قال لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ولانه لو حضر يجوز
ان يتم حجة ينفي بها حجة المدعي فلا يجوز القضاء مع غيبته ولان البينة حجة لاحد الخصمين
فلا يلتفت اليها مع غيبة الآخر كاليمين ولان شرط القضاء لم يوجد فلا يصح القضاء بالبينة
لان شرط اقامة البينة الانكار ولهذا اذا كان الخصم حاضرا فاقر بالحق لا حاجة الى البينة وهذا لان البينة
في نفس الامر محتملة للصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة
قطع المنازعة وايفاء الحق الى مستحقه ولا منازعة عند عدم الانكار فاذا انعدم الانكار انعدمت الضرورة
الموجبة لكون البينة حجة فلا يصح قضاء القاضي بدون الحجة وانما قلنا بان الانكار لم يوجد من الغائب لانه
يحتمل ان يكون مقرا ويحتمل ان يكون منكرا بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه
وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعا عليه ايضا لانه
لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضى بالبينة بخلاف ما اذا سكت عن
الجواب لان الشرع انزله منكرا دفعا للظلم فكان الانكار موجودا اما هنا فلا نه لانا ما تحققنا عدم
الاقرار فظهر الفرق ولان القاضي لا يمكنه القضاء هنا لان وجه القضا مشتبه لانه لا يدري باي حجة
يقضى لان الاحكام تختلف بحكم القضاء بالبينة ان يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد
المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك فتعذر القضاء اصلا والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان
شاء الله تعالى **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لو انكر المدعا عليه ثم غاب لا يقضي القاضي ايضا في
غيبته وان كان وجد منه الانكار وهو قول محمد وقال ابو يوسف يقضي لوجود الانكار منه صريحا
وهو معنى قوله وفيه خلاف ابي يوسف وقال محمد ان انكاره الى وقت القضاء شرط وبقاء الانكار في وقت
القضاء باستصحاب الحال لا بالنص وذلك يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه قد يكون
بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب سببا
لما يدعيه على الحاضر وهذا تفسير لقوله من يقوم مقامه في قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر
من يقوم مقامه يعني ان القايم مقام الغايب قد يكون قصدا بانابة الغايب بان يجعله وكيلا
او بانابة الشرع كما لو وكل القاضي وكيلا عن الغايب او يكون نيابة الحاضر عن الغايب حكما بان كان
ما يدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وتفصيل هذه الجملة ما نقل في الفتاوى الصغرى
عن شيخ الاسلام خواهر زاده ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب باحد معان ثلثة احدها
ان يكون الحاضر وكيلا عن الغايب وهو ظاهر والثاني ان يكون المدعى على الحاضر والغايب شيئا
واحدا وما يدعى على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة ففي هذه الحالة يقضى على الحاضر
والغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالث ان يكون المدعى شيئين
مختلفين ويكون ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر على كل حال بحيث لا ينفك عنه
ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصما عن الغايب ويقضى عليهما جميعا اما اذا كان ما يدعى
على الغايب قد يكون سببا لما يدعى على الحاضر وقد لا يكون بان كان مما ينفك عنه بحال فانه ينظر
في ذلك ان كان ما يدعي على الغايب نفسه يكون سببا لما يدعيه على الحاضر فانه يقضى بالبينة في حق
الحاضر ولا يقضى بها في حق الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر ذلك يحتاج الى اعادة البينة عليه
وان كان ما يدعيه على الغايب نفسه لا يكون سببا لما يدعى على الحاضر وانما يكون سببا باعتبار

البقاء الى وقت الدعوى فانه لا يقضى بالبينة بما ادعاه المدعي لا في حق الظاهر الحاضر ولا في حق الغايب
اما تفسير الاصل الثاني وهو ان يكون المدعى على الحاضر والغايب شيئا واحدا وما يدعي على الغايب سبب
لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة فبيان ذلك في ثلاث مسايل احداها رجل ادعى دارا في يد رجل
انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي البينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها
فانه يقضى بها في حق الحاضر والغايب لان المدعى شيء واحد وهو الدار وما ادعى على الغايب وهو الشراء
سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة والثانية اذا ادعى على آخر انه كفل
عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام البينة انه ذاب له على فلان الف
درهم فانه يقضى بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره
والثالثة اذا ادعى الشفعة في دار في يد انسان وقال ذو اليد داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي
البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضى بالشراء
في حق ذي اليد والغايب جميعا واما الاصل الثالث وهو ما اذا كان المدعى شيئين وما يدعيه على الغايب
سبب لما يدعيه على الحاضر فبيانه في ثلاث مسايل ايضا احديها رجل قذف محصنا حتى وجب عليه
الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل كان اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار
واقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغايب جميعا حتى لو حضر
الغايب وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حدا كاملا
وعلى الغايب عتقا لكن لما كان العتق سببا لثبوت ما يدعى على الحاضر لان تكميل الحد لا ينفك
عن العتق بحال فيقضى بالبينة في حق الغايب والحاضر جميعا والثانية شاهدان شهدا على رجل
بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغايب واقام المشهود له البينة ان مولاهما قد اعتقهما قبل
هذا وهو يملكهما تقبل هذه البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغايب لان العتق لا ينفك
عن ولاية الشهادة والثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب احدهما وادعى الحاضر على القاتل
ان الغايب عفى عن نصيبه فانقلب نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ونقضي بها
على الحاضر والغايب جميعا فان قيل يبطل هذا بما اذا كان العبد بين حاضر وغايب فادعى على الحاضر
منهما ان الغايب اعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه بصيرورته مكاتبا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه واقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا واعتاق الغايب نصيبه سبب
لتقصير يد الحاضر عنه لا محالة قلنا هذه الشهادة لا تقبل عند ابي حنيفة لا لعدم الخصم عن الغايب بل لجهالة
المقضي عليه بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق فان العبد يصير مكاتبا من جهة المعتق
وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل
لهذا واما اذا كان المدعى شيئين وما يدعيه على الغايب لا يكون سببا لما يدعيه على الحاضر لا محالة
بل قد يكون سببا وقد لا يكون فبيانه في مسئلتين احديهما رجل جاء الى عبد انسان وقال ان مولاك
قد وكلني بان احملك اليه فاقام العبد البينة ان مولاه اعتقه يقبل في حق تقصير يد الحاضر ولا يقبل
في حق العتق على الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر العتق يحتاج العبد الى اقامة البينة والثانية رجل
جاء الى امراة الغايب وقال ان زوجك وكلني بان انقلك اليه فاقامت البينة ان زوجها طلقها ثلاثا
يقضى بتقصير يد الوكيل عنها ولا يقضى بالطلاق لان المدعى شيئان الطلاق والعتاق على الغايب

Copyright © King Saud University

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