# أحكام الغائب في مجلس القضاء

الشيخ/ سليمان بن يوسف الدويش *

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ومصطفاه وخليله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه

*عمل قاضياً لمحكمة المخواة ثم انتقل للمحكمة الكبرى بمكة المكرمة، ويعمل حالياً في محكمة الرس، حصل على درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء.

وأتباعه إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

إن المتأمل لما يعرض على القاضي من معاملات ليجد أن بينها تباينات حقوقية، وجنائية، وإنهائية، وكل معاملة يكون لها إجراء مستقل، ويلزم القاضي أن يبحث في كتب أهل العلم للاطلاع على ما ذكروه حول هذه القضايا. وحيث إن من ضمن ما يعرض على القاضي الدعوى على الشخص الغائب، لذا فقد أحببت الاطلاع على ما دوَّنه أهل العلم - رحمهم الله - في كتبهم حتى يتم معرفة الوجه الشرعي في إجراء الأحكام الغيابية، وأن أطرح هذا البحث عبر مجلة العدل الفتية، شاكراً جهد القائمين عليها، وفي مقدمتهم معالي وزير العدل وفضيلة الشيخ علي بن راشد الدبيان رئيس تحرير المجلة، الذي لم يمل أو يكل من الحث على المشاركة، فنسأل الله له التوفيق والسداد.

## أولاً: تعريف الغائب:

في اللغة:

اسم فاعل من غاب يغيب، والغب الإتيان في اليومين ويكون أكثر، وأغب القوم وغب عنهم جاء يوماً وترك يوماً، وأغب عطاؤه إذا لم يأتنا

كل يوم، وأغبت الإبل إذا لم تأت كل يوم بلبن، وأغبنا فلان آتانا غباً، ومنه أغبت القوم وغبت عنهم من الغب جئتهم يوماً وتركتهم يوماً. (١)

في الاصطلاح:

من كان في مكان لا يصل إليه كتاب أو يصله ولا يجيب عنه. (٢)

ثانياً: تعريف القضاء:

في اللغة:

معنى أصله قضائي، لأن فعله قضى يقضي إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف الزائدة قلبت همزة. ومادة قضى وما تصرف منها تطلق في اللغة على معان منها: إحكام الشيء وامضاؤه والفراغ منه، وهو قوله تعالى: ﴿ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ﴾(٣) أي أفرغوا من أمركم وأمضوا ما في أنفسكم. وقضي أي حكم قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (٤)

وقضى في القرآن واللغة تأتي على وجوه تتقارب معانيها ومرجعها كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه والفراغ منه، منها قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ

١ ـ لسان العرب ١/٦٣٦.
٢ ـ المغني ٩/٣٨٥.
٣ ـ سورة يونس آية رقم ٧١.
٤ ـ سورة الإسراء آية رقم ٢٣.

سَمَوَاتٍ﴾ (١) أراد قطعهن وأحكم خلقهن وفرغ منهن. وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قُضِيَ وَلَّوْا إِلَىٰ قَوْمِهِم﴾ (٢)، أي فرغ من تلاوته، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾(٣)، أي لفصل الحكم وقطع.

وقال أبو دؤب:

وعلهما مسرودتان قضاهما
داود أو صنع التوابع تبع

أي صنعهما وأحكم صناعتهما. (٤)

في الاصطلاح:

عند الحنفية هو: فصل الخصومات وقطع المنازعات. (٥)

عند المالكية هو: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام. (٦)

عند الشافعية هو: الحكم بين الناس. (٧)

عند الحنابلة هو: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل

---

١ـ سورة فصلت آية رقم ١٢.
٢ـ سورة الأحقاف آية رقم ٢٩.
٣ـ سورة فصلت آية رقم ٤٥.
٤ ـ لسان العرب ١/ ١٨٦ والصحاح ٦/ ٢٤٦٣.
٥ ـ حاشية رد المختار ٥/ ٣٥٢.
٦ ـ حاشية العدوي ٢/ ٣١٠.
٧ ـ مغني المحتاج ٤/ ٣٧١.

الخصومات. (١).

ثالثاً:

تعريف مجلس القضاء:

المجلس في اللغة هو موضع الجلوس. (٢)

ومجلس القضاء هو المكان الذي يجلس فيه القاضي لسماع الدعوى وإنهاء الخصومة بين المترافعين، وهو ما يسمى في عصرنا الحاضر بالمحكمة.

ولقد نص عليه الفقهاء فقالوا مجلس الحكم.

حيث قال في الإقناع: «ويجعل مجلسه في مكان فسيح كالجامع ويصونه عما يكره فيه، أو فناء واسع أو دار واسعة وسط البلد إن أمكن، ولا يتخذ في مجلس الحكم حاجباً ولا بواباً ندباً بلا عذر». (٣)

وقال في المهذب: «وإذا خرج إلى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم». (٤)

رابعاً: الأحوال التي يعد المدعى عليه فيها غائباً:

---

١ ـ منتهى الإرادات ٢/ ٥٧١.
٢ ـ القاموس المحيط، فصل الجيم باب السين.
٣ ـ الإقناع ٤/ ٣٧٩.
٤ ـ المهذب ٢/ ٢٩٩.

هذا الفصل يتكون من مبحثين:

المبحث الأول: إذا كان الغائب في بلد المدعي أو قريباً منه:

إذا كان الغائب في بلد المدعي أو قريباً من بلد المدعي، فاختلف العلماء في هل يقضى على الغائب أو لا يقضي عليه، على أربعة أقوال:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يقضي على الغائب إذا كان في بلد المدعي أو قريباً منه مطلقاً إلا أن يحضر من يقوم مقامه، كالوكيل. (١)

الأدلة:

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن: «لا تقضي لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر»(٢) فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء، وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه. (٣)

٢ ـ ولأن العمل ببينات المدعي لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد. (٤)

٣ ـ ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن

---

١ ـ حاشية رد المحتار ٥/٤٠٩ وشرح فتح القدير ٧/٣٠٨.
٢ ـ رواه الترمذي كتاب الأحكام ٦/٧٢.
٣ ـ شرح فتح القدير ٧/٣٠٨.
٤ ـ المرجع السابق ٧/٣٠٩.

أحكامه مختلفة. (١)

القول الثاني:

ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا لم يمتنع عن الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره، لأنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحكم، وأما إذا امتنع عن الحضور أو توارى فإنه يقضى عليه. (٢)

الأدلة:

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»(٣)

٢ ـ ولأن الحقوق تضيع لو لم يحكم عليه في حال امتناعه. (٤)

٣ ـ ولأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد، بل إن هذا أولى، لأن البعيد معذور، وهذا لا عذر له. (٥)

القول الثالث:

---

١ ـ المرجع السابق ٧/٣٠٩.

٢ ـ المغني ٩/١١٣، وفتح الوهاب ٢/٢١٤ والمهذب ٢/٣٠٤ وبداية المجتهد ٢/٤٧٢، والغاية القصوى ٢/١٠١٢ والإنصاف ١١/٣٠٢.

٣ ـ السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٥٢، والبخاري في صحيحه ٥/١٤٥.

٤ ـ المهذب ٢/٣٠٤.

٥ ـ المغني ٩/١١٣.

رواية للشافعي وعند الإمام أحمد أنه يقضي عليه حتى لو لم يمتنع عن الحضور. (١)

الأدلة:

لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد. (٢)

ويجاب عنه:

أنه يمكن سؤاله فلا يجوز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحكم، ويفارق الغائب عن البلد فإنه لا يمكن سؤاله. (٣)

القول الرابع:

أنه لا يقضى عليه، بل يرسل له الحاكم رسولاً ويكتب له الدعوى ويجيب عن الدعوى ويعيدها مع الرسول سواء أقام المدعى بينة أم لا. واختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - مستدلاً بفعل النبي صلى الله عليه وسلم مع اليهود، ولما ادعى الأنصاري عليهم قتل صاحبهم

١ - المهذب ٢/٣٠٤ والإنصاف ١١/٣٠٢.
٢ - المهذب ٢/٣٠٤.
٣ - المغني ٩/١١٣.

كاتبهم ولم يحضرهم. (١)

القول الراجح:

إذا دققنا النظر في أقوال أهل العلم - رحمهم الله - نجد أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، فإذا لم يمتنع المدعى عليه الغائب عن مجلس الحكم عن الحضور فلا يقضى عليه. أما إن امتنع عن الحضور أو توارى فإنه يقضى عليه غيابياً حتى لا تضيع حقوق الناس.

## المبحث الثاني: إذا كان المدعى عليه غائباً في بلد آخر غير بلد المدعي:

إذا كان المدعي عليه غائباً في بلد آخر غير البلد المدعي، وأقام المدعي دعواه لدى القاضي، فهل للقاضي سماع دعوى المدعي عليه الغائب وإصدار حكم غيابي أو ليس له ذلك. اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة ورواية عن الإمام أحمد إلى أنه لا يجوز القضاء على الغائب إذا كان في بلد آخر غير بلد المدعي إلا أن يحضر من يقوم مقامه

١ - الاختيارات الفقهية للبعلي ٥٨٠.

كالوكيل. (١)

الأدلة:

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه: إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الآخر، فإنك لا تدري بما تقضي. (٢)

٢ ـ ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه. (٣)

٣ ـ ولأنه يحتمل القضاء والإبراء وكون الشاهد مجروحاً. (٤)

القول الثاني:

ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه يجوز القضاء على الغائب إذا كان في بلد آخر غير بلد المدعي. (٥)

الأدلة:

١ ـ أن هنداً رضي الله عنها قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، قال: خذي ما يكفيك وولدك

١ ـ روضة القضاة ١/ ١٩٠ واللباب شرح الكتاب ٤/ ٨٨ والمغني ٩/ ١١٠ والكافي ٤/ ٤٦٦.
٢ ـ رواه الترمذي كتاب الأحكام ٦/ ٧٢.
٣ ـ المغني ٩/ ١١٠.
٤ ـ الكافي ٤/ ٤٦٦.
٥ ـ بداية المجتهد ٢/ ٤٧٢ وتبصرة الحكام ١/ ٩٨ وأدب القضاء ٣٠٥ والمهذب ٢/ ٣٠٤ والفروع ٦/ ٤٨٤.

بالمعروف. فقضى لها ولم يكن المدعى عليه أبو سفيان حاضراً. (١)

٢ ـ ولأن المدعي له بينة مسموعة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً. (٢)

٣ ـ ولأنه لو لم نسمع البينة ونحكم بها لجعلت الغيبة طريقاً إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها. (٣)

القول الثالث:

إذا أمكن للقاضي أن يرسل إلى الغائب رسولاً، ويكتب معه الدعوى، ويطلب منه الإجابة عليها، فهذا هو الذي ينبغي لفعل الرسول ﷺ بمكاتبته اليهود لما ادعى الأنصاري عليهم قتل صاحبهم فكاتبهم ولم يحضرهم، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ـ رحمه الله ـ (٤)

القول الراجح:

إذا نظرنا في أقوال أهل العلم وجدنا أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، فإذا كان الشخص غائباً في بلد غير بلد المدعي سمعت عليه الدعوى وقضى عليه غيابياً، وذلك حفظاً لحقوق الناس،

---

١ ـ رواه البخاري ٦/١٩٣ كتاب النفقات.
٢ ـ المغني ٩/١١١.
٣ ـ المهذب ٢/٣٠٤.
٤ ـ الاختيارات الفقهية ٥٨٠.

وحتى لا تجعل الغيبة طريقاً إلى إسقاط الحقوق، ولأن الغائب تؤجل له حجته متى ما حضر.

خامساً: ما يصح فيه القضاء وما لا يصح فيه القضاء:

اختلف العلماء فيما يصح فيه القضاء على الغائب إذا أقيمت عليه الدعوى وما لا يصح فيه القضاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

رواية عن الإمام مالك والإمام أحمد أنه لا يصح القضاء على الغائب مطلقاً في أي حق. (١)

الأدلة:

١ ـ ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: إنكم تتخاصمون إلي ولعل بعضكم ألحن حجة من بعض، وإنما أقضي له بحسب ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من نار فإن شاء فليأخذها وإن شاء فليدعها. (٢)

٢ ـ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه حين ولاه اليمن: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقضي للأول حتى

---

١ ـ بداية المجتهد ٢/٤٧٢ والهداية شرح بداية المبتدي ٣/١٠٧ والكافي ٤/٤٦٦.
٢ ـ رواه البخاري كتاب المظالم ٥/١٠٧ ومسلم في كتاب الأقضية ٣/١٣٣٧.

تسمع كلام الآخر فإنك حينئذ تدري بما تقضي»(١) فجعل شرط القضاء عليه سماع قول الآخر.

٣ ـ ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر في البلد.

القول الثاني:

ذهب مالك إلى أنه يصح القضاء على الغائب في سائر الحقوق، وأخذ بهذا القول أبو الخطاب من الحنابلة والمجد ابن تيمية وإسحاق وابن المنذر والليث بن سعد والأوزاعي وابن حزم. (٢)

الأدلة:

١ ـ قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (٣) فلم يخص تعالى حاضراً من غائب. (٤)

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ (٥) فلم يخص تعالى حاضراً من غائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر. (٦)

---

١ ـ رواه الترمذي في كتاب الأحكام ٦/٧٢.
٢ ـ الكافي ٢/٩٣١ والتفريع ٢/٢٤٩ والمحلى ٩/٣٧١.
٣ ـ سورة النساء آية رقم ١٣٥.
٤ ـ المحلى ٩/٣٦٩.
٥ ـ سورة الطلاق آية رقم ٢.
٦ ـ المحلى ٩/٣٦٩.

٣ ـ صح عن رسول الله ﷺ أنه حكم على الغائب، وذلك في حكمه على العرنيين الذين قتلوا الرعاء وسلموا أعينهم وفروا، فأتبعهم بقائف وهم غُيَّب حتى أدركوا واقتص منهم. (١)

٤ ـ قضاؤه على أهل خيبر وهم غُيَّب بأن يقيم الحارثيون أولياء عبدالله بن سهل رضي الله عنه البيّنة، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبر ويُسلَّم إليهم، أو يؤدوا ديته، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرؤون. (٢)

٥ ـ ما روى عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قضيا في امرأة المفقود أن تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج، وهذا قضاء على الغائب، ولم يذكر أن أحداً خالفهما فكان إجماعاً. (٣)

٦ ـ أنه لما جاز القضاء على الميت كان القضاء على الغائب من باب أولى. (٤)

القول الثالث:

ذهب الشافعي وأحمد إلى أنه يصح القضاء على الغائب في سائر حقوق

---

١ ـ رواه مسلم. كتاب الحرابة، والبخاري في كتاب الحدود.
٢ ـ رواه مسلم في كتاب القسامة.
٣ ـ المحلى ٩/ ٣٧١.
٤ ـ الكافي ٢/ ٩٣١.

الآدميين، ولا يصح القضاء عليه في الحدود التي لله تعالى عدا السرقة فيقضي عليه بالغرم دون القطع. (١)

الأدلة:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (٢) وما شهدت به البينة حق فوجب الحكم به. (٣)

٢ ـ قوله صلى الله عليه وسلم لهند رضي الله عنها: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». (٤) وهو قضاء منه على زوجها الغائب. (٥)

٣ ـ أن الحدود مبنية على المسامحة دون حقوق الآدميين فإنها مبنية على المشاحَّة. (٦)

٤ ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في خطبته: «من كان له على الأسيفع مالاً فليأتنا غداً فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه»(٧)، وكان الأسيفع غائباً. (٨)

---

١ ـ منهاج الطالبين ١٤٩، وكفاية الأخيار ٢/١٦٣، والفروع ٦/٤٨٥، والمغني ٩/١١٢، والإنصاف ١١/٢٩٨.
٢ ـ سورة ص آية رقم ٢٦.
٣ ـ المغني ٩/١١٠.
٤ ـ سبق تخريجه.
٥ ـ المغني ٩/١١٠.
٦ ـ الفروع ٦/٤٨٥.
٧ ـ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية ١٤٥٦.
٨ ـ مغني المحتاج ٤/٤٠٦.

٥ ـ ولأن في المنع من القضاء عليه إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها فإنه لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة. (١)

سادساً: يمين المدعي مع بينته على الغائب:

إذا أقام المدعي بينة على دعواه على الغائب فهل تلزمه يمين الاستظهار مع البينة أو لا تلزمه وإنما تكفي البينة.

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب مالك والشافعي ورواية عن الإمام أحمد إلى أنه يلزم المدعي مع البينة اليمين على صحة دعواه. (٢)

الأدلة:

١ ـ أنه يجوز أن يكون المدعي استوفى حقه الذي قامت به البينة، أو ملكية العين التي قامت بها البينة، ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين فإذا تعذر ذلك منه لغيبته يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه. (٣)

---

١ ـ كفاية الأخيار ٢/١٦٤.
٢ ـ الغاية القصوى ٢/١٠١٢ والمغني ٩/١١٢ ومغني المحتاج ٤/٤٠٧.
٣ ـ المغني ٩/١١٢.

٢ ـ أن الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب لأن كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه وهذا هو الاحتياط. (١)

القول الثاني:

المشهور عند الإمام أحمد أنه لا يلزم المدعي يمين الاستظهار مع البينة. (٢)

الأدلة:

١ ـ قوله صلى الله عليه وسلم: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». (٣)

٢ ـ ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر. (٤)

القول الثالث:

رواية للشافعي وأحمد أنه يستحب تحليفه. (٥)

الأدلة:

١ ـ أن تحليفه احتياطاً لاحتمال أن يكون قد قضاه أو ابرأه أو غير ذلك، وكذا لو كان حاضراً فادعى عليه بعض ذلك وطلب اليمين أجيب إليها فمع

١ ـ المرجع السابق.
٢ ـ المغني ٩/١١٢، والكافي ٤/٤٦٧ والمحرر ٢/٢١٠.
٣ ـ سبق تخريجه.
٤ ـ المغني ٩/١١٢.
٥ ـ مغني المحتاج ٤/٤٠٧ والإقناع ٤/٤٠٣.

الغيبة أولى. (١)

٢ ـ ولأنه يمكنه التدارك إن كان له دافع. (٢)

القول الراجح:

الذي يترجح والله أعلم هو القول الثاني، فلا يلزم المدعي مع البينة يمين، وذلك لأن اليمين في هذه الحالة لا ثمرة لها إذا قدم الغائب وأقام الدعوى، لأنه على حجته متى ما حضر، وإذا أقام البينة على عدم صحة دعوى المدعي انتفت الفائدة من اليمين، ولأن المدعي قد ينكل عن اليمين مع بقاء حقه في ذمة الغائب تعظيماً لليمين فيضيع حقه بدون مبرر.

سابعاً: إذا غاب الزوج عن زوجته وطالبت بالطلاق:

إذا غاب الزوج عن زوجته ثم طالبت بالطلاق فهل للقاضي إجراء الطلاق.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة وابن حزم إلى أنه ليس للقاضي إجراء الطلاق بسبب

١ ـ الاقناع ٤/٤٠٣.
٢ ـ مغني المحتاج ٤/٤٠٧.

الغيبة. (١)

الأدلة:

١ ـ عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في امرأة المفقود: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها»، فعلى هذا لا يجوز لها أن تطلب الطلاق حتى يأتي خبر موته. (٢)

٢ ـ قول علي رضي الله عنه هذه امرأة ابتليت فلتصبر أبداً. (٣)

٣ ـ أن النكاح ثابت باليقين فلا يزول إلا بيقين مثله، والموت هنا غير متحقق ولا ثابت فلا نحكم عليها بالفسخ. (٤)

٤ ـ أنه لا يجوز أن نقيس الغيبة على الإيلاء لأن الإيلاء طلاق معجل فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة. (٥)

٥ ـ أنه لا يجوز قياس الغيبة على العنّة لأن الغيبة تعقبها العودة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. (٦)

القول الثاني:

ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه يجوز للقاضي إجراء الطلاق

١ ـ الهداية شرح بداية المبتدي ٢/١٨١ والمحلى ١٠/١٤٢.
٢ ـ المغني ٧/٤٩٠.
٣ ـ شرح السنة ٩/٣١٤.
٤ ـ الهداية شرح بداية المبتدي ٢/١٨١.
٥ ـ المرجع السابق.
٦ ـ المرجع السابق.

بسبب الغيبة. (١)

الأدلة:

١ ـ فعل عمر رضي الله عنه حيث وَقَّتَ للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ويرجعون في شهر، فإن غاب الزوج أكثر من ستة أشهر ولم يكن هناك عذر مانع من الرجوع لزمه التفريق. (٢)

٢ ـ روي أن رجلاً في عهد عمر رضي الله عنه استهوته الجن فغاب عن امرأته، فأتت عمر فأمرها أن تمكث أربع سنين، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج ولم ينكر عليه منكر. (٣)

٣ ـ روي عن علي رضي الله عنه في امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها. وقضى به عثمان وابن الزبير، وهذه قضايا منتشرة بين الصحابة ولم تنكر فكانت إجماعاً. (٤)

٤ ـ إجماع الصحابة فيمن غاب عن زوجته في غيبة ظاهرها الهلاك كمن فقد بين الصفين على أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل للأزواج، وكان هذا الحكم منتشراً بين

---

١ ـ بداية المجتهد ٢/ ٥٢ والأم ٥/ ٢٢١ والمغني ٧/ ٤٨٩ والإنصاف ٩/ ٢٨٨.
٢ ـ المغني ٧/ ٤٩٠.
٣ ـ المرجع السابق.
٤ ـ المرجع السابق.

صحابة رسول الله ولم ينكر فكان إجماعاً. (١)

ويجاب عن أدلة القول الأول:

١ ـ أن الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم لم يثبت ولم يذكره أهل السنن. (٢)

٢ ـ ما روي عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلاً والمسند عنه مثل قولنا. ثم يحمل ما رووه عن المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ما رويناه. (٣)

٣ ـ قوله إنه شك في زوال الزوجية ممنوع فإن الشك ما تساوى فيه الأمران والظاهر في مسألتنا هلاكه. (٤)

وعلى هذا فيترجح القول بجواز طلب امرأة الغائب الطلاق من زوجها، وللقاضي إثبات طلاقها منه بعد أن يتأكد من غيبته دفعاً للضرر الذي قد يلحق بها من هذه الغيبة وعدم إجراء الطلاق، وخاصة في هذا الزمن الذي سهل فيه المعرفة عن حال الرجال، حيث يتم الإعلان عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، ويكتب للجهات المختصة بالبحث عن الناس ونحو

١ ـ المرجع السابق.
٢ ـ المرجع السابق.
٣ ـ المرجع السابق.
٤ ـ المرجع السابق.

ذلك، وإذا أجرى القاضي الطلاق فإن هذا الحكم ينفذ بعد تمييزه لأنه حكم على غائب وتعتد الزوجة وبعد نهاية عدتها تحل للأزواج.

ثامناً: إثبات وفاة الغائب حكماً:

إذا غاب شخص ثم تقدمت ورثته يطلبون إثبات وفاته حكماً وحصر إرثه فيهم لزم القاضي إجابة طلبهم، لكن كم المدة التي يجب أن تحتسب على الغائب حتى نحكم بوفاته؟.

اختلف العلماء في المدة على قولين:

القول الأول:

المشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية وأحد الروايتين لأحمد وأخذ به أبو يوسف أن المدة لا تتحدد بزمن معين، بل يرجع في تحديدها إلى اجتهاد الحاكم. (١)

الدليل:

أن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ولا توقيف هنا

١ ـ نهاية المحتاج ٦/٢٨ وحاشية ابن عابدين ٣/٣٣٦ والمغني ٦/٣٢٣.

فوجب التوقف عنه. (١)

القول الثاني:

رواية لأبي حنيفة ومالك وأحمد أن المدة تتحدد بزمن معين لكن اختلفوا في تحديد المدة على ثلاثة أقوال:

أ- قال أبو حنيفة: إن المدة ستين سنة وقيل سبعين سنة وقيل تسعين سنة وقيل مائة سنة منذ ولادته. (٢)

ب- قال مالك: إن المدة سبعين سنة وقيل خمس وسبعين سنة منذ ولادته. (٣)

ج- قال أحمد: إن الغائب لا يخلو من أحد حالين:

الأولى: أن يكون الغالب عليه الهلاك، فهذا ينتظر أربع سنين منذ غيابه لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حياً لم ينقطع خبره إلى هذه المدة، فلذلك حكم بموته في الظاهر. ولأن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على اعتداد امرأته بعد تربصها هذه المدة وحلها للأزواج، وإذا ثبت ذلك في

١- المغني ٦/٣٢٣.
٢- حاشية ابن عابدين ٣/٣٣٦.
٣- حاشية ابن عابدين ٣/٣٣٦ ومغني المحتاج ٦/٢٨.

النكاح مع الاحتياط للإبضاع ففي هذه الحالة من باب أولى. (١)

الثانية: أن يكون الغالب عليه السلامة، فهذا ينتظر إلى أن يبلغ عمره تسعين سنة لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر فموته بهذه الحالة أشبه اليقين. (٢)

تاسعاً: إذا كان للمدعي أو للمدعى عليه شركاء فهل يلزم حضورهم أو وكيل عنهم حال سماع الدعوى:

نص الحنابلة على أنه إذا كان للمدعي أو للمدعى عليه شركاء في العين المدعى بها لم يحضروا المرافعة فإن على القاضي سماع الدعوى والحكم بها، وأن الحكم للحاضر وعليه يشمل الغائب. (٣)

وقد أخذ بذلك سماحة رئيس القضاة الشيخ محمد بن إبراهيم حسبما نص عليه في فتواه جزء ١٢ صحيفة ٢٨٩.

وصدر من الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى القرار رقم ٣٤٩ في ٢٢/ ١١/ ١٣٩٥هـ المتضمن أن على القاضي سماع الدعوى بمواجهة من حضر ولا يشترط لجواز سماعها أن يشترك فيها كل المنتفعين من العين المدعى بها. وأن التوقف عن سماع الدعوى حتى يحضر كل المنتفعين منها

١ - الإنصاف ٧/ ٣٣٦.
٢ - الإنصاف ٧/ ٣٣٦ ونيل المآرب ٣/ ٨٩.
٣ - كشاف القناع ٦/ ٣٥٦ والفروع ١/ ١٦.

أو يوكلوا ليس له مسوغ، وإذا حكم للمدعين أو عليهم فيشمل الحكم الشركاء الآخرين الذين لم يدعوا ولم يدع عليهم، لأن الحكم لأحد الشركاء أو عليه حكم للباقين أو عليهم.

عاشراً: أثر عودة الغائب على الدعوى أو الحكم:

لا يخلو الأمر من أحد حالين:

١ ـ أن تكون عودة الغائب قبل صدور الحكم.

إذا عاد الغائب من غيبته قبل صدور الحكم فذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الغائب على حجته فلا يصدر الحكم، بل يوقف حتى يحضر، ويمكن من جرح الشهود أو الطعن في البينة أو إبطال الدعوى. (١)

قال القرطبي «وترجى للغائب حجته». (٢)

وقال صاحب تبصرة الحكام: «إرجاء الحجة للغائب فيما يحكم به عليه أصل معمول به عند الحكام والقضاة، ولا ينبغي العدول عنه، ولا الحكم بغيره إذ هو كالإجماع في المذهب». (٣)

وقال صاحب مغني المحتاج: «لو قدم الغائب أو كمل الناقص فهو على

١ ـ الكافي ٢/٩٣١ وتبصرة الحكام ١/٩٩ ومغني المحتاج ٤/٤٠٨ والشرح الكبير ٦/٢٠١.
٢ ـ الكافي ٢/٩٣١.
٣ ـ تبصرة الحكام ١/٩٩.

حجته من قدم في البينة أو معارضة بينته بالأداء أو الإبراء شرط ذلك في الحكم أم لا». (١)

وقال صاحب المغني: «إذا قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره». (٢)

فإن جرح الغائب الشهود أو طعن في البينة لم يحكم عليه، وإن ادّعى القضاء أو الإبراء وأقام البينة برىء، وإن لم يقمها حلف المدعي وحكم له الحاكم.

٢ ـ أن تكون عودة الغائب بعد صدور الحكم.

إذا عاد الغائب بعد صدور الحكم من الحاكم فذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الغائب على حجته، وعلى القاضي أن يمكنه من جرح الشهود أو الطعن بالبينة، فإن جرح الشهود بأمر كان قبل أداء الشهادة بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو جرحاً مطلقاً لم يبطل الحكم، وليس للحاكم قبوله، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم، فلا يقدح فيه. لكن لو ادعى القضاء أو الإبراء فإن أقام البينة بطل الحكم وإن لم يكن له بينة حلف المدعي على نفي ما ادعى به المدعى عليه

١ ـ مغني المحتاج ٤/٤٠٨.
٢ ـ المغني ٩/١١١.

ونفذ الحكم. (١)

وذكر الحنابلة: أن الغائب إذا قدم وطلب الاستنظار من الحاكم لإحضار حجته أنظره الحاكم ثلاثاً فإن أحضر حجته من جرح أو غيره وإلا حكم عليه إن لم يصدر الحكم أو نفذ الحكم إن كان قد أصدره الحاكم. (٢)

وهناك رواية عن سحنون إلى أن الغائب لا ترجى له حجة. (٣)

ولكن هذه رواية ضعيفة ولا توجد في الأصول، وإنما هي رواية في حواشي المدونات المسموعة عن ابن وضاح أو على أنها رواية منها أدخلها ابن الهندي في وثائقه. (٤)

وعلى هذا فإن الغائب إذا قدم فهو على حجته وله إقامتها وإبطال دعوى المدعي من جرح في الشهود أو قدح في البينة، وإن لم يقم ذلك بقي حكم الحاكم على ما هو عليه دون تأثير لقدومه لعدم إقامته للدعوى.

هذا ما تيسر جمعه، واسأل الله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

١ ـ الكافي ٢/٩٣١ وتبصرة الحكام ١/٩٩ ومغني المحتاج ٤/٤٠٨ ونيل المآرب ٢/٤٥٨ والمقنع ٣/٦٢٠.
٢ ـ المغني ٩/١١ والشرح الكبير ٦/٢٠١ والاقناع ٤/٤٠٣.
٣ ـ تبصرة الحكام ١/٩٩.
٤ ـ المرجع السابق.