ويتوقف انفاذه على امضا قاض اخر وهذا الخلاف
هو المعتبر عنه بالروايتين وهو استعمال معروف عند
المشايخ كما ان اطلاق القاضي يراد به المجتهد وكذا الفقيه
والدليل على ما ذكرت نص محمد في الاصل على عدم
جواز القضا على الغايب من غير خلاف ولفظ شرح الطحاوي
القضا على الغايب فصدا باطل وفي اللفظ الذي نقله
هذا المتكلم عن الهداية انه لا يجوز وفيهما في
كتاب ادب القاضي ولا يقضي القاضي على الغايب الا
بحضرة من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز فظهر
ان مذهب علماونا عدم الجواز قولا واحدا واما الذي
استثناه في المفقود بقوله الا اذا راه القاضي فمفرع
على انه محل اجتهاد فيجوز عن المجتهد عن اجتهاد لا على انه
قول في المذهب واما ما نقله الاتقاني عن الحاكم
الشهيد وصرح بذلك في المبسوط فقال وان ادعى
انسان على المفقود حقا في دين او وديعة او شركة في عقار
او رقيق او طلاق او عتاق او نكاح او رد بعيب او مطالبة
باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم تقبل بينته ولم
يكن هذا الوكيل ولا احد من ورثته خصما له اما الوكيل
فلانه نصب للحفظ فقط واما الورثة فلانهم يخلفونه
بعد موته ولم يظهر موته فان راى القاضي سماع البينة
وحكم بذلك نفذ حكمه لما بيناه انه امضى فصلا مختلفا

فيه باجتهاده انتهى بحروفه فظهر ان المراد بالقاضي
ما قلت وخرج جميع ما ذكر عن ان يكون مطابقا لدعوى هذا
المتكلم وعن محل نزاعنا منه وانما قلت قلد القضا مطلقا كما في
فتاوي الشيخ الامام وشرح الهداية انه اذا قلد الامام حنفيا
فقد عزله عما سوى مذهب الحنفية ثم ان هذا الذي ذكره
الحاكم وصاحب الهداية ليس من محل النزاع لانه قضا للغايب
الذي في حكم الميت لا على الغايب الحي المعلوم حياته والامام
قاضي خان فرق في القضا للغايب بين المفقود وغيره فقال
رجل قدم رجلا الى القاضي وقال لابي على هذا الرجل الف درهم
وابي غايب وانا اخاف ان يتوارى هذا الرجل فجعله القاضي وكيلا
لابيه وقبل بينة الابن على المال وحكم بذلك ثم رفع ذلك الى
قاض اخر فان الثاني لا يجيز قضا الاول لان بينة الدين ما قامت
بحق على الغايب حتى يكون ذلك قضا على الغايب وانما قامت
للغايب وهذا بخلاف المفقود فان القاضي جعل ابن المفقود
وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود بمنزلة الميت فكان للقاضي
نوع ولاية في ماله قلت فعلى هذا يحمل قول كل من
اطلق للغايب على المفقود واما الخلاف بين المشايخ نصرح
به في الفصولين نقلا الى اخره فقال وان سمع القاضي بينة
على الغايب من غير خصم ووكيل وقضى على الغايب ففي نفاذ
قضايه على الغايب روايتان ذكر شمس الايمة السرخسي
وخواهر زاده ينفذ قضاوه وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ

قوله على المفقود متعلق بيحمل لا باطلاق كما هو ظاهر والمعنى ان لفظ الغايب اذا وقع في قول لم يقض على الغايب يحمل على الغايب ... المفقود لا على مطلق الغايب ... على غيبة

Copyright © King Saud University