وحكم به او لكنت مسلمة للصحة والحكم بها حتى يجوز لمعد النقض منه خلاف جزم ابن الصباغ في الشامل
وبما اذا اقتسم مال المفلس ثم ظهر غريم فانه لمن حكم وجزم الماوردي في المثال المذكور بانه حكم وقال
ابن الرفعة وجانبه بخطه في اوايل النكاح في الكفاية هذا في العقود انما يجري اذا تقدم القبول على
الايجاب اما اذا تقدم الايجاب من القاضي فلا يكون حكما بالصحة لان الحكم بالصحة فرع تمام العقد وما
جرى من القاضي شطر ولعل العقد لا يتم بمجرد الحكم بصحة العقد قبل كماله وهذا البحث صحيح اذا
علمت محل الخلاف فاعلم انه اضطرب المنقول في كلامه تعالى في اوايل الباب الثالث في عدة الوفاة
والمستولدة ما نصه اذا قلنا بالقول القديم ان تمكث المراة اربع سنين ثم يحكم القاضي بوفاة الزوج
ثم تعتد عدة الوفاة فالاصح عند جمهور الاصحاب ان المدة تعتبر من ضرب القاضي وقيل تكفي مضيها
من انقطاع الخبر حتى لو لم يضرب القاضي المدة فهل يجعله حكما بالوفاة ام لا بد من استيناف الحكم
بها فيه وجهان اصحهما الثاني انتهى وذكر مثله في كتاب النكاح في الباب الرابع في بيان الاولياء فقال
اذا جاءت المراة الى السلطان فادعت غيبة وليها وخلوها عن الموانع الشرعية فالاصح يجوز له تزويجها
بدون بينة على ما ادعته ومقتضاه ان تصرفه ليس حكما والا لما بالصحة لانه لا يجوز الحكم بصحة عقد
والاشهر ... بمجرد قول ربه ولابد من الشهادة والعلم بما يتقدم عليه كما قالوا اذا علمت
ذلك فقد قال في الروضة في ميراث المفقود في اول الباب السادس ما نصه ثم ان القسمة بعد الحكم
تضمنت الحكم بموت المفقود انتهى وهذا صريح في المقصود ويتايد بما ذكره في القسمة وهو ان جماعة
اذا رفعت للقاضي مالا مشتركا في ملكهم وطلبوا القسمة باتفاق لا يقسم القاضي بينهم الا ببينة على ان
ملكهم مشترك على الصحيح وعلل بامور منها ما ذكرناه ويؤيده ما قاله القاضي حسين والماوردي
ان اموال المفلس اذا ... المفلس ببيعه ولا الحاكم او الحاكم بلا اثبات حتى يقوم بينة بملك المفلس ولا تكفي
الشهادة بمجرد يده ولا باعتراف المفلس بالملك والقول لذلك يتعدى الى القاضي وامينه فالشبه
الى الاموال التي ترتهن ... المحجور عليه لكنه فيه عسر وقد يفرق بان مال البيع من المفلس بخلاف
... للصور ... ضعيف ... تدرج ... على ما رايته في فتاوى ابن الصلاح
ان محل الخلاف في عقد النكاح لمستورين اذا عقد عند الحاكم اما اذا كان العاقد هو الحاكم
فلا ينعقد بهما بلا خلاف ولابد من تحقيق العدالة الباطنة المستند لطالب التزويج لا الى ...
الامر ... ذلك
وقد صح ... الصيام في قبول

من العدل الواحد لكن لسقطه الشوب في الروضة وانما جعلنا مدرك هذا الفرع هذه العلة لان
الحكم بالمستورين لا يجوز ولم يدرك ابن الصلاح هذه العلة بل علل بان الحاكم يتيسر له الوقوف على العدالة
الباطنة بخلاف الاحاد ورايت في فتاوى البغوي في النكاح مسالة تقتضي ان تصرف القاضي
لا يكون حكما بالصحة فقال اذا جاء رجل الى القاضي واخبره بانها ادعت بطلان النكاح وظن
صدقه ساغ له الاعتماد على خبره وتزويجها بقوله لكن رايت في الفتاوى الموصلية للشيخ عز الدين
عبد السلام على ذلك فقال لو اخبر صدوق ان الولي اذن في تزويج موليته فلا يجوز له اعتماد
الخبر فان فعل لم يصح العقد ولو كان الاذن كما قال انتهى والجواب
الفرق بين القسمة وما ذكر في مقابلها بان قسمة التركة بين الورثة لا تجامع حياة المالك
فلزم من الواقع الحكم بالموت وهذه المنافاة لم توجد في ... الله ... لو ظهر حيا
لعدت القسمة بطلوع حياته يوم القسمة ولم يبطل ضرب المدة لو ظهر حيا في وقتها وعند الحكم
بالوفاة حدث الموت قبيل الحكم ... لا يجوز للقاضي قسمة مال المفقود بين ورثته حتى يثبت
موته ببينة او بمضي مدة لا يعيش مثله فيها غالبا على الباقي الاصح ... ساغ له ان يعقد عقد
قسمة التركة ... الحاكم بدون نص ... للاربع على القدم ويدل مع الثبوت الموت على الحاكم
البحر قوله لكونه قاضيا فيه احتراز عن تصرفه لنفسه قوله هل يستلزم الحكم بالصحة
اولى منه ان يقول هل يكون حكما بالثبوت والا فمعرفة كل شهود للاحاد محمول على الصحة
ظاهرا فلا معنى للبحث عن تصرف القاضي في استلزام الصحة دونه ولعموم هذا الاستلزام صدق
مدعي صحة العقد في مقابل دعوى الفساد من العاقدين لانه يدعي الظاهر قوله حتى يجوز نقضه
النقض يعني اذا لم يجعل التصرف حكما بالثبوت والا فاذا جعلناه حكما بالثبوت فالنقض المتصل
بحكم الحاكم سوى ... الا ان يخالف نصا او اجماعا او قياسا جليا
او تبين خطا الواقع ذا حكم بعبدين او فاسقين او بعلم حرمه للشهود عن الشهادة فله
ذلك قوله جزم ... بان قسم القاضي مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم لمن حكم
والماوردي بانه حكم وهذا الرجح في اعتبار الترجيح لان الاصح ان القسمة لا تنقض
لظهور الغرماء بل يتبع الغرماء بالحصة قوله في بحث الرافعي وهذا البحث صحيح هو

[illegible]

Copyright © King Saud University