جامعة القاهرة

كلية دار العلوم

قسم الشريعة الإسلامية

الموانـع القضائيـة المتعلقـة بالقاضـي والخصـوم

(دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد

أحمد محمد فتحى الشيوي

إشـــراف

أ.د./ محمد قاسم المنسى
أستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية دار العلوم– جامعة القاهرة

أ.د./ محمد كمال إمام
أستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق– جامعة الإسكندرية

١٤٣٦هـ – ٢٠١٥م

الشكر والتقدير

اللهم لك الحمد حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه، ملء السموات وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، وكلنا لك عبد، أشكرك ربي على نعمك التي لا تُعد، وآلائك التي لا تُحد، أحمدك ربي وأشكرك على أن يسرت لي إتمام هذا البحث على الوجه الذي أرجو أن ترضى به عني.

وأتوجه بالشكر إلى أستاذيّ ومشرفيّ الفاضلين الأستاذ الدكتور/ **محمد قاسم المنسي**، أستاذ الشريعة الإسلامية – كلية دار العلوم – جامعة القاهرة، والأستاذ الدكتور/ **محمد كمال إمام**، أستاذ الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، لهما الفضلِ – بعد الله تعالى – على البحث والباحث مذ كان الموضوع عنوانًا وفكرةً، إلى أن صار رسالةً وبحثًا، فلهما مني الشكر كله والتقدير والعرفان.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي وزملائي في كلية دار العلوم – جامعة القاهرة الذين لم يألوا جهدًا في توجيهي وإمدادي بما احتجت إليه خلال فترة إعداد البحث.

الباحث

Abstract

This thesis deals with the judicial preventions relating to the judge and the opponents through a comparative study between Islamic Law (*Fiqh*) and statutory law.

The study consists of an introduction, Preface, three sections, and a conclusion.

The introduction deals with the problematic of the topic, the reason why the researcher has chosen it, the methodology, and how the thesis has been divided.

The preface deals with the basics of the Islamic Judiciary system. It has been divided into two chapters as follows:

- The first chapter studies the definitions of the terms of the topic.
- The second chapter studies the Islamic legitimacy of the judiciary, its wisdom and its pillars.

The first section deals with the independence of judiciary and the conditions of the judge and it consists of two chapters. The first chapter studies the independence of judiciary, the second chapter deals with the conditions of the judge.

The second section of the study deals with the judicial preventions relating to the judge through three chapters. The first chapter studies the judicial preventions relating to the judge in Islamic Law and the second chapter studies the judicial preventions relating to the judge in statutory law, and the third chapter studies the judicial preventions relating to the case.

The third section deals with the judicial preventions relating to the opponents in two chapters. The first chapter deals with the case in which one of the conditions of any opponent is missing while the second chapter studies the absence of any of the opponents.

Finally, the conclusion deals with the significant results and recommendations.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، نحمدك يا ربنا حمدًا يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانك، سبحانه أمر بالعدل ونهى عن الظلم، وأنزل الكتاب فرقانًا بين الحق والباطل، من حكم به عدل، ومن عمل به أجر, ومن دعا إليه هدى إلى صراط مستقيم، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، أرسله ربه إلى الناس أجمعين فهدانا إلى الحق المبين، وبلغنا شريعة ربنا رب العالمين، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله الطاهرين وصحابته الطيبين.

أما بعد...

فإن القضاء أحد أبواب الفقه الكبرى، ومظهر أساسي من مظاهر سلطان الدولة، ومعلم رئيسي من معالم الحياة العملية الضرورية؛ لإقرار الحق, وقمع الباطل, وإعلاء مظلة العدالة, ومقاومة الظلم, وتطويق الجور، وهو صفة بارزة في الإسلام, ذو أهمية واضحة، لأنه يجسد سمتين بارزتين، **وهما:**

الصبغة النظرية: لأحكام الشريعة القائمة على أصول الحق والعدل والمساواة.

الصبغة العملية: وهي الأهم لعنايتها بالتطبيق, وترجمتها مبادئ الإسلام وأحكامه, ونظامه العام إلى واقع عملي ملموس بين الناس، والناس عادةً في كل زمان يهمهم المحسوس المشاهد، ويتأثرون بالواقع القائم, أكثر من التأثر بالنظريات والمجردات العلمية.

ومهمة القضاء فصل الخصومات مهمة عظيمةٌ جدًا، لأنها عون على إطفاء نار المنازعات، والحد من استفحال الخصومات واستمرارها، ويتوقف ذلك على مهارة القاضي وفهمه وفراسته, وتوفيقه في التوصل إلى الحقائق من ثنايا كلام الخصوم.

والقضاء أحد أركان الدولة؛ لأن الدولة تقوم على المجتمع، والمجتمع يقوم على الفرد والفرد يحتاج إلى الأمن على دينه ونفسه وعرضه وماله, فلا استقرار للمجتمع بدون أمن, ومن ثم لا تقوم دولة بغير قضاء يحقق الأمن والعدل.

فالقضاء إذًا أعظم الولايات قدرًا في الدولة الإسلامية, وأرفعها مكانةً, وأجلها خطرًا، كيف لا وهو من وظائف الأنبياء عليهم أفضل الصلاة والسلام، قال سبحانه وتعالى عن –سيدنا– داود وسليمان –عليهما الصلاة والسلام– : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ

﴿ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَٱلطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ﴾[1]، وقال تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ﴾[2]. وقال لنبيه –عليه الصلاة والسلام–: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾[3].

وقد جعله الفقهاء ختام أبواب الفقه, لأنه المجال التطبيقي لأكثرها, كالمعاملات والنكاح والطلاق والجنايات، بل إن الفقهاء –رحمهم الله– قد أفردوا للقضاء التصانيف الخاصة به نظراً لأهميته, وعلو مكانته, فلم يتركوا شيئاً يتعلق بالقضاء إلا بحثوه وقرروا ما يجب تقريره.

والقضاء إخبار عن حكم الشرع على وجه الإلزام، والذي يقوم بهذا الإخبار هو القاضي، فلا يجوز لأحد أن يتدخل في عمل القاضي، ليحيد عن الحكم بالعدل، لأن الحكم بالعدل وإقامته في مختلف مجالات الحياة مقصد هام لهذا الشرع الحنيف.

فلاستقلال القضاء أهمية بالغة، وذلك لضمان سيره على الوجه الشرعي، وتحقيق أهدافه في إقامة العدل، ودفع الظلم، وقطع الخصومات, فهو يمثل الحصن الحصين لحماية الأمة وأفرادها في مواجهة بعضهم بعضًا، وفي مواجهة السلطة، وبقدر ما يكون القضاء قوياً ومستقلاً ونزيهاً تكون حريات الناس وحقوقهم مصونة وكريمة.

ومن أهم عناصر استقلال القاضي و حياده, ألا يصدر حكمه متأثرًا بعواطفه، ولا متأثرًا باعتبارات وضغوط خارجية، وألا يخضع للتيارات الفكرية والعقائدية الموجودة في المجتمع، وألا تؤثر تجربته الخاصة في محاباة خصم دون خصم، وأن يحيد القاضي أفكاره ومعتقداته الشخصية حتى لا يؤيد خصمًا على آخر، وألا يخضع لقوة الرأي العام وبخاصة وسائل الإعلام المختلفة، وألا ينفذ المذهب السياسي للدولة، وألا يأتمر بما تصدره الدولة من أوامر لينفذه إذا خالفت مبدأ الاستقلال والحياد.

وينبغي على القاضي لضبط المهمة القضائية أن يمتنع عن الفصل في الدعوى إذا طرأ له أو لأحد الخصوم مانع من موانع القضاء, حتى ينظر في الدعوى قاض محايدٌ بعيدٌ كل البعد عن الميل أو المحاباة.

---

(١) سورة الأنبياء: الآية (٧٨–٧٩).

(٢) سورة ص: الآية (٢٦).

(٣) سورة النساء: الآية (١٠٥).

وموانع القضاء هي عبارة عن أمور عارضة تطرأ للقاضي في خصوص دعوى فتجعله غير صالح لنظرها والحكم فيها, وهي تدور حول مظنة عدم الحياد.

ولذا رأيت – بعون الله– أن يكون البحث في موانع القضاء المتعلقة بالقاضي والخصوم عنوان الرسالة التي أتقدم بها لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية.

عنوان الموضوع:

الموانع القضائية المتعلقة بالقاضي والخصوم (دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي).

(أ)– إشكالية الموضوع:

يعتبر القضاء من أهم وأخطر الولايات العامة في الدولة الإسلامية, فمن من خلاله ترد المظالم, ويتحقق العدل, لذلك يجب أن تتوفر فيه ضمانات الاستقلال والنزاهة, فيجب أن يتولى القضاء من تتوفر فيه شروط ولاية القضاء, ولكن قد يطرأ ما يمنع القاضي من النظر في الدعوى, لأسباب خاصة به أو بأحد الخصوم, قد تؤثر عليه في اصدار الحكم, لذا فإن هذه الدراسة تجيب على التساؤلات التالية:

١) ما الأسباب التي يمتنع فيها القاضي من النظر في الدعوى المتعلقة به أو بالخصوم؟

٢) هل يمتنع القاضي من تلقاء نفسه عن نظر الدعوى إذا توفرأحد هذه الموانع, أم يجب أن يرده أحد الخصوم؟

٣) ما الحكم إذا أصدر القاضي حكمه في دعوى مطروحة أمامه بالرغم من وجود أحد هذه الموانع؟

(ب)– أهمية الموضوع :

تتمثل أهمية دراسة موانع القضاء المتعلقة بالقاضي والخصوم في أنها تتناول جانبًا مهمًا في ممارسة القضاء في الدولة الإسلامية, فهي تقف حائلًا بين القاضي وممارسة مهامه بكل موضوعية وأمانة, فهذه الموانع تضبط المهمة القضائية في الإسلام، حتى تكون مهمة القضاء من المهمات النزيهة الفاعلة في المجتمع الإسلامي.

كما أنها تتعلق بالعمل القضائي الذي به تعاد الحقوق إلى أربابها، ويردع الظالم عن غيه وتصان الأعراض, وتحفظ الأموال، وتنقطع الخصومات، ويضرب على أيدى العابثين (أهل الفساد)، فيعيش الناس في مأمن على أموالهم وأنفسهم وأعراضهم.

وموانع القضاء عبارة عن عوارض تعرض للقاضي, أو لأحد الخصوم أثناء رفع الدعوى, يمتنع فيها القاضي من تلقاء نفسه, أو بطلب من أحد الخصوم, من النظر في الدعوى, لضمان حق المتقاضين في محاكمة عادلة ونزيهة .

وقد تغيب موانع القضاء عن صاحب الحق مما ينعكس سلبًا على حقه، كما أن بعض القضايا تنتهى بمجرد دفع المحكمة بأحد موانع القضاء, فيحد ذلك من تراكم القضايا أمام المحاكم.

ويعتبر هذا الموضوع جديدا, لم يتم التطرق إليه في الفقه والقانون بالتحليل الكامل المقارن, ومن ثم يحتاج إلى دراسة تفصيلية لإظهاره وترتيبه.

(ج)- أسباب اختيار الموضوع:

١) صلته الوثيقة بالعمل القضائي الذي يهتم به كافة المشتغلين بالفقه والقانون, من قضاة, ومحامين, وخاضعين لأحكامه من الخصوم.

٢) التركيز البحث على جانب من جوانب ضبط المهمة القضائية في الفقه والقانون, خاصة ما يتعلق بالقاضي والخصوم.

٣) تسليط الضوء على الموانع القضائية, مع إبراز المحاذير الواقعة على القضاة والمعطلة لممارستهم مهامهم الوظيفية, حتى ينظر الدعوى قاضٍ محايدٌ بعيدٌ كل البعد عن المحابة؛ بغرض تحقيق العدالة.

٤) تحديد موانع القضاء الخاصة بالقاضي والخصوم في الفقه الإسلامي, ويقارنها بالقانون المصري, ومتى يكون تنحي القاضي عن الحكم في الدعوى وجوبيًا, ومتى يكون جوازيًا, لضمان حياد القاضي ونزاهته.

٥) منع من اللجوء إلى رد القضاة دون مبرر حقيقي, كمناورة للتضليل أوالمماطلة أو الكيد أو التأجيل لعرقلة وتضييع حقوق الناس.

(د)- الدراسات السابقة:

لم أعثر فيما اطلعت عليه من كتب ورسائل علمية على دراسة علمية متخصصة تبحث هذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية معًا, وذلك من خلال استقرائي لفهارس الرسائل الجامعية والمكتبات الخاصة والعامة.

فكل ما تم حصره حول هذا الموضوع هو دراسات عامة, تتناول الموضوع من جوانب مختلفة نوعًا ما عن صلب البحث، وإن كان لهذه الدراسات والمراجع فضل كبير في دفعي إلى التعمق في دراسة هذا الموضوع نظرًا لأهميته العلمية والفقهية.

ومن أمثلة هذه الدراسات:

١- موانع القضاء، الرد والمخاصمة وعدم الصلاحية والتنحي في ضوء التعديل الجديد بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧, د/ حامد الشريف, المكتبة العالمية, (٢٠٠٨), وقد اشتمل الكتاب على تمهيد عن مبدأ حيدة القضاء, وخمسة أبواب هي: الرد, والتعارض, وعدم الصلاحية, والمخاصمة, والتنحي, وقد تناول الباحث الموانع الخاصة بالقاضي فقط في القانون المصري, مع ذكر أمثلة لأحكام محكمة النقض, ولم يتعرض الكاتب لدراسة تلك الموانع في الفقه الإسلامي, ولم يذكر الموانع المتعلقة بالخصوم, ويختلف بحثي عن هذا الكتاب في دراستي لموانع القضاء في الفقه الإسلامي المتعلقة بالقاضي والخصوم, ومقارنتها بالقانون المصري.

٢- موانع القضاء في الفقه الإسلامي, للباحث/ محمد محمد محمود عدوان, رسالة ماجستير, في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة سنة ٢٠٠٧, وقد اشتملت على ثلاثة فصول: الفصل الأول وكان بعنوان موانع القضاء المتعلقة بالقاضي، فيه أربعة مباحث، المبحث الأول منها تناول حقيقة المانع، والمبحث الثاني تناول الموانع المتعلقة بالقاضي في خاصة نفسه، والمبحث الثالث تناول الموانع المتعلقة بغضب القاضي ورشوته والمبحث الرابع عالج موضوع الموانع المتعلقة بقضاء القاضي بعلمه, ثم جاء الفصل الثاني بعنوان موانع القضاء فيما يتعلق بالدعوى، وهو يشتمل على أربعة مباحث وقد عالج المبحث الأول منها موضوع الموانع المتعلقة بشروط صحة الدعوى، والمبحث الثاني عالج موضوع الموانع المتعلقة بمكان نظر الدعوى، وعالج المبحث الثالث موضوع التناقض في الدعوى، وقد عالج المبحث الرابع الموانع المتعلقة بأنواع الدعوى, ثم جاء الفصل الثالث والأخير

بعنوان الموانع المتعلقة بالخصوم، وهو من أربعة مباحث المبحث الأول تكلم عن حكم قضاء القاضي لأصوله وفروعه وحواشيه، والمبحث الثاني تناول الموانع المتعلقة بالقاصرين وفاقدي الأهلية، والمبحث الثالث تناول امتناع القضاء بسبب الغيبة، وأخيرًا جاء المبحث الرابع متناولًا للموانع المتعلقة بشريك القاضي وأجيره وصديقه وعدوه, وهذه الرسالة قامت بدراسة مختصرة لموانع القضاء, كما خلط الباحث بين شروط ولاية القضاء وموانع القضاء, وتختلف درستي عنها أن دراستي دراسة مقارنة بقانون المرافعات وقانون السلطة القضائية المصري.

(هـ)- منهج البحث :

يعتمد البحث على المنهج **الاستقرائي**، باعتباره منهجًا يقوم على استقصاء آراء العلماء في المذاهب الفقهية, والقانون في كل قضية تتناولها الدراسة, ومن ثم الانطلاق من المسائل الجزئية إلى الحقيقة العامة الشاملة والتصور الكلي لموضوع البحث.

كما يأخذ بالمنهج **النقدي المقارن** في مناقشة الأقوال وأدلتها, والترجيح بينها على حسب قوة الأدلة، ثم مقارنتها بالقانون المصري لمعرفة أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

(و)- طريقة البحث:

أولًا: كتابة الموضوع:

١- الاستقراء العام لمصادر المسألة، ومراجعها المتقدمة والمتأخرة.

٢- الاعتماد عند الكتابة على المصادر الأصلية في كل مسألة.

٣- التمهيد للمسألة بما يوضحها إن احتاج المقام لذلك.

٤- **المسائل الخلافية :**

أ- تحرير محل النزاع.

ب-ذكر الأقوال في المسألة، ويكون عرض الخلاف على ضوء الأقوال، وذكر أشهر من قال بكل قول، وذلك على وفق الترتيب الزمني لمولد إمام المذهب.

ج- ذكر سبب الخلاف في المسألة، إن أمكن ذلك.

د- ذكر الأدلة لكل قول، مع بيان وجه الدلالة من الأدلة.

هـ- ذكر ما يرد على الأدلة من مناقشات واعتراضات، والجواب عنها بعد ذكر الأقوال وأدلتها.

و- ترجيح ما ظهر رجحانه، ويكون ذلك مبنياً على سلامة أدلة القول أو قوتها, وبطلان أدلة الأقوال الأخرى، أو ضعفها.

٥- العناية بالتطبيقات، والحرص على إضافة تطبيقات معاصرة من غير الأمثلة المشهورة وتوجيه ذلك.

ثانيًا: التعليق والتهميش:

١- بيان أرقام الآيات وعزوها لسورها.

٢- تخريج الأحاديث والآثار:

أ- بيان من أخرج الحديث، أو الأثر بلفظه الوارد في البحث.

ب- أحيل على مصدر الحديث أو الأثر بذكر الكتاب والباب، ثم أذكر الجزء والصفحة، ورقم الحديث أو الأثر إن كان مذكوراً في المصدر.

ج- إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما أكتفى بتخريجه منهما للحكم بصحته، وإن لم يكن في أي منهما خرجته من المصادر الأخرى المعتمدة، مع ذكر ما قاله أهل العلم فيه.

٣- أعزو نصوص العلماء وآراءهم لكتبهم مباشرة.

٤- توثيق الأقوال إلى المذاهب من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

٥- ترجمة الأعلام الواردة في الرسالة.

٦- المعلومات المتعلقة بالمراجع, أذكر بيانات المرجع كاملة عند ذكر المرجع في الهامش (اسم الكتاب, اسم المؤلف, دارالنشر ومكانها، رقم الطبعة وتاريخها, الصفحات), ولا أعيد ذكرها في هامش البحث إلا إذا اختلفت الطبعة, ثم أذكرها بعد ذلك بالتفصيل في قائمة المصادر والمراجع.

(ي)- خطة البحث:

يتضمن هذا البحث مقدمة,و تمهيداً, وثلاثة فصول, وخاتمة.

المقدمة

وتشمل: إشكالية الموضوع, أهمية الموضوع, أسباب اختيار الموضوع, الدراسات السابقة, منهج البحث, طريقة البحث, خطة البحث.

التمهيد

القضاء في الإسلام

وينقسم إلى مبحثين :

- **المبحث الأول:** تعريف مصطلحات الدراسة.
- **المبحث الثاني:** مشروعية القضاء وحكمه وحكمته وأركانه.

الفصل الأول

استقلال القضاء وشروط ولايته

وينقسم إلى مبحثين:

- **المبحث الأول** : استقلال القضاء

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون المصري

المطلب الثاني: تطبيقات عملية على استقلال القضاء.

- **المبحث الثاني:** شروط ولاية القضاء

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: شروط ولاية القاضي المتفق عليها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط ولاية القاضي المختلف عليها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: شرط الذكورة في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: شروط ولاية القاضي في القانون المصري.

الفصل الثاني

موانع القضاء المتعلقة بالقاضي

وينقسم إلى ثلاثة مباحث مبحثين:

- **المبحث الأول:** موانع القضاء المتعلقة بذات القاضي في الفقه الإسلامي

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: مانع عدم الاختصاص
- المطلب الثاني: مانع عزل وانعزال القاضي
- المطلب الثالث: مانع علاقة القاضي بأحد الخصوم
- المطلب الرابع: مانع قضاء القاضي بعلمه

- **المبحث الثاني:** موانع القضاء المتعلقة بذات القاضي في القانون المصري

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: الموانع القانونية
- المطلب الثاني: الموانع التقديرية
- **المبحث الثالث:** موانع القضاء المتعلقة بالدعوى المعروضة على القاضي.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: موانع القضاء المتعلقة بشكل الدعوى.
- المطلب الثاني: موانع القضاء المتعلقة بموضوع الدعوى.

الفصل الثالث

موانع القضاء المتعلقة بالخصوم

وينقسم إلى مبحثين: