

فقه الإجراءات والمرافعات في القضاء الإسلامي

بقلم: الدكتور عبد الله عزام

تلخيص محكم لمباحث فقه القضاء الإجرائي , جمع مذاهب الفقهاء بمختلف مدارسهم بترتيب سلس ومنهج مدلل وبيان للمراجع الفقهية المختلفة , وضعه المؤلف على نهج مواد قضائية ليكون خير معين لمن ابتلي بوظيفة الفصل بين الناس.

فقه الإجراءات والمرافعات في القضاء الإسلامي (1)

اللهم يسر لي أمري- ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار.
ربنا هب لنا من لدنك رحمة وهى لنا من أمرنا رشدا.
أسألك اللهم علما نافعا ورزقا واسعا وقلبا خاشعا وشفاء من كل داء
د. عبد الله عزام
الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد

تعريف القضاء

1-الحنفية:(1) [حاشية ابن عابدين 352/5]. (فصل الخصومات وقطع النزاعات) (على وجه مخصوص) عرفه بعضهم: (قول ملزم صادر عن ولاية عامة).

وتعريف الحنبلية قريب منه.

الجمع بينهما (فصل الخصومات و قطع المنازعات على وجه خاص صادر عن ولاية عامة).

2-المالكية:(2) [مواهب الجليل 86/6]. (الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام).

وقال بعضهم (هو الدخول بين الخالق والمخلوق ليؤدي فيهم أوامره و أحكامه بواسطة الكتاب والسنة). (3) [تبصرة الحكام 12/1].

يؤخذ عليه: بأن كثيرا من وظائف الخلافة تدخل فيه، وأما الثاني فيشمل التدريس والإفتاء.

3-الشافعية:(4) [مغني المحتاج 372/4]. (فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى)

عرفه العز بن عبد السلام(5) [مغني المحتاج 372/4]. (إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن عليه امضاؤه فيه)
التعريف المختار :

فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام وهذا التعريف يتضمن ثلاثة مقاطع:

1-وظيفة القضاء فض النزاعات

2-وظيفة القاضي إظهار حكم الله تعالى في القضية.

3-حكم القاضي ملزم ومجبر بخلاف الإفتاء.

ضمانات العدالة في الإسلام

1-اختيار القاضي الكفوء

2-التوسع عليه في الرزق

3-استقلال القضاء

4-تحريم الرشوة والهدايا

5-الشورى في الأحكام

6-بطلان الحكم لعلم القاضي

7-إلزام القاضي باتباع نهج معين ازاء الشهود

8-التفريق بين المتخاصمين

9-النهي عن كتمان الشهادة وعن شهادة الزور

01-تحذير المتخاصمين أن يأخذ أي منهما ما لا يستحقه

11-اقتران الحكم بأسبابه

21-النهي عن القضاء حالة الغضب

31-المتهم برئ حتى تثبت ادانته

41-بطلان حكم القاضي لنفسه

51-حق المتهم في الدفاع عن نفسه

61-نقض الحكم إذا خالف نصا أو أجماعا

71-التعويض عن الضرر الناجم عن الخطاء في الحكم وادانة المتسبب في الضرر

مشروعية القضاء وحكمه بالنسبة لجماعة المسلمين
وظيفة الأنبياء عليهم السلام إقرار العدل في الأرض (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات
وأزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط....) الحديد: 25
وظيفة العلماء (ورثة الأنبياء) نشر القسط والعدل في الأرض وهذه وظيفة
القضاة.

ولذا: فالقضاء: فرض على إمامة المسلمة ودليل هذا الكتاب والسنة والإجماع
والمعقول.

1-الكتاب: (...وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم...) المائدة: 49
(انا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله). النساء: 105
2- السنة: تولى ص القضاء بنفسه:

فقد فرق ص بين ثابت بن قيس وزوجته حبيبة بنت سهل بالخلع.(1) [البخاري].
وكذلك قضى بالنسبة لفاطمة بنت قيس بعد أن خاصمت زوجها بعد طلاقها ثلاثا
انه ليس لها سكن ولا نفقه.(2) [مسلم مع النووي 95/10].
وقضى ص بقطع يد سارق رداء صفوان بن أمية.(3)[الموطأ 521 والدارمي
93/2].

وولى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض أصحابه القضاء
قال مسروق: أكان أصحاب القضاء من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ستة: عمر وعلي وابن مسعود وأبي بن كعب وزيد بين ثابت وأبو موسى
الأشعري وولى عليا القضاء على اليمن وقال ص أقضاكم علي وأعلمكم بالحلال
والحرام معاذ.

وولى معاذ القضاء على اليمن.
وولى معقل بن يسار القضاء على اليمن وكذلك ولى أبا موسى الأشعري على
اليمن وولى عتاب بن أسيد على مكة.
وقد أمر ص عقبة بن عامر أن يقضي في حضومة أمامه.(4) [مسند أحمد
206/15 رواه أحمد برجال الصحيح الدارمي قطني 203/4 والدار قطني بسند
حسن].

وقضى عمرو ابن العاص رضي الله عنه بين يدي الرسول ص في خصومته.(5)[أحمد 206/14 والدارقطني 203/4].

3- إجماع: أول قاضي بعد وفاة الرسول ص عمر رضي الله عنه قال له أبو بكر رضي الله عنه (اقض بين الناس فإني في شغل).(6)[السنن الكبرى 87/10].

وتولى شريح القضاء لعمر ومن بعده لمدة ستين سنة في الكوفة ومن قضاة التابعين الشعبي، وإياس بن معاوية.

4- العقل: لأن الظلم سبب هلاك الإمام (ولقد أهلكتنا القرون من قبلكم لما ظلموا...) والقضاء بأسسه سبب إزالة الظلم.

حكم القضاء

1- على الإمامة: فرض كفاية (فرض على مجموع الإمامة بحيث يجب القيام به من قبل بعض منها غير معين)

2- على الإمام: حكم تنصيب الإمام للقضاة فرض عين.

خطر تولى القضاء:

أ- الإحاديث الرهيبة في القضاء

1- عن أبي هريرة مرفوعا (من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين).(1) [صححه ابن حجر ورواه الأربعة والحاكم وأحمد وهو صحيح].

2- عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (يدعى بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى به أنه لم يقض بين اثنين في تمر قط). (2) [رواه البيهقي ورواه أحمد بإسناد حسن مجمع الزوائد 192/4].

3- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من كان قاضيا عالما قضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضيا فقضى بجهل كان من أهل النار، ومن كان عالما فقضى بعدل فبالحري أن ينقلب كفافا). (3) [قال الهيثمي رواه الطبراني والبخاري ورجاله ثقات مجمع الزوائد 193/4 ورواه أحمد].

4- روى النسائي عن مكحول (لوخ يرت بين حزب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي). (4) [نصب الراية 66/4].

5- عن عبد الرحمن بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: (يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة، فإنيك ان تؤتها من غير مسألة تعن عليها، وان تؤتها عن مسألة توكل إليها). (5) [متفق عليه، فتح الباري 3/106، النووي/مسلم 116/11].

الإحاديث المرغوبة:

1- سبعة يظلمهم الله... الإمام العادل). (6) [رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة].
2- عن عياض بن حماد مرفوعا (أهل الجنة ثلاث: ذو سلطان مقسط.. ورجل رحيم القلب لكل ذي قربى ومسلم، وعفيف متعفف ذو عيال). (7) [النووي/مسلم 198/17].

3- عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته (ان المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا). (8) [النووي/مسلم 211/12].
4- وقال ص (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) (9) [متفق عليه، البخاري مع السندي 4/181، النووي/مسلم 13/12].

حكم تولي القضاء

اتفق الفقهاء على أشياء في تولي القضاء:

- 1- اتفقوا على أن القضاء فرض عين على من انحصرت الصلاحية فيه.
- 2- واتفقوا على أن القضاء حرام على من لا يصلح له.
- 3- واتفقوا على حرمة تولي القضاء على من يريد الانتقام من المسلمين أو جمع المال عن طريق الرشاوى.

مواطن الاختلاف

- 1- طلب القضاء في حالة تعيينه على شخص من الأشخاص:
ذهب جمهور الفقهاء أن طلب القضاء فرض عين و قد استدلوا بقصة سيدنا يوسف عليه السلام.
ولكن الحنابلة ذهبوا إلى عدم وجوب طلب القضاء في حال من الأحوال حتى لو انحصرت أهلية القضاء في شخص من الأشخاص.
وفي حكم طلب القضاء في هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد :

أيكره له ذلك لقول أحمد (لا يعجبني أن يدخل الرجل في القضاء وهو أسلم له).
ب- لا يكره له الطلب ولكن لا يجب عليه لقول أحمد (لأبد للمسلمين من حاكم أفذهب حقوق الناس)

2- طلب القضاء من أجل الرزق من بيت المال:
حكمه: الإباحة عند المالكية. الكراهية: عند الحنبلية. الإستحباب عند الشافعية.
الكراهية عند الحنفية.

3- طلب القضاء من أجل اشهار العلم
مندوب: عند المالكية والشافعية
مكروه: عند الحنبلية والحنفية

4- طلب القضاء من أجل المباهات والشهرة
ذهب جمهور الفقهاء إلى كراهية ذلك وذهب جماعة من الشافعية والمالكية إلى
حرمة (تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علواً في الأرض ولا فساداً
والعاقبة للمتقين).

5- طلب القضاء ببذل المال:
ذهب كثير من الفقهاء إلى حرمة مطلقاً في حق البازل والمبذل له (لعن الله
الراشي والمرتشي) (1) [الترمذي حسن صحيح].

المعنى اللغوي للدعوى

وردت الدعوى بعدة معان:

- 1-الطلب والتمني (لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)
- 2-الدعاء -دعواهم فيها سبحانك اللهم
- 3-الزعم - ادعى مسيلمة النبوة
- 4-الإضافة إلى النفس- تقول: ادعي ملك هذا البيت
- 5-الإجتماع والتألب - (تداعى عليكم الإمام كما تداعى الأكلة على قصعتها).

معنى الدعوى الاصطلاحي:

أ-القسم الأول: من الفقهاء عر فوا الدعوى بأنها (طلب أو مطالبة) ومن هؤلاء
البابرتي (العناية/الهداية) مجلة الأحكام العدلية القرافي المالكي.
فقد عرفه البابرتي(2) [العناية/الهداية هامش فتح القدير 137/6]. (مطالبة حق
في مجلس من له الخلاص عند ثبوته).

الحق: من حقوق العباد، من له الخلاص: القاضي لانه يلزم الخصم بالحق ويخلصه.

تعريف المجلة (طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم)
والحق: يشمل الحق الوجودي: مختلف أنواع الحقوق يشمل العدمي: حق الإنسان في أن لا يتعرض أحد لحقه الوجودي

ب- القسم الثاني: من الفقهاء يعرف الدعوى بأنها قول.
عرفها التمرتاشي الحنفي (هي قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه)

ج- القسم الثالث: من الفقهاء يعرف الدعوى بأنها خبر (خبر مجرد عن مصدق يدل على طلب مضمون للمخبر)

د- القسم الرابع: من الفقهاء يعرف الدعوى بانها الحنبالية (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته) (1)
[كشاف القناع 227/4 المغني 271/9].

التعريف المختار للدعوى

(قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء ، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته) (2) [عرفها الدكتور محمد نعيم صاحب كتاب نظرية الدعوى 101/1].

فالدعوى:

1- قول مقبول: لإخراج القول غير المقبول كادعاء حبة قمح
2- أمر ما يقوم مقامه: لتدخل الكتابة والإشارة عند العجز عن القول
3- في مجلس القضاء: لأن الدعوى لا تعتبر إلا إذا كانت في مجلس القضاء ويخرج بذلك العقود

4- يقصد به إنسان طلب حق له: لتخرج أمثال الشهادة والإقرار

5- أو لمن يمثله: ليدخل التوكيل في الدعوى

6- أو حمايته: ليدخل الحق العدمي (دعوى منع التعرض)

تعريف الحق

عرفه علي الخفيف بأنه (فايبت بإقرار الشارع وأخفى عليه حمايته) (3) [الملكية

ص2]

عرفه الشيخ الزرقا فقال:

(اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً) (4) [المدخل إلى نظرية الالتزام ج 2/ 11-14].

الشرح:

1- اختصاص: والإختصاص تشمل:

أ- الحق الذي موضوعه مالي: كاستحقاق الدين في الذمة

ب- الحق الذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته، والوكيل وكالته.

2- هذه العلاقة لكي تكون حقا يجب أن تختص بفرد أو فئة، فتخرج الإباحات العامة. كالإحتطاب والرعي والتنقل في الوطن

3- يقرر به الشرع: لأن الحق لا يكون حقا إلا باعتبار الشارع

4- سلطة أو تكليفاً

لأن الحق يكون سلطة وهي نوعان:

أ- سلطة على شخص: كحق الولاية، وحق الحضانة.

ب- سلطة على شيء معين كحق الملكية.

التكليف: عهدة على إنسان وهي نوعان:

أ- عهدة شخصية: كقيام الإجير بعمله

ب- عهدة مالية: كوفاء الدين

5- هذا التعريف يشمل حق الله كفروضه على عباده

6- هذا الحق بالمعنى الإصطلاحي لا يشمل الإعيان لأنها أشياء مادية وليست اختصاصا فيه سلطة أو تكليف

فالفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الإعيان

والحنفية يذكرون الحقوق في مقابلة الأموال و يقولون (ان الحق ليس بمال)

ملاحظة: لم يدخل الزرقا الرخص في الحق، كحق التعاقد والإستئجار والتملك والحياة والتنقل مع أنها حقوق بدليل أن منع التصرف بها كان له أن يرفع دعوى

بحجة (عدم التعرض) (1) [انظر الدعوى/محمد نعيم ج 1/108].

مسألة الظفر (2) [نظرية الدعوى/محمد نعيم ج 122-124].

الظفر: هو استيفاء الحق بغير دعوى

الوفاء الإختياري هو السبيل الطبيعي لاستيفاء الحق. فإن تعنت من عليه الحق في وفائه فهناك طريقان للوفاء الإجباري:

- 1- القضاء: رفع دعوى والحصول على حكم وتنفيذه.
- 2- الظفر: أخذ الحق بغير دعوى

أقسام الحقوق بالنسبة للاستيفاء الإجباري:

أ- ما لا بد فيه من القضاء باتفاق الفقهاء.

ب- ما لا يحتاج إلى دعوى باتفاق الفقهاء.

ج- ما اختلف في جواز تحصيله بغير قضاء.

ما لا بد فيه من الرفع إلى القضاء باتفاق الفقهاء أولاً : العقوبات: كحد القصاص والقتل والسرقه والتعزير. وضرورة رفعها للقضاء لأسباب:

1: انها امور عظيمة الخطر والفائت فيها لا يعوض فوجب الإحتياط في استيفائها واثباتها للحديث عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً (ادراًوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم)(3) [رواه الترمذي والحاكم والبيهقي وصححه السيوطي في الجامع وصحح البيهقي وقفه على ابن مسعود].

2- لو ترك للناس لكان ذريعة لتعدي الناس بعضهم على بعض.

3- كثير من العقوبات لا تنضبط إلا بحضور الإمام.

4- العقوبات للزجر وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم.

الإستثناءات من العقوبات

يستثنى من قاعدة رفع العقوبات للحاكم أمور:

أ- كمن وجب له تعزير أو قذف وكان في بادية بعيدة عن السلطان فذهب البعض ان له استيفاءه.

(لو انفرد- أي بالقود- بحيث لا يرى فينبغي أن لا يمنع منه ولا سيما إذا عجز عن اثباته) (4) [قال العز بن عبد السلام في قواعد 198/2].

ب- الشتمة: يرد عليه بمثلها دون معصية (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) البقرة 194

قال القرطبي عند هذه الآية (ومن ظلمك فخذ حقه منه بقدر مظلمتك، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله، ومن أخذ عرضك فخذ عرضه ولا تتعد إلى أبويه أو ابنه أو

قريبه، وليس لك أن تكذب عليه وأن كذب عليك فإن المعصية لا تقابل بالمعصية ولكن من ضربك فلا يحق لك ضربه وإلا فيعزر الإثنان).

ج-حقوق الزوج على الزوجة: للزوج أن يضرب زوجته لترك فراشه أو عدم التزين أو الخروج بغير اذنه أو الصعود على السطح لرؤية الجيران أو ليروها. ثانيا : تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

وهي ما عدا إلعان والديون والمنافع كتلك المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق.

ثالثا : حالة خوف الفتنة أو المفسدة:

لا يجوز استيفاء أي حق إذا ترتب على ذلك فتنة أو مفسده تزيد على مفسدة ضياع الحق كفساد عضوا أو عرض أو نحوه.

رابعا : تحصيل الديون إذا كان المدين مقرا بها باذلا لها.

ما لا يحتاج إلى دعوى باتفاق الفقهاء

1-تحصيل إلعان المستحقة:

اتفق الفقهاء على أن للمغضوب منه استرداد العين المغصوبة حيثما وجدها. وقصر الحنبلية الإخذ دون دعوى بالغضب فقط.

وقال جمهور الفقهاء: ان هذا الحكم يعم كل عين مستحقة بأي سبب فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها فله أخذها دون حاكم وكذلك سلعته التي استحقتها بالوصية.

والحاصل: أن جميع المذاهب الفقهية تجيز استيفاء الحقوق المتعلقة بإلعان سواء كان الحق متعلقا بعينها كحق الملك أو كان متعلقا بمنافعها كحق المنفعة (كالمستأجر والموصى له بالمنفعة والموقوف عليه بالنفقة). عدا الحنبلية الذين يقصرونه على الغصب.

واشترط الفقهاء لتحصيل العين المستحقة دون دعوى شروطا :

1-ان لا يحدث التحصيل مفسدة أو فتنة.

2-ان لا يؤدي التحصيل إلى فساد عرض أو عضو.

3-ان تكون العين المستحقة تحت يد عادية ولم تتعلق بها حقوق الآخرين كالرهن أو الإجارة.

2-نفقة الزوجة والإولاد:

لحديث عائشة في الصحيحين (دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)(1) [فتح الباري 146/13 والنوي/مسلم 7/12].
وهذا من الرسول ص افتاء وتشريع وليس قضاء. (2) [نظرية الدعوى 131/1].

ما اختلف في جواز تحصيله دون قضاء
الحقوق التي في الذمة (الدين)

اشتد خلاف الفقهاء في جواز تحصيل الدين دون قضاء وهم على رأيين:

1-المجيزون: أجاز جمهور الفقهاء استيفاء الحقوق بغير اذن الحاكم وعلى رأسهم الحنفية والشافعية والمالكية والشيعة وابن حزم وان كان الحنفية اكثرهم تضيقاً في القضية.

فالحنفية: لا يجيزون استيفاء الدين بدون القاضي إلا من (حبس حقه وصفته) فلا يجيزون أخذ الدراهم بدل الدينير هذا مع العلم أن الحنفية أجازوا أخذ العين أو المنفعة ممن هي تحت يده دون اذن الحاكم. كالعين المغصوبة، والمبيع إذا كان تحت يد البائع بعد دفع الثمن ورفض البائع تسليمه.
وأجاز الجصاص أخذ الدراهم بالدينير استحساناً لا قياساً. (1) [البحر الرائق 192/7].

وان أخذ من غير جنسه ثم تلف في يده (تهلك هلاك الرهن بالدين) أي يضمن ما أخذ ضمان الرهن(2) [قرة عيون الإخبار 380/1 والبحر الرائق 192/7].
أدلة الماوردي للحنفية:

واستدل الماوردي الشافعي بأدلة للحنفية منها:(3) [الحاوي للماوردي 84/13].

1-(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)(4) [حديث صحيح رواه أبو داود (7539 صحيح الجامع 225/6)].

2-روى أبو هريرة مرفوعاً (آد إمانة إلى من ائتمك ولا تخن من خانك)
(5) [حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والحاكم والدارقطني صحيح الجامع 238].

3- لا يجوز للدائن أن يمتلكه (المأخوذ من غير جنسه) فلم يجز أن يأخذه قياسا على ما في يد الغريم من رهون و ودائع.

4- لو أخذه لا يجوز له بيعه ولا تملكه. فلا يحق اذن له أخذه.

ب- ادلة ابن قدامة للحنفية: (6) [المغني 326/9].

1- أخذ الشيء بدل الحق عوض والمعاوضة لا تجوز إلا برضا المتعاضين للآية (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...) النساء: 39

2- (ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم...) البقرة 194

(وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به...) النحل 126

منعت الإيتان على وجوب المماثلة في القصاص. وأخذ غير جنس الحق ليس مماثلة فيقتصر على الإخذ من الجنس.

رأي المالكية: (7) [منح الجليل 321/4، الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ص27]. من كان له حق على غيره وكان ممتنعا عن أدائه فله أن يأخذ من مال

المدين قدر حقه سواء كان هذا المال من جنس حق الدائن أم من غير جنسه أما رأي القرافي: فهو ك رأي الحنفية (8) [تهذيب الفروق 125/4].

رأي الشافعية: إن صاحب الدين له أن يستقل باستيفائه من مال غريمه سواء أكان المال من جنس حقه أم كان من غيره بشروط: (9) [الوجيز 260/2، مغني

المحتاج 462/4 المهذب 319/2].

1- أن يكون الشخص الذي عليه الحق ممتنعا عن الإداء، فإن كان موافقا فللمدين الخيار في تعيين المال الذي يقضي به الحق.

2- أن يكون الدين حالا.

3- أن لا يؤدي الإخذ إلى فتنة أو مفسدة عظيمة.

4- أن يكون الدين حقا للعبد.

رأي الشافعية في تحصيل المال إذا احتاج إلى اتلاف مثل كسر باب أو قفل: فيه قولان عند الشافعية:

أ- لا يجوز الإتلاف إلا إذا عجز تحصيله عن طريق القضاء. فإن لم يكن ممكنا عن طريق القضاء جاز بالشروط التالية:

أ- أن لا يتلف شيئا يتعلق به حق الغير كأن تكون الدار مؤجرة أو مرهونة.

ب- ان لا تكون وسيلة أخرى للتحصيل ليس فيها اتلاف. والضرورة بقدرها.

ج-وذكر بعضهم أنه يشترط أن يقوم الدائن بنفسه فلا يوكل غيره، قال النووي :
(1) [المنهاج مع مغني المحتاج 4/462].

(وإذا جاز الإخذ، فله كسر باب ونقب جدار لا يصل المال إلا به) وقال النووي
(ويدفع الصائل بالإخف، فإن أمكن بكلام واستغاثة. (2) [المنهاج/مغني المحتاج
196/4].

حرم الضرب، أو يضرب بيد حرم السوط، أو بسوط حرم عصا، أو بقطع عضو
حرم قتل، فإن أمكن هرب فالمذهب وجوبه (3) [مغني المحتاج/ المنهاج
196/4].

أدلة الشافعية:

1-حديث هند زوجة أبي سفيان... قال الشافعي (... فاذن لها رسول الله صلى الله
عليه وسلم لما شكته إليه أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف، فمثله
الرجل يكون له الحق على الرجل فيمنعه إياه فله أن يأخذه من ماله حيث وجده
وهذا صحيح) (4) [الحاوي 13/84].

2-الحديث (دعوه فإن لصاحب الحق مقبلاً) (5) [البخاري مع السندي 2/39].

3-الحديث (لا ضرر ولا ضرار) (6) [صحيح رواه أحمد وابن ماجه حديث رقم
7393]، أنظر صحيح الجامع 4/194

4-الحديث (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) (7) [5363 صحيح الجامع
112/5 رواه أحمد د، ن، ه، ك وهو حسن].

5-استدل ابن حزم بحديث مسلم عن عقبة بن عامر الجهني قال ص (ان نزلتم
بقوم فأمرؤا لكم بما ينبغي للمضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف
الذي ينبغي لهم)

ب-الرأي الثاني:

يجوز الإتلاف للظفر بالحق ولو أمكن تحصيل الحق بطريق القضاء. (8) تحفة
المحتاج 10/289].

مسائل قالها الشافعية:

1-ضمان المأخوذ بالظفر: إذا هلك المال المأخوذ فإن ضمانه على الإخذ (فيسقط
من دينه الذي له على مالك المال الهالك بمقدار ما تلف) ورجح النووي هذا القول
في المنهاج. (9) [مغني المحتاج/المنهاج 4/463].

وقال بعض الشافعية بل يهلك على حساب صاحب الملك وليس على الإخذ قياساً على الرهن (لأن الرهن يهلك على حساب المالك لا على حساب المرتهن عند الشافعية).

2-أخذ الحق من مال مدين المدين بغير قضاء: إذا كان لعمر على زيد دين ولزيد على سالم دين فهل لعمر أن يأخذ من مال سالم ما يستوفي به دينه؟ (01) [الدعوى/ د. محمد نعيم ص 154].

أجاز الشافعية الإخذ بشروط:

1-أن لا يظفر من مال المدين بما يستوفي منه حقه، أو يعلم أن أخذه من مال المدين يثير فتنة بخلاف مدين المدين

2-أن يكون المدين ومدينه جاحدين للدين أو ممتنعين عن وفائه أو مما طلين

3-أن يعلم الإخذ المدين أنه أخذ من مدينه مقدار حقه

4- أن يعلم صاحب الحق مدين المدين بأن ما أخذه من ماله سداداً لحقه الذي على المدين(11) [تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني 291/10، مغني المحتاج 464/4].

3-جحود الدين: إذا كان لأحمد على زيد دين وكان لزيد كذلك دين على أحمد وجد زيد دين أحمد فهل لأحمد أن يجحد دين زيد؟

أجاز الشافعية لأحمد جحود الدين وان اختلفا في الجنس ويكون من قبيل التقاض.(12) [تحفة المحتاج لابن حجر 292/10 ومغني المحتاج 464/4].
مذهب الحنبليه

منع الحنبلية الأفراد من تحصيل حقوقهم بغير قضاء مهما كان الأمر (من جنسه أو من غيره، أقر المدين أو جحد، وسواء كان للدائن بينة أو لا واستثنى الحنبلية حالات:

1-النفقة الواجبة على الزوج أو القريب لحديث هند رضي الله عنها. (1) [كشاف القناع 211/4].

2-الضيافة الواجبة للضيف إذا منعها من وجبت عليه للحديث (ان نزلتم بقوم...) رواه مسلم (2) [القواعد لابن رجب ص 31-32].

ملاحظة: [الضيافة واجبة عند الحنبلية وابن حزم، وليس واجبة عند الجمهور].

3-الطعام الذي يضطر إليه غير صاحبه (1) [القواعد ص 31].

4- النفقة التي ينفقها المرتهن على الدابة المرهونة فقد روي عن الإمام أحمد أنه أجاز للمرتهن أن يركبها ويحلبها بقدر ما ينفق عليها. (2) [المغني لابن قدامة 326/9].

ترجيح مذهب الحنبلية:

ذكرنا أن الحنبلية لا يجيزون الظفر إلا في حالة الغصب فقط و نحن نميل إلى ترجيح مذهبهم لأنه أكثر انسجاما مع الشريعة الإسلامية لأسباب:-

1- قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم. فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول...)

فرد الخصومات إلى الرسول ص في حياته وإلى الخليفة ونوابه بعد موته، ان قضاء القاضي غالبا أقرب إلى الحق والواقع من حكم صاحب الدين الذي يمكن أن يكون نسي مقدار دينه، أو الإجل، وقد يكون المدين معسرا.

2- ان مذهب الحنبيلة أكثر تحقيقا للمصلحة العامة وذلك من ناحيتين:

أ- ان الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع، والظاهر لا يشهد لصاحب الحق لأن الأصل براءة الذمم من الحقوق، وحتى يغير هذا الظاهر ليس له إلا اللجوء إلى القضاء وقبل ذلك يكون مخالفا للظاهر.

ب- ان مصلحة إامة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن و منها السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء.

سبب الدعوى وركنها وأطرافها ومكانها

سبب الدعوى:

السبب: هو الحبل، اسباب السماء: مراقيها.

اصطلاحا: (كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدمًا وهو خارج عن ماهيته)

فالزوال سبب لصلاة الظهر وإلتلاف سبب للضمان ورفع الدعوى غالبا إما أن يكون راجعا إلى بقاء نسل إنسان كالنكاح أو أمرا راجعا إلى بقاء نفسه أو ما يتبعها كالأموال.

وسبب الدعوى هو: إرادة المدعى

ركن الدعوى:

الركن: الجانب القوي

اصطلاحاً : ما يكون قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته وهذا تعريف الحنفية فالركوع والسجود أركان في الصلاة.
أما الجمهور: فلا يشترطون أن يكون الركن داخلاً في الماهية.
ركن الدعوى: القول ومدلوله
مجلس القضاء: شرط في الركن و يدخل عندالجمهور في ركن الدعوى :
الطرفان. والمحل (الشيء المدعى فيه أو الحق).
أطراف الدعوى:

المدعي والمدعى عليه

شروطهما:

- 1- أن يكون كلاً منهما أهلاً للتصرفات الشرعية
- 2- أن يكون كل منهما ذا شأن ومنعة في الدعوى
- 3- أن يكونا معلومين محدودين

التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

1- عند الحنفية: وهو رأي كثيرين من فقهاء المذاهب الأخرى.

المدعي: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها

المدعى عليه: من إذا ترك الخصومة يجبر عليها

2- عند جمهور المالكية والشافعية والزيدية

المدعي: من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل حال رفع الدعوى.

المدعى عليه: من ترجح قوله بمعهود أو أصل حال رفع الدعوى.

المعهود: العرف والعادة والغالب.

المدعي: بعد قبول بينته لا يبقى مدعياً بل يسمى محقاً.

والأمر المصدق الذي إذا اعتضد به جانب أحد المتداعيين كان دليلاً على أنه

المدعى عليه هو: أحد الأشياء التالية:

1-الأصل: الدلالة المستمرة أو استصحاب الحال الأول.

أ- الأصل براءة الذمة: من الحقوق قبل تحقق عمارتها فإذا عمرت تصبح أصلاً.

ب- الأصل الصحة حتى يتحقق المرض/ المرأة المطلقة تدعى على الورثة أن

زوجها طلقها في مرض الموت فانكر الورثة فالقول للورثة لأنها تدعى خلاف

الظاهر لأن الظاهر.. ..

ج- الأصل عدم المضارة والتعدي: فإذا ادعى المريض على الطبيب أنه قصد اضراره فالأصل ليس معه.

د- الأصل في الإنسان الجهل بالشيء حتى يقوم الدليل على علمه:
فلو ادعى مدعي الشفعة بعد عام أنه لا يعلم وادعى المشتري علمه فالأصل ضد المشتري.

ه- الأصل هو الفقر:

ملاحظة:

(قاعدة: الأصل في الأمور العارضة العدم تضم كثيرا من هذه القواعد) (1)
[الدعوى/محمد نعيم 193/1].

2-الظاهر

والظاهر يستفاد من أحد أمرين:

أ- الأمر الأول : العرف وهو: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول. (2) [المدخل للزرقاء 288/2].

ويرجع إليه في كثير من المسائل الفقهية. كالصغر والكبر ومهر المثل والكفؤ والكسوة والمسكن والنفقة وألفاظ الإيمان والطلاق والوصية.

قال المالكية: ويعتبر العرف من المرجحات القوية فقالوا (كل أصل كذبه العرف رجح العرف)

ب- القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن.

فالقرائن مع من حاز الملكية. هذا هو رأي المالكية

رأي الشافعية: (معاييرهم وأوزانهم في التفريق) ذكر الشافعية ثلاثة معايير للتفريق بين المدعي والمدعى عليه.

1-أن المدعي هو المخبر بحق له على غيره - رأي طائفة

2-أن المدعى هو الذي لا يجبر على الخصومة - كرأي الحنفية- بعض الشافعية.

3-أن المدعي هو من يلتمس خلاف الظاهر- جمهورهم.

والظاهر عند الشافعية نوعان:

أ-ظاهر بنفسه: وهو أقوى أنواع الظاهر كالمستفاد من الأصل كالظاهر المستفاد من (الأصل براءة الذمة)

ب-ظاهر بغيره وهو قسمان:

1- العرف والعادة.

2- قرائن الحال والدلائل والشافعية يقدمون الأول (الظاهر بنفسه) على الظاهر بغيره عند التعارض.

الفرق بين معيار المالكية والشافعية:

المعيار واحد تقريباً إلا أنهم يختلفون في الترجيح عند التعارض فالمالكية يقدمون العرف والشافعية يقدمون الأصل.

ترجيح معيار الحنفية:

لاشك أن ميزان الحنفية أرجح من ميزان الجمهور في هذه القضية ولذا فقد قال الشوكاني عن معيارهم في التمييز بين المدعي والمدعى عليه (أن هذا المعيار أسلم ما ذكر مع أن معيار المالكية والشافعية أرجح منه) (1) [نيل الإوطار 316/8].

ولترجيح الحنفية أسباب:

1- أن معيار الحنفية بسيط غير معقد ولا يجهد القضاة، فالقاضي يفترض في ذهنه أن أحدهما رجع عن دعواه فإن ترتب عليه إسقاط الدعوى فهو المدعي

2- أن بناء التفريق بينهما على قوة الجانب أمر يحتاج إلى الإلمام بالأصول الشرعية والإعراف السائدة والأحوال الاجتماعية وقد تتعارض مع بعضها البعض فيلتبس الأمر على القاضي ويصعب الترجيح في كثير من الأمور التطبيقية الفرعية.

3- أن تعريف الحنفية مشتق من تعريف الدعوى (أنه تصرف مباح مرتبط بارادة صاحبه).

الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

1- أن أهم ما يستفاد من معرفة المدعي من المدعى عليه هو تعيين الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات والطرف الذي لا يكلف إلا باليمين عند تعذر البينة عند المدعي

قال سعيد بن المسيب (أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يتلبس عليه ما يحكم بينهما). (2) [المقومات لابن رشد 54/2].

وفي الحديث (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر). (3) [لفظ الترمذي الصحيح].

(البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (4) [صحيح الجامع رقم 2894 ج3/28].

يقول ابن رشد في كتابه (1) [المقدمات الممهدة 316/2]. (ان المعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه هو أن له سببا يدل على صدقه دون المدعى في مجرد دعواه، وهو كون السلعة بيده، ان كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذم- ان كانت الدعوى فيما في الذمة، والمعنى الذي وجب من أجله على المدعي اقامة البينة على دعواه هي مجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه)

وكذا فإن المدعي يهاجم وضعا مستقرا فعليه اقامة البينة لتغيير هذا الوضع.

مكان الدعوى:

يشترط في مجلس القضاء أن يكون في مكان يتيسر الوصول إليه وأن يوفر الراحة النفسية والجسدية للقاضي والمتحاكمين.

اتخاذ الحجاب:

1-كره الكثير من الفقهاء اتخاذ الحجاب بدون ضرورة (من ولاة الله من أمر الناس شيئا فاحتجب عن حاجتهم وخلتهم وفاقتهم احتجب الله يوم القيامة عن حاجته وخلته وفاقته) (2) [حديث صحيح رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم/ صحيح الجامع 6471 ج5/368].

ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم حجة

2-وذهب آخرون إلى جواز اتخاذ الحجاب لأن أبا موسى الأشعري كان حاجبا لرسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بنى اريس.(3) [الشيخان والترمذي /جامع لإصول 562].

والحق أن الأولى اتخاذ الحجاب بسبب ازدحام الناس حتى ينتظم العمل ويوفر الوقت وللاستر على المتخاصمين ولكن بشرط أن يكون الحاجب حسن الخلق لين الجانب.

اتخاذ المسجد للقضاء:

اختلف الفقهاء في هذه القضية على ثلاثة آراء:

1-ذهب الحنفية والحنبلية إلى أنه لا بأس بالجلوس في المسجد للقضاء لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ولاعن في المسجد وقضى أبوبكر وعمر وعثمان

رضي الله عنهم في المسجد وقضى شريح والشعبي في المسجد. ولأن القضاء قربة فكونه في المسجد مما يرهب الناس من الكذب والظلم.

2- قال المالكية: الجلوس في المسجد للقضاء من السنة.

قال مالك في المدونة (القضاء في المسجد من الحق، وهو من الأمر القديم، لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف) (4) [أسهل المدارك 199/3 والقوانين الفقهية 284 والإفصاح لابن هبيرة ص 425].

وقال مالك (كان من مضى يجلسون في رحاب المسجد واني لاستحب ذلك في الإمطار ليصل إليه اليهودي والنصراني والحائض والضعيف) (5) [فتح الباري 133/13].

3- قال الشافعية: يكره القضاء في المسجد حتى لا يتعرض المسجد لرفع الأصوات والمخاصمات وذوي الأعذار كالحائض والمشركين. وفي السنن الكبرى (جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم) (6) [السنن الكبرى 103/10].

وقد قال برأي الشافعية سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز.

الرأي المختار: حبذا لو بنيت المحكمة والمسجد في بناء واحد ولكن بينهما حجاب حتى يجنب المسجد رفع الأصوات وحتى يتذكر المتخاصمون الله برؤية المسجد.

القاضي الذي ترفع إليه الدعوى:

اختلف الفقهاء من يختار القاضي على رأيين:

الأول: ترفع الدعوى إلى القاضي الذي يختاره المدعي. وإلى هذا الرأي ذهب معظم فقهاء الشافعية والحنبلية وأبو يوسف.

والسبب: أن المدعي هي المنشيء للخصومة فيعطى حق اختيار القاضي. (1) [أبو يعلى/ الأحكام السلطانية (96) البحر الرائق 193/7، نهاية المحتاج 86/8، القواعد لابن رجب 362].

الثاني: أن المدعى عليه هو الذي يختار القاضي- وإليه ذهب محمد من الحنفية وهو المفتي به في المذاهب. (2) [تكملة حاشية ابن عابدين 401/7، البحر الرائق 193/7].

وهذا هو الرأي الأرجح في نظرنا لأن المدعي مهاجم وهو يريد أن يأخذ فلعله يخطط للدعوى منذ زمن.

- 3- رأي المالكية: يختلف الأمر حسب نوع القضية:
أ- في دعاوي الدين: ترفع في المكان الذي يتعلق فيه الطالب بالمطلوب. (3)
[الدعوى/ د. محمد نعيم ص 229].
ب- في دعاوي العين: للمالكية رأيان:
1- ترفع الدعوى في محل الشيء المدعى: وهذا رأي ابن الماجشون و سحنون
وابن كنانة. (4) [شرح الخرشي 174/7، الدسوقي/الشرح الكبير 164/4،
تبصرة الحكام 84/1].
2- ترفع الدعوى حيث يكون المدعى عليه ولا ينظر إلى محل الشيء: وهذا
المشهور من قولي المالكية وهو رأي مطرف واصبغ ونقل عن ابن القاسم ورأي
ابن الماجشون أرجح.

- 1- لرؤية الشيء المدعى فيه.
2- لتوفير وقت القضاء وتخفيف مؤنة التنقل.

أنواع الدعاوى

تقسم الدعاوى باعتبارات:

- 1- الإعتبار الأول: باعتبار صحة الدعوى ومقدار توفر الشروط الشرعية فيها.
2- الإعتبار الثاني: باعتبار تنوع الشيء المدعى واختلافه.

أنواع الدعاوى باعتبار صحتها

تقسم الدعاوى باعتبار صحتها إلى الأنواع التالية:

- 1- الدعوى الصحيحة المستوفية للشروط.
2- الدعوى الفاسدة (الناقصة) المستوفية للشروط الأصلية وبقي بعض الصفات
الخارجية والفرعية، كان يدعي شخص على آخر بدين ولا يبين مقداره أو عقار
ولم يحدده

ويرجع الفساد إلى نقصان أحد شرطين:

- أ- شرط المعلوماتية: كالدين غير المعلوم. والعقار غير المحدد.
ب- الشروط المعتمدة في التعبير المكون للدعوى: كأن يتردد في الإلفاظ (أشك أو
أظن أن لي عليه ألف درهم) أو كأن يدعي شيئاً ولم يذكر مكانه هذه الدعاوى لا
ترد ولكن تصحح وتستكمل.
واسم الدعاوى الفاسدة اصطلاح حنفي.

أما الشافعية فيسمونها: الدعوى الناقصة: وهي نوعان:

- 1- ناقصة الصفة: كالدين غير المعلوم
- 2- ناقصة الشرط: كدعوى النكاح دون معرفة الولي والشهود.
- 3- الدعوى الباطلة: وهي الدعوى التي تنقص شرطا من الشروط الأساسية كأن يرفع الدعوى فضولي، والدعوى التي يرفعها من ليس أهلا للتصرفات الشرعية. أو الدعوى التي لا تستند إلى أصل: كأن يرفع دعوى على جاره لأن جاره موسر وهو فقير ولكن لا يتصدق عليه ولا يقرضه أو دعوى ما ليس متقوما ولا مشروعا : كالخمر والخنزير والميتة.

واسم الفاسد والباطل مترادفان عند غير الحنفية.

ويقسم الماوردي هذا النوع من الدعوى إلى ثلاثة أقسام:

أ- ما عاد فساده إلى المدعي: كأن يدعي مسلم نكاح مجوسية أو قاديانية أو شيوعية أو بهائية.

ب- ما عاد فساده إلى الشيء المدعي: وهي ثلاثة أقسام:

- أولا : دعوى ما لا تقر يده عليه: كالخمر والخنزير والسباع.
 - ثانيا : دعوى ما تقر عليه اليد ولا تصح المعاوضة عنه كجلود الميتة والكلاب المعلمة والسماذ النجسة.
- فهذه تقر عليها اليد للانتفاع بجلود الميتة إذا دبغت وبالسماذ في الزروع وبالكلاب في الصيد والحراسة.

فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا:

أ- فإن كان تالفا : كانت الدعوى باطلة: لأنه لا يستحق بتلفها مثل ولا قيمة.

ب- وإن كانت باقية: فإن ادعاها بمعاوضة كالبيع فإن الدعوى باطلة إلا أن يكون قد دفع ثمنها فتكون دعواه متجهة إلى الثمن إن طلبه وأما إذا ادعاها بغير معاوضة فقد صحت دعواه من أحد الثلاثة:

1- دعوى غصبها

2- دعوى الوصية بها

3- دعوى هبتها

ثالثا : دعوى ما تقر عليه اليد ملكا ولا يجوز أن ينتقل من مالك إلى مالك وهذا كالوقت.

فالدعوى فيه على المالك فاسدة. ولا يجوز أن يسمعها القاضي على مالك لاستحالة انتقاله من ملكه إلى ملك غيره.

ج-دعاوي تشبه الدعاوى الفاسدة (عند الحنفية) الناقصة عند الجمهور. (1) [الحاوي 45/13].

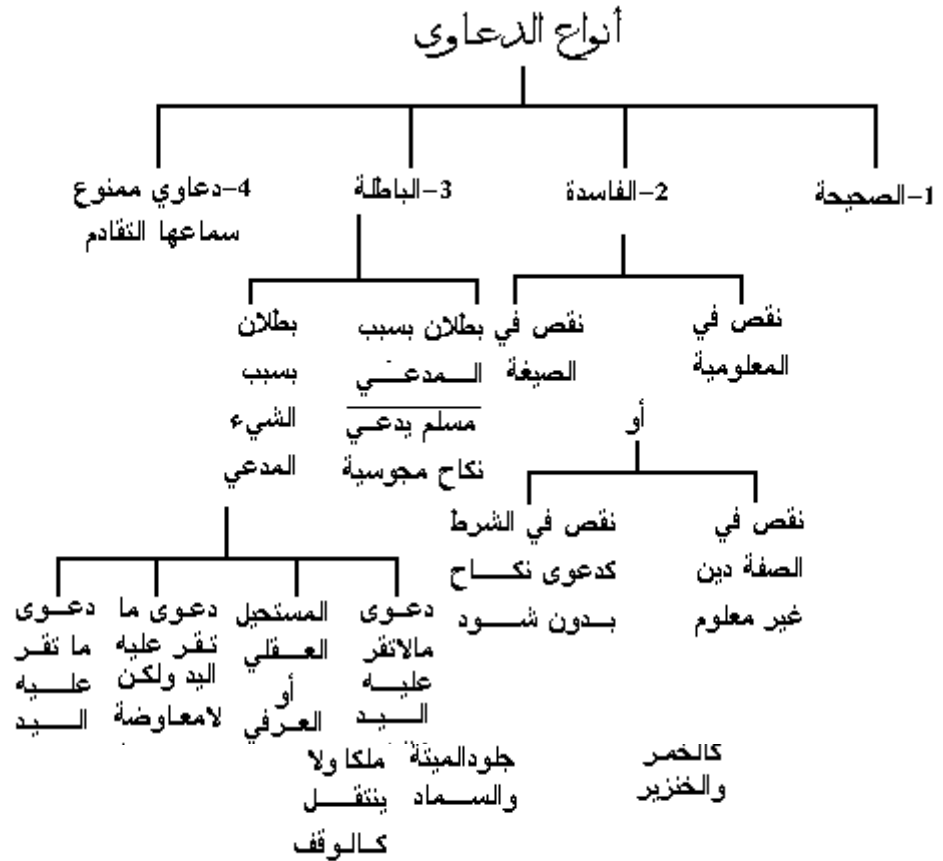
انتهى كلام الماوردي

ومن أنواع الباطلة: دعوى المستحيل العقلي: بأجماع الفقهاء.

دعوى المستحيل العرفي: جمهور الفقهاء.

4-الدعاوى الممنوع سماعها: وهي صحيحة في أصلها وإنما منع سماعها

لاقتضاء المصلحة. كدعوى التقادم (ما تقادم زمانه في يد المدعى عليه) (2) [الدعوى/ د. محمد نعيم ج 1/240].



أنواع الدعاوى باعتبار الشيء المدعى

الحقوق التي شرعها رب العالمين إنما هي لحفظ الضرورات (الإصول الخمسة):

حفظ الدين، والنفس، والعقل، المال، النسل.

وأضاف بعضهم: العرض، ولكن العرض يتعلق بالنسل أو يتصل به.

والدعاوى بالنسبة للشيء المدعى ولحفظ هذه الأصول قسمان:

1- فعل محرم وقع من المدعى عليه (دعاوى التهمة) يستوجب فاعله العقاب شرعا كالقتل والسرقه وقطع الطريق.

2- دعاوى (غير التهمة): كالبيع والرهن والقرض وفي هذه القضايا يكون المدعى فيه عينا أو دينا أو حقا شرعيا. (1) [نظرية الدعوى/ محمد نعيم/241/1].

فائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة هذا التقسيم في الإجراءات والطرق المتبعة للاثبات في كل من القسمين:

1- إن كثيرا من دعاوى التهم والعدوان لا يثبت إلا بنصاب معين من الشهود يزيد في بعضها عن النصاب المطلوب في الدعاوى الأخرى، وكثيرا منها لا يثبت بالنكول إذا صدر من المدعى عليه.

2- إن كثيرا من الفقهاء قد أجازوا في حق المتهم أساليب من الإجراءات لا يجوز اتخاذها في الدعاوى الأخرى وذلك كحبس المتهم أو تعزيره إذا كان ممن تلحقهم التهمة المنسوبة إليه أو كان مجهول الحال.

3- وفي حالة عدم ثبوت الدعوى تختلف النتائج والإحكام المترتبة على ذلك، فإن كانت من القسم الأول حيث يستوجب المدعي تعزيرا أو حدا أو قصاصا بخلاف القسم الثاني فلا تستوجب ذلك إلا في حالات نادرة.

وعند المالكية: إذا كان المدعى عليه من أهل الخير والدين والصلاح فإن هذه الدعاوى لا تقبل عليه، بل يرون تعزير المدعي حتى لا يتطرق لإراذل والإشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم. (2) [تبصرة الحكام/153/2].

ويقابل هذا في الفقه الوضعي الدعاوى (المدنية والجنائية).

1- فالدعاوى المدنية: تخضع لقانون المرافعات.

2- والدعاوى الجنائية: وتسمى الدعاوى (العمومية) ولا تخضع للمرافعات وتباشرها النيابة العامة.

ويقبله في الفقه الإسلامي:

حق الله (الشرع): ولا يجوز التنازل عنه.

حق العبد: ويجوز التنازل عنه.

الدعاوى باعتبار الدين والعين:

1- دعاوى العين: العين في الفقه الإسلامي أكثر اتساعاً من الحق العيني في القانون الوضعي.

2- دعاوى الدين: والدين في الفقه الإسلامي أضيق منه في الوضعي.

أ- فالدين (في الفقه الحنفي) يقتصر على ما يثبت في الذمة ومحلّه (مبلغ من النقود أو الأشياء المثلية)

والأشياء المثلية هي: المكيلات، الموزونات، المذروعات (القياسات)، العدديات المتقاربة.

ب- أما الدين (عند جمهور الفقهاء): فهو أوسع قليلاً من الدين عند الحنفية إذ يشمل ما يمكن ضبطه بالوصف عن طريق عقد السلم.

وهذه الدعاوى تقابل الدعاوى الشخصية في القانون ولكنها في القانون أوسع لأنها تشمل جميع دعاوى الإلتزام.

الإلتزام: باعطاء شيء أو عمل أو إمتناع عن عمل أو تسليم عين بالإضافة إلى دعاوى الدين الذي تقتصر عليه دعوى الدين في الفقه الإسلامي.

أما دعاوى التصرف: فهي دعاوى عين في الفقه الإسلامي سواء توجهت إلى المنقول أو العقار لأنها تهدف إلى حماية الإعيان. وهناك دعاوى اختلف عليها شراح القانون مثل: دعاوى الفسخ، دعاوى القسمة، دعاوى البطلان، دعاوى ابطال تصرفات المدين، دعاوى فصل الحدود.

فبعض القانونيين اعتبرها عينية وبعضهم اعتبرها دعاوى شخصية.
أما الشرع:

فالفسخ: يتبنى نوع دعواه على المحل الذي توجهت إليه الدعوى وينظر فيها إلى دعوى المدعي.

فالمطالبة بفسخ دين هي (دعوى دين) كفسخ عقد القرض والكفالة والمطالبة بفسخ يترتب عليه (التزام بالعين) يسمى دعوى عين.

وعلى سبيل المثال:

دعوى فسخ عقد البيع

1- ان قام بها البائع: دعواه دعوى عين.

2- ان قام بها المشتري: دعواه دعوى دين.
وعليه:

1- فدعوى العين: كل دعوى ترفع لتثبت حقا في العين أو لتثبت ما يؤول إلى اثبات حق في العين.

2- والدعوى بالدين: كل دعوى ترفع لتثبت ديناً في ذمة المدعى عليه أو اسقاطه من ذمة المدعي.

3- دعاوى الحقوق الشخصية: ونقصد بها الدعاوى التي لا تدخل تحت الدين ولا تحت العين وليس لها خصائصها من قابلية للانتقال بعوض أو بغيره ومعظمها يتعلق بالحقوق العائلية من نسب و نكاح وحضانة ومنها دعاوى الشفعة. (1)
[أدب القضاء لابن أبي الدم 125، نظرية الدعوى محمد نعيم 247/1].

ملاحظة: دعاوى العين.

1: تنصب على الحق العيني.

2: ولا تحتاج إلى وساطة المدين

3: ولا يرد على العين إلاجل.

4: ولا تصح بها المقاصة.

5: ولا يجوز فيها الإبراء. والدين خلاف هذا.

فائدة التقسيم:

1- معرفة الخصم الذي توجه إليه الدعوى.

2- معرفة الطريقة التي بها يعلم الشيء المدعى في الدعوى.

3- هنالك فائدة ثالثة - عند المالكية- وهي معرفة القاضي المختص بنظر الدعوى ففي دعوى الدين الذي يختار القاضي هو المدعي.

وفي دعوى العين رأيان أشهرهما وهو قول (مطرف وأصبغ) في محل المدعى عليه. وأرجحهما- في نظرنا- رأي ابن الماجشون وهو محل العين المدعاة.

دعاوى الحيازة

الحيازة: ضم الشيء/ لغة.

اصطلاحاً: استيلاء الشخص على عين من الإعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته.

وهي تختلف عن الملك فهو:

استحقاق التصرف في الشيء بكل ما يجوز شرعا أصالة قال ابن رشد: (1) [العقد المنظم للحكام 250/1].

الحياسة بثلاثة أشياء:

1- بالبيع والهبة

2- الزرع والاستغلال والسكن.

3- الغرس والبناء والإحياء

أما مراتب الحياسة عند العز بن عبد السلام (2) [قواعد الأحكام 141/2]. فهي أربعة:

1- ما اشتد اتصاله بالإنسان كثيابه التي هو لابسها.

2- السباط الذي تحته والدابة التي يركبها.

3- الدابة التي يسوقها.

4- داره التي يسكنها.

فائدة الحياسة (وضع اليد):

يجب لمعرفة فائدة الحياسة التفريق بين حالتين:

1- عند معرفة مصدر الحياسة:

فإذا كانت شرعية: كالمك والبيع والإرث: يقر صاحبها.

وإذا كانت باطلة: كالسرقة والغصب تبطل (2) [الفروق 78/4 تحفة المحتاج 266/10].

2- عند جهل مصدرها: فهي مع صاحب اليد لأنها (ظاهر) ولكن عند البيه تقدم البيه

ومع تقادم الزمن قد ترجح على البيه بل تهدر البيه بجانبها فيحكم بالملك لصاحبها - عند المالكية- وترفض الدعوى - عند الحنفية- (3) [الفروق للقرافي 78/4].

وهناك حديثان:

1- (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له)

2- (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) (4) [حديث مرسل عن زيد بن أسلم ورد في الجامع لعبد الرازق ذكره الشيخ عليش في منح الجليل 340/4].

وهذا يعني أن الشيء قد يحكم به للحائز قضاء ولا يحل له شرعا (ديانة)

قال ابن رشد (الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز ولكنها تدل عليه كارخاء الستور ومعرفة الحفاص (الوعاء) والوكاء (الخيطة) في اللقطة) (5) [منح الجليل 336/4 والفواكه الدواني 149/3].
فالحيازة: إما:

أ- أن تكون موجبا للحق وأثرا من آثاره.

ب- أو تكون دليلا أوليا عليه.

دعوى دفع التعرض

التعرض في اللغة: التعدي

التعرض اصطلاحا : أن يحاول غير ذي حق الإستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة، أو بالاستعانة بقضاء القاضي.

ولذا يرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه.

وقد أجاز الفقهاء هذه الدعوى مهما كان محلها: عقارا أو منقولا و ذهب فقهاء المذهب الشافعي إلى جوازها لدفع تعرض موجه إلى ذمة شخص آخر، كأن يدعي عليه شخص آخر بدين ويشنع عليه في جاهه.

وهي تختلف عن دعوى (قطع النزاع)

ملاحظة: (دعوى قطع النزاع: طلب إنسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره ويقول للقاضي: بلغني أن فلانا يريد منازعتي فأريد إحضاره حتى إذا كان له حق علي فليبين حجته وإلا فليعترف أنني بريء، فهذا القول لا يسمع) لأن المدعي لا يجبر على الخصومة) (1) [البحر الرائق 194/7].

وبالإمكان رفع الدعوى: لسد طاقة، أو إزالة فرن أو مطبخ عند جاره يضر به، فلصاحب اليد أن يرفع دعوى إزالة هذه الأشياء إن قامت، أو إيقافها إن بدأت، أو إزالة ما لم يكتمل منها.

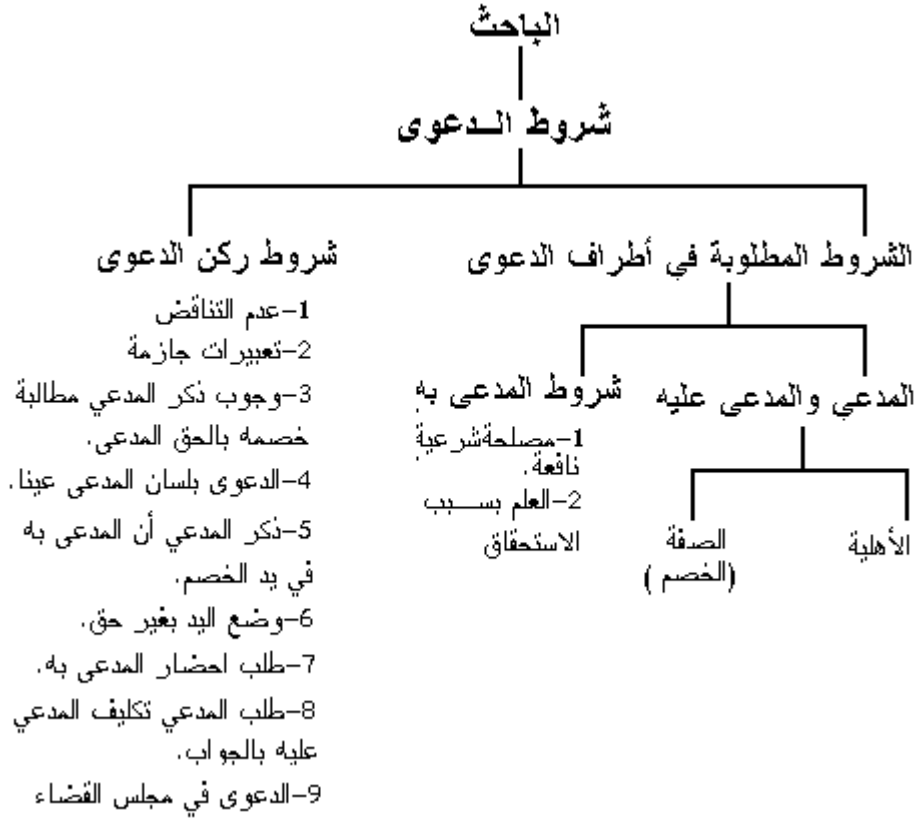
شروط هذه الدعوى:

1- أن يكون المدعي به معلوما -بذكر المال المعتدى عليه.

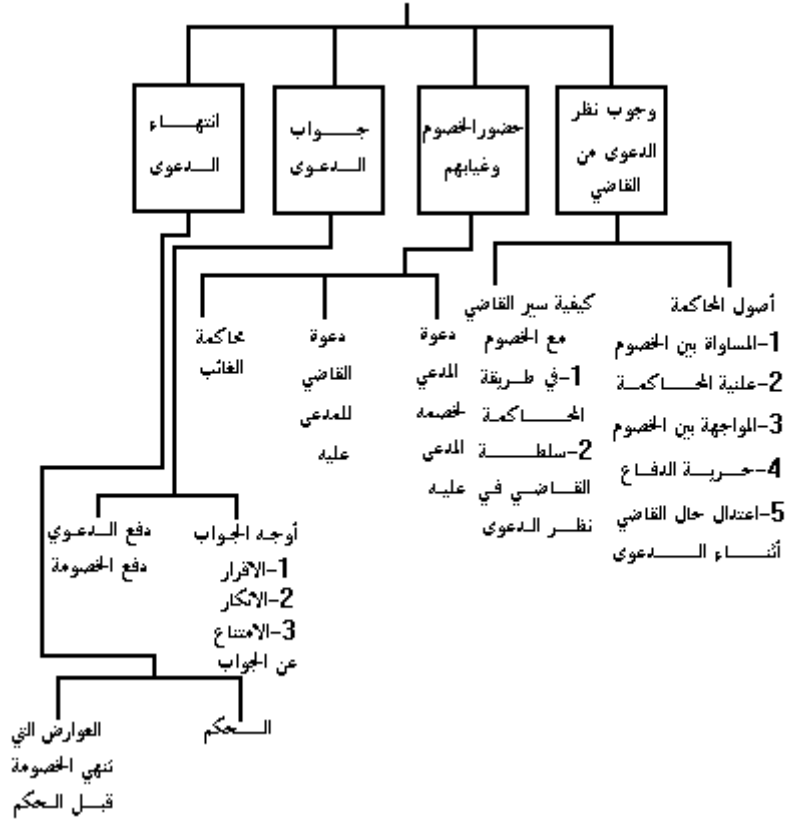
2- ذكر العدوان الحاصل.

3- بيان أن المدعي به الذي تعرض للاعتداء ماله.

4- بيان أن المدعى عليه لاحق له فيه. (2) [البحر الرائق 194/7 الحاوي الكبير 44/12 المغني 85/9 أدب القضاء للغزي ق5].



الآثار المترتبة على رفع الدعوى



دعوى استرداد الحيازة

والحيازة نوعان:

1- الحيازة المستندة إلى حق معروف: يجوز لصاحب اليد المحقة أن يطلب من القاضي إعادة حيازته للعين المغصوبة منه بالجبر أو القهر أو الحيلة.

2- الحيازة المجهولة الأصل: يقضي فيها بين المتنازعين وفق الأسس التالية: أ- يقضى بها لمن أقام البينة عليها: فإن تساويا في ذلك جعلت الحيازة لهما جميعا وذلك لأن اليد مقصودة كالمالك فصح طلبها وجاز اثباتها بالبينة. إذ باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه.

ب- إذا عدمت البينة: تجعل الحيازة لمن يصنع يده على العين بالفعل والواقع. فإن كانت الحيازة لها فضلت الحيازة لإلأقوى فيقضى لراكب الدابة على سب سائقها وقس على ذلك.

وإذا أقام أحدهما البينة على الملك جعل له ذلك ولا منافاة بين القضاء باليد لشخص والملك لآخر. (1) [المبسوط 35/17 تكملة ففتح القدير 256/6 البحر الرائق 33/7 تبين الحقائق 327/4].

شروط الدعوى

أ-الشروط في أطراف الدعوى:

1-المدعي.

2-المدعى عليه.

3-المدعى به.

ب-شروط ركن الدعوى (الصيغة):

وقد تمثينا في هذا التقسيم مع المصطلح الحنفي الذي يعتبر الركن جزءا داخلا في الماهية، ولو سرنا مع مصطلح الجمهور لدخلت هذه الشروط جميعا تحت اسم (شروط ركن الدعوى)

الشرط:

الشرط عند الأصوليين والفقهاء: كل أمر ارتبط به غيره عدما ووجودا وهو خارج عن ماهيته.

أي: (ما يقتضى من عدمه العدم ولا يقتضى من وجوده الوجود) (2) [ارشاد الفحول 7 ابن الحاجب 7/2 الفروق 61/1].

فالوضوء شرط في صحة الصلاة فإذا فقدت الصلاة ولكن وجوده لا يدل على وجود الصلاة، وأهلية العاقد شرط في صحة البيع ولكنها لا تدل على وجوده. والشروط بوجه عام مكملات للأمر المشروطة بنظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام فمثلا :

القدرة على التسليم: مكملة لغاية البيع لأنه سبب الملكية وغاية الملكية الوصول إلى الانتفاع، فعدم، مكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع من أجلها فلذا كانت هذه القدرة شرطا في البيع.(3) [المدخل الفقهي للزرقاء 290/1].

أنواع الشرط باعتبار المصدر

1-شرط شرعي: يفرضه الشارع ويجعل الأمر المقصود مرتببا به عدما.

2-شرط إرادي: ينشئه الإنسان بنفسه فيجعل عقوده مرتبطة به ومعلقة عليه.

والذي يهمنا هو النوع الأول من الشروط وهو الشرط الشرعي.

شروط الدعوى: (1) [د. محمد نعيم 274].

1-الإهلية في المدعي والمدعى عليه: والمقصود بالإهلية: أهلية الإداء وهي صلاحية الشخص لأن تصدر عنه أقوال وأفعال معتبرة شرعا أو (صلاحية الشخص للتصرف بحقوقه وإداء التزاماته دون أن ينوب عنه آخر). (1) [المدخل الفقهي/حسين حامد 330].

وإسناد أهلية الإداء: العقل والتمييز، وعلامة العقل والتمييز: هو بلوغ الإنسان عاقلًا.

والتمييز عند الحنفية يبدأ بعد سن السابعة من عمره ولذا تثبت للصبي فوق السابعة عند الحنفية أهلية أداء ناقصة بينما الجمهور يخالفون الحنفية ويرون أن خطاب التكليف لا يتوجه إلى الصبي المميز مطلقا لعدم ثبوت أهلية هذا الخطاب لديه ولذا يحكمون ببطلان تصرفاته كلها لا فرق بين النافع والضار منها. (2) [المدخل الفقهي/ حسين حامد 331].

2-شرط الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه: وهو أن ترفع الدعوى ممن له شأن على خصم له شأن في الخصومة والحق المتنازع عليه.

3-شرط المصلحة: أي وجود منفعة للمدعي بدعواه.

4-كون المدعي به حقا من الحقوق المعترف به شرعا.

5-شرط تعيين المدعى عليه: أي أن يكون معلوما

6-شرط المكان: كون الدعوى في مجلس القضاء

7-شرط المعلوماتية: أي أن يكون المدعى به معلوما.

8-شرط ثبوت المدعى به عقلا وعادة: وفيه مخالفة الشافعية للمذاهب الأخرى.

9-شروط في ركن الدعوى.

01-شرط حضور المدعى عليه مجلس القضاء.

الإهلية قسمان:

أهلية وجوب: وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له أو عليه ومناطقها: الإنسانية ومحطها: الذمة: وهي الصفة الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره ووجب عليه واجبات لغيره.

رأي علماء الحنفية في إثبات اليد

إن العين المدعاة قد تكون منقولا أو عقارا وعند سؤال القاضي للمدعى عليه أم أن ينكر وإم أن يقر:

- 1- فإن أنكر: (1) [فتح القدير 146/6 الفتاوى الهندية 9/4 درر الحكام 321/2]. يكلف المدعي باثبات وضع المدعى عليه يده على الشيء.
 - 2- وان أقر المدعى عليه:
أ- ففي حالة المنقول: يقبل الإقرار ويسمى التصديق.
ب- وفي حالة العقار:
 - 1- فإن ادعى المدعي فعلا كالغصب والشراء من ذي اليد لم يكن المدعي بحاجة إلى اثبات وضع اليد لأن الخصم في دعوى الفعل هو الفاعل أو صاحب اليد فيجوز رفع الدعوى على أحدهما.
 - 2- إذا ادعى ملكا مطلقا : فهنا اختلف الحنفية على رأيين:
أ- قال بعضهم: يلغي الإقرار ويسمى التصديق.
ب- وقال الآخرون: لا بد من اثبات وضع اليد أو علم القاضي و أصحاب هذا الرأي انما اشترطوا الإثبات خوفا من المواطأة والمواضعة (الإنفاق) بين المدعي والمدعى عليه على أخذ شيء من يد ثالث فيدعي المدعي وضع يد المدعى عليه ويقر الآخر على وضع اليد ثم ينكر المدعى عليه الملكية فيثبتها المدعي ويحكم له القاضي ثم يتبين من بعد أن القضية عملية احتيال اتفق عليها المدعي والمدعى عليه والملك حقيقة إنما هو لشخص ثالث خارج عن الصورة.
ففي حالة الإقرار (في المصورة السابقة) القضية بين اثنين إما في حالة الإثبات فالقضية يشترك فيها أربعة (المدعي والمدعى عليه والشاهدان والتواطؤ بين أربعة أصعب من التواطؤ بين اثنين احتياطا لزممت البيئة (وما لا يدرك كله لا يترك كله).
- وقد أجاب صدر الشريعة على أصحاب هذا الرأي بجوابين:
 - أ- أن بيئة الملك إن كانت صادقة فلا ضرر من التواطؤ وان كانت كاذبة فمن يكذب في بيئة الملك يمكن ان يدبر الكذب في اثبات اليد.
 - ب- إن السبب الذي قالوه في العقار يوجد في المنقول: إذ من الجائز أن يكون الشيء في يد المدعى عليه أمانة أو إمارة أو رهنا.
والحق مع الذين لا يفرقون بين العقار والمنقول

الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى (1) [الدعوى محمد نعيم 275/1].

أطراف الدعوى: المدعي، والمدعى عليه، والحق المدعى. ونبدأ في شروط المدعي والمدعى عليه:

شروط المدعي والمدعى عليه

1- الشرط الأول: الإهلية (أهلية الإداء)

اتفق الفقهاء-في الجملة- على وجوب شرط الإهلية في المدعي والمدعى عليه. وأما من ليس أهلاً فيطالب له بحقه ممثله الشرعي من ولي أو وصي. وللمذاهب تفصيل في اشتراط الإهلية:

فالحنفية: لا يشترطون كمال الإهلية في الطرفين.

والمالكية: لا يشترطون كمال الإهلية في المدعي فقط.

أما الشافعية والحنبلية: فيشترطون كمال الإهلية في الطرفين. وبيان هذا كما يلي:

1- رأي الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى، ويجوز أن يكون الصبي المميز مرفوعاً عليه دعوى لأن الدعوى من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فتصح من الصبي المميز مع إذن وليه ولا تصح بدون إذن وليه. (1) [البحر الرائق 191/7 درر الحكام 330/2 الفتاوى الهندية 2/4].

2- رأي المالكية: أما المدعي فلا يشترط فيه الإهلية الكاملة بل تصح الدعوى من السفیه والصبي- وان كان محجوراً عليه- أي لا يشترط إذن الولي كما هو الأمر عند الحنفية.

أما المدعى عليه: فتشترط أهليته الكاملة. (2) [مواهب الجليل 127/6 تبصرة الحكام 107/1].

3- رأي الشافعية: يشترط البلوغ في الطرفين و تسمع الدعوى على المحجور عليه فيما يصح به إقراره فتسمع الدعوى بالقتل على السفیه المحجور عليه.

والشافعية يسمعون الدعوى من الذمي والمستأمن والمعاهد وعليهم ولكنهم لا يسمعونها من الحربي. (3) [حاشية قليوبي/ المحلي 4م 163 تحفة المحتاج 293/10 مغني المحتاج 110/4].

4- رأي الحنبلية: يشترط البلوغ في الطرفين ولكن تصح على السفية فيما يؤخذ به حال سفهه فتصح دعوى الطلاق والقذف (4) [منتهي الإرادات 808/2 كشف القناع 277/4].

تنبيه: فقهاء المذاهب غير الحنفية أجازوا الإدعاء على الغائب.. فجازوا الإدعاء على الصغير والمجنون والميت إذا كان مع المدعي بينة بما يدعيه وكانت حاضرة لديه وبشروط كثيرة ويحلفه القاضي يمين (الإستظهار) ويذكر فيها انه لم يستوف ما ادعى به ممن أقام البينة عليه ولا أبرأه من ذلك. أما الحنفية: فلا يجيزون مثل هذه الدعوى.

2-الصفة

أ-الصفة في المدعي: يشترط في المدعي أن يكون صاحب شأن بأن يكون: إما،
1-صاحب الحق.

2-وكيله أو وليه أو وصية.

3-أن يكون دائنا لصاحب الحق فيرفع الدعوى على مدين مدينه حتى ينال ثمار دعوته مما يحصله من دين مدينه وخاصة إذا حجر على المدين أو أعلن افلاسه.
(1) [مغني المحتاج 147/2].

4-من رفع الدعوى على من أضر بالطريق العام.

5-يجوز لأهل القرية أن يرفعوا الدعوى عن جميع سكان القرية لمن أراد أن يضر بمصالحهم إذا كانوا غير محصورين (أكثر من مائة).

6-أي فرد مسلم له أن يرفع دعوى يطالب فيها بحق من حقوق الله من قبيل الحسبة (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) فكل حق رجح فيه حق الله على حق العبد يكون فيها المدعى (مدعيًا وشاهدًا) فإذا رجح حق العبد يشترط تقديم الدعوى من صاحب الحق (خير الشهود من أدى شهادته قبل أن يسألها). (2)
[رواه أبو داود والترمذي وأحمد وابن ماجه 3272 صحيح الجامع].

ومن المسائل التي يقبل فيها الدعوى حسبة:

جميع الحدود عدا القذف والسرقه لغلبة حق العبد فيها.

وهذا رأي الحنفية فيما يغلب فيه حق الله على حق العبد، ورأي المالكية فيما هو حق لله خالصا كالصلاة والصيام والزكاة والحج.

وهو رأي القاضي حسين من الشافعية أما جمهور الشافعية: فلا تقبل الدعوى في حقوق الله إلا عند الحاجة وهم متفقون مع جمهور الفقهاء أن الشهادة تقبل حسبة (3) [أدب القضاء لابن أبي الدم ق77].

وصرح الحنبلية بعدم جواز الدعوى في حق الله ولكنهم أجازوا سماع البينة، والواقع أن خلاف الفقهاء حول هذه المسألة لا يكاد يكون له أثر في التطبيق العملي وذلك لأنهم متفقون على سماع شهادة الحسبة في حق الله، فمن أجاز بعد ذلك رفع الدعوى بحق الله لم يضيف شيئاً جديداً لأن فائدة الدعوى طلب احلاف المدعي عليه إن أنكر، وحقوق الله لا يمين فيها باتفاق الفقهاء. (4) [كشاف القناع 194/4].

فتكون النتيجة أن دعوى الحسبة كشهادة الحسبة ولم يبق بينهما فرق إلا بالتسمية وقد تقدم أن مدعى الحسبة هو في حقيقة الأمر مدع من جهة وشاهد من جهة أخرى وأنه لا حرج في التسميتين.

ب- الصفة في المدعى عليه

لا تصح الدعوى إلا في وجه من يعتبره المشرع خصماً.

من هو الخصم: (يكون المدعى عليه خصماً: إذا ترتب على إقراره حكم ويكون بإنكاره خصماً) والنائب الشرعي أو الإتفاقي يقوم مقام الإصلي في رفع الدعوى أي من ينوب عن الخصم: كالوكيل والولي والوصي والقيم أو الكفيل أو الوارث.

1- الخصم في دعاوى العين: صاحب اليد

فالخصم في البيع والشراء: هو المشتري إذا استلم المبيع وأما قبل التسليم فالخصم هو الإثنان.

فالخصم في الشفعة: هو المشتري إذا استلم المبيع.

كيفية ثبوت اليد: بالإقرار ويسمى (التصادق) سواء في العقار أو المنقول. أو بالبينة. (1) [فتح القدير 146/6].

2- الخصم في دعاوى الدين: الدين وصف في الذمة ولا يتصور فيه اليد والحيازة، ولذلك فإنه لا يكون خصماً في دعوى الدين إلا من هو في ذمته أو نائبه في الخصومة.

فلا توجه الدعوى إلى غاصب عين من المدين ولا إلى مستأجر عين من المدين.

3- الخصم في دعاوى الفعل: هو الفاعل: أي في الغصب هو الغاصب.

- 4-الخصم في دعاوى القول: هو القائل كالطلاق والإبراء والإقرار.
 - 5-الخصم في دعاوى العقد: هو المباشر: للعقد أو نائبه
 - 6-الخصم في دعاوى الحقوق: كالحضانة والرضاعة: من له شأن بالدعوى وينازع المدعي في حقه ويمنعه من التمتع.
 - 7-الخصم في دعاوى النسب: من يترتب على إقراره حكم.
- ج-الشرط الثالث في المدعى عليه:

أن يكون معلوما. (2) [نظرية الدعوى 300/1].

د-الشرط الرابع في المدعى عليه: الحضور (حضور الخصم) وهذا الشرط ليس لصحة الدعوى ولكنه شرط لصحة القضاء والحنفية يشترطون البينة قبل إحضار الخصم.
الأدلة:

ذهب فريق إلى عدم جوازها لأن الدعوى ترفع في وجه خصم بعد حدوث نزاع أما قبله فمن العبث النظر في قضية لا خصومة فيها لأن القضاء لفصل الخصومات.

وذهب فريق آخر إلى جواز استماعها لأن فائدة القضاء شيان:

- 1-فصل الخصومات.
 - 2-اثبات الحقوق و حفظها و حمايتها وإلى هذا ذهب ابن القاسم من المالكية والحنابلة في قولي راجح.
- إبن فرحون قال: يجوز للجار أن يرفع دعوى لجاره الغائب لحفظ حقه من الضياع.

قال ابن القاسم يجوز سماع البينة و حفظها قبل الخصومة فإذا كان خصم قرأ القاضي عليه البينة و عرفه بالشهود وطلب منه أن يبدي دفعه فإن لم يكن له مدفع لزمه القضاء.

ونقل الحنبلية عن الحنفية: جواز سماع هذه القضايا ولكن القاضي عند الحنفية ينصب خصما مسخرا أما الحنبلية فلا ينصبون خصما مسخرا.
ولكن الرأي الراجح عند الحنفية أن الخصم المسخر لا يكون إلا عن خصم غائب وليس عن خصم مقترض أو مقدر والخصم المسخر لا يجوز القضاء عليه إلا في الحالات التي أجاز فيها القضاء على الغائب.

شروط المدعى به

- 1- يشترط في المدعى به أن يكون فيه مصلحة مشروعة أي:
أ- فيه مصلحة.
ب- محمية شرعا.
ج- ترتب نفع على المطالبة.
- 2- شرط الإلزام في الدعوى.
- 3- معلومية المدعى به.
- 4- احتمال ثبوت المدعى به عادة وعقلا.
أ- المصلحة:

يشترط في الدعوى أن تعود بمصلحة على المدعى عليه.

المصلحة كل ما يفيد في حفظ الأركان الخمسة، والمصالح المرسله محمية في الشرع، وقد يتخلى الشرع عن حماية المصلحة إذا أدت إلى مفسدة أعظم (التعسف في استعمال الحق) كالضحاك-والله ليمرن به ولو على بطنك- والتعسف في استعمال الحق: هو استعمال حق يؤدي إلى مفسدة أعظم (ولا تقبل الدعوى على القاضي بأنه ظلم، ولا على الشهود بالزور وليس معه بينة).
ب- الإلزام:

يشترط الدعوى في أمر ملزم للمدعي عليه إذا ثبت الإدعاء.

فلا تقبل الدعوى: في الهبة قبل قبضها، وفي الوكالة التي لا يتقاضى عليها الوكيل اجرا وكذلك الوعد بشيء: لأن الواهب بإمكانه أن يتراجع ولو ثبت وعده بالهبة. الدعوى بالدين المؤجل: منعها المالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة في أحد القولين. و أجازها الحنفية وقول عند الشافعية وقول عند الحنبلية وهذا هو الرأي الراجح وذلك لأن الإجل يجعل الدين غير ملزم إلا أن أما المبيحون فقالوا: إن الدعوة لاثبات الحق وجمع البيئات وليس لدفع الدين. (1) [تبصرة الحكام 137/1 المحلي/ المنهاج 337/4 تحفة المحتاج 202/10 غاية المنتهي 448/3 كشف القناع 203/4].

وذلك كالمدين إذا أراد السفر للدائن أن يرفع دعوى بطلب الكفيل والمرأة تطلب كفيلاً على زوجها بالنفقة إذا أراد السفر اجازها الحنفية استحساناً وليس قياساً.
دعوى الأدلة والبيئات :

اختلف الفقهاء في جواز رفع الدعوى لحفظ الحجج والأدلة عند القاضي دون وجود خصم. ردها البعض لأن شروط صحة الدعوى وجود خصم وتقبل هذه الدعوى عند: ابن القاسم من المالكية وعند الحنبلية.

قال ابن المفلح: (إذا كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره ويخاف إن لم يحفظ البيّنات أن ينسى شرطه أو يجدد تسمع الدعوى لحفظ البيّنة) وقاس بعضهم هذا على كتاب القاضي للقاضي. (2) [النكت والفوائد النية 223/2].

ملاحظه: بداية المبتدي للمرغيناني 395 جمع فيه بين مختصر القدوري والجامع الصغير ثم شرعه في كتاب آخر سماه (كفاية المنتهي)

قال قاضي زاده: إن الإقرار بالمجهول صحيح، والإلزام كما يتحقق بواسطة البيّنة يتحقق بالإقرار ولا يقال: إقرار الخصم محتمل لا يحقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل، لأننا نقول: المراد بتحقيق الإلزام الذي عد فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل.

وقال المازري: يلزم المدعى عليه بالإقرار ويلزم بتفسير المجهول في هذا الإقرار (ولكنهم لا يوجبون صحة الحكم في المجهول) نقول: لا بد من التفسير.

ولكن نرد على هؤلاء

إذا كان الحنفية والمالكية قد ردوا الدعوى بسبب تقادم الحق وإذا كان الحنفية والمالكية قد ردوا الدعوى إذا كانت غير محتملة عرفاً وعادة وقد ردوا الدعوى من غير ذي أهلية. قد رد كثير من الفقهاء الدعوى على القاضي أو الشهود بأنهم ظلموا. فيلحق بهذا الدعوى بالمجهول.

وحجة هذا الفريق أن فائدة القضاء:

1- حفظ الحقوق وحمايتها.

2- الفصل في الخصومات.

وهذا رأي راجح وفيه مصلحة الناس، ونقل بعض علماء الحنبلية عن الحنفية جواز سماع هذه الدعوى ولكنهم اشترطوا أن يسخر القاضي خصماً عوضاً عن الخصم المفترض وجوده في المستقبل. (1) [الفروع 862/3].

3- شرط: معلومية المدعى به:

المراد بالمعلومية إمكان تصور المدعى به أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي وذلك لأن المقصود من الدعوى هو إصدار حكم والمقصود بالحكم

الزام المحقوق ولا الزام مع الجهالة وكذلك صحة الشهادة مرهونة لمصالحتهما للدعوى.

وخالف في هذا الشرط قاضي زاده من الحنفية والقراصي والمازري والحطاب من المالكية. (2) [الفوائد البهية 141 الفروق 72/4 الخرشي 154/7 بدائع الصنائع 222/6].

واشترط هذا الشرط لا يعني أن الدعوى باطلة إذا ف قد بل تكون (ناقصة) وأجازوا سماع الدعوى في بعض استثناءات لاعتبارات الحق والمصلحة. القاعدة التي ذكرها ابن الغزي الشافعي:

(انما يقدر في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به وتوجيه المطالبة نحوه، حيث يكون المدعى به مجهولاً، يتردد أن يكون هذا أو ذاك، أما إذا اسلم المدعى به من هذا وكان محصوراً بما يضبط به فلا). (3) [أدب القضاء للغزي ق3].

كيفية العلم بالمدعى به:

أولاً: العلم بالمدعى به في دعاوى العين: وهو عقار أو منقول. أ-دعوى العقار: لابد من ذكر حدوده وناحيته من البلد هذا إذا لم يكن العقار مشهوداً أما إذا كان مشهوداً فيكفي ذكر اسمه عند جمهور الفقهاء. (4) [حاشية ابن عابدين 545/5].

ويشترط ذكر الحدود الأربعة عند جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية أما اليوم فيكفي ذكر رقم السجل العقاري. (5) [بدائع الصنائع 222/2 كشف القناع 278/6 المحلي/المنهاج 311/4].

أما سبب الاستحقاق في العقار: فلا يشترط ذكره عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنبلية واشترط المالكية ذكره. ب- المنقول:

المنقول الموجود في مجلس القضاء أو القريب: يعرف بالإشارة إليه المنقول البعيد: ي حضر أو يذهب إليه المدعي والقاضي عند الحنفية. المنقول الهالك:

1-القيمي: تذكر قيمته عند الحنفية لأنه لا ينضبط بالوصف. فلا بد من الإشارة في تعريف القيمي لقطع الشك.

2- المنقول المثلي: دعواه دعوى ديني الذمة.

والجمهور مثل الحنفية إلا في القيمي فإنه ينضبط عندهم بالوصف.
قال الغزالي: (لا يصح السلم إلا في كل ما ينضبط منه كل وصف يختلف فيه القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم) (6) [فتح العزيز/الوجيز 226-268].

السلم في اللحم والحيوان: يجوز عند الجمهور خلافا للحنفية.

2- اشترط المالكية ذكر سبب الاستحقاق في دعوى العين المنقول وغير المنقول.
وعلى القاضي أن يسأل المدعي عن سبب استحقاقه فإن لم يفتن لذلك كان للمدعى عليه أن يوجه هذا السؤال فإن امتنع المدعي عن ذكره لم يكلف المدعى عليه بالجواب عن الدعوى وبذلك لا تنتج الدعوى آثارها وهو وجود الجواب على الخصم. (1) [تهذيب الفروق 114/4 تبصرة الحكام 120/1].

1- قال الشافعية والحنبلية: لا يشترط ذكر السبب في المنقول المثلي والقيمي لتعدد الأسباب وهذا يؤدي إلى ضياع الحقوق.

2- اشترط الحنفية والمالكية ذكر سبب الدين لأسباب:

أ- الأسباب تختلف أحكامها: فإن كان سبب الدين عقد السلم فلا بد من ذكر مكان الإيفاء ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض بخلاف ما إذا كان سبب الدين (ثمن المبيع) حيث يجوز الاستبدال به قبل قبضه ولا يشترط مكان الإيفاء.

ب- إن السبب قد يكون باطلا كثمن خمر أو ميتة أو مقامرة.

1- ذكر سبب الاستحقاق في المنقول، لا يشترط عند الحنبلية والشافعية واشترطها.
2- المالكية وأما الحنفية فقالوا يذكر السبب في المثلي لاختلاف أحكام الأسباب المرتبة للديون في الذمم ولأن الأصل براءة الذمة فلا بد لصحة دعوى اشتغالها من سياق سبب هذا الإشغال.

أما الحنفية فاشتروا ذكر الاستحقاق في المثلي وليس في القيمي. (2) [البحر الرائق 195/7 حاشية ابن عابدين 547/5 فتح العزيز 267/9].

ثانيا - العلم بالمدعى به في دعوى الدين: (3) [نظرية الدعوى 355/1].

الدين: ما يكون ثابتا في الذمة من كل ما يجب أدائه بوصفه لا بنفسه فعند الحنفية: يثبت في الذمة (المثليات وما يلحق بها من مذروع وعددي متقارب).

أما عند الجمهور: فيلحق بالسابق كل عين يمكن ضبطها بالوصف في عقد السلم.

ففي النقود: يعلم بذكر القدر فقط وكذلك (المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة والمذروعات) فيكتفي فيها بذكر القدر.

3- ذكر سبب الاستحقاق في الدين:

أ- اشترطها جمهور الحنفية والمالكية. (4) [الفروق 72/4].

ب- ولم يشترطها جمهور الشافعية والحنابلة والإمامية.

ج- بعض الحنفية اشترط ذكر السبب إذا كان المدعي امرأة تطالب بتركة زوجها.

د- اشترط بعض الحنفية ذكر السبب إذا كان المدعي به ديناً بنقود قد انقطع التعامل

بها. (5) [المهذب 311/2 الحاوي 43 منتهي الإرادات 592 جامع الفصولين

76/1 قرة عيون الأخبار 399/1].

ثالثاً - العلم بالمدعى به في دعوى العقد:

1- اشترط الحنبلية ذكر جميع شروط العقد.

2- اشترط الحنفية: بيان شروط كل عقد له شرائط كثيرة ومعقدة كالزواج والسلم.

3- لم يشترط الشافعية شيئاً سوى عقد النكاح.

4- لم يشترط المالكية شيئاً أبداً لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة.

رابعاً - الدعوى الجنائية:

اتفق الفقهاء على ذكر السبب والأوصاف والشروط لأن الأحكام الصادرة في هذه

الدعاوى تتعلق بالأصول الخمسة فلا يجوز التهاون بها. كما أن الحدود تدرأ

بالشبهات.

خامساً - دعوى الإرث:

لا بد من ذكر السبب في الاستحقاق. (6) منتهي الإرادات 594/2].

الإستثناءات من شرط المعلوماتية

1- ذكر ابن رجب الحنبلي ظابطاً لما يصح الدعوى به مجهولاً وهو:

(ان الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به فيها مما يصح العقد عليه مبهماً

وذلك كالوصية). فإنه لما جاز أن يكون الموصى به مجهولاً. جاز كذلك الدعوى

بالوصية المجهولة. (1) [القواعد لابن رجب 333 المغني لابن قدامة 86/0].

2- قال بعض علماء الشافعية: يجوز الدعوى بالمجهول إذا كان المطلوب فيها

موقوفاً على تقدير القاضي وذلك كالمقوضة التي تطلب المهر. (2) [أدب

القضاء/ الغزي ق2].

- 3- وقال المالكية: إذا وجد هنالك عذر للمدعي في جهله بما يدعيه قبلت دعواه وذلك كدعوى شخص نصيبا من وقف كثر مستحقوه. (3) [الفروق 73/4].
- 4- يجوز الإبراء العام وان كان مجهولا لأن الإبراء اسقاط والجهالة لا تضر فيه.
- 5- ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الإقرار بالمجهول فيجوز الدعوى به مجهولا.
- (4) [حاشية ابن عابدين 545/5 تحفة المحتاج 295/10 المغني لابن قدامة 84/0].
- 6- في حالة الغصب تجوز الدعوى بالمجهول. (5) [ابن عابدين 545/5].
- 7- في حالة الرهن تجوز الدعوى بالمجهول.

فائدة:

إن أهمية تصحيح دعوى الغصب والرهن المجهول هي: توجه اليمين على من أنكر إذا لم يكن للمدعي بينة، والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين. (6) [حاشية ابن عابدين 545/5].

وأما إذا كان للمدعي بينة فإن عامة المشايخ على أن هذه الدعوى تقبل ولكن في حق الحبس لا في حق الحكم بالمدعى به -وقدر الحبس عن بعضهم (الحنفية) بشهرين إلى أن يبين الغصب قيمة الغصب والمرتهن قيمة الرهن. (7) [قرة عيون الإخبار 386/1].

الجزء الذي رتبته الفقهاء على تخلف شرط المعلوماتية: إذا لم يتوفر شرط العلم لا يجب على المدعى عليه: الجواب: فله الحق أن يمتنع عن الجواب ولا يجوز للقاضي إجباره على ذلك ولكن القاضي لا يرد الدعوى بل يطلب إكمال نقصها وهذه الدعوى اسمها فاسدة عند الحنفية.

الشرط الرابع: احتمال ثبوت المدعى به عقلا وعادة: اشترط الحنفية والمالكية: قال المالكية (عدم مخالفة الدعوى للعرف العام شرط في صحة الدعوى. وعدم مخالفتها لعادة الطرفين الخلطة بين المتنازعين شرط في توجيه اليمين إلى الخصم.

(الإقرار ليس حقا ولا يصلح سببا للحق حتى ولو كان معلوما فكيف إذا كان مجهولا)

مثال: ادعى على فلان مبلغا من المال لأنه أقر لي، أو قال: ادعى على فلان أنه أقر لي بمبلغ -فالدعوى ترد.

ملاحظة:

يقول محمود بن اسرائيل الحنفي في جامع الفصولين 48/1 (قول عامة المشايخ على أن دعوى الإعيان والإموال بسبب الإقرار لا تصح لأن نفس الإقرار لا يصلح سببا للاستحقاق)

ويقول ابن الغرس الحنفي في (الفواكه البدرية (ص 141) (فعلته أي بطلان دعوى الإقرار بالمعلوم - بما ذكره مشايخنا من أن الإقرار اخبار - لا سبب لزوم المقربة على المقر والمفروض أن المدعي علق وجوب المدعى به على المقر بالإقرار , فكأنه قال: اطالبه بما لا سبب بوجوبه عليه أو لزومه إلا إقراره وهذا كلام باطل)

اشتراط الخلطة بين المتداعيين:

المستحيل عقلا : أن يدعى شخص بنوة من هو أكبر منه.

المستحيل عادة: أن يدعى فقير أنه أقرض غنيا مليون دينار, أن يدعى فقير أنه استأجر غنيا لكناية بيته.

اشتراط الإمام مالك وهو المشهور من مذهب المالكية وخالف ابن نافع من المالكية ورأيه في هذه القضية هو المعتمد من مذهب المالكية.

وقد اشتراط ابن القيم الحنبلي كذلك الخلطة واستدلوا:.

1- ان هذا الشرط مروى عن الصحابة كعلي رضي الله عنه والتابعين مثل الفقهاء السبعة في المدينة.

2- ان كثيرا من ذوي المروءات يثقل عليهم اليمين وقد افتدى ابن مسعود وعثمان رضي الله عنهما أيمانهما. (1) [انظر حاشية الدسوقي 145/4 الطرق الحكمية 98097].

موقف العز بن عبد السلام من الشافعية

وقد خالف الشافعي في عدم قبول الدعوى المخالفة للعادة فهو يقبلها. والعز بن عبد السلام لا يقبلها.

قلنا: ان الشافعية يقبلون ما خالف العادة من الدعاوى. أما المالكية والحنفية فلا يقبلون ما خالف العادة. وبقولهم قال العز بن عبد السلام.

أما العز فقال (والقاعدة في الإخبار من الدعاوى والشهادات والإقارير وغيرها- ان ما كذبه العقل أو جوزه وأحاله العادة فهو مردود وأما ما أبعدته العادة من

غير احالة فله رتب في القرب والبعد قد يختلف فيها فما كان أبعد وقوعا فهو اولى بالرد وما كان أقرب وقوعا فهو أولى بالقبول وبينهما رتب متفاوتة). (2) [قواعد الأحكام 125/2].
ومن الإمتثلة على المستحيل عادة: ادعاء رجل من العامة على الخليفة أنه استأجره ليكنس داره.

شروط ركن الدعوى

- 1- أن لا تكون مناقضة لأمر سبق صدوره من المدعي.
- 2- أن تكون بتعبيرات حازمة قاطعة/ إلا الدعاوى الجنائية.
- 3- أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب خصمه بالحق الذي يدعيه/ غير راجح.
- 4- أن تكون بلسان المدعى عينا / اشترطه أبو حنيفة فقط.
- 5- أن يذكر المدعي في دعوى العين أن العين بيد خصمه.
- 6- أن يصرح المدعى فيها بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق.
- 7- أن تتضمن طلب إحضار المدعى به قاله الحنفية وهو غير راجح.
- 8- أن يطلب المدعى فيها من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب /حنفي غير راجح.
- 9- أن تكون في مجلس القضاء.

أولا : التناقض:

تقابل الدليلين المتساويين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه.(3) [مغني المحتاج 110/4 والفروع 808/3 كشاف القناع 203/4].
من صور التناقض:

- 1-التناقض من المدعي في الدعوى الأصلية: كأن يطلب شخص شراء شيء. من غيره أو هبته أو إجارته ثم يدعي ملكية ذلك الشيء. (4) [جامع الفصولين 123/1 والمحلي/ المنهاج 344/4].
- 2-التناقض من المدعى عليه: مثل أن يدعى شخص على آخر وديعة فينكرها المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على الإيداع فيدفع الخصم بردها أو هلاكها. أو ادعى ديناً على خصم فانكره فاقام بينة فقال الخصم قضيته إياه لا يقبل الدفع.(1) [بدائع الصنائع 224/6 العقد. .. للحكام 198/2].

شروط تحقق التناقض

قال ابن فرحون (من ادعى عليه بحق فجدد, وعند ما خشي البينة أقر وادعى اسقاط الحق بوجه ما لا ينفعه) (2) [تبصرة الحكام 1/136].

1- ان يكون الأمران المتناقضان (الدعوى وما صدر عنها) صادرين عن شخص واحد أو عن شخصين هما في حكم الشخص الواحد كالوكيل والموكل.

2- أن يكون الأمران قد صدرا في مجلس القضاء أو أن يثبتا بالحجة الشرعية عند القاضي (لأن الثابت بالبيان كالثابت بالعيان)

3- يذكر بعض الحنفية أن التناقض المانع من سماع الدعوى لا يتحقق إلا إذا كان الكلام السابق قد أثبت حقا لشخص بعينه, وذلك لا يكون إلا إذا صدر هذا الكلام في وقت كان لقائله منازع فيه.

تفصيل الشرط الثالث (للحنفية):

الإعتراف قسمان :

أ- اعتراف من ذي اليد

ب- اعتراف من الخارج

أ- اعتراف من ذي اليد:

1- اعتراف بعدم الحق في حالة النزاع: ففي اعتبار هذا الإعتراف إقرارا بالحق رأيان (روايتان).

1- الجامع الصغير إقرار... الأصل ليس إقرار.

2- في حالة عدم النزاع: اتفقوا على عدم اعتباره إقرارا.

ب- اعتراف الخارج بعدم الحق:

1- في حالة النزاع: اتفقوا على اعتبار اعترافه إقرارا بالملك المتنازع.

جامع الفصولين (ولو أقر غير ذي اليد عند النزاع ينبغي أن ينفذ إقراره وفاقا لأنه نفي عن نفسه ملك غيره ظاهرا وهذا حق ظاهر, فصرف إلى أنه إقرار به لذي اليد وفاقا بقريئة اليد والنزاع).

2- في حالة عدم النزاع روايتان (3) [جامع الفصولين 1/125 درر الحكام 345/2].

هذا مذهب الحنفية أما بقية المذاهب فقالوا: (من أقر بعين لغيره لا يمكن من ادعاء ملكيتها فينظر عندهم:

فما اعتبروه إقرارا كان مانعا ومالم يعتبروه إقرارا لم يكن مانعا.
مثال على رأي الحنفية:

لوقال: هذه الدار ليست لي. ثم ادعاها بعد ذلك.

1- ان كانت العين في يده ولم يكن له منازع عند قوله: قبلت الدعوى باتفاقهم.

2- ان كانت العين في يده وكان له منازع قبلت على رواية الجامع الصغير ولم تقبل على رواية الأصل.

4- ويشترط في التناقض حتى يكون مانعا من سماع الدعوى أن لا يكون التوفيق بين المتناقضين ممكنا - عند الفقهاء الثلاثة وللحنفية تفصيل.

5- يشترط لتحقيق التناقض المانع من سماع الدعوى أن يكون الأول قد كذب شرعا بالقضاء فلو ادعى شخص على آخر على أنه كفل له عن مديون فانكر الكفالة وحكم به القاضي وأخذ المكفول له منه المال, ثم ان الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك قبلت هذه الدعوى وسمعت البيينة وان كانت هذه الدعوى مناقضة لما سبق منه من إنكار للكفالة عندما ادعاها عليه الدائن وذلك لأن إنكاره السابق بطل مفعوله بتكذيب الحاكم له.

حكم التناقض

حكم التناقض: رد الدعوى وعدم سماعها ولكن حكم التناقض يرفع في الحالات التالية فتسمع الدعوى:

1- تصديق الخصم: فلو أن شخصا ادعى على آخر ألف دينار بسبب القرض ثم ادعاها عليه بسبب الكفالة فصدقه المدعى عليه سمعت دعواه بالرغم من تناقضه.

2- قول المتناقض: تركت كلامي الأول وأدعي بكذا (بأن ادعاها أولا مطلقا ثم ادعاها بسبب).

3- التوفيق الفعلي بين المتناقضين: ادعى شخصا دارا بهبة أو شراء من أبيه ثم ادعاها إرثا منه تسمع دعواه الثانية لا مكان التوفيق بين الكلامين بأن يكون قد ابتاع الدار من أبيه فعجز عن اثبات ذلك لعدم البيينة ثم ورثه بعد ذلك. (1) [كشف القناع 203/4 والفروع 808/3 حاشية ابن عابدين 17/7 قليوبي/المحلي/المنهاج 164/4].

استثناءات عدم التناقض

يقرر علماء الحنفية أن التناقض لا يمنع من سماع الدعوى في حالتين:

أ-الحالة الأولى: المسائل التي تخفى أسبابها:

- 1-مسائل النسب: ذلك كأن يقر شخص بأن فلانا ابنه من الزنا وكان مجهول النسب ثم يدعي أن ابنه من النكاح تسمع دعواه.
- 2-مسائل الإرث والرضاعة
- 3-مسائل العتق: كما لو أقر مجهول النسب بالرق لرجل ثم ادعى أنه حر الأصل تسمع دعواه لأن العتق ينفرد به السيد.
- 4-بعض المسائل المتعلقة بالطلاق: كما لو ادعت امرأة الخلع ثم ادعت الطلاق لأن الطلاق ينفرد به الرجل.

5-لو استأجر رجل دارا ثم علم انتقالها إليه بالإرث من أبيه تقبل الدعوى.

- ب-الحالة الثانية: إذا علم أنالمتناقض كان معذورا في كلامه أو فعله كأن يكتب على نفسه صكا بمال ليشهد عليه ثم يدعي أن بعض هذا المال ربا وبعضه قرض نصدقه....لأنه مضطر. (2) [بدائع الصنائع 6م224 درر الحكام 256/2 إالشباه والنظائر 87 جامع الفصولين 135/1].

ثانيا: أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه:

- كأن يقول في الدعوى (مره ليعطني حق أنا اطالبه به).
- اختلف الفقهاء في أنه يشترط لصحته الدعوى أن يذكر المدعي فيها أنه يطالب المدعى عليه بالحق الذي يدعيه. ان معظم المذاهب فيها قولان بخصوص هذا الشرط.

1-فأصحاب المتون والشروح: اشترطوا ذكر الحق في الدعوى لتكون مقبولة.

- 2-أما أصحاب الفتاوى: فصموا عدم اشتراط ذكر الحق في الدعوى لتكون مقبولة.

والقاعدة في المذهب الحنفي (أن التصحيح الصريح مقدم على التصحيح الإلتزامي و ان كان الأول في الفتاوى والثاني في المتون والشروح وبناء على ذلك يكون قول أصحاب الفتاوى في هذه المسألة هو الراجح في المذهب الحنفي) ولكن في الحالات العادية: إذا اختلف الرأي بين أصحاب المتون والشروح و بين أصحاب الفتاوى فالقول لأصحاب المتون والشروح.

أما الشافعية: لهم رأيان: اشترطه بعضهم و اعتبره بعضهم ركنا في صحة الدعوى, وقد ذكر الماوردي في تعليه هذا القول للشافعية أن القاضي لو حكم على

المدعى عليه بتسليم الحق إلى المدعى من غير طلبه, كان مجبرا لصاحب الحق على أخذ حقه لأنه لم يطلب حقه. (1) [الماوردي/الحاوي 44/13].
وهناك قول آخر للشافعية لا يشترطه للاكتفاء بدلالة الحال.
أما الحنبلية: لهم قولان والراجح عدم اشتراط ذكر المطالبة. (2) [المغني لابن قدامة 86/9].

والراجح عندنا عدم اشتراط هذا الشرط.
ثالثا: أن تكون الدعوى بلسان المدعى عينا
(عدم جواز التوكيل بالخصومة)
اشترط أبو حنيفة هذا الشرط:

1- إذا لم يكن في المدعى عذر مقبول.
2- واشترط المدعى عليه رافضا أن تكون الدعوى بلسان غير المدعى من وكيله وغيره فإن تخلف أحد هذين الشرطين صحت الدعوى بلسان غير المدعى.
وعدم جواز التوكيل في الخصومة انفرد به أبو حنيفة وخالفه الصحابان وغيرهم من الفقهاء. (3) [بدائع الصنائع 222/6 تبصرة الحكام 111/1 المحلي لابن حزم 336/9 منتهي الإرادات القسم الأول 444].
رابعا: أن تتضمن الدعوى طلب إحضار المدعى به
اشترطه بعض الحنفية فقالوا (لا بد أن يقول: فواجب عليه إحضاره مجلس الحكم لاقيم عليه البينة ان كان جاحدا) (4) [جامع الفصولين 70/1 والبحر الرائق 196/7].

وإلا ظهر ان هذا ليس شرطا في صحة الدعوى بدليل أنه لا يطلب إلا إذا كان المدعى عليه منكرا, وهذا لا يعرف إلا بعد طلب الجواب من الخصم وهو لا يجيب إلا على دعوى صحيحة والفاصلة لا يترتب عليها وجود الجواب, ولأن وجوب إحضار المدعى به - ان كان قابلا لذلك- يعتبر أثرا من آثار الدعوى الصحيحة- التي اكتملت الشروط الأخرى فيها-

خامسا: أن يطلب المدعى من القاضي تكليف المدعى عليه الجواب.
قال بعض الحنفية بهذا الشرط قياسا وإلستحسان عدمه وقد قال كثير من الفقهاء بعدم اشتراطه (5) [تبصرة الحكام 38/1].
الإثار المترتبة على رفع الدعوى

لقد علمنا سابقا أن الدعوى عند الفقهاء تعرف شرعي، كما تقدم في الباب الأول عناصر هذا التعرف وشروطه، فإذا قامت الدعوى بجميع عناصرها واستوفت شروطها، ترتب عليها آثار شرعية هي:

1- وجوب النظر في الدعوى بالنسبة للقاضي

2- وجوب حضور الخصم

3- وجوب الجواب عليها

النظر في الدعوى

ان الدعوى إذا رفعت إلى القاضي في مجلسه كان مكلفا بالنظر فيها إلى أن تنتهي بالحكم أو بغيره من صلح ونحوه، وفي خلال نظره فيها ينبغي مراعاة مبادئ وأصول أشار إليها الفقهاء فألزموه ببعضها واستحبوا له البعض الآخر. وكيفية للأفعال التي يتبعها مع الخصوم بحيث لا يقدم ما يجب تأخيرها، ولا يؤخر ما ينبغي تقديمه، وانما ابتدأنا بهذا الفصل (النظر في الدعوى) لأن ما فيه من المبادئ والكيفيات ينبغي مراعاتها في جميع مراحل النظر في الدعوى من أول الأمر بإحضار الخصم إلى أن تنتهي بالحكم وقد اشتمل هذا الفصل على مبحثين:

أ- أصول المحاكمة

ب- كيفية سير القاضي مع الخصوم

اصول المحاكمة

ان أهم المبادئ التي ينبغي على القاضي مراعاتها أثناء النظر في الدعوى خمسة: صرح الفقهاء ببعضها وأشاروا إلى الأخرى بما ذكروه من مسائل وواجبوا بعضها على القاضي واستحبوا له البعض الآخر.

وهذه المبادئ الخمسة:

1- المساواة بين الخصوم.

2- علنية المحاكمة.

3- مواجهة الخصوم بعضهم ببعض.

4- حرية الخصوم في الدفاع.

5- اعتدال القاضي أثناء النظر في الدعوى.

1- المساواة بين الخصمين:

استحب بعض الفقهاء المساواة بين الخصمين في المعاملة أثناء المحاكمة ورد عليهم القاضي الشافعي ابن أبي الدم فقال بوجوبها(1) [في كتاب أدب القضاء ق 14ب]. وقال: ان كل ما يؤدي إلى التمييز بينهما حرام ورأي ابن أبي الدم أوجه وألصق بروح الشريعة.

2-حيث الدخول عليه بالترتيب.

3-من حيث توجيه السؤال.

4-من حيث الإبتسام والإشارة.

5-من حيث التلقين في الرجوع أو الإقرار أو غير ذلك.

وفي هذا الباب أحاديث ضعيفة منها (من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فلا يرفض موته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر). (2) [البيهقي والطبراني]. وأقوى الأدلة في هذا:

رسالة عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه (آسى بين الناس في مجلسك, وفي وجهك وقضائك, حتى لا يطمع شريف في حيفك, ولا ييأس ضعيف من عدلك).

وقد أطال ابن القيم في تصحيح رسالة عمر و شرح الكلام المذكور فقال(3) [في إعلام المعوقين 89/1]. (إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة. فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدور المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه كان عنوان حيفه وظلمه).

وقد اختصم عمر مع ابي بن كعب فترافعا إلى زيد بن ثابت فقدم زيد عمر في صدر المجلس فقال له عمر: جرت في أول القضاء وقال زيد لأبي: اعف أمير المؤمنين من اليمين, فحلف عمر... وأخيرا أقسم عمر لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء) (1)[المبسوط 73/16 والمغني لابن قدامة 81/9].

ومن المساواة: جلوس الخصمين بين يدي القاضي (لما ورد في حديث عبد الله بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم)(2)[رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم وأقره الذهبي]. ومن أجل المساواة منعوا القاضي من بعض التصرفات:

- 1- كرهوا له المتاجرة بنفسه: قال عمر لشريح (لا تسار ولا تضار ولا تبع ولا تتبع مادمت في القضاء)
- وقال عمر بن عبد العزيز. (تجارة الولاة لهم مفسدة وللرعية مهلكة).
- 2- كرهوا للقاضي أن يستعير أو يقترض ممن لم يكن قبل القضاء يستعير أو يقترض منه.
- 3- يحرم عليه قبول الهدية ففي الصحيح (هدايا العمال غلول). (3) [رواه أحمد والبيهقي 6898 صحيح الجامع].
- وأجاز كثير من الفقهاء, للقاضي قبول الهدية ممن اعتاد اهداءه قبل القضاء بشرطين:
- 1- أن لا يكون بينه المهدي- وبين أحد خصومة وقت الهدية.
- 2- أن لا يزيد في الهدية عما اعتاد قبل القضاء
- وقد حرم ابن قدامة قبول الهدية على القاضي وقال الحنفية يكره ولا يحرم أما اثناء المحاكمة فحرام. (4) [المغني 77/9].
- 4- ينبغي للقاضي تجنب الولائم -إلا وليمة النكاح- وأجاز الحنبلية والشافعية حضور الولائم.
- 5- وليس للقاضي أن يضيف أحد الخصمين.
- 6- ويكره للقاضي أن يفتي للخصوم في القضاء حتى لا يعلم الخصوم قوله وقد روي عن شريح أنه حين سئل عن مسألة الحبس قال (انما اقضى ولا افتى).
- التسوية بين الخصمين المسلم والكافر: ذهب المالكية إلى وجوب التسوية بين المسلم والكافر في الجلوس بين يدي الحاكم.
- وقال الشافعية والحنبلية: بل يميز بينهما في الجلوس.
- سد بعض الذرائع على القاضي:**
- 1- عدم جواز قضاء القاضي بعلمه: وهذا رأي كثير من الفقهاء منهم المالكية ومتأخرو الحنفية (وقول للشافعية) والحنبلية والإمام محمد في رواية وهذا هو الإحوط/وأجازه الشافعية في المشهور عندهم والصاحبان ورواية عن أحمد والزيدية والإمامية.
- 2- منع القاضي من النظر في خصومة له فيها مصلحة أو رحم.

3- منع القاضي من استماع إلى امرأة جميلة أو ذات منطق جذاب بل الأولى أن توكل عنها وكيلا هذا رأي بعض الفقهاء.

2- علنية المحاكمة:

نصت المادة 1851 المجلة (يجري الحاكم المحاكمة علنا ولكن لا يغشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم) والواقع العملي زمن الرسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة أنهم كانوا يجرون المحاكمة علنية, واستحب الفقهاء حضور العلماء مجالس القضاء.

قال الكمال بن الهمام (روي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة, ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبوبكر يحضر عمر وعثمان وعلياً, حتى قال أحمد: يحضر مجلسه العلماء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكك عليه). (5) [فتح القدير 467/5].

3- المواجه بين الخصوم:

الأصل في الفقه الإسلامي أنه لا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهما دون صاحبه لا في مجلس قضائه ولا في خلوته ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر. (6) [القوانين الفقهية 285 تبصرة الحكام 42/1 منح الجليل 161/4].

غير أنه إذا ظهر اللدد والتعننت من أحد الخصوم في غيابه جاز للقاضي النظر في الخصومة وإن ظل غائبا, كما يجوز للقاضي أن يطلع على الخصومة إذا عرضها عليه المدعي وإن كان خصمه غائبا ليعرف وجهها أي سالحة أو باطلة.

4- حرية الدفاع:

إن القاضي مأمور باتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى لتقديم كل ما عنده من حجج وغيرها حتى لا يكون لأحد منهما عذر بعد الحكم فيكون ذلك كما قال عمر رضي الله عنه (أجلى للعمى وأبلغ للعذر) (1) [المبسوط 63/16].

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ اعطاء الفرصة للمدعى عليه في التهرب من إجابة دعوى المدعي, كأن يسكت أو يصر على عدم الإقرار والإنكار معا, إذ بذلك لا يمكن معرفة وجه الحق والحكم به, ولذلك قال بعض الفقهاء: إن المدعى عليه إن لم يجب على دعوى المدعي بإقرار أو إنكار حبس وأدب, فإن أصر على

عدم الجواب حكم عليه, لأن الإصرار على ذلك في قوة الإنكار.(2)[الشرح الكبير 151/4].

وهذا المبدأ لا يعني حرية الخصومة بالمشاجرة والسب في مجلس القضاء أو اتهام القاضي بالظلم. فإذا حصل هذا فللقاضي زجره وعقوبته.

5-اعتدال القاضي أثناء نظر الدعوى :

يجب أن يكون حال القاضي معتدلاً من ناحية الراحة والشبع والطمأنينة ففي البخاري ومسلم (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) (3)[فتح الباري 117/13 النووي/ مسلم 15/12 أبو داود 411/3].

وقد كتب عمر إلى أبي موسى:

(إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب إله الله به الإجر ويحسين به الذكر) ومع أن النص وارد في الغضب إلا أن الفقهاء الحقوا به.

كل ما يشغل النفس: من الهم والنعاس والعطش والتخمة والخوف والمرض وشدة الحزن والسرور ومدافعة الإخبثين وغير ذلك.

وفي ذلك يقول ابن دقيق العيد (النص وارد في المنع من القضاء حالة الغضب وذلك لما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النظر وعدم استيفائه على الوجه الصحيح, وعدها الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تشويش الفكر كالجوع والعطش وهو قياس مظنة على مظنة) (4)[أحكام الأحكام 168/4].

وقال ابن حجر(5)[فتح الباري 117/13]. (وقول ابن دقيق العيد-قياس مظنة على مظنة- صحيح وهو استنباط القلب معنى دل عليه النص قال الشافعي في إلام(6)[فتح الباري 117/13]. أكره للحاكم أن يحكم وهو جائع أو تعب أو مشغول القلب فإن ذلك يضر الحكم).

وقد استنبطه بعضهم كذلك من الحديث في الصحيحين (إذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد, فلا يدري لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه)

حكم القضاء أثناء الغضب ونحوه: حمل الجمهور النهي عن القضاء في حال الغضب ونحوه على الكراهة مع أن النهي ظاهر في التحريم وهو ما ذهب إليه الصنعاني(7)[سبل السلام 163/4]. ولذا فالصنعاني يرى عدم نفاذ الحكم

(فالنهي يقتضي الفساد والتفرقة بين النهي للذات والنهي للوصف كما يقول الجمهور غير واضح) وذهب بعض الحنابلة إلى عدم نفوذ الحكم مع الغضب لأنه منهي عنه بنص الحديث الصحيح ومقتضى النهي فساد المنهي عنه, وأما الجمهور فقالوا: بالكراهة لأن النهي ليس لذات الغضب وإنما لوصف قد يؤدي إليه وهو تشويش الفكر الذي قد يؤدي إلى الظلم (8)[المغني لأبن قدامة 395/11].

كيفية سير القاضي مع الخصوم:

لابد قبل أن ينظر القاضي في الدعوى من أمرين:

1- دعوة الخصم إلى التقاضي والحضور إلى مجلس القضاء: وإجابة الخصم للمدعي بشأن الحضور واجبة التلبية ديانة في معظم الأحيان إلا أنه لا يترتب على عدم الإجابة عليها جواز الحكم على الغائب, بخلاف دعوة القاضي فإنه يجب تلبيتها ديانة وقضاء حتى إذا امتنع عن تلبيتها جاز للقاضي الحكم غيابيا.

2- الإدعاء امام القاضي بالحق المطلوب. ثم بعد ذلك:

إذا جلس القاضي للقضاء نظر في الخصومات بالترتيب وينبغي الفصل في المحاكمة بين الرجال والنساء.

إذا جاء المدعي منفردا له أن ينظر في قضيته ليري استيفائها أو بطلانها أما إذا جاء المدعي مع المدعي عليه فموقف المدعي عليه إم ا:

أ- أن يقر فيكتب القاضي إقراره ويأمره بإيفاء الحق ولا ينفعه الإنكار بعد الإقرار (لا عذر لمن أقر)(1) [العزي والباجوري 388/2].

ب - اما أن ينكر المدعي عليه فيتوجه القاضي بالسؤال إلى المدعي فيسأله ان كان معه بينة أم لا, لما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال للحضرمي عندما ادعى أرضا على رجل من كنده وأنكر خصمه (ألك بينة)(2) [النووي/مسلم 158/3].

ج- الحالة الثالثة: أن يسكت المدعي فلا يقر ولا ينكر فمن الفقهاء من يعتبر هذه الحالة إقرارا ومنهم من يعتبرها إنكارا

وإن كان مع المدعي بينة استمع إليها القاضي

وان ادعى المدعي غياب بينته أعطاه القاضي مهلة لإحضارها. أو يسأله إن كان يريد يمن خصمه ولا يجوز للقاضي أن يطلب يمين خصمه (المدعي عليه) إلا إذا

طلب المدعي ذلك لأن اليمين حق المدعي بعد أن يصرح المدعي بوجود بينته حاضرة أو غائبة وهذا رأي الشافعية وأبي يوسف. (3) [نهاية المحتاج 101/8].
وذهب معظم الحنبلية والحنفية إلى أنه ليس للمدعي طلب تحليف الخصم ان كانت بينته حاضرة (4) [كشف القناع 198/4]. التعجيل بالحكم: إذا استمع القاضي من الخصمين أقوالها من حجج وجواب و دفوع وطعون ووضح الحق أمامه، وجب عليه إصدار حكمه على الفور وإيصال الحق إلى صاحبه.

الحالات التي يجوز للقاضي فيها تأخير الحكم:

1- إذا كان القاضي يرجو صلحا بين الخصوم:

أ - الصلح بين الطائفتين (فأصلحوا بينها)

ب - بين الزوجين (والصلح الخير)

ج - بين الناس (.. لا خير في كثير في نجواهم. .. أو اصلاح بين الناس) وفي الصحيح الذي رواه الترمذي (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا)

والصلح يكون بإيصال الحق إلى صاحبه (... وكثير من الظلمة المصلحين يصلح بين القادر والضعيف المظلوم بما يرضي به القادر صاحب الجاه ويكون له فيه الحظ ويكون الإغماض والحييف فيه على الضعيف ويظن أن قد أصلح ولا يمكن المظلوم من أخذ حقه وهذا ظلم) هذا قول ابن القيم. (5) [اعلام الموقعين 108/1].

والصلح الذي يندب للقاضي عمله هو في حقوق العباد أما حقوق الله كالزكاة والكفارات والحدود فالصلح فيها- كما يقول ابن القيم - بين العبد وربّه في اقامتها لا في اهمالها ولهذا لا يقبل في الحدود و إذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع (6) [اعلام الموقعين 108/1].

2- إذا طلب أحد الخصوم الإمهال لإحضار حجة غائبة أو دفع.

يقول عمر رضي الله عنه (ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فأضربه له أمدا ينتهي إليه فإن بينه اعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فإن ذلك هو ابلغ في العذر واجل للعمى)

3- إذا اشتبه على القاضي الأمر أو وقع في نفسه ارتياب فيما أبداه أحد الخصوم من حجج وكانت الشبهة قوية فله تأخير الحكم ليبحث عن الحق ويوالي الكشف.

الأعذار عند المالكية

بعد أن تتضح الحجج وأعطى كل واحد حقه من الإمهال وغيره قال الفقهاء:
يصدر القاضي حكمه وقال المالكية لا بد من الإعذار:

الإعذار : هو سؤال من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه؟

قال مالك: (وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتها وفهم القاضي عنهما
وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة؟ فإن قالوا:

لا، حكم بينهما ثم لا يقبل منهما حجة بعد أنفاذ القضاء) (1) [تبصرة الحكام
166/1].

الحالات التي يجب على القاضي إعذار من توجهت ضده البينة.

1- يعذر كل من قامت عليه بينة بحق من الحقوق في معاملة أو نحوها كمن
قامت عليه بينة بترتب دين في ذمته.

2- يعذر كل من قامت عليه بينة بفساد أو غصب أو تعد بشرط أن لا يكون
مشهورا بفساد أو زندقة.

3- يعذر كل من قامت عليه بينة في الأسباب الشرعية القديمة أو الحديثة ككناح
أو موت، وفي الوقف إن كان قديما.

الحالات التي لا يعذر فيها من توجهت ضده البينة

1- إذا كان من أهل الفساد الظاهر أو الزنادقة المشهورين

2- إذا كان استفاضت عليه الشهادة بسبب من الأسباب الشرعية كالإضرار
بالزوجة.

3- عدم وجوب إعذار المحكوم عليه ببينة شهدت عليه أنه أقر أو أنكر في مجلس
القاضي.

4- عدم وجوب إعذار المحكوم عليه بشهود ثقات فائقين في عدالتهم إلا من أجل
الطعن في قرابتهم أو عداوتهم له.

الأسس التي تحكم سلطة القاضي في نظر الدعوى

1- المساواة بين الخصوم في كل معاملة تصدر عن القاضي خلال النظر في
الدعوى.

2- منع المماثلة واللد (الخصومة العنيدة) الصادرين عن أي خصم من
الخصوم.

3- حفظ هيئة مجلس القضاء.

حضور الخصوم وغيابهم:

تقدم فيما سبق أن المدعي إذا أراد المطالبة بحقه المعتدى عليه عن طريق القضاء سلك أحد سبيلين.

1- أن يتوجه أولاً إلى خصمه يطلب منه الحضور معه إلى مجلس القاضي وذلك قبل أن يطلب من القاضي إحضاره من أجل النظر بالخصومة بحضور الاثنين.

2- أن يتوجه إلى القاضي في مجلسه مباشرة فيطلب منه إحضار خصمه المدعى عليه من أجل الخصومة.

وبناء على سلوكه أحد هذين الطريقتين يحتمل أن يستجيب المدعي عليه ويحتمل أن يمتنع، فإن استجاب نظرات الدعوى كما سبق.

وان امتنع فقد رتب الفقهاء أحكاماً تفصلها على النحو التالي في المواضيع التالية:

1- دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

2- دعوة القاضي للمدعى عليه وكيفية إحضاره

3- في محاكمة الغائب

دعوة المدعي لخصمه:

الأصل يجب على المدعى عليه الإجابة (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون) قال المازري المالكي (فيه دليل على أن من دعي إلى حاكم فعليه الإجابة ويخرج إن تأخر أي يأثم)

الأعذار التي تسقط وجوب الحضور

1- المرض الذي لا يستطيع المطلوب معه الحضور إلى مجلس القضاء.

2- إذا كان المدعى عليه امرأة غير برزة (لا تظهر) فقد يمنعها الحياء والدليل

(أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)

3- الجنون وزوال العقل بالإغماء.