ما ذكر رجل وهب جميع ماله في مرض موته او وصى به ثم جاء قوم بعد موته وادعوا دينًا على الميت فالقاضي على من يقوم بينته وبينهم قال ركن الاسلام علي السغدي يجعل القاضي خصما لهم عنه في ذلك ويسمع عليه البينة وقال شمس الائمة السرخسي يسمع البينة على من في يده المال

الفصل الخامس

في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى الى غير المقضي عليه وفيه مسائل المفقود والتصرف في احوال الغائبين

وذكر شمس الائمة السرخسي في اول دعوى الاصل القضاء على الغائب لا يجوز عندنا سواء كان غائبا عن المجلس حاضرا في البلد او كان غائبا عن البلد ذكر القاضي الامام ظهير الدين في فتواه ولو ادعى على غائب شيئا ليس للقاضي ان ينصب عنه وكيلا ولو ان قاضيا سمع بينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب فهل ينفذ قضاؤه على الغائب روايتان وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ابو بكر انه ينفذ قضاؤه وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي ان يقضي ان يقضي للغائب حتى يحضر خصم كما لا يقضي على الغائب الا ان مع هذا لو وكل وكيلا وانفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى وذكر صدر الاسلام ابو اليسر في شرح المفقود قوله وانفذ الخصومة لان التوكيل لا يدخل تحت القضاء وما لم يقض القاضي لا يقع وفي دعوى فتاوى قاضيخان في فصل القضاء في المجتهدات رجل قدم رجلا الى القاضي وقال ان لابي على هذا الرجل الف درهم وابي غائب وانا اخاف ان يتوارى هذا الرجل فجعله القاضي وكيلا عن ابيه وقبل بينته لابن على المال وحكم بذلك ثم رفع ذلك الى قاض آخر فان الثاني يمضي قضاء الاول لان بينة الابن ما قامت لحق على الغائب حتى يكون ذلك قضاء على الغائب وانما قامت للغائب وهذا بخلاف المفقود فان القاضي يجعل ابن المفقود وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود بمنزلة الميت وكان للقاضي نوع ولاية في ماله وذكر في المحيط والذخيرة الاصل ان القاضي لا يقضي بالبينة للغائب وعلى الغائب لا يجوز الا اذا كان عنه خصم حاضر اما قصدي و ذلك بتوكيل الغائب اياه واما حكمي وذلك بان يكون المدعى على الغائب سبب الثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة او شرطا على ما ذكره بعض المشايخ منهم فخر الاسلام البزدوي وهكذا ذكر شمس الائمة محمود الاوزجندي وعند عامة المشايخ ان يكون المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة فقط وذكر خواهر زاده ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب بما يدعي في ثلاث احدها ان يكون الحاضر وكيلا عن الغائب وانه ظاهر والثاني ان يكون المدعى على الحاضر والغائب شيئا واحدا وما يدعي على الغائب سبب الثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة ففي هذه الحالة يقضي على الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالث ان يكون المدعى شيئين مختلفين ويكون ما يدعي على الغائب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر على كل حال بحيث لا ينفك عنه ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصما عن الغائب ويقضى عليهما جميعا سوى شيخ الاسلام خواهر زاده بينما اذا كان المدعى على الغائب والحاضر شيئين مختلفين وبينما اذا كان المدعى شيئا واحدا فشرط السببية لانتصاب الحاضر خصما عن الغائب في الفصلين وذكر بعض المشايخ في شروحهم ان السببية تشترط فيما اذا كان المدعى شيئا واحدا وهو الاشبه والاقرب الى الفقه هذا اذا كان المدعى شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سبب الثبوت ما يدعيه على الحاضر لا محالة اما اذا كان المدعى شيئين وما يدعيه على الغائب قد يكون سببا لما يدعيه على الحاضر لا محالة وقد لا يكون بان كان ما ينفك عنه بحال فانه ينظر ان كان ما يدعيه على الغائب نفسه يكون سببا لما يدعيه فانه يقضى بالبينة

على الحاضر ولا يقضي في حق الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر ذلك يحتاج الى اعادة البينة ولا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب في هذه الصورة وهذا لان الغائب ما جعل الحاضر خصما عن نفسه لكن جعلناه خصما عنه في موضع لا ينفك المدعى على الغائب عن المدعى على الحاضر ضرورة فيما اذا كان ينفك عنه فيعمل بالحقيقة وان كان المدعى عليهما شيئين والمدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر باعتبار الغائب الى وقت الدعوى فالقاضي لا يلتفت الى دعوى المدعي ولا يقضي ببينته لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب اما بيان الاصل الاول وهو ما اذا كان الحاضر وكيلا عن الغائب فظاهر لا يحتاج الى التفسير واما بيان الاصل الثاني وهو ان يكون المدعى على الحاضر والغائب شيئا واحدا وما يدعيه سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لا محالة فتفسير ذلك في مسائل منها اذا ادعى دارا في يد رجل انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وقال ذو اليد الدار داري واقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الغائب والحاضر وينتصب الحاضر خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد وهو الدار وما ادعى على الغائب وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة لان الشراء سبب لا محالة وهذا الجواب ذكره في الفصل الاول من دعوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد على ذلك فالقاضي لا يأمر ذا اليد بالتسليم الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة قال واحال الصدر الشهيد هذه المسألة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجدها ثمة ومنها اذا ادعى على رجل انه كفيل عن فلان بما يذوب عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق واقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضي بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره وسيأتي تمام هذه المسألة في اثناء هذه المسائل ان شاء الله تعالى ومنها اذا ادعى الشفعة في دار رجل بانها دار فلان وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي بينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعا اما الاصل الثالث وهو ما اذا كان المدعى شيئين وما يدعيه على الغائب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر وقد ذكرنا انه يكون الحاضر خصما عن الغائب فبيانه في مسائل منها اذا شهد شاهدان على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما يقبل هذه الشهادة ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعا والمدعى شيئان المال والعتق على الغائب الا ان المدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فصار كشيء واحد من حيث المعنى ومنها اذا قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل اعتقك مولاك وعليك حد الاحرار واقام بينة على ذلك تقبل ويقضى بالحد والعتق في حق الحاضر والغائب حتى لو حضر الغائب وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حدا كاملا وعلى الغائب العتق لكن لما كان العتق سبب الثبوت ما يدعي على الحاضر قضي بالبينة في حق الحاضر والغائب جميعا ومنها امرأة ادعت على رجل حاضر انه كان لي على زوجي فلان بن فلان بقية المهر كذا وانك ضمنت لي ذلك عنه او وقت

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)