

شرح الزركشي على مختصر الخرقى

@ 383 @ عليه هو الأول ، وأيضاً فإن تعذر الوصول إلى إقرار الخصم يجعل للمدعي عليه سبيلاً إلى إقامة البينة لفصل القضاء ، كما لو حضر إلى مجلس الحكم وامتنع من الكلام (وعن أحمد رواية أخرى) واختارها ابن أبي موسى لا يجوز القضاء على الغائب مطلقاً ، لما تقدم من قول النبي لعلي كرم الله وجهه : (إذا جلس إليك خصمان ، فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء) رواه أبو داود وغيره . وأجيب بأننا نقول بموجبه ، فإذا هذا فيما إذا كان الخصمان حاضرين ، ولقائل أن يقول : الاستدلال بما أشار إليه في التعليل وهو أن الحاكم إذا سمع من الصخم تبين له القضاء ومقتضاه أنه إذا لم يسمع منهما لا يتبين له القضاء ، وإذا كان أحدهما غائباً لم يسمع منه ، ولا ممن تقوم مقامه وهو وكيله فلم يسمع منهما . .

والتفريع على الأول ، وعليه فلا يحكم على الغائب إلا إذا صح الحق عنده وعليه ، وصحته بأن تقوم به بينة ، فلو لم يكن به بينة لم يحكم ، بل ولا يسمع الدعوى ، لعدم فائدها ، ومع قيام البينة هل يحلفه الحاكم على بقاء حقه على الغائب ، لجواز الاستيفاء أو الإبراء ونحو ذلك ، أو لا يحلفه وهو اختيار أبي الخطاب ، والشريف والشيرازي وغيرهم ، ومن ثم قال أبو محمد في المغني : إنه المشهور ، لإطلاق قول النبي : (البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر) وظاهره أنه لا شيء على المدعي غير البينة ، كما أنه لا شيء على المنكر غير اليمين ؟ عى روايتين . .

ثم إذا قدم الغائب فهو على حجه ، ويعتبر في الغيبة أن تكون إلى مسافة القصر فأزيد ، قاله أبو محمد في الكافي ، وابن حمدان في رعايته ، وحكى في الكبرى قولاً أن يكون فوق نصف يوم ، والخرقي لم يحد ذلك بحد ، وكذلك أبو الخطاب والشريف وأبو البركات وغيرهم ، ويعتبر أيضاً أن يكون في غير محل ولايته ، أما لو كان غائباً بمكان في ولايته ولا حاكم فيه ، فإن الحاكم يكتب إلى من يصلح للقضاء بالحكم بينهما ، فإن تعذر فإلى ثقة بالصلح بينهما ، فإن تعذر قال للمدعي : حقق دعواك . فإن فعل أحضر خصمه ، وإن بعدت المسافة على المذهب ، وقيل : يحضر من مسافة القصر فأقل ، وقيل : إن جاء وعاد في يوم أحضر ولو قبل تحرير الدعوى ، وحيث لم يلزم بالحضور فإنه يقضي عليه كمن في غير عمله ، وإذا قضى على الغائب فإن كان في عين سلمت إلى المدعي ، وفي دين يوفي من ماله إن وجد له مال . .

وفي أخذ كفيل بذلك من المدعي وجهان (أشهرهما) وهو ظاهر كلام 16 (أحمد) لا ، ثم قال ابن البنا وأبو محمد وابن حمدان : إنما يقضي على الغائب في حقوق الآدميين ، لا في

حقوق اللاّـه كالزنا والسرقه ، نعم في السرقة يقضي بالمال فقط ، وفي حد القذف وجهان ،
بناء اللاّـه أعلم على أن المقلب فيه هل هو حق للاّـه تعالى ، أو حق لآدمي ، ولم يقيد
الخرقي وأبو الخطاب وأبو البركات وغيرهم القضاء بذلك انتهى .