي، وقيمته في القانون الوضعي.

البند الأول: تعريف الحكم الغيابي في القانون الوضعي

يمكن تعريف الحكم الغيابي بأنه: الحكم الذي تصدره المحكمة، أو المجلس القضائي دون أن يكون المتهم، أو المدعى عليه، حاضرا في جميع جلسات المحاكمة، لعدم تسلمه ورقة التكليف بالحضور. ويمكن تعريفه أيضا بأنه: «الحكم الذي تصدره المحكمة دون أن يكون المتهم حاضرا جلسة المرافعة لعدم تسلمه ورقة التكليف بالحضور»⁽¹⁾.

ويحتاج تعريف الحكم الغيابي إلى تأصيل قانوني، يكون هذا التأصيل مركزا على بيان تعريف الغياب، والحالات التي يكون فيها الحكم غيابيا، والحالات التي يكون فيها حضوريا وحضوريا اعتباريا.

II- تعريف الغياب

يقصد بالغياب -والذي يترتب عليه وصف الحكم بأنه غيابي- بأنه تخلف المدعى عليه عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى، سواء بعدم الحضور بشخصه أو بوكيل عنه في الحالات يجوز فيها ذلك، بشرط ألا يكون قد تسلم ورقة التكليف بالحضور شخصيا⁽²⁾.

وهذا التعريف يبرز لنا أن الغياب نوعان: غياب شخصي، وغياب تمثيلي.

أ- الغياب الشخصي: وهو تخلف المتهم أو المدعى عليه بشخصه، أي بوجوده المادي، عن جلسات المحاكمة. أو بمعنى آخر الغياب هنا هو غياب لعدم المتول⁽³⁾ أمام المحكمة.

بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه هل عدم تقديم الدفاع والطلبات يعتبر غيابا أم لا؟ الحق أن القانون الفرنسي قبل سنة 1953م كان يعتبر الامتناع عن إبداء الطلبات هو غياب يستوجب أو يميز للخصم الطعن في الحكم بالمعارضة، ولكن ابتداء من سنة 1953م تعدل هذا القانون، ولم يعد يعتبر هذا الامتناع غيابا⁽⁴⁾. ومن ثم فإن الضابط في الغياب هو تخلف المدعى عليه أو المتهم عن حضور جلسات المحاكمة بشخصه أو بوكيل، أما في

(1) -بغداددي، مولاي مليان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، دط، 1992م، ص385. وانظر في تعريف الحكم الغيابي: سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، 1993، ص820. عيسد، المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1997-1417، ص611. ثروت، جلال وعبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996-1416، ص559-560. بن ملحقة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2000، ص352.

(2) -أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط14، 1986م، ص559. فودة، عبد الحكيم، الموسوعة الماسية، مرجع سابق، ج2، ص12-13.

(3) -إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2001م، ج1، ص326.

(4) -أبو الوفاء، أحمد، المرجع و الصفحة نفسها. أبو عامر، محمد زكي، شافية الخطأ في الحكم الجنائي -محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، رسالة دكتوراه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1985م، ص68. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: مكتبة دار الثقافة، عمان، ط2، 1997م، ص529.

حالة حضوره، وامتناعه عن تقديم الدفاع والطلبات فيعتبر حاضرا وليس غائبا⁽¹⁾.

ب- الغياب التمثيلي: وهو غياب وكيل المدعى عليه أو المتهم عن جلسات المحاكمة في الأحوال التي يسمح فيها بذلك⁽²⁾. وهو نوعان: توكيل بالحضور، وتوكيل بالخصومة.

I / التوكيل بالحضور: هو «قيام الخصم بتوكيل غيره بالحضور نيابة عنه أمام المحكمة»⁽³⁾.

وتأخذ بعض التشريعات بهذا النوع من التوكيل، ففي قانون المرافعات المصري يجوز - بنص المادة 72 - «للمحكمة أن تقبل في النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم أو أقاربهم، أو أصهارهم إلى الدرجة الثالثة».

كما أجاز المشرع الجزائري التوكيل بالحضور، وهذا ما نصت عليه م 30 ق.إ.م على أنه «يخضّر الأطراف في اليوم المحدد في التكليف بالحضور، أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم». ومع هذا فإنه إذا رأى القاضي ما يستوجب حضور الخصم شخصيا فإنه - وبحسب م 2/33 ق.إ.م - «يجوز للقاضي دائما أن يأمر الخصوم شخصيا». هذا في المواد المدنية.

أما في المواد الجزائية، فإن الأصل هو حضور الأطراف، وخاصة المتهم جلسات المحاكمة شخصيا، وهذا رعاية لمصالحهم، وتمكينهم من ممارسة حقوق الدفاع. ويستثنى من هذا الأصل ما نصت عليه م 2/407 ق.إ.ج على أنه: «إذا كانت المخالفة لا تستوجب غير عقوبة الغرامة جاز للمتهم أن يندب للحضور عنه أحد أعضاء عائلته بموجب توكيل خاص».

فهذا النص يجيز التوكيل بالحضور في المواد الجزائية ولكن بشروط ثلاثة هي:

- 1- أن يكون التوكيل في المخالفات فقط، دون الجرح والجنايات، فلا يجوز فيها التوكيل بالحضور.
- 2- ألا تستوجب المخالفة غير عقوبة الغرامة، فإذا كانت المخالفة تستوجب عقوبة الحبس فلا يجوز التوكيل بالحضور.

3- أن يثبت الوكيل وكالته، وذلك بموجب توكيل خاص، يذكر فيه جميع البيانات من الاسم والنقب، وموضوع الوكالة ولصالح من تكون الوكالة، وللخصم الآخر المطالبة بإثبات هذه الوكالة حتى لا يجيز على موالات إجراءات مهددة بالإلغاء إذا ما اتصل منها خصمه.

وبهذه الشروط، يتبين لنا أن المشرع الإجرائي الجزائري الجزائي قد سلك خطة من شأنها التضييق من نطاق التوكيل بالحضور، فقد جعله مضيقا جدا.

أما المشرع الإجرائي الجنائي المصري - وطبقا للمادة 2/237 ق.إ.ج - فإنه يوسع في التوكيل بالحضور، فهو يجيز للمتهم أن يوكل غيره في الحضور عنه أمام المحكمة الجنائية التي تحركها النيابة العامة، والغير معاقب

(1) غودة، عبد الحكم، المرجع نفسه، ج 2، ص 14. إبراهيمي، محمد، المرجع نفسه، ج 1، ص 329. أبو الوفا، أحمد، المرجع والصفحة نفسها.
(2) -تقسيم الغياب إلى شخصي وتمثيلي مستخلص من تعريف محكمة النقض المصرية للحضور، حيث عرفته بأنه: «وجود المتهم بشخصه، أو بوكيل في الأحوال المصرح فيها بذلك» انظر: جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغائية، د ب ن، ط 1، 2000، ص 10.
(3) -عمر، بيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1986، ص 689.

عليها بالحبس الواجب النفاذ بمجرد الحكم به، مفاد ذلك أن المتهم يجوز له أن ينيب غيره في الحضور، في أمرين⁽¹⁾:

الأول: الجرح التي تحركها النيابة العامة قبل المتهم، والغير معاقب عليها بالحبس الواجب النفاذ فور صدور الحكم، وعلى هذا الأساس إذا صدر حكم غيابي يقضي بحبس المتهم مع وقف التنفيذ، وعارض في هذا الحكم، فإنه يحق له الحضور بوكيل، ولا يجوز للمحكمة القضاء باعتبار المعارضة كأن لم تكن، وإلا كان حكمها باطلا.

الثاني: الجرح سواء كان معاقبا عليها بالحبس الواجب النفاذ فور صدور الحكم من عدمه، والمخالفات المقامة أمام المحكمة الجنائية بطريق الإدعاء المباشر، إذ أجاز المشرع في م 4/63 ق.إ.ج للمتهم عند رفع الدعوى بطريق الإدعاء المباشر أن ينيب عنه وكيلًا لتقديم دفاعه.

وواضح من هذه الحالات أن المشرع الإجرائي الجنائي يميز التوكيل بالحضور في الجرح والمخالفات بشروط معينة، فهو مقارنة بالتشريع الجزائري يوسع في نطاق التوكيل بالحضور.

والعلة في إجازة التوكيل بالحضور في جميع الحالات المدنية والجنائية هو «ما لوحظ من اساءة استعمال حق الادعاء المباشر، باصطناع دعاوى كيدية للنيل من الخصم، إهدارا لكرامته، وامتهانا لقدره، وابتزازا لحملة على أداء عمل معين، أو امتناع عن عمل، وملاحقة للأبرياء، بجرائم لا شأن لهم بها وافتراء»⁽²⁾.

ولا شك أن الحكم إذا صدر بحضور الوكيل، فإنه ينصرف إلى الموكل، ومن ثم يكون الحكم حضوريا لأن «النائب صورة حاضرة من شخص الغائب»⁽³⁾. وهذه هي الغاية من جواز التوكيل وهي التقليل من حالات الغياب ومن الأحكام الغيابية.

II - / التوكيل بالخصومة: وهي التي لا تجوز إلا إذا كان الوكيل محاميا، حيث يمكنه حينئذ القيام بجميع الأعمال الإجرائية المتعلقة بالخصومة نيابة عن الخصم⁽⁴⁾.

والتوكيل بالخصومة يجوز في كل الأحوال، إلا أن القانون قد يوجهه ويجعله مقصورا على المحامين، كما هو الحال عند الطعن في الحكم بالنقض والذي هو يقدم عادة أمام المحكمة العليا، ولذا نصت م 239 ق.إ.م على أن «الأصل في إجراءات التداعي أمام المجلس الأعلى أن تكون بالكتابة، والنيابة عن الخصوم لا تكون إلا بواسطة محامين مقبولين أمام ذلك المجلس. ونيابة المحامي وجوبية وإلا كان الطعن غير مقبول»⁽⁵⁾.

(1) جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص 15-16.

(2) جابر، حسام محمد سامي، المرجع نفسه، ص 14-15.

(3) جوستيان، فلاقيوس، مةونة جوستيان في الفقه الروماني، تعريب: عبد العزيز فهمي، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط1، 1946م، ص 373.

(4) عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 797.

(5) مقالها م 253 مرافعات مصري، والفصل 182 من م م دات التونسية وم 345 ق.إ.ج الإماراتي.

والعلة في إجازة التوكيل بالخصومة أو وجوبها هو تعدد إجراءات التقاضي ودقتها⁽¹⁾، وتعددها، مما يتطلب للقيام بالأعمال الإجرائية وجود خبير قانوني متمرس يكون على دراية واسعة ودقيقة بالإجراءات، هذا الخبير القانوني هو المحامي.

والخلاصة في تعريف الغياب أنه إذا تخلف المدعى عليه أو المتهم، أو وكيله عن الحضور، فإن الحكم يعد غايبا، وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا حضر المدعى عليه أو المتهم، فإن الحكم يكون حضوريا، وكذلك إذا حضر الوكيل.

2- متى يكون الحكم غايبا: يكون الحكم غايبا في الأحوال الآتية:

أ/- إذا لم يستلم المحكوم عليه ورقة التكليف بالحضور شخصيا، وذلك كأن يتسلمها أحد أقاربه، أو جيرانه، أو أصدقائه أو أي شخص آخر ما عدا المعني بالأمر فإن الحكم يعد حيثث غايبا.

وهذه الحالة متفق عليها بين ق.إ.م، وق.إ.ج، فقد نصت م 3/98 ق.إ.م- وتطابقها م 346 ق.إ.ج- على أنه: «عندما يكون التكليف بالحضور مُسلماً بالذات، يعد الحكم حضوريا، ويكون غير قابل للطعن فيه بالمعارضة». وهذه الحالة تأخذ بها معظم التشريعات⁽²⁾ التي اعتمدنا عليها.

ويستهدف المشرع الإجرائي من تقرير هذا الحكم عدم السماح للمدعى عليه سيء النية بتقدم المعارضة في الحكم، بعد أن يتعمد الغياب عن الجلسة رغم إعلامه بتاريخها بصفة أكيدة⁽³⁾. فعمده الغياب هو تعطيل للعدالة، وتسويق لها، وإهانة للقضاء ولكلمة العدل، ومن ثم يجب معاملته بنقيض قصده السيء.

ومع ذلك، إذا علم القاضي، بموجب رسالة صادرة من المدعى عليه أو المعلومات التي يدلي بها في الجلسة أحد أقاربه أو جيرانه أو أصدقائه، أنه تعذر على المدعى عليه الحضور، جاز للقاضي أن يؤجل الدعوى إلى جلسة قريبة إذا رأى أن الغياب حاصل بسبب مشروع، وهنا طبقا لنص م 1/36 ق.إ.م. وإذا تغيب المدعى عليه بعد ذلك عن الجلسة التي أجلت إليها القضية، فيقضى بغيثه ما لم يكن التكليف بالحضور مسلم إليه شخصيا⁽⁴⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يشترط في تسليم ورقة التكليف بالحضور توقيع المدعى عليه بالذات، فإذا رفض هذا الأخير التوقيع على وصل الاستلام، وأشار المبلغ في محضر تبليغه إلى ذلك الرفض، فإنه يكون قد وصل إلى علم المدعى عليه موعد الجلسة، وهو كاف في التبليغ، ومن ثم يكون الحكم حضوريا في حقه⁽⁵⁾، إذا

(1) - أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 551.

(2) - سوهي يقابلها الفصل 1/175 من م.إ.ج التونسية، وم 473 ق.إ.ج الفرنسي، وم 1/238 ق.إ.ج مصري.

(3) - أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، - نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2001م، ص 289.

(4) - قرار غرفة القانون الخاص، الصادر بتاريخ: 1967/04/12م، نشرة القضاة، السنة 1967م، العدد 07، ص 74. نقلا عن: إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 1، ص 327، هامش 2.

(5) - قرار الغرفة الاجتماعية، الصادر بتاريخ: 1966/07/08م، النشرة السنوية للعدالة، 1966م-1977م، ص 276، نقلا عن: إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 1، ص 327، هامش 01.

تختلف عن الحضور.

ب- /ألا يكون المدعى عليه قد قدم مذكرة بدفاعه، إذ بتقليده لها يكون قد تحقق علمه بالدعوى، ومن ثم يكون حاضرا.

وهذه الحالة مستخلصة بمفهوم المخالفة للمادة 143 ق.إ.م التي تنص على أنه «تعتبر الأحكام الصادرة في القضايا التي قدمت فيها عرائض أو مذكرات أو دفعات حضورية، حتى ولو لم يكن الأطراف أو المحامون عنهم أبدوا ملاحظات شفهية في جلسة المرافعات.

كما تعد حضورية الأحكام التي فصلت في موضوع الدعوى بعد رفض دفع فرعي، أو دفع بعدم القبول، حتى ولو كان الخصم الذي أبدى الدفع الفرعي أو الدفع بعدم القبول قد أمسك عن الدفاع في موضوع الدعوى من قبيل الاحتياط. أما جميع الأحكام الأخرى فتصدر غيايا»⁽¹⁾.

وزيادة على هذا فإن المحكمة العليا أكدت في قراراتها على أن القرار يكون غيايا إذا لم يقدم المستأنف عليه أية مذكرة ولم يرافع في القضية⁽²⁾.

3- الحكم الحضورى: يكون الحكم حضوريا متى حضر المدعى عليه وكيله، أو المتهم جميع جلسات المحاكمة ولو تغيب يوم النطق بالحكم ما دامت لم تجر مرافعة في هذا اليوم⁽³⁾. فالعبرة هي بحضور المتهم للجلسات التي تمت فيه المرافعة سواء صدر الحكم فيها أو صدر في جلسة أخرى.

والأصل أن يكون المتهم حاضرا بنفسه في جلسات المرافعة، إلا أنه يجوز للمتهم أن ينيب غيره للحضور، وإن كان بقيود، ذكرناها حين تناولنا الغياب وتقسيماته.

وحضور المتهم حق وواجب، حق للمتهم به يستطيع مواجهة التهمة بالدفاع اللازم، هذا الدفاع اللازم لا يتم إلا بحضور المتهم، فالحضور يمكنه أكثر وبصفة أكيدة على معرفة التهمة والعقوبة، وعلى الرد على التهم الموجهة إليه. وهو واجب على المحكمة لأن معرفة الحقيقة، وتحديد شخصية المتهم يتوقفان على حضور المتهم، فغيابه هو غياب لجزء الحقيقة إن لم يكن هو غياب لكل الحقيقة⁽⁴⁾.

وبناء على هذا، وخاصة التعريف، فإن ما ورد في م 347 ق.إ.ج من بيان صفة الحضورية للحكم، هو في

⁽¹⁾ -حسب النص العربي لقانون الإجراءات المدنية فإنه يضيف بعد كلمة (غيايا) عبارة «دون إخلال بنص الفقرة الرابعة من المادة 112» ونكتسه يلاحظ على هذه الإحالة أمران:

الأول: أن الإحالة غير دقيقة وغير صحيحة، فبالرجوع إلى المادة 112 فإنه لا توجد لا الفقرة الرابعة ولا حتى الثالثة ولا حتى الثانية.

الثاني: أنه بالرجوع إلى النص الفرنسي نجد أنه لا يتضمن إطلاقا هذه العبارة والإحالة إلى المادة 112.

وعليه نخلص إلى أن النص العربي للقانون غير دقيق وهو أمر له من الخطورة ما له وهو إساءة إلى اللغة العربية.

⁽²⁾ -قرار المحكمة العليا رقم: 56954، الصادر بتاريخ 1990/03/18م، المحلة القضائية، العدد 2، السنة 1993م، ص 69-71. والقرار رقم: 66136، الصادر بتاريخ: 1990/03/23م. المحلة القضائية، العدد 4، السنة 1993م، ص 25-28.

⁽³⁾ -سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 816. جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيايية، مرجع سابق، ص 12-18.

⁽⁴⁾ -سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 815.

التفصل (التمييزي) الحكم (الغيابي)، و (الظن) في (الأحكام الجنائية) (الغاية و (الردق)

الحقيقة بيان لبعض حالات الحكم الحضوري الاعتباري، وليس كما ذهب البعض⁽¹⁾ إلى ذلك من أنها حالات الحكم الحضوري لأن هذا الأخير هو حضور المتهم في جميع الجلسات التي حرت فيها مرافعة، حتى ولو غاب جلسة من الجلسات التي لم تتخذ فيها ثمة إجراء ومرافعة.

4/- الحكم الحضوري الاعتباري: الحكم الحضوري الاعتباري هو الحكم الذي تلحقه صفة الحضورية

رغم تخلف المتهم عن حضور جلسات المرافعة مع قدرته على ذلك⁽²⁾.

ومعنى هذا أن المشرع الإجرائي أوجب اعتبار الحكم حضوريا في حالات معينة، بالرغم من عدم حضور المتهم جلسات المرافعة، والعلّة في ذلك هي ما لوحظ في تعمد الغياب من طرف بعض الخصوم بقصد إطالة أمد المحاكمة، والمماطلة والتسويف في الحكم إذا ما سمحنا بالمعارضة في الأحكام الغيابية، فتدخل المشرع الإجرائي وخلق «حيلة قانونية» يستهدف من خلالها التضييق من نطاق الأحكام الغيابية، والظعن بالمعارضة، وتفاذي الحكم في شأن البعض دون البعض، وكذلك معاملة الخصوم الذين تعمدوا الغياب بنقيض قصدهم، هذا الغياب الذي تم بإرادتهم وتقصيرهم، وإهمالهم في حقوق أنفسهم⁽³⁾، وهذه الحيلة هي الحكم الحضوري الاعتباري.

وقد حدد المشرع الإجرائي الجزائري أحوال الحضور الاعتباري في قسيمين: جوازي، وبقوة القانون.

أ/- الحكم الحضوري الاعتباري الجوازي

1/- يجوز اعتبار الحكم حضوريا إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت إلى الخصم شخصا، ولم يقدم المتهم إلى المحكمة عذرا مقبولا يسوغ تخلفه عن الحضور، وهذه الحالة نصت عليها المادة 3/38 ق.إ.م.وم 346 ق.إ.م.ج⁽⁴⁾.

2/- إذا رفعت الدعوى وتعدد المدعى عليهم، ولم يحضر أحدهم بالذات، أو بواسطة وكيل، أجل القاضي الدعوى مع من حضرها أو مثل فيها من الأطراف إلى جلسة أخرى. وكلف الخصم المتغيب من جديد بالحضور إلى الجلسة التي يحددها، وذلك بموجب تكليف للحضور وفي ذلك اليوم يقضي بحكم واحد بالنسبة لجميع الأطراف، ويكون هذا الحكم غير قابل للمعارضة، حسب ما هو منصوص عليه في م 37 ق.إ.م⁽⁵⁾.

ب- الحكم الحضوري الاعتباري بقوة القانون

يكون الحكم حضوريا اعتباريا على المتهم الطليق:

(1) - بغدادي، مولاي طليق، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 386.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 821. جابر، حسام محمد سامي المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص 22.

(3) - رمضان، مدحت، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، دظ، 2000-2001م، ص 315. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 22-23.

(4) - وتقابلها م 238 / 1 ق.إ.م.ج. المصري، والفصل 3/14 م.إ.ج. التونسية.

(5) - وتقابلها م 240 ق.إ.م.ج. مصري. م 189 / 1 ق.إ.م.ج. الإماراتي.

- 2- والذي رغم حضوره بالجلسة يرفض الإجابة أو يقرر التخلف عن الحضور.
- 3- والذي بعد حضوره بإحدى الجلسات الأولى يمتنع باختياره عن الحضور بالجلسات التي توّجل إليها الدعوى أو بجلسة الحكم. وهذه الحالات الثلاث نصت عليها م 347 ق.إ.ج.
- 4- إذا حضر المتهم جلسة المرافعة وامتنع عن إبداء دفاعه في التهمة المنسوبة إليه.
- 5- إذا شُوّش المتهم في الجلسة، واستبعدته المحكمة فيكون الحكم الذي يصدر في حقه حضوريا، وهذا ما نصت عليه م 296 ق.إ.ج.

هذه باختصار حالات اعتبار الحكم حضوريا الجوازية وبقوة القانون، ويلاحظ من خلال هذه الحالات أن الفرق بين الحالة الجوازية وحالة بقوة القانون هو أن في هذه الأخيرة الخصم دائما يحضر جلسة من جلسات المرافعة، في حين أن الحالة الجوازية في اعتبار الحكم حضوريا هو وصول ورقة التكليف بالحضور إلى الخصم وتسلمها شخصيا دون حضوره ولو جلسة واحدة من جلسات المرافعة.

البند الثاني: طبيعة الحكم الغيابي، وقيمه في القانون الوضعي

أولا/ طبيعة الحكم الغيابي في القانون الوضعي

1- طبيعة الحكم الغيابي الصادر في الجنايات: إذا تغيب المتهم عن جلسات محكمة الجنايات بعد صدور قرار الاتهام ضده، أو لم يتقدم في خلال عشرة (10) أيام من تبليغه بذلك القرار تبليغا قانونيا، أو إذا فر بعد تقديمه نفسه، أو بعد القبض عليه، أصدر القاضي المدعو لرئاسة محكمة الجنايات أو القاضي المعين من قبله أمرا باتخاذ إجراءات التخلف ع الحضور وتعلق نسخة من هذا الأمر في خلال مهلة عشرة أيام (10) على باب مسكن المتهم. وبعد مهلة عشرة أيام تتخذ إجراءات محاكمة المتهم المتخلف عن الحضور (م 317 ق.إ.ج) ويحكم عليه غيابيا.

يبد أن هذا الحكم الغيابي في مواد الجنايات هو حكم يتعدم بقوة القانون، فإذا تقدم المحكوم عليه المتخلف غيابيا وسلم نفسه للسجن، أو إذا قبض عليه قبل انقضاء العقوبة المفضى عليه بما بالتقدم، فإن الحكم والإجراءات المتخذة منذ الأمر بتقدم نفسه، تنعدم بقوة القانون، وتتخذ بشأنه الإجراءات الاعتيادية... (م 326 ق.إ.ج).

ومفاد هذا النص أن الحكم الغيابي الصادر في الجنايات هو «حكم تهديدي» لا غير، فهو يسقط بمجرد القبض على المتهم أو تسليم نفسه.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، فقد قررت ما نصه: «إن تخلف المتهم عن الحضور أمام محكمة الجنايات لا يمنع من محاكمته، كما لا يجوز للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم الصادر في غيبته بطرق المعارضة، لأن هذا الحكم تهديدي فقط، ولا يجوز قوة الشيء المقضي به، وإنما يسقط بحكم القانون بمجرد إلقاء

يعتبر العدل أسه، فإذا ذهب العدل ذهب السلطان والملك.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من الحكم الغيابي

الأصل في الحكم القضائي هو قضية تقف فيها النيابة العامة مدعية ومضاربة على الحقيقة، مرتكرة على ما سبق جمعه من أدلة وحجج في مرحلة التحقيق، يقابله من الجهة الأخرى وقوف المتهم من أجل إبعاد ودحض أدلة النيابة العامة وتقويضها، في حين أن القاضي يقف بينهما بين لعقيدته بحرية تامة بناء على الأدلة التي تطرح أمامه، والردود عليها في جلسة يحضر فيها الأطراف.

وإذا كانت النيابة العامة، لا يمكن تصور غيابها عن جلسات المحاكمة، لأنها تدخل في تشكيل هيئة المحكمة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽¹⁾، بل إن غياب النيابة العامة عن جلسات المحاكمة يجعل من الحكم الصادر في النزاع حكما منعدا، ومن ثم يجوز قانونا رفع دعوى قضائية بطلب بطلانه⁽²⁾ - وهذا ما أخذ به القضاء المصري والتونسي⁽³⁾. فإن ادعاءها وطلبها تكون دائما-أو في أغلب الأحوال- مبالغا فيها إلى حد كبير، أهاما وعقوبة.

أما المتهم وهو حامل الحقيقة والعالم والعارف بها، فإنه على العكس من ذلك، فقد يتغيب عن حضور جلسات المحاكمة إما جهلا بالمحاكمة أصلا، وإما لظروف قاهرة، وإما عمدا وتعتنا، وربما لا يكون غائبا عن جلسات المحاكمة فيكون حاضرا حرا أو معتقلا، ويعلن رفضه الاشتراك في المرافعات فيكون حضوره كغيابه، ومن ثم فإنه يضع القاضي في وضع حرج لا يحسد عليه، فالقاضي يواجه أهامه وإغراقه في برائن الجريمة من طرف النيابة العامة فقط دون المتهم، وهنا يقف القاضي في موقف صعب للغاية، يكون المطلوب منه فيه استظهار الحقيقة الغائبة في غياب حاملها وحافظها.

وإذا صدر الحكم دون حضور الخصم وتقدم دفاعه، فإن أقل شيء يمكن أن يقال عنه أنه حكم أعرج لا يقوم إلا على ساق واحدة، وحكم أعور لا يبصر الحقيقة إلا بعين واحدة، فأني لحكم أن يقوم على ساق واحدة ويعلن أنه عنوان الحقيقة، وأني لحكم أن يصدر وهو يوصف بأنه الكلمة الأخيرة وهو يقوم على التحقيق في النزاع من جهة واحدة!! .

ويزداد الأمر أكثر تعقيدا ودقة إذا علمنا أن الغياب في المواد الجزائية أخطر من الغياب في المواد المدنية. ذلك أن غياب الخصم في هذه الأخيرة عن حضور جلسات المحاكمة محدود المخاطر، قليل الإشكالات على سلامة الحكم من الأخطاء القضائية، وحتى إذا حضر الخصم فهو لا يضيف إلى الحقيقة أي جديد، التي هي

(1) -قرار صادر يوم: 1971/1/19م، الغرفة الجنائية، نشرة القضاة، العدد 01، السنة 1971م، ص55.

(2) -التحيوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2003م، ص03.

(3) -نقض مدي مصري، جلسة 1979/02/14م، مجموعة الخمسين عاما، المجلد 03، بند 1498، ص3577، نقلا عن: التحوي، محمود السيد، المراجع والصفحة نفسها. وانظر: الفصل 2/143م، إراج التونسية والقرار التعسفي الجزائري، عدد 21746، مؤرخ في 1989/3/23م، نشرة محكمة التعقيب، القسم الجزائري، السنة 1985م، ص55. نقلا عن: صخري، مصطفى، طرق الطعن في الأحكام الجزائية، مرجع سابق، ص36.

محمولة أساسا في الأوراق، وزيادة على ذلك فإن الإثبات في المواد المدنية يجعل القاضي مقيدا بالقانون، إذ أن دوره سلبى، لا يتعدى إلى الاستماع إلى أطراف النزاع دون التدخل في توجيه المحاكمة⁽¹⁾.

أما الغياب في المواد الجزائية، فهو ينشئ خطرا عظيما على سلامة الحكم من جميع نواحيه، فضلا عن مساسه بحق أصيل من حقوق الإنسان وهو حق الدفاع عن النفس، وهنا يزداد الخطر فيكون الخطر مضاعفا، خطر على خطر، فالخطر الأول: هو أن مجرد الغياب يؤثر على مصداقية الحكم الصادر بشأن الغياب، والخطر الثاني: هو صدور حكم في قضية جنائية، والتي تمس إما بجسد المتهم حياة أو حرية، وإما بماله الذي هو عصب الحياة. وهكذا يكون الحكم الغيابي ينطوي على خطر جسيم يمس بالعدالة، وبحقوق الإنسان وبالأخص حق الإنسان في الدفاع عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه.

وللتدليل أكثر من الناحية الواقعية على خطورة الحكم الغيابي، فإنه في فرنسا حدث وأن انتحر طفل يبلغ من العمر 14 سنة، وذلك على إثر علمه بصدور حكم غيابي يقضي بحبس أمه أربعة شهور، وكانت أمه تجهل تماما أمر محاكمتها غيابيا⁽²⁾. وهكذا يتبين لنا من الناحيتين من النظرية والواقعية أن الحكم الغيابي يشكل «مأزقا فقهيا وقضائيا حقيقيا».

ولكن ما هو موقف الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي من الحكم الغيابي؟ هل هو مرفوض بإطلاق أم يجوز بقيود وضمانات؟ وهل هناك اتفاق حاصل بشأن المسألة في الفقه الإسلامي بين مختلف المذاهب، أم أن هناك خلافا حادا بينها، وما هو الوضع في القانون الوضعي بشأن المسألة؟

هذا ما سنتناوله في هذا المطلب الذي نقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الحكم الغيابي

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الحكم الغيابي

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الحكم الغيابي

يسود الفقه الإسلامي اتجاهان رئيسان في الحكم الغيابي: الاتجاه الأول: يجمع ويرفض فكرة الحكم الغيابي، وهو مذهب الحنفية ومن معهم. والاتجاه الثاني: يبيح الحكم الغيابي، وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري وغيرهم ممن قال بهذا الرأي.

ولكل فريق واتجاه أدلة وحجج، وكذلك مناقشات وردود، بعضهم على بعض، تناوّلها في بندين، كل اتجاه في بند، بالترتيب الذي أوردناه:

البند الأول: اتجاه المانعين، مذهب الحنفية ومن معهم، أدلتهم ومناقشتها

(1) - أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 49.

(2) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 818، هامش 01.

يرى هذا الاتجاه أن من ادعى حقا على غائب، فإنه ليس للقاضي أن يحكم عليه حتى ولو قدم المدعي أدلة وحججا تثبت دعواه.

وإلى هذا الرأي ذهب أبو حنيفة، وتلميذه: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، ومحمد بن الحسن الشيباني، وسائر المتقدمين من المذهب الحنفي⁽¹⁾، والشافعي في مذهبه القديم⁽²⁾، وبه قال شريح القاضي، وعمر بن عبد العزيز، وابن أبي ليلى، وسفيان الثوري، وإبراهيم النخعي⁽³⁾، وسفيان بن عيينة، والشعبي، وإحدى الروايتين عن عبد الله بن شبرمة⁽⁴⁾، وعبد الملك بن الماجشون من المالكية⁽⁵⁾، والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه وهي المرجوحة⁽⁶⁾، وهو ما اختاره محمد الدين ابن تيمية الخليلي⁽⁷⁾، وهو مذهب الإمام زيد بن علي⁽⁸⁾.

ويتضح من خلال سرد من قال بهذا الرأي أن الحنفية هم أشهر من قال به، ومذهب الحنفية في الحقيقة في القضاء والحكم على الغائب مرّ بتطورات طرأت على رأيهم، فكانت هناك آراء كثيرة ومتعددة، للدرجة أن الباحث والدارس يجد اضطرابا ربما إلى حدّ التناقض في أقوالهم.

وقد أقر أحد علماء الحنفية، وهو محمود ابن قاضي سمانونة، بهذا الاضطراب فقال: «قد اضطرب آراؤهم

⁽¹⁾ ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1399هـ-1979م، ج5، ص409. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، ج7، ص308. الباقري، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، هامش شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط2، ج7، ص309. المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م، ج3، ص119. الميافني، عبد الغني الغني، الباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الحديث، حمص، بيروت، ط4، 1399هـ-1979م، ج4، ص88. السنماني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بلاشتراك مع دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ-1984م، ج1، ص190. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كثر اللقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ج4، ص191. الكاساني، بلنائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص222-223. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج17، ص39. نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج3، ص433. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج7، ص29. الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط2، 1402هـ-1982م، ص59-60.

⁽²⁾ ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص280. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص158-159.

⁽³⁾ الحليمي، شرف الدين الحسين بن أحمد، الروض النضر شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل، بيروت، ط2، ج3، ص339. ابن الترمكاني، علاء الدين بن علي بن عثمان، الجوهر النقي في الرد على البيهقي، مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، دم ن، ط2، ج10، ص140. وكيع، محمد بن خلف، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، ط2، ج2، ص289. ابن قدامة المقدسي، الغني، مرجع سابق، ج11، ص485.

⁽⁴⁾ ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج9، ص367. ابن قدامة المقدسي، المرجع و الصفحة نفسها. ابن المرتضى، البحر الرخار، مرجع سابق، ج6، ص129. ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، ج13، ص146.

⁽⁵⁾ ابن رشد (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1421هـ-2001م، ج2، ص386. ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص326. ابن حجر، المرجع و الصفحة نفسها.

⁽⁶⁾ ابن قدامة المقدسي، المرجع و الصفحة نفسها. البيهقي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص497. أنزركشي، شرح التذكري، مرجع سابق، ج7، ص287.

⁽⁷⁾ ابن تيمية، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج2، ص210.

⁽⁸⁾ الحليمي، المرجع و الصفحة نفسها. ابن المرتضى، المرجع و الصفحة نفسها.

ويأثم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر بين عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال»⁽¹⁾.

وعليه، فإن الاضطراب في كلام الحنفية في الحكم على الغائب واضح وجلي لكل مستقرئ ومتتبع لأقوالهم، وحتى نفيك طلاس هذه القضية، فإنه قد تبين لنا من استقراء أقوال الحنفية في هذه المسألة أنهم بين قولين: الأول للمتقدمين يمنع، والثاني للمتأخرين يجيز. وإليك بيان هذا:

1/ - مذهب المتقدمين: وهم الإمام الأعظم أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، فإنهم قالوا بعدم جواز الحكم على الغائب مطلقاً، مهما كان سبب غيابه⁽²⁾.

بيد أن أبا يوسف كان مع شيخه أبي حنيفة في عدم الجواز مطلقاً الحكم على الغائب، سواء كان الحق ثابتاً بالبينة أو بالإقرار؛ فلماً «ابتلي بالقضاء رجع، وقال: يقضى فيها جميعاً»⁽³⁾. وهكذا يتضح لنا أن ميدان الواقع غير ميدان القول، ونحسب أن أبا حنيفة لو تولى القضاء -وقد عرض عليه ورفضه- لرجع عن قوله ولقال بجواز القضاء على الغائب.

إذن، فالأصل عند المتقدمين من الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب مطلقاً، إلا أنهم يستنون من ذلك حالات وصوراً يكون القضاء فيها على الغائب جائزاً، ومن هذه الصور: القضاء على الميت، والصبي والمجنون⁽⁴⁾.

وقد علق ابن حزم الظاهري على هذه الاستثناءات قائلاً: «وهذا كلامٌ جمع من السُّخْفِ وجوهاً عظيمةً، وهو حكم على الغائب»⁽⁵⁾.

ولعل عذر الحنفية المتقدمين في هذه الاستثناءات هو النظر إلى الضرورة ورفع الحرج فأجازوا القضاء على الغائب في هذه الصور.

2/ - مذهب المتأخرين

وقد أجازوا الحكم على الغائب بناء على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار بالمصالح والضرورات في كل حالة على حدة، فإن كانت المصلحة أو الضرورة تقتضي إصدار حكم على الغائب، كان لا بد من الاستجابة لهذه

⁽¹⁾ - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 30.

⁽²⁾ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 222-223. السرخسي، المسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج 5، ص 409. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 308. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 191. ابن نجيم، المرجع نفسه، ج 7، ص 29. السناني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 190.

⁽³⁾ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 310. السناني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 190، المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ج 3، ص 119.

⁽⁴⁾ - السناني، المرجع نفسه، ج 1، ص 191. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 32-33-35. نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 3، ص 433. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 192. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج 5، ص 410. الطرابلسي، معين الحكام، مرجع سابق، ص 59-60.

⁽⁵⁾ - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص 9، ص 367.

المصلحة والضرورة، وإلا أدى إلى تفويت المصلحة، والشريعة إنما جاءت لتحقيق المصالح لا لتفويتها. وفي هذا المعنى يقول محمود ابن قاضي سماونة الحنفي: «فالظاهر عندي أن يتأمل في الواقع ويتحاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها، جوازاً أو إفساداً، مثلاً: لو طلق امرأته عند العدل، فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره، أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده، أو لمانع آخر بأن كان لا يرضى أحد بالوكالة... فينبغي أن يحكم على الغائب وللغائب، وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه، ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل، وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب، ولا يفرط في حقه، فينصب الأولى ثم الأولى والله تعالى أعلم»⁽¹⁾.

ومن خلال هذا الكلام النفيس لابن قاضي سماونة الحنفي، فإنه يجوز القضاء على الغائب بشرط نصب وكيل يدافع عن الغائب.

وهذا الرأي هو الذي اعتمده مجلة الأحكام العدلية في م 1834 والتي تجيز الحكم على الغائب، ولذلك علق علي حيدر -أحد شراح المجلة- على هذا قائلاً: «إن الأصل والقاعدة هو عدم جواز الحكم على الغائب، فإن لم يكن ممكناً إحضار الخصم، أي إجباره على الحضور إلى المحاكمة، فإن ذلك يستوجب ضياع حق المدعي، فلزمت المحاكمة والحكم غيباً، دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق من الضياع»⁽²⁾.

وقد اعتبر بعض المعاصرين⁽³⁾ هذا الرأي لتأخري الحنفية بأنه رأي وجيه فيه المرونة والاستجابة للتطورات والمستجدات، وكل هذا تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية.

ثانياً/ أدلة القائلين بمنع القضاء على الغائب، ومناقشتها

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وأقوال الصحابة، والمعقول.

أ/ -القرآن الكريم: استدلو بالآتي:

1/ -قال ﷻ: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص:26].

وجه الاستدلال بهذه الآية أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولا يكون هذا إلا بحضور الخصمين وذلك بسماع كلام كل منهما⁽⁴⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: لم أعتز أثناء البحث على إجابة للجمهور ترد على استدلال الحنفية بهذه الآية، ومع ذلك يمكن الرد عليهم في ضوء الردود العامة للجمهور، وذلك من زاويتين:

(1) -ابن نجيم، المرجع نفسه، ج 7، ص 30. ابن عابدين، عمد أمين، منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418هـ -1997م، ج 7، ص 30.

(2) -حيدر، علي، دور الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، دط، دت، ج 4، ص 676.

(3) -ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 528-529. أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 217.

(4) -الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 223.

الأولى: أن القضاء على الغائب بالبينة العادلة قضاء بالحق، وأن المنهي عنه شرعا هو القضاء على الحاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته، أو على الغائب وليس مع المدعي بيته⁽¹⁾.

ثم إن الحنفية يجيزون القضاء على الغائب بالإقرار، وهو قضاء على الغائب دون سماع كلام منه. وفي هذا يقول السرخسي الحنفي: «لإجماعنا أن القضاء على الغائب بالإقرار جائز»⁽²⁾.

الثانية: إن الآية عامة ولا تدل على عدم جواز القضاء على الغائب، فتخصيصها بذلك تخصيص بلا مخصص. فضلا عن منازعة الجمهور في عموم الآية، حيث قالوا بأن الآية خصصتها السنة النبوية بحديث هند الذي سيأتي ذكره.

2- قال ﷺ: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ (48) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ (49) أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ بَلْ أَوْلَيْتَ هُمُ الظَّالِمُونَ (50) إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (51)﴾ [النور: 48-51]⁽³⁾.

وجه الاستدلال بهذه الآيات أن الذم يدل على وجوب الحضور للمحاكمة، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور، ولم يستحق الذم⁽⁴⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: وقد ردّ الماوردي الشافعي على هذا الاستدلال من وجهين⁽⁵⁾:

الأول: أن هذه الآية في الحاضر على أساس أن الدعاء يكون للحاضر وليس للغائب.

الثاني: أنه ذم من أبي الإجابة بالإعراض، وأثنى على من لى بالفلاح، وذمه أحق لوجوب الحكم عليه وأفضل من إسقاطه عنه.

والحق أن ما قاله الماوردي في الوجه الأول فيه نظر، فالقول بأن الآيات خاصة بالحاضر دون الغائب هو تخصيص بلا مخصص، ودعوى تحتاج إلى دليل، ومن ثم فكلامه غير مقبول، والآية عامة تشمل الحاضر والغائب معا⁽⁶⁾.

ب/ - السنة النبوية: واستدل المانعون بعدة أحاديث هي كالآتي:

1/ - عن أم سلمة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل

(1) - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 11، ص 485. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 13، ص 172. الأسيوطي، جواهر العقود، مرجع سابق، ج 2، ص 287-288.

(2) - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39.

(3) - لم أعر أثناء البحث على استدلال الحنفية بهذه الآية، وإنما وقعت عليها عند الماوردي. انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 369. وانظر كتابه: أدب القاضي، العاني ومكتبة الحرم المكي، بغداد، ط 1، 1392هـ - 1972م، ج 2، ص 309.

(4) - الماوردي، المراجع والصفحات نفسها.

(5) - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 372. وانظر كتابه: أدب القاضي، مرجع سابق، ج 2، ص 317.

(6) - بلعروس، عمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 36.

بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض فأقضي نحو ما أسمع، فمن قضيتُ له بحق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»⁽¹⁾.

أما وجه الاستدلال بهذا الحديث - والذي يعتبر عمدة من لم ير القضاء على الغائب⁽²⁾ - هو قوله: «فأقضي نحو ما أسمع» وفي هذا دلالة على أن القاضي لا يحكم إلا بما سمع من الخصمين، من بينة أو إقرار أو إنكار، بحسب ما أحكمته السنة، فإذا حكم على الغائب خالف هذا، لأنه لم يسمع كلامه⁽³⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: ويناقش هذا الاستدلال بأن الحديث لا يدل على عدم جواز الحكم على الغائب، وهذا على أساس الظروف التي ورد فيها الحديث، فالتبني ﷺ قاله بعدما احتصم إليه رجلان، وحضرا إليه معاً⁽⁴⁾، فحكم بينهما بحسب ما سمع منهما، فالتأكيد على السماع لا يعني نفي أن يكون غيره طريقاً للحكم.

يقول الإمام الشوكاني: «لا يلزم من التخصيص على الشيء نفيه عمماً عنه»⁽⁵⁾، ومن ثم فإنه ليس في الحديث ما يدل على منع الحكم على الغائب، وإنما هو مسكوت عنه، هذا فضلاً عن أن الحديث جاء عن الحكم بالظاهر أصالة، أما السماع من الخصمين فجاء تبعاً.

وليس صحيحاً ما يراه بعض الباحثين المعاصرين من أن هذا الحديث فيه «بعض الحجة»⁽⁶⁾ للمانعين، لما قلناه سابقاً، وكذلك لا توجد حجة، أو بعض الحجة، أو نصف أو ثمن الحجة، وإنما توجد الحجة واحدة، أو لا توجد.

2/- عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السنن، ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: «إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: فما زلتُ قاضياً، أو ما شككتُ في قضاء بعد⁽⁷⁾.

(1) سبق تخريجه في ص 11.

(2) ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ج 2، ص 386.

(3) العيني، بدر الدين أبو محمد محمود، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار الفكر، دم ن، دط، دت، ج 24، ص 257.

(4) رواه مسلم في صحيحه، ج 3، ص 1337-1338.

(5) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد - مصطفى محمد الهوارى، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دط، دت، ج 10، ص 219.

(6) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 532. بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 37.

(7) أخرجه كل من: أبو داود، سليمان بن الأشعث، السنن، تعليق: أحمد سعد علي، مطبعة الباني الخليلي، القاهرة، ط 1، [149] هـ - 1952 م. كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، ج 2، ص 270. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقى، دار الفكر، دم، دط، دت، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، ج 2، ص 774، رقم الحديث: 2310. الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله، المستدرک على الصحيحين، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت، كتاب الأحكام، باب استماع بيان الخصمين واجب على القاضي، ج 4، ص 93، وتساءل عنه: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1403 هـ - 1983 م. البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب آداب القاضي، ج 10، ص 86. الألباني، محمد ناصر

ووجه الدلالة في قوله ﷺ: «... فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول...». أنه «فما عليه الصلاة والسلام عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيًا عنه»⁽¹⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: اعترض الجمهور على هذا الحديث بعدة اعتراضات، يمكن تقسيمها إلى ناحيتين: ناحية السند، وناحية الدلالة.

I -/ من ناحية السند: أنكر ابن حزم صحة هذا الحديث فقال: «أما الخبر عن رسول الله ﷺ فساقط، لأن شريكاً مدلس، وسمك بن حرب يقبل التلقين، وحنش بن المعتمر ساقط مطرَح»⁽²⁾.

II -/ من ناحية الدلالة: إن الحديث يتكلم -وهذا على فرض صحته- عن حالة حضور الخصمين معاً مجلس الحكم، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لأحد الخصمين بعد أن يسمع منه، والخصم الآخر حاضر ولا يسمع منه، فيحكم فقط بناء على ما أدلى الخصم الأول، وهذا ظلم، والظلم حرام.

والذي دل على هذا المعنى وهو حالة حضور الخصمين معاً مجلس الحكم، هو ما جاء في الحديث قوله ﷺ: «... فإذا جلس بين يديك الخصمان»⁽³⁾.

مناقشة ابن حزم في رده للحديث: رأينا فيما سبق بيانه أن ابن حزم الظاهري يرد حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو فيما قاله في هذا غير مسلم له به، وإنما الحديث صحيح، فقد أجزم بصحته الكثير من العلماء؛ فقد قال الترمذي عنه: «هذا حديث حسن»⁽⁴⁾. وقال الحاكم النيسابوري عنه: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»⁽⁵⁾. ووافقه الذهبي في ذلك وقال عنه: «صحيح»⁽⁶⁾. وقال عنه ابن حجر العسقلاني: «وهو حديث حسن»⁽⁷⁾. وقال عنه محمد ناصر الدين الألباني: «صحيح»⁽⁸⁾.

الدين، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1419هـ-1998م، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، ج2، ص393. وقال عنه: «صحيح».

(1) -الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص222، 223. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج17، ص39. ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص308. البابري، العناية على الهداية، مرجع سابق، ج7، ص309. الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص191. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج7، ص29. السنائي، روضة القضاة، مرجع سابق، ج1، ص190.

(2) -ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج9، ص368.

(3) -القراي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص145. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص272. ابن قدامة المقدسي، المعنى، مرجع سابق، ج11، ص485. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخوفي، مرجع سابق، ج7، ص287. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص479. ابن حزم، المرجع و الصفحة نفسها. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج6، ص129. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج13، ص146. الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج4، ص215.

(4) -الترمذي، الجامع الصحيح، مرجع سابق، ج2، ص395.

(5) -الحاكم النيسابوري، المستدرک، مرجع سابق، ج4، ص93.

(6) -الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله، التلخيص، مطبوع بهامش المستدرک للحاكم النيسابوري، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت، ج4، ص93.

(7) -ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج13، ص146.

(8) -الألباني، صحيح سنن أبي داود، مرجع سابق، ج2، ص293.

أما ما قاله ابن حزم عن شريك، وعن سماك بن حرب، وعن حنش بن المعتمر، فغير مسلم به أيضاً، فشريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي قال عنه يحيى بن معين: «شريك ثقة». وأسوأ الأقوال فيه أنه «صدوق ثقة سيء الحفظ جداً، مضطرب الحديث»، وقال النسائي: «ليس به بأس»⁽¹⁾.

وسماك بن حرب قال عنه يحيى بن معين: «ثقة»، وقال عبد الرحمن بن أبي حاتم: «سألت أبي عنه فقال: صدوق ثقة»، وقال النسائي: «ليس به بأس، وفي حديثه شيء»⁽²⁾.

أما حنش بن المعتمر، فليس بساقط مطّرح بهذا الإطلاق، فقد قال عنه أبو داود بأنه: «ثقة»، وقال عبد الرحمن بن أبي حاتم: «سمعت أبي يقول: حنش بن المعتمر هو عندي صالح»، وأسوأ الأقوال لا تدل على طرحه، فقد قال البخاري: «يتكلم في حديثه»، وقال النسائي: «ليس بالقوي»، وقال أبو حاتم ابن حبان: «لا يحتج به»⁽³⁾.

وهكذا يتبين لنا أن ما قاله ابن حزم عن الحديث غير مسلم له به، فالحديث صحيح قولاً واحداً.

3- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن العاص: «إقض بينهما»، قال: وأنت هاهنا يا رسول الله؟ قال: «نعم»، قال: علي ما أقضي؟ قال: «إن اجتهدت فأصبحت لك عشرة أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد»⁽⁴⁾.

قال الكاساني الحنفي - بعد أن استدل بهذا الحديث - «والحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت بالبيينة لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبيينة حكماً بالحق، فكان ينبغي ألا يجوز الحكم بها أصلاً، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات، ولم يظهر أي الفصل في المنازعة - حال الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه»⁽⁵⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: يعترض على هذا الاستدلال من ناحيتين:

الأولى: إن الحديث كما رواه الدارقطني، والحاكم النيسابوري، ليس فيه «إقض بينهما بالحق»، التي تنبئ عليها الحنفية استدلالهم، ومن ثم يسقط الاستدلال بهذا الحديث.

الثانية: على فرض صحة الحديث أو العبارة، فإنه من غير المسلم به أن الحكم بالبيينة ليس حكماً بالحق لاحتمال الكذب، غير أنها جعلت حجة لضرورة فصل المنازعات كما قال الكاساني الحنفي، وذلك أن البيينة

⁽¹⁾ - الخزي، جمال الدين أبو الخجاج يوسف، كذب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1408هـ - 1988م، ج 12، ص 468، الترجمة رقم: 2736.

⁽²⁾ - الخزي، كذب الكمال، مرجع سابق، ج 12، ص 120، الترجمة رقم: 2579.

⁽³⁾ - الخزي، المرجع نفسه، ج 7، ص 432-433، الترجمة رقم: 1556.

⁽⁴⁾ - الدارقطني، علي بن عمر السنن. عالم الكتب، بيروت، ط 4، 1406هـ - 1986م. كتاب في الأفضية والأحكام، ج 4، ص 203، رواه الحاكم النيسابوري في المستدرک، كتاب الأحكام، ج 4، ص 88. وقال عنه: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». ووافقه الذهبي فقال: «صحيح». انظر: الذهبي، التلخيص، مرجع سابق، ج 4، ص 88.

ونشير أنه ليس في الحديث: «إقض بينهما بالحق» كما ذكر الكاساني، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 223.

⁽⁵⁾ - الكاساني، المرجع والصفحة نفسها. وانظر: الباقري، شرح العناية على إفتابيه، مرجع سابق، ج 7، ص 308.

هي إحدى طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، والأدلة من القرآن والسنة متضاربة على ذلك. فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:2]، وقال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [القرة:282].

ومن السنة قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ»⁽¹⁾. وقوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁽²⁾.

ثم إن القول بأن البينة ليست حجة إلا لضرورة فصل الخصومات غير مسلم به أيضا، لأن البينة هي: «حجة قائمة ثابتة بمشروعية أصلية غير عارضة، يعمل بها استنادا إلى العلم اليقيني بصحتها، أو على أقل تقدير - غلبة الظن بصحتها، فإذا غلب على ظن القاضي ذلك بحسب الظاهر، وجب عليه العمل بها والحكم بمقتضاها... ويكون حيث قد حكم بالعدل والقسط كما أمر الله تعالى»⁽³⁾.

ج- آثار الصحابة

عن عمرو بن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: «أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر: تنتظر خصمك، فقال له: يا أمير المؤمنين، أما بك من الغضب إلا ما أرى، فقال له عمر: فلعلك قد فقئت عيني خصمك معا، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معا، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بأن القضاء»⁽⁴⁾.

فهذا الأثر يدل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي الحكم على الغائب حتى يحضر وفي هذا دلالة على جواز الحكم على الغائب⁽⁵⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: ناقش ابن حزم هذا الاستدلال من ناحيتين، ناحية السند، وناحية الدلالة:

1/- من ناحية السند: فالأثر فيه راويان مجهولان هما: محمد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، قال ابن حزم عنهما: «ولا يدرى من هما في خلق الله تعالى»⁽⁶⁾.

ثم إن الأثر منقطع، فهو مروى عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر بن الخطاب، وعمرو بن عثمان

⁽¹⁾-رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته...، ج7، ص393، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج1، ص522. وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج1، ص668، رقم الحديث: 2067. والدارقطني، كتاب النكاح، ج3، ص277، والحاكم النيسابوري في المستدرک، كتاب الحدود، باب ذكر حد القذف، ج4، ص371. وقال عنه: «هنا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي فقال عنه: «صحيح». انظر: الذهبي، التلخيص، مرجع سابق، ج4، ص371.

⁽²⁾-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبيات، باب البينة على المدعي واليمين على من ادعى عليه، ج10، ص252. والدارقطني في سننه، كتاب في الأنظمة والأحكام، ج4، ص218. والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج2، ص399، رقم الحديث: 1357.

⁽³⁾-أبو غدة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص76.

⁽⁴⁾-ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج9، ص368. والدليل لم نجد عند الحنفية الذين نقلنا عنهم ومع ذلك أوردناه زيادة في العلم، وحثنا لكل الأدلة التي تؤيد المذهب الحنفي.

⁽⁵⁾-ابن حزم، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁶⁾-ابن حزم، المرجع نفسه، ج9، ص369.

لم يدرك سيدنا عمر، لأن عمرو بن عثمان بن عفان ولد ليلة وفاة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ⁽¹⁾.

2- من ناحية الدلالة: إن الأثر ليس فيه ما يدل على منع الحكم على الغائب، لأن الرجل المدعى عليه كان حاضراً في المدينة، ثم أتى بعد ذلك، وظهر أن عينيه الاثنتين قد فقتنا معا، ومن ثم يسقط الاستدلال بهذا الأثر.

د- المعقول: استدلال الحنفية بالمعقول من وجوه عدة نذكر منها ما يأتي:

1- إن البينة شرعت بهدف قطع المنازعات والخصومات، ولا منازعة لعدم تحقق الإنكار، لأن الخصم غائب، فكيف يتحقق الإنكار والخصم غائب؟ ⁽²⁾.

2- إن القضاء يتم إما بالإقرار وإما بالبينة، وأحكامهما مختلفة، فالإقرار حجة قاصرة، والبينة حجة متعدية، فتختلف الأحكام، فيقع الاشتباه والظن والشك بالقضاء، وهو منفي وممنوع وقوعه ⁽³⁾.

3- يمتنع الحكم على الغائب لعدم سماعه لكلام الخصم، فقد تكون معه حجة تبطل دعوى الحاضر ⁽⁴⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: وأجيب على هذه الاستدلالات بأن الحكم على الغائب أجزى وشرع لأجل حفظ حقوق الناس من الضياع بالغياب والتواري والامتناع عن حضور مجلس الحكم، فلو أننا منعنا الحكم على الغائب فإن حقوق الناس وأموالهم تضيع، ودمائهم وأعراضهم تنتهك، ولا حكم ولا عقوبة على الجاني الفار، فيؤدي كل هذا إلى عدم الاستقرار، وإلى انتشار الظلم والفساد والجور، وكل هذا محرم وقوعه في الشريعة الإسلامية، خاصة إذا علمنا أن الشريعة جاءت لتحقيق المصالح لا إلى تفويتها، وعدم الحكم على الغائب هو تفويت لمصلحة عظيمة هو عدم إيصال الحقوق لأصحابها التي نذب الحكام لأجلها.

وزيادة على هذا فإن القضاء على الغائب يجوز ولكن بشروط، أن تكون للمدعي بينة تثبت ادعاءه، وأن يجله القاضي احتياطاً، وبعد كل هذا يبقى للمحكوم عليه الغائب الحق في الطعن في الحكم الغيابي، فالغائب يبقى على حجته كما قال العلماء ⁽⁵⁾.

ثم إن الحنفية رغم منعهم الحكم على الغائب، فإنهم أجازوه في حالات منها: الحكم على الضمي،

(1) - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 369.

(2) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 3، ص 19. الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 191. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 29.

(3) - الزيلعي، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج 3، ص 439.

(5) - عليش، شرح فتح الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 206. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 55، الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 172. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 114. الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2، ص 303-304. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 371. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 407-415. النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 269-270. الهيثمي، تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص 188. المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 11، ص 301. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخوافي، مرجع سابق، ج 7، ص 288.

والميت، والمجنون⁽¹⁾، وهذا في الحقيقة هو تمويه منهم، لأجل الخروج من المأزق الذي أوقعوا فيه أنفسهم على حد تعبير ابن حزم الظاهري⁽²⁾. وكل هذا يدل على اهتزاز رأيهم أمام المستجدات والتطورات التي تطبع الحياة، وإلى العودة إلى منطق التشريع الإسلامي الذي لا يمكن الفرار منه.

ورغم كل هذا، فإن موقف الحنفية ومن معهم يعكس مدى الحرص الشديد، والدفاع المستميت على تحقيق العدالة، وضمان التكافؤ بين الخصوم، والمساواة بينهم في السماع والدفاع وفي كل شيء، وهو إن دل على شيء فإنما يدل على شدة إيمانهم بعدالة أحكام الشريعة الإسلامية، وأنها شريعة لا تغمط حق أي خصم ظلماً أو مظلوماً.

البند الثاني: اتجاه المجيزين، مذهب الجمهور، أدلتهم ومناقشتها

أولاً/ التعريف بهذا الاتجاه وأصحابه

يرى هذا الاتجاه أن من ادعى حقاً على شخص غائب، وله بنية على ذلك، فإنه يجوز للقاضي الحكم على الغائب، بناء على تلك البنية.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية ما عدا عبد الملك بن الماجشون⁽³⁾، وهو رأي الشافعي في مذهبه الجديد، وهو ما سار عليه أصحابه⁽⁴⁾، وإحدى الروایتين عن أحمد بن حنبل وهو ما اختاره أصحابه، سوى المجد ابن تيمية⁽⁵⁾، وبه قال الأوزاعي، وابن سيرين، والليث بن سعد، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وابن المنذر⁽⁶⁾، وابن

(1) -السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج 1، ص 191. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 32-33-35. الزيلعي، تيسير المحققين، مرجع سابق، ج 4، ص 192. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج 5، ص 410.

(2) -ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 369.

(3) -ابن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 4، ص 77، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 113. ابن رشد (المجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 180؛ ابن رشد (الجد)، الفتاوى، مرجع سابق، ج 3، ص 1326، ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 386. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 97، عليش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 205. الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 46، ص 132؛ اللوديني، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 55-56. ابن عبد الوفيق، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 631، الحارثي، الحارثي على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 172، الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 153. ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 326.

(4) -الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 6، ص 230. الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2، ص 303. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 406. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 268. النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 368، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8، ص 158-159. ابن أبي السدم، أذب القضاء، مرجع سابق، ص 280. الأسيوطي، جواهر العقود، مرجع سابق، ج 2، ص 287.

(5) -ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ص 11، ص 485، المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ص 118، ص 298. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 497. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحرقسي، مرجع سابق، ج 7، ص 286، ص 287. البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 354. ابن التجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 299-300. ابن مفلح، القروع، مرجع سابق، ج 6، ص 484، ابن تيمية، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج 2، ص 210.

(6) -ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 13، ص 146، العيني، عمدة القاري، مرجع سابق، ج 24، ص 255. ابن قدامة المقدسي، المغني، المرجع والصفحة نفسها. الحيمي، الروض النضير، مرجع سابق، ج 3، ص 439. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129.

الفصل (التمهيري) الحكم الغائب، و الطعن في الأحكام القضائية (المالية و الوقت)

شبرمه في إحدى الروايتين عنه⁽¹⁾، وبه قال ابن حزم الظاهري⁽²⁾. وهو مذهب عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب من الصحابة رضي الله عنهم ولا يخالف لهم⁽³⁾، وهو اختيار الصنعاني من الزيدية⁽⁴⁾، وإليه ذهب محمد بن إسماعيل البخاري⁽⁵⁾، وغيرهم.

هؤلاء هم معظم من قال بجواز الحكم على الغائب، ولكل مذهب تفصيلات وفروع قد تتفق، وقد تختلف فيما بينها. وسنورد تفصيلات وفروع المذاهب الثلاثة: المالكية والشافعية والحنابلة نظرا لوجود التفصيلات لديهم ثم بعد ذلك نعود إلى ذكر الموافقات والفروق بين هذه المذاهب.

1/- المالكية⁽⁶⁾: يقسم المالكية الغائب الذي يحكم عليه إلى ثلاثة أقسام:

أ/- غائب قريب: وحد الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة، وما قارها مع أمن الطريق⁽⁷⁾. وحكم هذا الغائب المدعى عليه أن يعامل معاملة المدعى عليه الحاضر، من حيث سماع الدعوى والبينة وإصدار الحكم عليه. ويحكم عليه في كل شيء.

ب/- غائب متوسط الغيبة: وحد هذه الغيبة أن يكون الغائب على مسافة عشرة أيام مع الأمن، أو مسافة يومين مع الخوف⁽⁸⁾. ويحكم على الغائب هنا بشرطين:

1- أن يخلف المحكوم له بيمين القضاء -الاستبراء- ولا يتم الحكم إلا بها، وفي حالة عدم وجودها، فإن الحكم ينقض.

2- ألا يكون موضوع الحكم استحقاق عقار الغائب، أي أنه يحكم على الغائب في هذا النوع من الغيبة في كل شيء ما عدا استحقاق العقار، وذلك لتنافس الناس فيه. وهذا الغائب ترجى له الحجة، فيجوز له الطعن في الحكم.

ج/- غائب غيبة بعيدة: والغيبة البعيدة مثل المسافة بين إفريقية والمدينة المنورة أو مكة، أو المسافة بين خراسان والأندلس. وحكم هذا القسم جواز الحكم على الغائب في كل شيء، ويشترط بيمين القضاء للحكم بها. كما يجوز للغائب الطعن في الحكم، أي ترجى له الحجة.

2/- الشافعية⁽⁹⁾: يقسم الشافعية الغائب إلى قسمين:

⁽¹⁾ - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج13، ص146. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ص11، ص485. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص368.

⁽²⁾ - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج9، ص366.

⁽³⁾ - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص144، الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص268. ابن حزم، المرجع نفسه، ج9، ص369.

⁽⁴⁾ - الصنعاني، التاج المذهب، مرجع سابق، ج4، ص193.

⁽⁵⁾ - ابن حجر، المرجع نفسه، ج9، ص421.

⁽⁶⁾ - أنظر الخامس 3، ص34.

⁽⁷⁾ - يقدرها بعض المعاصرين بالمسافة من 40 إلى 120 كلم. أنظر: أبو غدة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص95.

⁽⁸⁾ - يقدرها البعض بـ 400 كلم. أنظر: أبو غدة، حسن عبد الغني، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁹⁾ - أنظر: الخامس رقم: 4، ص34 من هذا الفصل.

أ/- غائب دون مسافة القصر أو العدوى: يعتبر الشافعية أن الغائب دون مسافة القصر -على رأي البعض- أو دون مسافة العدوى -على رأي البعض الآخر-⁽¹⁾ هو كالحاضر، فتسمع عليه البيعة ويحكم عليه في كل شيء، ولا ترجى له الحجة.

ب/- غائب ما فوق مسافة القصر أو العدوى: ويعتبره الشافعية غائبا فيحكم عليه في كل شيء ما عدا ما يتعلق بحقوق بالله ﷻ، فلا يجوز الحكم على الغائب في الزنا والسرقة، إلا فيما يتعلق بالجوانب المالية، أما حقوق العباد فيجوز الحكم فيها على الغائب بشرط أن يُلَفَّ المحكوم له يمين القضاء، وتسمى يمين الاستظهار لديهم، والغائب في هذا القسم ترجى له الحجة، فإذا قدم كان له حق الطعن في الحكم الغيابي.

3/- الخنابلة⁽²⁾: يقسم الخنابلة الغائب إلى قسمين:

أ/- غائب دون مسافة القصر: وهو كالحاضر، فيحكم عليه في كل شيء، ولا ترجى له الحجة.

ب/- غائب ما فوق مسافة القصر: فهذا يحكم عليه في كل شيء سوى ما يتعلق بحقوق الله تعالى، فلا يجوز الحكم فيها على الغائب، لأن حقوق الله ﷻ مبنية على المسامحة والمساهلة، بخلاف حقوق العباد فيجوز الحكم فيها على الغائب، لأنها مبنية على المشاححة والمغالبة. والغائب في هذا القسم الثاني ترجى له الحجة.

والمشهور لدى الخنابلة أن المحكوم له المدعي لا يُلَفَّ اكتفاء بالنية التي يقدمها أمام القاضي، إلا أنهم أجازوه بعد ذلك، نظرا لفساد الأحوال والذمم والعهود.

هذه باختصار مجمل أقوال المذاهب الثلاثة، وبالمقارنة بينها نجد أن هناك نقاطا تتفق فيها وأخرى تختلف حولها، ويمكن تفصيل هذا الكلام في الآتي:

-الموافقات بين المالكية والشافعية والخنابلة

1/- اتفقوا على أن الغياب هو غياب المدعى عليه عن مجلس الحكم، وعن بلد المدعي معا، فإذا كان المدعى عليه قريبا من مجلس فهو كالحاضر في الحكم عليه في كل شيء ولا ترجى له الحجة. وقد رأينا من قبل أنه لم يخالف في ذلك سوى ابن حزم الظاهري والشوكاني⁽³⁾.

2/- واتفقوا أيضا على جواز القضاء على الممتنع، أو المختفي أو الهارب بعد حضوره المجلس، ولكن إذا صدر الحكم عليه، فإنه يصدر حكما حضوريا اعتباريا وليس حكما غيابيا، وذلك سدا لذريعة الهروب، والامتناع عن حضور جلسات المحاكمة، وعدم إعطاء الفرصة للمجرمين لإهانة القضاء والناس بإطالة أمد النزاع.

(1)-أنظر: ص 5 من هذا الفصل.

(2)-أنظر: الهامش رقم: 5، ص 34 من هذا الفصل.

(3)-أنظر: ص 7 من هذا الفصل.

ويستثنى من هذا من له عذر مقبول من طرف القاضي مثل «مرض لا يمكنه المشي إلى مجلس الحكم إلا بمشقة عظيمة لا تحمل في العادة»⁽¹⁾، وكذلك الإغماء⁽²⁾، أو عدم التبليغ.

3/- واتفقوا كذلك على أن الحكم على الغائب لا يتم إلا بناء على بينة عادلة تثبت دعوى المدعي، وإلا كان الحكم باطلا ومنعدما⁽³⁾، فالدعوى بلا بينة لا تقبل، وهذا يعني أن مجرد الغيبة ليس دليلا ولا حجة على ثبوت حق المدعي، وفي هذا المعنى يقول السمناني الحنفي: «وليس في هرب الخصم اعتراف منه بالدعوى، ولا تصديق المدعي فيما ادعاه»⁽⁴⁾.

4/- واتفقوا أيضا أن المحكوم له في الحكم على الغائب يحلف إحتياطا، وهي عينة واجب لا تجب إلا في الحكم على الغائب، وإن عدم وجود اليمين فإن الحكم يعد باطلا وينقض⁽⁵⁾. ونشير إلى أن الحنابلة وإن كان المشهور لديهم عدم جواز تحليف المدعي اكتفاء بالبينة العادلة، إلا أنهم بعد ذلك أجازوا تحليفه نظرا لفساد الذم والعهود وانتشار الفساد والإجرام⁽⁶⁾.

وقد خالف في تحليف المدعي ابن المرتضى من الزيدية، فرأى أنه ليس واجبا تحليفه⁽⁷⁾، وخالفه الصنعاني من الزيدية فأجاز تحليفه⁽⁸⁾.

الفروق

1/- افرق المالكية عن الشافعية والحنابلة في تقسيم الغيبة إلى ثلاثة أقسام: قريبة، متوسطة وبعيدة، بينما قسم الشافعية والحنابلة معا الغيبة إلى قسمين: غيبة قريبة، وغيبة بعيدة. والاختلاف ليس فقط في تقسيم الغيبة، وإنما فيما ينبنى على التقسيم، ذلك أن المالكية في الغيبة المتوسطة أجازوا القضاء على الغائب في كل شيء ما عدا العقار، بخلاف الشافعية والحنابلة الذين لم يكن لهم هذا التفصيل.

وقد رأينا من قبل انتقاد ابن حزم الظاهري، وابن المرتضى الزيدي لهذا المسلك المالكي، ورأينا أيضا أنه لا جدوى من هذا التقسيم، وأنه تعوزه الدقة والتحقيق⁽⁹⁾.

2/- واختلفوا كذلك في تنصيب وكيل يدافع عن الغائب وينكر عنه، أم أن الأمر لا يستلزم ذلك، وأن

(1) - ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 414.

(2) - السمناني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 172. ابن جزري، قوانين الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 326.

(3) - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 137، ابن عبد الرفيع، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 610.

(4) - السمناني، المرجع نفسه، ج 1، ص 195.

(5) - غليش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 206. الدرديري، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 55-56، الخورشبي، الخورشبي

على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 7، ص 172-173. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 407، الرملي، نهاية

المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 268.

(6) - ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 300. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498. وانظر كتابه:

كشاف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 354. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحوفي، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

(7) - ابن المرتضى، البحر الرخا، مرجع سابق، ج 6، ص 126.

(8) - الصنعاني، التاج المذهب، مرجع سابق، ج 4، ص 15.

(9) - انظر: ص 11 من هذا الفصل.

البيئة كافية بنفسها. فالمالكية⁽¹⁾ اختلفوا على قولين:

الأول: وهو رأي ابن القاسم، حيث لا يجب على القاضي تنصيب الوكيل ليدافع وينكر عن الغائب، ويشار فقط أن المذهب على رأي ابن القاسم.

الثاني: وهو رأي سحنون بن سعيد التتوخي وأصبع بن الفرغ، حيث يريان ضرورة تنصيب وكيل يدافع عن الغائب، ويطعن في البينة التي يقدمها المدعي. وهم يبنون على هذا- أي جواز تنصيب الوكيل ليدافع عن الغائب- أن الغائب لا ترجى له الحجة في ذلك إذا حضر، فكأن التوكيل عندهم كإرجاء الحجة للغائب سواء سواء. في حين أن ابن القاسم يبي على قوله عدم جواز تنصيب الوكيل، جواز إرجاء الحجة للغائب.

أما الشافعية⁽²⁾ ففي المسألة قولان مشهوران: قول بالتنصيب، وقول بعدمه، وهو الأصح في المذهب، لأنه -كما قالوا- قد يكون الغائب مقرا فيكون إنكار الوكيل كذبا، ومضيعة للوقت، وتعقيدا للقضية. ورغم هذا، فإن في المذهب رأيا يجعل للقاضي الخيار في أن ينصب وكيلاً أو لا ينصب⁽³⁾، أي أن الأمر يعود لسلطة القاضي التقديرية الذي ينظر القضية.

والحنابلة⁽⁴⁾ اختلفوا كذلك على قولين: قول يجوز نصب الوكيل، وقول لا يجيزه. وأما الزيدية⁽⁵⁾ فأجازوا تنصيب الوكيل ليرافع ويدافع عن المحكوم عليه الغائب.

ورأينا الجمع بين الأمرين معاً، تنصيب الوكيل لينكر عن الغائب، وإعطاء المحكوم عليه غيباً الحق في الطعن في الحكم الغيبي بالمعارضة، وهذا كله من أجل تحقيق العدالة، وحرصاً على توفير ضمانات تكفل حق الغائب، لأنه هو الأسوأ مركزاً بغيبه وبخسارته للقضية. ومع ذلك فالأولى أن يكون الوكيل معينا من قبل الغائب، حتى يكون العمل القضائي أكثر مصداقية وجدية من أن يعين من قبل القضاء.

3/- واختلفوا كذلك في هل يجوز القضاء على الغائب في كل الحقوق سواء ما تعلق منها بحقوق الله

تعالى أم بحقوق العباد؟ وقد فصلنا القول من قبل⁽⁶⁾.

ثانياً/- أدلتهم ومناقشتها

استدل المجيزون للحكم على الغائب بأدلة من القرآن والسنة، وإجماع الصحابة والقياس والمعقول.

⁽¹⁾ ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج9، ص182-286-287. وأنظر كتابه: فتاوى ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص1326. ابن فرحون، قصرة الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص99-100. عليش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج4، ص204. ابن عبد الرقيب، معين الأحكام، مرجع سابق، ج2، ص632.

⁽²⁾ -الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص269. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص279. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص159-160. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص407.

⁽³⁾ -النووي، المرجع والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ -الزرکشي، بشرح الزرکشي على مختصر الخرقى، مرجع سابق، ج7، ص287. ابن البناء، أبو علي الحسن بن أحمد، المقنع في شرح المختصر الخرقى، تحقيق ودراسة عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم العيمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1415هـ-1994م، ج4، ص1293.

⁽⁵⁾ -ابن المرقزي، البحر الرخا، مرجع سابق، ج6، ص129، الصنعاني، إنتاج المذهب، مرجع سابق، ج4، ص193-194.

⁽⁶⁾ -أنظر: ص من الفصل

أ- القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: 135]، وقال عز وجل: ﴿فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 48]، وقوله: ﴿يَا ذَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: 26]، وقوله: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 02].

وجه الاستشهاد هذه الآيات أن الله تعالى لم يخص حاضرا من غائب، ولم يفرق بينهما في الحكم فصح القضاء على الغائب، ثم إن ما شهدت به البيعة على الغائب حق فوجب الحكم به⁽¹⁾.

مناقشة هذا الاستدلال: لم أقف - كما لم يقف غيري⁽²⁾ - على أي رد أو مناقشة للحنفية على هذا الاستدلال، إلا أنه يمكن القول بأن هذه الآيات عامة تتحدث عن الشهادة والحكم بالعدل والقسط والبنية العادلة، وتدعو إلى الابتعاد عن العاطفة والهوى حين الحكم، فهي في غير محل النزاع.

ب- السنة النبوية: استدلال المجيزون بمجموعة من الأحاديث نذكر منها يأتي:

1- عن عائشة رضي الله عنها أن هند قالت للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فأحتاج أن آخذ من ماله، قال: «خذني ما يكفيك وولديك بالمعروف»⁽³⁾.

ويعتبر هذا الحدث عمدة من أجاز القضاء على الغائب، ويتبين لنا ذلك من خلال كثرة ذكره من طرف الجمهور في كتبهم، وسنرى ذلك حين ذكر وجه الاستدلال.

وجه الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ قضى هند - رضي الله عنها - بالنفقة على أبي سفيان، ولم يكن حاضرا، فدل هذا على جواز الحكم على الغائب⁽⁴⁾.

زيادة على ذلك، فإن النبي ﷺ تصرف هنا بمنصب القضاء، لا بمنصب الإفتاء، دل على ذلك أن الفتوى لا يكون بها جزم وقطع، أما الحكم فيكون على سبيل القطع والجزم، كما هو وارد في الحديث، ولو قال: لك أن تأخذني، أو لا بأس عليك، أو نحوه - ولم يقل: خذي - لكان فتوى، فلما جزم بالأخذ كان حكما

(1) - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 113. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 370. ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 369. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129.

(2) - أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 202، بلغروس، عمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 41، أبو غدة، عبد الغني حسن، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 82.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، ج 9، ص 71-72، كتاب الأحكام، باب من رأى للفاضي أن يحكم يعلم... ج 9، ص 66، وكتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل...، ج 7، ص 65-66. وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، بساب قضية هند، ج 3، ص 1338، رقم الحديث: 1714.

(4) - ابن فرج القرطبي، أبو عبد الله، أفضية رسول الله ﷺ، تعليق: عبد المعطي قلعي، دار الوعي، حلب، ط 2، 1982م، ص 73، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 406. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 386، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 113. وأنظر كتابه: الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي القاهرة، ط 1، 1989م، ص 58. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 268. الماوردي، المرجع والصفحة نفسها. ابن قدامة المقدسي، المغني مرجع سابق، ج 11، ص 485. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 497. وانظر كتابه: كشف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 345. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحرقفي، مرجع سابق، ج 7، ص 286. الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج 3، ص 439. ابن حزم، المرجع نفسه، ج 9، ص 370.

لا فتوى، ولأن الأغلب من تصرفاته ﷺ إنما هو الحكم لا الفتوى⁽¹⁾.

الاعتراض على هذا الاستدلال: وقد رد الخليفة بقوة على الاستدلال بهذا الحديث وذلك من عدة

أوجه هي:

I -/ إن تصرف النبي ﷺ من خلال الحديث هو تصرف على سبيل الإفتاء، لا على سبيل القضاء،

يدل على هذا ما يأتي:

- إن هذه الحادثة لم تسبقها دعوى مستوفية لشرائطها، فالرسول ﷺ لم يخلف هناء، ولم يطالبها

بالبينة، ولم يقل لها المحكوم به⁽²⁾.

- إن مما يؤيد أن تصرفه ﷺ هو تصرف على سبيل الإفتاء، ما ورد في رواية أخرى لمسلم بلفظ آخر،

حيث ورد فيها: «... فقال النبي ﷺ: «لا حرج عليك أن تنفقي عليهم بالمعروف»⁽³⁾، فقوله: «لا حرج

عليك» من صيغ الإفتاء لا من صيغ القضاء⁽⁴⁾.

II -/ إن ما قاله الجمهور من أن أبا سفيان كان غائبا في هذه الحادثة غير صحيح، والصحيح أنه كان

حاضرا، بل كان جالسا مع زوجته هند بنت عتبة رضي الله عنها. وهذا ما ذكره الإمام النووي⁽⁵⁾ وأيده في

ذلك ابن حجر العسقلاني⁽⁶⁾، كما وافقهما الكثير من العلماء الذين قالوا بجواز القضاء على الغائب⁽⁷⁾، ومن ثم

يقرر أن ما قاله الرسول ﷺ ليس حكما على الغائب، بل هو حكم على الحاضر، وهو في غير موضع نزاع.

(1)- ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 421، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 113. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج،

مرجع سابق، ج 4، ص 406. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 268. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 370.

(2)- السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39، الزيلعي، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 64، ص 191. الباهري، شرح الغناية، مرجع سابق، ج 7، ص 309.

(3)- مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب قضية هند، ج 3، ص 1339.

(4)- لم أجد أحدا من الخفية الذين نقلت عنهم قد ذكروا هذا الاعتراض، وإنما وجدته عند المعاصرين، أنظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية السندعوى،

مرجع سابق، ص 454. بلعروص، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 42.

(5)- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج 6، ص 250.

(6)- ابن حجر، المرجع نفسه، ج 9، ص 421. وخبر جلوس أبي سفيان مع هند قال عنه ابن حجر: ① رجاله رجال الصحيح *.

(7)- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت، دط، دت، ج 1، ص 46. وانظر كتابه: الأحكام في تمييز

الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، ص 58. الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 113، ابن التركماني، الجوهر النقي، مرجع سابق، ج 10،

ص 141. ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 386. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحرقفي، مرجع سابق، ج 7،

ص 286. الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها. العيني، عمدة القاري، مرجع سابق، ج 24، ص 256. الصنعاني، سبل السلام، مرجع

سابق، ج 3، ص 386.

ورغم هذا، إلا أن ابن حجر العسقلاني اعترض على قولهم قائلًا: «ويمكن تعدد القصة وأن هذا وقع لما بايعت ثم جاءت مرة أخرى فسألت عن الحكم، وتكون فهمت من الأول إحلال أبي سفيان لها ما مضى، فسألت عما يستقبل»⁽¹⁾.

ولعل ما روته فاطمة بنت عتبة -أخت هند- يؤيد ذلك، فقد روت أن أبا حذيفة بن عتبة ذهب بها، وبأختها هند يابعان... فلما اشترط ولا يسرقن -قالت هند: «لا أبايعك على السرقة، إني أسرق من مال زوجي، فكفَّ النبي ﷺ يده، وكفَّت يدها حتى أرسل إلى أبي سفيان فتحلل لها منه، فقال أبو سفيان: أما الرطب فنعم، وأما اليابس فلا ولا نعمة»⁽²⁾.

فالذي يظهر من روايات الحديث المحتج بها أن الرسول ﷺ قد أجاز لها الأخذ من مال زوجها في غيابه، وهذا يكفي للاستدلال على صحة الحكم على الغائب على الأقل في مثل هذه الحالات، وفي هذا المعنى يقول ابن حجر العسقلاني: «والذي يظهر لي أن البخاري لم يرد أن قضية هند كانت قضاء على أبي سفيان وهو غائب، بل استدل بها على صحة القضاء على الغائب، ولو لم يكن ذلك قضاء على غائب بشرطه، بل لما كان أبو سفيان غير حاضر معها في المجلس وأذن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه قدر كفايتها، كان ذلك نوع قضاء على الغائب، فيحتاج من منعه أن يجيب عن هذا»⁽³⁾. ولعل هذا يكون مرجحًا لجواز القضاء على الغائب.

2/- قال رسول الله ﷺ: «البينة على المدعي...»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن هذا الحديث لم يفصل كون الخصم حاضرًا أو غائبًا، ولأن الحجة وجدت على التمام - وهي البينة - فجاز القضاء بها من غير اشتراط حضور الخصم، كما أن اشتراط الحضور زيادة على النص بلا دليل⁽⁵⁾.

الاعتراض على هذا الاستدلال: أجاب الحنفية على هذا الاستدلال بأن البينة اسم لما يحصل به البيان وهو ليس المقصود في حق المدعي لأنه حاصل بقوله، ولا في حق القاضي، لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع، إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد، وذلك لا يكون إلا بحضوره، والأكثر من ذلك أنه

(1) - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 9، ص 421.

(2) - أخرجه الحاكم النيسابوري في المستدرک، كتاب التفسير، باب مبيعة هند وفاطمة بنت عتبة، ج 2، ص 486، وقال عنه: «هذا حديث صحيح ولم يخرجاه». وواقفه النهي فقال عنه: «صحيح». الذهبي، التلخيص، مرجع سابق، ج 2، ص 486.

(3) - ابن حجر، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - سبق تخريجه في ص 32.

(5) - القرافي، الذخيرة، مرجع السابق، ج 10، ص 113. كذلك وجدنا هذا الدليل يذكره الحنفية عن الجمهور ومنهم: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39. ابن المهام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 7، ص 308، الباقري، شرح العناية على الهداية، مرجع سابق، ج 7، ص 309. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 191.

جعل البيعة على المدعي في حال لو ادعى عدمها استحلف الخصم، فقال: «... واليمين على من أنكرك»⁽¹⁾. وذلك لا يكون إلا بمحض منه⁽²⁾.

ثم إن الحديث في ظاهره يدل على أن من ادعى شيئاً فعله إقامة البيعة، فهو ليس في محل التراجع، إنما التراجع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا؟ وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات وقد قام الدليل على نفيه، وهو قوله ﷺ - في حديث علي ﷺ - «فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول»⁽³⁾ و الذي يظهر لي أن الحديث ليس نصاً في محل التراجع لعمومه، وظاهره يدل على ذلك.

3/- عن أنس بن مالك ﷺ - أن ناساً من عُرَيْبَةَ، قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ، فَاجْتَرَوْهَا⁽⁴⁾، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ شِئْتُمْ أَنْ تَخْرُجُوا إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ فَتَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَنْبُؤِهَا» ففعلوا فصَحُّوا، ثُمَّ مَالُوا إِلَى الرِّعَاةِ فَقَتَلُوهُمْ، وَارْتَلَوْا عَنِ الْإِسْلَامِ، وَسَاقُوا دَوْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ ﷺ، فَبِعَثَ فِي إِيْرِهِمْ قَاتِيَهُمْ، فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَلَ⁽⁵⁾ أَعْيُنَهُمْ وَتَرَكَهُمْ عَلَى الْحُرَّةِ حَتَّى مَاتُوا⁽⁷⁾.
وجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي حكم على العرنيين وهم عُيْبٌ عن المدينة، فكان حكماً على العائب⁽⁸⁾.

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث: إن القول بأن النبي ﷺ حكم على العرنيين وهم عُيْبٌ، هو قول بلا دليل، حيث إن كل الروايات، سواء في صحيح مسلم أو غيره لم تذكر أنهم عُيْبٌ.

4/- عن سهل بن أبي حنمة، ورافع بن خديج أنهما قالا: خرج عبد الله بن سهل بن زيد، ومُحَيِّصَةُ بن مسعود بن زيد، حتى إذا كانا بجدير تفرقا في بعض ما هنالك، فإذا مُحَيِّصَةُ بجيد عبد الله بن سهل قتيلاً، فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمان بن سهل، وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمان ليتكلم قبل صاحبيه، فقال له رسول الله ﷺ: «كَبُرَ» - الكبر في السن - فصمت فتكلم صاحبه، وتكلم معهما، فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم: «أَتَحْلِفُونَ حَمْسِينَ يَمِينًا فَتَسْتَحِقُّونَ صَاحِبِكُمْ؟» (أو قاتلكم) قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا؟»، قالوا:

(1) - سبق تخريجه في ص 32. وقد قال ابن حجر عن: «... واليمين على من أنكرك»، وهذه الزيادة ليست في الصحيحين، وإسنادها حسن. أنظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 5، ص 216.

(2) - المرخسي، المسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39، ابن همام، شرح فتح القديري، مرجع سابق، ج 7، ص 308، التويلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 191-192.

(3) - سبق تخريجه، أنظر ص 29.

(4) - الباهري، شرح العناية على المفاتيح، مرجع سابق، ج 7، ص 309.

(5) - فاجتروها: مشتق من الجوى، وهو داء في الجوف، انظر: النووي، مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج 6، ص 171.

(6) - سمل: فقاها وأذهب ما فيها، أنظر: النووي، المرجع والصفحة نفسها.

(7) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحاربيين من أهل الكفر والردة، باب سمر النبي ﷺ أعين الحاربيين، ج 8، ص 163، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والحاربيين والقصاص والديات، باب حكم الحاربيين والمرتين، ج 3، ص 1296. رقم الحديث: 1671. والملفظ السلم.

(8) - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 369.

وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟، فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله (1).

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ حكم لأهل القتل على اليهود وهم غائبون عن مجلس الحكم فكان قضاء علي الغائب (2).

الاعتراض على هذا الاستدلال: لم أقف أثناء البحث على جواب للحنفية على هذا الاستدلال، ولكن يمكن أن يناقش (3)، بأن النبي ﷺ تصرف في هذه الحادثة بمنصب الإمامة، لا بمنصب القضاء، والإمامة وصف زائد عن القضاء، لأنه تعامل مع أفراد خارج الدولة الإسلامية، فخير في ذلك الزمن في صلح مع الرسول ﷺ، بدليل أنه ﷺ كتب إلى اليهود: «إِذَا أَنْ يَدُوا صَاحِبِكُمْ، وَإِذَا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحُجُوبٍ... فكتبوا: إنا والله ما قتلناه...» (4).

ج- إجماع الصحابة

ينقل الجمهور أن الصحابة أجمعوا على جواز القضاء على الغائب وأنه لا يصح عن أحد منهم خلافه (5). كما نقلوا الكثير من أقضيتهم التي تدل على جواز القضاء على الغائب، ومن هذه الأقضية ما يأتي:

1- / يُروى أن رجلاً كان مع أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه-، وكان ذا صوت ونكاية في العدو، ففتحوا فغنموا، فأعطاه أبو موسى الأشعري بعض سهمه فأبى أن يأخذ إلا جميعاً، فضربه عشرين سوطاً وحلق رأسه، فجمع شعره، ورحل إلى عمر -رضي الله عنه- فدخل عليه. قال جرير بن عبد الله: وأنا أقرب الناس مجلساً من عمر، فأخرج شعره فضرب به صدر عمر، وقال: أما والله لولا. فقال عمر، لولا ماذا -صدق الله لو لا النار، فقص عليه قصته فكتب عمر إلى أبي موسى: أن فلانا قدم علي فأخبرني بكذا وكذا، فإن كنت فعلت ذلك فعزمت عليك إن كنت فعلت به ذلك في ملاء من الناس، فعزمت عليك لما جلست له في ملاء من الناس حتى يقتص منك، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء من الناس، فعزمت عليك لما جلست له في خلاء حتى يقتص منك، فقال له الناس: أعف عنه، قال: لا والله لا أدعه لأحد، فلما قعد أبو موسى للقصاص رفع رأسه إلى السماء وقال: اللهم قد عفوت عنه» (6).

ففي هذا الأثر قضى عمر بن الخطاب على أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- وهو غائب، وبعث إليه بالحكم

(1) -رواه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب القسامة، ج9، ص9، رواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمخاريب والقصاص والديات، باب القسامة، ج3، ص1291. رقم الحديث: 1669. واللفظ لمسلم.

(2) -ابن حزم، المحلى، المرجع والصفحة نفسها. ابن فرج القرطبي، أقضية رسول الله ﷺ، مرجع سابق، ص19.

(3) -ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص547.

(4) -رواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمخاريب والقصاص والديات، باب القسامة، ج3، ص1295. ومعنى عبارة الحديث: «إن ثبت القتل عليهم بقسامتكم فعليهم أن يدفعوا إليكم دينه، وإما أن يعلمونا أنهم ممنوعون من التزام أحكامنا فينتقض عهدهم ويصبرون حرباً لنا». أنظر: النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص168.

(5) -ابن حزم، المرجع والصفحة نفسها. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص114.

(6) -ابن حزم، المرجع نفسه، ج9، ص370.

لينفذه على نفسه⁽¹⁾.

2/- فُقِدَ رجلٌ في عهد عمر رضي الله عنه، فجاءت امرأته فقضى لها أن تتريص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، ثم إذا شاءت تزوجت⁽²⁾. وهذا بإجماع الصحابة، ورد ذلك عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن عباس، ولم يكن لهم مخالف رغم اشتها قضايتهم، فكان ذلك إجماعاً على جواز القضاء على الغائب⁽³⁾.

3/- عن عمر بن عبد الرحمان بن ذَلَفٍ عن أبيه أن رجلاً من جُهَيْنَةَ، كان يشتري الرِّوَّاحِلَ فيُعَلِّي بها، ثم يسرع السير، فيسبق الحاج فأفلس، فَرَفِعَ أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: «أما بعد أيها الناس، فإنَّ الأُسَيْفِعَ، أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ، رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج إلا أنه قد أدان معرضاً فأصبح قد رين⁽⁴⁾ به، فمن كان عليه دينٌ فليأتنا بالعدة تقسم ماله بين غرمانه»⁽⁵⁾.

قال الجمهور: إن عمر قضى على الأُسَيْفِعِ وكان غائباً، واشتهر حكمه بين الناس ولم ينكر أحد، فكان قضاء على الغائب⁽⁶⁾.

الاعتراض على هذا الاستدلال: وقد اعترض ابن التركماني على هذا الاستدلال بناء على أن الحادثة لم يذكر فيها أن الأُسَيْفِعَ كان غائباً، فيحمل على أنه كان حاضر عند الدعوى⁽⁷⁾.

د- القياس: إن الحكم على الغائب جائز وذلك للأقيسة الآتية⁽⁸⁾:

1/- قياس الحكم على الغائب بالحكم على الصغير والميت والمجنون مع أنهم أعجز عن الدفع والإنكار والطعن، فالحكم على الغائب يجوز من باب أولى لأنه قد يحضر.

2/- قياس البينة العادلة التي يحكم بها على الغائب، على البينة العادلة التي يحكم بها على الحاضر بجامع أن كلا منهما مظهر للحق.

(1) - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 370.

(2) - ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: عامر عمري الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط 1، ص 237. ابن أنس، مالك، الموطأ - رواية يحيى بن يحيى الليثي - إعياد: أحمد راتب عرموش، دار الفوائس، بيروت، ط 1، 1410 هـ - 1990 م، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، ص 393، رقم الحديث: 1213. ورواه الدار قطني في سننه، كتاب النكاح، باب إمراه المفقود، ج 2، ص 421.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني مرجع السابق، ج 9، ص 134. ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 371. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 406.

(4) - رين: أي وقع بما لا يستطيع الخروج منه، أنظر: الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، ضبط و تصحيح: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415 هـ - 1994 م، ص 325.

(5) - رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من أجاز القضاء على الغائب، ج 10، ص 141. ورواه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب جامع القضاء وكراهته، ص 547، رقم الحديث: 1456.

(6) - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 114، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 370. الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها.

(7) - ابن التركماني، الجوهر النقي، مرجع سابق، ج 10، ص 141.

(8) - القرافي، المرجع والصفحة نفسها، الماوردي، المرجع والصفحة نفسها، الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 268.

3/- قياس جواز القضاء على الغائب بالدية على العاقلة، وهي غائبة بالإجماع.

الاعتراض على بعض الأقيسة: اعترض الحنفية على القياس الثاني ورأوا أنه قياس مع الفارق، لوجود فروق بين قياس البينة على الغائب، على البينة على الحاضر، لاحتمال أن يقر الغائب، فيبطل البينة، أو يقدرح فيها فيبطلها أيضا⁽¹⁾. وربما ذات الكلام ينطبق على القياس الثالث، فالعاقلة كثيرة العدد، والغائب لا يتعدد في أكثر الأحوال.

هـ-/- المعقول: إن في إجازة الحكم على الغائب هو من أجل حماية حقوق الناس وأموالهم من الضياع، وذلك بسبب الغياب، فلو أننا منعنا الحكم على الغائب بصفة مطلقة، لأدى ذلك إلى أكل حقوق الناس وأموالهم إما بالغياب أو بالتواري إلى أمد طويل، هذه الحقوق التي تذب الحكام إلى حمايتها، وصيانتها عن التلف، وأكلها بغير وجه حق، والشرع يحرم هذا.

وفي هذا المعنى يقول القرافي المالكي: «ولأنه لولا الحكم على الغائب لأخذ الناس أموال الناس وغابوا فتضيع الأموال، وقد يجوز ذهاب مال الغائب قبل القلوم فيضيع الحق»⁽²⁾.

ويقول الشيرازي الشافعي: «وسمعت البينة، لأنها لو لم تسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها»⁽³⁾.

ومن جهة أخرى فإن المصلحة التي تتحقق من الحكم على الغائب أكبر من المصلحة التي تنجر على عدم الحكم على الغائب، ذلك أن المصلحة التي تنجر من الحكم على الغائب هي مصلحة عامة، لأنها تقيم النظام الاجتماعي ككل وتحفظ استقراره ودوامه، في حين أن عدم الحكم على الغائب يهدر مصلحة عامة، ويقدم مصلحة فردية، ومن ثم فإن الموازنة تقتضي ترجيح المصلحة العامة، والتي هي الحكم على الغائب على المصلحة الخاصة والتي هي منع الحكم على الغائب.

وكل هذا لا يعني إهدار حق الغائب في الطعن في الحكم الغيابي، بل له الحق كل الحق في طلب مراجعة الحكم الصادر في غيبته، ومن ثم فلا حق المجتمع يضيع، ولا حق الغائب يضيع، فالجتمتع يستقر حين يحكم على الغائب، والغائب يُحفظ حقه بمنحه فرصة الطعن في الحكم الغيابي، وهكذا يتم الجمع والتوفيق بين المصلحتين.

البند الثالث: موازنة وترجيح

بعد هذا الجدل الفقهي المفيد جدا، وبعد سرد أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم نأتي الآن إلى الترجيح

(1)- الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص191.

(2)- القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص114.

(3)- الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج2، ص303. وأنظر أيضا: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج20، ص163. المازودي، الحاري الكبير، مرجع سابق، ج20، ص371. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، مرجع سابق، ج7، ص286. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص498. الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج3، ص439.

والموازنة بين الرأيين، وبالموازنة بين المذهبين نرى أن الراجح⁽¹⁾ هو رأي الجمهور القائل بجواز الحكم على الغائب.

ولعل أقوى دليل للترجيح في هذه المسألة هو المرجح المقاصدي -أو المعقول كما عبر الفقهاء- وما ذكرناه سابقا يذكر هنا أيضا، ويزاد عليه أن تشريع الحكم الغيابي يدخل ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية عامة، وضمن مرتبة الحاجيات بالأخص، وذلك على أساس أنه إذا كان في إجازة الحكم على الغائب رفع للحرج والضيق، وكانت المصالح الحاجية هي التي: «مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة»⁽²⁾. فإن الحكم الغيابي من المقاصد الحاجية.

وفي موضوع المصالح التي تنجر على جواز الحكم الغيابي كلام نفيس لسultan العلماء العز بن عبد السلام الشافعي، رأينا أن نقله كاملا لنفاسته، ولأنه يحمل نظرة ثاقبة، وفقها ممتازا في الموازنة بين المصالح والمفاسد.

يقول العز بن عبد السلام: «الغرض من نصب القضاة إنصاف المظلومين من الظالمين، وتوفير الحقوق على المستحقين، والنظر لمن يتعذر نظره لنفسه كالصبيان والمجانين والمبذرين والغائبين، فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجبا على الفور لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين ودرء المفسدة على الظالمين والمبطلين... إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان على الفور، وإن لم يكن آثما لأن الغرض إنما هو دفع المفاسد سواء كان مرتكبها آثما أو غير آثم، وكذلك يجب القضاء على الغائب لما في تأخيره إلى حضوره من استمرار المفسدة، لأن الدعوى إذا كانت بطلاق تضررت المرأة ببقائها في قيود نكاح مرتفع، ولم تمكن من التزوج. وإن كانت الدعوى بعين تضرر ربها بالحيلولة بينه وبينها، وإن كانت بدين تضرر ربه بتأخير قبضه، وعدم الارتفاق به، ولا فرق بين الغائب والحاضر في إقامة الحجج، فإن الظن المستفاد في إقامة الحجج على الغائب كالظن المستفاد من إقامتها على الحاضر.

فإن قيل الحاضر يناضل عن نفسه بالمعارضات والجرح خلاف الغائب؟ قلنا: لا يجوز ترك ما وجب ظهوره بحجة شرعية لاحتمال الأصل وعدمه، والحاكم يناضل عن الغائب حسب الإمكان ولذلك يخلف المدعي، ولا يجوز إهمال الحجج الشرعية لمجرد الأوهام والظنون الضعيفة، لما ذكرناه من تقدم الظن القوي على

(1) - من رجح مذهب الجمهور: أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، عمان، ط4، 1415هـ - 1995م، ص165، أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص214. أبو غدة، حسن أبو إسحاق عبد الغني، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص90. ومن رجح مذهب الحنفية الدكتور محمد نعيم ياسين، أنظر: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص552.

(2) - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار بن عفان، الرياض، ط1، 1417هـ - 1997م، ج2، ص21.

الظن الضعيف في سائر الأحكام»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الحكم الغيبي

يرى بعض الباحثين المعاصرين⁽²⁾ أن القانون الوضعي لا يعرف خلافاً حول الحكم الغيبي، وأن هذا الأخير هو أمر مسلم بجوازه في القانون المقارن.

والحق إن القانون الوضعي يعرف الخلاف حول الحكم الغيبي، تماماً مثلما هو الأمر في الفقه الإسلامي، حيث يسود القانون المقارن اتجاهان رئيسان: الاتجاه الأول: يمنع الحكم الغيبي كأصل ولا يجيزه إلا في أحوال استثنائية محددة، وهو ما عليه كل من النظامين الأنجلوسكسوني والجرماني. الاتجاه الثاني: يجيز الحكم الغيبي كمبدأ وأصل مع قيود وضمانات، وهو ما عليه النظام اللاتيني.

ولكل اتجاه مبرراته ومؤيديه، نفصلها على الترتيب السابق، بحيث يكون كل اتجاه في بند.

البند الأول: اتجاه المانعين، النظام الجرماني والأنجلوسكسوني، ومبرراته

أولاً/ التعريف بهذا الاتجاه

يقف النظامان الجرماني⁽³⁾، والأنجلوسكسوني⁽⁴⁾ من الحكم الغيبي موقف الرفض والمنع، وهذا كأصل عام، إلا أنهما يسمحان بإصداره في حالات استثنائية معدودة.

وهذه الحالات الاستثنائية مثل: الجرائم البسيطة أو سوء سلوك المتهم أثناء محاكمته، وذلك عقاباً له على عدم احترام المحكمة. رفض المتهم الاستمرار في الحضور بحيث يحضر بعض الجلسات ثم يطلب الخروج. طلب المتهم محاكمته غيباً. ففي هذه الحالات دون غيرها يجوز الحكم الغيبي، أما ما عداها فلا يجوز⁽⁵⁾. ويسود هذا النظام إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وألمانيا والدول الإسكندنافية⁽⁶⁾.

ثانياً/ مبرراته

(1) - ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار المعرفة، بيروت، دط، ج 2، ص 35-36.

(2) - ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 555، أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 226، بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص ج من المقدمة.

(3) - النظام الجرماني، ترجع أصوله إلى القانون الروماني القديم، ولكنها في الوقت الحاضر تتعد عنه كثيراً من حيث القواعد الموضوعية والإجراءات والمفاهيم عن العهد الذي كانت عليه في القانون الروماني. وينتشر القانون الجرماني في بلاد أوروبا، كإلمانيا والنمسا وغيرها، وأمريكا اللاتينية وفي جزء كبير من إفريقيا واليابان وإندونيسيا، أنظر: طاشور، عبد الحفيظ، محاضرات في القانون المقارن، محاضرات أقيت على طلبية الماجستير بالجامعة الإسلامية، 2002-2003، ص 74.

(4) - النظام الأنجلوسكسوني، ترجع تسميته بهذا الاسم إلى أن قبيلتين من القبائل الجرمانية وهما (Saxons) و (Angles) قامتا بغزو بريطانيا في سنة 449م، فسمي الغزو (Angles-Saxons)، وقد كان لكل قبيلة جزء في الجزيرة، ثم توحدتا في القرن 9م باسم واحد هو (Angle-land) أي: (England) وقد قضى هذا الغزو على النظم الرومانية من دين ولغة وقانون، وأحل مكانها تقاليد الغزاة دينا وعادات ونظم قانونية. أنظر: أبو الوفاء، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1984م، ص 181-183.

(5) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 818.

(6) - الدول الإسكندنافية: (Scandinavia) هي جزء من أوروبا الشمالية يتألف من النرويج والسويد والدانمارك، وبعض الباحثين يلحق فنلندا بهذه الدول، والبعض الآخر يضيف إلى هذه جميعاً إيسلندا وجزر فارو. أنظر: البعلبكي، منير، موسوعة المورد العربية، إعداد: رمزي البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1، 1990م، ج 1، ص 88.

إن المبرر والأساس الذي يقوم عليه كل من النظامين الجرمانى والأنجلوسكسونى هو التطبيق الصارم والحرفى لمبدأ الحضور⁽¹⁾، الذى يقضى بأنه لا محاكمة من دون حضور الطرفين معا فيها، فمحاكمة أحد الطرفين وبالأخص المدعى عليه أو المتهم دون حضوره هي محاكمة غير عادلة، وهي في أساسها ظلم وتعدى صارخ على حق الإنسان في الدفاع عن نفسه، وحقه في سماع ما يتهم به، وسماع الادعاءات عليه من أجل الطعن فيها والرد عليها.

إن القاضى لا يصدر حكمه إلا إذا رأى وأبصر الحق بالعينين معا عين المدعى، وعين المدعى عليه أو المتهم، ثم يوازن بين ما أدلى به الطرفين ويصدر حكمه بعد ذلك. أما «إذا لم يسمع القاضى حجة الخصم، فقضاؤه لا يكون حكما بل عملا من أعمال اللصوص وقطاع الطرق»⁽²⁾ إذ أن «العدالة تقضى بعدم جواز الحكم على إنسان من غير سماع أقواله، وأنه لا يجوز الحكم على من لم يسمع، أو لم يستدع»⁽³⁾.

وهكذا فإن النظامين الجرمانى والأنجلوسكسونى يطبقان مبدأ الحضور تطبيقا شديدا صارما وذلك حرصا أكثر على حق الدفاع، وعلى قرينة البراءة التي هي من المبادئ الأساسية في حقوق الإنسان.

ورغم كل هذا فإن هذين النظامين يدخلان بعض المرونة - وإن كانت محدودة - على مبدأ الحضور⁽⁴⁾، وهذا لتفادي النتائج السلبية للتطبيق الحرفى المطلق للمبدأ، ذلك أنه يستحيل من الناحية الواقعية حضور جميع الخصوم في جميع التراعات، أي أنه يستحيل واقعا إصدار جميع الأحكام حضورية. وهكذا فإن الاستثناءات تهدف إلى إعادة مبدأ الحضور إلى عدالته واعتداله بدلا من تطرفه وإفراطه في التطبيق.

وعلى هذا الأساس لجأت بريطانيا - وهي مهد النظام الأنجلوسكسونى - إلى التخفيف من التطبيق الصارم والمطلق لمبدأ الحضور فأجازت الحكم على الغائب في المواد المدنية، والمواد الجنائية فيما يتعلق بالشق المالى فقط، أي لا يجوز الحكم على المتهم بعقوبة سالبة للحرية.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية - والتي يسود فيها النظام الأنجلوسكسونى والذى انتقل إليها بحكم التاريخ لأنها كانت مستعمرة بريطانية - فقد أجازت الحكم على المتهم الغائب بعقوبة سالبة للحرية على أن لا تتجاوز هذه العقوبة سنة واحدة. و في ألمانيا، وهي مهد النظام الجرمانى، لا يمكن الحكم على المتهم الغائب بعقوبة سالبة للحرية أكثر من ستة أشهر⁽⁵⁾. هذا بالإضافة إلى خلق حيل إجرائية قانونية تستهدف إجبار المتهم على حضور جلسات المحاكمة بوسائل شتى، منها حق المحكمة في إصدار أمر بالقبض على المتهم الغائب، وعدم حساب ميعاد مدة تقادم الدعوى الجنائية إلا بعد دخول الدعوى في حوزة المحكمة، وهاتان الآليتان تنفرد بما

(1) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

(2) - فلافيوس، جوستيان، مدونة جوستيان في الفقه الرومانى، مرجع سابق، ص 407.

(3) - فلافيوس، جوستيان، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 818.

(5) - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

بل الأكثر من ذلك، فإن الولايات المتحدة الأمريكية لجأت إلى وسيلة ذكية، وهي تجريم غياب المتهم الذي تسلّم شخصيا التكليف بالحضور، بحيث جعلت منه جريمة معاقبا عليها بالحبس يسأل عنها المتهم عند مثوله أمام القضاء. أما في ألمانيا فتم اللجوء إلى ضبط أموال المتهم وحجز الأرصدة المالية في البنوك التي يملكها المتهم الغائب في بعض الأحوال⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذه الوسائل تستهدف إلى جانب إجبار المتهم الغائب على الحضور-التقليل من الأحكام الغيائية قدر الإمكان- بحيث تكون محدودة جدا، وبحيث يكون الأصل العام والقاعدة الكبرى هو صدور أحكام حضورية في كل المنازعات.

البند الثاني: اتجاه المجيزين، النظام اللاتيني ومبرراته

أولا/ التعريف بهذا الاتجاه

يَعْرِفُ النظام اللاتيني⁽²⁾ الحكم الغيابي- من حيث المبدأ والأصل- في جميع المواد المدنية والتجارية والجنائية، أي الجنايات والجرح والمخالفات، ومن ثم فإن نطاق الحكم الغيابي في هذا النظام أوسع مما هو عليه في النظام الأنجلوسكسوني والجرماني، حيث نطاقه ضيق ومحدود جدا. كل هذا مع قيود وضمانات تكفل حق الغائب في الدفاع عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه⁽³⁾.

أما الضمانات التي تمنح للمحكوم عليه غيابيا، والتي تكفل حقه في الدفاع، فهي إعطاؤه فرصة الطعن في الحكم الغيابي بالمعارضة، وذلك في جميع المواد ما عدا الجنايات، فلا تجوز فيها المعارضة، وذلك على أساس أن الحكم الغيابي الصادر في الجنايات هو مجرد حكم تهديدي يهدف إلى إجبار المتهم على الحضور، فيسقط بقوة القانون بمجرد القبض عليه أو تسليم نفسه (م326 ق.إ.ج). أما في المواد المدنية وفي الجرح والمخالفات فتجوز فيها المعارضة. ويسود هذا النظام في فرنسا ومصر وتونس والجزائر والمغرب ولبنان وسوريا وغيرها⁽⁴⁾.

ثانيا/ مبرراته

إذا كان كل من النظامين الجرمانى والأنجلوسكسونى يقومان على التطبيق الصارم لمبدأ الحضور، فإن النظام اللاتيني يقوم على أساس الاستثناء من هذا المبدأ. فإذا كان مبدأ الحضور مسلم به على أساس أن العدالة

(1)- سرور، أحمد فتحي، المرجع و الصفحة نفسها.

(2)- يقصد بالنظام اللاتيني -أو الشريعة اللاتينية- القانون الروماني الذي أقرته عقول الرومان لمدة 13 قرنا، منذ نشأة مدينة روما سنة 750 ق م إلى سنة 565م، وقد كان من أهم الإنجازات المعروفة قانون الألواح الإثني عشر الذي وضع بين سنتي 451 و450 ق.م، ومدونة جوستنيان التي صدرت سنة 533م، ومن ذلك الوقت أصبح يعتبر القانون الروماني مصدرا تاريخيا لكثير من شرائع الدول، وتعتبر فرنسا الوريث الشرعي للقانون الروماني اليوم، أنظر: أبو الوفا، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، مرجع سابق، ص104-106-107. فهمي، عبد العزيز، كلمة المغرب، في مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص ك-م.

(3)- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص819. البلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1998م، ص17.

(4)- سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها.

تقتضي عدم جواز الحكم على إنسان من غير سماع أقواله، فإن الحكم الغيبي لا مناص منه، وذلك لاستحالة حضور المدعى عليهم جلسات المحاكمة في جميع الأحوال و في جميع الظروف. ولما كان مبدأ الحضور مسلم به، وكان الحكم الغيبي لا مناص ولا مفر من تشريعه، فإن الحكم الغيبي يعد استثناء من مبدأ الحضور.

ولا يمكن القول بأن الحكم الغيبي يخزم مبدأ الحضور، بل إنه يؤكد أنه - وإن كان استثناء - فإن «الاستثناء يؤيد القاعدة»⁽¹⁾. ذلك أنه يأخذ بنفس مبررات وأسس مبدأ الحضور ويؤكددها.

إن مبررات وأسس مبدأ الحضور هي قواعد العدالة، وحقوق الإنسان وقرينة البراءة، وأنه لا يمكن محاكمة شخص دون سماع رده ودفاعه، و هي ذاتها مبررات وأسس الحكم الغيبي، فالحكم الغيبي يهدف إلى التخفيف من وطأة تطرف التطبيق الصارم لمبدأ الحضور، ويعيده إلى العدالة المعتدلة، وإلى حدوده المعقولة، ورشده القانوني.

فإذا كان من المسلم به بأن مبدأ الحضور هو مبدأ من مبادئ حقوق الإنسان، فإنه لا يمكن تصور إطلاق هذا المبدأ، وأنه لا يمكن أن ترد عليه استثناءات، فإذا كان مبدأ الحضور يقضي بالعدل فإنه: « وبصفة مبدئية من غير المعقول إسباغ صفة الإطلاق على أي مبدأ من مبادئ القانون، حتى ولو كان هذا المبدأ متصلًا بجوهر القانون، فالعدل ذاته قال عنه الرومان أن المبالغة فيه تؤدي إلى الظلم»⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن إجازة الحكم الغيبي «لا يؤدي إلى إهدار القاعدة الأصلية، بل على العكس سيؤدي إلى تأكيدها عن طريق وضعها في حدودها المعقولة، بالاستجابة إلى اعتبارات مماثلة أو مساوية للاعتبارات التي تستند إليها القاعدة الأصلية ذاتها»⁽³⁾. وطبعًا، كما قلنا، فإن الحكم الغيبي يجوز كأصل مع توفير ضمانات الطعن فيه عن طريق المعارضة.

وفي نهاية هذا البحث، وبعد كل هذه الجولات الفقهية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يمكن إن نخلص إلى جملة من النقاط الهامة، وهي كالآتي:

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول الموقف من الحكم الغيبي، فكلاهما عرف الاختلاف الفقهي حول المسألة، وكلاهما عرف القبول والرفض، وهذا الاتفاق في الاختلاف يعكس مدى صعوبة ودقة مشكلة الحكم الغيبي، وأما تنطوي على اعتراف بعدالة القضية، وعلى إقرار بمبدأ الحضور، وأنه لا يمكن الحكم على شخص دون سماع أقواله ودفاعه.

ويلاحظ أنه بالمقارنة بين المذاهب والاتجاهات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن هناك اتفاقًا حاصلًا بين المذهب الحنفي والنظامين الجرمان والأنجلوسكسوني في منع الحكم الغيبي كأصل وكقاعدة عامة، والسماح به في حالات استثنائية محدودة جدًا.

(1) - جومستيان، فلافيوس، مدونة جومستيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص 366.

(2) - تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دظ، 1986م، ص 609.

(3) - تناغو، سمير عبد السيد، المرجع نفسه، ص 609-610.

كما أن مذهب الجمهور- وهم المالكية والشافعية والحنابلة ومن معهم- يتفق مع النظام اللاتيني في جواز الحكم الغيايي كأصل ومبدأ مع قبول ضمانات تكفل حق الغائب المحكوم عليه، و هي المعارضة، أو إرجاء الحجة للغائب بحسب تعبير الفقهاء المسلمين.

ولعل الفرق الأساس والرئيس في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو في تعريف الغياب، فالفقه الإسلامي يضيق من نطاق الغياب فيحصره في حالة واحدة وهي وجود الشخص في حدود مسافة القصر فأكثر -وهي عند الحنابلة 89 كلم، ولذا فإن الغياب في نظر الفقهاء المسلمين هو: « تخلف المدعى عليه بشخصه أو بوكيل عن حضور مجلس الحكم، وعن البلد الذي به القاضي في حدود مسافة القصر».

ومفهوم المخالفة، فإن الحضور في الفقه الإسلامي هو: «وجود المدعى عليه بشخصه أو بوكيل في مجلس الحكم، أو في بلد القاضي في حدود مسافة القصر»، أي أن الحاضر هو كل من كان دون مسافة القصر، سواء كان حاضرا أثناء المرافعة أو غائبا عنها حاضرا في البلد. أما الغياب في القانون الوضعي فهو: «تخلف المدعى عليه بشخصية أو بوكيل عن حضور جلسات المرافعة».

وهكذا يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن القانون الوضعي يوسع في نطاق الغياب ويحصره فقط في الغياب عن مجلس الحكم. وهذا التضييق في الفقه الإسلامي، والتوسيع في القانون الوضعي يؤثر على نطاق المعارضة، وهذا ما سنراه في الفصل الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية، والموقف منه

لما كان الطعن بالمعارضة هو إحدى آليات الطعن في الأحكام، إلى جانب آليات أخرى كالاستئناف والنقض وغيرها، فإنه لا بد من تناول فكرة الطعن وتأصيلها مفاهيمياً وتاريخياً وفلسفياً. والبحث يستهدف من كل هذا ربط الفروع بالأصول، والجزئيات بالكليات، وكذلك حتى تكون الدراسة ذات رؤية شمولية، لا نظرة تجزئية تفكيكية. كما يستهدف أيضا استكناه واستكناز معرفة مدى إمكانية جواز لجوء الخصوم إلى القضاء لإبطال حكم قضائي رأوا أنه معيب لعب شكلي أو موضوعي؟ وما حدود هذه الإمكانية؟ وما هي آلياتها المختلفة؟.

ولذا سيتم تناول هذا المبحث في مطلبين: تتناول في المطلب الأول ماهية الطعن في الأحكام القضائية. أما في المطلب الثاني فتتناول الموقف من الطعن في الأحكام القضائية.

المطلب الأول: ماهية الطعن في الأحكام القضائية

مصطلح «الطعن» هو مصطلح قانوني محض، وفي الفقه الإسلامي لا وجود لمصطلح الطعن كمصطلح وبهذا الاسم بالذات، وإنما الذي هو موجود ومستعمل هو مصطلح «النقض»⁽¹⁾.

ويجب التنبيه إلى أننا نؤمن بأن لكل علم مصطلحاته الخاصة به ومناهجه وأساليبه، وأنه من غير المقبول ولا من المعقول من الناحية المنهجية والموضوعية العلمية، فرض مصطلحات ومفاهيم علم على آخر، وذلك أنه لكل علم مصطلحاته وتميزه وتفرد عن غيره، والبحث العلمي ما هو إلا البحث عن التميز والتفرد والأصالة والعمق، ولا قيمة لبحث علمي - إن كان علميا - يفتقد هذه الصفات.

وتأسيسا على هذا فإننا سنستخدم مصطلح «النقض» فيما يتعلق بالفقه الإسلامي، ومصطلح «الطعن» في القانون الوضعي. كما أننا سندرس هذا المطلب في فرعين: نتناول في الأول: ماهية نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي. وفي الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

الفرع الأول: ماهية نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي

وتتناول هذا الفرع في بندين: الأول حول تعريف نقض الأحكام القضائية، والثاني حول طرق النقض.

(1) - يستخدم بعض الباحثين مصطلح «مراجعة الأحكام» بدل مصطلح «النقض»، أنظر: بوضيف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار رحمة، الجزائر، ط1، ص140. وانظر مقاله أيضا: من روائع القضاء الإسلامي: سلطة القاضي في مراجعة حكمه، مقال منشور بمجلة أسماء جامعة، نشرية تصدر بالمركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ص5، صفر 1425هـ - أبريل 2004م، ص15. عمير، نبيل إسماعيل، أصول المراجعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1993م، ص465. بلعروس، محمد، القضاء على الغلب، مرجع سابق، ص126. القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ، مرجع سابق، ص536-542.

وهم يستنون في هذا إلى ما ورد في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، حيث ورد فيها قوله: «... ولا تمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك، وعديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم ولا يظلم شيء، ومراجعة الحق خير من التصادي في الباطل». والذي أراه أن مصطلح «المراجعة» لا يصلح للتعبير عن إبطال الأحكام القضائية، وذلك على أسس أن دلالة مصطلح «المراجعة» من الناحية المعنوية لا تدل على إبطال الحكم، وإنما تدل فقط على الرجوع والعودة إلى الأمر من جديد وإعادة النظر فيها، دون إبطالها، ومن ثم فإن مصطلح «المراجعة» مصطلح قاصر لا ينبغي بالمعنى التام لإبطال الأحكام القضائية. انظر في دلالة معنى المراجعة: ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط3، 1410هـ - 1990م، ج2، ص490-491. الواغب الاصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد خليل غنجان، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1410هـ - 1990م، ص195.

البند الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية

أولاً/ تعريف النقض لغة

يستخدم الفقهاء المسلمون مصطلح «النقض»⁽¹⁾. والنقض لغة: النون والقاف والضاد، أصل صحيح من نقض الشيء ينقض نقضاً أي أفسده بعد إحكامه، يقال نقض البناء: هدمه، ونقض الحبل أو الغزل: حل طاقاته وعقده، وفي الترتيل العزيز: ﴿وَلَا تُكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزْلَهُمَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا﴾⁽²⁾ [النحل: 92].

ونقض اليمين أو العهد: نكته، ونقض ما أبرمه فلان: أبطله، ونقض الأصبع صوتت، ومنه قوله تعالى: ﴿الَّذِي أَنْقَضَ ظَهْرَكَ﴾ [الإسراء: 03] أي أنقله، والنقض ضد الإبرام⁽³⁾. وعليه فإن معاني النقض هي الإفساد، الهدم، الحل، النكث، الإبطال، الكسر.

ثانياً/ تعريف النقض اصطلاحاً

والمقصود هنا تعريف النقض في الاصطلاح الفقهي القضائي، وذلك لأن مصطلح النقض مصطلح تشترك فيه علوم أخرى منها علم أصول الفقه⁽⁴⁾، وعلم العروض⁽⁵⁾.

وتعريف النقض اصطلاحاً تعريفاً قضائياً غير موجود كتعريف كامل جامع ومانع، غير أنه من خلال تتبع أقوال الفقهاء يمكن استخلاص تعريف تقريبي للنقض. ولعل الإمام أبا الحسن تقي الدين السبكي الشافعي قد وفق في رسم معالم تعريف النقض، كما أن بعض الباحثين المعاصرين أمثال الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم، والدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير قد إعطاء تعريف للنقض من خلال أقوال الفقهاء.

(1) -الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص14. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص62. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص134. وانظر كتابه: الفروق، مرجع سابق، ج4، ص40-41. والإحكام في تميز الفتوى، مرجع سابق، ص46-47. ابن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص69. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص204. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص132. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص403-404. الموداوي، الإتصاف، مرجع سابق، ج11، ص223. ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج6، ص456-457.

(2) -معنى الآية: ولا تكونوا كذلك المرأة الحمتاء التي تفعل غرضاً، ثم تقضه وترتكبه مرة أخرى قطعاً منكوتة ومحلولة، انظر: قطب، سيد، في ظلال القرآن، دار الشروق، بيروت، ط11، 1405هـ-1985م، ج14، ص2191.

(3) -ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل عماد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار المعارف، القاهرة، ط6، ص4524-4525. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص470-471. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص505. أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، دار الفكر، القاهرة، ط2، ص947.

(4) -النقض في أصول الفقه هو: تخلف الحكم عن العلة مع وجودها، ومثاله: أن يقال أن الباش -وهو الذي ينش القبور ويسرق ما فيها- سرق نصاباً كاملاً من حرز مثله، فيجب عليه القطع كسارق مال الخبي، فيقال: هذا يتنقض بالوالد يسرق ماله ونده، وصاحب الدين يسرق مال مديونه، فإن الوصف موجود فيها ولا يقطعان، ففي هذا المثال أبدت العلة لكن الحكم وهو التقطع لم يترتب. انظر: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، ترتيب وضبط: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ص332. الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1412هـ-1992م، ج2، ص634-352. ابن بدران الدمشقي، عبد القادر بن أحمد، نزهة الخاطر العاطف شرح كتاب روضة الناظر وجنة المناظر، د.م.ن، ج2، ص363-364.

(5) -النقض في علم العروض هو: حذف الحرف السابع الساكن من مفاعلتين وتسكين الخامس، كحذف نونه وإسكان لامة ليقى مفاعلت، فينقل إلى مفاعيل ويسمى منقوضاً. انظر: الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، التعريفات، تحقيق: عبد النعم الحنفي، دار الرشاد، القاهرة، ط2، ص273.

ولذا سنتناول تعريف السبكي، ثم تعريف الدكتور عبد النكرم بن محمد اللّاحم، فتعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضير، فتعريفنا.

أ/- تعريف الإمام السبكي

قلنا فيما سبق بأن الإمام أبا الحسن تقي الدين السبكي قد وُفق في تعريف النقص، وتبين لنا ذلك من خلال بيانه حالات نقض الحكم، وهي ثلاث حالات، وكان في كل حالة يعطي جزءاً من التعريف، وبالجمع بين هذه الأجزاء والتركيب والتأليف بينها يمكن تعريف النقص بأنه: «إبطال الحكم الذي ظهر به الخلل، سواء كان هذا الخلل في المستند، أو في المقضي به، أو الطريق».

وعبارة السبكي الثكالة على هذا التعريف هي: «ولا شك أن الحكم إنما ينفذ لتبين خطئه، ولا شك أن الحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها، ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي، فالخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة:

أحدها: أن يكون في الحكم الشرعي بأن يكون حكم بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فينقض إذا تبين ذلك لتحقق الخلل في الحكم، وليس معنى النقص الحل بعد العقد، بل الحكم يبطل ببطلان الحكم المتقدم، وبيان أنه لم يقع صحيحاً لأنه ليس بحكم الشرع، والحاكم نائب الشرع فلا يصح منه الحكم بغير حكمه، ولفظة نقض الحكم ممكنة لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع، ويقرب منه إذا حكم بغير علم فإنه ينقض وإن صادف الحق، والخلل هنا في الحاكم لا في الحكم لكنه قريب منه ولفظة النقص هنا أيضاً ممكنة لأن المقصود إبطال فعل الحاكم ويبقى الأمر على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله.

الثاني: أن يحصل الحكم على سبب غير موجود، ويظن القاضي وجوده بينة زور ونحوها، فإذا انكشف ذلك ينقض... والخلاف هذا في السبب ووضع الحكم في غير محله. والنقص هنا معناه: إبطال تعلق الحكم بذلك المحل، ولفظة النقص فيه غير ممكنة لأننا لم ننقض الحكم في ذاته لخطئه، وإنما نقضناه عن ذلك المحل وأخرجنا المحل عنه، فالخطأ في السبب لا في الحكم، والمخطئ هو الشاهد لا الحاكم، نعم الحاكم بفرع من الخطأ وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبيئة.

الثالث: أن يكون الخلل في الطريق كما إذا حكم بشهادة كافرين، فإذا تبين ذلك ينقض... لأن المعبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي، فإذا كان بغير طريقه الشرعي فقد حصل الخطأ في الطريق، فننقضه لوقوعه على غير الوجه الشرعي... ولفظة النقص هنا كهي في الذي قبله. وإن كان الفقهاء أطلقوا النقص على الجميع وهو الصحيح»⁽¹⁾.

(1) - السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي ابن عبد الكافي، فتاوى السبكي، تحقيق: حسام الدين القدسي، دار الجليل، بيروت، ط1، 1412هـ - 1992م، ج2، ص435-436. وانظر أيضاً: ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م، ج1، ص406-407. السيوطي، حلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في فروع وفوائد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م، ص105.

وهذا الكلام نقلناه كله بغرض شرح التعريف الذي أوردناه، ونحن نزيد على هذا الأسباب الموجبة لإبطال الأحكام القضائية لدى المذاهب الفقهية المختلفة.

يتفق الفقهاء المسلمون على نقض الحكم القضائي متى كان مخالفا للنص القرآني القطعي الدلالة، أو السنة المتواترة، أو المشهورة القطعية الدلالة، أو الإجماع⁽¹⁾.

وأضاف المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ القياس الجلي. وأضاف الحنفية⁽⁴⁾ عدم استناد الحكم القضائي إلى دليل. كما زاد المالكية⁽⁵⁾ ألا يخالف الحك القضائي عمل أهل المدينة، وزاد القرآني المالكي عدم مخالفة القواعد الكلية الشرعية⁽⁶⁾. وأضاف أيضا الحنابلة⁽⁷⁾ في المشهور لديهم عدم مخالفة الحكم لحديث الآحاد.

أما ما يتوجه إلى تعريف الإمام السبكي من نقد ومناقشة، وهو رغم إفادته لنا كثيرا، فإنه لا يشمل على قضية ذات أهمية كبرى وهي أن للقاضي الذي أصدر الحكم القضائي سلطة نقض حكمه وإبطاله إذا رأى أن عيبا يشوبه. والفقهاء المسلمون متفقون على جواز نقض القاضي لحكمه الذي أصدره إذا رأى وتبين له الخطأ⁽⁸⁾.

(1) - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، منشورات دار الآفاق الجديد، بيروت، ط2، 1400هـ-1980م، ص58. وانظر أيضا: الكاساني، بنبائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص14. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج5، ص400. ابن المهام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص300. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص188-189. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج7، ص14. القرآني، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص134. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص78-79. عليش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج4، ص186-187. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص41. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص204. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص396. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص258. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص132. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص403. المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج11، ص223. اليهودي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص278-279. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخوفي، مرجع سابق، ج7، ص259. ابن مفلح، القروع، مرجع سابق، ج6، ص256. الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج3، ص444. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج6، ص135. الصنعاني، التاج المذهب، مرجع سابق، ج4، ص203.

(2) - القرآني، القروع، مرجع سابق، ج4، ص40 وانظر أيضا كتابه: الإحكام في تمييز الفتاوى، مرجع سابق، ص47. ابن فرحون، المرجع والصفحة نفسها. الرضاع، أبو عبد الله محمد، شرح حلول ابن عرفة المسي: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأحضان، الظاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، ج2، ص577. عليش، المرجع والصفحة نفسها. الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص136. الدردير، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - الشافعي، المرجع والصفحة نفسها. الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها. الرملي، المرجع والصفحة نفسها. النووي، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - ابن المهام، المرجع والصفحة نفسها. البابوني، شرح العناية على الهداية، مرجع سابق، ج7، ص300. ابن نجيم، المرجع نفسه، ج7، ص24. المياني، اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج4، ص88.

(5) - الرضاع، المرجع والصفحة نفسها. عليش، المرجع نفسه، ج4، ص187. القرآني، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص138.

(6) - القرآني، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص139. وانظر كتابه: القروع، مرجع سابق، ج4، ص40. الإحكام في تمييز الفتاوى، مرجع سابق، ص46-47-73-74.

(7) - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج11، ص223-224. اليهودي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص478. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخوفي، مرجع سابق، ج7، ص261. ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج5، ص278.

(8) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص80. عليش، شرح منج الجليل، مرجع سابق، ج4، ص193. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج6، ص45. ابن عبد الوفي، معين الحكام، مرجع سابق، ج2، ص638. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص62.

السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج1، ص319. القرآني، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص134. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص403-404. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج6، ص204. الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص258. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص136. الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج3، ص444.

والحق أن تمكن القاضي المصدر للحكم من نقض حكمه هو «نظرية خاصة» انفرد بها القضاء الإسلامي عن غيره من التشريعات الوضعية، وبعتمضى هذه النظرية الخاصة فإنه «للقاضى بإرادته المنفردة ودون حاجة لطلب الخصوم أن يبادر لنقض حكمه، إذا تبين له الحق بعد أن قضى. ولا شك أن هذه النظرية تماشى وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، كما أن في تطبيقها رعاية للحقوق، ودعامة أساسية لانتشار العدل بين الناس، فضلا على أنها تحمي القاضى فتفتح أمامه سبل تصحيح خطأه دون انتظار طلب الخصوم»⁽¹⁾.

ب/- تعريف الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم

ويعرفه بقوله: «النقض إبطال القاضى لحكمه أو حكم غيره عند وجود أسباب النقض»⁽²⁾.

وهو تعريف سليم إذ جمع تقريبا كل القضايا الأساسية التي تكلم عنها الفقهاء، من صلاحية القاضى لنقض حكمه، أو حكم غيره، وكذلك حالات النقض ولو إجمالا.

أما ما يعاب على التعريف فهو تكرار كلمة النقض، والأولى أن يقول: عند وجود الأسباب الموجبة له.

ج/- تعريف الدكتور أحمد بن محمد بن صالح الخضيرى

وقد عرّف نقض الحكم القضائى بأنه: «إبطاله من قبل القاضى الذى صدر منه الحكم، أو غيره ممن له ولاية ذلك عند وجود سببه»⁽³⁾.

وهذا التعريف هو تعريف سليم وجيد، ويلم بكافة القضايا الأساسية للنقض فى الفقه الإسلامى.

د/- تعريفنا للنقض

والملاحظ على كل هذه التعاريف أنها موضوعية لا إجرائية، ذلك أن هذه الأخيرة تضع وتؤسس لوسائل وآليات بغية تحقيق هدف موضوعى معين، فى حين أن التعاريف الموضوعية تضبط المفاهيم فتحدد الأركان والشروط لمركز قانونى معين. والنقض هو إجراء وليس بموضوع، إنه حركة لا سكون، وبناء على هذا فإنه يمكن تعريف النقض بأنه: «وسائل تمكن القاضى من إبطال حكمه أو حكم غيره، و الخصم المضرور من الحكم يطلب إبطاله عند وجود الأسباب الموجبة له، بهدف تصحيح الحكم مما شابه من أخطاء».

البند الثانى: طرق نقض الأحكام القضائية فى الفقه الإسلامى

رأينا سابقا فى تعريف النقض بأنه عبارة عن وسائل وآليات تهدف إلى إصلاح الحكم القضائى مما شابه من أخطاء، ولكن ما هى هذه الوسائل والآليات التى بها يتم تحقيق الأهداف؟

إن الوسائل التى تهدف إلى تصحيح الحكم القضائى فى الفقه الإسلامى هى أربعة⁽⁴⁾، الاعتراض، الاستئناف، التمييز، وإعادة المحاكمة. وبيأها كالآتى:

(1) - بورخيف، عناصر، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 140-143.

(2) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية فى الفقه، دار إشيليا، الرياض، ط 1، 1419هـ-199م، ص 7.

(3) - يوم التحميل: 2005/06/19م www.Islamtoday.net/question/show-articles-content.cfm

(4) - يرى محمد بلعروس أنها أربعة أيضا، ولكنه يصطلح عليها بمصطلحات غير التى أخذنا بها، فعنده طرق نقض الأحكام فى الفقه الإسلامى هي:

المعارضة والاستئناف، والنقض، وإعادة النظر. انظر: بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها.

أولاً/ - الاعتراض: وهو طريق نقض الأحكام الغيابية، يتقدم بتمتضاه المحكوم عليه غيابياً إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم طالبا منها إبطال الحكم. ومصطلح الاعتراض هنا هو مصطلح علي حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، والاعتراض أو المعارضة هو موضوع بحثنا وهو ما نتناوله بأكثر تفصيل في الفصول اللاحقة.

ثانياً/ - الاستئناف: وهو طريق نقض الحكم القضائي أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته. والاستئناف كطريق لنقض الأحكام، نصت عليه المادة 1838 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة، وبين جهة عدم موافقته وطالب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور، فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق، وإلا يستأنف». كما أن أكثر المعاصرين اليوم يقولون بوجود نظام الاستئناف في الفقه الإسلامي⁽²⁾، وقليل من ينكر من ذلك⁽³⁾.

ثالثاً/ - التمييز: وهو إبطال الأحكام القضائية لمخالفتها للنصوص الشرعية. وهذا الطريق نصت عليه المادة 1839 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «إن لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي الحكم، يدقق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا ينقض». فإذا طلب المحكوم عليه تمييز الحكم القضائي، وتبين فعلاً أن به خللاً أو خطأ فإنه يعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم لرؤية الدعوى مرة أخرى⁽⁴⁾.

ومصطلح التمييز - ويقابله في القانون الوضعي الطعن بالنقض - وطريق التمييز يأخذ به النظام السعودي، وهذا منذ أصدر الملك عبد العزيز آل سعود «نظام تشكيلات المحاكم الشرعية» في عام 1346هـ - 1927م⁽⁵⁾.

رابعاً/ - إعادة المحاكمة: وهو طريق إبطال الأحكام القضائية النهائية متى صدرت مخالفة للواقع. وهذا الطريق نصت عليه المادة 1840 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم، يصح بعد الحكم بناء عليه إذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سببا صالحا لدفع الدعوى، وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتها في حق هذا الخصوص، مثلاً: إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثه له من أبيه وأثبت ذلك، ثم ظهر

(1) - حيدر، علي، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص681.

(2) - من الذين أقروا بوجود نظام الاستئناف في الفقه الإسلامي: ابن عرونوس، محمد بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دط، ص215. آل مبارك، نظام القضاء في الإسلام، دار ظفير، أبو ظبي، ط2، 1402هـ - 1981م، ص50-51. زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار الرسالة، بيروت، ط3، 1421هـ - 2000م، ص237. بلحروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص154. ووايح، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص143. عثمان، فحي، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة وهبة، القاهرة، دط، ص309.

(3) - منهم: إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية - حراسة تحليلية -، معهد الإدارة العامة، الرياض، دط، 1419هـ - 1998م، ص29.

(4) - حيدر، علي، المرجع نفسه، ج4، ص691.

(5) - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص15.

بعد الحكم سند معمول به بين أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد، تسمع دعوى ذي اليد، وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول، وانددت دعوى المدعي»⁽¹⁾.

والنقض بإعادة المحاكمة يطلق عليه في القانون الوضعي التماس إعادة النظر، ويلاحظ أن الحالة التي تكلمت عنها المادة المذكورة آنفا تطابقها م5/194 من ق.إ.م، إذ نصت على «أن الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف، يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفاً فيها، أو ممن أبلغ قانوناً بالحضور، وذلك... إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم»⁽²⁾.

الفرع الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية في القانون الوضعي

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى نقطتين، كل نقطة في بند، وهاتان النقطتان هما: تعريف الطعن في الأحكام القضائية، وطرقه.

البند الأول: تعريف الطعن في الأحكام القضائية

أولاً/ - الطعن لغة

الأصل في الطعن هو النفوذ في الشيء والدخول فيه. يقول ابن فارس: «الطاء والعين والتون أصل صحيح مطرد، وهو النخس في الشيء بما ينفذه»⁽³⁾.

هذا هو الأصل في كلمة الطعن، ثم تفرعت عنه معاني كثيرة منها: طعنه بالرمح: أي وخزه بجربة، وطقن في الصحراء: مضى فيها وأمعن، وطقنت المرأة في الحيضة الثالثة: أي دخلت، وطقن في الحكم: عابه وتلبه، وطقن غصن الشجرة في الدار: مال فيها، وطقن في السن: شاخ وهرم، وطقن الليل ونحوه أو فيه: سرى أو سار فيه كله⁽⁴⁾.

والخلاصة أن الطعن أصل معناه هو الدخول في الشيء، وهذا الأصل له تفرعات منها: العيب، الميل، المضى، والإمعان، والوخز.

ثانياً/ تعريف الطعن اصطلاحاً

هناك عدة تعاريف للطعن في الفقه القانوني منها:

أ- الطعن في الحكم هو التعي عليه بعيب يشوبه ابتغاء إغائه، أو تعديل ما قضى⁽⁵⁾.

ب- الطعن في الحكم هو الرخصة المقررة لأطراف الدعوى، لاستظهار عيوب الحكم الصادر فيها،

(1) - ينظر أيضاً: الحيمي، الروض الصغير، مرجع سابق، ج3، ص445. وكذلك المادة 2081 مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري.

(2) - وهي تقابل الفصل 3/156 من مجلة م.د.ت التونسية، والفصل 6/227 م.إ.ج التونسية.

(3) - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص412.

(4) - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص2676-2677. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج3، ص412. أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص558.

(5) - حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1988م، ص987. نقلاً عن: الطراونة، عماد، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية - دراسة مقارنة -، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2003م، ص206.

والمطالبة لدى القضاء المختص بإلغائه أو تعديله على الوجه الذي يزيل عيوبه⁽¹⁾.

ج- الطعن هو مكنة مراجعة الحكم القضائي الصادر، والتظلم منه بإحدى طرق الطعن التي قررها القانون، ويترتب على استعمال هذه المكنة إما إعادة النظر في الدعوى الصادر فيها الحكم كلية، وإما الاقتصار على تصحيح ما شاب هذا الحكم من عيوب⁽²⁾.

هذه بعض تعاريف الطعن⁽³⁾، وهي تعاريف كلها متقاربة في الفكرة وتختلف فقط في التوسيع وفي بعض الألفاظ، ونحن نزيد بعض التوضيحات التي نراها ضرورية.

❖ يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أن الطعن يتوجه إلى الحكم القضائي معينا له، وقادحا فيه، بهدف تصحيحه مما شابه من عيوب، ولا يتوجه إلى القاضي، فهناك فرق بين الطعن في الحكم القضائي، والطعن على ذمة القاضي، فالطعن ينصب على الحكم القضائي بهدف إصلاح الأخطاء الموجودة فيه سواء كانت أخطاء قانونية أو واقعية، وسواء كانت أخطاء موضوعية أو إجرائية. أما الطعن على ذمة القاضي فهو الطعن في شخص القاضي متى أخل بواجباته إخلالا جسيما يصل إلى حد الغش أو التلليس أو سوء النية أو الامتناع عن الحكم أو الإهمال.

والطعن على ذمة القاضي يسمى في القانون الجزائري «مخاصمة القضاة»⁽⁴⁾، وهو منصوص عليه في المواد من 214 إلى م 219 ق.إ.م، ومن ثم فقد نصت م 214 ق.إ.م على أنه: «تجوز مخاصمة القضاة من غير أعضاء المجلس الأعلى في الأصول الآتية:

- إذا وقع من أحدهم تدليس أو غش أو غدر أثناء سير الدعوى، أو عند صدور الحكم.
- إذا امتنع القاضي عن الحكم».

وهكذا، ففي هذه الحالات وغيرها تجوز مخاصمة القضاة، ذلك أنه من غير المقبول أن يترك المشرع القاضي غير مسؤول قانونا في حالة إخلاله بواجباته إخلالا جسيما. ورغم كل هذا، فإن المشرع أحاط القاضي بضمانات حتى لا تتخذ مقاضاته وسيلة للتشهير به، والهدف من كل هذا هو تهيئة جو صالح للقاضي يكفل له العمل في اطمئنان، حتى لا يتهيب التصرف والحكم، وحتى يؤدي رسالته المقدسة على أحسن وجه. ولذلك، فإنه من المبادئ الحديثة في العصر الحاضر التفرقة بين الطعن في الحكم والطعن في ذمة القاضي، وأن هذا غير ذلك⁽⁵⁾.

❖ إن الطعن استثناء ورحضة، وليس بأصل أو عزيمة، فالأصل في الأحكام القضائية صحتها، والاستثناء

(1) - رمضان، مدحت، الموجز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادية، مرجع سابق، ص 335.

(2) - عبد النعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 626. ثروت، جلال و عبد النعم سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 574.

(3) - انظر تعاريف أخرى في: عمر، نيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1205، وكتايبه: أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص 43-467. الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الحديثة، القاهرة، دط، 2000م، ص 7.

(4) - أما المشرع التونسي فيصطلح عليه بـ «مواخذة الحكام» وقد تناول هذه المسألة في الفصلين 199 و 200 م.د.ت التونسية.

(5) - أبو الوفاء، أحمد، تاريخ النظم القانونية وتطورها، مرجع سابق، ص 375.

أن تكون خاطئة كلياً أو جزئياً، ولذلك فإن طرق الطعن، جاءت محصورة ومحددة على وجه لا يمكن الزيادة عليها «ذلك أن الطعن في الأحكام على خلاف الأصل، فالأصل فيها أنها مطابقة للواقع، وصحيحة في القانون، وهذا الأصل يجد أساسه في التنظيم القانوني الدقيق لمرحلة المحاكمة، وفي الضمانات التي كفلها المشرع للخصوم ليلدوا ما يعينهم من دفاع، فإذا صدر الحكم بعد ذلك فإن قرينة الصحة تصحبه، وكان من الممكن أن يكون هذا الحكم هو كلمة القضاء الفاصلة والأخيرة، فإذا كان المشرع رغم ذلك قد أجاز الطعن في الأحكام، فهذا إنما يكون على خلاف الأصل، وليس تطبيقاً لأصل، ومن ثم وجب اعتبار طرق الطعن واردة على سبيل الحصر»⁽¹⁾.

❖ والظعن يهدف إلى «إصلاح خطأ في إعمال حكم القانون، أو في المسار الذهني للقاضي»⁽²⁾، هذا الخطأ قد يكون في تطبيق القانون أو تفسيره، ومن ثم فإن الطعن لا يهدف إلى تصحيح الأخطاء المادية، مثل الأخطاء الكتابية، أو الحسابية في الحكم، وذلك كالخطأ في شق من الاسم لأحد الخصوم بشرط ألا يكون هناك أي شك في حقيقة شخصيته، أو صفته، أو الخطأ في كتابة الرقم، تاريخ الميلاد، أو مقدار التعويض وغيرها من الأخطاء المادية.

ولذلك ليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض⁽³⁾ من اعتبار طلب تصحيح الأخطاء المادية من طرق الطعن، وذلك على أساس أن دعوى أو طلب تصحيح الأخطاء المادية لا ينصب على إصلاح خطأ في إعمال حكم القانون، وإنما ينصب على مجرد خطأ مادي محض كتابي أو حسابي. ثم إن قانون الإجراءات المدنية لم يتضمن على الإطلاق طريقاً يسمى بطريق تصحيح الأخطاء المادية. كما لا يمكن قبول الاحتجاج في هذا بنص المادة 294 ق.إ.م⁽⁴⁾، وأنه يوجد طريق بهذا الاسم، وإن سماه المشرع طعناً، فهو من قبيل التجاوز والتسامح، لا من قبيل الاصطلاح والحقيقة.

ومن ثم فليس هناك أية إجراءات لطلب تصحيح الأخطاء المادية، بل إنه يجوز تصحيح الحكم المتضمن لهذه الأخطاء، إما من تلقاء نفس المحكمة التي أصدرته أو من محكمة الطعن من تلقاء نفسها، زيادة على هذا فإنه يجوز للخصوم طلب تصحيح الحكم، ولم يشترط القانون أي شكل في هذا الطلب⁽⁵⁾.

البند الثاني: طرق الطعن في الأحكام في القانون الوضعي

(1) - عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية - الطعون والمحاكمة - دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م، ج2، ص221-222. بغدادي، مولاي ملبان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص456.

(2) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1105.

(3) - بشر، محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1995، ص07-08.

(4) - تنص م 294 ق.إ.م على أنه: «إذا أصدر المجلس الأعلى حكماً حضورياً مشوباً بخطأ مادي من شأنه التأثير على الحكم الصادر في الدعوى، جاز للخصم المعني أن يرفع طعناً أمامه لتصحيح هذا الخطأ».

(5) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1106-1107.

أولاً/ تعريف طرق الطعن

يقصد بطرق الطعن في الأحكام⁽¹⁾: الوسائل والآليات التي وضعها المشرع لصالح المتقاضين، تمكنهم من التظلم من الأحكام القضائية الصادرة ضدهم، سواء أمام ذات المحكمة، أو محكمة أعلى من المحكمة الأولى. وتتميز طرق الطعن على اختلاف تقسيماتها، بأنها من النظام العام، وذلك لكونها تحقق مصلحة عامة تتمثل في حسن سير العدالة، والوصول إلى حكم قضائي عادل، زيادة على مصلحة الخصوم. ويترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز لمن كان له الحق في الطعن التنازل عن سلوك طريقه سلفاً.

هذا في المواد الجنائية، أما في المواد المدنية فإن الأمر يختلف، فالأصحاب الحق في الطعن الحق في التزول عنه سلفاً، مما يعني أن طرق الطعن في المواد المدنية ليست من النظام العام⁽²⁾، وهذه الميزة، في الحقيقة، تعود أصولها التاريخية إلى القانون الروماني، فقد كان من القواعد التي قررها: «من قرر قبل الحكم في الدعوى أنه لن يستأنف سقط حقه في الاستئناف ولا جدال»⁽³⁾.

ثانياً/ تقسيم طرق الطعن إلى عادية وغير عادية، وآثار التفرة

طرق الطعن في القانون المقارن هي خمسة: المعارضة، والاستئناف، والنقض، والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهي تقسم إلى عدة تقسيمات منها: طرق استئنافية، وطرق إصلاحية⁽⁴⁾، طرق سابقة لقوة الشيء المقضي به، وطرق لاحقة لقوة الشيء المقضي به⁽⁵⁾.

(1) مرجع: مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1995م، ج2، ص5. بلعيد بشرى القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث قسنطينة، ط1، 2000م، ص177. سيف، رمزي، طرق الطعن في الأحكام في مشروع قانون المرافعات، بحث منشور مجلة الحقوق للبحوث القانوني والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، السنة 03، ع01. يناير-سارس، 1948م، ص121. أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص762. بغلسادي، مولاي مياي، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص453. بن ملحقة الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص371. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص159، التصويحي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص1.

(2) الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص512-514.

(3) جوستيان، فلافيوس، مدونة جوستيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص406.

(4) الطرق الاستئنافية (أو السحب، أو إعادة النظر): وهي الطرق التي تقدم إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بهدف سحب حكمها القضائي السابق، وإعادة نظر الدعوى القضائية من جديد وقائماً وقائماً، وهذه الطرق هي: المعارضة، والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة. أما الطرق الإصلاحية (أو التصحيحية): فهي الطرق التي ترفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي الطعون فيه بهدف إصلاحه وتصحيحه وتعديله. وطرق الإصلاح هي: الاستئناف والنقض.

- ومعبّر التقسيم هو المحكمة التي تنظر الطعن، فإن كانت ذات المحكمة التي أصدرت الحكم فهي طرق استئنافية، وإن كانت محكمة أعلى فهي طرق إصلاحية. ينظر: بلوش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الشهاب، بتنة، ط1، 1406ع-1986م، ص305. التصويحي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص06. بن ملحقة الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص371. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص07. أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص766. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص509.

(5) الطرق السابقة لقوة الشيء المقضي به هي: الطرق التي تحول دون اكتساب الحكم المطعون فيه القوة، وهذه الطرق هي: المعارضة، الاستئناف، والنقض لصالح الأطراف. أما الطرق اللاحقة لقوة الشيء المقضي به فهي التي ترد على أحكام سبق وأن حازت على قوة الشيء المقضي به، ويعتبر كل من التماس إعادة النظر والنقض لصالح القانون طرق لاحقة لقوة الشيء. ينظر: بشير، محمد، المرجع والصفحة نفسها. بارش، سليمان، المرجع نفسه، ص305-306. الجوخدار، حسن، المرجع والصفحة نفسها. عيل، رؤوسه مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص802.

طرق عامة، وطرق خاصة⁽¹⁾، طرق عادية، وطرق غير عادية. وهذا التقسيم الأخير هو ما تناولته في هذا البحث، كما تناول آثار التفرقة التي تترتب عليه.

أ/- الطرق العادية والطرق غير العادية

يعتبر تقسيم طرق الطعن إلى طرق طعن عادية، وطرق طعن غير عادية أشهر تقسيم وأفضلها، ولذلك تأخذ به أغلب التشريعات، وأكثر الفقه القانوني⁽²⁾. وأساس هذا التقسيم هو تحديد أسباب الطعن⁽³⁾، فإذا كانت أسباب الطعن عامة غير محددة، فإننا نكون بصدد طرق عادية، أما إذا كانت أسباب الطعن محددة حصراً، فإننا نكون بصدد طرق غير عادية.

I/- طرق الطعن العادية: ويسمى البعض بالطرق العامة⁽⁴⁾. وهي التي تقوم على خطأ عام غير محدد، ومن ثم يجوز رفعها مهما كان وجه الخطأ، فيكون للطاعن الحرية في تأسيسها على ما يشاء من الأسباب والعيوب المتعلقة بالقانون أو بالواقع. وطرق الطعن العادية هي: المعارضة، والاستئناف.

I /- المعارضة: وهي طريق طعن عادي في الأحكام الغيائية. وهذا الطريق هو موضوع هذه الدراسة.
II /- الاستئناف: وهو طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة ابتدائياً من محاكم الدرجة الأولى أمام محاكم أعلى بغرض تعديلها أو إلغائها⁽⁵⁾. ويسمى الطاعن مستأنفاً وخصمه مستأنفاً عليه.

والاستئناف، إلى جانب اعتباره طريقاً للطعن، هو أيضاً وسيلة لتحقيق مبدأ التقاضي على درجتين. وقد أخذ به المشرع الإحرائي الجزائري في المواد المدنية والمواد الجزائية، ففي المواد المدنية نص عليه في المواد 102 إلى م 117 ق.إ.م⁽⁶⁾، أما المواد الجزائية فقد نص عليه في المواد من 416 إلى م 438 ق.إ.ج⁽⁷⁾.

(1) - الطرق العامة هي التي يفكر فيها الخصم فور صدور الحكم ضده، وهي الاستئناف حين يصدر الحكم عن المحكمة، والنقض حين يصدر الحكم عن المجلس القضائي. أما الطرق الخاصة فهي: التي تستعمل في حالة وجود عيب خاص يشوب الحكم، وهو الإخلال عمداً بأوجهة بالنسبة للمعارضة، والسلس بحق الغير بالنسبة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وصدور حكم في ظروف تدل على نسبة لانتهاك إعادة النظر. ينظر:

HERON, Jacques, droit judiciaire privé, motchrestin, Paris, 1991, p414-415.

تقلا عن: أمقران، بو بشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 309، هامش: 04.

(2) - بغداددي، مولاى ملياني، الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 455. أمقران، بو بشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 309. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 861. النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية - حراسة مقارنة - منشورات عوينات، بيروت، باريس، ط 1، 1986، ص 655. النجوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 6-7. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1206-1207. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 222-223.

(3) - هناك اتجاه يرى بأن المعيار في تقسيم الطرق إلى عادية وغير عادية هو معيار الحكم النهائي، فيكون الطعن عادياً إذا أنصب على حكم ابتدائي أي غير نهائي، ويكون غير عادي إذا وقع على حكم نهائي. ينظر في هذا: بغداددي، مولاى ملياني، المرجع والصفحة نفسها، وقد انتقد البعض هذا المعيار كثيراً، انظر: بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 9-11.

(4) - عبيد، رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

(5) - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ص 1209. وانظر كتابه: الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 07. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 307. هرجه، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية، مرجع سابق، ج 2، ص 119. بن ملحقة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 373. سورور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات، مرجع سابق، ص 921.

(6) - وينقلها الفصل 130-155 م.د.د. التونسية، وم 219-240 مرافعات مصري.

(7) - وينقلها الفصل 207-220 م.إ.ج. التونسي.

2/- طرق الطعن غير العادية: ويسمى البعض بالطرق الاستثنائية⁽¹⁾. ومعناها أنها تلك الطرق التي لا يجوز رفعها إلا بناء على أسباب محددة قانوناً، فإذا خلا الطعن من ذكر السبب أو الأسباب، أو بني على سبب غير ما نص عليه القانون كان الطعن غير مقبول. وطرق الطعن غير العادية ثلاثة هي: النقض، والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

I /- النقض: وهو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية، سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى أو من محاكم الدرجة الثانية، بهدف تصحيحها مما يكون قد شابها من أخطاء في القانون، سواء كان هذا الخطأ في مخالفة القانون أو في تطبيقه، أو في تأويله⁽²⁾.

II /- التماس إعادة النظر: وهو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية، يرفعه الخصم في الأحوال المنصوص عليها قانوناً، أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، بهدف محو الحكم الذي يتظلم منه ليعود مركز المتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره، ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع من جديد، والحصول على حكم آخر، بعد أن تخلص من قوة الشيء المقضي به⁽³⁾.

III /- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

ويُطلق عليه البعض تسمية معارضة الخصم -أو الشخص- الثالث⁽⁴⁾، أما المشرع التونسي فيسميه بالاعتراض⁽⁵⁾. ويقصد بهذا الطريق بأنه طريق طعن غير عادي، يرفع من شخص لم يكن طرفاً في الخصومة ضد حكم صدر مضرًا بمصالحه⁽⁶⁾.

واعترض الغير الخارج عن الخصومة هو طعن مدني، نص عليه المشرع الإجراءي الجزائري في م 191-192 ق.إ.م⁽⁷⁾.

(1) -القيب، عطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 655-656. عبيد رؤوف، المرجع والصفحة نفسها.

(2) -عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 654. ثروت، جلال. عبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 602. عمرو، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1264. بلوش، سليمان، المرجع نفسه، ص 313-318. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 237.

(3) -هجره، مصطفى مجدي، المرجع نفسه، ج 2، ص 294. عمرو، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص 1265. أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 338. إبراهيمي، محمد، المرجع نفسه، ج 2، ص 222. بلوش، سليمان، المرجع نفسه، ص 318. عبد المنعم، سليمان، المرجع نفسه، ص 562.

(4) -فهمي، مصطفى أبو زيد، طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة -دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا-، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة 06، ع 04، 1955-1956، ص 03-145. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 14-17.

(5) -نص الفصل 168 م.م.د.ت التونسية على أن «كل إنسان لم يسبق له استدعاء للتدخل في نازلة له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضّر بحقوقه».

(6) -ويقالها الفصل 168-174 م.م.د.ت التونسية، و.م 671-676 ق.إ.م.د.البناني، أما المشرع المصري فقد استبعد هذا الطريق وأضاف حالة جديدة لانتساب إعادة النظر في م 8/241 مرافعات مصري.

(7) -المبيض، عمر علي، أحكام الطعن باعتراض الغير في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة عمان، مج 26، 1999م، ص 701.

ب- آثار التفرقة بين الطرق العادية وغير العادية: يتج عن التفرقة بين طرق الطعن العادية، وغير العادية عدة نتائج نحملها فيما يأتي:

1/- عدم جواز اللجوء إلى طرق الطعن غير العادية إلا بعد استنفاد الطرق العادية، فإذا كان للخصم حق الطعن في الحكم بالاستئناف أو المعارضة، فلا يجوز اللجوء إلى الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر، إلا بعد فوات مياعدهما أو رفضهما. يقول سوليس Solus وهو يشرح هذه القاعدة: «إن الفكرة المتقدمة يسهل وضوحها إذا تخيلنا عدة أبواب يراد دخولها، إنما لا يجوز الدخول في الباب الثاني إلا بعد فتح الباب الأول وإغلاقه، فهذا الباب هو طريق الطعن العادي»⁽¹⁾.

وهذه القاعدة -قاعدة عدم جواز اللجوء إلى الطرق غير العادية إلا بعد استنفاد الطرق العادية- قاعدة عامة ترد عليها بعض الاستثناءات، منها أنه يجوز للخصم في الطعن بالمعارضة أن يلجأ مباشرة إلى الطعن بالنقض، أو التماس إعادة النظر، ويكون ذلك تنازلاً عن حقه في المعارضة، وهذا هو اتجاه المشرع المصري حسب نص م378 مرافعات مصري، وعلى هذا الأساس فإنه يجوز للمحكوم عليه عدم مباشرة حقه في الطعن في الحكم بالمعارضة، ومع ذلك يكون له حق الطعن في الحكم بالنقض أو التماس إعادة النظر⁽²⁾.

أما في الجزائر فإن المشرع قد طبق القاعدة بإطلاق، فلا يجوز اللجوء إلى النقض إلا بعد أن تصبح المعارضة غير مقبولة، وهذا ما قرره م2/235 ق.إ.م، والحكم ذاته ينطبق على الاستئناف. وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث قررت عدم جواز الجمع بين طريقي الاستئناف، والتماس إعادة النظر⁽³⁾ وهذا يعني عدم جواز اللجوء إلى التماس إعادة النظر -وهو طريق طعن غير عادي- إلا بعد فوات مياعاد الاستئناف أو أنه غير مقبول.

ومع ذلك، فإن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة -وهو طريق طعن غير عادي- يجوز اللجوء إليه في أية حالة، سواء كان الحكم ابتدائياً أو نهائياً، حضورياً أو غيابياً، وهذا بنص المادة 191 ق.إ.م التي قررت بأنه «لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفاً فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة»، فهذه الصياغة العامة للمادة تقضي بجواز الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة مهما كانت الدرجة التي صدر فيها الحكم⁽⁴⁾.

2/- في حالة خسارة الطاعن في طعنه العادي لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة مجرد خسارته، وهذا كقاعدة عامة. أما خسارة الطاعن في طعنه غير العادي فيعرضه كقاعدة عامة إلى الحكم عليه بغرامة مالية مجرد خسارته، هذا فضلاً عن التعويضات التي يطلبها المطعون ضده.

⁽¹⁾Solus, Cours de droit judiciaire privé, 1951, p672

نقلاً عن: أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص770.

⁽²⁾-أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص769.

⁽³⁾-قرار المجلس الأعلى رقم: 70068، الصادر بتاريخ: 13/01/1983م. المجلة القضائية، العدد03، السنة1992م، ص104-105.

⁽⁴⁾-بشير، عمدة، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص17-18.

3/- عدم جواز الالتجاء لطرق الطعن غير العادية إلا لأسباب معينة محصورة قانوناً، فالطعن بالنقض لا يجوز الالتجاء إليه إلا على أحد الأسباب التي حددها م 233 ق.إ.م بالنسبة للمواد المدنية، وم 500 ق.إ.ج، بالنسبة للمواد الجزائية⁽¹⁾.

وكذلك الشأن بالنسبة للطعن بالتماس إعادة النظر، فلا يجوز اللجوء إليه إلا بناء على أحد الأسباب التي حددها م 194 ق.إ.م، وهذا أمام المحاكم والمجالس القضائية أو م 295 ق.إ.م أمام المحكمة العليا هذا بالنسبة للمواد المدنية وم 531 ق.إ.ج بالنسبة للمواد الجزائية⁽²⁾.

أما بالنسبة لطرق الطعن العادية، فإنه يجوز بناؤها وتأسيسها على أي سبب من الأسباب سواء كانت موضوعية أو إجرائية، وسواء كانت متعلقة بالقانون أو بالواقع، وأساس هذا كله هو أن المشرع لما ذكر الطعن بالمعارضة والاستئناف ذكرها دون بيان الأوجه التي يجب أن يستند عليها هذان الطعنان.

والخلاصة أن طرق الطعن العادية تبنى على أسباب عامة غير محددة، أما غير العادية فتبنى على أسباب محددة. ويترتب على هذا الفارق أن الطعن بالطريق العادي يطرح موضوع الخصومة من جديد، أما الطعن بالطريق غير العادي، فلا يطرح إلا العيوب التي استند إليها الطاعن⁽³⁾.

4/- طرق الطعن العادية لها أثر موقوف، فمجرد قابلية الحكم القضائي للطعن فيه بالطرق العادية، أو طعن فيه بالفعل، يجعله غير مكتسب - كقاعدة عامة - للتنفيذ إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل، وهذا حسب نص م 100 ق.إ.م بالنسبة للمعارضة، وم 3/102 ق.إ.م بالنسبة للاستئناف، وكذلك م 425 ق.إ.ج بالنسبة للاستئناف أيضاً⁽⁴⁾. وذلك مثل قضايا النفقة، ووعد معترف به - م 1/40 ق.إ.م - والمنازعات الخاصة بتقديم الكفيل، أو الكفالة، م 307 ق.إ.م. أما في القضايا الجزائية، فإن هناك أيضاً استثناءات ترد على القاعدة العامة.

أما الطرق غير العادية، فالأصل فيها والقاعدة العامة أنه ليس لها أثر موقوف، فهي تنفذ رغم الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر، وذلك على أساس أنها أحكام قطعية نهائية. وعلى الرغم من هذا، فإن هذه القاعدة ليست أيضاً على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات، وبالأخص الطعن بالنقض، ذلك أن الالتماس ليس له أثر موقوف على الإطلاق (م 2/199 ق.إ.م). إذن فالطعن بالنقض الأصل فيه أنه ليس له أثر موقوف، والاستثناء أنه له أثر موقوف.

المطلب الثاني: الموقف من الطعن في الأحكام القضائية

مما لا شك فيه أن الحكم القضائي هو أهم عمل قضائي يصدر في خصومة مدنية أو جزائية، وآية ذلك أن أي نزاع يعرض على القاضي لا يهدف إلا إلى استصدار حكم نهائي ينطق بالحقيقة وينهي النزاع

(1) - ويقابلها الفصل 175 م.م.د.ت. التونسية والفصل 258 م.إ.ج. التونسية وم 248 مرافعات مصري وم 768 أصول محاكمات لبناني.

(2) - ويقابلها الفصل 156 م.م.د.ت. التونسية وم 277 م.إ.ج. التونسية، وم 241 مرافعات مصري، وم 690 أصول م.د.لبناني.

(3) - هرجه، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية، مرجع سابق، ج 2، ص 06. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 769.

(4) - ويقابلها الفصل 145 م.م.د.ت. التونسية، والفصل 1/214 م.إ.ج. التونسية.

والخصومة، ويؤدي إلى استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

بيد أن استصدار حكم قضائي نهائي يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية يبدو أنه هدف بعيد المنال، ذلك أن هذا الحكم يصدر عن قضاة، والقضاة بشر، والبشر من صفاكم الخطأ والسهو والنسيان والجهل وسوء النية، ويضاف إلى هذا أن نفوس الخصوم عادة ما تكون غير راضية بأي حكم يصدر ضدها، فتحس بالقلق وعدم الثقة تجاه أي حكم يقضي بالخسارة عليها، هذا كله دون نسيان أن نفوسهم مليئة بالأحقاد والضغائن.

وهذه كلها -الخطأ البشري ونفوس الخصوم- أمور طبيعية وواقعية مفطور عليها الإنسان، ولا ينكرها إلا جاحد أو متكبر. ومن ثم تتقرر حقيقة لا مناص ولا مفر من الاعتراف بها، وهذه الحقيقة هي عزّة وجود حكم قضائي دون خلل أو خطأ، فالخطأ في الحكم واقع لا محالة. ويجب التنبيه إلى أن هذا الخطأ ليس حتمية، وإنما لأسباب وعوامل متداخلة تجعل منه واقعا. وهذه العوامل هي الخطأ البشري ونفوس الخصوم. وهنا تكمن الإشكالية، وتدق المسألة، وهي التوفيق بين أمرين متناقضين:

الأمر الأول: هو ضرورة وضع حد للتراعات، والعمل على استقرار الأوضاع القانونية، وذلك بإصدار حكم نهائي غير قابل للمراجعة والطعن.

الأمر الثاني: عزة وجود حكم قضائي دون خلل أو خطأ.

إذن، كيف يمكن التوفيق بين الأمرين المتناقضين، والجمع بينهما، بحيث يكون الحكم القضائي عامل استقرار للمراكز القانونية وخاليا من أي شائبة خطأ في آن واحد، أي حكم قضائي ينهي التراع، ويرضى به الخصوم والحقيقة والعدالة؟

لا شك أنه لا بد من الإقرار بضرورة السماح للأطراف في التراع بالطعن في الحكم، ولكن هذه الرخصة التي تعطي للأطراف لا بد أن تكون محددة ومحصورة، سواء من ناحية المدة أو الأطراف، فيجب ألا يتوسع فيها، وهذا حتى تستقر الأوضاع والمراكز القانونية، وفي هذا المعنى يقول جرمي بنّام: «إلى أن تذلّوني على دعوى واحدة يمكن الجزم بأن الحكم سيصدر فيها بمنأى عن الخطأ، وما دام الخطأ والميل في الحكم ممكنا في كل الدعاوى، فيجب أن يكون لكل حالة وسيلة من وسائل التقوم»⁽¹⁾.

وإذن لا بد من الطعن في الحكم، بغية البحث أكثر في الحقيقة والكلمة الأخيرة للقضاء، وإذا كانت هذه حقيقة مسلمة، فما هو موقف الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي من فكرة الطعن في الأحكام القضائية؟ أو بعبارة أدق ما هو منهج الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقرير الطعن في الأحكام القضائية؟ للإجابة على هذه الإشكالية، فإننا تناولها في الفقه الإسلامي في فرع أول، ثم في القانون الوضعي في فرع ثان.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من نقض الأحكام القضائية

لقد نهج الفقه الإسلامي في تقريره نقض الأحكام القضائية، نهج الاستثناء من الأصل، الذي هو أن

(1) -سيف، رمزي، طرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 142.

الأحكام القضائية لا تنقض وأنها صحيحة، والاستثناء جواز نقض الأحكام إذا شابها خطأ.

البند الأول: الأصل في الأحكام القضائية أنها لا تنقض

تفق آراء فقهاء المسلمين في مختلف المذاهب الفقهية على أن الأصل والقاعدة العامة في الأحكام القضائية الصحة وخلوها من الأخطاء والعيوب، وأنه لا يمكن نقضها إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة وإلا لم يجوز ولم يصح النقض.

والنصوص الدالة على هذا المعنى كثيرة وطافحة، فمنها ما قاله أبو الحسن المرغيناني الحنفي «وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب والسنة والإجماع...»⁽¹⁾. ويقول ابن رشد (الجد) المالكي: «القاضي العدل العالم لا تصفح أحكامه، ولا ينظر فيها، إلا على وجه التحرير لها، إن احتيج للنظر فيها لعارض خصومة أو اختلاف في حد، لا على الكشف والتعقب لها إن سأل ذلك المحكوم عليه، فتنفذ كلها إلا أن يظهر في شيء منها عند النظر فيه على الوجه الجائز أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه فينقض ذلك»⁽²⁾.

ويقول أيضا الإمام محمد بن إدريس الشافعي: «وليس على القاضي أن يتعقب حكم من كان قبله، فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه، فإن وجده قضى عليه بما وضع في المسألة الأولى منه خلاف كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، فهذا خطأ يردده عليه لا يسعه غيره»⁽³⁾. ويقول ابن فرحون المالكي: «ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن بالقضاة»⁽⁴⁾.

فهذه النصوص كلها وغيرها⁽⁵⁾ تقر -بعد استجوابها- بأن القاعدة العامة في الأحكام القضائية أنها صحيحة، وأنها لا تنقض ولا تبطل إلا بناء على أسباب وموجبات محددة ومضبوطة. والفقهاء في تقريرهم لهذا الأصل يستهدفون استكناز واستكناه ضرورة المحافظة على استقرار الأوضاع والمراكز الحقوقية، ومنع تأييد الخصومات والمنازعات، ذلك أن السماح بنقض الأحكام بإطلاق دون ضوابط وشروط «فيه مضرة عظيمة من جهة نقض الأحكام وتبديل الحلال بالحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام»⁽⁶⁾. وهذا خطر على النظام الاجتماعي الإسلامي كله، ولسد هذه المضرة العظيمة لا بد من وضع حد لهذه المنازعات بإصدار حكم نهائي يكون هو عنوان الحقيقة والكلمة الأخيرة، مع منع جواز نقض هذا الحكم إلا بناء على أسباب معلومة مقننة.

(1) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 3، ص 119.

(2) - عنيش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 186.

(3) - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 6، ص 204.

4 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 84.

(5) - الزينبي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 188. السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج 1، ص 319-320-323. القسراي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 134. وكتابه: الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 40. ابن أبي اللثم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 124-125. ابن فدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 403. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 478. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 135.

(6) - القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أبو إسحاق إبراهيم أظفيش، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، ج 11، ص 312.

البند الثاني: الاستثناء، جواز نقض الأحكام التي تشوبها الأخطاء

إذا كان كان الفقهاء قد اتفقوا على أن الأصل والقاعدة العامة في الأحكام هو الصحة وأنها لا تنقض، فإنهم اتفقوا أيضا على أن الحكم القضائي إذا ظهر به خطأ فإنه ينقض ويطل، ويصدر حكم قضائي جديد في التراجع حاليا من تلك العيوب والأخطاء.

وقد نقل إلينا ابن حزم الظاهري هذا الإجماع فقال: «واتفقوا على وجوب الحكم بالقرآن والسنة والإجماع، واتفقوا أن من حكم بغيره هذه الثلاثة أو القياس أو الاستحسان، أو قول صاحب لا مخالف له منهم أو قول تابع لا مخالف له من التابعين ولا الصحابة، أو قول الأكثر من الفقهاء، فقد حكم بباطل لا محل»⁽¹⁾. وطبعاً، الحكم الباطل يرد وينقض، والنقض جائز بشرط وجود سبب وأسباب النقض سبق ذكرها حين تعريف النقض اصطلاحاً.

أما الأدلة على جواز النقض فهي: القرآن الكريم، والسنة النبوية، والآثار، والإجماع، والقياس، والمعقول.

أولاً/ القرآن الكريم

أ/ قال ﷻ: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: 48].

وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله ﷻ أمر بالحكم بما أنزل في الكتاب، ووصفه بأنه الحق، واعتبر مخالفته اتباعاً للهوى، فكل من خالفه فهو باطل يجب نقضه ورده⁽²⁾.

ب/ قال ﷻ: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: 44]، وقال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: 45]، وقال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: 47].

ففي هذه الآيات وصف الله ﷻ من حكم بغير ما أنزل الله بالكفر والظلم والفسق، ومن ثم يجب رد حكمه ونقضه⁽³⁾، وإلا استحق وصفه بالكفر والظلم والفسق.

ولا يستشكل على هذه الآيات القول بأنها نزلت في اليهود والنصارى، وذلك على أساس أن الجمهور قال بأنها عامة، تشمل اليهود والنصارى والمسلمين⁽⁴⁾.

ج/ قال ﷻ: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (78) ففهمتاها سليمان وكلما آتينا حكماً وعلماً وسخرنا مع داوود الجبال يسبحن والطير وكنا

(1) ابن حزم، مراتب الإجماع، مرجع سابق، ص 58.

(2) اللاحم، عبد الكرم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص 17.

(3) اللاحم، عبد الكرم بن محمد، المرجع والصفحة نفسها.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 6، ص 190. وانظر أيضاً سبب نزول هذه الآيات في صحيح مسلم، كتاب الخلود، باب رجم اليهود أهل النعمة في الزرق، ج 3، ص 1327، رقم الحديث: 1700.

وتعتبر هذه الآيات من الآيات الأساسية في الشرع الإبراهيمي الإسلامي. أما معنى هذه الآيات كما فسرها عبد الله بن عباس، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه: «دخل رجلان على داوود عليه السلام أحدهما صاحب حرث -زرع أو كرم أنبتت عناقيدته- والآخر صاحب غنم، فادعى صاحب الحرث إرسال الآخر غنمه في حرثه ليلا فلم يترك منه شيئا، فقضى عليه داوود عليه السلام بالغنم كلها لصاحب الحرث، فمر صاحب الغنم بسليمان عليه السلام، فأخبره بقضاء أبيه، فدخل سليمان على داوود، فقال: يا نبي الله، إن القضاء سوى ما قضيت، فقال: كيف؟ قال: ادفع الغنم إلى صاحب الحرث، فيكون له منافعتها من درّها وأولادها وأصوافها، والحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه حتى يعود كما كان، ثم يترادّان، فيأخذ صاحب الحرث حرثه، وصاحب الغنم غنمه، فقال داوود عليه السلام: القضاء ما قضيت وأمضى الحكم بذلك»⁽¹⁾.

هذا هو تفسير الآيات، وأما عبارة عن قضية ونزاع عرض على داوود عليه السلام فحكم بها، ثم جاء ابنه سليمان فعرض عليه حكما آخر، فأبطل الأول، وأقر حكم ابنه. ورغم هذا، فإن المفسرين قد اختلفوا في دلالة هذه الآيات: هل هي نص في جواز نقض الأحكام القضائية التي شأها خطأ، أم ليست نصا في ذلك؟ فكان الخلاف على رأيين، رأي يقول بأن الآيات ليست نصا في جواز النقض، ورأي ثان يرى خلافه، وأن الآيات هي نص على جواز النقض.

1/-الرأي الأول: الآيات ليس فيها أية دلالة على جواز النقض

يرى الماوردي الشافعي، ومحمد الطاهر بن عاشور المالكي بأن الآيات ليست نصا على جواز نقض الأحكام. فقد اعترض الماوردي على الاستدلال بهذه الآيات من وجهتين:

الأول: إن داوود عليه السلام ذكر حكمه على الإطلاق، وكان ذلك منه على طريق الفتيا فذكره لهم ليترجمهم إياه، فلما ظهر له ما هو أقوى في الاجتهاد منه عاد إليه.

الثاني: إن الله تعالى أوحى بهذا الحكم إلى سليمان فلزمه ذلك، ولأجل النص الوارد بالوحي أن ينقض اجتهاده، لأن على الحاكم أن ينقض حكمه بالاجتهاد إذا خالف نصا⁽²⁾.

أما ابن عاشور فقد اعترض قائلا: «وفي بقية القصة ما يصلح لأن يكون أصلا في رجوع الحاكم عن حكمه، كما قال ابن عطية وابن العربي، إلا أن ذلك لم تتضمنه الآية، ولا جاءت به السنة الصحيحة، فلا

(1)- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1328هـ - ج17، ص38-39. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجلاوي، دار إحياء الكتب العربية، د.م.ن، ط1، 1377هـ - 1958م، ج3، ص1254-1255. ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ - 1993م، ج4، ص90-91. الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، النكت والعيون - والمسي تفسير الماوردي، تحقيق: خضر محمد خضر، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، مطابع المنهوي، الكويت، ط1، 1402هـ - 1982م، ج3، ص51. القرطبي، المرجع نفسه، ج11، ص308.

(2)- الماوردي، النكت والعيون، مرجع سابق، ج3، ص52. وانظر كتابه الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص54.

ينبغي أن يكون تأصيلاً، وأن ما حاولاه من ذلك غفلة»⁽¹⁾.

مناقشة هذا الرأي: وقد نوقش الماوردي فيما ذهب إليه، وردّ على كل وجه من الوجهين الذين أوردهما: فقد رد على الوجه الأول بأنه «ضعيف، لأنه كان النبي ﷺ وفتياه حكم»⁽²⁾ صدر في خصومة ونزاع بين طرفين، وسياق الحادثة دليل على ذلك.

أما الرد على الوجه الثاني، فقد نقل ابن عطية أن: «جمهور الأمة قال: إن حكمهما كان باجتهاد»⁽³⁾، وليس عن وحي، والتفسير الذي أوردناه نص على ذلك.

أما ما قاله ابن عاشور فيحمل بذور نقله في طياته، فهو يقر بأن القصة وما فيها تفسر الآيات بجواز نقض الأحكام، ثم يقول بأنه ليس هناك أي نص من القرآن ولا من السنة يدل على هذا الجواز، وهذا تناقض، ويتجلى هذا التناقض أكثر حين نعلم بأن الكل يتفق على تفسير هذه الآيات التفسير الذي أوردناه، منهم ابن عاشور نفسه⁽⁴⁾. أي أنه إما أن يكون تفسير الآيات غير صحيح، وإما أن كلام ابن عاشور متناقض وساقط.

أما الأول فإنّ الكل يتفق على تفسير الآيات التفسير الذي أوردناه، ومنهم ابن عاشور، فيبقى الثاني وهو أن كلام ابن عاشور متناقض. وزيادة على هذا، فإنّ الإدعاء والزم بأنه لا توجد أحاديث صحيحة تدل على جواز النقض إدعاء غير صحيح، فهناك أحاديث كثيرة تدل على جواز النقض، وسنوردها حين ذكر الأدلة من السنة على جواز ذلك.

2- الرأي الثاني: الآيات تدل على جواز نقض الأحكام

يرى ابن عطية⁽⁵⁾ وابن العربي⁽⁶⁾ والقرطبي⁽⁷⁾ أن الآيات تدل دلالة قوية على جواز نقض الأحكام القضائية، بدليل ظاهر الآيات، وبالأخص قوله ﷺ: «إِذَا يَحْكُمَانِ» [الأنبياء: 78]، فيبين أن كلّ واحد منهما داوود وسليمان عليهما السلام قد حكم في نزاع عرض عليهما فحكم داوود أولاً، ثم ناقشه ابنة سليمان في الحكم فنقضه، وأصدر حكماً آخر. و بدليل أيضاً القصة التي تفسر الآيات، فهي واضحة في بيان حكم نقض الأحكام، والقصة تشرح نفسها بنفسها، ولا تحتاج إلى بيان وتفصيل، وهذه القصة متفق عليها بين المفسرين.

والذي يترجح لنا - كما ترجح لغيرنا⁽⁸⁾ - أن الآيات دليل على جواز نقض الأحكام التي تشوها أخطاء وعيوب، وأنها أصل من أصول الشرع الإجمالي، حتى قال بعضهم: «لولا هذه الآية لرأيت أن القضاة قد

(1) - ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د. 1984م، ج 17، ص 118.

(2) - ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 1255. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 11، ص 313.

(3) - ابن عطية، المحرر الوجيز، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

(4) - ابن عاشور، المرجع نفسه، ج 17، ص 116.

(5) - ابن عطية، المرجع نفسه، ج 4، ص 92.

(6) - ابن العربي، المرجع والصفحة نفسها.

(7) - القرطبي، المرجع نفسه، ج 11، ص 312.

(8) - رواج، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 54.

هلكوا، ولكنه تعالى أتى على سليمان بصوابه، وعذر داوود باجتهاده»⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن النقص يتوجه إلى الحكم الذي به عيب من العيوب التي ذكرناها سابقاً، فالنقص ليس بإطلاق وإنما بشروط وضوابط، ومن ثم فإنه لا يمكن توجيه النقد إلى ما قاله ابن عطية وابن العربي والقرطبي - كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين -⁽²⁾، من أنهم لم يقلوا مسألة رجوع القاضي عن حكمه، وأنهم أطلقوا العبارة، وذلك على اعتبار أنهم تناولوا المسألة من ناحية الأصل والمبدأ، لا من ناحية التفرع والتفصيل، فهم في حالة تقرير المسألة من ناحية حكمها من حيث الجواز أو عدمه.

ثالثاً/ - السنة النبوية

أ/ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»⁽³⁾.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن من اخترع أو أدخل أو حكم في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله، فلا يلتفت إليه وهو باطل غير معتد به⁽⁴⁾، فيرد وينقض.

والحق أن هذا الحديث يعتبر نصاً من النصوص العظيمة والقواعد الأساسية في رد كل البدع بصفة عامة، ونقض الأحكام الباطلة بصفة خاصة، ولذلك قال عنه الإمام النووي: «وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمه ﷺ، فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات... وهو مما ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات، وإشاعة الاستدلال به»⁽⁵⁾. وقال عنه أيضاً الحافظ ابن حجر العسقلاني: «وهذا الحديث معدود من أصول الإسلام وقاعدة من قواعده»⁽⁶⁾. واعتبره البعض «نصف أدلة الشرع»⁽⁷⁾.

فيمكن على أساس هذا الحديث رد ونقض الأحكام الباطلة التي تشوبها أخطاء، سواء كانت هذه الأحكام مخالفة للشرع في منطوقه أم في مفهومه، في لفظه أم في روحه. وقد استدل جمع من الفقهاء المتقدمين⁽⁸⁾، والباحثين المعاصرين⁽⁹⁾ بهذا الحديث في جواز نقض الأحكام القضائية المعيبة، حتى أن الإمام مسلم ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور»⁽¹⁰⁾.

(1) - الماوردي، النكت والعيون، مرجع سابق، ج3، ص52. القرطبي، المرجع نفسه، ج11، ص309.

(2) - روابح، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص54.

(3) - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطفحوا على صلح جور فالصلح مردود، ج3، ص184، وأخرجه كذلك في: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا احتجوا العامل أو الحاكم...، ج9، ص107. وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ج3، ص1343 رقم الحديث: 1718. واللفظ لمسلم. ومعنى الرد في الحديث أنه مردود.

(4) - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج5، ص231. النووي، مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص257.

(5) - النووي، مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص257.

(6) - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج5، ص231.

(7) - ابن حجر، المرجع والصفحة نفسها.

(8) - الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، مرجع سابق، ج7، ص260. ابن مفلح، القروع، مرجع سابق، ج6، ص457. الحيني،

الروض النضير، مرجع سابق، ج3، ص433.

(9) - اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص18. روابح، إمام شهرزاد، المرجع نفسه، ص58.

(10) - صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1343.

ب/- عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال: «بعثني النبي صلى الله عليه وآله إلى اليمن، فأزيتي قبائل الناس زينة⁽¹⁾ الأسد، فأصبحوا ينظرون إليه، وقد وقع فيها، فتدافعوا حول الزينة، فخر فيها رجل، فتعلق بالذي يليه، وتعلق آخر بآخر، حتى خر فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فتناول رجل يرمح قطعته، وأخرج القوم منها، فممنهم من مات فيها، ومنهم من جرح وهو حي، فماتوا كلهم، فقالت قبائل الثلاثة لقبيلة الأول: هاتوا دية الثلاثة، فإنه لولا صاحبهم لم يسقطوا في البئر، فقالوا: إنما تعلق صاحبنا بواحد، فنحن نؤدي دية واحد، فاختلفوا حتى أرادوا القتال بينهم، فسرح رجل منهم إلي وهم غير بعيد مني، فقلت: تريدون أن تقتلوا أنفسكم، ورسول الله حي وأنا إلى جنبكم، إني قاض بينكم بقضاء، فإن رضيموه فهو نافذ بينكم، وإن لم ترضوه فهو حاجر بينكم، فمن جاوزه فلا حق له حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وآله، فهو أعلم بالقضاء مني، فرضوا بذلك، فأمرهم أن يجمعوا دية تامة من الذين شهدوا البئر، ونصف دية، وثلاث دية، وربع دية، فقضيت أن يُعطى الأسفل ربع دية من أجل أنه هلك فوّه ثلاثة، ويُعطى الذي يليه الثلث، من أجل أنه هلك فوّه اثنان، ويُعطى الذي يليه النصف، من أجل أنه هلك فوّه واحد، ويُعطى الأعلى، الذي لم يهلك فوّه أحد الدية، فممنهم من رضي ومنهم من كره، فقلت تمسكوا بقضائي حتى تأتوا رسول الله صلى الله عليه وآله، فيقضي بينكم، فوافقوا رسول الله صلى الله عليه وآله بالموسم، فلما قضى الصلاة جلس عند مقام إبراهيم، فساروا إليه فحدثوه بحديثهم، فاحتى برد عليه، وقال: «إني أقضي بينكم إن شاء الله»، فقال رجل من أقصى القوم: إن علي بن أبي طالب قد قضى بيننا بقضاء باليمن، فقال: «وما هو». فقصوا عليه القصة، فأجاز رسول الله صلى الله عليه وآله كما قضيت بينهم⁽²⁾.

وجه الاستشهاد بهذا الحديث أن عليا بن أبي طالب عليه السلام عرضت عليه قضية فحكم فيها، إلا أن بعض الأطراف لم ترض بالحكم، فرفعوا أمرهم إلى رسول الله رجاء نقض حكم علي وإصدار حكم آخر، فقضى فيها بإقرار حكم علي، فدلّ رفع الحكم إلى الرسول صلى الله عليه وآله على جواز طلب نقض الأحكام القضائية. كما دلّ أيضا على أن نقض الأحكام القضائية قد وجد في سنتنا المطهرة، فالتبني لم ينفه القوم عن اللجوء إليه مرة ثانية لنقض الحكم القضائي الذي أصدره علي عليه السلام، بل أقرهم على ذلك، والتقرير سنة، ومن ثم يجوز نقض الأحكام القضائية بدلالة هذا الحديث⁽³⁾.

ج/- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «كأت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك. فتحاكما إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان ابن داود عليهما السلام، فأخبرتا، فقال: اتوبن بالسكين أشقّه

(1) الزينة: حفرة تفر للأسد والصيد، ويظلي رأسها بما يسترحا ليقع فيها، انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص1810.

(2) ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد، المسند، شرحه وضعه فهارسه: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، دط، ج2، ص24، رقم الحديث 573-574-1063-1310، وقال عنه أحمد محمد شاكر: إسناده صحيح. وكيع، محمد بن خلف، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، دط، ج1، ص95-96-97. واللفظ لو كيع.

(3) رواج، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص58. أحمد، فؤاد عبد المعوم وعظيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دط، ص113.

بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى»⁽¹⁾.

فهذا الحديث يروي حادثة وقعت، تتمثل حثيثاً في أن ذنباً خطف ابناً، وترك آخر، فتنازعت امرأتان في الولد الذي بقي لمن هو، وحيث أن داود عليه السلام قضى به للكبرى، فإنه بعد ذلك خرجتا من عنده وعرضتا القضية على سليمان عليه السلام، وحيث أنه احتال حيلة، وهي أنه يقسمه إلى قسمين بالسكين، وحيث أن الصغرى رفضت الحكم ورأت أن يعطى الولد إلى الكبرى، فإن داود قضى به للصغرى، فملت شفقتها على أن الولد هو ابنها، وأما هي أمه⁽²⁾.

ولقد تنازع العلماء في دلالة هذا الحديث، هل يدل على جواز نقض الأحكام أم لا؟ فكانوا على رأيين، رأي يرى عدم وجود ما يفيد جواز النقض، ورأي يرى خلافه.

1/- الرأي الأول: الحديث لا يدل على جواز النقض

يرى القرطبي وبعض العلماء أن الحديث لا دلالة فيه على جواز النقض، وأن من ادعى ذلك فادعاه غير صحيح. وأساس هذا الرأي، كما قال القرطبي: «أن سليمان عليه السلام لم يتعرض لحكم أبيه بالنقض، وإنما احتال حيلة لطيفة ظهر له بسببها صدق الصغرى، وهي أنه لما قال: هات السكين أشقه بينكما، قالت الصغرى: لا، فظهر له من قرينة الشفقة في الصغرى، وعدم ذلك في الكبرى ما عساه انضاف إلى ذلك من القرائن ما حصل له العلم بصدقها، فحكم لها، ولعله كان ممن سوغ له أن يحكم بعلمه»⁽³⁾.

ثم يستأنس القرطبي بعد هذا بأن النسائي ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «نقض الحاكم لا يحكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه»⁽⁴⁾.

ثم يقول: «ولعل الكبرى اعترفت بأن الولد للصغرى عندما رأت من سليمان الحزم والجد في ذلك، فقضى بالولد للصغرى، ويكون هذا كما إذا حكم الحاكم باليمين، فلما مضى ليحلف حضر من استخراج من المنكر ما أوجب إقراره، فإنه يحكم عليه بذلك الإقرار قبل اليمين وبعدها، ولا يكون ذلك من باب نقض الحكم الأول، لكن من باب تبدل الأحكام بحسب تبدل الأسباب، والله أعلم»⁽⁵⁾. ومن ثم، فإن القرطبي ومن خلال كلامه يقر بأن ما صدر عن داود عليه السلام هو حكم قضائي، بيد أنه ينازع في وجود النقض، فهو حسب رأيه لا يوجد، وإنما هو حيلة لطيفة احتالها سليمان ليعرف الحقيقة.

وهناك رأي آخر يرى بأن ما صدر عن داود وسليمان ليس حكماً، وإنما ورد «على سبيل الفتيا منهما

(1) - البحر المحاربي في صحيحه: كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابناً، ج8، ص156-157. وكذلك في كتاب الأنبياء، باب قوله تعالى: «ووهبنا للداود سليمان نعم العبد إنه أواب»، ج4، ص162. وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب بيان اختلاف المجتهدين، ج3، ص1344، رقم الحديث: 1720. واللفظ للبخاري.

(2) - النووي، مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص259-260.

(3) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج11، ص313.

(4) - الصحيح أن النسائي ترجم لهذا الحديث تحت عنوان: «باب نقض الحاكم ما يحكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه». انظر: النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، السنن، دار القلم، بيروت، د ط، ج8، ص236. ومن ثم فإن القرطبي قد أخطأ، أو أن الخطأ من تصحيح النساخين.

(5) - القرطبي، المرجع نفسه، ج11، ص314.

لا الحكم، ولذلك ساغ لسليمان أن ينقضه»⁽¹⁾.

وفي المحصلة، فإن القرطي يتفق مع غيره بأن الحديث لا دلالة فيه على جواز النقض، ويفترقان في طبيعة ما صدر عن داود وسليمان عليهما السلام، فالقرطي يرى بأن ما صدر عنهما هو حكم قضائي، في حين أن غيره يرى بأن ما صدر هو فتوى.

2- الرأي الثاني: الحديث بنصه دليل على جواز نقض الأحكام

يرى الإمام الصنعاني⁽²⁾ وغيره⁽³⁾ أن الحديث دليل على جواز النقض، يتبين لنا ذلك مما يأتي:

I -/ إن ما صدر عن داود وسليمان عليهما السلام هو حكم قضائي، وليس بفتوى يدل على ذلك نص الحديث: «فحاكمتا إلى داود رضي الله عنه فقضى به»، فدل هذا على أنه حكم لا فتوى. يقول القرطي: «فأما القول بأن ذلك من داود فتيا فهو ضعيف، لأنه كان النبي صلى الله عليه وسلم وفتياه حكم»⁽⁴⁾.

II -/ إن ما صدر عن داود رضي الله عنه هو حكم جازم ملزم للطرفين بدليل قوله: «فقضى به للكبرى»⁽⁵⁾.

III -/ أما ما قاله القرطي بأنه لا يوجد نقض في الحادثة التي روتها السنة الشريفة وأنه حيلة احتالها سليمان رضي الله عنه، فغير مسلم به، لأن الحيلة صدرت من سليمان وليس من داود، فلو أنها صدرت من هذا الأخير، لكانت كذلك حيلة ولكن وقائع التراجع تشير أن امرأتين «تحاكمتا إلى داود رضي الله عنه، فقضى به، فخرجتا على سليمان...»، أي أن داود حكم في التراجع بحكم ملزم جازم، ثم نقضه سليمان، فالوقائع ناطقة بهذا وأن ما تأوله القرطي هو بعيد.

والخلاصة أن الحديث فيه دلالة على جواز النقض، إلى جانب الأحاديث الأخرى التي تؤدي إلى ذات الحكم، وهي كلها ترد على ما ادّعاه ابن عاشور من أنه لا توجد أحاديث توصل لمسألة نقض الأحكام.

ثالثا/ الآثار

هناك آثار كثيرة، تبين بجلاء جواز نقض الأحكام القضائية، ولعل أهم هذه الآثار رسالة عمر في القضاء التي أرسلها إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، زيادة على ذلك فإن هناك أفضية يستفاد منها جواز النقض. ولذلك ستناول رسالة عمر رضي الله عنه، وبعض الأفضية التي تثبت المقصود.

أ/- رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء

تعتبر رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء والتي بعثها إلى واليه بالكوفة أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، رسالة عظيمة، ومن الوثائق التاريخية الجلية، وذلك لأنها اشتملت على قضايا أساسية ومبادئ رئيسة في القضاء، منها مبدأ المساواة بين الخصوم، فكرة الآجال والمواعيد، فكرة نقض الأحكام، وشروط الشهود،

(1) ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 6، ص 464، ذكره ولم ينسبه إلى أحد.

(2) الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 212.

(3) -روابع، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 56.

(4) -القرطي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 11، ص 313.

(5) -روابع، إمام شهرزاد، المرجع والصفحة نفسها.

وغيرها من القضايا المهمة. ولذلك أصاب الفقيه الحنفي محمد بن الحسن الشيباني حين سمى هذه الرسالة باسم «كتاب سياسة القضاء»، أو «كتاب السياسة»⁽¹⁾، ومن ثم فإن هذه الرسالة هي «كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه»⁽²⁾. وهذه الرسالة نظراً لأهميتها القصوى في القضاء، فقد نقلها الكثير من العلماء في كتبهم⁽³⁾، كما اعتنى بعضهم بشرحها⁽⁴⁾، ولذلك فإن معظم العلماء قبلوا هذه الرسالة، بل اعتبروها من أصول القضاء وقواعده. ولم يخالف في هذا إلا ابن حزم الظاهري من المتقدمين، ومحمود بن عرنوس من المعاصرين، فقد أنكرا كلاهما هذه الرسالة، وأنها لم تثبت تاريخياً. وطبعاً، من الناحية الموضوعية لا يمكن الاستشهاد بهذه الرسالة إلا بعد إثباتها والتحقق من وجودها التاريخي، ومن ثم فإنه لا بد من عرض رأي المنكرين للرسالة والرد عليهم، ثم بعد ذلك نستشهد بالرسالة فيما يتعلق بالنقض.

1/- المنكرون لرسالة عمر وحججهم

أنكر ابن حزم الظاهري⁽⁵⁾ والشيخ محمود بن عرنوس⁽⁶⁾ صحة هذه الرسالة، لدرجة أن ابن حزم وجرىا على عادته في الاتهام، اتهم أصحاب المذاهب الأربعة بأن الرسالة هي: «الرسالة المكذوبة الموضوعية عن عمر رضي الله عنه». ويمكن أن نجمل الاعتراضات على الرسالة إلى اعتراضات من ناحية السند، واعتراضات من ناحية المتن أو الموضوع.

I /- من ناحية السند

■ إن رسالة عمر رضي الله عنه في القضاء «لم يروها إلا عبد الملك بن الوليد بن معدان عن أبيه، وهو ساقط بلا خلاف، وأبوه أسقط منه، أو من هو مثله في السقوط»⁽⁸⁾.

■ إن القول بأن أبا موسى الأشعري وولي الكوفة في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه غير صحيح: «فهو لم يل الكوفة في زمن عمر، وإنما وليها في زمن عثمان، وإنما كان قاضي الكوفة شريح»⁽⁹⁾.

(1) -السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص60. الكاسبي، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص09.

(2) -ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، دار الكتب الحديثة، القاهرة، دط، دت، ج1، ص92.

(3) -السرخسي، المرجع والصفحة نفسها. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص30-31. القراني، الذخيرة، مرجع سابق، ج10، ص71. وكعب، أخبار القضاء، مرجع سابق، ج1، ص70-72. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب لا يجزئ حكم القاضي، ج10، ص150.

(4) -الحمام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، شرح أذنب القاضي، تحقيق: أبو الوفا الأفاغاني - أبو بكر الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م، ص25. السرخسي، المرجع والصفحة نفسها. ابن قيم الجوزية، المرجع نفسه، ج1، ص91.

(5) -ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج1، ص59.

(6) -ابن عرنوس، محمود، تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص14-15.

(7) -ابن حزم، المرجع والصفحة نفسها.

(8) -ابن حزم، المرجع والصفحة نفسها.

(9) -ابن عرنوس، محمود، المرجع نفسه، ص15.

II -/ من ناحية المتن أو الموضوع

❖ اشتمال الرسالة على مصطلحات لم توجد فى عصر الصحابة: «فإن فيها: واعرّف الأشباه والأمثال وقس الأمور»⁽¹⁾، فمصطلح القياس لم يكن له وجود فى عصر الصحابة.

❖ مخالفة الفقهاء لما ورد فى الرسالة، فإن فيها: «أشياء خالفوا فيها عمر ؓ»، منها قوله فيها: والمسلمون عدول بعضهم عن بعض إلا مجلودا فى حد أو ظننا فى ولاء أو نسب، وهم لا يقولون بهذا»⁽²⁾.

❖ إن عمر بن الخطاب ؓ وهو صاحب الرسالة لم يعمل بما تضمنته الرسالة، فقد رجع عما قاله⁽³⁾. يقول ابن سهل المالكي: «وقول عمر ؓ فى هذه الرسالة: المؤمنون عدول بعضهم على بعض، رجع عمر عن ذلك»⁽⁴⁾. وتما يؤيد كلام ابن سهل ما يروى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال: «قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق، فقال: لقد جئتك لأمر ما حلّه رأس ولا ذنب! فقال عمر: ما هو؟ قال: شهادات الزور ظهرت بأرضنا، فقال عمر: أو قد كان ذلك؟ قال نعم، فقال عمر: والله لا يؤسر رجل فى الإسلام بغير العدول»⁽⁵⁾. فهذا يدل على رجوعه عما فى هذه الرسالة⁽⁶⁾.

2- الرد على متكوري رسالة عمر ؓ

I -/ من ناحية السند

❖ إن ما ادعاه ابن حزم من أن الراوى، وهو عبد الملك بن الوليد بن معدان ساقط هو وأبوه بلا خلاف، إدعاء غير صحيح، فإذا كان ابن حزم لا يقبل روايتهم، فإنّ هناك من المحدثين من يقبل روايتهم، فعبد الملك بن الوليد «قال عنه يحيى بن معين: صالح، وقال البخارى: فيه نظر، وقال النسائي: ليس بالقوي»⁽⁷⁾. فالقول بأنه ساقط بلا خلاف عبارة تعوزها الدقة والتحقيق.

أما أبوه الوليد بن معدان الضبيعي، فقد قال عنه ابن حبان: «يروى عن ابن عمر، روى عنه ابنه عبد الملك بن الوليد، يعتبر بحديثه ما لم يروه عنه ابنه»⁽⁸⁾. فأين هذا مما قاله ابن حزم؟

ومن جهة أخرى، فإن الرسالة رويت من طرق أخرى⁽⁹⁾، غير طريق عبد الملك بن الوليد بن معدان، فإذا كان هذا غير صحيح، فإن الطرق الأخرى صحيحة.

❖ إن القول بأن أبا موسى الأشعري لم يل الكوفة فى زمن عمر ؓ غير صحيح، بل الصحيح أنه

(1) - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 1، ص 59.

(2) - ابن حزم، المرجع نفسه، ج 1، ص 60.

(3) - ابن عوون، عمود، تاريخ القضاء فى الإسلام، مرجع سابق، ص 15.

(4) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 31.

(5) - رواه مالك فى الموطأ، كتاب الأفضية، باب ما جاء فى الشهادات، ص 510. رقم الأثر: 1400.

(6) - ابن فرحون، المرجع و الصفحة نفسها.

(7) - المزني، تهذيب الكمال، مرجع سابق، ج 1، ص 432. الترجمة رقم: 3572.

(8) - ابن حبان، عمد، كتاب الثقات، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، الهند، ط 1، 1399هـ - 1979م، ج 5، ص 493.

494.

(9) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 91. البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج 10، ص 150.

وَلِي الكوفة في أواخر خلافة عمر رضي الله عنه. يقول ابن جرير الطبري: «ثم أقبل (أي عمر) على أهل الكوفة، فقال: من تريدون يا أهل الكوفة؟ فقالوا: أبا موسى، فأمره عليهم بعد عمار (بن ياسر)، فأقام عليهم سنة»⁽¹⁾. وهذا الذي قاله الطبري أكده ابن خلدون⁽²⁾ وابن كثير⁽³⁾ وابن الأثير الجزري⁽⁴⁾ وابن حجر العسقلاني⁽⁵⁾. ومن ثم فإن الرسالة صحيحة سنداً، وأما ثابته تاريخياً، ولا حجة في نكرانها.

II / من ناحية المتن أو الموضوع

❖ إن الزعم بأن الرسالة تضمنت اصطلاحات لم تكن في عصر الصحابة غير صحيح، والصحيح أن مصطلح القياس كان معروفاً لدى الصحابة. يقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «لا يأتي عليكم عام، إلا وهو شر لكم من الذي قبله، أما إني لا أقول لكم: أمير خير من أمير، ولا عام أحص من عام، ولكن فقهاؤكم يذهبون، ثم لا يجدون منهم خلفاً ويحيى قوم يقيسون الأمور برأيهم»⁽⁶⁾.

❖ أما القول بأن الفقهاء خالفوا ما ورد في الرسالة، فإن مجرد المخالفة لا يعني رفض الرسالة وإبطالها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن قول عمر: «والمسلمون عدول بعضهم على بعض» ليس مطلقاً، فهو لم يسكت حينما قال هذه العبارة، بل استثنى في الرسالة ذاتها المعروف بشهادة الزور، ومن جُلد في حد، ومن يتهم في شهادته بهدف جرّ مصلحة ومنفعة، فهو يقول: «إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد، أو ظنيماً في ولاء أو نسب» فعمر رضي الله عنه بناء على هذا لم يغفل شروط العدالة، ولو أنه لم يذكرها كلها، لأنه لم يكن يقصد حصرها⁽⁷⁾.

❖ أما رجوع عمر رضي الله عنه عما ورد في بعض الرسالة، فهذا لا ينفي الرسالة كلها وإبطالها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الرجوع يدل على صحة الرسالة وليس على بطلانها، ذلك أن الرسالة تذكر أن مذهب عمر الرجوع إلى الحق إذا ظهر له الخطأ، فهو يقول في الرسالة: «ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك، فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قلم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل»، وهو قد رجع إلى الحق لما ظهر له الخطأ⁽⁸⁾. وهذا تكون الرسالة ثابتة سنداً ومتناً، شكلاً

(1) - ابن جرير الطبري، أبو جعفر محمد، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1411هـ - 1991م، ج2، ص545.

(2) - ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدمة، دار الكتاب اللبناني، بيروت بالاشتراك مع مكتبة المدرسة، بيروت، دط، 1983، ص390.

(3) - ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل، البداية والنهاية في التاريخ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1351هـ - 1933م، ج7، ص128.

(4) - ابن الأثير الجزري، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد، الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط5، ص1405هـ - 1985م، ج3، ص15-16.

(5) - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج1، ص267.

(6) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص59-60.

(7) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء بالاشتراك مع مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1410هـ - 1990م، ج2، ص629.

(8) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، المرجع والصفحة نفسها.

وموضوعاً. وهذا الرأي هو ما رجحه كثير من الباحثين المعاصرين⁽¹⁾.

3/ الشاهد في رسالة عمر بن الخطاب على جواز نقض الأحكام:

أما الشاهد على جواز نقض الأحكام التي تشوبها أخطاء، فهو قول عمر في الرسالة: «ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك، وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل»⁽²⁾.

ومعنى هذه العبارة أن القاضي إذا اجتهد في قضية عرضت عليه فحكم فيها بحكم معين، ثم بعد مدة عرضت عليه قضية مشابهة لها، فإنه يجوز له أن يحكم في القضية الثانية بخلاف ما حكم به في الأولى «فلا يكون الاجتهاد الأول مانعاً من العمل بالاجتهاد الثاني متى ظهر الحق، فالحق أولى بالإيتار، لأنه قدم سابق على الباطل»⁽³⁾. فالاجتهاد لا ينقض الاجتهاد.

كما تعني هذه العبارة أيضاً أن القاضي إذا حكم في خصومة ثم تبين له أنه أخطأ في الحكم فيجوز له نقض حكمه، كما له نقض حكم غيره متى تبين له وجود خطأ في الحكم. يقول الإمام السرخسي الحنفي في هذا المعنى: «وفيه دليل أنه إذا تبين للقاضي الخطأ في قضاؤه بأن خالف قضاؤه النص أو الإجماع، فعليه أن ينقضه»⁽⁴⁾.

وهذه العبارة بهذا المعنى الذي ذكرناه يستشهد بها الكثير من الفقهاء المتعلمين⁽⁵⁾، والباحثين المعاصرين⁽⁶⁾ لبيان جواز نقض الأحكام، سواء القاضي ينقض حكمه بنفسه أو حكم غيره، متى وجدت أسباب النقض.

ب/- ومن الأفضية التي تدل على جواز النقض ما روي أنه «أقي شريح في امرأة تركت ابني عمها، أحدهما زوجها، والآخر أخوها لأمها. فأعطى الزوج النصف، وأعطى الأخ من الأم ما بقي، فبلغ ذلك علي عليه السلام، فأرسل إليه فقال: ادعوا إلي العبد الأبطر، فدعني شريح. فقال: ما قضيت؟ قال: أعطيت الزوج النصف، والأخ من الأم ما بقي، فقال علي عليه السلام: أكتاب الله، أم سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال: بل بكتاب الله، فقال: أين؟ قال شريح: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» [الأنفال: 75]، فقال علي: هل قال للزوج النصف، ولهذا ما بقي، ثم أعطى علي عليه السلام، الزوج النصف والأخ من الأم السدس، ثم ما بقي قسمه بينهما»⁽⁷⁾.

ج/- ومن الأفضية كذلك التي تدل على جواز النقض ما عرض علي سيدنا عمر بن الخطاب عليه السلام في

(1) - القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، مرجع سابق، ج 2، ص 629. بوضياف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 148. القاسمي، ظافر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ، مرجع سابق، ص 449.

(2) - انظر ص 75 من هذا الفصل.

(3) - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 119.

(4) - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 16، ص 62. الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ص 27.

(5) - السرخسي، المرجع و الصفحة نفسها. الحسام الشهيد، المرجع و الصفحة نفسها. ابن قيم الجوزية، أ المرجع و الصفحة نفسها. الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 212. الحيمي، الروض النضر، مرجع سابق، ج 3، ص 433.

(6) - بوضياف، عمار، المرجع نفسه، ص 50. القرشي، غالب بن عبد الكافي، المرجع نفسه، ج 2، ص 631.

(7) - رواه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب ميراث ابني عم أحدهما زوج والآخر لأم، ج 6، ص 239-240.

الميراث، في مسألة تسمى بالمشتركة، وهي عبارة عن: زوج وأم، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فأعطى عمر للزوج النصف، والأم السدس وللأخوة الثلث، ولا شيء للأخوة الأشقاء، فلما عرضت عليه المسألة مرة ثانية وبأطراف أخرى، قضى فيها بمثل ما قضى في الأولى، فالتفت إليه الاخوة الأشقاء، وقالوا: «يا أمير المؤمنين هب أن أبانا جمارا ألسنا بني أم واحدة، فهل زادنا الأب قرباً؟ قال: صدق، وأشرك بينهم، فقال له رجل: إنك لم تُشرك بينهم عام كذا وكذا، قال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم»⁽¹⁾.

فهذه الأفضية وغيرها تدل على جواز النقض، ففيها يقضى القاضي بحكم معين، ثم يتعرض حكمه للنقض، إما لأن القاضي أخطأ في فهم النص كما هو حاصل للقاضي شريح وتعرض حكمه للنقض من طرف علي بن أبي طالب عليه السلام، أو لأن القاضي أخطأ في تقدير وقائع النزاع مثلما هو حاصل لقضاء عمر عليه السلام.

رابعاً/ الإجماع

يجمع الفقهاء المسلمون على جواز النقض متى وجد سببه⁽²⁾. وهذا الإجماع لا خلاف في وجوده، ورغم هذا إلا أننا وجدنا الدكتور محمد مصطفى الزحيلي يقول إن: «الفقهاء اختلفوا في جواز نقض الحكم»⁽³⁾. ويذكر لنا بعد ذلك أنهم انقسموا إلى ثلاثة أقوال، ونقل من كلامه فقط ما يفيدنا في هذه النقطة يقول الزحيلي:

القول الأول: هو جواز نقض الحكم مطلقاً متى بان خطؤه... وهو قول أبي ثور وداود الظاهري.

القول الثاني: عدم جواز نقض الحكم مطلقاً، ذهب إلى ذلك عدد من الفقهاء، وقالوا: متى نطق القاضي بالحكم فحكمه نافذ ولا ينقضه بنفسه ولا ينقض بحكم قاض آخر مطلقاً.

القول الثالث: وهو قول أئمة المذاهب الأربعة، وجمهير العلماء، والفقهاء والمتأخرين، وذهبوا إلى التفصيل...⁽⁴⁾. ثم يفصل آراء العلماء في القول الثالث وملخصه جواز نقض الحكم القضائي متى توفرت أسباب النقض وإلا فلا يجوز النقض.

وهذا الكلام- وهو دعوى اختلاف الفقهاء حول جواز نقض الأحكام- يناقش كالآتي:

أ/إن دعوى اختلاف الفقهاء في نقض الحكم القضائي، دعوى لا أساس لها، فقد ذكرنا سابقاً أن ابن حزم نقل الإجماع حول هذه المسألة، وكذلك العلماء الذين تناولوا هذه القضية.

ب/إن القائلين بجواز نقض الأحكام مطلقاً متى بان خطؤها، وهما أبو ثور وداود الظاهري، هو أن قولهما يلتقي مع الجمهور ولا يخالفه، فهما يقيدان النقض بشرط وجود الخطأ.

يقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي: «وحكي عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه»⁽⁵⁾.

(1) -رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب المشتركة، ج6، ص255.

(2) -ابن حزم، مراتب الإجماع، مرجع سابق، ص58.

(3) -الزحيلي، عمدة مصطفي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتب، دمشق، ط4، 1412هـ-1992م، ص260.

(4) -الزحيلي، عمدة مصطفي، المرجع نفسه، ص261.

(5) -ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص404.

وقال عبد القادر بن بدران الدمشقي: «وقال داود وأبو ثور ينقض ما بان خطأ»⁽¹⁾. فهذه النصوص كلها توضح بجلاء أن ما قاله داود الظاهري وأبو ثور يلتقي مع ما قال الجمهور، من أن الحكم القضائي ينقض متى بان خطؤه في جميع الحالات، فهما يتفقان مع الجمهور ولا يفترقان.

جـ/— أما بالنسبة لمن منع نقض الأحكام القضائية مطلقاً، فلم يذكر أحد من العلماء من قال بهذا الرأي، ومن هم أصحابه، اللهم إلا رأي ضعيف ذكره الصنعائي وردّ عليه، فيقول: «وللعلماء قولان في المسألة (مسألة نقض الأحكام): قول أنه ينقضه إذا أخطأ، والآخر لا ينقضه، لحديث «... وإن أخطأ فله أجر»⁽²⁾.

قلت: ولا يخفى أنه لا دليل فيه، لأن المراد أخطأ ما عند الله وما هو في نفس الأمر من الحق، وهذا الخطأ لا يعلم إلا يوم القيامة أو بوحى من الله تعالى، والكلام في الخطأ الذي يظهر له في الدنيا من عدم استكمال شرائط الحكم أو نحوه»⁽³⁾.

وهكذا يتحصل لدينا أن القول الأول يلتقي مع قول الجمهور، وأن القول الثاني هو قول ضعيف جدا ومردود عليه، ويتحصل لدينا كذلك أن الفقهاء المسلمين متفقون على جواز نقض الأحكام القضائية.

خامسا/ القياس

وذلك بقياس الحكم القضائي الذي به شائبة خطأ، على تصرف الوكيل فيما لم يوكل في البطلان مع المخالفة لحل الإذن، وذلك أن القاضي لم يؤذن له شرعا بالحكم بما يخالف الشرع⁽⁴⁾.

سادسا/ المعقول

إن الحكم القضائي المشوب بعيب من العيوب الشرعية أو الواقعية هو ضرر، والضرر مرفوع ومنفي في الشريعة الإسلامية، قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁵⁾.

وهذا الحديث نظرا لأهميته الكبيرة، استنبط العلماء منه قاعدة فقهية جليلة هي: «الضرر يُزال»⁽⁶⁾. ولا شك أن الضرر الذي يسببه الحكم القضائي المعيب لا يُزال إلا بنقضه، وبتقرير نقض الأحكام.

(1) - ابن بدران الدمشقي، عبد القادر، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق: عبد الله بن عبد الحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ-1982م، ص384.

(2) - والحديث بكامله: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ج9، ص108. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، ج3، ص1342، رقم الحديث: 1716.

(3) - الصنعائي، سبل السلام، مرجع سابق، ج4، ص213.

(4) - الاحكام، عبد الكرم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، مرجع سابق، ص19.

(5) - ورواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب النهي عن المخالفة والمخاضرة والمنايذة، ج2، ص57-58. وقال عنه الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه» وسكت عنه الذهبي، التلخيص، مرجع سابق، ج2، ص58. ورواه الدارقطني في مسنده، كتاب البيوع، ج3، ص77. وكتاب الأفضية والأحكام، ج4، ص227. ورواه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبيد الباقي، دار الفكر، ط1، دت، كتاب الأحكام، باب من بين في حقه ما يضر بجماره، ج2، ص784، رقم الحديث: 2340-2341. والحديث قال عنه الألباني: «صحيح». أنظر: الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة التريبة العربي لسنن الخليلج، الرياض، ط3، 1408هـ-1988م، ج2، ص39، رقم الحديث: 1895.

(6) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص7-86. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة العماني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م، ص85.

ومن جهة أخرى فإن الحكم القضائي المعيب هو ظلم وجور، ومن ثم يجب نقضه تحقيقاً للعدل، ورفعاً للظلم، والله عز وجل يأمر بالعدل والقسط، وينهى عن الظلم والبغي والجور، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (90) [الحل: 90].

فالنقض هو وسيلة لتحقيق العدل والقسط، وذلك بتلافي العيوب التي هي بالحكم القضائي، وحتى يكون حالياً من هذه العيوب، ويكون هو الكلمة الأخيرة وعنوان الحقيقة التي لا تقبل الشك والريب. والمقصود الشرعي منه هو إقامة العدل بين الناس، وهي - أي طرق النقض - وإن لم تكن موجودة بصريح النص فإنها تهدف إلى العدل «وأي طريق استخراجها العدل فهي من الدين وليست مخالفة له»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية وأساسه

نتناول في هذا الفرع نقطتان هامتان، كل نقطة في بند، وهما: موقف القانون الوضعي، فأساسه من الطعن في الأحكام القضائية.

البند الأول: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية

القانون الوضعي قد يكون عبارة عن تشريعات داخلية للدول، وقد يكون موثيق دولية أو إقليمية اتفقت عليها الدول. ولذا سنتناول موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام: أولاً/ على مستوى التشريعات الداخلية للدول وثانياً/ على مستوى الموثيق الدولية والإقليمية أولاً/ على مستوى التشريعات الداخلية للدول

تأخذ عامة الشرائع الإجرائية المدنية والجزائية في مختلف الدول بالطعن في الأحكام القضائية⁽²⁾، فلا يخلو تشريع إجرائي لأي دولة من الدول من النص على الطعن وطرقه وشروطه وكيفية استعمالها. وهي في كل هذا إقرار منها بأن القضاة بشر، والبشر خلتهم الخطأ الذي لم ينحو منه حتى الرسل والأنبياء، ولا عصمة لغير الله عز وجل، وإذا كان الخطأ لكونه خطأ واجب الرفع في كل الأحوال فإن رفعه في مجال القضاء أوجب وأؤكد، لأن القضاء وجه العدالة، وأحكامه فصل المقال وعنوان الحقيقة.

إضافة إلى ذلك، فإن الخصوم نادراً ما يرضون بالأحكام الصادرة عليهم، أو لهم، إذا لم تقض بكل طلباتهم، فيتولد وينشأ لديهم من جراء عدم السماح لهم بالتظلم من الأحكام «خيبة أمل» و «قلق عام»⁽³⁾. وشعور بعدم العدالة، والشك في القضاء وفي العدالة، التي إذا ذهبت ذهب سلطان الدولة وهيبتها، وهذا ينذر بزوال الدولة، إن لم تزل.

ومن الدول التي تأخذ تشريعاتها الإجرائية بالطعن في الأحكام كل من الجزائر، وتونس، ومصر، ولبنان،

(1) ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، ص 14.

(2) محوضي، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 221. عمر، نبيل، إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية، مرجع سابق، ص 467.

(3) أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 22.

والسعودية، و المغرب، و سوريا، و العراق، وفرنسا، وغيرها من الدول.

ثانياً/ على مستوى المواثيق الدولية والإقليمية

نظراً لأن عامة الدول تأخذ تشريعاتها الإجرائية بالطعن في الأحكام القضائية، ونظراً كذلك لأن الطعن هو ضمانته من الضمانات التي تكفل حق الإنسان في محاكمة عادلة، فإن الطعن في الأحكام لم يبق مجرد تشريع داخلي للدول، وإنما تمت ترقيته إلى مستوى المواثيق الدولية والإقليمية.

وهذا في الحقيقة يعكس ما للطعن في الأحكام من أهمية كبرى في المحاكمة، ذلك أنه هو المصفاة التي على أساسها تتم تصفية الحكم من الشوائب العالقة به، التي هي ليست منه في شيء، فيخرج الحكم في الأخير هو عنوان الحقيقة التي لا تقبل الجدل، والكلمة الأخيرة التي لا معقب لها.

ولهذا كله، فقد نصّ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽¹⁾ في م 14/ 5 على أن «لكل شخص أُدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى كي ما تعيد النظر في قرار إدانته، وفي العقاب الذي حكم به عليه».

وطبعاً، فإن اللجوء إلى محكمة أعلى هي إما محكمة الاستئناف، أو محكمة النقض، وهذا كله لأجل إعادة النظر في النزاع، سواء من ناحية القانون، أو من ناحية الواقع، وإزالة ما به من العيوب والأخطاء التي حال وجودها فإنها تضر بلا شك المتهم، وتلحق به الظلم والجور، فيكون الطعن بأي طريق من طرق الطعن هو ضمانته ووسيلة لتحقيق العدالة.

هذا، ونصت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان⁽²⁾ في م 2/8-ح أنه يبقى للمتهم: «حقه في استئناف الحكم أمام محكمة أعلى درجة».

ومن كل ما سبق فإن القانون الوضعي يأخذ بالطعن في الأحكام القضائية، سواء على المستوى الداخلي للدول، أم على المستوى الدولي، وهذا يدل على أن الطعن في الأحكام القضائية هو مبدأ من المبادئ الأساسية في حق الإنسان في محاكمة عادلة ومنصفة، وأنه يمكن اعتبار الطعن في الأحكام هو نظرية قائمة بذاتها، نظرية لديها تاريخ وفلسفة وآليات تفعيل.

البند الثاني: أساس الطعن في الأحكام القضائية

يقصد بأساس الطعن: المصدر التاريخي، والمرر الفلسفي للطعن في الأحكام. ومن هذا التعريف سنتناول في هذا البند: الأساس التاريخي أولاً، فالفلسفي ثانياً.

أولاً/ الأساس التاريخي

يقصد بالأساس التاريخي: المصدر التاريخي للطعن والتطورات التي طرأت عليه، والظروف التي مر بها.

(1) - اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2200، المسورخ في: كانون الأول/ ديسمبر 1966م، أما تاريخ النفاذ فكان في: 23 آذار/ مارس 1976م. يوم التحويل: www.amanjodan.org/un17.htm 2005/04/11

(2) - اسوقعت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في سان خوسيه في: 22/11/1969م.

ويمكن أن نقسم التطور التاريخي للطعن إلى عدة مراحل هي:

أ/- مرحلة المجتمعات القبلية القديمة.

ب/- مرحلة القانون الروماني.

ج/- مرحلة القانون الفرنسي القلم.

د/- مرحلة الثورة الفرنسية وما بعدها.

أ/- تطور فكرة الطعن في مرحلة المجتمعات القبلية القديمة

لم تعرف كل المجتمعات القبلية القديمة فكرة الطعن، فهناك من عرفها، وهناك من لم يعرفها، فالمجتمعات التي عرفت فكرة الطعن، كان في غالب الأحيان يسمح لمن لم يرض بالحكم حق معاودة عرض قضيته من جديد، وكانت الجهة التي تنظر الحكم الثاني حرة تختلف من منطقة إلى أخرى، ففي بعض المناطق التي لم يكن بها تنظيم قضائي متدرج، كانت الأحكام تنظر أمام محكمة خاصة بعشيرة أو قرية غير التي ينتمي إليها الخصمان، أما في المناطق الأخرى التي تدرج فيها المحاكم فبدأ بمحكمة شيخ القرية، وتنتهي بمحكمة شيخ القبيلة أو أميرها⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذه المجتمعات التي أخذت بفكرة الطعن سيطرة العرف كقانون تنظيمي عليها، والعرف من سماته الغموض والتطور، فكانت فكرة الطعن مصطبغة بهذه الصبغة، فلم تكن فكرة الطعن واضحة المعالم ومضبوطة الشروط والأطراف، فكانت فكرة مائعة إن صح التعبير.

أما المجتمعات التي لم تعرف فكرة الطعن إطلاقاً، فهناك المجتمع البربري، وبلاد الرافدين، فالبربر لم يعرفوا فكرة الطعن في الأحكام، فالحكم ملزم للجميع ولا رجعة فيه، ولا يقبل استئنافاً ولا نقضاً⁽²⁾.

أما بلاد ما بين الرافدين، وبالأخص قانون حمورابي⁽³⁾ فهو لم يعرف فكرة الطعن، وذلك من خلال نصوص القانون، وإنما الذي وجد هو تجريم رجوع القاضي عن حكمه بعد التصديق، فقد نصت م05 من القانون على أنه: «إذا حكم قاض حكماً وأصدر قراراً، وحدث التصديق على رقم محتوم، ثم عدل في حكمه بعد ذلك، فعليهم أن يثبتوا أن ذلك القاضي قد غير الحكم الذي أصدره، وعليه أن يدفع اثنا عشر مرة قيمة الشكوى التي رفعت في تلك القضية، فضلاً عن أن يطردوه أمام الجميع من فوق كرسيه للقضاء وسوف لا يجلس ثانية أبداً مع القضية في دعوى»⁽⁴⁾.

(1) الزاوي، محمد سلام، موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المطبعة العربية الحديثة، د.م، ط1، ص284-286. نقلاً عن: روايسح، إمام شيرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص138.

(2) محمداً، محمد، ضمانات المشبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، دار الهدى، عين ميلية، ط1، 1991م، ج1، ص28.

(3) حمورابي هو أعظم ملوك الأسرة البابلية. ولد ونوفي بين 1750-1792 ق.م أو 1686-1728 ق.م ومعنى حمورابي: الإله حمو وحسو معناه تنظيم أو مكر، أما قانون حمورابي وهو أعظم أعماله اكتشف في شفاء عام 1901م-1902م من طرف بعثة فرنسية، وهو يتكون من مقدمة 282 مادة قانونية تتوزع على مواضع مختلفة من القضاء والقاضي، والأموال، والمعدلات وقوانين الأسرة، وهذا القانون مترجم إلى عدة لغات منها العربية. انظر: مهرا، محمد بيومي، تاريخ العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1410هـ-1990م، ص220-239-242-250.

(4) مهرا، محمد بيومي، المرجع والصفحة نفسها، ص250.

ب- تطور فكرة الطعن في مرحلة القانون الروماني

مر النظام السياسي الروماني بثلاث مراحل هي ⁽¹⁾: الملكي، فالجمهوري، فالإمبراطوري.

1- العهد الملكي (754 ق.م-509 ق.م)

وفي هذه المرحلة لم يعرف القانون الروماني فكرة الطعن، ومن ثم لم يعرف طرق الطعن كالاستئناف، والنقض، وذلك لأن الإجراءات والمحاكمات كانت بسيطة جلا ولم تكن معقدة ⁽²⁾.

2- العهد الجمهوري (509 ق.م-29 ق.م)

عرف القانون الروماني في هذا العهد فكرة التظلم والطعن في الأحكام، فكانت الأحكام تستأنف وتنقض أمام مجلس الشعب، أو يتظلم منها أمام مجلس الشيوخ ⁽³⁾، وليس أمام جهة قضائية أخرى، كما هو معروف الآن فالطعن يكون أمام جهة سياسية لديها اختصاص قضائي.

وهذا في الحقيقة يعكس الصبغة السياسية للطعن في هذا العهد ⁽⁴⁾، فهو ليس وسيلة قضائية لإحقاق العدل والحق، وإبطال الجور والباطل، وإنما هو مجرد أداة سياسية، ومظهر من مظاهر السلطان والسيادة بيد الدولة.

أما السبب في نشأة الطعن في هذا العهد فيعود إلى التوسع الجغرافي الكبير، والتطور القانوني الذي طرأ على المجتمع الروماني، مما أدى بالدولة الرومانية إلى تعيين حكام وقضاة في البلاد المجاورة والبعيدة، الذين يتعين عليهم التقيد بأوامرها، فظهرت بذلك فكرة التدرج لإدارة الدولة، ذلك أن نظام المركزية كان آنذاك الضمانة الوحيدة، وصمام الأمان للدولة للحفاظ على سيطرتها على كل أرجاء البلاد، ومن ثم كان الأدنى يتلقى أوامره من الأعلى، وأدى التوسع في مفهوم هذا النظام إلى تطبيقه على القضاة المعيّنين من قبل القاضي، حيث كان يتظلم من حكم القاضي الأدنى أمام القاضي الأعلى درجة، إلى أن ينتهي التدرج إلى مجلس الشعب أو مجلس الشيوخ، ونتيجة لذلك تعددت درجات التقاضي، فكانت تصل إلى خمس أو ست درجات، فأصبح من الصعب على كل المتقاضين سلوكها ⁽⁵⁾.

ويلاحظ على الطعن في الأحكام في هذا العهد، جملة من الملاحظات ⁽⁶⁾ منها أن الطعن لم يكن دقيق التنظيم، فهناك تداخل كبير في الصلاحيات والاختصاصات القضائية، ومنها كذلك أن حق الطعن كان مقصورا على المواطنين الرومانيين فقط، دون الشعوب الأخرى، وهذا في الحقيقة عنصرية رومانية في تطبيق العدالة، ذلك أن العدالة في أصلها إنسانية عامة ولا تختص بعنصر معين. ومنها أيضا، أن الطعن لم يكن في كل

(1) فهمي، عبد العزيز، كلمة للعرب في بداية مملكة حورستان، مرجع سابق، ص 131. أبو الوفاء، أحمد، تاريخ التنظيم القانونية وتطورها، مرجع سابق، ص 36.

(2) محقق، محمد، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

(3) محقق، محمد، المرجع نفسه، ج 1، ص 37-41.

(4) سيف، رمزي، طرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 125. أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 127-134.

(5) سيف، رمزي، المرجع نفسه، ص 126. تركي، علي عبد الحميد، نطاق القضاة في الاستئناف - دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1988م، ص 18-20. نقلا عن: روايح، إمام شهراد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 139.

(6) محقق، محمد، المرجع نفسه، ج 1، ص 43-46.

الحالات، فهناك حالات استثنائية لا يخضع الحكم القضائي فيها لأية رقابة ولا يستأنف أو ينقض، وهذا في حالة الأحكام التي يصدرها الدكاتور، وهو عبارة عن قاض استثنائي يختار ويعينه أحد القناصل بناء على دعوة مجلس الشيوخ، نتيجة وجود أحداث دامية تمر بها المدينة.

3- العهد الإمبراطوري (1453م-129ق.م)

وفي هذا العهد بقيت فكرة الطعن في الأحكام، إلا أنه لم يكن لمجلس الشعب أو مجلس الشيوخ الاختصاص القضائي، كما كان معمولاً به في العهد السابق، من استئناف الأحكام أمامها أو نقضها، وهذا نظراً لفقد هذه المجالس لهيبتها واحترامها الذي كان من ذي قبل. وأصبحت جهة الاستئناف هي الإمبراطور، حيث كان يقوم بهذه المهمة بنفسه في بداية الأمر، ولكن نظراً لعظم مسؤولياته وتشعبها وكثرتها، فإنه قد امتنع عن النظر في الاستئناف، وأحل محله حكماً مختصين، لهذا الغرض تستأنف أمامهم القضايا خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم⁽¹⁾. وقد كان من التطورات التي طرأت على درجات التقاضي أن تم حصرها في ثلاث درجات مع نهاية الإمبراطورية الرومانية⁽²⁾، بعد أن كانت تصل إلى خمس أو ست درجات في العهد الجمهوري وفي جزء كبير من العهد الإمبراطوري. والشيء الثابت في هذا العهد هو استمرار اصطباغ الطعن بالصيغة السياسية والتبعية، يتجلى ذلك، كما رأينا، في أن الإمبراطور هو الجهة القضائية التي يقدم أمامها الاستئناف والنقض.

جـ- تطور فكرة الطعن في مرحلة القانون الفرنسي القديم

كان مما ورثه القانون الفرنسي القديم عن القانون الروماني الطابع السياسي لفكرة الطعن، وقد عمل الملوك على تشجيع هذه الفكرة، واستخدموها لوسط سلطاتهم القضائي على محاكم الأشراف والمحاكم الكنسية، فلم يكن أساس الطعن في الحكم اعتبارات قضائية واعتبارات العدالة، وإنما اعتبارات سياسية⁽³⁾. أو بتعبير أدق إلى اعتبار الملك، فالملك هو العدالة وهو مصدرها ومشرعها.

صحيح أن التنظيم القضائي كان من شأنه خدمة بعض الاعتبارات القضائية، لكن ذلك على أي حال كان نتيجة للتنظيم لا هدفاً له، وأدى هذا الوضع إلى تعدد درجات التقاضي، تدرج فيما بين المحاكم الإقطاعية أولاً، ثم تدرجها بينها وبين المحاكم الملكية لتصل إلى خمس درجات⁽⁴⁾.

د/ تطور فكرة الطعن في مرحلة الثورة الفرنسية وما بعدها

ومعجىء الثورة الفرنسية سنة 1789م كان النظام القضائي محلاً لإصلاح شامل، ويتمثل هذا الإصلاح في حصر درجات التقاضي في اثنتين فقط بدلاً من خمس، وتغيرت طبيعة الطعن في الأحكام، فأصبح الطعن

⁽¹⁾ محدة، تحت ضمانات المشيخ فيه وحقوق الدفاع، مرجع سابق، ج 1، ص 66.

⁽²⁾ سيف، رمزي، طرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 126. تركي، علي عبد الحميد، نطاق القضية في الاستئناف، مرجع سابق، ص 18-20. نقلاً عن: روابح، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 139.

⁽³⁾ سيف، رمزي، المرجع والصفحة نفسها. أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 138.

⁽⁴⁾ تركي، علي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 20-21. نقلاً عن: روابح، إمام شهرزاد، المرجع نفسه، ص 139-140.

يقوم على اعتبارات قضائية، لا اعتبارات السياسة والمركزية والتوحيد والتبعية⁽¹⁾. فالطعن هو ضمانه هدف إلى إصلاح الأحكام القضائية من الأخطاء التي تشوبها، وليس وسيلة للمركزية والتوحيد، وهو أداة قضائية، لا وسيلة سياسية، تستهدف حماية الحقوق والحريات، لا حماية الملك أو الدولة. ولقد بقيت واستمرت هذه الغايات وهذه الفلسفة للطعن إلى اليوم، فالطعن يقوم على اعتبارات العدالة وحق الإنسان في محاكمة عادلة.

ثانيا/ - الأساس الفلسفي: ويقصد به المبررات والحجج الفكرية، والأسس الفقهية التي يقوم عليها الطعن. وقد رأينا في الجانب التاريخي للطعن أن هذا الأساس الفلسفي لم يكن واضحا وثابتا في كل المراحل، فقد كان الأساس هو سياسي مركزي رأسا، قضائي تبعا، وأدت التطورات إلى تصفية هذا الأساس مما علق به ما ليس منه في شيء، واستمر الأمر بعد كل ذلك على أن أساس الطعن الفلسفي هو الحكم الأسلم من الأخطاء، أو بعبارة أخرى أساس الطعن الفلسفي هو اعتبارات العدالة وحقوق الإنسان. هذه الاعتبارات هي في الحقيقة تسعى إلى التوفيق بين مصلحتين متعارضتين متناقضتين⁽²⁾: مصلحة عامة وهي مصلحة المجتمع، ومصلحة خاصة، وهي مصلحة أطراف الخصومة.

فالمصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع تتمثل في ضرورة استقرار المعاملات، واحترام المراكز والأوضاع القانونية، وذلك بضرورة التعجيل بالفصل في الخصومات والمنازعات منعا لتأديدها وإطالتها إلى أمد غير محدد، وبضرورة كذلك احترام ما يصدر من القضاء من أحكام فاصلة في النزاع، هي عنوان الحقيقة والكلمة الأخيرة، ولا يتم هذا الاستقرار والطمأنينة القانونية إلا بجمع تجديد النزاع فيما فصل فيه بأية وسيلة من الوسائل.

إذن، مصلحة المجتمع تتمثل في عدم السماح بتجديد النزاع مرة أخرى وذلك بعدم جواز أو عدم السماح بالطعن في الأحكام، وإلا ترتب على السماح بالطعن تزعزع الشعور القانوني والقضائي لدى المجتمع، وهذا مما يجب تلافيه، لأن من أهداف القانون هو ضبط التعاملات بين أفراد المجتمع، وجعلها قارة بائدة ثابتة.

أما المصلحة الخاصة، وهي مصلحة أطراف الخصومة، فهي أن الأحكام القضائية مادامت تصدر عن الإنسان، والإنسان عرضة للخطأ والغفلة وربما سوء النية، فإنه من العدل السماح لكل من صدر عليه حكم يراه معيبا، أو حتى من صدر الحكم لصالحه، ولم يقض بكل طلباته، أن يتظلم من الحكم بطرحه للنظر من جديد أمام محكمة أعلى من المحكمة الأولى.

وهكذا يتولد لدينا «عدلين متناقضين»: العدل الأول هو ضرورة استقرار الأوضاع القانونية، وهو عدل بلا شك، والعدل الثاني هو ضرورة إصلاح الأحكام من الأخطاء التي عقلت بها. وحتى يتم التوفيق بين هذين «العدلين المتناقضين»، وبين هاتين «المصلحتين المتعاكستين» لا بد من إباحة الطعن في الأحكام، بحيث يستجيب للعدلين معا، فيستجيب للمصلحة الأولى وذلك بحصر حق الطعن في طرق معينة، وفي أطراف

(1) - تركي، علي عبد الحميد، المرجع و الصفحة نفسها. نقلا عن: رواج، إمام شهرزاد، المرجع نفسه، ص 140.
(2) - التحيوي، عمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 01. سيف، رمزي، طرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 122. عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 11-12. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 221.

وشروط وآثار محددة، وأجال قصيرة. أي الخروج على مصلحة ضرورة استقرار الأوضاع القانونية بصورة مؤقتة شروطاً وأطرافاً وأجالاً، فلا يكون الطعن بإطلاق. ومن جهة تمكن أطراف الخصومة من التظلم من الأحكام بالسماح لهم بالطعن لتحقيق العدل الثاني. وهكذا يتبين لنا أن الطعن يقوم على اعتبارات العدالة وحقوق الإنسان في محاكمة عادلة، وهو بهذا يعيد المصلحتين العامة والخاصة إلى المنطق المعقول، ويعددها عن التطرف والإسراف والمغالاة.

وفي نهاية هذا المبحث يمكن أن نستخلص جملة من الموافقات والفروق في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

فمن للموافقات التي تتضح لنا مما سبق أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كلاهما قد عرف فكرة التظلم من الأحكام، وأنه من العدل منح الخصوم حق طلب مراجعة الحكم وتصحيحه مما قد شابه من عيوب، فالفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان حول جواز التظلم من الأحكام، وحول الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الطعن في الأحكام.

كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في آليات تفعيل الطعن، أي في الطرق، فطرق النقض في الفقه الإسلامي أربعة هي: الاعتراض، والاستئناف، والتميز، وإعادة المحاكمة. أما طرق الطعن في القانون الوضعي فهي خمسة وهي: المعارضة، الاستئناف، النقض، والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

وبالمقارنة بين هذه الوسائل نجد ما يأتي: الاعتراض يقابله المعارضة في القانون الوضعي، والتميز يقابله النقض في القانون الوضعي، وإعادة المحاكمة يقابلها التماس إعادة النظر.

ونلاحظ أن هناك خلافاً لفظياً اصطلاحياً، واتفقاً في الجوهر والمضمون، حول الطرق الثلاثة الأخيرة، المعارضة، والنقض والتماس إعادة المحاكمة، فمضمون هذه الطرق واحد، وإنما تختلف في الاصطلاح. والحق أنه ليس هذا بخلاف كبير، ذلك أنه لا مشاحة في الاصطلاح. فلكل مذهب واتجاه أن يطلق على المسميات ما يشاء من الاصطلاحات، بشرط أن تكون هذه الاصطلاحات تعبر بحق عن مضمون الفكرة، ذلك أن المصطلح ما هو إلا وعاء للفكرة ومعبر عنها، وصانع لها.

ويختلف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في التطور التاريخي لفكرة الطعن، فالقانون الوضعي في عصوره المختلفة ارتتاب في قبول فكرة الطعن وتردد في الأخذ بها، فهناك عصور أخذت بالفكرة وهناك عصور وحضارات لم تأخذ بالفكرة، وحتى التي أخذت بالطعن كانت تصطبغ لديها بصبغة سياسية تبعية مركزية، وليس بصبغة العدالة والحكم الأسلم. بينما على مستوى الفقه الإسلامي كانت فكرة الطعن من أساسها فكرة قضائية تهدف إلى تحقيق العدالة وكشف الحقيقة، هذا بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي لم يتردد في الأخذ بفكرة الطعن، ويتجلى ذلك من خلال الأدلة التي سقناها وحشدناها للتدليل على أخذه بالطعن.

الفصل الأول:

ماهية الطعن بالمعارضة، الموقف والأساس.

المبحث الأول: ماهية الطعن بالمعارضة.

المبحث الثاني: الموقف من الطعن بالمعارضة، وأساسها.

تجزيته

تعتبر المعارضة - كطريق طعن في الأحكام - من مواضيع القوانين الإجرائية، المدنية والجزائية معا، ومعروف أن القوانين الإجرائية هذه خاصيتها الأساسية وسمتها الرئيسة هي الصفة العملية فيها، فهي قوانين حركة لا قوانين سكون¹، فهي انتقال ومعاينة واستجواب وتحقيق وتفتيش، وإنابة ومرافعات وحكم وطعن وتنفيذ وغيرها، فهذه لأعمال الإجرائية كلها حركة ونشاط لا هدوء وسكون.

والمعارضة هي كذلك أيضا حركة ونشاط إجرائي قضائي، إذ هي وسيلة وآلية من آليات الطعن، التي تعمل وتتحرك متى توافرت مجموعة من الشروط. والمعارضة أيضا، قبل أن تكون إجراء وحركة، هي ماهية وتعريف وتمييز وتأسيس فلسفي فكري، قانوني وشرعي.

وهكذا فإن للمعارضة جانبين، جانب فلسفي فقهي، وجانب إجرائي حركي. الجانب النظري للمعارضة يتمثل في تعريف المعارضة لغة واصطلاحا، وتمييزها عن غيرها من طرق الطعن، وكذلك بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي منها وتأسيس تلك المواقف فقها وفلسفيا وفكريا وتاريخيا. أما الجانب الإجرائي فيتمثل في شروط قبول المعارضة الشكلية والموضوعية، والحكم في المعارضة وآثارها.

ونحن نتناول في هذا الفصل الجانب النظري التأسيسي الفلسفي للمعارضة، أما الجانب الإجرائي فهو موضوع الفصل الثاني. إذن هذا الفصل يتناول ماهية الطعن بالمعارضة والموقف منها، في مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الطعن بالمعارضة.

المبحث الثاني: الموقف من الطعن بالمعارضة، وأساسها.

المبحث الأول: ماهية الطعن بالمعارضة

المقصود من الماهية في هذا الفصل بيان تعريف المعارضة لغة واصطلاحا وخصائصها، وكذلك تمييزها عن طرق الطعن الأخرى وبناء على هذا التحديد والضبط فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين، يتناول الأول تعريف المعارضة وبيان خصائصها، في حين أن المطلب الثاني يتناول تمييز المعارضة عن طرق الطعن الأخرى.

المطلب الأول: تعريف المعارضة، وبيان خصائصها

نتناول هذا المطلب في فرعين: الأول نتناول فيه تعريف المعارضة، والثاني نتعرف فيه على خصائصها.

الفرع الأول: تعريف المعارضة

عادة ما يتناول في تعريف مصطلح ما جانبان، جانب لغوي شكلي، وجانب اصطلاحي يقوم أساسا على دلالة ومضمون المصطلح. ونحن نقتفي المنهجية ذاتها في تعريف المعارضة، فنقسم هذا الفرع إلى بئدين: الأول حول المعارضة لغة، والثاني المعارضة اصطلاحا.

1- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 09. وهذا بخلاف القوانين الموضوعية التي هي قوانين ساكنة، إن صح التعبير، وهذا مثل: القانون المدني، قانون العقوبات، القانون التجاري، وقانون الأسرة، وغيرها.

البند الأول: المعارضة لغة

أولا / في اللغة العربية

المعارضة لغة على وزن مفاعلة من عارض الشيء بالشيء معارضة، أي المقابلة على سبيل الممانعة والمدافعة والرفض¹، فهي إقامة الحججة والبينة والإثبات في مقابلة ومواجهة ما يناقضها ويعاكسها، ونقض الرأي والحكم ومحاولة المنع من المضي فيه، ومنه قولهم: عارضت كتابي بكتابه: أي قابلته، وفلان يعارضني: أي يباريني². هذا هو الأصل في معنى المعارضة لغة: فهي المقابلة في الحججة والشيء على سبيل الممانعة والرفض والدفاع. وهناك معاني أخرى للمعارضة، منها الناحية، كقولهم: أخذ في عروض من الطريق: أي في ناحية منه، وعارض فلانا: جانبه وعدل عنه، واعترض الشيء: صار عارضا كما تكون الخشبة في التهر أو الطريق، ويقال: اعترض دونه: أي حال دونه. واعترض له: منعه، واعترض عليه: أنكر قوله أو فعله³. والاعتراض: المنع والأصل فيه أن الطريق إذا اعترض فيه بناء أو غيره منع السابلة من سلوكه⁴ والمشى فيه. وعرض له: أي بدا وظهر، قال الشاعر سُوَيْدُ بْنُ كُرَاعٍ الْعُكْلِيُّ:

إِذَا عَرَضَتْ دَاوِيَّةٌ مُدْلَهَمَةٌ وَغَرَدَ حَادِيهَا فَرَيْنَ بِهَا فَلَقَا

أي بدت وظهرت.⁵

هذا، وقد وردت مادة (ع رض) في القرآن الكريم بكثرة، منها قوله ﷻ: ﴿فَلَمَّا دُعِيَ عَرِيضٌ﴾ [نصت: 51]، أي كثير. وتأتي بمعنى الإظهار أيضا، قال ﷻ: ﴿ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ﴾ [البقرة: 31]، وقوله: ﴿وَعَرَضُوا عَلَى رَبِّكَ صَفًّا﴾ [الكهف: 48]، وقال ﷻ: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾ [الأحزاب: 72]، وقوله: ﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرَضًا﴾ [الكهف: 100]، وقوله: ﴿وَيَوْمَ يُعْرَضُ الَّذِينَ كَفَرُوا عَلَى النَّارِ﴾ [الأحزاب: 20]. والعرضة ما يجعل معرضا ومائعا للشيء، قال ﷻ: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: 224].

وأعرض: أظهر عرضه، أي ناحيته فإذا قيل: أعرض لي، أي بدا وظهر عرضه لي فأمكن تناوله، وإذا قيل أعرض عني فمعناه: ولي مظهرا عرضه وجانبه، قال ﷻ: ﴿ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا﴾ [السجدة: 22]. وقال: ﴿فَأَعْرَضَ عَنْهُمْ وَعَظَّمَهُم﴾ [الأنعام: 68]. وقال: ﴿وَأَعْرَضَ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199]، وقوله: ﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي﴾ [طه: 124]، وقوله: ﴿وَهُمْ عَن آيَاتِهَا مُعْرِضُونَ﴾ [الأنبياء: 32]. وربما حُذِفَ «عنه» استغناء عنه، نحو قوله

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 2885، المرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 247، المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف - معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت بلاشتراك مع دار الفكر، دمشق، ط 1، 1410 هـ - 1990 م، ص 664.

² - ابن منظور، المرجع والصفحة نفسها.

³ - ابن منظور، المرجع نفسه، ج 4، ص 2886. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 594.

⁴ - ابن منظور، المرجع والصفحة نفسها.

⁵ - مدائمه: مظلمة، والفلق: العجب، أي عملن بها داهية من شدة سيرها، والفري: العمل الخيد الصحيح. أنظر: ابن منظور، المرجع نفسه، ج 2، ص 1416، ج 4، ص 2886، ج 5، ص 3463.

تعالى: ﴿إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مَعْرُضُونَ﴾ [النور: 48]. والعرض: ما لا يكون له ثبات، وقيل: والدنيا عرضٌ حاضرٌ، تنبها أن لا ثبات لها، قال تعالى: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾ [الأنفال: 67]، وقال: ﴿يَأْخُذُونَ عَرَضَ هَذَا الْأَدْنَى﴾ [الأعراف: 169]. وقوله: ﴿لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا﴾ [التوبة: 42]، أي مطلبها سهلا.¹

والخلاصة أن المعارضة هي المقابلة في سبيل الممانعة و المدافعة، فهي المنع والنقض للحكم أو الرأي الآخر. ويلاحظ، في الموازنة بين المعارضة والاعتراض، أن المعارضة أقوى دلالة على المنع، ذلك أنها تعني المشاركة والمفاعلة بين طرفين أو أكثر، في حين أن الاعتراض لا يفيد هذا المعنى، حيث يقتصر معناه على المنع فقط. وعلى هذا الأساس نرى أن استخدام مصطلح «المعارضة» من الناحية اللغوية أولى وأوفق من استخدام مصطلح «الاعتراض»، وكذلك مصطلح «التعرض» الذي يستخدمه المشرع المغربي²، ومن ثم فإن التشريعات الإجرائية التي استعملت مصطلح «المعارضة»³ تكون قد أصابت في الاصطلاح.

ثانيا/ في اللغة الفرنسية

المعارضة في اللغة الفرنسية هي: «opposition» والتي تعني العقبة والمانع والمعارضة، وأصلها اللاتيني «oppositio» «opponere» التي تعني اعترض وعارض والمقابلة، أي مقابلة شيء بشيء، وتفيد أيضا معنى التناقض، مثل تناقض الألوان: opposition de couleurs. 4 وبالمقارنة نجد أن هناك انطباقا تاما في المعنى اللغوي للمعارضة بين اللغتين العربية والفرنسية.

البند الثاني: المعارضة اصطلاحا

ونقصد بالتعريف هنا التعريف القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ذلك أن المعارضة هي - إلى جانب أنها مصطلح قضائي - هي أيضا مصطلح أصولي،⁵

¹ - الراغب الإصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص 333-334.

² - أنظر الفصول 372 إلى 374 من الظهير الشريف رقم 261-58-1، الصادر في فاتح شجان عام 1378هـ الموافق ل: 10 فبراير 1959م المحتوي على قانون المسطرة الجنائية. وانظر أيضا: الفكهاني، سعيد وآخرون، التعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي في ضوء الفقه والقضاء المصري والمغربي - ضمن: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، د ط، 1403هـ - 1983م، ج 189، ص 318 ومما بعدها. وانظر كذلك موقع وزارة العدل المغربي: www.justice.gov.ma/ar/proceduresjudiciares/lopposition.asp يوم التحميل: 2005/05/02م.

³ - من الدول التي تستعمل تشريعاتها الإجرائية المعارضة نذكر: الجزائر ومصر، في حين تستعمل كل من لبنان وسوريا والعراق وتونس مصطلح الاعتراض.

4-Robert.paul.le petit robert I.dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.paris.1992.p 1314 - 1315

- وانظر أيضا: إدريس، سهيل وجبور، عبد النور، المنهل - قاموس فرنسي عربي، دار الآداب بالاشتراك مع دار العلم للملايين، بيروت، ط 9، 1978م، ص 718.

⁵ - المعارضة هي أحد الأسئلة أو الفرواح التي تقدر في العلة، التي هي أحد أركان القياس الأصولي، والمعارضة في الاصطلاح الأصولي هي: إزرام المستدل الجمع بين شيئين و التسوية بينهما في الحكم إثباتا أو نفيًا. أو هي تسليم المعارض دلالة ما ذكره المستدل من الوصف على مطلوبه، و إنشاء دليل آخر يدل على خلاف مطلوبه. انظر في هذا: الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: أبو مصعب محمد سعيد البدري، مؤسسة الكب الثقافية، بيروت، ط 2، 1413هـ - 1993م، ص 389. البخاري، علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزوهي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د ط، د ت، ج 4، ص 51. ابن بلوان الدمشقي، نزهة الخاطر العاطر، مرجع سابق، ج 2، ص 346-379.

وفلسفي،¹ ونحوي،² وبلاغي³. ونحن نتناول المعارضة في الفقه الإسلامي أولاً، فالقانون الوضعي ثانياً، ثم نوازن و نقرن بينهما.

أولاً/ في الفقه الإسلامي

يعتبر مصطلح المعارضة أو الاعتراض مصطلح جديد معاصر، ولم تستخدمه إلا مجلة الأحكام العدلية.⁴ ومع ذلك فإن الفقهاء المسلمين قد ذكروا معناها، بل إنهم ذكروا حتى لفظ «المعارضة»، وإن لم يقصدوا الاصطلاح والتأصيل. يقول الإمام الشيرازي الشافعي - رحمه الله - : «وإن حُكِمَ على الغائب ثم قدم، أو على الصبي ثم بلغ، كان على حجته في القدر والبينة والمعارضة بينة يقيمها على القضاء والإبراء».⁵ فهذا النص يوضح بخلاء أن المعارضة تكون في الحكم الغيبي، ولكن ذكرها هنا لم يكن بهدف التأصيل والتعريف، وإنما جاءت في سياق الكلام لتدل على حق الغائب المحكوم عليه والصبي في نقض الحكم الغيبي، وسياق العبارة دال على ذلك، ومع ذلك يمكن الاستئناس بهذا النص في الأخذ بمصطلح «المعارضة» وأنه الأولى بالاستخدام من مصطلح «الاعتراض».

أما مجلة الأحكام العدلية فقد اصطاحت على «الاعتراض» بـ: «دفع الدعوى»، فقد نصت المادة 1836 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «إذا حضر المحكوم عليه غيباً إلى المحكمة، وتثبت بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي، تسمع دعواه و تفصل على الوجه الموجب، وإذا لم يتثبت بدفع الدعوى، أو تثبت ولم يكن تشبهه صالحاً للدفع، ينفذ ويجرى الحكم الواقع».

وقد فسر شارح المجلة علي حيدر «دفع الدعوى» بـ: «الاعتراض».⁶ وهو مع هذا لم يذكر تعريفاً للاعتراض، وإنما أشار إلى أنه يكون في الأحكام الغيبية.

أما تعريفنا للمعارضة فهي: «طريق نقض الأحكام الغيبية، يتقدم بمقتضاه المحكوم عليه غيباً إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم طالبا منها إبطال الحكم أو تعديله».

¹ المعارضة في الاصطلاح الفلسفي هي إقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم. أنظر: الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 247.

² الاعتراض في الاصطلاح النحوي هو أن يؤتى في أثناء الكلام، أو بين كلامين متصلين معنى بجملة أو أكثر لا محل لها من الإعراب. أنظر: الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى، الكلمات - معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1413هـ - 1993م، ص 145.

³ الاعتراض عند أهل البلاغة هو أن يقع قبل تمام الكلام شيء يتم الغرض ببلوغه ولا يفوت بخراته، وسماه قوم الحشو. واللطيف منه هو الذي يزيد به الشظم فصاحة والكلام بلاغة، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا لَمْ تَفْعَلُوا وَلَكِنْ تَفَعَّلُوا فَاذْكُرُوا الشَّارِكَ﴾ [البقرة: 24]. أنظر: الكفوي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ مجلة الأحكام العدلية هي بمثابة قانون مدني، وضعت على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد الدولة العثمانية في سنة 1286هـ / 1869م، منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي، و رتب مباحثها على الكتب و الأبواب الفقهية، و فصلت أحكامها بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة فجموع المواد 1801 مادة قانونية. و في شعبان 1293هـ / 1876م صدر الأمر بلزوم العمل بها في جميع أنحاء الدولة العثمانية. أنظر: الزوفا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 1، 1418هـ - 1998م، ج 1، ص 226-227.

⁵ - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2، ص 304. و انظر أيضاً: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163.

⁶ - حيدر، علي، نثر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 618-686.

و نحن نستخدم مصطلح «المعارضة» بدل مصطلح «الاعتراض»، لأنه الأولى والأوفق من ناحية الدلالة اللغوية، واستناسا لاستعمال الفقهاء المسلمين، كما أن بعض المعاصرين قد استخدمه،¹ وأيا ما كان الأمر، فإن الفرق بين «المعارضة» و «الاعتراض» هو فرق شكلي لفظي، ولا يترتب عليه أي أثر، أو خلاف فقهي ذا بعد في الواقع العملي، والمعارضة هي طريق «نقض» وليس طريق «طعن»، لأن الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح «الطعن» كمصطلح، وإنما عرف مصطلح «النقض». وهما وإن كانا يتفقان من حيث المضمون والفكرة شرعا وقانونا، إلا أننا رأينا أن يحتفظ كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بأصالتها وتميزهما، وذلك حتى لا نخلط بين المصطلحات والمفاهيم، هذا الخلط الذي يسئ إلى الموضوعية والصرامة العلمية.

ثانيا/ في القانون الوضعي

يعرف الفقه القانوني العربي المعارضة بأنها: «طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية يرفعها من صدر ضده الحكم وكان غائبا، إلى ذات المحكمة التي أصدرته بقصد سحبه، و إعادة النظر فيه إلغاء أو تعديلا».² وبالمضمون نفسه يعرف الفقيهان الفرنسيان جان فينسان (jean Vincent)، وسارج قوينشار (serge guinchard)، المعارضة بقولهما: «المعارضة طريق طعن عادي من القانون العام للرجوع، يمنح للغائب، من شأنه إعادة الدعوى أمام ذات المحكمة التي فصلت فيها في المرة الأولى».³ ويعرفها أيضا الفقيه براس لوشوفاللي (Braas Lechevalier) بقوله: «المعارضة طريق طعن عادي، يمنح ضد كل حكم غيابي، خارج الحالات الاستثنائية المنصوص عليها قانونا، وتكون مقبولة أيا ما كانت قيمة الدعوى، وتؤدي المعارضة إلى إعادة طرح الدعوى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم».⁴

¹ - واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ط، د ت، ص 260-261. هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، الرياض، ط 2، 1420هـ-1999م، ص 35. رواج، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 187. وهناك من يستخدم مصطلح «الاعتراض». أنظر: بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 152. الخديشي، عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2005م، ص 180.

² - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1243-1244. فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 5-6. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 525. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 305. بغلادي، مولاي ميان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 459. بن ملحقة، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 352. منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1995م، ص 169. نجم، محمد صبحي محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1992م، ص 129. سوو، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 895. النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 658. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 162. جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص 02.

والأصل الفرنسي هو: 3-Jean, Vincent et serge, Guinchard, procédure civil, Dalloz, 26ed, 2001, p907. « L'opposition est une voie de recours de droit commun et de rétractation qui est ouverte au défaillant et par l'effet de laquelle l'affaire revient devant le tribunal qui a statué une première fois ».

4-Braas. Lechevalier. Précis procédure civil. Bruxelles. 3ed. 1944. 102. p607-608.

« L'opposition est une voie de recours normale ouverte contre toute jugement prononcé par défaut hors les cas exceptionnellement prévus par la loi. Elle est reçues quelle que soit la valeur de la cause. Par l'effet de l'opposition l'affaire est remenée devant le tribunal qui a statué ».

- نقلا عن: فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 06.

ويمكن أن نعرفها على ضوء هذه التعاريف بأنها: « طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، يرفعه المحكوم عليه غيابيا إلى ذات الجهة القضائية الذي صدر منه الحكم، بهدف سحبه جزئيا أو كليا».

ثالثا/مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ومن خلال ما سبق، فإن في الموازنة والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تعريف المعارضة اصطلاحا هو اتفاقهما - بصفة عامة - في تعريف المعارضة، ولعل التعريف المتفق عليه بينهما هو: «المعارضة طريق طعن في الأحكام الغيابية، بموجبه يتظلم المحكوم عليه غيابيا إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم بحقه، وذلك بقصد سحبه».

أما الفروق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في خصوص التعريف فهي أن الفقه الإسلامي يستخدم مصطلح «النقض»، والقانون الوضعي يستعمل مصطلح «الطعن». وقد سبق القول في وجوب احتفاظ كل من الشريعة والقانون على هذا التميز والأصالة.

والنقطة الثانية التي يختلف حولها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هي تقسيم طرق الطعن إلى عادية وغير عادية، فالفقه القانوني وكذا التشريعات الإجرائية تعرف هذا التقسيم وتأخذ به، أما الفقه الإسلامي فلم يعرف لحد الآن هذا التقسيم أو أي تقسيم آخر، والدراسات والأبحاث التي بأيدينا إنما تكفي فقط بذكر طرق نقض الأحكام دون تقسيمها أو بيان أساس التقسيم.¹

ونحن نرى عدم مسايرة التقسيم القانوني لطرق الطعن، وذلك حفاظا على أصالة وتميز كل نظام على آخر، زيادة على أن نقل تقسيم أو أفكار معينة من نظام إلى آخر، ومن علم إلى آخر يشكل خطأ منهجيا وعلميا كبيرا يتمثل في المساس بالأصول الفلسفية والخلفيات التاريخية لذلك النظام والعلم الذي تنقل إليه الفكرة أو التقسيم.

ويتمثل الخطأ المنهجي والعلمي في أن كل مصطلح له تاريخية وجغرافية، وبيئة زمانية ومكانية معينة متأثر بها، وظروف شتى أثرت فيه ومفاهيم علفت به، فإذا تم نقله إلى علم آخر فإنه سيحدث عدم التجانس والانسجام في ذلك العلم، نظرا لاختلاف تاريخية المصطلح وجغرافيته التي نشأ فيها، وترعرع ونما فيها، وعليه فلا بد من المحافظة على هذه الأصالة والتميز، والتاريخية والجغرافية للمصطلح والتقسيم.

وما تجدر الإشارة إليه - قبل الخوض في خصائص المعارضة - هو أن هناك صلة وثيقة، ورابطة متينة بين المعنى اللغوي للمعارضة والمعنى الاصطلاحي، هذه الصلة تتمثل في أن «المعترض يقف بن يدي المستدل، أو

¹ - يرى الباحثون: محمد بلعروس، ونصر فريد محمد واصل، وإلمام شهرزاد رواج أن طرق نقض الأحكام في الفقه الإسلامي أربعة وهي: الاعتراض، الاستئناف، النقض، وإعادة النظر، وإن كان الأخيران يذكوران مصطلح المعارضة بدل مصطلح الاعتراض. أنظر: بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 143 و ما بعدها. واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 260 و ما بعدها. رواج، إلمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 184 و ما بعدها. أما الباحث عمر فخري عبد الرزاق الحديشي فيرى أنهما أربعة كذلك، ولكن يصطلح عليها بمصطلحات أخرى هي: الاعتراض، الاستئناف، التميز، وإعادة المحاكمة. أنظر: الحديشي، عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 180.

يوقف حجته بين يدي دليله ليمتنعه من النفوذ في إثبات الدعوى»¹ أي أن المعارضة لغة واصطلاحاً هي وقوف بين يدي المستدل أو المدعي في طريقه لتمنعه من النفوذ فيه، والمضي والسير فيه، وذلك بإبداء حجة تقابل حجة المدعي.

أما الحد الفاصل بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، فهو أن الأول أوسع وأشمل من الثاني، إذ يشمل الأول الصور المعنوية والمادية معاً، في حين يقتصر المعنى الاصطلاحي على الصور المعنوية فقط، ومن ثم فهو أخص من الأول.

الفرع الثاني: خصائص المعارضة

من خلال التعاريف السابقة للمعارضة، فإنه يمكن استخلاص جملة من الخصائص والمميزات التي تتميز بها المعارضة، وهي:

- المعارضة طريق طعن مزدوج، عام وخاص.
 - المعارضة تكون في الأحكام وليس في الأوامر الجنائية.
 - المعارضة أضعف طرق الطعن.
 - المعارضة تجوز في كل المواد ما عدا الجنائيات.
 - المعارضة تهدف إلى سحب الحكم الغيبي لا إصلاحه.
- هذه هي خصائص المعارضة إجمالاً، أما تفصيلاً فهي كالآتي:

البند الأول: المعارضة طريق طعن مزدوج، عام و خاص

أولاً/المعارضة طريق طعن عام

تعتبر المعارضة طريق طعن عام أو عادي - إلى جانب الاستئناف - وهذا يعني جواز استعمال المعارضة أياً كان العيب الذي يشوب الحكم، دون التقيد بسبب معين، موضوعي أو إجرائي، قانوني أو واقعي، بحيث يمكن للمحكمة أن تنظر الحكم من جميع الوجوه برمته، وهذا ما يسمى بالأثر الناشر، والذي يقصد به أن الطعن بالمعارضة - وكذلك الاستئناف - ينشر القضية على المحكمة أو المجلس القضائي الذي طعن أمامه بالمعارضة بجميع جوانبها القانونية والواقعية، والموضوعية والإجرائية⁽²⁾.

وهذه الخاصية التي هي للمعارضة تمنح للطاعن المحكوم عليه غيابياً حرية مطلقة وسلطة كاملة في تأسيس طعنه على أي سبب يراه، كما يمنح للمحكمة سلطة مطلقة في نظر المعارضة، فالطعن بالمعارضة إذن يتميز

¹ - ابن بدران اللمشقي، نهضة الخاطر العاظم، مرجع سابق، ج 2، ص 379.

⁽²⁾ - عمرو، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 189، سليمان، عبد النعم، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 638-639. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 544. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 164. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 246. بن ملح، الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 372.

بالحرية والسلطة.

ومع كل هذا، فإنه لا يجوز ترك عريضة الطعن بالمعارضة من غير تسبيب، وإلا كانت العريضة غير مقبولة شكلاً، ومن ثم يجب بناء العريضة على أي سبب ولو كان سبباً واحداً⁽¹⁾.

والحكمة من إلزام الطاعن بالتسبيب في عريضة الطعن هي تفادي الطعون الكيدية، وحتى يكون الطعن جدلياً وليس عبثاً، والقضاء مآزحه عن العبث.

ثانياً/ المعارضة طريق طعن خاص

من خصائص المعارضة أنها طريق طعن خاص، بحيث لا تجوز ولا ترفع إلا ضد الأحكام الغيائية فقط، سواء صدرت من المحكمة وهي الدرجة الأولى، أو من المجلس القضائي الذي يمثل الدرجة الثانية والأخيرة، في حين أنها لا تجوز في الأحكام الحضورية -الوجاهية بحسب تعبير المشرع اللبناني- وكذلك الحضورية الاعتبارية وإن كانت هذه تجوز فيها المعارضة بشروط.

ومن ثم، فالمعارضة هي طريق طعن خاص وليس عام، تستعمل في حالة وجود عيب خاص يشوب الحكم هو الإخلال بمبدأ الحضور والمواجهة، بعكس الاستئناف والنقض اللذين كل منهما طريق طعن عام⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك أي تناقض في القول بأن المعارضة طريق طعن عام وخاص في آن واحد، بل هذا يعبر بصدق عن التكامل، وعن التميز الذي تتميز به المعارضة عن طرق الطعن الأخرى، فمعنى القول بأن المعارضة طريق طعن عام هي أنه يمكن تأسيسه على أي سبب دون التقيد بسبب خاص، أما معنى المعارضة طريق طعن خاص فهي أن المعارضة لا تجوز إلا في الأحكام الغيائية، وبعبارة أخرى فإن خاصية المعارضة طريق طعن عام هي «خاصية إجرائية»، أي حين التقرير بالمعارضة فيؤسس على أي سبب من الأسباب، أما خاصية المعارضة طريق طعن خاص فهي «صفة موضوعية»، تتعلق بموضوع الحكم الذي تجوز فيه المعارضة.

والنتيجة أن القول بأن المعارضة هي طريق طعن عام وخاص هي في الحقيقة وجهان لعملة واحدة هي المعارضة.

البند الثاني: المعارضة تكون في الأحكام وليس في الأوامر الجنائية

والمعارضة تكون في الأحكام ولا تكون في الأوامر الجنائية -أو الأوامر القضائية على حد تعبير المشرع المغربي⁽³⁾- فالاعتراض على الأمر الجنائي لا يعد من قبيل المعارضة في الأحكام الغيائية، ذلك أن التشريعات

(1)- أبو الوفاء أحمد المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 769.

(2)- Heron, Jacque, Droit Judiciaire prive, Op.Cit. P414-415.

نقلاً عن: أمقران، بوشير عند، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 309. هامش 04.
(3) - يعتبر الأمر الجنائي من الإجراءات الجنائية الموجرة، والذي يقصد به قرار قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية بلا محاكمة أصلاً، أو في محاكمة شديدة الإيجاز، وإذا أصبح الأمر نهائياً، انقضت به الدعوى وصار واجب التنفيذ والميز الذي يذكر في وجود هذا النظام الإجرائي هو أن عدد الدعاوى الجنائية يتزايد بشكل مطرد، وأن عدد القضاة محدود، وأنه لو نظرت كل دعوى وفقاً للإجراءات العادية المقررة في قانون الإجراءات، فإن أمد الفصل فيها سيطول، وهو أمر تضار به العدالة، من أجل هذا فكر المشرع في ابتداء نظام جديد يخفف العبء قليلاً عن كاهل القضاء، ويتحلل من كثير من المبادئ التي تهمين على المحاكمة الجنائية، مع حصره في نطاق محقول لضمان حقوق الدفاع، فكان نظام الأوامر الجنائية. وأبرز ما يميز الأمر الجنائي هو شدة الإيجاز فلا شفوية ولا علانية ولا مواجهة في إصدار الحكم؛ بل إنه لا تحقيق ولا سماع دفاع، ثم إن إصدار الأمر لا

الإجرائية الجنائية استهدفت من تطبيق نظام الأوامر الجنائية في الجرائم التي حددها هذه التشريعات إلى تبسيط إجراءات الفصل في تلك الجرائم وسرعة البت فيها.

ويتضح لنا هذا الأمر جيدا حين نعلم مثلا أن المشرع الإجرائي المصري قد سمح للنيابة العامة والمتهم أن يعلنوا عدم قبولهم للأمر الجنائي الصادر من القاضي في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ صدوره بالنسبة للنيابة العامة، ومن تاريخ إعلانه بالنسبة إلى باقي الخصوم، وأنه يترتب على اعتراضهم سقوط الأمر واعتباره كأن لم يكن، وفي حالة عدم الاعتراض على الأمر بالصورة المتقدمة يصبح نهائيا واجب التنفيذ، حسب نص م 327 ق.إ.ج مصري.

على أنه إذا حضر الخصم الذي لم يقبل الأمر الجنائي في الجلسة المحددة تنظر الدعوى في مواجهته طبقا للإجراءات العادية، وإذا لم يحضر فإن الأمر الجنائي تعود له قوته ويصبح نهائيا واجب التنفيذ حسب م 328 ق.إ.ج مصري.

فكل هذا يدل على أن الاعتراض على الأمر الجنائي لا يعد من قبيل المعارضة في الأحكام الغيابية، وإنما هو مجرد إعلان من المعارض لعدم قبوله إنهاء الدعوى بتلك الإجراءات⁽¹⁾، يترتب على مجرد التقرير به سقوط الأمر بقوة القانون واعتباره كأن لم يكن، وهذا بشرط حضور الخصم المعارض الجلسة المحددة لتنظر اعتراضه، فإن تخلف سقط اعتراضه، واستعاد الأمر قوته، وأصبح نهائيا واجب التنفيذ كما سبق القول.

و الخلاصة هي أن الاعتراض على الأمر الجنائي ليس من طرق الطعن، وإنما هو مجرد إعلان من المعارض بعدم قبول إنهاء الدعوى بالأمر الجنائي، في حين أن المعارضة هي طريق من طرق الطعن.

البند الثالث: المعارضة أضعف طرق الطعن

سبق أن قررنا أن الحكم الغيابي هو أضعف الأحكام القضائية دلالة على ما قضى به⁽²⁾، وذلك لأنه صدر بناء على السماع من جهة واحدة وهي المدعي والنيابة العامة، وفي غياب الطرف الأساسي في القضية وهو المتهم لأنه هو حامل الحقيقة، ودون حضوره والدفاع عن نفسه.

ولما كانت المعارضة لا تجوز إلا في الأحكام الغيابية فإنها أضعف طرق الطعن وأقلها قيمة، بل إن البعض لا

⁽¹⁾ يقتصر على القاضي وحده بل يسمح القانون للنيابة العامة كذلك بإصداره مع أنها سلطة التهام وليس جهة حكم. ويعتبر المغرب ومصر من الدول العربية التي تأخذ بهذا النظم، حسب الفصول 357 إلى 365 ق.م.ج المغربي وم 323 ق.إ.ج وما بعدها، ومن الدول الغربية نجد: ألمانيا والنمسا وسويسرا وإيطاليا وروسيا ورومانيا وبلغاريا وأخرى. انظر: عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 208 وما بعدها، عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 849. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 860 وما بعدها، الفكاهاني، سعيد وآخرون، التعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي، مرجع سابق، ج 189، ص 272 وما بعدها.

⁽²⁾ انظر ص 22 من الفصل التمهيدي.

يعتبرها طريقا للطعن⁽¹⁾.

ويتجلى هذا «الضعف القانوني» للمعارضة في عدة مظاهر، أولها التبعية المطلقة للحكم الغيائي، الذي هو من الضعف بمكان في دلالاته على ما قضى به، فالمعارضة تجوز متى كان الحكم غيائيا، وإذا انعدم هذا الأخير فلا معارضة حيثئذ، فالحكم الغيائي هو سبب المعارضة وعلتها، والمعارضة تدور مع العلة والسبب وجودا وعدما.

كما يتجلى هذا الضعف أيضا في أن المعارضة ترفع أمام ذات الجهة القضائية التي صدر منها الحكم الغيائي، فالخصومة رغم صدور حكم بخصوصها، إلا أنها لا تخرج من عتبة باب المحكمة لتنتقل انتقالا جغرافيا وقانونيا إلى محكمة أعلى درجة منها، وإنما تبقى في حوزة المحكمة أو المجلس القضائي ليحكم فيها بنفس التشكيلة التي أصدرت الحكم أو بتشكيلة جديدة، وبذلك فالمعارضة ليس لها أثر ناقل ينقل الحكم المطعون فيه إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم الغيائي، وإنما المعارضة لها أثر ناشر، وهذا بخلاف الاستئناف مثلا الذي له الأثران معا الناشر والناقل.

وتجدر الإشارة إلى أن أقرب طرق الطعن في الضعف إلى المعارضة هي إلتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وإن كان ضعيفا أقل من المعارضة، كما أن أقوى طرق الطعن هي الاستئناف ثم النقض ويتضح لنا هذا أكثر حين الكلام عن التمييز بين المعارضة وطرق الطعن الأخرى.

البند الرابع: المعارضة تجوز في كل المواد ما عدا الجنائيات

الأصل والقاعدة العامة أن المعارضة تجوز في كل المواد المدنية والتجارية والجنح والمخالفات، ويستثنى من ذلك الأحكام الصادرة عن محكمة الجنائيات في جنائية، حتى ولو كانت أحكام هذه الأخيرة أحكاما غيائية. والأسس التي تذكر بخصوص عدم جواز الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيائية الصادرة من محكمة الجنائيات في جنائية هي إثنان: تاريخي وقانوني.

أولا/الأساس التاريخي

يعود السبب التاريخي في التفرقة بين جواز المعارضة في الأحكام الغيائية الصادرة في مواد الجنح والمخالفات، ولو كانت صادرة من محاكم الجنائيات، وبين عدم جوازها في الأحكام الغيائية الصادرة من محاكم الجنائيات في جنائية إلى النظام التحقيقي⁽²⁾ الذي تبناه قانون 1670م الفرنسي، والذي كان يخضع المحاكمة في

(1) -في مقابلة مع أستاذنا الدكتور محمد الأخضر مالكي -أستاذ التعليم العالي بجامعة منتوري بـتسطينة- يوم 22 ماي 2003م، بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بتسطينة، ونحن نرى أن عدم اعتبار المعارضة كطريق طعن مبالغ فيه، وأن الأقرب إلى الصواب هو أن المعارضة طريق طعن لكنها أضعف الطرق.

(2) -يقوم هذا النظام- الذي يسميه البعض بنظام التحري والتقيب- على أن الخصومة الجنائية ليست نزاعا شخصيا بين المتهم وغيره، بل هي مجموعة من الإجراءات تهدف إلى كشف الحقيقة وإقرار سلطة النبوة في العقاب، فإنتهم يخضع لسلطة المحقق في جمع الأدلة فجوهر هذا النظام يكمن في مرحلة التحقيق الابتدائي التي يستجمع فيها المحقق أدلة الإثبات قبل المتهم قبل أن يحال إلى المحاكمة، والبحث عن الحقيقة يكون بأي وسيلة دون التقيد بطلبات المتهم. وهذا النظام كان سائدا في العصور الأولى من الإمبراطورية الرومانية ثم سرى إلى القانون الكنسي، حيث أدخلته الكنيسة في العصور الوسطى، ومنه إلى المحاكم الملكية في النظام القديم في فرنسا. انظر: أحمد، هلالى عبد اللاء، الحقيقة بين الفلسفة العامة والفلسفة الإسلامية وفلسفة الإجازات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1987م، ص 566-569. سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون

الجنح والمخالفات للأصول القانونية العادية المشابهة للأصول المدنية التي أقرت نظام المعارضة، بينما كانت تتبع في الجنايات الأصول الاستثنائية التي تقضي بعدم جواز المعارضة، وحينما جاء تشريع 1810م أبقى على هذه التفرقة وكرسها⁽¹⁾، وانتقلت هذه التفرقة إلى مختلف الدول التي أخذت بالنظام الفرنسي.

و هذا السبب التاريخي هو الذي يفسر لنا كيف أن المعارضة في الجنح والمخالفات تخضع لذات القواعد العامة المقررة في التشريع الإجرائي المدني.

والحق أن المحكوم عليه غيابيا في مواد الجنايات أصول الإجراءات فيها تعود كلها من الناحية التاريخية إلى النظام الفرنسي، وبالضبط ابتداء من سنة 1670م، فمحاكمة الفار من وجه العدالة في مواد الجنايات كلها تنتسب إلى النظام الفرنسي القائم على النظام الإجرائي التحقيقي، وحينما جاءت الثورة الفرنسية، وما تلاها من إصلاحات قضائية وتشريعية أبقى على التشريعات السابقة في هذا المجال، وأضافت إليها أحكاما أخرى من بينها وجوب إجراء المحاكمة الغيابية بحضور المحلفين⁽²⁾.

ثانيا/ الأساس القانوني

أما المبرر القانوني فهو أن الحكم الغيابي الصادر من محكمة الجنايات في جناية يسقط بقوة القانون متى سلم المتهم نفسه إلى السلطات القضائية أو قبض عليه.

وهذا ما نصت عليه م 326 ق.إ.ج⁽³⁾ التي قررت أنه: «إذا تقدم المحكوم عليه المتخلف غيابيا وسلم نفسه للسجن، أو إذا قبض عليه قبل انقضاء العقوبة المقضي عليها بالتقادم، فإن الحكم والإجراءات المتخذة منذ الأمر بتقدم نفسه، تنعدم بقوة القانون، وتتخذ بشأنه الإجراءات الاعتيادية...».

ويفيد هذا النص أن الحكم الغيابي الصادر من محكمة الجنايات في جناية ما هو إلا مجرد حكم تهديدي، وآلية من آليات إجبار المتهم على الحضور، ومن ثم فهو ليس حكما قضائيا بالمعنى الدقيق.

وهذا المعنى أكدته المحكمة العليا أيضا، فقد قررت «أن تخلف المتهم عن الحضور أمام محكمة الجنايات لا يمنع من محاكمته، كما لا يميز للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم الصادر في غيبته بطريق المعارضة، لأن هذا الحكم تهديدي فقط، ولا يجوز قوة الشيء المقضي به، وإنما يسقط بحكم القانون بمجرد إلقاء القبض عليه، أو تسليم نفسه إلى السلطات المختصة»⁽⁴⁾.

وهكذا أصبح الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة الجنايات في جناية لا يجوز مطلقا بقوة التاريخ والقانون معا.

الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 30. مينا، نظير فرج، الموجز في الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، دت، ص 07.

(1) - النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 658.

(2) - النقيب، عاطف، المرجع نفسه، ص 620.

(3) - ونقابها م 322 إلى 335 ق.أ.م.ج الأردني.

(4) - قرار صادر من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم: 50040، بتاريخ: 1988/11/22، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 1992، ص 183.

البند الخامس: المعارضة تهدف إلى سحب الحكم الغيابي لا إصلاحه.

المعارضة طعن يرفع إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي ليس بهدف إصلاحه أو تصحيحه أو تعديله، وإنما بقصد سحبه كلياً⁽¹⁾، وإعادة نظر الدعوى من جديد وقائعيًا وقانونيًا، موضوعيًا وإجرائيًا. وهذا يعني أن المعارضة طريق استدراكي مثلها مثل إلتماس إعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، تستهدف استدراك ما فات القضاء من السماع إلى المحكوم عليه، والوقوف أكثر على دفاعه ودفعه. أما الاستئناف والنقض فطريقان يهدفان إلى إصلاح الحكم القضائي وتصحيحه وتعديله.

المطلب الثاني: تمييز الطعن بالمعارضة عن طرق الطعن الأخرى

يستهدف هذا المطلب الوقوف أكثر على الموافقات والفروق بين المعارضة وطرق الطعن الأخرى العادية وغير العادية. وقد عرفنا من قبل⁽²⁾ أن طرق الطعن العادية هي الاستئناف إلى جانب المعارضة، أما طرق الطعن غير العادية فهي ثلاثة: النقض، وإلتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة. وبناء على هذا التقسيم لطرق الطعن، فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين، الفرع الأول خصصه لتمييز المعارضة عن الاستئناف أما الفرع الثاني فيتناول تمييز المعارضة عن طرق الطعن غير العادية.

الفرع الأول: تمييز المعارضة عن الاستئناف

يعرف الاستئناف بأنه طريق طعن عادي في الأحكام الصادرة ابتدائيًا من محاكم الدرجة الأولى، أمام محاكم أعلى بغرض تعديلها وإصلاحها أو إلغائها⁽³⁾. ويسمى الطاعن بهذا الطريق مستأنفًا، وخصمه مُستأنفًا عليه.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذا الطريق في 1838، كما نص عليه المشرع الإجرائي المدني في م102 إلى م117ق.إ.م، أما في المواد الجزائية فمنصوص عليه م416 إلى م438ق.إ.ج⁽⁴⁾.

ويتجلى التمييز بين المعارضة والاستئناف في الموافقات والفروق الآتية:

البند الأول: الموافقات

أولاً/ الاستئناف والمعارضة كلاهما طريقان عاديان للطعن، وهذا من شأنه منح الحرية في بناء الطعن على أي سبب من الأسباب الموضوعية أو الإجرائية، القانونية أو الواقعية، كلها أو بعضها.

ثانياً/ كلاهما يعيد طرح النزاع على المحكمة المطعون أمامها في الحكم بجميع عناصره، فيكون للمحكمة

(1)-التحوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص6. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص7. أبو الوفا، أحمد، الموافقات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص766. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص509. بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص305.

Vincent, Jean et Guinchard, Serge, prodédure civil, Op.Cit, P894.

(2)-انظر: ص62 من الفصل التمهيدي.

(3)-انظر: ص62 من الفصل التمهيدي. وانظر أيضا: روايح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، الاستئناف مثلا، مرجع سابق، ص141. عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ج2، ص252.

(4)- ويقام الفصول 130-155 م دت التونسية، و الفصول 207-223 م إ ج التونسية.

المطعون أمامها في الحكم- بالمعارضة أو الاستئناف- سلطة كاملة في إعادة نظر القضية والتحقيق فيها برمتها، فالطعن العادي ينشر القضية بكاملها على الهيئة القضائية المشكّلة لنظر القضية، وهذا ما يسمى بالأثر الناشر.

ثالثاً/ كلاهما عند الطعن في الحكم مباشرة يوقفان تنفيذ الحكم، بل إن مجرد قابلية الحكم القضائي للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف، أو طعن فيه بالفعل يجعله غير مكتسب كقاعدة عامة للتنفيذ إلا في حالات استثنائية.

رابعاً/ المعارضة والاستئناف كلاهما في حالة خسارة الطاعن لطعنه، لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة لمجرد خسارته، فهو حتى إن خسر لا يغرم.

خامساً/ المعارضة والاستئناف كلاهما يمنع الحكم من حيازته لقوة الأمر المقضي به، وهذا بخلاف طرق الطعن الأخرى.

البند الثاني: الفروق

أولاً/ الاستئناف يرفع أمام محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ولذلك كان الاستئناف يحقق مبدأ التقاضي على درجتين.

أما المعارضة فإنها ترفع أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، والعلّة في ذلك هي أن المعارضة لا تعبر ولا تشف عن تجريح الحكم، كما هو الحال بالنسبة للاستئناف⁽¹⁾.

ثانياً/ محل الاستئناف هو الأحكام القضائية الابتدائية، أي التي صدرت في محكمة الدرجة الأولى فقط، أما الأحكام النهائية والتي صدرت من المجلس القضائي فلا يجوز استئنافها.

أما المعارضة فتجوز في الأحكام الابتدائية والنهائية، سواء صدرت من المحكمة أو المجلس القضائي، وهذا يعني أن نطاق المعارضة أوسع من نطاق الاستئناف.

ثالثاً/ الاستئناف يجوز في كل الأحكام الحضورية والحضورية الاعتبارية والغيابية، أما المعارضة فلا تجوز إلا في الأحكام الغيابية فقط، والأحكام الحضورية الاعتبارية بشروط.

رابعاً/ المعارضة ليس لها أثر ناقل، فالطعن بالمعارضة لا ينقل الحكم المطعون فيه إلى محكمة أخرى، وإنما تنظر في الطعن المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم الغيابي.

أما الاستئناف فله أثر ناقل، ينقل الدعوى والحكم المطعون فيه من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية، حتى يتحقق مبدأ التقاضي على درجتين. وبعبارة مختصرة، فإن الطعن بالمعارضة لا ينتقل جغرافياً، في حين أن الاستئناف ينتقل انتقالاً جغرافياً وقانونياً.

خامساً/ تلزم المحكمة المختصة بنظر المعارضة بتحقيق الدعوى برمتها، وذلك لأن الحكم الغيابي هو أضعف الأحكام القضائية دلالة على ما قضى به، لأنه تم دون تقديم دفوع المدعى عليه، وإنما على طلبات المدعي فقط،

(1) -روايج، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 188.

أي صدر بناء على ما قدمه أحد الأطراف، وهو المدعي فقط.

أما المحكمة المختصة بنظر الاستئناف فهي غير ملزمة بتحقيق الدعوى برمتها، وإن كانت لها سلطة التحقيق في الدعوى كلية، فهي غير ملزمة ولكن لها أن تختار في التحقيق كلياً أو جزئياً.

والخلاصة أن الموافقات التي تجمع المعارضة والاستئناف هي أكثر من الفروق التي تفرق بينهما.

الفرع الثاني: تمييز المعارضة عن طرق الطعن غير العادية

طرق الطعن غير العادية هي التي لا يجوز رفعها إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانوناً، فإذا خلا الطعن من السبب أو الأسباب، أو أنه بين على سبب غير ما نص عليه القانون كان الطعن غير مقبول.

وطرق الطعن غير العادية ثلاثة هي: النقض، والتماس إعادة النظر، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

وتتناول في هذا الفرع تمييز المعارضة عن طرق الطعن غير العادية الثلاثة: النقض، فالتماس إعادة النظر،

فاعترض الغير الخارج عن الخصومة بهذا الترتيب.

البند الأول: تمييز المعارضة عن النقض

النقض هو طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية، سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى أو من محاكم الدرجة الثانية، بهدف تصحيحها مما يكون قد شابها من أخطاء في القانون، سواء كان هذا الخطأ في مخالفة القانون أو في تطبيقه، أو في تأويله⁽¹⁾.

والمحكمة التي يرفع إليها هذا الطعن في الجزائر هي المحكمة العليا حسب م231ق.إ.ج⁽²⁾، التي تعمل من خلال رفع الطعن بالنقض إليها إلى توحيد تفسير القانون، وضمان وحدة تطبيقه والحيلولة دون تصارب أحكام المحاكم المختلفة.

وقد نص المشرع الإجزائي الجزائري على النقض في المواد المدنية من م233 إلى م239ق.إ.م⁽³⁾، أما في المواد الجزائية فهو منصوص عليه من م495 إلى م530ق.إ.ج⁽⁴⁾.

أما في الفقه الإسلامي فيسمى هذا الطريق بالتمييز، وهذا اعتماداً على اصطلاح مجلة الأحكام العدلية في م1839 التي تنص على أنه: «إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى، وطلب تمييز الإعلام الحاوي

(1) - عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص654. ثروت، جلال عبد المنعم سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص602. عمرو، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1264. بازش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص313-318. إبراهيمي، محمد، التوجيه في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج2، ص238. منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية، ص145. بغداداي، مولاي طياني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص503. أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص888. بين ملحقة الغوتي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص354.

(2) - أما في تونس فتسمى محكمة التعقيب، والطعن بالنقض يسمى الطعن بالتعقيب (الفصل 42 م.د.ت) وفي مصر تسمى محكمة النقض، وفي لبنان تسمى المحكمة بمحكمة التمييز والطعن يسمى الطعن بالتمييز م183 م.م، وفي المغرب يسمى بالمجلس الأعلى ويسمى الطعن بالنقض.

يوم التعميل: 2005/05/02 م. Asp. www.Justice.gov.ma/ar/organisation_judiciare/judroit_commun.

(3) - ويقابلها الفصل 175-197 م.د.ت التونسية.

(4) - ويقابلها الفصل 258-276 م.إ.ج التونسية.

الحكم، يصدق الإعلام المذكور، فإذا كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا ينقض». فإذا رفع المحكوم عليه طلبا لنقض الحكم القضائي بالتمييز، وتبين فعلا أن به خللا أو خطأ، فإنه يعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم لرؤية الدعوى مرة أخرى⁽¹⁾. كما يصطلح عليه بعض الباحثين⁽²⁾ بهذا الاصطلاح، وزيادة على هذا فإن النظام السعودي قد أخذ بهذا الاصطلاح وهو التمييز، وهذا منذ أصدر الملك عبد العزيز آل سعود: «نظام تشكيلات المحاكم الشرعية» في عام 1346هـ - 1927م⁽³⁾.

وبالنسبة للتمييز بين المعارضة والنقض فيتبين ذلك من خلال الموافقات والفروق الآتي بيانها.

أولا/ الموافقات

أ/- المعارضة والنقض كلاهما من آليات الطعن في الأحكام القضائية.

ب/- وكلاهما يستهدفان - كهدف عام - تصفية الحكم القضائي مما يكون قد شابه من أخطاء وعيوب.

ثانيا/ الفروق

أ/- تعتبر المعارضة طريق طعن عادي، خلافا للطعن بالنقض الذي يعد من طرق الطعن غير العادية⁽⁴⁾، ويرتب على هذا الفرق ما يأتي:

أ/- إن المعارضة ترفع بناء على أي سبب يراه الطاعن سواء كان قانونيا أو واقعا، موضوعيا أو إجرائيا، فهناك حرية للطاعن بالمعارضة في بناء طعنه على أي سبب يراه.

في حين أن الطعن بالنقض لا يمكن ولا يجوز رفعه إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا. وهذا ما نصت عليه م233ق.إ.م بقولها: «الطعن بالنقض لا يبين إلا على أحد الأوجه الآتية:

- 1- عدم الاختصاص، أو تجاوز السلطة.
- 2- مخالفة، أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات.
- 3- إنعدام الأساس القانوني للحكم.
- 4- انعدام، أو قصور، أو تناقض الأسباب.
- 5- مخالفة، أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.

(1) - حيلو، علي، دور الحكام بشروح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص691.

(2) - الحديدي، عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص180.

(3) - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص15.

(4) - يرى الدكتور: الفوئي بن ملححة أن الطعن بالنقض هو طريق طعن عادي، ويصنفه ضمن الطرق العادية للطعن. انظر: بن ملححة، الفوئي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص371-375.

والحق أن الطعن بالنقض هو طريق طعن غير عادي وليس بطريق طعن عادي، لأنه لا يرفع إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا وهذا بنص م233ق.إ.م، ثم إن الفقه القانوني يجمع على أن الطعن بالنقض طريق غير عادي، للطعن، وليس العكس، والحق أننا لم نجد أحدا قال، بهذا الرأي غير د/بن ملححة.

6- تناقض الأحكام النهائية الصادرة من محاكم مختلفة»⁽¹⁾.

هذا في المواد المدنية أما في المواد الجزائية، فيضاف إلى هذه الأوجه أو الأسباب «إغفال الفصل في وجه الطلب، أو في أحد طلبات النيابة العامة» حسب نص م500ق.إ.ج⁽²⁾.

ومن ثم فإن الطعن بالنقض يقيد من حرية الطاعن تقييدا قانونيا، يجعله غير حر في تأسيس طعنه، والعلّة في هذا أن الطعن بالنقض هو طعن استثنائي فهو رخصة من أصل وليس بعزيمة ومبدأ، ولذلك كان مقيدا بهذا الشكل.

2/- إن الطعن بالمعارضة يمنح للمحكمة المطعون في الحكم أمامها سلطة كاملة، وحرية مطلقة في نظر الدعوى برمتها والتحقيق فيها من جديد، من جميع الأوجه القانونية والواقعية والموضوعية والإجرائية، وتعيد الفصل في التراع من البداية. وهذا يعني أن المحكمة التي يرفع أمامها الطعن بالمعارضة هي محكمة قانون ووقائع معا، أي محاكمة الحكم القضائي الغيبي والدعوى معا.

أما الطعن بالنقض فلا يمنح للمحكمة المطعون أمامها في الحكم -وهي المحكمة العليا في الجزائر ومحكمة التعقيب في تونس ومحكمة النقض في مصر ومحكمة التمييز في سوريا ولبنان- حرية مطلقة في نظر الحكم برمته، بل في حدود ما طعن فيه فقط. فإذا كان الطعن بالنقض مؤسس على تجاوز السلطة أو انعدام الأساس القانوني، أو غيرها من أسباب الطعن بالنقض المذكورة سلفا، فإن المحكمة العليا لا تنظر سوى في حدود ذلك الأساس وذلك السبب، فلا يجوز لها أن تتجاوز حدود ما بني عليه الطعن من أساس.

ويستثنى من هذا الطعن بالنقض لصالح القانون، فـ: «إذا علم النائب العام لدى المجلس الأعلى⁽³⁾ بصدور حكم نهائي من محكمة أو من مجلس قضائي، وكان هذا الحكم مخالفا للقانون أو مخالفا لقواعد الإجراءات الجوهرية، ولم يطعن فيه أحد من الخصوم بالنقض في الميعاد، فله أن يعرض الأمر بعريضة عادية على المجلس الأعلى»، م1/297ق.إ.م، وهي تطابق م530ق.إ.ج⁽⁴⁾.

فهذا النص يمنح للمحكمة العليا نقض الحكم من تلقاء نفسها، وليس بطلب من الخصوم، ومن ثم لديها حرية في نقض الحكم بناء على أي سبب قانوني تراه، وإن كان هذا مقيدا بشروط وهي:

- 1- أن يكون الحكم نهائيا.
- 2- أن يكون الحكم مخالفا للقانون أو لقواعد الإجراءات الجوهرية.
- 3- ألا يكون الحكم قد طعن فيه أحد من الخصوم في الميعاد.
- 4- أن يقدم النائب العام للمحكمة العليا الأمر بعريضة عادية أمام المحكمة العليا.

(1) - ويقابلها الفصل 175 م.د.ت. التونسية، وم248 مرافعات مصري.

(2) - ويقابلها الفصل 260 م.إ.ج التونسية.

(3) - تم تغيير اسم المجلس الأعلى إلى المحكمة العليا بنص م39 من قانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410 هـ الموافق

لـ: 12 ديسمبر 1989 م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسورها.

(4) - ويقابلها الفصل 258 م.إ.ج.التونسية، وم250 مرافعات مصري.

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة العليا أن تنقض الحكم.

وهكذا يتبين لنا أن المحكمة العليا - والتي يرفع أمامها الطعن بالنقض - هي في الأصل وكقاعدة عامة محكمة قانون لا وقائع، فهي محكمة تقتصر رقابتها على الجانب القانوني للحكم، فهي «جهاز يراقب الشرعية دون الموضوع، وتحاكم الحكم دون الدعوى»⁽¹⁾.

ورغم هذا الأصل والقاعدة العامة، فإنه يجوز استثناء أن تتصدى المحكمة العليا للجانب الموضوعي أو الوقائع أو الدعوى، فتكون من ثم محكمة وقائع أيضا ولو استثناء وفي حدود معينة. وهذا ما قرره م 4 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها⁽²⁾ حيث جاء فيها: «تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له. يحدد القانون صراحة الحالات التي يمكن أن تكون فيها محكمة موضوع وقانون⁽³⁾ في نفس الوقت».

والخلاصة أن المحكمة العليا هي محكمة قانون كأصل عام، ومحكمة وقائع كاستثناء وهو ما عليه القانون الفرنسي، والمصري، والبلجيكي وغيرها من القوانين التي سارت على هذا النهج اللاتيني⁽⁴⁾.

وبناء على أن المحكمة العليا - وهي التي يرفع النقض أمامها - محكمة قانون لا محكمة وقائع، فإنها لا تعتبر درجة ثالثة للتقاضي، فالمعارضة تنشر الدعوى على المحكمة لنظرها من جديد، أما الطعن بالنقض، فإنه لا ينشر الدعوى مجددا أمام المحكمة العليا، هذه الأخيرة التي تنحصر وظيفتها بصفة أساسية في تدقيق الحكم المطعون فيه والتأكد من سلامة تطبيق القانون وتأويله، دون أن تفصل في وقائع النزاع، ولذلك كانت أحكامها إما برفض الطعن أو تحكيم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه، ثم إحالة موضوع النزاع على المحكمة التي أصدرته لتحكم فيه من جديد على ضوء حكم المحكمة العليا، حسب م268ق.إ.م⁽⁵⁾.

ب/- محل المعارضة هو الأحكام الغيائية سواء كانت ابتدائية أو نهائية، أما النقض فمحل الأحكام النهائية سواء صدرت من محاكم الدرجة الأولى، أو من محاكم الدرجة الثانية، سواء كانت حضورية أم غيبية، فهي كلها أحكام قابلة للطعن بالنقض، وهذا من شأنه عدم جواز اللجوء إلى الطرق غير العادية إلا بعد استنفاد الطرق العادية من المعارضة والاستئناف حسب م2/235ق.إ.م.

(1) -الكلي، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، ط2، دت، ص9.

(2) -القانون رقم: 89-22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى 1410هـ الموافق لـ: 12 ديسمبر 1989م.

(3) -اختلف علماء القانون منذ القانون الروماني في التمييز بين القانون والواقع، فنشأت اتجاهات تفسر معنى القانون والواقع منها الاتجاه المنطقي والاتجاه الغائي، بيد أن كل اتجاه تنازعه معايير مختلفة ومتناقضة ومتناحرة فيما بينها، لدرجة أن رأى أحدهم بأنه لا أمل في حل هذه المشكلة. انظر أكثر في تفصيل هذه الاتجاهات والمعايير: الكلي، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص12 وما بعدها.

(4) -وهذا بخلاف المحكمة الفيدرالية في ألمانيا، ومجلس اللوردات في إنجلترا، والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، حيث أنها تعتبر مجرد درجة أخيرة من درجات التقاضي، تفصل في خصوصية الطعن من حيث الواقع والقانون معا شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع. انظر في هذا: صاوي، أحمد السيد، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، ضمن موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط2، (1405هـ-1985م)، ج218، ص6. طاشور، عبد الحفيظ، محاضرات في القانون المقارن، مرجع سابق، ص

(5) -يرى عليها الفصل 176م.د.د. التونسية، والفصل 269م.إ.ج التونسية.

جـ- / تفترض المحكمة التي تنظر المعارضة عدم صحة الوقائع التي أثبتتها الحكم الغيابي المطعون فيه، ولذلك فهي لا تنقيد بها متى ثار النزاع حولها، في حين أن المحكمة العليا- وهي التي تختص بنظر النقض- تفترض بدءا صحة الوقائع وأنها ثابتة، ولذلك فهي تختص بمراقبة تطبيق القانون وتأويله.

د- / المعارضة يجوز رفعها من أي محام مقيد ضمن قوائم نقابة المحامين، في حين أن النقض لا يجوز رفعه إلا من طرف محام معتمد لدى المحكمة العليا، وهذا بنص م239ق.إ.م التي قررت أن: «الأصل في إجراءات التناعي أمام المجلس الأعلى أن تكون بالكتابة، والنيابة عن الخصوم لا تكون إلا بوساطة محامين مقبولين أمام ذلك المجلس، ونيابة المحامي وجوبية وإلا كان الطعن غير مقبول. غير أن الدولة معفاة من وجوب تمثيلها بمحام».

هـ- / إن الطاعن بالمعارضة في حالة خسارته لطعنه لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة لمجرد خسارته. أما الطعن بالنقض فإن للمحكمة العليا أن تحكم على الطاعن إذا كان متعسفا بطعنه بغرامة مالية من مائة (100) إلى ألف (1000) دينار لصالح الخزينة، كما لها أن تحكم عليه أيضا بما قد يطلبه أمامها المطعون ضده من تعويضات وهذا طبقا م271ق.إ.م هذا في المواد المدنية.

أما في المواد الجزائية فإن للمحكمة العليا أيضا إذا ما انطوى الطعن على تعسف أن تحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز خمسمائة (500) دينار لصالح الخزينة، كما لها أن تحكم عليه بالتعويضات المدنية للمطعون ضده وهذا وفقا لنص م 525 ق.إ.ج¹.

و- / الأصل -حسب نص م100 ق.إ.م- أن: «المعارضة توقف تنفيذ الحكم ما لم يقض الحكم الغيابي بغير ذلك»، فبمجرد أن يكون الحكم الغيابي قابلا للمعارضة، أو طعن فيه بالفعل، فإن ذلك يجعله غير مكتسب كقاعدة عامة للتنفيذ، إلا إذا كان مشمولاً بالنفذ المعجل، وهذا مثل قضايا النفقة، والوعد المعترف به حسب نص م41/1ق.إ.م، والمنازعات الخاصة بتقديم الكفيل أو الكفالة، حسب نص م307 ق.إ.م. أما الطعن بالنقض فهو عكس المعارضة، فالنقض الأصل فيه أنه ليس له أثر موقوف وهذا كقاعدة عامة، والاستثناء أن له أثر موقوف إما بقوة القانون، وإما بحكم قضائي.

1/- بقوة القانون

وهذا ما نصت عليه م238ق.إ.م بقولها: «ليس للطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى أثر موقوف إلا في الحالات الآتية:

1- إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم.

2- في حالة وجود دعوى تزوير فرعية»⁽²⁾.

والحكم الذي شرعته المادة، أكدته المحكمة في إحدى قراراتها⁽³⁾.

¹ - ويقابلها الفصل 184 م.د.ت التونسية، والفصل 263 م.إ.ج التونسية.

² - وتقابلها م 251 مرافعات مصري، والفصل 194 م.د.ت التونسية، والفصل 265 م.إ.ج التونسية.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم: 48120، الصادر بتاريخ: 1988/03/13 م، المحلة التضامنية، العدد 04، السنة 1991 م، ص 133-135.

2/- بحكم قضائي

«يجوز لرئيس الجهة القضائية - حسب نص م 411 ق.إ.م- أن يمنح المدين البائس وحسن النية مهلة للوفاء باستثناء قضايا السفاتج (الكيميالات). ولا يجوز أن تزيد هذه المهلة عن ستة». وفي مصر يجوز لمحكمة النقض أن تأمر قبل الفصل في الطعن بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتا إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وهذا حسب نص م 251 مرافعات. وكذلك الأمر في تونس يجوز استثناء وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالتعقيب حسب الفصل 2/194 م.د.ت.

ز/- يهدف الطعن بالمعارضة إلى تحقيق مصلحة خاصة، وهي مصلحة الخصم المحكوم عليه غيايبا. أما الطعن بالنقض فهو طعن لمصلحة القانون أكثر مما هو لصالح الطاعن، فهو من قواعد النظام العام، ولذلك نصت م 234 ق.إ.م على أنه: «يجوز للمجلس من تلقاء نفسه أن ينقض الحكم لأحد الأوجه الواردة في المادة 233».

فجواز إثارة أوجه الطعن بالنقض من طرف المحكمة العليا من تلقاء نفسها يشعر بأن النقض من قواعد النظام العام شرعت لحفظ المصلحة العامة، وليس المصلحة الخاصة التي هي مصلحة الخصوم، كما هو عليه الحال في الطعن بالمعارضة.

البند الثاني: تمييز المعارضة عن التماس إعادة النظر

يُعرفُ التماس إعادة النظر بأنه طريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية، يرفعه الخصم في الأحوال المنصوص عليها قانونا، أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه، بهدف محو الحكم الذي يتظلم منه ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره، ويتمكن بذلك من مواجهة التراجع من جديد، والحصول على حكم آخر، بعد أن تخلص من قوة الشيء المقضي به⁽¹⁾.

وطريق التماس إعادة النظر يسمى عليه في لبنان وسوريا والعراق والأردن بطلب «إعادة المحاكمة»⁽²⁾. أما في الفقه الإسلامي فيسمى هذا الطريق «إعادة المحاكمة» 1849 مجلة الأحكام العدلية، وهذا الطريق منصوص عليه في المواد 194-200 ق.إ.م، وم 531 ق.إ.ج أيضا، كما أن معظم التشريعات تأخذ بهذا الطريق من الطعن⁽³⁾.

(1) - منصور، إسحاق، إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص 175. بن منحة، الفرنسي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 358 بغلادي، مولاي ملبان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 559.

(2) - عنبر، محمد عبد الرحيم، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والبلد العربية، د.م.ن، د.ط، د.ت، ج 5، ص 73. هامش 04. ثروت، جلال و عبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 610.

(3) - المشرع التونسي يأخذ بهذا الطريق في المواد المدنية المفضل 156-167 م.د.ت. وفي المواد الجزائية من الفصل 277-283 م.إ.ج. أما في مصر من 441 إلى 453 ق.إ.ج في المواد الجنائية. والمشرع السوري من م 367 إلى 378 ق.أ.م.ج، والمشرع الفرنسي، بالمواد من 622 إلى 626 ق.إ.ج. والمشرع المغربي في الفصول 612 إلى 621 ق.م.ج.

أما التمييز بين المعارضة وبين هذا الطريق فيكون ببيان الموافقات والفروق.

أولا/ الموافقات

هناك بعض الموافقات تجمع بين المعارضة والتماس إعادة النظر -أو طلب إعادة المحاكمة على حد تعبير المشرع اللبناني والسوري وغيره- هي:

أ/- إن المعارضة والتماس إعادة النظر هما طريقا طعن في الأحكام القضائية، ومن ثم فهما يهدفان إلى إصلاح الحكم القضائي، مما علق به من شوائب وأخطاء ويتعيان تحقيق العدل كهدف عام.

ب/- إن الطعن بالمعارضة والطعن بالتماس إعادة النظر كلاهما يرفعان أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم القضائي، سواء كان الحكم صادرا عن الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية، وهذا في المواد المدنية، حسب نص المادة 199 ق.إ.م التي قررت أن: «يرفع طلب الالتماس بإعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه»⁽¹⁾، أي أمام المحكمة إن كان الحكم صادرا منها، أو أمام المجلس القضائي إن كان الحكم صادرا منه.

أما في المواد الجزائية فإن طلب التماس إعادة النظر يرفع إلى المحكمة العليا، وهي التي تفصل في الموضوع في دعوى إعادة النظر حسب نص م531ق.إ.ج⁽²⁾، وفي هذه الحالة تكون المحكمة العليا هي محكمة قانون ووقائع معا.

ج/- كل من المعارضة والتماس إعادة النظر يستهدفان سحب الحكم القضائي السابق تماما ومحوه حتى يمكن مواجهة النزاع من جديد، والحصول على حكم جديد فيها، ومن ثم فهما لا يستهدفان مجرد إصلاح وتصحيح الحكم المتظلم منه في جانب من جوانبه الواقعية أو القانونية.

فالمعارضة والتماس إعادة النظر طريقان استدركيان يرميان إلى استكناز سحب الحكم القضائي وإعادة النظر فيه كلياً⁽³⁾.

كما أنهما طريقان خاصان لا يستعملان إلا في حالة وجود عيب خاص يشوب الحكم. وإن كان هذا العيب الخاص في المعارضة يتكلف عن الذي هو في التماس إعادة النظر، فهو في المعارضة «الإخلال بمبدأ الحضور»، وفي التماس إعادة النظر «صدور حكم في ظروف تدليسية»⁽⁴⁾.

(1) -ويقبلها الفصل 159 م.د.ت. التونسية.

(2) -يتفق المشرع الإجماعي الجزائري المغربي حسب الفصل 615 ق.م.ج مع المشرع الجزائري في أن الالتماس يرفع إلى المحكمة العليا، أما المشرع الإجماعي الجزائري التونسي، فقد خالف خطة المشرع الجزائري والمغربي ورأى أن التماس إعادة النظر يرفع إلى ذات المحكمة التي صدر منها الحكم المطعون فيه، وهذا حسب نص الفصل 280 م.إ.ج التونسية.

(3) -باروش سليمان؛ شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص305. التحويي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص06. بن ملحق، العوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص371. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص07. أبو الوفاء أحمد، الموافقات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص766. الجوخدار، حسن؛ شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص509.

(4) -Heron, Jacques: Droit judiciaire privé: Op.Cit, P414-415.

نقلا عن: أمقران، بوبشير محمد؛ قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص309. هامش 04.

ثانيا/ الفروق

أ/ تجوز المعارضة في الأحكام القضائية الابتدائية والنهائية بشرط أن تكون غيائية.
أما التماس إعادة النظر فلا تجوز إلا في الأحكام النهائية، سواء صدرت من المحكمة، أو من المجلس القضائي، ومن ثم لا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الابتدائية التي يجوز استئنافها⁽¹⁾.
والأكثر من هذا فإن التماس إعادة النظر لا يجوز في الأحكام النهائية إلا إذا تم استنفاد الطرق العادية من المعارضة والاستئناف، فإن كان الحكم نهائيا وقابلا للطعن فيه بالمعوضة، فلا يجوز التماس إعادة النظر إلا بعد استنفاد الطعن بالمعوضة أو فوات الميعاد، حينها فقط يجوز الطعن في الحكم النهائي بالتماس إعادة النظر.
وكل هذا بنص م194ق.إ.م التي قررت بـ: «أن الأحكام الصادرة من المحاكم أو المجالس التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف، يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفاً فيها أو ممن أبلغ قانونا بالحضور»⁽²⁾.
ومؤدى هذه المادة أن الالتماس لا يرفع إلا بشأن الأحكام التي جازت قوة الأمر المقضي به، خلافا للمعوضة.

ب/ المعارضة تستهدف إصلاح الحكم الغيائي من الأخطاء الواقعية والقانونية معا، أما التماس إعادة النظر فلا يستهدف سوى إصلاح الخطأ الواقعي للحكم دون القانوني الذي هو هدف الطعن بالنقض.

ج/ المعارضة يجوز رفعها بناء على أي سبب من الأسباب، أما التماس إعادة النظر، فلا يجوز رفعه إلا بناء على أسباب محددة ومحصورة قانونا هذه الأسباب التي حددها م194ق.إ.م في المواد المدنية وهي:
1- إذا لم تراعى الأشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور هذه الأحكام، بشرط أن يكون بطلان هذه الإجراءات قد صححه الأطراف.

2- إذا حكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو سهي عن الفصل في أحد الطلبات.

3- إذا وقع غش شخصي.

4- إذا قضى بناء على وثائق اعترف أو صرح بعد صدور الحكم أنها مزورة.

5- إذا اكتشفت بعد الحكم، وثائق قاطعة في الدعوى، كانت محتجزة لدى الخصم،

6- إذا وجدت في الحكم نفسه نصوص متناقضة.

7- إذا وجد تناقض في أحكام نهائية صادرة بين نفس الأطراف، وبناء على نفس الأسانيد من نفس

الجهات القضائية.

8- إذا لم يدافع عن عدمي الأهلية».

(1) قرار المحكمة العليا رقم: 70068 الصادر بتاريخ: 1991/1/13، المحلة القضائية، العدد3، السنة 1993م، ص104-105.

(2) -وتقابلها م241 مراجعات مصري، والفصل 156 م.د.د.ت التونسية.

وكذلك م 531 ق.إ.ج بالنسبة للمواد الجزائية⁽¹⁾.

د/الأصل في المعارضة أنها توقف تنفيذ الحكم القضائي، أما التماس إعادة النظر فإنه حسب م 2/199 ق.إ.م ليس له أثر موقف إطلاقاً⁽²⁾. في المواد المدنية والجزائية، وفي مصر كقاعدة عامة لا يترتب على رفع الالتماس وقف تنفيذ الحكم، حسب نص م 1/244 مرافعات، ولكن يجوز استثناء للمحكمة التي تنظر الالتماس أن تأمر بوقف التنفيذ متى طلب ذلك، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه. ولكن هذا الاستثناء معلق على شرط، وهو أن تأمر المحكمة بتقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المطعون حسب م 2/244 مرافعات.

أما في تونس -وفي المواد الجزائية- فإن التماس إعادة النظر له أثر موقف، فحسب الفصل 1/280 م.إ.ج أنه: «إذا لم تنفذ العقوبة فإنه يوقف تنفيذها قانوناً بداية من تاريخ إحالة الطلب من طرف كاتب الدولة للعدل على ممثل النيابة العمومية»⁽³⁾.

وتقديراً لما سلكه المشرع الإجرائي المصري والتونسي والمغربي ونقداً لمسلك المشرع الإجرائي المدني والجزائي الجزائري، فإن هذا الأخير يكون قد أخطأ في غلق الباب في وجه القاضي على الإطلاق ومنعه من وقف تنفيذ الحكم، حتى ولو كان جزائياً الذي عس بحرية وبدن المحكوم عليه، والذي لا يمكن تداركه في بعض الأحيان، وسلب هذه السلطة من القاضي الذي يمكنه بواسطتها تدارك استدراك الخطأ القضائي قبل وقوعه.

أما مسلك المشرع الإجرائي التونسي والمصري فهو مسلك حسن على أساس أنه لا بد من زيادة التيقن أكثر في الحقيقة القانونية القضائية، وأنه لا مانع من زيادة التيقن والتأكد، حتى ولو كان هذا الطعن غير عادي، فكون الطعن بأنه غير عادي لا يمنع من وقف التنفيذ، لظالماً أن الهدف من الطعن بصفة عامة هو تحقيق العدل.

هـ/ إذا خسر الطاعن بالمعارضة في طعنه، فإنه لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة مجرد خسارته.

أما خسارة الطاعن بالتماس إعادة النظر فيعرضه كقاعدة عامة إلى الحكم عليه بغرامة مالية مجرد خسارته، فحسب م 200 ق.إ.م التي تميل إلى م 193 من ذات القانون، فإنه يحكم على الخصم الذي يرفض طعنه بغرامة لا تقل عن مائة (100) دينار إذا كانت المحكمة هي التي رفضت التماسه، ولا تقل عن خمسمائة (500) دينار إذا كان المجلس القضائي هو الذي رفض التماسه، وكل هذا دون المساس بحق الملتمس ضده في طلب التعويض⁽⁴⁾.

ز/ لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة عن محكمة الجنائيات في جنائية وإنما تجوز في الجنح والمخالفات فقط، وهذا طبعاً إلى جانب المواد المدنية.

أما التماس إعادة النظر فيجوز في الجنائيات والجنح ولا يجوز في المخالفات حسب م 531 ق.إ.ج.

(1) -وتقابلها الفصل، م 1-م.د.د. والفصل 277-م.إ.ج التونسية، و م 241 مرافعات مصري، والفصل 613 ق.م.ج المغربي.

(2) -وتقابلها الفصل 162 م.د.د. التونسية.

(3) -ويوافقها الفصل 616 ق.م.ج المغربي.

(4) -وتقابلها الفصل 166 م.د.د. التونسية وم 246 مرافعات مصري.

البند الثالث: تمييز المعارضة عن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو طريق طعن غير عادي، يرفع من شخص لم يكن طرفا في الخصومة بنفسه، ولا بواسطة من يمثله، ضد حكم صدر مضرًا بمصلحه⁽¹⁾، ويطلق البعض على هذا الطريق اصطلاح معارضة الخصم أو الشخص الثالث⁽²⁾، أما المشرع التونسي فيسميه "الاعتراض" حسب الفصل 168 م.د.ت. وهذا الطريق من الطعن منصوص عليه في م 191-192-193 ق.إ.م⁽³⁾، وللتمييز والتعرف أكثر على المعارضة واعتراض الغير، فإننا نتناول أولا الموافقات ثم الفروق.

أولا/ الموافقات

أ/- تشابه المعارضة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الاصطلاح ولو جزئيا من الناحية الشكلية، وإن كان يختلفان في حقيقة كل واحد منهما.

وموضع التقارب أو التوافق هو المعارضة والاعتراض، وهذا التوافق ربما هو الذي جعل الأمر يلتبس على الغير، فأصبح يرى أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، والذي منح لمن لم يكن طرفا في الخصومة وصدر حكم مضر بمصلحه، هو نفسه المعارضة، التي لا تكون إلا في الأحكام الغيابية⁽⁴⁾. والحق أنهما متمايزان كثيرا، والنقاط الآتية ستبرز هذا التمايز أكثر.

ب/- كل من المعارضة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة هما طريقا طعن في الأحكام القضائية، ومن ثم فهما يستهدفان -كهدف عام- إصلاح الأحكام القضائية من العيوب والأخطاء التي تشوبها.

ج/- يجوز الطعن بكل من المعارضة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأحكام الابتدائية والنهائية معا، سواء كانت صادرة عن المحكمة أو المجلس القضائي.

وهنا مستفاد من نص م 1/166 ق.إ.م التي تجيز الطعن بالمعارضة في أحكام المجلس القضائي الغيابي، وكذلك من مفهوم م 191 ق.إ.م المتعلقة باعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

د/- كل من الطعن بالمعارضة واعتراض الغير الخارج عن الخصومة يرفعان أمام ذات المحكمة التي أصدرت

(1) -البيضين، عمر علي، أحكام الطعن باعتراض الغير، مرجع سابق، ص 701. بن ملحقة الغوثي، القانون القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 357. خليل، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط 2000م، ص 563.

(2) -فهمي، مصطفى أبو زيد، طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 03-145. بشير، محمد، الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص 14-17.

(3) -ويقابلها الفصول 168-174 م.د.ت. التونسية، وم 671-676 ق.إ.م.د. اللبناني، وم 8/281 مرافعات مصري.

(4) -التبس على ت/مصطفى صخري التمييز بين الاعتراض الذي هو المعارضة كطريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، وبين اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فرأى أنهما طريق واحد، وذلك حين قال: «ولقد تعرض المشرع التونسي لمسألة الاعتراض في المادة المدنية بالفصول من 168 إلى 174». انظر: صخري، مصطفى، طرق الطعن في الأحكام الجزائية، مرجع سابق، ص 26، هامش: 1.

ولكن بالعودة إلى الفصل 168 م.د.ت. التونسية، فلننا نجد يتحدث عن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وليس عن الاعتراض في الأحكام الغيابية، ونص المادة 168 قاطع وصريح بخصوص هذا الأمر، حيث تنص على أن: «كل إنسان لم يسبق له استدعاء للتدخل في نزلة، له القيام بالاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضر بحقوقه»، فالاعتراض المقصود به في هذا النص هو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وليس الاعتراض الذي يكون في الأحكام الغيابية، ثم إن المشرع الإجماعي التونسي لم يأخذ بالاعتراض في الأحكام الغيابية، وإنما طرق الطعن التي أخذ بها المشرع الإجماعي المدني التونسي هي أربعة: الاستئناف، التماس النظر، اعتراض الغير، والتعقيب.



الحكم القضائي المعارض عليه، وبنفس الطرق المعتادة لرفع الدعوى لديها.
وهذا حسب مفهوم م98 ق.إ.م بالنسبة للمعارضة، وم193ق.إ.م بالنسبة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة⁽¹⁾.

هـ- يجوز أن تكون المحكمة أو المجلس القضائي الذي ينظر المعارضة أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة مؤلفة من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم القضائي، أي من ذات الهيئة القضائية المصدرة للحكم⁽²⁾.

ثانيا/ الفروق

أ/- المعارضة طريق طعن عادي، أما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فطريق طعن غير عادي، وينبغي على هذا الفرق أن المعارضة يجوز تأسيسها على أي سبب من الأسباب، في حين أن اعتراض الغير لا يجوز تأسيسه إلا بناء على صدور حكم ضد الغير لم يكن طرفا في الخصومة، ومضرا بمصالح هذا الغير، وهذا حسب م191 ق.إ.م.

ب/- في حالة خسارة الطاعن بالمعارضة في طعنه، فإنه لا يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة مجرد أنه خسر طعنه.

بينما الطاعن باعترض الغير الخارج عن الخصومة إذا خسر طعنه فإنه يتعرض إلى الحكم عليه بغرامة مالية مجرد خسارته، فحسب م193ق.إ.م: «يجوز الحكم على الخصم الذي يرفض اعتراضه بغرامة لا تقل عن مائة دينار إذا كانت المحكمة هي التي رفضت اعتراضه، ولا تقل عن خمسمائة دينار إذا كان المجلس القضائي هو الذي رفض الاعتراض، وذلك دون المساس بحق المعارض ضده في طلب التعويض»⁽³⁾.

ج/- لا يشترط في تقديم المعارضة دفع مبلغ مالي كغرامة قد يحكم بها على المعارض بعد الحكم، في حين أن اعتراض الغير -حسب م192ق.إ.م- لا يكون مقبولا إلا إذا كان «مصحوبا بإيصال يثبت إيداع قلم الكتاب مبلغا مساويا للحد الأدنى من الغرامة التي يجوز الحكم بها طبقا للمادة 193»⁽⁴⁾.

وإذن يجب على الطاعن باعترض الغير الخارج عن الخصومة دفع إيصال مبلغ مائة دينار إذا كان طعنه مرفوعا أمام المحكمة، وخمسمائة دينار إذا كان طعنه مرفوعا أمام المجلس القضائي.

د/- المعارضة توقف تنفيذ الحكم القضائي الغيبي كقاعدة عامة، في حين أن اعتراض الغير لا يوقف تنفيذ الحكم القضائي كقاعدة عامة لها استثناءات⁽⁵⁾.

(1)- ويقابلها الفصل 170 م.د.ت. التونسية، وم1/243 مرافعات مصري.

(2)- م4/243 مرافعات مصري.

(3)- ويقابلها الفصل 174 م.د.ت. التونسية، وم246 مرافعات مصري.

(4)- ويقابلها الفصل 170 م.د.ت. التونسية، وم3/243 مرافعات مصري.

(5)- لم يذكر قانون الإجراءات المدنية الجزائري هذا الأثر، أما مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية فقد ذكرت هذا الأثر في الفصل 172، وكذلك للشرع المصري فقد ذكر هذا الأثر أيضا.

هـ- المعارضة لا تجوز إلا في الأحكام الغيائية والأحكام الحضورية الاعتبارية بشروط، أما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فيمكن رفعه ضد كل حكم كيفما كانت طبيعته، وكيفما كانت المحكمة الصادر منها ولو وقع تنفيذه، وهذا حسب مفهوم م191ق.إ.م⁽¹⁾.

و- المعارضة لها ميعاد لتقديمها، فإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد فإنها لا تقبل. أما اعتراض الغير فليس له ميعاد رفع ولكن تنطبق عليه قواعد التقادم المكسب المنظمة في القانون المدني، وهي 15 سنة حسب م.ق.م.

ز- الهدف الخاص من المعارضة هو سحب الحكم الغيائي بقصد إلغائه كلياً أو جزئياً، وإعادة نظر الدعوى من جديد، نظراً لوجود «عيب خاص» يشوب الحكم هو الإخلال بمبدأ الحضور والمواجهة، أي حماية المحكوم عليه غيائياً.

أما الهدف الخاص من الطعن باعتراض الغير، فهو حماية هذا الغير من صدور أحكام تضر بمصلحته وبحقوقه، ذلك أن الأصل في الأحكام أنها إذا صدرت في خصومة لا تمس إلا أطرافها، فإذا حدث وأن أخذ الحكم من حقوق الغير، جاز لهذا الغير استعمال سلطة الطعن التي أعطاها المشرع له بطريق مخصوص، لا مجرد منع امتداد أثر هذا الحكم، وإنما لإلغاء هذا الحكم أو تعديله لمصلحته⁽²⁾.

والخلاصة أن أقرب طرق الطعن إلى المعارضة هي الاستئناف، وهذا واضح لأن كليهما طريق طعن عادي، ثم يليه اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ثم التماس إعادة النظر، فالنقض الذي هو أكثر بعداً عن المعارضة من طرق الطعن الأخرى.

كما نخلص في نهاية هذا المبحث إلى أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في تعريف المعارضة اتفاقاً يكاد يكون كلياً، فالحد المتفق عليه بينهما في تعريف المعارضة هو أنها طريق طعن في الأحكام الغيائية، بموجبه يتظلم المحكوم عليه غيائياً إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم بحقه، وذلك بقصد سحبه أو تعديله.

ويختلفان في بعض الإصطلاحات، مثل أن الفقه الإسلامي يستعمل مصطلح «النقض»، والقانون الوضعي يستخدم مصطلح «الطعن» والحق أن هذا ليس بفرق وإنما تميز وأصالة، ثم إنه لا مشاحة في الإصطلاح.

إضافة إلى هذا، فإن القانون الوضعي يقسم طرق الطعن إلى عادية وغير عادية، أما الفقه الإسلامي فلم يعرف هذا التقسيم، والأبحاث المعاصرة لا زالت بكرة في هذا الموضوع، وتحتاج إلى دراسة علمية دقيقة للفقه الإسلامي بهدف تأصيل هذا التقسيم أو استحداث تقسيم آخر.

(1) - ويقابلها الفصل 168/2 م.د.ت التونسية.

(2) - خليل، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 564.

المبحث الثاني: الموقف من المعارضة وأساسها

يستهدف هذا المبحث الكشف عن موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من المعارضة، كما يستهدف أيضا التعرف على أساس المعارضة، والخلفيات الفلسفية، والفكرية، والقانونية، والتاريخية. ولذا فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من المعارضة، أما المطلب الثاني فيتناول أساس المعارضة.

المطلب الأول: الموقف من المعارضة

نتناول هذا المطلب في فرعين، حيث نخصص الفرع الأول لموقف الفقه الإسلامي من النقض بالمعارضة. أما الفرع الثاني فنخصصه لموقف القانون الوضعي من الطعن بالمعارضة.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من النقض بالمعارضة

على مستوى الفقه الإسلامي هناك رأيان من مسألة النقض بالمعارضة، اتجاه يرى أنه لا وجود لطريقة الطعن بالمعارضة في الفقه الإسلامي، واتجاه آخر على خلافه يرى بأن الفقه الإسلامي تضمن هذا الطريق من النقض، ولكل اتجاه أدلة تبرزها فيما يأتي.

البند الأول: اتجاه المانعين، أدلتهم ومناقشتها

أولا / التعريف بهذا الاتجاه، وبأصحابه

يرى هذا الاتجاه بأنه لا يوجد على الإطلاق طريق لنقض الأحكام الغياية يسمى المعارضة، أو ما يصطلح عليه فقها «إرجاء الحجة للغائب» .

ويعتبر مذهب الحنفية من القائلين بهذا الرأي، حيث إنهم قالوا بعدم جواز الحكم على الغائب، ومن ثم فلا إرجاء للحجة للغائب عندهم ، إذ ينبنى على القول بعدم جواز الحكم على الغائب أصلا عدم إرجاء الحجة للغائب من باب أولى. وهناك من المالكية من يقول بهذا الرأي أيضا، فعبد الملك بن الماجشون وسحنون بن سعيد التنوخي يريان أنه لا ترجى حجة للغائب، رغم أنهما يقولان بجواز الحكم الغياي، وذلك على أساس أن من أصلهما أن يقدم القاضي له وكيفا يقوم بحجته ويعذر إليه، فهو عندهما كالحاضر.¹

كما نقل سحنون عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه لا ترجى للغائب حجة، ولكنها رواية ضعيفة كما قال ابن فرحون². ويعتبر الدكتور محمد محمود إبراهيم من المناصرين لهذا الرأي، ومن المدافعين عنه بشدة وحرص.

ثانيا / أدلتهم

سبق أن رأينا أدلة الحنفية في منع الحكم الغياي، وناقشناها دليلا دليلا، وخلصنا إلى ترجيح رأي الجمهور القائل بجواز الحكم الغياي، ومن ثم بطل رأي الحنفية - وقد بطل - فلا حاجة لإعادته هنا.³ وحتى لا نتجنى على الحقيقة، وحرصا على الموضوعية، ارتأينا نقل كلام الدكتور محمد محمود إبراهيم كاملا

¹ - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج9، ص138-286-287. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص100.

² - ابن فرحون، المرجع نفسه، ج1، ص99.

³ - أنظر الصفحة 27 من الفصل التمهيدي.

حتى يكون ناطقا هو بنفسه، ومعبرا عن رأيه دون واسطة قد تخطئ أو تصيب.

يقول الدكتور محمد محمود إبراهيم: «أما الاستدلال بالفقه الإسلامي - وخصوصا الفقه الحنبلي - على حق الغائب في المعارضة كما جاء بالقوانين الوضعية أمام القاضي ذاته لإعادة الفصل في الدعوى من جديد، فاستدلال غير صحيح، وخلط بين الفقه الشرعي والقانون الوضعي، ولو كان هناك أدنى تشابه، وأن هذا التشابه لا يبيح لنا سحب فكرة وضعية لها مقومات، على فكرة شرعية لها اعتبارات أخرى، فهذا استدلال فاسد ومردود عليه بأن ابن قدامة لم يذكر في المعني لا لفظ المعارضة، ولا معنى المعارضة كما زعم هذا الجانب الفقهي»¹.

ثم يورد الدكتور كلام ابن قدامة المقدسي حيث يقول: «فإنه إن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره، فإن جرح الشهود لم يحكم عليه، وإن استنظر الحاكم أحله ثلاثا، فإن جرحهم وإلا حكم عليه، وإن ادعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة بريء وإلا حلف المدعي وحكم له، وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم»².

أما التأويل الصحيح - حسب الدكتور محمد محمود إبراهيم - لما قرره ابن قدامة فهو كالآتي: «
الاعتداد بقدوم الغائب»³

بنى ابن قدامة رأيه على فكرة قدوم الغائب وحضوره، سواء قبل إصدار الحكم أو بعده، ولم يحدد موعدا لهذا الحضور، فلو عاد بعد ستين طويلة له حق الحضور أمام القاضي، أما في المعارضة فهي مقيدة بقدر زمني، ثم في المعارضة قانونا إذا حجز القاضي الدعوى للحكم وحضر الغائب ولم يتقدم للقاضي بإعادة الدعوى للمرافعة، ولو علم القاضي بذلك الحضور من غير طريق الطلب لم يجز له وقف الحكم، بعكس الفكرة الشرعية إذا علم القاضي بحضور الغائب أوقف الحكم فشتان ما بين الفكرتين.

الأساس الشرعي أن الدعوى لم تنته بعد حتى ولو صدر حكم

من يتدبر كلام ابن قدامة يجد أنه محمول على قاعدة شرعية أصولية، وهي أن الغائب على حجته إلى أن يحضر ويمثل أمام القاضي ويدلي بحجته، ولذلك فليس هناك ارتباط بين الحكم الغيابي الصادر بين انتهاء الدعوى، فما زال هناك عمل قضائي شرعي لم يستنفذ بعد، وهو دفاع المدعي عليه الذي حكم عليه غيابيا دون سماع بيناته.

ورغم صدور الحكم الغيابي، فإنه ليس بحكم شرعي كامل يتأهل الطعن عليه، لعدم حسم التراع المطروح على القاضي الذي لم تستنفذ بعد كامل ولايته القضائية، فالدعوى مفتوحة وما زالت قائمة أمام مجلس القضاء

¹ - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتميز في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 32 - 32.

² - ابن قدامة المقدسي، المعني، مرجع سابق، ج 1، ص 486.

³ - العناوين هي من وضع الدكتور إبراهيم، محمد محمود، المرجع نفسه، ص 32.

ولم تنته بعد برغم صدور حكم فيها. وهذه فكرة شرعية يحتمل تعارض مع الفكرة القانونية للمعارضة التي تقوم على مفترض أساسي هو صدور حكم غيابي فقط مع التسليم بعدم إبداء الغائب بحجته»¹.

ثم يستشهد الدكتور بكلام سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم، مفتي المملكة العربية السعودية ورئيس القضاة، الذي يقول: «إن سماع البينة بعد الحكم متمم للقضية لا نقض لها»².

ثم يمضي الدكتور قائلاً: «وفكرة ابن قدامة الشرعية تقوم على أساس أن المحكوم عليه الغائب هو أصلاً المدعى عليه، وبالتالي عندما يحضر أمام القاضي يستكمل الأخير نظر الدعوى وبما قدم فيها من بينات وأدلة ويطلب منه الجواب ويطبق عليه جميع الأحكام الشرعية، ويكفل له جميع الحقوق كمدعي عليه. أما بالنسبة للمعارضة القانونية فإذا ما قُبِلت أُلغى الحكم الغيابي، وأُلغيت جميع مراحل المحاكمة السابقة، وبدأت محاكمة جديدة مُنبتة الصلة عن الأولى، وهذا يؤكد أيضاً عزوف المنظم السعودي عن فكرة المعارضة القانونية»³.

ثم يقول الدكتور- تحت عنوان كفالة الشرع لحق البينة سواء في الحكم الحضورى أو الغيابي-: «جوهر الفكرة الشرعية- كما سطرها ابن قدامة- هي كفالة حق الدفاع مهما طال الزمن، ومهما صدر من قضاء حتى يحضر ويقدم بيناته، الأمر الذي اقتضى قيام الدعوى وعدم تقادمها إطلاقاً. والنظام الإسلامى بهذه الفكرة يكون قد أرسى قاعدة كفالة حق الدفاع عن الغائب بصورة لم تصل إليها النظم الوضعية، وهذا الاعتبار ذاته فرض نفسه حتى في الحكم الحضورى»⁴.

ثم يورد الدكتور ما قاله ابن حزم بهذا الخصوص، حيث يقول: «وكل من قضى عليه بينة عدل بغرامة أو غيرها، ثم أتى هو ببينة عدل أنه كان قد أدى ذلك الحق، أو برىء من ذلك الحق، ردّ عليه ما كان غرماً، وفسخ عنه القضاء الأول، لأنه حق ظهر لم يكن في علم البينة التي شهدت أولاً»⁵.

ويرد الدكتور، بعد مقالة ابن حزم، قائلاً: «وإذا حلف المدعى عليه ثم ظهرت بينة عادلة للمدعى بعد ذلك لم تنته الخصومة بالحلف، وتقبل البينة ما دامت عادلة... وهذا يدل على أن الخصومة لا تنتهي حتى يمين المدعى عليه إذا طلبها المدعى، فإذا ظهرت بينته قُبِلت، وهذا يؤكد الفهم الصحيح للخصومة التي صدر فيها حكم غيابي، فهي من باب أولى ممتدة وقائمة ولم تنته بعد، وبهذا التكييف والتأصيل الشرعي إذا قدم الغائب مثل بين يدي القاضي، وأدلى بيناته في الخصومة القائمة ضده حتى ولو صدر فيها حكم غيابي»⁶.

¹- إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتميز، مرجع سابق، ص 32-33.

²- آل الشيخ، محمد بن إبراهيم فتاوى ورسائل، جمع و تحقيق محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة ، ط 1، 1399هـ، ص 418، نقلاً عن: إبراهيم، محمد محمود، المرجع نفسه، ص 33.

³- إبراهيم، محمد محمود، المرجع والصفحة نفسها.

⁴- إبراهيم، محمد محمود، المرجع والصفحة نفسها.

⁵- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 371.

⁶- إبراهيم، محمد محمود، المرجع نفسه، ص 34.

ثالثاً / مناقشة واعتراض

من خلال ما سبق من كلام الدكتور محمد محمود إبراهيم فإنه يمكن أن نلاحظ أنه ينطلق من أساسين: أحدهما منهجي، والآخر موضوعي.

أ/ الأساس المنهجي

يتمثل هذا الأساس في أنه لا يمكن فرض أو سحب أي فكرة وضعية لها مقومات واعتبارات معينة على فكرة شرعية لها اعتبارات أخرى مغايرة تماماً أو في أغلبها للفكرة الوضعية، فحسب الدكتور أنه من غير المقبول على الإطلاق نقل مصطلحات وأفكار معينة من علم إلى آخر، دون ملاحظة السياقات والاعتبارات والخلفيات التي وردت فيها هذه المصطلحات والأفكار.

وهذا الاحتجاج بهذه الصيغة نحن نقبله وتدعمه، ونقول أنه لا بد من أن يحافظ كل علم وكل نظام على تميزه وتفردته وأصالته واستقلاله عن أي علم أو نظام آخر. ومن ثم فإنه من الخطأ في بعض الدراسات المقارنة البحث أكثر في الموافقات وإهمال الفروق وأوجه الخلاف والاختلاف. إن البحث العلمي حتى يكون بحثاً علمياً يجب أن يبحث أكثر في الفروق لإظهار التميز والأصالة والعمق؛ أي البحث في جوانب القوة والضعف، والعمق والسطحية، والتأثر والتأثير، والتطور والجمود، ذلك أن البحث في الفروق يستهدف معرفة أي الأنظمة أنجع وأصلح، وأرفق وأوفق في علاج قضية معينة.

بيد أن ربط هذا الأساس المنهجي مع موضوع المعارضة فهو ما لا تنفق فيه مع الدكتور محمد محمود إبراهيم على أساس أن الفقهاء المسلمين - وإن لم يذكروا لفظ المعارضة من الناحية الاصطلاحية - إلا أنهم ذكروا فكرة المعارضة.

ورغم هذا، يمكن الاستئناس بما ذكره الشيرازي الشافعي في ذكر لفظ المعارضة حين قال: «وإن حكم على الغائب ثم قدم، أو على الصبي ثم بلغ، كان على حجته في القدح والبينة والمعارضة بيينة بقيمتها على القضاء والإبراء»¹.

فالفقه الإسلامي، وإن لم يذكر لفظ المعارضة بالمعنى الاصطلاحى، إلا أنه ذكر أن الغائب المحكوم عليه إذا قدم بعد الحكم ترجى له الحجة، وهذه هي المعارضة في المفهوم القانوني الوضعي وسنذكر النصوص الفقهية وهي كثيرة، وهي كلها تدل على هذا المعنى وتؤكد.

ونقطة منهجية أخرى هي استدلال الدكتور بكلام ابن قدامة المقدسي الحنبلي والفقه الحنبلي فقط، ونحن مع احترامنا الشديد لابن قدامة المقدسي وللمذهب الحنبلي، نقول إن الفقه الإسلامي ليس هو فقط المذهب الحنبلي، بل هو كل المذاهب الفقهية، سواء التي مازال جمهور المسلمين المعاصرين يأخذ بها، أم المنشرة

¹ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص304.

الفصل الأول: أهمية الطعن بالعارضة، و (الوقت منها) وأساسها

كمذهب الليث بن سعد، والإمام الأوزاعي والظاهرى وغيرها، فهذه كلها تمثل فقها إسلاميا وإن اندثرت وزالت، إذن فالعبارة ليس في البقاء وعدم الاندثار والاندثار، وإنما العبارة في الحجّة وسداد الرأي وصحته.

ونقطة أخرى، أن الدكتور يرى بأن الغائب إذا حضر بعد صدور الحكم له حق الحضور أمام القاضي، وابن قدامة المقدسي - وليس الفقه الإسلامي - لم يحدد موعدا لهذا الحضور، فلو عاد الغائب المحكوم عليه بعد سنين طويلة، فإن له حق الحضور أمام القاضي!! ولا يهم أن تعطل حقوق الناس، وتضيع مصالحهم، وتذهب هيبة القضاء، وتزعزع أركانها في نفوسهم.

ونحن نرى أن فهم الفقه الإسلامي وأقوال الفقهاء بهذه الصيغة وبهذا المسلك، يؤدي بنا إلى الجمود والانكفاء على الذات والانغلاق والتخلف، في حين أنه لا بد علينا من الانطلاق لا الجمود، والتطور لا التخلف، خاصة إذا علمنا أن أقوال الفقهاء في مجال القضاء فيما لا نص قطعي الدلالة والثبوت فيه هي «مسألة إجراءات متطورة، لا مسألة نصوص ثابتة»¹.

ثم إنه من غير المعقول منح الغائب فرصة طويلة الأمد للحضور أمام القاضي في أي وقت شاء، وإلا فإننا نكون بهذا قد أسدينا للغائب سيء النية خدمة بالجان، وتعاوننا معه في الإثم والعدوان، وهو محرم قطعاً، فمنح المحكوم عليه غاياباً مدة طويلة للحضور أمام القاضي فيه من المضار والمفاسد ما فيه، فهو يؤدي ألا تستقر «للكام قاعده، ولبيّمت الخصومات على حالها بعد الحكم، وذلك يوجب دوام التشاجر والتنازع وانتشار الفساد ودوام العناد، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكام»².

إذن فمنح الغائب حق الحضور في أي وقت شاء ينطوي على خطر جسيم، يتمثل في عدم استقرار المعاملات والأوضاع والمراكز الحقوقية، ويهدد صاحب الحق الذي صدر الحكم لصالحه في أي وقت، بما يزعزع الثقة في القضاء وفي أحكامه، وفي هذا خطر عظيم لا يخفى على أحد، ومن ثم وجب تحديد مدة للحضور وتقديم الطعن، وهذا ما سنراه في الفصل الثاني.

ب/ الأساس الموضوعي

ويتمثل في أن الدكتور محمد محمود إبراهيم يعتبر الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي ليس بحكم شرعي كامل يتأهل الطعن عليه لعدم حسمه التراجع المطروح على القاضي، مستدلاً بما قاله ابن قدامة المقدسي والذي نقلناه سابقاً، ولكن كلام ابن قدامة المقدسي يبطل ادعاءه بالكامل، حيث أن ابن قدامة يقول: «وإن قدم بعد الحكم، فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم»³. فعبارة ابن قدامة توضح وتبين أنه في حالة قدوم المحكوم عليه غاياباً بعد صدور الحكم القضائي، ثم طعن في الحكم بوجه مقبول، كالطعن في شهادة الشهود مثلاً أو غيرها من الأسباب، فإن الحكم يبطل وينقض، ولا شك أن الحكم الذي ينقض هو الحكم القضائي الغيابي، أي الحكم الذي تأهل للطعن والنقض، ولو كان حكماً غير متأهل للنقض فيه لما قال عنه ابن قدامة أنه

¹ - عثمان، فتحى، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مرجع سابق، ص 309.

² - القرافي، القروق، مرجع سابق، ج 2، ص 104.

³ - ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 486.

يظل الحكم إذا وجد سبب النقض. ولتأكيد الأمر أكثر نقل ما قاله ابن أبي الدم الشافعي في هذه المسألة، حيث يقول: «ولو حكم على غائب بحق، ثم أثبت الغائب فسق الشاهدين حالة الحكم فلا خلاف في نقض الحكم»¹.

وكذلك قال الصنعاني: «الغائب لا يفوت عليه حق، فإنه إذا حضر كانت حجته قائمة وتسمع، ويعسل بمقتضاها، ولو أدى إلى نقض الحكم لأنه في حكم المشروط»².

وإذن، فالحكم الذي يبطل هو الحكم الغيابي الذي تأهل وأصبح صالحاً للنقض، وليس صحيحاً القول بأنه غير متأهل للطعن فيه، وهذا المعنى أكده الكثير من المعاصرين.³

ومن ثم فإن هذا النص لابن قدامة - والنصوص التي تلتها - هي حجة ودليل في جواز نقض الحكم الغيابي؛ لأنه متأهل لذلك، وهو حجة في جواز المعارضة، وهو كذلك حجة على الدكتور محمد محمود إبراهيم وسماحة الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي المملكة ورئيس القضاة. كما أن كلام ابن حزم - والذي نقله الدكتور - يصب في هذا المنحى والاتجاه، فالمدعى عليه إذا حضر بينة بعد الحكم، فإنه يكون قد طلب استئناف الحكم، فإنه ينقض الحكم الأول ويفسخ.

وزيادة على هذا، فإن المشرع أو المنظم السعودي - الذي يعتمد عليه الدكتور في رأيه - كان متردداً في الأخذ بنظام المعارضة في الأحكام الغيابية، فقد أخذ بها في نظام المرافعات الشرعية لسنة 1410هـ - في م75 منه، والتي نصت على أن: «يكون للمحكوم عليه غيابياً خلال المدة المقررة في هذا النظام المعارضة في الحكم لدى المحكمة التي أصدرته»، وقد ألغي هذا النظام.⁴

وإذن فالمنظم السعودي قد أخذ بنظام المعارضة - وإن كان قد ألغاه بعد ذلك - وفي أخذه بما لاشك أنه قد أسسها على أقوال الفقهاء، ومن ثم فهو اعتراف وإقرار بوجود المعارضة في الفقه الإسلامي.

البند الثاني: اتجاه المؤيدين، وأدلتهم

أولاً / التعريف بهذا الاتجاه وبأصحابه

يرى الكثير من الباحثين المعاصرين⁵ أن الفقه الإسلامي عرف طريق النقض بالمعارضة في الأحكام الغيابية كفكرة، وذلك تحت قاعدة: «إرجاء الحجة للغائب».

¹ - ابن أبي الدم، أديب القضاء، مرجع سابق، ص 490.

² - الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 215.

³ - هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، الرياض، ط 2، 1420 هـ - 1999 م، ص 35. بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 144. روايح، إمام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 187. واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 261.

⁴ - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز، مرجع سابق، ص 30.

⁵ - بلعروس، محمد، المرجع نفسه، ص 143. روايح، إمام شهرزاد، المرجع والصفحة نفسها. واصل، نصر فريد محمد، المرجع والصفحة نفسها. الحلبي، عمر فخري عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 180. هاشم، محمد محمود، المرجع والصفحة نفسها. البلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 18. جبار، صلاح الدين، طرق الطعن في أحكام المحاكم العسكرية وفقاً للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002م - 2003م، ص 44.

وإرجاء الحجة للغائب مبدأ وقاعدة أساسية من قواعد الحكم الغيابي، تنفق عليها المذاهب التي تميز الحكم الغيابي، وهي المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية.

ومما لا شك فيه أن المذاهب المحيزة للحكم الغيابي لاحظت أن هذا الأخير أضعف الأحكام القضائية، دلالة على ما قضى به؛ لأنه تم إصداره بناء على سماع طرف واحد وهو المدعي، ودون سماع المدعى عليه، ودون تمكينه من إبداء أقواله ودفعه. وحتى تعود الأمور إلى نصابها العادل، وإلى مجراها العادي، قالوا بأن الغائب ترجى له الحجة، وتعطى له فرصة مرة أخرى، حتى يحضر ليدفع عن نفسه التهم ويثبت براءته. وكل هذا يتفق مع المعارضة في القانون الوضعي، والتي هي منح المحكوم عليه غيايباً فرصة الطعن في الحكم الغيابي، ومن ثم نظر الدعوى من جديد، وإصدار حكم فيها بناء على الموازنة بين أدلة المدعي والمدعى عليه.

والنصوص الدالة على هذا المعنى كثيرة، منها ما قاله ابن فرحون المالكي: «و ينبغي للحاكم أن يصرح بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب؛ لأنه حكم على غائب، فيحتاج إلى تسميتهم لإرجاء الحجة له فيهم، فإن لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهوراً بالعدل والفضل، فإن ذلك مما يبيح لمن بعده أن يتعقب ذلك الحكم، لأن هذا مما لا يمتضى إلا من الحاكم العدل، فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عليه، وأن يتدعى الخصومة كان ذلك من حقه»¹.

وقال شمس الدين الأسيوطي الشافعي: «ويبقى القاضي الحجة في الحكم على الغائب والصبي والمجنون، فإذا حضر الغائب، وبلغ الصبي، وأفاق المجنون وأقام البينة على جرح الشهود عند الشهادة أو الإبراء أو القضاء، نقض الحكم»² الغيابي عن طريق المعارضة التي يقدمها المحكوم عليه غيايباً.

وقد سبق أن ذكرنا ما قاله أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، وابن قدامة المقدسي الحنبلي قبل قليل، فيمكن إيراد أقوالهما هنا أيضاً. فهذه النصوص - وغيرها³ - كلها تنفق على أن: «إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العلول عنه ولا الحكم بغيره»⁴.

وبناء عليه فإن الفقه الإسلامي يميز نقض الحكم الغيابي عن طريق المعارضة. وهذا الرأي هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في م 1836م، والتي قررت أنه: «إذا حضر المحكوم عليه غيايباً إلى المحكمة وتشبث

1 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 97.

2 - الأسيوطي، جواهر العقود، مرجع سابق، ج 2، ص 288.

3 - ابن رشد (المجند)، فتاوى ابن رشد، مرجع سابق، ج 3، ص 1326 - 1327. وانظر كتابه: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 181. ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 326. القرابي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 115 - 136. عليش، شرح منهج الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 206. اللردوي، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 56. ابن عبد الوفيق، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2 - ص 618 - 631. النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 490. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 415. الرملي، فنية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 270. المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 11، ص 301. الهوي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498. وكتابه: كشاف القناع، مرجع سابق، ج 6، ص 354. ابن فلفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 6، ص 485. الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحرفي، مرجع سابق، ج 7، ص 288. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129. الصنعاني، التاج المذهب، مرجع سابق، ج 4، ص 15 - 194. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 13، ص 146. الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 4، ص 215.

4 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 99.

بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي، تسع دعواه، ويفصل على الوجه الموجب، وإذا لم يتثبت بدفع الدعوى، أو تثبت ولم يكن تشبته صالحاً للدفع ينفذ ويجري الحكم الواقع».

ومعنى هذه المادة «أن ينفذ الحكم (الغيابي) إن لم يعترض عليه المدعى عليه، أو إذا اعترض وكان اعراضه غير صالح للقبول أن يبلغ الإعلام للمدعى عليه»¹.

ومفاد هذا النص أن الحكم الغيابي الأصل فيه وقف التنفيذ، فلا ينفذ إلا إذا لم يعترض عليه أو اعترض عليه وكان اعراضه غير مقبول، فحينئذ ينفذ، وهذا ما يتفق مع القانون الوضعي في أن الحكم الغيابي له أثر موقف للتنفيذ وهذا كقاعدة عامة ترد عليها استثناءات لهذا نصت م100 ق إ م على أن «المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي ما لم يقض الحكم الغيابي بغير ذلك».

وسارت مجلة الأحكام الشرعية لعلي القاري على هذا النهج، حيث نصت م2048 على أنه «إذا حضر الغائب، أو ظهر المستر، أو بلغ الصغير رشيداً، أو عقل مجنون قبل الحكم توقف الحكم على حضورهم مجلس الحكم، ولا تجب إعادة البنية التي سمعت له قبل، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فهم على حجتهم».

وبعد، فكل هذه النصوص تقرر بصراحة مطلقة أن المحكوم عليه غيباً في الفقه الإسلامي ترجى له الحجة من أجل السماح له برد التهم الموجهة إليه، والدفاع عن نفسه بعد صدور الحكم الغيابي، وهذا أمام ذات القاضي أو المحكمة التي أصدرت الحكم ولا شك أنه لا معنى للمعارضة في الحكم الغيابي إلا هذا المعنى.

البند الثالث: موازنة وترجيح

وبعد عرض هذين الاتجاهين، والوقوف على حجج وبراهين كل اتجاه، وبعد إدارة النظر في جميع الجوانب، نرى أن أقرب الآراء والاتجاهات إلى الصواب هو الاتجاه القائل بخوار المعارضة، وهذا تأسيساً على:

مبدأ الحضور: فالحكم الغيابي الصادر على المحكوم عليه غيباً ثم إصداره دون تمكين الخصم الغائب من الحضور، ومن ثم فالمعارضة هي فرصة من أجل حضور الطرف الغائب والدفاع عن نفسه.

مقصد العدل: إن الحكم الغيابي حكم مجافي للعدالة والعدل، فهو صدر بناء على السماع لطرف واحد دون تمكين الخصم الغائب من الدفاع، ولذا فإن المعارضة تحقق مقصد العدل، بحيث أنها تعيد النزاع إلى حالته الأولى وحينها يتم الاستماع إلى الطرفين ومناقشة أدلتهم في حضورهما معاً، ومن ثم فإن الحكم الصادر بحضور الطرفين هو في أصله يعبر عن الكلمة الأخيرة، وعنوان الحقيقة التي لا تقبل النقاش ولا الجدل.

وزيادة على كل ذلك، فإن جمهور الفقهاء المسلمين المالكية والشافعية والحنابلة والمزيدية والظاهرية كلهم قرروا أن الغائب على حجته إذا قدم ليظعن في الحكم إذا رآه مجافياً للحقيقة والعدالة. كما أن الكثير من المعاصرين قد أيدوا هذا الرأي، وساندوه ودعموه، ورأوا أن الفقه الإسلامي قد تضمن الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي تحت عنوان: «إرجاء الحجة للغائب».

¹ - حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص682.

ونشير فقط، أن أساس المعارضة مبدأ الحضور، ومقصد العدل سيأتي بيانهما أكثر تفصيلا في المطلب الثاني.

الفرع الثاني: الموقف من المعارضة في القانون الوضعي

لقد تعرفنا في الفصل التمهيدي على موقف القانون الوضعي من الحكم الغيابي، ورأينا أن هناك اتجاهان اثنان حول هذه المسألة، اتجاه يمنع الحكم الغيابي، وهو ما عليه كل من النظامين الجرمانى والأبجولوسكسونى، واتجاه يجيز الحكم الغيابي، وهو ما عليه النظام اللاتينى. ولما كانت المعارضة لها علاقة بالحكم الغيابي، فإن الخلاف السابق ألقى بظلاله على موقف القانون الوضعي من المعارضة، فكان هناك اتجاهان: اتجاه يمنع ويرفض المعارضة، واتجاه يؤيد المعارضة.

وستتناول في هذا الفرع الاتجاهين معا، فالأول فالثاني كل في بند.

البند الأول: اتجاه المانعين ومبرراتهم

أولا/ التعريف بهذا الاتجاه

يعتبر النظامان الجرمانى والإبجولوسكسونى نظامان لا يعترفان بالطعن بالمعارضة¹، وهذا أمر منطقي جدا فإذا كان كلا هذين النظامين لا يعترفان بالحكم الغيابي، فإنهما من باب أولى لا يعترفان بالمعارضة، لأن الحكم الغيابي هو سبب المعارضة، فإذا انعدم السبب انعدم المسبب من باب أولى.

ومن الدول التي تأخذ بهذا الرأي، ولا تعترف بالمعارضة في تشريعاتها: ألمانيا، وبريطانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، والنمسا، وإسبانيا، وإيطاليا، وهذه الأخيرة لا تسمح بالاعتراض إلا في حالة غياب المدعي عليه بعذر مبرر، ونذكر أيضا بعض المقاطعات السويسرية²، وغيرها.

كما يمكن أن نضيف إلى هذه الدول تونس ومصر اللتان لا تعترفان بالمعارضة في المواد المدنية، مع الاعتراف بها في المواد الجنائية، اللهم إلا في مصر التي تحيز المعارضة في الأحوال الشخصية دون المدنية والتجارية، وهذا رغم أنها تأخذ بالنظام اللاتينى في الحكم الغيابي.

إذا هذه الأنظمة القانونية والدول لا تأخذ بالطعن بالمعارضة ولا تعترف به، والمسلك الذي سلكته في حال غياب المتهم أنه مثلا اتجه النظام الجرمانى إلى تحويل المحكمة حق وقف الدعوى إلى حين حضور المتهم، إذا ما رأت أن حضوره ضروري ولا غنى عنه، فإذا لم تر المحكمة ذلك، وقدرت توافر الأدلة اللازمة لإصدار حكم عادل أصدرت المحكمة هذا الحكم، ولا يجوز للمتهم - حسب هذين النظامين - الطعن في الحكم بالمعارضة، وكل ما له هو الطعن في الحكم بالطرق المقرر قانونا في الأحكام الحضورية³، كالاستئناف والنقض وغيرها.

¹ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 897. البلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 17.

² - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 525. نجم، محمد صبحي، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائوي، مرجع سابق، ص 129.

³ - سرور، أحمد فتحي، المرجع والصفحة نفسها. البلشي، زغلول، المرجع والصفحة نفسها.

وزيادة على ذلك، فإن هذه التشريعات إذا لم يحضر المتهم لشخصه فإنما تتخذ بشأنه إجراءات قهرية، لإجباره على الحضور عن الطريق القبض عليه، وإحضاره بوسائل أخرى تتخذ على أمواله¹.

ثانيا/ مبرراته

ومبررات هذا الاتجاه² في عدم الاعتراف والأخذ بالمعارضة في الأحكام الغيائية تتأسس على أن هذا الطعن يؤدي إلى إطالة الإجراءات الجنائية والمدنية، وإهدار للوقت والجهد والمال، والقضاء بأمس الحاجة إلى هذه الأدوات المساعدة في العملية القضائية. إذن طول هذه الإجراءات والانتظار يؤدي إلى تعطل العدالة واحتلال ميزان العدل، فتفقد العقوبة أثرها وهدفها، وهذا ما يتعارض مع أهداف السياسة الجنائية الحديثة، التي تهدف أساسا إلى إصلاح الجاني وإعادة تربيته بطريقة صارمة بلا تطويل ولا تسويق بحيث يكون العلاج مباشرة بعد الجريمة فيحصل المقصود منه.

كما يتأسس هذا الرفض للمعارضة على أن هذا الطعن يمكن استغلاله من طرف الخصوم بنية سيئة، بقصد إلحاق الضرر بالأطراف الأخرى، وهو ما يؤدي إلى زعزعة صورة القضاء في نفوس الناس، وبالإضافة إلى كل هذا فإن الطعن بالمعارضة لا يتفق مع أحد حقوق الإنسان الأساسية وهي الحق في حماية الحرية الشخصية التي توجب الإسراع في إنهاء الخصومة الجنائية، إذ في تطويل الإجراءات إرهاب للمتهم وإذلال له.

هذه هي مبررات هذا الاتجاه، ونحن لا نناقشها ولا نرد عليها، لأنها لم تصل إلى هذه الدرجة من التطور والانسجام إلا بعد أن نُقِّحتْ وصُفِّيتْ عبر مختلف العصور من شتى العيوب والأخطاء، وزيدت فيها وأضيفت إليها ما يقوي شأنها بين الناس، ويرهب العصاة والجرمين، حتى استوت على سوقها كما هي عليه اليوم.

البند الثاني: اتجاه المؤيدين ومبرراتهم

أولا/ التعريف بهذا الاتجاه

يأخذ النظام اللاتيني بنظام المعارضة في الأحكام الغيائية³، ذلك أنه ما دام يميز الحكم الغيائي كمبدأ وأصل، فإنه حتما يميز المعارضة كضمانة أساسية تكفل حق المحكوم عليه غيائيا في الدفاع عن نفسه ضد التهم، والأعمال الإجرامية المنسوبة إليه.

وقد سبق لنا القول بأن الدول التي تأخذ بنظام المعارضة هي: فرنسا، ومصر، وتونس، والجزائر، والمغرب، ولبنان، وسوريا، والعراق، والأردن، وليبيا، وغيرها من الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني.

¹ -أنظر الصفحة 48 من الفصل التمهيدي.

² سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص897. البلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص17. الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص525-526. نجم، محمد صبحي محمد، شرح قانون الجزائية الجزائري، مرجع سابق، ص129.

³ -سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص819، البلشي، زغلول، المرجع والصفحة نفسها. الجوخدار، حسن، المرجع نفسه، ص526.

إن المرير في أخذ التشريعات اللاتينية بنظام المعارضة في الأحكام الغيابية، هو أن الحكم الصادر في غيبة المحكوم عليه دون تمكنه من الدفاع عن نفسه، والإدلاء بأقواله وحججه يعد من أضعف الأحكام القضائية قوة في الدلالة على ما قضى به، وأنه يمكن القول بحق أنه «إذا لم يسمع القاضي حجة الخصم فقضاؤه لا يكون حكماً، بل عملاً من أعمال اللصوص وقطاع الطرق»¹.

ومن ثم، فإن من العدل تمكين المحكوم عليه غيابياً من إسقاط هذا الحكم الذي صدر بناء على سماع أقوال وحجج خصم واحد وإعادة محاكمته مجدداً، وبعبارة أدق: من العدل تمكين المحكوم عليه غيابياً من الحضور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي والطعن فيه بالمعارضة إعمالاً وتطبيقاً للقاعدة الرومانية التي تقرر بصريح العبارة قائلة: «تقضي العدالة بعدم جواز الحكم على إنسان من غير سماع أقواله»، وأنه «لا يجوز الحكم على من لم يسمع أو لم يستدع»².

ورغم أن هذه التشريعات اللاتينية تجيز الطعن بالمعارضة إلا أنها لم تسمح به على إطلاقه، ولم تترك الجبل على غارب الخصوم ليتصرفوا كيف شاءوا، ومضى شاعوا، وإنما ضيقت من نطاقه للتقليل والحد قدر المستطاع من مضاره ومساوئه، ودفعاً لإساءة استعماله، وكبحاً لمراوغة المتهمين ذوي النية السيئة، وافتتاحهم في إطالة أمد سير الدعوى القضائية.

ولذلك يمكن القول بأن هذه التشريعات نمت من نهج الوسطية والاعتدال، فلا إفراط ولا تفريط، حيث أنها لم تتطرف وتلغي نظام الأحكام الغيابية، ومن ثم المعارضة فيها مطلقاً، بل آثرت الإبقاء عليهما معاً مع إدخال تعديلات تعيدهما إلى الحدود المعقولة، وإلى التخفيف من تطرفهما إلى حدود غير معقولة.

والوسائل والآليات التي استخدمت في الحد قدر الإمكان من مساوئ نظام الأحكام الغيابية والمعارضة فيها هي إثنان: نظام الحكم الحضوري الاعتباري، ونظام الأمر الجنائي.

فالحكم الحضوري الاعتباري شرع لهدف التوسيع في مفهوم الحضور، فلم يعد هناك ما يسمى بالحضور الحقيقي فقط- وهو حضور الخصم جلسات المحاكمة فعلاً- وإنما أضيفت «حيلة قانونية» هي الحضور الاعتباري أو الحكمي أو بمثابة الوجاهي. ولذلك فإن الحكم الحضوري الاعتباري هو الحكم الذي يلحقه صفة الحضورية رغم تخلف المتهم أو المدعي عليه عن حضور جلسات المرافعة مع قدرته على ذلك.

ولذلك فالتشريعات الإجرائية اللاتينية أوجبت اعتبار الحكم حضورياً في حالات معينة، بالرغم من عدم حضور المتهم جلسات المرافعة، والعللة في ذلك هي ما لوحظ في تعمد الغياب من طرف الخصوم بهدف الماطلة والتسويق في الحكم إطالة أمر النزاع، وتضييع حقوق الآخرين، كل هذا التعمد في الغياب من أجل

¹ - فلا هيوس، جوستيان، علونة جوستيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص 407.

² - فلا هيوس، جوستيان، المرجع والصفحة نفسها.

الطعن في الحكم الغيبي، فتدخل الشرع عن طريق الحكم الحضوري الاعتباري للتضييق من الأحكام الغيبية والمعارضة¹.

وبعبارة أخرى، فإن قصد الخصوم من المعارضة ليس موافقا لقصد المشرع منها، فتدخل هذا الأخير عن طريق «حيلة قانونية» -هي الحكم الحضوري الاعتباري- إلى جعل قصد الخصوم من المعارضة موافقا لقصد المشرع ذلك أن «قصد المشرع الإجرائي من أطراف النزاع أن يكون قصدهم موافقا لقصد المشرع».

أما الأمر الجنائي - أو الأمر القضائي على حد تعبير المشرع المغربي - فقد استحدث كذلك بغرض التقليل من الأحكام الغيبية، ومن ثم من نظام المعارضة.

وقد سبق وأن رأينا² أن الأمر الجنائي هو إجراء جنائي موجز يصدر بمقتضاه قرار قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية بلا محاكمة أصلا، أو في محاكمة شديدة الإيجاز تتحلل من كثير من المبادئ المهيمنة على المحاكمات الجنائية، ومن ثمة فلا شفوية ولا علنية ولا مواجهة في إصدار الحكم، بل إنه لا تحقيق ولا سماع دفاع، وهذا طبعا بهدف تخفيف العبء على القضاة، والاقتصاد في الوقت والجهد والمال.

والخلاصة من كل سبق - في الموقف من المعارضة - أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يعرفان معا الخلاف حول جواز المعارضة، وهذا ينبني في الحقيقة على مدى جواز الحكم الغيبي، إذن فالخلاف في هذا الأمر نشأ عنه حتما خلاف في جواز المعارضة.

المطلب الثاني: أساس المعارضة

يقصد بأساس المعارضة المبررات القانونية والفلسفية والتاريخية للمعارضة.

وأساس أو أسس المعارضة ثلاثة، هي: الأساس القضائي، ويتمثل في مبدأ الحضور، والأساس الفلسفي، ويتمثل في مبدأ العدل، والأساس التاريخي، ويتمثل في التطورات والجذور التاريخية للمعارضة.

وبالنسبة للأساس القضائي، يرى البعض³ أن هناك مبدأ قضائيا آخر - إلى جانب مبدأ الحضور - هو مبدأ الشفوية كأساس قضائي للمعارضة، ولكن في الحقيقة مبدأ الشفوية ما هو إلا أثر من آثار الحضور، وإلا فأين الشفوية من عدم حضور المدعى عليه أو المتهم؟ ويتجلى لنا هذا الأمر أكثر حين نعلم أن الحضور هو ضابط مادي لوجود المدعى عليه أو المتهم في جلسة المحاكمة، في حين أن مبدأ الشفوية ليس كذلك. ولذا فإن مبدأ

¹ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 815-821. رمضان، مدحت، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي، مرجع سابق، ص 315. أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 79، جابر، حسان محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيبية، مرجع سابق ص 22.

² - أنظر ص: 96 من هذا الفصل.

³ - سرور، أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 895. همام، رمسيس، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1984م، ص 655.

الحضور هو المبدأ القضائي الأساس للظعن بالمعارضة، وهو مبدأ قضائي لأنه من قواعد المحاكمات، وإجراءات التحقيق النهائي، وإصدار الأحكام.

وتجد المعارضة أساسها في مبدأ الحضور في أنما ما هي إلا تعبير عن الحضور، من زاوية أنه إذا كان الحكم الغيابي قد صدر في غياب الطرف الأساس والرئيس في القضية-وهو المدعى عليه أو المتهم- وسمح له بالظعن فيه بالمعارضة، فذلك ما هو إلا من أجل تمكين المدعى عليه من حضور المحاكمة من جديد، وسماع أقواله ودفعه، ومن ثم إصدار حكم مبني على سماع الخصمين معا بعد حضورهما معا جلسات المحاكمة، ومن ثم فالمعارضة من هذا الوجه ما هي إلا عبارة عن الحضور وتأكيد له.

أما صلة المعارضة بمبدأ العدل فهي أن الحكم الغيابي يخرم ويهدم مبدأ العدل، حيث يقوم على سماع طرف واحد، وهو المدعي دون المدعى عليه الحامل الرئيس للحقيقة، والمعارضة هي التي تعيد الحكم الغيابي إلى العدل والعدالة، وإلى نصابه العادي.

ومما سبق سنتناول هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول نخصه لدراسة الأساس القضائي، أما الفرع الثاني فنخصه للأساسين التاريخي، والفلسفي.

الفرع الأول: الأساس القضائي، مبدأ الحضور

لإبراز وبيان ماهية مبدأ الحضور، وأهميته، والخطة الشرعية والقانونية في تقريره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فإننا نتناول هذا الفرع في ندين نتناول في البند الأول تعريف مبدأ الحضور، وأهميته، والموقف منه. وفي البند الثاني الخطة الشرعية، والقانونية في تقرير المبدأ.

البند الأول: تعريف مبدأ الحضور، وأهميته، والموقف منه

ونتناول هذه القضايا وهي: التعريف بالمبدأ، وأهميته، والموقف منه، أولاً في الفقه الإسلامي، فالقانون الوضعي ثانياً.

أولاً/ في الفقه الإسلامي

أ/- تعريف الحضور

مبدأ الحضور هو أحد المبادئ الأساسية في القضاء والمحاكمات يقضي بضرورة حضور أطراف النزاع التحقيق النهائي وجلسات المحاكمة، وذلك حتى يبدى كل طرف طلباته ودفعه. والحضور في الفقه الإسلامي كما سبق تعريفه، هو: وجود المدعى عليه بشخصه، أو بوكيل في مجلس الحكم، أو في بلد القاضي في حدود مسافة القصر، والتي هي حوالي 89 كلم.

ومن هذا التعريف يتبين لنا أن الحضور في الفقه الإسلامي ليس هو وجود المدعى عليه في مجلس الحكم فقط، وإنما هو أيضاً هو وجوده في بلد القاضي. ومن ثم فمفهوم الحضور أوسع مما ستراه في القانون الوضعي.

ب/- أهمية الحضور في العملية القضائية

الأصل والقاعدة هو حضور طرفي التراع المحاكمة وذلك حتى يتم سماعهما معا، ويتمكن القاضي من إصدار حكم قضائي صحيح وعادل، يقوم على الموازنة بين حجج الطرفين وأدلتها وذلك لا يتم إلا بالحضور.

وتتحلى أهمية مبدأ الحضور أكثر فيما يأتي¹:

1/- ما يدل على قطع الحجج

قال الله ﷻ: ﴿فَلَنَسْأَلَنَّ الَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ وَلَنَسْأَلَنَّ الْمُرْسَلِينَ (6) فَلَنَقْصِنَّ عَلَيْهِمْ بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ (7) وَالْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ فَمَنْ تَقَلَّتْ مُوَاظِنَةُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (8) وَمَنْ خَفَّتْ مُوَاظِنَةُ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنفُسَهُمْ بِمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَظْلِمُونَ (9)﴾ [الأعراف: 6-9].

ووجه الاستدلال هذه الآيات الكريمات في هذا المقام هو سؤال الله تعالى للأمم والرسل معا لقطع الحجة، وبحضورهما معا، وهو وإن كان هذا السؤال في موطن من مواطن الآخرة، والغرض منه التقرير والتوسيع - كما قال مفسرون² - إلا أن هذا لا يمنع من الاستدلال به في هذا المقام باعتبار المعاني والمقاصد.

2/- ما يدل على دفع الظلم، ورد التهم بالتنبيه إلى قرائن الأحوال

قال الله ﷻ: ﴿وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَا سَيِّئَهَا لَدَى الْبَابِ قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (25) قَالَ هِيَ رَأودَتْني عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (26) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (27) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (28)﴾ [يوسف: 25-28].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات هو أن يوسف عليه السلام في موقف التهم، ولولم يكن حاضرا ومبادرا بالدفاع لكان من المفترض من امرأة العزيز أن تستطرد بما يروج دعواها ويدفع عنها الشكوك، فكان حضوره ضروريا للدفاع عن نفسه.

3/- ما يدل على تقرير الحقائق، وكشف الخفايا

قال الله ﷻ: ﴿وَلَوْ تَرَى إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلَ يَقُولُ الَّذِينَ اسْتُضْعِفُوا لِلَّذِينَ اسْتَكْبَرُوا لَوْلَا أَنْتُمْ لَكُنَّا مُؤْمِنِينَ (31) قَالَ الَّذِينَ اسْتَكْبَرُوا لِلَّذِينَ اسْتُضْعِفُوا أَنْتُمْ صَدَدْنَاكُمْ عَنِ الْهُدَى بَعْدَ إِذْ جَاءَكُمْ بَلْ كُنْتُمْ مُجْرِمِينَ (32) وَقَالَ الَّذِينَ اسْتُضْعِفُوا لِلَّذِينَ اسْتَكْبَرُوا بَلْ مَكْرُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إِذْ تَأْمُرُونَنَا أَنْ نَكْفُرَ بِاللَّهِ وَنَجْعَلَ لَهُ أَنْدَادًا﴾ [سبأ: 31-33].

¹ - الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة، ط1، 01409هـ - 1989م، ص 511 وما بعدها.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج7، ص 164.

ووجه الدلالة في هذه الآيات أن كلا الفريقين بين حقائق الآخر، مما يعني أن حضور أطراف الخصومة يؤدي إلى كشف الحقائق وظهورها.

ج/ - موقف الفقه الإسلامي من مبدأ الحضور

مما لا شك فيه أن القضاء الإسلامي يأخذ بمبدأ الحضور كمبدأ من المبادئ الأساسية في القضاء والمحاكمة، إلا أن الملاحظ هو تباين المذاهب الفقهية في درجة أو كيفية الأخذ به.

فبينما نجد المذهب الحنفي يأخذ بالمبدأ أخذًا شديدًا صارمًا، حيث يشترطون في الدعوى الصحيحة أن تكون بحضور أطراف الخصومة جميعًا وإلا كانت الدعوى فاسدة¹، وفي هذا يقول الإمام الكاساني الحنفي: «ومنها حضرة الخصم، فلا تسمع الدعوى والنية إلا على خصم حاضر، إلا إذا التمس المدعي بذلك كتابًا حكميًا للقضاء به، فيجيبه القاضي إليه، فيكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه»².

في حين أن المذاهب الأخرى - وهي المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية³ - فإنهم لاحظوا أهمية مبدأ الحضور في المحاكمة والتحقيق النهائي، إلا أنهم لا يطبقونه تطبيقًا صارمًا، وإنما يطبقونه تطبيقًا مرنا، وذلك استجابة للواقعية القضائية، حيث يستحيل واقعيًا صدور جميع الأحكام حضورية، فأحيانًا يغيب المدعي عليه أو المتهم إما جهلا بالدعوى وإما عمداً وإنما خطأً في التبليغ، وإنما لغدر ما، ولذلك فهم مع إجازتهم للحكم الغيابي قالوا بأن المحكوم عليه غيابياً ترجى له الحجة، وهم لم يقولوا بهذا إلا لأنهم رأوا بتناقب نظرهم أن الغائب يجب أن تمنح له فرصة ليحضر ويدافع عن نفسه، فتقرير إرجاء الحجة للغائب لدى هذه المذاهب الفقهية هو اعتراف وإقرار بمبدأ الحضور، ولذلك كان من أصولهم وقواعدهم أن «إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العدول عنه ولا الحكم بغيره»⁴، كما نصت مجلة الأحكام العدلية على مبدأ الحضور في م 1830 حيث نصت على أنه: «يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم حضور الطرفين عند النطق في الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة». ونص شارح المجلة على أن حضور النائب كاف لتصحيح الحكم⁵.

إذن نخلص إلى أن الفقه الإسلامي يعرف مبدأ الحضور، وأنه من المبادئ الأساسية في العملية القضائية، إلا أن المذاهب الفقهية تختلف في درجة وكيفية تطبيقه.

¹ - السرخسي، المسوط، مرجع سابق، ج 17، ص 39. ابن عابدين، حاشية رد المختار، مرجع سابق، ج 5، ص 412. الباقوي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج 7، ص 390. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 791. ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 29. السمان، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 190. نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج 3، ص 433. الطرابلسي، عمين الحكام، مرجع سابق، ص 54.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 222.

³ - أنظر ص 34 من الفصل التمهيدي.

⁴ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 99.

⁵ - حيدر، غني، ثمر الحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 668.

ثانيا/ في القانون الوضعي

أ/- تعريف مبدأ الحضور

الحضور في القانون الوضعي هو: وجود المدعى عليه أو وكيله في جلسات المحكمة كلها أو بعضها، كما يعتبر حاضرا تقدم مذكرة الدفاع.

وهذا التعريف بين أن الحضور نوعان:

1/- حضور عادي-أو حقيقي-وذلك بوجود المدعى عليه بشخصه في جلسات المحاكمة كلها أو بعضها.

2/- حضور تمثيلي-أو حكمي-وذلك بوجود وكيل للمدعى عليه في الحالات التي يميز فيها القانون ذلك.

وكل هذا بنص م 30 وم 2/33 ق إم.

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مفهوم الحضور، فإن الفقه الإسلامي يوسع في نطاق الحضور، فهو يشمل حضور مجلس الحكم وبلد القاضي معا في حدود مسافة القصر 89 كلم، فالحاضر من كان دون مسافة القصر.

أما القانون الوضعي فيحصره فقط في الحضور بمجلس الحكم دون الحضور في الاختصاص الإقليمي للمحكمة، فالمدعي عليه أو المتهم الموجود في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة يعتبر غائبا حتى ولو كان جارا للمحكمة، بل حتى ولو كان في داخل سور المحكمة لظالما أنه خارج مجلس المحكمة ولم يصله التبليغ أو كان له عذر مقبول في الغياب.

ومن هنا نخلص إلى أن مفهوم الحضور في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي، وينبغي على هذا الفرق أن نطاق المعارضة مضيق في الفقه الإسلامي على أساس أن التوسيع في مفهوم الحضور هو تضيق في مفهوم الغياب، ومن ثم في نطاق المعارضة، والعكس صحيح في القانون الوضعي إذ في التضيق في مفهوم الحضور توسيع في مفهوم الغياب، ومن ثم في نطاق المعارضة.

ب/- موقف القانون الوضعي من مبدأ الحضور

الأصل والقاعدة الأساسية في القضاء هو عدم جواز انعقاد المحاكمة في مواجهة متهم غير حاضر، فالحضور حق من حقوق المتهم حتى يستطيع مواجهة التهمة بالدفاع اللازم، فهو السبيل والوسيلة المادية لتحقيق درء التهمة، وتمكين المتهم من مناقشة التهمة الموجهة إليه، وبغير الحضور لا يمكن الدفاع عن نفسه. والحضور هو أيضا واجب يقع على عاتق المحكمة، لأن معرفة الحقيقة وتحديد شخصية المتهم يتوقفان على حضور المتهم¹.

ونظرا لهذه الأهمية لمبدأ الحضور، فإن كل التشريعات القانونية تأخذ بها من التشريعات الجرمانية إلى الإنجلوسكسونية، إلى اللاتينية، كلها تأخذ به المبدأ. ورغم ذلك، فإن هذه الأنظمة الوضعية الثلاثة تختلف في درجة الأخذ به، فبينما نجد الأنظمة الجرمانية والإنجلوسكسونية تأخذ به وتطبقه تطبيقا شديدا وصارما، في

¹ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 815.

(الفصل الأول) مناهية الطعن بالمعارضة، و (الوقت منها) وأسماها
حين نجد أن النظام اللاتيني يأخذ به أخذاً مرناً، بحيث مع اعترافه بالمبدأ فإنه أجاز الحكم الغيابي¹، فالنظام اللاتيني وإن كان يعترف بمبدأ الحضور إلا أنه لا يطبقه تطبيقاً حرفياً صارماً.

والحكم الغيابي يعيد مبدأ الحضور إلى العدل والاعتدال والتوسط، كما أنه يستجيب لذات الاعتبارات التي يستند إليها مبدأ الحضور، فهو يقوم على جواز المعارضة التي هي تعبير عن مبدأ الحضور، من زاوية أنها تمنح المحكوم عليه غيابياً فرصة الحضور أمام المحكمة من جديد للطعن في الحكم، ولإبداء الدفاع، ومناقشة الحجج والأدلة التي عرضها المدعي والنيابة العامة، ومن ثم إصدار حكم قضائي جديد يقوم على الاستماع إلى أطراف الخصومة جميعاً.

والمهم أن مبدأ الحضور متفق عليه بين كل التشريعات الإجرائية الوضعية، وإن كانت درجة الأخذ به مختلفة من نظام إلى آخر. ونظراً لأهمية هذا المبدأ، فقد كفلت هذا الحق المواثيق والإتفاقيات المعنية بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، حيث أشارت إليه المواد 6-10-11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²، كما نصت م 14/3-د من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن: «...لكل فرد عند النظر في أي تهمة جنائية ضده الحق في أن تجري محاكمته بحضوره... وأن يدافع عن نفسه أو بواسطة مساعدة قانونية يختارها هو...»³.

والخلاصة أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان حول مبدأ الحضور وأهميته وأنه يشكل ضماناً أساسية في حق الدفاع الذي هو من حقوق الإنسان. ويلاحظ أيضاً اتفاق المذهب الحنفي مع النظامين الجرماني والأنجلوسكسوني في درجة الأخذ بالمبدأ، حيث يطبق لدى هذه المذاهب والأنظمة تطبيقاً حرفياً صارماً، أما مذهب الجمهور في الفقه الإسلامي والنظام اللاتيني الوضعي فيتفقان في تطبيق المبدأ تطبيقاً مرناً يستجيب للاعتبارات الواقعية، مع كفالة حق الدفاع بالسماح بجواز الطعن في الحكم الغيابي بالمعارضة.

البند الثاني: الخطة الشرعية، والقانونية في تقرير مبدأ الحضور

يستهدف هذا البند استكناز واستكناه الخلافات الجوهرية والفروق الأساسية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تقرير مبدأ الحضور. ونحن نتناول في هذا البند الخطة الشرعية الإسلامية، أولاً ثم نردفها بالخطة القانونية الوضعية، فالمقارنة بينهما.

أولاً/ الخطة الشرعية في تقرير مبدأ الحضور

لقد سلك الفقه الإسلامي في تقرير مبدأ الحضور مسلكاً غير مسبوق لا من قبل ولا من بعد، حيث يقوم هذا المسلك أو المنهج على الجمع بين أمرين هما: الاعتبار الديني، والاعتبار القضائي.

¹ - انظر ص: 49 من الفصل التمهيدي .

² - يوم التعميل 6 جويلية 2005م www.amanjordan.org/un2.htm
- اعتمد ونشر الإعلان على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول /ديسمبر 1948 م .

³ - www.amanjordan.org/17.htm تاريخ التعميل يوم 2005/ 04/11 م.

وهذان الاعتباران هما في الحقيقة وجهان لعملة واحدة هي مبدأ الحضور، وإن كان الاعتبار القضائي أكثر ظهوراً وتغليبا من الاعتبار الديني، على أساس أن الحضور هو مبدأ من مبادئ القضاء، وإلا فإنهما اعتباران متكاملان مع بعضهما البعض. ولكن ما معنى هذين الاعتبارين؟ وما آثارهما؟ هذا ما سنوضحه في الفقرات الآتية.

أ/ الاعتبار الديني (الأخلاقي) لمبدأ الحضور

ويتمثل هذا الاعتبار في ربط الحضور بفكرة الواجب الشرعي وبالإثم، وبالعقيدة والتوحيد وبالإيمان بالله ﷻ وطاعته في أوامره واجتناب نواهيه. فالفقه الإسلامي يوجب وجوباً شرعياً الحضور على المدعى عليه أو المتهم الذي يدعى إلى مجلس الحكم، وإنه إذا لم يحضر ولم يكن له عذر في تخلفه عن الحضور، فهو آثم على ذلك ويستحق العقوبة من الله ﷻ يوم القيامة، وهذا بالإجماع.¹

والدليل على أن الحضور واجب على المدعى عليه هو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ(48) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمْ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ(49) أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ(50) إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ(51)﴾ [النور: 48-50].

فهذه الآيات - كما ورد في بعض روايات أسباب النزول - نزلت في المغيرة بن وائل من بني أمية، كان بينه وبين علي كرم الله وجهه خصومة في ماء وأرض، فامتنع المغيرة أن يحاكم علياً إلى رسول الله ﷺ، وقال إنه يبغيضني، فنزلت هذه الآيات² لتوجب الحضور على المدعى عليه إلى مجلس القاضي.

ويقول المفسرون في دلالة هذه الآيات: هذه الآيات دليل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم، لأن الله ذم من دعي إلى رسوله ليحكم بينه وبين خصمه ولم يجب بأقبح الذم، فقال تعالى: ﴿أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ﴾ [النور: 50]، وقد تقرر في أصول الفقه أن حد الواجب من ذم تاركه شرعاً³.

وهكذا يتبين أن الفقه الإسلامي يقوم في أساسه على الاعتبار الديني، وعلى فكرة الحلال والحرام والرغبة والرهبة، وكل هذا يؤدي إلى وجود رقيب باطني أو محكمة باطنية هي الضمير تراقب وترافق الإنسان وتنادي

¹ - السرخسي، المسبوط، مرجع سابق، ج 17، ص 30-31. السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج 1، ص 172. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 8، ص 158-159. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 114، ابن عبد الوفي، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 615-616. المارودي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 20، ص 373. النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 20، ص 153. ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 132. ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 6، ص 458. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 479. ابن المنجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 5، ص 280.

² - المارودي، التكت والعيون، مرجع سابق، ج 3، ص 138.

³ - الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، المطبعة البهية الخضرية، القاهرة، دط، 1347 هـ، ج 3، ص 405. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 12، ص 294. ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 1379. المارودي، المرجع والصفحة نفسها.

به في كل عمل من الأعمال، ومن ثم يسعى إلى العمل من باب الالتزام لا الإلزام، ومن باب السعي إلى الجنة لا من باب الخوف من النار، ومن باب الاقتناع لا التقية.

والفقه الإسلامي وهو يقوم على الاعتبار الديني، إلا أن أحكامه في القضاء تقوم على الظاهر، فالأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية تفدر بناء على قوة الأدلة والحجج والبراهين، ولا تفدر على أساس تقوى الشخص أو ورعه أو غير ذلك، لظلم أن حججه وبراهينه ضعيفة أو منعدمة أمام حجج الطرف الآخر.

وإذن فالأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية تقوم على الظاهر لا على الباطن، ولكن هذا الظاهر لا يحل الحرام، فيبقى الشيء حراماً ديانةً، وإن كان القضاء يجري ضرورة على الظاهر، فمثلاً لو صدر حكم لإنسان يقضي له بحق معين بناء على دليل معين، وكان في الواقع غير محق، كما لو كان الشهود كذبة أو كانت الوثيقة مزورة، فإن القضاء على أمثال ذلك، وإن اعتبر صحيحاً من الناحية القضائية عملاً بالظاهر ضرورة، لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، لأن الحل والحرمه يجب أن يكونا مستندين على سبب صحيح في نظر الشرع وفقهه. ¹ والدليل على هذا قول النبي ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ (2) بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَطَعْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» ³.

ففي هذا الحديث دلالة على أن حكم القاضي لا يحل الباطن، ولا يحل حراماً، فإذا شهد شاهد زور لإنسان بمال وحكم به القاضي لم يحل للحكوم له ذلك المال. وقوله ﷺ: «فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» معناه: إن قضيت له بظاهر يخالف الباطن فهو حرام يؤول به إلى النار» ⁴.

وإذن، فالأحكام القضائية في مثل هذا متى استوفت شرائطها هي قضاء حق، بيد أن القاضي به ليس بحق، وتبعته الدينية والإثم والعقاب في الآخرة، « فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر، أما الديانة فإنها تحاكم بحسب الحقيقة والواقع» ⁵.

وتترتب على الصبغة الدينية لمبدأ الحضور في الفقه الإسلامي مجموعة من النتائج الهامة، نحملها فيما يأتي: ⁶

1/ - ارتباط الخضوع للأمر بالحضور أمام القضاء بالإيمان بالله تعالى، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]. فالاستجابة لأمر الحاكم والقاضي تدخل في الإيمان بالله ﷻ.

2/ - ارتباط مبدأ الحضور بثواب أو عقاب أخروي، كما يرتبط بالعقاب الدنيوي.

¹ - الزرقاء، أحمد مصطفى، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 57.

² - ألحن: معناه أبلغ وأعلم بالحجة. أنظر: النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص246.

³ - سبق تحريجه، أنظر ص: 11 من الفصل التمهيدي.

⁴ - النووي، صحيح مسلم شرح النووي، مرجع سابق، ج6، ص247. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج13، ص147 وما بعدها.

⁵ - الزرقاء، أحمد مصطفى، المرجع نفسه، ج1، ص58.

⁶ - أنظر هذه النتائج: العوا، محمد سليم، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1983م، ص53.

3- ولعل أهم نتيجة من ربط الأحكام القضائية بالدين والعقيدة والإيمان بالله ﷻ هي أن الشريعة الإسلامية شريعة أخلاقية، ذلك أن كل العلاقات والأحكام توزن فيه بميزان القواعد والقيم الأخلاقية. ولا غرابة في كل ذلك في أحكام تستقى من الإسلام، والنبي ﷺ يقول: «بعثت لأتمم حسن الأخلاق»¹.

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية أحكامها أخلاقية بالأساس، تسعى إلى تربية الضمير في نفس كل مسلم، حتى يقل الفرار من الأحكام الشرعية، خشيةً ومراقبةً لله ﷻ، وهذا يعني أن أحكام الشريعة من هذه الزاوية هي أحكام مثالية، بحيث تسمو بالفرد والمجتمع إلى أخلاق فاضلة، ومثل عليا تجعل منهم حضارة راقية.

ومع ذلك فإن أحكام الشريعة ليست ذات اعتبار مثالي أخلاقي فقط، وإنما ذات اعتبار قضائي أيضا. فما هو الاعتبار القضائي لمبدأ الحضور؟

ب/- الاعتبار القضائي لمبدأ الحضور

نحج الفقه الإسلامي في هذا الجانب منهجا غير مسبوق أيضا، حيث إنه اعتبر الغياب بلا عذر، والتخلف عن الحضور بلا سبب مقبول جريمة معاقب عليها بالحبس، أو بالتأديب، وغيرها من العقوبات التعزيرية.

وتجرم الغياب بلا عذر مقبول متفق عليه بين جميع المذاهب الفقهية²، والنصوص في هذا كثيرة وطافحة، فمنها ما قاله ابن أبي الدم الشافعي: «فإن امتنع من ذلك كله بعث الحاكم إلى صاحب الشرطة، عرفه ذلك ليحضره إليه، فإن حضر عزّره على امتناعه بما يليق به، إن لم يبد عذرا»³.

وقال ابن قدامة المقدسي مبرزا العقوبات التعزيرية لجريمة الغياب بلا عذر مقبول: «فإن امتنع أنفذ صاحب المعونة فأحضره، فإذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزّره، إن رأى ذلك بحسب ما يراه تأديبا له، إما بكلام أو كشف الرأس، أو بالضرب، أو الحبس»⁴.

والعقوبات التعزيرية لمواجهة جريمة الغياب عن مجلس الحكم بلا عذر، هي:

1/- الحبس وقد يكون كثيرا أو قليلا حسب ما يراه القاضي.

2/- والضرب، والوعظ⁵ بالكلام أو كشف الرأس.

¹ - رواه مالك في الموطأ، كتاب الجامع، باب ما جاء في حسن الأخلاق، ص 651، رقم الحديث: 1634. وفي رواية: «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق»، وفي رواية أخرى: «بعثت لأتمم صالح الأخلاق». رواه البيهقي، كتاب الشهادات، باب بيان مكارم الأخلاق ومعاليها... ج 10، ص 192، وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب آيات رسول الله ﷺ، باب ذكر خلق رسول الله ﷺ، ج 2، ص 613. وقال عنه: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وسكت عنه الذهبي، أنظر: النهي، التلخيص، مرجع سابق، ج 2، ص 613.

² - السمناني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 173. ابن عبد الرقيق، معين الحكام، مرجع سابق، ج 2، ص 616. الرعللي، فحاية المحتاج، مرجع سابق، ج 8، ص 281. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 416. الهندي، تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص 190. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 479. ابن مفلح، القروع، مرجع سابق، ج 6، ص 458. ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 131.

³ - بن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 132.

⁴ - ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 411-412.

⁵ - يرى الدكتور محمد سليم العوا أن الوعظ لا يرقى أن يكون عقوبة، وإنما هو علاج فقط. أنظر: العوا، محمد سليم، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 270.

وهذه العقوبات كلها موكولة للسلطة التقديرية للقاضي إن شاء حكم بما وإن شاء عفا عن الغائب حسبما يتبين من حالته. أما الأعذار التي يجوز بسببها التخلف عن الحضور عن مجلس الحكم فهي:

1/ - المرض الشديد: فقد «اتفق الفقهاء على أن المرض الذي لا يستطيع معه الحضور بنفسه يسقط الحضور عنه، لأن المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة الواجبة والصوم، فجاز أن يسقط الحضور»¹.

2/ التخدير: فالمرأة المخدرة² يسقط عنها واجب الحضور، بل توكل أو يعث القاضي إليها نائبه فتجيب، وإلا تَلَفَعَتْ بنحو ملخفة وخرجت من الستر إلى مجلس الحكم، وإن كانت برزة فهي كالرجال يجب عليها الحضور³.

3/ - حبس ظالم، أو الخوف منه⁴، أو عدم بلوغ الدعوة⁵، والجنون وزوال العقل بالسكر والإغماء⁶، فهذه الأعذار تسقط وجوب الحضور أمام المحكمة، ومن ثم تسقط الجريمة والعقوبة المقررة لها.

وهكذا يتبين لنا أن الغياب عن مجلس القضاء، وعن المحاكمة بلا عذر مقبول هو جريمة في حد ذاته، يستوجب عقوبة من العقوبات المذكورة سابقا، وهذا كله دون أن ننسى أنه يحكم عليه عند امتناعه عن الحضور، ولا ترجى له الحجة في ذلك معاملة له بنقيض قصده.

وتجريم الغياب بلا عذر يدل في الحقيقة على واقعية الشريعة الإسلامية، وعلى استجابتها لما يحدث في الواقع الاجتماعي والحياة العملية استجابة إيجابية لا سلبية، بحيث أنما لم تقف من الغياب بلا عذر موقف التحريم وبيان العقاب الأخروي فقط، بل ضمت إلى هذا العقاب الأخروي عقابا دنيويا أصبح هذا الغياب بلا مبرر جريمة يعاقب عليها.

والنتيجة التي نخلص إليها من كل هذه الخطة هي واقعية المثالية، ومثالية الواقعية التي تتميز بها الشريعة الإسلامية عموما، والأحكام القضائية خصوصا، ومبدأ الحضور بوجه أخص.

ثانيا/ الخطة القانونية لتقرير مبدأ الحضور

تمثل الخطة القانونية لتقرير مبدأ الحضور في نقطتين، هما: الحضور حق وليس واجبا، الغياب بلا عذر ليس جريمة، وإنما يترتب عليه مجرد جزاء اجرائي.

¹ - السمتاني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج1، ص172. الخطيب الشربيني، مفتي الختاج، مرجع سابق، ج4، ص417. النووي، روضة

الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص176. ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج6، ص458.

² - وهي التي لا تخرج أصلا إلا للضرورة، ومن لا تخرج إلا نادرا لعزاء أو زيارة أو حمام مخدرة أيضا على الأصح، ويكفي أن لا تصير ممثلة بكثرة الخروج للحالجات المتكررة. النووي، المرجع نفسه، ج8، ص178 وانظر أيضا كتابه أيضا: المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج20، ص154.

³ - الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها، ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص50، القرافي، الذخيرة، مرجع سابق،

ج10، ص117. السمتاني، المرجع والصفحة نفسها. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص375.

⁴ - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج8، ص176.

⁵ - بلعترس، عمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص54.

⁶ - السمتاني، المرجع والصفحة نفسها.

أ/- الحضور حق وليس واجبا

يقرر القانون الوضعي أن الحضور أمام القضاء هو حق للمدعى عليه وليس بواجب عليه¹، ومن ثم فله الحضور إن شاء، وله أن يتخلف عنه. وهذا على أساس أن الحضور مقرر لمصلحته² وهو المتوط بتقديرها، فإن رأى أن من مصلحته الحضور حضر، وإن رأى غير ذلك لم يحضر فهو حر في الحضور من عدمه.

ويترتب على هذا المسلك القانوني نتيجة خطيرة وهي أن الغياب حق للخصم مثل ما هو الحضور حق له، فله حق أن يغيب عن حضور جلسات المحاكمة وله أن يحضر إن شاء إذ هو حقه، والأكثر من ذلك أن الغياب هو وسيلة من وسائل الدفاع لا يجوز المساس بها.

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تأخذ بهذا المسلك، بل إنها لم تسع للحد منه، وإنما كانت توافق عليه تماما، كل هذا قبل سنة 1935م³، أما بعد هذا التاريخ فلم يعد الغياب حقا للخصم ووسيلة من وسائل الدفاع، ولكنه مع ذلك بقي رخصة للخصم له استعمالها متى شاء. وفي هذا يقول الدكتور نبيل إسماعيل عمر: «وعدم الحضور لا يعتبر خطأ أو جريمة تنسب للخصم، لأن الحضور أو الغياب هما رخصة للخصم له استعمالها أو عدم استعمالها»⁴.

ولقد لقي هذا المسلك القانوني الغريب انتقادا شديدا من طرف بعض القانونيين⁵، حيث إن الحق في المعارضة ليس معناه أن للمتهم حقا في الغياب، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار الغياب حقا ووسيلة من وسائل الدفاع، على أساس أن حق الدفاع يفترض تعاملًا مع القضاء لا تعطيلا له. ثم إن هذا المفهوم قد تأسس على مغالطة كبرى، إذ ليس معنى أن القانون لا يبيح إدانة هائية تصدر ضد غائب أن للخصم الحق في الغياب، إنما الصحيح أن للخصم حق في المعارضة، لأن حق الخصم الغائب الوحيد في القانون أن لا يصدر حكم دون أن يحضر ويدافع عن نفسه. والخلاصة أن الغياب يولد الحق في المعارضة، وليس المعارضة تولد الحق في الغياب.

والحق أن القانون الوضعي، وهو يقرر أن الغياب حق للخصم ووسيلة من وسائل الدفاع، يكون قد قدم خدمة مجانية للخصم لتعطيل العدالة وتسويقها، وتضييع حقوق الناس بإطالة أمد النزاع.

ب/- الغياب بلا عذر مقبول لا يترتب عليه سوى مجرد جزاء إجرائي

إذا كان القانون الوضعي يعتبر الحضور حقا، وأن الغياب هو رخصة يجوز استعمالها أو عدم استعمالها من طرف المدعى عليه أو المتهم، فإنه يعتبر الغياب بلا عذر مقبول ليس بجريمة، وإنما هو مجرد عدم استجابة

¹ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 815. البيلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 12-13. أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 53-54.

² - الطراونة، محمد، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 152. وانظر أيضا: القرار الصادر بتاريخ: 1981/06/25 م في الطعن رقم: 22489. أنظر: جيلالي، بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، ط 1، 1996م، ج 1، ص 366.

³ - عدلي، عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط 1، 1953م. ج 2، ص 114. نقلا عن: بلعتروس، محمد القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 22. أبو عامر، محمد زكي، المرجع والصفحة نفسها.

⁴ - عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 795-796.

⁵ - أبو عامر، محمد زكي، المرجع نفسه، ص 53-55.

للتكليف بالحضور أمام القاضي، يترتب عليه جزاء إجرائي يتمثل في صدور حكم حضوري اعتباري بحقه، وبالتالي عدم منحه فرصة الطعن بالمعارضة أي حرمانه من درجة من درجات التقاضي.

وإذن فالقانون الوضعي وحتى يواجه الغياب بلا عذر مقبول وضع «أداة إجرائية محضة»، بمقتضاها يتم تلافي عرقلة سير الخصومة، وهي الحكم الحضوري الاعتباري، ومن ثم فهو لا يعرف بتجريم الغياب إطلاقاً، اللهم إلا في القانون الكنسي قديماً، وفي الولايات المتحدة الأمريكية حديثاً. فالقانون الكنسي يعتبر عدم طاعة الإنذار الموجه إلى الخصم بالحضور، أو عدم الاستجابة لاستجواب القاضي جريمة في حد ذاتها، لكنه رغم ذلك أعطى للغائب الحق في طلب إصلاح الحكم الذي أضرب به في مجموعه¹.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد تم اللجوء إلى تجريم غياب المتهم الذي تسلم شخصياً التكليف بالحضور، بحيث جعلت منه جريمة معاقباً عليها بالحبس، يسأل عنها المتهم عند مثوله أمام القضاء². ومع ذلك فإن أغلب التشريعات ترتب على الغياب بلا عذر شرعي مجرد جزاء إجرائي فقط، والحق أن هذا يبين ضعف التشريعات الوضعية في مجابهة الغياب بلا عذر، كما يبين أيضاً ضعف موقفها من مبدأ الحضور، ومن ثم الغياب.

والسؤال المطروح الآن ما هي الموافقات والفروق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق بمبدأ الحضور، وما مدى فاعلية الخطط المتبعة في مواجهة الغياب بلا عذر مقبول؟

ثالثاً/ مقارنة بين الخطة الشرعية والقانونية في تقرير مبدأ الحضور

أ/- الموافقات

يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول أهمية مبدأ الحضور، وأنه يشكل مبدأ أساسياً من مبادئ المحاكمات، وضمانة جوهرية تمكن الخصوم من مناقشة جميع الأدلة التي تطرح أثناء جلسات المحاكمة، ومن معرفة ما دار في الجلسات من طلبات ودفع والرد عليها ودحضها. وبالنتيجة فإن مبدأ الحضور يمثل ضمانة هامة لحماية حقوق المتهم، على أساس أن القاضي يبني عقيدته في إصدار الحكم بناء على المناقشات التي دارت أمامه في الجلسات وفي حضور أطراف الخصومة.

وما عدا هذا الاتفاق الشكلي، فإن هناك اختلافات وفروقا كثيرة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق بمبدأ الحضور.

ب/- الفروق

لعل أول الفروق التي تقفز إلى الواجهة هي ما يتعلق بالخطة أو المسلك في تقرير مبدأ الحضور. فالفقه الإسلامي في تقريره للمبدأ يقوم أولاً على ربط مبدأ الحضور بعبادة الله عزوجل والإيمان به، وبفكرة الثواب والعقاب، وثانياً يجعل الغياب بغير عذر هو جريمة تقتضي عقوبة تعزيبية، من الحبس والضرب وغيرها.

¹ أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 58.
² سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 818.

وهذا المنهج يمكن أن نسمه بأنه منهج صارم لا يترك للخصم المسوّف للعدالة، والمماطل للقضاء، أية فرصة أو منفذ لذلك، فهو إن نجا من العقوبة الدنيوية، فإن العقوبة الأخروية ستكون له بالمرصاد .

ومن هنا تبرز أهمية وقيمة ربط الأحكام الدنيوية بالدين والوازع الإيماني، بحيث يغدو الالتزام بالأحكام الدنيوية، في جميع المجالات السياسية، والاقتصادية، والقضائية، ليس مرجعه إلى إرادة السلطة والدولة، وإنما مرجعه الالتزام بهذه الأحكام باعتبارها جزءاً من الإسلام نفسه¹.

وهكذا فإن الصبغة الدينية ضرورية للأحكام المدنية، والفقهاء الإسلامي أحكامه كلها تعتمد على الدين، وتقوم على أساسه، وتسير على هديه، وليس في هذا أي ضير أو عيب أو نقيصة فيه، بل بالعكس هو أمر فيه من الفوائد ما فيه، ذلك «أن قوانين تستمد من الدين ويُظَلُّها بظُلّه، تكون أَمْسً بالوجدان، وأمكن في الضمير، وأقَرُّ في النفس، يطيعها الناس لا بعضا السلطان ولا يقهر الحكام، بل بصوت من القلب، ورهبة من اللّيان، ورغبة النعيم المقيم، فتكون الطاعة إرهافاً للإحساس، وإيقاظاً للمشاعر، وتمية لنوازع الخير، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر، ولا تكون الطاعة ضرباً من ضروب المسكنة والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان، بما في القانون من داعيات الخير، ومرامي الإصلاح، إذ ينفذ على أنه إرادة الحاكم، ورغبة السلطان، وهما واجبا الطاعة من غير نظر وراء ذلك. وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها. لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار، و يحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله إذا ضعفت مراقبة الإنسان»².

وهكذا يتبين لنا أن أحد الفروق الجوهرية بين الفقهاء الإسلامي والقانون الوضعي هو الصبغة الدينية، وهذا يعني أن أحكام الشريعة الإسلامية هي أحكام أخلاقية³ بالأساس، إذ هي تسعى إلى تربية الضمير، وتقوية النفس الحية، التي هي أساس كل إصلاح، وركيزة كل حضارة تنشأ الإزدهار والتقدم.

أما منهج القانون الوضعي في تقريره لمبدأ الحضور فيقوم على اعتبار الغياب رخصة ووسيلة من وسائل الدفاع، وأن الغياب بلا عذر مقبول ليس جريمة، وإنما يترتب عليه جزاء إجرائي بمقتضاه يحرم الغائب بلا عذر من الطعن بالمعارضة، ومن درجة من درجات التقاضي، فيصدر الحكم بالنسبة له حضورياً اعتبارياً، ويجوز له حينئذ الاستئناف متى كان مسموحاً به بأن لم يكن الحكم نهائياً أي ابتدائياً.

وهذا المسلك القانوني يتميز بالمبالغة والإفراط في التيسير والتساهل في مواجهة الغياب بلا عذر مقبول، بل الأكثر من ذلك أنه يقدم خدمة بالمجان للخصوم حتى يعطلوا العدالة ويسوفوا القضاء، ومن ثم يمكن القول من دون مبالغة بأن هذه الفلسفة تساهم في تعطيل العدالة من قريب أو بعيد، إذ أن الجزاءات القانونية المرصودة لمواجهة مشكلة التخلف عن الحضور هي جزاءات ليست لديها فاعلية كبيرة في مقاومتها، فهي لا تحقق الردع المأمول تحقيقه من التقدم إلى القضاء.

¹ - العوا، محمد سليم، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص50.

² - أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، ص 5-6.

³ - أبو زهرة، محمد، المرجع نفسه، ص6. العوا، محمد سليم، المرجع نفسه، ص54.

ونحن نحسب أن ما سلكته الولايات المتحدة الأمريكية من تجريم الغياب، ومعاقبة المتهم الذي تسلم شخصيا ورقة التكليف بالحضور بالحبس، نحسبه مسلكا حسنا جدا بحيث يحقق الردع والزجر المقصود بتحقيقه من اللجوء إلى العدالة والقضاء، ذلك أن الصرامة في الجزاءات تحمل المتعمد للغياب على أخذ الأمر محمل الجد لا الهزل والتلاعب والاستهانة بالقضاء وأحكامه.

ومن هنا نرى أنه لا بد من الانتقال في مواجهة الغياب بلا عذر من الجزاءات الإجرائية القضائية المتميزة بالتساهل إلى الجزاءات الجزائية المتسمة بالصرامة والجد، تماما مثلما هو قائم في الفقه الإسلامي، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية، ومثلما هو حاصل أيضا في القانون الكنسي قديما كما ذكرنا من ذي قبل.

ونخلص في الأخير إلى أن الخطة الشرعية في تقرير مبدأ الحضور هي الخطة الأنيق والأصلح من الخطة القانونية، ذلك أنها حرصت حرصا شديدا على غلق وصد كل ما من شأنه الاستهزاء بأحكام وأوامر القضاء وقراراته، وإطالة أمد النزاع، وتسويق العدالةن و ماطلة القضاء، وأكل حقوق الناس بالباطل.

والحق أنه لا عجب ولا غرو في أن تنجح الخطة الشرعية لطالما أنها جمعت بين الدين والأحكام المدنية، بين الأخلاق والقانون، بين المثالية والواقعية، فكانت بحق واقعية المثالية، ومثالية الواقعية.

الفرع الثاني: الأساس التاريخي، والأساس الفلسفي

نتطرق في هذا الفرع إلى الأسس المتبقية من أسس المعارضة، وهي: الأساس التاريخي، والأساس الفلسفي، ونتناول كل أساس في بند.

البند الأول: الأساس التاريخي

نقصد بالأساس التاريخي: المصدر التاريخي للطعن بالمعارضة، ومختلف التطورات التي طرأت عليه. ويمكن الوقوف على هذه التطورات التاريخية أولا في ظل القانون الروماني، وثانيا في ظل القانون الفرنسي القديم إلى اليوم.

أولا/ تطور المعارضة في ظل القانون الروماني

يعتبر القانون الروماني مصدرا تاريخيا للطعن بالمعارضة للتشريعات القانونية المعاصرة، وقد كان هذا القانون يجيز إصدار الأحكام الغيابية، ولكنه مع ذلك كان يتوخى توقي إصدارها متى كان ذلك ممكنا، والأداة التي كان يتبعها في تقليل صدور الأحكام الغيابية هي استعماله لنظام الإنذار المبكر للمدعى عليه أو المتهم¹، والذي يطلق عليه في عصرنا بإعادة التكليف بالحضور.

فقد كان على المحكمة أن توجه إلى الخصم الغائب ثلاثة إنذارات متعاقبة بالحضور، يفصل بين كل إنذار وآخر عشرة أيام، فإذا مرت جميعها دون أية نتيجة كان على المحكمة أن توجه إلى الطرف الغائب الإنذار المبكر الأخير، فإذا لم يحضر المدعى عليه أو المتهم بعد ذلك، فإن الحكم الصادر يكون حكما حضوريا غير

¹- أبو عامر، محمد زكي، شاتبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص58.

قابل للطعن فيه، ورغم كل هذا فإنه بإمكان الغائب الطعن في الحكم الصادر ضده متى كان له عذر شرعي كالمرض الشديد، أو الخدمة العسكرية، وهذا الطعن يكون بمقتضاه نظراً للدعوى من جديد في متوالها الطبيعي¹.

ويتبين لنا من كل هذا الحرص القانوني الشديد لدى الرومانيين على حضور المتهم من جهة، وعلى منحه طريقاً للطعن من جهة أخرى، كل هذا عن طريق الإنذارات الأربع المبكرة، وهذا ليس بغريب عن القانون الروماني، فقد قرر هذا القانون منذ عصوره الأولى أنه لا إدانة نهائية ضد شخص لم تسمع أقواله، وأنه «إذا لم يسمع القاضي حجة الخصم، ففضاؤه لا يكون حكماً بل عملاً من أعمال اللصوص وقطاع الطرق²»، وأن «العدالة تقضي بعدم جواز الحكم على إنسان من غير سماع أقواله، وأنه لا يجوز الحكم على من لم يسمع أو لم يسمع³».

ولا شك أن هذا الشعور القانوني هو شعور واع، وإيمان صادق بفكرة الخطأ في الحكم الغيابي، وهذا مما حدا ببعض إلى «الاعتقاد بأن ذلك الشعور قد تفوق في وعيه بتلك الفكرة عن الشعور القانوني المعاصر، والذي كاد أن يستقر في منطق معوج وغريب إلى التنازل عن حرص القدماء على حضور المتهم من جهة، وعلى منحه طريقاً للطعن في الحكم الصادر ضده في غيبته من جهة أخرى⁴».

وبحق، فإن التشريعات القانونية المعاصرة رغم أنها استقت فكرة المعارضة من القانون الروماني، إلا أنها غيرت وبدلت الكثير من قواعدها، فعدت المعارضة عرجاء في جانب التكليف بالحضور، ومخالفة لما كان عليه القانون الروماني من أصالة ونبيل.

ثانياً/ تطور المعارضة في ظل القانون الفرنسي القديم إلى اليوم

وقد استمر هذا الوضع القانوني الروماني في ظل القانون الفرنسي القديم مع استحداث بعض الآليات لإجبار المتهم الغائب على الحضور، فقد كان الغائب يتلقى أربع إنذارات بالحضور، على كل إنذار من الثلاثة الأولى بالحضور عقوبة مالية، أما الإنذار الرابع فكان معاقباً عليه بالحجز على أمواله، فإذا لم يحضر في خلال السنة التالية لهذا الحجز صودرت أمواله لصالح الأمير.

أما في ظل القانون الكنسي، فقد اعتبر عدم طاعة الإنذارات الموجهة إلى الخصم بالحضور جريمة في ذاتها، غير أنه من جهة أخرى أعطى للغائب الحق في طلب إصلاح الحكم⁵. وقد استمر هذا الوضع القانوني إلى غاية صدور أمر جديد في أغسطس 1539م، حيث خفض عدد الإنذارات الأربعة إلى إنذارين فقط، والحقيقة أن هذا الأمر لم يأت بهذا الجديد فقط، وإنما أتى بتنظيمات أخرى لازالت سارية إلى اليوم. وإذن فالمعارضة

¹ - أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 58.

² - فلافيوس، جوستينيان، ملونة جوستينيان في الفقه الروماني، مرجع سابق، ص 407.

³ - فلافيوس، جوستينيان، المرجع و الصفحة نفسها.

⁴ - أبو عامر، محمد زكي، المرجع و الصفحة نفسها.

⁵ - أبو عامر، محمد زكي، المرجع و الصفحة نفسها.

الفصل (الأول) ماهية الطعن بالمعاصرة، و (الوقت) منها و (أساسها)
والغياب بملازمهما الموجودة اليوم يعود ظهورها إلى هذا الأمر الذي قسم الدعاوى إلى قسمين: دعاوى مدنية،
ودعاوى جنائية.

وبعدها جاء أمر 1670م الذي تضمن التقسيم السابق وزاد عليه بأن جعل نظام المعارضة في مواد الجنح
والمخالفات يخضع لذات القواعد التي تحكم الإجراءات المدنية¹، المتسمة بالتساهل واليسر، وأنها أقل صرامة
وشدة من مثيلتها في الجنائيات، فكان من حق المتهم في مواد الجنح والمخالفات بناء على أمر 1670م الحضور
التمثيلي، وفي حالة الغياب تنظر الدعوى مع ذلك ليصدر فيها حكم غيابي يجوز الطعن فيه بالمعاصرة، تماماً
مثلما هو الحال في المواد المدنية.

أما في الجنائيات فقد حظيت بإجراءات ترمي إلى إكراه الغائب على الحضور، ومن هذه الإجراءات عدم
الأهلية في التصرفات، والحجر على الأموال، وكذلك أوامر الحبس، وهذه الإجراءات تبطل بطلاناً مطلقاً
بمجرد حضور المتهم في خلال السنة التالية اللاحقة لصدور الحكم، فإذا انقضت هذه السنة فإن الإجراءات
المتخذة قبله تكسب قوة خاصة بحيث تتضاعف المسؤولية، وتؤول الغرامات والتعويضات والأموال المصادرة
إلى خزينة الدولة.

ورغم كل هذا، فقد جعل هذا الأمر من مجرد حضور المتهم خلال السنوات الخمس تلك، أو حتى بعد
فواتها، أثراً مسقطاً للحكم الغيابي بقوة القانون دونما حاجة إلى الطعن فيه من المحكوم عليه غيابياً، مثلما كان
عليه الحال في أمر 1539م، حيث كان الحكم الغيابي لا يسقط إلا بالطعن فيه. وقد قننت هذه القواعد من
جديد في أمر 19-23 يوليو 1791م بشأن الجنح والمخالفات، ثم أمر 16 ديسمبر 1791م بشأن الجنائيات². ولا
يزال العمل بهذا النظام إلى اليوم، بحيث غدا من المسلمات التي لا تحتاج إلى مناقشة أو برهان.

البند الثاني: الأساس الفلسفي

نتطرق في هذا البند إلى الأساس الفلسفي للطعن بالمعاصرة، وهو مقصد أو مبدأ العدل، وذلك بيانه في
الشريعة الإسلامية أولاً، فالقانون الوضعي ثانياً، فالمقارنة بين الشريعة والقانون ثالثاً.

أولاً/ مقصد العدل في الشريعة الإسلامية

وتحت هذا العنوان نتناول تعريف العدل، ثم موقع مقصد العدل ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية.

¹ -أبو عامر، محمد زكي، شافية الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص59.

² -أبو عامر، محمد زكي، المرجع نفسه، ص60.

أ/ تعريف العدل

يعرف العدل بأنه: «تمكين صاحب الحق بحقه بيده أو يد نائبه، وتعيينه له قولاً أو فعلاً»¹.

فالعدل مساواة وتمكين، مساواة بين الناس في تعيين الأشياء لمستحقها، وتمكين لكل ذي حق من حقه، فالأول هو العدل في تعيين الحقوق، والثاني هو العدل في التنفيذ، وليس العدل في توزيع الحقوق الأشياء بين أفراد الأمة سواء بدون استحقاق وتمكين وتنفيذ².

والعدل في الإسلام ليس كلمة قاصرة على الحكم بين المتنازعين بالحق والمساواة بينهما في كل شيء فقط، بل العدل أكبر من ذلك، فهو: «كلمة مجملة جامعة»³ تشمل ثلاث مستويات من العلاقات: علاقة الإنسان بربه، وبنفسه، وبغيره من بني جنسه.

فالإنسان المسلم مأمور بالعدل مع الله ﷻ، وذلك بالاعتراف به وبصفاته وبالخضوع والطاعة له، وبأنه مصدر العدل، ولذلك كان العدل من أسمائه الحسنی.

وهو مأمور بالعدل بينه وبين نفسه وذاته، قال ﷻ: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195].

وهو مأمور أيضاً بالعدل مع بني جنسه من المخلوقات، من أصول المعاشرة العائلية، والمخالطة الاجتماعية، قال ﷻ: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى﴾ [الأنعام: 152]، وقال ﷻ: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58]، وكذلك معاملة الأمم، قال ﷻ: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [المائدة: 08]، وفي العدل بين الزوجات قال ﷻ: ﴿فَإِنْ حَفِظْتُمْ آلَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ﴾ [النساء: 03]، وهو مأمور بالعدل في كتابة الوثائق التي تحفظ بها الديون، قال ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيْتِكُمْ بِالْعَدْلِ﴾ إلى أن يقول: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ آلَا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: 282]، والعدل في أداء الشهادة، قال ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: 135].

فهذه النصوص وغيرها كلها تدل على أن العدل في الشريعة الإسلامية له معنيان: عام، وخاص. فالعدل بالمعنى العام هو: أداء الواجبات، والوفاء بالحقوق على المستويات الثلاث، علاقة الإنسان بربه عز وجل، وبنفسه، وبغيره من الناس. أما العدل بالمعنى الخاص فهو: - العدل بالمفهوم القضائي - الحكم بين الخصوم بالحق والمساواة بينهم في كل شيء، وعدم الميل إلى أي طرف. والعدل بالمعنى العام والخاص يشملهما التعريف الذي أوردناه سابقاً.

¹ - ابن عاشور، محمد الطاهر، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، بالشركة القومية للنشر والتوزيع، تونس، د ط 1، ص 186.

² - ابن عاشور، محمد طاهر، تفسير التحرير و التنوير، مرجع سابق، ج 5، ص 94، ج 14، ص 254، رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الكريم

- الشهرير بتفسير المنار، دار المنار، القاهرة، ط 3، 1374 هـ، ج 5، ص 172-174.

³ - ابن عاشور، محمد طاهر، التفسير التحرير و التنوير، مرجع سابق، ج 14، ص 255.

والسؤال المطروح الآن، هو أنه إذا كانت المعارضة أساسها الفلسفي هو مقصد العدل، فما هو موقع هذا المقصد ضمن فلسفة التشريع الإسلامي؟ أو عبارة هل يدخل مقصد العدل ضمن مرتبة المقاصد الضرورية؟

ب/ موقع مقصد العدل ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية

يذكر بعض الأصوليين أن المقاصد الضرورية خمسة، وهي: الدين-النفس-العقل-النسل-المال¹، ولكن هل هذه المقاصد محصورة في خمسة، ومن ثم لا يجوز الزيادة والإضافة إليها؟ أم أنها غير محصورة، ومن ثم تجوز زيادة بعض المقاصد كمقصد العدل؟

يختلف المعاصرون حول هذه المسألة إلى رأيين أو اتجاهين: اتجاه يرى انحصار المقاصد الضرورية في خمسة فقط، وهي المذكورة سابقاً، واتجاه آخر يرى عدم انحصارها في خمسة، وأنه يمكن الزيادة عليها، ولكل اتجاه حجج نوردتها فيما يأتي.

1/ الاتجاه الأول، المقاصد الضرورية منحصرة في خمسة

1/- التعريف بهذا الاتجاه، وأدلته

يري هذا الاتجاه أن المقاصد الضرورية منحصرة في خمس كليات، وأنه لا تجوز الزيادة عليها ولا الإضافة إليها. ويعتبر الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي من أشد المنافحين والمدافعين عن هذا الرأي .

ولعل الشيخ محمد طاهر ابن عاشور ممن يميل إلى هذا الرأي، حيث يقول: «العدل إعطاء الحق إلى صاحبه، وهو الأصل الجامع للحقوق الراجعة إلى الضروري والحاجي من الحقوق الذاتية، وحقوق المعاملات»².

وإذن، فالدكتور البوطي من أكبر وأشد المدافعين عن هذا الاتجاه، فقد كتب قائلاً - تحت عنوان: صدق من قال: من مأمته يؤتي الخنزير-: «من المتفق عليه لدى جميع المسلمين أن الشريعة الإسلامية إنما تفرقت من عند الله تعالى، تحقيقاً لمصالح العباد. والمتفق عليه لدى المسلمين جميعاً منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا، أن سائر المصالح الإنسانية تدرج في المقاصد الخمسة التي تضمنها كتاب الله تعالى بصريح البيان، وهي على هذا الترتيب: الدين، فالحياة، فالعقل، فالنسل، فالمال. وهيهات أن تجد مصلحة ما من المصالح الحقيقية للإنسان شاردة عن هذه المقاصد الخمسة، دلت على ذلك تحريات الباحثين على اختلاف عقائدهم، جيلاً بعد جيل، إلى هذا اليوم. ونفاجأ اليوم بمن يزعم، جهلاً على الملأ، أن هذه المقاصد الخمسة ليست وافية بمصالح الناس، ومن ثم فلا بد من أن يضاف إليها ما يتمها وهو مقصد العدل والمساواة!»³.

ويتهم البوطي هؤلاء الذين أضافوا مقصد العدل والمساواة بأنهم استنبطوا زعماً آخر يفتونه سرا، وهو نيد المقصد الأول من المقاصد الخمسة وطرحه عن الاعتبار، ألا وهو مقصد الدين، ذلك لأن ديننا لا يتضمن فيما

¹ - الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ص 174. الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 20.

² - ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج14، ص254.

³ - www.Bouti.com/bouti-monthly_23.thM

يوم التحميل : 2005/06/19م، و كل كلام البوطي مأخوذة من موقعه في الإنترنت.

يتضمن رعاية العدالة والمساواة الإنسانية لا فائدة منه، ولا مفر من الاستغناء عنه. كما يتهمهم «المنتظعين»، وبأن لهم «الجرأة العجيبة»، وأكثر من ذلك أن هذه الأفكار - حسب البوطي - لم تصدر من العلمانيين، ولا من رؤوس تستهين بالقرآن الكريم، وإنما صدرت وانبعثت من أفواه تنطق ما بين عمائم مَكْوَرَة، ولِحَى وَاْفِرَة. ثم يحذر الدكتور البوطي - حفظه الله - العالم الإسلامي على إسلامه من «ذوي العمائم واللحى الزائفة، أولئك الذين يتخذون من الإسلام مطية ذلولاً لأهوائهم ومغائهم وطموحاتهم، قبل أن تحاذروا عليه من أعدائه التقليديين، وخصومه المحترفين، وصدق من قال: من مأمنه يؤتى الخذر».

ومن خلال كلام البوطي، فإنه يستند على الأدلة الآتية:

❖ إن عقاد الإجماع منذ صدر الإسلام إلى اليوم على أن المصالح الضرورية هي خمسة فقط، وبمفهوم المخالفة فقد انعقد الإجماع على عدم الزيادة على هذه الخمسة.

❖ إن مقصد العدل والمساواة هي مقاصد مندرجة ومتضمنة في المقاصد الضرورية الخمسة، ولذلك يقول الدكتور البوطي: «ألا فاسألوا هؤلاء المنتظعين: ما هي العدالة؟ هل هي الإحماية للحياة والعقل والنسل والمال من العدوان عليها؟ وهل بوسع منتظعي العالم كله أن يضيفوا إلى هذه المضمون لمعناها أي زيادة عليه؟».

ومعنى كلام البوطي هذا أن حفظ الضروريات الخمس هو العدل ذاته، فإذا أضفنا إلى هذه الضروريات العدل كان ذلك تكراراً ولغوياً، ولذلك فلا حاجة إلى إضافة العدل كمقصد لأنه متضمن ضمن الكليات الخمس.

ولذلك يردف قائلاً: «... وهكذا فإن شبكة المقاصد القرآنية تتألف من خمسة مقاصد مرتبة عمودياً... ينبثق منها أدق ميزان لأسمى ما تتطلع الإنسانية إليه، من الحياة الأمنة المكلوءة بسياج الحق والعدل، ضمن التنسيق الذي يتطلبه الحق والعدل».

II - مناقشة واعتراض

أما بخصوص ما يتوجه إلى كلام البوطي من نقد فهو أن القول بأن هناك إجماعاً قد حصل على أن المقاصد الضرورية منحصرة في خمس كليات هو قول يعوزه التحقيق والتدقيق. والحقيقة هي عدم انعقاد الإجماع حول انحصار الكليات الضرورية في خمس، إذ أن هناك من أضاف من العلماء مقصداً سادساً، وهو مقصد حفظ العرض، ومن هؤلاء ابن السبكي¹، ونجم الدين الطوفي²، ودافع عن هذا الرأي كل من الإمامين بدر الدين الزركشي³ والشوكاني⁴ دفاعاً قوياً مستميتاً.

¹ - ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، جمع الجوامع - وبمأهه حاشية العطار، دار الكتب بيروت ن دط، دت، ج 2، ص 322.

² - اغلبي، حلال الدين، شرح جمع الجوامع، مطبوع بهامش جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية بيروت، دط، دت، ج 2، ص 323.

³ - الزركشي، بدر الدين عماد، البحر المحيط، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، دار الكتب، القاهرة ط 1، 1414هـ - 1994م، ج 7، ص 267.

268

⁴ - الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص 367.

ثم إن الأصوليين الذين ذكروا أن الضروريات هي خمس لم يذكروا أن ذلك كان إجماعاً و اتفاقاً بين العلماء، وإنما ذلك كان اجتهاداً منهم واستفراغاً للوسع و الطاقة، استقراءً لنصوص الشريعة وتصرفاً لها. وهناك ردود أخرى تركها عند إيراد الاتجاه الثاني، وأدلتها.

2/- الاتجاه الثاني، عدم انحصار الضروريات في خمس، وأن العدل مرتبة منها

1/- التعريف بهذا الاتجاه، وبأصحابه

ويرى أصحاب هذا الاتجاه بأنه لا يمكن التسليم بحصر الضروريات في خمس كليات، وأنه لا بد من الزيادة عليها والإضافة إليها. ومن قال بهذا أحمد الرسيوني¹، وإسماعيل الحسيني²، وطه عبد الرحمن³، وجمال الدين عطية، وغيرهم⁴، وهؤلاء دعوا لزيادة مقاصد أخرى مثل: مقصد العدل، والحرية، والمساواة، وغيرها، بل إن الدكتور جمال الدين عطية أوصلها إلى أربعة وعشرين مقصداً⁵.

11/- أدلتهم: واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول.

• من القرآن الكريم

وردت كلمة العدل بالمعنى الخاص في القرآن الكريم أكثر من عشرين مرة، كما وردت كلمة القسط - والتي تعني العدل - أكثر من عشرين مرة أيضاً، والمجموع أن كلمة العدل ومعانيها وردت أكثر من أربعين مرة، وفي هذا دلالة قوية على أهمية العدل في الشريعة الإسلامية. ونحن هنا لن نذكر كل الآيات، وإنما نشير إلى بعضها فقط.

فمن ذلك قوله ﷺ: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: 25]. ففي هذه الآية يبين الله ﷻ أن الهدف والغاية من بعث الرسل وإنزال الكتب، إنما هو إقامة العدل، ولا شك في أن هذا دلالة قوية، وإشارة كبيرة على أن العدل مقصد وغاية أساسية وضرورية في الشريعة الإسلامية.

كما أن الله عز وجل أمر بالعدل في مواضع كثيرة، فقال تعالى: ﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ﴾ [الأعراف: 29]، وقوله ﷺ: ﴿وَأَنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [البقرة: 42]، وقوله ﷺ: ﴿وَأَمَرْتُ لَأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ﴾ [الشورى: 58]، وقال: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58].

¹ - الرسيوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المكتبة السلفية، الدار البيضاء، ط1، 1411هـ - 1990، ص 41-358.

² - الحسيني، إسماعيل، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 416 هـ - 1995، ص 299.

³ - عبد الرحمن، طه، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط2، ص 111، وانظر أيضاً بحثه: مشروع تجديد علي بن أبي طالب، مجلة المقاصد الشريفة، بحث منشور مجلة السلم المعاصر، السنة 26، العدد 103، شوال - ذو القعدة - ذو الحجة 1422هـ - 1423هـ - يناير - فبراير - مارس 2002م، ص 50-51.

⁴ - عطية، جمال الدين، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، بالاشتراك مع تار الفكر، دمشق، ط1، 1422هـ - 2001م، ص 103-142 وما بعدها.

⁵ - عطية، جمال الدين، المرجع والصفحات نفسها.

58]. كما نهي الله تعالى عن اتباع الهوى، وأمر بالعدل والقسط حتى مع الأعداء، فقال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: 135]، وقال: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ [الأنعام: 152]. بل إن الله تعالى أمر بالعدل حتى مع الكفار غير الأعداء، فقال: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المتحة: 08]، وقال: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: 08].

فهذه الآيات وغيرها تأمر بالعدل، وتنهى عن الظلم والجور، كما أنها تجعل من العدل والقسط بين الناس طريقاً لتحصيل التقوى ومحبة الله عز وجل، ومن ثم يمكن جعلها دليلاً على أن العدل هو أحد المقاصد الضرورية في الشريعة الإسلامية.

السنة النبوية

وردت أحاديث كثيرة تتكلم عن العدل، وعن أهميته، وأنه من أسباب نيل رضا الله ﷻ في الآخرة، منها:

❖ عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، إمامٌ عادلٌ...»¹.

❖ وعن عبد الله بن عمرو -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «إن المقسطين على منابرٍ من نورٍ عن يمين الرحمن ﷻ - وكلتا يديه يمين - الذين يعدلون في حكمهم، وأهلهم، وما ولوا»².

❖ وعن عياض بن حمار المجاشعي أن رسول الله ﷺ قال ذات يوم في خطبته: «...وأهل الجنة ثلاثة: ذو سلطان مقسط متصدقٍ موفق، ورجلٌ رحيمٌ رقيق القلب لكل ذي قربى، ومسلمٌ عفيفٌ متعففٌ ذو عيال...»³.

المعقول

إن حصر الضروريات في خمس كليات أمر غير مسلم به، وذلك لاحتلال الشروط المنطقية والمنهجية المطلوبة في التقسيم، وهي⁴:

- الإخلال بشرط تمام الحصر، إن حصر الضروريات في خمس ليس له أي دليل منطقي، إذ لا يمنع من دخول عناصر ومقاصد أخرى فيه، لذلك فقد أدخل بعضهم مقصد العرض، ومقصد العدل.

¹ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة باب الصدقة باليمين، ج 2، ص 111، و مسلم في الصحيح، كتاب الزكاة، باب فضل إسداء الصدقة، ج 2، ص 715. رقم الحديث: 1031.

² - أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الإمامة، باب فضيلة الإمام العادل، ج 3، ص 1458. رقم الحديث: 1827.

³ - رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحج وصدقة نعيمها وأهلها، باب الصفات التي يعرف بها في الدنيا أهل الجنة وأهل النار، ج 4، ص 2198. رقم الحديث: 2865.

⁴ - عبد الرحمن، ضه، تجديد المنهج في تقويم التراث، مرجع سابق، ص 111، وأنظر أيضاً بحثه: مشروع تجديد علمي لبحث مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص 50-51.

- الإخلال بشرط التباين والتمايز، فالمقصد الواحد من هذه المقاصد ليس مباينا وتمائزا لما عداه من المقاصد الأخرى، مثل: (حفظ النفس - حفظ العقل)، (أو حفظ النفس - حفظ النسل)، فليس هناك حدود فاصلة واضحة تفصل بينها، فهي متداخلة فيما بينها تداخلا كبيرا.

- الإخلال بشرط التخصيص، فليس كل مقصد من هذه المقاصد الخمس أخص من الأصل المحصور الذي هو الشريعة، فالقول بأن من مقاصد الشريعة حفظ الدين هو تكرار.

ثم إنه كيف يمكن التسليم بأن الدين جاء لحفظ الدين؟ إذ من المعقول جدا القول بأن الدين جاء لحفظ النفس والعقل والنسل والمال، ولكن القول بأن الدين جاء لحفظ الدين فهذا غير معقول وغير مسلم به، أو يصعب التسليم به، على أساس الوقوع في الدور في التعريف بمقاصد الشريعة الإسلامية.

والخلاصة التي نصل إليها هي أن مقصد العدل - كأساس فلسفي للظعن بالمعارضة - يدخل ضمن المقاصد الضرورية.

ثانيا/ مقصد العدل في فلسفة القانون الوضعي

وتتبع ذات العناصر التي اتبعناها في الفقه الإسلامي، فنعرّفه أولا، ثم نتناول فلسفته.

أ- / تعريف العدل: يعرف القانون الروماني العدل بأنه: «حَمَلُ النفس على إتياء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار»¹.

وهذا التعريف - رغم صحته - إلا أن ما يعنيه هو العموم والإطلاق فيه، ولذلك يمكن تعريف العدل بأنه: «تكافؤ الأفراد فيما بينهم تكافؤا مطلقا في الحقوق والواجبات، وتسخير الأفراد لخدمة الجماعة، وإخضاعهم لتحقيق مقتضيات الصالح العام»².

ويعني آخر مختصر، العدل هو: المساواة بين الأفراد فيما بينهم، وتسخيرهم لخدمة الجماعة. فالعدل بهذا التعريف مزيج من التعريف الخاص للعدل، والتعريف العام. فالمعنى الخاص للعدل هو: التكافؤ بين الأفراد في الحقوق والواجبات. فهذا المعنى للعدل يقدر الفرد وحقوقه، من الحرية والمساواة المطلقة.

أما العدل بالمعنى العام فهو: إخضاع الفرد لخدمة الجماعة والصالح العام، لأن الفرد كائن اجتماعي وجد لخدمة الجماعة.

ولا ينبغي تطرف هذين المعنيين في تعريف العدل، فالمعنى الخاص يغلب حق الفرد على حساب الجماعة والصالح العام، أما المعنى العام فيغلب حق الجماعة على حساب حقوق الأفراد، ولا سبيل لإعادة هذين المعنيين للعدل إلى العدل إلا بجمعها في تعريف واحد يكون هو العدل.

¹ - فلافيوس، جوستيان، مدونة جوستينيان، مرجع سابق، ص 05.

² - كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، دت، ص 175.

هذا ويفرق القانون الوضعي بين العدل والعدالة، فالعدل هو ذو مفهوم جامد ومجرد¹، فمثلا القاعدة القانونية التي تحدد كمال الأهلية بسـ 19 سنة، إنما تحقق عدلا جامدا مجردا، لأنها تحدد نفس السن لكل الأفراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقي عن السن المقررة، ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن، أي أن العدل يستهدف تحقيق الاستقرار والثبات والأمن في المجتمع.

أما العدالة فهي تستهدف تحقيق العدل الفعلي والواقعي، فهي ذات مفهوم مرن وواقعي²، إذ أنها تسعى إلى الاستجابة إلى خصوصيات كل حالة توصلها إلى إعطائها الحل المناسب لها.

لكن هذا الفرق بين العدل والعدالة لا ينفي أنهما لا يتفقان على الإطلاق، بل إنهما يتفقان على مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون، وإن كانا يختلفان في معنى المساواة، فالعدل يقوم على المساواة المجردة والجامدة، في حين أن العدالة تقوم على مساواة مرنة وواقعية، ولما كان القانون يستهدف تحقيق النظام والاستقرار في الجماعة، فإنه يستهدف تحقيق العدل، ولا يستهدف تحقيق العدالة إلا استثناء³.

والذي نستنتجه من كل هذا هو أن العدل يمثل الواقعية القانونية، في حين أن العدالة تعني المثالية، وطبعاً فإن القانون الوضعي يستهدف الواقعية لا المثالية إلا استثناء.

ب/- فلسفة العدل في القانون الوضعي

ثار تساؤل فلسفي قانوني حول مصدر العدل فرأى البعض بأن مصدره هو الطبيعة، والبعض الآخر أن مصدره العقل، ولكن أي عقل، العقل الطبيعي أم العقل الإلهي أم العقل الوضعي؟.

فذهبت النظرية المثالية⁴ إلى أن العدل مصدره هو العقل ولكن أي عقل، هي العقل الطبيعي أم العقل الإلهي، يرى البعض من فلاسفة القانون اليوناني أن العدل مصدره العقل الطبيعي أي أن الطبيعة هي التي وضعت العدل، في حين يرى الفلاسفة الكنسيين أن العدل مصدره سلطة دينية والعقل الإلهي، إلا أنهم رأوا أن العقل الإنساني هو مجرد كاشف له وليس بخالق أو مخترع له.

في حين تذهب النظرية الواقعية⁵ إلى أن العدل مصدره هو الدولة، وذلك على أساس أن الدولة هي التي تضع القوانين التي تستهدف تحقيق العدل والعدالة في المجتمع.

1- كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 186.

2- كيرة، حسن، المرجع والصفحة نفسها.

3- كيرة، حسن، المرجع والصفحة نفسها.

4- كيرة، حسن، المرجع نفسه، ص 99-101.

5- كيرة، حسن، المرجع نفسه، ص 122.

ثالثاً/ - مقارنة بين الشريعة والقانون

وبالمقارنة بين الشريعة والقانون في مقصد العدل نلاحظ أن مصدر العدل في الشريعة الإسلامية هو واضح وليس غامضاً، فمصدر العدل وهو الله ﷻ واضح لاخلاف فيه بين العلماء قديماً وحديثاً، يكفي أن نعلم أن العدل إسم من أسماء الله تعالى، أما في القانون الوضعي فمصدر العدل غامض وغير واضح، كما أنه متطور، فعند فلاسفة اليونان مصدره الطبيعة، وعند الفلاسفة الكنديين مصدره هو العقل الإلهي.

وفي نهاية هذا البحث نخلص إلى نتيجة رئيسة هي أن المعارضة ضمانة أساسية وجوهرية في الحكم الغيابي لا بد من توافرها ومنحها للغائب المحكوم عليه حتى يتسنى له الدفاع عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه، وأنها بذلك تعبر بحق عن مبدأ الحضور، وعن مقصد العدل في الحكم كما سلف بيانه.

كما نخلص أيضاً إلى أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان حول الموقف من المعارضة، فكلاهما قد عرف الخلاف في الأخذ بها بين مجيز ومانع لها. فالمانعون للمعارضة في الفقه الإسلامي هم الخنفية قديماً وبعض المعاصرين حديثاً، أما في القانون الوضعي فالمانعون هم الاتجاه الجرمامي والأنتلوسكسوتي، وكل هذا تبعاً لمنعهم الحكم الغيابي.

أما المجيزون للمعارضة فهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ومن تبعهم، وفي القانون الوضعي الشريعة اللاتينية.

والمهم بعد كل هذا -وبعد إثبات أن المعارضة ضمانة جوهرية في الحكم الغيابي إثباتاً قضائياً وتاريخياً وفلسفياً- يبقى التعرف على الكيفية الإجرائية التي يتم بها تحريك المعارضة لتصبح أداة فعالة في سحب الحكم الغيابي، وفي تحقيق العدل والعدالة.

الفصل الثاني:

شروط الطعن بالمعارضة، آثارها والحكم فيها.

المبحث الأول: شروط الطعن بالمعارضة.

المبحث الثاني: آثار الطعن بالمعارضة، والحكم فيها.

تطرقنا في الفصل السابق إلى الجانب النظري للمعارضة، وذلك من خلال الماهية والموقف و الأساس، ولذا فقد كان هذا الفصل يستهدف التأصيل للمعارضة كطريق طعن، تعريفاً وخصائصاً وتميزاً وموقفاً وأساساً. ولقد توصلنا من خلال عرض الجانب النظري للمعارضة إلى نتيجة مفادها أن المعارضة - كطريق طعن - هي ضماناً أساسية في الحكم الغيابي، لا بدّ من توافرها ومنحها للغائب المحكوم عليه، حتى يتسنى له اللجوء عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه، وأنها بذلك - أي المعارضة - تعبر بحق عن العدل و العدالة في الحكم .

بيد أن هذه الضمانة ستكون لغواً وحرماً على ورق إن لم تتحول إلى عمل إجرائي يستهدف تحقيق الغايات والأسرار التي وضعت المعارضة لأجل تحقيقها. وإذن، فلا بدّ من وسائل إجرائية، وأدوات حركية، تحول المعارضة من مجرد فكرة نظرية محضة إلى عمل إجرائي قضائي تنتج آثارها، والأهداف المرجوة منها.

ولذا كان هذا الفصل ضرورياً وجوهرياً تماماً مثل وجود المعارضة في الحكم الغيابي، فهذا الفصل يشكل الوجه الآخر للعملة الواحدة وهي المعارضة، فهو من الأهمية بمكان، ذلك أنه يتعيّن التعرف على الكيفية العملية في ممارسة الطعن بالمعارضة، هذه الممارسة والإجراءات يجب أن تكون صحيحة وفقاً لما يتطلبه القانون، وإلا كان الخطأ فيها - أي في ممارسة طريق المعارضة - خطأً جسيماً غير مقبول ينجرّ عنه عدم قبول المعارضة.

وزيادة على ذلك فإن هذا الفصل يمكننا من لعب جميع الأدوار في قاعة المحكمة وأمامها، من دور المحامي، إلى دور الخصوم، إلى دور القاضي الذي يحكم في شكل المعارضة وموضوعها. مما يجعل هذا الفصل بحق فصلاً دسماً، يجعلنا كأننا نرافع ونحاكم وندافع في جميع الحالات والأدوار.

أما القضايا التي يتم تناولها في هذا الفصل، فهي الشروط الواجب توافرها حتى يتم التقرير بالمعارضة، ثم تناول آثار التقرير بالمعارضة، وفي الأخير نصل إلى إصدار حكم في المعارضة قبولاً أو رفضاً. وكل هذه القضايا يكون تناولها كالآتي:

المبحث الأول: شروط المعارضة.

المبحث الثاني: آثار المعارضة و الحكم فيها.

المبحث الأول: شروط المعارضة

يعرف الشرط اصطلاحاً بأنه: «ما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم لذاته». ¹ وتأسيساً على هذا التعريف للشرط، فإن المقصود بشروط المعارضة ما يلزم من انعدام الشروط انعدام المعارضة، ولكن لا يلزم من وجود الشروط وجود المعارضة و لا انعدامها.

ومن خلال هذا التعريف، فإنه لا يمكن تحريك الطعن بالمعارضة إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية. هذه الشروط يجب أن تتوافر جميعها، بحيث إذا احتل أو انعدم شرط من الشروط ولسو

¹ - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 1، ص 69. الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق، ج 4، ص 437.

كان واحداً، فإن المعارضة تكون غير مقبولة شكلاً. ولذا فإن هذه الشروط تشكل وحدة كاملة متكاملة متضامنة متضامنة فيما بينها لا تقبل التجزئة، فهي تعتبر مفاتيح لتحريك آلية المعارضة.

وهذه الشروط نوعان: شروط شكلية، وشروط موضوعية، ونحن نتناول هذه الشروط كل نوع في مطلب.

المطلب الأول: الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية تلك « المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم، لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة».¹

وتتمثل هذه المظاهر الخارجية للمعارضة في ميعاد المعارضة، وفي التقرير بها، ونحن نتناول هذه الشروط كل شرط في فرع، فيكون لدينا إذن فرعان نتناول في الأول: ميعاد المعارضة، وفي الفرع الثاني: التقرير بالمعارضة. ونشير فقط قبل الشروع في تناول هذه الشروط أن تناولنا للشروط الشكلية قبل الموضوعية لم يكن اعتباطاً، وإنما الشروط الشكلية هي أول القضايا التي تلاحظ عند تقديم الطعن بالمعارضة وكل الطعون والبدعاوى، فالقاضي يحكم أولاً في الشكل، فإذا تم قبوله تطرق بعد ذلك إلى الموضوع، أما إذا لم يقبل الطعن بالمعارضة شكلاً فإن الموضوع يكون غير مقبول من باب أولى؛ لأن النظر في الشكل يكون قبل النظر في الموضوع، ولذلك كان الشكل يؤثر في الموضوع قانوناً.

الفرع الأول: ميعاد المعارضة

نتطرق إلى ميعاد المعارضة في الفقه الإسلامي أولاً، فالقانون الوضعي ثانياً.

البند الأول: أجل المعارضة في الفقه الإسلامي

تعتبر فكرة الآجال في القضاء ليست فكرة غريبة عن القضاء الإسلامي، بل لقد عرفها منذ عصوره الأولى، ولإبراز هذه المسألة جيداً فإننا نتناولها وفق الخطة الآتية:

أولاً/ تعريف الآجال و أنواعها.

ثانياً/ التأصيل الشرعي لفكرة الآجال في القضاء.

ثالثاً: شروط الآجال وكيفية وضعها.

رابعاً/ تقدير أجل المعارضة.

أولاً / تعريف الآجال و أنواعها

الآجال هي: «المهلة التي يضرها الحاكم لأحد المتداعين أو لهما لما عسى أن يأتي به من حجة».² وهي بناء على هذا التعريف على نوعين:³

¹ - كبيرة، حسن، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 192.

² - التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة تحفة الحاكم لمحمد بن عاصم، د م ت، ج 1، ص 54. الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحاكم، دار الفكر، بيروت، ط 3، 1401هـ - 1981م، ص 18.

³ - التسولي، المرجع و الصفحة نفسها. الكافي، المرجع و الصفحة نفسها.

أ) آجال منصوص عليها: وهي التي قدرها الشارع، وذلك مثل: أجل المنقود أربع سنين، وأجل الحر المسلم في الإيلاء وهو أربعة أشهر.

ب) آجال غير منصوص عليها: وهي التي تستعمل موكولة في قدرها وجمعها وتفرقتها إلى نظر الحاكم . يلاحظ على هذه التعريفات أن الأجل في الفقه الإسلامي يكون قبل إصدار الحكم القضائي في النزاع المعروض، وليس بعد إصدار الحكم من أجل الطعن، أما الهدف من منح الأجل فهو المبالغة في التحري والإعذار في قطع الحجة على الخصم، بحيث أن منح الأجل للخصم هو من أجل إحضار بينة غائبة عن مجلس الحكم، فإذا لم يحضرها بعد أن منح الأجل كان ذلك دليلاً على ضعفه حجته ودعواه، وإنه ليس بصاحب حق.

هذا ويعرف بعض المعاصرين الأجل في الشريعة الإسلامية تعريفات عامة، نذكر منها تعريفين؛ الأول للشيخ محمد الطاهر بن عاشور، والآخر للدكتور عبد الناصر توفيق العطار.

فالشيخ محمد الطاهر بن عاشور يعرفه بأنه: « مدة من الزمان محدودة النهاية، مجعولة ظرفاً لعمل غير مطلوب فيه المبادرة، لرغبة تمام ذلك العمل عند انتهاء تلك المدة أو في أثنائها».¹

وهذا التعريف عام غير خاص بالمرافعات القضائية، كما أنه غامض خاصة في عبارة: «لعمل غير مطلوب فيه المبادرة»، ومع ذلك فهو مفيد في بابه.

أما الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فيعرفه بأنه: « مدة مستقبلية لأمر محقق الوقوع، يضاف تنفيذه إلى انقضائها، أو يتوقف هذا التنفيذ بمداها».²

وهذا التعريف يحتاج إلى شرح وبيان، كالآتي كما شرحه صاحبه:³

■ «مدة مستقبلية» أي أن فكرة الأجل تتضمن عقلاً صفة الاستقبال، ولا تنصرف إلى الماضي أو إلى الحاضر وإلا كان لا معنى للتأجيل.

■ «محقق الوقوع» الأجل هو مدة من الزمان، والزمان يمر حتماً بدون انقطاع، ومن ثم كان الأجل دائماً محقق الوقوع، وقد أشارت بعض الآيات إلى اعتبار الأجل أمراً محقق الوقوع، قال ﷺ: ﴿فَلَمَّا كَسَفْنَا عَنْهُمْ الرِّجْزَ إِلَى أَجَلٍ هُمْ بِالْعُوقُ إِذَا هُمْ يَنْكُتُونَ﴾ [الأعراف: 135].

■ «يضاف تنفيذه إلى انقضائها» أي يضاف تنفيذ الالتزام إلى ما بعد انقضاء الأجل.

■ «أو يتوقف هذا التنفيذ بمداها» أي أن التنفيذ يكون خلال الأجل المضروب فإذا انقضى الأجل لم يجر التنفيذ.

وهذا التعريف قلنا عنه أنه كسابقه تعريف عام مطلق يشمل الالتزام والقضاء.

¹- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج 9، ص 99.

²- العطار، عبد الناصر توفيق، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة السعادة، د م ن، دط، 1978م، ص 47.

³- العطار، عبد الناصر توفيق، المرجع نفسه، ص 48 وما بعدها.

أما التعريف الذي نقره - وكل هذا بالاستفادة من المتقدمين والمعاصرين - فهو أن الأجل في القضاء: «مدة مستقبلية لأمر محقق الوقوع، يضرها القاضي لأحد المتداعين أو لهما لما عسى أن يأتي به من حجة أو لنقض الحكم، بانقضائها يسقط حق الخصم في إحضار الحجة الغائبة أو نقض الحكم».

والجديد في هذا التعريف هو ضرب الأجل لنقض الحكم المشوب بخطأ معين يستوجب نقضه، أي أننا لم نقصر على ما قاله الفقهاء من أن الأجل يكون فقط قبل إصدار الحكم، وإنما يكون أيضا بعد إصدار الحكم لإعطاء الفرصة للخصوم لطلب تصحيح الحكم إن رأوا فيه عيبا يشوبه.

ثانيا/ التاصيل الشرعي لفكرة الأجل في القضاء

لفكرة الأجل في القضاء شرع إجرائي من القرآن الكريم والسنة النبوية والآثار والمعقول.

أ/ القرآن الكريم

إن الدارس للقرآن الكريم - وهو المصدر الأصلي الأول في الشريعة الإسلامية - يجد أن كلمة الأجل ومشتقاتها قد وردت أكثر من 55 مرة، كما وردت أيضا كلمة الوقت ومشتقاتها في القرآن 13 مرة، وغيرها من الكلمات التي تدل على معنى الأجل مثل الميعاد أيضا التي وردت في القرآن 6 مرات، وبالحصول فإن كلمات الأجل والوقت والميعاد بمشتقاتها قد وردت أكثر من 70 مرة في القرآن الكريم، وكل هذا يدل على اهتمام القرآن الكريم بالزمن والوقت، وتبرز هذه الأهمية في ابتناء كثير من الأحكام الشرعية على فكرة الزمن والأجل، ويلاحظ بالأخص في أحكام الفقه.

أما الآيات التي تدل على الأجل في القضاء، أو بعبارة أدق استنبط المفسرون منها جواز الأجل في القضاء والمرافعات نذكر منها ما يأتي:

1/ قال ﷻ: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْتَاهَا بَعْشَرًا فَنَمَّ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾ [الأعراف: 142].

فهذه الآية تدل على جواز ضرب الأجل من أجل تحقيق المقصود والتيسير. يقول ابن العربي المالكي وهو يفسر هذه الآية: «ضرب الأجل للمواعيد سنة ماضية، ومعنى قدم أسسه الله في القضايا، وحكم به للأمم، وعرفهم به مقادير التأني في الأعمال، وإن أول أجل ضربه الأيام الستة التي مدها لجميع الخليقة فيها، وقد كان قادرا في أن يجعل ذلك لهم في لحظة واحدة لأن قوله لشيء إذا أراده أن يقول له: كن فيكون، بيد أنه أراد تعليم الخلق التأني وتقسيم الأوقات على أعيان المخلوقات ليكون لكل عمل وقت»¹.

2/ قال ﷻ: ﴿إِنَّ رَبَّكُمْ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ﴾ [الأعراف: 54]. وقال

ﷻ: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ﴾ [ق: 38].

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أن الله ﷻ ضرب الأجل لنفسه في خلق السماوات والأرض وما بينهما، فكان ذلك دليلا على جواز ضرب الأجل بين الناس وفي القضاء. فأنه ﷻ «لو أراد خلقها في لحظة لفعل، إذ هو القادر على أن يقول لها: كوني فتكون ولكنه أراد أن يعلم العباد الرفق والتثبت في الأمور ولتظهر قدرته

¹ ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 780.

للملائكة شيئا بعد شيء... و حكمة أخرى: خلقتها في ستة أيام لأن لكل شيء عنده أجلا، و بين بهذا تترك معالجة العصاة بالعقاب، لأن لكل شيء عنده أجلا»¹.

3/ قال **عَلِيٌّ**: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

فهذه الآية - وإن كانت تدل على جواز الأجل أصالة - فإنها تدل على أن الدين إذا كتب إلى أجل فإن ذلك جائز، فهذه الآية تدل على جواز التأجيل و ضرب الأجل تبعا للدين لا أصالة كما قال بعض المفسرين.²
فهذه النصوص كلها تدل على جواز ضرب الأجل في المرافعات و الأقضية، و أن الأجل هو إمهال للعصاة لعلمهم يتوبوا، لا معاجلتهم العقاب أو الإهمال و تركهم أحرارا و إذن فالأجل في القضاء هو وسط بين إفراط و تفريط، أي بين المعالجة و الإسراع في العقاب، و بين الإهمال و عدم معاقبتهم.

ب/ السنة النبوية

عن ابن عباس **رضي الله عنه** قال: قدم رسول الله **ﷺ** المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة و الستين، فقال: «مَنْ سَلَفَ فِي تَمْرٍ، فَلْيُسَلَفِ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ».³
فهذا الحديث يدل على جواز ضرب الأجل في البيوع و من ثم يجوز تعميمه و تطبيقه في القضاء، إذ لا مانع يمنع من ذلك. يقول الإمام النووي وهو يشرح هذا الحديث: «و معنى الحديث: أنه إن أسلم في مكيل فليكن كيله معلوما، و إن كان في موزون فليكن وزنا معلوما، و إن كان مؤجلا فليكن أجله معلوما... و ليس ذكر الأجل في الحديث لاشتراط الأجل، بل معناه: إن كان أجل فليكن معلوما».⁴ و إذن يجوز ضرب الآجال في البيوع و الأقضية بشرط أن تكون معلومة البداية و النهاية.

ج/ الآثار

يعتبر ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري **رضي الله عنه** - دليلا على وجود فكرة الآجال في المرافعات في الفقه الإسلامي، فلقد جاء في الرسالة ما نصه: «و من ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بيته أعطيته حقه، و إن أعجزه استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر و أجلى للعماء...».⁵

فهذا النص «دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه، حتى إذا قال المدعي بنيتي حاضرة أمهله ليأتي بها، فرمما لم يأت بها في المجلس الأول بناء على أن الخصم لا

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 7، ص 219.

² - الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1، ص 573-574.

³ - رواه مسلم في الصحيح، كتاب المساقاة، باب السلم، ج 3، ص 1227، رقم الحديث: 1604.

⁴ - النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج 6، ص 47.

⁵ - السرخسي، المسبوط، مرجع سابق، ج 16، ص 63. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 31، ابن قيم الجوزية، إعلام

الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 92.

ينكر حقه لوضوحه، فيحتاج إلى مدة ليأتي بها وبعدما أتمم البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله»¹.

ولهذا رأى البعض² أن هذا دليل على جواز ضرب الأجل لأحد المتداعين أو لهما معا لإثبات حق أو إحضار بينة غائبة. وزيادة على هذا فإن رسالة عمر رضي الله عنه قد بينت الحكمة والمقصد من ضرب الأجل وهي أن ذلك «أبلغ في العذر، وأجلى للعلماء».

ومعنى «أبلغ في العذر»: أن المدعي لا يمكنه -بعد أن منح له الأجل في إثبات حقه- أن يقول: كان لي بينة فلم يمكنني القاضي من إحضارها، وكذا المدعى عليه لا يمكنه أن يقول: كان لي دفع فعجل علي القاضي فلم يمكنني إحضاره.³

أما المعنى المستفادة من عبارة: «أجلى للعلماء» فهي أن القضاء بعد ذلك يكون عن بصيرة لا عن ريبه واشتباه.⁴

د/ المعقول

تقوم فكرة الآجال في القضاء وغيرها على مقصد العدل - الذي هو مقصد ضروري كما قررنا سابقا - ذلك أن المدعي أو المدعى عليه قد تكون له حجة أو بينة ليدفع بها التهمة عن نفسه، أو يثبت حقا له ولكنها غائبة، فلو عجل عليه بالحكم لبطل حقه وضاع وثبتت التهمة عليه بغير وجه حق، وفي هذا ظلم وعسف به، وهو يناقض مقصد العدل الذي جاءت الشريعة لتحقيقه.

والعدل أنه يتعين على القاضي أن يضرب للخصم أمدا وأجلا يحضر فيه حجته وبيئته، ووقتا زمنيا كافيا لإثبات براءته ما لم يكن متعنتا متهربا من الحق، فإذا أحضر البينة في حدود الأجل المضروب له أخذ حقه كاملا غير منقوص إذا أصبح الحق بذلك أبلج وأظهر، وإن لم يحضرها كان ذلك دليلا على عدم أحقيته في الشيء المتنازع عليه ودليلا على ثبوت التهمة في حقه، ودليلا على قربه من القضاء وتعمته.⁵

ومن ثم ففكرة الآجال في القضاء تخدم الهدف الأساس للقضاء: «وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي كان فتم شرع الله ودينه... بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له»⁶.

¹ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص63.

² - ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص119، التسولي، البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص54، القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، مرجع سابق، ج2، ص630.

³ - الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ص28.

⁴ - الحسام الشهيد، المرجع والصفحة نفسها.

⁵ - ابن قيم الجوزية، المرجع والصفحة نفسها.

⁶ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص14.

ثالثا/ شروط الآجال وكيفية وضعها

أ/ شروط الآجال

1/- أن يكون منح الأجل محققا لمقصد العدل وإلا لم يُجز منحه، إذ متى ناقض الأجل المقصود وهو العدل كان ذلك ظلم والظلم حرام. وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية: «فإن ظهر عناده ومدافعتة للحاكم، لم يضرب له أمدا بل يفصل الحكومة، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتتام العدل، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم».¹

2/- أن يكون الأجل وسطا بين الطول والقصر، وفي هذا يقول السرخسي الحنفي: «وليكن إهماله على وجه لا يضرب بخصمه فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، وفي تطويل مدة إهماله إضرار بمن أثبت حقه، وخير الأمور أوسطها».²

فالأجل القصير جدا يضرب بمن منح له بحيث يغدوا ظلما في صورة عدل، أما الأجل الطويل فهو يهدد استقرار الأوضاع والمراكز الحقوقية.

3/- أن يراعي القاضي المساواة بين الطرفين في ضرب الأجل، فليس من العدل أن يطيل القاضي الأجل لأحدهما دون أن يعامل خصمه ذات المعاملة، ومن ثم يتعين على القاضي المساواة بين الخصوم في هذه الآجال. وفي هذا يقول الإمام السرخسي الحنفي: «إن القاضي عليه أن يمهّل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعي: بيني حاضرة، أمهله ليأتي بها، فرمما لم يأت بها في المجلس الأول نساء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه، فيحتاج إلى مدة ليأتي بها وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه أمهله ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله».³

4/- أن يناط في تحديد الآجال إلى القاضي لا إلى الحاكم أو رئيس الدولة، وذلك لأنه الأعرف بالمنازعات، ومقاصد الخصوم من طلب الآجال، وكذلك حتى يمنع تطويل النزاع عن طريق آجال النقض. وفي هذا يقول ابن فرحون المالكي: «وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد الحكام بحسب النظر في أمر الخصمين، وليس فيه حد محدود لا يتجاوز وإنما هو اجتهاد».⁴

والحق أنه ليس هناك ما يمنع من أن يصدر رئيس الدولة الإسلامية لقانون يتضمن من بين ما يتضمن تحديد آجال المرافعات والنقض، وذلك حتى لا يقع الظلم والعسف من بعض القضاة، وكذلك توحيدا لكل وسائل الترافع، بحيث يصبح ذلك القانون المسطرة القضائية الوحيدة لتقوم ومراجعة أعمال وأحكام القضاة، زيادة على أن إصدار قانون يوحد كل المرافعات بما فيها الآجال يعزز ثقة الناس بالقضاء وبأحكامه، ويدعم

¹ - ابن قيم الجوزية، أعلام المرقمين، المرجع نفسه، ج 1، ص 119.

² - السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج 16، ص 63.

³ - السرخسي، المرجع والصفحة نفسها.

⁴ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 201. التسوي، الهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1، ص 54. ابن قسيم الجوزية، المرجع والصفحة نفسها. السرخسي، المرجع والصفحة نفسها، ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 788.

الاستقرار الاجتماعي داخل الدولة، بل إنه يدعم ويقوي مكانة الدولة في نفوس أفرادها ومواطنيها مما يجعلها دولة قوية متماسكة في وجه العواصف المختلفة. ولذا نرى أن يصدر قانون أو نظام -على حسب تعبير المنظم السعودي- يتضمن تنظيم فكرة الأجل تحديداً وبداية ونهاية وعوارضاً وتمديداً.

ب/ كيفية وضع الأجل

للفقهاء المسلمين طريقة خاصة ومميزة في كيفية وضع الأجل، ذلك أن الأجل الواحد يقسم عندهم إلى أقسام عدة، فمثلاً أجل الشهر لا يمنح مرة واحدة وإنما يقسم إلى وحدات كالأقي: خمسة عشر يوماً، ثم ثمانية أيام، ثم أربعة أيام، ثم يتلوم عليه بثلاثة أيام تنمة لثلاثين يوماً، ويوقفه الحاكم عند تمام كل أجل من هذه الأجل، ثم يوسع له بالأجل الثاني إلى تمام الشهر.¹

ومع ذلك يجوز للقاضي أن يضرب للخصم أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً فيدخل فيه الأجل والتلوم، ويضرب القاضي الخصم أنه جمع له في ذلك الأجل والتلوم حتى يعرف ما يترتب عليه.² ولكن لا بد من مدة للترص بعد ما لما يطرأ من العذر على البشر.³ ومدة التلوم هي ثلاثة أيام أخذنا من قوله ﷺ: ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود:65]، فدللت الآية على أن أقل مدة للتلوم هي ثلاثة أيام.⁴

والخلاصة أن هناك طريقتان في وضع الأجل: طريقة التقسيم أي تقسيم الأجل إلى أقساط، وطريقة الجمع دون تقسيم، والقاضي له كل السلطة التقديرية في تقرير الطريقة التي يريد.

رابعا/ تقدير أجل المعارضة

يرى بعض الفقهاء أن أجل إرجاء الحجة للغائب المحكوم عليه متى قدم هو ثلاثة أيام كحد أقصى، ولا يجوز الزيادة عليها حفاظاً على استقرار الأوضاع والمراكز الحقوقية، واحتساباً لإطالة إجراءات المحاكمات، أما دون ثلاثة أيام فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي. وفي هذا يقول الماوردي الشافعي: «لا بد أن يمهل قدر ما يمكنه إقامة البيئة الحاضرة بجرحهم، ولا يزيده على ثلاثة أيام لتطاول الزمان بما زاد عليها، ويجهتد رأيه فيما دون الثلاث بحسب الحال وعظم البلد وصغره».⁵

ويلاحظ أن أجل المعارضة حسب قول الماوردي قصير جداً، ويخالف أحد شروط الأجل السابق ذكرها وهو أن يكون الأجل وسطاً بين الطول والقصر وهذا الأجل قصير. ومع ذلك فإنه حتى هناك من التشريعات الإجرائية الوضعية من حددت هذا الميعاد -وهو ثلاثة أيام- كأجل للمعارضة كقانون الإجراءات الجنائية

¹ -الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام، تحقيق: محمد أبو الأحقان، الدار العربية للكتاب، بيروت بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1985م، ص180. ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج2، ص788، ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص202.

² -الباجي، المرجع نفسه، ص181. ابن العربي، المرجع والصفحة نفسها، ابن فرحون، المرجع والصفحة نفسها.

³ -ابن العربي، المرجع والصفحة نفسها.

⁴ -الباجي، المرجع والصفحة نفسها.

⁵ -الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج20، ص390.

المصري السابق، حيث نص في م 398 من القانون على أن ميعاد المعارضة هو ثلاثة أيام. والذي يهنا في كل ما سبق هو أن الفقه الإسلامي عرف أجل المعارضة وأنه حدده بثلاثة أيام دون الزيادة عليها.

ومع هذا، وجدنا علي حيدر-أحد شراح مجلة الأحكام العدلية- يصرح بأنه لا وجود لميعاد المعارضة في الفقه الإسلامي حيث يقول: «وبما أن الاعتراض على الحكم هو دفع للدعوى فليس في الأحكام الشرعية مدة مخصوصة له، يعني ليس في الأحكام الشرعية أنه إذا أطلع المحكوم عليه على الحكم في مدة ثلاثة أشهر أو في مدة ثلاث سنوات وأنه لا يسمع الاعتراض بعد ذلك، فلذلك يستمع دفع الدعوى، ما لم يمنع استماع الدعوى بحصول مرور الزمن»¹.

فالأستاذ علي حيدر يرى عدم تحديد أجل للمعارضة، وأنه يرى تركه مفتوحاً ودون تحديد إلى غاية إنقضاء ميعاد التقادم، وهو بحسب المجلة 15 سنة إعمالاً للمادة 1660.

والحق أن هذا الرأي محل نظر ومراجعة، ذلك أن ترك حق نقض الحكم الغيابي بالمعارضة دون تحديد هذا الحق بأجل زمني معين يكون وسطاً بين الطول والقصر فيه مضار ومفاسد كثيرة، ولعل أكثر هذه المضار والمفاسد خطراً هو المساس بالاستقرار والأوضاع والمراكز الحقوقية كما يؤدي إلى إطالة النزاعات إلى أمد طويل مما ينتج عنه فوضى كبيرة، فالحكم له في الحكم الغيابي في حالة عدم تحديد أجل للمعارضة يكون مهدداً دائماً بالنزاع في حقه، ومن ثم فيه استمرار ودوام للنزاع، ومشاكلة وإثارة للقلقل والبلابل .

وكما يقول القرابي المالكي: «إنه لولا ذلك لما استقرت للحكام قاعدة، ولقيت الخصومات على حالها بعد الحكم، وذلك يوجب دوام التشاجر والنزاع وانتشار الفساد ودوام العناد، وهو مناف للمحكمة التي لأجلها نصب الحكام»²، ويقول القرطبي المالكي: «لأن فيه مضرة عظيمة من جهة نقض الأحكام وتبديل الحلال والحرام، وعدم ضبط قوانين الإسلام»³.

ومن ثم فإن عدم تحديد أجل المعارضة ينطوي على خطر جسيم يحتمس بالاستقرار والنظام الاجتماعي للدولة، وبالموازنة بين مصلحة المجتمع والمتمثلة في ضرورة وضع حد للنزاعات بهدف استقرار الأوضاع والمراكز، وبين مصلحة الفرد في منحه مدة طويلة للنقض بالمعارضة، ترجح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد. والمصلحة العامة على المصلحة الخاصة لأنها أولى بالاعتبار والمراعاة من المصلحة الفردية.

وإنما الذي يجوز هو منح المحكوم عليه غيايباً حق نقض الحكم الغيابي في أجل لا بالطويل ولا بالقصير، وإنما هو وسط يجمع بين مصلحة المجتمع في الاستقرار، وبين مصلحة الفرد في نقض الحكم لشائبته، بحيث يكون هذا الأجل موفقاً وجامعاً بين المصلحتين معاً لا مرجحاً لإحدهما على الأخرى، لأن التوفيق أولى من الترجيح.

¹ - حيدر، علي، ددر الحكام، مرجع سابق، ج4، ص 181.

² - القرابي، القروي، مرجع سابق، ج2، ص104.

³ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج11، ص312.

والذي نراه أن يكون أجل المعارضة في الفقه الإسلامي، محدداً بشهر كامل أي ثلاثين يوماً، وهذا كاجتهاد منا يجوز الزيادة والإنقاص عليه، ولكن يجب أن يكون ذلك كله وفق الشروط السابق ذكرها.

ونشير في الأخير أن اليوم الأول في الميعاد لا يحسب وإنما يحسب اليوم الذي يليه، وفي هذا يقول ابن فرحون: «ولا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل ولا يحسب به»¹.

وطبعا لا يبدأ بالحساب إلا إذا علم المحكوم عليه غيابيا بصدور الحكم الغيابي عليه.

البند الثاني: ميعاد المعارضة في القانون الوضعي

يشير ميعاد المعارضة العديد من القضايا الجوهرية تتعلق بتعريفه، وخصائصه، ومدته، وبدء سريانه، وامتداده، ونهايته. ولذا سنتناول هذه القضايا وفق الخطة الآتية:

أولاً/ تعريف ميعاد المعارضة وخصائصه

ثانياً/ ميعاد المعارضة في المواد المدنية

ثالثاً/ ميعاد المعارضة في المواد الجزئية والعسكرية

رابعاً/ بدء سريان الميعاد وتبليغ الحكم الغيابي

خامساً/ امتداد ميعاد المعارضة

سادساً/ نهاية ميعاد المعارضة

أولاً/ تعريف ميعاد المعارضة وخصائصه

يمكن تعريف ميعاد المعارضة بأنه: فترة زمنية بين لحظتين بداية ونهاية، محددة قانوناً، لا تتخذ إجراء التقرير بالمعارضة قبل انقضائها.

والهدف من تقرير ميعاد المعارضة - ومواعيد الطعن ككل - هو حث الخصوم على تقديم طعونهم في مواعيد قصيرة قصد تفادي تأييد المنازعات وإطالة أمدها، وضمان استقرار المراكز والأوضاع القانونية التي تقررها الأحكام القضائية.²

وقد رتب المشرع على عدم احترام ميعاد المعارضة سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، وهذا حسب م 461 ق إ م التي نصت على أنه: «فيما عدا حالة القوة القاهرة يترتب السقوط على مخالفة المواعيد المحددة قانوناً لمباشرة حق من الحقوق بموجب نصوص هذا القانون».

ويعتبر ميعاد المعارضة ميعاداً قانونياً جامداً حتمياً ناقصاً،¹ فميعاد المعارضة ميعاد قانوني، أي محدد عن طريق قانون وليس عن طريق السلطة التقديرية للقاضي، كما هو الحال في الفقه الإسلامي فمصدرها في القانون الوضعي هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية، وليس سلطة القاضي.

¹ ابن فرحون، تصدرة الحكم، مرجع سابق، ج 1، ص 206.

² أمقران، محمد بوبزور، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 172. عمر، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 384. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 766.

وهو ميعاد جامد بحيث لا يجوز للحكمة أن تعدل فيه بالزيادة أو النقصان، ومن ثم فهو ليس ميعادا مرنا. كما أنه ميعاد حتمي لا تنظيمي، بحيث يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق في المعارضة وهذا ما نصت عليه 461 ق إ م، وهو ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث قضت بأن: «القواعد المتعلقة بالأجال من النظام العام، ويترتب على مخالفتها البطلان».²

فميعاد المعارضة من النظام العام، ومن ثم يجب على المحكمة من تلقاء نفسها أن تتأكد من شكل المعارضة، فتقبلها إذا رفعت في الميعاد، أو ترفضها إذا رفعت بعد الميعاد ولم يقدم المعارض عذرا على تخلفه، وهذا في أية حالة تكون عليها الدعوى متى لم تُعْرَض له من قبل ولم تحكم فيه.

وميعاد المعارضة هو ميعاد ناقص وليس كاملا، بحيث يجب اتخاذ الطعن بالمعارضة خلاله، أي في غضون، فيمكن أن يتخذ إجراء الطعن في أي يوم في الميعاد عقب بدئه إلى آخر يوم فيه .

ويسمى هذا الميعاد بالناقص لأن الإجراء يتخذ خلاله وقبل انتهاء اليوم الأخير منه، وهذا يحول دون إمكان الاستفادة من الميعاد كاملا.³

أما معنى الميعاد الكامل فهو الميعاد الذي يجب أن ينتهي بأكمله قبل اتخاذ العمل الإجرائي، فلا يجوز اتخاذ هذا الإجراء قبل انقضاء الميعاد الكامل تماما، فيجب انقضاء الميعاد أولا ثم بعد ذلك يمكن القيام بالإجراء.⁴ ومن أمثلة الميعاد الكامل ميعاد التكليف بالحضور أمام المحكمة المنصوص عليه في م 26 ق إ م من أنه: «تحدد مهلة 10 أيام على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى اليوم المعين للحضور».

ويلاحظ أن المشرع الإجرائي الجزائري نص على أن المواعيد الإجرائية هي مواعيد كاملة، فقد نصت م 463 ق إ م-وتنطبق عليها م 726 ق إ ج-على أن: «جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون تحتسب كاملة».

والحق أن هنا مخالف لما عليه الفقه القانوني،⁵ من أن ميعاد المعارضة - و مواعيد الطعن أيضا - هو ميعاد ناقص، ومخالف أيضا لما عليه بعض التشريعات الإجرائية مثل التشريع المصري والفرنسي، فالمشرع الإجرائي المصري جعل ميعاد المعارضة - وكل المواعيد - ميعادا ناقصا، فقد نصت م 2/15 مرافعات على أنه: «وينتضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء».

¹ -التمر، أمينة مصطفى، الدعوى و إجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، د ت، ص375. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص768. عمرو، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، قانون المرافعات المدنية، ص 385 وما بعدها.

² -قرار صادر يوم: 13 ديسمبر 1983 م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم: 36018. نقلا عن: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص32.

³ -عمرو، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص769. أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص173.

⁴ -التمر، أمينة مصطفى، المرجع نفسه، ص377. عمرو، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص768، عمرو، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، المرجع نفسه، ص386. أمقران، بوشير محمد، المرجع نفسه، ص172-173.

⁵ -التمر، أمينة مصطفى، المرجع والصفحة نفسها. عمرو، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص773. عمرو، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، المرجع نفسه، ص387. أمقران، بوشير محمد، المرجع نفسه، ص 173.

أما المشرع الفرنسي فهو كذلك يعتبر ميعاد المعارضة ميعادا ناقصا، وهذا بموجب م 642 ق إ م والتي تنص على أن: «كل المواعيد تنتهي في اليوم الأخير على الساعة الرابعة والعشرين (24)».

والحق أن هذا الموقف للمشرع الجزائري رغم مخالفته للفقهاء والتشريعات المقارنة إلا أنه موقف متميز¹ وذا أثر هام في كيفية حساب المواعيد الإجرائية، حيث أن ميعاد المعارضة يحتسب كاملا، فلا يحتسب فيها يوم بدايتها ولا يوم انقضائها، كما نصت على ذلك م 726 ق إ ج بقولها: «جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون مواعيد كاملة ولا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم انقضائها».

فميعاد المعارضة- وهو محدد بالأيام- يحسب ابتداء من اليوم التالي لتبليغ الحكم الغيابي للمحكوم عليه غيابيا، أي كانت الساعة التي تم فيها إجراء التبليغ، ولا يحسب اليوم الأخير من الميعاد. ويتمثل الهدف من هذه القاعدة تقادي حساب كسور الأيام حتى لا ينتهي الأمر في الأخير إلى حساب الميعاد بالساعات،² لأن الميعاد محدد بالأيام لا بالساعات.

وسأتي توضيح هذه المسألة أكثر حين الكلام عن بدء سريان الميعاد، ونهايته.

ثانيا/ ميعاد المعارضة في المواد المدنية

يختلف ميعاد المعارضة في الأحكام القضائية العادية، عن الميعاد في أوامر الأداء والقرارات الإدارية.

أ/ ميعاد المعارضة في الأحكام القضائية العادية

1/ في التشريع الجزائري

ميعاد المعارضة في الأحكام القضائية هو 10 أيام سواء كان للطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من المحاكم، أو في القرارات الغيابية الصادرة من المجالس القضائية، فهو ميعاد واحد حسب م 98 و 166 ق إ م. وتجدر الإشارة إلى أن النص العربي لقانون الإجراءات المدنية يحدد ميعاد المعارضة في القرارات الغيابية الصادرة من المجالس القضائية بـ 15 يوما، في حين أن النص الفرنسي يحدده بـ 10 أيام، وطبعا فإن النص الفرنسي هو الذي يقدم على النص العربي حسب ما قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها.³

والحق أن هذا الخطأ هو خطأ جسيم، كان على المشرع ألا يقع فيه وإلا أدى إلى إهداره لحقوق المعارض في المعارضة الذي يعتمد على النص العربي في الطعن في القرارات الغيابية، بله على أن هذا الأمر ينبع عن إهمال المشرع الجزائري وعدم حرصه على بلوغ تشريعاتنا مستوى كبيرا من الكمال والدقة.

كما يلاحظ أيضا أن النص العربي للمادة 166 ق إ م عبر: «بالأحكام»، في حين أن النص الفرنسي عبر: «بالقرارات» وهذا الأخير هو أكثر وضوحا ودقة، وكل هذا في الحقيقة يدعو إلى ضرورة إعادة النظر في قانون الإجراءات المدنية، بل يجب الإسراع في تعديل القانون ومراجعتها وتصفيته من العيوب والشوائب والأخطاء التي

¹- أمقران، بوشير محند، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 173.

² - أمقران، بوشير محند، المرجع نفسه، ص 175.

³- قرار صادر في: 22 فبراير 1983م، من القسم الثاني للمفرقة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 28094، المجلد القضائية، العدد (1) لسنة 1989، ص 335.

علقت به، والتي كان يجب تصحيحه وتصفيته منها منذ سنوات. ولكن الضرورة ملحة اليوم أكثر من أي وقت مضى في إلزامية المراجعة والتعديل مواكبة للتطورات المختلفة، وتأكيدا للعدالة والعدل.

وإذن فالمشروع الإجرائي المدني الجزائري قد وحد بين الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من المحاكم، وبين المعارضة في القرارات الغيابية الصادرة من المجالس القضائية في الميعاد، حيث جعله ميعادا واحدا وهو 10 أيام، والذي نراه أن هذا التوحيد ليس له ما يبرره، فإذا كان من المقبول تحديد ميعاد المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من المحاكم بـ 10 أيام على أساس أن المحكوم عليه غاييا له فرصة الطعن بالاستئناف إلى جانب المعارضة، ومن ثم فله أكثر من فرصة لتصحيح الحكم الغيابي، فإن الأمر على خلافه بالنسبة للطاعن بالمعارضة أمام المجلس القضائي بحيث ليس له حق الاستئناف - وإن كان له حق النقض والتماس إعادة النظر - ومن ثم وجب أن يكون ميعاد المعارضة في القرارات الغيابية الصادرة من المجالس القضائية هو أطول مما عليه الأمر في ميعاد المعارضة أمام المحاكم لأجل هذا الاختلاف، أي لأجل أن الطاعن بالمعارضة أمام المجالس ليس له نفس الفرص التي للطاعن بالمعارضة أمام المحاكم، ومن ثم وجبت المخالفة بينهما في الميعاد وليس التوحيد بينهما كما هو مسلك المشروع الجزائري الذي نراه قد جانب الصواب والعدل في خصوص هذه النقطة.

2/ في التشريعات المقارنة

وستكلم عن التشريع الفرنسي، والمصري، واللبناني، والمغربي.

I - / التشريع الفرنسي: ميعاد المعارضة في الأحكام الغيابية هو شهر كامل، وهذا حسب م 538 ق إ م الفرنسي، وقد كان القانون السابق نص على أن ميعاد المعارضة هو 15 يوما ثم عدل بالقانون الصادر في 28 أوت 1972م فأصبح الميعاد هو الشهر.

وفي هذا يقول الفقيه جان فينسان (jean Vincent) ميرزا تمديد الميعاد إلى شهر: «إن الأمر الصادر في 28 أوت 1972م، رجع بحق إلى الميعاد التقليدي وهو الشهر (م 538 من القانون الجديد)، ميعاد الخمسة عشر يوما كان قصيرا جدا رغم سهولة الاتصالات. القاعدة الجديدة وحدت الميعاد العادي للمعارضة والاستئناف بجعله شهرا، وبحسب ميعاد الشهر بحسب القواعد الموضوعية بواسطة المواد 640 حتى 642 من التقنين الجديد، ويمكن أن يضاف إليه شهر أو اثنين كميعاد مسافة، عملا بالمادة 643 من التقنين الجديد»¹.

II - / التشريع المصري: ميعاد المعارضة في الأحكام الغيابية في المواد المدنية في التشريع الإجرائي المدني المصري هو 15 يوما، يبدأ من تاريخ إعلان الحكم الغيابي ما لم يقض القانون بغير ذلك، حسب م 388 مرافعات مصري.

III - / التشريع اللبناني: ميعاد المعارضة في المواد المدنية في التشريع اللبناني هو 15 يوما يبدأ من يوم تبليغ الحكم الغيابي حسب نص المادة 632 ق أ م م اللبناني.

IV - / التشريع المغربي: ميعاد المعارضة أو التعرض على حسب تعبير المشروع المغربي هو 10 أيام.

¹ - Vincent et guincher ; op. ; Cit ; p 909.

وبالمقارنة بين التشريعات الإجرائية المدنية نجد أنها تميل إلى إطالة ميعاد المعارضة إطالة متوسطة لا بالقصيرة ولا بالطويلة وإنما هو وسط بينهما، وينطبق هذا الكلام على التشريع الفرنسي والمصري واللبناني، أما التشريع الجزائري والمغربي فهو في الحقيقة ميعاد قصير، ومن ثم نقتراح إلى إطلته يجعله شهرا مثلما هو الحال في التشريع الفرنسي، أو على الأقل 15 يوما مثلما هو الأمر في التشريع المصري واللبناني.

ب/ ميعاد المعارضة في أوامر الأداء

ميعاد المعارضة في أوامر الأداء¹ هو 15 يوما التالية لاستلام المدين كتاب قلم الكتاب، حسب م 3/178 ق إ م، وهذا الميعاد مشترك بين المحاكم والمجالس القضائية لأن مسائل أوامر الأداء واردة في «الكتاب الرابع: في الأحكام المشتركة الخاصة بالمحاكم والمجالس القضائية، وفي الإجراءات المستعجلة» من القانون.

ج/ ميعاد المعارضة في القرارات الإدارية

يختلف ميعاد المعارضة في القرارات الإدارية الغيابية الصادرة من الغرف الإدارية بالمجالس القضائية، عن الميعاد في القرارات الإدارية الغيابية الصادرة من مجلس الدولة.

1/ ميعاد المعارضة أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية

ميعاد المعارضة في القرارات الإدارية الغيابية الصادرة من الغرف الإدارية بالمجالس القضائية محدد بشهر كامل، وهذا بنص م 2/171 ق إ م التي تقرر على أنه: «ولا تقبل المعارضة إلا في ميعاد شهر من تاريخ الحكم».

ويلاحظ أن المشرع قد أخطأ مرة أخرى في التعبير، بحيث كان يجب أن يعبر بـ«القرار» لا بـ«الحكم»، لأن ما يصدر من الغرف الإدارية ومن مجلس الدولة هو قرارات وليس أحكاما.

2/ ميعاد المعارضة أمام مجلس الدولة

ميعاد المعارضة في القرارات الإدارية الغيابية الصادرة من مجلس الدولة هو شهران، وهذا بنص م 2/287 ق إ م التي نصت على أنه: «لا تقبل المعارضة إلا خلال شهرين يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم».

وما قلناه سابقا عند التعليق على المادة 2/171 ق إ م ينطبق على هذه المادة أيضا، ومن ثم يجب تعديلها بحيث يصبح المصطلح هو القرار لا الحكم.

ثالثا/ ميعاد المعارضة في المواد الجزائية والعسكرية

أ/ ميعاد المعارضة في المواد الجزائية

1/ في التشريع الجزائري

¹ - وهو نظام خاص وضعه المشرع لاقتضاء بعض الديون الثابتة بالكتابة والتي محلها مبلغ من النقود، بحيث يمكن بواسطتها الدائن استصدار أمر أداء من القاضي بغية الحصول على حقه. وقد نص المشرع الجزائري على أوامر الأداء في م 174 إلى 182 ق إ م الجزائري. أنظر: أمقران، بوشيز، عند، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 372.

I -/ ميعاد المعارضة في الجنح والمخالفات

ميعاد المعارضة في الأحكام والقرارات الغيابية الصادرة من المحاكم والمجالس في مواد الجنح والمخالفات هو 10 أيام وهذا حسب م 1/411 ق إ ج - وأيضاً م 4/412 ق إ ج - التي قررت أنه: «يبلغ الحكم الصادر غيابياً إلى الطرف المتخلف عن الحضور، وينوه في التبليغ على أن المعارضة جائزة القبول في مهلة عشرة أيام اعتباراً من تاريخ تبليغ الحكم».

وبالمقارنة بين ميعاد المعارضة في المواد الجزائية وبين المواد المدنية نجد أن المشرع قد وحد بينهما، وهو توحيد نراه لا أساس له من الصواب والعدل، وذلك لأن الحكم الغيابي الصادر في المواد الجزائية هو أخطر من الحكم الغيابي الصادر في المواد المدنية، وطم يجب أن يكون ميعاد المعارضة يستجيب لهذه الخطورة، فيكون أطول مما عليه الأمر في المواد المدنية تمكينا للمتهم من الطعن فيه، وذلك بإعطائه فرصة أطول في الميعاد من أجل تدارك الخطر، والذي نراه أن يكون ميعاد المعارضة الجزائية هو شهر كامل سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي، أو على الأقل أن يكون ميعاد المعارضة الجزائية هو 15 يوماً أمام المحكمة، وشهراً كاملاً أمام المجلس القضائي، وذلك لأن الحكم الغيابي الجزائي هو أخطر من الحكم الغيابي المدني ومن ثم يجب إعطاء فرصة أطول من أجل استدراك الخطأ والخطر الذي في الحكم الجزائي.

II -/ ميعاد المعارضة بالنسبة للشاهد المتخلف عن الحضور، أو الرفض للحلف، أو أداء الشهادة

إذا صدر حكم غيابي جزائي على الشاهد الذي تخلف عن الحضور، أو رفض أن يحلف، أو يؤدي شهادته، فإنه يجوز لهذا الشاهد المتخلف أن يرفع معارضة في حكم الإدانة في ثلاثة 03 أيام من تبليغه إلى شخصه، وهذا حسب نص م 2/299 ق إ ج.

2/ في التشريعات المقارنة

تباينت التشريعات الإجرائية الجزائية المقارنة في تحديد ميعاد المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية في مواد الجنح والمخالفات، فهناك من جعل الميعاد ثلاثة أيام مثل ليبيا حسب م 361 ق إ ج، وهناك من حدده بـ 05 أيام مثل سوريا حسب م 205 ق أ م ج السوري، ودول أخرى جعلته 07 أيام من تاريخ تبليغ الحكم حسب ما نصت عليه م 188 ق إ م ج الكويتي، وهذا في الجنح والجنايات، أما في المخالفات فلا تجوز فيها المعارضة، وهذا حسب ذات المادة السابقة. وتتفق معها الإمارات العربية المتحدة في مدة الميعاد، وتختلف معها في أن الإمارات تجوز المعارضة في المخالفات والجنح ولا تجوزها في الجنايات، وهذا حسب م 229 ق إ ج الإماراتي. وهناك دول حددته بـ 10 أيام وذلك مثل مصر بنص م 398 ق إ ج المصري، وتونس بنص الفصل 3/175 م إ ج التونسية، والمغرب بنص الفصل 372 ق م ج المغربي، ولبنان حسب م 149 ق أ م ج اللبناني، وذلك طبقاً للتعديل رقم: 359 الصادر في: 16 أوت 2001م، والأردن حسب نص م 184 ق أ م ج الأردني.

وهناك دول فرقت بين ما يقيم في العاصمة وبين ما يقيم خارج إقليم العاصمة، وذلك مثل فرنسا حيث جعلت ميعاد المعارضة بالنسبة لمن يقيم في إقليم العاصمة باريس هو 10 أيام، أما من يقيم خارج هذا الإقليم فله حق المعارضة في مهلة شهر. وهذا ما نصت عليه م 491 ق إ ج الفرنسي بقولها: « إذا أعلن الحكم مع شخص المتهم، فإن المعارضة يجب أن ترفع في المواعيد التالية - التي تبدأ من هذا الإعلان - عشرة أيام إذا كان المتهم يقيم بالعاصمة الفرنسية، وشهر إذا كان يقيم خارج هذا الإقليم».¹

هذا، وقد كان قانون تحقيق الجنايات الفرنسي يميز بين المخالفات والجنح بشأن ميعاد المعارضة، إذ جعل ميعاد المعارضة في الجنح 05 أيام، وميعاد المعارضة في المخالفات 03 أيام، ويصدر قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الجديد توحد الميعاد سواء بالنسبة للجنح أو المخالفات حيث أصبح ميعادا واحدا وهو 10 أيام.² وهناك دول تطيل في الميعاد، وتجعل المعارضة جائزة في كل المواد الجزائية من المخالفات والجنح وحتى الجنايات حيث تجوز فيها المعارضة، وهو مسلك المشرع الإجراءي الجزائري العراقي، حيث أنه بالنسبة لميعاد المعارضة جعله شهرا في المخالفات وثلاثة أشهر في الجنح وستة أشهر في الجنايات، وهذا إعمالا للمادة 243 ق أ م ج العراقي. ومما لا شك فيه أن إطالة ميعاد المعارضة بالشكل الذي سلكه المشرع العراقي هو مسلك غير محيد، فهو يطيل في أمد النزاعات، كما أنه مخالف لما هو سائد في التشريعات التي اتجهت إلى تقصيره وتحديدده بـ 10 أيام.

جدول يلخص ميعاد المعارضة في المواد الجزائية في التشريعات المقارنة

الدول	المخالفات	الجنح	الجنايات
ليبيا	03 أيام		لا تجوز فيها المعارضة
سوريا	05 أيام		
الإمارات	07 أيام		
الجزائر	10 أيام		
مصر			
تونس			
المغرب			
لبنان			
الأردن	10 أيام لمن يقيم في باريس/شهر لمن يقيم خارج باريس		
فرنسا			
الكويت	لا تجوز فيها المعارضة	7 أيام	
العراق	شهر واحد	03 أشهر	06 أشهر

¹ - Art : 491

النص الأصلي للمادة هو :

« Si la signification du jugement a été faite à la personne du prévenu de l'opposition doit être formé dans délais ci après, qui courent a compté de cette signification dix jours si le prévenu réside en France métropolitaine, un mois s'il réside de ce territoire »

² - فودة، عبد الحكيم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 5، ص 81.

وتعليقا على هذا الجدول، فإن أغلب التشريعات الإجرائية الجزائية تنفق في عدم جواز المعارضة في الحكم الغيبي الصادر من محكمة الجنايات في جنابة، وذلك لأن الحكم الغيبي الصادر في جنابة من المحكمة الجنابات هو مجرد حكم تحميدي يسقط بقوة القانون بمجرد القبض على المتهم أو تسليم نفسه، ومن ثم فلا حاجة إلى المعارضة في الحكم الغيبي لأنه ليس بحكم قضائي بالمعنى الدقيق والفني للحكم.

ومن ثم نرى أن النظام القانوني للأحكام الصادرة من محكمة الجنايات في جنابة هو نظام يتسق وينسجم مع ما وضع له من قواعد تكفل حق المتهم الغائب في الطعن في الحكم الصادر ضده.

كما تتفق كل التشريعات الجزائية، ما عدا التشريع الكويتي، في أن المعارضة جائزة في المخالفات، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن الحكم الغيبي الصادر في المخالفات هو حكم له من الخطر ما له على حرية المحكوم عليه غاييا وعلى ماله، خاصة أنه يمكن تنفيذه إذا انقضت مواعيد الطعن أو رفض الطعن، كما أن عدم السماح بالمعارضة فيه يحرم المحكوم عليه غاييا من إحدى درجات التقاضي الأولى أو الثانية، ولذلك كان لا بد من منحه حق المعارضة لتحقيق العدل وعدم حرمانه من إحدى درجات التقاضي.

كما يستخلص من الجدول أن أغلب التشريعات جعلت ميعاد المعارضة هو 10 أيام وهو اتجاه أفضل من التشريعات التي جعلته أقصر من هذا الميعاد كالتشريعات الكويتية والإماراتي اللذين جعلاه 07 أيام، والسوري الذي جعله 05 أيام، والتي الذي جعله ميعادا قصيرا جدا لا يتحقق المقصود منه، كما أن ميعاد 10 أيام هو أفضل من إطائه إلى ثلاثة أشهر أو ستة أشهر الذي يبلغ طويلا جدا مما يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني للأوضاع والمراكز الحقوقية.

والذي نراه أن أفضل ميعاد للمعارضة، والذي يحقق المقصود منه كما أنه يستجيب بشرط أن يكون الميعاد وسطا بين الطول والقصر هو ميعاد الشهر، وهذا كاقترح ورأي.

ب/ ميعاد المعارضة في المواد العسكرية

ميعاد المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من المحاكم العسكرية هو 05 أيام إذا كان معتقلا، و24 ساعة إذا جرى توقيفه، وهذا بحسب نص م 5/199-6 ق ق ع حيث نصت على أن: «تجرى المعارضة في الحكم الغيبي بموجب تصريح للعون المكلف بالتبليغ، أو لكتاب ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم خلال خمسة أيام من تبليغ المحكوم عليه شخصا إذا كان معتقلا، وإذا جرى توقيفه ففي خلال 24 ساعة من التوقيف بموجب تصريح إلى كتابة ضبط السجن».

ويفهم من نص المادة المذكورة أن أجل المعارضة هو خمسة أيام إذا كان المتهم معتقلا، ولم يتمكن من الحضور وكذلك إذا كان طليقا، ولم يصدر ضده أمر بالقبض، وتقلص هذه المدة إلى 24 ساعة فقط من تاريخ توقيف المحكوم عليه الذي صدر ضده حكم غيبي بالإدانة مع الحكم.¹

¹ جبار، صلاح الدين، طرق الطعن في أحكام المحاكم العسكرية، مرجع سابق، ص 87.

وهكذا نجد أن المشرع الإجرائي العسكري الجزائري قد أخذ بنظام المعارضة في الأحكام الغيابية التي تصدرها المحاكم العسكرية، وهذا رغم أن القضاء العسكري هو من درجة واحدة ولا يجوز الطعن في أحكامه بالاستئناف.

والمشرع العسكري الجزائري، وهو يأخذ بنظام المعارضة في الأحكام العسكرية، يكون قد خالف ما عليه بعض التشريعات العسكرية من عدم جواز المعارضة في الأحكام الغيابية العسكرية كالتشريع المصري الذي نص في م 117 ق أ ع المصري على أنه: «لا يجوز الطعن بأي وجه من الوجوه في الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية أمام أية هيئة قضائية أو إدارية».

والحق، فإن إقرار المشرع الجزائري لنظام المعارضة هو إقرار بأن القضاة العسكريين شأنهم شأن القضاة العاديين بشر معرضون للخطأ والسهو والنسيان، ومن ثم لا بد من إباحة الطعن بالمعارضة في أحكامهم الغيابية، من أجل منح ضمان لمن حكم عليه غيابيا ضد احتمال الخطأ بإجازة عرض الأمر من جديد على القضاء لإصلاح هذا الخطأ قبل أن يصبح الحكم حجة بما ورد فيه، وعنوانا عند الكافة على الحقيقة المطلقة، والكلمة الأخيرة التي لا معقب لها قانونا.

رابعاً/ بدء سريان الميعاد، وتبليغ الحكم الغيابي

نظراً للعلاقة الكبيرة بين بدء سريان ميعاد المعارضة، وبين تبليغ الحكم الغيابي والمتمثلة في أن بدء سريان الميعاد لا يبدأ إلا من تاريخ التبليغ، رأينا دمجها تحت عنوان واحد تم دراستهما وفق الخطة الآتية:

أ/ بدء سريان الميعاد.

ب/ تبليغ الحكم الغيابي الملطي.

ج/ تبليغ الحكم الغيابي الجزائي.

أ/ بدء سريان ميعاد المعارضة

إن اللحظة الزمنية التي يبدأ فيها ميعاد المعارضة بالسريان هي اليوم التالي لتبليغ الحكم الغيابي، وهذا ما نصت عليه م 726 ق إ ج¹، وأكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها²، فإذا كان التبليغ حصل يوم 07 أوت فإن تاريخ بدء الميعاد هو يوم 08 أوت، ويشترط في التبليغ حتى ينتج أثره أن يكون صحيحاً، ولذلك قررت المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنه: «لا يترتب أي أثر قانوني في تبليغ فاسد وغير صحيح لحكم غيابي»³.

وتجب الإشارة إلى أن بدء ميعاد المعارضة من اليوم التالي للتبليغ ليس معناه أن المعارضة غير جائزة قبل هذا التاريخ، وإنما يجوز للغائب الذي يتضرر من الحكم أن يعارض فيه فور عمله بصاحب الحكم ضده، حتى نسو لم

¹ سونطافيا م 538 ق إ م الفرنسي، وم 491-492 ق إ ج الفرنسي، وم 632 ق أ م اللباني، وم 155 ق أ م ج اللباني، وم 188 ق إ م ج الكويتي، وم 205 ق أ م ج السوري، وم 398 ق إ ج المصري، وم 243 ق إ م ج العراقي، وم 101 ق إ ج الليبي.

² قرار صادر يوم: 1983/12/13 ق إ ج من الغرفة الجنائية، في الطعن رقم: 36018، نقلاً عن: بعلادي، جلال، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 1، ص 32.

³ قرار صادر يوم: 1980/07/29 م، من الغرفة المختصة في الطعن رقم: 20906، نقلاً عن: بعلادي، جلال، المدعى نفسه ج 1، ص 150.

يُحصل التبليغ له، ذلك أن القانون حين افترض عدم علم الغائب وأوجب حساب ميعاد المعارضة ابتداء من تاريخ التبليغ لا من تاريخ صدور الحكم، إنما أوجب ذلك على المحكوم لصالحه أو النيابة العامة ليعلن خصمه لتبدأ مواعيد المعارضة، فبداية الميعاد هو مقرر لمصلحة الطاعن، والذي يمكنه التقدم بطعنه فور صدور الحكم وقبل تبليغه إليه أو قيامه بالتبليغ.¹

ب/تبليغ الحكم الغيابي المدني

لعله من المفيد أن نذكر شروط التبليغ قبل التطرق إلى كيفية التبليغ.

1/ شروط التبليغ

يشترط في التبليغ ما يأتي:

I -/ أن يكون تبليغ الحكم الغيابي مصحوبا بنسخة رسمية منه، أو نسخة مطابقة لأصله، وهذا حسب م 42 ق إ م، وإلا كان التبليغ باطلا حسيما قررته المحكمة العليا في قرارها.²

II -/ أن لا يتم التبليغ قبل الساعة الثامنة صباحا، ولا بعد الساعة الثامنة عشر، ولا في أيام العطلة الرسمية إلا بإذن القاضي في حالات الاستعجال أو وجود خطر من التأخير، وهذا بنص م 2/463 ق إ م. وتعد من أيام العطلة الرسمية التي لا يجوز فيها إجراء التبليغ، أيام الراحة الأسبوعية كالجمعة والأعياد الرسمية الدينية والوطنية، إعمالا للمادة 464 ق إ م.

III -/ أن يذكر في سند تبليغ الحكم الغيابي- تحت طائلة البطلان- أنه بانقضاء مهلة المعارضة وهي 10 أيام يسقط حق الطرف في المعارضة، وهذا تطبيقا للمادة 2/98 ق إ م، وم 1/411 ق إ ج، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها.³

وهذه الشروط هي شروط جوهرية في التبليغ في المواد المدنية والجزائية معا، يترتب على مخالفتها بطلان تبليغ الغيابي ومن ثم عدم بدء سريان ميعاد المعارضة لأن التبليغ لم يتم وفقا للقانون. ويشار أنه إذا كان تبليغ الحكم الغيابي فاسدا وغير صحيح قانونا، فإنه يجب إيدأؤه والتمسك به أمام المحكمة أو المجلس القضائي، أي قبل أن يصير الحكم نهائيا، ولذا قررت المحكمة العليا أنه: «لا يجوز التمسك بعدم صحة تبليغ القرار الغيابي لأول مرة أمام المجلس الأعلى».⁴ فيجب التمسك بعدم صحة تبليغ الحكم الغيابي أمام المحكمة أو المجلس القضائي قبل إيدأئه أمام المحكمة العليا.

¹ -فردة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجزائية، مرجع سابق، ج 2، ص 40 عمر، نبيل إسماعيل وتحليل أحمد، قسانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 534
² -القرار رقم: 43742 الصادر بتاريخ 1987/07/06م المجلة القضائية، العدد 04، السنة 1990م ص 139. و القرار رقم 52820 الصادر بتاريخ 1988/06/11م المجلة القضائية، العدد 04، السنة 1990م، ص 27.
³ -قرار صادر يوم: 1990/01/23م، من القسم الأول لغرفة الجتح والمخالفات في الطعن رقم: 59484، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 1992م، ص 200.
⁴ -قرار صادر يوم: 1981/02/05م، من القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 18553. نقلا عن: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 156.

ب/ كيفية التبليغ

تنص م 1/98 ق إ م على أن تبليغ الحكم الغيابي في المواد المدنية يكون وفقا للمواد 22-23-24-25 من القانون نفسه، وبالرجوع إلى هذه المواد فإن تبليغ الحكم الغيابي المدني يكون كالآتي:

1/ القائم بالتبليغ

I) يكون تبليغ الحكم الغيابي إما بواسطة كاتب الضبط أو يرسل بطريق البريد ضمن ظرف موسى عليه أو بالطريق الإداري. أما إذا لم يكن للمطلوب تبليغه موطن بالجزائر، فالتبليغ يكون إلى محل إقامته المعتاد، أما إذا لم يكن هذا المحل معروفا فيعلق على لوحة إعلانات المحكمة المرفوع أمامها الطلب وتسلم نسخة ثانية منه إلى النيابة العامة التي توشر على الأصل بالاستلام. أما إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في الخارج فترسل النيابة العامة النسخة إلى وزارة الشؤون الخارجية أو أية سلطة أخرى مختصة بذلك طبقا للاتفاقيات الدبلوماسية، وهذا كله إعمالا للمادة 22 ق إ م.

II) المحضر: يقوم المحضر بتبليغ الحكم الغيابي، وهذا إعمالا للمادة 05 قانون المحضر القضائي¹، والتي تنص على أن: «المحضر ضابط عمومي يتولى تبليغ المحررات والإعلانات القضائية والإشعارات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وطبعا فإن الاستثناء الذي أشارت إليه المادة هو خاص بتبليغ الحكم الغيابي الجزائري. ونشير فقط إلى أن المشرع قد أخطأ التعبير في المادة المذكورة أعلاه حين عبر بـ«التنظيمات» والأصح «الأنظمة».

2/ تبليغ الشخص الطبيعي

حسب م 23 ق إ م فإنه يصح تبليغ الحكم الغيابي إما إلى الشخص المطلوب تبليغه، وإما إلى أحد أقاربه، أو تابعيه، أو البوابين، أو أي شخص آخر يقيم بالمتزل نفسه. وفي حالة عدم وجود موطن فإن التبليغ في محل الإقامة يعد بمثابة تبليغ في الوطن. ويجب أن يسلم الحكم الغيابي ضمن ظرف مغلق لا يحمل غير إسم ولقب ومسكن الخصم وتاريخ التبليغ مشفوعا بإمضاء الموظف الذي قام به وخاتم الجهة القضائية. وبالنسبة لفاقدي الأهلية أو ناقصيها فإن تبليغ الحكم الغيابي يوجه إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه، حسب نص م 467 ق إ م.

3/ تبليغ الشخص الاعتباري

يكون تبليغ الشخص المعنوي بمثابة التبليغ للشخص المطلوب تبليغه إذا تم إلى ممثله القانوني، أو أي مفوض عن هذا الأخير، أو أي شخص آخر مؤهل لهذا الغرض، حسب م 4/23 ق إ م و م 467 ق إ م. ويجب أن يوشر عليه من الموظف الموكل إليه استلامه طبقا للمادة 1/473 ق إ م.

¹ - القانون رقم: 91- 03 المؤرخ في: 08 جانفي 1991 م و المتعلق بمهنة المحضر.

4/ في حالة استحالة التبليغ

وإذا استحال تبليغ الشخص المطلوب تبليغه الحكم الغيابي، فتسلم ورقة التبليغ إما في موطنه، وإما في محل إقامته، وإن لم يكن له موطن معروف في الجزائر تطبيقاً للمادة 5/23 ق إ م. كما أنه إذا استحال التبليغ إما لعدم مقابلة الخصم، أو من يقيم في موطنه، أو محل إقامته، وإما بسبب رفضه استلام التبليغ، أو رفض الأشخاص المؤهلين لاستلام تبليغ الحكم الغيابي فيذكر ذلك في هذا الأخير. ويرسل تبليغ الحكم الغيابي عندئذ إلى الخصم ضمن ظرف موصى عليه مع علم الوصول، أو إلى السلطة الإدارية المختصة التي ينبغي عليها أن توصله إلى الخصم المذكور.

ويعد تبليغ الحكم الغيابي صحيحاً إذا حصل خلال 10 أيام، تبدأ من إعادة وصل البريد أو السلطة الإدارية، إعمالاً للمادة 24 ق إ م.

وهذه الحلول الأخيرة وضعها المشرع بقصد ألا يكون استحالة التبليغ وسيلة لتضييع الحقوق وأكلها وإهدارها، فهذه الوسائل هي مجرد حيل وضعت بغرض إصدار حكم قضائي حتى ولو كان الشخص المدعى عليه غائباً.

هذا، ويلاحظ أن بعض التشريعات الإجرائية تتطلب تبليغ الحكم الغيابي خلال مدة معينة وإلا اعتبر ساقطاً حتماً، مثلما هو مسلك المشرع اللبناني الذي أوجب تبليغ الحكم الغيابي خلال ثلاثة أشهر، حسب م 474 ق إ م اللبناني، وكذلك المشرع المصري الذي أوجب أيضاً تبليغ الحكم الغيابي خلال ستة أشهر، حسب م 393 مرافعات مصري من تاريخ النطق به وإلا اعتبر ساقطاً ومنعدماً ولاغياً، ولكن سقوط الحكم الغيابي في هذه الحالة لا يتناول إلا الحكم، أما الإجراءات السابقة فتبقى قائمة، أي أن الدعوى تكون عند طلب التجديد وكأنها مؤهلة للحكم، فيعود أطراف النزاع إلى النقطة التي كانت قد وصلت إليها الاجتهادات قبل صدور الحكم.¹

وهذا في الحقيقة يؤكد أن الحكم الغيابي - إذا لم يبلغ في تلك المدة ويسقط حتماً - ما هو إلا إجراء من إجراءات التحقيق ومرحلة من مراحل الخصومة قبل الفصل فيها بحكم قطعي.

جـ/ تبليغ الحكم الغيابي الجزائي

تحيل م 408 ق إ ج إلى م 439 من القانون ذاته بالنسبة لتبليغ الحكم الغيابي الجزائي، وبالعودة إلى م 439 ق إ ج وما يليها فإنها تنص على أن تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية في التبليغات ما لم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح.

ولا يجوز للقائم بالتبليغات أن يتولى إجراء تبليغ لنفسه، أو لزوجه، أو أحد أقاربه، أو أصهاره من الحواشي إلى درجة ابن العم الشقيق، أو ابن الخال الشقيق.

¹ - عمر، نبيل إسماعيل وحميل، أحمد، قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 534.

ويسلم التبليغ بالحكم الغيابي بناء على طلب النيابة العامة، ومن كل إدارة مرخص لها قانونا بذلك، كما يجب على المكلف بالتبليغ أن يحيل الطلبات المقدمة إليه دون تأخير، ويذكر في التبليغ بالحكم الغيابي الواقعة التي قامت عليها الدعوى مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها. كما يذكر في التبليغ المحكمة التي رفع أمامها النزاع ومكان وزمان وتاريخ الجلسة، وتعين فيه صفة المتهم والمسؤول مدنيا، والحكم الصادر بالإدانة، حسب م 440 ق إ ج.

وإذا حصل التبليغ لشخص المتهم كان هذا التبليغ دليلا قاطعا، وقرينة جازمة في حصول العلم اليقيني للمتهم بصدور الحكم الغيابي ضده، ومن ثم فلا يجوز له أن يدفع بانتفاء علمه رغم أنه مخاطب بالتبليغ بشخصه، ولذلك يبدأ الميعاد من تاريخ التبليغ، حسب م 1/411 ق إ ج.

وإذا لم يحصل التبليغ لشخص المتهم فإن ميعاد المعارضة لا يسري إلا اعتبارا من تبليغ الحكم بالموطن، أو مقر المجلس الشعبي البلدي، أو النيابة العامة، غير أنه إذا لم يحصل التبليغ لشخص المتهم ولم يخلص من إحسار تنفيذي ما، أن المتهم قد أحيط علما بحكم الإدانة فإن معارضته جائزة القبول حتى بالنسبة للحقوق المدنية إلى حين انقضاء مواعيد سقوط العقوبة بالتقادم، وتسري مهلة المعارضة في الحالة المشار إليها في الفقرة السابقة اعتبارا من اليوم الذي أحيط به المتهم علما بالحكم، حسب م 1/412-2-3 ق إ ج.¹

والحق أن هذه المادة الأخيرة بفقراتها الثلاث تتكلم عن حالة استحالة التبليغ إلى المتهم، وتقرر أنه إذا استحال التبليغ فإن الحكم الغيابي يسقط بانقضاء مواعيد سقوط العقوبة بالتقادم، وهو 05 سنوات بالنسبة للجنح - حسب م 1/614 ق إ ج- وستين بالنسبة للمخالفات - حسب م 615 ق إ ج- ويسري التقادم ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه ذلك القرار أو الحكم نهائيا.

وإذا سقط الحكم الغيابي الجزائي بالتقادم فإنه: «لا يجوز أن يتقدم المحكوم عليهم غيابيا، أو بسبب تغلغهم عن الحضور إذا ما تقدمت عقوبتهم لإعادة المحاكمة» حسب م 616 ق إ ج.

ونشير إلى أن التبليغ إذا لم يحصل لشخص المتهم، أو حصل في الوطن، أو مقر المجلس الشعبي البلدي، أو النيابة العامة، فإن هذا التبليغ لا يعد إلا قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس،² فإذا نجح المتهم في إثبات عدم علمه بالحكم في تاريخ التبليغ رغم حدوثه انتفت القرينة، فلا يبدأ الميعاد إلا من تاريخ العلم القطعي.

خامسا/ امتداد ميعاد المعارضة

القاعدة العامة أن ميعاد المعارضة محدد لا يمتد ولا يزداد عليه، غير أن هناك حالات استثنائية يمتد فيها الميعاد ويضاف إلى الميعاد الأصلي فيصبحان ميعادا واحدا. ويمكن حصر هذه الحالات الاستثنائية في ثلاث حالات هي: القوة القاهرة، مصادفة آخر الميعاد يوم عطلة رسمية، والمسافة. وتكلم الآن عن هذه الحالات بشيء مسن التفصيل بالترتيب السابق.

¹ - يطابقها الفصل 176 م إ ج التونسية، و م 398 ق إ ج المصري.

² - فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 5، ص 84.

أ/ امتداد الميعاد بسبب القوة القاهرة

أحيانا لا يتمكن الخصم من التقرير بالمعارضة لسبب خارج عن إرادته، فقد تكون هناك قوة قاهرة تمنعه عن ذلك، ومن ثم فمن غير العدل سريان الميعاد في حقه مع وجود هذه القوة القاهرة، وهذا المانع الخارج عن سيطرته وإرادته. وإنما من العدل أن يتعدى هذا الميعاد إلى اليوم التالي لزوال هذا العذر والمانع، لأنه لا تكليف إلا بمقدور ومستطاع.

والقوة القاهرة متعددة الأوجه منها الفيضانات والزلازل والحروب، وتفشي الأمراض والأوبئة، وتعطل وسائل المواصلات وغيرها، فهذه كلها تحول دون تمكن الخصم من التقرير بالمعارضة في الميعاد المحدد، ومن ثم يجب أن يمتد ميعاد المعارضة إلى أول يوم تزول فيه القوة القاهرة.

وهذا ما نصت عليه م 461 ق إ م التي قررت أنه: «فيما عدا حالة القوة القاهرة يترتب السقوط على مخالفة المواعيد المحددة قانونا لمباشرة حق من الحقوق بموجب نصوص هذا القانون».

فهذه المادة تقرر بمفهوم المخالفة- أن ميعاد المعارضة في حالة القوة القاهرة لا يسقط الحق في ممارسة أي إجراء من الإجراءات، بل إن الميعاد يمتد إلى أول يوم تزول فيه القوة القاهرة.

ب/ امتداد الميعاد بسبب مصادفة آخر الميعاد يوم عطلة رسمية

تنص م 463 ق إ م -وتطابقها م 2/726 ق إ ج- على أنه: «إذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه».

وتعتبر قاعدة امتداد المواعيد بسبب العطلة الرسمية، التي تنص عليها المادة السالفة الذكر، قاعدة عامة تطبق على كل المواعيد على اختلاف أنواعها سواء المواعيد الموضوعية أم الإجرائية، وسواء المدنية أم الجزائية.

ولا يمتد الميعاد في حالة ما إذا وقعت أيام العطلة الرسمية في بداية الميعاد أو في غرضونه، ووقوع العطلة الرسمية أثناء الميعاد وخلالها لا يوقف سريانه بل يسري في أثناءها، فإذا ما صادف آخر الميعاد يوم عطلة رسمية امتد الميعاد إلى اليوم التالي للعطلة، وفي حالة تعدد أيام العطلة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد هذه العطلة. أما إذا كانت أيام العطلة الرسمية خلال وأثناء الميعاد، ولم يكن اليوم الأخير منه يوم عطلة فإن الميعاد لا يمتد ولو ترتب على ذلك أن أصبح الجزء الأكبر من الميعاد أيام عطلة، ما دام اليوم الأخير لم يكن يوم عطلة رسمية، وهذا ما نصت عليه م 726 ق إ ج بقولها: «...تحسب أيام الأعياد ضمن الميعاد».

والحكمة من تقرير قاعدة امتداد الميعاد إذا صادف اليوم الأخير منه عطلة رسمية هي أن المشرع قصد أن يفيد من تقرير الميعاد لمصلحته من الميعاد كاملا، فمن غير المقبول أن يضيع منه اليوم الأخير وهو آخر فرصة له في الطعن بسبب أنه وافق عطلة رسمية، كالأعياد الوطنية والدينية وأيام الراحة الأسبوعية، فلا يستطيع إذا تعطلت الأعمال فيها أن يقوم بالإجراء الذي تعلق به حقه.¹

¹ البلشي، زغول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 147.

ولكن إذا صادف آخر يوم في ميعاد المسافة يوم عطلة رسمية فهل يمتد الميعاد أم لا؟ قضت محكمة النقض المصرية أن الميعاد يمتد بسبب أيام العطلة، ولو كان ممتدا بسبب للمسافة لقيام ذات العلة في هذا الامتداد، ولكن شرط هذا الامتداد أن تقع العطلة في آخر يوم من ميعاد المسافة، لأن الميعاد الأصلي وميعاد المسافة يكونان هنا وحدة واحدة، فإذا وقعت العطلة في نهاية الميعاد الأصلي، أو وقعت خلال ميعاد المسافة فلا يترتب على ذلك أي امتداد.¹

ج- امتداد الميعاد بسبب المسافة

I/ في التشريع الجزائري

يختلف امتداد الميعاد في المعارضة بسبب المسافة في المواد المدنية عنه في المواد الجزائية، ولذا تناول امتداد الميعاد في المعارضة المدنية أولا، فالمعارضة الجزائية ثانيا.

I / - امتداد الميعاد في المعارضة المدنية

فرقت المادة 2/26 ق إ م بين من يقيم في المغرب وتونس، وبين من يقيم في البلاد الأخرى فقبرت أن: «... تكون المهلة المذكورة شهرا واحدا إذا كان يقيم بتونس أو المغرب، و شهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى».

II / - امتداد الميعاد في المعارضة الجزائية

يمتد ميعاد المعارضة بسبب المسافة في المواد الجزائية إلى شهرين إذا كان الطرف المتخلف يقيم خارج التراب الوطني، وهذا إعمالا للمادة 2/411 ق إ ج.

- ويلاحظ على الامتداد الذي قرره المشرع الجزائري سواء في المواد المدنية أم في الجزائية أنه يتميز بما يأتي:²
 - إن السبب الحقيقي في الامتداد في هذه الحالات ليس بسبب بُعد المسافة بين محل إقامة الخصم ومقر المحكمة، وإنما سببه هو الاختلاف والتباين في النظام القانوني السائد في المكانين، وهذا ما يفسر عدم استفادة الخصم الذي له موطن في أقصى الجنوب مثلا حين يكون مدعوا للتقاضي أمام محكمة بأقصى شمال البلاد، واستفادته حين يكون المدعو مقيما في وحدة المغربية أو في بقرت التونسية.
 - إن العبرة ليست بجنسية الخصم حتى يكون له حق امتداد الميعاد بسبب المسافة، وإنما العبرة هي بالإقامة في بلاد أجنبية، ومن ثم فلا يستفيد الأجنبي الذي له موطن في الجزائر بامتداد المواعيد بسبب المسافة، في حين يستفيد الجزائري الذي يقيم بالخارج، وكل هذا مفهوم من النصوص التشريعية السابقة.
- وبالمقارنة بين امتداد ميعاد المعارضة المدنية بسبب المسافة، وبين امتداده في المعارضة الجزائية نرى أنه من الأفضل توحيد امتداد الميعاد بسبب المسافة، بحيث يكون شهرين كاملين في كل المواد المدنية والجزائية تسيطا للإجراءات وتسهيلا لها.

¹ - البلشي، زغلون، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 148.

² - أمقران، بوبشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 180.

2- في التشريعات المقارنة

أما على مستوى التشريعات المقارنة فإنها تأخذ بامتداد الميعاد بسبب المسافة إلا أنها تختلف في تحديدها، فتونس تحدد الأجل الممتد بثلاثين يوما، حسب الفصل 1/175م إ ج التونسية.

أما في مصر فإنها فرقت بين حالتين: بين من يقيم في داخل الإقليم المصري، وبين من يقيم في الخارج، فمن له موطن و يقيم في الإقليم المصري فإنه يضاف على الميعاد يوم لكل مسافة مقدارها 50 كلم بين المكان الذي يجب الانتقال منه والمكان الذي يجب الانتقال إليه، وما يزيد عن ذلك على الثلاثين 30 كلم يزداد له يوم على الميعاد، ولكن في كل الحالات لا يجوز أن يجاوز ميعاد المسافة أربعة 04 أيام.

أما من يقع موطنه في مناطق الحدود فإن ميعاد المسافة يكون 15 يوما حسب م 16 مرافعات مصري. في حين أن ميعاد المسافة لمن يكون في الخارج فهو ستون 60 يوما، إعمالا للمادة 1/17 مرافعات مصري، وهذا التمديد يطبق في المواد المدنية والجزائية معا، أي أنه موحد.

3- مقارنة بين التشريعات في امتداد الميعاد بسبب المسافة

وبالموازنة والمقارنة بين التشريع الجزائري والمصري بالأخص نلاحظ ما يأتي:

I -/ أن المشرع المصري مدد الميعاد بسبب المسافة ليس لمن يقيم خارج الإقليم فقط كما هو ديدن المشرع الجزائري، وإنما داخل الإقليم المصري أيضا، فأصبح ليس فقط من يقيم في الخارج وإنما أيضا من يقيم في الإقليم المصري له الحق في تمديد الميعاد بسبب المسافة، في حين أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه الحالة إطلاقا، وكان الجزائر قرية صغيرة لا تستحق الحلول التي تنبض وتفيض بالعدل والعدالة، مع أن الجزائر هي قارة شاسعة المساحة أكبر من مصر.

وتأسيسا على ما سبق نقترح أن يحدث المشرع الجزائري نصا تشريعا يقضي بتمديد الميعاد بسبب المسافة داخل الإقليم الوطني، ونحن إذ نقترح هذا الاقتراح نترك للمشرع كامل السلطة التقديرية في تمديد هذا الميعاد. والحق أن هذا الاقتراح يفرض نفسه فرضا، ذلك من أنه من غير المقبول ولا من المعقول أن يعامل من يقيم في أقصى الجنوب -جانت مثلا- كمن يقيم في حي من أحياء العاصمة؟ وشتان ما بينهما، فالفاصل هو أكثر من ألفي كلم بينه وبين المحكمة التي هو مدعو أمامها التي تكون في العاصمة أو في ولاية أخرى من ولايات الشمال.

II -/ كما يلاحظ أيضا أن المشرع المصري وحد بين امتداد الميعاد بسبب المسافة في المواد المدنية وبين امتداده في المواد الجزائية بالنسبة لمن يقيم في الخارج إلى شهرين كاملين، في حين أن المشرع الجزائري لم يوحده بينهما، ونحن نؤكد ما قلناه سابقا من ضرورة التوحيد تبسيطا للإجراءات، وتسهيلا لها ممارسة ومعرفة.

سادسا/لهاية ميعاد المعارضة

سبق وأن قلنا أن ميعاد المعارضة يحتسب كاملا، فلا يحتسب فيها يوم بدايتها ولا يوم انقضائها، وهذا إعمالا لنص م 726 ق إ ج التي قررت أن: «جميع المواعيد المنصوص عليها في هذا القانون مواعيد كاملة، ولا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم انقضائها»، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها¹.

وإذن فميعاد المعارضة لا يحتسب فيه يوم التبليغ، وإنما يحسب اليوم التالي للتبليغ، فإذا تم التبليغ يوم 07 أوت فإن بداية الحساب هو اليوم التالي أي يوم 08 أوت.

وإذا كان ميعاد المعارضة هو عشرة أيام -في القضايا المدنية العادية والجزائية- والتبليغ حصل يوم 07 أوت، فإن الميعاد يبدأ في السريان ابتداء من اليوم التالي للتبليغ أي 08 أوت، ويمكن التقرير بالمعارضة في جميع الأيام التالية، ورغم أن الميعاد ينقضي يوم 17 أوت فإن المشرع الجزائري نظرا لاعتباره كل المواعيد كاملة يجوز تقديم المعارضة في اليوم التالي لآخر يوم في الميعاد أي يوم 18 أوت، فكان الميعاد أصبح 11 يوما لا 10 أيام.

وإذا كان ميعاد المعارضة هو 15 يوما -كما هو الحال في أوامر الأداء- وحصل التبليغ يوم 07 أوت، فإنه يبدأ في الحساب من يوم 08 أوت، وآخر يوم يجوز فيه التقرير بالمعارضة ليس هو يوم 22 أوت وإنما هو يوم 23 أوت.

وإذا كان ميعاد المعارضة هو شهر -كما هو الشأن في القرارات الإدارية الصادرة من الغرف الإدارية المتعددة بالمجالس القضائية- فإن آخر يوم يجوز فيه التقرير بالمعارضة ليس هو يوم 07 سبتمبر، وإنما هو يوم 08 سبتمبر، إذا حصل التبليغ يوم 07 أوت، والحساب يبدأ يوم 08 أوت.

وقد حكمت المحكمة العليا طبقا للمادة 463 ق إ م فقررت أن: «الحكم المبلغ يوم 21 ماي 1976 يجوز استئنافه يوم 22 يوليو 1976»².

فحسب هذا القرار، فإن مواعيد الطعن هي كلها مواعيد كاملة لا يحسب فيها اليوم الأخير.

الفرع الثاني: التقرير بالمعارضة

نتطرق في هذا الفرع إلى التقرير بالمعارضة في الفقه الإسلامي في بند أول، فالقانون الوضعي في بند ثان.

البند الأول: التقرير بالمعارضة في الفقه الإسلامي

نسعى في هذا البند إلى التأسيس للتقرير بالمعارضة في الفقه الإسلامي وفق الخطة الآتية:

أولا/ التعريف بعلم الشروط والسجلات.

ثانيا/ التأسيس الشرعي لكتابة الوثائق القضائية.

ثالثا/ المعلومات التي ينبغي ذكرها في كتابة الوثيقة.

¹ -القرار رقم: 28094، الصادر بتاريخ: 1983/02/22، المحلة القضائية، العدد 01، السنة 1989، ص 355-336.

² -القرار الصادر بتاريخ: 31 مارس 1982م، عن الغرفة المدنية في الطعن رقم: 18485. نشرة القضاة، السنة 1982م، ص 105. والقرار رقم: 51751، الصادر بتاريخ: 1988/11/21م، المحلة القضائية، العدد 03، السنة 1990، ص 75. نقلا عن: إبراهيمي، محمد، السوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 2، ص 302.

أولاً/ التعريف بعلم الشروط والسجلات

يطلق على العلم الذي يعني بكتابة الوثائق بـ «علم الشروط والسجلات»، وإن كان البعض يسميه بـ «علم الوثائق»¹، والبعض الآخر يسميه بـ «علم الشروط»².

ويعرف علم الشروط والسجلات بأنه: «علم باحث عن كيفية ثبت الأحكام الثابتة عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند الحاجة»³.

وموضوع هذا العلم هو الأحكام والأعمال القضائية من حيث الكتابة، كما يتنازع هذا العلم علمان، فهو باعتبار لفظه من فروع علم الإنشاء، وباعتبار مضمونه من فروع علم الفقه⁴.

وقد كتب الكثير من العلماء في هذا العلم⁵. أما أول من وثق ودون وكتب الأحكام القضائية فهو سُلَيْم بن عتر التجيبي الذي تولى القضاء في مصر لمعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما ثم عزل عنه سنة 60هـ، وسبب أول تدوينه الحكم أنه قضى بين خصوم في ميراث، ثم تناكروا وعادوا مرة ثانية فحكم بينهم ودون الحكم في سجل خاص⁶.

وهكذا يتبين لنا أن كتابة الوثائق القضائية هو علم قائم بذاته، وأن ممارسة التدوين والتوثيق هي ممارسة قديمة قدم هذه الأمة المجيدة. ويعتبر هذا العلم كما يقول السرخسي: «من أكد العلوم، وأعظمها صنعة»⁷، ولذلك فإن حكم تعلمه أنه فرض على الكفاية⁸.

ثانياً/ التأصيل الشرعي لكتابة الوثائق القضائية

والتأصيل يكون من القرآن الكريم، والسنة الشريفة، والمعقول.

أ/ القرآن الكريم.

1/ قال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

وجه الاستدلال أن الآية نصت على توثيق الديون بالكتابة دلالة على أهميته في قطع المنازعات و فصل الخصومات، كما تحدثت عن ذلك آية الدين، وهي أطول آية في كتاب الله تعالى، وقد كان موضوعها هو

¹- ابن أبي الدم، أدب القضاء، مرجع سابق، ص 494. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق ج 1، ص 282.

²- السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 30، ص 167.

³- القنوجي، صديق بن حسن، أجدد العلوم، المسمى الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، إعداد: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، ص 339. طاش كبرى زاده، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت بالاشتراك مع دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ط 1، 1405هـ - 1985م، ج 2، ص 557.

⁴- القنوجي، المرجع والصفحة نفسها، طاش كبرى زاده، المرجع والصفحة نفسها.

⁵- القنوجي، المرجع نفسه، ص 339-340.

⁶- الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - مأمون الصاغري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1401هـ - 1981م، ج 4، ص 132.

⁷- السرخسي، المبسوط، المرجع والصفحة نفسها.

⁸- الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1، ص 485.

الإثبات والتوثيق، فإذا كان الأمر كذلك في دين بين طرفين فكيف بالحقوق التي هي فوق الديون، خاصة إذا تعلقت هذه الحقوق بحرية الإنسان ودمه. وإذن فهذه الآية: «أصل عظيم للتوثيق»¹.

2/ قال ﷺ: ﴿وَيَكْتُبُ بَيْنَكُمْ كَاتِبًا بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282] وقال: ﴿وَلَا يَأْبُ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾ [البقرة: 282].

فالآية الأولى يأمر فيها الله ﷻ بكتابة الوثائق بين الناس بالعدل، وهو أمر عام يشمل كتابة جميع الوثائق. أما الآية الثانية فقد أضاف الله ﷻ الكتابة إلى نفسه تعظيماً لها، وفي هذا دلالة على أهمية الكتابة وقيمتها الكبيرة في قطع دابر الخصومات، وفي حفظ الحقوق من الإنكار.²

ب/ السنة النبوية: كثيرة هي الأحاديث على مشروعية كتابة الوثائق القضائية منها:

1/ - عن ابن عمر رضي الله عنهما - أن الرسول ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده».³

وروجه الاستدلال أنه لو لم يجز الاعتماد على الكتابة كدليل وحجة لم يكن لكتابة الوصية فائدة. يقول الصنعاني: «واستدلوا بقوله: «مكتوبة عنده» على جواز الاعتماد على الكتابة والخط».⁴

2/ - أمر النبي ﷺ بكتابة الصلح بينه وبين قريش في وثيقة سميت بصلح الحديبية⁵.

فدلت كتابة الصلح بأمر من النبي ﷺ على جواز الكتابة والتوثيق.

ج/ المعقول

إن الكتابة والتوثيق تحقق فوائد كثيرة ذكر السرخسي بعضها فقال: «أحدها: صيانة الأموال، وقد أمرنا بصيانتها، ونهينا عن إضاعتها. والثانية: قطع المنازعة، فإن الكتاب يصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، فيكون سبباً لتسكين الفتنة ولا يجحد أحدهما حق صاحبه، مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه فيفتضح في الناس. والثالثة: التحرز عن العقود الفاسدة، لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها، فيحملها الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب. والرابعة: رفع الارتياح، فقد يشبهه مع المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الأجل، فإذا رجعا إلى الكتاب لا يبقى الواحد منهما ريباً، وكذلك بعد موتهما تقع الريبة لو ارتكبت كل واحد منهما بناء على ما ظهر من عادة أكثر الناس في أنهم لا

¹ - ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر بالاشتراك مع الشركة التونسية للتوزيع، تونس، د ط، 1985م، ص 204.

² - السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، ج 30، ص 168.

³ - رواه البخاري في الصحيح، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده»، ج 4، ص 02، ورواه مسلم في الصحيح، كتاب الوصية، باب الوصية، ج 3، ص 1249، رقم الحديث: 1627. واللفظ للبخاري.

⁴ - الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ج 3، ص 182.

⁵ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية، ج 5، ص 121. ورواه مسلم في الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية، ج 3، ص 1409، رقم الحديث: 1783.

يُؤدون الأمانة على وجهها، فعند الرجوع إلى الكتاب لا تبقى الريبة بينهم، فينبغي لكل أحد أن يصرف حتمته على تعلم الشروط لعظم المنفعة فيها»¹.

وبالجملة فإن الكتابة والتوثيق ذات أهمية كبيرة، وكما يقول ابن فرحون: «الخط... شخص قائم، ومثال مماثل، تقع العين عليه ويميزه العقل، كما يميز سائر الأشخاص والصور»²، فالكتابة دليل من أدلة التوثيق والإثبات.

زيادة على ذلك فإن المقصد الشرعي من الكتابة هو رفع الحرج والضيق عن الناس، ذلك أن التعامل الذي لا يكذب ولا يستشهد عليه يترتب عليه مفسد كثيرة منها شرور المنازعات المرهقة عسرا، والموقعة في أشد الحرج³، فكان الإذن بالكتابة رفعا للحرج، وتخفيفا على الناس وتيسيرا لهم، وإذن فالكتابة والتوثيق تدخل ضمن المقاصد الحاجية. فالقصد من الكتابة، كما يقول ابن عاشور، هو: «التوثيق للحقوق، وقطع أسباب الخصومات، وتنظيم معاملات الأمة، وإمكان الإطلاع على العقود الفاسدة»⁴.

وهذا يعني أن الكتابة والتوثيق ما هي إلا وسيلة وأداة لتحقيق المقاصد الشرعية من رفع الحرج والضيق على الناس، وفي هذا يقول ابن عاشور: «والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطها وأداؤها عند الاحتياج إليه، وذلك يقتضي كتابة ما يشهد به الشهود، إذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداوله مدة بييد في مثلها الشهود، فلذلك تعينت مشروعية كتابة التوثيق»⁵.

وهكذا، فإنه إذا كانت الكتابة وسيلة لتحقيق مقاصد شرعية فإن الوسيلة - وهي الكتابة - تأخذ حكم المقصد والغاية، ومن ثم تكون الكتابة مشروعة.

ثالثا/ المعلومات التي ينبغي ذكرها في كتابة الوثيقة

أما المعلومات والبيانات التي ينبغي ذكرها في الوثيقة التي تتم بها المعارضة فهي:⁶

- البسمة.
- لقب الشخص و اسمه و اسم أبيه و جده و مهنته و مقر سكناه.
- اسم من رفعت المعارضة ضده.
- ذكر التاريخ، اليوم، و الشهر، و السنة.
- أن يكمل أسطر الوثيقة جميعا، لئلا يلحق في آخر السطر ما يفسد بعض أحكام المكتوب أو يفسد كله.
- ذكر اسم المحكمة.
- ذكر موجز لمضمون المعارضة.

¹- السرخسي، المسوط، مرجع سابق، ج30، ص168.

²- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص440.

³- رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، مرجع سابق، ج3، ص134.

⁴- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير و التنوير، مرجع سابق، ج3، ص100.

⁵- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص204.

⁶- ابن فرحون، المرجع نفسه، ج1، ص283، ابن أبي الدم، أذب القضاء، مرجع سابق، ص496 وما بعدها.

أما المحكمة المختصة التي ترفع أمامها المعارضة، فإن نصوص الفقه الإسلامي لم تكن واضحة بما يطمئن النفس حولها، فهي تذكر أن الغائب ترجى له الحجّة إذا قدم دون أن تزيد أو تضيف. ورغم ذلك، فإنه يمكننا القول بأن المحكمة التي ترفع أمامها المعارضة هي ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وذلك استنتاجاً من أقوال الفقهاء بأن الغائب إذا قدم، فإنه يخبر بمن شهد عليه ولا يخبر بما شهدوا به عليه، فهذا يعني أن القاضي الذي ترفع أمامه المعارضة هو نفسه الذي أصدر الحكم الغيابي لأنه يعلم بالشهادة وبحقيقتها ومن ثم فلا حاجة لإعادتها.

البند الثاني: التقرير بالمعارضة في القانون الوضعي.

ونبرز بالتفصيل التقرير بالمعارضة في القانون الوضعي وفق الخطة الآتية:

أولاً/ التقرير بالمعارضة في المواد المدنية والجزائية.

ثانياً/ شكل وبيانات صحيفة المعارضة.

ثالثاً/ تبليغ المعارضة.

رابعاً/ المحكمة التي ترفع أمامها المعارضة.

أولاً/ التقرير بالمعارضة في المواد المدنية والجزائية

يقصد بالتقرير بالمعارضة رفعها إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي لطرح النزاع عليها من جديد. ويختلف هذا التقرير بالمعارضة في المواد المدنية عنه في المواد الجزائية، ولذا نتناول التقرير بالمعارضة في المواد المدنية أولاً، فالمواد الجزائية ثانياً.

أ/ التقرير بالمعارضة في المواد المدنية

I/ في التشريع الجزائري

حسب م 99 ق إ م - والتي تطابقها م 167 ق إ م - التي تحيل في رفع المعارضة إلى المادتين 12 و 13 ق إ م فإن التقرير بالمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي يتم بطريقتين هما:

I - باستخدام صحيفة المعارضة

فترفع بإيداع صحيفة المعارضة من المعارض أو من وكيله، وتكون مؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط.

II - التقرير بالمعارضة في قلم الكتاب

وهنا ترفع المعارضة بحضور المعارض أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعى عليه الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع.

وفي كلتا الحالتين تقيد المعارضة المرفوعة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة، وكل هذا إعمالاً للسادة 12 ق إ م و م 179/1 ق إ م.

2/ في التشريع المقارن

بالنسبة للتشريع الفرنسي فإن المعارضة المدنية ترفع بثلاث طرق حسب م 573 ق إ م الفرنسي، وهي طريقة استخدام صحيفة الدعوى، وطريقة الإعلان عن طريق المحامين، والطريقة الثالثة هي التقرير بما في قلم الكتاب تماما مثل المعارضة الجزائرية.

وبالمقارنة مع التشريع الجزائري، فإن التشريع الفرنسي يضيف طريقة أخرى للتقرير بالمعارضة وهي الإعلان بما عن طريق المحامين. والحق أنه ليس هناك ما يمنع من سلوك هذه الطريقة الفرنسية لا طالما أنها واضحة وتتم بصورة قانونية، ولذلك لا ضير في الأخذ بهذه الطريقة.

ب/ التقرير بالمعارضة في المواد الجزائية

يتم التقرير بالمعارضة في المواد الجزائية بطريقة واحدة وهي التقرير بما في قلم الكتاب، وهذا ينص م 4/412 ق إ ج التي تنص على أنه: «يجوز الطعن في الحكم الغيابي بالمعارضة بتقرير كتابي أو شفوي لدى قلم كتاب الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، وذلك في مهلة العشرة أيام من التبليغ « أي تبليغ الحكم الغيابي. ولكن السؤال المطروح هو: هل يجوز التقرير بالمعارضة باستخدام صحيفة المعارضة مثلما هو حاصل في المعارضة المدنية من المحكوم عليه غيابيا أو من وكيله؟

من المعروف أن قانون الإجراءات الجزائية يخصص الأحكام العامة التي يرد بها قانون الإجراءات المدنية، ومن ثم نرى أنه لا يجوز التقرير بالمعارضة في المواد الجزائية إلا بطريقة واحدة وهي التقرير بما في قلم الكتاب حسب م 4/412 ق إ ج، لأن الخاص - وهو قانون الإجراءات الجزائية - أولى من العام - وهو قانون الإجراءات المدنية - حيث أنه يفيد القطع في حين أن العام يفيد الظن.

ثانيا/ شكل و بيانات صحيفة المعارضة

وهذا الشكل هو نموذج مطبوع تعده وزارة العدل (أنظر الملحق)، كما أنه موحد بين المواد المدنية والجزائية.

أما بيانات هذا الشكل - حسب م 13 ق إ م - فإنه يجب أن يتضمن ما يأتي:

أ/ اسم مقدم المعارضة، ولقبه، ومهنته، وموطنه.

ب/ تاريخ تسليم المعارضة، ورقم الموظف القائم بالتبليغ، وتوقيعه.

ج/ اسم المعارض ضده، ومحل إقامته.

د/ ذكر المحكمة المختصة بالمعارضة.

هـ/ ملخص موضوع المعارضة ومستندات الطعن من أسباب وأسانيد.

و/ توقيع المحامي على صحيفة المعارضة.

ز/ وإذا كانت الدعوى مقامة من شركة فيجب أن تشمل العريضة أو التصريح على بيان عنوان الشركة

التجاري، ونوعها، ومركزها الرئيس.

وتبطل عريضة الطعن بالمعارضة متى كانت تجهل بالخصوم أو بتاريخ الجلسة أو كانت خالية من تاريخ الإيداع، إذ يؤدي ذلك إلى افتقادها للرسمية. كما تبطل في حالة خلوها من الأسباب «فالتسبب يعد التزاما جوهريا تؤدي مخالفته إلى ترتيب جزاء البطلان الذي يقع بقوة القانون»¹. ولذلك نصت 574 ق إ م الفرنسي على أنه: «يجب أن تتضمن المعارضة أسباب الغائب»، والتسبب من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

أما المحكمة من اشتراط البيانات السابقة فهي ضمان جدية المعارضة، وحتى يتمكن المعارض ضده من الاستعداد للرد على هذه الأسباب بالجلسة الأولى، فلا تكون المعارضة وسيلة لتعطيل الأحكام وإطالة أمد التراع.²

ثالثا/ تبليغ المعارضة

ويكون ذلك بيان تبليغ المعارضة للمعارض أولاً، ثم للمعارض ضده ثانيا.

أ/تبليغ المعارضة للمعارض

ويكون ذلك متى قرر الطاعن بالمعارضة وحددت جلسة المعارضة بحضوره، فإن ذلك يعد تبليغا وإعلانا بتاريخ الجلسة الأولى، ومن ثم فليس للطاعن أن يدفع بعدم علمه بالجلسة، وهذا ما نصت عليه م 3/413 ق إ ج، حيث نصت على أنه: «...يحضر المعارض في التاريخ المحدد له في التبليغ الصادر إليه شفويا، والمثبت في محضر في وقت المعارضة، أو بتكليف بالحضور مسلم لمن يعنيه الأمر». وإذن فتبليغ المعارضة إلى المعارض يكون يوم التقرير بالمعارضة، سواء بإيداعها لدى مكتب الضبط، أو التقرير بها في قلم الكتاب، غير أنه إذا لم تحدد جلسة المعارضة بحضوره فإنه يتعين في هذه الحالة تبليغه وإعلانه بها وفق ما هو مقرر قانونا.

ب/ تبليغ المعارضة للمعارض ضده

يتباين تبليغ المعارضة للمعارض ضده في المواد المدنية عنه في المواد الجزائية.

1/ في المواد المدنية

تنص م 2/99 ق إ م على أن تبليغ المعارضة للمعارض ضده- وهو المدعي الأصلي- بالحضور بالجلسة يتم طبقا للقواعد المقررة في المواد 22 إلى 27³ من القانون نفسه.

وقد سبق أن بينا كيفية تبليغ الحكم الغيابي في المواد المدنية، ومن ثم فإن تبليغ المعارضة للمعارض ضده يكون بنفس الكيفية لتبليغ الحكم الغيابي، ولذا فلا حاجة إلى الإعادة. ونشير فقط أنه يشترط في تبليغ المعارضة للمعارض ضده أن يكون التبليغ قبل 10 أيام من التاريخ المحدد للجلسة التي يتم فيها نظر المعارضة، متى كان له

¹- Vincent et Guinchard, op, cit, p 910.

² -هودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية، مرجع سابق ج 2، ص 46.

³ -إحالة أخرى غير موفقة، حيث إن المادة 27 المحال إليها قد أُلغيت بموجب الأمر 1971/80 م.

موطن بالجزائر. أما إذا لم يكن للمعارض ضده موطن أو محل إقامة بالجزائر، فإن المهلة تكون شهرا واحدا لمن يقيم في تونس أو المغرب، وشهرين لمن يقيم في بلاد أخرى، وهذا طبقا للمادة 26 ق إ م. ويجدر التنبيه إلى أن الميعاد الوارد في المادة السالفة الذكر هو ميعاد مرتد، والذي هو فترة زمنية يجب اتخاذ الإجراء قبل أن تبدأ،¹ أي أنه يجب تبليغ المعارضة للمعارض ضده قبل بداية الميعاد المحدد لنظر الجلسة الذي هو 10 أيام. والحكمة من هذه المدة الزمنية هي تمكين المعارض ضده من الاستعداد الكامل للرد في الجلسة الأولى لنظر المعارضة.

2/ في المواد الجزائية

تبليغ المعارضة إلى المعارض ضده يكون تبعا للمعارضة التي قدمها المعارض، فإن كان هذا الأخير قد رفع المعارضة بشقيها المدني والجزائي معا فإن النيابة العامة هي المسؤولة عن تبليغها إلى المعارض ضده، فهي التي يعهد إليها بإشعار المدعي المدني بها، وذلك بكتاب موصى عليه يعلم الوصول.

أما إذا كان المعارض قد قصر معارضته على الشق المدني فقط، فإنه هو المسؤول عن تبليغ المعارضة إلى المعارض ضده، فيتعين على المعارض لا النيابة العامة تبليغ المدعي المدني مباشرة بها.

وهذا ما نصت عليه م 410 ق إ ج بقولها: «تُبليغ المعارضة بكل وسيلة إلى النيابة العامة التي يعهد إليها بإشعار المدعي المدني بها، وذلك بكتاب موصى عليه يعلم الوصول. أما إذا كان المعارض يقصر معارضته على الحكم الصادر في الحقوق المدنية، وجب عليه أن يقوم بتبليغ المدعي المدني مباشرة بها».²

رابعا/الجهة التي ترفع أمامها المعارضة

إن الجهة القضائية التي يرفع أمامها الطعن بالمعارضة هي ذاتها الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي، سواء كانت هذه الجهة محكمة أم مجلسا قضائيا في القضايا العادية، وسواء كانت غرفة إدارية منعقدة بالمجلس القضائي، أم بمجلس الدولة في القضايا الإدارية، وسواء في المواد المدنية أم في المواد الجزائية.

وهذا ما نصت عليه المادة 4/412 ق إ ج التي قررت أنه: «يجوز الطعن في الحكم الغيابي بتقرير كتابي أو شفوي لدى قلم كتاب الجهة القضائية التي أصدرت الحكم...».

أما في المواد المدنية ففي الحقيقة لا يوجد نص صريح مثلما هو الأمر في المواد الجزائية بخصوص هذه المسألة، إلا أنه رغم ذلك، فإن الطعن بالمعارضة يرفع أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي على أساس أن أحكام المعارضة قد وردت في «الكتاب الثاني: في الإجراءات أمام المحاكم» مما يعني أن المعارضة تكون أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، والأمر ذاته بالنسبة للقرار الغيابي الصادر من المجلس القضائي، فإن المعارضة ترفع إلى ذات المجلس القضائي المصدر للقرار.

¹ - أمقران، محمد بوشير، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 172.

² - تطابقها م 400 ق إ ج المصري، وم 490 ق إ ج الفرنسي، وهذا يعكس المشرع الإحرائي الجزائي التونسي الذي يخالف هذه التشريعات، أنظر الفصل 8/175 م إ ج التونسية.

ولقد سارت كل التشريعات الإجرائية المقارنة التي اعتمدنا عليها في هذه الدراسة على هذا النهج، فقررت أن المعارضة ترفع أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي.¹

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية: تلك العناصر الداخلية التي ينبغي توافرها لإمكان ترتيب أثر قانوني معين. وهذه الشروط والعناصر الداخلية تتعلق بمحل المعارضة، وهذا ما تناوله في الفرع الأول، وعناصر أخرى تتعلق بالحق في المعارضة وشروطه، وهذا ما تناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: محل المعارضة

يقصد بمحل المعارضة: الأحكام التي تجوز فيها المعارضة. ونحن نسعى في هذا الفرع إلى بيان الأحكام التي تجوز فيها المعارضة، والأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة، وكل هذا سنتطرق إليه في الفقه الإسلامي فالقانون الوضعي.

البند الأول: محل المعارضة في الفقه الإسلامي

ويكون هذا بيان الأحكام التي تجوز فيها المعارضة، فالأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة.

أولا / الأحكام التي تجوز فيها المعارضة

إن الأحكام التي تجوز فيها المعارضة في الفقه الإسلامي هي الأحكام الغيابية، وهذا على أساس أن المحكوم عليه غيبايا ترجى له الحجة، وبمفهوم المخالفة أن من حكم عليه حضوريا فلا ترجى له حجة.² والحكم الغيابي - كما سبق تعريفه - هو: « الحكم الصادر في تخلف المحكوم عليه، أو نأبه عن حضور جميع جلسات المرافعة وبلد المدعي، في حقوق الناس ».³

وهذا التعريف للحكم الغيابي في الحقيقة يضيق من الغياب، ومن ثم يضيق من نطاق المعارضة في الفقه الإسلامي، ذلك أنه يجعل الغائب عن مجلس الحكم والحاضر في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة حاضرا لا غائبا، ومن ثم فلا ترجى له حجة في ذلك فيكون في ذلك تضيقا لنطاق المعارضة.

ثانيا/ الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة

¹ - الفصل 373 ق إ ج المغربي، م 400 ق إ ج المصري، م 189 ق إ ج الكويتي، 1/243 ق أ م ج العراقي، م 363 ق إ ج الليبي، م 205 ق أ م ج السوري، م 256 ق أ م ج اللبناني، الفصل 3/175 م إ ج التونسية، م 299 ق إ ج الإماراتي، م 389 مرافعات مصرية، م 1/573 ق إ م الفرنسي، م 361 ق أ م م اللبناني.

² - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 181. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 10، ص 115، النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 415. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 3، ص 498، ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 6، ص 485، ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ج 6، ص 129، الصنعاني، التاج المذهب، مرجع سابق، ج 4، ص 15-194.

³ - أنظر ص 4 من الفصل النهدي.

أ/- الأحكام الحضورية

وهي التي حضر فيها المدعى عليه أو نائبه جلسات المحاكمة كلها أو بعضها، وفي هذا يقول ابن رشد (الجد) المالكي: «...إنه إذا تغيب (أي الخصم) بعد إن استوفى جميع حججه، وهرب فرارا من القضاء عليه، أنه يقضى عليه ويعجزه، ولا يكون إذا قدم أن يقوم بحجته بمثله أنه لو قضى عليه وهو حاضر»¹.

فعبارة ابن رشد (الجد) تقرر أن من حضر كل الجلسات ثم غاب بعد ذلك عن جلسة النطق بالحكم، فإن الحكم الصادر في حقه يكون حضوريا، ومن ثم فليس له حق المعارضة، أو بحسب تعبير الفقهاء المسلمين لا ترجى له حجة. وكذلك يكون الحكم حضوريا إذا حضر المدعى عليه بعض الجلسات وغاب عن البعض الآخر.²

كما يعد الحكم حضوريا إذا حضر نائب أو وكيل الغائب، لأن «حضره النائب كحضره المنوب عنه، فلا يكون قضاء على الغائب»³، وإنما يكون الحكم حضوريا، إذ ينصرف مقصود الحكم إلى الأصيل لا إلى النائب أو الوكيل.

ب/- الأحكام الحضورية الاعتبارية

وهي الأحكام التي تصدر على المدعى عليه الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في بلد القاضي. ويتضح هذا جيدا في اعتبار الفقهاء أن من كان حاضرا في بلد القاضي الحكم الصادر بحقه هو حكم حضورى اعتباري، لأنه ليس حكما حضوريا حقيقيا وإنما هو قريب منه و يأخذ حكمه، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد (الجد) المالكي: «...غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة»⁴، فهذا يكتب إليه ويعذر إليه في كل حق، فإما وكل وإما قدم، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع فيه ماله من أصل وغيره، وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء من الطلاق والعناق وغير ذلك، ولم يرج له حجة في شيء من ذلك»⁵.

ويقول خليل ابن إسحاق المالكي: «والقريب كالحاضر»⁶ أي أن قريب المسافة، كما حلدها من قبل ابن رشد (الجد)، هو في الحكم كالحاضر إذا غاب فلا ترجى له الحجة، أي ليس له حق المعارضة، لأن الحكم الصادر في حقه هو بمثابة حكم حضورى.

¹ - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 9، ص 192.

² - نظر ص 07 من الفصل التمهيدى.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 223.

⁴ - وقدره البعض بالمسافة من 40-120 كلم. انظر: أبو غدة، حسن عبد الغنى، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص 95. وقدرناه نحن بـ: 110 كلم.

⁵ - ابن رشد (الجد)، المرجع نفسه، ج 9، ص 180-181.

⁶ - ابن إسحاق، مختصر خليل، مرجع سابق، ص 221.

وإذن، فهذه النصوص وغيرها¹، تدل على أن الحاضر القريب الذي دون مسافة القصر- وهي حوالي 89 كلم- يعتبر حاضرا ولو صدر الحكم في غيبته، وذلك لأن الفقهاء المسلمين يقولون بأنه يلجأ إليه بالشرطة، فيحضرونه بالقوة، وهذا كله من شأنه التقليل من الأحكام الغيابية، ومن ثم من نطاق المعارضة.

وقد نصت المادة 2028 من مجلة الأحكام الشرعية -والتي هي بمثابة قانون مستخلص من الفقه الحنبلي- على أنه: «إذا كان المدعى عليه حاضرا في بلده غير مستتر، أو غائبا دون مسافة القصر في عمل القاضي لزم إحضاره، ولا تسمع الدعوى ولا البينة إلا بحضوره».

وفي الأخير نخلص إلى أن الأحكام التي تجوز فيها المعارضة هي الأحكام الغيابية، أما الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة فهي الأحكام الحضورية والحضورية الاعتبارية، ولكن كل هذا بمفهوم الفقهاء المسلمين لا القانون الوضعي.

البند الثاني: محل المعارضة في القانون الوضعي

أولا / الأحكام التي تجوز فيها المعارضة

الأحكام التي تجوز فيها المعارضة هي الأحكام الغيابية و الأحكام الحضورية الاعتبارية ، وإن كانت هذه الأخيرة لا تجوز فيها المعارضة غلا بشروط نذكرها فيما يأتي .

أ/ الأحكام الغيابية

سبق أن عرفنا أن الحكم الغيابي هو الحكم الذي تصدره المحكمة دون أن يكون الخصم حاضرا في جميع الجلسات، ولم يرسل وكيلا عنه- في الأحوال التي يجوز فيها ذلك- لعدم تسلمه ورقة التكليف بالحضور.

ومؤدى هذا التعريف أنه يلزم لإصباغ صفة الغيابية على الحكم القضائي توافر شرطين معا هما:

1- تخلف الخصم عن الحضور بنفسه، أو عن طريق وكيل عنه -في الأحوال التي يجيزها القانون- رغم تكليفه بالحضور على النحو الذي رسمه القانون.

2- عدم تحقق إحدى حالات اعتبار الحكم حضوريا في حق الخصم الغائب المنصوص عليه في القانون، التي سنذكرها لاحقا عند الكلام على الحكم الحضورى الاعتباري.

ولعل أهم هذه الحالات هي حالة تسلم الخصم شخصيا للتكليف بالحضور، حيث يعد الحكم في هذه الحالة حكما حضوريا اعتباريا رغم صدوره في غيبة الخصم، وهذا ما نصت عليه م 3/98 ق إ م -وتطابقها م 407 و م 346 ق إ ج- بقولها «...يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة...ومع ذلك، عندما يكون التكليف بالحضور مسلما بالذات، يعد الحكم حضوريا ويكون غير قابل للطعن فيه بالمعارضة».

وإذن، فإنه إذا كانت ورقة التكليف بالحضور مسلمة إلى الخصم شخصيا، فإن الحكم لا يعد غيابيا، وإنما يعتبر حضوريا وهذا كقاعدة عامة، وهذا ما قرره المحكمة العليا من أنه: «إذ لم يقع تسليم التكليف بالحضور لشخص المتهم فإن الحكم الصادر عليه في حالة تخلفه عن الحضور يكون غيابيا وفقا لمقتضيات م 346 ق

¹ -أنظر من 04 من الفصل التمهيدي.

إج¹ ومع ذلك، فإنه يستثنى من هذه القاعدة القرار الغيابي الصادر عن المجلس القضائي، فإنه يكون غيابيا إذ لم يقدم المستأنف عليه أية مذكرة أو عريضة أو دفع أو لم يرافع في القضية، بمعنى أنه لا يشترط عدم تسلّم ورقة التكليف بالحضور شخصيا حتى يكون الحكم غيابيا، وإنما يجب أن ينضم إلى ذلك عدم تقديم أية عرائض أو مذكرات أو دفع، وهذا ما نصت عليه م 143 ق إ م، وكذلك أكدته المحكمة العليا في قرارها².

ونشير إلى أن الأمر يختلف في المنازعات الإدارية عنه في المنازعات المدنية، ففي المنازعات الإدارية لا تعد الأحكام الصادرة غيابية سوى حين عدم تبليغ المدعى عليه الطعن، إذا صدر القرار عن المجلس القضائي، وهذا ما نصت عليه م 2/171 ق إ م بقولها: «ولا تكون تلك الأحكام قابلة للطعن فيها بالمعارضة إلا إذا لم يكن المدعى عليه قد أبلغ بالطعن»، أو في حالة عدم استلام الخصم المتخلف تبليغ الطعن بالبطلان، أو عدم استلامه عريضة الاستئناف بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجلس الدولة، وهذا بنص م 5/286 ق إ م التي قررت: «وإنما تكون المعارضة غير جائزة في حالة عدم استلام الخصم المتخلف تبليغ الطعن بالبطلان، أو عدم استلامه عريضة الاستئناف».

ومقتضى هذه النصوص أنه لا يشترط -حتى يعتبر القرار غيابيا- عدم تقديم أية عرائض أو دفع أو مذكرات أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية، أو أمام مجلس الدولة، وإنما يشترط -حتى يكون القرار غيابيا في المواد الإدارية- عدم تبليغ المدعى عليه بالطعن إذا صدر القرار عن المجلس القضائي، أو عدم استلام الخصم المتخلف تبليغ الطعن بالبطلان أو عريضة الاستئناف، بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجلس الدولة. وبمفهوم المخالفة فإنه إذ تسلّم المدعى عليه الطعن، أو الطعن بالبطلان أو عريضة الاستئناف فإن القرار يكون قرارا حوريا.

والحكم الغيابي الذي يقبل المعارضة هو الحكم الصادر في القضايا المدنية والتجارية والإدارية والجنح والمخالفات والأحداث، سواء كان هذا الحكم ابتدائيا أو نهائيا، ويتضح هذا جيدا في الآتي:

I/ الأحكام الغيابية المدنية الفاصلة في الموضوع

تجوز المعارضة في الأحكام والقرارات الغيابية الفاصلة في الموضوع ولو كانت مشمولة بالتنفيذ المعجل، وهذا بنص م 3/40 ق إ م، التي قررت أنه: «...يصح أن ترفع المعارضة في التنفيذ المعجل إلى الجهة القضائية التي تنظر في الاستئناف أو المعارضة».

وواضح من نص المادة أنه يشترط لإعمالها صدور حكم فاصل في الموضوع، وهذا بخلاف الأوامر الاستعجالية فإنها لا تجوز فيها المعارضة، لأنها لا تفصل في الموضوع، وهذا بنص م 188 ق إ م.

¹ -قرار رقم: 1020، صادر يوم: 1987/11/10م، من الغرفة الجنائية الثانية. نقل عن: بخداي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المسواد الجنائية، مرجع سابق، ج 1، ص 370.

² -قرار رقم: 56954، الصادر بتاريخ: 1990/03/18 م، المجلة القضائية، العدد 2، السنة 1993م، ص 69-71، والقرار رقم: 66136، الصادر بتاريخ: 1990/03/23، المجلة القضائية، العدد 4، 1993م، ص 25-28.

2/ الأحكام القضائية الصادرة في التسوية القضائية وشهر الإفلاس

إعمالا للمادة 231 ق ت فإن المعارضة تجوز في الأحكام الصادرة في مادة التسوية القضائية أو شهر الإفلاس خلال 10 أيام، اعتبارا من تاريخ صدور الحكم لا من اليوم التالي للتبليغ. ولعل الحكمة من ذلك هي ما لأحكام التسوية القضائية وشهر الإفلاس من خطورة لأنها تمس عنصري الثقة والسرعة الدين تتميز بهما الأعمال التجارية.

3/ أوامر الأداء

تجوز المعارضة في أوامر الأداء سواء كانت ابتدائية أو نهائية خلال 15 يوما التالية لاستلام المدين كتاب قلم الكتاب، إعمالا للمادة 3/178 ق إ م.

4/ القرارات الغيائية الإدارية

وتجوز فيها المعارضة أيضا سواء كانت صادرة من المجلس القضائي، حسب م 2/171 ق إ م، أو من مجلس الدولة حسب م 2/286 ق إ م.

5/ الأحكام الغيائية الصادرة في الجناح والمخالفات

وهي تجوز فيها المعارضة أيضا حتى ولو كانت صادرة من محكمة الجنايات، لا طالما أنها صدرت في جنحة أو مخالفة وليس في جنابة التي لا تجوز فيها المعارضة، إذ العبرة بطبيعة الجريمة موضوع الدعوى، وليس بالحكمة التي أصدرته.

6/ الأحكام الغيائية الصادرة من قسم الأحداث

تجوز المعارضة في الأحكام والقرارات الغيائية الصادرة من قسم أو غرفة الأحداث¹، سواء كانت ابتدائية أو نهائية، وهذا تطبيقا للمادة 471 ق إ ج التي قررت أنه: «تطبق قواعد التخلف عن الحضور والمعارضة المقررة في القانون على أحكام قسم الأحداث».

ب/ الأحكام الحضورية الاعتبارية استثناء

وهي الأحكام التي تلحقها صفة الحضورية رغم تخلف الخصم عن حضور جلسات المرافعة مع قدرته على ذلك.

وفي الحقيقة فإن الأحكام الحضورية الاعتبارية لا تجوز فيها المعارضة وهذا كقاعدة عامة، وسنرى هذا جيدا حين الكلام عن هذه الأحكام عند التطرق إلى الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة. ورغم ذلك فإن هناك استثناء يرد على القاعدة العامة، وهذا الاستثناء هو جواز المعارضة في الأحكام الحضورية الاعتبارية إذ توافرت الشروط.

¹ - الحدث هو كل من لم يبلغ سن الرشد الجزائري في تمام سن 18، حسب م 442 و 448 ق إ ج.

فقد نصت م 345 ق إ ج على أنه: « يتعين على المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا أن يحضر ما لم يقدم للمحكمة المستدعى أمامها عذرا تعتبره مقبولا، وإلا اعتبرت محاكمة المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا والمتخلف عن الحضور بغير إبداء عذر مقبول محاكمة حضورية».

ومقتضى هذا النص القانوني جواز المعارضة في الحكم المعتر حضوريا إذا توافر شرط واحد وهو أن يقدم المتخلف عن الحضور عذرا تعتبره المحكمة مقبولا، بحيث أن المادة تقرر أن المتهم الذي تسلم ورقة التكليف بالحضور شخصيا ولم يقدم عذرا للمحكمة المستدعى أمامها تعتبره مقبولا، فإن الحكم الصادر بحقه هو حكم حضوري اعتباري، وبمفهوم المخالفة فإنه إذا قدم هذا الخصم عذرا يكون مقبولا لدى المحكمة، فإن الحكم لا يعد حضوريا بحقه وإنما هو حكم غيابي تجوز فيه المعارضة.

والخلاصة أن الأحكام التي تجوز فيها المعارضة هي الأحكام الغيابية، والأحكام الحضورية الاعتبارية بشرط تقديم عذر للمحكمة المستدعى أمامها تعتبره مقبولا.

ثانيا/ الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة

كثيرة هي الأحكام القضائية التي لا تجوز فيها المعارضة، وهذا يدل على أن المعارضة لم تجز إلا لسبب خاص وهو الحكم الغيابي، وهذا بخلاف الاستئناف الذي يعتبر طريقا عاما، لأنه يمكن الطعن بواسطته في كل الأحكام القضائية ما لم تكن نهائية.

أما عن الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة فهي:

أ/ الأحكام الحضورية

وهي الأحكام التي صدرت في حضور المدعى عليه أو المتهم أو وكيله في جميع جلسات المحاكمة، ولو تغيب يوم النطق بالحكم.

ويكون الحكم حضوريا حتى ولو لم يقدم الخصم الدفاع والطلبات متى كان حاضرا، فالامتناع عن تقديم الدفاع يجعل من الحكم حضوريا لا غيابيا. والعبرة بوصف الحكم بأنه حضوري أو غيابي هي بحقيقة الواقع لا بمنطوق الحكم، فإذا صدر حكم في منطوقه أنه حضوري وهو في الواقع غيابي، فإنه يجوز الطعن فيه المعارضة رغم أن منطوق الحكم هو حضوري.¹

ب/ الأحكام الحضورية الاعتبارية

سبق أن عرفنا الأحكام الحضورية الاعتبارية، وقلنا أيضا أن الأصل والقاعدة العامة هي عدم جواز المعارضة في هذا النوع من الأحكام، وذلك كسببا لمرواغة المتهمين ذوي النية السيئة في إطالة أمد سير الدعوى القضائية. وقد حدد المشرع الإجرائي الجزائري حالات الحضور الاعتباري في قسمين جوازي، وبقوة القانون، وهو ما فصلته فيما يأتي.

¹ - سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 816، فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 12-13

I / حالات الحكم الحضورى الاعتبارى الجوازى

وهى التى تمنح السلطة التقديرية إلى القاضى فى إصدار الحكم إما غيابيا وإما حضوريا اعتباريا، وهذه الحالات هى:

I -/ يجوز اعتبار الحكم حضوريا إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت إلى الخصم شخصيا، ولم يقدم إلى المحكمة المستدعى أمامها عذرا مقبولا يسوغ تخلفه عن الحضور، وهذا ما قرره م 3/98 ق إ م و م 346 ق إ ج¹، كما أكدته المحكمة العليا فى قراراتها أنه والتى جاء فى أحدها: «إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت إلى المتهم شخصيا، ولم يقدم هذا الأخير إلى المحكمة عذرا مقبولا يبرر عدم حضوره اعتبر متعمدا الغياب، لذلك يجوز للمحكمة أن تقضى فى غيبته، ويكون الحكم الصادر حضوريا بالنسبة إليه طبقا لمقتضيات م 345 ق إ ج»².

والحكمة من تقرير هذه الحالة هى أن تسلم المتهم التكليف بالحضور شخصيا دليل قاطع على علمه بالدعوى وتاريخ الجلسة، ومن ثم غيبته - متى كان بلا عذر - هو تعتمد للغياب ومماثلة وتسويف للعدالة، ومن ثم تجب معاملته بنقيض قصده.

II -/ إذا كان الخصم قد أعلن لشخصه ورأت المحكمة تأجيل إعادة إعلانه فى موطنه مع تبيئه إلى أنه إذا تخلف عن الحضور فى هذه الجلسة يعتبر الحكم الذى يصدر حضوريا، فإذا لم يحضر وتبين للمحكمة ألا مبرر لعدم حضوره أعتبر الحكم حضوريا، وهذا إعمالا للمادة 36 ق إ م³.

III -/ إذا رفعت الدعوى وتعدد المدعى عليهم، ولم يحضر أحدهم بالذات أو بواسطة وكيل، أجل القاضى الدعوى مع من حضرها، أو مثل فيها من الأطراف إلى جلسة أخرى، وكلف الخصم المتغيب من جديد بالحضور إلى الجلسة التى يحددها، وذلك بموجب تكليف للحضور، وفى ذلك يقضى بحكم واحد بالنسبة لجميع الأطراف ويكون هذا الحكم غير قابل للمعارضة، حسب ما قرره م 37 ق إ م⁴.

والحكمة من تقرير هذه الحالة هى تفادى صدور أحكام قضائية متناقضة فى نزاع واحد، ذلك أن صدور أحكام غيابية فى حق البعض، وحضورية فى حق البعض الآخر وفى قضية واحدة يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة متباينة فيما بينها، وهذا من شأنه الإخلال بثقة الناس بالقضاء وبأحكامه.

¹ - و يقابلها الفصل 3/141 و الفصل 1/175 م إ ج التونسية؛ و م 1/238 ق إ ج المصري.

² - قرار صادر يوم: 1990/02/13، من القسم الثالث لغرفة الجناح والمخالفات فى الطعن رقم: 61392، المجلة القضائية، العدد 03، السنة 1992 م، ص 227، والقرار الصادر يوم: 1981/02/24 م، من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية فى الطعن رقم: 21646، نقلا عن: بغدادى، جيلالي، الاجتهاد القضاء فى المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 373. والقرار الصادر يوم 1970/12/15 م، من الغرفة الجنائية، نشرة القضاة، العدد الأول السنة 1971 م، ص 41.

³ - و تقابلها 2/238 ق إ ج المصري.

⁴ - و تقابلها م 240 ق إ ج المصري، و م 1/189 ق إ ج الإماراتى.

2/ حالات الحكم الحضورى الاعتبارى بقوة القانون

وفى هذه الحالات يكون الحكم حضوريا اعتباريا بنص القانون، فهو وجوبى حتى وإن لم يكن فى منطوق الحكم، إذا العبرة بالواقع لا بالمنطوق.

ويكون الحكم حضوريا اعتباريا فى الحالات الآتية على المتهم الطليق:

I -/ الذى يجيب على نداء اسمه ويغادر باختياره قاعة الجلسة.

II -/ الذى رغم حضوره بالجلسة يرفض الإجابة، أو يقرر التخلف عن الحضور.

III -/ الذى بعد حضوره بإحدى الجلسات الأولى يتمتع باختياره عن الحضور بالجلسات التى تؤجل إليها

الدعوى، أو بجلسة الحكم، وهذا إعمالا للمادة 347 ق إ ج.

IV -/ إذا حضر المتهم جلسة المرافعة وامتنع عن إبداء دفاعه فى التهمة المنسوبة إليه، وذلك لأن الامتناع عن الدفاع ليس غيابا.

V -/ إذا شوش المتهم فى الجلسة واستعدته المحكمة، فيكون الحكم الذى يصدر فى حقه حضوريا اعتباريا، وهذا بنص م 296 ق إ ج.

VI -/ إذا حضر وكيل المدعى المدنى، فإن الحكم يكون حضوريا، وهذا ما نصت عليه م 245 ق إ ج بقولها: « يسوغ دائما للمدعى المدنى أن يمثله محام، ويكون القرار الذى يصدر فى هذه الحالة حضوريا بالنسبة له»، وذات الحكم بالنسبة للمسؤول عن الحقوق المدنية « فيجوز دائما - حسب م 349 ق إ ج- أن يحضر عنه محام يمثله، وفى هذه الحالة يعد الحكم حضوريا بالنسبة إليه ».

VII -/ كما يعد الحكم حضوريا اعتباريا فى حالة كون صحة التهم لا تمكنه من الحضور أمام المحكمة، ووجدت أسباب خطيرة لعدم تأجيل القضية، أمرت المحكمة بقرار خاص ومسبب باستجواب المتهم بمسكنه عند الاقتضاء بحضور وكيله، أو بمؤسسة إعادة التربية التى يكون محبوسا بها، وذلك بواسطة قاض متدب لهذا الغرض مصحوبا بكاتب، ويجزر محضر بهذا الاستجواب الذى تأمر به المحكمة. وتوكل القضية بتاريخ محدد لأقرب جلسة مناسبة، ويتعين استدعاء المتهم بحضورها.

ففى جميع هذه الأحوال يكون الحكم على المتهم حضوريا اعتباريا، حسب م 350 ق إ ج.

ج- الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات فى جنائية

من المقرر قانونا أن الحكم الغيابى الصادر من محكمة الجنايات فى جنائية لا يقبل المعارضة، وذلك لأن الحكم الغيابى فى الجنايات ما هو إلا حكم تهديدى، يتغى إجبار المتهم على الحضور أو تسليم نفسه للقضاء، ومن ثم فإن الحكم الغيابى يسقط بقوة القانون متى سلم المتهم نفسه أو قبض عليه، وتتخذ بشأنه الإجراءات الاعتيادية من المحاكمة بالصورة الحضورية، وهذا بنص م 326 ق إ ج.

وقد رأينا من قبل أن هذا النظام المتبع في الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة الجنايات في جنابة يعود في جذوره إلى النظام التحقيقي وبالضبط ابتداء من سنة 1670م¹، وقد استمر هذا الوضع إلى اليوم.

فالأمر الصادر في سنة 1670 م بفرنسا قد قسم الجرائم بحسب جسامتها إلى قسمين: جرائم جسيمة وهي الجنايات، وجرائم بسيطة وهي الجنح والمخالفات. فالجرائم الجسيمة كانت تخضع لإجراءات خاصة غير عادية، أما الجرائم البسيطة فظلت على العكس خاضعة للإجراءات العادية التي كانت تسيطر عليها الإجراءات المدنية. هذا الازدواج الإجرائي القديم، والذي سار مع الزمن حتى يومنا هذا، هو الذي سيطر على تحديد فكرة الغيبة الجنائية من جهة، والجزاء المقرر عليها من جهة أخرى²، فالغيبة في مواد الجنح والمخالفات هي غيبة مدنية، تستمد ذاتيتها من السهولة التشريعية والفقهية، فظهر ما يسمى بالحضور الاعتباري فيها، كما أحال المشرع الإجرائي الجزائري الجزائري صراحة على قواعد الإجراءات المدنية في التكليف بالحضور في م 1/439 في إ.ج.

أما الغيبة في مواد الجنايات فهي غيبة جنائية. بمعنى أن القانون لا يؤمن إلا بالحضور الشخصي للمتهم في المحاكمة، فليس ما يسمى هناك بالحضور الاعتباري في الجنايات.

وقد امتد الاختلاف في طبيعة الغيبة إلى الاختلاف في طبيعة الجزاء المقرر على الغيبة في كل من الجنح والمخالفات، والجنايات، فالإخلال العمدي بالالتزام بالحضور أمام المحكمة جزاؤه في مواد الجنح والمخالفات صدور الحكم حضوريا اعتباريا، وهو جزاء ينصب خطره على الحكم ذاته. في حين أن جزاءه في مواد الجنايات يوقع على المتهم بوضعه خارج حماية القانون دون خطر على الحكم في ذاته، الذي يصدر غيابيا ذا خصيصة تهديدية محضة، ويسقط بمحض الحضور المادي للمتهم.

وتأسيسا على ما سبق، يرى البعض³ أن التفريق بين الجنح والمخالفات، وبين الجنايات في الحكم الغيابي طبيعة جزاء هو مسلمة تاريخية لا سند عقلي لها، ومن ثم يجب إزالة هذا الفارق، بحيث تغلو كل الجرائم من الجنايات والجنح والمخالفات ذات طبيعة وجزاء واحد.

بيد أن هذا الرأي لم يوضح بعد ذلك أي طبيعة وأي جزاء يجب توجيهه في الجمع بين الجنح والمخالفات وبين الجنايات. ونحن نرى الإبقاء على هذه التفرقة بين الجنح والمخالفات وبين الجنايات، ذلك أن النظام القانوني لكل من الجنح والمخالفات وكذلك الجنايات يتسق وينسجم مع قواعد العدالة فالحكم الغيابي في الجنايات، وإن كان لا يقبل المعارضة، إلا أنه مجرد حكم تهديدي يسقط بقوة القانون. بمجرد تسليم المتهم نفسه للقضاء أو القبض عليه، ومن ثم فلا حاجة إلى تغيير النظام القانوني للجنايات أو الجنح والمخالفات هكذا أو هكذا بل نرى الإبقاء عليه كما هو.

¹- النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 658، أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، مرجع سابق، ص 59-60.

²- أبو عامر، محمد زكي، المرجع نفسه، ص 60.

³- أبو عامر، محمد زكي، المرجع نفسه، ص 61.

د / الأحكام الصادرة من المحكمة العليا

تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة وقائع، وهذا كقاعدة عامة لها استثناءات فهي ليست درجة ثانية للتقاضي في الجنائيات، أو درجة ثالثة في المواد الأخرى، وإنما تنحصر وظيفتها في مراقبة الأحكام النهائية الصادرة من هذه المحاكم والمجالس القضائية للتأكد من أنها بنيت على إجراءات قانونية صحيحة، وأنها صدرت طبقاً للقانون، وعليه فإنه لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالمعارضة.

والأساس القانوني في هذا هو ما نصت عليه م 1/245 ق إ م التي قررت: «أن الحكم الذي يصدر يعتبر حضورياً».

وهذه القاعدة تتفق عليها التشريعات الإجرائية، إلا أن بعض هذه التشريعات تورد استثناء على هذه القاعدة، فتحيز المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة النقض كما هو الحال في قانون السلطة القضائية السوري، وذلك عندما ينال أحد القضاة أمام محكمة النقض لجرمة اقترفها أثناء قيامه بوظيفته أو خارجها.¹

كما أن التشريع المصري كان يبيح المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة النقض، وهذا قبل صدور القانون 57 لسنة 1959م²، أما اليوم فأصبح من غير الجائز المعارضة في الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية تماماً مثلما هو الأمر في الجزائر.

هـ / الحكم الصادر في المعارضة

إذا عارض الخصم وتخلّف عن حضور جلسة نظر المعارضة، فإن الحكم الصادر فيها لا يقبل المعارضة، وهذا تطبيقاً لقاعدة: عدم جواز المعارضة على المعارضة (opposition sur opposition ne vaut)، وذلك لأن المعارضة لا تجوز إلا مرة واحدة فقط أمام ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي. وقد نصت على هذه القاعدة م 101 ق إ م - والتي تطابقها م 3/413 ق إ ج - حيث قررت أنه: «إذا تخلّف الخصم المعارض عن الحضور مرة أخرى فلا يجوز له الطعن بمعارضة جديدة»³.

والحكمة من هذه القاعدة هي عدم جعل الطعن بالمعارضة باباً لفرار المحكوم عليه من القضاء، فلو أجزيت المعارضة أكثر من مرة لما أمكن الوقوف عند حكم قاطع ونهائي، ومن ثم فالحل في ألا معارضة على المعارضة. وفي الحقيقة، فإن قاعدة عدم جواز المعارضة على المعارضة - والمتصوص عليها م 101 ق إ م - هي قاعدة عديمة الجدوى ولا يمكن تصورها⁴، وذلك على أساس أن المعارض هو الذي قدم المعارضة، فيكون الحكم الصادر بحقه حضورياً لا غيبائياً، وبالتالي إذا صدر حكم غيابي في المعارضة فهو لا يكون إلا في حق المعارض

¹ الجوخدار، سنن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 529.

² فودق، عبد الحكم، الموسوعة الأساسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 5، ص 32.

³ - أو تقابلها م 392 مرافعات مصرية، 401 ق إ ج المصري، م 192 ق إ م ج الكويتي، م 207 ق إ م ج السوري، م 200 ق إ م ج اللبناني،

م 374 ق م ج المغربي، م 493 ق إ ج الفرنسي، الفصل 183 م إ ج التونسية، وم 229 ق إ ج الإماراتي.

⁴ - أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 578.

ضده، وهذا الأخير لم يكن هو الذي صدر عليه الحكم الغيابي في المرة الأولى، وبالتالي لا تنطبق عليه المادة السالفة الذكر.

ونشير فقط، أن المشرع الإجرائي الجنائي المصري يضيف إلى الجزاء الإجرائي السابق- أي عدم جواز المعارضة على المعارضة- جزاء جنائيا يتمثل في تغريم المعارض في مواد الجرح بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه، ولا تتجاوز عشرة جنيهات في مواد المخالفات، وذلك لحث المعارض على حضور جلسات نظر المعارضة وإبداء دفاعه، وهذا إعمالا للمادة 2/401 ق إ ج المصري.

و/الأحكام التحكيمية

وهنا يجب التمييز بين حكم التحكيم فلا تجوز فيه المعارضة، وبين أمر تنفيذ حكم التحكيم فتجوز فيه المعارضة.

1/ حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم حكما غير قابل للمعارضة، وهذا بنص م 3/449 ق إ م التي نصت على أن: «حكم التحكيم غير قابل للمعارضة»، والحكمة من ذلك هي افتراض تحقق مبدأ المواجهة بمجرد قبول اللجوء إلى التحكيم، فهذا الأخير تم اللجوء إليه بالاتفاق بين الخصوم، ومن ثم فيفترض علم كل الأطراف بالتحكيم، فيكون الغياب تقصير وإهمال من طرف أحد الخصوم.

2/ أمر تنفيذ حكم التحكيم

إذا كان حكم التحكيم غير قابل للمعارضة، فإنه يجوز في جميع الأحوال الآتية المعارضة في أمر تنفيذ حكم التحكيم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، وهذه الحالات -حسب م 458 ق إ م- هي:

- إذا كان الحكم قد صدر دون اتفاق على التحكيم، أو خارجا عن نطاق التحكيم.
- إذا كان قد صدر عن تحكيم باطل، أو بعد انقضاء ميعاد التحكيم.
- إذا كان قد صدر من بعض المحكمين الذين ليست لهم سلطة الحكم في غيبة الآخرين.
- إذا كان قد صدر من محكم مرجح لم يتبادل الرأي مع المحكمين المنقسمين.
- إذا كان قد صدر الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم.

ويشار هنا أن حكم التحكيم يكتسب فور صدوره حجة الأمر المقضي فيه « إلا أنه لا يجوز تنفيذه إلا بأمر يصدره رئيس الجهة القضائية بذيل أو بهامش أصل الحكم، ويتضمن الإذن للكاتب بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية» حسب نص م 453 ق إ م.

وإذن فلا تجوز المعارضة في حكم التحكيم، هذا الأخير الذي لا يجوز تنفيذه إلا بأمر يصدره رئيس الجهة القضائية، فإذا صدر أمر التنفيذ جاز الطعن فيه بالمعارضة حيثنذ متى صدر غيابيا.

ز/ الأوامر الاستعجالية الغيابية الصادرة من المحاكم

تعتبر الأوامر الاستعجالية الغيابية الصادرة من المحاكم غير قابلة للطعن فيها بالمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل، وهذا تطبيقا لما قرره م 188 ق إ م من أن «الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة تكون معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها. وهي غير قابلة للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل».

وتعد قابلية الأوامر الاستعجالية الغيابية للمعارضة من النظام العام، فيمكن للمحكمة إثارها من تلقاء نفسها.¹ والمحكمة التي قصدها المشرع من ذلك هي الإسراع في استقرار الأوضاع والمراكز التي تقررها أو تنشئها الأوامر الاستعجالية، فضلا عن زجر الخصوم عن غياهم الذي قد يعوق نظر القضايا المستعجلة.²

ح/ القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس القضائية

اختلف الفقه الإجرائي الجزائري حول جواز المعارضة في القرارات الاستعجالية الصادرة من المجالس القضائية، فكانوا بين مجيز ومعارض.

1/ الرأي الأول: جواز المعارضة في القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس

يذهب بعض³ الفقهاء القانونيين الجزائريين إلى أن القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس القضائية تجوز فيها المعارضة، وذلك على أساس أن م 188 ق إ م تحدث فقط عن الأوامر الاستعجالية الغيابية الصادرة من المحاكم فمنعت المعارضة فيها، ولم تتكلم عن القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس القضائية، فكان السكوت دليلا على جواز المعارضة فيها. وهذا الاتجاه هو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في العديد من قراراتها.⁴

2/ الرأي الثاني: عدم جواز المعارضة في القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس

يذهب رأي آخر⁵ إلى نقيض الرأي السابق واجتهاد المحكمة العليا، فيرى عدم جواز المعارضة في القرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة عن المجالس القضائية، وهذا تأسيسا على الحجج الآتية:

I/- إن نص المادة 188 ق إ م، التي تمنع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابية وردت ضمن الكتاب الرابع من ق إ م والذي عنوانه: «في الأحكام المشتركة الخاصة بالمحاكم والمجالس القضائية، وفي الإجراءات المستعجلة»، وعليه فإن منع المعارضة في الأوامر الاستعجالية ليس خاصا بالمحاكم فقط، وإنما أيضا بالقرارات الاستعجالية الغيابية الصادرة من المجالس القضائية.

¹ - قرار مجلس الأعلى رقم: 29290، الصادر بتاريخ: 1983/01/05م، المجلة القضائية، العدد 01، السنة 1989م، ص 35-36.

² - أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 367.

³ - أمقران، بوشير محمد، المرجع والصفحة نفسها. إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ج 1، ص 339. بنعيد، بشير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، د ط: 2000م، ص 187.

⁴ - قرار المجلس الأعلى رقم: 41601، الصادر بتاريخ: 1987/02/25، المجلة القضائية، العدد 04، 1992م، ص 78-82، والقرار رقم 50287، الصادر بتاريخ: 1987/10/21م، المجلة القضائية، العدد 03، السنة 1990م، ص 40-42.

⁵ - حدي باشا، عمر، دواستات قانونية مختلفة، دار هوم، الجزائر، د ط: 1422هـ - 2001م، ص 220.

ولذا يرى هذا الاتجاه أن صياغة م 188 ق إ م غير سليم ولا ينسجم مع عنوان الكتاب الذي ضمنه، ومن ثم لا بد من إعادة صياغة نص المادة السابقة على النحو الآتي: «تكون الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها»، لأن عبارة: «الأحكام» تشمل كل ما يصدر عن القضاء من أحكام وأوامر وقرارات.¹

II/- إن الحكمة في منع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابة الصادرة من المحاكم هي ذاتها في القرارات الاستعجالية، ضف إلى ذلك أن المعارضة لا تتلاءم مع إجراءات الاستعجال التي صبغتها الأساسية هي الإسراع.

III/- إن استناد المحكمة العليا في تأسيس موقفها² القاضي بجواز المعارضة في القرارات الاستعجالية الغيابة على نصوص المواد 166-176 و 190 ق إ م هو استدلال بعيد كل البعد عن هذه المواد وتحميل لها غير ما تحمله، فالمادتان 166 و 176 ق إ م تقرران جواز المعارضة في الأحكام الغيابة العادية، وأوامر الأداء على التوالي، التي تصدر عن الغرف المختلفة المشكلة للمجلس القضائي. أما المادة 190 ق إ م فتتعلق بالاستئناف في الأوامر الاستعجالية الصادرة من المحاكم.

IV/- إن موقف المحكمة العليا يوصل إلى نتيجة متناقضة وغير مستساغة، حيث لا تجوز المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابة الصادرة عن المحاكم، بينما يجوز ذلك في القرارات الاستعجالية الغيابة الصادرة من المجالس القضائية، وهذا تناقض صارخ لا يقبله المنطق الصحيح، ولا العقل القانوني السليم. والحق، أن الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، وإلى المنطق القانوني، فالحجج والأسانيد المدعمة لهذا الرأي كلها قوية وتفرض نفسها فرضاً، مما يدعوننا للقول بأن المعارضة غير جائزة في القرارات الاستعجالية الغيابة الصادرة من المجالس القضائية، وهذا حتى ينسجم مع عدم جواز المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابة.

ط/ الأوامر الاستعجالية الصادرة في المواد الإدارية

قررت المحكمة العليا في أحد قراراتها³ عدم جواز الطعن بالمعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابة الصادرة في المواد الإدارية، وهذا على أساس م 2/171 مكرر ق إ م، حيث ورد فيها: «وتستبدل - في المواد الإدارية - المواد 172 و 173 و 183 إلى 190 الخاصة بتدابير الاستعجال بالقضاء المستعجل - بالأحكام الآتية ..». وبناء على هذا النص القانوني، فإن م 188 ق إ م لا تجد تطبيقها في المادة الإدارية، بصريح نص م 6/171 مكرر ق إ م، التي نصت على أن الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة تكون قابلة للاستئناف أمام

¹ حمدي باشا، عمر، حواسنات قانونية مختلفة، مرجع سابق، ص 220.

² قرار رقم: 204932، مؤرخ في: 1999/03/09 م، المحلة القضائية، العدد 01، السنة 2000، ص 112.

³ القرار رقم: 612142، المؤرخ في: 1997/03/16 م، المحلة القضائية، العدد 01، 1997، ص 116 وما بعدها.

الغرفة الإدارية¹ بالمحكمة العليا. وبما أن الفقرة الأخيرة من 171 ق إ م لم تنص على إمكانية المعارضة في الأوامر الاستعجالية فيجب التقيد بالنص.

وتأسيسا على كل ما سبق، فإنه ليس صحيحا ما يراه البعض² من أنه لا يوجد نص قانوني يمنع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيائية الصادرة في المادة الإدارية بناء على عدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، فالنص موجود وهو م 6/171 مكرر ق إ م، فهذه المادة تمنع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيائية الصادرة في المادة الإدارية.

ي/ الأوامر الاستعجالية الصادرة في قسمة التركات

أوجب المشرع الجزائري في م 183 قانون الأسرة في حالة قسمة التركات: «أن تتبع الإجراءات المستعجلة فيما يتعلق بالمواعيد، وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها». ويترتب على هذا أنه لا يجوز الطعن بالمعارضة في الحكم الغيائي الصادر عن محكمة الموضوع القاضي بتقسيم التركة.

ك/ الأوامر الصادرة بتخصيص المبالغ المحجوزة عليها لدى الغير للدائن الحاجز

فقد نصت م 3/360 ق إ م على أن الأوامر الصادرة بتخصيص المبالغ المحجوزة عليها لدى الغير للدائن الحاجز «غير قابل لأي طعن».

ل/ القرارات الصادرة بتضييق نطاق النشر القانوني

لا تجوز المعارضة في القرارات الصادرة بتضييق نطاق النشر القانوني أو التصريح بنشر إضافي في إجراءات الحجز العقاري، وهذا حسب م 3/389 ق إ م التي تنص على أنه: «يجوز لرئيس المحكمة بقرار غير قابل للمعارضة بناء على طلب مباشر إجراءات الحجز أو المدين تضييق نطاق النشر القانوني، أو التصريح بنشر إضافي، وعلى الأخص بالمناداة العلنية في الأسواق المجاورة».

الفرع الثاني: الحق في المعارضة، و شروطه

تعرفنا في الفرع السابق على محل المعارضة، أما في هذا الفرع فتعرف على الأشخاص الذين لهم حق المعارضة من الذين ليس لهم حق في ذلك، كما نتعرف أيضا على الشروط التي يجب توافرها فيمن له حق المعارضة. ولذا فإن هذا الفرع ينقسم إلى بندين: الأول يتناول الحق في المعارضة، والثاني: شروط هذا الحق.

البند الأول: الحق في المعارضة

يقصد بالحق في المعارضة الأشخاص الذين لهم حق المعارضة في الأحكام الغيائية، كما نتعرف على الذين لا حق لهم في المعارضة. وكل هذا تناوله في الفقه الإسلامي أولا، فالقانون الوضعي ثانيا.

¹ - والتي تحولت إلى مجلس الدولة بموجب القانون العضوي رقم: 98-01، للورخ في: 30/05/1998م المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

² - بلعيد، بشر، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قري، باتنة، د ط، 2000م، ص 217-218-219.

أولا/ الحق في المعارضة في الفقه الإسلامي

يعتبر المحكوم عليه غيبيا هو من له حق المعارضة في الأحكام الغيبية، وذلك لأن الفقهاء قرروا إرجاء الحجة للغائب فيكون له هذا الحق وحده، أما من لاحق له في المعارضة فهو المدعي، وذلك لاتصاله بالدعوى وعلمه بما كما أنه طرح أدلته وحججه في جلسات المرافعة التي صدر بناء عليها الحكم الغيابي.

كما لا يجوز للفار من وجه العدالة الطعن في الحكم الغيابي بالمعارضة، وذلك معاملة له بتقيض قصده، وفي هذا يقول ابن رشد (الجد): «...إِنَّه إِذَا تَغَيَّبَ (أَيَ الْخَصْمَ) بَعْدَ إِذْ اسْتَوْثَى جَمِيعَ حُجُجِهِ، وَهَرَبَ فِرَارًا مِّنَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ، أَنَّهُ يَقْضَى عَلَيْهِ وَيُعْجِزُهُ، وَلَا يَكُونُ إِذَا قَدَّمَ أَنْ يَقُومَ بِحُجَّتِهِ بِمَثَلِهِ أَنَّهُ لَوْ قَضَى عَلَيْهِ وَهُوَ حَاضِرٌ»¹.

فالفار من وجه العدالة هو حاضر والحكم الصادر بشأنه هو حكم حضوري، ومن ثم فلا سبيل له للطعن فيه بالمعارضة.

وكذلك لا يجوز النقض في الحكم الغيابي بالمعارضة من كان قريبا أو في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة، أي في حدود مسافة القصر وهي 89 كلم بناء على رأي الشافعية والحنابلة، و110 كلم بناء على رأي المالكية، فإذا كان دون هذه المسافة فإنه يحكم عليه حكما حضوريا اعتباريا، ومن ثم لا يجوز له السنقض بالمعارضة. وفي هذا يقول خليل بن إسحاق المالكي: «والقريب كالحاضر»². ويقول أبو إسحاق الشيرازي الشافعي: «وإن ادعى حاضر في بلد يمكن إحضاره... فإنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا يحكم، وهو المذهب، لأنه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم»³.

ويقول تقي الدين بن النجار الحنبلي: «والغائب دون ذلك (أي دون مسافة القصر) لم تسمع دعوى ولا بينة عليه، حتى يحضر كحاضر»⁴.

وإذن فهذه النصوص كلها تبين أن الحاضر في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة، أو في حدود مسافة القصر يكون حكمه حكم الحاضر في مجلس الحكم، ومن ثم فإن الحكم الصادر بحقه هو حكم حضوري اعتباري، وهو حكم لا تجوز فيه المعارضة، كما سبق أن قررنا عند الكلام عن محل المعارضة في الفقه الإسلامي.

والخلاصة أن من له حق المعارضة هو من صدر عليه الحكم الغيابي فقط، أما من لاحق له في المعارضة فهم كل من المدعي، والفار من وجه العدالة، والحاضر في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة، أو دون مسافة القصر.

¹ - ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج9، ص192.

² - ابن إسحاق، مختصر خليل، مرجع سابق، ص221.

³ - الشيرازي، المذهب، مرجع سابق، ج2، ص303.

⁴ - ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج5، ص300-301.

ثانيا/ الحق في المعارضة في القانون الوضعي

تباين الشرائع الإجرائية في تعداد أصحاب الحق في المعارضة، فبعض هذه الشرائع تحصرهم في ثلاثة، وهم: المتهم، والمسؤول عن حقوق المدنية، والمدعي المدني، ومن هذه الشرائع التشريع الجزائري في م 413 ق إ ج، والفرنسي في م 493 ق إ ج، والسوري في م 205 ق أ م ج، والمغربي في الفصل 374 ق م ج، والكويتي في م 187 ق إ م ج.

في حين أن بعض الشرائع الأخرى تحصرهم في طرفين فقط، وهما: المتهم، والمسؤول عن الحقوق المدنية، ومن هذه الشرائع التشريع المصري في م 398 ق إ ج، حيث يحضر على المدعي المدني الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية، حسب م 399 ق إ ج.

ومع ذلك، فإن هذه الشرائع الإجرائية تتفق على أن معارضة المسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي المدني - في الشرائع التي تجيزه - تكون مقصورة على ما قضى به الحكم الغيابي من حقوق مدنية، ولا تنسحب إلى ما قضى به من عقوبات جزائية.

كما تتفق على أن المتهم له حق المعارضة في الحكم الغيابي بشقيه الجزائي والمدني، وله أيضا حق المعارضة في أحد الشقين فقط من الحكم الغيابي، فله أن يعارض في الشق الجزائي أو الشق المدني.

وتتفق أيضا هذه الشرائع أيضا على أن المدعي والنيابة العامة لا حق لهم في المعارضة، لأن الحكم يصدر حضوريا بحقهم. هذا في المواد الجزائية، أما في المواد المدنية فإن من له حق المعارضة فهو المحكوم عليه غيابيا فقط، أما المدعي فلا حق له في المعارضة.

وتتطرق الآن إلى بيان من لهم حق المعارضة، ثم نعبه بمن لا حق لهم بالمعارضة.

أ / أصحاب الحق في المعارضة

وهم ثلاثة: المتهم، والمسؤول عن الحقوق المدنية، والمدعي المدني.

1 / المتهم

يعرف المتهم بأنه: «الشخص الذي ينسب إليه ارتكاب الجريمة، إما بوصفه فاعلا أصليا لها، أم شريكا، أم مساهما»¹.

هذا، وتتفق أغلب الشرائع الإجرائية التي تجيز الطعن بالمعارضة في أحقية المتهم المحكوم عليه غيابيا في التقرير بالمعارضة في الحكم الغيابي، لأنه صدر دون تمكنه من الدفاع عن نفسه ورد التهم المنسوبة إليه.

وإذا كان الحكم الغيابي قد فصل في الدعويين الجزائية والمدنية معا فإنه يحق للمحكوم عليه غيابيا في هذه الحالة أن يقرر بالمعارضة في الحكم الصادر برمته، أي بشقيه الجزائي والمدني معا، وهذا ما نصت عليه م 1/413 ق إ ج حيث قررت ما نصه: «تلغى المعارضة الصادرة من المتهم الحكم الصادر غيابيا حتى بالنسبة لما قضى به في شأن طلب المدعي المدني».

¹ سليمان، عبد النعم، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 396.

وبما أن للمحكوم عليه غيابيا أن يقصر معارضته على الشق المدني فقط أو الشق الجزائي فقط، فإن في هذه الحالة الأخيرة لا يجوز حضور المدعي المدني، أما إذا كانت المعارضة قاصرة فقط على الشق المدني، فيجوز حضور المدعي المدني، ولذلك نصت م 2/410 ق إ ج قائلة: «وإذا كانت المعارضة قاصرة على ما قضى به الحكم من الحقوق المدنية فيتعين على المتهم أن يقوم بتبليغ المدعي المدني مباشرة بها».

2/المسؤول عن الحقوق المدنية

وهو من وجه إليه إدعاء مدني من النيابة العامة، أو من المدعي المدني يطالبه بالتعويض.¹ وقد أجازت معظم الشرائع الإجرائية الجزائية للمسؤول عن الحقوق المدنية الطعن بالمعارضة في الحكم الغيبي الصادر ضده، والذي يطالبه بالتعويض، ولكن معارضته تكون قاصرة على الحكم الغيبي الصادر في الدعوى المدنية فقط دون الجزائية، وذلك لأنه ليس طرفا في الدعوى الجزائية، هذه الأخيرة التي ينحصر طرفاها في النيابة العامة والمتهم فقط.

وبناء على هذا، فإنه إذا صدر حكم غيبي يقضي بالدعوى الجزائية فقط ويرفض الدعوى المدنية، فليس للمسؤول عن الحقوق المدنية التقرير بالمعارضة في هذا الحكم لانعدام المصلحة.

وإذن، فمعارضة المسؤول عن الحقوق المدنية قاصرة على الحكم الغيبي الصادر في الدعوى المدنية فقط، وهذا ما نصت عليه م 2/413 ق إ ج بقولها: «وأما المعارضة الصادرة من المدعي المدني، أو من المسؤول عن الحقوق المدنية فلا أثر لها إلا على ما يتعلق بالحقوق المدنية».

ولكن لنفرض أنه إذا لم يكن هناك إدعاء مدني موجه إلى المسؤول عن الحقوق المدنية فهل يحق لهذا الأخير استعمال حق المتهم والتقرير بالمعارضة في الشق الجنائي الغيبي، رغم تقاعس هذا الأخير عن الطعن فيه أو قبوله لهذا الحكم؟ بمعنى هل يمكن أن يحل المسؤول عن الحقوق المدنية، إذا لم يوجه إليه إدعاء مدني، محل المتهم في التقرير بالمعارضة وتقاعس هذا الأخير؟

اختلف الفقه القانوني حول هذه المسألة، فذهب جانب من الفقه² إلى تقرير حق المسؤول عن الحقوق المدنية في الطعن في الحكم الجنائي الغيبي الصادر ضد المتهم طالبا القضاء ببراءته نيابة عن المتهم، لأن المشرع أجاز له التدخل، ومن ثم فمن حقه الطعن استقلالا كأي خصم أصلي في الحكم الصادر على من كان قد تدخل للدفاع عنه، منضما إليه في طلباته.

وذهب رأي آخر³ إلى أنه ليس للمسؤول عن الحقوق المدنية استعمال حق المتهم في المعارضة، لأنه لو حضر المسؤول عن الحقوق المدنية أمام المحكمة الجزائية أثناء نظر الدعوى وأبدى دفاعه كاملا، فلا يتصور أن يتاح له فرصة إبداء دفاعه مرة ثانية أمام ذات المحكمة عن طريق استعمال حق المتهم في المعارضة.

¹ جابور، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيبية، مرجع سابق، ص 116.

² عبيد، رؤوف، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 879.

³ جابور، حسام محمد سامي، المرجع نفسه، ص 117. البنشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 134.

والذي يتضح لنا، أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب، فالمسؤول عن الحقوق المدنية ليس له أن يعارض في الحكم الجنائي الغيابي الصادر في غيبة المتهم نيابة عنه، وإنما معارضته تقتصر على الشق المدني من الحكم الغيابي فقط دون الجزائي. والأساس القانوني لهذا الترجيح والاستصواب هو النص القانوني المتعلق بهذه النقطة والواضح وضوحا لا يترك أي مجال للمناقشة، فالمادة 2/412 ق إ ج تنص قائلة: «وأما المعارضة الصادرة من المدعي المدني، أو من المسؤول عن الحقوق المدنية فلا أثر لها إلا على ما يتعلق بالحقوق المدنية». وبناء على هذا النص، فإن معارضة المسؤول عن الحقوق المدنية تقتصر فقط على الدعوى المدنية دون الجزائية.

3/ المدعي المدني

المدعي المدني- حسب م 239 ق إ ج- هو من أصابه ضرر من جنابة أو جنحة أو مخالفة ويطالب من أجل ذلك بالتعويض.

والمدعي المدني له حق الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي الجزائي فيما يتعلق بالدعوى المدنية فقط، إعمالا للمادة 2/413 ق إ ج. وقد سبق وأن ذكرنا أن أغلب التشريعات تجيز للمدعي المدني المعارضة في الحكم الغيابي في شقه المدني، ورأينا أن المشرع الإجمالي الجزائري المصري قد خالف ما عليه هذه التشريعات، وقرر أن المدعي المدني ليس له حق المعارضة في الحكم الغيابي، حسب 399 ق إ ج المصري.

والمرر الذي قيل في منع المدعي المدني من الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي في شقه المدني، هو أن المدعي المدني غريب عن المحكمة الجزائية، ودعواه دخيلة على الدعوى العمومية، فالدعوى المدنية لا تنظر أمام المحاكم الجزائية إلا على سبيل الاستثناء، ومن ثم يجب ألا يترتب على أثرها أي تأخير في الفصل الدعوى الجزائية أو عرقلة سيرها، كما أن المدعي المدني يمكنه في جميع الأحوال - بعكس المتهم - الحضور بواسطة وكيل عنه، وتغيبه مع ذلك قرينة على نيته في المماطلة والتسويف.¹

والذي نراه هو مسابرة أغلب التشريعات الإجرائية ومنها التشريع الجزائري في منح حق المعارضة للمدعي المدني، وذلك للفصل فيها بسرعة دون إطالة، وذلك بعكس الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية التي يتسم فيها الفصل في القضايا بالبطء.

ب/ من ليس له حق المعارضة

تعتبر النيابة العامة الطرف الوحيد من ليس له حق المعارضة، وتتفق أغلب الشرائع الإجرائية على حرمانها من هذا الطعن، وذلك لأن الأحكام القضائية لا تصدر إلا بحضورها في حقها باعتبارها عنصرا في تشكيل المحكمة، ويترتب على تخلفها عن الحضور بطلان تشكيل المحكمة، وبطلان ما يصدر فيها من باب أولى من أحكام فتكون منعمدة كلية.

¹ سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 898. البليسي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 127-137. جابر، حاتم محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص 112-119.

ولقد قررت المحكمة العليا: «أن حضور ممثل النيابة في جلسة المحاكمة أمام محكمة الجنايات ضروري لأنه يطلب باسم القانون ما يراه لازماً، ويتعين على المحكمة أن تشهد له بتقديم طلباته».¹

فهذا القرار وإن كان يتحدث عن حضور ممثل النيابة العامة أمام محكمة الجنايات إلا أنه يمكن تعميمه إلى جميع المحاكمات حتى المدنية والإدارية.

ونشير أيضاً أن المدعي في القضايا المدنية ليس له حق المعارضة وذلك لاتصاله وعلمه بالدعوى، ولأنه قدم الحجج والبراهين أمام المحكمة التي صدر منها الحكم الغيبي. كما نشير أيضاً إلى أن من لهم حق المعارضة أنه يشترط في ذلك - حتى يكون لهم الحق - أن يصدر الحكم بحقهم غيباً، فإذا حضروا جلسات المحاكمة وصدر الحكم حضورياً فليس لهم حق المعارضة حينئذ.

البند الثاني: شروط الحق في المعارضة

رأينا من قبل الأطراف التي يجوز لها الطعن المعارضة، وفي هذا البند نتناول الشروط التي يجب توافرها في هذه الأطراف حتى تتمكن من ممارسة هذا الطعن، وهذه الشروط ثلاثة، وهي: المصلحة، والصفة، والأهلية. وقد نصت م 1/459 ق إ م على هذه الشروط بقولها: «لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك».²

وهذه الشروط تعتبر من النظام العام فيجوز أن «يقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية» حسب 2/459 ق إ م، دون دفع من الخصوم، كما أن هذه الشروط هي شروط عامة في كل طرق الطعن، وفي كل دعوى قضائية.

ونحن نتناول هذه الشروط بالترتيب السابق.

أولاً/ شرط المصلحة

أ/ في الفقه الإسلامي

يقصد بالمصلحة في النقص بالمعارضة أن تكون لرافعه فائدة ومنفعة يستهدف تحصيلها من ذلك. وشرط المصلحة متفق عليه بين جميع الفقهاء، وإن كان هذا المصطلح «المصلحة» غير معروف لديهم، إلا أن مضمونه موجود في كتبهم ومتضمن في أقوالهم، فالحنفية يشترطون أن لا تكون الدعوى عبثاً.³ أما المالكية فإنهم يشترطون أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح، وفي هذا يقول ابن فرحون: «من شروط سماع الدعوى أن تكون مما يتعلق بها... غرض صحيح»⁴ أما معنى الغرض الصحيح: «فأحتراز بعشر سمسة،

¹ - قرار صادر يوم: 1971/01/19 م، من الغرفة الجنائية، نشرة الفضاة، العدد 01، السنة 1971م، ص 55، نقلا عن: بغدادي، الجليلي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 362.

² - أنظر في نقد صياغة هذه المادة: محمد، بشر، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية، مرجع سابق، ص 65، وانظر الرد عليه: أمقران، بوشير محمد، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 33. ونشير إلى أن م 459 ق إ م يطابقها الفصل 19 م د ت التونسية.

³ - الجارم، محمد صالح بن عبد الفتاح، المجاني الزهرية على الفواكة البديرة، مطبعة النيل، القاهرة، د ط 2، ص 107، نقلا عن: ياسين، محمد نجيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 303، هامش 01.

⁴ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 145.

فإنه لا ينبغي للحاكم سماع مثل هذه الدعوى»¹. ويقول القرائي: «فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى، لأنه لا يترتب عليه نفع شرعي»،² أي لا فائدة ومنفعة في هذه الدعوى.

وأما الشافعية فيشترطون في المدعى به أن يكون حقا أو ما ينفع في الحق، وأن يكون هذا الحق قد تعرض لإضرار الخصم، وفي هذا يقول السيوطي: «إذا ادعى شخص على آخر أنه يدعي عليه مالا أو غصبا أو شراء شيء منه، لم تسمع، لأنه إخبار عن كلام لا يضر»³.

ويلاحظ أن الشافعية يضعون ضابطا ماديا لوجود المصلحة وهو وجود البينة، فإذا وجدت البينة كان ذلك دليلا على وجود المصلحة، فإذا انعدمت البينة انعدمت المصلحة، وفي هذا يقول الإمام الشيرازي الشافعي: «وإن حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب فإن لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه، لأن استماعها لا يفيد»⁴. وكذلك الحنابلة فإنهم يشترطون المصلحة وأن ضابطها هو وجود البينة التي يقدمها المدعي، يقول البهوتي: «ادعى على ميت أو صغير أو مجنون بلا بينة لم تسمع دعواه، لأنه لا فائدة فيها»⁵. ويقول الزركشي: «فلو لم يكن به بينة لم يحكم به، ولا يسمع الدعوى لعدم فائدتها»⁶.

وهكذا، فإن هذه النقول كلها تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك بأن الفقهاء المسلمين يشترطون المصلحة في قبول الدعوى، ومن ثم يمكن اشتراطها في قبول المعارضة أيضا بحيث يجب أن يكون للطاعن بالمعارضة مصلحة وفائدة يستهدف تحصيلها، وذلك بأن يستهدف الحكم بالبراءة، أو إلغاء الدعوى المدنية والتعويض.

ب/ في القانون الوضعي

يشترط القانون لقبول المعارضة أن تتوافر لدى المعارض مصلحة قانونية، شخصية وقائمة في طعنه طبقا للمادة 1/459 ق إ م، ويكون ذلك متى كان الحكم الغيابي الصادر قد تضمن خسارة له وإلحاق أضرار به، بأن يحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية أو بتغريمه أو بمطالبته بالتعويض. وإذن فمن المصلحة الطعن بالمعارضة في حكم غيابي من أجل القضاء بالبراءة أو تخفيف العقوبة، أو من أجل القبول ببعض الطلبات أو كلها، ومن ثم لا يجوز رفع المعارضة من طرف المتهم إذا قضى الحكم الغيابي بالبراءة، أو إذا قضى بانقضاء الدعوى العمومية بمضي المدة، لأنه ليس له مصلحة في ذلك.

كما لا تقبل المعارضة من المسؤول عن الحقوق المدنية إذا حكم برفض الدعوى المدنية، كما لا يجوز للمدعي المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية أن يطعن في حكم هو في صالح المتهم وحده لانعدام المصلحة⁷.

1 - ابن فرحون، المرجع نفسه، ج 1، ص 147.

2 - القرائي، الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 72. وانظر أيضا: عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 170.

3 - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 507.

4 - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2، ص 303. وانظر أيضا: عليش، المرجع و الصفحة نفسها.

5 - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 6، ص 353.

6 - الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الحرقفي، مرجع سابق، ج 7، ص 287.

7 - قراران صادران عن الغرفة الجنائية الأولى، الأول صدر يوم: 1980/10/28م في الطعن رقم: 17841، والثاني صدر يوم:

1981/01/27م، في الطعن رقم: 23244، نقلا عن: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 110.

والحكمة من اشتراط المصلحة هي ضمان جدية الطعن، فالخصومة ليست نشاطا نظريا، أو مسرحا للمناظرات وتبادل الآراء ووجهات النظر، وإنما هي نشاط قضائي يهدف إلى أغراض عملية، وبالتالي فإن أي عمل إجرائي يجب أن تحدده مصلحة خاصة، ومنفعة معينة، أي تنتج عنه فائدة عملية¹ وإلا كان غير مقبول.

ثانيا/ شرط الصفة

أ/ في الفقه الإسلامي

يعرف أحد المعاصرين الصفة في الفقه الإسلامي: «بأن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثرت حولها الدعوى... وأن يعترف الشارع بهذا الشأن، ويعتبره كافيا لتحويل المدعى حق الادعاء، لتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة»².

ومعنى هذا التعريف أن الصفة هي أن يكون الخصم هو صاحب المركز والحق في الدعوى، وهي الرابطة التي تربط أطراف الخصومة بموضوعها.

وقد ذكر الفقهاء المسلمون شرط الصفة، من ذلك ما قاله السمناني الخنفي: «ولا على من له تمييز ولكن الحق لا يلزمه، وإنما يلزم غيره إذا لم يكن بينهما شيء يوجب قبول قوله عليه»³.

ومعنى هذه العبارة أن الدعوى - وكذلك المعارضة - لا تقبل ممن لا علاقة ولا رابطة له بالدعوى والحق الذي يريد حمايته، وإنما هو حق غيره حتى ولو كان بالغاً راشداً.

أما معنى الصفة في الطعن بالمعارضة فمعناها أن يكون الطاعن بالمعارضة هو أحد أطراف الخصومة متى طعن الحكم بصفته الشخصية، أما إذا طعن في الحكم بوكيل فإن المعارضة تكون مقبولة أيضاً.

ب/ في القانون الوضعي

يقصد بشرط الصفة في الطعن بالمعارضة في القانون الوضعي أن يكون الحق في هذا الطعن مقتصراً على من كان خصماً في الدعوى السابقة، و ضد من كان طرفاً فيها، سواء حضرها بصفته الشخصية أو كان ممثلاً فيها.⁴

فالمعارضة لا تقبل إلا ممن كان خصماً في الدعوى السابقة، وصدر الحكم ضده غايياً، ومن ثم لا تقبل المعارضة من أي شخص آخر لم يكن خصماً في الدعوى مهما كان له من المصلحة فيها.

وجزاء انعدام الصفة عدم قبول الطعن بالمعارضة، ولذا قررت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: «متى ثبت أن الضحية لم تتأسس كطرف مدني في الدعوى أمام محكمة أول درجة، كان القرار يعدم قبول استئنافها لانعدام الصفة مطابقاً للقانون»¹.

¹ سرور، أحمد فتحي، الوسيط في القانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 890.

² -ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 278. وانظر أيضاً: الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات المدنية والشرعية، مرجع سابق، ص 123.

³ -السمناني، روضة القضاء، مرجع سابق، ج 1، ص 186.

⁴ -بشير، محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية، مرجع سابق، ص 67.

وهذا القرار - وإن كان يتحدث عن الصفة في الاستئناف - إلا أن شروط قبول رفع الدعوى، وهي الأهلية والصفة والمصلحة هي شروط عامة في كل طرق الطعن، بل هي شروط واجبة الوجود عند رفع الدعوى أمام المحكمة.

وإذن، فالصفة شرط في قبول المعارضة، والحكمة من ذلك هي أن المعارضة من شأنها إعادة طرح موضوع الدعوى على ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي بين ذات الأطراف، ومن ثم لا تقبل المعارضة ممن لم يكن طرفاً في الخصومة السابقة - أي خصومة الحكم الغيابي - لانتفاء الصفة.

ثالثاً / شرط الأهلية

أ/ في الفقه الإسلامي

يتفق الفقهاء المسلمون على أنه يشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعية، ولكن اتفاقهم هذا هو على الجملة، لأن بعض الفقهاء لا يشترطون كمال الأهلية في كلا الطرفين ويكتفون بالأهلية الناقصة، وهؤلاء هم فقهاء الحنفية، أما المالكية فيكتفون بالأهلية الناقصة في حق المدعي ويشترطون الأهلية الكاملة في حق المدعى عليه، أما الشافعية فهم يستنون من ذلك بعض المسائل فلا يشترطون فيها كمال الأهلية.

فالحنفية يجوزون للصبي المميز المأذون له أن يرفع دعوى، وأن يكون مدعى عليه، وفي هذا يقول الأستروشي الحنفي: «الدعوى من الصبي المحجور عليه غير صحيحة، أما الصبي المأذون له فدعواه صحيحة إن كان مدعياً، وإن كان مدعى عليه فجوابه أيضاً صحيح».²

أما الصغير غير المميز فلا تصح الدعوى منه ولا عليه، وإنما يقوم بها وليه، وفي هذا يقول السمناني: «اعلم أن الصغير لما كان غير مكلف، وكان يحتاج إلى ما يحتاج البالغ من المأكل والمشروب والملبوس والتعليم، وكان عاجزاً عن ذلك غير كامل ولا مكلف رخص الشرع في التصرف في ماله لوليه كأبيه وجدته، إذا كانا من أهل الولاية».³ ويقول أيضاً: «والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق المدعي، وهذا كالدعوى على الصغير والمجنون ومن ليس له تمييز».⁴ وهذا الرأي هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في م 1616.

وأما المالكية فهم يفرقون بين المدعي والمدعى عليه في شرط الأهلية، فالمدعي لا يشترط فيه الرشد، أي لا يشترط فيه الأهلية الكاملة، ولذلك تصح الدعوى من السفه والصبى وإن كان محجوراً عليه.⁵

¹ - قرار صادر يوم: 1988/05/24 م، من القسم الأول للفرقة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 47676، المجلة القضائية، العدد 4، السنة 1990 م، ص 257.

² - الأستروشي، محمد بن عمود، جامع أحكام الصغار، مطبوع بعامش جامع الفصولين لابن قاضي سماوة، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ط 1، 1300 هـ، ج 1، ص 317، نقلاً عن: ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص 274، هامش 03.

³ - السمناني، روضة القضاة، مرجع سابق، ج 1، ص 179.

⁴ - السمناني، المرجع نفسه، ج 1، ص 186.

⁵ - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6، ص 127.

أما المدعى عليه فيشترط فيه المالكية الأهلية الكاملة، فإذا كان عدم الأهلية أو ناقصها لم تصح الدعوى عليه، هذا في الديون والمعاملات، أما في القتل والجراح والجرائم بصفة عامة فتصح الدعوى عليهما.

يقول ابن فرحون وهو يتكلم عن الدعوى على الصغير والسفيه: «وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على ما لا يصح إقراره، فلا تسمع الدعوى على السفيه، ولا ينبغي للقاضي أن يسأله عن شيء مما يدعي به عليه، ولا يكلفه في ذلك إقرارا ولا إنكارا، وذلك في مثل الدعوى بالديون والمعاملات، من البيع والابتاع والسلف والإباحة، وأما إن كانت الدعوى مما يلزمهما في أموالهما، مثل ما يكون منهما على العداء كاستهلاك الشيء أو غصبه أو اختلاسه أو نهبه، كالجرح والقتل وما أشبهه عمدا أو خطأ، فإنه يسمع البينة من المدعي ويكلفه إثبات صحة دعواه»¹.

وإذن، فمن خلال كلام ابن فرحون المالكى فإن الأهلية الكاملة تشترط في القضايا المدنية، أما في القضايا الجزائية فلا تشترط الأهلية الكاملة، في حق المدعى عليه.

ولكن مع ذلك، فإن المالكية يرون من خلال ما يقوله ابن فرحون أنه: «ينبغي للقاضي أن يوكل عليه وكيلا مفوضا إليه جميع أموره، فتكون هذه الخصومة من أموره التي ينظر له فيها وفيما أشبهها، لأن حقا على القضاة أن لا يهملوا الأيتام»²، فيجب التوكيل بالنسبة لناقصي الأهلية وعدمهما، حفظا لحقوقهم وصيانة لهم.

أما الشافعية فالقاعدة عندهم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه، ولكنهم أجازوا الدعوى على المحجور عليه فيما يصح إقرارهم به، فسمع الدعوى بالقتل على السفيه، وفي هذا يقول الخطيب الشربيني الشافعي: «شرط المدعى عليه أن يكون مكلفا ملتزما للأحكام الشرعية، فلا تصح الدعوى على صبي ومجنون، لأن محل ذلك عند حضور وليهما فتكون الدعوى على الولي، أما عند غيبته فالدعوى عليهما كالدعوى على الغائب، فلا تسمع إلا أن يكون هناك بينة ويحتاج معهما إلى يمين»³.

ويقول أيضا: «أن تكون الدعوى على مدعى عليه مثله، أي المدعى عليه في كونه مكلفا فلا تصح الدعوى على صبي ومجنون، بل إن توجه على الصبي أو المجنون حق مالي ادعى مستحقه على وليهما، فإن لم يكن ولي حاضر فالدعوى عليهما كالدعوى على الغائب فلا تسمع»⁴.

هذا في المدعى عليه، أما المدعي فيجب أن تكون له أهلية كاملة، وفي هذا يقول الخطيب الشربيني: «إنما تسمع الدعوى من مكلف أي بالغ عاقل حالة الدعوى، فلا تسمع دعوى صبي ولا مجنون»⁵.

كما ذهب الشافعية إلى أن الحربي ليس أهلا للدعوى ولا لرفعها عليه، ولكنها تسمع من الذمي المعاهد والمستأمن، وعليهم⁶.

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 153.

² - ابن فرحون، المرجع نفسه، ج 1، ص 154.

³ - الخطيب الشربيني، مفتي المحتاج، مرجع سابق، ج 4، ص 407-408.

⁴ - الخطيب الشربيني، المرجع نفسه، ج 4، ص 110.

⁵ - الخطيب الشربيني، المرجع والصفحة نفسها.

⁶ - الخطيب الشربيني، المرجع نفسه، ج 4، ص 408. الهشيمي، تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج 10، ص 293.

أما الحائبة فإنهم أجازوا الدعوى على السفينة فيما يؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف.¹

وهكذا، فإن هذه النصوص تؤكد أن الأهلية شرط في الدعوى، ومن ثم يمكن استعمار هذه النصوص في اشتراط الأهلية عند الطعن بالمعارضة فتقبل المعارضة من بلغ سن الرشد، وتكون غير مقبولة لمن لا يتوافر على هذا الشرط، ولتصحيح الإجراء يجوز التوكيل من الأب أو الجد كما قال ابن فرحون.

ب/ في القانون الوضعي

إن الطعن بالمعارضة هو كباقي الطعون يخضع للقواعد العامة التي تحكم رفع الدعوى، ومنها أن يرفع ممن حائز على أهلية التقاضي، حسب م 1/459 ق إ م.

وهذا الشرط لا يتعلق برفع الطعن فقط، بل يشمل كل الأطراف من الطاعن والمطعون ضده. والكلام عن الأهلية يقتضي التمييز والتفريق بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري.

فبالنسبة لأهلية التقاضي للشخص الطبيعي فهي أنه لا يكون أهلاً لمباشرة كامل حقوقه المدنية إلا من بلغ سن الرشد 19 سنة، وكان مستعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، حسب م 40 ق م.

أما فاقد الأهلية والذي لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، فهو من كان فاقد التمييز لصغر في السن، بأن لم يبلغ سن التمييز، وهي 13 سنة، أو عته أو جنون، إعمالاً للمادة 42 ق م. أما ناقص الأهلية فهو - حسب م 43 ق م - كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، أي ما بين 13 إلى 19 سنة، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو معتوهاً.²

وفاقد الأهلية وناقصها يخضعان لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط وفق القواعد المقررة في القانون، طبقاً للمادة م 44 ق م.

وبما أن المعارضة هي تصرف قانوني فإنه يقتضي أن يكون صاحبه أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، أما إذا كانت هذه الأهلية والصلاحية منعدمة أو ناقصة، فإنها تفرض في هذه الحالات الخضوع لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، وبالتالي يتولى الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر، والقيم بالنسبة للمحجور عليه رفع الطعن بالمعارضة، نيابة عنهم، والقيام بكل التصرفات القانونية التي يملكها هذا الطعن لحسابهم. ولذلك قضت المحكمة العليا أن الطعن المرفوع من قبل القاصر بنفسه غير مقبول لانعدام أهلية التقاضي³، كما قضت من جهة أخرى

¹ - ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 3، ص 808، اليهودي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 277. ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج 2، ص 628.

² - وهذا تطبيقاً للقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م المعدل والنتم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني.

³ - قرار صادر يوم: 15/03/1983م من القسم الأول للفرقة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 24941، المجلة القضائية، العدد 01، ص 340.

بقبول الطعن المرفوع من طرف الأم نيابة عن أولادها القاصرين¹، كما قبلت الطعن الذي رفعه المحامي نيابة عن موكله الحدث².

ومن الطبيعي أنه إذا كان فاقدوا الأهلية أو ناقصوها يخضعون للولي أو الوصي أو القيم، فإن كل طلبات الحضور والتبليغات والإنذارات الخاصة بفاقدي الأهلية أو ناقصيها يجب أن تبلغ إلى ممثلهم القانونيين من الولي أو الوصي أو القيم، وهذا تطبيقا للمادة 467 ق إ م.

أما بالنسبة لأهلية الشخص الاعتباري فقد نصت م 50 ق م على تمتعه بحق التقاضي، ويتولى نائبه التعبير عن إرادته، فيتولى رفع المعارضة نيابة عن الشخص الاعتباري، وكيله أو مديره أو رئيس مجلس إدارته.

وفي نهاية هذا المبحث نخلص إلى نتيجة مهمة وهي أن الفقه الإسلامي عرف الكثير من الوسائل الإجرائية في القضاء عموما وفي المعارضة خصوصا.

من هذه الوسائل الإجرائية: الآجال، والكتابة والتوثيق، فالآجال عرفها القضاء الإسلامي، وقد كشفنا اللثام عن أن الماوردي حدد ميعاد المعارضة للغائب المحكوم عليه بـ 03 أيام، وهو وإن كان قصيرا إلا أن المهم هو أن القضاء الإسلامي يكون قد عرف فكرة الآجال، ومن ثم فهي ليست دخيلة عليه، بل هي من صلبه. كما عرف القضاء الإسلامي أيضا الكتابة والتوثيق في الأعمال القضائية تماما مثل القانون الوضعي.

أما الشروط الموضوعية للمعارضة فقد عرفها أيضا القضاء الإسلامي، فعرف الأهلية والمصلحة والصفة، وإن كان لم يصطلح عليها بهذه المصطلحات وليس في ذلك أي عيب أو تقيص، خاصة إذا أدركنا أن الفقه الإسلامي عموما فقه عملي واقعي يهدف إلى إيجاد الحلول للمشكلات الحاصلة في حينها، ومن ثم فهو ليس بفقه نظري فلسفي.

1- قرار صادر يوم: 1981/12/24م من القسم الثالث للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 17270، نقلا عن: بغداددي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 356.

2- قرار صادر يوم: 1985/12/10م، من الغرفة الجنائية الأولى في الطعن رقم: 40307، المحلة القضائية، العدد 02، سنة 1990م، ص 221.

المبحث الثاني: آثار المعارضة والحكم فيها

تطرقنا في المبحث السابق إلى كيفية تحريك آلية المعارضة، فتعرفنا على زمن إجراء المعارضة وكيفيةها، وأشخصها وشروطهم. وإذا تمت المعارضة وفقا لشروطها السابقة فإنها تنتج آثارا على الحكم الغيابي، وهذه الآثار في الحقيقة تنتج بمجرد قابلية الحكم الغيابي للمعارضة، وليس بالطعن الفعلي بالمعارضة، فهي تنتج حتى وإن لم يطعن في الحكم فعلا. كما أن هذه الآثار تنتج بقوة القانون ولا حاجة إلى تنصيب القاضي بها في الحكم الغيابي. وزيادة على كل هذا فإن التقرير بالمعارضة - متى تم بالشروط القانونية - يؤدي بها إلى الحكم فيها، فيترتب على التقرير بالمعارضة إعادة نظر النزاع من جديد أمام المحكمة التي قرّر أمامها بالمعارضة.

وبناء على كل ما سبق فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: آثار المعارضة

المطلب الثاني: الحكم في المعارضة.

المطلب الأول: آثار المعارضة

ينتج عن التقرير بالمعارضة ثلاثة آثار وهي: الأثر الموقوف والمسقط والناشر، ونحن نتناول هذه الآثار في فرعين الفرع الأول: الأثر الموقوف والمسقط. والفرع الثاني: الأثر الناشر

الفرع الأول: الأثر الموقوف والمسقط

نظرا للتقارب الكبير بين الأثر الموقوف والأثر المسقط رأينا أن ندرجهم معا تحت فرع واحد. ويتم تناول بيان هذين الأثرين، أولا في الفقه الإسلامي، وثانيا في القانون الوضعي.

البند الأول: في الفقه الإسلامي

إذا قدم المعارض معارضة في الحكم الغيابي، وكانت في الأجل المقرر لها، فإن الحكم الغيابي لا ينفذ وإنما يوقف تنفيذه، أي لا ينفذ إلا حين انقضاء أجل المعارضة أو عدم قبول المعارضة حين تقديمها.

وفي هذا يقول علي حيدر شارح مجلة الأحكام العدلية وهو يقرر هذا الأثر «حكم الحكم الغيابي، أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعى عليه، أو إذا اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول»⁽¹⁾.

ومقتضى هذا النص أن المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي كأصل وقاعدة، وينفذ في حالتين:

1/ - عدم تقديم المعارضة من المحكوم عليه غيابيا، بفوات أجل المعارضة.

2/ - تقديم المعارضة إلا أنها غير مقبولة لتخلف شرط من شروط المعارضة السابق ذكرها.

ويقول أيضا علي حيدر في نص آخر وهو يؤكد هذه الحقيقة: «إن القاضي ينظم الحكم الغيابي من نسختين، فيُسَلَّم نسخة منه حسب م 1827 إلى المحكوم، ويرسل النسخة الأخرى بواسطة محضر المحكمة إلى

(1) - حيدر، علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 682.

المحكوم، ويؤخذ من المحكوم عليه إيصالاً بحصول تسليم الإعلام إليه وتبليغه له، فإذا لم يعترض المحكوم عليه الذي بلغ له الحكم الغيابي، فينفذ الحكم المذكور، وإذا اعترض على الحكم يؤخذ تنفيذه لنتيجة الاعتراض كما هو مبين في م1836»⁽¹⁾.

ولهذا نرى أن الفقه الإسلامي عرف الأثر الموقف في تنفيذ الحكم الغيابي، ومن ثم ليس صحيحاً ما يراه البعض من أن «وقف تنفيذ الحكم المعارض فيه لا وجود له أصلاً في الفقه الإسلامي»⁽²⁾. ولتأكيد الأمر أكثر رأينا من قبل⁽³⁾ أن الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي هو حكم كامل لكنه معلق بالتنفيذ على شرط، وهو ما لم ينقض من المحكوم عليه غيابياً. وهذا تم استخلاصه مما قاله محمد بن إسماعيل الصنعائي، حيث قال: «الغائب لا يفوت عليه حق، فإنه إذا حضر كانت حجته قائمة وتسمع ويعمل بمقتضاها ولو أدى إلى نقض الحكم لأنه في حكم المشروط»⁽⁴⁾.

ومعنى العبارة الأخيرة «في حكم المشروط» هي أن الحكم الغيابي هو حكم معلق على مدى نقضه من المحكوم عليه غيابياً من عدمه. زيادة على ذلك فإن القول بالألا وجود للأثر الموقف في الفقه الإسلامي يجعل من قاعدة إرجاء الحجة للغائب قاعدة بلا معنى، فإذا قلنا بأن الحكم الغيابي ينفذ مباشرة بعد صدوره دون وقفه، فما جدوى منح الغائب المحكوم عليه حق نقضه بالمعارضة إذن؟

ولذلك نرى أن إرجاء الحجة للغائب -أي حق المعارضة- يستتبع حتماً وقف تنفيذ الحكم الغيابي الصادر ضده، وذلك حتى يتسنى للغائب الطعن فيه ونقضه قبل التنفيذ وقبل أن تصبح له من القوة ما للحكم الحضوري من قوة.

وإذن، فالحكم الغيابي في الفقه الإسلامي لا ينفذ لأنه قد ينقض من طرف المحكوم عليه غيابياً، كما أن في تنفيذه معجلاً ظلم وإجحاف في حق من نفذ عليه، إذ بالتنفيذ قد يفوت على المحكوم عليه حقوقه، وكما قال الصنعائي: «والغائب لا يفوت عليه حق»⁽⁵⁾.

ويستثنى من الأثر الموقف قضايا النفقة⁽⁶⁾، وذلك للحاجة الملحة في تنفيذها ولأنها لا تقبل التأخير لتعلقها بحياة الإنسان.

ومن كل ما سبق نرى أن الفقه الإسلامي عرف الأثر الموقف في تنفيذ الحكم الغيابي ولم يعرف الأثر المسقط، فالحكم الغيابي لا يسقط بمجرد رفع المعارضة، وإنما يبقى سارياً إلى غاية الفصل النهائي في المعارضة.

(1) -حيدر، علي، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص681.

(2) -بلعروس، محمد، القضاء على الغائب، مرجع سابق، ص173.

(3) -انظر: ص14 من الفصل التمهيدي.

(4) -الصنعائي، سبل السلام، مرجع سابق، ج4، ص215.

(5) -الصنعائي، المرجع والصفحة نفسها.

(6) - ابن رشد (الجدد)، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج9، ص259. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص139-140.

البند الثاني: في القانون الوضعي

نتناول أولاً الأثر الموقوف ثم نردفه بدراسة الأثر المسقط.

أولاً/ الأثر الموقوف

يقصد بالأثر الموقوف في القانون الوضعي وقف تنفيذ الحكم الغيابي، ووقف نظر الاستئناف والنقض، بحيث لا ينفذ الحكم الغيابي إلا بعد فوات ميعاد المعارضة، أو عدم قبولها بعد التقرير بها، كما لا ينظر في الاستئناف والنقض إلا بعد انقضاء ميعاد المعارضة أو الحكم فيها.

وبناء على هذا التحديد فإننا نتناول هذا الأثر وفق الخطة الآتية:

أ/- وقف تنفيذ الحكم الغيابي

ب/- وقف نظر الاستئناف والنقض

أ/- وقف تنفيذ الحكم الغيابي

القاعدة العامة أن التقرير بالمعارضة يوقف تنفيذ الحكم الغيابي، وهذه القاعدة ترد عليها استثناءات، تجعل من الحكم الغيابي نافذا رغم المعارضة. ونحن نتطرق إلى القاعدة العامة ثم نعقبها بالاستثناءات التي ترد عليها.

I/- القاعدة العامة، المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي

القاعدة العامة هي أن مجرد التقرير بالمعارضة؛ بل إن مجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالمعارضة يجعله غير مكتسب كقاعدة عامة للتنفيذ، فيكون مفعول الحكم الغيابي معطلا قانوناً بصفة مؤقتة.

وهذه القاعدة العامة نصت عليها م 100 ق.إ.م، التي قررت أن: «المعارضة توقف تنفيذ الحكم ما لم يقض الحكم الغيابي بغير ذلك»⁽¹⁾، هذا في المواد المدنية.

أما في المواد الجزائية-حسب مفهوم م 410 ق.إ.ج- فإن المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي الجزائي، إلا أن الأثر الذي يضاف إلى الأثر الموقوف في المواد الجزائية هو الأثر المسقط، والذي نتناوله لاحقاً.

والحكمة من وقف تنفيذ الحكم الغيابي هي أن الأحكام القضائية لا تنفذ إلا متى صارت نهائية- والأحكام النهائية هي الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية من المعارضة والاستئناف- فيما أن الحكم الغيابي لا يزال قابلاً للمعارضة والاستئناف، فإنه لم يصبح بعد نهائياً ولا يجوز تنفيذه لأنه قد يلغى أو يعدل في المعارضة أو الاستئناف، فيكون في تنفيذه معجلاً إجحافاً بمن نفذ عليه.

أما في حالة ما إذا صار الحكم نهائياً باستنفاد طرق الطعن العادية فيه، أو بفوات مواعيدها، فإن العلة من إرجاء تنفيذه تكون متفية، فمتى صار الحكم نهائياً فإنه يكون قابلاً للتنفيذ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى

(1) - وتقابلها م 1/467 ق.إ.ج مصري.

فإن الأحكام الغيابية هي أضعف الأحكام القضائية دلالة على صحة ما قضت به، إذ هي تصدر في غيبة المتهم من غير أن يبدي دفاعا عن نفسه ضد التهم المنسوبة إليه، ودون أن تتاح له فرصة مناقشة شهود الإثبات أو دحض أدلة الاتهام، وإذا كان هذا هو شأن الأحكام الصادرة في غيبة المتهم فإن مقتضيات العدالة وحقوق الدفاع توجب التريث في تنفيذ تلك الأحكام حتى تصبح لها قوة الأحكام الصادرة بحضوره بعد إبداء دفاعه. وإذن، فالقاعدة الأساسية أن الحكم الغيابي لا ينفذ ما دام قابلا للمعارضة بمجرد سريان الميعاد يوقف تنفيذ الحكم، وحكمة هذه القاعدة كما سبق، هي أن الحكم قد يلغى أو يعدل في المعارضة فيكون في تنفيذه معجلا وبسرعة إجحاف وعسف بمن نفذ عليه⁽¹⁾.

ونشير فقط أن الأثر الموقوف للمعارضة لا يقتصر على الشق الجزائي للحكم الغيابي الجزائي فقط، وإنما يمتد ليشمل الدعوى المدنية.

2/- الاستثناء جواز تنفيذ الحكم الغيابي رغم المعارضة

رغم القاعدة العامة السابقة، فإن هناك استثناءات ترد عليها، والاستثناء يؤكد القاعدة ولا يلغيها، بل على العكس من ذلك، فإنه يؤدي إلى تأكيدها بوضعها في حدودها المعقولة، بالاستجابة إلى اعتبارات مماثلة أو مساوية للاعتبارات التي تستند إليها القاعدة العامة⁽²⁾.

وهذه الاستثناءات يمكن تقسيمها إلى قسمين: استثناءات ترد على المعارضة المدنية، وأخرى على المعارضة الجزائية.

I/- في المواد المدنية

يجوز تنفيذ الحكم الغيابي رغم المعارضة، وذلك حسب ما نصت عليه م1/40 ق.إ.م بقولها: «يؤمر بالتنفيذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف في جميع الأحوال التي يحكم فيها، بموجب سند رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق نهائي، أو في قضايا النفقة». وهذا سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي حسب م146 ق.إ.م.

والحكمة من تنفيذ الحكم الغيابي رغم المعارضة في مثل هذه الأحوال التي ذكرتها المادة السابقة، هي أن الحكم الصادر في مثل هذه الحالات نادرا ما يبطل، فالحكم الصادر بموجب سند رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق نهائي، غالبا ما يكون هو الحقيقة التي لا تقبل الإبطال، لأنها صدرت بناء على وثائق قاطعة. أما قضايا النفقة فالمشرع راعى الاعتبار الاجتماعي والحاجة الملحة التي لا تقبل التأخير والتأجيل، فأوجب إعطاء النفقة لمن يستحقها لأنها حق مما تقوم به الحياة، وزيادة على كل هذا، فإن وقف التنفيذ في مثل هذه

(1)- البوشي، زغلول، المعارضة في الاحكام الجنائية، مرجع سابق، ص179-180.

(2)- تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص609-610.

الحالات لا يرمي ولا يهدف إلا إلى ربح الوقت، والإضرار بالأطراف الأخرى. ويجوز أيضا تنفيذ الحكم الغيابي رغم المعارضة في ما يتعلق بالأحكام الخاصة بتقديم الكفيل أو الكفالة، وهذا حسب م307ق.إ.م التي تنص على أن: «الحكم الصادر في المنازعة واجب النفاذ رغم المعارضة أو الاستئناف».

II- في المواد الجزائية

أما في المواد الجزائية، فإن هناك أيضا استثناءات ترد على القاعدة العامة، ويمكن رد هذه الاستثناءات إلى اعتبارات ثلاث: حماية الحدث، حماية مصلحة المدعي المدني، حماية مصلحة المجتمع، وإليك بيان هذه الاعتبارات بالتوضيح والبيان.

❖ **حماية الحدث:** يجوز لقسم الأحداث -فيما يتعلق بالإجراءات المنصوص عليها في م444ق.إ.ج- أن يأمر بشمول قراره بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف حسب نص المادة 470 ق إ.ج. والحالات المنصوص عليها في م444ق.إ.ج والتي يجوز تنفيذها رغم المعارضة هي:

- 1/- تسليمه لوالديه، أو لوصيه، أو لشخص جدير بالثقة.
- 2/- تطبيق نظام الإفراج عنه مع وضعه تحت المراقبة.
- 3/- وضعه في منظمة، أو مؤسسة عامة، أو خاصة معدة للتهديب، أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض.
- 4/- وضعه في مؤسسة طبية، أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.
- 5/- وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة.
- 6/- وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة...»، ففي هذه الحالات يجوز تنفيذ الحكم الغيابي الصادر في حق الحدث رغم المعارضة، والهدف من ذلك هو الفرق بالحدث وبمحميته وإعطائه الرعاية والاهتمام اللازمين له.

❖ حماية مصلحة المدعي المدني

لقد رأى المشرع الإجراءي الجزائي الجزائري أن المدعي المدني قد يكون في حاجة ماسة إلى تعويض مالي يفي ببعض الحاجات الضرورية الأساسية له، فقرر -حسب م3/357ق.إ.م- أن المحكمة: «لها السلطة- إن لم يكن ممكنا إصدار حكم في طلب التعويض المدني بحالته- أن تقرر للمدعي المدني مبلغا مؤقتا قابلا للتنفيذ به رغم المعارضة أو الاستئناف»⁽¹⁾.

❖ حماية مصلحة المجتمع

رغم أن الأصل أن طرق الطعن العادية لها أثر موقف، إلا أن المشرع وابتغاء منه حماية المجتمع من خطر

⁽¹⁾-ويطابقها الفصل 167/2م.إ.ج التونسية.

الإجرام والمجرمين، أجاز للمحكمة أن تأمر بحبس المتهم رغم المعارضة والاستئناف. فإذا رأت المحكمة أن الواقعة تكون حنحة قضت بالعقوبة، فيجوز لها - حسب م 1/358-2-3ق.إ.ج «إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام، وكانت العقوبة المقررة بها لا تقل عن الحبس سنة أن تأمر بقرار خاص مسبب بإبداع المتهم في السجن أو القبض عليه. ويظل أمر القبض مستجا أثره، حتى ولو قضت المحكمة في المعارضة أو قضى المجلس في الاستئناف بتخفيض عقوبة الحبس إلى أقل من سنة. غير أن للمحكمة في المعارضة كما للمجلس في الاستئناف إلغاء هذه الأوامر وذلك بقرار خاص مسبب»⁽¹⁾.

فهذه الحالات كلها هي استثناءات ترد على قاعدة الأثر الموقوف للطعن بالمعارضة.

ب/ وقف نظر الاستئناف والنقض

يترتب على التقرير بالمعارضة في الحكم الغيابي وقف مواعيد الطعن بالاستئناف والنقض، بالنسبة لأطراف النزاع، وذلك لأن الطعن بالمعارضة يسبق غيره من طرق الطعن الأخرى. فمتى كان لأطراف المعارضة الحق في التقرير بالمعارضة، فإن ميعاد الاستئناف والنقض لا يسري إلا بعد انتهاء المعارضة، أو من تاريخ صدور الحكم في المعارضة، ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة الطعن بالاستئناف أو النقض وميعاد المعارضة لا يزال ساريا، ولأجل ذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه: «متى طعنتم النيابة العامة بالاستئناف في حكم غيابي، فإنه يتعين على المجلس القضائي ألا يفصل في الدعوى ما دام أجل المعارضة لم ينته بعد، وإلا كان قضاؤها باطلا»⁽²⁾.

بل إن القانون نص على هذه القاعدة، فقد قررت م 102ق.إ.م على: «أن استئناف الحكم الصادر من المحكمة يجب أن يرفع في مهلة شهر واحد وتسري هذه المهلة ابتداء من تاريخ انقضاء مهلة المعارضة إذا كان غيابيا».

وإذن، فإذا طعن المتهم أو المدعي المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية في الحكم الغيابي الصادر ضده بالمعارضة، فإن ميعاد الاستئناف لا يسري في حق الطاعن إلا من تاريخ صدور الحكم في المعارضة، وكذلك في حالة عدم الطعن بالمعارضة، فإن ميعاد الاستئناف لا يسري إلا من يوم انقضاء ميعاد المعارضة. وكذلك الأمر في ميعاد الطعن بالنقض فلا يبدأ في السريان إلا من تاريخ انقضاء ميعاد المعارضة، أو الحكم الصادر في المعارضة، وهذا يعني أنه لظالما كان الحكم الغيابي لم يعلن للمحكوم عليه فلا يبدأ ميعاد المعارضة في السريان، وبالتالي لا يبدأ ميعاد الطعن بالاستئناف أو النقض، لأن الطعن بالمعارضة يسبق في الترتيب القانوني

(1) - يطبقها الفصل 2/180-ج التونسية.

(2) - قرار صادر يوم: 1982/06/01م. من القسم الأول للفرقة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 25990. نقلا عن: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سبق، ج 1، ص 34.

الفصل الثاني شروط المعارضة، وآثارها واثم فيها

سائر طرق الطعن الأخرى، ويتعين على المحكوم عليه الالتجاء إليه قبل أن يسلك طرق الطعن الأخرى، فإذا ما أعلن المحكوم عليه غيايا على النحو الذي رسمه القانون وانتقضت مواعيد الطعن بالمعارضة، أو قضى في المعارضة فحينئذ تفتح طرق الطعن الأخرى من الاستئناف والنقض.

ولذلك نصت م4/498 ق.إ.ج على أنه «بالنسبة للأحكام الغياية فإن هذه المهلة لا تسري إلا من اليوم الذي تكون فيه المعارضة غير مقبولة».

ثانيا/ الأثر المسقط

يقصد بالأثر المسقط أن الحكم الغياي يسقط بالمعارضة متى كانت مقبولة شكلا، بحيث يصبح الحكم الغياي لاغيا ومنعدما وكأنه لم يكن، وكل هذا بشرط أن تكون المعارضة مقبولة شكلا، فإذا لم تكن المعارضة مقبولة شكلا فإن الحكم الغياي لا يسقط وإنما يتأكد ويستقر.

ويأخذ المشرع الإجمالي الجزائري بالأثر المسقط في المواد الجزائية دون المدنية، وهذا بنص م409 ق.إ.ج، التي نصت على أنه: «يصبح الحكم الصادر غيايا كأن لم يكن جد بالنسبة لجميع ما قضى به إذا قدم المتهم معارضة في تنفيذه. ويجوز أن تنحصر هذه المعارضة فيما قضى به الحكم من الحقوق المدنية».

ونصت م413 ق.إ.ج على أنه: «تلغي المعارضة الصادرة من المتهم الحكم الصادر غيايا حتى بالنسبة لما قضى به في شأن طلب المدعي المدني. وأما المعارضة الصادرة من المدعي المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية فلا أثر لها إلا على ما يتعلق بالحقوق المدنية».

فهذه النصوص توضح أن المشرع الإجمالي الجزائري يأخذ بالأثر المسقط إلى جانب الأثر الموقوف.

الفرع الثاني: الأثر الناشر

يقصد بالأثر الناشر أن التقرير بالمعارضة يعيد طرح القضية برمتها ونشرها مجددا أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغياي، بجميع عناصره الموضوعية والإجرائية القانونية والواقعية⁽¹⁾.

ويصطلح البعض على هذا الأثر بالأثر الناقل، ويعرفه بأنه: «نقل النزاع الذي طرح على المحكمة المطعون في حكمها في حدود ما فصل فيه، وفي حدود ما رفع عنه من طعن»⁽²⁾.

ونحن نرى أنه لا يمكن الاصطلاح على هذا الأثر بالناقل، لأن النزاع لا ينقل إلى محكمة أعلى من المحكمة التي صدر منها الحكم الغياي، وإنما يبقى في حوزة المحكمة التي أصدرته⁽³⁾، ومن ثم فإن التعبير عن هذا الأثر بالناقل هو تعبير قاصر، ولا يعبر عن حقيقة الأثر، في حين أن التعبير والاصطلاح على الأثر بالناشر هو المعبر بصدق عن حقيقة الأثر ومضمونه.

(1)- الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص544-545.

(2)- عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص1189.

(3)- انظر في هذا: عبد المعتم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص642.

ورغم ذلك، فإننا لا نتكر ما ورد في تعريف الأثر الناقل بأن المحكمة المطعون أمامها في الحكم الغيابي تقتصر فقط على ما نشر أمامها، أي في حدود ما رفع عنه من طعن، وتتطرق الآن إلى بيان الأثر الناشر في الفقه الإسلامي في بند أول ثم في القانون الوضعي في بند ثان.

البند الأول: في الفقه الإسلامي

يقرر الفقهاء المسلمون أن الغائب إذا قدم فإن الدعوى يعاد نشرها من جديد بجميع عناصرها، وأن الأدلة تعرض له ويناقشها دليلاً دليلاً. وفي هذا يقول ابن فرحون المالكي: «فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عنه وأن يبتدئ الخصومة كان ذلك من حقه»⁽¹⁾.

فهذا النص يمنح للمحكوم عليه غيابياً أن يطعن في الحكم الغيابي، وإذا طعن فيه فإنه يترتب على ذلك إعادة نظر الدعوى من جديد، وأن يبتدئ في الحكم في التراجع وكأنه يعرض لأول مرة.

ويؤكد هذا المعنى أيضاً شمس الدين الأسيوطي الشافعي قائلاً: «فإذا حضر الغائب وبلغ الصبي وآفاق الجنون، وأقام البينة على جرح الشهود عند الشهادة أو الإبراء أو القضاء نقض الحكم»⁽²⁾.

وهكذا يتبين لنا أن إرجاء الحجة للغائب يؤدي إلى إعادة نشر القضية أمام المحكمة للنظر فيها من جديد.

البند الثاني: في القانون الوضعي

يترتب على التقرير بالمعارضة أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي أثراً ناشراً الذي يعني أن تستعيد هذه المحكمة كامل سلطتها في إعادة نظر التراجع مجدداً، وذلك بعد تعيين جلسة نظر المعارضة، وإبلاغ مواعدها إلى الخصوم والشهود، ويجب حضور المحكوم عليه المعارض إلى الجلسة الأولى بالأخص وإلا اعتبرت المعارضة كأن لم تكن.

وباسترداد المحكمة المعارض أمامها سلطتها في إعادة المحاكمة مجدداً تسترد كذلك سلطتها التقديرية الواسعة في وزن الأدلة ومناقشتها وإعادة النظر فيها والاستماع إلى ما يقدمه إليها المحكوم عليه من أدلة جديدة، كل هذا دون أن تكون مرتبطة أصلاً بالحكم السابق المطعون فيه بالمعارضة، وبعد هذا كله تصدر حكمها في الدعوى على النحو الذي تسلمه في المحاكمة الحضورية.

والأثر الناشر للمعارضة يثير إشكالات نراها من الأهمية بمكان وهما:

— هل يجوز الإدعاء مدنياً لأول مرة أثناء نظر المعارضة؟

— ما هي صلة خصومة المعارضة بالحكم الغيابي؟ هل هي خصومة تابعة للحكم الغيابي أم أنها مستقلة عنه؟

ونبحث الإشكالاتين السابقتين بالترتيب نفسه.

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 97.

(2) - الأسيوطي، جواهر العقود، مرجع سابق، ج 2، ص 288.

أولاً/ مدى جواز الإدعاء مدنيا لأول مرة أثناء نظر المعارضة

مما لا شك فيه قانونا وقضاء أنه لا يجوز للمدعي المدني أن يدعي مدنيا لأول مرة أمام المجلس القضائي في الاستئناف، دون الادعاء مدنيا أمام المحكمة الابتدائية، ولذا جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما نصه: «إن العبرة في صفة المدعي المدني المستأنف ما حصل فعلا أمام محكمة أول درجة لا ما ورد خطأ في قرار المجلس، لذلك يتعين نقض القرار الذي اعتبر أشخاصا كلفوا خطأ بالحضور إلى الجلسة كأطراف مدنيين وقضى لهم بالتعويض، في حين أنه لم يسبق لهم أن ادعوا مدنيا في الدعوى»⁽¹⁾.

وإذن لا يجوز الادعاء مدنيا لأول مرة أمام المجلس القضائي في الاستئناف، والعلّة في ذلك هي عدم حرمان المتهم من حق التقاضي على درجتين، وهو من النظام العام. ولكن هل يجوز الادعاء مدنيا لأول مرة أمام محكمة أول درجة عند نظر المعارضة؟ بحيث إذا لم يدع المدعي المدني في الحكم الغيابي فهل يجوز له الادعاء لأول مرة عند نظر المعارضة؟

اختلف الفقه القانوني حول هذه المسألة إلى رأيين، رأي يجوز، وآخر يمنع.

أ/-الرأي الأول، عدم جواز الادعاء مدنيا لأول مرة عند نظر المعارضة

يرى جانب من الفقه القانوني عدم جواز الادعاء مدنيا لأول مرة أمام محكمة أول درجة عند نظر المعارضة⁽²⁾، فإذا صدر الحكم الغيابي من محكمة أول درجة وعارض فيه المتهم فلا يجوز الادعاء مدنيا لأول مرة أثناء نظر معارضته إذا حضر، وذلك لأن محكمة أول درجة تنظر الموضوع في هذه الحالة مقيدة بتقرير المعارضة، أي أنها تنظر المعارضة في حدود ما طعن في الحكم الغيابي، وفي مستوى ما رفع من طعن، فلا يجوز لها أن تخرج عن حدود التقرير بالمعارضة.

ب/-الرأي الثاني، جواز الادعاء مدنيا لأول مرة عند نظر المعارضة

وعلى عكس الرأي السابق، ذهب جانب آخر من الفقه القانوني⁽³⁾ إلى أن طرح الدعوى على المحكمة يترتب عليه نظرها من جديد، ومن ثم فلن يضار المعارض إذا ما رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة في جلسة المعارضة، وذلك من باب التيسير، لأنه ما دام أن الدعوى المدنية لا يزال رفعها جائزا أمام المحاكم المدنية، فلا مانع من نظرها مع الدعوى الجزائية توفيراً للإجراءات وتحقيقاً للعدالة، إذ سوف ينظر في موضوعها القاضي الذي أَلَمَ بعناصر الدعوى الجزائية، وليس للمتهم أن يتضرر لأن حقوقه لم تمس في شيء، وإذا تخلف

(1)-قرار صادر يوم: 1968/10/29م من الغرفة الجنائية، مجموعة الأحكام، ج2، ص347؛ نقلا عن: بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج1، ص66.

(2)-البليشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص269-271.

(3)-سرور، أحمد فحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص908. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص890، جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص145.

المعارض عن حضور الجلسة الأولى المحددة لنظر معارضته أو تنازل عنها فإنها تعتبر كأن لم تكن، ويظل الحكم الغيابي قائما فلا يمكن الادعاء مدنيا.

كما يرى هذا الاتجاه أن القول بهذا الرأي لا يؤدي إلى الاصطدام بمبدأ عدم الإضرار بالمعارض بمعارضته، وإنما يؤدي إلى سرعة سير العدالة وحصول المدعي المدني على حقوقه⁽¹⁾. وقد اتجهت محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا الرأي⁽²⁾.

والذي يتراءى لنا بعد إيراد هذه الآراء وحججهم أن الرأي الأول هو الأولى بالصواب، والأقرب إلى السداد، وذلك على أساس أن المحكمة تستمد سلطتها في حق نظر المعارضة من معارضة المتهم، فلزم أن تنقيد بطلابته فيها، زيادة على ذلك فإن المحكمة يجب أن تنقيد -عند نظر المعارضة- بشخص المعارض، فلا يجوز أن تنظرها إلا بالنسبة لمن عارض من الخصوم دون سواه ممن صدر الحكم الغيابي ضدهم، ومن باب أولى لا يجوز تدخل خصوم آخرين.

ثانيا/ طبيعة خصومة الطعن بالمعارضة

لقد قلنا من قبل بأن الأثر الناشر يطرح خصومة المعارضة على المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، لتعيد النظر فيه من جديد، ولكن يثور التساؤل عن طبيعة خصومة الطعن بالمعارضة وعن علاقتها بالحكم الغيابي، هل هي امتداد لخصومة الحكم الغيابي أم أنها خصومة جديدة؟ هل هي خصومة تبعية أم خصومة مستقلة؟ والإجابة عن السؤال من الأهمية بمكان، ذلك أنه إذا قلنا بأن خصومة المعارضة هي خصومة تبعية، فإن ذلك يعني أن المعارض هو المدعى عليه، والمعارض ضده هو المدعي، ويكون على الأخير عبء الإثبات. أما إذا قلنا أنها خصومة مستقلة، فإن ذلك يعني أن المعارض هو المكلف بالإثبات، لأنه يأخذ مركز المدعي في الخصومة الجديدة.

وقد اختلف الفقه القانوني حول هذه المسألة إلى رأيين، فكانت هناك نظريتان: نظرية الاستقلال ونظرية التبعية، فما هو مضمون هاتين النظريتين، وما نتائجهما؟

أ/- نظرية الاستقلالية

يرى أصحاب هذه النظرية أن خصومة المعارضة هي خصومة مستقلة عن خصومة الحكم الغيابي، وأن طرح الخصومة على المحكمة بعد رفع المعارضة في الحكم الغيابي يعد طرحا لخصومة جديدة ومغايرة ومنفصلة

(1) -جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، مرجع سابق، ص 145.

(2) -البليشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 269.

عن الخصومة الأصلية، يقف فيها المعارض موقف المدعي، والمعارض ضده موقف المدعى عليه⁽¹⁾.

فهذه النظرية تقلب الصورة والوضع عما هو عليه في الخصومة الأولى - خصومة الحكم الغيابي - فالمدعي في خصومة الحكم الغيابي هو المعارض ضده في خصومة المعارضة، والمدعى عليه في خصومة الحكم الغيابي أصبح هو المعارض أي هو المدعي في خصومة المعارضة، أي تماما مثلما هو حاصل في خصومة الاستئناف، لا فرق بينهما سوى أن الاستئناف يحصل أمام محكمة أعلى، في حين أن المعارضة تحصل أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي.

وأساس هذه النظرية أن رفع المعارضة لا يمس الحكم الغيابي إلى أن يقضى في المعارضة بإلغائه أو تعديله⁽²⁾، بمعنى أن سقوط خصومة المعارضة يسقط فقط إجراءات المعارضة ولا يسقط الحكم الغيابي، على اعتبار أنه حكم قطعي لا يؤثر فيه سقوط الخصومة، كما لا يؤثر في الإجراءات السابقة عليه. أما نتائج هذه النظرية فهي⁽³⁾:

1/- أن المحكمة التي تنظر المعارضة تكون لها كامل السلطة التقديرية في النظر في التراجع تماما ما للمحكمة المتظلم أمامها من قضاء سابق.

2/- أن المعارض والمعارض ضده يكون لهما من الحقوق والمزايا، وعليهما من المخاطر ما لكل طاعن ومطعون ضده وعليه.

3/- أن خصومة الطعن تبدأ بمطلب جديد أمام هيئة جديدة، تتبع فيها إجراءات جديدة.

4/- يتمتع في خصومة المعارضة إبداء طلبات جديدة بصورها المختلفة بما فيها التدخل.

ويأخذ بهذه النظرية المشرع الإجمالي المصري في م 391 مرافعات وم 401 ق.إ.ج المصري، واللبناني في م 634/2 ق.أ.م.ل. كذلك يأخذ المشرع الإجمالي الجزائري بهذه النظرية، وذلك استتاجا من نص م 99/2 ق.إ.م، حيث ورد فيها: «ويُلغى المدعي الأصلي بالحضور للجلسة...» والمدعى الأصلي هو المعارض ضده، وهو ما تقرره نظرية الاستقلالية.

كما يمكن أن يستنتج موقف المشرع الجزائري من نص م 100 ق.إ.م التي نصت على أن: «المعارضة توقف تنفيذ الحكم...» فمجرد تقدم المعارضة لا يرتب زوالا للحكم الغيابي، والذي يظل باقيا لا يلغى إلا بصدور حكم في المعارضة يقضي بالرجوع عنه، كما أن سقوط المحاكمة في المعارضة يترتب عليه سقوط إجراءاتها، ولا يترتب عليه سقوط الحكم الغيابي، على أساس أنه من الأحكام القطعية.

(1) - سيف، رمزي، المعارضة في الأحكام الغيابية، مرجع سابق، ص 426. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 815-816. وانظر أيضا كتابه: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 580-581. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 1182. فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 2، ص 63.

(2) - أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 815 وانظر كتابه: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 581.

(3) - سيف، رمزي، المرجع والصفحة نفسها، عمر، نبيل إسماعيل، المرجع نفسه، ص 1162، فودة، عبد الحكم، المرجع نفسه، ج 2، ص 62-63.

ب/- نظرية التبعية

ويرى أصحابها أن خصومة المعارضة، ليست خصومة مستقلة عن خصومة الحكم الغيابي، وإنما هي استمرار وامتداد للتراع السابق أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، أي أن طرح الخصومة على المحكمة بعد رفع التقرير بالمعارضة في الحكم الغيابي ليس طرحا لخصومة جديدة منفصلة عن الخصومة الأصلية، بل هي ذاتها⁽¹⁾.

ويتج عن هذه النظرية ما يأتي⁽²⁾:

1/- إن رفع المعارضة يحو الحكم الغيابي ويسقطه.

2/- رفع المعارضة حسب هذه النظرية يعيد الخصوم إلى ما كانت عليه الحال قبل صدور الحكم الغيابي، ويحفظ كل منهم بصفته ومركزه السابق، فالمعارض حسب هذه النظرية هو المدعى عليه مثلما كان عليه الحال قبل صدور الحكم الغيابي، أي أنه لا يمكن أن يكون المدعى عليه في الدعوى الأصلية مدعيا في خصومة المعارضة، وكذلك الأمر بالنسبة للمدعي فيظل مدعيا في خصومة المعارضة ويسمى المعارض ضده.

3/- سقوط الخصومة في المعارضة يعود بالخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم الغيابي، فالإجراءات السابقة كلها يبطلها سقوط الخصومة.

4/- يجوز لكل أطراف الخصومة إبداء طلبات جديدة في الحدود الجائز فيها إبداء طلبات فرعية أمام محكمة الدرجة الأولى، كما يجوز التدخل.

أما ما وُجه إلى هذه النظرية من نقد فهي أنه من غير المسلّم به أن سقوط المعارضة يؤدي إلى سقوط الحكم الغيابي، وإنما الصحيح والمسلم به قانونا أن بطلان وسقوط خصومة المعارضة يترتب عليه سقوط المعارضة فقط دون الحكم الغيابي، أي أن الحكم ببطلان المرافعة في المعارضة لا يسقط إلا الإجراءات التالية لصدور الحكم الغيابي⁽³⁾.

هذا، وقد كان القضاء المصري يأخذ بهذه النظرية⁽⁴⁾، ثم عدل عنها بمجيء نص قانوني جديد يأخذ بالنظرية الأولى كما سبق أن رأينا من قبل. وهو أيضا موقف المشرع الجزائري الجزائي السوري، حسب م1/208 ق.إ.م.ج. ولعل المشرع الجزائري الجزائي يأخذ بهذه النظرية، فحسب م1/409 ق.إ.ج. والتي

(1) - سيف، رمزي، المعارضة في الأحكام الغيابية، مرجع سابق، ص427؛ أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص815. وانظر كتابه: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص580. فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج2، ص62.

(2) - المراجع نفسها و الصفحات نفسها.

(3) - سيف، رمزي، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - سيف، رمزي، المرجع والصفحة نفسها، أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص816، وانظر كتابه: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص581.

تطابقها م 1/413-2 ق.إ.ج- على أنه: «يصبح الحكم الصادر غيابيا كأن لم يكن بالنسبة لجميع ما قضى به إذا قدم المتهم معارضة في تنفيذه».

فهذا النص يقضى بأن التقرير بالمعارضة يسقط الحكم الغيابي ويزيله ويعدمه، ويصبح كأن لم يكن وكل هذا متى كانت المعارضة مقبولة شكلا. والخلاصة أن المشرع الإجرائي المدني الجزائري يأخذ بالنظرية الأولى في حين أنه في المواد الجزائية يأخذ بنظرية التبعية.

المطلب الثاني: الحكم في المعارضة

بعد أن تم التقرير بالمعارضة في آجالها المحددة قانونا، وتوافر الشروط الموضوعية كلها، نصل الآن إلى الحكم في المعارضة، والحكم في المعارضة إما أن يكون فاصلا في غير موضوع المعارضة، وإما أن يكون حكما فاصلا في الموضوع.

وبناء على ما سبق فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين وهما:

الفرع الأول: الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة.

الفرع الثاني: الحكم الفاصل في موضوع المعارضة.

الفرع الأول: الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة

وستتناول هذا الفرع في بندين كالآتي:

البند الأول: المحكمة المختصة بنظر المعارضة

أولا/ في الفقه الإسلامي

لم تكن نصوص الفقه الإسلامي بخصوص المحكمة المختصة بنظر المعارضة واضحة بما فيه الكفاية، فهي تذكر أن الغائب ترجى له الحجة إذا قدم دون أن تزيد أو تضيف. ولكن مع ذلك يمكن أن نقول بأن المحكمة المختصة بنظر المعارضة هي المحكمة المصدرة للحكم الغيابي، وذلك استنتاجا من قول الفقهاء بأن الغائب إذا قدم فإنه يُخبر بمن شهد عليه ولا يخبر بالبينة.

ثانيا/ في القانون الوضعي

تتفق الشرائع الإجرائية التي اعتمدنا عليها على أن المحكمة المختصة بنظر المعارضة هي المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي. والمشرع الإجرائي الجزائري لم يخرج عن هذا الاتفاق، ولذا فقد نصت م 5/412 ق.إ.ج على أنه: «ويحكم في المعارضة من الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي»، فإذا كان الحكم الغيابي قد صدر من المحكمة أو من المجلس القضائي فإن المحكمة المختصة بنظر المعارضة هي ذاتها التي أصدرت الحكم الغيابي من المحكمة أو المجلس القضائي. وذات الأمر في المواد المدنية و الإدارية.

ويلاحظ هنا أن منح الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي حق نظر المعارضة يدل على عدة دلالات منها:

- أنه يقوي ويؤكد أن الحكم الغيابي هو أضعف الأحكام القضائية دلالة على صحة ما قضى به.
- أن منح نظر المعارضة للجهة القضائية المصدرة للحكم الغيابي يدل على أن المحكمة لم تستنفذ سلطتها وولايتها في التحقيق في النزاع.

- كما يعني أن المعارضة في الحكم الغيابي «لا يشف عن تجريئه كما هو الحال بالنسبة إلى الاستئناف الذي يرفع إلى محكمة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف»⁽¹⁾. كما يدل أيضا على أن المعارضة «لا تتضمن تجريئا»⁽²⁾ للحكم الغيابي على أساس أن تجريج الحكم يقوم على «قاعدة ألا يسلط قضاء على قضاء إلا إذا كان الأول أعلى درجة من الثاني»⁽³⁾.

ونشير هنا، أنه وإن كان القانون الوضعي يحرص أن تنظر المعارضة ذات الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، إلا أنه لا يوجب أن ينظرها نفس القاضي أو القضاة الذين أصدروه، فهو يجوز أن ينظرها غير القاضي الذي أصدر الحكم الغيابي.

البند الثاني: الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة

نقصد بالحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة: بالحكم الفاصل في شكل المعارضة، واعتبارها كأن لم تكن، أي دون التطرق والفتق في الموضوع، وإنما الفصل في العناصر الخارجية للمعارضة. ونتطرق في تناول هذا البند ببيانته في الفقه الإسلامي أولا، فالقانون الوضعي ثانيا.

أولا/ في الفقه الإسلامي

يكون الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة إذا صدر برفض المعارضة شكلا، وذلك كأن يتم رفعها بعد انقضاء الأجل، أو بأن ترفع من غير ذي صفة أي ممن لم يكن خصما في خصومة الحكم الغيابي، أو بأن ترفع ممن لا أهلية أداء له، أو لا مصلحة له في المعارضة.

كذلك ترفض المعارضة شكلا إذا رفعت ممن ليس له حق النقض بالمعارضة، وذلك مثل: الخصم الفار من وجه العدالة، والخصم المتواجد في حدود الاختصاص الإقليمي للمحكمة. كذلك ترفض المعارضة شكلا، إذا تم النقض بالمعارضة في الأحكام الحضورية، وهذا كله تطبيقا لما قررناه سابقا في شروط المعارضة.

(1) - أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 807-808. وانظر كتابه أيضا: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 575-576.

(2) - أبو الوفاء، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 808. وانظر كتابه أيضا: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 576.

(3) - المراجع نفسها، الصفحات نفسها.

ثانياً/ في القانون الوضعي

ونتناول هذا العنصر وفق الخطة الآتية:

أ/- الحكم في شكل المعارضة

ب/- الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن.

أ- الحكم في شكل المعارضة

يجب على الجهة القضائية التي تنظر المعارضة أن تفصل أولاً في شكل المعارضة، قبل الفصل في الموضوع، فإذا كان الشكل مقبولاً تصدت بعد ذلك للموضوع. وإذن، يتعين على المحكمة أن تتحقق ابتداءً من مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية في المعارضة من عدمها، وإلا قضت بعدم قبول المعارضة شكلاً. وعدم قبول المعارضة شكلاً هو: «جزء إجرائي يرتبه القانون على مخالفة أحكامه المتعلقة بشروط صحة هذا العمل الإجرائي»⁽¹⁾.

وتكون المعارضة غير مقبولة شكلاً، إذا أقيمت ضد حكم غير قابل للطعن فيه بالمعارضة لكونه حضورياً، أو حضورياً اعتبارياً - كقاعدة عامة - لأن المعارضة لا تجوز إلا في الأحكام الغيابية وكذلك الأحكام الحضورية الاعتبارية بشروط سبق ذكرها.

وكذلك على المحكمة التي رفع أمامها الطعن بالمعارضة التحقق من توافر المعارضة على الأوضاع التي رسمها القانون للتقرير بما من حيث الميعاد، وأن يكون المعارض صاحب صفة في التقرير بها، فإذا رأت المحكمة أن المعارض رفع معارضته بعد فوات الميعاد المقرر قانوناً، أو أن المعارضة رفعت من غير ذي صفة وجب الحكم بعدم قبول المعارضة شكلاً، وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها، وفي أية حالة تكون عليها الدعوى لتعلق ذلك بالنظام العام. وقد قررت المحكمة العليا بأنه: «تعتبر القواعد المتعلقة بالآجال من النظام العام ويترتب على مخالفتها البطلان»⁽²⁾.

وبالنسبة للصفة، فإنه يجب على المحكمة أن تتأكد من توافر شرط الصفة في المعارض، فالتهم تجوز له المعارضة في كل من الدعويين الجنائية والمدنية، أما المسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي المدني فليس لهما حق المعارضة إلا في الشق المدني من الحكم الغيابي، وهذا حسب نص م 2/413 ق.إ.ج. وتطبيقاً لذلك لا تقبل المعارضة من النيابة العامة في المواد الجزائية ولا من المدعي في المواد المدنية.

كذلك يجب توافر شرطي المصلحة والأهلية في الأطراف التي يجوز لها الطعن بالمعارضة، وإلا كان الطعن غير مقبول شكلاً، وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام، وهذا ما نصت عليه

(1) -البني، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 223.

(2) -قرار صادر يوم: 198/12/13. من الفرقة الجنائية الأولى، في الطعن رقم: 36018. نقلاً عن: بغداد، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، مرجع سابق، ج 1، ص 32.

م 1/459 ق.إ.م بقولها: «وتقتضي المحكمة من تلقاء نفسها انعدام الصفة والأهلية».

هنا، وقد حرصت بعض الشرائع الإجرائية على إيراد هذه القواعد صراحة وذلك مثل م 193 ق.إ.ج الكويتي، التي قضت على أنه: «تقتضي المحكمة بعدم قبول المعارضة لرفعها بعد الميعاد أو لانعدام صفة رافعها، أو لأي عيب شكلي آخر يكون جوهرياً، ولها أن تقتضي بعدم القبول أثناء نظر الدعوى إذا لم يتكشف لها السبب إلا بعد البدء في ذلك» وتطابق هذه المادة م 245 ق.إ.م.ج العراقي، وم 206 ق.إ.م.ج السوري.

ب/ - الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن

1/ - تعريفه

بعد الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن حكماً غير فاصل في الموضوع ولا في شكلها، أي أنه حكم في عدم وجود المعارضة من أساسها.

والحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن يصدر إذا تغيب المعارض عن حضور الجلسة الأولى المحددة لنظر معارضته، وذلك على أساس أن المعارض قد قرر بالمعارضة وعلم بالجلسة المحددة لنظر معارضته عند التقرير بما، أو أن النيابة العامة أخطرت بالجلسة إذا لم يتم تحديدها عند التقرير بالمعارضة، وبالتالي لطلنا كان علناً بذلك علماً قطعياً فعليه الحضور لإبداء دفاعه ودفعه، فإذا تغيب بعد ذلك فهو غير جاد في معارضته، ويعتبر الطعن الذي أبداه حينئذ واتصلت به المحكمة طعناً منعزلاً وكان لم يكن، وهذا جزاء وعقوبة له على إهماله وتماطله واستهاتته بالقضاء.

وإذن، فلا يكفي مجرد التقرير بالمعارضة لتنظر المحكمة المعارضة، بل يجب على المعارض الحضور شخصياً - أو بوكيل في الأحوال التي يجوز فيها ذلك - وإلا سيكون الحكم غيائياً كأول وهو حكم لا يجوز فيه المعارضة كما سبق القول.

وتتفق الشرائع الإجرائية المدنية والجزائية على اعتبار المعارضة كأن لم تكن إذا تغيب المعارض عن حضور الجلسة الأولى لنظر معارضته، والشرائع الإجرائية الجزائية من هذه الشرائع، وهذا ما نصت عليه م 101 ق.إ.م، م 3/413 ق.إ.ج⁽¹⁾. فللمادة 101 ق.إ.م تنص على أنه: «إذا تخلف الخصم المعارض عن الحضور مرة أخرى فلا يجوز له الطعن بمعارضة جديدة». أما م 3/413 ق.إ.ج فتص على أنه: «...وتعتبر المعارضة كأن لم تكن إذا لم يحضر المعارض في التاريخ المحدد له في التبليغ الصادر إليه شفويًا، والمثبت في محضر في وقت المعارضة، أو بتكليف بالحضور مسلم لمن يعنيه الأمر».

(1) - ونظائرها م 401 ق.إ.ج المصري، م 494 ق.إ.ج الفرنسي، م 192 ق.إ.م.ج الكويتي، م 207 ق.إ.م.ج السوري الفصل 374 ق.م.ج المغربي، الفصل 183 م.ل.ج التونسية، م 245 ق.إ.م.ج العراقي.

2/- شروط الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن

من خلال النصوص القانونية السابقة فإنه لكي يتم الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن يجب توافر ثلاثة شروط، وهي:

- أن يكون المعارض قد أعلن بتاريخ الجلسة المحددة لنظر معارضته.

- أن يتخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى

- أن يكون تخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى بلا عذر مقبول.

I/- أن يكون المعارض قد أعلن بتاريخ الجلسة المحددة لنظر معارضته

حسب م98 ق.إ.م التي تحيل إلى م12 ق.إ.م، وحسب م3/413 ق.إ.ج، فإن المعارض يكون قد علم بتاريخ الجلسة المحددة لنظر المعارضة، وذلك يوم التقرير بالمعارضة، وبعد ذلك إعلانا بها للمعارض، ومن ثم لا يلزم إعلانا بعد ذلك بالجلسة لنظر المعارضة. والعلة في ذلك هي أنه بإثبات موعد المعارضة بالتقرير قد تحقق العلم اليقيني للمعارض سواء قرر بالمعارضة بنفسه أو بوكيل.

أما في حالة تأجيل نظر المعارضة، فإنه يتعين على المحكمة تبليغ المعارض بتاريخ الجلسة على النحو الذي فرضه القانون، حتى يتسنى له العلم بالميعاد الجديد، والتمكن من الحضور وإبداء دفاعه، وإلا كان قضاؤها باعتبار المعارضة كأن لم تكن باطلا لمخالفته لصريح القانون، حيث اشترطت المواد السابقة اعتبار المعارضة كأن لم تكن علم المعارض بتاريخ الجلسة المحددة لنظر معارضته، فإذا أجلت المحكمة نظر المعارضة إلى تاريخ لاحق دون تبليغ المعارض بطريقة قانونية، فإنه من غير القبول قانونا، إصدار حكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن.

II/- أن يتخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى

وهذا الشرط منصوص عليه بالمادة 3/413 ق.إ.ج، التي قررت بأنه: «...تعتبر المعارضة كأن لم تكن إذا لم يحضر المعارض في التاريخ المحدد له...».

فالمرجع الإجرائي الجزائري الجزائري يوجب من خلال هذه المادة، الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن في حالة تخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى لنظر المعارضة، رغم علمه بها، وذلك من تلقاء نفسه، ما لم يكن له عذر مقبول يمنعه من الحضور، ومن ثم يسترد الحكم الغيابي قوته وحجته. والغاية التي قصدها المشرع من هذا القضاء والحكم هي مجازاة المعارض على إهماله وتماطله وتقصيره وتسويفه للعدالة عن عدم حضوره للجلسة الأولى لنظر المعارضة.

وتجدر الإشارة هنا أنه يشترط لكي يحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن تخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى فقط مع علمه بها، أما إذا حضر الجلسة الأولى ثم غاب عن الجلسات التي تلتها فإنه لا يحكم باعتبار

المعارضة كأن لم تكن وإنما يصدر الحكم حيثن حضوريا، لأن المعارض حضر جلسة الأولى من جلسات المحاكمة.

كما تحدر الإشارة أيضا أن المشرع وإن لم يذكر ضرورة الحضور في الجلسة الأولى، إلا أن المفهوم من عبارة: «في التاريخ المحدد له» هو الجلسة الأولى وليس أية جلسة من جلسات نظر المعارضة، لأن سياق العبارة يدل على ذلك ويشير إليه.

III- أن يكون تخلف المعارض عن حضور الجلسة الأولى بلا عذر مقبول

وهذا الشرط يمكن استخلاصه من نص م345ق.إ.ج التي تنص على أنه: «بتعين على المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا أن يحضر ما لم يقدم للمحكمة المستدعي أمامها عذرا تعتبره مقبولا، وإلا اعتبرت محاكمة المتهم المبلغ بالتكليف بالحضور شخصيا والتخلف عن الحضور بغير إبداء عذر مقبول محاكمة حضورية». فهذا النص وإن كان يخص التكليف بالحضور قبل صدور الحكم، فإنه يمكن سحبه إلى المعارضة لتشابه المسألة، وهي حصول التبليغ في كليهما ولكن لعذر تعتبره المحكمة مقبولا، فإن الحكم يصدر غيابيا، وعدم الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن في المعارضة لعذر رأته المحكمة مقبولا رغم غياب المعارض.

وإذن، فالمعارض الذي يتخلف عن الحضور في الموعد المحدد لنظر المعارضة ولم يكن له عذر في تخلفه هو وحده الذي يحكم عليه باعتبار المعارضة كأن لم تكن، أما إذا كان له عذر مقبول من طرف المحكمة، فإنه حيثن لا يمكن الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن، وذلك لأن قوة قاهرة، وسببا خارجا عن إرادة المعارض منعه من الحضور، ومن العدالة الاستجابة لهذا العذر لأنه لا تكليف إلا بمقدور.

ومن الأعذار المقبولة للتخلف عن الحضور المرض الشديد، حجز المعارض في مكان ما بسبب انتشار مرض وباء الكوليرا أو الزلزال أو الفيضان أو غيرها، فهذه الأعذار كلها تبيح للمعارض التخلف عن الحضور، كما توجب على المحكمة أن تقدر هذه الأعذار، وتستجيب لها إذ لا تكليف إلا بمستطاع.

الفرع الثاني: الحكم الفاصل في موضوع المعارضة

إذا توافرت جميع الشروط الشكلية والموضوعية في المعارضة وحضر المعارض الجلسة الأولى لنظر معارضته، فإن المعارضة تكون حيثن مقبولة شكلا، وتتفرغ المحكمة أو الجهة القضائية بعد ذلك للحكم في موضوع المعارضة، وستتاول الحكم في موضوع المعارضة في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي.

البند الأول: في الفقه الإسلامي

إن الحكم الفاصل في موضوع المعارضة إما أن يكون بقبول المعارضة موضوعا أو رفضها، وقبول المعارضة موضوعا يكون إذا قدم المعارض حججا وأدلة قوية ترجح كفته، وقبول المعارضة موضوعا يعني إلغاء الحكم الغيابي ونقضه. أما رفض المعارضة موضوعا فيكون متى قدم المعارض أدلة ضعيفة لا تقوى على رد أدلة الطرف

الأخر، وفي هذه الحالة فإن الحكم الغيابي يثبت في حق المعارض.

ومن الأدلة التي يمكن على أساسها نقض الحكم الغيابي، التدح في الشهادة، وقد اشترط فيه الفقهاء أن يكون العيب في الشهادة قبل صدور الحكم الغيابي، أما إن وجد العيب أو حدوثه بعد الحكم الغيابي فإنه لا ينقض الحكم⁽¹⁾.

ومن أسباب نقض الحكم الغيابي كذلك الإبراء والأداء، فالإبراء يكون بإعفاء الدائن لمدينه من الالتزام، أما الأداء فيكون بأن يؤدي المدين التزامه ويتنازعه الدائن بعد تغييه -أي المدين- فإذا أثبت المدين الغائب أنه قد أدى دينه فإن الحكم ينقض⁽²⁾.

وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري: «وكل من قضى عليه بيينة عدل بغرامة أو غيرها ثم أتى هو بيينة عدل أنه قد أدى ذلك الحق أو برئ من ذلك الحق رد عليه ما كان غُرمَ وفُسخ عنه القضاء الأول، لأنه حق ظهر لم يكن في علم البينة التي شهدت أولاً»⁽³⁾.

ويقول ابن فرحون المالكي: «وينبغي للحاكم أن يصرح بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب، لأنه حكم على غائب فيحتاج إلى تسميتهم لإرجاء الحجة له فيهم، فإن لم يصرح بأسمائهم وكان الحاكم ليس مشهوراً بالعدل والفضل، فإن ذلك مما يبيح لمن أراد أن يتعقب ذلك الحكم، لأن هذا مما لا يمضى إلا من الحاكم العدل، فإن قدم هذا الغائب فأراد رد القضاء عنه، وأن يتدئ الخصومة كان ذلك من حقه، إذا تعلل في شهادة الشهود، وقال: لو علمت من شهد علي لرددت شهادته عني»⁽⁴⁾.

والحق أن ما ذكره الفقهاء المسلمين مجرد أمثلة يمكن القياس عليها مما يسوغ في إبطال الحكم الغيابي عن طريق المعارضة، أو إرجاء الحجة للغائب بحسب تعبير الفقه الإسلامي.

البند الثاني: في القانون الوضعي

إن سلطة القاضي التقديرية في الحكم في موضوع المعارضة ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة بقيود معينة، كما أن الحكم الصادر في موضوع المعارضة قد يكون قبولاً للمعارضة وقد يكون رافضاً لها.

ولذا ستناول في البند العناصر الآتية:

أولاً/ القيود الواردة على المحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة.

ثانياً/ حالات الحكم في موضوع المعارضة.

(1)- ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 11، ص 846.

(2)- الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 2، ص 304. النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج 20، ص 163.

(3)- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 371.

(4)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 97.

أولا/ القيود الواردة على سلطة المحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة
هناك قيدان يردان على سلطة المحكمة التي تنظر موضوع المعارضة، وهما: نطاق المعارضة، وعدم الإضرار بالمعارض بمعارضته.

أ/- نطاق المعارضة

ينبغي للمحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة أن تلتزم في حكمها بمحدود ما هو معروض عليها من جهتين: جهة شخص المعارض، وجهة القدر المعارض فيه.

فعلى المحكمة أن تقتيد بشخص المعارض، فإذا كانت المعارضة مرفوعة من المتهم في الحكم الغيابي في شقيه الجنائي والمدني، فإنه يتعين على المحكمة أن تعيد النظر في الدعويين الجزائية والمدنية، أما إذا قصر المعارض معارضته على إحدى الدعويين الجزائية أو المدنية، فإنه يتعين على المحكمة أن يكون نظرها مقصورا على الحد والقدر الذي رسمه المتهم في تقريره، ومن ثم فلا يجوز للجهة القضائية المعارض أمامها التعرض إلى الدعويين معا، أو التعرض إلى دعوى لم يعارض فيها المتهم وارتضى الحكم فيها، وإن تعرضت للشق الذي لم يعارض فيه المتهم كان حكمها باطلا، لأنها تجاوزت نطاق المعارضة.

وتطبق هذه القاعدة على كافة الخصوم في الدعوى، فمعارضة المسؤول عن الحقوق المدنية، والمدعي المدني تكون قاصرة على الدعوى المدنية دون الجزائية، لأنها ليسا طرفا في الدعوى الجزائية، ولا يجوز للمحكمة التي تنظر موضوع المعارضة أن تعرض للدعوى الجزائية، وإنما تقتصر سلطتها على إعادة نظر الدعوى المدنية فقط. ولقد حرص المشرع الإجرائي الجزائري الجزائي على إيراد هذه القاعدة، فقد نصت م2/409ق.إ.ج على أنه: «ويجوز أن تنحصر هذه المعارضة في ما قضى به الحكم من الحقوق المدنية». كما نصت م1/413-2ق.إ.ج على ذلك بقولها: «تلغي المعارضة الصادرة من المتهم الحكم الصادر غيابيا حتى بالنسبة لما قضى به في شأن طلب المدعي المدني. وأما المعارضة الصادرة من المدعي المدني، أو من المسؤول عن الحقوق المدنية فلا أثر لها إلا ما يتعلق بالحقوق المدنية»⁽¹⁾.

ب/- عدم الإضرار بالمعارض بمعارضته

يجوز للمحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة أن تنتهي إلى نفس ما انتهت إليه من قبل بالنسبة لما حكمت به، فيجوز لها أن تقضي بنفس العقوبة على المتهم، كما لها أن تخففها، أو تقضي بالبراءة متى وجدت أسبابا وأدلة غير كافية بحق المتهم، والحكم ذاته ينطبق على المسؤول عن الحقوق المدنية، ولكن ثار تساؤل فقهي وجدل قضائي مضمونه هل يجوز للمحكمة أن تحكم بما يسيء إلى مركز المتهم المعارض؟ أي هل يجوز أن يساء إلى المعارض بمعارضته؟ أم أنه يجب إفادته ونفعه بمعارضته؟

(1) - وتطابقها م489ق.إ.ج الفرنسي، والفصل 374ق.م.ج المغربي والفصل 9/175 والفصل 179 م.إ.ج التونسية.

وقد ظهرت حول هذه الإشكالية اتجاهان: اتجاه فرنسي، ويقضي بجواز الإساءة إلى المعارض بمعارضته، واتجاه بلجيكي، يقضي بعدم جواز الإساءة إلى المعارض بمعارضته.

1/- الاتجاه الفرنسي، القاضي بجواز الإضرار بالمعارض بمعارضته

استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنه يجوز للمحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة أن تسيء إلى مركز المعارض بمعارضته⁽¹⁾. فمحاكمة هذا الأخير تجري وفقا للطريقة العادية، فتمتع المحكمة بسلطة مطلقة وواسعة عند الفصل في موضوع المعارضة، دون أن ترتبط بالحكم الغيبي، فلها أن تقضي بالعقوبة السابقة الصادرة في الحكم الغيبي كما لها أن تخفف من العقوبة أو أن تشدد فيها، ويجوز لها أيضا أن تغير الوصف والتكييف الجنائي تشديدا أو تخفيفا، ولها أن ترى المعارض أو تعلن عدم اختصاصها.

وأساس هذا الاتجاه هو حجة قانونية مؤداها أن المعارضة تلغي وتزيل الحكم الغيبي أصلا، وبإلغائه يعود للمحكمة النظر في الدعوى مجددا دون الارتباط بالحكم السابق، وبسقوط الحكم الغيبي تسترد المحكمة كامل حريتها في تشديد العقوبة أو تغييرها أو تعديلها، دون أن يكون هناك نص يمنع من التشديد أو التغيير أو التعديل.

ومن الشرائع الإجرائية الجزائرية التي تأخذ بهذا الاتجاه، التشريع الإجرائي الجزائري الجزائري، الذي نص في م1/413-2 ق.إ.ج على أنه: «تلغي المعارضة الصادرة من المتهم الحكم الصادر غيبيا حتى بالنسبة لما قضت به في شأن طلب المدعي المدني. وأما المعارضة الصادرة من المدعي المدني أو من المسؤول عن الحقوق المدنية فلا أثر لها إلا على ما يتعلق بالحقوق المدنية».

فهذه المادة رتبت على التقرير بالمعارضة إلغاء الحكم الغيبي واعتباره كأن لم يكن، ونظر موضوع الدعوى وكأنه لم يعرض عليها من قبل، ومن ثم يحق لمحكمة المعارضة في هذا الصدد القضاء ببراءة المتهم أو تخفيف العقوبة أو تشديدها إذا كانت المعارضة صادرة من المتهم، أما إذا كانت صادرة من المدعي المدني، أو من المسؤول عن الحقوق المدنية فيحق لمحكمة المعارضة زيادة التعويض المقضي به أو تخفيضه⁽²⁾، أو إلغائه دون الالتزام بقاعدة عدم الإساءة إلى المعارض بمعارضته.

ومن الشرائع الإجرائية الجزائرية التي تأخذ بهذا الاتجاه، التشريع السوري في م1/208 ق.أ.م.ج، واللبناني في م1/199 ق.أ.م.ج والفرنسي م494 ق.إ.ج.

(1)- ثروت، جلال، أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1991م، ص247. عبد المعتم سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص639-640. النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص665-666. عبيد، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص889، هامش (1).

(2)- الشلقاني، أحمد شوقي، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1999م، ج3، ص526.

2- الاتجاه البلجيكي، القاضي بعدم جواز إضرار المعارض بمعارضته

أما الاتجاه القضائي البلجيكي فقد أخذ برأي مخالف لما عليه القضاء الفرنسي، فرأى الاتجاه البلجيكي أنه لا يجوز تشديد العقوبة المقضى بها في الحكم الغيبي أو بزيادة قيمة التعويض المحكوم بأدائه، كما أنه لا يجوز للمحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة تغيير وصف الجريمة المنسوبة إلى المتهم باعتبارها جنائية والقضاء بعدم اختصاصها، لأن ذلك من شأنه وضع المعارض في وضع أسوأ مما كان عليه، غير أنه يحق للمحكمة أن تضيف الوصف الصحيح على الواقعة، حتى ولو كان من شأنه الإضرار بالمعارض، وذلك دون المساس بالعقوبة المقضى بها بالتشديد⁽¹⁾.

وأساس هذا الاتجاه اعتباران:

الاعتبار الأول: وهو الحكمة من المعارضة⁽²⁾، فالمعارض لم يعارض على الحكم الغيبي إلا بقصد الانتفاع والإفادة من المعارضة، كما أنه لم يمثل أمام المحكمة من جديد إلا بهدف تخفيف الحكم المعارض عليه أو على الأقل الإبقاء عليه كما هو دون تشديده.

الاعتبار الثاني: يستند إلى العدالة⁽³⁾، فليس من العدل تشديد العقوبة بناء على تظلم المعارض فينقلب بذلك تظلمه ومعارضته وبالأعلى عليه، وقد كان في وسعه ألا يتظلم وتكون حالته أسوأ مما لو قبل الحكم الغيبي، ولم يتظلم منه، كما كان في وسعه ألا يحضر جلسة المعارضة وعندئذ تقضي المحكمة -طبقاً للمادة 33/413 ج- باعتبار المعارضة كأن لم تكن.

والتشريعات الإجرائية التي تأخذ بهذا الاتجاه هي التشريع المصري في م 401 ق.إ.ج، والليبي في م 264 ق.إ.ج، والكويتي في م 197 ق.إ.م.ج، والعراقي في م 33/445 ق.إ.م.ج والتونسي في الفصل 2/182 م.إ.ج. كما يأخذ القضاء الاتحادي الإماراتي بهذا الاتجاه⁽⁴⁾.

والذي يترأى لنا من خلال عرض هذين الاتجاهين، أن الاتجاه الثاني - وهو الاتجاه البلجيكي - هو الأقرب إلى الصواب، وذلك على أساس أن المحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة يتعين عليها أن تتقيد بما ورد في التقرير بالمعارضة، فيجب أن يكون نظرها قاصراً في حدود ما ورد في المعارضة، ومن ثم إذا طلب المعارض تخفيف العقوبة أو إلغائها بالحكم بالبراءة، أو طلب المسؤول عن الحقوق المدنية تخفيض العقوبة المالية أو إلغائها،

(1) - النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 666. ثروت، جلال، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 247-

248. عبد النعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 640.

(2) - جلال ثروت، المرجع والصفحة نفسها.

(3) - جلال ثروت، المرجع والصفحة نفسها. جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيبية، مرجع سابق، ص 149. البلنشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص 254. فودة. عبد الحكيم، الموسوعة الأساسية في المواد المدنية والجنائية، مرجع سابق، ج 5، ص 263. عبد النعم، سليمان، المرجع والصفحة نفسها.

(4) - رمضان، مدحت، ألوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي، مرجع سابق، ص 34.

فإنه لا يجوز للمحكمة أن تسويء مركز المعارض بمعارضته، وإلا خرجت عن الحدود المرسومة لها في التقرير بالمعارضة.

ثانيا/ حالات الحكم في موضوع المعارضة

الحكم في موضوع المعارضة لا يخرج عن حالتين: إما قبولها أو رفضها، وهذا ما نفضله في الآتي:

ب/ حالة قبول المعارضة موضوعا

بعد أن تنتهي المحكمة من قبول المعارضة شكلا تأتي لنظر موضوع المعارضة وتحكم فيه من جميع الجوانب الواقعية والقانونية، الموضوعية والإجرائية، فإذا وجدت أن الاتهام المنسوب إلى المتهم يتأسس على أدلة معيبة، وأن الحكم الغيابي لا يتفق مع صريح القانون، وروح العدالة تعين عليها الحكم بإلغاء الحكم الغيابي، والقضاء براءة المتهم ورفض الدعوى المدنية المقامة بالتبعية للدعوى الجزائية، أو إحالتها إلى المحكمة المختصة بذلك. وكما يجوز لها أن تخفف العقوبة المقضي بها الجزائية والمدنية معا أو واحدة منها، فإنه يجوز أيضا أن تشدد العقوبة وتغلظ فيها، كما رأينا سابقا.

ب/ حالة رفض المعارضة موضوعا

إذا اتضح للمحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة أن الحكم الغيابي المعارض فيه متفق مع صريح القانون، وصحيح الواقع لتأسيسه على أدلة قانونية وواقعية، ولم يقدم المتهم ما يفيد براءة ساحته من الاتهام المنسوب إليه قضت المحكمة برفض المعارضة وتأييد الحكم الغيابي، هذا الأخير الذي يستعيد قوته، وكأنه لم تكن هناك معارضة. والذي يتبقى بعد رفض المعارضة موضوعا هو استئناف الحكم الغيابي إن كان ابتدائيا، ونقضه إن كان نهائيا.

والذي نخلص إليه في نهاية هذا البحث هو أن الفقه الإسلامي عرف بعض الآثار التي تترتب على النقض بالمعارضة وعلى إرجاء الحجة للغائب، من هذه الآثار وقف تنفيذ الحكم الغيابي، فقد رأينا أنه متى عارض المحكوم عليه غيابيا في الحكم أو متى أجز له بالمعارضة في الحكم الغيابي فإن الحكم يوقف تنفيذه وهذا يتفق مع القانون الوضعي.

جامعة الأمير عبد الله
العلوم الإسلامية

الخاصة

الزناينة

بعد هذه الصلوات والجولات الفقهية والقانونية، نخلص إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات.

أ/ الثاني

1/- إن منهج أو مسلك الفقه الإسلامي -بناء على موقف الجمهور- والقانون الوضعي - بناء على موقف النظام اللاتيني - من المعارضة هو اعتبار المعارضة طريق طعن استثنائي تبعي، فالمعارضة استثنائية لأنها لا تجوز إلا في الأحكام الغيابية، وتبعية لأنها تابعة للحكم الغيابي وجودا وعدما.

زيادة على أن الحكم الغيابي هو استثناء من مبدأ الحضور، ذلك أن الأصل والقاعدة العامة هو صدور حكم حضوري في حق أطراف النزاع، ولما كان من المستحيل واقعا صدور كل الأحكام حضورية أجز استثناء صدور أحكام غيابية مع تمكين المحكوم عليه غيابيا من المعارضة لتصحيح الحكم الغيابي مما شابه من أخطاء وعيوب، إذ أنه صدر في غياب الطرف الأساسي والحامل الرئيس للحقيقة، وهو المتهم. ومن ثم كانت المعارضة - تماما مثل الحكم الغيابي - استثنائية لأحوال واعتبارات خاصة واستثنائية، وهي تصحيح الحكم الغيابي.

2/- تقوم الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي على اعتبارين أساسيين هما: الاعتبار الديني الأخلاقي، والاعتبار القضائي، فالاعتبار الأول يسعى إلى ربط الإنسان المسلم بالله ﷻ وبالعهيدة الدافعة إلى الالتزام بالشرعية، بحيث يتجه المسلك إلى القيام بالفعل أو الامتناع عن القيام به بدافع الإيمان بالله ﷻ لا بدافع رقابة السلطان وعقابه. وهذا هو الجانب المثالي في الفقه الإسلامي. أما الاعتبار الثاني فهو تقرير عقوبات بدنية ومالية على مرتكب الجريمة، وهذا الاعتبار الثاني هو اعتبار واقعي يكمل الاعتبار الديني، ومن ثم كان الفقه الإسلامي ولا يزال فقها مثاليا واقعيًا، وواقعيًا مثاليًا.

أما القانون الوضعي فهو يقوم على اعتبار واحد هو الاعتبار القضائي دون الاعتداد بتربية الضمير والأخلاق في الفرد.

ومن كل ما سبق نخلص أن الفارق الأساس والرئيس بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي هو وجود الاعتبار الديني الأخلاقي في الأول دون الثاني. هذا الاعتبار الديني الأخلاقي هو الذي جعل الفقه الإسلامي يتفوق بجدارة عن القانون الوضعي في مواجهة ومعالجة مشكلة الغياب بلا عذر مقبول. فالغائب عن حضور جلسات المحاكمة في القانون الوضعي لا يحاسب ديانة وإنما يحاسب قضائيا فقط، في حين أن الغائب بلا عذر عن حضور جلسات المحاكمة يحاسب ديانة بالعقاب يوم القيامة، ويحاسب قضائيا بعقابه بالحبس أو الضرب.

ومن ثم كانت الخطة الشرعية في مواجهة الغياب بلا عذر مقبول خطة ناجعة، بخلاف الخطة القانونية التي

تتميز بالضعف والقصور.

3/- لقد كان للتطبيق العملي للمعارضة في القانون الوضعي الأثر البارز والدلالة العميقة على تفوق القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في رقي الصياغة القانونية والمنهجية للمعارضة.

في حين أن مشكلة الفقه الإسلامي عموماً والقضاء خصوصاً هي عدم وجود نموذج عملي حي في الواقع القضائي المعاصر، فحتى المملكة العربية السعودية رغم أخذها بالنظام الإسلامي في القضاء إلا أنها لا تأخذ بنظام المعارضة، مما جعل هذا البحث في جانبه الشرعي نظرياً محضاً غير مدعماً بالأنظمة القانونية الشرعية، ولا بالاجتهادات القضائية، مثلما هو عليه الحال في القانون الوضعي.

4/- لقد تبين من خلال الدراسة أن هناك الكثير من النقاط التي يتفق حولها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منها الانقسام حول جواز الحكم الغيبي من عدمه، فكان هناك فريقان بين مجيز ومانع، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وهذا الخلاف في الحكم الغيبي أثر أيضاً على الموقف من المعارضة، فكان هناك أيضاً اتجاهان بين مؤيد ومعارض في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والكلام ذاته ينطبق على الموقف من مبدأ الحضور بين مطبق له تطبيقاً حرفياً صارماً، وبين مطبق له تطبيقاً مرناً. وحتى من ناحية الإجراءات والحكم في المعارضة، فقد تبين لنا أن هناك التقاء كبير بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذه المسائل، رغم أن البحث لم يكن يستهدف إيجاد تطابق بينهما أصلاً.

كان موقف الفقه الإسلامي من الطعن في الأحكام القضائية الاستثناء من القاعدة والتي مؤداها عدم جواز نقض الأحكام القضائية إلا لسبب معين ومحدد، وهذا يؤكد حرص الشريعة الإسلامية على ضرورة استقرار الأوضاع والمراكز الحقوقية. أما القانون الوضعي فمسلكه هو الجمع بين مصلحتين متناقضتين، مصلحة المجتمع والمتمثلة في ضرورة استقرار وثبات الأوضاع والمراكز القانونية التي قررتها الأحكام القضائية، ومصلحة الفرد في حقه طلب مراجعة الحكم لعيب شابه. والتوفيق بين هاتين المصلحتين يولد الطعن في الأحكام القضائية، ولذلك بقيت فكرة الطعن في القانون متأرجحة بين التطبيق والتوسيع كلما مالت إلى إحدى المصلحتين وابتعدت عن الأخرى، ومن ثم كانت فكرة الطعن في القانون فكرة متطورة لا مستقرة وثابتة، يسيطر عليها القلق والاضطراب القانوني التشريعي. زيادة على أن نشأة فكرة الطعن في القانون كانت نشأة سياسية تخدم اعتبارات السلطة الحاكمة ولا تخدم اعتبارات العدل إلا تبعاً، بخلاف ما عليه الأمر في الفقه الإسلامي حيث كانت نشأتها نشأة قضائية تستهدف تحقيق العدل.

5/- لقد تبين من خلال البحث أن القضاء الإسلامي عرف الكثير من الأدوات الإجرائية مثل: الآجال القضائية- وقد حدد الماوردي أجل المعارضة بـ 03 أيام- والكتابة والتوثيق، وشروط المعارضة الموضوعية وهي: الصفة والمصلحة والأهلية. ومن فهذه الأدوات الإجرائية هي من صلبه وإبداعاته، وليست دخيلة عليه.

باب الله تراءى

1/- لا تزال نظرية نقض الأحكام القضائية بحاجة إلى دراسة وتأصيل، فهي لا تزال مجالاً خصباً ونحن بكرة لعمل يخرجها إلى الواقع العلمي الأكاديمي، ولذلك نقترح على الباحثين تناول هذا الموضوع: «نظرية نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي» بالدراسة والتأصيل.

2/- لقد تبين من خلال البحث أن قانون الإجراءات المدنية يعاني من الكثير من الأخطاء والأغاليط التي يجب أن يكون القانون خالياً منها تماماً، وإلا أدى إلى ضياع حقوق الناس بنص القانون.

من هذه الأخطاء أن النص العربي لقانون الإجراءات المدنية يحدد ميعاد المعارضة بـ 15 يوماً، في حين أن النص الفرنسي يحدده بـ 10 أيام، وهذا الخطأ غير مقبول إطلاقاً. هذا زيادة على الكثير من الإحالات غير الموفقة، كما هو الحال في م 143 ق إ م التي تحيل إلى م 4/112 ق إ م، والتي لا وجود لها أصلاً، وكما هو الحال أيضاً في م 98 ق إ م التي تحيل إلى م 25 ق إ م، وهي قد ألغيت بموجب الأمر رقم 71/80 وغيرها من الإحالات غير الموفقة وغير المقبولة. كذلك الخطأ في الاصطلاح، مثلما هو الحال في م 166 ق إ م التي عبرت بالأحكام والصحيح هو القرارات، لأن ما يصدر من المجالس القضائية هو القرارات لا الأحكام.

3/- لقد رأينا حين الكلام عن امتداد ميعاد المعارضة بسبب المسافة أن المشرع الجزائري يمدد الميعاد لمن كان يقيم في الخارج ولا يمدده لمن يقيم داخل الإقليم الوطني، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي يمدد الميعاد سواء لمن كان يقيم في الداخل أو في الخارج.

وفي الحقيقة والواقع أن عدم تمديد الميعاد لمن يقيم داخل الإقليم هو إجحاف وظلم للمتقاضين، خاصة إذا أدركنا شساعة مساحة الجزائر وكبر إقليمها، الذي هو أكبر من مصر بكثير. وكل هذا يدعونا إلى الاقتراح على المشرع الجزائري على ضرورة إحداث نص قانوني يمدد الميعاد للمتقاضين داخل الإقليم الوطني، وهذا ليس في المعارضة فقط، وإنما لكل المواعيد التي تمتد بسبب المسافة.

4/- نقترح جعل ميعاد المعارضة شهراً كاملاً في كل المواد المدنية والجزائية، وهذا أخذاً بما هو موجود ومقرر في القانون الفرنسي حيث حدد الميعاد بشهر كامل في كل المواد، خاصة وأن ميعاد 10 أيام ميعاد قصير ولا يفي بالحكمة والغاية من المعارضة.

هذا ما توصلنا إليه من نتائج وما تراءى لنا من اقتراحات، ونسال الله ﷻ أن نكون قد وفقنا في ذكرها، وفي الإجابة عن الإشكالية التي طرحت في المقدمة، فإن وفقنا فمن الله ﷻ، وإن أخطأنا فمن نفسي ومن الشيطان. وفي الأخير نحمد الله ﷻ حمداً كثيراً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، على توفيقه وامتنانه في إتمام هذا العمل. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين. آمين.

بسم الله

ملحق

جامعة الأمير عبد العزيز
العلوم الإسلامية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء:

وزارة العدل

محكمة:

شهادة معارضة

بتاريخ

أمامنا نحن

حضر

الذي صرح أنه يعارض

وإثباتا لذلك حررنا المحضر الحالي الذي وقعناه بالتاريخ أعلاه مع الحاضر.

إمضاء المعني بالأمر

إمضاء المسؤول

نموذج لتبليغ حكم غيابي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء سطيف

تبليغ /أمر - حكم - قرار /المختلوق/ غيابي (1)
(المادة 111 من قانون الاجراءات ج)

محكمة :
قضية :

نحس (2) وكيل الجمهورية لدى محكمة
بعد الاطلاع على المادة 111 من قانون الاجراءات الجزائية
بناء على طلب
يبلغ (3) المتهم /
الصادر من محكمة - لجلس /
(قسم السجن)

نحس الحكم /
حكم غيابي ب / بستانه
حبس موقوف الزفان والفي
ينارغرامه زافذه و
الف دينار تعويضا لحكم -
الصادر من محكمة - لجلس /
(قسم السجن)

- (1) تنطب العبارات الغير صالحة
- (2) اسم المبلغ
- (3) اسم الشخص وصفته
- (4) عل الكاتب أن يوضح طريق الطعن المقصود

بتاريخ 2005 / 02 / 13

ويخطر به أن له أجل 10 ايام للمعارضة
وإذا فاتته هذا الأجل يسقط حقه في (4) المعارضة

2005 / 02 / 11

في يوم

حضر

الامضاء

9 / STD

اسم ولقب وعنوان المرسل اليه : <u>عبدالله بن العربي</u>		تاريخ التسليم
مخاطبا		مخاطبا
توقيع المبلغ		توقيع المبلغ
اعلان التسليم	ت / ح / غ	مصلحة البريد والبرق والهاتف
بتاريخ	الخاتم	اخطار استلام خطاب موسى عليه مسجل
مأمور التنفيذ بكتابة صبط محكمة	جذ - ح	بمكتب تحت رقم
الموقع أدناه تشهد بتسلم منظوف الاخطار المتعلق		مرسل الى
بالمدعو		مكتب الراسل
مخاطبا	يرد الايصال	خطاب موسى عليه
شخص	بعد تسليم	مكتب المساله
أو في محل الاقامة الموضح أعلاه للسيد	المرسل اليه	النويع
الذي اجاب بانه	05 / 02 / 13	وكيل مكتب البريد
المرسل اليه	في	المعني بالاء
التوقيع	1970	
الموصف الثام باعلام	الملك رقم	
المعني بالامر		

(1) اذا كان الشخص الذي يتسلم منظوف لا يتسلم على شرفيع ، لا يتسلم فيه فليسر الى ذلك المدعو ، فقام بالاعلان

نموذج التبليغ قرار غيابي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

الاستاذ/
محضر قضائي لدى المحكمة
صارة ب رقم 121
الهاتف :

محضر تبليغ قرار جزائي غيابي .
المادة 411 من قانون الاجراءات الجزائية .

في اليوم الثالث (03) من شهر أفريل - سنة الفين و خمسة
بطلب من السيد : بوتلجة رشيد .
الذي اختار مقره بهذا العنوان و بكل مكان يقع به التنفيذ .
نحن الاستاذ / محضر قضائي لدى المحكمة المقيم بحي 100 مسكن بعين الكبيرة
الممضي اسفله .

بلغنا و على راس هذا المحضر سلمنا الى السيدين/

السيد / السيد / عقوب بن الناصر الماسل لرضة السايمة رقم
98/474 المسجلة له بتاريخ 98/10/14 يد أسرة غوشة
التي استلمت نصين من القرار المؤقت و
سالت على راسه بالأصل



نسخة من القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف الغرفة الجزائية بتاريخ : 2004/11/30 تحت
رقم : 2004/1368 غيابيا .

مصرحين لهما بانه طبقا لاحكام المادة 411 من قانون الاجراءات الجزائية بان المعارضة جائزة القبول في
مهلة عشرة ايام اعتبارا من تاريخ التبليغ .

وانه باتقضاء المهلة المذكورة يسقط حق الطرف في المعارضة .

هذا لعلهما و لكي لا يجهلا مع كل التحفظات الواقع من هذا .

ومن هذا المحضر سلمنا نسخة للمعني بالامر تكلما معه كما هو مذكور اعلاه تطبيقا

للقانون .

الاستاذ المحضر .

الخاتم .

المسارو

- مسرو الآيات القرآنية.
- مسرو الأحاويث و الآثار.
- مسرو الأعلام.
- مسرو المصادر و المراجع.
- مسرو الموضوعات.

مسرد الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية	السورة
92	24	﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا وَلَنْ تَفْعَلُوا فَاتَّقُوا النَّارَ﴾	البقرة
90	31	﴿ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ﴾	
141	195	﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾	
90	224	﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾	
176-154-141	282	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَحَلِّ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾	
177		﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ﴾	
32		﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾	
141		﴿ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾	
141	3	﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾	النساء
144-141	58	﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾	
132	59	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾	
145-141-39	135	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾	
145-141	8	﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾	المائدة
144	42	﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾	
68	44	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾	
	45	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	
	47	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾	
	48	﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ﴾	
39	48	﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾	
أ	49	﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾	
145-141	152	﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾	الأنعام

127	9/6	﴿فَلْيَسْأَلِ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ رَبَّهُمْ وَيَسْأَلِ الْمُرْسَلِينَ﴾	الأعراس	
144	29	﴿قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ﴾		
153	54	﴿إِنَّ رَبَّكُمْ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ﴾		
152	135	﴿فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُمْ الرِّجْزَ إِلَىٰ أَجَلٍ هُمْ بِالْعُوقُوبَةِ إِذَا هُمْ يَنْكُتُونَ﴾		
153	142	﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ فِئَةٍ مِمَّا قَبَضْنَا رَبِّي أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾		
13	156	﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ﴾		
91	169	﴿يَأْخُذُونَ عَرَضَ هَذَا الْأَدْنَىٰ﴾		
90	199	﴿وَأَعْرَضَ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾		
91	67	﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾		الأنفال
78	75	﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾		
91	42	﴿لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا﴾	التوبة	
157	65	﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾	هود	
127	28/25	﴿وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيْمَا سَيْدَهَا لَدَى الْبَابِ﴾	يوسف	
81	90	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾	النحل	
53	92	﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَقَصَّصَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا﴾		
90	48	﴿وَعَرَّضُوا عَلَىٰ رَبِّكَ صَفًا﴾	الطه	
13	58	﴿وَرَبُّكَ الْعَفْوَورُ ذُو الرَّحْمَةِ﴾		
90	100	﴿وَعَرَّضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِلْكَافِرِينَ عَرَضًا﴾		
90	124	﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي﴾	طه	
1	23	﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾	الأنبياء	
90	32	﴿وَهُمْ عَن آيَاتِهَا مُعْرَضُونَ﴾		
70-68	79/78	﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْبِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ عَنَّمُ الْقَوْمُ﴾		
90	48	﴿إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرَضُونَ﴾	الأنبياء	
131-28	50/48	﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرَضُونَ﴾		
90	22	﴿ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا﴾	السجدة	
90	72	﴿إِنَّا عَرَّضْنَا الْأَمَانَةَ﴾	الأحزاب	

127	33/31	﴿وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ مَوْقُوفُونَ عِنْدَ رَبِّهِمْ يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ الْقَوْلَ﴾	سبا
39-27	26	﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾	ص
90	51	﴿فَدُو دُعَاءِ عَرِيضٍ﴾	فصلت
144	15	﴿وَأَمَرْتُ لِعَدْلِ بَيْنِكُمْ﴾	الشورى
90	20	﴿وَيَوْمَ يُعْرَضُ الَّذِينَ كَفَرُوا عَلَى النَّارِ﴾	الأحقاف
153	38	﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ﴾	ق
144	25	﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾	الحديد
145	8	﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ﴾	المتحنة
39-32	2	﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾	الطلاق
53	3	﴿الَّذِي أَنْقَضَ ظَهْرَكَ﴾	الشرح

مسرد الأحاديث والآثار

الرقم	الحديث أو الأثر	الصفحة
01	«أتخلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم»	42
02	«أما بعد أيها الناس، فإن الأسيف، أسيف جهينة»	44
03	«إن اجتهدت فأصبت لك عشرة أجور»	31
04	«إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك»	42-29
05	«إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها»	42
06	«إن المقسطين على منابر من نور»	145
07	«وأهل الجنة ثلاثة ذو سلطان مقسط»	
08	«إنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن»	132-28-11
09	«بعثني النبي ﷺ إلى اليمن، فأزبى قبائل الناس زبية الأسد»	72
10	«بعثت لأتمم حسن الأخلاق»	133
11	«البينة أو حد في ظهرك»	32
12	«البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»	42-41-32
13	«تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم»	79-78
14	«سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله»	145
15	«خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف»	39
16	«فقد رجل في عهد عمر»	44
17	«فلعلك قد فقمت عيني خصمك معا»	32
18	«كان علي بن أبي طالب ﷺ يكره الخصومة»	11

74-72	«كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما»	19
177	«ماحق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه»	20
154	«من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم»	21
71	«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»	22
78	«ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك»	23
80	«لا ضرر ولا ضرار»	24

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس الأسماء

77-71-41-40-30..... ابن حجر العسقلاني	25 ابن أبي ليلى
31-30..... حنش بن المعتمر	25 إبراهيم النخعي
31..... ابن حبان، أبو حاتم	34-25 أحمد، الإمام ابن حنبل
83..... حمورابي	30..... الألباني، محمد ناصر
144..... الحسين، إسماعيل	31 ابن أبي حاتم، عبد الرحمن
77..... الطبري	34..... الأوزاعي، الإمام
143..... الطوفي، نجم الدين	38..... أصبغ بن الفرج
144..... طه، عبد الرحمن	77..... ابن الأثير
26-25..... أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم	133..... ابن أبي الدم
31..... يحيى بن معين	120 الأسيوطي، شمس الدين
4..... الكشناوي، أبو بكر	35-31..... البخاري، الإمام
31..... الكاساني	80..... ابن بدران اللمشقي
77..... ابن كثير	202..... البهوتي
34..... الليث بن سعد	143-142..... محمد سعيد رمضان
56-53..... اللاحم، عبد الكريم بن محمد	74-73-69 داود، الطبري
114-10..... مالك بن أنس، الإمام	31..... أبو داود، الإمام
114-34-25-12..... بن الماجشون، عبد الملك	80-97..... داود الظاهري
37-12..... ابن المرتضى الزبيدي	31..... الدارقطني
75-26-25..... محمد بن الحسن الشيباني	40-39..... هند بنت عتبة - رضي الله عنها -
157-70-69-28..... الماوردي الوليد بن معاذ
34..... ابن المنذر	202-6..... الزركشي، شمس الدين
71-42-40..... مسلم، الإمام	143..... الزركشي، بلر الدين
176..... معاوية بن أبي سفيان	25..... زيد بن علي
76-75-43..... أبو موسى الأشعري	79..... الزحيلي، محمد مصطفى
67..... المرغيناني، أبو الحسن	ابن حزم الظاهري 7-12-26-30-31-
119-118-117-116-115-114..... محمد محمود إبراهيم	116-76-75-68-37-36-35-34-32
131..... المغيرة بن وائل	9..... ابن حجر الهيتمي
119-116..... محمد بن إبراهيم الشيخ	26-25..... أبو حنيفة النعمان
	31-30..... الحاكم النيسابوري

44.....	عبد الله بن الزبير -	197-8-6.....	ابن النجار، تقي الدين
46.....	العز بن عبد السلام	73-31.....	النسائي، الإمام
77-69.....	عبد الله بن مسعود	71-40.....	التووي، الإمام
178-152-142-70-69	ابن عاشور، محمد الطاهر	135.....	نبيل إسماعيل عمر
71-70-69.....	ابن عطية	11.....	أم سلمة، رضي الله عنها
71-70-69.....	ابن العربي	204-203-37.....	السمناني
75.....	ابن عرونس، محمود	114-38-12.....	سحنون بن سعيد التوخني
208-158-27.....	علي حيدر	41-40-39.....	أبو سفيان، الصحابي
152.....	العطار، عبد الناصر توفيق	25.....	سفيان بن عينة
144.....	عطية، جمال الدين	25.....	سفيان الثوري
205-201-178-156-120-67-14.....	ابن فرحون	177-176-156-78.....	السرخسي
41.....	فاطمة بنت عتبة - رضي الله عنها -	31-30.....	سماك بن حرب
-119-80-74-37-35-14	الصنعاني، محمد بن إسماعيل	202.....	السيوطي
209	ابن قدامة المقدسي، موفق الدين	34.....	ابن سيرين
-117-114-79-5	133-120-119	55-54-53.....	السبكي
27-25.....	ابن قاضي سمانونة	143.....	ابن السبكي
34.....	القاسم بن سلام، أبو عبيد	73-69.....	سليمان
38.....	ابن القاسم المالكي	176.....	سليم بن عتر التجيبي
202-158-45.....	القرافي	76.....	ابن سهل
158-74-73-70.....	القرطي	90.....	سويد بن كراع العكلي
156.....	ابن قيم الجوزية	-78-72-44-35-30-11-	علي بن أبي طالب -
197-184-9-8-7-4.....	ابن رشد (الجد)	131-79	
144.....	الريسوني، أحمد	11.....	عقيل بن أبي طالب -
67-34-25.....	الشافعي، الإمام	11.....	عبد الله بن جعفر -
197-120-117-92-45-29-5	الشيرازي، أبو إسحاق	25.....	عمر بن عبد العزيز
143-36-6.....	الشوكاني، محمد بن علي	32.....	عمرو بن عثمان بن عفان
78-25.....	شريح القاضي	-75-74-44-43-35-32-	عمر بن الخطاب -
25.....	الشعبي	78-77-76	
35-25.....	ابن شرملة، عبد الله	75-44-35.....	عثمان بن عفان -
		69-44.....	ابن عباس، عبد الله -

12.....الخريشي	31-30.....شريك بن عبد الله
56-53.....الخضري، أحمد بن محمد بن صالح	34-25.....ابن تيمية، مجد الدين
77.....ابن خلدون	30.....الترمذي، الإمام
205.....الخطيب الشريبي	44.....ابن التركماني
30.....الذهبي	79.....أبو ثور
	197-184.....خليل بن إسحاق

المركز الإسلامي للعلوم
عبد القادر للقادر للعلوم الإسلامية

مصادر المطاح والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص.

القسم الأول: المطاح والمراجع العربية

أ/ تفسير القرآن الكريم

- 1- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، المطبعة البهية المصرية، القاهرة، د ط، 1347هـ.
- 2- ابن جرير الطبري، أبو جعفر محمد، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1328هـ.
- 3- الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، التكت والعيون- المسمى: تفسير الماوردي، تحقيق: خضر محمد خضر، مراجعة: عبد الستار أبوغدة، مطابع المهوي، الكويت، ط1، 1402هـ-1982م.
- 4- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1984م.
- 5- ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحور الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م.
- 6- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار إحياء الكتب العربية، دم ن، ط1، 1377هـ-1958م.
- 7- قطب، سيد، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، ط11، 1985م.
- 8- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، دت.
- 9- رضا، محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم- الشهير بتفسير المنار، دار المنار، القاهرة، ط3، 1374هـ.

ب/ الحديث الشريف

- 10- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1419هـ-1998م.
- 11- _____، صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ط3، 1408هـ-1988م.
- 12- الیهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر، دم ن، د ط، دت.
- 13- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، الجامع الصحيح، النسخة الأميرية المطبوعة، دم ن، د ط، 1413هـ.
- 14- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، تحقيق: أحمد سعد علي، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ط1، 1441هـ-1952م.
- 15- الدارقطني، علي بن عمر، السنن، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م.

- 16- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.
- 17- ابن حبان، محمد، كتاب الثقات، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط 1، 1399هـ-1979م.
- 18- ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، د ت.
- 19- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني، المسند، شرحه ووضع فهرسه: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، د ط، د ت.
- 20- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، دم ن.
- 21- مالك، بن أنس الأصبجي، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، إعداد: أحمد راتب عرموش، دار النفائس، بيروت، ط 11، 1410هـ-1990م.
- 22- المزي، جمال الدين أبو الحجاج يوسف، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1408هـ-1988م.
- 23- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1375هـ-1955م.
- 24- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني، السنن، دار القلم، بيروت، د ط، د ت.
- 25- النووي، أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصباطي وآخرون، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1994م.
- 26- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار الفكر، دم ن، د ط، د ت.
- 27- عبد الوزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، دم ن.
- 28- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد الدالي بلطة، المكتبة العصرية، بيروت، د ط، 1412هـ-1992م.
- 29- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد- مصطفى الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.
- 30- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: عامر عمري الأعظمي، المدار السلفية، بمباي، الهند، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.

- 31 - ابن التركماني، علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني، الجوهر النقي في الرد على البيهقي، مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، دم ن، د ط، د ت.
- 32 - الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.
- 33- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد، التلخيص، مطبوع بهامش المستدرک للحاكم النيسابوري، دار الكتاب العربي، بيروت، د ط، د ت.

ج/ الفقه الإسلامي

أولاً/ الفقه العنفي

- 34- الأستروشنى، محمد بن محمود، جامع أحكام الصغار، مطبوع بهامش جامع الفصولين لابن قاضي سماوه، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ط1، 1300 هـ.
- 35- البابوي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 36- الجارم، محمد صالح بن عبد الفتاح، المجاني الزهرية على الفواكة البدرية، مطبعة النيل، القاهرة، د ط، د ت.
- 37- ابن الممام، كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 38- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، د ت.
- 39- الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ-1982م.
- 40- المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م.
- 41- الميداني، عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الحديث، حمص، ط4، 1399هـ-1979م.
- 42- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 43 - السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين، كتاب المبسوط، تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1986 م.
- 44- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة

- النعمان، دار الكتب الفكر، بيروت ط2، 1997م.
- 45- _____، منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع بمأمش البحر الرائق لابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 46- نظام، الشيخ وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م.

ثانياً / الفقه المالكي

- 47- ابن اسحاق، خليل، مختصر خليل، مطبعة محمد علي صبيح عبيدان الأزهر الشريف، القاهرة، د ط، دت.
- 48- ابن جزوي، محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، د ط، 1979م.
- 49- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد محمد العدوي، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- 48- الزرقاني، عبد الباقي بن يونس بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، دت.
- 50- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م.
- 51- الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.
- 52- مالك، بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى- رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، ومعها مقدمات ابن رشد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، دار الفكر، بيروت.
- 53- عيش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، دار صادر، بيروت، د ط، دت.
- 54 - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بونخبة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- 55 - الرصاع، أبو عبد الله محمد، شرح حدود ابن عرفة- المسمى: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأحناف- الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م.
- 56- ابن رشد(الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: محمد الحجابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م.
- 57- _____، فتاوى ابن رشد، تقدم وجمع: المختار بن الطاهر التليسي، دار الغرب الإسلامي،

بيروت، ط1، 1407هـ - 1987م.

- 58- ابن رشد (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، د ط، 1421هـ - 2001م.
- 59- الخشني، محمد بن حارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد المخدوب وآخرون، الدار العربية للكتاب، بيروت، بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دم ن، د ط، د ت.
- 60- الخرشني، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.

ثالثا / الفقه الشافعي

- 61- الهيثمي، أبو العباس أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع على هامش حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د ت.
- 62- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: محمد مطرجي وآخرون، دار الفكر، بيروت، د ط، 1414هـ - 1994م.
- 63- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 64- _____، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت.
- 65- السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، تحقيق: حسام الدين القدسي، دار الجليل، بيروت، ط1، 1412هـ - 1992م.
- 66- الرملي، شمس الدين بن محمد بن أبي الحسن، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1404هـ - 1984م.
- 68- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، تصحيح: محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، د ط، د ت.
- 69- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، المذهب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 70- الخطيب الشيريني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألقاب المنهاج، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.

رابعا / الفقه الحنبلي

- 71- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، نشر وتوزيع إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، د ط، د ت.

- 72- _____، كشف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه: هلال مصيلحي مصطنى هلال، دار الفكر، بيروت، دط، 1402هـ-1982م.
- 73- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ-1993م.
- 74- ابن مفلح، أبو عبد الله محمد بن مفلح، الفروع، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1404هـ-1984م.
- 75- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، صححه وحققه: محمد حامد الفقى، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ط1، 1377هـ-1958م.
- 77- ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التقيح وزيادات، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م.
- 78- ابن قدامة موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسى، المغنى شرح مختصر الخرقى، دار الكتاب العربى، بيروت، دط، 1403هـ-1983م.
- 79- ابن تيمية، مجد الدين أبو البركات عبد السلام، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربى، بيروت، دط، دت.

طامما / الفقه الطاممى

- 80- ابن حزم، أبو محمد علي أحمد بن سعيد الأندلسى، المحلى، دار الفكر، بيروت دط، دت.
- 81- _____، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1400هـ-1980م.

طادما / الفقه الطادمى

- 82- الحيمى، شرف الدين الحسين بن أحمد، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل، بيروت، دط، دت.
- 83- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تحقيق عبد الله محمد الصديق- عبد الحفيظ سعيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الكتاب الإسلامى، القاهرة، دط، دت.
- 84- الصنعاني، أحمد بن قاسم اليماني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، دط، دت.

85- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، دط، 1408هـ-1988م.

د/أصول وقواعد الفقه ومقاصد الخريجة الإسلامية

86- البخاري، علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، دط، دت.

87- الجويني، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1412هـ-1992م.

88- ابن بدران الدمشقي، عبد القادر بن أحمد، نزهة الخاطر العاطر شرح كتاب روضة الناظر وجنة المناظر، دم ن، دط، دت.

89- ———، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتعليق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ-1982م.

90- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، دار الكتي، القاهرة. ط1، 1414هـ-1994م.

91- المحلي، جلال الدين، شرح جمع الجوامع لابن السبكي وبهامشه حاشية العطار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

92- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م.

93- ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.

94- ———، جمع الجوامع وبهامشه حاشية العطار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

95- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.

96- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

97- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1978م.

98- ———، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة القومية للنشر و التوزيع، تونس، دط، دت.

99- عطية، جمال الدين، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا بالاشتراك مع دار الفكر، دمشق، ط1، 1422هـ-2001م.

- 97- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، دار الكتب الحديثة، القاهرة، دط، دت.
- 98- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي، الفروق، عالم الكتاب، بيروت، دط، دت.
- 99- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، الرياض، ط1، 1417هـ-1997م.
- 100- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: أبو مصعب محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2، 1413هـ - 1993م.
- 101- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، ترتيب وضبط: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1993م.

ع/ مصادر في القضاء الإسلامي

- 102- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام، تحقيق: محمد أبو الأضفان، المدار العربية للكتاب، بيروت بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط ، 1985م.
- 103- ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم الحموي، أدب القضاء، المسمى: الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1402هـ-1982م.
- 104- وكيع، محمد بن خلف، أخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، د ط ، دت.
- 105- الحسام الشهيد، عمر بن عبد العزيز، شرح أدب القاضي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني - أبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ - 1994م.
- 106- الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ومطبوع بهامشه لسان الحكام لابن الشحنة الحنفي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1402هـ-1982م.
- 107- الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، ط3، 1401هـ - 1981م.
- 108- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، أدب القاضي، مطبعة العاني ومكتبة الحرم المكي، بغداد، د ط، 1392هـ-1972م.
- 109- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بالاشتراك مع دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ-1984م.
- 110- ابن عبد الرقيق، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ط، 1989م.

- 111 - ابن فرج القروطي، أبو عبد الله، أقضية رسول الله ﷺ، تعليق: عبد المعطي قلنجي، دار الوعي، حلب، ط2، 1982م.
- 112 - ابن فرحون، أبو الوفاء برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد المدني، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1986م.
- 113 - ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - أو القواسم المرضية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، دت.
- 114 - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، القاهرة، ط1، 1989م.
- 115 - التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، المسماة: تحفة الحكام لمحمد بن عاصم، دم ن.

و/ مراجع في القضاء الإسلامي

- 116 - إبراهيم، محمد محمود، نظام الطعن بالتمييز في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية، معهد الإدارة العامة، الرياض، د ط، 1419هـ - 1998م.
- 117 - أحمد، فؤاد عبد النعم وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، دت.
- 118 - آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، دار ظفير، أبوظبي، ط2، 1402هـ - 1982م.
- 119 - بوضياف، عمار، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار ربحانة، الجزائر، د ط، دت.
- 120 - هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، الرياض، ط2، 1420هـ - 1999م.
- 121 - واصل، نصر فريد محمد، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ط، دت.
- 122 - الزحيلي، محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ط4، 1412هـ - 1992م.
- 123 - زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار الرسالة، بيروت، ط3، 1421هـ - 2000م.
- 124 - حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، د ط، دت.

- 125- اللاحم، عبد الكريم بن محمد، نقض الأحكام القضائية في الفقه، دار إشبيليا، الرياض، ط1، 1409هـ-1989م.
- 126- العطار، عبد الناصر توفيق، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبعة السعادة، دم ن، د ط، 1978م.
- 127- عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1993م.
- 128- ابن عونوس، محمد بن محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، د ط، دت.
- 129- عثمان، فتحي، الفكر القانوني الإسلامي بين أصول الشريعة وتراث الفقه، مكتبة وهبة، القاهرة، د ط، دت.
- 130- أبو فارس، محمد عبد القادر، القضاء في الإسلام، دار الفرقان، عمان، ط4، 1415هـ-1995م.
- 131- القاسمي، ظفر، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي-الكتاب الثاني: السلطة القضائية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1978م.
- 132- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، تحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان - محمد إبراهيم أحمد علي، الناشر هامة، جدة، ط1، 1401هـ-1981م.

ز/ مراجع عامة في الشريعة والفكر الإسلامي

- 133- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، دت.
- 134- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ-1985م.
- 135- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ-1998م.
- 136- عبد الرحمن، طه، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط2، دت.
- 137- العوا، محمد سليم، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، ط2، 1983م.

ح/ التاريخ

- 138- ابن الأثير الجزري، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد الشيباني، الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط5، 1405هـ-1985م.
- 139- ابن جرير الطبري، أبو جعفر محمد، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1411هـ-1991م.
- 140- ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر، البداية و النهاية في التاريخ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1351هـ-1933م.

141- مهران، محمد بيومي، تاريخ العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1410هـ - 1990م.

142- ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدمة، دار الكتاب العربي، بيروت بالاشتراك مع مكتبة المدرسة، بيروت، د ط، 1983م.

ط / اللغة والمعاجم والمصطلحات

143- إدريس، سهيل وجبور، عبد النور، المنهل - قاموس فرنسي عربي، دار الآداب بالاشتراك مع دار العلم للملايين، ط 9، 1978م.

144- أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، دار الفكر، القاهرة، د ط، د ت.

145- البعلبكي، منير، موسوعة المورد العربية، إعداد: رمزي البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط 1، 1990م.

146- طاش كبرى زاده، مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، بالاشتراك مع دار الباز للنشر و التوزيع، مكة المكرمة، ط 1، 1405هـ - 1985م.

147- الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحفني، دار الرشد، القاهرة، د ط، د ت.

148- الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى، الكليات - معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1413هـ - 1993م.

149- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار المعارف، القاهرة، د ط، د ت.

150- ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط 3، 1410هـ - 1990م.

151- المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف - معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت بالاشتراك مع دار الفكر، دمشق، ط 1، 1410هـ - 1990م.

152- القنوجي، صديق بن حسن، أبجد العلوم - الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم، إعداد: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت.

153- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تصحيح: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415هـ - 1994م.

154- الراغب الإصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد خليل غيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط 1، 1410هـ - 1990م.

بي/المراجع القانونية

- 155- إبراهيمي، محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م.
- 156- أحمد، هلاي عبد اللاه، الحقيقة بين الفلسفة العامة والفلسفة الإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1987م.
- 157- أمقران، بوبشير محند، قانون الإجراءات المدنية- نظرية الدعوى- نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م.
- 158- بارش، سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الشهاب، باتنة، د ط، 1406هـ- 1986م.
- 159- بھنام، رمسيس، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1984م.
- 160- البلشي، زغلول، المعارضة في الأحكام الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1998م.
- 161- بلعيد، بشير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة، د ط، دت.
- 162- _____، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرني، باتنة، د ط، 2000م.
- 163- بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، د ط، 1996م. الجزء الأول.
- 164- بغدادي، مولاي ملياني، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1992م.
- 165- بشير، محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1995م.
- 166- جابر، حسام محمد سامي، المعارضة في الأحكام الجنائية الغيابية، دم ن، ط1، 2000م.
- 167- جوستينيان، فلافيوس، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، تعريب: عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، ط1، 1946م.
- 168- الجوخدار، حسن، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط2، 1997م.
- 169- جلال، ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، بيروت، د ط، 1991م.
- 170- جلال، ثروت وعبد المنعم، سليمان، أصول المحاكمات الجزائية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996م.
- 171- هرجه، مصطفى مجدي، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1995م.
- 172- أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط14، 1986م.

- 173- _____، تاريخ النظم القانونية وتطورها، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1984م.
- 174- _____، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1989م.
- 175- الزناتي، محمد سلام، موجز تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المطبعة العربية الحديثة، دم ن.
- 176- هدي باشا، عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، دط، 1422هـ-2001م.
- 177- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1988م.
- 178- طاشور، عبد الحفيظ، محاضرات في القانون المقارن، محاضرات غير منشورة أقيمت على طلبة الماجستير بالجامعة الإسلامية، قسنطينة، 2002م-2003م.
- 179- الطراونة، محمد، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية-دراسة مقارنة-، دار وائل للنشر، بيروت، ط1، 2003م.
- 180- الكيك، محمد علي، رقابة محكمة النقض على تسيب الأحكام الجنائية، مطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، دط، دت.
- 181- كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، دت.
- 182- محدة، محمد، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، دار الهدى، عين مليلة، ط1، 1991م.
- 183- مينا، نظير فرج، الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1992م.
- 184- ابن ملحة، العوثي، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2000م.
- 185- منصور، إسحاق إبراهيم، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1995م.
- 186- نجم، محمد صبحي محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992م.
- 187- النمر، أمينة مصطفى، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت.
- 188- النقيب، عاطف، أصول المحاكمات الجزائية-دراسة مقارنة، منشورات عويدات، بيروت-باريس، ط1، 1986م.
- 189- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، 1993م.
- 190- عبد المنعم، سليمان، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1417هـ-1997م.

- 191- عبید، رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجليل، القاهرة، ط17، 1989م.
- 192- عدلي، عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط1، 1953م.
- 193- عوض، محمد، قانون الإجراءات الجنائية- الطعون والمحاكمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1995م. الجزء الثاني.
- 194- عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1986م.
- 195- _____، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، دط، 2000م.
- 196- عمر، نبيل إسماعيل و خليل، أحمد، قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004م.
- 197- فودة، عبد الحكم، الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، القاهرة، بالاشتراك مع دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 1998م. الجزآن الثاني والخامس.
- 198- الفكهايني، سعيد وآخرون، التعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي في ضوء الفقه والقضاء المصري والمغربي- ضمن: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، دط، 1403هـ- 1983م. الجزء 189.
- 199- صاوي، أحمد السيد، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، ضمن: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، دط، 1405هـ- 1985م.
- 200- صخري، مصطفى، طرق الطعن في الأحكام الجزائية- دراسة مقارنة معلق عليها بأحدث قرارات محكمة التعقيب، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط1، 1998م.
- 201- رمضان، مدحت، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2000م- 2001م.
- 202- الشلقاني، أحمد شوقي، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1999م. الجزء الثالث.
- 203- التحيوي، محمود السيد، الطعن في الأحكام القضائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2003م.
- 204- تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1986م.
- 205- توكي، عبد الحميد، نطاق القضية في الاستئناف- دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1988م.

ك/المصادر الجامعية

- 206- بلعتروس، محمد، القضاء على الغائب - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة

ماجستير في الشريعة والقانون، غير منشورة، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1998م-1999م.

207- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1420هـ-2000م.

208- جبار، صلاح الدين، طرق الطعن في أحكام المحاكم العسكرية وفقاً للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003م.

209- الحديثي، عمر فخرى عبد الرزاق، حق المتهم في محاكمة عادلة-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، دار الثقافة، عمان، ط1، 2005م.

210- الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط1، 1409هـ-1998م.

211- الحسيني، إسماعيل، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، رسالة ماجستير، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 1416هـ-1996م.

212- ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، دار النفائس، عمان، ط1، 1419هـ-1999م.

213- أبو عامر، محمد زكي، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي - محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، رسالة دكتوراه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1985م.

214- القرشي، غالب بن عبد الكافي، أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء بالاشتراك مع مؤسسة الكعب الثقافية، بيروت، ط1، 1410هـ-1990م.

215- روابح، إلهام شهرزاد، الطعن في الأحكام القضائية- الاستئناف مثالا- دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2000م-2001م.

216- الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المكتبة السلفية، الدار البيضاء، ط1، 1411هـ-1990م.

ل/المقالات و الأبحاث

217 - بوضياف، عمار، من روائع القضاء الإسلامي: سلطة القاضي في مراجعة حكمه، مقال منشور بمجلة أصداء جامعية، نشرية تصدر بالمركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، العدد05، صفر1425هـ-أفريل 2004م.

218- المبيضين، عمر علي، أحكام الطعن باعتراض الغير في ظل قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. بحث منشور بمجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة عمان، المجلد26، 1999م.

- 219- سيف، رمزي، طرفى الطعن في الأحكام في مشروع قانون المرافعات، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، السنة 3، العدد 1، يناير- مارس 1948م.
- 220- _____، المعارضة في الأحكام الغيابية في مشروع قانون المرافعات، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، القاهرة، السنة 3، العدد 3، يوليو- سبتمبر 1948م.
- 221- عبد الرحمن، طه، مشروع تجديد علمي لبحث عقاصد الشريعة، بحث منشور بمجلة المسلم المعاصر، السنة 2، العدد 103، شوال- ذو القعدة- ذوالحجة 1422هـ- محرم 1423هـ- يناير- فبراير- مارس 2002م.
- 222- فهمي، مصطفى أبو زيد، طرق الطعن في أحكام مجلس الدولة-دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة 6، العدد 4، 1955-1956م.
- 223- أبوغدة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، السنة 5، العدد 40، ذو القعدة 1420هـ الموافق لشهر مارس 2000م.

أ/ النصوص التشريعية

التخريج الجزائري

- القانون رقم 89- 22 المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1410هـ الموافق ل: 12 ديسمبر 1989م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسرّها.
- الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 08 أوت 1966م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 91/02 المؤرخ في 08 يناير 1991م.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 ديسمبر 1975م والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق ل 20 يونيو 2005م.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 ديسمبر 1975م والمتضمن القانون التجاري والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996م.
- الأمر رقم 28/71 المؤرخ في 26 صفر 1391هـ الموافق ل 22 أبريل 1971م والمتضمن قانون القضاء العسكري.
- الأمر رقم 66/155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والمعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 08/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001م.
- القانون رقم 03/91 المؤرخ في 08 جانفي 1991م المتعلق بمهنة المحضر.

التشريع التونسي

- قانون عدد 23 لسنة 1968 م مؤرخ في 24 جويلية 1968 م يتعلق بإعادة تنظيم مجلة الإجواءات الجنائية والذي نصح إلى غاية القانون عدد 43 لسنة 2000 م المؤرخ في 17 أفريل 2000 م.
- قانون عدد 103 لسنة 1959 م مؤرخ في 02 ربيع الثاني 1379 م الموافق ل: 05 أكتوبر 1995 م يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية مع التعديلات إلى غاية قانون عدد 97 لسنة 1998 م المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 م.

التشريع المغربي

- الظهير الشريف رقم: 261-58-1، الصادر في فاتح شعبان عام 1378 هـ الموافق ل: 10 فبراير 1959 م المحتوي على قانون المسطرة الجنائية.

ن / مواقع الانترنت

- www.justice.gov.ma
- www.Islamtoday.net
- www.Bouti.com
- www.amanjordan.org

القسم الثاني: المراجع الفرنسية

- Robert.Paul.le petit robert 1.dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.paris.1992.
- Braas.Lechevalier . Précis procédure civil.Bruxelles.3ed.1944.t02.
- Heron.jacque.Droit judiciaire privé.montchrstin.pais.1991.
- Jean.Vincent et Serge. Guinchard.procedure civil. Dalloz. 26ed.2001.

مسرود الموضوعات

أ-و	مقدمة
87-1	الفصل التمهيدي : الحكم الغيابي، والطعن في الأحكام القضائية (الماهية والموقف)
2	المبحث الأول: ماهية الحكم الغيابي والموقف منه
2	المطلب الأول : ماهية الحكم الغيابي
2	الفرع الأول: ماهية الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي
3	البند الأول: تعريف الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي
14	البند الثاني: طبيعة الحكم الغيابي وقيمه في الفقه الإسلامي
14	الفرع الثاني: ماهية الحكم الغيابي في القانون الوضعي
15	البند الأول: تعريف الحكم الغيابي في القانون الوضعي
21	البند الثاني: طبيعة الحكم الغيابي وفيه في القانون الوضعي
23	المطلب الثاني : موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من الحكم الغيابي
23	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الحكم الغيابي
24	البند الأول: اتجاه المانعين، مذهب الحنفية ومن معهم، أدلتهم ومناقشتها
34	البند الثاني: اتجاه المجيزين، مذهب الجمهور، أدلتهم ومناقشتها
45	البند الثالث: موازنة و ترجيح
47	الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الحكم الغيابي
47	البند الأول: اتجاه المانعين، النظام الجرمان والأنجلو سكسوني ومبرراته
49	البند الثاني: اتجاه المجيزين، النظام اللاتيني ومبرراته
52	المبحث الثاني: ماهية الطعن في الأحكام القضائية والموقف منه
52	المطلب الأول: ماهية الطعن في الأحكام القضائية
52	الفرع الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية وطرقه في الفقه الإسلامي
53	البند الأول: تعريف نقض الأحكام القضائية
56	البند الثاني: طرق نقض الأحكام القضائية
58	الفرع الثاني: تعريف الطعن في الأحكام القضائية وطرقه في القانون الوضعي
58	البند الأول: تعريف الطعن
60	البند الثاني: طرق الطعن في الأحكام

65	المطلب الثاني: الموقف من الطعن في الأحكام القضائية
66	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من نقض الأحكام القضائية
67	البند الأول: القاعدة العامة: الأحكام القضائية لا تنقض
68	البند الثاني: الاستثناء: جواز نقض الأحكام التي شابها أخطاء والأدلة على ذلك
81	الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام القضائية وأساسه
81	البند الأول: موقف القانون الوضعي من الطعن في الأحكام
82	البند الثاني: أساس الطعن في الأحكام القضائية
-88 148	الفصل الأول: ماهية الطعن بالمعارضة، و الموقف منها و أساسها
89	المبحث الأول: ماهية الطعن بالمعارضة
89	المطلب الأول: تعريف المعارضة وبيان خصائصها
89	الفرع الأول: تعريف المعارضة
90	البند الأول: المعارضة لغة
91	البند الثاني: المعارضة اصطلاحاً
95	الفرع الثاني: خصائص المعارضة
95	البند الأول: المعارضة طريق طعن مزدوج، عام و خاص
96	البند الثاني: المعارضة تكون في الأحكام القضائية و ليس في الأوامر الجزائية
97	البند الثالث: المعارضة أضعف طرق الطعن
98	البند الرابع: المعارضة تكون في كل المواد ما عدا الجنائيات
100	البند الخامس: المعارضة تهدف إلى سحب الحكم الغيبي لا إصلاحه
100	المطلب الثاني: تمييز الطعن بالمعارضة عن طرق الطعن الأخرى
100	الفرع الأول: تمييز المعارضة عن الاستئناف
102	الفرع الثاني: تمييز المعارضة عن طرق الطعن غير العادية
102	البند الأول: تمييز المعارضة عن النقض
107	البند الثاني: تمييز المعارضة عن التماس إعادة النظر
111	البند الثالث: تمييز المعارضة عن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة
114	المبحث الثاني: الموقف من المعارضة و أساسها
114	المطلب الأول: الموقف من المعارضة

114	الفرع الأول: في الفقه الإسلامي
114	البند الأول: اتجاه المانعين، أدلتهم ومناقشتها
119	البند الثاني: اتجاه المؤيدين وأدلتهم
121	البند الثالث: موازنة وترجيح
122	الفرع الثاني: في القانون الوضعي
122	البند الأول: اتجاه المانعين ومبرراتهم
123	البند الثاني: اتجاه المؤيدين ومبرراتهم
125	المطلب الثاني: أساس المعارضة
126	الفرع الأول: الأساس القضائي، مبدأ الحضور
126	البند الأول: تعرف مبدأ الحضور وأهميته و الموقف منه
126	أولاً/ في الفقه الإسلامي
129	ثانياً/ في القانون الوضعي
129	البند الثاني/ الخطة الشرعية والقانونية في تقرير مبدأ الحضور
130	أو لا/ الخطة الشرعية في تقرير المبدأ
131	أ/ الاعتبار الديني الأخلاقي للمبدأ
133	ب/ الاعتبار القضائي للمبدأ
134	ثانياً/ الخطة القانونية في تقرير المبدأ
135	أ/ الحضور حق وليس واجبا
135	ب/ الغياب بلا عذر مقبول لا يترتب عليه سوى مجرد جزاء إجرائي
136	ثالثاً/ المقارنة بين الخطة الشرعية و القانونية
138	الفرع الثاني: الأساس التاريخي، و الأساس الفلسفي
138	البند الأول: الأساس التاريخي
138	أولاً/ تطور المعارضة في ظل القانون الروماني
139	ثانياً/ تطور المعارضة في ظل القانون الفرنسي القديم إلى اليوم
140	البند الثاني: الأساس الفلسفي
140	أولاً/ مقصد العدل في الشريعة الإسلامية
141	أ/ تعريف العدل

142	ب/ موقع مقصد العدل ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية
142	1/ الاتجاه الأول: المقاصد الضرورية منحصرة في خمسة
144	2/ الاتجاه الثاني: عدم انحصار الضروريات في خمس و أن العدل مرتبة منها
146	ثانيا/ مبدأ العدل في فلسفة القانون
148	ثالثا/ مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي
-149	الفصل الثاني: شروط المعارضة، وأثارها والحكم فيها
230	
150	المبحث الأول: شروط المعارضة
151	المطلب الأول: الشروط الشكلية
151	الفرع الأول: ميعاد المعارضة
151	البند الأول: أجل المعارضة في الفقه الإسلامي
151	أولا/ تعريف الأجل وأنواعها
153	ثانيا/ التأسيس الشرعي لفكرة الأجل في القضاء
156	ثالثا/ شروط الأجل و كيفية وضعها
157	رابعا/ تقدير أجل المعارضة
159	البند الثاني: ميعاد المعارضة في القانون الوضعي
159	أولا/ تعريف ميعاد المعارضة و خصائصه
161	ثانيا/ ميعاد المعارضة في المواد المدنية
161	أ/ في الأحكام القضائية العادية
161	1/ في التشريع الجزائري
162	2/ في التشريعات المقارنة
163	ب/ في أوامر الأداء
163	ج/ في القرارات الإدارية
163	1/ أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية
163	2/ أمام مجلس الدولة
163	ثالثا/ ميعاد المعارضة في المواد الجزائية و العسكرية
163	أ/ في المواد الجزائية

163	1 / في التشريع الجزائري
164	2 / في التشريعات المقارنة
166	ب / في المواد العسكرية
167	رابعاً/ بدء سريان الميعاد و تبليغ الحكم الغيابي
167	أ/ بدء سريان الميعاد
168	ب/ تبليغ الحكم الغيابي المدني
170	ج/ تبليغ الحكم الغيابي الجنائي
171	خامساً/ امتداد ميعاد المعارضة
172	أ/ بسبب القوة القاهرة
172	ب/ بسبب مصادفة آخر الميعاد يوم عطلة رسمية
173	ج/ بسبب المسافة
173	I / في التشريع الجزائري
173	I / في المواد المدنية
173	II / في المواد الجزائية
174	2/ في التشريعات المقارنة
175	سادساً/ نهاية ميعاد المعارضة
175	الفرع الثاني: التقرير بالمعارضة
175	البند الأول: التقرير بالمعارضة في الفقه الإسلامي
176	أولاً/ التعريف بعلم الشروط و السجلات
176	ثانياً/ التأصيل الشرعي لكتابة الوثائق القضائية
178	ثالثاً/ البيانات التي ينبغي ذكرها في الوثيقة
179	البند الثاني: التقرير بالمعارضة في القانون الوضعي
179	أولاً/ التقرير بالمعارضة في المواد المدنية والجزائية
180	ثانياً/ شكل و بيانات صحيفة المعارضة
181	ثالثاً/ تبليغ المعارضة
181	أ/ تبليغ المعارضة للمعارض
181	ب/ تبليغ المعارضة للمعارض ضده

181	1/ في المواد المدنية
182	2/ في المواد الجزائية
182	رابعا/ المحكمة التي ترفع أمامها المعارضة
183	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية
183	الفرع الأول: محل المعارضة
183	البند الأول: محل المعارضة في الفقه الإسلامي
183	أولا/ الأحكام التي تجوز فيها المعارضة
183	ثانيا/ الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة
185	البند الثاني: محل المعارضة في القانون الوضعي
185	أولا/ الأحكام التي تجوز فيها المعارضة
185	أ/ الأحكام الغيائية
187	ب/ الأحكام الحضورية الاعتبارية بشروط
188	ثانيا/ الأحكام التي لا تجوز فيها المعارضة
188	أ/ الأحكام الحضورية
188	ب/ الأحكام الحضورية الاعتبارية
190	ج/ الأحكام الغيائية الصادرة عن محكمة الجنائيات في جنابة
192	د/ القرارات الصادرة عن المحكمة العليا
192	هـ/ الحكم الصادر في المعارضة
193	و/ الأحكام التحكيمية
194	ز/ الأوامر الاستعجالية الصادرة من المحاكم
194	ح/ القرارات الاستعجالية الصادرة من المجالس القضائية
195	ط/ الأوامر الاستعجالية الصادرة في المواد الإدارية
196	ي/ الأوامر الاستعجالية الصادرة في قسمة التركات
196	ك/ الأوامر الصادرة بتخصيص المبالغ المحجوز عليها لدى الغير للدائن الحاجز
196	ل/ القرارات الصادرة بتضييق نطاق النشر القانوني
196	الفرع الثاني: الحق في المعارضة وشروطه
196	البند الأول: الحق في المعارضة

197	أولاً/ في الفقه الإسلامي
198	ثانياً/ الحق في المعارضة في القانون الوضعي
198	أ/ أصحاب الحق في المعارضة
198	1/ المتهم
199	2/ المسؤول عن الحقوق المدنية
200	3/ المدعي المدني
200	ب/ من ليس له الحق في المعارضة
201	البند الثاني: شروط الحق في المعارضة
201	أولاً/ المصلحة
203	ثانياً/ الصفة
204	ثالثاً/ الأهلية
208	المبحث الثاني: آثار المعارضة و الحكم فيها
208	المطلب الأول: آثار المعارضة
208	الفرع الأول: الأثر الموقوف و المسقط
208	البند الأول: في الفقه الإسلامي
210	البند الثاني: في القانون الوضعي
210	أولاً/ الأثر الموقوف
210	أ/ وقف تنفيذ الحكم الغيابي
210	1/ القاعدة العامة: المعارضة توقف تنفيذ الحكم الغيابي
211	2/ الاستثناء، جواز تنفيذ الحكم الغيابي رغم المعارضة
211	I / في المواد المدنية
211	II / في المواد الجزائية
213	ب/ وقف نظر الاستئناف و النقض
214	ثانياً/ الأثر المسقط
214	الفرع الثاني: الأثر الناشر
215	البند الأول: في الفقه الإسلامي
215	البند الثاني: في القانون الوضعي

216	أولاً/ مدى جواز الادعاء مدنيا لأول مرة أثناء نظر المعارضة
217	ثانياً/ طبيعة خصومة الطعن بالمعارضة
220	المطلب الثاني: الحكم في المعارضة
220	الفرع الأول: الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة
220	البند الأول: المحكمة المختصة بنظر المعارضة
221	البند الثاني: الحكم الفاصل في غير موضوع المعارضة
221	أولاً/ في الفقه الإسلامي
222	ثانياً/ في القانون الوضعي
222	أ/ الحكم في شكل المعارضة
223	ب/ الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن
225	الفرع الثاني: الحكم الفاصل في موضوع المعارضة
225	البند الأول: في الفقه الإسلامي
226	البند الثاني: في القانون الوضعي
227	أولاً/ القيود الواردة على سلطة المحكمة التي تنظر في موضوع المعارضة
230	ثانياً/ حالات الحكم في موضوع المعارضة
231	الخاتمة
235	ملحق
240	مسرد الآيات القرآنية
243	مسرد الأحاديث والآثار
245	مسرد الأعلام
248	مسرد المصادر و المراجع
265	مسرد الموضوعات