كتاب القضاء

تقرير أبحاث

لسماحة الشيخ الأعلم زعيم الحوزة العلمية

سماحة آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

الجزء الأول

بقلم

التبريزي الحسني السيلاني

عنوان کتاب: کتاب القضاء

پدیدآور[ان]: گلپایگانی، محمدرضا

نام ناشر: دار القرآن الکریم

جلد[ها]: 1 - 2

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتالی نور

تاریخ دانلود: 1404/7/23

تعداد صفحات دانلود شده: 789

كتاب القضاء

الجزء الأول

تقرير أبحاث

المرجع الديني الأعلى زعيم الحوزة العلمية

سماحة آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

بقلم

سماحة الحجة السيد علي الحسيني الميلاني

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب القضاء الجزء الاوّل

تقرير ابحاث

زعيم الحوزات العلميّة المرجع الدينى الاعلى

سماحة آية الله العظمى السيّد محمّد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

المؤلف: سماحة الحجة السيّد علي الحسيني الميلاني

الناشر: دار القرآن الكريم ـ ايران، قـم، ص. ب١٥١

الطبعة: الثانية ـ صفحة وزيري

المطبعة: الباقري

التاريخ: رمضان المبارك ١٤١٣ هـ. ق

الكميّة: ٢٠٠٠ نسخه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، وافضل صلواته وازكى تحياته على اشرف انبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد العرب والعجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولى الفضل والكرم . وعلى اعدائهم اللعن المؤبد الاتم ، الى ان يجمعهم الله العظام بعد الرمم

وبعد ، فان العلم نور يقذف فراسة في قلب من يشاء ومن اوتي العلم فقد اوتي خيرا كثيرا . وقد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء ، وجعلهم ورثة الانبياء .

ثم ان ولدنا العلامة الفهامة السيد علي الميلاني ايده الله تعالى قد صرف عمره الشريف وزهرة شبابه في طلب العلم وكسب الفضيلة وكتب محاضراتنا وابحاثنا في الفقه من (كتاب القضاء) وعرض علينا ما كتب ، فاطلعنا عليه ووجدناه جامعا للمسائل حاويا للمطالب ، محتويا على النكات والدقايق ، وافيا بالمراد .

وقد استجازنا في طبعه ونشره ، فاجزنا له ذلك ، سائلين المولى جل شأنه ان يوفقه لمراضيه ، ويكثر في العلماء والمجدين امثاله ، فسر تعالى قدره ، وعلا سبحانه اجره . والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمة الله وبركاته

قم المقدسة في ٨ / شهر رمضان المبارك ١٣٧٦

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ، لاسيما خليفة الله في الارضين الامام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أرواحنا فداه، ولعنة الله على أعدائهم اجمعين من الاولين والاخرين .

اللهم انا نرغب اليك في دولة كريمة تعزبها الاسلام وأهله وتذل بها النفاق وأهله ، وتجعلنا فيها من الدعاة الى طاعتك والقادة الى سبيلك ، وترزقنا بها كرامة الدنيا والاخرة .

وبعد :

فان لكل موجود من الموجودات التي يشاهدها الانسان نظاماً دقيقاً متقناً يسير عليه ولا يحيد عنه وذلك «صنع الله الذى أتقن كل شيء » ، كما يشاهد الانسان كذلك نظاماً كلياً محكماً ، وسنناً الهية ثابتة تخضع لها الكائنات بأسرها ، وتلك سنة الله « ولن تجد لسنة الله تبديلا » .

ولم يكن الانسان الذي خلقه الله تعالى وكرمه وفضله على كثير ممن خلق كما قال عز من قائل : « ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا »[1] بدعاً من سائر الموجودات من هذه الناحية ، بل ان الانسان أحق وأولى منها في أن يكون له نظام ، لان الموجودات الاخرى قد خلقت لاجله وسخرت له وجعلت تحت سلطنته لتعينه على السير في الصراط المستقيم المرسوم لـه حتى يصل الى الغايـة المنشودة التى لاجلها خلق .

فكان لابد للانسان أيضاً من نظام يحدد له تصرفاته في مختلف شئونه الخاصة منها والعامة ، ويتناسب مع شتى حالاتـه ، وذلك النظام هو الذي يعبر عنه بـ « الدين » ، ويعرف بأنه « ما شرع الله لعباده على لسان رسله »، حتى بعث سيدنا ومولانا محمد المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم وكان ماجاء به هو النظام الاتم والقانون الادق، ومن ثم كان هذا الدين خاتمة الاديان.

ان الدين الاسلامي هو النظام الوحيد الذى يستجيب لنـداء الانسان ويتلائم مع فطرته التي خلق عليها ، وانه النظام الذي يتكفل سعادة الانسان ورقيه الى أعلى درجات الكمال ويأخذ بيده الى مافيه خيره في عاجله وآجله .

لقد اهتم الدين الاسلامي بكل ناحية من نواحي الحياة الانسانية بالقدر اللازم من الاهتمام، وعلى هذا الاساس بذل بالنسبة الى صيانة

---

١) سورة الاسراء : ٧٠ .

حقوق الانسان وحفظ النظام العام اهتماماً بالغاً للاهمية البالغةلهذه الناحية من حياة الانسان، فشرع لهاالقوانين الحقوقية الثابتة، وحدد علاقة الانسان بالانسان ومـا يجب له وعليه تجاه الاخرين ، وصلة الفرد بالمجتمع وحدود المسئوليات الفردية والاجتماعية، الىغير ذلك من المسائل المتعلقة بهذا المجال من مجالات الحياة .

وقدأشارت الاية الكريمة: « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهمالكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيهبأس شديـد ومنافع للناس . . . »[1] الى طـريقة الاسلام في معالجـة المشاكل التى تعرض الانسان والمجتمع فيهذا المقام. وتوضيح ذلك بايجاز هو : ان الغرض من خلق الانسان هوايصاله عناختيار الى الكمال المعنوي والفوزبرضىالله عزوجل والقرب منه، وذلك لا يتحقق الا بتنمية الروح الانسانيةالمودعة فيه وفطرتهالسليمة التى خلق عليها، وتعديل الغرائزالمختلفة الكائنة فيه ، فأرسل الله سبحانه رسله بالبينات وأنزل معهم الكتاب والحكمة والميزان لتحقيق هذا الغرض ، وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: « انما بعثت لاتمم مكارم الاخلاق » ، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقية سامية وعلم الكتاب والحكمة ، ودعا الى تهذيب النفوس ، وأمر بـالعدل والاحسان ، ونهى عن الفحشاء والمنكر والبغي ، وقد نجح ـ الى حد بعيد ـ في هذا المجال ، فكان في نفس كلانسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلي يمنعه من الاقتراب من أموال الاخرين والنيل من أعراضهم

---

١) سورة الحديد : ٢٥.

والتعدي على حقوقهم .

وقدجعل في الشريعة الاسلامية الى جانب ذلك الاحكام القضائية والقوانين الجزائية لتكون سداً أمام من لم ينتفع بالايات والحكم ولم تؤثر فيـه المواعظ والاداب ، فمال مع غرائزه النفسانية التى تحمل الانسان على أن لايقتنع بحقوقه وتدفعه الى الظلم والتعدي على حقوق الاخرين، فجعل « القاضي » لان يكون مرجعاً للناس لفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وجعل « الحديد » فيه بأس شديد تستأصل به جذور الفساد وعناصر البغي في المجتمع .

ومن وقف على جزئيات تلك التشريعات في الفقه الجعفري عرف مدى الدقـة المبذولة فيها من جهة ومدى تلائمها مع الفطرة الانسانية من جهة أخرى ، ولاعجب فانها تشريعات متخذة من أخبار أهل بيت الوحي والرسالة ، وهي مستمدة من جدهم عن الله عز وجل العالم الخبير بما يصلح شأن العباد وينظم أمورهم، وذلك قوله تعالى: « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »[1] . وحينئذ يسقط عن الاعتبار والاعتماد سائر التشريعات المنسوبة الى السماء فكيف بالقوانين الوضعية الحديثة ؟ .

فشكر الله سعي علمائنا الابرار الذين نقحوا هذه المسائل ورووا أخبارها وجمعوا آثارها ، وكتبوا هذه البحوث العلمية الراقيـة ودرسوها وخلدوها الى يومنا الحاضر .

وعندما انبثقت الثورة في بلادنا ضد النظام الامبراطوري وأطاحت

---

١) سورة الملك : ١٤ .

به وطالبت الامة بالعودة بها الى أحكام الاسلام وأقيمت المحاكم الشرعية، قام سيدناالاستاذ الاكبر فقيه الامة وزعيم الحوزة العلمية، المرجع الديني الكبير ، آية الله العظمى الحاج السيد محمدرضا الموسوي الگلپايگاني دام ظله الوارف بتدريس «كتاب القضاء»[1] لاعداد ثلة من الفضلاء للتأهل بتولي هذا المنصب الخطير .

والحق انها بادرة منه دام ظله جديرة بالتقدير، فان القضاة اذا صلحوا وساروا على النهج الصحيح، وحكموا بالحق وهم يعلمون، وأقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط وساده الامن وانتشر فيه الصلاح، وأما اذا تولى القضاء من ليس أهلا له ، أواتبع هواه عند الحكم أو جار فيه انتشرت الفوضى واختل النظام وفسدت البلاد والعباد.

هذا وقدوفقت لتدوين مايلقيه سيدنا الاستاذ في بحثه الشريف، وعرضته عليه فلاحظه وأقره ، فلما اكتمل جزء استأذنته في نشره ـ نزولا عند رغبة بعض الزملاء الافاضل ـ فأذن بذلك . واني اذ أقدم هذا المجهود العلمي ـ مع تعليقات على بعض مواضعه ـ الى زملائي الفضلاء واخواني العلماء أسأل الله عزوجل أن يمن علينا بدوام وجود سيدنا الاستاذ، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم انه سميع مجيب .

قم المقدسة ١٨ رمضان ١٤٠١ **علي الحسيني الميلاني**

---

١) وقد كان بحثه سابقاً في كتاب البيع ، وقد طبع الجزء الاول منه بتقريرنا باسم (بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب) .

كتاب القضاء

القضاء في اللغة والاصطلاح

هو لغة لمعان كثيرة ولا حاجة الى بيانها فليراجع كتب اللغة [1]

أما في عرف الاصحاب فقد قيل : هو فصل الخصومة بين المتخاصمين وتطبيق الاحكام على موادها الجزئية ، بأن يحكم بأن هذه الدار لزيد، كما أن الفتوى عبارة عن الحكم الكلي الالهي بغض النظر عن تطبيقه .

---

١) كالصحاح والقاموس وتاج العروس وغيرها ، فمن تلك المعاني : الحكم والصنع والحتم والبيان والاتمام . . . ولكل واحد منها شواهد في الكتاب والسنة وكلمات العرب، وقد تكون له معان أخرى بحسب اختلاف موارد الاستعمال أو أداة التعدية الواردة في الكلام .

والظاهر ـ كما عن بعض اللغويين ـ أن تلك المعاني كلها ترجع الى معنى واحد وهو انقطاع الشيء ، بمعنى تحتمه وتمامه .

وقيل : هـو الولاية على تطبيق الحكم الجزئي في الموارد الجزئية [1].

أقـول : والظاهر أن القضاء هو « الحكم »، وهو أحد معانيه المذكورة في اللغة ، وهو الانسب بموارد استعماله ، قال تعالى :

---

١) وفي المسالك : « عـرّفوه شرعاً بأنه : ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة من البرية باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق » . وفي المستند : «ولاية حكم خاص أوحكم خاص في واقعة مخصوصة وعلى شخص مخصوص باثبات ما يوجب عقوبة دنيوية شرعاً أو حق من حقوق الناس بعد التنازع فيه أوبنفي واحد منهما » . وفي الكفاية : «ولاية عامة بالنيابة عن النبي «ص» والامام «ع» خصوصاً أوعموماً ». وفي الـدروس : « ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة مـن قبل الامام عليه السلام » .

وهذه التعاريف مشتملة على « الولاية » مع أن القضاء ليس ولاية ، كما ان القضاء ليس فصل الخصومة . . . اذ قد يتحقق ذلك بالصلح ونحوه .

ومما ذكرنا يظهر أن الاولى هو ماذكره السيد الاستاذ دام ظله من أنه نفس الحكم. أي عند التنازع والخصومة لغرض رفعها، سواء كان في اثبات حق أو نفيه لاشخاص معينين في نزاع خاص أوفي المصالح العامة للمسلمين كالحكم بالهلال ونحوه .

« وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه . . . » [١] .

الأنهذاالحكم الذي يجب اطاعته وتنفيذه لابدأن يكون ممن نصب لذلك من قبل الله تعالى ، قال عزوجل: « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس » [٢].

أومن قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم أوالامام عليه السلام اما خصوصاً أوعموماًكما في رواية أبي خديجة : « ولكن انظروا . . . » [٣] .

وهـو حكم مطابق للحكم الالهي ، فليس فصل الخصومة من القاضي بفتوى الفقيه أو الفقهاء ، بل انه حكم يصدره ومـن آثاره وخواصه وجوب تنفيذه على الكل حتى الفقهاء ، ـ وهذه حيثيـة أخرىللتفريق بين المفتي والحاكم [٤] الا اذا قطع أحدهم بعدم تمامية

---

١) سورة الاسراء: ٢٣؛ بل «الحكم» أول المعاني المذكورة للقضاء في القاموس والصحاح ، فيكون المراد من « القضاء » نفس الحكم الصادرمن القاضي من باب الولاية، فانه الذي يقطع النزاع ويتم الامرويحتمه انكان صدوره بالشرائط المعتبرة شرعاً، ومن هنا يعبر عن القاضي بالحاكم ، ويؤمر بالتحاكم اليه .

٢) سورة ص : ٢٦ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/ ٤ .

٤) ان « القاضي » يغاير « المفتي » و « المجتهد » و «الفقيه» بالحيثية وان كانت الاوصاف هذه كلها مجتمعة ـ بناءاً على اعتبار

بعض مقدمات حكم من الاحكام ، أولم يقل بولاية الفقيه [١] .

وبالجملة فالمراد من الحكم هنا هوما يصدره القاضي بعنوان الولايه والسلطنة الشرعية [٢] لابعنوان الاخبار عن فتوى أو اجتهاد لنفسه أو غيره ، ولهذا الحكم آثار شرعية كعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر، وعدم ضمان القاضي مع عدم تقصيره في مقدمات الحكم ـ الى غير ذلك .

القضاء فى الشريعة :

ثم ان القضاء أمر ثابت في الشريعة لايمكن المناقشة فيه، وتدل عليه الايات [٣].

الاجتهاد ـ فيه ، لان القاضي يسمى قاضياً وحاكماً باعتبار الزامه بالحكم الذي يصدره، واما اذا كان مايصدره مجرداً عن هذا الاعتبار فانه يسمى مفتياً لانه حينئذ يخبر عن الحكم فقط ، وهو باعتبار مجرد الاستدلال على الاحكام يسمى مجتهداً وباعتبار علمه بتعين ما توصل اليه ظنه حكماً شرعياً في حقه وحق مقلديه يسمى فقيهاً .

١) أو كان حكمه مخالفاً لدليل قطعي من الادلة الشرعية .

٢) المجعولة له من قبل المعصوم عليه السلام خصوصاً اوعموماً.

٣) كقوله تعالى : « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك ... » وقوله : « انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس . . . » وقوله : « . . . فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ... »

والروايات البالغة حد التواتر عندنا [١]، فانها تدل على ثبوت أصل القضاء في الشريعة الغراء من قبل الله عزوجل بين الناس.

والعقل أيضاً يحكم بوجوبه، فكما أن قاعدة اللطف تقضي بوجود أحكام بين الناس من قبل الله عزوجل، كذلك تقضي بوجود ولي يقضي بينهم في موارد الاختلاف حسماً للنزاع ودفعاً للخصومة، وأنه لا يجوز على الله سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولي يرجعون اليه عند الخصومة والنزاع ليرفعها ويأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضروري من ضروريات الدين، ولذا نرى المحقق «قده» في الشرائع لايتعرض لهذه الناحية لانه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا ولا يجوز التصدي للقضاء لمن لم يكن واجداً للشرائط المعتبرة الآتية [٢] وأما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

وقوله: «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة ...» وغيرها من آيات الكتاب.

١) وسيأتي ذكر نصوص بعضها في التعليق على قول المحقق «... ينفذ قضاء الفقيه ...».

٢) بل ان الواجد لها على خطر عظيم، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين» وعنه

فانه واجب كفائي ، لان الغرض حفظ النظام بـه كسائر الواجبات الكفائية المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الاسلامي ، وقد يجب عيناً في صورة عدم تصدي أحدله ، ومتى لم يتوفر الواجد للشرائط أو وجد ولم يتصد له فهل يجب تحصيلها أوحمل الغيرعلى ذلك؟ الظاهر ذلك لتوقف حفظ النظام عليه أولا [1] ، ولانـه لو لم يكن ذلك لتصداه غير أهله وهوينافي الارادة التشريعية لله عزوجل ثانياً.

وهذا الواجب كفائي ومع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون .

أيضاً : « لسان القاضي بين جمرتين من نارحتى يقضي بين الناس فاما في الجنة واما في النار » وفي الخبر : « من حكم في درهمين فأخطأ كفر » وفي آخر : « القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة » وفي آخر: « أي قاض قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء » . بل في بعض الاخبار ان القاضي اذا حكم بالحق وهولا يعلم فهو في النار .

١) أي ولو فـي الجملة ، لان حفظ النظام يتحقق به وبأمور أخرى كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وحل المنازعات بالصلح ونحو ذلك .

صفات القاضي

البلوغ . العقل . الايمان . العدالة . طهارة المولد
العلم . الضبط . الكتابة . الذكورة . السمع والبصر
والنطق . الحرية .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

صفات القاضي :

الاصل : عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ، لكن قام الدليل ـ نقلا وعقلا ـ على نفوذ حكم أشخاص . . . فالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لاريب في نفوذ حكمه لانه خليفة الله في الارض وصاحب الولاية الكبرى المقتضية لنفوذ حكمه ... وقد قال عزوجل « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً »[1] كما لاريب في ولاية الائمة من أهل بيته وعترته ونفوذ حكمهم للادلة المعتبرة الدالة على ذلك كتاباً وسنة ، ومن ذلك قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم فان تنازعتم في شيء فردود الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر. »[2].

---

١) سورة النساء : ٦٥ .

٢) فالمراد من «أولى الامر» فيها ـ كما في الاخبار المعتبرة ـ هم الائمة المعصومون من أهل بيت الوحي والرسالة دون غيرهم .

ولا ريب في أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد تصدى لذلك وكان ينصب أو يرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات وقطع المشاجرات . . . وكذلك فعل مولانا أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام . . . وهذا يدل على أنه يمكن اعطاء هذا المنصب لبعض الاشخاص وتوليتهم القضاء [1] فمن يصح نصبه لهذا الامر ؟ ومن الذي ينفذحكمه وان لم يكن منصوباً بالخصوص ؟ وما هي صفاته؟

١ ـ البلوغ

قال المحقق قدس سره : « ويشترط فيه البلوغ » .

أقول : لاريب ولا خلاف في اشتراط البلوغ في القاضي فلا

---

١) فالحاصل: ان الحكم في الاصل لله عزوجل كما قال : «ان الحكم الا لله »ثم انه جعله لاشخاص معينين ونصبهم له وهم الانبياء والاوصياء ، وقد أمر الناس بالرجوع الى هؤلاء فيما شجر بينهم ورضي بحكم هؤلاء ، أما غيرهم فقد نهى عن الرجوع اليهم ، قال سبحانه : « يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به » . ومن هنا قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : «قد جلست مجلساً لايجلسه الا نبي أو وصي أو شقي ».

ثم ان هذا المنصب الجسيم قد أذن للتصدي له من قبل الائمة عليهم السلام لمن توفرت فيه الصفات المذكورة في أدلة الاذن ، ومن هنا نشرع في بيان تلك الصفات على ضوء تلك الادلة .

ينعقد القضاء لغير البالغ [١] ، لانه قاصر محتاج الى الولي ولاتنفذ أعماله في حق نفسه ولاولاية له عليها ، فكيف يكون ولياً على غيره؟

٢ ـ العقل :

قال : « وكمال العقل »

أقول : لاريب ولا خلاف في اشتراطه كذلك ولا حاجة الى الاستدلال عليه [٢] .

٣ ـ الايمان :

قال : « والايمان » .

أقول : قد يراد به الايمان المقابل للكفر ، فلا ينعقد القضاء

---

١) أي حتى المراهق الجامع للشرائط ـ عدا البلوغ ـ ويدل عليه الاجماع المصرح به في كلمات جماعة من الاصحاب وهو العمدة بعد معتبرة أبي خديجة: «أنظروا الى رجل ... » . وأما كونه قاصراً محتاجاً الى الولي في تصرفاته فقاصر عن الدلالة على المنع، اذ يمكن لهذا الشخص المفروض جامعيته للشرائط عدا البلوغ أن يتصدى للحكم باذن وليه .

ثم ان الادلة الاخرى الظاهرة في العموم تخصص بالمعتبرة المذكورة ومثلها الاخرى : « اجعلوا بينكم رجلا . . . » .

٢) بالاجماع والاعتبار لوضوح الامر ، وان أدلة الاذن في الحكم منصرفة عن المجنون قطعاً، واطلاق معقد الاجماع يعم من

لكافر ، قال الله تعالى : « ألم تر الى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا ان يكفروا به . . . »[١] وقال صلى الله عليه وآله وسلم: « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه »[٢] .

وقد يراد به الايمان بالمعنى الاخص ، وهو كونه امامياً اثني عشرياً . قال في الجواهر : هو من ضروريات مذهبنا ، ويدل على اشتراطه النصوص الكثيرة البالغة حد الاستفاضة بل التواتر، الناهية عن الترافع الى قضاة الجور وحكام المخالفين ـ الا عند التقية ـ والمقتضية عدم جواز التصرف في ما حكم به قاضي الجور وان كان حقاً[٣] .

كان جنونه دورياً ، وأما تعليل بعضهم بمثل ما ذكر في المتن في البلوغ فغير تام كذلك والعمدة الاجماع .

١) سورة النساء : ٦٠ .

٢) وسائل الشيعة : ٣٧٦/١٧ .

٣) وتجد طائفة من هذه النصوص في الباب الاول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة ، وأول تلك النصوص ما رواه عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيما مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم » .

والى اشتراطه يشير الامام عليه السلام في معتبرة أبي خديجة

٤ ـ العدالة :

قال : « والعدالة » .

قال بعض علمائنا المعاصرين : هذا الشرط يغني عن اشتراط « الايمان » . ويمكن الاستدلال لاشتراط العدالة بقوله سبحانه : « لاينال عهدي الظالمين »[١] لان الولاية على القضاء ونفوذ الحكم عهد من الله تعالى والفاسق ظالم فلا يناله عهده[٢] .

ويدل عليه النصوص الكثيرة[٣] .

٥ ـ طهارة المولد :

قال : « وطهارة المولد » .

أقول: لادليل يدل عليه بالخصوص. قال في الجواهر: هو واضح

بقوله « رجل منكم » .

١) سورة البقرة : ١٢٤ .

٢) ولانه منع من الركون الى الظالم في قوله عزوجل « ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » ، والفاسق ظالم لنفسه والتحاكم اليه والاستناد الى حكمه ركون عرفاً وان تنظر بعض أعلام العصر في الاستدلال بالاية الكريمة في هذا المقام .

٣) كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي [كنبي] أو وصي نبي » .

بناءاً على كفره [١] أما على غيره فالعمدة الاجماع المحكي وفحوى ما دل على المنع من امامته وشهادته ان كان وقلنا به . . . » ولكن لايحضرني الان دليل له هذا الفحوى بحيث يستدل به ويعتمد عليه لذلك ، أللهم الا بتنقيح المناط أو اثبات الاولوية ، والانصاف ان كل ذلك مشكل ، فالعمدة الاجماع المحكي عن جماعة [٢] .

٦ ـ العلم :

قال : « والعلم » .

أقول : لا ريب في عدم نفوذ حكم الجاهل بالاحكام الشرعية وأنه يشترط كون القاضي عالماً ، فعن أبي عبدالله عليه السلام قال : «القضاة أربعة ثلاثة في النار وواحد في الجنة : رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهولايعلم فهو في النار ورجل قضى بالحق وهو لايعلم فهو في النار، ورجل قضى بالحق

ويدل عليه ما دل على اعتبار الايمان .

ولان الفاسق قاصر عن مرتبة الولاية على الصبي فكيف بهذه المرتبة الجليلة ، ولان شهادته مردودة فالقضاء أولى .

١) كما في بعض الاخبار،وقد حملت على معان أخرى كما هو مذكور في محله .

٢) والاصل الاولي المذكور سابقاً، وفي مباني تكملة المنهاج: « هذا مضافاً الى أن قوله عليه السلام في صحيحة الجمال المتقدمة: ولكن انظروا الى رجل منكم .. ينصرف الى غير ولد الزنا جزماً».

وهويعلم فهو في الجنة »[1] .

فهل المراد من العلم [2] في هذا الخبر ونحوه الاجتهاد المطلق أويعم المتجزي وعلم المقلد الذي يحكم بفتوى مقلده أوناصبه أيضاً؟

---

١) وسائل الشيعة : ١١/١٨ .

٢) البحث في هذا الشرط في جهات نذكرها باختصار ونقتصر على الاقوال وبيان الخلاف فيها :

الجهة الاولى : انه لا ريب ولا خلاف في اشتراط العلم في القاضي ، فلا ينعقد القضاء للجاهل ولا ينفذ حكمه ، ويدل عليه ـ قبل الاجماع ـ الكتاب والنصوص المستفيضة بل المتواترة من السنة الشريفة ، وقد عقد في الوسائل « باب عدم جواز القضاء والافتاء بغير علم بورود الحكم عن المعصومين عليهم السلام » . ومن أخباره ما ذكر في المتن ، وما رواه أبو عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه » .

والثانية: قال أكثر الاصحاب بأنه يشترط في هذا العالم أن يكون مستقلا بأهلية الفتوى، قال المحقق: «ولا ينعقد لغير العالم المستقل لاهلية الفتوى ولا يكفيه فتوى العلماء ، ولابد أن يكون عالماً بجميع ما وليه » وقال العلامة في القواعد: « فلا ينعقد قضاء... الجاهل بالاحكام ولا غير المستقل بشرائط الفتوى ولا يكتفى بفتوى العلماء ويجب أن يكون عالماً بجميع ماوليه » وفي المسالك: «والمراد بالعالم هنا

. . . . . .

المجتهد في الاحكام الشرعية، وعلى اشتراط ذلك في القاضي اجماع علمائنا ، ولا فرق بين حالة الاختيار والاضطرار ، ولا فرق فيمن نقص عن مرتبته بين المطلع على فتوى الفقهاء وغيره ، والمراد بكونه عالماً بجميع ماوليه كونه مجتهداً مطلقاً ، فلا يكفي اجتهاده في بعض الاحكام دون بعض على القول بتجزي الاجتهاد » .

وصريح كلام المسالك دعوى الاجماع على اشتراط الاجتهاد المطلق ، وقد حكي الاجماع على اشتراط الاجتهاد عن جماعة وبه صرح في الرياض ، ومن قبلهم الشيخ « قده » وستأتي عبارته في المتن . ومن هنا يظهر أن ماذكره الشيخ في المبسوط بقوله: «وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ويستفتي العلماء ويقضي به» ليس قولا لاحد من قدماء أصحابنا .

نعم عن المحقق الاردبيلي نفي الشك عن عدم نفوذ قضاء غير المجتهد مع وجود المجتهد ، واستشكل المحقق القمي في جامع الشتات الحكم باشتراط الاجتهاد على الاطلاق ولم يستبعد جواز المرافعة للعالم العادل المطلع على جميع المسائل المتعلقة بالواقعة تقليداً في حال الاضطرار ، وفي الجواهر: « بل قديقال: ان المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من كل مؤمن . . . » .

والثالثة : هل يشترط في المجتهد أن يكون مجتهداً مطلقاً أم يكفي التجزي؟ فيه أقوال ـ فالاول: ماعرفته من العبارات المزبورة

لقد حكي الاجماع على لزوم كون القاضي مجتهداً ، والقدر المتيقن منه « المجتهد المطلق » وأما بالنسبة الى غيره فنقول: تارة يقال بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ ووجوب الامتثال، وأخرى يقال بأنه بيان لحكم الامام عليه السلام فيكون كناقل الحكم ، فبناء على الثاني ينفذ حكمه سواء كان مقلداً أو مجتهداً مطلقاً أو متجزياً وعلى الاول يكون لحكمه موضوعية فيتوقف جواز الرجوع الى المقلد والمتجزي ونفوذ حكمهما على حجة شرعية ، ومع الشك فالاصل عدم النفوذ .

وقد استدل لجوازه برواية أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال: قال أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام : « اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه »[1] فان كلا من المقلد والمجتهد المتجزي « يعلم شيئاً . . . »

في الجهة الثانية من اشتراط كونه مجتهداً مطلقاً ، كما قد عرفت دعوى الاجماع عليه في المسالك. والثاني: جواز المرافعة للمجتهد المتجزي مطلقاً . واليه ذهب صاحب المستند تبعاً لغيره. والثالث: التفصيل بين صورة التمكن من المرافعة عند المجتهد المطلق وصورة فقده . وهو مختار صاحب الكفاية حيث قال : « ولا يبعد القول بالاكتفاء بالتجزي عند فقد المجتهد المطلق».

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ٤ .

وقوله عليه السلام: «فاني ...» يكشف عن أن القضاء منصب وليس وجوبه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، والرواية تعم زمان الغيبة والحضور معاً ، لكن قال المجلسي « قده » هي خاصة بزمان الحضور ، ولم يكن القضاة في ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الائمة ويرجعون اليهم ، وفيه : ان ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئاً ...» اشتراط كونه عالماً سواء مع الواسطة أو بدونها فلا اختصاص بزمان الحضور ، وسواء علم بالكبريات وعرف تطبيقها على الموارد الجزئية باجتهاده أو لم يكن كذلك خلافاً للعلامة المذكور حيث استظهر منها الدلالة على اعتبار الاجتهاد...

والرواية مشتهرة بين الاصحاب كما في المسالك . وهو يجبر ضعف سندها لو كان ـ يرويها الشيخ الكليني « قده » عن أحمد بن محمد بن خالد، وطريقه اليه صحيح، وأحمد ثقة و« أبو خديجة » ضعفه الشيخ ووثقه النجاشي والعلامة في المختلف وأبو علي في كتاب الرجال الكبير ، ولدى التعارض بين الجرح غير المفسر والتعديل فالتعديل مقدم [1] .

---

١) ما ذكره السيد الاستاذ دام ظله الشريف هو أحد الاقوال في المسألة وقد ذكر جدنا العلامة المامقاني « قده » فيها سبعة أقوال في مقباس الهداية في علم الدراية فليراجع .

أقول: بل ينبغي أن لا يرتاب في وثاقة الرجل ، لان المنقول عن الشيخ «قده» توثيقه في موضع آخر، فاذن يتعارض قولاه ويتساقطان

الا أن مقتضى قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وأنا حجة الله »[١] ومقبولة عمر بن حنظلة : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان والى القضاة أيحل ذلك ؟ قال : من تحاكم اليهم في حق أوباطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقاً ثابتاً له لانه أخذه بحكم الطاغوت وما أمر الله ان يكفر به ، قال الله تعالى : يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به .

قلت : فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا كالراد على الله وهو على حد الشرك بالله »[٢] لزوم كون القاضي مجتهداً .

وهذه الرواية أيضاً مشتهرة بين الاصحاب كما في المسالك

ويبقى توثيق النجاشي « قده » بلا معارض . هذا مضافاً الى ماذكره علماء الرجال في محله من أن للشيخ اشتباهات والنجاشي لم يشاهد له اشتباه وقد كرر توثيقه .

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٠١ .

٢) وسائل الشيعة ١٨/٩٨ .

كذلك ، ويكفي لاعتبارها اشتهارها بالمقبولة بينهم ، بل لا يوجد في سندها من توقف في توثيقه الا « داود بن الحصين » قال الشيخ: واقفي ، لكن وثقه النجاشي ، فهي موثقة معتبرة [1] .

---

١) هي في الوسائل : « محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة . . . » قال : « ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن بن شمون عن محمد بن عيسى . وباسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن محمد ابن عيسى نحوه » فطرقها تنتهي الى « داود بن الحصين » وقد وثقه النجاشي ، واستظهر في تنقيح المقال من عبارته كونه امامياً اثني عشرياً لان من عادة النجاشي التعرض لمذهب من كان غير اثني عشري ، فيعارض قوله قول الشيخ بأنه واقفي فيتقدم عليه لانه أضبط من الشيخ في علم الرجال . هذا من ناحية داود بن الحصين .

وانما ضعف الرواية من ضعفها من جهة « عمر بن حنظلة » نفسه لان أصحاب الرجال لم ينصوا فيه بجرح ولا تعديل ، لكن عن الشهيد الثاني أنه قال : « لكن أمره عندي سهل لاني حققت توثيقه من محل آخر وان كانوا قد أهملوه » وقد أشار بذلك الى ماروي في الكافي في باب وقت الصلاة عن علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن يزيد بن خليفة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام: ان عمر بن حنظلة أتانا عنك بوقت . فقال أبو عبدالله عليه السلام:

أقول: ويمكن الجمع بين روايتي أبي خديجة وعمر بن حنظلة بأن يقال : بأنـه لا تنافي بين منطوقيهما ، وانما التنافي بين مفهوم رواية ابن حنظلة ومنطوق رواية أبي خديجة ، فان مفهوم تلك: من لم يرو حديثنا ولم ينظر في حلالنا وحرامنا فغير مجعول للقضاء ، ومنطوق هذه : « . . . يعلم شيئاً . . . » لكن التنافي هو بالاطلاق

اذاً لا يكذب علينا » ، لكن أشكل في سندها بأن راويها « يزيد بن خليفة » ولم تثبت وثاقته. وأجاب في تنقيح المقال ـ مع تصريحه بعدم ثبوت وثاقته في ترجمته ـ بتلقي الاصحاب لها بالقبول في بابها حيث لم يردها أحد منهم فتدبر .

وقد ذكر روايـة أخرى في توثيق عمر بـن حنظلة وهي في التهذيب في باب العمل في ليلة الجمعة ويومها عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن أبان عن اسماعيل الجعفي عن عمر بن حنظلة قال قلت لابي عبدالله عليه السلام : القنوت يوم الجمعة . فقال: أنت رسولي اليهم في هذا اذا صليتم. الحديث . قلت: لكن الراوي لها هو ابن حنظلة نفسه .

وكيف كان فان وثاقة الرجل محل تأمل ، فـالعمدة في اعتبار روايته هذه بالخصوص أمران : أحدهما ما ذكر في المتن من تلقي الاصحاب اياها بالقبول حتى اشتهرت بالمقبولة ، بناء على اعتبار ما كان بهذه المثابة من الاخبار . والثاني : كون صفوان بن يحيى في سندها قبل داود بن الحصين، وهو ممن نقل اجماع العصابـة على تصحيح ما يصح عنه بناء على تسمية هذه الكبرى في محلها .

٣٢ ـــــــ

عليه‌السلام في‌الواقعة ثم يقضون به، كما في‌رواية عبدالله بن طلحة عن‌أبي‌عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن‌رجل دخل على‌امرأة ... فقال أبو عبدالله عليه السلام : اقض على هذاكما وصفت لك : فقال : يضمن مواليه . . . » [1] .

وفي أخرى : « عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه » [2] .

وحينئذ فمن «يعلم شيئاً ...» سواء عن اجتهاد أوتقليد مجعول من قبل الامام عليه السلام حاكماً ، ويكون حكمه نافذاً ، وحاصل ذلك نفوذ حكم القاضي العالم بالاحكام تقليداً فضلا عن المجتهد المتجزي .

الا أن يجمع بين‌الخبرين بنحو آخر فيقال: ان المعتبرة‌تشترط «العلم‌بشيء من‌قضاياهم»أي‌الاحكام و كيفية القضاء‌بين‌المتخاصمين، والمقبولة تشترط «الرواية» و«النظر في‌الحلال والحرام» و« معرفة الاحكام » ، أي : الاجتهاد ، فيكون الشرط المعتبر : الاجتهاد مع العلم بشيء من قضاياهم . جمعاً بين‌الخبرين بناء على ظهورهمافي المعنيين المذكورين ، فلاينفذ حكم المتجزي فضلا عن المقلد

هذاكله بناء على ظهور معتبرة أبي خديجة في جعل منصب

---

١) وسائل الشيعة: ١٩/٤٥ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٦ .

٣٤ ـــــــ

مجرد عدم وجود نص على عـدم الاذن لا أثر له ، وقد ذكرنا أن الاصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل وعدم مايدل على عدم الاذن ليس بدليل .

قال : « بل عموم ولا يتهم تقتضي ذلك » ولولا كلمة « بـل » لا رتفع الاشكال ودل الكلام صدراً وذيـلا على أن عموم ولايتهم ـ مع فرض عدم الدليل على الاذن ـ دليل ، وبه يخرج عن مقتضى الاصل المذكور ، لكن ظاهر العبارة أن عموم الولاية دليل آخر .

قال : « بل قد يدعى أن الموجودين في زمـن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ممن أمر بالترافع اليهم قاصرون عن مرتبة الاجتهاد وانما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبي صلى الله عليه وآله وسلم » .

أقول: وهذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور وزمن الغيبـة . نعم اذا كان المناط تعلم الحكم سواء مـن السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط مـن الادلة أو الاخذ من المجتهد ـ لم يفرق بين الزمنين .

ثم قال : « ويمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على ارادة النصب العام . . . » .

أقول : يعني أن مقتضى « فاني جعلته حاكماً » و« فانهم حجتي عليكم » أن للمجتهد أن ينصب العامي، لان له ما للامام عليه السلام فيكون للعامي ما للمجتهد . . قلت : لكن هذا المعنى يستفاد مـن

الخبر الثاني منهما فقط .

هذا مايتعلق بالمسألة حسب الروايات الواردة في الباب، وبقي الاجماع :

قال في الجواهر : « وأما دعوى الاجماع التي سمعتها فلم أتحققها ، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصاً بعد أن حكى في التنقيح عن المبسوط في المسألة أقوالا ثلاثة . . . » .

أقول : هذه عبارة الشيخ في شرائط القضاء من المبسوط : « لا ينعقد لاحد الا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعدالة اولكمال . وعند قوم بدل كونه عالماً أن يكون من أهل الاجتهاد ، ولايكون عالماً حتى يكون عارفاً بالكتاب والسنة والاجماع ولسان العرب وعندهم القياس ... وفي الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً ... والاول هو الصحيح »[1] .

وقال في الخلاف : « لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفاً بجميع ماولي، ولا يجوز أن يشذ عنه شيء من ذلك ولايجوز أن يقلد غيره ثم يقضي به. وقال الشافعي : ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولا يكون عامياً ولا يجب أن يكون عالماً بجميع ماوليه

---

١) قد ذكرنا أن هذا القول ليس لاحد من أصحابنا الامامية ، ويتضح من عبارته في الخلاف أن مراده من «وفي الناس من أجاز» هو « أبوحنيفة » ويؤكد ذلك شيوع التعبير عن العامة أو علمائهم بـ «الناس» في الاخبار وكلمات الفقهاء .

وقال في القديم مثل ماقلناه، وقال أبوحنيفة يجوز أن يكون جاهلا بجميع ماوليه اذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به . ووافقنا في العامي أنه لا يجوز أن يفتي .

دليلنا : اجماع الفرقة وأخبارهم ، وأيضاً تولية الولاية لمن لايحسنها قبيحة في العقول بأدلة ليس هذا موضع ذكرها بيناها في غير موضع، وأيضاً ماعتبرناه مجمع على جواز توليته وليس على ما قالوه دليل . . . » .

فالشيخ قدس سره يدعي الاجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين . فما نسب اليه في الجواهر عن التنقيح لا وجه له .

وقد ادعى هذا الاجماع أيضاً جماعة منهم الشهيد الثاني «قده» .

نعم ان مثل هذا الاجماع ـ حيث يوجد على معقده أخبار ـ لايعتمد عليه ، اذ يحتمل أن تكون تلك الاخبار هي المدرك له[1]، فهي المرجع وقد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا ولاأقل من دلالة الاجماع وغيره على شهرة القول بالاشتراط بين الاصحاب ، وذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الادلة في المعنى الذى استظهرناه منها حتى أدعوا الاجماع على الاشتراط ، وهذا مايمنعنا من الجزم

---

١) ويقويه قول الشيخ « دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم » هذا مضافاً الى أنه اجماع منقول وقد تقرر عدم حجيته ، مع أن في خصوص اجماعات الشيخ بحثاً ذكر في محله .

بما استظهرناه ويرجح القول باشتراط كونه مجتهداً مطلقاً أو في خصوص مسائل القضاء ، مع أن التصدي للقضاء مع الجهل بالمسائل التي سيبتلى بها والادلة التي يحتاج اليها خلاف ماهو المرتكز في أذهان المتشرعة .

وأما الجاهل العامي فلا يجوز له التصدي قطعاً .

* * *

وهنا مسائل :

(الاولى) هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء؟

قد يقال بالعدم لعدم الدليل ، ونصب المعصوم « ع » القاصر عن درجة الاجتهاد لايقتضي جوازه للمجتهد، لان له الولاية العظمى الثابتة له من الله تعالى[1].

وقد يقال بالجواز ، لعموم أدلة ولاية الفقيه[2] الدالة على ثبوت

---

١) وذلك هو المخرج عن الاصل، لان موضوع أدلة الاذن هو «العالم» و«الراوي للحديث» ونحو ذلك، والمقلد العامي لايصدق عليه شيء من هذه العناوين ،ولان الاصل عدم تأثير نصب المجتهد. فان قيل: فقد نصب المعصوم عليه السلام من كان قاصراً عن مرتبة الاجتهاد. قلنا : ان الكلام انما هو في زمان الغيبة، وأما اذا نصب الامام عليه السلام في زمان حضوره القاضي غير المجتهد فان فعله « ع» حق لانه معصوم وله الولاية الكبرى .

٢) كالتوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها

كل ماللامام عليه السلام للمجتهد، ومن ذلك نصب القضاة ، فلهأن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استناداً الى ولايته على النصب للقضاء خاصة، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء ولنصب غيره له.

وتحقيق الكلام فيهذه المسألة موكول الىما تقرر فيمبحث ولاية الفقيه ، وكيف كان فان فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد في القاضي تمنعنا من الجزم بالوجه الثاني .

الى رواة حديثنافانهم حجتي عليكم وأناحجة اللهعليهم » و«مجاري الاموروالاحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه » و«اللهماارحم خلفائى . قيل : ومن خلفاؤك يارسول الله ؟ قال: الذين يأتون من بعدي و يروون حديثي وسنتي » .

وهذه الادلة فيها بحث سنداً ودلالة ، وقدأجاب المانعون عن الاستدلال بها في المقام صغرى و كبرىفليراجع . واكتفىالمحقق النراقيفي المستندبأن قال: «ربمايحكى عن بعض الفضلاء المعاصرين جوازه ولمأتحققه ولمأره في كتابه ولاأرىله وجهاً أصلا... وتوهم أن عموم الولاية نيما للامام فيه الولاية ثابت للمجتهد ومنها الاذن الخاص في القضاء مدفوع بأنللامام الاذنللاهل والقابل، فالجواز للمجتهد أيضاً يكون مقصوراً علىمن له الاهلية وهي لغير المجتهد غير ثابتة ، ومن ثبت له لا يحتاج الى النائب لثبوت الاذن له عن المنوب عنه . . . » .

٤٠ ـــــــ

شبهة مصداقية كما اذا قال: اقتد بالعادل، فشك في عدالة زيد، فلا يجوز له الائتمام به .

وان كان المراد كون الخصمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السلام فما هو الحكم في صورة اختلافهما في معرفة هذه الجهة فيه ؟ وبعبارة أخرى : هل ينفذ حكم الحاكم في القضية مع العلم بالخلاف ؟

أقول : لم تلحظ الخصوصيات في «الرجل» العالم بشيء من قضايا الائمة عليهم السلام ، والعارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعي أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين... فان هذه الدقائق لم تكن ملحوظة عند الامر بالرجوع الى هكذا عالم ، بل يكفي كون الرجل عالماً مشاراً اليه بالعلم ، وعلى هذا عمل الناس في هذه الازمنة أيضاً، وليس معنى الروايات هذه مجملا عندهم .

وأما في موارد العلم بالخلاف فنقول : ان حكم الحاكم ملزم ونافذ، الا في صورة كون أحد الطرفين عالماً بالخلاف، فلو كان المدعي يعلم بأن المال الذي يدعي تملكه ليس له ـ بل لخصمه ـ لكن أحضر لدى القاضي شاهدين فحكم بأنه له ، فان هذا الحكم لا يجوّز له التصرف في هذا المال، لانه عالم بالخلاف وبكذب دعواه، وليس عدم نفوذ حكم القاضي حينئذ رداً لحكمه بل انه رد لدعواه نفسه واقرار بكذبه فيها .

ولو علم المحكوم عليه بمخالفة الحكم للواقع كما اذا علمت

المرأة بأنها ليست بزوجة لزيد لكن حكم القاضي بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم ـ حتى لـو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما اذا كان مورد الترافع مالا ـ فلا يجوز لزيد وطؤها، وعلى المرأة أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن ، لان حكم الحاكم ليس محللا للحرام .

فالحاصل : ان حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه فيما اذا خالفه .

* * *

الضبط :

قـال المحقق قدس سره : « ويدخل فيه أن يكون ضابطاً ، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه » .

أقول: هذا مما لايحتاج الى الدليل، فلابد من أن يكون القاضي ضابطاً ـ بالاضافة الى العلم ـ بهذا المعنى[1].

---

١) وقد اشترطه العلامة في القواعد والشهيدان في الدروس والروضة والسبزواري في الكفايـة ، وفي الرياض : الظاهر عـدم الخلاف فيه ، لكن في مفتاح الكرامة: قد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الاصحاب كالتحرير وظاهر غيره، وعن الاردبيلي: مانجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثيروضبط هذه الواقعة ، وفي الجواهر والعروة لادليل عليه بالخصوص. قال في الثاني: الادعوى انصراف

الكتابة :

قال : « وهل يشترط علمه بالكتابة ؟ فيه تردد . . . والاقرب : اشتراط ذلك ... »[1].

أقول: انكان عدمعلم القاضيالجامع للشرائط بالكتابة موجباً لوقوع الخلل في الحكم أو مقدماته فهو ، والا فان الكتابة بنفسها لا ضرورة لها، وعلى هذا عملأصحاب الحوانيت والكسبة، فانهم يكتبون مطالباتهم في الدفاتر حذراً من الضياع والنسيان ، وأما اذا كان أحدهم متمكناً من حفظ ذلك فلا يكتب .

أدلة الاذن كما لا يبعد فيالضبط ونحوه أو الشك فيالشمولحيث أن الاصل عدم الاذن .

وظاهر عبارة المحقق هنا وفي النافع الجواز لمن تساوى فيه الذكر والنسيان ، ولكن في القواعد كغيره : ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته .

١) وقد نسبه في المسالك الى الاكثر وفي شرح اللمعة الى الاشهر بل عن السرائر الى مقتضى مذهبنا ، لكن لم يذكروا على اعتبار هذا الشرط دليلا بالخصوص ، ودعوى تبادر اشتراطه من أدلة الاذن أوانصرافها الىالعالم بها محل نظر، فما ذهب اليه السيد الاستاذ دام ظله من الاشتراط في صورة توقف الضبط عليها دون غيرها هو الوجه .

٤٤ ـــــــ

«أي الرجال على النساء، وذلك بالعلم والعقل وحسن الرأي والتدبير والعزم ومزيد القوة في الاعمال والطاعات والفروسية والرمي، وان منهم الانبياء والائمة والعلماء، وفيهم الامامة الكبرى وهي الخلافة والصغرى وهي الاقتداء بهم في الصلاة، وأنهم أهل الجهاد والاذان والخطبة . الى غير ذلك مما أوجب الفضل عليهن .

قال في الكشاف: وفيه دليل على أن الولاية انما يستحق بالفضل لا بالتغليب والاستطالة والقهر. قلت : هذا مما أجراه الله على لسانه، فانا لم نجد فيمن تقدم على علي عليه السلام بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم فضيلة يستحق بها الولاية كما عرف في محله[1].

ولاريب في أن جهات الفضيلة موجودة في نوع الرجال ـ سواء في ذلك الصفات الخلقية والخلقية ـ وليست في نوع النساء . . . ويشهد بذلك ماذكره الفاضل المذكور من أن فيهم النبوة والامامة والولاية ، ولم نجد الى الان انعقاد القضاء لامرأة ، ولو كان ذلك جائزاً لتصدى له بعض النساء الفاضلات كالصديقة الطاهرة وعقيلة بني هاشم عليهما السلام ولو بالنسبة الى النساء خاصة، بل ان حضور النساء عند القاضي الرجل ـ في حال جواز انعقاده لامرأة ـ مرجوح مرغوب عنه شرعاً ..

على أنا قد استشكلنا في امامة المرأة للنساء واقتدائهن بها في

---

١) مسالك الافهام الى آيات الاحكام : ٣/٢٥٧ .

الصلاة لعدم وجود دليل معتبر يدل عليه[١]

هذا والاية نازلة بعنوان حكم الهي في قضية رواها الطبرسي[٢] وهي تدل على أن للرجال الولاية على النساء ، وليس لهن عليهم ولايـة .

فهي مخصصة لعمومات الحكومة بالعدل[٣].

الثاني ـ قوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن وللرجال عليهن درجة »[٤] فان هذه الاية ظاهرة في أن للنساء على الرجال حقوقاً ولكن

١) قال سيدنا الاستاذ في التعليق على قول صاحب العروة « يجوز امامة المرأة لمثلها » قال : « فى غير صلاة الميت اشكال » . وهذه المسألة قد اختلفت فيها كلمات الاصحاب تبعاً للاخبار الواردة فيها. راجع الصلاة من مصباح الفقيه وغيره .

٢) مجمع البيان في تفسير القرآن : ٤٣/٢ .

٣) كقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا . . . » وقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهـداء لله ولو على أنفسكم أو الوالـدين والاقربين ان يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا . . . » .

٤) سورة البقرة : ٢٢٨ .

« للرجال عليهن درجة » .

الثالث ـ قوله تعالى : « وقرن في بيوتكن »[١] راستلزام تصدي المرأة القضاء للخروج عن البيت واسماع صوتها الرجال وغير ذلك من الامور المنهي عنها في الشرع في غاية الوضوح، وتعيير الاصحاب والصحابيات عائشة بنت أبي بكر على خروجها من بيتها الى البصرة ـ من هذه الجهة ـ ونهيهم اياها عن الخروج وتذكيرهم لها بأمر الله وحكمه بأن تقر في بيتها مشهور .

الرابع ـ قوله عليه السلام في معتبرة أبي خديجة : « أنظروا الى رجل » . لا يقال : انـه ليس للرجل موضوعية ، لانه لا يمكن الغاء الخصوصية في مثل هذا المقام، وأن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي الموضوعية ، فالرواية هذه مقيدة للروايات المطلقة ان لم تكن منصرفة عن النساء .

الخامس ـ ما ورد في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لامير المؤمنين عليه السلام المروية في الفقيه باسناده عن حماد بن عمرو وأنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام ـ « يا علي ليس على المرأة جمعة ـ الى أن قال ـ ولا تولي القضاء »[٢] وهذا النفي وضعي كما لايخفى، والرواية وان كانت غير تامة سنداً[٣] الا أن رواية الاصحاب لها واستدلالهم بها يجبر ضعفها

---

١) سورة الاحزاب : ٣٣.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/ ٦ .

٣) لان رواتها بين مجهول ومهمل.

٤٨ ـــــــ

السمع ، البصر ، النطق :

وهل يشترط السمع والبصر والنطق ؟ قيل : نعم ، واستدل له بأنه لولاها لتعذر القضاء، وبأنه مقتضى الاطلاقات فانها منصرفة عن الاصم والاعمى والابكم، ولا أقل من الشك في شمول أدلة الاذن لهم.

أقول : لا ينبغي الاشكال في الاشتراط فيما اذا توقف القضاء على ذلك .

مرسلا نحوه » وسائل الشيعة : ٧/ ١٢٠ .

٣ ـ ماورواه الشيخ الكليني في الكافي مسنداً عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : « كل أمر تدبره امرأة فهو ملعون » وسائل الشيعة: ٧/ ١٣١ .

٤ ـ مادل على ترك طاعة النساء والنهي عن مشاورتهن. وسائل الشيعة : ٧/ ١٣٠ .

٥ ـ ما دل على نقصان عقلها ودينها .

٦ ـ ما دل على عدم صلاحيتها للامامة في الصلاة للرجال أو مطلقاً .

٧ ـ دعوى انصراف الادلة المطلقة عن المرأة .

٨ ـ الاصل ، فقد تقرر أنه عدم الاذن .

والحق أن هذه الادلة من الكتاب والسنة والاجماع وغيرذلك بمجموعها تشرف الفقيه على القطع بالحكم في هذه المسألة .

الحريـة :

وهل يشترط الحرية ؟ قال في المبسوط: نعم، وقال المحقق: الاقرب : انه ليس شرطاً .

وقد استدل للاول في المبسوط والمسالك وغيرهما بأمرين: أحدهما : ان من كان لغيره ولاية عليه لايكون ذا ولاية. والثاني: ان القضاء منصب عظيم والعبد قاصرعن نيل هذا المنصب .

والجواب : أما عن الاول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبرة فيه وأذن له المولى في تصدي القضاء فلا مانع .

وأما عن الثاني : فبأن مقتضى الاطلاقات جوازه للعبد ان كان واجداً للشرائط المعتبرة كالحر[1].

---

١) لكن قد يجاب عن الجواب الاول بأنه اذا جاز ذلك فليجز بالنسبة الى غير البالغ ـ ولا سيما المراهق ـ وعن الثاني باحتمال انصراف تلك الاطلاقات عن العبد .

هذا ولا أقل من الشك والاصل هو العدم .

لكن الذي يسهل الامر انتفاء الموضوع في هذه الازمنة .

مسائل

في قاضي التحكيم * حكم تولى القضاء هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل عند التعدد؟ هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟ . حكم ارتزاق القاضي من بيت المال * بم تثبت ولاية القاضي؟ جواز نصب قاضيين في البلد الواحد * ما يتعلق بانعزال القاضي وعزله * هل ينعزل بموت الامام ؟ هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحة ؟ هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟ *

المسألة الاولى

(في الكلام في قاضي التحكيم)

قال المحقق « قده » : « يشترط في ثبوت الولاية اذن الامام عليه السلام أو من فوض اليه الامام » .

أقول : لا ريب ولا خلاف في هذا ، وقد أشرنا الى ما يدل على ثبوته ، وهذه الكلمة من المحقق « قده » كمقدمة لقوله بعده :

« ولواستقضى أهل البلد قاضياً لم يثبت ولايته. نعم لوتراضى خصمان بواحد من الرعية . . . » .

أقول : أما عدم نفوذ حكم من استقضاه أهل البلد فانه بالنسبة الى زمن حضور المعصوم وبسط يده واضح ، لان النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما وسلم كانا يرسلان القضاة الى البلاد، فلاينفذ حكم قاض آخر مع وجود القاضي المنصوب من قبل المعصوم . وأما في زمن الغيبة ـ أو الحضور مع عدم بسط

اليد ـ فـان الاذن العام الصادر منهم عليهم السلام ـ كما تدل عليه الروايات ـ يقتضي نفوذ حكم القاضي الـذي استقضاه أهل البلد وطلبوا منه النظر في مرافعاتهم على الخلاف في الصفات المعتبرة فيه ، والقدر المتيقن هو المجتهد المطلق .

فعليه : لا ينفذ حكم من استقضاه الناس من دون مراجعة الامام المبسوط اليد و كسب اذنه ، وأما في زمن الغيبة أو عدم بسط اليد فالاذن العام يكفي لنفوذ حكم من كان هذا الاذن شاملا له .

ولقد أشكل الامر هنا على الاصحاب فقالوا: ان كان من رجع اليه أهل البلد مجتهداً فالامام قد أذن في الرجوع اليه مطلقاً ، وان لم يكن مجتهداً فلااعتبار بحكمه مطلقاً ، فأي ثمرة لهذا الكلام ؟ لكن بما ذكرنا ظهرت الفائدة في العبارة وعلم المراد من عنوان المسألة .

وقيل : المراد من قوله: « لو استقضى » هو القاضي العام في البلد لعموم أهله . ومن قوله «نعم ...» هو من استقضاه الخصمان في واقعة خاصة من غير أن يعرف بأنه قاضي البلد . أقول : لكن الاولى ما ذكرناه .

هل يشترط الرضا بالحكم بعده ؟

قال المحقق « قده »:«ولا يشترط رضاهما بعد الحكم » .

(١) أقول : في المسألة قولان، فالمشهور هو النفوذ و كفاية الرضا قبل الحكم فليس لهما الرجوع عن حكمه ولا يشترط رضاهمابعد

الحكم ، وقيل : يشترط رضاهما بعد الحكم أيضاً .

أقول : مقتضى الدليل التعبدي تأثير رضاهما بالحكم بعدهفي بعض الموارد مثل كون الدية على العاقلة[1]، وفي بعض الموارد لا يتوقف الحكم على الرضا أصلا كما اذا تنازعا في الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقق الرضاع الموجب للحرمة في مورد وقال الاخر بعدمه ، فحكم الحاكم حسب القواعد والادلة ، فانه لا أثر لرضاهما بعدئذ . والحاصل: ان تأثير رضاهما على القاعدة الا اذا دل الدليل في مورد على العدم أو التأثير بأثر بالنسبة الى غير المتخاصمين .

ويمكن أن يستدل لكفاية الرضا السابق في جميع الموارد برواية الحلبي قال : « قلت لابي عبدالله عليه السلام: ربما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا . فقال : ليس هوذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط »[2] بأن يقال : فرق بين لسانها ولسان معتبرة أبي خديجة التي جاء فيها: «فاني قد جعلته قاضياً» فتلك تعلل نفوذ الحكم بالجعل وهذه بالرضا

---

١) يعني: انهما لو تنازعا في قتل فقال أحدهما بكونه عن عمد وقال الاخر هو عن خطأ فحكم بكونه خطأ ، فلو رضيا بهذا الحكم بعده وجبت الدية على العاقلة، فأثر رضاهما به بعده لزوم الدية على طرف ثالث وهو العاقلة .

٢) وسائل الشيعة : ٥/١٨ . وهي صحيحة .

وظاهرها نفوذ حكم من رضي المتخاصمان من الاصحاب بحكمه اذليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف والسوط... نعم يشترط كونه واجداً للشرائط المعتبرة ، وحينئذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالاذن مطلقاً، وعلى هذا فلا تبقى ثمرة لهذا البحث بالنسبة الى زمن الغيبة حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهد من دون أثر للرضا . . . الا أن يدعى دلالة ما في ذيلها وهو قوله عليه السلام « انما هو الذي . . . » على لزوم الرضا بعد الحكم ، أي بأن يكونان مطيعين للحكم ومنفذين له بدون اجبار ، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم .

هذا ويدل قول المحقق : « ولا يشترط رضاهما بعد الحكم » على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله .

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب ؟

قال: «ويشترط فيه مايشترط في القاضي المنصوب عن الامام» .

أقول : أشكل عليه بأن هذا الكلام لا ثمرة له أصلا ، لانه بعد اشتراط كونه واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي المنصوب من الاجتهاد وغيره يكون قاضي التحكيم المستجمع لها منصوباً من قبل الامام عليه السلام ومأذوناً له في الحكم .

وقال جماعة : بأن هذا الفرع يجري في زمن حضور الولي الذي بيده الحكم ونصب القاضي لاجل الحكم، فانه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجداً للشرائط المعتبرة

وان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان في زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبي وأمير المؤمنين عليهما الصلاة والسلام أو مع عدمه فلا ثمرة للبحث عن قاضي التحكيم في زمن الغيبة، لانه ان لم يكن واجداً للشرائط فلا أثر لحكمه وان كان واجداً لها فقد دلت المقبولة وغيرها على أن من كان كذلك كان مأذوناً من قبل الامام في الحكم.

وعن بعض المعاصرين تصوير المسألة بحيث يكون لها ثمرة في زمن الغيبة كذلك، لدلالة رواية الحلبي المتقدمة على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده ، وانما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط والسيف ، فالرواية ظاهرة في أنه حيث لا جبر يصح الترافع وان لم يكن واجداً للشرائط ، فيكون حاصل البحث : ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما اذا كان هناك اجبار على قبول الحكم بعد اصداره ـ وان الحاكم الحق أيضاً قد يلتجأ الى السيف والسوط لتنفيذ أحكامه ـ فمفاد قوله اذا لم يكن سيف وسوط انه ينفذ حكمه وان لم يكن مجتهداً ويكفي علمه بالحكم في الواقعة المتخاصم فيها .

وكذا معتبرة أبي خديجة فانها ظاهرة في عدم لزوم الاجتهاد بل يكفي كونه عالماً ببعض القضايا ، والرضا بالحكم علة لجواز الرجوع اليه .

وقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها

واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » يشمل باطلاقه العامي غير المأذون بالحكم الذي تراضيا بالترافع عنده .

أقول: وفي هذا القول نظر، فان الاية وأمثالها لم تتمسك باطلاقها لاجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها وهو المجتهد المطلق ، فكيف يكون لها اطلاق بالنسبة الى العامي الذي تراضيا بالترافع عنده ؟

وأما رواية أبي خديجة فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهرة في أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع اليه لانه مجعول حاكماً من قبلي فاذا حكم فقد حكم بحكمنا، ومع التسليم بما ذكره فان النسبة بين هذه الرواية والمقبولة العموم من وجه فيقع التعارض ويتساقطان ويرجع الى الاصل المذكور في أول الكتاب .

ولكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقاً، وأنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الرواية الاخرى لان المنطوق يتقدم على المفهوم، ولانه خاص أيضاً ، بل لقد احتملنا سابقاً كون المقبولة بصدد بيان اعتبار المعرفة والنظر في الاحكام ، والمعتبرة بصدد بيان العلم بالقضايا ، فتكون احداهما مؤكدة للاخرى . نعم لا يشترط الاحاطة بجميع الاحكام والقضايا بل يكفي كونه مجتهداً متجزياً[1].

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبولة والمعتبرة هو اشتراط كونه مجتهداً كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق والمجتهد

---

١) أي بغض النظر عن الاجماع على اعتبار الاجتهاد المطلق.

المتجزي ، وأما اذنهما لغيرهما للتصدى فيحتاج الى دليل .

ولو فرض الاطلاق في «يعلم شيئاً» فان المشهور قد أعرضوا عنه وأفتوا بخلافه ولعله لقرينة موجودة عندهم مفقودة عندنا، فالقول بجواز جعل العامي قاضياً للتحكيم مشكل جداً[1].

---

١) وحاصل الكلام في هذه المسألة في مقامات :

الاول : في مشروعية التحكيم ، والمشهور ـ كما في المسالك والرياض والكفاية ـ جوازه، بل لم يذكروا فيه خلافاً، بل عن الخلاف والمجمع الاجماع عليه صريحاً، واستدلوا عليه بعموم قوله تعالى: «ومن لم يحكم بما أنزل الله» وبعموم مادل على وجوب الامر بالمعروف، وبخصوص «من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى» وهو خبر نبوي عامي. قال في مفتاح الكرامة: «واستدل عليه أيضاً في الخلاف بأخبار الفرقة، ويشير اليه حسن أبي بصير يزيد بن اسحاق وغيره من الاخبار. فكأن من أنكر الدليل عليه من الاخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثة بكمال التأمل ولم يظفر بأخبار الخلاف » .

هذا وصريح عبارة المحقق والعلامة في أول القواعد كغيرهما نفوذ حكم قاضي التحكيم في كل الاحكام، قال في المسالك: لوجود المقتضي في الجميع وعموم الخبر، وعن العلامة أنه استشكل تبوته في الحبس واستيفاء العقوبة .

الثاني : قد نص المحقق والعلامة والشهيد وغيرهم على أنه يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب ، بل في المسالك

وهل يشترط الاعلمية ؟

لادليل على اعتبار هذا القيد ، والادلة مطلقة ، على أنه يستلزم العسر والحرج .

وهل يشترط الاعلمية في البلد ؟

يمكن اشتراط ذلك في البلاد الصغيرة، وأما الكبيرة فانه يستلزم العسر والحرج والادلة مطلقة .

وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده لمالك رضي الله عنه : « اختر أفضل رعيتك »[1] فظاهر في الاولوية .

ـ كغيره ـ وقوع الاتفاق عليه، وهو مختار سيدنا الاستاذ دام ظله خلافاً لبعض أعلام العصر في مبانى تكملة المنهاج .

وقد بحثوا ـ بناء على الاشتراط ـ عن تصوير قاضي التحكيم في حال الغيبة وعدمه ، لانه ان استجمعها كان مأذوناً وان فقدت فيه لم يجز له القضاء .

والثالث : هل يشترط رضا الخصمين بالحكم بعده ؟ قال فى الروضة: قولان أجودهما العدم عملا باطلاق النصوص. وقد نسب هذا القول الى المشهور ونقل الخلاف عن العلامة في بعض كتبه وعلى المشهور يجوز الرجوع قبل تمام الحكم حتى لو أقام المدعي شاهديه فقال المدعى عليه للقاضي عزلتك لم يكن له أن يحكم .

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٣ وعهد الامام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الاشتر رضي الله عنه مذكور في نهج البلاغة .

وقال صاحب الجواهر « قده » باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسدادياً ، لان الانسدادي غيرعالم وقداعتبر الشارع كونه عالماً بالاحكام . الا اذا كان عالماً وقاطعاً بحكم الله تعالى وان كان عن طريق ظني لان ظنية الطريق لاتنافي قطعية الحكم، وأما مع كونه ظاناً بالحكم في حينه فلا يجوز الرجوع اليه ولا ينفذ حكمه .

أقول : وهذا متين الا اذا صادف كون جميع الفقهاء في عصر من العصور انسداديين .

قال المحقق « قده » : « ويعم الجواز كل الاحكام » .

أقول: هذا اشارة الى مذهب بعض العامة الذين خالفوا في هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه في بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه في الغيبة :

قال المحقق: « ومع عدم[1] الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت ...»[2]

---

١) أي عدم حضوره ، وفي نسخة : ومع غيبة الامام ...

٢) من الأخبار التي يستدل بها على نفوذ حكم الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السلام في زمن الغيبة ـ بغض النظر عن البحث في المراد من « الفقيه » فيها ـ خبر أبي خديجة الذي ذكره المحقق في المتن .

ومنها : مقبولة عمر بن حنظلة الذي جاء فيه : « ينظران الى

ولو عدل والحال هذه الى قضاة الجور كان مخطئاً »[1].

أقول : وفي الجواهر : نعم لو توقف حصول حقه عليه ولو

من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فاني قد جعلته عليكم حاكماً ، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله. قال : فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا... فقال: الحكم ماحكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما . . . » .

ومنها : خبر داود بن الحصين: « في رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما في الحكم وقع بينهما فيه اختلاف . . . فقال : ينظر الى أفقههما وأعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت الى الاخر » .

ومنها : خبر النميرى ، فقد جاء فيه : « ينظر الى أعدلهما وأفقههما في دين الله فيمضي حكمه » .

ومنها : التوقيع الشريف : « وأما الحوادث الواقعة فأرجعوا فيها الى رواة أحاديثنا ... » .

راجع أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة .

١) للنهي عن ذلك في النصوص المعتبرة الكثيرة كخبر أبي خديجة ومقبولة عمر بن حنظلة وخبر أبي بصير ونحوها مما هو مذكور في الباب الاول من أبواب صفات القاضي من وسائل الشيعة.

لامتناع خصمه عن المرافعة الا اليهم جاز . وقال السيد « قده » في العروة : لا يجوز الترافع الى قضاة الجور اختياراً ولا يحل ماأخذه بحكمهم اذا لم يعلم بكونه محقاً الا من طرف حكمهم ، وأما اذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليته .

أقول : لكن الرواية[1] تدل على عدم جواز الاخذ بحكمهم وان كان حقاً ، الا أن تحمل الرواية على صورة شكه بكونه محقاً وأن أخذه بحكمهم حال كونه شاكاً غير جائز، فان تم هذا الحمل لم تشمل الرواية صورة العلم ولم يبعد كلام السيد قدس سره .

وعن الكفاية: ان حكم الجائر بينهما فعل محرم والترافع اليه يقتضي ذلك فيكون اعانة على الاثم وهي منهي عنها . وأجاب في الجواهر بمنع كونه اعانة أولا ومنع حرمتها ثانياً . . .

أقول: أما الحكم فانه يصدر من القاضي اختياراً وليس الترافع اليه اعانة عليه لانه ليس له أثر في تحققه ـ فليس من قبيل اعطاء السوط

---

١) يعني رواية عمر بن حنظلة قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان أو الى القضاة أيحل ذلك ؟ فقال : من تحاكم اليهم في حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتاً لانه أخذه بحكم الطاغوت وقد أمر الله أن يكفر به، قال الله تعالى : «يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به » الحديث . وسائل الشيعة ١٨/٤ . وقد تقدم الكلام فيما يتعلق بسندها .

٦٤ ـــــــ

يجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم كما يأخذون منا بحكم قضاتهم . يعني اذا اضطر اليه كما اذا قدمه الخصم اليهم .

أقول : ان كان هـذا معنى الرواية كانت هذه الرواية معارضة لرواية ابن حنظلة الدالة على أن المأخوذ بحكمهم سحت وان كان حقاً ثابتاً ، الآن تحمل تلك على صورة التمكن من انقاذ الحق من طريق آخر وتحمل هذه على صورة الانحصار والضرورة ، أو تحمل هذه على صورة العلم بكونه محقاً وتلك على صورة الجهل أو الشك بكونه حقاً له كما تقدم .

ويحتمل أن يكون المراد: انهم يقولون ـ مثلاً ـ بصحة الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد ونحن نقول ببطلانه ، فهل يجوز لنا أن نحكم عليهم طبق أحكامهم وفتاواهم ونعاملهم بحسبها؟ فتكون نظير « ألزموهم ماألزموا به أنفسهم . . .»[1] وتخرج بذلك عن مبحث القضـاء .

وعن علي بن الحسين عليهما السلام: «اذا كنتم في أئمة الجور فامضوا في أحكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا وان تعاملتم بأحكامنا كان خيراً لكم »[2] .

ابن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام قال: سألته ... باختلاف يسير ، ١٨/١٦٥ .

١) التهذيب : ٢/٢١٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٥ . وهو للصدوق «قده» باسناده عن

ومورد هذه الرواية خصوص حال التقية ، والعبادات في تلك الحال صحيحة نصاً وفتوى ، أماالمعاملات فلوعامل طبق أحكامهم تقية فهل تصح حالكونهاباطلة عندنا؟ قال في الجواهر: لم يحضرني الان كلام للاصحاب بالخصوص . أقول : وكيف كان فهي واردة في حال التقية ولا مناسبة لها بمورد انحصارطريق الاستنقاذ بذلك، الا اذا كان الانحصار من جهة التقية فهي دالة على الجواز حينئذ .

وفي المسالك : « يستثنى منه مالو توقف حصول حقه عليه فيجوز كما يجوزالاستعانة على تحصيل الحق بغير القاضي، والنهي في هذه الاخبار وغيرها محمول على الترافع اليهم اختياراً مع امكان تحصيل الغرض بأهل الحق وقدصرح به في خبرأبي بصير[1] عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في رجل كان بينه وبين أخ له مماراة في حق فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى الا أن يرافعه الى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عزوجل : الم ترالى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل اليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به. الاية».

أي فانها ظاهرة بل صريحة في اختصاص النهي عن الترافع

عطاء بن السائب عن علي بن الحسين عليه السلام. وفي تنقيح المقال: قدوقع الرجل في طريق الصدوق في باب من يجوز التحاكم اليه، وهو غير مذكور في الكتب الرجالية لاصحابنا .

١) وسائل الشيعة : ٣/١٨ .

اليهم بصورة التمكن من الترافع الى القاضي العدل، وقد وافقه في الجواهر على ذلك وأضاف: بأن الاثم حينئذ على الممتنع.

.. وقد استدل لجواز الترافع الى الجائر حتى مع التمكن من العادل ان كان عالماً بكونه محقاً بخبر ابن فضال قال: «قرأت في كتاب أبي الاسدالى أبي الحسن الثاني عليه السلام وقرأته بخطه سأله: ما تفسير قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام؟ فكتب بخطه: الحكام: القضاة. ثم كتب تحته: هو أن يعلم الرجل أنه ظالم فيحكم له القاضي، فهو غير معذورفي أخذه ذلك الذي قد حكم له اذاكان قد علم أنه ظالم»[1].

اقول: والتحقيق أنه لو لا أدلة النهي المطلقة لحكمنا بجواز الترافع الى قضاة الجور مع العلم بالحق أو الشك سواء تمكن من الترافع الى العادل أولابمقتضى الاية الكريمة والرواية الواردة في ذيلها، لكن الاية مطلقة وتلك الادلة واردة في خصوص قضاة الجور وأنه لايجوز الترافع اليهم حتى مع العلم بالحق أوالشك فيه، فمقتضى الجمع جوازالرجوع الى الحاكم الجائرفي صورة العلم أوالشك بكونه محقاً مع عدم التمكن من الترافع الى القاضي العادل، وأما في صورة العلم بالخلاف فلايجوزمطلقاً كما لايجوز الترافع الى قضاة الجور في صورة التمكن من العادل حتى مع العلم بكونه محقاً.

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٥.

واستـدل المحقق الاشتياني للجواز فـي صورة توقف أخـذ الحق على التحاكم الى قضاة الجور بقاعدة نفـي الضرر والضرار فـي الشريعة . وفيه : ان قاعدة نفي الضرر لاترفع الضرر ، أي : ان الحكم بحرمة الترافع اليهم في صورة التوقف ضرري ولكن لادلالة للقاعدة على كون عدم نفوذ حكمه حينئذ ضررياً كذلـك ، فلا تقتضي القاعدة هذه الا رفع الحرمة التكليفية ، وأيضاً : انكان معنى « السحت » في قوله عليه السلام : « وما يحكم له فانما يأخذ سحتاً وان كان حقه ثابتاً» بمعنى الاثم رفعته قاعدة نفي الضرر، وأما ان كانبمعنى حرمة الاكل فانه حكم ضرري مجعول، ومن المعلوم أن القاعدة لاترفع الحكم الضرري المجعول .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المسألة الثانية

(في حكم تولي القضاء)

قال المحقق «قده» : « تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه وربما وجب ووجوبه على الكفاية . . . » .

أقول : فيه مطالب : الاول : تولي القضاء مستحب ، وظاهر كلامه أنه مستحب ذاتاً. الثاني: انه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. الثالث : انه قد يجب . الرابع : وجوبه حينئذ كفائي .

وفي الدروس : ولو وجد غيره ففي استحباب تعرضه للولاية نظر من حيث الخطر وعظم الثواب اذا سلم ، والاقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به .

وفي الروضة: وفي استحبابه مع التعدد عيناً قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق .

وفي كشف اللثام: ويستحب التولية على الاعيان الا من وجبت عليه عيناً ، لانه أمر مرغوب عقلا وشرعاً .

وفي الرياض : استحبابه ـ أي قبوله ـ عيني ، فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب كفائي[1].

---

١) وفي القواعد : ويستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الاعيان وتجب على الكفاية .

وفي الكفاية : تولي القضاء مستحب لمن يثق من نفسه القيام بالشرائط المعتبرة فيه ، وهو من الواجبات الكفائية ، وقد يتعين وجوبه عند الامر من الامام عليه السلام أو الانحصار فيه .

وفي مفتاح الكرامة بشرح عبارة القواعد المتقدمة « ويستحب التولية لمن يثق من نفسه» أي بأن لا يخرج عن الشرع. وقد أجمعت الامة كما في المبسوط ـ ماعدا أبا قلابة لانه كان يحتمل أنه غير فقيه ـ على أنه طاعة وأمر مرغوب عقلا ونقلا، والاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي .

فالدليل على الاستحباب بعد العمومات وبعض الاخبار ـ هو الاجماع المذكور ، وفي الرياض: لاخلاف في شيء من ذلك عندنا خلافاً لبعض العامة .

وأما دليل الوجوب على الكفاية ففي مفتاح الكرامة: يدل عليه بعد مرسل ابن أبي عمير والخبر النبوي عموم ما أوجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، والاجماع كما في المجمع، والاعتبار من تحصيل النظام ودفع المفاسد .

وفي الرياض: هو من فروض الكفاية بلا خلاف فيه بينهم أجده.

أقول : المنافاة أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائي ، وهو: ما وجب اتيانه على الكل ويسقط باتيان البعض بخلاف العيني وسقوط الوجوب يكون اما بالاطاعة واما بالعصيان واما بارتفاع الموضوع ، ومحل الكلام من قبيل الثالث ، نظير ما اذا صلى أحد المكلفين على الميت فانه لا يبقى موضوع للوجوب ، اذ لا يجب الا صلاة واحدة عليه، ولما كان الوجوب والاستحباب ضدين فكيف يكون الشيء الواحد واجباً ومستحباً معاً؟ المستحب مايجوز تركه فاذا كان مستحباً عينياً كيف يكون واجباً لا يجوز تركه وأنه اذا ترك فالكل معاقبون على ذلك ؟

وقيل : الواجب الكفائي ما يجب فعله على المجموع . ولم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف وما ذكرناه . . .

فالحاصل : دعوى عدم التنافي بينهما غير واضحة عندنا .

فالقائلون بعدم المنافاة في سعة من توجيه عبارة المحقق، وأما الذين لا يوافقون على ذلك فقد حاولوا توجيهها ، ففي المسالك : وظيفة القضاء من فروض الكفاية لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولعظم فائدته تولاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومن قبله من الانبياء بأنفسهم لامتهم

ثم انهم تصدوا لرفع التنافي الظاهر بين الحكمين ، فذكروا وجوهاً لاجل تعدد موضوع الاستحباب والوجوب، والسيد الاستاذ مد ظله لم يرتض بشيء منها .

ومن بعدهم من خلفائهم ، وحينئذ فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به اذا كان من أهله ، أو على فعله لاهله في حال الغيبة حيث لا يتوقف على اذن خاص . وقوله « وربما وجب » يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له وفيما اذا انحصر الامر فيه ولم يعلم الامام به أو لم ينحصر بالنظر الى الوجوب الكفائي أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الامر بالمعروف في حال الغيبة. وقوله «ووجوبه على الكفاية » يعني به على تقدير وجوبه عنده، وانما يكون على الكفاية اذا أمكن قيام غيره مقامه ولم يعينه عليه الامام والا كان وجوبه عينياً كغيره من فروض الكفايات اذا لم يحصل منها الا فرد واحد . . .

أقول : ان كان مراد المحقق «قده» تولي القضاء والتصدي لهذا المنصب فانه يختص بزمان حضور الامام، لانه الزمن الذي لاحكم وجوبي عليه ـ الا في حال تعيين الامام ونصبه ـ فيستحب له الحضور عند الامام لاخذه منه ، ولا مورد للاستحباب غيره ، فان نصبه كان واجباً عينياً وان نصب جماعة كان كفائياً ، ولا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائي .

وان كان المراد أن يجعل نفسه في معرض ترافع الناس اليه ـ وان كان هناك قاض ـ فان كان التصدي واجباً عليه كان تعريض نفسه لذلك واجباً كذلك من باب المقدمة ، وان كان واجباً عليه وعلى غيره كفاية كان ذلك واجباً عليه من باب المقدمة كذلك اذ لا يكون

ذو المقدمة واجباً والمقدمة مستحبة .

وان كان المراد من التولي نفس القضاء وفصل الخصومة فان كان في زمن الحضور وقد نصب لذلك وأمر به كان واجباً عينياً عليه ومع الاذن العام يكون واجباً كفائياً فلا يتصور الاستحباب .

وان كان القضاء وجوبه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كان واجباً عليه من باب مقدمة الواجب .

فالحاصل : ان من كان حكمه في زمن الغيبة نافذاً كان وجوب القضاء عليه كفائياً سواء وجد غيره أيضاً لوضوح الامر حينئذ ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفائي لا ينقلب معه الى العيني ، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل ، وهذا هو مراد من عبر بالواجب العيني حينئذ .

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب .

وخالف في استحبابه أو وجوبه بعض العامة فحكم بكراهته لعظم خطره ونظراً الى الاحاديث المحذرة . . . وأجيب عنه في المسالك وغيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره ولزوم شدة الاحتياط فيه .

ثم ان الاحكام التي ذكرها المحقق « قده » في هذه المسألة بالنسبة الى زمن الحضور[1] لاثمرة للبحث عنها بالنسبة الينا ، نعم

---

١) وهو قوله : واذا علم الامام أن بلداً خال من قاض لزمه أن يبعث له ، ويأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه ، ويحل قتالهم طلباً للاجابة .

يحتمل وجود الثمرة في قوله :« ولووجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله ، ولو ألزمه الامام : قال في الخلاف : لم يكن له الامتناع . . . » .

أقول : وجه ما ذهب اليه المحقق «قده» : أن الامام لا يوجب ما وجب كفاية بالوجوب العيني ، فلو خاطب الامام أحد المكلفين في واجب كفائي لـم يخرج بذلك عن كونه كفائياً ولا يلزم بامتثاله مع وجود غيره .

ووجه ما ذكره الشيخ « قده » في الخلاف : أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم وتغيره ـ لا أنـه يجتمع حينئذ حكمان ـ فيكون كحال الاضطرار وطرو العنوان الثانوي .

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق والشيخ في المسألة لاختلاف الموضوع ، وأن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائي عينياً بالعنوان الاولي .

قال المحقق: «ولو لم يعلم به الامام وجب أن يعرف نفسه ...».

أقول : علم الامام عليه السلام بالامور يكون في ظرف ارادته واشاءته لان يعلم به[1]، فعلم الامام كبصر البصير ، ودليل الوجوب في حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الامر بالمعروف فيكون ـ بناء عليه ـ واجباً من باب المقدمة . . . وهذه العبارة كالتمهيد لقولـه :

---

١) تدل على ذلك النصوص الواردة عنهم عليهم السلام والمخرجة في أصول الكافي في الباب الذي عقده بنفس هذا العنوان .

هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء ؟

«وهل يجوز أن يبذل مالا ليلي القضاء؟ قيل: لا لانه كالرشوة».

أقول : أما في زمن الحضور فلا مورد لهذا الفرع كما هو واضح ، وأما في زمن الغيبة حيث الامر بيد السلطان ولا قاضي يقضي بالحق فان راجعه فاشترط عليه بذل مال فهل له أن يبذله لتصدي ذلك لغرض الحكم بالحق واجراء الاحكام الالهية وأداء الواجب عليه ؟

لايبعد الجواز بل الوجوب مقدمة للواجب ، نظير الضرائب التي تعينها الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحج حيث يجب دفعها مع الامكان لاجل التمكن من أداء الواجب. هذا مع انحصار القاضي به والا فلا وجوب ، ويشترط ـ على أي حال ـ أن يثق من نفسه القيام بالحق والالتزام بالاحكام، وليس هذا رشوة ولا كالرشوة. نعم يحرم هذا المال على آخذه .

المسألة الثالثة

(هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل) ؟

قال المحقق «قده» : « اذا وجد اثنان متفاوتان في الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما ، فان قلد الافضل جاز » .

أقول: لا خلاف ولا اشكال في ذلك، وفي الجواهر: وان كان المفضول أورع، لان الملاك ـ وهو العدالة المانعة من الاقتحام في المحرمات وترك الواجبات ـ موجود في كليهما، والشرائط المعتبرة متوفرة فيهما ، والاعلم مقدم على غيره .

قال المحقق « قده »: « وهل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد ، والوجه الجواز ، لان خلله ينجبر بنظر الامام ».

أقول: وجه الجواز: اشتراك المفضول والافضل معاً في الاهلية ولزوم العسر والحرج على العامي في معرفة الافضل ، وأن الصحابة كانوا يتصدون لذلك من غير توقف ولا انكار مع أنهم كانوا متفاوتين

في الفضيلة ، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك .

وأجيب عن الاول: بأن الاهلية لكل منهما تجوز التصدي وتوجب نفوذ الحكم ، ولكن جواز رجوع المترافعين الى المفضول مع وجود الافضل أول الكلام .

وعن الثاني : بأنه ان كانت معرفة أصل الاهلية ممكنة له فان معرفة الاعلمية ممكنة أيضاً .

وعن الثالث : بأن الاصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام وهو الافضل من جميع الجهات وصاحب الولاية العظمى بنص من الله عزوجل ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس عملهم حجة عندنا .

ووجه المنع : انه مقتضى مقبولة عمر بن حنظلة[1].

---

١) اذجاء فيها: « قال: فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين في حقهما واختلفا فيما حكما وكلاهما اختلفا في حديثكم فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما في الحديث وأورعهما ولا يلتفت الى ما يحكم به الاخر » قال في المسالك : انها نص في المطلوب . لكنه خدش فيها سنداً بقوله : لكن قد عرفت ما في طريقها. فان تم الاستدلال بها لانجبار ضعفها بالشهرة فهي العمدة والا فلا .

أقول : لكن القرينة الداخلية المشتملة عليها هي المانعة عن الاستدلال بها للمدعى كما ذكر الاستاذ دام بقاه .

٧٨ ـــــــ

الظاهر كون الملازمة من طرف واحد كما سيتضح ذلك قريباً، وكأن صاحب الجواهر « قده » وافقه على هذه الملازمة ـ وان لم يصرح بها ـ لاستدلاله بنفس هذه الادلة للقول بجواز العدول عن الافضل وان أجاب عنها بعد ذلك بمثل ما تقدم منا في الجواب .

لكن ظاهر المحقق عدم القول بتلك الملازمة فانه قال: الوجه الجواز لان خلله ينجبر بنظر الامام، وهذا يرتبط بحال حضور الامام عليه السلام ونصبه للمفضول ولا يفيد بالنسبة الى حال الغيبة، فيكون فرض المسألة خالياً عن الثمرة ضرورة أنه عليه الصلاة والسلام أعلم بما يفعل حينئذ ولا يحق لنا أن نتكلم عن جواز ذلك له وعدمه[1].

وفي المستند اختار الجواز للاصل والاطلاقات .

أقول : لم يتضح لنا مراده من «الاصل» ، لان مورد الشك ان كان جواز التصدي للمفضول وعدم جوازه فلا ريب في أن الاصل

---

١) اي لا ثمرة في أن نبحث عن جواز نصب الامام القاضي المفضول وعدم جوازه مع وجود الافضل ، لكن مراد المحقق أنه يجوز العدول اليه والتحاكم لديه لو فعل الامام عليه السلام ذلك ، لان خطأ هذا القاضي ينجبر بنظر الامام الذي نصبه ، وهذا المعنى هو ظاهر القواعد أيضاً حيث قال : ولو كان أحدهم أفضل تعين الترافع اليه حال الغيبة وان كان المفضول أزهد اذا تساويا في الشرائط . أما حال ظهور الامام عليه السلام فالاقرب جواز العدول الى المفضول لان خطأه ينجبر بنظر الامام .

هو البراءة ، وان كان نفوذ حكم المفضول وعـدم نفوذه فلا ريب في أن مقتضى الاصل عدم النفوذ .

وأما التمسك باطلاقات الروايات فلا بأس به ، لان الروايات الواردة في الباب مطلقة ، ففي احداهـا : « . . . يعلم شيئاً . . . » وفي أخرى : « ... عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا ... » .

لا يقال : انهذه الاخبار في مقام الردع عنالترافع الى قضاة الجور والامر بالترافع الى قضاة الحق والعدل فلا اطلاق فيها .

لانا نقول : ان الراوي يسأل الامام عليه السلام قائلا: « فكيف يصنعان »؟ فلو أراد الامام خصوص الاعلم لبين ذلك والالزمتأخير البيان عن وقت الحاجة ، لاسيما مع التفات الراوي الى الجهات المختلفة وأنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم انالراوي لم يسألالامام عليه السلام عن اشتراط الاعلمية وعدمه وهذا يشهد بفهمه الاطلاق من كلام الامام عليه السلام .

اللهم الا أن يدعى تقييدها بما ورد في ذيل المقبولة وهوقوله عليه السلام « . . . أفقههما . . . ». لكن يجاب عن ذلك بأنه ناظر الى خصوص حال التعارض كما تقدم ، أي : انها مقيدة فيموردها لابنحو الاطلاق، بمعنىأنهيقدم حكم الافضل منهما لدىالاختلاف فقط .

وقال السيد « قده » : لا يبعد قوة هـذا القول ـ يعني : تقديم الاعلم ـ لكون الاطلاقات مقيدة بالاخبار الدالة على الرجوع الى المرجحات عنداختلاف الحاكمين من الافقهية والاصدقية والاعدلية

مع امكان دعوى عدم كونها الا في مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور فلا اطلاق فيها ... ودعوى: أن مورد أخبار المرجحات التي هي العمدة في المقام خصوص صورة اختيار كل من المترافعين حاكماً أو صورة رضاهما بحكمين ـ فاختلفا ، فلا دلالة فيها على وجوب الرجوع الى الاعلم مطلقاً ـ مدفوعة : بأن الظاهر منها أن المدار على الارجح عند التعارض مطلقاً كما هو الحال في الخبرين المتعارضين ، بل في صورة عدم العلم بالاختلاف أيضاً لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هذا اذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها بأن كانا مختلفين في الحكم من جهة اختلاف الفتوى، وأما اذا كان أصل الحكم معلوماً وكان المرجع اثبات الحق بالبينة واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك فلا دلالة في الاخبار على تعين الاعلم .

أقول : فتكون الاقوال في المسألة ثلاثة : أحدها : تقدم قول الاعلم مطلقاً . والثاني : تقدم قوله لدى الاختلاف، والثالث: انهما اذا رجعا اليهما فحكما بحكمين مختلفين قدم قول الاعلم، والا فيجوز الرجوع الى المفضول ابتداء حتى مع العلم أو احتمال الاختلاف بينهما في الحكم .

والروايات المقيدة واردة في مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما ، وهي غير متعرضة الى صورة المراجعة ابتداء. الا أن يقال : انه لما كان قول الاعلم هو المقدم حكم الامام عليه السلام بتقدمه في صورة التعارض والالما حكم بذلك في تلك الصورة.

٨٢ ـــــــ

هنا تحصيل الواقع .

وكذا قولهم : ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح ، ولـذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه‌السلام، لان ذلك في الامامة العامة والرئاسة الكبرى حيث الغرض منها اجراء الاحكام الواقعية والوصول الى الواقع ، لكن الغرض هنا فصل الخصومة وحسم النزاع وقد اقتضت المصلحة التوسعة فيه فلا قبح .

المسألة الرابعة

هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟

قال المحقق «قده»: «اذا أذن له الامام في الاستخلاف جاز...» .

أقول : تارة يبحث عن ذلك في زمن الحضور ، وأخرى في زمن الغيبة ، أما بالنسبة الى زمن الحضور فان نصب الامام أحداً وأذن له في الاستخلاف فلا كلام في الجواز وان صرح بالمنع فلا كلام في عدمه ، وان أطلق فان كان هناك شاهد حال مثلا على الاذن فيه كارسال الوالي الى بلاد واسعة بحيث لا تضبطها اليد الواحدة فهو والا فلا[1].

ولا ثمرة عملية لنا في البحث عن ذلك ، نعم فيه ثمرة علمية ،

---

١) والدليل على ذلك هو أن الحكومة حق للامام عليه السلام، فهو مسلط عليها تسلط المالك على ملكه، فله الاذن في قيام غيره بها وله المنع، ومع اطلاقه يتوقف الجواز على أمارة تدل على اذنه .

فقد ذكروا في كتاب الوكالة أن كل ما اشترطت فيه المباشرة شرعاً فلا يقبل الوكالة وكل مالم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه[1].

وجعل الامام القاضي في زمن الحضور يدل على أن القضاء من الامور القابلة لقيام الغير بها ولا يشترط فيه المباشرة ، فيقع الكلام في أن ذلك توكيل منه عليه السلام ـ أي : أن القاضي المنصوب من قبله انما يقضي وكالة عنه ـ أوأنه تولية منه له على الحكم ، كما جعل الاب والجد له ولياً على الصغير ، فيجوز له التوكيل لغيره في الامور ألتى تخصه كما يجوز له جعل الولي عليه بعد الموت ليقوم بأموره؟ ان كان جعله من باب الوكالة تم ماذكره المحقق «قده» من أنه اذا أذن له في الاستخلاف جاز، لانه يكون حينئذ وكيلا في القضاء ووكيلا في التوكيل فيه ، وان كان جعله من باب الولاية فلا حاجة الى الاذن في استخلاف غيره للقضاء فيجوز له استخلاف من كان واجداً للشرائط المعتبرة في القاضي ، نظير من جعلت له الولاية في أمور الصغير من قبل وليه ليكون ولياً عليه بعد موته ، فانه يجوز له حينئذاك توكيل غيره في القيام بالامور من قبله .

وكذا الامر بالنسبة الى من عين لاجل القيام بأمور وقف من قبل

---

١) فمن الاول العبادات التي تعلق غرض الشارع بايقاعها من المكلف مباشرة ، ومن الثاني البيع والطلاق ونحوهما من العقود والايقاعات التي تعلق غرضه بوقوعها سواء كان المباشر المالك والزوج بأنفسهما أو غيرهما .

٨٦ ـــــــ

الوكالة قطعاً ، وموارد أخرى أصل المشروعية فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصالة عدم الوكالة بمشروعية الوكالة بنحو الاهمال، لانه مع الشك في أصل المشروعية فالاصل عدمها .

والحاصل: ان المباشرة ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، وحينئذ لايمكن رفعها بالاصل عند الشك، ولو سلمنا جريانه فالاصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره في أمر القضاء .

وأما الادلة العامة فان ارجاع القاضي أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التولية له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم كأن يجعله متولياً على موقوفة أو ولياً على الصغار للقيام بأمورهم ، واما يكون عن طريق التوكيل ، بأن يوكله في أمر القضاء كما تجوز الوكالة في أمور أخرى كالبيع والطلاق ونحوهما.

لكن الولاية ان كانت من جهة أن لازم جعل الحكومة صلاحية الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفادة هذه الناحية من أدلة الجعل وهي غير متحققة، لان الامام عليه السلام يذكر صفات القاضي « كالرواية » و « النظر » وغير ذلك وهذا تحديد من الامام وَدون القاضي متمكناً من جعل من ليس متصفاً بتلك الصفات معناه أن تكون دائرة صلاحيته أوسع من الامام وهذا لا يقول به أحد .

ونحن في التولية على الاوقاف لا نقول بجواز تولية المتولي غيره، لان جعل الحاكم اياه متولياً لا يستلزم جواز جعله غيره متولياً عليها بعد موته .

وان كانت من جهة تنزيل الامام الحاكم منزلته واثبات الولاية العامة له فله أن يجعل مقلده كما للامام عليه السلام أن ينصب للقضاء غير المجتهد ، ففيه : أن الامام قد تعرض لامر القضاء وللنصب له كلا على حدة وانفراد ، وهذا يدل على عدم شمول التنزيل لامر القضاء وأنه لم يجعل القاضي نازلا منزلته ، ومع الشك في جعل الولاية له على نصب غيره فالاصل العدم كما هو واضح .

فالحاصل: عدم تمامية ارجاع أمر القضاء الى المقلد عن طريق الولاية .

وأما الوكالة فهي ثابتة وجائزة في كثير من العقود، ولكن ثبوتها في القضاء يتوقف على وجود دليل خاص على جواز التوكيل فيه أو دليل عام يدل على أن كل أمر يجب صدوره من المكلف يجوز التوكيل فيه الا ما استثني كالنذر والايمان ونحوهما . أما الدليل الخاص فغير موجود ، نعم هناك دليل يمكن الاستدلال باطلاقه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « من وكل رجلا على امضاء أمر من الامور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها »[1] .

---

١) وسائل الشيعة : ٦/٢٨٥ : « محمد بن علي بن الحسين باسناده عن معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : من وكل . . .

محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن

وتقريب الاستدلال : انه لاريب في أنه اذا لم يكن المتكلم في مقام بيان جهة من جهات الكلام لم يجز التمسك بالاطلاق بالنسبة اليها ، وهذه الرواية تـدل على مضي الوكالة في كل أمر يجوز فيه التوكيل ، وأن الوكالة باقية حتى الاعلام بالعزل ، وليست في مقام الدلالة على صحة الوكالة بأي نحو كانت ، الا أنـه قد يكون لتلك الجهة التى ينظر اليها المتكلم فـي الكلام لازم فيجوز أن يتمسك بالكلام بالنظر الى ذلك اللازم ، مثلا قوله تعالى : « . . . فان لم تجدوا ماء فتيمموا ... » في مقام تشريع التيمم عند فقدان الماء ، فيجب على فاقد الماء التيمم ، ولكن يجوز التمسك باطلاق «الماء» فيها ـ بأن يقال المراد عدم وجدان مطلق مايصدق عليه الماء ـ وان لم تكن الايـة الكريمة ناظرة الى هذا الحيث ، لان لازم تشريع التيمم بيان أنه متى يجب التيمم ، فنقول: ان الاية باطلاقها تدل على أنه متى لم يوجد مايصدق عليه الماء يجب التيمم .

وهنا كذلك، فان الامام عليه السلام في مقام بيان أن الوكالة اذا ثبتت كان عمل الوكيل في ما وكل فيه ماضياً حتى يعلمه بالعزل ، ولكنه قال قبل ذلك « على امضاء أمرمن الامور » ولازم هذا جواز الوكالة في كل أمر لم يقم دليل على عدم جوازها فيه ، والا لبين ذلك في نفس الكلام ، فيجوز التمسك باطلاق هذا الكلام بأن يقال بجواز

محمد بن خالد الطيالسي عن عمرو بن شمر عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب جميعاً مثله » .

٩٠ ـــــــ

المسألة الخامسة

فى حكم ارتزاق القاضي من بيت المال

قال المحقق « قده » : « اذا ولي من لايتعين عليه القضاء فان كان له كفاية من ماله فالافضل أن لايطلب الرزق من بيت المال[1] ، ولو طلب جاز لانه من المصالح ، وان تعين عليه القضاء ولم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق ، وان كان له كفاية قيل: لايجوز له أخذ

١) المراد من بيت المال ـ كمايستفاد من كلمات الفقهاء ـ هو البيت الذي يجمع فيه مايشترك فيه جميع المسلمين من الاموال ويصرف في مصالح جميعهم كبناء المسجد ونحوذلك، وأما مايجمع فيه الزكاة والخمس وغيرهما ممايكون مختصاً بطائفة منهم فلايكون من بيت المال في شيء ولايجوز صرف ذلك في المصالح العامة بل يعطى لمستحقيه . فما يظهر من بعض من أن المراد هو الاعم ليس على ماينبغي ـ قاله المحقق الاشتياني .

الرزق لانه يؤدي فرضاً » .

أقول : ارتزاق القاضي من بيت المال ان لم يكن له كفاية من ماله جائز سواء كان القضاء متعيناً عليه أولا ، فله أخذ مؤنته من بيت المال ، والحاكم يعطيه منه لابعنوان الاجـرة علـى القضاء ، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسلمين التي أعد لها بيت المال . وان كان عندد مايكفي المؤنة فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الاجرة علـى القضاء قهراً ، فيدخل في مبحث[1] جـواز أخذ الاجـرة على الواجبات وعدم جوازه ، فنقول :

موجز الكلام فى اخذ الاجرة على الواجبات:

ان العمل الذي يقوم به الانسان المكلف تارة يكون ذا منفعة وأخـرى يكون بلا منفعة ، فان كان بلا منفعـة فلا معنى لان يطالب بالعوض سواء كان واجباً أولا ، وان كان العمل الذي يقوم به لغيره ذا منفعة له جاز له المطالبة بالعوض منه في صورة عدم منافاة أخذ

---

١) محصل كلام سيدنا الاستاذ هو دخوله في هذا البحث فيما اذا كان له كفاية من ماله في كلا الصورتين : توليـه القضاء بعنوان الواجب الكفائي ، وتوليه بعنوان الواجب العيني بتعيين الامام عليه السلام أو لعدم وجود غيره خلافاً للمحقق حيث جوز له الاخذ من بيت المال في الصورة الاولى ـ وان جعل الافضل الترك ـ وقال بالنسبة الى الثانية : قيل لايجوز له أخذ الرزق لانه يؤدي فرضاً .

العوض للعمل المطلوب منه اتيانه ، فلو أمره زيد بالخروج للصلاة على ميت فطالبه بشيء في مقابل امتثاله ـ الذي أثره لزيد سقوط خروجه اليها وقد كان واجباً عليه كذلك ـ جاز ، ولكنه يتنافى مع قصد القربة المعتبر في الصلاة على الميت ، فيشكل أخذ الاجرة على فعله هذا ، الا بأن ينصور ايجاد الداعي الى الداعي ، نظير ما اذا أعطى مالا لغيره لاجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فان قام بالعمل اطاعة لزيد جاز أخذ الاجرة وان كان لا بقصد ذلك لم يجز، وحينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع الله ويمتثل أوامره ، فان اعتبر قصد القربة في العمل لم يجز له الاخذ لعدم صلاحية هذا العمل للمقربية ، وان قلنا بأن كونه داعياً الى الداعي لا يضر بقصد القربة وأنه يكفي كون الامر الالهي هو الداعي ولا يضر في ذلك وجود واسطة دنيوية تدعو اليه جاز له أخذ الاجرة على العمل .

وفصل بعضهم الداعي الراجع نفعه الى الفاعل بين ما اذا كان منفعة من الله سبحانه فلا يضر بالقصد والا لما كان لذكر الاجور التي في القرآن للذين آمنوا وعملوا الصالحات وجه ، وان كان منفعة من غيره عزوجل فيضر بالقصد .

هذا، وفرق بين الواجب التعبدي والواجب التوصلي ، ففي التوصلي يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل وأن لا يمنع من أخذ الاجرة عليه كسائر الصنائع والحرف، فانها واجبات توصلية ويجوز أخذ الاجرة عليها ، لكن قيل : هذا مادام الوجوب فيه كفائياً ، وأما

اذا كان تعييناً فلايجوز، فلو انحصر الطبيب في واحد كان معالجة المرضى واجباً عينياً بالنسبة اليه لوجوب حفظ النفوس المحترمة فلايجوز له أخذ الاجرة ، ومن هنا كان الاطباء المتدينون سابقاً يتقاضون الاجور عوضاً عن الحضور لدى المرضى ويعبرون عن ذلك بـ « حق القدم » .

وظاهرقول العلامة في القواعد : «ويجوز أخذ الاجرة على عقد النكاح ويحرم الاجر على الامامة والشهادة وأدائها » هو أن الواجب المعين لايجوز أخذ الاجرة عليه . وقال في اجارة القواعد « هل يجوز على تعليم الفقه ؟ الوجه المنع مع الوجوب » أي : اذا كان واجباً عينياً « والجواز لامعه » أي : لامع التعيين وكونه كفائياً .

وفصل الفخر في الايضاح بين مايشترط فيه القربة فلا يجوز كالصلاة على الميت ومالايشترط فيجوز . . .

وفي جامع المقاصد معلقاً على « هل يجوز» من عبارة القواعد المزبورة : انكان واجباً على المعلم والمتعلم عيناً أو كفاية لم يجز أخذ الاجرة عليه لان المعلم مأخوذ بالتعليم ومؤديه ، فيمتنع أخذ الاجرة كسائر الواجبات» وتنظرفي كلام الفخر قائلا بأن الوجوب مطلقاً مانع عن أخذ الاجرة عليه كما تقدم في كتاب التجارة وهو صريح كلام الاصحاب ، وماذكره من الجوازاذا لم يكن الواجب مشروطاً بالنية مخالف لما عليه الاصحاب » .

أقول: أما الكفائي فسيأتي الكلام عليه ، وأما العيني توصلياً كان

أوتعبدياً فوجه المنع من أخذ الاجرة عليه هو أن أخذ الاجرة انما يصح حال كونه مالكاً لما يعطيه في مقابل الاجر ، فلا مانع من أن يملك الانسان مايملكه عيناً أو عملا ويأخذ العوض ، ولذا لايجوز له أن يؤجر نفسه لثالث في ذلك الزمان المعين أو العمل المعين ، وأما اذا كان العمل واجباً عليه شرعاً ولا يجوز له تركه فانه لايملك ذاك العمل بل عليه اتيانه وتسليمه لله ، وحيث لايملكه بل كان ملكاً لله سبحانه فلاقدرة له على أن يملكه الغير سواء كان تعبدياً أوتوصلياً، وأضاف في الجواهر بأنه لو أخذ عوضاً عنه لزم الجمع بين العوض والمعوض ، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلامعوض فهو آكل للمال بالباطل .

وفي الواجب الكفائي صرح الاكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجز أخذ الاجرة عليه والا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائي ـ عندنا ـ يتعلق بالمكلفين ، أي بكل واحد منهم كالواجب العيني سواء كان عبادياً أو لا ، والفرق بينهما حينئذ أن العيني لايسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائي فانه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، وعليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لايملك أحد منهم العمل فلايجوز له أخذ الاجرة عليه لكونه أكلا للمال بالباطل ، فظهر أنه لافرق بين الواجب الكفائي المتعين وغيره في عدم جواز أخذ الاجرة .

وذهب جماعة من الاصحاب الى جواز أخذ الاجرة وقالوا في وجه الجواز : بأن هذه الاعمال صالحة لان تقع عليها المعاملة ـ بقطع النظر عن الوجوب ـ لان لها مالية ويبذل بأزائها المال

لرفع الحاجة ، ويجوز أخذ المال في مقابلها لانها مملوكة لاصحابها، ومع الوجوب يكون للمسألة وجوه: أحدها: وجوب العمل مجاناً، والثاني : وجوب العمل مع جواز أخذ الاجرة ، وقد يجب الاخذ للانفاق على من يجب الانفاق عليه ، والثالث: وجوب العمل مع الخيار في أمر أخذ الاجرة عليه .

قالوا : ولامنافاة بين الوجوب وأخذ الاجرة على العمل، نعم لوصرح بوجوب اتيانه مجاناً لم يجز ، وأما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أووجوب الاخذ للانفاق الواجب أخذ ، وذلك لاينافي وجوب العمل ، ومع الشك في اشتراط المجانية في هذا الواجب وعدمه كان له الاخذ كذلك جميعاً بين دليل وجوب العمل ودليل حرمة عمل المسلم ، لما تقدم من عدم المنافاة .

واختار السيد في العروة الجواز مطلقاً[1] قال:« للاصل والاطلاقات

---

١) أي بعد أن ذكر الاقوال في المسألة، ولابأس بايراد نص عبارته: «اختلفوا في جواز أخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين أو أحدهما أوغيرهما مطلقاً أومع الضرورة أومع عدم التعين عليه أومع الامرين وعدم جوازه مطلقاً على أقوال، فعن جماعة الجواز مطلقاً كما حكي عن القواعد والنهاية والقاضي وعن المفاتيح نقله عن بعضهم ، وعن شرحه اسناد جواز الاخذ الى المشهور ، وظاهره اطلاق الجواز، وعن جماعة المنع مطلقاً، بل عن المبسوط انه قال : عندنا لايجوز بحال وظاهره الاجماع عليه ، وعن المعتمد الاجماع عليه مع عدم الحاجة، وعن الكفاية نفي الخلاف فيه مع وجود الكفاية في بيت

وعدم الدليل على المنع سوى دعوى الاجماع والشهرة أو عدم الخلاف، ولاحجية في شيء منها لاسيما مع مامر من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز ، وسوى ماهو المشهور المدعى عليه الاجماع من المحقق الثاني من عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، وقد بين في محله عدم الدليل عليه . لمنع الاجماع ـ مع أن القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعيني التعبدي ـ ولضعف سائر ماستدلوا به عليه » .

وقداستدل على المنع بوجوه : منها : انه مناف لقصد القربة . وفيه : انه يختص بالتعبدي ولايشمل التوصلي ، وهل القضاء من التعبديات أوالتوصليات؟ ان نتيجة القضاء كنتيجة الطهارة من الخبث، فكما أن الطهارة من الخبث حصولها لايتوقف على قصد القربة فان أثر القضاء هو فصل الخصومة وهو يتحقق من غير حاجة الى قصد القربة ، فكون القضاء من التعبديات غير معلوم ، الا أن يقوم دليل على اعتبار قصد القربة فيه حتى مع تحقق الغرض منه بدونه .

وقد اختلفوا في العبادات ، هل يكفي فيها قصد امتثال الامر أو لابد من قصد القربة أيضاً ؟

المال قال : ومع عدمها ووجود الحاجة قولان أشهرهما المنع . وكذا عن المسالك، وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين والضرورة ومع التعين والكفاية لايجوز قولا واحداً ، وفي المستند دعوى ظهور الاجماع على عدم الجواز مع الكفاية » .

وقصدالامتثال يكون على أنحاء ، تارة : يعبد الله ويمتثل أوامره لانه خالقه ورازقه ، وأخرى : يعبده ويطيعه خوفاً من عذابه ، وثالثة : طمعاً في جنته ، ورابعة : طلباً للمزيد من فضله . . . ونحو ذلك ، وقد يعبد الله تعالى لانه أهل للعبادة وتلك عبادة أمير المؤمنين عليه السلام والائمة المعصومين عليهم السلام .

فان كان المعتبرعدم وجود شيء من الدواعي النفسانية والامور المادية كان الاخذ منافياً ولم يكن عمله مقرباً ومسقطاً للتكليف ، وان كان المعتبر الامتثال والقيام بالعمل وتحققه في الخارج ـ وان كان الداعي اليه الاجرة ـ جاز أخذها ، وكأنه يأخذ الاجرعلى اطاعة الله وامتثاله، لكن المانعين لايصححون الداعي الى الداعي ، فأما الامتثال خوفاً فغير مضر .

ومنها : التنافي بين الوجوب وأخذالاجرة ، لان ايجاب العمل مقتضاه سلب اختيار العبد في العمل والغاء ملكيته له ، فهو ليس له حتى يأخذ شيئاً بأزائه أو لايأخذ ، بل ان العمل حينئذ يوجد في الخارج مملوكاً لله ، وهذا نظير ماإذا كان أجيراً لزيد في خياطة مثلا فانه لايجوز له أن يملك نفس هذه الخياطة لعمرو .

وأجاب عنه السيد « قده » بعد قوله : « انه مختص بالواجب العيني» بوجهين أحدهما: « منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكية نظير الملكية للناس » .

وتوضيحه : ان الايجاب لايوجب سلب ملكية الانسان لعمله ،

فمثلا عندما ينذر دفع كذا من المال في سبيل الله ، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه لكن ذلك لايخرجه عن ملكه فلو باعه كان البيع صحيحاً وضعاً، فالوجوب التكليفي لايقتضي سلب الملكية ،وكذلك العمل ان وجب لايخرج عن ملك العبد .

والثاني:« لامانع من اجتماع المالكين اذاكان احدى الملكيتين في طول الاخرى فان الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر أيضا مالك له لكن لالنفسه بل لله تعالى » .

وتوضيحه . ان سلمنا كون الفعل ملكاً لله فانه لو كانت ملكيته عرضية ورد الاشكال بأنهما لايجتمعان لان اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول ، لكن احدى الملكيتين في طول الاخرى نظير ملكية العبد التي هي في طول ملكية مولاه ، فانه يملك ماوهب مثلا لكنه مع مافي يده لمولاه . كما أن العقلاء يعتبرون الملكية لما يحصل من الطرق المعينة ، والشارع قدأمضى هذه الملكية ووافق على هذا الاعتبار الا بالنسبة الى أشياء مخصوصة كالخمر والخنزير ، وبالنسبة الى طرق معينة كالمنابذة والربا ، بل الملكية من ضروريات جميع الاديان . مع أن الله عزوجل مالك السماوات والارضين ، وسنخ ملكه للاشياء غيرسنخ ملكيتنا لها الا في المورد الذي جعل هوسنخ ملكيتنا لنفسه ، حيث قال تعالى في آية الخمس : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » الاية [1] .

---

١) سورة الانفال : ٤١ .

١٠٠ ـــــــ

القضاء ، كالصحيحة التي رواها في الوسائل عن عبدالله بن سنان قال : « سئل ابوعبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق. فقال عليه السلام : ذلك السحت »[1]

أقول: فهل انه « سحت » لان السلطان حاكم جورأوأنه سحت لانه في مقابل القضاء؟ وجهان، قال السيد: انظاهره خلاف الاجماع، فانه لامانع من ارتزاقه من بيت المال . أي : فلابد من حمل الرواية على الوجه الاول . الا أن ظاهر« على القضاء » هوالوجه الثاني .

على أنـه ان كان من جهة كون السلطان جائراً فان للامام عليه السلام الولاية على الاذن في القضاء في سلطنة السلطان الجائر .

وكالصحيحة عن الشيخ الصدوق في الخصال عن عمار بن مروان قال : قال ابوعبدالله عليه السلام : « كل شيء غل من الامام فهوسحت ، والسحت أنواع كثيرة ، منها ماأصيب من أعمال الولاة الظلمة ، ومنها أجورالقضاة ، وأجور الفواجر، وثمن الخمروالنبيذ المسكر، والربا بعد البينة . فأما الرشا ياعمار في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم »[2] .

فقال المانعون : بأن الصحيحة هذه ظاهرة في أن المراد من « أجورالقضاة » فيها مايأخذه القضاة في مقابل القضاء وان لم يكن

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦١ .

٢) وسائل الشيعة ١٢/٦٤ .

مايأخذونه من « الولاة الظلمة » : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلا، فيكون ذلك من « السحت » كأجور الفواحش وثمن الخمر...

وأجاب المجوزون ـ كالسيد « قده » ـ بأن الظاهر أنها ناظرة الى الاجور التي كان القضاة يأخذونها من «الولاة الظلمة»، فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهي سحت لامطلقاً ، من جهة أن الظاهر كون الضمير في « ومنها » راجعاً الى « ما » في « ماأصيب » فتكون الحرمة من هذا الحيث .

أقول: والظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعاً الى ماذكر لجاء بلفظ المذكر لا المؤنث ، فما ذكره خلاف الظاهر، ومجرد عدم تكرار « منها» لكل واحد من الانواع لايكون دليلا على ماذكر. وبالجملة : ان « أجور القضاة » قسيم لـ « ماأصيب من أعمال الولاة الظلمة» ، فظهورها في الدلالة على حرمة أخذ الاجرة على القضاء تام .

نعم لاتدل على حرمة الارتزاق من بيت المال لابعنوان الاجر، ولاسيما مع الحاجة والضرورة ، فان ذلك لامانع منه، ويكون القاضي حينئذ كسائر العمال ، لكن لابمعنى كون ذلك في مقابل العمل « القضاء » بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينية قربة الى الله تعالى مع أن الحاكم الشرعي يرزقهم من بيت المال ، ولقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقسم الغنائم على من اشترك في الحروب والغزوات ويعطي كلا حسب جهده ومقامه . . . لكن لابعنوان العوض[1] .

---

١) واختار في مباني تكملة المنهاج ١/٥ الجواز واستدل عليه

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف..».

أقول : وبناءاً على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعي أو المحكوم له أو المتخاصمين معاً ؟ ان كان بعنوان الاجر فهو اما جعل واما اجارة ، وحينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر ، وان كان قد قضى ولم يقصد كونه مجانا ضمن أجرد ، فهل يضمنه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضاً وعمله محترم ولايشترط في وجوب دفع العوض وجود المنفعة ؟ وجهان .

هل يجوز أخذ الاجرة على الشهادة ؟

قال المحقق : « أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الاجرة . . . » .

أقول : لااشكال في حرمة أخذ الاجرة على الشاهد بناءاً على حرمة أخذ الاجرة على الواجبات مطلقاً ، لان الشهادة واجبة عليه ، فيكون الشاهد كالقاضي في حرمة الاخذ بناءاً عليه بلافرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الاجرة عليها أشد حرمة منه على القضاء . نعم يحصل الفرق فيما اذا كان الوجوب على الشاهد عينياً والقضاء كفائياً .

يقول أمير المؤمنين عليه السلام في عهده الى مالك الاشتر رضي الله عنه: « وأكثر تعاهد قضائك وافسح له بالبذل مايزيح علته وتقل معه حاجته الى الناس . قال : وطريق الشيخ الى عهده « ع » الى مالك الاشتر معتبر .

وهل يجوز أخذها على تحمل الشهادة ؟ قال في الجواهر : قد يقال بجواز الاخذ عليه مع عدم تعينه عليه ، لكن الاولى تركه.

وهل يجوز أخذها على مقدمات أداء الشهادة ؟ وجهان ، من أن الواجب اقامة الشهادة لاتحصيل المقدمات ، ومن أن الشهادة واجبة وتحصيل مقدماتها مقدمة للواجب فهوواجب فلايجوز أخذ شيء في مقابل مقدمة الشهادة .

أقول : أداء الشهادة من الواجبات البدنية لاالمالية ، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهادة كأجرة السيارة التي تقله الى بلد آخر لاجل الحضور في مجلس الشهادة والقضاء مثلا ، الا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذل مايلزم من المال في سبيلها .

قال المحقق :«ويجوز للمؤذن والقاسم وكاتب القاضي والمترجم وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح ، وكذا من يكيل للناس ويزن ومن يعلم الاداب والسنن » .

أقول : الامرفي ذلك كله واضح بعدما ذكرنا . والله العالم .

المسألة السادسة

في طريق ثبوت ولاية القاضي

قال المحقق « قده » : « تثبت ولاية القاضي بالاستفاضة » .

أقول : لم يتعرض رحمه الله الى ثبوت ولاية القاضي بالعلم والبينة ، لان ثبوتها بهما لاريب فيه[1] ، فالولاية تثبت بشهادة عدلين بها وان لم يحكم بها حاكم كما في المسالك وغيرها، فتكون نظير الاجتهاد ، فانهم ذكروا أن الاجتهاد والاهلية للمرجعية في الاحكام الشرعية تثبت بشهادة عدلين من أهل الخبرة من دون توقف على حكم مجتهد آخر بها ، لاطلاق أدلة البينة الشامل للمورد . نعم لو أنكرمنكر ولاية القاضي مدعياً عدم نصب الحاكم اياه للقضاء ، أو

---

١) ولعله لهذا السبب أيضاً لم‌يتعرض الى‌ثبوتها بسماع‌التولية من الامام عليه السلام نفسه وباقراره «ع» بها وبحكم الحاكم بها بناءاً على ثبوتها به .

١٠٦ ـــــــ

أوالاطمينان مسلم ولذا تعرض ألى الاستفاضة غير المفيدة لاحدهما رأساً . . . بل الظاهر أن مراده من الاستفاضة هو الشياع المفيد للظن ، فهو الحجة في ثبوت الولاية للقاضي[1] .

ولعل وجه كلام الشهيد الثاني حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق في آخر المسألة : « ولايجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وان شهدت له الامارات مالم

---

١) الاستفاضة من : فاض الماء يفيض فيضاً وفيضاناً بمعنى « كثر »، فاذن يعتبر في الخبر المستفيض تكثر رواته . ولذا عبر في المسالك بأنها اخبار جماعة ، وفي الجواهر بالشياع . ثم اختلفت كلماتهم في حد هذه الكثرة المعتبرة . وقد يستظهر من عبارة المسالك ونحوها اعتبار اتحاد لفظ جميع المخبرين في صدق « المستفيض » على خبرهم ، بخلاف عبارة الجواهر ونحوها فانها ظاهرة في تحقق صدقه باتحاد المعنى وان تعددت الالفاظ .

ثم هل المعتبر في الخبر المستفيض حصول العلم بمضمون الخبر أوالظن الغالب المتآخم للعلم أومطلق الظن ؟ أقوال قدعرفت نسبة الشهيد الثاني الاول الى المحقق ولكنها غير تامة وقد قال رحمه الله في آخر المسألة : وسيأتي رجوع المصنف عن الجزم باعتبار العلم الى الاكتفاء بمتآخمه على تردد فيه ، وعلى القولين الاخرين يكون الخبر المستفيض من أخبار الاحاد، ويؤيد ذلك قول الاصحاب في الكتب الفقهية : هذا الخبر مستفيض بل متواتر .

يحصل اليقين »، ولكن الذي يقوى في النظر أنه قد تطرق الى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الاستفاضة اذ قال قبل ذلك : « ولو لم يستفض . . . أشهد الامام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين . . . » فلايدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضة مايحصل منه العلم واليقين .

ثم قال في المسالك في بيان وجه كلام المحقق : ان كان المراد من الاستفاضة مايوجب العلم فانها تفيد ذلك لانها أولى من البينة ، وان أريد مايفيد الظن فهو حجة في كل مورد لاطريق الى اقامة البينة عليه ولاطريق الى العلم فيه ، ففي مثل ذلك قامت السيرة على الاعتماد على الاستفاضة . . .

والشيخ «قده» ذكر في المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضة، ثم استدل لحجية الاستفاضة في مورد آخر بالاخبار ، وذلك يدل على أن مراده من الاستفاضة مايفيد الظن والا لم يستدل بالاخبار .

وصاحب الجواهر تمسك بالسيرة والاخبار لحجية الاستفاضة بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجة عند العقلاء مطلقاً .

ومما استدل به فيها : مرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن البينة اذا أقيمت على الحق أيحل للقاضي أن يقضي بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة ؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم:

الولايـات والتناكح والمواريث والذبائح والشهادات ، فـاذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولايسأل عن باطنه »[1] .

قال المجلسي والكاشاني « قدهما» في شرحه : ان المستفاد من الخبر الحكم بظاهر دعوى متولي الامر وأنه لايجب الفحص عن باطن الامر ، فاذا ادعى الولاية وتولى الامر فلايجب السؤال عن باطنه . قال أحدهما : المدعي للتزويج يقبل منه ، وكذا القصاب بالنسبة الى الذبيحة فلايسأل عن باطن اللحم ، والشاهد كذلك فانه يحكم بحسب ظاهره ولايسأل عن باطن حاله ، فكأن جواب الامام عليه السلام في خصوص الشاهد : انه يحكم بحسب ظاهر الامر ولاحاجة الى السؤال عن باطن الشاهد وحقيقة حاله ان كان ظاهره ظاهراً مأمونـاً .

أقول: لكن هذا المعنى لايساعده لفظ الرواية ، ففي الرواية : « فاذا كان ظاهره » وهو ضمير مفرد لايصح عوده الى الشهـادات والبينة ، الا أن يجعل مرجعه أحد الفردين أو الافراد وهو خلاف الظـاهر .

وجعل صاحب الجواهر مرجع الضمير« الحال » و«المطلب» أي: فاذا كان ظاهر المطلب ظاهراً مأموناً . فتكون الرواية واردة في مورد الشياع ، وأما على ماذكراه فتكون أجنبية عن محل الكلام،

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٢. وقدروي هذا الخبر مع اختلاف في بعض ألفاظه .

١١٠ ـــــــ

وعندي كذا وكذا ديناراً . أفترى أن أدفعها يبتاع لي بها بضاعة من اليمن؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : يابني أمابلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال اسماعيل : هكذا يقول الناس : فقال : يابني لاتفعل .

فعصى أباه ودفع اليه دنانيره ، فاستهلكها ولم يأت بشيء منها، فخرج اسماعيل، وقضي أن أباعبدالله عليه السلام حج، وحج اسماعيل تلك السنة فجعل يطوف البيت وهو يقول : اللهم أجرني وأخلف علي . فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له : مه يابني . فلاوالله مالك على الله هذا ولا لك أن يأجرك ولايخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته .

فقال اسماعيل : ياأبه اني لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون .

فقال : يابني ان الله عزوجل يقول في كتابه «يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين » يقول : يصدق لله ويصدق للمؤمنين ، فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولاتأتمن شارب الخمرفان الله تعالى يقول «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم» فأي سفيه أسفه من شارب الخمر، ان شارب الخمرلايزوج اذاخطب ولايشفع اذاشفع ولايؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولايخلف عليه »[1] .

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/ ٢٣٠ . رواها الكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عميرعن حماد بن عيسى عن حريز . وهي صحيحة أوحسنة بابراهيم بن هاشم .

١١٢ ـــــــ

أقول : يكفي في ثبوت النسب ـ كما لو شك في كون زيد هاشمياً مثلا ـ شياع ذلك في بلده حيث لاطريق آخر الى اثباته ، وكذا الامر في الوقف ، فلو شاع أن القرية الفلانية موقوفة للجهة الكذائية كفى ذلك في ثبوت الوقف حيث لاطريق مفيداً للعلم بذلك، وكذا الموت ، فانه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجداني بالموت، وأما مع عدمهما كالموت في السفر ـ مثلا ـ فلا طريق الى الثبوت الا الشياع ، فتقسم الاموال وتترتب الاثار . . . وكذا الامر في الملك المطلق ، فانه لاطريق الى اثباته الا بالاخذ بالشياع ، لان تواطىء الناس على ذلك محال عادة ، وكذا النكاح والعتق .

والدليل على كفاية الاستفاضة في ثبوت هذه الامور هو السيرة ، ـ كما أنها الدليل المعتمد عليه في حجية خبر الواحد ـ فان أهل العرف يرتبون الاثر في مثل هذه الامور على الاستفاضة فيها لانها مفيدة للوثوق النوعي عندهم .

أقول : ونفس اقامة الدليل على الاعتماد على الاستفاضة دليل على أنهم لايريدون من الاستفاضة مايفيد العلم أو الاطمينان المتآخم له ، والا فنفس حصول العلم أو الاطمينان دليل.

وفي المسالك : الاستفاضة المفيدة للعلم دليل حجيتها هو العلم، والمفيدة للظن دليل حجيتها السيرة ، ولكن السيرة لاتتحقق الا في موارد مخصوصة ومنها الولاية على القضاء ، لانه لولا الاستناد اليها يلزم العسر والحرج لعدم امكان اقامة البينة .

وعن بعضهم دليل آخر على حجية الاستفاضة وهو: ان الحجة لاتقام عند الحاكم والا لزم الدور ، مثاله : اذا كان في البلد قاض وقد نصب الحاكم قاضياً آخرولم يعتبر الشياع ولا البينة الا بحكم وتوقف قبول البينة على ولاية الثاني على الحكم ، فان كان الحاكم بثبوت ولاية الثانيهو القاضيالاول فان المفروض سبقعزله ثبوت ولاية القاضي الجديد بناءأ على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثاني فلاينفذ حكمه ، وكذلك الامر بناءأ علىالقول بانعزاله ببلوغه خبرنصب الثاني لانه مع وصول الخبرينعزل فلوأراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولاية الثاني. وانكان الحاكم بثبوتالولاية هوالقاضي الثانينفسه فان ثبوت ولايته يتوقف علىحكمه وحكمه يتوقفعلى ثبوت ولايته ، وهذا دور ظاهر.

أقول : هذا يتم فيما اذا لم يكن هناك قاض آخر غير الاول المعزول أو لم يكن فى بلد آخرقاض يمكنهم الرجوع اليه لاجل الحكم .

وقال فيالمسالك : «وهذا يتمعلىالقول بعدم جوازتعليقالعزل على شرط وقد جوزه العلامة في القواعد » .

أقول : لكن فيه : انه لايوافق قواعد الاصحاب وقد حكموا ببطلان الوكالةالمعلقة ، أي : لايصح تعليق الوكالة علىشرط ولابد من كونها منجزة ، فاذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الاذنية فان ابطاله للولاية التي ليست منها يكون بطريق أولى .

وقيل بالفرق بين الولاية والوكالة لان الوكالة من العقود . فلابد لها من الصيغة الممتنع فيها التعليق شرعاً والولاية ليست من العقود بل هو جعل للمنصب نظير جعل الوجوب والحرمة ، فيجوز في الولاية مالايجوز في الوكالة، فيجوز أن يكون الاول معزولا عن الولاية في ظرف ثبوت ولاية الثاني ، فحينئذ يحكم بولاية الثاني وينعزل هو عن القضاء .

وهذه بحوث علمية بحتة ليست محلا للابتلاء فعلا، نعم يجري البحث لو قلنا بقبول القضاء للوكالة كأن يوكل الثاني ويرسله الى البلد ، فانه بوصوله اليه ينعزل الاول ، ومن البحوث العلمية قول المحقق : « ولو لم يستفض اما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أولغيره من الاسباب أشهد الامام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين بصورة ماعهد اليه وسيرهما معه ليشهدا له بالولاية » .

وكيف كان : « لايجب على أهل الولاية قبول دعواه مع عدم البينة وان شهدت له الامارات مالم يحصل اليقين » .

المسألة السابعة

في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد

قال المحقق : « يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهة على انفراده » .

أقول : لاريب في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد على أن يكون لكل منهما جهة على انفراده، كجعل أحدهما قاضياً في الاموال والاخر في الدماء والفروج ونحو ذلك .

قال: « وهل يجوز التشريك بينهما في الجهة الواحدة ؟ . . . ».

أقول : وهل يجوز التشريك بينهما في الولاية الواحدة ؟ قولان ، اختار المحقق « قده » الجواز ، والصحيح : المنع ، لان الولاية من الامورذات الاضافة فلايمكن التشريك فيها، الا أن يراد من التشريك اناطة نفوذ حكم أحدهما بموافقة الاخر...

ومع التعدد فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضياً

بالاستقلال وليس نفوذ حكمه مشروطاً ـ في زمن الغيبة ـ بموافقة الاخر وامضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما في الحكم في الواقعة ، فلايجوز للاخر نقضه ـ الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه في الحكم ـ كما هو الحال في اجراء العقد للصبي من قبل كل من الاب والجد . . .

لواختلف المترافعان في تعيين القاضي:

فان اختلف المترافعان في تعيين القاضي فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعي الترافع عنده ؟ قيل: نعم وادعي عليه الاجماع، لان المدعي هو صاحب الحق . وفيه نظر وفاقاً للسيد صاحب العروة « قده » ، اذ ليس للمدعي الحق لاعلى القاضي ـ لانه لو كان ذا حق لجاز لـه اسقاطه والحال ان نظر القاضي في المرافعة حكم واجب ـ ولاعلى المدعى عليه لانه مالم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق وان أمكن ثبوته في علم الله سبحانه .

على أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معاً ، فان للمدعى عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتى يخلصه من دعوى المدعي وكذا احضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه ، وحينئذ قالوا : يرجع الى القرعة لتعيين القاضي لانها المرجع عند التداعي كما سيأتي .

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعي ويبقى الاجماع ان كان ، والا فالقرعة هي المرجع أيضاً .

وأما في صورة التداعي بأن يكون كل منهما مدعياً ومنكراً ، كأن

يدعي أحدهما البيع فيثبت لنفسه الخيار والاخر الصلح فلا خيار ، فان توافقا على الترافع عند أحدالحاكمين فهو، وان سبق أحدهما الى الحاكم نفذ حكمه بناءاً على نفوذ الحكم الغيابي ، وان رجع كل واحد من المترافعين الى واحد من الحاكمين وحكم كل منهما غياباً قال الاكثر بالقرعة لان أحدالحكمين المتنافيين مطابق للواقع فيعين بها، لكن مقتضى القاعدة بطلان الحكمين معاً ، لانه ان أريد بالقرعة العثور على الواقع كترافع الرجلين على مال في يد ثالث فيقترع فهو، ولكن في المورد حيث مقدمات الحكم في كلا الطرفين تامة ويراد ترتيب الاثر على كل واحد باعتباره حكماً مطابقاً للواقع كان الحكمان متضادين ومقتضى القاعدة سقوطهما ، لكن لم أجد من أفتى بذلك .

وتفصيل المسألة : انه اذا حكم كل من الحاكمين لكل من المتخاصمين بنحو التقارن فالوجه سقوط الحكمين ، وانما يتصور ذلك في الحكم الغيابي ، والحكم الغيابي يتصور في حالين :

الاول : أن يحضر أحد المترافعين عند الحاكم فيرسل الحاكم خلف الاخر فنارة يمتنع عن الترافع عند هذا الحاكم وأخرى يمتنع عنه مطلقاً ، فان أبى عن الحضور مطلقاً طلب الحاكم من المدعي الشهود ثم يحكم حكماً غيابياً على الخصم وينفذ هذا الحكم في حقه بلا كلام ، وان أبى عن الحضور عند هذا الحاكم مع الموافقة على الترافع عند غيره فهل يسمع كلامه أولا فيحكم عليه غيابياً ؟ الصحيح : انه لاوجه لالزامه بل يرجع الى القرعة .

الثاني : أن يكون الحكم غيابياً بالنسبة اليهما معاً (بأن يكون أحدهما في بلد والاخر في بلد آخر، فيرجع كل منهما الى حاكم بلده ـ بعد عدم اجتماعهما في بلد واحد للمرافعة لجهة من الجهات ـ فيحكم كل واحد من الحاكمين حكماً غيابياً على الخصم الاخر) فأي الحكمين النافذ ؟

ان علم الاسبق منهما زماناً فهو المقدم ، ومع عدمه فالقرعة هي الطريق لتعيين الحكم السابق النافذ، ومع العلم بوقوعهما في زمان واحد فمقتضى القاعدة سقوطهما ، لانهما كالسببين المتمانعين ، وبعبارة أخرى: هما حكمان لموضوع واحد ودليل اعتبارهما واحد فحيث لايمكن اجتماعهما يسقطان .

وقيل : انهما كالخبرين المتعارضين فيحكم بالتخيير.

قلت : انما يحكم بالتخيير بين الخبرين المتعارضين في صورة الامكان لافي كل خبرين متعارضين ، وفيما نحن فيه لو كان مقتضى أحد الحكمين كون المال المتنازع فيه لزيد ومقتضى الاخر كونه لعمرو كيف يحكم بالتخيير ؟

قال السيد « قده » : ان أدلة نفوذ حكم الحاكم منصرفة عن مورد التعارض بين الحكمين ، فدليل اعتبار الحكم لايشمله .

قلت : اذا كان كذلك ارتفع فرض التعارض في كل مورد ، على أنه لو قيل بحجية حكم الحاكم في صورة عدم وجود حكم معارض كان لازمه جعل حال الحكم قيداً للموضوع وهو محال .

١٢٠ ـــــــ

الاقدم كان احتمال صحة اليد في محله فيطالب الخصم بالبينة فان جاء بهـا والا حلف صاحب اليد وبقيت تحته ، ففي هذه الصورة حيث النزاع على الاسبقية وليس المنشأ هو الاختلاف في الحكم يحتمل صحة اليد وكان من قبيل المدعي والمنكر لا المتداعيين .

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المسألة الثامنة

فيما يتعلق بانعزال القاضي وعزله

قال المحقق « قده » : « اذا حدث بـه ما يمنع الانعقاد انعزل وان لم يشهد الامام بعزله كالجنون والفسق، ولو حكم لم ينفذ حكمه ».

أقول : اذا فقد القاضي أحـد الشروط المعتبرة سقط حكمـه عن الاعتبار ولم ينفذ ، لان أدلة اعتبار الصفات تقتضي وجودها فيه ابتداءاً واستدامة ، فلا وجه للاستصحاب لانه أصل وهو لا يعارض الادلة ، فان ارتفع المانع فهل تعود التولية أولابد من نصب جديد؟ اختار في المسالك الثاني ووافقه في الجواهر قال : لا تعود بزوال هذه العوارض للاصل . أقول : والمراد من الاصل اما استصحاب حال الجنون ـ مثلا ـ واما أن التولية تحتاج الى دليل وبعد زوال الجنون فالاصل عدم التولية، فيكون نظير الوكالة اذا جن الوكيل...

والحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحداً بخصوصه

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، وأما اذا كان حكم النصب كلياً سواء في زمن الحضور أو الغيبة كما في معتبرة أبي خديجة فانه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلي وينفذ حكمه ، نظير : «لاتصل الا خلف من تثق بدينه » ، فلوحدث في امام الجماعة فسق لم تجز الصلاة خلفه، فان تاب وعاد جاز الائتمام به لقوله « ع» «صل» لان معناه : جواز الصلاة خلفه في كل زمان حصل الوثوق بدينه وعدالته . . . ولعل كلمات الاصحاب ناظرة الى المنصوب من قبل الامام « ع » بشخصه ، وهذا جار في المنصوب من قبل المجتهد أيضاً بناء على أن له ذلك .

هذا كله في الانعزال القهري ، فان القاضي ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له وان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لانهم اذا شاءوا علموا . . .

وربما فرق بين ما اذا كان العارض سريع الزوال كالاغماء وبين غيره كالجنون فتعود في الاول قياساً على السهو والنسيان دون الثاني.

أقول : وفيه انه يشترط في القاضي العقل ، وان زواله يوجب العزل سواء كان بالاغماء أو الجنون ، اذ لا أثر لقلة زمان الزوال حتى يفرق بين الاغماء والجنون ، وأما في حال النوم والسهو والنسيان ونحو ذلك فلا يزول العقل ، فهو قياس مع الفارق .

قال المحقق « قده » : « وهل يجوز أن يعزل اقتراحاً ؟ الوجه لا ، لان ولايته استقرت شرعاً فلا تزول تشهياً » .

١٢٤ ـــــــ

الأن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب وعزل بعض القضاة ، ولكن هذا يحتاج الى الاثبات ، فلعله أرجع القاضي من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر .

وكيف كان فيحتاج الى دليل آخر غير ما دل على جواز النصب .

نعم كل شيء يتوقف على الاذن ـ لا الجعل ـ جاز الرجوع فيه عن الاذن .

ولو عين الواقف أحداً للتولية على الوقف فليس له عزله عن التولية ، لان ذلك كالرجوع عن الوقف وقد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها ، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانة ، قالوا : بل يجب حينئذ ضم أحد اليه . وهذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفي للدلالة على جواز العزل .

هذا وليس من شأننا البحث عن حكم الامام عليه السلام لثبوت عصمته ، على أن نفس ارادة الامام مرجحة ، اذ لا يتصور التوقف له في مورد التعارض بين طرفي الفعل والترك ، ولا يشترط أن يكون لفعله مرجح ، بل يكفي عدم المرجوحية للفعل .

وعلى فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضي بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل ؟ قال في المسالك : قولان أظهرهما الثاني لعظم الضرر في رد قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل .

وفي الاول : ان الضرر الـلازم كما يمكن أن يكون متوجهاً الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعي الباطل منهما ودليل « لا ضرر » لا ينفي مثل هـذا الضرر ، فيكون المورد شبهة مصداقية له فلا يجوز التمسك به ، فيكون حكم هذا القاضي حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوباً لذلك من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلك فان حكمه بـاطل ، وكذا من باع مال غيره متخيلا أنه وكيله ثم ظهر العدم .

وفي الثاني: ان الاولوية ممنوعة، الا أن يقال بأن الولاية على القضاء وكالة مع زيادة السلطنة أو يصحح ذلك بتنقيح المناط .

وبما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسك باستصحاب بقاء نفوذ الحكم .

قالوا : هـذا اذا عزل القاضي لفظاً أو كتب اليه : أنت معزول ـ مثلاـ وأما اذا كتب اليه: اذا قرأت كتابي فأنت معزول ففيه فروع منها : أنه لا ينعزل الا بعد قراءة الكتاب سواء وصل الى يده أولا فلو وصل اليه الكتاب وحكم في قضية قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا اشكال . ومنها : أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشرة بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه ولو بقراءة غيره له، ومنها: أنه هل يشترط قراءة الكتاب كله أو يكفي العلم بحاصل المراد ؟ وتظهر الفائدة فيما لو ذهب بعض الكتابة أو تعذر عليه قراءته . . .

قال في الجواهر : ان هذه احتمالات باردة أطنب فيها العامة

في كتبهم لغرض صيرورة الكتاب ضخماً .

قلت : ويمكن أن تثمر هذه الفروع في الاجازات والوكالات التي يكتبها الفقهاء للاشخاص . . . ولكنها قليلة الجدوى .

المسألة التاسعة

هل ينعزل القاضي بموت الامام ؟

قال المحقق « قده »: « اذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ: الذي يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع . وقال في المبسوط : لاينعزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعاً فلا تزول بموته. والاول أشبه».

أقول : علل في المسالك القول الاول بقوله : لانهم نوابه وولايتهم فرع ولايته فاذا زال الاصل زال الفرع، ووافقه في الجواهر فيه وأضاف : فان أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أي: ان قضاة ذلك العصر ينعزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مرة أخرى أو ينصب غيرهم .

واستدل للقول الثاني: بأن ولاية القضاة قد ثبتت شرعاً فلا تزول بموت الامام ومع الشك تستصحب ، وقد أيد ذلك في الجواهر وغيره بما في الانعزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحكام الى أن يجدد الامام اللاحق نواباً فتعطل الاحكام .

والصحيح أن يقال : ان كل فرد من الناس اذا وكل أحداً أو أنابه أو أذن له في شئونه الخاصة والامور التي بيده فانه اذا مات ينعزل الوكيل والنائب والمأذون بلا كلام ، من غير فرق في ذلك بين الامام وغيره، فان كان القضاء كذلك بمعنى أن يكون أمر القضاء للامام وأن القاضي ينوب عنه في القضاء أو يقوم بذلك وكالة عنه انعزل القضاة بموته، لان من قواعد المذهب انعزال الوكيل والنائب بموت الموكل والمنوب عنه .

وان كان القضاء نظير نصب المتولي على الموقوفة أو الولاية على الصغار فلا ينعزل بموت من نصبه ، لانه يقوم بالامر بعنوان السلطنة لا بعنوان الوكالة والاذن .

وبماذكرنا يظهر الحال في التمسك بالاستصحاب لعدم انعزالهم بموت الامام ، لان ولايتهم ان كانت من باب الوكالة فقد بطلت ، وان كانت من باب الولاية فلا شك في بقائها حتى تستصحب ، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولاية ، ولا يعارضه استصحاب عدم كونه وكالة لعدم الاثر .

ويمكن تقريب الاستدلال بأن يقال: ان الولاية قد يكون جعلها مقيداً بزمان حياة الامام فلا ريب في انقطاعها بالموت ، وقد يكون غير مقيد بذلك فهي مطلقة ولا ريب في بقائها بعد موت الامام، ومع الشك في كونها مقيدة أو مطلقة يستصحب كلي الولاية فلا ينعزل

١٣٠ ـــــــ

مطبقون على استمرار تلك التولية، فانها ليست كالتولية الخاصة بل حكم بمضمون ذلك ، فاعلامه بكونه من أهـل الولاية على ذلك كاعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذي اليد مقبول الخبـر وغير ذلك وفيه بحث » .

قلت : وهو خلاف ظاهر المعتبرة حيث قال عليه السلام «فاني جعلته حاكماً » ولم يقل : فحكمه نافذ ـ مثلا ـ فلو كان حكماً الهياً لم يكن متوقفاً على جعل من الامام ، بل ظاهر الرواية أن الحكومة لغير النبي والامام متوقفة على الجعل وهو بيد الامام « ع »، فيكون الحاصل : ان من كان معنوناً بتلك العناوين مجعول ولياً مـن قبل الامام ، وليس هـذا الجعل مقيداً بزمان حياته ، بل هـو نظير جعل التولية على المسجد لامام الجماعة من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب . وأما كون المسألة نظير الوكالـة أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر .

وبالجملة: ان كان توليهم للقضاء مستنداً الى النيابة من ناحية الامام أو الى الوكالة عنه كانت ولايتهم فرع ولاية الامام وبموته ينعزلون، وان كان جعلا من قبله وسلطنة لهم على الحكم فلا ينعزلون بموت الامام .

فالحق في المسألة ما ذكرناه[1] .

---

١) من بناء الخلاف فيها على كيفية الاستظهار من أدلة لاذن، ومقتضى استظهار الجعل غير المقيد بـزمن الحياة من معتبرة أبي

لو مات القاضي الاصلي فهل ينعزل النائب عنه ؟

ثم قال المحقق « قده »: « ولو مات القاضي الاصلي لم ينعزل النائب عنه لان الاستنابة مشروطة باذن الامام عليه السلام فالنائب عنه كالنائب عن الامام فلا ينعزل بموت الواسطة . والقول بانعزاله أشبه » .

أقول : لو أذن الامام للقاضي الاصلي في نصب القضاة بأن يكونوا وكلاء عن الامام أو يكونوا نوابه أو مأذونين من قبله في الحكم لم ينعزلوا بموت القاضي الاصلي لكونه واسطة في النصب فحسب وهذا واضح، ولو كان ذلك من قبل نفسه لا الامام فلا ريب في انعزالهم بموته ، وهذا واضح أيضاً ، ولو أمره الامام بانشاء النصب وجعل الولاية على القضاء فلا ينعزلون لا بموته ولا بموت الامام لما تقدم في الفرع السابق .

خديجة ونحوها من تلك الادلة هو اختيار القول بعدم الانعزال بموت الامام، وهذا البحث يختص بزمان الحضور، ولذا جعل في المسالك القول بالانعزال قادحاً في ولاية الفقيه الذي قد مات الامام الذي جعله قاضياً وحاكماً وغاب الامام المتأخر عنه ، لان المفروض هو الانعزال بموت السابق وعدم النصب المجدد من اللاحق لغيابه، لكن المحقق والجماعة جعلوا المعتبرة من أدلة النفوذ في زمن الغيبة كما تقدم .

هذا كله في مقام الثبوت .

وفي مقام الاثبات: انعلم الامر من الامام عليه السلام أو بالقرائن الحافة بالكلام فلا بحث ، وان شك في كيفية الامر وفي نفوذ حكم القضاة المنصوبين بعد موت القاضي الاصلي فلامجال لاستصحاب كلي الوكالة أو النيابة لعدم جريانه مع الشك في المقتضي ، مضافاً الى أنه مسبب عن الشك في كون الجعل من قبل الامام والاصل عدمه كما أن الاصل عدم جعل الولاية والسلطنة، فلا وجه لنفوذ حكمهم بعد موت القاضي الاصلي .

وأما في حال الغيبة فلا ريب في نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط لان له الولاية على القضاء ، فان قلنا بأنه لا يجوز لـه نصب غيره للقضاء فلا كلام، وان قلنا بأن له ما للامام جاء فيه التفصيل المذكور في الفرع السابق .

وأما في الامور الحسبية فتارة ما يأذن أو يوكل أو ينيب من يثق به فيها فان أعماله نافذة مادام الفقيه الناصب له حياً وينعزل بموته البتة وأخرى يجعل الولاية له بالاستقلال فلا ينعزل بموته .

وأشكل المحقق الاشتياني في أن يكون للفقيه ما للامام من التصرف في الامور المستقبلة لعدم الدليل على ذلك. وفيه: ان هذا صحيح ولكن الفقيه يجعل الولاية في حال حياته ثم تبقى بعد موته حتى يحدث ما يزيلها أو يموت ـ نظير علقة الزوجية التي لا تزول بموت العاقدين ـ لان ذات الولايـة المجعولة قابلة للبقاء بمجرد انشائها حتى يقوم الدليل على زوالها .

وهل للنائب أو الوكيل جعل الولاية الخاصة لثالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع في الامور الحسبية يتحقق بالاذن. وتظهر الفائدة في أنه مع الجعل لا يمكن العزل . وقد تدعو الضرورة الى العزل بخلاف الاذن ، فلذا يكون التصرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المسألة العاشرة

هل تنعقد الولاية لفاقد الشرائط لو نصبه الامام مصلحة ؟

قال المحقق: «اذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة في نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاة في زمن علي عليه السلام. وربما منع من ذلك ... » .

أقول: اختلف الاصحاب في المسألة على قولين، ومنشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحاً للقضاء مع أنه لم يكن جامعاً للشرائط المعتبرة في القاضي، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالماً حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلاً كما هو واضح، فيدور الامر في الحقيقة بين رفع اليد عن بعض الشرائط في حال تولية الامام أو حمل فعل الامام على بعض الوجود، وقد حمل بعضهم نصب الامام أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً على التقية، لانه كان منصوباً من قبل في الكوفة، فلو عزله عليه السلام

لخالف القوم كما وقع بالنسبة الى بعض الامور التي أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاة التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم وجعلوا ينادون « واعمراه » .

وقيل: ان الائمة عليهم السلام مهما كانوا في تقية وشدة لم يكونوا يتقون في أمر القضاء، وكانوا ينهون عن التحاكم الى قضاة الجور والمخالفين ، فكيف بنصب القاضي الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان في حال تقية لما عزل معاوية عن الشام .

أقول : أما النقض بعزل معاوية فغير تام ، لان معاوية لم يبايع الامام مع بيعة سائر المسلمين والولاة له ، وأما شريح فان الامام لم يوله ولم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلا : « يا شريح جلست مجلساً لا يجلسه الانبي أو وصي أو شقي » .

وقيل : ان الامام لم يفوض اليه أمر القضاء ، بل شاركه فيما ينفذه. وهذا هو المستفاد من الروايات ، وهو أحسن الوجوه في المسألة .

وقيل : انه كان يحكم ولكن لا يترتب على حكمه أثر . وهو خلاف الظاهر .

وفي المسالك: المروي من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك وفي حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه .

أقول : ولنذكر بعض الروايات التي أشرنا اليها ، ثم حديث الدرع :

منها ـ ما عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

« لما ولى أمير المؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه »[١].

ومنها ـ مارواه المشايخ الثلاثة عن سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح : « واياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك علي ان شاء الله ... »[٢].

وأما حديث الدرع الغلول فهذا نصه عن الكليني «قده» بسنده عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين. فقال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة . فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: وأين وجدتموه خلاف القرآن ؟ قالا : ان الله يقول «وأشهدوا ذوي عدل منكم» . فقال : قول الله: وأشهدوا ذوي عدل منكم، هولاتقبلوا شهادة واحد ويميناً! ثم قال :

ان علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة، فمر به عبدالله ابن قفل التميمي ومعه درع طلحة . فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة. فقال له عبدالله بن قفل: اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين. فجعل بينه وبينه شريحاً.

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٦ .

٢) وسائل الشيعة ١٨/١٥٥ .

١٣٨ ـــــــ

المسألة الحادية عشر

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته ؟

قال المحقق « قـده » : « كل من لا تقبل شهادته لاينفذ حكمه كالولد على الوالد والعبد على مولاه والخصم على خصمه. ويجوز حكم الاب على ولده وله ، والاخ على أخيه وله » .

أقول : هذا مذهب الاكثر ، بل ادعي عليه الاجماع لكنه غير معلوم ، واستدل على ذلك بأن الحكم شهادة وزيادة ، فكل من لا تقبل شهادته في حق أحد لاينفذ حكمه فيه، وقد أنكر جماعة كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الاطلاقات ونفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد والعبد على مولاه ، وفي أصل قبول هذه الشهادة أخبار متعارضة سيأتي التعرض لها في محلها ان شاء الله تعالى .

وكذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا اذا رجع حكمه الى الاقرار وهذا بحث آخر ، ويـدل عليه ـ مضافاً الى الاجماع

١٤٠ ـــــــ

وأجاب المحقق النراقي « قـدة » بأن اللوازم الشرعية ليست كالعقلية بل هي قابلة للاستثناء .

وفيه : انه لا يمكن المساعدة عليه ، لان الواقع لا ينقلب عما هو عليه ، لان هذا المال ان كان لابيهما واقعاً كان الحاكم وأخوه شريكين فيه ، وان لم يكن له فليس لاحدهما فيه شيء . نعم يمكن التفكيك في فصل الخصومة بأن ترفع بالنسبة الى حصة أخيه ويترافع هو والغير عند حاكم آخر لفصل الخصومة في حصته خاصة .

ولما كانت الملازمة المذكورة بحسب واقع الامر فانه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر ، وذلك في حال الشك في كون المال ارثاً، نظير ماإذا تيقن زيد بتنجس ماء معين وشك عمرو فيجب على الاول الاجتناب عنه دون الثاني فله البناء على طهارته الظاهرية فحصل التفكيك في الحكم بينهما مع وجود الملازمة بينهما بحسب الواقع ، لانه ان كان طاهراً واقعاً جاز لهما شربه ، وان كان متنجساً واقعاً وجب عليهما الاجتناب عنه .

فظهر امكان التفكيك في الحكم الظاهري في حال الشك في كون ذلك المال ارثاً، وأما مع احراز كونه كذلك فلا يمكن التفكيك بين السهمين .

وقد فرق السيد في مسألة الشركة في صورة كون مورد الدعوى عيناً بين ما اذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عن حصة أخيه وبين ماإذا كانت بعده، قال : اذا كان للحاكم شركة مع غيره

١٤٢ ـــــــ

آداب القاضي والقضاء

وهي قسمان : الاداب المستحبة ،
الاداب المكروهة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

آداب القاضي والقضاء

قال المحقق « قده »: « النظر الثاني في الاداب *) وهي قسمان: مستحبة ومكروهة .

فالمستحب : أن يطلب[1] من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج

---

* لم يتعرض السيد الاستاذ دام ظله في الدرس الى الاداب توفيراً للوقت ، لكنا نذكر متن عبارة المحقق قدس سره مع بعض الفوائد الاخرى التي ذكرها الاصحاب في هذا المقام لئلا يخلو الكتاب من هذا المبحث ، وقد صرحوا بأن كثيراً من هذه الاداب لا دليل عليها بالخصوص .

١) في المسالك : أن يطلب قبل قدومه الى البلد . . . فان لم يتيسر له ذلك قبل الدخول سأل حين يدخل . قال: قيل: ويستحب أن يكون الدخول يوم الاثنين تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم حيث دخل المدينة في ذلك اليوم. قال في الجواهر: وهو كما ترى. قال: نعم في كشف اللثام: ينبغي له أن يقصد الجامع اذا قدم ويصلي ركعتين ويسأل الله العصمة والاعانة .

اليه في أمور بلـدد ، وأن يسكن عند وصوله في وسط البلد ليرد الخصوم عليه ورودا متساوياً، وأن ينادى بقدومه ان كان البلد واسعاً لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء ، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول اليه ، وأن يبدأ بأخذ ما في يد الحاكم المعزول من حجج الناس وودائعهم[١].

ولو حكم في المسجد صلى عند دخوله تحية المسجد، ثم يجلس مستدبر القبلة ليكون وجه الخصوم اليها، وقيل : يستقبل القبلة لقوله عليه السلام : خير المجالس ما استقبل به القبلة ، والاول أظهر[٢].

ثم يسأل عن أهـل السجون ويثبت أسماءهم وينادى في البلد بذلك ويجعل له وقتاً، فاذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد ويسأله

---

١) لانها كانت في يد الاول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية اليه ، فيتوصل بذلك الى تفاصيل أحوال الناس ومعرفة حقوقهم وحوائجهم .

٢) وفاقاً للاكثر ومنهم الشيخ في النهاية، ولم يظهر وجه كونه الاظهر مع وجود النص المذكور على استحباب الجلوس مستقبل القبلة ، قال في جـامع المدارك : والجلوس مستدبر القبلة لا دليل على استحبابه ، بل المستحب بنحو الاطلاق الجلوس مستقبل القبلة وذكر في وجه ذلك كون الخصوم مستقبلي القبلة لعلهم يخافون الله ويرجعون عن الظلم . ولا يخفى أن هذا لا يوجب استحباب استدبا القبلة للقاضي .

عن موجب حبسه ويعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده والا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه[1].

---

١) في الجواهر : « وجواب المحبوس يفرض على وجوه : منها ـ أن يعترف بالحبس بالحق ، فان كان ما حبس به مالا أمر بأدائه ، فان قال : أنا معسر فعلى ما عرفته في الفلس ، فان لم يؤد ولم يثبت اعساره رد الى الحبس ، وان أدى أو ثبت اعساره نودي عليه فلعل له خصماً آخر ، فان لم يظهر خلى سبيله ، وان كان ما حبس عليه حداً أقيم عليه وخلي . ومنها ـ أن يقول : شهدت علي البينة فحبسني القاضي ، يبحث عن حال الشهود ، فان كان مذهبه أنه يحبس بذلك تركه أيضاً محبوساً وبحث والا أطلقه . ومنها ـ أن يقول : حبست ظلماً ففي المسالك: ان كان الخصم معه فعلى الخصم الحجة ، والقول قول المحبوس بيمينه . وفيه : انه يمكن العكس عملا بأصالة الصحة في فعل القاضي ، وان كان للمحبوس خصم غائب ففي اطلاقه وابقائه في الحبس وجوه : الاطلاق لانه عذاب وانتظار الغائب قد يطول ، والابقاء مع الكتابة الى خصمه فان لم يحضر أطلق . والاطلاق مع المراقبة الى أن يحضر خصمه ويكتب اليه أن يعجل ، فان تأخر لا لعذر تركت المراقبة . وعن الشهيد التخيير بينها وبين الكفيل وهو جيد اذ المدار على الجمع بين الحقين » .

وأورد عليه في جامع المدارك بأنه: كيف يكون من المستحبات!

١٤٨ ـــــــ

المصيب عندنا واحد . ويخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة .

ولو أخطأ فأتلف لم يضمن وكان على بيت المال[1].

واذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق ، فان عاد زجره ، فان عاد أدبه بحسب حاله مقتصراً على ما يوجب لزوم النمط .

من ينبغي احضاره بالمجتهدين اذ يجوز لغير المجتهد تنبيه المجتهد فما في المسالك ليس بجيد . لكن في جامع المدارك : وكذلك احضار أهل العلم حال الحكم لكونه في معرض السهو والخطأ ، فمع الاطمئنان بعدم السهو والخطأ يكون معذوراً اذا أخطأ ، ومع عدم الاطمئنان كيف يجوز له الحكم حتى يقال: يستحب احضارهم للتنبيه على الغفلة والخطأ.

١) قد تقدم في الكتاب أنه مع عدم تقصير القاضي في الحكم وتحصيل مقدماته لا يضمن شيئاً لو أخطأ في الحكم ، بل يكون على بيت المال. قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى. وفي الوسائل : باب ان أرش خطأ القاضي في دم أو قطع على بيت المال . وفيه عن الاصبغ بن نباتة قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام : أن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين » وهو كما ترى وارد في مورد دية الدم والقطع لكن عباراتهم مطلقة ، وقد ذكر السيد في العروة في صورة كون مورد الحكم مالا تفصيلا فراجعه .

والاداب المكروهة أن يتخذ حاجباً وقت القضاء[١] وأن يجعل المسجد مجلساً للقضاء دائماً ، وقيل : لا يكره مطلقاً التفاتاً الى ما عرف من قضاء علي عليه‌السلام بجامع الكوفة[٢]، وأن يقضي وهو

---

١) للنبوي العامي : « من ولي شيئاً من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته وفقره » قال في الجواهر: بل ربما قيل بالحرمة، بل عن الفخر أنه قربه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع أرباب الحوائج ويضرّبهم، بل في المسالك هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور. قال : وان كان الجميع كما ترى ضرورة كون المراد كراهة اتخاذه من حيث كونه حاجباً فلاينافي الحرمة من جهة أخرى. وفي جامع المدارك: لايخفى أن المستفاد من هذا الحديث الحرمة أو الكراهة لنفس الاحتجاب وليس من المكروهات أو المحرمات لنفس القضاء .

٢) في المستند: « القضاء في المسجد مكروه مطلقاً وفاقاً للاكثر كما في المعتمد ، لمرسلة ابن أسباط : جنبوا مساجدكم الشرى والبيع والمجانين والصبيان والاحكام والضالة والحدود ورفع الصوت ومرسلة الفقيه: جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشرائكم وبيعكم والضالة والحدود والاحكام. والاستدلال بالنبوي. جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم منظور فيه .

وقيل باستحبابه كذلك، لان المسجد للذكر ومنه القضاء، ولكونه أفضل الاعمال اللائق بأشرف البقاع .

غضبان[١]، وكذا يكره مع كل وصف يساوي الغضب في شغل النفس كالجوع والعطش والغم والفرح ومدافعة الاخبثين وغلبة النعاس[٢]

وقيل بالاباحة للاصل وفعل علي عليه السلام ، حتى أن دكة قضائه مشهورة .

وقيل : بكراهة الدائم دون غيره ، جمعاً بين أدلة المنع والجواز . . . » .

١) يدل عليه مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من ابتلي بالقضاء فلا يقضي وهو غضبان» .

وفي رواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال لشريح : « .. وان غضبت فقم ولا تقضين وأنت غضبان » . أنظر باب كراهة القضاء في حال الغضب من وسائل الشيعة ١٨/١٥٦ .

٢) يدل على ذلك مارواه الشيخ الكليني باسناده عن سلمة بن كهيل في وصية أمير المؤمنين « ع » لشريح: « ولا تقعد في مجلس القضاء حتى تطعم » وسائل الشيعة ١٨/١٥٥ . وما رواه العامة في النبوي: «لا يقضي الا وهو شبعان ريان» وماذكروه في آخر عنه: « لا يقضي وهو غضبان مهموم ولا مصاب محزون » . قال في المستند : وقد صرحوا بكراهة سائر ما يشبه المذكورات من شاغلات النفس ومشوبات الخاطر، ولا بأس به وان لم أعثر على نص عام. ويمكن استنباط الجميع من التعليل المذكور في المروي عن الامالي .

فلو قضى والحال هذه نفذ اذا وقع حقاً، وأن يتولى البيع والشراء لنفسه[١]، وكذا الحكومة[٢]، وأن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجة، وكذا يكره اللين الذي لا يؤمن معه جرأة الخصوم.

ويكره أن يرتب للشهادة قوماً دون غيرهم، وقيل يحرم لاستواء العدول في موجب القبول ولان في ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاقتصار[٣].

---

١) في الجواهر: «في مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنه يحاسبه وغيره... بل الظاهر الحاق غير البيع والشراء من المعاملات بهما...».

٢) في الجواهر: بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر... وما اتفق وقوعه منه عليه السلام أو من النبي صلى الله عليه وآله وسلم انما كان لبيان بعض الاحكام الشرعية التي أخطأ فيها من نصب نفسه قاضياً للناس أو لغير ذلك من المصالح.

٣) نسب القول بالحرمة الى الشيخ «قده» في المبسوط. وقد نقل في الجواهر عبارته ثم قال: ومن ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف في مفروض المتن... فراجعه.

مسائل

هـل للقاضى أن يحكم بعلمه ؟ * حكم مـا لو لم يعرف الحـاكم عدالة البينة * هـل للحاكم الثانى نقض حكم الاول ؟ * فى تتبع الحاكم حكم من قبله * فى دعـوى ان المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين * فى تعدد وعدالة مترجم الحاكم * فى شرالطكاتب القاضى* فروع حول عدالة الشاهدين* فى تفريـق الشهود عند الشهادة * فيما يعتبر فـى الشهادة بالجرح* فى الحكم باستمرار العدالة حتى تبين ماينافيها * فى كتابة الحاكم قضايا كل اسبوع * هل يجب عليه كتابة المحضر؟ * يكره له ان يعنت الشهـود * لا يجوز له أن يتعتع الشاهد * يكره له ان يضيف احدالخصمين* فى حرمة الرشوة * فى احضار الخصم الى مجلس القضاء *

المسألة الاولى

(هل للقاضي أن يحكم بعلمه ؟)

قال المحقق: « وهنا مسائل ـ الاولى: الامام عليه السلام يقضي بعلمه مطلقاً ، وغيره من القضاة يقضي بعلمه في حقوق الناس، وفي حقوق الله تعالى على قولين أصحهما القضاء. ويجوز أن يحكم في ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم » .

أقول: أما حكم قضاء الامام بعلمه فلا ثمرة للبحث عنه[1] الا من

---

١) ذكروا أن للامام أن يقضي بعلمه مطلقاً أي في حق الله وحق الناس ، واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والاجماع ، فمن الكتاب قوله تعالى: « يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق » . ومن السنة بأخبار منها : ما رواه الصدوق باسناده الى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ـ وقد وصفوه بالشهرة ـ قال: «جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فادعى عليه سبعين درهماً ثمن ناقة باعها منه . فقال : قد أوفيتك . فقال : اجعل بيني وبينك

١٥٦ ـــــــ

. . . . . .

حكمت به » .

ومنها: مارواه الصدوق باسناده عن ابن عباس وذكر قضية عن أمير المؤمنين عليه السلام نحو القضية المذكورة .

ومنها : مارواه الصدوق باسناده عن عمارة بن خزيمة بن ثابت عن عمه: «أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاع فرساً من أعرابي فأسرع ليقضيه ثمن فرسه فأبطأ الاعرابي ، فطفق رجال يعترضون الاعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابتاعها حتى زاد بعضهم الاعرابي في السوم فنادى الاعرابي فقال : ان كنت مبتاعاً لهذا الفرس فابتعه والا بعته، فقام النبي «ص» حين سمع الاعرابي . فقال : أوليس قد ابتعته منك ؟ فطفق الناس يلوذون بالنبي « ص » وبالاعرابي وهما يتشاجران. فقال الاعرابي: هلم شهيداً يشهد أني قد بايعتك. ومن جاء من المسلمين قال للاعرابي: ان النبي « ص » لم يكن يقول الا حقاً . حتى جاء خزيمة بن ثابت فاستمع لمراجعة النبي «ص» للاعرابي فقال خزيمة : اني أنا أشهد أنك قد بايعته ، فأقبل النبي على خزيمة فقال : بم تشهد ؟ فقال : بتصديقك يا رسول الله . فجعل رسول الله شهادة خزيمة بن ثابت شهادتين وسماه ذا الشهادتين » .

وهذه الاخبار تجدها في الوسائل : ١٨/ ٢٠٠ - ٢٠٢ .

ومنها : خبر درع طلحة المذكور سابقاً .

١٥٨ ـــــــ

التفصيل على عكسه ـ لما تقرر في محله في القطع الموضوعي من أنه اذا أخذ القطع في موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الامارة مقامه في العمل ، (بخلاف ما اذا أخذ بما هو صفة خاصة قائمة بالشخص) ، فاذا كان الظن الحاصل من البينة بما هي طريق يترتب عليه الاثر لحجيتها فان العلم أقوى من البينة فيجب ترتيب الاثر عليه بالاولوية[1].

ويدل عليه ـ بعد الاجماع ـ ما ذكروه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو ايقاف الحكم واستلزامه عدم وجوب انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق مع امكانه أو الحكم بعلمه .

ويدل عليه أيضاً عموم ما دل على الحكم بالحق والقسط والعدل فاذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك وكان على عمرو قبوله .

وأشكل المحقق العراقي «قده» على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم والحق والقسط والعدل هو الحكم والحق وأخويه في نفس الواقعة ، ولازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحجة عليه، ولكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافي ما في قوله : « رجل قضى بالحق وهو لا يعلم » ، اذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعاً

---

١) وأشكل عليه بعدم معلومية العلة في البينة حتى يقاس عليها العلم .

ولا تكليفاً . . .

ويمكن رفع المنافاة بأنه وان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هذه الرواية تقضي باعتبار أمر آخر مع ذلك وهو كون القاضي عالماً بالواقع، فيكون مجموع الامرين هو الموجب لنفوذ الحكم وفصل الخصومة .

وأما حمل الرواية على بيان شرطية العلم في أصل القضاء ، أو اثبات العقوبة على مثل هذا القاضي من جهة تجريه على القضاء بغير علم وان كان نافذاً فخلاف الظاهر .

فيكون حاصل الجمع : ان الحكم النافذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهذه المطابقة وان كان هذا العلم جهلا مركباً في نفس الامر، ومع شك المتخاصمين بكون الحاكم عالماً بالواقع فلا ينفذ ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقة ، ومع علمهما بعدم المطابقة فيؤثر الحكم في رفع الخصومة خاصة . . . فظهر أن العلم بوصف الطريقية جزء لموضوع الحكم ، وتقوم البينة والايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهة أن العلم حجة بذاته ولا سبيل للجعل اليه بخلافهما .

هذا، ولكن المستفاد من طائفة من آيات الكتاب العظيم كقوله تعالى : « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون»[1] وقوله تعالى: «وأن احكم بينهم بما

---

١) سورة المائدة : ٤٧ .

أنزل الله . . . »[1] أن على الحاكم أن يحكم «بما أنزل الله»، وظاهر ذلك أن « ما أنزل الله » هو موضوع الحكم بين الناس، ومع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلا والا لم يجز الحكم لانه افتراء على الله تعالى ، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فان علم به حكم بحسبه ومع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلا ولا شرعاً .

وأما البينات والايمان فلا تحمل على ما هو الغالب كما في الجواهر بل انها طريق شرعي لاحراز الموضوع ـ وهو الواقع ـ عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم ولا للبينات والايمان في فصل الخصومة .

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم في قضية الملاعنة: «لو كنت راجماً من غير بينة لرجمتها » الظاهر في توقف الرجم على البينة بالرغم من علمه « ص » بالواقع فلا يمكن حمله على مورد الشك. فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرقنا، ومع التسليم فلا مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الاثر على العلم في اجراء بعض الحدود ، بل للشارع أن لا يرتب الاثر على الواقع في مورد وان كان المستفاد من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع .

وأما المتخاصمان فلا يحكم عليهما بالعمل بما أنزل الله ، بل عليهما العمل بالحكم وتنفيذه ، نعم لا يكلفان بذلك في صورة علمهما بالخلاف ، نعم الحكم يفصل الخصومة بينهما .

هذا وقد استثنى القائلون بالمنع صوراً من القضاء بالعلم فأفتوا

---

١) سورة المائدة : ٤٩ .

فيها بالجواز :

(منهـا) تزكية الشهود وجرحهم . قلت : قد يقـال بترتب الاثر هنا شرعاً على اقامة البينة للتعديل وأنـه لا يكفي علم القاضي بالعدالة ، ولكن يندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل ، على أنـه قد حكي الاجماع على الجواز في هذه المسألة .

(ومنها) تعزير من أساء الادب في مجلس القضاء وان لم يعلم به غير القاضي حتى لا تقل أبهة القضاء .

(ومنها) الاقرار ففي مجلس القضاء وان لم يسمعه غير الحاكم.

أقول : أما نحن في سعة من اقامة الدليل على الجواز في هذه الموارد اذ المختار هو الجواز مطلقاً ، لكن على من استثناها بيان ذلك[1].

---

١) وأما قول المحقق في آخر المسألة : ويجوز أن يحكم ... فالمراد منه أنه لا يشترط في حكمه بعلمه حضور شاهد يشهد الحكم. وهو اشارة الى خلاف بعض العامة . وفي القواعد : لكن يستحب. قال شارحوه : دفعاً للتهمة . لكن في الجواهر : لم نتحقق دليله...

المسألة الثانية

(حكم ما لو لم يعرف عدالة البينة)

قال المحقق «قده» : « اذا أقام المدعي بينة ولم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعي حبس المنكر ليعدلها . قال الشيخ رحمه الله : يجوز حبسه لقيام البينة بما ادعاه . وفيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينة حق يوجب العقوبة » .

أقول : في المسألة قولان ، وقد جعل بعضهم الخلاف في المسألة مبيناً على الخلاف في أن العدالة في البينة شرط فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها فيكون قيام البينة غير المعلوم عدالتها كالعدم . أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفي في ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها ومع الشك فيه فالاصل عدمه .

وقد يؤيد الاول بأن الاصل في الاشخاص هو العدالة حتى يثبت الخلاف ، وبأن الاصل في فعل المسلم هو الصحة فتحمل الشهادة على الصحة ويحكم على طبقها .

وفي ذلك كله نظر اذ لا يقتضي شيء من هذه الوجوه جواز حبسه ولا سيما في حال استلزام ذلك بقائه في السجن مدة من الزمن فأما أصالة الصحة فهي تجري في فعل المسلم لا بالنسبة الى شخصه، وأما كون الاصل في كل شخص مسلم هو العدالة فليس هذا أصلا عقلائياً يبني العقلاء عليه أمورهم، واجراء أصالة الاسلام بالنسبة الى من شك في كونه مسلماً في بلد أكثر أهله مسلمون هو من باب الغلبة، وليست العدالة في هذا الحد بين المسلمين .

فالحق ـ وفاقاً للمشهور ـ عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو كذلك حتى على القول بمانعية الفسق ، لانه ولو سلم تمامية قاعدة المقتضي والمانع لا يحصل القطع بالحق ما لم يقطع بعدم المانع ، على أن مقتضى القول بتمامية القاعدة في المقام هو الحكم رأساً لا الحبس ريثما يثبت الحق .

وبالجملة فما لم تثبت عدالة البينة لا يجوز الحبس .

المسألة الثالثة

(هل للحاكم الثاني نقض حكم الاول)

قال المحقق « قده » : « لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثاني ينظر، فان كان الحكم موافقاً للحق لزم والا أبطله ، وكذا كل حكم قضى به الاول وبان للثاني فيه الخطأ فانه ينقضه، وكذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ ...».

أقول : لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال وأمر بحبسه ى يستوفى منه الحق ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الاول أو انعزاله مثلا ، قال المحقق « قده » : ينظر الثاني في حكم الاول ، فان كان الحكم موافقاً للحق أمضاه وألزمه بدفع المال، وان وجده مخالفاً للحق أبطله . وفي المسألة فروع كثيرة .

حكم تجديد المرافعة:

فنقول: لا ريب في أن حكم الحاكم نافذ بالنسبة الى المحكوم

عليه فلا يجوز له بعد الحكم الاباء عن قبوله أو المطالبة بتجديد المرافعة عنده أو عند حاكم آخر لانه رد عليه والراد عليه كالرادعلى الامام عليه السلام .

ولا اشكال في عدم جواز الزام المحكوم له بالحضور عند حاكم آخر للترافع مرة أخرى ، ولو رضي المحكوم له بذلك فقيل : لا مانع من ذلك، وقيل: لا يجوز كذلك لعدم الاثر لرضا المحكوم له . ومنشأ الخلاف هو هل يصدق الرد بذلك أولا ؟ والاقوى هو القول الثاني لصدقه حينئذ ، على أنه لو جاز للزم التسلسل ، نعم لو ادعى المحكوم عليه تقصير الحاكم الاول في الحكم أو في بعض مقدماته كان له الترافع معه عند حاكم آخر ...

هذا كله بالنسبة الى المحكوم عليه .

حكم نظر الثانى فى حكم الاول :

وأما بالنسبة الى الحاكم الثاني فقيل بوجوب النظر عليه في حكم الاول ، وقيل : لايجب عليه ذلك ، وقيل : بل لايجوز . ومنشأ الخلاف هو الخلاف في صدق الرد على النظر كذلك ، لكن الظاهر العدم ، كما أن جريان أصالة الصحة في حكم الحاكم الاول لايقتضي حرمة النظر والسؤال عن الواقع في ذلك المورد ولادليل على وجوب العمل بهذا الاصل ، فلو أوقع عقداً وشك في صحته لم يمنع الاحتياط باجرائه مرة أخرى جريان أصالة الصحة فيه ، فالظاهر جواز النظر في الحكم وان أمكن حمله على الوجه الصحيح،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك ، وأما القول بالوجوب فمشكل جداً ، لان الشك في صحة حكم الحاكم الاول الواجد للشرائط لايقتضي وجوب النظر كما لايخفى .

وهل يجب على الحاكم الثاني النظر في الامور الجارية في البلد ؟ الظاهر: لا الا اذا طالبه أحد من الناس بالنظر في قضية، أو كانت له دعوى بالنسبة الى الحاكم الاول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومة .

أما قول المحقق « ينظر » فظاهره وجوب النظر ، وبه صرح في الجواهر وقال في المسالك بوجوب النظر في صورتين احداهما: دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الاول في حكمه ، والثانية : كون الغريم محبوساً ولم يفصل الأمر بعد .

أقول : ان كان النظر في مورد لم تفصل الخصومة فيه فلامانع منه بل هو واجب ، وان كان بعد تمام حكم الحاكم الاول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا وجه للقول بوجوب النظر ولا جوازه ، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز ، لاسيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الاول في الحكم . نعم على الحاكم الثاني حينئذ مراجعة الغريم ، فان كان عنده مايجب عليه أداؤه وجب عليه اجباره على الاداء من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وأما النظر في الحكم فلا وجه له. وحمل عبارة المحقق عليه غير صحيح، ولذا استشكل

في الجواهر في الفتوى بوجوبه، وحمل في المسالك كلام المحقق على مورد دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الاول ، وحمله في الجواهر على ارادة النظر ان شاء. وفيه ان أدلة حرمة النقض وانفاذ الحكم تعم المورد الذى احتمل صدقه فيه فلا يجوز النظر ، بل يحمل الحكم حينئذ على الصحة ... فظهر أنه لابد من حمل عبارة المحقق «قده» على معنى آخر لاوجوب النظر ، وما ذكره الشهيد الثاني هو الاولى .

بل لايجوز النظر حتى مع تراضي الخصمين خلافاً لصاحب الجواهر « قده » اذ لاوجه لذلك أيضاً ، مع صدق النقض والرد على هذا النظر، وحمل عبارة المحقق على هذا الوجه في غير محله، ولا ينافي ذلك ما ذكره الاصحاب في آداب القضاء من نظر الحاكم الثاني في المحبوسين ، اذ لامنافاة بين استحباب النظر وعدم جواز تجديد الحكم بمعنى أن ينظر في المحبوسين فمن وجده محبوساً بحكم حاكم تركه في الحبس ...

نعم يجب تجديد النظر في صورة دعوى المحكوم عليه كون حكم الحاكم الاول على خلاف القواعد والاحكام المقررة في القضاء ، فان كان حكمه عن تقصير فهو ضامن ، وان كان عن قصور فضمانه من بيت المال .

فالحاصل: انه مع حكم الحاكم الاول وفصل الخصومة بحكمه وحبس المحكوم عليه لايجوز تجديد النظر بمجرد امتناع المحكوم

عليه عن أداء الحق وان رضي المحكوم له بذلك ، وقد ظهر بما ذكرنا أنه لامجال للقول بتجديد النظر الافي صورة دعوى المحكوم عليه مخالفة الحاكم الاول لاحكام القضاء في حكمه فانها مورد البحث والكلام ، فقيل بلزوم النظر وان أمكن حمله على الوجه الصحيح، وأنه ينفذ حكم الحاكم الثاني وان استلزم النقض . أقول : ان استلزم نقض الحكم مع امكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل والا وجب النظر اذ لاوجه لعدم سماعها حينئذ .

وأما التتبع لحكم الحاكم الاول والتفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه والبحث عن صحته وعدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الأن يدعى بأن حكم الحاكم الاول بوحده لايكفي للحمل على الصحة ، فلو حكم على الغريم بأداء الحق وأخذه منه وأعطاه لمن له الحق فحينئذ لايجوز النظر فيه ، لانه نقض لحكمه أو لانه ليس مورداً للابتلاء ، وأما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب ، لكون الحكم الاول ناقصاً ، فعندما حضر الحاكم الثاني وأراد استيفاء الحق فلابد من تجديد النظر في أصل الحكم ليكون مسوغاً لاستنقاذ الحق ، لكن عبارة المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لانقصانه . وكيف كان فلا يشترط في حكم الحاكم استيفاء الحق ، بل الحكم بدونه تام ، الا أن تقوم دعوى أخرى لاجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الاعسار سمعت دعواه وطولب بالبينة وأمهل حتى

١٧٠ ـــــــ

متى يجوز النقض ؟

وكيف كان فمع جواز النظر يجوز نقض الحكم بالدليل الاجتهادي المعتبر، ولايختص جواز النقض بصورة مخالفة الحاكم الاول للاجماع أو الدليل المعتبر كالخبر المتواتر. وبعبارة أخرى: ان كان الحكم الاول طبق الموازين الشرعية فلا يجوز نقضه سواء بالقطع النظرى أو غيره من الادلة المعتبرة أو الظن الاجتهادي، وأما اذا كان الحاكم الاول مقصراً في اجتهاده أو قد حكم غافلا عن دليل معتبر في المسألة فأخطأ على أثر ذلك في الحكم جاز نقض الثاني حكمه سواء كان عن قطع أو غيره.

والاوضح أن يقال : ان أمكن للحاكم الثاني أن يعذر الاول في حكمه ـ وان كان مخالفاً له في الرأي ـ فلا يجوز نقضه ، وان لم يمكنه ذلك نقضه بلا اشكال ، بل ان هذا ليس نقضاً في الحقيقة وانما يكون تنبيهاً على الخطأ في الحكم .

ولافرق في هذا بين العقود والايقاعات وغيرها حتى الاحكام الوضعية كالطهارة والنجاسة ونحوهما. ولا بين حق الله سبحانه وحق الناس.

وأما دعوى الاجماع من بعضهم على عدم جواز نقض الحكم الناشىء عن اجتهاد صحيح باجتهاد كذلك ، وانما يجوز نقضه بالقطعي من اجماع أو سنة متواترة أو نحوهما. فمندفعة أولا بأنه اجماع منقول وثانياً: بأن المفروض بطلان ذاك الاجتهاد عنده بعد تبدل رأيه أو عند الحاكم الثاني، فلا يكون حجة حينئذ ولايصدق

عليه النقض لعدم وجوب تنفيذه بعد ثبوت بطلانه .

وحيث لم يجز النقض وجب على الحاكم الثاني انفاذ حكم الحاكم الاول وان خالفه في الرأي ، ولكن هل يجب عليه متابعة الحاكم الاول حينئذ عملا بالنسبة الى نفسه ومقلديه أو يكتفي في التنفيذ بمقدار فصل الخصومة به ؟ ظاهر الجواهر الاول، والمختار هو الثاني لئلا يلزم القول بالتصويب .

وكما لا يجوز نقض الحكم بالحكم ، كذلك لا يجوز نقضه بالفتوى، بل يبقى الحكم في مورد النزاع على قوته ونفوذه وان تبدل رأيه . ولا فرق هنا أيضاً بين العقود والايقاعات والاحكام الوضعية، وكذا الامر في العبادات ، فلو توضأ بماء محكوم بالطهارة صح وضوؤه وصلاته به. قالوا : والدليل هو الاجزاء . أقول : الاجزاء تارة يكون بالحكم الظاهري و أخرى بالحكم الاضطراري الثانوي . أما في الثاني فمع كشف الخلاف يكون الحكم متغيراً حقيقة ، وأما في الاول فمعه يبتني الحكم بصحة الصلاة على القول بالاجزاء . وكيف كان فان بقاء الحكم حينئذ يختص بمورده فقط كما هو واضح .

وأما الفتوى فيجوز نقضها بالحكم وحينئذ يجب على غير الحاكم من المجتهدين ومقلديهم تنفيذ هذا الحكم وامضاؤه فلو كان مذهبه ـ اجتهاداً أو تقليداً ـ نجاسة عرق الجنب من الحرام مثلا واشترى مائعاً فتبين أنه كان ملاقياً لعرق الجنب من الحرام فتنازع مع البائع

في صحة البيع وعدمها وترافعا الى مجتهد كان مذهبه عدم نجاسته وصحة البيع فحكم بصحته لزم على المشتري العمل بحكمه وجاز له التصرف في ذلك المائع . ففي هذا المورد بالخصوص يعمل بمقتضى الطهارة ويبني عليها وينقض الفتوى بالنسبة اليه بذلك الحكم. وأما بالنسبة الى سائر الموارد فيعمل على طبق مذهبه وهو القول بالنجاسة، وحتى أنه اذا لاقى ذلك المائع بعد حكم الحاكم بالطهارة عرق الجنب من الحرام مرة أخرى يبقى على ذلك مالم يقع نزاع ولم يرجع الى الحاكم .

وحيث حكم بطهارة هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل يحكم بطهارة الملاقي كذلك أولا ؟ ان كان النزاع في صحة البيع وبطلانه فحكم الحاكم بصحه البيع دون طهارة المائع فقيل في هذه الصورة يحكم بصحة البيع وطهارة المائع الاول دون الملاقي .

وان كان النزاع في نفس الطهارة والنجاسة فمع الحكم بالطهارة يترتب جميع آثار الطهارة عليه .

وسيجيء تتمة لهذا الفرع ان شاء الله تعالى .

وبالجملة فان الحكم ينقض الفتوى من غير فرق بين أن يكون الحكم في العقود والايقاعات والاحكام الوضعية، فيجب تنفيذ الحكم مطلقاً الا في صورة القطع بمخالفته للواقع .

وأما انتقاض الفتوى بالفتوى فالظاهر ذلك ، فلو عقد بنتاً لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأيه في المسألة واختار القول

١٧٤ ـــــــ

ففي نفوذه اشكال ، الا أن يقال بأن نفوذ حكمه هو من جهة كونه منصوباً من قبل الامام عليه السلام وأنه كما ينفذ حكم الامام من غير تخاصم فهو كذلك ، ولكن في صدور مثل هذا الحكم من الامام تأمل ، على أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم .

ولا اشكال في تحقق الحكم بلفظ « حكمت » و « أنفذت » ونحوهما كقوله : « ادفع اليه ماله » بقصد الانشاء . وهل يتحقق بقوله : ثبت عندي ؟ الظاهر : العدم ولذا يمكنه نقضه بعدئذ .

وهل يتحقق الحكم بالفعل كأن يعطي الشيء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فيه اشكال، للشك في شمول الاطلاقات له. والقدر المتيقن من الحكم كل لفظ ظاهر في انشاء الحكم فلا يكفي الفعل والكتابة ونحوهما .

هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه ؟

هذا ومع تغير رأي المجتهد يجب عليه اعلام مقلديه بذلك ؟

أقول: أما بالنسبة الى المجتهد فانه مع تغير رأيه ـ بحيث يكون الرأي الثاني مقتضياً لفساد الاول من الان ـ على الاقل ـ يجب الاعلام لامرين أحدهما: ان لازم تغير رأيه كذلك بطلان عمل مقلديه بالرأى السابق . والاخر : وجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وارشاد الجاهل ، فبناء على هاتين المقدمتين يجب على المجتهد اعلام مقلديه بتغير رأيه .

وأما مع العدول لدليل ظني لا يقتضي فساد الاجتهاد الاول فقيل:

لايجب الاعلام ، وهو مشكل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده على خلاف الرأى السابق لايبقى له ظن بذلك الرأي بل ينقلب الى الشك ، فالحق أنه لا فرق بين العدول بدليل قطعي أو بدليل ظني فان كلا منهما يرفع طريقية الظن السابق ويوجب سقوطه عن التأثير ودعوى القطع بعدم وجوب الاعلام غير واضحة، والتمسك بسيرة العلماء واختلاف فتاواهم في الكتاب الواحد يتوقف تماميته على استمرارها واتصالها بزمن المعصوم عليه السلام .

وأما بالنسبة الى المقلد فان المقلد اذا لم يعلم بتغير رأي المجتهد يعمل بالفتوى التي تعلمها ، فان لم يطابق الواقع فهو معذور وغير آثم، ومعه فلا يجب على المجتهد الاعلام اذ لا موضوع للنهي عن المنكر والامر بالمعروف بالنسبة اليه، وان كان شاكاً في تغير رأي مقلده كان له استصحاب بقاء الرأي السابق ، أو استصحاب عدم تغيره ، وحينئذ فلا أثم عليه فلا موضوع للنهي عن المنكر والامر بالمعروف بالنسبة اليه كذلك، وان علم بتغير الرأي وجب عليه العمل بالرأي اللاحق .

وأما مع ترك التفحص والعمل بالفتوى السابقة وقد كان الرأي متغيراً في الواقع ، فان أفتى المجتهد بصحة عمله فهو ، والا فقد قيل يجري ان الاستصحاب هنا، وتوضيحه: اذا تيقن سابقاً بأن الواجب في الصلاة ثلاث تسبيحات ثم شك في صحة هذا اليقين كان مقتضى دليل الاستصحاب العمل على طبق اليقين السابق، وهنا المقلد متيقن من صحة صلاته ـ مثلاً ـ ومع الشك في صحة يقينه بالصحة يستصحب.

قال : فان تم استفادة هذا المعنى من دليل الاستصحاب كانت صلاته بدلا عن الواقع . وأما على قول جماعة من بعد استفادة هذا المعنى من الدليل فلا سبيل الى تصحيحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الاعلام، وأعمال المقلد صحيحة لان كلا من الرأيين مستند الى دليل ظني .

وعن المحقق القمي « قده » ان المقلد ان عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأي مجتهد صح عمله، لكن في العروة: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل وان كان مطابقاً للواقع، وقد ذكرنا في التعليقة ان هذا ان كان عبادياً ولم تتمش منه القربة [1] ، وأما التوصلي فصحيح، وأما اذا اتفق مطابقته للواقع وتمشى منه قصد القربة فلا تجب الاعادة .

وعنه « قده »: ان طابق العمل فتوى المجتهد وشك في مطابقة الفتوى للواقع فيحمل على الصحة بعد العمل . قلت : الحمل على الصحة « بعد العمل » له صور :

١ ـ أن يشك بعد العمل ؛ كأن يشك بعد الفراغ من الوضوء في تحريك خاتمه مثلا ، فهنا يحمل على الصحة عند الكل .

٢ ـ أن يعلم ـ في المثال المذكور ـ بعدم تحريكه للخاتم في حال الوضوء لكن يحتمل نفوذ الماء الى تحته . وهذه الصورة خلافية .

---

١) أنظر : العروة الوثقى ، المسألة ١٦ من مسائل التقليد .

١٧٨ ـــــــ

من حينه لا أنه ينقضه الان .

والمقلد اذا شك في تغير رأي المجتهد استصحب وكان عمله صحيحاً ، والمراد من الصحة أنه ان طابق الواقع فهو وان كان على خلافه كان معذوراً وقد أدرك مصلحة العمل بالحكم الظاهري بناء على الاجزاء ، وليس المراد من الصحة هو صحة عمله سواء طابق أولا . واذا كان الامر كذلك لم يجب على المجتهد اعلامه بتغير رأيه .

نعم يمكن أن يقال بأنه حينئذ يفوّت المصلحة على المقلد . الا أنه قديجاب بأن ذلك غير معلوم. لكن قد يقال: هل يجوز للمجتهد السكوت في مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذي لا يراه المجتهد مطابقاً للواقع ؟ الاقوى : انه لا يجوز له السكوت ، لانه هو السبب في وقوع المقلد في خلاف الواقع (وأما اذا لم يكن السبب فلا يجب الاعلام والمنع عن اجراء الاستصحاب الا في الدماء والفروج لاهميتها) فيجب عليه الاعلام من هذه الجهة لامن باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وكذا الامر في صورة تيقن المقلد بعدم تغير فتوى مقلده وكون عمله طبق الفتوى السابقة مع تغيرها في الواقع، فهنا جهل مركب ولا حكم ظاهري فان الاقوى حينئذ وجوب الاعلام وان طابق العمل فتوى من يجوز تقليده، لان هذا المجتهد لما تغير رأيه فقد قام عنده الدليل على بطلان تلك الاعمال .

وأما ما عن القمي من صحة عمله لو كان بلا تقليد عن تقصير فوافق فتوى من يجوز تقليده، فمبني على ما ذكروا في الأصول من أنه اذا قامت حجة وكان عمل الشخص بلا التفات اليها ثم صادف العمل تلك الحجة صح عمله وجاز للعبد الاحتجاج بتلك الحجة وان كان حين عمله جاهلا بها ، لكن فيه نظر . نعم مطابقة العمل للواقع اتفاقاً تكفي لصحة العمل، أما مطابقته للحجة التي لا يعلمها لاتوجب صحة العمل عقلا، بل العقل يجوّز مؤاخذة المولى للعبد في مثل المورد .

ثم انه لو كان كل من الصحيح والفاسد معلوماً ثم شك في صحة عمله جرت أصالة الصحة، وأما مع الجهل بالصحيح فلا أصل ليتمسك به .

المسألة الرابعة

(في تتبع الحاكم حكم من قبله)

قال المحقق « قده » : « ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم من كان قبله » .

أقول : ليس على الحاكم الثاني تتبع حكم الاول حملا لذلك الحكم على الصحة ، وان جاز له ذلك سواء طلب المحكوم عليه ذلك أولا للاصل . وأشكل في الجواز بأن التتبع قد يظهر خطأ الحاكم الاول، فعليه ترك التتبع لئلا يؤدي الى ذلك وحمل الحكم على الصحة وانفاذه ، نعم اذا طولب بالحكم في المسألة كان عليه الفحص والتتبع. وفيه: ان العثور على خطأ الحاكم الاول لا يوجب القدح فيه البتة حتى لا يجوز. اذ لا يسلم من الخطأ الا أهل العصمة عليهم الصلاة والسلام .

نعم لو علم بأن تفحصه سيؤدي الى العلم بفسق الحاكم الاول لم يجز له التتبع الا اذا توقف عليه احقاق حق أو انجاء نفس

محترمة مثلا .

وبالجملة فان النظر في حكم الاول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أويتوقف عليه احقاق حق أوانجاء نفس محترمة أو نحو ذلك ، والعثور على الخطأ ليس بقادح .

وقد حمل في الجواهر قول بعضهم بلزوم النظر على الثاني على صورة عدم تمام حكم الحاكم الاول أو تراضي الخصمين بتجديد النظر .

نعم لو علم الثاني بفساد حكم الاول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق الله تعالى أوحقوق الناس، وقيل: لورضي المحكوم له بذلك في حقوق الناس .

قال المحقق : « لكن لو زعم المحكوم عليه أن الاول حكم عليه بالجور لزمه النظر » .

قال في الجواهر : بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا ، وأوضحه بقوله: لانها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجة في اطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى الله عليه وآله وسلم «البينة على المدعي» وغيره .

أقول: وأي دلالة لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى والنظر ؟ فالصحيح التمسك بأدلة وجوب القضاء .

فان قيل : لعل وجه الدلالة أنه لما يدعي على الاول الحكم بالجور فان الحاكم الثاني يطالبه بالبينة وينظر في القضية، فنقول:

ان الامر الاجتهادي والحكم الشرعي ليس من الامور التي تقام البينة عليها ، بل يجب عليه النظر في حكم الاول وأدلته ـ عند دعوى الجور ـ ثم الحكم في القضية عن علم .

فظهر أن مورد النظر في حكم الاول دعوى المحكوم عليه حكمه بالجور أو علم الثاني بفساد حكمه ، ومن هنا قال المحقق: « وكذا لو ثبت عنده مايبطل حكم الاول أبطله سواء[1] كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس » .

وقيل: ان الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام خصوصاً أو عموماً له الولاية على الناس وحكمه نافذ، فكما لا تسمع دعوى المولى عليه على وليه لاتسمع دعوى المحكوم عليه على الحاكم. هذا ماقاله بعضهم ولذا حمل كلام المحقق على صورة كون الحاكم الاول معزولا ولا ولاية له على المحكوم عليه حين الدعوى .

لكن فيه: ان النظر في حكم الاول في صورة العلم بفساده أو دعوى المحكوم عليه الجور ليس نقضاً لحكمه ورداً عليه ، وهو وان كان له الولاية الا أنه قد ولي لان يحكم بالحق ومع الجور في الحكم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فيه ، والمولى عليه ان علم

---

١) قول المحقق « سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس» اشارة الى ما عن الشيخ ـ وتبعه بعضهم ـ من أنه لاينقض حق الادمي الا مع المطالبة، لان صاحب الحق ربما أسقطه وأما اذا كان حقاً لله تعالى فانه ينقضه لان له النظر في حقوق الله تعالى .

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقة بأموره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأة وظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجية ، لانـه كان ولياً عليه لان يوقع عقداً صحيحاً وحيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول ، وترتب الاثر على رده عندما يكون متمكناً منه .

المسألة الخامسة

(فى دعوى أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين)

قال المحقق : « اذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب احضاره وان لم يقم المدعي بينة، فان حضر واعترف ألزم » .

أقول: اذا ادعى أن له عند الحاكم المعزول حقاً من دين ونحوه أو قال: ارتشى مني، وجب احضاره للفصل بينهما بحسب الموازين الشرعية كغيرها من الدعاوى .

وان ادعى أنه قضى عليه بشهادة فاسقين عنده وعادلين عند الحاكم لم يكن على الحاكم شيء ، لان المفروض حكمه بشهادة شاهدين عادلين، فان جاء المدعي بالبينة لجرحهما فهو والا فلا تسمع دعواه.

وان ادعى أنه قد حكم عليه بالجور لانه قد حكم بشهادة فاسقين عنده أيضاً ففي هذه الصورة قال المحقق: يجب على الحاكم احضار الحاكم الاول وان لم يقم المدعي البينة ، ثم بعد احضاره يطالب

١٨٦ ـــــــ

والعلامة في القواعد: وجب احضاره وان لم يقم المدعي بينة، ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال: وهو الاقوى. وقد أستدل له بأنها دعوى شرعية يشملها عموم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فيجب سماعها وترتيب الاثر عليها باحضار المدعى عليه وهو الحاكم المعزول والنظر في المرافعة وان لم يقم المدعي بينة له بذلك. قال في الجواهر: بل وان صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، ولاحتمال اقراره، وأبهة القضاء لا تنافي ذلك. وعن بعضهم: لا تسمع مطلقاً ـ وقيل: لا تسمع الا أن يذكر المدعي أن له بينة عليه بذلك، لان الحاكم أمين الشرع والظاهر أن أحكامه وقعت على وفق الصواب فيعمل بهذا الظاهر الى أن تقوم الحجة بخلافه ولان فتح هذا الباب موجب للطعن في الحكام. وهذا القول اختيار فخر المحققين.

والثاني: أنه على تقدير احضار الحاكم المعزول وجوابه عن الدعوى بقوله لم أحكم الا بشهادة عدلين فهل يتقدم قوله مطلقاً أو مع اليمين أو يفتقر الى البينة والا قدم قول المدعي؟ اختار الشيخ في المبسوط الثالث، لانه اعترف بنقل المال وهو يدعي بما يزيل الضمان عنه، فعليه البينة حينئذ. واختار في المسالك الثاني قائلا: وهو الذي مال اليه المصنف والعلامة وأكثر المتأخرين، وهو قول الشيخ أيضاً في الخلاف وابن الجنيد، لادعائه الظاهر كسائر الامناء

١٨٨ ـــــــ

المسألة السادسة

(في تعدد وعدالة مترجم الحاكم)

قال المحقق « قده » : « اذا افتقر الحاكم الى مترجم لم يقبل الا شاهدان عادلان ولايقنع بالواحد عملا بالمتفق عليه » .

أقول : اذا افتقر الحاكم الى المترجم ، فقد حكي الاجماع على اشتراط كون المترجم بالغاً عادلا وإن كانت السيرة قائمة على القبول وترتيب الاثر مع الوثوق والاطمينان وان لم يكن المترجم بالغاً عاقلا، فالناس في حوائجهم الشخصية يكتفون بالطريقة النوعية لكلام المترجم ولا يشترطون فيه ذلك .

انما الكلام في التعدد فهل يكفي المترجم الواحد البالغ العاقل أو لابد من التعدد ؟ فهل هو كالبينة حيث يشترط التعدد أو كخبر الواحد فيكفي الواحد ؟

ان كانت الترجمة شهادة فلابد من التعدد لقوله تعالى: « وأشهدوا

ذوي عدل منكم »[1] وان كانت اخباراً أمكن القول بكفاية الواحد بناء على شمول أدلة حجية خبر الواحد لجميع الاخبارات ، قال المحقق بلزوم التعدد لانه القدر المتيقن من الحجة ، وكأنه « قده » غير جازم بكون الترجمة خبراً أو شهادة ، اذ لو كان جازماً بكونه خبراً لافتى بكفاية الواحد ، وان كان جازماً بكونه شهادة لافتى بالتعدد، فلم يجزم بأحد الوجهين وأفتى بعدم قبول الواحد من باب الاخذ بالقدر المتيقن لعدم وجود اطلاق أو أصل يقتضي عدم لزوم التعدد مع الشك في حجية ترجمة الواحد .

وقيل : الرواية خبر والشهادة خبر ولكن اشترط في حجية الثاني أن يكون المخبر متعدداً ، فأدلة حجية خبر الواحد تقتضي حجيته الافي مورد الشهادة حيث قام الدليل على لزوم التعدد، ومع الشك في كون الترجمة شهادة يتمسك بعموم أدلة حجية خبر الواحد أخذاً بالقدر المتيقن من الدليل المخصص المجمل[2].

---

١) سورة الطلاق : ٢ .

٢) ويمكن توجيه هذا القول بأن عمدة الادلة على حجية خبر الواحد هي السيرة وهي قائمة على اعتبار خبر الثقة في الاحكام والموضوعات على السواء، ولما كان اعتبار السيرة متوقفاً على عدم ردع الشارع ، فانه في كل مورد قام الدليل الشرعي على اشتراط التعدد كان ذاك الدليل رادعاً في ذاك المورد ، وحيث لم يرد نص في اعتبار التعدد في خصوص الترجمة ليكون رادعاً عن السيرة

وأجاب في الجواهر بأن الشهادة غير الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباينان وليست الشهادة خبراً مقيداً بتعدد المخبر حتى يقال فيه ذلك . هذا أولا .

وثانياً : ان عمدة الادلة لحجية خبر الواحد هو السيرة، وهو دليل لبي يؤخذ منه بالقدر المتيقن وهو غير الترجمة .

فان قيل: ان آية النبأ[1] مطلقة ومفهومها عدم وجوب التبين عند اخبار العادل، والمترجم العادل يخبر فلا يشترط فيه التعدد. وأجاب في الجواهر: بأن التبين غير واجب، ولكن التعدد أمر آخر لا تنفيه الاية ، ولا منافاة بين عدم وجوب التبين ولزوم تعدد المخبر لدليل خاص .

وأيضاً : آية النبأ واردة في مورد موضوع خاص يحتاج الى البينة .

وأيضاً : آية النبأ يمكن أن نقول بأنها ليست في مقام وجوب العمل بخبر العادل ، بل هي في مقام بيان عدم جواز ترتيب الاثر والتعويل على قول الفاسق ، وبعبارة أخرى : ينكر أن يكون للاية مفهوم .

جاز الاكتفاء بترجمة الواحد. وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أجاب به في الجواهر عن هذا القول .

١) وهي قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين «سورة الحجرات : ٦ .

والحاصل : انه لا اطلاق للاية الكريمة .

والاولى أن نقول: ان لم تكن الترجمة في مورد الحكم ومقام الترافع ـ نظير الواعظ الذي يقرأ الرواية على المنبر ويترجمها ـ كفى الواحد، والسيرة قائمة على قبول هذه الترجمة ، بل الترجمة في هذه الحالة نظير الرجوع الى أهل الخبرة عرفاً ، وان كانت في مورد الحكم وتوقف القضاء عليها اشترط فيه التعدد . وبالجملة : ان كليهما اخبار غير أنه في مورد الترافع شهادة فيعتبر التعدد وفي مورد غيره اخبار، وحيث تكون الترجمة للشهادة في مورد الترافع فانها تكون شهادة على الشهادة ، وعليه ففي الشهادة على الزنا حيث يشترط أن يكون الشهود أربعة يكفي أن يكون المترجم اثنين .

وكذا في مورد لا يسمع الحاكم الشهادة ، فمع الحاجة الى مسمع الحاكم يكفي الاثنان وان لزم أن يكون الشهود أربعة .

المسألة السابعة

(في شرائط كاتب القاضي)

قال المحقق « قده » : « اذا اتخذ القاضي كاتباً وجب أن يكون بالغاً عاقلا مسلماً عدلا بصيراً ليؤمن انخداعه ، وان كان مع ذلك فقيهاً كان حسناً » .

أقول : ويشترط أن يكون مع ذلك مؤمناً . وقد قال المحقق: «اذا اتخذ» لكن في المسالك: ينبغي للحاكم أن يتخذ كاتباً لمسيس الحاجة الى كتب المحاضرات والسجلات والكتب الحكمية، والحاكم لا يتفرغ لها غالباً ، ومن المشهور أنه كان لرسول الله «ص» كتاب وكذا لغيره من الخلفاء. وذكر في المسالك أوصافاً أخرى اشترطها في الكاتب استحباباً حيث قال : ويستحب أن يكون مع ذلك وافر العقل ، عفيفاً عن المطامع الفاسدة ، لكيلا يخدع من غيره بمال وغيره ، وأن يكون فقيهاً لا يؤتى من جهل. وأن يكون جيد الخط ضابطاً للحروف لئلا يقع في الغلط والاشتباه .

وعن بعض العامة: ان الكتابة هي للتذكر فلا يشترط في الكاتب وجود شيء من هذه الاوصاف بل يجوز أن يكون غير مسلم ولا عادل.

أقول : يحتاج الى هذه الاوصاف في الكاتب حتى على القول بعدم الاعتبار للقرطاس، وذلك من جهات أخرى كاشتمال المكاتبات على أمور يجب أن يكون كاتبها مسلماً عدلا لكي يتمكن من استئمانه عليها ويحصل الاطمئنان بها .

المسألة الثامنة

(فروع حول عدالة الشاهدين)

قال المحقق : « الحاكم ان عرف عدالة الشاهدين حكم وان عرف فسقهما اطرح وان جهل الامرين بحث عنهما » .

بحث الحاكم عن عدالة الشاهدين:

أقول : اذا طرح المدعي دعواه وطالبه الحاكم باقامة البينة فان عرف الحاكم عدالة الشاهدين حكم ولا حاجة الى التزكية : وان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، وان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه ـ اذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما ـ فعن تفسير الامام العسكري عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعي: ألك حجة ؟ فان أقام بينة برضاها ويعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذي

ادعاه ولا شيء منه . واذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما، فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان . ثم يقيم الخصوم والشهود بين يديه ثم يأمر فيكتب أسامي المدعي والمدعى عليه والشهود ويصف ما شهدوا به، ثم يدفع ذلك الى رجل من أصحابه الخيار، ثم مثل ذلك الى رجل آخر من خيار أصحابه، ثم يقول: ليذهب كل واحد منكما من حيث لا يشعر الاخر الى قبائلهما وأسواقهما ومحالهما والربض الذي ينزلانه فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان ، فان أتوا خيراً وذكروا فضلا رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبراه، أحضر القوم الذى أثنوا عليهما وأحضر الشهود ، فقال للقوم المثنين عليهما : هذا فلان ابن فلان ، وهذا فلان ابن فلان أتعرفونهما ؟ فيقولون : نعم ، فيقول : ان فلاناً وفلاناً جاءني عنكم فيما بيننا بجميل وذكر صالح انكما قالا ، فان قالوا : نعم ، قضى حينئذ بشهادتهما على المدعى عليه ، فان رجعا بخبر سيىء وثناء قبيح دعا بهم ، فيقول : أتعرفون فلاناً وفلاناً ؟ فيقولون : نعم . فيقول: اقعدوا حتى يحضرا فيقعدون فيحضرهما فيقول للقوم : أهما هما ؟ فيقولون : نعم ، فاذا ثبت عنده ذلك لم يهتك سراً بشاهدين ولا عابهما ولا وبخهما، ولكن يدعو الخصوم الى الصلح، فلا يزال بهم حتى يصطلحوا لئلا يفتضح الشهود ويستر عليهم ، وكان رؤوفاً رحيماً عطوفاً على أمته ، فان كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار ،

أقبل على المدعى عليه فقال: ماتقول فيهما؟ فان قال ماعرفنا الاخيراً غير أنهما قد غلطا فيما شهدا علي أنفذ شهادتهما ، وان جرحهما وطعن عليهما أصلح بين الخصم وخصمه وأحلف المدعى عليه وقطع الخصومة بينهما »[1].

قال: « وكذا لوعرف اسلامهما وجهل عدالتهما ... وقال في الخلاف : يحكم وبه رواية شاذة » .

أقول: لو جهل الحاكم اسلام الشاهدين أوعدالتهما من جهة الشك في اسلامهما فلا خلاف في وجوب التوقف عن الحكم والتفحص عن حالهما، وكذا لوعرف اسلامهما وجهل عدالتهما عند المشهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، ومن شرائط الحكم بالحق عدالة الشاهدين في مورد قيام البينة ، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق ، ومذهب المشهور أن العدالة أمر زائد على الاسلام بل الايمان أيضاً، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: « واشهدوا ذوي عدل منكم »[2] فانه ظاهر في أن العدالة وصف زائد على الاسلام، اذ لو كان الاسلام كافياً لما قيد بالعدالة مع وجود كلمة «منكم»، وهذه الاية المباركة تقيد الاية الاخرى: « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[3] بالمنطوق أو بمفهوم الوصف ، والظاهر

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٤ وليصحح النص على التفسير.

٢) سورة الطلاق : ٢ .

٣) سورة البقرة : ٢٨٢ .

من الاية ـ لكونها في مورد الشهادة ـ بيان الحكم الوضعي ، أي: ان شرط قبول الحكم موقوف على كون البينة عادلة .

وعن الشيخ في الخلاف والمفيد وابن الجنيد عدم وجوب الفحص عن عدالة الشاهدين مع العلم باسلامهما، قالوا: والايتان تدلان على قبول شهادة المسلم والتقييد المذكور غير تام لعدم حجية مفهوم الوصف، وقال تعالى: «ان جائكم فاسق بنبأ فتبينوا ...»[1] وهو ظاهر في أن وجوب التبين مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشك في كونه فاسقاً لا وجوب للفحص والتبين .

أقول: انا لو سلمنا ماذكروا بالنسبة الى الايتين فان هذه الاية الثالثة الدالة على عدم قبول قول الفاسق تقيدهما، فيكون الحاصل: استشهدوا شهيدين غير فاسقين من رجالكم ، فان أرادوا التمسك باطلاق الايتين كان من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

وحيث أن الدليل الدال على اشتراط العدالة لا يوضح معنى العدالة كان للقائل بعدم وجوب الفحص والتحقيق عن حال الشاهدين المسلمين أن يقول بأن الاسلام عدالة ، لكنا نقول : لا اشكال في أن أحكام الاسلام مبنية على العدالة ، وأن من كان مسلماً واقعاً كان عادلا لانه يأتي بجميع الاحكام ويطيعها فعلا وتركاً ، فان أرادوا من قولهم : «الاسلام عدالة» هذا المعنى فهو صحيح، وان أرادوا من «الاسلام» مجرد التفوه بالشهادتين، فان أثر التفوه بالشهادتين ـ كما في الروايات ـ هو أن له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين ، وهذا أمر تعبدي

---

١) سورة الحجرات : ٦ .

لا يفيد العدالة كما هو واضح .

نعم قيل : ان الاصل في المسلم أن يكون عادلا ، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالاحكام قهراً ، فلا يعصي هذا المسلم ربه الا نادراً، وحينئذ فمع الشك في عدالة مسلم أخذ بالاصل المذكور وحكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب، وهذا الاصل يبتني على القول بأن الاسلام غير العدالة وأن العدالة ملكة أو أنها فعل الواجبات وترك المحرمات ، أو كفاية حسن الظاهر .

ولكن الحق أنه مع وجود الدواعي الكثيرة المختلفة الى المعصية لاغلبة حتى يلحق بها ، بل قد يكون الاصل والغالب في بعض الازمنة هو الفساد وبه رواية[1] وكذلك زماننا .

قال في المسالك بالنسبة الى مذهب الشيخ «قده»: ان هذا القول وان كان أمتن دليلا . . . لكن المشهور الان بل المذهب خلافه ...

---

١) في سفينة البحار ج ٢/١١١: الدرة الباهرة قال ابو الحسن الثالث عليه السلام: اذا كان زمان العدل فيه أغلب من الجور فحرام أن تظن بأحد سوء حتى يعلم ذلك منه ، واذا كان زمان الجور فيه أغلب من العدل فليس لاحد أن يظن بأحد خيراً حتى يبدو ذلك منه.

نهج ـ قال أمير المؤمنين عليه السلام : اذا استولى الصلاح على الزمان وأهله ثم أساء رجل الظن برجل لم تظهر منه خزية فقد ظلم ، واذا استولى الفساد على الزمان وأهله فأحسن ظنك برجل فقد غرر .

٢٠٠ ـــــــ

حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها في مواضع أخر، بل ان التفحص عن الشهادة كان معمولا به في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما دلت على ذلك الرواية المذكورة سابقاً، وهي وان كانت ضعيفة سنداً[1] لكن عليها العمل .

وقال السيد في العروة : « لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعي أن له تزكيتهما بالشهود اذا كان جاهلا بذلك ثم

فقال : خمسة أشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم : الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانساب. فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وسائل الشيعة ١٨ / ٢٩٠ . وقد ذكر هذا الخبر في الكتاب وبحث عن لفظه ومعناه .

ومنها : ما عن عبدالله بن المغيرة قال قلت لابي الحسن الرضا عليه السلام رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ناصبيين . قال : كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته » وسائل الشيعة ١٨ / ٢٩٠ .

وقد أطال في الجواهر البحث عن هذه الاخبار ودلالتها ووجوه الجواب عن الاستدلال بها في صلاة الجماعة من كتاب الصلاة .

١) لانها من أخبار التفسير المنسوب الى الامام الحسن العسكري عليه السلام وفي ثبوت هذا التفسير له عليه السلام بحث بين علمائنا وكلام طويل مذكور في كتب الحديث .

٢٠٢ ـــــــ

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق «قده»: « ولو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه » .

أقول: لا ريب في هذا ولا يختلف باختلاف الاقوال في حقيقة العدالة ، فانه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم ، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهادة، ووجه الانتقاض: أن العدالة شرط واقعي لا علمي فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم . وقد يقال بأن الشرط في قبول الشهادة هو كون الشاهد عادلا في نظر الحاكم والا فلا طريق الى العلم بالعدالة الواقعية لاحد ، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » .

وفيه: ان ظاهر اشتراط شيء لشيء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعي، وكذا الاحكام تتوجه الى الامور الواقعية ، فاذا قيل: الغنم حلال ، أو البول نجس أريد الغنم الواقعي، والبول الواقعي، ولو أريد الاشتراط العلمي لكان بيان ذلك بتعبير آخر ، ألا ترى الى قول الشارع في مسألة الاقتداء في الصلاة حيث العدالة فيه شرط علمي لا واقعي: « لا تصل الا خلف من تثق بدينه »[1] فلو صلى خلف من وثق بعدالته وانكشف الخلاف لم تجب عليه الاعادة ولا القضاء

---

١) وسائل الشيعة : ٣/٣٩٥ .

٢٠٤ ـــــــ

وأما بناء على أن العدالة حسن الظاهر ـ كما عليه جماعة ـ فيشهد بحسبها ، كما أن الامر بناء على أن الاسلام عدالة واضح .

وقد شبه صاحب الجواهر العدالة بناء على مذهب المحقق بالاعسار ، فلو ادعى المدين الاعسار لم يقبل منه ولا يثبت الاعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبة، بل لابد من التحقيق، فالملكة أيضاً كذلك ، فان كثيراً من المعاصي لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفي حسن الظاهر، وخالفه استناداً الى الاخبار الكثيرة الدالة على جواز الشهادة تعويلا على حسن الظاهر .

وسيأتي في كتاب الشهادات انشاء الله تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهادة استناداً الى طريق من الطرق والامارات الشرعية كاليد والبينة وعدم جوازه ووجوب العلم بالمشهود به ، وملخصه : أنه لو شك مثلا في كلام لا يعلم هل هو كذب أولا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدلة حرمة الكذب حينئذ لانها شبهة مصداقية، وعليه تجري البراءة عن الحرمة ، الا أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج والدماء، وأما الاخبار عن شيء بنحو الجزم ـ مع الشك في تحققه ـ فلا يبعد كونه افتراء ، فالشهادة بما لا يعلم افتراء ، اذن لابد من العلم في الشهادة ، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعي فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم في جواز الشهادة ؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ في الموضوع بنحو الكاشف والطريق، فتجوز الشهادة اعتماداً على الطريق الشرعي ، هذا كله أصولا .

وأما فقهاً فان الروايات الواردة في الجواز كثيرة[1]، وتفصيل المسألة في كتاب الشهادات. بل في الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عدالة، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمي مرجعه الى أن العدالة شرعاً هي ملكة يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عبارة عنه ، والا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطة والصحبة المتأكدة في سره وعلانيته .

أقول : وعندي أن العدالة هي الملكة وحسن الظاهر طريق اليها ، لان حسن الظاهر أعم من العدالة ، لكن الملكة تكون علة لحسن الظاهر ، لانها حالة نفسانية مستندة الى الاعتقادات الراسخة وتوجب ترك المحرمات والعمل بالواجبات ، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكة على الندم والتوبة .

ولا ريب في أن العلم بحسن الظاهر أيضاً يتوقف على المعاشرة كذلك ، فان الصفات التي ذكرت في الروايات ـ المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر ـ لا يمكن الاطلاع عليها الا بها... فالحاصل: ان الاثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافاً للمحقق ، وليس حسن الظاهر هو العدالة خلافاً للجواهر ، بل هو طريق اليها، وعليه تقوم الطرق الشرعية مقام العلم في الشهادة.

ثم ان المستفاد من تلك الاخبار عدم وجوب التعمق الشديد في حالات الشخص .

---

١) ذكرنا بعضها في الهامش المتقدم .

السؤال عن التزكية وكيفية ثبوتها :

قال المحقق : « وينبغي أن يكون السؤال عن التزكية سراً فانه أبعد من التهمة » .

أقول : وهذا واضح ، لانه ان سأل الشخص عن حال الشاهد في حضوره يصعب عليه الجواب بعدم التزكية اما حياء واما وفاء واما خوفاً واما رجاء، وان كان يعلم بعدالته فأجاب بالايجاب وشهد بذلك لاتهم من قبل الخصم بأنه زكاه لاحد الاسباب المذكورة .

قال : « وتثبت مطلقة وتفتقر الى المعرفة الباطنة المتقادمة » .

أقول : ان التزكية تفتقر الى المعرفة السابقة بباطن المزكى على أثر المخالطة ولا تكفي الشهادة تعويلا على حسن الظاهر عند المحقق ، لكن في الجواهر « تفتقر الى المعرفة الباطنة المتقادمة المفيدة للعلم أو الظن بحصول الملكة وأن ما يصدر من ذلك من آثارها ، أو بحسن الظاهر بمعنى أنه لايظهر منه سراً وعلانية الا الحسن » أي: ان علم بالعدالة فهو والاكفى الظن بحصول الملكة، وكذا يكفي الشهادة بحسن ظاهره بالمعنى المذكور ، فكأنه يحمل عبارة المحقق الصريحة في عدم كفاية حسن الظاهر على حسن ظاهر بعض أحواله وأفعاله التي لايستفاد منها الحسن في جميع ما يظهر منه سراً وعلانية ، قال : وهذا هو مراد القائلين بكفاية حسن الظاهر فيتحد القولان .

ثم ان الشهادة بالعدالة لايشترط فيها التفصيل فيكفي أن يشهد

بعدالته . وقيل : بل يلزم أن يقول في حقه : عادل مقبول الشهادة اذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهادة كالعادل الكثير الشك وصاحب الوسوسة ، وربما يقال : بكفاية الشهادة بأنه مقبول الشهادة . . . وسيأتي لذلك تتمة قريباً ان شاء الله .

كيفية ثبوت الجرح :

قال المحقق : « ولا يثبت الجرح الا مفسراً وفي الخلاف : يثبت مطلقاً » .

أقول : في هذا المقام أقوال، فقيل: لاتثبت العدالة ولاالجرح الا مفسراً بذكر سبب التعديل دون التفسيق ، وقيل بالعكس وهو مختار المحقق « قده » .

ووجه تفصيل المحقق هو : ان تفسير العدالة يحتاج الى ذكر جميع الواجبات وانه يعملها كلها ، وذكر جميع المحرمات وانه يتركها كلها وهذا أمر يستلزم العسر والحرج ، فلذا تكفي الشهادة بالعدالة مطلقة ، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لانه يكفي في ثبوت الفسق فعل كبيرة واحدة من الكبائر .

وأيضاً : أسباب الفسق مماوقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلداً لمن يرى حرمة فعل من الافعال وليس حراماً عند من يقلده الفاعل كانت شهادته بذلك عند الحاكم اغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعي لايعلمه الشاهد . . . فلابد من ذكر السبب حتى يتضح الامر وترتفع الجهالة .

وقد أجيب عن الوجه الاول بالمنع من لزوم الحرج ، وعن الثاني : بوقوع الخلاف في سبب العدالة كذلك ، وعليه يكفي الاطلاق في كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معاً .

ثم ان المعدل أو الجارح يجب أن يكون عالماً بمعنى العدالة وأن أي شيء يضربها وأي شيء لايضربها، وأن يكون عالماً بفتوى الحاكم في المسألة لئلا يلزم الاغراء بالجهل ، فان أحرز الحاكم معرفة الشاهدين بالامرين رتب الاثر على شهادتهما سواء في الجرح والتعديل من غير حاجة الى ذكر السبب ، وان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه ونظر الشاهدين أو مقلديهما في معنى العدالة فلا يرتب الاثر ، وكذا اذا احتمل الاختلاف .

وفي الجواهر استوجه حمل عبارة الشاهد على الواقع وان اختلف الاجتهاد في تشخيصه، قال: ومن هنا لايجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهادة به، وكذا التطهير والتنجيس وغيرهما وان كانت هي أيضاً مختلفة في الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح ...

وأورد عليه بالفرق بين المقامين ، اذ يكفي في مسألة الطهارة لاجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أوطريق الى الطهارة، أما في مسألة الحكم فلابد من احراز الواقع، وأيضاً: أصالة الصحة جارية في عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحة الواقعية مالم يعلم بالخلاف بخلاف الامر في الشهادة ، فلو شهدا بمالكية زيد

٢١٠ ـــــــ

مسموعة ـ فانه لا معنى للقول بأن الاصل عدم كونه ولداً له .

بل لان الاطلاقات والعمومات تعتبر العدالة فحسب وتفيد أن شهادة العادل مقبولة ، فمن ادعى العدم فعليه اقامة الدليل المخصص لكن في موارد الشك كما اذا شك في كون الشاهد خصماً للمدعى عليه فلابد من احراز عدم الخصومة والا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهات المصداقية .

قال المحقق « قده » : « ولا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفة ويكفي العلم بموجب الجرح » .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهادة بالعدالة فهي متوقفة عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل :

قال: «ولواختلف الشهودبالجرح والتعديل قدم الجرح... ».

أقول: في حال اختلاف الشهودبالجرح والتعديل يتقدم الجرح لان حاصل شهادة المعدلين هوعدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان : رأينا منه كذا . . . فتكون الشهادة بالجرح شهادة بما خفي عن المعدلين فيقدم الجرح ولاتعارض بين الشهادتين.

وعلى هذا الاساس لو قال الجارح : رأيته يفعل كذا يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قدتاب عن ذلك الفعل والتزم باتيان الواجبات وترك المحرمات بعدهذا التاريخ قدم التعديل لانه شهادة بما يخفى على الجارحين .

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشهادتين ، كأن يقول الجارح : رأيته يفعل كذا في مكان كذا يوم الجمعة، ويقول المعدل: كان معي يوم الجمعة في سفر الى بلد آخر، فانه تتعارض البينتان ، قال المحقق : « ولو تعارضت البينتان في الجرح والتعديل قال في الخلاف: وقف الحاكم، ولو قيل: يعمل على الجرح كان حسناً » .

أقول : القول بالتوقف في صورة التعارض يكون تارة بمعنى رفع اليد عن شهادة الطرفين فلا يحكم بالفسق ولا بالعدالة بل يحلف الخصم، وأخرى لا يحكم بشيء ولا يحلف الخصم، لكن في الخلاف أيضاً : « اذا تعارضت البينتان على وجه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وأعطي الحق ، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روي أنه يقسم نصفين » .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهة انصراف قوله «ص»: « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » عن صورة التعارض بين البينتين وحينئذ فان أمكن التنصيف والا فالقرعة لانها لكل أمر مشكل، ويحلف من خرجت باسمه احتياطاً .

وأما لو قال أحدهما : هو الان عادل ، وقال الاخر : هو الان فاسق، فهل يقدم قول الجارح أو يتعارضان ؟ الظاهر هو الثاني فيتساقطان .

وقال في الجواهر : وقد يقال أيضاً « ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عدالة أو فسق والا حكم به » .

أقـول : ان أراد صورة التعارض بين البينتين فانه مع جريان الاستصحاب لا حاجة الى الجرح والتعديل بل تستصحب الحالـة السابقة ويترتب الاثر ، الا أن الفقهاء لم يتعرضوا الى الاستصحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطة، وظاهر ذلك هو الاعتماد على البينة مع عدم العلم لانها الكاشفة عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامة البينة حكم تعبدي يعامل مع مفادها معاملة الواقع لا أنها تكشف عنه، وحينئذ يقوم الاستصحاب مقامها لكن الظاهر أن حجية البينة هي بعنوان تتميم الكشف ولعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال .

ثم نقل عـن كاشف اللثام احتمال تقديم شهادة التعديل لـدى التعارض لـلاصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافاً لمن قـدم شهادة الجرح ثم قال: «وهو جيد فيما يرجع الى ماذكرناه لامطلقاً» فان قول بعضهم بأن الاسلام ملكة تمنع من ارتكاب المحرمات وترك الواجبات ضعيف، وقد ضعفه كاشف اللثام أيضاً واختار أن العدالة حسن الظاهر كالجواهر .

المسألة التاسعة

(في تفريق الشهود عند الشهادة)

قال المحقق «قدد» : « لا بأس بتفريق الشهود ، ويستحب في من لا قوة عنده »[1].

---

١) هذا كلامه « قده » هنا ، وسيأتي في المسألة الرابعة عشرة : يكره للحاكم أن يعنت الشهود اذا كانوا من ذوي البصائر والاديان القوية ، مثل أن يفرق بينهم ، لان في ذلك غضاضة لهم، ويستحب ذلك في موضع الريبة. وقال في النافع في الاداب المستحبة للقاضي: وتفريق الشهود عند الاقامة فانه أوثق ، خصوصاً في موضع الريبة، عدا ذوي البصائر لما يتضمن من الغضاضة . وقال العلامة « قده » في القواعد: وينبغي للحاكم اذا طلب الاستظهار في موضع الريبة أن يفرق الشهود خصوصاً في من لا قوة عنده، ويكره اذا كان الشهود من ذوي البصائر والاديان القوية. وفي الرياض: عدا ذوي البصائر والشأن من العلماء والصلحاء الاعيان فلا يستحب تفريقهم بل ويكره وربما

أقول : ان الميزان الشرعي للقضاء هو البينات والايمان كما في الحديث الشريف ، ولكن هل تعبدنا الشارع بالاخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات والنظر في القرائن وغير ذلك مما يستكشف به الواقع ويتوصل به الى حقيقة الحال[1]؟ قال المحقق : «لا بأس بتفريق الشهود ويستحب في من لا قوة عنده».

أقول : ان اطلاق الاية الكريمة : « واستشهدوا شهيدين من من رجالكم »[2] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[3] يشمل ما اذا شهدا معاً أو شهد كل واحد من الشاهدين على حدة، فيجوز الامران ، لكن في صورة التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطؤهما في الشهادة بخلاف ما اذا شهدا معاً... هذا بحسب القاعدة وقطع النظر عن الاخبار الخاصة الواردة، لكن المحقق أفتى بالاستحباب في صورة كون الشاهد لا قوة عقل عنده ولعل وجهه عمل النبي وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما في حرم لما يتضمن تفريقهم من الفضاضة والمهانة بهم، بل وربما يحصل في ذلك كسر قلوبهم .

١) استفاد السيد الاستاذ تبعاً لسائر الفقهاء من الخبرين الاتيين عدم اختصاص التفريق بالشهود وأن للحاكم التوصل الى معرفة الحق بما يراه في ذلك الوقت مما لا ينافي الشرع .

٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

بعض الموارد .

وفي الجواهر : قد يقال باختصاص جواز التفريق قبل اثبات العدالة وطلب المدعي الحكم .

وهذا غير واضح اذ لا أثر لتفريق الشهود واستماع شهادتهما بعد ذلك الا التأكد والاطمئنان... وكيف كان فلا شبهة في الجواز ويدل على ذلك روايات منها : ماروي عن معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أتي عمر بن الخطاب بجارية قد شهدوا عليها أنها بغت ، وكان من قصتها أنها كانت يتيمة عند رجل وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله ، فشبت اليتيمة فتخوفت المرأة أن يتزوجها زوجها ، فدعت بنسوة حتى أمسكنها ، فأخذت عذرتها باصبعها ، فلما قدم زوجها من غيبته رمت المرأة اليتيمة بالفاحشة وأقامت البينة من جاراتها اللائي ساعدنها على ذلك ، فرفع ذلك الى عمر فلم يدر كيف يقضي فيها ، ثم قال للرجل : ايت علي بن أبي طالب عليه السلام واذهب بنا اليه .

فأتوا علياً عليه السلام وقصوا عليه القصة فقال لامرأة الرجل: ألك بينة أو برهان ؟ قالت : لي شهود هؤلاء جاراتي يشهدن عليها بما أقول فأحضرتهن ، فأخرج علي بن أبي طالب عليه السلام السيف من غمده فطرح بين يديه ، وأمر بكل واحدة منهن فأدخلت بيتاً ، ثم دعا بامرأة الرجل فأدارها بكل وجه ، فأبت أن تزول عن قولها فردها الى البيت الذي كانت فيه ، ودعا احدى الشهود وجثى على

ركبتيه ثم قال : تعرفيني أنا علي بن أبي طالب وهذا سيفي وقد قالت امرأة الرجل ما قالت ورجعت الى الحق وأعطيتها الامان ، وان لم تصدقين لاملان السيف منك، فالتفتت الى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين الامان علي فقال أمير المؤمنين فاصدقي، فقالت: لا والله الا أنها رأت جمالا وهيئة فخافت فساد زوجها عليها، فسقتها المسكر ودعتنا فأمسكناها فافتضتها باصبعها، فقال علي عليه السلام: الله أكبر، أنا أول من فرق بين الشاهدين [الشهود] الا دانيال النبي. فألزم علي المرأة حد القاذف وألزمهن جميعاً العقر ، وجعل عقرها أربعمائة درهم ، وأمر امرأة الرجل أن تنفى من الرجل ويطلقها زوجها، وزوجه الجارية، وساق عنه علي المهر . فقال عمر : يا أبا الحسن فحدثنا بحديث دانيال ، فقال علي عليه السلام : ان دانيال ... »[1].

وما عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: « ان شاباً قال لامير المؤمنين عليه السلام: ان هولاء النفر خرجوا بأبي معهم في السفر، فرجعوا ولم يرجع أبي، فسألتهم عنه فقالوا: مات فسألتهم عن ماله فقالوا : ما ترك مالا، فقدمتهم الى شريح فاستحلفهم وقد علمت أن أبي خرج ومعه مال كثير ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : والله لاحكمن بينهم بحكم ما حكم به خلق قبلي الا داود النبي عليه السلام . يا قنبر أدع لي شرطة الخميس فدعاهم، فوكل

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٠٢. وهي صحيحة أوحسنة بابراهيم ابن هاشم .

بكل رجل منهم رجلا من الشرطة ، ثم نظر الى وجوهم فقال: ماذا تقولون؟تقولون انى لاأعلم ماصنعتم بأبي هذا الفتى؟اني اذاً لجاهل. ثم قال : فرقوهم وغطوا رؤوسهم. قال: ففرق بينهم وأقيم كل رجل منهم الى أسطوانة من أساطين المسجد ورؤوسهم مغطاة بثيابهم. ثم دعا بعبيدالله بن أبي رافع كاتبه فقال : هات صحيفة ودواة، وجلس أمير المؤمنين عليه السلام في مجلس القضاء ، وجلس الناس اليه، فقال لهم : اذا أنا كبرت فكبروا . ثم قال للناس : أخرجوا . ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه . ثم قال لعبيدالله: أكتب اقراره وما يقول ، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: في أي يوم خرجتم من منازلكم وأبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل : في يوم كذا و كذا . فقال : وفي أي شهر ؟ فقال: في شهر كذا و كذا، قال: في أي سنة؟ فقال : في سنة كذا و كذا. فقال: والى أين بلغتم في سفركم حتى مات أبو هذا الفتى ؟ قال : الى موضع كذا و كذا . قال : وفي منزل من مات ؟ قال: في منزل فلان ابن فلان . قال: وما كان مرضه ؟ قال : كذا و كذا. قال: وكم يوماً مرض؟ قال : كذا و كذا . قال : ففي أي يوم مات؟ ومن غسله؟ ومن كفنه ؟ وبما كفنتموه ؟ ومن صلى عليه ؟ ومن نزل قبره ؟ فلما سأله عن جميع ما يريد كبر أمير المؤمنين عليه السلام و كبر الناس جميعاً،فارتاب أولئك الباقون، ولم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم وعلى نفسه ، فأمر أن يغطى رأسه وينطلق به الى السجن . ثم دعا بآخر فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه وقال : كلا زعمتم أني

لا أعلم ما صنعتم ؟ فقال: ياأمير المؤمنين ما أنا الا واحد من القوم، ولقد كنت كارهاً لقتله ، فأقر . ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل وأخذ المال. ثم رد الذي كان أمر به الى السجن فأقر أيضاً. فألزمهم المال والدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك ... »[1].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢٠٤ . وفي سندها علي بن أبي حمزة البطائني .

المسألة العاشرة

(في ما يعتبر في الشهادة بالجرح)

قال المحقق « قده » : « لايشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك في الناس شياعاً موجباً للعلم ... » .

أقول : يشترط في الشهادة بالجرح مشاهدة الشاهدين لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك الفعل منه في الناس شياعاً موجباً للعلم واليقين ، والا فلا تجوز الشهادة به ، وأما في الشهادة بالعدالة فلا يشترط ذلك بل يكفي حسن الظاهر من جهة أنه ـ كما في الاخبار ـ الطريق الى معرفة العدالة والكاشف عن وجود الملكة الراسخة وان كان احتمال الخلاف موجوداً فقد ورد في تلك الاخبار[1]

---

١) قد تقدم ذكر بعضها ، ففي مرسلة يونس : « ... فاذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه » وفي

من كان كذلك تقبل شهادته ، ومن هنا يقع الفرق بين الشهادة بالجرح والشهادة بالعدالة .

وقد تقدم أن الشهادة استناداً الى البينة والاستصحاب جائزة .

وعن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض وانتشر حتى قارب العلم ففي جواز الجرح وجهان، من أنه ظن في الجملة وقد نهى الله عن اتباعه الا ما استثني ، ومن أن ذلك ربما كان أقوى من البينة المدعية للمعاينة كما مر في نظائره .

وأورد عليه في الجواهر بقوله: وفيه ما لايخفى بعد فرض عدم حصول مرتبة العلم ، وعدم الدليل على الاكتفاء بمثله وحرمة القياس على البينة التي مبناها التعبد ، ومن هنا كان ظاهر المصنف وغيره اشتراط العلم .

أقول : ان البحث هو في الشهادة بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهادة استناداً الى البينة بل ولا بالاستناد الى العشرة، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه .

هذا وتجوز الشهادة بالعدالة استناداً الى حكم الحاكم، وحكم الحاكم بعدالة الشاهدين أو فسقهما حجة بالنسبة الى الحاكم الاخر، ولكن ليس للاول ولا غيره الشهادة بالفسق أو العدالة ، فحكم الحاكم حجة وأما شهادته فغير مسموعة .

رواية عبدالله بن المغيرة: «كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته » ونحوهما غيرهما .

ثم هل للافعال ظهور كالاقوال بحيث يجب الاخذ به ؟ فيه خلاف والظاهر هو العدم كما عليه أهل العرف . وانما يحصل له ظهور من بعض المقارنات، فان أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم ، والا فهل الظن الحاصل من هذا الظهور حجة أولا؟ الظاهر هو الاول وفاقاً للسيد « قده »[1].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

١) اذ قال : انه يكفي ظهوره بملاحظة الحالات والمنضمات وأنه من الظنون المعتبرة ، وخلافاً لصاحب الجواهر «قده» حيث قال بأنه : من الظن الذي لا دليل على حجيته بل الدليل على خلافه.

المسألة الحادية عشرة

(في الحكم باستمرار العدالة حتى ثبوت ما ينافيها)

قال المحقق « قده » : «لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته ... »

أقول : لو ثبتت عدالة الشاهد حكم الحاكم باستمرارها بالاستصحاب غير أنه لما كان للاستصحاب كاشفية نوعية بنى العقلاء على العمل بها كما تقرر في الاصول ـ يشترط عدم الفاصل الطويل بين زماني اليقين والشك لان ذلك يؤدي الى ضعف الظن بالبقاء والكاشفية النوعية المذكورة .

قال : « وقيل : ان مضت مدة يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه ولاحد لذلك ، بل بحسب ما يراه الحاكم » .

أقول : وهذا قول ثان في المسألة ـ قال في الجواهر ـ وان

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا[1]. وعن المبسوط عن بعضهم تحديده بستة أشهر ولا دليل عليه، بل الاستصحاب حجة حتى يتبين ماينافي العدالة .

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

١) وجعله المحقق العراقي « قده » من خرافات العامة ، لكنه الاحوط في القواعد اذ جاء فيه : والاحوط أن يطلب التزكية مع مضي مدة يمكن تغيير حال الشاهد ، وذلك بحسب مايراه الحاكم من طول الزمان وقصره . وقال صاحب مفتاح الكرامة : ولا ريب في استحبابه .

المسألة الثانية عشرة

(في كتابة الحاكم قضايا كل اسبوع)

قال المحقق : « ينبغي أن يجمع قضايا كل أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها ، فاذا اجتمع مالشهر كتب عليه قضاء شهر كذا ، فاذا اجتمع مالسنة جمعه و كتب عليه قضاء سنة كذا » .

أقول : كان ينبغي ذكر هذه المسألة في الاداب ، والامر سهل.

المسألة الثالثة عشرة

(هل يجب على الحاكم كتابة المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابة المحضر...»

أقول: لايجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابة ولوازمها كالدواة والقرطاس، وقيل: يجب عليه الدواة، ولو بذل باذل أو أرسل اليه من بيت المال ـ وكانت الكتابة واجبة عليه ـ وجب عليه الكتابة. وفي الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضاً وان نسبه في المسالك الى الاشهر تارة والى المعروف بين الاصحاب أخرى معللا له بأن ذلك حجة فكان عليه اقامتها كالحكم، وكما لو أقرله بالحق وسأله الاشهاد على اقراره. الا أنه كما ترى، ضرورة أن الحجة حكمه والاشهاد عليه لاكتابة الحكم، بل وكذا كتابة الاشهاد على الاقرار.

أقول: قد يكون للكتابة واعطائها بيد من حكم له دخل في احقاق الحق ووصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث اذا لم تكن

كتابة لم يتحقق الحق وتحصيله ، بل قد يجب على الحاكم أخذ الحق بعد الحكم مع التمكن من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وتسليمه لاهله .

وقديستدل لوجوب الكتابة بقوله تعالى: « ... وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب ... »[1] فانه ظاهر في الوجوب وقد اكده بالنهي عن الاباء عنها ، وأجاب في الجواهر : بأنه في غير ما نحن فيه وهو محمول على ضرب من الكراهة ، للقطع بعدم وجوب ذلك .

وفيه: أن المستفاد من الاية الكريمة هو الملاك العام وهو: عدم اباء الكاتب والشاهد عن الكتابة والشهادة عند الحاجة واحتمال ضياع الحق بدون ذلك. وخصوصية مورد الاية لا تخصص، ولذا استدل بها الاصحاب في غير الدين .

وأما دعوى القطع بعدم وجوب الكتابة فان أريد القطع بعدم وجوبها أولا وبالذات فهو حق ، وان أريد القطع بعدم وجوبها عليه وان بذل له ما يلزم وطولب بها واحتمل ضياع الحق لو لم يكتب فتلك دعوى بعيدة .

وقد يستدل بقوله تعالى: « وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم ... »[1] بناء على ما هو الاظهر من أن « يضار » أصله « يضارر » فأدغمت الراء في الراء وفتحت

---

١) سورة البقرة : ٢٨٢ .

لالتقاءالساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الابالحق ولا يشهد الشاهد الابالحق والا كان فسقاً[1].

نعم في الآية السابقة ما يحتمل معه كون الامر فيه ارشادياً وهو قوله عز وجل « ذلكم أقسط ... » بناء على أنه يتوجه الى جميع الاية لا الجملة الاخيرة منها، ولكن الظاهر دلالة الاية على الوجوب في حال المطالبة ووجود الحاجة كما ذكرنا .

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

١) القول الثاني: ان أصله «يضارر» بفتح الراء الاولى فأدغمت، فيكون المعنى: لا يدعي الكاتب على وجه يضر به وكذلك الشاهد لقاعدة نفي الضرر . وقد ذكر في مجمع البيان القولين وقال : والاول أبين .

المسألة الرابعة عشرة

(في تعنيت الحاكم للشهود)

قال المحقق : « يكره للحاكم أن يعنت الشهود اذا كانوا من ذوي البصائر ... » .

أقول : أي يكره أن يعامل الحاكم الشهود الذين هم من ذوي البصائر والفهم والاديان معاملة من ليسوا كذلك .

قال : « لان في ذلك غضاضة لهم » كما لا يخفى .

قال : « ويستحب ذلك في موضع الريبة » .

أقول : ويظهر من قول أمير المؤمنين عليه السلام : « أنا أول من فرق الشهود »[1] ان هذا الامر لم يكن جارياً الا في موارد الشبهة والريبة .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢٠٣ . وقد تقدم الحديث بكامله .

المسألة الخامسة عشرة

(لا يجوز للحاكم ان يتتبع الشهود)

قال المحقق : « لا يجوز للحاكم أن يتتبع الشاهد ، وهو أن يداخله في التلفظ بالشهادة أو يعقبه ، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده وان كان يتردد .

ولو تردد في الشهادة لم يجز ترغيبه في الاقدام على الاقامة ولا تزهيده في اقامتها .

وكذا لا يجوز ايقاف عزم الغريم عن الاقرار لانه ظلم لغريمه ويجوز[1] ذلك في حقوق الله، فان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم

---

١) وفي المسالك: يستحب. قال: يستحب له ذلك تأسياً بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم في قضية ماعز بن مالك لما جاء الى النبي « ص » وأقر عنده بالزنا وكان « ص » يعرض له بالتأويل ويقول له : لعلك قبلتها لعلك لمستها . ايثاراً للاستتار . والرواية مشهورة .

قال لماعز عند اعترافه بالزنا « لعلك قبلتها ، لعلك لمستها » وهو تعريض بايثار الاستتار » .

أقول : وكل ذلك واضح .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المسألة السادسة عشرة

(في انه يكره للحاكم ان يضيف احد الخصمين)

قال المحقق « قده » : « يكره أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه » .

أقول : ووجهه واضح ، فان فيه ترجيحاً له على صاحبه ، وقد روي: « أن رجلا نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم اليه في خصومة [حكومة] لم يذكرها لامير المؤمنين ، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله «ص» نهى أن يضاف الخصم الا ومعه خصمه »[1].

وكذا يكره أن يذهب الى دار أحدهما دون الاخر ، بل كل ما يقتضي ترجيح أحد الخصمين على صاحبه .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ .

المسألة السابعة عشرة

(في حرمة الرشوة)

قال المحقق : « الرشوة حرام على آخذها » .

أقول: لا يجوز أخذ الرشوة، وهي حرام على آخذها بالاجماع بل بالضرورة من الدين ، ويدل عليه قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون »[1].

والاخبار في هذا الباب متواترة ، وفي جملة منها : ان الرشا في الحكم كفر بالله[2].

---

١) سورة البقرة : ١٨٨ .

٢) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « الرشا في الحكم هو الكفر بالله » .

وعنه عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: « وأما الرشا في الحكم فهو الكفر بالله » .

وفي بعضها : انه شرك[1].

فلا ريب في الحكم .

موضوع الرشوة :

انماالكلام فيموضوع الرشوة، وكلماتالأصحاب منالفقهاء واللغويين في ذلك مضطربة :

قال المحقق : « ويأثم الدافع لها ان توصّل بها الىالحكم له بالباطل ، ولوكان الى حق لم يأثم » .

أقول : وعن جامع المقاصد : « ان الجعل من المتحاكمين رشوة » لكن ظاهر الرواية[2]: ان الاجرة على القضاء غير الوشوة فلذا كانت الاولى سحتاً والثانية كفراً .

أنظر وسائل الشيعة : ١٨/١٦٢و١٦٣ .

وعن عمار بنمعاوية عن أبيجعفر عليه السلام فيحديث قال: « فأماالرشا فيالحكم فانذلك الكفربالله العظيم جلاسمه وبرسوله صلى الله عليه وآله وسلم » وسائل الشيعة : ٦/٦١ .

١) عنالاصبغ بننباتة عن أميرالمؤمنين عليهالسلام فيحديث قال : « وان أخذ الرشوة فهو مشرك » . وسائل الشيعة ٦/٦٣ .

٢) يعني : ماعن عمار بنمروان قال قالأبوعبدالله عليهالسلام: « كل شيء غل من الامام فهو سحت ، والسحت أنواع كثيرة منها ماأصيب منأعمالالولاة الظلمة ومنها أجورالقضاة وأجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ المسكر والربا بعدالبينة فأما الرشا ـ ياعمار ـ

وقيل : ما يبذله المتحاكمان رشوة ولو كان بعنوان الجعالة والاجرة .

وفي القاموس فسر الرشوة بالجعل، لكن في مجمع البحرين: قلما تستعمل الرشوة الا فيما يتوصل به الى ابطال حق أو تمشية باطل .

وقال السيد: هي مايبذله للقاضي ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقاً كان أو باطلا أو ليعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب على خصمه ، ولا فرق في الحرمة بين أن يكون ذلك لخصومة حاضرة أو متوقعة » .

أقول : فاذا كانت الكلمات في بيان حقيقة الرشوة مختلفة ومضطربة فانه في كل مورد يشك في صدق عنوان «الرشوة» فيه مثل «أجور القضاة» يكون المرجع أصالة الحل لكونها شبهة مصداقية لادلة حرمة الرشوة، الا أن تثبت الحرمة من دليل آخر وبعنوان غير عنوان الرشوة .

والقدر المتيقن من الرشوة: أنها ما يبذله للقاضي حتى يحكم لصالحه ، فهذا هو القدر المتيقن من الاية المباركة المذكورة أولا الا أن الاخبار المستفيضة الواردة في الباب الخامس من أبواب ما يكتسب[1] به تدل على أن الرشا في الاحكام « سحت » و« كفر» وهي

في الاحكام فان ذلك الكفر بالله العظيم وبرسوله «ص» . وسائل الشيعة : ٦/٦٤ .

١) وسائل الشيعة : ٦/٦١ ـ ٦٦ .

باطلاقها تعم ما اذا كان البذل لاحقاق الحق ، لا يقال : انها واردة في مورد الاية الكريمة . لانه يحتمل أن يكون قيد « بالاثم » غالبياً، لان غالب الراشين يتوصلون بالرشوة الى أكل مال الناس وابطال حقوقهم .

فظهر أن الرشا في الحكم مطلقاً ـ أي حقاً كان الحكم أو باطلا ـ حرام بالكتاب والسنة، وأما اذا توقف احقاق الحق على بذل شيء بحيث لو لم يبذله لوقع في الضرر العظيم وضاع حقه ـ جاز البذل لتقدم قاعدة نفي الضرر حينئذ ، نظير ما قد يبذل للظالم مال دفعاً لاذاه وتحفظاً من ضرره .

حكم الرشوة في غير الحكم:

وأما في غير الاحكام فان أخبار الرشوة وان كانت واردة في مورد الحكم والاحكام الا أن مقتضى اطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها في غير الاحكام أيضاً ، فقد روى الشيخ الصدوق «قده» عن الاصبغ ابن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : « أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ، وان أخذ هدية كان غلولا ، وان أخذ الرشوة فهو مشرك »[1].

فهل تقيد اطلاق الرواية بالروايات المقيدة أو أن ظهورها آب عن التقييد ؟ الظاهر هو الثاني، و«حوائج الناس» يعم غير الاحكام كما لا يخفى .

---

١) وسائل الشيعة : ٦٣/٦ عن عقاب الاعمال .

وروى الشيخ الصدوق «قده» أيضاً عن سيدنا أبي الحسن الرضا عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين في تفسير قوله تعالى : أكالون للسحت ... قال : « هو الرجل يقضي لاخيه حاجته ثم يقبل هديته »[1].

ويمكن أن يقال ـ ولا سيما بالنظر الى هذين الخبرين ـ أنه ولو فرض كون الرشوة في الحكم فقط، فان كون الرجل منصوباً ـ شرعاً أو عرفاً ـ لرفع الظلم عن الناس وقضاء حوائجهم يقتضي وجوب ذلك عليه وأن مطالبته أو أخذه شيئاً في مقابل عمله سحت.

وبالجملة فان الرشوة في الاحكام لابطال الحق مقطوع بحرمتها والظاهر أنها كذلك في مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوة سواء أثر في كيفية الحكم أولم يؤثر، وأما في غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الاخذ على من كان موظفاً بالقيام بالواجبات الموضوعة على عاتقه.

ثم انه لا فرق في « الرشوة » بين المال المبذول له وبين العمل النافع الذي يعمله له كخياطة ثوب مثلا أو انجاز غرض له كأن يبيعه داره ولو بالثمن المتعارف ، أي بأن يقدمه على غيره في المعاملة ، وهل هذه المعاملة باطلة حينئذ ؟ قيل: لا لانه نظير البيع عند النداء وقيل : نعم لان الحكم الوضعي هذا مترتب على الحكم التكليفي، فلما كانت الرشوة محرمة وكانت هذه المعاملة مصداقاً لها كانت باطلة.

---

١) وسائل الشيعة : ٦/٦٤ عن عيون الاخبار .

وأيضاً: لودفع اليه الخمس أو الزكاة حتى يحكم له، فانه حرام ولا تبرء ذمة المعطي من الخمس والزكاة حينئذ .

وفي هـذه الايام يقول بعض جهلة القضاة : ان أعطيت كـذا للمستضعفين نجوت من العقوبة مثلا، فان هذا المال رشوة ولا يملكه المستضعفون .

وكذا يحرم احترام القاضي وتبجيله والثناء عليه ان كان بعنوان الرشوة، ولو أثر ذلك في نفس القاضي فحكم له كان مرتكباً للحرام أيضـاً .

وبالجملة فان كل ماقصد به التوصل الى حكم الحاكم كان رشوة محرمة ، وان شك في بعض الافراد في الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءة جارية خلافاً لصاحب الجواهر .

حكم الهدية للقاضي:

وأما الهدية فهي في نفسها أمر مرغوب فيه ، وقـد كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام يأمرون بها ويقبلونها الا أنه لا ريب في حرمة الهدية للقاضي والعامل، وقد ورد أن هدايا العمال « غلول » . و« سحت »[1]، وفي حديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال « ... ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم وهذا أهدي لي ، فهلا جلس في قلب بيت أمه وأبيه ينظر أيهدى له أم لا . والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً الا جاء

---

١) وسائل الشيعه : ١٨/١٦٣ ، ١٢/٦٣ ، ٦٤.

يوم القيامة يحمله على رقبته ... »[1] وهذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقاً ـ أي سواء كانوا عمال الظلمة أو غيرهم ـ الهدية حرام، ولا يبعد صدق عنوان «الرشوة» على هذا المال، وتخصيص بعض الاصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

وأما صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام : « عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه . قال : لا بأس ».

فان كان المنزل ملكاً له فلا بأس بان يأخذ شيئاً حتى يتحول عن ملكه، وان لم يكن ـ كما ذكر صاحب الوسائل ـ فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثاني للاول لاجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق ـ هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه ، واما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكاً ولا متعلق حق لاحد، فان سبق الى مكان موقوف فلايجوز ازاحته عن ذلك المكان جبراً لان الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم . فلا بأس بأن يطالب بشيء في مقابل قيامه عن هذا المكان وان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض .

وهذا البحث جار في المسجد ومكان المصلي، وكذا في سوق المسلمين حيث قال صلى الله عليه وآله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل » .

---

١) حديث عامي .

وعلى كل حال يكون التعبير عن الشيء المأخوذ في مقابل التحول عن المنزل بـ «الرشوة» تعبيراً مجازياً، أو يقال بأنه رشوة ـ لانه مال أعطي له لاجل التوصل الى الغرض ـ ولكنه لا بأس به هنا لكونه في مورد محلل .

فتلخص ان الرشوة هو ما يبذله للقاضي أو الوالي أو العامل في مقابل عمله الواجب عليه سواء كان بعنوان الرشوة أو الهدية.

وان بذل للقاضي مال وجهل عنوانه فهل يحمل على الصحة ؟ قال السيد نعم، وهو مشكل، فان أثر حمل فعل المسلم على الصحة هو أن لايكون فاعلالمحرم، ولكن هذا لايثبت كون المال المأخوذ صدقة مثلا حتى يجوز له أخذه. وبعبارة أخرى: الحمل على الصحة انما يفيد الحل مع العلم بالعنوان ، كأن يعلم بأنه هدية ويشك في كونها هدية صحيحة أو فاسدة ، فيحمل فعل المسلم على الصحة ويجوز التصرف في المال المأخوذ .

هذا، ولاينفذ حكم الحاكم الاخذ للرشوة وان كان حكمه بالحق لصيرورته فاسقاً بأخذها ، وعليه رد ما أخذ على صاحبه .

قال المحقق: « ويجب على المرتشي اعادة الرشوة الى صاحبها ولو تلفت قبل وصولها اليه ضمنها له» .

أقول : القول بالضمان هو المختار، وعن بعضهم نفي الخلاف فيه ، ويدل عليه عموم قوله « ص » : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » .

المسألة الثامنة عشرة

(هل يجب احضار الخصم الى مجلس الحكم؟)

قال المحقق «قده» : « اذا التمس الخصم احضار خصمه مجلس الحكم أحضره اذا كان حاضراً » .

أقول : ظاهر « أحضره » هو الوجوب ، وفي القواعد : اذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم لزمه أن يعديه ويستدعي خصمه ان كان حاضراً ، سواء حرر المدعي دعواه أولا. قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك نسبته الى علمائنا وأكثر العامة وكذا عن ظاهر المبسوط الاجماع عليه .

فان كان اجماع على وجوب الاحضار فهو والا ففي ماذكروه من تعلق حق الدعوى به نظر واضح، لان الحاكم كما يحتمل صدق المدعي في هذه الدعوى يحتمل كذبه وبطلان دعواه أيضاً، وحيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى ووجود الحق كيف يجب عليه احضار الخصم ؟

وكذا الكلام في قولهم : ان مقتضى منصب الحاكم احضار الخصم ، فان لازم منصب الحاكم سماع الدعوى والقيام بجميع مقدمات رفع الخصومة ولكن لا توقف لذلك على احضار الخصم بل له النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية ثم الحكم على الخصم حكماً غيابياً .

فظهر سقوط كلا الوجهين ، فالعمدة هو الاجماع ان تم ، قال في الجواهر: « لكن الانصاف أنه لايخفى عليك مافي دعوى الاجماع في أمثال هذه المسائل، على أن المحكي عن الفاضل في المختلف عدم وجوب احضار الغائب بعد تحرير الدعوى... » وعليه فلا يجب الاحضار ويتعين الحكم الغيابي والغائب على حجته .

وبناء على الوجوب فلافرق بين الاشخاص المحترمين وغيرهم قال في كشف اللثام: سواء كان من أهل الصيانات والمروات أولا.. قال في المبسوط: لان علياً عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح... » وهذا يعني أن جميع المسلمين في الحقوق والاحكام على حد سواء ولا فضل لاحد منهم على أحد فيها[1] .

---

١) وقد استشكل في الحكم بوجوب الاحضار مطلقا جماعة ، فعن المحقق الاردبيلي « قده » في شرح الارشاد : في الوجوب بل الجواز تأمل ان لم يكن اجماع، اذ مجرد الطلب الى مجلس القاضي والدعوى ضرر واهانة ، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محل تأمل وكون الظاهر صحة دعواه لا يوجب ذلك وهو ظاهر ، على أن

ولا فرق في ذلك بين تحرير المدعي دعواه وعدم تحريرها :

قال المحقق : « سواء حرر المدعي دعواه أم لم يحررها » .

قال: « أما لو كان غائباً لم يعده الحاكم حتى يحرر دعواه والفرق لزوم المشقة في الثاني وعدمها في الاول » .

أقول : هذا المقدار من المشقة لا يرفع وجوب الاحضار على الحاكم أو وجوب الحضور على المدعى عليه، والا لانتفت الفائدة من نصب الحاكم والرجوع اليه وهي فصل الخصومة ورفع النزاع... فلا وجه لهذا التفصيل لكن تقدم التأمل في أصل وجوب الاحضار، فعلى الحاكم أن يحكم في القضية بحسب الموازين ثم الغائب على حجته .

تحرير الدعوى لا يضره بوجه. وفي المستند بعد كلام له: وبالجملة لا وجه تاماً لوجوب الاحضار مع جواز الحكم على الغائب، فالاقرب التخيير والاولى البعث اليه واخباره بأنه يحضر أو يحكم عليه . وفي الكفاية بعد أن نسب القول بالوجوب مطلقاً الى المعروف من مذهب الاصحاب: والاحوط ان لا يحكم باحضاره قبل تحرير الدعوى لان في الاحضار في مجلس الحكم نوع ايذاء. وقال السيد في العروة: والاقوى عدم وجوب احضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه اذا أسقط حق حضوره. وقال السيد الخونساري: فان تم الاجماع فلا كلام والا فيشكل ، حيث أنه مع عدم ثبوت شيء على المدعى عليه ما وجه الزامه ؟

٢٤٤ ـــــــ

أقول : مقتضى القاعدة الاولية توجه المؤنة الى الملتمس. وأما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السبب الاقوى في لزوم المؤنة والضرر ، والظاهر أن المدعي هنا هو السبب للضرر اختياراً، وليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى في السببية للضرر.

وفي الجواهر : لايمكن مطالبة المدعي بالضرر لانه لاجعالة ولا اجارة ، وأما الخصم فلا وجه لمطالبته ، قال : بل في المرة الاولى كذلك لايجب على المدعي دفع المؤنة . وفيه : أنا قد ذكرنا سابقاً أن عمل المسلم محترم والمفروض عدم اتيانه العمل بقصد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعي فعليه دفع المؤنة .

وأما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنة كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلي لادليل عليه.

قال المحقق : « ولو ادعى على امرأة فان كانت برزة [1] فهي كالرجل وان كانت مخدرة بعث اليها من يثق به في الحكم بينها وبين غريمها » .

أقول : وجه هذا كله واضح لايخفى .

---

١) المراد من المرأة البرزة هي غير المخدرة كما هو مقتضى التقابل بينهما، لكن المرجع فيه العرف والعادة كما نص عليه جماعة.

كتبة مجلس الحكم

وفيها مقاصد : « الاول » فى وظائف الحاكم .
« الثانى » فى مسائل متعلقة بالدعوى .
« الثالث » فى جواب المدعى عليه .
« الرابع » فى كيفية الاستحلاف.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المقصد الاول

(في وظائف الحاكم)

الاولى : التسوية بين الخصمين .

قال المحقق : « التسوية بين الخصمين في السلام والجلوس والنظر والكلام والانصات والعدل في الحكم » .

أقول: جعله التسوية بين الخصمين من الوظائف ظاهره الوجوب وبه صرح في الجواهر[1].

قال: « ولا تجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً » .

أقول : وأما ما ورد عن الامام الباقر عليه السلام من أنه « كان في بني اسرائيل قاض وكان يقضي بالحق فيهم فلما حضره الموت قال لامرأته: اذا أنا مت فاغسليني وكفنيني وضعيني على سريري وغطي وجهي فانك لاترين سوءاً ، فلما مات فعلت ذلك ثم مكث بذلك

---

١) بل لقد نسبه في المستند الى صريح المحقق ، ويتضح ذلك من قوله بعدئذ : ولاتجب التسوية في الميل بالقلب لتعذره غالباً .

٢٥٠ ـــــــ

بين الخصمين في الاسلام أو الكفر أي كونهما مسلمين أو كافرين، وأما اذا كان أحدهما مسلماً جاز أن يكون الذمي قائماً والمسلم قاعداً أو أعلى منزلا ، قال في الجواهر« بلاخلاف، بل في الرياض أنه كذلك قولا واحداً »[1].

قلت: أما العدل في الحكم فلاخلاف بين المسلمين في وجوبه حتى لو كان أحد الخصمين مسلماً والاخر كافراً ، وهو صريح الكتاب[2].

---

١) ولما ذكره الاصحاب في كتبهم عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه جلس بجنب شريح في حكومة له مع يهودي في درع وقال: «لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم يقول: لاتساووهم في المجلس». قال في المستند : وضعفه منجبر ، وهل يختص ذلك بالمجلس أو يتعدى الى غيره أيضاً؟ الظاهر التعدي كما اختاره في الروضة ، واليه ذهب والدي في المعتمد واستقواه بعض المعاصرين ، للاصل واختصاص النصوص بحكم التبادر واختصاص المورد بالمسلمين وخلو ماظاهره العموم عن الجابر مع ضعفه .

٢) كقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « ان الله يأمر بالعدل ... » وقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولايجرمنكم شنآن قوم على أن لاتعدلوا

والاخبـار المستفيضة ان لم تكن متواترة[1]. . . هذا اذا لم يكن في الحكم ضرر، وأما اذا كان فيه ضرر فان كان الضرر المترتب متوجهاً الى حياة الحاكم ، بمعنى أنه لو حكم بالعدل في القضية وقعت حياته في خطر ترك الحكم بالعدل ، ولكن ليس له الحكم بالباطل ، وان استلزم الحكم ضرراً على المدعى عليه زائداً على أصل ما يقتضيه لم يجب عليه اصدار الحكم حينئذ ، وان استلـزم ضرراً على المدعي فان كان باختيار نفسه فالامر واضح ، وان كان الضرر يتوجه اليه فيما اذا حكم لـه الحاكم من قبل المحكوم عليه فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك .

وان تعارض ضرر ان على أثر حكم كضرر الحاكم وضرر المحكوم عليه مثلا، فقيل: مقتضى قاعدة نفي الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الاشد ، وفيـه : ان مقتضى القاعدة أن لايحكم الحاكم في القضية أصلا .

وأما التسوية بين الخصمين المسلمين أو الكافرين في الامور

اعدلوا هو أقرب للتقوى » وقوله تعالى: « ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ... » .

١) تجدها في الابواب المختلفة من كتاب القضاء من وسائل الشيعة ، ويدل عليه الروايات التي يستدل بها على وجوب التسوية بين الخصمين في أنواع الاكرام وسيأتي ذكر بعضها .

الاخرى كالسلام والجلوس والنظر والكلام والانصات ونحو ذلك ففي وجوبها خلاف ، ففي المسالك نسبة الوجوب الى الاكثر، بل ادعى عليه الشهرة ، وقد يستدل له بقوله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق »[1] ونحوه ، بناءاً على أن التسوية بينهما في هذه الامور أيضاً من مقدمات الحكم ، فيكون معنى الاية وجوب العدالة في الحكم ومقدماته .

بل قيل بوجوب التسوية بينهما في رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الاخر صبر حتى يسلم الاخر فيرد عليهما معاً مرة واحدة بقوله : « وعليكما السلام » الا اذا طالت المدة عرفاً فيرد السلام على الاول حينئذ .

أقول : لكن استفادة وجوب التسوية بينهما في هذه الامور من الاية الكريمة مشكلة .

واستدل أيضاً بروايات على وجوب التسوية :

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبى المقدام عن أبيه عن سلمة بن كهيل قال : سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح . « . . . ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك من عدلك ... »[2] .

---

١) سورة ص : ٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٥ .

٢٥٤ ـــــــ

أقول : وماذكره « قده » يتم بناءاً على كون « حتى » تعليلية ، وأما بناءاً على كونها غائية وأن الامام عليه السلام قد ألزمه بالتسوية حتى لايطمع ... فلا ، والظاهر هو الثاني، ولو سلمنا كلامه فان العلة لاترفع الحكم ، فلو قال : لاتشرب الخمر لانه مسكر لم يكن معناه عدم الحرمة عند عدم الاسكار ، بل يحرم شربه حتى قليله الذي لا يسكر وحتى اذا مزج بالماء كما روي فعله من بعض خلفاء الجور.

(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث اذ حفظتهن وعملت بهن كفتك ماسواهن وان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن. قال : وماهن يا أبا الحسن ؟ قال : اقامة الحدود على القريب والبعيد والحكم بكتاب الله في الرضا والسخط والقسم بالعدل بين الاحمر والاسود . قال عمر : لعمري لقد أوجزت وأبلغت »[1].

قال بعض المعاصرين : ان قوله عليه السلام : « ان حفظتهن

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٥٦ . وهو للكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن اسماعيل بن مرار عن يونس عن عبيدالله بن علي الحلبي عن الصادق عليه السلام . وفيه « اسماعيل بن مرار » وهو مختلف فيه ، فقد ذكر في تنقيح المقال عد الشيخ اياه في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام ساكتاً عليه ولم ينقل عن النجاشي فيه شيئاً، ثم ذكر عن المحقق الوحيد البهبهاني « قده » توثيقه ووافقه عليه، أما السيد الخوئي دام ظله فقد ذكر كلام الوحيد ولم يوافقه . فراجع.

وعملت بهن كفتك ماسواهن، وان تركتهن لم ينفعك شيء سواهن » يفيد عدم لزوم شيء آخر وراء ما ذكر[١].

وفيه : ان كانت الاخبار الدالة على وجوب تلك الامور معتبرة سنداً ودلالة لم يجز لنا رفع اليد عن مداليلها بهذه الرواية، والمراد من هذه الرواية التأكيد على أهمية هذه الامور الثلاثة، على أن من الواضح وجود أمور لاريب في حرمة فعلها أو تركها على القاضي لم يذكرها الامام عليه السلام في هذه الرواية فتكون نظير قوله تعالى: «ان تجتنبوا كبائر ماتنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم»[٢] فانه لا يقتضي خروج الصغائر عن كونها معاصي منهي عنها .

٣ ـ السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : « من أبتلي بالقضاء فليواس بينهم في الاشارة وفي النظر وفي المجلس »[٣].

---

١) جامع المدارك : ٦/٢١ .

٢) سورة النساء : ٣١ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ وهو للكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي ـ وهو الحسين بن يزيد ـ عن السكوني ـ وهو اسماعيل بن أبي زياد ـ عن أبي عبدالله عليه السلام. ولقد كثر البحث عن وثاقة النوفلي والسكوني بين الاعلام، اذ لم ينص قدماء الرجاليين على توثيق لهما. نعم عن الشيخ في كتاب العدة دعوى اجماع الطائفة على العمل بروايات السكوني ... نعم هما معاً من رجال كتاب كامل الزيارات الذي التزم فيه بالرواية عن الثقات فلاحظ. وتأمل.

والامر ظاهر في الوجوب .

٤ ـ السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان رجلا نزل بأمير المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياماً ثم تقدم اليه في خصومة لم يذكرها لامير المؤمنين عليه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم نهى أن يضاف الخصم الا ومعه خصمه »[1].

فان المستفاد منه لزوم ترك كل أمر ينتزع منه الحب والاختصاص واللطف لاحد الخصمين دون الاخر .

٥ ـ عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى قاض فكن عن يمينه . يعني عن يمين الخصم »[2] أي كن الى جنبه من طرف يمينه .

هذا ، وقد اختار في الجواهر تبعاً لجماعة استحباب التسوية ، فقال ـ بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذكر كلام صاحب الرياض في اعتبار أسانيدها وحجية بعضها: « الا أنه لا يخفى عليك ما فيه من دعوى اعتبار أسانيدها وحجية بعضها ، لانه مبني على أنه ان كان في السند أحد من أصحاب الاجماع لم تقدح جهالة الراوي بل وفسقه، والتحقيق خلافه... وحينئذ فقطع الاصول المعظمة بمثل هذه النصوص المنساق منها ارادة ضرب من الندب والكراهة كما

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٧ بالاسناد المتقدم .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ . وهو خبر صحيح .

٢٥٨ ـــــــ

على خصمه ، ولا أن يهديه لوجوه الحجاج » .

أقول : ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ، فمثلا قد يطرح المدعي دعواه بحيث يحتاج الى اقامة البينة عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذي لا يحتاج اليها، أو أن يقول المنكر للمدعي « أعطيتك طلبك » فيكون مدعياً يحتاج الى البينة على اعطائه الطلب ، فيلقنه الحاكم أن يقول « لا تطلبني » فيكون منكراً لا يحتاج الى اقامة البينة ، وقد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله : « لان ذلك يفتح باب المنازعة وقد نصب لسدها » .

أقول : ولكن هذا لا يكون دليلا لعدم جواز التلقين في جميع الموارد ، بل التلقين قد يؤدي الى سرعة حل النزاع وسد باب المخاصمة في بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى . هذا أولا. وثانياً : فتح باب المخاصمة فيما اذا ساعد على ظهور الحق وواقع القضية غير محرم ، فالصحيح عدم الحرمة[1] الا اذا استلزم التلقين

---

١) اذ الاجماع المدعى لم يعلم تحققه، والنص مفقود، والتعليل المذكور ضعيف، بل لقد استضعفه بعض القائلين بالحرمة كالمحقق النراقي حيث قال : وأما ما ذكروه دليلا على عدم الجواز مطلقا من ايجابه فتح باب المنازعة فضعيف لمنع عدم جواز فتحها كلية أولا وعدم ايجابه له على الاطراد ثانياً . ومن هنا قال صاحب الكفاية : لا أعرف على أصل الحكم حجة فللتأمل فيه مجال ، وعن المحقق

٢٦٠ ـــــــ

لهما : تكلما أو ليتكلم المدعي، ولو أحس منهما باحتشامه أمرمن يقول ذلك » .

أقول : لم أجد نصاً يقتضي استحبابه، والظاهر أنه أمرأخلاقي مستحسن عقلا[1].

قال : « ويكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من ايحاش الاخر » .

أقول : هذا لانه ينافي التسوية ، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهة أحدهمابالخطاب دون الاخر غيرجائز لا مكروهاً[2]، اللهم

---

١) لعدم النص أولا ، ولوقوع الخلاف في الحكم المذكور ثانياً ، قال في المستند : « وظاهر الحلي عدم الاستحباب حيثقال: ولا ينبغي للحاكم أن يسأل الخصمين ، والمستحب له تركهاحتى يبدء بالكلام ، فان صمتا فله أنيقول لهما حينئذ: ان كنتما حضرتما بشيء فاذكراه » .

٢) كما قال في المسالك: وقد تقدم أنالتسوية فيه واجبة وههنا جعل هذا النوع من الخطاب مكروهاً، فاما أنه استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم ، وظاهر العلامة في التحرير والشيخ في المبسوط التحريم ، لانهما عبرا بصيغة النهي كالسابق ، وهو حسن لاشتراكهما في المقتضي له ، وفي الدروس لم يجعل التسوية في الكلام من الواجب وذكر كراهة تخصيص أحدهما بالخطاب هنا وهو يدل على كراهته مطلقاً .

الا اذا كان ذلك بحيث لا ينافي التسوية مثل ما اذا كان أحدهما حاضراً قبل الاخر وهو لايعلم بكونهما خصمين .

الوظيفة الرابعة

(ترغيب الخصمين فى الصلح)

قال المحقق : « اذا ترافع الخصمان وكان الحكم واضحاً لزمه القضاء ، ويستحب ترغيبهما في الصلح ... » .

أقول : في صورة وضوح الحكم يلزمه القضاء ولا سيما مع المطالبة به .

والترغيب في الصلح حينئذ معناه أن يتراضيا ـ بترغيب من القاضي ـ بعدم صدور الحكم وبفصل الخصومة بالمصالحة[1]، لكن المحقق رحمه الله يقول في الوظيفة السابعة ـ كما سيأتي ـ : « ويكره للحاكم أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال » ، الا أن يجمع بين كلاميه بأن ترغيبهما في الصلح هو قبل الحكم وفي صورة جهلهما

---

١) لقوله تعالى : « والصلح خير » وقوله : « انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم » وغيرهما ، وفي صحيحة هشام بن سالم : «لان أصلح بين اثنين أحب الي من أن أتصدق بدينارين ».

وعن جماعة: انه لايجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به.

وقيل: ان المستحب للقاضي الترغيب في أصل الصلح، وأما التوسط فيما يصلحان به فيحوله الى ثالث .

به . وأما بعد ما حكم وعلم به يكره أن يشفع في اسقاط حق أو ابطال .

بل يجب على القاضي ذلك في موارد، ومن الموارد التي على القاضي الترغيب في المصالحة فيها هو فيما اذا نصب قاض للقضاء بين الناس وهو يعلم بعدم عدالة نفسه ، فانه لا يجوز له الحكم في هذه الحال ، بل عليه ترغيب المتخاصمين في المصالحة أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أونحو ذلك من الطرق، ثم ارجاع النظر في القضية والحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح .

هذا وأما مع عدم وضوح الحكم فلايجوز التعجيل في الحكم بل يستحب احضار العلماء والفضلاء في مجلس الحكم والتشاور معهم حتى يقل الاشتباه والخطأ مهما أمكن .

الوظيفة الخامسة

(رعاية العدالة فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق « قده » : « اذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالاول فالاول ، فان وردوا جميعاً قيل : يقرع بينهم ، وقيل : يكتب أسماء المدعين ولا يحتاج الى ذكر الخصوم ، وقيل : يذكرهم أيضاً لتنحصر الحكومة معه وليس معتمداً، ويجعلها تحت ساتر ويخرج رقعة رقعة ثم يستدعي صاحبها ، وقيل : انما يكتب أسماءهم مع

تعسر القرعة بالكثرة » .

أقول : اذن في المسألة أقوال متعددة ، لكن المشهور ـ كما عن المسالك ـ هو القول الاخير[1].

الوظيفة السادسة

(عدم سماع دعوى المدعى عليه حين اقامة المدعى دعواه)

قال المحقق : « اذا قطع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى لم يسمع حتى يجيب عن الدعوى وتنتهي الحكومة ثم يستأنف هو ».

أقول: اذا أقام أحد المتداعيين دعواه كان وظيفة القاضي الاستماع لها ، فلو تكلم الاخر في خلال دعواه لم يسمع كلامه ، ثم عندما تنتهي دعواه يسكت هذا ويبدأ ذاك، وذلك لاحقية السابق في الحقوق المشتركة مطلقاً ، أي سواء في القضاء أو الفتوى أو الدرس ، فان الاسبق أحق، وكذا الامر في الاموال المشتركة فمن سبق الى مكان مشترك فهو أحق به .

وهل لو خالف الحاكم ذلك ضمن ـ بالاضافة الى المخالفة للوظيفة الشرعية ـ ؟ فيه تردد .

ولو أسقط السابق حقه سقط .

وهذا المعنى لا يختص بمورد الخصومة ، فلقد كان من سيرة

---

١) وفي النافع لم يذكر الا قولا واحداً حيث قال: «وان اجتمع خصوم كتب أسماء المدعين واستدعى من يخرج اسمه » .

النبي صلى‌الله عليه وآله وسلم أنه اذا كلمه أحد لا يستمع الى كلام غيره حتى يتم الكلام مع الاول الا باذنه .

الوظيفة السابعة

(استماع دعوى الذى على يمين صاحبه)

قال المحقق: « اذا بدرأحدالخصمين بالدعوى فهو أولى ولو ابتدرا بالدعوى سمع من الذي على يمين صاحبه » .

أقول : لاريب في أولوية من‌بدر من‌الخصمين بالدعوى‌بايراد دعواه ، ولو ابتدرا معاً ذكروا : أنه يسمع الحاكم من الذي على يمين صاحبه (مع أنهم قالوا في مسألة ورودهما معاً عليه بالقرعة)، وقد استندوا في ذلك الى صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقدم صاحب اليمين في‌المجلس بالكلام »[1]. ويؤيده‌صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة سابقاً: « اذا تقدمت مع خصم الى وال أو الى‌قاض فكن عن يمينه ـ يعني: عن يمين الخصم»[2]بناء على عود الضمير الىٰ الخصم ...

وعن الشيخ في المبسوط نسبته الى رواية أصحابنا ، ثم ذكر الاقوال في المسألة ثم قال : « وبعد ما رويناه القرعة أولى »، وعن

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ .

٢٦٦ ـــــــ

المقصد الثاني

المسألة الاولى

(هل تسمع الدعوى المجهولة؟)

قال المحقق «قده» : « قال الشيخ : لاتسمع الدعوى اذاكانت مجهولة، مثل أن يدعي فرساً أوثوباً ، ويقبل الاقرار المجهول ويلزم تفسيره ، وفي الاول اشكال »[1] .

---

١) ذكروا أنه لاخلاف في صحة الوصية بالمجهول والاقرار بالمجهول ، فيقبل دعوى الوصية به والاقرار به ، بل في الرياض عن التنقيح الاجماع على ذلك، ثم وقع الخلاف بينهم في الدعوى وأنه هل يشترط في سماعها كون المدعى به معلوماً معيناً أم تسمع الدعوى المجهولة كما هو الحال في الوصية والاقرار على قولين: فالاول عدم الجواز ، وقد حكي هذا القول عن الشيخ وابن ادريس وجماعة من القدماء والمتأخرين . والثاني : الجواز ، وبه صرح المحقق في النافع بقوله: وفي سماع الدعوى المجهولة تردد والاشبه

أقول : وجه الاشكال عدم الفرق بين الدعوى والاقرار في ذلك وقد استدل القائلون بالفرق بعدم الفائدة من الدعوى اذا كانت مجهولة . وأورد عليه بأن الاقرار كذلك ، فان الزم بالتفسير فليلزم المدعي بتفسير دعواه المجهولة . وذكر بعضهم في وجه الفرق : ان أثر الاقرار ثبوت حق للمقر له ولو اجمالاً عند الحاكم فلو لم يسمعه لضاع هذا الحق ، فعليه أن يسمعه حتى يمكنه الزامه بالتفسير فاذا لم يسمعه لم يفسر ، بخلاف المدعي للدعوى المجهولة فانه اذا لم يرتب الحاكم أثراً على دعواه المجهولة اضطر بنفسه الى التفسير ، لانه يدعي حقاً لنفسه عند المدعى عليه. وأشكل عليه بأن مجرد هذا

الجواز، والعلامة في القواعد حيث قال: والاقرب سماع الدعوى المجهولة ، والشهيد الثاني في المسالك والروضة ، بل نسبه في المستند الى أكثر متأخري المتأخرين بل الاكثر مطلقاً .

واستدل على الاول : بأنه لا يترتب على هذه الدعوى الاثر وهو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بالايجاب. واستدل على الثاني : بأنه مقتضى عمومات الدعوى والمدعي والحكم ، وبأن عدم سماع هذه الدعوى قد يوجب الضرر على المدعي، وأجابوا عن دليل الاول بمنع عدم الفائدة، وبأنه ينافي قولهم بقبول الاقرار بالمجهول، وحينئذ يبقى تعيين الحق أمراً آخر، وأما وجوه الفرق التي ذكروها بين المقامين فلم يتم شيء منها كما ذكر السيد الاستاذ دام بقاه .

لايكفي لدفع الايراد بأن وظيفة الحاكم هـو الحكم وهذا متوقف على استماعه بلافرق بين الدعوى والاقرار .

ويمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالاقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم بـه ويلزم المقر بالتفسير ، وأما في الدعوى المجهولة فان أصل الحق مشكوك فيه ، وحينئذ فليس على الحاكم الزامه بالتفسير فان شاء المدعي أن يفسر فهو . ولكنه أيضاً لا يكون جواباً ، فان القضـاء واجب على الحاكم ، سواء فـي المورد المقطوع بهـا والمشكوك فيها .

وقال صاحب الجواهر بعد ذكر الوجوه المذكورة والاشكال فيها: « فالتحقيق أن يقال :لا ريب في عدم سماع الدعوى المجهولة من كل وجه التى من أفرادها مالايقبل الدعوى . . . أما المجهولة التى كليها يوجب غرامة بأي فرد يفرض تشخيصه فلامانع من قبولها وفاقاً لاكثر المتأخرين أو جميعهم الا النادر . . . »

أقول : ذكر هذا الشيخ فى المبسوط ، ولعل وجهه دعـوى انصراف الاطلاقات الواردة في القضاء عن المورد الذي لا يفسر فيه المدعي دعواه . وهنا تارة عندما يطالب بالتفسير يترك الدعوى ويرفع اليد عنها فلا كلام. وأخرى يدعي النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعي الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول «اسألوه فان لم يقر فلا دعوى » ، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعى عليه. فدعوى الانصراف في الشق الاول صحيحة دون الثاني.

ثم قال الشيخ : « هذا كله مالم يكن وصية فأما ان كانت وصية

سمع الدعوى فيها » .

أقول: لما تقرر في كتاب الوصية من أنه يصح الوصية بالمجهول وقد بحثوا هناك عن مقدار ما اذا أوصى بـ « شيء » أو « شيء كثير » أو « جزء من المال » ونحو ذلك، حيث يدل ذلك على صحة الوصية بالمجهول .

قال الشيخ «قده» : « والفصل بينها وبين سائر الحقوق . . . ان تمليك المجهول بها يصح فصح أن تدعى وصية ، وليس كذلك غيرها لان تمليك المجهول به لا يصح » .

أقول : لاريب في جواز تملك المال المجهول كماً وكيفاً ، وهل يجوز تمليكه ؟ نعم يجوز تمليكه هبة كأن يعطيه صندوقاً قائلا له : وهبتك الصندوق بما فيه ، أو وصية ، فان ادعى تمليك شيء مجهول لا بالوصية والهبة والصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تمليك المجهول بغير هذه الامور .

وحيث أن الاقرار بالمجهول مسموع فهل دعوى الاقرار كذلك مسموعة أيضاً؟ قيل: نعم لوجود الفائدة، وفي الجواهر عن الدروس فيه وجهان . وذكر للعدم عدم ايجاب هذا الاقرار حقاً لان الاقرار لا يثبت المقر فيه ، وأجاب عنه في الجواهر: بأنه لما ثبت اقراره بالدعوى أثبت الاقرار المقر فيه، ولا فرق في ترتب الفائدة ووجودها بين كونه مع الواسطة أو بدونها، فالصحيح أنه بناء على الاستماع لا فرق .

المسألة الثانية

(هل يشترط الجزم في الدعوى؟)

قال الشيخ «قدد»: «فان كانت أثماناً فلابد من ثلاثة أشياء يكون بها معلومة وهو : أن يذكر القدر والجنس والنوع . . . فان كان هناك خلاف في صحاح أو مكسرة فلابد من أن يقول : صحاحاً أو مكسرة ، لان التفاوت كثير في كل هذا . قالوا : أليس لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف الى نقد البلد ؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقاً وينصرف الى نقد البلد ؟ قلنا : الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجباً عليه وذلك يختلف في وقت وجوبه باختلاف الازمان والبلدان ، فلهذا لم يسمع منه الا محررة ، وليس كذلك الشراء لانه ايجاب في الحال ، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات ، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون في البلد نقود مختلفة فحينئذ لايصح أن يطلق الثمن ولابد أن يكون موصوفاً. هذا اذا كانت أثماناً .

فأما ان كانت من غير الاثمان لم يخل من أحد أمرين : اما أن يكون عيناً قائمة أو تالفة، فان كانت عيناً قائمة نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب والثياب ضبطها وطالب بها ، وان ذكر القيمة كان تأكيداً . وان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. وان كانت العين مما لايمكن ضبط صفاتها كالجواهر

ونحوها ذكر قيمتها. وأما ان كانت تالفة نظرت فان كان لها مثل كالحبوب والادهان والاقطان وصفها وطالب بها لانها يضمن بالمثل ، وان لم يكن لها مثل كالعبيد والثياب فلابد من ذكر القيمة » .

قال المحقق : « وفي الكل الاشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالاقرار » .

ثم قال «قده»: « ولابد من ايراد الدعوى بصيغة الجزم ...» .

أقول : فسر صاحب الجواهر « قده » كلام المحقق بقوله : « التي يستدل بها على جزم المدعي بما يدعيه كما عن الكافي والغنية والكيدري وظاهر الوسيلة بل في الكفاية نسبته الى الشهرة» وعلل قول المحقق : « فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع » بقوله : « لان من لوازم الدعوى الصحيحة امكان رد اليمين على المدعي وهو منتف ، وللقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعي أو عدمه وهو منتف هنا أيضاً » أي : لافرق بين النكول والرد ، وحيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحة . هذا توجيه منه لكلام المحقق .

قال في الجواهر : « ولعدم صدق الدعوى عليه عرفاً » أي : لان الدعوى هو الاخبار عن جزم .

قال المحقق«قده»: «وكان بعض من عاصرناه يسمعها في التهمة ويحلف المنكر . وهو بعيد عن شبه الدعوى » .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلي، وفي الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع في مثل القتل والسرقة

ونحوهما من الامور التي يعسر الاطلاع عليها ولايمكن الجزم فيها بسرعة ولاتسمع في غيرها ، وعن الايضاح : أنه قوى عدم اشتراط الجزم ، لكن عن الرياض الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الاصحاب ، بل انهم بين قولين: اعتبار الجزم والاكتفاء بالتهمة في مقامها .

وقال في المسالك : نبه بقوله ايراد الدعوى بصيغة الجزم على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان في اللفظ، بأن يجعل الصيغة جازمة دون أن يقول : أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم الى جزمه بالصيغة جزمه بالقلب واعتقاده لاستحقاق الحق أم لا ، والامر كذلك فان المدعي لايشترط جزمه في نفس الامر ، لانه اذا كان للمدعي بينة يشهد له بحق وهو لايعلم به فله أن يدعيه به عليه وان لم يعلم سببه في نفس الامر ما هو .

أقول : كأن ثاني الشهيدين «قده» يريد أن قول المحقق«قده»: «بصيغة الجزم» وعدم قوله بالجزم القلبي هولاجل وجوب السماع في هاتين الصورتين وان لم يكن يقين قلبي، كما تجوز الشهادة بالحق استناداً الى الاقرار وان لم يكن يقين قلبي ، وكذا المجتهد يخبر عن حكم الله تعالى ويفتي به تارة عن علم وأخرى بالاستناد الى امارة وان لم يجزم بذلك الحكم .

لكن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم في الموردين ويجب سماعها وان لم يكن عن يقين ، فانه اذن يمكن دعوى الجزم في كل مورد .

٢٧٤ ـــــــ

وأما استدلال صاحب الرياض عليه بأن الدعوى توجب التسلط على الغير بالالزام بالاقرار أو بالانكار أو التغريم وهو ضرر عليه منفي ، ففيه أنه قديوجب عدم سماعها الضرر على المدعي .

وأما لزوم رد اليمين فان ذلك غير لازم في موارد كثيرة

وعن المحقق العراقي «قدد» الاستدلال بالاخبار الواردة في القصار والصباغ لجواز الدعوى المجهولة التي قامت الامارة على تهمة المدعى عليه ، فان تم هذا الحمل بالنسبة الى تلك الاخبار فان التمسك بالعمومات لامانع منه، ولوشك في تخصيصها فالاصل عدمه[1] .

احلفته » (٣) خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: « لايضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً » وهذه الاخبار ونحوها تجدها في الباب (٢٩) من أبواب كتاب الاجارة من وسائل الشيعة: ١٣/ ٢٧١. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ماسينقله السيد الاستاذ دام بقاه عن المحقق العراقي .

١) هذا، ولابأس بذكر ملخص عبارة المستند في بيان الاقوال في المسألة ، وهي هذه : « ذهب المحقق وجماعة الى أنه يشترط في الدعوى كونها بصيغة الجزم ، وهو المحكي عن ابن زهرة والكيدري والتنقيح ، ونسبه في الكفاية الى المشهور وفي المعتمد الى الاكثر. وحكي عن الشيخ نجيب الدين ابن نما وفخر المحققين

٢٧٦ ـــــــ

المسألة الثالثة

(في حكم مطالبة المدعى عليه بالجواب)

قال المحقق «قده»: «اذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعي ؟ فيه تردد ، والوجه أنه يتوقف لانه حق له فيقف على المطالبة » .

أقول: اذا حرر المدعي دعواه والمدعى عليه حاضر فهل على الحاكم أن يطالب بالجواب من المدعى عليه أولا يطالبه به الابعد التماس المدعي ذلك ؟ لا اشكال في جواز مطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه وان لم يلتمس منه المدعي ذلك ، الا اذا رفع المدعي اليد عن حقه ، فلا موضوع لمطالبة الحاكم الجواب من المدعى عليه ، فان لم يسقط حقه ولكن لم يلتمس من الحاكم المطالبة بالجواب فلايجب كذلك، فان التمس وجب على الحاكم ذلك عند الاكثر لان ذلك مقدمة للقضاء الواجب فيجب . ويمكن الخدشة في ذلك بأنه ليس القضاء موقوفاً على جواب المدعى عليه في كل مورد بل للحاكم أن يطالب باقامة البينة من المدعي فان أقامها حكم . هذا اولا . وثانياً : لو فرض توقف الحكم عليه وأنه قديقر بالحق فلاحاجة الى البينة ، فما الدليل على وجوب تحصيل موضوع القضاء ومقدمته على الحاكم ؟

وفي السبسوط ذكر في المسألة قولين ، ثانيهما: عدم التوقف،

٢٧٨ ـــــــ

بأن يحكم بعد قيام البينة ولايطالب المدعى عليه بشيء ، فان قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ونحوه منصرف عن مثله ، لاسيما وان المتعارف من القضاء كونه كذلك ، فان القضاة كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه في دعوى المدعي .

المسألة الرابعة

(في حكم الدعوى على القاضي)

قال المحقق : « لو ادعى أحد الرعية على القاضي ، فان كان هناك امام رافعه اليه وان لم يكن وكان في غير ولايته رافعه الى قاضي تلك الولاية ، وان كان في ولايته رافعه الى خليفته » .

أقول : ان كان النزاع في زمن حضور الامام فانه يرجع اليه، وان كان في زمن الغيبة وكان النزاع مع حاكم فانه يحضر عند حاكم آخر في عرضه في ولايته فان لم يكن في الولاية ففي غيرها وان كان ذاك الحاكم منصوباً من قبل هذا الحاكم المخاصم .

والدليل على سماع هذه الدعوى اطلاقات أدلة القضاء .

المسألة الخامسة

(في استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق « قده » : « يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدي

٢٨٠ ـــــــ

المقصد الثالث

(في جواب المدعى عليه)

قال المحقق « قـده » : « في جواب المدعى عليه ، وهو اما اقرار أو انكار أوسكوت » .

أقول : جواب المدعى عليه للدعوى التي يقيمها المدعي له صور، وقد أضاف بعض الاصحاب الى ماذكر المحقق صورة رابعة وهي أن يقول في الجواب : لاادري[1]، وأضاف آخر صورة خامسة

---

١) قال الاشتياني والسيد قدس سرهما ان في عد « السكوت » جواباً مسامحة ، وفي المسالك : وانما جعل السكوت جواباً لانه اذا أصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل وردت اليمين على المدعي، فهو في الحكم كالانكار فكان في معنى الجواب . لكن قال الاشتياني: التوجيهات التي ذكروها له من كونه في حكم الانكار اذا أصر عليه أو غير ذلك لاتخرجه عن المسامحة كما لايخفى .

ثم قال : انما الاشكال فيما ذكره شيخنا الاستاد دام ظله وفاقاً

٢٨٢ ـــــــ

لااشكال في أن فصل الخصومة من آثار الحكم ، فمع الحكم لاتسمع دعواه لو عدل عن اقراره أو أنكره بعدئذ، ولو كان ذلك منه قبل الحكم لسمعت دعواه ، فهذا الاثر يختص بالحكم ، وأما غير هذا الاثر من الاثار فقد قال جماعة بأن الاحوط عدم ترتيبه حتى يحكم الحاكم، ووجه هذا الاحتياط هو أنه كما أن فصل الخصومة متوقف على الحكم فكذلك غيره من الاثار، اذ مع الحضور عند الحاكم والترافع لديه يكون الامر بيده وتتوقف الاثار كلها على حكمه ، وان قامت الحجة بعد الاقرار للمدعي على أخذ مايدعيه ، فلا يبعد أن يكون هذا وجه الاحتياط وان كان مقتضى اطلاقات الادلة هو الاخذ بالحجة وبه قال جماعة .

ويدل على حجية الاقرار بناء العقلاء وسيرتهم على الاخذ به سواء حكم الحاكم أولا ، وقد أمضى الشارع هذه السيرة بقوله : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1]، فالاقرار حجة وان لم يحكم الحاكم ، نعم يحتمل أن يكون للحكم موضوعية في مورد النزاع، فالاحوط أن ترتب الاثار بعده .

ثم هل البينة كالاقرار أو أن حجيتها متوقفة على الحكم ؟ قال غير واحد من الاصحاب ـ بل قيل : انه المشهور ـ بالفرق بين

---

١) قال في وسائل الشيعة : ١١١/١٦ : « وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

الامرين[1] . وأن الاقرار حجة وتترتب عليه الاثار ـ عدا مايختص منها بالحكم ـ بخلاف البينة فلايترتب عليها أثر مطلقاً ، فلا يجوز له التصرف في المال مالم يحكم الحاكم ، فالبينة حجة بعد الحكم في مقام المرافعة الى الحاكم ، وأما مع عدم الترافع اليه وقيامها فهي حجة والاثر مترتب عليها .

وقيل: لافرق بين الاقرار والبينة ، فكما أن الاقرار حجة وللمقر له التصرف في المال وترتيب الاثر وكذا لغيره باذنه ، فكذلك البينة بعد قيامها. نعم يتوقف قطع النزاع على حكم الحاكم ويكون أثره عدم سماع الدعوى بعد ذلك ، فان كانت حجية البينة متوقفة في مقام التخاصم على حكم الحاكم فكذلك الاقرار من دون فرق بينهما.

ثم هل الاقرار تتقدر حجيته بمقدار ضرر المقر أو أنه كالبينة في الطريقية الى اثبات حق المقر له ؟ مثلا : اذا أقر بأن لزيد على ذمته كذا من الدراهم يكون اقراره حجة ، وأما اذا أقر بالنسبة الى عين خارجية بأنها لزيد فهل يفيد عدم كونها له فقط أو يفيد مع ذلك كون

---

١) وقد وقع البحث والكلام بينهم حول الوجوه التي ذكروها للفرق بينهما وما يترتب على ذلك من ثمرة ، وربما بني الخلاف في المقام على الخلاف في حجية البينة فعلى القول بعدم حجية البينة الا للحاكم توقف ثبوت الحق على الحكم بخلاف الاقرار وعلى القول بعموم حجيتها لم يتوقف كالاقرار. وان شئت التفصيل فراجع الكتب الاستدلالية المفصلة .

العين لزيد أيضاً فيكون الاقرار طريقاً الى مالكية زيد لتلك العين كالبينة ؟ وجهان .

قد يقال بالاول لان ذلك حد دليل حجية الاقرار وهو « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ، وأما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر ، بخلاف البينة فان مفاد دليل حجيتها وهو : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالته على عدم كونه للمنكر .

أقول : والوجه الثاني غير بعيد ، فانه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به ـ خصوصاً بعد حكم الحاكم ـ وكون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلافرق بين البينة والاقرار من هذه الجهة ، وانما ينشأ الاشكال فيما ذكرنا بناءاً على القول بانحلال الاقرار الى أمرين : « أحدهما » عدم كون المقر فيه للمقر، و« الاخر » كونه للمقر له ، فيقال بكونه حجة في الاول فقط ـ وهو عدم الملكية ـ لانه مقدار الضرر. ولكن لاوجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكية زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشمله « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

وكذلك لافرق بين الاقرار والبينة في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذي تنازعا فيه ، لان حكم الحاكم يفصل الخصومة بين المترافعين فلاتسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم في ذلك النزاع ، أما بالنسبة الى دعوى ثالث مالكية ماأخذه المقر

٢٨٦ ـــــــ

حقاً لا ينافي أن لا يكون أداء هذا الحق موقوفاً على اذنه أومطالبته ولا يستلزم أن يكون حراماً بدون ذلك ، فالصحيح الرجوع الى الادلة أو الاصول ، وحيث لا دليل في المسألة فان الاصل مع الشك في الحرمة هو عدم الحرمة، ومع الشك في الوجوب فهو عدم الوجوب الا أن يستفاد الوجوب من اطلاقات أدلة الحكم والقضاء ـ فمقتضى الاصل هو جواز الحكم من دون مسألة المدعي هذا من الناحية التكليفية ، وأما وضعاً فالاصل مع الشك هو عدم نفوذ هذا الحكم لكن ظاهر مقبولة عمر بن حنظلة «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه ...» هو الاطلاق ، فليس الحكم مقيداً بالمطالبة والمسألة من المدعي .

هذا مع أن الحكم قد يكون حقاً للمنكر كما اذا لم يقم المدعي البينة فيحلف المدعى عليه ، فان الحكم حينئذ حق للمدعى عليه لا للمدعي. نعم يجوز لمن كان حقاً له أن لا يطالب بحقه أو يسقطه ان كان قابلا له .

اذن يمكن القول بجواز الحكم مع عدم المطالبة، الا أن يقال بوجوبه حينئذ أيضاً تمسكاً باطلاقات الايات والروايات فيقال بأن الحكم وظيفة الحاكم بعد تمامية المقدمات سواء سئل بذلك أولا، وأما مع المطالبة فالحكم واجب بلا كلام .

قال : « وصورة الحكم أن يقول : ألزمتك ... » .

أقول: كل لفظ ظاهر في الحكم صدر بقصد الانشاء فهو الحكم وأما « ثبت عندي » ونحوه فليس صورة له لعدم ظهوره فيه .

وهل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الانشاء؟ قيل: نعم، وهو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، وشمول الاطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابة الاقرار:

قال: «ولو التمس أن يكتب له بالاقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه ونسبه ...».

أقول: وحيث حكم فهل يجب عليه كتابة الحكم مطلقاً أو في صورة الالتماس أولا يجب؟ قيل: يجب لان الكتابة من تبعات الحكم ولواحقه فيجب كتابة الحكم حتى يبقى ولا ينكر أو ينسى، ولانه ان لم يكتب أضاع حق المقر له، وقيل لا يجب لان الذي يفصل الخصومة ويقطع النزاع هو الحكم، وأما الكتابة فهي من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ـ لامن آثار الحكم ولواحقه ـ وحيث كان من باب الامر بالمعروف لغرض استيفاء الحق وانقاذه فان هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضاً فلا تجب الكتابة.

وقيل: تحرم الكتابة لانها قد تكون اعانة على الاثم كما اذا أخذ الشخص الكتابة الى حاكم جور فكانت سبب الظلم لاحد، أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانة على الاثم الصادر منه، وفصّل بعضهم بأنه ان كان احقاق حق المقر له متوقفاً على الكتابة وجبت والا فلا.

وبناء على وجوب الكتابة فلا يجوز له أخذ الاجرة عليها بناء

على عدم جواز أخذ الاجرة على الواجبات ، وهو جائز له بناء على عدم وجوبها عليه، وحيث لا يجوز له أخذ الاجرة فانه لا يجوز له أخذ شيء في مقابل الدواة والقرطاس أيضاً، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم في الفرع السابق .

هذا، ولو قصر في تطبيق القواعد والاحكام أو خالف في شيء منها فانه لا أثر لحكمه حينئذ ولا نفوذ وان كان حكمه حقاً لقوله عليه السلام «... ورجل قضى بالحق وهو لا يعلم فهو في النار...»[1] اذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار ، ولعل السر في ذلك أن الحكم له جهة تعبدية ويعتبر فيه قصد القربة وأن يكون على طبق الاحكام والقواعد المقررة لذلك من قبل الشارع ، فان لم يكن كذلك أو كان بالمقدمات المحرمة لم ينفذ ألبتة، وعليه فلو حكم بالحق رياء أو طلباً لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه .

ويحتمل أن يكون السر في ذلك اشتراط نفوذ الحكم بكونه صادراً عن المقدمات الصحيحة والمشروعة، فمع انتفاء الشرط ينتفي المشروط .

ولو شك في كون اصدار الحكم واجباً تعبدياً أو توصلياً فان الاصل في الواجبات هو التعبدية... وسيأتي مزيد تحقيق لهذه المسألة انشاء الله تعالى .

هذا ، ولو أجاب الحاكم المدعي بكتابة الاقرار والحكم لم

---

١) وسائل الشيعة : ١١/١٨ .

٢٩٠ ـــــــ

على انتحال اسم انسان غـائب واسم أبيه والانتساب الى آبائه ليقر أحدهما لصاحبه بمال ليس له أصل ، فاذا أثبت الحاكم ذلك على غير بصيرة كان مخطئاً مغرراً . وقال في مسائل خلافه : مسألـة اذا حضر خصمان عند القاضي فادعى أحدهما على الاخر مالا فـأقر له بذلك فسأل المقر له القاضي أن يكتب لـه بذلك محضراً والقاضي لا يعرفهما ، ذكر أصحابنا أنه لا يجوز له أن يكتب لانـه يجوز أن يكونا استعارا نسباً باطلا وتواطآ على ذلك ، وبه قال ابن جريـر الطبري ، وقال جميع الفقهاء : انه يكتب ويحليهما بحلاهما التامة ويضبط ذلك . قال رحمه الله : والذي عندي أنه لا يمتنع ما قالـه الفقهاء ، فان الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب ، فانه لا يكاد يتفق ذلك . ثم قال رحمه الله : والذي قاله بعض أصحابنا يحمل على أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر على ذكر نسبهما فان ذلك يمكن استعارته ، قال رحمه الله : وليس في ذلك نص مسند عن أصحابنا يرجع اليه . هذا آخر كلام شيخنا في مسألة من مسائل الخلاف .

قال محمد بن ادريس مصنف هذا الكتاب: الذي ذكره وذهب اليه شيخنا في مسائل خلافه هو الذي أقول به وأعمل عليه ويقوى في نفسي . وهـذا يبين لك أيها المسترشد أنه قد يذكر في نهايته شيئاً لا يعمل عليه ولا يرجع فيه الى خبر مسند يعتمد عليه ويرجع اليه ... » .

٢٩٢ ـــــــ

عليه‌السلام كان يحبس في‌الدين ثم ينظر فان‌كان‌له مال أعطى‌الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى‌الغرماء فيقول لهم : اصنعوا به ماشئتم ان شئتم واجروه وان شئتم استعملوه »[1].

بل عن الشيخين في المقنعة والتهذيب مرسلا: « قال الصادق عليه السلام لقوم من أصحابه : انه قد حق لي أن‌آخذ البريء منكم بالسقيم ، وكيف لايحق لي وأنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه حتى يترك » فهذا يفيد جواز الايذاء من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الاأنه لم يذكر حده في الروايات فيرجع ذلك الى نظر الحاكم .

فالحاصل : انه يلزم أن تكون أحكام القضاة وعقوباتهم مطابقة للادلة الشرعية والموازين المقررة الالهية، فما تداول في هذه‌الايام من بعضهم من‌الحكم بالسجن ودفع كذا من‌المال في‌بعض‌الموارد حكم بل دليل ، وكذا مصادرة الاموال ، فانه لم يجعل الشارع هذه العقوبة على جرم في الشريعة المقدسة ، ولو علم بوجود أموال مغصوبة في‌أموال أحدفاللازم استرداد ذلك المقدار فقط ودفعه‌الى صاحبه أوالى ورثته لا أن‌يجعل في‌صندوق المستضعفين أويتصرف فيه الحاكم أو غيره تصرفات أخرى .

حكم ما لو ادعى الاعسار:

قال المحقق « قده » : « ولو ادعى الاعسار ... » .

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

أقول : أي لو أقر بالحق ثم ادعى الاعسار ، فان استبان فقره وعلم صدق دعواه أنظره لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة »[١] وللموثق الاتي ذكره وغيره .

قال: «وفي تسليمه الى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان...».

أقول: قال في الجواهر: أشهرهما عملا وأصحهما سنداً وأكثرهما عدداً وأوفقهما بالاصل والكتاب رواية الانظار ، يعني الموثقة : «ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا »[٢] ورواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «ان امرأة استعدت على زوجها أنه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه وقال : ان مع العسر يسراً »[٣] ومراده من الاصل هو أنه مع الشك في وجوب كونه أجيراً أو تسليم نفسه ليؤاجروه حتى يؤدي دينه فالاصل عدم الوجوب ، والمراد من الكتاب الاية الشريفة المذكورة آنفاً .

والرواية الاخرى مارواه السكوني : « ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ماشئتم ان شئتم واجروه وان شئتم استعملوه » .

---

١) سورة البقرة : ٢٨٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

٣) وسائل الشيعة : ١٣/١٤٨ .

لكن الشيخ عمل في النهاية برواية السكوني، وعن ابن حمزة التفصيل بين ما اذا كان يتمكن من العمل فيستعمل، وما اذا كان عاجزاً عن العمل فينظر حتى حصول الميسرة .

وقد رجح صاحب الجواهر الاولى على الثانية لموافقتها للكتاب، وقيل ان رواية السكوني غير مخالفة للكتاب حتى ترجح الاولى عليها لان المتمكن من العمل ليس معسراً ، وبهذا المعنى صرح العلامة في المختلف، ولذا لا يستحق الزكاة لانه واجد للمال بالقوة .

أقول : ان كان لفظ « المعسر » ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال فعلا سواء تمكن من تحصيله بسهولة أولا وافقت الرواية الاولى لظاهر الكتاب ، وان كان ظاهراً فيمن ليس واجداً للمال ولو بالقوة لم توافقه ، والظاهر أن «المعسر» هو الذي ليس عنده مال ولا يمكنه تحصيله، لان أكثر الناس يحصلون مؤنتهم عن طريق العمل واجارة أنفسهم في مختلف الصنائع والحرف والاشغال... لكن رواية السكوني تخالف الكتاب من جهة أخرى ، وذلك أنها تدل على تسليمه الى الغرماء وليس في الكتاب دلالة على ذلك .

ويحتمل أن تكون رواية السكوني موافقة للاصل، فانه اذا كان مال المدين أقل من حقوق الغرماء أو مساوياً لها منعه الحاكم عن التصرف في ماله مع مطالبة الغرماء لحقوقهم ، لأن تصرفه في ماله يوجب الضرر في حقوق أولئك الا أن يأذنوا بذلك، فلو كان المدين ذا صنعة وحرفة لها مالية يبذل بأزائها المال والغرماء يطالبون بحقوقهم

٢٩٦ ـــــــ

الصورة الاولى : ان يكون حـالته السابقة الاعسار والدائـن يصدقه في ذلك لكنه يدعي يساره الان والمدين يدعي بقاء حالة الاعسار .

الصورة الثانية: أن يقر بالدين وباليسار سابقاً ـ أو وجود مال الدائن عنده ان كان أصل الدعوى مالا ـ لكن يدعي الاعسار الان فيقول لـه الدائن : أنت على يسارك السابق ، أو أن مالي موجـود عندك الآن .

الصورة الثالثة : الجهل بحالته السابقة .

الصورة الرابعة: أن يكون سابقاً معسراً تارة وواجداً أخرى.

وتفصيل الكلام في الصورة الاولى : في هذه الصورة يجب على الدائن الذي يدعي يسار المدين اقامة البينة على دعواه ، لان قول مدعي الاعسار هوالموافق للاصل ، فان أقام البينة حكم على المدين بدفع المال وأداء الحق ولامعنى للانظار، وان أبى حبس، وان لم يقم البينة أحلف مدعي الاعسار فان حلف أنظر ، وان رد اليمين على من يدعي اليسار أحلف، فان حلف حكم على المدين بأداء الحق فان ادى فهو والا حبس ، وان امتنع عن اليمين فقيل : انه مع رد اليمين على المدعي ونكوله يكون النكول سبباً للحكم بضرره ، لان النكول عن اليمين المردودة هو بمثابة يمين المدعى عليه، وقيل: النكول لايوجب ذلك وتبقى الدعوى مجملة، والمرجع في صورة اجمال الدعوى ـ في غير مسألتنا ـ هو الاصول والقواعد،

٢٩٨ ـــــــ

يعلم أنـه موضع المطـالبة بالبينة وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه ، فان لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن له اليمين ، ولا يحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعي لانه حق لـه فيتوقف استيفاؤه على المطالبة » .

أقول: حاصل ما ذكره قدس‌سره أنه ان طرح المدعي دعواه عند الحاكم وقال المدعى عليه : لاحق لـه علي ، فالمدعي اما لا يعلم‌بأن عليه اقامة البينة على‌مايدعيه فحينئذ يطالبه الحاكم باقامتها، واما يعلم فلا يجب على الحاكم أن يطلب منه ذلك ، فان لم يكن عنده بينة على دعواه أو لم يقمها أعلمه الحاكم بأن له استحلاف المدعى عليه المنكر لدعواه ، لان ترتب الاثر على يمين المدعى عليه مشروط باستحلافه اياه ، فلو حلف بدونه لم يترتب عليه أثر ، وكذا لـو استحلفه المدعي ولم يحلفه الحاكم ، أو أحلفه الحاكم بـدون استحلاف المدعي ، فترتب الاثر على يمين المدعى عليه يتوقف على كلاالامرين: استحلاف المدعي واحلاف الحاكم اياه بعد ذلك باذن المدعي .

وهل‌المراد من قوله : « ولايحلف المدعى عليه الا بعد سؤال المدعي » وأن الحاكم لايحلفه الا بعد اذنه هو الاثر التكليفي أو الوضعي؟ أما تكليفاً فلا أثر لليمين الواقعة بدون أحد الامرين لانها حينئذ لغو ، بل قد يقال بحرمتها للنهي عن ذلك في الكتاب حيث قال عزوجل : « ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[1] ، هذا بالنسبة

---

١) سورة البقرة : ٢٢٤ .

الى المدعى عليه، وأما الحاكم فان قلنا بحرمة الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم احلافه لانه يأمره بالمعصية حينئذ وأمـا وضعاً فلا يترتب على هذه اليمين أثر ، وهذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

« ولو تبرع هوأوتبرع الحاكم باحلافه لم يعتد بتلك اليمين وأعادها الحاكم ان التمس المدعي » .

ولقداستدلوا لعدم تأثيره وضعاً بأن احلاف المدعى عليه حق للمدعي، ومالم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم احلافه لتوقف استيفاء حـق المدعي على مطالبته . وفيه تأمل : لان مجرد كون ذلك حقاً للمدعي لايمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعية وهو فصل الخصومة بين المتنازعين بعد تحاكمهما اليه ، فانه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر في القضية بحسب الموازين الشرعية لغرض قطع النزاع مـن بين المتخاصمين ، فلا يمكن المساعدة على القول بعدم ترتب الاثر على حكم الحاكم الصادر بعد احلافه المدعى عليه بـدون اذن المدعي بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقاً للمدعي، بل قضية اطلاقات أدلة الحكم والقضاء كتاباً وسنة هو نفوذ حكمه ووجوب امتثاله وان كان صادراً بدون اذن المدعي، ولا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد .

فالحاصل: كونه حقاً للمدعي لايكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم وعدم نفوذ الحكم الصادر بـدون مطالبة المدعي باستيفاء حقه في احلاف المدعى عليه .

كما أن هذا الحق لا يجوّز له منع المدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف ، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لايجوز له أن يمنعه عن أداء الدين اليه الا بقصد اسقاط حقه وابراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه والعدول عن مطالبته فيما نحن فيه ، وأما بقصد ابقاء النزاع والخصومة فلا .

وقد اعترض في الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضي عدم تحليفه مع عدم رضاه لاعدمه مطلقاً حتى مع قيام شاهد الحال ، وذلك لان الحق كالمال ، فكما يجوز بعض التصرف في مال الغير برضاه ولو بشاهد الحال فكذلك الحق ولا يلزم الاذن الصريح منه بالحق، وعليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم وطرح الدعوى عنده يكفي شاهداً على رضاه باحلاف المدعى عليه والحكم في القضية .

ومن هنا قال في الجواهر : فالاولى الاستدلال لذلك بعد الاجماع بظاهر النصوص الاتية في اشتراط الرضا الذي لابد من العلم به ، وشاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل .

أقول: اذن لابد من النظر في الاخبار ، وقد وجدنا هذه الاخبار دالة على لزوم الاستحلاف، ثم اذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهذه الاخبار حيث ورد فيها الاستحلاف تكون بمنزلة الشارح لاطلاقات «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» أو المبين لاجمالها ، اذ تضمنت كيفية اليمين وأن المدعي يستحلف المنكر ، فلو فرض

عـدم دلالة الاخبار على تأثير اليمين بدون استحلاف المدعي فلا ريب فـي أن القدر المتيقن من مدلولها كون يمين المنكر بمطالبة المدعي . وبهذا البيان يتم دلالة هذه الاخبار بظاهرها على ما ذهب اليه الاصحاب ، ويكون مـا نحن فيه نظير المعاملات ، فـان العلم برضا صاحب المال ببيع ماله لايكفي لجوازه بل لابد من اظهار رضاه الباطن والتصريح به . ولعل السر في ذلك أنه كثيراً ما يندم البائع عن بيع متاعه فمع التصريح بالاذن والرضا لايؤثر ندمه ، بخلاف مـا اذا أريد الاعتماد على رضاه فيمكنه انكار الرضا أصلا ولا طريق الى اثبات الرضا الباطني ، وهنا كذلك فانه اذا قال لـه احلف لم يبق له مجال بعدئذ للانكار بخلاف مـا اذا أريد الاستناد الى الرضا .

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعية في قبول حكم الحاكم في تلك القضية .

هذا وليس في الروايات أن يقول المدعي للحاكم : أحلفه ، بل فيها أنه يستحلف المنكر ، بل في بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر : احلف ، فما الدليل على أن استحلافه ايـاه هو أن يقول للحاكم: حلفه؟ وأن على الحاكم الاستيذان منه في احلاف المنكر؟ وحيث لادلالة في الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم اذن المدعي ؟ ثم انه اذا أحلفه في حضور الحـاكم وحلف فما الدليل على عـدم صدق الاستحلاف

عليه ؟ وهل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاكم احلافه اياه ؟

اللهم الا أن يكون الدليل هو الاجماع وأن سيرة المسلمين منذ صدر الاسلام حتى الان هي على احلاف الحاكم المنكر بعد مطالبة المدعي ، والا فان المستفاد من الروايات هو ما ذكرناه ، بل قيل : انه يعتد بيمينه الواقعة بعد التماس المدعي وان لم يكن في محضر الحاكم ، وهو مقتضى اطلاق معتبرة ابن أبي يعفور : « اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له . قلت له : وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم . . . »[1] .

لكن الظاهر أنها محمولة على المعهود المتداول بين المسلمين في كيفية حل النزاع بينهما، فان المتخاصمين يتحاكمان الى الحاكم ويفوضان الامر اليه فتجري في مجلسه جميع المقدمات باذنه وتحت نظره ثم يحكم في الواقعة بحسب الموازين المقررة في الشرع ، فلا اطلاق لها اذاً ، ويشهد بما ذكرنا أن في الرواية : « قلت : وان كانت له عليه بينة عادلة؟ » أي: هل اليمين تذهب بحقه وان كانت له عليه بينة؟ فقد يتفق غياب البينة وهما مستعجلان في فصل خصومتهما فيحلف المدعى عليه المنكر ثم يحضر الشاهدان ، فان المراد من البينة هنا هي البينة التي تقام عند الحاكم كما هو واضح ، وبقرينة

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ١٧٩ .

المقابلة بين هذه البينة واليمين يعلم أن المراد من اليمين في الخبر هي يمين المنكر عند الحاكم .

ثم ان الاجماع المدعى على لزوم اذن المدعي في يمين المنكر مستند الى فهم الاصحاب اشتراط ذلك من بعض الروايات أو الى السيرة المستمرة التي ذكرناها، وأما كونه اجماعاً تعبدياً غير مدركي فبعيد جداً ، والاظهر استناده الى السيرة المستمرة القائمة على كون أمر المترافعين بيد الحاكم بعد التحاكم اليه ، وأنهما ليسا مختارين في حل النزاع بينهما حينئذ، ولذا قالوا بأن الحاكم يطالب المدعي بالبينة ويذكره باقامتها ان كان غافلا عن ذلك ، بل قيل بلزوم قول الحاكم له : ألك بينة ؟ وان لم يكن غافلا ، فهذا يكشف عن قيام السيرة على أن أمر المترافعين بيد الحاكم وأنه لا يجوز لهما التقدم عليه في شأنهما، نعم القدر المتيقن من نفوذ حكم الحاكم هو الحكم الصادر منه بعد احلاف المنكر بطلب من المدعي .

وليس المراد من « الاحلاف » أن يأمر الحاكم المنكر بالحلف حتى يكون المنكر عاصياً بنكوله منه ، لان المنكر بالخيار بين اليمين والرد والنكول ، بل المراد هو أن يأذن له باليمين ، وهذا هو مراد من عبر بـ « الامر » أيضاً .

وقد روى الشيخ الصدوق معتبرة ابن أبي يعفور المذكورة بزيادة جملة « من حلف لكم على حق فصدقوه »[1] وقد يدعى

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

كونها مطلقة ، لكنها محمولة على مـا ذكرنا ولا سيما وأن الجملة في ذيل تلك الرواية .

وفي رواية أخرى: «... وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه»[١].

وفي أخرى لعبدالله بن وضاح : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فأحلفته فحلف، وقد علمت أنه حلف يميناً فاجرة ، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة ، فـأردت أن أقتص الاف درهم التى كانت لي عنده وأحلف عليها ، فكتبت الى أبى الحسن عليه السلام فأخبرته : أني قد أحلفته فحلف ، وقد وقع لـه عندي مـال ، فان أمرتني أن آخذ منه الالف درهم التي حلف عليها فعلت . فكتب: لا تأخذ منه شيئاً ان كان قـد ظلمك فلا تظلمه ، ولـولا أنك رضيت بيمينه فحلفتـه لامرتك أن تأخذ من تحت يدك ، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها »[٢]

وقداستشهد في الجواهر بما في هذا الخبر ـ من أنه قد أحلفه عند الوالي لا الحاكم ـ على كفاية الحلف وان لم يكن عند الحاكم. لكن لعل هـذا الوالي الذي حلف عنده كان من الولاة الذين لهم الولاية على الحكومة ونصب القضاة بعد الترافع اليه ، فـلايستفاد منها كفاية الحلف عند غير الحاكم ، والقدر المتيقن منها ماذكرناه.

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٨٠ .

وكيف كان فلو حلف سقطت دعواه في الدنيا وان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجرة بالاجماع ، وفي الحديث : « . . . فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار»[1].

قال المحقق « قده » : « ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل » .

أقول : عند ما يطرح المدعي الدعوى وينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعي أو ينكل فلا يحلف ولا يردها عليه .

حكم ماذا حلف المنكر:

قال : « فاذا حلف سقطت الدعوى » .

أقول: اذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعي ولا حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقاً فكالاول ، أي: ان كان الشيء المتنازع فيه له حقاً فهو، وان كان كاذباً فكذلك، أي لا يكون الشيء له باليمين ويحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل ، هذا بالنسبة الى المنكر نفسه ، وأما بالنسبة الى المدعي فلا تجوز له مطالبة المدعى عليه بالشيء بحسب الظاهر وهذا معنى سقوط دعواه، وأما بالنسبة الى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، وأما بالنسبة الى سائر الناس فانهم اذا أرادوا

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

التصرف في الشيء المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه.

قال المحقق: « ولو ظفر المدعي بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصة » .

أقول : واذا سقطت الدعوى فهل للمدعي التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد ؟ ادعي الاتفاق على عدم جواز التقاص منه ان كان مورد النزاع ديناً، وأما اذا كان عيناً فالمشهور على الجواز ، وقال جمع بالعدم وبقاء الحق الى الاخرة، بل قالوا بعدم جواز التصرف في العين المتنازع فيها وان لم يكن تصرفاً منافياً لكونها بيد المدعى عليه كأن تكون عبداً ويعتقه في سبيل الله عزوجل أو يبرأ ذمة المنكر قربة الى الله تعالى، لان ذلك ينافي حكم الحاكم المقتضي لعدم كون المنكر مديناً للمدعي ومقتضى الابراء كونه مديناً له .

أقول : ان مقتضى القاعدة هو جواز التقاص منه ـ الا أن يقوم الدليل على المنع ـ اذ ليس الحكم من المملكات والنواقل للاموال والا لما قال صلى الله عليه وآله وسلم : « ... فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار » فلا يقال بأنه على أثر اليمين والحكم يكون الحالف مالكاً وان أثم في اليمين الكاذبة نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعة، وحيث لا تصبح العين ملكاً للحالف بيمينه فاما أن تكون ملكاً بلا مالك أو تبقى على ملك المدعي والاول ساقط فثبت الثاني، فللمدعي التصرف في العين أينما وجدها غير أنه يكون حينئذ راداً على الله لمخالفته لحكم الحاكم ، ولكن

لـو فعل ذلك خفية أمكن القول بالجواز لعدم تحقق الرد . اللهم الا أن يقال بوجوب التزام المدعي بترتيب آثار مالكية المدعى عليه وان كانت العين ملكاً له في اعتقاده، وأن سائر الناس ملزمون بمعاملة هذه العين معاملة ملك المنكر كالمدعي نفسه ، فعليهم الاستيذان من المنكر ان أرادوا التصرف فيها، وقيل بوجوب ذلك عليهم ان لم يكونوا عالمين بكونها ملكاً للمدعي في نفس الامر ، الا أن الكلام في أثر اذن المدعى عليه حيث قد حلف كاذباً وهو يعلم بأن العين لم تدخل في ملكه واقعاً بل هي باقية على ملك المدعي، فانه لا يجوز له الاذن ولو أذن لم يؤثر، فالاحوط لهم الاستجازة من المتداعيين كليهما في التصرف في العين .

قال المحقق : « ولو عاود المطالبة أثم ولم تسمع دعواه » .

أقول : أي ان الحاكم بعد ما حكم بأن الشيء للمنكر أو بأنه ليس مديناً للمدعي لايجوز له سماع الدعوى مرة ثانية، ولا استماع شهادة بينة المدعي على مالكيته للشيء المتنازع فيه، قال المحقق: «ولو أقام بينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع» وهذا مذهب المشهور بل حكي عليه الاجماع، وذلك لحكومة خبر ابن أبي يعفور عن الصادق «ع»: « اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا دعوى له. قلت له: وان كانت عليه بينه عادلة؟ قال: نعم وان أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامة ما كان له ، وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه . قال رسول الله من حلف لكم بالله فصدقوه وان سألكم بالله

فأعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له »[1] وغيره من الاخبار على: « البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2].

وهنا قولان آخران ، قال المحقق : « وقيل : يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين ، وقيل : ان نسي بينته سمعت وان أحلف » والثالث: انها تسمع مطلقاً ، قال المحقق: « والاول هو المروي » وتلك الاقوال مخالفة للنصوص الواردة في المقام ، وهي تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعي وأنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبداً ، وقد عمل الاصحاب بتلك النصوص الا من شذ .

قال المحقق : « وكذا لو أقام بعد الاحلاف شاهداً وبذل معه اليمين ، وهنا أولى » وهذا واضح .

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته...».

أقول : لو أكذب المدعى عليه الحالف نفسه بعد يمينه فهل يكون اقراره بالكذب كالبينة التى يقيمها المدعي بعد يمين المنكر في عدم التأثير أو يؤثر هذا الاقرار ؟

ان دليل حجية الاقرار مطلق ، فهو حجة سواء كان قد حلف أولا ، ودليل حجية اليمين وذهابها بحق المدعي مطلق فهي تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أولا ، فالنسبة بين الدليلين

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الاقرار لذهاب الاصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما في مورد الاجتماع لحكومة دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الاقرار لانه رافع لموضوعه ؟ المستفاد من المعتبرة: « اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لي عليه، ثم انه جاءني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي أودعته اياه، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت منه المال وأبيت أن آخذ الربح منه ، ورفعت المال الذي كنت استودعته وأبيت أخذه استطلع رأيك ، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله، فان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين »[1] كون الاقرار مسموعاً وأنه يتقدم على أدلة ذهاب اليمين بحق المدعي .

بل ان تلك الادلة منصرفة عن صورة تكذيب الحالف نفسه .

بل ان اليمين من الطرق العقلائية ، وقد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقاً لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما في يده ، كما أن الدليل المعتمد في حجية خبر الواحد هو السيرة وبناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين والخبر مقيد بما اذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، وعليه فلا معنى للقول باطلاق دليل حجية خبر الواحد ويمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الاثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين وأنها ليست مصداقاً عنده لادلة ذهاب اليمين بحق المدعي... وكذلك البينة لو أكذب الشاهدان

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٧٩ .

أنفسهما بعد الشهادة ...

وأمـا بقاء مالكية المدعي على المال فهو مقتضى خبر مناهي رسول الله صلى‌الله عليه وآله وسلم حيث ورد فيه النهي عن أكل أموال الناس بشهادة الزور ، فعن الصادق عليه‌السلام عن آبائه عن النبي « ص » : « في‌حديث المناهي: انه نهى عن أكل مال بشهادة الزور »[1]. وكذا قوله «ص»: «... فانما قطعت له قطعة من‌النار»[1]. وفي خبر عبدالله بن وضاح : « كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فأحلفته فحلف ، وقد علمت أنه‌حلف يميناً فاجرة، فوقع‌له بعد ذلك عندي‌أرباح ودراهم كثيرة ، فأردت أن‌أقتص الالف درهم التي كانت لي عنده وأحلف عليها ، فكتبت الى أبي الحسن فأخبرته ... فكتب : لا تأخـذ منه شيئاً ان كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك أن تأخذ من تحت يدك، ولكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها »[2].

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من‌باب المشاكلة كما في‌قوله تعالى: « ومن‌اعتدى عليكم فاعتدوا عليه‌بمثل ما اعتدى عليكم »[3]، والا فان أخـذ الحق ليس ظلماً حقيقة ، نعم

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٨٠ .

٣) سورة البقرة : ١٩٤ .

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعاً ...

فتحصل : ثبوت ملكية المدعي للمال المتنازع فيه بعد اقرار الحالف بالكذب وسقوط يمينه عن التأثير ، بخلاف البينة التي يقيمها المدعي بعدحلف المنكر فقددلت النصوص علىتقدماليمين وعدم سماع البينة بعدها .

هذا، وفي كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لاتذهب بالمال بل تذهب بحق المدعي على المنكر . وفيه : أنه لا يثبت لصاحب المالالمدعي حق على المنكر، بل ليس لصاحب المالالمغصوب منه حق على غاصبه، وانماله المطالبة بماله وايقاع أنحاء التصرفات فيه ، ومن الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله وليست حقوقاً له على من عنده المال ، فالصحيح أن أدلة ذهاب اليمين بحقالمدعي تمنع تصرفه فيماله الذي بيدالمنكربعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له والمنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذي بيده ، فان أكذب نفسه جاز للمدعي مطالبته بالمال وحلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه .

وفي المسالك : « أما لو أكذب الحالف ...كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق في ذمة الخصم فلا وجه لسقوطه ». أقول: هذا يتوقف على عدم تمامية اطلاق أدلة « ذهبت اليمين بحقه »كما ذكرنا والا كان الاطلاق هو الوجه لسقوط الحق .

ثم انه هل يسقط حق المدعي بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم ؟ ظاهر النصوص هو الاول، قال السيد : والانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الاجماع على خلافه . والصحيح هو الثاني وفاقاً للجواهر ، لان اليمين مقدمة للحكم ـ كالبينة ـ وفصل الخصومة يحصل بالحكم وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان» أي: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينة أوتحقق اليمين ، فكل واحدة منهما في موردها مقدمة لحكم الحاكم وبه ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه ولم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الاسباب جاز للمدعي استيناف الدعوى .

هذا كله اذا حلف المنكر .

حكم ماذا رد اليمين:

قال المحقق : « وان رد اليمين على المدعي لزمه الحلف ».

أقول : ان رد المنكر اليمين على المدعي قالوا : يجب على المدعي أن يحلف ، وليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفي بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف ، فهو لزوم وضعي من باب المقدمة لاحقاق الحق فاذا حلف حكم له ووجب على المنكر تسليم الشيء المتنازع فيه اليه .

ويدل على ذلك الاجماع والاخبار المستفيضة أو المتواترة كما

في الجواهر، وهذه نصوص طائفة من تلك الاخبار نذكرها لاشتمالها على أحكام أخرى أيضاً :

١ ـ محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: « في الرجل يدعي ولا بينة له. قال : يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له »[١].

٢ ـ عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلاحق له »[٢].

٣ ـ الصدوق باسناده عن أبان عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اذا أقام المدعي البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له »[٣].

٤ ـ الكليني عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة. قال: يستحلف المدعى عليه فان أبى أن يحلف وقال: أنا ارد اليمين عليك لصاحب الحق فان ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف ويأخذ ماله »[٤].

٥ ـ يونس عمن رواه قال: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه:

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي صحيحة .
٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي صحيحة .
٣) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٧ وليلاحظ طريق الصدوق الى أبان.
٤) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٧ . وهي مرسلة .

بشهادة رجلين عدلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه ، فان أبى أن يحلف فلا شيء له »[1].

٦ ـ عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال: قلت للشيخ عليه السلام: « خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله. قال : فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له، وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو لقدمات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لا ندري لعله قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها ، أو غير بينة قبل الموت ، فمن صارت عليه اليمين مع البينة فان ادعى بلا بينة فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي، ولو كان حياً لالزم اليمين أوالحق أويرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق »[2].

فتحصل أن للمنكر رد اليمين على المدعي فان حلف ثبت حقه وحكم له ، وأما اذا كانت دعواه ظنية فقيل لاتسمع الدعوى الظنية

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي مضمرة .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٢. وفيها « ياسين الضرير » وليس لائمة الرجال فيه مدح ولا ذم .

مطلقاً ، وقيل : بل تسمع اذ قدتقوم البينة على طبقها وتكون دليلا ومستنداً لحكم الحاكم، لكن لاأثرلرد المنكراليمين علىالمدعي حتى على القول الثاني، لان الظان لا يمكنه الحلف، وكذا لوكان المدعى يدعي شيئاً لغيره كولي الصغير الذي يدعي على أحد حقاً للصغير ، لان يمينه لا تثبت حقه وان كان جازماً به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، وكذا الامر لوكان المدعي وصياً لميت فيدعي وصيته بشيء فينكر الوارث مثلا ذلك، فانأقام البينة علىدعواه فهو والا حلف الوارث أوأقربالحق ولا يردااليمين على الوصي. وقيل: لقدقام الدليل علىأن البينة على المدعي وعلى المنكر أن يحلف أويرد أو ينكل، وهذا الدليلمطلق يشمل صورة ما اذا لم يتمكن المدعي منااليمين أولم تكن يمينه نافذة، فنحكم في صورة رد المنكر اليمين وعجزه عنها ـ لكونه ظاناً أو لكون الحقلغيره ـ بسقوط الحقالمدعى لا بأن يكون عجزه سبباًلتخيير المنكر بين الامرين الاخرين .

والجواب من وجهين: «الاول» ان أدلة تردد أمرالمنكر بين الامور الثلاثة منصرفة عن هذه الصورة ، فليس له الرد فيها ويبقى الامران . «الثاني» الشك في اطلاق الادلة ـ بعد التنزل عن القول بانصرافها ـ فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو ما عدا هذه الصورة .

وحيثلايمكنالرد ـ لاجللغوية يمينالمدعي أوعجزهعنها ـ فهو مخير بين الاقرار والحلف .

اليمين المردودة في حكم البينة أو الاقرار ؟

وهل اليمين المردودة في حكم بينة المدعي أو في حكم اقرار المنكر ؟ قولان .

وجه الاول : ان الذي على المدعي هو البينة ، وعلى المنكر اليمين ، فان رد المنكر اليمين على المدعي وحلف ثبت حصه ، فتكون هذه اليمين في حكم البينة .

ووجه الثاني : ان اقرار المدعى عليه يثبت حق المدعي فتقوم اليمين المردودة منه على المدعي مقام الاقرار ، اذ هو حينئذ مسلم لما يدعيه ان حلف .

وقد ذكروا لهذا الخلاف ثمرات منها: أن المدعى عليه اذا أقام بينة على أداء المال مثلا حلف المدعي، فان كانت اليمين المردودة نازلة منزلة البينة جاز للمنكر اقامة البينة بعدها، وان كانت نازلة منزلة الاقرار فلا مجال لاقامتها لان الاقرار منه يكذبها .

قلت : والاقوى أن اليمين المردودة طريق مستقل لاثبات حق المدعي، وما ذكروه في وجه القولين ضعيف، وليس طريق اثبات الحق منحصراً بالبينة والاقرار بل هي ثلاثة طرق : البينة والاقرار واليمين المردودة ، ولكل واحد منها أحكامه وآثاره ، وأما الثمرة التي ذكروها فغير مترتبة لان اليمين المردودة لا تصلح لنفي أداء المدعى عليه الدين بل هي تثبت أصل الدين، وحينئذ للمدعى عليه اقامة البينة على الاداء «كما أنه لو أقر بأصل الدين ثم أقام البينة على الاداء سقط الحق ، وان لم يكن عنده بينة حلف المدعي لانه

٣١٨ ـــــــ

أقول : ليس في الاخبار تعرض للنكول ، بل فيها : « أبى أن يحلف » و « لم يحلف » فان قال في المجلس « لا أحلف » مثلا فقد أبى أن يحلف ، ولا يبقى له حق ، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى ولا تسمع بعدئذ ، وان لم يحكم الحاكم لم تسقط وبقيت وجازت المطالبة بالحق ولكن تجديدها في ذلك المجلس لغو ، وأما الامهال فان كان لجهة عقلائية أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك والا فلا وجه لامهال الحاكم اياه ، وهذه المهلة ـ أي مقدار طالت ـ فقد أخر احقاق حقه بنفسه ولا يجبر على اليمين لاجل أخذ حقه ، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لان الحق للمدعي.

وهذا العذر الموجه لابد أن يكون له أمد اما عرفاً واما بتحديد من الحاكم .

وأما اذا رد اليمين على المدعي فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف ، فان كان المنكر متيقناً قيل له : احلف ، وان كان هو أيضاً ظاناً أو شاكاً كالمدعي بقيت الدعوى ورجع الحاكم الى الاصول العملية وأفتى في المسألة بما أدى اليه نظره .

حكم ما اذا نكل المنكر :

قال المحقق: « وان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف ولم يرد، قال الحاكم : ان حلفت والا جعلتك ناكلا . . . » .

أقول : المراد من قوله : « والا جعلتك ناكلا » هو حكمه بنكوله ، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى ، وان رد

٣٢٠ ـــــــ

لـم يردها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هو المطبق لامحالة، وأماالقول بأنه متىسكت رد الحاكم اليمين على المدعي ولاية أوحمل المنكر علىالحلف فيستلزم أنلايبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين .

وبعبارة أخرى : مقتضى الدليل الاولي الحكم بنكوله اذا لم يحلف، وان رد كان أمراً طارئاً واقتضىالدليل الثانوي ترتيب الاثر عليه لتحقق موضوعه وهوالرد، وأمااذا لم يحلفولميرد بقيالدليل الاول على مقتضاه وهو الحكم بنكوله .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عنالاخرس كيف يحلف اذاادعي عليه دين وأنكر ولم يكن للمدعي بينة؟ فقال: ان أميرالمؤمنين عليهالسلام أتي بأخرسفادعي عليه دين ولميكنللمدعيبينة فقالأميرالمؤمنين«ع»:الحمدلله الذي لميخرجني منالدنيا حتى بينت للامة جميع ماتحتاج اليه، ثم قال: ايتوني بمصحف ، فأتي بـه ، فقال للاخرس : ما هذا ؟ فرفع رأسه الى السماء وأشار أنهكتاب الله عزوجل ، ثم قال : ايتوني بوليه ، فأتي بأخ له فأقعده الى جنبه ثم قال : يا قنبر علي بدواة وصحيفة، فأتاه بهما ثـم قال لاخي الاخرس : قل لاخيك هذا بينك وبينه ، انه علي ، فتقدم اليه بذلك ، ثم كتب أميرالمؤمنين «ع»: والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الـذى يعلم السر والعلانية ان فلان ابن فلان المدعي ليس لـه قبل فلان ابن فلان أعني الاخرس حق

ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا بسبب من الاسباب ، ثم غسله وأمر الاخرس أن يشربه فامتنع ، فألزمه الدين»[1] .

فان الظاهر منها أن الامام عليه السلام قد ألزمه الدين بمجرد امتناعه عن الشرب، وذلك يقتضي أنه قدامتنع عن رد اليمين على المدعي ، للاتفاق على أنه لايحكم عليه مع الرد . وما أشكل عليه في الجواهر: بالقطع بعدم ارادة هذاالظاهرضرورة اشتراط الحكم بنكوله عن رده أيضاً فلابد في اصلاحه حينئذ من تقدير ، والتزام كونه موافقاً لذلك ليس بأولى من جعله مخالفاً له ... ضعيف لانه لو رد لحكم الامام عليه السلام على المدعي باليمين قطعاً ولحكى الامام الصادق عليه السلام ذلك البتة، اذ لاوجه لحكاية بعض الواقعة وترك البعض الاخر مع كونه محتاجاً اليه ، لكن لا مانع من عدم حكاية ما هو المحرز منها وهو ما ذكرنا من عدم رده اليمين على المدعي، بل ان حكم الامام عليه السلام بأداء الحق قرينة على ذلك.

وأما قوله : على أنه قضية في واقعة لا عموم فيها ... ففيه أن الامام الصادق عليه السلام قد ذكر القضية في جواب السؤال عن كيفية احلاف الاخرس حينئذ مستشهداً ومستدلا بها ولم يكن ذلك منه مجرد حكاية لها حتى لا يكون لها عموم .

فتحصل أن الرواية تدل على كفاية عدم رده ـ مع علمه بأن له

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٢٢. باب كيفية احلاف الاخرس ... الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

ذلـك ـ للحكم عليه بدفع حق المدعي ، ولا يلزم أمره بالرد ثـم الحكم بذلك ان امتنع عن الرد .

ومنها : رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] المتقدمة سابقاً .

فهـذا الخبر يدل بظاهره صدراً وذيلا ـ على روايـة الشيخ الكليني «قدد»، وذيلا على رواية الشيخ الصدوق «قده» في الفقيه ـ علـى القول الاول ، لان حـاصل القدر المتفق علـى روايته : أن المدعى عليه انحلف سقطت الدعوى ، وان لم يحلف فعليه الحق الاأن يرد ـ هوأوالحاكم من قبله ـ اليمين على المدعي ـ ولايحكم على المدعى عليه بامتناعه عن اليمين ـ فان حلف المدعي ثبت حقه والا سقطت الدعوى .

ثم ان الجواب عن دعوى الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للتزلزل فيه. هوأن التزلزل يكون في حال اختلاف متن الخبر في الكتاب الواحد ، وأمـا هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ يختلف عـن لفظ الكليني « قـده » ، وقد تقرر عندهم أن الشيـخ الكليني أضبط مـن غيره[2] ، مع أن المحتمل تعدد نفس الرواية ، ومحل الاستدلال رواية الكليني ، ومع التنزل فان الذيل الذي اتفقا عليه ظاهر في الدلالة على القول الاول .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٢ .

٢) تعرضواالى هذه المسألة كثيراً في صورة وقوع الاختلاف في لفظ الحديث بين رواية الشيخ الكليني والشيخ الطوسى قدس

٣٢٤ ـــــــ

أقول : أمـا الاجماع المركب فمنتف هنا ، وأما أصالة عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعي فمعارضة بأصالة عـدم وجوب رد اليمين حينئذ ، مع أن حكم الحـاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهة نكوله فالحق ثابت ، وان كان الحكم مترتباً على اليمين أو الرد فلايحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لامجال لجريان أصالة عدم ثبوت الحق، لان موجب الحكم في الصورة الاولى حاصل قطعاً وفي الثانية غير حاصل قطعاً وحيث يتردد الامر بين أمـرين مقطوع بهما لا يجري الاستصحاب أبداً ، الا أن يقال هنا بأن الاصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الاصل أيضاً معارض بأصالة عـدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب الزام المدعى عليه بالرد على الحاكم .

والحاصل: انه لو افترقت الامة على قولين ، فقالت طائفة بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، وقالت أخرى : بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعي ـ أو يردها هو من قبله ـ فان حلف حكم بثبوت الحق والا حكم بسقوطه ، فان كان القولان متباينين ـ نظير ما اذا قالت طائفة بوجوب الجمعة في زمن الغيبة وقالت الاخرى بحرمتها ـ فلامجال للاستدلال لاحد القولين بالاصل، وان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول احداهما بوجوب السورة في الصلاة وتقول الاخرى بعدم وجوبها

٣٢٦ ـــــــ

علـى المدعي لا المنكر ، لكنـا ذكرنا سابقاً بـأن اليمين توجب الاطمئنان نوعاًبصدق الحالف وان الامتناع منها يكشف ـ نوعاً ـ عـن الكذب ، فهي مؤثرة وجوداً وعدماً ، فميزان القضاء هـو بينة المدعي ويمين المنكر أو نكوله عن اليمين . . .

لو بذل اليمين بعد النكول :

وكيف كان فقد قـال المحقق : « ولـو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت اليه » .

أقول : لوبذل المنكريمينه فان كان بذله لها بعد حكم الحاكم بنكوله فـلا ريب فـي عدم الالتفات اليها ، وهو المشهور بل عليه الاكثر بـل ادعي عليه الاجماع ، لان الحكم قـد فصل الخصومة وقطع النـزاع ولا يجوز نقضه ، وان كان بذله قبل الحكم وبعـد النكول فكذلك، لان النكول حينئذ كاليمين والاقراروالبينة في تعقب الحكم لـه من دون حالة منتظرة ، فـلا أثر لبذل اليمين ـ بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المدعي ـ ولا يلتفت اليه ، انما الكلام في كيفية تحقق النكول ، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم: ان حلفت والا جعلتك ناكـلا ويكرر ذلك ثلاثاً ، واكتفى صاحب الرياض بالمرة الواحدة ، وعن كاشف اللثام انه لا يجب الا الامر بالحلف لاقوله: ان حلفت والاجعلتك ناكلا ولامرة ، وهوالاظهر.

وأما بناء على القول الثاني من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعي فيلتفت اليه ، لانه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحكم ، فان حلف المدعي لم يلتفت اليه كذلك لانه حينئذ يحكم عليه الحاكم بدفع الحق الى المدعي وبذلك ينقطع النزاع .

قال في الجواهر : ان أدلة القولين لا يعارضها اطلاق ما دل على أن اليمين على المنكر بعد تقييدها به ، قال : بل في الرياض دعوى اختصاصه بحكم التبادروغيره بيمينه قبل الحكم عليه بنكول أو احلاف المدعي برد اليمين عليه ولو من الحاكم . قلت : وأما بناء على ما ذكرنا من أن ما دل على ذلك ظاهر في تأثير اليمين وجوداً وعدماً وأنه لو امتنع عن اليمين يتحقق النكول ويحكم عليه بالحق، فلاتصل النوبة الى الاطلاق والتقييد أودعوى الانصراف.

وفي الرياض : هذا اذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه ولو مرة ولوقضى بنكوله من غيرعرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففي نفوذ القضاء اشكال : من تفريطه وظهور عذره ، ولعل الثاني أظهر وبالاصل أوفق .

وأشكل عليه في الجواهر بأنه : ليس في شيء مما وصل الينا من الادلة وجوب العرض عليه بمعنى اعلامه حكم النكول والاصل البراءة ، فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصاً بعد ملاحظة الاستصحاب وغيره .

أقول : ليس شرط نفوذ الحكم علم المنكر بحكم النكول ، فان الحكم نافذ والاصل براءة ذمة الحاكم عن وجوب الاعلام ، لكن تمسك صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحكم ونفوذه الثابت

قبل البذل لو شك في بقائه بعده، مخدوش بأن المتيقن تأثير اليمين أو الرد شرعاً قبل صدور الحكم ، وبعد الحكم حيث يشك في بقاء التأثير وعدمه فيستصحب فيقع التعارض بين الاستصحابين .

ولو بذل المنكر يمينه قبل حلف المدعي اليمين المردودة ـ قال في الجواهر ـ فالمتجه جوازه للاصل ، من غير فرق بين كون الرد منه أومن الحاكم، أي : ان الرد وحده ليس موضوع الحكم الشرعي بل هو الرد ويمين المدعي بعد ، فان أظهر استعداده لليمين قبل حلف المدعي فقد حصل ذلك قبل تحقق موضوع الحكم الشرعي ، فلذا يلتفت اليه .

ولو بذلها بعد حلف المدعي اليمين المردودة وقبل حكم الحاكم فقولان ، من أن الفاصل للنزاع هو الحكم فما لم يحكم الحاكم يجوز بذله ويلتفت اليه ، ومن أنه لما حصل سبب الحكم وموجبه فقدقامت الحجة التامة للحاكم لان يحكم على طبقها فيجب عليه اصدار الحكم لا أن ينتظر قيام سبب آخر على خلاف السبب القائم . نظير الاقرار ، فلو أقر المنكر بما يدعيه المدعي ثبت الحق ولزم الحكم بذلك ، فلو رجع عن اقراره لا يلتفت اليه وان كان قبل الحكم .

هل يأمر الحاكم المدعي باحضار البينة ؟

قال المحقق: «ولو كان للمدعي بينة لم يقل الحاكم أحضرها لانه حق له» .

٣٣٠ ـــــــ

ابن مسلم : « في الرجل يدعي ولا بينة له قال : يستحلفه . . . » .

فهـذا الخبر وارد في مورد عدم وجود البينة ، فلـه استحلافه حينئذ ، فالظاهر هـو الوجه الاول وأن ميزان المرافعة هو اقامة المدعي البينة فان لم يكن عنده بينة فله استحلافه فان رد اليمين على المدعي فحلف ثبتت الدعـوى وان نكل سقطت . . . وان وظيفة الحاكم هو الحكم بحسب هذا الميزان .

وفي خبر عبيد بن زرارة : « في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي . قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق».

وفي خبر: « استخراج الحقوق بأربعة وجوه . بشهادة رجلين عدلين . . . » .

وفي مرسلة أبان: «في الرجل يدعى عليه الحق وليس لصاحب الحق بينة . قال : يستحلف المدعى عليه . . . » .

فمفاد هذه النصوص[1] وغيرها أن ميزان المرافعة عند الشرع ذلك ، فكيف نرفع اليد عنها ونقول : ان اقامة البينة حق للمدعي وله رفع اليد عن حقه ؟ ويؤيد ذلك أنا لم نجد خبراً يتضمن يمين المنكر أو استحلافه مع وجود البينة .

قال : « وقيل : يجوز وهو حسن » .

أقول : أي : يجوز الالزام بناءاً على ما ذكرنا في معنى « لم يقل » . لكن القول بجواز الالزام غير تام .

---

١) وهي في الباب المذكور من وسائل الشيعة .

بعض أحكام البينة :

لو كان للمدعي بينة فهنا ثلاثة أحكام ، الاول ما تقدم من قول المحقق « لم يقل الحاكم أحضرها » .

والحكم ثاني قول المحقق: «ومع حضورها لايسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعي » .

والحكم الثالث قوله : « ومع الاقامة بالشهادة لا يحكم الا بمسألة المدعي أيضاً » .

والدليل على هذه الاحكام الثلاثة قول المحقق في ذيل الاول: « لان الحق له » أي الحق للمدعي في هذه الحالات، فله ألا يحضر البينة وانلاتدلي بشهادتها مع حضورها وألايحكم الحاكم في القضية بعداقامتهابأن ينصرف عن حقه ، أويرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فان حلف كان له الانصراف عن حقه وان امتنع أو رد اليمين على المدعي فهل على المدعي أن يحلف مع وجود البينة أولا؟ فيه بحث.

وكيف كان فانه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، وهو أن للمدعي أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد اقامة الشهادة وقبل حكم الحاكم له ، الا أنا ذكرنا سابقاً أن المنسبق من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » بضميمة أدلة «البينة على من ادعى واليمين على من ادعي عليه» انه لو كان للمدعي بينة على دعواه لا تصل النوبة الى مطالبة خصمه باليمين، فهو وان كان له الانصراف عن حقه لقاعدة السلطنة، أما كون التخيير بين اقامة

البينة وبين المطالبة بيمين المنكر حقاً له فغير معلوم ، بل لايبعد أن يكون من جملة الاحكام المقررة لمجلس القضاء وفصل الخصومة أن يطالب الحاكم المدعي باقامة البينة ، فان لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين ، فليس تخيير المدعي بين الامرين حقاً له ، كماأنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينة المدعي خلافاً لمن قال بذلك .

هذا، ولكن ظاهر بعض الاخبار كرواية ابن أبي يعفور هو تخيير المدعي في ذلك ، فقد جاء فيها : « اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلادعوى له . قلت : وان كانت عليه بينة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قداستحلفه »[1] .

فهي ظاهرة في وجدانه البينة قبل رضاه بيمين المنكر ، الا أنها غير ظاهرة في كون ذلك بعد اقامة البينة وقبل الحكم .

والمستفاد من رواية ابي العباس : « اذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين »[2] انه لا أثر لرد اليمين بعد اقامة البينة بل يحكم الحاكم له .

وفي رواية محمد بن مسلم قال: « سألت أبا جعفر عليه السلام

---

١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٩ . الباب ـ٩ من ابواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٨ . الباب ـ٨ من ابواب كيفية الحكم.

عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال: لا»[1].

فـان كان « يستحلف » مبنياً للمعلوم كان المعنى أنه ليس عليه أن يستحلف المنكر ، وان كان مبنياً للمجهول كان المعنى انه مع اقامة البينة على حقه لا يستحلف المدعي مـع البينة ، والثاني هو الظـاهر .

وفي رواية القاسم بن سليمان عن عبيد بن زرارة: «في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعي. قال: يستحلف أويرد اليمين على صاحبه فان لم يفعل فلا حق له »[2] .

وفي رواية يونس : « فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعي فهي واجبة عليه أن يحلف»[3] فان مفهومها أنه ان كان له شاهد فلا يمين على المدعى عليه.

فالحاصل: ان له المطالبة بيمين المنكر مع وجود البينة بمقتضى رواية ابن أبي يعفور، وأما أن يفعل ذلك بعد اقامة الشهادة فلا دليل عليه ، بـل مقتضى أدلة الحكم مثل « فاحكم بين الناس بالحق »[4] وجوب الحكم على الحاكم حينئذ .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨ /١٧٦. الباب ـ٧ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . الباب ـ ٧ مـن أبواب كيفية الحكم . و « القاسم بن سليمان » من رجال كامل الزيارات.

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٦ . وهي مضمرة .

٤) سورة ص : ٢٦ .

وظاهر عبارة الجواهر أخيراً هواختيار هذا الوجه حيث قال: «لكن قد يقال: ان له الحكم وان لم يسأله المدعي لان ذلك منصبه ووظيفته . . . » .

فان كان المدعي جاهلا أو غافلا عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أوتعليمه ذلك كي يأذن بحكمه فيحكم أولايلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم ؟ وجهان .

ثم ان التمس المدعي سؤال الحاكم البينة فهل للحاكم أن يأمرها بالشهادة أو ليس له ذلك ؟ ذهب الى الثاني جماعة وقالوا: له أن يقول : من كان عنده شهادة فلا يكتمها ، لان الامر بالشهادة قد يوهم الادلاء بالشهادة وان لم تكن عن علم، ولكن هذا لايمكن المساعدة عليه اذ لا يكون معنى الامر بالشهادة ما ذكروا ولايتوهمه أحد ، بل ان عليه أن يأمرهما بالشهادة لو احتمل كتمانها من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ، فالحق هو القول الاول .

حكم جرح المدعى عليه البينة :

قال المحقق «قده»: « وبعد أن يعرف عدالة البينة يقول : هل عندك جرح ؟ . . . » .

أقول : وكيف كان فان أقيمت الشهادة وعرف الحاكم عدالة البينة فان قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب : نعم وسأل الانظار في اثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثة أيام ، وان قال : لا ،

٣٣٦ ـــــــ

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت :

قال المحقق «قده» : « ولا يستحلف المدعي مع البينة الا أن تكون الشهادة على ميت . . . » .

أقول: في هذا الفرع حكمان «الاول»: انه لايستحلف المدعي مع البينة، والدليل على ذلك الاجماع المدعى، مضافاً الى النصوص الواردة فيه، مثل خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه أن يستحلف ؟ قال: لا»[1].

وخبر أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اذا أقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينة فرد عليه الذي ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له »[2] .

لكن في الخبر في وصية أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : « ورد اليمين على المدعي مع بينته فان ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء»[3] ولكنه ليس بحجة لضعفه، ولم يأخذبه أحد من الاصحاب فضعفه غير منجبر، وقدحمل على بعض الوجوه، ولكن الاولى فى

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٧ . الباب ـ ٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٧٨ . الباب ـ ٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٥ .

الجواب عنه ما ذكر ، وبالجملة فالحكم فى الفرع الاول خال عن الاشكال .

«الحكم الثاني»: لوكانت الشهادة علىميت أستحلف المدعي علىبقاء حقه في ذمة الميت استظهاراً، قال في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض لهكما اعترف به غيرواحد ، والعمدة في الاستدلال عليه هو النصوص مثل :

مارواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: «قلت للشيخ: خبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلم تكن لـه بينة . قال : فيمين المدعى عليه فـان حلف فلا حق له ، وان رد اليمين على المدعي فلم يحلف فلا حق له [وان لـم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة ، فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الاهو لقدماتفلان وان حقه لعليه والا فلاحق له ، لانا لاندري لعله قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها ، أو غير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارتعليه اليمين مع البينة ، فان ادعى بلا بينة فلاحق له، لان المدعى عليه ليس بحي ، ولو كان حياً لالزم اليمين أوالحق أوبرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق »[1] .

وبالجملة فلااشكالفيأصل الحكمين المذكورين، انماالكلام في جهات :

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ١٧٢ . الباب ـ ٤ مـن أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

[الاولى]: هل البينة في الدعوى على الميت ساقطة عن الحجية الااذا ضم اليها اليمين أوأنها باقية على حجيتها ولكن وجبت اليمين على المدعي معها، من جهة أن المدعى عليه لو كان حياً وادعى وفاء الدين وأنكر هـو ذلك لوجبت عليه اليمين ؟ وثمرة هـذا البحث واضحة، اذ على الاول لاحجية للبينة بدون اليمين مطلقاً ، وأماعلى الثاني فيترتب الاثر على البينة لو كان معذوراً عن اليمين .

[الثانية]: هل يمكن التعدي عن مورد السؤال في النصوص الى غيره أولا ؟

للتعدي عن مورد النص أنحاء، كالتعدي عن احتمال الوفاء الى احتمال الابـراء أو الوفاء بواسطة غيره في حياته أو بواسطة وصيه بعد موته .

وكالتعدي عن الدائن الى وليه، بأن نقول لايشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لوأقامها وليه أو وصيه .

وكالتعدي عن الدين الى العين .

وكالتعدي عن البينة الى الشاهد الواحد واليمين .

[الثالثة] : انـه بناءاً على عدم التعدي عن مورد النص الـى الموارد المذكورة ، فلـو ادعى عيناً على ميت فهل تسمع دعواه وتكفي البينة أوالشاهد الواحد مع اليمين لاثباتها أولاتسمع أصلا؟

وبناءاً على التعدي والالحاق فهل تسمع دعواه لوكان معذوراً عن اليمين ويكتفى لاثباتها بالبينة أو هي حينئذ ساقطة ؟

٣٤٠ ـــــــ

وهو ظاهر في أن يكون المدعي نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه. اللهم الا أن يقال بأن ما ذكره الامام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل ولكنه مشكل . وأما دعوى الاطلاق في « المطلوب بالحق » فمشكل أيضاً لاسيما بالنظر الى ما جاء بعده من قوله : « فعلى المدعي اليمين . . . وان حقه لعليه » .

وكذا التمسك لذلك بالتعليل المذكور في الخبر، وهو قوله عليه السلام « لانا لا ندري لعله قد وفاه ببينة لا نعلم موضعها . . . » بأن نقول بأنه في كل مورد لا ندري لعل المدعى عليه قد وفى ما للمدعي ببينة كذلك وجبت اليمين لاثبات الحق، سواء كان الحالف المدعي نفسه أو وليه أو وصيه أو وارثه ، لاحتمال كون هذا الكلام تعليلا للحكم بوجوب اليمين على المدعي نفسه . نعم لا مانع من التمسك به للتعدي عن الدين الى العين ، وعن الوفاء الى الابراء ونحوه .

وبالجملة لا نتمكن أن نستفيد من هذه الرواية جواز حلف الولي أو الوصي أو الوارث مثلا بدلا من المدعي ، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلا عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجة للحالف فقط ولا أثر ليمين غير ذي الحق وان كان وليه وكان عالماً بالواقع ، وسيأتي وجهه في محله ان شاء الله تعالى .

وهل يتعدى الحكم من الميت الى الغائب والطفل والمجنون؟ قولان ذكرهما الشهيد الثاني « قده » في المسالك واختار العدم تبعاً للمحقق وخلافاً للاكثر .

٣٤٢ ـــــــ

والنص خصوصاً الصحيح كون ذلك ـ أى البينة مع اليمين ـ هو الحجة على الميت ، فيتجه حينئذ سقوط الحق .

أقول : مراده من « الصحيح » هو صحيحة الصفار : « كتب محمدبن الحسن الصفارالى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع عليه السلام : اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعي يمين. وكتب: أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً وهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق ولا يكتم الشهادة . وكتب : أو تقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين»[1].

ثم قال قدس سره « الا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال ان للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد. لكن هو ـ مع أنه كما ترى أيضاً خصوصاً اذا كان المستصحب غير معلوم له وانما شهدت بـه البينة ـ لا يتم في الوصي الذي لا يجوز حلفه لاثبات مال الغير ، اللهم الا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتاً، بل هو شرط في حجية البينة التى هي في الحقيقة المثبتة، أو يقال بالاكتفاء بيمين الوارث مع البينة في اثبات مفادها الذي

---

١) وسائل الشيعة: ١٨ /٢٧٣. الباب ـ٢٨ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا والارث ، لانها من الحجة المثبتة للموضوع في نفسه .

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثة بل يكفي يمين واحدة من أحدهم، لان مقتضى اطلاق النص اعتبار يمين واحدة في تمامية حجية البينة التى قدعرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء وان أقامها أحدهم ، فتأمل فانه دقيق نافع وان كان لا يخلو من بحث ، ضرورة كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد ، فلا يكتفى بها لغير ذي الحق .

بل قد يناقش في قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء والابراء ونحوهما ، ولا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولا ، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشيء منها » .

قلت : لكن الشك في ثبوت الحق وعدمه مسبب عن الشك في تخصيص أدلة حجية البينة زائداً على القدر المتيقن ، وقد تقرر في محله جريان الاصل في السبب ، فلو أريد الرجوع الى الاصل في هذا المقام كان المرجع أصالة عدم التخصيص الزائد لادلة حجية البينة ، ويكون الحاصل حجيتها في المورد من غير توقف على ضم اليمين اليها .

ثم قال رحمه الله : « نعم قد يقال ـ بعد استبعاد سقوط الحق

مع البينة العادلة خصوصاً مع قطع الوارث بالحق ، بل يمكن دعوى معلومية خلافه ولو بالسيرة القطعية، واستبعاد سقوط اليمين في الدعوى على الميت مع ظهور النص والفتوى فيه ـ ان المتجه الزام الوارث باليمين على نفي العلم باستيفاء مورثه أو ابرائه .

لكن فيه : أن اليمين على نفي العلم تفيد فيما اذا كان عدم علم الوارث مؤثراً، وهنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو ابرائه اياه ، اذ لا ملازمة بين عدم علمه بذلك وثبوت الحق، والمفروض أن هذه اليمين هي للاستظهار، وحيث لا أثر لهذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص ولو بالسيرة القطعية، فلابد من الاخذ بالبينة .

ومن فروع المقام ما ذكره في المسالك بقوله : « لو أقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ففي ضم اليمين الى البينة وجهان، من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابراؤه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ، ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق . وهذا أقوى » .

قلت: والصحيح هو الوجه الثاني، وأما ما أورد عليه في الجواهر من أنه مناف لاطلاق صحيح الصفار ففيه أن التعليل الموجود في خبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله حيث قال عليه السلام : « لانا لا ندري لعله قد وفاه . . » يقيد اطلاق صحيح الصفار فلا يشمل هذا المورد الذي نعلم بعدم وفاء الميت للحق . . . ومما ذكرنا يظهر

الاشكال في قوله بعد ذلك « مع أن ظاهر الصحيح المزبورالتعبد» لانه لا مجـال لهذا الاستظهار مع وجود التعليل المذكور الـذي يقتضي كون اليمين للاستظهار .

قال : ثم ان ظاهر قوله : « وقبضه من ماله ولو بعد الموت » مراعاة نفـي الاحتمال بعد الموت أيضاً ، لكن ظاهر اليمين فـي الخبر المزبور اعتبار نفيه الى حين الموت دون ما بعده ». أقول : لكن مقتضى التعليل في الخبر هو العموم لما بعد الموت .

أحكام قيام البينة على الغائب والصبى والمجنون :

قال المحقق « قده » : « ولو شهدت على صبي أو مجنون أو غائب ففي ضم اليمين الى البينة تردد ، أشبهه أنه لا يمين ويدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال » .

أقول: ذكروا أن للحاكم أوعليه أن يدفع من مال الغائب الى المدعي ، وهـذا سواء قلنا بأن اليمين شرط حجية البينة هنا أو لم نقل بذلك ، فانه بعد قيام الحجة على الحكم وتمامية الحكم مـن قبل الحاكم يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن بعد تكفيل القابض بالمال لان الغائب على حجته ، فلو حضر وظهر براءة ذمته مـن الحق المدعى استرجع المال المـأخوذ منه اليه . . . وهـل المراد من الكفالة هنا هـو الضمان ؟ ان الضمان المصطلح في الدين هو: أن يضمن الشخص للدائن طلبه من المدين فينتقل الحق من ذمة المدين الى ذمة الضامن ويكون هو المطالب

بالحق في حال عدم وفاء المدين بالحق ، لكن يشكل أن يكون المرادمن التكفيل هنا هذاالمعنى لعدم ثبوت اشتغال ذمة القابض ـ فلامعنى لان يضمنه غيره لانه من قبيل ضمان مالم يجب وهو باطل ـ وان لم يكن عندنا قطع بعدم اشتغال الذمة ، وأماالعين فان ضمانها يكون بنحوالتعهد لاخذها وردها الى صاحبها. وحينئذ يقع الشك في هذا المورد لانه ـ لما يدعي المدعي الحق على الغائب ويقيم البينة على ذلك ويحكم الحاكم له ويدفع اليه من مال الغائب بقدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا ـ يشك في أنه هل يصح ضمان الدين المشكوك . وبعبارة أخرى: هل يصح أن يضمن الحق على تقدير ثبوته ؟

هذا في غيرما نحن فيه مشكل ، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضمان ما لم يجب أمكن الضمان فيه على تقدير ، نعم يبقى فيه اشكال أن الانشائيات يشترط فيها التنجيز ولا يصح التعليق، الا أن يدفع بأن التعليق هو في المنشأ لا في الانشاء .

هذا، ولا حاجة الى ذكردليل على جوازدفع الحاكم من مال الغائب الى المدعي لوضوح أن ذلك هو الاثر المترتب قهراً على البينة وحكم الحاكم بالحق، وأما التكفيل فدليل القول به هو النص والالم تكن حاجة اليه بعدثبوت أن الغائب على حجته وأنه يسترجع ماله فيما اذا حضر وثبت براءة ذمته ، والنص المشار اليه هو :

ما رواه الشيخ باسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمد عن

جعفربن محمد بن ابراهيم عن عبدالله بن نهيك عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن جماعة من أصحابنا عنهما عليهماالسلام : « الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهوغائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم . قال : ولايدفع المال الىالذي أقام البينة الا بكفلاء». ويمكنأن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن في الجواهرأنه لم يعثر على قائل به ، ولعل وجه عدمالقولبذلك جعلهم العبارة نظيرقولهم: اذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم ، وكذا قولهم : يشترط اذن العلماء في كذا ، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء .

قال في الوسائل : وعنه عن أبيه عن سعد بن عبدالله عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبي عمير عن جميل مثله[1].

ونحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ، لكن فيه : « اذا لم يكن مليـأ »[2] فانه ظاهر في تكفيل القابض اذا لـم يكن ملياً ، وأما اذا كان ملياً فلا يجب ، ولعل وجه ذلك أنه ان كان

---

١)وسائل الشيعة:١٨/٢١٦. الباب ـ٢٦من أبواب كيفية الحكم.

٢) قال في الوسائل: ١٨/٢١٦ بعدما رواه عن جميل: وباسناده عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عـن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عـن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام نحوه وزاد : «اذا لم يكن ملياً». ورواد الكليني عن أحمد ابن محمد عن علي بن الحسن مثله.

فقيراً ولم يؤخذ كفيل ضاع حق الغائب على تقدير براءة ذمته ، لان المفروض افلاس المدعي والمفلس في أمان الله . ومن هذه الرواية يعلم أيضاً أن المدعي يكفل من جهة المال الذي يأخذه لامن جهة شخصه، ولذا لو أقام المدعى عليه البينة على براءة ذمته أخذ الحاكم حقه وأرجعه اليه وان لم يكن المدعي حاضراً.

هذا، وليس في الروايات ذكر لليمين، ومن هنا يتوجه القول بعدم لزومها هنا . ولو سلم عموم التعليل في رواية الدعوى على الميت الدالة على لزوم اليمين في تلك الصورة لما نحن فيه كانت روايات هذا المقام مخصصة لتلك الرواية وتكون النتيجة لزوم اليمين في كل مورد جهل حال المدعى عليه من جهة أداء حق المدعي الا الغائب فلا يلزم في الدعوى عليه ضم اليمين الى البينة . الا أن يقال بلزومها هنا أيضاً من جهة أنه لامنافاة بين اشتراط اليمين هناك واشتراط الكفيل هنا وعدم ذكر اليمين هنا لا ينفي لزومها ، بل ان المراد من البينة هو البينة مع اليمين ، ولكن هذا الاحتمال خلاف الظاهر ، لان ظاهر الادلة كفاية البينة بوحدها .

هذا، وجميل من أصحاب الاجماع والرواية معمول بها عند الاصحاب فلا يقدح ارسالها في حجيتها[1] .

---

١) فيه رد على المحقق الاردبيلي « قده » حيث طعن فيها بالارسال. وقدطعن فيهاأيضاً بمجهولية «جعفربن محمدبن ابراهيم» و« عبدالله بن نهيك » قلت : أما « ابن نهيك » فهوثقة ، وأما «جعفر

ثم ان صاحب المسالك قال في شرح عبارة المحقق «قده» : وانما اعتبر المصنف الكفيل لانه لم يوجب عليه اليمين مع البينة، فجعل الكفيل عوضاً عنه لاحتمال براءة الغائب من الحق على وجه لا تعلمه البينة، ومن أوجب عليه اليمين لم يعتبر الكفيل الا على تقدير تعذرها كما لو كان المدعي على الغائب وكيل المستحق فانه لا يجوز احلافه فيستظهر بالكفيل ، ولا شك في أن الكفالة واليمين احتياط واستظهار الا أن ثبوتهما يحتاج الى دليل » .

وقد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الكلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا اليمين فانه متى تعذرت عليه كما لو كان المدعي على الغائب وكيلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوى لا التكفيل عوضاً عن اليمين، الا أن يقول بأن هنا روايتين احداهما تفيد الاستظهار بالكفيل والاخرى تفيد الاستظهار باليمين ، وفيما نحن فيه يمكن التمسك بكل منهما ولا يجمع بين الامرين ، بل ان حلف فلا يكفل وان كفل فلا يحلف ، وأورد عليه في الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بين الامرين، ومن هنا اعتبر في القواعد ضم اليمين الى التكفيل.

قال : ولكن لا يجب شيء من الامرين لا فيما نحن فيه ولا في

ابن محمد بن ابراهيم » وهو الموسوي فلم ينص علماء الرجال فيه على وثاقة لكنه من رجال كامل الزيارات. وكيف كان فالظاهر صحة الطريق الثاني، وأما الطعن بالارسال فقد تقدم الجواب عنه بناء على ما اشتهر من تصحيح الاصحاب لما يصح عن تلك الجماعة .

صورة الدعوى على الميت ، بل ان القضية تتم بحكم الحاكم ، بعد قيام البينة وأما اليمين والكفيل فللاحتياط والاستظهار .

أقول: يتوجه هذاالكلام في خصوص كون المدعى عليه غائباً لان الرواية الدالة على اعتبار ضم اليمين الى البينة في حال كون المدعى‌عليه ميتاً تختص بموردها ولاتشمل محل الكلام ، وحينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط والاستظهار، وقد استفاد في الجواهر أن أخذ الكفيل في حال عدم الملاءة ـ كما في رواية محمد بن مسلم ـ هو للاستظهار أيضاً وأنه ليس الحكم متوقفاً على التكفيل، ولكن ظاهرها توقف دفع المال اليه في‌هذه الحالة على التكفيل .

وعن الاردبيلي قدس سره الاشكال في دفع المال الى المدعي لانه قد يستلزم الضرر على الغائب ، وأن الخبر غير عام فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق وهو فيما اذا علم الخصم بأنه اذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب لانه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه في مثل هذاالحكم الذي يستلزم الضرر غالباً لايمكن القول بحكومة أدلة لا ضرر .

هذا كله بالنسبة الى الغائب، وكذلك المجنون والصغير، فانه بنفس البينة يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعي من دون حاجة الى ضم اليمين الى البينة لعدم شمول رواية اعتبار اليمين

٣٥٢ ـــــــ

في المسالك : وهو الاحوط .

اذن في المسألة ثلاثة أقوال .

وقد أشكل في الجواهر في التأجيل بأنه لا ثمرة له ، لانه ان أحضر البينة بعد انتهاء المدة سمعت الشهادة بلا خلاف ، ولم يقل أحد بأنه يجبر على الاحلاف بعد المدة مع عدم حضور الشاهدين، وان كان المراد تعيين الاجل للكفالة بناء على جواز أخذ الكفيل كان له وجه ، وتكون الثمرة خروجه من الكفالة عند انقضاء الاجل ، ولكن هذا لا يتلائم مع عبارة النافع حيث تردد في أخذ الكفيل ، فيكون التأجيل لغواً .

لكن في قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح : « اجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما فان أحضرهم أخذت له بحقه وان لم يحضرهم أوجبت عليه القضية » دلالة على لزوم تعيين الاجل، فمع انقضائه لم يمهل ، الا أنه لاقائل بذلك ، فالاولى حمله على مجرد الامهال حتى حضور البينة، مع احتمال حمله وان كان بعيداً على كون الشهادة على جرح بينة المدعي بعد اقامتها ، فيجعل لاحضار شهود الجرح أمد حتى لا يبقى النزاع بينهما . هذا كله لو فرض تمامية سند الخبر .

وهل يلزم التكفيل ؟ استدل للعدم بأن المدعي قد اختار الصبر حتى حضور البينة ، فلا وجه لالزامه المدعى عليه باعطاء الكفيل أو ملازمته اياه أو المطالبة بحبسه ، لان حق المدعي غير ثابت فكيف يقال باضرار المدعى عليه فعلا كأن يحبس أو يلازم دفعاً للضرر المحتمل

توجهه على المدعى .

فان قيل: اذن يؤخذمنه الكفيل لانه ان كان ضررأعلى المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعي ، فنقول : ان قاعدة نفي الضرر ليست مشرعة بل انها قاعدة ثانوية ترفع الحكم الاولي المجعول حالكونه ضررياً ، وفيما نحن فيه لا حكم شرعي مجعول ترفعه قاعدة نفي الضرر لكونه ضررياً .

فان قيل: ان حرمة الالزام بالكفيل حكم ضرري فترفعه القاعدة ويحكم بالجواز ، فنقول : ان هـذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، ولامعنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الاخر.

وأما كون أخذ الكفيل هـو الاحوط كما في المسالك ففيه أن الاحوط هـو العكس ، لان معنى الاحتياط هو الاتيان بالفعل مثلا لاجل التيقن بفراغ الذمة على كلا احتمالي الوجوب والاستحباب، وأما هنا فان في أخذ الكفيل ضرراً فعلياً على المدعى عليه ، وفـي عدمه ضرر احتمالي على المدعي، فالاحوط عدم أخذ الكفيل منه، لانه في حال ترك الاخذ يعلم بعدم الضرر ، وأما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعي باختياره الصبر فالاحوط الترك .

وقديفصل بأنه اذاكان المدعى عليه ملياً ويمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءة ذمة الخصم فلايكفل والا فيكفل ، والوجه في ذلك وجوب مراعاة الحاكم لاقل الضررين في حال دوران الامر بينهمـا .

وهذا أيضاً ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين .

وعلى التكفيل فهل يتعين في ضرب مدة ثلاثة أيام كما عن ابن حمزة أو يناط بنظر الحاكم ؟ قولان .

وان كان له شاهد واحد وذكر أن الاخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الاخر ، والاشبه أنه لا وجه للحبس ولا للتكفيل ، فهذا الفرع كسابقه .

٣ ـ الاحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه :

قال المحقق : « وأما السكوت فان اعتمده ألزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، وقيل: يجبر حتى يجيب ، وقيل ... والاول مروي . . . » .

أقول : ان سكت المدعى عليه أوقال : لا أدري ، فتارة يكون سكوته لا عن عناد بل من جهة خوف أو دهشة أو تفكير في الامر والجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم ويصبر حتى يزول خوفه، وتارة يكون سكوته عن عناد ولجاجة فهنا ثلاثة أقوال ذكرها المحقق « قده » : « الاول » الحبس حتى يبين الجواب « الثاني » اجباره على الجواب بالضرب ونحوه . « الثالث » أن يقول له الحاكم: اما أجبت واما جعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعي، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعي .

وهل هذا البحث والخلاف قبل اقامة المدعي البينة أو بعدها؟

يمكن تصوير ثلاث صور لهذا المقام « الاولى » : أن يقيم المدعي دعواه عندالحاكم فيسأل الحاكم المدعى عليه عن جوابه فيسكت، « الثانية » : أن يقيم الدعوى ويطالبه الحاكم باقامة بينة ثم يسأل المدعى عليه فيسكت . « والثالثة » : أن يقيم الدعوى ولا بينة عنده عليها فيسكت المدعى عليه عن الجواب .

لاريب في عدم كون الصورة الاولى محل الخلاف والاقوال.

وأما في الصورة الثانية فان علم الحاكم بعدالة الشاهدين فانه بعد سكوت المدعى عليه يعمل بعلمه ويحكم ويرتفع النزاع .

فظهر أن مورد الاقوال هو الصورة الثالثة ، والحق أن جواب المدعى عليه ليس حقاً للمدعي، وأنه لادليل على وجوبه عليه شرعاً، نعم هو مقدمة للعلم بالحال وفصل النزاع . ولننظر فيما يمكن أن يستدل له للاقوال في هذا المقام ، فنقول :

الظاهر أنه لا نص في المسألة بالخصوص ، وقول المحقق والعلامة قدس سرهما بالنسبة الى القول الاول : « والاول مروي » يمكن أن يكون اشارة الى النبوي المشهور : « لي الواجد يحل عرضه وعقوبته »[1] الذي ذكروا انجبار ضعفه بعمل الاصحاب. وقد أجيب بأن الظاهر من « الواجد » هو من وجد المال لا ما يعم استحقاق جواب الدعوى ، ويشهد بذلك أن الامام أمير المؤمنين عليه السلام كان يحبس المدين والغريم كما في الاخبار .

---

١) وسائل الشيعة ١٣/ ٩٠ الباب -- ٨ من أبواب الدين .

أقول : وفي الاستدلال به والجواب عنه كليهما نظر ، أما في الاستدلال فلانه يتوقف على ثبوت كون الجواب واجباً على المدعى عليه اما من جهة كونه حقاً للمدعي واما من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحينئذ لوشككنا في عقاب من لم يعمل بهذا الواجب أمكن الاستدلال بالحديث ، وأما مع عدم ثبوت وجوب الجواب عليه فلا يجوز حبسه ،كما لا يجوز حبس من يشك في كونه مديناً . . . وقد تقدم أن في وجوب الجواب على المدعى عليه مطلقاً تأملاواشكالاالهم الأن يكون اجماع، فسقط الاستدلال.

وفي الجواب المذكور أيضاً نظرمن جهة أنه لو فرض ظهور لفظ « الواجد » فيما ذكر ، بل حتى لو صرح بالمال في الكلام فلا مانع من دعوى الغاء خصوصية المال هنا بمناسبة الحكم والموضوع ، فيكون معنى الحديث : لي الواجد عن أداء ماللناس ـ مالا كان أوحقاً ـ يحل عقوبته وعرضه.

واستدل للقول الثاني بأن اجباره على الجواب بالضرب هو من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وفيه : ان هذا أيضاً متوقف على ثبوت وجوب الجواب عليه والا فان أدلة وجوب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا تثبت موضوع المعروف والمنكر . . .

واستدل للقول الثالث بعموم الروايات الواردة في باب « أن المدعي اذا لم يكن له بينة فله استحلاف المنكر ، فان رد اليمين على المدعي فحلف ثبتت الدعوى وان نكل بطلت» كصحيحة محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : «في الرجل يدعي ولا بينة له . قال : يستحلفه ، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له »[١] .

وبالرواية الواردة في الاخرس[٢] اذ المستفاد منها أن الانكار غير لازم بل يكفي لثبوت حق المدعي امتناع المدعى عليه من اليمين، ولكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجيء شبهة القياس .

وبرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله[٣] .

فالاظهر هو القول الثالث، وان قال بالاول جماعة كبيرة من الاصحاب .

وقد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين ، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعي فهو مقر وعليه دفع ما يدعيه ، وان كان ينكر ذلك وجب عليه رد اليمين على المدعي ، وحيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعي فان حلف ثبتت دعواه والا سقطت ، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق .

وفيه : ان الاقرار أو الانكار لابد من ابرازه حتى يترتب عليه الاثر، والعلم الاجمالي المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفية الحكم.
٢) وسائل الشيعة: ١٨/ ٢٢٢. الباب: ٣٣ من أبواب كيفية الحكم.
٣) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٢. الباب: ٤ من أبواب كيفية الحكم.

وقد يعترض بأنه لو كان السكوت في حكم النكول ـ كما تمسك لذلك بالروايات العامة ـ فيرد اليمين على المدعي كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير والمجنون والغائب والميت موضوعاً لجواز الرد على المدعي .

وفيه : انه قياس مع الفارق .

وأما رأي صاحب الجواهر « قده » فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينة .

وفيه : انه مشكل جداً فانه يؤدي الى عدم ثبوت دعوى أبداً، ولا ريب في بطلان نسبة هذا الحكم الى الشارع ، وعليه فلامناص من سماع الدعوى ، ومع سكوت المدعى عليه يحلف المدعي بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه ، وان كان الثاني هو الاحوط ، فان لم يحلف سقطت الدعوى .

بل ربمايكون ما ذكرناه هوطريق فصل النزاع حتى في صورة الحبس أو الضرب ، لانه قد لايجيب المدعى عليه بعدهما ويكون المرجع ما ذكرنا ، وعليه فهل يجب الحبس أوالضرب مع وجود هذا الطريق الذي يحتمل سلوكه بالتالي ؟ الحق هو العدم .

قال المحقق « قده » : « ولو كان به آفة من طرش أو خرس توصل الى معرفة جوابه بالاشارة المفيدة لليقين » .

أقول: هذاالم نقل بأن اشارة الاخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذي يكتفى بالظن بالمراد منه فلاحاجة الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقراً أو منكراً .

قال : « ولو استغلقت اشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد . . . » .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبني على أن ذلك من مقام الشهادة ، وأما بناءاً على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبرة في فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد .

٤ ـ حكم ما لو اجاب بقوله «لاادرى»:

اذاأجاب المدعى عليه بقوله « لا أدري » فان كان للمدعي بينة على دعواه فهو والا فوجوه :

منها: سقوط الدعوى ، لان المدعي بعد فرض عدم البينة يقر بأن من لا يدري هل هو مدين أولا لا يجب عليه دفع شيء .

ومنهـا : أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعي في ذمته استناداًالى الاصل، فانشك في مشروعية هذه اليمين وسقوط الدعوى بها فالاصل هو العدم ، ولكن تعارضه أصالة عدم استحقاق الحق .

ومنها : ان يرد اليمين على المدعي .

ومنها: انه منكر وعليه اليمين بنفي العلم باستحقاق المدعي ما يدعيه عليه ، قال في الجواهر : «ثم ان ظاهر حصر الاصحاب حال المدعى عليه في الثلاثة عدم حال آخر رابع مخالف لها في الحكم، وحينئذ فاذا كان جوابه لا ادري ولا اعلم ونحو ذلك فهو منكر ، ضرورة عدم كونه اقراراً كضرورة عدم كونه ساكتاً فليس الا الانكار وانسياق القطع بالعدم منه لا ينافي كونه فرداً آخر له مرجعه عدم

استحقاق مايدعيه وان لم يعلمه في نفس الامر، ضرورة اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فاذا نفى العلم بسببه كان نافياً للاستحقاق المزبور الذي هو روح الدعوى عليه، وبذلك يكون منكراً لا يتوجه عليه الا اليمين لموافقته للاصل وغيره، ولا ينافي ذلك ماتسمعه من الاصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت في فعله نفياً واثباتاً المنزل على الصورة الغالبة من الانكار بخلاف ماإذا كان انكاره بالصورة الثانية فانه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث » .

ومنها : ما ذكره السيد « قده » ـ ولا يبعد كونه الاصح ـ وهو التفصيل بين صورة تصديق المدعي دعوى المدعى عليه عدم الدراية وبين صورة عدم تصديقه لها ، فقال ما حاصله بلفظه : « اذا أجاب المدعى عليه بقوله: لاأدري، فاما أن يصدقه المدعي في هذه الدعوى أولا . فعلى الاول : ان كان للمدعي بينة على دعواه فهو والا فلا حق له، لان المفروض تصديقه في عدم علمه، ومعه ليس مكلفاً بالاداء في مرحلة الظاهر لان الاصل براءة ذمته والمدعي أيضاً معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينة واعتراف المدعي بعدم علم الوارث، فانه لاخلاف في سقوط دعواه حينئذ . ويمكن أن يستدل على ماذكرنا بالاخبار الواردة في ادعاء رجل زوجية امرأة لها زوج وأنه لاتسمع دعواه اذا لم تكن بينة كموثقة سماعة[1] ورواية

---

١) وسائل الشيعة : ٢٢٦/١٤ . الباب : ٢٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد من كتاب النكاح .

يونس[١] وحسنة عبدالعزيز[٢] فان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعي وكذبه ، والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجية وغيرها .

وعلى الثاني فللمدعى عليه أن يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر ، لانه منكر من هذه الحيثية ، فالمنكر قسمان : منكر للاشتغال الواقعي ، ومنكر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع ، وللمدعي أن يحلفه على نفي العلم ان ادعى علمه بثبوت الحق ، فان حلف كفى في سقوط الدعوى ، وان رد اليمين على المدعي أو الحاكم ردها عليه فحلف ثبت حقه ولكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعاً حتى لا تسمع منه البينة بعد ذلك ولا يجوز له المقاصة » .

هذا اذا كانت الدعوى ديناً ، وأما اذا كانت متعلقة بعين في يده وأجاب المدعى عليه بقوله : « لا أدري » فقد ذكروا أنه ان كانت تحت تصرف تلك اليد فقط ولم تشاركها يد أخرى في الاخذ والوضع من الصندوق الذي وضعت تلك العين فيها مثلا كانت اليد المنحصرة حجة والا وجب على المدعي اقامة البينة ، فان أقامها حكم له والا فبما أن المدعى عليه غير متمكن من الحلف لعدم درايته بالواقع ومن هنا أيضاً لا يمكنه رد اليمين على المدعي تكون الدعوى ساقطة ظاهراً .

---

١) وسائل الشيعة : ١٤/٢٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٤/٢٢٦ .

وقال السيد رحمه الله ما ملخصه «بل يمكن أن يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعي على الميت اعتماداً على يد من انتقلت منه اليه كما يظهر من خبر حفص بن غياث[1] فانه يظهر منه جواز الحلف اذا اشترى من ذي يد ، بل يظهر منه جواز الشهادة باليد مع أن أمر الشهادة أصعب ، بل وكذا اذا كانت في يده ولم يعلم حالها يحكم بمقتضى يده أنها له ، ولا يضر قوله : لا أدري من أين صارت في يدي وأنها في الواقع لي أو ليست لي .

لكن قال في المستند في هذه الصورة: ان رد اليمين على المدعي فحلف كانت له وان لم يدع عليه العلم أو ادعى وحلف على نفي العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعي، لانه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنه له أو لا » .

قلت: والاولى ما ذكره السيد « قده » لانه مقتضى قاعدة اليد.

---

١) وهو : « عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم . قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبدالله عليه السلام : أفيحل الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبدالله عليه السلام : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال أبو عبدالله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق » وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

ثم انه بناء على ماذكرنا من سقوط الدعوى في صورة تصديق المدعي دعوى المدعى عليه عـدم درايته وأنه لا أثر لليمين حينئذ ـ لان الغرض منها ازالة الشك في صدقه فمع العلم به لا أثر لها ـ يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه في دعوى عدم الدراية من دون حاجة الى يمين المدعى عليه على ذلك .

وقال بعض المعاصرين: واذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعي له ، فاما أن يكون له بينة فهو، ومع عدمها لا حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفاً بالاداء في الظاهر والمدعي معترف بذلك فلايجوز مطالبته، ومعه ليست الدعوى مسموعة حتى يقال يصدق عليه المدعي و كل دعوى مسموعة يكون الفصل فيها بالبينة واليمين ، وذلك لعدم البينة وعدم امكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له في براءته بحسب الظاهر»[1].

وفيه: أنه ليس الشك في الصدق ملحقاً بالعلم به في عدم جواز الاحلاف ، لان اليمين هي للاستظهار في حال تكذيبه دعوى نفي العلم أو الشك في صدق هذه الدعوى .

وانما يحلف مع كون الاصل عدم كونه مديناً لان الصحيح .. كما ذكر الشيخ الاستاذ قدس سره[2] ـ ان قولهم بعدم وجوب الفحص في الشبهة الموضوعية ليس على اطلاقه ، لانه قد يكون

---

١) جامع المدارك : ٦/٤١ .

٢) آية الله الحاج الشيخ عبدالكريم اليزدي الحائري .

الفحص من السهولة بحيث لايصدق معه الشك والشبهة عرفاً ، فلو توقف ظهور حقيقة الحال في المنازعة على حق على مراجعة دفتر الحساب لـم يؤثر جواب المدعى عليه بالشك في صدق الدعوى وتمسكه بأصالة العدم حينئذ... وما نحن فيه من هذاالقبيل فالحلف لابد منه في هذا المقام .

(مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)

الاصل ـ لولاالدليل ـ عدم نفوذ الحكم على الغائب ، الا أنه لاريب في سماع الدعوى ونفوذ الحكم عليه، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، وقد يستدل لذلك بالادلة التالية :

١ـ اطلاق أدلة القضاء كقوله تعالى «فاحكم بين الناس بالحق»[1].

٢ ـ اطلاق أدلة الحكم بالبينة واليمين ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[2] .

الاأن التمسك بهاتين الطائفتين من الادلة غير تام لعدم الاطلاق الشامل للغائب فيها بحيث يمكن أن يكون دليلاللجواز لولاالاخبار الخاصة والاجماع، لاذهذه الادلة في مقام بيان الحكم على الاجمال، فهـي تبين أصل القضاء وتشريعه مـن غير تعرض الـى الشرائط

---

١) سورة ص : ٢٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٦٩ . الباب : ٢ مـن أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

والخصوصيات، ويكون معنى «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»، اني لا اقضي بينكم عن طريق العلم بالغيب ولا بالمعجزة بل أقضي بينكم بالبينات والايمان ، بل ان هذا الحديث ونحوه منصرف عن صورة كون أحد المتخاصمين غائباً .

٣ـ ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أنه قال لهند زوجة أبي سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] وكان أبو سفيان غائباً .

وفيه ـ مع الغض عن سنده وعماقيل من أن كون أبي سفيان غائباً غير معلوم ـ أنه لا ظهور له في كون ذلك من النبي «ص» من باب الحكم ، بل كونه من باب الولاية على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به .

٤ ـ ما روى عن أبي موسى الاشعري : « كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما ولم يف الاخر قضى للذي وفى على الذي لم يف. أي مع البينة»[2].

وهذا الحديث ـ مع الغض عن سنده ـ صريح في حضور كليهما عند الحاكم وغياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصورة غياب أحدهما من الاول .

---

١) حديث عامي وصفه صاحب الجواهر بالمستفيض .

٢) حديث عامي .

٥ ـ خبر جميل: «الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي أقام البينة الا بكفلاء »[١] .

٦ ـ خبر محمد بن مسلم : « الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي أقام البينة الا بكفلاء اذالم يكن ملياً »[٢] .

٧ـ اطلاق ماروي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «القضاة أربعة ، ثلاثة في النار وواحد في الجنة ، رجل قضى بجور وهو يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بجور وهو لا يعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو لايعلم فهو في النار ، ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو في الجنة »[٣] .

لكن الظاهر كونه في مقام بيان لزوم العلم بالحق والحكم بالحق فقط ، فلااطلاق له ليستدل به في المقام .

وببعض ما ذكر يتقيد اطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم: «اذا

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٦ . الباب : ٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٦ .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١١ . الباب : ٤ من أبواب صفات القاضي .

تقاضى اليك رجلان فلاتقض للاول حتى تسمع من الاخر ، فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء »[1] وان كان يحتمل ظهور «تقاضى اليك رجلان» في كونهما حاضرين، فيكون وجه الجمع : الحكم في القضية جزماً ويكون الغائب على حجته اذا قدم .

وكذا ما عن علي عليه السلام قال : « قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهني الى اليمن : اذا تحوكم اليك فلا تحكم لاحدالخصمين دون أن تسأل من الاخر. قال: فما شككت في قضاء بعد ذلك »[2] ، وما رواه العياشي في تفسيره عن الحسن عن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعثه ببراءة ـ الى أن قال ـ فقال : « ان الناس سيتقاضون اليك، فاذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع من الاخرفانه أجدرأن تعلم الحق »[3] بناء على ظهورهما في الاطلاق ، ويكون مفاد أخبار الامر بالسؤال من الاخر أنه اذا حضرا معاً فلا يجوز الحكم قبل السؤال من الاخر وسماع كلامه ، وقد حمل الامر بالسؤال منه على الارشاد ولكنه خلاف الظاهر .

وأما ما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه عن عليه السلام

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٨ ضعيفة .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ ضعيفة .

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٥٩ ضعيفة .

من أنه قال : « لا يقضى على غائب »[1] فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده[2] ولاعراض الاصحاب عنه، مع امكان حمله على بعض الوجوه .

وبعد، فهل يقضى على الغائب في كل دعوى وعلى كل حال؟ يتضح الامر في هذا المقام في مسائل :

المسألة الاولى

(في المراد من الغائب)

قال المحقق « قده»: «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً وحاضراً ، وقيل : يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم » .

أقول : لا اشكال ولاخلاف في أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهة مرض أوشبهه ، أوكان ممتنعاً عن الحضور.

ولا خلاف في صدق « الغائب » على المسافر بمقدار المسافة الشرعية ، وأما اذا كان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، ولعل دليله أن القدر المتيقن من «الغائب» هو المسافر بقدر المسافة الشرعية .

---

١) وسائل الشيعة: ٢١٧/١٨ عن قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختري . . .

٢) لان راويه أبا البختري ـ وهو : وهب بن وهب ـ ضعيف كما نص عليه علماء الرجال .

وهو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقة .

وان كان حاضراً في البلد وغائباً عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً، قال في الجواهر: وان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط وتعليق الارشاد : يعتبر في الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم ، الأنا لم نجد في المبسوط مانسب اليه ، والشيخ «قده» لم يتعرض الى مسألتنا ، ويمكن أن يكون قد تعرض لها في محل آخر .

وفي المسالك: ان كان غائباً عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا سواء كان بعيداً أم قريباً، وكذا لو كان حاضراً في البلد وتعذر حضوره في مجلس الحكم اما قصداً أو لعارض ، ولو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضاً لعموم الأدلة . وقال الشيخ في المبسوط : لا يحكم عليه حينئذ لان القضاء على الغائب موضع ضرورة فيقتصر فيه على محلها، ولانه ربما وجد مطعناً ومدفعاً وجاز في الغائب للمشقة بطول انتظاره . والاظهر الاول .

ولعل المشهور قد حملوا أدلة السؤال من المدعى عليه على الحاضر في المجلس ، أو حملوا «الغائب» في أدلة القضاء عليه على من غاب عن المجلس ، فتكون هذه الادلة مخصصة لادلة السؤال من المدعى عليه بناءاً على عموم التعليل الموجود فيها ، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العلة في تلك الادلة ، ويجور حمل العلة على الاستحباب أو العلية الناقصة . . . لكن في الحكم على الغائب عن المجلس تردد وان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الاظهر ، وكونه على حجته اذا قدم يدفع الضرر عنه .

هذا ولايجب على الحاكم الارسال خلف المدعى عليه للحضور في المجلس الا أن يلتمس المدعي ذلك .

ثم هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده كما في القواعد التوقف فيه ، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بينته الا لاخذ المال لو اعترف باعترافه ـ ومرجعه الى اشتراط ادعاء الجحود اذا طلب الحكم دون المال ـ والتردد اذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به ولم يعلم ، ومن تنزل الغيبة منزلة السكوت النازل منزلة الجحود ، لاحتماله الجحود في الغيبة وان لا يقدر بعد على الاثبات اذا ظهر الجحود ؟ قال في الجواهر: لا يخفى عليك اطلاق النص والفتوى ومعقد الاجماع . أقول : على أنه اذا كان مبنى الحكم كون المدعى عليه جاحداً فيلزم في صورة اقرار المدعى عليه أن لايحكم الحاكم بعد الاقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا في تسليمه ... والافلا معنى لتوقف تنفيذ حكم الله على حكم الحاكم في القضية . الا أن يقال بأن الله عزوجل قد أذن للحاكم أن ينشىء الحكم حتى تترتب الاثار على الحكم الشرعي ان كان لحكمه أثر زائد على الاقرار ـ لان المسلم به أنه لايسمع الانكار بعد الاقرار وأن الاقرار كحكم الحاكم في فصل الخصومة ـ كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا في الاقرار .

قال في الجواهر: نعم قد يتوقف في صورة العلم باعترافه بناءاً

على اشتراط الخصومة في مطلق القضاء على الحاضر وقد عرفت الكلام فيه سابقاً، والمتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا اشكال في تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح .

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصورة مشكلة.

المسألة الثانية

(يقضى على الغائب مطلقاً أو في حقوق الناس ؟)

قال المحقق « قده » : « يقضى على الغائب في حقوق الناس كالديون والعقود ولا يقضى في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط لانها مبنية على التخفيف » .

أقول : ولـذا تدرء الحدود بالشبهات ، بخلاف حقوق الناس فانها مبنية على الاحتياط . . . فان قيل: فلماذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البينة يلغيه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهة والا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع في القضية أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره وجرح الشاهدين أو اقامة البينة على أن المتهم فـي هذه القضية ليس هو بل غيره ، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد .

قال المحقق: «ولو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقة يقضى بالغرم ، وفي القضاء بالقطع تردد » .

أقول : لو اشتمل الحكم على حق الناس وحق الله معاً كالسرقة

يقضى عليه في حق الناس ، وأما القضاء بحق الله وهو القطع فقد تردد فيه المحقق «قده» ، قال شارحوه انه لم يتردد في عدم القضاء به غيره من الفقهاء .

وذكر في الجواهر وجه التردد : ان السرقة علة للامرين ، فاذا قامت البينة عليها لم يعقل التفكيك بين المعلولين، وأجيب عن ذلك بأن الاحكام الشرعية معرفات لا علل حقيقية . ومعنى هذا الكلام : ان الامور المذكورة في كلمات الشارع بعنوان العلة ليست عللا حقيقية يحكم العقل بامتناع الانفكاك بينها بل هي معرفات . أقول : ان العقل لايمكنه ادراك أن الشيء الكذائي علة للشيء الكذائي في الاحكام الشرعية ، فلولابيان الشارع ان الجنابة علة لوجوب الغسل لم يدرك العقل ذلك ، وحينئذ فلو جاء في كلامه أن الشيء الفلاني علة للشيء الفلاني وجب التصديق بحكم الشارع بالعلية ، لكن الفرق بين العلية المدركة بالعقل كعلية النار للحرارة والعلية الواردة في لسان الشارع هو أنه في الاول يستحيل التفكيك بين النار والحرارة الا عن طريق الاعجاز، أما في الثاني فانه يمكن تخلف ماجعل معلولا عما جعل علة ، ولذا نرى أن الشارع قد يقول في مورد بعدم ترتب المعلول على العلة وهو يكشف عن عدم العلية التامة ... اذن ليست الاحكام الشرعية معرفات، بل هي علل ومعاليل كالعلل والمعاليل الاخرى.

وعليه فلو أقر الحاضر بالسرقة مرتين ترتب الاثران ، وان أقر مرة واحدة يؤخذ منه حق الناس ولا يحكم عليه في حق الله ، فلا

٣٧٤ ـــــــ

تلك الدعوى فلايمكنه احلاف الوكيل لان يمين الوكيل لاأثرلها، وحينئذتسقط دعواه ويلزم بدفع الحق، لان الاصل عدم دفع الحق وعدم ابراء صاحب الحق اياه ، وهذا هو الوجه الصحيح للقول بالالزام .

وأماقوله: «لان التوقف يؤدي الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفاً على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى .

وأما القول بأنه لو لـم يلزم لتوجه الضرر على صاحب الحق بضياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضاً توجه الضرر الى الغريم لاحتمال صدقه في دعوى الاداء .

وهل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع ؟

ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر لان الدعوى بعد الحكم لا تسمع ، والا كان له وجه نظير ما اذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعي .

وفي المسألة وجهان آخران :

أحدهما ـ تفصيل صاحب المستند بين مااذاكان الوكيل وكيلا في دعوى الابراء والوفاء أيضاً فالتوقف، وبين مااذا لم يكن وكيلا فالالزام .

والثاني ـ التفصيل الذى لم يستبعد السيد « قده » قوته ، وهو التفصيل بين مااذا ثبت الحق بالبينة أوباقرار المدعى عليه من الاول،

فعلى الاول الالزام وعلى الثاني فالتوقف .

وان لم يأذن ذو الحق للوكيل بأخذ الحق من الغريم فلاوجه لاخذه لـه ، فحيث يلزم بدفع الحق فانه يدفعه الـى الحاكم حتى يسلمه الى صاحب الحق عند حضوره .

المقصد الرابع

في كيفية الاستحلاف والبحث في أمور ثلاثة

(الاول : في اليمين)

اعلم أن المستفاد من الاخبار الكثيرة كراهة اليمين الصادقة وكونها مرجوحة مطلقاً، فعن أبي عبدالله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من أجل الله أن يحلف به أعطاه الله خيراً مما ذهب منه »[1] .

وعنه عليه السلام قال : « لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين ، فانه عزوجل يقول : ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[2] .

وعن أبي جعفر عليه السلام في رواية : « واني لاكره أن أقول (والله) على حال من الاحوال »[3] .

---

١) وسائل الشيعة : ١١٥/١٦ . الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١١٦/١٦ . الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١١٥/١٦ ـ الباب ـ ١ ـ كتاب الايمان .

ولكن تزول الكراهة بـل يترجح اتيانها في كثير من الموارد بالنظر الى الاثر المترتب عليها كبيان أهمية المطلب أو التأكيد عليه ونحو ذلك، ولذا كان النبي والائمة عليه وعليهم الصلاة والسلام قد يحلفون فـي كلامهم ، فعن الرضا عليه السلام : « بلغني أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا ، لا وقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما قلته قط ... »[1] .

بل قد يجب الحلف في بعض الموارد، كما اذا وقعت المرافعة على زوجية امرأة مثلا أو ملكية دار ونحو ذلك .

ويحرم الحلف بالاوثان والاصنام ، فالحلف باللات مثلا حرام وان كان على ترك محرم أو اتيان واجب ، ولا كفارة عليه في صورة المخالفة .

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦١ . وما رواه أبو جرير القمي قال: قلت لابى الحسن عليه السلام جعلت فـداك . . . وسألته عن أبيه أحي هو أم ميت ؟ قال: قد والله مات ...» وسائل الشيعة:١٦/١٦١.

ومـا عن صفوان الجمال : « ان أبا جعفر المنصور قال لابى عبدالله عليه السلام: رفع الي أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو اليك ويجمع لك الاموال. فقال: والله ما كان ...» وسائل الشيعة:١٦/١٦٧.

وما عن نجية العطار قال : «سافرت مع أبي جعفر عليه السلام الى مكة فأمر غلامه بشيء فخالفه الى غيره . فقال أبو جعفر عليه السلام : والله لاضربنك يا غلام . . . » وسائل الشيعة ١٦/١٧١ .

ولو حلف على ترك واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمة هذا الحلف ولو خالف لم تجب عليه الكفارة .

لا يستحلف أحد الا بالله :

قال المحقق قده : «ولايستحلف أحد الا بالله ولوكان كافراً» .

أقول : ان اليمين تكون في موارد ثلاثة :

الاول : في المورد الذي لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على مايقوله في مقام التكلم مع غيره، فهذا مالايترتب عليه أثر وضعي .

والثاني: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أوترك أمرمرجوح فعله، وأثر هذه اليمين هووجوب الكفارة عليه مع المخالفة انكانت بالله عزوجل .

والثالث : اليمين في مورد المرافعة لاثبات حق أواسقاطه .

ففي الاول يجوز الحلف بغير الله تعالى ؟ ان الاخبار الواردة في النهي عن اليمين بغير الله فوق حد التواتر، لكن الاصحاب رفعوا اليد عن ظهورها في الحرمة وحملوها على الكراهة ولم يفت أحد منهم بحرمة اليمين بغير الله ، بل ادعي الاجماع على الكراهة ، بل لقدوجدنافي الاخبار حلف الائمة بغير الله في محادثاتهم ومحاوراتهم[1]، وفي كتاب القضاء للمحقق الاشتياني: أن عليه السيرة ، وأجاب عن

---

١) مثل ما عن الرضا عليه السلام من قوله : « لا وقرابتي من رسول الله . . . » وقد تقدم .

٣٨٠ ـــــــ

١) عن سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا يحلف اليهودي ولا النصراني ولا المجوسي بغيرالله ، ان الله عزوجل يقول : فاحكم بينهم بما أنزل الله »[١].

٢) عن جراح المدائني عن أبي عبدالله عليه السلام: «لايحلف بغير الله . وقال : اليهودي والنصراني والمجوسي لاتحلفوهم الا بالله عزوجل »[٢].

٣) عن الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون . فقال : لاتحلفوهم الا بالله عزوجل »[٣].

٤) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته هل يصلح لاحدأن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟ قال : لايصلح لاحد أن يحلف أحداً الا بالله عزوجل »[٤].

٥) عن الحلبي قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون ؟ فقال : لاتحلفوهم الا بالله »[٥].

٦) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن استحلاف أهل الذمة . قال : لاتحلفوهم الا بالله »[٦].

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمال .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٤ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٦) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٧) عن علي بن مهزيار قال: «قلت لابي جعفر الثاني عليه السلام: قول الله عزوجل : (والليل اذا يغشى والنهار اذا تجلى) . وقوله عزوجل (والنجم اذا هوى) وما أشبه هذا . فقال : ان الله عزوجل يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به عزوجل »[1].

٨) عن محمد بن مسلم قال : « قلت لابي جعفر عليه السلام قول الله عزوجل (والليل اذا يغشى) (والنجم اذا هوى) وما أشبه ذلك . فقال: ان لله عزوجل أن يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به »[2].

٩) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: « لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله . . . »[3].

١٠) عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا أرى للرجل أن يحلف الا بالله ... »[4].

فهذه الاخبار تدل على أنه لا يستحلف أحد الا بالله عزوجل ولو كان كافراً بانكار أصل واجب الوجود فضلا عن غيره ، وقد وردفي بعض الاخبار[5] أن اليمين بغير الله يؤدي الى ترك الحلف بالله، أي

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٥٩ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان.

٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ . الباب : ٣٠ ، كتاب الايمان .

٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٠ ، ١٦١ .

أنه في المورد الذي يترجح فيه اليمين لابد من الحلف بالله حتى لايعظم شيء في مقابله عزوجل، لان الحلف يكون عادة بماله أهمية وجلالة وعظمة، فالالتزام بالحلف بالله تعالى تعظيم له واثبات لعظمته ونفي لعظمة شيء سواه، وأما الاستحلاف في مورد المرافعة فلايجوز بغير الله عزوجل وان رضي الطرفان بالحلف بغيره .

وهناك أخبار واردة في الاستحلاف بغير الله تعالى سنذكرها قريباً .

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار اضافة شيء من صفات الذات أو الافعال الى الاسم في ترتب الاثر ، لكن قال المحقق :

« وقيل: لايقتصر في المجوس على لفظ الجلالة، بل يضم الى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال لانه سمى النور الهاً » .

أقول: هل يستحلف المجوسي الذي يسمي النور آلهاً بالله تعالى كالمسلمين أو يقال له : « احلف بخالق النور » مثلا وان كان غير معتقد به ؟ ظاهر المبسوط حيث قال : فان قيل : كيف حلفته بالله وليست عنده بيمين؟ قلنا: ليزداد اثماً ويستوجب العقوبة» هو الثاني، لكن مقتضى اطلاق الاخبار هو الاول ، وأما قول الشيخ : « ليزداد اثماً ويستوجب العقوبة » فلم يظهر لنا المراد منه .

وكذا الامر بالنسبة الى منكر أصل واجب الوجود، ومن يعتقد بآله غير الله ، ومن يعتقد بالهين كالثنوية ، ومن يعبد الاصنام . . . لاطلاق الادلة .

عدم جواز الاحلاف بغير أسماء الله :

قال المحقق: «ولايجوز الاحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزلة والرسل المعظمة والاماكن المشرفة » .

أقول: ويدل على ذلك النصوص الكثيرة المذكور بعضها آنفاً، فلا يجوز الحلف بغير الله وان تراضى الطرفان بالحلف بغيره ، بل ان المصالحة على الحلف بغيره تعالى لا يفصل النزاع ، لان هذه اليمين محرمة اما تكليفاً ووضعاً واما وضعاً فقط على الخلاف ، لانه على الاول يكون الصلح على أمر محرم فعله ، وعلى الثاني يكون على أمر لغو ، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

ووجه الخلاف في هذا المقام بين الاصحاب هواختلافهم في الاستفادة من أدلة النهي عن الاستحلاف بغير الله ، ومع الشك في الحرمة التكليفية تجري البراءة ، وحينئذ لا يحكم بفسق المحلف والحالف، أما مع الشك في الحكم الوضعي فالاصل عدم النفوذ، والقدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق وعدم سقوطه باليمين بغير الله تعالى وان كان من الكتب المنزلة أوالرسل المعظمة أو الاماكن المشرفة .

لكن في بعض الاخبار ما ينافي تلك الادلة ، وهذه نصوص تلك الاخبار :

١) عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراة التى أنزلت على موسى عليه السلام »[١] .

٢) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن الاحكام . فقال : في كل دين ما يستحلفون به »[٢] .

٣) عن محمدبن قيس قال: «سمعت أبا جعفرعليه السلام يقول: قضى علي عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه وملته »[٣] .

٤) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحكام، فقال : تجوز على كل دين بما يستحلفون »[٤] .

٥) الصدوق «قده» قال: «وقضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن استحلف رجلامن أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه وملته»[٥].

ولعل بالنظر الى هذه الاخبار قال المحقق « قده » :

« ولورأى الحاكم احلاف الذمي بمايقتضيه دينه أردع جاز».

لكن المشهور عدم جواز احلاف اليهود والنصارى بغير الله للنصوص الناهية عن ذلك عموماً وخصوصاً، وقد أجابوا عن خبر

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . وعن نسخة : يستحلون به .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٥ . و« يمين صبر » : جهدالقسم.

٤) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٥) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

السكوني بضعف سنده ، وفي الوسائل : حمله الشيخ على أنه مخصوص بالامام ، وعلى هذا حملت الاخبار الاخرى أيضاً ، وأما صحيح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم .

والحاصل ان هذه النصوص لاتصلح معارضة للنصوص السابقة لقصور بعضها سنداً والبعض الاخر دلالة . . .

وهل يجب أن يكون الحلف بلفظ الجلالة فقط ؟ الواجب هو الحلف بذات الله المقدسة ، أي المسمى بلفظ الجلالة والاسماء الحسنى ، فيجزى أي اسم كان من أسمائه أو أي صفة من صفاته الخاصة به عزوجل .

استحباب تقديم العظة وتغليظ اليمين :

قال المحقق : « ويستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين والتخويف من عاقبتها » .

أقول : بأن يذكر له مما ورد من ذلك في الاخبار مثل :

١) « من حلف بالله كاذباً كفر ومن حلف بالله صادقاً أثم »[١] .

٢) « ان يمين الصبر الكاذبة تترك الديار بلاقع »[٢] .

٣) « من حلف على يمين وهو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله »[٣] .

---

١) وسائل الشيعة : ١١٦/١٦ .

٢) وسائل الشيعة : ١١٩/١٦ .

٣) وسائل الشيعة : ١١٩/١٦ .

٤) « اليمين الصبر الكاذبة تورث العقب الفقر »[١] .

٥) « ... ان اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها وتثقلان الرحم ، وان ثقل الرحم انقطاع النسل »[٢] .

٦) « قال الله عزوجل : لا أنيل رحمتي من يعرّضني للايمان الكاذبة . . . »[٣] .

قال المحقق : « ويكفي أن يقول : والله ماله قبلي حق » .

أقول : والدليل على ذلك اطلاق الادلة .

قال : « وقد يغلظ اليمين بالقول والزمان والمكان ، لكن ذلك غيرلازم ولوالتمسه المدعي، بل هومستحب استظهارأفي الحكم».

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ اطلاق الادلة في الايمان، ويدل فعل أمير المؤمنين في احلاف الاخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ في اليمين ، وقد استدل به على الاستحباب ، قلت : وفيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات وغسلها وأمر الاخرس بشرب ذلك الماء ، فان كان الاخرس يعرف القراءة تحقق التغليظ والافأي تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم ان الامام قدحكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعي، وهذا يخالف سائر الاخبار والقاعدة المقررة في فصل الخصومة و كيفية القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٢٠ .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٢٢ .

٣٨٨ ـــــــ

وهذه الرواية لا تدل على الاستحباب ، بل الامر فيها ظاهرفي الارشاد . ويشهد بذلك قوله بعده : اذا أردتم . . .

واستدل برواية الراوندي « قده » عن الرضا عليه السلام عن أبيه: « ان رجلاوشى الى المنصور أن جعفربن محمد عليه السلام يأخذ البيعة لنفسه على الناس ليخرج عليهم ، فأحضره المنصور ، فقال الصادق عليه السلام : ما فعلت شيئاً من ذلك ، فقال المنصور لحاجبه: حلّف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا ـ يعني الصادق عليه السلام ـ فقال الحاجب : قل والله الذي لا اله الا هو، وجعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لاتحلفه هكذا ... فقال المنصور: فحلفه اذاً يا جعفر . فقال الصادق عليه السلام للرجل : قل ان كنت كاذباً عليك فبرئت من حول الله وقوته ولجأت الى حولي وقوتي. فقالها الرجل ، فقال الصادق عليه السلام : اللهم ان كان كاذباً فأمته ، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتاً ... »[1] وهذا أيضاً لا يدل على الاستحباب .

فالانصاف: انه لادليل على استحباب التغليظ ، ومن هنا قال في المسالك: هذاالحكم هو المشهوربين الاصحاب وذكروا أنه مروي وما وقفت على مستنده .

وكيف كان فقد قال المحقق: « فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: والله الذي لااله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٧ .

المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية مـا لهذا المدعي علي شيء مما ادعاه ، ويجوز التغليظ بغير هذه الالفاظ مما يراد الحاكم » .

أقول : كما في رواية احلاف الاخرس ، ورواية نهج البلاغة، وغيرهما .

قـال : « وبالمكان كالمسجد والحرم وما شاكله من الاماكن المعظمة، وبالزمان كيوم الجمعة والعيد وغيرها من الاوقات المكرمة».

أقول : ومن التغليظ ما تعارف بين الناس فعله من وضع اليد على المصحف الشريف في حال أداء اليمين .

قال : « ويغلظ على الكافر بالاماكن التي يعتقد شرفها والازمان التي يرى حرمتها » .

أقول : يدل عليه مـا رواه الحسين بن علوان عن جعفر عـن أبيه « أن علياً كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم و كنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول: شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين»[1].

وما رواه أبو البختري عن جعفر عن أبيه « ان علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود والنصارى بكتابهم ويستحلف المجوس ببيوت نيرانهم »[2] .

قال : «ويستحب التغليظ في الحقوق كلها وان قلت عدا المال

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٦٦ . الباب : ٣٢ ، كتاب الايمان .

فانه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع » .

أقول : استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعي عليه الاجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه ، وأما النهي عن التغليظ في المال الاقل من نصاب القطع فقد ورد في خصوص كونه عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وهوما رواه محمد بن مسلم وزرارة عنهما عليهما السلام جميعاً قالا : « لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله على أقل مما يجب فيه القطع »[1] .

فرعان :

الاول : حكم ما لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ :

قال المحقق : « لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ لم يجبر ، ولم يتحقق بامتناعه النكول » .

أقول : استدل له بالاصل ، أي : ان الاصل عدم جواز اجباره على ذلك ، وقبله اطلاقات أدلة القضاء وكيفية الحكم ، مضافا الى قوله عليه السلام : « من حلف بالله فليصدق ، ومن حلف له بالله فليرض ، ومن لم يرض فليس من الله »[2] وفي الجواهر : بلاخلاف أجده الا عند من ستعرف . ثم نقل الخلاف عن بعض العامة من وجوبها عليه وتحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٩ .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/١٢٥ . الباب : ٦ ، كتاب الايمان .

٣٩٢ ـــــــ

وسلم غير معلوم ، ولو سلم فانها لا تدل على وجوب الاجابة وأنه لو امتنع كان ناكلا . . .

فالحاصل: ان في المسألة قولين الوجوب وهو لاصحابنا وعدم الوجوب وهو لبعض العامة ، ولا قائل بالاستحباب ، وعن آخر من العامة التفصيل بين التغليظ الزماني والمكاني فتجب الاجابة عليه فيه وبين التغليظ القولي فلا تجب ولعله لاطلاق أدلة اليمين، وأما وجوبها بالنسبة الى الزماني والمكاني فلان للمدعي أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعة أو الى المسجد مثلا وليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال في الجواهر : وفيه أنه يمكن أن يكون الامر بالعكس ... لكن في كشف اللثام الموافقة على ذلك، فلم يجوز الجبر في التغليظ القولي، قال : أما بالزمان والمكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعي . . .

أقول: ان التغليظ مطلقاً مستحب للحاكم، والمستحب يتسامح فيه ، الا أنهم دققوا النظر في المسألة من جهة ترتب أثر النكول وعدم ترتبه على الامتناع عن الاجابة .

ثم هل يقتضي قوله عليه السلام: « لايحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم على أقل مما يجب فيه القطع »[1] بناءاً على قراءته بالتشديد جواز التغليظ في الحقوق والاموال كلها مطلقاً الا على الاقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

---

١) وسائل الشيعة : ٢١٩/١٨ .

غيره من الاماكن المشرفة ، وسواء كان التغليظ مكانياً أو زمانياً ؟ الانصاف : ان استفادة هذا الحكم الكلي من الخبر مشكل .

قال في الجواهر : ولو ادعى العبد ـ وقيمته أقل من نصاب القطع ـ العتق فأنكر مولاه لم يغلظ ، ولو رد فحلف العبد غلظ عليه لان العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال .

الثاني : حكم ما لو حلف لايجيب الى التغليظ :

قال المحقق : « لو حلف لايجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه » .

أقول : لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظة انعقدت يمينه ولو خالف وجبت عليه الكفارة ، فان التمسه خصمه قال المحقق: لاتنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل ان مفاد بعض الاخبار كراهة اليمين المغلظة ومرجوحيتها . . . وليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحاً ـ كما هو الحال في متعلق النذر ـ بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحاً .

واستحباب احلاف الحاكم اياه كذلك لايلازم استحباب اجابة الحالف اليه . أقول : لكن يمكن القول بأن أدلة استحباب اجابة دعوة المؤمن وقضاء حاجته توجب زوال الكراهة وتحقق الرجحان لليمين المغلظة ، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الافطار منه لو طلب ذلك ، ونظيرما اذا نذر الولد ترك شيء كشرب التتن مثلا حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك لان فعله حينئذ يترجح على تركه ومن شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه .

بل الظاهرعدمانعقاد اليمين مع طلب المؤمن علىأن لايجيب.

على أن هناك أخباراً تدل على أن الرجل لو حلف يميناً على أمرثم رأى مخالفتها خيراً منالوفاء بها جازله المخالفة بل استحب ولاكفارة عليه . . . فعن سعيد الاعرج : « سألت أبـا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل ، وان لم يتركها خشي أن يأثم أيتركها؟ قال : أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا رأيت خيراً من يمينك فدعها »[1] .

واستدل في الجواهرلما ذكره المحقق بأن « حق المستحلف متأخر عن لزوم اليمين » . أي : انه لما حلف على أن لايجيب فقد لزمت اليمين، وحقالمستحلف في احلافه متأخرعن لزومها، وهذا الدليل لا يلائم الدليل السابق عليه ، لانه مع فرض عدم استحباب الاجابة لعدم الملازمة لا يبقى حق للمستحلف ، الا أن يكون هـذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له .

ثم قال : وماورد من أن طروأولوية المحلوف على تركه يبيح الحل لايجدي ، اذ لا أولوية للحالف وان التمسه الخصم أي طلبه منه . . . وهذا الكلام اشارة الى خبر سعيد الاعرج ونحوه الظاهر في جواز المخالفة بل استحبابها .

قال: لكن في الدروس: ولوحلف على عدمه ففي انعقاد يمينه نظرمن اشتمالهاعلىترك المستحبومن توهماختصاص الاستحباب

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/١٤٥ . الباب : ١٨ ، كتاب الايمان .

بالحاكم . وقد اعترض عليه بقوله : وفيه أنه لا خلاف أجده في اختصاص الاستحباب به ، بل في الرياض : نسبته الى ظاهر النص والفتوى بخلاف من عليه الحلف فان الارجح له ترك التغليظ بل الارجح له ترك الحلف بالله ... ومن هنا قال في كشف اللثام معرضاً بما سمعته من الدروس: واحتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غاية الضعف » .

قلت : لكن كاشف اللثام ممن قال بالفرق بين التغليظ القولي وبين التغليظ الزماني والمكاني فاختار لزوم الاجابة في الثاني دون الاول . وعلى هذا المبنى لامانع من القول بانحلال اليمين السابقة على عدم الاجابة .

ثم ان اليمين تارة تكون في المرافعات المالية فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدعى عليه بين اليمين وبين دفع المال المدعى، ولكن هل يمكن أن يكون الشيء الواجب بالوجوب التخييري مكروهاً في نفس الوقت ؟ وأخرى تكون في الجنايات فانه اذا لم يحلف حينئذ يجري القصاص في حقه فيكون الحلف حينئذ واجباً عليه بالوجوب التعييني ، وحيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها ؟ فمن هنا قال في الجواهر : ولكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من اشكال...

وكذا الامر بالنسبة الى التغليظ، ولذا قال «قده»: بل وكذا المغلظة منها بعد أمر الحاكم بها كذلك . . .

قال : بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف وان كان مخالفاً للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه كما هو مقتضى القول المزبور .

فتلخص أن ما ذكره المحقق « قده » مشكل .

أقول : تارة يجتمع حكمان من الاحكام الخمسة في موضوع واحد مثل : « أنقذ الغريق ، ولا تغصب » فيمن اتفق غرقه في مكان مغصوب ، وحينئذ يتقدم أحدهما الاهم بحكم العقل .

وتارة يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع والاخر الى ذاك الموضوع مقيداً بأن لا يتوجه اليه حكم آخر ، وحينئذ لاريب في تقدم الحكم الاول على الثاني في حال اجتماعهما ، ومن هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعة أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفة ثم حصلت له الاستطاعة ، وانحلال نذره المذكور ، خلافاً لصاحب العروة «قده» ، لان الشرط في وجوب الحج هو الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب ، وحيث تحقق ذلك كانت الاستطاعة متحققة ووجب الحج ، لان الامر بالحج متوجه الى ذات الحج ، والامر بالوفاء بالنذر في حقيقته متوجه الى زيارة عرفة المقيدة بعدم استلزامها لتفويت الحج[1] .

---

١) قال السيد بأن الحج مشروط بالاستطاعة الشرعية بالاضافة الى الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب ، وقد أفتى بناء على ذلك بعدم وجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعة

وفيما نحن فيه ان كان الامر بالحلف المغلظ متوجهاً الى ذات اليمين من دون قيد الرجحان وكان الامر بالتزام ما حلف عليه سابقاً مقيداً بعدم استلزام ذلك لترك ما هو الراجح فانه يتقدم أمر الحاكم باليمين المغلظة اجابة لالتماس الخصم وتنحل اليمين السابقة .

كيفية استحلاف الاخرس :

قال المحقق : « وحلف الاخرس بالاشارة ، وقيل : وضع يده على اسم الله في المصحف أو يكتب اسمه سبحانه ويوضع يده عليه، وقيل : يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه كان حالفاً وان امتنع ألـزم الحق استناداً الى حكم علي عليه السلام في واقعة الاخرس » .

أقول: فالاقوال في كيفية استحلاف الاخرس مختلفة ، ومستند الاخير صحيحة محمد بن مسلم التي ذكرناها سابقاً ، وربما يستظهر

المالية والبدنية أن يزور الحسين عليه السلام في كل عرفة، لان الوفاء بهذا النذر واجب ولو حج لفات هذا الواجب ، فهو معذور شرعاً من الحج لعدم الاستطاعة الشرعية والعذر الشرعي كالعقلي في المنع من الوجوب . وقد ذكر سيدنا الاستاذ في حاشية العروة ان الشرط في وجوب الحج على ما يستفاد من الروايات هو الاستطاعة من حيث المال والبدن وتخلية السرب، وأما اشتراط عدم تفويت واجب آخر فلا يستفاد منها ولذا يجب الحج في الفرض المذكور .

منها التعيين ولكن الاصحاب لم يعملوا بها بهذا الوصف ، اذلعل الامام عليه السلام كان عالماً بحقيقة الحال وواقع الامر في تلك الواقعة ، وقد يؤيد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشرب من دون ردلليمين على المدعي، وقديقال بكونهاقضية في واقعة لاسيما بالنظر الىماذكر، أوأنذلك من كيفية من انحاء استحلاف الاخرس: والحق أنه لايستفاد منها الحصر،لان لفظ اليمين الذي كتبه الامام عليه السلام يختلف من حيث التغليظ عما جاء في الاخبار الاخرى، ولذا احتاط في الجواهر بالجمع بين الاشارة المفهمة التي بهايتم العقد والايقاع وغيرها من الاخرس وبين الكيفية المذكورة مع رضاه بشرب ذلك الماء والا فالاشارة .

هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟

قال المحقق: « ولا يستحلف الحاكم أحداً الا في مجلس قضائه الا مع العذر كالمرض المانع وشبهه ... » .

أقول : لقد ادعي الاجماع على هذا الحكم ، وظاهر الجواهر أن الاستحلاف في مجلس القضاء والحكم ـ أي كونهما في مجلس واحد ـ من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عبارة المحقق هذه كقوله: « لا يستحلف أحد الا بالله ... » ونحوه ، ويكون نتيجة ذلك أنه لو استحلفه في غير ذاك المجلس من غير عذر لم يؤثر الحكم المتعقب له ... قال في الجواهر : ولعله لاصالة عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الاطلاق الوارد في تعليم ميزان القضاء

٤٠٠ ـــــــ

في شرطية الاستحلاف في مجلس الحكم لنفوذ الحكم ، فيكون المرجع هو البراءة وتكون النتيجة نفوذ الحكم، وأما الخبر الذي ذكره « قده » فان ظهوره في المباشرة ليس لفظياً، نعم اللازم العقلي لتوجه الخطاب باضافة الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشرة، الا اذا قامت قرينة على أن المطلوب غير مشروط بالمباشرة، وحيث لا قرينة فلا حجة للمخاطب على الترك .

ثم ان بعض الامور تقبل الوكالة عرفاً كالعقود فتشملها أدلة الوكالة وان كانت أدلة تلك الامور ظاهرة في المباشرة ، لان أدلة الوكالة تنزل الغير منزلة الوكيل ، فان كان الاستحلاف منها شملته أدلة الوكالة كذلك ولم يلزم مباشرة الحاكم له بل يكفي استحلاف وكيله، ويكفي استحلافه سواء كان في المجلس أو غيره عملا باطلاق «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وان كان الاستحلاف من الامور غير القابلة للتوكيل كما هو الاصل في العبادات فالمباشرة لازمة . . .

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور وشبهه، فان الاكثر ـ بل نفي الخلاف فيه ـ على أن الحاكم يستنيب من يحلفه في مكانه ، وكذا المرأة التي لا عادة لها بالبروز الى مجمع الرجال فانه يرسل الى منزلها من يستحلفها ... وقيل : يجب على الحاكم المضي بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، وقيل بالتوقف حتى يزول العذر .

قلت : لكن أدلة الوكالة مطلقة تعم صورة الاختيار والاضطرار فان كان الامر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقاً والا فلا كذلك ، اللهم الا أن يكون اجماع، فالاحوط هو القول الاول ، وعند الاضطرار فالقول الثاني مع فرض عدم النقص عليه والا فالثالث، اللهم الاذا استلزم التوقف الضرر ... وان كان القول بعموم أدلة الوكالة ـ الا ماخرج بالدليل ـ غير بعيد، ويشهد به تجويزهم لذلك عند الاضطرار وقد تقدم سابقاً بعض الاشارة الى ذلك[1]

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

١) في البحث عن جواز التوكيل في القضاء وعدمه .

البحث الثانى

(فى يمين المنكر والمدعى)

قال المحقق « قده » : «اليمين تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر ، وعلى المدعي مع الرد ومع الشاهد الواحد ، وقد تتوجه مع اللوث في دعوى الدم » .

أقول: الاصل في اليمين أن تتوجه على المنكر، وقد أستثنى من ذلك موارد ذكر المحقق «قده» ثلاثة منها: «أحدها» رد المنكر اليمين على المدعي، «والثاني» ثبوت الدعوى بيمين المدعي مع الشاهد الواحد في دعوى الدين، «والثالث» ما اذا كانت دعوى المدعي في القتل مقرونة بالظن ، فهنا تتوجه اليه اليمين على تفصيل ذكر في محله .

وتتوجه اليمين على المدعي في الدعوى على الميت مع البينة وفي الموارد التي لاتعلم حقيقة الحال فيها عادة الا من قبل المدعي، كما اذا طلقت المرأة فادعت كونها غير طاهرة عند الطلاق .

والحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، وهذا الاصل قانون كلي مستفاد من الاخبار[1]، ويكون المرجع في كل مورد شك في توجه اليمين فيه على المدعي أو المنكر ... وقد جاء في أكثر تلك الاخبار : « واليمين على المدعى عليه » لكن الفقهاء يعبرون عنه بـ «المنكر» ، ولعله من جهة أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين كما اذا أقر بما يدعيه المدعي .

وهذه الاخبار تقيد اطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان »[2] لو كان مطلقاً .

قال : « ولا يمين للمنكر مع بينة المدعي » .

أقول : ويدل على ذلك النصوص أيضاً[3].

قال : « لانتفاء التهمة عنها » .

أقول : أي لما يقيم المدعي البينة وهي حجة شرعية من دون ضم يمين اليها تنتفي التهمة عن الدعوى .

قال: « ومع فقدها فالمنكر مستند الى البراءة الاصلية فهو أولى باليمين » .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/ ١٦٩ .

٣) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٧٦. الباب: ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

أقول : هذا معنى آخر للاصل المذكور سابقاً ، فانه مع فقد المدعي للبينة يكون المنكر مستنداً الى البراءة الاصلية، اذ الاصل براءة ذمة المنكر عما يدعيه المدعي ، وحيث ادعي عليه فهو أولى باليمين من المدعي ، فان حلف سقطت الدعوى .

وأما استحلاف المدعي الذي لابينة له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل في مقابل الاصل الذي يقتضي براءة ذمة المدعى عليه ، وأما « انما أقضي بينكم ... » فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء وليس فيه تعرض الى من عليه البينة ومن عليه اليمين ، فلا اطلاق له .

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعي وأما تقدم البينة على اليد فقد ثبت بالدليل .

أقول : لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لان يكون الحكمة لجعل الشارع اليمين وظيفة للمنكر ، وليس معنى آخر للقاعدة الكلية في المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لولا النصوص المشار اليها .

حكم ما اذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك

قال المحقق : « ومع توجهها يلزم الحلف على القطع مطرداً الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم » .

أقول : هذا أحد الاقوال في المسألة ، وفيها قولان آخران :

أحدهما : لزوم أن يكون الحلف على نفي العلم دائماً ، لان

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقاً كان مجرد عدم علمه بالحق كافياً لعدم ثبوته ولا حاجة الى نفيه كونه مديناً للمدعي .

والثاني : لزوم كون الحلف على البت والقطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، اذ لا معنى للتقابل بين الواقع ونفي العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائماً مع الجزم واليقين بنفي الدعوى مطلقاً .

أقول : والذي وجدنا في النصوص هو الحلف والاستحلاف على نفي المدعى، ولم نجد في شيء منها أن يحلف على نفي العلم[1] وكيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفي المدعي يستلزم نفي العلم به أولا ، وقد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه وأن يحلف على نفي العلم به ، وأما على القول بلزوم اليمين على نفي المدعى على البت فلا يكفي اليمين على نفي العلم حينئذ .

وبناءاً على القول الثاني لو ادعى عليه ديناً ولا بينة له وجب عليه الاداء في صورة العلم بكونه مديناً ، ومع الشك لا يجب لاصالة البراءة ، فان ادعى علمه بذلك ونكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق ووجب عليه الاداء، وحينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفي العلم في كل مورد مع أنه مخالف

---

١) أنظر: خبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله ، وخبر ابن أبي يعفور وخبر كيفية احلاف الاخرس، وقد وردت نصوصها في الكتاب.

لظواهر النصوص المشار اليها ، ومن هنا حمل هـذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالماً فهناك يحلف على نفي العلم .

ثم انه لو ادعي عليه ما ليس يعلمه ولم يطلب منه اليمين على نفي العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفي العلم بمنزلة الانكار فان لم يكن له بينة ولم يستحلفه كانت الدعوى ساقطة .

هذا ، وهنا فروع يشكل حكمها والحاقها بأحد القسمين ، قال المحقق : « فلو ادعي عليه ابتياع أو قرض أو جناية فـأنكر حلف على الجزم ، ولو ادعي على أبيه الميت لم يتوجه اليمين مالم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم » .

أقول: أما في الفرع الاول فلان الابتياع مثلا فعل نفسه فاذا أنكر حلف على الجزم، وأما في الفرع الثاني فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير ، فان ادعي عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم .

هذا وظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومة بهذا الحلف ، وأما اذا لم يحلف كانت الخصومة باقية وتسمع بينة المدعي حينئذ ، وسيأتي بيان ذلك قريباً .

ومن الفروع ماذكره بقوله : « وكذا لو قال قبض وكيلك ».

يعني : أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول ، وقيل لا يجوز لانه فعل الغير .

٤٠٨ ـــــــ

للحاكم حتى يحكم على طبقه .

وفيه : أنه منقوض بما لو ادعي علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل ، فان هذا التصديق يكون بمنزلة الاقرار عرفاً وان احتمل عقلا كونه جهلا مركباً، فظهر أن لدعوى العلم بالقبض أثراً ولا أقل من نهي الحاكم اياه عن المطالبة حينئذ ، فلماذا لا تسمع ؟

ومن الفروع ما ذكر في المسالك والجواهر : لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعي مايوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفي العلم، ومن أنه عبده ماله وفعله كفعل نفسه ولذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت .

فعلى الثاني ان لم يحلف يكون ناكلا بخلاف الاول فلايكون ناكلا بعدم الحلف، فان كان للمدعي بينة على الجناية فهو والا سقطت دعواه .

ومنها: اذا ادعي عليه أن بهيمته أتلفت زرعاً له مثلا حيث يجب الضمان باتلاف البهيمة فأنكر فهل يحلف على البت لانه الذي يضمن الضرر بتقصيره في حفظها أولا لانه فعل الغير؟ قولان، وعن الشهيد قدس سره : ان العبد يخالف البهيمة من وجهين «الاول»: ان البهيمة لا تضمن جنايتها الا مع التفريط بخلافه «الثاني» : ان جناية العبد تتعلق برقبته ، فاذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمة ، فانها اذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها ولا تتعلق برقبتها .

ومنها : لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن ويسلم المبيع فقال له المشتري : ان موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق

الحبس وأنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفي العلم لانها لنفي فعل الغير ، أو لابد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان .

ومنها : لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه وقال للمشتري : أنت عالم به . قيل : يحلف على البت لانه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع اليه، ويحتمل الحلف على نفي العلم ، لان متعلقه فعل الغير .

ومنها: ما لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضاً لان الاخوة رابطة جامعة بينهما ، ويحتمل قوياً حلفه على نفي العلم .

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستنداً الى نفسه مع الالتفات وان لم يكن مستنداً الى « غيره » .

هذا، وقد اعترض صاحب الجواهر على القول الأول بعد ذكر الفروع المذكورة بقوله : « ولكن تحقيق الحال في ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقة بفعل الانسان نفسه نفياً واثباتاً وبفعل الغير اثباتاً : يميناً على البت أو رداً ، والا كان ناكلا قضى عليه به أو بردها من الحاكم ، ولا يجديه الجواب بنفي العلم وان صدقه المدعي فضلا عما لو ادعاه عليه أيضاً، فان جميع هذه الفروع مبنية على ذلك ، وقد تقدم سابقاً في جواب المنكر ما يستفاد منه

المناقشة في ذلك ونزيد هنا بأنه لا دليل على تسبيبها ذلك ... » ثم انه «قده» انتهى الى القول: « وبذلك يظهر لك حينئذ ما في الفروع السابقة جميعها، وأنه لافرق في الحكم فيها بين القول بتعلقها في فعل الغير أو فعل المدعى عليه في الاجتزاء بيمين نفي العلم مطلقاً أو اذا ادعى عليه ، والا كان طريق اثباتها منحصراً في البينة . . . » .

لكن الاظهر كون اليمين على البت، لانه مقتضى أدلة وجوبها على المنكر، فان كانت الدعوى على الواقع وهو ينكرها حلف على البت سواء كان على نفي فعل نفسه أو غيره ، وان كانت على علمه وهو ينكره حلف على نفيه كذلك مطلقاً .

ولو كان شاكاً في صدق دعوى المدعي لم يمكنه اليمين سواء كانت على فعل نفسه أو غيره ، فلا يمكنه رد الحلف على المدعي ، واذ ليس للمدعي بينة على دعواه ـ كما هو المفروض ـ تسقط الدعوى لانحصار سبب الحكم في بينة المدعي ويمين المنكر وكلاهما منتفيان ، فان ادعى عليه العلم بالواقع بعدئذ كانت دعوى جديدة وكان له الحلف على نفيه .

فيكون الحاصل لزوم كون اليمين على البت مطلقاً .

وهل اليمين بنفي العلم تفصل الخصومة كيمين المنكر على عدم الحق فلا يستمع الى بينة المدعي بعدها أولا ؟ قال المشهور بالاول وهو ظاهر قول المحقق « قده » : « فيكفيه الحلف على أنه لايعلم » أي : فيكفيه فاصلا للخصومة ، بمعنى أن الحاكم ان حكم على طبقها لم تسمع بينة المدعي بعدها على أصل الدعوى ، لان معنى

« واليمين على من أنكر » و« انما أقضي بينكم بالبينات والايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفة المدعى عليه بذلها ، فحيث ادعى عليه العلم وحلف على نفيه وحكم الحاكم فصلت الخصومة. على أن ظاهر المدعي الفاقد للبينة على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه في نفي دعواه علمه بالواقع ، وقد دلت الاخبار على أن من رضي بيمين خصمه سقط حقه[1] ، فاذا حلف فقد حصل سبب الحكم وبصدوره تنفصل الخصومة ولا تسمع البينة بعدئذ، بخلاف ما اذا لم يطلب منه اليمين على نفي العلم فانها تسمع لان الخصومة باقية وليس للحاكم احلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعي .

وبعبارة أخرى : عندما يحلف بنفي العلم تسقط دعوى العلم ، وحينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينة ، فيكون أثر الحلف على نفي العلم ـ مع حكم الحاكم ـ فصل الخصومة وعدم سماع البينة ، فيكون الحاصل : ان الحلف على نفي العلم لا ينفي الواقع ولكنه لايبقى المجال لان يتمكن المدعي من الالزام بدفع شيء باقامة البينة على الدعوى .

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات والاصول، والا كان له الحلف على نفي الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهري ، فما هو المستفاد من الادلة ؟

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/١٧٨. الباب:٩ من أبواب كيفية الحكم.

الظاهر عدم الخلاف في أن اليد امارة على الملكية ، فكلما كان تحت سلطنة الشخص من غير معارض يكون له ملكاً له[1]، ومن هنا يجوز له أنحاء التصرف فيه ، ويجوز لغيره الاخبار ـ في غير مورد المرافعة ـ عن كون الشيء ملكاً له استناداً الى كونه تحت يده .

هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والاستصحاب ؟

وهل يجوز الحلف اعتماداً على اليد ؟ قولان .

ويدل على الجواز :

١ ـ خبر حفص بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام : «قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي أن أشهد أنه له؟ قال : نعم. قال الرجل: أشهد أنه في يده ولا أشهد أنه له فلعله لغيره. فقال أبو عبدالله عليه السلام : أفيحل الشراء منه ؟ قال : نعم . فقال أبو عبدالله عليه السلام : فلعله لغيره فمن أيسن جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال أبو عبدالله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق »[2] .

بل قد يستظهر من قوله « وتحلف عليه » ان كلما يجوز الحلف اعتماداً عليه تجوز الشهادة كذلك .

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ٢١٤. الباب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/ ٢١٥ .

٢ ـ خبر علي بن ابراهيم في تفسيره بسنده عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث فدك أن أمير المؤمنين عليه السلام قال لابي بكر: « أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال : فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال: اياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه على المسلمين . قال: فاذا كان في يدي شيء فادعى فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي وقد ملكته في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا علي كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم ... »[1] .

وأمارة الصدق على هذا الخبر لائحة مع حسنه سنداً[2] .

ويدل على جواز الشهادة والحلف اعتماداً على الاستصحاب خبر معاوية بن وهب قال : « قلت له : ان ابي ليلى يسألني الشهادة عن هذه الدارمات فلان وتركها ميراثاً وأنه ليس له وارث غير الذي شهدنا له . فقال : اشهد بما هو علمك . قلت : ان أبي ليلى يحلفنا الغموس . فقال : احلف انما هو على علمك »[3] .

ويدل على الجواز في خصوص الشهادة خبره الاخر : « قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يكون له العبد والامة قد عرف

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٢١٥ .

٢) ويكون صحيحاً بناء على كون « ابراهيم بن هاشم » ثقة.

٣) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٥. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

ذلك فيقول : أبق غلامي أو أمتي فيكلفونه القضاة شاهدين بأن هذا غلامه أوأمته لم يبع ولم يهب أنشهد على هذا اذا كلفناه؟ قال: نعم»[1].

لكن يعارضه المنع الوارد في ذيل خبر آخر له وان كان صدره دالا على الجواز كذلك ، وهذا نص الخبر بتمامه «قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله، ثم يأتينا هلاكه ونحن لاندري ماأحدث في داره ولاندري ماأحدث له من الولد، الاأنا لانعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولاحدث له ولد ولا تقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل أن هذه دارفلان ابن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان ، أونشهد على هذا ؟ قال : نعم .

قلت: الرجل يكون له العبد والامة فيقول: أبق غلامي أوأبقت أمتي فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضي البينة أن هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه أفنشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لم نعلم أنه أحدث شيئاً ؟ فقال : كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنك لم تشهد به »[2] .

وهذا الذيل والخبر المتقدم كلاهما واردان في مورد الترافع فحمل المانع على هذا المورد والمجوز على أن المراد من الشهادة فيه هو الاخبار عن الواقع استناداً الى الاستصحاب خلاف الظاهر

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/٢٤٦. الباب: ١٧ من أبواب الشهادات.

والاولى الجمع بينهما بحمل الخبر المانع على الكراهة لانه ينافي رغبة الشارع وترغيبه في انعتاق الاماء والعبيد بشتى الوسائل مهما أمكـن .

هـذا كله بالنظر الى الادلة الخاصة ، ويمكن الاستدلال لذلك بعمومات أدلة الاستصحاب واليد ، اذ المستفاد من خبر حفص بن غياث عـدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهادة ، وعليه فان شهد بأن هذا ملكه ترتبت آثار الملكية بلا ريب ، وكذا في الاستصحاب ، فحيث يستصحب طهارة الثوب مثلا وتجوز الصلاة فيه يجوز الحلف على هذه الطهارة أيضاً ولا مقيد بكونها طهارة واقعية حتى يجوز الحلف .

ثم ان الدعوى تبرز تـارة بحيث يكون للمدعى عليه الحلف على البت وان كانت فـي الواقع متعلقة بفعل الغير كأن يقول له : « الذي في يدك لي » وأخرى تبرز على وجه لايكون له ذلك ، كأن يقول له: «الذي بيدك قد غصبه مورثك» فهنا يحلف على نفي العلم.

متى يحلف المدعى ؟

قال المحقق : « أما المدعي ولا شاهد له فلا يمين عليه » .

أي: لماتقدم مراراً من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البينة على المدعي واليمين على من ادعي عليه » .

قال : « الا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول » .

أي : بناءاً على القول بتوجه اليمين على المدعي مع نكول

المدعى عليه وأما على القول الاخر فيثبت حق المدعي بنكول المدعى عليه من دون يمين .

قال : « فان ردها المنكر توجهت ، فيحلف على الجزم ، ولو نكل سقطت دعواه اجماعاً » .

أي : وتنفصل الخصومة فلا تسمع دعواه بعدئذ .

قال : « ولو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الاحلاف ، قال الشيخ : ليس له ذلك الا برضا المدعي . وفيه تردد منشؤه أن ذلك تفويض لا اسقاط » .

أقول : والظاهر أنه تفويض لا اسقاط ، وهو مقتضى عمومات واطلاقات: « واليمين على المدعى عليه »، اذ القدر المتيقن خروج صورة الرد مع حلف المدعي، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه في الحلف الثابت له قبل الرد ، ولا ينافيه ما في النصوص من التعليل بقوله عليه السلام : « لانه رضي . . . » لان المراد هو أن اليمين التي كانت برضاه تذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه .

قال : « ويكفي مع الانكار الحلف على نفي الاستحقاق... ».

أقول : قد يدعي المدعي الحلف ولا يذكر سبب الاستحقاق، وقد يذكره أيضاً، فان لم يذكر السبب حلف المنكر على نفي الحق، وان ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفي الحق، وله أن يحلف على نفي الاستحقاق بحيث يعم ذاك السبب وغيره ، اذ لا فرق بين

نفي عين المدعى وبين نفي الاعم .

وعن الشيخ « يلزمه الحلف على وفق الجواب، لانه لم يجب به الا وهو قادر على الحلف عليه » .

ولكن مقتضى اطلاقات أدلة البينة هو الاول .

قال المحقق « قده » : « ولو ادعى المنكر الابراء أو الاقباض فقد انقلب مدعياً والمدعي منكراً ، فيكفي للمدعي اليمين على بقاء الحق ، ولوحلف على نفي ذلك كان آكد لكنه غير لازم » .

أقول: أي أنه لاخلاف منا على أن له أن يقول : والله لم أبرأ ذمتك، أو: والله ماأقبضتني حقي ، وله أن يقول: والله ان حقي باق، بخلاف الفرع السابق حيث كانت المسألة خلافية .

قال : « وكل مـا يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه معه اليمين ويقضى على المنكر به مع النكول كالعتق والنسب والنكاح وغير ذلك ، وعلى القول الاخر ترد اليمين على المدعي ويقضى له مع اليمين وعليه مع النكول » .

أقول : ان بعض الدعاوي تسقط مع عدم البينة ولا يمين فيها على المنكر مثل الدعوى في الحدود ، فلوأحضرزيداً عند الحاكم وادعى عليه شرب الخمر لم يثبت بهذه الدعوى حق فلذا لايسمعها الحاكم ، وأما لو كان له بينة على ذلك حكم بوجوب الحد عليه .

وبعض الدعاوي يحلف المنكر فيها على النفي عند عدم البينة مثل الدعوى على مال أو حق .

وبعض الدعاوي وقع الخلاف فيهـا بين العامة والخاصة مثل

الدعوى على الطلاق والنكاح ، فالاصحاب على أن اليمين تتوجه على المنكر مع عدم بينة المدعي ، وخالف بعض العامة فمنع من توجه الحلف على المنكر في الابواب المذكورة لان المطلوب من التحليف الاقرار أو النكول ليحكم به ، والنكول عن اليمين نازل منزلة البذل والاباحة ، ولا مدخل لهما في هذه الابواب ، وخالف بعض آخر منهم، فخص التحليف فيما يثبت بشاهدين ذكرين الحاقاً له بالحد .

وعمومات واطلاقات «واليمين على المدعى عليه » و«على من انكر» تبطل ما ذهبوا اليه، وما ذكر في وجه المنع استحسان محض، وقد تقدم أن اليمين تتوجه على المنكر في كل مورد أوجب حقاً بخلاف الدعوى في الحدود .

مضافاً الى خصوص ما رووه: «ان ركانة أتى النبي (ص) فقال: يارسول الله طلقت امرأتي البتة . فقال : ماأردت بألبتة؟ قال: واحدة فقال : والله ما أردت بها الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ماأردت بها الا واحدة ، فردها اليه ، ثم طلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان »[1] حيث اكتفى فيه باليمين على ما أخبر به من قصده بها في الطلاق من جهة أن قصده ذلك لا يعرف الا من قبله فلذا أمره صلى الله عليه وآله وسلم بالحلف .

ولكن استجلافه «ص» على أنه قصد المرة ـ ولم يكن الطلاق ثلاثاً في المجلس الواحد مبدعاً بعد ـ وجهه غير واضح .

---

١) سنن البيهقي ٣٤٢/٧ .

مسائل ثمان

المسألة الاولى

(متى تتوجه اليمين على الوارث ؟)

قال المحقق « قده » : « لا تتوجه اليمين على الوارث مـا لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق ، وأنه ترك في يده مالا » .

أقولُ : يشترط في صحة الـدعوى على الوارث في حق على المورث أمور : «الاول» علم الوارث بموت المورث، «والثاني» علمـه بثبوت الحق على المورث واشتغال ذمته بـه ، « والثالث » العلم بوجود تركة في يد الوارث بمقدار الحق أو بعضه .

فهذه الامور شرط ، ولذا لو صدق المدعي الوارث على عدم أحد هذه الامورالثلاثة لم يكن للدعوى عليه وجه فضلا عن توجه اليمين عليه الذي أشار اليه المحقق بقوله :

« ولو ساعد المدعي على عدم أحد هذه الامور لم يتوجه » .

ثم قال « قده » : « ولو ادعي عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم » .

أي : لانها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير ، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفي العلم .

قال : « نعم لو أثبت الحق والوفاة وادعي في يده مالا حلف الوارث على القطع » .

أقول: لا اشكال فيماذكر، لانه بعد ثبوت الحق والوفاة بالبينة مثلا تكون دعوى وجودمال للمورث عندالوارث متعلقة بأمر راجع الى نفس الوارث ، فان كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لاعلى نفي العلم .

ولكن هل الدعوى مشروطة بهذه الامور أو أن الاستحلاف مشروط بها ؟ الظاهر هو الاول كما ذكرنا ، بل لا ريب في اشتراط الامر الاول حتى يتمكن من الدعوى ، اذ تقدم في محله أنه يشترط في صحة الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق .

ولوصدق الوارث في دعوى الجهل بكون مورثه مديناً كانت مطالبته بحقه منه لاغية، وأما لوكان متيقناً من علمه أوشك فيه جازت له المطالبة مع فرض وجود التركة ، وهل يحلفه على نفي العلم أو على انكار أصل الدعوى ؟ ان ادعي علمه بالامور كان عليه اليمين على نفي العلم ، وهل هذه اليمين تفصل الخصومة على الواقع ؟

قولان . وتظهر ثمرة الخلاف في البينة التي يقيمها المدعي بعدها.

وعن الشيخ: انه لا يشترط في صحة الدعوى دعوى المدعي على الوارث العلم، بل للمدعي ابراز الدعوى وللوارث حينئذ الحلف على نفي العلم، فان حلف سقطت الدعوى وفصلت الخصومة، لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث على نفي العلم مع عدم ادعاء المدعى عليه ذلك بعيداً جداً .

وقال المحقق « قده » : لاتتوجه اليمين مالم يدع علمه بالحق اذ لا يحلف على فعل الغير . وهذه العبارة مفادها عدم كون شرط الدعوى ذلك ، بل شرط الاستحلاف دعوى علمه، ويكون الحاصل جواز دعواه الحق ، فان كان له بينة ثبت حقه والا فان ادعى علم الوارث حلف على نفيه والا لم يحلف لانه على فعل الغير ، ومع الحلف تنفصل الخصومة وينقطع النزاع، وقيل : لا تسقط الدعوى باليمين على نفي العلم .

لكنانقول بناء على ماعرفت فيما مضى في مسألة يمين الموكل انه ان كان الوارث متمكناً من اليمين على نفي أصل الدعوى جاز له ذلك ، والا وجب عليه اليمين على نفي العلم وان لم يكن يدعي عليه العلم حتى ولو كان المال الذي بيده للمدعي في الواقع ، الا أن يقال بانصراف أدلة «اليمين على من ادعي عليه» عن هذا المورد لكن تقدم أن الاظهر عمومها للمورد ، وأن اليمين على نفي العلم تقوم مقام اليمين على نفي الواقع ، لان الغرض من الدعوى على

المورث في الحقيقة هو الدعوى على الوارث وأنه عالم بذلك ، والا لم يكن للترافع بينه وبين الوارث وجه .

وبعبارة أخرى : ان اليمين على نفي العلم أثرها سد الطريق على المدعي بحيث لا يمكنه بعد ذلك الزام الوارث بالحق .

واختار صاحب الجواهر « قده » كفاية اليمين على نفي العلم عن اليمين على نفي الحق، واعترض على الاصحاب بأن الامر مشوش غير منقح عندهم ، خصوصاً بعد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوى في غير الوارث أيضاً ، كما لو ادعى مدع على عين في يد آخر أنه سرقه سارق وباعه أباك من دون أن يدعي عليه العلم بذلك، ضرورة عدم الفرق بين الوارث وغيره في ذلك.

المسألة الثانية

(لو ادعى على المملوك فمن الغريم ؟)

قال المحقق « قده » : « اذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه ويستوي في ذلك دعوى المال والجناية » .

أقول : يعني أن المدعى عليه في الحقيقة هو المولى ، وعليه يكون العبرة باقراره وانكاره لا باقرار العبد وانكاره ، سواء كانت الدعوى في المال أو كانت في جناية ارتكبها العبد . . . لكن في المسألة تفصيل ، وبيان ذلك :

انه في كل دعوى يكون الضرر متوجهاً فيها على المولى تكون العبرة باقرار المولى وانكاره ، فلو ادعي على المملوك ملكية مال

معين بيده كان المولى هو المدعى عليه في الواقع لانه الغريم ، اذ العبد وما في يده لمولاه ، فان أقر المولى أخذ المال ودفع الى المدعي وان أنكر حلف، وكذا لو كانت الدعوى جناية، فعلى القول بأن دية خطأ العبد على المولى يكون الاعتبار باقرار المولى وانكاره، ولا فرق في الجناية بين مايوجب استحقاق العبد وغيره، لان الغريم هو المولى على كل حال، وأما على القول بأن هذه الدية على العبد نفسه لا على المولى كانت العبرة باقرار العبد وانكاره ، فان أقر صبر حتى ينعتق فيؤدي والا حلف على النفي .

وكذا لو صدر منه ما يوجب قتله قصاصاً بعد العتق .

ولو صدر من العبد ما يوجب قتله قصاصاً في حال رقيته فهل المعتبر اقرار المولى وانكاره لانه الغريم أو يعتبر اقرار وانكار العبد حينئذ لانه المباشر والمدعى عليه ؟ وجهان ، وتظهر الثمرة فيما لو أقر المولى بالجناية وأنكر العبد . والاول مشكل ، لانه وان كان هو الغريم لكن ليس المولى مالكاً لحياة العبد ، وقد تقرر أن من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

ولو أقر العبد بهذه الجناية فان اقراره ينتهي الى ضرر المولى اذ المفروض وجوب قتله فعلا قبل الانعتاق، وحينئذ يتوجه الاشكال بأن دليل : « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ليس على اطلاقه ليشمل صورة استلزامه الضرر لغيره .

فظهر أن في المسألة تفصيلا ، والظاهر أن مراد المحقق من كلامه ما اذا كانت الدعوى على المملوك من حيث أنه مملوك ...

وقدتلخص أنه يدور أمرالاعتبار بالاقرار والانكارمدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر والخسارة على المولى يكونالاعتبار باقراره وانكاره وحيث يتوجه علىنفس العبدبأن يؤدي الحق بعدالانعتاق كانالاعتبار باقراره وانكاره .

وعن القواعد : « واذا ادعي على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جناية ، والاقرب عندي توجه اليمين عليه ، فان نكل ردت على المدعي وتثبت الدعوى في ذمة العبد يتبع بها بعد العتق » وظاهره وجوب اليمين على العبد وانكان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. وفي الجواهر: ومراده على الظاهر الاشارة بذلك الى توجه سماع الدعوى على العبد منفرداً أواقتضاء الدعوى على المولى يميناً أخرى على العبد غير يمين المولي... قلت : ولكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء وليس قولا للعلامة حتى يقول والاقرب عندي.

ويحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا المولى لانها على فعل الغير ، وفيه: لو كان مراده ذلك لوجهها على المولى بأن يحلف على نفي العلم .

المسألة الثالثة

(هل تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة ؟)

قال المحقق: «لاتسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة».

أقول : لا خلاف في عدم سماع الدعوى في الحدود حتى يقيم

المدعي البينة المعينة شرعاً في كل مورد، لان الحدود حق الله تعالى وقد اشترط في ترتيب الاثر على الدعوى فيها وجود البينة ، بل انه تعالى يحب عدم تعقيب مايوجبها وترك اثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات[1].

قال : « فلا يتوجه اليمين على المنكر » .

وأما في حق الادمي فتسمع الدعوى المجردة عن البينة ويستحلف المنكر لان اليمين أحد طريقي اثبات حق الادمي، ولذا يسقط الحق برضا صاحبه بيمين خصمه .

قال : « نعم لو قذفه بالزنا ولا بينة فادعاه عليه قال في المبسوط: جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف وفيه اشكال ، اذ لا يمين في الحد » .

أقول : كان ما ذكرناه في خصوص الدعوى في حق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر ، ولو اشتركت الدعوى بين الله وبين الادمي كحد القذف كأن يقذفه بالزنا ولا بينة فهل لليمين أثر في ثبوت الحد وعدمه أولا ؟ الصحيح هو الثاني لاطلاق النصوص الواردة في المقام والدالة على أنه « لا يمين في حد » :

١) فعن البزنطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام برجل فقال: هذا قذفني،

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/٣٣٥. الباب : ٢٤ ، أبواب مقدمات الحدود .

ولم تكن له بينة . فقال : يا أمير المؤمنين استحلفه ، فقال : لا يمين في حد ولا قصاص في عظم »[1].

وهذا الخبر ظاهر في أن الرجل قد ظن أن للقاذف الـذي لا بينة له أن يستحلف المقذوف لكونه منكراً كسائر المرافعات، فقال الامام عليه السلام : ان اليمين لاتؤثر لا في اثباته ولا في نفيه .

٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: « لايستحلف صاحب الحد »[2].

والظاهر أن المراد مـن «صاحب الحد» هو من يجب اجراء الحد عليه ، ويحتمل أن يكون المراد : ان الذي يريد اجراء الحد

---

١) وسائل الشيعة: ١٨ /٣٣٥. وهو مرسل وفي طريقه « سهل ابن زياد » وقال الشيخ الحر « قـده » بعده : « محمد بن الحسن باسناده عـن أحمد بن محمد عن محمد بن أبي عمير عـن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام مثله» قال صاحب الجواهر «قده»: وفي المرسل الذي هو كالصحيح بابن أبي عمير في رواية التهذيب بل وكذا في رواية الكافي المنجبر مع ذلك كله بالعمل ... ومراده من رواية التهذيب هو الثاني ومن رواية الكافي هو الاول ، لان ابن أبي عمير وأحمد بن محمد بن أبي نصر ـ وهو البزنطي ـ من أصحاب الاجماع ، وأن الامر في « سهل » سهل .

٢) وسائل الشيعة : ١٨ /٣٣٥. الباب: ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود ، وهو معتبر .

٤٢٨ ـــــــ

الزنـا سقط الحد والا ثبت ، قـال الله تعالى : « والذيـن يرمون المحصنات . . . » الى آخر الاية[1].

وليس حق الادمي في هذه المسألة منفصلا عن حق الله تعالى ليرجح فيها حقه على حق الله ، بل الحقان كلاهما واردان على الحد بخلاف مسألة السرقة حيث الغرم والقطع أمران مختلفان ولذا يمكن اثبات الغرم دون القطع في بعض صورها كما سيأتي أيضاً .

المسألة الرابعة

(منكر السرقة تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: «منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لاسقاط الغرم».

أقول : قد عرفت فيما تقدم أن السرقة توجب في حال ثبوتها أمرين : « أحدهما » حق الادمي وهو المال المسروق ، و «الثاني» القطع وهو الحد الشرعي وهو حق الله تعالى ، وقد عرفت أنه لا ملازمة بين الحقين فقد يثبت أحدهما في مورد دون الاخر ، فمن ادعي عليه السرقة فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهة حق الادمي، فان حلف سقط الغرم .

« ولو نكل لزمـه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول وهو الاظهر » تبعاً للمحقق وجماعة « والا حلف المـدعي » ليثبت الحق والا سقطت الدعوى .

---

١) سورة النور : ٤ .

قال المحقق : « ولا يثبت الحد على القولين » .

أقول: أي لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين وعدمها لا يثبت كونه سارقاً بحيث يترتب عليه الحكم الشرعي المقرر.

قال : « وكذا لو أقام شاهداً وحلف » .

أقول : أي لانه لا يمين في حد كما تقدم ، اذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد وعدمه من هذه الجهة .

المسألة الخامسة

(لو كان له بينة فأعرض عنها فهل له الرجوع ؟)

قال المحقق: « لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس يمين المنكر أو قال أسقطت البينة وقبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل : لا. وفيه تردد ، ولعل الاقرب الجواز » .

أقول : في المسألة قولان ، والاقوى هو الجواز وفاقاً للمحقق وغيره وخلافاً للشيخ ، ووجه التردد عند المحقق هو التأمل في أن اقامة البينة حق للمدعي أو أنه حكم شرعي ، ولو كان حقاً فهل هو من الحقوق القابلة للاسقاط أولا ؟

والظاهر أنه حق لا يقبل الاسقاط ، ومع الشك في كونه حقاً قابلا له يكون الاصل بقاؤه ، وكذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكماً ، فالظاهر هو جواز الرجوع الى اقامة البينة أو اليها بعد اقامتها وقبل حلف المنكر .

ولا يجري هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالاعراض

أو الاسقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشك في بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير، ووجه عدم الجريان هو أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الامر بين استصحاب حكم المخصص والتمسك بعموم العام ، وقد تقرر في محله أن التحقيق هو الثاني .

قال : « وكذا البحث لو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر » .

أي: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعي ثم عاد الى اختيار الحلف الذي يقوم مقام الشاهد الثاني .

المسألة السادسة

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعة فروع أفتى في الثلاثة الاولى منها بقبول قول المدعي بلا يمين وتردد في الرابع ، لكن في المسالك ذكر أكثر من عشرين فرعاً قال في جميعها بقبوله كذلك ، فالفروع الثلاثة هي :

الاول « لو ادعى صاحب النصاب ابداله في أثناء الحول » أي لينفي عنه الزكاة « قبل قوله بلا يمين » .

الثاني « وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان » أي: في الثمرة المخروصة أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ماقدر عليه من الزكاة .

الثالث « وكذا لـو ادعى الذمي الاسلام قبل الحول » أي : ليتخلص عن الجزية بناء على عدم شمول «الاسلام يجب ما قبله»[1] لهذا المورد ، وأما بناء عليه فلا يطالب بالجزية وان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل في هذه الفروع عدم الخلاف كما في الجواهر، وأن الحق في هذه الموارد لله عزوجل ، مع أن الحق فيها لايعلم الا من قبل المدعي.

وهناك نصوص في خصوص بعض فروع المسألة مثل أن يقول: « لا زكاة علي » مثلا[2].

والفرع الرابع قوله : « أما لو ادعى الحربي الانبات بعلاج لا بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، ولعل الاقرب أنه لا يقبل الامع البينة ».

أقول : منشأ التردد هو : ان قتل الكافر الحربي حد من حدود الله تعالى ، وقد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات ، وقد تقدم أن

---

١) في مجمع البحرين ٢/٢١: « في الحديث : الاسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها من الكفر والمعاصي والذنوب ».

٢) الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام: « باب مايستحب للمصدق والعامل استعماله من الاداب وأن الخيار للمالك والقول قوله » من وسائل الشيعة: ٦/٨٨. وقد قرأ السيد الاستاذ دام ظله الرواية الاولى من تلك النصوص وتطرق على ضوئها الى بعض القضايا التي وقعت في البلاد ، فأبدى تضجره منها ونبه على وجوب الانتهاء عنها .

لايمين في حد ، وأن الانبات لا يعلم الامن قبل الشخص ، مع أن اليمين لا تقبل من غير البالغ وهذا مشكوك في بلوغه .

ومن أن الانبات امارة شرعية على البلوغ، وكونه بعلاج خلاف الظاهر، ولايقبل قول من ادعى خلاف الظاهر الا مع البينة ، واذ لا بينة هنا فان أقل ماتثبت به الدعوى هو اليمين ، فقيل: يحلف الان لوجود الامارة الشرعية على البلوغ المعتبر في صحة اليمين، وقيل: يصبر حتى يعلم ببلوغه ، وعلى الأول ان حلف لم يقتل والاقتل ، وعلى الثاني ان حلف سقط الحد وان نكل كشف عن استحقاقه القتل منذ الاسر .

أقول : لكن يرد على القول الثاني أنه ان بلغ كافراً وجب قتله ولا حاجة الى هذا البحث ، وان أسلم فان قلنا بمقتضى « الاسلام يجب ما قبله » فلايحلف ولا شيء عليه ، والا فان حلف سقط الحد وان نكل قتل .

هذا ان لم نقل بأن كون الانبات أمارة للبلوغ مشروط بكونه طبيعياً والا فانه مع الشك في كونه بالعلاج أو بالطبع فلا يجوز قتله وان لم يدع الانبات بعلاج ، الا أن يتمسك بأن الاصل عدم كونه بعلاج، لكنه أصل مثبت... اللهم الا أن يكون اجماع على وجوب قتله حينئذ .

ومعنى قول المحقق : « لا يقبل الا مع البينة » انه لا يقبل مع اليمين، فان أقام البينة قبل والا قتل، وأشكل عليه في الجواهر بقوله: « لكن لا يخفى عليك مافيه من أنه بعد تسليم الظهور لا ينافي تحقق

٤٣٤ ـــــــ

أصلا ، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليها ، فلادور . . . فالدليل على عدم اليمين في المقام كونه شبهة مصداقية للبلوغ المعتبر تحققه للحالف في صحة يمينه .

هذا وقد ذكروا في المقام فروعاً، والضابط الكلي هو: انكان الطرف في الدعوى هو الله تعالى محضاً فلا يشترط اليمين، وكذا ان كان مورد الدعوى حقاً عاماً للناس .

وفي المسالك : ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد وبين الله تعالى ، أو لا يعلم الا منه ولا ضرر فيه على الغير ، أو ما تعلق بالحد أو التعزير .

وفيه ـ كما في الجواهر ـ ان ذلك كله مع عدم الخصومة ، وأمامعها فلا، فقول ذي اليد مثلا حجة الا اذا خوصم فحينئذ تتوجه عليه اليمين ...

المسألة السابعة

(حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين)

قال المحقق : « لو مات ولا وارث له وظهر له شاهد بدين قيل: يحبس حتى يحلف أويقر... وكذا لوادعى الوصي أن الميت أوصى للفقراء وشهد واحد وأنكر الوارث. وفي الموضعين اشكال لان السجن عقوبة لم يثبت موجبها » .

أقول : في المسألة فرعان : « الاول » ـ لو شهد شاهد بأن زيداً الميت يطلب من عمرو كذا مالا ولاوارث لزيد حتى يطالبه به،

فان أقر عمرو بالدين وجب عليه الاداء ، وان أنكر وجب عليه اليمين ، فان حلف على الانكار فلاشيء عليه، وان نكل ألزم بدفع الحق ، اذ المفروض عدم امكان الرد لموت الدائن وعدم الوارث وأنه يستحيل تحليف المسلمين والامام عليه السلام ، وعن الشيخ في المبسوط : يحبس حتى يحلف أو يقر .

و« الفرع الثاني » : لو ادعى الوصي على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ثم شهد شاهد واحد بما يدعيه الوصي وأنكر الوارث ذلك، فان كان الوارث يعلم بالعدم حلف على النفي على البت ، وان لم يعلم حلف على نفي العلم ، ولو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصي، لانه يدعي حقاً للفقراء فلايجوز له أن يحلف عنهم ، وحينئذ يحكم على الوارث بالنكول ، ويلزم بدفع الحق ، وقيل : يحبس حتى يحلف أو يقر .

بل لا فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصي شاهد واحد أولا ، لما عرفت من عدم ترتب الاثر على يمينه ، فوجود الشاهد الواحد وعدمه على السواء .

ولو ادعى الوارث على أحد حقاً لمورثه استناداً الى ما وجده مسجلا في ثبته ، فان حلف زيد على النفي فهو ، وان حلف على نفي العلم فكذلك ، والا فلا مجال للرد على الوارث ، وعليه دفع الحق بمجرد النكول .

وكذا الامر في كل مورد لم يمكن فيه الرد ، فانه يحكم على

المنكربالنكول ويلزم بدفع الحق، وأمامع امكانه فانحلف المدعي ثبت الحق والاسقطت الدعوى .

ولوكان صاحب الحق الامام عليه السلام فعلى المنكر اليمين ، فان لم يحلف ثبت الحق ولا يرد على الامام .

المسألة الثامنة

(حكم ما لومات وعليه دين يحيط بالتركة)

قال المحقق : «لو مات وعليه دين يحيط بالتركة لم ينتقل الى الوارث وكانت بحكم مال الميت ، وان لم يحط انتقل اليه مافضل عن الدين » .

أقول : في الكتاب مطلقات تدل على انتقال مال الميت الى وارثه مطلقاً ، مثل قوله تعالى: « يوصيكم الله في أولادكم . . . » وقدقيد ذلك في آيات كقوله تعالى « ..من بعد وصية يوصي بها أو دين » فيكون مقتضى الجمع : انتقال ما فضل من المال الى الوارث بعداخراج الوصايا والديون... وعليه: فاناستوعب الدين وأحاط بالتركة لم ينتقل الى الوارث شيء منها .

والقول بانتقالها الى الوارث يبتني على التجوز اما في المطلق بأن يحمل على الاعم من الملك المستقر وغير المستقر ، واما في المقيد فيكون المعنى : استقرار الملك بعد الوصية والدين .

ومع التنزل عن هذا الدليل وغيره فان الاصل عدم انتقال المال الى الوارث وبقاؤه على ملك الميت ، لان الملكية أمر اعتباري فيجوز اعتبارها له، ومع الشك في البقاء يستصحب، الا أن يقال:

بأن العقلاء يفرقون في هذا الاعتبار بين الحي والميت، وهو بعيد، وعلى هذا الاساس يتضح معنى الوصية ، فانها في الحقيقة تصرف المالك في ماله بعد حياته .

وأما بناء على أن الملكية من عوارض الوجود وأنها أمر يقوم بنفس المالك فان مات زالت فلا يتم الاستصحاب ، وعليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالك ، لكن يكون بحكم مال الميت وتجري عليه أحكامه .

وأما القول بأن الشك في بقاء المال على ملك الميت مسبب عن الشك في انتقاله الى وارثه ، ومع جريان أصالة العدم في المسبب يزول الشك في بقائه على ملك الميت . ففيه : انه أصل مثبت وهو ليس بحجة .

وكيف كان فان تم هذا الاصل فهو والا وصلت النوبة الى الاحتياط ومقتضاه العمل طبق الوصية وأداء الدين باذن الوارث .

قال المحقق: « وفي الحالين للوارث المحاكمة على ما يدعيه لمورثه لانه قائم مقامه » .

أقول: وسواء على القولين: القول الثاني وهو الانتقال والقول الاول وهو عدم الانتقال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالك واما لانه قائم مقامه .

ولو ادعى ديان الميت على المدين فحلف على الانكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعد ، فان جاء الوارث وأقام البينة على المدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلك فصلت الخصومة؟ الظاهر هو الاول.

البحث الثالث

(في اليمين مع الشاهد)

قال المحقق : « يقضى بالشاهد واليمين في الجملة استناداً الى قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء علي عليه السلام بعده».

أقول: لاريب ولاخلاف في القضاء بذلك في الجملة، والقدر المسلم منه أن تكون الدعوى في الدين فيشهد الشاهد ويحلف المدعي، فهذا هو القدر المتيقن من معقد الاجماع ونصوص المسألة الحاكية لقضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأمير المؤمنين عليه السلام مثل:

١) ماعن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال:«كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين، ولم يجز في الهلال الاشاهدي عدل»[1].

٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٢. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

صاحب الحق »[1] .

٣) عن حماد بن عثمان قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام : يقول : « كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي »[2]

٤) عن حماد بـن عيسى قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول « حدثني أبـي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين »[3] .

٥) عن أبي بصير قال: «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد. قال فقال: كان رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين »[4] .

ثـم ان كان المراد من البينة في قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » وفي أخبار : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ونحوه هوما يبين الشيء[5] فلا كلام ، وان كان المراد منها شهادة الشاهدين في الواقعة

---

١) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٢) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٣. الباب ١٤: من أبواب كيفية الحكم.

٣) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٤) وسائل الشيعة: ١٨/ ١٩٣. الباب: ١٤ من أبواب كيفية الحكم.

٥) وقد جاءت هذه اللفظة بهذا المعنى في مواضع من القرآن الكريم ، قال عزوجل : « لـم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب

ـ كما هو المنسبق الى أذهان المتشرعة عند الاطلاق ـ فان ثبوت الدعوى بشاهدويمين في بعض الموارد يكون من جهة الادلة المعتبرة الدالة عليه ، فتكون تلك الادلة مخصصة للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهدويمين المدعي، ومن حيث أن اليمين هنا تكون على المدعي لا على المدعى عليه .

وماورد في بعض الاخبار المتقدمة من «كان رسول الله (ص)..» و«كان علي عليه السلام ... » ظاهر في أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك ولم يكن قضاؤهما في تلك الموارد خاصة بها أو نادر الوقوع .

٦) عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : دخل الحكم بن عتبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد ويمين فقال: «قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به علي عليه السلام عندكم بالكوفة ، فقالا : هذا خلاف القرآن . فقال : وأين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان الله يقول : وأشهدوا ذوي عدل منكم . فقال قول الله : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » هو لا تقبلوا شهادة واحد ويميناً ! ! . ثم قال : ان علياً عليه السلام كان قاعداً في مسجد الكوفة ، فمر به عبدالله بن قفل التميمي ومعه درع طلحة ، فقال علي عليه السلام : هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم

والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » وقال : « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم البينة ».

البصرة . فقال له عبدالله بن قفل : اجعل بيني وبينك قاضيك الذي رضيته للمسلمين ، فجعل بينه وبينه شريحاً .

فقال علي عليه السلام: هذه درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقال له شريح : هات على ما تقول بينة ، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة، فقال شريح : هذا شاهد واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فقال شريح : هذا مملوك ولا أقضي بشهادة مملوك .

قال : فغضب علي عليه السلام وقال: خذها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات ، قال : فتحول شريح وقال: لا أقضي بين اثنين حتى تخبرني من أين قضيت بجور ثلاث مرات . فقال له : ويلك ـ أو ويحك ـ اني لما أخبرتك أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت : هات على ما تقول بينة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينة فقلت: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدة، ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت : هذا واحد ولا أقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد ويمين ، فهذه ثنتان ، ثم أتيتك بقنبر فشهد أنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة فقلت : هذا مملوك وما بأس بشهادة المملوك اذا كان عدلا .

ثم قال : ويلك ـ أو ويحك ـ ان امام المسلمين يؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا »[1].

قلت : وشريح مخطيء من جهات أخر أيضاً لم يشر الامام عليه السلام اليها .

قال المحقق : « ويشترط شهادة الشاهد أولا وثبوت عدالته ثم اليمين » .

أقول : لا ريب في اشتراط ثبوت عدالة الشاهد ، انما الكلام في لزوم تقدم الشهادة وثبوت عدالته قبل يمين المدعي، فقال المحقق:

حكم مالو تقدمت اليمين على الشهادة

«ولو بدأ باليمين وقعت لاغية وافتقر الى اعادتها بعد الاقامة» .

أقول : قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهادة واليمين، فهذا الذي لاريب فيه، بخلاف ما اذا تقدمت اليمين على الشهادة ، ومع الشك فالاصل عدم النفوذ ، لانه المرجع في كل مورد شك في نفوذ الحكم فيه .

وأما الاستدلال لاشتراط تقدم اقامة الشهادة على اليمين بتقدم ذكرها عليها في نصوص المسألة ففيه : أولا ـ ان التقدم الذكري في النصوص لايقتضي التقدم في مجلس القضاء و كيفية المحاكمة. وثانياً: لقد ذكرت اليمين في بعض النصوص مقدمة على الشهادة[2].

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٤ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى . الحديث : ١٥ ، ١٦ .

ومن هنا نقول : ان الظاهر أن نصوص المسألة ليست بصدد بيان الكيفية مطلقاً ، بل هي في مقام بيان أصل المطلب، وهوثبوت الدعوى هنا بشاهد واحد ويمين المدعي من دون تعرض الى الخصوصيات ، لكن المؤثر يقيناً هو صورة تقدم الشهادة على اليمين ، ونفوذ الحكم في صورة العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الاصل المزبور .

وفي المسالك : « أما اشتراط اقامة الشهادة أولا لان المدعي وظيفته البينة لااليمين بالاصالة ، فاذا أقام شاهده صارت البينة التي هي وظيفته ناقصة ومتممها اليمين بالنص، بخلاف ما لوقدم اليمين فانه ابتدأ بما ليس وظيفة ولم يتقدمه ما يكون متمماً له » .

وفيه: ما ذكرنا من أنالمستفاد منالنصوص المسألة أن وظيفته هنا اقامة الشاهد الواحد واليمين حتىتثبت دعواه ، فالقضاء يكون بكلا الامرين وليس في شيء من النصوص اشارة الى أن وظيفته هنا اقامة البينة ـ كسائر الموارد ـ وأن يمينه تكون متممة للوظيفة الناقصة من جهة عدم الشاهد الاخر .

وعن كاشف اللثام الاستدلال له بأن جانبه حينئذ يقوى، وانما يحلف من يقوى جانبه ، كما أنه يحلف اذا نكل المدعى عليه، لان النكول قوى جانبه .

وفيه : انه استحسان لا أكثر .

والحاصل : ان المثبت للدعوى كلا الامرين الشهادة واليمين حالكونهامتقدمة علىاليمين، وصورة العكس مشكوك فيها من حيث

النفوذ وعدمه والاصل هو العدم، وعلى ما ذكرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعي من المال في هذه الدعوى .

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد ويمين يختص بما اذا كانت في الدين، أو تثبت في مطلق ما كان مالا أو كان المقصود منه المال أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال ؟

قال بالاول جماعة، واختار الثاني آخرون بل نسب الى المشهور ويشهد للثالث اطلاق عدة من الاخبار كخبر منصور بن حازم، وخبر حماد بن عيسى ، وكالاخبار الاتية :

١) عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق »[١] و« كان » له ظهور في الاستمرار .

٢) عن أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « أجاز رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شهادة شاهد مع يمين طالب الحق اذا حلف أنه الحق »[٢] و« أجاز » هنا بمعنى « الانفاذ ».

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٣) عن العباس بن هلال عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « ان جعفر بن محمد عليهما السلام قال له أبو حنيفة : كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السلام : قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضي به علي عليه السلام عندكم . فضحك أبو حنيفة. فقال له جعفر عليه السلام: أنتم تقضون بشهادة واحد شهادة مائة . فقال : ما نفعل . فقال : بلى يشهد مائة فترسلون واحداً يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقوله »[1].

٤) محمد بن علي بن الحسين قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة شاهد ويمين المدعي. قال وقال عليه السلام: نزل جبرئيل بشهادة شاهد ويمين صاحب الحق وحكم به أمير المؤمنين عليه السلام بالعراق »[2].

٥) عن جابر بن عبدالله قال : « جاء جبرئيل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره أن يأخذ باليمين مع الشاهد »[3] وهذا الخبر أيضاً ظاهر في أن الحكم الشرعي ذلك، وهو باطلاقه يشمل المال وغيره.

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

٣) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٦ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

لكن لا ريب في خروج « حق الله » من تحت هذه المطلقات لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لو كان الامر الينا أجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس، فأما ماكان من حقوق الله عزوجل أورؤية الهلال فلا[1] » والمراد بضم الاخبار الاخرى والاجماع: شهادة الرجل الواحد مع اليمين ، والمراد من «الخصم» هو نفس المدعي.

واستدل للقول الاول ـ وهو التخصيص بالدين ـ بعدة من الاخبار المذكورة كخبر محمد بن مسلم وخبر أبي بصير المتقدمين بل في خبر القاسم بن سليمان :

« سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده»[2].

وقد حمل اطلاق النصوص السابقة على التقييد في هذه النصوص وأجيب عن خبر درع طلحة ـ حيث كان النزاع في العين ـ بأنه انما أنكر أمير المؤمنين عليه السلام على اطلاق قول شريح « ماأقضي الا بشاهد آخر معه »، ضرورة عدم كون خصوص المقام مما يكتفى فيه بالشاهد واليمين من الوالي .

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٥ . الباب : ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

وقد يستشكل في هذا الحمل بأن أخبار « الدين » تحكي حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشاهد واليمين في الدين ، وهذا لا مفهوم له بل هو نظير : اكرم العالم الفقيه ، اذ لا يفهم منه عدم وجوب اكرام العالم النحوي مثلا .

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعة، فقد ورد التعبير في الروايات عن الحج بـ « الدين »[1].

وفي الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد وعدم قوة المطلق من حيث كونه مطلقاً وهما معاً ممنوعان، لامكان عدم ارادة التقييد في النصوص السابقة ، ضرورة أن القضاء بهما في الدين أو جوازه لا يقتضي عدم القضاء ولا عدم جوازه بغيره .

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول الله وأمير المؤمنين صلى الله عليهما وآلهما بنحو القضايا الشخصية ـ نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الكوفة بكذا ـ ثم يقول بنحو الحكم الكلي : « لو كان الامر الينا أجزنا ... في حقوق الناس»، وربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء في خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «في الدين وحده»: « وقضى رسول الله ... » ولم يقل : « كان رسول الله يقضي ...» .

---

١) راجع وسائل الشيعة ج : ٩ ، كتاب الحج ، الباب ٢٥ من أبواب وجوب الحج وشرائطه ، الاحاديث : ٤ ، ٥ ، الباب ٢٨ ، الحديث : ٩ .

هذا كله بعد الاغضاء عن قصور السند في بعض الاخبار التي أخذت مقيدة للاطلاقات[1].

وبعد،فان مقتضى الاطلاقات هو عدم التخصيص بالدين والحكم بالشاهد واليمين في غيره من الحقوق المالية ، وهل يجوز التعدية عنها الى مطلق حق الناس ؟ ان مقتضى الاطلاقات هو ذلك ، لكن المشهور على خلافه ، ولعل وجه تقييدهم بالحقوق المالية ما روي مرسلا عن ابن عباس : « ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : استشرت جبرئيل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي بذلك في الاموال وقال : لا تعدو ذلك » لكنه ـ كما في الجواهر ـ ليس هو من طرقنا ولا معروف النقل في كتب فروعنا ... فالاولى ما ذكره قدس سره من احتمال فهم الاصحاب «المال» من نصوص «الدين» لا خصوص المعنى المصطلح ، فالمراد من «الدين وحده» هو«المال وحده» فتخرج الحقوق التى ليست بمال ، وأما «حقوق الناس » في صحيحة محمد بن مسلم فينصرف الى الحقوق المالية فلااطلاق له ... وكيف كان فلاريب في ثبوت الحق بشاهد ويمين اذا كان مورد النزاع عيناً .

---

١) ففي طريق خبر حماد بن عثمان : «معلى بن محمد» وهو البصري ؛ والراوي لاحدها هو « القاسم بن سليمان »، ولم تثبت وثاقة هذين الرجلين من كلمات علماء الرجال. نعم هما من رجال كتاب كامل الزيارات .

كما لاريب في كفاية اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد في الشهادة للنصوص الدالة على ذلك ، ومنها :

١) عن منصور بن حازم : « ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: اذا شهد لطالب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز»[١] أي : فهو نافذ .

٢) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «ان رسول الله صلى عليه وآله وسلم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله أن حقه لحق »[٢] .

ثم انه ـ بعد أن استقر رأي المشهور على الثبوت في الحقوق المالية ـ لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالاوبين أن يكون من الحقوق التى تترتب عليها آثار مالية ولذا ذكر المحقق «قده» أمثلة من القسمين ثم ذكر الضابط في المسألة قال :

«ويثبت الحكم بذلك في الاموال كالدين» فانه حق مالي صرف « والقرض » فانه لما يقول له : قد أقرضتك كذا يدعي حقاً مالياً له على ذمته « والغصب » كذلك ، فانه وان كان مغايراً للمال مفهوماً ، لكنه لما يدعي عليه غصب شيء له فانه يستلزم كون ذلك الشيء

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٧ . الباب : ١٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، وهي صحيحة.

٢) وسائل الشيعة : ١٨/١٩٨ . الباب : ١٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، وهي صحيحة.

ملكاً له « وفي المعاوضات » يثبت الحكم أيضاً ، فان المقصودفيها هو المال « كالبيع والصرف والصلح والاجارة والقراض والوصية له » في مال عيناً أودياً «والجناية الموجبة للدية كالخطأ» فمن ادعى جناية فقد ادعى موضوع الدية ، فهي حق يقصد بها المال ، أما لو كانت جناية موجبة للقصاص فلا، لان القصاص حق وليس مالا «وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده والحر بالعبد» اذتثبت الدية دون القصاص فانه لا يقتل الوالد بالولد والحر بالعبد ، « وكسر العظام » حيث يتعذر القصاص وتجب الدية فتكون الدعوى مالية «والجائفة» وهي الجناية التى تصل الجوف «والمأمومة» وهي التى تصل أم الدماغ.

قال « قده » : « وضابطه ما كان مالا أوالمقصود منه مالا » أي: بخلاف القصاص ونحوه ...

لكن قد وقع الكلام بينهم من جهة أخرى، وهي أنه هل يلزم أن يكون المقصود بالذات المال أو يكفي ترتب الاثر المالي مطلقاً وان لم يكن هو المقصود بالذات؟ ولذا اختلفوا في بعض المصاديق كالنكاح ، فقد قال المحقق :

« وفي ثبوت النكاح تردد » .

أي : لتـردد المقصود بالنكاح بين كونه مالا وغير مال ، فـان قلنا بالثبوت حتى في صورة كون ترتب المال مـن اللوازم البعيدة ثبت النكاح بالشاهد واليمين، لان المهر والنفقة ـ ان كانت الدعوى من الزوجة ـ وارث الزوج مال الزوجة بعدموتها ـ ان كانت الدعوى من الزوج ـ من الاثار المترتبة على النكاح وان كان المقصود منه بالذات

هو التناسل واقامة السنة وكف النفس عن الحرام ، والنفقة والمهر تابعان[1] .

قال « قده » : « أما الخلع والطلاق والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصية اليه وعيوب النساء فلا » .

أقول : لكن الخلع اذا ادعاه الزوج يثبت بالشاهد واليمين لدخوله في الضابط الذي ذكره من جهة أنه مشروط ببذل الزوجة مالا الى الزوج ليطلقها بسه ، فحيث يدعي الرجل ذلك فانه يدعي حقاً مالياً .

---

١) فالحاصل : أن في المسألة أقوالا : أحدها : عدم الثبوت سواء كان المدعي الزوج أو الزوجة ، وقد نسب هذا القول في الروضة وغيرها الى المشهور . والثاني : الثبوت كذلك ، ذكره الشهيدان لكن في الروضة : لانعلم قائله ، وكذا قال غيره، والثالث الثبوت ان كان المدعي الزوجة وهو مختار العلامة في القواعد حيث قال: أماالنكاح فاشكال أقربه الثبوت انكان المدعي الزوجة، وفي مفتاح الكرامة : تبعه عليه الشهيد في غاية المراد . قال : لان دعوى المرأة النكاح تستلزم مالا ما وهومناط الشاهد واليمين ، أما الزوج فلا مال يدعيه بدعواه الزوجية والتوارث بعيد جداً، ويقرب اذاكان التداعي بعدموت المرأة، ومثله قال الشهيد الثاني. والرابع: التوقف وعليه المحقق هنا ـ أما في النافع فلم يذكر النكاح أصلا ـ وتبعه الشهيد في الدروس .

قال: « وفي الوقف اشكال منشؤه النظر الى من ينتقل ، والاشبه القبول لانتقاله الى الموقوف عليهم » .

أقول : هذا في الوقف الخاص ، وأما العام فلا تتضمن دعواه المال ، لان الموقوف بالوقف العام لا مالك له بل يكون كعتق العبد لله، ولو قلنا بالانتقال فيه الى الموقوف عليهم فانه يتعذر حلف جميعهم ولا فائدة في يمين بعضهم .

أقول : وصفوة الكلام في هذا المقام هو : أن الاصل الاولي هو عدم ثبوت شيء الا مع العلم ، ثم ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » أصبح أصلا ثانوياً ، فتقبل كل دعوى أقام المدعي فيها البينة على دعواه ويحكم له بثبوت حقه ، ثم نزل جبرئيل عليه « ص » بالشاهد واليمين ـ فيجوز أن يكون حاكماً على الحديث السابق ، وأن يكون مقيداً له فيكون الحصر فيه اضافياً ـ ثم قيد اطلاق قبول الشاهد واليمين بحقوق الناس ، فلايقبل ذلك في حقوق الله تعالى، ثم وقع الخلاف بينهم في المراد من « حقوق الناس » وقد تقدم عدم جواز التعويل على ما روي عن ابن عباس ـ فان تم ما ذكرنا من انصراف «حق الناس» الى «الحق المالي» فهو ، والا فهي شبهة مفهومية مرددة بين الاقل والاكثر ، والاقل هو المتيقن ، والمرجع فيما زاد عنه هو « انما أقضي بينكم ...» فيقبل الشاهد واليمين في كل ماكان مالا من حقوق الناس .

و« الحق المالي » أيضاً مردد بين ما هو حق مالي بالذات وما

هو حق مالي مطلقاً ـ سواء كان مالا بالذات أو بالتبع ـ وهنا أيضاً يؤخذ بالقدر المتيقن ـ وهو الحق المالي بالمقصود بالذات ـ وان لم يكن عنوان الدعوى مالا مثل البيع ، ولذا قال في الجواهر : « ومن الغريب اتفاقهم على خروج الوكالة عن المال وان كانت بجعل وكذا الوصية واختلافهم في العتق » .

وأما في موارد الشبهة المصداقية ، فلا يؤخذ فيها بعموم العام بل المرجع هو الاصل . نعم للمتداعيين العمل بالاحتياط في صورة الشك .

حكم مالو كان المدعى جماعة والشاهد واحد

قال المحقق : « ولا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد الا مع حلف كل واحد منهم » .

أقول: هذا لا اشكال فيه، لان الدعوى حينئذ تنحل الى دعاوي متعددة وان كانت شهادة الشاهد الواحد كافية لجميعها ، فان حلف جميع أفراد الجماعة ثبتت الدعوى «ولو امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع » لان مقتضى الادلة السابقة ثبوت الدعوي المالية بالشاهد ويمين المدعي ، فمن حلف مع الشهادة ثبت حقه وكان له استيفاء سهمه سواء كانت الدعوى في حق الارث أو حق الشركة ، ومن امتنع من الحلف فلا يثبت له شيء ، وهنا فروع :

« الاول » : هل نكول الممتنع عن الحلف هنا يكون كنكول المدعي عن اليمين المردودة في سقوط الدعوى فلا يترتب على

بذله اليمين بعدئذ أثرأو لايكون كذلك ؟ قالوا: لايكون كذلك، بل هو نظير أنه لو أقام شاهداً على دعواه ولم يحضر الشاهد الثاني بعد، فحينئذ يلزم على الحاكم أن يصبر حتى يحضر لان حق المدعي باق ، ولذا لايأمر المدعى عليه باليمين ـ الا اذا رفع المدعي اليد عن اقامة الشهادة وقنع بيمين المنكر فحينئذ يأمر المنكر بذلك ـ فهنا كذلك ، فان الممتنع عن اليمين يبقى حقه ويترتب الاثر على يمينه في الزمان اللاحق

« الثاني » : لو ورث الحالف الناكل فهل للوارث أن يحلف حتى ينتقل اليه سهم الناكل؟ نعم، لما تقدم من أن النكول لايقتضي الحرمان بل الدعوى باقية. فلا مانع من أن يحلف مرة ثانية لاثبات سهم أخيه مثلا الناكل حتى ينتقل اليه بالارث ، وهل يلزم تكرار الشهادة حينئذ ؟ وجهان ، من أن الدعوى واحدة والمفروض اقامة الشهادة قبل موت الناكل ، ومن أن المدعي لهذا السهم فعلا غير المدعي سابقاً. والاقوى عند العلامة هو الاول، لان اختلاف المدعي لايوجب اختلاف الدعوى .

« الثالث »: ذكر كاشف اللثام أنه لومات المدعي قبل الحلف والنكول يحلف وارثه على أن هذا المال كان لمورثه وانما يحلف لتعلق حقه بهذا المال ، لكن يتوقف تملك الوارث للمال على عدم البينة للمدعى عليه على ابراء المورث اياه أو نقل المال اليه مثلا، وهذا بخلاف ما لو كان المدعي هو المورث نفسه فانه اذا حلف ثبت حقه من دون توقف على ما ذكر .

أقول: انما لاتسمع دعوى المدعى عليه الابراء مثلا فيما لو قال المدعي : هذا المال لي الان وشهد الشاهد على ذلك ، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلاناً مات وله عليك كذا ، فانه حينئذ لاتسمع دعواه الابراء ولا يتوقف مطالبة الوارث بالحق منه على عدم بينته . . . ولعل هذا الذي ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام .

«الرابع» : لوورث الناكل الحالف أخذ سهمه وان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، اذ لاملازمة بين الامرين، نعم لاريب في عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل في صورة تكذيبه الدعوى.

«الخامس» : لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهادة الشاهد ويمينه أو مطلقاً ، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثك قد نقل المال الي ، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الان ، ووجه وجوب الحلف عليه للمرة الثانية هو أن ما يدعيه الان دعوى جديدة فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى ، فان حلف ثبت الحق ـ الا اذا أثبت المدعى عليه الانتقال ـ وهل يلزم اعادة الشهادة كذلك؟ قال العلامة : الاقوى نعم .

أقول : ان كانت هذه دعوى جديدة بمعنى أن الوارث يدعي أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلابد من اقامة الشهادة أيضاً، لان الشهادة السابقة قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه ، وان لم تكن دعوى

جديدة فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامة وغيره هنا تأمل .

عدم جواز الحلف من غير علم :

قال المحقق : « ولايحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقيناً».

أقول : لا يجوز الحلف من غير علم مطلقاً ولاسيما في مورد المرافعة ، ويدل على ذلك النصوص الصريحة مثل :

١ـ ما عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل الا على علمه »[١] .

٢ ـ وعن أبي بصير عن أبـي عبدالله عليه السلام قال : « لا يستحلف الرجل الا على علمه »[٢] .

٣ـ وعن يونس عن بعض أصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قـال : « لا يستحلف الرجل الا على علمه ولا تقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف »[٣] .

قـال في الجواهر بعد عبارة المتن : « وان كان هـو مقتضى الاصول العقلية » قلت : لعل مراده ما في القواعد وغيره من أن من شرط اليمين الجزم والجزم لا يتحقق الا مع العلم .

هذا، وقد تقدم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد

---

١) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

٢) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

٣) وسائل الشيعة : ١٦/ ١٥٠ . الباب : ٢٢ كتاب الايمان .

كماتجوزالشهادة أولا؟ وقدقلنا بجوازهافي كل مورد تجوزالشهادة فيه ، سواء كانت استناداً الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعية، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه .

وهل يحلف على أنه ماله واقعاً أو أنه له بحسب الحكم الظاهري؟

ان حلف على أن مابيده ملك له واقعاً استناداً الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب في هذا المورد، وان أريد الملكية الظاهرية لزم التخصيص في الاصل العقلي والنصوص الواردة في المسألة لعدم الجزم المعتبر في اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص .

أقول : انا نقول بالتخطئة في الاحكام الواقعية والظاهرية معاً ، والحكم الظاهري يمكن تعلق العلم به مع الشك في الحكم الواقعي، وحينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهري ، فمرادهم من « لا يحلف من لايعرف ما يحلف عليه يقيناً » هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استناداً الى كتابة من خط مورثه، أوشهادة شاهدواحد بأن المال الكذائي للمورث .

قال في الجواهر : أما لو شهدله به شاهدان فقد يقال بالجواز لانهـا حجة شرعية ، بـل قد يحتمل جواز الحلف علـى مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لايخلومن اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعتبر في الحلف ...

وفيه ـ أولا : ان الفرق بين اليد والبينة غير واضح ، وثانياً : قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهري ، وعلى

هذا فلا فرق بين اليد والاستصحاب .

والملكية الظاهرية هي المراد من رواية حفص بن غياث[1] .

لا تثبت اليمين مالا لغير الحالف :

قال المحقق : « ولا يثبت مالا لغيره » .

أقول : قال في الجواهر : وان تعلق له به حق ، بلا خلاف بل قد يظهر من المسالك وغيرها الاجماع عليه .

ويدل على ذلك مع ما ذكر ظواهر أدلة القضاء كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « انما أقضي بينكم بالبينات والايمان » ، فانه ظاهر في كون البينات والايمان هي ميزان القضاء بين المتخاصمين أنفسهما ، وهو منصرف عما لو ادعى مالا لغيره .

قال في الجواهر : لكن في كشف اللثام : الا الولي لمال المولى عليه، فان الحالف اما المنكر واما المدعى له، أما الولي فقوله بمنزلة قول المولى عليه . قال : ولم أجده لغيره بل اطلاقهم يقتضي خلافه .

قلت : لكن لم نجد هذا الكلام في كشف اللثام، بل قد صرح بأن القيم لايجوز له الحلف، نعم فيه جواز حلف المولى لمال العبد.

قال المحقق: «فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت وان امتنع لم يحلف الغريم » .

أقول : وعلى ما ذكرنا فلو مات المدين ولا تركة له ، وقد عرف الدائن مديناً للميت وله على حقه من الميت شاهد واحد فهل

---

١) وسائل الشيعة : ١٨/ ٢١٥ . وقد تقدم نصها في الكتاب .

له أن يحلف عند المدين الثاني مع شهادة الشاهد حتى يستوفي حقه منه ؟ قالوا : يثبت حقه ان حلف الوارث وأما يمينه هو فلا أثر لها لانها في مال الميت وان تعلق له به حق، وترتب هذا الاثر على يمين الوارث مبني على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، ولو كان الدين مستوعباً لم يجز له التصرف في شيء من المال ، فانه بناء على هذا يكون يمين الوارث في ماله لافي مال الغير .

وتعرض في الجواهر الى مسألة الوصية من جهة أنها تتفرع على ما ذكر من ترتب الاثر على يمين الوارث دون الغريم ، فلو أوصى الميت بصرف كذا من المال في مورد معين ولم يترك مالا يفي لتنجيز الوصية، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال ، فقيل : الوصية بحكم الدين في ترتب الاثر على يمين الوارث فقط ، وفي الجواهر: ان كانت الوصية كلية غير متعلقة بالمال فهي كالدين ، وان كانت متعلقة بالمال ـ ولو بعنوان الكلي في المعين كالعشرة دنانير من المال ، أو الحصة المشاعة ـ فالحكم يبتني على القول بانتقال ماللميت الى الوارث بالموت وعدمه.

أقول : الوصية (تارة) تتعلق بالفعل ـ وان كان مشتملا على المال ـ فهنا صورتان :

«فالاولى» : أن يكون مراد الموصي صرف كذا من ماله قبل انتقاله الى الوارث . فبناء على أن الملكية أمر اعتباري يكون المال للميت وعلى الوصي صرف المال الذي أوصى به في المورد الذي

عينه، وفي هذه الصورة لايحلف الوصي ولا الوارث ولاالموصى له ، لان المفروض كون المال للميت وحلف كل واحد من هؤلاء يكون في مال الغير فلا أثر له . . .

وكذا الامر بناء على القول ببقاء المال في حكم مال الميت.

و« الصورة الثانية » : أن تكون الوصية بنحو ترتب نفوذهـا على انتقال المال الى الوارث ، أي يكون تملك الوارث له مقدماً في الرتبة على تملك الموصى له، ففي هذه الصورة يحلف الوارث أو الوصي .

وبناء على كون المال الموصى به في حكم الدين ـ بمعنى جعل المورث على ذمة الوارث كذا من المال بأن ينتقل اليه بحكم الارث ثم تكون ذمته مشغولة بصرف ماعينه المورث في كذا بحكم الوصية ـ فلا اشكال في أنه يحلف حينئذ .

وأما لو كانت الوصية مضافة الى المال بنحو الحصة المشاعة فلا يحلف .

(وأخرى) تكون الوصية بنحو النتيجة ، كأن يوصي بأن كذا من المال لزيد بعد وفاتي، فان قبل الموصى له الوصية فلا أثر لحلف الوارث بل المؤثر يمين الموصى له لان المال ملكه، سواء كان بنحو المشاع أو المفروز أو الكلي في المعين ، وسواء قلنـا بأن المال يكون بعد الموت في حكم مال الميت ثم ينتقل الـى الموصى له بحكم الوصية، أو قلنا بانتقاله الى الوارث بالارث ثم الى الموصى له ، أو قلنا بانتقاله الى الموصى له رأساً . وان لم يقبل الموصى له

الوصية فهنا تأتي الاقوال، وعلى كل حال فليس له أن يحلف، وأما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال اليه بالارث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول .

وكذلك الكلام في المال الذي تعلق به الخمس أو الزكاة ثم خرج المال من تحت يد صاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلا بذمة الميت فلايحلف مستحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث ، وان قلنا ببقائه على ملك الميت أو في حكم ماله فلا يحلف .

هذا، وحيث لايحلف الغريم فهل له احلاف المدعى عليه؟ قال في الجواهر: نعم، لان الدليل على عدم حلفه هو الاجماع وانصراف الادلة ، وأما الاحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المدعى عليه برأت ذمته وان نكل ثبت الحق بمجرده ان لم يمكن الرد .

وأما الوارث الذي له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال في الجواهر: لا، لعدم الدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه وأراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلك ولكنه ليس بواجب .

وعلى القول ببقاء المال في ملك الميت أو في حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف ، وهنا قال في الجواهر : اللهم الا أن يقال انه قد ورث حق الدعوى به وان صار بعد الثبوت على حكم مال الميت ولا تعلق للوارث به . ولكنه كما ترى ، ولم أجد ذلك محرراً في كلام الاصحاب .

قلت : وما أشار اليه من التأمل في هذا الاحتمال هو الظاهر ، لان حق الدعوى في المال يتبع ملكية نفس المال ، لانه أثر كسائر الاثار المترتبة على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبة الى مال الغير الا في صورة الوكالة عنه .

ولو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، ولكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف وثبت الحق واستوفاه الوارث فهل للغريم مراجعة الوارث ؟ الظاهر : نعم لان سقوط الحق من جهة لاينافي عدم سقوطه من جهة أخرى .

قال المحقق : « وكذا لو ادعى رهناً وأقام شاهداً أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لاثبات مال الغير » .

أقول : هذا واضح ولا اشكال فيه ، نعم لو ادعى رهانة المال وأراد اثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد واليمين وان كان المال ملكاً للغير، اذ المفروض ارادة اثبات الرهانة لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعة مالا لمورثهم :

قال : « ولو ادعى الجماعة مالا لمورثهم وحلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى وقسم بينهم على الفريضة ... » .

أقول : ان حلف الجماعة كلهم أخذوا المال المدعى وقسموه بينهم حسب الفريضة سواء كان المال عيناً أو ديناً .

«ولو كان وصية قسموه بالسوية الا أن يثبت التفضيل» من الموصي. وانما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل الى دعاوي متعددة.

« ولو امتنعوا لم يحكم لهم » وهذا واضح ولا اشكال فيه .

ولو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث ، قال المحقق :

« ولوحلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة » .

يعني سواء كان المدعى به في الاصل ديناً أوعيناً، وقيل : يكون له معه شركة مطلقاً ، وقيل : بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه وبين العين فله معه شركة .

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينة في الحجية واثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف ، وليس امتناعه عن اليمين مثل نكون المدعي عن اليمين المردودة في سقوط الدعوى ، فلو غصب غاصب عيناً مشتركة بين أخوين فقال لاحدهما : اني أريد غصب سهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين في النصف، لكون الحق مشاعاً ولاحق للغاصب في افراز السهم اجماعاً . هذا في العين الخارجية ، فلو وقع الترافع بين الاخوين معاً والغاصب الى الحاكم ، فحلف أحدهما دون الاخر فقيل باشتراكهما في النصف الذي يأخذه الحالف كالنصف الباقي بيد الغاصب ، لان نكول الممتنع لا يسقط حقه ويمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الاخر فالشركة باقية، وقيل: بعدم الشركة مطلقاً ـ أي سواء في العين أوالدين ـ لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكاً له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف ـ وقيل : بالتفصيل بين العين والدين، فلاشركة في الدين لانه بالقبض يفرز

سهم كل واحد عن سهم الاخر فيكون ما قبضه الحالف ملكاً له .

ولو أقرض رجلان مالا مشتركاً بينهما رجلا ، كان له تبديل الكلي في ذمته بمال معين في الخارج فيكون مشتركاً بين الدائنين، ولكن ليس له دفع نصف الدين الى أحدهما ، لان حق أحدهما لايتعين دون الاخر وان أذن، بل يكونان شريكين في ذلك النصف، فان وقع النزاع بينهم وترافعوا الى الحاكم فحلف أحد الشريكين وامتنع الاخر ثبت نصف الدين الكلي بحكم الحاكم لكن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الاخر، لان الحق المشاع لايفرز في الخارج ولا يتعين الا برضا الشريكين .

ثم انه اشكل في المسالك على المحقق في شرح عبارته المذكورة: «وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما لو ادعيا على آخر مالا وذكرا سبباً موجباً للشركة كالارث فانه اذا أقر لاحدهما شاركه الاخر فيما وصل اليه .

فخص بعضهم هذا بالدين وذاك بالعين، لان أعيان التركة مشتركة بين الورثة والمصدق معترف بأنه من التركة بخلاف الدين فانه انما يتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الاخر فيه ... » .

ولم يفرق في الجواهر بين العين والدين حيث قال: «والتحقيق عدم الفرق بين الدين والعين بعد تحقق سبب الشركة فيهما ، اذ الدين عين أيضاً الا أنها كلية ...» أي : كما لاينفرز الحق في الشيء المشترك في الخارج الا مع رضا الشريك فان ما في الذمة كذلك،

فيكون الخارج مصداقاً لما في الذمة ومشتركاً ، ولو أوجد في الخارج باذن الشريك مصداق نصف مافي الذمة كان مشتركاً بينهما، فلو لم يأذن الشريك في جعل المصداق لم يكن للمدين ذلك .

لا يقال : اذا كان كذلك لزم ثبوت ما للغير بيمين غيره .

لانا نقول: ان المدين بعد الشهادة والحلف يدفع نصف الحالف اليه ، لكن الحالف الاخذ للنصف يعلم ويقر بمشاركة أخيه له في ذلك بحكم الارث .

هذا وقال المحقق «قده» في كتاب الشركة: «اذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الاخر فيه » .

وفي الاقرار : « لو أقر بعين أو دين ودفع مقداراً تشارك الشريكان في ذلك المقدار » .

هل للممتنع عن اليمين شركة مع الحالف ؟

وهنا قال: «ولو حلف بعض أخذ ولم يكن للممتنع معه شركة».

ومن هنا يظهر أن رأي المحقق يختلف، ففي صورة التنازع يفتي بعدم الشركة وفي صورة عدمه يقول بالشركة ، ويدل على ما ذكره في كتاب الشركة روايات :

١) عن أبي حمزة قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى أحدهما ولم يقتض

آخر . قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله »[1] .

٢) عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثله الا أنه قال : « ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما »[2] .

٣) عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين ، فاقتسما العين والدين فتوى[3] الذي كان لاحدهما من الدين أوبعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله »[4] .

وقال في الجواهرفي شرح العبارة : «لكن هذه النصوص بل والمتن وما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة، وما ذاك الالحصول الاذن من الشريك بالقبض ولوزعم القسمة الفاسدة ونحوها، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض ، انما الكلام فيما اذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه ، وقد ذكر غير واحد من الاصحاب بل نسب الى المشهورأن للشريك مشاركة الاخرفيما قبض ، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته ، فيكون قدرالحصة في يد القابض، كقبض الفضول ان أجازه ملكه وتبعه النماء وان رده ملكه الدافع ويكون مضموناً عليه على التقديرين ، ولوتلف قبل اختيار

---

١) وسائل الشيعة : ١٣/١٧٩ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

٢) وسائل الشيعة : ١٣/١٧٩ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

٣) توى : هلك .

٤) وسائل الشيعة : ١٣/١٨٠ . الباب : ٦ كتاب الشركة .

الشريك كما في المسالك ، بل في التذكرة التصريح في تعين حقه به ولا يضمنه للشريك ، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك وأنه من الفضولي ، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم وبين الشركة فيما قبضه شريكه .

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية ، وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لهما بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله ، وان كان فيه اشكال أو منع من وجوه بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين ، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها لاوجه له ، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع ، وذلك لان القابض ليس له الا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ، ونية الدافع أنه مقدار حصة القابض لا تنفع في ذلك وان وافقتها نية القابض ، بل لو رضي الشريك بكون ذلك حصة القابض ، وما في ذمة الغريم حصة له لم يجد لعدم صحة مثل هذه القسمة .

ودعوى جوازها لكنها مراعاة بقبضه فان حصل تمت والا رجع على القابض ، وشاركه فيما قبضه تهجس بلا دليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدين ، وللمعلوم من أنه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود اليه بعد عدم القبض ، وحينئذ فان لم يكن ثمة اجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه ، اللهم الا أن يقال انه برضا الشريك يكون

المقبوض حصة للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركة ، بل هو في الحقيقة اجازة لذلك » .

اذن قد فرق المحقق وجماعة بين مورد الدعوى وغيره، ولذا أشكل في المسالك الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصيل بين الدين والعين ، وقد أشكل في الجواهر على هذا الفرق .

وعن جماعة التفريق بين الاقرار وبين المقام ، وأشكله في المسالك بأن سبب الملك في المقام ليس هو اليمين بل الامر السابق من ارث أو وصية ... ويكون أثر اليمين من بعض الجماعة رفع المانع من تصرفهم في المال برجوعه اليهم .

هذا وفي الجواهر: « نعم لو أراد الاستقلال بذلك صالحه عن حصته المشاعة بعين أو حول عليها على اشاعتها أو نحو ذلك مما ذكرناه في وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى في العين ». والظاهر أن مراده من «أو حول عليها» أن يحول شريكه على شخص آخر فيتقاضى منه مايقابل حقه في هذا المال فيختص به عن شريكه ولا يطالبه شريكه بحقه فيه .

قال : نعم قد يتجه اختصاص الشريك في الدين والعين بما يقبضه منهما اذا لم يعلم بقاء سبب الشركة لاحتمال الابراء من شريكه أو نقله بحصته على الاشاعة أو نحو ذلك ، والعلم السابق بحصول الشركة لايقتضي التشريك فيما يدفعه المديون أو من في يده العين منهـا .

أقول : يمكن أن يقال بأن الشك في بقاء الشركة مسبب عن الشك في نقل الشريك حصته مثلا، وجريان الأصل في السبب لا يثبت بقاء الشركة في المال الا على القول بالاصل المثبت، وهذا هو مراد صاحب الجواهر، ولكن لامانع من اجراء أصالة عدم الشركة في هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها ، فالاستصحاب في العين تام وفي الدين مشكل لشبهة الاثبات .

قال : « مع عدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع ».

أقول : انه اذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون ادفع اليه حقه ، فان علم الاخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه اعطاؤه حقه، وان كان شاكاً فكذلك للاصل، فقوله أراد بعدم ثبوت الشركة بظاهر الشرع عدم ثبوتها في العين فهو غير تام .

قال : بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضي بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك .

أقول: يعني اذا وقع النزاع في الابراء فادعاه المديون وأنكره هو فرضي بيمين المديون ، فاذا حلف سقط حقه ، وكذا لو رد المديون اليمين عليه فنكل عنها، فانه يثبت بذلك عدم الشركة بظاهر الشرع .

هذا ويختص المال بالحالف مع غيبة الشريك وان جاء وحلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون ، ولو كان ثمة شركة له فيما أخذه لترتب عليها آثارها كالشركة في النماء الحاصل بيد الشريك وضمانه فيما لو تلف المال بيده .

حكم ما لو كان في المدعين صغير

قال المحقق: « ولو كان في الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فان كمل ورشد حلف واستحق وان امتنع لم يحكم له » .

أقول : لقد تقدم أنه لا يحلف أحد في مال غيره ، وعليه فلا يحلف ولي الصغير مثلا في مال الصغير ، بل يصبر حتى يكبر فان حلف مع شهادة الشاهد ثبت حقه وان امتنع فلا ...

وهل يجوز توقيف مال المديون أو تكفيله حتى يكبر الصغير؟ قيل : نعم ان كان المال عيناً، والاظهر هو العدم مطلقاً لعدم ثبوت الحق بعد .

قال: «وان مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه».

أقول : وان مات الصغير قبل الكبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفى نصيبه، وهل يحتاج الى اعادة الشهادة؟ الاقوى: العدم مطلقا ، خلافاً لمن فصل بين ما اذا كان العنوان الارث فلا حاجة وما اذا كان العنوان الوصية فيلزم .

هذا كله فيما اذا أريد اثبات الحق بالشاهد واليمين ، ولو أن بعض الجماعة أقام البينة على دعواه وحكم الحاكم بثبوت الدعوى فانه يثبت كون المال الموجود بيد المدعى عليه للميت ـ ان لم يدع الابراء أونحوه ـ وبذلك يثبت حق جميع الورثة، ولو تمكن من أخذ بعض المال اشتركوا معه فيه كذلك، فلا تكون البينة حجة لمن أقامها فقط ، لكونها طريقاً الى الواقع وكاشفة عنه ولازمها

اشتراك جميع الورثة في المال حتى الغائب والمجنون ولازم البينة حجة .

وأما في الدين فان تطبيق المديون المال على عين خارجية موقوف على اذن جميع الورثة، وأما المجنون والغائب فيأذن الحاكم عنهما من باب الولاية ، وبناء على هذه الولاية فللحاكم أن يرافع من قبل الصغير الذي يكون تحت ولايته بأن يقيم البينة على حقه مثلا ، وأما بناء على عدم هذه الولاية فانه يصبر حتى يكبر الصغير ويطالب بحقه بنفسه.

مسائل خمس

المسألة الاولى

(حكم ما لو قال : هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي)

قال المحقق « قده » : « لو قال : هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي حلف مع شاهده وثبت رقيتها، دون الولد لانه ليس مالا ويثبت لها حكم أم الولد باقراره » .

أقول : لو كانت جارية في يد شخص فادعى أحد أنها له وهي أم ولده فدعواه تشتمل على جهات «الاولى» كون الجارية مملوكته و« الثانية » : انها أم ولد . و«الثالثة» : لحوق الولد به، و«الرابعة»: حرية الولد .

فان أقام شاهداً على دعواه وحلف مع شاهده ثبت بذلك جهتان « احداهما » : كون الجارية مملوكته ، لان الجارية مال وقد تقدم ثبوت الحق المالي بالشاهد واليمين، و« الثانية » : كونها أم الولد لانه قد أقر بذلك ، وحينئذ يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز

بيعها وعدم انتقالها الى الورثة بموته وغير ذلك من الاحكام .

وأمـا « الجهة الثالثة » فلا تثبت بالشاهد واليمين لان الولد ليس مالا .

وأما « الجهة الرابعة » وهي حرية الولد ـ فلا تثبت بالشاهد واليمين كذلك لانها ليست بمال، الا أن يقال بأن مورد تأثير الشاهد واليمين هو الاعم من صورة اثبات المالية وصورة نفي المالية لاطلاق الادلة ، وفيما نحن فيه حيث ينكر من بيده الولد حريته فهو على هذا التقدير مال، والذي يدعي حريته ينفي ماليته، فاذا كانت أدلة الشاهد واليمين مطلقة أثرت الشهادة واليمين مـن هذه الجهة أيضاً وحكم بحرية الولد .

لكن هذا يتوقف على اطلاق الادلة بل الاظهر ان هذه الادلة واردة في مورد احقاق المدعي حقه بالشاهد واليمين ، وأما انكار حق للاخر فهي منصرفة عنه ، ومع التنزل عن ذلك فانه لوشك في ذلك كان الحكم عدم ثبوت الحرية بالشاهد واليمين ، بل لابد من اقامة البينة .

وأما الحكم بالحرية بناء على الملكية آناً ما ثم الانعتاق ففيه : ان الملكية آناً ما تتحقق في مورد دعوى الولد مالكية أحد عموديه فانه ان أقام شاهداً وحلف مع شاهده ثبت وتملك آناً ما ثم انعتق عليه وأما في هذه المسألة فهو يدعي أن هذا الولد حر منذ وجد فليس له حالة الرقية سابقاً فلا يقاس ما نحن فيه على ذاك المورد .

وقال في الجواهر: وأما الحرية فبناء على ثبوتها بالشاهد واليمين

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعة للنسب لا واقعة بالذات، وانتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع . وفيه: ان انتفائه واقعاً يقتضي ذلك لاعدم الحكم به في ظاهر الشرع، وحينئذ يمكن اثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الاخر... فهي حينئذ كدعوى السرقة، ودعوى أن حرية الولد ليست من حقوق المدعي كي تندرج في ضابط الشاهد واليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولداً له .

أقول: وفي جوابه وجوه من النظر، فأولا: ليست الحرية حقاً من الحقوق بل هي عدم تعلق الحق، وثانياً : ليست الحرية من الحقوق المالية لو كانت حقاً ، وثالثاً : سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه ، ولا معنى لان يقال بأن حرية الولد من حقوق الاب .

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، ويبقى الولد في يد من بيده الجارية حتى ترتفع باقراره مثلا .

وأما قوله : « بل قد يقال ان الحكم بملكية الجارية يقتضي الحكم أيضاً بملكية الولد الذي هو من نمائها التابع لها ... » ففيه: ان هذا يصح حال كون الولد قد وجد ملكاً للجارية فيكون ملكاً لمولاها بتبعها ، لكن المفروض أنه قد وجد حراً كما تقدم، فما ذكره غير تام .

المسألة الثانية

(حكم ما لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً)

قال المحقق « قدس » : « لو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً وعلى نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم ».

أقول : الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعي وقفية الدار عليه من الورثة أو غيرهم ، فان الوقفية تثبت بالشاهد ويمين المدعي ، وبذلك تخرج الدار عن التركة فلا يؤدى منها الدين وان كان مستوعباً ولا تقسم بين الورثة بحسب الميراث ، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صورة الوقف

فان انقرض هؤلاء فهل يتوقف أخذ البطن الثاني الدار على اقامة الشهادة والحلف مرة أخرى أم لا بل يكفي لذلك حلف البطن الاول وشهادة شاهدهم على دعواهم المذكورة فتنقل الدار اليهم كالارث ؟ وجهان. وهذا البحث يتوجه فيما اذا كان الوقف المدعى بنحو التشريك بين البطون لا الترتيب، «فالوجه الاول» هو التوقف على تجديد الحلف والشهادة ، لان دعوى الوقفية على نفسه وعلى نسله تنحل في الواقع الى دعويين: كونه الموقوف عليه مادام حياً وكون الدار وقفاً على نسله من بعده ، فبيمينه وشهادة شاهده تثبت الدعوى الاولى، وثبوت الثانية يتوقف على يمين البطن الثاني وشهادة شاهدهم .

« والوجه الثاني » كفاية حلف البطن الاول مع شهادة الشاهد لان البطن الثاني يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف، والمفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفاً عليه وعلى نسله .

وبعبارة أخرى: ان كان الواقف يجعل الدار للبطن الاول مشروطاً بانتقالها منهم الى البطن الثاني دون سائر الورثة ـ نظير ايقاف الدار على زيد مادام حياً وانتقالها بعد موته الى جهة اقامة المأتم على سيد الشهداء عليه السلام ـ فلا حاجة الى اثبات البطن الثاني للوقفية ، وان كان للواقف جعلان أحدهما للبطن الاول والثاني للبطن الثاني بعد انقراض الاول لزم الحلف واقامة الشهادة على الثاني .

وظاهر المسالك اختيار الوجه الاول ، وقد ذكر وجوهاً على ذلك « أخذها » التنظير بالارث، قال: «كما اذا أثبت ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين». وأجاب في الجواهر بأن تملك المورث موضوع في الدليل الشرعي للانتقال الى الوارث ولكن لادليل في مسألة الوقف على أن ماثبت لهذا البطن ثابت للبطن اللاحق ، نعم ان أقيمت البينة كانت كاشفة عن ملكية هذا البطن ونسله .

« والثاني » قوله : « ولانه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدوم كما لو ثبت بالشاهدين » . أقول : ان أراد من هذا الوجه الاخذ بتنقيح المناط بمعنى أن الموجب لاخذ البطن الاول يوجب أخذ الثاني بالاولوية ففيه : أن ذلك ممنوع الا اذا ثبتت الوقفية بالبينة. وان أراد أن ثبوت الوقفية يستلزم الدوام، لان الدوام له دخل في مفهوم الوقف، ففيه : ان الذي ثبت بالشاهد ويمين البطن الاول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفيتها، لان الوقف لايثبت

٤٧٨ ـــــــ

قال : « ويحتمل عودها الى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه كالوقف المنقطع... » أي : انه مع غض النظر عن الاشكال من جهة تعذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفاً متعذر المصرف، فيحتمل عودها الى أقرب الناس الى الواقف وفيه : انه ان كان المراد من الاقرب اليه هو الاقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الاصحاب ، والاولى في الوقف الذي تعذر مصرفه أن يصرف في مطلق وجوه البر أو الى الوجه الاقرب الى غرض الواقف.

ولو مات أحد الحالفين وبقي سائرهم صرف نصيبه اليهم ، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال في المسالك: « وهل أخذ الاخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثاني هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنا أولى وان قلنا باليمين ففيه هنا وجهان : من انتقال الحق الى الباقي من غيره فيفتقر الى الحلف . ومن كونه قد حلف مرة وصار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تارة أقل وتارة أكثر » لكن الاقرب ـ وفاقاً للجواهر ـ عدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبة الى حكم ما اذا حلف المدعون أجمع .

قال المحقق «قده» : « وان امتنعوا حكم بها ميراثاً وكان نصيب المدعين وقفاً » .

أقول : وان امتنع جميع المدعين للوقفية عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثة في الدار وقسمت بينهم حسب الفريضة في الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفية يكون ماوقع اليهم وقفاً فلايتصرفون فيه التصرف الملكي، ومع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثهم وعليهم أن يعاملوا ماينتقل اليهم معاملة الوقف لاقرار مورثيهم بالوقفية، ولو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففي المسالك: «وجهان مبنيان من كون الاولاد تبعاً لابائهم فاذا لم يحلفوا لم يحلفوا ، ومن أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعية . وربما بني الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الاولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم ، وان جوزناه جاء الوجهان. والحق مجيؤهما وان منعنا من الوقف المنقطع الاول ، لان حلف الاولاد اقتضى عدم انقطاعه في الواقع وان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم ، ولان البطن الثاني كالاول، لان الوقف صار اليهم بالصيغة الاولى عن الواقف ، ولان منع الثاني من الحلف يؤدي الى جواز افساد البطن الاول الوقف على الثاني وهذا لاسبيل اليه . فالقول بجواز حلفهم أقوى، وهو خيرة الشيخ في المبسوط والمصنف وغيرهما » .

قلت: وما ذهبوا اليه هو الاقوى، وأما اشكال صاحب الجواهر قدس سره من « أن يمين الاولاد لا يصلح لاثبات اتصال الوقف لانه حينئذ يكون يميناً للغير » فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء وليست لابائهم .

قال المحقق: «وان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً تقضى منه الديون وتخرج الوصايا وما فضل ميراثاً ».

أقول: أي ينتفع منه الجميع، ولكن الناكلين الذين يعترفون بالوقفية ليس لهم أن يعاملوا ما وقع اليهم معاملة الملك، وكذا الامر بالنسبة الى ورائهم وان أعطوا بعنوان الارث، لان اقرار آبائهم بالنسبة الى ما بأيديهم حجة، فلو أقر المورث عند الوارث بأن الشيء الفلاني وديعة عنده من فلان وليس من جملة أمواله وجب على الوارث دفع الشيء الى مالكه بلا بينة.

ومن ادعى الوقفية ونكل عن اليمين جاز لوارثه أن يحلف عليها فيأخذ مثل وارث الحالف بعد انقراض البطن الاول. ويترتب على يمين وارث الناكل أنه ان كان الوقف على الاولاد بالسوية وامتنع أحدهم عن اليمين كان أمر بنته دائراً بين أن تحلف على الوقفية ـ فيكون نصيبها مساوياً لنصيب أخيها ـ وبين أن تأخذ نصف سهمه من باب الارث.

وحيث يثبت نصيب الحالف وقفاً فهل يعطى مع ذلك سهماً بعنوان الارث؟ قال المحقق والعلامة قدس سرهما: نعم.

والاقوى كما تقدم هو جواز حلف الاولاد على أن جميع الدار وقف، لانه ليست الوقفية على البطن الثاني تابعة للوقفية على البطن الاول، وأيضاً: ليست يمين البطن الثاني تابعة ليمين البطن الاول.

قال المحقق: «وما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفاً».

أقول: أي للاقرار كما عرفت آنفاً.

قال: «ولو انقرض الممتنع كان للبطن التي تأخذ بعد الحلف مع الشاهد ولا يبطل حقهم بامتناع الاول».

أقول : وهذا واضح وقد عرفته آنفاً أيضاً .

المسألة الثالثة

(حكم ما لو ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده)

قال المحقق «قده» : « اذا ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده وحلف مع شاهده ثبتت الدعوى ولا يلزم الاولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة » .

أقول: هذا مذهب المحقق وجماعة، وفي المسالك بنى المسالة على أنه ان كان الاولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون وان كان من البطن الاول فلا ، ووجه ما ذكره المحقق « قده » قوله : « لان الثبوت الاول أغنى عن تجديده » يعني ان ثبوت الوقفية في حق البطن الاول يغني عن اثباته في حق البطن الثاني .

وفي الجواهر : « لكن قد عرفت أن فيه منعاً واضحاً، ضرورة كونه كذلك اذا كان في مال لا منازع لهم فيه لا في مثل الفرض » قلت : وهذا هو الاولى .

قال المحقق : « وكذا اذا انقرضت البطون وصار الى الفقراء أو المصالح » .

أقول: أي لا يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفية بحلف البطن الاول مع شهادة شاهدهم ، لكن بناءاً على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا الحلف ان كانوا محصورين وأما في حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحة اليمين

من أحدهم ، وقد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ ، لكن ضعفه في الجواهر ، وقال : بل مناف لظاهر الادلة .

هذا كله في وقف الترتيب .

قال المحقق : « أما لو ادعى التشريك بينه وبين أولاده افتقر البطن الثاني الى اليمين » .

في الجواهر : قطعاً بل لاخلاف أجده فيه ، وقد بين المحقق وجه ذلك بقوله: « لان البطن الثاني بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى » أي لماتقرر من أنهم جميعاً يتلقون الدار من الواقف هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره .

وخالف السيد صاحب العروة قدس سره فقال الاقوى عدم الحاجة الى الحالف ، قال: لان الطبقات المتأخرة وان كانوا يتلقون من الواقف ، الا أن الوقف بهذه الكيفية أمر واحد مستمر ، فاذا أثبت من الاول ثبت في حق الجميع ، وفيه أنه ليس في المقام الا انشاء صيغة واحدة فيقول : وقفت لاولادي، لكن هذا الانشاء ينحل بعدد الاولاد في البطن الواحد ، ولكنه حيث يوقف على الاولاد وأولادهم يقول : وقفت على أولادي وأولاد أولادي، وحينئذ يكون شموله للطبقة المتأخرة متوقفاً على اليمين .

وعلى ما تقدم قال المحقق: « فلو ادعى اخوة ثلاثة أن الوقف عليهم وعلى أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد» أي: وثبت ذلك بالنسبة اليهم « ثم صار لاحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً » فهنا

مسائـل :

(الاولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ ؟ نعم فانه لافـرق بينه وبين الثلاثة ، فكمـا أن أولئك ثبتت دعواهم وأعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف . ووجه ذلك ما تقدم مـن كون التلقي عن الواقف ، فلو كان رابع الثلاثة من أول الامر لوجب عليه اليمين مثلهم فالان كذلك ، وعلى هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، ولذا قال المحقق : «ولاتثبت حصة هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لوكان موجوداً وقت الدعوى ، ويوقف له الربع » .

(الثانية) واذ يوقف له الربع فعند من يوقف ؟ في المسالك: « في تسليمه الى وليه أو يوضع في يد أمين وجهان . . . » توضيح الاول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهماً باقرار الثلاثة ، وما للولد يكون عندوليه، وتوضيح الثاني: انه يجعل عندأمين من غير الثلاثة، لانه قد لا يحلف عند كماله ، ويحتمل أن يأبى وليه عن رده ، فان كان الوارث منحصراً بالثلاثة فمع اقرارهم بعدم استحقاق ثلاثة أرباع الدار من جهة ومع نكول الولد عند الكمال أونفيه الوقفية من جهة أخرى يكون الربع للميت ومنه تقضى ديونه وتنجز وصاياه ، وان لم يكن منحصراً كان الربع لسائر الورثة .

وقد اختار صاحب المسالك الوجه الثاني ، حيث قال بعده : « وهذا هو الاصح » وفي الجواهر: قلت بل يتوقف في أصل ايقافه

لما عرفته في الوجه الاصح ، وحينئذ يجري عليه حكم ما لم يثبت وقفه ويحرم الثلاثة منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئاً ، الاني لم أجد قائلا بذلك ، ولعله قوي للاحتياط في مثله ...

(الثالثة) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثاً ، وبقي الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته الى موته. وحيث أن الثلاثة قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه ، فيصل النماء الى ورثة الولد .

(الرابعة) قال المحقق: « فان كمل وحلف أخذ، وان امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الاخوة لانهم أثبتوا أصل الوقف عليهم مالم يحصل المزاحم وبامتناعه جرى مجرى المعدوم. وفيه اشكال ينشأ من اعتراف الاخوة بعدم استحقاق الربع ».

أقول: ذهب الشيخ رحمه الله الى رد الربع الى الثلاثة لاثباتهم أصل الوقف عليهم، والولد بنكوله عن اليمين يجري مجرى المعدوم فتبقى الداربين الثلاثة كما كان الامر قبل ولادة الولد. ولان الواقف جعل الاخوة الثلاثة أصلا في استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد في جملة المستحقين على سبيل العول ، فاذا سقط الداخل فالقسمة باقية بحالها على الاصول كما كانت ، نظير ما اذا مات انسان وخلف ألفاً من الدراهم فجاء ثلاثة وادعى كل واحد ألفاً على الميت وأقام شاهداً ، فان حلفوا معه فالالف بينهم ، وان حلف اثنان منهم فهو لهما ، وان حلف واحد فالالف له .

فللشيخ رحمه الله على ماذهب اليه وجهان، وقدأشكل المحقق وغيره في الاول بأن الاخوة معترفون بعدم استحقاق الربع وأنه للولد فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين ؟

لكن الشيخ نفسه قدتعرض الى هذا الاشكال وأجاب عنه، وهذا نص كلامه: «فان قيل: الثلاثة اذا اعترفوا بالربع للصبي كيف يعود اليهم ما اعترفوا بـه لغيرهم ؟ قلنا : الاقرار ضربان : مطلق ومعزى الى سبب، فاذا عزي الى سبب فلم يثبت السبب عاد الى المقربه، كقولهم : مات أبونا وأوصى لزيد بثلث ماله ، فرد ذلك زيد ، فانه يعود على من اعترف بذلك ، وكذا من اعترف لغيره بدارفي يده فلم يقبلها الغير عادت الى المقر ، كذلك ههنا » .

وفي الوجه الثاني نظر ، فأمـا المثال الاول فالفرق بينه وبين محل الكلام واضح ، لانـه مع رد زيد الموصى له للوصية لاتتم تلك الوصية . وأما الثاني فلا نسلم بعود الدار الى المقر مع عدم قبول المقرله، لان المقر يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم اعطاؤها للمقرله بأي نحو كان .

هذا ، وما ذهب اليه الشيخ من عود سهم الولد الى الثلاثـة أحد الوجوه في مصرف هذا السهم في هذه المسألة ، وقـد ذكر وجهان آخران :

الاول : صرفه الى الناكل بالرغم من نكوله لاعتراف الاخوة له بالاستحقاق دونهم ، الا أن هذا يتوجه فيما اذا كان الولد معترفاً

بالوقفية اوممتنعاً عن اليمين ، وأما في صورة انكاره لاصل الوقفية واعترافه بعدم الاستحقاق فلا وجه لاخذه ما يعطونه ، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثة لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح ، الا أن الشيخ قد وجه ما ذهب اليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الاقرار الى ضربين .

ويمكن القول هنا بأن كون المال للاخوة بأحد سببين «الاول» كون المال ارثاً ، فهم يستحقونه بالارث بالعنوان الاولي ، الا أن يقوم دليل ثانوي على تصرفهم فيه بعنوان آخر . و«الثاني» السبب العارض والعنوان الثانوي وهو الوقفية . وحينئذ فان اقرار الاخوة بعدم كون السهم لهم مستند الى الوقفية، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الاولي للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفية، أما هناك فان مجرد عدم ثبوت الوقفية كاف لثبوت كونه ارثاً من غير حاجة الى أن يحلفوا على الارث ، وعلى هذا فان الاقرار المستند الى الوقفية مع عدم ثبوت المستند لايمنع من صرف سهم الناكل اليه، فيكونون شركاء في الارث، الا أن الاخوة الثلاثة يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

« الثاني »: أنه وقف تعذر مصرفه ، لانه لا يصرف الى الثلاثة لاعترافهم بعدم الاستحقاق ، ولا الى الولد لعدم ثبوته له بنكوله ، فيكون من صغريات مسألة الوقف الذي تعذر مصرفه ، فهل يرجع الى الواقف أو الى ورثته أو يصرف في أقرب الوجوه الى غرضه

أو مطلق وجوه البر ؟ وجوه .

(الخامسة) : قال المحقق : « ولو مات أحد الاخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت ، لان الوقف صار أثلاثاً وقد كان له الربع الى حين الوفاة. فان بلغ وحلف أخذ الجميع، وان ردكان الربع الى حين الوفاة لورثة الميت والاخوين، والثلث من حين الوفاة للاخوين » .

وهذا مذهب الشيخ « قده » قال المحقق : « وفيه أيضاً اشكال كالاول » .

أقول: ان رد فلايعطى وراثه شيئاً، بل يصرف الى ورثة الواقف فانهم الطبقة الاولى وينكرون الوقفية، وان لم يكن له ورثة فيصرف الى الحالفين .

هذا وأضاف في الجواهر فرعاً وقال : ولو ادعى البطن الاول الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم انه وقف تشريك ، ففي القواعد : كانت الخصومة بينهم وبين البطن الاول، فان أقاموا شاهداً واحداً حلفوا وتشاركوا، ولهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم. وفي كشف اللثام : وان نكلوا خلص الوقف للاولين ما بقي منهم أحد ، وان تجددوا وادعوا التشريك قبل حلف الاولين كان خصوماً لهم ولغيرهم من الورثة ، ولكن لا يجدي نكولهم الا المدعين، فانهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء ونكل الاولون صار نصيب الاولين ميراثاً . والله العالم.

المسألة الرابعة

(حكم ما لو ادعى عبداً وأنه اعتقه فأنكر المتشبث)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبداً وذكر أنه كان له وأعتقه فأنكر المتشبث . قال الشيخ : يحلف مع شاهده ويستنقذه . وهو بعيد لانه لايدعي مالا » .

أقول : لو ادعى عبداً هو الان بيد غيره ، فقال انه كان لي وقد اعتقته ، فأنكر الذي بيده العبد ذلك . قال الشيخ : يحلف المدعي مع شاهده ويستنقذ العبد. وقال المحقق : « هو بعيد لانه لا يدعي مالا » وقد تقدم أن الذي يثبت بالشاهد الواحد واليمين هو المال وحده، وتقدم أيضاً أن الحرية ليست مالا. وأما بناء على كون الحرية حقاً من الحقوق فتشملها صحيحة محمد بن مسلم ، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه ، ولا أثر ليمين المعتق لاثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأة أم ولده ، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت .

ولعل نظر الشيخ الى ترتب الاثر المالي على هذه الدعوى ، وهو أنه يرثه من جهة الولاء .

المسألة الخامسة

(حكم ما لو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً)

٤٩٠ ـــــــ

ولو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين . ولو كان الولي وحده حلف خمسين مرة، ولولم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الانكار ، أو أقيمت البينة على النفي .

وهنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثاً وجاز للمدعي اثبات دعواه بالقسامة فان أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا .

(قال الميلاني) : هذا آخر الجزء الاول من الكتاب . ويتلوه ان شاء الله تعالى الجزء الثاني وأوله : في كتاب قاض الى قاضى .

والحمد لله أولا وآخراً وصلى الله على محمد

وآله الطاهرين ولعنة الله على

أعدائهم أجمعين

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فهرس الكتاب

تقريظ السيد الاستاذ دام ظله ٣

مقدمة المؤلف ٥

القضاء في اللغة والاصطلاح ١٠

القضاء في الشريعة ١٣

وجوب القضاء ١٤

(صفات القاضي)

الاصل عدم نفوذ حكم أحد في حق أحد ١٩

١ ـ البلوغ ٢٠

٢ ـ العقل ٢١

٣ ـ الايمان ٢١

٤ ـ العدالة ٢٣

٥ ـ طهارة المولد ٢٣

٦ ـ العلم ٢٤

هل للمجتهد أن ينصب مقلده للقضاء ؟ ٣٨
ما المراد من معرفة الاحكام والعلم المعتبر في القاضي ؟ ٤٠
٧ ـ الضبط ٤٢
٨ ـ الكتابة ٤٣
٩ ـ الذكورة ٤٤
١٠ ـ ١٢ ـ السمع ، البصر ، النطق ٤٩
١٣ ـ الحرية ٥٠

(مسائل)

الاولى : في قاضي التحكيم ٥٣
هل يشترط الرضا بالحكم بعده ؟ ٥٤
هل يشترط فيه ما يشترط في المنصوب ؟ ٥٦
هل يشترط الاعلمية المطلقة ؟ ٦٠
هل يشترط الاعلمية في البلد ؟ ٦٠
نفوذ قضاء الفقيه في عصر الغيبة ٦١
الثانية : في حكم تولي القضاء ٦٩
هل له أن يبذل مالا ليلي القضاء ؟ ٧٥
الثالثة : هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الافضل ؟ ٧٦
الرابعة : هل يجوز للقاضي الاستخلاف ؟ ٨٤
هل القضاء قابل للوكالة ؟ ٨٦

٤٩٤ ـــــــ

الثالثة : هل للحاكم الثاني نقض حكم الاول ؟ ١٦٥
حكم تجديد المرافعة ١٦٥
حكم نظر الثاني في حكم الاول ١٦٦
متى يجوز النقض ؟ ١٧١
بم يتحقق الحكم ؟ ١٧٤
هل يجب على المجتهد الاعلام بتغير رأيه ؟ ١٧٥
الرابعة : في تتبع الحاكم حكم من قبله ١٨١
الخامسة : في دعوى الرجل أن المعزول حكم عليه بشهادة فاسقين ١٨٥
السادسة : في تعدد وعدالة مترجم الحاكم ١٨٩
السابعة : في شرائط كاتب القاضي ١٩٣
الثامنة : فروع حول عدالة الشاهدين ١٩٥
بحث الحاكم عن عدالة الشاهدين ١٩٥
لو عرف الحاكم اسلامهما وجهل عدالتهما ١٩٧
انتقاض الحكم بظهور فسقهما وقت الحكم ٢٠٣
هل يجوز التعويل على حسن الظاهر ؟ ٢٠٤
السؤال عن التزكية وكيفية ثبوتها ٢٠٧
كيفية ثبوت الجرح ٢٠٨
حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح والتعديل ٢١١
التاسعة : في تفريق الشهود عند الشهادة ٢١٤

٤٩٦ ـــــــ

الوظيفة الرابعة : ترغيب الخصمين في الصلح ٢٦٢
الوظيفة الخامسة: رعاية العدالة في ورود الخصوم عليه ٢٦٣
الوظيفة السادسة: عدم سماع دعوى المدعى عليه حين اقامة المدعي دعواه ٢٦٤
الوظيفة السابعة: استماع دعوى الذي على يمين صاحبه ٢٦٥

المقصد الثاني

المسألة الاولى : هل تسمع الدعوى المجهولة؟ ٢٦٧
المسألة الثانية : هل يشترط الجزم في الدعوى ؟ ٢٧١
المسألة الثالثة: في حكم مطالبة المدعى عليه بالجواب ٢٧٧
المسألة الرابعة : في حكم الدعوى على القاضي ٢٧٩
المسألة الخامسة : في استحباب جلوس الخصمين بين يدي الحاكم ٢٧٩

المقصد الثالث : في جواب المدعى عليه

١ ـ الاقرار وجملة من أحكامه ٢٨٢
هل يحكم على المقر من دون مسألة المدعي ؟ ٢٨٦
حكم كتابة الاقرار ٢٨٨
هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟ ٢٩٢
حكم ما لو ادعى الاعسار ٢٩٣
هل يحبس حتى يتبين حاله ؟ ٢٩٦

٢ ـ الانكار وجملة من أحكامه	٢٩٨
هل يحلف من دون سؤال المدعي؟	٢٩٩
اذا حلف المنكر سقطت الدعوى	٣٠٦
حكم ما لو أكذب الحالف نفسه	٣٠٩
هل يسقط حق المدعي بمجرد اليمين ؟	٣١٣
حكم ما اذا رد اليمين	٣١٣
اليمين المردودة في حكم البينة أو الاقرار ؟	٣١٧
لو نكل المدعي سقطت دعواه	٣١٨
حكم ما لو نكل المنكر	٣١٩
لو بذل اليمين بعد النكول	٣٢٧
هل يأمر الحاكم المدعي باحضار البينة ؟	٣٢٩
هل يسأل الحاكم البينة من دون سؤال المدعي ؟	٣٣٢
هل يحكم الحاكم بعداقامتها من دون سؤال المدعي؟	٣٣٢
حكم جرح المدعى عليه البينة	٣٣٥
حكم ما لو كانت الدعوى على الميت	٣٣٧
أحكام قيام البينة على الغائب والصبي والمجنون	٣٤٦
حكم ما لو ذكر المدعي أن له بينة غائبة	٣٥٢
هل يلزم تكفيل المدعى عليه حتى حضور البينة ؟	٣٥٣
٣ ـ الاحكام المترتبة على سكوت المدعى عليه	٣٥٥
٤ ـ حكم ما لو أجاب بقوله : لا أدري	٣٦٠
مسائل تتعلق بالحكم على الغائب	٣٦٥

الاولى : في المراد من الغائب ٣٦٩
هل يشترط في الحكم عليه دعوى جحوده ؟ ٣٧١
الثانية: هل يقضى عليه مطلقاً أو في حقوق الناس فقط؟ ٣٧٢
حكم ما لو اشتمل الحكم على حق الله وحق الناس معاً ٣٧٢
الثالثة: حكم ما لو كان صاحب الحق غائباً فطالب وكيله به ٣٧٤

المقصد الرابع : في كيفية الاستحلاف

والبحث في أمور (الاول في اليمين)

تكره اليمين الصادقة وقد تجب ٣٧٨
لا يستحلف أحد الا بالله ٣٧٩
كيفية استحلاف المجوس ٣٨٣
عدم جواز الاحلاف بغير أسماء الله تعالى ٣٨٤
استحباب تقديم العظة ٣٨٧
لا دليل على استحباب تغليظ اليمين . كيفية التغليظ ٣٨٧
حكم ما لو امتنع عن الاجابة الى التغليظ ٣٩١
حكم ما لو حلف لايجيب الى التغليظ ٣٩٤
كيفية استحلاف الاخرس ٣٩٨
هل يشترط كون الاستحلاف في مجلس الحكم ؟ ٣٩٩
متى يحلف المدعي ؟ ٤١٧

الامر الثانى

في يمين المنكر والمدعي ٤٠٣

حكم ماذا كان الحلف على نفي فعل الغير وفروع ذلك ٤٠٥
هل يجوز الحلف اعتماداً على اليد والاستصحاب ٤١٣
متى يحلف المدعي ؟ ٤١٧
لو ادعى المنكر الابراء أو الاقباض انقلب مدعياً ٤١٨

(مسائل ثمان)

الاولى : متى تتوجه اليمين على الوارث ؟ ٤٢٠
الثانية : لو ادعى على المملوك فمن الغريم ؟ ٤٢٣
الثالثة: هل تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة؟ ٤٢٥
لو اشتركت الدعوى بين الله وبين الادمي كحد القذف فهل لليمين أثر ؟
الرابعة : منكر السرقة تتوجه عليه اليمين ٤٢٩
الخامسة : لو كان له بينة فأعرض عنها والتمس اليمين فهل له الرجوع ؟ ٤٣٠
السادسة : فيمن يقبل قوله بلا يمين . وفيها فروع ٤٣١
السابعة حكم ما لو مات رجل وظهر له شاهد بدين ٤٣٥
الثامنة : حكم ما لو مات وعليه دين يحيط بالتركه ٤٣٨

الامر الثالث

في اليمين مع الشاهد ٤٣٩
حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهادة ٤٤٣

الكلام في مورد قبول الشاهد واليمين ٤٤٥
حكم ما لو كان المدعي جماعة والشاهد واحد ٤٥٤
عدم جواز الحلف من غير علم ٤٥٧
لاتثبت اليمين مالا لغير الحالف ٤٥٩
حكم مالو ادعى جماعة مالا لمورثهم ٤٦٣
هل للممتنع عن اليمين شركة مع الحالف ؟ ٤٦٦
حكم مالو كان في المدعين صغير ٤٧١

(مسائل خمس)

الاولى: حكم مالو قال: هذه الجارية مملوكتي وأم ولدي ٤٧٣
الثانية : حكم مالو ادعى بعض الورثة أن الميت وقف عليهم داراً مثلا ٤٧٥
الثالثة: حكم مالو ادعى الوقفية عليه وعلى أولاده بعده ٤٨٢
حكم مالو ادعى التشريك بينه وبين أولاده ٤٨٣
حكم ما لو صار لاحد الاولاد ولد ٤٨٥
حكم مالو امتنع الولد عن اليمين ٤٨٧
الرابعة: حكم مالو ادعى عبداً وأنه أعتقه فانكر المتشبث ٤٨٩
الخامسة: حكم مالو ادعى عليه القتل وأقام شاهداً ٤٨٩
فهرس الكتاب ٤٩٢

كتاب القضاء

تقرير أبحاث

فقيه العصر سماحة آية الله العظمى

السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني

(الجزء الثاني)

من منشورات
دار القرآن الكريم
(قم ـ ايران)
ص ـ ب ـ ۲۴ ـ هاتف ـ ۲۲۲۴۰
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، وافضل صلواته وازكى تحياته على اشرف انبيائه وخاتم رسله وخير خلقه محمد سيد العرب والعجم ، وعلى آله واصحابه البررة اولي الفضل والكرم . وعلى اعدائهم اللعن المؤبد الاتم ، الى ان يجيء الله العظام بعد الرمم

وبعد ، فان العلم نور يقذفه الله في قلب من يشاء ومن اوتي العلم فقد اوتي خيرا كثيرا . وقد فضل الله مداد العلماء على دماء الشهداء . وجعلهم ورثة الانبياء .

ثم ان ولدنا العلامة الفهامة السيد علي الميلاني ايده الله تعالى قد صرف عمره الشريف وزهرة شبابه في طلب العلم وكتب الفضيلة وكتب محاضراتنا وابحاثنا في الفقه من (كتاب القضاء) وعرض علينا ما كتب ، فاطلعنا عليه ووجدناه جامعا للمسائل حاويا للمطالب ، محتويا على النكات والدقايق ، وافيا بالمراد .

وقد استجازنا في طبعه ونشره ، فاجزنا له ذلك ، سائلين المولى جل شأنه ان يوفقه لمراضيه ، ويكثر في العلماء والمجدين امثاله ، فسر تعالى ذكره ، وعليه سبحانه اجره . والسلام عليه وعلى سائر العلماء العاملين ورحمة الله وبركاته

تم المقدمة في ٨ / شهر رمضان المبارك سنة ١٣٧٦

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين، لا سيّما خليفة الله في الأرضين الامام الثاني عشر الحجة ابن الحسن العسكري أرواحنا فداه ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.

و بعد فان هذا هو الجزء الثاني من (كتاب القضاء) الذي دونت فيه نتيجة ما تلقّيته من بحث سيّدنا الأستاذ الأكبر، الفقيه العظيم، زعيم الحوزة العلميّة، المرجع الديني واستاذ المجتهدين، آية الله العظمى الحاج السيد محمد رضا الموسوي الگلپايگاني دام ظله الوارف، أقدّمه الى العلماء الأعلام والفضلاء الكرام، سائلاً المولى عزّوجلّ أن ينفع به كما نفع بسابقه بمنّه و كرمه، وأن يجعله ذخيرةً لي يوم لا ينفع مال ولا بنون، انه سميع مجيب.

قم المقدسة ١٨ ربيع الأول ١٤٠٣ علي الحسيني الميلاني

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الكلام في:

كتاب قاضٍ إلى قاضٍ

اعلم أن حكم الحاكم موضوع لاحكام بالنسبة الى الحكّام الاخرين ، كوجوب الانفاذ فى بعض الموارد ، وعدم جوازه فى بعض الموارد ، ووجوب التفحص عن دليله فى موارد ، وعدم جوازه فى أخرى .

ثم الحكم الذى يصدره الحاكم، يمكن انهاؤه الى الحكام الاخرين: بالقول، وبالكتابة ، وبشهادة العدلين ، وباقرار المحكوم عليه بذلك الحكم .

حكم انهاء الحكم بالكتابة :

وبالنسبة الى انهائه بالكتابة قال المحقق : «أما الكتابة فلا عبرة بها» .

أى : فلا تكون موضوعاً لشىء من الاحكام ، قال : «لامكان التشبيه». وهذا التعليل يتوجه فى عصرنا بالنسبة الى الاحكام التى يصدرها الحكام ، أو ينهونها بواسطة الهاتف أيضاً ، لامكان التشبيه فى الصوت بسهولة جداً .

وأضاف فى الجواهر : «وعدم القصد الى الحقيقة وعدم الدليل شرعاً على اعتبار دلالتها» .

و قد ادعى الاجماع على عدم العبرة بالكتابة ، و حكى عن بعضهم نفى الخلاف فيه ، وقيل : لامخالف الاأبو على الاسكافى ، والاردبيلى حيث اعتبرهافى

صورة العلم بالكتابة ، وكونه قاصداً لمعناها ، قال : ولهذا جاز العمل بالمكاتبة فى الرواية، وأخذ المسألة والعلم، والحديث من الكتاب المصحح عند الشيخ المعتمد، ولانه قد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين ، بل يحصل منها الظن المتاخم للعلم ، بل العلم مع الامن من التزوير ، وأنه كتب قاصداً للمدلول، وحينئذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم بأن القاضى الفلانى الذى حكمه مقبول حكم بكذا، فانه يجب انفاذه واجراؤه من غير توقف ، ويكون ذلك مقصود ابن الجنيد، ويمكن أن لاينازعه فيه أحد، بل يكون مقصودهم الصورة التى لم يؤمن فيها التزوير ، أو لم يعلم قصد الكاتب ارادة مدلول الرسم .

وأجاب عنه فى الرياض بقوله : وفيه نظر ، لان ذلك فرع قيام دليل قاطع على جواز العمل بالظن مطلقاً ، و لم نجده فى نحو محل البحث ، مما يتعلق بموضوعات الاحكام التى لم تتوقف عليها مطلقاً ، ولو كان الظن للعلم متاخما ، ومجرد كون الظن بالكتابة أقوى من الظن الحاصل من شهادة الشاهدين لايوجب قطعيته ، و لا حجيته الا على تقدير أن تكون حجيتها من حيث افادتها المظنة وهو ممنوع ، بل كلمة القائلين بحجيتها وسماعها هنا مطبقة على أنها من جهة الادلة الاربعة التى سيأتى ذكرها ، وهى أدلة قاطعة أو ظنية ظناً مخصوصاً مجمعاً عليه ، ومثلها لم يقم على اعتبار ظن الكتابة ، بعد امكان دفع الضرورة التى هى الاصل فى تلك الادلة ، بالشهادة على الحكم واقامة البينة وانفاذ الحاكم الثانى الحكم بها .

وعلى الجملة ، لو كان السبب لاعتبار شهادة الشاهدين هو افادتها المظنة أمكن ما ذكره ، أما لو كان قضاء الضرورة وغيره مما هو كالدليل القاطع فلا وجه له ولا لقياس الكتابة بالشهادة ، ولا بالاكتفاء بالرواية المكاتبة ، وأخذ المسألة ، و نحوهما مما ذكره ، لان مستند الاكتفاء بهذه الامور المعدودة فى نحو الاحكام الشرعية انما هو من حيث قضاء الضرورة ، وانسداد باب العلم بها بالكلية ، وعدم امكان تحصيلها الا بالمظنة ، وان عدم اعتبارها حينئذ يوجب اما الخروج عن

التكليف ، أو التكليف بما لايطاق ، وهما ممتنعان قطعاً ، عقلاوشرعاً، وهذاالسبب يختص بها دون ما نحن فيه مما لم ينسد فيه باب العلم . . .

وقال فى الجواهر بعد كلام الاردبيلى المذكور : التحقيق : أن الكتابة من حيث أنها كتابة لادليل على حجيتها قطعاً مطلقاً سواء فى اقرار وغيره ، بل عن ابن ادريس فى نوادر القضاء التصريح بأنـه لا يجوز للمستفتى أن يرجع الا الى قول المفتى دون ما يجده بخطّه ـ الى ان قال ـ بغيرخلاف من محصل ضابط لاصول الفقه ، و بنى على ذلك عـدم حجية المكاتبة ، قال : لان الراوى للكتابة ما سمع الامام يقول ، ولا شهد عنده شهوده أنه قال ، وان كان فيه ما ستعرف .

نعم اذاقامت القرائن الحالية وغيرها علىارادة الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد مـن رسمها ، فالظاهر جواز العمل بها ، للسيرة المستمرة فـى الاعصار والامصارعلى ذلك ، بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك ، خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء فى نسبتهم الخلافوالوفاق، ونقلهم الاجماع وغيره فى كتبهمالمعول عليهابين العلماء ... ولكن مقتضى ذلك أن تكون الكتابة فيما نحن فيه ـ بعدانتفاء احتمال التزوير وعدم القصد وغيرهما من الاحتمالات ـ بمنزلة اخباره بالحكم ، فان قلنا بقبوله قبلت والا فلا .

وربماأشعرالتعليل الاول فى عبارة المصنف، والثانى فى عبارة غيره بارادة غير هذا الفرد من الكتابة ،كما انـه يمكن حمل كلام ابن الجنيد ومن وافقه على ما ذكرنا فيعود النزاع لفظياً .

وتحمل الـروايتان على العمل بالحكم بـالكتابة ، بمعنى ايجاد الحكم بها باللفظ، لاعلى العمل بها من حيث انها كتابة، اذمن المعلوم عدم دلالتها على كونها منه ، وأنه قصد بها معنى اللفظ المستفاد من رسمها . . .

قلت: والتحقيق هوالنظرفى الجهات الموجبة للشكبحجية الكتابة والمفرقة بينها و بين القول ، و الذى يوجب الشك فى الاعتبار ليس الا احتمال الكذب ،

أو احتمال السهو والنسيان ، أو احتمال عدم القصد ، أما الاول فالمفروض عدمه للوثاقة ، وأما غيره من الاحتمالات فكلها منتفية بالاصل .

والفرق بين القول والكتابة هو: مجيء احتمال التشبيه في الثاني دون الاول، و لذا لم يذكر المحقق غير هذا الاحتمال لعدم العبرة بالكتابة ، وان كان احتمال عدم القصد في الكتابة أقوى منه في القول، لكنه يندفع بالاصل كما تقدم ، ويندفع أيضاً بالعلم بالكتابة و كونها خط فلان .

وأضاف في السرائر : احتمال التزوير ، وهو ـ كما في مجمع البحرين ـ: تزيين الكذب . ولكن هذا الاحتمال مشترك بين القول والكتابة .

وأما الاجماع المدعى فهو منقول ، وتبقى الروايتان :

١ـ عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «انه كان لايجيز كتاب قاض الى قاض ، في حد ولا غيره حتى وليت بنوا امية ، فأجازوا بالبينات» (١) .

٢ ـ عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام مثلها (٢) .

وهما ـ بناء على اعتبارهما بعمل الاصحاب (٣) ـ محمولتان على أن ذلك كان منه عليه السلام في مورد عدم حصول الاطمينان بالكتابة ، وقصد كاتبها لما كتبه .

فالعمدة في الاستدلال على عدم العبرة بالكتابة هو عدم الدليل النقلي على

(١و٢) وسائل الشيعة ١٨/٢١٨ ، الباب : ٢٨ .

(٣) سند رواية السكوني: الشيخ باسناده عن سعد بن عبدالله عن احمد عن ابيه عن ابن المغيرة عن السكوني عن جعفر عليه السلام ... قال المحقق الرشتي : سند رواية السكوني الى السكوني على ما أخبر به شيخنا دام ظله صحيح ، والسكوني عامي الا أن رواياته معمول بها عند الاصحاب ، فلاتبين فيها من حيث السند » .

قال في الوسائل بعد رواية السكوني : «وعنه عن محمد بن عيسى عن محمد بن سنان عن طلحة بن زيد عن جعفر ... » وفي « محمد بن سنان » و« طلحة بن زيد » بحث كما لايخفى .

وكيف كان ففي الجواهر عن المختلف وصف الخبرين بالمشهورين المستفيضين .

وسيأتي بعض الكلام حول «السكوني» و«طلحة بن زيد» .

العبرة بها ، الا أنا نستدل بالسيرة العقلائية القائمة على الاعتبار فى حال الوثوق والاطمينان ، و لا رادع عن هذه السيرة ، والروايتان قد عرفت حملهما على مورد خاص .

والحاصل : ان الاحتمالات مشتركة بين القول والكتابة ، فحيث تنتفى عن الكتابة قبلت كالقول بلا فرق .

حكم انهاء الحكم بالقول مشافهة :

قال المحقق «قده» : «وأما القول مشافهة فهو أن يقول للاخر: حكمت بكذا أو أنفذت أوأمضيت ، ففى القضاء به تردد ، نص الشيخ فى الخلاف : أنه لايقبل».

أقول : المراد من « القضاء به » هو انفاذ الحاكم الثانى اياه ، ووجه التردد هو : أن هذا خبر واحد عن الموضوع ، و فى اعتباره بحث و خلاف ، ولعل مذهب الاكثرهو العدم ولزوم قيام البينة، ولكن يشكل فيه من جهة أن خبرالواحد عن الموضوع المحول الى المخبر ، والذى لايعلم الا من قبله يعتمد عليه ، فلو وكّل أحداً فى طلاق زوجته فأخبره باجراء الصيغة اعتمد على خبره ، ولو أعطى الثوب المتنجس لان يغسله فأخبره عن تطهيره اياه اعتمد عليه ، ولو أخبر الاجير فى الصلاة عن الميت عن أنه قد صلى كان خبره حجة (١) ... فالقضاء من هذا

---

(١) واستدل له بأدلة القضاء من جهة انهاكما تدل على نفوذ الزامات القاضى ، كذلك تدل على قبول اخباراته بالقضاء ، فانه عندما يخبر عن الزامه، يترتب عليه استمرار ماكان منه من الفصل بين المتخاصمين، فيجب أن يقبل، للملازمة العرفية بين نفوذ الالزام ونفوذ الاخبار بالالزام ، فيكون الدليل على الثانى نفس الدليل على الاول .

وبعبارة اخرى : ان اخبار الحاكم الاول بالفصل بين المتخاصمين فى القضية يعتبر فصلا كذلك ، فاما يستمر حكم الفصل الاول وذلك ان كان صادقاً فى اخباره ، واما يكون فصلا جديداً من جهة انه عند اخباره قد انقدح فى ضميره عدم خصومة بين المتخاصمين ولو بقاء ، فكما أنه اذا رأى عدم الخصومة حدوثاً نفذ رأيه كذلك اذا رأى عدمها بقاءاً، فيكون اخباره بعدم الفصل بمنزلة الزامه به من حيث الكشف عن تعلق رأيه بعدم الخصومة. ←

القبيل ، فالاظهر هو القبول .

حكم انهاء الحكم بالشهادة :

قال المحقق «قده» : « وأما الشهادة ، فان شهدت البينة بالحكم ، وباشهاده اياهما على حكمه ، تعين القبول» .

قال فى الجواهر : لعله لعموم ما دل على وجوب قبول حكمه الذى هومن حكمهم عليهم السلام ، ولذا كان الراد عليه راداً عليهم ، ومادل على حجية البينة .

ثم ان المحقق « قده » ذكر أن تكون الشهادة على الحكم وعلى الاشهاد معا احتياطاً ، و ذلك لان الحاضر فى مجلس الحكم قد لايلتفت الى ما وقع مع خصوصياته ، لكن عندما يشهد على الامر يصغى اليه ويلتفت التفاتاً كاملا ، فتكون شهادته حينئذ أنم .

وقد ذكر المحقق لما ذهب اليه من تعين قبول الشهادة وجوهاً أربعة، فالاول ما ذكره بقوله : «لان ذلك مما تمس الحاجة اليه ، اذ احتياج أرباب الحقوق الى اثباتها فى البلاد المتباعدة غالب ، وتكليف شهود الاصل التنقل متعذر أو متعسر ، فلابد من وسيلة الى استيفائها مع تباعد الغرماء ، ولا وسيلة الا رفع الاحكام الى الحكام ، وأتم ذلك احتياطاً ما حررناه .

لايقال : يتوصل الى ذلك بالشهادة على شهود الاصل .

لانّا نقول: قد لايساعد شهود الفرع على التنقل والشهادة الثالثة لاتسمع».

أقول: وأيضاً الشهادة على الشهادة لاتسمع مع امكان الشهادة على الاصل، ولذا قال بعضهم بأنه مع عدم امكان الشهادة على الاصل ، يجوز الحكم طبق الشهادة على الشهادة، كما يجوز على نفس الشهادة على الاصل، بخلاف الشهادة على الحكم فانها تسمع ولو مع امكان الشهادة على الاصل .

←ولكن الاشكال فى دلالة أدلة القضاء على قبول اخبارات القاضى بالقضاء كما تدل على نفوذ الزاماته ، وأن الملازمة العرفية المذكورة فيها تأمل ، فتأمل .

وأيضاً: الشهادة على الشهادة لاتسمع فى الحدود، بخلاف الشهادة على الحكم فانها حجة فيها أيضاً .

ولاتقبل الشهادة على الشهادة الا مرة واحدة، وأما انفاذ الحكم فيستمر باستمرار الزمان ، ففيما لا تكون الشهادة على الشهادة حجة لامحيص لرفع الحوائج وفصل الخصومات الا بانفاذ الحكم .

واذ لايشترط فى الشهادة على حكم الحاكم عدم امكان الشهادة على الأصل، فان للحاكم الثانى استماع الشهود فى القضية من جديد، وله أن يحكم استناداً الى الشهادة على حكم الاول، كما أن له اجراء الحد استناداً الى الشهادة على الحكم، لعدم اختصاصها بغير الحدود .

هذا توضيح ماقرره صاحب الجواهر فى شرح عبارة المحقق فى جواب لايقال.

وصاحب المسالك قرره بنحو آخر وهو: أن فى الشهادة على الشهادة قصوراً عن الشهادة على الحكم، لانها لاتسمع الا مرة واحدة، بخلاف الشهادة على الحكم، فانها تسمع فى الثالثة . وتوضيح ذلك: ان الشهادة على الاصل هى المرتبة الاولى لاثبات المدعى، والمرتبة الثانية هى الشهادة على الشهادة بعد تعذر الشهادة على الاصل، وحجيتها مخصوصة بتلك المرتبة، وأما الشهادة على الحكم التى هى فى المرتبة الثانية عن شهادة الاصل فلاتختص حجيتها بتلك المرتبة، بل الشهادة على الشهادة على الحكم حجة أيضاً وهى المرتبة الثالثة . انتهى .

لكن هذا فى الحكم الاول المستند الى الشهادة على الاصل، وصاحب المسالك لم يتعرض للشهادة على حكم الحاكم الثانى المستند الى الشهادة على الشهادة، والمستند الى الشهادة على الحكم المستمر باستمرار الزمان . فظهر أن كلا التقريرين صحيح.

فالجواهر نبّه على الفرق بين الشهادة على الحكم، والشهادة على الشهادة ، والمسالك نبه على قصور الشهادة على الشهادة عن الشهادة على الحكم بمرتبة، لكن الاول مشتمل على فوائد اكثر .

قال فى الجواهر : ان ماذكره صاحب المسالك فرض نادر ، قلت : و ليكن نادراً ،فان الشارع جعل طريقاً لفصل الخصومة فيه ايضاً من باب اللطف .

و ظاهر هذا الوجه الاول هو التعليل لثبوت الحكم ، واذ ثبت ووصل الى الحاكم الثانى وجب القبول والانفاذ، لان ملاك الثبوت والقبول هو ما ذكره من التعليل المذكور .

و الوجه الثانى ما ذكره بقوله : « و لانه لو لم يشرع انهاء الاحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد » .

أى : الحكم بالانفاذ موقوف على أمرين : أحدهما :قبوله الحكم .والثانى: كون الحكم واصلا اليه بطريق مشروع ، و لو لم يكن الوصول بالبينة مشروعاً لبطلت الحجج . قال فى المسالك : لان الحاكم يموت فيبطل حكمه .قلت : يعنى ان الحكم لايبطل بالموت لانه ليس كالوكالة مثلا، بل المراد ان الحكم يبقى بلا أثر، اذلا طريق الى اثباته مع عدم اعتبار البينة . قال : فان الشهود تصير طبقة ثانية بعده، فاذا أنفذ حكمه بشهاداتهم طال زمان نفوذ الحجة و الانتفاع، وهلم جراً بالنسبة الى الحاكم الثانى والثالث ،فيستمر الانتفاع بالحجة .أقول :يحتمل أن يكون مراده أن الشهادة على الانفاذ يستمر أثرها، ويحتمل أن يكون المراد هو الشهادة على الشهادة فيكون فى المرة الثالثة بلاأثر. والظاهر هو الاول .

هذا ، و لانص فى مورد هذا الوجه الثانى ، بل هو مقتضى عمومات أدلة القضاء ونفوذ حكم الحاكم .

والوجه الثالث : ماذكره بقوله : « ولان المنع من ذلك يؤدى الى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة ، بأن يرافعه المحكوم عليه الى آخر ،فان لم ينفذ الثانى ماحكم به الاول اتصلت المنازعة» .

أقول : ان الغرض من جعل الحاكم هو الفصل بين الخصومات ، فلو لم ينفذ حكم الحاكم الاول من قبل الثانى لزم تفويت الغرض ، ولكن تمامية هذا الوجه

تتوقف على ثبوت حكم الاول بطريق مشروع .

والوجه الرابع ما ذكره بقوله: «ولان الغريمين لو تصادقا ان حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ماحكم‌به الاول ،فكذا لوقامت البينة ،لانها تثبت مالوأقربه الغريم ألزم به » .

يعنى : ان اقرارالمحكوم موجب لثبوت الحكم، وحينئذ يجب عليه ترتيب الاثرعلى‌الحكم ، والبينة تثبت ما يثبته الاقرار.

أقول : ان الحاكم الثانـى عندما يريد انفاذ حكم الاول لا بدله من ثبوت الحكم عنده و ثبوت وجوب الانفاذ عليه ، و قد اشتملت هذه الوجوه الاربعة على دليل الامرين معاً .

و قال صاحب الجواهر قدس سره : ان هذه الادلة الاربعة يظهر من بعضها انها مساقة بثلاث الاكتفاء بالشهادة فى اثبات حكم الحاكم ، ومن آخر أنه مساق لاثبات مشروعية حكم‌الحاكم الاخر بانفاذ ماحكم به‌الاول، الا أن الاولى الاستناد فى اثبات الاول الى‌عموم دليل حجية‌البينة والقضاءبها، وفى الثانى الى‌عموم‌حكم الحاكم، وأن الراد عليه‌راد علينا ، وأن حكمه حكمهم ، وماندرى أن النزاع فى أى المقامين ،لان كلامهم مشوش .

ويشكل عليه بأن مقتضى الدليل عدم جواز الرد ، لاوجوب الانفاذ .

وفيه: أن‌وجوب الانفاذ هومقتضى‌عمومات وجوب‌القضاء لفصل الخصومة.

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ورده :

قال المحقق قده : « لايقال : فتوى الاصحاب أنه لايجوز كتاب قاض الـى قاض ولا العمل به ، ورواية طلحة بـن زيد والسكونى عن أبى عبدالله عليه السلام : انّ علياً عليه السلام كان لايجيز كتاب قاض الى قاض لافى حدّ ولاغيره، حتى وليت‌بنوأمية، فأجازوا بالبينات .

لانا نجيب : عن الاول بمنع دعوى الاجماع على خلاف موضع النزاع ،

لان المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ليس منعاً من العمل بحكم الحاكم مع ثبوته .

ونحن نقول : فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوماً كان أومفتوحاً ، والى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر رحمه الله فى الخلاف .

ونجيب عن الرواية : بالطعن فى سندها، فان طلحة بترى والسكونى عامى، ومع تسليمها نقول بموجبها ، فانّا لانعمل بالكتاب أصلا ، ولو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى» .

أقول: هذا جواب المحقق عما يمكن الاستدلال به لمنع العمل بكتاب قاض الى قاض .

فالاول : الاجماع، وقدأجاب عنه بمنع قيامه على موضع النزاع، وتوضيح الجواب هو : ان الاجماع ان كان فمعقده المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض آخر ، لاعدم العمل بحكم الحاكم الثابت بشهادة العدلين مثلا، لاسيما مع اشهاد الحاكم ايّاهما حين اصداره الحكم .

وبالجملة فان معقده هو المنع من العمل بالكتاب من حيث أنّه كتاب، وأما مع ثبوت الحكم عند الثانى فلا ريب فى وجوب انفاذه .

والثانى: الروايتان . وقد أجاب عنهما بالطعن فى السند قال: فان طلحة بترى والسكونى عامى (١) .

---

(١) أما طلحة بن زيدففى تنقيح المقال ٢/١٠٩ : عده الشيخ رحمه الله تارة من أصحاب الباقر عليه السلام قائلا : «طلحة بن زيدبترى» . وقال فى الفهرست : « طلحة ابن زيد له كتاب ، وهو عامى المذهب الا أن كتابه معتمد ...» قال جدنا رحمه الله «قد تفرد الشيخ رحمه الله بقوله : ان كتابه معتمد . ولم أقف على من نطق به غيره ، وذلك لاينفع الافيما علم أنه من كتابه، لان النتيجة تتبع أخس المقدمات. ونقل المولى الوحيد رحمه الله عن خاله ـ يعنى المجلسى الثانى ـ الحكم بكونه كالموثق . قال : ولعله لقول الشيخ رحمه الله : كتابه معتمد . ويروى عنه صفوان بن يحيى» . ←

قال : و مع تسليمها من حيث السند نقول بموجبها ، فانّا لانعمل بالكتاب أصلا ولو شهدا به ، فكان الكتاب ملغى ، بـل عملنا هو بالحكم الذى قامت عليه البينة .

ومما يمكن الاستدلال بـه للمنع هو : ان حكم الحاكم الثانى خروج عن قانون القضاء، لان أدلة القضاء جعلت الميزان الشرعى المقرر له فى البينة واليمين، فاذا حكم هذا الحاكم كان حكمه لاعن طريق البينة واليمين .

والجواب عنه: ان المراد من حكم الثانى ليس انشاء الحكم بأصل الدعوى، كالحكم بملكية زيد للدار أوزوجية هند له، بل الغرض حكمه بوجوب اتباع حكم الحاكم الاول ، وهذا فى الحقيقة اقرار و اثبات لحكم الاول وانفاذ له ، والظاهر اتفاق الاصحاب على وجوب انفاذ حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى على الفقهاء الاخرين .

لايعتبر الاشهاد فى هذه الشهادة .

ثم هل يعتبر فى هـذه الشهادة أن تكون مع اشهاد الحاكم للشاهدين على حكمه مطلقاً ، أومع حضورهما مجلس الحكم وسماعهما لفظ الحاكم ؟ .

الظاهر عدم اعتبارشيء من ذلك، فان مقتضى اطلاق أدلة حجية البينة سماع

← وأما السكونى ـ وهواسماعيل بن أبى زياد ـ فموجز ما ذكر بترجمته (تنقيح المقال ١/١٣٧) أن الشيخ و النجاشى لم يتعرضا الـى مذهبه . لكن العلامة نص على كونه عامياً بل نفى ابن ادريس الخلاف فى ذلك، ونوقش بعدم وجود عاميته فى كتب الرجال، ومادعاه ابن ادريس لادليل عليه ، وأنه لايبعد كونه فى تقية شديدة لاشتهاره بين العامة ، وكونه من قضاتهم ، لاسيما وأنه مذموم عندهم كما لايخفى على من راجع كتبهم الرجالية . هذا بالنسبة الى مذهبه .

وأما بالنسبة الـى رواياته فعن الشيخ دعوى اجماع الشيعة على العمل برواياته وأنه ثقة ، ونقل عن المحقق توثيقه ، وهومن رجال كامل الزيارات ، لكن عن ابن بابويه: لاأفتى بما ينفرد السكونى بروايته ، وللمتأخرين حول الرجل كلمات وآراء فراجعها .

هذه الشهادة ، ولا يعتبر فى قبولها الاشهاد ، ولا حضور المجلس مطلقاً .

على أنا لانجد فرقاً بين هذه الشهادة وغيرها ، ودعوى عدم الخلاف فى اعتبار الاشهاد فى هذاالمقام كما عن صاحب الرياض «قده» كما ترى . نعم ينبغى قيام الحاكم بالاشهاد احتياطاً كما ذكر المحقق «قده» .

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس :

قال المحقق : «اذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصورعلى حقوق الناس دون الحدود وغيرها من حقوق الله » .

أقول : و على هذا فلو أراد الحاكم الثانى الحكم بالحد توقف على ثبوت موجبه عنده ، بحسب الموازين الشرعية المقررة للثبوت بالنسبة الى كل موجب للحد ، ولا يكفى ثبوته عندالحاكم الاول لان يحكم به ، نعم له اجراء الحدبعنوان تنفيذ حكم الاول ، فان للحاكم الاول اجراء الحد بنفسه أو يأمر غيره به مجتهداً كان المأمور أو مقلداً .

و دليل هذا القصر هو الاجماع ، و قوله عليه السلام: « الحدود تدرأ بالشبهات » وقد أشكل على الاستدلال بالخبر المذكوربأنه لاشبهة مع قيام البينة المعتبرة فلا يدرء الحد، ويمكن دفعه بأن البينة قامت عندالحاكم الاول ، وقيامها تقتضى الغاءه الشك والشبهة ، وأما الحاكم الثانى فلم تقم عنده البينة ، فالشبهة باقية بالنسبة اليه فليس له الحكم .

ما ينهى الى الحاكم :

قال المحقق قدس سره : « وما ينهى الى الحاكم أمران : أحدهما : حكم وقع بين المتخاصمين . والثانى : اثبات دعوى مدع على غائب .

أما الاول : فان حضر شاهدا الانهاء خصومة الخصمين وسمعا ما حكم به الحاكم وأشهدهما على حكمه، ثم شهدا بالحكم عند الاخر، ثبت بشهادتهما حكم

ذلك الحاكم وأنفذ ما ثبت عنده ، لانه يحكم بصحة الحكم فـى نفس الامر ، اذ لاعلم له بذلك، بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عاودا المنازعة فى تلك الواقعة .

وان لـم يحضرا الخصومة فحكى لهما الـواقعة وصورة الحكم ، وسمّى المتحاكمين بأسمائهما وآبائهماوصفاتهماوأشهدهما على الحكم ففيه تردد، والقبول أولى ، لان حكمه كما كان ماضياً كان أخباره ماضياً» .

أقول : ان الذى ينهيه الحاكم الاول بالكتاب الـى الحاكم الثانى أمران : أحدهما : الحكم الذى حكم به بين المتخاصمين : فان حضرشاهدا الانهاء مجلس التخاصم وسمعا ما حكم به الحاكم فى الواقعة بل وأشهدهما على حكمه ثم جاءا فشهدا بحكم الحاكم الاول عند الثانى فانه يثبت بذلك حكم ذلك الحاكم، وعلى الثانى انفاذه وفصل الخصومة المتجددة بين الخصمين فى نفس تلك الواقعة، وليس له الحكم بصحة حكم الاول فى الواقع لانه لاعلم له بذلك ، وقد نهى الشارع عن القول بلا علم .

وان لم يحضرشاهدا الانهاء مجلس التخاصم ، بل حكى الحاكم الأول لهما الواقعة شارحاً صورة النزاع وحضور المتنازعين عنده وصورة حكمه ، وذكر المتحاكمين بأسمائهما وأسماء آبائهما وصفاتهما المشخصة، وأشهدالشاهدين على حكمه ففى ثبوت الحكم بشهادتهما عند الحاكم الثانى تردد عند المحقق قده لكن قال «والقبول أولى» قال فى الجواهر: «وفاقاً للاكثر، بل لم أجد فيه خلافاً سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل : انه ظاهره دعوى الاجماع عليه ، الا أنى لم أجدمن وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناءمنهم على أن الاصل يقتضى عدم جواز الانفاذ فى غير صورة القطع لانه قول بغير علم ، خرج ما خرج وبقى ما بقى »

وقد رجح المحقق هنا القبول بعد التردد ـ بخلاف مسألة الانهاء بالقول مشافهة

حيث تردد فيها بلا ترجيح، حيث قال: «واما القول مشافهة فهو أن يقول للاخر: حكمت بكذا او أنفذت أو أمضيت، ففي القضاء به تردد، نص الشيخ في الخلاف انه لا يقبل» وهو كذلك، لما ذكرنا سابقاً من حجية قوله فيما هو مرجوع اليه ومحول عليه ولا يعرف الا من قبله، فاذا أخبر بأني قد حكمت بكذا واشهد الشاهدين على ذلك كان اخباره حجة كما لو سمعا بأنفسهما الحكم منه، وكما يلغى احتمال عدم قصده للحكم بالنسبة الى الانشاء المسموع منه فكذلك يلغى احتمال الخلاف بالنسبة الى اخباره عن ثبوت حكمه، وبذلك ينقطع الاصل الذى تمسك به المانعون.

قال المحقق: «وأما الثاني ـ وهو اثبات دعوى المدعي ـ فان حضر الشاهدان الدعوى واقامة الشهادة والحكم بما شهدا به واشهدهما على نفسه بالحكم وشهدا بذلك عند الاخر، قبلها وأنفذ الحكم، ولو لم يحضرا الواقعة واشهدهما بما صورته: ان فلان ابن فلان الفلاني. ادعى على فلان ابن فلان الفلاني كذا، وشهد له بدعواه فلان وفلان، ويذكر عدالتهما او تزكيتهما، فحكمت أو أمضيت، ففي الحكم به تردد مع ان القبول أرجح، خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهادة الشهود».

أقول: هذا هو الامر الثاني، و هو ايضاً على قسمين، فالاول: أن يحضر الشاهدان مجلس الحكم على الغائب ويشهدهما الحاكم عليه، فاذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني ثبت الحكم وكان على الثاني انفاذه.

و الثاني: ان لا يحضر الشاهدان الدعوى بل يخبرهما الحاكم الاول بها وبحكمه في الواقعة مع ذكر اسم المدعي والمدعى عليه وتعريفهما، كأن يخبرهما ويشهدهما بما صورته ان فلان بن فلان الفلاني ادعى على فلان بن فلان الفلاني كذا وشهد له بدعواه شاهدان عادلان و هما فلان وفلان فحكمت وامضيت، فهل يقبل الحاكم الثاني هذه الشهادة ويحكم بذلك؟ تردد فيه المحقق ثم رجح القبول على نحو ما عرفته في المسألة السابقة، خصوصاً مع احضار الكتاب المتضمن للدعوى

وشهادة الشهود . لكن لماكان الغائب علـى حجته اذا قدم فانه ينبغـى ضبط أسماء الشهود ليتمكن من الجرح ونحوه ، وكذا غيرذلك مما له مدخلية فى بقاء الخصم الغائب على حجته .

هذا كله فى الحكم .

حكم انفاذ الثبوت لو أخبر الاول به :

قال المحقق قده: « أما لواخبر حاكماً آخربأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى ، وليس كذلك لوقال «حكمت» فان فيه ترددا » .

أقول : وأما لو أخبرالحاكم الاول الثانى بثبوت الدعوى عنده ، أوقال بعد سماع الدعوى وشهادة الشاهدين « ثبت عندى كذا » فلايجوز للثانى أن يحكم به أو يقول « ثبت عندى كذا» ، لعدم الثبوت عنده ، ولا أن يقول : «انفذت حكمه» لان الثبوت ليس حكماً كى يندرج فى أدلة الانفاذ .

وبالجملة فان موضوع وجوب الانفاذ هـو «الحكم» لا «الثبوت» .

قال عليه السلام : «فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله ، وهوعلى حد الشرك بالله » (١) .

اللهم الا اذا حصل الاطمينان بثبوت الامرعند الحاكم أو الحكام الاخـرين وسائر الناس ، ولذا كان عيد الفطر يثبت فى أيام شيخنا الاستاذ (٢) بقوله : «ثبت عندى» . وكان رحمه الله لايحكم لانه لم يكن يرى ـ تبعاً لبعض مشايخه ـ ولاية للحاكم فى مثل ذلك .

ثم انه قدذهب بعض الاصحاب ـ على ماحكاه فى المسالك ـ الى اختصاص الحكم بما اذاكان بين الحاكمين وساطة وهم الشهود علـى حكم الاول ، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الاخر على ذلك لم يصح انفاذه ، لان هذا

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/٩٨ الباب : ١١ من أبواب صفات القاضى .

(٢) آية الله العظمى الشيخ عبدالكريم اليزدى قدس سره مؤسس الحوزة العلمية.

ليس من محل الضرورة المسوغة للانفاذ المخالف للاصل .

وأجاب عنه في الجواهر بأن ذلك ليس قولا لاحد من أصحابنا و لم نعرف أحداً حكاه غيره ،وبأن الضرورة المذكورة في الدليل انما هي حكمة أصل المشروعية للانفاذ لا أنها علة يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً ، وبأن الضرورة قد تتحقق فيه لقطع الخصومة مع عدم الكون في البلاد المتباعدة من الحاكم الاول .

حقيقة الانفاذ

هذا وليس « الانفاذ » ارشاداً الى العمل بحكم الحاكم الاول فقط ، كما هو الشأن في عمل نقلة فتاوى الفقهاء وارشادهم العوام الى العمل بفتاوى مقلديهم ، بل ان المراد من الانفاذ حكم الثاني بوجوب اطاعة حكم الاول و لزوم تطبيقه حتى ينقطع النزاع ، بغض النظر عن صحته وسقمه ، فله أن يقول : يجب امتثال الحكم بكون المال لزيد و ان كنت لا اعلم بصحة هذا الحكم . هذا ما تفيده ظواهر كلمات القوم .

والدليل عليه قوله عليه السلام : «فاذا حكم ...». وليس من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولذا يكون فاصلا للخصومة، ولو كان من ذلك الباب لما كان كذلك .

لكن يمكن أن يقال بأن للحاكم الثاني أن يجعل حكم الاول حجة في الحكم كما يحكم استناداً الى البينة مثلا، فله أن يحكم في اصل القضية حكماً من عنده استناداً الى نظر الاول في الواقعة وحكمه فيها، ولا ينافيه ظاهر الحصر في قوله صلى الله عليه وآله «انما أقضي بينكم بالبينات و الايمان » لجواز حمله على الحصر الاضافي، وقد اجاز ذلك المحقق النراقي ومنعه المشهور مستدلين بأن هذا الحكم قول بغير علم ، اذ المفروض عدم علمه بكون المال لزيد مثلا، وبأن المفروض جهله بملاك حكم الاول فمن الجائز أنه لو علم به لخالفه ، و على هذا فليس له الحكم به ، كما لا يجوز له الحكم بصحته أو موافقته للواقع .

واستدل النراقي بأن حكم الحاكم الاول حكم الله في الواقعة، لادلة حجية

حكم الحاكم ، فهو حجة ، وحينئذ فكما يجوز للحاكم الثانى الاستناد الى البينة واليمين ونحوهما من الحجج ، كذلك له ان يستند الى هذه الحجة ، فيحكم على طبق حكم الاول حكماً مستقلا كماله أن ينفذه .

والاقوى ماذهب اليه الاان يكون اجماع على خلافه ، لكن الاحوط فى المقام هو انفاذ حكم الاول وعدم الحكم بنفسه فى الواقعة .

صورة الانهاء :

قال المحقق قدس سره : « وصورة الانهاء : أن يقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعة ، وما سمعاه من لفظ الحاكم ، و يقولا : و أشهدنا على نفسه أنه حكم بذلك وأمضاه ، و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته و قالا : أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنه حكم بذلك جاز» .

أقول: أى ان تحقق الانهاء يكون بشرح الشاهدين كل ما شاهداه من الواقعة فى مجلس الحكم من حضور المتخاصمين ودعوى المدعى و انكار المدعى عليه ثمّ اقامة الاول البينة على دعواه ، ثم بحكاية لفظ الحكم الذى أصدره الحاكم والتصريح باشهاد . اياهما على حكمه .

ويقوم مقام هذا كله احالتهما الحاكم الثانى على الكتاب الذى كتبه الحاكم الاول بالواقعة بعد قراءته وأن يقولا : اشهدنا الحاكم انه حكم بذلك .

قال المحقق : «ولابد من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه ، ولو أشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى» .

أقول: هذا من شرائط الانهاء بالشهادة، فلابدمن أن يكون الامر الذى يشهدان به مضبوطاً من الشاهدين معيناً بجميع جهاته وشئونه بحيث ترتفع الجهالة عنه ، فلو كان مورد الدعوى غصب مال مثلا وأرادا الشهادة بذلك لزم أن يكونا عالمين بخصوصيات الواقعة من زمان الغصب ومكانه وغيرذلك بحيث ترتفع الجهالة والا

لم يسمع الثانى شهادتهما بل يجب عليه ايقاف الحكم الى أن يتضح الامرويرتفع الاشتباه .

ولاخصوصية لتوضيح المدعى- وان قال المحقق: «حتى يوضحه المدعى»- بل يكفى وضوحه من أينما كان . نعم بما أن المدعى هو الذى يدعى شيئاً ويطلب من الحاكم النظر فى دعواه فهو المخاطب باثبات ما يدعيه بطريق شرعى كشهادة غير الاولين على تفصيله أو تذكرهما أو نحو ذلك .

وهل يعتبر فى الانهاء كونه الى قاض معين أويكفى توجه الكتاب الى مطلق القضاة ؟ حكى الاول عن بعض العامة ، وفيه انـه لاوجه لهذا التقييد ، بل ان البينة حجة وان لم يكن معها كتاب مطلقاً ، فلا يختص الانفاذ بالمكتوب اليه .

حكم ما لو تغير حال الحاكم الاول :

قال المحقق : «ولو تغير حال الاول بموت أوعزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه ، وان تغير بفسق لم يعمل بحكمه ، ويقرّ ما سبق انفاذه على زمان فسقه».

أقول : لاريب فى نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط والصفات المذكورة فى أول كتاب القضاء ، ويعتبر كونه على تلك الصفات فى حين اصداره الحكم ، فلو تغير حال الحاكم بموت أو عـزل عـن القضاء أو جنون أو عمى - بناءاً على اشتراط البصر- أو غير ذلك لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه ووجوب انفاذه على الحاكم الثانى ، و قد استثنى المحقق تبعاً للمشهور مـن ذلك الاسلام والعدالة ، وأنه يشترط بقاؤه على ذلك بعد الحكم كذلك ، فلوتغير حاله بكفرأوفسق لم يعمل بحكمه - و ليس الامر كذلك فى سائر الامور المشروطة بالعدالة كامامة الجماعة والشهادة بالطلاق ونحوهما - وكذا لو تغير حاله بعدالحكم وقبل العمل .

أما اذا تغير حاله بعد العمل بحكمه فلاريب فى عدم بطلان الحكم بذلك .

وهذاالذى ذكره جار فى مورد فتوى المجتهد أيضاً ، فلوأفتى بفتوى فمات لم يقدح ذلك فى العمل بفتواه ، نعم فـى الجواهر :« الظاهر الاجماع على عـدم

جواز العمل ابتداءاً بفتاوى الاموات» وأمـا اذا كان قد قلّده ثم مات المجتهد فقد أفتوا بجواز البقاء على تقليده .

وهذا بخلاف ما اذا تغير حاله بفسق أو جنون ، نعم العمل الذى أتى به على طبق فتواه قبل التغير صحيح بلا كلام ، ويقر ما وقع بحسب فتواه من بيع أو نكاح أو ما شابه ذلك على ما كان عليه .

و قد استدل لما ذكره المحقق قده بأمرين ، احدهما : ـ ان ظهور الفسق يشعر بالخبث الباطنى وقيام الفسق يوم الحكم . و الثانى : انه يصح أن يقال بعد فسقه بأنه حكم فاسق فعلا ، فلا يجوز العمل به وانفاذه .

لكن كلا الامرين واضح الضعف ، ولا يقاومان اطلاقات الادلة ، و من هنا ذهب جماعة كالاردبيلى والنراقى الى عدم الفرق بين الفسق والموت، أخذاً باطلاقات ادلة حجية حكم الحاكم، الا أن ذهاب المشهور الى ماذكره المحقق ، بل دعوى بعضهم عدم الخلاف فيه يمنعنا من الجزم بعدم الفرق.

وربما يؤيد المشهور بما ذهب اليه بعض الاصحاب من الفرق بين الفسق وغيره من الموانع فى بعض الموارد، فمن ذلك مالو تغير حال الشاهدين بعد أداء الشهادة وقبل الحكم طبق شهادتهما بموت أو جنون مثلا، لم يقدح ذلك فى قبول الشهادة وترتب الاثر عليها، بخلاف مالو تغير بفسق فلا تعتبر. ومن ذلك أيضاً: مالو تغير حال شاهدى الاصل قبل الحكم بشهادة شاهدى الفرع، فانه يمنع عن الحكم ان كان التغير بفسق ولايمنع ان كان بغيره .

ويؤيده أيضاً جواز البقاء على تقليد المجتهد الميت دون الفاسق .

ولو وصلت النوبة الى الاصل فالاصل هو عدم جواز العمل والانفاذ .

هذا كله بالنسبة الى تغير حال الحـاكم الاول الكاتب للكتاب .

لا أثر لتغير حال المكتوب اليه :

قال المحقق: «ولا أثر لتغير حال المكتوب اليه فى الكتاب بل كل من قامت

عنده البينة بان الاول حكم به وأشهدهم على ذلك عمل بها، اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ماحكم به غيره من الحكام» .

أقول: ان انفذ الحاكم الثانى الحكم ثم تغير حاله بموت أو جنون أو غيرهما لم يقدح ذلك فى انفاذه، وان تغير بفسق لم يعمل بحكمه بالانفاذ على المشهور . ومن المعلوم ان ذلك لايقدح فى حكم الحاكم الاول بل كل من قامت عنده البينة من الحكام بأن الحاكم الاول قد حكم به واشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها ، اذ اللازم لكل حاكم انفاذ ما حكم به غيره من الحكام لان حكمه حكم الائمة عليهم السلام .

وهكذا يجب على الناس العمل بذلك الحكم، وان كان المخاطب بالكتاب حاكماً معيناً بمفرده .

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

مسائل ثلاث

المسألة الاولى

(حكم ما لو أقر المحكوم عليه أو أنكر)

قال المحقق : « اذا أقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه ألزم ،ولو أنكر وكانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق غالباً فالقول قوله مع يمينه مالم يقم المدعى بينة ، وان كان الوصف مما يتعذر اتفاقه الا نادراً لم يلتفت الى انكاره لانه خلاف الظاهر » .

أقول : لماقامت الشهادة فاما يقر المحكوم عليه وأنه هو المشهود عليه، فيلزمه الحاكم بأداء ماعليه بلااشكال ،وبلاخلاف كما فى الجواهر .

و اما ينكر ، و حينئذ فان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه و على غيره ـ كمالوجاء فى الشهادة على الحكم بأن محمد بن احمد مدين لفلان كذا ، فانه يحتمل الاتفاق على هذاالشخص و على غيره بكثرة ـ سمع قوله مع يمينه ، الا اذا أقام المدعى بينة على ان هذا هوالمقصود .

وعن بعضهم بطلان اصل الحكم على عنوان مشترك كمافى المثال المذكور .

وان كانت الشهادة بوصف يتعذر اتفاقه الا نادراً ـ كما اذا قالت بأن فلان ابن فلان صاحب الصفة الكذائية والمهنة الفلانية ـ لم يلتفت الى انكاره الحكم عليه بلاخلاف بين من تعرض لذلك كما فى الجواهر ، وذلك لانه خلاف الظاهر .

هذا و فى المسألة تفصيل ، لانه اذا أنكر كونه المحكوم عليه فتارة يدعى المدعى كونه هوعلى التعيين ، وحينئذ ليس للحاكم الثانى انفاذ حكم الاول فى حق هذا الشخص ، بل تجرى احكام المدعى والمنكر. وأخرى يتردد المدعى بين هذا وشخص آخريشترك معه فىالاسم والوصف ، فان كان هذا التردد من المدعى من أول الامر كان المورد من فروع مسألة الدعوى على المردد، كدعوى ولى المقتول بأن أحد هذين قاتل أبى، وفى صحة هذه الدعوى بحث وخلاف. وبناء على صحتها يطالب المدعى بالبينة ، ومع عدمها يحلف الرجلان ان كانا حاضرين أو الحاضر منهما، ومع الامتناع ترد اليمين على المدعى .

و لو شهد الشاهدان على معين و حكم الحاكم عليه بأداء الحق ثم اشتبه فلاريب فى صحة الحكم، فان وقع الاشتباه من عدم ذكر الحاكم الاول للاوصاف و المشخصات بالتفصيل ، جاء ما ذكره المحقق من أنه ان كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق ... بخلاف مالو كان الوصف مما يتعذر اتفاقه الا نادراً وقد ذكره الحاكم الاول بالتفصيل ، فانه لايلتفت الى انكاره لانه خلاف الظاهر، وان كان سماع دعواه انطباق الاسم والوصف فعلا على غيره غير بعيد .

قال المحقق : «ولو ادعى ان فى البلد مساوياً له فى الاسم والنسب كلف ابانته فى اثباته ، فان كان المساوى حياً سئل ، فان اعترف أنه الغريم الزم وأطلق الاول، وان انكر وقف الحكم حتى يتبين » .

أقول : وقوف الحكم بمجرد دعوى أن المحكوم عليه شخص آخر غيره ـ مع انكار ذلك الشخص ـ فى غاية الاشكال، اللهم الا ان يقال بان الدعوى كانت على كلى المسمى بهذا الاسم و قد صدر الحكم عليه كذلك ، ثم اشتبه المصداق الحقيقى بغيره . لكن صحة الدعوى على الكلى المردد محل خلاف .

هذا كله مع كونه حياً .

قال المحقق : « وان كان المساوى ميتاً و هناك دلالة تشهد بالبراءة، اما لان

الغريم لم يعاصر، واما الان تاريخ الحق متأخرعن موته الزم الاول وان احتمل وقف الحكم حتى يتبين» .

أقول: وهذاأيضاً مشكل بعدكون المدعى قدخص هذاالشخص فى الدعوى وأقيمت عليه الشهادة وصدر الحكم .

وقدفصل بعضهم بين ماإذا ذكر الاسم والوصف وكان الوصف محتملا للاتفاق فيه مع غيره من أول الامر، وبين ما اذاكان متعذراً اتفاقه من أول الامر ثم اتفق بعد ذلك. فحكم بالبطلان فى الاول دون الثانى.

المسألة الثانية

(حكم امتناع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض)

قال المحقق: «للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض، ولو لم يكن عليه بالحق شاهد قيل : لايلزم الاشهاد. ولو قيل : يلزم كان حسناً ...»

أقول: هذا لئلايطالبه ذوالحق بهمرةأخرى، والدليل علىهذا الحكم قاعدة لاضرر ولاضرار ، هذا اذا كان مع صاحب الحق ما يثبت حقه ، وأما مع عدمه وعلم المحكوم عليه بالحق فيمابينهوبين الله فلا كلام فىوجوب أداءالحق بالمطالبة، اذليس مع ذى الحق ما يخاف مراجعته به مرة اخرى، ولو قيل : يلزم الاشهاد كان حسناً حسماً لمادة المنازعة أو كراهة لتوجه اليمين .

هذا ولكن فى الحكم بجوازالامتناع من التسليم الا مع الاشهاد نظر، لان أداء حق الناس واجب ، والمماطلة غير جايزة ، غاية الامر انه لو حدث نزاع بعد ذلك ترافعاالى الحاكم وارتفع بالموازين الشرعية، فمجرد احتمال حدوث النزاع مرة أخرى لايجوز تأخير أداء حق الناس ، ففيما ذكروه تردد .

المسألة الثالثة

(عدم وجوب دفع الحجة على المدعى)

قال المحقق: «لا يجب على المدعى دفع الحجة مع الوفاء ... وكذا القول في البائع ...»

أقول: دليل عدم الوجوب كون الحجة ملكاً له. وقد قال رسول الله ﷺ: «الناس مسلطون على اموالهم» ولانها حجة له لو خرج المقبوض أو المبيع مستحقا.

الكلام فى :

بعض أحكام القسمة

«القسمة» معاملة مستقلة لها أحكامها الخاصة ، وقد تعرض الاصحاب قدست أسرارهم لها في كتاب الشركة، وذكروا بعضها في كتاب القضاء من جهة استحباب أن يكون للحاكم قاسم يقسم الاموال المشتركة بين الشركاء ، لتوقف فصل الخصومة على القسمة في كثير من الاحيان .

مشروعية القسمة :

و مشروعية القسمة بأن تكون معاملة كالمعاملات الاخرى ثابتة بالكتاب والسنة، ففي القرآن الكريم: « واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه » (١) اذ المستفاد من هذه الاية المباركة امكان تمييز السهام بعضها عن بعض بالقسمة ، من دون حاجة الى أن يبيع بعض الشركاء سهمه من بعض لتحقق الفرز وتعيين الحصص في المال ، فالاية ظاهرة في تشريع القسمة لان تكون طريقاً للوصول الى هذا الغرض والاّ قال ـ مثلا ـ : واذا حضر البيع أو الصلح .

وذكروا أيضاً قوله عزوجل : « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم » (٢) ولكن في

---

(١) سورة النساء : ٨ .

(٢) سورة القمر : ٢٨ .

دلالتها على تشريع القسمة نظر، لان الماء كان لهم خاصة ولم يكن مشتركاً ، وقد أمر سبحانه بجعل قسم من الماء للناقة .

ومن السنة : ما روى من « أن عبدالله بن يحيى» كان قساماً لامير المؤمنين(١) وقد قسّم رسول الله ﷺ خيبر على ثمانية عشر سهماً . و قال ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلاشفعة»(٢) . قال في الجواهر:«وغير ذلك من النصوص ، واجماعاً بقسميه، بل ضرورة » .

ثم ان القسمة تارة تكون بافراز الحصص بعضها عن بعض، واخرى تكون قسمة مهاياة ، بمعنى تقسيم الانتفاع من الشيء المشترك بحسب الازمنة ، كالدابة المشتركة بين اثنين يستعملها هذا يوماً وذاك يوماً .

حقيقة القسمة :

ثم انه تارة يختلط مال اثنين بعضه ببعض ، كأن يختلط شياه هذا بشياه ذاك فهنا قولان :

احدهما: انهمايشتركان في المجموع بنحو الاشاعة ،كما هو الحال فيما اذا ورث الاخوان هذا المجموع معاً . و الثاني ان كلّا منهما يملك حقه و مملوكه الواقعي فقط . واذلا طريق الى التمييزفلابد من التراضي بينهمابالتقسيم ، بأن تنتقل عين مال كلّ واحد الى الاخرفي مقابل عين ماله فيكون في الواقع تبديلا .

و تارة أخرى يكون الاختلاط بين المالين موجبا لاشتراكهما بالاشاعة عند العرف ، كأن تختلط حنطة هذا بحنطة ذاك . فلايصدق حينئذ التبديل، بل يقال هنا بالتمييز و الافراز و التعيين ، و المراد جعل المال الذى يشترك الاثنان في تملكه مفرزا الى ملكين يختص كل واحد منهما بواحد .

قال المحقق قدس سره في كتاب الشركة : وهي تمييزالحق من غيره ،و كذا قال في المسالك والجواهر، بل نسب الى المعروف بين الاصحاب، وعليه السيدصاحب

(١) سنذكر ترجمة هذا الرجل قريباً .
(٢) سنن البيهقي ٦/ ١٠٢ .

الوسيلة ، والاولى التعبير بالتعيين وفاقاً للسيد صاحب العروة حيث قال : و الاولى التعبير بالتعيين ، لان الظاهر من التمييز أن يكون له واقع معيّن وليس كذلك (١) .

نعم فى مثال الشياة على الوجه الثانى يصح التعبير بالتمييز .

فالاولى التعبير هنا بالتعيين، لعدم تعين حق كل من الشريكين خارجاً، اذ المفروض انهما يشتركان فى كل جزء جزء من المال حتى يصل الى الجزء الذى لا يتجزء فيقسم هناك تقسيماً عقلياً . فالمراد من القسمة تعيين مصداق الكلى .

واما احتمال أن تكون القسمة تعيين مايملكه كل واحد من الشريكين خارجاً، بمعنى أن كل مال من الاموال المملوكة هو ملك لكليهما، فيكون أحدهما مالكاً للنصف الثانى من المال الذى بيده بازاء تمليكه النصف الاخر من المال الذى بيد شريكه ، فتكون القسمة فى الحقيقة بيعاً ، لانها على هذا تبديل الاموال بعضها ببعض بحسب السهام ، لكن الشريكين ينشآن القسمة ولا نظر لهما الى المبادلة والمعاوضة الواقعة .

فيضعفه : انه ان كان المراد من النصف هو النصف المردد فان المردد لا وجود له فى الخارج ، وان كان المراد منه النصف المعين فهذا خلف للفرض ، ولو كان كذلك لم يكن حاجة الى التقسيم. فيرجع الامر الى الكلى و يكون من قبيل تعيين الكلى فى المصداق ، نظير تمليك الكلى فى المعين كالصاع من الصبرة اذ يتعين كلى الصاع بالصاع الذى يدفعه، وان كان بين الموردين فرق من جهة أخرى، وذلك انه مع تلف شىء من المال المشترك يكون التلف من كليهما ، بخلاف ما لو تلف من الصبرة مقدار فانه من مالكه ، حتى اذا بقى منها صاع واحد كان لمستحقه ولم يشاركه صاحب الصبرة .

وأما احتمال ان يكون المملوك لكل واحد من الشريكين هو الاحد اللابعينه

---

(١) قال السيد الاستاذ دام ظله فى حاشية الوسيلة : «فالمناسب فى تعريفها أن يقال: القسمة هى نقل سهم كل شريك من الحصة التى بيد شريكه بازاء سهم شريكه فى الحصة التى بيده» .

بناءاً على أن الملكية امر اعتبارى ، فيجوز ان يباع الواحد المردد لانه قابل للتمسلك كما يقبل الكلى ذلك نظير بيع ثمرة الشجرة قبل وجودها . فيكون التقسيم فى حقيقته اخراج كل فرد من حال عدم التعين الى التعيين- ففيه ما تقدم من أن الواحد المردد لاوجود له ولاحقيقة ، والملكية وان كانت أمراً اعتبارياً لكن يشترط فى متعلقها أن يكون أمراً قابلا للوجود فى الخارج .

والتحقيق هو النظر فى حقيقة الشركة، وبذلك يتضح معنى القسمة ، والحاصل: ان التقسيم هو التعيين ، لان معنى الشركة هو تملك كل من الشريكين للنصف مثلا من المال بنحو الاشاعة ، وحيث يراد اخراج الملك عن الاشاعة وتعين حق كل واحد من الشريكين ، يقسم المال بحسب السهام ، فيكون التقسيم تعيين كل من النصفين لكل من الشريكين مثلا ، فيتحصل ان معنى التقسيم اخراج المال عن حال كونه مملوكا للشريكين بالاشاعة الى حال تعيين ملك كل واحد منهما فيه ، بتعيين مصاديق كل الاجزاء لكل منهما ، وهذا الوجه أحسن الوجوه فى هذا المقام .

حكم نصب القاسم :

قال المحقق : «ويستحب للامام ان ينصب قاسماً كما كان (١) لعلى عليه السلام» .

أقول : هذا الحكم لاريب فيه كما فى الجواهر ، لان نصب القاسم من المصالح العامة ، وعن القواعد الاجماع عليه .

وان تعبيره بـ «النصب» يفيد أن ذلك منصب من المناصب ، و لازم ذلك أن يكون للقاسم ولاية على التقسيم كما للحاكم ولاية على الحكم ، ويكون مافعل نافذا على الشريكين كما ينفذ حكم الحاكم على المتخاصمين ، ولولم يرض أحدهما

---

(١) واسمه عبدالله بن يحيى كما فى المبسوط ١٣٣/٨ وقيل انه الحضرمى الذى ذكره فى تنقيح المقال ٢٢٣/٢ : عبدالله بن يحيى الحضرمى وقال : قد عد الشيخ الرجل من اصحاب أمير المومنين (ع) وفى رجال البرقى انه من اصحاب امير المؤمنين (ع) الذين كانوا شرطة الخميس ، وان امير المؤمنين قال لعبدالله بن يحيى الحضرمى يوم الجمل : ابشر يا ابن يحيى فانك وأباك من شرطة الخميس حقاً .

بالتقسيم حكم الحاكم به من باب كونه ولياً على الممتنع وكان التقسيم نافذاً.

واذ كانت القسمةمنصباً و كان القاسم منصوباً من قبل الامام عليه السلام او الحاكم لزم وجود الشرائط الاتية فيه . قال المحقق قدس سره :

صفات القاسم :

«ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والايمان والعدالة»

أقول : لاشبهة ولا خلاف فى اشتراط كونه بالغاً عاقلا ، اذلا عبرة بافعال الفاقد للبلوغ والعقل ، كما لاريب ولاخلاف فى اعتبار الايمان والعدالة فيه ،لان صاحب هذا المنصب ذوولاية، وقد قال الله عزوجل : «لاينال عهدى الظالمين»(١)

قال : «والمعرفة بالحساب».

أقول : وكذا نحوه مما تحتاج اليه القسمة غالباً .

قال : «ولا يشترط الحرية» .

اقول : ظاهر الجواهر الاجماع على عدم اشتراط الحرية فى القاسم،فيجوز ان يتولى ذلك العبد الجامع للشرائط المعتبرة باذن المولى .

قالوا : ويشترط فيهالقصدبأن يقسم المال ويفرز الحقوق مع القصدوالانشاء كما يصدر الحاكم الحكم كذلك .

قال : «ولو تراضى الخصمان بقاسم لم يشترط فيه العدالة»

أقول : اما بناءاً على عدم كون القسمة منصباً من المناصب ، فانه حيث يريد القاسم القسمة الاجبارية فان القدر المتيقن من القسمة النافذةقسمة المؤمن العدل ، و لا يوجد عندنا اطلاق لنتمسك بهلاجل نفوذ قسمة مطلق القاسم ، و اما قاسم الامام عليه السلام ففى الخبر انه كان من شرطة الخميس و كان مبشراً بالجنة .

وأما اذا كان القاسم معيناً من قبل الشريكين فلا حاجة الى العدالةوالايمان، اذ المفروض رضاهما بما يفعله ـ كما لهما أن يقتسما المال بأنفسهما ـ نعم لابد

(١) سورة البقرة :١٢٤

من كون القاسم الذى يتراضيان بتقسيمه مكلفاً، لان عمل الصغير لم يمضه الشارع فى مورد. وقيل : لامانع من ان يتصدى الصغير عملا من باب المقدمة، للتقسيم، كأن يكون اداة ووسيلة لذلك ، وفيه : انه لايتحقق الافراز الا بالتقسيم والقرعة، فالذى يفرز المشاع هو نفس التقسيم ، وبالقرعة يتعين حق كل واحد من الشريكين، فالتقسيم اذاً عمل يترتب عليه أثر فلا يجوز أن يقوم به الصغير ، ولا يتصور عمل آخر غير التقسيم والقرعة ليكون مقدمة يجوز قيام الصغير به .

اذن لابد من كونه مكلفاً بالبلوغ والعقل، ولكن لايشترط فيه الايمان والعدالة قال المحقق : «وفى التراضى بقسمة الكافر نظر ، أقربه الجواز كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم ».

أقول : وما قربه هو الاقوى ، فانه لا مانع من أن يتصدى الكافر ذلك فى صورة كونه معيناً منهما ، وليس للقاسم سلطنة حتى يمنع عملا بقوله تعالى:«ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (١) .

نعم فيما قيل انه منصب من المناصب الشرعية كالقضاء مثلا و قيل ان له ولاية على المقتسمين، فلابدله من الايمان والعدالة ويكون نصبه من قبل الامام عليه السلام أو نائبه الخاص او العام ادام الله وجود نوابه فى الانام .

هل يشترط الرضا بعد القرعة ؟

قال المحقق قدس سره«والمنصوب من قبل الامام تمضى قسمته بنفس القرعة ولايشترط رضاهما بعده» .

أقول : لا خلاف و لا اشكال فى ذلك ، لما تقدم من تحقق الولاية له من جهة كونه منصباً ، فيكون تقسيمه نافذاً مطلقاً كما ينفذ حكم الحاكم فى حق المتخاصمين .

قال : «وفى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة . وفى هذا اشكال من

---

(١) سورة النساء : ١٤١

حيث أن القرعة وسيلة الى تعيين الحق وقد قارنها الرضا»

أقول : انما الكلام فى القاسم الذى رضيا بتقسيمه ، ففى اشتراط رضاهما بعد القرعة قولان ، ودليل الاشتراط هو: أن كلا منهما يريد التصرف فى السهم الذى وقع له ، فلا بد من رضاهما معاً بالتقسيم والقرعة بعدها حتى يجوز لهما التصرف، لان ذلك هو القدر المتيقن ولا يوجد اطلاق يؤخذ به فى المقام. ودليل العدم هو : ان المفروض رضاهما بالقرعة وهذا الرضا يكفى لجواز التصرف، لان «الناس مسلطون على أموالهم وانفسهم ».

اقول : ان كان دليل السلطنة: «الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم» مشرعاً جاز التمسك به لعدم الاشتراط ، و ان لم يكن مشرعاً بل كان مفاده سلطنة المالك على ملكه و جواز تصرفه فيه بانحاء التصرف فى حدود الشرع و المعينة من قبل الشارع فلا ، لان القدر المتيقن من الادلة الشرعية لجواز التصرف حينئذ صورة الرضا بعد التقسيم والقرعة.

هذا ولكن بناءاً على ما تقرر من كون القسمة من الامور التى بها يفرز المال المشاع و تزال الشركة ، فانه يلزم رضى الشريكين و يشترط كون القرعة بطيب النفس ، و حيث كانت كذلك فلا لزوم للرضا بعد تحقق القرعة ، فيكون القسمة كسائر المعاملات من هذه الجهة ، ففى البيع مثلا يشترط شروط، وحيث أجريت صيغة البيع بشروطها لا يشترط ان يقول كل من المتبايعين بعدها: رضيت، اذ لا دليل عليه، فالاشكال الذى ذكره المحقق قدس سره وارد، والاقوى هو القول بعدم اشتراط الرضا بالقرعة بعدها .

وهل يشترط القرعة ؟

هذا وعن جماعة القول بأن الامر يتحقق بالقسمة عن تراض ، وهى كافية لتعين الحقوق من دون حاجة الى القرعة ، لاسيما وأنه لا تعرض الى القرعة فى الاخبار، وأن القرعة لكل أمر مشكل ، وأنه ليس فى نصوص الشركة اشارة الى أن زوالها

يكون بالقرعة ، بل لقد قال بعضهم بأن الاخذ بالقرعة هنا متابعة للعامة ، و فـى المسالك : « بل ينبغى أن يتعين بتراضيهما على القرعة و تخصيص كل واحد مـن الشركاء بحصته و ان لم يحصل القرعة كما يصح المعاطاة فـى البيع ، الا أن المعاطاة يتوقف لزومها على التصرف مـن حيث أن ملك كل واحد من العوضين كان للاخر ، فيستصحب ملكه الى ان يتصرف أحدهما باذن الاخر ، فيكون رضاً منه بكون مافى يده عوضاً عن الاخر . أما القسمة فانها مجرد تمييز أحد النصيبين عن الاخر ، ومايصل الى كل منهما هو عين ملكه ولايكون عوضاً عن ملك الاخر ، فيكفى تراضيهما عليها مطلقاً ، ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو على بعض الوجوه يناسبه توقف اللزوم على التصرف كالبيع معاطاة . واشترط فى الدروس تراضيهما بعد القرعة فى غير قسمة منصوب الامام عليه السلام مع اشتمالها على الرد خاصة وهو حسن ، وفى اللمعة: اكتفى بتراضيهما عليها من غير قرعة مطلقاً . وهو أجود، واختاره العلامة فى القواعد.

وقد أشكل على ماذكر بأن قياس القسمة على المعاطاة مع الفارق، لان المعاطاة بناء على افادتها الملك و جواز الرجوع فيها ما دامت العينان باقيتين ـ بيع عند العرف، وقد أمضى الشارع ذلك، وأما القسمة فعنوان آخر، ولا يوجد فى نصوصها اطلاق يفيد نفوذها و لزومها حتى يقال بأن القسمة تتحقق بالدليل ولا حاجة الى القرعة ، و قوله تعالى : « و اذا حضر القسمة . . . » لااطلاق فيه و لا يبين كيفية القسمه، وحينئذ فان تحققت القسمة مع القرعة كانت المعاملة متحققة بالاجماع وبها يتم النقل و الملك لكل واحد من الشريكين ، و ليس هنا تصرف فى مال الغير حتى يقال بجوازه بالرضا لقوله : «لايحل . . . » لانه يريد أخذ ماله وتعيين حقه (١) .

(١) والحاصل ان فى المقام ثلاثة أقوال :

أحدها : اعتبار القرعة فى حصول القسمة سواء رضيا بها بعدها أولا. و استدل عليه بجريان أدلة القرعة فى هذا المقام . وأن ظاهر تلك الادلة هو اللزوم . فراجعها فى وسائل الشيعة ١٨ الباب الثالث من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

والثانى : حصول القسمة بمجرد التراضى من دون حاجة الى القرعة. واستدل عليه بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» وقوله : «لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه» ـ

هل تتحقق القسمة بالصلح ؟

وهل تتحقق القسمة بالمصالحة؟ توقف فيه بعضهم، لكن الظاهر أن المصالحة تبديل ومعاوضة بين السهمين ، ونتيجتها كون كل واحد من الشريكين مالكاً للعين التى بيده مثلا ، كما يتحقق ذلك بالبيع والشراء بينهما .

نعم قد يستشكل فى هذا البيع او الصلح بناءاً على لزوم كون العوضين معينين فى الخارج فى البيع والصلح ، فلا يصح بيع أحد العبدين او ايقاع الصلح عليه لفقدان الشرط المذكور فى المعاملة . . . . وحينئذ لا يمكن التوصل الى نتيجة القسمة وهو افراز السهمين وتعيين الحق لكل من الشريكين عن طريق البيع والصلح بينهما .

وهل يؤثر رضا المالك لو قسم ماله فضول واقترع عليه ؟ فيه اشكال، وحينئذ تستصحب الشركة .

وبناءاً على لزوم الرضا بعد القرعة يشترط رضاهما حتى لو كان القاسم الامام او المنصوب من قبله ، وحيث يكون التقسيم عن اجبار يلزم رضا الحاكم لانه ولى الممتنع .

عدم الفرق بين قسمة الرد وغيره :

ثم ان القسمة تارة تشتمل على رد ـ وذلك عندما يخرج لاحد الشريكين النصيب الاوفر من الاخر ، فيؤخذ شيء من صاحب الزيادة فى مقابلها ويدفع الى الاخر لعدم امكان تقسيم المال المشترك الى سهمين متساويين، فيحصل التعديل

← والثالث : حصولها بالقرعة المتعقبة بالرضا. واستدل عليه باستصحاب بقاء الشركة وأصالة عدم ترتب أثر القسمة على مجرد القرعة ، فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو القرعة المتعقبة بالرضا .

هذا ، وظاهر السيد الاستاذ قده هو القول الاول، وتماميته يتوقف على اطلاق أدلة القرعة أوشمولها لصورة عدم التخاصم ، الا ان لدعوى اختصاصها بصورة التخاصم وعدم جريانها فى المقام حيث يتراضى الطرفان بقسمة القاسم مجالا .

بين الحقين- وأخرى لاتشتمل عليه، فبناءعلى عدم اشتراط الرضابعدالقرعة لايفرق بين الموردين، وفصّل بعضهم فاشترطه فىالصورة الاولى ، لانه فى تلك الصورة توجد معاوضة اخرى ، و هى المعاوضة بين ما يؤخذ من صاحب النصيب الاوفر وما يأخذه من سهم الاخر، فلابد فيها من رضا الطرفين .

والجواب- كمافىالجواهر- أن قسمة الردقسم منالقسمة المفروضافرازها بالقرعة ، وان استتبعت وجوب الرد علىمن خرج لهالنصيب الاوفربهافهواستحقاق آخر يتبع القسمة المزبورة ، وليس هو معاوضة مستقلة خارجة عن القسمة كى يعتبرفيها التراضى ، وسيأتى تفصيل الكلام على هذه المسألة حيثيعنونها المحقق قدس سره .

فىاجزاء القاسم الواحد وعدمه :

قال المحقق قده: «ويجزىء القاسم الواحداذالم يكن فى القسمة رد، ولابد منااثنين فى قسمة الردلانهاتتضمن تقويماً ،فلاينفرد الواحد به، ويسقط اعتبارالثانى مع رضا الشريك » .

أقول : أما فى صورة عدم اشتمال القسمة علىرد فلاخلاف فى كفاية القاسم الواحد ، لتحقق القسمة به كما يتحقق البيع بالواحد ، سواء كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم او كان منصوباً من قبل الشريكين بأن يوكلاه فى ذلك و أما صورة اشتمالها على رد ، فقد ذكر المحقق أنه «لابد من اثنين» وفى المسالك : القسمة ان اشتملت على ردفلا اشكال فى اعتبار التعدد فى القاسم حيث لايتراضى الشريكان بالواحد ، لان التعدد يشترط فى المقوم مطلقاً من حيث انها شهادة . وقد أشكل فى الجواهر على ذلك بوجوه : «الاول» ماسمعته من نصب على عليه السلام قاسماً واحداً و« الثانى » ان التقويم غير منحصر فى قسمة الرد ، فان كثيراً من الاموال المشتركة المختلفة كالحيوانات ونحوها لاتقسم الابالتقويم وان لم يكن فيها رد و« الثالث » ان التقويم لا مدخلية لهفىالقسمة وانما هو من مقدماتها .

قلت : ان اطمأن الشريكان بأنه قدقسم مع العدالة من جميع الجهات كفى القاسم الواحد،ولاحاجة الى التقويم ، سواء كانت القسمة عقداً أوايقاعاً أوحكماً على اختلاف الوجوه والاقوال ـ وان كان الظاهر كونها بالعقد أشبه ، ولعله من هذه الجهة لم ينقل احتياج قاسم أمير المؤمنين عليه السلام الى المقوم، ولذا لو قسم أحدهما برضا الاخر كفى . نظيرما ذهب اليه بعضهم من جواز تولى الواحد لاجراء عقد النكاح وكالة عن الزوجين ، فان قسم القاسم وشك فى كونه بالعدل وذكر أنه قد قسم بالعدل كان قوله متضمناً للشهادة فلابد من شاهد آخر معه ، ولعل ذهاب المحقق والجماعة الى لزوم التعدد فى صورة الاشتمال على الرد هو من جهة أن الغالب فى مثل ذلك وقوع الاحتياج الى التقويم، ومع عدمه أجزأ القاسم الواحد.

الكلام فى أجرة القاسم :

قال المحقق قده : « وأجرة القسام من بيت المال ، فان لم يكن امام أو كان ولاسعة فى بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين » .

أقول:هذا بالنسبة الى القاسم المنصوب من قبل الامام عليه السلام، فان أجرته تكون على بيت المال لانه معد للمصالح ،لكن ذلك يختص بصورة اجبار الامام المتقاسمين على التقسيم، وأماوجوبها على بيت المال فى المورد الذى لم يأمر فيه الامام بالقسمة فبعيد ، فكان الاولى التقييد بماذكرناه ، و حيث طلبا من الامام عليه السلام ارسال القاسم لاجل التقسيم كانت الاجرة عليهما ، لان عمله محترم وهما قدطلباه، فعليهما الاجرة لاعلى بيت المال وان كان فيه سعة .

وأما اذا طلب أحدهما دون الاخر فأمر الامام بالتقسيم فهل عليه دفع ما يجب على الراضى منهما أيضاً من بيت المال ؟ الظاهر هو العدم .

والمشهور ـ بل ادعى الاجماع ـ على أخذ الاجرة من كليهما وان كان أحدهما مستنعاً وكان التقسيم بأمر الحاكم واجباره، وكذا لو لم يمتنع أحدهما بل رضى بكلا الامرين ـ بقاء الشركة والتقسيم ـ على السواء فأمر الحاكم بالتقسيم،قالوا الان التقسيم له

أثرونفع بالنسبة اليه أيضاً .

و فيه : ان توجه النفع الذى لم يطلبه لا يوجب دفع شيء عليه ، و تحقق الاجماع فيهذا المقام بعيد . وكذا لو رضى بالتقسيم من غيرأن يطلبه ، أو رضى الحاكم به من قبله ، فانه لايجب عليه شيء الاعدم الامتناع عنالتقسيم ، وكذلك الحاكم ان رضى من قبله بالولاية ... فالاقوى فى جميع هذه الموارد توجه كل الاجرةعلىمن طلب التقسيم . هذا،ومقتضىالقواعدكفاية رفع اليد عنالمال وعدم وجوب تسليمه .

قال المحقق قدس‌سره : «فان استأجره كلواحد بأجرة معينة فلابحث» .

أقول : ان استأجر كلا الشريكين القاسم بعقد واحد لاجل التقسيم بأجرة معينة وجبعليهما معاً دفع الاجرة، وانااستأجره كل واحدبالاستقلال وبأجرة معينة قالالمحقق : فلابحث ، وهو صريح فىالجواز، وقدأشكل عليه منجهة أن العمل واحد وينتفع منه كلاهما ، فاذا استأجره أحدهمالهذا العملم يصح استيجارالثانى اياه له ، لان هذا العمل مملوك الاول ، فكيف يأخذ مالا بازاء هذا العمل نفسه من الشريك الثانى ؟ و بعبارة أخرى : انه يتحصل من افراز سهم الموجر كون سهم الاخر مفروزاً كذلك ، فكيف يجعل نفسه أجيراً لتحصيل ماحصل ؟ .

فان قيل : فكيف يجوز أن يصير الشخص الواحد وكيلا من طرف البائع للايجاب ومنطرف المشترى للقبولفىمعاملة واحدة ؟.

قلنا: انهقياسمع الفارق كما هو واضح .

وقد أشكل عليه أيضاً بأنفرز مال أحدهما مقدمة لفرز مالالاخر، فاذا أوجر من قبل أحدهماكانت اجارة الثانى باطلة ، لانها تكون على عمل وجب عليه اتيانه باجارة الاول من باب المقدمة .

لكنفيه : انالعمل واحد غيرأن الذى يتحصل منهأمران، وليس باثنين حتى يكون أحدهما مقدمة للاخر .

وقدذكر فى المسالك الاشكال الاول وقال: «وأجيب بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستيجار القسام لافراز نصيبه ولا سبيل اليه ، لان افراز نصيبه لايمكن الابالتصرف فى نصيب الاخرين ترددأ وتقديراً، ولاسبيل اليه الا برضاهم، نعم يجوز ان ينفرد واحدمنهم برضا الباقين فيكون أصلا ووكيلا ولا حاجة الى عقد الباقين، وحينئذ ان فعل ماعلى كل واحد منهم بالتراضى فذاك، وان اطلق عاد الكلام فى كيفية التوزيع» .

وقد أشكل على هذاالجواب بان الاجارة للتقسيم المستلزم للتصرف فى مال الشريك بدون اذنه غير صحيحة، وأما اذاكانت الاجارة فى مورد لايستلزم التقسيم فيه التصرف، كأن يكون القاسم عالماً بوزن المال أومساحة الارض مثلا عاد الاشكال.

اقول : هذا كله بالنسبة الى التصرف الخارجى، لكن الا فراز فى حد ذاته تصرف فلايجوز القيام به ولايتحقق الامع اذن الشريك، وحينئذ تكون اجارة الاول باطلة .

وكما يمكن أن يكون القاسم عالماً بخصوصيات المال بحيث لايحتاج الى التصرف فى نصيب الشريك الاخر، كذلك يمكن تحصيل رضا الشريك بهذا المقدار من التصرف اللازم لمعرفة خصوصيات المال، فيكون نظير مااذا وكله فى شراء دار مثلا، فان معناه أنه ان رضى مالكها وباعها فاشترها منه، واما اذالم يرض لغت الوكالة، فيكون كبيع الفضولى مع عدم اجازة المالك، فلو باع شخص مال غيره فضولة، أى أنشأ تمليكه الغير بدون رضى المالك فان هذا فعل لغو وليس حراماً لان المفروض عدم وقوع التصرف فيه .

وهنا ان للتقسيم كان فى الحقيقة اجارة مشروطة باجازة الشريك، فقيل بعدم الصحة أيضاً، وقال فى الجواهر: اذا كان انشاء الاجارة مشروطاً باجازة الاخر فان اجارة الاول باطلة للتعليق، وان كان انشاء مراعى باجازة الاخر ـ مثل بيع الفضولى ـ فان انشاء منجز لكنه مراعى شرعاً، فان رضى الثانى بالاجارة تمت واثرت الاجازة.

فهذامعنى قول صاحب الجواهر: اللهم الا ان يراد ان الاولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانية، ولكن فيه: ان المراعى فى بيع الفضولى ان المالك يجيز نفس عمل الفضول، وهنا ان اجاز الثانى نفس عمل الاول كان عمله ممضى بهذه الاجازة ولا يكون شريكاً معه فى الاجارة، وان كانت اجازة الثانى بمعنى انشائه الاجارة عاد الاشكال، ولذاقال هو: والتحقيق عدم صحة الثانية حيث تصح الاولى من دون مراعاة للثانية مع كون المستأجر عليه شيئاً واحداً ...

هذا ولو وكل أحد الشريكين الاخر فى التقسيم فآجر الشريك أصالة عن نفسه ووكالة عن شريكه من يقسم المال وجب عليهما معاً دفع الاجرة .

قال المحقق قده : « وان استأجروه فى عقد واحد ولم يعينوا نصيب كل واحد من الاجرة لزمتهم الاجرة بالحصص و كذا لو لم يقدروا أجرة كان له أجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية » .

أقول : ادعى فى الجواهر اجماع الطائفة على مراعاة الاجرة بالحصص، و استدل له الشيخ قدس سره بأنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى الى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لاحدهما عشر العشر سهم من مأة سهم والباقى للاخر ويحتاج الى اجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الاقل نصف العشرة ، وربما لايساوى سهمه ديناراً واحداً ، فيذهب جميع المال وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لازالة الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه .

و استدل له كاشف اللثام بقوله : و لان الاجرة تزيد بزيادة العمل ، و العمل يزيد بزيادة المعمول ، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد ، كمن يسقى جريبين من الارض فعمله أزيد ممن يسقى جريباً ، وان تحمل المشقة اكثر، وكمن ردعبداً قيمته مائة فعمله أزيد ممن ردعبداً قيمته خمسون، والغموض فى قلة النصيب انما جاء من كثرة نصيب الاخر .

وفى القواعد وغيرها احتمال التساوى للتساوى فى العمل، فانه ليس الا افرازا

او حساباً أومساحة . والكل مشترك بينهما ، بل قد يكون الحساب فی الاقل أغمض وقلة النصيب توجب كثرة العمل لوقوع القسمة بحسب أقل الانصباء ، فان لم يجب على الاقل نصيباً من الاجرة أزيد فلا أقل من التساوی .

قال فی الجواهر : و لكن لم يذهب اليه أحد من اصحابنا ، بل عن الشافعی وأبی حنفية ومالك موافقتنا علی ذلك ، نعم هو محكی عن احمد بن حنبل ، ونقض عليه الفاضل فی القواعد بالحفظ للمال المشترك ، فان له الاجرة بالحصص مع التساوی فی العمل . . . .

قلت: ومثله حمل المال المشترك من مكان الی آخر ،فان له الاجرة بالحصص، لكن التحقيق اختلاف الموارد وأنه لاتدور الاجرة مدار نتيجة العمل فی كل مورد ، مثلا : لايفرق فی الاجرة بين حمل الحنطة و حمل الرز من مكان الی آخر ـ مع وحدة المسافة واتحادهما فی الوزن ـ وان كان الرز اغلی من الحنطة ، و صاحب المطبعة يطبع كل ملزمة من الكتاب بأجرة معينة ، فهو يأخذ أجرته فی مقابل عمله من غير فرق بين أن يكون الكتاب من الكتب العلمية النفسية مادياً ومعنوياً ، أو يكون كتاباً رضيعاً كذلك، ففی هذه الموارد يلحظ العمل نفسه، وأما فی حمل المال المشترك أو تقسيمه فالسيرة العقلائية هی النظر الی نتيجة العمل بالنسبة الی كل واحد من الشركاء فاذا آجروه كلهم للحمل أو القسمة قسمت الاجرة عليهم بالحصص ، لان حرمان صاحب التسعة أعشار من الاستفادة من المال ـ لاجل الشركة ـ تسعة أضعاف حرمان صاحب العشر، فتكون استفادته من المال بالتقسيم تسعة اعشار استفادته فعليه تسعة أعشار الاجرة . فالحق هو الاستدلال بالاجماع وبقاعدة نفی الضرر كما عن الشيخ قدس سره فی الخلاف .

النظر فی المقسوم :

قال المحقق قدس سره : « و هو اما متساوی الاجزاء كذوات الامثال مثل الحبوب والادهان، أو متفاوتها كالاشجار والعقار ،فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة

الشريك بالقسمة لان الانسان له ولاية الانتفاع بماله والانفراد اكمل نفعاً » .

(/ /) أقول : قسم المحقق قدس سره المقسوم الى قسمين ، أى الى المتساوية أجزاؤه من حيث الوصف والقيمة كذوات الامثال مثل الحبوب و الادهان ، و الى المتفاوتة أجزاؤه كالاشجار والعقار، وقدحكم فى القسم الاول بجواز اجبار الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة ، قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، بل الظاهر الاتفاق عليه ، و لعله العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والضرار فى القسمة المفروض شرعيتها ، و أما الثانى ففيه تفصيل كما سيأتى .

قال المحقق : « ويقسم كيلا ووزناً متساوياً ومتفاضلا ربوياً كان وغيره لان القسمة تمييز حق لابيع».

أقول : وحيث يراد التقسيم ، فانه يقسم المكيل والموزون و غيرهما كيلا ووزناً وغيرذلك متساوياً ومتفاضلا ، ربوياً كان المقسوم وغيره، وذلك لان القسمة ـ كما سبق فى أول البحث ـ معاملة مستقل يقصدبهاتمييزحق أوتعيين حق ، لابيع فلا يشترط فيها ما يشترط فى البيع من القبض فى المجلس فى النقدين و العلم بالوزن والوصف و عدم الاشتمال على الربا ، و حينئذ فاذا قسم بالتساوى بحسب العين او بحسب القيمة جاز وان كان مع الجهل بالوزن أو الوصف ، . . . وكذا لايثبت فى القسمة الخيار لاحد المتقاسمين .

قال ثانى الشهيدين : لو ترك قوله متساوياً ومتفاضلا كان أولى، واليك نص كلامه :

«وأماقوله متساوياً ومتفاضلا فالاصل فى القسمة أن يكون بنسبة الاستحقاق ، فاذا كان المشترك بينهما نصفين كان افرازه نصفين ، وان كان بينهما أثلاثاً كان افرازه كذلك ، والتفاضل فى الثانى بحسب الصورة و الا فهو متساو حقيقة ، لان مستحق الثلث له فيما فى يد صاحب الثلثين ثلث و لصاحب الثلثين فيما فى يد

صاحب الثلث ثلثاه ، فالقسمة على هذاالوجه موجبةللتسوية بينهما بالنظر الى اصل الحق ، وان اراد بالتفاضل ترجيح احدهما على الاخر بزيادة على حقه فليس ذلك بداخل فی حقيقة القسمة بل هو هبة محضةللزائد ، فلو ترك قوله متساوياًومتفاضلا كان أولى » .

قال فی الجواهر: وفيه أن معنى كلام المحقق هناانه لوفرض كون الاشتراك فی جيد الحنطة و رديئها بحيث كان المنان من الردى يساوى المن الواحد من الجيد ، فلو أخذ احدهما المنين فی مقابل الواحد من الجيد جاز و لا يلزم الربا ، لانه تقسيم اى تعيين لحق كل واحد و ليس بيعاً ، و ان كان التقسيم فی حقيقته معاوضة .

قلت: لكن ظاهر العبارة لايساعدهذاالمعنى ، فانه يقول: المقسوماما متساوى الاجزاء كذوات الامثال أو متفاوتها فالاول يجبر الممتنع مع مطالبة الشريك بالقسمة فلو فرض كونهما شريكين فی الجيد والردى فان أخذ المنين من الردى فی مقابل المن من الجيد ليس تقسيماً اجبارياً بل من التقسيم المشتمل على الرد.

قال المحقق : «والثانى اما ان يستضر الكل أوالبعض أولا يستضر أحدهم، وفی الاول لايجبر الممتنع كالجواهر والعضائد الضيقة ، وفی الثانى : ان التمس المستضر أجبر من لايتضرر ، وان امتنع المتضرر لم يجبر...»

أقول : هذا حكم المقسوم المتفاوتة اجزاؤه، وتفصيله أنه اما ان يستضر كل الشركاء بقسمته أوبعضهم أولايستضر أحدهم .

اما الثالث فالحكم فيه واضح ، فانه يقسم بلا كلام ، واما اذا كان المال مما يوجب تقسيمه الضرر على كل الشركاء فلا يقسم الابرضاهم جميعاً، ولايجبر الممتنع، منهم بل لايجوز التقسيم الموجب للتلف حتى مع رضاهم، فلابدمن التقسيم بطريق آخر من بيع او صلح او مهاياة ، و ان كان الضرر متوجها الى بعضهم فان امتنع المتضرر لم يجبر لقاعدة نفی الضرر، وان كان الملتمس للقسمة وهو المستضر

اجبر من لايتضرر ، وعلى كل حال فلابد من ان لايكون الضرر فاحشاً او موجباً للسقوط عن المالية ، والاقسم بنحو آخر.

وان استلزم بقاء المال على الشركة ضرراً اكثر من الضرر اللازم بالتقسيم قسّم .

واما اذا توقف التقسيم على الردقسم المال كذلك بلا اجبار كما سيأتى.

ولو كان الاقل ثمناً اكثر مرغوبية فهل يراعى فى القسمة جهة المرغوبية أو يراعى جهة المالية ؟ وجهان مبنيانعلى حددلالة قاعدة لاضررولاضرار ، فان كانت رافعةلخصوص الضرر المالىفالمفروض عدمه هنا لاجل التعديل بالقيمة ، وان قلنا بأنها ترفع الضرر الغرضى ايضاً منعت التقسيم المضر بالغرض و ان لم يلزم الضرر المالى .

اقسام القسمة :

فظهر ان القسمة على قسمين : قسمة اجبار وقسمة تراض، وقد ذكرالمحقق هذا بقوله : « ثم المقسوم ان لم يكن فيه رد ولاضرر أجبر الممتنع، وتسمى قسمة أجبار، وان تضمنت احدهما لم يجبر وتسمى قسمة تراض» .

فان لم يكن فى البين رد ولاضرر أجبر الممتنع عن التقسيم، لان الانسانله ولاية الانتفاع بماله والانفراد أكمل نفعاً ، والمفروض عدم المانع من اعمال هذه الولاية ، وهذه قسمة الاجبار ، وان كان هناك رد أوضرر فلايجوز اجبار الممتنع عن التقسيم، بل يقسمبأى نحوتحقق به رضا جميع الاطرافوهذه قسمة التراضى.

وعلى هذا الاساس قال المحقق : «ويقسم الثوب الذى لاتنقص قيمتهبالقطع كمانقسم الارض» أى المتساوية الاجزاء قسمة اجبار، لان المفروض عدم الضرر وعدم الرد فيها ، « وان كان ينقص بالقطع لميقسم لحصول الضرربالقسمة» قال : «وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل بالقيمة قسمة اجبار» لان التعديل رافع للضرر المانع من الاجبار.

لكن فى المسالك : «ومنهم من قسّمها ثلاثة أقسام : قسمة الافرازوهى أن يكون الشيء قابلا للقسمة الى اجزاء متساوية الصفات كذوات الامثال وكالثوب الواحد والعرصة الواحدة المتساوية ، ولااشكال فى كون هذا القسم اجبارياً مع بقاء الحصص بعد القسمة منتفعاً بها اوحافظة للقيمة كمامر.

والثانى : قسمة التعديل ، وهى ماتعدل سهامها بالقيمة ، وهى تنقسم الى مايعد شيئاً واحداً والى مايعد شيئين فصاعداً ، فالاول ـ مايعد شيئاً واحداً كالارض التى تختلف قيمة اجزائها . . . ومقتضى عبارة المصنف قسمة هذه اجباراً الحاقاً للتساوى فى القيمة بالتساوى فى الاجزاء ، ويحتمل عدم الاجبار هنا لاختلاف الاغراض والمنافع ، والوجهان جاريان فيما اذاكان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبستان الواحد المختلف الاشجار ، والدار الواحدة المختلفة البناء . والاشهر الاجبارفى الجميع .

والثانى ـ ما يعد شيئين فصاعداً ، وهوينقسم الى عقار وغيره :

فالاول كما اذا اشتركا فى دارين أوحانوتين متساويتى القيمة، وطلب أحدهما القسمة بأن يجعل لهذا داراً و لهذا داراً . و لا يجبر الممتنع هنا ، سواء تجاور الداران والحانوتان ام تباعدا ، لشدة اختلاف الاغراض باختلاف المحال والابنية فيلحقان بالجنسين المختلفين... ولو كان بينهماد كاكين متلاصقة لايحتمل احادها القسمة ـ و تسمى العضائد ـ فطلب أحدهما أن يقسم أعيانها ففى اجبار الممتنع وجهان أظهرهما العدم وسيأتى .

وأما غيرالعقار ، فاذا اشتركا فى عبيد ودواب أو اشجار أوثياب ، فاما أن يكون من نوع واحد أومن متعدد ، فان كانت من نوع واحد و امكن التسوية بين الشريكين عدداً و قيمة كعبدين متساويى القيمة بين اثنين و ثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة، فالذى اختاره المصنف والاكثرأنه يجبرعلى قسمتهااعياناًويكتفى بالتساوى فى القيمة، بخلاف الدور لشدة اختلاف الاغراض فيها ... وفى القواعد

استشكل الحكم في العبيد ... ونقل في المبسوط عن بعضهم عدم الاجبار هنا، والمذهب هو الاول . ولو لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين على السوية أحدهما يساوى الاخرين في القيمة ، فان قلنا بالاجبار عند امكان التسوية فهنا وجهان ، ينظر أحدهما الى تعادل القيمة ، والثانى الى اختلاف العدد وتفاوت الاغراض ... ولو كانت الشركة لاترتفع الا عن بعض الاعيان كعبدين بين اثنين قيمة احدهما مائة وقيمة الاخر مائتان فطلب احدهما القسمة ليخص من خرجت له القرعة بالخسيس وربع النفيس ففي اجبار الاخر وجهان مبنيان على المسألة السابقة، فان قلنا: لااجبار هناك فهنا أولى، وان قلنا بالاجبار هناك فهنا وجهان اصحهما المنع ،لان الشركة لاترتفع بالكلية ، ولو كانت الاعيان من انواع مختلفة كالعبد التركى مع الهندى و الثوب الابريسم مع الكتان مع تساويهما فى القيمة ففى اجبار الممتنع و جهان مرتبان، وأولى بالمنع هنا لوقيل به فى السابق. وكذا القول لو اختلف قيمتهما وامكن التعديل ، ويظهر من المصنف وجماعة عدم اعتبار اختلاف النوع مع اتفاق القيمة ، فأما الاجناس المختلفة كالعبد والثوب و الحنطة و الشعير والدابة والدار فلا اجبار فى قسمة أعيانها بعضها فى بعض وان تساوت قيمتهما .

والثالث : قسمة الرد بان يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الاخر ستمائة، فاذا رد آخذ النفيس مائتين استويا. و لاخلاف فى كون هذا القسم مشروطاً بالتراضى، وسيأتى الكلام فيه ، انتهى .

أقول : وحاصله انه مع اختلاف الغرض لايجوز الاجبار،وان أمكن التعديل فى القيمة بلارد، قال فى الجواهر : و هو كما ترى لا نعرف له مدركاً ينطبق على اصولنا الا دعوى حصول الضرر فى بعض دون آخر ، وهى مجرد اقتراح ، وانما صدر من العامة على أصولهم الفاسدة .

ثم قال فى الجواهر: اللهم الا أن يكون فى مختلف جهة الشركة فيه ، بمعنى عدم الشركة فى مجموع آحاده وان تحققت فى أفراده باسباب مستقلة ، فانه لاجبر

فی قسمة بعض فی بعض قطعاً، بل الظاهر عدم مشروعية القسمة فيه بالمعنى المصطلح وان جازت بنوع من الصلح ونحوه، لكون القسمة حينئذ قسمة معاوضة لا افراز، وذلك لانه معها يكون له النصف من كل منهما مثلا، ولا يجب عليه معارضة مايستحقه فی أحدهما بمالصاحبه فی الاخر، اذ ليست هی افراز حينئذ بخلاف مالو كانت الشركة فی مجموعه ، فان له حينئذ نصفاً منه وهو يمكن انطباقه على احدهما .

ومن ذلك يظهر لك اعتبار الاشاعة فی مجموع الاعيان المشتركة التی يراد قسمتها بعض فی بعض ، بل لاموضوع للقسمة فی غيره مما آحاده مشتركة باسباب مستقلة من دون شركة بمجموعه ، وليس المراد فی الاول اعتبار نصف المجموع مثلا كی يرد حينئذ عدم جواز قسمة بعض المال المشترك دون بعض أو قسمة بعضه بالافراز والاخر بالتعديل، والمعلوم خلافه نصاً وسيرة، وانما المراد زيادة مصاديق النصفية بملاحظة الشركة فی المجموع على وجه يصح قسمته بعض فی بعض بحيث يكون النصف أحد المالين مثلا، فتأمل فانه دقيق نافع ... الى آخر ماذكره .

وملخصه: عدم امكان القسمة بالقيمة فی صورة اختلاف سبب الشركة، فلو اشترك أخوان فی مال بالارث وفی آخر بالشراء ، كان النصف المشاع من كل واحد لكل واحد من الاخوين، وحينئذ لا يقسم هذان المالان بان يجعل بعضه فی مقابل بعض بالقيمة، وظاهر كلامه بعم المثلی والقيمی معاً .

و لم يتضح لنا وجه هذا التفصيل ، لان كل مال مشترك بالاشاعة يكون نصف كل جزء لهذا والنصف الاخر منه للاخر، حتى يصل الى الجزء الذی لا يتجزء من دون فرق بين اتحاد سبب الشركة و تعدده ، و على هذا فانه تجعل المصاديق الخارجية لكلی النصف ثم تعيّن لكل واحد بالقرعة، نعم ان النصف الكلی لما ورثاه لا يكون مصداقاً لكلی النصف من المال الذی اشترياه، ولكن اذا قسمت الاموال من حيث المجموع بلحاظ القيمة الى قسمين مع غض النظر عن سبب الملكية تحقق المصداق للمملوك ، وبالقرعة يتعين المالك لكل نصف .

وعلى الجملة ان اختلاف سبب الملك لا يوجب اختلاف الملك والسيرة قائمة

على التقسيم من دون نظر الى اسباب التملك ، فان ما تركه الميت لورائه بالاشاعة، ويقسم بينهم من دون نظر الى أفراد التركة من حيث أسباب تملك الميت اياها .

قال المحقق قدس سره : « واذا سألا القسمة ولهما بينة بالملك قسّم ، وان كان يدهما عليه ولامنازع قال الشيخ فى المبسوط : لايقسم وقال فى الخلاف : يقسم وهو الاشبه لان التصرف دلالة الملك » .

أقول : اذا سأل الشريكان الحاكم القسمة فتارة يعلم الحاكم بكون المال ملكاً لهما بالاشتراك ،وأخرى : تقوم البينة على ذلك عنده، و ثالثة : لاعلم ولابينة بل لهما يدعلى المال . فعلى الاولين : لااشكال و لا خلاف فى تصرف الحاكم بتقسيم المال . وعلى الثالث فعن المبسوط : لايسمع قولهما بل يطالبان بالبينة على كون المال لهما، وعن الخلاف انه يقسّم وعليه المشهور،واختاره المحقق بقوله: هو الاشبه ،وفى الجواهر :بل لعله لاخلاف فيه بيننا، بل قديظهر من بعضهم الاجماع عليه.

وجه المنع : احتمال كون التقسيم حكماً والحكم يتوقف على البينة .

و وجه الجواز : ان اليد و التصرف دلالة الملك . . . و هذا هو المختار ، والاحتياط الذى ذكره صاحب الجواهر «قده» ليس بلازم .

كيفية القسمة :

ان الحصص لاتخلو من أربع حالات، فتكون القسمة المحتاجة الى التعديل على أربعة أقسام:

الاول: أن تتساوى الحصص قدراً وقيمة.

الثانى: أن تتساوى الحصص قدراً لاقيمة.

الثالث: أن تتساوى الحصص قيمة لاقدراً .

الرابع: أن تختلف الحصص قدراً وقيمة.

قال المحقق:«الحصص ان تساوت قدراً وقيمة فالقسمة بتعديلها على السهام، لانه يتضمن القيمة كالدار تكون بين اثنين وقيمتها متساوية» فيتحقق التعديل بقسمتها نصفين...

وهذا هوالقسم الاول، وحيث يتحقق التعديل كماذكر تصل النوبة الى القرعة لاجل تعيين حصة كل واحد من الشريكين ، وسيأتى بيان كيفية القرعة .

قال: «وان تساوت قدراً لاقيمة عدل السهام قيمة وألغى القدر، حتى لو كان الثلثان بقيمته مساوياً للثلث جعل الثلث محاذياً للثلثين» وهذا هو القسم الثانى .

وأما كيفية القرعة: «فهو أن يكتب كل نصف» من النصفين المتساويين قدراً وقيمة كما فى القسم الاول أوقدراً فقط كمافى القسم الثانى «فى رقعة ويصف كل واحد بما تميزه عن الاخر ويجعل ذلك مصوناً فى ساتر كالشمع أو الطين ويأمر من لم يطلع على الصورة باخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فماخرج فله» .

أو « أن يكتب كل اسم » من اسمى الشريكين «فى رقعة ويصونهما ويخرج على سهم من السهمين، فمن خرج اسمه فله ذلك السهم» .

قال فى الجواهر: والظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع وعدم الصون فى ساتر، بل وعدم وجوب كون المأمور مكلفاً، بل وغير ذلك من القيود المزبورة، اذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره الى الله تعالى ويفعلان مايفيده، وان كان الاولى الاقتصار على المأثور والمعهود .

قلت: ومن ذلك عدم وجوب كتابة رقعتين، بل يكفى ان يكتب رقعة واحدة عليها اسم واحد منهما، فيضع المأمور تلك الرقعة على احدى الحصتين فيكون ما خرج لصاحب الاسم ، والحصة الثانية للاخر .

قال المحقق: «وان تساوت الحصص قيمة لاقدراً مثل أن يكون للواحد النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس ، وقيمة أجزاء الملك متساوية ، سويت السهام على أقلهم نصيباً فجعلت أسداساً» ويعطى لكل واحد سهمه ، وتكون العبرة بالتعديل من حيث القيمة، بأن يعطى لصاحب السدس مايساوى سدس المجموع قيمة، ولايكتفى بالتعديل من حيث العدد أو الوزن أو المساحة مثلا .

مسائل ثلاث

المسألة الاولى

(فى الدارالتى لها علو وسفل)

قال المحقق قده : « لو كان لدارعلو وسفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو والسفل بموجب التعديل جاز» بلا خلاف ولا اشكال فى الجواهر .

قال: «وأجبر الممتنع مع انتفاء الضرر» أى لماتقدم من أن المانع من الاجبار هو الضرر، فمع فرض انتفائه يجبر الممتنع منهما عن التقسيم .

قال: «ولوطلب انفراده بالسفل أوالعلو لم يجبر الممتنع» .

أقول: قال فى القواعد: «بل أخذ كل منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل» أى كمافى الوجه الاول المتقدم، وعلله كاشف اللثام بقوله: «لان البناء تابع للارض والعلو للسفل فانما يجبر على قسمة تأتى على الارض، ولان من ملك شيئاً من الارض ملك قراره الى الارض السابعة وهواه الى السماء ، فلوجعلنا لاحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار». قلت: مضافاً الى أنه قدتحدث حادثة توقع النزاع بينهما ، كمااذا انهدم سقف السفل فانه يقع النزاع بين مالك السفل ومالك العلو فى تعميره .

وهناك وجه ثالث من التقسيم لايجبر الممتنع فيه كالثانى ، وقدذكره المحقق

بقوله: «وكذا لوطلب قسمة كل واحد منهما منفرداً» أو طلب قسمة أحدهما وبقاء الثانى على الشركة فامتنع الاخر عن ذلك .

وعلى لجملة ان صور التقسيم مختلفة، والملاك العام ماذكره المحقق قدس سره سابقاً من أنه متى لزم الضرر أو الرد لم يجبر ، ومتى لم يلزم أجبر .

المسألة الثانية

(فى قسمة الارض التى فيها زرع)

قال المحقق قدس سره : « لو كان بينهما أرض وزرع فطلب قسمة الارض حسب ، أجبر الممتنع» .

أقول: وقدنقل هذا عن الشيخ بل الظاهر أنه رأى المشهور، وفيه تأمل ، لانه اذا طلب احد هما قسمة الارض حسب فقال الاخر: لابل يقسم الكل أى الارض وما عليها، فلماذا يجبر هذا ولا يجبر ذاك ؟ هذا غير واضح عندنا.

قال المحقق : « لان الزرع كالمتاع فى الدار » .

أقول : يعنى فرق بين الارض و البناء و بين الارض و الزرع ، فان البناء تابع للارض التى بنى عليها، بخلاف الزرع فانه لايتبع الارض بل هو كالمتاع فى الدار ، فيجوز بيع الارض مجرداً عن الزرع لعدم التبعية كما تباع الدار، ولا يباع معها المتاع الموجود فيها ، ومن هنا فاذا أراد أحدهما تقسيم الارض وحدها أجبر الممتنع، ولازم هذا أنه اذا طلب الاخر تقسيم الزرع أيضاً أجبر الاخر على ذلك لفرض الاستقلال.

قال: «فلو طلب قسمة الزرع قال الشيخ : لم يجبر الاخر ، لان تعديل ذلك بالسهام غير ممكن، وفيه اشكال من حيث امكان التعديل بالتقويم اذا لم يكن فيه جهالة».

أقول: مفاد هذا الكلام هو الاختلاف فى امكان التعديل وعدمه، لكن الزارعين- وهم اهل الخبرة بالتقسيم فى جميع الحالات- اذا توقفوا فى كيفية التقسيم يبيعون الزرع ويقسمون ثمنه .

قال : « اما لو كان بذراً لم يظهر لم تصح القسمة لتحقق الجهالة » .

أقـول : لاخلاف فـى هذه المسألة ، لان البذر الذى يظهر مـن الارض لايمكن تقسيمه لعدم المساواة بين الحب الموجود فى هذا الجريب من هذه الارض وبين الموجود فى الجريب الاخر ، وان كان القدر المتعارف بين الزارعين لكل جريب معلوماً ، ولانه لايعلم الفاسد من غيره فى البذر الموجود فى هذه الارض ، فما ذهبوا اليه من عدم صحة القسمة حينئذ هو الصحيح بل لاعرفية للقسمة فى هذه الصورة .

قال : « ولو كان سنبلا قال أيضاً : لايصح . وهو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا » .

أقول : قال الشيخ فى المبسوط : « فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمة فاما أن يطلب قسمة الارض أو الزرع أو قسمتهما معاً ، فان طلب قسمة الارض دون غيرها أجبرنا الاخر عليها، على أى صفة كان الزرع، حباً أو قصيلا(١) أو سنبلا قد اشتد ، لان الزرع فى الارض كالمتاع فى الدار لايمنع القسمة فالزرع مثله ، و أمـا ان طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الاخر عليه ، لان تعديل الزرع بالسهام لايمكن . وأما ان طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال: اما أن يكون بذراً أو حباً مستتراً أو قصيلا ، فان كان حباً مدفوناً لم تجز القسمة، لانا ان قلنا القسمة افراز حق فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصح ، وان قلنا بيع لم يجز لمثل هذا . وان كان الزرع قد اشتد سنبله وقوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه ، وان كـان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها ، لان القصيل فيها كـالشجر فيها ، ولو كان فيها شجر قسّمت بشجرها كذلك هنا» .

أقول: لم يتضح لنا وجه تفصيل الشيخ جيداً، وان حاول صاحب الجواهر قده بيانه فلاحظ وتأمل .

---

(١) القصيل ما قطع من الزرع أخضر

المسألة الثالثة

(فى قسمة القرحان المتعددة)

قال المحقق : « لو كان بينهما قرحان متعددة وطلب واحد قسمتها بعضاً فى بعض لم يجبر الممتنع» .

أقول : لو كان بين الشريكين أملاك متعددة مستقل بعضها عن بعض بحيث يرى أهل العرف التعدد فيها والاستقلال (بخلاف ما اذا تعددت الغرف فى دار فان العرف يرى الملك واحداً) فالمشهور عدم جواز الاجبار على تقسيم بعضها ببعض . بأن تجعل قطعة من العقار فى مقابل قطعة ، بخلاف ما اذا كان الملك واحداً فلا مانع من جعل غرفة فى مقابل غرفة .

وهذا يكون فى الدور المتعددة، والاراضى المتعددة، والدكاكين المتعددة، والحبوب المختلفة كالحنطة والشعير ، أما فى الثياب مثلا فيجوز مع التعديل فى القيمة .

وكلمات الاصحاب فى عدم الاجبار هنا مطلقة ، أى سواء أمكن تقسيم كل واحد على حدة أولا ، وسواء كانت متجاورة أولا ، وعن ابن البراج انه قال : اذا استوت الدور والاقرحة فى الرغبات قسمت بعضها فى بعض . قال : وكذا لو تضرر بعضهم بقسمة كل على حدة جمع حقه فى ناحية .

وفى الجواهر التأمل فى تحقق هذه الشهرة، لكن الظاهر تحققها ـ كما فى المسالك ـ ولم ينقل الخلاف فى المختلف ومفتاح الكرامة الا عن ابن البراج قدس سره، نعم نقل موافقته عن بعض متأخرى المتأخرين كصاحب المدارك.

وأشكل فى الجواهر فيه بأن ميزان التقسيم الذى يجبر عليه هو قاعدة ايصال الحق الى صاحبه، فان أمكن التقسيم لكل على حدة بلا ضرر فالمتعين تقسيم كل واحد، ولا يجبر على تقسيم بعض ببعض، وان لزم من ذلك ضرر أو لم يمكن أجبر الممتنع،

خلافاً للمشهور حيث منعوا عنه، وكان لازم منعهم بيع المال وتقسيم ثمنه كالجواهر الضيقة .

لكن وجه ما ذهب اليه المشهور هو: انّ التقسيم عبارة عن تمييز حق كل من الشريكين عن حق الاخر بعد أن كان لكل منهما كلى النصف، فان كان الملك واحداً أمكن تقسيمه بالتناصف، وأما اذا كانا شريكين فى مالين مختلفين عرفاً كالغنم والابل مثلاً فان قلنا لاحدهما: اعط حقك من الغنم فى مقابل حقّك فى الابل كانت معاوضة ومبادلة عند العرف وليس تمييز حق عن حق .

وبعبارة اخرى : ان ادلة القسمة منصرفة عما اذا كان الجزء المشاع متميزاً فى الخارج عند العرف ، وان موردها هو المال المتحد وان كان له اجزاء متعددة كالدار المحتوية للبيوت المتعددة .

فهذا وجه ما ذهب اليه المشهور ، وماذهبوا اليه هو الاظهر .

قال المحقق : « ولو طلب قسمة كل واحد بانفراده أجبر الاخر، وكذا لو كان بينهما حبوب مختلفة » .

أقول : هذا لاخلاف فيه كما فى الجواهر ولااشكال، لما تقدم من انه فى كل مورد امكن التقسيم بلاضرر أجبر الممتنع عنه على ذلك .

قال: « ويقسم القراح الواحد وان اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة اذا اختلفت أبنيتها » .

أقول : أى لان الاصل هو الارض، والاشجار توابع كالابنية كما عرفت سابقاً.

وعن الشيخ: ويفارق هذا اذا كانت الاقرحة متجاورة، ولكل قراح طريق ينفرد به لانها املاك متميزة ، بدليل انه اذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعة فيه بالقراح المجاور له، وليس كذلك اذا كان القراح واحداً وله طريق واحدة، لانه ملك مجتمع بدليل أنه لو بيع بعضه وجب الشفعة فيه مما بقى، وأصل هذا وجوازه على الشفعة فكل مابيع بعضه فوجب فيه الشفعة فهو الملك المجتمع، وكل ما اذا بيع بعضه لم

تجب فيه الشفعة لمجاوره كانت أملاكاً متفرقة » .

قلت : ان الشيخ قدس سره يعطى ملاك الوحدة و التعدد فى هذا المقام بهذا الكلام ، وأما من حيث الفتوى فيوافق المشهور .

ولم يفرق المشهور فى الملك بين المتحد سبباً و المختلف كالشراء و الارث وهو الصحيح خلافاً لصاحب الجواهر حيث فرّق بينهما كما عرفت سابقاً.

قال المحقق : « ولاتقسم الدكاكين المتجاورة بعضها فى بعض قسمة اجباره لانها أملاك متعددة يقصد كل واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالاقرحة المتباعدة.

أقول : و عن العلامة فى الارشاد الحكم بأن الدكاكين المتجاورة يقسم بعضها فى بعض دون الدور و الاقرحة، وظاهر الجواهر موافقته على ذلك قال : انها واحدة لان الاصل الارض والبناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، ولعله لذا حكم فى الارشاد بالجبر، وهو كذلك مع فرض عدم امكان قسمة كل واحد منها بانفراده .

وفيه : ان الارض التى عليها الشجر تكون ارضاً واحدة عند العرف وان كان شجرها مختلفاً ، لان الاشجار توابع للارض ، فيجوز تقسيم البعض منها ببعض ، وكذا الامر فى الدار ، لكن نظر العرف فى الدكاكين الى البناء و الارض تابع له، ولذا يقولون: باع زيد الدكان ، أما فى الارض المشجرة فيقولون: باع زيد الارض.

مضافاً الى أن المتحقق عند العرف فى مورد الدكاكين هو المعاوضة والمبادلة، بخلاف الامر بالنسبة الى بيوت الدار، فهذا المورد مصداق للافراز عندهم دون ذاك .

النظر فی اللواحق

الاولی : لو ادعی بعد القسمة الغلط وهی ثلاث ،

قال المحقق . « اذا ادّعی بعد القسمة الغلط لم تسمع دعواه ، فان أقام بینة سمعت وحکم ببطلان القسمة ، لان فائدتها تمییز الحق و لم یحصل ، و لو عدمها فالتمس الیمین کان له ان ادّعی علی شریکه العلم بالغلط » .

أقول : لا فرق بین أن نأخذ « الغلط » بمعنی الاشتباه أو بمعنی عدم صحة التقسیم و ان کان عن عمد . و قوله : « لم تسمع دعواه» أی مع عدم البینة، ومن المدعی علیه الغلط؟ انه القاسم ، وقال ثانی الشهیدین: «لافرق فی عدم سماع دعوی الغلط فی القسمة بمجردها بین کون القاسم منصوب الامام ومن تراضیا به وأنفسهما، لاصالة صحة القسمة الی أن یثبت المزیل ، و لان منصوب الامام کالقاضی لایسمع المدعوی علیه بالظلم » .

قال المحقق الاشتیانی قده : « وقد تنظّر فیه الاستادالعلامة بأن مرجع دعوی الغلط فی القسمة الی انکار أصل القسمة ، فلیس هناك قسمة مسلم الوقوع بین الشریکین قدوقع النزاع فی صحتها وفسادها حتی یحکم بصحتها، ولایتوهم جریان هذا الاشکال فی سایر المقامات أیضاً، بأن یقال ان مرجع نزاع المتبایعین فی صحة البیع و فساده انکار أصل البیع، فان البیع العرفی هناك متحقق مسلم الوقوع بینهما، وانما یدعی أحدهما فساده من جهة عدم مراعاة بعض ما اعتبر فیه شرعاً، وهذا

بخلاف المقام ، فان مرجع النزاع فيه الى انكارأصل القسمة العرفية، ضرورة أن القسمة من‌دون التعديل لاتسمى قسمة عرفاً أيضاً ، و الحاصل أن القسمة عبارة فى العرف عن التمييزوالافراز حسبما عرفت سابقاً ، فان سلم وقوعها فلامعنى لدعوى غلط أحد الشريكين فيها، والا فمرجع النزاع الىأصل وقوعها » .

قلت : حاصل كلامه عدم انقسام القسمة الى الصحيحة والفاسدة ، بل أمرها يدوربين الوجود والعدم ، وليس الامر كما ذكره بل فى القرآن الكريم : «تلك اذاً قسمة ضيزى » (١) .

قال الاشتيانى : «ثم أجاب دام‌ظله عن الاشكال المذكوربوجهين أحدهما ، أن يكون المراد بالقسمة هى‌صورتها لاالقسمة الحقيقية فيقال : انّ الاصل صحة ما وقع من صورة القسمة المسلمة بينهم » .

قلت: ولم يتّضح لنا معنى هذا الكلام .

قال : « ثانيهما : أن يكون المراد منها سبب القسمة ، أى فعل القاسم الذى هوسبب لتحقق التميز، فانه قدبقع ولايترتب‌عليه‌التميزوالانعزال، وقديقع ويترتب عليه ، وقد يقع و يشك فى‌ترتبه عليه، فالاصل الترتب نظراً الى أصالة الصحة فى الفعل الواقع من المسلم » .

وكيف كان : « فان أقام بينة سمعت و حكم ببطلان القسمة» وذلك كما قال المحقق «لان فائدتها تمييزالحق ولم يحصل» التمييز لبقاء مقدارمن حق أحدهما فى سهم الاخر ، وطريق اقامة البينة ـ كما فى‌المسالك ـ ان يحضرا قاسمين حاذقين لينظراويمسحاويعرفا الحال ويشهدا، فان شهدالقاسم ـ وآخرمعه ـ بصحة القسمة قال العلامة ان كان عمله بأجرة فهو متهم وان كان مجاناً اعتبرت الشهادة و وقع التعارض بين البينتين ، لكنه مشكل ـ كما فى الجواهر ـ لان شهادة الانسان فى حق نفسه غيرمسموعة بل لاتقبل فى‌عمل الغيرالذى يرجع اليه‌نفعه، نعم يكون قوله

(١) سورة النجم ٢٢ .

حجة في صورة شك أحد الشريكين والسؤال منه من دون مرافعة .

و كيفية اقامة الدعوى عندالحاكم على القاسم أن يقول للحاكم : لقد قامت البينة عندى على وقوع الخطأ في القسمة فيقول له : أحضرها ، كذا في مفتاح الكرامة ، وقيل : لاتسمع الدعوى على قاسم الحاكم حتى مع البينة ، وهذا مشكل .

فظهر أن الدعوى لا تسمع مع عدم البينة ، فان كان له بينة و أقامها سمعت وترتب الاثر على ذلك .

و لو عدم المدعى البينة فهل له التماس اليمين ؟ قال المحقق : كان له ... فمن يكون الحالف حينئذ القاسم أو الشريك؟ قال المحقق : الشريك. وهل يحلّفه مطلقاً ؟ قال المحقق لابل ان ادعى على الشريك العلم بالغلط .

و توضيح ما ذهب اليه المحقق هو: انه ان ادعى على الشريك علمه بالغلط ـ بأن يقول له علمت بالغلط قبل انتهائه أو يدعيه عليه بعد العمل ـ فان أقر الشريك فلا كلام وان أنكر أحلفه الحاكم ، فان حلف على نفى العلم سقطت الدعوى ،وان نكل ثبتت الدعوى بناء على ثبوتها بالنكول ، وأما على القول بعدم كفاية النكول رد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت والا سقطت .

أما القاسم فلا يحلف، لانه ان حلف بعدم الغلط كانت النتيجة للغير وهو المدعى عليه، وان أقرّ لايعتبر اقراره لان نفعه يعود الى المدعى و المفروض أن الشريك لايصدقه .

فان كان القاسم منصوباً من قبل الحاكم فلا يحلف بالاولوية .

وقال جماعة بجواز حلف الشريك على نفى الواقع ، بل قيل انه المشهور بين الاصحاب خلافاً للمحقق .

ولو أنهما قسّما المال بأنفسهما فادعى أحدهما وقوع الغلط وأنكر الاخر فلا يحلف المنكر مع عدم البينة ـ الا على نفى العلم بالغلط والاشتباه .

هذا كلام المحقق ، وقد وافقه في الجواهر خلافاً للاخرين.

أقول : والحق ماذهب اليه المحقق ، لان القاسم لايحلف، لانيمينه فيحق الغير، ولايحلف الشريك علىنفي الواقع، لانه فى فعل الغير، فتبقى اليمين على نفى العلم ، و كذا الامر فيما اذا قسما بأنفسهما ، فانه لايمكن احلاف الشريك على نفى الواقع ، مع أن المدعى قد شاركه فى هذا التقسيم حسب الفرض .

وقال المحقق الكنى ماحاصله : ان الغلط يكون تارة بمعنى المصدر المبنى للفاعل، وعليه فلايمكن احلاف الشريك على نفى الغلط من القاسم ، وأخرى يكون بمعنى المصدر المبنى للمفعول، فهنا يجوز احلافه وله الحلف على نفى وقوع الغلط ان كان عالماً ، فمن قال بعدم الجواز فقد أخذ الغلط بذاك المعنى، ومن قال بالجواز أخذه بهذا المعنى . وبذلك يجمع بين القولين .

اقول :وبناء على كون « الغلط» بمعنى المصدر المبنى للمفعول يمكن أن يكون المدعى عليه هو الشريك ، كما اذا كان بنفسه دخيلا فى القسمة أو ناظراً لها ، وحينئذ يكون حلفه فى فعل نفسه ، و كذا لو ادعى عليه وجود شيء من حقه فيما بيده من المال ، فله ان يحلف على القطع و البت ان كان عالماً والا رد .

ولعل هذا هو مرادمن نصّ على جواز احلاف الشريك وان لم يدع عليه العلم.

الثانية : اذا أقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً :

قال المحقق قدس سره : « اذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً ، فان كان معيناً مع أحدهما بطلت القسمة ولو كان فيهما بالسوية لم تبطل...ولو كان فيهما لابالسوية بطلت ... »

أقول : قال الشيخ قدس سره فى المبسوط : « اذا كانت يدهما على ضيعة ثلاثين جريباً فاقتسماها نصفين فبان ثلثها مستحقاً فان المستحق يتسلم حقّه ، وأما القسمة فلا يخلو المستحق من أحد أمرين ، اما ان يكون معيناً او مشاعاً ، فان كان معيناً نظرت فان حصل فى سهم أحدهما بطلت القسمة ، لان الاشاعة عادت الى حق شريكه ، وذلك ان القسمة تراد لافراز حقه عن حق شريكه ، فاذا كان بعض ماحصل

له مستحقاً كان حقه باقياً فى حق شريكه ، فاما ان وقع المستحق فى نصيبهما معاً نظرت، فان وقع منه مع احدهما اكثر مما وقع مع الاخر بطلت القسمة ايضاً لما مضى، وان كان فيهما سواء من غير فضل أخذ المستحق حقه وينصرف وكانت القسمة فى قدر الملك الصحيح صحيحة ، لان القسمة افراز الحق وقد افرز كل واحد منهما حقه عن حق شريكه هذا اذا كان المستحق معينا وأما ان كان مشاعاً ...»

فنقول : اذا اقتسم المتقاسمان المال بينهما ، ثم ظهر كون بعض المال مستحقاً لغيرهما، فتارة يكون المال المستحق للثالث معيناً ، واخرى يكون مشاعاً ، فان كان معيناً فهنا صور :

الاولى : أن يكون المال المستحق مع أحدهما دون الاخر. فهنا تبطل القسمة بلااشكال ولاخلاف ، لبقاء الشركة حينئذ فى النصيب الاخر، لعدم تحقق التعديل بين النصيبين .

والثانية : أن يكون المال المستحق فى مال المتقاسمين كليهما بالسوية ، وهنا لاتبطل القسمة بلا خلاف ولا اشكال ، لان الغرض من القسمة وهو افراز كل واحد من الحقين عن الاخر حاصل ، فالقدر المسلّم به زوال الشركة الكائنة بينهما بهذه القسمة ، وأما كون الثالث شريكاً مع كل واحد فهذا فيه بحث سيأتى .

وما عن بعض العامة من احتمال بطلان القسمة هنا لتبعض الصفقة ضعيف ، لانه مبنى على ان القسمة بيع ، وقد تقدم أنها معاملة مستقلة وليست ببيع .

والثالثة : أن يكون المال المستحق فيهما لابالسوية ، ففى هذه الصورة تبطل القسمة لعدم تحقق الشرط فى القسمة وهو التعديل بعد اخراج سهم الثالث .

وحيث يتحقق التعديل فيحكم بصحة القسمة . كما فى الصورة الثانية .فلاحاجة الى تقييد ذلك بما اذا لم يحدث نقص فى حصة أحدهما بأخذ المال المستحق ولم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه لوضوح بطلان القسمة حينئذ لعدم تحقق التعديل .

وكذا الامر لوظهرفى نصيب أحدهما عيب ، وقيل هنا بعدم البطلان بل هو مخيّر بين أخذ الارش والفسخ بالاقالة . وفيه ، ان أدلة الاقالة لاتأتى فى القسمة لانها ليست ببيع كما تقدم(١) .

وكذا لايأتى فى القسمة خيار الغبن لماذكرنا .

ولماذكرنا أيضاً لاحرمة لما يحدثه احدهما فيما بيده من بناء ونحوه لوظهر الاستحقاق ـ بخلاف البيع ، فان ذلك له حرمة لوأرادا الفسخ ـ فيكون نظيرماإذا بنى داراً على أرض ظاناً بأنها ملكه فبانت لغيره ، فلايستحق شيئاً على صاحب الارض ـ الا اذاكان مغروراً فانه يرجع على من غرّه . نعم له نقل الاعيان التى تكون له مع الامكان ، وكذا لواستعار كتاباً ثم صححه ظانّاً بأنه ملكه ، فليس له مطالبة أجرة فى مقابل عمله من مالكه .

نعم لو كان الحاكم سبب الضرر أمكن القول بكون الضررعلى بيت المال .

هذا كله ان كان المستحق معيناً .

قال المحقق قده : « وان كان المستحق مشاعاً معهما فللشيخ قولان (٢) أحدهما : لاتبطل فيما زاد عن المستحق ، والثانى تبطل لانها وقعت من دون اذن الشريك وهوالاشبه » .

اقول : لو ظهر كون ثلث الارض مستحقاً لغيرهما ، فان كان مع سهم كلا

---

(١) اللهم الا ان يقال بجريان عمومات الاقالة فى كل معاهدة سواء كانت حاصلة بالعقد أوغيره ، لان الاقالة هى بمعنى ازالة الاثر . فتأمل

(٢) قال الشيخ : «واما ان كان مشاعاً فى الكل بطلت فى قدر المستحق ولم تبطل فيما بقى ، وقال قوم تبطل فيما بقى ايضاً ، والاول مذهبنا ، والثانى أيضاً قوى ، لان القسمة تميز حق كل واحد منهما عن صاحبه وقد بان أنه على الاشاعة . والعلة الجيدة فى ذلك انهما اقتسماها نصفين وثلثها لثالث غائب ، ومن قسم ماهوشركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة ، ويفارق هذا البيع ، لان لكل واحد من الشريكين ان يبيع نصيبه بغير اذن شريكه »

الطرفين شارك كلا منهما فيما وصل اليه بالاشاعة ، فالقسمة بين المقتسمين متحققة وليس الكل شركاء في الكل، لكن شركة الثالث معهما يتوقف على الاذن، وحينئذ فهل يؤثر رضاه بعد تلك القسمة التي أدت الى هذه الشركة فضولة ؟ الظاهر ذلك، كما اذا كان اخوان شريكين في مال فمات احدهما ، فقسم المال بين الباقي منهما وابن الميت ، ثم ظهر للولد أخ ، فانه يشترك مع أخيه في النصف مشاعاً ، ويستقل عمهما بالنصف الاخر ، فاذا حضر الاخ وأجاز القسمة هذه صحت ، وفيما نحن فيه اذا أجاز المستحق كان شريكاً معهما ، بمعنى انحلال الشركة الاولى وحدوث شركة ثانية ، فيكون نظير ما اذا قسّم المال المشترك بين أربعة الى قسمين يشترك كل اثنين منهما في قسم .

وكما لو كان عبدان مشتركين بين اثنين بالتناصف وكان احدهما يسوى عشرين ديناراً ، والاخر يسوى عشرة دنانير، فلو طالب احدهما الاستقلال في تملك الرخيص منهما جاز ، فيكون الرخيص مع ربع النفيس لهذا ، وتبقى ثلاثة أرباع النفيس للاخر ، فقد تبدّلت شركتهما بهذه القسمة الى نحو آخر من الشركة ، ولما ذكرنا قال في الجواهر: ربما ظهر من تعليل المصنف وغيره الصحة مع الاذن، على ان تكون حصته مشاعة معهما ، وحينئذ فلحوقها كاف .

وبالجملة : اذا أمضى يكون شريكا مع كل واحد فيما بيده بالنصف مشاعاً في الفرض المذكور أولا ، وهذا كلّه فيما اذا كان التقسيم بالتعديل والاّ بطلت القسمة .

ولو كان في سهم احدهما حيوان مثلا فتلف ، فان كانت القسمة صحيحة فهو في ملكه ، وان كانت باطلة ثبت الضمان ، سواء كان التلف بسببه او بسبب غيره ، لان المأخوذ بالقسمة الباطلة حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد .

الثالثة : لو قسم تركة الميت ثم ظهر عليه دين

قال المحقق قده : « لو قسّم الورثة تركة ثم ظهر على الميت دين، فان قام

الورثة بالدين لم تبطل القسمة، وان امتنعوا نقضت وقضى منها الدين » .

اقول : مذهب المحقق قدس سره هو أن التركة تبقى على حكم مال الميت فان أدى الورثة الدين كان لهم المال، والا كان للديان اخذ التركة في مقابل حقهم، وبعبارة اخرى : انه يتعلق بالتركة حق الورثة بأن تكون لهم بعد أداء دين مورثهم ويتعلق بها حق الديان ، بأن يأخذوها في مقابل الدين ان امتنع الورثة عن أدائه ، فتكون التركة مورداً لتعلق حقين طوليين كالمال المرهون .

وقال العلامة في القواعد : «ولو قسّم الورثة التركة وظهر دين فان أدوه من مالهم والا بطلت القسمة ، ولو امتنع بعضهم من الاداء بيع من نصيبه خاصة بقدر مايخصه من الدين ، ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء اخرج منه الدين ، فان تلفت قبل أدائه كان الدين في المقسوم ان لم تؤد الورثة » وحاصل العبارة : ان الورثة يملكون التركة ملكية متزلزلة ، فان أدّوا الدين استقرت والا اخذ الديان التركة .

وكيف كان، فان قسّم الورثة التركة وظهر الدين، فتارة يكون الدين مستوعبا لها واخرى لايكون كذلك ، فبناءاً على مختار القواعد وبعضهم قد قسموا مالا هو لهم فالقسمة صحيحة ، وحينئذ يتعلق حق الديان ـ المتعلق سابقاً بكلي التركة ـ بالسهام المتشخصة بالتقسيم والمتحققة خارجاً بيد كل واحد من الورثة ، فان أدوا جميعهم الدين فقد استقر ملكهم ، وان أدى بعضهم دون بعض فقد استقرت مالكية من أدّى دون من امتنع .

قد يقال: ان هذه التركة تكون كالمال المرهون الذي ليس لصاحبه، ولايجوز للمرتهن التصرف فيه الاّ مع اذن الاخر ، فكيف تكون قسمة الورثة للتركة صحيحة بدون اذن الديّان حتى يتشخص بهذه القسمة متعلّق حقهم بعد أن كان كلياً ؟

لكن يمكن الجواب عنه بأنه لامانع من التصرف غير المنافي لحق الديان ،

فان أدلة الارث والقسمة تقتضي جواز التقسيم ، ولايعارض ذلك مقتضى أدلة وجوب أداء الدين ، غير أن متعلق حق الديان أصبح شخصيا بعد أن كان كلياً وهذا لامانع منه ، لانه يكون نظير مااذا أدّوا نصف الدين قبل التقسيم وبقى النصف الاخر ، نعم لوكان الشأن بحيث اذا لم يؤد جميع الدين كان جميع التركة كالمال المرهون من حيث عدم جواز التصرف فيه الا مع الاذن بطلت القسمة وان لم يمتنع بعض الورثة عن أداء ماعليهم .

وعليه فان مات المورث وعليه الخمس ، واقتسم الورثة التركة فأدى بعضهم ماعليهم وامتنع البعض الاخر ، فعلى التقدير الاول: يكون من أدّى ماعليه بالنسبة ـ من المال الواجب أداؤه من جهة الخمس الذى كان على الميت ـ مالكاً لمابيده، ومن امتنع لم يجز له التصرف فيمابيده ، وعلى التقدير الثانى: لايجوز لاحد منهم التصرف فيما بيده حتى يدفع الخمس كله . لكن فى هذا المورد بالخصوص نص يقتضى الوجه الاول(١) .

اذن يصح التقسيم بناءاً على الملكية المتزلزلة الا فى الصورة المذكورة ، وان هذا المقدار من التصرف بدون اذن الديان لامانع منه لعدم منافاته لحقهم، فيكون نظير ما اذا اشتريا مالا مع خيار الفسخ للبائع مدة معينة ، فلامانع من أن يقسما المال بينهما ، فان أخذ البائع بالخيار فى المدة استرجع مافى يد كليهما ولااشكال فيه .

وأما على مبنى المحقق فيشكل بأنه كيف تصح القسمة فى مال الغير؟ وكيف يباع سهم الممتنع عليه مع انه للغير ؟ وأجيب بأن المال وان لم يكن للورثة الا

---

(١) عن اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله (ع) «فى رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين . قال : يلزمه ذلك فى حصته » وسائل الشيعة ١٦ / ١١١

وعن ابى البخترى وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه(ع) قال : « قضى على(ع) فى رجل مات وترك ورثة ، فأقر أحدالورثة بدين على أبيه . انه يلزمه ذلك فى حصته بقدر ماورث ولايكون ذلك عليه من ماله كله ... » التهذيب ٩ / ٣٧٢

أنه متعلق لحق شرعي لهم ، فحيث أدّوا الدين تنتقل التركة اليهم وتكون ملكاً لهم، فهم في الحقيقة قدقسموا مالا متعلقاً لحقهم، ويملك كل واحد منهم ماوقع اليه بأداء المقدار المتعلق من الدين به ، ويكون الحاصل : صحة القسمة بالنسبة الى من أدّى وبطلانها بالنسبة الى من امتنع ، بمعنى عدم جواز تصرفه فيماوقع اليه لابمعنى بطلان القسمة .

ولوظهرت وصية تمليكية بعدالقسمة فان كانت بانشاء تمليك مال بعدالموت فتماميتها تتوقف على قبول الموصى له ، فان قبل كان المال ملكاً له ، وان كانت وصية بتمليك مال اليه ، فان ملّكه الوصي كان ملكه، والا كان في حكم مال الميت فلايتصرف فيه أحد ولايقسم بين الورثة .

ومحل الكلام فيما اذا قسّم المال ثم ظهر كونه مورداً للوصية التمليكية ، ففي الدروس والمسالك انه ان كانت الوصية وصية مال من غير اضافة لها الى مال معين كانت كالدين ، وان كانت مضافة كأن يوصي بدفع عشر ماله مثلا كانت كالمال المستحق في الحكم المذكور سابقاً .

أقول : جعلهم الوصية في الصورة الاولى كالدين فيه تأمل ، لانه في الدين ذمة الميت مشغولة ، وأما اذا قال ادفعوا من مالي مأة اوادفعوا هذه المائة كان المال للموصى له مع قبوله بعد موت الموصي ، لاباقياً في حكم مال الميت حتى يكون كالدين، ولاللوارث كما اختار صاحب الجواهر في الدين . ولايصح ان نعتبر الان اشتغال ذمته بعد الموت ، اذ لاعرفية لذلك .

ولوأرسل وقال: ادفعوا مائة، فانه لامناص من أن يجعل من المال بمقدار المائة للموصى له ، فلوعادلت المائة عشر المال كان العشر له بالاشاعة ، ويمكن ان يكون كالصاع من الصبرة ، وحينئذ يكون لهم التصرف في المال حتى اذا بقي المقدار الموصى به وانحصر الكلي في الفرد منعوا من التصرف فيه، لانه ملك للموصى له .

بخلاف ماذا كان بنحو الاشاعة فلايجوز التصرف في شيء من المال الا باذن الموصى له ، لان المفروض انه يشاركهم في كل جزء جزء من المال . وكيف

كان فليس هذا كالدين .

وبناءاً على ماذكرنا يكون حكم قسمة هذا المال حكم قسمة المال الموجود فيه مال مستحق لغير الوارث ، وقد تقدم الكلام عليه ، ولايبعد أن تكون القسمة صحيحة حتى لو كان مع التصرف المحرم لعدم الاذن ـ نظير ماإذا غصب مالا وباعه لنفسه معاطاة فضولة فأجاز المالك، فالبيع صحيح وان كانت تصرفاته محرمة، لجواز اجتماع الحكم التكليفي وهو حرمة التصرف مع الحكم الوضعي وهو الصحة .

ولو كان مورد القسمة أرضاً فقسموها، فوقع مجرى ماء أحد السهمين في السهم الاخر لم يجز لصاحب هذا منع الماء ، ولو قسموا داراً كبيرة لها بابان فكان لكل من السهمين باب فلايجوز لاحدهما الدخول من باب الاخر ـ الا مع اذنه ـ وان كان هذا الباب أوسع او أقرب ، بخلاف ماإذا كان للدار باب واحد ولا يمكن احداث باب آخر فلايجوز لهذا منعه .

هذا وهل لولي الطفل أو المجنون المطالبة بالقسمة؟ ان كان في القسمة مفسدة للمولى عليه فلاريب في العدم ، وهل يكفي عدم المفسدة اويشترط وجود المصلحة له ؟ قولان ، ومع تساوي الامرين ـ الشركة وعدمها ـ من حيث المصلحة فهل يجوز له ان يطالب بالقسمة ؟ قولان . وقيل في هذه الصورة تكون اجرة القسام على الولي نفسه .

أقول : والاحوط ان لايطالب الولي بالقسمة الا في صورة وجود المصلحة للمولى عليه ، لان الاجرة تكون على المولى عليه لاعلى الولي .

وحيث يطلب الشريك القسمة ولامفسدة للمولى عليه، فهل يجبر الولي؟ الظاهر ذلك ، وكذا العكس لكن عليه الاجرة .

الکلام فی :

احکام الدعاوی

تعريف المدعى :

اختلفت كلمات الاصحاب فى تعريف « المدعى » الذى استفاض ذكره فى نصوص كتاب القضاء ، فعرّفوه بتعاريف :

قال المحقق : « وهو الذى يترك لو ترك الخصومة » اى : هو الذى يخلى سبيله ويسكت عنه لو سكت عن الخصومة . وهذا التعريف للمحقق وجماعة بل قيل انه المشهور .

«وقيل هوالذى يدعى خلاف الاصل أوأمراً خفياً» أى : منافياً للظاهر الشرعى قال فى الجواهر« وعن بعضهم حكاية التفسير بالمعطوف خاصة عن بعض،وبالمعطوف عليه خاصة عن آخر . وحينئذ تكون الاقوال أربعة » .

وقد نوقش الاول بعدم الانعكاس اوعدم الاطراد ، فقد يترك المدعى الدعوى اوالمدعى عليه وتبقى الخصومة ، فلوأودع مالا عند شخص فادعى ردّه عليه فأنكر صاحب المال لم يترك المدعى لو ترك دعوى الرد بل يطالب بالرد ، وأجاب فى الجواهر بأن مطالبة المدعى باليمين والمنكر بالبينة لايخرج المدعى عن كونه مدعياً ، بل ذلك مقتضى الدليل الشرعى فى بعض الموارد بنحو التخصيص، وفى العروة : ان هنا دعويين احداهما الايداع عنده والثانية دعواه الرد ، فلوترك هذا دعوى الرد انتفت الخصومة الثانية ولكن الاولى باقية .

والمراد من « الاصل » فى التعريف الثانى هوالقاعدة الكلية، أعم من الاصل

والامارات كاليد والاستصحاب ، فالاصل فى اليد دلالتها على الملكية ، فمن ادعى على خلاف مقتضاها قيل له انت تدعى خلاف الاصل .

وقد يراد من « الظاهر » معنى غير « الاصل » كما لو أرخى الزوجان الستر ثم اختلفا فى الدخول فادعته الزوجة وادعى الزوج العدم كانت دعوى الزوج مخالفة للظاهر .

ولو أسلم الزوجان فادعت الزوجة التقارن فالنكاح باق وأنكر الزوج فهو باطل ، فان مقتضى الاصل هو عدم الاسلام المقارن ، واصالة عدم المقارنة مثبتة .

هذا ولكن الاولى ـ وفاقاً للجواهر ـ هوالرجوع الى العرف فى تشخيص المدعى من المنكر ، وفى مورد التداعى حيث يصدق « المدعى » على كليهما يطالبان معاً بالبينة ، وحيث يشك يعيّن المدعى من المنكر بالقرعة .

وفى العرف : المدعى هو من يريد اثبات حق له على غيره فيطالب به عند الحاكم ، او يريد التخلص من حق لغيره عليه ، كأن يدعى ارجاع الامانة وتسليم الوديعة وأداء الدين ، فيكون الحاصل وجوب اقامة البينة على من كان عندالعرف مدعياً واليمين على من كان عندهم منكراً ، لان الخطابات الشرعية مثل «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » او « على من انكر» ونحوها ملقاة الى العرف وليس للشارع جعل خاص لموضوعات الاحكام فى هذه الموارد ـ وان قيل بذلك فى خصوص المدعى ـ فتشخيص الموضوع بيد العرف ، نعم قد يخطأ العرف فى تشخيص موضوع من موضوعات الاحكام وحينئذ لايوكل الشرع الامر الى العرف فى ذاك المورد بل يعيّن موضوع حكمه بنفسه ، وهذا لاينافى كون خطاباته ملقاة الى العرف .

فالتحقيق فى المقام ماذكرناه، ومن عرّف المدعى بنحو من الانحاء المذكورة فقد لحظ المعنى الاكثر انطباقاً فى الموارد فى نظره وجعله عنواناً كلياً له ، والا فلادليل فى الكتاب والسنة ولاقرينة على تعيين أحد تلك التعاريف .

وحيث عيّن العرف المدعى ـ ولم يخطئه الشارع ـ توجه اليه الوظيفة الشرعية فى اقامة الدعوى ، سواء ترك المخاصمة لوترك أولا ، وسواءكانت دعواه مخالفة للاصل اوالظاهر اوموافقة .

ثم انه قد يختلف الامرباختلاف مصب الدعوى، ففى الاجارة مثلا قد يدعى المستأجر وقوع الاجارة بمائة ويدعى الموجر وقوعها بمأتين ، فهنا كل منهما يدعى شيئاً وينكر مايدعيه الاخر فيكون التداعى وعليهما البينة ، وقد يكون مصب الدعوى المأة المختلف فيها، وحينئذ يكون القائل بالمأتين وهوالموجر مدعياً وعليه اقامة البينة والمستأجر منكراً وعليه اليمين ، فان أقام الموجر البينة ثبتت المأة على المستأجر والا حلف وسقطت دعوى الموجر .

وفى الدين : ان طالب الدائن بالمال وانكر المدين كان الاول هو المدعى وان قال المدين : قد أديت الدين انقلب مدعياً وكان عليه اقامة البينة على الاداء فى البيع، كأن يقول بعت بعشرين ويقول المشترى: بل بعشرة، اويقول: بعتك بعشرين ديناراً من ذهب ، فيقول المشترى : بل من فضة ، اويقول: بعتك هذا الشيء ،فيقول بل وهبتنى اياه ، وتظهر الثمرة فى القرض الاخير عند تلف العين مع الفساد ، فان كان الواقع بيعاً فاسداً ضمن الآخذ وان كان هبة فاسدة لم يضمن .

ولو كان مورد المخاصمة هو الضمان فهذا يدعى اشتغال ذمة الاخر وذاك ينكر،وحينئذ يكون الملاحظ نتيجة النزاع، ولايلتفت الى النزاع حول كون المعاملة هبة اوبيعاً ، أما اذا كان مورد النزاع هذه الناحية فانه يقع التعارض بين الدعويين لجريان أصالة العدم فى كلا الطرفين .

ومع الجهل بمصب الدعوى ومورد المخاصمة يعيّن بالقرعة .

وكيف كان فان الملاحظ هونظر العرف فى تعيين المدعى والمنكر، ويؤخذ بنظر الاعتبار مصب الدعوى ، اذ الامر يختلف باختلافه كما مثلنا .

الشروط المعتبرة فى المدعى : (البلوغ)

وكيف كان فقد ذكر المحقق قدس سره الشروط المعتبرة فى المدعى بقوله : « ويشترط فيه : البلوغ ، والعقل ، وأن يدعى لنفسه او لمن له ولاية الدعوى عنه ، ومايصح منه تملّكه ، فهذه قيود أربعة ، فلاتسمع دعوى الصغير »

أقول : الشرط الاول الذى ذكره هو« البلوغ » ثم قال : «فلاتسمع دعوى الصغير» ولنا فى اعتبارهذا الشرط بنحوالاطلاق بحث الا انيكون اجماع، لاندعوى انصراف أدلة القضاء عن دعوى غيرالبالغ ضعيفة ، لان الغرض من نصب القاضى حفظ الحقوق والنظام ، وان الله عزوجل لايرضى بضياع حقوق غير البالغين ، ومثلها دعوى ان المتبادر من أدلة القضاء وسماع الدعوى هو كون المدعى بالغاً ، فان فى تلك الادلة عمومات واطلاقات تشمل الصغير قطعاً مثل قوله تعالى : «فاحكم بين الناس بالحق» ، ومع هذه الادلة لاوجه للتمسك بالاصل ـ كما فى المستند.

وأما قوله فى توجيه عدم سماع دعوى الصغير بأنه قد يحتاج الى امور يشترط فيها البلوغ مثل اقامة البينة . ففيه : انه لادليل على اشتراط البلوغ فى اقامة البينة ، فاذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعية فلا وجه لعدم قبولها ، والادلة الرافعة للآثار قول الصبى منصرفة عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب ونحوه ، نعم الاعتبارات المحتاجة الى الانشاء غيرمسموعة منه ، كما أنه اذا وصل الامر فى المخاصمة الى اليمين فلايحلف ولايحلّف .

وبعبارة اخرى : البلوغ ليس شرطاً فى اصل الدعوى ، فان دعوى الصغير تسمع لكن الامور المترتبة وأحكام فصل الخصومة وموازين القضاء يشترط فى بعضها البلوغ كالحلف والاقرار فلايحلف ولايحلّف ولايترتب الاثر على اقراره ، وحينئذ يقوم وليه مقامه فى هذه الامور، وبعضها لايشترط فيه البلوغ كاقامة البينة ، وحينئذ يترتب الاثر لعموم الادلة، وانصراف « عمد الصبى خطا» ونحوه عن مثل ذلك

بل قال المحقق الكنى قده: ان الاصحاب لم يعملوا بهذه الادلة واعتبروا قول الصبى فى موارد، كقبول قوله فى انبات الشعر بالعلاج ، وكما لو أوقع معاملة فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادعى البلوغ سمعت دعواه وحكم بصحة المعاملة .

نعم ان كان متعلق دعواه مالا فلاتسمع، لاجل الصغر لانه لاسلطنة له على مال فلاسلطنة له على دعوى متعلقة بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا الحيث لامن جهة ان الصبى مسلوب العبارة ، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبة بالمال، فانه اذا أثبت المال بالبينة أمكن ان يباشر المطالبة وليّه او الحاكم نفسه ، وليس اثبات تملك المال تصرفاً فيه حتى يقال بعدم السلطنة له على المال ، ولذا يجوز للاجنبى ان يثبت مالا لغيره ، فيكون ذلك فى الحقيقة كالكشف لامر مخفى .

اشتراط العقل :

قال المحقق : « ولاالمجنون »

اقول : الشرط الثانى الذى ذكره المحقق وغيره هو « العقل » ويدل على اعتباره مادل على اعتبار البلوغ ، لكن مقتضى عمومات أدلة القضاء سماع دعواه فى غير التصرفات الممنوعة كما اذا ادعى على شخص انه جنى عليه، فان الشارع لايرضى بالجناية على المجنون ولايترك الجانى عليه من غير مؤاخذة وعقوبة .

وعن المحقق الاردبيلى قده وجماعة اشتراط كونه رشيداً ، فلاتسمع الدعوى من السفيه ، بل عن المعتمد دعوى الاجماع عليه ، لكن الادلة القائمة على وجوب احقاق الحق وحفظ الاموال والنظام تقتضى وجوب سماع دعواه . نعم لاتسمع فى الدعاوى المتعلقة بالمال ، بل ان دعواه فيها تسمع أيضاً لان الدعوى واثبات الحق غير التصرف . واما دعوى الاجماع على هذا الشرط ففيها منع واضح .

ان لايدعى مالا لغيره :

قال : « ولادعواه مالا لغيره الا أن يكون وكيلا او وصياً أووليّاً أو حاكماً

أوأميناً لحاكم» .

أقول : ادعى فى الجواهرعدم الخلاف فيه ، لكنهم يحكمون بسماعها فى بعض الموارد من غيرأحد ممن ذكر، فلو غصب مال من يد المرتهن أو المستعير سمعت دعواه عند الحاكم ، وقيل فى الرهن بجواز الدعوى بعنوان حق نفسه .

قلت : وبعض النظرعن حكمهم بالسماع فى هذه الموارد فانه لامانع من انيدعى الانسان حقا لغيره مالم يستلزم التصرف فيه ، ودعوى انصراف «فاحكم بين الناس بالحق» عنه غيرمسموعة، اللهم الا ان تكون الدعوى نفسها تصرفاً فيشكل الدعوى أخذاً بشاهدالحال واعتماداً على اذن الفحوى من المالك، لان الفحوى وشاهدالحال لايشملان هكذا تصرف اعتبارى ، بل يتوقف سماعها منه على الاذن الصريح .

لكن لو كان المدعى من أقرباء المالك وذويه فالظاهر الاستماع فى مالايستلزم تصرفاً فى ماله من غيرولاية ولاوكالة لانصراف أدلة المنع حينئذ ، والقدرالمتيقن من الاجماع غيره .

ثم ان المشهور قيام الوكيل والوصى والولى مقام صاحب المال فى جميع مراحل الدعوى ، واستثنى بعضهم احلاف المدعى عليه، الاأن أن مقتضى عمومات أدلة الولاية والوكالة والوصاية . . . هوجوازالاحلاف ايضاً كما عليه المشهور.

ان لايدعى مالايجوز تملكه :

قال المحقق : «ولاتسمع دعوى المسلم خمراً اوخنزيراً» .

أقول : ويشترط فى الدعوى أن يكون موردها أمراً جائزاً شرعاً وعقلاً، فلاتسمع دعوى المسلم خمراً أوخنزيراً ونحوهما ممالايصح تملكه له ، ولاتسمع دعواه زوجية احدى محارمه ، وقيل : له دعوى الاولوية بالخمر مثلا لاجل فائدة محللة ، كأن يبقى الخمر حتى تنقلب خلا ، أو يأخذ العذرة للتسميد ، كما لابأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الاسلام ، أويدعى ثمنها على مستحلها بناءاً على جوازبيعها ممن يستحلها ، والدليل على الجوازعمومات أدلة القضاء بعد عدم تمامية

دعوى انصرافها عن مثل ذلك .

اشتراط كون الدعوى صحيحة لازمة :

قال المحقق قدس سره : «ولابدمن كون الدعوى صحيحة لازمة، فلوادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الاقباض ، وكذا لوادعى رهناً» .

أقول : مثل بالهبة قبل الاقباض وبالرهن قبله للدعوى غيرالصحيحة اللازمة لان الموهوب مالم يقبض لم يملك ، وفى الرهـن قال المحقق : «وهل يشترط فى الرهن القبض ؟ قيل : لا ، وقيل : نعم وهوالاصح» .

أما اشتراط كون الدعوى صحيحة فدليله واضح ، فلو ادعى الهبة و أقر المدعى عليه لم يلزم بشيء ، بل لابد من أن يدعى هبة صحيحة كأن يقول له : وهبتنى ذلك وأقبضتنى اياه .

واما اشتراط كونها لازمة فان الهبة اذا لم تكن الى ذى رحم وكانت العين باقية جاز للواهب الرجوع حتى مع الاقباض ، ولذا قيل بسقوط الدعوى فيما لوادعى عليه الهبة فأنكر، اذ يكون الانكاررجوعا، نظيرما اذا انكر الزوج الطلاق فان انكاره رجوع .

وبالجملة فاشتراط الصحةلاريب فيه ، ولذالوقال : هذه ثمرة نخلى لم تسمع اذيمكن ان لاتكون ملكه الا اذا صرح فى دعواه بكونها ملكاً له كماسيأتى ، لكن عن المحقق الاردبيلى الاشكال فى اشتراط اللزوم فقد قال « ره » : « ما المانع من أن يدعى الصحة أولا فيثبتها ويدعى اللزوم ؟ ثم انه يرد عليهم مثله فيما اذا ضم اليها دعوى القبض ، اذ لعل الموهوب له أجنبى . على أنه يرد مثله فى دعوى البيع : اذ على هذالابدمن دعوىانقضاء المجلس اوالايام الثلاثة فى الحيوان ولاقائل به».

واورد عليه فى الجواهـر بقوله : « وفيه ان الصحة بدون القبض ليس حقاً لازماً للمدعى عليه، ضرورة رجوع ذلك الى التهيّؤ للصحة مع تمام مايعتبر فيها، وهبة

الاجنبى مع القبض صحيحة ويترتب عليها الاثر و ان جاز له الفسخ ، فان المراد باللازمة المقتضية للاستحقاق على المدعى عليه ، لا كون المدعى به أمراً لازماً على وجه لايكون به خيار للمدعى عليه ... ».

قلت : و الصحيح أنه ليس الانكار فيما نحن فيه رجوعاً كالطلاق ، فان الحكم المذكور يختص بالطلاق ، و لذا لايكون انكار البيع فسخاً له ، و القول بعدم اشتراط اللزوم غير بعيد الا أن يكون هناك اجماع .

هل تسمع دعوى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ؟

قال : « ولوادعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود ولا بينة فادعى علم الشهود له ففى توجه اليمين على نفى العلم تردد، اشبهه عدم التوجه، لانه ليس حقاً لازماً ولايثبت بالنكول و لا باليمين المردودة ، و لانه يثير فساداً » .

أقول : لولم يكن مورد الدعوى مالا كقوله لى عليك كذا من المال و لا سبباً كالبيع كقوله : هذا المال الذى بيدك قد بعتنى اياه ، بل ادعى أمراً له فيه نفع من حيث اثبات حق له أو اسقاط حق عليه، كأن يدعى المنكر فسق الحاكم الذى حكم عليه أو فسق الشهود الذين استند اليهم المدعى وحكم الحاكم طبق شهادتهم، أما لو ادعى فسق الشاهدين فله طرح دعواه عند نفس الحاكم ، كما أن له طرحها عند حاكم آخر، فان كان له بينة أقامها وبذلك يزول الحكم الذى أصدره الحاكم حسب شهادتهما، و كذا لو تمكن من اثبات كذب الشاهدين أى كذبهما فى قولهما بأن هذا المال لزيد المدعى ... لكن لايسقط حق المدعى بثبوت فسقهما أو كذبهما فى هذه الشهادة .

وان لم يكن عنده بينة فهل يؤثر علم المدعى بفسقها فى زوال الحكم كذلك؟ ان أقر بذلك فلا اشكال فى أنه يؤخذ باقراره ، و لايجوز له الاستناد الى الحكم فى أخذ مايدعيه على المنكر، وان لم يقر فالحكم باق على حاله وله أثره من ثبوت الحق وفصل الخصومة، نعم مع علم المدعى بفسق الشاهدين لايجوز له ترتيب الاثر مع

تردده فـي كون مورد الدعوى له واقعاً، وأما مع علمه بكونه له كذلك فحيث يحكم الحاكم له وهولا يقر بفسق شهوده يجوز له التصرف . و حينئذ فلو ادعى المنكر عليه العلم بفسق الشاهدين لم تسمع هذه الدعوى، ولم يتوجه على المدعى اليمين بنفى العلم ، كما لايثبت ذلك بنكوله عن اليمين ولا باليمين المردودة على المنكر، لان توجه اليمين على المدعى المشهود له ليس حقاً لازماً للمنكر، ولانه يوجب التزلزل فى الاحكام الصادرة من الحكام ويؤدى الى التسلسل .

وقيل: تسمع هذه الدعوى، فله أن يحلفه لانها دعوى فتشملها عمومات «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ولان لها أثراً بالنسبة اليه .

وفيه :انه اذا لم يلازم علمه بفسق شاهديه زوال الحكم الصادر لم يكن للمدعى عليه أثر فى دعوى علم المشهود له بفسق الشاهدين فلا تسمع هذه الدعوى .

وأما لو ادعى فسق الحاكم و كان له بينة فله أن يطرحها عند حاكم آخر قيل : ويشترط أن يصرح فى طرحه الدعوى على فسق الحاكم الاول بوجود البينة ، كأن يقول له . عندى شهود على فسق فلان الحاكم .

وأما مع عدم وجود البينه فلا تسمع دعواه مطلقاً، ولا أثر لها مطلقاً وفاقاً للمحقق قدس سره، فانه لايبطل الحكم بحال ، نعم فى دعوى الزوجية لو أقام البينة وحكم له ثم ادعت عليه المرأة قبل الحكم أو بعده العلم بفسق الشاهدين فأقر لم يجز له الاخذ بهذا الحكم ،وأما لو كان متيقناً بأنها زوجته وجبت عليه النفقة مع المطالبة أخذاً باقراره وان لم يجز لها الزامه، لفرض بطلان الحكم بفسق الشاهدين .

هل يجب اجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعى ؟

قال المحقق قدس سره : « و كذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمة الى الشهادة لم يجب اجابته، لنهوض البينة بثبوت الحق » .

أقول : ان للمنكر أن يرضى بيمين المدعى ، فان حلف فهو وان اختار اقامة البينة كان له ذلك ، ومع اقامتها لايسمع طلب المنكر يمينه معها ، نعم فى الدعوى

على الميت يحلف مع البينة ، وكذا مع الشاهد الواحد في الدعوى المالية .

لكن عن القواعد مع ذكر الحكم المذكور: «ولو التمس المنكر بعد اقامة البينة عليه احلاف المدعي على الاستحقاق أجيب اليه . ولو التمس المنكر يمين المدعي مع الشهادة لم يلزم اجابته » .

وتوجيه الفرع الاول هو ما لو ادعى المدين البراءة أو الابراء، فكأن البينة أثبتت أصل الدين و اليمين تثبت اشتغال ذمة المدين الان ، ففي الحقيقة يدعي المدين الابراء أو الاداء والدائن ينكر ذلك فيحلف . وكذلك لو شهد الشاهدان بأن زيداً قد اشترى هذا المال فيكون ملكه، ثم يدعي عمرو البائع الفسخ فيحلف زيد المدعي على العدم .

وتوجيه الفرع الثاني هو في العين الموجودة ، فاذا شهدت البينة بكونها لزيد لم تسمع مطالبة عمرو منه اليمين، نعم لا مانع من الحلف بل يستحب في رضاه بها لقوله عليه السلام لشريح : « ورد اليمين على المدعي مع بينته، فان ذاك أجلى للعمى وأثبت في القضاء » (١) .

وقال الشيخ في المبسوط : « وكيف يحلف ؟ قال قوم : يحلف ما اقتضاه ولا شيئاً منه، ولا اقتضى له ولا شيء منه ، ولا اجال به ولا بشيء منه، ولا أبرأه ولا عن شيء منه، وأن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل اليه . قال : فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعي عليه على اكثر من الذي ادعاه عليه و ان كانت الدعوى مبهمة فقال : ماله قبلي حق أو قد برئت ذمتي من حقه احتاج الى هذه الالفاظ كلها حتى يأتي بجميع جهات البراءة .

ومن الناس من قال : أي شيء ادعى ، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من ديني ، فاذا قال هذا أجزأه، لانها لفظة تأتي على كل الجهات ، فان الذمة اذا كانت مشغولة بالدين أجزأه أن يقول : ما برأت ذمتك من حقي .

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٥٥ الباب الاول من ابواب آداب القاضي

وهذا القدرعندنا جائز كاف . والاول احوط و آكد. فاما قوله: وان حقى لثابت فلاخلاف انه ليس بشرط» .

هل يلزم بالجواب عن دعوى الاقرار ؟

قال المحقق : « و فى الالزام بالجواب عن دعوى الاقرار تردد منشؤه ان الاقرار لايثبت حقاً فى نفس الامر، بل اذا ثبت قضى به ظاهراً » .

أقول: لوادعى زيدعلى عمرو الاقرارله بشىء كأن يقول له : قدأقررت بكون هذه الدار لى ، أويقول : لقد أقررت بأنى غيرمدين لك، فهل يلزم الحاكم عمراً با لجواب عن هذه الدعوى؟ وجهان بل قولان، تردد المحقق قدس سره بينهما ، وجه عدم الالزام هو: أن الاقرارلايثبت حقاً واقعياً للمقرله، لان الاقرار ـ وان الزم الشارع المقر بما أقرعلى نفسه ـ ليس طريقاًلاثبات الحق بحيث يرفع شك المقر له فى تملك المقر فيه ، فلو أقرله بكون الثوب له وكان المقرله جاهلا أوشاكاً فى ذلك لم يرتفع معه الجهل أو الشك ، لان أثرهذا الاقرار هوالحكم الظاهرى فقط بجوازتصرفه فى الثوب . فاذا لم تكن الدعوى مثبتة لحق لازم ولم يكن الاقرارموجباً لحق واقعى فانه ـ مع عدم البينة للمدعى على الاقرار ـ لاتسمع الدعوى، ولايحلف المدعى عليه على انكاره، ولايكون نكوله عن اليمين مثبتاً للدعوى .

ووجه الالزام هو: أن المراد من الحق اللازم كون الدعوى ذات نفع للمدعى والمفروض جوازتصرفه فى المدعى به ظاهراً مع ثبوت الاقرار بأحد المثبتات ، ولايلزم أن يكون مورد الدعوى مالا أوسبباً لانتقال مال، بل ان ترتب الاثر المذكور ـ و هو الحكم بجواز التصرف ظاهراً ـ على الاقرار كاف لصحة الدعوى عند الحاكم كى يلزمه بالجواب .

وظاهر المحقق فى المقام هو التوقف ، بخلاف الفرع السابق حيث قال «أشبهه عدم التوجه» واستقرب الشهيد الثانى فى المسالك تبعاً لجماعة الوجه الثانى واختار المحقق العراقى الاول فقال: ان الوجهين «مبنيان على أن الاحكام الظاهرية هل

فعليتها فرع وصولهاالى المكلف بحيث لولاه لاتكون فعلية بعثية بخلاف الاحكام الواقعية من الوضعيات والتكليفيّات، اذ فعليتها الواقعية ليست تابعة لوصولها غاية الامرلاتنجز لها .

وحيث قدحققنافى محله عدم تبعية فعليتها للوصول فلابأس بسماع مثلها...» .

وفى الجواهر وجّه الوجه الثانى بقوله: «لان المدارعلى ثبوت الحق ظاهراً، فنكوله عن ذلك يثبت عليه الحق أومع يمين المدعى الذى يجوز له الحلف عليه والاخذ به، وان لم يعلم استحقاقه من غير جهة اقراره الذى له الاخذ به مالم يعلم كذبه، لجواز استناده الى سبب لايعلم به ،و لانه اذا سمعت دعواه بالبينة توجه له اليمين على عدمها ، لعموم قوله ﷺ : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» .

ثم قال : « نعم قد يقال بعدم الزامه باليمين على نفى ذلك بخصوصه اذا بذل اليمين على براءة ذمته الذى يأتى على ذلك كله، نحوما تسمعه فى عدم الزامه بجواب دعوى أنه أقرضه أوباعه بثمن فى ذمته أونحوذلك، معللين له بامكان أدائه له و العجز عن اثباته ،فيكفى جوابه ببراءة ذمته مما يدعيه عليه ، فانه يأتى على ذلك كله، ومثله آت هنا .

اللهم الاأن يفرق بأن الدعوى فى الاول الشغل بسبب فى الواقع، فيكفى فى جوابه نفى الواقع بخلاف الثانى ، فان الدعوى فيه بصدور سبب من المدعى عليه يؤخذ به وان لم يعلم الواقع .

و فيه : ان الاقرار كما يؤخذ بظاهره و ان لم يعلم صحته وقدادعاه على خصمه ، كذلك البيع عليه مثلا ، له الاخذ بظاهره أيضاً مالم يعلم فساده و قد ادعاه على خصمه ، فكما لايلزم هناك الجواب بنفى البيع و يكفيه الجواب ببراءة الذمة كذلك هنا ، فتأمل » (١) .

---

(١) ظاهر كلامه ترجيح الوجه الثانى، الاانه متأمل فى كفاية اليمين على براءة الذمة عن اليمين على نفى الاقرار بالدين مثلا .

أقول : والاقرب هوالوجه الاول ، اذليس كل دعوى يلزم الحاكم بسماعها والنظرفيها ، بل الدعاوى المتعلقة بأموال الناس و نفوسهم و أعراضهم ، فيلزم ان يكون مورد الدعوى شيئاً يزعم المدعي تعلقه به . وبعبارة اخرى : لابد أن تكون نتيجة الدعوى والمرافعة اثبات حق يدعيه المدعي و جلب نفع الى نفسه أو دفع ضررعن نفسه، و كل دعوى تكون كذلك يجب على الحاكم سماعها، وأمافي المورد الذى يتحقق النفع و يثبت للمدعي بنفس الحكم الصادر من الحاكم ـ واما قبله فلايوجد شيء ـ فيلزم الدور، لان نظر الحاكم فى ذلك المورد ثم حكمه يتوقف على تحقق الحق من قبل ، وتحقق الحق يتوقف على الحكم نفسه .

هل تفتقر صحة الدعوى الى الكشف ؟

قال المحقق : « ولاتفتقر صحة الدعوى الى الكشف فى النكاح ولافى غيره» .

أقول : انّ صحة الدعوى التى اشترطناها لاتحتاج الى الكشف والتحقيق عن الاسباب ، سواء كانت الدعوى فى الأملاك من الاعيان والديون، أوفى العقود من النكاح وغيره . وقدنبه بذكر النكاح على خلاف بعض العامة فيه . و دليلنا على عدم الحاجة هو الاجماع .

قال : « وربما افتقرت الى ذلك فى دعوى القتل ، لان فائته لايستدرك » .

أقول: لان للقتل أقساماً واسباباً مختلفة من العمد والخطاء وشبه العمد ، ومن أن القتل مستند اليه بالمباشرة أو بالتسبيب ، و أنه هل وقع منه منفرداً أو شاركه فيه غيره ... فلكل واحد من هذه الاقسام والحالات حكم ، فلو أجمل فى الدعوى لم يترتب حكم واحد منها ، فلابد من الكشف و ذكر التفصيل و الا لم تصح دعوى القتل ولاتسمع .

وفى الجواهر كما عن جماعة الاشكال فى ذلك ، وقد يستفاد من تعبير المحقق بـ« ربما » وذلك لانه قديترتب على الاجمال أثر كلى ، بل قيل : انه يمكن بحكم الاصل تشخيص انه خطأ ، بل ربما ظهر من المحقق الاردبيلى سماع دعوى الكلى

وان لم يترتب عليه حكم ولكنه مقدمة لاثبات الخصوصية فيما بعد .

قلت : ان تعيين كونه خطأ بالاصل مشكل جداً ، فلو أردنا اجراء هذا الاصل لجرى فى الجميع ، لكن لو كان لبعض الخصوصيات أثر وقلنا بكفاية احتمال ترتب الاثر لوجوب السماع فانه يجب سماع الدعوى، هذا بعد ثبوت أصل الواقعة، وبالجملة : الاصح هو سماع الدعوى حيث يثبت أصل القضية ثم تثبت خصوصياتها بالموازين الشرعية من البينة واليمين، فيكون الحكم بعد المرحلتين وفاقاً للاردبيلى، وذلك لمقتضى الاحتياط الشديد الموجود فى الدماء .

وعلى الجملة: لافرق بين القتل وغيره فى ذلك، فانه مع فرض عدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسمع الدعوى به أيضاً و الا سمعت - ان لم يثبت الاجماع على خلافه - لشمول ادلة وجوب القضاء له، ولما جاء فى بعض الاخبار من حكم الامام عليه السلام فى مقامات مع عدم ذكر المدعى السبب .

فهذه هى القاعدة الكلية وعلى ضوئها يظهر الامر فى الموارد والامثلة المختلفة ، فان كان للكلى أثر ادعاه وان كان للخصوصية أثر ادعاها، وفى المتباينين تسمع الدعوى ان كان العلم الاجمالى منجزاً ، ومع دوران الامر بين الاقل و الاكثر كان الاقل هو المتيقن .

قال المحقق : « ولو اقتصرت على قولها : هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح ولا يفتقر ذلك الى دعوى شىء من حقوق الزوجية ، لان ذلك يتضمن دعوى لوازم الزوجية . ولو أنكر النكاح لزمه اليمين ، ولو نكل قضى عليه على القول بالنكول، وعلى القول الاخر ترد اليمين عليها ، فاذا حلفت ثبتت الزوجية، وكذا السياق لو كان هو المدعى » .

أقول : ان الاثر الذى ذكرناه لا يلزم التصريح به لدى الدعوى ، بل يكفى دعوى ملازمه ، فلو اقتصرت المرأة على قولها : هذا زوجى كفى فى دعوى النكاح وترتب آثاره من حقوق الزوجية ولوازمها كالمهر والنفقة وغيرهما .

و يترتب على سماع هذه الدعوى أيضاً انه لو أنكر الزوج النكاح لزمته

اليمين ، ولو نكل عنها قضى عليه على القول بالقضاء بمجرد النكول ، وبرد اليمين على المرأة ، على القول الاخر فان امتنعت سقطت دعواها ، و ان حلفت ثبتت الزوجية . وعن التحرير «وفي تمكين الزوج منها اشكال من اقراره على نفسه بتحريمها، ومن حكم الحاكم بالزوجية ».

وكذا الكلام لو كان الرجل هو المدعي للزوجية . اذ يترتب على ذلك الاثار الشرعية وحقوق الزوجية ، والاشكال المذكور موجود ، من انكار المرأة للزوجية فلا يجوز لها تمكينه من نفسها و من حكم الحاكم بالزوجية .

أقول : أما بالنسبة الى الحاكم نفسه فهل ينهى الزوج المقر بحرمتها على نفسه عن وطىء المرأة ـ مع الزامه بدفع النفقة مثلاً ـ اخذاً باقراره، أو لا ينهاه عن ذلك ترتيباً لجميع آثار الزوجية التي قد حكم بها ؟ وجهان . اللهم الا ان نلغي اعتبار الاقرار في هذه الحالة فيقدم الثاني ، لكن لا يفتي بذلك احد ... نعم لا يبعد الالغاء فيما اذا كان الاقرار عن نسيان مثلا ثم تذكر و رجع عنه بعد قيام البينة .

فالصحيح ان الاقرار بالنسبة الى ما كان على الزوج مقدم على الحكم، اذ لا يقول احد بالغاء الاقرار في هذه الحالة .

واما وظيفة الزوج المنكر للزوجية، فان كان عالماً بعدم الزوجية فان مقتضى قول النبي ﷺ : « فأيما امرء قطعت له . . . » (١) هو عدم جواز ترتيب آثار الحكم مثل الوطىء، وأما دفع النفقة فليس محرماً عليه بل يجب عليه امتثالا وتنفيذاً للحكم ، بل يحرم على المرأة اخذها ، و هل يجوز لها الاخذ في مقابل بقائها في دار الرجل ؟ فيه اشكال، وأما اذا كان انكاره لها من جهة الشك مثلا فان جميع الاثار مترتبة بالحكم .

وأما اذا كان المدعي للزوجية هو الرجل والمرأة تنكر ، فان كانت تعلم بعدم الزوجية كان عليها الامتناع عن التمكين ، ولا يجوز لها المطالبة بالنفقة، وان كانت

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٩

تنكر كاذبة أوشاكة وجب عليها ترتيب الاثر على الحكم .

و أما المهر فان الرجل ان الزمها بالتمكين ووطئهاعملا بحكم الحاكم فقد وجب عليه دفع مهرالمثل لانه عوض البضع .

هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته أو ثمرة نخله ؟

قال المحقق: « ولوادعى ان هذه بنت أمته لم تسمع دعواه، لاحتمال أن تلد فى ملك غيره ثم تصيرله ، وكذا لوقال : ولدتها فى ملكى ، لاحتمال ان تكون حرة أوملكاً لغيره » .

أقول : ومن فروع اشتراط كون مورد الدعوى حقاً لازماً يدعيه المدعى بصراحة ووضوح انه اذا قال : هذه بنت أمتى فهل تسمع هذه الدعوى أولا ؟

وهذه الدعوى تتصور بوجهين: ان تكون هى بيد زيدوهو يريد أخذها منه بهذه الدعوى ، وان تكون بيده فيدعيها زيد فيقول هذه بنت أمتى بمعنى أنّه اذا لم يدع ذلك تثبت دعوى زيد .

وكيف كان فان هذه الدعوى أعم من ان يكون موردها حقاًلازماً، وحيث أنها ليست صريحة فى ذلك فلا تسمع .

وكذا لو ضم الى تلك الدعوى قوله : ولدتها فى ملكى ، أو ادعى هذه الجهة دعوى مستقلة كأن يقول : هذه ولدتهاأمتى فى ملكى .

قال المحقق قدس سره : «وكذا لاتسمع البينة بذلك مالم يصرح بأن البنت ملكه ، وكذا البينة» .

أقول : وكمالاتسمع الدعوى الصريحة كذلك لاتسمع البينة غيرالصريحة، فان قالت بأن هذه مملوكة فلان سمعت ، ولو قالت : ولدتها أمها حالكونها فى ملكه فلا تسمع ، لانه يمكن أن تكون الام مملوكة ولا تكون بنتها مملوكة له كأن يكون قد حررها مثلا .

قوله : «وكذا البينة» ليس تكراراً ، بل المراد أنه مالم يصرح المدعى فى

الدعوى فلاتسئل البينة التى يقيمها، ثم البينة لاتسمع شهادتهامالم تشهدبصراحة، و حيث شهدت بالملك فـلا تسئل عن السبب ، فيحتمل أن يكون قوله : « و كذا البينة» معطوفاً على «لايفتقر» المتقدم عليه .

قال : «ومثله : لو قال : هذه ثمرة نخلى» .

أى : فلاتسمع هذه الدعوى لكونها أعم، الاأن يقول هذه ثمرة نخلى وهى ملك لى .

قال : «و كذا لو أقر له من الثمرة فى يده أو بنت المملوكة لم يحكم عليه بالاقرار لو فسّره بما ينافى الملك» .

أقول : ولوقال هذه الثمرة من نخل من هى بيده فهل له ان يدعى بعدذلك كونها ملكاً له ؟ نعم ، لان قولـه السابق ليس اقراراً بعدم ملكيته وملكية صاحب اليد حتى يكون قوله المتأخر انكاراً بعد اقرار ، فتسمع هذه الدعوى منه ويطالب بالبينة ، بخلاف ما لو أقر بالملكية فليس له أن يقول بعد ذلك : لكن هى ملكى. وهذا معنى عبارة المحقق .

وفى المسالك:ظاهرعبارة المحقق والعلامة انه اذالم يفسربالخلاف فهواقرار. وأشكل عليه فى الجواهربعدم ظهور عبارتيهما فى ما ذكره ، فليس «لوفسّر» قيداً حتى يكون اقراراً . قلت : وما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر .

ثم ان صاحب المسالك بعد ما استظهرمن العبارة ما ذكرأشكل على المحقق الفرق بين الاقراروالدعوى فقال: «والفرق بين الدعوى والاقرارلايخلومن اشكال، لان الاحتمال قائم على تقدير الاقرار والدعوى ، والعمل بالظاهر فى الاقراردون الدعوى لادليل عليه، والفرق باشتراط التصريح فيهادونه رجوع الى نفس الدعوى، وفى الارشاد أطلق عدم سماع الدعوى والاقرارمعاً ، ولم يعتبر التقييد فى الاقرار بتفسيره بما ينافى الملك وهذا هو الظاهر» .

أقول : ان اشكاله وارد بناءاً على مافهمه من العبارة، لان الصراحة شرط فى

كلا الامرين ، الا ان يقال بأن ظهور الدعوى غير كاف وظهورالاقرار كاف، لكنه مشكل .

هذا وفى الجواهر بشرح : «وكذا لاتسمع البينة ... » ما لفظه : «لكن عن لقطة المبسوط والتذكرة سماع الدعوىوالبينة فى الثانى، بل عن الاخيرالاجماع عليه ، ولعله لاصالة تبعية النماء للمال حتى يعلم خلافه ، وهو كذلك حيث لايكون لاخر يد تقضى بالملكية لها والا انقطع بها الاصل المزبور ، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك ، وكلام الاصحاب هنا فى الدعوى على آخر» .

قلت : ان محل البحث هو ان تكون بنت أمة زيد بيد عمروفيراجعه استناداً الى كون الام عنده ، فالارتكاز يتبع مااذا لم يقم فى مقابله دليل كاليد ، والاردبيلى أمربالتأمل فى المقام بعد ان ذكر عدم السماع ، ولعل وجهه: امكان القول بالسماع، لان من ملك النخلة فقد ملك تمرها عند العرف الا ان يقوم دليل ، ولذا تسمع هذه الدعوى فى الملك القديم السابق على اليد فيلزم صاحب اليد باقامة البينة على انتقاله اليه بالبيع مثلا .

لكن هذه المطالب ليست تعبدية بمعنى قيام اجماع أو دلالة نص عليه ، بل الذى يريدون اثباته كون الدعوى صريحة ، فان كانت الملازمة العرفية والتبعية بين الثمرة والنخلة أو بين الامة والبنت تامة فهو والا لزم البيان والكشف عن سبب الملك . والظاهر تمامية هذه الملازمة ما لم يكن الفرع بيد غيره ، لان اليدلالتها على الملكية أقوى من الملازمة المذكورة .

قال المحقق : « ولا كذلك لو قال : هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته » .

أقول : يعنى ان مثل هذه الدعوى ظاهرفى الملكية ولاحاجة الى التصريح، للفرق بين الثمرة والنخل وبين الغزل والقطن، فهناك المغايرة حقيقيه وهناهى فى الصورة فقط ، فالدعوى تسمع وعليه اثباتها كسائر الدعاوى .

الكلام فى :

التوصل الى الحق

١ ـ ان كان الحق عقوبة :

الحق اما عقوبة واما مال ، فان كان الحق عقوبة كالقصاص فالاقوى وفاقاً للمسالك و غيرها ـ بل عن الكفاية : لا أعرف فيه خلافاً ـ وجوب رفع الدعوى الى الحاكم ، فان ثبت دعواه وأصدر الحاكم الحكم جاز له أن يباشر القصاص على قول ، و قيل : بل الامر بيد الحاكم فله أن يباشر بنفسه القصاص أو يأذن فيه لصاحب الحق أو يامر به شخصاً آخر .

وأما اذا لم يتوفر الحاكم أو تعذر الوصول اليه فيجوز له أن يستوفى حقه ، وهذه الصورة هى القدر المتيقن من اطلاق قوله تعالى : «ومن قتل مظلوماً فقدجعلنا لوليه سلطاناً» (١) .

فيكون الحاصل عدم جواز مباشرة القصاص مع التمكن من الرفع الى الحاكم خلافاً لصاحب الجواهر قدس سره حيث استند الى الاية المزبورة قائلا بالجواز مطلقاً.

نعم لاريب فى عدم مؤاخذة الحاكم لصاحب الحق وان باشر الامر من دون اذنه، اذ لااشكال فى ثبوت هذا الحق له ، لكن لما كان أمر الدماء خطيراً ولابد فيه من الاحتياط الشديد نقول تبعاً للاصحاب بلزوم رفع القضية الى الحاكم واجراء الحكم باذنه حتى لايلزم الفساد فى المجتمع الاسلامى والهرج والمرج فى البلاد ويتأكد

---

(١) سورة الاسراء : ٣٣ .

ما ذكرناه فيما اذا علم بترتب المفسدة العظيمة كوقوع المقاتلة بين طائفتين واراقة الدماء المحترمة .

و مـن جواز مباشرة الحاكم يظهر أنه لايجب عليه أن يأذن لصاحب الحق بذلك ان راجعه فى القضية ، وان كـان ذلك حقاً ثابتاً له خلافاً لصاحب الجواهر حيث قال بأن اطلاق السلطان للولى يقتضى مباشرته لاخصوص الحاكم .

ومن ذلك كله يظهر أن الحكم بوجوب الرجوع الى الحاكم والاستيذان منه فـى اجراء القصاص حكمة يقصد منها دفع الفساد واختلال النظام فـى المجتمع الاسلامى ، وعليه فلوأمكن لولى المقتول أن يقتل القاتل بحيث لايترتب على فعله مفسدة جاز كما هو الحال بالنسبة الى الحقوق المالية كما سيأتى .

٢ ـ ان كان الحق مالا :

وان كان الحق مالا فتارة يكون عيناً وأخرى يكون ديناً ، فان كان عيناً فقد قال المحقق قده : « من كانت دعواه عيناً فى يد انسان فله انتزاعها ولو قهراً ما لم تثر فتنة ، ولا يفتقر الى اذن الحاكم» .

أقول : فالمحقق يقول بجواز انتزاع العين ولو قهراً لكن قيّده بمالم تثر فتنة ، وفى الجواهر فسّرقوله : «ولو قهراً» : «بمساعدة ظالم أوبنفسه» وان استلزم ضرراً بتمزيق ثـوب أوكسر قفل أو نحو ذلك » لكن ينبغى تقييد مساعدة الظالم بصورة انحصارطريق استنقاذ العين بذلك، بأن لايمكنه الاستنقاذ بنفسه أوبمساعدة من ليس بظالم ، بل يجوز ذلك فـى صورة الاختيار أيضاً بل يمكن القول بجواز اتيان الامر المباح بمساعدة ظالم ، وأما اعانته فقد قلنا فى محله باختصاص حرمة اعانة الظالم بأن تكون الاعانة فى ظلمه .

ولا يخفى ان المراد من «الظالم » فى هذا المقام هو غير «الطاغوت» الذى نهى الرجوع والتحاكم اليه فـى الكتاب والاخبار ، وقد تقدم البحث عـن حكم الرجوع اليه فى احقاق الحق .

ثـم قال فی الجواهر : « وان استلزم ضرراً بتمزیق ثـوب أو کسر قفل أو نحو ذلك » .

و عن الارشاد جواز الانتزاع « ولو قهراً مع انتفاء الضرر » وعـن مجمع الفائدة : «ما لم یحصل معه أمر غیر مشروع» .

قلت : لاریب فی عدم جواز التصرف فـی مال أحد الا باذنه ، فلا یجوز الدخول فی دار الا بـاذن صاحبها ، فان کانت العین فی الدار فدفعها الیه صاحب الدار من دون حاجة الـی الدخول فهو ، و لو توقف أخذها علی الدخول وجب الاستیذان منه فان امتنع فمن الحاکم لانه ولی الممتنع ، وحیث یمکنه ذلك مع الاذن فلا دلیل علی الجواز بلا اذن .

ولا اطلاق لـدلیل سلطنة الناس علی أموالهم لیشمل مفروض الکلام ونحوه فان لم‌یتمکن من تحصیل الاذن من الحاکم‌رفعت‌قاعدة نفی الضرر حرمة الدخول بلا اذن .

وأمااذااستلزم‌انتزاع العین ضرراً علی‌من هی بیده ففیه قولان ، ولکن الحق هوالجواز مع التوقف ، فیجوز له انتزاعها حتی مع کسر القفل والصندوق ونحو ذلك ، بل قیل ان له أن یطالب‌بحقه ویحاول انتزاعه ممن وضع یده علیه وهویعلم بکونه لمن یدعیه مهما بلغ الامر ، اذ لافرق بین هذه المسألة و مسألة دفع اللص عن المال حیث یجوزللانسان ان یدافع عن ماله ویحفظه من اللص حتی لوانتهی الی قتل اللص ، ولوقتل هو کان شهیداً کما فی الروایات (١) ، لکن فی‌الجواهر: «مالم تصل الی حدّ وجوب الکف عـن الحق لـه لترتب تلف الانفس والاموال

---

(١) عن أبی عبدالله علیه السلام : «قال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم: مـن قتل دون عقال ـ عیاله ـ فهو شهید » وعن أبی جعفر علیه السلام عنه «ص» : « من قتل دون ماله فهو شهید» وکذا عن الرضا علیه السلام . راجع الباب : ٤٦ من أبواب جهاد العدو من وسائل الشیعة ١١ / ٩١ ـ ٩٣ .

وغيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك وان كان مباحاً فى نفسه أو مستحباً بل أو واجباً ...» .

وكيف كان فالقدر المتيقن من الجواز صورة عدم لزوم الخسارات الكثيرة مثل تمزيق الثوب وكسر الباب أو القفل أو الصندوق ونحو ذلك ، لان قاعدة نفى الضرر جعلت للامتنان ولا مورد لها فى هذا المقام .

هذا كله فى صورة علم من بيده العين بكونها للشخص الذى يدعيها ، وأما اذا كان جاهلا فان طالبه واقتنع بقوله ودفع المال فهو ، وان لم يصدقه جاز له أن ينتزعه منه قهراً فان عجز فلا مناص من الرفع الى الحاكم ، ولو استلزم الانتزاع ضرراً فقد يقال بالجواز لقوله ﷺ: «لى الواجد بالدين يحل عقوبته وعرضه» (١) وفيه تأمل ، لانه ظاهر فى العالم دون الجاهل (٢) .

ولو كان من بيده العين معذوراً عن دفعها الى صاحبها لحبس أو مرض فهل يجوز له ان يدخل الدار مثلا ليأخذ ماله ؟ لابد هنا من اذن الحاكم، لان المفروض عدم انكاره للحق وكونه قاصراً عن اعطائه، فيلزم ان يستاذن الحاكم ويدخل الدار مع اذنه ، ولو استلزم ضرراً يسيراً جاز كذلك .

وحيث يراجع الحاكم ويقيم البيّنة على دعواه ويثبت حقه فهل له المبادرة الى اخذ الحق قبل صدور حكم الحاكم؟ قيل نعم بناء على حجية البينة للمدّعى.

هذا كله فى العين ـ وقد ذكر المحقق حكم ما اذا كان الحق ديناً بقوله:

صور كون الحق ديناً :

« نعم لو كان الحق ديناً وكان الغريم مقراً باذلا لم يستقل المدعى بانتزاعه من دون الحاكم ، لان للغريم تخييراً فى جهات القضاء ، فلا يتعين الحق فى شىء من

(١) وسائل الشيعة ١٣ / ٩٠ .

(٢) أقول : على ان الاستدلال به يتوقف على اسقاط خصوصية «الدين» وهذا أيضاً لا يخلو عن تأمل .

دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه» .

أقول: ولو كان الحق الذى يدّعيه الشخص ديناً فلا يخلو الغريم عن حالات:

الاولى ـ أن يكون مقراً بالحق وباذلا له :

والحكم فى هذه الحالة عدم استقلال صاحب الحق بانتزاع حقه لان للغريم تخييراً فى جهات القضاء، فلا يتعين الحق الكلى الثابت فى ذمته من دون تعيينه قال فى الجواهر: بلا خلاف بل ولا اشكال.

هذا وقد أشكل على موضعين من عبارة المحقق هذه، أحدهما قوله: «من دون الحاكم» من جهة أن اذن الحاكم لا دخل له فى هذا الفرض مع أن المستفاد من العبارة جواز أخذه باذن الحاكم، والثانى قوله: «أو تعيين الحاكم مع امتناعه» من جهة أن المفروض كونه مقراً باذلا فما ذكره لا وجه له لانه خلاف الفرض. وقد أرجع صاحب الجواهر الضمير فى «امتناعه» الى التعيين فقال: «أى امتناع تعيينه لحبس او مرض أو نحوهما لان له الولاية العامة فى ذلك » قيل : ولابد أن يجعل المراد من الباذل حينئذ هو الباذل الشأنى والا فلا يستقيم ما ذكره. قلت: ولكنه خلاف الظاهر والاولى ما فى القواعد: «ان كان باذلا فليس للمدعى الاستيفاء بدون اذنه وان كان ممتنعاً فليس له بدون اذن الحاكم» .

الثانية ـ أن يكون مقراً ممتنعاً من البذل :

والحكم فى هذه الحالة كسابقتها، فلا يجوز التقاص الا باذن الحاكم لانه ولى الممتنع، سواء كان معذوراً أو بلا عذر، لان الحق الثابت فى ذمته كلى وتعيّنه لا يكون بدون اذن المدين أو وليه فى حال امتناعه ـ وان لم يستلزم التقاص ضرراً أو فتنة، بل لا يجوز التقاص خفية كذلك ، هذا بحسب مقتضى القواعد .

لكن مقتضى اطلاق بعض الادلة الاتية فى الصورة الثالثة هو الجواز .

الثالثة ـ أن يكون المدين جاحداً للحق :

و فى هذه الحالة خلاف بين الاصحاب ، قال المحقق قده : « و لو كان المدين جاحداً وللغريم بينة تثبت عند الحاكم و الوصول اليه ممكن ، ففى جواز الاخذ تردد أشبهه الجواز ، وهوالذى ذكره الشيخ فى الخلاف والمبسوط ، وعليه دلّ عموم الاذن فى الاقتصاص » .

فذهب المحقق قدس سره هنا ـ والاكثر كمافى المسالك وغيره ـ الى الجواز والثانى لا، وهو خيرة المحقق فى النافع . وقد اشارهنا الى دليل الجواز بقوله : « وعليه دل عموم الاذن فى الاقتصاص » من الايات و الروايات ، فمن الكتاب قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» (١) و قوله تعالى: « والحرمات قصاص » (٢) و قوله تعالى : « فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به » (٣) .

الا أن فى انعقاد اطلاق هذه الايات بحيث يمكن الاستناد اليه فى قبال القواعد تأملا .

ومن السنة أخبار :

١) ما عن ابن رزين قال : « قلت لابى الحسن موسى عليه السلام : انى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها و الدابة الفارهة فيأخذونها ، ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولاتزدعليه » (٤) .

وهوظاهر فى كون كلام الامام عليه السلام جواباً عن السؤال عن الحكم فى المسألة لا اذناً له فى الاخذ ، فيكون الحاصل جواز الاقتصاص من أموالهم الشخصية ، ويبقى الكلام فى أنه هل تتحقق حينئذ مبادلة قهرية بين المالين أويكون المال المأخوذ

---

(١) سورة البقرة : ١٩٤

(٢) سورة البقرة : ١٩٤

(٣) سورة النحل : ١٢٦

(٤) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠١ الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به والسندصحيح

مباحاً له التصرف فيه و ما أخذه عامل السلطان مغصوباً أو يكون بدل الحيلولة ؟ .

وأما الاخذ من بيت المال فى مقابل تصرفات عمال السلطان فلايجوز حتى ولو كانت تصرفاتهم بعنوان السلطنة والحكومة ، فيكون نظيرما اذا غصب المتولى لموقوفة مالا وصرفه فى شئونها فانه يضمن فى ماله الشخصى ولايؤخذ من أموال الموقوفة .

٢) ماعن أبى العباس البقباق : « ان شهاباً ما راه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التى أخذمنك فأبى شهاب .قال: فدخل شهاب على أبى عبدالله عليه السلام فذكرله ذلك. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف » (١) .

٣) ما عن أبى بكر قال : « قلت له : رجل لى عليه دراهم فجحدني وحلف عليها ، أيجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى ؟ قال : فقال نعم ولكن لهذا كلام . قلت و ماهو ؟ قال تقول : اللهم انى لاآخذه ظلماً و لاخيانة ، وانما اخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم ازدد عليه شيئاً » (٢) .

قال الشيخ الحر : « هذا محمول على من حلف من غير أن يستحلف » و فى الجواهر : « أوعند غير الحاكم أو نحو ذلك ، حتى لا ينافى غيره من النصوص ، ولاريب فى استحباب القول المزبوروان أطنب بعض الناس (٣) بدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الاجماع على خلافها » .

٤) ماعن جميل بن دراج قال : « سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أيأخذه و ان لم يعلم

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٢ . الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به والسند صحيح

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٣ عن الشيخ قده ـ و قد قال الشيخ بعده : الحسن ابن محبوب عن سيف بن عميرة عن أبى بكر الحضرمى عن أبى عبدالله عليه السلام نحوه التهذيب ٦ / ٣٤٨

(٣) نسبه فى المستند الى الصدوق فى الفقيه والشيخ فى التهذيب .

الجاحد بذلك ؟ قال : نعم » (١) .

٥)ماعن اسحاق بن ابراهيم: «ان موسى بن عبدالملك كتب «الى أبى جعفر عليه السلام يسأله عن الرجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه فى بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال فسأل هل يجوز لى أن اقبض مالى أو أرده عليه ؟ فكتب اقبض مالك مما فى يدك » (٢) .

لكن هذه الرواية مجملة ، لانه لما لم يمكنه صرف المال فى الوجه الذى أمره به فما هو وجه الاخذ من المال الذى كان له عليه؟ لانه ان كان المال موجوداً فتحصل بين المالين المعاوضة القهرية بلا موجب ، وان لم يكن موجوداً فلا ضمان مع عدم التفريط، ولعل الرواية كانت تشتمل على قرائن وخصوصيات لم تصل الينا ،والا فلم نجد فى الاخبار على مورد أذن فيه الامام عليه السلام بالتصرف فى مال الغير بلا دليل شرعى يقتضى جوازه .

فقد دلت هذه الاخبار باطلاقها على جواز الاخذ من مال المقر الممتنع والمدين الجاحد ، سواء تمكن من الاستيذان من الحاكم أولا ، وسواء كان ماله الذى بيد الغاصب عيناً موجودة أوغير موجودة .

ولو رفع الامر - مع ذلك - الى الحاكم ، فان كان عالماً بصدقه اذن له والا لم يجز له الاذن حتى مقيداً بكون المدعى عالماً كأن يقول له: قد اذنت لك فى الاخذ ان كنت عالماً بحقك ، بل لابد من اقامة البينة المثبتة لحقه عند الحاكم .

هذا و قد استدل للقول بعدم الجواز بأن التسلط على مال الغير على خلاف الاصل فيقتصر منه على موضع الضرورة وهى هنا منتفية ، ولان الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عنه الحاكم ويعين من ماله مايشاء ولاولاية لغيره . و أجاب فى

---

(١) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٥ فيه « على بن حديد » فعن الشيخ : ضعيف جداً ، و قد ضعفه غيره أيضاً .

(٢) وسائل الشيعة ١٢ / ٢٠٤ والظاهر اعتبار سنده ولكنه فى مورد الوديعة كما استدل به فى المستند .

المسالك بأن كون التسلط على مال الغير بغير اذنه خلاف الاصل مسلم لكن العدول عن الاصل لدليل جايز وهو هنا موجود .

وفي الجواهر : « بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع الى الحاكم».

قلت : ليس المورد من قبل الشك السببي والمسببي بان يكون الشك في جواز الاخذ مسبباً عن الشك في توقفه على اذن الحاكم حتى يكون جريان الاصل في السبب ـ بأن يقال الاصل عدم وجوب الرجوع الى الحاكم وعدم توقف الاخذ على اذنه مزيلا لموضوعه في المسبب فيجوز الاخذ ،بل انهنا علماً اجمالياً بجواز الاخذ اما بالاستقلال واما مع اذن الحاكم و انتفاء كل واحد منهما بالاصل يلازم ثبوت الاخر عقلا لاشرعاً .

وبناء على تحقق التعارض بين هذين الاصلين فانهما يتساقطان ويكون المرجع قاعدة نفي الضرر والضرار في الاسلام .

وكيف كان فان ماذهب اليه المشهور هو الاقوى ، لان النصوص الدالة على الجواز تخصص عمومات «لايحل مال امرىء» وبها ينقطع الاصل المزبور ، وان الاستدلال بـأن الممتنع من وفاء الدين يتولى القضاء عند الحاكم ويقوم مقامه كالاجتهاد في مقابلة تلك النصوص .

وهذا الخلاف هو في صورة وجود البينة والتمكن من الوصول الى الحاكم، قال المحقق :

« ولو لم تكن له بينة أو تعذر الوصول الى الحاكم ووجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستيفاء » قال في الجواهر : بلا خلاف فيه عندنا بل الاجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الادلة المزبورة وغيرها .

حكم الاقتصاص من الوديعة :

قال المحقق: «نعم لو كان المال وديعة عنده ففي جواز الاقتصاص تردّد أشبهه الكراهة ».

أقول: اختلف الاصحاب في جواز الاقتصاص من الوديعة، فذهب الشيخ في الاستبصار والمحقّق واكثر المتأخرين كما في المسالك والجواهر الى الجواز على كراهة، وذهب الشيخ في النهاية وجماعة الى التحريم، ومنشأ الخلاف هو اختلاف الروايات بظاهرها في هذه المسألة .

فممّا يدلّ على الجواز عموم الادلة السابقة في المسألة المتقدمة، وخصوص خبر أبي العباس البقباق: «انّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك الف درهم . قال ابو العباس فقلت له: خذها فكان الالف التي أخذ منك فأبى شهاب. قال: فدخل شهاب على ابى عبدالله عليه السلام فذكر ذلك له . فقال: أما أنا فأحبّ أن تأخذ وتحلف» (١) دلّ هذا الخبر على الجواز من غير كراهة.

(٢) وخبر على بن سليمان قال : « كتبت اليه : رجل غصب مالا أو جارية ثم وقع عنده مال لسبب وديعة أو قرض مثل خيانة أو غصب (مثل ما خانه أو غصبه) أيحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب : نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه، وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله » (٢) .

ومما احتج به القائل بالتحريم بعد عمومات النهي عن التصرف في مطلق الامانة، والدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه:

(١) ما عن سليمان بن خالد قال: «سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه «فآخذه» لمكان مالي الذي أخذه وأجحد وأحلف عليه كما صنع؟ قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه» (٣).

(٢) ما عن معاوية بن عمار عن ابى عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يكون

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/ ٢٠٢. صحيح.

(٢) وسائل الشيعة ١٢/ ٢٠٤. ضعيف بعلي بن سليمان فانه مجهول.

(٣) وسائل الشيعه ١٢/ ٢٠٤. صحيح.

لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى أن آخذ مالى عنده ؟ قال: لا، هذه الخيانة» (١).

(٣) ما عن ابن أخ الفضيل بن يسار قال: «كنت عند ابى عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم اليها ، فقالت لى : اسأله، فقلت: عماذا؟ فقالت : ان ابنى مات وترك مالا كان فى يدأخى فأتلفه. ثم افاد أخى مالا فأودعنيه، فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء فاخبرته بذلك فقال: لا . قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أد الامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك» (٢) .

قال فى المسالك : وفى هذا الحديث دلالة من ثلاثة مواضع ...

قلت: والوجه هو الجمع بين الطرفين بالحكم بالجواز على كراهة فيحمل خبر أبى العباس الظاهر فى عدم الكراهة على بعض الوجوه ، كأن يكون رجوعه الى الحاكم وحلفه عنده أحب الى الامام عليه السلام دفعاً لتوهم الخيانة ، أو أن يكون المراد أن أخذه يوجب فراغ ذمة الرجل وخلاصه من العقاب الاخروى من هذه الناحية وهذاالامر أحب اليه عليه السلام، ومن هنا كانت الفتوى بالنسبة الى من كان مديناً لشخص فمات الدائن وقد استقر عليه الحج أن لايسلم المال الى وارثه فى حال علمه بأنه لايستأجر من يحج عن الميت بل عليه أن يستأجر بذاك المال من يحج عنه.

ويحمل خبر ابن أخ الفضيل ايضاً الدال على المنع من وجوه على بعض الوجوه كما فى المسالك .

ومع امكان هذاالجمع الدلالى لاتصل النوبة الى الترجيح أو التساقط.

لو كان من غير جنس الموجود :

قال المحقق: «ولو كان المال من غير جنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل ويسقط اعتبار رضاالمالك بالطاطه كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس» .

---

(١) وسائل الشيعة ١٢/٢٠٥. وهو معتبر سنداً.

(٢) وسائل الشيعه ١٢/٢٠٢. وهو صحيح.

أقول: لاخلاف فى شيء من ذلك بيننا كما فى الجواهر، فالحكم فى متحد الجنس ومختلفه سواء، وهومقتضى اطلاق الادلةالسابقة وخصوص خبر ابن رزين فى الجاريةوالدابة الفارهة.وهذا فىصورة تلف المالالذىفى ذمة الغاصب واضح: واما معوجوده فالكلام فى أنه هل يكونالذىبيده ملكاًله بهذا التقاص بان تتحقق المبادلةالقهرية بين السالين ،او يكون ما يأخذهصاحب الحق بدل الحيلولة، بمعنى تجويزالشارع له اخذ مالالغاصب بدل حيلولته بينه وبين تصرفاته فى ملكه، نظير ما لو كسر شخص اناء انسان فانه يجب عليه دفع ثمنه ثم يكون هذا المكسر ملكاً لصاحب الاناء ، بمعنى ان المال الذى دفعه كان فى مقابل الاتلاف ولكن لايخرج المكسر عن ملك صاحب الاناء وتظهر الثمرة فى الصلاة فيه مثلا ؟

ولايبعد أن يكون الوجه الثانى هو الاظهر ان كان الامر نظير كسرالاناء دون ما اذا كان نظير القائه فى البحر مثلا حيث المالية غير منتفية .

جواز تولى بيع الوديعة :

قال المحقق : « ويجوز أن يتولى بيعها وقبض دينه من ثمنها دفعاً لمشقة التربص بها » .

أقول : انكان التربص واجباً رفع وجوبه بدليل نفى الحرج ، لكن له أن يتملكها ثمبيعها ولاحرج فىهذهالصورة ، نعمبناءاً على اعتبار المماثلة بينالوديعة والمال الذى فى ذمة الغاصب يتم ما ذكره . كما أن ما ذكره صاحب الجواهر من انه يجوزله بيع ثمنهاالى أن ينتهى الى ما يساوى حقه فى الجنس ثم يأخذه مقاصة لايمكن المساعدة عليه .

والعمدة هو اطلاق الادلة فان مقتضاه عدم اعتبار المماثلة مطلقاً ، أى سواء أمكن الاقتصار فى المقاصة على الاخذ من جنس حقه أو لم يمكن .

لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟

قال المحقق: «ولوتلفت قبل البيع، قال الشيخ : الاليق بمذهبناانه لايضمنها

والوجه الضمان لانه قبض لم يأذن فيه المالك ، ويتقاصان بقيمتها مع التلف» .

أقول : قد وقع الخلاف فى الضمان بالتلف قبل البيع للاقتصاص ، فان هذايريد حقه من المدين وذاك يريد ثمن ماله الذى تلف بيد هذا ، فان كان المثمن و الثمن متساويين من حيث القيمة فيقع التهاتر أو التقاص من الطرفين ، وان كان هذاأكثر فحقه باق بمقداره ، فاذالم يضمن كان له التقاص مرة اخرى وهل يضمن؟ قال الشيخ : لا . وقال المحقق : «الوجه الضمان» وجه الاول: انتسلطه على المال كان باذن من الشارع ، و حينئذ لاضمان مع كون اليد مأذونة ، ووجه الثانى : هو ان مجرد الاذن الشرعى لايقتضى عدم الضمان .

أقول : ان كان المستفاد من النصوص جوازالاقتصاص مع خلوها عن الاذن فى التصرفات الاخرى و حتى عن الامساك زماناً ثم التقاص ـ و المفروض انه لم يكن عنده وديعة ـ فالضمان متحقق بلا كلام ، وان تلف فى حال التقاص المأذون فيه فهذا محل الكلام .

قال فى الجواهر: انه لامنافاة بين اذن الشارع وبين الضمان بعد أن لم يكن فى شىء من النصوص الحكم بكونه قبض امانة فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها كما انه ليس فى شىء من الادلة الشرعيةعنوان للامانةالشرعية على وجه يكون المقام منها موضوعاً و حكماً ، اذليس الا الاذن فى القبض لاستيفاء حقه ، و هو اعم من الائتمان الذى لايستعقب الضمان كالالتقاط ونحوه ، وليس كل ماذن الشارع فى قبضه يكون أمانة خصوصاً القبض لمصلحة القابض التى هى استيفاء حقه منها ، بل ذلك من المالك لايقتضى الائتمان المزبور، وحينئذ فتبقى قاعدة ضمان مال المسلم المستفادة من عموم على اليد وغيره بحالها ، ويتقاصان بقيمتها مع التلف .

قلت : لكن الاستدلال بـالحديث يتوقف على عمومه للمقام ، لكن قاعدة اليدجعلت حكماً مغيّى بوجوب الاداء، وفيما نحن فيه يبنى الاخذ على عدم الرد ويريد التقاص ، بل ان هذه القاعدة منصرفة عن اليد غير العدوانية ، و اذا سقطت القاعدة ولادليل غيره فالاصل عدم الضمان .

ثم قال في الجواهر: « مضافاً الى ان القبض للمقاصة هو قبض ضمان لا قبض مجان ، بل هو أولى من قبض السوم » .

وفيه انه فرق بين الموردين، ففي قبض السوم أقدم القابض على القبض بانياً على دفع العوض، وقد اذن المالك بالقبض اذناً مقيداً بالعوض ، واذن الشارع في القبض هناك تابع لاذن المالك .

وفيما نحن فيه قد عرفت عدم شمول قاعدة اليد للمقام أو انصراف دليلها عنه، فبين المقامين فرق واضح .

وبناء على شمول القاعدة للمقام يقع البحث في أنه هل اذن الشارع ملازم لعدم الضمان أو الاذن اعم؟ أما مع الشك في ثبوت الضمان وعدمه فهل المرجع هو عموم على اليد أو يستصحب حكم المخصص وهو «ليس على الامين الا اليمين» ؟ .

لقد تقرر في محله ان الحق استصحاب حكم المخصص ، فيكون الحكم في المقام عدم الضمان مثل ما اذا قلنا بعدم شمول القاعدة من أول الامر .

وقال العراقي : «يمكن ان يقال بأن الشك فيه مسبب عن الشك في صيرورته ولياً على التصرف ، فأصالة عدمها حاكمة على الاصل المزبور بعد الجزم بأن ولايته السابقة على حفظه انعدمت، واستصحاب مطلق ولايته غير جار لانه من باب استصحاب الكلي من القسم الثالث » .

قلنا : هنا مطالب ، الاول :الولاية هنا ليست غير اذن الشارع في التصرف فانه بمجرد الاذن الشرعي يكون الامر موكولا اليه ولا نعني بالولاية الا ذلك .

الثاني : لو سلمنا ان الولاية أمر زائد على الاذن فان اختلاف الموجب للولاية لا يوجب الاختلاف والتعدد في الولاية نفسها ، فاذا كان لشخص ولاية في التصرف في المال من جهة الائتمان في اليوم الماضي ، و ثبت له الولاية اليوم من جهة التقاص لم يتحقق له فردان من الولاية .

و الثالث : ان عدم ثبوت الضمان بالتصرف امس كان من جهة اذن المالك واليوم من جهة اذن الشارع . فعدم ثبوته واحد ومع الشك يستصحب بلا مانع.

مسألتان

الاولى : من ادعى مالايد لاحد عليه قضى له

قال المحقق قدس سره : « من ادعى مالايد لاحد عليه قضى له »

اقول : هذه قاعدة كلية تنطبق على المصاديق المختلفة ، فمن ادعى مالايد لاحد عليه سواء كان درهماً أو ديناراً أو حيواناً أو كتاباً أوغير ذلك ، وسواء كان بين جماعة أو لا ، قضى له من غير بينة ويمين، كما يقبل قوله عند جميع العقلاء ، وللحاكم أن يعتمد على هذه السيرة فيجعلها طريقاً الى الواقع ومدركاً لحكمه ، اذ لايشترط فى حكم الحاكم أن يكون فى مورد المرافعة دائماً .

فالملاك عند العقلاء أن يدّعى المدعى الشيء الذى لايد لاحد عليه ولايكون معارض لهذا المدعى ، ولذا اضاف فى القواعد قيد عدم منازعة أحد له ، وهو ظاهر المسالك حيث قال بعد ذكر الرواية الاتية : « ولانه لامنازع له حتى يطلب منه البينة » .

والمراد من « اليد » فى قوله « مالايد لاحد عليه » هى اليد الفعلية ، بأن لايكون لاحد يد على الشيء حين الدعوى ، والمراد من « قضى له » أن يحكم الحاكم ان رجع اليه فى القضية بكون الشيء ملكاً للمدعى ، فكأنه يطبق فى تلك القضية الشخصية الفتوى الكلية بأن من ادعى شيئاً ولامعارض له فهوله، نظير مااذا أفتى فتوى كلية بكون الحبوة للولد الاكبر، ثم اذا سئل عن مالك هذا السيف الموجود

ضمن تركة هذا الميت وهو يعلم بأن زيداً هو الولد الاكبر حكم بكونه لزيد من جهة انه من الحبوة ، تطبيقاً لتلك الفتوى الكلية على هذه القضية الشخصية فيكون بحكم الحاكم بمنزلة ذى اليد .

وقد استظهر من المسالك أن المراد من « قضى له » عدم التعرض له وعدم منعه من التصرف فى العين ، وهو بعيد .

فالدليل على هذا الحكم هو السيرة العقلائية، وعلى طبقها حكم الامام عليه السلام فيمارواه منصور بن حازم فى قضية هى من مصاديق تلك القاعدة الكلية التى ذكرناها، ومن هنا قال المحقق قده :

« ومن بابه أن يكون كيس بين جماعة فيسألون هل هو لكم ؟ فيقولون : لا ويقول واحد : هو لى ، فانه يقضى به لمن ادعاه » .

أى : كما رواه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « قلت : عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم ، فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم : لا وقال واحد منهم : هو لى ، فلمن هو ؟ قال : للذى ادعاه »(١) .

ومن الاصحاب من استدل بهذه الرواية على الحكم فى المسألة ، قلت : ولو كان الدليل منحصراً بها يشكل التعدى عن موردها ، فلابد من الاخذ بالقدر المتيقن من مدلولها ، وأما اشكال المحقق الاردبيلى بعدم احراز كون « يونس » الراوى عن منصور « يونس بن عبدالرحمن الثقة » فقد أجاب عنه فى مفتاح الكرامة بأن الشيخ وان لم يذكر اسم أبيه فى التهذيب لكن المذكور فى النهاية : يونس ابن عبدالرحمن(٢) .

واستدل فى الجواهر للحكم المذكور بأصالة صحة قول المسلم وفعله بل كل

---

(١) وسائل الشيعة : ١٨ / ٢٠٠ الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم .

(٢) سند الخبر صحيح : وما ذكرناه عن مفتاح الكرامة هو صريح الشيخ الحر فى وسائل الشيعة ، وتجده فى النهاية : ٣٥٠ ط لبنان .

مدع ولامعارض له ، وأشكل عليه : « بأن من المحقق فى محله عدم قيام دليل على وجوب حمل قول المسلم على الصحة بمعنى الصدق ، فيكون الاصل فى قول المسلم الحجية الا ماخرج بالدليل بل ظاهر الادلة خلافه ، نعم الصحة بمعنى عدم اللغوية أو المشروعية قام الدليل على وجوب حمله عليها ، لكن الصحة بهذا المعنى لاربط لها بالمقام ولاتنفع المستدل أصلا كما لايخفى .

هذا مضافاً الى ماأفاده الاستاذ العلامة من أنه لو كان الاصل فى قول المسلم الحجية والصدق لكان وارداً على اليد أيضاً لو كان فى مقابله يد نظير البينة فلايحتاج الى اقامة البينة ، وهذا مما لايذهب اليه أحد »(١) .

أقول : ان المراد من أصالة حمل قول المسلم وفعله على الصحة هو حمل أفعاله المتعلقة بنفسه ، وسماع كلامه فى كل أمر يتعلق به على الصحة ، فلو ادعى كون الشيء له ـ ولم يكن له معارض ـ سمع قوله من جهة أنه أبصر بأموره وبمعرفة مايملكه وما يتعلق له به حق ويعود اليه من غيره ، وبهذا التقريب يندفع الاشكال المذكور ، والنقض بعدم سماع قوله بالنسبة الى مافى يد غيره غيروارد ، لوضوح أنها دعوى بالنسبة الى أمر راجع الى غيره ، وقد ذكرنا ان مجرى الاصل المزبور هو الامور المتعلقة بنفسه ، ومن هنا يقبل قوله اذا قال بالنسبة الى شيء فى يده : انه ليس لى ، وان كان له يد عليه ، وليس قبول قوله هذا من جهة كونه اقراراً .

وقد استظهر صاحب الجواهر من الخبر المذكور قبول دعوى المدعى ولو بعد قوله ليس لى ، قال : بل قد يقال بظهور الصحيح المزبور فى قبول دعوى المدعى ولوبعد قوله : ليس لى بناءاً على ارادة الحقيقة من قوله كلهم .

قال : ويمكن أن يكون على القواعد أيضاً لاصالة صحة قوليه معاً باحتمال التذكر وغيره لعدم المعارض .

قلت : ماذكره يتوقف على أن يكون القائل هو لى من جملة القائلين : لا

(١) كتاب القضاء للمحقق الاشتيانى .

وليس في الخبر ظهور في ذلك ، فلابد من الاخذ بالقدر المتيقن وهو أن لايكون منهم .

وقال ابن ادريس بعد الرواية : « فقه هذا الحديث صحيح ، وليس هذا مما أخذه بمجرد دعواه وانما لم يثبت صاحب سواه ، واليد على ضربين يد مشاهدة ويد حكمية فهذا يده عليه يد حكمية ، لان كل واحد منهم نفى يده عنه وبقى يد من ادعاه عليه حكمية ، ولو قال كل واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو متفرقاً هو لي لكان الحكم فيه غير ذلك ، وكذلك لو قبضه واحد من الجماعة ثم ادعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بيّنة ، لان اليد المشاهدة عليه لغير من ادعاه ، والخبر الوارد في الجماعة انهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لامن طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة ، ومن ادعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بينة ، ففقهه ماحررناه ، وأيضاً انما قال ادعاه من حيث اللغة ، لان الدعوى الشرعية من ادعى في يد غيره عيناً أو ديناً » .

وماذكره قدس سره مشكل جداً ، ولو كان هنا يد وكانت العين في الحقيقة للغير وقد تلفت بتلف سماوي لزم أن يكونوا ضامنين له ، وهذا لايقول به أحد .

الثانية : لوانكسرت سفينة في البحر فما هو حكم ماخرج منه ؟

قال المحقق قده : « لوانكسرت سفينة في البحر فماأخرجه البحر فهو لاهله وماأخرج بالغوص فهو لمخرجه ، وبه رواية في سندها ضعف » .

أقول : لقد نسب هذا الحكم الى الاشهر عند الاصحاب ، والاصل فيه رواية قال المحقق : في سندها ضعف ، قلت : عمل المشهور بها يجبر ضعف سندها ، والرواية هي خبر الشعيري . قال: «سألت الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ماغرق منها . فقال : أما ماأخرجه البحر فهو لاهله ، الله تعالى أخرجه لهم ، وأما ماأخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به» .

انما الكلام في حكم المسألة بحسب القواعد مع غض النظر عن الرواية

بناءاً علی انجبارها أو عدمه لعدم الموافقة علی الکبری أوعدم تحقق عمل المشهور علی طبقها ...

فقیل : ان الوقوع فی البحر فی حکم التلف والا فلیس الاخراج بالغوص من الامور الموجبة لانتقال الملك ، وحیث یکون فی حکم التلف خرج عن ملك مالکه ، فمن أخرجه ملکه کما تملك المباحات بالحیازة انتهی وهو مشکل جداً .

نعم هذا یتم فی صورة اعراض المالك بناءاً علی کون مجرد الاعراض مخرجاً عن الملك ، وقد استشکل فی الجواهر فی ذلك بأن زوال الملك یتوقف علی سبب شرعی کتوقف حصول الملك علیه ، لکن الظاهر أن العقلاء یعتبرون الاعراض مخرجاً، فمن أعرض عن شیء له خرج عن ملکه عندهم، ولان «الناس مسلطون علی اموالهم وأنفسهم» لکن الکلام فی الصغری ، فان کان الوقوع فی البحر مصداقاً للتلف الذی یزول معه اعتبار الملکیة أومقروناً بالاعراض المخرج عن الملکیة کان ماأخرجه الغائص ملکاً له .

وکیف کان فالحکم فی المسألة ماذکروه للخبر المذکور لانجبار ضعف سنده بعمل المشهور(۱) خلافاً للجواهر ، واحتمال ارادة کون الجمیع لاهله کما

---

(۱) أقول : هذا سند الخبر: محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی عن أبی عبدالله عن منصور بن العباس عن الحسن بن علی بن یقطین عن أمیة بن عمرو عن الشعیری وفیه ضعف من جهات ـ وانجبار ضعفه بالعمل ـ بناءاً علی القول به ـ یکون فیما اذا علم بأنه الذی استند الیه الاصحاب وافتوا علی طبقه . لکن فی المقام خبر آخر وهو : « محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبدالله (ع) فی حدیث عن أمیر المؤمنین (ع) قال : واذا غرقت السفینة ومافیها فأصابه الناس ، فما قذف به البحر علی ساحله فهو لاهله وهم أحق به وماغاص علیه الناس وترکه صاحبه فهو لهم » وسائل الشیعة ۳۶۱/۱۷ الباب ۱۱ من أبواب اللقطة ، وهو فی الکافی ۲۴۲/۵ ، وسنده معتبر علی ماتقدم منا فی بعض تعلیقات الکتاب .

والخبر الاول وان ذکره الشیخ فی النهایة ـ وبعض الفقهاء فی الکتب الفقهیة ـ غیر مذکور فی التهذیب علی ماذکر مصحح الوسائل حیث قال «ماوجدت غیر الحدیث الذی ـ

في الجواهر وعن بعضهم الجزم به خلاف الظاهر انصافاً .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

← رواه الكليني في ج٥ ص٢٤٢ . ورواه الشيخ في التهذيب سنداً ومتناً » انظر : التهذيب ٢١٩/٧ .

وفي هذا الخبر الثاني زيادة على الاول، وهي جملة : «وتركه صاحبه» وفيها اشارة الى قضية أن الاعراض مخرج عن الملك ، ومن هنا يتم حمل الحكم في الاول على هذه القاعدة ولا حاجة الى الحمل على اليأس كما في السرائر، وبهذا يظهر ما في كلام المحقق الرشتي من منع كون الاعراض سبباً لخروج المال عن ملك المعرض حتى يتملكه القابض بالحيازة قائلا : « اذ لا دليل على ذلك »، كما يظهر بذلك كون المقام صغرى للقاعدة بلا كلام .

الكلام فى :

الاختلاف فى دعوى الاملاك

وفيه مسائل :

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(المسألة الاولى):

وفيها صور:

الصورة الاولى: لو تنازعا عيناً في يدهما ولابينة

قال المحقق: «لو تنازعا عيناً في يدهما ولابينة قضي بينهما نصفين وقيل: يحلف كل منهما لصاحبه».

أقول: لو تنازعا عيناً ولابيّنة لاحدهما، فتارة تكون العين في يدهما معاً، وأخرى تكون في يد أحدهما خاصة، وثالثة تكون في يد ثالث.

ففي الصورة الاولى لاخلاف في أنه يقضى بينهما نصفين، بأن تكون نصف العين لهذا ونصفها الاخر لذاك، الا أن الخلاف في توقف ذلك الحكم على أن يحلف كل من المدعيين لصاحبه وعدمه، فظاهر المحقق قدس سره هنا وجماعة الثاني، واختار في النافع ـ كما قيل ـ الاول وعليه جماعة بل قيل انه المشهور، وتظهر الثمرة في صورة نكول أحدهما بناءاً على التوقف، فانه يحكم بكون كلها للاخر.

واستدل للقول الاول بأن هذه الصورة من مصاديق قولهم عليهم السلام: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»(١) وقوله صلى الله عليه وآله: «انما أقضي بينكم بالبينات والايمان»(٢) بتقريب أن كل واحد من المدعيين قد وقعت يده في الحقيقة

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ١٧٠

(٢) وسائل الشيعة ١٨/ ١٦٩

على نصف العين المتنازع فيها ، لان يده على النصف الاخر معارضة بيد الاخر ، فيكون كل واحد منهما ذا يد على نصف العين ومالكاً له بمقتضى يده ومدعياً لملكية النصف الاخر الذى هو فى يد صاحبه ، والاخر ينكر دعواه ، فكل منهما مدع ومدعى عليه ، وحيث انه لابينة لاحدالطرفين وجب على كليهما اليمين باعتبار أنهما منكران ، فاذا حلفا حكم بالتنيصف .

واستدل للثانى بأن كل واحدمنهما يدعى ملكية كل العين ولاريب فى مخالفة دعوى أحدهما للواقع، وحينئذ فلاكاشفية ليدأحدهما بالنسبة الى ملكية الكل لوجود المعارض ، بل يتساقطان فلامدعى ولامدعى عليه ، ويكون الحكم هوالتنصيف ، وقد ادعى عليه الاجماع، وهو ظاهر المرسل المنجبر ضعفه بما ذكر ، حيث روى « انرجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بيّنة ، فجعلها النبى ﷺ بينهما » (١) فيكون المورد نظير العين التى يدعيها اثنان ولايد لاحدهما عليها ، فالحكم هو التنصيف لاالقرعة، للنص والاجماع، وليس مورداً للحلف .

ويحتمل هنا الحكم بالتحالف بأن يحلف كل واحد على مايدعيه ونفى مايدعيه الاخر ، ثم يقع البحث فى كيفية الحلف .

ولوفرض أن كل واحد جاء ببيّنة على مايدعيه ، فان البينتين تتعارضان ، فانحلف أحدهما طبق بيّنته حكم له، وانلم يحلفا أوحلف كلاهما حكم بالتنصيف .

وربما يجمع بين القولين الاولين فى المسألة بأن القول بالحلف هو فى صورة مطالبة الخصم ، والقول بعدم لزومه هو فى صورة عدمها . وهذا الجمع يخالف ظاهر كلمات القوم .

وصاحب الجواهر ينكر شمول قاعدة « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » لهذه الصورة بتقريبين :

ففى الاول بسقوط اليد بالمعارضة فلامدعى عليه فيحكم بالتنصيف عملا

---

(١) سنن البيهقى ١٠/٢٥٥

بالنص أومن جهة انه طريق عقلائى ، اذ متى لم يمكن العمل بمقتضى كلا اليدين معاً فيحكم العقلاء بذلك .

وفى الثانى انه لامدعى فى هذا المقام ، من جهة ان كليهما له يد فكل منهما مدعى عليه ، ولذا لو ادعى ثالث هذه العين طالباه بالبينة على مايدعيه، ثم قال : اللهم الا انيقال انااليمين هنا لترجيح أحدالسببين كالترجيح بها لاحدى البينتين ... قلت : ولكن لادليل على كون اليمين مرجحة فيما نحن فيه .

قال : أويقال: ان لكل منهما احلاف صاحبه ، بمعنى انالتحالف أمرراجع اليهما لايجبر الحاكم عليه ولايتوقف عليه القضاء بالنصف ، بل كل منهما ميزان القضاء . وكأن هذا هو الذى فهمه الاصبهانى فى كشفه عن المصنف فى النافع .

ثم ان صاحب الجواهر تنظّر فيما ذكره كاشف اللثام .

وحاصل كلام الجواهر هو اختيار القول الاول ، لكن الانصاف أن القول الثانى عن بعيد من جهة أن العرف يرون لكل واحد منهما يداً على النصف فتحقق صغرى قاعدة « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

أما حق الدعوى ففى سقوطه باسقاط صاحبه تأمل، وعلى فرضه فانه لايحكم الحاكم بكون مورد الدعوى للمدعى عليه .

وحيث رضى المدعى بيمين صاحبه وحلف فقد ذهبت اليمين بحقه ، وعلى هذا يمكن حمل القول الثانى ، أى انه مع رضا الخصم بيمين خصمه فلا تداعى بينهما حتى يحلف كلاهما ، بل ان حلف الخصم أخذ الكل فلاتنصيف ، فالقول بالحلف هو فى صورة تحقق التداعى بينهما ، لكن يبقى الكلام فى كفاية الرضا باليمين هنا مع أنالمورد ليس مورداً حقيقياً لقاعدة المدعى والمنكر ، الا أنيقال بعموم نصوص « ذهبت اليمين بحقه » لهذا المورد .

ولولم يكن بينهما تداع وقد ماتا والعين فى أيديهما فهىعلى النصف بينهما لعدم التداعى ، وعلى تقديره من الورثة ، فان حلف أحدهما دون الاخر برضاه

أخذ العين كلها وان تداعيا فالقولان .

وان ادعى أحد الشريكين فى تركة على الاخر العلم باستحقاق جميع تلك العين بهبة المورث مثلا فهنا يحلف الاخر على نفى العلم ، ولو ادعى الاخر هذه الدعوى كذلك وقع التداعى فيحلفان على نفى العلم .

وعلى القول الثانى فمن الذى يحلف أولا ؟ المتجه وفاقاً للجواهر تقديم الاسبق منهما ، ومع الاقتران قال : يقدم من كان على يمين صاحبه . ويحتمل القرعة أوجعل الامر بيد الحاكم نفسه .

الصورة الثانية : لو كانت يد أحدهما عليها

قال المحقق قدس سره : « ولو كانت يد أحدهما عليها قضى بها للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم » .

أقول : والصورة الثانية أن تكون يد أحد المتنازعين على العين ، وهذه الصورة هى المصداق المتيقن لادلة : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فصاحب اليد هو المدعى عليه والاخر المدعى ، والمفروض عدم البينة ، فيحلّف من هى بيده ، فان حلف قضى بكونها له ، وان نكل عن اليمين فالقولان من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين .

الصورة الثالثة : لو كانت يدهما خارجة وفيها صور :

قال : « ولو كانت يدهما خارجة ، فان صدّق من هى فى يده أحدهما أحلف وقضى له » .

١ ـ ان يصدق من هى بيده أحدهما

أقول : والصورة الثالثة أن تكون العين فى يد ثالث ويدهما معاً خارجة عنها ، فهنا صور ذكر المحقق الاولى بقوله : « فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف وقضى له » ووجه ذلك : أن العين تكون باقرار الثالث ملكاً لزيد مثلا ، فيكون

زید صاحب الید علی العیـن والمدعی علیه وعمرو الاخر المدعی ، وحیث أنه لابیّنة فی المقام فانه یحلف زید ویقضی له ، کذی الید فی قیام الشاهد الواحد فعلا علی ملکه .

لکن هنا بحث من جهة أن ذا الید فی هذه الصورة هو الثالث ، وقدکانت العین فی یـده من أول الامر ، فان صدق زیداً فی دعواه کون العیـن له فان القدر المسلّم به من تأثیر هذا الاقرار خروج العین عن ملك الثالث لان «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز » وأما حجیة هذا الاقرار فیما زاد عن ذلك وهو کون العین لزید المقر له فانها مبنیة علی القول بحجیة الاقرار بالنسبة الی الغیر ، وهذا أمر مختلف فیه کما تقدم فی محله ، فانه بناءاً علی القول بعدم ترتب الاثر علی الاقرار بالنسبة الی الغیر تخرج العین هنا عن ملك الثالث ولایکون زید ذا ید علیها حتی لوسلمها الثالث الیه بعد الدعوی ، بل تکون عیناً لایـد لاحـد علیها وتجری حینئذ أحکام تلك الصورة .

وبالجملة فقول الاکثر بکون زید المقر له ذا ید یتوقف علی أن یکون اقرار الثالث حجة شرعیة بالنسبة الی زید فیکون ذا ید علی العین ومدعی علیه ، والا فلادلیل علی ذلك ، نعم ذکر فی المستند دلیلین :

أحدهما : بناء العقلاء علی جعل زید فی مفروض المسألة ذا الید علی العین ویعاملونه معاملة المالك للمال ، وهذا نص کلامه : « ویدل علی کونه للمصدق له : انه حینئذ یکون ذا الید ، فان ظاهر العرف أن من أسباب صدق الید کون الشیء تحت تصرف من ثبت انه مباشرة کالوکیل والامین والمستودع والمستأجر والمستعیر ، أو أقر بذلك...»

والثانی : الروایات حیث قال: « ویدل علیه أیضاً أنه أقر الثالث بکونه له ، ومن أقر شیئاً فی یده لاحد فهو له . . . للمستفیضة الدالة علی من أقر بعین لاحد فهو له : کمرسلة جمیل : فی رجل أقر انه غصب رجلا علی جاریته وقد ولدت

الجارية من الغاصب ، قال : ترد الجارية وولدها على المغصوب اذا أقر بذلك أو كانت له بينة » ... وصحيحة سعد بن سعد : «عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار ، فقال : ان هذا المال لفلان ابن فلان ليس له فيه قليل ولا كثير ، فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذى جعله له مامرّ ولا يدرى صاحبه ماالذى حمله على ذلك ، كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء » ومثلها صحيحة اسماعيل الاحوص ...

وصحيحة أبى بصير «عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، فأوصى ان هذا الذى ترك لاهل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً ، أى لم يكن متهماً» . ويؤيده أيضاً رواية المهدى : «ان أخى مات فتزوجت امرأته ، فجاء عمى وادعى انه تزوجها سراً ، فسألتها عن ذلك ، فأنكرت أشد الانكار وقالت : ما كان بينى وبينه شىء قط . فقال : يلزمك اقرارها ويلزمه انكارها»(١) .

ثم ان الحكم لزيد المقر له يتوقف على يمينه ، أما الثالث فلايمين عليه وان كان ظاهر عبارة القواعد وجوبها عليه حيث قال : « ولو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعداليمين منهما » . نعم يتوجه عليه اليمين ان طالب عمرو بها ، وهل يحلف على نفى العلم بكونها له أوعلى البت ؟ قال جماعة بالاول ، وفى الجواهر: الظاهر توجه اليمين عليه على البت لانه مدعى عليه . قلت : ومنشأ الخلاف هو الاختلاف فيمن هو المدعى عليه فى هذه الصورة . وقد أشرنا الى ذلك .

وكيف كان فان نكل زيد حكم بكونها لعمرو اما بمجرد النكول واما مع اليمين المردودة على القولين ، وان نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف .

ثم ان لعمرو أن يدعى على الثالث دعوى جديدة بعنوان كونه السبب فى تلف ماله بتصديقه دعوى زيد دونه، ثم حكم الحاكم بكون العين لزيد على أثر تصديقه له ، فيكون الثالث حينئذ مدعى عليه وعليه اليمين ، فان نكل عنها لزمه الغرم اما

(١) المستند ٢/ ٥٨٠

بمجرده واما بعد اليمين المردودة ، والوجه فی صحة هذه الدعوى على الثالث كونه السبب فی تلف المال من عمرو ـ وان كان تملك زيد له بحكم الحاكم ـ لان السبب أقوى من المباشر، وقد يستدل لذلك بعموم التعليل الوارد فی خبر عمر بن حنظلة : « فی رجل قال لاخر : اخطب لی فلانة فما فعلت من شیء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شیء فذلك رضی لی وهو لازم لی ولم يشهد على ذلك . فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه ، فلما رجع اليه أنكر له ذلك كله . قال : يغرم لها نصف الصداق عنه ، وذلك انه هو الذی ضيّع حقها . الحديث »(١) .

وكيفما كان معنى الرواية ، فان محل الاستدلال قوله عليه السلام : « وذلك انه هو الذی ضيّع حقها» فان هذا التعليل يشمل مانحن فيه ، وحيث ان دعوى عمرو على الثالث هی بعنوان كونه المضيّع لحقه ، فانه يلزم الثالث الغرم .

وهل الغرم بمقدار ثمن العين أو نصف ثمنه ؟ الظاهر هو الاول ، فيكون نظير ماإذا أقر بكون العين لزيد فدفعها اليه بحكم الحاكم ثم اقر بكونها لعمرو فانه يلزم بدفع ثمن العين كله .

ولو أراد الثالث أن يحلف فهل يحلف على البت أو على نفی العلم بكون العين ملكاً لعمرو المدعی ؟ قيل بالاول ، وأشكل عليه بأن الدعوى قد انصرفت عنه باقراره وحكم الحاكم ، فلو أراد الحلف على البت كان فی مال الغير ، بل عليه أن يحلف على نفی العلم بكونها له .

أقول : انه بناءاً على ماذكرنا فی كيفية طرح دعوى عمرو على الثالث يتعين اليمين على البت ، لان الاتلاف فعل نفسه .

على أن الاتلاف لايدور مدار العلم ، فمن اتلف مال غيره ضمن سواء كان عالماً أو جاهلا أو ناسياً ، اذ الموضوع للضمان هو الاتلاف وهو هنا متحقق حسب

(١) أنظر المستند ٢/٥٨١

دعوى المدعى .

هذا وفي القواعد : «ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» ومرجع الضمير في «منهما» هو المصدّق أي الثالث والمصدق المقر له ، وأشكل عليه في الجواهر بأنه لا أثر ليمين الثالث في حكم الحاكم بكون العين للمصدق، قال : ويمكن تعلق « منهما » بقوله : يصدقه » ، فيكون المراد بعد اليمين من المقر له ، وحينئذ تكون كعبارة المصنف ، لكنه خلاف الظاهر .

٢ ـ ان يصدق من هي بيده كليهما

والصورة الثانية أن يصدق كليهما قال المحقق « وان قال: هي لهما قضي بها بينهما نصفين، وأحلف كل منهما لصاحبه » .

أقول : في هذه الصورة تخرج العين من يد الثالث ، وتكون كالصورة التي هي في يد المتنازعين، فيحكم بالتنصيف مع التحالف أو بدونه على القولين .

وحينئذ يجوز لكل منهما الرجوع على الثالث فيدعي عليه تضييع نصف المال عليه ، فان حلف ـ بناً على نفي العلم على القولين ـ فهو والا وجب عليه دفع ثمن النصف لكل واحد منهما .

ويترتب على القول بالتحالف انه ان حلفا فالتنصيف وان نكلا فكذلك ، وان حلف احدهما دون الاخر كانت العين كلها للحالف ، وكان للناكل منهما الرجوع على الثالث ، فان حلف فهو والا وجب عليه الغرم وهو النصف ، لان المفروض انه قد ضيّع عليه النصف باقراره بكون العين لهما معاً .

٣ ـ أن يكذب من هي بيده كليهما

والصورة الثالثة : أن يكذب كليهما فيقول ليست لكما قال المحقق قده « ولو دفعهما أقرت في يده » .

أقول : ان كذب الثالث كليهما كانا مدعيين وهو المدعى عليه ، وحيث لا بينة لهما يجب على الثالث اليمين على نفي كون العين لهما ، وهل يشترط تعيين

المالك أويكفى انكار كونها لهما ؟ قالوا بالثانى ، فاذا حلف أقرت العين فى يده وارتفع النزاع .

وعن المحقق الاردبيلى انه يحلف على نفى العلم بكونها لهما لاعلى البت، ولعل الوجه فيما ذكره هو : أن اليمين على نفى كونها لهما يمين فى ملك غير الحالف ولافائدة لليمين فى ملك الغير سواء كان نفياً أواثباتاً ، ووجه ما ذكره القوم من كون اليمين على البت هو: انه يكفى لتوجه اليمين اليه كون مورد اليمين فى يده ،فيقولان له : ان الذى فى يدك لنا ، فيحلف على نفى كونه لهما .

وكيف كان فاذا حلف سقطت دعواهما ، وان نكل ، فان كان نكوله بالنسبة الى كليهما معاً كانت العين كالعين التى هى فى يد المتنازعين فيتحالفان على القول المشهور ويحكم بالتنصيف ، وعلى قول المحقق قدس سره يحكم به من دون تحالف ، وان نكل عن اليمين لاحدهما دفعت العين للذى حلف له بناء على كفاية النكول ، وبعد الرد واليمين على القول الاخر ، ولايغرم الثالث النصف الاخر ، لبطلان قوله «ليست لكما » بنكوله . ثم للاخران يدعى على ذى اليد فتكون صغرى «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فان نكل المدعى عليه ،عن اليمين فالقولان .

٣ ـ ان يقر من هى بيده لاحدهما غير المعين .

والصورة الرابعة : ان يقر بكون العين لاحدهما لاعلى التعيين . وفى هذه الصورة تكون العين كالعين التى هى تحت يدهما ، فيحكم بالتنصيف على ماتقدم فى تلك الصورة، لكن عن القواعد : « قرع بينهما ، لتساويهما فى الدعوى وعدم البينة» وعن التحرير : « فمن خرجت باسمه حلف وكانت له ، فان نكل حلف الاخر ، وان نكلا قسمت بينهما » وعن التذكرة التحالف ، فان حلفا أونكلا كانت بينهما، والا فللحالف .

وفى المستند : « قيل : يحتمل القرعة ، فيحلف من خرجت له ، فان نكل حلف الاخر ، وان نكلا قسمت بينهما . ويحتمل القضاء بينهما نصفين ابتداءاً بعد

حلفهما أونكولهما كما لو كانت بيدهما .

أقول : بل الاوجه الثانى لرواية السكونى : قال أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل أقر عند موته لفلان وفلان لاحدهما عندى ألف درهم ثم مات على تلك . فقال : أيهما أقام البينة فله المال ، فان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان .

لكن الظاهر من الرواية التنصيف بدون الاحلاف ، بل هو مقتضى اطلاقها فالقول به كما فيما اذا كان فى أيديهما معاً أوجه .

وحكم الفاضل فى القواعد بالقرعة بينهما من غير ذكر حلف . كان حسناً لولا الرواية المذكورة » .

أقول : قد عرفت وجه القول بالتنصيف .

وأما القول بالقرعة فوجهه ماذكره العلامة فى القواعد اذ مع تساويهما فى الامرين يكون صاحب المال أو ذو اليد مجهولا لتردده بين الشخصين ، والامر المجهول يعرف بالقرعة .

فقيل : يحلفان مع ذلك لانه بالقرعة يعيّن ذو اليد ، فيكون المدعى عليه ويكون الاخر المدعى، فان لم يحلف المدعى عليه وردت اليمين على المدعى لزمته .

وقيل بعدم لزوم اليمين مع القرعة ، لانها قد عينت صاحب المال فلا حاجة الى اليمين حينئذ .

لكن الصحيح عدم الحاجة الى القرعة مطلقاً بعد وضوح الحكم بظهور الادلة فى التنصيف .

٥ـ أن يقول من هى بيده ليست لى ولاادرى لمن

والصورة الخامسة : أن يقول الثالث : ليست العين لى ولكن لاأدرى لمن هى . أويقول : لاأدرى أنها لى أو لهما أولغيرهما .

والحكم فى هذه الصورة هوالحكم فى العين التى لايد لاحد عليها ـ وان كان بين القولين المذكورين فرق من جهة سنذكره ـ وقد ادعاها اثنان ،

وقد ذكر في العروة فيها وجوهاً :

الاول : اجراء حكم المدعى والمنكر، لكون كل منهما مدعياً ومنكراً، فمع حلفهما أونكولهما تقسم بينهما ، ومع حلف أحدهما ونكول الاخر تكون للحالف لقوله ﷺ : البينة للمدعى ...الخ . ولرواية اسحاق بن عمار وفيها : «فلولم يكن في يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ قال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف» (١) .

قال السيد رحمه الله : « وفيه منع صدق المدعى والمنكر ، بل كل منهما مدع فيكون من التداعي . واما الرواية فمختصة بصورة البينة فلاتشمل المقام »

والثاني : التحالف للتداعي ، فاذا حلفا قضي بالتنصيف بينهما .

والثالث : القرعة من جهة أنه أمر مجهول والقرعة لكل أمر مجهول .

والمختار هو الوجه الثاني تبعاً للسيد في العروة ، وقد نسب الاول ـ تبعاً للمستند ـ الى المحقق الاردبيلي، لكن كلامه يفيد اختياره للوجه الثاني لاالاول ، ويشهد بذلك عدم ظهور رواية اسحاق فيمانسب اليه. أما الثالث فقد اختاره المحقق النراقي فقال رداً على القول الاول : « الحلف أمر شرعي يتوقف على التوقيف ولاأرى دليلاعلى حلفهما هنا والحكم بنكولهما أونكول الناكل. والرواية مخصوصة بصورة اقامتهما البينة ، والتعدي يحتاج الى الدليل .

والقرعة لكل أمر مجهول فالرجوع اليها أظهر، كما حكم به علي عليه السلام في روايتي أبي بصير وابن عمار [الاولى] : بعث رسول الله ﷺ علياً عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ماورد عليك ، قال : يارسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها جميعاً في طهر واحد، فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم. الحديث(٢) .[والاخرى]:

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٨٢

(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٨٨

اذا وطىء رجلان أو ثلاثة جارية فى طهر واحد فولدت ، فادعوه جميعاً ، أقرع الوالى بينهم ، فمن قرع كان الولد له ، يردّ قيمة الولد على صاحب الجارية - الحديث(١) .

وعمل بها الاصحاب طراً فى مورده من غير احلاف »

وأجاب السيد فى العروة عن الاستدلال المذكور بأنه : «لاواقع مجهول فى المقام حتى يعيّن بالقرعة ، لعدم كون العين فى يدهما واحتمال كونها لثالث غيرهما . والروايتان مخصوصتان بموردهما » .

قلت : كأن النراقى يريدالغاء خصوصية «الولد» المتنازع فيه الذى لايمكن القضاء بتنصيفه ، ولاطريق الى معرفة من هوله لابااليمين ولابالبينة ، حتى يتمكن من التعدى منه الى المال. لكن الانصاف أن الغاء هذه الخصوصية فى الروايتين أصعب من الغاء الخصوصية فى رواية اسحاق .

وبما ذكرنا يظهر عدم قابلية الروايتين للمعارضة مع عمومات البينة على المدعى واليمين على المنكر، وجعل مدلول العمومات : ان كل بينة على المدعى وكل يمين على المنكر، لاان كل مدع ومنكر عليه البينة واليمين يخالف ظاهر تلك الأخبار، ولوتم ذلك لسقطت عن الاستدلال حتى فى موارد وجود المدعى والمدعى عليه ، ومن هنا لم يوافق عليه النراقى نفسه .

فالحاصل : ان الذى يدعى كون الشىء ملكاً له فى مقابل دعوى غيره لذلك أيضاً يصدق عليه «المنكر» عرفاً فتشمله العمومات كالرواية الواردة فى قضية فدك ، ورواية ابن أبى يعفور(٢) وغيرهما .

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٩٠

(٢) عن أبى عبدالله (ع) فى حديث فدك : ان أمير المؤمنين (ع) قال لابى بكر : أتحكم فينا بخلاف حكم الله فى المسلمين ؟ قال : لا . قال : فان كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال : اياك كنت أسأل البينة على ماتدعيه ←

اذن یوجد عندنا دلیل علی الحلف فی المورد ، وأن دعوی التعارض الذی ذکرها رحمه الله فی غیر محلها .

فتلخص ان الصحیح هو الوجه الثانی .

ثم هل الرجوع الی القرعة یختص بمورد الاموال فقط أویمکن تعیین الحجة الشرعیة بها کذلك؟ لاریب فی ترجیح احدی الروایتین علی الاخری بالقرعة ،وفی بعض الاخبار یتعیّن ذو الید فی بعض الموارد عند التردد بین شخصین ، فللقائل بالقرعة فی مسألتنا أن یقول بحلف ذی الید للمدعی ، فلایرد اشکال الجواهر .

وأماالفرق بین قول الثالث : «لیست لی ولاأدری انها لمن» وقوله: «لاأدری انها لی أولهما أولغیرهما » فهو : أنه فی الاول ینفی کون العین له فیخرج باقراره عن أطراف الشبهة ، بخلاف الثانی ، ولذا احتمل فی الثانی القضاء بکون العین له لکون یده علیها وأن جهله لاینفی ملکیته للعین ، وحینئذ یمکن احلافه علی نفی العلم ، فان حلف أبقیت العین فی یده ، وان نکل أخذت منه وسلمت الی المدعیین ویقضی بینهما بأحد الوجوه المذکورة .

← علی المسلمین . قال: فاذا کان فی یدی شیء فادعی فیه المسلمون تسألنی البینة علی مافی یدی وقد ملکته فی حیاة رسول الله (ص) وبعده ولم تسأل المؤمنین البینة علی ماادعوا علی کماسألتنی البینة علی ماادعیت علیهم ـ الی أن قال ـ وقد قال رسول الله (ص) : «البینة علی من ادعی والیمین علی من أنکر » وسائل الشیعة ۲۱۵/۱۸

وعن ابن ابی یعفور عن أبی عبدالله (ع) قال: اذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه ان لاحق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلادعوی له. قلت له: وان کانت علیه بینة عادلة ؟ قال : نعم وان أقام بعد ماستحلفه بالله خمسین قسامة ماکان له . وکانت الیمین قد أبطلت کل ماادعاه قبله مما قد استحلفه علیه » ۱۷۸/۱۸

المسالة الثانية

(فى تعارض البينات)

قال المحقق قدس سره : « يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد ، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد ، و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمر و أو يشهدا انه باع ثوباً مخصوصاً لعمر وغدوة ، ويشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت ، ومهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق » .

أقول : كان موضوع البحث فى المسألة الاولى تنازع الشخصين فى ملكية عين خارجية ولا بينة لاحدهما على دعواه ، وقد تقدمت صورها وأحكامها .

وموضوع هذه المسألة حصول التنازع بين الشخصين فى ملكية العين مع فرض وجود البينة ، فان كان لاحدهما بينة دون الآخر وكانت بينة جامعة للشرائط قضى له بها ولاتصل النوبة الى احلاف الآخر كما هو واضح ، وان كان لكل منهما بينة فهنا صور ...

متى يحصل التعارض؟

وقد ذكر المحقق قبل بيان الصور وأحكامها كيفية تحقق التعارض فى الشهادة والمراد منه، بأن ذلك يتحقق «مع تحقق التضاد» بين البينتين بان لايمكن التوفيق بينهما بنحو من الانحاء ، « مثل أن يشهد شاهدان بحقّ لزيد و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو ، أو يشهدا انه باع ثوباً مخصوصاً لعمرو غدوة ، و يشهد

آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت » بخلاف ما اذا لم يكن كذلك . كما اذا شهد شاهدان بملك أحدهما للثوب أمس ويشهد آخران بملك الآخر له اليوم ، فانه حينئذ يعمل بالبينة الثانية لامكان صدقهما معاً .

وقد يتحقق التكاذب بين البينتين ، وهو تارة يكون بتكذيب احدى البينتين للاخرى مع غض النظر عن الواقع مطلقاً ، كأن تشهد هذه بأن زيداً أوصى قبل وفاته بكذا وانهما كانا حاضرين عنده حينذاك ، فيقول الآخران بأنهما لم يكونا عند زيد فى الزمان المذكور ، فهما يكذبانهامن غير تعرض منهما لواقع القضية وانه هل أوصى زيد بكذا أولا .

وأخرى يكون التكذيب بالنسبة الى الواقع فيقولان : لم يوص زيد بكذا وأن ماشهدت به البينة الاولى مخالف للواقع ، الاانهماقدلايكذبان تلك البينة لاحتمال اشتباههما وعدم تعمدهما للكذب .

هذا وقد وقع البحث بين الاصحاب فى الفرق بين التعارض و التكاذب موضوعاً و حكماً ، فعن العلامة فى محكى القواعد التصريح بكون التكاذب غير التعارض و الجزم بكون الحكم فيه هو التساقط مطلقاً بخلاف التعارض ، و عن الشيخ اجراء حكم التعارض عليه ان كان من قبيل الصورة الثانية. والاول اولى .

صور تعارض البينات .

وحيث يتحقق التعارض بين البينتين على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى ففى المسألة صور :

أحدها : أن تكون العين فى يد المتنازعين كليهما ، وقد ذكر المحقق قدس سره حكم هذه الصورة ودليله بقوله :

الصورة الاولى : كون العين بيد المتداعيين :

« يقضى بينهما نصفين ، لان يد كل واحد على النصف ، وقد أقام الآخر بينة

فيقضى له بما فى يدغريمه » .

فالحكم فى هذه الصورة هو جعل العين بينهما نصفين (نظيرصورة النزاع حول العين مع عدم البينة و اليد لأحدهما عليها) بلا اشكال كما فى المسالك ، وفى الجواهر بلاخلاف أجده بين من تأخرعن القديمين الحسن وأبى على .

اذن لا اختلاف فى الحكم بالتنصيف ، ولكن اختلف فى وجه هذا الحكم وسببه فقيل : لتساقط البينتين بسبب التساوى ، فيبقى الحكم كما لولم تكن بينة ، وقيل : لان مع كل منهما مرجحاً باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده ، وقيل كما فى المتن : لأن يد كل واحد على النصف . وقد أقام الآخر بينة عليه ، فيقضى له بمافى يدغريمه، قال فى المسالك بناءاً على تقديم بينة الخارج على الداخل قال: وهذا هوالاشهر .

فالوجوه المذكورة فى سبب الحكم فى المسئلة ثلاثة ، و تظهر فائدة هذا الخلاف فى اليمين على من قضى له ، فعلى القول بالتساقط يلزم لكل من المتنازعين يمين ، وهذا هو مذهب المشهور فى المسألة السابقة خلافاً للمحقق ، فان حلفا فالتنصيف والا قضى بها للحالف دون الناكل ، وان نكلا جميعاً فالحكم هو التنصيف ايضاً ، و على القولين الاخيرين ـ تقديم بينة الداخل ، و تقديم بينة الخارج ـ لايمين ، لترجيح كل من البينتين باليد على القول الاول منهما فيعمل بالراجح ، ولأن البينة ناهضة باثبات الحق على القول الثانى منهما فلايمين معها .

قال فى الجواهر : لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل المصنف بماسمعت مصرحاً بكونه من تقديم بينة الخارج قال : وهل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غيريمين؟ الاقوى عندى الاول مع احتمال الثانى .

وفى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف وجعل منشأه دائراً بين الاخيرين، وانه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده ، وعلى ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال : يكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم ،

وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى بها للحالف .

وعن مهذب أبى العباس التصريح باليمين بناءاً على كون المنشأ دخولهما.

أقول : هذه عبارة التنقيح فى هذه المسألة : « هذا هو القسم الثانى وهو أن يكون فى يدهما ، فانقلنا يقضى للداخل قضى لكل بمافى يده ، وانقلنا يقضى للخارج قضى لكل بما فى يد الاخر، فيكون بينهما نصفين على التقديرين ، سواء أقاما بينة أولم يقيما ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه ، فان حلفا أونكلافالحكم كما تقدم وان حلف أحدهما ونكل الاخر قضى بها للحالف » هذا نص عبارته ، ومن المحتمل أن يكون قوله « ويكون لكل منهما اليمين على صاحبه » مرتبطاً بقوله « أو لم يقيما » وقد يقويه قوله قبل ذلك « قضى » فى كلتا حالتى تقديم بينة الداخل وتقديم بيّنة الخارج . فيكون الحاصل انه قد ذكر ثلاثة وجوه ، فالاول القضاء له بما فى يده بناءاً على تقديم بينة الداخل ، والثانى القضاء له بما فى يد غريمه بناءاً على تقديم بينة الخارج ، والثالث التحالف فيما اذا لم يقيما بينة .

ثم ان صاحب الجواهر وجه كلام أبى العباس ابن فهد الحلى الذى نقله عن المهذب البارع بقوله : « ولعل ذلك منه خلافاً فى أصل المسألة ، وهو أن تقديم بينة الداخل بمعنى اسقاط بينة الخارج لانها حجة ، فيرجع الحاصل ـ كما لو لم تكن بينة على المنكر منهما اليمين ، وهو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك ، بل هوقوى فى نفسه لاشتمال دليل تقديم بينة الداخل على اليمين كما ستعرف » .

ووجّه كلام العلامة فى التحرير والمقداد فى التنقيح بقوله : كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينة الخارج لعله لخبر اسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام « ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما وأقام كل واحد منهما البينة أنها نتجت عنده ، فأحلفهما على عليه السلام ، فحلف أحدهما وأبى الاخر أن يحلف فقضى بها للحالف ، فقيل له : فلو لم تكن فى يد واحدمنهما

وأقاما البينة ، فقال : أحلفهما فأيهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين . قيل : فان كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة . قال : اقضى بها للحالف الذى هو فى يده »(١) .

قال: بل ربما كان هودليل التحالف على القول الاول وان لم نقل به فى غيره. الا انه خبرواحد وفى سنده مافيه ، و المشهور نقلا وتحصيلا على خلافه فلا يصلح مقيداً لمادل مما تسمعه من النصوص و غيره على التنصيف بدونه ... » .

أقول : قال المجلسى قدس سره فى مرآة العقول فى رواية اسحق المذكورة: « حسن أوموثق » . على أنك قدعرفت عمل المشهوربها فى المسألة السابقة و ذلك يجبر ضعفها ان كان، وحينئذ تصلح هذه الرواية لتقييد أدلة البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه فلا مانع من القول بالتحالف فى هذه الصورة جمعاً بين الادلة.

وبعبارة أخرى : ان يد كل واحد هى فى الحقيقة عنداهل العرف على نصف العين ، فكل منهما يقيم البينة لانه يدعى النصف الاخر الذى بيد غريمه ويحلف على انكار كون هذا النصف الذى بيده لغريمه ، و دليل هذا التحالف هورواية اسحق المزبورة وقدعرفت اعتبارها .

ولايعارضها ماعن أبى جعفر عليه السلام قال : «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله علياً الى اليمن، فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما وردعليك فقال يارسول الله أتانى قوم قدتبايعوا جارية فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاماً فاحتجوا فيه كلهم يدعيه ، فاسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله الاخرج سهم المحق» (٢) لانها فى غير ما نحن فيه، لان ذا اليد فيها واحدمنهم وهو آخرهم، ولان الولدحرفليس مالا و كلامنا فى دعوى الاملاك .

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ١٨٢ الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٨ ، الباب ١٣ من ابواب كيفية الحكم.

ومثلهاروایة تمیم بن‌طرفة : « انرجلین ادعیا بعیراً فأقام کل واحد منهمابینة فجعله أمیر المؤمنین علیه السلام بینهما» (۱) اذ لا ظهور فیها لکون یدهما علیه، بل‌جائت فی نسخة « عرّفا بعیراً » وحینئذ تکون ظاهرة فی غیر المقام .

فالحاصل : انه لا مانع من الحکم بمفاد روایة اسحق بن عمار ، وقد أفتی جماعة بذلك وان‌لم‌یستندالیهابعضهم صریحاً، وصاحب‌الجواهر لم‌یناقش فی‌دلالتها وانما ضعفها سنداً وقدعرفت جوابه .

وقیل : انه لما کان یدعی کـل‌واحد منهما کل‌العین فان یده لاتکون علی النصف بل‌علی الکل فتتعارضان ، و اذا تعارضتا تساقطتا ، فیکون الحکم فی المقام حکم صورة عدم تحقق یدمن‌أحدهما علی‌العین وهو التنصیف کماتقدم .

لکن المشهور هوالتنصیف بعد التحالف .

ثم انصاحب الجواهر قدس سره بعد أن‌خدش‌فی روایة اسحاق بماسمعت استوجه أن یکون سبب حکم المحقق قدس سره بالتنصیف کون هذا الحکم هو مقتضی العدل وانه میزان من‌موازین القضاء من غیرحاجة الی تحالف ، لأنه مبنی علی‌تقدیم‌بینة الخارج علی‌بینة الداخل، لان ید کل‌منهما علی‌الکل لاالنصف، ولان المشهود به کون الجمیع له‌لانصفه ، ثم‌استدل علی‌ذلك‌بخبر الدرهمین (۲)وبقاعدة توارد السببین الممکن اعمالهما معاً علی مسبب واحد نحو المتسابقین علی حیازة مباح ، وباطلاق قوله علیه السلام : « لولم تکن فی یده جعلتها بینهمانصفین (۳) وباطلاق

---

(۱) وسائل الشیعة ۱۸ / ۱۸۳

(۲) وسائل الشیعة ۱۲ / ۱٤۹ الباب ۹ من‌ابواب احکام الصلح « عن‌ابی عبدالله علیه السلام‌فی رجلین کان معهما درهمان فقال احدهما : الدرهمان لی ، و قال الاخر: هما بینی وبینك . فقال : اماالذی هما بینی وبینك فقد أقر بأن أحد الدرهمین لیس له وانه لصاحبه ، ویقسم الاخر بینهما » .

(۳) وسائل الشیعة ۱۳ / ۱۸۲ .

النبوى : «ان رجلين تنازعا دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبى ﷺ بينهما»(١) ، وبالمرسل عن امير المؤمنين عليه السلام : «فى البينتين تختلفان فى الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس فى أيديهما فأما ان كان فى ايديهما فهو فيما بينهما نصفان ، و ان كان فى يد أحدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (٢) .

هذا وعن ابن أبى عقيل اعتبار القرعة التى هى لكل أمر مشكل فى خصوص مانحن فيه ، لان التنصيف تكذيب للبينتين . وأشكل عليه فى الجواهر بقوله : كأنه اجتهاد فى مقابلة النص . وفيه انه ليس اجتهاداً فى مقابلة النص ، بل لعله يخدش فى ظواهر هذه النصوص .

قلت لكن مقتضى النصوص توجه اليمين على من خرج اسمه لأنه يقضى لمن خرج اسمه ، فان حلف قضى له والا احلف الاخر وقضى له بحلفه .

وعن ابن الجنيد : التحالف مع تساوى البينتين ، فان حلف أحدهما استحق الجميع ، وان حلفا اقتسماها ، و مع اختلاف البينتين يقرع ، فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ العين . قال فى الجواهر : لادليل عليه بل ظاهر الادلة السابقة خلافه .

ثم نقل فى الجواهر عن الرياض أنه بعد أن نسب المختار ـ الذى هو التنصيف تساوت البينتان عدداً وعدالة واطلاقاً وتقييداً أواختلفت ـ الى الاشهر بل عامة من تأخر الانادراً. قال : «خلافاً للمهذب وبه قال جماعة من القدماء، فخصّوا ذلك بما اذا تساويا فى الامور المتقدمة كلها وحكموا مع الاختلاف فيها لارجحها ، و اختلفوا فى بيان المرجح لها ، فعن المفيد اعتبار الاعدلية خاصة هنا و ان اعتبر الاكثرية فى غيرها، وعن الاسكافى اعتبار الاكثرية خاصة ، وفى المهذب اعتبارهما

(١) سنن البيهقى ١٠ / ٢٥٥

(٢) أقول: ان هذه الادلة بعضها مرسل وبعضها مطلق يقيده خبر اسحاق بن عمار فيكون الوجه ما ذهب اليه السيد الاستاذ دام بقاه ، الا اذا قيل بعدم تمامية سند الخبر المذكور من جهة عدم ثبوت المشهور به اومن عدم جهة الموافقة على جبر الشهرة لضعف الخبر .

مرتباً بينهما الاعدلية فالاكثرية، وعن ابن حمزة فى اعتباره التقييد ايضاً مردداً بين الثلاثة غير مرتب بينها ، وعن الديلمى اعتبار المرجح مطلقاً غير مبين له أصلا»

قال فى الجواهر: ولم اعرف نقل هذه الاقوال على الوجه المزبور فيما نحن فيه لغيره ... وعلى كل حال لااعرف دليلا يعتد به على شىء منها على وجه يصلح لمعارضة ماعرفت .

هذا كله فى الصورة الاولى .

الصورة الثانية : كون العين بيد احدهما فهل يقدم الداخل والخارج؟

والصورة الثانية : أن تكون العين فى يد أحد المتنازعين، قال المحقق قدس سره : «يقضى بها للخارج دون المتشبث ان شهدتا لهما بالملك المطلق» .

أقول : نسبه فى الجواهر الى المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة قال : بل عن الخلاف والغنية والسرائر وظاهر المبسوط الاجماع عليه ، بل عن الخلاف والاخير نسبته الى أخبار الفرقة .

قلت : و الصريح منها فى الدلالة المرسلة عن أمير المؤمنين عليه السلام : « فى البينتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس فى أيديهما ، فأما ان كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان ، وان كان فى يد أحدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه» (١) وضعفها منجبر بما عرفت .

وقد استدل له بالتعليل الوارد فى خبر منصور قال : «قلت لابى عبدالله عليه السلام: رجل فى يده شاة ، فجاء رجل فادعاها فأقام البينة العدول أنها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب. فقال ابوعبدالله عليه السلام : حقها للمدعى ولاأقبل من الذى فى يده بينة، لان الله عزوجل انما أمر أن تطلب البينة من المدعى ، فان كانت له بينة والا فيمين الذى هو فى

(١) مستدرك الوسائل الباب ١٠ من ابواب كيفية الحكم .

يده . هكذا أمر الله عزوجل» (١) ، دلّ على أن البينة المسموعة هى بينة المدعى وأن عليها أن يترتب الاثر حتى فى صورة وجود البينة للمدعى عليه .

أقول : وهذا الخبر يوضح المراد بالخبر المستفيض وهو قولهم عليهم السلام «البينة على المدعى واليمين على من ادعى عليه» فيكون ظاهراً فى عدم قبول بينة المنكر وأن الميزان فى مقام المرافعة سماع بينة المدعى فان كانت له بينة والا فيمين المدعى عليه ، فهكذا أمر الله عزوجل .

واختار السيد فى العروة القول بسماع البينة من المنكر فى صورة التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، قال: ان الاقوى سماع البينة من المنكر فى صورة التعارض بل مطلقاً ولو مع عدمه، فيجوز للمنكر مع عدم البينة للمدعى أن يقيم البينة فراراً من اليمين ، وان ادعى صاحب الرياض الاجماع على عدم قبولها منه .

قال : و يدل على ما ذكرنا بعد منع الاجماع مضافاً الى عموم ما دل على حجية البينة والى عموم مثل قوله صلى الله عليه وآله انما اقضى بينكم بالبينات والايمان خصوص اخبار المقام ...» .

قلت : ان تمسكه بهذه العمومات لسماع البينة من المنكر فى غاية الاشكال كجوابه عن الاستدلال بالخبر المشهور «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» للقول الاول بأن المراد منه بيان الوظيفة الاولية للمدعى والمنكر ، والا فلا مانع من سماع البينة للمنكر أيضاً ـ قال : «وأيضاً يمكن أن يقال : القدر المعلوم من الخبر انه لا يلزم المنكر بالبينة وانما يلزم باليمين لا انه لا تقبل منه البينة» فانه ـ وان سبقه الى ذلك صاحب الجواهر حيث تنظر فى دلالته على القول الاول مع قطع النظر عن خبر منصور قائلا : « ضرورة عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينة بخلاف المنكر فان له على المدعى البينة...»

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦ الباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم . وفيه « محمد ابن حفص » ولم أجد توثيقاً له . انظر: تنقيح المقال ٣/١٠٨ .

ـ خلاف ظاهر الخبر لاسيما مع النظر الى خبر منصور ، ولانّ التفصيل قاطع للشركة فلا تكون البينة حجة من كليهما ولا اليمين ، ولكن الاولى هو النظر فى نصوص هذه الاخبار ، فلا بأس بنقل بعضها :

١ ـ عن سليمان بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « فى كتاب على عليه السلام أن نبياً من الانبياء شكا الى ربه فقال : يا رب كيف أقضى فيما لم أر ولم أشهد ؟ قال : فأوحى الله اليه : أحكم بينهم بكتابى وأضفهم الى اسمى فحلفهم [تحلفهم] به وقال : هذا لمن لم تقم له بينة» (١) .

٢ـ عن أبان بن عثمان عمن أخبره عن أبى عبدالله عليه السلام قال : «فى كتاب على عليه السلام أنّ نبياً من الانبياء ...» (٢) .

٣ ـ عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام : «أن نبياً من الانبياء شكا الى ربه ...» (٣) .

٤ ـ عن ضمرة بن أبى ضمرة عن أبيه عن جده قال قال أميرالمؤمنين عليه السلام أحكام المسلمين على ثلاثة : شهادة عادلة ، أويمين قاطعة ، أوسنة ماضية من أئمة الهدى » (٤) .

٥ ـ عن هشام بن الحكم عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: انما أقضى بينكم بالبينات والايمان، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ...» (٥) .

٦ ـ عن جميل وهشام عن أبى عبدالله عليه السلام قال : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٧ الباب ١ من ابواب كيفية الحكم .

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٧ الباب ١ من ابواب كيفية الحكم .

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٨ .

(٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٨ .

(٥) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦٩ .

البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه» (١) .

٧ - عن بريد بن معاوية عن أبى عبدالله عليه السلام : قال «سألته عن القسامة . فقال : الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى الدم خاصة . الحديث» (٢) .

٨ - عن أبى بصير عن أبى عبدالله عليه السلام قال : «ان الله حكم فى دمائكم بغير ما حكم به فى أموالكم . حكم فى أموالكم ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وحكم فى دمائكم ان البينة على من ادعى عليه واليمين على من ادعى ، لئلا يطل دم امرىء مسلم» (٣) .

أقول : والانصاف ظهور الاخبارالاربعة الثانية فى ان ميزان القضاء فى مقام المرافعة كون البينة على المدعى و كون اليمين على من أنكر وانه لم تجعل البينة على المدعى عليه فى الشرع فى مورد الا لحكمة مخصوصة بذلك المورد (٤) .

واستدل صاحب الجواهر لسماع بينة المدعى عليه بعموم ما دل على حجية

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٠

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٠ .

(٣) وسائل الشيعة ١٧ / ١٧١ .

(٤) أقول و خير دليل على القول الاول خبر عبدالرحمن بن أبى عبدالله قال : « قلت للشيخ عليه السلام : خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بما له . قال : فيمين المدعى عليه ، فان حلف فلاحق له ، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له [وان لم يحلف فعليه] وان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين بالله الذى لااله الا هو لقدمات فلان وأن حقه لعليه ، فان حلف والا فلا حق له ، لانا لاندرى لعله قد أوفاه ببينة لانعلم موضعها أو غير بينة قبل الموت ، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة ، فان ادعى بلا بينة فلا حق له ، لان المدعى عليه ليس بحى ، ولو كان حياً لالزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه ، فمن ثم لم يثبت الحق» وسائل الشيعة ١٨/ ١٧٣. وهوخبرقداعتمد عليه صاحب الجواهرنفسه فى المباحث السابقة .

شهادة العدلين كتابة وسنة .

قلت : وأيضاً يمكن الاستدلال له بالسيرة فانها قائمة على قبول خبر العدل الواحد فضلا عن العدلين لكن ردع الشارع عن قبول خبر العدل الواحد في الموضوعات .

لكن المرسلة المنجبرة وخبر منصور يخصصان العام ويصلحان للردع في هذا المقام ...

واستدل السيد في العروة باخبار خاصة و بخبر فدك حيث قال : « واشعار خبرفدك . فان أميرالمؤمنين عليه السلام أنكر على أبي بكرفي طلبه البينة منه فيالدعوى عليه مع أنه لايطلب من غيره اذا ادعى هو على ذلك الغير، فحاصل انكاره عليه السلام انه لم فرّق بينه عليه السلام وبين الناس في طلب البينة ، ولو كان لايقبل من المدعى عليه البينة لكان أولى بالانكار عليه في مقام المجادلة» .

قلت : أما بعض الاخبار الخاصة التي أشار اليها فيكفي في وهنها اعراض المشهور عنها ، وأما دعواه اشعار خبرفدك بما ذهب اليه ففيها ان التمسك به لعدم حجية بينة المدعى عليه أولى لان دلالته على ذلك أوضح مما قاله : فقد ورد في ذلك الخبر : «ان أميرالمؤمنين عليه السلام قال لابي بكر: أتحكم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين ؟ قال : لا . قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه أدعيت أنا فيه من تسأل البينة ؟ قال : اياك كنت أسأل البينة على ماتدعيه على المسلمين. قال: اذا كان في يدي شيء فادعى به المسلمون تسألني البينة على مافي يدي وقد ملكت في حياة رسول الله صلى الله عليه وآله وبعده ولم تسأل المؤمنين البينة على ما ادعوا عليّ كما سألتني البينة على ما ادعيت عليهم ... وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» وهوظاهربل صريح في انه لايطلب البينة من ذي اليد ولايحكم على طبقها اذا أقامها .

على أنه لم يعهد أن يسأل الحاكم ـ بعد اقامة المدعي بينته ـ المدعى عليه

هل عنده بينة على الانكار أولا ... وأيضاً فقد تقدم فى المباحث السابقة الخبر (١) الدال على أن رسول الله ﷺ كان يرسل من يسأل عن حال الشاهدين اذا لم يعرفهما ويوقف الحكم فى القضية حتى يرجع رسوله فاذا رجع وظهر عدالة الشاهدين حكم. و لم يتضمن هذا الخبر سؤاله ﷺ من المدعى عليه فى هذه الاثناء أو بعد رجوع الرسول عن وجود البينة عنده على جرح الشاهدين أو انكار دعوى المدعى . . . ومن هنا كان القضاء للمدعى بعد اقامة البينة الجامعة للشرائط أمراً مسلماً بين المسلمين.

وكيف كان فقد قال المحقق فى هذا القسم : « و فيه قول آخر ذكره فى الخلاف بعيد » .

وهذا القول هو تقديم بينة الداخل على بيّنة الخارج . قال المحقق وهو بعيد وفى الجواهر : بل لم نتحققه قولا له .

وفى المسالة أقوال أخرى : فقد فصّل بعضهم فقال بعدم حجية بينة المنكر مع القول بصلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعى . و بعبارة أخرى المستفاد من أدلة القضاء هو عدم القضاء ببينة المدعى عليه ولكن لا تدل على عدم صلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعى واسقاطها عن الحجية ، فاذا سقطتا يقضى بالعين للحالف .

أقول : وحاصل هذا القول عدم القضاء ببينة المدعى مع وجود بينة المدعى عليه أو احتمال وجودها ، لكن يرده أنه اذا كان كذلك فلما ذا كان ديدن المسلمين على خلاف ذلك وهو القضاء للمدعى بمجرد اقامة البينة من غير سؤال من المدعى عليه عن وجود البينة عنده وعدم وجودها، كما هو شأن الفقيه فى مقام الافتاء حيث يفتى على طبق الخبر بعد الفصح واليأس عما يعارضه .

وأما القول بتقديم البينة المشتملة على ذكر السبب منهما فلا دليل عليه فى الاخبار ، كالقول بالتقديم بالاعدلية ، وأما تقديم الاكثر عدداً منهما فقد يدل بعض الاخبار عليه .

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٤ عن التفسير المنسوب الى الامام العسكرى عليه السلام .

لكن المختارهوالقول الاول وهوالاخذ ببينة الخارج تبعاً للمشهوروالله العالم هذا كله لو شهدتا بالملك المطلق .

صور الشهادة المشتملة على السبب

واما لو اشتملت الشهادة على ذكر السبب فهنا ثلاث صور .

فالاولى : شهادتهما معاً بالسبب ، قال المحقق قدس سره:

«ولو شهدتا بالسبب قيل : يقضى لصاحب اليد لقضاء علي عليه السلام وقيل:يقضى للخارج لانه لابيّنةعلى ذى اليد كمالا يمين على المدعى، عملا بقوله صلى الله عليه وآله:واليمين على من انكر ، والتفصيل قاطع للشركة وهو أولى» .

١ـ شهادتهما معاً بالسبب:

أقول: ففى هذه الصورة قولان، نسب أولهما الى الشيخ والثانى الى المشهور، وقد أشار المحقق قدس سره الى دليل كل منهما.

فدليل القول الاول :

ما رواه اسحق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام« ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينة انهـا نتجت عنده ، فأحلفهما على عليه السلام ، فحلف أحدهما و أبى الاخر أن يحلف ، فقضى بهـا للحالف ، فقيل : فلو لم يكن فى يد واحد منهماوأقاما البينة قال : أحلفهما فأيهما حلف و نكل الاخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين ، قيل : فان كانت فى يد أحدهما وأقاما جميعاً بينة . قال أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» (١) .

ومحل الاستدلال : «فان كانت فى يد أحدهما واقاما جميعاً بينة ...»

وهل معنى ذلك أن بينة ذى اليد مقدمة على بينة الخارج أو انه حينئذيكون فى الحقيقة من تكاذب البينتين فيتساقطانويقضى لصاحب اليد بعدحلفه لانه مدعى

(١) وسائل الشيعة ١٨/ ١٨٢

عليه ولا يمين على المدعى ؟ وجهان مبنيان على شمول أدلة حجية البينة لصورة التكاذب وعدمه .

و الاظهر هو الوجه الثانى من جهة ايجاب الامام عليه السلام الحلف أيضاً، فانه لو كانت بينة ذى اليد حجة متقدمة على بينة المدعى فلا حاجة الى الحلف ، فلزوم الحلف كاشف عن عدم حجية بينة المدعى عليه أو حجيتها بمقدار صلاحيتها للمعارضة مع بينة المدعى فيتساقطان ، فاذا تساقطتا كانت مثل صورة عدم البينة، وعلى ذى اليد اليمين فاذا حلف قضى له .

وهذا كله بناءاً على اعتبار الخبر كما تقدم .

و مثله مارواه غياث بن ابراهيم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة كلاهما أقاما البينة انه أنتجها ، فقضى بها للذى هى فى يده ، وقال : لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (١) وهذا أيضاً ظاهر فى التساقط كسابقه .

و دليل القول الثانى : ما رواه منصور عن أبى عبدالله عليه السلام قال : « قلت له : رجل فى يده شاة ، فجاء رجل فادعاها وأقام البينة العدول انها ولدت عنده لم يبع و لم يهب ، و جاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده لم يبع ولم يهب، قال أبو عبدالله عليه السلام: حقها للمدعى ولا أقبل من الذى هى فى يده بينة، لان الله عزوجل أمر أن تطلب البينة من المدعى ، فان كانت له بينة و الا فيمين الذى هو فى يده ، هكذا امر الله عزوجل-» (٢) .

وهذا الخبر يعارض خبر اسحاق بناءاً على الوجه الاول وبقطع النظر عن السند فى كليهما ، وحينئذ يرجع الى العام كما هو القاعدة فى كل مورد تعارض فيه دليلان خاصان ، والعام هنا هو قوله صلى الله عليه وآله « البينة على المدعى واليمين على من

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

أنكر» فانه يدل على انه لاتسمع بينةذى اليد،لاشتماله على التفصيل القاطع للشركة وهو يعم صورة ذكر السبب وعدمه مطلقاً .

فاذن يحكمفى هذه الصورة بتقديم بينة الخارج،ومن هناقال المحقق قده : «وهو اولى» وهو المختار .

٢ـ ان تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق:

الصورةالثانية : أن تشهد للخارج بالسبب وللداخل بالملك المطلق، و هذه الصورة لميذكرهاالمحقق قدس سره اعتماداً على ظهور حكمها بالاولويةالقطعية بناءاً على مـا ذهب اليه فى الصورة الاولى ، لانه اذا دلت الادلة على تقديم بينة الخارج فيصورة شهادة كلتا البينتين بالسببفانها تدل على تقديمها فى صورةعدم شهادةبينة الداخل بالسبب بالاولوية القطعية ، كما هو واضح.

قال فى الجواهر : «و على كل حال فما عن المجلسى مـن حمله النصوص المزبورة على التقية لشهرته بين العامة فتوى و رواية، يدفعه ماسمعت من موافقة خبر بينة الخارج لاحمدبن حنبل ايضاً ، بل ملاحظة كلام العامة يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقية فى اظهار الحق فيما بينها ، خصوصاً مع نسبته الى علىعليه السلام .

على أن المحكى عن الشيخ نسبته الى مذهبنا وأنه الذى تدلعليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقية».

٣ـ ان تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق:

والصورة الثالثة : ان تشهد لذى اليد بالسبب وللخارج بالملك المطلققال المحقق قدس سره : « اما لو شهدت للمتشبث بالسبب و للخارج بالملك المطلق فانه يقضى لصاحب اليد،سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نسـاجة الثوب الكتان أويتكرر كالبيعوالصياغة.وقيل: بل يقضى للخارج وانشهدتبيّنتهبالملك

المطلق عملا بالخبر والاول أشبه» .

اقول : ذكر فى هذه الصورة قولين ، أحدهما : تقديم بينة الداخل و اليه ذهب الاكثر و هو الاشبه عند المحقق ، و الثانى : تقديم بينة الخارج ، و اليه ذهب جماعة .

وقد استدل للقول الاول بخبر عبدالله بن سنان قال: «سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما فى دابة الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده ، و أقام كل واحد منهما البينة سواء فى العدد ، فأقرع بينهما سهمين ، فعلّم السهمين كل واحد منهما بعلامة ...

فخرج اسم أحدهما فقضى له بها .

وكان ايضاً اذااختصم اليه الخصمان فى جارية فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الاخر انه أنتجها ، فكانا اذا أقاما البينة جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده» (١) .

قلت : لكن ليس فى الخبر - لافى السؤال ولافى الجواب- تعرض الى اليد، و أنه بيد من كانت الجارية ، الا ان يقال بانه عليه السلام قضى للذى انتجت عنده من جهة كونه ذايد، والالقضى لمن ادعى اشترائها،فان ذلك مقتضى التوفيق بين الشهادتين كما تقدم ، و لكنه مع ذلك لا يخلو من الاجمال ، الا ان المشهور أفتوا على طبقه ولعلهم فهموا منه مالم يتضح لنا .

و اما دليل القول الثانى فقد أشار اليه المحقق بقوله « عملا بالخبر » و هو « البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر » اى انه لا اعتبار لبينة المدعى عليه اصلا .

و استدل للاول ايضاً بعمومات حجية الشهادة ، فتكون كلتا البينتين حجة،

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦

لكن تقدم بينة الداخل اما من جهة اعتضادها باليد و اما من جهة تأيدها بخبر ابن سنان المزبور .

لكن القول الثانى يقول بتخصيص عمومات «البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر » لعمومات حجية شهادة العدلين ، أى انه فى مورد المرافعة لا تسمع بينة المنكر .

فاذا كان مقتضى «البينة على من ادعى . . . » عدم سماع بينة المدعى عليه كما تقدم ، فانه لا معنى لتقدم بينة المنكر من جهة تأيدها بما ذكر ، فلو اردنا ان نقول بالقول الاول فاما يكون من جهة التعبد بخبر ابن سنان . وقد عرفت مافيه ، واما من جهة التساقط ثم القضاء لذى اليد . لكن يتوجه على المحقق حينئذ انه اذا كان هذا هو المبنى فلما ذا قال فى غير هذه الصورة بتقدم بينة الخارج؟ (١)

الصورة الثالثة : كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع الى المرجحات

الصورة الثالثة: من صور تعارض البينتين أن تكون العين فى يد ثالث قال المحقق قده:«ولو كانت فى يد ثالث قضى بأرجح البينتين عدالة، فان تساوياً قضى لاكثرهما شهوداً ، و مع التساوى عدداً و عدالة يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه احلف و قضى له ، و لو امتنع أحلف الاخر و قضى له ، و ان نكلا قضى به بينهما بالسوية » .

أقول : نسب هذا القول الى الاشهر بل المشهور بل ادعى الاجماع عليه، ولكن بالتتبع لكلماتهم يظهر عدم امكان الوثوق بما ذكر ، فقد قال بعضهم : بالقرعة ،

---

(١) أقول : ولعله من هنا قال صاحب الجواهر : ولعل الاولى الاستدلال له باطلاق قول امير المؤمنين المتقدم يعنى : رواية اسحاق بن عمار التى جاء فيها : « فان كان فى يد احدهما وأقاما جميعا بينة ، قال ، اقضى بها للحالف الذى هى فى يده» وقد عرفت اعتبارها عند السيد الاستاذ بالانجبار .

وقيل بالترجيح بأحد الامرين ، وقيل بكليهما ، فمنهم قال بالترتيب ومنهم من قال بدونه ... فنقول :

اما ادلة « البينة على من ادعى واليمين على من انكر» فلا يمكن الرجوع اليها في هذه الصورة ، لان كليهما ذوبينة وليس لاحدهما يد على العين ، نعم اثر البينتين نفي الثالث ، لان العين هي في الواقع لاحدهما لكنه مجهول ، و لذا قيل هنا بالقرعة لانها لكل امر مشكل عملا ببعض الاخبار ، لكن اخبار القرعة هنا تشتمل على اليمين ايضاً ... و كيف كان فالاولى ذكر نصوص المسألة مع التأمل في مداليلها :

(١) عن أبي بصير قال : «سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل ...

و ذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يبيعوا ولم يهبوا «وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك»فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم ... » (١)

(٢) عن داود بن سرحان «عن ابي عبدالله عليه السلام : في شاهدين شهدا على أمر واحد و جاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا عليه «شهد الاولان » واختلفوا . قال : يقرع بينهم فايهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالقضاء » (٢) .

(٣) عن الحلبي قال: « سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر،وجاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا . قال : يقرع بينهم فأيهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحق »(٣) .

(٤) عن سماعة قال : «ان رجلين اختصما الى علي عليه السلام في دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده ، واقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد،فاقرع

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨١

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٣

(٣)وسائل لشيعة ١٨/ ١٨٥

بينها سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب الارضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم . ايهما كان صاحب الدابة وهو أولى بها ، فأسألك ان يقرع ويخرج سهمه . فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» (١) .

(٥) عن غياث بن ابراهيم عن أبى عبدالله عليه السلام : «ان أمير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة و كلاهما أقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى يده وقال : لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين» (٢) .

(٦) عن اسحاق بن عمار عن أبى عبدالله عليه السلام : « ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى ايديهما و أقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده ، فاحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما و أبى الاخر أن يحلف ، فقضى بها للحالف .

فقيل له : فلولم تكن فى يد واحد منهما وأقاما البينة ؟ فقال: أحلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف ، فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين .

قيل : فان كانت فى يد أحدهماوأقاما جميعاً البينة ؟ قال : أقضى بهاللحالف الذى هى فى يده » (٣) .

(٧) عن داودبن أبى يزيد العطار عن بعص رجاله عن أبى عبدالله عليه السلام « فى رجل كانت له امرأة ، فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخران فشهدا انها امرأة فلان ، فاعتدل الشهود وعدّلوا . فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو اولى بها » (٤) .

---

(١) وسائل الشيعة ١٦ / ١٨٥

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

(٣) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٢

(٤) وسائل الشيعة ١٨ / ١٧٤

(٨) عن عبد الرحمن بن ابى عبدالله عن ابى عبدالله عليه السلام قال : « كان على عليه السلام اذا اتاه رجلان « يختصمان » بشهود عدلهم سواء و عددهم . أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين و كان يقول : اللهم رب السماوات السبع « و رب الارضين السبع » ايهم كان له الحق فأده اليه . ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين اذا حلف » (١) .

(٩) عن عبدالله بن سنان قال : « سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : ان رجلين اختصما فى دابة الى على عليه السلام فزعم كل واحد منهما أنها نتجت عنده على مذوده و اقام كل واحد منهما البينة سواء فى العدد ، فأقرع بينهما سهمين فعلّم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال : اللهم رب السماوات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم أيهما كان صاحب الدابة و هو أولى بها فأسألك ان يقرع و يخرج اسمه . فخرج اسم احدهما فقضى له بها » (٢) .

هذه هى نصوص المسألة، وهى مختلفة ، ولقد اختلفت بتبعها أقوال الاصحاب فيها « فبين من اقتصر على اعتبار الاعدلية خاصة كالمفيد ، ومن اقتصر على اعتبار الاكثرية كذلك كالاسكافى والصدوقين، نعم ذكرا قبل اعتبارها أن أحق المدعيين من عدّل شاهداه ، فان استوى الشهود فى العدالة فاكثرهما شهوداً و هو ليس نصاً فى اعتبار الاعدلية .

وبين من اقتصر على اعتبارهما خاصة ولم يذكر الترتيب بينهما ولا القرعة بعدهما كالشيخ فى موضع من الخلاف قائلا انه الظاهر من مذهب الاصحاب ، وبين من اقتصر على ذكر المرجح مطلقا من دون بيان له ولا ذكر قرعة كالديلمى والشيخ فى موضع من الخلاف ، لكنه ذكر القرعة بعد العجز عن الترجيح مدعياً عليه اجماع الامامية ، و بين من فصل بعين ما فى العبارة لكن مقدماً للاكثرية على

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٣
(٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٦

الاعدلیة کالحلی فی السرائر وعزاه الی ظاهر الاصحاب مشعراً بدعوی الاجماع علیه ، وبین من اقتصر علی القرعة خاصة کالعمانی» .

النظر فی اخبار الترجیح وطریق الجمع بینها:

فنقول: ان هذه النصوص علی طوائف :

الاولی : مایدل علی التنصیف، کخبر غیاث بن ابراهیم ، والحکم بالتنصیف قد یکون من جهة تساقط البینتین، فتکون مثل صورة دعوی المدعیین بلا بینة ، والدلیل ، علی التنصیف هو ما ذکرهناك .

لایقال : التنصیف یوجب العلم بالخلاف .

لانانقول : فرق بین الوصول الی الواقع والعثور علیه، وبین الحکم الفاصل للخصومة ، والحکم بالتنصیف هو طریق لفصل الخصومة .

و قد یکون من جهة العمل بکلتا البینتین بعنوان فصل الخصومة ، فانه و ان شهدت کل واحدة بکل المال، الا انه یؤخذ بنصف مدلول کل واحدة منهما، ویجمع بینهما ویحکم بالتنصیف لفصل الخصومة ، نظیر الجمع بین الروایات .

الطائفة الثانیة :

ما یدل علی التنصیف بعد الیمین ، کخبر اسحاق بن عمار ، و علی هذه تحمل الطائفة الاولی الساکتة عن لزوم الحلف ، فیکون وجه الجمع التنصیف بعد الحلف .

الطائفة الثالثة :

ما یدل علی القرعة فمن خرج اسمه کان الحق له .

کخبر داودبن أبی یزید العطار ، فانه یدل علی ان طریق الحکم هو القرعة بلا تحلیف فیما اذا کانت المرأة بید ثالث بالاولویة . و کخبر سماعة و خبر عبدالله بن سنان .

وهذه الاخبار وان كانت ظاهرة فى تمامية الحكم بالقرعة وبلا يمين الا انها قضية فى واقعة ويمكن أن تحمل على الطائفة الدالة على ان الاقتراع، هو لتعيين من عليه الحلف وهى :

الطائفة الرابعة :

كخبر عبد الرحمن بن ابى عبدالله البصرى ، و خبر الحلبى ، فيكون طريق الجمع بين هاتين الطائفتين هو القرعة لتعيين من عليه الحلف، وحينئذ يكون الحكم باليمين عملا بقوله ﷺ : « انما اقضى بينكم بالبينات والايمان» .

ويتحصل مما ذكرنا ان قاعدة فصل الخصومة هو الامور الثلاثة الاتية : البينة و اليمين ، ثم التنصيف وذلك فى صورة فقدانهما للبينة أو وجدانهما لها ثم حلف كليهما أو نكولهما معاً ، ويكون التنصيف فيما اذا كان مورد النزاع قابلا له، والا فلا سبيل الا القرعة .

واما القول بالترجيح لاحدى البينتين على الاخرى بالاكثرية عدالة اوعدداً مع الالتزام بالترتيب أوعدمه فلم نجد له دليلا فى الاخبار ، الاخبر ابى بصير الذى قضى فيه لاكثرهم بينة واستحفلهم ، و كيف كان فلا مناص من أن يحمل الترجيح على توجه اليمين على من كانت بينته راجحة على بينة الاخر لهذه الجهة او تلك ، فالفاصل للخصومة هو اليمين تحكيماً للقاعدة الكلية فى باب القضاء، لانا علمنا من خبر أبى بصير ان معنى مرجحية الاكثرية هو توجه اليمين على صاحب تلك البينة ، فكذلك الكلام فى صاحب البينة الاكثر عدالة .

وقد يستأنس لذلك بتقديم الامام عليه السلام الاكثر عدداً ، أى سواء كانت الاخرى أعدل أولا .

ولو وقع التعارض فى مورد بين التنصيف والقرعة تقدمت أدلة القرعة، فمن خرج اسمه حلف وقضى له .

هذا هو طريق الجمع بين هذه الاخبار فى هذه الصورة .

قال المحقق قدس سره :

«وقال فى المبسوط يقضى بالقرعة ان شهدتا بالملك المطلق ، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد ، وان اختصت احداهما بالتقييد قضى بها دون الاخرى والاول أنسب بالمنقول» .

وقد ضعف فى الجواهر ما عن المبسوط قال: وان قيل فى توجيهه: انه جمع بين مادل على القرعة، وخبرى تميم بن طرفة وغياث المتقدمين سابقاً بالتفصيل المزبور

لكن فيه ان المفروض فى خبرى سماعة وابن سنان من أخبار القرعة المقيدتين كما أن فيها المطلق أيضاً ، وفى اخبار التنصيف المقيدتين كخبر غياث والمطلقتين كخبر تميم بن طرفة . فليس فى ماذكره جمع بين النصوص، بل فى خبر اسحاق ما هو خارج عن الجميع وهو تحليفهما معاً فايهما حلف ونكل الاخر كانت للحالف فان حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين ، ولم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبى على .

حكم مالو اقر الثالث لاحدهما :

قال العلامة قدس سره فى القواعد : «ولو أقر الثالث بالعين لاحدهما فالوجه انه كاليد » قال كاشف اللثام : «تقدم على قيام البينتين او تأخر، لقيام المعنى القائم فى اليد فيه ، وجزم به فى المقصد السابع.

ويحتمل العدم بعد اقامة البينتين ، لكشفهما عن أن يد المقر مستحقة للازالة فاقراره كاقرار الاجنبى » و فى الجواهر : « بل قد يشكل - ان لم يكن اجماع - اندراج ذلك قبل اقامة البينتين فضلا عما بعده فيما دل على حكم ذى اليد بالنسبة الى الدخول والخروج ، ولعله لذا أطلق بعضهم الحكم من غير فرق بين اقرار الثالث وعدمه فتامل جيداً » .

قلت : انما يتجه احتمال العدم فيما اذا لم يكن الثالث وكيلا للمقر له، لان البينة قامت على عدم كونه مالكاً للعين ، و لم تنف وكالته و لم تسقط يده عن

الاعتبار، فلو أقر بكونها له وادعى وكالته عنه كانت يده يدالمقر له و ترتب الاثر على اقراره .

الصورة الرابعة : كون العين لافى يد احـد

الصورة الرابعة: ان لاتكون العين فى يداحد،والظاهر أن حكم هذهالصورة حكم ما اذا كانت فى يد ثالث، فماذكرناه هناك آت هنا.

مورد تحقق التعارض

قال المحقق قدس سره:«ويتحقق التعارض بين الشاهدين والشاهدوالمرأتين»

أقـول : لا خلاف ولا اشكال فى ذلك ، لان المرأتين تقومان مقام الرجل الواحد فى الشهادة فتصدق البينةعلى الشاهد والمرأتين كما تصدق على الشاهدين.

قال: «ولايتحقق بين الشاهدين وشاهد ويمين،وربما قال الشيخ نادرأيتعارضان ويقرع بينهما ».

أقول : علل فى الجواهر ما ذهب اليه المشهور بعدم صدق اسم البينة على الشاهد واليمين ، وفى المسالك بان الشاهد لايستقل بالحجية ، واليمين معه وان اوجبت ثبوت المال الا انه حجة ضعيفة ومن ثم اختلف فى ثبوته بها ، وبأن الذى يحلف مع شاهد يصدق نفسه و الذى يقيم شاهدين يصدقه غيره فهـو اقوى جانباً وأبعد عن التهمة، وبهذا صرح الشيخ فى المبسوط فى فصل الدعاوى والبينات،وفى الخلاف ايضاً .

وقد ذكر المحقق الاشتيانى وجوها لكنها استحسانية .

قلت : وربما يشكل على تعليل المسالك بانه مع الحجية لا يبقى أثر للضعف والقوة بل يتحقق التعارض .

و التحقيق ان يقال : انه ان صدق اسم البينة على الشاهد و اليمين فلا كلام فى قدرته على المقاومة مع الشاهدين وتحقق التعارض، لكن المراد من «البينة»فى

نصوص كتاب القضاء هو اصطلاح خاص ، و مقتضى التقابل بين البينة و اليمين في قوله ﷺ : «انما اقضي بينكم بالبينات والايمان» مغايرة البينة لليمين وانكانت مع شاهد ، فالحق عدم صدق اسم البينة وعدم تحقق التعارض بينهما.

فان قيل : التعارض هو بين الحجتين لا بين البينتين حتى يقال ليس الشاهد واليمين بينة

قلنا : مقتضى النظر في النصوص الواردة في علاج تعارض البينتين هو ان المراد البينة بما هي لا بما هي حجة ، فلا وجه للتعدي عن موردها .

وبما ذكرنا يظهر الجواب عما استدل به الشيخ قدس سره في فصل الرجوع عن الشهادة من المبسوط على ما نسب اليه المحقق من القول بالتعارض والقرعة، وانما قال « وربما » لعدم صراحة كلام الشيخ ، ولذا اختلف العلماء في فهم عبارته فعن الشهيد حكاية ذلك عنه في الدروس صريحاً، وعن فخر المحققين نسبة التردد اليه ، وقد رجح صاحب المسالك فهم الفخر بعد نقل عبارة الشيخ (١).

(١) نص عبارة الشيخ :«اذا شهد شاهدان أنه اوصى لزيد بثلث ماله وشهد شاهد واحد انه اوصى بثلث ماله لعمرو ، وقال عمرو : احلف مع شاهدي ليكون الثلث بيننا ، فهل يزاحم الشاهدين بشاهد ويمين أم لا ؟ قال قوم : يحلف ويزاحم ويساويه ، لان الشاهد واليمين في الاموال بمنزلة الشاهدين .

وقال آخرون : لا يساويه ، لان الشاهد واليمين اضعف من شاهدين ، لان الشاهد وحده لا يقوم بنفسه حتى يضم اليه غيره، والشاهدان قائمان بأنفسهما فلا يعارضهما به. فمن قال لا يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حكم بالثلث لزيد وحده، ومن قال يعارضهما حلف عمرو مع شاهده، وكان الثلث بينهما نصفين، وعلى مذهبنا يقرع بينهما اذا عدم التاريخ ، فان خرج اسم صاحب الشاهدين أعطي الثلث ، وان خرج اسم صاحب الشاهد الواحد حلف معه واخذ الثلث » المبسوط ٨ / ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

فالمحقق نسب اليه القول بالتعارض والقرعة لكن مع كلمة «ربما» لان كلامه ليس صريحاً ، والشهيد نسب اليه القول بذلك صريحاً، وقد فهم هذا من قوله «وعلى ←

وكيف كان فلا ريب في ضعفه .

قال المحقق قدس سره : «ولا بين شاهد وامرأتين وشاهد ويمين ، بل يقضى بالشاهدين والشاهد والمرأتين دون الشاهد واليمين » .

أقول : فالحاصل عدم صدق «البينة» على الشاهد الواحد مع اليمين وحينئذ لايقع التعارض بينه و بين البينة مطلقاً ، بل يقضى بما قامت عليه البينة و لا يلتفت الى الشاهد واليمين .

ـ مذهبنا يقرع...» ، والمحكى عن فخر المحققين نسبة التردد اليه لاقتصاره على نقل قولى العامة فى ذلك ، واستحسنه الشهيد الثانى فى المسالك قائلا :« والذى يظهر أن هذا ليس حكما بالتعارض ، لان القولين اللذين حكاهما عن المخالفين كما هى عادته ، و مذهبهم ان الوصية المعينة كالثلث مثلا لاثنين متعارضين يوجب قسمته بينهما على سبيل العول.

ومذهبنا ان الثانى يكون رجوعاً عن الاول ان علم الترتيب ، وان اشتبه اقرع،وهذا المذكور على اطلاقه من مواضع الاشتباه، فلما ذكر حكم الوصية على القولين على مذهب المخالف وكان مذهبنا يخالف القول الاول على تقدير تقديم الشاهدين ذكر ما يوافق مذهبنا على تقدير التعارض لئلا يوهم ان مذهبنا على تقدير التعارض، لئلا يوهم ان مذهبنا على تقديره يوجب اشتراكهما فى الموصى به،وهذا ليس حكماً بترجيح القول بالتعارض بل هو باق على تردده حيث اقتصر على مجرد نقلهما ، وانما فرع ماينا سب القول الثانى من مذهبنا ، فنقل الشيخ فخر الدين عنه التردد أقعد .

وقول المصنف : وربما قال الشيخ ... يدل على احتماله للامرين وكذلك فعل العلامة فى القواعد نقلا عن الشيخ.

قلت : ان الشيخ قدس سره قد وضع المبسوط للدلالة على كثرة الفروع فى فقهنا وانه ما من فرع ذكره العامة الاوهو موجود فى أخبارنا ومنصوص عليه تصريحاً اوتلويحاً من ائمتنا ، فالقول بان عادته الحكاية عن المخالفين كما فى المسالك، اوانه اقتصر هنا على نقل قولى العامة كما فى الجواهر عن الفخر يخالف الغرض الذى وضع لاجله المبسوط فليتأمل .

الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه

قال المحقق : «وكل موضع قضينا فيه بالقسمة فانما هو فى موضع يمكن فرضها دون ما يمتنع كما اذا تداعى رجلان زوجة».

أقول : قد ذكرنا سابقاً أن فصل الخصومة بالتنصيف يكون فى كل مورد أمكن فيه ذلك ، قال فى المسالك ان العبارة توهم اختصاص الحكم بما يقبل القسمة لكنه تجوز بها فى امكان الشركة، ولوعبربها كان أولى » ومن هنا قال فى الجواهر مازجاً بالمتن:فى موضع يمكن فرضها بامكان الاشتراك فيه وان لم يقسم فعلا كالعبد والامة دون ما يمتنع لامتناع الشركة فيه .

وكيف كان فقد ذكرنا سابقاً انه فى كل موضع لم يمكن التنصيف ـ كما اذا كان مورد التداعى هو الزوجة ـ فالحكم هو القرعة، ويدل عليه مرسل داودبن ابى يزيد العطار عن الصادق عليه السلام : «فى رجل كانت له امرأة ، فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخرون فشهدوا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا قال: يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو اولى بها» (١) وعمل الاصحاب به جابر لضعفه ، و لم يذكر الامام عليه السلام فيه اليمين ، فيقيد ـ كما تقدم ـ بما دل على ان من خرج اسمه بالقرعة فعليه اليمين ، مثل خبر الحلبى الذى يعم الاموال وغيرها ، لكن فى المسالك انه لافائدة فى الاحلاف بعد القرعة، لان فائدته القضاء للاخر مع نكوله وهو منفى هنا ، وأجاب فى الجواهر بقوله : «وفيه :انه لا مانع منه ، و انما المنفى التنصيف بينهما على تقدير النكول منهما ، بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما ، نعم لاتعرض فى الخبر لليمين ، ولاينافى اطلاق ثبوتها فى غيره ، خصوصاً بعدماعرفت ان القرعة لاثبات الرجحان الذى يتبعه اليمين على حسب الترجيح بالاعدلية والاكثرية ،..»

---

(١) وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٤

قلت : وما ذكره تام الا قوله : « بل يتجه فيه انتفاؤها عنهما » الظاهر فى أنه مع نكولهما عن اليمين يتجه نفى كونها زوجة لهما . فانا نقول بان مقتضى البينتين تحقق العلم الاجمالى بكونهالاحدهما و ان لم يحصل العلم الاجمالى بكونهابينهما فلا ريب فى افادتهمانفى كونهالثالث، فلايجوز تزويجها من ثالث،فلامناص حينئذ ـ اى فى صورة نكولهما ـ عن القرعة مرة ثانية، فيكون من خرج اسمه أولى بهـا بلا يمين .

قال فى الجواهر : «ومما ذكرنا يظهرلك النظر فى كلام الفاضل حيث قال: «فصل فى اسباب الترجيح لحجة على اخرى، وهى ثلاثة: الاول قوة الحجة كالشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهدواليمين ، ولو اقترنت اليد بالحجة الضعيفة احتمل تقديمها والتعادل»

و وجه النظر هو ما عرفت من عدم اندراج الشاهد واليمين تحت النصوص فلا يتحقق التعارض ، والترجيح فرع التعارض كما هوواضح.

هل اليد من المرجحات ؟

ثم ذكر العلامة السبب الثانى من أسباب ترجيح احدى البينتين على الاخرى بقوله : «الثانى اليد ، فتقدم بينة الداخل على الخارج على رأى ، والاقوى العكس»

أى : فتكون اليد سبباً لتقدم بينة الداخل على بينة الخارج على رأى بعض الاصحاب القائلين بحجية بينة ذى اليد ، واختار قده العكس وهوتقديم بينة الخارج فلاتكون اليد مرجحة ، لماتقدم من عدم حجية بينة ذى اليد لقوله ﷺ «البينة على المدعى واليمين على أنكر» فلاتسمع بينته حتى تكون يده مرجحة لها .

ثم ذكر قدس سره هنا فروعاً ، فقال :

«الأأن يقيمها بعدبينة الخارج على اشكال ، فلو ادعى عيناً فى يد غيره فأقام بينة فأخذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم وأعيدت اليه على اشكال»

قال كاشف اللثام : «من انقلاب الداخل خارجاً والعكس باقامة الخارج البينة

بالحكم فيها،وهواختيار الشيخ ولكن بناء على تقديم بينة الداخل لانكشاف بينته لذى اليد . ومن اتحاد الدعوى فلايختلف الحال بتأخير اقامة البينة وتقديمها ، واليد الطارية لاقامة البينة لادلالة لها على شيء وهوالاقوى »وتبعه صاحب الجواهر حيث قال : «وفيه أيضاً مالا يخفى ، ضرورة اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمة القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين،والفرض انها دعوى واحدة ، فالمتجه عدم سماعها مطلقاً» . لكن فى كشف اللثام«نعم لورافع الى حاكم لايعلم بالحال فلا اشكال فى الاعادة اليه»

ثم قال العلامة : «ولوأراد ذواليد اقامة البينة قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل فالاقرب الجواز» .

وجه القول بالجواز هو: أن التسجيل أى اثبات ملكيته وثبته فى سجل الدعاوى لدى الحاكم غرض مقصود ، فربما احتاج الى الاثبات فى المستقبل ولايمكنه لعدم حضور الشاهدين اوموتهما أوغير ذلك .

وذكر شراح القواعد للعدم وجهين احدهما: انه لابينة الاعلى خصم،والاخر: ان الملك ثابت له بدون البينة بمجرد اليد والتصرف مع انتفاء المنازع ، فلا فائدة للبينة،وتحصيل الحاصل محال .

وقدأجابوا عن الوجهين بأن التسجيل فائدة عقلائية ، ولامانع من اقامة البينة مع عدم الخصومة الفعلية حيث يحتمل تحققها فى المستقبل وعدم تمكنه من اثبات دعواه حينذاك بسبب من الاسباب .

قلت : والاقرب هوالجواز ، والفرع يبتنى على القول بحجية بينة الداخل كما لايخفى .

ثم قال العلامة : «ولوأقام بعد الدعوى لاسقاط اليمين جاز».

أقول : وهذا أيضاً مبنى على حجية بينة ذى اليد كما ذكرنا .

ثم قال : « ولو أقام بعد ازالة يده بينة الخارج وادعى ملكا سابقاً ففى التقديم

بسبب يده التي سبق القضاء بازالتها اشكال».

في كشف اللثام : «من سبق يده وأنه الداخل والبينة تشهد له بالملك المستند الى ذلك الزمان . ومن كون تلك اليد قد اتصل القضاء بزوالها ، أما لو أقام البينة بعد القضاء للخارج قبل ازالة اليد فهي بينة الداخل ».

وفيه كما في الجواهر ما لا يخفى من أنه ليس من الداخل على التقديرين، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج . نعم اذا كانت بينة الداخل حجة وتقدم على بينة الخارج فالظاهر التقديم ، لان بيّنته حينئذ تشهد بان العين قد أخذت منه وأزيلت يده عنها ظلماً .

ثم قال العلامة : «واذا قدمنا بينة الداخل فالاقرب انه يحتاج الى اليمين».

قال في الجواهر : كأنه مناف لما ذكره سابقاً من اسقاطها اليمين ، اللهم الا ان يفرق بين معارضة البينة وبين معارضة مجرد الدعوى ، فتسقط على الاول ، فيبقى استحقاق اليمين بحاله بخلاف الثاني .

قلت : لكن لا يبقى حينئذ أثر لليد .

ثم قال العلامة ـ بشرح الفاضل الهندي ـ : «واذا قامت البينة على الداخل أو أقر فادعى الشراء من المدعي أو ثبت الدين عليه ببينة أو اقرار فادعى الابراء ، فان كانت البينة بدعواه حاضرة سمعت قبل ازالة اليد وتوفية الدين . وان كانت غائبة طولب في الوقت بالتسليم، لثبوت الاستحقاق شرعاً من غير ظهور معارض ، وليس له المطالبة بكفيل للاصل.

ثم اذا أقام البينة استرد . و ربما احتمل العدم والتأجيل ثلاثة أيام كما هو حكم مدعي جرح الشهود» ولكنه واضح الضعف .

قال : «ولو طلب الاحلاف انه لم يبعه منه أو لم يبرء قدم على الاستيفاء لكونه كحضور البينة » فان حلف ذاك استوفى العين وان نكل أبقيت في يد هذا .

ثم قال العلامة : «ولو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه» لكونها انكاراً

بعدالاقرار،فان ادعى بعد ذلك شرائها مثلا منه سمعت هذه الدعوى لعدم منافاتها لاقراره السابق ، فانأقام البينة حكم له والا حلف الطرف الاخر وأبقيت فيده .

أما لوثبت كون العين لغيره لاباعترافهبل ببينة ذاك او حلفه سمعت دعواه كونها ملكأله ، للفرق بين ثبوت الملك للاخر بالاقرار والثبوت بالحجة .

هل الشهادة بقدم الملك أولى ؟

قال المحقق قدس سره : «والشهادة بقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث مثل أن تشهد احداهما بالملك فى الحال و الاخرى بقديمه ،أواحداهما بالقديم والاخرى بالاقدم ، فالترجيح لجانب الاقدم» .

أقول : اذا تعارضت البينتان فى الملك ولكن اختصت احداهما بزيادة التاريخ،بأنقالت احداهما بأنهذه العين لزيد فى الحال وقالت الاخرى هى لعمرو منذسنة ، أوقالت تلك هىلزيد منذسنة وقالت هذه هى لعمرو منذسنتين،فهل زيادة التاريخ والشهادة بقدم الملكيوجب الاولوية والترجيح لبينة عمروأولا؟

ذهب المحقق الىالاول ، وجعل العلامة فى القواعد اشتمال احدى البينتين على زيادة كزيادة التاريخ منأسباب ترجيح البينة ، وفىالجواهر نسبة هذا القول الىالشيخ وابنى ادريس وحمزة ، بلفى المسالك نسبته الىالمشهور .

و وجه تقديم متقدمة التاريخ هو أن تلك البينة تثبت الملك لعمروفى وقت لاتعارضها البينة الاخرى فيهوهو السنة الاولى فى المثال وانما تعارضها فيما بعدها فتتساقطان فىمحل التعارض ويثبت الملكلعمروفىالسنة الاولى بلامعارض ـ ولهذا كانله المطالبة بالنماء فىذلك الزمان ـ والاصل فىالثابت دوامه .

قال فى الجواهر : ولم أجد فى شىء من النصوص اشارة اليه الاّ مـا فى صحيحابن سنان عن الصادق عليه السلام عن على عليه السلام : «وكان اذا اختصم اليه الخصمان فى جارية فزعم أحدهما انه اشتراها وزعم الآخرأنه أنتجها فكانا اذا أقاما البينة

جميعاً قضى بها للذى أنتجت عنده » (١) .

أقول: «كان » ظاهرفى الاستمرار ، لكن من البعيد تكررهذه الواقعة بحيث يصح التعبيربهذا اللفظ الاان يكون الحكم متكرراً و يقصد التمثيل بقضية الجارية . و قوله « قضى للذى انتجت عنده » له ظهور فى كونه ذايد ، فتكون الصحيحة فى غير ما نحن فيه ، لان المسألة مفروضة فيما اذا كان المدعى فى يدثالث .. . و كيف كان فالاستناد اليها فى هذا المقام محل تأمل .

فهذا هو الذى ذهب اليه المشهور .

وعن غيرواحد من الاصحاب احتمال التساوى بين البينتين وعدم تقدم المتقدمة التاريخ، بل احتملوا تقدم المتأخرة ، لانها تشهد بانتقالها من زيد الى عمرو، وتلك تشهد بكونها لزيدمنذ سنتين ولاتنفى انتقالها عنه ، واذا لم تقدم لامكان استنادشهادتها الى اليد وهى تحتمل الملك وغيره فلاأقل من التساوى .

وأما اذا شهدت المتأخرة التاريخ بسبب الملك كما لوشهدت بأن عمراً اشتراها من زيد قدّمت على الاخرى قطعاً خلافاً للعلامة فى التحرير ، لانها لما صرحت بالشراء علم أنها اطلعت على مالم تطلع عليه الاخرى ، فان تلك وان شهدت بأنها ملك زيد من ابتداء سنتين مثلا الى الآن لكن غايته انهما علما بكونها ملكه ولم يعلما بمزيل، فى المدة .

اقول : ومقتضى قاعدة تقدم الاثبات هو تقديم البينة المتأخرة التاريخ مطلقاً أى سواء أطلقت أو ذكرت السبب خلافاً للمشهور فى الاول وللتحرير فى الثانى. وأما ما ذكره فى الجواهر تبعاً لكاشف اللثام من «أن هذه البينة لما لم تتعرض لسبب الملك امكن استناد شهادتها الى اليد وهى تحتمل الملك وغيره، ويمكن أن تكون الاخرى أيضاً تعلم اليد و انها لغير الملك فلذا حكمنا بالتساوى » فخروج

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٦ .

عن فرض المسألة، لانهامفروضة فيما اذا كان المدعى فى يد ثالث ، و سيصرح بذلك صاحب الجواهر نفسه بقوله : «هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما » .

و كيف كان فلا يمكن المساعدة على ماذهب اليه المشهور ، فان لم تقدم المتأخرة التاريخ تتعارضان وتتساقطان،ويكون المرجع هوالاصل، ومقتضاه كون العين لزيد .

ولوأطلقت احداهما وأرخت الاخرى قيل : تساوتا لاحتمال الاطلاق هذا التاريخ وغيره زائداً أوناقصاً فلازيادة فى احداهماعلى الاخرى الابالتعرض للتاريخ، وهو ممالايؤكد الملك ليتسبب الترجيح .

وفيه ان المتجه تقديم المطلقة مع العلم باستناد المؤرخة الى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينة التى تقتضى انقطاعه . أما اذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضاً،اقتصارا فى تساقطهما على ماعلم تعارضهما فيه وهوالملك فى الحال فيبقى غيره مستصحباً .

و لو شهدت احداهما بسبب الملك كالشراء مثلا فقيل : تقدم على المطلقة قال فى الجواهر : وقدمر فى خبرأبى بصيرما يؤيده فى الجملة .

و فيه كما فى الجواهر أيضاً انه كما يحتمل أن يكون حكم الامام عليه السلام فيه من جهة تقديم البينة المقيدة على المطلقة، كذلك يحتمل أن تكون بينة المدعى متقدمة تاريخاً فمن هذه الجهة حكم الامام بكونها للذى ادعى الدار و اقام البينة عليها . ولعله من هنا قال : يؤيده فى الجملة .

هذا كله فيما اذا لم تكن العين فى يد أحدالمتداعيين .

واما اذا كانت فى يدأحدهما ، فان كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً - قال فى المسالك فهو المقدم لا محالة ، وعن الخلاف نفى الخلاف فيه ، و ذلك لاجتماع مرجحين فيه وهما اليد وزيادة التاريخ .

لكن في القواعد : ولوشهدت لذى اليد بالقدم تعارض رجحان التقدم ان قلنا به وكون الآخر خارجاً ، قال في كشف اللثام : فيحتمل التساوى لاشتمال كل على مرجح،وتقديم الخارج لعموم دليله وهوالاقوى ، والعكس كما في المبسوط والخلاف ونفى فيه الخلاف ، لاجتماع مرجحين فيه ولعموم دليله .

ويضعف بان دليله ان تم نزلت بينة الخارج منزلة العدم ولاعبرة ببينة الداخل اذا لم يكن للخارج بينة ، وبأنه على القول بترجيح بيّنة الخارج لاعبرة ببينة الداخل أصلا ، لانها ليست من شأنه ، واذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمة وغيرها معنى .

وفى الجواهر: الظاهر بناء الاول على القول بأن للداخل بينة مسموعة وحينئذ يتوجه ترجيحها بالامرين ، وتنزيل بينة الخارج منزلة العدم انما هو لمعارضة بينة الداخل ، فلاوجه للقول بأنه لاعبرة ببينة الداخل اذا لم يكن للخارج بينة ...

أقول : انه في صورة وجود البينة للخارج دون الداخل فلا ريب في انه يحكم له كما هو واضح ، وان لم يكن له بينة حلف ذواليد ، وان كان لكليهما بينة ـ والمفروض حجية بينة ذى اليد اخذاً بعموم دليل حجية البينة ـ فلاوجه للقول بالتساقط، بل تقدم بينة ذى اليد لوجود المرجحين المذكورين ، فما ذكره صاحب الجواهر هو الظاهر ، لكن المختار عندنا أن بينة الداخل غير مسموعة مطلقاً كما تقدم ويأتى .

وان كانت بينة الخارج أسبق تاريخاً ففى الجواهر عن الخلاف الجزم بتقديم بينة الداخل كذلك مدعياً عليه الاجماع و الاخبار ، ولعله لان البينة بقدم الملك لم تسقط بها اليد ، كرجل ادعى داراً فى يد رجل وأقام بينة بأنها كانت له امس لم تزل بها فكذلك هنا، لكن فى كشف اللثام : يقوى تقديم الخارج كما في المبسوط، لان بينته في الزمان المختص بها غير معارضة .

وفى المسالك ذكر ثلاثة أوجه أحدها: ترجيح اليد،لان البينتين متساويتان في اثبات الملك في الحال فتتساقطان فيه ويبقى من احد الطرفين اليد ومن الآخر اثبات

الملك السابق، واليد أقوى من الشهادة على الملك السابق ولهذا لايزال بها .

والثانى:ترجيح السبق،لان مع احداهما ترجيحاً من جهة البينة ومع الاخرى ترجيحاً من جهة اليد،والبينة تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها مقدم على الترجيح من جهة اليد .

والثالث : انهما متساويان لتعارض البينتين .

أقول : ان كان للداخل بينة وهى مسموعة فعلى هذا المبنى تتقدم بينته فى هذه الصورة كالصورة السابقة ، وأما على المختار من أنه لابينة للداخل لتخصيص قوله ﷺ : «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» لعموم أدلة الشهادة فلا ريب فى تقدّم بينة الخارج ، لان بينة ذى اليد غير مسموعة ويده لاتصلح لمعارضة بينة الخارج.

هذا وفى المسالك : اعلم ان اطلاق عبارة المصنف يقتضى عدم اشتراط اضافة البينة بالملك القديم والتعرض لذلك فى الحال ، وهو أحد الوجهين فى المسألة ، لان الملك اذا ثبت سابقاً فالاصل فيه الدوام والاستمرار ، فلايفتقر الى التصريح باستمراره .

والثانى وهو المشهور : ان الشهادة بالملك القديم لاتسمع حتى يقول:وهو فى ملكه فى الحال . ولا أعلم له مزيلا . حتى لوقال : لاادرى زال املا . لم يقبل، لان ثبوت الملك سابقاً ان اقتضى بقاه فيد المدعى عليه وتصرّفه يدل على الانتقال اليه ، فلايحصل ظن الملك فى الحال ، ولان دعوى الملك السابق لاتسمع ،فكذلك البينة عليه . و عللوا عدم قبول الشهادة مع قوله لاادرى زال املا مع أن مؤدّاها قريب من قوله لاعلم له مزيلا : بأن الاولى تقتضى تردداً وريبة ، فهى بعيدة عن اداء الشهادة . .

وفيه نظر:لان الجزم الواقع فى الشهادة بالصيغتين الاوليين انما استند الى استصحاب الملك وظن الاستمرار مع عدم ظهور المنافى ، و الافالتعبير بالاستمرار لايتفق ،

لان الاسباب الموجبة لانتقال الملك عن المشهود له لايمكن القطع بعدمها وان صحبه الشاهد ليلاونهاراً ، فانمنها مايمكن وقوعه سراً بنفسه مع نفسه ، والاستناد الى الاستصحاب وظن الاستمرار يتأدى بقوله : لاادرى زال املا كما يتأدى بقوله : وهو ملكه فى الحال ، لانه اذا لم يدرهل زال املا جازله استصحاب البقاء والحكم به فى الحال ، وكون الصيغة بعيدة عن أداء الشهادة فى حيزالمنع .

ومن ثم ذهب بعضهم الى عدم اشتراط الضميمة ، مع أن الشهادة بالملك السابق لاينافى العلم بتجدد انتقاله عنه، فمع اضافته ما ينافى العلم بالانتقال أولى . والحق: ان اطلاق الشهادة بالملك القديم لايسمع لعدم التنافى بين كونه ملكاً له بالامس مع تجدد انتقاله عنه اليوم وان كان الشاهد يعلم بذلك ، بل لابد من اضافة مايفيد عدم علمه بتجدد الانتقال وذلك يتحقق بهذه الصيغ وان كان الاقتصار على مالايشتمل على التردد أولى . »

حكم الاستناد الى الاستصحاب فى الحكم والشهادة :

أقول : هنا فروع متعددة ، فمنها انه : هل للحاكم أن يحكم بالاستناد الى الاستصحاب، كما اذا علم بكون العين لزيدسابقاً ثم لما ادعاها عمريشك فيستصحب بقائها على ملك زيد ؟ ان قلنا بجواز حكم الحاكم بعلمه جاز حكمه باستصحابه، لأن استصحابه يقوم مقام علمه .

ومنها:انه هل للشاهد أن يشهد مستنداً الى الاستصحاب ؟ واذا جاز ذلك فهل للحاكم الحكم مع علمه بأن لامدرك لشهادته الا الاستصحاب ، أو مع تصريح الشاهد باستناده الى الاستصحاب ، أوتصريحه بالجهل بالأمرفى الحال ؟ وهل يعتبر ذلك شهادة ؟

ومنها : انه لوقال أشهد بكونها ملكاً لزيد أمس . ثم سكت بالنسبة الى الحال فهل للحاكم ان يحكم بكونها لزيد فى الحال اخذاً بالاستصحاب ؟

قال فى الجواهر : لامدرك للمسألة بحسب الظاهر الاصدق اسم الشهادة عرفاً

فلا حكم للمشكوك فيها فضلاً عن غيرها ، ولاريب فى عدم صدق الشهادة بالملك فى الحال بمجرد الشهادة على قدم الملك ، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب بل ومع قوله : لا اعلم له مزيلاً فضلاً عن قول : لاادرى زال أم لا . وجواز الشهادة بالاستصحاب لايقتضى تحقق اسمها مع التصريح به أوبما يساويه ، وانما المعلوم كونها شهادة عرفاً ، قوله هو ملكه فى الحال ، ولعله لذا اقتصر عليه بعضهم كما عن آخر التصريح بارادة تحقق الملك الحال من قوله لااعلم له مزيلاً نحو القول ان هذا الامر قطعى لااعلم فيه مخالفاً . ففى الحقيقة هو شهادة على عدوان اليد المارضة .

قلت : قد يقال : صحيح ان الحاكم لايحكم فى هذه الحالة بالملكية الفعلية للمشهود له استناداً الى هذه الشهادة ، الا انه لما شهد الشاهد بالملكية السابقة فقد ثبت ملك امس عند الحاكم بالشهادة فاذا شك الحاكم نفسه فى زوال تلك الملكية بادعاء عمرو استصحب بقائها حتى الحال فيحكم بكون العين لزيد المشهود له ، لكن هذا فى صورة عدم كونها فى يد عمرو ، لان يده حينئذ مقدمة على الاستصحاب المذكور ولذا قيل ان للحاكم الحكم استناداً الى الاستصحاب فى صورة عدم وجود يد معارضة له .

قلت: لكن نفس الادلاء بالشهادة له بالملكية له ظهور عرفى فى الشهادة على الملكية الفعلية وان لم يضم اليه ضميمة ، والاقما الداعى للشاهد على الشهادة على الملكية السابقة مع أن النزاع حول الملكية فى الحال ؟ فاذا كان الملاك الصدق العرفى فالظاهر تحققه ، ولعل هذا وجه اطلاق المحقق قدس سره .

وهنا فرع آخر تعرض له المصنف فى المسألة الخامسة .

قال فى الجواهر : وما عساه يظهر من بعض الناس من الاجماع على كون الشهادة المزبورة كالشهادة على الملك فى الحال فى الانتزاع بها ، بل مرجع الاخيرة الى الاولى عند التحليل ، ضرورة عدم الاحاطة بأسباب الانتقال التى منها ما يقع بين المالك وبين نفسه من دون اطلاع احد ، و حينئذ فما دل على الاخذ

بشهادة العدلين من قوله ﷺ: البينة على المدعى شامل للصورتين ، بل محل البحث منهما هى الغالبة ، لندرة البينة المطلعة على العدم ـ لم أتحققه .

فان تم كان هو الحجة والا فالمسألة محل نظر، والظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم .

نعم ربما يقال بتماميته حيث لاتكون يد ، كما فى خبر حمران(١) لمشتمل على دعوى ملكية جارية بنت سبع سنين فلاحظ .

هذا كله فى الشهادة بالملك.

الشهادة بالاقرار

وأما لو شهد بانه أقرله بالامس ففى القواعد : « ثبت الاقرار واستصحب موجبه و ان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى » . وفى كشف اللثام : « كما اذا سمعنا نحن منه الاقرار حكمنا بالملك للمقرله الى ظهور المزيل،والفرق بين ثبوت الملك بالاقرار وثبوته بالبينة ظاهر» .

---

(١) قال : «سألت ابا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة، ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة أنها ابنتها ، فقال : قد قضى فى هذا على عليه السلام، قلت : وما قضى فى هذا؟ قال : كان يقول الناس كلهم احرار الامن أقر على نفسه بالرق وهو مدرك، ومن أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فانه يدفع اليه ويكون له رقاً . قلت : فما ترى أنت ؟ قال : أرى أن أسأل الذى ادعى أنها مملوكة له بينة على ما ادعى ، فان احضر شهوداً يشهدون انها مملوكة لا يعلمونه باع و لا وهب دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها أن الجارية ابنتها حرة مثلها فلتدفع اليها وتخرج من يدالرجل . قلت فان لم يقم الرجل شهوداً انها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده فان أقامت المرأة البينة على انها ابنتها دفعت اليها ، فان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» وسائل الشيعه ١٨ / ١٨٤

وفيه نظر ـ كما فى الجواهر ـ فلو اخذت العين من زيد باقراره أمس ثم وجدت بيده اليوم أشكل رفع يده هذه بذاك الاقرار، لان اليد الفعلية تعارض اقرار الامس وان سقطت يده أمس بالاقرار اللاحق لها لكشفه عن كونها يد عدوان مثلا .

كما ان اليد الفعلية هذه لاتسقط بالبينة السابقة عليها التى رفعت يده بها عن العين .

تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد

قال المحقق قدس سره : « وكذا الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد لانها محتملة » .

أقول : اى ان الشهادة باليد محتملة للملك و غيره ، فتكون الشهادة بالملك نصاً فى الملك و الشهادة باليد ظاهرة فى الملك، والنص متقدم على الظاهر عقلا ونقلا، لا يقال: لايوجد عندنا نص فى خصوص تقدم النص على الظاهر، اذليس من المراد ذلك ، بل المرادان قوله ﷺ «انما أقضى بينكم بالبينات والايمان » و«البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» صريحان فى أن البينة حجة على الملكية سواء وجدت يد أولا .

تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف

قال المحقق : « وكذا الشهادة بسبب الملك أولى من الشهادة بالتصرف »

أقول: أى لان التصرف كما يكون عن ملك كذلك يكون عن وكالة ونحوها و حينئذ تكون الشهادة بسبب الملك كالشراء مثلا متقدمة على الشهادة بالتصرف من باب تقدم النص على الظاهر، فان ذلك قاعدة جارية فى كلام الشخص الواحد والشخصين اللذين هما بحكم الواحد .

هذا فيما اذا شهدتا بالنسبة الى زمان واحد . و اما لوقامت الشهادة على اليد الفعلية والشهادة على الملك السابق فسيأتى الكلام فيه .

هذا وفى المسالك : «ولافرق على هذا التقدير بين تقديم تاريخ شهادة اليد

-بأن شهدت أن يده على العين منذ سنة، وشهدت بينة الملك بتأريخ متأخر، أوبانه يملكه فى الحال ـ و تأخره ، لاشتراك الجميع فى المقتضى و هـو احتمال اليد بخلاف الملك . وفى هذه المسألة قول بتقديم البد على الملك القديم ، و سيأتى الكلام فيه» .

قال فى الجواهر، وهو كما ترى ، ضرورة اجنبيةذلك عما نحن فيه و هو ما عرفت من ارادة بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد...

* * *

(المسألة الثالثة)

(اذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان)

قال المحقق قدس سره : « اذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان ، اندفعت عنه المخاصمة حاضراً كان المقر له أو غائباً» .

أقول: اذا كان شيء بيد شخص فادعى احد كونه له ، فتارة يقول المدعى عليه : هو لى ، وتارة يقر به لمعين فيقول : هو لفلان ، وثالثة يقر به لمجهول فيقول : ليس لى ولكن لا أسمى مالكه أو لا أعرفه .

ولو أقر به لمعين فتارة هو ممن يمكن المخاصمة معه وتارة لا يمكن المخاصمة معه كأن يكون طفلا ، وتارة يكون حاضراً وتارة يكون غائباً .

فان أقر بالشيء لمالك معين بأن قال هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة وتوجهت الى المالك سواء كان حاضراً أو غائبا ، وليس له أن يحلف ذا اليد اذ لا يحلف أحد على مال لغيره .

وهل أن قوله: هو لفلان يدخل الشيء فى ملك فلان المقر له او يخرجه عن ملك ذى اليد فقط؟ وجهان، فعلى الثانى يكفى للمدعى اثبات كون المال له، وعلى الاول يحكم الحاكم بكونه المقر له، وعلى المدعى المرافعة معه فيكون المقر له هو المدعى عليه ، وهل للمدعى احلاف ذى اليد أنه لا يعلم أنها له أولا ؟ فيه قولان كما سيأتى .

ولكن اذا كانت فى يد الشخص المقر بعد فما المانع من أن يقيم المدعى

البينة لدى الحاكم على كونها له لا للمقر له ، فيأخذها الحاكم ويدفعها اليه ؟ لانه ان كان المقر له حاضراً أو يمكن حضوره فالبينة مؤثرة كما هو واضح ، وان كان غائباً حكم للمدعي ثم الغائب على حجته . نعم لايمكن اقامة البينة بأن يكون ذو اليد المدعى عليه، لانه لايمكن له اليمين في مال المقر له ، الا اذا كان مورد الدعوى وجوب تسليم العين بأن يقيم البينة على الملكية المستتبعة لوجوب تسليمها فيحلف ذواليد على عدم وجوبه .

وأما اذا سلم المدعى عليه العين الى المقر له فاما هي باقية بيد المقر له وامّا هي تالفة ، وهل للمدعي أن يدعي عليه العلم بكون المال له فيحلف على نفي العلم فان لم يحلف غرم ؟ قال المحقق : نعم ، وهذه عبارته : «وان قال المدعي : أحلفوه أنه لايعلم أنها لي توجهت اليمين، لان فائدتها الغرم لوامتنع لاالقضاء بالعين لو نكل أورد» وعليه العلامة في القواعد ، وقد نسب الى الشيخ في أحد قوليه، وفي المسالك: يجوز ان كانت تالفة، أي فان كانت العين باقية أمر باستردادها . . . وأما اذا لم يمتنع وحلف على نفي العلم فلاشيء عليه .

قال المحقق : «وقال الشيخ : لايحلف ولايغرم لو نكل . والاقرب أنه يغرم، لانه حال بين المالك وبين ماله باقراره لغيره» .

ووجه قول الشيخ هو ان الامتناع لايستلزم العلم بكونها للمدعي ، بل لايضمن حتى مع الاقرار بذلك ، لانه لايصدق عليه عنوان التلف حينئذ فلاوجه للضمان .

قلت : والتحقيق هو أن الحكم بالغرم بالامتناع عن اليمين على نفي العلم متوقف على توفّر ثلاث مقدمات احداها : ان يكون الاقرار لغيره بمنزلة الاتلاف للمال. والثانية : أن يكون الامتناع عن هذه اليمين بمنزلة الاقرار للمدعي. والثالثة ان يكون العلم بكون العين للمدعي جزءاً لموضوع الضمان أو تمام الموضوع ، واما اذا لم يكن للعلم دخل في الضمان كما هو الصحيح لان اليد كافية في ثبوت الضمان فلاأثر لليمين على نفي العلم .

هذا وفى المسالك : «اذا ادعى شيئاً على انسان فقال المدعى عليه : انه ليس لى فاما أن يقتصر عليه اويضيفه الى مجهول اوالى معلوم . فان اقتصر عليه او اضافه الى مجهول بأن قال : هو لرجل لااعرفه ، اولااسميه ففى انصراف الخصومة عنه وانتزاع المال من يده وجهان اصحهما وهو الذى لم يذكره المصنف انها لاتنصرف ولاينتزع المال من يده ، لان الظاهر ان مافى يده ملكه وماصدر عنه ليس بمزيل ، ولم يظهر لغيره استحقاقاً ، وعلى هذا فان اقر بعد ذلك لمعيّن قبل وانصرفت الخصومة الى ذلك المعين والا فيقيم المدعى البينة عليه اويحلفه» .

قلت : ولايخفى مافيه ، لان قوله : « ليس لى » يزيل ملكيته يقيناً لانه اقرار، وهذا الاقرار يسقط يده عن كونها امارة للملكية ، نعم لاملازمة بين ازالة الملكية للمال وازالة الملكية لليد، فتكون يده مثل يدالوكيل والأمين والمستعير والمستأجر، لان اقراره يزيل الملكية للعين ولا يفيد كون يده عدوانية ، بل تبقى على حجيتها، وعلى ماذكرنا تنصرف الدعوى عنه ، اذلو أراد الحلف حينئذ كان فى ملك غيره، واما بناءاً على ماذكره من عدم صدور ما يزيل الملكية منه فيجوز المرافعة معه ، وعلى ما ذكرنا من عدم الملازمة المذكورة يترتب الأثر على اقراره فيما لوأقر بعد ذلك لشخص معين .

قال :«والوجه الثانى انها تنصرف عنه بذلك ولانها تبرء من المدعى عليه ، وينتزع الحاكم المال من يده ، فان اقام المدعى بينة على الاستحقاق فذاك والاحفظه الى أن يظهر مالكه » .

قلت : وهذا صحيح فى صورة تمامية الملازمة المذكورة مع احتمال كون يده عليها مشروعة فيأخذها الحاكم بعنوان النهى عن المنكر..

فظهر أن الصحيح هو ابقاء العين فى يد المدعى عليه ، فان قلنا بأن اقامة البينة لاتتوقف على تمكن المدعى عليه من اليمين فتسمع ويعطاها والابقيت فى يده.. وان قال : «هى لقطة» فله أن يدفعها الى الحاكم لانه مال مجهول مالكه فيرجع اليه

وله أن يقوم فيها بما يجب عليه من أحكام اللقطة .

ثم ذكر في المسالك : انه « ان أضافه الى معلوم فالمضاف اليه ضربان أحدهما انيمتنع مخاصمته وتحليفه . . . والثانى منلايمتنع مخاصمته ولاتحليفه كمااذا اضافه الىشخص معين ، فهو اماحاضر واماغائب ، فانكان حاضراً روجع فانصدق المدعى انصرفت الخصومة اليهوان كذبه ففيه أوجه ... وان اضاف الى غائب انصرفتعنه الخصومة ايضاً ...» و سيأتى التعرض لكل ذلك ... ثم قال :

«وحيث ينصرف الخصومة عنهوطلب المدعى احلافه انهلايعلم ان العينله ففياجابته قولان مبنيان على أنه لواقرله بعدما أقرلغيره هل يغرم القيمة ؟ فيه قولان مذكوران فيمحله . فانقلنا : نعموهو الاظهر فله احلافه ، فلعله يقر فيغرمه القيمة . وانقلنا : لاوهو احدقولى الشيخ ، فانقلنا : النكول ورداليمين كالاقرار لميحلفه، لانهوان أقرونكلوحلف المدعى لايستفيد شيئاً ، وانقلنا كالبينة فلهالتحليف ،لانه قدينكل فيحلف المدعى ، فاذا حلف و كانت العين تالفة اخذ القيمة» .

وأشكل عليه في الجواهر بقوله : «وفيه بعد الاغماض عما في تقييده بتلف العين ـ أن غاية ذلك كون اليمين المردودة كالبينة على اقراره مع علمه بكونه للمدعى ، والفرض عدم اقتضاء ذلك الغرم لوأقربه هو، و ليس هوبينة على كون المال له ، ضرورة كون الدعوى علمه بالحال فيه تكون كالبينة على ذلك ، ولاتزيد على الاقرار المفروض عدم الغرم به كماهو واضح . ولذاحكى عنالشيخ اطلاق عدم توجه اليمين علىالتقدير المزبور ، فتأمل »

وجه التأمل هو احتمال كون اطلاق الشيخ من جهته انه لايرى كون النكول و رد اليمين كاقرار بل كالبينة . و كيف كان فعلى القول بعدم التحليف لا يفرق بين القول يكون النكول ورداليمين بمنزلة الاقرار و القول بكونهما بمنزلة البينة .

حكم مالوانكر المقرله الملكية للشيء :

قال المحقق قدس سره: « ولوأنكر المقرله حفظها الحاكم ، لانها خرجت

عن ملك المقرولم تدخل فى ملك المقرله ، ولو أقام المدعى بينة قضى له » .

اقول : وحاصل ذلك سقوط يدالمدعى عليه المقرمطلقاً ، أى فلاتكون أمارة على الملك و لاتكون كاليد الامانية مثلا ، فكأنها يد عدوانية فينتزعها الحاكم منه و يحفظها . و هذا احد الوجوه الثلاثة التى ذكرها الشهيد الثانى فى المسالك فى هذه المسألة .

و الثانى : وهوالمنقول عن التحرير : انهاتترك فى يدالمدعى عليه المقر ، اذ لامنازع له الى قيام حجة ، لانه اقرللثالث و بطل اقراره فكأنه لم يقر. قال فى الجواهر: وفيه ان بطلانه بالنسبة الى تملك المقرله لا بالنسبة الى نفيها عنه كما هوواضح .

والثالث: وهو المنقول عن القواعد: انهاتسلم الى المدعى، لخروجهاعن ملك المقرله بانكاره ولامنازع فيها للمدعى ، قلت: وهذا هوالاقرب،و اما قول صاحب الجواهر: «وهو بعيد لكونها فى يد» ففيه : انه أى يد يريد ، اما يدالمقرفقد زالت باقراره ، واما يد المقرله فمنتفية بانكاره، واماید الحاكم فهى لاجل حفظها حتى يظهرصاحبها و قد ظهر، فيدفعها الى المدعى ولاحاجةالى البينة ولا اليمين كما فى القواعد .

وانرجع المقرلهعن انكاره وصدق المقرفى كون الشىءله فعن التذكرة أنله الاخذ عملا باقرار المقر السالم عن انكاره ، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضا وبقى الاقرار سالماً عن المعارض ، لكن فى الجواهرمنع زوال حكم الانكار بالتصديق ، فلا أثر للتصديق الطارى ، وحينئذ يحكم بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة وقد عرفت المختار منها ، قال : ومن هنا لورجع ذواليد فقال : غلطت بل هولى لم يقبل منه .

لو كان المقرله غائباً

هذا كله فيما اذا كان المقرله حاضراً . قال فى الجواهر ثم الحكم فى المقرله

الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبة الى تصديقه و تكذيبه ، وللمدعى اقامة البينة وأخذه قبل معرفة حاله ، ولكن هومن الحكم على الغائب، فينبغى مراعاة شروطه السابقة ، كما له ايضاً احلافه على عدم العلم ، نحو ماسمعته فى الحاضر، أى بناء على ان للمدعى حق التحليف عليه كما عليه المشهور وأحد قولى الشيخ.

فان نكل عن اليمين على نفى العلم ، فان لم يقرولم يرد اليمين أحلف المدعى ، فان حلف فهل ينتزع العين و يغرم؟ قال فى القواعد : الاقرب الثانى . فيكون نظيرماإذا أقربكون العين لزيد و دفعت اليه ثم أقربكونها لعمرو فيغرم له بدل الحيلولة ، ولايبعد أن يكون الحكم كذلك ان أثبت المدعى الحق بالبينة ، ولواسترجع العين من الغائب ودفعها الى المدعى وجب عليه اى على المدعى رد المال الذى أخذه بدل الحيلولة .

وحيث يدعى كونها لغائب فان ادعى استيجاره العين منه مثلا فالحكم قبول قوله ، نظير قول ذى اليد ، فان أثبت المدعى كون المال ملكه فقد ظهر بطلان الاجارة، وان لم يتمكن من ذلك احلف المدعى عليه على الاجارة وأبقيت العين بيده. ولو أقام البينة على الاجارة فبناء على سماعها منه هل تقدم بينته على بينة المدعى باعتضادها باليد أولا ؟ فى القواعد : اشكال. قلت : لااشكال فى أن بينة المدعى من بينة الخارج ، فيحتمل أن تكون بينة الاخر من بينة الخارج أيضاً لكونه مقراً بعدم كونها له فيتساقطان ، ويحتمل أن يكون نفسه ذا يد لكونها بيده الآن فتكون من بينة الداخل ، فعلى القول بتقدم بينة الخارج فالامر واضح ، وعلى القول بتقدم بينة ذى اليد لحجيتها وتأيدها باليد قدمت، وهذا وجه توقف العلامة، لكن فى الجواهر الاقرب انهما معاً خارجان ، قلت : لكن جعل بينة من له الانتفاع بما فى يده بينة الخارج بعيد جداً .

وان لم يكن مدعياً للاجارة مثلا فهل له اقامة البينة كذلك أولا لكونه أجنبيا ؟ قال العلامة : يمكن أن يكون طرفاً للخصومة بدعوى المدعى عليه العلم بكونها له،

فيحلّفه على نفى العلم ، فله ان يقيم البينة حتى يدفع عن نفسه وجوب اليمين وان كانت البينة تشهد بكون ملك العين للمقرله . . . واختار فى الجواهر عدم الجواز، فانه اذا ثبت بالبينة كون العين للمقرله فلامجال لليمين على نفى العلم، وأيضاً لما كان ملك المقرله ثابتاً بالبينة فلاأثر للاقرار فى اثباته حتى يدعى عليه المدعى الاتلاف بالاقرار .

قلت : لكن الصحيح ماذهب اليه العلامة، لانه بناء على حجية بينة الداخل ان لم يكن عنده بينة كان عليه اليمين على نفى العلم ، وان كان له بينة جاز له اقامتها على اثبات ملك المقرله لتؤثر فى سقوط اليمين عنه ، اللهم الا ان لا يكون هذا الاثر مجوزاً له لاقامة البينة على ملك المقرله ، اذ لامعنى لان يقيم أحد بينة على ملك غيره.

نعم يبقى الاشكال فى انه لاملازمة بين ثبوت ملك الاخر وعدم علم المقر ، بل يجوز للمدعى دعوى العلم عليه حتى بعد قيام البينة واعطاء العين للمقرله فيحلفه على نفى العلم ويكون أثره انه اذا امتنع عن اليمين غرم .

لو كان المقرله ممن يمتنع مخاصمته

ولو أقر المدعى عليه بكون العين لمن يمتنع مخاصمته وتحليفه ، كما اذا قال هى وقف على مسجد كذا ، أو هى ملك لطفل صغير ، فهل يكون طرف الخصومة ولى الصغير أو متولى الموقوفة ؟ ان كان للمدعى بينة أقامها وحكم له والا فلا يحلف الولى والمتولى اذ لاأثر ليمينهما، اذن لايغنى فى هذا الفرع الا البينة. وأما اليمين على نفى العلم فالحكم كما تقدم ، فان حلف فهو والاغرم ، وكيف كان فان الخصومة تندفع عن المدعى عليه ، وفى المسالك : واذا قضى له الحاكم بالبينة و كان الاقرار لطفل كتب الحاكم صورة الحال فى السجل ليكون الطفل على حجته اذا بلغ ، لكن فى الجواهر : «قلت قد يقال : بعدم الحجة له لوجود وليه القائم مقامه الذى هو أولى من الوكيل فتأمل » قلت : وجه التأمل: ان الوكيل عمله عمل الموكل ، أى ان الموكل يقيمه مقامه وينزل عمله منزلة عمل نفسه، فاذا

قضى على وكيله قبل ، وليس عمل الولى عمل الصغير ، بل قيام الولى بالامور المتعلقة بالصغير حكم الهى . كما جعل الولاية للحاكم بالنسبة الى الغائب حيث يحكم عليه بعد تمامية مقدماته ويكون الغائب على حجته اذا حضر ، فالصغير مثله فهو على حجته اذا بلغ .

هنا كله اذا أقر بالعين لمعين بمختلف صوره.

لو كان المقر له مجهولا

قال المحقق : « اما لو اقر المدعى عليه بها لمجهول لم تندفع الخصومة والزم البيان » .

اقول : لو أقر بها لمجهول أخذ الحاكم العين من المقر من باب الولاية ، فان كان للمدعى بينة أعطاها اياه والا بقيت فى يد الحاكم ، وهل يلزم البيان ؟ قال به المحقق ، وفى الجواهر : لا لانه ينافى الاقرار الاول ، قلت : الا اذا عين المقر له فى المرة الثانية مدعيا النسيان فى المرة الاولى .

ولو قال المدعى للعين : هى وقف على ّ وأقر بها من هى فى يده لاخر وصدّقه الاخر فقد عرفت انصراف الخصومة عمن هى فى يده الى المقر له ، لكن هل للمدعى احلاف من كانت بيده على نفى العلم ؟ فى المسالك وجهان. «من حيث ان المدعى قد اعترف بالوقف والوقف لايعتاض عنه ، ومن انه مضمون بالقيمة عند الاتلاف ، والحيلولة فى الحال كالاتلاف ، وهذا أقوى » .

* * *

(المسألة الرابعة)

(لو وقع الاختلاف فى العقد الواقع)

قال المحقق قدس سره : « اذا ادعى أنه آجره الدابة وادعى آخر أنه أودعه اياها تحقق التعارض مع قيام البينتين بالدعويين وعمل بالقرعة مع تساوى البينتين فى عدم الترجيح».

أقول : انه وان كان النزاع بين الرجلين حول العقد فى الظاهر فيدعى هذا بأنه قد آجره الدابة ويدعى ذاك بأنه أودعه مثلا اياها، لكن النزاع فى الحقيقة هو فى الملك، للثمرة الواضح ترتبها من هذه الناحية على دعوى كل واحد منهما ، و بالنظر الى ذلك ذكر المحقق قدس سره هذه المسألة فى مسائل الاختلاف فى الاملاك (١) .

و ما ذكره المحقق قدس سره هو أحد الصور الاربع المتصورة فى هذه المسألة .

والصورة الثانية : أن تكون العين بيد شخص وهو يقر بأنها ليست ملكاً له، غير أنه ينازع المالك فيقول قد آجرنى اياها ويقول المالك : قد أودعته اياها .. . أو يدعى المالك الاجارة وذو اليد العارية ... فان كانت مستأجرة ملك الشخص منفعتها

---

(١) فيه اشارة الى جواب اعتراض صاحب المسالك قدس سره .

فى المدة المعينة دون ما اذا كانت وديعة ، لكن يترتب على كونها مستأجرة لزوم دفع بدل الايجار الى المالك . . . وهذه الصورة من الاختلاف فى العقود وان كان لهذا النزاع ثمرة مالية .

و الصورة الثالثة : ان يتنازع اثنان حول عين يقران بكونها لثالث فيقول أحدهما : قد آجرنى اياها ويقول الآخر : قد استودعنى اياها .

والصورة الرابعة : أن يتنازعا فيقول أحدهما : انها لزيد وقد آجرنى اياها ويقول الآخر : انها لعمروقد استودعنى اياها .

فالحكم فى الصورة الأولى التى ذكرها المحقق قدس سره هو ماذكره من أنه ان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان أقاماهامعاً فان ترجحت احداهما على الاخرى بسبب من أسباب الترجيح ـ على مـا تقدم من الكلام عليها ـ حكم لها والا فالقرعة ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ ، وان نكل حلف الآخر ، فان نكلا فالحكم هر التنصيف للعين ان كانت قابلة له ، والا فهماشريكان فيها على النصف.

وفى الصورة الثانية يتحقق التداعى بين المالك و المتصرّف ، فان كان لاحدهما بينة حكم له ، وان كانت لكليهما ، فان ترجحت احداهما على الاخرى فهووالانعارضتاوتساقطتا ، وحينئذ تقسم منفعة العين بينهما نصفين ويقسم مال الاجارة بينهما كذلك .

وربما يجعل المالك فى هذه الصورة ذا اليد وبينة المتصرف خارجاً فيبتنى الامرعلى حجية بينة الداخل ، فعلى القول بها تقدم بينة ذى اليد ـ المالك ـ و على القول الآخر تقدم بينة المتصرف ، فلاتكون الصورة من قبيل التداعى حتى ينتهى الامر الى القرعة ، و قد يحتمل كون المتصرف ذا يد لكونها بيده الآن و يبتنى الامرعلى تقديم بينة الداخل والخارج كذلك .

وهكذا يكون طريق فصل الخصومة فى الصورتين الباقيتين لانهما من مصاديق التداعى كذلك .

(المسألة الخامسة)

(حكم مالو كان شيء في يدانسان وادعى احد كونه له سابقاً وأقام بينة)

قال المحقق قدس سره : « لوادعى داراً فى يدانسان وأقام بينة أنها كانت فى يده أمس أومنذ شهر ، قيل : لاتسمع هذه البينة .

وكذا لوشهدت له بالملك أمس.

لان ظاهر اليدالآن الملك فلاتدفع بالمحتمل.

وفيه اشكال ، ولعل الاقرب القبول ».

أقول : لوادعى داراً مثلا فى يد انسان وأقام المدعى بينة أنها كانت فى يده أمس أومنذشهر، اوكانت فى ملكه أمس مثلا، فهل تسمع البينة ؟ قولان ، وقداستدل للعدم بوجهين.

الاول : ان اليد امارة على الملكية الفعلية لصاحبها ، وبينة المدعى تشهد باليد والملك السابقين ، ولا ريب فى تقدم الامارة الفعلية على الامارة القائمة على الملكية السابقة ، و بعبارة أخرى : اليد الفعلية المشاهدة بالعيان حيث نرى العين فى هذه اليد ظاهرة فى الملكية الفعلية لصاحبها ، ومقتضى اليد السابقة هو احتمال الفعلية لصاحبها ، ولا يدفع الظهور المذكور بالمحتمل .

وأجيب بأن اليد الفعلية وان كانت دليل الملك الفعلى ، لكن اليد السابقة

المستصحبة والملك السابق المستصحب أولى ، لمشاركة تلك اليد لهذه في الدلالة على الملكية الفعلية، وانفرادهما بالزمن السابق بلا معارض، فيكونان أرجح من هذه اليد ، الا أن تقوم الحجة الشرعية على انتقال العين اليه بطريق شرعي ، نظير ما اذا أقر بكون الشيء الذي بيده ملكاً لزيد أمس وادعى كونه له اليوم ، فانه يجب عليه اقامة الحجة الشرعية على انتقاله اليه من زيد ، بطريق شرعي صحيح ، و كذا لو أقر بكونه مديناً لزيد بكذا من المال ثم ادعى أداء الدين مثلا كان عليه أقامة الحجة على الاداء .

وفي المقام يكون حكم بينة المدعي حكم اقرار المدعى عليه ، فيجب على ذي اليد المدعى عليه اثبات شرعية يده على العين ، والا تقدمت بينة المدعي بضميمة الاستصحاب على يده ، فليس المورد من مقابلة المحتمل للمقطوع حتى يقال بأنه لايدفع المقطوع بالمحتمل .

والثاني: انه ان كان مدعاه هو الملكية أو اليد أمس فلاتسمع ، وان كان الملكية أو اليد اليوم فان شهادة بينته غير مطابقة لدعواه ، لانها تشهد باليد والملك أمس ، والبينة غير المطابقة للمدعي غير مسموعة .

وأجيب بأن الحكم باستصحاب اليد والملك السابقين الى اليوم يوجب المطابقة بين الدعوى والشهادة ، فان هذه الشهادة بضميمة عدم العلم بالناقل الشرعي شهادة بالملكية الفعلية وهي مسموعة .

و بالجملة : ان كانت الشهادة بملكية أمس شهادة بملكية اليوم فهو ، والا فان الاستصحاب الموجود يفيد بقاء مدلول الشهادة ، و حينئذ يقع البحث في تقدم هذا الاستصحاب على اليد أو معارضته لها، لانه اصل وهي أمارة ، وقد يخدش في اليقين السابق فيختل الاستصحاب ، بأن يقال ـ كما عن كشف اللثام ـ بأن البينة ليست كاشفة عن الواقع كالاقرار ، فليس مفادها هنا الملكية الواقعية حتى تستصحب الى اليوم، لكنه كما ترى ، لان البينة حجة شرعية اذا ،اقيمت بشرائطها

الغى احتمال الخلاف وأفادت مايفيد اليقين ، فالحالة السابقة للاستصحاب متحققة، كمالايلتفت الى احتمال عدم كون اليد السابقة يد ملك لوشهدت البينة بكون العين بيدالمدعى أمس .

فظهر أن محط الكلام هو الخلاف فى تقدم الاستصحاب على اليدوعدمه ، والمختارهو الاول ، وبيان ذلك : أنه وان كانت اليد مقدمة على الاستصحاب فى موارد كثيرة ولكن لايوجد بأيدينا اطلاق يقتضى تقدمها عليه على كل حال ، بل ان اليد الفعلية المسبوقة بالاخرى المستصحبة ـ او المسبوقة بالملك المستصحب ـ يدضعيفة عند العقلاء لاتصلح لمقاومة هذا الاستصحاب فضلا عن التقدم عليه ، و لذا يفرق العقلاء بين الدعوى على ذى اليد و بين الدعوى على يد مسبوقة بيد اخرى ، ففى الصورة الثانية يسقطون اليد عن الاعتبار ولاأقل من انهم يطالبون صاحبها باقامة الحجة على انتقال العين اليه بطريق شرعى صحيح .

وبتقريب آخر: ان اللازم الشرعى للمكية السابقة التى أثبتها البينة بقاءتلك الملكية حتى يعلم المزيل الشرعى له والناقل الشرعى للعين،فاذا شهدت البينة بملكية أمس كان لازمها الملكية الفعلية لولا الانتقال ، وقد عرفت ان الاستصحاب ينفى الناقل ، فتكون بينة المدعى مسموعة ومتقدمة على يد المتصرف .

هذا وفى المستند : « لوتعارضت اليد الحالية مع الملكية السابقة أو اليد السابقة ففى تقدم الحالية أوالسابقة قولان ، كل منهما عن الشيخ فى كل من المبسوط والخلاف ، وتبعه على الاول جماعة ولعلهم الاكثرون ومنهم من المتأخرين الكفاية والمفاتيح وشرحه وبعض فضلائنا المعاصرين .

وعلى الثانى الشرائع ويظهرمن الارشاد الميل اليه . ويظهرمن التحرير وجه ثالث وهو التساوى » ثم اورد أدلة الاقوال ثم قال : « و التحقيق ان اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية ، فلايبقى لشىء منهما حكم ، ولكن اصل اليد لايعارضه شىء وهوباق بالمشاهدة والعيان ، والاصل عدم التسلط على انتزاع العين

من يده ولاعلى منعه من التصرفات التى كان له فيها حتى بيعها واجارتها ، اذغاية الامر عدم دليل لنا على ملكيته ولكن لادليل على عدم ملكيته ايضاً ، واصالة عدم الملكية بالنسبة اليه والى غيره سواء مع ثبوت اصل الملكية ، فلايجرى فيه ذلك الاصل أيضاً ، مضافاً الى امكان حصول هذه التصرفات كلا او بعضاً بالتوكيل والاجارة والولاية والاذن وغيرها، فيبقى اصالة عدم التسلط واصالة جواز تصرفاته خالية عن المعارض ، والى هذا يشير كلام من قال ان احتمال كون اليد الثانية بالعارية أوغيرها لايلتفت اليه مع بقاء اليد على حالها ، فان المقصود الاصلى من اعمال اليد هو ابقاء تسلطها على ما فيها وعدم جواز منعها من التصرفات كيف شاء بسبب احتمال الغصب أو العارية أو غيرهما ، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك ، وليس هذا معنى الحكم بانه ملك انتهى كلامه رفع مقامه .

فان قيل : كما ان الملكية أو اليد السابقة يقتضى استصحاب الملكية كذلك يقتضى استصحاب تسلط المالك الاول والحاكم على منع ذى اليد عن التصرفات ايضاً وبه يندفع اصالة عدم التسلط .

قلنا : ليس تسلط الاول كالملكية التى اذا حدثت يحكم لها بالاستمرار حتى يثبت المزيل ، بل هو مما يمكن تقييده بقيد ، و المعلوم من التسلط الاولى هو تسلطه ما دام يحكم له بالملكية ويعلم له الملكية ، فالمعلوم ثبوته أولا ليس الاذلك المقيد ، فبعد انتفاء الحكم بالملكية والعلم بها ينتفى القيد ويتغير الموضوع .

ثم انه كما ان نفس اليد المشاهدة الحالية ومقتضياتها سوى الملكية لامعارض لها فكذلك أيضاً كون البينة على غيرذى اليد و كون من يدعيه مطالباً بالبينة وذى اليد باليمين اذا لم يخرج خارج اليدعن صدق المدعى عرفاً ولا صاحبها عن المنكر كذلك ، فيدل على كون وظيفة الاول البينة والثانى اليمين قولهم : البينة على المدعى واليمين على من انكر .ورواية فدك المتقدمة .

فيكون البينة على الملك السابق و اليمين على ذى اليد ولا يمنع ذو اليد

من شيء من التصرفات ، وليس المطلوب من ترجيح اليد الحالية غيرذلك ايضاً. مـع انه يمكن جعل هذين الامرين دليلا برأسه على الملكية ايضـاً بالاجماع المركب يسقط به الاستصحاب بالمرة لعدم صلاحيته لمعارضة الدليل مطلقاً » .

وقد أورد السيد فى العروة محصل هذا الكلام واعترض عليه بوجوه :

الاول : انه فى بيان المعارضة عبر بقوله : ان اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية .

مع ان المعارضة بين نفس اليدوالاستصحاب لكن من حيث حكمهما،لابين حكم اليد ونفس الاستصحاب ،فلاوجه للتعبيرالمذكور .

والثانى : انه اذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذيها وغيره سواء ، فلو اراد المدعى ان يتصرف فيها لايجوز لذى اليد منعه،لان الاصل عدم تسلّطه على ذلك .

قلت : فيكون الحاصل انه ليس لكل منهما منع الآخرمن التصرف،فتكون العين كالمباحات التىمن سبق الى شيء منها كان له . نعم ليس لثالث أخذها ،ولهما منعهمن ذلك.

والثالث : بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلا على الملكية كيف يجوز للغيران يشترى منه أو يستأجر أو يقبل منه ونحوذلك من التصرفات الموقوفةعلى الملك؟مع انهليس وكيلاولاولياًولامأذوناً من قبل المالك ، لان المفروض انه يدعى الملكلية لاالوكالة او الولاية أو نحوهما ، فلاينفع جواز هذه التصرفات من هذه الاشخاص فى جوازها له ولمن يشترى منه مثلا .

والرابع ماذكره من أن تسلط المالك السابق على منع الغيرمقيد ببقاءاليد ممنوع ، بل هو كالملكيةفى عدم التقيد باستمرار اليد .

والخامس : لانسلم صدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده ...

قلت: ليس الشرط فى صدق «المدعى » عدم المعارض عند العرف،فالمدعى

عندهم من لوترك ترك ، وهذا صادق على صاحب البينة هنا ، و« المنكر» صادق على ذى اليد .

وقال العلامة فى القواعد فى هذه المسألة : « ولوشهد انه كان فى يدالمدعى بالامس قبل وجعل المدعى صاحب يد.

و قيل : لايقبل لان ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل » أى : ان اليد لها ظهور فى الملك الفعلى ، لكن لاكل يد بل اليد غير المسبوقة بالعدوانية مثلا ، وذلك لان حجية اليد ـ كما ذكرنا ـ مستندة الى بناء العقلاء مع امضاء الشارع، وتشهدبذلك رواية حفص بن غياث (١)،والعقلاء لايعاملون اليدالتى هذه حالها معاملة المالك الفعلى ، بل يقدمون استصحاب الحالة السابقة و يحكمونها على هذه اليد الى أن يثبت الناقل الشرعى .

فهذه عبارة القواعد فى المسألة . وقد قال سابقا : « ولو شهدت البينة بان الملك لهبالامس ولم تتعرض للحال لم تسمع ، الاان تقول : وهو ملكه فى الحال أولانعلم له مزيلا . ولوقال : أعتقد انه ملكه بالاستصحاب ففى قبوله اشكال ، اما لوشهد بأنه أقرله بالامس ثبت الاقرارواستصحب موجبه ،وان لم يتعرض الشاهد للملك الحالى. ولوقال المدعى عليه : كان ملكك بالامس انتزع من يده فيستصحب بخلاف الشاهد فانه عن تخمين ، وكذايسمع من الشاهد لوقال : هو ملكهبالامس

---

(١) عن ابى عبدالله (ع) « قال له رجل : اذا رأيت شيئاً فى يدى رجليجوز لى أن أشهد انهله ؟ قال : نعم . قال الرجل : اشهد انه فى يده ولا أشهدانه لهفلعله لغيره . فقال ابوعبدالله (ع) : أفيحل الشراء منه ؟ قال نعم فقال ابو عبدالله (ع) : فلعله لغيره ، فمن أين جازلك ان تشتريه ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد الملك : هولى وتحلف عليه ولايجوز أن تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال ابوعبدالله (ع) ،لو لم يجز هذالم يقم للمسلمين سوق » وسائل الشيعة ١٨/٢١٥

اشتراه من المدعى عليه ، أو أقرله المدعى عليه بالامس ، لانه استند الى تحقيق »

قلت : الفرق المذكور بين البينة والاقرار لاريب فيه ، ولكن لاأثرله بالنسبة الى الملكية الفعلية ، فانه لابدمن اجراء الاستصحاب لاثباتها سواء كان اليقين السابق حاصلا بالبينة التى هى عن تخمين او بالاقرار الذى هو عن تحقيق ، واذا جرى الاستصحاب لتمامية أركانه تقدم على اليد من دون فرق بين البينة والاقرار .

وكذا الامر لوعلم الحاكم بكونها للمدعى أمس ، فاليقين السابق متحقق فله اجراء الاستصحاب وأخذ العين من المدعى عليه حتى يثبت الناقل الشرعى .

ولعل السرفى اختلاف كلمات الاصحاب فى هذا المقام هو اختلافهم فى الاستظهار العرفى ، لما تقدم من ان مبنى حجية اليد هو السيرة العقلائية وبناء اهل العرف ، والحق ان كاشفية اليدفى هذه الحالة التى قام الاستصحاب فى مقابلها ضعيفة عرفاً والاستصحاب هوالمحكم فدعوى المدعى مسموعة .

وفى المسالك بعد أن ذكر القولين ومختار المحقق منهما ودليله قال : « وقد تقدم البحث فيه ، والفرق بين هذه والسابقة الموجب لاعادة البحث أن المعارضة فى هذه بين اليد المتحققة والسابقة الثابتة بالبينة والملك السابق كذلك ، والسابقة وقع فيها التعارض بين البينتين الدالة احداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره ، و الاخرى على الملك السابق ، فلا تعرض فيها للمعارضة بين اليد السابقة والحالية ، وقدتأكد من اطلاقه الحكم هنا وفى السابقة تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه الى الان أوعدم المزيل أن اضافة ذلك غير شرط ، والاصح اشتراط اضافة مايعلم منه أن الشاهد لم يتجددعنده علم الانتقال ، لما بيناه من عدم المنافاة بين علمه بالملك وشهادته به مع انتقاله عن المالك الآن » .

قلت : ليس ماذكره وجه الفرق بين المسألتين ، فهناك يتعرض كلتا البينتين للملكية الفعلية ويتعارضان فيتاقطان ويكون استصحاب الملكية السابقة جارياً بلا معارض ، وهنا اليد معارضة مع الاستصحاب . فحاصل الفرق عدم المعارض

للاستصحاب فى تلك المسألة ، وتحقق التعارض بين اليد والاستصحاب فى هذه .

واما الاقرار فلو أقر ذو اليد بكون العين للمدعى أمس فانه يطالب باثبات شرعية يده الفعلية عليها ، وأما اذا اخذت العين منه باقراره ودفعت الى المدعى ثم وجدت فى اليوم التالى مثلا بيده فلايؤخذ باقراره السابق،نعم لوشك فى صحة يده الآن استصحب عدم الناقل الشرعى .

قال المحقق قدس سره : «أما لو شهدت بينة المدعى ان صاحب اليد غصب أواستأجره حكم بها لانها شهدت بالملك وسبب يدالثانى».

أقول: لوشهد الشاهدان على ان ذااليد قد غصب العين أمس من زيد فانه مع الشك فى تبدل يده اليوم الى يد شرعية يستصحب كونها عدوانية فتسقط يده الفعلية عن الاعتبار ، لان اليد التى لم يثبت شرعيتها ليست أمارة للملكية .

قال : «و لو قال : غصبنى اياها وقال آخر بل أقرلى بها ، اقاما البينة قضى للمغصوب منه ولم يضمن المقر ، لان الحيلولة لم تحصل باقراره بل بالبينة» التى أقامها الاخروان كانت بزعم هذاظالمة،والحكم فى هذه المسألة واضح،ولاخلاف فيه على مافى الجواهر .

الكلام فى :

الاختلاف فى العقود

مقدمه :

تارة يكون الاختلاف في الاجرة ، و هو تارة في اصل الاجرة كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار بمأة دينار ، فيقول المستأجر : بل بمأة درهم ، و أخرى في قدرها كأن يقول الموجر : آجرتك بمأة دينار فيقول المستأجر: بل بخمسين و على التقديرين : فامـا أن يعدما البينة أو يجداها أويجدها أحدهما خاصة ، فهذه ست صور، وعلى جميع التقادير فالاختلاف اما أن يكون بعد استيفاء المستأجـر المدة أو في اثنائها أو ابتدائهافتكون الصور حينئذ ثمان عشرة صورة .

و اخرى يكون الاختلاف في العين المستأجرة، وهو تارة في ذات العين كأن يقول الموجر: آجرتك هذه الدار ، فيقول المستأجر: بل تلك الدار،واخرى يكون في العينمن حيثالزيادة والنقيصة ،كأن يقول الموجر : آجرتكهذه الدار الاهذا البيت منها ، فيقول المستأجر : بلالدار كلها ، وتنتهي الصور حينئذ الـى العدد المذكور في الاختلاف في الاجرة .

وثالثة يكون الاختلاف في المدة ، وهو تارة في زمانها زيادة ونقيصة، كأن يقول المؤجر : آجرتك الدار شهراً ، فيقول المستأجر : بل اربعين يوماً، واخرى فيابتدائها كأن يقول الموجر : آجرتكالدار من أول شهر شعبان فيقولالمستأجر بل من أول شهر رمضان .... وتنتهي الصور هنا أيضاً الى العدد المذكور ... اذا عرفت هذا فنقول:

حكم الاختلاف فى الاجرة ولابينة :

اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معيناً واختلفا فى مقدار الاجرة و قد عدما البينة ، فالمشهور على أن القول قول المستأجر بيمينه سواء كان الاختلاف بعد الاستيفاء أو فى اثنائه أو فى ابتدائه ، بل عن التذكرة ، نسبة هذا القول الى علمائنا .

وعن الشيخ فى المبسوط القول بالتحالف ، وقد تبعه عليه بعض المتأخرين كمافى الجواهر والمسالك.

ووجه ماذهب اليه المشهور هو : أن المستأجر منكر للزائد الذى يدعيه عليه الموجر مع اتفاقهما على ثبوت مايدع المستأجر ، واذ تحقق عنوان المدعى على الموجر و المنكر على المستأجر دخلا فى عموم الخبر (١) فان حلف المستأجر كان القول قوله وسقطت دعوى الموجر ، و ان نكل حكم للموجر على قول : وردت اليمين على الموجر فان حلف أخذ وان نكل كذلك سقطت الدعوى على قول آخر .

و وجه ما ذهب اليه الشيخ فى المبسوط هو : ان المورد ليس من مصاديق المدعى و المنكر ، بل ان كلا منهما مدعى و مدعى عليه ، لان ذاك يدعى وقوع العقد على المأة وينكر وقوعه على الخمسين وهذا يدعى وقوعه على الخمسين ، وينكر وقوعه على المأة والعقد المتشخص بالمأة غير العقد المتشخص بالخمسين ، فقول كليهما موافق للاصل ، فتجب اليمين على كليهما ، فاذا تحالفا أو امتنعا عن اليمين انفسخ العقد ، و رجع الموجر بأجرة المثل (٢) للمنفعة المستوفاة

---

(١) يعنى قوله صلى الله عليه وآله و سلم : البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه » .

(٢) معنى الرجوع الى اجرة المثل انه اذا كانت اجرة المثل اكثر مما يدعيه الموجر ←

كلا ـ ان كـان الاختلاف بعد استيفاء المدة ـ أو بعضاً ان كان فى اثنائهـا ، والا كما اذا كان فى ابتدائها فلاشيء للموجر ، وقيل بل يحكم بتنصيف الزيادة ، وان حلف أحدهما وامتنع الاخر ثبتت دعواه وسقطت دعوى الاخر .

و كيف كان فان مختار الشيخ فى المبسوط هو التحالف ، وقد ضعفه فى المسالك «بان العقد لانزاع بينهما فيه ولافى استحقاق العين الموجرة للمستأجر ولافى استحقاق المقدار الذى يعترف به المستأجر ، وانما النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر.

ولو كان مـا ذكروه مـن التوجيه موجباً للتحالف لورد فى كل نزاع على حق مختلف المقدار ، كما لو قـال : أقرضتك عشرة فقال : لابل خمسة ، فـان عقد القرض المتضمن لاحد المقدارين غير العقد المتضمن للاخر ، وكما لوقـال أبرأتنى من عشرة من جملة الدين الذى علىّ ، فقال : بل من خمسة ، فان الصيغة المشتملة على اسقاط احدهما غير الاخرى ، وهكذا القول فـى غيره، وهذا ممـا لايقول به أحد .

و الحق ان التحالف انما يرد حيث لا يتفق الخصمان على قدر و يختلفان فى الزائد عنه ، كما لو قال الموجر : آجرتك : الدار شهراً بدينار ، فقال : بل بثوب ، اوقال : آجرتك هذه الدار بعشرة، فقال : بل تلك الدار، ونحوذلك ، اما فى المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجرهو الاصح» .

قلت : ومثل الابراء هوالاداء ، فلواختلفا فى المقدار الذى اداه المدين الى الدائن زيادة ونقيصة كان النزاع فى القدر الزائد فيرجع فيه الى عموم الخبر كذلك، فملاك الدخول تحت عموم الخبر المشار اليه هو ان يكون بين المتخاصمين اتفاق

← كان على المستأجر دفعه مع اقرار الموجر بالاقل ، واذا كان اقل مما يدعيه المستأجر لم يجب عليه دفع المقدار الذى يقوله مع أنه يقر بأكثرمما جعـل اجرة المثل ، و الالتزام بذلك مشكل .

على قدر ثم يختلفان فى الزائد عن ذلك المقدار ، واماذا لم يكن اتفاق منهما على قدر فهناك التحالف .

لكن المتجه عند صاحب الجواهر هو النظر الى مصب الدعوى ، فان كان النزاع فى تشخص العقد الذى هو سبب اشتغال الذمة فهناك التحالف اذ لا فرق فى مشخصات العقد بين زيادة الثمن ونقصانه وبين غير هذين الامرين من المشخصات و ان كان النزاع بينهما فى طلب الزائد من أحدهما وانكاره من الاخر كان من قبيل المدعى والمنكر .

و بعبارة أخرى : تارة يكون الاختلاف فى كيفية وقوع العقد الموجب لاشتغال الذمة ، و اخرى يكون فى المقدار الذى اشتغلت به الذمة ، ففى الاول ـ كما لو قال الموجر قد وقع العقد على المأة ، وقال المستأجر على الخمسين ـ التحالف ، وفى الثانى كما لو قال الموجر : اجرتك الدار بمأة فقال المستأجر بل بخمسين ـ يكون الموجر مدعياً والمستأجر منكراً .

ثم انه فرق بين النزاع فى مال الاجارة وبين النزاع فى القرض و الابراء ونحوهما، ففى القرض مثلا : ان أقرض المأة فقد أقرض الخمسين التى فى ضمن المأة ، لان قوله : اقرضتك المأة ينحل الى الدنانير بعددها ، بخلاف الاجارة فلا انحلال لصيغتها بعدد الدنانير المفروضة بدلا للايجار، نعم ينحل بنحو آخر فيكون معنى آجرتك الدار بمأة : آجرتك نصف الدار بخمسين وربعها بخمسة وعشرين ديناراً . . وهكذا . . . كما ان التحالف يتصور فى القرض لو اختلفا فى كيفية وقوع صيغته ، كما اذا قال أحدهما : وقع العقد على المأة وقال الاخر على الخمسين لكن نتيجة الاختلاف هو الاختلاف فى المقدار .

فان كان مورد النظر فى الدعوى العقد فالتداعى والتحالف وان كان مورد النظر المقدار الذى اشتغلت به الذمة فالمدعى والمنكر، وبذلك يمكن عود النزاع لفظياً كما اعترف به صاحب الجواهر .

قلت : والاولى ان نجعل العرف المرجع فى تشخيص الدعوى ، والظاهر كما ذكر فى الجواهر فى مسألة الاختلاف فى قدر الثمن بقطع النظر عن النص الخاص الوارد هناك ـ ان نظر العرف فى مورد الاختلاف من حيث الزيادة والنقيصة سواء فى مال الاجارة او العين المستأجرة الى الاثر المالى المترتب على النزاع فهم يجعلون من يريد اخذ شيء من طرفه مدعياً والاخر مدعى عليه، وليس نظرهم الى كيفية صدور العقد ووقوعه، فيكون من قبيل المدعى والمنكر .

وبعبارة اخرى : ان أهل العرف يرجعون الدعاوى الى المال وما يتعلق به، فيجعلون من يريد جر المنفعة الى نفسه مدعياً ومن يريد دفع الضرر عن نفسه منكراً وأما النزاع فى كيفية وقوع العقد فهو نزاع علمى وليس للعرف فيه مجال .

و لعل ما ذكرنا هو وجه التأمل فى تأييده كون كل منهما مدعياً عند العرف الذى امر به صاحب الجواهر، وقد ذكرنا انه رحمه الله قال بما ذكرنا فى مسألة الاختلاف فى الثمن لولا النص الخاص فيه .

وعن الشيخ فى المسألة قولان آخران :

احدهما ما عن موضع من الخلاف وهو القول بالقرعة مع اليمين ، قال فى الجواهر : ولعله لاشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى والمنكر، لكن قد عرفت ان المرجع هو العرف والامر عند اهل العرف فيه واضح. قال : ولم يتعرض الشيخ لما اذا نكلا معاً بعدها، فهل تقسم الزيادة بينهما او يوقف الحكم ؟

وجه الاول هو أن ذلك مقتضى الحكم بالعدل كما ذكرنا سابقاً فى مسألة العين التى وقع النزاع عليها وليس لاحدهما يد .

لكن فيه ان مورد نصوص التنصيف هو العين كما عرفت هناك، ولا وجه لاسراء الحكم من العين الى الدين و كونه مقتضى الحكم بالعدل محل تأمل .

و أما توقيف الحكم فان كان النزاع فى ابتداء المدة فلا بأس و تكون النتيجة

انفساخ العقد ، و أما مع استيفاء المدة بعضاً أو كلا فلا يمكن القول به كما هو واضح .

قال فى الجواهر : و قد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الامرين من أجرة المثل المفروض كونها أقل مما يدعيه الموجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى .

قلت هذا غير واضح ، لانه قد يكون المسمى الذى يدعيه المستأجر اكثر من أجرة المثل ، فلا بد من أن يوخذ بمقتضى اقراره .

قال : ويحتمل القرعة بلا يمين

أقول : وجهه ما عرفت من اشكال الحال واما عدم اشتراط اليمين فلخلو بعض أخبار القرعة عنه ، لكن قد عرفت انه لا اشكال فى المقام بعد الرجوع الى العرف .

والثانى : ما عن موضع من المبسوط ، حيث فرق بين وقوع النزاع قبل انقضاء المدة وبعده ، وحكم بالتحالف فى الاول وتردد فى الثانى بين القرعة وبين تقديم قول المستأجر.

قلت : ولعل منشأ التردد فى الصورة الثانية بين القرعة التى قال بها فى الخلاف والتى عرفت وجهها و بين تقديم قول المستأجر هو ما ذكرناه من نظر العرف ، لكن قد عرفت انه مع ملاحظة نظر العرف لايبقى اشكال فى تقديم قول المستأجر مطلقاً .

و مما ذكرنا يظهر الحكم فى كل اختلاف يرجع الى الزيادة والنقيصة وتحقق فيه نظر أهل العرف ... هذا كله فيما اذا عدما البينة .

حكم الاختلاف فى الاجرة مع البينة

قال المحقق قدس سره : « اذا اتفقا على استيجار دار معينة شهراً معينا واختلفا فى الاجرة وأقام كل منهما بينة بما قدره ، فان تقدم تأريخ احداهما

عمل به‌لان الثانى يكون باطلا ، وان كان التاريخ واحداً تحقق التعارض، اذلا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وحينئذ يقرع بينهما ويحكم لمن خرج اسمه مع يمينه .

هذا اختيار شيخنا فى المبسوط .

و قال آخر : يقضى ببينة الموجر ، لان القول قول المستأجر لو لم تكن بينة ، اذ هو يخالف على ما فى ذمة المستأجر فيكون القول قوله ، ومن كان القول قوله (١) كانت البينة فى طرف المدعى ، وحينئذ نقول : هو مدع زيادة وقد اقام البينة عليها فيجب أن تثبت .

وفى القولين تردد » .

أقول : اذا كان لكل واحد من الموجر والمستأجر بينة بما يدعيه فتارة يتقدم تاريخ احدى البينتين للعقد واخرى يكون التاريخ واحداً.

فان كان الاول كأن قالت احداهما : قد وقع العقد فى شهر رمضان وقالت الاخرى : قد وقع فى شهر شوال عمل بالمتقدم وبطل المتأخر لانه يكون عقداً على معقود عليه من المتعاقدين كما كان وهو باطل...

وان كان الثانى ـ وهو اتحاد تاريخهما ـ أو كانت البينتان مطلقتين أو كانت احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة وليس فى احداهما مرجح من المرجحات المذكورة سابقاً تحقق التعارض بين القولين ، اذلا يمكن فى الوقت الواحد وقوع عقدين متنافيين ، وفى هذه الصورة قولان .

فالاول : هو القول بالقرعة مع اليمين ، وهو للشيخ فى المبسوط ، فمن خرج اسمه يحكم له مع يمينه ، سواء كان الموجر أو المستأجر ، للنصوص الصريحة الدالة على ذلك (٢) ، فان نكل الذى خرج اسمه عن اليمين احلف الآخر فان حلف

---

(١) فى متن المسالك : «ومن كان القول قوله مع عدم البينة كانت ...»

(٢) عن عبدالرحمن بن أبى عبدالله البصرى عن أبى عبدالله (ع) قال: كان على (ع) اذا أتاه رجلان [يختصمان] بشهود عدلهم سواء وعددهم، أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين. ←

حكم له ، وان نكل فالوجوه المتقدمة من التنصيف أو وجوب دفع أقل الامرين او توقيف الحكم مع ماعرفت من الكلام فيها .

والثانى : هو القضاء ببينة المؤجر وهو لابن ادريس وأكثر المتأخرين لما تقدم من أن قول المستأجر يتقدم فى حال عدم البينة ، وحيث أن البينة موجودة فانها تسمع من الطرف الآخر و هو الموجر ، والموجر يدعى انه قد آجر الدار بمأة وقد أقام البينة بها ، فيجب أن تثبت الخمسين الزائدة ، بناءاً على حجية بينة الخارج دون الداخل كما هو المختار .

واما بناءاً على حجية بينة الداخل والخارج معاً فانهما تتعارضان وتتساقطان فتعود الصورة كما لوعدما ها .

← ثم يجعل الحق للذى تصير عليه اليمين اذا حلف» .

وعن داودبن سرحان عن أبى عبدالله (ع) فى شاهدين شهدا على امرواحد، وجاء آخر ان فشهد اعلى غيرالذى شهدا عليه [شهد الاولان] واختلفوا قال: يقرع بينهم فأيهم قرع عليه اليمين وهو أولى بالقضاء » .

وعن زرارة عن ابى جعفرعليه السلام قال قلت له : رجل شهدله رجلان بأن له عند رجل خمسين درهماً ، وجاء آخران فشهدا بأن له عنده مائة درهم كلهم شهدوا فى موقف. قال : أقرع بينهم ثم استحلف الذين أصابهم القرع بالله انهم يحلفون بالحق»

وعن داود بن أبى يزيد العطارعن بعض رجاله عن ابى عبدالله (ع) فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود أن هذه المرأة امرأة فلان ، وجاء آخران فشهدوا انها امرأة فلان ، فاعتدل الشهود و عدلوا . فقال : يقرع بينهم فمن خرج اسمه فهو المحق وهو أولى بها »

وسائل الشيعة ١٨/١٨٣ ـ ١٨٤ الباب الثانى عشرمن أبواب كيفيه الحكم .

هذا وللشيخ قدس سره هنا فرع آخرهذا نصه : « ويفارق الالف والالفين ، لان من شهد بألف لايعارض من شهد بألفين لجواز الصدق فيهما ، فلهذا لم يقع التعارض، فأثبتنا الالف بأربعة والالف الزائد بشاهدين ، وليس كذلك ههنا ، لان العقد على البيت مرتين شهراً واحداً محال ، فلهذا تعارضتا ...» المبسوط ٨/٢٦٤

حكم الاختلاف فى العين المستأجرة ولا بينة .

قال المحقق قدس سره : « ولوادعى استئجار دارفقال الموجر : بل آجرتك بيتاً منها ، قال الشيخ : يقرع بينهما ، و قيل : القول قول الموجر ، والاول أشبه لان كل واحد منهمامدع .

أقول : هذه صورة الاختلاف فى العين المستأجرة ، فتارة يختلفان فى ذاتها كأن يقول الموجر : آجرتك هذه الدار فيقول المستأجر : بل تلك ، فلا اشكال فى أن كلا منهما مبدع والحكم فيه التحالف، واخرى يختلفان فيها زيادة ، ونقيصة ، كأن يدعى المستأجر استئجار الدار كلها فيقول الموجر . بل آجرتك بيتاً منها ، ففى هذه الصورة قولان أو ثلاثة ، فعن الشيخ قدس سره : يقرع بينهما نحو ما تقدم فى المسألة السابقة أويتحالفان على قوله الآخر ، لكن المختار هو أن الموجر هو المنكر لان قوله موافق للاصل فعليه اليمين ، فان حلف ثبت قوله و الاجاء فيه التفصيل المتقدم .

أما المحقق قده فقداختارهنا القول الاول وهو القرعة مع تردده فى المسألة السابقة قال «لان كل واحد منهما مدع» لكن تعليله يقتضى التحالف لاالقرعة .

حكم الاختلاف فى العين المستأجرة مع البينة .

هذا كله مع عدم و جود البينة للمستأجر المدعى ، فان كان واجداً لها وأقامها حكم له .

قال المحقق قدس سره : «ولوأقام كل منهما بينة تحقق التعارض مع اتفاق التاريخ » أو اطلاقها او اطلاقها او اطلاق احداهما ، واذا تحقق التعارض بينهما بالتساوى عدداً وعدالة و التأريخ واحد تساقطا وكان المرجع القرعة ، هذا بناء على حجية بينة الداخل كالخارج، وأما بناءاً على المختارمن عدم حجية بينة الداخل فان بينة المستأجرهى المسموعة ويحكم له على طبقها كما لوعدم الموجر البينة .

وفى كشف اللثام : « و يحكم بالقرعة مع اليمين ، فان نكلا فالظاهر أن

البيت لما اتفقا على اجارته فهو فى اجارته الى ان تمضى المدة ويقتسمان الباقى نصفين ويسقط من الاجرة بالنسبة . وكذا مع الاختلاف فى الزمان . .»

قلت : ان اراد كاشف اللثام تقسيم الباقى الى نصفين مع دفع المستأجر نصف مال الاجارة ففيه : ان كلا من الموجر والمستأجر يدعى كون الباقى كله له ، لان المستأجر يدعى أنه قد أعطى المأة مثلا فى مقابل الدار كلها ، والموجر يدعى انه قد آجر البيت فقط بمأة فيقر بعدم استحقاقه تجاه المستأجر شيئاً ، لكن نقول بكون البيت للمستأجر مع نصف الباقى ، فان استوفى منفعة النصف الآخر من الباقى كان عليه دفع مايقابله ، فان اراد كاشف اللثام هذا المعنى لم يرد عليه ماأشكل عليه فى الجواهر بقوله : « ان المتجه فى الاول ثبوت الاجرة مع قسمة ما فيه النزاع بالنصف نعم يتجه أجرة المثل فى الاخير ، لوقوع التصرف فيه بلاأجرة ويمكن القول هنا بالقرعة بلايمين ، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسألة الثانية بل لعله هنا أولى » .

وفى الدروس : «فان اتحد التاريخ أعملنا أوسقطنا أوأقرع مع اليمين» الظاهر ان مراده من «اعملنا» أنا ان قلنا بحجية بينة الخارج فقط كانت بينة المستأجر هى الحجة ولاتسمع بينة الموجر لانه الداخل ، وان قلنا بحجية بينة الداخل سمعت بينة الموجر ، وان قلنا بحجية كلتيهما فقد « سقطتا » بالتعارض فتعود كمالو عدماها ، ويأتى فيها الوجوه المذكورة هناك ، ويحتمل وجه آخر وهو القرعة مع اليمين .

هذا كله مع اتحاد تاريخ البينتين . . .

قال المحقق : «ومع التفاوت يحكم للاقدم ، لكن ان كان الاقدم بينة البيت حكم باجارة البيت بأجرته وباجارة بقية الدار بالنسبة من الاجرة»

أقول : انه مع التفاوت فى التاريخ فان كان المتقدم تأريخ بينة الدار كلها بطلت اجارة البيت لماتقدم سابقاً ، وان كان المتقدم تاريخ بينة البيت حكم باجارة البيت

بالاجرة المسماةوباجارة بقيةالدار بالنسبة من الاجرةلبطلان ماقابل البيت المفروض تقدم اجارته من تلك الداروصحة البقية ، فلو كان مال الاجارة المتفق عليه مأة دينار غيرأن المستأجر يدعى ان المأة اجرة كل الدار والموجر يدعى انها أجرة البيت فقط المفروض كونه مساوياً لنصف أجرة الدار وكان المتقدم تاريخ بينة البيت يثبت على المستأجر مأة وخمسون ديناراً ، المأة أجرة البيت ببينة الموجر و الخمسون فى مقابل بقية الدار ببينةالمستاجر .

قال فى الجواهر : ولاينا فى ذلك خروجه عن دعواها التى هى وقوع عقد واحد منهما ، و كون العوض فيه عشرة ، و انما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابلة العشرة الدار أوالبيت ، لان الثابت فى الشرع حجية بينتهما لادعواهما ، وقداقتضتا ما عرفت ، فينبغى العمل به ، لاحتمال كونه الواقع و ان خرج عن دعواهما معاً ، كماسمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انهاله وهى فى أيديهما ، وتسمعه فى غيره بل قديقال بوجوب العمل بكل منهما وان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى اعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتماله الواقع» .

حكم مالو ادعى اثنان شراء داروهى فى يد البائع

قال المحقق قده : «ولوادعى كل منهما أنه اشترى داراً معينة وأقبض الثمن وهى فى يدالبائع فضى بالقرعة مع تساوى البينتين عدالة وعدداً وتأريخا وحكم لمن يخرج اسمه مع يمينه»

أقول : اذا ادعى كل منهما شراء دارمعينة من مالكها وايفاء الثمن وهى بعد فى يد البائع فان كانا واجدين للبينة فتارة يتقدم تأريخ احدى البينتين ، و حينئذ يحكم لصاحبها ويدفع الثمن للاخر ، قال كاشف اللثام : «وان امكن أن يكون باعها من الاول ثم اشتراها ثم باعها من الثانى ، لحصول الجمع بين البينتين ببيعهامن الثانى وان لم يشترها لجوازبيع ملك الغير ، لكن اذالم يجزه انفسخ واستقر عليه الثمن» وأخرى : يتفقان تأريخاً فان كان فى احداهما شىء من المرجحات فهو ، وان تساوتا

عدالة وعدداً أقرع بينهما وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه ، فان نكل أحلف الاخر فان نكل كذلك قسمت الدار بينهما ورجع كل منهما بنصف الثمن .

وان عدما البينة فهناصور : الاولى : أن يكذب المدعى عليه ـ وهو صاحب الدار ـ كليهما ، و حينئذ يحلف لكل منهما و يندفعان عنه ، فان نكل فالقولان السابقان من الحكم بالنكول او الرد ثم الحلف والحكم. الثانية : ان يصدق أحدهما ويكذب الاخر ، فأما الذى صدقه فتسلم اليه الدار ، وأما الذى كذبه فيحلف له على الانكار ، وان نكل فالقولان ، وحيث يحكم للمدعى يلزم صاحب الدار بدفع قيمة الدار اليه ، كما هو الحكم فيما اذا صدق الثانى ايضاً بعد تصديق الاول وتسليم الدار اليه

وهل ان تصديق المدعى الاول المستتبع لدفع الدار اليه اتلاف لمال المدعى الثانى ؟ ان كان الاقرار قبل القبض تلفاً فانه يكون فى مال البائع ، اذ كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع ، وحينئذ لايجب عليه الحلف للمدعى الثانى ، بل بنفس التلف ينفسخ العقد . لكن الاشكال فى كون ذلك مصداقاً للتلف ، من جهة أن البائع ينكر أصل البيع للثانى فكيف يكون اقراره للاول اتلافاً ؟

وأما فى الجواهر «وحلف للاخر (١) ان لم نقل ان الاقرار بها قبل القبض بمنزلة التلف لافة سماوية ...نعم لو قلنا ان الاقرار قبل القبض اتلاف كالافة السماوية لم يتوجه له اليمين حينئذ وان كان هو كما ترى» ففيه : ان كل تلف قبل القبض فهو من مال البائع يشمل اتلاف البائع نفسه بل يكون حينئذ من مال البائع بالاولوية .

وكيف كان فعلى القول بعدم انفساخ العقد الثانى توجهت اليمين واما على القول بشمول «كل مبيع . . .» لاتلاف البائع فالانفساخ متحقق .

لكن الصحيح هو توجه اليمين على البائع فى محل الكلام لما ذكرنا من عدم صدق الاتلاف بالاقرار مع انكار أصل البيع .

---

(١) فى الجواهر المطبوع : وان لم نقل لكن الواو زائدة . كذا أفاد السيد الاستاذ دام ظله .

الثالثة : أن يصدق كليهما معاً ، فالحكم حينئذ هو تنصيف الدار مع يمينهما اذ تكون كالعين الخارجية التي وقع النزاع عليها وهي في يد المتنازعين ، لانه مع اقرار البائع لهما تكون يده بمنزلة يديهما ، ثم ان صدقهما في أخذ الثمن منهما استرجع لكل واحد نصف مادفع اليه .

الرابعة أن يصدق كل واحد في النصف ، فيحكم بالنصف لكل منهما مع حلفه له على انكار النصف الاخر ـ فان كان مقراً بأخذ كل الثمن من كل واحد وجب ارجاع النصف والأحلف على انكار أخذ الكل ، فان نكل وحلف المدعي أخذ منه

الخامسة أن يقول : لا اعلم لمن هي منكما ، فيكون اقراراً بأنها ليست له ، وحينئذ تكون كالعين التي تنازع عليها اثنان مثلا وليس لاحدهما عليها يد ، وفيها أقوال : احدها : الحكم بالتنصيف ، والثاني القرعة مع اليمين ، والثالث : القرعة بلا يمين لو امتنعا عنها أو حلفا معاً .

وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟

قال المحقق قدس سره : «ولا يقبل قول البائع لاحدهما و يلزمه اعادة الثمن على الاخر ، لان قبض الثمنين ممكن ، فتزدحم البينتان فيه»

أقول: وحيث تساوت البينتان وحكم لمن خرج اسمه مع يمينه فهل يقبل قول البائع لاحدهما ام لا ان كان بعد الحكم ، لانه حينئذ تزول يده وترتفع فلا اعتبار لاقراره

لكن في كشف اللثام: «ويحتمل القبول ، فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينة الاخر على الخلاف » وفيه ـ كما في الجواهر ـ أن جزم المحقق قده وغيره بعدم قبول قول البائع مبني على ان ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعة وبعد انتزاع الدار من البائع بالبينتين، فانهما وان اختلفتا في تعيين المالك لكنهما متوافقتان على تحقق البيع لاحدهما و خروج الدار به عن ملك البائع ، فلا وجه للاحتمال المزبور .

وعلى كل حال يلزم البائع اعادة الثمن على المدعي الاخر الذي لم تكن له

الدار ، لان قبض البائع الثمنين من المدعيين ممكن فتزدحم- أى تجتمع- البينتان فيه كما اجتمعتا فى خروج الدار عن ملك البائع بخلاف عقد البيع حيث قامت كل واحدة منهما على وقوعه مع كل واحد منهما دون الاخر

ولو نكل من خرج اسمه بالقرعة حلف الاخر كما تقدم

قال المحقق : «ولو نكلا عن اليمين قسمت بينهما ويرجع كل منهما بنصف الثمن» .

أى : ولو نكل من أخرجته القرعة والطرف الاخر عن اليمين قسمت الدار بينهما على النصف لما تقدم من انه الحكم بالعدل ، وعلى البائع ارجاع نصف كل من الثمنين الى كل من المدعيين ، وليس له انكار الاخذ لاثبات البينتين ذلك

و قال كاشف اللثام : «الا اذا اعترفا او اعترف أحدهما أو شهدت بنيتاهما أو احداهما بقبض المبيع ، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهادة بينة لم يكن له الرجوع عليه بشىء من الثمن ، لثبوت استحقاقه له بالاقرار أو بالبينة ، غاية الامر انه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك »

وقد سبقه الى ذلك الشهيد الثانى فى المسالك فانه قال فى المسألة الآتية : « وحيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمة فذلك اذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ولا اعترف به المدعى ، والا فاذا جرى القبض استقر العقد وما يحدث بعده فليس على البائع عهدته » .

وسبقهما اليه العلامة فى التحرير (١) .

واعترضه فى الجواهر بقوله : «وفيه ان الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينة لاينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينة كما هو واضح

---

(١) حيث قال : « ولو نكلا قسمت العين بينهما و ليس لاحدهما الرجوع على بايعه بشىء إن كانا قد اعترفا بقبض السلعة من البائع لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع » ٢ / ١٩٨ .

اللهم الا ان يقال : ان عدم الرجوع بعدالقبض لتركهما اليمين باختيارهما. ولكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل ، بل لايتم فيما سمعته من كشف اللثام اخيراً على ان ترك اليمين ان كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده» .

أقول : و الاقرب هوالاول ، فلواشترى مالا من بائعه وقبضه وأقبض الثمن ثم تركه أمانةعندالبائع فأقام رجل البينة لدى الحاكم على أنه قداشترىالمالمنه وحكمالحاكم بدفعالمالاليه لميكن للمشترى الاولمطالبة البائعبالمال ولابالثمن لانه مال قد تلف بعد القبض فهو من مالكه لامن مال البائع . نعم لوكانت العين باقية عند البائع مندون اذن المشترى فهو لها ضامن لكن بدليل : « على اليد ما اخذت حتى تؤدى » وهنا بحث آخر .

و قول صاحب الجواهر : «ان الاعتراف ... لاينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغيرالبائع بالبينة» .

فيه انه خروج عن فرض القوم و هو الاعتماد على اقرار المشترى و لم ينكشف خلاف .

و قوله : « على أنّ ترك اليمين ان كان مقتضياً لذلك فلا فرق فيها بين قبل القبض وبعده » ،

فيه : ان كون التلف قبل القبض منالبائع وبعده من المشترى أمر لاريب فيه ، لكن كونه من مال البائع قبل القبض مشروط بعدم كون التلف حينئذ مستنداً الى المشترى والاّ فيكون فيماله ... الا ان فيصدق « الاتلاف » علىالنكولعن اليمين » تأملا .

وهل لهما الفسخ ؟

قال المحقق قده : وهل لهما أنّ يفسخا ؟ الاقرب : نعم لتبعض المبيع قبل قبضه » .

أقول : و كيف كان فهل لهما مع تقسيم الداربينهما أن يفسخا البيع الذى

ثبت لكل منهما بالبينة ؟ قال المحقق : « نعم لتبعض المبيع قبل قبضه » .

ووجه العدم : ان التبعض جاء من قبلهما .

قلت: لكن ليس المورد من تبعّض الصفقة لان ذلك يكون فى العقد لا القبض فاذا وقع العقد على شيئين بصورة الاجتماع انكشف عدم كون أحدهما ملكاً للبائع ، فيبطل العقد بالنسبة اليه ، و يجوز للمشتري ان يفسخ المعاملة بالنسبة الى الاخر ، وهذا معنى تبعض الصفقة .

و أما اذا كان العقد صحيحاً بالنسبة الى كلا الجزئين ، فسلم أحدهما دون الاخر ، فلاخيار ، بل يلزم البائع بتسليم الآخر .

و هنا تكون احدى المعاملتين باطلة فى الواقع ، لان الذى وقع له البيع يملك الكل ومن لم يقع له فلاشيء له . غير أنه لما كان الواقع مجهولا وقد حكم الحاكم بالبينة بالتنصيف يكون لكل نصف ، فيكون نظير درهم الودعى . . . فالاصلح هو العدم وبناء على الفسخ فلو فسخا كانت العين للبائع و رجع كل واحد منهما عليه بالثمن كله .

حكم مالو فسخ احدهما دون الاخر

قال المحقق : « و لو فسخ أحدهما كان الاخر أخذ الجميع لعدم المزاحم وفى لزوم ذلك عليه تردد أقربه اللزوم » .

أقول : ولو فسخ أحدهما فهنا فرعان الاول انه لو فسخ أحدهما فهل للاخر أخذ جميع الدار أم لا ؟ فيه قولان ، ذهب المحقق قدس سره الى الاول ، واستدل له بقوله « لعدم المزاحم » أى : لانه كان يدعى شراء جميع الدار من البائع و قد أقام البينة على ذلك ، لكن عارضه دعوى الاخر وبينته وحيث فسخ ذاك ما كان يدعيه من العقد فقد بقى هذا بلا مزاحم فكان له أخذ الجميع الذي كان يدعيه .

وقد حكى الثانى عن الشيخ قدس سره ، ووجهه هو : أن الحاكم قد قضى له بنصف الدار دون النصف الاخر فلايعود اليه .

و فيه : ان مقتضى البينة هو الجميع لكن منعه عن أخذه المدعى الاخر الذي ادعى شراء الجميع كذلك ، الامر الذى سبب حكم الحاكم بالتنصيف لكن مع فسخ الاخر يرتفع المانع فيؤثر المقتضى أثره .

وقد نسب الشهيد فى الدروس الى الشيخ القول بالفرق بين كون الآخذ الاول أو الثانى حيث قال : « ولوفسخ أحدهما فللاخر الجميع وفيه أوجه ثالثها وهو مختار الشيخ فى المبسوط : الفرق بين كون الاخذ الاول أو الثانى ، لان القضاء للاول بالنصف اذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم فليس له نقضه بأخذ الجميع ، ونعنى بالاول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى بخلاف مااذا فسخ المفاتح فان الثانى يأخذ الجميع قطعاً لايجاب بينة الجميع مالم ينازع .

«والاقرب أن لكل منهما الاخذ»

وقدضعف صاحب الجواهر قدس سره هذا التفصيل كذلك. ثم قال : «وتوهم أن مقتضى الفسخ الرجوع الى البائع لااليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعاً بين البينتين ، ومع فرض الفسخ استقلت بينة الآخر بكون الجميع له بلامعارض ، بل المتجه صيرورة ذلك له قهراً عليه لانه مقتضى دعواه وبينته» .

والثانى : انه مع جواز أخذ الجميع هل هو واجب ؟ وجهان من وجود المقتضى وعدم المانع كماعرفت مع انتفاء المقتضى للخيار وهو تبعض الصفقة، ومن استصحاب الخيار الثابت له قبل الفسخ، ومن هنا تردد المحقق قدس سره، لكن قال : «أقربه اللزوم» واستدل له صاحب الجواهر بالاصل وهو اصالة اللزوم فى العقود «وغيره» من الادلة القائمة على لزوم العقد، و كل ذلك يتقدم على الاستصحاب ان تم فى المقام .

هذا ولكن الصحيح عدم جواز أخذ الجميع، لالماذكره الشيخ قده بل لان النصف الثانى يصير بعد الفسخ الى ملك البائع ـ لانه يعود الى ملكه كما كان

حتى يقال بأنه مع فرض الفسخ تستقل بينة الاخر بكون الجميع له بلامعارض - بل هو ملك جديد يصير الى البائع بالفسخ فليس للاخر أخذ هذا النصف - وماذكرنا نظير ماذا باع أحد الشريكين نصفه الواقع اليه بحكم الحاكم الى البائع ، فانه ملك جديد للبائع بسبب جديد ، فلايجوز للاخران يدعي عليه هذا النصف ايضا .

فان قيل : تحقق الملك الجديد للبائع بسبب البيع واضح وليس الفسخ كذلك، بل اثره في محل الكلام كون المعاملة بالنسبة الى هذا النصف الذى وقع الفسخ فيه كالعدم ، فللاخر المطالبة به بمقتضى بينته .

قلت : لااشكال - بل الظاهر أنه لاخلاف - في أنه يتحقق الملك للبائع بالفسخ من حينه ولذا يكون النماء الحاصل بين العقد والفسخ للمشترى فيكون الشيء ملكه له مرة اخرى بعد بيعه اياه .

ومن هنا وقع الكلام في تأثير اجازة المالك لبيع الفضولي ان كان مالكاً للمال حين الاجازة لاحين العقد، والصحيح عدم كفاية هذا التملك في انفاذ البيع بالاجازة .

على ان الفسخ من آثار التعارض فكيف يكون نافياً للتعارض ؟

والحاصل انه ليس للاخر اخذ الجميع لان المزاحمة قد ارتفعت بالفسخ من حينه والتى كانت من حين العقد لم ترتفع بهذا الفسخ .

هذا كله اذا كانت العين في يد البائع .

ولو كانت في يد أحدهما فتارة لابينة وحينئذ يقضى بها له وعليه اليمين للاخر. وأخرى يقيمان البينة وحينئذ يحكم للخارج على رأى وللداخل على آخر وقد تقدم .

حكم مالو ادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما .

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهما هذا المبيع وأقام كل منهما بينة ، فان اعترف لاحدهما قضى عليه بالثمن ، وكذا ان اعترف لهما قضى عليه بالثمنين ، وان أنكر وكان التاريخ مختلفاً او مطلقاً قضى بالثمنين جميعاً لمكان الاحتمال» .

أقول : هذه المسألة عكس المسألة السابقة ، فلوادعى اثنان أن ثالثاً اشترى من كل منهمامبيعاً معيناً، فانااعترف المشترى بالشراء لاحدهما قضى عليه بالثمن ، وان اعترف به لكل منهما قضى عليه بالثمنين ، لان اقرارالعقلاء على انفسهم حجة» وشراؤه من كليهمـا أمر ممكن ، كأن يكون قد اشترى العين من أحدهما ثم باعه من الاخـر ثم اشتراه ، أو باعه لرابع فباعه الرابع من المدعى الاخر فاشتراه المشترى منه .

وان لم يعترف مطلقاً وأقام كل واحد منهما بينة فانكرهما فتارة يختلف تاريخ البينتين أوتكونانمطلقتين وأخرى يكون التاريخ واحداً، فانااختلف أو كانتامطلقتين قضى عليه بالثمنين ، لماتقدم من امكان شرائه العين من احدهما ثم بيعه من الاخر ـ أومن رابع فباعه من الاخر ـ ثم شرائه منه ومهما امكن الجمع بين البينتين وجب بخلاف المسألة السابقة ، لماقيل من أن الشراء لايجوز لملك نفسه والبيع يجوز لملك غيره ولوفضولا .

وفيه كمافي الجواهران الاحتمال في الشراء لمال نفسه فضولا عن الغير ممكن ايضاً ، كأن يشترى العين من أحدهمـا ثم يوكل زيداً فى بيعه من الغير ثم اشترى فضولا من الغير.

هذا مع أنه لاأثر لهذا الشراء عن الغير لان المفروض عدم أخذه شيئاً عن الغير.

فالاولى فى وجه الفرق ما ذكره فى الجواهر من أنه اتحاد المدعى به فى المسألة السابقة وهوشراء المبيع من مالكه الا انه لم يعلم السابق منهما ليكون شراء اللاحق فى غير محله . بخلاف هذه المسألة فان المدعي به استحقاق الثمن الذى ثبت بثبوت سببه ، فمع فرض قيام البينة به فى وقتين مثلا وجب المسبب حتى لو كان المدعى واحداً .

وبعبارة اخرى : العين الواحدة لايمكن ان تكون بجميعها لاثنين ، هذا فى

تلك المسألة ، أما فى المقام فالمدعى به هو الثمنان من جهة تعدد العقد وان كانت العين واحدة ، فاذاتكرر العقد تكرر الثمن لامكان الشراء ثم البيع والشراء كماعرفت أماالمبيع فلايتكرر بتكرر البيع . فظهر امكان الجمع بين البينتين هنا وعدم امكانه هناك .

نعم لو كان الثمن شيئا معينا خاصا وكل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه وأقام كل واحد بينة تحقق التعارض ولومع اطلاق البينتين هذا .

وفى المسالك : ويحتمل كونهما حينئذ كالمؤرختين بتاريخ واحد لانهما ربما شهدتا على البيع فى وقت واحد والاصل براءة ذمة المشترى فلايؤخذ الا باليقين «قال فى الجواهر:ولعله لذاكان المحكى عن ظاهرالشيخ التردد» .

لكن فيه ـ كمافى الجواهر ـ أن البينة ظاهرة فى تعدد البيع والاصل تعدد المسبب بتعدد سببه .

قال المحقق : «ولو كان التاريخ واحداً تحقق التعارض اذ لايكون الملك الواحد لاثنين ، ولايمكن ايقاع عقدين فى الزمان الواحد ، فيقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له» .

أقول : ودليل القرعة ماتقدم ذكره سابقاً من النص والفتوى على أن القرعة حكم البينتين المتعارضتين بعد فقد الترجيح بينهما بأحد المرجحات المذكورة هناك ، فمن خرج اسمه أحلف وقضى له بالثمن الذى شهدت به البينة فان امتنع أحلف الاخروقضى له كذلك .

قال : «ولوامتنعنا من اليمين قسم الثمن بينهما» .

أى : لوامتنع من خرج اسمه بالقرعة ، فردت على الاخر فامتنع كذلك ، قسم الثمن بينهما ان كان قابلا للتقسيم ، والا فلكل واحد من المدعيين نصف مادعاه من الثمن .

وقد تقدم فى نظير المسألة احتمالات أخرى .

حكم مالوادعى شراء المبيع من زيد وادعى آخر شراءه من عمرو

قال المحقق قده : «ولوادعى بشراء المبيع من زيد وقبض الثمن وادعى آخر شراءه من عمرو وقبض الثمن وأقاما بينتين متساويتين فى العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق» .

أقول : فى هذه المسألة لوصدق البائعان المشتريين أو صدق أحدهما من يدعى الشراء منه وجب على المصدق تسليم العين أوارجاع الثمن الذى أخذه .

ومع عدم التصديق فلوأقاما بينتين فان كانت احداهما ارجح أو كان تاريخها أقدم من الاخرى حكم لصاحبها دون الاخر، فان كانتا بينتين متساويتين فى العدالة والعدد والتاريخ فالتعارض متحقق .

«فحينئذ يقضى بالقرعة ويحلف من خرج اسمه ويقضى له » بالعين ويرجع المشترى الاخرعلى بائعه بالثمن .

فان نكل من خرج اسمه أحلف الاخر «ولونكلا عن اليمين قسّم المبيع بينهما» على السوية . وقد عرفت وجود احتمالين آخرين وهما القسمة بلاقرعة ، والتساقط للبينتين والتنصيف كذلك واذا قسم المبيع كذلك .

هذا اذا كانت العين فى يد البائعين .

ولو كانت العين بيد المشتريين فلكل واحد منهما يدعلى النصف فتكون بينة كل بالنسبة الى النصف الذى بيده بينة الداخل وبالنسبة الى النصف الاخر بينة الخارج ، وكيف كان فالحكم هوالتنصيف .

ولو كانت بيد أحدهما بنى على تقديم بينة الداخل أوالخارج، وحيث يقضى لاحدهما يرجع الاخر بالثمن ، كما يبتنى الحكم على ما ذكرفيما لوصدق أحد البائعين مشتريه فانه يوجب كونه ذايد ، ومع تصديق كليهما يكون كل واحد منهما ذايد والحكم حينئذ هوالتنصيف كمالوعدما معاً البينة .

وحيث يحكم بالتنصيف يرجع كل واحد بنصف الثمن كماقال المحقق قده

ورجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن» .

وهل لهما الفسخ ؟

ثم قال: «ولها الفسخ والرجوع بالثمنين»

أقول : وجه الفسخ هو دعوى تبعض الصفقة ، وقد عرفت ما فيها، وبناءاً على ماذكرناسابقاً يكون النصف الاخر كالتالف وهو من مال بائعه وللمشترى المطالبة بنصف الثمن .

وقدجوز كاشف اللثام الفسخ بشرط عدم الاعتراف بكون التلف بعد القبض. وقد ذكرنا انه ان كان التلف بعد القبض موجباً للتبعض بأن تكون البينة كاشفة عن كون العين مستحقة الغير حين العقد كما يقول صاحب الجواهر كان له الفسخ والرجوع ، لكن قد عرفت ان ذلك غير تام .

والحاصل انه لايجوز الفسخ ، وبناءاً على جوازه لم يجز للآخر أخذ الجميع كما نص عليه المحقق حيث قال : « ولو فسخ احدهما جاز ولم يكن للآخر أخذ الجميع ، لان النصف الآخر لم يرجع الى بائعه » لان المفروض كون النصف الآخر للبائع الثانى .

وحيث يعترف المشترى بكون التلف بعد القبض لم يكن له خيار الفسخ، لأن المال له والتلف فى ماله . نعم له الفسخ بناءاً على كونه من تبعض الصفقة .

هذا وفى الجواهر : انه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصورة المزبورة عدمه فى غيرها، مع ان الظاهر تحقق ذلك أيضاً فى صورة الاطلاق، اذهى كغيرها من صور الاطلاقات السابقة، بل وكذا لو اطلقت احداهما وارخت الاخرى بناءاً على عدم الحكم بتأخر مجهول التاريخ عن معلومه كما حرر فى محله. نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق وعدمه .

أقول :قدعرفت فى المسألة السابقة قول المحقق قدس سره بالقضاء بالثمنين جميعاً

فى صورة اختلاف البينتين فى التاريخ أو اطلاقهماقال : «لمكان الاحتمال وامكان الجمع بين البينتين، وقد وافقه صاحب الجواهر قدس سره واشكل على المسالك القائل بالتعارض والحكم بالتنصيف أخذاً بالقدر المتيقن وان الاصل براءة المشترى يعنى : انه ان كان الجمع ممكناً فهو أولى ، لكنه يكون فى صورة كون الشهادتين مبنيتين ، أما مع اجمالهما فلا (فيكون نظير ما اذا قامت البينة على أن أحد هذين الشخصين هو المتلف لمال لزيد فانه يجرى فى حق كل منهما اصالة البراءة فلا يلزم احدهما بشىء) وحيث يكون مجملاً يؤخذ بالمتيقن ويجرى الاصل فى غيره.. فاشكل عليه فى الجواهر بان البينة ظاهرة فى التعدد والاصل تعدد المسبب بتعدد سببه . . . فقوله هنا بأن الظاهر تحقق ذلك أمضاً فى صورة الاطلاق ينافى ما ذكره هناك ، فما عبر عنه بالتوهم هو الصحيح .

ولو شهدت احداهما بوقوع البيع يوم الخميس والاخرى بوقوعه يوم الجمعة فالمتأخر باطل ان كان البيع واحداً ، والا فان أمكن الجمع فهو والا كان الثانى باطلا .

ثم انه يلزم ان تكون الشهادة على الملك ، ولذا لاتسمع دعوى الشراء من زيد حتى لو أقام البينة ،بل يلزم ان تكون الدعوى والشهادة كلتاهما مشتملتين على شراء العين منه وأنها ملك له ، اذ يجوز ـ فى مفروض المسألة هنا ـ ان يكون قد اشترى احدهما العين للآخر وان يكون باعها أحد البائعين وكالة عن الآخر أو فضولاً، وهذا ما ذكره العلامة فى القواعد والشهيد الثانى فى المسالك قال :وسيأتى اختيار المصنف اياه وكأنه تركه هنا اتكالا عليه . . . وبالجملة انه يشترط أن يكون المدعى و المشهود به هو الشراء من المالك ، سواء ثبتت ملكية البائع باليد أو بالبينة (١) . . .

(١) هذا اشارة الى عبارة المسالك التى اوردها صاحب الجواهر وقال بأنها تطويل بلاطائل .

حكم ما لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شراءه من المولى .

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى آخر أن مولاه باعه منه وأقاما البينة قضى لاسبق البينتين تأريخاً، فان اتفقتا قضى بالقرعة مع اليمين » .

أقول : لو ادعى عبد أن مولاه اعتقه وادعى شخص آخر أن مولى العبد قد باعه منه فهما مدعيان ، والمولى هو المدعى عليه وذو اليد سواء كان العبد بيده أو بيد المشترى أو غيرهما أولا فى يد... فان لم تكن لأحدهما بينة وكذبهما المولى حلف لهما بيمينين لأنه المدعى عليه ، ان صدق أحدهما وكذب الآخر قضى لمن صدقه وهل يحلف لمن كذبه أولا؟ قولان ذهب العلامة الى الأول والشهيد الثانى وكاشف اللثام الى الثانى تبعاً للمبسوط ، ومنشأ الاختلاف هو ترتب الاثر على هذه اليمين وعدمه ، فهو نزاع صغروى ، لانهم متفقون على أن اليمين على الانكار انما تكون فيما أذا كان للاقرار أثر فى ذلك المورد، قال كاشف اللثام : «والحق مافى المبسوط من أنه ان صدق المشترى لم يحلف للعبد ، لانه لو أمر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لكونه اقراراً فى حق الغير ولم يلزمه غرم ، وكذا ان صدق العبد لم يحلف للمشترى ، لانه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالاتلاف قبل القبض وهو كالآفة السماوية فى انفساخ البيع به، نعم ان ادعى عليه قبض الثمن حلف له ان أنكره».

وقد وافق صاحب الجواهر العلامة وصور الثمرة فى المسألة حيث قال : «وفيه منع عدم توجه اليمين للمشترى ، مع اقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلولة لا التلف فيغرم له القيمة، ولذا جزموا فى المسألة السابقة وهى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده ان لو أقر لاحدهما كان اليمين عليه للآخر ،بل وله اليمين على المقر له ، فلا يبعد حينئذ انه يكون هنا أيضاً له اليمين على السيد والعبد ، كما انه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الاقرار للمشترى ، لعموم قوله

ﷺ «البينة الخ». وفائدته ثبوت الحرية في حقه على وجه لو انتقل اليه بعد ذلك بارث وغيره يحكم بحريته ان لم تقل بوجوب شرائه فعلاً عليه كما عن بعضهم التصريح به ، والا كانت الثمرة واضحة » .

هذا كله مع عدم البينة ومع وجود البينة يقضى لمن أقامها ، وان اقاماها معاً فان كانت احداهما أرجح أو أقدم تاريخاً قضى لها ، وان اتفقتا في العدد والعدالة والتأريخ قضى بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له بيمينه ، فان نكل حلف الآخر وقضى له .

«ولو امتنع من اليمين قيل يكون نصفه حراً ونصفه رقاً لمدعي الابتياع ، ويرجع بنصف الثمن» لادلة التنصيف المذكورة سابقاً (١) وقد تأمل صاحب الجواهر في شمول تلك الأدلة لمثل الفرض الذي أحد طرفيه الملك والآخر الحرية ، وحينئذ يكون الحكم لمن أخرجته القرعة، أي يقترع على الملكية لمدعي الشراء والحرية للعبد (٢) . وعلى الاول ـ وهو قول الشيخ وجماعة ـ يرجع المشترى بنصف الثمن الذي أقبضه المولى .

وهل للمولى خيار الفسخ

وهل يكون للمولى خيار الفسخ ؟ قالوا : نعم لتبعض الصفقة ، وقد قلنا سابقاً بان التبعض الموجب للخيار غير صادق هنا ، لانه كالتلف قبل القبض على أثر حكم الحاكم .

وعلى ماذكروا من ثبوت الخيار قال المحقق : «ولو فسخ عتق كله ، وهل يقوم على بائعه ؟ الاقرب نعم ، لشهادة البينة بمباشرة عتقه » فهنا فرعان ، أحدهما انه لو فسخ مدعي الشراء يرجع على المولى بكل الثمن ، وحينئذ ينعتق العبد كله لزوال المزاحم البينة القائمة على ان المولى اعتقه والثاني: انه لو لم يفسخ المشترى

(١) راجع الباب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى .
(٢) لقد ذكرنا في محله أن التنصيف يكون في كل مورد يقبله .

فهل يقوّم العبدعلى البائع ان كان موسراً أولا؟ قال المحقق : الاقرب : نعم لشهادة البينة بمباشرة عتقه» فيتم شرط السراية . وقد وافقهعلى ذلك المسالك والجواهر .

وفى المسالك عن الشهيد الاعتراض علىذلك «بأن الواقعفى نفس الامر اما العتق او الشراء أو ليس احدهما ، وأيما كان امتنع معه التقويم على المالك والسراية ، اما علىتقدير العتق فلان يكونللمجموع ومع عتق المجموع لابعض موجود حتى يقوم . واما على تقدير الشراء فلانه ايضاً للجميع فلاسبب للتقويم ، اذ السبب عتق البعض وهو منتف ، ومنهما يظهر انتفاؤه على تقدير انتفائهما » .

أقول : وفى الدروس اشكال آخر أيضاً حيث قال : «ولانه عتق قهرى فلا يقوّم عليه » اى أن شرط التقويم والسراية هوان يكون عتقه للنصف بالاختيار بناء على أن الموجب القهرى كالارث لايوجب السراية وهنا الاختيار منتف لان بينة العبد شهدت بعتق الكل ، و حرية بعضه كانت بحكم الحاكم لاباختيار المولى فلامورد للسراية .

لكن يمكن الجواب عنهبتحقق الاختيار هنا ، لانهمع شهادة بينة العبد بعتق الكل فقداعتق النصف ، فانمبنى تبعض الصفقة هوانمن باع الكل فقد باعالبعض والالم يتحقق التبعض فىمورد ، فظهر انه قد باع النصف بالاختيار لكن التبعض تحقق بحكمالحاكم بمقتضى البينتين لانه امرانتزاعى منشأه هنا الحكم المذكور.

وأما اشكاله الاخر المبتنى علىالعلم الاجمالى فى المقام فقد أجابوا عنهبأن مخالفة العلم الاجمالى مخالفة حتمالية لامانع منها ، ولوغسل يده المتنجسة بماء مشكوك الطهارة فانه يستصحب طهارة الماء ونجاسة اليدمعاًولا مخالفة قطعية للعلم الاجمالى ، وفيما نحن فيهوان علمنا بان العبد اما مملوك كله ـ للمولى اوللمشترى واماحر كله والحكم بالتنصيف يخالف العلم المذكور، لكن لايلزممن ذلك مخالفة قطعية من المشترى والعبد . نعم الحاكم يعلم بـأن حكمه مخالف للواقع ، الاانـا ملزمون بمتابعة حكمه رعاية لمصلحة رفع الخصومة وفصل النزاع .

هذا ولوحصل لنا العلم بعدم وجوب شراء النصف من المشترى ـ لانه اما كله ملك للمشترى واما كله حر فيحصل العلم التفصيلى بعدم وجوب شراءالمولى النصف من المشترى ولاتقتضى ظواهر الادلة ذلك ، بـل يتوقف القول به على قيام دليل آخر . وهذااشكال آخر .

ولو كان العبد في يد المشترى فان قدمنا بينة الداخل حكم له وان قدمنابينة الخارج حكم بالعتق لان العبد خارج قاله في الجواهر تبعاً للدروس لكن تقدمنا القول بان ذااليد هو المولى وان كان بيد المشترى .

لايقال تقدم بينة العبد لان له يداً على نفسه ان قدمنا الداخل والاقدمت بينة الشراء لانانقول انمايصيرله يدبالعتق وثبوت الحرية ، وقدنسب في الجواهر القول المذكور الى بعض العامة .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(مسائل)

(الاولى : لوشهد للمدعى بملكية الدابة منذمدة فكذبتها سنها)

قال المحقق قدس‌سره : «لوشهد للمدعى بأن الدابة ملكه منذ مدة فدلت سنها على أقل من ذلك قطعاً أو اكثر سقطت البينة لتحقق كذبها» .

أقول : لوشهدت البينة لمدعى ملكية الدابة بأنها ملكه منذ خمس سنوات مثلا فدلت سنها على كون عمرها أقل من تلك المدة دلالة قطعية ، أوشهدت بأنها نتجت عند المدعى منذ خمس سنوات فدلت سنهادلالة قطعية على ان عمرها اكثر من تلك المدة سقطت البينة عن الحجية لتحقق كذبها .

أما لو كانت الدلالة على الاقلية أوالاكثرية ظنية لاقطعية ففى الجواهر : لاينبغى التأمل فى عدم معارضة الظن للشهارة التعبدية . . . ولا اظنه قولا لاحد .

لكن عن بعض نسخ الشرائع «قطعاً أواكثرياً» وهى التى شرحها فى المسالك فقال : « أما على تقدير كون الدلالة قطعية فواضح لان الكذب حينئذ قطعى ، واما على تقدير الاكثرية فالدلالة ظنية ، ويشكل معارضتها للحاكم الظاهر من عدالة الشاهد . و فى التحرير اقتصر فى الحكم بسقوط البينة على الدلالة القطعية وهو أولى» وكيف كان فالصحيح ماذكره فى الجواهر ، انما الكلام فى بطلان البينة مطلقاً أوفى خصوص ماكذبت؟ قال : الظاهر الثانى. قلت : بل الاول ، اذ لاعرفية لبينة يسقط بعض مدلولها بتكذيب السن لهويبقى البعض الاخر .

(المسألة الثانية)

(لو شهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم)

قال المحقق : « اذا ادعى دابة فى يدزيد وأقام بينة انه اشتراها من عمرو ، فان شهدت بالملكية مع ذلك للبائع او للمشترى أو بالتسليم قضى للمدعى وان شهدت بالشراء لاغير قيل : لايحكم ، لان ذلك قديفعل فيماليس بملك ، فلا تدفع اليد المعلومة بالمظنون وهوقوى وقيل : يقضى له ، لان الشراء دلالةعلى التصرف السابق الدالة على الملكية » .

أقول : لاكلام فى ترتب الاثر على ما اذا شهدت البينة بالملكية مع الشراء للبائع بأن قالت : نشهد بشراء زيدهذه الدابةمن عمرووقد كانت ملكه أوللمشترى بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وهىالان ملك لزيد ، أوبالتسليم من عمرو لزيد بأن قالت : نشهد بشراء زيد هذه الدابة من عمرو وتسليم عمرو اياها لزيد .

انما الكلام فيما اذا تجردت الشهادة عن ذلك ، بأن شهدت بالشراء لاغير، ففى المسألة قولان ، و كلاهما للشيخ قدس سره ، أولهما وهو العدم قوله فى المبسوط واختاره المحقق والاكثر كما فى المسالك والثانى وهوالقبول قوله فى الخلاف ووافقه العلامة فى المختلف .

توضيح دليل الاول هو : ان هذه الشهادة لاتدل على الملكية لابالمطابقة ولا

بالالتزام ، أما مع اضافة الملكية فالدلالة تامة بالالتزام ، ومع اضافة التسليم توجد دلالة التزامية على أمر هوأمارة على الملك ، لان التسليم أمارة على اليد التى هى امارة على الملكية .

وتوضيح دليل الثانى هو:ان الشراء يكشفعن التصرف السابق الدال على الملكيةكما ان اليد السابقة امارة عليها ، اذكما ان الظاهر من اليد كونها اصالة لانيابة ولا عدواناً فكذا التصرف بالبيع والشراء وان لم يكن المال فى يده .

قلت : فرقبين «اليد» و«التصرف» فانالاول أمارة على الملك شرعاً وعقلا بخلاف الثانى، فقديكون قوله «بعت» فىملك غيره ، وهذا القول وان كان تصرفاً لوصدر من المالك لكنه بمجرده لايترتب عليه أىأثر لاوضعى ولاتكليفى فهولغو.

فظهر مما ذكرنـا ان البحث هو فى دلالة هذه الشهادة على الملكية وعدم دلالتها ، وليس البحث مبنياً على ما ذكره صاحب الجواهر ، فلو قامت بينة على شراء زيد المال من عمروفهى ليستبحجة فلاربطللبحث بالترجيحومسألة الداخل والخارج فتلك مسألة اخرى ولاوجهلبناء هذه المسألة على تلك .

(المسألة الثالثة)

(حكم دعوى رقّيةالصغير المجهول النسب)

قال المحقق قدس سره : « الصغير المجهول النسب اذا كان فى يد واحد وادعى رقّيته قضى بذلك ظاهراً. وكذا لو كان فى يد اثنين» .

أقول: وجه الحكم برقيةالصغير للمدعى هو:أنرقّية هذاالصغير أمر ممكن والمدعى لامعارض له فى دعواه ، وهو ذويد عليه، فيجب أن تسمع ويقضى له، ـ قال فى الجواهر ـ« بلاخلاف أجده فيه ».

انما الكلام فيمااذا كبر هذا الصغير ونفى الرقّية : فقد قيل : لايسمع قوله لعدم جواز نقض حكم الحاكم .وقيل : يسمع ويحلف المدعى مع عدم البينة، وقيل : بل يسمع قوله فى حال الصغر أيضاً ـ لولا الاجماع ـ وان هذا المورد يستثنى من قاعدة حجية قول المدعى الذى لامنازع له لنص خاص رواه الشيخ الكلينى قدس سره عن عدة من اصحابنا عن سهل بنزياد وعن علىبن ابراهيمعن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن حمران بن اعين قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة، ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة انها ابنتها فقال : قد قضى فى هذا على عليه السلام .

قلت : وما قضى فىهذا ؟ قال : كانيقول: الناس كلهم أحرار الامن أقرعلى

نفسه بالرق وهو مدرك . ومن اقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة فانه يدفع اليه ويكون له رقاً قلت : فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى انها مملوكة له بينة على ما ادعى فان احضر شهوداً يشهدون انها مملوكة لايعلمونه باغ ولا وهب دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها ان الجارية ابنتها حرة مثلها، فلتدفع اليها وتخرج من يد الرجل .

قلت : فان لم ينقسم الرجل شهوداً انها مملوكة له ؟ قال : تخرج من يده ، فان أقامت المرأة البينة على أنها ابنتها دفعت اليهـا ، فان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى و لـم تقم المرأة البينة علـى ما ادّعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاء » (١) .

اقول : لاريب فى ان اليد امـارة الملكية و أن الناس يعاملون صاحب اليد معاملة المالك لما فى يده ، كما لاريب فى قبول قول ذى اليد مع عدم المعارض والمنازع .

أما فى مورد دعوى الرقية فان الاصل هو حرية الانسـان و عدم سلطنة أحد على أحد .

واليد انما تكون امارة على الملكية لما فى اليد فيما اذا كان الشيء الذى فى اليد قابلا للملكية ، و من هنا يشكل الحكم بكون المائع الموجود فى الاناء ـ المردد بين كونه مما يقبل الملكية ومما لايقبلها كالخل و الخمر ـ خلا استناداً الى اليد .

وفي حجية قول ذى اليد بالنسبة الى الاعم من الملكية وغيرها من الخصوصيات بحث وان كان قول الاكثر ذلك ، لكن حجية قوله من آثار حجية اليد ، و مع الشك فى قابلية الشى للمـلكية يشكل ترتيب الاثر على قول ذى اليد ، و لذا وقع الكلام فى ملكية الكبير الساكت والمجنون ، فقال بعضهم بعدم حجية قول ذى اليد.

---

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ١٨٤

و بما ذكرنا ظهر عدم تمامية تقديم اليد على اصالة الحرية من جهة تقديم الامارة على الاصل ، فان اليد امارة وحجة على الملكية فيما يقبلها .

فبقى الاجماع . لكن يحتمل كون مدركه قاعدة اليد ، فلا يمكن الاعتماد عليه .

فظهر ان الصحيح هو سماع دعوى الصغير فى حال صغره ، لكن الاستدلال عليه بالخبر المزبور ضعيف من جهة أخرى ، فقد اشتملت على أنه اذا « لم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» و الحال أنه حيث أقرت المرأة بكون الجارية ابنتها فقد وجب عليها نفقة الجارية و ان لم يثبت النسب من جهة عدم البينة، ولعل هذا وجه اعراض الاصحاب عن هذا الخبر.

و اما اذا كبر الصغير فانكر فالحق سماع دعواه فان اقام بينة على انه ابن فلان او لقيط فهو و الا حلف المدعى ، و انما تسمع دعواه لان كل دعوى يمكن ان تكون صحيحة تسمع .

لايقال بانه يستلزم النقض ، لانا نقول بأن النقض يتحقق بأن يطالب الرجل باليمين بعد الكبر على دعواه السابقة التى حكم فيها الحاكم، وأما اقامة دعوى جديدة فلامانع منها ولاتكون نقضاً .

هذا كله فى الصغير.

حكم ما لو كان كبيراً .

قال المحقق : « اما لو كان كبيراً ، و انكر فالقول قوله ، لأن الاصل الحرية » .

أقول : انه اذا ادعى الرجل رقية كبير فان أنكر كان على الرجل المدعى اقامة البينة ، وحيث لابينة فالقول قول الكبير ، لان الاصل الحرية.

و أما اذا اعترف بالرقية وادعى تحرير الرجل اياه فلا تسمع هذه الدعوى الابينة، وهوغير دعوى الحرية من اول الامر، وعلى هذا يحمل الاخبار الدالة على

جواز شراء المملوك من سوق المسلمين مع دعواه الحرية ، فانه مع عدم البينة لاتسمع ويبنى على رقيته فيشترى .

وان أقرترتب الاثر على اقراره، ولافرق بين الاقرار لواحد أو لاثنين فانه يكون ملكاً لكليهما على الاشاعة .

قال المحقق قده:«ولوادعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه، وان اعترف لاحدهما كان مملوكاً له دون الاخر»(١) لعموم جواز اقرار العقلاء على أنفسهم،وربما يستدل له باعتبار قول ذى اليد بناء على كونه ذايد على نفسه .

قال فى الجواهر بعد ان ذكرعدم وجدانه الخلاف فى هذا الحكم «وحكى عن الشيخ فى مسألة دعوى العبد العتق و الاخر الشراء فى انكار كون العبد ذايد على نفسه انه قال : لانه لو كان ذا يد لقبل اقراره بالملكية لاحد المتنازعين فيه » ومقتضاه المفروغية من عدم قبول اقراره ، الا انه كما ترى لا دليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه .

وفى كشف اللثام : «واذا اقاما بينتين متعارضتين فصدق احدهما خاصة لم تترجح به بينته ، لانه لايدله على نفسه ، فانه ان كان حرأفلايدله ، وان كان مملوكاً فلا يد عليه الا لمالكه . وفيه : انه مناف لقبول اقراره بالرقية مع عدم البينة الذى اعترف به سابقاً ، بل ظاهره الاجماع عليه فتأمل».

أقول : يمكن ان يكون الشيخ و كاشف اللثام منكرين لعنوان كونه ذا يد لا انهما مخالفان فى قبول هذا الاقرار ، لانهما قالا بما قالا فى فرعين غير هذا الفرع الذى نحن فيه، فالشيخ لايوافق فى تلك المسألة على تأثير ذاك الاقرار لكونه بعنوان ذى اليد ، وكاشف اللثام ينكر هناك ان يكون قول العبد مرجحاً لاحدى البينتين لانه ليس ذا يد، والاقرار المجرد ليس من المرجحات، فالظاهر عدم ورود اشكال الجواهر، وانهما غير مخالفين فى المقام .

(المسألة الرابعة)

(حكم ما لو ادعى اثنان كون الذبيحة له وفي يد كل بعضها)

قال المحقق قدس سره : « لو ادعى كل منهما ان الذبيحة له و فى يد كل واحد بعضها و أقام كل منهما بينة قيل : قضى لكل منهما بما فى يد الاخر و هـو الاليق بمذهبنا» .

أقول : ان كانت الذبيحة واحدة وقد وضع كل منهما يده على طرف منها و أقام بينة على انها جميعاً له فالحكم هو التنصيف . وان كان مافى يد كل منهما منفصلا عما فى يد الاخر فعلى القول بتقدم بينة الخارج ـ و هو الاليق بمذهبنا ـ يقضى لكل منهما بما فى يد الاخر سواء كانا متساويين او مختلفين فى المقدار... ولولم يكن لهما يد فالحكم هو التنصيف .

قال المحقق : «وكذا لو كان فى يد كل واحد شاة وادعى كل منهما الجميع وأقاما بينة قضى لكل منهما بما فى يد الاخر».

اقول : وذلك لعدم الفرق بين هذا الفرع والفرع السابق عليه .

قال فى الجواهر : «ومما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان فى بعض الذبيحة المنفصلين كافراً و مسلماً حكم بكون ما يقضى بـه للكافر ميتة و للمسلم مذكى و ان كان كل واحد مـن الجزئين انتزعه من الاخر ، عملا بظاهـر اليد المعتبرة شرعاً ، ولايقدح فى ذلك اليد السابقة، بل لعل الحكم كذلك فى الجزئين

المنفصلين ، ضرورةاتحاد الملاك فيهما كما تقدم الكلام فى ذلك فىقسم العبادات».

أقول : كيف يكون اللحم الواحدالذى يملكه المسلم والكافر علىالاشاعة بعضه نجساً وهو الذى كان فى يد الكافر ، والبعض الاخر طاهراً وهو الذى كان فى يد المسلم ؟ ان هذه الذبيحة اما ميتة نجسة كلها و اما طاهرة كلها ، فما ذكره رحمه‌اللهمشكل لاسيما فى المشاع.

نعم يمكن معاملة الطاهر مع ما يجىء من خارج بلاد المسلمين من الجلود فيما اذا احتملنا احراز البائع المسلم له بطهارته ، اما فىمسألتنا هذه فان الذى بيد المسلم مقطوع بكونهمأخوذاً من الكافر وانأصبح ملكاً له الان بعد المرافعةبحكم الحاكم ، وعلى ما ذكرنا فلوعلمنا بكون اللحم الموجود الان بيد الكافر مذبوحاً بيد المسلم حكمنا بطهارته .

فالحاصل : انه على أثر حكم الحاكم يكون مافى يد المسلممختصاً لهوهذا هو القدر المتيقن ، وأما ترتب اثر الطهارة ايضاً على هذا الحكم و اليد الحاصلة بعده فمشكل جداً .

(المسألة الخامسة)

(لو تسلم شيئاً بالبينة فأقام المحكوم عليه البينة على الملكية)

قال المحقق قده : «لو ادعى شاة فى يد عمرو وأقام بينة فتسلمها ثم أقام الذى كانت فى يده بينة أنها له قال الشيخ: ينقض الحكم وتعاد . وهو بناء على القضاء لصاحب اليد، والاولى انه لاينقض » .

اقول: تارة يقول عمرو: اشتريتها من زيد بعد حكم الحاكم فى المرافعة السابقة فهذه دعوى مسموعة ، لانه يدعى ملكاً جديداً ، فان اقام بينة تقدمت على بينة زيد لان عمراً هو الخارج .

و اخرى يقول : انه فى الوقت الذى اقام زيد بينة لـم تكن بينتى حاضرة و هى الان حاضرة ، فبناء على سماع هـذه الدعوى ان كان الميزان فى الخارج والداخل حال اقامة عمرو البينة فزيد الداخل ، وان كان الميزان حال دعوى زيد فعمرو الداخل .

و قد يدعى كون الشاة له ويقيم البينة من غير تعرض للدعوى السابقة فانه تسمع بينته بناء على سماع البينة بعد فصل الخصومة بالحكم، وتحمل على دعوى انتقال العين من زيد الى عمرو فتقدم بينة عمرو بناء على تقديم بينة الخارج .

وكيف كان فان لزم من سماع الدعوى نقض الحكم فلا تسمع ، وفى اى صورة لم يلزم النقض فتسمع.

(المسألة السادسة)

(لو ادعى داراً وادعى آخر نصفها و اقاما البينة)

قال المحقق قدس سره :«لوادعى داراً فيد زيد وادعى عمرو نصفهاوأقاما البينة قضى لمدعى الكل بالنصف لعدم المزاحم و تعارضت البينتان فى النصف الاخر، فيقرع بينهما ويقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه ، و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسوية فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع ولمدعى النصف الربع».

أقول : لوكانت دار فى يدشخص فادعى زيد كل الدار وادعى عمرونصفها ولم يصدق منبيدهالدار أحدهما ، فمعوجود البينة بالتساوى عدداً وعدالةلكليهما يقضى لزيد بالنصف المشاع من الدار ، لان المفروض ان عمراً لايدعى الانصف الدار ، فزيد فى نصفها مدع بلا معارض فيكون له كما هو الحال فى كل دعوى بلا معارض،لكنالبينتين تتعارضان فى النصف الاخر والحكم فى تعارض البينتين هوالقرعة ، فمن خرج اسمه قضى له مع يمينه فان امتنع حلف الاخر وأخذ، ولو امتنعا معاً من اليمين قضى فى النصف المتنازع فيه بالسوية ، فيكون نصفه لزيد و نصفه الاخر لعمرو، فيكون لزيد الذى ادعى كل الدار ثلاثة ارباعها و لعمرو الذى ادعى نصفها ربعها .

و كذلك الحكم لو كانت الدار فى يد ثالث ولم يكن لاحدهما بينة فانه يقسم النصف المتنازع فيه بينهما على السوية .

حكم مالو ادعيا ذلك ويدهما عليها مع البينة :

قال المحقق : «ولـو كانت يدهما على الدار وادعى احدهما الكل والاخر النصف وأقام كل منهما بينة كانت لمدعى الكل ولم يكن لمدعى النصف شيء، لان بينة ذى اليد بما فى يده غير مقبولة»

أقول : وهذا هو الفرع الثالث فى المسألة، وذلك أن يدعى احدهما كل الدار والاخر النصف وهما واجدان للبينة وهى فى يدهما لافى يد ثالث ، فالمشهور على ان الدار كلها لمدعى الكل و انه ليس لمدعى النصف شيء منها ، و ذلـك لان المفروض خروج نصف الدار عن النزاع ، فيكون النصف الذى بيد مدعـى الكل ملكاً له لانه مدع بلا معارض بالنسبة اليه ، و حيث انه يدعى النصف الاخر بيد خصمه فهو بالنسبة الى ذاك النصف خارج والخصم داخل، ومذهب المشهور تقديم بينة الخارج و سقوط بينة الداخل ، فيكون النصف الثانى له كالاول، فالدار كلهاله ولم يكن لمدعى النصف شيء ..

نعم لولم يكن لمدعى الكل بينة كان القول قول مدعى النصف مع يمينه، فاذا حلف أبقى النصف فى يده، فتكون الدار بينهما نصفين...

هذا هو المشهور.

وعن ابن الجنيد: انه يقتسمان الدار مع البينة وعدمها على طريق «العول» (١) فيجعل فى مفروض المسألة لمدعى الكل الثلثان ولمدعى النصف الثلث ، وقدفرض رحمه الله المسألة فيما لوكانت العين فى أيدى المتداعيين ، لكن التأمل فى كلامه

---

(١) «العول» تقسيم النقصان بالقدر المساوى على الشركاء وهويذكر فى مواردمنها تركة الميت ، ومنها المال الذى تعلق بحق الديان ، ومنها مانحن فيه .

مثلا: اذا كان لاحدالشريكين فى الـ/ «٣٦» ١٢ درهماً وللاخر (٢٤) فتلف من المجموع /١٢/ درهم ، فانه يقسم هذا العدد التالف بينهما بالعدل، فيقال العدد يشكل ثلث المجموع فينقص من كل من الشريكين ثلث ما كان له ، فيعطى لصاحب الـ/١٢/ ثمانية، ولصاحب الـ/٢٤/ ستة عشر درهماً .

المنقول فى المختلف يفيد انه لايفرق بين الصور فراجعه.

وفى المسالك لان المنازعة وقعت فى اجزاءغير معينة ولا مشار اليهابل كل واحد من اجزائها لايخلو من دعوى كل منهما باعتبار الاشاعة، فلا يتم ماذكروه من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع ، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه ومدعى الكل كله ، ونسبة احدى الدعويين الى الاخرىبالثلث ، فتقسم العين اثلاثاً ، واحد لمدعى النصف واثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس والميت .

وفى المختلف وافق ابن الجنيد على ذلك مع زيادة المدعيين على اثنين .

وقال فى الجواهر : «يمكن انيكون مبنى كلام ابن الجنيد علىدعوىظهور نصوص التنصيف بعد الاقراع و عدم اليمين منهما فى العول ، ضرورة ان بينة كل منهما تقتضى الكل وهما متعذران فيحصل النقصان عليهما ، ومن هنا اتجه التعدية الى التثليث لو كانوا ثلاثة والتربيع لو كانوا اربعة وهكذا، وليس الالماذكرنا .

ومنه مفروض المسألة التى لايمكن الجمع فيها بين بينة النصف مثلا و بين بنية الكل ، فنقول فى النصف كما عالت فى الاول، فيوزع عليهمااثلاثا، لانسبة الكل الى النصف كذلك، فالعول عنده نحو العول فى الفرائض لولا نصوص اهل العصمة(ع) ، لقضاء كل بينةمثلا بمقتضاها نحو قوله للزوج النصف وللاختينمن الاب الثلثان و من الام الثلث ، لا مثل العول فى تزاحم الديون على التركة الذى مرجعهعند التأمل ايضاً الى ذلك» .

أقول: ان الخلاف بين المشهورو ابن الجنيد يرجع الى ان المشهور يقولون بتقسيم مدلول البينتين ومورد النزاع بينهما، وابن الجنيد يقول بتقسيم مورددعوى المدعيين و هو الكل من أحدهما و النصف من الاخر و المفروض هو الاشاعة ، فيكون الحاصل عدم استثناء النصف بناء علـى الثانى و استثناؤه بناء على الاول ، فالدليل الاول لما ذهب اليه ابن الجنيد هو الاشاعة فى الاجزاء ، والثانى ماذكره

صـاحب الجواهر من دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقراع و عدم اليمين منهما فى العول .

قلت : أما الاول ففيه : انتصرف أحدالمالكين فىالملكالمشاع يكونعلى نحوين ، أحدهما غير جائز وهو التصرف الخارجى لتوقفه فى كل جزء على اذن الشريك ، والاخر جائزبلااذن منه مثل أن يبيع نصفه المشاع، ومانحن فيه ـ وهو اثبات الملكية بالبينة ـ كالبيع المذكور فانه ليس تصرفاً فىمال الشريك .

وبعبارةاخرى: العوارضالخارجية التى تعرض العين المملوكة علىالاشاعة يتوقف ايرادها على اذن الشريك ، و أمـا العوارض التى تعرض الملكية كالبيع فلا ، ومانحن فيه من قبيل الثانى لاالاول ، فيكون النصف المشاع الذى لامعارض لمدعى الكل بالنسبة اليه ملكاً له ، ويقع التعارض بين البينتين فى النصف الاخر فهو مورد النزاع،وطريق رفع هذا النزاع فىصورة تساوى البينتين تقسيمه بينهما بالتنصيف ، كما اذاكان موردالنزاع عيناً منحازة يدعيها كل واحد من المدعيين .

وأماالثانىففيه ـ كما فىالجواهر ـ انمحلالنصوص حيث لايسلمجزء منالعين لانزاع فيه، اما فىالمفروض فلادلالة فيها عليه ، بللعل ظاهرمرسلابنالمغيرة (۱) عن الصادق عليه السلام : «فى رجلين كـان بينهما درهمان ، فقال احدهما الدرهمان لى وقال الاخر : هما بينى و بينك ، فقال ابوعبدالله عليه السلام : اما الذى قال : هما بينى وبينك فقد أقربأنأحد الدرهمين ليسله فيه شىءوانه لصاحبه ، واما الاخرفبينهما» خلاف ذلك «وكذا مرسل ابن أبى حمزة (۲)عنه أيضاً» .

---

(۱) وسائل الشيعة ۱۳ / ۱٦۹ الباب ۹ من كتاب الصلح .

(۲) «فىرجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لى ، وقالالاخر: هما بينى وبينك. فقال ابو عبدالله عليهالسلام : قد أقر أن احد الدرهمين ليسله فيه شىء وأنه لصاحبه ، وأماالاخر فبينهما» التهذيب ٦/ ۲۹۲ .

هذا وقد فصل المحقق العراقي في المقام فقال : «لوادعى داراً في يد زيد باجمعها وادعى عمرو نصفها فتارة تكون دعوى التمام بسبب غيرقابل للتفكيك بين النصفين واخرى على نحو قابل للتفكيك بينهما من حيث الصدق والكذب ، فعلى الاول : تكون دعوى النصف مزاحمة لدعوى التمام دون الاخر ، ولازمه حينئذ تزاحم بينتهما، وفي مثله لامجال لتوهم الاخذ بالبينة بالنسبة الى النصف بلامعارض بل ولامجال للاخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض ، لماعرفت من أن دعوى الملكية على النحو المزبور معارض بدعوى النصف من غيره . . . »

أي : ان قال أحدهما بأن هذه الدابة نتجت عندي ، أي كلها لي ، وقال الاخر : هي بيننا ـ أي على النصف ـ من جهة الارث، فاذا أقاما البينة على دعواهما كانت البينتان متعارضتين وليس في البين قدر متفق عليه بين الطرفين ، وحينئذ يحكم بينهما على طريق العول . نعم اذا قال هذا هي كلها لي ، فقال الاخر : قد بعتنيها نصفها ، فهنا لانزاع بينهما في احد النصفين .

هذا توضيح ماذكره ، لكن نقول : ان كانت حجية البينة في باب القضاء من باب الطريقية الى الواقع، فان البينة القائمة على ملكية النصف بالارث تسقط عن الطريقية والكاشفية مع وجود المعارض، وهو البينة القائمة على ملكية الكل بالنتاج، لكن البينة هنا جعلت حجة لاجل فصل الخصومة ورفع النزاع ، فاذا اقامها أحدهما على ملكية الكل والاخر على ملكية النصف فقد جعل الشارع الحكم بالتنصيف لفصل الخصومة مع ان الحاكم يعلم علماً اجمالياً بكذب احدى البينتين .

وبما ذكرنا أجاب المحقق الاشتياني عن توجيه صاحب الجواهر لمذهب ابن الجنيد بأن الطرفين مالكان لجميع الاجزاء على الاشاعة فقال: بأن ماذكره يتم بناء على الطريقية، واما بناء على السببية فلا، فان دليل حجية البينة في باب القضاء يقتضي سببية البينة فيحكم بحسبها حكماً ظاهرياً ، وعلى هذا فالنصف الذي لايدعيه أحدهما يخرج عن محل النزاع وتكون بينة الاخر سبباً لملكيته له ، ويبقى النصف

الاخر ويتعارض السببان فيه فيقسم بينهما بالتنصيف فيتم رأى المشهور .

وأجاب عن الدليل الاول بأن مجرد وقوع النزاع على سبيل الاشاعة السارية فى جميع الاجزاء لايقتضى عدم سلامة جزء لمدعى الكل ، اذ كما يقال ان كل جزء يفرض من العين يريد مدعى النصف نصفه، كذلك يقال ان كل جزء يريد مدعى النصف من المجموع نصفه يبقى نصفه الاخر لمدعى الكل بلا منازع ، ومدعى الكل وان كان مقصوده رفع يد مدعى النصف من كل جزء لكن بالنسبة الى نصفه، فهو انما يقيم البينة على المجموع من حيث اشتماله على المدعى وهو النصف، لا ان يكون المقصود هو اثبات الكل من البينة من حيث الكل كما قد يتوهم، فالتزاحم انما وقع حقيقة بالنسبة الى نصف الكل ، فلابد من الحكم بتقسيم البينتين بالنسبة اليه فتقسم العين ارباعاً، ثلاثة ارباع لمدعى الكل وواحد لمدعى النصف .

حكم ما لو ادعى أحدهم نصف الدار والاخر الثلث والثالث السدس ويدهم عليها :

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى أحدهم النصف والاخر الثلث والثالث السدس وكانت يدهم عليها فيد كل واحد منهم على الثلث ، لكن صاحب الثلث لايدعى زيادة على مافى يده، وصاحب السدس يفضل فى يده مالايدعيه هو ولامدعى الثلث ، فيكون لمدعى النصف ، فيكمل له النصف» .

أقول : الحكم فى هذا الفرع واضح ، ولافرق فى ذلك بين اقامتهم البينة وعدمها ، ومن هنا قال المحقق : «وكذا لو قامت لكل منهم بينة بدعواه» .

قال فى الجواهر : «وكأن المصنف نبّه على حكمها لمكان خلاف بعض العامة فيها ، حيث جعل مع اقامتهم البينة لمدعى النصف ثلثاً ونصف سدس ، بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لايدعيه على مدعى السدس خاصة ، بل انما يدعيه شائعاً فى بقية الدار وهى فى يد الاخرين جميعاً ، فنصفه على مدعى الثلث وعارضت فيه بينته وترجحت باليد على تقدير اقامتهما البينة ، وقدم قول ذى اليد

على تقدير عدمها ، ونصفه على مدعى السدس فيحكم بـه لمدعى النصف ببينته ، لان بينة مدعـى السدس لاتعارضها ، فيجعل لمدعـى النصف ثلث ونصف سدس ، وللاخرين مدعاهما ، ويبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لايدعيه أحد» .

وفيه أولا : ان هذا القول مبنى على تقديم بينة الداخل وهو خلاف التحقيق.

وثانياً: ان الدعوى ليست على الاخرين ، بل انه يدعى كون نصف الدار له، وحينئذ تكون يد ذى اليد كالعدم ، فلابيدحتى يقال بتقدم بينة ذى اليد .

وثالثاً: ان صاحب السدس يقر بعدم ملكيته للقدر الزائد الذى فى يده، فلماذا لايؤخذ منه ذلك لمدعى النصف الذى يدعيه مع وجود البينة .

حكم ما لو ادعى أحدهم الكل والاخر النصف والثالث الثلث :

قال المحقق قدس سره : «ولو ادعى أحدهم الكل والاخر النصف والثالث الثلث ولابينة ، قضى لكل واحد بالثلث ، لان يـده عليه ، وعلى الثانى والثالث اليمين لمدعى الكل ، وعليه وعلى مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف » .

أقول : فى هذا الفرع خمس صور، ذكر المحقق قدس سره منها صورتين وصاحب الجواهر قدس سره ثلاث صور :

فالصورة الاولى من الصورتين : أن لاتكون لاحدهم بينة ، والحكم فيهاما ذكره المحقق قدس سره من أنه يكون لكل واحد منهم ما فى يده وهو الثلث، غير أن مدعى النصف ومدعى الثلث يحلفان لمدعى الكل ، لان الخارج له ـ مع عدم البينة ـ حق اليمين على الداخل، كما أن لمدعى النصف حق اليمين على مدعى الثلث فى مقابل نصف السدس وعلى مدعى الكل فى مقابل النصف الاخر .

والصورة الثانية منهما : ان يكون لكل منهم بينة . قال المحقق : « وان أقام كل منهم بينة ، فان قضينا مع التعارض ببينة الداخل فالحكم كما لولم تكن بينة ، لان لكل واحد بينة ويدأ على الثلث .

وان قضينا ببينة الخارج وهو الاصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثة من

اثنى عشر بغير منازع ، والاربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينة لصاحب الكل بها وسقوط بينة صاحب النصف بالنظر اليها اذ لاتقبل بينة ذى اليد ، وثلاثة مما فى يد مدعى الثلث ، ويبقى واحد مما فى يد مدعى الكل لمدعى النصف ، و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف ومدعى الكل، يقرع بينهما ويحلف من يخرج اسمه و يقضى له ، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

فيحصل لصاحب الكل عشرة ونصف ، ولصاحب النصف واحد ونصف وتسقط دعوى مدعى الثلث» .

أى : انه حيث يكون لكل منهم بينة مع اليديحكم الحاكم لكل بمافى يده، لكن بينة كل واحد منهم بالنسبة الى مايدعيه ممافى يد الاخربينة الخارج ، فمدعى النصف تتقدم بينته فى نصف السدس فى يدمدعى الكل فيأخذه، ثم ان مدعى الكل يدعى على مدعى النصف فيأخذ منه الاربعة،ويدعى على مدعى الثلث كل ما فى يده، لكن مدعى النصف يطالب بنصف السدس فيقع التعارض فيه بين مدعى الكل ومدعى النصف فيقترع ، فمن خرج اسمه وحلف أخذ، فان امتنع فالاخر، وحيث يمتنعان عن اليمين فالتنصيف. فيكون لمدعى الكل من الاثنى عشر ١٠/٥ ولمدعى النصف ١/٥. ولاشىء لمدعى الثلث لسقوط دعواه من جهة كون بينته داخلة،وقد ذكرنا انها لاتؤثر مع وجود الخارج .

وأما الصور الثلاث التى ذكرها صاحب الجواهر :

فالاولى : أن يكون لمدعى الكل فقط بينته ، وحينئذ فهو خارج بالنسبة الى مافى يدالاخرين، فيحكم له ببينة ويكون الكل له .

والثانية : أن يكون لمدعى الثلث فقط بينة . وحينئذ يأخذ ما فى يده من غير يمين ان قلنا بكفاية البينة عنه . وفى كشف اللثام: «أخذه ـ أى الثلث ـ الذى بيده أو الذى بأيدى الباقين» والباقى يكون بين الاخرين ، لمدعى الكل السدس من الباقى بغير يمين لعدم المنازع له فيه، ويحلف على السدس الاخر الذى يدعيه الان

مدعى النصف عليه ، كماان مدعى النصف يحلف على جميع مايأخذه من السدسين لمدعى الكل الذى يدعيهما عليه .

والثالثة أن يكون لمدعى النصف فقط بينة ، فانه يأخذ من كل من الاخرين نصف سدس فيتم له مع ما فى يده النصف الذى يدعيه . ثم ان النصف الباقى يقسم بين الاخرين بالتساوى، فيكون لكل منهما سدس ونصف أى لكل٣ من ١٢ قاله فى الجواهر .

وفيه : انه بعد ماأخذ مدعى النصف نصفه يكون السدس من النصف الباقى خارجاً عن النزاع فيكون لمدعى الكل، ويبقى النزاع فى السدسين الباقيين وهى الاربعة التى بيد مدعى الثلث فان كلا من مدعى الكل ومدعى الثلث يدعيه وحيث لابينة يقسم بينهما بالتنصيف، فيتحصل من ذلك أنه يعطى لمدعى النصف ٦ ولمدعى الكل ٤ ولمدعى الثلث ٢ ، فما ذكره قدس سره لايتم على مذهب المشهور ولاعلى مذهب ابن الجنيد .

وقال كاشف اللثام انه بناء على عدم سماع بينة الداخل يأخذ مدعى النصف ان اقام البينة ثلاثة من مدعى الكل وثلاثة من مدعى الثلث ويرفع اليد عن الثلث ـ اى الاربعة ـ الذى فى يده لهما .

وكذا قال فيما لو أقام مدعى الثلث البينة واسقطنا بينة الداخل .

لكن القدر المتيقن من تقدم الخارج على الداخل أن يكون الشىء المتنازع فيه مفروزاً غير مشاع ، وأما فيما نحن فيه تكون الدعوى على الحق المشاع فى مورد الدار ، قال فى الجواهر : وقد يناقش فيه بأنه لايتم ذلك فى المشاع ، بل مناف لما تسمعه من اقامة كل منهم البينة المنزلة على ما فى يده الاما زادعليه ، على أن البينة لاتزيد على اثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد ، وكأن الذى أحوجه الى ذلك ذكرهم البينة هنا .

وظاهرهم عدم الاحتياج معها الى يمين مع معروفية تقديم بينة الخارج عندهم،

كمعروفية عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخل ، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينة على الخارج بالتقرير الذى ذكره .

الا أن ذلك كله كما ترى ، بل كلام الاصحاب فيما لو أقام كل منهم البينة كالصريح فى خلافه ، فلامحيص عن حمل كلامهم هنا على تقديرتقديم بينة الداخل أو على الاكتفاء بها عن اليمين ، أوالتزام اليمين على ما فى اليد فتأمل .

أقول : لعل وجهه ان وجود الفرق بين الاجزاء المشاعة والاجزاء المنحاز بعضها عن بعض واضح ، لانه فى المشاع لما يضع الثلاثة أيديهم يكون بيد كل ثلث عرفاً، الا انه لايملك كل واحد ما كان تحت يده بل تعتبر السلطنة لكل على الثلث المشاع، ويعرض كل ثلث ما يعرض المشاع كجواز بيع السهم المشاع فى كل الاجزاء . فمن قال بحجية بينة ذى اليد فدليله العمومات وهى هنا تتقدم بتأيّدها باليد ومن قال بتقدم بينة الخارج فدليله التفصيل فى الحديث لكونه قاطعاً للشركة .

لكن الملاك الموجود فى الجزء المنحاز موجود فى هذا المقام ، فيكون جواب الجواهر عن كلام كاشف اللثام فيه تأمل ، أى يمكن ان يقول العلماء فى الثلث المشاع كقولهم فى المنحاز لوحدة الملاك .

ولو كانت يدهم جميعاً خارجة واعترف ذواليد بأنه لايملكها ولا بينة فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف والثلث ، ويقرع فى النصف الاخر ، فان خرجت لمدعى الكل أوللثانى حلف وأخذ ،وان خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث ، ثم يقرع بين الاخرين فى السدس ، فمن خرج حلف وأخذ .

و لو أقام أحدهم خاصة بينة ، فان كانت لمدعى الكل أخذ الجميع ، وان أقامها مدعى النصف أخذه ، ويبقى لمدعى الكل السدس بغير منازع ، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه ، و الحكم فيه كما لولم تكن بينة ، و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و لمدعى الكل السدس أيضا بغير منازع ، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و مدعى الكل .

و ان أقام كل منهم بينة و تساوت فالنصف لمدعى الكل لعدم المنازع له فيه ، والسدس الزائد على الثلث يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف، وقد تعارضت فيه بينتاهما ، و الثلث يدعيه الثلاثة و قد تعارضت فيه البينات الثلاث، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ ، وان نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم مدعّى الكل و مدعى النصف السدس بينهما نصفين ، لانهما يتنازعان فيه، دون مدعى الثلث، وأما الثلث فيقتسمونه أثلاثاً بينهم ، فيكون لمدعى الكل النصف بلامنازع ونصف السدس و ثلث الثلث و لمدعى النصف ثلث الثلث ونصف السدس ، ولمدعى الثلث ثلث الثلث خاصة وهو التسع .

وتصح في ستة وثلاثين، للمستوعب خمسة وعشرون : ثمانية عشر بلانزاع، وثلاثة نصف السدس الزائد ، وأربعة ثلث الثلث .

ولمدعى النصف سبعة : ثلاثة نصف السدس ، وأربعة ثلث الثلث .

ولمدعى الثلث أربعة ، ثلث الثلث .

وأما على العول الذى ذهب اليه ابن الجنيد فتصح في أحد عشر : لمدعى الكل ستة ، ولمدعى النصف ثلاثة، ولمدعى الثلث ثلثان ، لان فريضتهم من ستة، ويعال عليها نصفها وثلثها .

حكم ما لو كانت في يد اربعة ...

قال المحقق قدس سره:«ولو كانت في يد أربعة ، فادعى احدهم الكل والاخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث ففي يد كل واحد ربعها. فان لم تكن بينة قضينا لكل واحد بما في يده ، واحلفنا كلا منهم لصاحبه» .

أقول : اى انه في صورة عدم البينة لما كان لكل واحد منهم يد على ربع العين فان اليد مع اليمين حجة ، فحجة كل واحد منهم حينئذ معارضة بحجية الاخر فلا شيء لاحدهم بلا منازع.

قال : «ولو كانت يدهم خارجة ولكل بينة خلص لصاحب الكل الثلث، اذ لامزاحم له» .

أقول : قال فى الجواهر : مع تداخل الدعاوى بعضها فى بعض و ارادة القضاء فيها أجمع ، لاان له ذلك على كل حال،حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أوكانت الدعاوى مترتبة و كان القضاء بين كل واحدة مع الاخرى مستقلا ، الا مع اقرار المدعى بالثلث مثلا ان له ذلك فى النصف المدعى به مثلا .

قال : «ويبقى التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين فى السدس فيقرع بينهما فيه » .

اقول : قد عرفت مراراً ان القرعة تكون مع تساوى البينتين عدداً وعدالة، وحينئذ فمن خرج اسمه حلف واخذ والا حلف الاخر،فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

قال : «ثم يقع التعارض بين بينة مدعى الكل ومدعى الثلثين ومدعى النصف فى السدس أيضاً ، فيقرع بينهم فيه».

أى : على ما تقدم من اشتراط التساوى ...

قال : «ثم يقع التعارض بين الاربعة فى الثلث فيقرع بينهم ، ويختص به من تقع القرعة له ، ولايقضى لمن يخرج اسمه الا مع اليمين».

فان قيل : اذا كان المرجع هو القرعة ، فان من الممكن ان تخرج القرعة لمدعى الكل فى كل مرة .

فأجاب المحقق قده بقوله : « ولا يستعظم أن يحصل بالقرعة الكل لمدعى الكل، فان ماحكم الله تعالى به غير مخطىء» .

قال : «ولو نكل الجميع عن الايمان قسمنا مايقع التدافع فيه بين المتنازعين فى كل مرتبة بالسوية ».

هذا هو الحكم فى كيفية القسمة .

قال :« فتصح القسمة من ستة وثلاثين سهماً :

«لمدعى الكل عشرون» اثنا عشر بلا نزاع ، وثلاثة نصف السدس الـذى تنازع فيه مع مدعى الثلثين ، و اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه أيضاً و مع مدعى النصف ، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

« و لمدعى الثلثين ثمانية » ثلاثة نصف السدس الذى تنازع فيه مع مدعى الكل ، واثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه معه ايضاً ومع مدعى النصف، و ثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السدس الذى تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

«ولمدعى النصف خمسة» اثنان ثلث السدس تنازع فيه مدعى الجميع ومدعى الثلثين ، وثلاثة ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع .

«ولمدعى الثلث ثلاثة» ربع الثلث الذى تنازع فيه مع الجميع.

هذا ان اقام كلهم بينة .

وأن أقام أحدهم فقط بينة حكم له .

هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم .

قال المحقق : «ولو كان المدعى فى يد الاربعة، ففى يد كل واحد ربعها. فاذا اقام كل واحد منهم بينة بدعواه قال الشيخ : يقضى لكل واحد بالربع ، لان لـه بينة ويداً » .

اى : بناء من الشيخ على تقديم بينة الداخل على الخارج .

«والوجه القضاء ببينة الخارج على ما قررناه» فيما سبق.

وعلى المختار: «فيسقط اعتبار بينة كل واحد بالنظر الى ما فى يده، ويكون ثمرتها فيما يدّعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثة على ما فى يد الرابع وينتزعه لهم ، ويقضى فيه بالقرعة واليمين ، ومع الامتناع بالقسمة، فيجمع بين مدعى الكل والنصف والثلث على ما فى يد مدعى الثلثين ، وذلك ربع اثنين وسبعين»

لانا نريدعددألربعه‌ثلث و تسع‌ولتسع ربعه نصف، والاثنان‌والسبعون كذلك «وهو» أى الربع ثمانية عشر.

فمدعى الكل يدعيها أجمع ، ومدعى‌النصف يدعى منها ستة، ومدعى‌الثلث يدعى اثنين .

وعلى هذا: « فتكون عشرة منهالمدعى الكل‌لقيام البينة بالجميع الذى‌تدخل فيه العشرة ، ويبقى ما يدعيه‌صاحب النصف وهو ستة يقرع بينه وبين مدعى‌الكل فيها ويحلف» أى من خرج اسمه‌ويأخذ، وان امتنع حلف الاخر و أخذ « و مع الامتناع يقسم بينهما » نصفين كما عرفت .

«وما يدعيه صاحب الثلث و هو اثنان يقرع عليه بين مدعى الكل و بينه ، فمن خرج اسمه أحلف وأعطى، ولو امتنعا قسم بينهما» نصفين كما عرفت .

« ثم يجمع دعوى الثلاثة على ما فى يد مدعى النصف ، فصاحب الثلثين يدعى عليه عشرة » و ذلك لانه يدعى الثلثين و هو ثمانية و اربعون ـ من الاثنين والسبعين ـ وبيده ثمانية عشر، فالباقى له‌ثلاثون،على كل من الثلاثة الاخرين‌عشرة.

«ومدعى الثلث يدعى اثنين. ويبقى فى يده» اى فى‌يد مدعى النصف و هو الثمانية عشر «ستة لايدعيهاالا مدعى الجميع ، فتكون » اى الستة «له» اى لمدعى الكل لقيام البينة على الجميع الذى تدخل فيه «ويقارع الاخيرين» اى فى العشرة والاثنين «ثم يحلف» من يخرج اسمه ويأخذ والا فالاخر « وان امتنعوا اخذ نصف ما ادعياه» من كل واحدمنهما، فيأخذ من العشرة خمسة ومن الاثنين‌واحداً.

«ثم يجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الثلث وهو ثمانية عشر، فمدعى الثلثين يدعى منه‌عشرة ، ومدعى النصف يدعى ستة ، ويبقى اثنان لمدعى الكل . ويقارع على ما افرد للاخرين ، فان امتنعوا عن الايمان قسم ذلك بين مدعى‌الكل وبين كل واحد منهما بما ادعاه» .

«ثم تجتمع الثلاثة على ما فى يد مدعى الكل» و هو ثمانية عشر « فمدعى

الثلثين يدعى عشرة ومدعى النصف يدعى ستة ومدعى الثلث يدعى اثنين، فتخلص يده عما كان فيها» لان ذلك تمام ثمانية عشر .

«فيكمل لمدعى الكل ستة وثلاثون من اصل اثنين وسبعين » و ذلك اربعة عشر مما فى يد مدعى الثلثين واثنا عشر مما فى يد مدعى النصف وعشرة مما فى يد مدعى الثلث .

« ولمدعى الثلثين عشرون» وذلك خمسة مما فى يد مدعى النصف و خمسة اخرى مما فى يد مدعى الثلث ، وعشرة مما فى يد مدعى الكل.

«ولمدعى النصف اثنا عشر» وذلك ثلاثة مما فى يد مدعى الثلثين و ثلاثة اخرى مما فى يد مدعى الثلث، وستة مما فى يد مدعى الكل.

«ولمدعى الثلث أربعة» . وذلك اثنان مما فى يد مدعى الكل، و اثنان مما فى أيدى الباقين .

«هذا ان امتنع صاحب القرعة عن اليمين ومنازعه» والا كان الحاصل غير ذلك.

هذا ان أقام كل منهم بينة .

ولو أقام أحدهم خاصة بينة حكم له كما هو ظاهر.

(المسالة السابعة)

(حكم تداعى الزوجين متاع البيت)

قال المحقق قدس سره : « اذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البينة . و ان لم تكن بينة فيد كل واحد منهما على نصفه . قال فى المبسوط : يحلف كل منهما لصاحبه ... وقال فى الخلاف: ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما وفى رواية انه للمرأة . . . وما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات وأظهر فى الاصحاب » .

أقول : اذا تداعى الزوجان متاع البيت بأن ادعى كل منهما ملكية المتاع الموجود فى بيتهما ، فاما تكون بينة واما لاتكون ، فان كانت قضى بالمتاع لمن قامت له البينة سواء كان الرجل أو المرأة بلاخلاف كما فى الجواهر عن الرياض.

وان لم تكن بينة فيد كل واحد من الزوجين تكون على نصف المتاع الذى فى يدهما ، لكن كلا منهما يدعى النصف الاخر فما هو الحكم ؟

فى المسألة ثلاثة أقوال أو أربعة، ومنشأ تعدد الاقوال والخلاف بين الاصحاب هو اختلاف اخبار المسألة ، والاقوال ثلاثة منها للشيخ :

فالاول : انه يحلف كل منهما للاخر، كغير المتاع من الاشياء حيث يتداعى فيه اثنان أو أكثر مع كون الشيء فى أيديهما « سواء كان مما يختص بالرجال

أو النساء أو يصلح لهما، و سواء كانت الدار لهما أو لاحدهما ، و سواء كانت الزوجية باقية او زائلة ، ويستوى فى ذلك تنازع الزوجين والوارث » وهذا ماقاله الشيخ فى المبسوط وتبعه العلامة فى القواعد، وفخر المحققين فى الايضاح كما فى الجواهر، وقد أشرنا الى دليله .

والثانى : ان ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسم بينهما . وهذا ما قاله الشيخ فى الخلاف و تبعه العلامة فى التحرير، والشهيد فى الدروس، بل فى المسالك نسبته الى الاكثر ، بل عن الخلاف والسرائر الاجماع عليه .

ويدل عليه ـ مع الاجماع المذكور ـ عدة اخبار عمدتها صحيح النخاس الاتى .

والثالث : ان المتاع كله للمرأة « لانها تأتى بالمتاع من أهلها » و هذا ما أفتى به الشيخ فى الاستبصار كما فى الجواهر ، ويدل عليه صحيح عبدالرحمن بن الحجاج الآتى .

فهذه ثلاثة أقوال ، وقد اختار المحقق هنا و فى النافع القول الثانى منها، ونسبه فى نكت النهاية الى المشهور، وعن العلامة فى المختلف الرجوع فى المسألة الى العرف والعادة حيث قال : «والمعتمد أن نقول انه ان كان هناك قضاء عرفى يرجع اليه ويحكم به بعد اليمين ، والا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى ... لنا : ان عادة الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل ، و بان المتشبث اولى من الخارج، لقضاء العادة بملكية ما فى يد الانسان غالباً ، وحكم بايجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر و الرجوع الى من يدعى الظاهر، واما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيها ... .

واعلم ان مارواه الشيخ من الاحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا . ويدل عليه حكمه عليه السلام بأن العادة قاضية بأن المرأة تأتى بالجهاز من بيتها فحكم لها به، و ان العادة قاضية بأن ما يصلح للرجال خاصة فانه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأة ، وكذا مايصلح للمرأة خاصة يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل ، والمشترك يكون للمرأة قضاءاً لحق العادة الشائعة . و لو فرض خلاف هذه العادة فى وقت من الاوقات او صقع من الاصقاع لم يحكم لها» .

و هذا الذى ذكره العلامة جعله فى المسالك قولا رابعاً فى المسألة ، لكن صاحب الجواهر أرجعه الى القول الثانى، فقال بعد ان اورد عبارة المختلف: «ان مبناه أولا و آخراً الرجحان الناشىء من العادة ولو لكون الشىء لايصلح الا لاحدهما فان العادة قاضية بذلك ، فمرجع كلام المشهور حينئذ الى ذلك، خصوصاً بعد تصريح ابن ادريس الذى قد عرفت دعواه الاجماع على ذلك فيما حكى عنه بذلك»

و فى الجواهر عن التنقيح انه بعد ان اختار القول الاول قال :« لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح ، ولان الحكم بما يصلح له لو كان حقاً لزم الحكم بمال شخص معين لغيره لكونه صالحاً لذلك الغير و هو باطل . بيان اللزوم : انه جاز ان يموت للمرأة أب أو أخ فترث منه عمائم و طيالسة ودروعاً وسلاحاً ، و تموت للرجل أم او اخت فيرث منها حلياً ومقانع وقمصاً مطرزة بالذهب، و يكون ذلك تحت أيديهما ، فلو حكم لكل بما يصلح له لزم الحكم بمال الانسان لغيره.

لايقال : قال النبى صلى الله عليه وآله : نحن نحكم بالظاهر والله أعلم بالسرائر. وماذكرنا هو الظاهر . لانا نقول : نمنع ان ذلك هو الظاهر ، لان الظاهر راجح غير مانع من النقيض، ومع ما ذكرنا من الاحتمال لارجحان .

و اما ماذكره العلامة من العرف فممنوع ، لانه لو كان قاعدة شرعية لزم الحكم بذلك فى غير الزوجين لوحصل التداعى بين رجل و امرأة فى متاع هذا شأنه ، وهو باطل» .

أقول : اما منعه كون الظاهر ذلك فممنوع ، وكذا منعه ما ذكره العلامة ،

والالتزام بما ذكره من اللازم غير بعيد .

واما اشكال الجواهر على قول العلامة بان « كلامه عند التأمل فى غاية البعد، اذ حاصله استفادة الحكم الشرعى من الحكم العادى، وهو واضح الفساد ، ضرورة عدم مدخلية للعادة فى الاحكام الشرعية ... وبالجملة : كلامه لايرجع الى حاصل ينطبق على القواعد الشرعية الموافقة لاصول الامامية و ان مال اليه جماعة ممن تأخر عنه» .

ففيه : انه ان كان مراد العلامة كون السيرة العقلائية على ذلك وانها حجةمع عدم الردع، فيجوز الرجوع اليها والتعويل عليها فالاشكالغير وارد، بل قوله عليه السلام «قد علم من بين لابتيها ...» يقتضى الامضاء ، فما المانع من أن يكون المتعارف هنا حجة ؟

وأما اخبار المسألة فقد عرفت أن عمدتها صحيح النخاس الدال علىالقول الثانى، وهوعن الصادق عليه السلام انه قال « اذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء ، و ما يكون للرجال والنساء يقسم بينهما . قال : و اذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها، وادعى الرجل ان المتاع له كانله، ما للرجالولها ما للنساء » (١) .

وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج الدال علىالقول الثالث، قال : «سألنى ابوعبدالله عليه السلام كيف قضى ابن أبى ليلى ؟ قلت : قد قضى فى مسألة واحدة بأربعة وجوه ، فى التى يتوفى عنها زوجها فيجىء اهله وأهلهافى متاع البيت ، فقضى فيه

---

(١) و عن ابى عبدالله عليه السلام فى امرأة تموت قبل الرجلأو رجل يموت قبل المرأة . قال : ما كان من متاع النساء فهوللمرأة و ما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ، ومن استولى على شىء منه فهوله » وعن زرعة عن سماعة قال : «سألته عن رجل يموت ، ماله من متاع البيت؟ قال : السيف والسلاح والرجل وثياب جلده»وسائل الشيعة ١٧ / ٥٢٥ .

بقول ابراهيم النخعى : ما كان من متاع الرجل فللرجل ، وما كان من متاع النساء فللمرأة وما كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسمه بينهما نصفين.

ثم ترك هذا القول فقال : المرأة بمنزلة الضيف فى منزل الرجل ، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعى متاع بيته كلف البينة ، و كذلك المرأة تكلف البينة ، والا فالمتاع للرجل . ورجع الى قول آخر فقال : القضاء ان المتاع للمرأة الاأن يقيم الرجل البينة على ما أحدث فى بيته ، ثم ترك هذا القول و رجع الى قول ابراهيم الاول .

فقال ابو عبدالله عليه السلام : القضاء الاخير وان كان رجع عنه ، المتاع متاع المرأة الا أن يقيم الرجل البينة ، قد علم من بين لابتيها ـ يعنى : بين جبلى منى ـ ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع ـ ونحن يومئذ بمنى ـ » (١).

و وجه الجمع بينهما : ان دعوى الرجل ملكية ما يصلح للرجل تحتاج الى اثبات ، لان المتاع الذى تأتى المرأة به اما ملك لها واما باق على ملك أبيها ، فلو ادعى التمليك له بهبة أو نحوها كان عليه الاثبات .

و لا يمكن تقييد ملكية المرأة أو ابيها بغير ما يصلح للرجل، لكن العكس صحيح بأن نقول : كل ما يصلح للرجال فللرجل ، الااذا كانت المرأة قد جاءت به من بيت أهلها .

وأما قوله عليه السلام فى ذيل خبر النخّاس: «ومن استولى على شىء فهو له» فيمكن ان يكون المراد منه نفس المرادمن صدره ، او يراد منه أمر آخر ، و هو أنه لو كان بعض المتاع بيد أحدهما خاصة فهو له، فيكون حاصل الجمع: ان ما كان تحت يد أحدهما الخاصة دون اليد البيتية فهو له ، ثم يقضى فى الباقى بكون ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للمرأة فلها ، والمشتركات تقسم ، و الاقرب ظهوره فى هذا المعنى .

وهذا الذى ذكرناه فى الجمع بين الخبرين هو مقتضى العرف والعادة .

(١) تهذيب الاحكام ٦ / ٢٩٨ وأنظر ما بعده .

و هذا هو الحكم سواء كـان النزاع بين الزوجين أو بين ورثة أحدهما مع الاخر .

حكم ما لو ادعى ابو الميتة أنه اعارها بعض المتاع :

قال المحقق : « ولو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع اوغيره ، كلف البينة كغيره من الاسباب » .

أى : لعمومات البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه .

قال : «وفيه رواية بالفرق بين الاب وغيره ضعيفة».

أقول : هى ضعيفة عند المحقق، وذلك على احتمال فى الكافى والتهذيب ، وهى فى الفقيه صحيحة جزماً على ما قيل كما فى الجواهر.

وهى رواية جعفربن عيسى قال : «كتبت الى ابى الحسن- يعنى : على بن محمد- المرأة تموت فيدعى أبوها انه كان اعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم، اتقبل دعواه بلا بينة ام لا تقبل دعواه بلا بينة ؟ فكتب اليه عليه السلام : يجوز بلا بينة .

قال : وكتبت اليه ان ادعى زوج المرأة الميتة أو ابوزوجها أو أم زوجها فى متاعها وخدمها مثل الذى ادعى ابوها من عارية بعض المتاع والخدم، أيكون فى ذلك بمنزلة الاب فى الدعوى ؟ فكتب: لا» (١) .

---

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢١٣ عن الكلينى عن محمدبن جعفر الكوفى يعنى الاسدى عن محمدبن اسماعيل عن جعفر بن عيسى .

قال : ورواه الشيخ باسناده عن محمدبن يعقوب. ورواه الصدوق باسناده عن محمدبن عيسى عن اخيه جعفر بن عيسى . فاما احتمال الضعف فى طريق الكافى والتهذيب فالظاهر انه من جهة « محمد بن اسماعيل و هو البرمكى » بناء على اعتماد جرح ابن الغضائرى لكن عن النجاشى: «ثقة مستقيم» .

واما الجزم بصحة طريق الفقيه فلان اسناد الصدوق الى محمدبن عيسى و هو ابن

وقد أطنب ابن ادريس في ردها بوجوه ، فقال ما نصه كما في الجواهر :«و لقد شاهدت جماعة من متفقهة أصحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك ، وأن ابا الميتة لو ادعى كل المتاع وجميع المال كان قوله مقبولا بغير بينة ، وهذا خطأ عظيم في هذا الامر الجسيم ، لانهم ان كانوا عاملين بهذا الحديث فقد أخطأوا من وجوه :

أحدها : انه لايجوز العمل بأخبار الاحاد عند محصلي اصحابنا على ما كررنا القول فيه وأطلقناه .

والثاني : ان من يعمل بأخبار الاحاد لايقول بذلك ولايعمل به الا اذا سمعه من الراوي من لشارع .

والثالث : ان الحديث ما فيه انه ادعى ابوها جميع متاعها وخدمها ، وانما قال لبعض ما كان عندها ، ولم يقل لجميع ما كان عندها .

ثم انه مخالف لاصول المذهب ولما عليه اجماع المسلمين ان المدعى لا يعطى بمجرد دعواه ... ثم لم يورد هذا الحديث الا القليل من اصحابنا، ومن اورده في كتابه لايورده الا في باب النوادر ، وشيخنا المفيد وسيدنا المرتضى لم يتعرضا له ولا أورداه في كتبهما ، وكذلك غيرهما من محققي أصحابنا ، وشيخنا ابوجعفر ما أورده في كتبه بل في كتابين منها فحسب، ايراداً لااعتقاداً ، كما أورد امثاله من غير اعتقاد لصحته ...

ثم شيخنا ابوجعفر الطوسي رجع عنه وضعفه في جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفة...»

قلت : لكن هذه الوجوه بعضها مبني على مسلكه ، وبعضها غيروارد، لانه خلاف الظاهر .

عبيد» صحيح،وأن هذا الرجل ثقة عند النجاشي،وقوله مقدم على قول الشيخ لدى التعارض، ان لم يسقط تضعيف الشيخ هنا لابتنائه على ما ذكره شيخنا الجد المامقاني ، وان اخاه «جعفر بن عيسى» ثقة...

وكون الرواية مطابقة للقاعدة الشرعية غير بعيد ، فاذا اعطى الاب شيئاً الى ابنته فى تجهيزها وغيره ، فادعت تمليكه ذلك اياها ، فانكر الاب ذلك، كان القول قوله ، لان الاصل عدم انتقال الملك .

نعم لو انتقل ما كان بيدها الى ورثتها ، ووقع النزاع بينهم وبين الاب ، فقالوا : هذا لامنّا وهولنا الان بالارث، فقال الاب : هو لى ولم أملّكها المال،كان الاب مدعياً وكان عليه اقامة البينة .

فعلى الوجه الاول تكون الرواية مطابقة للقاعدة ، وعلى الثانى مخالفة ، والظاهر هو الاول ، لانهم يقرون باعطاء الاب المال لامهم .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الکلام فی :

دعوی المواریث

وفیه مسائل :

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(المسالة الاولى)

لومات المسلم عن ابنين فتصادقا على اسلام احدهما قبل الموت واختلفا فى الاخر

قال المحقق قدس سره : « لو مات المسلم عن ابنين ، فتصادقا على تقدّم اسلام أحدهما على موت الاب ، وادعى الاخر مثله فانكر أخوه : فالقول قول المتفق على اسلامه مع يمينه أنه لايعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه » .

أقول : لومات المسلم عن ابنين مثلا ، فتصادق الابنان على اسلام أحدهما فى حال حياة الاب ، وادعى الاخر نفس الدعوى لكى يشترك معه فى الارث فأنكر أخوه ذلك ، فالقول قول المتفق على اسلامه قبل موت الاب مع يمينه على عدم العلم بالنسبة الى اسلام أخيه قبل موت الاب . كذا ذكره من تعرض لهذه المسألة كما فى الجواهر .

وفى المسألة ثلاث صور : (١) الجهل بتاريخ موت الاب واسلام الابن المختلف فيه معاً . (٢) أن يكون تأريخ موت الاب معلوماً وتاريخ اسلام الابن المختلف فيه مجهولا (٣) أن يكون تأريخ اسلام الابن المختلف فيه معلوماً وتاريخ موت الاب مجهولا .

أما الصورة الاولى: فلا ريب في ارث المتفق عليه دون الاخر، لان اسلامه مسبوق بالكفر وتأريخه مجهول، فيستصحب عدمه حتى موت الاب، ويكون أثر هذا الاستصحاب شرعاً عدم استحقاق الولد الذى لم يثبت اسلامه عند موت الاب، والمفروض أن لا وارث غيره الا المتفق عليه فيستقل بالتركة بحسب أدلة الارث.

ولا يعارضه استصحاب عدم الموت حتّى زمان الاسلام، لان هذا الاستصحاب ليس بحجة، لانه مثبت.

وأما في الصورة الثانية فكذلك، فانه يجرى الاستصحاب، ويترتب عليه الاثر الشرعى المذكور.

وأشكل فى الجواهر فى الحكم المذكور المبتنى على الاستصحاب من جهتين، احداهما: ان ظاهر الكون فى دار الاسلام هو اسلام الابن، وهذا الظاهر مقدم على الاصل وهو الاستصحاب. والثانية: بأن الارث تقتضيه القرابة حسب الادلة فى كتاب الارث، والكفر مانع عن الاستحقاق، فاذا وجد المقتضى - وهو هنا الولدية - وشك فى المانع - وهو الكفر - أثر المقتضى أثره، فيستحق المختلف فيه الارث كأخيه.

و فى كلتا الجهتين نظر، أما الاولى: فان كون الاسلام ظاهر من فى دار الاسلام صحيح، لكنه يقتضى الحكم باسلام من كان فيها مع الجهل بحاله، وأما من كان مسبوقاً بالكفر يقيناً - كما فى مفروض المسألة - فلا يقتضى كونه فى دار الاسلام اسلامه، فلاظاهر فى مقابل الاصل فى هذا المقام.

وأما الثانية: فان قاعدة المقتضى و المانع - بناء على تماميتها - تجرى فى صورة عدم جريان استصحاب المانع، مثلا: اذا تّم استصحاب الفسق لا يتحقق للاب ولاية عند الشك فى ثبوتها، مع أن نفس الابوة مقتضية للولاية.

على أن أدلة ارث الولد مخصصة بعدم كفره - سواء كان الكفر مانعاً أو كان الاسلام شرطاً - ومع الشك فى اسلام الولد فى حال موت الاب يكون التمسك

بأدلة الارث من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

فالحق ما ذهب اليه المشهور ، وان الاستصحاب يفيد الحكم بعدم الارث ، أي ان نفس عدم الاسلام كاف لعدمه .

قال المحقق : « و كذا لو كانا مملوكين فاعتقا و اتفقا على حرية أحدهما و اختلفا فى الاخر » .

أى ان ذلك نظير الصورتين المذكورتين ، و الحكم نفس الحكم لجريان الاستصحاب كذلك .

و أما الصورة الثالثة فلايجري فيها الاستصحاب المذكور فى الصورتين السابقتين، وسيذكرها المحقق مستقلة فى المسألة الثانية .

حكم ما لواتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفافى الاخر:

و لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً و اختلفا فى الاخر ، فقد جزم فى كشف اللثام بأن القول قول الاخر المختلف فيه، واحتمله الشهيد الثانى فى المسالك، لان ظاهر الدار تشهد له ، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا ، لعدم الحالة السابقة، فالحكم هو اشتراكهما فى الارث ، لظاهر دار الاسلام .

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين هذا الفرع، وبين الصورتين اللتين قلنا بجريان الاستصحاب فيهما ، فقول صاحب الجواهر : « ومن هنا لو اتفقا » لم يظهر وجهه .

كما لا يجوز التمسك لاستحقاقه بأدلة الارث،لانه من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

حكم مالو ادعى كل منهما انه لم يزل مسلماً وأنكر الاخر :

ولو ادعى كل من الابنين أنه لم يزل مسلماً وأنكر الاخر فقال : بل أسلمت بعد موت الاب ، فالحكم هو اشتراكهما في الميراث، لان ظاهر دار الاسلام يشهد لكل واحد ، وفى الاستدلال بعمومات الارث هنا أيضاً ماعرفت .

و فی کشف اللثام : «نعم ان کانت الدار دار کفر و کان اسلام المورث مسبوقاً بکفره،احتمل ترجیح الظاهر علی الاصل ، فلا یرث المختلف فیه مالم یعلم انتفاء المانع من ارثه بالبینة ، و لو ادعی المختلف فیه علم الاخر بحاله کان له احلافه علی نفیه ».

وقد أشکل فیه صاحب الجواهر مشیراً الی ما ذکره سابقاً من اقتضاء الولدیة للارث،وقد عرفت الاشکال فیه .

کما أن ایراده علی قول کاشف اللثام : « و لو اتفقا علی کفر کل منهما أو رقیته زماناً، وادعی کل منهما سبق اسلامه أو حریته علی الموت وأنکر الاخر،ولم تکن بینة ، ولا ادعی احدهما العلم علی الاخر،أو ادعاه فحلف علی العدم، لم یرث أحد منهما ، لانه لا ارث مالم یثبت انتفاء المانع ، ولا مجال هنا للحلف ، لان کلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه،واما انکاره ففی الحقیقة انکار لعلمه بزوال المانع عن الاخر ،ولا یفید الحلف علیه ، بل خصمهما فی الحقیقة هو الوارث المسلم، فان کان غیر الامام علیه السلام حلف علی عدم العلم بزوال المانع» غیر وارد .

هذا کله مع عدم البینة .

ولو أقام احد الابنین بینة فی الفروع المذکورة قضی له بها .

و لو أقام کل واحد منهما بینة (فی صورة اختلافهما بأنه لم یزل مسلماً وصاحبه أسلم بعد موت الاب) کانت بینة المتفق علیه خارجة وبینة الاخر داخلة، فتقدم بینة المتفق علیه علی القول بتقدم بینة الخارج وهو الاقوی کما عرفت سابقاً، واما مع القول بحجیة کلتا البینتین وتکافؤهما، وعدم تقدیم بینة مدعی تقدم الاسلام لاشتمالها علی التقدم الزمانی، وهو نقله الی الاسلام فی الوقت السابق من جهة تناقض البینتین، فالبینتان متعارضتان،والحکم هو القرعة کسائر موارد تعارض البینات.

و فی المسالك : ربما احتمل ضعیفاً تقدیم بینة المتأخر، بناء علی انه قد یغمی علیه فی التاریخ المتقدم فیظن الشاهدان . وهو ضعیف لانه قدح فی الشاهد .

(المسالة الثانية)

(حكم ما لو اتفقا ان احدهما اسلم فی شعبان والاخر فی أول رمضان)

(واختلفا فی تاريخ موت الاب)

قال المحقق : «لو اتفقا أن أحدهما أسلم فی شعبان والاخر فی غرة رمضان ثم قال المتقدم : مات الاب قبل شهر رمضان ، و قال المتأخر : مات بعد دخول رمضان . كان الاصل بقاء الحياة، والتركة بينهما نصفين » .

أقول : هذه هی الصورة الثالثة من صور المسألة الاولی، وهی صورة العلم بتاريخ الاسلام والجهل بتاريخ موت الاب ، فالذی أسلم فی شعبان يقول : مات فی شعبان ، و أنت أسلمت فی أول شهر رمضان ، فلا تستحق للكفر، أو عدم الاسلام حين الموت ، والذی اسلم فی شهر رمضان يقول : مات بعد دخول شهر رمضان ، فانا شريكك فی التركة لوجود الشرط و هو الاسلام أو عدم المانع عن استحقاق الارث و هو الكفر .

والحكم فی هذه المسألة هو اشتراك الاخوين فی التركة بالتنصيف ، قال فی الجواهر : بلا خلاف ولا اشكال .

ودليل هذا الحكم عند المحقق هو الاستصحاب ، حيث قال : « الاصل بقاء

الحياة» ..

و قد عرفت مافيه فانه، اصل مثبت .

وعند صاحب الجواهر هوعمومات الارث بعد عدم ثبوت المانع فالمقتضى حينئذ بحاله . و فيه ما عرفت من أنه من التمسك بالعام فـى الشبهة المصداقية،لان موضوع العمومات هو الولد المسلم فى حال موت الاب .

فالدليل هو ظاهر دار الاسلام فتأمل (١) .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) وجه هذا التأمل هو ان هذا الاسلام مسبوق بالكفر،و قد ذكرنا سابقاً ان ظاهر دار الاسلام يكون فى حال عدم الكفر سابقاً وأما معه فلا ظاهر.

ويبقى أن يكون الدليل اتفاق الاصحاب فى هذه المسألة، لكن المحتمل ـ ان لم يكن المقطوع به ـ كونه مدركياً .

(المسألة الثالثة)

(حكم ما لو كانت دار في يد انسان وادعى آخر انها له ولاخيه ارثاً)

قال المحقق قده : « دار في يد انسان وادعى آخر انها له ولاخيه الغائب ارثاً عن أبيهما وأقام بينة . فان كانت كاملة وشهدت أنه لاوارث سواهما سلم اليه النصف ، وكان الباقي في يد من كانت الدار في يده . و في الخلاف : و تجعل في يد أمين حتى يعود، ولا يلزم القابض للنصف اقامة ضمين بما قبض».

أقول : في هذه المسألة فروع :

الاول : ان هذه الدعوى تسمع من هذا الشخص ويقضى له بالبينة الكاملة ـ أي الواجدة للشرائط على ما سيأتي ـ التي أقامها ويسلم اليه نصف الدار .

وهذا الحكم لا اشكال فيه ولا خلاف كما في الجواهر .

الثاني : وحيث أريد التنصيف للدار فمن يكون القاسم ؟

قال في الجواهر : والقاسم الحاكم أو أمينه أومن في يده الدار .

أقول : أما الحاكم فلا كلام في نفوذ تقسيمه لانه ولي الغائب ، و أما أمينه فكذلك، لانه يقوم مقام الحاكم بأمره ، و أما من في يده الدار فالمفروض انكاره لحق المدعي، وبذلك يسقط عن الامانة في نظر المدعي في الاقل ، والقاسم يشترط أن يكون عادلا أميناً كما تقدم في محله ، فكيف يكون هذا الانسان قاسماً في هذا المقام ؟ .

الثالث : واذا سلم نصف الدار الى المدعى فما هوحكم النصف الاخر الذى يدعى كونه للاخ الغائب ؟ فيه قولان :

أحدهما:أن يكون الباقى فى يد من كانت الدار فى يده حتى مجيء الغائب . وهو رأى الشيخ فى المبسوط وعليه الشهيد الثانى فى المسالك .

والاخر : أن ينتزع الباقى منه ويجعل فى يد أمين حتى حضور الغائب . وهو رأى الشيخ فى الخلاف وهو الاقوى عند صاحب الجواهر.

وجه الاول هو : ان البينة حجة بعدعوى صاحب المال ،وحيث أن الغائب غيرموجود حتى يدعى، فبينة أخيه لاتثبت ملكية الغائب للنصف الاخر، فيبقى بيدمن كانت الدار فى يده كما كان .

ووجه الثانى هو: أن البينة حجة، ولا يتوقف استيفاء الحق على حكم الحاكم المتوقف على حضور المدعى ودعواه ، وعليه فترفع يد ذلك الانسان عن الباقى .

وقدقدّمنا فى محله بيان هذين القولين وأن الاقوى هو الثانى .

وقد يجعل منشأ الاختلاف صلاحية قيام أحد الوراث مقام الميت فى اثبات الحق أو الملك، وعدمها بل يكون حق الدعوى لمجموع الورثة، فلوادعى أحدهم وأقام البينة ثبت حقه دون غيره ؟ فالعلامة فى المختلف و كاشف اللثام على الاول، والشهيد الثانى فى المسالك على الثانى .

والظاهر هو الاول ، لان هذا الاخ الحاضر يدعى الارث ويريد اثباته،فاذا اقام بينة وأثبته فقد ثبت حقه وحق الغائب،والمفروض ان الغائب اذا حضر لايطالب بأكثر من الارث الذى يستحقه .

الرابع : انه لو ابقى النصف بيدمن كانت الدار فى يده فهل يضمن أولا ؟

قال المحقق : لا . للاصل وغيره بعد ثبوت الانحصار بالبينة، ولايخفى أن هذا مبنى على صحة التضمين بالنسبة الى الاعيان كالديون .

ما هو المراد من البینة الکاملة هنا ؟

قال المحقق : «ونعنی بالکاملة ذات المعرفة المتقادمة والخبرة الباطنة» .

أقول : قد اختلفت عبارات الاصحاب فی معنی البینة الکاملة ها هنا ،ففی المسالك»ان مقتضی عبارة المصنف و الاکثر أن المراد بها ذات الخبرة و المعرفة بأحوال المیت ، سواء شهدت بأنها لاتعلم وارثاً غیرهما أملا ، وحینئذ تنقسم الی ما یثبت بها حق المدعی بأن تشهد بنفی وارث غیره ، و الی غیره و هی التی لا تشهد بذلك» وقد اختار صاحب المسالك هذا المعنی . وذکر أن الشهادة هی أن یشهد العدلان بعدم وجود وارث آخر فیما یعلمان » قال : «ولا یجب القطع بل لا یصح ، ولا تبطل به شهادتهم » .

و تبعه فی ذلك کله کاشف اللثام فی تفسیر عبارة القواعد التی هـی مثل عبارة المتن .

وفی الجواهر : « الظاهر الاکتفاء فی ثبوت الوصفین بشهادتهمابذلك بعد ثبوت عدالتهما ، بل الظاهر کون المراد بکمالها أنها تشهد بالنفی ، وحینئذفعدم شهادتها بذلك هوعدم کمالها ، فقول المصنف: [ولولم تکن البینة کاملة وشهدت انها لاتعلموارثاً غیرهما] بمنزلة التفسیر لها کقوله أولا : [وشهدت] الی آخره».

و اعترض علی الشهید الثانی و کاشف اللثام قائلا : « وما أدری ما الذی دعاهما الی ذلك ؟! مع أن حمل العبارة علی ارادة التفسیر أولی کما هو صریح الارشاد ، قال : ولو ادعی ما فی ید الغیر أنه له ولاخیه الغائب بالارث،و أقام بینة کاملة، بأن شهدتبنفی وارثغیرهما سلمالیه النصف» ولا ینافی ذلك قولهفی المتن «ونعنی» الی آخره المحمول علی ارادة بیان أن الشهادة بالنفی علی وجه القطع لا تکون غالباً الا من ذی الخبرة الباطنة .

ودعوی المفروغیة من الاجتزاء بشهادة ذیالخبرة بنفی العلم محل منعوان جزم به فی الدروس . کدعـوی المفروغیة من عدم قبول شهادة غیرذی الخبرة

بالنفي على وجه القطع ، بل هو في الحقيقة قدح في الشاهد العدل .

فالتحقيق حينئذ الاكتفاء بالشهادة بالنفي من العدل مطلقاً، وعدم الاكتفاء بها اذا كانت بنفي العلم كذلك، الا اذا اريد من عدم العلم النفي فيما يعلم ، فانها شهادة بالنفي حينئذ، كما هو ظاهر كلامهم خصوصاً الدروس . وبهذا المعنى يمكن الفرق بين ذات الخبرة وغيرها . لكن قد يقال : ان الشهادة بالنفي المزبور ايضاً لاتكون الا من ذي الخبرة أوشبهه » .

أقول : انه يعتبر في هذه الشهادة ثلاثة أمور أحدها: أن يشهدا بكون الدار ملكاً للميت ، والثاني : أن يشهدا بكون الاخوين وارثين ، والثالث: أن يشهدا بعدم وجود وارث غيرهما .

لكن الاصحاب لم يتعرضوا الى اعتبار الامر الاول ، و اختلفوا في الثالث وأنه هل يشترط أن تكون الشهادة بالنفي على وجه القطع أولا ؟ و ظاهر عبارة المحقق«قده»هو ما ذكره ثاني الشهيدين،و حملها على ما في الجواهر خلاف ظاهرها .

نعم لا مانع من القول بالاكتفاء بالاستصحاب بالشهادة بالنفي،لخبر معاوية قال : «قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلاثين سنة ويدع فيها عياله ثم يأتينا هلاكه،و نحن لاندري ما أحدث في داره ، ولاندري ما أحدث له من الولد ، الا انا لانعلم أنه أحدث في داره شيئاً ولاحدث له ولد ولاتقسم هذه الدار على ورثته الذين ترك في الدار حتى يشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان أو نشهد على هذا ؟ قال : نعم»(١)

حكم مالولم تكن البينة كاملة

قال المحقق : «ولو لم تكن البينة كاملة و شهدت انها لاتعلم وارثاً غيرهما أرجيء التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان وارث لظهر»

(١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٤٦ الباب ١٧ من ابواب الشهادات

أقول : ان كانت البينة كاملة دفعت الدارالى ذى الحق ، ولولم تكن كاملة ارجىء تسليم الدار حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصياً بحيث لو كان لبان ، ولايرجع الى اصالة عدم الوارث، لان هذاالاصل لايفيد انحصار الوارث بالحاضر فى الظاهر ، قال فى الجواهر : «على أن قاعدة الضرر الحاصل بضمان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضة له، فأصل البراءة من وجوب الدفع الى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله ».

قال المحقق : «وحينئذ يسلم الى الحاضر نصيبه ويضمنه استظهاراً ».

أقول : ان الغرض من تضمين الحاضر هو الاستظهار والاطمينان ببقاء حق الوارث المحتمل وامكان دفعه اليه لو ظهر ، وعلى هذا فلا موضوعية للتضمين ، فلو كان الوارث الحاضر موثقاً وكان مليّا فلا حاجة الى التضمين .

وليس المراد من ارجاء التسليم عدم جوازه، حتى يستشكل بأن الاصل عدم الوارث ، بل المراد عدم وجوبه لئلا يتضرر ذواليد لو ظهر الوارث ، و على هذا فلو شاء ان يسلم الى الحاضر كان له ذلك، نعم اذا كان الغرض حفظ حق الوارث المحتمل لم يجزله الدفع الا مع التضمين أو الوثوق.

وقد يناقش بأن المفروض سقوط ذى اليد عن الامانة بانكاره دعوى الوارث الحاضر ، فلو لم تسلم الدار الى الحاضر بالبينة و الاصل وجب عليه تسليمها الى الحاكم ، فلا وجه لابقائها فى يده على كل حال.

على أن جواز تسليمه الدار الى الحاضر ـ كما فى الجواهر ـ يعنى قيام الحجة الشرعية على مالكيته، فسواء أريد من ابقائها دفع الضرر عن ذى اليد أوعن الوارث المحتمل يجب انتزاع الدار من يده ، و اما اذا لم تتم الحجة للوارث الحاضر فلا يجوز تسليم شىء اليه حتى مع التضمين .

هذا كله اذا لم يكن الوارث الحاضر ذافرض . وأما اذا كان ذا فرض لاينقص عن فرضه على كل تقدير، كالزوجة مع الابن، فان لها الثمن سواء كان للابن

المذكور أخ أووارث آخر أولا ـ فلا اشكال فى وجوب دفع نصيبه تاماً اليه .

قال المحقق : «ولو كانذا فرض أعطى مع اليقين بانتفاء الوارثنصيبهتاماً، وعلى التقدير الثانى يعطيه اليقين ان كانوارث،فيعطى الزوج الربع» أى:لاحتمال وجود ولد منها «والزوجة ربع الثمن» أى:لاحتمال وجودزوجات له ثلاثة،ويكون الاعطاء « معجلا من غير تضمين و بعد البحث يتم الحصة مع الضمين» .

حكم مالو كان الوارث ممن يحجبه غيره:

قال : «وان كان الوارث ممن يحجبه غيره كالاخ ، فان أقام البينة الكاملة أعطى المال . وان أقام بينة غير كاملةأعطى بعد البحث والاستظهار بالضمين».

أقول : ان كان الوارث ممن يحجبه غيره عن الارث كالاخ المحجوب بالابوين و الاولاد فلا يعطى شيئاً ، لعدم العلم بكونه وارثـاً ، فان ادعى ذلك فان أقام البينةالكاملة أعطى المال كله. وان أقام بينة ناقصة أعطى بعد البحثعن الحاجب مع الاستظهار بالضمين .

هذا وفى المسالك تبعاً للدروس : «ولو صدق المتشبث المدعى على عدم وارث غيره فلا عبرة به ان كان المدعى به عيناً،لانه اقرار فى حق الغير،وان كان ديناً امر بالتسليم ، لانه اقرارفى حق نفسه، لانه لا يتعين للغائب على تقديرظهوره الابقبضه أو قبض وكيله . وقد تقدم البحث فى نظيره من دعوى وكالة الغائب فى الامرين» .

وقد وافقهماعلى ذلك كاشف اللثام قال : «وحكم الدين حكم العينفى جميع ذلك،الا فى وجوب انتزاع حصة الغائب فقديقال بالعدم . والفرق بان الاحوطهنا العدم، لانه لا يتلف مالم ينتزع لتعلقهبالذمة،وبأن العينشىء واحد شهدت بهالبينة، والدين حقوق متفرقةبعدد مستحقيه . ويفارقها ايضافى أنه لايكفى فى العينتصديق صاحب اليد فى الانحصار ويكفى فى الدين، فاذا صدقه أعطى نصيبه كاملامن غير بحث، اخذاًباقراره» .

قلت : قد ذكرنا سابقاً فى مسألة مالو تنازع اثنان فى عين بيد ثالث فصدق الثالث أحدهما : أن المصدق يكون حينئذ ذايد على العين ويكون الاخر مدعياً له، و الامر فيما نحن فيه كذلك ، بل هو اولى لكون الوارث الاخر محتمل الوجود لامقطوعه ، فتسلم العين الى هذا المصدق، فان حضر الوارث المحتمل واقام البينة بحصته أخذ والا فلا .

وأما على ما ذكروا فان الفرق المذكور بين العين والدين صحيح، واشكال صاحب الجواهر غير وارد .

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(المسألة الرابعة)

(حكم ما اذا ماتت امرأة وابنها و تنازع زوجها وأخوها في تاريخ موتهما)

قال المحقق قدس سره :«اذا ماتت امرأة وابنها ، فقال أخوها : مات الولد أولا ثم المرأة، فالميراث لي وللزوج نصفان ، و قال الزوج: بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لي ، قضى لمن تشهد له البينة» .

أقول : اذا ماتت امرأة وابنها ولم يعلم سبق أحدهما ولا الاقتران،ووقع النزاع بين زوجها و أخيها ، فقال أخوها : مات الولد أولا ثم ماتت المرأة ، فالميراث الحاصل من تركة المرأة بما فيه ارثها من الولد لي وللزوج، لكل نصف. وقال الزوج بل ماتت المرأة أولا، فارثها لي ولولد،هائم مات الولد من بعدها فالمال كله لي ، ففي المسألة صور :

الاولى : ان يكون لاحدهما خاصة بينة على ما يدعيه، ولا اشكال ولا خلاف كما في الجواهر في انه يقضى لصاحب البينة .

الثانية : ان يكون لكليهما بينة،وحينئذ اذا تكافئتا سقطتا بالتعارض، والحكم هو الرجوع الى القرعة ، فمن خرج اسمه حلف وأخذ والا احلف الاخر ، و ان امتنعا قسم المدعى به بينهما نصفين.

اى: انه ان كان الولد قد مات قبل امه فيستحق الاخ نصف تركة المرأة،وان كان قد مات بعدها فلا يستحق شيئاً ؛ فمورد النزاع نصف تركة المرأة ، فاذا وقعت

القرعة وامتنعاعن اليمين قسم النصف بينهما نصفين، فيكون للاخ الربع وللزوج ثلاثة ارباع .

والثالثة : ان لايكون لاحدهما بينة .

قال المحقق : «ومع عدمها لايقضى باحدى الدعويين،لانه لاميراث الامع تحقق الحياة ، فلا ترث الام من الولد ولاالابن من أمه ، ويكون تركة الابن لابيه وتركة الزوجةبين الاخ والزوج» .

فظهر ان الحكم فيهذه الصورة كون تركة الابن كلها لابيه بعد يمين الاب أنه ما مات قبل أمه ، و تكون تركة الزوجة بين الاخ والزوج-بعد يمين الاخ أنها ما ماتت قبل ولدها- لكل منهما نصف ، اذليس هنا نصف مفروغ عنه للزوج كما فى الصورة الثانية حيث أقام كلاهما البينة، لان اليمين تنفى وارثية الميت من قبل، وليس لازم هذا النفى- وهو الموت من بعد- أثراً شرعياً ، بخلاف البينة هناك فان لازمها حجة ، وهذا هو سر الفرق بين الصورتين .

هذا كله مع الجهل بتأريخ موتهما .

ولو كان تاريخ موت أحدهما متفقاً عليه بينهما كأن يكون موت الابن فى يوم الجمعة فيستصحب حياة الام حتى يوم السبت فترث الابن وتموت،فهما فى تركتها شريكان بالتنصيف ، وان كان العكس يستصحب حياة الابن فيرث أمه ، فاذا مات كان جميع التركة للاب.

ولوعلم اجمالا بتقدم تاريخ موت احدهما على موت الاخر، فلايحلّفان حتى ينفى التوارث ، بل يقرع لاجل تعيين الوارث .

(المسالة الخامسة)

(حكم ما لو تنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من التركة)

قال المحقق : «لو قال : هذه الامة ميراث أبى ، و قالت الزوجة : هـذه أصدقنى اياها أبوك ، ثم أقام كل منهما بينة قضى ببينة المرأة لانها تشهد بمايمكن خفاؤها على الاخرى» .

أقول : لو وقع النزاع بين الوارث وزوجته فى شىء من التركة، فقال الوارث هذا ميراث أبى فهولى ، و قالت الزوجة : هذا اصدقنى اياه أبوك ففى المسألة صور.

الاولى : ان لايكون للزوجة المدعية بينة، فان القول قول الوارث بيمينه لان الاصل عدم الاصداق .

والثانية : ان تقيم الزوجة بينة .. فلا كلام فى انه يقضى لها .

والثالثة : ان يقيم كل منهما بينة فهنا ايضاً يقضى للزوجة بتقديم بينتها، لانها تشهد بما يمكن خفاؤه على بينة الوارث .

وكذا لو كانت العين فى يدأجنبى لايدعيها .

ولو وقع التعارض بين البينتين كأن تدعى الزوجة الاصداق فى يوم الجمعة فتشهد بينتها بذلك ثم تشهد بينة الوارث بموت المورث فى يوم الخميس، فقد يقال بترجيح بينة الوارث ، لكونـه ذا اليد و كون مدعاه أسبق زماناً، و مع عدم المرجح فالحكم هو القرعة أو التنصيف بدونها.

الكلام فی :

الاختلاف فی الولد

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مقدمة :

لاريب فى عدم لحوق الولد بأبين فصاعداً عندنا وان كانا قد واقعا فى طهر واحد ، للاخبار والاجماع . خلافاً للمحكى عن أبى حنيفة من الالحاق بهما مع الاشتباه ، بل عن بعضهم الالحاق بثلاثة ، بل عن المتأخرين منهم جواز الالحاق بألف أب على قول أبى حنيفة، بل عنه أيضاًالالحاق بأميّن اذاتنازعتا واشتبه الامر، بل قد يأتى بناءاً على ما تقدم ذكره عن متأخريهم جواز الحاق الولد بألف أم .

ولعل هؤلاء قالوا بذلك على أساس القياس عندهم ، فقاسوا هـذا المورد بمسألة شركة الابوين فى الاولاد ، فـان الولد يتكون مـن ماء الرجل والمرأة معاً حيث قال تعالى : «يخرج من بين الصلب والترائب» (١) ولذا يرث الولد أبويه، فكما يكونان شريكين فى الولد لتولده منهما كـذلك يكون الولـد ملحقاً بالابين فصاعداً لتولده منهما .

لكنه ـ مع ابتنائه على القياس الباطل ـ فاسدمن جهة أنه اذا انعقدت النطفةمن الرجل والمرأة فقد تم الامر، وفى بعض الروايات دلالة على ذلك ، فلوواقع هذا الرجل أوغيره تلك المرأة لم يكن للماء الجديد أى علاقة بما كان من الماء الاول ولكل موضع غير موضع الاخر .

ثم ان الرجوع الى القائف واضح الفساد كذلك ، فانه لاعبرة بالقيافةعندنا، ولاتكون ملاكاً للالحاق ، وان تحققت المشابهة بين الولد وأحد الرجلين غالباً ،

---

(١) سورة الطارق،٧

فان الشارع قد اسقط هذه الغلبة عن الاعتبار، على أنه قد لايشبه الابن أباه الحقيقى فى الاوصاف .

وبعد هذا كله نقول : ان عمدة الادلة فى الاختلاف فى الولد هو قوله ﷺ « الولد للفراش و للعاهر الحجر » (١) فقيل معناه : الولد لمالك الفراش ، وفى المصباح المنير : «وقوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش أى للزوج ، فان كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للاخر كما سمى كل و احد منهما لباساً للاخر » . وكيف كان فان الحديث لايعم النكاح الفاسد . وقال السيد فى العروة بأن المراد هو الفراش الفعلى سواء امكن الحاقه بالفراش السابق أولا . و عن القواعد : انه لوكان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

صور الاختلاف فى الولد

هذا وفى المسألة صور :

الصورة الاولى : اذا لم يكن فى البين فراش أصلا ، بل وطىء اثنان امرأة عن سفاح لم يلحق الولد بأحدهما . و أثر ذلك عدم التوارث فقط ، و أما الاثار الاخرى كالنظر والنكاح ان كان الولد بنتاً فانه يجوز لكل منهما نكاحها ، ويحرم عليه النظر اليهاللاصل . أما هى فلايجوز لها ذلك مع أحدهما لعلمها اجمالا بكونها لاحدهما .

وبالجملة انوطئاها عن زنا لم يلحق الولد بأحدهماشرعاً، نعم لايبعد الرجوع الى القرعة لتعيين من هوله منهما لاجل ترتّب الاثار من النفقة ونحوها ، اللهم الاّ أن يقال بعدم ترتّب شىء من الاثار مطلقاً . لكن لا تعرض هنا ظاهراً فى الاخبار والفتاوى الى القرعة .

والصورة الثانية : ان تحقق الوطىء من الرجلين بشبهة وفى طهرواحد كان

(١) وسائل الشيعة ١٤/٥٦٥

المرجع القرعة ، لامكان كون الولد من كل منهما ، فمن خرج اسمه ألحق به .

والصورة الثالثة : أن يعقد كل منهما عقداً فاسداً. والمرجع هنا أيضاً القرعة.

و الصورة الرابعة : أن يطأ اثنان امرأة و هی زوجة لاحدهما و مشبهة على الاخر ، والحكم عند الاصحاب هو الرجوع الى القرعة .

وقد ذكر المحقق حكم الصور الثلاث الاخيرة بقوله :

« اذا وطیء اثنان امرأة وطءاً يلحق به النسب اما بأن تكون زوجة لاحدهما ومشبهة على الاخر، أومشبهة عليهما، أو يعقد كل منهما عليها عقداً فاسداً ثم تأتی بولد لستة أشهر فصاعداً مالم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما » .

فان قيل: مقتضى الحديث الشريف : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » هو الحاق الولد فی الصورة الرابعة بالزوج ، لانه صاحب الفراش وان كان « للعاهر الحجر» لاينطبق على الواطیء هنا، لعدم تحقق الموضوع وهو الزنا فی هذه الصورة، وبالجملة يجری هذا الحديث فی صورة وجود فراش ـ زوجاً كان أو مولى ـ سواء كان الوطیء الاخر عن زنا أوشبهة ، و لا يتحقق لاحد هذين فراش حتى يكون وطؤه وطأ يلحق به النسب ، حتى يقع التعارض ويشكل الامر فيرجع الى القرعة .

بل لقد تمسك الامام عليه السلام بالحديث حيث لايوجد فيه الزنا ولاشبهة ، ففی خبر الصيقل: «عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرىء رحمها . قال: بئس ما صنع يستغفر الله ولايعود .

قلت : فان باعها من آخر ولم يستبرىء رحمها ثم باع الثانی من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرىء رحمها فاستبان حملها عند الثالث . فقال ابو عبدالله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر » (١) .

اذن لاينحصر مجری الحديث بمورد وجود الزنا أوالوطی بشبهة فالرجوع

---

(١) ومثله : خبر سعيد الاعرج : «عن رجلين وقعا على جارية فی طهر واحد لمن يكون الحمل ؟ قال : للذی عنده الجارية لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : الولد للفراش» وسائل الشيعة ١٤ / ٥٦٨ .

الى القرعة لما ذا ؟

قلت : انالواطىء بشبهة ليس بصاحب فراش ـ خلافاً لصاحب الجواهر ـ لكن دليل القول بالقرعة فى هذه الصورة هوالاجماع .

قال المحقق : « سواءكان الواطئان مسلمين أوكافرين، اوعبدين أوحرين ، أومختلفين فى الاسلام والكفر والحرية والرق ، أوأباً وابنه » .

أقول : قال فىالجواهر : بلاخلاف معتد به أجده بيننا فى ذلك بل الظاهر الاجماع عليه ، بل ادعاه بعض صريحاً .

و يدل عليه صحيح الحلبى عن الصادق عليه السلام : « اذا وقع المسلم واليهودى والنصرانىعلىالمرأة فىطهرواحد اقرع بينهم،فكان الولدللذى تصيبه القرعة»(١).

قال فىالجواهر : نعم عن لقطة المبسوط أن المسلم والحر أولى ، ولكنقد استقر الاجماع علىخلافه .

هذا مع عدم العلمبسبق أحدهما .

ولوعلم سبق أحدهما على الاخر فى الوطىء ففى الحاقه بالاخير اوالقرعة كذلك بحث .

هذاكله اذا كان الوطى منهما فىطهرواحد ، فان وطأ أحدهما فحاضت، ثم وطىء الاخر، فهليكون الالحاق بالقرعة أيضاً؟ نعم، لامكان كونه من الاول ، لان الحمل والحيض قديجتمعان .

لكن فىالقواعد وكشف اللثام: «انه اذاكان ذلك انقطع الامكان عن الاول لان الحيض علامة براءة الرحم شرعاً ، الا ان يكون الاول زوجاً فى نكاح صحيح لكون الولد للفراش ، الا ان يعلم الانتفاء ، و تخلل الحيض لايفيد العلم به هنا ، لقوة الفراش » .

واشكـل عليه فى الجواهر بقوله : الا انـه لايخفى عليك ما فيه على كل

---

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٥٧١ .

من تقديرى مجامعة الحيض للحمل وعدمه ، وقوة الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضاً .

قالا : ولو كان زوجاً فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى امكانه نظر ، من تحقق الفراش ظاهراً وانتفائه حقيقة .

أقول : هذه صورة اخرى بالاضافة الى الصور السابقة ، وهو أن يكون الامر دائراً بين الوطىء بشبهة ـ بمعنى كونه زوجاً ظاهرياً ـ وبين الزنا أو الوطى بشبهة ممن ليس بزوج ظاهرى ، وتفيد هذه العبارة التوقف فى امكان معارضة الوطىء بشبهة لصاحب الفراش ، من جهة التأمل فى صدق الفراش على الفراش الظاهرى، وهذا يؤيد ما ذكرناه سابقاً كما لايخفى ، والحكم فى هذه الصورة هو الالحاق بالفراش الظاهري للحديث الشريف بناءاً على صدق الفراش ، والا فالقرعة .

قال المحقق : «هذا كله اذا لم يكن لاحدهم بينة» .

أقول : يعنى ان الرجوع الى القرعة هو فيما اذا لم يكن لاحد الواطئين بينة، أو كان لكل واحد منهم وتعارضتا لعدم المرجح ، والا حكم بالبينة لمن كانت له أو كانت بينته أرجح .

لكن البينة تفيد فيما اذا علم بتحقق وطىء واحد، ثم اشتبه الواطىء بين اثنين فتشهد البينة أنه هذا لا ذاك لكونه معهما فى سفر مثلا ، وأما اذا وقع الوطىء من اثنين فلا يمكن للبينة تعيين من يلحق به الولد منهما .

قال المحقق: «ويلحق النسب بالفراش المنفرد، والدعوى المنفردة، وبالفراش المشترك ، والدعوى المشتركة ، ويقضى فيه بالبينة ومع عدمها بالقرعة» .

أقول : أما الفراش المنفرد فواضح ، وأما الدعوى المنفردة فتكون بالنسبة الى صبى مجهول النسب ، فلو ادعاه ولامعارض له فى هذه الدعوى ألحق به ، ولايسمع انكاره بعد كبره ، نعم فى الكبير المجهول النسب خلاف سنشير اليه . و لو اشترك اثنان أو ازيد فى هذه الدعوى قضى بالبينة ، ومع عدمها أوتعارضها

بالقرعة . وأما القراش المشترك فقد عرفت الكلام فيه .

ولافرق عندنا فى الدعوى بين الرجل والمرأة ، فلواستلحقت ولداً فان لم ينازعها أحد لحق بها ، وان نازعها كان الولد لذات البينة، ومع عدمها أو تعارضها فالمرجع القرعة .

فروع ذكرها فى الجواهر عن بعض الاصحاب :

وهنا فروع أوردها صاحب الجواهر عن بعض الاصحاب ، ونحن نوردها تبعاً له :

«من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه الا أن يضر بغيره ، كأن يكون معتقاًولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه علىالمولى فى الارث، فان بلغ وانتفى عنه لم يقبل نفيه الا ببينة ، استصحاباً لما ثبت شرعاً ، وكذا لو أقر بالمجنون فأفاق وأنكر ، وليس لاحدهما احلاف الاب ، لانه لو جحد بعد الاقرار لم يسمع» .

قال فى الجواهر : «ولايخفى عليك وجه البحث فى ذلك» .

«لو ادعى نسب بالغ عاقل فانكر لميلحقه الا بالبينة . وان سكت لم يكن تصديقاً» قلت: بل الاظهر كونه تصديقاً، فاذا سكت كانتدعوىالمدعى بلامعارض.

«لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطئاً لشبهة لم يقبل وان وافقه الزوجان ، بل لابد من البينة على الوطى لحق الولد» .

«لو تداعيا صبياً وهو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصة على اشكال فى أن اليد هل ترجح كما يرجح الملك» أى على ذاك اقامة البينة ، ومع عدمها لحق بصاحب اليدعلى اشكال فى عمومأدلة حجية اليدللانسان الذى ليس مملوكاً بل حرّ منسوب ، فقد يقال بعدم صدق اليد على الحر ، وحينئذ فالملاك البينة والا فالقرعة .

«لواستلحقه صاحب اليد ولوملتقطاً وحكمله شرعاًلم يحكم للاخرالابينة».

«لو استلحق ولداً و قال : انه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجة ولادته ففى

لحوقه بها بمجرد اقرار الاب نظر» أى : لان هذه الدعوى ليست بلا معارض لانها عارضت ، فى الجواهر : بل منع لكونه اقراراً فى حق الغير . أقول : ولكن أثر وجوب النفقة ونحوه مترتب على هذا الاقرار .

«لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعة فانتسب الى أحدهما قبل ، وأشكله بعض بأنه اقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينة أو القرعة» والظاهر ورود هذا الاشكال لعدم وجود نص يدل على اعتبار الاقرار بالولدية ، نعم لو أقر بالرقية لاحد قبل لانه على نفسه ، كما لاسيرة على القبول .

«ولاعبرة بميل الطبع عندنا» أى : ان هذا لايكون دليلاشرعياً للانتساب وان كان وجود هذا الطبع حقيقة واقعية .

«وان لم ينتسب الى أحد منهماأقرع ان لم‌ينكرهما معاً ، والا لم تفدالقرعة بناءاً على قبول تصديقه ، ولا يقبل رجوعه بعد الانتساب، ولااعتباربانتساب الصغير وان كان مميزاً ، ونفقته قبل الثبوت شرعاً عليهما ، ثم يرجع من لم تلحقه القرعة به على الاخر» .

وأشكل عليه فى الجواهر: «وفيه : ان دفعها قد كان لاقراره فلاوجه لرجوعه» الا ان يقال‌بان لسوازم البينة حجة فعلى مقيمها جميع النفقة ، لكن قلنا سابقاً بـأن الاقرارمقدم على جميع الادلة . هذا، وقد ذكرنا سابقاًاحتمال قبول دعوى الصبى فراجع» .

«لو أقام كل‌من المدعيين بينة بالنسب‌وتعارضتا ولاترجيح.حكم‌بالقرعةعندنا».

«لو أقام أحدهما بينة ان هـذا ابنه وآخر بينة ان هذا بنته فظهر خنثى ، فان حكم بالذكورية بالبول وغيره فهو لمدعى الابن ، وان حكم بالانوثية فهو لمدعى الانثى ، لان كلا منهما لايستحق الا من ادعاه ، وان ظهر خنثى مشكلا أقرع» .

خاتمة الكتاب :

أقول : هذا آخر كتاب القضاء . وقد كان الفراغ منه في اليوم الثامن عشر من شهر ربيع الاخر من شهور السنة الثالثة بعد الاربعمائة بعد الالف من الهجرة النبوية. في الحوزة العلمية بمدينة قم المقدسة وسيتلوه ان شاء الله تعالى كتاب الشهادات . والحمد لله أولا وآخراً ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين ، ولاسيما آخرهم بقية الله في الارضين ، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الاولين والاخرين .

علي ابن حجة الاسلام والمسلمين السيد نور الدين نجل
آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني قده

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

﴿الفهرس﴾

الكلام فى كتاب قاض الى قاض

٧-٣٢

حكم انهاء الحكم بالكتابة ٩

حكم انهاء الحكم بالقول مشافهة ١٣

حكم انهاء الحكم بالشهادة ١٤

دليل المنع من العمل بكتاب قاض الى قاض ورده ١٧

لايعتبر الاشهاد فى هذه الشهادة ١٩

قصر العمل بالكتاب على حقوق الناس ٢٠

ما ينهى الى الحاكم ٢٠

حكم انفاذ الثبوت لو أخبر الأول به ٢٣

حقيقة الانفاذ ٢٤

صورة الانهاء ٢٥

حكم مالو تغير حال الحاكم الاول ٢٦

لاأثر لتغير حال المكتوب اليه ٢٧

مسائل ثلاث

الاولى ـ لو أقر المحكوم عليه أو أنكر ٢٩

الثانية ـ لو امتنع المشهود عليه من التسليم حتى يشهد القابض ٣١
الثالثة ـ عدم وجوب دفع الحجة على المدعى ٣٢

الكلام في بعض أحكام القسمة

٣٣ - ٧٤

مشروعية القسمة ٣٥
حقيقة القسمة ٣٦
حكم نصب القاسم ٣٨
صفات القاسم ٣٩
هل يشترط الرضا بعد القرعة ؟ ٤٠
هل يشترط القرعة ؟ ٤١
هل تتحقق القسمه بالصلح ؟ ٤٣
لافرق بين قسمة الرد وغيره ٤٣
في اجزاء القاسم الواحد وعدمه ٤٤
في أجرة القاسم ٤٥
النظر في المقسوم ٤٩
أقسام القسمة ٥٢
كيفية القسمة ٥٦

مسائل ثلاث

الاولى ـ في قسمة الدار التي لها علو وسفل ٥٨
الثانية ـ في قسمة الارض التي فيها زرع ٥٩
الثالثة ـ في قسمة القرحان المتعددة ٦١

النظر فی اللواحق وهی ثلاث

ألاولی ـ لوادعی بعد القسمة الغلط ٦٤
الثانية ـ اذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقاً ٦٧
الثالثة ـ لو قسم ترکة الميت ثم ظهر عليه دين ٧٠

الكلام فی أحكام الدعاوی

٧٥ ـ ٩٤

تعريف المدعی ٧٧
الشروط المعتبرة فی المدعی ـ البلوغ ٨٠
اشتراط العقل ٨١
أن لايدعی مالالغيره ٨١
أن لايدعی مالايجوز تملكه ٨٢
اشتراط كون الدعوی صحيحة لازمة ٨٣
هل تسمع دعوی المنكر فسق الحاكم أوالشهود ٨٤
هل يجب اجابة المنكر لو التمس اليمين من المدعی ؟ ٨٥
هل يلزم بالجواب عن دعوی الاقرار ؟ ٨٧
هل تفتقر صحة الدعوی الی الكشف ؟ ٨٩
هل تسمع دعواه ان هذه بنت أمته .... ؟ ٩٢

الكلام فی التوصل الی الحق

٩٥ ـ ١١٦

١ ـ ان كان الحق عقوبة ٩٧
٢ ـ ان كان الحق مالا ٩٨
صور كون الحق ديناً ١٠٠

الاولى ـ أن يكون مقراً به وباذلا له ١٠١
الثانية ـ أن يكون مقراً ممتنعاً من البذل ١٠١
الثالثة ـ أن يكون المدين جاحداً للحق ١٠٢
حكم الاقتصاص من الوديعة ١٠٥
لو كان من غير جنس الموجود ١٠٧
جواز تولى بيع الوديعة ١٠٨
لو تلفت الوديعة قبل البيع فهل يضمن ؟ ١٠٨

مسألتان

الاولى ـ من ادعى مالايد لاحد عليه قضى له ١١١
الثانية ـ لوانكسرت سفينة فى البحر فما هو حكم ماخرج منه ؟ ١١٤

الكلام فى دعوى الاملاك

وفيه مسائل

١١٧ - ١٩٠
المسألة الاولى ـ و فيها صور
الاولى ـ لوتنازعا عيناً فى يدهما ولابينة ١١٩
الثانية ـ لوكانت يد أحدهما عليها ١٢٢
الثالثة ـ لو كانت يدهما خارجة وفيها صور :
١ ـ أن يصدق من هى بيده أحدهما ١٢٢
٢ ـ أن يصدق من هى بيده كليهما ١٢٦
٣ ـ أن يكذب من هى بيده كليهما ١٢٦
٤ ـ أن يقر من هى بيده لاحدهما غير المعيّن ١٢٧
٥ ـ أن يقول من هى بيده : ليست لى ولاادرى لمن ١٢٨

المسألة الثانية ـ فی تعارض البينات	١٣٢
متى يحصل التعارض ؟	١٣٢
صـور تعارض البينات :	
الاولى ـ كون العين بيد المتداعيين	١٣٣
الثانية ـ كون العين بيد أحدهما فهل يقدم الداخل أوالخارج ؟	١٣٩
صور الشهادة المشتملة على السبب :	
١ ـ شهـادتهما معاً بالسبـب	١٤٥
٢ ـ أن تشهد للخارج بالسبب و للداخل بالملك المطلق	١٤٧
٣ ـ أن تشهد للداخل بالسبب وللخارج بالملك المطلق	١٤٧
الثالثة ـ كون العين بيد ثالث وفيها الرجوع الى المرجحات	١٤٩
النظر فی طوائف اخبار الترجيح وطريق الجمع بينها	١٥٣
حكم مالو أقر الثالث لاحدهما	١٥٥
الرابعة ـ كون العين لافی يد أحد	١٥٦
مورد تحقق التعارض	١٥٦
الحكم بالقسمة يختص بمورد امكانه	١٥٩
هل اليد من المرجحات ؟	١٦٠
هل الشهادة بقدم الملك أولى من الشهادة بالحادث ؟	١٦٣
حكم الاستناد الى الاستصحاب فی الحكم والشهادة	١٦٨
الشهادة بالاقرار	١٧٠
تقدم الشهادة بالملك على الشهادة باليد	١٧١
تقدم الشهادة بسبب الملك على الشهادة بالتصرف	١٧١
المسألة الثالثة ـ اذا ادعى شيئاً فقال المدعى عليه : هو لفلان	١٧٣
لو أنكر المقر له الملكية للشيء	١٧٦

لو كان المقرله غائباً ١٧٧
لو كان المقرله ممن يمتنع مخاصمته ١٧٩
لو كان المقرله مجهولاً ١٨٠
المسألة الرابعة ـ لو وقع الاختلاف فى العقد الواقع ١٨١
المسألة الخامسة ـ حكم مالو كان شيء فى يد انسان وادعى أحد كونه له سابقاً وأقام بينة ١٨٣

الكلام فى الاختلاف فى العقود

١٩١ - ٢٥٢

مقدمة ١٩٣
حكم الاختلاف فى الاجرة ولابينة ١٩٤
حكم الاختلاف فى الاجرةمع البينة ١٩٨
حكم الاختلاف فى العين المستأجرة ولابينة ٢٠١
حكم الاختلاف فى العين المستأجرة مع البينة ٢٠١
حكم مالوادعى اثنان شراء دار وهى فى يدالبائع ٢٠٣
وهل يقبل قول البائع لاحدهما ؟ ٢٠٥
وهل لهما الفسخ ؟ ٢٠٧
حكم مالوفسخ أحدهما دون الاخر ٢٠٨
حكم مالوادعى اثنان شراء ثالث المبيع من كل منهما ٢١٠
حكم مالوادعى احد شراء المبيع من زيد وادعى آخر شرائه اياه من عمرو ٢١٣
وهل لهما الفسخ ؟ ٢١٤
حكم مالوادعى عبد أن مولاه أعتقه وادعى آخر شرائه من المولى ٢١٦
وهل للمولى خيار الفسخ ؟ ٢١٧

مسائل

الاولى ـ لوشهد للمدعى بملكيةالدابة منذمدةفكذبتها سنها ٢٢٠

الثانية- لوشهدت بالشراء ولم تشهد بالملكية أو التسليم ٢٢١
الثالثة -حكم دعوى رقية الصغير المجهول النسب ٢٢٣
حكم مالوكان كبيراً ٢٢٥
الرابعة - حكم مالو ادعى اثنان ملكية الذبيحة وفى يد كل منهما بعضها ٢٢٧
الخامسة - لوتسلم شيئاً بالبينة فأقام المحكوم عليه البينة على الملكية ٢٢٩
السادسة - لوادعى داراً وادعى آخر نصفها وأقاما البينة ٢٣٠
حكم مالو ادعيا ذلك وبينهما عليها مع البينة ٢٣١
حكم مالوادعى أحدهم نصف الدار والاخر الثلث والثالث السدس وبدهم عليها ٢٣٥
حكم مالوادعى احدهم الكل والاخر النصف والثالث الثلث ٢٣٦
حكم مالو كانت فى يد أربعة فادعى احدهم الكل والاخر الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث ٢٤٠
السابعة - حكم تداعى لزوجين متاع البيت ٢٤٥
حكم مالو ادعى ابو المبتة أنه أعارها بعض المتاع ٢٥٠

الكلام فى دعوى المواريث

٢٥٣-٢٧٠

المسألة الاولى - لومات المسلم عن ابنين فتصادقا على اسلام احدهما قبل الموت واختلفا فى الاخر ٢٥٥
حكم مالواتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلماً واختلفا فى الاخر ٢٥٧
حكم مالوادعى كل منهما انه لم يزل مسلماً وأنكر الاخر ٢٥٧
المسألة الثانية - حكم مالو اتفقا على أن احدهما أسلم فى شعبان و الاخر فى اول رمضان واختلفا فى تاريخ موت الاب ٢٥٩
المسألة الثالثة- حكم مالو كانت دار فى يد انسان وادعى آخر انها له ولاخيه ارثاً ٢٦١
ماهو المراد من البينة الكاملة ؟ ٢٦٣
حكم مالو لم تكن البينة كاملة ٢٦٤

حكم مالو كان الوارث ممن يحجبه غيره ٢٦٦
المسألة الرابعة ـ حكم ما اذا ماتت امرأة وابنها وتنازع زوجها وأخوها
في تاريخ موتهما ٢٦٨
المسألة الخامسة ـ حكم مالوتنازع وارث الميت وزوجته حول شيء من لتركه ٢٧٠

الكلام في الاختلاف في الولد

٢٧١ - ٢٨٠

مقدمة ـ في عدم اللحوق بأبين وعدم الرجوع الى لقائف ٢٧٣
صور الاختلاف في الولد ٢٧٤
الصورة الاولى والثانية ٢٧٤
الصورة الثالثة والرابعة ٢٧٥
فروع أوردها صاحب الجواهر ٢٧٨
خاتمة الكتاب ٢٨٠

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى