

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود
عمادة الدراسات العليا
قسم الفقه

بحث بعنوان:

القضاء على الخائب

حكمه - شروطه

إعداد الطالبة

إيمان بنت سلامه بن سليم الطويرش

إشراف

د. مساعد الفالح

1428هـ

المراد بالغائب:

يراد به الخصم المدعى عليه ، حال وجوده في بلد المحاكمة لكنه ممتنع عن الحضور إليها ، ويراد به أيضا الخصم المدعى عليه إذا كان خارج بلد المحاكمة بمسافة تختلف العلماء في تحديدها⁽¹⁾.

أنواع الغائب الذي يدخل في المسألة:

1/ أن يكون المدعى عليه غائبا عن البلدة.

2/ أن يكون المدعى عليه غائبا عن مجلس الحكم حاضرا في البلدة وعبر عنه الحنابلة بالممتنع من الحضور لمجلس الحكم أو المستتر⁽²⁾.

الأمثلة التي تتضح بها صورة المسألة:

~ إذا شهد شاهدان على أحد الشريكين أن شريكه الغائب أعتق حصته من هذا العبد ، فهل تقبل شهادتهما مع غياب الشريك المدعى عليه؟ وهذه الصورة تسمى القضاء على الغائب بالشهادة⁽³⁾.

~ إن كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة ولم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت إقامة البينة على الزوجية ، فهل يقضي القاضي لها بالنفقة على زوجها الغائب؟ وهذه الصورة تسمى القضاء على الغائب بالبينة⁽⁴⁾.

حكم القضاء على الغائب:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء رحمهم الله في مسألة القضاء على الغائب في مواطن هي:

- 1/ عدم جواز القضاء على الحاضر غير الممتنع، وقريب الغيبة⁽⁵⁾.
- 2/ عدم جواز القضاء على الغائب في حقوق الله كالقطع في سرقة، لبنائها على المسامحة⁽⁶⁾.
- 3/ جواز القضاء على الغائب بالإقرار؛ لأنه ليس للمقر حق الطعن في إقرار نفسه فليس في القضاء عليه مع غيبته بالإقرار تفويت حق الطعن عليه⁽⁷⁾.
- 4/ إذا حضر نائب عن الغائب ، فحاضرة النائب كحاضرة المنوب عنه فلا يكون قضاء على الغائب

(1) هل للقاضي الحكم على الغائب، أبوغدة، ص13.

(2) معين الحكام ص60، شرح منتهى الإرادات 3/533.

(3) المبسوط 7/125.

(4) المبسوط 5/197.

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4/157، كشف القناع 6/355.

(6) أسنى المطالب 4/316، مطالب أولي النهى 529/6.

(7) المبسوط 17/40.

معنى (8).

ويبقى الخلاف في جواز القضاء عن الغائب - و من في حكمه كالمستتر والممتنع - أصالة الذي لم يقر ولم ينيب نائباً، وفي المسألة قولان:

القول الأول: عدم جواز القضاء على الغائب ولو أقام البينة وهذا قول الحنفية (9)، وشريح القاضي، ورواية عن الإمام أحمد (10).

أدلتهم:

1- قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه { لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي } (11)

فبين أن الجهالة تمنعه من القضاء وأنها لا ترفع إلا بسماع كلامهما (12).

نوقش: أنه فيما إذا كانا حاضرين فلا يجوز الحكم قبل سماع كلامهما، والحاضر يفارق الغائب فلا تسمع عليه البينة إلا بحضوره (13).

2- أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه { يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق } (14)

3- أن القضاء لقطع المنازعة ، ولا منازعة هنا لعدم الإنكار فلا يصح (15).

4- أن وجه القضاء يشبهه في هذه الحالة ؛ لأنه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامها مختلفة (16).

5- أن البينة لا تكون حجة إلا إذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه ، فلا يكون حجة (17).

(8) بدائع الصنائع 9/7، فتح القدير 6/223

(9) المبسوط 5/198، الفتاوى الهندية 3/434، معين الحكام ص60، درر الحكام 4/632.

(10) المغني 14/94.

(11) رواه الترمذي باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما) وحسنه الألباني.

(12) المبسوط 17/40

(13) المغني 14/94، شرح منتهى الإرادات 3/532.

(14) فتح القدير 6/223.

(15) تبيين الحقائق 4/192.

(16) تبيين الحقائق 4/192.

(17) تبيين الحقائق 4/192.

6- قال عليه الصلاة والسلام لعمر بن العاص اقض بين هذين قال أقضي وأنت حاضر بيننا؟ فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق {⁽¹⁸⁾ والحق اسم للكائن الثابت . ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الح كم بالبينة حكما بالحق⁽¹⁹⁾ .

القول الثاني: جواز القضاء على الغائب ، ويكون الغائب على حجته إذا قدم واتجه أصحاب هذا القول اتجاهين:

الأول: جواز القضاء على الغائب في حقوق الأدميين مطلقا وهو مذهب الجمهور من المالكية⁽²⁰⁾ والشافعية⁽²¹⁾ والحنابلة⁽²²⁾ .

الاتجاه الثاني: جواز القضاء على الغائب في حقوق الأدميين مع التفريق بين الغيبة البعيدة ، والغيبة المتوسطة، ففي الغيبة البعيدة يقضى عليه بكل شيء ، وفي الغيبة القريبة- على مسافة عشرة أيام- يقضى عليه بكل شيء سوى استحقاق العقار لأنه مما تتشاح فيه النفوس، وهذا قول بعض المالكية⁽²³⁾ .

أدلة القول الثاني:

1/ عمومات الأدلة في القضاء⁽²⁴⁾ .

2/ ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) متفق عليه ، وهو قضاء منه على زوجها ، وهو غائب ولو كان فتوى لقال لك أن تأخذي أو لا بأس عليك أو نحوه ولم يقل خذي⁽²⁵⁾ . و نوقش: أنه لا حجة في حديث هند ؛ لأنه لم يكن قضاء وإنما كانت فتوى أو إعانة لها على أخذ ماله لأنها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا⁽²⁶⁾ .

وقال النووي في شرح مسلم لا يصح الاستدلال به لأن هذه القضية كانت بمكة وأبو سفيان حاضر في يوم الفتح وشرط القضاء على الغائب أن يغيب عن البلد أو يستتر فلا ويقدر عليه ولم يكن

⁽¹⁸⁾ رواه الحاكم في المستدرک 88/4، وقال: صحيح الإسناد، ورواه الدرقي في السنن 203/4.

⁽¹⁹⁾ فتح القدير 223/6

⁽²⁰⁾ المدونة 220/4.

⁽²¹⁾ أسنى المطالب 316/4، فتاوى الرملي 130/4 .

⁽²²⁾ مطالب أولي النهى 529/6 ، كشاف القناع 6/355، المغني 95/14.

⁽²³⁾ الخرشني 127/7.

⁽²⁴⁾ أسنى المطالب 316/4

⁽²⁵⁾ أسنى المطالب 316/4

⁽²⁶⁾ تبين الحقائق 192/4

هذا الشرط في أبي سفيان موجودا فلا يكون قضاء بل إفتاء⁽²⁷⁾.

3/ قضاء النبي صلى الله عليه وسلم ، وحكمه على العرنين الذين قتلوا الرعاة وحكمه على أهل خيبر بأن يقسم أولياء القتل (عبد الله بن سهل)⁽²⁸⁾.

4/ أقضية الصحابة رضي الله تعالى عنهم .، ومنه قول عمر في خطبته من كان له على الأسيف دين فليأتنا غدا فإننا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه وكان غائبا . وصح القضاء على الغائب عن عمر وعثمان ولا مخالف لهما من الصحابة⁽²⁹⁾.

5/ أن الغيبة ليست بأعظم من الصغر والموت في العجز عن الدفع فإذا جاز الحكم على الصغير والميت فليجز على الغائب أيضا⁽³⁰⁾.

6/ لو قيل بعدم القضاء على الغائب أدى ذلك إلى اتخاذ الغيبة وسيلة للفرار من الحقوق .

الراجح والله تعالى أعلم القول الثاني الذي يذهب إلى جواز القضاء على الغائب وذلك لما يلي :

1/ موافقة القول لعمومات الأدلة، ووجاهة تعليلاتهم.

2/ موافقة القول لمقاصد الشريعة في حفظ الأموال والحقوق وسدّ باب التحايل ، وذلك بإباحة

إقامة الدعوى على الغائب إذا مان لها بينة ، مع الاحتفاظ بحق الغائب في دفع الدعوى ومعارضتها في حال رجوعه.

3/ أن في القول بجواز القضاء على الغائب مع كونه على حجته إن رجع حفظ لحق كلا الخصمين المدعي والمدعى عليه.

(27) شرح النووي على صحيح مسلم 316/4

(28) متفق عليه.

(29) أسنى المطالب 316/4

(30) أسنى المطالب 316/4

شروط القضاء على الغائب:

- 1- ألا يكون القضاء على الغائب في حق من حقوق الله.
- 2- أن ينطبق عليه مسمى الغائب الذي ذكرناه في المراد من الغائب.
- 3- أن يكون للمدعي بينة أو يعلم القاضي ذلك وإلا فلا فائدة للدعوى على الغائب (31).
- 4- أن يذكر في دعواه عليه جحود المدعى عليه ؛ لأن البينة شرط ، وهي لا تقام على مقر فلو قال هو مقر لم تسمع دعواه (32) ولم يشترط هذا الشرط الحنابلة لأن البينة تسمع على الساكت والغيبة كالسكوت (33).
- 5- أن يحلف و جوبا بيمين الاستظهار أن ما ادعاه عليه باق في ذمته ، وهذا مذهب بعض الشافعية (34) ، وقيده المالكية بما إذا كان بعيد الغيبة (35).
- وهو رواية عند الحنابلة والمذهب أن التحليف ليس شرطا إنما استحبه احتياطا خاصة في الأزمان المتأخره (36) .
- 6- أن يصرح الحاكم بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب ؛ لأنه حكم على غائب ، فيحتاج إلى تسميتهم لإرجاء الحجة للغائب فيهم، وهذا المذهب عند المالكية، وقول الشافعي (37).

(31) أسنى المطالب 316/4، مطالب أولي النهى 529/6، كشف القناع 355/6

(32) أسنى المطالب 316/4.

(33) مطالب أولي النهى 529/6

(34) أسنى المطالب 316/4

(35) شرح الحرشي 173/7

(36) كشف القناع 6/355

(37) تبصرة الحكام 98/1، الأم 234/6