المبحث الرابع

حكم سماع دعوى الحسبة (١)

دعوى الحسبة هي الدعوى التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب بها حقًا خاصًا لنفسه ، وإنما يطلب الحق لله (٢) تعالى أو حقوق المسلمين عامة يبتغي وراء ذلك أجرا من الله تعالى (٣) ، وذلك كما لو ادعى شخص بأن فلانا طلق زوجته ثلاثا وهو لا يزال يعاشرها معاشرة الأزواج ، ويطلب التفريق بينهما ، وكمن ادعى على الشخص بأنه قد وقف أرضه لتبنى عليها مدرسة وهو يتصرف بها تصرف الملاك ، فيطلب أن ينزع يده عنها (٤) .

واختلف العلماء في حكم سماع دعوى الحسبة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا تسمع دعوى الحسبة مطلقًا ، سواء في حق الله الخالص أو في حق الآدميين غير المعين ، وبه قال الحنفية (٥) ، وهو وجه عند الشافعية (٦) ، وإليه ذهب الإمام أحمد (٧) . وعمدة هذا القول أن الشهادة في هذه الحقوق يستغنى بها عن الدعوى (٨) .

القول الثاني : يجوز سماع دعوى الحسبة إلا في حدود الله ، وبه قال بعض الشافعية (٩) ، ولم أجد لهم دليلاً في هذه المسألة .

القول الثالث : يجوز سماع دعوى الحسبة مطلقًا من كل مسلم مكلف رشيد ، سواء في حقوق الله أو في حقوق الآدميين غير المعين ، وبه قال بعض الحنابلة (١٠) .

---

(١) الحسبة لغة مصدر احتسب ولها معنيان :
الأول : ابتغاء الأجر عند الله . والثاني : الإنكار ؛ قال الزبيدي : واحتسب فلان عليه أي أنكر عليه قبيح فعله . والحسبة في الاصطلاح : الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله (ينظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص : ٢٤٠ ، معجم لغة الفقهاء ص : ١٧٩ ، لسان العرب ٦/ ٣٠٥ ، تاج العروس ١٠/ ٣١٣) .

(٢) حق الله هو ما أوجب الله تعالى على الإنسان من العبادات وما يتعلق بمصالح العامة كصلاة وزكاة وحدود الله ، وحق الآدمي هو ما وجب للآدمي على غيره ، وقد يكون لمعين وقد يكون لغير معين ، مثل وقف على المساكين (ينظر : أصول الفقه لأبي زهرة ص : ٣٢١-٣٢٤) .

(٣) ينظر : نظام القضاء في الشريعة الإسلامية د: عبد الكريم زيدان ص : ١١٣ .

(٤) الشرح الصغير للدردير ٤/ ٢٤٧-٢٤٩ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص : ١١٣ .

(٥) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٢٤٦-٢٤٨ .

(٦) ينظر : مغني المحتاج ٤/ ٤٣٧ . (٧) ينظر : الإنصاف ١١/ ٢٤٦-٢٤٨ .

(٨) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٦٩-٧٠ . (٩) ينظر : مغني المحتاج ٤/ ٤٣٧ .

(١٠) الإنصاف ١١/ ٢٤٧ .

الترجيح : الواقع أن الذين يمنعون الدعوى حسبة في حق الله تعالى وفي حق الآدميين غير المعينين يرون الاستغناء عنها بشهادة الحسبة ، ولا شك أن في الشهادة معنى الدعوى ، قال الأتاسي (١) في معرض بيان الشهادة : «يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس ، لأن ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى ، حيث لا يشترط فيها الدعوى ، لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، فكل أحد خصم في إثباتها ، فصار كأن الدعوى موجودة» (٢) .

وعلى هذا لو كان مريد إقامة دعوى الحسبة له شهود بلغ النصاب فلا وجه في هذا من منع إقامة الدعوى ، لأنه ليس كل الناس يجرؤ لإدلاء الشهادة حسبة إن لم يوجد هناك مدع ، وقد يكون الشهود لم يعرفوا كيفية ممارسة الدعوى ، وقد يكون المدعي لمي شهد الواقعة وعنده شهود الواقعة لم يعرفوا أصول الدعوى . وأما إن لم يكن للمدعي شهود بلغ النصاب وهو ممن شهد الواقعة ويكتمل به النصاب الشهادة ، ففي هذه الحالة تقبل الشهادة وتمنع الدعوى (٣) .

* * *

---

(١) الأتاسي هو : خالد بن محمد بن عبد الستار الأتاسي ، فقيه شاعر ، ولد في حمص سنة ١٢٥٣هـ ، وتوفي سنة ١٣٢٦هـ (معجم المؤلفين ٤/ ٩٧) .

(٢) شرح المجلة للأتاسي ٥/ ٢٤٨ .

(٣) وأما حكم إدلاء شهادة الحسبة ، فإن كانت الحسبة تتعلق بحق الله المحض ويستدام ارتكاب حرمته ، فإن يجب على الشاهد المبادرة إلى الحكم بحسب الإمكان ، وذلك كمن علم بطلاق امرأة طلاقًا بائنًا ، ومطلقها لا يزال يعاشرها معاشرة الأزواج ، وإن كان لا يستدام ارتكاب حرمته بل المعصية تنقضي بالفراغ منها مثل الزنا وشرب الخمر ونحوهما ، فإن الشاهد يخير بين رفع ذلك إلى الحاكم وبين السكوت ، والسكوت أفضل ، لورود الأدلة على استحباب ستر عورة المسلم ، وهذا إن كان المرتكب غير فاسق ولم يجاهر بالمعصية ، وإلا فالأولى إدلاء الشهادة عند الحاكم ، ليرتدع عن فسقه (ينظر : حاشية قرة عيون الأخبار ٧/ ٦٨-٧٠ ، تبيين الحقائق ٤/ ٢٠٧-٢٠٨ ، شرح الخرشي ٧/ ١٨٨) .

الفصل الثاني

السماع والاستماع إلى الشهادة

ويحتوي على ثمانية مباحث :

المبحث الأول :معنى الشهادة وحكم سماعها والقضاء بها ، وفيه مطلبان .

المبحث الثاني :حكم سماع الشهادة والقضاء بها على الغائب .

المبحث الثالث :الشهادة على السماع ، وفيه ثلاثة مطالب .

المبحث الرابع :حكم الشهادة بالاستفاضة .

المبحث الخامس :حكم الشهادة على الشهادة ، وفيه ثلاثة مطالب .

المبحث السادس :سماع شهادة الصبيان ، وفيه مطلبان .

المبحث السابع :حكم سماع الدعوى والشهادة وراء حجاب .

المبحث الثامن :حكم سماع الشهادة من خلال شريط التسجيل .

المبحث الأول

معنى الشهادة وحكم سماعها والقضاء بها

المطلب الأول : معنى الشهادة .

الشهادة مصدر شهد ، والشين والهاء والدال أصل يدل على معنى الحضور والعلم والإعلام ، والشهادة لغة خبر قاطع (١) .

وأما الشهادة في الاصطلاح فقد اختلفت عبارات العلماء في تعريفها ، حتى وجد الخلاف في تحديد معناها بين الفقهاء في المذهب الواحد ، وإليك بعض هذه التعريفات .

تعريف الشهادة عند الحنفية :عرف بعضهم الشهادة بأنها : إخبار صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء (٢) ؛ وعرف بعضهم بأنها : إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحيبان (٣) .

تعريف الشهادة عند المالكية : عرف بعض المالكية الشهادة بأنها : إخبار الحاكم عن علم ليقضي بمقتضاه (٤) .

تعريف الشهادة عند الشافعية : عرف بعض الشافعية الشهادة بأنها : إخبار بحق الغير على الغير بلفظ أشهد (٥) ؛ وقيل هي : إخبار حاكم أو محكم عن شيء بلفظ خاص (٦) .

تعريف الشهادة عند الحنابلة : عرف الحنابلة الشهادة بأنها : الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت ، وأشهد (٧) .

ومن خلال النظر في هذه التعريفات نجد أن الفقهاء متفقون بأن الشهادة هي : الإخبار عن علم يفيد اليقين ، وهو الصحيح ، لأن الشهادة من المشاهدة ، وعلى هذا قد يكون مستند الشهادة معاينة الشهود بالبصر أو بسماع الصوت المشهود .

ثم نجد بعضهم قيد الشهادة بأنها إخبار بحق لإثبات الحق على الغير ، وهذا القيد غير مسلم ، لأنه لو قيل في الشهادة : أن فلانا قد أدى ما عليه من الأمانة أوالدين ؛ تصح أن تسمى هذه المقالة شهادة وإن لم يكن فيها إثبات حق على الغير .

---

(١) ينظر : تهذيب لسان العرب ١/ ٦٩٩ ، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٢١ ، الصحاح ٢/ ٤٩٢ .
(٢) فتح القدير ٦/ ١ . (٣) البحر الرائق ٧/ ٥٦ .
(٤) حاشية الدسوقي وتقرير الشيخ عليش عليها ٤/ ١٦٠ .
(٥) ينظر : حاشية قليوبي وعميرة ٤/ ٣١٨ ، حاشية الجمل ٥/ ٣٧٧ ، حاشية الشرقاوي ٢/ ٥٠٢ .
(٦) المصادر السابقة . (٧) منتهى الإرادات ٢/ ٦٤٧ .

ثم أكثر هذه التعريفات قيد الشهادة بأن تكون بلفظ أشهد أو بلفظ خاص ، والصحيح أن الشهادة لا يلزم أن تكون بلفظ أشهد أو بلفظ خاص كما جاء في تعريفها عند المالكية .

قال ابن القيم في معرض بيان طريق الحكم : الطريق الثاني والعشرون : الإخبار آحادا ، وهو أن يخبره عدل يثق ويسكن إليه بأمر ، فيغلب على ظنه صدقه فيه ، أو يقطع به لقرينة به ، فيجعل ذلك مستندا لحكمه ، وهذا يصلح للترجيح والاستظهار بلا ريب ، ولكن هل يكفي وحده للحكم ، هذا موضع تفصيل ، فيقال إما أن يقترن بخبره ما يفيد معه اليقين أم لا ، فإن اقترن بخبره ما يفيد معه اليقين جاز أن يحكم به وينزل منزلة الشهادة ، بل هو شهادة محضة في أصح الأقوال ، وهو قول الجمهور ، فإنه لا يشترط في صحة الشهادة ذكر لفظ أشهد ، بل متى قال الشاهد رأيت كيت وكيت أو سمعت أو نحو ذلك فهو شهادة منه ، وليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ، ولا عن رجل واحد من الصحابة ، ولا قياس ولا استنباط يقتضيه ، بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب نفت ذلك (١) .

وبعض هذه التعريفات قيد الشهادة بكونها في مجلس القضاء أو أمام الحاكم ، ولكن الصحيح أنه إذا أريد من وراء الشهادة فصل الخصومات وإثبات الشيء قضاء ، فتقييد كون الإخبار أمام القضاء وجيه ، وأما إذا أريد من ورائها إثبات الشيء شرعًا ولعمل بموجبها ديانة فلا وجه لتقييد كون الإخبار أمام القاضي ، ذلك كمن تزوج امرأة ثم جاءته امرأة أخرى يثق بصدقها وشهدت بأنها قد أرضعته وزوجته وشهد على صدقها رجلان ، ففي هذه الحالة يجب على الرجل مفارقة زوجته بشهادتها وشهادة الرجلين ، وإن لم تكن شهادتهم تقال أمام القاضي .

وعلى هذا يمكن أن تعرف الشهادة بأنها : إخبار عن شيء لإثبات حكم قضاء أو ديانة ؛ فقوله : لإثبات حكم لتمييز الشهادة عن الرواية ، فإن الرواية قد لا يقصد منها إثبات حكم ، وإنما تنقل الأخبار لمجرد العلم بها .

وقوله : قضاء أو ديانة ليشمل الشهادة التي تقال أمام القاضي ليقضي بموجبها ، والتي تقال في غير أمام القاضي ليعمل بموجبها ديانة .

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص : ١٩٨-١٩٩ .

المطلب الثاني : حكم سماع الشهادة على القاضي .

يجب على القاضي سماع الشهادة والحكم بها متى توفرت شروطها (١) ؛

(١) شروط صحة الشهادة منها ما يتعلق بتحملها ، ومنها ما يتعلق بأدائها ، ومنها ما يتعلق بالشهادة نفسها .

أما شروط تحمل الشهادة فثلاثة :

الأول : أن يكون الشاهد عاقلاً ، فلا يصح تحمل الشهادة من الصبي غير المميز .

الثاني : أن يكون بصيرًا وقت التحمل ، وهذا الشرط اشترطه الحنفية والشافعية ، وخالفهم المالكية والحنابلة ، فلا يشترطونه في موضع يمكن إدراكه بالسماع ويتيقن نسبة الصوت إلى صاحبه وهو الصحيح .

الثالث : معاينة للمشهود به وسماعه بنفسه لا بغيره ، إلا فيما يصح فيه الشهادة بالتسامع .

أما الشروط العامة في كل الشهادات فهي :

الأول : التكليف ، وهو أن يكون الشاهد عاقلاً بالغا ، وهذا لا خلاف بين الفقهاء إذا كانت الشهادة على البالغين ، فإن كانت الشهادة على الصبيان ففيه خلاف ، وسوف يأتي تفصيل ذلك في مبحث مستقل .

الثاني : الإسلام ، ولا خلاف بين العلماء في اشتراط الإسلام في الشاهد إذا كانت الشهادة على مسلم ، وأما الشهادة على الكافر فقد أجاز الحنفية شهادة الكافر على الكافر مثله ، وخالفهم الجمهور فلا يجيزون الشهادة على الكافر ولا على المسلم إلا من مسلم .

الثالث : الرشد ، أي أن يكون الشاهد غير محجور بالسفه ، وهذا الشرط صرح به المالكية والشافعية ، وسكت عنه الآخرون .

الرابع : الحرية ، فلا تقبل الشهادة من العبد ، وفيه خلاف بين العلماء ، فالجمهور على اشتراطها ، وخالفهم الحنابلة فلا يشترطونها وقبلوا شهادة العبد إذا كان عدلاً وهو الصحيح .

الخامس : البصر ، وهذا الشرط عند الحنفية والشافعية ، وخالفهم المالكية والحنابلة ، فأجازوا شهادة الأعمى المتعلقة بالسماع لا بالرؤية وهو الصحيح .

السادس : النطق ، فلا تصح شهادة الأخرس ، وهذا الشرط عند جمهور العلماء ، وخالفهم المالكية فأجازو شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته ، لأنها تقوم مقام نطقه في نكاحة وطلاقة ، فكذلك في شهادته .

السابع : العدالة ، فلا تقبل شهادة الفاسق ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ سورة الطلاق الآية ٢ .

الثامن : المروءة ، وهي تخلق المرء بخلق أمثاله من أبناء عصره ممن يراعي مناهج الشريعة وآدابها ؛ أو هي عبارة عن صيانة المرء نفسه عن الأدناس ولا يشنها عند الناس ؛ وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء في الجملة ، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له .

التاسع : انتفاء التهمة ، وقد اتفق الفقهاء على أن التهمة ترد بها الشهادة ، وهو أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعًا أو يدفع عنه ضررًا .

العاشر : اليقظة ، فلا تقبل الشهادة من المغفل الذي يقبل التلقين ، وهذا الشرط صرح به الشافعية ، ولا أظن أنه خالفه باقي المذاهب .

الحادي عشر : علم الشاهد بما يشهد به وقت أدائه للشهادة ، وهذا الشرط انفرد به الإمام أبو حنيفة ، وقد خالفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن فلا يشترطانه .

وأما الشروط الخاصة ببعض الشهادات دون البعض فهي :

الأول : تقدم الدعوى ، وهذا خاصة في حقوق العباد ، فلا تسمع الشهادة قبل تقدم الدعوى والطلب من المدعي .

ويستدل لوجوب سماعها والقضاء بمقتضاها بثبوت حجية الشهادة لإظهار الحق ، وأمر الشارع بأخذها لمعرفة صاحب الحق ، والشهادة مظهرة للحق ، فيكون القاضي مأموراً للقضاء بالشهادة ، ولا يمكن القضاء إلا إذا سمعها عند إدلائها (١) .

ولقد اتفق الفقهاء على أن الشهادة طريق من طرق الإثبات وحجة في إصدار الأحكام (٢) ؛ واستدلوا في ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

فأما الأدلة من الكتاب لحجية الشهادة فقوله تعالى : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ...﴾ (٣) ؛ وقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ...﴾ (٤) ؛ وقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (٥) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه أمرنا بأن نشهد عقد المداينة والطلاق رجلين عدلين ، وهذا دليل على أنه يعتمد على هذه الشهادة عند تنازع أمام القاضي ، إذ لو لم يكن معتمداً عليها لما تكون فائدة في الإشهاد .

وأما الأدلة من السنة فأحاديث كثيرة ، منها ما روى الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل من اليهود خصومة في بئر ، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ

= الثاني : العدد فيما يطلع عليه الرجال .

الثالث : اتفاق الشهود فيما يشهدون به ، وذلك في كل دعوى يشترط الشهادة فيها العدد ، فإن اختلف الشاهدان لم تقبل شهادتهما .

الرابع : الذكورة في الشهادة المتعلقة بالحدود والقصاص ، وفيه خلاف بين علماء السلف .

وأما الشروط المتعلقة بنفس الشهادة فهي :

أولاً : لفظ الشهادة ، وهذا الشرط عند الحنفية ، المالكية والشافعية والحنابلة ، فلا تقبل الشهادة بلفظ أعلم أو أتيقن ، بل لابد من لفظ أشهد ، وخالفهم المالكية فلا يشترطون لفظ الشهادة وهو الصحيح ، لعدم ورود الدليل المعتمد عليه في ذلك .

ثانيا : موافقة الشهادة للدعوى .

ثالثا : كونها في مجلس القضاء .

ينظر تفصيل لهذه المسألة في المصادر الآتية : (بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٦ ، وما بعدها ، تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٦٢ وما بعدها ، فتح القدير ٦/ ٢ ، شرح الخرشي ٧/ ١٧٥ وما بعدها ، تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهج الأحكام لأبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي ١/ ١٧٢ وما بعدها ، روضة الطالبين ، الحاوي الكبير ١٧/ ١٤٨ وما بعدها ، المجموع ٢٠/ ٢٢٦ وما بعدها ، حاشية الجمل ٥/ ٣٧٨ ـ ٣٨٠ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٣٣ ـ ٤٣٥ ، منتهى الإرادات ٢/ ٦٤٧ ، المغني لابن قدامة ١٢/ ٢٧ وما بعدها) .

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٢ .

(٢) ينظر : المصدر السابق ، وينظر : مواهب الجليل ٦/ ١٥١ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٢٦ ، منتهى الإرادات ٢/ ٦٤٧ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٢/ ٥٩٢ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ . (٤) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .

(٥) سورة الطلاق الآية : ٢ .

قال : شاهداك أو يمينه (١) ؛ ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ لما طلب من الأشعث الشاهدين ، لأن شهادة الرجلين حجة لبيان بأن الحق له ، ولو لم يكن ذلك لما يكون طلب الرسول ﷺ فائدة .

وأما الإجماع فقد نقل الفقهاء إجماع العلماء على اعتبار الشهادة حجة لمعرفة الحق ، ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة أو التابعين (٢) .

وأما المعقول ، فلما يترتب على عدم سماعها والأخذ بها من إضاعة الحقوق وسفك الدماء فكانت الشهادة لحفظ الأموال وصيانة الأنفس ، وتسهيلاً لرد الحقوق إلى أهلها وضرورة تدعو إليها الحاجة لحفظ دماء الناس وأموالهم وأعراضهم من الضياع (٣) .

* * *

(١) رواه الإمام أحمد الفتح الرباني ١٥/ ٢١٦ ، ورواه البخاري كتاب الرهن في الحضر ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ٢/ ٧٨ ـ ٧٩ .

(٢) ينظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٦/ ١٦ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٦ ، مغني محتاج ٤/ ٤٢٦ .

(٣) الوجيز في الدعوى والإثبات ، د : شوكت عليان ص : ٥٤ .

المبحث الثاني

حكم سماع الشهادة والقضاء بها على الغائب

هذه المسألة متفرعة عن مسألة سماع الدعوى على الغائب وغيبة الخصم لها ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : أن يكون غائبًا عن الحكم حاضرًا في مجلسه .

الحالة الثانية : أن يكون غائبًا عن بلد الحكم .

الحالة الثالثة : أن يكون غائبًا عن مجلس الحكم حاضرًا في بلده (١) .

وسماع الشهادة على الغائب إن لم يقترن بالقضاء بها عليه جائز باتفاق العلماء، قال الماوردي (٢) : وأما سماع الدعوى على الغائب فإن لم تقترن بها بينة لم تسمع ، لأن سماعها غير مقيد ، وإن اقترنت بها بينة سمعت وسمعت البينة عليها ، وهذا متفق عليه في جواز الدعوى والبينة على الغائب ، واختلف في معنى سماع البينة على الغائب ، فهذا عند الشافعي ومن يرى القضاء على الغائب سماع حكم ، وعند أبي حنيفة (٣) ومن لا يرى القضاء على الغائب سماع التحمل كالشهادة على الشهادة (٤) .

وأما سماع البينة على الغائب لغرض الحكم عليه فلكل حالة من حالات الغيبة الثلاث حكم . فأما الحالة الأولى وهي أن يكون غائبًا عن الحكم حاضرًا في مجلسه، فلا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره وبعد إعلامه لارتفاع ضرورة الحكم في غيبته ، وهذا متفق عليه (٥) .

وأما الحالة الثانية : أن يكون غائبًا عن البلد ، فإن كانت الغيبة لأجل التستر عن القضاء والامتناع عنه فلا خلاف في جواز سماع الشهادة والقضاء عليه (٦) ، وإن كان ليس لأجل التستر والامتناع فقد اختلف الفقهاء في جوازه على ثلاثة أقوال :

(١) ينظر : آداب القاضي للماوردي ٢/ ٣٠٤ وما بعدها ، الحاوي الكبير ١٢/ ٢٩٦ .

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي ، ولد سنة ٣٦٤ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٠ هـ ، من مؤلفاته : النكت والعيون في التفسير ، الإقناع في الفقه ، كتاب آداب الدنيا والدين (ينظر : تاريخ بغداد ١٢/ ١١٠ ، معجم الأدباء ١٥/ ٥٢ ، البداية والنهاية ١١/ ١٠) .

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠٧ .

(٤) آداب القاضي ٢/ ٣٠٥ .

(٥) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٦ ، آداب القاضي ٢/ ٣٠٦ .

(٦) ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠٧ ، تبصرة الحكام ١/ ٧٠ .

القول الأول : لا يجوز سماع الشهادة والقضاء على الغائب عن البلد إلا أن يكون للمدعي خصم حاضر من الوصي أو الوارث أو الوكيل ، وبه قال الحنفية (١) ؛ واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾(٢)

ثانيًا : قول النبي لعمرو بن العاص : « **اقض بين هذين ، قال أقضي وأنت حاضر ، فقال عليه الصلاة والسلام : اقض بينهما بالحق** » (٣) .

قال صاحب البدائع في توجيه وجه الدلالة من الآية والحديث السابق : «إن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ، والحق اسم للكائن الثابت ، ولا ثبوت مع احتمال العدم ، واحتمال العدم ثابت بالبينة لا حتمال الكذب ، فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق ، فكانت ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ، ولم يظهر ذلك في حالة الغيبة (٤) .

مناقشة وجه الاستدلال : لا يسلم بأن الحكم بالشهادة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ، بل الشهادة جعلت لمعرفة صاحب الحق حتى يقضى بها له ، وأما احتمال الكذب فهو احتمال ضعيف ، إذ قد اشترط في الشاهد أن يكون عدلا .

ثالثًا : عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : «ولاني رسول الله ﷺ اليمن، **وقال لي : يا علي إن الناس سيتقاضون إليك فإن أتاك الخصمان فلا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق**» (٥) .

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢ ، الدر المختار مع حاشيه قرة عيون الأخبار ٧/ ٤٠٦ .

(٢) سورة ص الآية : ٢٦ .

(٣) رواه الإمام أحمد الفتح الرباني ١٦/ ٢٠٦ ، والدارقطني ٣/ ٢٠٣ ، والحاكم في المستدرك ٤/ ٨٨ ، ولفظه أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فقال لعمرو : اقض بينهما ، فقال أقضي وأنت حاضر يا رسول الله ، قال : نعم على أنك إن أصبت فلك عشر أجور ، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وعقب الذهبي فقال : قلت فرج ضعفوه ولا أجد في الروايات الثلاث ذكر قوله اقض بالحق .

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٣ .

(٥) رواه الإمام أحمد الفتح الرباني ١٦/ ٢١٥ ، وأبو داود كتاب الأقضية ، باب كيف القضاء حديث ٣٥٨٢ ، والترمذي كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما الحديث ٣٣١ جـ٣/ ٦١٨ ، وابن حبان في صحيحه موارد الظمآن رقم ١٥٣٩ ، والحاكم في المستدرك ٤/ ٩٣ ، والحديث ضعفه ابن حزم ، لأنه من طريق شريك عن سماك ، لأن شريك مدلس وسماك بن حرب يقبل التلقين (ينظر : المحلى ١٦/ ٢٩٧) .

وهذا نص في المنع من الحكم إلا بعد سماع قول الخصم ، والقضاء على الغائب داخل في هذا المنع ، لكونه قضى لأحد الخصمين قبل سماع قول الخصم الآخر .

مناقشة وجه الاستدلال : إن الحديث وارد في الحاضرين ، وإن اشتراط ذلك في الحاضر دليل على جوازه في الغائب لعدم الشرط (١) .

رابعًا : إن الحكم على الغائب حكم على غير ميئوس من إقراره ، فوجب أن لا يحكم عليه قبل إنكاره كالحاضر (٢) .

خامسًا : إن فصل الحكم قد يكون ببينة المدعي تارة وبيمين المنكر أخرى ، فلما لم يجز فصل الحكم بيمين المنكر مع غيبة المدعي لم يجز فصله ببينة المدعي مع غيبة المدعي عليه (٣) .

مناقشة الدليل : لا يصح قياس الشهادة أو البينة على اليمين ، لأن الحكم بالشهادة وجدت معه الدعوى بخلاف الحكم بيمين المنكر ، فلا توجد معه الدعوى (٤) .

سادسًا : إن الحكم يكون للغائب تارة وعليه أخرى ، فلما لم يجز الحكم للغائب كان أولى أن لا يجوز الحكم على الغائب (٥) .

مناقشة الدليل : لا يصح قياس الحكم على الغائب على الحكم للغائب ، لأن لصاحب الحق تأخيره ، وليس لمن عليه الحق تأخيره (٦) .

القول الثاني : يجوز القضاء على الغائب عن البلد في كل الأموال إذا كانت الغيبة منقطعة الغيبة (أي بعيد جدًا) ، أو غيبة قريبة ، ويجوز القضاء عليه في الأموال المنقولة دون الثابتة كالعقارات إذا كانت الغيبة المتوسطة ، وهي في مسافة عشرة أيام أو يومين مع الخوف ، وبه قال المالكية (٧) .

وعمدتهم في تفريق بين العقار وغيره ، لأن العقار مما تتشاح فيه النفوس ، ويحصل فيه الحقد عند أخذه ، فلابد من حضوره ليكون أقطع للنزاع .

مناقشة رأي المالكية : ناقش ابن حزم رأي المالكية فقال : «أما قول مالك فظاهر الخطأ من وجهين : أحدهما تفريقه بين العقار وغيره ، وهو قول بلا برهان ، وما

(١) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٧ .
(٢) أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣١٠ .
(٣) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٨ .
(٤) المصدر السابق ١٦/ ٣٠٠ .
(٥) المصدر السابق ١٦/ ٢٩٨ .
(٦) المصدر السابق ١٦/ ٣٠٠ .
(٦) تبصرة الحكام ١/ ٧٠ ، شرح الخرشي ٧/ ١٧٣ .

حرم الله تعالى على أحد من الناس من عقار غيره إلا كالذي حرمه من غير العقار ، لا فرق ، بل العقار كان أولى في الرأى أن يحكم فيه على الغائب ، لأنه لا ينقل ولا غاب عليه ، ولا يفوت ، بل يستدرك الخطأ فيه في كل وقت ، وليس كذلك سائر الأموال .

والوجه الثاني : تفريقه بين الغائب غيبة طويلة وغيبة غير طويلة ، فهذا قول بلا برهان ، وتفريق فاسد ، وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة ، بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان ، وهي أيضًا قصيرة بالإضافة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان » (١) .

القول الثالث : يجوز الحكم على الغائب عن البلد ، وبه قال الشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، وابن حزم (٤) ؛ واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والقياس .

أما الأدلة من الكتاب فقوله تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (٥) . ووجه الاستدلال من الآية أن ما شهدت البينة على الغائب حق ، فوجب الحكم به .

وقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (٦) ، وقوله تعالى : ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ (٧) . ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى أمر بإقامة الشهادة لله ، وهذا يقتضي أن يحكم بها ، ولم يخص الله ذلك حاضرًا ولا غائبًا ، فجوز الحكم بها على غائب أو على حاضر .

وأما الدليل من السنة فما روت عائشة رضي الله عنها أنها قالت : (جاءت هند بنت عتبة إلى رسول الله ﷺ فقالت : إن زوجي أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، إلا ما أخذت من ماله سرًا ، فهل عليّ في ذلك حرج ، فقال لها : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٨) .

وهذا قضاء من رسول الله ﷺ على أبي سفيان وهو غائب .

(١) المحلى ٨/ ٤٣٤ .
(٢) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٦ ، روضة الطالبين ١١/ ١٧٥ .
(٣) المغني ١١/ ٤٨٥ ، الإنصاف ١١/ ٢٩٨ .
(٤) المحلى ٨/ ٤٣٤ .
(٥) سورة ص الآية : ٢٦ .
(٦) سورة النساء الآية : ١٣٥ .
(٧) سورة الطلاق الآية : ٢ .
(٨) الحديث رواه البخاري كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل وللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ٣/ ٢٨٩ ، ومسلم كتاب الأقضية ، باب قضية هند ٥/ ١٢٩ .

مناقشة وجه الاستدلال : لا يسلم بأن ذلك قضاء من رسول الله ﷺ ، بل إن ذلك على سبيل الفتوى ، وذلك لأن أبا سفيان حاضر في البلد ، فلو كان ذلك قضاء لدعاه الرسول ﷺ للإقرار بما ادعت هند ، لأن الرسول ﷺ لم يقدر المحكوم به لها(١).

وأما الدليل من الإجماع فقد أجمع الصحابة قبل مخالفة الحنفية على صحة سماع الشهادة والقضاء بها على الغائب ، حيث روي عن عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب ولا مخالف لهما ، فكان إجماعاً (٢) .

وأما الدليل من القياس فلأن من جاز سماع الشهادة عليه جاز الحكم بها عليه كالحاضر (٣) .

الترجيح : بعد النظر إلى أدلة كل قول يتبين صحة ورجحان القول بجواز القضاء على الغائب بعد سماع البينة ، وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها ، خاصةً بإجماع الصحابة قبل مخالفة الحنفية ، ولضعف أدلة المخالفين يتبين ذلك عند مناقشتها في أثناء ذكرها .

ولكن ينبغي أن يحمل جواز الحكم على الغائب عن البلد على ما إذا تعذر المدعى عليه عن الحضور إلى مجلس الحكم ، فلو لم يتعذر المجيء ويأتي إلى مجلس الحكم لو دعي لا ينبغي أن يحكم عليه قبل حضوره ، وذلك رعاية لحقه في الدفاع عن نفسه ، والله أعلم .

وأما الحالة الثالثة وهي أن يكون غائبًا عن مجلس الحكم حاضرًا في البلد ، فإن

(١) الحاوي الكبير ١٦ / ٢٩٨ .

(٢) فقد روى ابن حزم بسنده عن عمر بن الخطاب وعثمان قضاءهما بروايات كثيرة ، منها أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى : أنه بلغني أن ناسًا من قبلك دعوا بدعوى الجاهلية يا آل ظبية ، فإذا أتاك كتابي هذا فانهكهم عقوبة في أموالهم وأجسامهم ، حتى يفرقوا إذ لم يفقهوا ، ومن ذلك بلغ عمر بن الخطاب أن سعد بن أبي وقاص اتخذ بابًا ، وقال انقطع الصوت ، فأرسل إليه عمر فحرقه ، وأرسل محمد بن مسلمة الأنصاري وأخذ بيده وأخرجه وأجلسه وقال : هنا اجلس للناس ، فاعتذر إليه سعد وحلف أنه ما تكلم بذلك .

ومنها ما روى سعيد بن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشر ، ثم تتزوج . وقال ابن حزم : والذي أوردنا عن عمر وعثمان صحيح ، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلافه أبدًا (المحلى ٨/ ٤٤٠) .

ومن ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : ألا أن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال قد سبق الحاج ، فأدان معرضًا فأصبح قد دين به ، فمن كان له عليه دين فليحضر غدا لنقسم ماله بينهم بالحصص (والأثر رواه البيهقي في سننه الكبرى ١٠/ ١٤١) .

(٣) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٩ .

كانت الغيبة لأجل الامتناع عن الحضور فلا خلاف في جواز سماع الشهادة والحكم عليه (١) .

وأما إن لم يمتنع عن الحضور فقد اختلف العلماء في جواز سماع الشهادة والقضاء عليه على قولين :

القول الأول : لا يجوز القضاء عليه قبل حضوره ، ويجب على القاضي طلب الخصم للحضور قبل محاكمته ، وهو الظاهر من المذهب الشافعي (٢) ، وبه قال الحنابلة (٣) .

وعمدة هذا القول أن في هذه الحالة أمكن سؤال الخصم ، فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كالحاضر في مجلس الحكم (٤) .

القول الثاني : يجوز سماع الشهادة والقضاء على الغائب في مجلس الحكم وحاضر في البلد ، وإليه ذهب بعض أصحاب الشافعي في وجه لهم (٥) ، وبه قال ابن شبرمة (٦) ، حيث قال : «أحكم عليه لو كان وراء جدار» (٧) .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة هو عدم جواز سماع الشهادة والقضاء بها على الغائب في مجلس الحكم والحاضر في البلد إذا لم يمتنع عن الحضور ، لما تقرر في أصول القضاء أن القاضي يجب عليه أن يسمع كلام الخصمين متى أمكن سماعه منهما ، وهذا يمكن سماع كلام الخصم ، ويؤيد هذا المعنى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتاه رجل قد فقئت عينه فقال له عمر : تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ، فقال عمر : فلعلك قد فقأت عيني خصمك معًا ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معًا ، فقال عمر : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء (٨) .

(١) ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٠٧ ، تبصرة الحكام ١/ ٧٠ ، مغني المحتاج ٤/ ٤١٦ ، المغني ١١/ ٤٨٧ .

(٢) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٧ ، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٠٨ .

(٣) المغني ١١/ ٤٨٧ . (٤) المصدر السابق .

(٥) أدب القاضي ٢/ ٣٠٨ .

(٦) هو : عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان ، فقيه وكان من التابعين ، وكان قاضيًا لأبي جعفر على سواد الكوفة ، وقال سفيان الثوري : مفتينا ابن أبي ليلى وابن شبرمة ، مات سنة ١٤٤ هـ (تهذيب الكمال ١٥/ ٧٦ـ ٨٠) .

(٧) أدب القاضي ٢/ ٣٠٨ ، أخبار القضاة ٣/ ٨٨ .

(٨) الأثر رواه ابن حزم بسنده في المحلى ٨/ ٤٣٦ .

ويؤيد هذا المعنى أيضًا قول النبي ﷺ : «إنكم تختصمون إليّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئًا فإنما أقطع له قطعة من النار» (١) .

فالحديث نص في أن القاضي يسمع كلام الخصمين دل عليه قوله : «إنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ...» .

* * *

(١) الحديث رواه مسلم كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن والحجة ٥/ ١٢٨ .

المبحث الثالث

الشهادة على السماع أو الشهادة بالتسامع

المطلب الأول : حكم قبول الشهادة على السماع في إثبات الأحكام .

الأصل أن الشهادة لا تجوز إلا ما بني على علم ، لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ (١) ، وقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولًا ﴾ (٢) .

وأيضًا أن الإنسان لا يدلي بالشهادة إلا ما حصل له من إدراكه بنفسه بأن يشاهد المشهود ويسمعه ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : (سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد أو دع) (٣) .

إلا أن هناك وقائع ومسائل يتعذر لكثير من الناس مشاهدتها بأنفسهم ، بل هذه الوقائع لو لم تقبل الشهادة فيها إلا على أساس مشاهدة المشهود به مباشرة لاستحالت الشهادة فيها مثل معرفة النسب والولادة ، فيترتب على اعتبار المشاهدة فيها وحدها أن لا يعرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه (٤) .

وعلى هذا فقد أجاز الفقهاء أن يشهد الشاهد معتمدًا في شهادته على ما سمعه من خبر فاش متشر بين الثقات وغيرهم ، وذلك في أمور من العسير أن يراها كل إنسان ويشاهدها بنفسه (٥) .

وقبول هذه الشهادة على مقتضى القياس لا تجوز ، ولكن استحسانًا تجوز في الأمور التي تختص معاينتها بخواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام (٦) .

وهذه الشهادة في مرتبة ثالثة من مراتب الشهادة التي تنبني على سماع الخبر ،

(١) سورة الزخرف الآية : ٨٦ . (٢) سورة الإسراء الآية : ٣٦ .

(٣) رواه البيهقي في سننه الكبرى بمعناه كتاب الشهادات ، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها ١٠/ ١٥٦ ، والحاكم في المستدرك بمعناه ، وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ٤/ ٩٧-٩٨ ، وقال الحافظ في بلوغ المرام ص : ٣٥٤ وأخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف وصححه الحاكم فأخطأ .

(٤) ينظر : المغني ١٢/ ٢٣ .

(٥) ينظر : فتح القدير ٦/ ٢٠ ، تبصرة الحكام ١/ ٢٧١ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٨ ، المغني ١٢/ ٢٣ .

(٦) فتح القدير ٦/ ٢٠ .

قال ابن راشد محمد بن عبد الله البكري القفصي القاضي : «شهادة السماع لها ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى : تفيد العلم ، وهي المعبر عنها بالتواتر ، وهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية بما يفيد العلم .

المرتبة الثانية : شهادة الاستفاضة ، وهي تفيد ظنا قويًا يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع ، مثل أن يشهد أن نافعًا مولى ابن عمر ، ومثل إذا رؤي الهلال رؤية مستفيضة ، ورآه الجم الغفير من أهل البلد ، وشاع فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره .

المرتبة الثالثة : شهادة السماع ، وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها وصفتها بأن يقولوا سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم ، وهذه تفيد ظنًا دون شهادة الاستفاضة وأجيزت للضرورة (١) .

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار شهادة السماع ، بل لقد نقل بعض الفقهاء الإجماع على اعتبارها في بعض المسائل ، وهي في النسب والولادة (٢) ، ثم لكل مذهب من المذاهب الأربعة بعد ذلك رأي خاص في المسائل التي تجوز فيها الشهادة على السماع ، وسوف يأتي الكلام فيها بالتفصيل .

المطلب الثاني : شروط قبول شهادة السماع .

لا تصح شهادة السماع ولا تقبل إلا إذا توفر فيها عدد من الشروط ، وقد فصل المالكية هذه الشروط ما لم يفصل باقي أصحاب المذاهب الأخرى ، وهذه الشروط التي ذكروها :

الأول : ذكر المالكية أن من شروط شهادة السماع أنه لا يستخرج بها من يد حائز ، وإنما يشهد بها لمن كان الشيء بيده ، فتصحح حيازته ، ومثال ذلك أن يكون رجل حائزا دارا ، ويدعي رجل آخر أن تلك الدار لأبيه أو لجده ، ويقيم على ذلك بينة ، فتقيم الحائز بينة بالسماع في تطاول الزمان أنه اشتراها من أبي المدعي أو من جده ، فيحكم له ببقائها بهذه الشهادة (٣) .

أود أن أشير هنا إلى أمرين :

الأول : أن ذكر المسألة السابقة على كونها شرطا لصحة شهادة السماع فيه نظر ،

(١) نقلاً عن : تبصرة الحكام ١/ ٢٧٦ - ٢٧٧ .
(٢) المغني ١٢/ ٢٣ .
(٣) تبصرة الحكام ١/ ٢٧٧ .

ن الصحيح أن تذكر من ضمن الكلام عن صلاحية شهادة السماع بعد توفر روطها ، لتكون حجة لاستخراج الشيء من يد حائزه .

الثاني : على التسليم بإمكان هذا الأمر أن يكون من ضمن شروط صحة سماع فقد اختلف فقهاء المالكية في اعتباره شرطًا من شروطها . فالمعتمد في مذهب أنه شرط من شروط شهادة السماع ، وذهب ابن القاسم وبعض كبار المالكية ن أنه ليس شرطًا على رأيهم أن شهادة السماع يستخرج بها الشيء من يد حائز (١) .

والراجح هو ما عليه المذهب المالكي بأن شهادة السماع لا يستخرج بها الشيء ن يد حائز ، ذلك لأن شهادة السماع فيها ضعف ، ويعمل بها للضرورة ، فلا حتج بها لإخراج الشيء من حيازة المرء ، لأن إخراج الشيء من حيازة الإنسان لا كون إلا بسبب حادث من شراء أو هبة ، وهذا عادة يمكن أن تقام عليه بينة على نطع ، فلا تعمل شهادة السماع عندئذ ، وهذا بخلاف إبقاء الشيء على حيازة إنسان ، فإن السبب قد يكون قديمًا ، فيجوز إثباتها بشهادة السماع .

الثاني : أن يكون المشهود به قد مضى في حيازة المشهود له زمانًا طويلاً ، ختلف فقهاء المالكية في تحديد طول الزمان ، منهم من حدده بخمسين أو أربعين نة ، ومنهم من حدده بعشرين سنة ، ومنهم من حدده بخمس عشرة سنة . لضابط في هذه المسألة أن العين المشهود بها يسمع بكونها في يد المشهود له منذ قديم زمان ، ليحتمل أن يكون شهود العيان قد ماتوا ، أو لم يعرفوا مكان وجودهم ، هذا يبدو يختلف باختلاف الزمان والمكان (٢) .

الثالث : أن تسلم الشهادة من بينة الكذب ، فإن شهد اثنان بالسماع وفي نبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئًا من ذلك لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون سماع فاشيا فيهم قبل أداء الشهادة (٣) .

الرابع : أن يحلف المشهود له ، لأن شهادة السماع ضعيفة ، فكان يمينه لأجل وتها ، ولا يقضي لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه ، لاحتمال أن يكون أصل سماع من شاهد واحد ، والشاهد الواحد لابد معه من اليمين (٤) .

وهذا شرط وجيه ، لأن شهادة السماع ضعيفة الحجة ، فتحتاج إلى تأكد من صدق المدعي ، والمدعي يعرف نفسه من صدق دعواه أو من كذبه ، وعليه فيمينه وي الظن بصدق الشهود والمدعي .

(١) المصدر نفسه .
(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢٧٧ - ٢٧٨ ، شرح الخرشي ٧/ ٢١١ .
(٣ ، ٤) المصادر السابقة .

الخـامس : أن لا يسموا المسموع منهم ، فإذا سموا المسموع منهم فلا تقبل الشهادة ، إذا كان المسموع منهم غير عدول (١) .

مناقشة هذا الشرط : اشتراط هذا الأمر فيه غرابة ، خاصة أنه يفهم أنه إذا سمع من غير عدول وسماهم لا تقبل الشهادة ، وإذا لم يسمهم تقبل الشهادة ، والصحيح أن الحاكم لابد أن يتأكد من مصدر السماع ، فإن كان السماع فاشيًا بين الثقات وغيرهم تقبل الشهادة ، أو إن كان السماع من جماعة غير عدول ، ولكن يتيقن من عدم تواطئهم على الكذب تقبل الشهادة كذلك ، وإلا فلا تقبل . وإنما قيل هذا لأن محك اختيار قبول شهادة السماع صحة مصدر السماع لا تسمية المسموع منهم وعدم تسميتهم .

نعم قد يقولوا إنه إذا سمي المسموع منهم ، وكانوا عدولاً خرج عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة ، فيقال على هذا الاعتراض لا يلزم أن تكون الشهادة على الشهادة بمجرد تسمية المسموع منهم ، لأن الشهادة على الشهادة يكون المسموع منهم شهود العيان ، ولا يكون كذلك في شهادة السماع ، فقد يكون المسموع منهم ليسوا شهود العيان ، بل إنهم يسمعون الخبر ممن قبلهم .

السـادس : أن يشهد بذلك اثنان فصاعدا ، ويكتفي بهما على المشهور ؛ وهذا الشرط وجيه ، لأن الشهادة على السماع ضعيفة ، فلابد إذًا من العدد لتقويتها (٢) .

السـابع : أن يكون السماع الذي تستند إليه الشهادة من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب ؛ اختلف العلماء في هذا الشرط على القولين :

القـول الأول : لا يشترط هذا الشرط ، بل يمكن أن يكون مصدر السماع من خبر رجلين عدلين إذا اطمأن القلب إلى صدقها ، وبه قال الحنفية (٣) ، وهو قول في المذهب الشافعي (٤) ، وبه أخذ بعض الحنابلة (٥) .

وعمدتهم في ذلك القياس هو أن الحاكم يقبل خبر شهادة رجلين عدلين ، ويقضي بها اعتمادا على صدقهما ، فكذلك الشاهد يشهد اعتمادا على خبر عدلين إذا تيقن بصدقهما (٦) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٢٧٨ ، شرح الخرشي ٧/ ٢١١ .
(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢٧٨ ، شرح الخرشي ٧/ ٢١٢ .
(٣) ينظر : حاشية قرة عيون الأخيار ٧/ ٩٥ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٧ .
(٤) ينظر : مغني المحتاج ٤/ ٤٩٩ ، روضة الطالبين ١١/ ٢٦٨ .
(٥) ينظر : المغني ١٢/ ٢٤ . (٦) المصدر السابق .

القـول الثـاني : يشترط أن يكون السماع الذي تستند إليه الشهادة من جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب ، لا من رجلين عـدلين ، وبه قـال المالكيـة (١) ، والشافعية (٢) ، وأكثر الحنابلة (٣) ؛ وعمدتهم في اشتراط هذا الشرط : أن الأصل في الشهادة اعتماد اليقين ، وإنما يعدل عنه عند عدم الوصول إليه إلى ظن يقرب منه على حسب الطاقة .

الترجيح : والراجح في المسألة أنه ينظر إلى حال المشهود به ، فإن كان المشهود به مما يشتهر قبل سماع الشهادة فيشترط في هذه الحالة أن يكون السماع الذي تستند إليه الشـهادة من جماعـة يؤمن تواطؤهم على الكذب ، وذلك كمن شهد بملكية الشخص للدار قبل خمس سنين وهو يسكنها ، فإن هذه الملكية تحتمل الاشتهار ، وإن كان المشهود به مما يمكن أن لا يشتهر قبل سماع الشهادة ، فلا يشترط أن يكون السماع من الجماعة ، بل يمكن أن يكون من خبر رجلين عدلين يطمئن إلى صدقهما القلب ، ذلك كمن شهد بموت الإنسان في البلد النائي استنادا إلى خبر العدلين اللذين أتيا من ذلك البلد ولم تمض على مدة موته أكثر من يومين . وإنما فرق بين الحالتين ، لأن أساس قبول شهادة السماع الضرورة ، وما يغلب على الظن صحة السماع ، وهذا يختلف باختلاف الشهود به ، كما سبق بيانه ، والله أعلم .

المطلب الثالث : الحالات التي تجوز فيها الشهادة على السماع .

الضـابط في المسـألة : أن الأشـياء التي تتعـذر الشـهـادة عليـهـا في الغـالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، واختص بعض الناس في معرفتها ، وتتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء الأعوام العديدة جازت الشهادة عليها بالسماع (٤) ؛ وإليك بيان كل مذهب في الحالات التي تجوز فيها الشهادة على السماع .

الأول : المذهب الحنفي ، الحالات التي تجوز فيها الشهادة على السماع في المذهب الحنفي تسع ، وهي العتق والولاء والمهر والنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي والوقف ، وهذه الأمور لا خلاف فيها إلا في الولاء ، فإن أبا حنيفة ومحمد بن الحسن لم يريا جواز الشهادة على السماع فيها ، ورأى أبو يوسف جوازها (٥) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٢٧٨ ، شرح الخرشي ٧/ ٢١٢ .
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٩٩ ، روضة الطالبين ١١/ ٢٦٨ .
(٣) المغني ١٢/ ٢٤ . (٤) فتح القدير ٦/ ٢٠ .
(٥) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٩٤-٨٧ ، فتح القدير ٦/ ٢٠ .