قضاء
الجمعية العلمية القضائية السعودية

الحُكم على المُدَّعى عليه لتغيُّبه دون بيِّنة

عبد الرحمن بن يوسف اللحيدان
القاضي في المحكمة العامة بمكة المكرمة

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)
مركز قضاء للبحوث والدراسات

٠٠٩٦٦٥٥٢٦٨٩٩٨٨

٠٠٩٦٦١١٢٥٨٤٦٦٩

٠٠٩٦٦١١٢٥٨٤٧٠١

M@qadha.org.sa

www.qadha.org.sa

@qdha

/qadha.ksa

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن القضاء من أعظم ما تقوم عليه ركائز الدولة المسلمة، والحكم بما أنزل الله – تعالى – شعيرة من شعائر الإسلام التي لا يجوز تركها، ومن نِعَمِ الله علينا في هذه البلاد أن جَعَل لنا القرآن والسنة مرجِعاً ومَصدراً للأحكام الشرعية، وحُقَّ لكلِّ قاضٍ في هذه البلاد أن يَفْرَح بهذه النعمة، وإنَّ بحث مسائل القضاء بعامة من الأهمية بمكان، لا سيما وفيها البحث عما يصيب به القاضي شرع الله، وقد أكثر فقهاء الأمة من الكلام على أحكام القضاء والتفصيل فيها تفصيلاً ليس بعده ذكر، وما زال قضاتنا – بحمد الله تعالى – متتبعين لآثار من سلفَ من القضاة والحُكَّام، مقتدين بهديهم، متمسكين بما عليه الأوائل، ويَحْسُنُ أن نتذاكر مسائل قد تُرفَع فوق قدرها، أو تعطى فوق ما تستحقه في ميزان العدل، ومن ذلك مسألة القضاء على الغائب، ولن أتكلم ها هنا عن المسألة بعُجَرها وبُجَرها، فقد أكثر فيها الكُتَّاب وهي مدوَّنة في كتب الفقه ويسهل الوصول إليها، وإنما أردت الإشارة إلى مسألة ليست محلَّاً للطرح ولا للنظر في كلام الفقهاء، وإنما وُجد الكلام فيها مؤخراً، وهي مسألة: (**الحكم على المدَّعى عليه لتغيُّبه دون بيِّنة**)، وسأبيِّن فيها كلام فقهاء المذاهب

الأربعة وغيرهم، وما أذكره ها هنا تذكرةٌ ومعذرةٌ لعلَّ الله أن يرحمنا يوم نلقاه والحمد لله أولاً وآخراً..

والمسألةُ التي أردت الحديث عنها مسألة أعنونها بسؤالٍ يُقرِّب صورتها:

(هل غياب المدَّعى عليه وسيلة من وسائل الإثبات وطريق من طرق الحكم بمجرَّدها؟)[1].

وسأحصُرُ الكلامَ على ما يخدم بحث هذه المسألة دون توسُّعٍ في حكم القضاء على الغائب فليس هذا موضعه.

وقد رأيت أن أفصلها في المسائل التالية:

- **المسألة الأولى: المراد بالغائب في كلام الفقهاء.**
- **المسألة الثانية: حكم القضاء على الغائب.**
- **المسألة الثالثة: شرط سماع الدعوى على الغائب.**
- **المسألة الرابعة: علامَ يُحْمَلُ غياب المدَّعى عليه؟**
- **المسألة الخامسة: هل يلزم عند الحكم على الغائب وسماع البينة أن يَحْلِفَ المدَّعي اليمين؟**
- **المسألة السادسة: الحكم على المدَّعى عليه لتغيبه دون بينة.**

واللهَ أسأل أن ييسر لي إنهاء البحث فيها، وأن يبلغني ما تمنَّيت وأن يجعل ما كتبت شاهداً لي لا عليَّ إنه ولي ذلك والقادر عليه.

---

(١) ولا يدخل في الكلام على هذه المسألة تغيُّب المدعى عليه بعد توجيه اليمين عليه؛ إذ أن تلك مسألة أخرى خارجة عن حدود هذا البحث.

المسألة الأولى: المراد بالغائب في كلام الفقهاء

أطْلَقَ الفقهاء مصطلح الغائب، وسَمَّوا من يعنون به في وصفهم هذا وهم:

(١) الغائب عن البلد:

وهو المسافر الذي يحتاج وقتاً طويلاً ليحضر إلى البلد، وجعل المالكية الغائبَ على حالين: الأول: البعيد بُعْدَاً متوسطاً: وهو الذي يبعد عن البلد قدر مسير عشرة أيامٍ مع الأمن أو مسافة يومين مع الخوف، الثاني: البعيد جداً كالذي سافر من مكة إلى إفريقية ونحو ذلك[١]، والغائب عند الشافعية: من كان بمسافة بعيدة وضبطوه بأنه: الذي لا يرجع إلى موضعه ليلاً، وقيل: من كان على بعد مسافة قصر[٢]، وبهذا قال الحنابلة أيضاً - أعني بأنه من كان على مسافة قصر - [٣].

(١) ينظر: البيان والتحصيل ط دار الغرب الإسلامي (٩/ ١٨٠)، وشرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر (٧/ ١٥٦) و(٧/ ١٧٢)، أما الحال الثالثة: فقد عدوا المدَّعى عليه فيها حاضراً كما سيأتي، وهي ما دون الثلاثة أيام.

(٢) ينظر: منهاج الطالبين ط دار الفكر ص(٣٤٢).

(٣) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٤١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥١٨)، وشرح المنتهى ط عالم الكتب (٣/ ٥٣٠)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٣).

(٢) المستتر في البلد[١]:

وهو الممتنع عن الحضور الذي لا يُقدَر عليه[٢].

ويُلاحَظُ هذا القيد: وهو الامتناع عن الحضور، أما إن لم يَحْضُرْ لمجلس الحكم ولكنه لم يمتنع فقد اتفق أهل العلم أنه لا يجوز الحكم عليها[٣].

ويتفِّقُ على عدِّ الممتنع في حكم الغائب الحنابلة والشافعية، وذلك إذا وُجد الامتناع والاستتار.

ويثبُتُ الامتناع والاستتار عند الشافعية إذا لم يحضُرِ المدَّعى عليه بعد بعث القاضي من ينادي على داره بأنه إن لم يَحْضُر خلال ثلاثة أيام – مثلاً – فإنه سيُسَمِّر بابه، أو يَختمُ عليه، فإن لم يَحْضُر بعد هذا الإنذار، عُدَّ ممتنعاً، وجاز الحكم عليه[٤].

(١) الغائب دون الثلاثة أيام عند المالكية لا تسمع الدعوى عليه إلا ببينة، ويكتب إليه بشأن البينة ويعذر إليه في كل حق، فإن لم يوكِّل ولم يقدُم حكم عليه في كل شيء كالحاضر، ينظر: البيان والتحصيل ط دار الغرب (٩/ ١٨٠)، والشرح الكبير للدردير ط دار الفكر (٤/ ١٦٢).

(٢) ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ط دار المنهاج (١٣/ ١٠٥)، وشرح المنتهى ط عالم الكتب (٣/ ٥٣٠).

(٣) ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ط دار الغرب ص(٨٧٧)، والمسالك في شرح موطأ مالك (٦/ ٢٥٠)، وحكى الاتفاق على هذا ابن القيم في الطرق الحكمية ط عالم الفوائد (٢/ ٥٢٤).

(٤) ينظر: البهجة الوردية ط الميمنية (٥/ ٢٦٦)، وحكى الماوردي من الشافعية بأن الامتناع يثبت بغير ذلك فلينظر تفصيلاً في الحاوي الكبير ط دار الفكر (٢٠/ ٣٧٣).

ويثبت الامتناع والاستتار عند الحنابلة: إذا أبى المدَّعى عليه من الحضور بعد إبلاغه بطلب القاضي له، فإن أبى أمر القاضي صاحب الشرطة بإحضاره فإن لم يستطع أقْعَدَ على بابه من يُضَيِّقُ عليه في دخوله وخروجه أو ما يراه الحاكم من التضييق فإن أصرَّ على عدم التغيُّب حُكِمَ عليه[1].

ويزيدُ المالكية شروطاً لسماع الدعوى ضد الحاضر في البلد الممتنع من الحضور ومن كان مثله كالغائب مسافة أقلِّ من ثلاثة أيام، فيشترطون للحُكْم عليه أن يَكْتُبَ إليه القاضي ويعذِر إليه أولاً في الحضور وثانياً في البيِّنة وفي كلِّ حقٍّ، ويُعلِمه أنه إن لم يُوكِّل ولم يَقدُم للحكم عليه فيعامل معاملة الحاضر[2].

وليس عَدُّ من هذا حاله حاضراً على سبيل التخفيف عندهم - أعني المالكية -، بل على سبيل التشديد؛ لأنهم شددوا كما ترى في الإعذار إليه حتى مع البيِّنة، فحتى إن كان مع المدَّعي على من هذه حاله بيِّنةٌ فلا يُكتَفَى بها، بل لا بُدَّ بعد سماع البيِّنة من إعذار المدَّعى عليه الذي في البلد، ويُمَكِّنوهُ من جرح البيِّنة، ولا يلزم عندهم

---

(١) يحكم على من كان هذا حاله قولًا واحداً، نص على ذلك أبو البركات ابن تيمية في المحرر في الفقه ط مكتبة المعارف (٢/ ٢١٠)، وأطلق الحنابلة الامتناع والاستتار ولم أجد لهم في ذلك حداً، وقد تناقلوا ما قرره أبو البركات، ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ط العبيكان (٧/ ٢٩٠)، والإنصاف للمرداوي ت التركي (٢٨/ ٥٢٥).

(٢) ينظر: البيان والتحصيل ط دار الغرب الإسلامي (٩/ ١٨٠).

أن يحلِف اليمين مع البيِّنة إذا أقامها[1]، فشدَّدُوا في هذا تشديداً لم يُشَدِّدْهُ الحنابلة والشافعية[2]، ونص ابن تيمية رَحِمَهُ ٱللَّهُ على نحو ما نص عليه المالكية يقول: «وإن أمكن القاضي أن يُرسل إلى الغائب رسولاً، ويكتب إليه الكتاب والدعوى ويجيب عن الدعوى بالكتاب والرسول = **فهذا هو الذي ينبغي، كما فعل النبي** صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **بمكاتبة اليهود لَمَّا ادَّعى الأنصاريُّ عليهِم قَتْلَ صاحبهم، وكاتَبَهُم ولم يُحضِرْهُم، وهكذا ينبغي في كلِّ غائب طُلِبَ إقرارُهُ أو إنكارُهُ إذا لم يُقِم الطالب بيِّنة، وإن أقام بيِّنة فمن الممكن أيضاً أن يقال: إذا كان الخصم في البلد لم يجِب عليه حضور مجلس الحاكم، بل يقول: أرسلوا إليَّ من يعلمني بما يدَّعي به عليَّ، وإذا كان لا بُدَّ أن يقوم مقامه رسولٌ يبلِّغه الدعوى، فإن المقصود من حضور الخصم سماع الدعوى وردُّ الجواب إما بإقرارٍ أو إنكارٍ**»[3].

---

(١) ينظر: وشرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٦٢-١٦٣).

(٢) لكونهم يسمعون البيِّنة على من هذا حاله، ويوجبون اليمين على المدَّعي، والمقصود: أن قول المالكية بعدِّه حاضراً لا غائباً ليس من باب التسهيل؛ إذ أن قولهم أشد من قول الباقين **مع اشتراطهم للبينة عند سماع الدعوى ضده**.

(٣) الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية للبعلي ت الخليل ص(٤٨٩)، ثم قال في ص(٤٩٠): «ثم وجدت هذا منصوصاً عن الإمام أحمد في رواية أبي طالب...» وحكى عن الإمام أحمد في جواز القضاء بالعين المودعة على الغائب وأن الإمام أحمد قال: «ومن قال بغير هذا يقول: له أن ينتظر بقدر ما يذهب الكتاب ويجيء، فإن جاء وإلا أخذ الغلام المودَع»، ثم علَّق ابن تيمية فقال: «وكلامه يحتمل تخيير الحاكم بين يقضي على الغائب وبين أن يكاتبه في الجواب»ا. هـ ونقلتها للفائدة إذ تصلح لتخريج جواز الأخذ بما أُدِعَ من المذكرات الجوابية ونحوها.

والفرقُ أن الشافعية والحنابلة يجعلون المستَتِرَ الممتَنِعَ عن الحضور في حُكمِ الغائب، وأما المالكية فيجعلونَهُ كالحاضر، **ومع ذلك: فإن الجميع يشترط وجود البيِّنة ولا يجيز سماع الدعوى بدونها وسيأتي.**

(٣) الميت ومن في حكمه كغير المكلفين:

فغير المكلَّفين كالصبيان والمجانين ونحوهم لهم حُكْمُ الغُيَّب، في كلام الفقهاء[١].

فالخلاصة:

أن الغائب كُلُّ من لم يَكُنْ في مجلس القضاء عند جميع القائلين بجواز القضاء على الغائب، إلا في صورة واحدة: وهي صورة المستَتِرِ والممتَنِعِ، فإن المالكية يعدُّونَهُ حاضِراً خلافاً للشافعية والحنابلة وقد سبق بيانه وبيان ما يترتب عليه من أحكام بحمد الله.

(١) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، والشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ط دار الفكر (٤/ ١٦٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب ط دار المنهاج (١٨/ ٥٠٤)، وتحفة المحتاج مع حواشي الشرواني والعبادي ط دار إحياء التراث (١٠/ ١٨٦)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥١٥)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٣).

المسألة الثانية: حكم القضاء على الغائب

توطئة:

تقدَّم في المسألة السابقة ما يُريد الفقهاء بالغائب، وتقدَّم كذلك الأحوال التي يكون عليها الغائب، ففي الجملة: أن الغائب عند الفقهاء هو من لم يَكُنْ حاضراً في المجلس، وحتى على قول المالكية القائلين بأن من كان يبعد عن مجلس القاضي ثلاثة أيام فأقل في حكم الحاضر= فهم لا يسمونه غائباً، ولكنهم يجوِّزون الحكم عليه، بعد استيفاء ما يرونه احتياطاً، فيحتاطون له - كما سيأتي - كما يحتاط الشافعية والحنابلة، غير أنهم لا يتفقون على نوع الاحتياط فلكلٍّ طريقته ونهجه، كما سيأتي.

وأُبيِّن ها هنا خلافَ الفقهاء في الحكم على الغائب:

صورة المسألة:

إذا ادعى مدَّعٍ على مدعى عليه بمبلغٍ ماليٍّ، وكان المدَّعى عليه: غيرَ حاضرٍ بمجلس القاضي، ولكنَّهُ معلومُ المحل في البلد، وطَلَبَهُ القاضي فامتنع عن الحضور أو استَتَر فهلْ للقاضي أن يحكُمَ عليه[1]؟

صورة أخرى:

إذا ادعى مدَّعٍ على مدعى عليه بدينٍ في بلد للمدعى عليه فيه مالٌ، وكان المدَّعى عليه غير معلومِ مكان الإقامة، أو كان بعيداً جداً

(١) تقدَّم قريباً: أن الفقهاء الثلاثة يجوِّزون الحكم على من هذه حاله إذا امتنع عن الحضور، ولم يتمكن القاضي من إحضاره وتقدم خلاف المالكية.

ولا يمكن سماع دعوى المدَّعي في مواجهة المدَّعى عليه في بلده، وليس في البلد وكيلٌ عنه ولا مَن يقوم مقامه من شَريكٍ ونحوه فهل للقاضي أن يحكُمَ عليه؟[١]

تحرير محل النزاع:

(١) اتفق أهل العلم على جواز القضاء على الميت[٢].

(٢) اتفق أهل العلم على جواز سماع بيِّنَةِ المدَّعي ضدَّ الغائب[٣].

(٣) اتفق أهل العلم على أنه لا يجوزُ الحُكْمُ على الحاضر في البلد القادر على الحضور غير الممتنع[٤].

(١) وهذه أيسر صور الحكم على الغائب، لأن المدَّعى عليه ليس حاضراً في البلد، فليس في سماع الدعوى ضده مانع شرعي، ولا يدخل في حكم الإجماع الآتي، وينظر: الشرح الكبير على المقنع ت التركي (٢٨/ ٥١٦).

(٢) ينظر: روضة القضاة وطريق النجاة لابن السمناني ط مؤسسة الرسالة (١/ ١٩١)، والذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٤)، وحيث قد سبق العزو إلى المذاهب الثلاثة سوى الحنفية، فسأكتفي ها هنا في تأييد ما نقل من إجماع بالعزو على بعض كتب الحنفية، ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط دار الكتاب الإسلامي (٧/ ١٨)، وحاشية ابن عابدين ط دار الفكر (٥/ ٤١٠) ويكون الحكم على التركة.

(٣) ينظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ط دار الكتب العلمية (٢/ ٤٠٦)، والعزيز شرح الوجيز ط دار الكتب العلمية (١٢/ ٥١١)، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ط دار الفضيلة (٧/ ١٩٥)، والإجماع على سماع البيِّنة دون الحكم بها كما سيأتي قريباً.

(٤) ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ط دار الغرب ص(٨٧٧)، والمسالك في شرح موطأ مالك (٦/ ٢٥٠)، وحكى الاتفاق على هذا ابن القيم في الطرق الحكمية ط عالم الفوائد (٢/ ٥٢٤)..

واختلفوا في الحكم على الغائب عن البلد أو المستتر والممتنع في الأموال ونحوها[1] على قولين[2]:

● **القول الأول**: أنه لا يجوز الحكم على الغائب مطلقاً، وبهذا قال الحنفية[3]،وبه قال: شريحٌ وعامرٌ وابنُ القاسمِ

---

(١) لن أتعرَّض في بحث هذه المسألة إلى الكلام عن حكم القضاء على الغائب في غير الأموال ونحوها، وللفقهاء فيما يجوز الحكم فيه على الغائب وما لا يجوز تفصيلات تراجع في محلها، ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٣)، والبهجة الوردية ط الميمنية (٥/ ٢٦٦)، وأسنى المطالب ط دار الفكر (٤/ ٣١٥)، والمغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (١٠/ ٩٦).

(٢) زعم بعض الباحثين أن ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ حكى الإجماع على جواز القضاء على الغائب في حقوق الآدميين، وقد رجعت إلى كلامه في فتح الباري ط دار المعرفة (١٣/ ١٧١) فوجدت نصه: «قوله (القضاء على الغائب) أي في حقوق الآدميين دون حقوق الله بالاتفاق»، والمتأمِّل في كلامه رَحِمَهُ ٱللَّهُ يجد أن الاتفاق الذي نقله ليس في جواز سماع القضاء على الغائب في حقوق الآدميين، وإنما أراد نفي جواز القضاء على الغائب في حقوق الله، وهو ظاهر من كلامه إذ نقل بعد ذلك خلاف الفقهاء في مسألة القضاء على الغائب فليتنبه له.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٢٢٢) و(٧/ ٨)، وتبيين الحقائق ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ١٩١)، وحاشية ابن عابدين ط دار الفكر (٥/ ٤١٤)، إلا أن الحنفية استثنوا صوراً منها ما ذكره الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: «وكذلك إذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو إناث فقيرات ووالدان فقيران فإن كان المال في أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وإن طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض؛ لأن الفرض منه يكون إعانة لا قضاء وإن كان المال في يد مودعه أو كان دينا على إنسان فرض القاضي نفقتهم منه» بدائع الصنائع ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٨)، واعترض بها عليهم أصحاب القول الثاني: إلا أنهم أجابوا عنها بأنها=

وابنُ أبي ليلى[١]، وحُكِيَ عن ابن الماجشون من المالكية[٢]، وهو روايةٌ عن أحمد[٣].

وحَدَّ الحنفية الغائبَ: بكلِّ من لم يَكُن بين يدي القاضي، إذ جَعَلُوا الحضور بين يدي القاضي شرطاً من شروط جواز القضاء[٤].

● **القول الثاني**: جواز الحكم على الغائب - على ما سبق ذكره في المسألة السابقة - وبهذا قال المالكية[٥]،

= ليست من القضاء على الغائب، «لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي، ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء، ويكون القضاء إعانة لهم، فلا يكون قضاء على الغائب..» تبيين الحقائق ط دار الكتاب الإسلامي (٣/ ٣١١).

(١) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ط مكتبة مكة (٤/ ٢٠٣)، وضعَّف ابن حزم النقل في هذا عن شريح، قال: «وأما شريحٌ: فإنه لا يصح عنه؛ لأنه عن مجالد ومجالد ضعيف، والطريق الأخرى: إنما فيها أنه لا يلقن خصماً فقط» المحلى بالآثار ط دار الفكر (٨/ ٤٣٨).

(٢) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط دار الحديث (٤/ ٢٥٤)، إنما جعلته هكذا على صيغة التمريض لأن الشيخ عليش نقل عن ابن الماجشون أنه قال بالحكم على الغائب ينظر: منح الجليل ط دار الفكر (٨/ ٣٧١).

(٣) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥١٦).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ط دار الكتب العلمية (٦/ ٢٢٢)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ط دار الجيل (٤/ ٦٣٠).

(٥) ينظر: البيان والتحصيل ط دار الغرب (٩/ ١٨٠)، والشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ط دار الفكر (٤/ ١٦٢)، ونبَّهت سابقاً أن المالكية: وإن لم يسموا الممتنع والمستتر غائباً إلا أنهم جوَّزوا الحكم عليه بعد إعذاره كما سيأتي، وعليه فيصح حكاية الخلاف في المسألة بكونها مسألة واحدة، إذ المالكية لا يمانعون في الحكم عليه، وإنما يمانعون في عدِّه غائباً، ويفترقون - حقيقة - عن الشافعية=

والشافعية[١]، والحنابلة[٢]، والظاهرية[٣]، وبه قال: ابنُ شبرمة والأوزاعيُّ والليثُ بن سعد وسوَّار وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور[٤]، وابن المنذر[٥].

يَستدِلُّ أصحابُ القول الأول بجملة من الأدلة منها[٦]:

الدليل الأول:

حديث عليِّ بنِ أبي طالبٍ قال: قال لي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **((إذا تَقَاضَى إليكَ رَجُلَانِ فلا تَقْضِ للأولِ حتى تَسْمَعَ كلامَ الآخرِ، فسُوفَ تدري كيف تَقْضِي))** قال عليٌّ: فما زِلتُ قاضياً بَعْدُ[٧].

= والحنابلة في الاحتياط لحق الغائب فقط، كما أن للمالكية تفصيلاً في المال الذي يجوز القضاء فيه على الغائب، وليس هذا مقصود البحث.

(١) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، ونهاية المحتاج ط دار الفكر (٨/ ٢٦٨).

(٢) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥١٥)، وشرح المنتهى ط دار عالم الكتب (٣/ ٥٣٠).

(٣) ينظر: المحلى لابن حزم ط دار الفكر (٨/ ٤٣٤).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (١٠/ ٩٥)، والإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ط مكتبة مكة (٤/ ٢٠٣).

(٥) ينظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥١٢).

(٦) سأذكر فيما يلي: أقوى ما استدل به الفريقان باختصار، لأن هذه المسألة كالمدخل بين يدي مسألة البحث فلم أرَ داعياً للتفصيل فيها، وفي المسألة عدد من البحوث فليرجع لها من أراد التوسع.

(٧) أخرجه الطيالسي في «مسنده» (١/ ٩٧) برقم: (١٠٠)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١١/ ٦٥٦) برقم: (٢٣٦١٢)، وأحمد في «مسنده» (١/ ١٩٥) =

وجه الدلالة:

أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهاه عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، وسَماعُ الدَّعوى مع غيابِ المدَّعى عليه قَضاءٌ لأحدِ الخَصْمَيْنِ قبل سماع كلام الآخر فكان منهيًّا عنه[1].

نوقش:

بأن ذلك في حال حضورِ الخصمين، أما في حال الغياب فليس المدَّعى عليه حاضِراً حتى يُسْمَعَ منه[2]، بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا تَقَاضَى إليكَ رَجُلَانِ)): فاشتَرَطَ حُضُورَهُمَا في الحُكْمِ المذكور، ومفهومه: أنهما إذا لم يَتَقَاضَيَا إليه ويَحْضُرَا إليه في مجلسٍ واحدٍ لم يَجِبْ عليه السماع من الآخر قبل الحُكْم[3].

الدليل الثاني:

حديثُ أمِّ سَلَمَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن رسولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إنَّكُمْ تَختَصِمُوْنَ إليَّ، ولَعَلَّ بَعْضَكُم أَلْحَنُ بحُجَّتِهِ من بعض، فمن

= برقم: (٦٤٦) وأبو داود في «سننه» (٣/ ٣٢٧) برقم: (٣٥٨٢) والترمذي في «جامعه» (٣/ ١٢) برقم: (١٣٣١) والنسائي في «الكبرى» (٧/ ٤٢٠) برقم: (٨٣٦٣)، وأبو يعلى في «مسنده» (١/ ٢٥٢) برقم: (٢٩٣)، (١/ ٢٦٨) برقم: (٣١٦)، (١/ ٣٠٥) برقم: (٣٧١)، (١/ ٣٢٣) برقم: (٤٠١) وابن حبان في «صحيحه» (١١/ ٤٥١) برقم: (٥٠٦٥) والضياء المقدسي في «الأحاديث المختارة» (٢/ ٣١٧) برقم: (٦٩٦)، (٢/ ٣٨٨) برقم: (٧٧٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٢٢٣).

(٢) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ط دار العبيكان (٧/ ٢٨٧).

(٣) ينظر: الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٥).

قَضَيْتُ له بحقِّ أخيه شيئاً بقوله، فإنما أقطع له قطعةً من النار، فلا يأْخُذْهَا))[1].

وجه الدلالة:

«أن القضاءَ مبنِيٌّ على سماع كلام الخصوم، وهذا يقتضي حُضُوْرَهُما، أما الغائبُ فلم يُسمَع منه؛ فلا يجوز القضاءُ عليه»[2].

نوقش:

بما نوقش به الدليل الأول، وغايةُ ما في هذه الأحاديث: أنَّه لا يُقْضَى على حاضرٍ بدعوى خصمِهِ دون سَمَاعِ حُجَّته[3].

الدليل الثالث:

أنهم «لم يَخْتَلِفوا أنه لو كان حاضِراً لم نَسْمَع بيِّنَةَ المدَّعي حتى يُسْأَلَ المدَّعى عليه؛ فإذا كان غائباً فأَحْرَى ألا تُسْمَعَ»[4].

نوقش:

بأن ذلك محمولٌ على حالِ حضور المدَّعى عليه، أما الغائب ومِثْلُهُ الممتَنِعُ والمستَتِرُ فسماع جوابِهِ ممتَنِعٌ لغيابه، وعدمُ سماع بيِّنة المدَّعي لتغيُّب المدَّعى عليه إضرارٌ به، فلا ضررَ ولا ضِرار، ولا يَتَضَرَّرُ

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٣١) برقم: (٢٤٥٨) ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١٣).

(٢) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ط دار الفضيلة (٧/ ١١٤)، وينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط دار الحديث (٤/ ٢٥٥).

(٣) ينظر: المحلى لابن حزم ط دار الفكر (٨/ ٤٣٧).

(٤) قاله أبو جعفر الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء ط دار البشائر (٣/ ٣٨٦).

المدَّعى عليه من سماع دعوى المدَّعي إن رُوعِيَ حالُه واحتِيْطَ لأجله بما سيأتي ذكره، وكذا الحالُ في شأن الدعوى على الميت والصبيِّ والمجنون بل هؤلاء أبلغ؛ فَكُلُّ واحدٍ من هؤلاء عاجزٌ عن الجواب فأُلحِق بالغائب[1].

ويَستَدِلُّ أصحاب القول الثاني بجملةٍ من الأدلة منها:

الدليل الأول:

عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قالت هندُ أمُّ معاوية لرسولِ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إن أبا سفيانَ رجلٌ شحيحٌ، فهَلْ عليَّ جُناحٌ أن آخذ من مالِهِ سِرًّا؟ قال: ((خُذِي ما يَكْفِيْكِ بالمعروف))[2].

وجه الدلالة:

أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى لها ولم يَكُن أبو سفيانَ حاضراً[3].

نوقش:

بأن ذلك من النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فتوىً وليس حُكْماً ولا قَضَاءً، ويدُلُّ على ذلك أمورٌ منها: أنه جاء على هيئةِ السؤالِ لا على هيئةِ الدعوى، ومنها: أنها لم تَطْلُبْ من النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يُلْزِمَهُ

---

(١) ينظر: الممتع شرح المقنع ت ابن دهيش (٤/ ٥٦١).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ٧٩) برقم: (٢٢١١) ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢٩) برقم: (١٧١٤)، (٥/ ١٢٩) برقم: (١٧١٤)، (٥/ ١٣٠) برقم: (١٧١٤).

(٣) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، والمغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (١٠/ ٩٦).

بذلك بل ذَكَرَتْ ذلك على هيئة السائل، ومنها: أنها سَأَلَت هل عليها جُناحٌ من ذلك، وهذا ليس طَلَباً للقضاء وإنما استفتاء وسؤال؛ إذ سألتْ هل عليها إثمٌ من فعلها ذلك أم لا[١].

يقول ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«فهذه فتياً لا حُكْمٌ؛ إذ لم يَدْعُ بأبي سفيان، ولم يَسْأَلْهُ عن جوابِ الدعوى، ولا سَأَلَهَا البيِّنة»[٢].

قال ابن عبد الهادي رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«بل قد يقال: يَتَعَيَّن للفتوى؛ لأن الحكم يَحتاجُ إلى إثباتِ السببِ المُسَلِّطِ على الأخذِ من مال الغير، ولا يُحْتَاجُ إلى ذلك في الفتوى، وقد يقال: إن أبا سفيان كان حاضِرَاً في البلد، ولا يُقْضَى على الغائبِ الحاضرِ مع إمكان إحضارِهِ وسماعِهِ الدعوى عليه في المشهور من مذاهب العلماء»[٣].

وقد سَبَقَ عند تحرير محلِّ النزاع نَقْلُ اتفاقِ الفقهاء على عَدَمِ جواز الحُكْمِ على الحاضر غيرِ الممتَنِع.

---

(١) ينظر: إعلام الموقعين ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٧٣)، والقبس في شرح موطأ مالك بن أنس ط دار الغرب ص(٨٧٧)، وفتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام لابن عثيمين ط المكتبة الإسلامية (٦/ ١٤٥).

(٢) زاد المعاد ط مؤسسة الرسالة (٣/ ٤٢٩)، ووافق على هذا كذلك النووي وابن حجر وغيره من أهل العلم ينظر: فتح الباري ط دار المعرفة (٩/ ٥١٠).

(٣) تنقيح التحقيق ط أضواء السلف (٥/ ٦٣-٦٤).

الدليل الثاني:

عموم الأدلة الدَّالة على الحُكْم بالعَدْلِ كقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾[1]، وكذا الأدلة الدَّالةُ على الحكمِ بالبيِّنة كقولِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا لَمْ يَكُنْ لِلطالِبِ بَيِّنَةٌ فعَلَى المَطلوبِ اليَمينُ))[2].

وجه الدلالة:

أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ القضاء بالبَيِّنة أمراً مشروعاً، ولم يُفَرِّق بين حاضرٍ وغائبٍ[3].

الدليل الثالث:

إجماعُ الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ على القضاء على الغائب إذا وُجِدَت البيِّنة[4]، يقولُ ابنُ حزم رَحِمَهُ اللَّهُ: «الصحيح عن عمر وعثمان: القضاء على الغائب إذا صَحَّ الحقُّ قِبَلَهُ، ولا يَصِحُّ عن أحدٍ من

(١) سورة المائدة: آية رقم (٤٩).

(٢) أخرجه البيهقي في «سننه الكبير» (١٠/ ٢٥٣) برقم: (٢١٢٦٦) من طريق إسحاق بن إبراهيم عن روح بن عبادة عن الحجاج بن أبي عثمان الصواف واللفظ له، والدارقطني في «سننه» (٥/ ٣٩١) برقم: (٤٥١٣) من طريق نعيم بن حماد عن مروان بن معاوية عن الحجاج به، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ٦٨١) برقم: (٢١٢٢٢) من طريق محمد بن بشر عن الحجاج به، ومن طريقه أخرجه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٥٩) برقم: (٤٩٣٧)، وأورده ابن حجر في «المطالب العالية» (١٠/ ٢٠٧) برقم: (٢١٨٩/ ٢) بألفاظ متقاربة، واللفظ المثبت لفظ البيهقي، وإسناده ثقات.

(٣) ينظر: الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٣).

(٤) حكى الإجماع في المسألة ابن حزم كما سيأتي قريباً، والقرافي في الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٤).

الصحابةِ خلافُ ذلك»[١]، وقال بَعْدَ أن ذَكَرَ عدداً من صور قضاءِ الصحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ على الغائب: «ولو تُتُبِّعَ ذلك للصحابة بعدما يوجد من ذلك للنبيِّ - صلى الله عليه وآله وسلم - لكَثُرَ جدًّا - والذي أوردنا عن عُمَرَ، وعثمان صحيحٌ، ولا يصِحُّ عن أحدٍ من الصحابة خِلافُهُ أبداً»[٢]، ومما استَدَلَّ به ما رواهُ عبد الرزاق بإسنادٍ صحيح أنَّ عُمَرَ وعثمان رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا قَضَيَا في المفقودِ أن امرأته تَتَرَبَّصُ أربَعَ سنينَ وأربعةَ أشهرٍ وعشراً بعد ذلك، ثم تُزَوَّج فإن جاء زوجُهَا الأول خُيِّر بين الصَّداقِ وبين امرأته[٣].

الدليل الرابع:

«أن الغائب لو حَضَرَ: لكان بين إقرارٍ وإنكارٍ، فإنْ أَقَرَّ فالبيِّنَةُ مُوافِقَةٌ، وإن أنكَرَ فالبيِّنةُ حُجَّةٌ، فلم يَكُن في الغيبة مانعٌ من الحكمِ بالبيِّنة في حالتَي إقرارهِ وإنكارِهِ»[٤].

الدليل الخامس:

استصحابُ الإجماعِ في القضاء على الغائِبِيْنَ في بعض الصور، ومن ذلك:

إجماعهم على القضاء على العاقلة وهم غائبون، وإجماعُهُم في القضاء على الميت وهو أعظمُ من الغائب[٥].

---

(١) المحلى بالآثار لابن حزم ط دار الفكر (٨/ ٤٣٨).

(٢) المحلى بالآثار ط دار الفكر (٨/ ٤٤٠).

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٢٣١٧).

(٤) أدب القاضي للماوردي ط إحياء التراث (٢/ ٣١٦).

(٥) ينظر: الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٤)

الترجيح:

يترجَّح عندي القول الثاني قول الجمهور القائلين بجواز القضاء على الغائب بشرطِهِ على ما يأتي في المسائِلِ القادمة إن شاء الله، لأمور:

- **الأول**: أن الأدلة الدَّالَة على القضاء بالبيِّنَاتِ عامَّةٌ لم تُخَصَّص بالحاضر.
- **الثاني**: أنَّه الذي عَمِلَ به الصحابة رضوانُ الله عليهم، بل نُقِلَ إجماعُهُم عليه كما سبق.
- **الثالث**: أنه الذي تقضِي به المصلحة، إذ لو قِيل بأنه لا يُقْضَى على الغائب لأدَّى ذلك إلى ضياع حقِّ من كان له على الغائب حقٌّ، يقول القرافي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولأنَّه لولا الحُكْمُ على الغائب لأخَذَ الناسُ أموال الناس وغابُوْا، فتَضِيْعَ الأموال، ويجوز ذهاب مال الغائب قبل القدوم فيضِيْعَ الحقُّ»[1]، ويؤكِّدُ ذلك: أن الحنفية – القائلينَ بعدمِ جوازِ القضاءِ على الغائب – اضْطُرُّوا في عددٍ من المسائل إلى الحكم على الغائب وقد سَبَقَ بيانُ شيءٍ منها، كما اضطُرَّ بعضهم إلى إيجاب إقامة (المُسَخَّرِ) وهو الذي يُجِيْبُ عن المدَّعى عليه لتقومَ البيِّنَةُ مع الإنكار، ويَظْهَرُ من هذا إدراكُهُم لأهمية مسألة القضاء على الغائب[2].

---

(١) الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٤).

(٢) ينظر: البناية شرح الهداية ط دار الكتب العلمية (٩/ ٥٢)، وحاشية ابن عابدين ط دار الفكر (٥/ ٤٠٩)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام ط دار الجيل (٤/ ٥٧٨).

المسألة الثالثة: شرط سماع الدعوى على الغائب

سَبَقَ أن القائلينَ بجواز القضاء على الغائب هُم المذاهب الثلاثة سوى الحنفية، ولِئلَّا يُفهَمَ من هذا أن الفقهاء مُتَسَاهِلونَ في الحُكم على الغائب رأيتُ أن أذكر ما يخدِمُ المسألة – محلّ البحث –، إذ أن الناظِرَ في كلامهم يَجِدُ أنَّهم يشدِّدُون في الحكم على الغائب تشديداً لا يشدِّدُونه في الحُكْم على الحاضر، ويَظْهَرُ ذلك جليّاً في اشتراطِهِم ألَّا تُسمَعَ الدَّعوى على الغائب إلا مع وجود بيِّنةٍ.

فقد اتَّفَقَ القائلون بجواز سماع الدعوى ضِدَّ الغائب أن الدَّعوى لا تُسْمَعُ عليه إلا بوجود بينةٍ[1].

يقول القرافي المالكي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «..فإن تعذَّرَ إحضاره لكونِهِ غائباً أو كان حاضِراً فهَرَبَ وليس مع الطالب بيِّنةٌ **لم تُسمع دعواه**؛ لعدم الفائدة »[2].

ويقول الجويني الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الدَّعوى المجرَّدَةُ على الغائب، **لا خَيْرَ فيها إذا لم يكُنْ للمدَّعي بيِّنَةٌ**، وإنما تُفْرَضُ الدَّعاوى على الغُيَّبِ ممن يَبْغِي إقامةَ البيِّنَة»[3].

(١) نقل الاتفاق على ذلك الماوردي في الحاوي ط دار الفكر (٢٠/ ٣٦٧)، وينظر: الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٣)، وشرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ط دار المعارف (٤/ ٢٣١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ط دار المنهاج (١٣/ ١٠٥)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، والكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٤١)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٣).

(٢) الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٣).

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب ط دار المنهاج (١٨/ ٥٠١).

ويقول العمراني الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إذا ادَّعى على غائبٍ عن مجلس الحكم بحقٍّ فإن لم يَكُن مع المدَّعي بيِّنَةٌ بما ادَّعاه لم يَسْمَع الحاكم دعواه؛ لأنه لا فائدةَ في سماعها»[١].

ويقول الزركشي الحنبلي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في سياق ردِّه على من مَنَعَ سماع الدَّعوى ضِدَّ الغائب: «...وعليه فلا يحكَمُ على الغائب إلا إذا صحَّ الحَقُّ عنده وعليه، وصِحَّته بأن تقوم به بينة، فلو لم يكن به بينة لم يحكم، بل ولا يسمع الدعوى لعدم فائدتها»[٢].

وهل يلزم أن تكون البيِّنة شاهدين أم يجوز سماع الدعوى إذا كان مع المدعِّي شاهدٌ ويمين؟

يجوزُ سماع الدعوى ضِدَّ الغائبِ إذا لم يَكُن مع المدَّعي إلا شاهد واحد ويمين، نصَّ على ذلك المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إلا أن الشاهد واليمين لَمَّا كانا أضعَفَ من الشاهِدَيْنِ فسيأتي أنَّهُم يشدِّدُون فيها ما لا يشدِّدُون في اليمين مع الشاهدين.

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ط دار المنهاج (١٣/ ١٠٥).

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ط العبيكان (٧/ ٢٨٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٤/ ١٩٩) وينظر إلى ما قرره العدوي في حاشيته عليه، وما نقله القرافي في الذخيرة ط دار الغرب (٨/ ١٠٠).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج مع حواشي الشرواني والعبادي (١٠/ ١٦٤)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٠٨).

(٥) ينظر: المبدع في شرح المقنع ط دار الكتب العلمية (٨/ ٢٠٧)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢١).

ورأى بعضُ الحنابلة أن شَرْطَ سماع الدَّعوى ضد المدَّعى عليه الغائب: وجودُ بيِّنةٍ كاملةٍ (شاهدين)، وأنه لا تسمع الدعوى ضِدَّ الغائب إذا كانت البيِّنَةُ شاهداً ويميناً، يقول الشيخ مرعي الكرمي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ويتَّجه: لا شاهد ويمين»[1]، وعلَّله الرحيباني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في مطالب أولي النهى فقال: «ولو فيما يقبل فيه؛ لضعفه، وهو متَّجه»[2].

ومما تقدم يتبين أنه لا يجوز عند أحد من الفقهاء سَماعُ الدَّعوى ضِدَّ الغائب إلا بوجود بيِّنةٍ.

(١) غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى ط غراس (٢/ ٥٩٨).

(٢) مطالب أولي النهى ط المكتب الإسلامي (٦/ ٥٢٧).

المسألة الرابعة: علامَ يحمل غياب المدَّعى عليه؟

استبانَ فيما سبق: أن القائلين بجواز القضاء على الغائب يشترطون البيِّنةَ لسماع الدَّعوى، ولعلَّ سؤالاً يتبادر إلى ذِهْنِ القارئ الكريم: وهو أنه إذا قرَّرْنَا بأن البيِّنَةَ لا تُسْمَعُ إلا بعدَ إنكارِ المدَّعى عليه، والمدَّعى عليه في هذه الصورِ غائبٌ، فعلامَ حمل الفقهاء غياب المدَّعى عليه؟

والجواب أن يقال:

إن الغائب عِنْدَهُم في حُكْمِ المُنكر، نصَّ على ذلك المالكية[1]، وقرَّر الشافعية والحنابلة أن غياب المدَّعى عليه كسُكُوتِه، كما قرَّروا بأن البَيِّنَةَ تُسمَعُ في مواجَهَةِ المدَّعى عليه الحاضِرِ إن سكت عن الجواب، فلتُسْمَع البيِّنةُ في حالِ الغياب[2]، يقول الجويني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إذا سَكَتَ بعدَ الدَّعوى، أو قال: لا أُقِرُّ، ولا أُنْكِرُ، كان ذلك كالتَّصْرِيح بالإنكار»[3]، ويقول المرداوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الغَيْبَةُ سُكوتٌ، والبيِّنَةُ

(١) ينظر: الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (٧/ ٢٥٥)، وينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ط دار المعارف (٣/ ٥٣٠).

(٢) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، ومغني المحتاج ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٠٩)، وشرح المحلي على المنهاج مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٣٠٩)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ط المكتب الإسلامي (١٢/ ٤٤)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٤٤٦-٤٤٧)، والفروع مع تصحيح الفروع ط الرسالة (١١/ ٢٠٣)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٤).

(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ط دار المنهاج (٧/ ٨٧).

تُسْمَعُ على ساكتٍ»[1]، وقد قرَّروا كذلك: أن السكوتَ إنكارٌ، عليه: فيُحْمَلُ غيابُ المدَّعى عليه على السكوتِ والساكتُ عندهم مُنْكِرٌ، وبهذا يَظهَرُ وجهُ سماع البيِّنة[2].

وعلى هذا: فلا يجوزُ نسبةُ الإقرارِ إلى المدَّعى عليه الغائب؛ إذ لا يُنْسَبُ لساكتٍ قولٌ، بل يُعامَلُ معامَلَةَ المُنْكِرِ عند جميع القائلين بجواز الحكم على الغائب، ولأجْلِ ذلك سوَّغوا سماع البيِّنة مع غَيْبَتِهِ.

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥١٥).

(٢) المراجع السابقة.

المسألة الخامسة: هل يلزم عند الحكم على الغائب وسماع البينة أن يحلف المدَّعي اليمين؟

إذا تبيَّن أن القائلين بجواز القضاء على الغائب يشترطون البيِّنة لسماع الدَّعوى، وتبيَّن أن وَجْهَ سماعِهم للبيِّنة أن الغياب في حُكم السُّكوتِ، وأن السُّكوتَ إنكارٌ كما تقدَّم في المسألة السابقة، **فإذا أَحْضَرَ المدَّعي شاهدَيْنِ وثَبَتَتْ عَدَالَتُهُمَا عند القاضي الشرعيِّ:**

فهل يلزَمُ تحليفُ المدَّعي مع هذه البيِّنة؟

اختلف القائلون بجواز الحُكْمِ على الغائب في هذه المسألة على قولين[1]:

- **القول الأول:** أنه لا يَلْزَمُ تحليفُ المدَّعي على الغائب مع بيِّنَتِهِ، وبهذا قال الحنابلة في الأشهر عندهم[2]، ويجوِّزون التحليفَ إن رأى القاضي ذلك احتياطاً[3]، ولم أجِدْ

(١) وسياق الخلاف هنا حيث قيل بجواز القضاء على الغائب عند المالكية، وذلك في حق الغائب غيبة متوسطة أو بعيدة، أما ما دون ذلك فيعدونه حاضراً وقد ذكرته سابقاً.

(٢) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢٠)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٤).

(٣) ينظر: كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٤)، وغاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى ط غراس (٢/ ٥٩٨)، وقال المرداوي في فوائد هذه المسألة: «لا يمين مع بينة كاملة - كمقر له - إلا هنا. وعنه، بلى، فعله على بن أبى طالب، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وعنه-، يحلف مع ريبة في البينة. وتقدم في باب الحجر أنه إذا شهدت بينة بنفاد ماله، أنه يحلف معها. على الصحيح من المذهب. وإذا شهدت بإعساره، أنه لا يحلف معها. على الصحيح من المذهب. ولنا وجه، أنه يحلف معها أيضاً» الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢١).

للظاهرية كلاماً في المسألة إلا أن ظاهر كلام ابن حزم رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنهم لا يُلْزِمُون باليمين[١].

وعلَّلُوا ذلك:

بأنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَلَ البيِّنةَ في جانب المدَّعي، واليمينَ على المدَّعى عليه، وقد أتى المدَّعي ببيِّنةٍ عادلةٍ فلَمْ تَجِبْ اليمينُ معها كما لو كان المدَّعى عليه حاضِراً[٢].

● القول الثاني: يَلْزَمُ تحليفُ المدَّعي مع بيِّنَتِهِ - وإن كانت كاملةً - وجوباً، وبهذا قال المالكية[٣]، والشافعية[٤]، وهي الرواية الثانية عند الحنابلة، ومالَ إليها الموفَّقُ ابنُ قدامة، وهو الذي عليه العَمَلُ بين قضاةِ الحنابلة كما نَقَلَهُ المرداوي[٥]، وبهذا قال أكثرُ أهلِ العلم[٦].

---

(١) ينظر: المحلى لابن حزم ط دار الفكر (٨/ ٤٣٤).

(٢) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٤١)، والشرح الكبير على المقنع ت التركي (٢٨/ ٥٢٠)، والممتع شرح المقنع ت ابن دهيش (٤/ ٥٦١).

(٣) ينظر: الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٣)، وشرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر (٧/ ١٧٢).

(٤) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ط دار المنهاج (١٨/ ٥٠٣)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥).

(٥) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢١)، والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع ط دار أطلس الخضراء ص(٤٨٤).

(٦) عزاه لأكثر العلماء ابن مفلح في المبدع ط دار الكتب العلمية (٨/ ٢٠٦).

وعلَّلوا ذلك:

بوجودِ احتمالِ المُسْقِطِ، فتكون اليمين لنفي المُسْقِطِ، كما أن القاضي مأمورٌ بالاحتياطِ لحقِّ الغائب، ويكون ذلك منه باليمين مع البيِّنة(١).

وعلى هذا القول فاليمين واجبةٌ على المدَّعي، ولا يُقْضَى له حتى يحلِفَهَا، وليست استظهاراً(٢).

وها هنا مسألة مهمة:

وهي أن اليمينَ ها هنا إذا كانت بيِّنة المدَّعي شاهدينِ وهي أقوى البيِّنات المتعدِّيَة، فإن لم يُحْضِر المدَّعي إلا شاهداً واحداً ويميناً – وقد سبق بيان جوازه عندهم – فهل يَلْزَمُ شيءٌ إضافيٌّ على المدَّعي على الغائب؟

(١) ينظر: الذخيرة للقرافي ط دار الغرب (١٠/ ١١٣)، وشرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب ط دار المنهاج (١٨/ ٥٠٣)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٧) والممتع شرح المقنع ت ابن دهيش (٤/ ٥٦١)، وشرح المنتهى ط عالم الكتب (٣/ ٥٣١)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢٠).

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل ط دار الفكر (٨/ ٣٧٢)، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ط مكتبة الكليات الأزهرية (١/ ٣٣١) وذكر بأنه الذي عليه الفتوى والقضاء، ونص على وجوبها عند الشافعية الشيخ زكريا الأنصاري في أسنى المطالب في شرح روض الطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٧)، وظاهر صنيع المرداوي وغيره عند حكايتهم للخلاف في المسألة أن ذلك على سبيل الوجوب، لما سبق من تجويزهم تحليف المدَّعي مع بينته حتى على القول الأول، ثم حكوا الرواية الثانية في المذهب وهي الدالة على الوجوب ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢٠).

أما عند الشافعية: فيوجِبُونَ على المدَّعي يميناً أخرى بعد اليمينِ التي تكون مع الشاهد، وتكون لنَفْيِ المُسْقِطِ:

يقول الشيخ زكريا الأنصاري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «(ويُقْضَى على الغائب بشاهدٍ ويمينَيْنِ أحدُهُمَا لتكميلِ الحُجَّةِ والأخرى) بَعْدَهَا (لنفي المُسْقِطِ) من إبراءٍ أو غيره ويسمَّى يمين الاستظهار»(١).

وبنحو هذا قال المالكية(٢).

وأما عند الحنابلة فعلى القول بلزوم اليمين فإنه يلزم أن يضاف إلى اليمين التي تكون مع الشاهد أن البيِّنَةَ صادِقَةٌ، يقول بُرْهَان الدين ابنُ مفلح رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولا يَتَعَرَّض في يمينه لصدق البيِّنةِ لكمالها، **بخلاف ما إذا أقام شاهداً، فإنه يحلِفُ معه**»(٣).

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٧)، وينظر: حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ط دار الفكر (٨/ ٢٦٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٤/ ١٩٩) وينظر إلى ما قرره العدوي في حاشيته عليه حيث قرر أنه قد يصحبه ثلاثة أيمان يمينان للاستظهار ويمين لتكملة النصاب... فليراجع.

(٣) المبدع في شرح المقنع ط دار الكتب العلمية (٨/ ٢٠٧)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ت التركي (٢٨/ ٥٢١)، وحكى بعض الحنابلة وجهاً آخر وهو أنه لا يقبل على الغائب إلا شاهدان فقط: يقول الشيخ مرعي الكرمي في غاية المنتهى ط مؤسسة غراس (٢/ ٥٩٨): «ومن ادعى على غائب مسافة قصر بعمله أو لا أو مستتر بالبلد أو دون مسافة قصر أو ميت أو غير مكلف، وله بينة، ويتجه: لا شاهد ويمين»ا.هـ، قلت: ولعله خرَّجها على ما حكوه في مسألة الوارث ينكر التدبير فيقيم العبد الشاهد الواحد ويحلف معه اليمين على أن المورِّث دبَّره، فقد حكوا في هذه المسألة روايتين: الأولى: أنه لا يحكم=

ولك أن ترى أن الفقهاء شدَّدُوا في ذلك لأجلِ حَقِّ الغائب مع وجودِ بَيِّنة قويَّةٍ وهي الشاهدُ الواحد، فكيفَ الحالُ إذا كانت البيِّنة ضعيفةً لا ترتَقِي ولا تُقَارِبُ الشاهدَ الواحد؟ كورقَةٍ تتضمن إقراراً منسوباً للمدعى عليه وعليها توقيعٌ منسوبٌ - كذلك - للمدعى عليه ولا يعرِفُ القاضي صحة نسبتها إليه؟! فإن هذه البيِّنات لقصورها عن مرتبة الشاهد الواحد العَدْلِ أوْلَى بأن يُحْلَفَ معها.

= بها، والثانية: أنه يحكم بها، وجوَّدها ابن قدامة في المغني ط مكتبة القاهرة (١٠/ ٣٥٦)، ووجه اتفاق المسألتين: أن المدبِّر ميت، وقد حكوا أنه أبلغ من الغائب كما تقدم حكاية ذلك عنهم.

المسألة السادسة: الحكم على المدَّعى عليه لتغيبه دون بينة

صورة المسألة:

أن يدَّعِيَ عبدُ الله بأنه أقرضَ أحمدَ الغائبَ عن مجلس الحكم مبلغاً قدرُهُ مئة ألفِ ريالٍ، وأنَّ المدَّعى عليه لم يُرْجِع له منها شيئاً، ويطلُبُ إلزامَهُ بدفعها، ويقرِّرُ المدَّعي بأنَّه ليس لديه على دعواه بيِّنةٌ، ويجِدُ القاضي أنَّ المدَّعى عليه قد تبلَّغ بموعِدِ الجلسة ولم يَحْضُر، **فهل للقاضي أن يحكُمَ على المدَّعى عليه لأجل أنه تغيَّب عن الجلسة بعد تبلُّغه بها دون الحاجة إلى بيِّنة؟**(١)

قدَّمتُ قبل الكلام على هذه المسألة جملةً من المسائل التي هي مقدمات للكلام على هذه المسألة، فتبيَّنَ مما سبق أنَّ المدَّعى عليه في هذه الصورة في حُكْمِ الغائب على مذهب الشافعية والحنابلة، وهي كذلك في حكم الغائب عند المالكية لأنه لا يعرف أنه في البلد أو خارجه.

وتبيَّن أيضاً أن المذاهبَ الثلاثةَ - خلافاً للحنفية - يجوِّزُونَ القضاءَ على الغائب.

وتبيَّن أن شَرْطَ سماع الدعوى عند القائلينَ بجواز القضاء على الغائب: أن يكون للمدعي بيِّنةٌ، وأنهم يجوِّزون كونَ وسيلةِ الإثباتِ في القضاء عليه: الشاهد واليمين، وتبيَّن أيضاً أنهم يزيدون في الاحتياط عند كونها كذلك - أعني عند كونها شاهداً ويميناً -

---

(١) وقد سبق التنبيه على أنه لا يدخل في الكلام على هذه المسألة تغيب المدعى عليه بعد توجيه اليمين عليه؛ إذ أن تلك مسألة أخرى خارجة عن حدود هذا البحث.

احتياطاً لحقِّ المدَّعى عليه الغائب، فبَعْضُهُم يُوجِبُ يميناً أخرى، وبعضُهُم يوجِبُ لَفظاً إضافياً في اليمين التي يحلفها المدَّعي مع شاهده.

وتبيَّن أيضاً: أن غياب المدَّعى عليه لا يُعَدُّ إقراراً، وإنما يُعَدُّ سكوتاً، وأن سكوتَهُ محمولٌ على الإنكار عند القائلين بجوازِ القضاء على الغائب كما سبق.

وإن الناظر في هذه الأمور بعين البصيرة والإنصاف ليجد أنَّ الفقهاء شدَّدُوا في الحُكْم على الغائب ما لم يشدِّدُوا في الحُكْمِ على الحاضر، فإن الدعوى تُسْمَعُ في مواجهةِ المدَّعى عليه الحاضِر ولو لم يكُنْ مَعَهُ بيِّنَةٌ، وتُسْمَعُ دعوى المدَّعي على الحاضر مع بيِّنَتِهِ ولا يُوجِبُوْنَ فيها يميناً، كما أنَّهُم لا يُوجِبُونَ في الشاهدِ واليمين على الخصم الحاضِرِ شيئاً إضافياً، لا صِيغَةً معيَّنَةً، ولا يميناً أخرى، وهذا يدُلُّ بجلاءٍ على أنَّ الفقهاء احتاطُوا للغائبِ احتياطاً بالغاً.

وبالنظر إلى ما قرَّرهُ الفقهاء في هذا الشأن **نَجِدُ أنَّه لا مَكَانَ لبحثِ مسألةِ الحُكْمِ على المدَّعى عليه لتغيُّبِهِ دونَ بيِّنة**؛ إذ أنَّ البيِّنَةَ شَرْطٌ لسماع الدعوى باتفاقِهِم[1]، ومن باب أولى: أنَّه لا يجوزُ الحكم في الدعوى دون بيِّنة.

(١) نقل الاتفاق على ذلك الماوردي في الحاوي ط دار الفكر (٢٠/ ٣٦٧)، وينظر: الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٣)، وشرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ط دار المعارف (٤/ ٢٣١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ط دار المنهاج (١٣/ ١٠٥)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، والكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٤١)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٣)، وقد سبق حكاية ذلك عن فقهاء كل مذهب قريباً.

كما أن الحكم على المدَّعى عليه الغائب دون بيِّنةٍ حُكْمٌ للمدَّعي بدعواه، **وقد أَجْمَعَ أهلُ العِلْمِ على أنه لا يجوز للقاضي أن يحكُمَ بمجرَّدِ دعوى المدَّعي، نَقَلَ الإجماعَ على هذا جمع من العلماء:**

يقول ابن المنذر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «..وقول جميع أهل العلم أن أحداً لا يعطى بدعواه شيئاً»(١).

ويقول ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«وأجمعوا أنه لا يعطى أحد بدعواه وأن البينة عليه فيما يدعيه»(٢).

ويقول أبو الوليد الباجي رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«لا خلاف أنه لا يحكم لأحد بدعواه»(٣)، **والقول بأن القاضي يحكم بمجرد تخلف المدَّعى عليه دون بيِّنة حكمٌ للمدعي بدعواه.**

ومستند الإجماع في هذه المسألة: قول النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدَّعى عليه))(٤)، وفي الحديث الآخر: ((إذا لَمْ يَكُنْ لِلطالِبِ بَيِّنَةٌ فعَلَى المَطلوبِ اليَمينُ))(٥).

---

(١) ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ط مكتبة مكة (٨/ ٤١).

(٢) الاستذكار ط دار الكتب العلمية (٧/ ٢١٠).

(٣) المنتقى شرح الموطأ ط السعادة (٥/ ٢٠٤)، وحكى الإجماع على ذلك غير من ذكرت، ولتراجع: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ط دار الفضيلة (٧/ ١٤٤) وما بعدها.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٤٣) برقم: (٢٥١٤)، ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١١)، (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١١) من حديث ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

(٥) أخرجه البيهقي في «سننه الكبير» (١٠/ ٢٥٣) برقم: (٢١٢٦٦) من طريق إسحاق بن إبراهيم عن روح بن عبادة عن الحجاج بن أبي عثمان الصواف =

يقول البهوتي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «(وإن ادَّعى على غائبٍ مسافةَ قصرٍ ولو في غير عمله أو) ادَّعى على (مُمْتَنِعٍ) من الحضور لمجلس الحكم (أي مُسْتَتِرٍ إما في البلد أو دونَ مسافة قصرٍ أو ادَّعى على ميت أو صغير أو مجنون بلا بيِّنَةٍ لم تُسْمَعْ دعواه) لأنه لا فائدةَ فيها (ولم يُحْكَمْ لَهُ) بما ادَّعَاهُ لحديثِ ((لو يعطى الناس بدعواهم))...»[1].

ومع هذا البيان الصريح منهم - رحمة الله عليهم - فلا فائدة من بحثِ هذه المسألة حقيقةً، وعُلِمَ منه أيضاً أنه لا قائِلَ بجواز سِماعِ الدعوى على الغائب دون بيِّنة.

ولكن سمعت ورأيت من يرى جوازَ الحُكْمِ على المدَّعى عليه لمجرَّدِ تغيُّبِهِ دونَ بيِّنةٍ ويستَنِد في ذلك إلى أدِلَّةٍ عامَّةٍ، ولم يتفطَّن إلى ما فَهِمَهُ أهلُ العلم منها، ولا إلى ما قرَّرَهُ أهلُ العلم في شأن القضاء على الغائب، وسأذكر ها هنا ما يستَدِلُّونَ به وما رأيتُهُم يستَنِدون عليه.

ولفَهْمِ حقيقة مخالفة هذا القول لما قرره الفقهاء فلا بُدَّ من استحضار ما سبقت حكايته عنهم.

= واللفظ له، والدارقطني في «سننه» (٥/ ٣٩١) برقم: (٤٥١٣) من طريق نعيم بن حماد عن مروان بن معاوية عن الحجاج به، وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ٦٨١) برقم: (٢١٢٢٢) من طريق محمد بن بشر عن الحجاج به، ومن طريقه أخرجه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٥٩) برقم: (٤٩٣٧)، وأورده ابن حجر في «المطالب العالية» (١٠/ ٢٠٧) برقم: (٢١٨٩/ ٢) بألفاظ متقاربة، واللفظ المثبت لفظ البيهقي، وإسناده ثقات.

(١) كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٤).

أقوى ما رأيتُهُم يستدِلُّونَ به الآتي:

(١) عن أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ **أنَّ رسول الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **كان إذا اختَصَمَ إليه الخَصْمَانِ، فاتَّعَدَا الموعد، فجاءَ أحدُهُمَا ولم يأتِ الآخرُ قَضَى رسولُ الله** صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **للَّذي جاءَ على الذي لم يَجِئ.** فقال أبو موسى: «إنما كان ذاكَ في الدَّابة والشاةِ والبعيرِ، والذي نحنُ فيهِ أمرُ الناسِ» أخرجه الطبراني في الأوسط، وقال: «لم يروِ هذا الحديثَ عن سعيد بن أبي بردةَ إلا خالدُ بنُ نافعٍ»[1].

وجه الدلالة:

أنَّ أبا موسى علَّقَ الحُكْمَ على عَدَمِ مجيءِ الخصم، ولم يَذْكُر بيِّنةً ولا يَميناً ولا نُكُولاً فعُلِمَ منه أن للقاضي أن يحكُمَ على الخصم المتخلِّف عن الحضور لأجل تخلُّفِهِ.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ط دار الحرمين (٧٥٤١) من طريق خالد بن نافع الأشعري عن سعيد بن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقال في كنز العمال (١٤٥٣٩) (ج٥/ ٨٤٩) ط الرسالة: «أبو سعيد النقاش وفيه خالد بن نافع، ضعيف»، وفيه كما ترى خالد بن نافع الأشعري، وهو ضعيف ضعفه أبو زرعة والنسائي، وقال أبو حاتم: شيخ ليس بقوي يكتب حديثه، ينظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ط دار إحياء التراث (٣/ ٣٥٥)، ولسان الميزان ط دار البشائر (٣/ ٣٤٢)، وقال الهيتمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ط مكتبة القدسي (٤/ ١٩٧): «وفيه خالد بن نافع الأشعري: قال أبو حاتم: ليس بقوي يكتب حديثه، وضعَّفه الأئمة»، والخلاصة أن هذا الحديث ضعيف.

ونوقش من أوجه:

الوجه الأول:

أن هذا الحديثَ ضعيفٌ، لأن في إسناده خالد بن نافع الأشعري وهو ضعيفٌ، كما سبق عند تخريج الحديث، فإذا تبيَّنَ ذلك: فإن كان الحديث لم يبلُغْ درجَةَ الاعتبار فلا يُحْتَاجُ إلى الكلام عليه؛ لأنَّه لا يجوزُ العملُ به على فَرْضِ عدم معارضَتِهِ لما هو أرجَحُ منه، وعَدَمُ مخالفَتِهِ للقواعد الشرعية، والواقِعُ أن الحديثَ مُعَارَضٌ بما هو أرجَحُ منه من الأدلة والقواعد الشرعية هذا مع ضعفه كما تقدَّم، ومع ذلك كُلِّه: فإنَّ عنه أجوبةً - على فرض صحته - تَجْمَعُ بينه وبين نصوص الباب[1]، وستأتي في الأوجه التالية.

الوجه الثاني:

أنَّ القائلين بجوازِ الحُكْمِ على الغائب متَّفِقُوْنَ على أنَّه لا يجوزُ سماع الدَّعوى ضده إلا ببيِّنَةٍ فكيف بالحكم بغير بيِّنةٍ! وقد سبق نقل اتفاقهم على ذلك[2]، فإذا أُخِذَ ذلك بعينِ الاعتبار، وعُلِمَ أنَّ

(١) ينظر: الفتح الرباني في فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩٧).

(٢) نقل الاتفاق على ذلك الماوردي في الحاوي ط دار الفكر (٢٠/ ٣٦٧)، وينظر: الذخيرة ط دار الغرب (١٠/ ١١٣)، وشرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٧/ ١٧٢)، والشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ط دار المعارف (٤/ ٢٣١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ط دار المنهاج (١٣/ ١٠٥)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤/ ٣١٥)، والكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٤/ ٢٤١)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٦/ ٣٥٣).

أهل العلم اختلفوا في القضاءِ على الغائب على قولين: أَحَدُهُما أنَّه لا يُحْكَمُ عليه مطلقاً، والآخَرُ أنَّه يُحْكَمُ عليه بالبيِّنَةِ، عُلِمَ أنَّ الحُكمَ على المدَّعى عليه بلا بيِّنَةٍ قولٌ لم يَقُلْهُ أحد من فقهاء الإسلام.

فإن قيل: فما الجواب عن هذه الأحاديث؟

فيقال:

الوجه الثالث:

أنَّ أهلَ العلمِ حَمَلُوا هذه الأحاديث على جواز الحُكْمِ على الغائب بالبيِّنَةِ لا مِنْ دون بيِّنةٍ، وهو لازمٌ؛ لقول النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الحديث الذي أخرجه الشيخان: ((لو يُعْطَى الناسُ بدَعْوَاهُمْ لادَّعَى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهُم ولكِنَّ اليمينَ على المدَّعى عليه))[1]، ووجهُ الدلالة منه: أنَّه لو قِيْلَ بأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَكَمَ على المدَّعى عليه لأجل غيابِهِ فَقَط لَلَزِمَ من ذلك أن يكون أَعْطَى المدَّعي بدعواه، وقد نفى النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا المعنى في هذا الحديث، وبيَّن طريقَ الحكم وأنَّه باليمين، وفي حديثٍ آخر: ((إذا لَمْ يَكُنْ لِلطالِبِ بَيِّنَةٌ فعَلَى المَطلوبِ اليَمينُ))[2]، يقول القاضي أبو يعلى

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٣/ ١٤٣) برقم: (٢٥١٤)، ومسلم في «صحيحه» (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١١)، (٥/ ١٢٨) برقم: (١٧١١) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) أخرجه البيهقي في «سننه الكبير» (١٠/ ٢٥٣) برقم: (٢١٢٦٦) من طريق إسحاق بن إبراهيم عن روح بن عبادة عن الحجاج بن أبي عثمان الصواف واللفظ له، والدارقطني في «سننه» (٥/ ٣٩١) برقم: (٤٥١٣) من طريق نعيم بن حماد عن مروان بن معاوية عن الحجاج به، وأخرجه ابن أبي شيبة في =

رَحِمَهُ ٱللَّهُ معلِّقاً على حديث أبي موسى محلِّ الاستدلال: «ومعلومٌ أنَّهُ لم يَكُن يَقْضِي عليه بدَعْوَاهُ، فثبَتَ أنَّه قَضَى بِبَيِّنَةٍ»(١).

الوجه الرابع:

أنَّهُ يُمكن حَمْلُ الحديث على عددٍ من الأوجُهِ التي يَحْصُلُ بها الجمع بين هذا الحديث وغيره، فمن ذلك:

أ- أنَّ في الحديث: أن المواعدة بينَ الخَصْمَيْنِ كانت بعد التَّخاصُم عند النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حيثُ قال: «كان إذا اختَصَمَ إليه الخَصْمَانِ، فاتَّعَدَا الموعِدَ..» فعُلم منه أنه سَبَقَ للنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ معهما محاكمة، فالقَضَاءُ لم يُرتَّب على عدم حضور الخَصْمِ، فأينَ الدليلُ من الحديث على أنَّ الحُكْمَ كان لمجرَّدِ تخلُّفِ الخَصْمِ عن الحضور؟ وهل هذا القَوْلُ بأَوْلَى من أن يقالَ بأنَّ الحُكْمَ إنَّما كان بما حَصَلَ في التحاكم الأول جَمْعَاً بين الأدلة على فَرْضَ صحة هذا الحديث؟! وهل يعارِض هذا الحديثُ الضعيفُ الإسنادِ - كما تقدم - الأحاديثَ الصحيحةَ الدَّالةَ على أنَّه لا يُقْضَى بمجرَّد الدَّعوى؟ فَعَلَى فَرْضِ صِحَّة الحديثِ فإنه يَجِبُ المصيرُ إلى الجَمْعِ بين هذا الحديث والأحاديث الأخرى،

= «مصنفه»(١٠/ ٦٨١) برقم: (٢١٢٢٢) من طريق محمد بن بشر عن الحجاج به، ومن طريقه أخرجه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٥٩) برقم: (٤٩٣٧)، وأورده ابن حجر في «المطالب العالية» (١٠/ ٢٠٧) برقم: (٢١٨٩/ ٢) بألفاظ متقاربة، واللفظ المثبت لفظ البيهقي، وإسناده ثقات.

(١) ينظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ط مكتبة المعارف (٣/ ٨٥)، وينظر: الشرح الكبير على المقنع ت التركي (٢٨/ ٥١٨).

لا أن يُصار إلى ترجيح حديث ضعيفٍ أو تقديمِهِ على حديثٍ صحيحٍ[١].

ب- أنَّه إنْ كان الذي لم يَحْضُرْ هو المدَّعي فإنَّه لا يجوز أن يُقْطَعَ حَقُّهُ إلا بيمينِ المدَّعى عليه، أو بإقرارِهِ ببطلانِ دعواه، فبأيِّ دليلٍ يُحْكَمُ على المدَّعي مع قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ولكن اليمين على المدَّعى عليه))؟[٢]

ت- أنَّه يُمْكِنُ أن يقالَ بأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَمِعَ من الخَصمَيْنِ في أوَّلِ مرَّةٍ ما يكفي للبتِّ في الحكم، إما ببيِّنَةٍ من المدَّعي أو بيمينٍ من المدَّعى عليه ونحو ذلك[٣].

ث- أنَّه يمكن أن تكون العينُ المتنازَعُ فيها في يدِ الذي حَضَرَ من الخصمَيْنِ، فيكونُ القَضَاءُ المقصود أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَرَهُ أن يستمِرَّ قبْضُهُ عليها لعدم حضور خَصْمِهِ بشيءٍ يوجِبُ الحُكْمَ له[٤].

ج- أنَّه يُمكِنُ أن يكون الذي حَضَرَ من الخَصْمَيْنِ هو المدَّعي وقد أحضَرَ بيِّنَتَهُ، والذي غابَ هو المدَّعى عليه، فسَمِعَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيِّنَتَهُ وحَكَمَ لهُ[٥].

---

(١) ينظر: شرح مشكل الآثار ط الرسالة (١٢/ ٥٩)، والفتح الرباني في فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩٢).

(٢) ينظر: الفتح الرباني من فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩١).

(٣) ينظر: الفتح الرباني من فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩٧).

(٤) ينظر: الفتح الرباني من فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩٨).

(٥) ينظر: الفتح الرباني من فتاوى الشوكاني ط مكتبة الجيل (٩/ ٤٥٩٩).

وقد ذكر الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ جملة كبيرة من الاحتمالات التي يمكن أن يحصل الجمع بها بين هذا الحديث وأحاديث الباب الدَّالة على أنَّه لا يُقْضَى للمدَّعي بمجرَّدِ دعواه.

(٢) الدليل الثاني: عن سَمرةَ أنَّ رسولَ الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقولُ: ((إذا طالَبَ الرَّجُلُ الآخرَ، فدَعا أحدُهُمَا صاحِبَهُ إلى الذي يقضِي بينَهُمَا فأبى أن يجيءَ فلا حقَّ لَهُ))[1].

(١) أخرجه البزار في مسنده ط مكتبة العلوم والحكم برقم (٤٦٨٠)، من طريق خالد بن يوسف السمتي عن أبيه يوسف، عن جعفر بن سليمان بن سمرة بن جندب، وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ط مؤسسة الرسالة برقم (٤٦٣٥) من طريق مروان بن جعفر بن سعد بن سمرة بن جندب عن محمد بن إبراهيم بن خبيب بن سليمان بن سمرة بن جندب، جميعهم عن جعفر بن سعد بن سمرة بن جندب عن خبيب بن سليمان بن سمرة بن جندب عن أبيه، ومداره عندهما على جعفر بن سعد، قال عنه ابن عبد البر: ليس بالقوي، وقال ابن حزم وابن القطان ومغلطاي: مجهول، وقال عبد الحق الإشبيلي: ليس ممن يعتمد عليه، ينظر: إكمال تهذيب الكمال ط دار الفاروق الحديثة (٣/ ٢١٨)، وتهذيب التهذيب ط دائرة المعارف النظامية (٢/ ٩٤)، ويرويه عن جعفر عن خبيب بن سليمان: وهو مجهول أيضاً قال ذلك ابن حجر وابن حزم وابن القطان الفاسي ينظر: تقريب التهذيب ط دار الرشيد ص(١٩٢)، وتهذيب التهذيب ط دائرة المعارف النظامية (٣/ ١٣٥)، وإكمال تهذيب الكمال ط دار الفاروق الحديثة (٤/ ١٧٢)، وفي إسناد البزار يوسف السمتي وهو متروك الحديث كذاب، قاله عمرو بن علي وابن معين وأبو داود السجستاني، وقال عنه الحاكم: لا يروي عنه أهل الديانة والمعرفة، وقال أبو حاتم: ذاهب الحديث، وقال ابن حجر: يوسف تالف، وما دام مداره على جعفر فالحديث ضعيف لضعف جعفر وجهالة شيخه خبيب.

(٣) الدليل الثالث: عن الحسن البصري: قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من دعي إلى سلطان فلم يجب فهو ظالم لا حق له))[١].

ووجه الدلالة من هذين الحديثين:

أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سمَّى من لم يَحْضُر ظالِمًا، وأنَّه بيَّنَ حُكْمَهُ وأنه لا حَقَّ له.

ونوقش هذان الحديثان من عدة أوجه:

الوجه الأول: من جهة الإسناد:

أما حديث سمرة فمدارُهُ على جعفر بن سعد بن سمرة بن جندب ويرويه عن خبيب بن سليمان بن سمرة بن جندب، فأما جَعفرُ

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٩١) من طريق مسلم بن إبراهيم عن جعفر بن حيان عن الحسن به، ومن طريق البيهقي في السنن الكبير (٢٠٥٤٨)، وأخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره برقم (١٤٧٤٤) عن أبيه عن موسى بن إسماعيل عن مبارك عن الحسن به، وأخرجه الدارقطني في سننه (٤٤٩٥)، من طريق محمد بن سليمان المالكي عن عمرو بن علي عن يحيى بن سعيد القطان عن أبي الأشهب عن الحسن به، وهو من مراسيل الحسن، وقد قال الإمام أحمد: «ليس في المرسلات شيء أضعف من مرسلات الحسن وعطاء بن أبي رباح فإنهما كانا يأخذان عن كل أحد»، تهذيب الكمال في أسماء الرجال ط مؤسسة الرسالة (١٠/ ٨٣)، وتهذيب التهذيب ط النظامية (٢/ ٢٦٦)، وجامع التحصيل للعلائي ط عالم الكتب ص(٧٨)، وقال عنه أبو حاتم: «هذا حديث منكر» العلل ابن أبي حاتم ط الحميضي (٤/ ٢٩٥)، وقال عنه ابن كثير بعد أن ساقه في تفسيره: «وهذا حديث غريب، وهو مرسل» تفسير ابن كثير ط العلمية (٦/ ٦٨)، وقال عبد الحق الإشبيلي في أحكامه الوسطى بعد أن ذكر الحديث: «هذا مرسل، ومراسيل الحسن عندهم ضعاف جداً» الأحكام الوسطى ط مكتبة الرشد (٣/ ٣٤١).

فضعيفُ الحديث، وأما شيخُهُ فمجهول كما سبَقَت الإشارة إليه عند تخريج الحديث.

وأما حديث الحسن: فهو من مرسَلٌ، ومراسيل الحسن من أضعف المراسيل، كما سبقت الإشارة إليه عند تخريج الحديث والكلام على إسناده.[1]

الوجه الثاني: أنه على فَرْضِ التسليم بصحَّةِ الحديث فإنَّ عن دلالته عدداً من الأجوبة[2]:

(١) فمن أوجه الجواب عن هذه الأحاديث: جمع ألفاظ هذه الأحاديث حتى يتبين المعنى منها، فقد أخرج حديث الحسن السابق ابن أبي حاتم في تفسيره بلفظ أتمَّ يفسر المعنى، فساق بإسناده عن الحسن في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ٤٨ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ٤٩ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٥٠﴾[3] قال: «كان

---

(١) وينظر للاستزادة: سلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني (١٢/ ٣٩٥) وما بعدها.

(٢) سئل الحافظ الشوكاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن هذه الأحاديث وهل هي دالة على جواز الحكم على المدَّعى عليه دون بيِّنَةٍ فأجاب عن ذلك من نحو ستين وجهاً وذلك في فتاواه، وكثير مما سبق وما يأتي من الأجوبة مأخوذ من كلامه رَحِمَهُ ٱللَّهُ وما وقفت عليه من كلام أهل العلم.

(٣) الآيات من سورة النور(٤٨-٥٠).

الرَّجُلُ إذا أراد أن يَظْلِمَ فدُعِيَ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعرَضَ وقال: انطلق إلى فلان فأنزل الله: ﴿بَلْ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ۝٥٠﴾ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من كان بينه وبين أخيه شيء يدعى إلى حكم من حكام المسلمين فأبى أن يجيب فهو ظالم لا حق له))[1]،

ووجه الاستدلال به: من وجهين:

أ- أن سبَبَ الحديث ظاهِرٌ في أنَّهم أناس محقوقون ظالِمُونَ، وأنَّهُم إنما مَنَعَهُم من الحضور أنهم ظالمون، فلا يُحْمَلُ عليه كلُّ من لم يَحْضُر.

ب- أن قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فهو ظالمٌ لا حقَّ له)) بيانٌ لمعنى الآية، وليس فيه دلالة على جواز الحُكْمِ عليه[2].

(٢) ومن أوجه الجواب عنه كذلك: أن المعنى في حديث الحسن ونحوه - على فَرض صحته -: أنَّ ذلك على وجه الذم، فيؤخذ منه أنَّ الإجابة واجبة على المدَّعى عليه، وبهذا استدل به الفقهاء[3]، وعليه فلا دلالَةَ فيه على أن تَغَيُّبَ أحدِ الخصمَيْنِ طريقٌ من طُرُق الحكم.

---

(١) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره برقم (١٤٧٤٤) عن أبيه عن موسى بن إسماعيل عن مبارك عن الحسن به.

(٢) ينظر: حسن التنبه لما ورد في التشبه ط دار النوادر (٢/ ٢٣٨).

(٣) ينظر: التجريد للقدوري ط دار السلام (٦/ ٣٠٦٧)، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ط مكتبة الكليات الأزهرية (١/ ٣٦٩)، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ط دار الفكر ص(٩٧).

وسمعت من يعذرهم:

بأن المنظِّم السعودي مكَّنَ القاضي من الحُكْمِ على المدَّعى عليه عند تغيُّبِهِ، **قال: فيَعُدُّونَ هذا منه ضَرْباً من ضروب السياسة الشرعية المبنيَّةِ على المصلحة**، ويستنِدُون على ما جاء في الفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسين من نظام المرافعات الشرعية ونصها: «إذا غاب المدَّعى عليه عن الجلسة الأولى، ولم يكن تبلَّغ لشخصه أو وكيله في الدعوى نفسها فيؤجَّل النظر في الدعوى إلى جلسة لاحقة يبلَّه بها المدَّعى عليه، **فإن غاب عن هذه الجلسة دون عذر تقبله المحكمة ولم يكن تبلَّغ لشخصه أو وكيله فتحكم المحكمة في الدعوى، ويعد حكمها في حق المدَّعى عليه غيابياً**».

قالوا: فقد مكَّنَ المنظِّمُ القاضي من الحكم على المدَّعى عليه ولم يَشْتَرِط وجودَ بيِّنةٍ.

ويُناقَشُ هذا الاستدلال من أوجه:

الوجه الأول في الجواب عن المقدمة الأولى:

أنه لا اعتبار للسياسة إذا خالفت أدلة الشرع، فإن السياسة الشرعية ضَرْبٌ من ضُرُوبِ المصلَحَةِ المرسَلَةِ، ولا اعتبارَ للمصلحةِ إذا خالفت الشرع[1].

الوجه الثاني في الجواب عن المقدمة الأولى:

أن المنظِّم جَعَلَ المادة الأولى في هذا النظامِ نظامِ المرافعات الشرعية في بيانِ حدودِه، وبيَّن أنَّه إجرائي لا موضوعيٌّ، جاءَ في آخر

(١) ينظر: بدائع الفوائد ط عالم الفوائد (٣/ ١٠٨٨).

المادة المذكورة ما نصُّه: «وتتقيَّد في إجراءات نَظَرِهَا بما ورد في هذا النظام»ا.هـ، وما نحن فيه موضوعي لا إجرائي، وجَعَلَ المنظِّمُ مَرَدَّ النَّظَرِ في الأمور الموضوعية أحكامَ الشريعة الإسلامية، جاء في نصِّ المادة المذكورة: «المادة الأولى: تُطَبِّقُ المحاكم على القضايا المعروضَةِ أمامَهَا أحكامَ الشريعةِ الإسلاميَّةِ، وفقاً لما دلَّ عليه الكتابُ والسنةُ، وما يصدِرُهُ وليُّ الأمر من أنظِمَةٍ لا تَتَعَارَضُ مع الكتاب والسُّنَّة»ا.هـ فقيَّدَ العَمَلَ بما يُصدِرُهُ وليُّ الأمر من الأنظمة **بما لا يتعارض مع الكتاب والسنة**، والحُكْمُ على الغائب لمجرَّدِ تغيُّبِهِ دونَ بيِّنةٍ – مع كونَ كلام المنظِّم لا يحتمله كما سيأتي – فهو مخالِفٌ للسُنَّةِ، ومخالِفٌ للإجماع كما سبق.

فإن قيل: فأين وجه المخالفة؟

فيقال:

إن القول بهذا مخالف لحديث النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم..» وقد سبق قريباً أن أهلَ العلم قد أَجْمَعُوا على أنَّه لا يجوز الحُكْمُ للمدَّعي بمجرَّدِ دعواه، وعليه؛ فلا اعتبارَ بهذه المصلحة لمخالفتها لشرع الله.

الوجه الثاني: في الجواب عن المقدمة الثانية:

أنه لا يُسَلَّمُ أن المنظِّم مَكَّن القاضي من الحُكْمِ على المدَّعى عليه بمجرَّدِ الدَّعوى دون بيِّنةٍ، ويظهَرُ هذا بالنَّظرِ إلى الصورة الكليَّة للنِّظام، لا بالنَّظَرِ إلى نَصٍّ مُجْتَزَأ من مادة:

أ- فإنَّ المنظِّمَ قد جَعَلَ الباب التاسع في إجراءات الإثبات فقط، وفَصَّلَ فيه وبيَّن إجراءات الإثبات وما يَلْزَم القاضي السيرَ عليه، وبيَّن ما يجريه القاضي عند عَجْزِ المدَّعي عن البيِّنةِ، وما يجريه عند تغيُّب من كان الإثبات في مواجهته، **فلو كان مجرد الغياب عند المنظِّم كافياً لما احتاج إلى بيان هذه الإجراءات**، أو لجعله وسيلة من وسائل الإثبات، وعليه فلا يصِحُّ أن يُقَالَ إن المنظِّمَ مَكَّنَ القاضي من الحُكْمِ بمجرَّدِ الدَّعوى، كما هو ظاهِرٌ في المادة السادسة والعشرين بعد المئة من نظام المرافعات الشرعية وغيرها من المواد ذات العلاقة.

ب- أن اللوائح التنفيذية للمادة السابعة والخمسين: بيَّنَت أنَّ النصَّ المذكور لا يدل على أنَّ الحكم يكون بلا بيِّنةٍ ونحوها مما هو وسيلة من وسائل الإثبات، جاء في اللائحة التنفيذية الخامسة للمادة ما نصه: «إذا توجَّهَت اليمين على المدَّعى عليه بعد سماع الدَّعوى: فيبلَّغُ بذلك حسبَ إجراءات التبليغ، ويُشْعَرُ بوجوب حضُوْرِهِ لأداءِ اليمين، وأنه إذا تَخَلَّفَ بغير عُذْرٍ تقبَلُهُ المحكمة عُدَّ ناكِلاً وسوف يُقْضَى عليه بالنُّكول وفق المادة الثالثة عشرة بعد المئة من هذا النظام، أما إنْ كان له عُذْرٌ يَمْنَعُهُ من الحضور - تقبله المحكمة - فيُعامَلُ وفق المادة الرابعة عشرة بعد المئة من هذا النظام»ا.هـ وهو ظاهِرٌ في أنَّ القاضي يسير في الدَّعوى على الغائب مع مراعاة إجراءاتِ الإثبات وفقَ ما حدَّدَهُ المنظِّم، ومعلومٌ أنَّه لا يُصَارُ إلى اليمينِ إلا بعد تقرير المدَّعي عَجْزَهُ عن البيِّنة أو اكتفائِهِ باليمين عن إقامة البيِّنة عند من يقول بذلك من الفقهاء.

فإن قيل: بأن المنظِّمَ مَكَّن المدَّعى عليه الغائب من الاعتراض على الحُكْمِ الصادر ضدَّه ولو اكتسب القطعية بالتماس إعادة النظر، وله الطَّعْنُ على الحكم بالأحوال المذكورة بالمادة المئتين من نظام المرافعات الشرعية وهو كافٍ.

فيقال:

بأن هذا الحقَّ مَكْفُوْلٌ لكلِّ محكومٍ عليه، فلِكُلِّ محكومٍ عليه الحقُّ بالتَّقدُمِ بالتماس إعادة النظر، وحَمْلُ هذا الحقِّ على المحكومِ عليه غيابياً فقط تحكُّمٌ، وجعلُه مستنداً على إجازة المنظِّم الحكم على الغائب دون بيِّنة لا وجه له بحالٍ.

فإن قيل: بأن المنظِّم نَصَّ على أنَّ من مسوِّغات التماس إعادة النظر كونُ الحكم غيابيًّاً في الفقرة (و) من المادة المئتين من نظام المرافعات الشرعية، وهو كافٍ في جواز الحكم على المدَّعى عليه بمجرد تغيُّبه؟

فيقال:

بأن ذلك غير مسلَّمٍ، فإن هذه الفقرة جاريةٌ على كلِّ من حُكِمَ عليه غيابياً، وليس في النظام أيُّ مادة تجيز للقاضي أن يحكُمَ على المدَّعى عليه إذا كان غائباً بلا بيِّنة، فلكل محكوم عليه مع غيابه الاعتراض بالتماس إعادة النظر استناداً على الفقرة المذكور حتى لمن حُكِمَ عليه غيابياً (ببيِّنة) بعد استيفاء ما جاء في الفقرة (ط) من المادة السابعة عشرة من نظام المرافعات الشرعية، وبعد الرفع لمحكمة الاستئناف استناداً على اللائحة التنفيذية الثامنة للمادة السابعة والخمسين من

نظام المرافعات الشرعية وتصديقها للحكم، فيَحِقُّ لمن حُكِمَ عليه بحُكْمٍ مصدَّقٍ من الاستئناف مستوفى فيه البيِّنة = الاعتراض وفق الفقرة المذكورة فمن أين يؤخذ تجويز المنظم للحكم على المدَّعى عليه بمجرد تغيُّبه؟!

ولولا أني سمعت من يستند على مثل ذلك لما سقت هذه المناقشة لضعفها، ولا حجة لأحد مع كلام رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

الخاتمة

وبعد فإني أشير إلى أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث:

(١) أن الغائب في اصطلاح الفقهاء يطلق على الغائب عن مجلس الحكم، فيدخلون في حكم الغائب المستتر والممتنع، سوى المالكية الذين جعلوا الموجود في البلد الغائب عن المجلس في حكم الحاضر، واستبان أن قولهم أشد الأقوال في حق من يسميه الشافعية والحنابلة ممتنعاً أو مستتراً.

(٢) أن الميت وغير المكلَّف له حكم الغائب في القضاء عليه، بل هو أولى كما ذكر الفقهاء.

(٣) أن أهل العلم متفقون على جواز الحكم على الميت، وأنهم متفقون على جواز سماع بيِّنة المدعي الغائب ضد الغائب، وأن خلافهم إنما هو في الحكم بها.

(٤) أن أهل العلم متفقون على أنه لا يجوز الحكم على الحاضر في البلد القادر على الحضور غير الممتنع.

(٥) أن جمهور العلماء على جواز الحكم على الغائب خلافاً للحنفية، ومذهب الجمهور هو الراجح عند الباحث.

(٦) أن القائلين بجواز الحكم على الغائب اشترطوا لجواز سماع دعواه أن تكون لديه بيِّنة، ونقل الاتفاق على هذا.

(٧) أن غياب المدَّعى عليه محمول عند من يقول بجواز الحكم على الغائب على السكوت، وأن السكوت عندهم محمول على الإنكار لا على الإقرار.

(٨) أن جمهور القائلين بجواز الحكم على الغائب يشترطون بالإضافة إلى البيِّنة أن يحلِف المدَّعي حتى مع بينته الكاملة - الشاهدان العدلان - **وهو القول الذي عليه العمل بين قضاة الحنابلة كما حكاه المرداوي عنهم.**

(٩) أن بينة المدَّعي على الغائب إن كانت شاهداً واحداً عدلاً وأراد القاضي أن يُحكم بها مع اليمين كما حكم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فيجب أن يُحتَاط لحقِّ المدَّعى عليه الغائب لضعف البيِّنة، ويكون الاحتياط بأن تزاد يمينٌ أخرى للاستظهار كما عند المالكية والشافعية، أو يزاد في لفظ اليمين أن الشاهد صادق، **وسبق أن ما كان أضعف من الشاهد فهو أولى بأن يحلِف المدَّعي معه اليمين.**

(١٠) أنه مع مراعاة ما سبق من **اتفاق الفقهاء** على عدم جواز سماع الدعوى ضد الغائب دون بيِّنة، **واتفاقهم** على أن غياب المدَّعى عليه لا يحمل على الإقرار بل على الإنكار، **واتفاقهم** على أنه لا يجوز الحكم للمدعي بمجرد دعواه = فبمراعاة ذلك كله: يعلم أنه لا يجوز الحكم على الغائب دون بيِّنة، وأنه لم يقل بجواز الحكم عليه لتغيُّبه أحد من الفقهاء.

(١١) أن ما استدل به بعض المتأخرين على جواز الحكم على الغائب لتغيُّبه غايته أن يكون دليلاً في الحكم على الغائب لا أكثر، ولا يصح حملها على الغياب لا على الإقرار ولا على كونه وسيلة من وسائل الإثبات وطريقاً من طرق الحكم.

(١٢) أن الأدلة التي استدل بها بعض المتأخرين على جواز الحكم على الغائب لمجرد تغيُّبه ضعيفة، وهي مع ضعفها معارَضة للأدلة معارضة لإجماع أهل العلم، وأن سبيل ما كان كذلك أن يجمع بينه وبين غيره إن أمكن أو يطَّرح وقد جمع أهل العلم بين هذه الأدلة وبين ما يعارضها على فرض صحة دليل المخالِف بأجوبة مرَّت في ثنايا البحث.

(١٣) أن استناد بعضهم على أن ولي الأمر أجاز الحكم على الغائب لتغيُّبه دون بيِّنة مستدلين ببعض نصوص مجتزأة من نظام المرافعات الشرعية = لا يصح، لأن نظام المرافعات نظام إجرائي لا موضوعي، وأنه بالنظر إلى مجموع نصوص النظام نجد أن ولي الأمر لم يُجِز ذلك، بل ولم يلمِّح لذلك تلميحاً.

هذا ما تيسر إيراده وبحثه، وأسأل الله بمنه وكرمه أن يجعل ما كتبته خالصاً لوجهه الكريم، متقبلاً عنده، وأن ينفع به وأن يكتب له القبول..

وصلِّ اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهرس

مقدمة ٣

المسألة الأولى: المراد بالغائب في كلام الفقهاء ٥

المسألة الثانية: حكم القضاء على الغائب ١٠

المسألة الثالثة: شرط سماع الدعوى على الغائب ٢٢

المسألة الرابعة: علامَ يحمل غياب المدَّعى عليه؟ ٢٥

المسألة الخامسة: هل يلزم عند الحكم على الغائب وسماع البينة أن يحلف المدَّعي اليمين؟ ٢٧

المسألة السادسة: الحكم على المدَّعى عليه لتغيبه دون بينة ٣٢

الخاتمة ٥٠