



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

حَدِيثُ الْبُحَارِ

جلد ہفتم

تالیف

المحقق القیوم

الإمام أبو یوسف محمد بن یحییٰ البخاری

۱۳۳۱ - ۱۳۳۱



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع الشتات

نویسنده:

ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی میرزای قمی

ناشر چاپی:

کیهان

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

٥	فهرست
١٥	جامع شتات جلد ٨
١٥	مشخصات كتاب
١٥	اشاره
١٩	فهرست
٢١	كتاب القضاء من المجلد الاول
٢١	١- سؤال:
٢١	جواب:
٢٢	٢- سؤال:
٢٢	جواب:
٢٢	٣- سؤال:
٢٢	جواب:
٢٣	٤- سؤال:
٢٣	جواب:
٢٣	٥- سؤال:
٢٤	جواب:
٢٤	٦- سؤال:
٢٤	جواب:
٢٤	٧- سؤال:
٢٤	جواب:
٢٧	٨- سؤال:
٢٧	جواب:
٢٨	٩- سؤال:
٢٨	جواب:

٢٨: ١٠- سؤال:

٢٨: جواب:

٢٩: ١١- سؤال:

٢٩: جواب:

٢٩: ١٢- سؤال:

٣٠: جواب:

٣٠: ١٣- سؤال:

٣٠: جواب:

٣٠: ١٤- سؤال:

٣٠: جواب:

٣١: ١٥- سؤال:

٣١: جواب:

٣٢: ١٦- سؤال:

٣٢: جواب:

٣٢: ١٧- سؤال:

٣٣: جواب:

٣٣: ١٨- سؤال:

٣٣: جواب:

٣٤: ١٩- سؤال:

٣٥: جواب:

٣٧: ٢٠- سؤال:

٣٧: جواب:

٣٨: ٢١- سؤال:

٣٨: جواب:

٣٨: ٢٢- سؤال:

٣٨: جواب:

٢٣- سؤال: ٤٠

جواب: ٤٠

٢٤- سؤال: ٤٢

جواب: ٤٢

٢٥- سؤال: ٤٥

جواب: ٤٥

٢٦- سؤال: ٥٣

جواب: ٥٣

٢٧- السؤال: ٥٤

الجواب: ٥٥

٢٨- سؤال: ٥٥

جواب: ٥٥

٢٩- سؤال: ٥٩

جواب: ٥٩

٣٠- سؤال: ٦٠

جواب: ٦٠

٣١- سؤال: ٦٠

جواب: ٦٠

٣٢- سؤال: ٦١

جواب: ٦١

٣٣- سؤال: ٦١

جواب: ٦٢

مسائل القضاء و الشهادات من المجلد الثاني ٦٢

٣٤- سؤال: ٦٢

جواب: ٦٣

٣٤- سؤال: ٧٢

- ٧٢ جواب:
- ٧٣ سؤال: ٣٥
- ٧٣ جواب:
- ٧٥ سؤال: ٣٦
- ٧٥ جواب:
- ٧٦ سؤال: ٣٧
- ٧٦ جواب:
- ١٠٣ سؤال: ٣٨
- ١٠٣ جواب:
- ١٠٧ سؤال: ٣٩
- ١٠٧ جواب:
- ١٠٩ سؤال: ٤٠
- ١٠٩ جواب:
- ١١٠ سؤال: ٤١
- ١١١ جواب:
- ١١٣ سؤال: ٤٢
- ١١٣ جواب:
- ١١٤ سؤال: ٤٣
- ١١٤ جواب:
- ١١٩ سؤال: ٤٤
- ١١٩ جواب:
- ١٢٠ سؤال: ٤٥
- ١٢٠ جواب:
- ١٢١ سؤال: ٤٦
- ١٢١ جواب:
- ١٢٢ سؤال: ٤٧

١٢٢ ----- جواب: :
١٢٢ ----- :سؤال - ٤٨ :
١٢٢ ----- جواب: :
١٢٤ ----- :سؤال - ٤٩ :
١٢٤ ----- جواب: :
١٢٤ ----- :سؤال - ٥٠ :
١٢٤ ----- جواب: :
١٢٤ ----- :سؤال - ٥١ :
١٢٤ ----- جواب: :
١٢٤ ----- :سؤال - ٥٢ :
١٢٤ ----- جواب: :
١٢٦ ----- :سؤال - ٥٣ :
١٢٦ ----- جواب: :
١٢٧ ----- :سؤال - ٥٤ :
١٢٧ ----- جواب: :
١٢٧ ----- :سؤال - ٥٥ :
١٢٨ ----- جواب: :
١٢٨ ----- :سؤال - ٥٦ :
١٢٩ ----- جواب: :
١٣٣ ----- :سؤال - ٥٧ :
١٣٤ ----- جواب: :
١٣٤ ----- :سؤال - ٥٨ :
١٣٤ ----- جواب: :
١٣٤ ----- :سؤال - ٥٩ :
١٣٥ ----- جواب: :
١٣٦ ----- :سؤال - ٦٠ :

جواب: ----- ١٣٦

١٣٦ ----- سؤال: ٦١

جواب: ----- ١٣٧

١٣٧ ----- سؤال: ٦٢

جواب: ----- ١٣٧

١٣٩ ----- سؤال: ٦٣

جواب: ----- ١٣٩

١٤٤ ----- سؤال: ٦٤

جواب: ----- ١٤٥

١٤٥ ----- سؤال: ٦٥

جواب: ----- ١٤٦

١٤٦ ----- سؤال: ٦٦

جواب: ----- ١٤٦

١٤٦ ----- سؤال: ٦٧

جواب: ----- ١٤٧

١٤٧ ----- سؤال: ٦٨

جواب: ----- ١٤٧

١٤٨ ----- كتاب القضا و الشهادات من المجلد الثالث

اشاره ----- ١٤٨

١٤٨ ----- سؤال: ٦٩

جواب: ----- ١٤٩

١٤٩ ----- سؤال: ٧٠

جواب: ----- ١٤٩

١٤٩ ----- سؤال: ٧١

جواب: ----- ١٤٩

١٥٠ ----- سؤال: ٧٢

- ١٥٠ ----- جواب:
- ١٥٠ ----- :سؤال-٧٣
- ١٥٠ ----- جواب:
- ١٥٣ ----- :سؤال-٧٤
- ١٥٣ ----- جواب:
- ١٥٣ ----- :سؤال-٧٥
- ١٥٣ ----- جواب:
- ١٥٣ ----- :سؤال-٧٦
- ١٥٣ ----- جواب:
- ١٥٤ ----- :سؤال-٧٧
- ١٥٤ ----- جواب:
- ١٥٤ ----- :سؤال-٧٨
- ١٥٥ ----- جواب:
- ١٥٥ ----- :سؤال-٧٩
- ١٥٦ ----- جواب:
- ١٥٦ ----- :سؤال-٨٠
- ١٥٧ ----- جواب:
- ١٥٧ ----- :سؤال-٨١
- ١٥٨ ----- جواب:
- ١٥٨ ----- :سؤال-٨٢
- ١٥٩ ----- جواب:
- ١٥٩ ----- :سؤال-٨٣
- ١٦٠ ----- جواب:
- ١٦١ ----- :سؤال-٨٤
- ١٦١ ----- جواب:
- ١٦١ ----- :سؤال-٨٥

١٦١ ----- جواب: -

١٦١ ----- سؤال: ٨٦ -

١٦٣ ----- جواب: -

١٦٤ ----- سؤال: ٨٧ -

١٦٥ ----- جواب: -

١٦٨ ----- سؤال: ٨٨ -

١٦٨ ----- جواب: -

١٦٩ ----- سؤال: ٨٩ -

١٧٠ ----- جواب: -

١٧٠ ----- سؤال: ٩٠ -

١٧٠ ----- جواب: -

١٧١ ----- السؤال: ٩١ -

١٧١ ----- الجواب: -

١٧٢ ----- سؤال: ٩٢ -

١٧٢ ----- جواب: -

١٧٢ ----- السؤال: ٩٣ -

١٧٢ ----- الجواب: -

١٧٢ ----- سؤال: ٩٤ -

١٧٢ ----- جواب: -

١٧٣ ----- السؤال: ٩٥ -

١٧٣ ----- الجواب: -

١٧٤ ----- سؤال: ٩٦ -

١٧٤ ----- جواب: -

١٧٥ ----- السؤال: ٩٧ -

١٧٥ ----- الجواب: -

١٨٥ ----- سؤال: ٩٨ -

١٨٥	جواب:
١٨٦	٩٩- سؤال:
١٨٧	جواب:
١٨٧	١٠٠- سؤال:
١٨٧	جواب:
١٨٨	١٠١- سؤال:
١٨٩	جواب:
١٩٧	١٠٢- سؤال:
٢٠١	جواب:
٢١٠	١٠٣- سؤال:
٢١١	جواب:
٢١١	١٠٤- السؤال:
٢١٢	الجواب:
٢١٦	١٠٥- السؤال:
٢١٦	الجواب:
٢٣٤	١٠٦- سؤال:
٢٣٥	جواب:
٢٣٧	كتاب القضاء و فيه مقدمة و مطالب
٢٣٧	اشاره
٢٣٧	المطلب الاول فى القاضى: و فيه مسائل:
٢٦٥	المطلب الثانى فى الدعوى و الحكم، و فيه مباحث:
٣١٨	المطلب الثالث: فى الاستحلاف. الحلف و اليمين و الإيلاء، مترادفه و فيه مباحث:
٣٣٥	المطلب الرابع: فى ما يثبت بالشاهد و اليمين
٣٦٩	المطلب الخامس فى التعارض. و فيه مباحث:
٤١٦	المطلب السادس: فى القسمة
٤٤١	كتاب الشهادات من المجلد الثالث

۴۴۱ اشاره

۴۴۱ ۱- سؤال:

۴۴۱ جواب:

۴۴۵ ۲- سؤال:

۴۴۵ جواب:

۴۴۶ درباره مرکز

سرشناسه: میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۱۵۱-۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: جامع الشتات / تالیف ابوالقاسم قمی؛ با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی.

مشخصات نشر: تهران: کیهان، ۱۳-.

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: ۳۲۰۰ ریال (ج. ۱)؛ ۳۷۰۰ ریال (ج. ۲)؛ ۸۰۰۰ ریال (ج. ۳)؛ ۱۵۰۰۰ ریال (ج. ۴)

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۳۷۵.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۱ (چاپ اول: بهار ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده: رضوی، مرتضی، ۱۳۱۰-، مصحح

رده بندی کنگره: BP۱۸۳/۹ م ۹۴ ج ۲ ۱۳۰۰ ی

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۷-۳۹۵۴

ص: ۱۰

جامع الشتات

جلد هشتم

كتاب القضاء و الشهادات

تالیف: المحقق المیرزا ابی القاسم بن الحسن الجیلانی القمی

۱۱۵۱-۱۲۳۱

تصحیح: مرتضی رضوی

ص: ۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٣

كتاب القضاء ٧

مسائل القضاء و الشهادات ٤٧

باب القضا و الشهادات: ١٣٠

كتاب القضاء (رسالة في القضاء) ٢١٧

المطلب الثاني: (في الدعوى و الحكم، و فيه مباحث) ٢٤٥

المطلب الثالث: (في الاستحلاف. الحلف و اليمين و الإيلاء، مترادفه) ٢٩٨

المطلب الرابع: (في ما يثبت بالشاهد و اليمين) ٣١٥

المطلب الخامس: (في التعارض. و فيه مباحث) ٣٤٩

المطلب السادس: (في القسمة) ٣٩٦

كتاب الشهادات ٤٢١

ص: ٥

۱- سؤال:

۱- سؤال: عمارتی و قطعه ملکی در تصرف شخصی بوده است. و شخص مذکور متوفی، و منتقل به ورثه گردیده است. و شخص متوفی سه نفر همشیره نیز داشته و از همشیره ها نیز اولاد باقی. و عمارت و قطعه ملک مدت مدید است که در تصرف ولد متوفی است. و حال اولاد اخوات ادعا می نمایند که حق ما باقی است. و ولد آن متوفی را سخن این که: ما علم بر بقای حق شما نداریم. و بینه بر بقای حق ایشان هست. بیان فرمایند.

جواب:

جواب: این مرافعه می خواهد. و مرافعه را بغیر مجتهد کسی نمی تواند کرد. و مجتهد خود می داند که چه خواهد کرد. و به هر حال؛ هرگاه وارث اقرار کند که مال جدّ بوده است، به اقرار خود ماخوذ است، و باید میان ورثه قسمت شود. و هرگاه قبول نداشته باشد و به تصرف و ید متمسک باشد، باید اولاد اخوات به بینه عاده، ید عدوان را ثابت کند. و

ص: ۷

به هر حال هر گاه مجتهد ممکن نشود، به مصالحه طی کنند.

۲- سؤال:

۲- سؤال: مثلاً زید، و عمرو، و بکر، در ملکی شریک اند و مالک می باشند. و خالد ادعا می کند که ملک از من است؛ و زید و عمرو را برداشته به حضور حاکم شرع می برد، و ثابت می کند که ملک از او است، و تصرف می کند. و بکر حاضر نبوده است. آیا به آن مرافعه حصّه بکر را هم می تواند تصرف کند؟ یا احتیاج به مرافعه جدیدی دارد؟

جواب:

جواب: بکر بر دعوای خود باقی است، هر چند حاکم شرع بر او حکم کرده باشد. هر وقت که بکر غایب حاضر شود و سخنی داشته باشد، از نو باید مرافعه کرد (۱). والله العالم.

۳- سؤال:

۳- سؤال: زید باغی را به عمرو فروخته، و بعد از مدت چند سال زوجه زید [ادعا] می نماید که باغ مزبور را زید به عوض نقود صدق به او داده. و زید بایع و عمرو مشتری متوفی و اولادی از هر دو می باشد. و اولاد عمرو که مشتری باشد، می گویند که ما باغ را به غیر حق نداریم. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: در صورت مذکوره، هر گاه به ثبوت شرعی برسد تقدم مالکیت زوجه و انتقال باغ به او قبل از بیع به عمرو، و علم عمرو هم به حقیقت حال، معلوم نباشد. و ورثه او هم ندانند اصل بیع را، یا عالم بودن عمرو حقیقت حال را، در این صورت زوجه رجوع می کند به باغ خود و منافع مدت تصرف دیگران. خواه منافع را برده باشند و خواه نبرده باشند. و ورثه عمرو هم رجوع می کنند به قیمت باغ؛ یعنی همان قیمت که عمرو به زید داده است به جهت باغ. و همچنین رجوع می کنند به آن چه غرامت کشیده باشند به سبب باغ در مدت تصرف و نفعی در برابر آن نبرده باشند. بل که دور نیست که اگر نفعی هم در برابر

ص: ۸

۱- تمسک است به قاعده «الغائب علی حجه». یعنی قاضی در مواردی می تواند حکم غیابی دهد لیکن غایب به وقت حضور از حق خود دفاع می کند.

گرامت برده باشند، به آن گرامت هم رجوع می کنند.

و رجوع ورثه عمرو به مال زید می شود نه به ورثه زید. بل هرگاه مالی از زید به ورثه رسیده باشد، از ورثه می گیرند. بلی منافی اگر ورثه خود برده باشند، ضامن اند. و [از] (۱) مال خود باید از عهده بر آیند.

و ورثه عمرو را نیز می رسد که مدعیه مزبوره را قسم بدهند بر آن که بعد از انتقال زید باغ را به او، ثانیاً باغ را به زید منتقل نموده است. و او را هم مأذون در مبیعه نکرده است. یا آن که بعد از اطلاع بر مبیعه زید باغ را به عمرو، راضی نشده و مبیعه مزبوره را اجازه ننموده است (۲). والله العالم.

۴- سؤال:

۴- سؤال: هرگاه زید از عمرو طلبی دارد، و هر دو مرده اند و وارث هر دو صغیرند. و بینه بر ثبوت حق هم موجود است. آیا [به] همین، حق ثابت است؟ یا قسم استظهاری ضرور است؟ و وصی و ولی طفل می تواند که قسم نفی العلم یاد کند و بگیرد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: قسم ولی و وصی صورت ندارد، خصوصاً با عدم مدعی علم. و ظاهر آن است که موقوف باشد استیفای حق بر کبیر شدن طفل، و قسم خوردن بر نفی علم به اداء، یا ابراء، اگر ادعای علم بر آن بشود از جانب مدعی علیه بعد از کبیر.

۵- سؤال:

۵- سؤال: برادر زید بر زوجه زید ادعای می نماید که تو به من گفتی که «نفقه مرا

ص: ۹

۱- و در نسخه: آن.

۲- محقق قمی (ره) در این مسئله دو مطلب را مسکوت گذاشته است: الف: اگر معلوم باشد که عمرو به هنگام خرید می دانسته که باغ ملک زوجه است، در این صورت مسئله به باب غضب می رود و ید زید ید غضبی اول، و ید عمرو ید غضبی دوم می شود و رجوع ورثه عمرو به قیمت، دچار اشکال می شود. و اگر ورثه عمرو نیز عالم به علم عمرو بوده باشند، یدشان ید سوم غضبی می شود. هم رجوع شان به قیمت و هم به هر نوع گرامت، مشکل می شود (رجوع کنید به مسائل غضب در مجلد ۶). ب: آیا ورثه زید نمی توانند همان سوگند ها را از زوجه بخواهند؟.

بده هر وقت که صداق را از مال زوجم موافق شرع می گیرم، عوض می دهم». و زوجه زید منکر این قول است که من نگفتم و اذن ندادم. و برادر زید از اثبات عاجز است. آیا قسم متوجه زوجه زید می شود که قسم یاد نماید یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بلی قسم متوجه می شود. و این امور مرافعه می خواهد. و بعد از مرافعه آن چه حاکم می داند چنان می کند.

۶- سؤال:

۶- سؤال: قسمی که مجتهد بدهد با وجود بیّنه، این چنین قسمی قطع دعوی می کند؟ و حال آن که بیّنه بوده از برای مدعی و قسم به منکر داده شده. چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: مرافعه و قسم دادن، هر دو وظیفه مجتهد است. و غیر مجتهد قسم نمی تواند داد مگر به اذن مجتهد. و قطع دعوی معلوم نیست، خصوصاً در وقتی که بیّنه باشد. بلی اگر مدعی خود از بیّنه دست بردارد و به قسم منکر اکتفا کند، می تواند اما به اطلاع مجتهد.

۷- سؤال:

۷- سؤال: املاک خالصه که صاحب آن ها معلوم نیست، هرگاه چند نفری ادعا نمایند که ما اولاد صاحب این ملکیم، و مدعی منافی آن برای ایشان نباشد، می توان از آن ها اذن حاصل نمود به نماز گزاردن و زراعت نمودن به املاک مزبوره؟ و هرگاه اذن دادند، یا به وجه قلیلی صلح کنند، خاطر (۱) جمعی حاصل است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اگر ملک مجهول المالک باشد، و به هیچوجه صاحبی از برای او ثابت نباشد، ظاهر آن است که مدعی ملکیت با عدم منافی شرعی، سخنش مسموع باشد.

و دور نیست که همچو ملکی را هرگاه غاصبی، متقلبی، متصرف باشد، می تواند در خفیة غاصب، آن را حاکم شرع به اجاره بدهد و وجه اجاره را بگیرد و به فقرا تصدق کند. و هرگاه مدعی مزبور موجود باشد، به او بدهد. و چون غاصب تحمیل زیاده بکند،

ص: ۱۰

۱- این مسئله که متن جواب آن برای امروزی ها عجیب می نماید، نیازمند توضیح تاریخی با عناصر جامعه شناختی است: خالصه: این واژه دربارهٔ املاک غیر منقول، به معنی ملک و املاک دولتی به کار می رفت. و به تقلید از دولت برخی از خان ها و فئودال ها، آن بخش از زمین ها را که به رعیت واگذار نمی کردند و خودشان با عمه و اکره آن را مستقیماً اداره می کردند، خالصه می نامیدند. در مسئلهٔ مورد بحث، مراد خالصهٔ دولتی است. که صیغهٔ جمع آن را به غلط «خالصجات» می گفتند. املاک خالصه گاهی به بخش خصوصی فروخته می شدند، گاهی نیز به عنوان «تیول» در اختیار افرادی قرار می گرفتند. در مواردی نیز به دلیل ناتوانی مدیریت دولتی، متروکه می شدند و افرادی آن ها را تصرف می کردند. یکی از نکات مهم در این مسئله این است که: ملکی که زمانی با عنوان «خالصه» موسوم می گشت، معمولاً این نام پس از نقل و انتقالات مذکور نیز بر روی آن باقی می ماند. و لذا سؤال کننده می گوید «املاک خالصه که صاحب آن ها معلوم نیست». خوانندهٔ امروزی می گوید: اگر خالصه است پس چرا صاحب آن معلوم نیست. و اگر صاحبش از بخش خصوصی معلوم است پس چرا خالصه نامیده می شود. مراد میرزا(ره) در بخش دوم جواب، آن جا که می گوید «و دور نیست..» ملکی است که قبلاً عنوان خالصه را داشته اینک کسی مدعی مالکیت آن است که مثلاً از دولت خریده یا از خریدار ارث برده. لیکن شخص متقبل (که معمولاً از فئودال ها بودند) با بهانه قرار دادن عنوان خالصه، آن را تصرف کرده است. معمولاً خان ها مدعی نمایندگی دولت بودند و در مورد املاک خالصه این کار را می کردند و به مردم می گفتند: این ملک خالصه است و باید در اختیار ما باشد، ما می دانیم و دولت، ربطی به شما ندارد. در این میان گاهی املاک خالصه منتقل شده به مردم را نیز به همان بهانه غصب می کردند. اینک محقق قمی(ره) مطابق فرهنگ و شرایط حاکم بر زمان خود که هیچ مجتهدی و حاکم شرعی مبسوط الید نبود، به جای این که بگوید «حاکم شرع ملک را از غاصب می گیرد و به نفع فقرا به اجاره می دهد، یا به آن «مدعی بلامنافی» می دهد، راه تقیه را به حاکم شرع نشان می دهد. و نتیجه این می شود: که حاکم شرع مانند یک رعیت، آن ملک را از جناب خان غاصب تحویل بگیرد و مطابق مرسوم «مالکانه»ی آن را به خان غاصب بدهد و ملک را به اجاره بدهد. مالکانهٔ غاصب را از درآمد اجاره پرداخت کند، و الباقی را به فقرا بدهد. و یا اگر «مدعی بلامنافی» دارد به آن مدعی بدهد. و می گوید «می تواند در خفیة غاصب، آن را حاکم شرع به اجاره بدهد». این گفتار نیز دقت دیگری را می طلبد. زیرا کسی که زمینی را به عنوان رعیت از خان تقبل می کرد به هیچوجه نمی توانست آن را به اجاره بدهد. لذا می گوید: درخفیة و بدون اطلاع غاصب، به اجاره بدهد. گوئی مستاجر یا مستأجران عمه و اکرهٔ حاکم شرع هستند نه مستاجر. و در پایان می گوید «و چون غاصب تحمیل زیاده بکند، کم کردن وجه اجاره ضرر ندارد». این موضوع نیز نیازمند توضیح است: بدیهی است که خان غاصب از ماجرای اجاره بی خبر نمی ماند و مطلع می شد. اما همان طور که علما با خان ها بر اساس تقیه رفتار می کردند، آنان نیز در این گونه موارد در برابر علمای بزرگ، «تجاهل العارف» کرده و با مسامحه رفتار می کردند. گاهی نیز بر وجه مالکانه می افزودند تا شاید حضرت عالم ملک را رها کند. لذا می فرماید: اگر غاصب تحمیل زیاده کند، آن عالم نیز می تواند وجه اجاره را کم کند تا هم چیزی به مستاجرین برسد و هم چیزی به فقرا، یا به «مدعی بلامنافی». این بخش دوم از جواب، بر اساس قاعدهٔ «المیسور لا یترک بالمعسور» و قاعدهٔ «ما لا یدرک کله، لا یترک کله» مبتنی است. تیول: اکنون که

لفظ «تیول» نیز به میان آمد، کمی نیز درباره آن گفته شود: گاهی دولت املاکی (مرتعی، و حتی یک ناحیه و منطقه ای) از خالصجات را به اشخاص به عنوان فردیت شان، و گاهی به عنوان رئیس یک ایل برای همه مردم ایل، واگذار می کرد، که رقبه ملک همچنان در مالکیت دولت باقی می ماند اما استفاده از آن منتقل می شد. تیول بیشتر به خاطر ابراز لیاقت یک شخص یا یک ایل در امور نظامی، واگذار می شد. حتی اگر انگیزه دیگر در واگذاری بود باز معمولاً با عنوان «لیاقت نظامی» معنون می شد. در ایران با تاسیس ارتش مدرن، خان ها در اکثر مناطق املاک تیولی را ملک خود کردند، نه به دولت دادند و نه به مردم ایل. برخی ها گفته اند که پدیده تیول در ایران از زمان ایلخانان مغول شروع شده و در پایان قاجار، پایان یافته است. این سخن درباره خود واژه «تیول» که یک لفظ مغولی است، درست است. اما این نوع واگذاری املاک خالصه، از قدیم در همه نقاط جهان وجود داشته است. حتی با گذشت زمان نه تنها بر کمیت آن نیفزوده بل با ازدیاد جمعیت جهانی، و اسکان ایل ها و عشایر سیار، از کمیت آن کاسته می شد، و پیدایش این پدیده در ایران نیز تقریباً با پیدایش دولت همزمان است. درباره تیول به عنوان نمونه تاریخی، رجوع کنید «ایل قاراپاق» نوشته مهدی رضوی.

۸- سؤال:

۸- سؤال: هرگاه عمرو ادعا بکند بر زید در ملکی که در تصرف اوست. و قبل از مرافعه و طّی دعوی، زید آن ملک را بفروشد به بکر. و بعد از مرافعه و عجز عمرو از اثبات مطلب به بیّنه و حکم حاکم به قسم خوردن زید و ردّ کردن زید قسم را به عمرو و قسم خوردن عمرو. آیا عمرو مستحق اخذ عین ملک است از ید بکر؟ یا مستحق اخذ غرامت و قیمت ملک است از زید؟

جواب:

جواب: اظهر این است که عمرو مستحق اخذ غرامت است از زید، و تسلطی بر بکر ندارد. به جهت آن که بکر به طریق صحیح مالک ملک شده و رافعی از برای آن ثابت نیست. خصوصاً بنابر اظهر قولین در مسئله «یمین مردوده بر مدعی» که گفته اند که آن یمین در حکم اقرار مدعی^۱ علیه است، نه از بابت بیّنه مدعی. هر چند [هر] دو قول در نزد

ص: ۱۲

حقیر ضعیف است. و در موارد یمین مردوده، رجوع به دلیل خاص باید کرد (۱).

۹- سؤال:

۹- سؤال: هرگاه شخصی ادعائی بر شخصی نماید، و مدعی^۱ علیه ادعای او را فی الجمله منکر نبود، و لکن به تقریب کسر شأن خود، خود به خانه قاضی نرفته و کیل تعیین نماید. و شخص و کیل به شاهد مجهول الحال قبول ادعای مدعی نماید، و قاضی بر آن حکم نماید. آیا بعد از اطلاع شخص موکل آن حکم را باطل می تواند کرد؟

جواب:

جواب: و کیلی که وکالت او در نفی دعوی است چگونه اقرار او بر موکل او صحیح خواهد بود؟! و چه طور می شود که قاضی بر وفق آن حکم کند؟! خصوصاً هرگاه اقرار او به سبب قول شهود باشد. و خصوصاً شاهد مجهول الحال [باشد]، و قاضی هم چگونه چنین حکمی می کند که مبتنی بر جائی نیست؟! به هر حال؛ هرگاه قاضی مجتهد عادل است، خود بهتر دانسته است که چه کرده است، دیگری را نمی رسد که با او مکابره کند، مگر از خارج فسق او را ثابت کند، یا مخالفت کردن او را با شریعت مقدسه به عنوان یقین [ثابت کند].

و هرگاه مجتهد عادل نباشد، حکم او صحیح نیست بنابر مذهب جمهور علمای شیعه (الّا در فرض نادری در نظر حقیر که تحقق آن بسیار نادر است). و دعوی به حال خود باقی است.

۱۰- سؤال:

۱۰- سؤال: هرگاه چنان چه قاضی به گفته چند نفر حکم نماید، و شخص محکوم علیه گوید که آن شهود فاسق اند و تو که حکم کرده [ای] از عدم عدالت ایشان مطلعی. آیا تسلط قسمی بر قاضی دارد یا نه؟!؟.

جواب:

جواب: هرگاه قاضی مجتهد عادل باشد و حکم کند، و مدعی علیه بر او دعوی کند

ص: ۱۳

۱- یعنی یمین مردوده نه از باب بینه است و نه از باب اقرار، بل خودش یک عامل خاص است بر اساس ادله خاصه خودش.

که: «تو علم داشتی به فسق شهود، با عدم عدالت آن‌ها [حکم کردی]». و خواهد فسق قاضی را ثابت کند به این که حکم کرده است با وجود علم به فسق شهود، به این که او را قسم بدهد. ظاهر این است که نمی‌تواند. به جهت لزوم فساد و ابطال حکم حاکم. بل که در جائی که مدعی علیه بر مدعی دعوی کند که تو علم داری به فسق حاکم، یا فسق شهود، خواهد او را قسم بدهد، مشکل است.

و بر فرض که تواند قاضی را قسم داد، هم محتاج است که با قاضی به مرافعه برود در نزد مجتهد عادل.

و هرگاه قاضی مجتهد عادل نیست، پس حکم او از اصل صورت ندارد.

۱۱- سؤال:

۱۱- سؤال: هرگاه چنانچه شخصی نه مجتهد و نه مقلد مجتهد باشد، و از کتاب پیشینیان فتوی دهد و احکام قضا جاری نماید. آن حکم را می‌توان رد کرد، یا نه؟-

جواب:

جواب: با وجود مجتهد عادل حی، مرافعه نزد دیگری نمی‌توان برد. و با عدم مجتهد عادل، یا عدم امکان وصول به او، هم خلاف ظاهری در میان نیست که جایز نیست از برای غیر مجتهد. بلی اگر شخصی متدین عالم زیرکی باشد عادل، و جمیع مسائل قضا را در آن حکم تقلید مجتهد عادل کرده باشد و از روی آن حکم کند، شاید جایز باشد. لکن فرض تحقق آن بسیار کم است (۱).

۱۲- سؤال:

۱۲- سؤال: هرگاه به اقامه بیّنه مهر هند و عقد و امر او ثابت گردد، آیا از اصل ترکه طلب دارد؟ یا از اولاد بطن خود دون سایر اولاد شخص متوفی (۲)-؟.

ص: ۱۴

۱- مراد «قاضی تحکیم» است، نه «قاضی مأذون».

۲- توضیح: با اقامه بیّنه ثابت شده که مهر هند در ذمه شوهر متوفایش مانده است، این بخش از موضوع سؤال روشن است. اما ثابت شدن عقد او در حالی که از شوهر متوفایش فرزند دارد، چه نیازی به بیّنه دارد؟ ظاهراً در آن میان طلاق و عقد مجدد رخ داده و این عقد مجدد به وسیله بیّنه ثابت شده است.

جواب:

جواب: دین متعلق به مال میت است. و بر وارث چیزی نیست. بلی اگر وارث مال را تلف کرده باشد، از عهده بر می آیند. و فرق مابین بطنی و غیر بطنی نیست در این معنی.

۱۳- سؤال:

۱۳- سؤال: هرگاه چنانچه هند بعد از فوت زوج خود ادعای «حق الصداق» و «حق الثمن» بر ورثه زوج خود نماید. ورثه زوج متوفی گویند «نکاح تو معلوم نیست که عقد انقطاع بوده، یا دوام. و کمیّت صداق او (۱) هم بر ما معلوم نیست». آیا در صورت مزبوره، هند را (بدون بیّنه و اثبات) حق الثمن [که] (۲) زیاده بر مهر است، می رسد یا نه؟-

جواب:

جواب: در دعوی بودن عقد دائمی، قول زوجه مقدم است و لیکن با قسم. و اما دعوی مهر؛ هرگاه زوجه ادعای مبلغ معینی بکند و از اثبات آن عاجز باشد، و وارث زوج بگویند که ما قدر مهر را نمی دانیم، و زوجه هم مدخوله باشد، زوجه بعد از قسم استظهاری بر بقای حق خود، مستحق «مهر المثل» است. مگر این که آن چه خود دعوی می کند کمتر از مهر المثل باشد پس همان قدر را به او می دهند.

۱۴- سؤال:

۱۴- سؤال: شخصی متوفی، و احدی از اولاد نقود و منقولات او را تصرف کرده و پنهان نموده و منکر است، و از راه حبّ دنیا هم قسم می خورد. آیا می توان ظالمی را وکیل کرد که استنفاذ حق سایر ورثه را بکند با وجودی که این منشأ تضرر آن شخص وارث، می شود. یا نه؟-

جواب:

جواب: استنفاذ حق هرگاه متوقف باشد بر فعل حرام، صورتی ندارد. و محاکمه نزد ظالم و وکیل کردن او صورتی ندارد (خصوصاً در وقتی که آن ظالم علم به ثبوت حق او ندارد) (۳) و اعانت بر اثم است و حرام. خصوصاً هرگاه رجوع به حاکم شرع ممکن باشد.

ص: ۱۵

۱- مرجع «او» نکاح است؛ یعنی کمیّت صداق آن نکاح بر ما معلوم نیست.

۲- در نسخه: و.

۳- عبارت نسخه: علم به ثبوت او حق ندارد.

و ضرور نیست که احقاق حق در نزد حاکم همین (۱) به اثبات بینه و اخذ حق باشد. به جهت آن که قسم خوردن هم نوعی است از احقاق حق هر چند به سبب بی پروائی و حبّ دنیا باشد.

و هر گاه به محاکمه صحیحه نتواند احقاق حق کند، تقاضای هم جایز است. پس چگونه رجوع به ظالم می کند خصوصاً با ترتیب حرام دیگر بر آن.

۱۵- سؤال:

۱۵- سؤال: در شهادت شاهد، علم سابق بر شهادت، کافی است یا علم بالفعل در کار هست؟-؟ و شاهد استصحاب را نمی فهمد و استصحاب جایز است در شهادت یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بلی شاهد باید از برای او تزلزلی نباشد در اقامه شهادت، و باید بگوید که «من الحال این را از او می دانم». هر چند این از راه استصحاب باشد ضرور نیست که عامی مسئله استصحاب را خوانده باشد و فهمیده باشد. معنی استصحاب به همین متحقق می شود که مثلاً هر گاه زید ملکی را مالک است [و] در تصرف اوست؛ گاه است که در شب گذشته آن ملک را به پسر خود، یا زن خود، بخشیده باشد، یا فروخته باشد، و شاهد خبر ندارد و هر گاه از او پرسشی می گوید ملک فلان است. و اگر کسی به او بگوید «دی شب از ملک خود بیرون کرده (۲) و به یکی از اولاد خود داده باشد، باز علم داری که بر ملک او باقی است؟». خواهد گفت: نه. پس معلوم شد که تکیه او بر استصحاب است.

و به هر حال؛ شاهد همین که از برای او تزلزلی و شکّی رو نداده است، می تواند شهادت بدهد. بل که هر گاه بگوید «مال او بوده و رافعی هم از برای مالکیت او نمی دانم»، کافی است. و اما اگر بگوید که «پارسال از او بود و الحال نمی دانم حقیقت را»، این شهادت صحیح نیست.

ص: ۱۶

۱- تکرار: گاهی در ادبیات عصر میرزا(ره) کلمه «همین» به معنی فقط به کار می رفته و این از آن جمله است.

۲- در نسخه: بیرون کرده است.

۱۶- سؤال:

۱۶- سؤال: زید ادعاء ملکی به عمرو می کند و می گوید ملکی که در تصرف تو می باشد، از من است و از پدر ارث به من رسیده است. و عمرو در جواب می گوید که «ملک را به غیر از حق متصرف نیستم». و زید مدعی بر طبق ادعای خود شاهد دارد و شهود شهادت می دهند که «ملک را از پدر زید می دانستیم و در ملکیت پدر زید می دانستیم و علم به زوالش نداریم». و شهود شهادت نداده اند که ملک به غیر از حق در تصرف عمرو است. آیا در این صورت، زید می تواند از قرار شهادت شهود، ملک را از تصرف عمرو بیرون آورد، یا آنکه [باید] شهود بر عدوان (۱) عمرو شهادت بدهند؟-؟ اعلام فرمایند.

جواب:

جواب: مرافعه کردن مخصوص مجتهد عادل است، و او خود می داند چه کند. بلی شهادت استصحابی جایز است؛ یعنی هرگاه شاهد علم بر حصول سبب ملک داشته باشد، و مزیل از برای آن نداند و ظنّ به بقای آن داشته باشد، می تواند شهادت بدهد. دیگر ضرور نیست که صریح بگوید که ید متصرف [ید] عدوان است. و به هر حال، قبول شهادت، شأن مجتهد است و غیر او دخل در حکم نکند.

۱۷- سؤال:

۱۷- سؤال: هرگاه زینب و زید ولد ممیز او، آب و ملکی را [به ید جمعی تعمیر] (۲) نموده اند و مدتی متصرف و زراعت نموده اند. و بعد آب و ملک را به خالد فروخته اند. و خالد هم چند مدت است که در تصرف دارد و زراعت می نماید. و الحال ولد زینب آمده که آب و ملک را باید به من ردّ کنی. و به محض قول می گوید که من صغیر بوده ام. و شخصی که صیغه مبیعه و قبالة او را جاری کرده و قلمی فرموده است شخص متدین، معتبر عالمی می باشد.

ص: ۱۷

۱- در نسخه: بیرون آورد یا نه یا آن که شهود بر عدوان...

۲- عبارت نسخه: ملکی را به عمرو و زید جمع نموده اند. - ظاهراً مراد از تعمیر، احیاء است.

جواب:

جواب: این مطالب مرافعه می خواهد. و مرافعه را مجتهد عادل باید بکند. و بعد از حصول او خود می داند چه کند. هر چند بنای مشهور علما بر این است که ادعای مدعی کبیر، مقدم است بر ادعای مدعی صغیر، و حکم به صحت معامله کرده اند، لکن در این صورت که تاریخ مبیعه معلوم است و لفظ «متمیز» در سؤال نوشته است، شاهد بر این است که کبیر آن طفل مسلم الثبوت نبوده، احوط در این جا این است که بنا را به صلح بگذارند. و اگر به صلح راضی نشوند، دور نیست که قول آن طفل را مقدم دارند با قسم خوردن او.

۱۸- سؤال:

۱۸- سؤال: هرگاه زید باغی را که خراب بوده، به عمرو فروخته و ضامن درک شده. بعد از ده دوازده سال که تصرف عمرو مزبور بوده، [عمرو آن را] به بکر فروخته و ضامن درک شده. مساوی هفت هشت سال که در تصرف بکر مزبور بوده سعی بسیار نموده و آن باغ را آباد نموده که حال به ثمر رسیده، و مبلغی اخراجات نموده که حال آن باغ دو مقابل قیمت بر داشته، و بکر مزبور در عرض این مدت مبلغی تحمیل او را داده.

الحال شخصی به هم رسیده می گوید که زید بایع، برادر ما است و رسد ما را بی اذن ما فروخته و ما علم نداریم.

مراتب مزبوره (۱) به خدمت اهالی شرع این جا عرض شده، فرموده اشخاصی که حال مدعی می باشند بروند و باغ را به قدر رسد خود متصرف شوند.

آیا شرعاً در این صورت، بکر مزبور را چه باید کرد؟ نقصانی که به او رسیده و تحمیلی که داده، از او بگذرد؟ یا آن که او را می رسد که به عمرو بایع، ادعا کند که از عهده غرامت من بیرون بیا؛ آن چه ضرر به من می رسد تو عوض باید بدهی-؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: اولاً باید آن اشخاص به ثبوت شرعی برسانند که مال مشترک بوده است در

ص: ۱۸

میان آن ها. و ثانیاً هرگاه ثابت کردند، رجوع به عین مال خود می کنند و همچنین به منافع آن. و می توانند از بکر همه را بگیرند. و در این حال هرگاه بکر جاهل بوده است به این که مال غیر است (یا می دانسته لکن بایع گفته بوده است که من مأذونم از جانب مالک در فروختن)، رجوع می کند به بایع که عمرو باشد؛ و هر غرامت که کشیده عوض آن را استیفا می کند. و همچنین عمرو رجوع می کند به زید هرگاه جاهل بوده یا زید ادعای اذن کرده.

و فرقی نیست در رجوع به عمرو (در استیفای عوض غرامت و نقصانی که کشیده) میان این که در عوض آن غرامت نفعی برده باشد یا نه.

و هرگاه بکر عالم بوده که مال غیر است و خریده، و بایع ادعای مأذون بودن هم نکرده است، پس اظهر این است که هرگاه آن چه به قیمت داده، باقی است، می تواند پس بگیرد. (هر چند مشهور علما مطلقاً (۱) گفته اند که رجوع می تواند کرد). و اما هرگاه تلف شده باشد؛ پس (هر چند که مشهور علما این است که نمی تواند رجوع کرد، بل که دعوی اجماع بر آن کرده اند) لکن دور نیست که بگوئیم که بر بایع واجب است که رد کند بر مشتری، و لکن بر مشتری حرام است که بگیرد.

و به هر حال؛ اشجاری که بکر غرس کرده مال او است، می تواند بکند و زمین را هموار کرده به صاحب رد کند.

۱۹- سؤال:

۱۹- سؤال: در دعوی بر میّت که ورثه اقرار به بقای حق داشته باشند، قسم استظهاری باز ضرور است، یا نه؟-؟ و قسم استظهاری در صورت دعوی بر میّت، همین (۲) در خصوص دعوی دین است، یا در عین هم هست؟-؟ بل که در مطلق دعوی بر میّت قسم است؟.

ص: ۱۹

۱- یعنی هم برای اخذ قیمت و هم برای اخذ غرامت- رجوع کنید به مسائل غصب در جلد ۶.

۲- تذکر تکراری: همین، یعنی فقط.

جواب: با وجود اقرار ورثه بر بقای حق مدعی، احتیاج به قسم نیست. به سبب عموم «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز». و آن چه دلالت می کند بر اصل قسم استظهاری، آن احادیث وارد شده است در جایی که محتاج باشد اثبات مطلب به بینه یا آن چه قائم مقام او است؛ مثل اقرار خود میت [با عدم تخلخل] (۱) زمانی که ممکن باشد در آن استیفای طلب. یا حکم حاکم به علم خود با وجود احتمال ابراء، بنا بر اظهر وجهین در هر دو جا.

و اما لزوم قسم استظهاری در دعوی بر عین؛ پس اگر عین بالفعل موجود است و مدعی اقامه بینه می کند بر این که مال او است، پس علامه در قواعد (۲) و شهید ثانی در مسالک (۳) تصریح کرده اند به این که قسم ساقط است. به جهت آن که مورد نص [نیست] (۴)، و خروج از اصل و قاعده جایز نیست مگر در آن چه مورد نص است، و لزوم قسم بر مدعی خلاف اصل است.

و اما هرگاه عین تلف شده باشد، و حکم شود به ضمان؛ پس در این نیز دو وجه است، شهید ثانی در مسالک وجیه شمرده است الحاق آن را نیز به عین موجوده در عدم لزوم یمین استظهاری (۵). و در نظر حقیر دور نیست ترجیح الحاق آن به دین، نظر به اشتغال ذمیه میت. بلی هرگاه علم به هم رسد که بعد از موت میت تلف شده (یا معلوم نباشد که در حال حیات او تلف شده باشد)؛ پس امر چنان است که شهید ثانی (ره) فرموده. و دور نیست که مطلق عین را ملحق به دین کنیم در صورت احتمال انتقال عین به میت از مدعی به نحوی از انحاء؛ مثل این که محتمل باشد که خریده باشد از او، یا به او بخشیده باشد.

ص: ۲۰

۱- عبارت نسخه: مثل اقرار خود میت یا تخلخل...

۲- قواعد (متن ایضاح الفوائد) ج ۴ ص ۳۳۴ ط کوشانپور.

۳- مسالک، ج ۲ ص ۲۹۷-۲۹۸ ط دار الهدی.

۴- و در نسخه: دین است.

۵- مسالک، ج ۲ ص ۲۹۸ ط دار الهدی.

پس باید قسم بخورد که آن عین هنوز باقی است در مال من. به جهت آن که هر چند لفظ حدیث که فرموده است «وَإِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْحَقِّ قَدْ مَاتَ فَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَعَلَى الْمَدْعَى الْيَمِينُ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فُلَانٌ وَإِنْ حَقُّهُ لَعَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ لِأَنَّا لَا نَدْرِي لَعَلَّهُ قَدْ أَوْفَاهُ بَيِّنَتِهِ لَا نَعْلَمُ مَوْضِعَ مَعَهَا أَوْ غَيْرِ بَيِّنَتِهِ قَبْلَ الْمَوْتِ» (۱). الحدیث. پس به درستی (۲) که لفظ «حق» و لفظ «علیه» و لفظ [«وفاه»] (۳)، ظاهر اند در دین. و لکن می گوئیم از «علمه منصوصه» می فهمیم حکم عین را نیز. به جهت آن که از حدیث می فهمیم که اعتمادی در این جا به استصحاب نیست. به سبب این که میت زبانی ندارد که در برابر استصحاب آن حق، رافع آن را بیان کند. پس شاید اگر زنده بود ادعا می کرد که من حق او را اداء کرده ام، یا وفا کرده ام، یا [از] او به من منتقل شده است به وجه شرعی و بینه هم بر آن اقامه می کرد. پس مادامی که احتمال به وجه شرعی قائم باشد، علت منصوصه در آن جاری می شود.

و از این جهت است که ما در اداء زکات یا خمس یا امثال آن از جانب میت اکتفا به استصحاب ثبوت آن در ذمه او در حال حیات، نمی کنیم تا یقین به بقای آن در ذمه او نداشته باشیم. بل که هر چند از وقت برداشتن خرمن غله، یا میوه، آن قدر مهلت نشود که ادا کند و بمیرد اما احتمال باشد که از فقیری طلب داشته باشد و آن را در عوض آن محسوب داشته، حکم به وجوب ادا نمی کنیم. به جهت این که مستفاد از روایت و عمل اصحاب آن است که باید علم به بقای حق در ذمه بعد از موت، حاصل شود.

و شهید ثانی (ره) در کتاب وصیت تصریح کرده است به آن که با وجود علم وصی به

ص: ۲۱

۱- وسائل، کتاب القضاء، ابواب کیفیت الحکم، ب ۴ ح ۱.

۲- کذا در نسخه، و به سختی خوانده می شود. و ممکن است «به درستی که» اساساً زاید باشد.

۳- و در نسخه: وفاهم.

طلب مدعی، جایز نیست بدهد مگر با قسم، به جهت احتمال ایراء. و در آن جا تفصیل داده است (۱) و الحال کتاب حاضر نیست که عبارت آن را نقل کنیم. و آن چه گفتیم مضمون آن است اجمالاً.

۲۰- سؤال:

۲۰- سؤال: هرگاه مدعی یا مدعی علیه، قسم متوجه ایشان بشود. آیا لازم است که در مجلس حاکم حاضر شوند و به اذن او در حضور او قسم بخورند، یا نه؟-؟ و هرگاه لازم باشد؛ هرگاه عذر شرعی داشته باشد باز لازم است یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهراً خلافی نیست ما بین علما در این که قسم بدون اذن حاکم شرع و در غیر حضور او بدون عذری جایز نیست، و مسقط دعوی نیست. و اما در صورت عذر (مثل این که زمینگیر باشد، یا مریض باشد که بر او عسر و حرج باشد از حاضر شدن، یا از دشمن بترسد، یا آن که مسافت بسیار دوری باشد که حرج لازم آید، یا زن مستوره باشد که از شأن او نیست که به مجلس مردان حاضر شود و به خانه حکام برود، یا آن که حائض و نفساء باشد و حاکم در مسجد حکم کند یا آن که محتاج به تغلیظ قسم باشد و مکان تغلیظ مسجد باشد) در این صورت ها جایز است که حاکم نایبی تعیین کند که او را در خانه خود قسم بدهد. خصوصاً در وقتی که رفتن حاکم به خانه آن ها شاق باشد و [یا] منافی شأن او باشد و موجب نقص و سبکی او باشد.

و ظاهر این است که در این استثنا در صورت عذر، هم خلافی ظاهر نیست (۲)؛ که در

ص: ۲۲

-
- ۱- در «کتاب الوصایا» از شرح لمعه چنین آورده است: يجوز له قضاء ديون الميت التي يعلم بقاءها إلى حين القضاء و يتحقق العلم بسماعه إقرار الموصى بها قبل الموت بزمان لا- يمكنه بعده القضاء و يكون المستحق ممن لا يمكن في حقه الإسقاط كالطفل و المجنون و أما ما كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بد من إحلافهم على بقائها و إن علم بها سابقاً. الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۶۱.
- ۲- در نسخه: خلاف منافی ظاهر نیست.

صورت عذر و لزوم عسر و حرج، حاکم از برای تحریر دعوی هم تواند نایب تعیین کند که او دعوی را بشنود و به عرض حاکم برساند، و حکم را حاکم بکند.

۲۱- سؤال:

۲۱- سؤال: هرگاه زید مطالبات خود را در دستک (۱) خود به خط خود مضبوط نموده، و بعد از فوت [مدیون] (۲) حسب الدستک، مطالبه مطالبات نماید. آیا (والحاله هذه) هرگاه احدی تمام دین یا بعض او را قائل نباشد، هر یک از وراثت را می رسد که به قدر حصه خود، او را قسم بدهند؟ و آیا او می تواند قسم را به ورثه رد نماید یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: اظهار در نزد حقیر این است که دعوی با مظنه، جایز است. خصوصاً در امور مخفیته. و منکر را به مظنه و تهمت، قسم می توان داد. و لکن در این جا رد قسم، صورت ندارد، به جهت عدم امکان آن. و از عموم احادیث و خصوص آن ها در این جا ثبوت حق، به نکول از قسم ثابت می شود (۳).

۲۲- سؤال:

۲۲- سؤال: هرگاه خواهر حق ارث خود را صلح کند به برادر. و شرط کند در ضمن عقد که وجه مصالحه را در فلان موعد بدهد. و موعد منقضی شود و خواهر بمیرد و از او دو نفر صغیر بماند. و پدر صغیرها بگوید به آن برادر که تو وجه مصالحه را در موعد نداده [ای] و من فسخ مصالحه می کنم. و برادر در جواب می گوید که من وجه مصالحه را در موعد داده ام و صلح لازم است. آیا پدر صغار می تواند قسم بخورد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: آن برادر مدعی است باید اثبات کند دادن وجه مصالحه را. اگر عاجز شود از

ص: ۲۳

۱- مراد «دفتر نسیه» دکان داران است. می گویند «دفتر و دستک». دستک دفترچه کوچک است که روزانه در آن می نویسند سپس به دفتر بزرگ منتقل می کنند.

۲- در نسخه: او.

۳- در مسئله شماره ۳۹ فرموده است: قسم مظنه رد نمی شود به مدعی.

اثبات، قسم متوجه پدر صغار نمی شود (۱). به جهت آن که بر ولی قسم لازم نیست از برای صغیر. مگر آن که آن برادر دعوی علم بکند بر ولی که تو می دانی که من داده ام. در این صورت ولی می تواند قسم بخورد (۲). و هرگاه ولی علم دارد که نداده است، قسم قطعی هم می تواند یاد کند بر ندادن. به جهت آن که در این جا دعوی متوجه خود ولی می شود و او منکر است و قسم وظیفه او است.

و هرگاه دعوی علم نکنند بر او، پس حکم می شود بر آن برادر این که میراث را رد کند هرگاه ولی فسخ مصالحه کند به مقتضای شرط. و هرگاه آن برادر قسم را متوجه او کند، بر او لازم نیست که قسم بخورد. به جهت آن که دعوی متوجه او نیست، و بر ولی نیست که قسم از برای «مولیا علیه» بخورد.

ص: ۲۴

۱- آن چه در آخرین بخش جواب سؤال شماره ۱۹ گذشت این بود: «کسی بر میت ادعائی دارد، علاوه بر بینه باید قسم استظهاری هم یاد کند». و فرق این مسئله با آن در این است که در این جا ورثه مدعی را متهم می کنند و ادعا می کنند که او در ادعایش کاذب است. صورت و ماهیت مسئله عوض می شود؛ زید مدعی به منکر تبدیل می شود. باید قسم یاد کند و تهمت را از خود دفع کند. زید نمی تواند قسم را به ورثه رد کند. زیرا ورثه فقط او را متهم می کنند آن هم بر اساس ظن خودشان. و کسی نمی تواند به صحت ظن خود به طور قطع قسم یاد کند. و حدیثی که در مسئله شماره ۱۹ آمده، در این جا به طریق اولی دلالت می کند. اما زید نیز می تواند مسئله را از نو منقلب کند و ادعا کند که ورثه در ظن شان دروغ می گویند آنان یقین دارند که من صادق هستم، پس قسم یاد کنند که ظن بر کذب من دارند. در این صورت باز زید مدعی می شود و ورثه منکر و قسم متوجه آنان می شود. این قسم در واقع عین همان قسم است که مدعی بر میت، می تواند از ورثه بخواهد که «قسم نفی العلم» یاد کنند. یعنی قسم بخورند که به مدیون بودن میت علم ندارند. در متن سؤال نکته ای هست که میرزا(ره) آن را باز نکرده است. می گوید «اگر احدی از ورثه تمام دین یا بعض آن را قائل نباشد»؛ یعنی ممکن است وارث اصل و اساس دین را انکار کند و ممکن است اصل را بپذیرد و در مقدار آن اعتراض داشته باشد، چون هر دو صورت مسئله فرق ندارند، توضیح نداده است.

۲- یعنی «قسم نفی العلم» بخورد.

و تکیه در جواز فسخ به این است که آن برادر معترف شرط هست، و به مقتضای اصل عدم وفای او، مقتضای آن منتفی است. و بر فرض این که دعوی باقی بماند تا بزرگ شدن صغار هم، بر صغار بیش از «قسم نفی العلم» هم متوجه نمی شود اگر دعوی علم بر آن ها بکند. و خود مدعی که الحال عاجز از اثبات است، من بعد؛ علم از برای صغار از کجا [به] هم می رسد.

۲۳- سؤال:

۲۳- سؤال: زید را به خوبی و عدالت شناخته ایم، و پدری دارد اظهار عدم رضایت خود از او می نماید و تفسیق او می کند. آیا تا صدق مدعی معلوم نشود، حکم به فسق زید می توان کرد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: هرگاه پدر زید به رسم غیبت و ایذاء و تشفی خواطر (۱)، این سخنان را گفته، ظاهراً مسموع نیست. و قادح در عدالت زید نمی شود. و هرگاه به رسم جرح و تعدیل در مقام ضرورت، گفته است (مثل این که کسی خواهد عدالت زید را بداند به جهت اقتدا و غیر آن (۲). یا حاکم به جهت قبول شهادت و نحو آن (۳)، از او سؤال کرده است)، پس در این صورت، سائل هرگاه می خواهد که حال زید را بداند که آیا می تواند به او اقتدا کند یا نه، و به روایت و اخبار او عمل کند یا نه (و امثال این ها)، ظاهر این است که جرح یک نفر عادل، کافی است در تفسیق او.

و اما هرگاه خواهد به شهادت زید عمل کند در اثبات حقی، پس ظاهر این است که جرح یک نفر عادل کافی نیست، چنان که تزکیه یک نفر عادل هم کافی نیست. و لکن اشکال در اطلاق جرح است؛ و اقوی در نزد حقیر این است که اطلاق کافی نیست در

ص: ۲۵

۱- کذا.

۲- مانند امانت سپاری.

۳- مانند پذیرش آن به عنوان کارشناس.

ثبوت فسق. به جهت آن که راه‌ها مختلف است در سبب فسق. گاه هست که آن چه جرح سبب فسق می‌داند، در نزد این شخص سائل سبب فسق نباشد.

و همچنین؛ مجرد اظهار عدم رضای پدر، کافی نیست، مگر این که معلوم شود که عدم رضای او به جهت اذیت رسانیدن زید است به او، یا مکدر کردن او از راهی که شرعاً جایز نباشد هر چند به سبب سفر زیارت باشد، و امثال آن از مستحبات، چه جای مباحات که اطاعت پدر در آن‌ها لازم است. اما اگر مکدر شدن [به] سبب امری باشد که تکلیف زید در آن امر باشد (به این نحو که امری بر او واجب باشد، یا فعل آن حرام باشد، و از کردن یا نکردن آن، پدر مکدر شود) در این صورت، عدم رضا را «عقوق» نمی‌گویند. و این منافات با عدالت زید ندارد. و این هم موقوف است بر اتفاق رأی. به جهت آن که گاه است که زید چیزی را بر خود واجب یا حرام داند، و پدر زید آن را چنین نداند. پس باید که سائل بداند که موافق رأی خودش طریقه کدامیک [درست] است تا داند که منشأ فسق زید می‌شود یا نه.

خلاصه؛ این شخص که می‌خواهد الحال حکم به فسق زید بکند، باید موافقت رأی خود را (در معاصی) با پدر زید بداند. و الحاصل؛ [اگر] سائل موافقت رأی خود را با رأی پدر زید می‌داند در اسباب جرح پدر زید. هر گاه [پدر زید] عادل باشد منشأ ثبوت فسق زید می‌شود از برای او (۱) در [عدم] (۲) قبول [اخبار او] (۳) و شهادت. و الاً، فلا.

در این صورت‌ها، فرق نیست در اتفاق رأی، مابین آن که سائل و پدر زید هر دو مجتهد و صاحب رأی باش- [ن-]د، یا هر دو مقلد مجتهدی باشند، یا احدهما مجتهد و دیگری مقلد باشد.

ص: ۲۶

۱- یعنی برای آن سائل، نه برای همگان. چون ممکن است دیگری با رأی پدر در اسباب جرح موافق نباشد.

۲- در نسخه: غیر.

۳- مثلاً عدم قبول کارشناسی او.

۲۴- سؤال: علما نوشته اند که «کسی که قابلیت اجتهاد نداشته باشد، به مرافعه متوجه نمی تواند شد و حکمی نمی تواند بکند. و اگر هم بکند باطل است». اول: غرض از مرافعه و حکم کردن، کدام است؟ و دویم آن که: در مجموع ولایت ها مجتهد نیست. و ملاهای غیر مجتهد به مرافعه مسلمانان متوجه می شوند و حکم می کنند. چه صورت دارد؟ آیا دعوی و قسم که به غیر مجتهد طی شود، باقی است یا نه؟-؟ و اگر صحیح نشود کار مردم دشوار می شود؛ برای دعوی باید مبالغ خسارت بکشند و پیش مجتهد بروند. و این عسر و حرج است. کیفیت این را مفصلاً بیان فرمائید.

جواب:

جواب: مراد از مرافعه و حکم، این است که رفع نزاع از مابین مردم بکند به طریقه مطالبه شاهد، یا رجوع قسم بر منکر یا مدعی، بر نهجی که در شرع وارد شده، و اجراء حکم آنها، و گفتن این که: «الحال این حق تو است». و «این مال را تو بگیر از فلان»، یا «به او رد کن»، یا «دست از این زن که در تحت تو است بردار». و امثال این.

و [نظر] مشهور علمای ما این است که این کار را به غیر مجتهد عادل، نمی تواند بکند، هر چند صالح و عالم باشد و مسئله مرافعه را داند (به تقلید از مجتهد عادل حی، یا میت بنابر جواز آن). و آن نزاع به حکم او طی نمی شود و بر حال خود باقی است.

و همچنین: قسم را هم غیر مجتهد عادل، نمی تواند داد. و دعوی اجماع هم بر آن کرده اند.

و لکن در نزد حقیر، این حکم علی الاطلاق، مشکل است. بل که در صورتی که دست به مجتهد عادل نرسد و ممکن نباشد و حرج لازم آید، و تقصیری هم از محتاجین به عمل نیامده باشد در تحصیل وصول به آن (۱)، یا [در وصول به] مرتبه حصول اجتهاد. دور نیست که در این صورت هرگاه عالم صالح عادل (که مسائل مرافعه را از مجتهد عادل اخذ

ص: ۲۷

کرده) باشد و داند بعینه این واقعه که رو داده، مطابق همان است که از مجتهد خود اخذ کرده. و همچنین جمیع شرایط آن را (مثل شناختن عدالت برای همان مجتهد و غیر ذلک) همه را مطابق آن به جا آورد (۱). مرافعه او صحیح باشد و لازم باشد (۲).

(گرچه احوط آن است که تا ممکن باشد به صلح طی کند).

و لکن: این شرط ها که گفتیم در این شخص، فهم آن صعوبت دارد. و پیدا کردن چنین شخصی هم مشکل است. و بسیاری از اهل شرع این زمان جاهل اند به مسائل. [و] بدون تقلید صحیحی، حسب الخواش متوجه می شوند (۳). بسا هست که [در] این طریقه با قضیه ای که خود فهمیده اند در آن هم مسامحه می کنند، تغلب می کنند (۴).

پس غافل نشوید که بسیار از این «مراد مآها» (۵) گاه است که به همین فتوای حقیر متمسک شده اند و رفتار خود را صحیح و ا می نمایند، و چنان نیستند. و اغلب، مردم به سبب شقاوت و بی سعادت، مبتلا به این دردها می شوند. چنان که غایب شدن امام علیه السلام هم به سبب شقاوت و بی سعادت اهل زمان بود. و اگر نه، چرا در هر بلادی لا اقل یک مجتهد نباشد!؟

مردم می خواهند که تعب نکشند و به لذت دنیوی خود مشغول باشند. نه خود تحصیل مرتبه اجتهاد می کنند و نه اعانت طلبه می کنند. اگر کسی طلب علم هم کند از گرسنگی عاجز می شود.

و هرگاه حرج و عسر و تکلیف محال بر اهل تقصیر وارد شود، از آن قبیحی بر خدا

ص: ۲۸

۱- در نسخه: آوردن.

۲- یعنی واجب الاجراء باشد.

۳- در نسخه: می شدند.

۴- ظاهراً «تغلب» صحیح است.

۵- یعنی ملائی که در صدد مرید جمع کردن است.

۱- در پایان این مسئله می خواهم چند مطلب را به قضات جوان، توضیح دهم: اول: این فتوای میرزا(ره) که قضاوت غیر مجتهد را به آن شرایط، جایز دانست، نمی تواند یک فتوای اجماعی نباشد. زیرا شرایط مذکوره برای هیچ فقیهی راهی غیر از این فتویا باقی نمی گذارد. مصنف(ره) اول می گوید «لکن در نزد حقیر»، سپس شرایط را طوری می آورد که نظر همگان با او همراه می شود. و اگر کسی با آن مخالف باشد، بی تردید نظرش مهجور می گردد. دوم: این نظر میرزا(ره) که گفته شد نظر همگان نیز چنین می شود، یک «فتوی» است؛ یعنی یک «جواز و اجاره کلی» است برای هر کس که چنین شرایطی را داشته باشند. پس هر کس که واجد آن شرایط باشد در جامعه ای با شرایط مذکور، می تواند قضاوت کند و حکمش لازم و نافذ است. بدون اذن خاص از مجتهد عادل خاص. بنابر این، اگر چنین شخصی با اذن خاص یک مجتهد عادل خاص، به قضاوت بپردازد، به طریق اولیا حکمش لازم و نافذ خواهد بود. که در اصطلاح «قاضی مأذون» می نامیم. سوم: قاضی مأذون منصوب: قاضی این چنینی دو گونه ممکن است: منصوب از طرف امام معصوم(علیه السلام) که امر درباره چنین قاضی ای روشن است. و منصوب از طرف ولی فقیه حاکم: در این باره قبل از ورود به مطلب، سخنی دارم: فقط در مقام یک بحث فقهی محض هستیم، نه در بستر یک امر سیاسی. و این بحث را نه برای امروز کشور ایران بل به عنوان یک بحث مطلق فقهی مطرح می کنم: قاضی مأذون منصوب از طرف ولی فقیه حاکم مشروع شیعی، باید عادل باشد. و اگر عادل نباشد نباید قضاوت کند. زیرا اذن و ناصب، به تصور عدالت او، او را مأذون و منصوب کرده است. اما اگر عادل باشد گرچه مجتهد نباشد، به اصطلاح زیر پای محکمی دارد. زیرا: اولاً: همان طور که دیدیم فتوای میرزا(ره) و همگان با آن شرایط او را مجاز و حکمش را لازم و واجب الاجراء می دانند. ثانیاً: چنین قاضی ای مأذون است. پس به طریق اولی هم مجاز است و هم حکمش نافذ است. ثالثاً: منصوب است. پس به طریق اولی، باز هم به طریق اولی. پس وای بر حال قاضی مأذون منصوب، که اعتقادی بر صلاحیت و حقانیت اذن و ناصب خود ندارد. اگر چنین قاضی ای همه قضاوت هایش مطابق شرع هم باشد، جایش دوزخ است. گاهی افرادی که دوره قضائی را طی می کنند، می پرسند: تصدی سمت قضائی برای ما چه طور است؟ در جواب می گویم: چون مجتهد نیستی، اگر به اصل نظام و به حقانیت اذن و ناصب خود، معتقد هستی، اگر اشتباهی هم بکنی، در نزد خدا معفو است. و الا اگر در هیچ موردی هم اشتباه نکنی جایز دوزخ است. زیرا مردم به خواست خود به تو مراجعه نمی کنند تا مشمول آن فتوای عام شوی. تو «معین» شده ای. و چون «تعیین» یک طرفه نیست که مشمول «مأذون خاص از طرف مجتهد خاص» باشی، که اگر مردم خواستند به میل خود به تو مراجعه کنند. بل برای مردم نیز تعیین شده است به شخص خود تو مراجعه کنند یا به فرد دیگر که مثل تو معین است. این که در این سطرها واژه «تو» را به کار بردم نه واژه «شما» را، به جهت این است که بحث علمی به ویژه فقهی، و به ویژه قضائی، جای تعارف نیست، که: القضاء فی النار الا... و درباره قضاوت افراد غیر مجتهد، در مسئله های شماره ۴۵ و ۴۸ و ۷۷ و ۸۱ و ۸۴ و آخر مسئله ۱۰۲، بحث کرده است. به ویژه در رساله مخصوص که تحت عنوان «کتاب القضاء» تدوین کرده و ما آن را تحت شماره ۱۰۷ قرار دادیم، بحث جانانه، مشروح و مستدل، همراه با شکافتن دقائق و ظرائف ابعاد مسئله، به جامعه علمی و فقهی، ارزانی داشته است. والله آجره.

۲۵- سؤال:

۲۵- سؤال: هرگاه شخصی فوت شود، و بعضی از وراثت صغار و بعضی از وراثت کبار. وراثت کبار بدون وجه شرعی اموال صغار را متصرف و منافع آن را برده اند؛ مثل ملک و خانه. و بعضی را تلف کرده اند. طریقه استیفای حق صغار، چه چیز است حین کبار (۱) که مطالبه حقوق خود بکنند.

جواب:

جواب: بعد از ثبوت مراحل مزبوره، اجرة المثل ایام تصرف را از اعیان موجوده، می گیرند [د]. و اما اموالی را که تلف کرده اند، پس آن چه مثلی بوده (از قبیل گندم و جو و سایر دانه ها، و مثل روغن ها و امثال آن) همان مثل را مطالبه می کنند. و هرگاه مثل، متعدّد یا متعسّر باشد به عسر شدیدی، قیمت آن را می گیرند. و در تعیین وقت قیمت، خلاف است و در آن پنج وجه مذکور است. اشهر و اظهر این است که قیمت آن در روزی که می دهند اعتبار می شود.

و هرگاه آن عین که تلف شده قیمی باشد (از بابت حیوان، و جامه، و فرش، و ظرف، و امثال آن) پس اجرة المثل آن ها- اگر اجرتی داشته باشند مثل الاغ و اسب و غیره- [را] می گیرند، و قیمت آن عین را هم می گیرند. و در تعیین قیمت نیز خلاف عظیم است. و اقوی در نزد حقیر این است که قیمت روز تلف را می دهد. به جهت آن که تا عین باقی

ص: ۳۰

بود مکلف بود به اداء عین، و قیمتی در ذمه او قرار نگرفته بود. و آن وقت که عین تلف شد، مشغول ذمه شد به قیمت آن در همان روز. و دلیل ظاهری بر سایر اقوال که اقوی باشد از این، نیافتیم.

بلی: حدیث صحیحی هست که بعضی استدلال می کنند بر آن به این که واجب قیمت روز غصب است. و در استدلال به آن مشکل هست. و باکی نیست که در این جا اشاره به بعضی از مطالب این مسئله بکنیم:

إعلم: انّ عمدة الاشكال في هذه المسئلة في مقامين: الاول: في الفرق بين المثلي و القيمي؛ فالمشهور كما في المسالك (١) انّ المثلي هو «ما كان تساوي قيمة الجزائه» مثل الحنطة؛ منّا منه يسوي قيمته لمن آخر منها. و هكذا. و يعتبر في ذلك كل نوع منه برأسه. فليس الشعير مثل الحنطة. و هكذا. و بعضهم فسره بالمقدار بالكيل و الوزن، و بعضهم بـ «ما يتساوي اجزائه في الحقيقة النوعية». و زاد آخرون عليه «اشتراط جواز التسليم فيه». و في الدروس انه «المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقاربة الصفات» (٢). و في المسالك و الكفاية انه اقرب التعريفات الى السلم. و الاشكال في مأخذ هذه الاقوال. و لا يخل شيء منها من شيء.

و الذي يظهر لي الا ان، هو ان يكون المراد بالمثلي هو القول الاول. لكن مع ملاحظة امرين آخرين (الظاهر أنّهما يكونان معتبراً عندهم ايضاً)؛ و هو ان يكون التساوي و المماثلة بالذات و بالحقيقة في نوعه و صفته (٣)، لا المماثلة النادرة الحاصلة اتفاقاً، او بسبب امر خارجي من اعمال صنعة او كلفه؛ كالتصنع في نسج ثوبين او فرشين على نهج واحد و

ص: ٣١

١- المسالك، ج ٢ ص ٢٠٨ ط دار الهدى.

٢- الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ٣، ص ١١٣، ط جامعه مدرسين.

٣- و في النسخة: او صدفته.

و أنّ المعبر في التساوي هو الغالب في العرف و العادة الذي يتسامح في مقداره عرفاً، كالفرق بين الحنطتين و الشعيرين. و تعيين الانواع و الاصناف ايضاً يرجع الى العرف و العادة، كما يفرق بين انواعي التمر؛ فافراد التمر الزاهدي يعتبر عليحدة، و الخساوي عليحدة. فكل منهما مثلي في نوعه وان كانا في الحقيقة واحدة بالنوع. و هكذا حليب البقر و الغنم، فمثل افراد البقر و الغنم ليست من باب المثلي، لأنّ حقيقتهما (١) النوعية لا يقتضى تسويتها في القيمة، بل قلماً يوجد فردان منهما يكون كذلك. و كذلك الثوب من حيث أنّه الثوب، و ان كان القطن و الصوف مثلياً (٢). فانّ التسوية فيهما (لو فرض) فهو أنّما يحصل غالباً بسبب تصنعات الخارجية، لا على مقتضى الحقيقة، فهو غير معتبر و ان اتفق تساوي ثوبين في جميع الصفات (٣).

هذا الكلام في اصطلاحهم في المثلي و القيمي ليتفرّع عليه الرجوع الى المثل او القيمة. و الاشكال في بيان الدليل على ذلك (٤). و يمكن ان يقال: الدليل؛ لأنّه (٥) اقرب الى عين المال من القيمة. او أنّه اقرب الى الحقيقة للمماثلة المستفادة من قوله تعالى: «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (٦). «جَزَاءٌ سَيِّئِهِ سَيِّئَةً مِّثْلَهَا» (٧). و لا يذهب عليك أنّ المراد في الاستدلال بالايه، ليس المثلي المصطلح. بل مرادنا أنّ المماثلة في الاعتداء؛ اظهر

ص: ٣٢

١- و في النسخة: حقيقتها.

٢- اي القطنان مثليان، و الصوفان مثليان.

٣- اي الثوبين قطنيين في جميع الصفات. و كذا ثوبين صوفيين.

٤- اي الدليل على تفكيك الاشياء بالمثلي و القيمي، و الرجوع في المثلي بالمثل.

٥- اي: لأنّ المثل اقرب..

٦- الاية ١٩٤، السورة البقره.

٧- الاية ٤٠، السورة الشورى.

افرادها الاخذ بالمثل الاصطلاحي. فهو داخل في الدليل، لأنه هو الامر للرخصة. فالمظلوم مختير في افراد الاعتداء بالمثل، و من اقرب افراده ذلك.

و لكنّه يشكل بانّ ذلك يوجب ضمان الغاصب للمثل لو اراده المالك. و اما لو اراد المالك القيمة فلا يمكنه الاخذ و يتعين عليه المثل. فلا- يدلّ عليه الاية، لان المفروض ان المثل فيها ليس بمعنى المصطلح. فان كان عليه اجماع، و الا لكان الحكم مشكلاً. اذ اصالة البرائة عن التزام القيمة، يعارضه اشتغال ذمته بلزوم ارضاء المالك. و التمسك بالاستصحاب في الاجزاء العقلية، و بمثل قوله عليه السلام «ما لا يدرك كله، لا يترك كله»، محل اشكال.

و كيف كان، فالظاهر عدم الخلاف في ضمان الغاصب للمثل في المثلى. و لعلّ فتاويهم مبتنّ على تعيينٍ تعينه؛ بمعنى أنّه لا يجوز للغاصب التخلّف عنه لو اراد المالك. و لا- للمالك مطالبة القيمة لو لم يردها الغاصب. و لما لم يكن في القيمي معيار، يرجع اليه غالباً [في الباقي بعد تعيين] المثل- [ى-] (١). و اللائق بالقواعد الشرعية هو الأطراد (٢)، فجعل المعيار فيه هو القيمة. و يدلّ عليه الاخبار ايضاً مثل صحيحة ابي ولاد (٣) و ما في معناها؛ حيث حكم عليه السلام بضمنان قيمة البغل، لا مثلها.

و الحاصل: ان الظاهر من «المثل» في الاية، المماثلة في كل شئ، على ما هو مقتضى الحكمة في مثل هذه الالفاظ. و الا تيان بحسب المقدور أنّما يتم في المثلى المصطلح بالمثل، و في القيمي بالقيمة.

و اما القول ب-«تحصيل المماثل في القيمي اولاً، ثم الرجوع الى القيمي مع عدم

ص: ٣٣

١- اى بتشخيص المثليات، يتشخص القيميّات.- عبارة النسخة: فالباقي تحصيل المثل.

٢- اى: كلّما لم يكن مثلياً، فهو قيمي مطرداً و مطلقاً. و المعيار في اخذه هو القيمة.

٣- الوسائل، كتاب الاجارة، ب ١٧ ح ١.

الامكان»؛ و ان كان له وجه (كما يظهر من ابن الجنيدي) و لكن يدفعه ندره تحقق المماثلة المطلوبه في القيمي، و الاخبار مثل صحيحة المذكورة و غيرها. اذ مقتضاها الرجوع الى القيمه اولاً. فظهر ان دليل الرجوع الى المثل في المثلي، هو ظهور عدم الخلاف، مع ظاهر الايه، لا بمعنى ان يكون المراد بلفظ «المثل» هو المصطلح. بل بمعنى لزوم المماثلة العامه و اظهر افرادها هو الاخذ بالمثل.

و الدليل في القيمي ان المماثلة في الاعتداء غالباً لا يتحقق في القيمي الا بالقيمه. و مثل صحيحة المذكورة و غيرها مما ذكرنا من لزوم حمل المماثلة على المماثلة العامه الكامله. للظاهر. و اقتضاء الحكمه تدفع (1) ما يمكن يورد بانه: لعله اريد «فاعتدوا بمثل ما اعتدى» يعني اعتدوا كما اعتدى. فلا يستلزم المماثلة في المعتدى به. بل يكفي المماثلة في الاعتداء. بان (2) (مع ان اطلاق المماثلة في الاعتداء في كلام الحكيم يقتضى المماثلة في المعتدى به ايضاً). فيه: ان المتبادر من كلمه «ما»، الموصوله لا المصدريه.

الثاني: في تعيين وقت القيمه. في القيمي. و فيه اقوال شتى؛ و الاقوى عندي هو الرجوع الى قيمه يوم التلف. و هو مختار الدروس (3) و نسبه الى الاكثر. كما ان المحقق نسب القول بكونه يوم الغصب الى الاكثر (4). و ذهب جماعة الى انه اعلى القيم من حين الغصب الى يوم التلف. و عن المحقق في احد قوله؛ الى حين الرد.

لنا: انه مكلف برد العين مادام باقياً، و لا ينتقل الى القيمه الا مع تعذره، و هو يوم التلف. فيستصحب الى زمان الرد. و استدلل على القول الثاني بان وقت حدوث الغصب،

ص: ٣٤

١- و في النسخه: تندفع.

٢- الجار و المجرور متعلق ب-«تدفع» اي تدفع بان.. و في النسخه: اذ.

٣- الدروس، ج ٣ ص ١١٣ ط جامعه المدرسين.

٤- الشرايع، ج ٣ ص ١٨٩ ط دار التفسير.

اول دخول العين فى ضمان الغاصب، و الضمان انما هو بقيمته. فيقتضى به حاله ابتدائه. و فيه: منع تعلق الضمان بالقيمة فى اول الامر. و استدل به بعضهم بصحيحة ابى ولاد فى حكاية كرايه البغل، و هى طويلة. و فى جملتها: ان ابا ولاد بعد تعيين كرى البغل و زمانه، خالف صاحبه و جاوز الحد. و سئل الصادق (عليه السلام) عن حكمه. و قال (عليه السلام) انه ضامن للكرى. فقال ابو ولاد: «فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ لَوْ عَطَبَ الْبُغْلُ وَ نَفَقَ أَلَيْسَ كَانَ يَلْزَمُنِي قَالَ نَعَمْ قِيمَهُ بَغْلٍ يَوْمَ خَالَفْتَهُ قُلْتُ فَإِنْ أَصَابَ الْبُغْلَ كَسِيرٌ أَوْ دَبْرٌ أَوْ غَمْرٌ فَقَالَ عَلَيْكَ قِيمَهُ مَا بَيْنَ الصَّحْهِ وَ الْعَيْبِ يَوْمَ تَرُدُّهُ عَلَيْهِ فَقُلْتُ مَنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ قَالَ أَنْتَ وَ هُوَ إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ عَلَى الْقِيمَةِ فَيَلْزَمُكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيمَةِ لَزِمَهُ ذَلِكَ أَوْ يَأْتِيَ صَاحِبَ الْبُغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيمَةَ الْبُغْلِ حِينَ أَكْتَرَى كَذَا وَ كَذَا فَيَلْزَمُكَ» الحديث (١).

و استشكل بان قوله عليه السلام «نعم قيمة بغل يوم خالفته»، فيه احتمالات: الاول: ان يكون المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة. فيكون شاهداً لهذا القول. و الثانى: ان يكون المراد «يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة»، فيكون قوله عليه السلام «يوم المخالفة» متعلقاً بـ«يلزم». يعنى لزوم القيمة فى ذلك اليوم. و حد القيمة غير معين مرجوع الى ما يقتضى به الدليل.

اقول: و لا- يبعد دعوى ظهور قيمته حين التلف منه فان سؤال الراوى عن الضمان بسبب التلف، لا- بسبب المخالفة. فمطابقة الجواب للسؤال، يقتضى ان يكون المراد: نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم. يعنى يصير حكمك فى هذا اليوم لزوم قيمة البغل ان هلك. و المتبادر منه (بعد معلومية (٢) انه ليس المراد قيمته ميتاً) اقرب زمان حياته الى الموت. و هو يوم قبل التلف. و هذا معنى قيمة يوم التلف. و اما تنكير البغل؛ فلعله

ص: ٣٥

١- الوسائل، كتاب الاجارة، ب ١٧ ح ١.

٢- و فى النسخة: معلومته.

للاشارة الى أنه يفرض الميت حياً. و الأ فلا ريب أنه لا يكفى قيمة اى بغل كان. فيصير ارادة ما ذكرنا اوضح. و هذا ايضاً مؤيد لكون الظرف لغواً متعلقاً ب-«يلزمك»، و الأ- فلا- يناسب التنكير. اذ البغل يوم المخالفة حتى بالفرض و الاستصحاب. فالاولى تعريفه. و لعله لذلك لم يستدل بها المتقدمون بهذا القول، و اكتفوا بذكر ما مرّ من الوجه الضعيف. مع أنّ قوله عليه السلام بعد ذلك «يوم تردّه عليه» يدلّ على خلاف ذلك.

ثم: بملاحظة (1)، احتمال كون قوله عليه السلام «يوم تردّه عليه» ظرفاً لقوله «عليك»، لا متعلقاً بالقيمة، لا يثبت من الحديث. لأنّ المعبر [حينئذ] القيمة يوم الردّ مطلقاً؛ يعنى سواء كان أعلى القيم ام لا. مع أنه لم يقل به احد.

و كذلك: الظاهر أنّ المراد من قوله عليه السلام «حين الكرى (2)»، حين الصّحة. و الأ فلم يقل احد بمضمونه. و ذلك للمسامحة من جهة ان الغالب عدم تفاوت القيمة فى هذه المدّة القليلة. مع التأييد بالاستصحاب و اختفائه عن مالكة فى ايام الغضب، فيستصحب معرفة القيمة حينئذ. و كيف كان، فالخبر لا يدلّ على هذا القول.

فان قلت أنه: و ان لم يدلّ عليه بالتّمام، و لكن على بطلان ما اخترت. فان لزوم القيمة يوم المخالفة، مخالف لما اخترت من عدم لزومه الأ يوم التلف.

قلت: قد ظهر مما ذكرنا ان المراد من قوله عليه السلام «نعم قيمة بغل يوم خالفته»؛ القيمة ان عطب او نفق. لقرينة السؤال. فلم يدلّ على الانتقال الى القيمة حين وجود العين و امكان [ردّ العين] ايضاً (3).

و وجه القول الثالث: أنّ الغاصب فى اول زمان الغصب مكلف بايصال المغصوب الى

ص: ٣٦

١- لفظه «بملاحظه» اما زايد زاده النساخ، و اما أن يقرء كما أعربناه، اى: بسبب ملاحظه يعلم أنّ احتمال..

٢- و فى النسخة: اكرى.

٣- عبارة النسخة: امكان الردّ ايضاً.

[المالك] (١) في ذلك الوقت. فاذا لم يفعل، كان عليه ان يجبر النقصان الذي للمالك بسببه. و جبر ذلك النقصان اما برّد العين في زمان آخر. [١] او قيمته في الزمان الاول عند تعذّر ذلك. و كذلك: الغاصب مكلف في الزمان الثاني بايصال العين الى المالك، و حيث لم يفعل، كان عليه جبر نقصانه كما ذكرنا. و كذلك في الزمان الثالث و الرابع. فاذا فرض زيادة القيمة في بعض هذه الازمنة، كان عليه ردها الى المالك عند تعذّر العين. و الحاصل: أنّه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم. و لو تلف فيها لزم ضمانه. فكذا بعد[ه].

و يظهر ضعفه مما مرّ من منع تعلق الضمان بالقيمة مادام العين باقية. مع أنّ مقتضى ذلك لزوم ردّ زيادة القيمة السوقية مضافاً الى العين عند بقائها. و تزلزلها و نقصان قيمتها حين الردّ عن بعض القيم السابقة. و هو خلاف المعهود بينهم. بل يظهر من بعضهم عدم الخلاف بينهم في عدمه. بل ادعى بعضهم الاجماع عليه.

و اما التمسك [بالضمان] (٢) هنا، فهو ايضاً لا يتم. سيما بملاحظة النظائر الاقوى [كما] أنّه من حبس عبد احد (٣) مدّة مديدة، لا يُلزم بربح، مع أنّه لو كان في يد مالكة يُحصل به ربحاً كثيراً بسبب المعاملة.

وهكذا [التمسك بقاعدة] «اخذ الغاصب على اشقّ الاحوال»، ايضاً لا يساعده دليل.

و اما دليل قول الرابع: فلعله الرجوع في القيمة الى المثل ايضاً، و الانتقال الى القيمة عند تعذّره. و لا يخفى ضعفه.

هذا كلّه في ما كان النقصان بسبب القيمة السوقية. فلو كان النقصان بسبب النقصان في العين؛ يعني أنّه حدث عند الغاصب نقص فيه بسبب القيمة السوقية. فلو كان النقصان بسبب النقصان

ص: ٣٧

١- و في النسخة: المكلف.

٢- و في النسخة: بالاضماد.

٣- و في النسخة: حبس عبد اخذ.

فی العین؛ یعنی آنه حدث عند الغاصب نقص فیه بسبب هزال، او دبر، او عرج، او غیر ذلک، ثم تلف، فیضمن بلا خلاف ظاهر. بل ادعی الشہید الثانی (ره) علیہ الاجماع. و اما عدم استیفاء الزیادۃ السوقیۃ مع بقاء العین و ردّها، فقد مرّ عدم الاشکال فیه. و عن المختلف و ظاهر التذکرۃ الاجماع علیہ، و كذلك المسالک. و عن الشیخ عدم الخلاف. و فی الکفایۃ أنه المعروف من الاصحاب.

۲۶- سؤال:

۲۶- سؤال: علما نوشته اند که «عدالت به سه چیز معلوم می شود؛ یکی به شیاع. و دویم به شهادت عدلین. و سیم به معاشرت. حدّ شیاع و حدّ معاشرت به چه طریق است؟ و معنی عدالت چه چیز است؟.

جواب:

جواب: در [تعریف] عدالت سه قول است: اول آن که «ملکۃ نفسانیۃ است که انسان را وا می دارد به تقوی و مروّت». دویم: جمعی از قدما گفته اند که «اجتناب از همه محرّمات است». سیم: جمعی گفته اند که «اجتناب از کبایر است و عدم اصرار بر صغایر». و کبایر (علی الاقوی) آن ها است که حق تعالی در قرآن مجید وعده عذاب آتش بر آن داده.

این معنی عدالت است در نفس الامر. و اقوی قول اول است. لکن در ثبوت آن، اکتفا به حسن ظاهر می شود. زیرا که بعد از آن که خلاف کرده اند در معنی عدالت، خلاف کرده اند در «کاشف»، بر سه قول: اول: جمعی از قدما گفته اند که ظاهر اسلام با عدم ظهور فسق، کافی است در ثبوت عدالت. دویم: مشهور میان متأخرین، وجوب تفحص و تفتیش است که ظن غالب حاصل شود به حصول عدالت. سیم: این که معروف باشد به ستر و صلاح و اجتناب از کبایر و مواظبت طاعات، و مجتنب از محرّمات باشد. یعنی همیشه در پی پوشیدن عیوب خود و مواظبت عبادات باشد. و هرگاه از اهل محلّه و

آشنایان او بپرسند، بگویند ما از او به غیر خوبی ندیدیم.

خلاصه: به آن چه در حدیث صحیحی که عبدالله بن ابی یعفر روایت کرده (۱)، اکتفا می‌کنیم. و این قول هم ظاهر می‌شود از کلام جمعی از قدماء و متأخرین. و همان حدیث صحیح اشعار دارد بر این که «منافی مروّت از او سر نزند». چنان که مشهور است. و مروّت عبارت است از «ملکه [ای] که باعث [بر] (۲) اجتناب از آن چه مشعر است بر پستی نفس و دنائت»، [مانند برخی] (۳) از مباحات و مکروهات و [نیز] صغایر محرمات؛ مثل چیز خوردن در میان بازار، و بول کردن در میان راه در حین تردد مردم، و دزدیدن یک لقمه، و کم کشیدن ترازو به یک دانه گندم، و امثال آن.

این‌ها همه در وقتی [است] که خود خواهیم که عدالت شخص را بدانیم. و اما هرگاه میسر نشود، یا بشود اما خواهیم راه دیگر را در دانستن، به آن داشته باشیم؛ پس آن است که به شهادت عدلین [اکتفا] (۴) کنیم، یا به شیاع یعنی غیر عدول از مردم جمعی بگویند که فلان کس عادل است. به حدی که علم [به هم] رسد به عدالت. بل که ظن غالب به حصول آن کافی است. و لیکن در شهادت عدلین و شیاع، باید که شاهد‌ها در مسئله عدالت با تو متفق الرأی باشند. چون که در مسئله عدالت خلاف است. پس باید آن‌ها شهادت بدهند بر عدالت به آن معنی که رأی توست و بنای تو بر آن است.

۲۷- السؤال:

۲۷- السؤال: اذا ادعى عمرو على زيد ملكاً فبيده. وقبل الترافع وطى الدعوى، باع زيد الملك المذكور ببيكر. ثم ترافعا و عجز عمرو عن البيئته. و بعد حكم الحاكم باليمين على زيد المنكر، ردّ زيد اليمين على عمرو. و حلف عمرو. فهل يرجع عمرو الى

ص: ۳۹

۱- وسائل، كتاب الشهادات، ب ۴۱ ح ۱.

۲- در نسخه: از.

۳- عبارت نسخه: همست از مباحات و..

۴- در نسخه: انشاء.

الملک و يأخذه عن يد بکر؟ او يرجع علی زید بالغرامه؟

الجواب:

الجواب: الاظهر انه يرجع الی زید بالغرامه. لان بکراً ملک الملک علی نهج صحیح، ولا دلیل علی جواز الرجوع علیه. ولما توجه باليمين المردودة جواز استيفاء الحق عن المدعی علیه ولا- يمكن حينئذ الا بالغرامه بالثمن، فيتعين [الثمن]. هذا علی ما اخترناه من كون حكم اليمين المردودة، اصلاً برأسه. و ان جعلناها من فروع كونها من باب اقرار المدعی علیه (كما هو احد القولین فی المسئلة و اظهرهما)، فيصير الحكم اظهر. لان اقرار الخصم حينئذ اقرار فی حق الغير.

و القول الاخر فی المسئلة، هو كونها من باب «بینه المدعی» (۱) فيجوز الانتزاع من بکر. و هذا القول ضعيف. بل القولین كلاهما ضعيفان. و الحق انه اصل برأسه. و يختلف الحكم فيه باختلاف الموارد.

۲۸- سؤال:

۲۸- سؤال: هرگاه کسی بیاید در نزد حاکم شرع و بگوید که: فلان شخص در همین شهر است به من می گوید (۲) که فلان قدر از مال من دزدیده [ای] و من چون علم دارم که تو مال مرا برده [ای] به حاکم جابر می گویم که مال مرا از تو بگیرد. و به مرافعه شرعیه راضی نمی شود، و من اطلاعی از مال او ندارم. آیا جایز است از برای او رجوع به حاکم جابر یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بیان این مسئله محتاج است به ذکر چند مطلب: اول این که: در آیات قرآنی (۳) و احادیث بسیار از ائمه اطهار علیهم السلام، حکم صریح شده به حرمة محاکمه

ص: ۴۰

۱- و فی النسخة: المدعی علیه.

۲- در نسخه: بگوید.

۳- از آن جمله آیه ۶۰ سوره نساء: «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ». و آیه ۶۵ همان سوره: «فَلَا وَ رَبِّكَ لَا- يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ». و آیه ۱۸۸ سوره بقره: «وَلَا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ».

بردن به طاغوت و سلاطین جور. و هر چند ظاهر اخبار بسیار، اراده حکام مخالفین است، لیکن عموم روایات [از جمله روایت] ابی خدیجه (۱) و غیرها، شامل سلاطین جور شیعه هم هست (۲). و در بعضی اخبار تصریح شده به آن که آن چه از حکم ایشان بگیرد «سحت» است، هر چند به حق حکم کرده باشد و حق آن مدعی بینه و بین الله ثابت باشد (۳).

و مشهور، این آیات و اخبار را تخصیص داده اند به غیر صورتی که موقوف باشد استنقاذ حق به محاکمه ایشان. و بعضی در این هم اشکال کرده اند. به جهت آن که حکم کردن ایشان، فعل حرامی است، و محاکمه به سوی ایشان «اعانت برائتم» است. و دلیل واضحی بر این استثناء نیست به غیر نفی عسر و حرج و ضرر، و در مقابل آن حرمت و اعانت برائتم است.

و ظاهر این است که استعانت از ظالم به اخذ قهری بدون مرافعه نیز چنین باشد. به جهت اشاره آیات و اخبار، و لزوم اعانت برائتم، هر چند که در صورت عجز از بینه باشد در نزد حاکم شرع با وجود علم به حق خود. و این که شنیده [ای] که فقهاء می گویند «جایز است تحصیل حق به غیر قاضی و با عدم امکان مرافعه به حاکم شرعی، جایز است گرفتن حق بر وجه قهر»، باید مراد ایشان در صورتی باشد که اعانت برائتم لازم نیاید. مثل این که خود به زور خود بگیرد، یا حاکم جائز هم علم به حق او داشته باشد و مال او را

ص: ۴۱

۱- الوسائل، کتاب القضاء، ابواب صفات القاضی، ب ۳ ح ۲.

۲- این رأی میرزا(ره) در این جا خیلی جالب است؛ او که در مباحث (مجلدات) پیشین حکام جور شیعه را مشمول این اخبار و احادیث نمی دانست، و هر معامله و بیع با سلاطین جور سنی را صحیح، اما با سلاطین جور شیعه را حرام می دانست. و در مسئله «دفاع در مقابل کفار» نیز همین فرق را می گذاشت. و از این روی با دیگر فقیهان معاصر خود، در «دفاع مقدس جنگ های قفقاز» تا حدودی فاصله گرفت. در حالی که عموم و اطلاق اخبار در این جا، با آن مسائل فرقی ندارد. و فتوایش در این جا مؤید اعتراضات این طلبه کوچک در آن مسائل است. والله الحمد. به عنوان نمونه رجوع کنید به مسئله شماره ۴۶۷ در جلد اول. و مسئله شماره ۹۰ در جلد دوم.

۳- وسائل، کتاب القضاء احادیث اولین باب.

بگیرد در صورتی (۱) که عاجز باشد از بیّنه با علم به ثبوت حق، [و] با اذن او. [با وجود این که] استنفاذ حق بسته نیست به وجود حاکم شرعی، به جهت آن که ثبوت حق همین بر منکر، از جمله اسباب استنفاذ نیست (۲). پس با وجود امکان، عدول از حاکم شرعی کردن، وجهی ندارد. علی الخصوص در صورتی که دعوی بر دینی باشد. و اگر نه، لازم می آید که فایده نصب حاکم منحصر باشد در صورت امکان اثبات بیّنه. و آن موجب تخصیص عمومات است بلا دلیل.

دویم: در بیان تقاض حق است. و اگر حق از باب حدّ قذف و دعوی قصاص است؛ پس ناچار است مرافعه به حاکم کند. و اگر دین است و قرض دار مقرّ است و ملاحظه نمی کند، پس اخذ آن بدون اذن حاکم جایز نیست، و تعیین مال دین در دست قرض دار است. و اگر قرض دار منکر باشد یا ملاحظه می کند، پس اگر صاحب حق عاجز است از اثبات در نزد حاکم به سبب عدم بیّنه، یا عدم امکان وصول به حاکم، یا لزوم عسر شدید، جایز است تقاض به مثل مال خود یا قیمت آن؛ الا سهل (۳) فالاسهل. بلاخلاف ظاهر. و ادله بر آن بسیار است از آیات (۴) و احادیث (۵) بسیار.

و اما در صورت وجود بیّنه و امکان ثبوت در نزد حاکم شرعی؛ پس در آن خلاف است، اشهر و اظهر جواز است. و احوط رجوع به حاکم شرع است.

ص: ۴۲

۱- در نسخه: با وجود این که در صورتی. - این «با وجود این که» جا به جا شده، جایش بعد از دو جمله است که علامت گذاری کرده ایم.

۲- یعنی ممکن است حاکم شرعی حکم کند اما طرف قلدری کرده و اعتنائی به حکم نکند. پس استنفاذ که در کلام فقها آمده، غیر از مرافعه است.

۳- در نسخه: ان الا سهل.

۴- آیه ۱۹۴ سوره بقره و آیه ۴۰ سوره شوری.

۵- وسائل، کتاب التجارة، ابواب مایکتسب به، احادیث باب ۸۳- و کتاب الایمان، ب ۴۷، ح ۱.

سیم: هرگاه کسی آید در نزد حاکم شرع و شکایت کند که کسی به من تعدی کرده. و خواهش کند از حاکم که خصم او را حاضر کند. پس اگر آن شخص مدعی علیه در بلدی است که ممکن باشد احضار، پس ظاهراً خلافی نیست مابین علما در وجوب احضار آن شخص، نهایت احوط آن است که [او] (۱) تحریر دعوی خود را بکند، به جهت آن که مبادا دعوی او «غیر مسموعه» باشد و احضار آن شخص ایذاء و اهانت است.

و اگر قاضی تسلطی نداشته باشد، گفته اند که به اعوان سلطان استعانت می جوید (۲).

و هرگاه آن شخص معذور باشد به سبب حبس یا آزار، پس قاضی کسی را بفرستد که مرافعه کند، یا آن شخص را بگوید و کیلی تعیین کند. بعد از آن اگر محتاج به قسم دادن شود، کسی را بفرستد که او را قسم دهد.

و اگر از بلد خارج باشد، پس اگر در آن جا مجتهدی باشد که مرافعه تواند کرد، باید او متوجه بشود. و اگر نباشد پس بعد تحریر دعوی و معلوم شدن این که دعوی مسموعه است، آن شخص را حاضر می کند.

و گفته اند: زنان برزه حکم ایشان حکم مردان است در صورتی که مطلقاً پروائی از احضار ندارند. اما اگر برزه باشند اما از حضور در مجامع مضایقه دارند و بی باک نیستند، اولی آن است که امر به توکیل کند و کسی را بفرستد که مرافعه کند و صورت مرافعه را به عرض حاکم برساند. و اگر آن مخدّره باشد، پس او را تکلیف به حضور نمی کنند. بل که امر به توکیل می کنند، یا حاکم در نزد او حاضر می شود.

پس هرگاه دانستی این مطلب را، پس رجوع می کنیم به اصل مسئله و می گوئیم: چون این شخص آمده در نزد حاکم تظلم می کند، و خصم او حاضر و متمکن از حضور

ص: ۴۳

۱- در نسخه: از.

۲- در نسخه: می جویند.

هست، باید حاکم او را حاضر کند و مرافعه شرعی به یمین یا بیینه طی کند. و توهم این که این از باب تقاص است، مدفوع است به این که موارد رخصت تقاص غیر آن مورد است که آن شخص متهم تظلم کند به حاکم. و بر فرض تقدیر تحقق محل تقاص و جواز آن، اخذ آن، اخذ حق قهراً در صورتی است که محرم دیگر به عمل نیاید. و در این جا دو حرام دیگر محقق است. بل که سه حرام.

۲۹- سؤال:

۲۹- سؤال: در صورت تعارض «ید قدیمه»- یا «ملکیت قدیمه»- و «ید حالیه»، تقدیم کدام لازم است؛ ید قدیمه و ملکیت قدیمه؟ یا ید حالیه؟ تفصیل شقوق متصوره و احکام هر یک را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هرگاه خانه [ای] مثلاً در دست زید باشد، و عمرو ادعا کند که از من است و اقامه بیینه کند که خانه دیروز از مال او بوده است، یا در دست او بوده. پس اگر شاهد با وجود این، شهادت بر فساد ید لاحقه بدهد (مثل این که بگوید: دیروز ملک او بود، یا در دست او بود، زید از او غصب کرد، یا اجاره کرد)، بی اشکال قول عمرو مقبول می شود. و هرگاه شهادت بر فساد ید زید ندهد، در آن دو قول است؛ اظهر تقدیم ید حالیه است، یعنی ید زید. زیرا که استصحاب، مقاومت با ید حالیه نمی کند. و همچنین ید قدیمه مقاومت با ید حالیه نمی کند. بلی اگر شاهد شهادت بدهد که زید دیروز اقرار کرد که خانه مال عمرو است، در این جا حکم می کنیم به استصحاب ملکیت عمرو. و همچنین اگر شاهد عمرو شهادت بدهد که دیروز خانه مال عمرو بوده و خریده بود او را از زید دیروز. یا شهادت بدهد که زید دیروز اقرار کرد که خانه مال عمرو است و از او خریده است.

و اما اگر شاهد بگوید که من معتقد اینم که مال عمرو است، به مجرد استصحاب. پس اگر مراد او اظهار تردد و شک است، مسموع نیست. و هرگاه مراد ظن استصحابی است، اظهر قبول است.

۳۰- سؤال:

۳۰- سؤال: هرگاه زوجه دعوی با احدی داشته باشد. و زوج او شهادت از برای او بدهد. و بعد از ثبوت، زوجه زوج را وکیل کند در اخذ حق. آیا صحیح است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهراً خلافی در سماع شهادت احد زوجین از برای دیگری، نیست. و اشهر عدم اشتراط ضمیمه است باحدهما؛ به این معنی که در جائی که [احتیاج به] یک [شاهد] باشد؛ مثل جائی که «بشاهد و یمین» اثبات مطلب می شود، زوج محتاج به ضمیمه شاهد دیگر نیست. و همچنین جائی که یک زن کافی است (مثل ربع وصیت) (۱) زوجه محتاج به ضمیمه نیست. و بعضی شرط کرده اند ضمیمه را در هر دو. و بعضی تخصیص داده اند به زوجه. و روای- [آتی (۲) که در این باب است مخصوص زوجه است و تاویل ظاهری دارد. پس اقوی عدم اشتراط است مطلقاً.

به هر حال، بعد از اثبات مطلب به شهادت زوج، توکیل بعد از ثبوت حق، مضر به شهادت نیست. آن چه مضر است این است که وکیل شهادت بدهد از برای موکل در امری که در آن وکیل است. و این از آن باب نیست.

۳۱- سؤال:

۳۱- سؤال: هرگاه شخص عادل وکیل شود در اجرای صیغه موأهبه، بعد از آن شهادت بدهد که این ملک مال متَّهب است. آیا شهادت او مسموع است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که هرگاه شهادت بدهد که «من این ملک را مال متَّهب می دانم»، مسموع است. و این نه از باب شهادت وکیل است از برای موکل در امری که وکیل است در آن، که مورد تهمت باشد. به جهت آن که در این حال این شخص وکیل در هیچ امری نیست. و در آن وقتی که وکیل بود در اجرای صیغه، دعوائی نبود.

و این که در مسئله طلاق اختیار این کرده ایم که نمی توان اکتفا کرد به این که احد

ص: ۴۵

۱- شهادت یک زن بر وصیت، در ربع آن وصیت، نافذ است.

۲- وسائل، کتاب الوصایا، احادیث باب ۲۲.

عدلین مطلق باشد، به جهت آن است که ظاهر آیه و اخبار این است که طلاق در حضور دو عدل واقع شود. و از آن می فهمیم که باید دو عدل غیر مطلق باشند. نه این که شهادت مطلق مسموع نیست. پس هرگاه در حضور دو عدل دیگر طلاق بگوید و الحال مرافعه واقع شود و یکی از عدلین حاضر نباشد، می توان [د] مطلق احد شاهدین بر ثبوت طلاق باشد.

۳۲- سؤال:

۳۲- سؤال: هرگاه کسی مال صغیری را در دست داشته باشد، و با مال خود مخلوط نموده به معامله بدهد به غیر، و مجموع تنخواه را حجت و تمسکی (۱) از آن غیر بگیرد. و بگوید تمسک را بنویسد به اسم صغیر، به جهت مصلحتی از مصالح. و بعد که صغیر کبیر شده ادعا می کند که مجموع آن چه در تمسک و حجت نوشته شده، مال من است. بدون بینه و یمین می توان گرفت یا نه؟-؟

جواب:

جواب: محض کاغذ و تمسک، حجت شرعی نیست. و همچنین [اگر] کاغذ را هم به اسم صغیر بنویسد، این به تنهایی، اقرار نیست. بل هرگاه ثابت شود که اقرار کرده است و بگوید «به جهت مصلحتی چنین اقرار کرده ام»، امر مشکل می شود. و لکن اظهر این است که دعوی او را در این وقت می شنوند، به این معنی که (هرگاه صغیر نتواند به ثبوت رساند) او را قسم می دهند. و اگر ردّ کند بر مدعی (۲)، [مدعی] قسم می خورد و آن چه را که ادعا می کند بر می دارد. خلاصه این که: صغیر به مجرد دعوی بدون بینه و یمین (در این صورت) مستحق تمام مال نمی شود.

۳۳- سؤال:

۳۳- سؤال: هرگاه زید زوجه خود را به سفر حج برده و در بین راه فوت شده، وارث

ص: ۴۶

۱- در آن زمان «حجت» می گفتند و امروز «سند» می گویند. - تمسک. مخفف «مستمسک» که در ایران رواج داشت. مثلاً می گفتند: فلانی دفتر و دستک و تمسک را آورد.

۲- یعنی صغیر که اینک کبیر شده.

زوجه مطالبهٔ صداق از زوج می‌کند، زوج مدعی است که زوجه صداق خود را به من صلح کرده به یک من گندم و صد دینار فلوس. و ورثه می‌گویند: صلح کرده به شرط این که او را به مکه ببری و چون شرط به عمل نیامده، صلح باطل می‌شود. و بینهٔ دعویین، موجود نیست. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت انتفاء بینه از طرفین، قول ورثهٔ زوجه مقدم است با یمین. چون کلام آن‌ها معتضد است به استصحاب بقای صداق در ذمهٔ زوج.

و صدور صلح به عنوان «اطلاق» هر چند در نظر ظاهر اوفق است به «اصل» در این مقام و توهم می‌شود که هر دو متفق اند بر اصل صلح و ورثه مدعی زیادتى شرط اند، و اصل عدم آن است. و لکن بعد از تأمل ظاهر می‌شود فساد این کلام، به جهت آن که صلح مشروط هم شیئی واحد است. و اصل عدم اطلاق و [عدم] شرط، هر دو است، و هر دو در «مرتبهٔ حدوث» مساوی اند. و اصل عدم هر دو است. و چون زوال صداق از ذمه، در این مقام موقوف است به احد امرین: یا اطلاق صلح، و یا تحقق شرط. و هیچکدام ثابت نیست بالفرض، پس یقین به زوال صداق، حاصل نشد[ه].

و لکن زوج را باید راضی کرد در آن مقدار عمل که کرده است بر نحوی که حکم شرعی مقتضی آن باشد. والله العالم.

مسائل القضاء و الشهادات من المجلد الثانی

۳۴- سؤال:

۳۴- سؤال: هرگاه مجتهدی نباشد که مرافعه کند و قسم بدهد. آیا می‌تواند مدعی

ص: ۴۷

حق خود را صلح به مبلغ «یک شاهی» (مثلاً) و قسمی که مدعی علیه یاد کند (۱)، یا نه؟-؟ و ملاحظاتی که رتبه اجتهاد ندارند، به این نحو طی دعوی بکنند. وجه جواز یا عدم اشتراط جواز آن را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: الحال وجهی از برای جواز این طریقه نمی دانم. و وجهی از برای سقوط دعوی به مجرد این مصالحه و قسم خوردن نمی یابم.

و الاشکال فیه من وجوه؛ فانّ المصالحة من عقود المعاوضات. و وجه المصالحة لابد ان یکون شیئاً یکون تحت ید المصالح معه و ملکاً له. و لابد ان یکون حلالاً جائز التصرف. لقوله عليه السلام: «الْصُلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» (۲). فلا یصح الصلح الا مع جواز الیمین للمدعی علیه. و حینئذ نقول: ان کان

ص: ۴۸

۱- برای تصویر ذهنی فرض این مسئله، توضیح دو نکته لازم است: اول: در ذیل برخی از مسائل مجلدات پیشین، واحدهای پولی ایران در زمان محقق قمی (ره) به شرح رفت؛ شاهی، دینار، قران، تومان، عباسی، پناباد (پناه آباد). و در آخرین مورد از آن ها، مشخص شد که از آغاز مرجعیت میرزا(ره) تا پایان عمرش، ارزش پول ایران سیر نزولی داشته است. حتی تومان چند دینار بوده سپس به مقدار اندکی از دینار صدق می کرده و... در این جا که از خود متن کتاب (که مسائل جلد دوم از جامع الشتات است و به اواسط عمر میرزا(ره) متعلق است) معلوم می شود که آخرین معیارها رسمیت داشته است. بنابر این به صورت زیر می شود: دینار ۵ = یک شاهی ۲۰ شاهی = یک قران ده قران = یک تومان. بنابر این: یک قران = صد دینار. ریال امروزی نیز مساوی است با همان قران. گرچه دینار و شاهی، از حوالی سال ۱۳۳۵ شمسی، از دور خارج شدند. و اینک در واقع ریال نیز از دور خارج شده است. دوم: متن سؤال، از یک نوع عصبانیت و حساسیت مدعی، حکایت دارد. او می خواهد از حق خود در مقابل قسم صرف نظر کند اما نه به طور مطلق. بل می خواهد علاوه بر قسم یک (باصطلاح) پیشیزی به نام یک شاهی هم از مدعی علیه بگیرد. و الا، یک شاهی چندان ارزشی نداشته است، از شواهد تاریخی بر می آید که معادل (مثلاً) بیست هزار تومان امروز ما بوده که قیمت یک کیلو گوشت است. و چنین چیزی در کنار قسم نشان از روحیه برخی افراد است که نسبت به حق خودشان خیلی حساس هستند و می خواهند بالاخره چیزی از حق شان را بگیرند تا تشفی خاطر باشد.

۲- الوسائل، کتاب الصلح، ب ۳ ح ۱ و ۲.

المدعى عليه مشغول الذمّة في الواقع، فيمينه حرام. فلا يجوز الصلح عليه. و ان كان بريئاً، فهو و ان كان يجوز له حينئذ، لكن لا بد في عقد الصلح معرفة الجواز و عدم الجواز. و لا علم للمدعى بالجواز. لاحتمال عدمه (١).

و لا- معنى لاصالة الجواز، لتساوى الاحتمالين، بل و رجحان الحرمة. لان الراجح عند المدعى هو اشتغال ذمّة المدعى عليه. فيكون حلفه حراماً ظاهراً. و معرفة مدعى عليه جوازها (لعله ببرائة ذمته عمياً يدعيه في بعض الاعيان) لا- ينفع في تصحيح المصالحة مطلقاً و من جانب المدعى.

لا يقال: انّ المدعى اذا صالح دعواه بدراهم، فيرد عليه هذا المحذور ايضاً. لانّ المدعى از كان مبطلاً فالدراهم عليه حرام. و مع ذلك فالصلح صحيح. لانه يصح مع الاقرار و الانكار. و الصحة لا ينافى حرمتها عليه اذا اخذ. فلم لا يكون هذا صحيحاً و ان كان نفس الحلف حراماً؟

لأننا نقول: انّ الصحة في ما ذكر، أنّما هو على الظاهر. و يمكن فرضها مع استحقاق المدعى في نفس الامر، و مع عدمه. فانّ المدعى يمكن ان يكون دعويه منوطاً باستصحاب استحقاق والده. و المنكر قد يكون انكاره لاجل الاضطرار، لانه اذاه و لكنّه عاجز من الاثبات، فتمسك بالانكار. فيكون اعطاء الدراهم و اخذها جازياً شرعاً في [ظاهر] الشرع، فلا يحكم ببطلان المصالحة، حملاً لفعل المسلم على الصّحة ما لم يثبت كون المدعى مبطلاً. [و] لا يحكم ببطلان اخذ الدراهم في ظاهر الشرع (٢). فالقول بالصحة بالنسبة الى المبطل الاخذ للدراهم، أنّما هو على ظاهر الشرع، لامكان صحة الدعوى و صحة الانكار و صحة الصلح باجمعها. و اما بالنظر الى المبطل العالم بعدم الاستحقاق؛

ص: ٤٩

١- بل المدعى يدعى عدم جوازه قطعاً.

٢- عبارة النسخة: ..مبطلا لا الحكم ببطلان الصلح و اخذ الدراهم في ظاهر الشرع.

فالصحة ممنوع. وكذلك بالنسبة اليهما معاً في نفس الامر. فسقوط الدعوى من المحق أنما لبرائته في نفس الامر لا من جهة الصلح. فلا يضره بطلان الصلح في نفس الامر.

و بالجملة: اعطاء المدعى عليه الدراهم (1)، قابل لكونه جازياً بالذات سواء كان مستحقاً له في نفس الامر ام لا. و لكن مطلق الحلف في صورة الفرض غير جائز، بل أنما يجوز اذا كان بريئاً.

فالصلح على مطلق ما كان فعله قابلاً للحرمة و الجواز (مع ملاحظة قابليته لهما) حرام، لأنه صلح على ما يشمل الحرام. و التوطين على ايجاد ما هو شامل للحرام، حرام. فهو كالصلح على مطلق اللحم الشامل للمذكى و الميتة، و مطلق الجلد. يعنى مع ارادة شموله لما يؤخذ من سوق المسلمين و ايديهم و غيره. فهذا الصلح يوجب تحليل الحرام. و هو حرام بمقتضى النص.

فالصلح على الدراهم مع كون المدعى مبطلاً في نفس الامر، ليس بمحلل للحرام ظاهراً، و ان كان موجباً لتصرف المدعى فيه على وجه الحرمة. فالمراد بقوله «إِلَّا صُلِحًا أَحَلَّ حَرَامًا» يعنى في نظر الظاهر. و الصلح على الدراهم على الظاهر (2)، محلل للحرام النفس الامر[ى]، لا لما هو حرام في الظاهر. و هو لا يضر بصحة الصلح على الظاهر. بخلاف الصلح على شرب الخمر و نكاح المحارم، فإنه محلل للحرام في نظر الظاهر ايضاً. و الصلح على «اليمين المطلق» الذى احد فرديه اليمين مع شغل الذمة، من باب الصلح على شرب الخمر.

و الحاصل: ان حرمة التصرف على المبطل من الطرفين في عقد المصالحة، لا يستلزم كون الصلح محللاً للحرام بالمعنى الذى فسروه به. يعنى ان يصلح دعويه مثلاً بان يشرب

ص: ٥٠

١- عبارة النسخة: اعطاء الدراهم للمدعى عليه.

٢- اى الصلح الذى يقع على الدرهم على ظاهر الشرع.- عبارة النسخة: و الصلح على الدراهم محلل على الظاهر.

المدعى عليه الخمر، او ينكح محارمه، و نحو ذلك مثلاً. بل و يحصل المصالحة غالباً فى صورة يستلزم اكل احد الطرفين مال الاخر بالباطل، و مع ذلك فهو صلح صحيح على الظاهر. و ما نحن فيه أنما هو من باب تحليل الحرام بالمعنى المذكور. و فهم ذلك يحتاج الى تأمل صادق.

و لا- يرد مسألة التحليف فى القضاء نقضاً على ما ذكرنا. لأنه يعرض الحلف على المنكر فإما يحلف او [ينكل] (١) و يترتب عليهما حكمهما. بخلاف ما نحن فيه، فإنه الزام للحلف بسبب المصالحة (٢). و هو يستلزم تحليل الحرام، كما ذكرنا.

هذا كله مع انا [نقول] (٣) ظاهر قوله عليه السلام «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحْرَجَ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» (٤) (سواء قلنا انّ قوله عليه السلام «جائز» بمعنى «مضى» كما فى قوله «اقرار العقلاء على انفسهم جائز»، او بمعنى «حلال») اى الصلح مضى فى الظاهر الا ما ظهر كونه محلل حرام او محرّم حلال. او الصلح حلال و جائز فى الظاهر الا ما ظهر كونه محلل حرام [او محرّم حلال]، سواء كان ظهور تحريم الحلال و تحليل الحرام فى نظر احدهما فقط، او كليهما، او الذى يوقع الاصلاح بينهما.

فعلى هذا صلح المبطل دعويه بالدرهم غير جائز و لا مضى بالنسبة الى كليهما لو علما معاً بالابطال، او بالنسبة الى المبطل لو علمه [هو] فقط. و اذا تبين كونه مبطلاً، فينتقض الصلح جزماً، لا أنه يحرم عليه فقط و ان كان صحيحاً لازماً.

ص: ٥١

١- و فى النسخة: ينكر.

٢- لقاتل ان يقول: ليس هناك الزام، بل هو يختار اليمين فى مقابل الصلح، كما يختار فى القضاء اليمين و لا يختار النكول.

٣- و فى النسخة: نقوى.

٤- الوسائل، كتاب الصلح، ب ٣، ح ٢.

و يظهر ممّا ذكرنا (من كون ذلك، يعنى الصلح مع العلم بكون الدعوى باطلاً- داخلاً- فى تحليل الحرام) [ما فى] (١) كلام الصّيمرى و المقداد. و قال الصّيمرى فى شرح الشرايع: و لا يصح مع جهل احدهما و علم الاخر، كما لو علم زيد أنّ فى ذمته ماءً لعمره، و لم يعلم عمرو بها، فصالحه زيد على اقلّ من الماء، لم يجر. لانه يلزم منه تحليل الحرام، لانّ منع الحق حرام و هذا الصلح يقتضيه، فيكون باطلاً (٢). و على هذا فصوره النقص اعنى الصلح بالدراهم ايضاً داخلة فى ما ذكرنا.

و كلام الفقهاء و الزوايه ظاهراً فى ارادة «الامضاء» من كلمه «جائز»، لا الجواز. و المناسب للامضاء هو القاعدة الكلية البيّنة الظاهرة عند الجميع، مثل تحليل الخمر و تحريم و طى الحليلة. فيرجع الفساد فيه على اصل العقد بذمته (٣). بخلافه بمعنى الجواز، فانه يقع فى ما لو كان التحليل و التحريم فى خصوص الشخص و باطلاً فقط.

و مع [انّ] الحرمة فى المعاملات، ممنوع الدلالة على الفساد. [و] يلزم ان يفكك فى العقد و يقال بالصحة بالنسبة الى احدهما و بالفساد بالنسبة الى الاخر (٤) فى بعض المواضع اعنى فى موضع كان احدهما مبطلاً دون الاخر.

و لا يبعد ان يدعى وجود القرنية على الفساد فى الرواية و ان تُنوع دلالة الحرمة عليه. و هى انّ الصلح فيها مذكور فى [عداد] (٥) البيّنة و اليمين. فيكون الثمرة المترتبة على الصلح هو قطع الدعوى به، كالبيّنة و اليمين. و الاستثناء يدلّ على أنّه فى الصورة المحرمة لا

ص: ٥٢

- ١- و فى النسخة: من.
- ٢- و الاشكال فى قول الصّيمرى أنّه جعل هذا البطلان من مصاديق قوله عليه السلام «إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا». و ليس كذلك بل اكل زيد مال عمرو حرام بالادلة الأخرى.
- ٣- كذا. و لعلّ الصحيح: برّمته.
- ٤- لا كما زعمه الصّيمرى.
- ٥- و فى النسخة: عدد.

يترتب عليه الا-ث. و هو معنى الفساد (1). و [فيه أنّ] استعمال اللفظ فى المعنيين معاً غير صحيح على التحقيق. فحينئذ نقول عدم صحة الصلح (فى نفس الامر) (على تفسير الجواز) بالنسبة الى المبطل، و على الظاهر ايضاً بالقرنية، او بعد الظهور) أنّما هو بدليل آخر. لا بدلالة قوله عليه السلام «الأ ما احلّ حراماً». و هو أنّ ذلك اكل مال بالباطل قد أُجيز اكله على الظاهر بسبب عدم ظهور الحال، و حملاً لفعل المسلم على الصحيح. و بعد ظهور الحال يُحكم بالبطلان.

و الامر فى ذلك مخالف لحكم اليمين بعد ظهور البيّنة على خلافها. فانّ فيه خلافاً، فالأظهر أنّه لا يستردّ مال [أخذ] (2) باليمين و ان ظهر بطلانه بالبيّنة مطلقاً. و لعله لما ذكرنا

ص: ٥٣

١- و لنوضح مراد المصنف قدس سرّه على ما يمكننا: و يحتاج البحث الى مقدمتين: الاولى: أنّه معلوم للعلماء اجماعاً، و للناس ايضاً، أنّ ما يقطع فى المرافعات، بالبينه و الايمان، لا يوجب حلية ما حكم به القاضى لمن يعلم أنّه مبطل، و ان اقام بيّنة او حلف يميناً. كما قال صلى الله عليه و آله: «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَ الْأَيْمَانِ وَ بَعْضُكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَيُّمَا رَجُلٍ قَطَعْتَ لَهُ مِنْ مَيْالِ أَخِيهِ شَيْئاً فَإِنَّمَا قَطَعْتَ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ». و سائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢ ح ١. و اذ كان فى الصلح تراضى الطرفين، بل الصلح هو التراضى، قد يتخيل ان بين الصلح و بين قطع الدعوى بالبينه و الايمان، فرقا، فما قطع بالصلح فهو حلال. بخلاف ما قطع بالبينه و الايمان. و المصنف (ره) فى صدد بيان بطلان هذا التخيل، يقول: و لا يبعد ان يدعى وجود القرنية على الفساد اذا علم كون نفسه مبطلاً، كما ان فى القطع بالبينه و الايمان ايضاً يكون فساداً اذا علم كون نفسه مبطلاً. يقول: «الاستثناء دليل...» اى هذا الاستثناء فى الصلح بمنزلة «أنما اقضى بينكم..» لثلاً يتخيل متخيل أنّ ما قطع بالصلح فهو حلال. ثم يردّ ادعاء وجود القرنية فى الرواية، لاستلزامه استعمال اللفظ فى معنيين: الاول تحليل الحرام و تحريم الحلال، المعلومان لكل الامية. و الثانى تخيل تحليل الحرام بالصلح. ثم يقول: فنقول حينئذ عدم صحة الصلح (بالنسبة الى من يعلم أنّه مبطل) أنّما هو بدليل آخر. لا بدلالة قوله عليه السلام «الأ ما احلّ حراماً».

٢- و فى النسخة: احد.

[من تفسير الاكثر] (١) «تحليل الحرام و تحريم الحلال بمثل الصلح» على شرب الخمر و ترك الوطى.

ثم انّ الفرق بين ما ذكرنا من الجوابين عن النقض بالدرهم؛ انّ (٢) الجواب الاول مبنى على انّ ذلك ليس من افراد المطلق و جزئياته حتى يصير نقضاً علينا. اذا المراد فى الاستدلال على بطلان الطريق المذكورة بأنه مستلزم لحلف البريئ الذمّة و مشغولها كليهما. و انّ صلح الدعوى بالحلف على الاطلاق، مستلزم لجواز الزامه بالحلف سواء كان مشغولاً او بريئاً. و لا ريب انه مستلزم للحرام، فلا يصح.

و مراد الناقض؛ انّ الصلح بالدرهم للمدعى المبطل واقعاً، ايضاً مستلزم لتحليل الدرهم له سواء كان محقاً او مبطلاً. و الجواب مبنى على منع ذلك. لانّ عمل المسلم محمول على الصّحة، و يمكن ان [يوجد] (٣) فرد يكون كل من المدعى و المنكر، محقاً. كما مرّ بيانه. فقد يوجد فيه فرض لا يستلزم المحرّم و هو محمول عليه، حتى يظهر فساده.

و اما الجواب الثانى: فهو مبنى على تسليم دخول مادّة النقض فى افراد المطلق فى الدليل. لكننا نقول بموجبه و لا نمنعه و نسلم كونه مستلزماً للحرام، و لكنّه تابع لصورة علمهما معاً او علم المبطل فقط، و انه محرم ايضاً. بل باطل، كما بينا.

فان قلت: انّ العوض ليس هو نفس الحلف، حتى لا يتم الكلام الاّ بالعلم بالجواز، بل هو حصول الاستحقاق للمدعى. فهو يصلح حق الدعوى بحق التحليف.

قلت: اولاً: انه ليس حق التحليف ممّا يكون تحت يد المدعى عليه ليجعله عوضاً عن حق دعوى المدعى. و التمسك فى تصحيح استحقاق حق التحليف بصحة المصالحة

ص: ٥٤

١- عبارة النسخة: لما ذكرنا فسر الاكثرون.

٢- و فى النسخة: مع انّ..

٣- و فى النسخة: يوجل.

(بتقريب ان المصالحة اذا صحت فيلزمه الحق و يترتب عليه ثمره ترك الحلف و هو لزوم اعطاء المدعى حقه) دورى. فان صحة المصالحة انما يتم اذا ثبت جواز استحقاق الشخص لحق التحليف مع قطع النظر عن المصالحة. للزوم كون مورد المصالحة امراً جازياً شرعاً. فاثبات الجواز بنفس المصالحة، دور ظاهر.

و لا يقاس ذلك بتحليف الحاكم، لوجود الدليل فيه فى اصل الاستحقاق للتحليف و فى نفس التحليف، و ان كان الحلف حراماً عليه لاجل اشتغال ذمته. مع ان التحليف من الحاكم ليس بالزام للحلف المشترك بين الصادق و الكاذب. بل انما هو يعرض الحلف على المدعى عليه؛ فاماً يحلف و امياً ينكل. و يجرى عليهما حكمهما. بخلاف المصالحة، فانه الزام لنفس الحلف المحتمل للحرام. فالزامه تحليل للحرام، كما ذكرنا.

و ثانياً: انه لا بد ان يكون وجه المصالحة و العوض الذى يصلح به حق الدعوى، شيئاً يعود نفعه الى المدعى المصلح. و المفروض انه لو حلف المدعى عليه فالنفع انما يعود اليه، لسقوط الدعوى عنه حينئذ. و لا ينفع المدعى فى شىء. و لو لم يحلف؛ فهو و ان كان قد يتوهم عود نفعه الى المدعى لالجائه الى النكول و رد ما يدعيه. و لكنه باطل من وجهين: الاول: ان الانتفاع حينئذ من ترك الحلف، لا من الحلف، فيؤل حقيقة وجه المصالحة الى ترك الحلف، لا الى نفس الحلف. هذا خلف. و الثانى: انه لا دليل على لزوم الحق عليه حينئذ بترك حلفه. فيبقى الدعوى على حالها. و المقصود هو اسقاط الدعوى.

و يمكن القدح فى هذا الوجه؛ بان تشفى خواطر (1) المدعى ايضاً نفع له، و كذلك

ص: ٥٥

١- ربما جاء كذا فى موارد كثيرة فى الكتاب. لكن مجيئه فى متن عربى اعجب، لانه يكون حينئذ بصيغة الجمع، فلا يصح اصلاً. و لعله «خاطر» حرفه النساخ. و لكن استعمال هذا اللفظ بهذا المعنى غير مأنوس فى العربية.

سکونه (۱) و اطمینانه عن قلق الدعوى. و هما ائماً حصلاً بالتحلیف. و ایضاً لا- ینحصر الامر فی محض النکول و التزام ردّ العوض، حتی یقال أنه لا دلیل علی لزوم الحق علیه حیثئذ. بل قد یخاف من الحلف فیقرّ باشتغال الذمّة، او برّد العین المدعی بها مع وجودها. و یصح ان یقال: انّ هذا من فوائد التحلیف، لا من فوائد ترک الحلف فقط. فالاولی التمسک بالوجهین الاولین.

فان قلت: وجه المصالحة هو المبلغ القلیل الذی یعطیه. و التحلیف من باب الشرط فی ضمن العقد.

قلت: أنه خلاف الظاهر، یرد علیه اکثر ما اوردناه علی اصل المصالحة. للزوم کون الشرط موافقاً للکتاب و السنّة. فیعود المحذورات (۲).

ص: ۵۶

۱- و فی النسخة: سکوته.

۲- میرزا(ره) مسئله را کاملاً به بستر موشکافی انداخت، ابعاد آن را شکافت، ظرایف دقیقه را توضیح داد، در حدی که شاید در هیچ متن فقهی نتوان یافت. اما خواننده اگر دقت کند می بیند که نتیجه این تبیین های دقیق، این می شود که: اساساً چنین قراردادی «صلح» نیست، تا بگوئیم که صحیح است یا نادرست. و مسئله از اساس «سالبه بانتفاء موضوع» است. خواه در این راستا «توقیفی» باشیم و خواه «امضائی». و خواه «صحیحی» باشیم و خواه «اعمی»- یعنی خواه قائل باشیم که اسامی بر صحیح ها وضع شده اند، و خواه معتقد باشیم که بر اعم از صحیح و باطل وضع شده اند، در هر صورت آن چه در متن سؤال آمده نه مصداق «صلح صحیح» است و نه مصداق «صلح باطل» و اساساً صلح نیست. زیرا در تعریف صلح جای نمی گیرد. صلح در این اصطلاح فقهی، اخصّ از کاربرد لغوی است و شامل هر صلح نمی شود؛ مثلاً آن چه آشتی میان دو نفر و حتی دو دولت و یا دو جریان، نامیده می شود، از مصداق این صلح خارج است. این صلح تنها شامل موارد مالی و حقوق مالی می گردد. و وجه المصالحة در آن، یا باید مال باشد و یا حق مالی. و در این جا مرکب است از مال و غیر مال که حلف باشد. اینک باید دید: حلف در این جا چه جایگاهی دارد. نظر به این که اسلام هیچ کاربردی و ارزشی به حلف در امور مالی و حقوقی نداده مگر در قضاوت آن هم در حضور حاکم شرع، پس این حلف در این مسئله به منزله «هیچ» و بی فایده است. و از جانب دیگر می بینیم که در معاملات و عقود و حتی در ایقاعات، چیز بی فایده، یا عمل بی فایده، موجب بطلان معامله و بطلان ایقاع است. مثال: اگر کسی، را اجیر کند که از صبح تا شب آه آه بگوید، یا نفس از دماغ و بینی بکشد، چنین اجاره ای باطل است. و یا کسی نذر کند که سه بار سرفه کند و... به عبارت دیگر: آن چه «بیهوده» است نه در معقد عقد جای دارد و نه در موقع ایقاع. و در مسئله ما حلف بیهوده است و چون جزء وجه المصالحة است، بطلانش به آن یک شاهی هم سرایت می کند. «اذا انتفی الجزء انتفی الكل». و کل به عنوان کل، وجه المصالحة قرار گرفته است. پس مسئله ما اساساً نه صلح است و نه مصالحة. نه فقط باطل است بل از تعریف صلح خارج است. چنان که اگر بیعی بر بیهوده منعقد شود نه فقط باطل است بل از تعریف بیع خارج است. زیرا مشمول هیچکدام از تعاریف بیع نیست که در همه آن ها «مال بمال» هسته اصلی تعریف است. گر چه فقها (رضوان الله علیهم) معمولاً در این موارد تنها سخن از بطلان گفته اند، نه از بیع نبودن. با این همه، بیانات دقیق و موشکافانه مصنف(ره) که از پیچاپیچ استدلال عبور کرد و دقایق و ظرایف ارزشمندی را بیان کرد، بس ارجمند است. آجره الله باجر جزیل.

۳۴- سؤال:

۳۴- سؤال: زید باغی را از عمرو خرید و به خالد فروخت، و ضامن درک گردید که هرگاه مستحق غیر بر آید از عهده بر آید. و آن باغ بسیار خراب بود و بعد از مدتی که خالد آن را متصرف بوده و بسیار آباد کرده، عمرو ادعا می کند که من در حینی که باغ را فروختم صغیر بودم. و زید هم اقرار بر صغیر او می کند. و جمعی هم بر صغیر او شهادت می دهند به این نحو که عمرو در آن وقت به حسب جثه صغیر بود و لیکن نمی دانیم که به حد بلوغ شرعی رسیده [بود] یا نه. آیا به این اقرار و شهادت ها، صغیر ثابت می شود یا نه؟-؟ و بر فرض ثبوت، آیا زید باید که از عهده غرامت بر آید یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه خالد متمسک به «ید تصرف» است یا به این که «من از زید خریده ام و از حقیقت حال اطلاعی ندارم»، نه اقرار زید به صغیر عمرو، ضرری به خالد دارد و نه شهادت این شهود.

و اما زید؛ پس به سبب اقرار خود بر صغیر عمرو مأخوذ است به اقرار خود. و باید که از عهده غرامت قیمت باغ و منافع آن از برای عمرو بر آید.

و اما هرگاه خالد طرف دعوی شود با عمرو، و عمرو مدعی صغیر باشد، و خالد مدعی

کبر (و مفروض این است که به شهادت این شهود، صغر ثابت نمی شود) پس مشهور این است که قول مدعی کبر مقدم است با یمین، چون مدعی صحت است. و لیکن حقیر در این اطلاق، تأملی دارم. و اظهر در نظر حقیر، تفصیل است. و آن این است که: هرگاه هر دو متفق اند که تاریخ معامله در همان وقت کوچکی جثه بوده است (که محل شک در بلوغ است)، تقدیم قول مدعی صغر قوت دارد با یمین. نظر به اصل عدم بلوغ، و عدم تحقق غلبه وقوع [معامله] در حال کبر، که مناط کلام مشهور است. چون غلبه کبر در این نوع محقق نیست.

و هرگاه متفق نیستند که در این معامله در آن وقت معین از سن عمرو بایع بوده؛ بل که مطلقاً احدهما مدعی کبر باشد و دیگری مدعی صغر، قول مدعی کبر مقدم است با یمین.

و هرگاه بنا بر تقدیم قول عمرو شد که مدعی صغر است و قسم خورد، باغ را از خالد می گیرد با منافع ایام تصرف. و لکن خالد رجوع می کند در غرامت به زید، نظر به ضمان درک و خصوص اقراری که کرده است.

۳۵- سؤال:

۳۵- سؤال: هرگاه کسی راعی دارد که گلمه گوسفند می چراند، و خود راعی چند رأس گوسفند در میان آن گله دارد که صاحب گوسفند هم علم دارد که او هم در این جا گوسفند دارد. هرگاه رب المال با راعی منازعه کند در سر یک گوسفند خاصی، و هر یک ادعا کنند که از من است. و یننه نباشد. قول کدام مقدم است؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که قول هیچکدام مقدم نیست، و از باب «تداعی» است. و رجوع می شود به تحالف. و در این باب فرقی نیست مابین این که معلوم باشد قدر گوسفند راعی و لکن نزاع در شخص گوسفند باشد که آیا این از جمله گوسفندهای راعی است یا مالک. و بین این که قدر معلوم نباشد و راعی بگوید من بیست رأس گوسفند دارم در میان

این گله و رب المال گوید که نوزده رأس داری.

و توهم این که راعی ذوالید است و قول او مقدم است با یمین، مدفوع است به این که این ید [ملکیت نیست] (۱). و متنازع فیه مجهولیت ید نیست (۲). بل که معلوم است که ید مشترک است؛ یعنی تصرف او و ید او بر همه گله، «ید رعی» است و نسبت به این نوع ید، هر دو مساوی اند. زیرا که ید راعی از این حیثیت که امین مالک است بعینه ید مالک است. و مفروض این است که در همین نوع ید، تصرف در مال خود دارد و هم در مال مالک. پس ید راعی در این صورت مرکب از ید مالکی و امانتی است. و در مجهول الحال متنازع فیه، احتمال هر دو مساوی است.

و این امر واضحتر می شود در وقتی که نزاع در سر مجموع گوسفند راعی باشد؛ که مالک گله می گوید که این بیست رأس حاضر از من است. و راعی می گوید از من است. و نزاع ایشان در سر تعیین بیست رأس راعی باشد. و فرقی نیست مابین ید او بر بیست رأس که خود ادعا می کند، با بیست رأس دیگر که مالک می گوید که این بیست رأس از تو است. و همچنین که ید راعی از جانب خود بر این بیست رأس که خود دعوی می کند ثابت است، همچنین ید راعی از جانب مالک بر این بیست رأس که مقابل این است، ثابت است.

و در وقتی که جهالت حاصل شد، هر دو ید راعی (یعنی هر دو حیثیت ید واحده) نسبت به هر یک از این دو بیست رأس، مساوی است. و نظیر این مسئله است مال مشترک مابین دو نفر که قدر مجموع آن معلوم باشد، و مجموع آن مال هم معلوم باشد، و لکن احدهما عامل باشد و مجموع مال در دست او باشد و نزاع کنند در مقدار آن. پس

ص: ۵۹

۱- در نسخه: به جای هر دو کلمه: روملیت.

۲- در نسخه: ید مجهولیت نیست.

نتوان گفت که قول عامل مقدم است چون ذوالید است. به جهت آن که مفروض این است که در روز اول هر یک مقدار خاصی نقد داشتند و متاعی به شراکت خریدند و مجموع آن نقد مبدل شد به این متاع مشاع، و مجموع متاع را عامل به دست گرفت که عمل کند. الحال عامل بگوید که روز اول که ما پول بر سر هم می ریختیم از من دو حصه بود و از تو یک حصه، و آن دیگری به عکس گوید. و فرض این است که مجموع متاع بعینه همان نقدین روز اول است، و مسلّم هر دو است که همان است و از او چیزی کم نشده است و بر او چیزی نیفزوده است و استحقاق ها بر آن به این نحو است.

شکی نیست که این ید نفعی به عامل ندارد. چون ید او «ید مشترک» است و نسبت به هر دو مساوی است.

۳۶- سؤال:

۳۶- سؤال: هرگاه زن پدر زید وصیت کند به زید که مهر مرا از پدرت بگیر و از برای من صوم و صلوة استیجار بکن. و بعد فوت آن ضعیفه، زید از والد خود مطالبه صداق زن پدر خود را کرده و او منکر شده و می گوید که مهر از من نمی خواهد. آیا زید می تواند با پدر خود مرافعه نماید و او را قسم بدهد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهر جواز است. و دلیلی بر منع در نظر نیست. و در خصوص شهادت دادن پسر به ضرر پدر منعی که شده، مخصوص همان جا است (۱)، و در آن جا هم خلاف است، هر چند مشهور عدم جواز است. و اگر اجماعات منقوله و روایتی که ابن بابویه نقل کرده (۲) نبود، در آن جا هم حکم به جواز می کردیم. به جهت ظاهر آیه شریفه (۳) و اخبار (۴) و عمومات «اقامه معروف» و سایر ادله که جای ذکر آن ها نیست.

ص: ۶۰

۱- یعنی مخصوص شهادت است نه مرافعه.

۲- فقیه، ج ۳ ص ۲۶، ح ۶- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۲۶ ح ۶.

۳- آیه های ۱۴۰ و ۲۸۳ سوره بقره.

۴- وسائل، کتاب الشهادت، احادیث باب ۱ و ۲.

و هرگاه عَلت، احترام به پدر باشد، باید در مادر هم همین حکم جاری باشد. همچنین در غیر این مسئله نسبت به پدر (۱).

۳۷- سؤال:

۳۷- سؤال: هرگاه شاهد های فرع، شهادت بدهند به این که زید ملک خود را به عمرو فروخت. و به سبب شهادت فرع، بکر ملک را از عمرو بخرد. و بعد از آن زید منکر شود و بگوید که من نفروخته ام. و عمرو شاهد [های] فرع را حاضر کند و ایشان هم شهادت بدهند بر شهادت اصل. و شاهد [های] اصل، انکار کنند و بگویند که ما شهادت نداده ایم. آیا سخن شاهد های اصل، مسموع است یا شاهد های فرع؟-؟ و آیا زنان، شاهد های فرع می توانند شد یا نه؟-؟ و آیا شهادت فرع (۲) مسموع است یا نه؟-؟ و شرط شاهد فرع چه چیز است؟

جواب:

جواب: تحقیق این مطلب موقوف است به بیان چند مقدمه:

اول این که: ظاهراً خلافی نیست در این که شهادت فرع مسموع است در اموال و دیون و معاوضات، بلا خلاف. و همچنین در عقوبت هائی که از حقوق ناس باشد (مانند قصاص). و غیر عقوبت مثل طلاق، و ولادت، و عیوب نساء، و نسب، و وکالت، و وصیت، و وصایت. و همچنین است وقف، و زکات. و در هر دو مسئله، جمعی دعوی اجماع کرده اند.

و اما رؤیت هلال؛ پس از علامه در تذکره ظاهر می شود اجماع بر عدم قبول. و شهید ثانی قائل شده است به قبول (۳)، و صاحب مدارک هم میل به آن کرده، نظر به عموم دلیل (۴).

ص: ۶۱

۱- در حالی که در غیر مسئله شهادت، چنین فتوائی را نداده اند.

۲- یعنی شهادت زنان به عنوان شاهد فرع.

۳- مسالک، ج ۱ ص ۵۹ ط دار الهدی.

۴- وسائل، کتاب الشهادت، احادیث باب ۴۴.

و اما در حدود مختصیه الهی (مثل حدّ زنا و لواط)؛ پس ظاهر این است که خلافی در عدم سماع آن، نباشد. و در این نیز جمعی دعوی اجماع کرده اند. و اما در حدود مشترکه (مثل حدّ قذف و سرقت)؛ پس در آن خلاف است. و اشهر و اظهر عدم سماع است.

و در آن چه حدّ، سبب [و] مستلزم آن باشد از احکام (مثل [حرام] [\(۱\)](#)) شدن مادر و خواهر مفعول به فاعل در لواط. و امثال آن، اشکال است، از جهت این که این دو امر [متلازمان اند] [\(۲\)](#) و به اسقاط حجیت آن در حد، اسقاط حجیت در این هم ثابت می شود. و از جهت آن که مانع نسبت به بعض است که حدّ باشد. پس باقی بر حال خود می ماند چون از حقوق آدمین است. چنان که در سرقت، مال ثابت می شود اما حدّ ثابت نمی شود. و شاید که ثبوت، اقوی باشد. چنان که جمعی اختیار کرده اند. و فروع این مسئله بسیار است.

دویم این که: شهادت فرع در یک مرتبه مسموع است یعنی شهادت بر شهادت. و اما مرتبه دویم یعنی شهادت بر شهادت بر شهادت، یا بیشتر از آن، پس آن مسموع نیست. و ظاهراً در آن هم خلاف نیست. بل که دعوی اجماع بر آن از جمعی شده. و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد [\(۳\)](#).

سیم این که: خلاف کرده اند در این که آیا در جائی که شهادت زنان در اصل، مسموع است (خواه به تنهایی یا به ضمیمه مردان) آیا شهادت فرع ایشان مسموع است یا نه؟-؟ از جمعی نقل کرده اند قول به جواز را، و از جمله ایشان است شیخ در [\(۴\)](#) خلاف

ص: ۶۲

۱- در نسخه: حلال.

۲- در نسخه: متلازمانند.

۳- وسائل، ابواب الشهادت، ب ۴۴ ح ۶.

۴- الخلاف، ج ۶ ص ۳۱۶ ط جامعه المدرسین.- توضیح: عدم جواز را احوط، و جواز را اقوی دانسته است.

دعوی اجماع و اخبار بر آن کرده. و از جمعی عدم جواز را، و آن نیز قول شیخ است در مبسوط (۱). بل که این قول را از اکثر متأخرین نقل کرده اند.

و اعتماد اولین، به عموم آیه شریفه «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (۲)، و عموم روایت سکونی از امیرالمومنین (علیه السلام) که فرموده اند «شَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي طَلَاقٍ وَ لَا نِكَاحٍ وَ لَا فِي حُدُودٍ إِلَّا فِي الدُّيُونِ وَ مَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» (۳). و او لویت فرع نسبت به اصل، و عدم زیادت فرع بر اصل.

و اعتماد به چنین اجماعی، مشکل است، چون قائل به آن نادر است. و شهید در دروس هم به این قائل شده چنان که محقق در نافع گفته است (۴) «و یقبل علی [تردد]» (۵). و شهید ثانی نسبت آن را به ابن جنید داده (۶)، و شیخ در خلاف (۷) و علامه در مختلف و جمعی هم توقف کرده اند مثل محقق در شرایع (۸) بل که در نافع هم (۹)، و علامه در ارشاد.

و اما آیه: پس مورد آن اموال است و عمومی در آن نیست، و شهادت از جمله اموال

ص: ۶۳

۱- المبسوط (کتاب الشهادت) ج ۸ ص ۲۳۳-۲۳۴ ط المرتضویه.

۲- آیه ۲۸۲ سوره بقره.

۳- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۲۴ ح ۴۲.

۴- مختصر النافع، ص ۲۹۰ ط دار الکتاب العربی بمصر- در متن کتاب چنین آمده است: «و تقبل الشهادة علی شهادة النساء فی الموضوع الذی تقبل فیہ شهادتهن، علی تردد». لیکن در پاورقی آمده است: «هكذا فی النسخة المخطوطة. و فی الشرح الکبیر ما نصّه: «و یقبل علی الشهادة، شهادة النساء فی الموضوع الذی یقبل فیہ شهادتهن». بدیهی است که عبارت پاورقی درست است. زیرا جواز «الشهادة علی شهادة النساء» واضح است. و معلوم می شود که در نسخه ای که در اختیار میرزا(ره) بوده همان عبارت پاورقی بوده است.

۵- در نسخه: قول.

۶- مسالك، ج ۲ ص ۳۳۳ ط دار الهدی.

۷- الخلاف، ج ۶ ص ۳۱۶ ط جامعة المدرسين.

۸- شرایع، ج ۴ ص ۱۲۷ ط دار التفسیر.

۹- مختصر النافع، ج ۲ ص ۲۹۰ ط دار الکتاب العربی مصر.

نیست. و متبادر از شهادت بر مال، نفس مال[است]. و در این جا جواب از روایت هم ظاهر می شود، علاوه بر آن که سند او ضعیف است و جابری هم ندارد. و ادعای وجود اخبار که از شیخ نقل شده اگر مراد او روایت سکونی است و امثال آن؛ پس دلالت آن مقدوح و سند آن مجروح است. و اگر چیزی دیگر باشد که ما به آن بر نخورده ایم؛ پس علاوه بر عدم وضوح سند، ممکن است حمل آن بر تقیه. چون آن قول منقول است از ابی حنیفه. و ابن جنید هم غالباً موافق عامه است.

و به هر حال، اصل دلیلی است قوی و خروج از آن محتاج به دلیلی است اقوی (۱). و شهادت زنان در مواضعی که قبول شد، یا به سبب نص است (مثل وصیت)، یا به سبب ضرورت و عدم اطلاع مردان بر مورد آن (مثل ولادت و صدا کردن طفل و امثال آن).

چهارم: مشهور و اقوی این است که قبول شهادت فرع، موقوف است به تعدّر یا تعسیر حاضر شدن بر شاهد اصل در مجلس حکم هر چند حاضر بلد باشد یا تعسیر احضار آن بر مدعی. و روایت محمد بن مسلم هم دلالت بر آن دارد. و دور نیست که سند آن صحیح باشد: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) فِي الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَ هُوَ بِالْحَضْرَةِ فِي الْبَلَدِ. قَالَ: نَعَمْ وَ لَوْ كَانَ خَلْفَ سَارِيهِ يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُقِيمَهَا هُوَ لِعَلِّهِ تَمْنَعُهُ عَنْ أَنْ يَحْضُرَهُ وَ يُقِيمَهَا فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَتِهِ» (۲). و از شیخ در خلاف نقل اجماع بر آن شده (۳). و هر چند در مسالك نسبت داده است به او میل به عدم اشتراط را (۴). و همچنین شهید در دروس گفته است که از روایت محمد بن مسلم اشاره ضعیفی هست به

ص: ۶۴

۱- یعنی اقوی از اصل. زیرا «الاصل دلیل حیث لا دلیل». و مراد این نیست که در خروج از اصل دلیل قوی کافی نیست.

۲- وسائل، ابواب الشهادات، ب ۴۴ ح ۱.

۳- خلاف، ج ۶ ص ۳۱۶ ط جامعه المدرسین.

۴- مسالك، ج ۲ ص ۳۳۲ ط دار الهدی.

آن. و ممکن است که مراد او از اشاره این باشد که مفهوم روایت ثبوت «بأس» فی الجملة است در صورت عدم تعدّر، و ثبوت بأس فی الجملة، دلالت بر عدم جواز نمی کند. و مخفی نیست که دلالت مفهوم شرط که متعلق به کلمه «نعم» است، اقوی از این است به مراتب. و این قول [را] از علی بن بابویه نقل کرده اند و علامه در مختلف انکار نسبت به او را کرده. و شهید در دروس نسبت آن را به ابن جنید داده. و به هر حال آن قول ضعیف است، و در مسالك گفته است «المذهب هو المشهور» (۱). و این هم اشاره به دعوی اجماع دارد.

هرگاه این را دانستی؛ پس بدان که: بعد از این که فقها این مسئله را ذکر کرده اند و خلاف در آن را گفته اند، پس ذکر کرده اند خلاف و بحث در این که: هرگاه شهادت بدهد شاهد فرع و انکار کند شاهد اصل و بگوید من شهادت نداده ام، آیا شهادت فرع ساقط است یا شهادت اصل؟-؟ یا عمل به قول اعدل می کنند؟ به تفصیلی که می آید.

و شهیدین در شرح ارشاد و مسالك گفته اند که بحث و سخن در این مسئله گنجایش دارد هرگاه بنا را بر قول [ابن جنید] (۲) بگذاریم در اصل مسئله نه [بر] (۳) قول مشهور (۴)، به جهت آن که در ما نحن فیه مفروض این است که اصل متعدّر نیست و حاضر شده است هر چند در حین ادای شهادت حاضر نبوده و متعدّر بوده. و اما بنا بر مشهور که عدم قبول شهادت فرع است مگر با تعدّر شهادت اصل؛ پس این جا شهادت فرع مسموع نیست، به جهت آن که شاهد اصل حاضر است و انکار هم می کند. و این قول مشهور میان متأخرین است. و از جمله ایشان است شیخ در مبسوط.

ص: ۶۵

۱- مسالك، همان.

۲- در نسخه: وجیه.

۳- در نسخه: در.

۴- یعنی در این جا می توان بنا را بر قول ابن جنید گذاشت چون... .

و اما شیخ در نهایه، و صدوقان، و ابن براج، بل که بسیاری از اصحاب غیر ایشان نیز. چنان که شهید در شرح ارشاد گفته است قائل شده اند به این که هر کدام عادلترند، شهادت او مسموع است. و هر گاه مساوی باشند، شهادت فرع ساقط است و در دروس نقل کرده است از ابن جنید که شهادت فرع معتبر است نه شهادت اصل. و از این سخن ظاهر می شود که ابن جنید شرط نمی داند در شهادت فرع تعدّر [حضور] اصل [را]. و دلیل این جماعت حدیث صحیح است که عبدالله [بن] سنان از حضرت صادق (علیه السلام) روایت کرده: «فِي رَجُلٍ شَهِدَ عَلَى شَهِادَةِ رَجُلٍ فَجَاءَ الرَّجُلُ فَقَالَ: لَمْ أُشْهِدْهُ قَالَ فَقَالَ تَجُوزُ شَهِادَةُ أُعِيدَ لِيهِمَا وَ لَوْ كَانَ أُعِيدَ لِيهِمَا وَاحِدًا لَمْ تَجُزْ شَهِادَتُهُ» (۱). و در من لا يحضره الفقيه از عبدالله بن سنان، از عبدالرحمن بن ابی عبدالله، روایت کرده است از آن حضرت (۲).

و توهم تضعیف حدیث به این که مشتمل است بر جواز قبول یک شاهد، ضعیف است، به جهت آن که حدیث منافات ندارد با آن که شرط باشد وجود شاهد دیگر مثلاً که بر وجه صحیح باشد.

و لکن عمل به آن منافات دارد با مذهب مشهور از اشتراط تعدّر حضور شاهد اصل در اصل مسئله. و محقق در شرایع (۳) گفته است که اگر شاهد اصل بگوید «لا اعلم»، ممکن است که منافات نداشته باشد با آن شرط. و همچنین علامه در قواعد (۴). پس آن تفصیل در چنان جایی است که [نگوید] (۵) «لا اعلم». و اما فخرالمحققین؛ پس فرموده است که اولی

ص: ۶۶

-
- ۱- وسائل، ابواب الشهادات، ب ۴۶ ح ۳.
 - ۲- وسائل، ابواب الشهادات، ب ۴۶، ح ۱.
 - ۳- شرایع، ج ۴ ص ۱۲۸ ط دار التفسیر.
 - ۴- قواعد (متن ایضاح الفوائد) ج ۴ ص ۴۴۸ ط کوشانپور.
 - ۵- در نسخه: بگوید.

قبول شهادت فرع است در این وقت که بگوید «لا-اعلم» (۱). و بر محقق و فخر المحققین ایراد کرده اند که این با حدیث موافق نیست. چون که در این صورت دیگر عمل به قول اعدل معنی ندارد. به جهت آن که شاهد اصل در این وقت شهادتی ندارد که به آن عمل کنند با وجود آن که این لفظ در آن حدیث نیست بل که «لم اشهد» مذکور است.

و گمان حقیر این است که مراد محقق و تابعان او از «امکان مقتضای جریان حدیث مذکور» به نحوی که منافات با شرط مشهور نداشته باشد در صورتی [است] که بگوید «لا اعلم». نه «لم اشهد». زیرا که در «لا اعلم» معنی تعذر شاهد اصل است. به جهت آن که در این وقت به هیچ نحو شهادتی ندارد که موافق فرع باشد یا مخالف. پس دیگر معنی ندارد اشتراط حضور او بخلاف «لم اشهد» که به هر حال نفی شهادت شاهد فرع را می کند. به جهت آن که مراد او از انکار شهادت، این است که اعتماد فرع بر شهادت من بی اصل است. پس اعتباری به آن نیست خواه اصل، معتقد [به] وقوع مشهود علیه باشد، یا [به] عدم آن. به جهت آن که هر چند [واقعه را راست داند] (۲) لکن شهادت فرع مبتنی است بر شهادت اصل و او شهادت نداده. پس مدعی کذب شهادت شاهد فرع است. و این در معنی شهادتی است از شاهد اصل در این واقعه فی الجمله. بخلاف «لا اعلم» که نه شهادت است بر اصل واقعه و نه بر صدق و کذب شاهد فرع، که [مثال] (۳) آن به وقوع و لا وقوع اصل واقعه شود.

و اما اشکال در این که: در این صورت عمل به قول او بی معنی است تا حدیث بر آن منطبق شود.

ص: ۶۷

۱- ایضاح الفوائد، ج ۴ ص ۴۴۹ ط کوشانپور.

۲- عبارت نسخه: هر چند واقعه مرار است راند.

۳- در نسخه: مال.

مندفع است به آن که: ظاهر این است که مراد محقق از «لا اعلم» عدم علم مطلق است. یعنی نه علم به شهادت دارم و نه علم به واقعه. و این معنی هر چند شهادتی نیست، و مکذّب شهادتی هم نیست، لکن مستلزم عدم علم به مقتضای شهادت فرع است. پس شاهد فرع که اقامه شهادت کرده است مدعی علم به شهادت است و استصحاب حال صحت آن. و شاهد اصل مدعی جهل است که مقتضای [آن] عدم عمل به مقتضای شهادت فرع است. هر چند مبطل نفس شهادت فرع من حیث هو نباشد. پس فی الجمله تعارض ما بین مطلین واقع می شود. و صحیح است عمل به مقتضای جهل شاهد اصل که بطلان عمل به مقتضای شهادت فرع باشد، هر چند او مکذّب فرع و مدعی بطلان نیست.

و هر گاه فرع اعدل باشد، که امر واضح است.

و شهید(ره) در شرح ارشاد در توجیه مقام و وجه جمع مابین عمل به این حدیث و [آن] (۱) حدیث محمد بن مسلم که مشتمل بر اشتراط تعدّر است، گفته است که آن شرط در «جواز احضار شاهد فرع» است؛ یعنی احضار شاهد فرع و اقامه شهادت او موقوف است بر تعدّر حضور شاهد اصل. نه این که سماع شهادت فرع و قبول آن موقوف باشد به تعدّر حضور اصل. پس آن حدیث صحیح در بیان سماع و قبول شهادت فرع است. [اما] بعد از شهادت فرع و حاضر شدن اصل بعد از آن، و انکار کردن شهادت؛ پس [منافاتی] نیست مابین عمل به اعدل در سماع شهادت بعد از حضور و انکار، و بین عدم جواز احضار فرع با امکان حضور اصل. و اشتراط بعدم تمکن از حضور اصل، مستلزم این نیست که سماع شهادت فرع موقوف باشد به تعدّر اصل. بل که وجود امکان حضور اصل و حضور او بعد از شهادت فرع، باید عمل به قول اعدل کرد. چنان که مقتضای این صحیحه است.

سَلَمْنَا که آن مستلزم آن باشد، لکن می گوئیم که مراد در مسئله اشتراط تعدّر اصل در

ص: ۶۸

جائی است که فرع و اصل متفق باشند، به جهت آن که در آن جا احتیاجی به شهادت فرع نیست با تمکن از اصل، و اصل مغنی از فرع است. و به جهت آن که لازم می آید در جواز آن با تمکن از اصل که جدا بحث کنیم از جرح و تعدیل شهود و مشقت زیاد می شود. پس به جهت تسهیل امر با تمکن از حضور اصل، دیگر ضروری از فرع نیست، و باعنی بر تحمل بحث و فحص از عدالت فرع نیست، همان که عدالت اصل، معلوم است کافی است. و چون بالضروره باید بحث از عدالت اصل بشود (چون بنای شهادت فرع بر آن است) پس این زیادتی است در تکلیف.

و کلام ایشان و عبارت روایت محمد بن مسلم شامل «صورت عدم موافقت شهادتین» نیست. بل که ظاهر کلام فقها هم که گفته اند که «سماع شهادت فرع موقوف است به تعذر شاهد اصل»، این است که شاهد اصل اگر حاضر بود شهادت می داد، به همین مطلب چنان که فرع شهادت می دهد. و در صورتی که شاهد اصل منکر شهادت شد که شهادت نداده است، خارج است از ظاهر کلام ایشان. پس این حدیث صحیح و شرط [شامل آن] (۱) نخواهد بود، و عمل به آن ضرر نخواهد داشت (۲).

و شهید ثانی در مسالک (۳) بنای خلاف را، قبل از حکم حاکم گذاشته، و نفی اشکال کرده است در سقوط شهادت اصل و انکار او بعد از آن که فرع شهادت داد و حاکم حکم کرد. پس حدیث صحیح محمول خواهد بود بر صورتی که هنوز حاکم حکم نکرده باشد. هر چند فرع شهادت خود را داده باشد.

و ابن حمزه در وسیله عکس این کرده و حمل کرده است حدیث را بر صورت حکم

ص: ۶۹

۱- در نسخه: سابق نخواهد بود.

۲- یعنی عمل به آن حدیث و شرط، در صورت توافق هر دو شهادت با همدیگر، ضرر به بحث ما که در صورت عدم توافق است، ضرر نخواهد داشت.

۳- مسالک، ج ۲ ص ۳۳۳ ط دار الهدی.

حاکم، و تجویز کرده است نقض حکم را در صورت تساوی در عدالت، و اخذ به قول اعدل را در صورت تفاوت. و هرگاه قبل از حکم است شهادت فرع ساقط است، و از اصل، مقبول است. و علامه هم در مختلف بر این حمل کرده است.

و تحقیق این مقام این است که: حکمت در خلاف در اصل مسئله «جواز سماع شهادت» این است که چون مطلق شاهد جایز الخطا است هر چند عادل باشد، لکن احتمال خطا در واحد کمتر از متعدد است. پس آن که شهادت می دهد بر اصل واقعه، احتمال خطای او همان در وقوع و لا وقوع واقعه است. و آن که شهادت می دهد بر شهادت دیگری بر وقوع واقعه، علاوه بر احتمال آن خطا، احتمال خطای این شاهد فرع است در تحمّل از آن، که گاه است اشتباه کرده باشد. و چون اجماع و حدیث محمد بن مسلم در صورت تعذر شاهد اصل، دلالت بر قبول [دارند] (۱)، باقی در تحت منع باقی است. و خصوص مفهوم حدیث هم دلالت بر منع دارد در صورت امکان حضور اصل و اقامه شهادت.

و دلیل قول دیگر، عمومات مطلق شهادت است، و خصوص عمومات قبول شهادت بر شهادت.

و اما خلاف در مسئله دویم: پس بعد از ملاحظه مسئله اول است؛ یعنی فرض می کنیم که در اول متعذر بود حضور شاهد اصل، و شاهد فرع شهادت داد. و بعد اتفاق شد که شاهد اصل حاضر شد و انکار کرد. در این جا نزاع متغایر می شود. به جهت آن که در این صورت نزاع در اصل واقعه (که غرض اثبات آن است) نیست. بل که الحال دعوی دیگر پیش می آید که آن «شهادت دادن شاهد اصل» است. که فرع می گوید: اصل، شهادت داده بر واقعه. و اصل می گوید: شهادت نداده ام.

و ضرور نیست که این مبتنی باشد بر مسئله سابقه، و تمام نشود قبول سخن شاهد فرع

ص: ۷۰

چون شاهد اصل حاضر است. به جهت آن که در آن جا قبول نکردن شاهد فرع مبتنی بر این بود که او خود بر واقعه اطلاع نداشت، پس شهادت [او] مسموع نبود. و این جا خود مدعی معاینه شهادت اصل است. و در این جا فرع هم شاهد اصل است نه شاهد فرع. پس عمل به مقتضای حدیث صحیح در آن جا، منافات با هیچکدام از دو قول ندارد.

و از این جهت است که در این جا جمعی کثیر از اصحاب قائل شده اند به قبول قول فرع در صورتی که اعدل باشد. و شهید در دروس این را از شیخ در نهاییه، و صدوقین، و ابن براج، و کثیری از اصحاب نقل کرده اند. و حال آن که در مسئله سابقه قائل به عمل [به] شهادت فرع را، نسبت به نادری از اصحاب داده اند.

و این که در استدلال متأخرین مذکور است در سقوط شاهد فرع، به این که «قبول او مبتنی بود بر تعدد اصل، و تا عذر حاصل بود، قبول حاصل بود. و الحال که اصل حاضر شد و انکار کرد، عذر زایل شد. پس باید قبول آن ممنوع باشد»، مدفوع است به این که آن چه مشروط به تعدد شاهد اصل بود، تعدد شاهد اصل بود من حیث هو اصل. لا من حیث هو هو. و وصف اصل بودن و فرع بودن، با موافقت دو شهادت است نه با مخالفت و انکار.

و غفلت جماعت (۱) ناشی شده است از غفلت [از] ملاحظه «حیثیت». و در این جا هر چند در ظاهر در اول امر فرع، فرع بود و اصل، اصل. اما بعد از حضور و انکار، ظاهر شد که [نه] اصل، اصل بوده در نفس الامر، و نه فرع، فرع. و احکام تابع اسامی نفس الامریه است، نه آن چه در نفس الامر است در نظر مکلف. و [نه] نفس الامر بعد از ظهور خطا در اعتقاد در نفس الامر به جهت مکلف.

[پس] حکم بر می گردد به نفس الامری که الحال ظاهر شده. و آن چه الحال ظاهر شده دیگر داخل اصل و فرع نیستند. و آن که شاهد فرع بود الحال مدعی می شود. و آن

ص: ۷۱

که شاهد اصل بود، الحال منکر. پس آن حدیث صحیح از برای بیان تقدیم مدعی و منکر است در این مسئله، نه تعارض شاهدین.

پس مراد مشهور در مسئله اولی این است که: مادامی که صحت و فساد هیچیک معلوم نشده است و ممکن است رجوع به اصل، اعتنا نمی کنیم به حال فحص و بحث از فرع را، و اکتفا می کنیم به اصل. نه این که در صورتی که انکار اصل ظاهر [شود] باز اعتنا نمی کنیم به حال فرع. بل که در این صورت ضرور می شود بحث و فحص. و سرّ این فرق، این است که در اول وهله «قول مسلم»ی در میان هست و ترک قول مسلمی دیگر، لازم نمی آید. و در مرتبه آخر که صورت انکار است، باید تفحص کرد و بنا را بر ترجیح گذاشت. و الا لازم می آید اسقاط قول مسلمی دیگر.

و این حدیث صحیح متصدی بیان این بحث و فحص است. و طرح حدیث صحیح (با وجود ورود آن در کتب مشایخ ثلاث و صحت سند آن، خصوصاً در فقیه، و عمل جمع کثیر از اصحاب) وجهی ندارد.

باقی ماند کلام در این که: آیا این قبل از حکم حاکم است یا بعد از آن. و از مسالک ظاهر می شود که اشکالی نیست در قبول فرع بعد از حکم، و عدم سقوط شهادت او (۱). و ظاهر آخوند ملا-احمد اردبیلی (ره) نیز این است که این مذهب اصحاب است. و ابن حمزه در وسیله عمل به همین تفصیل حدیث کرده است بعد از حکم حاکم. و همچنین علامه در مختلف. و ظاهر حدیث هم این است. و غالب الوقوع هم این است. بلی استصحاب نفوذ حکم، و عموم عدم جواز نقض حکم، مؤید اول است. و اظهر عمل بر

ص: ۷۲

این است به جهت استصحاب، و ظهور [این] (۱) روایت چنین نیست که مقاومت کند با استصحاب.

و بدان که علامه در مختلف (بعد از آن که حمل کرده است [حدیث] صحیح را بر انکار اصل بعد از حکم حاکم، و قائل شده است به بطلان فرع هرگاه انکار قبل از حکم باشد) استدلال کرده است بر اول به حصول قوت ظن، در صورت حکم به مقتضای شهادت عدل. و بر ثانی به این که اصل، در انکار خود یا صادق است و یا کاذب. اگر کاذب است، فاسق است و ظهور فسق او قبل از حکم منشأ بطلان شهادت فرع است که اعتماد بر او کرده. و هرگاه صادق است [پس] فرع کاذب است عمل به قول او نیز نتوان کرد.

و در این استدلال، تأملی هست. به جهت آن که انکار مخالف واقع، مستلزم کذب حرام نیست. گاه است که فراموش کرده باشد. و همچنین صدق او مستلزم فسق فرع نمی شود. به جهت احتمال خطا.

و از این که گفتیم ظاهر می شود ضعف آن چه فخرالمحققین فرموده است و آن این است که: عمل به صحیحۀ عبدالله بن سنان بدون تقدیر این که «مراد بعد حکم حاکم است»، مبنی است بر عمل به شهادت شاهد هرگاه فاسق شود بعد از سماع حاکم شهادت او را، و قبل از حکم. و این جایز نیست و التفاتی به آن نمی توان کرد (۲).

به جهت آن که اطلاق مستلزم این نیست، و اگر هم باشد تخصیص نمی دهیم آن را به صورت عدم لزوم فسق به سبب دلیل خارج. و حاصل فتوی در این مسئله این است که

ص: ۷۳

۱- نمی دانم؛ شاید این لفظ «این» در اصل هم نبوده. آن را افزودم که ذهن مخاطب جوان دچار مشکل نشود. زیرا ممکن است که بگوید: ظواهر حجت هستند، و «الاصل حجة حیث لا حجة». پس چگونه «ظاهر» نمی تواند در برابر اصل مقاومت کند؟ مراد میرزا(ره) هر ظاهر نیست، ظاهر همین روایت است.

۲- ایضاح الفوائد، ج ۴ ص ۴۵۰ ط کوشانپور.

شهادت فرع فرع و پائینتر از آن، مسموع نیست اتفاقاً، و شهادت فرع مسموع است و به آن اکتفاء می توان کرد در صورتی که حاضر کردن اصل، متعذر باشد یا متعسر. خواه تعذر و تعسر از برای حاضر شدن اصل، باشد به سبب مرض یا آزار یا غیر آن، یا بر مدعی متعذر و متعسر باشد حاضر کردن. و با تیسر آن، مسموع نیست (علی الاظهر الاظهر المدعی علیه الاجماع) به دلیل اصل و روایت محمد بن مسلم معمول به.

و بعد از حکم [به] جواز سماع (۱) به جهت تعسر اصل؛ پس هرگاه حاکم حکم کرد به شهادت او، و بعد از آن، اصل حاضر شد و انکار کرد شهادت را، یا گفت «من عالم به حال نیستم». مشهور بین متأخرین، عدم اعتنا است به انکار او، بدون تفصیلی و حکم نافذ است. و هرگاه قبل از حکم باشد حضور و انکار او، شهادت فرع ساقط می شود. بدون تفصیلی.

و شیخ در نهاییه، و صدوقان، و ابن براج و جمع کثیری از اصحاب (چنان که شهید نقل کرده) قائل به تفصیل اند؛ که اگر اصل و فرع در عدالت مساوی اند، قول فرع ساقط است. و اگر در عدالت تفاوت دارند عمل به قول اعدل می شود. و فرق مابین قبل حکم و مابعد حکم نگذاشته اند. و لکن علامه در قواعد (۲) و شهید ثانی در مسالک و غیر ایشان، کلام ایشان را نیز حمل بر ماقبل حکم کرده اند. و ظاهر مسالک عدم خلاف است در امضاء حکم فرع بعد از حکم حاکم بدون تفصیل. و چون با وجود حمل این علماء فحول کلام ایشان را به ماقبل حکم، قدری که محقق است که قول ایشان باشد، همان قول به تفصیل است قبل از حکم حاکم.

و اظهر در نظر حقیر همین قول است؛ یعنی قول به تفصیل قبل از حکم حاکم، و سقوط انکار اصل، بعد از حکم حاکم. و حدیث صحیح هم منافات ندارد با این. و اگر

ص: ۷۴

۱- عبارت نسخه: و بعد از آن که حکم به سماع ...

۲- قواعد (متن ایضاح الفوائد) ج ۴ ص ۴۵۰.

استصحاب نفوذ حکم حاکم، و عدم جواز نقض حکم، و دعوی «عدم اشکال» در آن از مسالک نبود، حدیث را بر اطلاق خود، بل که ظهور آن، در مابعد حکم [نیز] می گذاشتیم. لکن استصحاب و دعوی عدم خلاف ظاهراً اقوی از این ظهور قلیل و غلبه وقوع انکار اصل است بعد از حکم حاکم.

و اما قول ابن حمزه: پس آن ضعیف است. چنان که دانستی. و همچنین قول ابن جنید که تقدیم قول فرع است بعد از شهادت مطلقاً قبل از حکم و بعد از حکم بدون تفصیل.

پنجم: (۱) صحیح است شهادت فرع بر شاهد اصل، هرگاه بمیرد شاهد اصل، یا غایب شود، یا دیوانه شود، یا بی هوش شود. و هیچیک از آن ها مضرّ نیست. بل که مؤکّد صحت شاهد فرع است. و همچنین مضرّ نیست تردّد به هم رساندن اصل در شهادت خود، یا در شاهد گرفتن فرع (۲) (مگر این که در اول جازم باشد و بعد از جزم تردد به هم رساند و با این حال فرع شاهد شود؛ یعنی در حال تردد او، شاهد شود) هر چند قبل از این (۳)، جزمی از برای اصل حاصل بوده است. و همچنین ضرر ندارد کور شدن شاهد، هر چند امری باشد که موقوف به دیدن باشد.

و اما هرگاه فسق اصل، ظاهر شود (یا ارتداد او، یا عداوت او از برای مشهود علیه) (۴)؛ پس هرگاه قبل از شاهد شدن فرع است؛ پس این مانع قبول است. به جهت آن که این

ص: ۷۵

- ۱- در آغاز جواب از سؤال، گفت: تحقیق این مطلب موقوف است به بیان چند مقدمه. اینک به مقدمه پنجم می پردازد.
- ۲- مثلاً شاهد اصل به شاهد فرع بگوید: من تردید دارم که تو را بر شهادت خودم شاهد گرفتم یا نه.
- ۳- یعنی قبل از حضور در محکمه حاکم جزم داشته باشد اما در حضور حاکم دچار تردد شود.
- ۴- عبارت مصنف (ره) در این جا مغلق است و معلوم نیست مرادش از ظهور فسق، ارتداد و عداوت، وجود فسق، ارتداد و عداوت در حین تحمّل شهادت و ادای شهادت، است؟ یا پس از تحمّل و ادای شهادت پدید شده اند؟ لفظ «عداوت» قرینه است که مراد او حین تحمل و اداء است. یعنی اکنون روشن شده که این شخص در همان زمان شهادت عادل نبوده است. اما در چند جمله بعد می گوید: «فاسق شود بعد از آن که در حین تحمل متصف به صفات قبول بوده». از این تعبیر بر می آید که مصنف (ره) فسق یا ارتداد عارضی را نیز مانع از قبول می داند.

شرایط معتبر است در حال تحمّل شهادت. همچنان که هرگاه خود شاهد فاسق شود (یا مرتد شود یا امثال آن) بعد از آن که در حین تحمل متصف به صفات قبول بود. و بالجمله: آن چه عروض آن منشأ عدم قبول شهادت اصل است، همان منشأ ردّ شهادت فرع هم می شود. و ظاهراً خلافی در مسئله نیست (۱) و اشکالی نیست. چون شهادت فرع مستند به همان شهادت اصل است در حال وجود مانع (۲).

و همچنین هرگاه عارض شود این موانع از برای اصل بعد از شهادت شاهد فرع و حکم حاکم، منشأ بطلان شهادت نمی شود، چنان که هرگاه این عوارض به خود شاهد اصل، عارض شود بعد حکم حاکم. و ظاهراً در این هم خلافی نیست. چنان که در مسالک اشاره به آن کرده. مگر قول ابن حمزه که قائل به نقض حکم شده بود در مسئله سابقه بعد [طرو] (۳) مانع که حضور شاهد اصل بود.

و هرگاه عارض شود بعد اقامه شهادت و قبل از حکم حاکم؛ پس آن نیز مانع قبول است، چنان که ظهور فسق شاهد اصل بعد از شهادت و قبل از حکم، مانع است. و این مشهور بین الاصحاب است. و وجه منع، عدم جواز حکم حاکم است به مقتضای شهادت فاسق. چون شهادت فرع مبتنی است بر شهادت فاسق بالفرض.

و بعضی توجیه این کرده اند به این که: ارتداد کاشف از فساد عقیده سابقه است. و

ص: ۷۶

۱- اگر مراد میرزا(ره) فسق عارضی باشد. ادعای عدم خلاف، سخت دشوار بل ممنوع است. زیرا درباره راویان و رجال احادیث، اگر یک راوی قبلاً عادل بوده و سپس منحرف شده، حدیث هائی که از او در دوره عدالتش و (استقامتش) اخذ شده، مورد قبول دانسته اند گرچه این قول اجماعی نباشد. و روایت راوی بعدی از این شخص، دقیقاً مصداق «شهادت بر شهادت» است. که خیلی ها به این گونه روایات عمل کرده اند.

۲- و این جمله «.. مستند به همان شهادت اصل است در حال وجود مانع»، نشان می دهد که مرادش این است که روشن شود در حال ادای شهادت فاسق بوده. این درست است اما عبارت های بعدی باز سیمای مسئله را بغرنج می کند، که خواهد آمد.

۳- در نسخه: طرن.

توجیه این کرده اند به این که: ارتداد کاشف از فساد عقیده سابقه است. و ظهور عداوت کاشف از ضغن و حقد سابق است. و فسق مورث ریه و شک در ناخوشی حال سابق است. و چون مدت این سبقت مضبوط نیست، پس آن را منصرف می کند به حال تحمل (۱). و ظاهر این است که در مسئله خلاف نباشد (۲). و اعتماد بر شهرت است و الاّ خدشه در ادله ایشان می توان کرد (۳). چنان که آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) اشاره کرده است.

ششم: جایز نیست از برای شاهد فرع تحمل شهادت از شاهد اصل، مگر در وقتی که بداند که در نزد شاهد اصل «شهادت جازمی» هست بر حق ثابتی بدون ظهور خلافی. و در کیفیت تحمل شهادت فرع، چهار مرتبه ذکر کرده اند، بعضی اوضح از دیگری. به ترتیبی که ذکر می شود:

ص: ۷۷

۱- این قسمت کاملاً نشان می دهد که مراد میرزا (ره) عروض فسق بعد از تحمل و ادای شهادت است. زیرا همین توجیه استدلال کسانی است که حدیث های (مثلاً) علی بن ابی حمزه بطائنی را نمی پذیرند خواه در دوره استقامت او بوده و خواه در دوره انحرافش.

۲- بحث در همین جمله است که به هیچوجه نمی توان گفت که در مسئله خلاف نیست. همان طور که در پی نویس های بالا گذشت.

۳- اتفاقاً نه تنها مسئله درباره راویان بدون خلاف نیست، بل قول مشهور هم نیست. زیرا این همه حدیث ها که از امثال علی بن ابی حمزه بطائنی در متون حدیثی مثل کافی، تهذیب، استبصار، به ویژه در فقیه (و نیز در همه متون حدیثی) هست نشان می دهد که به احادیث آنان در دوره پیش از انحراف شان، کاربرد می دهند. و همین طور در متون فقهی نیز یافت می شود. و ادعای این شهرت، کاملاً مخدوش است. وانگهی؛ بر فرض پذیرش «شهرت فتوائی»، همان طور که پیشتر نیز اشاره شده، محقق قمی (ره) چرا این همه کاربرد و نقش اساسی به شهرت فتوائی، می دهد؟ و چرا دقیقاً شهرت را حججترین حجت می داند؟ برای این که او به «حجیت مطلق ظن» قائل است اعم از ظن خاص و ظن مطلق. و این از منفردات معروف او است. و به نظرش شهرت فتوائی ظن قوی برایش حاصل می کند. و این اعتقاد او (علاوه بر هر ایرادی که گرفته اند) نوعی عامل بستن باب اجتهاد است. و جای بسی تأسف است از محقق بزرگی مثل میرزا (ره). بنابر این؛ علاقه و اهمیتی که به اجماع می دهد، نیز از همین بینش ناشی می شود. معلوم است کسی که شهرت را معتبرترین ظن بداند، اجماع را در حد بالاتر از آن می پذیرد. و این برخورد او با شهرت و اجماع در سرتاسر این کتاب (جامع الشتات) موج می زند. فلا تغفل.

اول: این است که شاهد اصل بگوید به شاهد فرع «اشهد علی شهادتی اننی اشهد علی فلان بن فلان، لفلان بن فلان بكذا». و شاهد فرع شهادت بدهد به مضمون آن چه او شهادت داده. و این را «استرعاء» می گویند؛ یعنی التماس کردن شاهد اصل به رعایت شهادت او (۱) و شهادت دادن به مقتضای آن را.

و در شهادت دادن در این صورت، خلافی نیست. و جمعی از علما دعوی اجماع بر آن کرده اند. و در معنی این عبارت است: «ان استشهدت علی شهادتی فقد اذنت لك ان تشهد بانی اشهد علی كذا» و نحو آن. و جمعی بر این ملحق کرده اند این که هرگاه شاهد فرع بشنود که شاهد اصل استرعاء دیگری می کند، به همان اکتفاء می کند.

دویم: این است که شاهد فرع بشنود شهادت اصل را در نزد حاکم شرع، هر چند استرعاء به عمل نیاید. به مجرد همین شهادت بدهد بر این که شاهد اصل شهادت داد بر فلان مطلب. و به این ملحق کرده اند این که بگوید شاهد اصل: «عندی شهادة مجزومه و لا ارتاب فیه ان لفلان بن فلان، علی فلان بن فلان كذا». و ظاهراً خلافی در این مرتبه نقل نشده، الا از ابن جنید که استرعاء را شرط دانسته در تحمّل.

سیم: این است که شاهد فرع بشنود از شاهد اصل، شهادت بر امری را با ذکر سبب آن، در غیر حضور حاکم شرعی و بدون استرعاء؛ مثل این که بشنود از شاهد اصل که بگوید «اشهد لفلان بن فلان، علی فلان بن فلان الف درهم من ثمن مبيع» او «قرض» او «ارش جنایه». و شهادت بدهد بر شهادت او. و علامه و محقق در قواعد (۲) و شرایع (۳)، در این تردّد کرده اند. به سبب این که در غیر مجلس حاکم مسامحه بسیار واقع می شود. [و]

ص: ۷۸

۱- در نسخه: شهادت او را.

۲- قواعد (متن ایضاح الفوائد) ج ۴ ص ۴۴۵ ط کوشانپور.

۳- شرایع، ج ۴ ص ۱۲۸ ط دار التفسیر.

به سبب این که ظاهر حال عدل ثقه این است که تا این حد مسامحه نمی کنند. و اظهر قبول است، خصوصاً با ذکر «سبب» که قطع احتمال مسامحه و وعده، و غیر آن ها می کند.

چهارم: این است که شاهد فرع بشنود از شاهد اصل که گفت «أشهد علی فلان بن فلان، لفلان بن کذا» بدون حضور مجلس حاکم، و بدون استرعاء، و بدون ذکر سبب. و در این صورت محقق در شرایع (۱) و علامه در قواعد (۲) جزم کرده اند به عدم جواز شهادت. به سبب این که بسیار مسامحه می شود در مجلس غیر حکام به سبب غرض صحیحی یا فاسدی، و به سبب احتمال وعده به این معنی که مشهود علیه وعده کرده باشد که به مشهود له چیزی بدهد و نظر به این که وفا به وعده مستحسن است و موکد است، شاهد اصل آن را نازل منزله دینی دانسته بگوید «أشهد أنّ لفلان بن فلان علی فلان بن فلان کذا».

و این نه از قبیل این است که هرگاه کسی بشنود از کسی که اقرار بر امری می کند؛ مثل این که بگوید «لفلان علی کذا» که در این جا جایز است شهادت بر اقرار، چون احتمال مسامحه و وعده در آن نیست. زیرا که آن اخبار از نفس خود است. و شهادت اخبار از غیر است. و شرایط بسیار در شهادت هست (مثل عدالت و غیر آن) که در اقرار نیست.

و بسا باشد که گمان رود که تحقیق در مسئله این است که باید امر را موکول به جزم و یقین کرد، [گرچه] خصوصیات این چهار مرتبه از اخبار حاصل نرسیده چنان که ابن ادریس در سرائر تصریح به آن کرده، هر چند بعضی از آن ها اوضح از بعض باشد. پس هرگاه در صورت استرعاء هم احتمال مزاح یا غرض دیگر بدهد که جزم به شهادت حاصل نشود، یعنی جزم نکند فرع که اصل شهادت واقعی می دهد، جایز نیست که ادای

ص: ۷۹

۱- شرایع، ج ۴ ص ۱۲۸ ط دار التفسیر..

۲- شرایع، ج ۴ ص ۱۲۸ ط دار التفسیر..

شهادت کند. [و] در صورت چهارم هرگاه جزم کند به نفی احتمال دیگر، و خواطر (۱) جمع باشد، شهادت می تواند داد.

چنان که آخوند ملا احمد در شرح ارشاد اشاره به آن کرده و فرموده است: «و الاقوی انه ان تیقن عدم التسامح، صار متحملاً. و الآ، فلا. و بالجملة ینبغی العمل بعموم الأدلة؛ ففی کل موضع یحصل الیقین بشهادة الاصل مجزوماً یقیناً بان الاصل شهد بکذا، و لیس فی ما قاله مسامحةً و مماشاء، للفرع ان یشهد بشهادته، و یقبل. و الآ، فلا یقبل. فلا خصوصیه بعبارة دون أخرى، الا ان بعض العبارات اولی و اصرح من البعض» (۲). و کلام فاضل مقداد در تنقیح نیز اشاره به این مطلب دارد.

و آخوند ملا-احمد(ره) بعد از آن عبارت گفته است: ثم انه ینبغی ان یاتی الفرع وقت الشهادة بمثل ما اشهد؛ فان کان من المرتبة الاولیا یقول «أشهدنی علی شهادته فلان بن فلان..» الخ. و فی صورة سماعه عند الحاكم یقول «أشهد ان فلاناً شهد عند الحاكم بکذا». و فی الصورة الثالثة یقول «أشهد ان فلاناً شهد علی فلان بکذا بسبب کذا».

و ظاهر این سخن استحباب تصریح به کیفیت تحمل است. و لکن از دیگران وجوب ظاهر می شود و تصریح به آن کرده است در مسالك و وجه آن را گفته است که این است که: غالب مردم جاهل اند به طرق تحمل. پس گاه است که شاهد فرع تکیه کرده باشد به سببی که جایز نباشد تحمل کردن به این سبب (۳). پس هرگاه ذکر وجه تحمل، شده [باشد] ریب [مذکور] (۴) زایل می شود. و چون بعضی از مراتب تحمل، خلافی است چنان

ص: ۸۰

۱- کذا.

۲- مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان ج ۱۲ ص ۴۷۸ ط جامعه مدرسین.

۳- عبارت نسخه: جایز نباشد تحمل کرد بسبب این.

۴- در نسخه: کرده.

که دانستی گاه است رأی شاهد جواز تحمل باشد به آن، و رأی حاکم آن [ن-] باشد. پس باید موافقت و مخالفت معلوم شود تا حاکم حکم تواند کرد. و این سخن وجیه است (۱).

و گمان حقیر این است که این تحقیق تمام نباشد (و همچنین کلام آخوند ملا احمد). چون مخالف است با ظاهر اصحاب، و مخالفت ایشان مشکل است. پس می توانیم در تصحیح کلام ایشان بگوئیم که از قواعد مسلمة فقها است که «قول و فعل مسلم محمول بر صحت است». و آن چه در چندین موضع تحقیق کرده ایم این است که مراد از این، حمل فعل و قول ایشان است بر آن چه صحیح است نزد قائل و فاعل، نه مطلقاً. مثلاً مشهور میان علما این است که هر گاه جامه نجس را به قصار بدهیم و بگوئید «تطهیر کردم»، کافی است. و لکن این مطلقاً مسلم نیست، به جهت آن که در مسائل تطهیر؛ خلاف در شرایط آن بسیار است (مثل این که هر گاه خلاف باشد در جواز تطهیر در [مرکز] (۲)، و گاه قصار جایز دانند آن را و صاحب جامه ندانند. یا در بعضی نجاسات، قصار غسل یک دفعه را کافی داند و صاحب جامه ندانند. و هكذا). پس قبول قول او در وقتی مسلم است که اتفاق رأی هر دو در مسئله، معلوم باشد. و الا باید استفصال کرد.

و این منافات ندارد با حمل قول او به صحت؛ یعنی آن چه کرده است بر وجه عصیان و خلاف صحیح در نظر خود نکرده. مگر در بعض مواضع که مستثنا است؛ مثل حلیت لحوم و جلود سوق مسلمین، و قبول ایشان در مذکبیا بودن، هر چند بعضی از مسلمین قائل به حلیت ذبیحه اهل کتاب باشند، یا میته را به دباغت پاک دانند، یا قطع حلقوم تنها را کافی دانند چنان که مذهب ابن جنید است. و امثال این.

ص: ۸۱

۱- مسالک، ج ۲ ص ۳۳۳ ط دار الهدی.

۲- در نسخه: مرکز. - مرکز؛ تشت لباسشویی، تغار لباسشویی.

و از این جا ظاهر می شود که آن چه شهید در قواعد فرموده است که: حمل قول مسلم بر صحت، مأخوذ است از قبول قول صحابی که بگوید «امرنا رسول الله بكذا»، چون ظاهر حال صحابی آن است که اجتهاد در فهم کلام کرده و چنین فهمیده که لفظی که آن جناب فرموده، امر بوده است، نظر به وضع لغت. پس باید قبول کرد.

در آن نیز اشکال است. چون الفاظ دالّه بر امر، مختلف فیه است. گاه است بعضی از جمله خبریه، امر می فهمند و بعضی نمی فهمند. و همچنین از صیغه «افعل». و این حجت نخواهد بود بر آن که نمی فهمد. پس باید حجّیت آن در صورت اتفاق رأی باشد، نه مطلقاً.

هرگاه این را دانستی؛ پس می گوئیم در شاهد اصل؛ هرگاه در نزد حاکم بگوید «أشهد لفلان علی فلان كذا»، باید در نزد حاکم احتمال این نباشد که بلکه از باب وعده (که مشهود علیه از برای مشهود له کرده بود) چنین فهمیده بوده است که وفای به وعده، لازم است و شهادت داده باشد. یا آن که شهادت بدهد که «زید ملک خود را به عمر و فروخت». و محتمل باشد که شاهد معاطه را بیع لازم داند، و حاکم آن را بیع لازم نداند. پس باید که تفتیش کند که صیغه خوانده یا نه. یا آن که داند اتفاق رأی او را با حاکم. و این ها هیچیک منافات ندارد با حمل قول او بر صحت.

پس در شاهد فرع هم؛ هرگاه شهادت بدهد که من شهادت می دهم که شاهد اصل شهادت داده بر این مطلب. هرگاه احتمال این نباشد که شاهد فرع تکیه کرده باشد بر مجرد لفظ شاهد اصل، بل که تکیه او بر علم جازم باشد بر این که شاهد اصل، شهادت به عنوان جزم داده بر وجه لازمی از وجوه شرعیه. و این که (۱) شاهد از باب اشتباه وجوب وفا به وعده، شهادت نداده. در این صورت شهادت او مسموع است، و احتیاج به تفحص و تفتیش نیست. و اما هرگاه محتمل باشد که تکیه او بر لفظ شاهد است که دلالت بر معنی

ص: ۸۲

دارد به حسب عرف و لغت؛ پس در این جا برای حاکم لازم است تفحص و تفتیش.

و نزاع فقها هم باید که در این جا [در مدّ نظر] باشد. و فی الحقیقه نزاع بر می گردد به این که آیا شنیدن این لفظ از شاهد اصل، کافی است از برای شاهد فرع که خود را شاهد داند و شهادت بدهد؟ و از برای حاکم هم کافی است که هرگاه داند که تکیه شاهد فرع به همین لفظ است، کافی است که او را شاهد داند و قبول شهادت او کند یا نه؟-؟ پس به این سبب در الفاظ تفصیل داده اند. و ابتدای این ترتیب از شیخ است در مبسوط (۱)، و دیگران تبعیت او کرده اند. چنان که از ابن ادریس ظاهر می شود.

و مرحله اول را که «استرعاء» است اتفاق کرده اند بر جواز اعتماد بر آن. و جمعی دعوی اجماع بر این کرده اند. پس حجیت این از راه اجماع است (۲). و اجماع مخصص قاعده

ص: ۸۳

۱- مبسوط، ج ۸ ص ۲۳۱ ط المرتضویة.

۲- این فرمایش میرزا(ره) از اعجب عجایب است: اولاً: اجماع خود حجت نیست، پس چگونه می تواند به «شهادت استرعائی» حجیت بدهد؟! ثانیاً: بر همگان معلوم است که «شهادت بر شهادت» اگر «استرعائی» باشد، مقبول و نافذ بوده پیش از آن که این اجماع ادعائی منعقد شود. زیرا عمومات و اطلاقات آیات و اخبار، و نیز خصوص اخباری که درباره «شهادت بر شهادت» وارد شده بر آن دلالت دارند. و کسی نمی تواند به مقبولیت و نافذ بودن شهادت استرعائی، قائل نباشد. چون بارزترین و روشنترین مصداق آن، همین صورت استرعائی است. و عدم پذیرش آن، یعنی بی موضوع و لغو بودن آن همه اخبار. این فرمایش میرزا(ره) شبیه این است که کسی بگوید: دلیل اثبات وجود خدا و اثبات توحید، اجماع مسلمین است. در حالی که این اجماع خود معلول ادله است و تکیه بر آن، دور واضح است (اجماع به دلیل ثبوت توحید است و ثبوت توحید به دلیل اجماع است). و در ما نحن فیه؛ ثبوت مقبولیت و نفوذ استرعاء به دلیل اجماع است، و ثبوت اجماع به دلیل ثبوت استرعاء است. با حفظ احترام شخصیت والای میرزا(ره) باید گفت: این جا، اجماع گرائی و شهرت گرائی او واقعاً به افراط رسیده است. و پیش تر به اشاره رفت که منشأ این شهرت گرائی و اجماع گرائی شگفت، «حجت دانستن مطلق ظن» است که از منفردات مصنف(ره) است. اما شگفت تر این که: بر فرض همگی به «حجت مطلق ظن» قائل شویم، آیا چنین ظنی حجت تر از هر حجت دیگر است؟! آیا حجت تر از «اخبار متواتر یقین آور» است؟! یعنی حتی مطابق قول منفرد مصنف(ره) هم، سبک و روشش دچار اشکال بل دچار اشکال ناشی از افراط است. صرف نظر از «شهادت بر شهادت»، در اصل مسئله شهادت همگان قائل هستند اجماعاً که بینه عبارت است از شهادت دو شاهد عادل. و بینه حجت است. آیا دلیل این قول، اجماع است؟! نماز ظهر چهار رکعت است به دلیل اجماع؟! نماز صبح دو رکعت است به دلیل اجماع؟! دروغ گناه است به دلیل اجماع؟ زنا گناه است به دلیل اجماع؟! و عجیب تر این که همیشه به اجماعات منقوله، بل به اجماعات ادعائی محض، چنین کاربردی می دهد. حجیت اجماع هیچ دلیلی ندارد. و اساساً چنین مقوله ای در ادبیات قرآن و اهل بیت(علیه السلام) وجود ندارد، منشأ این مقوله سقیفه منحوسه است که اولین «اجماع ادعائی» بود. در این مکتب نه به شهرت فتوائی ارزش داده شده و نه به اجماع. آن چه ارزش داده شده شهرت روائی است، به دلیل عمومات و اطلاقات اخبار، و نیز به دلیل خصوص مقبوله عمر بن حنظله. و

شگفت تر از همه: محقق قمی (قدس سره) طوری می گوید: «پس حجیت این از راه اجماع است»، که گوئی نظر همگان این است.

لزوم تعیین است در شهادت (۱).

پس معیار حصول همان لفظ است من حیث هو، بدون اعتبار حصول جزم از لفظ. پس مادامی که قرینه بر مزاح یا غیر آن نباشد، لفظ بر حجیت خود باقی است. و ضرور نیست که از برای فرع یا حاکم، جزم به حصول جزم از برای شاهد اصل باشد. و در صورت اخیر که قسم چهارم است، هم ظاهر این [است که] لفظ به تنهایی (بدون انضمام قطع به این که شاهد اصل جازم است) کافی نیست. و ظاهراً این هم اتّفاقی است. چنان که از مسالک ظاهر می شود. و موافق است با قاعده اصل شهادت [که عبارت باشد] از لزوم اعتبار جزم.

و در دو قسم دیگر؛ ظاهر ابن جنید مخالف است. و در قسم سیم علامه و محقق متردّد اند. پس هرگاه شهرت را کافی دانیم و خلاف ابن جنید را اعتبار نکنیم، قسم دویم هم مستثنا خواهد بود از قاعده شهادت. و الاً باید آن را در تحت قاعده شهادت دانسته

ص: ۸۴

۱- بلی: این سخن کاملاً به حق است که فقها برخی قواعد را اجمالاً تخصیص زده اند. اما باز دلیل تخصیص، اجماع نیست، بل ادله ای است که اجماع از آن ادله ناشی شده و خود معلول آن ادله است. پیش تر نیز اشاره شد که این گونه شهرت گرائی و اجماع گرائی، در واقع یک عامل می شود برای بستن باب اجتهاد در خیلی از مسائل و احکام، بل در اکثریت نزدیک به اتفاق مسائل مهم.

مسموع ندانیم. و همچنین در قسم سیم تردّد ایشان را اگر مضرّ ندانیم، مستثنا خواهد بود. و الاّ، فلا.

و در این جا محقق اشکالی کرده که: شیخ و اتباع او چرا فرق گذاشته اند مابین قسم سیم و چهارم، و سیم را جایز دانسته اند و چهارم را جایز ندانسته اند. و چون چهارمی باطل است به اتفاق، پس باید سیمی هم باطل باشد. چون احتمال در هر دو قائم است. یا آن که چون سیمی را جایز دانسته اند، پس باید چهارم هم جایز باشد. و این بعید است، چون قولی به سماع چهارم، ظاهر نیست (۱).

پس، از آن چه تحقیق کردیم، ظاهر شد که بحث آخوند(ره) و مخالفت ایشان با مشهور، در موقع خود نیست. و تکیه ایشان بر «دلیل خارج» است در اعتماد بر الفاظ [با] قطع نظر از حصول قطع. و با وجود قطع؛ ظاهر این است که فقها قسم چهارم را جایز می دانند. و این نه از باب تکیه بر لفظ است من حیث اَنّه لفظ، تا مخالف اتفاق ایشان باشد.

و الحاصل: شاهد هر گاه یکی از اقسام اربعه الفاظ را از شاهد اصل بشنود و خود جزم نکند که شاهد اصل جازم است در شهادت، نباید شهادت بدهد در نزد حاکم که من شاهدم که فلان کس شاهد است بر این مطلب. بل که باید بگوید که «من شاهدم که شاهد اصل چنین گفت»، تا حاکم آن چه داند بر آن مترتب سازد.

و همچنین است کلام در سایر شهادت؛ که شاهد نباید حکم را مترتب بر سبب کند. بل که باید سبب را ذکر کند و حاکم حکم را بر آن مترتب کند. پس شاهد نمی تواند شهادت بدهد که «مابین زید و زینب رضاع محرّمی حاصل شده». چون (۲) خلاف است در

ص: ۸۵

۱- از محقق(ره) چنین کلامی یافت نشد. و این کلام ترجمه عین عبارت شهید ثانی(ره) است در مسالک (ج ۲ ص ۳۳۴ ط دار الهدی). البتّه شهید ثانی نیز در مقام بیان نظریه محقق آورده است.

۲- در نسخه: و چون.

عدد رضاع محرم. بل که باید شهادت بدهد که ده شیر خورده اند، یا پانزده شیر. و همچنین شهادت به انتقال ملک بدون ذکر سبب آن (از بیع یا ارث یا غیر آن). مگر این که شاهد و حاکم متفق الرأی باشند در مسائل خلافیه. و از این باب است که بگوید: «شاهد اصل شهادت داد به این مطلب در نزد حاکم جایز الحکمى». بل که باید که تعیین آن حاکم نماید. [زیرا] گاه است که این حاکم آن حاکم را جایز الحکم نداند.

و بدان که: در این جا کلام دیگر هست که لازم است تنبیه بر آن. و آن این است که: فقها در اول این مبحث، می گویند که «جایز نیست تحمّل شهادت آن شاهد اصل، مگر در وقتی که فرع بدانند که در نزد اصل، شهادت جازمه هست به حق ثابتی». چنان که در مسالک (۱) و غیر آن تصریح شده. بعد از آن می گویند که از برای معرفت، اسبابی است و این سه مرتبه است. و ذکر مراتب را کرده اند. و بعد از آن، اشکال در بعضی آن ها کرده اند. و دعوی اتفاق بر بعضی، و استدلال کرده اند در بعضی آن ها. مثل آن مرتبه دویم که شهادت بدهد نزد حاکم، یا بگوید «عندی شهادة مجزومه».

[و] این که متصدی نمی شود از برای شهادت مگر در صورت جزم داشتن. و این معنی بیش از افاده ظن نمی کند، پس چگونه می توان گفت که این شهادتی است در صورت معرفت به این که شهادت جازمه دارد؟ و این چگونه می سازد با آن که تو گفستی که نزاع در سر مجزّد الفاظ است؟ و می توانیم گفت که مراد ایشان در اول کلام این است که فرع نمی تواند که شهادت بدهد بر شهادت اصل، الا در صورتی که بدانند که شاهد اصل شهادت داده است به صورت جزم، و کذب او ظاهر نباشد. نه این که باید حقیقتاً علم داشته باشد که محض صورت جزم نیست بل که جزم واقعی است.

در صورتی که شاهد فرع مدعی جزم واقعی باشد که نه از حیثیت دلالة لفظ است

ص: ۸۶

۱- همان.

فقط بل که با ملاحظه قراین خارجی باشد، پس [در آن] (۱) مجال اشکال و تشکیک نخواهد بود، و نزاع در آن نباید باشد. و اما هرگاه تکیه او بر مجرد صورت جزمی است که از لفظ حاصل شده؛ پس نزاع در آن جا خواهد بود، و ذکر این مراتب در آن جا است.

۳۸- سؤال:

۳۸- سؤال: هرگاه زینب ملکی دارد، و شوهر او زید آن ملک را با عمرو در معرض بیع در آورد. و زینب که مطلع شود بگوید که ملک از من است و من راضی نیستم. و به این سبب مبیعه موقوف شود. و بعد از چند وقت ثانیاً عمرو بدون اطلاع زینب، همان ملک را از زید بخرد. و بعد از آن زید فوت شود. و زینب زوجه او به عمرو ادعا می کند که ملک مال من است، و به اثبات شرعی برساند. و بنا به این شود که عمرو زینب را قسم بدهد که تجویز و امضاء بیع را نکرده. و عمرو اسقاط قسم کند. و بعد بنا را به مصالحه گذاشتند که زینب حقوق خود را به عمرو مصالحه کند به مبلغ معینی. و بعد از آن عمرو آمده و فسخ مصالحه را نموده. و فسخ مبیعه هم که با زید نموده نماید. و زینب هم فسخ مصالحه کند. و عمرو بگوید که: وجه ثمن را که به زید داده ام از زوجه او زینب و اولاد او می خواهم.

آیا در این صورت، عمرو می تواند که مطالبه ثمن را نماید با وجود علم به حال در حین مبیعه-؟ و همچنین زینب می تواند اجرة المثل ایام تصرف عمرو را از او بگیرد یا نه؟-؟ و با وجود فسخ مبیعه و اسقاط قسم، دیگر قسم به زوجه می تواند داد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: به مجرد اثبات این که آن ملک مال زینب است، حق او در ملک نسبت به دعوی که با عمرو دارد ثابت می شود. باید عمرو تسلیم او کند. و ادعای عمرو بر او که تو راضی بوده [ای] یا امضاء کرده [ای]، دعوی تازه [ای] است. و بر فرض عدم بینه می تواند زینب را قسم بدهد که تو راضی نبوده ای و امضا نکرده ای. و هرگاه اسقاط قسم کرد بر

ص: ۸۷

او لازم است که ملک مسلم او داشته دیگر مزاحم او نشود.

و اما هرگاه بعد اسقاط قسم حقوق خود را زینب مصالحه کرد با عمرو به وجه معینی، آن نیز عقد لازمی است و صحیح است، و فسخ و تقایل از طرفین آن، نیز جایز است و صحیح است. و ملک بر می گردد به زینب و وجه مصالحه بر می گردد به عمرو.

و اما این که در ثانی می تواند عمرو زینب را قسم بدهد یا نه؛ پس باید که ملاحظه کرد که آیا حق یمین را به ضمیمه وجه معینی صلح کرده است به آن ملک، پس با وجود فسخ از طرفین، باز حق یمین عود می کند. و اگر حق یمین را علیحده اسقاط کرده و صلح را به وجه معینی علیحده کرده است، پس باید ملاحظه کرد که آیا اسقاط حق قسم به سبب اعتراف به عدم رضاء و امضای زینب است، پس در این صورت دیگر حق یمینی باقی نمی ماند که به آن رجوع کند. و [هرگاه] از باب احترام قسم، یا احترام زینب، یا غیر آن است، هم ظاهراً عود نمی تواند کرد. چون که او را از حق خود بری کرده. و لکن این قسم هم در معنی اعتراف به عدم رضاء و امضاء، و اسقاط حق دعوی است. پس حقی باقی نمی ماند که مصالحه بر آن وارد شود.

و در این جا قسمی دیگر متصور می شود که مراد این باشد که «طی دعوی را به مصالحه می کنم نه به مرافعه و قسم». که در این صورت فی الحقیقه اسقاط حق قسم نشده، بل که بنابر مصالحه شده است. و بعد از فسخ و تقایل می تواند باز رجوع به قسم بکند در طی دعوی. و هرگاه زینب قسم نخورد و نکول کرد، ملک بر ملکیت عمرو باقی است. و هرگاه قسم خورد، ملک را با اجرة المثل ایام تصرف عمرو می گیرد، الا زمانی را که بر مصالحه باقی بودند.

و اما حکایت استرداد ثمن در صورت فسخ مصالحه و فسخ اصل مبیعه زید؛ پس آن نیز مشکل است. به جهت آن که مفروض این است که زید بایع فوت شده، و با وارث هم فسخ و تقایل واقع نشده. پس هر چند به مقتضای مرافعه و بینه و تقایل مصالحه، عمرو

ملک را به زینب رد کرده، و چنین می نماید که مستحق استرداد ثمن باشد. لکن چنین نیست. به جهت آن که در این مقام پای دعوی بر میت و وارث هم در میان می آید. پس زینب دعوائی که با عمرو داشت با بینه اثبات کرد و مستحق استرداد ملک شد. و دعوی رضا و امضائی که عمرو بر او داشت هم مفروض این است که منقرض شد. و دعوی زینب نسبت به عمرو هم طی شد.

و لکن چون دعوی زینب بر عمرو مستلزم دعوی است بر زید زوج خود که متوفی است، و دعوی ای است بر میت، و اظهر این است که بدون «قسم استظهاری» بطلان حق میت ثابت نشود، هر چند دعوی بر عین باشد. پس به مجرد بینه و اثبات این که مال زینب است، بطلان حق زید معلوم نمی شود. و حکم به بطلان بیع او نمی کنند، به جهت آن که اگر میت زبان داشت گاه است که می گفت که من خریده بودم از زینب. و این منافات با بینه ندارد. چنان که در مسئله دعوی دین بر میت با وجود شهادت شاهد که می گوید میت را مشغول ذمه می دانم به حق مدعی، باز به مدعی می گویند که قسم بخور که نگرفته ای، یا بری الذمه نکرده ای].

پس بدون این که زینب از برای دعوی نسبت به زید متوفی قسم نخورده، حکم به بطلان [حق] او نمی شود. و مقتضای عدم بطلان این است که ثمن در مال زید باقی است و از وارث او استرداد نمی توان کرد. و منافاتی نیست مابین این که باید ملک را تسلیم زینب کند، و این که نتواند ثمن را استرداد کند بدون یمین.

و اما هرگاه قسم استظهاری را در صورت دعوی عین، لازم ندانیم و بگوئیم که به مجرد بینه حق ثابت می شود؛ پس هر چند مقتضای آن این است که ملکیت زینب ثابت شود و عمرو هم استرداد ثمن تواند کرد. و لیکن مقتضای دعوی دویم عمرو بر زینب (که تو راضی بودی، و امضا کرده ای، و قسم بخور که امضا نکرده ای)، اعترافی است از عمرو بر صحت مبیعه و این که زید ثمن را به حق گرفته، نه به باطل. پس چگونه استرداد می

کند. و آن اعتراف او مکذّب این دعوی استرداد اوست.

و اگر الحال بعد از فسخ مصالحه و طیّ دعوی اعتراف کند به عدم رضا و امضاء زوجه (بعد از آن که پیش اعتراف کرده بود به خلاف آن) پس آن مسموع نیست نسبت به وارث. چون متضمّن «اقرار بر غیر» است. با وجود این که بر فرض قبول اعتراف عمرو بر بطلان بیع و عدم امضاء زوجه؛ ظاهر این است که باز استرداد ثمن نتواند کرد چون عالماً بالفساد تسلیم ثمن کرده (۱)، هر چند عین ثمن موجود باشد، بنابر مشهور المدّعی علیه الاجماع. هر چند دور نیست که قائل شویم که اگر بایع زنده بود بر او واجب بود ردّ کردن، و از برای مشتری جایز نبود مطالبه کردن. بلی اگر بایع به او ردّ نمی کرد جایز بود او را که بگیرد (۲). و مفروض این است که بایع در حیات نیست که حال معلوم شود.

و اگر کسی بگوید که: مفروض این است که ملک خارج از میان زوج و زوجه نیست. و احتمال صحت مبیعه در صورت مفروضه نیست مگر به سبب امضای زوجه. و در این صورت ثمن مال زوجه می شود. و چون مفروض این است که به سبب تقایل و فسخ مصالحه از طرفین، ملک برگشت به زوجه. و جمع مابین ثمن و مثنی معنی ندارد. و وجهی از برای مالکیت زید مَر ثمن را باقی نیست. و مال بی مالک نمی شود. پس باید عمرو مستحق ثمن باشد.

جواب می گوئیم: که عمرو به سبب اعتراف خود [تقویت] (۳) حق خود کرده. و منافاتی نیست (در ظاهر احکام شرعیه) که به سبب اقرار خصم، ملکی مال احدی شود که در نفس الامر حقی در آن نداشته باشد، و عوضی هم که از او گرفته شده است منکشف

ص: ۹۰

۱- برای شرح بیشتر رجوع کنید به مسائل کتاب الغصب از مجلد ششم.

۲- ظاهراً این فتوی با آن چه در کتاب الغصب گذشت، اندکی فرق دارد.

۳- در نسخه: تقویت.

شود که مال غیر بوده است و به صاحب خود عود کرده باشد.

و اما اگر عمرو دعوی با زوجه یا وارث داشته باشد و ادعا کند که شما علم دارید که بیع من [با زوج] (۱) صحیح بود و به رضا و امضای زوجه بوده، و الحال یا ملک را واگذارید یا قسم بخورید بر عدم علم. ظاهر این است که می تواند. و این که اول دست از قسم برداشت و به مصالحه راضی شد، مستلزم این نیست که بعد از فسخ مصالحه نتواند رجوع به دعوی کرد.

۳۹- سؤال:

۳۹- سؤال: زید با عمرو شریک بود. و زید با عمرو صلح کرد که جمیع حقوقی که عمرو داشت در مال المشارکه (چه از نقد و جنس و نسیه) به مبلغ معینی. و بعد از آن که مال المصالحه را داد و مال المشارکه را گرفت، مالی در نزد عمرو بروز کرد. و زید به او گفت که «تو مستحق غیر مال المصالحه نیستی، این مال را تو از کجا آوردی؟». عمرو در جواب بگوید که «از بکر در نزد من بود که به آن معامله می کردم». بعد از آن به محاجه (۲) بکر رسیدیم و حق او تمام داده شد، باز [آن مال] بر جا بود. [عمرو] گفت این مال را جسته بودم و به آن معامله می کردم. و کذب او هم ظاهر شد. و بعد گفت: مال فلان شخص است خالد نام که زن او از او دزدیده و به من داده که معامله کنم.

و زید مال را از او گرفته است. آیا سخن عمرو مسموع است (با این همه دروغ و تقلب و اعتراف به فسق)-؟ یا این مال مال زید است؟ یا حکم دیگر دارد؟

جواب:

جواب: اولاً: این که اقرارهای سابق کذب آن ها ظاهر شد، به آن ها اعتنا نمی شود. لکن اقراری که در آخر کرد مسموع است و کذب و فسق مانع قبول اقرار نمی شود. پس به

ص: ۹۱

۱- در نسخه: بزوجه.

۲- محاجه در لغت به معنی استدلال طرفین دعوی که هر کدام حجت و دلیل خود را بیان کنند. اما در این جا مراد «بررسی حجت ها» است. پیشتر گذشت که در آن زمان به «سند» حجت می گفتند.

سبب اقرار او به این که مال از خالد باشد، حکم می شود که مال مال خالد است. و این در صورتی (۱) که خالد حاضر باشد و تصدیق او کند، ظاهر است. و هرگاه خالد هم بگوید از من نیست. اظهر این است که در حکم مجهول المالک است و حاکم شرع از او می گیرد و با آن معامله مجهول المالک می کند.

و بعضی می گویند: به مدعی می دهند که زید است. چون مسلمی است وقول او محمول بر صدق است. و این مبتنی است بر این که ید عمرو را در این هنگام کالعدم دانیم (۲).

و بنابر این که مال خالد شد به سبب تصدیق عمرو؛ پس آیا دعوی زید بالمرّه ساقط می شود یا نه؟-؟ اظهر آن است که هرگاه دعوی کند که «تو علم داری که مال من است»، مسموع است. هرگاه [عمرو] انکار کند، او را قسم می دهند. و هرگاه نخورد و نکول کرد، یا ردّ قسم کرد و مدعی قسم خورد، حق مدعی ثابت می شود. و اظهر این است که مستحق قیمت آن است، چون عین به سبب اقرار، مال خالد شد.

و هرگاه خالد غایب باشد هم به مجرد اقرار عمرو، حکم می شود که مال خالد است. و حاکم شرع ولیّ غایب است و آن مال را ضبط می کند. و هرگاه خالد آمد و تصدیق کرد، مال او است. و هرگاه تکذیب کرد باز مثل سابق است که اظهر این است که در حکم مجهول المالک است. و کلام در دعوی زید علم را بر عمرو، مثل سابق است.

و این ها همه در صورتی است که زید در صورت جزم ادعا کند که این مال المشار که است. و الاّ پس این دروغ ها و اختلاف اقرارها، منشأ ثبوت حقی از برای زید نمی شود. و قسم هم نمی تواند داد. و امر عمرو با حاکم خواهد بود، مگر این که زید دعوی «مظنه»

ص: ۹۲

۱- عبارت نسخه: و این در صورتی است که خالد...

۲- زیرا قول مسلم وقتی حمل بر صدق می شود که در برابرش مدعی و یا ذوالید نباشد.

بکند و متهم داند عمرو را. در این صورت دور نیست که او را قسم تواند داد. و بر فرض نکول، غرامت می گیرد و در عین حقی ندارد (۱). چون به سبب اقرار، مال غیر شده.

و «قسم مظنه» رد نمی شود به مدعی.

۴۰- سؤال:

۴۰- سؤال: زید تنخواهی به عمرو به قرض یا غیر آن، خواهد بدهد. و از عمرو حجتی بگیرد و کاغذی نوشته شود که فلان مبلغ از مال زید بر ذمیه عمرو است. عمرو هم در نزد حاکم اقرار کند که فلان مبلغ از مال زید بر ذمیه من است. که [زید] کاغذی [ی] را مهر کند. و بعد از آن عمرو ادعا کند که اقرار من به جهت این بود که کاغذ را مهر کند. و الا این وجه به من نرسیده است و من مشغول الذمه نیستم.

و در این بین، زید فوت شود و دعوی طی نشده باشد، و الحال ورثه زید به عمرو می گویند که طلب پدر ما را که حجت آن را داریم، بده، تو خود اقرار کرده [ای] که پول را گرفته [ای]. عمرو باز همان سخن را گوید که اقرار من به جهت مهر کردن حجت بود. حکم این چه خواهد بود؟

جواب:

جواب: ظاهراً دعوی عمرو در کیفیت اقرار مزبوره، مسموعه است. و اگر زید زنده می بود و تکذیب او می کرد، قسم متوجه زید بود. و بعینه همین حکم در ورثه جاری است، و لیکن ورثه (بینهم و بین الله) جایز نیست ایشان را قسم خوردن بر استحقاق خودشان به مجرد اقرار عمرو، مگر با علم به کذب عمرو. و به مجرد اقرار عمرو علم حاصل نمی شود که به مقتضای آن قسم بخورند. به جهت آن که در قسم خوردن «علم بمقسم علیه» شرط است. و در صورت عدم علم، ظاهر این است که قسم را رد می کنند به عمرو و به مقتضای آن عمل می کنند.

و منتهای حقیقت این مسئله (چون که در رد قسم، قسمی است که منکر را ممکن

ص: ۹۳

۱- در مسئله شماره ۲۱ نیز راجع به مسئله «قسم مظنه» بحث کرده است.

باشد یاد کردن آن و ردّ کند (۱)) راجع می شود به این که یمین یکی از اموری است که اخراج حقوق به آن می شود، چنان که از عمومات بر می آید. و این که تفصیل حدیث مشهور «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» قاطع شرکت است و مخصّص آن عمومات است، در این جا ممنوع است (۲). چنان که در محل خود بیان کرده ایم.

۴۱- سؤال:

۴۱- سؤال: زید دکانی به عمرو فروخت. و ولد زید ادعا کند که دو د[انگ] آن صداق والده من بوده و از او به من منتقل شده و من حصّه خود را می خواهم. و زید بگوید: راست می گوید من فراموش کرده بودم. و عمرو مشتری هم ساکت باشد از این معنی که پدر تو ولیّ شرعی است در معامله و معامله در حال صغر تو واقع شده به عنوان ولایت.

و در این بین، عمرو مشتری فوت شود و دکان به صغار او منتقل شود، آیا هر گاه به

ص: ۹۴

۱- و در این جا خودشان نمی توانند قسم یاد کنند. پس چگونه آن را به عمرو ردّ می کنند؟ در جواب می گوید: این ردّ از آن باب نیست بل راجع می شود به این که یمین...

۲- در مقام «دفع دخل» است. می گوید: اگر اشکال کنید و بگوئید: حدیث «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» تفصیل داده و مخصّص کرده است که یمین فقط به عهده منکر است و کسی در آن شرکت ندارد، و تنها (به دلیل مخصّص) وقتی دیگری می تواند قسم یاد کند که منکر به او ردّ کرده باشد. و منکر وقتی می تواند ردّ کند که خودش بتواند آن قسم را بخورد. و در این جا چنین امکانی برای منکر نیست. در پاسخ می گوید: این کلام شامل این جا نمی شود. و شرح آن را حواله می کند به محل دیگر. اما: معلوم است اخراج ما نحن فیه از شمول کلام بالا (بل قاعده بالا) آسان نیست، و هزینه استدلالی و چرخش پیچاپیچ کوچه های تشقیق شقوق، و ظرایف استدلال را می طلبد. آیا بهتر نبود به جای «ردّ قسم» می فرمود «ورثه حق قسم مظنه دارند». همان طور که در همین مسئله ۳۹ و نیز در مسئله ۲۱، گفت: «البته بدیهی است که در عدم پذیرش «اطلاق تفصیل حدیث» حق با مصنف (ره) است. زیرا همیشه یمین در انحصار منکر نیست، همان طور که عکس آن نیز درباره مدعی صادق است و همیشه بیّنه در انحصار مدعی نیست. و تفصیل حدیث، قاطع شرکت مطلقا، نیست. همان طور که در مسئله بعدی (شماره ۴۱) نیز خواهد آمد. و فرقی میان این مسئله با آن مسئله هست، نشان می دهد که در این جا هزینه بیشتری می طلبد. و به آن سادگی نیست.

ثبوت شرعی برسد که دو د[انگ]، صدق والدۀ او بوده، به مجرد همین، مدعی می تواند حصۀ خود را از صغار بگیرد؟ یا نمی تواند مگر بعد از اثبات فساد معامله پدر خود-؟

جواب:

جواب: هر چند در ظاهر چنین می نماید (نظر به این که فعل مسلم محمول بر صحت است) این که بیع صحیح باشد. و اقرار زید به این که صدق بوده و من فراموش کرده ام، اقرار است بر غیر و مسموع نیست.

و لکن چنین نیست. بل که ظاهر این است که بعد ثبوت صدق بودن قبل از بیع، قول مدعی مقدم است با یمین (هر چند یمینه (۱) نگوید که در حین بیع هم ما آن را مال مادر مدعی می دانیم) چون در برابر مدعی، [مدعی ای] نیست که بگوید (۲) که بیع بر وجه ولایت شده به عنوان مصلحت، [و] به جهت استصحاب بقای حق صدق، و اصالة عدم صحت بیع، و این که مجرد ولایت پدر مستلزم این نیست که بیع را ولایه کرده باشد.

و این که اصل در فعل مسلم صحت است، اثبات تصحیح مطلق معاملات او را در مال غیر نمی کند با وجود بودن مدعی در برابر.

بلی: هر گاه بیع ولایتی ثابت باشد، و صغیر ادعاء عدم مصلحت کند، (بل که اگر پدر دعوی بیع ولایتی کند، و صغیر ادعاء غصب کند؛ یعنی برای خود فروخته [است] (۳))، در آن حال قول ولی مقدم است در خصوص آب و جدّ بلا اشکال. با اشکال در وصی و غیر او، که در آن جا خلاف است. و دور نیست که آن نیز چنین باشد.

ولیکن مفروض این است که در این جا دعوی مابین صغیر و ولی نیست، بل که مابین صغیر است و مشتری. یا صغیر که کبیر شده و صغیر مشتری. که مفروض این است [که

ص: ۹۵

۱- یعنی یمینه ای که «صدق بودن» به وسیله آن ثابت شده.

۲- در نسخه: نگوید.

۳- در نسخه: فروخته ام.

صغیر مشتری] خود سخن نمی گوید، و ولی هم نیست که از جانب او مدعی بیع ولایت بر وجه مصلحت، باشد. بلی اگر مشتری می گفت که «من قبول دارم که مال تو بوده اما پدرت بیع ولایتی بر وجه مصلحت، کرده»، دور نیست که قول او مقدم باشد با یمین. نظر به تقدیم ظاهر (۱)، چنان که در خود ولی بود.

و اما هر گاه ساکت باشد، یا بگوید که «من نمی دانم به چه عنوان فروخت، و لکن ظاهر این است که بر وجه مصلحت بوده، پس باید بیع من صحیح باشد». در این جا وجهی از برای تقدیم قول او نیست. پس در این جا (چون بین هر چند نهایت آن چه اثبات کند ملک صغیر بودن است در حال بیع، و آن اثبات فساد نمی کند و نمی رساند که مبیع بر وجه غیر مصلحت بوده، لکن) ظاهر این است که قول مدعی آن (۲) مقدم باشد با یمین. به جهت آن که یمین یکی از طرق اثبات است و عموم «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» مخصوص جایی است که منکری در برابر باشد (۳).

و این از باب این مسئله می شود که کسی در میان زحام زخمی خورد و ادعا کند بر کسی که تو این زخم را به من زدی. و او بگوید که بر من معلوم نیست که من زده باشم. که در این جا قسم متوجه مدعی می شود (۴). چنان که در محل خود بیان کرده ایم.

به هر حال: در طرف فساد؛ استصحاب، و اصاله عدم صحت و [عدم] تحقق بیع است. و موید آن است قرائن سکوت مشتری و اقرار زید به فراموشی نیز. و در طرف صحت؛ همین یک ظاهری است که «حمل فعل مسلم بر صحت» باشد. و آن ادله اقوی از این ظاهر

ص: ۹۶

۱- یعنی «تقدیم ظاهر بر اصل». - برای روشن شدن موارد تقدیم ظاهر بر اصل، و بالعکس، رجوع کنید جلد پنجم مسئله شماره ۳۶ کتاب الطلاق از مجلد پنجم.

۲- یعنی مدعی فساد.

۳- همین نکته است که فرق میان این فرض با فرضی که در مسئله پیش (یعنی شماره ۴۰) بود، را روشن می کند.

۴- بلی: قسم متوجه مدعی می شود، نه رد می شود به مدعی که موضوع بحث مسئله ۴۰ بود.

[هستند] (۱) با وجود آن که در این «ظاهر» ضعفی از راه دیگر هست و آن این است که: غالب موارد «حمل فعل مسلم بر صحت» این است که به عنوان معصیت نکرده است. و در صورت نسیان معصیتی نیست (۲). پس قول صغیر مقدم است با یمین.

۴۲- سؤال:

۴۲- سؤال: هرگاه زید ادعائی بر میتی داشته باشد و این مطلب را به عرض مجتهد جامع الشرایط برساند، و آن مجتهد عمرو را اعلام نماید که هرگاه در این ادعا، خالد از برای زید شهادت بدهد، تو یک «قسم جز و بیّنه» و یک «قسم استظهاری» به زید بده و ادعای او را قبول کرده از مال میت (که منتقل به صغیر و کبیر شده) مدعای زید را بده.

و خالد که شاهد است در نزد عمرو، مظنون بل معلوم الفسق است.

آیا در این صورت، تکلیف عمرو این است که به اعتقاد خود عمل کند و شهادت خالد را قبول نکند و مدعای زید را به او ندهد؟ یا آن که به اعتقاد آن مجتهد باید عمل کند و بعد از شهادت خالد و دو قسم، مدعای زید را به او رد کند؟ و بنابر فرض اول؛ هرگاه پیش از آن که مجتهد این امر را به عمرو محوّل نماید، برادرهای میت از مال میت قدری تنخواه از بابت ادعای زید به آن داده باشند، استرداد از زید بر عمرو [واجب] (۳) خواهد بود با وجود تعسر، یا نه؟

جواب:

جواب: هرگاه با آن مجتهد متفق باشند در اسباب جرح و تعدیل، و معلوم عمرو باشد که فسق خالد مخفی مانده بر آن مجتهد، ظاهر آن است که نمی تواند به وفق حکم آن مجتهد عمل کند. و باید ملاحظه آن چه را که بر او محقق شده بکند.

بلی: اگر مجهول الحال باشد شاهد در نزد عمرو، می تواند به نیابت آن مجتهد انجام آن

ص: ۹۷

۱- آن چه در نسخه است قابل خواندن نیست.

۲- پس این جا، اساساً جای این قاعده و حمل بر صحت نیست.

۳- در نسخه: حاجب.

امر را بدهد.

و در صورت [عمل] به زعم خود (۱) و ترک قول آن مجتهد، هر گاه معلومش شود که برادرهای متوفی به غیر حجت شرعی، مال وارث را به زید داده اند، بر او لازم است که از باب «حسبه» استرداد کند هر گاه ممکن باشد و عسری نباشد.

۴۳- سؤال:

۴۳- سؤال: زید اجیر عمرو شده بود به وجه معینی. و عمرو بعضی از آن وجه را نمی دهد. و زید هر گاه خواهد تقاص حق خود را بکند موقوف است به این که زاید بر آن وجه ضرر به عمرو برساند تا آن وجه تقاص شود. آیا در این صورت جایز است تقاص یا نه؟-؟ و شرط جواز تقاص چه چیز است؟ و در چه وقت می تواند؟ و در چه وقت نمی تواند؟

جواب:

جواب: ظاهر جواز است و عدم ضمان.

و اما تحقیق شرائط تقاص: پس بدان که دعوی هر گاه از باب «عقوبت» است مثل قصاص و حدّ قذف؛ پس آن بدون مرافعه به حاکم شرع، جایز نیست. و در کفایه گفته است که در آن خلاف معروفی نیست.

و هر گاه عینی باشد و ممکن باشد اخذ آن بدون تحریک فتنه و فساد؛ پس در آن، رجوع به حاکم لازم نیست. بدون خلافی ظاهراً. و الا اگر منجر به فتنه شود، رجوع کند به حاکم یا به کسی که رجوع به او موجب فتنه نشود. و اگر دینی است و غریب او مقّر است به حق او و می دهد و مماطله نمی کند؛ پس اخذ آن بدون اذن حاکم جایز نیست. و اما هر گاه در دادن آن مماطله و کوتاهی می کند، یا می گوید که نمی دهم، یا انکار حق می کند، و مدعی نمی تواند حق خود را در نزد حاکم اثبات کند و به اعانت حاکم بگیرد، در این وقت جایز است تقاص حق خود بکند به مثل آن یا قیمت آن؛ الا سهل فالاسهل.

ص: ۹۸

۱- در نسخه: در صورت... ثانی نیز عم- جای نقطه چین میان دو سطر است و خوانده نمی شود.

بدون خلافی. و آیات قرآنی (۱) و احادیث (۲) بسیار دلالت بر آن دارد.

و اما در صورت وجود بینه و امکان اثبات در نزد حاکم؛ پس در آن خلاف است. و اشهر و اظهر، جواز است. به جهت عموم همان ادله از آیات و اخبار. خصوصاً هر گاه مرافعه مستلزم جرح باشد و محتمل باشد که حاکم بینه او را قبول نکند. و بعضی گفته اند جایز نیست، نظر به این که اصل عدم جواز در تصرف مال غیر است الا به اذن او، یا اذن حاکم در صورتی که بر حاکم ثابت شود و غریم ممانعت کند.

و ظاهر فتاوی و اطلاق و عموم ادله، این است که در صورت جواز [تقاص] (۳)، فرقی نیست مابین این که آن مالی که از آن تقاص حق می کند، از جنس حق خود باشد، یا غیر آن. بل که صریح بعض اخبار دلالت دارد. و ظاهر اطلاق فتاوی و ادله، این است که هر چند ممکن باشد تقاص از جنس آن، می توان تقاص از غیر جنس [کرد] (۴). و لکن جماعتی گفته اند که متعین است اختیار از جنس با امکان. و این احوط است.

و فقها گفته اند که در صورتی که از غیر جنس باشد، مختار است که از آن بردارد به قیمت عدل که میان خود و خدا گنجایش داشته باشد. و این که بفروشد به جنس حق خود و حق خود را بردارد. و هر گاه خوف ضرر باشد، اولی رجوع به حاکم است در معاوضه (۵).

ص: ۹۹

۱- از آن جمله آیه ۱۹۴ سوره بقره، و ۴۰ سوره شوریاء.

۲- وسائل، کتاب التجاره، ابواب مایکتسب به، احادیث باب ۸۳. و کتاب الایمان، ب ۴۷ ح ۱.

۳- در نسخه: قصاص.

۴- عبارت نسخه: ..تقاص از جنس به آن می توان بر تقاص از غیر جنس.

۵- اگر به نسخه اعتماد داشته باشیم، ظاهراً مراد مصنف (ره) این است که: به حاکم مراجعه کند و بگوید: من این مال را به عنوان تقاص حق خود برداشته ام و چون از جنس حق من نیست مقرر فرمائید که غریم بیاید و با مالی از جنس حق من معاوضه کنیم. و یا بدون این که غریم را به حاکم معرفی کند، در فروش آن مال و تبدیل آن به جنس حق خود، به حاکم مراجعه کند. اما هیچ حاکمی به این خوبروئی و خون سردی یافت نمی شود که این گونه ارباب رجوع را بدون محاکمه رها کند. و خواهد گفت: چرا در اصل مسئله به من مراجعه نکردی. حالا جناب تقاص کننده باید ثابت کند که به راستی تقاص کرده نه سرقت. و اگر می توانست (یا می خواست) از اول همین را اثبات می کرد و نیاز به تقاص نبود.

و در صورتی که اخذ حق از غیر جنس مال خود می کند، پس اگر به همان قدر است و به قصد تملک بر می دارد به قیمتی که گنجایش دارد، مال او می شود. و اگر تلف شود، از کیسه او رفته است. و اگر برداشته است که بفروشد و قیمت آن را بر دارد عوض حق خود، و در این بین تلف شود بدون تقصیری، در ضمان آن دو قول است؛ اظهر عدم ضمان است. چنان که شیخ اختیار کرده و گفته است که این لایق تر است به مذهب. و محقق اختیار ضمان کرده، چون اذن مالک در قبض آن حاصل نشده (۱). و شهیدان رد کرده اند این دلیل را به این که اذن شارع اعظم است از اذن مالک. و از شرح ارشاد شهید ظاهر می شود اختیار این، در صورتی که اخذ کرده باشد از جنس حق خود، و این که بیع کند به قدر حق خود.

و ظاهر این است که غیر جنس هم، چنین است، چنان که گفتیم. و ظاهر این است که هرگاه موقوف باشد استیفای حق به فروختن زاید بر حق هم، چنین باشد. و همچنین هرگاه زاید از حق برداشته باشد به اراده این که به قدر حق خود را مالک شود، آن هم چنین است. و در هیچیک از [این] صورت ها بر او ضمان نیست در صورت تلف بدون تقصیر. چنان که آخوند ملا احمد (ره) نیز اختیار کرده. و این مقتضای عمومات ادله است.

و زیادتى در همه صورتهای، امانت است در دست او تا متمکن شود از رد. و در صورت تمکن واجب است رد کردن فوراً اگر چه به صورت هبه باشد. و هرگاه تأخیر کند ضامن است. چنان که شأن امانات شرعیه است.

و ظاهر این است که هرگاه اخذ حق موقوف باشد به اضراری به مالک (مثل این که دیوار خانه او را سوراخ کند، یا قفل را بشکند که بدون آن نتواند که استیفای حق کرد، جایز باشد و ضمانی هم بر او نباشد.

ص: ۱۰۰

و خلاف کرده اند در جواز مقاصه از امانتی که از قرضدار، در نزد او باشد. مشهور متأخرین [قائل] بر جوازند با کراهت. و این مختار شیخ است در تهذیب و استبصار. و در نهاییه و غیر آن قائل به منع شده، و این منقول است از صدوق و ابی الصلاح و کیدری و شیخ طبرسی و ابن زهره با دعوی اجماع.

و دلیل [قول] اول، عموم «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (۱) و امثال آن است از آیات، و عموم اخبار، و ترک استفصال در آن ها، و خصوص صحیحه ابی العباس بقباق (۲)، و روایت علی بن سلیمان (۳). و دلیل قول دویم، اجماع منقول و آیات داله بر وجوب [رد امانت] و احادیث بسیار که در آن [ها] تاکید بلیغ شده است بر رد امانت و عدم خیانت (۴) که حاجت به ذکر آن ها نیست. و خصوص طایفه [ای] از اخبار که از جمله آن ها صحیحه معاویه بن عمّار است: «عن الصادق (علیه السلام) قَالَ: قُلْتُ لَهُ: الرَّجُلُ يَكُونُ لِي عَلَيْهِ حَقٌّ فَيَجْحَدُنِيهِ ثُمَّ يَسْتَوْدِعُنِي مَالًا أَلِيَّ أَنْ أَخْذَ مَا لِي عِنْدَهُ قَالَ لَا هَذِهِ الْخِيَانَةُ» (۵).

و جواب از آن ها: اما از اجماع؛ پس بعد مخالفت مشاهیر علما و متأخرین، اعتماد تمامی بر آن باقی نمی ماند و غایت امر این است که به منزله خبر صحیحی است و معارضه نمی کند با ادله مشهور. و اما آیات و اخبار داله بر وجوب رد امانت و عدم خیانت؛ پس با معارضه به آیات «اعتدیا» و غیر آن (۶)، در دلالت این اشکال است. زیرا که

ص: ۱۰۱

۱- آیه ۱۹۴ سوره بقره.

۲- وسائل، کتاب التجاره، ابواب مایکتسب به، ب ۸۳، ح ۲.

۳- وسائل، کتاب التجاره، ابواب مایکتسب به، ب ۸۳، ح ۹- این روایت علاوه بر ضعف سند، در دلالت متن نیز دچار اضطراب شدید است.

۴- وسائل، کتاب التجاره، ابواب مایکتسب به، ب ۸۳، ح ۳ و ۷ و ۱۲- و کتاب الشركه، ب ۵ ح ۱- و کتاب الوصایا، ب ۹۳ ح ۱- و کتاب الودیعه، دارای ده ها حدیث.

۵- وسائل، ابواب مایکتسب به، ب ۸۳ ح ۱۱.

۶- لقائل آن یقول: در این که قول مشهور قوی است، بحثی نیست. زیرا نسبت رویهمرفته ادله طرفین از آیات و احادیث، نسبت عام است با خاص و نسبت مطلق است با مقید. و عمل به خاص و مقید، متعین است که قول مشهور است. اما در استدلالی که محقق قمی (قدس سره) در این جا می کند، نکاتی به ذهن می رسد. مثلاً در همین جا باید گفت: اولاً: همیشه احادیث، آیات را تفسیر می کنند، نه بر عکس. ثانیاً: گرچه آیات امانت و اکثر اخبار امانت، با عموم و اطلاق شان بر وجوب رد امانت دلالت می کنند. اما چون موضوع شان خاص (فقط امانت) است، نسبت به آیه «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى»، خاص هستند. زیرا «ما» خیلی عام تر از «امانت» است. همین طور مسئله اطلاق و قید. و در میان احادیث امانت، حدیث های متعدد هستند که به طور خاص از تقاص در امانت، نهی شدید می کنند. از آن جمله صحیحه معاویه بن عمّار که نص است در حرمت این تقاص. پس معارضه ای در میان نیست و تکلیف روشن است که بر اساس دو قاعده «تخصیص العام بالخاص» و «تقیید المطلق بالمقید». و هیچ اشکالی در دلالت آیات امانت و اخبار امانت، از این جهت نیست.

صدق خیانت در ما نحن فیه ممنوع است (۱). و دور نیست که آن هم به سبب رخصت شارع در تقاص عموماً از باب ردّ امانت باشد که گویا مستودع و کیل مالک است و به دست مالک رسیده خواهد بود، چون ادای دین او می شود (۲). و خصوصاً که آیات و اخبار آن طرف معتضد به شهرت عظیمه (۳) و به عقل و نقل از نفی عسر و حرج (۴)، و موافقت «ملّۀ سمحۀ سهله» (۵) و غیر آن است.

ص: ۱۰۲

۱- این فرمایش محقق قمی (ره) عجیب است. زیرا حدیث صحیح می گوید «این خیانت است» و میرزا (ره) این نصّ حدیث را ردّ می کند آن هم با تکیه بر «منع». و این خیلی شگفت است. چون در برابر برداشت شخصی یک مجتهد می شود گفت «ممنوع است». اما در برابر حدیث، این اولین بار است که می شنویم «ممنوع است». گویا مراد او ردّ حدیث به وسیله خدشه در متن و محتوای حدیث است. یعنی از نظر سند آن را صحیح می داند، لیکن متن آن را مردود می داند. اما در این صورت باید بر ردّ خود استدلال کند، نه فقط بر «منع» تکیه کند. وانگهی؛ بدیهی است که عرف (و حتی لغت) این را خیانت می داند. میرزا (ره) و همراهانش باید ثابت کنند که ادلّه شرعی، این نوع خیانت را به عنوان تقاص تجویز کرده اند، شبیه قتل که به عنوان قصاص تجویز می شود.

۲- این جا باید گفت که صدق «ردّ امانت» بر «تصرف در امانت»، ممنوع است، بل جمع بین المتضادین است، بل مصداق جمع بین المتناقضین است.

۳- مخالفت با شهرت فتوائی، جایز بل سهل، بل در مواردی لازم و واجب است. شهرت فتوائی فقط یک ارزش دارد؛ باید کسی که با شهرت مخالفت می کند خیلی دقت کند و به اصطلاح حواس خود را کاملاً جمع کند. بلی شهرت چنین مضاعفتی دارد.

۴- هنوز اول کلام است که حکم عقل و نقل چیست؟ و تکیه بر عسر و حرج، مصداق «دلیل اخص از مدعی» می باشد. زیرا موضوع بحث اعم از موارد عسر و حرج است.

۵- درست است چنین تقاصی از نظر رسیدن به حق، سهل و آسان است. اما نه تنها با «سمحه = بزرگواری» سازگار نیست، بل نوعی پستی و دنائت است. که در برابر اعتماد کسی، چنین رفتاری را بکند. شخص بزرگوار، امانت را محترم می شمارد گرچه از قاتل پدرش باشد.

و بدان که: اشکال کرده اند در جواز تقاص از مال غایب. شهید ثانی در شرح لمعه فرموده است: «و فی جواز مقاصه الغایب من غیر مطالبه، وجهان؛ اجودهما العدم. الا مع طولها بحيث یؤدی الی [المطل] (۱). و لو امکن الرجوع الی الحاکم فالاقوی توقفه علیه» (۲). و به هر حال؛ هرگاه دعوی بر عین است و خوف فتنه نیست، اشکالی در جواز نیست. و با خوف فتنه رجوع به حاکم یا کسی که دفع فتنه کند، باید کرد. و در صورت دین، اظهر این است که مستقل نتواند شد در استیفاء، الا با تضرر در تأخیر و عدم تمکن از رجوع به حاکم که ولی غایب است.

۴۴- سؤال:

۴۴- سؤال: هرگاه زید ملکی به عمرو بفروشد. و زید و عمرو هر دو فوت شوند. و ورثه زید بگویند که پدر ما ملک را نفروخته. و ورثه عمرو اقامه بینه کنند بر اصل بیع. و بینه بر ادای قیمت نباشد. و بعد ورثه زید مطالبه قیمت کنند از ورثه عمرو. و ایشان جواب بگویند که مورث ما مشغول ذمه قیمت نبود و شما از او طلبی ندارید. حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: اثبات ورثه مشتری خریدن ملک را به بینه، مستلزم ثبوت قیمت در ذمه مشتری نیست. زیرا گاه است که ثمن مبیع دینی بوده است ثابت بر ذمه بایع قبل از بیع. و «اصل عدم آن» معارض است به «اصل عدم وقوع بیع بر ثمن جدید». پس اگر در این صورت، ورثه بایع بعد از انکار بیع، اعتراف کنند به بیع لکن بگویند که بیع بر ثمن جدید واقع شده و ما آن را می خواهیم. و ورثه مشتری را می رسد که بگویند «ما علم به شغل ذمه مورث خود نداریم» و اثبات بر ورثه بایع است. و قسمی بر ورثه مشتری نیست. بلی هرگاه ادعای علم کنند بر ورثه مشتری، «قسم نفی العلم» متوجه آن ها می شود.

ص: ۱۰۳

۱- و فی النسخة: الفعل.

۲- شرح لمعه (الروضه البهیة) ج ۳ ص ۲۴۲- کلانتر.

اما اگر ورثه مشتری قبول کنند که ببع بر ثمن جدید واقع شده و لیکن بگویند قیمت را داده است، باید اثبات کنند. و اگر بگویند که نمی دانیم مشتری قیمت را داده یا نه، باید از مال مورث قیمت را بدهند. و اگر ادعای علم کنند بر ورثه بایع که شما علم دارید که بایع قیمت را گرفته است، «قسم نفی العلم» متوجه آن ها می شود.

۴۵- سؤال:

۴۵- سؤال: شخصی که مرتبه اجتهاد ندارد، هرگاه در ولایتی، یا قریه [ای] حکم کند و به مرافعه برسد، حال او چه نهج است؟ این شخص از اشقیای می باشد یا از سعدا؟-؟ این عمل معصیت است و فسق؟ یا آن که طاعت است و عبادت؟ چنان که حال، بسیاری از ملاءهای این زمان که مرتبه اجتهاد ندارند، نظر می کنند به کتاب شرایع، یا قواعد، یا مدارک، مثلاً و [به] مرافعه می رسند و حکم شرعی جاری می کنند. بفرمائید که معصیت ایشان به چه مرتبه است؟ و از معاصی صغیره است؟ یا کبیره؟ و جناب احدیت ایشان را چه عذاب وعده فرموده است؟

جواب:

جواب: هرگاه این شخص مقلد مجتهد [ی] نیست که رأی او جواز عمل به کتب فقهاء باشد در مرافعات (چنان که محتمل است که قول بعضی از علما باشد که او هم معروف نیست)، داخل آن قضاتی خواهد بود که در نار هستند. چنان که از حضرت صادق علیه السلام مروی است که «الْقَضَاءُ أَرْبَعَةٌ ثَلَاثَةٌ فِي النَّارِ وَ وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ» (۱). و از جمله سه نفری که در نارند یکی شخصی است که حکم کرده باشد و لکن از روی علم و دانش نباشد.

پس هرگاه جایز نشد که چنین شخصی حکم کند، پس هرگاه حکم بکند داخل کسانی خواهد بود که حکم «بغیر ما انزل الله» کرده باشد. و آیات قرآنی و احادیث خائنه وادی نبوت، در تهدید و وعید آن، فوق حد احصاء است. و بس است همان سه آیه متوالیه

ص: ۱۰۴

«هم الكافرون- هم الظالمون- هم الفاسقون» (۱). حق تعالی همگی را از این بلیه عظمی نجات بدهد. چنین اشخاص هرگاه متوجه امر مسلمین می شوند سعی کنند که بنا را به مصالحه بگذرانند. و دعوی را به «صلح» طی کنند به هر نحو که ممکن باشد شرعاً.

و هرگاه آن شخص ادعا کند که من مقلد کسی هستم که جایز می داند آن، تقلید کتب فقها را، این سخن بسیار صعب است. به جهت آن که فهمیدن مراد فقها و دانستن رأی ایشان در جمیع مراحل دعوی از مسائلی که از باب فقه مسئله است (۲)، و آن چه از باب مسائل قضاء است، و طریق اثبات دعاوی و شناختن مدعی و منکر، در نهایت اشکال است، و شأن همه کس نیست. بل که فقهاء فحول در فهم مطالب فقها غفلت و زلت بسیار دارند، چه جای قاصرین (۳).

۴۶- سؤال:

۴۶- سؤال: هرگاه شخص مؤمنی شهادتی از برای زید داشته باشد، هرگاه احتیاج به ادای شهادت به هم رساند، می تواند شهادت در نزد غیر حاکم شرع (از اشخاصی که حاکم شرع نیستند و حکم می کنند و [به] مرافعه می رسند) ادا کند؟ یا آن که از باب امر به معروف و تنبیه این شخص غیر حاکم شرع، باید بگوید (۴) که «من شهادت را در نزد غیر حاکم شرع نمی دهم»؟ هرگاه از ادا نکردن شهادت ضرر به زید برسد چه حال دارد؟ و هرگاه ضرر نرسد چه حال دارد؟ جمیع شقوق را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: هرگاه علم به حقیقت مدعی دارد و کتمان شهادت منشأ ضرر او می شود، منع نمی کنم ادای شهادت را. و هرگاه چنین نباشد لزومی ندارد، بل که شاید داخل در اعانت

ص: ۱۰۵

۱- آیه های ۴۴ و ۴۵ و ۴۷ سوره مائده.

۲- یعنی مسائلی که به مرحله پیش از قضاوت مربوط است.

۳- درباره اصل فتوای مصنف (ره) درباره قضاوت افراد غیر مجتهد، رجوع کنید به مسئله شماره ۲۴. و نیز در مسئله شماره ۴۸ خواهد آمد.

۴- در نسخه: و باید بگوید.

بر اثم باشد و جایز نباشد. و این اشکال هر چند در صورت اول هم جاری است و لکن دلیل نفی ضرر و حرج در آن جا اقوی است از این، خصوصاً این که این شخص به قصد اعانت بر اثم نمی کند. بل که مقصود او استنقاذ حق مسلمی است.

۴۷- سؤال:

۴۷- سؤال: قسم را غیر حاکم شرع می تواند داد یا نه؟-؟ و هرگاه نمی تواند داد و قسم بدهد معصیت است؟ یا آن که فعل لغو است و مرافعه و ادعای این شخص طی نمی شود تا آن که به حکم حاکم شرعی قسم داده شود-؟ و خود حاکم شرع باید قسم بدهد؟ یا آن که بگوید به شخصی که قسم بده-؟ یا آن که بگوید تو که منکری حکم تو آن است که قسم بخوری، هر جا که قسم بخورد صحیح است و ادعاء مدعی ساقط است-؟ جمیع شقوق را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: قسم دادن وظیفه حاکم شرع واقعی است. و هر چند ظاهر اخبار و بسیاری از کلام فقها این است که باید در مجلس حاکم باشد، و لکن ظاهر این است که اذن حاکم شرع کافی است؛ یعنی بعد از مرافعه هرگاه حکم کرد که باید قسم بخوری، به شخص امین خود بگوید که ای فلان او را قسم بده، و او هم قسم بدهد کافی است. هر چند در آن مجلس نباشد. و قسم غیر حاکم شرع واقعی، نه مشروع و نه مسقط دعوی است.

۴۸- سؤال:

۴۸- سؤال: هرگاه مرافعه، واجب است که حاکم شرع برسد، و در نزد غیر حاکم شرع صحیح نیست. و قسم را هم باید که حاکم شرع بدهد. در ولایتی که حاکم شرع نداشته باشد. هرگاه ضرر برسد به مدعی هرگاه بیرون بیایند در نزد حاکم شرع مرافعه را ببرند. [یا] متعسر، یا متعذر باشد. یا از برای شهود تعسر باشد. اهل آن ولایت چه کنند؟

جواب:

جواب: این مسئله را علماء ما بیان نکرده اند با وجود آن که از مهمات است. و در بسیاری از صور منحصر است در این که مرافعه شود در نزد غیر مجتهد، یا بنا به صلح شود، یا فساد و فتنه و ضرر عظیم بر پا شود. و چون مسائل صلح هم بسیاری از آن باب

است که به جز رجوع به مجتهد، نمی توان دانست. گاه است که راه آن هم بسته شود خصوصاً با عدم رضاء طرفین به صلح، یا صغیر بودن و غایب بودن.

به هر حال؛ آن چه به گمان حقیر می رسد این است که هر گاه ممکن باشد صلح به طریق صحیح شرعی، آن را مقدم دارند. و هر گاه ممکن نشود و منحصر باشد رفع فساد به مرافعه به غیر مجتهد، و آن غیر مجتهد مردی بود عادل و صالح، و به عنوان تقلید مسائل مرافعه را دانسته باشد. یا با عجز از تقلید (۱)، از کتب فقها (حسب المقدور) فهمیده باشد، با مراعات اقرب به حق در نفس الامر، از مرافعه او منع نمی کنم.

و به هر حال؛ اولاً: هر گاه ممکن شود امین عادل از جانب مجتهد حیّ به تحریر دعوی برسد و به عرض مجتهد حیّ برساند که او حکم کند، این مقدم است. و هر گاه ممکن نشود، به مصالحه طی کنند با تراضی و طریق صحیح. و هر گاه ممکن نشود، به شخص عارف عادل که به تقلید مسائل خود را اخذ کرده باشد رجوع کنند. و هر گاه بالفعل تقلید نکرده باشد (۲) و لکن از کتب علما اقرب به حق را تواند پیدا کرد هم به او رجوع کنند.

و اهل این زمان مقصّرینند در تحصیل مجتهد. و بر هر فرقه لازم است که طائفه [ای] را بفرستند به تحصیل فقه تا در میان ایشان باشند و به آن ها رجوع کنند (۳).

و بر مقصّرین هر گاه حرجی و ضرری برسد و عقوبتی باشد، [در این صورت] (۴) تکلیف شاق، یا مالایطاق، بر خدا قبیح نیست. چنان که دشمنان اهل بیت و ائمه علیهم السلام، که باعث خفاء ایشان شدند، معذب اند به اعمال خود و معذور نیستند، چون خود باعث

ص: ۱۰۷

-
- ۱- مراد عدم امکان دسترسی برای پرسیدن از مرجع تقلید است. و امروز چنین عجزی معنی ندارد.
 - ۲- ظاهراً مراد محقق (ره) در این جمله «فعلیت تقلید است عملاً». یعنی تقلید کرده اما به دلیل عدم امکانات و وسائل ارتباطی، نمی تواند احکام را از مرجع خود بالفعل، به دست آورد. و مرادش این نیست که اساساً تقلید نکرده باشد.
 - ۳- اشاره است به آیه «نفر» سوره توبه، آیه ۱۲۲.
 - ۴- در نسخه: چنان که.

۴۹- سؤال:

۴۹- سؤال: هرگاه زید ملکی که در ید عمرو است ادعا نماید، و شهود بر غصبت آن داشته باشد. در صورت اقامه بینه بر غصبت آن، عمرو را باید اجرت سنوات تادیه نماید؟ و هرگاه معلوم نباشد که اجرت آن چند است به غیر صلح حکمی دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی أجرة المثل سنوات تصرف را ادا نماید. و رجوع می شود در أجرة المثل به اهل خیره. و با عدم امکان به هیچوجه، صلح کنند.

۵۰- سؤال:

۵۰- سؤال: در صورتی که عمرو بر زید ادعاء عینی نماید که در تصرف زید است، و یک شاهد عادل داشته باشد. و حکم به قسم شود. قبل از یاد نمودن قسم باید زید عین را تخلیه نماید و به تصرف عمرو بدهد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: چون که قسم جزء بینه است و قبل از قسم مطلب به ثبوت نرسیده، پس تخلیه و تصرف دادن قبل از آن لازم نیست.

۵۱- سؤال:

۵۱- سؤال: در صورت معروضه؛ هرگاه عمرو اقامه بینه نماید که عین در ید زید، معضوبه است. و زید بر عمرو ادعا نماید که عین را تو به من به نحو شرعی منتقل نموده [ای]، و عمرو منکر باشد. آیا زید را قسم دادن به نحو شرعی بر عمرو هست یا نه؟-؟ و در این صورت، قبل از قسم باید عین را به تصرف دهد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در این صورت، به محض [اقامه] بینه و حکم حاکم، مال، حق عمرو است و باید که تسلیم کرد. و زید مدعی می شود، و تا مطلب خود را ثابت نکند، مال را نمی تواند نگاه دارد. و هرگاه زید عاجز شد از اثبات، می تواند که عمرو را قسم بدهد که به نحو شرعی به او منتقل نکرده (۲). و هرگاه قسم خورد دعوی زید ساقط می شود. و هرگاه نکول

ص: ۱۰۸

کرد، دعوی او باطل می شود علی الاظهر. مگر این که رد کند قسم را به زید. بعد از رد قسم به مقتضای آن عمل می شود.

۵۲- سؤال:

۵۲- سؤال: هرگاه زید طلب از عمرو داشته باشد، و شهود داشته باشد بر آن. و طرف دعوی خصمی باشد صاحب تسلط، و ظن غالب باشد که ضرر به او می رساند. و زید به نحو تقاص تواند که اخذ مال نماید. جایز است یا نه؟-؟ و هرگاه در بلدی باشد که مرافعه شرعیه نشود و باید که به بلاد بعیده روند. تقاص جایز است یا نه؟-؟ و هرگاه تقاص موقوف باشد بر نقب دیوار، یا ضرری دیگر که [نفعش] (۱) به صاحب طلب نرسد. آیا باید که ضرر آن را از مال خود محسوب دارد؟ یا از مقتص منه بلا عوض تلف شده؟-

جواب:

جواب: بلی در همه صور مزبوره تقاص جایز است. و به جهت ضرری که به مقتص منه برسد از آن چه موقوف علیه تقاص باشد، غرامتی نیست.

۵۳- سؤال:

۵۳- سؤال: هرگاه دو نفر در عینی دعوی نمایند که در ید یکی از این دو است؛ یکی بگوید که معامله ما باطل است. و دیگری بگوید که معامله ما صحیح است. تقدیم قول ذی الید است یا خارج ید؟-؟ و هرگاه عین در ید ثالث باشد دعوی به نحو مفروض باشد، چه حکم دارد؟

جواب:

جواب: اگر مراد این است که اسبی مثلاً در دست زید است، و عمرو می گوید که من اسب را از تو خریدم. و زید می گوید تو به معامله فاسده خریدی [ای]. در این جا ظاهر این است که عمرو باید اثبات معامله صحیح را بکند. و اما هرگاه در دست عمرو باشد و معترف باشد به خریدن از زید، و زید مدعی باشد که معامله فاسده بوده؛ در این جا باید اثبات فساد معامله را بکند. و اما هرگاه در دست ثالثی باشد و زید ادعا کند که بیع ما فاسد بوده، و عمرو ادعای صحت کند، و ید عمرو هم قبل از آن بر آن نبود؛ پس اگر زید

ص: ۱۰۹

قبل این اعتراف به مبیعه کرده و الحال ادعای فساد می کند، باید اثبات کند. و الا عمرو باید صحت را اثبات کند (۱).

۵۴- سؤال:

۵۴- سؤال: هرگاه زید از عمرو طلب داشته، و بدون «محضیل گرفتن از حاکم (۲)» نتواند گرفت. و هرگاه محضیلی بیاورد باعث تزلزل عیال و اقوام عمرو می شود. آیا با وجود این، زید می تواند که به اعانت محصل طلب خود را بگیرد، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه ممکن باشد رجوع به حاکم شرع مستقل (۳)، جایز نیست رجوع به حاکم عرف. و هرگاه ممکن نباشد، یا سخن حاکم شرع، مطاع نباشد، جایز است استعانت از حاکم به شرطی که معصیتی دیگر لازم نیاید که او باعث اعانت بر آن باشد. مثل این که حاکم عرف با جهالت حق و استحقاق، بگیرد. یا باید که «خدمتانه» (۴) از آن شخص بگیرد. پس هرگاه حاکم هم علم دارد به استحقاق، و خدمتانه را هم از خود می دهد، شاید که جایز باشد.

۵۵- سؤال:

۵۵- سؤال: زید با عمرو دعوی دارد. آیا زید مدعی، تسلط دارد که عمرو را هر کجا

ص: ۱۱۰

۱- زیرا اصل بیع را هر دو پذیرفته اند. و نسبت به فساد و صحت، هر دو مدعی هستند. و باید هر کدام ادعای خود را اثبات کنند. یا بگوئیم هر دو هم مدعی هستند و هم منکر. و فرق این فرض با آن که: مالی در دست فرد ثالث باشد و هر دو مدعی مالکیت آن باشند (بدون این که بیع و معامله ای در میان باشد)، چیست؟ برای روشن شدن این مطلب، باید به «تعریف مدعی و منکر» توجه شود. در این باره رجوع کنید به مسئله شماره ۳۶ جلد پنجم (کتاب الطلاق). و اگر هر دو از اثبات ادعای خود عاجز شدند، تکلیف چیست؟ اصل صحت است یا عدم صحت؟-؟ و «اصل» با کدام است و «ظاهر» با کدام؟ و این طور که مصنف (ره) مسئله را رها کرده است، باید گفت سرانجام باید با مصالحه طی شود.

۲- محضیل: مامور دولت پادشاهی، که می رفت و حکم حاکم دولتی را درباره اموال اجراء می کرد.

۳- واژه «مستقل» دلالت دارد که به نظر میرزا (ره) حتی کسی که کاملاً مطابق شرع قضاوت و حکم کند، اگر مستقل نباشد و وابسته به حکومت پادشاهی باشد، قضاوت و حکم او مشروع نیست.

۴- هزینه دادرسی یا هزینه اجرای حکم که نظام طاغوت در آن زمان دریافت می کرد، خدمتانه نامیده می شد.

جواب:

جواب: هرگاه دو مجتهد عادل جامع الشرائط باشند و مساوی باشند. و مدعی خواهد مرافعه یکی از آن ها را، و منکر دیگری را، ظاهر این است که مختار مدعی را مقدم می دارند. و اما هرگاه مساوی نباشند، پس مشهور علما تقدیم أعلم است و دعوی اجماع هم بر این شده است. پس هر کدام که اختیار أعلم را کنند قول او مقدم است.

و این ها در وقتی است که عسری و حرجی لازم نیاید؛ مثلاً مدعی شهودی دارد در بلدی که در آن جا هستند و می تواند که حق خود را اثبات کند، و منکر می خواهد او را ببرد به نزد أعلم به بلد دیگر که شهود را نمی تواند که به آن جا ببرد، یا کسی در آن جا شهود را نمی شناسد که تعدیل آن ها را بکند. در این وقت معلوم نیست که آن که می خواهد به بلد دور برود، قول او مقدم باشد هر چند أعلم باشد.

۵۶- سؤال:

۵۶- سؤال: زید چند سال قبل از فوت خود، اعتراف کرده بود که: من اموال و املاک خود را مصالحه کرده ام به اولاد ذکور خود. و بعد از مدتی وصیت کرد که ثلث اموال مرا به مصارف مقررّه برسانید. و وصی بعد از فوت، به مقتضای وصیت عمل کرده و ثلث همان املاک را به پسر بزرگ او فروخته و قیمت آن را گرفته و به مصارف مقررّه رسانید.

و همین ولد مشتری املاک، از ورثه اناث خواهش کرده که حصیه ارثیه خود را به او بفروشند. و بعضی از ایشان قبول کرده حصه خود را به او فروخت. و بعضی دیگر از او مطالبه حق الارث خود را کرد. در جواب گفت که این املاک مال اولاد ذکور است به جهت صلح والد. و بر طبق ادعای خود اقامه بینه کرد بر اعتراف والد به مصالحه مزبوره در نزد حاکم شرع بدون حضور مدعی علیهم.

ص: ۱۱۱

آیا همان خریدن ثلث از وصی، و طلب بیع از ورثهٔ اناث، مبطل دعوی او هست، یا نه؟-؟ و آیا اثبات در غیر حضور مدعی علیهم، کافی است در این مطلب، یا نه؟-؟ و آیا اثبات اعتراف زید کافی است؟ یا باید اجرای صیغه به شهود ثابت شود؟ (۱)

جواب:

جواب: خریدن آن ولد ذکور آن ثلث را، یا طلب کردن بیع از اناث، منشأ بطلان دعوی او در مصالحه، نمی شود. گاه است که بگویند من این مطلب را نمی توانستم که به اثبات برسانم الجاء خریدم، یا آن که فراموش کرده بودم. و منافاتی هم نیست فی مابین این که اصل مصالحه را نتواند که اثبات کرد، اما اقرار و اعتراف پدر را تواند. خصوصاً در آن وقت که ثلث را می خرید، یا طلب بیع را می کرد نمی دانسته که شهود بر اقرار و اعتراف پدر دارد، و بعد از آن دانست.

و از این جا ظاهر شد جواب از آن سؤال که آیا مدعی باید اجرای صیغه را ثابت کند یا نه. بل که همان اقرار به مصالحه کافی است و حاجت به اثبات اجرای صیغه نیست.

بلی: هر گاه بر او دعوی کنند (با تسلیم (۲) اعتراف زید به مصالحه) این که «مصالحة معاطاتی» بوده و صیغه خوانده نشده. در این صورت، دعوی مسموعه است. و لکن قول آن ولد کبیر مقدم است با یمین (هر گاه بگوید که به عنوان معاطات نشده بل که صیغه خوانده شده). چون دیگران مدعی فساد یا عدم لزوم اند، و او مدعی صحت است و لزوم.

و هر گاه این ولد کبیر بگوید که من در حال مصالحه صغیر بودم و پدر ولایهٔ صلح کرد، و من نمی دانم صیغه خواند یا نه. یا اتفاق ما بین آن مدعی صلح با سایر ورثه باشد (۳) و بگویند که ما علم نداریم. در این جا نیز اثبات اعتراف به اصل مصالحه کافی است. بلی

ص: ۱۱۲

۱- یعنی اجرای صیغه صلح ثابت شود.

۲- در نسخه: بر تسلیم.

۳- عبارت نسخه: یا دعوی اتفاق مابین ورثهٔ آن مدعی با سایر ورثه باشد.

اگر دعوی علم بر ایشان کنند بر عدم اجرای صیغه، «قسم نفی العلم» متوجه آن ها می شود.

و اما حکایت اقامه شهود: پس اگر در نزد حاکم شرع حقیقی واقع شده، یعنی مجتهد عادل، خود می داند که چه کرده و چه می کند. استفتائی ضرور نیست. و الا مرافعه ناتمام خواهد بود. و به هر حال؛ اثبات مطلب و اقامه شهود در نزد حاکم شرعی، در حال غیبت مدعی علیه، کافی است. و بیش از این نیست که هرگاه مدعی علیه حجتی داشته باشد، بعد از حضور، بر حجت خود باقی است و از نو مرافعه می کند.

و بدان که: آن چه گفتیم که مطالبه بیع، یا قبول آن، منشأ بطلان اصل مصالحه نیست، منافات ندارد با آن چه فقها گفته اند که هرگاه کسی به کسی دعوی کند که «این مال که در نزد تو است از من است». و او بگوید در جواب که «این را به من بفروش، یا ببخش». این (۱) اقرار است بر ملک مدعی، یا بر ید او. و همچنین گفته اند که هرگاه به او بگوید که «این مال را از من بخر» یا «قبول کن که به تو ببخشم» و او بگوید که «خوب است». این نیز اقرار است بر ملک بایع.

به جهت آن که (۲) در مسئله مفروضه، امر مردّد است مابین این که مال از باب میراث بر حال خود باقی باشد، یا به مصالحه منتقل شده باشد به اولاد ذکور و به سبب همان مصالحه بر حکم صلح باقی باشد. و احتمال این که در ثانی بعد مصالحه منتقل شده باشد به پدر، یا به اولاد اناث، در میان نیست. پس هر چند قبول بیع یا طلب بیع، در معنی اقرار و اعتراف به ملک بایع، یا ید او باشد، [لیکن] راه این دعوی مسدود نیست که بگوید «من قبول بیع یا طلب بیع را به این جهت کردم که شهود نداشتم، یا فراموش کرده بودم»، و امثال آن. زیرا در عرف و عادت، این چنین دعوائی مسموعه است. پس هرگاه بر طبق این،

ص: ۱۱۳

۱- در نسخه: این که.

۲- تعلیل است بر آن چه گفت: منافات ندارد.

شهود اقامه کند، [کافی است. زیرا] مفروض این است که خصم او یعنی اولاد اناث و غیرها، متمسک ایشان همان منع مصالحه است و اصالة بقای میراث به حال خود، که اگر وقوع مصالحه به ثبوت برسد، ایشان استمرار آن را قبول دارند (۱).

پس معلوم شد که به محض طلب بیع و قبول بیع، اصل مصالحه باطل نمی شود. بل که حکم به بطلان در وقتی است که ساکت شود از این مطلب که این طلب بیع یا قبول آن، از راه عذر بود. یا ادعا کند و بالمزّه عاجز از اثبات باشد. و [یا] در صورت ردّ قسم (در صورت عجز از اثبات و ردّ کردن آن خصم قسم را به مدعی صلح) هم نکول کند و قسم نخورد.

و این گفتگوها هم نسبت به آن ولدی است که خریده یا طلب بیع کرده. و اما نسبت به سایر اولاد ذکور؛ پس در اصل مصالحه یا دعوی آن، خللی واقع نمی شود. به جهت آن که نسبت به آن ها، اقرار است در حق غیر. و آن مسموع نیست (۲).

ص: ۱۱۴

۱- به پی نویس بعدی توجه کنید.

۲- مسئله تمام شد. لیکن محقق قمی (ره) یک نکته مهم را فراموش کرد. و آن «وصیت» است. در متن سؤال، اول آمده است که «اعتراف کرده که من اموال و املاک خود را مصالحه کرده ام به اولاد ذکور». سپس آمده است «بعد از مدتی وصیت کرده که ثلث اموال مرا به مصارف مقرر برسانید». اول اعتراف شده که مطلق اموال و املاک مصالحه شده، بدون این که اشاره ای به اخراج ثلث باشد. سپس وصیت به ثلث شده. این می تواند یا حاکی از معاطاتی بودن صلح باشد، و یا حاکی از انتقال مجدد اموال به خود زید. و اگر وصیت دلیل قاطعی بر علیه مدعی صلح نباشد، دستکم مدعی صلح را نیازمند می کند که از نو اقامه بینه کند که صلح در همان اول به غیر ثلث بوده و ثلث از آن خارج شده بود. و این که مصنف (ره) فرمود متمسک اناث تنها «منع مصالحه» و «اصالة بقای میراث به حال خود» است. تمام نیست. زیرا آنان متمسک سوم دارند که وصیت است. و همچنین نتیجه ای که گرفت و فرمود «اگر وقوع مصالحه به ثبوت برسد، ایشان استمرار آن را قبول دارند»، این استنتاج وقتی تمام است که متمسک اناث فقط آن دو تا بود، و متمسک سوم یعنی وصیت در میان نبود. و نیز: خرید ثلث توسط مدعی صلح، اقرار است بر صحت وصیت، و بر این که فی الجمله اموال و املاک مصالحه نشده است. و این ناقض اطلاق در متن سؤال، و ناقض اطلاق پاسخ مصنف (ره) است. و نیز: قید «بعد از مدتی» نشان می دهد که در آن اول و در حین اعتراف به صلح، نه وصیتی بوده و نه سخنی از ثلث به میان آمده. و اساساً اثبات «اعتراف زید به صلح» توسط بینه و شهود، کاری است بیهوده. زیرا در متن سؤال، اصل اعتراف به صلح مسلم گرفته شده و نیازی به اثبات ندارد. و اثبات مجدد آن با اقامه بینه و شهود، هیچ تاثیری در مسئله ندارد. مدعی صلح با اقامه این بینه مغالطه می کند و طرز تفکر اناث را دچار مشکل می کند. آن چه مهم است و تکلیف را در این مسئله مشخص می کند عبارت است از: الف: وصیت. ب: قبول وصی وصیت را و انجام آن. ج: اقرار مدعی صلح به صحت وصیت. د: و موارد فوق، اقرار بودن «طلب بیع» را نیز تایید می کند. ه-: اگر ادعای بقای صلح پذیرفته شود، باید آن چه آن وارث که حصه خود را به مدعی صلح فروخته، وجهی که در برابر آن گرفته مصداق «اکل به باطل» باشد. و این با قاعده «حمل قول و فعل مسلم بر صحت» منافات دارد. زیرا اصل اعتراف به صلح را همگی پذیرفته اند، و اگر در استمرار آن نیز سخنی نداشتند، چگونه آن وجه را در برابر فروش حصه شان از مدعی صلح گرفته اند و اکل به باطل کرده اند. به عبارت دیگر: اگر چیزی به نام وصیت، در میان نبود، همه فرمایشات مصنف (ره) تمام بود. معلوم

است که اساساً وجود «وصیت» را در مسئله فراموش کرده است.

۵۷- سؤال: هرگاه زید یک مجلد کلام الله به عمرو تبرّع کند به این عبارت که «کلام الله را به تو دادم که از تو باشد، می خواهم وقت قرائت مرا دعا کنی». و چون عمرو نظر کند در عقب آن، صورت وقفنامه اولاد نوشته باشد. عمرو به زید گوید که «این کلام الله را وقف اولاد نموده [ای] و تبرّع صورت شرع ندارد». زید گوید که «این وقفنامه خلاف واقع است به جهت حفظ از غضب کردن ظالم نوشته شده و صیغه جاری نشده».

و بعد از فوت زید، ورثه او از عمرو مطالبه قرآن مسطور نمایند (۱). عمرو گوید که مورث شما در حیات خود این کلام الله را به من تبرّع نموده و من هم تملیک غیر نموده ام.

ص: ۱۱۵

۱- مسطور یعنی مذکور در سطرهای بالا.

آیا عمرو را در ادعای تبرع، و اعتراف مالک به عدم وقفیت، و خلاف واقعیت مکتوب، و در ادعای تملیک به غیر، احتیاج به بیّنه هست یا نه؟-؟ و بر فرضی که عمرو منتقل نساخته باشد، اما زید تبرّع نموده باشد. آیا ورثه زید استرداد می توانند نمود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی اثبات هبه بر عمرو، لازم است. و بعد از اثبات، دیگر اثبات اعتراف زید به عدم وقفیت، ضرور نیست. چون مفروض این است که متمسّک وقفیت همان وقفنامه است که در پشت قرآن نوشته شده، و به محض آن وقفیت ثابت نمی شود. و ید مسلم و هبه کردن آن محمول است بر صحت.

و اما اثبات تملیک غیر؛ پس آن در وقتی ضرور است که قائل باشیم به این که موت واهب منشأ لزوم هبه نمی شود، و خیار رجوع منتقل می شود به ورثه. و اما بنا بر قول به لزوم هبه به موت (چنان که در نظر حقیر اظهر است) حاجتی به اثبات تملیک غیر، نیست.

۵۸- سؤال:

۵۸- سؤال: آیا شهادت وصی (بعد از کبیر شدن صغیر و استحقاق او تصرف در مال را) از برای صغیر در اموالی که وصی بوده در آن، مسموع است؟ یا مانند حال صغر (۱)، غیر مسموع است؟

جواب:

جواب: بلی مسموع است. بل که در مطلق ردّ شهادت وصّی در حال صغر هم کلامی هست در جائی که جرّ نفعی از برای او نباشد.

۵۹- سؤال:

۵۹- سؤال: آیا استماع صدای «صنج» که در حال تعزیه سید الشهداء روحنا له الفداء، در حین سینه زدن می زنند (و آن دو چیز است که از برنج یا مس می سازند و بر هم می زنند که منشأ تحریص اهل تعزیه می شود) جایز است یا نه؟-؟ همچنین اصل عمل آن جایز است یا نه؟-؟ و این از جمله ملاهی است که مخلّ به عدالت باشد یا نه؟-؟

ص: ۱۱۶

جواب: دلیل بر حرمت آن را نمی دانم. و این را از آلات لهو محسوب نداشته اند و داخل آن ها نیست. بل که دور نیست که فعل آن راجح باشد، چون معین (۱) است بر تعزیه سید الشهداء. بل که مطلق بر هم زدن (۲) آن، حرمتش معلوم نیست.

و آن چه در «صحاح» (۳) مذکور است؛ صنج در نزد عرب همان است که از مفرق (۴) یا برنج می سازند و بر هم می زنند. و آن چه در نزد عجم است آن است که مشتمل بر تارها که گویا از عالم طنبور باشد. و بنابر اول هم معلوم نیست که آن چه در نزد عرب صنج می گفته اند، این صنج باشد. بل که گاه است که از مفرق به آن دو چیز می سازند و به انگشت می کنند و به یکدیگر می زنند و رقص می کنند، که آن را در این زمان در میان عجم «چغانه» (۵) می گویند و شکی نیست که این از آلات طرب است. پس بنابر این؛ آن چه در حدیث وارد شده که «إِيَّاكَ [وَالضَّرْبَ بِالصَّوَانِيحِ] (۶) فَإِنَّ الشَّيْطَانَ يَرْكُضُ مَعَكَ وَ الْمَلَائِكَةُ تَنْفِرُ عَنْكَ» (۷) دلالت آن در خصوص این صنجی که در تعزیه می زنند، واضح نیست. و دخول این تحت عموم آلات لهو هم، ممنوع است.

و اما صنجی که در دفّ می باشد؛ پس آن عبارت است از حلقه های مس و چیزهای کوچکی که در اطراف دایره معلق می کنند که صدا می کند. و این اطلاق دیگر است از صنج. و محتمل است که آن چه در حدیث است هم مراد این باشد. چنانچه جمعی از فقها

ص: ۱۱۷

۱- معین؛ کمک، یاری کننده.

۲- یعنی در تعزیه و غیر تعزیه.

۳- صحاح اللغة.

۴- مفرغ.

۵- چغانه- به چند چیز دیگر از جمله «زُخْمَه» نیز چغانه می گویند.

۶- در نسخه: إِيَّاكَ وَ الصَّنَجِ.

۷- من لا يحضره الفقيه، ج ۴ ص ۴۲ ط دار الاضواء.

که دف را استثنا کرده اند در عروسی ها، مشروط کرده اند که دف خالی از صنج باشد.

۶۰- سؤال:

۶۰- سؤال: آیا شرط است در سماع بینه در حضور مدعی علیه در مجلس؟ یا نه بل که جایز است حاکم را که بینه را بشنود در حال غیبت مدعی علیه هر چند حاضر در بلد باشد و حضور او متعذر نباشد؟ و هرگاه بینه [ای] اقامه شهادت کرده باشند در نزد حاکم بدون حضور مدعی علیه، می تواند مدعی علیه که بگوید ثانیاً در حضور من اقامه شهادت کنند یا نه؟-

جواب:

جواب: ظاهر این است که شرط نیست در سماع بینه، حضور مدعی علیه. به دلیل اصل، [و] عمومات اخبار که دلالت دارند بر استخراج حقوق به بینات و غیر آن. و حاکم که فقیه عادل است مصدق است در قول، چون او مرجع است در اصل حکم، پس چگونه در این، مصدق نباشد. و از کلام علما هم بر نخورده ام که کسی شرط کرده باشد این معنی را، بل که تصریح به عدم اشتراط، موجود است. چنان که علامه در قواعد در باب «حکم بر غایب» فرموده است «یُقضی علی من غاب عن مجلس القضا مطلقاً و ان کان حاضراً (علی رأی)، او مسافراً دون المسافه. و قيل يعتبر فی الحاضر تعذر حضوره. و لا یشرط فی سماع البینه حضوره و ان کان فی البلد» (۱).

بلی: هرگاه حاکم بینه را شنید و بعد از آن مدعی علیه حاضر شد (خواه حاکم حکم کرده باشد بر او یا نه) آن غائب در حجت خود باقی است (۲). به این معنی که هرگاه دعوی جرح شاهد کند، یا غلط و غفلت او را ادعا کند، حاکم متوجه سخن او می شود، هرگاه تمام باشد قبول می کند. و اگر تمام نشد، همان حکمی که کرده است ممضیا است.

۶۱- سؤال:

۶۱- سؤال: هرگاه زید اثبات حق خود نماید و مدعی علیه امتناع کند از دادن با

ص: ۱۱۸

۱- قواعد (متن ایضاح الفوائد) ج ۴ ص ۳۵۸-۳۵۹ ط کوشانپور.

۲- ظاهراً این امر در میان متأخرین به صورت یک قاعده در آمده: «الغائب علی حجتته».

تمکن از اداء. و ممکن نباشد استیفاء حق الا- با استمداد از حاکم جابر، آیا جایز است استمداد، یا نه؟-؟ و «خدمتانه» که «محصل حاکم» (۱) می گیرد بر مدعی است یا مدعی علیه؟-؟ و هرگاه محصل در بین راه به جهت علیق چاروا، یا خوراک خود اذیتی به اموال مردم برساند، معصیت آن بر کیست؟ و کی شغل ذمه است؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت مفروضه، جایز است استمداد از جابر. و خدمتانه شرعاً بر هیچیک لازم نیست. و محصل از هر کدام گرفت، معصیت و شغل ذمگی بر آن محصل است. و همچنین معاصی و شغل ذمگی اضرار به مردم و اتلاف اموال ایشان در بین راه، بر همان محصل است. بلی هرگاه مدعی بخصوص واسطه شود که خدمتانه از مدعی علیه بگیرند، یا ضرر به اموال مردم برسانند، او هم گناهکار است. و لکن باز هم شغل ذمه آن مال ها، همان شخص گیرنده است (۲).

۶۲- سؤال:

۶۲- سؤال: هرگاه زید ادعا به عمرو داشته باشد، و اقامه شهود نماید. آیا شرعاً عمرو مزبور می تواند که جرح شهود نماید و از مسائل دینیّه تحقیق نماید؟ (۳) یا نمی تواند؟ و دیگر تسلط قسم عمرو بر زید دارد که شهود را جعل نکرده [ای]-؟ و دیگر تسلط قسم به شهود دارد که دروغ شهادت نداده اید-؟ با دلیل بیان فرمایند.

جواب:

جواب: مسائل قضا و مرافعه مزه (۴) دارد. آن شخص که مرافعه می کند این ها را می داند. و هرگاه اهل مرافعه نیست جرح در او کافی است و دیگر از شاهد چه می خواهی. علاوه بر آن؛ مطالبه دلیل بسیار بامزه است، و الاّ پر معلوم است که هرگاه مدعی اقامه شهود و بینه کرد و عدالت و شهادت آن ها ثابت شد (یا به مزگی، یا به علم حاکم)، از

ص: ۱۱۹

۱- رجوع کنید به مسئله شماره ۵۴.

۲- برای بهتر روشن شدن مسئله، رجوع کنید به مسئله شماره ۵۴.

۳- یعنی: آیا می تواند مسائل دینی را از شاهد پرسد تا روشن شود که این شاهد اهل عمل به احکام است یا نه.

۴- کذا. احتمالاً «رمز» باشد.

هر گاه بگویند که من شاهد دارم بر جرح او، مطالبه شاهد می کنند به تفصیلی که مذکور است در محل خود. و اما سؤال از مسائل بعد ثبوت عدالت، وجهی ندارد هر گاه از باب امتحان است. بلی هر گاه بگویند «این شاهد تارک تحصیل واجبات خود است، یا فلان واجب را بر وجه صحیح به جا نمی آورد و بر حاکم یا مزگی مخفی است». و خواهد این را به سبب اقرار شاهد اثبات کند که از سؤال از مسئله و جواب گفتن شاهد، ظاهر شود که مقصر است در تحصیل آن چه بر او بالفعل واجب است. جرح به این ممکن است که ثابت شود. و لکن بر شاهد واجب نیست که متعرض جواب سؤال او شود. بر او امری لازم نیست به غیر ادای شهادت. و او خواهد گفت: اگر ثابت شود که من مقبول الشهادتم، شهادتم را قبول کنید، و اگر ثابت نشد رد کنید. و بر من لازم نیست اجابت شما در مسائل. و مدعی علیه نمی تواند او را الزام کند بر این.

و از این جا معلوم شد که مدعی علیه تسلطی بر شاهد ندارد که او را قسم بدهد که دروغ نگفته. زیرا که به هیچوجه دلیلی بر آن قائم نشده.

و همچنین: بعد از ثبوت مقبول الشهادت بودن شاهد (به بینة، یا به علم حاکم)، دیگر مدعی علیه تسلطی ندارد بر مدعی که او را قسم بدهد بر این که جعل نکرده شاهد را. زیرا که به هیچوجه دلیلی بر آن قائم نشده. و این در معنی نسبت به فسق است بر کسی که حق تعالی حکم به عدالت او کرده. خواه به عنوان جزم باشد یا ظن. و دعوی کردن بر مدعی که شاهد تو جعلی است (خواه به عنوان جزم یا ظن) این دعوی با خدا است که شاهد او را عادل شمرده است. و این دعوی است بر بریی [به حکم الهی. زیرا که از حیثیت این تکلیف که اقامه شاهد عدل است، از عهده بر آمده. گو ثبوت شغل ذمه

ص: ۱۲۰

۱- سیاق کلام ایجاب می کند که «استفهام انکاری» باشد. و ممکن است در اصل «نمی کنند» باشد، و مراد هم همین است.

موقوف باشد به حکم حاکم. پس این دعوی مسموعه نیست تا یمین متوجه منکر او شود.

و الحاصل: کسی که به حکم الهی، اقامه شاهد عدل کرده بریئ است از تهمت جعل شاهد. و دعوی بر او بر جعل شاهد، مسموعه نیست (۱).

۶۳- سؤال:

۶۳- سؤال: آیا شهادت وصی مسموع است در آن مطلبی که وصی است در انجام آن، یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بدان که از شرایط قبول شهادت، انتفاء تهمت است. و در مسالک (۲) و غیر آن دعوی اجماع بر آن شده، و اخبار بسیار (۳) دلالت بر آن دارد. لکن این کلام بر اطلاق خود باقی نیست. چنان که شهیدان و غیرهما تصریح به آن کرده اند (۴). بل که شهید در دروس دعوی اجماع کرده است در این که «هر تهمتی دفع قبول شهادت نمی کند» (۵). زیرا که شهادت دوست از برای دوست، مقبول است، و همچنین شهادت وارث از برای مورث خود به دینی هر چند مشرف بر تلف باشد مادامی که وارث نشده است قبل از حکم.

(و ظاهراً مراد او این است که فرزند (مثلاً) شهادت او مسموع است در طلبی که پدر داشته باشد، هر چند پدر نزدیک به تلف باشد، که به مظنه جرّ نفع به وصول مال به او به

ص: ۱۲۱

۱- با این که بیان مصنف (ره) در پاسخ این سؤال، خالی از طنز نیست. اما یک نکته بسیار مهم، بل یک «قاعده» کلی درباره «سمع دعوی» اعلام کرده است: قاعده: از مواردی که دعوی مسموعه نیست، این است که طرف دعوی به حکم ظاهر شرع، در آن مورد بریئ باشد. کسی که اقامه بیّنه می کند و شاهد می آورد، وظیفه خود را انجام داده است. و انجام وظیفه، نه تهمت بردار است و نه اتهام آور. نتیجه آن نیز به عهده قاضی است.

۲- مسالک، ج ۲ ص ۳۲۳ ط دار الهدی.

۳- وسائل، کتاب الشهادت، احادیث باب ۳۰.

۴- قال فی الروضة: و لا یقدح مطلق التهمه فانّ شهادة الصدیق مقبولة. (ج ۳ ص ۱۳۲- کلانتر).

۵- دروس، ج ۲ ص ۱۲۸.

سبب ارث، [...] (۱) است مادامی که وارث نشده است قبل از حکم. یعنی هرگاه مثلاً پدر مرتد شده باشد قبل از این (۲) دعوی و شهادت، و حکم مال پدر منتقل به او شده باشد، که در آن جا مسموع نیست. چون که شهادت در حق خود است.

و همچنین: (۳) قبول می شود شهادت رفقای قافلہ بر دزدان، هرگاه مال این شهود را نگرفته اند. و اما هرگاه همه را گرفته اند، و لیکن این بعضی که شهادت می دهند متعرض مال خود نمی شوند در شهادت شان؛ در این جا دو قول نقل کرده اند و گفته اند که اقوی قبول است. و این مثل شهادت بعضی غرمای مدیون است از برای بعضی دیگر.

و همچنین: هرگاه شهادت دهد دو شاهد از برای دو نفر به وصیّتی از ترکه میت. و این دو نفر هم شهادت بدهند از برای این دو شاهد به وصیّتی در آن ترکه.

و بعد از آن گفته است: ردّ نمی شود شهادت غرمای مدیون از برای مدیون به مالی قبل از حجر مدیون. و نه شهادت آقا از برای غلام مکاتب او، در احد قولین علامه (۴) و بعد از آن گفته است که: هرگاه شهادت بدهد وصی به مالی از برای یتیم، پس مشهور ردّ شهادت است، و ابن جنید گفته است که قبول می شود. و دفع کرده اند قول ابن جنید را به این که وصی متهم است به ولایت بر مال. و بعد از این گفته است که در تاثیر این تهمت، نظر است خصوصاً در حالی که اجرتی نیست از برای او در حفظ آن، یا اصلاح آن. و بعد از آن ذکر کرده است مواضع تهمتی را که معتبر است؛ گفته است از جمله آن ها این است که شهادت او جرّ نفعی کند به او؛ مثل شهادت شریک در آن چه شریک است در آن در وقتی که شهادت منشأ شریک شدن خودش در آن مال [باشد]. و مثل شهادت وارث بر

ص: ۱۲۲

۱- این لفظ در نسخه خوانا نیست، احتمالاً «مستثنی» باشد.

۲- در نسخه: و قبل از این.

۳- ادامه کلام شهید در دروس.

۴- علامه این شهادت را در قواعد پذیرفته. و در تحریر آن را ردّ کرده است.

زخمی که به مورث او زده اند. چون که دیه عاید او می شود هرگاه بمیرد به همان زخم، زیرا که این شهادتی است از برای خودش. و مثل وصی در متعلق وصیتش. و مثل شهادت غرماء مفلس. و مثل شهادت آقا از برای عبد خود. و گفته است که: از جمله مواضع معتبره این است که به آن شهادت دفع ضرری از برای خود کند؛ مثل شهادت عاقله به جرح شهود جنایت خطا، و شهادت وکیل و وصی به جرح شهودی که شهادت می دهند بر ضرر موکل و موصلی. و چند موضع دیگر ذکر کرده.

و هرگاه این را دانستی، پس خوب تأمّل کن در حاصل کلام شهید و شهید ثانی و غیر او، و ببین که کلام ایشان خالی از اغتشاش نیست. زیرا که اگر تهمت «من حیث أنّه تهمة» باعث بر ردّ شهادت است (چنان که اخبار وارد شده که شهادت متهم قبول نیست) پس دیگر معنی ندارد که بگوئیم در فلان موضع تهمت منشأ ردّ است بالاتفاق، و در فلان موضع منشأ ردّ نیست بالاتفاق، و در فلان و فلان خلاف است. زیرا که [اگر دلیل] حکم در ردّ و قبول، یا اجماع خواهد بود، یا آن دلیل خاصی که در مواضع خلافیه دارند، پس چه معنی دارد که مطلق تهمت از اموری است که باعث ردّ شهادت است.

و این نظیر همان مطلبی است که ما آن را ذکر کرده ایم بر شهید ثانی در تمهید القواعد که در باب «تعارض اصل و ظاهر» گفته است که: در بعضی مواضع ظاهر مقدم است بر اصل بالاتفاق. و در بعضی اصل مقدم است بر ظاهر بالاتفاق. و در بعضی مختلف فیه است.

و حاصل بحث ما این است که: فقها در مسائل ترجیح ظاهر بر اصل، یا عکس، نظر ایشان به «اقتضاء ظاهر من حیث أنّه ظاهر» است، نه از حیثیت این که دلیلی دیگر با آن باشد. زیرا که در آن وقت، همان دلیل مثبت حکم است. و آن در مثل جائی خوب است که همان اصل و ظاهر در طرفین باشند؛ مثل این که بایع و مشتری بعد از کیل و وزن،

خلاف کنند در زیاده و نقصان. که می گویند ظاهر مقدم است که قول مشتری است، چون که او پول داده و جنسی گرفته اهتمام او در ضبط کیل و وزن، بیشتر است.

پس می گوئیم در مواردی که قائل اند به شهادت بالاتفاق، یا این است که همگی قبول دارند که از مواضع تهمت است و لکن به اجماع خارج است (گویا گفته اند که اصل ردّ قبول شهادت متهم است بالاجماع مگر در فلان موضع که ردّ نمی شود بالاجماع) و در این جا استثناء صحیح است. و یا این است که همه متفق اند در قبول به جهت این که این مورد «تهمت» نیست و به این سبب قبول است. پس استثناء ایشان معنی ندارد.

و همچنین در مواردی که خلافی است، باید آن که قائل است به قبول بگوید که فلان دلیل خاص (مثل حدیثی یا آیه ای) دلیل است بر اخراج. و خصم او ردّ کند آن دلیل را تا استثناء صحیح باشد. نه آن که او بگوید [از] (۱) موارد تهمت نیست و خصم بگوید هست.

و الحاصل: باید که طرفین قائل باشند که مورد تهمت است، و نزاع در خروج و عدم خروج باشد از اصل منع قبول. نه این که مثبت بگوید که در این جا قبول می کنیم زیرا که این تهمت نیست. و مانع بگوید که قبول نمی کنیم زیرا که این تهمت است. زیرا که در این صورت، استثناء صحیح نیست.

و ظاهر کلام همگی «استثناء» است و مراد هم «عدم دخول در تحت عموم منع قبول شهادت متهم» است (۲). پس عمده، تحقیق این مطلب است که مراد از تهمت در کلام ایشان چه چیز است؟ و آیا این فرد خلافی، تهمت است یا نه؟-؟ نه این که مسلّم باشد که این همان تهمتی است که منع شده قبول شهادت صاحب آن، و لکن خلاف است که در این فرد هم قبول است یا نه. پس حقیقت نزاع راجع می شود به نزاع لفظی.

ص: ۱۲۴

۱- در نسخه: آن.

۲- عبارت نسخه: و مراد این است که مراد هم عدم دخول در تحت عموم قبول منع شهادت متهم است.

پس غرض از ذکر موضعی که اتفاق دارند در سماع، همان مجرد بینه است که کسی در بادی نظر توهم نکند که این هم از مواضع تهمت است و قبول نیست. و غرض از ذکر مواضع مختلف فیه، طرح مسئله است که محل اشتباه است و محتاج است به نظر و تأمل که آیا داخل تهمت است یا نه.

پس می گوئیم که: ظاهر این است که مراد از اتهام که در اخبار وارد شده، و اجماع (بر منع قبول شهادت صاحب آن) دعوی شده، آن مظنه جرم نفع شاهد است از برای خود، یا دفع ضرر از خود. نه غیر آن. پس در هر جا این مطلب محقق است نفیاً و اثباتاً و خلاصی در تحقق ثبوت و نفی به آن نیست، حکم آن واضح است و وفاقی است. و در آن جا که محقق نیست، انظار مجتهدین مختلف می شود به سبب فهم تحقق و عدم تحقق این معنی. پس هر مجتهدی تابع رأی خود خواهد بود در تعیین موضع و ترتیب حکم آن بر آن.

و در هر جا اشکال حاصل شود [و] تردّد، باید رجوع کرد به ادله خارجه و اصول و قواعد. و چون مفروض این است که نزاع در قبول شهادت متهم بعد از آن است که شاهد جمیع (۱) شرایط قبول شهادت [را] داشته باشد؛ از عدالت و ضبط و غیره. و اشکال در همین است که آیا مظنه جلب نفع، مضرّ است به قبول شهادت او یا نه. پس در این جا تعارض «اصل» با «ظاهر» می شود. بل که با «دلیل». یعنی تعارض اصل عدم ثبوت دعوی به این شهادت، و آیات و اخبار قبول شهادت عدل.

و هر چند توان گفت: نسبت مابین این آیات و اخبار، و احادیث و اجماعی که در متهم است، اعم و اخصّ من وجه، است چون متهم اعم است از عادل و عادل اعم است از متهم من وجه. و لکن نظر به آن چه گفتیم اعتبار عدم تهمت، بعد فرض عدالت است، پس اخبار تهمت اخصّ مطلق می شود. و لکن این در صورتی نافع است که «متهم» بر او صدق

ص: ۱۲۵

کند. و شکی نیست که «عادل» بر او صدق می کند. و متهم مشکوک فیه است. پس جایز نیست عدول از عامّ محقق، به خاصّ مشکوک فیه. بلی در این جا می توان گفت که عامّ قبول شهادت، جزماً مخصّص به متهم هست. و هر گاه در مفهوم متهم اجمال حاصل شد، عامّ در قدر اجمال از حجّیت ساقط می شود. و «اصل عدم ثبوت» [بلا] ترجیح می ماند.

پس می توان گفت که: در ما نحن فیه (یعنی قبول شهادت وصی) ارجح عدم قبول باشد. با وجود این که می توانیم گفت که: هر چند فرض این مسئله را در وصی در صورتی کرده اند که وصی جُعّاله ندارد بر عمل، یا تفاوتی در اجرت [او] حاصل نمی شود به سبب تفاوت مالی که اثبات آن را می خواهد بکند. و لکن باز توهم «جرّ نفع تسلّط بر ولایت و اخذ حق خود را» متصور است. هر چند غالب این است که حصول ولایت منشأ زیادتی تعب او می شود، نه نفع ظاهری. یا این که چون مرد صالحی است و می خواهد که اتمام در ضبط مال صغیر بکند و خوف عذاب اخروی و مزید اجر و ثواب داعی او شود، این هم یک نوعی است از انواع اتهام جلب نفع. خصوصاً با ملاحظه فتوای مشهور. بل که نزدیک است به اجماع. چون که خلافی نقل نشده، الا از ابن جنید. و شهید هم بعد از نظر و تأمل، باز شهادت وصی را از جمله اقسام تهمت های معتبره شمرده. چنان که گذشت.

پس اظهر عدم قبول شهادت وصی و وکیل می شود.

۶۴- سؤال:

۶۴- سؤال: هر گاه کسی طلبکاری داشته باشد، و بسیار بی چیز. و طلبکار او بسیار در گرفتن طلب خود شدت داشته باشد. حتی به ظالم عرض کردن و متضرر ساختن او را مضایقه نداشته باشد. در این صورت آن شخص منکر طلب او شود، و امر آن ها به قسم منتهی شود. و آن شخص در قسم خوردن، توریه و قصد داشته باشد که در وقت امکان حق او را به او برساند. هر گاه قسم یاد نماید، معاقب خواهد بود یا نه؟-؟

ص: ۱۲۶

جواب:

جواب: هرگاه زاید بر «مستثنیات دین» چیزی ندارد که ادای دین کند، جایز است او را انکار کردن و قسم خوردن. بهتر این است که توریه کند در قصد قسم، مثل این که قسم بخورد که تو از من طلبی نداری و قصد کند حال را، یعنی طلبی که حالا باید بدهم نداری. و مستثنیات دین، مثل خانه نشیمن است که به آن محتاج باشد، و دست رختی که بپوشد، و قوت یک شبانه روز خود و عیال، و خادمی که محتاج است به آن و مثل این ها.

۶۵- سؤال:

۶۵- سؤال: مزبله [ای] است دامنه دار. و در وسط مزبله نهری است جاری. حالا شخصی ادعا می کند که دامنه مزبله ارث من است از بعضی اقوام. و سابق بر این، این دامنه خاکستر نداشته (۱). زمین بیاضی بوده است، به مرور ایام خاکستر آمده زمین بیاض [را] گرفته. و در این ادعا چند نفر شاهد از عوام الناس هم دارد. و شخصی دیگر که این مزبله پیش در او است چنین می گوید که این مزبله تا هر جا که خاکستر گرفته، از قدیم الایام مزبله ما بوده است، ما کسی را در این جا صاحب حق نمی دانیم.

و هرگاه دامنه مزبله زمین بیاض بشود که خاکستر بالمره برداشته شود، نهر معروض هم باید باطل شود و آب نرود. بیان فرمائید که حق با کیست؟ (۲)

ص: ۱۲۷

۱- عبارت نسخه: و سابق بر این دامنه این خاستر نداشته.

۲- به خاطر نسل کنونی لازم است درباره این مسئله توضیحی داده شود: امروز که زباله یک مشکل جهانی شده؛ قاره ها، جزیره ها اقیانوس ها و دریاها و رودخانه ها را آلوده کرده، پیش از صنعتی شدن جهان مشکلی به این نام وجود نداشت. زباله فقط سه نوع بود: الف: گیاهی: این نوع خیلی اندک بود. زیرا اکثر آن ها از قبیل خس و خاشاک، چوب و برگ، پوست میوجات، یا به مصرف خوراک دام ها می رسید و یا به عنوان هیزم به مصرف سوخت می رسید. ب: حیوانی: این نوع منحصر بود به استخوان حیوانات و مدفوع آن ها، که اولی در لابه لای خاکستر می پوسید و دومی به مصرف سوخت می رسید. ج: خاکستر؛ در هر بخشی از شهر و روستا، و در هر محله ای میدان یا میدانی بود که مردم خاکسترشان را در آن جا می ریختند، هر از گاهی کسی پیدا می شد خاکسترها را برای مزرعه اش می برد. و همه جا پاک و تمیز بود.

جواب:

جواب: آن کسی که آن مزبله را متصرف است، حکم به مالیکت او می شود (۱). تا این که در مرافعه شرعی، مدعی به اثبات برساند که ید او ید عدوان است. و امر به بینه و قبول شاهد و امثال آن موقوف است به نظر و رأی هر کس که مرافعه می کند و اهل مرافعه باشد.

۶۶- سؤال:

۶۶- سؤال: زید با عمرو ادعای ملک می کند؛ که ملک مزبور قریب به پنجاه سال است که در تصرف پدر زید بوده است. و پدر زید متوفی شده و ملک مزبور انتقال یافته به زید و در تصرف زید هنوز می باشد. الحال ورثه عمرو ادعا می نمایند که این ملک از پدر ما بوده است و پدر تو و خود تو که زید باشی جبراً متصرف شده اید. و شاهدی چند در این باب ورثه عمرو دارند. آیا شاهد با کی و قسم با کی است؟؟؟

جواب:

جواب: شاهد بر ورثه عمرو است. و هرگاه عاجز شوند، قسم متوجه ورثه [پدر] زید می شود. و این امور بدون مرافعه نمی شود. و هر کس اهل مرافعه است حکم آن را می داند.

۶۷- سؤال:

۶۷- سؤال: شخصی طاحونه خرابه را تعمیر نموده. و ورثه زید در مقام ادعا بر آمده اند که این طاحونه از جد ما است به چه سبب آن را تعمیر نموده [ای]. و طاحونه معموره مسمی و مشهور به اسم جد ایشان [است]. و عامر طاحونه [اظهار] می نماید که پدرش از

ص: ۱۲۸

۱- مراد از «مالکیت»، اعم از «ملک» و «حق» است. زیرا مزبله ها ملک هیچکس نبودند. امروز هم اگر در روستائی مزبله ای باشد، ملک کسی نیست. بل از «مشترکات» است مانند کوچه، راه و امثال شان. و کمتر مزبله ای بود که ملک شخصی یک فرد معین بود. در متن سؤال نیز آن شخص نمی گوید «ملک من است» می گوید «مزبله ما است». و شاهد آن جمله «ما کسی را در این جا صاحب حق نمی دانیم» است؛ یعنی کسی را صاحب حق ملکی نمی دانیم. حتی ملکیت خودش را نیز نفی می کند. بلی: نظر به این که میرزا(ره) توابع هر ملک را دقیقاً ملک مالک آن می داند (در مجلد ششم، کتاب احیاء الموات گذشت) می توان گفت: اگر آن شخص تنها یک نفر باشد، مزبله ملک او می شود، و نابار مبنای مصنف(ره) می تواند هر نوع تصرف مالکانه کند و حتی آن را بفروشد. اما میرزا(ره) در این مبنا تقریباً از منفردین است.

عمرو خریدار است و او از ورثه جَدّ شما اَبْتِیاع نموده. در این باب دو سه نفر «شاهد فرع» دارد که از لسان دو سه نفر میّتی استماع نموده اند.

آیا به همین شاهد فرع، «مدعا به» عامر ثابت است؟ یا محتاج به بیّنه و شاهد حال است؟ و حال آن که قدری از طاحونه مذکوره را بعضی وراثت به دیگری فروخته اند بدون نزاع. و بر فرض ثبوت و عجز مدعی عامر از سبب و وجه انتقال، قسم به کدامیک از مدعی و مدعی علیهم راجع می شود؟ و مع هذه الصورة؛ بودن طاحونه از جَدّ ایشان، مشهور و در السنه و افواه مذکور است.

جواب:

جواب: این امور محتاج است به مرافعه. و مرافعه شأن مجتهد عادل است. و آن چه استفتاء می تواند بود که کسی جواب بنویسد، این است که چون عامر طاحونه مدعی اَبْتِیاع است، بر او لازم است که اثبات کند. و شهادت فرع هم در این مطلب کافی است هرگاه مقبول الشهاده باشد. و میت بودن شاهد اصل هم ضرر ندارد. و همین که دو نفر عادل هر یک از آن ها از دو نفر عادل شنیده باشند شهادت را، کافی است شهادت آن ها. و هر کس اهل مرافعه است می داند که چه کند.

۶۸- سؤال:

۶۸- سؤال: زید یک رأس چاروا از عمرو گرفته که به صحرا برده باشد و سوار آن باشد. و در بین بردن چاروا، یک رأس کره الاغ از غیری، همراه چاروای او افتاده به صحرا رفته است. و در آن شب در صحرا مانده، کره الاغ مزبور را جانور کشته. و صاحب کره الاغ می گوید: چرا کره الاغ مرا برده اید؟ زید می گوید که من نبرده ام خودش آمد. حکم آن را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: تا به ثبوت نرساند که کره الاغ را آن شخص همراه برده، بر او غرامتی نیست. و هرگاه از بیّنه عاجز باشد، بیش از قسمی بر او ندارد.

ص: ۱۲۹

تمّ المجلد الثاني في القضاء و الشهادات و ارجو من الله

التوفيق في اتمام المجلد الثالث و ما بعده

اللهم و فّقني لاتمامه بمحمد و آله (صلى الله عليه و آله)

هو الله تعالى

كتاب القضا و الشهادات من المجلد الثالث

اشاره

للعالم العامل، الفاضل الكامل، الميرزا ابوالقاسم القمي

عامله الله بلطفه العميم و اسكنه بحبوحات جنان النعيم

باب القضا و الشهادات: (١)

٦٩- سؤال:

٦٩- سؤال: زيد ادعا [می] نماید از ورثه عمرو که مهر صبیّه او در ذمّه عمرو باقی است. هرگاه مهر در ذمّه او ثابت باشد، و زوجه او فوت شده باشد. و مدت مدیدی از فوت زوجه گذشته. و بعد ورثه زوجه مزبوره ادعای مهر مزبور را از ورثه عمرو می توانند نمود یا نه؟-؟ و بر تقدیر ثبوت [اصل] (٢) مهر در زمانی، مدعی باید قسم بخورد یا نه؟-؟ و بر تقدیر قسم خوردن، چه نحو باید قسم بخورد؟ قسم بر «نفی فعل (٣) غیر» جایز است؟ هرگاه به این نحو قسم یاد نماید که «زيد فوت شده و مشغول ذمه مورث من بوده»

ص: ١٣٠

١- این سطرها که در نسخه درشت و پر رنگ نوشته شده، یا از منشی خود میرزا(ره) است که استفتائات را زیر نظر او، جمع و تنظیم می کرده، و یا از نسخه بردار است.

٢- در نسخه: اهل.

٣- در نسخه: به عنوان نسخه بدل، علم غیر، آمده است.

کافی است یا نه؟-؟ صورت مسئله را بیان فرمایند. خلاصه سؤال این که: در صورت حیات زید احتمال هبه و ابراء می رفت، سد آن احتمال به چه نحو باید بشود.

جواب:

جواب: ظاهر این است که آن احتمال به «قسم نفی العلم بابراء» رفع می شود. زیرا که «علت مستفاده» از حدیث دال بر «قسم استظهاری» مستفاد می شود که اگر میت را زبانی می بود می گفت که تو علم داری که من داده ام، یا زوجه مرا بریئ کرده. و بر این «دعوی تقدیری» (۱) با عدم بینه، امری متصور نیست به غیر قسم نفی العلم.

۷۰- سؤال:

۷۰- سؤال: ورثه زید از ورثه عمرو ادعا می نمایند که مورث ما مبلغ معینی از مورث شما، صاحب طلب است و حق او به او نرسیده. آیا ثبوت طلب مزبور در زمان سابق، و حلف مدعی بر بقاء آن و عدم ابراء و هبه مورث ایشان، کافی است در اخذ طلب مزبور یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هرگاه بینه بر اثبات طلب چنان شهادت بدهد که مستوعب زمان موت بشود (و لو بالاستصحاب) مطلب ثابت می شود. و قسم استظهاری غالباً بر نفی العلم می شود، چون «قسم بر فعل غیر» است. و اگر فرض شود امکان «قسم بت»، البته انفع خواهد بود.

۷۱- سؤال:

۷۱- سؤال: زید مشغول تحصیل علوم دینی بوده و مبلغ معینی به والد خود داده که از منفعت آن معاش خود را بگذراند [تا] به اطمینان مشغول تحصیل گردد. و والد زید قرار داده که هر ساله دو عشر از منفعت به زید به جهت گذران معاش بدهد. و نظر به عدم ربا فی مابین ولد و والد، معامله شرعی ننموده. هرگاه هر ساله منافع گرفته شده باشد به اعتقاد این که ربا در این مقام متحقق نمی شود، آیا والد زید می تواند این منافی که در عرض این مدت به این نیت به زید داده، از اصل محسوب نماید یا نه؟-؟

جواب:

جواب: نمی تواند، بل که باید تمام مال فرزند را به او بدهد.

ص: ۱۳۱

۷۲- سؤال:

۷۲- سؤال: زید مبلغ ده تومان (مثلاً) از والد خود طلب داشته. و مبلغ هشت تومان (مثلاً) والد به جهت عروسی او خرج نموده، و لکن بدون اذن زید. بل که در حین خرج کردن نیز گفته که از باب حقوق پدری خرج می نمایم. در این صورت هرگاه والد ادعا نماید که من مبلغ مزبور را به قصد طلب [از] ولد خرج کرده ام، آیا مسموع است یا نه؟-

جواب:

جواب: مسموع نیست، مگر این که ادعاء اذن بکنند در آن صورت مسموع است. و لکن قول منکر اذن، مقدم است با یمین.

۷۳- سؤال:

۷۳- سؤال: زید ملکی را [از عمرو] خریده، بعد از خریدن، بکر آمده ادعا می نماید که این ملک (کلاً او بعضاً) از من است. بعد از آن که زید با بکر به حضور قاضی حاضر شده، در جواب بکر بگوید که من نمی دانم که تو در این ملک حقی داشته باشی. به این جهت قسم را ردّ نماید به بکر مدعی، به جهت عدم علم به حق نداشتن بکر. آیا بعد از آن که بکر قسم خورد و مالک شد، زید می تواند رجوع نماید به عمرو و ثمن را از او بازیافت نماید (به جهت آن که ملک مزبور مستحقاً للغير بر آمده)-؟

یا آن که نمی تواند رجوع کرد (و استحقاقی که مجوز رجوع مشتری است به بایع، منحصر است به این که بکر مدعی استحقاق خود را به یننه نماید، و قسم یاد نمودن مشارالیه در استحقاق خود، و مالک شدن به قسم، مجوز رجوع زید به عمرو نیست)-؟

و یا این که زید مشتری به جهت ادعاء عدم علم، به او چیزی نیست و باید که قاضی امر نماید به احضار عمرو بایع و فی مابین او و بکر مرافعه نماید-؟

جواب:

جواب: اولاً اشکال کرده اند در این که آیا این قسمی که بکر یاد کر[د] از باب «قسم مردود بر مدعی» است یا نه. بنابر اول که از آن باب باشد، همان خلاف که علما کرده اند، پیش می آید که آیا یمین مردود بر مدعی، به منزله اقرار مدعی علیه است بر استحقاق مدعی؟ یا به منزله یننه است؟ هرگاه به منزله اقرار بگیریم، زید نمی تواند رجوع کند به

عمرو. زیرا که اقرار بر غیر، مسموع نیست. و از این که استحقاق زید باطل شد به سبب اقرار بر نفس خود، استحقاق عمرو باطل نمی شود و بر او غرامتی لازم نمی شود. و هرگاه به منزلهٔ یمین بگیریم، یمین مثبت استحقاق نفس الامری او می شود بالفعل، و لازم آن می افتد که عمرو مال غیر را فروخته است به زید. پس زید می تواند که رجوع کند به عمرو.

و لیکن؛ این دو قول هر دو ضعیف اند. خصوصاً قول دویم که به منزلهٔ یمین باشد. چنان که در محلّ خود تحقیق آن را کرده ایم. و اطلاق این سخن خوب نیست بل که باید در هر مقام خاصی رجوع به مقتضای دلیل آن کرد.

پس می گوئیم: که هرگاه بکر مدعی استحقاق خود است بالفعل، و قسم یاد می کند بر آن، این منافات با استحقاق عمرو ندارد قبل از انتقال به زید. پس زید رجوع به عمرو نمی تواند کرد. و همچنین هرگاه مدعی استحقاق خود باشد قبل از زمان انتقال به زید نیز. زیرا که در این صورت دعوی با عمرو نشده است که قسم او مسقط استحقاق عمرو باشد، و زید نیابت از عمرو ندارد در باب دعوی. بل که هرگاه قسم او به منزلهٔ یمین باشد هم، چنین است. زیرا که یمین واقعیه هم هرگاه شهادت به زید بیش از استحقاق بالفعل بکر ندهد، منشأ بطلان استحقاق عمرو نمی شود.

بلی: اگر یمین واقعیه باشد و شهادت بر استحقاق بکر قبل از زمان انتقال به زید باشد، در این صورت استحقاق عمرو باطل می شود، و زید به او رجوع می تواند کرد.

تا این جا کلام مبتنی بر این بود که این «یمین مردوده» است.

و اما بنا بر این که این از آن باب نباشد، به جهت این که هر چند مسلم داریم که این یمین مردوده است (چنان که نسبت به مقتضای کلام اصحاب داده اند) و لکن متبادر از یمین مردوده، یمینی است که منکرِ جازم ردّ کند، نه آن کسی که می گوید «من نمی دانم که تو حق داری یا نه». و کلام فقها در صورت اول است که خلاف کرده اند که به منزلهٔ اقرار است یا یمین. نه در صورت ثانی.

یا به جهت این که (۱) این یمین مردوده نیست، بل که یمین ابتدائی است که به جهت رفع نزاع باشد (۲). نظر به عموماتی که وارد شده است که اثبات حق یا به شاهد می شود یا قسم. و این را هم از مواضعی بشمریم که قسم به مدعی رجوع می شود. چنان که تحقیق آن را در محل خود کرده ایم و حدیث «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» را حمل کرده ایم بر صورتی که مدعی علیه جازم باشد. چنان که غالب این است. پس باز می گوئیم که این قسم ابطال استحقاق مدعی علیه را می کند که زید است، نه ابطال حق عمرو را که به زید فروخته، تا زید رجوع به او تواند کرد (۳).

و این که در آخر، سؤال شده بود: که چون زید می گوید «من علم به حال ندارم»، پس باید قاضی عمرو را احضار کند که بکر با او دعوی کند، معنی او را نفهمیدم. قاضی منصبش «دعوی برپا کردن» نیست. هر کس به نزد او به دعوی می آید، دعوی او را باید طی کند، کسی را که با او دعوائی نیست چرا او را احضار می کند. بلی هرگاه داعیه دعوی از برای زید نسبت به عمرو، به هم رسد؛ که تو ملک غیر را به من فروخته [ای] بیا غرامت بکش. در این وقت قاضی حکم مابین آن ها به مقتضای شرع می کند.

بعد از این همه نقل ها، این سائل بیان کند که: این قاضی کیست که این حقیر ضعیف نادان باید غاشیه کش (۴) او باشم؟! اگر مجتهد عادل است، چه احتیاج به فتوای من دارد که این همه عذاب بکشم. و اگر مجتهد عادل نیست چگونه متوجه قضا و مرافعه می شود؟ هدینا الله الی سواء السبیل.

ص: ۱۳۴

۱- منعطف است به «به جهت این که هر چند مسلم بداریم...».

۲- در نسخه: رفع نزاع بخور باشد.

۳- مبنای مصنف (ره) در این مسئله، در مسئله شماره ۹۵ نیز به شرح رفته است

۴- غاشیه؛ طاقه ای از پارچه گلداز یا ساده، که به هنگام پیاده شدن بزرگان، به روی زین اسب او می کشیدند. - غاشیه کش؛ خادمی که مامور کشیدن غاشیه باشد.

۷۴- سؤال:

۷۴- سؤال: هرگاه همسایه قبول کند نهادن بنائی، یا اتصال بنائی بر عمارتش بدون عوض و بدون صلح. بعد از نهادن بنا، بر آن می تواند رجوع نماید یا نه؟-؟ و در صورت جواز رجوع، ارش باید بدهد، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر جواز رجوع است با ارش.

۷۵- سؤال:

۷۵- سؤال: هرگاه ناودانی از خانه زید به باغچه عمرو باشد، و آب باران از خانه زید به باغچه رود. و بعد خانه زید خراب شود، هرگاه زید بخواهد که خانه را عمارت کند، عمرو را می رسد که مانع زید شود که ناودان خانه خود را به جانب باغچه من مکن، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که مانع نمی تواند شد. و هرگاه عمرو ادعاء عدوان تصرف زید کند، و زید متمسک به استحقاق و تصرف باشد و منکر عدوان باشد، قول او مقدم است (یعنی قول زید) با یمین (۱).

۷۶- سؤال:

۷۶- سؤال: شخصی اسبی داشته، و وارد دهی شده و اسب او ناخوش بوده. اسب را در صحرا سرداده است که بچرد. و از آن جا به جای دیگر رفته که در وقت مراجعت هرگاه اسب خوب شده ببرد. و حال مراجعت کرده، شخصی اسب را برده و پرستاری نموده از آب و علف می گوید که من «خرج کرد» را می خواهم. و صاحب اسب به او نداده بود. حکم شرعی او چه چیز است؟

جواب:

جواب: در صورت مزبوره هرگاه اسب را در جائی گذاشته که خود را به آب و علف می توانسته برساند، گرفتن آن جایز نیست، مگر آن که خوف دزد بردن آن و امثال آن بر

ص: ۱۳۵

۱- در این جا صورت دیگر هم هست. و آن صورتی است که از سنخ مسئله بالا (شماره ۷۴) باشد. اگر صاحب باغچه در ابتدا گذاشتن ناودان را قبول کرده بدون صلح، و اینک در وقت «دوباره سازی» آن را قبول نمی کند. زید حق گذاشتن ناودان را ندارد. پس مسئله جای تفصیل است.

آن باشد، که شرعاً جایز باشد از برای محافظت مال غایب، گرفتن آن. پس اگر در صورتی اسب را گرفته که جایز نبوده گرفتن آن، مطالبه خرج آن را از مالک نمی تواند کرد. و اگر در صورتی بوده که شرعاً جایز بوده (۱) گرفتن آن؛ پس اول بایست که رجوع کند به حاکم شرع که آن (۲) نفقه بدهد برای حیوان، یا امر کند او را به نفقه به نیت رجوع به مالک.

و هرگاه میسر نبوده رجوع به حاکم، و کسی هم نبوده که تبرّعاً نفقه بدهد، پس نفقه بر او لازم است. و در این صورت هرگاه تبرّعاً نفقه داده است، رجوع نمی تواند کرد. و هرگاه به قصد رجوع به مالک داده، اظهر جواز رجوع است.

و در صورتی که در این امور نزاع شود مابین مالک و گیرنده اسب، محتاج به مرافعه می شود.

۷۷- سؤال:

۷۷- سؤال: شخصی که مقلد باشد، می تواند مرافعه بکند به فتوای مجتهد حنی یا میت؟ یا در مسائل اتفاقیه؟ یا مرافعه وظیفه مجتهد جامع الشرایط است و غیر او هرگاه قضا نماید فاسق است؟

جواب:

جواب: هر چند مشهور میان علماء این است که مرافعه جایز نیست مگر از برای مجتهد عادل، لکن در نظر حقیر کمال قوت دارد جواز آن از برای عالمی عادل که مسائل مرافعه دقیقه و آن چه متعلق به آن ها است، [را] (۳) به عنوان تقلید از مجتهد عادل اخذ کرده باشد (۴).

۷۸- سؤال:

۷۸- سؤال: هرگاه در خانه، یا باغی، مجرای آبی از جمعی باشد. و معلوم نباشد که

ص: ۱۳۶

۱- در نسخه: نبوده.

۲- در نسخه: آنرا.

۳- در نسخه: که.

۴- برای شرح بیشتر در این باره، رجوع کنید به مسئله های شماره ۲۴ و ۴۵ و ۴۸.

زمین آن مجریا ملک صاحب آب است یا ملک صاحب خانه و باغ. و تردد صاحبان آب در آن نشود. و مدتی بعد آب را به راه دیگر قرار دهند که این راه معروفی (۱) مسدود باشد. آیا در صورت معروضه، صاحب باغ را می رسد که در آن مجری تصرف ملکیت نماید، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در صورت مزبوره، ظاهر این است که صاحب خانه و باغ نمی تواند تصرف ملکیت نماید. و دور نیست که حکم شود به مالکیت صاحبان آب، به جهت ید تصرف.

بلی: اگر معلوم شود اعراض صاحبان آب از آن مجری بالمزّه، شاید صاحب باغ تصرف تواند کرد، بنابر آن که اعراض منشأ زوال ملکیت (۲) است. چنان که اظهر است.

۷۹- سؤال:

۷۹- سؤال: هرگاه ملکی در تصرف زید ظالمی بوده باشد. و عمرو قبالة (۳) معتبری که به مهر علما و فضلاى آن بلد باشد، داشته باشد که حکام شرع و مؤمنین بگویند که این قبالة معتبر و این بیع صحیح است. در صورت معروضه، آیا آن ظالم یا ولد او که حاکم و ظالم است، ادعای حقیت می تواند کرد؟ یا باید انتقال شرعی را [به اثبات] برسانند؟

ص: ۱۳۷

۱- یعنی مذکور.

۲- به اصطلاح فقها، ولا- یذهب علیک: این فتوای میرزا(ره) مبتنی است بر مبنای ویژه او که در این مبنی تقریباً منفرد است و آن عبارت است از این که: میرزا(ره) حریم و دیگر متعلقات ملک را مانند خود ملک، «ملک مالک» می داند. اما دیگران آن ها را «حق» مالک می دانند نه ملک او. این مبنای انفرادی او در مسائل کتاب احیاء الموات از مجلد پنجم گذشت. و در مسئله شماره ۶۵ همین مجلد نیز به شرح رفت. و عبارت «زوال ملکیت» تصریح می کند که صاحبان آب مالک زمین مجری هستند. نه صاحب «حق عبور آب». اما در این جا مسئله طوری است که سمنند محقق قمی(ره) تا حدودی می لنگد که می فرماید: «دور نیست که حکم شود به مالکیت صاحبان آب». و فتوایش از قاطعیت می افتد. زیرا ماهیت موضوع مسئله، قوت نظر فقهای دیگر، و ضعف نظر میرزا(ره) را می رساند.

۳- قبالة، یعنی مدرک کتبی. با برخی از کاربردهای امروزی این لفظ اشتباه نشود. و نیز گاهی کلمه «قبالة» در اصطلاح فقهی و حقوقی به سندی گفته می شود که به معنی «قبول قراردادهای غیر بیعی» است. اما در این جا مراد «سند کتبی» هر معامله و قرارداد است.

جواب: مسلمی که ملکی در تصرف دارد [و] با وجود این مدعی حقیقت هم هست، بدون حجت شرعی، از دست او نمی توان گرفت. و بر فرضی که مدعی قباله ابراز کند که این ملک را از دیگری خریده است، و قباله هم معتبر باشد، دلیل بطلان تصرف متصرف نمی شود. و معنی «معتبر بودن قباله» این است که از برای حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) علم به هم رسد به مضمون آن. و این در وقتی نافع است که صحت مضمون آن منافات با تصرف داشته باشد.

غایت امر این است که علم به هم رساند که در یک وقتی این شخص ملک را خریده. و این افاده ملکیت حالیه را نمی کند. و ملکیت سابقه، معارضه با ید فعلیه نمی کند. علی الاقوی.

۸۰- سؤال:

۸۰- سؤال: از متوفائی سه نفر صبیّه مانده اند که از مشار الیه خانه دارند و سکنای او را (علی سبیل الارث) مالک و متصرف شده اند، به شخصی فروخته اند در ده سال قبل از این. و حال در این ایام شخص ثقه [ای] (۱) می گوید که مورث مسکّیات مرقومه، در حال وفات گفته است که «در این خانه غایبی را حقی هست». و می گوید مشخص نکرده که حصه اش چه قدر است.

و صبایا به شوهر رفته اند. و یکی از شوهر های صبایا هم قدر معینی از خانه ها را شهادت می دهد که در وقت وفات گفته است که مال غایب است.

و مشتری که تفحص از حال غایب کرده، شوهر صبیّه می گوید که در فلان مکان بوده و تا سه سال قبل از این بوده، و الحال خبری نیست. و می گوید که اولاد و وارثی غیر از این سه نفر ضعیفه ندارد. و می گوید که مورث گفته که پسر خاله من است که غایب است. و برادر مورث هم فوت شده چند وقت پیش از این.

ص: ۱۳۸

۱- تکرار: معمولا در نسخه به جای «ای»، «ء» آمده است که در قرارداد ادبیاتی امروز، مردود است.

و الحال مشتری معطل مانده و می خواهد که احتیاط کند، چه کند؟

جواب:

جواب: چون مفروض این است که کسی نیست که از جانب غایب دعوی کند، پس اگر کسی حسباً ادعا کند، و دو نفر شاهد هم شهادت بدهند، و این دو نفر شاهد هم عادل باشند، بیش از «اقلّ ما یُحتمل» و «ما یتمّول»، از آن خانه از برای غایب ثابت نمی شود. و بر فرض عدالت آن شوهر صبیّه که تعیین مقدار می کند، مدعی حسبی نمی تواند که «قسم جزء بیّنه» یاد کند. بل که نمی تواند وراثت (۱) مقرّر را هم قسم بدهد هرگاه ادعای علم به مقدار مقرّر به، بر آن ها بکند. پس همان «اقلّ ما یتمّول» ثابت می شود.

و چون که اختیار مال غایب با حاکم شرع است، حاکم بر وجه مصالحه قراردادی از جانب غایب، قرار می دهد که از برای او ضبط کنند تا خبر از او برسد، یا آن قدر از عمر او بگذرد که [در] عادت این زمان غالباً از آن تجاوز نمی کند. و بعد از آن، آن را به وارث غایب بدهد.

و بر فرضی که کسی نباشد که حسباً ادعا کند، مشتری خواهد احتیاط کند، باز رجوع به حاکم کند و بر نهج سابق معمول دارد.

۸۱- سؤال:

۸۱- سؤال: شخص عادلّی که مسائل خود را از مجتهد حیّ اخذ نموده باشد تقلیداً، می تواند مرافعه کند در صورتی که موقوف علیه حکم را تطبیق به قول مجتهد نماید-؟ یا مرافعه مخصوص مجتهد جامع الشرائط است به غیر او حرام است هر چند دسترس به مجتهد نباشد-؟ و بر تقدیر جواز مرافعه به تقلید؛ بعد از رجوع، حکم این شخص «لازم» است مثل حاکم شرع؟ یا «جایز» است؟ خلاصه: به تقلید، حکم به قسم و مرافعه کردن، معصیت و ناقض عدالت هست، یا نه؟-؟

ص: ۱۳۹

۱- در نسخه: وارث.

جواب:

جواب: هر چند مشهور عدم جواز است (و دعوی کرده اند بر آن) (۱) و لکن اظهر در نظر حقیر جواز است، و رساله مبسوطی در این مسئله نوشته ام. و در کتاب قضا هم متوجه شده ام (۲)، به آن جا رجوع کنند. و لکن بسیار نادر است که شخص جمیع مسائل فقهیه و قضائیه و احکامیه هر مسئله [را] به تقلید مجتهد داند. و بر فرض دانستن مضایقه ندارم (۳).

۸۲- سؤال:

۸۲- سؤال: ضعیفه ادعا می نماید بر برادر زاده های خود که املاک و اموال پدری خود را با برادر خود تقسیم ننموده ام، و برادر من اموال و املاک پدری که حصّه من بوده، و کالتاً تصرف نموده. و [و] کالت این شخص متصرف که والد مدعی علیهم باشد، از جانب مدّعیه، در زمانی قبل از وفات او، محقق است به بیّنه یا استفاضه. و حال برادر زاده ها می گویند که اموال و املاک را ما به حق متصرف، و از والد به ما ارث رسیده، ید توکیل معلوم نیست، و یا این که ید توکیل زمان وفات محقق نیست.

آیا در این صورت، مدّعیه باید که حقیقت بالفعل خود را ثابت کند (به جهت آن که ید توکیل در زمانی، منافات با مالکیت بالفعل که ید وکیل بر او است، ندارد)؟- یا باید

ص: ۱۴۰

۱- کذا.

۲- رجوع کنید به مسئله های شماره ۲۴ و ۴۵ و ۴۸ و ۷۷.

۳- توضیح: اولاً: این از معدود موارد است که محقق قمی (ره) با شهرت مخالفت می کند. و این هدیه بزرگی است بر قضات غیر مجتهد. ثانیاً: این بحث در مقام «فتویا» است. یعنی «کلی» و شامل هر کس است که آن توان را داشته باشد. و این اجازه را در «نفوذ حکم قاضی غیر مجتهد» با آن شرط به طور عام می دهد. بنابر این قاضی منصوب از طرف مجتهد عادل به طریق اولیا و بدون چون و چرا، می تواند قضاوت کند و حکمش نافذ است. ثالثاً: آن مشهور و شهرت که مصنف (ره) می فرماید، در مقام فتوای کلی است نه درباره «قاضی منصوب». درباره قاضی منصوب، می توان گفت چنین شهرتی وجود ندارد. مگر این که ادعا شود که موضوع بحث «توان و عدم توان» است. در این صورت، شهرت مذکور شامل قاضی منصوب نیز می شود.

مدعی علیه راه انتقال از مدّعیه، بنمایند؟ و هرگاه راه انتقال را به نوشته ای که مختوم به مهر جمعی از عدول، یا غیره باشد [و] مَوْرَث (۱) ظن به صحت تصرف شود، کافی است در دلالت ید مزبوره بر مالکیت؟ یا باید [با] بینه معتبره شرعیّه (مثل دعاوی دیگر) ثابت شود؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که هرگاه مدعی علیه متمسک به ید حالیه اند، اثبات ید توکیل در زمان سابق، بدون استمرار بقای آن الی حال التصرف، نفعی به مدّعیه ندارد. و اما هرگاه مدّعی علیه اقرار داشته باشند به ید توکیلیه سابقه و لکن بگویند «بقای آن تا زمان وفات والد ما معلوم نیست»؛ پس ظاهر این است که به اقرار مأخوذاند، و راه انتقال را باید ثابت کنند.

و انتقال به مجرد کاغذ ثابت نمی شود. مگر با افاده علم از برای حاکم.

و مجرد مظنه، کافی نیست.

این ها در صورتی است که مدعی علیه، اقرار نکنند به این که مال جدّ ما است و به ما میراث رسیده، و اگر اقرار به این معنی داشته باشند، حقّ مدّعیه ثابت می شود هر چند او ید توکیل را هم ثابت نکند.

۸۳- سؤال:

۸۳- سؤال: تفصیلی در دلالت ید بر مالکیت می باشد؟ یا نه، بل که دلالت ید بر مالکیت از قبیل اسباب شرعی است، مظنه بر صحت و عدم آن، معتبر نیست-؟: مثلاً هرگاه خواهری از برادری که حاکم و جابر و مسلط بوده ادعای املاک پدر خود نماید بعد از فوت پدر. و حال آن که مدتی بود که برادر بلا منازع خواهر، متصرف بوده. خواهر می گوید که من تا به حال به جهت خوف، ادعائی نمودم. مظنه بر صدق او هست.

آیا در صورت مفروضه، از برادر راه انتقال، مطالبه می شود؟ یا نه، مدّعیه باید ادعای خود را ثابت نماید.

ص: ۱۴۱

۱- یعنی موجب ظنّ.

جواب: از این حیثت فرقی نیست [و] ید ظالم (۱) و فاسق مثل ید مؤمن و صالح است، که هر گاه مستقل باشد و منفرد باشد، حکم به مالکیت او می شود.

و این که شنیده اید که ید قوی و ضعیف فرقی دارند، در جایی است که تعارض یدین باشد؛ مثل راکب فرس و قابض لجام، که ید راکب اقوی است. بخلاف راکبین مترادفین. و در آن جا هم هر گاه تعارضی نباشد، حکم به تسویه می شود، هر چند یکی ضعیف تر از دیگری باشد (۲). پس مثلاً هر گاه [راکب] (۳) فرس بگوید که اسب بالتمام از من است و سائق فرس بگوید از من است. در این جا قول ید قویّه مقدم است با یدین.

اما هر گاه ببینیم سواری را که لجام او در دست دیگری است و هر دو فوت شوند و دعوائی نباشد، حکم به تساوی می شود. پس ید خواه قوی و خواه ضعیف، از «اسباب و ضعیه» ملک است مادامی که تعارض و تنازعی نباشد. و لکن در صورت نزاع چون هر یک ادعای تمامی می کنند و یدینه نیست، رجوع به مرجح می شود. و قوت و ضعف، اعتبار می شود.

و الحاصل: ید اماره ملک جمیع ماتحتها است. پس هر گاه دو ید بر شیئی باشند، هر دو محکوم اند به مالکیت فی الجمله، و اعمال امارتین بلا- منازع، مقتضی تسویه است و فرقی مابین قوی و ضعیف نیست. همین که پای نزاع در میان آید و قول دو مسلم متعارض و متناقض شود، چاره [ای] نیست به جز ترجیح به مرجح خارجی؛ مثل تساوی یدین در قوت و ضعف در آن جا. و مفروض این است که در مورد سؤال ید منحصر است به همان ید ظالم.

و از این جا است که حکم می کنیم به حلّیت مال سارق و ظالم مادامی که علم به حرمت نباشد. هر چند نظر به امارات، ید سارق و ظالم اضعف است از ید مؤمن.

ص: ۱۴۲

۱- عبارت نسخه: فرقی نیست در ید مابین ظالم و فاسق..

۲- عبارت نسخه: هر چند یکی از دیگری ضعیف تر از دیگری باشد.

۳- در نسخه: مالک.

پس در صورت سؤال، هر گاه آن جائز اقرار به ارث بودن، نکند و متمسک به ید باشد، مادامی که خواهر اثبات ید عدوان او نکند، به محض ادعا نمی توان گرفت. هر چند ظنّ به صدق او حاصل شود.

۸۴- سؤال:

۸۴- سؤال: هر گاه شخصی قابلیت متوجه شدن به مرافعه بالذات، یا به [ذ]ن مجتهد داشته باشد. و در جایی باشد که امر شرع منحصر به او باشد، و تحاشی نماید هر چند باعث نزاع بین الناس شود. آیا معاقب است یا نه؟-؟ و بر تقدیر معاقب بودن، آیا شرط است که مظنّه تأثیر سخن داشته باشد، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در امثال این مسائل، حکم به جواز غالباً مستلزم وجوب است، خصوصاً در صورت انحصار امر به او و موقوف بودن رفع فساد به او (۱). و دور نیست که مشروط باشد وجوب به مظنّه تأثیر. چنان که در امر به معروف هم دور نیست که چنین باشد، هر چند مشهور «عدم ظن به عدم تأثیر» را کافی دانسته اند در وجوب آن.

۸۵- سؤال:

۸۵- سؤال: دعوی ظنی مسموعه است، یا نه؟-؟ و به مظنّه قسم می توان داد یا نه؟-؟ و «قسم نفی العلم» ردّ می شود یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اظهر سماع است، خصوصاً در امور مخفیته مثل سرقت. و قسم می توان داد و لکن ردّ نمی توان کرد.

۸۶- سؤال:

۸۶- سؤال: شخصی دو دنگ (۲) اعیانی ملک خریده و متوفی شده. و ورثه «کما فرض

ص: ۱۴۳

۱- این فتوی مکمل فتواهائی است که در مسئله های شماره ۲۴ و ۴۵ و ۴۸ و ۷۷ و ۸۱ گذشت.

۲- پیشتر در یک مورد آمده بود که به «دانگ» تصحیح شد. اما تکرار آن نشان می دهد که در آن زمان «دنگ» هم در زبان ها رایج بوده است. اما بی تردید یک کاربرد عوامانه بوده است. دانگ: می توان گفت «دانگ» با سکون نون، نیز اصیل نیست. زیرا ریشه آن «دان» است همان طور که در خوراک مرغ «دان مرغ» گفته می شود. سپس حرف «ه» به آن لاحق شده تا معنی وحدت و «یک» را برساند که «دانه» با فتحه نون، شده است مانند «بار» و «باره». در عربی نیز حرف «ه» به معنی وحدت و تکی، است که در حالت وقف «ه» خوانده می شود مانند «حَبّ» و «حَبّه». در فارسی گاهی این حرف «ه» به «گ» تبدیل می شود به ویژه وقتی که به «ی» نسبت یا مصدریت بچسبند؛ مثل زنده، زندگی. کهنه و کهنگی. در فارسی عدد «شش» مبدأ و مبنای برخی شمارش ها بوده است مانند «جین» که در منقولات ظریف به مجموعه ششگانه می گویند و دو برابر آن را «دو

جین». بنابراین دانگ در اصل باید دانگ (با فتحه نون) باشد. همان طور که معرب آن «دائق» است، حرف «ه» به «گ» تبدیل شده تا فرقی میان کاربرد آن در اشیاء منقول و متفردات غیر متصل مانند حبوبات و غیره، و میان کاربرد آن در اشیاء اتصال پذیر مانند املاک و اراضی، باشد. و یا حالت مشاع در هر چیز را برساند. اما با پذیرش یک رجعت و برگشت، می توان گفت همان دانگ با سکون نون اصیل است. زیرا ریشه اولیه آن «دان» با سکون نون بوده است. و این که معرب آن دائق با فتحه نون است به این جهت است که عرب ها دو ساکن در کنار هم ندارند، تا چه رسد به سه حرف ساکن در دانگ (الف، نون، و گاف). بحثی بود برای دوستداران ادب.

الله» تقسیم نموده اند. و الان مدعی به هم رسیده که اعیانی دو دنگ از من است و والد شما را حقی نیست. و اعیانی دو دنگ، به دو نفر ورثه رسیده است (۱). امروز می باید آن دو نفر متصرفین، قسم به جلاله یاد نمایند؟ یا مجموع ورثه اناث و ذکور؟

جواب:

جواب: هرگاه مدعی که دعوی ملک می کند و مطلب خود را به بیّنه نمی تواند اثبات کرد، و ادعای علم بر وارث می کند که شما علم دارید که این ملک مال من است. پس اگر دعوی علم را بر همه وارث می کند؛ پس قسم متوجه کل ورثه می شود، چون دعوی بر میت است و بر مال او. پس هرگاه همه قسم خورند که ما علم نداریم به استحقاق تو. مدعی مجاب می شود و قسمت صحیح است. و هرگاه جمیع نکول کردند، آن ملک مال مدعی می شود، و قسمت باطل است، و باقی مال را مجدداً قسمت می کنند.

و هرگاه مختلف شوند؛ پس هرگاه متصرف ملک (که ملک حصیه او شده) قسم یاد کرد و دیگران نکول کردند، پس نکول ایشان به منزله اقرار است (از برای مدعی) بر نفس خود و بر غیر خود که متصرف است. و چون به نکول ایشان حق متصرف باطل نمی شود،

ص: ۱۴۴

۱- بنا بر این، مورد ادعا دو دانگ مفروز و جدا بوده است.

پس باز قسمت بر حال خود باقی است و باید ناگل ها غرامت ما سوای قدر حصّه متصرف، را نسبت به مجموع ترکه، به مدعی بدهند. و هرگاه دیگران بعضی قسم یاد کنند و بعضی نکول کنند، پس باز حکم همان است؛ و همان ناگل به قدر حصّه خود غرامت به مدعی می دهد.

و هرگاه متصرف نکول کند و دیگران یاد کنند؛ پس متصرف باید ملک را ردّ کند به مدعی، و عوض هم از دیگران مطالبه نمی تواند کرد. و قسمت بر حال خود است.

حتی این که (مثلاً) هرگاه ترکه منحصر باشد [به] (۱) قطعه زمین متساوی، و وارث هم منحصر باشد بر دو پسر، و در قسمت، هر یک قطعه [ای] را متصرف شوند. و بعد از ادعای مدعی به قطعه یکی از آن ها، و او نکول کند از قسم، دون دیگری. از [برای] ناگل میراث نمی ماند.

و این ها همه در وقتی بود که مدعی دعوی علم بر همه وارث کند. و هرگاه دعوی علم بر بعضی دون بعض کند، حکم آن نیز از آن چه گفتیم ظاهر می شود؛ پس اگر مدعی علیه متصرف است، به قسم خوردن او مدعی مجاب می شود. و به نکول او باید ردّ کند ملک را به مدعی و مطالبه غرامتی هم بر سایر وارث نمی تواند کرد. و قسمت صحیح است. و هرگاه مدعی علیه سایر ورثه اند، به قسم آن ها مدعی مجاب می شود و به نکول آن ها باید به قدر الحصّه غرامت به مدعی بدهند، و بر متصرف چیزی لازم نیست. و قسمت هم در هر دو صورت بر حال خود است.

۸۷- سؤال:

۸۷- سؤال: جماعتی بر زید ادعا نموده اند که والد و مورث ما با پدر زید شریک و «جمع المال» بوده؛ آن چه املاک در تصرف زید است ما نیز سهیم و شریک می باشیم. زید منکر، و مطلب به ثبوت نرسیده، و دعوی مزبور مصالحه شده. و حال مدت سی و

ص: ۱۴۵

چهار سال است که از زمان مصالحه گذشته. ورثه مدعیین مزبورین حال ادعا می نمایند که مورثین ما وقتی که این ادعا را نمودند و صلح کردند، جدّ ما که مورث مورث ما است مدت بیست سال (تقریباً) بود که مفقود الخیر شده [بود و] در زمان صلح نه موت ثابت و نه «مدت لا یعیش فیها الانسان عادة»، منقضی. و حال مدت مزبوره منقضی شده حق ما باقی است.

آیا ادعای مزبوره، مسموع است یا نه؟-؟ و بر تقدیر مسموعیت، بر مدعی علیه است اثبات موت مورث تا ثابت شود صحت صلح-؟ و یا «عدم ثبوت فساد» کافی است (و اصل صحت است، و علم به فساد نیست به جهت احتمال تحقق موت در زمان صلح، و با وقوع صلح به اذن «من له الولاية فی اموال الغائب» و غیره)-؟

و در نوشته صلح، «ورثه مرحوم فلان» که مورث همین مدعیان (۱) است، مذکور است. و این ورثه در آن زمان جمیع اموال مفقود را از بلاد بعیده جمع و قسمت نموده. و این ها همه قراین صحت صلح می شود؟ یا «اصالة حیوة غایب» مقدم بر این ها است؟

جواب:

جواب: ظاهراً اشکالی در مسموع بودن دعوی نیست. بلی اشکال در این است که مدعی کیست، و مدعی علیه کی. و ظاهر این است که ورثه جماعه مصالحین، مدعی باشند. و توضیح مطلب این است که در اول امر، جماعتی که ادعا بر زید می کنند که مال پدر ما در دست تو است بده، این دعوی بمجردها مسموعه نیست تا ضمّ نکنند به آن که «پدر ما مرده است و الحال مال ما است». و هرگاه بمجردها مسموعه نشد، صلح هم نیست (هرگاه دعوی و کالتی هم از جانب پدر نمی کنند). زیرا که صلح که «اولی» (۲) نیست و از برای دفع نزاع است باید که دعوی در آن، مسموعه باشد.

ص: ۱۴۶

۱- در نسخه: مدعی.

۲- یعنی «صلح بدوی» و «صلح ابتدائی» نیست که مشهور آن را در هر صورت صحیح می دانند.

بعد از آن که ضمّ کردند به آن حکایت موت والد را، پس صلح صحیح است از برای اسقاط دعوی. خواه ممکن باشد از برای آن ها اثبات موت والد، یا نه. و در ظاهر شرع، صلح مسقط دعوی است هر چند در «نفس الامر» باطل باشد به سبب عدم ثبوت موت والد. پس الحال که ورثه آن جماعت ادعا می کنند که این مال جدّ ما است و ضمّ کنند به این دعوی این که «الحال، فوت او ثابت شده یا منقضی شده زمانی که چنان کسی بیش از این عیش نمی کند»؛ پس اگر زید باز منکر اصل مالکیت جدّ آن ها است (چه [جای] (۱) انتقال به آن ها؟). باز حکم مثل اول امر است که بر او تسلطی نیست. و مصالحه مورث آن ها مثبت امری برای آن ها نیست. زیرا که آن بالفرض مبتنی بود بر این که از برای رفع [تجاذب] (۲) و کش واکش، صلحی کرده، و آن در معنی اقرار به مالکیت مدعی ها، یا والد آن ها نبوده.

پس بر ورثه آن جماعت است اثبات مالکیت جدّ، و اثبات استحقاق خود. [و] در [صورت اثبات] احد امرین، [حکم فرق می کند]. پس اگر اثبات مالکیت جدّ را بالفعل کردند و عاجز از اثبات استحقاق خود شدند، در حکم مال غایب است. و زید و ورثه هیچکدام حقی در آن ندارند. و هرگاه اثبات مالکیت، و استحقاق خود (هر دو) را کردند، از زید می گیرند و به آن ها می دهند. و صلح سابق منشأ سقوط حق نفس الامری نمی شود.

و هرگاه مالکیت جدّ ثابت شد و موت هم ثابت شد و لکن وقت موت ثابت نشد، مال طبقه آخره است به استصحاب (۳).

ص: ۱۴۷

۱- در نسخه: چه خیای.

۲- در نسخه: تجارب.

۳- یعنی چون وقت موت جد معلوم نیست، حیات او در زمان فرزندان مستقیم او، استصحاب می شود. اما در زمان نوه های او قابل استصحاب نیست. و حکم به موت او می شود و طبقه نوه مالک ملک می شوند.

اگر کسی بگوید که: چه می گوئی در صورتی که بودن مال از جدّ آن ها ثابت شود، یا اقرار کند زید به آن بعد از دعوی اولی و مصالحه. که در این صورت می گوئیم که مال جد بودن ثابت، و اقرار کردن جماعت مصالحین به موت او هم ثابت، پس ایشان مأخوذاند به اقرار خود، چون منشأ صحت مصالحه می شود که باعث سقوط حق اولاد آن ها است. پس دیگر وجهی در ادعای آن ها نیست. پس باید که مال زید باشد. زیرا که هرگاه حق جماعت ساقط شد، دیگر وارث آن ها را حقی نیست که ادعا بتوانند کرد. و اقرار آن جماعت به ضمیمه صلح، موجب مالکیت زید می شود.

گوئیم که: این سخن در وقتی تمام است که میراث بردن طبقه آخری مال جدّ را منحصر باشد در اینکه به واسطه تلقی از پدر (یا مطلق مورث) در طبقه سابقه بر آن باشد. زیرا که گاه است که طبقه آخریه میراث را از جدّ خود می برند بدون آن که پدر ایشان وارث باشد. مثل ما نحن فیه. زیرا که غایب اگر موت او در حال حیات فرزند ثابت شود، فرزند وارث است و از او به فرزند می رسد. و اما هرگاه بعد از موت فرزند ثابت شود، میراث به فرزند فرزند می رسد، نه به واسطه پدر. پس اقرار فرزند به موت پدر، اقراری است بر نفس [خود]، که مستلزم سقوط حق او است. و اقرار او نسبت به فرزند او، اقراری است بر غیر (۱). و آن خود مسموع نیست. زیرا که از برای فرزند حقی متصور هست در این مقام. و سماع اقرار پدر او در حق خودش، مستلزم سقوط حق فرزند نمی شود.

والحاصل: استصحاب حیات، مرجح قول طبقه اخیره می شود. و اقرار جماعت، مرجح زید نمی تواند شد. پس قول طبقه اخیره مقدم است.

ص: ۱۴۸

۱- عبارت نسخه: اقرار فرزند به موت پدر اقرار است بر نفس که مستلزم سقوط حق فرزند او است و اقرار او نسبت بفرزند او اقرار است بر غیر. توضیح: نسخه بردار، یک لفظ «نی» در بالای «است»، در میان دو سطر قرار داده که به عنوان نسخه بدل «نیست» خوانده شود. لیکن باز صحیح و روشن نمی شود.

و اما تکیه کردن زید بر «اصل صحت» به معنی انتقال مال به او به سبب مصالحه؛ با وجود انکار او مالک بودن جد را از اصل، نفعی ندارد. و غایت آن صلح، اسقاط دعوی بود. و خود دانستی که آن مستلزم ثبوت حق برای زید در نفس الامر، نیست.

۸۸- سؤال:

۸۸- سؤال: زید ملکی را متصرف، همشیره زید ادعا نموده که ملک مزبور مال پدر ما بود، من هم حصیه ارثیه خود را می خواهم. زید نظر به این که ملک مزبور را به عنوان هبه از پدر تصرف داشته، متمسک به این شده که از پدر ما چیزی مخلف به ارث نشده، من به حق خود متصرفم تو را در ملک مزبور حقی نیست. آخر الامر منجر به صلح شده. صیغه جاری شده، چند سال نیز ملک مزبور را متصرف و بعد وقف نمود.

حال مدعیه مزبوره آمده از متولّی وقف ادعای ارث می نماید؛ می گوید من در مصالحه مزبوره مغبونم. آیا در صورت معروضه، ادعای غبن مسموعه است؟ و بر تقدیر ثبوت غبن، و ثبوت خیار به جهت مدعیه، [مدعیه] تسلّطی در عین موقوفه دارد که وقف را باطل ساخته، به قدر حصه خود که ثابت کند متصرف شود؟ یا آن که وقف صحیح و لازم شده و اگر چیزی وارد آید، از اموال واقف باید استیفا نمود-؟

خلاصه سؤال این که: هرگاه قطع دعوی ملکی به عنوان مصالحه شده باشد، و بعد ملک مزبور وقف شده باشد، و بعد مصالحه به طریقی از طرق شرعیه منفسخ شود، وقف در ملک مزبور به منزله اتلاف غیر است؟ و یا این که وقف باطل و ملک مزبور منتقل به مدعیه می شود؟

جواب:

جواب: معنی ادعای غبن در این صورت، این است که «چنین دعوائی را در چنین ملکی در عرف و عادت، گنجایش بیش از این وجه مصالحه داشته و من مغبونم در این مصالحه».

ظاهر این است که این دعوی مسموعه است (۱). و لیکن بعد از سماع دعوی و تحقق شرائط صحت آن، مصالح له مسلط بر فسخ می شود. و بعد از فسخ، مصالح له رجوع به دعوی خود می کند. پس اگر اثبات کرد دعوی را به بینه، وقف باطل می شود. و «مدعی به» مال او می شود.

و اگر اثبات به اقرار مدعی علیه شود (۲)، یا به نکول از یمین، پس آن تأثیری در بطلان وقف نمی کند. چون اقرار است بر غیر (۳). و نکول از یمین هم منشأ ابطال حق غیر نمی شود و آن هم به منزله اقرار بر غیر است. و لکن مدعی علیه باید غرامت ملک را که عبارت از «ثمن المثل» است و «اجره المثل»، بکشد. و همچنین هر گاه به یمین مردوده اثبات کند.

اما هر گاه به هیچ از این ها نشود، و ثانیاً مصالحه کند، پس در آن اشکالی نیست، و وقف هم بر حال خود باقی است.

۸۹- سؤال:

۸۹- سؤال: زید، ملکی از پدر به او رسیده. و سی چهل سال در تصرف ایشان بوده. عمرو می آید و کاغذ ظاهر الاعتباری به خط و مهر علما و فضلاء پیش، اظهار می کند که این ملک را جد من وقف کرده و وقف اولاد است. و زید ملک را به او وا می گذارد، و از او ثانیاً اجاره می کند از آن مدعی وقف به وجه جزئی. و بعد از آن، از علما می شنود که مجرد کاغذ، حجت شرعی نیست. و الحال زید مدعی جهالت است که من نمی دانستم

ص: ۱۵۰

۱- این در «صلح مطلق» است. اما اگر صلح برای «قطع دعوی از هر حیث» باشد، به طوری که شامل اسقاط هر خیار، از آن جمله خیار غبن باشد. جایی برای ادعای غبن نیست. این واضح را توضیح دادم برای این که مردم غالباً مرادشان از صلح همین نوع است. پس نیازمند دقت است. و نیز: در مواردی از «صلح ابتدائی» که بر اساس هیچ دعوی ای نیست (مانند کسی که ملک یا مال هنگفتی را به یک کله قند، صلح می کند) جایی برای خیار غبن نیست. حتی بر اساس مبنای شیخ (ره) که این گونه صلح را هبه می داند. زیرا در چنین هبه ای هم جایی برای ادعای غبن نیست.

۲- در نسخه: می شود.

۳- که موقوف علیه وقف باشد.

که کاغذ حجت نیست. آیا به همین دعوی، اجاره باطل می شود؟ و ملک به او بر می گردد، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: دعوی جهالت، از کسی که ممکن باشد در حق او جهالت، مسموعه است. لکن در صورت عدم بینة و اقرار از خصم، اشکال است که قول کدام مقدم است. و به هر حال؛ بدون یمین قول هیچیک را مقدم نمی دارند. و وجه تقدیم قول صاحب «وقفنامهچه» اعتراف و تسلیم ذوالید است که در معنی اقرار است به صدق او، [و] استصحاب لزوم عقد اجاره. و وجه تقدیم قول مدعی جهالت، «اصل عدم علم» است پس راست می گوید در این که از راه نادانی اعتراف کرده و اجاره کرده.

و لکن مضعف قول مدعی جهالت، این می تواند شد که گاه است تسلیم او از راه حصول علم از کاغذ و غلبه قرائن باشد. [نه] به سبب حجت بودن کاغذ. چنان که گاه است که دعوی مدعی وقفیت هم مبتنی بر همان کاغذ باشد، و علم از راه دیگر نداشته باشد. چون احوال و اشخاص مختلف می باشند، این امور بدون مرافعه طی نمی شود. والله العالم.

۹۰- سؤال:

۹۰- سؤال: هرگاه کسی نهری در زمین غیر دارد که آب از آن جا می برد. آیا مالک زمین، مانع او می تواند شد، یا نه؟-؟ و هرگاه خرابی در نهر به هم رسد، آیا صاحب زمین باید در تعمیر و تنقیه آن، شرکت کند، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: صاحب ید، هرگاه بر مجری مدعی استحقاق است و عدوان او ثابت نشود، صاحب زمین مانع او نمی تواند شد. و ظاهراً قول او مقدم است با یمین. و بر صاحب زمین لازم نیست تعمیر نهر، و نه شراکت در آن، و مانع صاحب آب هم نمی تواند شد در تنقیه آن.

و هرگاه مجری سقفی داشته باشد و خرابی به هم رساند، بر صاحب آب لازم

[نیست] (۱) شراکت با صاحب زمین در تعمیر آن.

۹۱- السؤال:

۹۱- السؤال: اذا سال ماء سطح احد على سطح جاره او ساحة (۲) داره. و نازعه الجار. هل على الجار اثبات عدوان صاحب الماء؟ او على صاحب الماء اثبات الحق؟

الجواب:

الجواب: الظاهر انّ على الجار اثبات العدوان. و صاحب الماء اذا تمسّك باليد و الاستمرار لا- يجوز مزاحمته الاّ- مع اثبات العدوان.

و ما يتخيّل انّ ملكية سطح الجار و ساحته له، متفق عليه بينهما، و منافع الملك تابع لرقبته، فعلى غير المالك اثبات الاستحقاق. فهو مدفوع بانّ العين كما يصير مورد اليد، فكذلك المنفعة و الحق. فلا منافات بين الملك و ثبوت الحق فيه للغير. و نظيره في المسائل الفقهية لا يعدّ و لا يحصى. و منها وضع الجذوع على جدار الجار، و هذا من الوضوح بحيث استشكّلوا في جواز كونه سبباً لتحمل الشهادة، ام لا. فكان كونه موجباً لثبوت اليد، و كون المنازع مدعيّاً محتاجاً الى الاثبات، مفروغاً عنه (۳).

فقال الشهيد (ره) في اواسط القواعد: «مسئلة: لو شاهد ماء الغير يجرى على سطح آخر، او في ساحته مدّةً طويلةً بغير منازعة، فهل [للشاهد] (۴) الشهادة بالاستحقاق؟ الظاهر لا. صرح بذلك او، لا». الى آخر ما ذكره. و هو نظير ما ذكره في كتاب الشهادات، انّ اليد في الملك هل يصير سبباً لتحمل الشهادة ام لا. و لا ريب انّ اليد في الملك ممّا يجعل الحق لصاحب اليد، الى انّ يُثبت المدعى خلافه. فافهم ذلك (۵).

ص: ۱۵۲

۱- در نسخه: است. - با علامتی در بالای آن. - سقف، مال صاحب زمین است و صاحب آب مسولیتی در آن ندارد.

۲- و فی النسخة: ساحت.

۳- و فی النسخة: مفروغ عنه. - تاتی عین العبارة، فی مسئلة ۹۷.

۴- و فی النسخة: يُشاهد.

۵- یاتی المسئلة مشروحاً و مستدلاً وافیاً فی مسئلة ۹۷.

۹۲- سؤال:

۹۲- سؤال: هرگاه کوچه سر بسته باشد. و یک خانه در آن کوچه در دارد و صاحب آن از آن عبور می کند. آیا صاحبان خانه های دو جانب کوچه که دری در آن کوچه ندارند، بدون اذن صاحب آن یک خانه می توانند کوچه را مسقف گردانند، یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بدون اذن آن یک نفر نمی توانند.

۹۳- السؤال:

۹۳- السؤال: لو خلی بالزوجه و ادعت الدخول و انکرها. کیف الحال؟

الجواب:

الجواب: الاظهر الاشهر تقديم قول الزوج مع اليمين ان فقدت البيئه، للاصل (۱). و قيل يقدم قول الزوجه، عملاً بالظاهر، و تنزيلاً للاخبار الواردة في وجوب المهر بمجرد الخلوة. و هو ضعف في ضعف.

۹۴- سؤال:

۹۴- سؤال: زید از سفر آمد و قدری نقد و جنس آورد و گفت: عمرو فوت شد و این مال او است و لکن بکر هم قبل از او فوت شد و این مال او است و ما نقد او را سپردیم به عمرو و جنس های او را فروختیم به عمرو.

آیا ورثه بکر به همین قدر مستحق مطالبه مال بکر می شوند از این مال؟ و به قول زید تنها، این مطلب ثابت می شود، یا نه؟-؟

و بر فرض ثبوت، آیا ورثه بکر با سایر طلبکارهای عمرو مساوی اند؟

جواب:

جواب: هرگاه این جنس و نقد که زید از سفر آورده، در دست زید است و ید ثابت از عمرو در خصوص آن ها محقق نیست، آن چه زید بگوید در ماده آن اعیان مسموع است. همچنین هرگاه بگوید این عین از عمرو است، و این از بکر، مسموع است. و همچنین هرگاه تعیین نکند و به مجرد اشتراک اکتفا کند.

ص: ۱۵۳

و اما هرگاه ید عمرو بر آن ها محقق بوده، به مجرد سخن زید، ورثه بکر مستحق چیزی از آن نمی شوند. و همچنین اشتغال ذمیه عمرو به قیمت اجناس، ثابت نمی شود. بلی زید به اقرار خود ماخوذ است در تصرفی که در مال بکر کرده. مگر این که ثابت کند که آن تصرف بر وجه شرعی شده؛ مثل اذن حاکم، یا عدول مومنین عند العجز عن الحاکم.

و اما سؤال آخری: اگر مراد این است که هرگاه عین مال بکر که به عمرو فروخته اند، موجود باشد، [آ] یا مختص است به ورثه بکر؟ یا دیان همه در آن شریک اند؟ پس جواب این است که: اشهر و اقوی آن است که غرمای میت مساوی اند در مال، مگر این که مال او وفا نکنند به همه، و عین مال غریم موجود باشد. پس در این صورت می تواند که عین المال خود را بر دارد، و می تواند که با غرما شریک شود.

۹۵- السؤال:

۹۵- السؤال: اذا ادعى عمرو على زيد ملكاً في يده. و قبل الترافع و طى الدعوى، باع زيد الملك المزبور ببكر. ثم ترافعا و عجز عمرو عن البيئه. و بعد حكم الحاكم باليمين على زيد المذكور و ردّ زيد اليمين على عمرو، و حلف عمرو، فهل يرجع عمرو الى الملك و يأخذه من يد بكر؟ او يرجع الى زيد بالغرامه؟

الجواب:

الجواب: الاظهر انه يرجع الى زيد بالغرامه. لان بكر ملك الملك على نهج صحيح و لا دليل على جواز الرجوع عليه. و لما توجه باليمين المردودة جواز استيفاء الحق عن المدعى عليه، و لا يمكن (۱) حينئذ الا بالغرامه بالثمن، فيتعين.

هذا على ما اخترناه من كون حكم يمين المردودة اصلاً برأسه. و ان جعلناه من فروع كونها من باب اقرار المدعى عليه (كما هو احد القولين فى المسئلة و اظهرهما) (۲) فيصير الحكم اظهر. لان اقرار الخصم حينئذ اقرار فى حق الغير.

ص: ۱۵۴

۱- كذا- و لكن الاصح: فلا.

۲- كذا- فعلى هذا، ما اختاره هو الاقوى، و هذا القول هو الاظهر. فى نظره قدس سره.

و القول الاخر في المسئلة، هو كونها من باب بينة المدعى. فيجوز الانتزاع من يد بكر. و هذا القول ضعيف. بل القولان كلاهما ضعيفان. و الحق انه اصل برأسه. و يختلف الحكم فيه باختلاف الموارد (1).

۹۶- سؤال:

۹۶- سؤال: در نوره خانه حمام دو سه نفر نوره می کشیدند. یکی از آن ها نوره به دیگری پاشید که چشم آن شخص را کور کرده است. بعد از آن، آن شخص منکر شده که من نوره را به فلان شخص پاشیده ام به تو نپاشیده ام. در این صورت حکم به «لوث» است؟ یا «قسامه»؟ یا «بینه»؟ و قسم و شرایط لوث و قسامه، چه چیز است؟ و این محلّ لوث و قسامه است یا حکم دیگر دارد؟

جواب:

جواب: هرگاه آن شخص مقرّ است به این که «جنایت از فعل من به عمل آمده و لکن من قصد ترا نداشتم و قصد دیگری را داشتم» که بنا بر این، جانی مدعی خطا است. پس اگر مجنی علیه بگوید که «قصد من کردی» که از باب شبه عمد شود، و بینه هم نیست، قول جانی مقدم است با یمین. و لیکن از برای ضمان عاقله، پر ثمره ندارد. زیرا که به اقرار جانی دیه بر عاقله ثابت نمی شود، مگر با بینه، یا اقرار عاقله. و دیه متوجه جانی است در مال خودش. چنان که در شبه عمد چنین است.

و هرگاه جانی منکر است و می گوید این جنایت از فعل من به عمل نیامده است؛ در آن جانیز قول جانی مقدم است با یمین. مگر این که لوثی از برای حاکم حاصل شود، و به قسامه رجوع شود. و در صورت ثبوت لوث و قسامه نیز، به قسامه مجنیا علیه، چیزی بر عاقله جانی لازم نمی آید (چنان که به اقرار جانی هم چیزی بر عاقله او لازم نیست) بل که دیه متوجه خود جانی می شود.

و چون معنی لوث «حصول ظنّ قوی است از برای حاکم جایز الحکم»، قسامه را هم

ص: ۱۵۵

۱- مصنف(ره) مبنای خود را در این مسئله، در مسئله شماره ۷۳ بیشتر شرح داده است.

بايد او متوجه شود، و حكم را هم او بكنند هر وقت مرافعه در نزد او شد حكم را خواهد دانست. و موضع قسامه و لوث را هم او مى داند.

٩٧- السؤال:

٩٧- السؤال: اذا رأى احد انّ ماء سطحه يجرى على سطح جاره، او جذوعه على حائطه، و لا يدري سببه. [فهل] (١) للجار أن يمنع؟ ام لا؟

الجواب:

الجواب: اقول: نحن نذكر ما وصل الينا من كلام الاصحاب فى هذا المجال، ثم نحقق المقام: قال العلامة فى التذكرة: «لو وجد [بنائه او خشبته او مجرى مائه] فى ملك غيره او سطحه، و لم يعلم السبب، احتمال تقديم قول مالك الارض و الحائط فى عدم الاستحقاق. و قال بعض العايمية يقدم قول صاحب البناء و الخشبة و السيل، لانّ الظاهر انه حق له، فجرى مجرى اليد الثابتة. و لو اختلفا فى ذلك، هل هو بحق او عدوان، فالقول قول صاحب البناء و الخشبة و السيل. لانّ الظاهر معه» (٢). انتهى ما اردنا نقله من كلامه (ره).

اقول: الظاهر انّ العبارة الاولى ليست من باب التداعى، و ان اوهمه قوله «احتمل تقديم قول مالك». بل المراد بيان ترجيح «الظاهر» على «الاصل»، او العكس. [كما] فى مسئله طين الطريق بعد ثلاثة ايام و غسالة الحمام. يعنى اذا اراد صاحب السطح و الحائط بانّ الملك يقتضى الاختصاص و عدم استحقاق الغير فيه. و صاحب السيل و الجذوع بظاهر اليد السابقة على تملكه بانّها يقتضى الاستحقاق. مع قطع النظر عن جزم احدهما بالاستحقاق فى نفس الامر. و ذكر فيه الاحتمالان. و ظاهره التوقف.

و اما العبارة الثانية اعنى قوله «و لو اختلفا.. الخ»، فهى ناظرة الى صورة التداعى و

ص: ١٥٦

١- و فى النسخة: فهو.

٢- التذكرة، ج ١٦ ص ٩٠ ط آل البيت.

ادعاء صاحب البناء و الخشب و السّيل، الاستحقاق الجازم. مع انكار صاحب الملك بعنوان الجزم. فحينئذ يرجع البحث الى ترجيح الحاكم في جعل احدهما مدّعياً و الاخر منكراً. و حينئذ فقوله «فالقول قول صاحب البناء» مبني على ما هو المصطلح في طيّ الدعوى. فرّجح العلامة كون صاحب الملك مدّعياً و صاحب البناء و الخشب و السّيل منكراً^[1]، بحسب اجتهاده من تقديم الظاهر على الاصل (1) في الدعوى. و جعل من كلامه مخالف للظاهر مدّعياً، و من كلامه موافق للظاهر منكراً. فيكون البيّنة على المدّعي و اليمين على المنكر. فذكر اليمين مطوّى في الكلام.

بخلاف العبارة الاولى، فأنه ليس هناك يمين، لعدم تحقق دعوى. و يشهد بما ذكرنا عبارة الدروس الاتية، و كذلك عبارة التحرير. و المذكور في القواعد أنّما هو العبارة الاولى؛ قال «و لو وجد بنائه، او خشبته، او مجرى مائه، في ملك غيره و لم يعلم سببه، فالاقرب تقديم قول مالك الارض و الجدار في عدم الاستحقاق. و قال ولده في الشرح «وجه القرب، اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير. و من ثبوت اليد. و المالك يدعى استحقاق ازالتها و الاصل عدمه. و الاقوى الاول» (2).

و انما ذكرنا انّ المراد من العبارة هو المعنى الاول؛ لانّ الظاهر انّ قوله «و لم يُعلم سببه» على صيغة المجهول، كعبارة التذكرة. فيفيد كون السبب مجهولاً لهما. و مع فرض الجهالة لا يمكن الدعوى الجازمة حتى يحمل قوله «فالاقرب تقديم قول المالك» على صورة الدعوى المحتاجة الى اليمين. فرّجح هنا تقديم قول صاحب الملك، خلافاً للتذكرة. و توقّف في التحرير حيث قال في كتاب «احياء الموات»: «و لو وجد بنائه، او

ص: ١٥٧

-
- ١- قد أتى المصنف (ره) ببيان واف في «مواضع تقديم الظاهر على الاصل، و بالعكس». في مسألة ٣٦ من كتاب الطلاق. فراجع.
 - ٢- ايضاح الفوائد، ج ٢ ص ١٠٩ ط كوشانپور.

خشبته على حائط مشترك، او على حائط جاره، او وجد ميزابه يقذف فى ملكك غيره، او مجاره فيه، و لم يعلم سببه. ففى استحقاق الاستمرار نظر. و كذا الاشكال فى اعادته بعد زواله. و لو اختلفا فى استحقاق ذلك، احتمال تقديم صاحب الخشب و البناء و الميزاب و السيل. لانّ الظاهر أنّه بحق. و عدمه، لانّ الاصل عدم الاستحقاق» (١).

و قال الشيخ فى المبسوط على ما حكى عنه: «فأما إذا ملكا دارين و رثيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أى وجه وضع، ثم انهدم السقف فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لأنه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف» (٢).

و يظهر منه عدم الخلاف فى عدم جواز المنع بعد الانهدام، و يلزمه عدم الجواز مع البقاء، بطريق اولى. مع أنّ العلامة نسب هذا القول الى بعض العامة. و هو غريب.

و قال الشهيد(ره) فى الدروس: «و لو ملكا دارين متلاصقين، فليس لأحدهما مطالبه الآخر (٣) برفع جذوعه عنه، و لا منعه من التجديد لو انهدم السقف، إذا لم يعلم على أى وجه وضع. لجواز كونه بعوض. و نقل عن الشيخ فيه عدم الخلاف. نعم لو ادعى أحدهما الاستحقاق و نفاه الآخر جزماً، احتمال حلف المنكر. و عليه الفاضل. و ظاهر الشيخ أن على مدعى العاريه، البيئه، و اليمين على الآخر».

اقول: و قوله «و عليه الفاضل»؛ يمكن ان يكون مرجع الضمير «احتمال حلف المنكر» فيكون اشارة الى توقّفه فى التحرير. و يمكن أن يكون هو «حلف المنكر» فيكون اشارة الى ما ذكره فى القواعد من اقرينيه تقديم قول المالك. و لكنّه خلاف ظاهر

ص: ١٥٨

١- التحرير، ج ٤ ص ٥٠٩ ط مؤسسة الامام الصادق عليه السلام.

٢- المبسوط، ج ٢ ص ٢٩٨ ط المرتضوية- مع تفاوت فى اللفظ، لانّ عبارة المصنف(ره) محكي.

٣- و فى النسخة: الأخرى.

عبارة القواعد، و محتاج الى التأويل؛ بان يقال: المراد من عدم علم السبب، عدم ثبوته بالبينه و لكن صاحب الجذوع يدعى الاستحقاق و صاحب الجدار ينكره و ان ذكر الحلف مطوي. و انت خبير بان هذا التأويل يجرى في العبارة الاولى من التذكرة ايضاً.

و حينئذ فلا بد ان يقال الفرق بين عبارتي التذكرة، ان المراد في الاولى ان النزاع في ان الاستحقاق من باب اللزوم و الاستمرار، او بعنوان العارية بعد كون الاستحقاق في الجملة مفروغاً عنه. و في الثانية ان النزاع في ان المتصرف غاصب من الاصل او محق. و هذا التأويل في عبارة التحرير أبعد. كما لا يخفى.

و قوله (ره): «و ظاهر الشيخ.. [الخ] (١)»، اشارة الى ان الشيخ و ان لم يذكر حكم الدعوى الجازمة، و لكن ظاهر ما اختاره في صورة عدم علمهما بالسبب، انه لو ادعى السبب فقال صاحب الجدار انه عارية فلا يستحق البقاء، و انكر الاخر جزماً، بان يدعى انه كان بعوض من جهة صلح او نحوه. فالقول قول صاحب الجذوع مع اليمين. لاعتضاده بالظاهر. و وجه الظهور؛ انه رجح منع المطالبة برفع الجذوع و عدم المنع من التجديد، بلا خلاف. فالظاهر عنده مقدم على الاصل (٢).

فظهر مما ذكرنا (مع قطع النظر عن التأويلات التي ذكرنا في شرح عبارة الدروس): ان ذكر النزاع و الدعوى الجازمة، متروك في القواعد و المبسوط. و مذكور في التذكرة و التحرير و الدروس، و ان ما استظهره في الدروس عن الشيخ في حكم الدعوى الجازمة (من جهة ما فهم من كلامه من تقديم الظاهر على الاصل)، مستلزم لان يستظهر من القواعد عكسه. لانه رجح الاصل على الظاهر.

ص: ١٥٩

-
- ١- و في النسخة: (ره) - توضيح: دأب المصنف (ره) انه كثيراً يضع علامة (اه) بمعنى «الى آخره» فزعم بعض النساخ انه: (ره).
 - ٢- لبيان «مواضع تقديم الظاهر على الاصل، و بالعكس»، راجع مسئله ٣٦ من كتاب الطلاق (المجلد الخامس).

إذا عرفت هذا فنقول: الاظهر هو مختار المبسوط صريحاً او ظاهراً في المقامين (١)، و صريح التذكرة في المقام الثاني، و صريح الدروس في المقام الاول. و الحاصل، ترجيح الظاهر على الاصل.

فان قلت: الاصل في الاعيان أن [يتبعها] (٢) المنافع ابدأ، الآ- ما اخرجه الدليل. بخلاف المنافع فإن الاصل في تملكها ليس الاستمرار، الآ ما اخرجه الدليل، اذ هي قد يملك الى غايته، و قد يملك ابدأ. فقول صاحب الحائظ و الدار مقدم على قول صاحب الجدوع و السيل.

قلت: نعم الاصل في «الاعيان» ذلك. و لكن الاصل في «تملك الاعيان» ليس كذلك. اذ قد يملك العين مع سبق خروج بعض منافعها الى الغير ابدأ بمثل الصلح. فكما يمكن ان يكون تملك المنفعة بالعارية، يمكن ان يكون تملك العين بدون منفعة من منافعها. ف-«اصالة عدم تملك المنفعة ابدأ»، معارضة ب-«اصالة عدم تملك الملك مع جميع المنافع ابدأ».

فان قلت: الاصل عدم الزيادة في المنافع، فيقتصر على المتيقن، و هو الخروج في الجملة.

قلت: (مع ان الاصل عدم التملك بعنوان ثبوت جميع المنافع للتملك ابدأ)، فيه: ان اخراج المنفعة ابدأ، و اخراجها الى زمان، كلاهما حادثان. و الاصل بالنسبة اليهما سواء. اذ هما فعلا من افعال المكلف. فلا معنى لاصالة عدم اختيار احدهما.

فان قلت: نعم، و لكن فما المرجح لما اخترته من تقديم صاحب الجدوع و السيل؟

ص: ١٦٠

١- اى مقام كون الدعوى جازمة، و مقام كونها غير جازمة.

٢- و في النسخة: يدفعهما.

قلت: المرجح هو «ظاهر اليد». سيّما على سبيل الاستمرار. وبهذا الظاهر ينقطع الاصول. مع احتمال التمسك بالاستصحاب. و هذا و ان كان يمكن القدح فيه بأن جريان الاستصحاب، أنّما هو اذا ثبت «الانتقال المطلق»، و لا يكفي فيه «مطلق الانتقال». لاحتمال ان يكون ما ثبت في الخارج هو الانتقال المحدود. و لكنّه لا- يخل عن التأييد، كما ذكر[و]ه في إعاره الارض للبناء (مع أنّ الاعاره من العقود الجائزه): أنّه لا يجوز الرجوع. فأنه ظاهر في الاذن الابدى. و يؤيده نفى الضرر و الضرار، و ان كان يمكن دفعه بالتزام الارش.

فالعمده هو التمسك بظاهر اليد. مع أنّ الشيخ في المبسوط ادعى عدم الخلاف في المسئله. و قوّه اليد هذه بحيث استشكلوا في جواز كونه سبباً لتحمل الشهاده ام لا. فكان كونه موجباً لثبوت اليد، و كون المنازع مدعياً محتاجاً الى الاثبات، مفروغاً عنه.

فقال الشهيد في اواسط القواعد: «مسئله: لو شاهد ماء الغير يجرى على سطح آخر، أو في ساحته، مدّه طويله بغير منازعه، فهل للشاهد الشهاده بالاستحقاق؟ الظاهر، لا. صرح بذلك أو، لا». الى آخر ما ذكره. و هو نظير ما ذكره في كتاب الشهادات أنّ اليد في الملك هل يصير سبباً لتحمل الشهاده ام لا. و لا ريب أنّ اليد في الملك ممّا يجعل الحق لصاحب اليد الى ان يثبت المدعى خلافه.

و يتمّ المقام بذكر امور: الاوّل: لا فرق بين الحائط و السطح و الساحة المختصّه و المشترك-[-ه]. فأنه كما لا يجوز التصرف في الملك المختص الاّ باذن صاحبه، فكذلك المشترك. و قد مرّت الاشارة اليه ممّا نقلناه عن التحرير.

الثانى: الظاهر أنّ الكلام في صورة العكس (يعنى في ما ادعى صاحب الدار (مثلاً) استحقاق جريان ماء الغير في داره)، مثل صورة الاصل. لاّتحاد المأخذ. لامكان ثبوت

الحق في جريان ماء الغير في داره؛ فقد ينتفع به من جهة التبرّد، و النّزه، و نحو ذلك من سهولته تناول القدر المباح منه؛ من الشّرب و التوضّي و نحوه (١). و يدلّ عليه صحيحه محمد بن علي بن محبوب: «قال: كتبتُ إلى أبي مُحمّد (عليه السلام): رجُلٌ كانت له رَحَى على نَهْرٍ قَرْيَةٍ وَ الْقَرْيَةُ لِرَجُلٍ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْقَرْيَةِ أَنْ يَسُوقَ إِلَى قَرْيَتِهِ الْمَاءَ فِي غَيْرِ هَذَا النَّهْرِ وَ يُعْطَلَ هَذِهِ الرَّحَى لَهُ ذَلِكَ أَمْ لَا؟-؟ [فَوْقَ] (٢) عَلَيْهِ السَّلَام: يَتَّقَى اللَّهُ وَ يَعْمَلُ فِي ذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ (وَ لَا يَضُرُّ) أَخَاهُ الْمُؤْمِنَ» (٣). الحديث.

و فتوى المحقق في النافع بهذه العبارة: «و لو كان له رحي على نهر لغيره، لم يجز له ان يعدل بالماء فينصرفه عنها، الا برضاء صاحبها» (٤). و ظاهرها مثل الصحيحة يشمل صورة معلوميّة الاستحقاق، و عدمها، و صورة دعوى الاستحقاق و عدمها. نعم يُوهم عبارة السّرائر اشتراط المعلوميّة، حيث قال: «و إذا كان لإنسان رحي بأمر حق واجب على نهر، و النهر لغيره، و أراد صاحب النهر أن يسوق الماء في نهر آخر إلى القرية، لم يكن له ذلك إلا برضا صاحب الرّحي و موافقته».

اقول: و استفادة ذلك من الرواية، بعيد جدّاً. فانه لم يكن حاجة الى السؤال في مثل هذا الفرض. مع أنّ سياق الجواب على هذا ايضاً كان ينبغي أن يكون: كيف يذهب بحقه. و يمكن توجيه كلامه بان يكون قوله «بأمر حق واجب» من متعلقات ما قبله، لا ما بعده. يعني أنّ وضع الرّحي لم يكن بعنوان الباطل؛ كوضعه على ملك صاحب النهر، او غيره عدواناً، او لغواً حتى يكون من باب «العرق الظالم». لا أن يكون مراده ان يكون وضعه

ص: ١٦٢

١- سيّما في المناطق الحارّة الكويرية التي يجمعون مياه المطر و يدخرونها لايام صيفهم للزراعة و المصارف الأخرى.

٢- و في النسخة: فرقع.

٣- الوسائل، ج ٢٥ ص ٤٣١ ب ١٥ ح ١.

٤- مختصر النافع، ج ٢ ص ٢٦٠ ط دينية.

على النهر كان على وجه لازم.

و هذا المعنى الصقُ بعبارة التذكرة حيث قال: «النهر المملوك إذا كان عليه رحي بحق ملك لم يكن لارباب النهر طم هذا النهر، و لا صرف الماء عنه إلى املاكهم بنهر غيره إلا بإذن صاحب الرحي».

لا يقال: ما ذكرته مناف لما ذكره من جواز تصرف الانسان في ماله و ان تضرر الجار.

لأننا نقول: لانسلم كليتة ذلك أولاً. كما حققناه في محل آخر. و ثانياً: ان هذا ليس معنى التصرف في ملك نفسه، بل تصرف في حق الغير. فان ظاهر اليد و استمراره يشهد باستحقاقه. و ثالثاً: ان هذا الصحيحة مخصية لتلك القاعدة على فرض التسليم. و ظاهر المشهور العمل بها، فلم يخالف المشهور ايضاً.

الثالث: اذا استحق وضع خشبة على حائط الغير بحق لازم فسقط الخشبة، او خربت الحائط ثم اعيد؛ فله وضعه ثانياً. بخلاف ما لو كان الوضع عارية. كما هو المذكور في القواعد و منقول عن التذكرة و التحرير و المحقق الثاني (ره). و هو مقتضى ما نقلناه عن المبسوط. و وجهه ظاهر، لأن الاذن الحاصل من الاعارة لا يدل على ازيد من ما قبل السقوط او الخراب، مع عدم لزومها بنفسها. بخلاف الاستحقاق اللازم. و ربما يقال: له الاجبار على [اعادة] (١) الجدار.

و الصواب التفصيل؛ بان يقال ان كان صالحه (مثلاً) على ان يكون خشبته على جدار الجار المشخص الموجود الى [امد] (٢) مادام الجدار باقياً، فليس له حق بعد الخراب الى ان

ص: ١٦٣

١- و في النسخة: اعارة.

٢- و في النسخة: امداد.

يعيده. و ان صالحه على ان يحمل خشبته بجداره فى هذا المقام سواء كان هذا الجدار الموجود، او [بدله او خرب] (١)، فهو لازم، و حقه باق حسبما يشترط.

هذا حال المسئلة فى نفس الامر. و اما لو وقع التنازع فى الاستحقاق و عدمه، والاستمرار و عدمه؛ فيعلم حكمه مما سبق.

الرابع: لا يجب على من يستحق اجراء مائه فى ملك غيره، مشاركة المالك فى عمارة سقف المجرى و ان خرب بالماء. و لا على المالك اصلاح المجرى لو خرب من غير سببه. كما صرح به فى القواعد. و قال المحقق الثانى (ره) فى شرحه: «لأنه لا يجب عليه ان يسقف المجرى فلا يجب عمارته» (٢). و هو كما ذكره (ره). و كذلك استحقاق المالك بجريان الماء فى ملكه لا يستلزم عمارة المجرى عليه ان لم يكن هو السبب.

الخامس: من كان خشبته على جدار غيره، و جنف على الحائط السقوط بسببه، قال فى القواعد: «فى جواز الابقاء نظر». و توقف ولده ايضاً فى الايضاح (٣). و عن التذكرة ان الاقوى تحريم الابقاء، لما فيه من الضرر العظيم. و قال المحقق الثانى (ره) فى وجه النظر؛ ينشأ من ان له حق الابقاء، و من أنه لا ضرر لقوله عليه السلام «لا ضرر و لا ضرار». ثم قال و فيه: ان الامر بالهدم ضرر، و الضرر لا يُزال بالضرر.

اقول: الظاهر أنه لا دليل على كون صاحب الخشبة مأموراً بالرفع حتى يلزم منه الضرر به بسبب تحمّل مؤنثة الرفع ايضاً. اذ غاية الامر أنه لا يجوز له الامتناع عن رفعها ان

ص: ١٦٤

١- و فى النسخة: بذله لخرب.

٢- جامع المقاصد، ج ٥ ص ٤٣٠ ط آل البيت.

٣- ايضاح الفوائد، ج ٢ ص ١٠٨ ط كوشانپور.

كان (١) يباشر ذلك صاحب الجدار و يتحمّل مؤنتها. و لعلّه أيضاً اراد ذلك و وقع المسامحة في العبارة. و هو سهل. فبقى الكلام في نفس الضرر المتولد عن ارتفاع الخشبة، فأنه ضرر، و الضرر المتولد عن خراب الجدار بسبب الخشبة أيضاً ضرر. فحينئذ يتّجه القول بأن الضرر لا يُزال بالضرر. سيّما و ضرر ارتفاع الخشبة ضرر بالفعل، و ضرر خراب الجدار ضرر متوقع. فلا يُزال المتوقع بالموجود.

و أنّما قلنا أنّ الكلام في نفس الضرر المتولد عن الامرين، لأنّه قد يكون في ابقاء الخشبة ضرر متوقع لصاحبها اعظم من المتوقع لصاحب الجدار، مثل ان يكون تلك الخشبة ممّا قام بها سقف اصطبلى دوابه، و يحصل من بقائها المستلزم لخراب الجدار ظن خراب اصطبلة و هلاك دوابه كذلك.

فحينئذ نقول: اخبار نفي الضرر يدلّ بعمومها على انتفاء الضرر في الاسلام (سواء كان في اضرار الله بعباده في اصل التكليف، كما استدلّ بها في وضع المؤمن في الزكاة. او في اضرار بعض العباد ببعض، كما استدلّوا بها في خيار الغبن. و سواء كان اضرار العبد بسبب تصرفه في ماله او في مال الغير)، فما ذكره من جواز التصرف للانسان في ماله و ان تضرر الجار، ينبغي ان يقيد بما لو كان في تركه ضرر للمالك. فأنه حينئذ احقّ بنفي الضرر. لا و ان لم يحصل له ضرر بالترك و حصل ضرر عظيم بالغير. و اما لو فعل بقصد الاضرار، فهو حرام جزماً و ان كان بتركة مضرّاً بنفسه. و هو خارج عمّا نحن فيه.

و بالجملة: هنا عمومان تعارضا من وجه؛ احدهما احاديث نفي الضرر. و الثاني عموم ما دلّ على أنّ «الناس مسلّطون على اموالهم». و لا بدّ من ملاحظة المرجح. ثمّ بعد العمل على دليل نفي الضرر، اذا تعارضا الضرران فلا بد من مراعات شدّة الضرر و خفّته.

ص: ١٦٥

فيمكن في المقام ان يقال يقدم ما هو اقل ضرراً و اخفّه. سواء كان بالنسبة الى مالك الخشبة، او مالك الجدار. و ان تساويا؛ فالظاهر ترجيح صاحب الخشبة، لاصالة عدم تكليفه بعدم الامتناع عن الرفع. و لعدم الدليل على تسلط صاحب الجدار عليه.

ثم ان هذا الكلام في ما لو كان استحقاق الوضع بعنوان اللزوم، ظاهر. و اما لو كان على سبيل العارية؛ فلعله ايضاً كذلك. اذ لم يتدارك ارش النقصان.

و اما لو كان باذلاً له؛ فله امره برفع جذوعه عن الجدار.

۹۸- سؤال:

۹۸- سؤال: هرگاه کسی ادعا نماید که زوجه زید به سه طلاق که محتاج به محلل است، مطلقه شده است و زید بدون محلل باز آن زن را تزویج نموده است. و زید و زوجه او هر دو منکر وقوع سه طلاق هستند. آیا این دعوی مسموعه است، یا نه؟-؟ و از باب نهی از منکر، آن مدعی را می رسد که این دعوی نماید، یا نه؟-؟ و در صورت رسیدن این دعوی بر آن [مدعی و] (۱) مسموعه بودن دعوی او، آیا قبل از رفع او به حاکم شرع و اثبات مدعی به، تفریق نمودن آن زوجین، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: اگر بینة هست به مطلقه بودن، بر نهج مزبور، و در نزد حاکم ثابت شود، حاکم [حکم] به تفریق می کند. و همچنین هرگاه علم به واقعه، از برای حاکم حاصل شود. علی الاظهر. و اما به مجرد بینة بدون حکم حاکم، پس غیر حاکم به سبب وجود بینة من حیث انها بینة، با انکار زوجین، نمی تواند تفریق کرد، مگر از باب نهی از منکر با حصول علم.

و اما سؤال از مسموع بودن آن دعوی: پس جواب آن این است که: اگر مراد این است که این هم از باب سایر دعاوی است که به بینة و یمین طی شود، ظاهر این است که از آن باب نیست. زیرا که در سماع دعوی، شرط است که مدعی دعوی کند از برای خود، یا از

ص: ۱۶۶

برای کسی که ولایت از جانب او دارد، مثل ولی و وصی و وکیل (مع ذلک این جماعت نه قسم می توانند داد، و نه قسم مردود را یاد می توانند نمود) و ما نحن فیه از هیچکدام نیست. بل که مطلب از باب حقوق الهی است.

بلی هرگاه بینة مقبوله بعد از ادعاء مدعی شهادت بدهند، یا بدون دعوی، شهود در نزد حاکم شهادت بدهند (هر چند قبل از طلبیدن شهادت باشد) حاکم تفریق می کند. مثل اجرای سایر حدود که از حقوق الهی است، یا مرکب باشد از حقین، نسبت به حق الهی.

و الحاصل: ثبوت حقوق الهی در نزد حاکم به بینة، نه از باب دعوی مصطلح است تا بعد از عجز مدعی [از] اثبات، قسم متوجه منکری شود و احکام از برای آن جاری شود.

الحاصل: به مجرد سخن این مدعی در صورت انکار زوجین، تفریق صورتی ندارد. و بعد از عرض [به] حاکم هم طریق مرافعة آن، از باب مرادوات مصطلحه در حقوق ناس، نیست که قسم متوجه منکر شود تا در آن جایز باشد (۱).

۹۹- سؤال:

۹۹- سؤال: حدّ غائب بودن، و مناط در آن که توان بدون حضور او، حکم بر آن

ص: ۱۶۷

۱- فقیه متدین و دلسوز، گاهی از پاسخ (در استفتائات، نه در بحث استدلالی تخصصی) طفره می رود. میرزا(ره) نیز در این جا سه بار حرکت کرد که به بخش دیگر پرسش سؤال کننده جواب دهد اما لجام توسن قلم را به سوی دیگر گرفت. بخش دیگر پرسش این است: اساساً این آقای مدعی پیش از رجوع به حاکم، حق دارد که چنین ادعائی را درباره آن زوجین (که منکر سه طلاق هستند) بکند؟ و یا ادعای خود را به عنوان «نهی از منکر» یک تکلیف واجب برای خود بداند؟ و اگر نتواند ادعای خود را اثبات کند، مجازات دارد؟ بخشی که در جواب میرزا(ره) بدون پاسخ مانده است. چه کند؟ اگر بگوید «آن مدعی به عنوان ناهی از منکر، حق دارد این ادعا را بکند، به شرطی که از عهده ادعای خود بر آید»، راه برای عده ای بی مبالا باز می شود که درباره آبروی دیگران بر بگو مگو پردازند. و اگر بگوید «آن آقا نباید درباره آن زوجین حرفی بزند، و قابل پی گیری است» در این صورت راه امر به معروف و نهی از منکر که حق هر مسلمان است و بزرگترین عامل حیاتبخش اجتماعی است، بسته می شود. پس باید گاهی در مقام استفتاء و فتوی به مردم، طفره رفت و بحث را به عرصه تخصصی که مخاطبانش متخصص هستند، وا گذاشت. و این یکی از مشکلاتی است که امروز جامعه ایران گرفتار آن است. اما قاضی باید بداند که مقام قضاوت غیر از مقام فتوی است، قاضی باید هم امر به معروف و نهی از منکر را زنده کند، و هم به افراد مودی و مزاحم مردم، مجال سوء استفاده ندهد.

نمود، چه قدر و چه چیز است؟-؟

جواب:

جواب: دعوی بر غائب در حقوق ناس، مسموع است هرگاه غائب از بلد باشد، یا متعذر باشد بر او حضور بدون اشکال. و اظهر و اشهر این است که در حاضر بلد هم با امکان حضور جایز باشد. و لکن احوط مراعات آن دو قید است. بل که احوط، بل که اظهر این است که کفیل هم از مدعی می گیرند بعد از اثبات، هرگاه مال را تسلیم او کردند. و ظاهر این است که [در] «حق مرکب از حق الله و حق الناس» هم نسبت به حق الناس چنین باشد. مثل سرقت در ثبوت غرامت، دون قطع.

۱۰۰- سؤال:

۱۰۰- سؤال: هرگاه زید متولّی بر ملکی بوده باشد. و عمرو ادعا نماید که این املاک مال من است. در این حال زید می گوید که این املاک مال بکر است و در ید من است به اجاره، یا عاریه، یا بلا اذن مالک. در این صورت آیا بدون کسی که از قبیل غایب سخن بگوید، عمرو مدعی (۱) می تواند اقامه بینه نمود[ه] و ملک را با غیاب مقرّله، انتزاع نماید یا نه؟-؟ و در صورت عجز مدعی از اثبات به شهود، یمین متوجه کیست؟ و چه باید کرد؟

جواب:

جواب: به مجرد اقرار زید بر این که مال بکر است، حکم نمی شود به این که مال بکر است. و دعوی از این حیثیت از زید ساقط نمی شود. و داخل دعوی بر مال غایب می شود. و در دعوی [بر] غایب نیز ضرور نیست که کسی از جانب غایب باشد که دعوی با او باشد. بل که هرگاه به بینه ثابت کرد (۲)، تصرف می کند. و غایب بر حجّت خود باقی است هر وقت حاضر شود.

و با عجز مدعی از بینه، مطلب او ثابت نمی شود.

و اما لزوم «قسم استظهاری» در صورت اثبات به بینه؛ پس دلیل آن واضح نیست. و

ص: ۱۶۸

۱- در نسخه: از عمرو مدعی.

۲- توجه: به بینه ثابت شود نه با هر دلیل دیگر مانند سند کتبی.

لکن احوط است.

۱۰۱- سؤال:

۱۰۱- سؤال: چه می فرمایند علمای امامیه و فقهای اثنی عشریه در این مسائل شرعیه:

اولاً: این که مشهور بین الاصحاب است که حاکم به علم خود می تواند حکم نماید. آیا به طریق خاص باید علم حاصل شود؟ یا به هر طریق که باشد؟

و ثانیاً: این که «لا عبرة بالقرطاس» مشهور بین الاصحاب، آیا مطلقاً بر سبیل عموم است؟ یا خصوصیتی دارد و در بعض محل است دون بعض؟

و ثالثاً: این که متعارف بین الناس است که در تجارت، زید و عمرو با یکدیگر شریک می شوند؛ یکی در اصفهان خرید می نماید و برای آن دیگری که در طهران است می فرستد. و آن شریک که در طهران است بنویسد که «فلان مبلغ که به مصحوب فلان مکاری فرستادی رسید». باز به دستور (۱)، قریب به صد «طغرا نوشته» (۲) آن شریک که در اصفهان است، از این شریک طهرانی دارد. و متعارف میان تجار چنین است که مکاتبت را «حجت» می دانند.

ص: ۱۶۹

۱- یعنی باز به همین روال.

۲- «طغرا نوشته»: نوشته طغرائی = مکتوب طغرائی. طغرا: واژه ترکی مرکب از سه لفظ: «طُغ» به معنی وصله، وصل کردن، اتصال دادن. شکسته بندی- به انواع و اقسام وصل و پیوند گفته می شود از آن قبیل است دوباره سازی ظروف چینی شکسته، به وسیله چسب و غیره. و «را» پسوند وصفی است که نوع و گونه را معنی می دهد. طغرا یعنی «نوع اتصالی». این پسوند گاهی فقط به صورت «ر» و بدون الف می آید مانند «گدر سو» به معنی آب روان. خط طغرائی به نوعی نوشته می گفتند که الفاظ به طور درهم و برهم (تنیده برهم) اما با هنرمندی ویژه و دارای نظام هنری خاص باشد امروز هم در خوشنویسی رواج دارد. مهر طغرائی: مهری که نام و لقب صاحب آن با هنرمندی به طور تنیده برهم نوشته می شد. حجت طغرائی: سندهای مکتوب اگر با خط طغرائی نوشته می شد، بر اهمیت آن دلالت می کرد به ویژه اگر با مهر طغرائی ممهور می گشت.

هرگاه یکی از این شریکین شرکت را انکار نماید و شریک اثبات نماید (۱). بعد اجلاس کنند و این شریک اصفهانی قریب صد نوشته به خط و مهر آن شریک طهرانی، ابراز نماید. و معادل ده دوازده نفر از عدول و ثقات تجار تصدیق نمایند که این نوشته ها خط تو که شریک طهرانی باشی هست. باز شریک طهرانی انکار نماید که این ها خط و مهر من نیست. آیا انکار او مسموع است یا نه؟-؟ و در این محل شرع رجوع به عرف (که جماعت تجار و غیره باشد) می نماید یا نه؟-؟ و تصدیق تجار که مظنّه کذب از ایشان نمی رود، مناط (۲) اعتبار هست یا نه؟-؟ و مصداق «لا عبرة بالقرطاس» در این ماده، صادق است یا نه؟-؟

و هرگاه حاکم به شهادت همین تجار که شهادت علمی داده باشند که شریک اصفهانی مبلغ پنج هزار تومان تنخواه برای شریک طهرانی فرستاده است، بفرماید: چنان که شریک طهرانی برائت ذمه خود را حاصل نماید، خوب. و الا این مبلغ را باید بدهد. و حاکم چنین حکم نموده باشد، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: اظهر جواز حکم حاکم است به علم خود مطلقا و بای طریق کان. و دلیلی بر اختصاص بعض طرق دون بعض، نیست. بلی اشکال در فرق مابین علم اجمالی و تفصیلی هست که در مسئله دویم متعرض آن می شویم، ان شاء الله تعالی.

و مراد از حکم حاکم معلوم است که مجتهد عادل جامع شرائط حکم و فتوی است. و باید دانست که کلام در این مسئله در دو مقام است، بل که در سه مقام: اول: این است که آیا حاکم هرگاه مکتوبی به خط خود ببیند که حکمی کرده است و یقین کند خط او

ص: ۱۷۰

۱- مراد معنی لغوی است نه اصطلاح قضائی. یعنی یکی شریک بودن شان را انکار می کند و دیگری می گوید شریک هستیم.

۲- در نسخه: و مناط.

است. آیا این قائم مقام بیّنه می شود بر حکم حاکم؟ که اقوی و اشهر در آن، جواز ممضی داشتن حکم است بر طبق بیّنه هر گاه متذکر حکم باشد. [و هر گاه متذکر حکم] نباشد (۱)، مشهور علما این است که نمی تواند به مجرد همین، حکم را ممضی کند، هر چند ایمن باشد از تزویر به جهت امکان تذکر (۲).

و تکیه [مشهور] در مسئله به «اصل عدم جواز» و عدم دلیل بر صحت آن است. که مؤید آن است عدم جواز شهادت بر مطلبی که فراموش کرده و لکن مکتوبی به خط او در میان هست که خط خود را می شناسد. چنان که در روایت حسین بن سعید است که اظهر صحت سند آن است: «قَالَ: كَتَبَ إِلَيْهِ جَعْفَرُ بْنُ عَيْسَى: جُعِلْتُ فِتْدَاكَ، يَا نَبِيَّ جِيرَانَ لَمَّا بَكَّتَابَ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَشْهَدُونِي عَلَى مَا فِيهِ، وَ فِي الْكِتَابِ اِسْمِي بِخَطِّي قَدْ عَرَفْتَهُ وَ لَسْتُ أَذْكَرُ الشَّهَادَةَ وَ قَدْ دَعَوْنِي إِلَيْهَا فَأَشْهَدُ لَهُمْ عَلَى مَعْرِفَتِي أَنَّ اِسْمِي فِي الْكِتَابِ وَ لَسْتُ أَذْكَرُ الشَّهَادَةَ؟ أَوْ لَا تَجِبُ الشَّهَادَةُ عَلَيَّ حَتَّى أَذْكَرَهَا، كَانَ اِسْمِي فِي الْكِتَابِ أَوْ لَمْ يَكُنْ؟ فَكَتَبَ: لَا تَشْهَدُ» (۳).

و علی بن غراب هم از حضرت صادق (علیه السلام) روایت کرده است: «قَالَ: لَا تَشْهَدَنَّ بِشَهَادَةٍ حَتَّى تَعْرِفَهَا كَمَا تَعْرِفُ كَفَّكَ» (۴). و روایه حسین بن سعید، صریح در عدم جواز شهادت به مجرد خط [است] هر چند بشناسد و جزم کند به آن و ایمن از تزویر باشد. و مشهور و اقوی هم این است.

و جماعتی از قدماء قائل شده اند به این که جایز است شهادت دادن در صورت

ص: ۱۷۱

۱- در نسخه: نباشد یا نه.

۲- یعنی: تذکر و یادآوری نوشتن آن نوشتار برایش ممکن شده اما اصل اجرای صیغه حکم (حکمت بان...) به یادش نمی آید.

۳- وسائل، کتاب الشهادات، ب ۸ ح ۲.

۴- وسائل، کتاب الشهادات، ب ۸، ح ۳.

مذکور هر گاه با او شاهد ثقه باشد که شهادت بدهد. و علی بن بابویه علاوه بر این، شرط کرده که مدعی هم ثقه باشد. و دلیل ایشان صحیحۀ عمر بن یزید است در آن جا ثقه بودن مدعی هم درج است (۱).

و به هر حال، اقوی در شهادت قول مشهور است. و دلالت می کند بر آن (علاوه بر ماسبق) روایت سکونی که سند آن قوی است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: لَا تَشْهَدُ بِشَهَادَةٍ لَا تَذْكُرُهَا، فَإِنَّهُ مِنْ شَاءِ كَتَبَ كِتَابًا وَ نَقَشَ خَاتَمًا» (۲) و اخباری که دلالت دارد بر اشتراط علم در شهادت، بسیار است. پس حصول علم به واقعه (۳) و تذکر آن، شرط است در جواز شهادت. و علم به این که خط او است، کافی نیست. و از روایت سکونی ظاهر می شود که علم به خط هم ممکن نیست، زیرا که ممکن است که کسی شبیه به خط او نوشته باشد، یا مهری شبیه به مهر او کنده باشد. خصوصاً در مهر که با علم به این که مهر او است هم علم به این که در آن جا ثبت کرده است، حاصل نمی شود.

و حق این است که نفی امکان حصول علم به این خط یا مهر او، مشکل است. و شاید مراد معصوم علیه السلام در روایت سکونی، تنبیه و ارشاد باشد که کسی غافل نشود، و «ظن» مشتبه به «علم» نشود، و به بادی نظر اکتفا نکند، که بسیار اوقات، غفلت و اشتباه رو می دهد. خصوصاً در مهر. چنان که گفتیم. [نه] (۴) آن که ممکن نیست حصول علم به این که این خط، خط او است یا مهر، مهر او.

و به هر حال؛ امر مشتبه می شود در این که در روایت حسین بن سعید، «تذکر واقعه»

ص: ۱۷۲

۱- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۸، ح ۱.

۲- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۸، ح ۴.

۳- در نسخه: مواقع.

۴- در نسخه: یا.

اعتبار شده. پس حصول علم به قرائن هم کافی نخواهد بود. و لکن ما ملتزم آن نمی شویم، بل که علم (۱) از هر راه که حاصل شود کافی است. بلکه غرض ما این است که مجرد علم به خط و مهر (بل که [با] انضمام یک شاهد، و ثقه بودن مدعی، هم) کافی نیست مادامی که علم به «مشهود به» حصول نشود.

و اما هرگاه نه متذکر واقعه باشد به تفصیل، و نه علم به واقعه از راه قراین حاصل باشد، و لکن علم اجمالی داشته باشد بر وجه کلی که هرگز به خط خود شهادت در جایی نمی نویسد مگر با علم به واقعه؛ پس در این جا امر مشکل می شود که آیا این علم اجمالی کافی است در جواز شهادت با عدم علم به خصوص آن جزئی بر وجه تفصیل؟ یا نه؟ و ظاهر این است که چنین علمی بر وجه کلی البته مستلزم علم به جزئی خواهد بود، و از باب حصول علم به قراین، است لکن حصول چنین علمی بر وجه کلی بسیار بعید است. زیرا که سدّ راه احتمال این که در آن وقت که این شهادت را نوشته، سهو و غفلی بر او عارض نشده و احتمال این که «ظنّ» به «یقین» در آن وقت مشتبه نشده و البته خطا از او صادر نشده (هر چند نهایت احتیاط داشته باشد) بسیار صعب است.

و باید دانست که الفاظ مکتوب هم در حکم، مختلف است؛ مثل «تَبَّتْ عِنْدِي» و «وَضَعْتُ عِنْدِي»، یا «اَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا»، یا «أَقْرَبُ بِكَذَا». زیرا که منتهای امر این است که به شهادت عدلین در نزد او ثابت شده باشد، و الان آن عدلین را فراموش کرده. و این سخن «شاهد فرع» می شود، و در آن شهادت یک نفر کافی نیست. خصوصاً که موضع مسئله شهادت بر «نفس مدعی به» است نه بر شهادت کسی. و شهادت بر نفس مدعی به، به سبب شهادت عدلین معلومین هم صحیح نیست، چه جای شاهدین منسین.

ص: ۱۷۳

۱- یعنی علم به اصل واقعه.

بلی: مثل «انا شاهد (۱) بذلک» یا «ذلک کذلک» هر گاه نوشته باشد، و علم اجمالی بر وجه کلی (چنان که گفتیم) حاصل باشد، و قائل به امکان آن باشیم، این داخل «علم به سبب قراین» می شود. و همچنین لفظ «اقرّ عندی بكذا»، و امثال آن.

تا این جا، کلام در دو مقام ظاهر شد که یکی امضاء حاکم است حکم خود را به مجرد علم به خط خود. و دویم شهادت دادن.

و مقام سیم: جواز عمل غیر حاکم و شاهد، به خط آن ها: چنان که قباله ها، و سجّلات، و شهاداتی که می نویسند در واقعات، که آیا جایز است از برای حاکم دیگر، یا غیر حاکم، هر گاه علم به هم رسانند که این سجّل [و] قباله خط فلان حاکم است، یا این شهادت که در حواشی آن ها است، خط فلان شخص عادل است؟ و حکم این هم از آن چه گذشت معلوم شد. بل که به طریق اولی عدم حجّیت آن ثابت است. و تا کسی علمی به وقوع به هم نرساند، عمل نمی تواند کرد.

باقی ماند در این جا سخن در مقام چهارمی (هر چند خارج از مبحث است، لکن تنبیه بر آن لازم است بل که بعضی اوهام در این مقام خلط می کنند، و از بعض علماء هم غفلت حاصل شده است)؛ و آن این است که خط و مکتوب در تحقق عقود و ایقاعات و احکام، کافی است؟ یا کافی نیست (هر چند با علم به این که خط آن شخص است بل که هر چند علم به قصد و اراده واقعیّه حاصل شود)؟ مثل این که خلاف کرده اند در این که وصیت به نوشتن منعقد می شود یا نه. و شاید اظهر عدم انعقاد باشد (چنان که اشهر است) با تمکن از لفظ. و استبعادی در آن نیست. زیرا که می تواند شد که لفظ مدخلیت در صحت معامله داشته باشد (۲). چنان که در نکاح و غیره هر چند علم به مراد به کتابت به

ص: ۱۷۴

۱- در نسخه: ان شاهد.

۲- به ویژه با توجه به قاعده «أما یحرّم الکلام و یحلّل».

و این معنی غیر آن است که آیا وصیت به مکتوب ثابت می شود یا نه. و در این جا غفلتی از بعضی به هم رسیده که نقل کرده اند از شیخ مخالفت در مسئله را، که قائل شده هرگاه کاغذ وصیتی از میت مانده باشد و ورثه بشناسند خط را، مختارند در امضاء و عدم امضاء، و اما هرگاه عمل به بعضی آن بکنند باید که عمل به تمام آن بکنند. چنان که شهید ثانی در شرح لمعه نقل خلاف شیخ را در این مقام کرده (۱). یعنی در مقام این که مکتوب کفایت نمی کند در انعقاد وصیت، در این که وصیت ثابت می شود به مکتوب یا نه.

و ظاهر آن روایتی که از برای شیخ نقل شده، و هم ظاهر عبارت او در نهاییه، بیان ثبوت و وقوع وصیت است به آن کاغذ در صورت عمل به بعضی آن، نه بیان انعقاد وصیت است به کاغذ. پس ذکر خلاف او در این مقام، مناسب نبود.

و همچنین ظاهراً خلافی ندارند در این که ثبوت و کالت منحصر است در شهادت عدلین. مگر بعضی متأخرین که میل کرده اند به اکتفاء به آن چه مفید علم باشد. و دور هم نیست که چنین باشد. و مع هذا جماعتی از علماء تصریح کرده اند به انعقاد عقد و کالت به کتابت. پس منافاتی نیست مابین قول به انعقاد و کالت به کتابت، و عدم ثبوت وقوع آن به کتابت هر چند علم حاصل شود که آن مکتوب به خط موکل است. مگر این که به انضمام قراین علم حاصل شود به وقوع توکیل. خواه صیغه به «لفظ» واقع شده باشد و خواه به کتابت که ظاهر کفایت است.

خلاصه این که: «انعقاد عقود و ایقاعات و احکام به کتابت، و عدم انعقاد»، غیر «ثبوت آن ها به کتابت، و عدم ثبوت آن» است. پس نباید که از این معنی غافل شد.

باقی ماند سخن در این که: شیخ علی در [شرح] قواعد (۱)، کلامی گفته است در «کتاب لقیط» (۲) که دلالت دارد [بر] (۳) جواز عمل به خط فقیه هر گاه مأمون از تزویر باشد. و او این است که در مسئله لقیط در آن جائی که علامه گفته است «و لا یحکم له بما یوجد قریباً منه، او مابین یدیه، او علی دَکَّةً هو علیها، و لا بالکنز تحته و ان کان معه رقعةً انه له. علی اشکال». گفته است «و ان صحَّ انه ان اثمرت الكتابه ظناً قویاً کالصک الذی یشهد القرائن بصحته، خصوصاً ان عرف فیه خط من یوثق به، عمل بها. فاننا نجوز العمل فی الامور الدیتیة بخط الفقیه اذا امن من تزویره. و انما یثمر الظن القوی هذا، اذا لم یکن له معارض من ید اخری، و لا دعوی مدع، و لا قرینه اخری یشهد بخلاف ذلك. و الا، فلا» (۴).

و هر چند شرح قواعد حاضر نیست در نزد من و لیکن این را از شرح ارشاد ملا احمد (ره) به اعانت جائی دیگر که از او نقل شده بود، نوشته ام. و هر چند ظاهر این عبارت چنین می نماید که خط فقیه (در صورت علم به این که خط او است، بدون تزویر) حجت باشد هر چند علم به واقعه حاصل نباشد. لیکن ظاهر این است که مراد شیخ علی و همچنین آخوند ملا احمد (ره) که ذکر کرده و قدحی نکرده، این است که مراد ایشان جواز عمل باشد در جائی که پای دعوی و وجود معارض در میان نباشد.

هر چند ظاهر عبارت این است که این استدراک از برای حکم مال لقیط است؛ یعنی اکتفا به امارات ید و ملک می شود برای لقیط. حتی در چنین جائی که مال پیش روی او

ص: ۱۷۶

۱- مراد از شیخ علی، محقق کرکی است. و مراد از شرح قواعد، جامع المقاصد است.

۲- لقیط؛ کودک سر راهی - کودکی که او را سر راه گذاشته اند.

۳- در نسخه: در.

۴- جامع المقاصد، ج ۶ ص ۱۱۴ ط آل البیت.

باشد، یا در اطراف او، یا در تحت زمین مدفون باشد در زیر او، یا کاغذ چینی که همراه او باشد، حکم می شود به این که عرفاً در تحت ید او است، مگر منازعی و معارضی به هم رسد، که رجوع به قاعده تداعی می شود.

پس می گوئیم: نظر به آن چه در مبحث علم حاکم و علم شاهد و غیر آن تحقیق کرده اند (۱)، نباید مراد ایشان از این که گفته اند که «ما عمل می کنیم در امور دینی به خط فقیه» این باشد که «مطلقاً خط فقیه حجت است هر [گاه] (۲) علم حاصل باشد که خط او است و تزویر نشده در جائی که مزاحم و منازع (۳) و معارضی باشد». بل که باید مراد ایشان هم در جائی باشد که پای دعوی و نزاعی در میان نباشد، مثل اغلب فتاوی که استفتا می کنند از فقیه و به خط خود بنویسد، که جایز است عمل به آن در امور دینی. نه این که به مجرد فتوای فقیه، تواند امضای حکم کند با وجود نزاع و منازع در صورت واقعه. بل که هر چند صورت واقعه را نوشته باشد که «اگر چنین است، حکم این است». که تا مرافعه نکند، رفع کلام مدعی نمی شود. مگر این که منازع هم علم به هم رساند به خط و حکم، یا اعتقاد مطابقت که آن هم بر می گردد به فتوی. که (۴) عمل به آن جایز خواهد بود.

و الحاصل: مراد شیخ علی این است که ما تجویز می کنیم عمل به خط فقیه را در امور دینی، و حال این که بالذات افاده علم به نفس مراد فقیه نمی کند. بل که این است و غیر این نیست که افاده ظنّ می کند. پس باید در تملک لقیط هم به آن اکتفا کند. چون مورد ظنّ قوی است. و در حصول ملک و ید عرفی بیش از این در کار نیست.

و از مجموع آن چه مذکور شد جواب مسئله ثالثه نیز معلوم شد. زیرا که

ص: ۱۷۷

۱- کذا- و لکن «کردیم» بهتر است.

۲- در نسخه: چند.

۳- در نسخه: و منازع نشده.

۴- در نسخه: و.

مکتوب حجّت شرعی نیست هر چند علم به هم رسانند که خط و مهر آن شخص منکر است. مگر این که از برای حاکم از قراین، علم به نفس واقعه حاصل شود. و طریقه مستمرّه تجار در حجت دانستن مکتوب، هم مناط اثبات حکم شرعی نمی شود. و شهادت دادن جماعت عدول بر این که این مکاتیب به خط و مهر آن شریک منکر است، هم نفعی ندارد. مگر این که از برای آن ها علم قطعی به واقعه حاصل شود که دور نیست که توانند به اصل واقعه شهادت بدهند، هر چند مشهور علما تجویز نمی کنند الا شهادت منوط به «حسن» [را].

و اقرار آن شریک بر این که خط و مهر او است، با انکار وصول مال، هم نفعی ندارد، چه جای بینه بر این که خط و مهر او است. زیرا که اقرار، به کتابت متحقق نمی شود باید لفظ باشد، یا «اشاره مفهمه» علی الاظهر.

و اما سؤال از حکم حاکم به شهادت همین تجار که شهادت علمی داشته باشند که شریک اصفهانی پنج هزار تومان از برای شریک طهرانی فرستاده؛ حکم کرده باشد که «شریک باید برائت ذمه حاصل کند». معنی این را نفهمیدم. تا به حال سؤال از خط و مهر بود و این که تجار عدول شهادت دادند به این خط و مهر او است. و الحال سؤال از حکم حاکم به سبب شهادت ایشان بر فرستادن تنخواه می شود. این ها با هم منافات دارد.

بلی: اگر واقعاً عدول شهادت بر ایصال و وصول تنخواه بدهند به شهادت علمی به نفس واقعه، حکم حاکم ممضی است. و همچنین هر گاه حاکم خود علم واقعی به وقوع واقعه به هم رسانند، مناط در این صورت هم علم حاکم است. نه کاغذ. و [نه] بینه بر این که کاغذ به خط و مهر او است.

۱۰۲- سؤال:

۱۰۲- سؤال: چه می فرمائید در معنی این که «ید متصرفه حالیه اقوی است از ملکیت سابقه»؟ در این عبارت احتمالات بسیار در نظر هست که باید عرض شود: آیا

ص: ۱۷۸

مراد به تصرف، تصرف بلامنازعه است؟ یا با منازعه؟ و اقوی بودن باید به سبب شرعی به یکی از عقود ناقله اثبات شود؟ یا باید که اعتقاد کرد که تصرف مسلمانی در ملک غیر، بی سبب شرعی نخواهد بود؟

و بنابر تحقق «اقوی بودن تصرف»، نظر به عبارت «و لو ثبت ید احدهما فالیمین علیه»، بر متصرف، قسم مقرر است یا نه؟-؟ و آیا این تصرفی است که در ملک موات واقع شده باشد؛ مثل این که کسی ارض مواتی را احیا کند و مدت مدیده در تصرف او باشد، و بعد مدعی به استفاضه و شیاع، ثابت کند که این ملک از جد و پدر او بوده است، این که نوشته اند «کل ارض جری علیها ملک لمسلم فهی له و لورثته بعده» آیا ید (۱) متصرفه اقوی است یا نه؟-؟ و اثبات به [ناقل] سبب شرعی ضرور است یا نه؟-؟

و همچنین: نوشته اند که «کل ارض موات سبق إلیها سابق فأحیایها کان أحق بها، و إن کان لها مالک معروف فعلیه طسقتها له»، بعد از ادعا آیا ملک را رد می کند یا ید متصرفه اقوی است با طسق (۲). و آیا این تصرفی است که در ملک عام اربابی واقع شود. مثل مرد غریب خوبی، در دهی اراده توطن کند و یکی از اهل ده به او ملکی بدهد و محضاً لله باج و خراج از او نگیرد. و بعد از بیست سال او و صاحب ملک فوت شوند و بعد از فوت ایشان ورثه صاحب ملک به ورثه شخص متوفای غریب ادعای ملک مزبور کنند، و به شیاع و استفاضه اثبات کنند که ملک از پدر ایشان بوده است، و شهود شهادت بدهند که ما علم به بیع و هبه و وقف بودن این ملک نداریم. و ورثه شخص غریب مزبور هم ادعا، بیع و هبه و وقفیت این ملک نداشته باشند، ایشان را حرف این که: بیست سال این ملک در تصرف پدر ما بوده الان به ما میراث رسیده.

ص: ۱۷۹

۱- در نسخه: آیا باید.

۲- در نسخه: یا طسق.

این که نوشته اند که «و الشهاده بقديم الملك أولى من الشهاده بالحادث؛ مثل أن تشهد إحدیهما بالملك فی الحال، و الأخری بقديمه» (۱). این عبارت بر مطلب مزبوره نسبتی و اعتباری دارد یا نه؟-؟ و ید تصرف، اقوی است؟ و استحلافی که از عبارت من لا یحضره الفقیه معلوم می شود، چه حکم دارد؟ آن چه رأی شریف است مقرر فرمایند.

و هرگاه همین مسئله مزبوره، در میان دو نفر از اهل یک ده اتفاق افتد و دعوی ورثه ایشان نیز به نحو مذکور باشد، تفاوتی به مسئله غریب دارد یا نه؟-

و چه می فرمایند در اختلاف یک مسئله در یک کتاب؛ مثل عبارت شرایع در «کتاب دعوی» دارد که «و الشهاده بالملك أولى [من الشهاده] بالید، لأنها محتمله» (۲). و در کتاب شهادات همین کتاب دارد: «أما لو كان لو احد ید، و لآخر سماع مستفیض، فالوجه ترجیح الید، لأن السماع قد یحتمل إضافة الاختصاص [المطلق] المحتمل للملك و غیره، و لا تزال الید بالمحتمل» (۳). مع هذا بعد از این عبارت در آخر مسئله «الاولی» دارد که «فیه إشکال، من حیث إن الید لو أوجبت الملك [له]، لم تسمع دعوی من یقول: الدار التی فی ید هذا، لی. كما لا تُسمع لو قال: ملک هذا، لی» (۴). مراد از سماع مستفیض، چه نحو است؟

و در قواعد، سبب ترجیح [را] چند چیز نوشته است؛ یکی از آن ها ید متصرفه است، بعد از ذکر این، مطلب عکس را اقوی می داند. مگر اختلاف فقها به جهت تقیه بوده

ص: ۱۸۰

۱- شرایع، ج ۴ ص ۱۰۳ ط دار التفسیر.

۲- شرایع، ج ۴ ص ۱۰۳.

۳- شرایع، ج ۴، ص ۱۲۳.

۴- شرایع، ج ۴، ص ۱۲۳..

است؟ یا سبب دیگر دارد؟

بیان فرمایند ادله [ای] را که شیخ حسین در بطلان ترجیح ید آورده است، چه حکم دارد؟

کسانی که از شهادت ایشان، استفاضه و شیاع حاصل می شود، باید عادل باشند یا نه؟-؟ مثل این که شبانی شهادت بدهد که قبل از این فلان مرتع در تصرف زید بلا منازعه بوده است و من شبان مال او در ملک مزبور بودم. و همچنین پنج نفر شش نفر از قرای متباعده که مظنه مواعده از ایشان نباشد، و گمان دروغ نتوان برد، شهادت بدهند که مرتع مزبور از زید بوده است و بلامنازعه در تصرف داشت. و همه عوام باشند اما بعضی به زیارت عتبات عالیات مشرف شده باشند.

آیا به سبب شهادت ایشان شیاع حاصل می شود یا نه؟-؟

و این که در من لا یحضره الفقیه دارد که «وَاعْلَمَ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ عِدُولٌ بَعْضُهُمْ [عَلَى بَعْضٍ] إِلَّا مَجْلُوداً فِي حَيْدٍ لَمْ يَتَّبِ مِنْهُ أَوْ مَعْرُوفاً بِشَهَادَةِ الزُّورِ أَوْ ظَنِيناً» (۱) تأمل و تاویل دارد یا نه؟-؟ بیان فرمایند. والله لا یضیع اجر المحسنین.

لا- ریب فی وجوب التحاکم الی المجتهد علی ما قال الامام علیه السلام: «فانی قد جعلته علیکم حاکماً» الی آخر الحدیث. و یحرم و لا یجوز الترافع الی غیره. کما هو ظاهر من الایات و الاحادیث. و لا ریب ان قطع الدعای لا یحصل بالکتابه، لکن هذه القرى، قرى العوام؛ کما قیل و یقال لهم ان یتحاکموا الی المجتهد و یردوا الاختلاف الیه، لا یقبلون فیستعذرون. و ربما یتراضی الخصمان ان یحلف احدهما الاخر بخلاف حکم الله و رسوله.

ص: ۱۸۱

استدعى ان تمنوا على الجاهلين امتناناً بسيط الدلائل و التوضيح فى الترجيح كما ورد عن الائمة الاطهار بالتصريح، ان شئتم. فان لم يرد شئى من الادلة عنهم عليهم السلام فى هذا الحكم، فما رأيكم فهو المراد. سيما فى المسئلة الاولى فى اول العريضة من الاستحلاف، او غيره، او المصالحة. منوا علينا لاننا لن نرضى بان نكون من الذين نطق الاية بظلمهم، و فسقهم، و كفرهم (1)، و العوام لا يرغبون عنا و قد ضاق الامر علينا و ضاع العمر بها و فيها. و وعد الخصمان بارسال العريضة اليكم.

جواب:

جواب: معنى سؤال اول را نفهميدم. اگر مراد از منازعه، نزاع «اول وصول يد» باشد (مثل اين که شخصی می خواهد مالی را تصرف کند، دیگری به او بگوید که دست مگذار و تصرف مکن که اين مال من است)، پس در اين جا یدی که شرعاً معتبر است، هنوز متحقق نشده. و «عدم منازع» به اين معنى، در حجت بودن البتّه معتبر است. و هر گاه مراد معنى [ای] است که شامل نزاع مدعى بعد از استقرار يد باشد (خواه از اين مدعى حالى، يا مدعى قبل از او که دعوى به ثبوت نرسیده) پس شکی نيست که انتفاء منازعه معتبر نيست در تحقق تصرف.

و الحاصل: همين که در وقتى يد بلا منازعى تحقق يافت، آن يد معتبر است شرعاً، و منازع آن محتاج است به اثبات.

و همچنين معنى سؤال دويم را هم نفهميدم؛ هر گاه سبب ملكيتى از اسباب شرعية ناقله هست، ديگر احتياجى به تمسك به يد نيست. بل که معنى حجيت همين است که مالی در دست مسلمى است و هر تصرفى که در آن کند، محمول بر صحت است. پس حکم می شود بر آن اين که احکام ملك بر آن جارى است، هر چند افاده ملكيت نفس

ص: ۱۸۲

۱- اشاره به سه آيه است: «وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ - ... الظالمون - ... الفاسقون». ۴۴ و ۴۵ و ۴۷ سورة مائده.

الامری نکند و احتمال غضب و عاریه در آن حاصل باشد.

و اما سؤال سیم: پس چون که ید حجت شرعیه است (به این معنی که محکوم است ذوالید به این که جاری می شود بر آن چه در تحت ید او است، احکام ملک) پس هر که مدعی او شود وظیفه او بینه است، و هرگاه عاجز شد، چون ذوالید در معنی مدعی علیه است و منکر است، وظیفه او قسم است. پس اگر قسم خورد، دعوی مدعی ساقط. و اگر نکول کرد؛ و قائل باشیم به حکم به نکول (چنان که اظهر است) مدعی [مال را] از او انتزاع می کند. و اگر قائل به حکم به نکول نباشیم، ردّ قسم به مدعی می شود و به مقتضای آن عمل می شود.

و اما سؤال چهارم: پس آن خلط عظیمی است. باید دانست که مسئله ما این است که هرگاه «ید تصرف حالیه» بر ملکی باشد و مدعی بینه اقامه کند که «این ملک یک سال قبل از این (مثلاً) مال مدعی بود، یا در ید او بود. اما الحال را نمی دانم». در این جا دو قول است؛ اظهر تقدیم ید حالیه است. چنان که در محل خود بیان کرده ایم.

و اما مسئله احیاء موات که در آن خلاف کرده اند؛ این است که هرگاه کسی ملکی را به سبب احیاء مالک شود، و بعد از آن خراب شود و موات شود، آیا آن را بدون اذن مالک اول می توان احیا کرد یا نه. و بر فرض احیا، آیا مالک می شود یا نه. که در آن دو قول است: یکی این که جایز نیست احیاء آن بدون اذن او، و مواتان ملک باعث زوال (۱) ملک نمی شود. و دویم این است که مالک می شود.

و قائلین به قول اول هم دو فرقه شده اند: جمعی می گویند که جایز است احیاء و محیی ثانی احق است به ملک، لکن مالک حقیقی نمی شود، بل که بر او لازم است که طسق او را به مالک اول بدهد یا [به] وارث او. و فرقی نگذاشتند مابین آن که مالک اول

ص: ۱۸۳

۱- رجوع کنید به مسائل، کتاب احیاء الموات، جلد ششم.

به احياء مالک شده باشد یا به غیر آن از وجوه مملکه.

و اقوی در نظر حقیر قول اول است که جایز نیست احياء بدون اذن مالک اول مطلقاً. پس در این مسئله هر گاه ید تصرف محیی ثانی ثابت شد و شخصی مدعی ملکیت شود و اثبات هم بکند ملک حالی را بنابر قول غیر مختار که جواز احياء [و] (۱) حصول ملک است، اثبات ملکیت بالفعل هم مضرّ نیست به ید حالیه، چه جای اثبات ملکیت سابقه بدون ضمّ ملکیه حالیه.

و ذکر ادله طرفین، در این جا محل آن نیست، و در محل خود بیان کرده ایم (۲). بلی تصویر مسئله ما ممکن است که بنابر قول مختار بکنیم که محیی ثانی احياء موات کرده به اعتقاد مجهول المالك بودن و متصرف شد، مدعی اقامه بینه کرد بر ملکیت سابقه بدون ضمّ ملکیت حالیه. و همچنین در صورت فرضی که سائل کرده در ملک عام (۳). لکن سائل در این مقام نیز خلطی کرده که در ارض موات، همان ثبوت ملکیت سابقه را [فرض] کرده به بینه و ساکت شده از بقا و زوال.

و در مسئله عام ذکر کرده که اهل استفاضه می گویند «ملک پدر آن ها بود و بیع و وقف و هبه را نمی دانیم» و به سبب این، مسئله خارج می شود از ما نحن فیه. زیرا که کلام در معارضه محض ثبوت ملکیت سابقه با ید حالیه و انضمام این که بیع و هبه و وقف را نمی دانیم، منافی فرض است. هر چند که در این هم نقصی هست در بیع و هبه و وقف، و موافق ما نحن فیه این بود که نفی علم به مطلق «مزیل» بکنند. و لکن این سهل است، چون ظاهر اراده مطلق مزیل است.

ص: ۱۸۴

۱- در نسخه: به.

۲- رجوع کنید به مسائل کتاب احياء الموات، جلد ششم.

۳- یعنی در این صورت نیز تصویر مسئله بنابر مختار ممکن است.

و اشکال دیگر در این مقام هست؛ و آن این است که: مشهور این است که شاهد هر گاه شهادت به ملکیت سابقه بدهد و ضم کند به او «لا اعلم له مزیلاً» کافی است در ثبوت استفاضه شهادت. و لکن آیا در اصل استفاضه هم، چنین است که خبر (۱) جمعی که به این نحو خبر بدهند، کافی است در ثبوت استفاضه، یا باید بگویند الحال ملک او است. و دور نیست عدم فرق.

و اما سؤال پنجم: که سؤال متداعیین (۲) [از] اهل یک قریه، یا احدهما غریب باشد، هست. ظاهر این است که فرقی نیست.

و اما سؤال ششم: که از عبارت «و الشهاده بقدم المملک أولى من الشهاده بالحادث» شده، پس آن نیز ربطی به ما نحن فیه ندارد. بل که این کلامی است که در مسئله تعارض بینتین گفته اند که هر گاه بینه از برای هر دو باشد، و بینه احدهما بگوید که «من الحال این را مال او می دانم»، و بینه دیگری بگوید که من از ابتدای یک ماه تا به حال مال او می دانم. یا یکی بگوید که «من یک سال است تا امروز مال او می دانم»، و بینه دیگری بگوید که «من دو سال است تا به حال مال او می دانم». و ترجیح در قدم و حدوث باشد، یا در قدیم و اقدم. و هر دو شریک اند در شهادت دادن بر استحقاق بالفعل، بخلاف ما نحن فیه که در این جا از یک طرف ید حالی است، و از یک طرف شهادت بر ملکیت زمانی قبل از این بدون شهادت بر ملکیت بالفعل.

بلی: ما نحن فیه، از جمله مقدماتی است که گاه است در اتمام آن مسئله به کار آید؛ مثل این که هر گاه قائل به تقدیم و ترجیح اقدم بینتین بگوید که هر دو در شهادت بالفعل شریک اند و لکن اقدم زیادتی دارد، پس ارجح است. و جواب آن همین است که: آن چه

ص: ۱۸۵

۱- در نسخه: که استفاضه خبر.

۲- در نسخه: مستداعیین.

به کار شهادت می آید محض «اتصال به ید» است و آن زیا[د]تی هرگاه فرض شود منقطع از زمان ید، هیچ اعتباری به آن نیست. چنان چه در ما نحن فیه بیان کردیم که شهادت بر ملکیت سابقه، مفید فائده نیست تا ضمّ نشود به آن، شهادت بر فعلیت.

و اما سؤال هفتم: که چرا اختلاف در فتو[ا]ی محقق شده در یک کتاب؟ و راه این که یک فقیه در یک کتاب چند قول دارد، چه چیز است؟ و جواب از این:

اما حصول اختلاف در کلام محقق در خصوص این مسئله: پس من اختلافی در آن نمی بینم. و نفهمیدم. باید مراد مصنف را فهمید آن وقت ایراد کرد. اما آن چه که گفته است که «و الشهادة بالملک اولى من الشهادة بالید»، مقام تعارض بینات است. و مراد او این است که هرگاه ملکی باشد و زید و عمرو در آن دعوی دارند، زید شاهدی دارد که شهادت می دهد که «این ملک زید است». و عمرو شاهدی دارد که می گوید «این ملک من می دانم که در تحت ید عمرو است». در این جا ترجیح از برای شهادت بر ملک [است]. چون صریح است در ملک. و ید «ظاهر» است و «صریح» مقدم است بر «ظاهر». و این مسئله دخلی به ما نحن فیه ندارد که شهادت بر ملک قدیم بدون ضمیمه معارض ید حالیه، نمی شود.

اما در عبارت دیگر که سائل نقل کرده: پس بدان که در «کتاب دعوی» ذکر کرده اند که بینه مقدم است بر ید. و از صاحب ید می گیرد.

و اما این که شاهد مقبول الشهادة کیست؟ و شرط قبول شهادت و طریق تحمل شهادت به چه نحو است؟ پس آن در «کتاب شهادات» مذکور است. و چون که طریق تحمل شهادت مختلف است؛ در بعضی جاها «رؤیت به چشم» ضرور است، و در بعضی جاها به چشم و گوش هر دو، و در بعضی جاها به استفاضه ثابت می شود. و در مقدار استفاضه هم خلاف است که آیا علم ضرور است، یا ظن متأخّم به علم ضرور است، یا غیر این ها.

پس محقق در کتاب شهادات بنا بر قول به ثبوت شهادت به استفاضه و جواز تحمل

شهادت، چند [فرع] (۱) که ذکر کرده، یکی از آن‌ها این است که: شکی و شبهه [ای] نیست که هرگاه کسی بشنود از جمعی که به قول آن‌ها استفاضه حاصل می‌شود که این ملک از زید است. و همین کس ببیند همین ملک در ید زید است و تصرف هم در آن می‌کند. پس شهادت او تمام است. و صحیح است و نقضی ندارد. و به سبب این متحمل شهادت می‌شود.

و اما هرگاه همین استفاضه از برای او حاصل شود و ید و تصرف بر او معلوم نباشد، آیا به مجرد استفاضه متحمل شهادت می‌شود؟ یا این که (چون ممکن است تفحص از سبب ملک)، موقوف است بر دانستن سبب. و از باب «نسبت دادن شخصی به پدرش» نیست [که] نمی‌توان علم به هم رساند که این نطفه پدر او است. و چون ید و تصرف هم هر چند سبب ملک نمی‌شود لکن قائم مقام سبب اند، پس باید معتبر باشند.

اقوی قول اول است، و محقق هم اختیار این را کرده (۲)، و بعد از آن گفته است که هر چند قبول شهادت به سبب استفاضه نیست و لکن آیا قبول آن مشروط است به عدم ثبوت ید و تصرف از برای غیر زید؟ مثل این که ولید می‌گوید که «من به قول جماعتی که استفاضه به آن‌ها حاصل می‌شود، شاهد می‌شوم که این ملک مال زید است». و حال آن که ملک در ید عمرو است و در آن تصرف می‌کند.

محقق در این جا ترجیح داده است تقدیم قول عمرو را، نظر به این که ید و تصرف «ظاهر» اند در ملکیت. و اما استفاضه ملکیت پس آن محتمل است که از برای «اختصاص» و «ملکیت» باشد. و ظاهر این است که اهل استفاضه می‌گویند که «این خانه فلانی است» یا «باغ فلانی». و این سخن را گاه است در اجاره و عاریه هم می‌گویند. بخلاف ید که

ص: ۱۸۷

۱- در نسخه: فوع.

۲- عبارت نسخه: و محقق اختیار این را هم کرده.

محکوم است به ملکیت. و این سخن محقق در جائی که اهل استفاضه بگویند که «این خانه ملک فلانی است» نیست (۱).

و این است معنی آن عبارت که گفته است «و لو كان لاحدهما يد و لآخر سماع مستفيض... الخ». و این هم مخالفتی ندارد با آن چه پیش گفته است در کتاب دعوی. زیرا که در آن جا مراد تقدیم بینه مقبوله است بر ید. و این جا کلام در آن است که این بینه، مقبوله است یا نه؟-؟

و اما آن عبارت آخری که گفته است «و فيه اشكال... الخ»، پس آن در بیان این است که آیا تحمل شهادت به ید و تصرف مکرر، [است]؟ یا به مجرد ید، ممکن است؟ و گفته است که شکی نیست در این که جایز است از برای شاهد تحمل شهادت و اقامه شهادت بر مالک بودن شخصی که شاهد ببیند که دست او بر آن است و تصرفات مکرره می کند (از خانه ساختن، و خراب کردن، و اجاره دادن، و امثال آن). و بعد از آن اشکال کرده است در «ید مجرد از تصرف مکرر».

و اما راه اشکال را این قرار داده که: اگر ید سبب ملک باشد و به محض آن توان حکم کرد به مالک بودن ذوالید؛ پس هر گاه کسی دعوی کند با ذوالید و بگوید «الدَّارُ الَّتِي فِي يَدِكَ لِي»، باید این دعوی مسموعه نباشد. زیرا که لفظ «فی یدک» اقرار است به این که ملک تو است. پس بعد از اقرار، دیگر نمی تواند بگوید «أَنَّهَا لِي» - یعنی مال من است - چنان که هر گاه صریحاً بگوید «الدَّارُ الَّتِي هِيَ مَلِكُكَ لِي».

و جواب محقق این است که: فرق است مابین «فی یدک» و «ملکک»؛ و اول «ظاهر» است و ثانی «صریح». و دعوی کردن مدعی قرینه مجاز است (۲). و اما ذکر صریح لفظ و

ص: ۱۸۸

۱- در نسخه: تمام نیست.

۲- یعنی مراد از ید «فی یدک» ید مجاز است.

قرینه بر خلاف گفتن، غلط است.

و به هر حال؛ اظهر جواز تحمل شهادت است به سبب ید، خصوصاً با تصرف مکرر. چنان که روایت حفص بن غیاث (۱) دلالت دارد بر آن، و ضعف آن منجر است به عمل اصحاب.

و ظاهر این است که سائل باز در این جا، مخالفت در کلام محقق، فهمیده از برای ماسبق، که در عبارت سابق بر آن، ید را مقدم داشت بر استفاضه، و در این جا می گوید موجب ملکیت نمی شود. و جواب او این است که مراد او در عبارت سابقه این بود که استفاضه ملک، معارض ید نمی شود و شهادتی که به استفاضه حاصل شده رافع ید محققه متصرفه، نیست. و مراد او در این جا این است که «ید مجرد از تصرف» مناط شهادت نمی شود که به مجرد آن شاهد شهادت تواند داد. تا این جا کلام در رفع تنافی مابین کلمات محقق بود.

و اما عبارت علامه در قواعد: پس آن نیز در تعارض بینات است و وجوه مرجحه آن ها. [و] دخلی به ما نحن فیه ندارد. و اختلافی هم در کلام او نیست. زیرا که عادت او این است که در مسائل خلافیه، قولین را ذکر می کند و می فرماید «علی رأی» و بعد مختار خود را می گوید. و مراد از «علی رأی» این است که رای من این [نیست] (۲) و اقوی این [نیست] (۳)، تا مخالفت کرده باشد.

و این خلاف مبتنی است بر ترجیح بینة خارج بر داخل. و اقوی در نظر حقیر ترجیح بینة داخل است بر خارج. و [این مطلب] محتاج است به بسط زیاد و این جا محل آن

ص: ۱۸۹

۱- وسائل، کتاب الشهادت، ج ۲۷ ص ۲۹۲ ح ۲.

۲- در نسخه: است.

۳- در نسخه: است.

نیست. و از این جا می توان فهمید راه سخن صدق را در استخلاف. و بیان آن و تحقیق حق در آن، محتاج است به ذکر مسائل تعارض بینات، خصوصاً مسئله ترجیح بینة داخل و خارج. و کلام در آن طولانی است. و در محل خود بیان کرده ام.

و اما ادله شیخ حسین را نمی دانم کدام شیخ حسین است و در کجا است. و الحمدلله من کتاب و اسباب هم کم دارم. و تحقیق هر یک از مطالب و ذکر ادله، محتاج است به بسطی که این جا گنجایش آن را ندارد.

و اما سؤال از این که: سبب اختلاف صاحب یک کتاب در فتوی، چه چیز است؟ عزیز من اگر فی الجمله ربطی به فقه و طریق فقها داری، این چه سؤال است. و اگر خبر نداری پس چرا این قدر آزار ما می کنی در ذکر عبارات و استفهام معانی آن ها؟. همان اصل مسئله را استفتا کن و یک کلمه «لا» یا «نعم»، جواب بشنو. من چگونه تمام اختلافات فقها را در کیفیت استدلال و راه اختلاف افهام به سبب اختلاف ادله، و اختلاف افهام در معنی هر یک از آن ها، و ترجیح معارضات آن ها (که همه آن ها منوط به «ظن» است و ظن مکرر متبدل می شود گاهی به «شک» و گاهی به «وهم» و گاهی به «یقین») در این جا از برای شما بیان کنم. یا باید مجتهد بود و چاره درد خود کرد، یا مقلد و بار گران خود را به دوش دیگری گذاشت. و اما در خصوص مسائل قضائیه غالباً تقلید هم میسر نیست.

خدا گواه است که حالی ندارم، و امراض و آلام روحانیه و جسمانیه، و واردات حوائج مخلوقین لا یعدّ و لا یحصی است. و شما را که فراغ هست، چرا به من رحم نمی کنید و سعی می کنید در زیادتی تعبم.

و اما سؤال هشتم: پس این است که در اهل استفاضه عدالت شرط نیست. و اگر عادل باشند پس آن داخل شهادت است، دیگر چه ضرور از شیاع و استفاضه.

و اما سؤال نهم: که ظاهر ابن بابویه اکتفا به «ظاهر اسلام» است در عدالت مادامی که فسقی از او ظاهر نشود. و این قول ضعیف است. و اقوی نزد حقیر در عدالت، مقتضای صحیحۀ عبدالله بن ابی یعفر است. و آن در کتب احادیث و کتب استدلالیۀ فقها مذکور است (۱).

و اما سؤال دهم: پس هر چند مشهور علما (با دعوی اجماع از بعض) عدم جواز مرافعه است از برای غیر مجتهد، و لکن حقیر دور نمی دانم که در صورت عدم امکان، هرگاه عالم عادل زیرکی باشد که مسائل فقهیه را با مسائل قضائیه به طریق تقلید اخذ کرده باشد، جایز باشد مرافعه به او (۲). و لیکن فرض نادری است ملحق به معدوم. و ظاهر این است که چاره منحصر باشد در مصالحه.

۱۰۳- سؤال:

۱۰۳- سؤال: هرگاه زید ملکی را که در ید عمرو است ادعا نماید که آن ملک من است و به میراث رسیده به من. و قبالة ابراز نماید که آن ملک را جدّ یا والد او از بکر ابتیاع نموده به تاریخ سنه کذا. و ادعای صحت آن قبالة و مبیاعه نماید. مرافعه نکرده و دعوی خود را با عمرو مصالحه نماید به مبلغ معینی. و بعد قبض وجه المصالحه بعد از چند یوم دیگر مجدداً قبالة دیگر زید مزبور ابراز نماید که والد یا جدّ او آن ملک را از خالد ابتیاع نموده به تاریخ که هشت سال قبل از تاریخ قبالة اولی باشد. و در ظهر همین قبالة نوشته که آن ملک را به همین تاریخ مشتری مزبور وقف اولاد خود نموده. و به این متمسک [و ادعای وقفیت آن ملک را می نماید.

و اقرار نموده که سهو در نوشتن تاریخ هیچیک از قبالتین نشده.

آیا قبالة [ای] که در ادعاء اول ابراز نموده و مدعی صحت آن بود، مکذّب و قفنامچه او

ص: ۱۹۱

۱- وسائل، کتاب الشهادات،- ب ۴۱ ح ۱.

۲- برای تکمیل این موضوع رجوع کنید به مسائل شماره ۲۴ و ۴۵ و ۴۸ و ۷۷ و ۸۱ و ۸۴.

می شود؟ و آیا بعد از آن که مصالحه نموده، دیگر ادعای وقفیت او آن ملک را بر او، مسموع است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: مجرّد قبالة، حجت شرعیّه نیست. و مناط و معتبر همان دعوی است. پس هرگاه در اول به عنوان جزم ادعا کرد که این ملک حق من است به سبب میراث پدرم که از بکر خریده بود، به من ردّ کن. و قبل از مرافعه، مصالحه کرد به مبلغ معینی، آن مصالحه در اول محکوم است به صحت، و ملک مال ذی الید است.

و اما دعوی وقفیت سابقه که بعد می کند، پس آن مکذّب دعوی سابقه است، و منشأ بطلان آن است. و مترتب می شود بر آن بطلان مصالحه، و مترتب می شود بر آن لزوم ردّ مال المصالحه.

و ظاهر این است که دعوی وقفیت هم در این حال مسموعه نباشد، چون در معنی انکاری است بعد از اقرار. و بنابر این اگر بیینه اقامه کند بر وقفیت، چون مکذّب اقرار او است که اول کرده، هم نفعی نداشته باشد. والله العالم.

۱۰۴- السؤال:

۱۰۴- السؤال: اذا كان ملك في تصرف خالد ولد زيد. و يدعى عمرو على زيد ان هذا في ملكي و قد تصرفت فيه بغير حق، ثم اعطيته ولدك لمصلحة امرك و [اعتريته] (۱). و انت اقررت قبل ذلك بانه مني و اخذته بغير حق. و زيد منكر لهذا الاقرار و [مقرّر انه] (۲) مال ولدي خالد. و خالد ايضاً يدعى انه مالي و تحت يدي و لا حق لاحد فيه. [فهل] لعمرو ان يحلف زيدا على عدم الاقرار المذكور، ام لا-؟-؟ و على الاول؛ فهل يجوز لزيد الحلف على الاعم من الجواب (بانه يحلف انه ليس على حق لك)، و لا يحلف على عدم الاقرار-؟ و هل يجوز ان يرد الحلف على المدعى بان يحلف على الاقرار-؟ ثم اذا

ص: ۱۹۲

۱- و في النسخة: اعتريه.

۲- در نسخه طوری نوشته شده که «مقرّبانه» نیز خوانده می شود که درست نیست.

حلف المدعى بعد نكول المنكر و ردّه عليه و حلفه و اخذه الغرامة من زيد، فهل يسقط الدعوى رأساً؟ او يجوز له ان يدعى ولده المتصرف اعنى خالداً، ام لا؟-؟

الجواب:

الجواب: لا بدّ في تحقيق المقام من بيان مقدّمه؛ و هي أنّ الغاصب اذا تعذّر عليه ردّ المغصوب، و اخذ المالك منه الغرامة مثلاً او قيمه، ثمّ تمكن منه، فهل يحلّ له المغصوب؟ او هو باق على ملك المالك؟ و كذا منافع في هذه المدّة.

و الكلام فيه أنّ ظاهر الاصحاب أنّ حين استرداد العوض، ان كان الاسترداد بعنوان المعاوضة الصحيحة بصلح او غيره (بخلاف البيع، لعدم القدرة على التسليم او غير ذلك) فيصير المغصوب مالاً للغاصب و يتبعه منفعه بعد المعاوضة (لا ما قبل المعاوضة، فانه يستردّ منفعه السابقة على المعاوضة؛ من اجرة المثل و نمائه المنفصل) و كذلك ما يأخذه المالك من العوض يصير مالاً محضاً له.

و ان كان بمحض حيلولة الغاصب بينه و بين ماله؛ (1) فظاهر (2) الاصحاب أنّ ما يأخذه المالك يصير مالاً محضاً له (و صرح ابن ادريس بعدم الخلاف) و يتبعه نمائه المنفصل و منفعه الى زمان التمكن من العين المغصوبة. و كذلك ظاهرهم (بحيث لم يظهر مخالف لهم) أنّ العين المغصوبة باقية على ملك المالك الى حال ظهور العين، فاذا ظهر العين و تمكن منه الغاصب، ففيه قولان؛ اشهرهما و اظهرهما أنّهما يتردّان، و يجبر المالك على الردّ لو امتنع (3). لانه انما كان لمحض الحيلولة و قد ارتفعت، فيرتفع معلولها.

و وجه القول الاخر (و هو عدم اجبار المالك) انه صار ملكاً مستقراً له، لانّ بدل

ص: 193

1- اى: و لم يكن معاوضة كالصلح.

2- و فى النسخة: و ظاهر.

3- و فى النسخة: و لو امتنع.

الملك المستقر لابد ان يكون مستقراً. ولأنه لو لم يصر (١) مستقراً لم يرغب فيه اهل المعاملة، فلا يندفع الضرر، والغرض من البديل هو رفع الضرر عن المالك. ولأن «الغاصب يؤخذ باشق الاحوال».

ويمكن ان يكون مراد هؤلاء، عدم الاجبار على رد ما اخذه [ان رغب عن اخذ العين] و [الآ-] لابد له [الرد] مع اخذ العين المغصوبة. كما يشعر به كلام فخر المحققين (٢). ويمكن ان يكون المراد أنه لا- يجبر على رد عينه، بل هو مخير بين ردها و رد بدلها. و هو احتمال ضعيف. و كل الوجوه المذكورة في دليل القول الثاني، ضعيفة. و ليس هنا مقام البسط في الكلام.

و على اى حال؛ فلو اتفقا على ترك التراد، فيحتاج انتقال العين المغصوبة الى الغاصب، الى معاوضة جديدة. و لا يكفي ترك التراد.

ثم: يرد على الاصحاب، الاشكال في الجمع بين قولهم ببقاء العين على ملك المالك، مع حصول الملكية المحضة له في البديل ايضاً، للزوم اجتماع «الجمع بين العوض و المعوض». و استوجه في المسالك ان يقال «ملك الغاصب في العين المغصوبة، و ملكية المالك في البديل، متزلزلان الى زمان حضور العين المغصوبة. او ان ملكية المالك البديل، موقوفه على اليأس من العين المغصوبة، و بدونه لا يملكه و ان جاز التصرف فيه» (٣). و تابعه صاحب الكفاية.

و انت خبير بان مخالفة الاصحاب مع عدم ظهور المخالف مشكل. و المناص عن الاشكال بان البديل ليس عوضاً عن العين المغصوبة. بل انما هو لحيلولة الغاصب عن

ص: ١٩٤

١- و في النسخة: لم يصير.

٢- ايضاح الفوائد، ج ٢ ص ١٨١ ط كوشانپور.

٣- المسالك، ج ٢ ص ٢١٠ ط دار الهدى.

تصرف المالك. لأنه مراعى الى زمان ظهور العين. و هو لا ينافى جواز انواع التصرفات حتى الهبة و الاتلاف، و ليس عليه ضمان فى صورة الاتلاف، و لا يوجب زوال ملكيته عن العين. المغصوبة و منافعها.

نعم: لو كان البدل باقياً و ظهر العين المغصوبة، فيجب ردّه. لأنه أنّما كان للحيلولة و قد زالت فيزول معلولها. و لكنّه على هذا ايضاً يصير ملكية المالك للبدل متزلزلاً، و استقرارها إمّا بتلفه (1) قبل ظهور العين المغصوبة، او بتراضى الطرفين بعد الظهور بمعاوضة جديدة. و هو لا ينافى اتّفاقهم على الملكية المحضة. و يظهر الثمرة فى الاتلاف و النماء المنفصل، و غير ذلك.

و الحاصل: أنّ الاستفادة من كلامهم؛ أنّ فى صورة عدم المعاوضة، اخذ هذا البدل لمحض الحيلولة عن التصرف فى العين المغصوبة. و ليس دليل على حصول الملكية المحضة حينئذ الاّ اجماعهم ظاهراً، و نفي الضرر. و كلاهما منحصران فى غير صورة ظهور العين المغصوبة مع بقاء عين البدل عند المالك. و لا مانع من ان يكون ذلك ايضاً نوعاً من التمليك.

و يظهر من ذلك ضعف ما تقدّم من الوجه من عدم رغبة اهل المعاملة فيه. و اما لزوم الضرر على الغاصب، فلا يضّرّ لأنه صار بنفسه سبباً له.

ثم: أنّهم اختلفوا فى استحقاق المالك اجرة المثل و النماء المنفصل بعد زمان اخذ البدل؛ فقيل: لا. لأنّ الغاصب يبرء من العين بدفع البدل الى زمان التمكن منها، فكذا من توابعها. و يرد عليه أنّه ينافى قولهم ببقاء ملكية المالك على العين.

اذا تمهد لك هذه المقدمة فنقول: نعم لعمرو ان يُحلف زيدا على عدم الاقرار

ص: ١٩٥

١- و فى النسخة: يتلفه.

بالغضب. و كذلك لزيد أن يحلف على (١) عدم اشتغال [ذمته] (٢). فان الاظهر جواز الحلف على الاعم، اذا كان الجواب اخص. ثم بعد استحقاق المدعى لاختذ غرامة ما يدعيه بسبب نكول المنكر، او حلفه بعد رده اليه و اخذه، فان اخذه على سبيل معاوضة صحيحة، فيسقط دعواه عن ولده المتصرف ايضاً. لوصول حقه اليه بمعاوضة صحيحة. و ان اخذه لا على وجه المعاوضة، فلا يسقط دعواه عن ولد زيد. و لا منافاة بين اخذ المال لأجل الحيلولة، و بقاء حقه في المال المغصوب اذا تمكن منه. فيجوز له التوصل الى العين المغصوبة بالمرافعة مع ولد زيد.

نعم: اذا ثبت حقه بعد المرافعة و اخذ العين، فيجوز لايه استرداد ما اعطاه، و يجب عليه الرد ايضاً. لأنه انما كان لمكان الحيلولة و قد زالت.

نعم: اذا تلف ما اخذه عن ابيه قبل استخلاص العين من ولده، فلا يجوز له مطالبة العوض. كما حققناه في المقدمة.

و اما اذا لم يثبت على الولد شيء، و حلف الولد على عدم استحقاق المدعى في العين؛ فهل هذا اليمين عوض عن العين، حتى يجوز لايه استرداد ما اغترمه، لثلاً يجمع العوض و المعوض (كما ذكره في مسئله اليمين من أنه لو اقام المدعى البينة على الحق بعد اليمين، فليس له الرجوع، على الاظهر. الا في صورة اقراره و تكذيبه لنفسه في الحلف)، ام لا؟-؟ الظاهر، العدم. لأنه لم يثبت من سقوط الدعوى باليمين، العوضيه مطلقاً، و لذلك يرجع اليها مع الاقرار.

مع انّ هنا دعويان و لكل واحد حكم عليحدة. و سقوط الدعوى عن الولد باليمين، لا يستلزم بطلان ما استحقّه من جهة ابيه بدليل آخر. و سيما مع كونه من جهة الحيلولة لا

ص: ١٩٦

١- و في النسخة: يحلف زيدا على.

٢- و في النسخة: الذمة.

العوضيه. و كذلك الكلام فى ما لو قدّم الدعوى مع الولد و حلفه، فسقوط حقه من الولد، لا يوجب عدم جواز الدعوى مع والده و اخذ الغرامه عنه.

١٠٥- السؤال:

١٠٥- السؤال: اذا ادعى المحكوم عليه، عند حاكم شرعى آخر، فسق الحاكم او الشهود. و اراد اقامه البيئه او تحليف المحكوم له و المشهود له على نفى العلم بذلك. و هل يسمع دعوا الكذب على الحاكم او الشهود، ام لا؟-؟

الجواب:

الجواب: نذكر اولاً- ما وصل اليان من عبارات الاصحاب فى هذا المجال، ثم نتكلم فيها على ما يقتضيه المقام و الحال: فقال العلامة فى التحرير: و لو ادعى فسق الشهود و علم الخصم به، او فسق الحاكم الذى حكم عليه، فى السماع تردّد ينشأ من انه ليس حقاً لازماً، و لا- يثبت بالنكول و لا اليمين المردوده. و لانه يثير فساداً. و من انه ينتفع به فى حق لازم، كما لو قذف ميتاً و طلب الوارث الحدّ فادعى عليه بزناه. و لو ادعى الاقرار، فى تحليفه اشكال. ينشأ من ان الاقرار لا يثبت حقاً فى نفس الامر بل يقضى به ظاهراً، و ليس الاقرار عين الحق. و كذا لو قال بعد قيام البيئه «قد اقر لى بهذا». و كذا لو توجه اليمين على المدعى عليه فقال «قد حلفنى عليه مره» و اراد ان يحلفه عليه. فى سماع هذه الدعوى اشكال. و لا تسمع الدعوى على القاضى و الشاهد بالكذب. لما فى ذلك من الفساد العظيم (١).

و قال فى القواعد: و لو ادعى فسق الحاكم او الشهود و لا بينه، فادعى علم المحكوم له او المشهود له.... فى توجه اليمين على نفى العلم إشكال من حيث بطلان الحكم عنه مع الإقرار، و من أنه لا يدعى حقاً لازماً و لا يثبت بالنكول و لا اليمين المردوده، و

ص: ١٩٧

وقال في الارشاد: و لو ادعى علم المشهود له بفسق الشاهدين او الحاكم، او الاقرار، او أنه قد حلف. ففي اليمين اشكال. لأنه ليس عين الحق بل ينتفع فيه. و ليس له تحليف الشاهد او القاضى و ان نفعه تكذيبهم انفسهم.

وقال الشهيد(ره) في الدروس: و كل دعوى ملزمة معلومة، فهي مسموعة. فلا تسمع دعوى الهبة دون الاقباض، الى ان قال: و لو ادعى فسق الحاكم او الشهود و علمه به، فالاقرب عدم السماع و ان انتفع فى الحق، للفساد. فإنه ليس حقاً لازماً، و لا- يثبت بالنكول و لا- يمين الرد. و اولى منه بطلان الدعوى على الحاكم او الشاهد بالكذب او الفسق، و لو توجهت اليمين عليه فقال حلفنى، فليحلف على نفيه. و ثالث الاوجه السماع مرة واحدة، حذراً من التسلسل (٢).

وقال في القواعد: (٣) كلما كان المدعى به حقاً فلا ريب فى سماعه. و إن كان ينفع فى الحق ففيه صور: الأولى: دعوى فسق الشهود أو كذبهم و علم المدعى بذلك، و الأقرب الحلف، فان نكل حلف الخصم و بطلت الشهادة. أما دعوى فسق الحاكم فأبعد، لأنه يصير فساداً. الثانية: دعوى الاقرار بالمدعى به، و الحلف قوى. الثالثة: دعوى إحلاف المدعى قبل هذه الدعوى، فان قلنا به و قال المدعى: قد أحلفنى إنى لم أحلفه، لم تسمع. لأدائه إلى عدم التناهى، و تضييع مجالس الحكام. الرابعة: دعوى القاذف زنى المقدوف. الخامسة: قيل: لو قال للقاضى: حكمت لى، فأنكر، لم تسمع الدعوى. و لو توقف، انتظر

ص: ١٩٨

١- القواعد (متن الايضاح) ج ٣ ص ٣٢٦ ط كوشانپور.

٢- الدروس، ج ٢ ص ٨٥ ط جامعة المدرسين.

٣- اى: قال الشهيد(ره) فى قواعد.

[ريشما يتذكر] (١)، و ليس له أن يأمره بالحكم. فلو قال للخصم: «إحلف على أنك لا تعلم أنه حكم لي»، ففي السماع وجهان. و لا ريب في عدم سماع الدعوى على القاضى و الشاهد بالكذب، لآباء منصبهما عن ذلك، و أدائه إلى الفساد (٢).

و قال المحقق الاردبيلى فى شرح ما نقلناه عن الارشاد: و لو ادعى المنكر بعد اقامه بينه المدعى، فسق الشهود او القاضى، فيمكن أنه تسمع و يطالب بالبينه (و لكن فى القاضى يحتاج الى قاض آخر) فان اثبت بالبينه، فلا يثبت الحكم. و لكن لا تسقط الدعوى بل هى باقية كما كانت. و يمكن ان لا تسمع، لعدم الفائدة و الفساد. و ان لم تكن بينه و ادعى علم المدعى بذلك، فان اقر المدعى به، توقف الحكم ان كان قبله. و ان كان بعده، أبطله. و يحتاج فى اثباتها الى شهود آخر و عند حاكم آخر. و ان انكر المدعى، هل له تحليفه على عدم العلم بذلك، ام لا؟-؟ استشكله المصنف و غيره، لأنه ليس بحق يثبت بالنكول او برّد اليمين و لأنه يقتضى الفساد. و لأنه يحصل به غرضه، لما مرّ من أنه ان اقر يبطل و توقف الحكم. و قد لا يكون له بينه فيحلف و يخلص من حقه، و هذا نفع يمكن دعويه. و يمنع اقتضاء الفساد، فإنه جرح فى مقام الحاجة، و هو جائز. و يمنع ايضاً حصر فائدة الدعوى و الاحلاف فى حصول المال و ثبوته بالنكول او برّد اليمين. و هو ظاهر. و يوجد امثاله. و كذا البحث فى دعوى المنكر اقرار المدعى بفسق الشهود او بفسق الحكم، و اعترافه به، و انكاره. و طلب الحلف منه. و كذا دعوى أنه حلفه و حلف له، فلا مطالبه له فى الدنيا و لو بالبينه. فان اعترف، تبطل دعويه و لا يأخذ منه شيئاً. فان انكر و طلب حلفه، فهو الظاهر. و ان لم يحلف، ثبت تحليفه و سقوط حقوقه به ان قيل

ص: ١٩٩

١- و فى النسخة: انتظرا بما تذكر.

٢- قواعد الشهيد، ج ١ ص ٤١٢ ط مفيد.

بالقضاء بالنكول، و الآ، فمع اليمين المردودة. فالظاهر السماع في كل ذلك و عدم الاشكال الآ في دعوى فسق الحاكم، فإنه لا يخل عن اشكال، فإنه امين الامام. و فتح هذا الباب موجب لعدم اجراء الاحكام، و الطعن في الاحكام، و لا يقبلون القضاء. فان كل منكر يدعى فسق الحاكم فيعطل الامور. و ذلك فساد ظاهر فتأمل. انتهى كلامه.

و سننقل عبارة غاية المراد في شرح الارشاد، و عبارة فخر المحققين في الايضاح.

و قال في الكفاية: و لو ادعى المنكر فسق الشهود او الحاكم و لا بينة، فادعى علم المدعى به، ففي توجه اليمين وجهان؛ اقربهما العدم. و لو ادعى عليه الاقرار بالحق، فهل تسمع الدعوى (بمعنى توجه اليمين على المنكر) فيه وجهان.

هذه عبارة الاصحاب التي حضرنا. و لا يخفى ما في كثير منها من الاجمال في تعيين موضوع المسئلة. و ان المراد بالقاضي من هو؟ و ان كلماتهم هذه في اي وقت؟

و اقول: الذي يظهر لي ان مرادهم من القاضي هنا، هو من نصبه الامام المعصوم حال حضوره، او المجتهد الجامع لشرائط الحكم المسلم كونه مستحقاً للقضاء عند الكل و عند الخصمين. اذ لا معنى للقاضي المنصوب من جانب قاض آخر و ان كان اعلم منه بمراتب شتى في زمن الغيبة (1)، بل كل من جمع شرائط الحكم، فهو قاض في نفسه و لا يحتاج

ص: ٢٠٠

١- هذا هو الحق الحقيقي في زمن الغيبة في الجملة. و لكن في كلام المصنف (ره) و اكثر الفقهاء قدس سرهم، في هذه المسئلة اطلاقاً يوجب اجمالاً كليلاً في المسئلة. و ها هو المصنف (ره) هنا في مقام رفع الاجمال من عبائرهم و هو نفسه يُعطينا في كلامه اجمالاً- اكبر من اجمالهم. ما هو المراد من عصر الحضور؟ و ما هو المراد من عصر الغيبة؟ فان عصر الحضور (كما وقع في التاريخ العيني) عصران: حضور الامام عليه السلام مع بسط يده (كبسط يد الرسول صلى الله عليه و آله بعد الهجرة، و بسط يد اميرالمومنين عليه السلام اربع سنوات). و عصر حضور الامام من دون بسط يده. و كذا عصر الغيبة عصران: عصر الغيبة بدون بسط يد الفقيه الجامع لشرائط الحكم. و عصر بسط يده، كبسط يد السيد بن الطاووس في الحلة و نواح من العراق بعد سقوط الخلافة. و كبسط يد حجة الاسلام الرشتي الدشتي الشفتي في اصفهان في آخر عمر المصنف (ره). و امثالهما. و لا فرق في مسئلتنا في كمية البسط ان يكون في ناحية، او اقليم او في كل الارض. و نحن نجد في تاريخ فقهاؤها و سيرتهم العملية، انهم مهما وجدوا امكاناً و فرصة للحكومة و لتاسيس الحكومة و لاجراء الاحكام، فبدروا و تبدروا للحكم و تاسيس الدولة او شبه الدولة. و ان قل ما امكن لهم هذا. فلماذا كرروا، و يكررون في كلماتهم، و عباراتهم و كتبهم، التعبير ب-«عصر الحضور و عصر الغيبة» مع ان التعبير بهذه العبارة و جعل عصر الحضور في مقابل عصر الغيبة، و بالعكس. خارج عن موضوع هذا البحث. و الموضوع هو «بسط اليد و عدمه» كان العصر عصر حضور او عصر غيبة. و الحضور و الغيبة، لا مدخلة لهما في البحث في هذه المسئلة اصلاً. منشأ هذا الاجمال العظيم، و حذف الموضوع الحقيقي الصحيح في المسئلة، و جعل موضوع آخر مكانه، هو ياسهم (قدس سرهم) من تاسيس الحكومة المشروعة الشيعية. و ليس محور هذا البحث الجمهورية الاسلامية في ايران، حتى ينجر الى قيل و قال و كيت و كيت. بل مع صرف النظر عن هذه الحكومة في ايران، لكل سائل ان يستل الفقيه، (كل فقيه شيعي): ايها الفقيه ان امكنكم تاسيس الدولة بالماهية التي تعتقدون مشروعيتها، هل تؤسونها ام لا؟-؟ ان لم تؤسوها، فما معنى

الفقه و الفقاهة، الحكم و الاحكام؟! و ان تؤسسوها حينئذ، فلا بد ان يكون موضوع كلامكم فى هذه المسئلة، هو «بسط اليد و عدمه»، لا- «الحضور و الغيبة». و سؤال هذا السائل، سؤال فرضى. أليس له ان يفرضه و يسئل عنه؟! نعم: عقيدتنا (العقيدة الاجماعية، و الاعتقاد المسلمة الشيعية) أنه قبل ظهور الامام عجل الله تعالى فرجه، لا يمكن حكومة، و لا يتحقق دولة مشروعة قادرة على اجراء العدالة كما هو حق العدالة. كما ان فتاوى الفقهاء فى اكثر المسائل، متكئة على «الظاهر»، «الاقوى»، «الاحوط» و... و هذا لا- يوجب ترك التفقه و الفقاهة. كما يقولون «كل ما لا يدرك كله لا يترك كله» و «الميسور لا يترك بالمعسور». فكذا تاسيس الحكومة و الدولة. فلماذا نبذل موضوع المسئلة و نترك «بسط اليد و عدمه»، و نجعل مكانه «عصر الحضور و الغيبة». ما هذه الديدن، و ما هذا الاجمال، و ما هذا الاطلاق؟!؟!؟!!

قضائه الى اذن من هو ارفع منه. فيجب على كل من المتخاصمين في واقعة (١) ان يجتهد اولاً في معرفة القاضى و قابليته الشخص للقضاء، ثم يترافعا اليه.

و حيثئذ: فمعنى ادعاء المنكر (الذى حكم عليه لآجل المدعى) فسق الحاكم، انما يتصور على وجهين: الاول: فى ما لو حكم قاض له فى غياب المدعى عليه، بدون اطلاعه، و بعد ما اطلع الغائب و حضر و ادعى فسق الحاكم لابطال الحكم و كان ممن لم يسلم لذلك القاضى قابلية القضاء، فتفسيقه حيثئذ فى معنى انكار كونه قاضياً حقيقياً. لانّ العدالة جزء حقيقة قابلية القضاء، لا أنّه يسلم كونه قاضياً حقيقياً و يقدر فيه لو كان يسلمه قبل ذلك و قد ظهر له فسقه حين الحكم. كما نذكره فى الوجه الثانى.

ص: ٢٠١

١- و فى النسخة: واقفة.

و الثاني: في ما لو ظهر للمحكوم عليه بعد المرافعة و حكم المسلم للطرفين، أنه كان فاسقاً حين الحكم، و ان كان حاضراً. و لا شبهة في أن ظنّ الفسق بعد الحكم، لا يقدر في الحكم السابق. كما انّ الظاهر ان القدر قبل المرافعة في القاضى بمعنى أنه لم يثبت عندى استحقاقه للقضاء لاني اعرف فسقه. فلا ترافع عنده مسموع منه. فاذا قدح المحكوم عليه في القاضى على احد الوجهين، فيحتاج الى المرافعة الى من سلماه. فان كان القاضى الاول معروفاً بالعدالة، فعلى القادح اثبات الجرح. و ان كان خامل الذكر، فعلى المعدل اثباته.

فدعوى فسق الحاكم على الوجهين السابقين من حيث هي، لا ينبغي النزاع في مسموعيتها. بل انما نزاعهم في صورة يكون دعوى المنكر علم المدعى بالفسق، حتى ينحصر رفع النزاع بالحلف على عدم العلم. فاذا ادعى المحكوم عليه بعد الحكم فسق الحاكم فتسمع و يطالب منه البيئنة، فان اقامها فيبطل الحكم، و ان بقى اصل الدعوى. و ان فقد البيئنة، توجه اليمين على المنكر.

و لكن لَمَّا كان الفسق فعل الحاكم، لا يصح (1) الحلف (بناءً على أنه فعل الغير، بل انما يصح حلف نفى العلم و هو موقوف على دعوى العلم). فحينئذ ان ادعى المنكر علم المدعى بالفسق، فهذا هو الذى استشكلوا فيه و صار معركة للنزاع في كونها مسموعة. الا ترى انّ العلامة في القواعد قال: «و لو ادعى فسق الحاكم أو الشهود و لا بينه، فادعى علم المحكوم له، أو المشهود له. ففي توجه اليمين على نفى العلم إشكال». فيظهر منه عدم الاشكال في السماع في اصل دعوى فسق الحاكم و جواز مطالبة البيئنة. و مثلها عبارة الكفاية، و اصرح منه عبارة الشهيد(ره) في غاية المراد.

ص: ٢٠٢

و يظهر ممّا ذكرنا، موضوع المسئلة في جرح الشهود؛ انه لا ينبغي النزاع في جواز جرح الشهود قبل الحكم، و كذا في أنّه لا يضرّ طرفاً (1) الفسق بعد الشهادة و الحكم. فالنزاع أنّما هو في الشهود بعد اجراء الحكم و دعوى فسقهم حال الشهادة. سواء كان شهادتهم في الغيبة و هو يدعى فسقهم من الاصل، او ادعى فسقهم حين الشهادة، و ان كانوا عدولاً عنده قبلها. و لا ينبغي النزاع في جواز اقامة البيّنة على فسقهم بعد حضور الغائب.

قال في الدروس: أنّ الغائب على حجته اذا حضر. و لو ادعى فسق الشهود، كلّ البيّنة على الفسق حال الشهادة و حال الحكم.

و اما عبارة غاية المراد؛ فهي أنّه قال في شرح عبارة الارشاد السابقة؛ «قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة مسائل: الاولى: اذا ادعى المنكر جرح الشهود او الحاكم، كلّ البيّنة، فان فقدتها و ادعى علم المدعى بذلك، ففي توجه اليمين على المدعى وجهان: احدهما، نعم. لانه ينتفع في حق لازم. كما لو قذف الميت و طلب الوراثة الحدّ، فادعى على الوراثة العلم بالزنا فانكر، فله تحليفه على نفي العلم. و الثاني، لا. لانه لا يدعى حقاً لازماً و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة، و لانه يثير فساداً، لانه كالدعوى على القاضى و الشهود بالكذب. و قيل لا خلاف في عدم توجه اليمين عليهما. و قد جزم المصنف به [مستدلاً بقوله] لانه يثير فساداً عظيماً تاماً. و في بعض النسخ: فساداً عاماً.

الثانية: اذا ادعى كلّ واحد اقراراً بحق، فهل يحلف له ام لا؟-؟ فيه وجهان: الاول، نعم. لانه ينتفع به مع التصديق.

الثاني، لا. اذ الحق لا يستحق بالاقرار، و ان كان ثبوته يوجب الحق ظاهراً.

الثالثة: اذا توجهت اليمين على المدعى عليه، فقال «قد احلفنى في هذا الحق مرّة

ص: ٢٠٣

١- و في النسخة: طرق.

فليحلف أنّه ما احلفنى». ففي اجابته الوجهان: المنع، لأنّه ليس عليه عين الحق، ولادائه الى التسلسل. و الاجابة، لأنّه ينتفع به في حق، فهو جار مجرى دعوى البراء. انتهى كلامه (ره).

و بعد التأمل فيه و في عبارة القواعد يتضح غايةً الوضوح أنّ عبارة الدروس و قواعد الشهيد و عبارة التحرير، كلّها مساوقةً هذا السياق، حيث لم يتعرضوا لحال البينة، حيث اقتصروا على دعوى الفسق او علم المدعى، عاطفين لعلم المدعى على الفسق.

و الحاصل: ان الذي يظهر من كلماتهم، انه لا اشكال عندهم في سماع دعوى فسق الشهود و الحاكم، في الجملة. لامكان اقامة البينة. و أنّما كلامهم في سماع دعوى علم المدعى بالفسق. و حيث يترتب ذلك على دعوى الفسق فذكر بعضهم دعوى فسقهما مع دعوى العلم و قال: «و لو ادعى فسق الشهود او الحاكم و علم المدعى به». و بعضهم فصل و قال: «كلف البينة، فان فقدها و ادعى العلم، ففيه اشكال».

و يظهر مما ذكرنا؛ أنّ ما ذكر المحقق الاردبيلي (ره) في اوایل كلامه من قوله «و يمكن ان لا يسمع، لعدم الفائدة و الفساد»، ليس على ما ينبغي. لانه ان اراد انه لا يفيد في سقوط حق المدعى، فهو كذلك. و لكنه لا ينحصر الفائدة في ذلك. فان الفائدة هو بطلان حكم الحاكم، و قد لا يقدر المدعى [على] بينة أخرى. و ينحصر امره في التحليف، فيحلف و يتخلّص من دعوى المدعى. و السدّ في فرقهم بين [واجد] (1) البينة و فاقدها مع ادعاء العلم على المدعى، أنّ البينة مما يُثبت المطلب مطرداً و يثبت ثمرتها لكل من اطلع عليها مع جامعيتها للشرائط. سيّما بعد حكم الحاكم بها، و لا خصوصية له بطلب المنكر. بخلاف النكول و اليمين المردودة و الاقرار، فإنّها إنّما ينفع في حق المنكر (مثلاً) و لا

ص: ٢٠٤

يثبت به الفسق للحاكم او الشهود مطلقا بحيث لم يجز المرافعة عنده لغيرهما.

و الحكمه فيه؛ ان البيئه مما يمكن ان يكون مناط اثبات حكم مطرد لاجل العدالة و التحرز عن الكذب. بل العدل احق شئ يحفظ نواميس الشرع و امنائه. فكما ان الحكام، من امناء الشرع. فالعدول ايضاً كذلك. بخلاف الخصماء المتداعين الذين لا يحترزون في الاغلب عن اخذ مال الغير بالخداع و الزور، و لا يجتنبون عن الكذب و موجبات الغرور.

و من ذلك يظهر ان ما ذكره في آخر كلامه حيث قال: «فانه امين الامام عليه السلام.. الخ»، ايضاً محل نظر. لانه ان اراد ذلك مع ثبوت البيئه على فسقه، فالعدول (١) ايضاً من امناء الله في الارض. و كذا الحاكم الثانى الذى يترافعون اليه. و لا ريب ان الامين لا- يقدر في الامين. و اذا كان خائناً فلا- يضمر القدر فيه. و لا ريب ان سائر القضاة الذين هم امناء، لا يستنكفون عن تحمل القضاء لاجل ظهور فسق خائن. فكيف يسد باب القضاء و لا- يقبلون القضاء. ألا تنظر كتب الرجال و الجرح و التعديل، فهل تراك (٢) تقول: لا يجوز لاصحاب الائمه (عليه السلام) الثقات، ترك الروايه مخافة ان يقدر فيهم المتعرضون لاحوال الرجال. بل ذلك مؤكّد لاهتمامهم و [تحفظهم] (٣) و توزعهم ازيد مما كانوا عليه، و حرصهم فى تكثير الروايه و تسديدها.

و ان اراد ذلك مع فقد البيئه، و ادعاء المنكر على المدعى [العلم] بالفسق، و انحصار الامر فى اليمين، او النكول، او الاقرار، فلا بد من ملاحظه ادلة الطرفين.

فنقول: ان من كان قائلاً- بعدم [ال-]جواز، يتمسك بامرين: الاول انه ليس حقاً لازماً و لا يثبت بالنكول و لا اليمين المردوده. و الثانى انه يثير الفساد. اما الدليل الاول؛ فالظاهر

ص: ٢٠٥

١- اى الشهود و البيئه.

٢- و فى النسخة: تزال، ك.

٣- و فى النسخة: تحققهم.

أنه باجمعه دليل واحد و ليس قولى (١) «و لا يثبت بالنكول» و «لا اليمين المردودة»، دليلاً آخر، حتى تكون الأدلة ثلاثة. لأنك تريهم يقولون أنه يشترط في كون الدعوى مسموعة (يعنى كونها بحيث يلزم فيها مطالبه البيئه، او الحلف، و الرد، و الحكم بالنكول) ان يكون حقاً لازماً. و مقتضى ذلك ان الحق اللازم مما يجرى هذه الامور كلها في جنسه. لا أنه لا يجرى شئ منها في غير الحق اللازم. فلا ينافى ثبوت الحق الغير اللازم بالبيئه، كالجرح، او التعديل، في رواه الاخبار. فان البيئه تجرى فيها و تفيد فائده مع انها ليسا بحق لازم.

فمرادهم من قولهم هنا «انه ليس حقاً لازماً»، ليس انه لا- يثبت بشئ من تلك الامور، حتى لا يثبت بالبيئه. و الا [لتنافى] (٢) كلماتهم في هذا المقام، سيما ما صرح به كعبارة غاية المرام. بل مرادهم أنه ليس حقاً لازماً من شأنه الثبوت بالنكول و اليمين المردودة. بل حق لازم لا دليل على ثبوته بالنكول او اليمين المردودة، و الا جاز ثبوته بالبيئه. فلا يتم اول الكلام الا باخره. و ليسا دليلين مستقلين.

و من ذلك ظهر ان ما يتوهم «ان مرادهم ان النكول و اليمين المردودة، لا- يثبتان الفسق في نفس الامر، حتى يكون دليلاً مستقلاً»، فاسد. اذ لو كان عدم الثبوت في نفس الامر منشأ لعدم جواز التمسك، لجرى ذلك في البيئه مطلقاً، و في النكول و اليمين المردودة في الحق اللازم، ايضاً، و هو كما ترى. فمستندهم في قولهم «و لا- يثبت بالنكول و لا- اليمين المردودة»، مع شمول ادلتها لما نحن فيه (٣).

و من ذلك يظهر ان مراد فخر المحققين من عدم امكان ثبوت الفسق باليمين او النكول، في عبارته التي نقل عنه بعد ذلك، هو الامكان الشرعى، لا العلقى.

ص: ٢٠٦

١- الصيغه المثناه (قولين) المضاف الى ما بعده.

٢- و في النسخة: لنافى- و له وجه، اى: لنافى. لكن الاصح لتنافى.

٣- و ليس مستندهم ان ما نحن فيه خارج عن ادله النكول و رد اليمين. تمسكاً بنفس الامر.

ويمكن (١) المناقشة في الدليل الاول، بمنع اختصاص الدعوى في «حق لازم مالى». بل قد يكون في ما ينتفع فيه، وقد يكون في غير الحق المالى، كمثال قذف الميت، [المتقدم] (٢). لعموم قوله عليه السلام «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه». اذ هو اعم من دعوى المالى و من الحق اللازم. بل المدعى «من هو في صدد اثبات امر خفى، مخالف للاصل او الظاهر». و يصدق على مدعى (٣) الفسق على الحاكم (الذى كان مسلم الطرفين) انه مدعى لخلاف الظاهر. مع انه «يترك لو ترك».

و اما قولهم «انه لا يثبت بالنكول و لا اليمين المردودة» متمسكين بمنع تبادل ذلك من الادلة؛ فلعل نظرهم الى ان الاخبار الدالة على حكم النكول و اليمين المردودة، كلها واردة في دعوى الحق، و لفظ «الحق» مذكور فيها؛ مثل صحيحه محمد بن مسلم: «عَنْ أَحَدِهِمَا (عليه السلام) فِي الرَّجُلِ يَدْعِي وَ لَا بَيِّنَةَ لَهُ قَالَ يَسْتَحْلِفُهُ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى صَاحِبِ الْحَقِّ فَلَمْ يَخْلِفْ فَلَا حَقَّ لَهُ» (٤). فيمكن ان يقال ان هذا القيد (ان سلمنا عدم اطلاق الحق على ما نحن فيه)، فهو وارد مورد الغالب فلا حجية فيه. فيبقى اطلاق غيرها شاملاً لما نحن فيه مثل حسنة هشام بن سالم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام)، قَالَ: يُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى» (٥).

سلمنا ذلك، لكن نمنع انحصار الفائدة في سماع الدعوى حينئذ في النكول او رد اليمين، ليم لا يكون الفائدة في اقرار الخصم فيسمع الدعوى، لان الخصم لعله [يعترف] (٦) بدون حاجة الى اليمين و الرد و النكول. فلو اعترف المدعى بالفسق لثبت المطلب. ألا

ص: ٢٠٧

١- الى هنا تم معرفة ماهية الدليل الاول، و كيفية استدلالهم به. و هنا يبدأ بدفع الدليل نفسه.

٢- و في النسخة: التقديم.

٣- و في النسخة: المدعى.

٤- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٧ ح ١.

٥- المرجع، ح ٣.

٦- و في النسخة: تعرف.

ترى أنا نقول بسماع الدعوى الظئيه، سيما في الامر المخفى، مع عدم ثبوت الرد فيه.

و ما يظهر من فخر المحققين من منع ترتب الفائدة المذكورة على سماع الدعوى، تمسكاً بان ذلك انما هو من اجل الاقرار ببطلان لزوم الحق؛ فلا افهم معناه، اذ نحن نقول ان هذا الاقرار انما تولد من سماع الدعوى، [لا] انه شئ مستقل، و ذلك يكفى في المطلب. و نحن نذكر عبارته و هي انه قال (بعد العبارة التي نقلناه عن القواعد): «الاقوى عندي انه لا يسمع، لان بطلان الحكم بغير سبب محال، و ثبوت الفسق باليمين او النكول، لا يمكن. و الحكم بالمسبب [من غير الحكم بالسبب] محال. و اذا اقرّ الغريم بالفسق، فقد اقرّ ببطلان لزوم الحق. فمن ثم امتنع» (١). انتهى.

هذه العبارة نقلتها من نسخة لا اعتمد بصحتها، و لا يخفى ما فيها من التعقيد و الاجمال (٢). و ظني ان مراده ان ما ذكره والده في وجه السماع، ان المحكوم عليه مدّع فسق الحاكم و يجوز سماع دعويه، لانه يترتب الفائدة عليها و هي انه اذا اقرّ المدعى بفسق الحاكم، فيبطل حكم الحاكم بالنسبة اليه و ان بقى الدعوى بحالها.

و مراد ولده في دفعه؛ ان الغريم اذا اقرّ بفسق الحاكم، فقد اقرّ ببطلان لزوم الحق فامتنع حقه من جهة هذا الاقرار، و هذا الاقرار يفيد سقوط الحق اللازم بنفسه، و ليس من ثمرات الدعوى.

فظني انه حمل الفسق في كلام والده على الكذب. فان الاقرار بكذب الحاكم انما هو الذي يوجب الاقرار ببطلان لزوم الحق، لا مطلق الفسق. اذ بطلان حكم الحاكم الفاسق، لا ينحصر في صورة كون فسقه هو الكذب في نفس الحكم. و ان لم نحمل كلامه على هذه

ص: ٢٠٨

١- ايضاح الفوائد، ج ٣ ص ٣٢٦ ط كوشانپور.

٢- وصحّحناه مطابقاً لنسخة طبع كوشانپور.

الغفلة، فلا أفهم معنى محصلاً. فإما النسخة غلط او [المتهم] (١) هو فكرى القاصر.

مع أنا نقول: الاقرار ببطلان لزوم الحق ايضاً أنما يولد من سماع الدعوى، و ليس من باب الاقرار المستقل الابتدائي، فيكفى فى صحه سماع الدعوى، امكان ترتب شىء من ثمراتها، و لا يلزم الاستيعاب. مع ان الفرق واضح بين الاقرار المترتب على الدعوى، و الاقرار الابتدائي. فان الاول مما يترتب عليه حكم الحاكم و لا يجوز نقضه، و لا الدعوى بان الاقرار كان بالاكراه، او على رسم القبالة (مثلاً). فان امثال ذلك تجرى [فى] الاقرار المستقل، دون ما كان فى المرافعة فى مجلس الحكم مع حكم الحاكم. غاية الامر عدم توقف الاقرار (بثبوت الحق بعد الاقرار فى صورة المرافعة) على حكم الحاكم. و اما ان الحكم لا ينفع فى ذلك؛ فمن اين؟! اذ قد يثمر الحكم عند قاض آخر اذا ثبت الحكم عنده. فهذه الحكم ايضاً من ثمرات مسموعية الدعوى.

و ان اريد به ان خصوص دليل الثبوت بالنكول و اليمين المردودة، لا- يشمل ما نحن فيه، فله وجه. و لكنه لا- ينفع فى اثبات المطلب و هو منع سماع الدعوى رأساً. و قد مر الكلام فى ذلك آنفاً.

و اما الدليل الثانى: فالظاهر ان مرادهم من «لزوم الفساد»، ان سماع تلك الدعوى يوجب فتح باب الطعن على الحكام و [اهانتهم] (٢) و اجترأ كل منكر على الطعن و الاستهانة بالنسبة الى امانه الله. و يثمر ذلك ايضاً التقاعد عن [القضاء] (٣)، كما اشار اليه المحقق الاردبيلي (ره). و يمكن دفعه بمعارضه «نفى الضرر و الضرار»؛ فلو كان الحاكم حكم عليه بثبوت اموال خطيرة و كان المنكر عالماً بكذبه و ظلمه فى الحكم، فتحمل هذا

ص: ٢٠٩

١- و فى النسخة: المهم.

٢- و فى النسخة: اعانتهم.

٣- و فى النسخة: القبول.

ايضاً فساد و ضرر عظيم لا يقابله نكايه حلف المنكر على كذبه، يعنى بعد رد المدعى يمين نفي العلم على المنكر و حلفه على كذب الحاكم.

و يلزم من ذلك أن لا يجوز للمكلف رد رواية الراوى بالجرح فيه. فلا ريب أن حلف المنكر على كذب الحاكم او فسقه، اسهل من اتلاف مال المسلمين، سيما اذا كان فى غاية الكثرة، و سيما اذا كان هو ايضاً من القضاة الامناء، اذ قد يتفق النزاع فى المال بين قاض و رعيته.

نعم: يشكل اذا كان دعوى الكذب و الفسق مع نفس القاضى، و كان التجاذب معه. بان يقول المنكر «قد جرت فى الحكم و ظلمتنى و كذبت». و لولا شائبة الاجماع و عدم الخلاف (كما يظهر من غاية المراد، و قواعد الشهيد، و المحقق الاردبيلى) لجرى الكلام فيه ايضاً. مع أنه يلزم الاهانة و الاستخفاف فى صورة التمكّن من البيّنة ايضاً و لا يظهر منهم الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى حينئذ، كما يظهر من عبارة الارشاد و غاية المراد، حيث قال: «لا يتوجه اليمين اليه» و لم يذكر عدم السماع من البيّنة. و المحقق الاردبيلى (ره) بعد عبارة الارشاد قال: «عدم استحقاق المنكر تحليف الشاهد و لا القاضى، ظاهر من العقل و النقل، فانه (1) يقتضى أن صاحب الحق يحلف لا الاجنبى، و أنّ البيّنة على المدعى و اليمين على من انكر، و ليس احدهما الا فى مواضع ليس هذا منها، و ان اليمين انما يكون لاثبات حق الحالف لا الغير. و لانه ليس له بعد البيّنة احلاف المدعى، لانّ احدى الحجّتين قائمة فلا يحتاج الى الاخرى. فتحليف غيره بالطريق الاولى».

و لعلّه اراد الردّ بالعقل، هو لزوم الفساد. [1] و هو مع الاصل.

و اما النقل فمن وجوه اشار اليها. و لا يخل شيئاً منها من شيعى. فالعمدة هو عدم

ص: ٢١٠

١- اى النقل.

ظهور الخلاف. كما يظهر من آخر كلامه. و أنّ المخالف أنّما هو بعض العامّة.

و قد ظهر من اول كلامه ايضاً أنّ الكلام أنّما هو في غير صورة البيّنة. و الحاصل: أنّ كل من حضرنا عبارته؛ اما نص الكلام باليمين، او اطلق. و لم يتعرّضوا لصورة وجود البيّنة.

بقى الكلام فى المسئلتين (المذكورتين بعد دعوى المنكر عليم المدعى بكذب الشهود و القاضى او فسقهما): احدهما مسئلة دعوى الاقرار. و هى مطلقة فى كلماتهم، الاّ المحقق الاردبيلي (ره). فانه قال: «و كذا البحث فى دعوى المنكر اقرار المدعى بفسق الشهود او بفسق الحاكم.. الخ». و الاولى جعل المسئلة مطلقاً، و ان كان [ن] الاقرار بفسق الحاكم و الشهود من بعض افرادها. كما جعلها كذلك فى الارشاد و التحرير.

و اعلم: ان مراده فى التحرير حيث قال (فى وجه عدم تحليف منكر الاقرار): «لا- يثبت حقاً فى نفس الامر بل [يقتضى] (1) به ظاهراً»، أنّ الدعوى المسموعة أنّما هى اذا ادعى المدعى حقاً ثابتاً فى نفس الامر باعتقاده. و هذه الدعوى (اعنى دعوى أنّ الخصم اقرّ بما يدعيه) ليس من باب دعوى استحقاقه شيئاً فى نفس الامر، بل من باب دعوى يوجب (2) ثبوت الحق له فى ظاهر الشرع، و هو اقرار الخصم. اذ المدعى قد لا يعلم باستحقاقه شيئاً و لكن يتمكن باقرار الخصم الموجب للحكم بثبوت المقرّ به ظاهراً. و هو معنى قوله «و ليس الاقرار عين الحق».

و لعل هذه العبارة صارت سبب ما توهم المتوهم الذى اشرنا سابقاً الى فساده. و انت خير بتغاير المعنيين. اذ المتوهم توهم أنّ المثبت [للحق] (3) لا بد ان يكون مثبتاً لشيئ فى

ص: ٢١١

١- و فى النسخة: يقتضى.

٢- و فى النسخة: ما يوجب. - فعلى القارئ الكريم، الدقّة. فانّ المطلب ظريف جداً.

٣- و فى النسخة: الحق.

نفس الامر. و المراد فى عبارة التحرير هو مراد الشهيد(ره) فى غاية المراد فى المسئلة الثانية.

ثم المراد من العبارة الاخيرة فى التحرير، حيث قال: «و كذا لو قال بعد قيام البيئنة، اقرّ لى بهذا»، ان الاشكال المذكور جار فى ما لو قال المنكر (بعد اقامة المدعى البيئنة على حقه): «ان المدعى اقرّ لى بهذا الذى يدعيه و اقام (1) البيئنة عليه».

و قال العلامة فى القواعد: «و لو ادعى الإقرار، فالأقرب الإلزام بالجواب» (2) و قال فى الايضاح: «وجه القرب أنه لو أقر الخصم المدعى عليه بصدور الإقرار منه، ثبت حق المدعى و قضى بإقراره الأول بإقراره فى مجلس الحاكم. و يحتمل العدم، إذ الإقرار ليس حقاً لازماً [و لا- سبباً للحق فى نفس الأمر] و إنما هو إخبار عن حق لازم. فالمدعى لم يدع حقاً لازماً [و لا ملزوماً له فى نفس الأمر، و إنما هو إخبار عن حق لازم له، لو علم المقر له كذب المقر فى إقراره، لم يحل له أخذ المقر به]. فلذلك لا يسمع بالنسبة إلى اليمين» (3).

اقول: الظاهر ان مراده أنه كما لا- يسمع اذا لم يقرّ و آل الامر الى اليمين، فكذلك لا يسمع بالنسبة الى الاقرار. و لعله لا ينكر سماعه بالنسبة الى البيئنة. و الاظهر السماع بالنسبة الى الجميع فى هذه المسئلة. لما مرّ من صدق المدعى و المنكر، و عدم انحصار الحكم بالنكول و الردّ، فى الحق الثابت المالى.

و ثانيهما: (4) ما لو توجه اليمين على المنكر، فقال: «أنه حلفنى قبل هذا مرّة و حلفت

ص: ٢١٢

١- و فى النسخة: و على اقامة.

٢- القواعد (متن الايضاح) ج ٣ ص ٣٢٦ ط كوشانپور.

٣- المرجع نفسه.

٤- اى ثانى المسئلتين الباقيتين.

له؛ و ذكروا في اجابته الوجهين: احدهما سماع دعوى المنكر حيث يقول: «حلفنى مرّة اخرى فى مرافعة غير هذه المرافعة و حلفت له». فيسقط حقه. لأنّ الحلف يُسقط الحق فى الدنيا و ان اقام البيّنة على دعويه بعد ذلك. على الاظهر. فان اقرّ المدعى بذلك، فيسقط حقه. و ان انكر التحليف قبل هذا و حلفه له. و طلب المنكر حلفه على عدم التحليف، فان حلف، فهو باق على حقه من تحليف المنكر. و يعمل على مقتضاه. و ان لم يحلف على عدم التحليف، فيثبت تحليفه و يسقط حقه (ان قلنا بالقضاء بالنكول بمجرد ترك الحلف. كما هو الاظهر. او مع اليمين المردودة. على الاشهر). و دليله عمومات [سقوط] (1) الطلب باليمين، و صدق المدعى و المدعى عليه، عليهما. كما مرّ. و أنّ دعوى التحليف بمنزلة دعوى البراء. كما ذكره فى غاية المراد.

و الثانى عدم السماع. لوجهين: الاول أنّ دعوى التحليف ليس من الحق اللازم و ان نفع فى الحق. و قد ظهر جوابه. و الثانى أنّه يؤدّى الى التسلسل. و لا افهم معنى هذا الاستدلال. اذ لو كان المراد أنّ الحاكم الذى حكم بالحلف على المنكر، و ادعى المنكر تحليفه قبل ذلك فى مرافعة اخرى إما عند غير هذا الحاكم، او عنده و لم يكن الحاكم متذكراً للحال. لو سمع الدعوى و حكم بالتحليف على عدم التحليف، و حلف المدعى على عدم التحليف قبل هذا. او اراد تحليف المنكر فيقول المنكر قد حلفنى بعد ما حلفته على عدم التحليف، فلو سمع هذا و حلف المدعى على عدم تحليفه بعد ما حلفه على عدم التحليف و حكم على المدعى بالحلف على عدم التحليف و حلف، رجع على المنكر بمطالبة الحلف. و هكذا الى ما لا يتناهى.

ففيه: أنّ الحاكم مطلع بالحال، فكيف يدعى فى مجلس الحكم هذه الدعوى. فيحكم

ص: ٢١٣

يحلف المنكر على عدم استحقاق المدعى. و يعمل على مقتضاه، و لا يبقى للمدعى مجال دعوى اخرى عند هذا الحكم حتى ينتهى الى تحليف المنكر فيقول حلفتى مرّة اخرى. و هكذا حتى يلزم التسلسل. اذ الحاكم حكم بسقوط الدعوى و لا مجال للعود فيها. فلا وجه لبيان التسلسل بانّ المراد أنّ الحاكم اذا سمع هذه الدعوى و حلف المدعى على عدم التحليف و حلف، و اراد تحليف المنكر فيقول المنكر حلفتى بعد تحليفى ايباك، فلا يحلف مرّة اخرى، ثمّ هذه الدعوى ايضا تحليف دعوى المدعى اياه مرّة اخرى. فيسمع و يرجع الى تحليف المدعى مرّة اخرى و حلف له على عدم التحليف، و اراد تحليف المنكر مرّة ثالثة، ثمّ ادعى المنكر أنّك حلفتى بعد هذه المرّة. و هكذا.

و لو كان المراد انه يمكن ان يجدد المدعى دعويه عند حاكم آخر، او عند هذا الحاكم إن نسى الحكم، و ينجز الامر عنده الى تحليف المنكر، فقال حلفتى مرّة اخرى. فنقول (١): أنّما هو من ثمرات التقلب و الاعراض عما حصل من قطع النزاع. اذ قد يجدد الدعوى من رأس مع سقوطها بتحليف الحاكم الاول. مع انه يمكن العلاج بالاشهاد و الصلح. و نحوهما، مضافاً الى منع استحالة هذا التسلسل، لامكان انقطاعه بسبب من الاسباب. و لعلهم لم يردوا (٢) ايضاً بالتسلسل، المصطلح. بل ارادوا محض عدم انقطاع الدعوى (٣).

و كأنه الى بعض ما ذكرنا نظر الشهيد(ره) فى الدورس حيث جعل هنا وجهاً ثالثاً؛ و هو سماع الدعوى مرّة واحدة.

١٠٦- سؤال:

١٠٦- سؤال: زيد و كيل عمرو كه در يزد ساكن است كه بلد بعيدى است، بر بكر ادعاى طلب موكل خود را مى كند. و بكر متلقى به اين كه: حسب الحوالة موكل تو، آن

ص: ٢١٤

١- و فى النسخة: بل نقول.

٢- و فى النسخة: لم يردوا.

٣- عبارة النسخة: بل ارادوا محض انقطاع عدم الدعوى.

طلب را به خالد و ولید داده ام. و چون در صورت عدم بینه، قسم رجوع می شود به عمرو موکل، و او در بلد بعید است.

الحال بکر می گوید عمرو بیاید این جا و در نزد حاکم شرع قسم یاد کند و تنخواه خود را بگیرد. و زید می گوید که تو برو به آن بلد و آن جا موکل مرا قسم بده و طلب او را تسلیم کن.

و مفروض این است که بکر هم مریض و مسافرت برای او عسری دارد. آیا قول زید مقدم است یا قول بکر.

جواب:

جواب: ظاهر این است که قول زید مقدم است؛ به این معنی که در اختیار حاکم و مرافعه کردن نزد او، قول او مقدم است هرگاه در نزد حاکم شرع واقعی باشد و مساوی باشد با حاکمی که بکر اختیار می کند. زیرا که هر چند الحال بکر مدعی است در حواله داد[ن] طلب، و لکن مدعی اصل، زید است و او مقدم است در مدعی بودن. و دعوی حواله و ابراء او را از مدعی بودن بیرون نمی کند. زیرا که هرگاه بکر از دعوی حواله و ابراء، ساکت شود، از او دست بر نمی دارند، به سبب ادعاء سابق و اشتغال ذمه ثابت به اقرار بکر.

و اما هرگاه حاکمین مساوی نباشند، و حاکمی که بکر اختیار می کند، ارجح باشد، باز به سبب لزوم حرج، شاید مختار زید مقدم باشد. زیرا که توکیل در تحلیف جایز است، اما توکیل در حلف ممکن نیست، هر چند در عسر طی مسافت باشد، یا به سبب رعشه بکر عسر در او زیادتر باشد.

ص: ۲۱۵

اما المقدمة: فعرفه جماعة بـ«أنه ولاية الحكم شرعاً لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية، على اشخاص معينة من الناس باثبات الحقوق و استيفائها للمستحق». قيل: و من خواصه عدم جواز نقض له و لغيره الا في ما استثنى. و هو على اطلاقه ممنوع. اذ قد لا يجوز نقض الفتوى ايضاً. و تحقيق ذلك مستقصى في القوانين المحكمة.

و الفرق بينه و بين المفتى و المجتهد و الفقيه، بالاعتبار؛ فـ[ب]ـ[اعتبار أنه عالم بالحكم من الدليل، فقيه. و باعتبار أنه مستدل مستخرج، مجتهد. و باعتبار أنه يُلزم او يطلق لاحاد البرية بالاحكام الشخصية، قاض. و من حيث انه مخبر بما علمه بالدليل كلياً، مفت. و يمكن ان يقال: ان الحاكم مغاير للقاضي ايضاً بالاعتبار، فيسمى حاكماً من حيث ولايته على المولى عليهم و تسلطه على العباد في اقامة الحق و ازهاق الباطل.

المطلب الاول في القاضي: و فيه مسائل:

الاولى: لا يجوز الحكم بين الناس الا

للنبي، او الوصي، او النائب عنه، او من نصبه النائب، او من اذن له الامام في ذلك صريحاً او بشاهد الحال كما اذا كان الناحية وسيعاً جداً.

و الفقيه الجامع لشرائط الفتوى منصوب من قبل الامام، بالاجماع و الاخبار. و ظاهرهم تخصيصه بحال الغيبة و ان كان الروايات يفيد الاعم، بل ظاهرها حال الحضور. كما يفيد قول الصادق عليه السلام: «انظروا الى رجل منكم» الى ان قال: «فاجعلوه قاضياً فتحاكموا اليه» (١). و كذلك سؤال الزاوي عن حال الاختلاف، و تفصيل الامام عليه السلام في الجواب بتقديم الافقه و الاعدل، و غيره.

فان كان اجماعاً. و الآ، فلا [اختصاص] (٢) بحال. و ظاهرهم الاجماع. كما يشعر به استثنائهم قاضي التحكيم، مع أنهم لم يخالفوا في اشتراط كونه مجتهداً. و هذا مع ان اصل عدم حجية غير قول المعصوم، [يقتضى] تعيين التخصيص (٣).

و النزاع فيه الا ان قليل الفائدة، كالكلام في قاضي التحكيم و استثنائه في اشتراط اذن الامام، و هو من تراضى الخصمان به من الرعية جامعاً لشرائط القضاء سوى اذن الامام. فانه مختص بحال الحضور. فان امضاء حكم المجتهد الجامع مع حال الغيبة، لا يتوقف على تراضى الخصمين. نعم يمكن ان يقال باختصاص استثناء قاضي التحكيم بزمان النبي صلى الله عليه و آله، و من يحذو خذوه من الائمة المسلطين. و اما الغير المسلطين منهم عليهم السلام، فيكفي في المجتهد الاذن العام. اذ عدم تسلطهم في معنى غيبتهم.

و في الزوايه الدالة على كفاية عموم الاذن (٤)، تنبيه على ذلك، كما يظهر من

ص: ٢١٨

١- الوسائل، ابواب صفات القاضي، ب ١ ح ٥.

٢- و في النسخة: اشكال.

٣- التخصيص بعصر الغيبة.

٤- لعل مراده (ره) مقبولة عمر بن حنظله، الوسائل، ابواب صفات القاضي، ب ٩ ح ١.

و لو تشاح الخصمان فى مجتهدين متساويين حال الغيبة، فيقدم مختار المدعى. لأنه الطالب و «يترك لو ترك». فاذا [ما] ترك الأ عند هذا المجتهد، فلا بحث عليه. و اما مع التفاوت؛ فيقدم الاعلم بالمشهور (٢). [هذا هو] المدعى عليه الاجماع لمقبولة عمر بن حنظلة المنجبر ضعفها بعمل الاصحاب، الموافقة للعقل و النقل. و ان كان يظهر من المحقق الاردبيلي (رحمه الله) التأمل فى الترجيح، و فى الاجماع ايضا، لائن المدار فى الاحكام، على الظنون، و كثيراً ما يصيب المفضل و يخطئ الافضل. و قبح تقديم المفضل انما هو فى الرياسة العظمى المتوسط بالعلم الحق الالهى.

و فى الدروس نقل جواز تولية المفضل [مع] (٣) وجود الفاضل، عن قول.

و اما الاورعية: فلا يوجب الترجيح، لوجود نفس العدالة فى الاخر، و ان كان اولى.

الثانية: يجب الحكم بين الناس كفايةً، و لا ينافيه اشتراط اذن الامام حال الحضور فى حق غيره (كصلوة الجنازة بالنسبة الى اذن الولى). و يتعين مع تعيين الامام، او انحصاره فى الواحد. فيجب الاعلام عند حضور الامام لو احتاج اليه. و اما الاعلام مع عدم الضرورة، او مع التعذر؛ فهو مستحب. و توهم الكراهة (لما ورد من التحذير و التهديد فى امر القضاء)، ضعيف.

الثالثة: يشترط فى القاضى مطلقاً؛ العقل، و البلوغ، و الايمان، و العدالة، و الذكورة، و طهارة المولد، اجماعاً. و اشترط جماعة غلبة الحفظ، و النطق، و البصر. [و] العلل المذكورة لها (من عدم تمكن النسوان من ذلك غالباً، لاحتياجه الى البروز و تمييز

ص: ٢١٩

١- المسالك، ج ٢ ص ٢٨٣-٢٨٤ ط دار الهدى.

٢- اى الذى هو اعلم بتشخيص الرواية المشهورة عن غير المشهورة.

٣- و فى النسخة: فى.

الخصوم و الشهود، و من انّ التمييز و الاتقان لا يحصل مع كثرة النسيان و الخرس) غير مطردة. فلا وجه لعدم الجواز مطلقاً. إلا ان ينعقد الاجماع مطلقاً.

اقول: و يمكن ان يكون الاجماع بالنظر الى اصل اختيار الولاية و المنصب عموماً. و اما فى حكومات خاصة؛ فلم يعلم ذلك من ناقله، و ان احتمله بعض العبارات. فالاشكال ثابت فى الاشتراكات مطلقاً. قال فى الدروس: «و اما الصّيمم؛ فلا يمنع من القضاء مطلقاً» (١). و لعل اطلاقه بالنظر الى اقسام القاضى، و الا فالظاهر عدم الجواز فى ما لو لم يسمع مطلقاً، و نُقل عليه الاجماع. و من فخر المحققين.

و اما الكتابة و البصر و الحرّية، ففى اشتراطها خلاف. و الاشهر الاشرط. و الاقوى عدمه فى الاخير اذا حصل الاذن من المولى. لعموم الادلّة. و ثبوته فى الاولين (٢) ان اريد الولاية العامّة. لتوقف الضبط و التمييز [عليهما] (٣) غالباً.

و كونه (صلى الله عليه و آله) امياً، و كون شعيب (عليه السلام) اعمى، مع تسليمهما (٤)،

ص: ٢٢٠

١- الدروس، ج ٢ ص ٦٥ ط جامعة المدرسين.

٢- اى: و الاقوى ثبوت اشتراط الكتابة و البصر.

٣- و فى النسخة: عليها.

٤- نسلم كونه (صلى الله عليه و آله) امياً و قد نصّ به القرآن: «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ» ١٥٧، اعراف. و «فَأَمُّوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ» ١٥٨، اعراف. و لكن ما هو معنى الأمى؟ «الأمى هو من لم يكن متعلماً من معلّم». و هذا معناه الحقيقى. و قد اشتهر فى لسان العوام انّ الامى من لا يقدر على الكتابة و قرائه الكتاب. فالمعنى الحقيقى لا يدلّ على الجهل. كما انه يمكن ان يكون احد نجاراً من دون ان يتعلّم النجارة من معلم. و اكثر النوايح فى ابتكاراتهم اميون، بل جلّهم. بل كلهم. الذى اخترع حروف الكتابة، ممن اخذها و ممن تعلّمها؟ ألم يكن فى هذا الفنّ امياً غير متعلم من معلّم؟ فما بال الرسول (صلى الله عليه و آله) لا- يقدر بتشخيص ثلاثين حرفاً، مع انّ اعدائه مقرّون بنبوغه فوق النوايح، فضلاً عن امته. و فضلاً عن رساله العظمى و علمه بالغيوب. كيف و هو يعلم زيد بن الثابت الكتابة بل حسن الكتابة حرفاً بحرف، بشهادة التاريخ و اجماع المحدثين و اهل السيرة. فهو (صلى الله عليه و آله) كان امياً فى كل الامور و العلوم، و ما تعلّم شيئاً من غيره، مع كونه اعلم الخلق فى كل شىء و فى كل علم. و كذا عدم تلاوته الكتب و عدم تخطيطه (كما جاء فى ٤٨ من العنكبوت) لا يدلّ على عدم قدرته بالكتابة و القرائه. و عدم الفعل لا يدلّ بعدم العلم. لا حاجة لعاقل فهيم (مسلماً كان او غير مسلم) عرف كيانه التاريخيه، الى قول قائل او رواية راوى فى كونه قادراً على الكتابة و القرائه، و عرفانه ثلاثين علامه من العلامات الاعتباريه. مع انّ الروايات من اهل بيت الرساله (عليهم السلام) دالّة على علمه بهما. بل على عمله (صلى الله عليه و آله).

لا يدل على المطلب، لمكان العصمة (١).

و اما اشتراط العلم بالاحكام بالاجتهاد فيها؛ فهو المعروف من المذهب، المدعى عليه الاجماع. و ظاهر الاكثر اشتراط كونه مجتهداً فى الكل. و لا- يبعد جوازه للمتجزى (على القول به فى الاجتهاد، كما هو الاظهر) سيما حال فقد المجتهد المطلق. لخصوص رواية أبى خديجة (٢)، المنجبر ضعفها بالعمل فى الجملة. و لظاهر غيرها من الادلة.

و ما ذكره صاحب الكفاية ان كلام الشهيد الثانى فى [المسالك] (٣) حيث قال «لا يكفى اجتهاد القاضى فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد» (٤)، و لم ينقل خلافاً، يفيد انّ عدم الجواز اجماعى. غير ظاهر الوجه. مع انه (ره) قال فى الروضة (فى كتاب الامر بالمعروف، فى شرح كلام المصنف حيث اعتبر معرفة الاحكام فى الحكم بين الناس): انّ «المراد بالاحكام العموم بمعنى التهيؤ لمعرفة بالدليل، ان لم نجوز تجزى الاجتهاد. او الاحكام المتعلقة بما يحتاج اليه من الفتوى و الحكم، ان جؤزناه. و مذهب المصنف جوازه. و هو قوى» (٥). و هو كالصريح فى تقويته جواز الحكم له، و انه مذهب المصنف.

و قال الشهيد فى الذكرى: الاولى جواز تجزى الاجتهاد، لانّ الغرض الاطلاع على

ص: ٢٢١

- ١- فلا- حاجة بالتمسك بالعصمة. بل العصمة معلول و العلم علتها. و العصمة الغير الناشئة عن العلم، هى عصمة الغزلا-ن و الحمامة، لا عصمة نبيّ من الانبياء فضلاً عن اشرف المرسلين.
- ٢- الوسائل، ابواب صفات القاضى، ب ١ ح ٥.
- ٣- و فى النسخة: فى ذلك.
- ٤- المسالك، ج ٢ ص ٢٨٣ ط دار الهدى.
- ٥- الروضة (شرح اللمعة) ج ٢ ص ٤١٨- كلانتر.

مأخذ الحكم وما يعتبر فيه، و هو حاصل. و يندر و يعد تعلق غيره به، فلا- يلتفت اليه، لقيام هذا [في] التجويز في المجتهد المطلق. [و يدل] عليه مشهورة ابي خديجة: «عن الصادق (عليه السلام): انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم حكماً، فأتى قد جعلته قاضياً» (١).

و التمسك به صريح في تجويز المرافعة و حكم المتجزي. و هكذا اقول في كل ما استدلل بالرواية في جواز التجزي. و كذلك الكلام في مقبولة عمر بن حنظلة، ان قلنا بان اضافة الاحكام لا يفيد العموم بل هو للجنس كما في قولهم «حكم الله هو خطابه المتعلق بافعال المكلفين». اذ [لا] التفات فيها لعموم الاحكام و خصوصها، بل المراد فيه الردع عن متابعة المخالفين. بل استدلل بها جماعة من الاصحاب على التجزي و منهم المحقق الاردبيلي (ره). و يظهر منه ان جواز العمل به حين فقد المجتهد في الكل، قطعي. و الخلاف انما هو في صورة الامكان. و يظهر من الشهيد في الدروس الجواز.

و استقرب في الكفاية الجواز في صورة فقد المجتهد في الكل. و استدلل على عدمه في صورة الوجدان، بمادل على تقديم الاعلم، و بمثل مقبولة ابن حنظلة. و فيه نظر. سيما اذا كان دليل مجتهد الكل متعيناً و يكون اشتباهه ظاهراً و كان المتجزي مطلعاً عليه و كان فطناً زكياً عرف منزلته في فهم الدليل.

و اما ادعاء بعضهم الاجماع على تقديم الاعلم مطلقاً؛ فمما فيه نظر. اذ المستدل به علله بكونه اقرب الى الحق. و الجمع بين الاجماع الناشى عن التعبد و التعليل بكونه اقرب الى الحق، محل نظر كما ترى. مع ان كون ما يقوله «الاعلم اقرب الى الحق» محل نظر واضح. سيما و يشاهد اختلاف الاعلمين و موافقة بعضهم المفضولين و مخالفة

ص: ٢٢٢

بعضهم. و كون الاعلمين قائلين باقوال مختلفه في مسئلة واحدة. و غير ذلك ممّا بينته مستقصى في القوانين.

و الاستدلال في تقديم الاعلم بمثل رواية ابن حنظلة، ايضاً غير تمام. لانه انما هو في صورة تشاح المتداعيين، و ليس في ذلك تعيينه (١) في نفس الامر. كما ذكره في تشاح المامومين في الاثمة.

و اما غير المجتهد: فظاهرهم الاتفاق على عدم جواز حكمه في حال من الاحوال، و دعوى الاجماع مصرح بها في كلامهم. فلاحظ الروضة (٢) و غيرها. ولكن المحقق الاردبيلي (ره) نقل قولاً منسوباً الى ابن فهد (ره) بجوازه حين فقد المجتهد، و قال انه وجدته في حاشية الدروس. و انا ايضاً وجدت في حاشية نسخة من الارشاد ما نقله (ره) عنه. و جنح هو (ره) ايضاً الى ذلك و نفى عنه البعد في كتاب الامر بالمعروف، قال: «و نقل ذلك عن قواعد الشهيد ايضاً». ثم استدل عليه ببعض الروايات.

اقول: بل هذا القول لم يكن مهجوراً بين الاصحاب، بل كان معروفاً. نقل القاضي المقداد في التنقيح عن الشيخ في المبسوط ذكر هذا القول. و قال (في شرح قول المحقق؛ و لا ينعقد الا لمن له اهلية الفتوى و لا يكفيه فتوى العلماء) (٣): حكى الشيخ في المبسوط في هذه المسئلة ثلاثة مذاهب: الاول: جواز كونه عامياً و يستفتى العلماء و يقضى بقولهم. الثاني: ان يكون له ثلاث صفات؛ العلم و العدالة، و الكمال. و لا يكون عالماً حتى يكون عالماً بالكتاب و السنّة و الاجماع و الخلاف و لسان العرب، الى ان قال: و الثالث: لا

ص: ٢٢٣

١- و في النسخة: لتعيينه.

٢- قال في الروضة (في كتاب الامر بالمعروف) في حق المقلدين: «.. اما الحكم فيمتنع مطلقاً للاجماع». ج ٢ ص ٤١٩- كلانتر.

٣- المختصر النافع، ص ٢٧٩ ط دار الكتاب العربي بمصر.

يشترط علمه بجميع الكتاب بل يكفي منه الايات المحكمه و هي خمسماه. و كذا لا يشترط ان يكون عالماً بجميع اخبار الرسول (صلى الله عليه و آله) و آثاره، بل ما يتوقف عليه الاحكام من سنته. هذا حاصل ما قاله فى المبسوط و لم يصرح [باختيار] (١) شئى من هذه المذاهب. لكن عبارته يحتمل للقولين الاخيرين. و الثانى ممنوع. و الثالث لاصالة البرائه من وجوب ما لا يتعلق بالاحكام من الكتاب و السنه (٢). انتهى ما اوردنا نقله من عباره التنقيح.

فان الظاهر ان الاقوال كان من اصحابنا. و تقديم القول الاول مشعر بكونه قولاً مهمماً به لو لم نقل [انه راجح] (٣) الاقوال عنده. بل لم يظهر من التنقيح انكاره ايضاً، سيما مع تمسكه باصالة البرائه فى دفع القول [الثالث] (٤).

و يمكن الاستدلال بروايه ابي خديجه المنجبره ضعفها بعمل الاصحاب و ان كان فى غير هذا المدلول. و لعل تركهم العمل فى ذلك لعدم تفتنهم بالدلاله، لا لضعف المدلول. كما ان المنكر لجواز حكم التجزى مع القول بجواز التجزى فى الاجتهاد، مع استدلاله فى التجزى بتلك الروايه، غفل عن ذلك. مع ان منظوقها الصريح، الحكم و الفتوى. [لا] مدلوله التبعي.

و بمقبوله عمر بن حنظله الموثقه. و تخصيصهم اياها بمجتهد الكل، غير ظاهر الوجه. اذ بمجرد اضافه الجمع لا يفيد العموم. بل لعله من باب افعال المكلفين فى تعريف الحكم الشرعى. فيمكن الاستدلال بها للمتجزى ايضاً كما مرّ. و وجه الاستدلال فى ما نحن فيه، ان

ص: ٢٢٤

١- و فى النسخه: باخبار.

٢- التنقيح الرائع، ج ٤ ص ٢٣٥ ط مرعشى.

٣- و فى النسخه: لرجح.

٤- و فى النسخه: الثانى.

المراد بالعلم و المعرفة فيهما ليس معناه الحقيقي جزماً، لفقده في المجتهد في الكل ايضاً.

و القول بأن «وجوب العمل، علاقة قرينه لارادة ظنّ المجتهد في الكل، و ليس بموجود في ما نحن فيه». مدفوع بأن كون مجتهد الكل ظاناً بما يجب العمل به، علاقة لتصحيح ارادة هذا الظنّ الخاص من العلم. و اما جواز حكمه و قضائه؛ فهو مستفاد من قوله عليه السلام: «جعلته حاكماً و قاضياً» فحينئذ فالعلاقة هي وجوب عمل الظانّ بظنّه كالعالم بعلمه. و هذه العلاقة موجودة في ما نحن فيه و المتجرى. و كذلك جواز عمل الغير بفتواه مستفاد من الرخصة في الرجوع اليه. لا- من اطلاق لفظ العلم على ظنه. فالعلاقة انما تصحح اطلاق العلم على الظن باعتبار وجوب عمل العالم نفسه، لا عمل الغير بعلمه. اذ من الواضح البين أنه لا يصح ان يقال ان مقتضى علم العالم (من حيث انه عالم) ان يعمل غيره به اي شخص كان ذلك العالم. فالحقيقة و المجاز انما يلاحظان بالعلاقة، و العلاقة انما يتم في عمل العالم بعلم نفسه، لا عمل غيره به. كما هو واضح.

فلا ريب ان مجتهد الكل كما يجوز له العمل بظنّه بل يجب، فكذلك المقلد بل المتجرى. على الاصح الاشهر.

و كذلك لو قيل «ان ظنّ مجتهد الكل هو حكم الله الظاهري في حقه، فمن عرفه (1) فقد علمه. فهو عالم حقيقة». و فيه (مع انه موجب لارادة معينين بالحقيقة و المجاز و الاشتراك من اللفظ [في استعمال واحد]، اذ ليس كل معلومات مجتهد الكل ظناً بل قد يحصل له العلم الواقعي. و اخراج القطعيات مطلقاً من الفقه و الاجتهاد لا وجه له. كما بيّناه في القوانين): ان ذلك ايضاً تجوز حقيقة. اذ ليس معنى «علم بالمظنون» الا- «ظنّ به». و كونه حكم الله الظاهري في حقه، لا يوجب كونه علمياً. و مع ذلك فحكم الله

ص: ٢٢٥

١- اي من عرف الحكم الظاهري.

الظاهرى فى حق المقلد هو ما اخذه من المجتهد حياً او ميتاً او ما فهمه من الكتب بعد عجزه عنها. على التفصيل المبين فى محله.

و ما يقال فى هذا المقام «انّ مجتهد الكل واجب العمل اتفاقاً. فهو مراد (١) جزماً، و غيره مشكوك فيه». فهو اجنبى لهذا المقام. اذ الكلام فى الاستدلال بالرواية، [لا الاجماع] (٢). غاية الامر انه داخل فى مدلول [اللفظ] (٣) المجازى جزماً. و هو لا يوجب خروج غيره. و لذلك يستدل برواية ابى خديجة، بل موثقة ابن حنظله، على جواز التجزى، و حكم المتجزى. مع عدم تحقق الاجماع فيه.

اذا تقرّر هذا، فتقريب الاستدلال؛ انّ المقلد العارف العادل العامل بفتاوى مجتهدة الحى (او الميت على القول بالعمل به)، اذا عرف فتاوى مجتهدة ممّا له مدخلية فى الواقعة الخاصة من مسائله الفقهية و مسائله القضائية؛ مثل انه اذا علم انّ عشرة رضعات [يحرّمن] (٤) بفتوى مجتهدة، و انّما يثبت بشهادة النسوان. فان حصل الاشكال فى امر زوجته المتفقه له فى التقليد و المسلمة لامر مفتيها، و حصل لهما العلم بشهادة النسوان بحصول الرضاع المذكور، و انّ معنى العدالة اى شىء، و مقبول الشهادة من هو، فيتفارقان بمحض معرفتهما بالحال من دون احتياج الى حاكم.

فاذا وقع النزاع بين رجل آخر و امرئ أخرى فى المفارقة، و ادعى احدهما حصول الرضاع، و انكر الاخر. و فرض موافقه المتخاصمين لذلك المقلد فى التقليد، فيجوز لهذا العارف ان يرفع النزاع بينهما بمسائله التقليدية التى من جملتها معرفة المدعى و المنكر.

ص: ٢٢٦

١- اى فهو المراد من «علم شيئاً من قضايانا» فى الرواية.

٢- و فى النسخة: للاجماع.

٣- و فى النسخة: لفظ.

٤- و فى النسخة: يجرس.

مثل انه عرف بالتقليد ان مدعى الحرمة مدع، و مدعى الحل منكر. فاذا ضمّ الى ذلك رواية ابي خديجة و ما فى معناها، يثبت له [شان] (١) رفع النزاع بينهما. لانه يصدق عليه انه عارف باحكامهم و لو بتقليد مجتهد، و المتخاصمان ايضاً مقلدان لمجتهد ذلك العالم. و جعله الامام عليه السلام قاضياً و حاكماً بسبب معرفة احكامهم. فيصح حكمه.

و توهم ان «مدلول الرواية هو معرفة الاحكام. و الحكم غير الفتوى. و المقلد المذكور انما يعرف فتوى مجتهد، لا حكمه. و كذلك انما هو يعرف فتاويهم (عليهم السلام) فى الكليات، لا احكامهم»، ضعيف. اذ ذلك الفرق [اصطلاح] جديد، لا يحمل عليه كلامهم عليهم السلام. و هو فى الاصل اعم من الفتوى. مع انه لا يتصور معنى للحكم بالمعنى المصطلح لهم (٢) حتى تحمل الرواية عليه. اذ الحكم المصطلح جزئى حقيقى شخصى، ينبعث من الموارد الشخصية. و عموم قولهم (٣) «من قام عليه البينة يجب ان يؤدى المدعى به، الى المدعى» ايضاً فتوى من الفتاوى، و ليس بحكم.

و يشبه ان يكون دعوا الاجماع فى هذا المقام ناشية من حكم «تولية الولاة». يعنى تفويض الامور بزمّتها الى المجتهد. كما اشرنا اليه فى المرثة و غير الكاتب. و اما جواز القضاء فى المواضع التى حصل له اسبابها من المعرفة بجميع اطرافها بالتقليد، فلا نعلم انه مراد مدعى الاجماع. غاية الامر انهم اطلقوا دعوى الاجماع. و كم من هذا القبيل.

و قد استشكلنا فيها (٤)، كالاجماع على انه «المخطئ فى العقلية، آثم». و ان «مخالف

ص: ٢٢٧

١- و فى النسخة: ان.

٢- اى: بالمعنى المصطلح للفقهاء.

٣- اى الفقهاء.

٤- اى فى هذا القبيل من الاجمات المذكورات بلفظ مطلق.

الاسلام مخذ في النار» و ان لم يكن مقصراً اصلاً و قطعاً (١). و لا- يكلف الله نفساً الا وسعها. و كذلك قولهم ان «عبادة غير المجتهد و المقلد باطل و ان وافق الواقع» و ان «الناس صنفان» لا غير.

اذ لم يثبت عندي «وجوب اعادة الغافل الغير المقصير اذا وافق الواقع». و كذلك في مواقع كثيرة في الاصول و الفروع. اشرنا اليه في القوانين و في هذا الكتاب في مواقع شتى.

و لذلك تريهم يعتذرون في دعوى الاجماع في الاصول (٢)، بان الله تعالى نصب علماً هادياً فيها و اتم الحجة، فالمخطئ مقصر. و ذلك اعتراف بان غير المقصر معذور. فالنزاع انما هو في امكان الغفلة و المعذورية. و لا ريب ان انكار «امكان فرض لم يتم الحجة و لم يحصل الغفلة» مكابرة. نعم؛ الغالب التقصير.

فالمذعون للاجماع اما غفلوا عن صورة الاضطرار و العجز، [١] و اشتبه عليهم مسئله تحقق هذا الفرض. و هكذا في الغافل في الفروع من وجوب الاجتهاد [١] و التقليد. فاذا رأينا من الصلحاء من يكون جميع همّ التفحص عن المسائل التكليفية، حتى انه يسئل عن الفروض التي لا يحتمل احد انه كان مورد الاشكال، و يغفل عن السؤال عن بعض المسائل المحتاج [اليه]، مثل انه علم انه يكفيه تقليد المجتهد الفلاني، و بنائه على انه لا يصدر من امر و لا يرد في امر الا بتقليده، و لم يتفطن [ان] (٣) جواز التقليد في دخول الوقت جازم لا. فاذا قال مجتهد دخل الظهر يقوم و يصلّي. و لا يتفطن اصلاً للسؤال عن ذلك هل يجوز ام لا. و هكذا..

ص: ٢٢٨

١- اي اطلاقهم القول، يشمل القاصر الغير المقصر.

٢- اي في اصول العقائد.

٣- و في النسخة: لان.

فلعلّ مبدأ الاجماع هذا، كان مبنياً على بيان «مطلق القضاء و تفويض الامر برمته». ثم استمره الاطلاق.

و الحاصل: انّ «الاجماع المتحقق» فى ما نحن فيه غير ثابت. و «المنقول» لا- يقاوم ما ذكرناه من الأدلّة. و دلّ عليه ايضا عموم «نفى الضرر و العسر و الحرج». كما يدلّ عليه «حجيه ظن المجتهد و لزوم متابعتة» و استدّلوا به ايضا. و تقريب الاستدلال، هو ما ذكره حكماء الاسلام فى اثبات «حسن التكليف». و المتكلّمون فى اثبات «النبوة و الولاية و الامامة». و حاصله: انّ الانسان مدنى بالطبع، محتاج الى التعاون فى امر المعاش، لتوقفه على صنایع كثيرة لا يمكن القيام بها لواحد. فاذا اجتمعوا، فمقتضى الشهوة و الغضب (الموجود [ين] فى الطباع) حصول (1) التعدى و التجاذب. و لا يرتفع الا [آن] يحكم عارف بطريقه مستقيمه منسوبة الى الله تعالى، مقترنة بالمعجزات و الايات الباهرة القاهرة. و الا لشاع الفساد و اختلّ النظام الذى هو مقصود الخالق، و حسن التكليف و لزوم وجود المبلّغ و هو النبىّ او الوصى.

و بعد فقدهما و عدم التمكن منهما، لا يرتفع هذا الفساد الا بعالم باحكامهم و هو المجتهد. و بعد فقدته فالداعى الى دفع الفساد، موجود. فاذا وجد العالم الموصوف و ارتفع الفساد بحكمه، فيحكم العقل بلزوم متابعتة لرفع الفساد و الضرر و الحرج. و الا لزم تلف الاموال، و هتك الاعراض، و اختلاط الانساب. و حصل الهرج و المرج.

و دفع الفساد بحكم الجور (مع النهى فى الايات و الاخبار فى غاية التاكيد) يوجب الاعانة على الاثم فى الرجوع اليهم. و ما استثنوا فى جوازه مع توقفه على الرجوع اليهم،

ص: ٢٢٩

١- و فى النسخة: يحصل.

أما هو من باب «الاستنقاذ» لو ثبت الحق. وليس كلما يحتاج اليه من [التظلمات] (١) مما حصل العلم بالحق للمدعى، فضلاً عن غيره كما لو علم الحال بالشاهد او بالاقرار، و غير ذلك.

مع أنه اجنبى بالعقل و الشرع، ترك مثل هذا العالم الى الجائر. و القول بعدم جواز خلو العصر عن المجتهد، ضعيف. كما بيناه فى القوانين. مع أنه قد لا يمكنه الوصول الى كل النواحي بنفسه (٢) و لو بواسطة المكاتبه و غيرها (٣).

فان قلت: قد يمكن دفع الفساد بالصلح.

قلنا: مسائل الصلح ايضاً اكثرها اجتهادية فى غاية الاشكال. سيما فى مواقع الصلح

ص: ٢٣٠

١- و فى النسخة: الطلسمات.

٢- و فى النسخة: لا بنفسه.

٣- لا بد هنا من توضيح حول عصرنا المسمى ب-«عصر الارتباطات، و عصر الوسائط الاجتماعيه». فلنشرع البحث فى حول العصور السابقه، حتى يتضح المسئله: فى العصور السابقه، كعصر المصنف(ره): فلو سلّمنا امكان وصول المجتهد بكل ناحيه بواسطه المكاتبه و غيرها. فمثال الامر هو نظر المقلد ايضاً. لأنّ من يقرء مكتوب المجتهد، كمن يقرء الكتب الفقهيّه. فما الفرق بينهما؟ فالحاكم فى الواقع هو المقلد لا المجتهد. هذا فى اصل المسئله و كفيتهما فى العصور السابقه. و اما فى عصرنا؛ فلا بد ان نقسم الوسائط على ثلاثه اقسام: الاول: المكاتبه كالمكاتبات فى العصور السابقه؛ هذا كما ذكر. الثانى: الوسائط المكتوبه الجديده (كالفكس، و الايميل، و الرؤيه فى الكامبيوتر): فهى و ان كان ممكناً فى اصل المسئله، و لكن يحتاج الى امور فى الكيفيه: الف: اليقين بصحة المرسله. ب: اليقين بصحة ضبط بيان المدعى و المدعى عليه. ج: اليقين بعداله الشهود المذكوره فى المرسله. د: اليقين بعداله الكاتب و المرسل. و... ثم نرى مشكل الكميّه. مع انه نرى كثرة المجتهدين فى عصرنا بحيث لم يُر مثله فى التاريخ. فلو كلّف كل منهم نفسه تكلفاً شديداً، لا يقدرّون برفع دعاوى. بل برفع معشار الدعاوى.

الاجبارى (١). و سيمًا اذا كان الطرفان او احدهما يتيمًا او غائبًا، و المفروض فقد المجتهد حتى [يتولّى] (٢) فى ذلك. مع أنّا نقول الرجوع الى هذا العالم احد الطرق و رفع العسر و الحرج. لا أنّه ينحصر فيه. فربّما يكون احد فردى الواجب المخير، و ربّما يكون معيّنًا.

فان قلت: على ما ذكرت، يلزم التعدّى الى العامى البحث، لو فقد مثل هذا العالم و انحصر فى الرجوع اليه.

قلت: فرض انتفاء المقلّد المذكور و لو من الكتب الفقهية، فى غاية البعد. و لو فرض [فنتزّمه] (٣) ايضًا لرفع الفساد. اذ غاية الامر أنّه يصير مثل ايام الجاهليّة، و لا- ريب أنّ العقل الذى هو رسول الباطن، حاكم مستقل قبل التمكن من الشرع. فمهما حكم بوجود رفع الفساد حسب (٤) الممكن، يجب اتباعه و لو بارتكاب اقلّ القبيحين.

فان قلت: غاية الامر هنا، وجوب متابعة العقل فى ما يستقل به. و اما جعل ذلك «حكمًا شرعيًا من حاكم شرعيّ لا يجوز نقضه»، من أين هو؟ [و هو] أنّما يتمّ فى رفع الفساد. اما مطلق نفى الضرر و الحرج، فمن أين؟ اذ لم يستقل العقل فى جميع موارد؛ كثبوت خيار الغبن، و لزوم الاجبار فى القسمة. اذ لم يتصور فى تركه فساد.

قلت: نعم. و لا نريد فيه الاّ ذلك.

فان قلت: فلمّ لا- تقول فى المقلّد العارف، أنّ جواز حكمه أنّما هو من جهة رفع الفساد، و لا يُثبت ذلك كونه حكمًا فيه ايضًا حتى يترتب عليه عدم جواز نقضه و يترتب عليه آثاره عليه الى الابد.

ص: ٢٣١

١- اى المواقع التى افتى الفقهاء بالصلح فقط، لا غير.

٢- و فى النسخة: يقلّد.

٣- و فى النسخة: فتلزمه.

٤- و فى النسخة: و حسب.

قلت: لَمَّا كان نفي العسر و الحرج و الضرر، من الدلائل النقلية الشرعية، فيلاحظ بعد ملاحظة الشرع، و يلزم إعماله حسب الممكن.

و إعماله على اقسام؛ فقد يستدل به على اثبات حكم ابتدائي كطهارة الحديد مع ورود الاخبار في نجاسته. و قد يستدل به على تخفيف الكلفة عن طبيعة المكلف به، بالنسبة الى اوساط الناس [1] لاصحاء، [بأسهل] الحالين عند التعذر، كالصلوة قاعداً. و قد يستدل به على رفع فعليه اصل التكليف ك- [افطار الصوم للمريض. و الا فاكثر التكاليف لا يخل عن مشقة، سيما مثل الجهاد و الصوم في الايام الحارة، و كذا الحج في اغلب الاوقات.

و الغالب ان النسبة بين «نفي الضرر و الحرج» و ساير الأدلة، عموم من وجه (مثل وجوب القيام مع التضرر به. و لزوم البيع مع ضرر الغبن). فنفي الضرر و العسر في ما نحن فيه، يُثبت الحكم ابتداءً كطهارة الحديد. [فحكمه] (1) لمثل المقلد العامل [العارف] (2) بالاحكام واضح، و لمثل العامي البحت الجاهل غير واضح. فيجب إعماله ما لم يكن دخوله تحت الجواز اجنبياً، و قد يبقى العسر بحاله (3) مكلفاً به. كالجهد، و حرمة التولّي عن الزحف للتمكن عن الجرح و القتل.

[و قد يناسبه الحكم] (4) لا- مانع منه في المقلد العارف، لعلمه باحكام الله تعالى و ارتباطه بطريقه الشرعية. بخلاف الجاهل البحت، فانه لا يعلم شمول عموم الحرج لمثله فيتبع ما يحكمه العقل به مستقلاً من لزوم رفع الفساد. و هو داير مدار رفع الفساد، لا لزوم الضرر و العسر.

ص: ٢٣٢

-
- ١- و في النسخة: فنقله.
 - ٢- و في النسخة: العارى.
 - ٣- و اذا لم يجد المقلد او العامي لرفع الدعوى الا ما ينجر الى الحرام المعلوم، فلا يجوز اعمال قاعدة الضرر و العسر و الحرج. و يبقى العسر بحاله.
 - ٤- و في النسخة: فناسبه للحكم.

و من هذا القبيل، أنهم حكموا في زوجته المفقود، بوجوب الفحص اربع سنين، ثم التزويج على الوجه المقرر في الشرع. و مع عدم التمكن من الفحص المذكور لم يجوزوا [وا] التزويج لها و ان لزم منه العسر الشديد و الحرج الوكيد كالجهاد. نعم؛ اذا بلغ الامر الهلاك (1)، فهو مثل ما يستقل العقل بحكم دفعه. و لكن ذلك لما يثبت جواز التزويج، اذ قد يمكن بفعل آخر و لو كان حراماً كاكل الميتة لحفظ المحجّة. و لا بدّ من ملاحظة تفاوت المحرمات ايضاً، فربما يكون شاب سبق اجتمع المنى في اوعيته يخاف منه هلاك نفسه، يجوز له مجامعة البهيمة، و اسهل منه الاستمنا. و الأ فالشارع جعل [ل-] اكل من تلك الامور علاجاً بالصوم و الرّياضات و المجاهدات.

و كذلك المرثة لو بلغ امرها الى حدّ الهلاك في عدم الواقعة، قد يكون تسكين نفسها باعمال آله من نبت او جماد او شيء آخر. و لو فرض انحصار الدفع بالحرام (2) (العياذ بالله) فلا نمعه كاكل الميتة. و ذلك لا يوجب تشريع [تزويجها. و تزويجها] و زناها و مساحتها، كلّها من المحرمات. فلا ينحصر ذلك في شيء حتى يصير نفى الحرج مؤسساً لحكم معين (3) من الاحكام.

ص: ٢٣٣

١- او بلغ الامر الى الجنون. كما يقول الاطباء اليوم.

٢- الأ الزناء و المساحقة، كما يأتي.

٣- توضيح: هنا بحث مفصل مشروع حول قاعدة «لا ضرر و لا ضرار»، بحيث جعلوا لها رسالات خاصة. و عمدة كلامهم: هل القاعدة بعد نفى الحكم الضرري، يثبت حكماً تأسيسياً مكان الحكم الضرري، ام لا؟-؟ اي اتفقوا في نفيه الحكم، و لكن اختلفوا في اثباته حكماً تأسيسياً معيناً مكانه. و لكن قالوا في قاعدة «لا حرج» بأنه يُنفى الحكم و لا يُثبت مكانه حكماً تأسيسياً معيناً. و قولهم هذا كالمتفق عليه بل المتفق عليه. كنفيتها وجوب الوضوء اذا كان حرجاً، و لا يُثبت مكانه حكماً او تكليفاً آخر. و التيمم يجب بدليل آخر و هو الاية. و من عجائب عصرنا أنّ متفقاً أفتى بالمحرمية بين النساء و ادعيائهنّ الذين يكبرون و يبلغون في بيوتهنّ، متمسكاً بقاعده لا حرج. و غفل من أنّه اولاً كون المسئلة من مواضع الحرج، ممنوع. و الأ فلا ينحصر بالادعاء. و ثانياً القاعدة لا يؤسس حكماً معيناً بعد نفى الحكم الاول. فالعسر و الحرج يبقى (لو سُئلما)، كما قال المصنف (ره) قبيل هذا: و قد يبقى العسر بحاله مكلفاً به، كالجهاد.

فالاستدلال بنفى الضرر و الحرج فى تزويج النساء المفقود ازواجهها، غفلة عن تحقيق الحق.

فبنى العسر و الحرج دليل متين قوى اذا لم يزاحمه اقوى منه. [فلا-] (١) يحصل منه تأسيس حكم شرعى ابتدائى. و اذا زاحمه شئى آخر كوكول حكم الله الى العامى الجاهل، فلا يُفهم اندراجه فى تلك العمومات. و أنّما المجوّز له هو رفع الفساد و الهرج و المرج. و هو معنى آخر غير دفع الضرر و الحرج.

و اما توهم «التزام العسر و الحرج مطلقاً، حتى [لو] وجد المقلد المذكور، [مستدلاً بأنّ] (٢) العسر و الحرج، بل التكليف بما لا يطاق، اذا كان من جهة تقصير المكلفين بتفوية اللطف على انفسهم، فلا مانع منه». فهو فى غاية الضعف. اذ كون ذلك من تقصيرهم فى جميع الطبقات، و جميع الاوقات، و بالنسبة الى جميع الاشخاص، خلاف المشاهيد و المعايين. سيما فى ايام التحصيل الذى هو بمنزلة مداه النظر فى العقائد، و غيرها. و سيما اذا مات المقصرون. و سيما اذا حصل المانع من جانب نفس المحرومين بواسطة الاشقياء.

فتأمل جيداً فى ما ذكرته، لتبين لك حقيقة المقال. و العون على الله المنعم المفضل.

و لزوم العسر و الحرج الشديد يقرب ذلك (٣) سيما اذا كان [المقلد] فى غاية الورع و الدقة مع مرتبة من العلم. و الاحتياط سبيل النجاة و اذا لم [يجز] (٤) العدول على ذلك، فحكام الجور اولى بعدم الجواز، مع ما ورد من المنع الشديد فى الايات و الاخبار، و فى

ص: ٢٣٤

١- و فى النسخة: قد.

٢- و فى النسخة: لأنّ.

٣- اى لزوم العسر و الحرج و ان لم يكن دليل جواز حكم المقلد، لكنّه يقرب و يساعد المجال لإعمال الدليل و هو لزوم الفساد.

٤- و فى النسخة: يجب.

بعضها عدم جواز اخذ شئى بحكمهم و ان كان حقاً (١). و قد يُستثنى من ذلك ما لو توقف حصول حقه عليه، بحمل تلك الاخبار على صورة الاختيار. ثم يشعر به رواية ابى بصير (٢) و ليس بذلك بعد (٣). و ما ذكرنا، جار فى حكام الجور منّا ايضاً (٤).

الرابعة: لا يجوز اخذ الاجرة و الجعالة من الخصوم و غيرهم على القضاء. لانه واجب، و لا يجوز توقيف الواجب على شرط، عيئاً كان او كفايئاً. و قياسه على الصنایع التى لا يقوم النظام الا بها، باطل. لانّ الوجوب فيها اعم من المجاز. بل ظاهر الادلة و مقتضى نظام الكل، جوازه. مضافاً الى ما نطق به الاخبار. بخلاف ما نحن فيه، فانّ مقتضى «الامر المطلق» هو «الواجب المطلق». و ما قيل بالفرق بين ما تعين عليه القضاء و ما لم يتعين، ضعيف. و هناك اقوال آخر اضعف منه. و الحق ما ذكرنا.

و اما الارتزاق من بيت المال، او غيره؛ فلا بأس به ان لم يكن المقصود من القضاء ذلك و كان القاضى محتاجاً، او غير محتاج على كراهة.

و بيت المال معدّ للمصالح العامة للمسلمين، كما نطق به مرسله حماد بن عيسى (٥) المعمول بها بل المجمع عليها. و هو من اعظمها. و هى كثيرة؛ مثل ائمة الصلوة، و والى بيت المال، و المؤذنون، و الكاتب لضبط بيت المال، و معلّموا القرآن و الاداب، و غيرها.

و قيل: ان كان القضاء متعيناً عليه بتعيين الامام او الانحصار فيه، و كان له كفاية (٦)، فلا

ص: ٢٣٥

١- الوسائل، ابواب صفات القاضى، ب ١ ح ٤.

٢- وسائل، ابواب صفات القاضى، ب ١ ح ٣.

٣- و فى النسخة: البعد.

٤- لله درّ المصنف (ره) حيث اتمّ البحث فى مسألة «جواز قضاوة المقلد» بالاستدلال الدقيق المشروح، و اكمل ما قد افتى به فى

ماسبق فى المسائل المرقّمة: ٢٤ و ٤٥ و ٤٨ و ٧٧ و ٨١ و آخر مسألة ١٠٢.

٥- الوسائل، ابواب آداب القاضى، ب ٨ ح ٢.

٦- اى كان له مال يكفى معاشه.

يجوز الارتزاق. و هو احوط.

و اما الرشوة: و هو اخذ شئى لان يحكم على احد، او على خصمه، او لارشاده الى ما يقتضى ذلك. فهو حرام باجماع المسلمين، سواء كان حكم له او عليه، بحق او باطل. و خصّيه بعضهم بالباطل، و الاقوى ما ذكرنا لدلالة العرف و اللّغة. و فى الروايات الكثيرة أنّه الكفر بالله العظيم (١). و كذلك يحرم الاعطا لقوله عليه السلام: «لعن الله الرّاشى و المرتشى» (٢)، و لكونه اعانه على الاثم. قيل: الا ان يتوقف تحصيل حقه عليها، فيحرم على المرتشى خاصة. و لا بأس به لانّ «الضرورات تبيح المحظورات». و فى بعض الصّحاح، نفى البأس من الرشا لغاصب المنزلة حتى [يتحوّل] (٣) منه (٤).

و يجب ردّها على صاحبها بعينها ان كانت باقية، و الا فمثلها او قيمتها. بلا خلاف ظاهر بيننا. بل يظهر الاجماع من المسالك (٥) و غيره. و نقل عن بعض العامة، حصول الملك و ان حرم الاخذ.

و اما الهدية حال الدعوى: فنقل عن الشيخ فى المبسوط، أنّه قال بالحرمة اذا كان حال الخصومة او فى غيرها ان لم يعهد منه هدية قبل تولّى القضاء و كان فى محلّ ولايته،

ص: ٢٣٦

١- الوسائل، كتاب التجارة، ابواب ما يكتسب به، ب ٥ ح ١، الى ٦- و كتاب القضاء، ابواب آداب القاضى، ب ٨ ح ٣ و ٨.

٢- المستدرک، ج ٣ ص ١٩٦.

٣- و فى النسخة: يحول.

٤- الوسائل، كتاب التجارة، ابواب ما يكتسب به، ب ٨٥ ح ٢- توضيح: الحديث مطلق، لا- يختص بالغصب، بل يشمل «المشتركات» كالارض المفتوحة عنوة، او الموقوفة على قبيل. و عليك الحديث نفسه: محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على ان يتحوّل من منزله فيسكنه، قال: لا بأس به. بل خصّيه بعضهم على المشتركات فقط.

٥- لعلّ مراده (ره) ما فى المسالك، ج ١ ص ١٣١ ط دار الهدى.- او اطلاق كلام الشهيد (ره) فى المسالك، ج ٢ ص ٢٩٤.

او عهد (١) و لكن [احسن] (٢) منه ارادة الحكم. لما روى عنه (صلى الله عليه و آله): «هدايا العمّال غلول» (٣) و «انّ هدية العمّال سحت» (٤)، و غير ذلك. و بالكرهه اذا كانت فى غير حال الحكومه بمن جرت عادته بذلك قبل التولّى. و استحسنته فى المسالك و قال لم يتعرض اليه كثير. ثم قال: و فى [حكم] غير المعتاد، ما لو زادها وصفاً و قدراً. و هديته فى غير ولايته، كهديته ممن عهد منه الهدية (٥).

اقول: عمومات ما دلّ على استحباب الهدية، لا يجوز تخصيصها الا بما يقاومها. و دلالة الاخبار التى استدلت بها الشيخ (مع سلامة سندها) ليست بذلك [الظهور]. بل الظاهر منها الهدية من جهة العمل، لا مطلق الهدية. فما تبين المراد منها من كونها لاجل الحرمة، فحرام. او لا لاجله، فحلال. و اما المشتبه، فالكرهه. و لا ريب انّ سدّ الباب اولى و احفظ.

الخامسة: لا- خلاف فى وجوب التسوية بين الخصمين فى العدل فى الحكم. و اما التسوية بغيره (من السلام و رده، و النظر و الاشارة، و طلاقة الوجه، و الكلام و الاجلاس، و القيام لهما و ساير انواع الاكرام، و الانصاف لكل منهما اذا وقع منه ما يقتضيه، و الانصاف فى غير ما يتوقف عليه سماع نفس الدعوى)؛ فالمنقول عن الاكثرين، الوجوب. لخبر السكونى و غيره.

و ذهب سائر و العلامة فى المختلف، الى الاستحباب، استضعافاً [للخير]، و عملاً

ص: ٢٣٧

١- عطف على: لم يعهد.

٢- و فى النسخة: احسن.

٣- المبسوط، ج ٨ ص ١٥١ ط المرتضوية.

٤- المرجع.

٥- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٣ ط دار الهدى.

ب-«الاصل». ولا ريب انّ الاول احوط ان لم نقل بالوجوب. لانجبار السند.

هذا بالنظر الى الظاهر. واما الميل القلبي؛ فما لا يملك منه، لا يكلف. فقد روى عنه (صلى الله عليه و آله): انه لما قسم بين نسائه كان يقول: «هذا قسمي في ما املك، فانت اعلم بما لا املك» (1). و [ما] (2) ذكرنا انما هو في المتساويين في الاسلام و الكفر. و الا فيجوز رفع المسلم على الكافر في المجلس، و اجلاس المسلم، دونه. بل التمييز بسائر افراد الاكرام عدى العدل في الحكم.

السادسة: قالوا انه يحرم عليه تلقين احد الخصمين ما يضرّ بخصمه، و ان يهديه لوجوه الحجاج. معللاً بانّه [منصوب] (3) لسدّ باب المنازعة و هذا يوجب فتحه. فان اراد[وا] بذلك تعليم ما ليس بحق (كما لو اراد الاقرار بالحق، فعلمه الانكار، او اليمين، فيلقنه النكول. او [اراد] النكول، فيجريه على اليمين كما فسره في التحرير)، فلا خفاء في حرمة. و اما ان يعلمه دعوى صحيحة مع علمه بالحق - مثل ان يدعى عليه قرضاً، فاراد الجواب بالاداء، فيلقنه انكار اصل الحق لئلا يلزمه البيّنة، او يدعى بعنوان التردد، فيعلمه الجزم بالدعوى حتى يكون مسموعاً. كما فسره غيره - فالحكم بالحرمة غير واضح.

و مال اليه المحقق الاردبيلي قال: «اذا فتح باب المنازعة المحققة التي يصير سبباً لعدم ابطال حقوق الناس، ما تعرف فسادها. الا ان يكون لهم دليل آخر من اجماع و غيره فتأمل». قال في المسالك: «نعم، لا بأس بالاستفسار و إن [أدى] (4) إلى صحه الدعوى؛ بأن يدعى دراهم، فيقول: أهي صحاح أم مكسّر[ه]. إلى غير ذلك. و يحتمل المنع منه

ص: ٢٣٨

١- الفقه على المذاهب الاربعة، ج ٤ ص ٣٠٩.

٢- و في النسخة: ممّا.

٣- و في النسخة: منسوب.

٤- و في النسخة: ادعى.

أيضاً» (١). قال في الدروس: «و لا يحرم تلقين التحرير، لأن فيه تحقيق الدعوى. خلافاً للمبسوط لأن فيه كسر قلبه» (٢).

السابعة: اذا سكت الخصمان، فلا يجب على القاضى امرهما بالتكلم. و لكنهم ذكروا أنه يستحب له أن يقول [٣] هو (او من يأمره): تَكَلَّمَا. او ليتكَلَّم المدعى [منكما] (٤) من غير تخصيص احدهما بالخطاب، اذ هو مخالف بالتسوية المتقدمة. الآ ان يقال أنه ابتداء التكلّم فى طى الدعوى و يلزمه التوجه الى كل منهما لاستماع كلامه، فلا يستفاد منه ترجيح فلا يكون حراماً. و هو مشكل؛ لان الابتداء بالالتفات بدون ضرورة، ايضاً ترجيح.

الآن ان يقال بعدم انصراف اطلاق دليل التسوية الى مثل ذلك. و لذلك حكم بعض من اوجب التسوية بكراهة التخصيص هنا كالشاهد فى اللمعة (٥)، و المحقق (٦). و القول بأنه رجوع عن الفتوى السابق، ضعيف.

الثامنة: اذا ورد خصمان، كل واحد منهما يدعى على الآخر، فابتدأ احدهما. فلا اشكال فى تقديمه و ان قال الآخر كنت انا المدعى. [فيجيب] (٧) عن هذه الدعوى، ثم يلتفت الى الآخر. فان ابتدئا معاً؛ فالمشهور و الاقوى أنه يسمع من الذى على يمين صاحبه. و جعله المرتضى (ره) مما انفردت به الامامية و نقل اطباقهم [عليه] (٨) فى الانتصار

ص: ٢٣٩

١- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٤ ط دار الهدى.

٢- الدروس، ج ٣ ص ٨٤ ط جامعة المدرسين.

٣- و فى النسخة: يكون.

٤- و فى النسخة: تكلّما.

٥- اللمعة الدمشقية، ص ٩٥ ط دار الناصر.

٦- الشرايع، ج ٤ ص ٧٢ ط دار التفسير.

٧- و فى النسخة: فيجب.

٨- و فى النسخة: عليهم.

عن الشيخ [و] أنه بعد نقل [اطباق] الطائفة على ذلك، مال الى القرعة.

و الاصل فيه روايه محمد بن مسلم: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) قَالَ: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) أَنْ يُقَدَّمَ صَاحِبُ الْيَمِينِ فِي الْمَجْلِسِ بِالْكَلَامِ» (١). و أوله ابن الجنيد بالمدعى، لأنه صاحب اليمين المردودة. و طعن عليه السيد. و هو فى محله. مع أنّ فهم الاصحاب متفقين عليه، قرينه واضحه على ارادة الجانب. و يؤيده صحيحه ابن سنان: «عن الصادق عليه السلام قال: إِذَا تَقَدَّمْتَ مَعَ خَصْمٍ إِلَى وَالٍ أَوْ إِلَى قَاضٍ فَكُنْ عَنْ يَمِينِهِ، يَعْنِي عَنْ يَمِينِ الْخَصْمِ» (٢).

و [أمياً] (٣) لو تعدد الخصوم، فيقدم اسبق المدعين. و لا يعتبر سبقة المدعى عليه. [الاسبق] فالاسبق. و هذا مع [عدم] تضرر بعضهم كالمسافر الذى يذهب رفقة. و مع الاتفاق او الجهالة، يستعمل القرعة. و الظاهر أنه يعتبر [ل-] كل واحد منهم خصومة واحدة. و كذلك الكلام فى اجتماع الطلبة عند المدرس، و المستفتين عند المفتى مع وجوب التعليم و الافتاء. و يجوز جمعهم على درس واحد مع تقارب الافهام. و الظاهر أنّ الكلام فى الطلبة المتراخين بعد تعيين الدروس، ايضاً كذلك فى التقديم و التأخير.

التاسعة: اذا كان الحكم بعد تحرير الدعوى واضحاً عند القاضى. فيجب ان يحكم لصاحبه. و الظاهر أنه بعد مطالبه المدعى صريحاً او فحوى. و الآ فلا- يجب، لانه حقه و قد يريد تركه. و ان لم يكن واضحاً عنده، فيرجى حتى يتبين له بالمراجعة و التأمل. و صورة الحكم ان يقول «حكمت» او «افتيت» او «انفذت» او «الزمت» او نحو ذلك. دون

ص: ٢٤٠

١- الوسائل، ابواب آداب القاضى، ب ٥ ح ٢.

٢- المرجع، ح ١.

٣- و فى النسخة: ان ما.

قوله «ثبت عندى» او «دعواك ثابتة» و نحوها، لعدم دلالتها على الحكم. و لا ريب ان القاطع للدعوى هو حكم الحاكم و ان كان قد ثبت الحق بدونه كما فى صورة اقرار المنكر بالحق.

و الظاهر ان امره باخذ العين او التصرف فيها و نحوهما، ايضاً منجز.

و يستحب قبل الحكم، ترغييهما فى الصلح، لانه خير. و لكنهم ذكروا انه يكره ان يشفع الى المستحق فى اسقاط حق، او الى المدعى فى ابطال دعوى. و ظاهرهما التنافى. و وجه الجمع (كما ذكر فى المسالك) (١). إما بجعل الصلح متوسطاً بين الإسقاط و عدمه، أو جعله مستثنى. كما يقتضيه كلام الأصحاب، لأن الصلح خير. أو بعث غيره على ترغييهما فى ذلك و الوساطة بينهما فى الصلح. كما صرح به أبو الصلاح. قال: (٢) و هذا أولى.

خاتمه فى آداب القاضى: قالوا يكره أن يأخذ حاجباً، للرواية: «عن النبى (صلّى الله عليه و آله) قال: «من ولى شيئاً من أمور الناس فاحتجب دون حاجتهم و فاقتهم، احتجب الله دون حاجته و فاقته و فقره» (٣). و قيل بالحرمة، عملاً بظاهر الرواية. و ربما قيّد الكراهه بوقت القضاء.

و التحقيق أن يقال: إنه إذا كان مانعاً عن حوائج الناس مطلقاً أو فى بعض [الأحيان] (٤)، فيحرم. لوجوبه عليه. و لا يتم إلا بترك أخذ الحاجب. و أمّا إن لم يمنع من ذلك؛ كما إذا

ص: ٢٤١

١- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٥ ط دار الهدى.

٢- اى قال الشهيد الثانى (ره) فى المسالك.

٣- سنن البيهقى، ج ١٠ ص ١٠١.

٤- و فى النسخة: الاخير.

عينه لمنع من يجوز منعه من الظلمه أو المفسدين أو البطالين الشاغلين للوقت، المضييعين للعمر. أو عين وقتاً (١) خاصاً للقضاء و وقتاً آخر للمشاعل الدينيه أو الدنيويه (و لم نقل بفقوريه الحكم مطلقاً، بل بفقوريته في ما يتضرر أرباب الحاجه بتركه إن لم يعارضه تضرر القاضى دون غيره) و عين الحاجب لحراسه ذلك الوقت و إعلام حال ذوى الحاجات، فالحرمة غير معلومه.

و وجه الكراهه، احتمال استحياء ذوالحاجه عن استيذان الحاجب، فيفوت حاجته. أو التباسه على الحاجب. أو تعدى الحاجب عمّا يلزمه من التمييز و ترخيص المستحق. و عليه يحمل ظاهر الروايه. و يظهر ممّا ذكر، أنّه إذا كان الحاجب لدفع الضرر. فالكراهه أيضاً غير معلومه، بل عدمها معلوم.

و ربّما يقال بكراهه الحاجب لغير القاضى أيضاً؛ من المفتى و المدرّس، بل لغيرهم. لمنعه عن زياره الإخوان. مع جبر «احتمال عدم الرضا» (٢) بلزوم الاستيذان المقرّر من الشارع. إلّا مع الخوف، كما ذكرنا.

و لا ينافى كراهه الحاجب للقاضى، الاستيذان. فلا وجه لتفريع عدم وجوب الاستيذان، على كراهه الحاجب. كما لا يخفى و إن كان الأولى للقاضى أن يجلس فى محلّ لا يحتاج إلى الاستيذان.

و يجب أن يكون كاتب القاضى عدلاً ليكون مؤتمناً على ما يكتب، كقيم الأيتام و العُيب. و يستحبّ أن يكون فقيهاً ليكون أبصر بمواقع الأحوال.

ص: ٢٤٢

١- عبارة النسخة: او لانه عين وقتاً..

٢- اى: و احتمال عدم الرضاء، ينجبر بالاستيذان.

و يكره أن يقضى في حال الغضب و الهمّ و الجوع و الفرح و الوجع المفرطات. و النعاس و مدافعه الأخيثن، و كلّ ما يُشغل الفكر و يقسمه. بشهادة العقل و الأخبار (١) في كثير منها. و يستفاد منها أنّ العله هو اشتغال النفس. و [قال] بعضهم: الغضب بما كان لغير الله فلا كراهه في ما كان الغضب لله، كما في محاكمه رسول الله (صلى الله عليه و آله) بين الزبير و الأنصاري (٢). و فيه إشكال. و القياس بالمعصوم، كما ترى. و كيف كان؛ فيمضى الحكم في جميع هذه الأحوال إذا كان حقاً.

و يكره له تولّى البيع و الشرى لنفسه، لبعض الروايات (٣)، و لا- يضّرّ ضعفها للمسامحه في أمثال ذلك. و الظاهر أنّ سائر المعاملات أيضاً كذلك، مع دلالة [الأخبار] (٤) عليه أيضاً (٥). و ربّما قيل بكراهتها بوكيله المعلوم للناس أيضاً. و كذلك يكره له الحكومه بنفسه عند قاض (٦). و استعمال الانقباض و اللين المفرطين، لتسبيبهما للإيحاش و الجرئه. و ضيافه أحد الخصمين، للزوايه (٧) و منافاته للتسويه المقدمه. و كذا تعيين قوم معيّنين

ص: ٢٤٣

١- الاخبار: في الغضب، الوسائل، ابواب آداب القاضى، ب ٢ ح ١ و ٢. في الجوع: المرجع، ب ١ ح ١. في الهمّ: سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٦. في مدافعه الأخيثن: بحار، ج ٢ ص ٥٩. و الفرح المفرط و النعاس، يستفاد من «عله الحكم» كما بيّه عليه المصنف(ره).

٢- سنن البيهقى، ج ٦ ص ١٥٣.

٣- الجامع الصغير للسيوطى، ج ٢ ص ١٤٦.

٤- و في النسخة: الاعتبار.

٥- سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٧ عن اميرالمومنين عليه السلام.

٦- قال اميرالمومنين عليه السلام حين وكل عبد الله بن جعفر في الخصومه عنه و هو حاضر: انّ للخصومه قحما. - شرح النهج لابن ابى الحديد، ج ١٩ ص ٢٦٠.

٧- الوسائل، ابواب آداب القاضى، ب ٣ ح ٢.

للسهادة مع تساويهم في أصل العدالة. و أن يُغيب الشهود يفرّق بينهم و يدقّق في الاستفسار مع عدم التهمة. و يستحبّ مع الريبه و احتمال غلطهم، تفريقهم (و يسئل عن كلّ واحد من مشخّصات القضيه) زماناً و مكاناً و غيرهما من المشخّصات، ليعرف بذلك صدقهم و كذبهم. كما نقل في الأخبار، عن داود و دانيال عليهما السّلام ثمّ عن أمير المؤمنين عليه السّلام (١). و يحرم عليه أن يتعتع الشاهد و هو أن يداخله في الكلام في الأثناء و يتعقّب كلامه بشيء يتمّه به بحيث يوجب صحّه الشهاده أو فسادها، بل يصبر حتّى يتكلّم بما عنده، ثمّ يقضى بمقتضاه. و إذا تردّد الشاهد فلا يجوز له ترغيبه على الإقامه و لا تهيدته عن الشهاده، فإنّه قد يكون لشكّ حصل له، فلا- تجوز الإقامه، أو لنسيان طره عليه فقد يتذكّر بعد التأمل. و ذلك كلّه لئلا يوجب الحكم لازهاق حقّ، أو إقامه باطل.

و أمّا إعلام الشهود و وعظهم بوجوب الأخذ باليقين، و عدم جواز الشهاده إلّا على ما علم (مع ارتيابه فيهم) فلا يضّر. و لا يجوز أن تُوقف عزم الغريم عن الإقرار، فإنّ ذلك سبب لإتلاف الحقّ. نعم لا بأس بذلك إذا كان الدعوى في حقوق الله، بل يستحبّ ذلك. فكذلك يكره للغير تحريضه على الإقرار، لأنّ الله تعالى ستار يحبّ البرّ و حقوقه مبيته على التخفيف، كما دلّ عليه الأخبار (٢)؛ منها قضيه [ماعر] (٣).

و في كراهه القضاء في المسجد مطلقا (لما ورد في الأخبار أنّه بنى للذكر، و القضاء ليس بذكر عرفاً. و في خير آخر «جنّبوا المساجد صبيانكم و مجانينكم و

ص: ٢٤٤

-
- ١- تفريق الشهود؛ الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٩ ح ١- و تفريق اهل الدعوى؛ المرجع، ب ٢٠ ح ١ و ٢.
 - ٢- الوسائل، ابواب حدّ الزنا، ب ١٥ و فيه قصّه ماعر بن مالك.
 - ٣- و في النسخة: ماعر.

خصوماتكم و رفع أصواتكم» (١)، لاستلزامه دخول الغير المتوقّين عن النجاسه و الحيض أحياناً، و استحبابه مطلقاً (لإيقاع أفضل الأعمال في أفضل المواضع)، أو كراهته دائماً لا- في بعض الأوقات (جمعاً بين ما دلّ على المنع، و عموم ما دلّ على وجوب القضاء سيّما مع كونه فورياً. و خصوص ما دلّ على فعل أمير المؤمنين عليه السلام و اشتهاً «دكّه القضاء»، لا يستلزم دوام القضاء فيها. مع ثبوت الفرق بينه عليه السّلام و بين غيره)، أو جوازه بالمعنى [المطلق] (لتصادم الأدلّه و الرجوع إلى الأصل) أو كراهه إجراء الحدود و التعزيرات دون غيره. أقوال.

و لا يبعد ترجيح القول بالكراهه دائماً دون بعض الأحوال. جمعاً بين الأدلّه.

و قد ذكروا آداباً أخر من السنن و المكروهات، تركناها [بآثارهم] (٢).

المطلب الثاني في الدعوى و الحكم، و فيه مباحث:

الأول: المدعى هو «من يُترك لو ترك الكلام» (٣). لأنّه المتبادر عرفاً. فيحمل ما ورد في الأخبار من اسم «المدعى»، عليه. لعدم ثبوت الحقيقة الشرعيّه. و المدار على العرف. و قيل «هو من ادعى خلاف الأصل». و هو ايضاً مصادف للأول. و قيل «هو مدعى خلاف الظاهر». و المنكر مقابله في الجميع. و يتفق مورد الجميع في الأغلب؛ كما ادعى

ص: ٢٤٥

- ١- راجع احاديث باب ٢٧ من ابواب احكام المساجد، من الوسائل.- و لعلّ المراد من الخصومات، المشاجرات. لا القضاء.
- ٢- و في النسخة: ايثارهم.
- ٣- عبارة النسخة: هو من ترك لغير الكلام.

أحد مالا في يد مسلم، أو ديناً على ذمته.

وقد يختلف؛ و مثلاً له بما لو أسلم الزوجان قبل الدخول و ادعى الزوج التقارن لىبقى الزوجيه، و الزوجه التعاقب لينفسخ. فالتقارن موافق للأصل، و التعاقب مخالف، لأصالة تأخر الحادث، فلا يثبت تقدّم أحد الحادثين على الآخر. لكن التعاقب هو الظاهر لندره وقوع التقارن. فيختلف مورد التعريفين الأخيرين هنا.

و أمّا التعريف الأوّل؛ فقالوا إنّ المدعى هنا الزوجه لأنها تُترك لو تركت. و لكن الزوج لا يُترك لو ترك. لأن المرئيه تدعى انفساخ النكاح، فإما يحلف الزوج (١) و يستمرّ النكاح، أو ينكل فينفسخ.

و قيل: إنّ الزوج هو المدعى. لأنّ النكاح حقّه فإذا لم يطالبها ترك، و هى لا تُترك لو سكت.

و الحقّ أنّ المدعى هو من لو ترك الكلام و بقى على حاله الذى كان عليه قبله، ليترك. لأنه يترك مطلقاً. فالمدعى حينئذ هى الزوجه، لأنها لو تركت الدعوى و بقيت على حالها التى كانت عليها من الزوجيه، تركت. بخلاف الرجل، فإنه لو ترك الكلام و بقى على حاله من كونه زوجاً، لم يُترك. فإذا انعكس الأمر و ادعى الرجل التعاقب فقال لا نكاح و لا مهر. و ادعت هى المقارنه و النكاح و المهر، فينعكس.

و توجه اليمين فى بعض الموارد إلى المدعى لا يوجب نقضاً فى تعريف المدعى لشبهه كونه منكراً، كالأمين و غيره (٢).

الثانى: يشترط أن يكون المدعى، عاقلاً، بالغاً، رشيداً، و أن يدعى لنفسه أو لمن له

ص: ٢٤٦

١- و فى النسخة: الزوجة.

٢- لقد فضّل المصنف (ره) هذه المسئلة شرحاً مبسوطاً أبسط مما هنا، فى مسئلة ٣٦ من كتاب الطلاق (المجلد الخامس) فراجع.

ولايه الدعوى عنه (كالأب، والجَد، والوصي، والحاكم، والوكيل، حين ثبوتها عندهم. قالوا ولا يحلف هؤلاء إذا ردّ عليهم. وكذا لا يحلفون المنكر، إذ لا صلاح للموَلَّى عنه في إسقاط حقّه. فينتظر رفع المانع عنه). وأن يكون ممّا يملك وممّا يملكه المسلم أو يستحقّه. وكذلك قالوا يشترط كون الدعوى ملزمه، فلو ادّعى هبه غير لازمه (مثلاً) وأنكر المدّعى عليه، لا يُسمع. لأنّ الإنكار في معنى العكس.

و ربّما يستشكل ذلك بمثل شراء الحيوان، فلا يجوز إلّا مع ضمّ مضيّ زمان سقوط الخيار (مثلاً) والظاهر أنّه لا قائل به. فالملك أمر، ولزومه أمر آخر. فلا ينافي عدم اللزوم صحّه الدعوى.

ويمكن أن يقال: إنّ مرادهم كونها ملزمه في الجملة. فلا يُسمع في مثل شراء الحيوان (إذا لم تنقض أّيّام الخيار) دعوى الملك الذي لا يقبل الانفساخ، لا مطلق الملك. فدعوى الملك في زمن الخيار، دعوى لحصول الملك في الجملة، لا مطلقاً. وهي ملزمه و يترتّب عليها ثمرات الملك قبل الفسخ و على الفسخ هذا. فيسمع دعوا الهبه الغير اللازمه، و الزهن الغير المقبوض (إن شرطنا فيه القبض)، و نحو ذلك (1). بمعنى حصول ثمره يترتّب على أصل وجودها، و إن لم يُسمع بالنظر إلى لزومها.

و هل يشترط كون ما يدّعى به معلوماً معيّناً بالشخص، أو بالوصف، أو القيمه، أو بالجنس و النوع و القدر؟ أو يكفي معلوميته في الجملة كأن يدّعى فرساً، أو ثوباً، أو مالاً؟ فذهب الشيخ و الشهيد في الدروس، إلى الأوّل. لعدم الفائده [في] حكم الحاكم لو [لم يقرّ] به المدّعى عليه. و آخرون إلى الصحّه، و هو أقوى للعمومات، و لحصول الفائده بإلزامه بالمسمّى و يحلف على نفى الزائده إن ادّعى عليه، أو على نفى العلم بالزائد إن ادّعى هو

ص: ٢٤٧

١- و في النسخة: في نحو ذلك.

الجهالة أيضاً. وقد يعلم المدعى حقه بوجه ما، لا بشخصه و صفته، فيبطل حقه لو لم يُسمع. و ربّما يؤيد ذلك بسمع الإقرار المجهول اتفاقاً، فكذا دعويه. و نقل عليه الإجماع أيضاً (١).

و فى اشتراط الجزم فى الدعوى، قولان. نقل عن المشهور، الجزم فى الدعوى. فلو قال «أظنّ»، أو «أتوهم»، لم يسمع. خلافاً للشيخ نجيب الدين ابن نما(ره) فإنه جوز سماعها فى التهمة. و نقل فى المسالك القول بالسمع [مطلقاً] (٢). [و] المفهوم من كلام القطب الكيدرى و الفاضلين و الشهيدين(ره)، أنّ مرادهم من اعتبار الجزم، كونها فى صورته الجزم، بأن يقول «لى عنده كذا»، دون أن يقول «أظنّ» و نحوه. و لا الجزم به فى نفس الأمر. لأن المدعى إذا كان له بينه تشهد له و هو لا يعلم به، فلا يحصل من بينه و الإقرار غالباً إلا الظنّ.

و استدلوا على ذلك (٣)، بأن المتبادر من الدعوى و المدعى، هو ذلك. فلا يتحقّق مورد الأخبار القائله إنّ «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» إلا بذلك. و بأن الدعوى يلزمها تعقّب اليمين المردوده على المدعى و القضاء بالنكول، فيلزم مع عدم الجزم أخذ مال المدعى عليه بمجرد المظنّه.

و اعترض عليهم المحقّق الأردبيلى(ره) و صاحب الكفايه بأنّ ذلك تدليس و كذب إن لم ينو التوريه. و أنّ تعقّب اليمين المردوده و القضاء بالنكول، يقتضى الجزم فى نفس الأمر فى جواز الدعوى، لا الجزم بحسب الصيغه. و إنّما هو ينفع القاضى. فدليلهم لا ينطبق على مدعاهم.

ص: ٢٤٨

١- اى نقل الاجماع على «سمع الاقرار المجهول».

٢- و فى النسخة: ايضاً- راجع المسالك، ج ٢ ص ٢٩٥ ط دار الهدى.

٣- اى على اشتراط الجزم.

أقول: و الظاهر من هؤلاء الفحول، أنهم لم يجوّزوا إتيان الصيغه الدالّه على الجزم فى غير ما جاز ذلك (مثل المثالين المذكورين) [لا- مطلقاً]، فإنّ الظنّ الحاصل من البيّنه و الإقرار، يصحّ معه هذه الدعوى لأنّ الظنّ الشرعى قائم مقام العلم. و مرادهم بتعقب اليمين المردوده و القضاء بالنكول، هو التعقّب فى الجملة، لا- مطلقاً. يعنى أنّ هذه الفروع لا يوجد إلّا فى مورد تلك الصيغه، لا أنّ تلك الصيغه يكون مورداً لها دائماً، فلا يكون صيغه الظنّ و الوهم مورداً لها.

و يمكن أن يراد أنّ هذه الفروع، إنّما يترتّب على الصيغه الجازمه الصحيحه عند القاضى على الظاهر بالنسبه إلى حال المسلم، المفيده بإطلاقها الجزم الواقع، و إن كان باطلاً فى نفس الأمر. كما فى صورته الأداء بصيغه الجزم مع كونه كاذباً فى نفس الأمر. و مرجع هذا الكلام إلى أنّ شرط سماع الدعوى هو الجزم بها، لا أنّه لا بدّ أن يأتى المدعى بصيغه الجزم و إن لم يكن جائزاً له. و أمّا موارد جواز الإيراد كذلك و عدمه، فهو مبين فى الخارج عند أهل الإسلام.

فعلى هذا لو أذى الدعوى بصيغه الظنّ مع كونه جازماً فى نفس الأمر، لم يسمع. و لو أذى بعكسه، يسمع. فهذا من الأحكام الوضعيه، لا الطلبيه حتّى يستلزم تجويز التدليس و الكذب. فلو ظهر بعد ردّ الحلف و نحوه خلاف ما ظهر من ادّعاء الجزم، فيبدّل الحكم.

نعم: يبقى الكلام فى أصل المسئله و النظر فى الأدلّه. و الحقّ عدم الاشتراط، لمنع عدم شمول الدعوى لدعوى المظنّه. بل هى أيضاً دعوى و منع (1) عموم الدعويين المتقدمين. بل إنّما نسلمهما (2) فى ما لو ضمّ إلى ذكر الصيغه بعنوان الجزم لنفس الأمر او لم يظهر خلافه عند القاضى. و بذلك يظهر قوه السماع مطلقاً، سيّما فى التهمه. كما ذهب إليه

ص: ٢٤٩

١- و فى النسخة: وضع.

٢- و فى النسخة: يسلمهما.

نجيب الدين بن نما(ره). كما يظهر من جماعه من المتأخرين كالشهير في غاية المراد، و الشهيد الثاني(ره) في [شرح] اللمعه. و
لعلهما أراد[1] من ذلك، التفصيل الذي يظهر من ابن نما(ره) (1).

و الأقوى السماع مطلقاً؛ لعموم الأدله؛ مثل قوله تعالى: «وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (2) و «و رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى
يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ» (3) و غيره. و أصله عدم الاشتراط. و يدلّ عليه أيضاً ما رواه الصدوق في الصحيح عن عبد الله بن
مسكان، عن أبي بصير: «عن الصادق عليه السلام، قال: لا يضمن القصار إلّا ما جنت يدها، و إن آتته فأحلفته» (4). و أيضاً بهذا
الإسناد: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبّه إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: «إن آتته فاستحلفه، و إن لم تتهمه
فليس عليه شيء» (5).

قال في المسالك: و على القول بسماعها في ما يخفى كالتهمه، إن حلف المنكر فلا كلام، و إلّا فإن قضينا للنكول، قضينا هنا
أيضاً، إجراءً له مجرى الإقرار و البينه. فيستبيح للمدعى الأخذ. و إن قلنا لا يقضى إلّا برّد اليمين، لم يُردّ هنا، لعدم إمكانه. و لو
عاود بعد ذلك و ادّعى العلم، فالأقوى السماع. لإمكان تجدّده (6).

أقول: و الظاهر أنّه على القول برّد اليمين و عدم القضاء بالنكول، أيضاً يمكن القضاء

ص: ٢٥٠

١- قال الشهيد الثاني في شرح اللمعه: «بأن صرّح بالظن او الوهم، ففي سماعها أوجه، أو جهها السماع في ما يعسر الاطلاع عليه
كالقتل....». ج ٣ ص ٨٠- كلانتر.

٢- الاية ٤٩، السورة البقرة.

٣- الاية ٦٥، السورة النساء.

٤- ما وجدت الحديث في الفقيه، ولكن في التهذيب، ج ٧ ص ٢٢١- و مضمونه في احاديث متعدده، فراجع الفقيه، ج ٣ ص
١٦١-١٦٢. و الوسائل، ابواب احكام الاجاره، احاديث باب ٢٩.

٥- ما وجدت الحديث ايضاً بروايه ابي بصير، و في الوسائل، ابواب احكام الاجاره، ب ٢٩ ح ١٦ عن منصور بن حازم، عن
بكر بن حبيب، الحديث عينه. - و في التهذيب (ج ٧ ص ٢٢١) شعيب بدل حبيب.

٦- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٥ ط دار الهدى.

بالنكول هنا. لأنّ الظاهر من أدلّه القول، هو الردّ في ما يمكن الردّ، لا مطلقاً. و لذا حكم في الدروس بإمكان القضاء بالنكول في ما لا يمكن ردّ اليمين على المدّعى (من المواضع التي سنذكر بعضها لو لم يحلف المنكر) مع أنّه من جملة القائلين بعدم القضاء بالنكول.

الثالث: إذا تمّ دعوى المدّعى فإنّ أجباب الخصم، فهو. و إلما، يتوقّف طلب الجواب عنه بطلب المدّعى، لأنّه حقّه. أم لا، لأنّ الظاهر من إحضار الخصم في مجلس الحكم هو رضاه بذلك. و أنّ الطلب حينئذ حقّ الحاكم. قولان. و لا يبعد ترجيح الأوّل إن لم يشهد الحال على رضاه. و كذلك الكلام بعد ذكر الخصم كلامه فيه. لأنّهما ناظران إلى ما ذكر.

و يظهر من المحقّق، تضعيف القول الأوّل هنا بعد اختياره ثمّه (1). و لعلّه لقوّه دلالة التداعى على طلب الحكم، و قوّه كون اختيار الحكم هنا بيد الحاكم لثبوته عنده حينئذ بمجرد الجواب في بعض الصور. بل ربّما يثبت عند غيره أيضاً كما إذا كان الجواب بالإقرار. فإنّ الظاهر أنّ الإقرار يكفي في ثبوت الحكم، إمّا لكون ذلك ضرورياً، أو إذا قلّد مجتهداً في ذلك. و بالجملة: توقّف طلب الحكم على طلب المدّعى، غير معلوم.

الرابع: جواب المدّعى عليه، إمّا إقرار، أو إنكار، أو سكوت. فإنّ أقرّ بجميع [حق] المدّعى أو بعضه (إقراراً جامعاً للشرائط؛ من البلوغ و العقل و عدم الحجر في الماليّات، و غير ذلك من الشرائط) ثبت. سواء حكم الحاكم به أم لا. لأنّ «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و حينئذ فيظهر فائده الحكم، لقاض آخر. بخلاف الثبوت عنده بالبينه، فإنّ الحكم هنا جزء السبب و لا يثبت بذلك عند الغير بدون حصول العلم. إذ يتوقّف قبولها باجتهاد الحاكم في جرحها و تعديلها.

[و] لو طلب المدّعى عن الحاكم كتابه الحجّه على المدّعى عليه؛ ففي وجوبه و

ص: ٢٥١

١- اى قبل ذكر الخصم كلامه.

استحبابه، قولان؛ و الأشهر الوجوب. و هو أقوى في ما يتوقف وصول الحق و استمراره، عليه [في] اجراء الحكم. كما يجب الشهادة إذا طلبه. و وجه العدم؛ أن الأصل عدم وجوب غير [الحكم] (١) و الإشهاد.

و في جواز أخذه الاجره على الكتابه و ما يتوقف عليه اجراء الحكم و وصول الحق، إشكال. و الأظهر عدم الجواز.

و إذا كتب فليكتب الاسم و النسب (بحيث يتميز) إن عرفه. و إلما، فمختار بين أن يعرفه شاهدان عدلان فيكتب ما يعرفانه، أو يكتب حليته بحيث يتميز و لا يختلط. و يشهد على ذلك. و لا يكتفى بمجرد الإقرار و إن صادقه المدعى، لجواز [تواطئهما] (٢) على نسب لغيرهما، ليلزم ما ذا النسب مما ليس عليه.

قالوا: و لا يجب عليه إعطاء الكاغذ و القلم و المداد. فإما يبذله الملتمس، أو يأخذ ذلك من بيت المال، فإن ذلك في المصالح العامة، بل أهمها. فيمكنه أخذ شيء بإزاء المذكورات لو أعطاها من نفسه.

قالوا: و ينبغي أن يكتب كتابين، يعطى أحدهما الملتمس و يضبط الأخرى في ديوان الحكم لينوب [عن] (٣) الآخر على تقدير تلفه، و يؤمن معها من إدخال شيء فيه (٤). و أن يجمع قضاء كل اسبوع و شهور و سنه. و يكتب على كل واحد، قضاء يوم كذا، و اسبوع

ص: ٢٥٢

١- و في النسخة: الحاكم.

٢- و في النسخة: تواطئها.

٣- و في النسخة: على.

٤- باز هم بگوئید: در اسلام، پرونده و قرطاس بازی و بورو کراسی، نیست: فقولوا، ثم قولوا: لاعبره بالقرطاس عندنا (!). نعم لهذه القاعدة اصل اصیل فی الاسلام، لكن اجرائها العملی بتمامها لا يمكن الا فی دولة القائم (عجل الله فرجه) الدولة الالهی بعد انقضاء دولة ابليس. - راجع كتاب «كابالا و پایان تاریخش». سایت بینش نو - www.binesheno.com

كذا، و شهر كذا (١). و هكذا.. لتسهيل الأخذ عند الحاجة.

ثم: إن كان [المحكوم عليه] واجداً للمال؛ فيلزم بإعطائه و لو بحبس الحاكم و إغلاظ القول، أو بأن يبيع ماله في أداء دينه لو لم يمكن الاستيفاء إلا بذلك فإن لى الواجد (٢) يُحلّ عرضه و عقوبته.

و إن ادعى الإعسار و عدم مالكيته [ل-] شئى سوى مستثنيات الدين المعهودة؛ فإن علم ذلك بعلم الحاكم، أو تصديق المدعى، فالمشهور أنه يخلّى و يقدر (٣)، لقوله تعالى: «فَنظَرَهُ إِلَى مَيْسَرِهِ» (٤). و لروايه غياث بن ابراهيم: «عن جعفر (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام): إن علياً (عليه السلام) كان يحبس بالدين، فإذا تبين له إفلاس و حاجه خلى سبيله» (٥). و مثله روايه الأصبغ بن نباته، و روايه السكونى «عن جعفر (عليه السلام) عن أبيه، عن عليّ (عليه السلام) إن امرئ استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً. فأبى أن يحبسه و قال إن مع العشر يُسراً» (٦).

و أما صحيحه زراره: «عن الباقر (عليه السلام) قال: كان عليّ (عليه السلام) لا يحبس فى السجن إلا ثلاثة؛ الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلماً، و من ائتمن على أمانه فذهب بها. و إن وجد له شيئاً

ص: ٢٥٣

١- فمثلاً: انا اكتب هذه التعليقه اليوم، يوم الخميس ١٨ رمضان المبارك من سنته ١٤٣٢ و كان اول رمضان هو يوم الاثنين. فاذا وجب ضبط الاسبوع فى الرّم المورخ كالشهر و السنه، فلاكتب ٤/٣/٩/١٤٣٢، القمرية. بدلاً من ١٨/٩/١٤٣٢، القمرية مطابقاً ل ٦/٤/٥/١٣٩٠، الشمسية بدلاً من ٢٧/٥/١٣٩٠. فهذه البور كراسيه أشدّ مما رائج فى العالم اليوم. نعم: يأتى صباح الدوله الكريمة، أليس صباحها بقريب؟

٢- «لى» مصدر من «لوى»: لوى امره: طواه و أخفاه.

٣- لعلّ الصحيح: يخلّى حتى يقدر.

٤- الايه ٢٨٠، السوره البقره.

٥- التهذيب، ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤١ ط دار الاضواء.

٦- الوسائل، كتاب الحجر، ب ٧ ح ٢.

باعه غائباً كان أو شاهداً» (١). فلا دلالة فيها على المطلق إلّا من جهة إطلاق الجزء المنفى من الحصر. فيكون معنى الرواية أنّه لا يحبس أحداً في حال قدره و لا في حال العجز، إلّا هذه الثلاثة، فيحبسها في الحالتين. و المطلوب إثبات عدم جواز الحبس في حال العجز مطلقاً سواء كان من الثلاثة أو غيرها. فإن خصص بصورة العجز في [الجزء] (٢) المنفى، و في صورة قدره في الجزء مثبت بالدليل، لزم التفكيك في جزئي الحصر. و هو كما ترى.

و القول بجواز الحبس في حال العجز لهذه الثلاثة أيضاً دون غيرها، قول بالفصل. و لا أعرف قائله. و الذي أفهمه من الرواية؛ أنّ الكلام في من لم يثبت عجزه. فحينئذ يمكن أن يكون التخصيص بالنظر إلى «الحبس في السجن»، فإنّ الحبس أعمّ منه. و يناسب ما ذكرنا ما قاله الشيخ في التهذيب بأنّ المراد هو الحبس على سبيل العقوبة، أو الحبس الطويل (٣). و بالجمله: الآيه و الأخبار المتقدّمة المنجبر ضعفها بالعمل (٤)، و غيرها من الأصول و الأدلّة، يكفي في إثبات المطلب.

و في مقابل المشهور، قول الشيخ في النهاية بأنّه يسلم إلى الغريم ليستعمله و يؤجره. و قول ابن حمزه بأنّه إذا كان ذا حرفه و صنعه، فكما ذكره الشيخ. و إلّا فيخلّى سبيله. و دليل الشيخ روايه السكوني «عن الصادق (عليه السلام)، عن أبيه عن علي (عليه السلام) أنّه كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء. و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم إن شئتم آجروه فان شئتم فاستعملوه» (٥). و يمكن حملها على

ص: ٢٥٤

- ١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢٦ ح ٢.
- ٢- و في النسخة: العجز.
- ٣- التهذيب، ج ٦ ص ٣٠٠ ط دار الاضواء.
- ٤- و في النسخة: بالعمل و الكتاب.
- ٥- التهذيب، ج ٦ ص ٣٠٠ ط دار الاضواء.

مذهب ابن حمزه، جمعاً بين الأدلة و يؤيده أن أداء الدين واجب و لا يتم إلا بذلك. مع أن الظاهر أن ذا الكسب المتمكن من الأداء، قادر و ليس بعاجز. و لذلك لم يجر له أخذ الزكوه. لكن غايه ما يستفاد من ذلك، وجوب العمل و الاستيفاء، لا التسليم إلى الغريم، إلا أن يتوقف على ذلك. و ليس قوله بعيداً عن الصواب. كما ذهب إليه في المختلف أيضاً.

و لكن جماعه من الأصحاب (على ما نقل عنهم) ذهبوا إلى عدم وجوب التكسب في قضاء الدين. فالفرق على قول من أوجب الكسب من علمائنا الأ-كثرين، أن ذلك تكليف عليه عندهم و يجب عليه إتيانه، و لا تسلط للغريم عليه عندهم أولاً و إن ثبت ذلك في بعض الاحيان. بخلاف قول ابن حمزه، فإنه يقول بالتسليط أولاً.

هذا كله إذا ثبت الإعسار بأحد الأمرين المتقدمين. و أما إذا لم يثبت بهما؛ فإن علم له مال، أو كان المدعى به مالاً (بأن أقرضه مالاً او باعه شيئاً و طلب ثمنه) فالدعوى يؤل إلى تلف المال، و الأصل بقاءه. فيحتاج زواله إلى البيئه. فإن أقام، فيجيب فيه الأقوال المتقدمه.

قالوا: إذا قامت البيئه على تلف المال، فيقبل و إن لم يكن مطلعاً على بواطن أمره. لأنه بيئه على الإثبات. بخلاف ما لو قام على مطلق الإعسار، لأنه في معنى الشهاده على النفي، فيجب كونها مراقبه لأحواله ليضبط ما دلت على الإعسار من الامور الثبوتيه.

و إن لم يُقم حبس حتى يثبت بالبيئه، أو يبرئ المدعى ذمته، أو يحصل له التمكّن من الأداء. هذا إذا لم نقل بتحليف صاحب الدين، [و الأ] (1) فمع العجز عن البيئه يحلف الدائن إن أنكر تلف المال، ثم يحبس كما ذكره في التذكرة. و ظاهر الأدلة يقتضى ذلك. و كلام

ص: ٢٥٥

١- و في النسخة: أولاً.

كثير منهم خال عن ذلك كما ذكره في المسالك.

و وجه الحبس حينئذ، أصاله بقاء المال و ظاهر روايه غياث و أصبغ المتقدّمان. و ربّما يستشكل في جواز الحبس حينئذ، سيّما إذا كان ظاهر حاله ذلك و عدم تمكّنه من إقامة البيّنه. سيّما إذا صرف المال في خفايا أحواله و حيث لا يمكن الإشهاد عليه. لظاهر قوله تعالى «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» (١). فإنّ ظاهره كونه معسراً على الظاهر. و فيه إشكال. لأنّ الألفاظ أسام للحقائق النفس الأمرية.

و إن لم يُعلم له مال و لم يكن الدعوى مالاً أيضاً، (كادعاء الصداق و النفقه، و أرش الجنايه، و نحو ذلك) فلا يكلف البيّنه، عند الأصحاب. و إنّما نقل القول به عن بعض العامه، بناءً على أنّ الظاهر مالكيه المال في الجملة قليلاً كان أو كثيراً.

فإن أقام البيّنه المطلعه على خفيات أمره المراقبه له في خلواته الواجده له حال حصل له العلم بفقره و أشهد على ما لم يكن نفيّاً صرفاً، فيثبت الإعسار أيضاً. و إلّا، فيقبل قوله مع يمينه. لأنّه منكر وجود المال. و إن لم يحلف أيضاً فيحبس كالسابق.

ثمّ: في لزوم الحلف أيضاً في صورته إقامة البيّنه، خلاف. فظاهر الأ-كثر [ال-] عدم في صورته إقامة البيّنه على تلف المال. لأنها شهاده على الإثبات، دون مطلق الإعسار فإنّه أشبه بالإنكار، و الاحتمال لا يزول هنا مع البيّنه رأساً لورودها على النفي. و عن التذكرة أنّه عكس، لأنّ بعد ثبوت تلف المال المعلوم فكأنّما يدعى المدعى الآخر، و ينكره. بخلاف الصوره الأخرى، فإنّه لا يبقى مجال للدعوى. و نفى اليمين في موضعين (٢)، لأنّ فيه كذباً للشهود، و لقوله عليه السّلام: «البيّنه على المدعى و اليمين على من أنكر». و

ص: ٢٥٦

١- الآية ٢٨٠، السورة البقرة.

٢- عبارة النسخة: و نفى اليمين في موضع آخر منها في الموضعين.

و الحق أن يقال: إن كان المدعى معترفاً بعدم غير المال، فلا ضروره إلى اليمين بعد إقامه البينه على تلفه. وإلا فاليمين. لأن إقامه البينه على تلف مال خاص، لا تدل على عدم مطلقه. و أما في صوره إقامه البينه على مطلق الإعسار (سواء كان الدعوى مالا أو كان بلا مال أصلاً) فلا دليل على لزوم اليمين يعتمد عليه. و إن أنكر المدعى عليه؛ فلا يخلو إما أن يكون الحاكم عالماً بالحال، أو لا، فإن كان عالماً بالحال؛ فالمعروف من مذهب الأصحاب (المدعى عليه الإجماع من فخر المحققين، بل السيد المرتضى أيضاً) أن الإمام الأصل يحكم بعلمه لأن علمه و عصمته مانعان عن تطرق التهمه (١) و الغلط. و يدل عليه الأدله الآتية أيضاً. و أما غيره فالأشهر الأظهر بينهم أيضاً ذلك. و السيد ادعى عليه الإجماع في الانتصار و اعترض على [نفسه] (٢) في دعوى الإجماع بأن ابن الجنيد يذهب إلى عدم جواز الحكم بعلمه في شئ من الحقوق، و لا الحدود. و أجاب بأن إجماع الإماميه متقدم عليه و [هو] متأخر عنه، و إنما عول ابن الجنيد على الرأي و الاجتهاد و

ص: ٢٥٧

١- فإين قوله (صلى الله عليه و آله): «انما اقضى بينكم بالبينه و الأيمان»؟ اى لا- اقضى بينكم بعلم الغيب و العصمة. راجع الاحاديث فى الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢. و الحق انه إن قلنا بجواز عمل الحاكم بعلمه، فلا فرق بين المعصوم و غيره. لأن المعصوم لا- يحكم بعلمه الغيب و لا باعمال عصمته فى القضاء. بل يحكم بعلمه العادى البشرى. و بعبارة أخرى: للمعصوم علمان. و ان شئت قلت: له نوعان من العلم: الاول: العلم الحاصل من المجارى الطبيعىة و الطرق العاديه. كما يحصل لغير المعصومين. فلا فرق فى هذا العلم بينه و بين غيره. الثانى: العلم من مجرى او مجارى الغير الطبيعىة و غير الطرق العاديه. و هذا يسمى ب-«علم الغيب». و قد صرح و نص المعصوم(صلى الله عليه و آله) بأنه لا يحكم بعلمه هذا. كما ورد فى الحديث أن داود(عليه السلام) اراد ان يحكم بين الناس بالعلم بالغيب، فامر الله ان يحكم بالبينه و الأيمان (الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١ ح ٢. و يدل عليه ايضا، ح ٥). فالخلط بين العلمين و عدم التفريق بينها ينجز الى الاعوجاج. و لا محل فى هذه المسئلة، للبحث عن المعصوم عليه السلام.

٢- و فى النسخة: النعمة.

و فهم بعض الأصحاب (مثل ابن فهد، و الشهيد الثانى) عن سوق كلام السيد، أنه لا يجوز (١) حكم الإمام الأصل بعلمه أيضاً. و هو غير معلوم سيما مع ملاحظه نقله عنه (٢) فى آخر كلامه الفرق بين علم المعصوم و غيره من الحكام، و جوابه عنه.

و كيف كان؛ فالأقوى هو المشهور من جواز الحكم بالعلم مطلقاً. ثم إن فى مقابلة هذين الإطلاقين (٣)، تفصيلات شتى، أكثرها من العامه. و ذهب ابن إدريس و ابن حمزه إلى جوازه فى حقوق الناس دون حقوق الله، [لابتنائها] على التخفيف. و نقل عن ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي عكس قول ابن إدريس. و لا شاهد له من الأدله.

و الذى يدل على المشهور (مضافاً إلى الإجماع المنقول، و أنه يستلزم ترك إقامة المعروف و إزاحه المنكر غالباً) العمومات الواردة فى الحدود؛ مثل قوله تعالى «السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (٤). و «الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً» (٥) و نحوهما. فإن الألفاظ أسامى للامور النفس الأمريه، فشمولها لما علم اتصاف ذوات موصوفاتها بها، أوضح من غيرها. و قد يتم الدليل بالأولى بالنسبه إلى حقوق الناس. و فيه تأمل. و [أ]تمه السيد فى الانتصار بعدم القول بالفصل فقال: «إن أحداً من الامة لم يجزه فى الحدود دون الأموال». و كأنه لم [يعتن] (٦) هنا أيضاً بقول ابن الجنيد فى كتابه على ما نقلنا عنه.

ص: ٢٥٨

١- اى: ان ابن الجنيد لا يقول بجواز حكم الامام الاصل بعلمه.

٢- اى: عن ابن الجنيد.

٣- معصوماً كان القاضى او غير معصوم. و كان موضوع الدعوى حق الناس او حق الله.

٤- الاية ٣٨ السورة المائدة.

٥- الاية ٢ السورة النور.

٦- و فى النسخة: يعين.

و الأولى فى إثبات العموم، أن يثبت بعدم القول بالفصل، مع ملاحظه الحكم فى ما توقّف عليه الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و بالجملة: ترك العمل بالعلم و متابعه الجهل أو إيقاف الأحكام و تعطيلها، خلاف المأنوس فى طريقه العقل و الشرع.

و احتج المانع مطلقاً؛ بما رواه العامه عنه (صلى الله عليه و آله) فى قضيه الملاعنه: «و لو كنت راجماً من غير بينه لرجمتها». و بأن فيه تهمه و تزكيه للنفس.

و الجواب عن الأول، ضعف السند. و الظاهر أن هذا الاستدلال أيضاً منهم، فلا يمكن الاستشهاد بهذا الاستدلال للمانعين مطلقاً، على وجود القائل متناً بمنع عمل المعصوم بعلمه أيضاً، كما وقع من ابن فهد(ره) (1) حيث قصد بذلك، الرد على فخر المحققين فى دعواه الإجماع (2) على جواز عمل المعصوم بعلمه. كالأستشهاد بمحاجه السيد مع ابن الجنيد بالأخبار الداله على حكم الإمام(عليه السلام) بعلمه، على كون ابن الجنيد قائلاً بالمنع مطلقاً، لأن المفهوم من تلك الأخبار أن مجرد العلم مجوز للحكم لا خصوصيته علمهم(عليه السلام) من حيث هو فينافى دعوى الإجماع.

و عن الثانى: بمنع حرمة التعريض بمثله. كما فى ما لو حكم بالبينه أيضاً.

ص: ٢٥٩

١- و الحق مع ابن فهد(ره) كما سبق فى التعليقه قبل ثلاثة تعليقات. و لكن لا حاجه الى الاستشهاد بقول العامه. لأن النصوص كاف و كاد ان يكون المسئله اصلاً مسلماً من اصول عقائدنا. بل هو مسلّم ان المعصوم لا يحكم بعلمه بالغيب. و حكمه بعلمه العادى، كحكم كل قاض. فان جاز، فجاز للمعصوم و غيره. و ان لم يجز فكذلك.

٢- و اما حكاية الاجماع: فان اريد من معقد الاجماع، القضيه الشرطيه؛ بان يقال: «ان اراد المعصوم الحكم بعلمه الغيب او بعلمه العادى، فله ذلك». فهذا مجمع عليه. لكنه قضيه شرطيه و مختصه بالنبي و الامام(صلى الله عليه و آله) و لا دخل له فى مسئلتنا الفقهيّه. بل هو مسئله من مسائل الولايه و الامامه. و ان اريد منه الاجماع بقضيه مطلقه بعنوان مسئله فقهيّه، فاثبات الاجماع مشكل.

و عن الثالث: بأن التزكيه يحصل بنفس التوليه، لا- يامضاء الحكم. مع أنه معارض بالصور المستثنات عند المانعين أيضاً، كما سيأتي.

فإن قيل: يدل على المنع، الأخبار القائله بأن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»، فأوجب اليمين على المدعى. فكيف يكفى الحاكم بمجرد العلم؟

قلنا: مدلول هذه الأخبار، أن كل بينه على المدعى، لا أن كل مدع يجب عليه البينه. و أيضاً الظاهر منها أنها فى صوره الجهل بالواقع. فالبينه شأنها التبيين و لا تبيين فى المبين.

ثم إن المانعين قد استثنوا من ذلك تزكيه الشاهد و جرحه، للزوم التسلسل إن لم يعتبر علمه فى الأول (1)، و الدور [فى الثانى] (2). أن اعتبروا الإقرار فى مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره. و العلم بخطاء الشهود و كذبهم. و تعزيز من أساء الأدب فى مجلسه و إن لم يعلم غيره. لإقامه القضاء. و نقل فى الدروس عن بعضهم خامساً و هو أن يعلم و يشهد آخر معه، فإنه لا ينقص عن شاهد.

ثم إذا قلنا بالعمل بالعلم: فلا يجوز طلب البينه إن فقدتها المدعى. و إن وجدها و طلبها رفعاً للتمهه، فالأظهر عدم جواز الإلزام. سيما إذا كان ذلك مفوتاً لحقه؛ كما إذا ظهر الجرح فى البينه بعد الإقامه.

و لو ادعى المدعى حكم الحاكم؛ لو كان متذكراً له، فيمضيه. و ليس هذا من باب الحكم بالعلم. و لو لم يتذكر فلا يمضى إلّا إذا أقام البينه على ذلك؟ ففيه خلاف؛ فعن المبسوط «أنه لا يقبل الشهاده على نفسه، عندنا و عند جماعه. و قال يسمع الشهاده على فعل نفسه و يمضيه. [و الاول اقوى، لأنه لو شهد بشيئ ثم نسيه فقامت البينه عنده

ص: ٢٦٠

١- اى تزكيه الشاهد.

٢- اى جرح الشاهد.

أنه شهد به، لم يشهد بذلك ما لم يذكره. ولا يرجع الى قول غيره في شهادة نفسه. كذلك في الحكم^(١). والأقوى ما ذهب إليه جماعه المتأخرين من قبول الشهادة وإمضاء الحكم. لعموم ما دلّ على قبول البينة. ويؤيده أنه لو قامت البينة عند حاكم آخر، يمضيه بلا خلاف، وجواز الرواية عن الراوى الذى نسي الرواية أصلاً ورأساً، بل يجوز روايه الناسى عن الراوى عنه عن نفسه.

وحجّه الشيخ قياس مع الفارق، لاشتراط العلم فى الشهادة. ومعارض بقياسه بحاكم آخر، فإنّ الظاهر عدم الفرق بينه وبين حاكم آخر. وما يقال: إنه يمكن فى حقّه التذكّر لفعل نفسه، بخلاف القاضى الآخر، فيجب أن يتوقّف ولا يمضى حتّى يحصل التذكّر. فمدفوع بأنّه قد لا يتذكّر ويفوت حقّ المدعى. وقد يتذكّر قاضى آخر إذا تأخّر وتأمّل. مع أنّ الظنّ يكفى.

وأقياً لو وجد الحكم مكتوباً بخطّه؛ فهل يقوم هذا مقام البينة لو لم يحصل العلم والتذكّر-؟ قالوا لا يحلّ له أن يحكم به وإن أمن التزوير. لإمكان التذكّر فيحصل العلم. ولأنّه كالشهادة فإنّها لا يجوز بمثله. كما ورد فى الأخبار؛ إلا أنّ فى بعضها «لا تشهد بشهادة لا تذكرها فإنّه من شاء كتب كتاباً ونقش خاتماً»^(٢). وفى بعضها «الرجل يشهدنى على الشهادة، فأعرف خطّى و خاتمى ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً، قال: وقال لى إذا كان صاحبك ثقة ومعك رجل ثقة فاشهد له»^(٣). ويظهر منها أنّ المنع فى غيرهما من الأخبار، لخوف التزوير واحتمال السهو والغفلة. فعلى هذا لو جزم بعدم المذكورات، فيجوز الحكم. كما يظهر من المحقّق الأردبيلى (ره) أيضاً.

ص: ٢٤١

١- المبسوط، ج ٨ ص ١٢١ ط المرتضوية.

٢- الوسائل، ابواب الشهادات، ب ٨ ح ٤.

٣- المرجع، ح ١.

و الحاصل: أنّ العلم، إمّا يحصل أوّلاً بما في نفس الأمر، أو بواسطة ما يستلزمه. و لذلك استدلّ الأصحاب على جواز القضاء بالعلم بالأخبار التي دلت على قضا عليّ (عليه السلام) للنبي (صلى الله عليه و آله) معللاً بـ «أنا نصدّكك بالجنّه و النار و غيرها، فكيف لا نصدّكك في ما تدعى» (١). فالعلم حصل باعتبار العصمه، لا باعتبار العلم بوقوع الواقعة بخصوصها.

و إن لم يكن الحاكم عالماً بالحال بوجه، فإن علم المدعى أنّه موضع المطالبه بالبيّنه حينئذ، فيختار الحاكم بين السكوت و بين أن يسئل عنه عن البيّنه. و إن لم يعلم بذلك، فعلى الحاكم أن يعلمه بذلك. فإن قال لا بيّنه لي، فيعرّفه أنّ له على المدعى عليه، اليمين. و لا يجوز تحليفه إلّا بعد سؤال المدعى، بلا خلاف ظاهر بينهم. لأنّه حقّه، فقد يتعلّق غرضه ببقاء الدعوى لتذكّر البيّنه، و نحو ذلك. فإن تبرّع المنكر به، أو أحلفه الحاكم بدون إذنه، ليبقى و إن كان لا يصحّ إلّا بإذن الحاكم أيضاً، لأنّه وظيفته.

فإذا حلف صحيحاً، فيسقط منه الدعوى في الدنيا. و يجب عليه إبراء الذمه بينه و بين الله. و كذلك المدعى لا يجوز له المطالبه و لا المقاضيه بماله، كما كان له قبل التحليف. و لا العود في الدعوى، و لكن يبقى حقّه في ذمته إلى يوم القيامة. و لم ينقلوا في ذلك خلافاً. بل نقل عليه اتفاق المسلمين. و الأخبار متظافره بما ذكر و سيأتي جملة منها.

و لو أقام بيّنه بعد التحليف، ففي سماعها و عدمه أقوال: ثالثها (٢) السماع، إلّا مع اشتراط المنكر سقوط الحقّ بالحلف. و رابعها السماع مع عدم علمه بها أو نسيانها.

الأوّل للشيخ في موضع من المبسوط، و الثاني له في الخلاف مدّعياً عليه الوفاق. و هو قول الأكثر. و الثالث للمفيد و ابن البراج و ابن حمزه. و الرابع للشيخ في موضع

ص: ٢٤٢

١- مضمون الحديث ١، من باب ١٨، الوسائل، ابواب كيفية الحكم.

٢- اى: أوّلها السماع مطلقاً. و ثانيها عدم السماع مطلقاً. و ثالثها...

آخر من المبسوط، ولأبي الصلاح وابن إدريس. و مال إليه في الخلاف بعد ترجيحه قول الأ-كثر. وقول الأ-كثر هو الأقوى عندي. للإجماع المنقول عن الشيخ، والأخبار الكثيره الدالّله صريحاً و ظاهراً بالإطلاق، أو بسبب ترك الاستفصال؛ مثل ما رواه الصدوق في الصحيح، عن عبد الله بن أبي يعفور: «عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: إذا رضى صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه، فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ الدعوى، و لا دعوى له. قلت: و إن كانت له بينه عادله؟ قال: نعم و إذا قام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامه، ما كان له حقّ. فإنّ اليمين قد أبطلت كلّما ادّعاه قبل ممّا استحلفه عليه» (١) و « قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من حلف لكم على حقّ فصدّقوه. و من سألكم بالله فأعطوه. ذهبت اليمين بدعوى المدعى و لا دعوى له» (٢): و روى أيضاً: «عن رسول الله (صلى الله عليه و آله): من حلف فليصدق. و من حلف له بالله فليرض. و من لم يرض فليس من الله» (٣). و عن خضر بن عمرو النخعي: «عن الصادق (عليه السلام): فى الرجل يكون له على رجل مال فيجحد، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه بعد اليمين شيئاً» (٤) الحديث. و فى الكافى و التهذيب عن عبد الله بن وضّاح: «قال كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخاننى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف و قد علمت أنه حلف يميناً فاجرته فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و ذراهم كثيرة فأردت أن أفتص الألف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها فكتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف و قد وقع له عندى مال فإنّ أمرتني أن آخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت فكتبت لا تأخذ

ص: ٢٦٣

-
- ١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٩ ح ١- الفقيه، ج ٣ ص ٣٧، ح ١.
 - ٢- المرجعان، ح ٢.
 - ٣- الوسائل، ج ٢٣ ص ٢١٢.
 - ٤- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٠ ح ١- الفقيه، ج ٣ ص ١١٣ ح ١٧.

مِنْهُ شَيْئًا إِنْ كَانَ ظَلَمَكَ فَلَا تَظْلِمُهُ وَ لَوْ لَا أَنَّكَ رَضَيْتَ بِيَمِينِهِ فَحَلَفْتَهُ لَأَمَرْتُكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ تَحْتِ يَدِكَ وَ لَكِنَّكَ رَضَيْتَ بِيَمِينِهِ
(وَ قَدْ ذَهَبَتْ) الْيَمِينُ بِمَا فِيهَا فَلَمْ آخُذْ مِنْهُ شَيْئًا وَ انْتَهَيْتُ إِلَى كِتَابِ أَبِي الْحَسَنِ (عليه السلام) «(١)». إلى غير ذلك من الأخبار
الدالة على أَنَّ اليمين مسقطه للحقّ.

حجّه المفيد(ره) (على ما ذكره في الخلاف): أَنَّ كَلَّ حاله يجب عليه الحقّ بإقراره، فيجب عليه بالبينه كما قبل اليمين.

و فيه: أَنَّ الفارق موجود، لأنّ الإقرار تمام العله في ثبوت الحقّ. بخلاف البينه، فإنها لا يثبت الحقّ إلا بالحكم. مع أَنَّ الظاهر أنّه لا
خلاف في ثبوته هنا بالإقرار. فلعلّ الإجماع كان هو الفارق. و كيف كان؛ فمع وجود الأخبار سميّا صحيحه عبد الله بن أبي
يعفور، لا مجال للتأمل في عدم السماع.

و أمّا وجه القول الرابع: فلعله أَنَّ المنصرف من الأدلّه هو إسقاط الحقّ، إذا كان يزعم المدعى عدم البينه و يُحلفه بمظنه العجز
عن الإثبات.

و وجه القول الأوّل: إطلاقات سماع البينه. و الأخبار يدفعا. و يظهر من ذلك، الحكم في الشاهد الواحد مع اليمين. بل عدم
السماع هنا أولى.

أمّا لو كذب نفسه بعد الحلف: فيحلّ المطالبه و المقاصه. بلا خلاف ظاهر بينهم. لعموم «إقرار العقلاء على انفسهم جاز»، و ما
دلّ على جواز المقاصه. فيخصّص ما دلّ على السقوط، به.

و إن لم يحلف المدعى عليه و ردّ اليمين على المدعى: فيجوز بلا خلاف ظاهر بينهم، و يدلّ عليه الأخبار، و سيجيء بعضها. فإن
حلف فيستحقّ المدعى أخذ الحقّ بلا

ص: ٢٦٤

خلاف بينهم. و يدلّ عليه الأخبار؛ مثل روايه أبان بن عثمان عن رجل: «عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يدعى عليه الحقّ وليس لصاحب الحقّ بينه، قال: يستحلف المدعى عليه، فإن أبى أن يحلف وقال: أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ، فإن ذلك واجب لصاحب الحقّ أن يحلف و يأخذ ماله» (١). و روايه يونس عن [من رواه] (٢): «قال: استخراج الحقوق بأربعه و جوه: بشهاده رجلين عدلين - فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان - فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى - فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه - فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدعى - (فهي واجبه) عليه أن يحلف و يأخذ حقه - فإن أبى أن يحلف فلا شيء له» (٣). و ضعف الروايتين (بالإرسال و الوقف) غير مضرّ. لانجبارهما بالعمل.

و إن حلف المدعى ثمّ بذل المنكر اليمين فلا - حق له. و ادعى عليه (٤) الإجماع في المسالك (٥). و إن بذلها بعد الردّ و قبل حلف المدعى؛ فعن الشيخ العدم إلما برضاء المدعى. و لا يبعد ترجيح الجواز، لأنّه في معنى الإباحه لا الإبراء. و الأصل بقاء الحقّ.

و الإشكال ههنا في مقامين: الأوّل: إنهم استثنوا من الحكم الأوّل مواضع؛ قال المحقق الأردبيلي (ره): «و الظاهر أنّه يكون في موضع ثبوت الحقّ بذلك للمدعى نفسه و يكون ممّا جاز له اليمين. فلا يمين على المدعى إذا كان و كيلاً و إن علم المدعى ا. و لكن يحتمل أن يطلب المدعى عليه، توقّف الخصومه إلى أن يحضر المدعى ليردّ عليه اليمين.

ص: ٢٦٥

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٧ ح ٥.

٢- و في النسخة: عن زرارة.

٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٧ ح ٤.

٤- و في النسخة: و ان ادعى عليه..

٥- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٧ ط دار الهدى. و ليس فيه ادعاء الاجماع. لعلّه كان في النسخة التي كانت عند المصنف (ره).

كما في وكيل المدعى عليه. فتأمل. وكذا لا يمين عليه (١) إذا ادعى الظن. كما مر. وكذا لا يمين على وصي الأيتام إذا ادعى، بل على أوليائهم مطلقاً. وكذا على الوصي إذا ادعى حجاً أو خمساً أو زكاهً ونحو ذلك في ذمه الميت مع كونه وصياً، فأنكر الوارث ذلك و ردّ اليمين على الوصي. وغير ذلك من الصور. هكذا قالوه وليس ببعيد. وحينئذ يلزم المدعى عليه، على تقدير الإنكار، إمّا دفع حق المدعى أو اليمين. وقال في شرح الشرايع: إن كان الوارث يتيماً، أخر حتى يبلغ ويرشد. وفيه تأميل، لاحتمال وجوب الإخراج على الولي بعد علمه بذلك. إلّا أن يكون مقصوده لحوق ضمانه على تقدير انكار اليتيم بعد ذلك. فتأمل». انتهى كلامه رفع مقامه.

و الدليل على ما قالوه: أنّ الأصل عدم الردّ. والحديث المشهور الدالّ على أنّ «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» دالّ عليه. و [الروايتان] (٢) المتقدمتان لا تدلّان إلّا على جواز الردّ على صاحب الحقّ حينئذ، وهؤلاء ليسوا بصاحب الحقّ حقيقةً. وبالجملة؛ ثبوت اليمين على المدعى، لا دليل عليه إلّا في ما كان صاحب الحقّ.

الثاني: إنّ يمين المدعى حينئذ؛ هل هي بمنزلة البينة؟ أو إقرار المدعى عليه؟ فيه قولان، اختار ثانيهما في التحرير قال «هو كإقرار الخصوم، لا- البينة. فلا- يثبت في حقّ غير الحالف. و رجحه الشهيدان أيضاً في الدروس و شرح اللمعة. و مال إليه المحقّق الأردبيلي (ره). قال في الدروس: «و الفائده في مثل إنكار الوكيل العيب و نكوله عن اليمين. فيحلف المدعى. فإن جعلناها كالبيّنه، ردّه على الموكل. و إن جعلناه كالإقرار فلا» (٣). انتهى. و يتفرّع على ذلك فروع كثيرة أخر متفرّقه في أبواب الفقه؛ منها وجوب

ص: ٢٦٦

١- اى على المدعى.

٢- و في النسخة: الروايات.

٣- الدروس، ج ٢ ص ٨٩ ط جامعة المدرسين.

الحقّ بفراغ المدعى عن اليمين لو قلنا بكونها من باب الإقرار. و توقّفه على حكم الحاكم لو جعلناها من باب البيّنه. و منها ما لو أقام المدعى عليه، بيّنه على ردّ المال و الإبراء بعد حلف المدعى؛ فعلى الأوّل تسمع لكونه من باب «تعارض البيّنتين». و على الثاني لا تسمع لأنها مكذّبه لقوله.

و ما قيل فى توجيه الأوّل؛ هو إنّه حجّه للمدعى كالبيّنه، فيكون بمنزلتها. و فى توجيه الثاني؛ إنّ ثبوت الحقّ حصل من جهه المدعى عليه، فيكون كإقراره، و بأنّ ظاهر حاله فى النكول هو تكذيب نفسه فى الإنكار.

و كلا الوجهين ضعيفان و إن كان الأوّل أضعف. فالأولى جعل ذلك أصلاً برأسه و الرجوع فى تلك الفروع، إلى مقتضى الأدلّه الخارجيه. كما اختاره المحقّق الأردبيلي (ره) و تبعه صاحب الكفايه. فنقول بسقوط الدعوى فى هذه الفروع بيمين المدعى. و التوكيل، لردّ [اليمين] (١) على الموكل إن كان مطلقاً، أو فى ردّ الحلف. فلا يضرّه كون الإقرار لا يسمع على الغير. لما دلّ الأخبار على أنّ المدعى يأخذ الحقّ بعد اليمين المردوده. و كذلك الفرعان الآخران، فإن توقّف ثبوت الحقّ بحكم الحاكم بعد البيّنه إنّما هو ثابت بالدليل مثل الإجماع و إلّا فمقتضى الأدلّه [و الأخبار] (٢) ثبوت الحقّ من دون شرط آخر. فالذى دلّت الأخبار أنّ اليمين المردوده مثبته لحقّ المدعى و مسقطه للدعوى. فإثبات [توقفه] (٣) على أمر آخر، دونه خرط القتاد.

و يظهر ممّا ذكر، الكلام فى الفرع الأخير، فإنّ بناء المدعى عليه حين ردّ اليمين، على أنّ الحقّ و الدعوى إنّما هو فى اشتغال الذمّه بالحقّ بالفعل، و عدمه. و المدعى كان يدّعيه

ص: ٢٦٧

١- و فى النسخة: المعيب.

٢- و فى النسخة: فالأخبار.

٣- و فى النسخة: توقيفه.

و هو ينكر، و بعد ردّ اليمين ثبت حقّ المدعى بالفعل و ألزمه المنكر بسبب الردّ. فسقط مورد الدعوى، فلا مورد للبينه حينئذ و لا تعارض بين البينتين.

و إن امتنع المدعى و لم يحلف، سئل الحاكم عن سبب الامتناع. فإن لم يذكر السبب، أو ذكر أنّي لا أحلف لأنّ اليمين مكروهه إذ تركها محبوب. فسقط حقّه مطلقاً، و لا يجوز له استئناف الدعوى و لا مطالبته و لا مقاصّته. كما لو حلف المدعى عليه.

وقيل: يسقط في هذا المجلس فقط. و إطلاق الأخبار يذمّه؛ مثل صحيحه محمّد بن مسلم: «عن أحدهما(عليه السلام): في الرجل يدعى و لا بينه له قال يشتهر تحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له» (١). و رواه عبّيد بن زرارّة: «عن أبي عبّيد الله(عليه السلام) في الرجل يدعى عليه الحقّ و لا بينه للمدعى قال يشتهر تحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له» (٢). و رواه أبان عن جميل (و الظاهر أنّه ابن عثمان و طريق الصدوق إليه صحيح) (٣): «عن أبي عبّيد الله(عليه السلام) قال: إذا أقام المدعى البيّنة فليس عليه يمين و إن لم يقيم البيّنة فردّ عليه الذي ادعى عليه اليمين فأبى فلا حقّ له» (٤). و مثله روى في الكافي في الحسن، عن أبان، عن رجل عنه عليه السلام (٥). و رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، و سيجيى و تؤدّى مؤدّاها. و رواه أبي العباس في الكافي و التهذيب (٦). و قد

ص: ٢٦٨

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٧ ح ١.

٢- المرجع، ح ٢.

٣- المصنف(ره) يجعل أبان بن عثمان في عداد «اصحاب الاجماع»، كراى جماعة من الفقهاء. فاذا صح طريق الصدوق الى أبان، و لا كلام في «جميل». فتكون الرواية صحيحة. و لكنّ فخر المحققين و العلامة لا يعملون بحديث أبان بن عثمان و يقولون بضعفه. و الأبّان هذا قد روى احاديث كثيرة في العلوم المختلفة غير الفقه. لا يخلو من الخرافة و الاغلاط المسلّمة. فمن اشتغل بهذه العلوم (كالعلامة) يلزم عليه الدقّة في روايات الرجل. فلا تغفل.

٤- المرجع، ح ٦- الفقيه، ج ٣ ص ٣٧، ح ١ ط دار الاضواء.

٥- المرجع، ح ٥.

٦- المرجع، ب ٨ ح ٢- الفروع، ج ٧ ص ٤١٧ ح ٢- التهذيب، ج ٦ ص ٢٣١ ح ١٤ ط دار الضواء.

و هناك قول آخر، اختاره الشهيدان و قبلهما العلامة في التحرير، و هو السقوط مطلقاً إلا أن يأتي بيّنه. و كذا قال في التحرير: «المدعى إن نكل عن اليمين المردوده و قال لا أحلف، فهو كحلف المدعى عليه. و لا يمكن العود إلى اليمين بعد ذلك، بل لا تسمع دعواه إلا بيّنه» (٢). انتهى.

و إن طلب الإمهال لتذكر الحساب: فالظاهر من الشهيد الثاني في شرح اللمعه أن القول ينحصر في اثنين، و أن استثناء البيّنه هو القول المشهور. قال في شرح قول المصنف: «فإن امتنع، سقطت دعويه» قال: «في هذا المجلس قطعاً و في غيره على القول المشهور إلا أن يأتي بيّنه» (٣). انتهى.

و الأظهر ما ذكرنا. و الظاهر أن نظر من استثنى صورته وجود البيّنه، الى أن المراد من قولهم عليهم السلام في تلك الروايات: «و لا- بيّنه له»، نفى البيّنه في نفس الأمر. و هو بعيد. بل الظاهر منها عدم إمكان إقامة البيّنه حال الحكم سواء علم بوجودها و لا يمكنه الإقامه، أو لم يعلم حينئذ بوجودها، لنسيان أو غيره، أو لعدمها أصلاً. و روايه جميل ظاهر في ما ذكرنا. و قد مرّ نظيره في إقامة البيّنه بعد تحليف المدعى و إن ذكر سبباً للامتناع مثل أن يقول «لا أحلف، لعلّي أتذكر بيّنه» أو «لأنّ لي بيّنه فمستحضر» أو «أسئل الفقهاء» أو «أنظر في الحساب» و نحو ذلك، قال في المسالك: «ترك و لم يبطل حقه من اليمين» (٤). و استشكل في ذلك المحقق الأردبيلي (ره) و تبعه صاحب الكفايه أيضاً،

ص: ٢٦٩

١- المرجع، ب ٧ ح ٤.

٢- التحرير، ج ٥ ص ١٨١ ط مؤسسة الامام.

٣- الروضة البهيّة (شرح اللمعه)، ج ٣ ص ٨٦- كلانتر.

٤- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٧ ط دار الهدى.

لعموم الأدلّه. و ظاهر عبارته التحرير المتقدّمه أيضاً عدم الإمهال و عدم سماع الدعوى.

ثمّ على تقدير الإمهال: فهل يقدر أم لا؟-؟ فيه وجهان. استجود في المسالك الثاني. لأنّ اليمين حقّه و له تأخيرها إلى أن يشاء، كالبينه. بخلاف المدعى عليه، فإنّه لا يمهل إذا استمهل، لأنّ الحقّ فيه لغيره بخلاف تأخير المدعى فإنّه لو أخر حقّه يقبل إذا كان له عذر مسموع (١).

أقول: و لا- يبعد أن يقال: المتبادر من تلك الأخبار، أنّه إذا لم يحلف المدعى آيياً عنها، فلا حقّ له. و المستمهل المعذر [و] لا يقال له «أبى عن الحلف». فيبقى تحت الأصل و الاستصحاب. و لا- يسقط حقّه. فما ذكره المحقّق الأردبيلي (ره) من أنّ «مظهر العذر مندرج تحت دلالة هذه الأخبار، و أنّ ما ذكره في المسالك من عدم بطلان حقّه، إن كان إجماع فلا بأس. و إلّا فهو محل تأمل». فيه تأمل، فتأمل. و ممّا ذكرنا يظهر وجه ترجيح ما رجّحه (ره) من الوجهين في تقدير الإمهال و عدمه.

و لو امتنع المدعى عليه، من اليمين و لم يردّ؛ قالوا: فيقول الحاكم له: «إن حلفت و إلّا جعلتك ناكلاً». و يستحبّ تثليث ذلك، كما صرّح به في الشرائع (٢). قال المحقّق الأردبيلي (ره) و ينبغي أن يضمّ إليه «أو رددتها إلى المدعى». و هو كذلك. و على القول بردّ اليمين، يزيد بعد قوله «و إلّا جعلتك ناكلاً». كما في الدروس (٣) و شرح اللمعه (٤). و يظهر ممّا نقل عن المبسوط و الدروس أنّ المرّة الاولى واجبه، و دليلها غير مذكور في

ص: ٢٧٠

١- المرجع، نفسه.

٢- الشرائع، ج ٤ ص ٧٦ ط دار التفسير.

٣- الدروس، ج ٢ ص ٨٩.

٤- الروضة، (شرح اللمعه)، ج ٣ ص ٨٧- كلانتر.

ما حضرني من كلامهم و اختيارهم (١).

ثم إن حلف [المنكر] أو ردّ اليمين على المدعى، فقد تقدّم حكمه. و إن لم يحلف و لم يردّ، فهل على الحاكم أن يردّ اليمين على المدعى و يعمل على مقتضاه؟ أو يقضى عليه بالنكول؟ فيه قولان؛ فعن الصدوقين (و المفيد و الشيخ فى النهايه و سلار و أبى الصلاح و ابن البراج فى الكامل) القضاء بالنكول. و هو مذهب المحقق و الشهيد فى شرح القواعد. و عن ابن الجنيد و ابن حمزه و ابن إدريس و الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و ابن البرّاج، و العلامه و الشهيد، أنّه يردّ الحاكم اليمين على المدعى. و العلامه بعد ما اختار هذا القول فى المختلف، قال: إنّ الجمهور نقلوه مذهباً لعلّى عليه السلام.

احتج الأولون بوجه: الأول: الخبر المشهور بين الخاصّه و العامّه «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر». فإنّ المتبادر منه اختصاص كلّ منهما بما عيّن له. و التفصيل قاطع للشركه. خرجنا عنه فى ما دلّ الدليل عليه؛ مثل ما لو وجب اليمين بالردّ من المنكر. و مثل تعارض البيّنتين، و غير ذلك.

و ما يقال: إنّ المتبادر من الروايه أنّ الثابت بأصل الشرع، هو أنّ «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و هو لا ينافى ثبوت اليمين على المدعى بسبب الردّ. فلا يثبت من الروايه القضاء بالنكول بمجرد عدم الحلف».

ففيه: أنّ الروايه مطلقه، و الأصل عدم تقييدها بكون ذلك بأصل الشرع، أو غيره. إلّا أن يثبت بدليل، كما فى صورته ردّ المدعى عليه بنفسه. سلّمنا؛ و لكن يكفى ذلك ايضاً، إذ مقتضى ثبوت ذلك بأصل الشرع ايضاً أنّه لا يجوز الخروج عنه إلّا بدليل. و الكلام إنّما

ص: ٢٧١

١- كانت النسخة من قوله «اقول» الى هنا مغلوطه، مغلقة و مخلوقه. بحيث يحتاج شرحها و تعليقها الى صفحات. فان شئت فارجع، ص ٧١٨ من النسخة.

و ما يقال: إنَّ دليله أنَّ [الحاكم] (١) يردُّ ذلك نيابةً عن المدعى عليه، حيث يأبى عن الحلف و يوقف الأمر على حاله الفساد، لأجل رفع الفساد. كما ينوب عن المماطل فى بيع ماله لأجل أداء الدين.

ففيه: أنَّ ذلك يتم إن بقى النزاع بحاله و أثر استقصاء المنكر فى ذلك. و هو ممنوع. لأن مقتضى الرواية، أنَّ البينه و اليمين، واقعتان للدعوى، مثبتان للحق. فإن معنى الرواية أنَّ البينه التى هى المذكوره فى الأخبار و مجعوله من مخرجات الحق، إنما هى وظيفه المدعى فى ما يثبت حقه. و اليمين التى المذكوره فيها، إنما هى وظيفه للمنكر، فبفعلها [سقط] مطلب المدعى من المنفى، و بتركها يثبت حق المدعى و بقى الباقي (٢).

الثانى: صحيحه محمد بن مسلم، رواه الصدوق و الشيخ: «قال: قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنِ الْأَخْرَسِ كَيْفَ يَخْلِفُ إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنٌ (وَ أَنْكَرَهُ) وَ لَمْ يَكُنْ لِلْمِدْعَى بَيِّنَةٌ؟» الى ان قال: «كَتَبَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) وَ اللَّهُ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ» الى قوله «إِنَّ فُلَانًا بَنَ فُلَانٍ الْمُدْعَى لَيْسَ لَهُ قَبْلَ فُلَانٍ بَنَ فُلَانٍ أَعْنَى الْأَخْرَسِ، حَقٌّ وَ لَا طَلْبَةٌ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ، وَ لَا بَسْبَبٌ مِنَ الْأَسْبَابِ، ثُمَّ غَسَلَهُ، وَ أَمَرَ الْأَخْرَسَ أَنْ يَشْرَبَهُ، فَامْتَنَعَ، فَأَلْزَمَهُ الدَّيْنَ» (٣). و ظاهره أنه لم يرد اليمين على المدعى، كما يدل عليه كلمه الفاء أيضاً. و ما يقال: من أنَّ المراد لعله عدم سقوط الدين عنه و إن كان بسبب رد اليمين. فلا ريب أنه خلاف الظاهر و لا يسار إليه بلا دليل و لا قائل بالفصل. فيطرد فى غير الأخرس. و ادعى الإجماع على عدم الفرق فى المسالك.

ص: ٢٧٢

١- و فى النسخة: الحكمة.

٢- اى: صورة السكوت و عدم الرد.

٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٣٣ ح ١.

و ما يقال: إنّ القضاء بالنكول موقوف على ترك الحلف و ترك الردّ على المدّعى معاً، اتّفاقاً. و ليس فى الروايه ما يدلّ على ترك الردّ. فكما يمكن تقدير عدم الردّ، يمكن تقدير الردّ على المدّعى و حلفه. فيكون إلزام الدّين من جهه حلف المدّعى. و لا مرجّح لأحد التقديرين.

ففيه؛ ما لا يحتاج إلى البيان. إذ لا ريب فى ظهور الروايه فى ترك كليهما. مع أنّ المرجّح واضح، لأنّ تقدير ترك الردّ مطابق للأصل و الظاهر معاً، بخلاف تقدير الردّ على المدّعى و حلفه، فإنّه مخالف لهما، بل لا يكاد يخطر فى البال و لا ينساق إلى الأفهام. مع أنّ الإطلاق كاف فى الاستدلال. و إنّما خرجنا فى صورته [ردّ] المنكر اليمين باختياره، بالدليل و بقى الباقي. مع أنّه مستلزم لتأخير البيان عن وقت الحاجه.

[و ان قيل:] الحاجه إنّما هى إلى كيفيه حلف الأخرس، لا بيان الحكم فى الدعوى معه. فلا يلزم إلّا التأخير عن وقت الخطاب. و هو جائز.

ففيه: أنّ الظاهر منها الحاجه إلى الثانى. و يؤيّدّه قول السائل «إذا ادّعى عليه دين فأنكر و لم يكن للمدعى بينه» فإنّ معرفه كيفيه الحلف، لا يحتاج إلى ذكر هذه الامور.

و ما يقال: إنّ الروايه «قضيه فى واقعه خاصّه». لا يوجب تخصيص الجواب. بل هو قرينه على أنّه لا اختصاص له بالواقعه الخاصّه. و هذا واضح.

و أمّا ما يقال: إنّ المشهور لم يعملوا عليها فى كيفيه الأخرس. بل اکتفوا بالإشاره (كما سيجيى فى محلّه) فيحصل الوهن فيها بذلك. ففيه: أوّلاً- أنّ ما ذكر أيضاً من أفراد الإشاره. سلّمنا؛ لكن الاعتماد فى الاستدلال على دلالتها بأنّه بسبب الامتناع حكم عليه بإلزام الدين. و به يثبت المطلوب. و لا يضرّ خروج بعض أجزاء الخبر عن الحجيه لو سلّم كما قرّر فى محلّه.

الثالث: ما رواه المشايخ الثلاثة عَنْ عَئِدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَئِدِ اللَّهِ: «قَالَ: قُلْتُ لِلشَّيْخِ» و في الفقيه: يعنى موسى بن جعفر عليه السلام: «خَبَّرَنِي عَنِ الرَّجُلِ يَدْعِي قِبَلَ الرَّجُلِ الْحَقَّ (فَلَمْ تَكُنْ) لَهُ بَيِّنَةٌ بِمَا لَهُ قَالَ فِيمِئِنُّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ فَلَا حَقَّ لَهُ (وَ إِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى فَلَمْ يَحْلِفْ فَلَا حَقَّ لَهُ) (وَ إِنْ لَمْ يَحْلِفْ فَعَلَيْهِ) وَ إِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ بِالْحَقِّ قَدْ مَاتَ فَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ فَعَلَى الْمُدَّعَى الْيَمِينَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لَقَدْ مَاتَ فَلَانَ وَ إِنْ حَقَّهُ لَعَلَيْهِ فَإِنْ حَلَفَ وَ إِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ لِأَنَّا لَا نَدْرِي لَعَلَّهُ قَدْ أُوفَاهُ بَيِّنَةٍ لَا نَعْلَمُ مَوْضِعَهَا أَوْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ قَبْلَ الْمَوْتِ فَمِنْ ثَمَّ صَارَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينَ مَعَ الْبَيِّنَةِ فَإِنْ ادَّعَى بِلَا بَيِّنَةٍ فَلَا حَقَّ لَهُ لِأَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَيْسَ بِحَيٍّ وَ لَوْ كَانَ حَيًّا لَأُلْزِمَ الْيَمِينَ أَوْ الْحَقَّ أَوْ يُرَدُّ الْيَمِينَ عَلَيْهِ فَمِنْ ثَمَّ لَمْ يَثْبُتِ الْحَقُّ» (١). و ليس فى الفقيه قوله (عليه السلام) «و إن لم يحلف فعليه»، و فى موضعه «و إن ردَّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» (٢).

و العجب من المحقق الأردبيلي (ره)، أنه أوّل قوله (عليه السلام) «و إن لم يحلف فعليه»، بأنّ المراد عدم سقوط الحقّ، لا لزومه. و أيّده بقوله (عليه السلام) «و لو كان حياً لا يلزم.. الخ». و الظاهر أنّه جعل إلزام الحقّ كناية عن إقراره و كلمه «يردّ» على صيغته المجهول. و فيه: أنّ الظاهر إرادته القضاء بالنكول. فإنّ ملاحظه السياق (سيّما ما سبق من قوله (عليه السلام): «و إن لم يحلف فعليه») أنّ المقام مقام الإنكار، كما يشعر به لفظ «الإلزام» أيضاً، و كلمه «يردّ» على صيغته المعلوم، أو المجهول و نائب الفاعل هو المنكر، لا-الحاكم. و أمّا احتمال كونها مصدراً، فهو منتف جزماً، لعدم قائل بإلزام المنكر الردّ. بل الخصم إنّما يقول بلزوم ردّ الحاكم. سلّمنا عدم الظهور، و لكن لا نسلم ظهوره فى ما ذكره حتّى يكون مؤيداً.

و كيف كان، فالروايه ظاهره الدلاله. سيّما على ما فى التهذيب. نعم؛ يمكن القدرح فى

ص: ٢٧٤

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٤ ح ١. مطابقاً لما فى التهذيب، ج ٦ ص ٢٢٩، ح ٦ ط دار الاضواء.

٢- راجع الفقيه، ج ٣، ص ٣٨. ط دار الاضواء.

سندها (من جهه ياسين الضرير، لا من جهه محمد بن عيسى بن عبيد (١)). فإنّ الأظهر أنّه لا إشكال فيه)، و لكن عمل الجماعه بها فى هذا القدر، و عمل جّلهم، بل كلّهم على سائر ما اشتملت عليه، مع تأييدها بالصحيحه المتقدّمه، و سائر الأدلّه، يكفى فى [انجبار] (٢) ضعفها. سيّما مع ورودها فى الفقيه. مع أنّ الظاهر من الفاضل المجلسى (ره) أنّ كلّ من له من الصدوق طريق إليه، ممدوح. و هو فى جملتهم. و عن السيّد الداماد؛ أنّ السند الذى هو فيه، قوى. مع أنّه قد يروى حماد عن حريز عنه. و هو من المقويّات.

و وجه الدلاله على روايه الفقيه، هو الاعتماد على مفهوم الشرط فى قوله (عليه السلام) «فإن حلف فلا- حقّ له». و المتبادر من «الحقّ المنفى» هو حقّ (٣) المدعى. فالثابت فى المفهوم أيضاً هو ذلك.

و القدح فى الحديث بسبب الاضطراب من أجل اختلاف النسخ، يدفعه ترجيح ما فى التهذيب لتعاضده بالكافى (٤) فيرجح على الفقيه.

و ما يُقدح فيه من جهه مهجوريه إطلاقها، فيحتاج إلى تقدم قولنا «و لم يردّ اليمين على المدعى» بعد قوله «و إن لم يحلف». و هو ليس بأولى من تقدير قولنا «و ردّ اليمين على المدعى فحلف». ففيه؛ ما قدمناه فى القدح على الصحيحه السابقه. مع أنّ الإطلاق يكفى فى الاستدلال، و إنّما خرج صورته ردّ المنكر بنفسه اليمين على المدعى و نكوله، و بقى الباقي.

و أمّا القدح فى: أنّ فى الروايه إجمالاً من جهه مرجع ضمير «عليه» لإمكان رجوعه

ص: ٢٧٥

١- خلافاً للشهيد الثانى (ره) فى المسالك (ج ٢ ص ٢٩٧).

٢- و فى النسخة: اجبار.

٣- و فى النسخة: الحق.

٤- الكافى (الفروع) ج ٧ ص ٤١٥ ط دار الاضواء.

إلى المدعى، و يكون فاعل الظرف هو اليمين. لا- إلى المنكر و يكون فاعله الحقّ. أو رجوعه إلى المنكر و يكون المراد من الحقّ، الدعوى. لا المال فيكون كناية عن عدم سقوطه.

ففيه: أنّه لا- إجمال، و ما ذكر احتمال بعيد لا ينساق إلى الأفهام الخالية. لأنّ الكلام إنّما هو في يمين المدعى عليه و في إثبات المال المدعىا. لا مطلق اليمين و مطلق الحقّ.

احتجّ الآخرون بوجوه؛ أقوىها روايه عبيد بن زراره المتقدمه (١)، و في طريقها القسم بن سليمان و هو مجهول. و دلالتها غير واضحة. فإنّ الظاهر أنّ فاعل «يردّ» هو المدعى عليه، لمناسبته بضمير «يستحلف» المقارن له، لا القاضى. كما فهموه. و أيضاً الأصل فى كلمه «أو» التخيير، لا- الترتيب. و لا- يتم الاستدلال إلّما بالترتيب. و ما ذكرنا يتم على جعل كلمه «يردّ» مبنياً للمفعول أيضاً. و حسنه هشام بن سالم: «عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: يردّ اليمين على المدعى» (٢). و دلالتها بالقضية على كون المراد وجوب الردّ مطلقا، لا- جوازه من المدعى عليه. و هو ممنوع، فتأمّل. و الإجماع المنقول عن الشيخ فى الخلاف؛ قال فى المسالك: «و هو من غرائب الاحتجاج مع مخالفته فى النهايه. و قد سبقه الصدوقان و المفيد و أبى الصلاح و سلّار، فلو عكس الدعوى كان أولى، لأنّ هؤلاء المذكورين هم عمداء فقهاء الطائفة فى تلك الأوقات». انتهى (٣). و منه يظهر ضعف ما يظهر من ابن إدريس حيث نسب الخلاف إلى الشيخ فى النهايه فقط.

و قد يحكى الإجماع عن [«الغنيه»] (٤)، و هو غير واضح. فإنّ المحكى من [الغنيه] هو

ص: ٢٧٦

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٧ ح ٢.

٢- المرجع، ح ٣.

٣- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٧ ط دار الهدى.

٤- و فى النسخة: الغتية.

ما حاصله: أنّ الحكم لا- يجوز إلّا بما قدّمناه من علم الحاكم أو السيّنه على الوجه الشرعى و إقرار المنكر أو يمينه أو يمين المدّعى، دون ما سواه من قياس و رأى و اجتهاد و كتاب حاكم إلى آخر. بدليل إجماع الطائفة. و هذا لا يفيد إلّا دعوى الإجماع على نفى حجّيته ما سوى الأمور المعدوده أوّلاً و ليس منظوره استقصاء جميع ما يجوز و دعوى الإجماع عليه. و يشهد به ما حكى عنه أنّه قال بعد ورقه «و إن نكل المدّعى عليه عن اليمين، ألزمه الخروج عن حقّ خصمه ممّا ادّعاه». و هو مطابق لعباره نهايه.

و من العجائب أنّ ابن إدريس بعد ما نسب القول بعدم القضاء بالنكول إلى مذهب أصحابنا، قال: و قال شيخنا أبو جعفر فى النهايه: فإذا نكل لزمه الحقّ، و أطلق ذلك. و رجع فى مسائل الخلاف و المبسوط إلى ما اخترناه. و المعنى فى ما ذكره فى النهايه من قوله «لزمه الحقّ» يعنى بنكوله صارت اليمين على المدّعى بعد أن كانت عليه. و كلّ من كان عليه اليمين، فهو قوى [جانبه] (١) من صاحبه و القول قوله مع يمينه. لا أنّه بمجرد النكول يقضى الحاكم عليه بالحق من دون يمين خصمه (٢).

و أنت خير بأنّه تعسّف بحت. و عبارته النهايه صريحه فى ما أراده، لا يقبل هذا التأويل. و هذه عبارته: «فإن أقر الخصم بدعواه ألزمه الخروج إليه من الحقّ. و إن حلف، فرّق بينهما. و إن نكل عن اليمين، ألزمه الخروج إلى خصمه ممّا ادّعاه عليه» (٣). ثمّ قال (فى حكم ما [لو] (٤) ردّ المنكر الحلف على المدّعى باختياره): «فإن حلف المدّعى، ألزم

ص: ٢٧٧

١- و فى النسخة: جنية.

٢- السرائر، ج ٢ ص ١٨٠ ط جامعة المدرسين.

٣- النهايه، ص ٣٤٠ ط دار الكتاب العربى.

٤- و فى النسخة: او.

خصمه الخروج إليه ممّا حلف عليه. و إن أبي اليمين، بطلت دعويه» (١). فإنّ مع ملاحظه سياق العبارة و لاحقها، لا يبقى مجال لما ذكره من التأويل.

و أعجب من ذلك، تأويل العبارة الأخيره المحكيه عن الغنيه، لما ذكره ابن إدريس بقريته الإجماع التي حكى عنه قبل ذلك. و قد ذكرنا حكاية الإجماع و ما فيه. بل جعل تلك العبارة قرينه على أنّ نسبه دعوى الإجماع إليه غير صحيح، أولى من جعل ما حكى عنه فى دعوى الإجماع قرينه على هذا التأويل.

و أعجب من ذلك ما قد يدعى أنّ مراد كلّ القائلين بالقضاء بالنكول، أيضاً لعلّه ما ذكره ابن إدريس فى تأويل كلام النهايه. و يرد عليه أولاً: أنّ ابن إدريس صرّح قبل ذلك بأنّ كثيرا من أصحابنا ذهبوا إلى القضاء بالنكول. و خطّأهم و لم يؤوّل كلامهم بهذا التأويل الفاسد. و إنّما [ارتكب] (٢) ذلك فى كلام النهايه لأنّ معتقده أنّ كلّ ما يذكره فى النهايه من الأخبار، الآحاد (٣). و ذكره هذا التأويل فى الحقيقة راجع إلى تأويل الحديث (٤). بخلاف ساير الفقهاء. فإن كان مراد كلّ القائلين بهذا القول ما ذكر فى التأويل، فكان ابن إدريس أولى بذلك التأويل فى كلامهم. و ثانياً: أنّ عباراتهم أيضا لا يقبل التأويل كعبارة النهايه، فلاحظ عبارة المفيد فى المقنعة فإنّه أيضاً ذكر ما ذكره الشيخ فى النهايه حرفاً بحرف و لا يقبل التأويل أصلاً. و كذلك سائر كلماتهم لا يقبل التأويل. و لا داعى إلى

ص: ٢٧٨

١- المرجع نفسه.

٢- و فى النسخة: اذ تكتب.

٣- تذكّار: ابن ادريس (كالسيد المرتضى) لا يقول بحجّية الخبر الواحد. و لذا يؤوّل المصنف (ره) تاويل ابن ادريس بمبناه هذا. و انت ترى أنّ هذا التاويل كتاويل ابن ادريس بعيد جداً. فهلاً قال: «دليل الشيخ خبر واحد، فلا حجّية له» و تمسك بالتاويل؟؟ و التاويل نفسه يشهد أنّه ليس كلامه فى كون دليل الشيخ واحداً او متواتراً. نعم: لو كان اشارة المصنف (ره) بمنشأ فتواه و مبنى نظره و ضعف رأيه، لكان أولى.

٤- من قال بعدم حجّية الخبر الواحد، لا حاجة له بتاويل الخبر الفاقد للحجّية. بل يرده رأساً.

ارتكاب تأويل كلام الفقيه سيّما مع نصوصيته. سيّما إذا اتفق كلمات جماعه كثيره منهم.

و في ما ذكرنا (من نسبه ابن إدريس هذا القول إلى كثير من أصحابنا، ثم إلى مذهب أصحابنا) يظهر الوهن في كون كلامه مشعراً بالإجماع. لا أقول إنّ وجود الخلاف يصير مثبّتاً لبطلان دعوى الإجماع، حتّى يقال إنّ المعيار في الإجماع عندنا هو الكشف عن قول المعصوم عليه السّلام، لاتفاق الكلّ. بل أقول إنّ الظاهر من مثل هذه الإجماعات، الخطأ في الحدس. غايه الأمر أن يكون هناك إجماع منقول واحد، و هو ما ادّعاه الشيخ في الخلاف. و هو لا يقاوم ما ذكر من الأدلّه. سيّما و القائل بها كثير من أصحابنا.

و أمّا باقى [أدلّتهم] فإمّا أصل، أو نقل فعلٍ مطلقٍ محتمل لردّ المدعى عليه، بخبر ضعيف، أو روايه لا دلالة فيها على المطلوب. و أمّا ما ذكره في المختلف من إسناد الجمهور هذا القول إلى قول عليّ عليه السّلام؛ فهو غير معتمد. كم من هذا القبيل؛ فلاحظ إسنادهم «العول في الفرائض» إليه عليه السّلام، مع أنّه بريء منه بلا ريب.

و كيف كان؛ فالأقوى هو القضاء بالنكول، خصوصاً إذا كان المنكر عالماً بأنّ له الردّ، و بأنّه لو ردّ و لم يحلف المدعى يسقط الحقّ. و الأولى الإصلاح بينهما حينئذ. و يظهر من الشهيد الثانى (ره) و المحقّق الأردبيلي (ره) أنّ الأحوط ردّ اليمين. و فيه: أنّه أحوط إذا بذل المدعى اليمين، و إلّا فهو قد لا يحلف احتراماً لاسم الله، أو لغير ذلك فيسقط حقّه. و هو مخالف لمقتضى القول بالقضاء بالنكول (1). و قد يكون هو الحقّ. و الاحتياط هو الأخذ بالمتّفق عليه.

ص: ٢٧٩

١- و لقائل ان يقول: ليس مرادهما (قدس سرهما) تعليق الحكم و القضاء بيمين المدعى مطلقاً، احتياطاً. بل مرادهم أنّ الاحوط ردّ اليمين على المدعى لو حلف المدعى، و الّا فيقضى بنكوله. فمرادهم ملاحظة جانب الاحتياط مهما امكن. و كم من نظير هذا الاحتياط في كلماتهم.

و مع القضاء بالنكول؛ فلو بذل اليمين (١) بعد النكول؛ فصرّح الفاضلان و غيرهما بأنه لا يلتفت إليه. و استشكل فيه المحقق الأردبيلي (ره) قبل حكم الحاكم و قضائه. فإنه لا يزيد على البيّنه (٢). و الظاهر أنّ مرادهم أيضاً هو ما بعد الحكم. و لا خلاف فيه ظاهراً. و أمّا على القول برّد اليمين، فلا إشكال في جوازه قبل حكم الحاكم بالنكول و الرّد. و أمّا بعد الحكم (٣) و قبل حلف المدّعى؛ فقال في الدروس: «فالأقرب جوازه، و لو منعناه فرضى المدّعى بيمينه، فله ذلك». ثمّ قال: و كذلك للمدّعى إلزام المنكر بإحضار المال قبل اليمين». و عن الحلبي و في المختلف؛ لا نصّ فيه. و اختار العدم الشهيد الثاني، و هو الأظهر.

و إن قال المدّعى «لى بيّنه»؛ فقليل لا يؤمر بالإحضار؛ لأنّ الحقّ له.

و قيل يجوز، و هو المنقول عن الأ-كثر، لأنّ الأمر هنا للإرشاد، لا للوجوب. و لأنّ تأخيرها يوجب تضييع الوقت و قد لا يعلم المدّعى بذلك. و بعد الحضور أيضاً يجيئ الوجهان في [جواز] (٤) الحكم قبل طلب المدّعى و عدمه. و لعلّ الأقرب الجواز.

[الكلام في حبس المدعى عليه] (٥): و إن قال «لى بيّنه غائبه»، خير [ه] الحاكم بين

ص: ٢٨٠

- ١- اى: فلو بذل المدعى عليه اليمين.
- ٢- اى: كما اذا سمع القاضى بيّنه المدعى، ثم عرض قدح او جرح على البيّنه، او اتى المدعى عليه، بيّنه معارضة قبل الحكم و القضاء، فلا يقضى على بيّنه المدعى. فكذلك لو بذل المنكر (الناكل الساكت عن اليمين و الرّد) اليمين بعد النكول.
- ٣- اى: بعد حكم الحاكم برّد اليمين على المدعى.
- ٤- و فى النسخة: سؤال.
- ٥- هذه العبارة ما كانت فى الكتاب قطعاً. لكننى جئت به اولاً نصراً للقضاء الذين لا يغفلون عن المراجعة ب-«جامع الشتات» سيما كتاب القضاء منها. و ثانياً لكون مسئله الحبس من معضلات القضاء بحيث قد يعمل اليوم فيه بالسلايق و الاستظهارات الشخصية المختلفة. و ثالثاً: لسهولة تنظيم الفهرست للمجلدات باجمعها، كما كان مقررأ فى اول التصحيح و وعدناه فى مقدمه المجلد الخامس من تدوين مجلد خاص للفهرست بعد اتمام التصحيح ان شاء الله تعالى. ثم: لا خير بالتذكارة؛ ان البحث هنا فى الحقوق، لا فى الجنایات. و يجيئ الكلام فيها فى مجلد الدّيات و الحدود. ان شاء الله تعالى.

الصبر إلى حضور البيّنه و بين إحلاف الغريم. و ليس له مطالبته بكفيل و لا ملازمه. على المشهور. لأنّ الحقّ له فإن شاء عجلّ و إن شاء أخر. و مطالبه الكفيل قبل ثبوت الحقّ، لا دليل عليه، سيّما مع جواز الحكم على الغائب (١). و ملازمته و حبسه، عقوبه قبل حصول السبب، [و] لا دليل عليها. و للشيخ قول بجواز إلزامه بالكفيل، حفظاً لحقّ المدّعى، حذراً من ذهاب الغريم.

قال في القواعد (بعد اختيار المشهور): «و كذا لو أقام شاهداً واحداً و إن كان عدلاً. و قيل له حبسه، أو المطالبه بكفيل، لقدرتّه على إثبات حقّه باليمين، فيحبس إلى أن يشهد آخر. و ليس بجيد» (٢). و هو كما ذكره رحمه الله. و اختار [ه] (٣) ولده (رحمه الله) في الإيضاح و قال [هو قول] من الشيخ في المبسوط.

و يظهر ضعفه ممّا تقدّم، و قدره على إثبات الحقّ ليس نفس ثبوت الحقّ، و [قبل] (٤) ثبوته لا وجه للحبس (٥).

و اعلم: أنّ المستفاد من الأدلّه، هو تخير المدّعى مطلقاً، بين البيّنه و التحليف. فلا يتوهم أنّه مع إمكان البيّنه لا يجوز التحليف. و تشعر به صحيحه عبد الله بن أبي يعفور المتقدّمه (٦)، و إطلاق روايه محمّد بن قيس: «عن الباقر (عليه السلام)، قال: إنّ نبياً من الأنبياء شكى إلى ربّه كيف أفضى في أمور لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال: ردّهم إلىّ و أضفهم إلى اسمى

ص: ٢٨١

١- فأنّه لا يمكن التكفيل و الملازمه في حقه.

٢- القواعد (متن الايضاح) ج ٤ ص ٣٣٥ ط كوشانپور.

٣- اى: اختار فخرالمحققين (ره) القول بالحبس - راجع الايضاح، ج ٤ ص ٣٣٥.

٤- و فى النسخة: قيل.

٥- يعود (ره) الى مسئلة الحبس بعد صفحات حين يقول: و لو سكت المدعى عليه عن الجواب.

٦- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٩ ح ١.

يخلفون» (١). و في معناها غيرها. و أمّا ما رواه الشيخ في الصحيح عن سليمان بن خالد: «عن الصادق (عليه السلام)، قال: في كتاب عليّ عليه السّلام إنّ نبيّاً من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى في ما لم أشهد و لم أر؟ قال: فأوحى الله تعالى إليه احكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي تحلفهم به. و قال: هذا لمن لم يقم له بينه» (٢). و في معناها روايات آخر، و قد مرّت مرسله يونس و غيرها. فهي لا تنافي ما ذكرنا. إذ الظاهر أنّ المراد منها أنّ إلزام اليمين لا يمكن إلّا بعد فقد البينة، لا أنّه لا يجوز اليمين إلّا بعد فقدها.

و بالجمله: ان الاستفادة من جملة الأخبار، و مقتضى الانجبار، أنّ الاختيار إلى المدّعى، سواء تمكّن من إحضار البينة حال الدعوى، أو لا. و غايه ما يتصوّر حقّاً من جانب المنكر، أنّه يريد من إلزام المدّعى على البينة، جرحها. و هو لا يرفع [عنه] (٣) الدعوى. كما لا يخفى. فلا يمكنه إلزامه البينة، كما لا يمكنه إلزام التحليف، إذ ذلك قد يوجب سقوط حقّه. بخلاف ما لو أقام البينة. فالاختيار مع المدّعى.

و لو كان له بينه و أعرض عنه و التمس اليمين، أو قال أسقطت البينة و اكتفيت باليمين، فالأظهر الأشهر جواز الرجوع قبل الحلف. لأصالة بقاء الحقّ و عموم الروايه. خلافاً للشيخ. و كأنّه جعله من باب الإسقاط و الإبراء، لا الإباحه و التفويض. و لا دليل عليه.

ثمّ بعد إحضار البينة و إقامتها، فإن لم يوافق البينة للمدّعى [أبطلها] (٤). و إن وافقها فإن عرف الحاكم عدالتها و شهادتها (بمعنى وجود الشرائط التي سيجيئ في كتاب الشهاده،

ص: ٢٨٢

١- المرجع، ب ١ ح ٣.

٢- التهذيب، ج ٦ ص ٢٢٨ ح ١. ط دار الاضواء.

٣- و في النسخة: عنها.

٤- و في النسخة: ابطلها.

غير العدالة من عدم العداوة و الشركه و كثره النسيان و نحوها) فيحكم. و كذلك لو أقرّ الخصم بالعدالة و مقبولية الشهاده و إن لم يظهر للحاكم. لكونه بمنزله الإقرار على نفسه.

لا- يحتاج في الصورتين إلى المزكى. أمّا الأولى، فلما مرّ من جواز عمل الحاكم بعلمه، بل من لا- يجوز عمل الحاكم بعلمه يستثنى هذه الصورة. و أدعى عليه الإجماع.

و أمّا [ما] يتوهم أنّ التزكية لا يستلزم العلم بل قد يحصل الظنّ، و أنّ الحجّه لا يقوم بذلك على المدعى عليه. فتدفع بأنّ المراد بالعلم هو ما يجب اتّباعه، و الظن قائم في التزكية مقام العلم. و قد مرّ أنّ التوقف حينئذ يستلزم الدور أو التسلسل. و أنّ علم الحاكم بما يوجب من العمل به، كاف في الحكم كالإقرار في مجلس الدعوى إذا لم يسمعه غيره.

و أمّا في الثانيه: فلائنه كالإقرار على نفسه. و الحكم إنّما من جهه ذلك، لا من جهه تزكية المدعى عليه، حتى يقال: إنه لا ينهض حجّه على الحاكم حتّى يجوز له الحكم به. كما توهمه بعض الأصحاب حيث أوجب التزكية هنا. و لذلك لا يجوز له الحكم بشهادتهما في قضيه أخرى.

و إن لم يعرف الحاكم و لم يقّر المدعى عليه، بالعدالة، فيحتاج إلى مزكّين عدلين مقبولي الشهاده، يشهدان على عدالتهما و قبول شهادتهما إن لم يعرف الحاكم أو المدعى عليه مقبوليه الشهاده أو إقرار المنكر بها (1)، فيكفي، و إن ظهر من بعض العبارات إطلاق لزوم ذكر قبول الشهاده من المزكّين.

و لو قال: لا بيّنه لي، ثمّ قال لي بيّنه و أحضرها؛ فالوجه سماعه. للعموم و احتمال النسيان، أو عدم العلم حينئذ، أو غير ذلك. و لو أثبت المدعى كون البيّنه مقبولة الشهاده، طلب من المنكر الجرح. فإن [استمهل أمهل] (2) ثلاثه أيام. هكذا قالوه. أمّا الإمهال؛ فهو

ص: ٢٨٣

١- هذا القيد جزء من المشهود عليه.

٢- و في النسخة: استعمل امهلت.

مقتضى العدل و يدلّ عليه روايه [سلمه] (١) بن كهيل: «قال سمعت علياً (عليه السلام) يقول لشريح» إلى أن قال: «و اجعل لمن ادعى شهوداً غيباً، أمداً بينهما. فإن أحضرهم أخذت له بحقه. و إن لم يحضرهم أوجب عليهم القضيّه» (٢). و أمّا تقديرها بهذه المدّه؛ فلم نقف على ما يدلّ عليه. قيل: و لو ادعى بعده، الجارح بحيث لا يمكن إحضاره إلّا فى أمد أزيد، فيحتمل الإمهال. و هو محلّ إشكال. لثبوت العدالة فى البيّنه و أصاله عدم الجرح.

ثمّ: إنّ الأصل فى المدعى أنّ وظيفته البيّنه، و لا يستحلف إلّا فى مواضع، لأنّ الأصل هو عدم الاستحلاف. فلأصل و الإجماع فى غير صورته المستثناه، و الأخبار المستفيضه، مثل الروايه المشهوره بين الخاصّه و العامّه «البيّنه على المدعى و اليمين على المدعى عليه». فالتفصيل قاطع للشركه. و حسنه محمّد بن مسلم: «قال سئلت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البيّنه على حقّه، هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (٣). و روايه أبان عن جميل المتقدّمه (٤). و غيرها ممّا لا حاجة إلى ذكرها. و لا يعارض بها روايه [سلمه] بن كهيل المتقدّمه عن عليّ عليه السلام، قال فيها «و ردّ اليمين على المدعى مع بيّنته، فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» (٥). لضعفها بأبى المقدم و [سلمه]. مع احتمال إرادته لزوم اليمين إذا كان البيّنه واحداً. و يؤيده ما فى بعض النسخ بدون الضمير المجرور. و يمكن حملها على الاستحباب مطلقاً، أو على ما إذا ارتاب فى قصد البيّنه، كما يظهر من التعليل، مع أنّ السياق سياق ذكر المستحبات. و سيجئ الكلام فى صحيحه صفار الآتيه و جريان

ص: ٢٨٤

١- و فى النسخة: مسلمة.

٢- الوسائل، ابواب آداب القاضى، ب ١ ح ١.

٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٨ ح ١.

٤- المرجع، ب ٧ ح ٥.

٥- المرجع، ب ٨ ح ٤- و آداب القاضى، ب ١ ح ١.

بعض تلك المحامل فيها و في غيرها. و بالجمله: فلا إشكال في ذلك.

و أما استثناء بعض الصور: فمنها ردّ اليمين من المدعى عليه (أو مطلقاً، على القول بعدم القضاء بالنكول) و قد مرّ الكلام فيه. و منها استخلافه إذا كان الدعوى على الميت. فإنّ المعروف من الأصحاب (بحيث لا يوجد مخالف فيهم) أنّ المدعى إذا أقام البيّنه على حقه على الميت، فيستحلف على بقاء الحقّ في ذمّه الميت، استظهاراً. و الظاهر أنّ مرادهم من «الاستظهار» هنا طلب ظهور ثبوت الحقّ و بقاءه إلى حين الطلب. لا الاستحباب (كما أطلق عليه في كتاب الأصحاب في بعض المواضع أيضاً) لوجود التصريح بالوجوب في كلماتهم هنا، مع دعوى الإجماع في خصوص الميت. فلاحظ للمعه و شرحها قال: و كذا تجب أي اليمين مع البيّنه في الشهاده على الميت، و الطفل، او المجنون (١). و قال في الشرح: «أما على الميت؛ فموضع وفاق»، إلى آخر ما ذكره (٢).

و اليمين واحده و إن كان الوارث متعدداً، لعدم دلالة الدليل على أزيد من ذلك فيقتصر عليه. و الدليل على اليمين (بعد الإجماع المنقول في شرح اللمعه صريحاً، و في المسالك احتمالاً و هو المحكى عن السيمري) روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمه (٣) المنجبر ضعفها (لو سلّم من جهه [لبس] (٤) الضرير) بعمل الأصحاب. فإنّ الظاهر أنّ مبنى فتويهم في هذه المسئله على هذه الروايه. فلا يحسن القدح بأنّ موافقه فتاويهم للروايه، لا تدلّ على أنّ عملهم و اعتمادهم كان عليها.

و أما القدح في الدلاله بأنّ الروايه ليست بصريحه في تعدّد البيّنه، فلعلّ المراد اليمين

ص: ٢٨٥

- ١- نقل بمضمون؛ اللمعة الدمشقية، ص ٩٨ ط دار الناشر.
- ٢- الروضة (شرح اللمعة) ج ٣ ص ١٠٤ - كلانتر.
- ٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٤ ح ١.
- ٤- و في النسخة: ليس.

مع اليّنه الواحده. ففيه: أنّه خلاف ما ينادى به تفريق موضع اليّنه عن موضع اليمين. فإنّ الأوّل هو أصل الحقّ، والثاني بقائه عليه. و يؤيّده التعليل المذكور في الروايه و توضيحه. و كذا بأنّ «مقتضى الروايه وجوب اليمين المغلّظه، و لم يقل به أحد». ليس بشيئ فإنّ الإمام عليه السّلام أعظم ذكر الله تعالى بالتوحيد و التمجيد و ليس سنيح (١) أمر يكون اليمين بهذا النهج. و ظاهر كلمه «على» للوجوب، فلا وجه للحمل على الاستحباب. و كذا [القدح] على اليّنه، على ما توهم.

و قد يستدلّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن الصّفار أنّه كتب إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ (عليه السلام): «هل يقبل شهاده الوصيّ للميتّ بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدّعى يمين. و كتب: أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السّلام: نعم، ينبغي للوصي أن يشهد بالحقّ و لا يكتّم الشهاده. و كتب: أو تقبل شهاده الوصيّ على الميتّ مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: «نعم من بعد يمين» (٢). و لعلّ موضع الدلاله هو آخر الروايه.

و قد يستشكل باشتمالها على قبول شهاده الوصيّ في ما له التصرّف فيه و هو خلاف المشهور بينهم. و (هو مع أنّه غير مضرّ بالاستدلال بالجزء الأخير، كما هو مقرّر عندهم) فيه منع. إذ لعلّ قوله عليه السّلام «فعلى المدّعى اليمين» كناية عن عدم قبول شهاده الوصيّ. كما قيل. فيكون المراد أنّ يمين المدّعى مع الشاهد الواحد، يُثبت الحكم. فإنّ اليمين لا حاجه إليه مع الشاهدين إلّا في الدعوى على الميتّ، و هو غير معلوم من الحديث، بل الظاهر من «الرجل» هو الحيّ. و قد يحمل اليمين على الاستحباب. و ربّما

ص: ٢٨٦

١- السنيح: الذي يجعل الامر جميلاً.

٢- الوسائل، ابواب الشهادات، ب ٢٨ ح ١.

احتمل سقوط كلمه «و إلاً» [بين] (١) قوله «معه آخر عدل» و قوله «فعلى المدعى».

و أما قوله عليه السلام «نعم ينبغى للوصى أن يشهد.. الخ» فقد يوجه بأن تجوز الشهاده للتأييد و التقويه. بل وجوبها لا ينافى عدم قبولها (٢). أو بأن المراد «الشهادة للكبير» بقرينه قوله «و ليس للكبير بقابض». و بالجملة: لا ينبغى الإشكال فى أصل هذه المسأله مع وجود هاتين الروايتين المعتضدين بعمل الأصحاب.

نعم: وقع الإشكال فى مقامات: الأول: إلحاق الطفل، و الغائب، و المجنون، بالميت؛ الأكثر على ذلك. و المحقق و جماعه على العدم. و متمسك الأولين، العله المنصوصه. أو من باب «اتحاد الطريق» فى المسئله، لا من باب القياس الممنوع. و قد يستشكل فى النص و بالعه، بأن المنصوص هو كون المدعى عليه، ليس بحى و هو منتف.

أقول: و لعلهم تمسكوا بقوله عليه السلام «لأنا لا ندرى لعله قد أوفاه ببينه لا نعلم مؤذيه» (٣). و لكن يضعف ذلك أيضاً قوله «قبل الموت». و بعدم إمكان الوفاء فى المولى عليه. و بالجملة: فكما يحتمل كون العله عدم الوصول إلى العلم بالحال بالفعل، يمكن أن يكون العله عدم إمكان الوصول. فيختص بالميت. فلا يمكن الاعتماد بهذا التعليل فى غير مورد النص.

و ممّا ذكر، يظهر حال «اتحاد الطريق». لظهور اختلاف الطريق حينئذ. و أيضاً فمورد النص و هو الميت، أقوى من الفرع. و حمل الرجل فى الصحيحه المتقدمه على الغائب، أو تعميمه و إخراج غير المذكورين، خلاف الظاهر. كما لا يخفى. و موجب للتخصيص الذى لا يرضى به المحققون. و كيف كان؛ فلا ريب أنه أحوط. و المشهور اعتبار اليمين على

ص: ٢٨٧

١- و فى النسخة: تجين.

٢- أى تجب الشهاده على الوصى و لكن لا تقبل منه.

٣- فى حديث عبد الرحمن بن ابى عبد الله- ابواب كيفية الحكم، ب ٤ ح ١.

المدعى على الغائب من غير تكفيل، إلّا مع تعدّد اليمين، كما لو كان المدعى وكيل المستحقّ، فلا يجوز إحلافه. و اعتبر حينئذ التكفيل.

و أمّا من لم يوجب اليمين (كالمحقق و من تبعه) فأوجب التكفيل. و روايه جميل الآتيه فى مسئله الحكم على الغائب يدلّ على التكفيل (١) مطلقاً. و الاحتياط فى العمل بها.

الثانى: الظاهر من الروايه، هو ما لو كان الدعوى على الميت بالدين. كما يظهر من لفظ «[حقه لعليه]» و «[لعله قد] اوفاه»، و غيرها. فيجب الاقتصار فى هذا الحكم المخالف للأصل، على موضع النصّ. و لو كانت الدعوى على عين فى يده بعنوان الغصب أو العاربه و نحوهما، فلا حاجه إلى اليمين. صرح بذلك الشهيد الثانى فى المسالك (٢)، و العلامه فى القواعد. و لو لم يوجد فى التركة و حكم بضمائها للمالك، ففى إلحاقها [بالعين] (٣) نظراً إلى الأصل، أو بالدين لانتقالها إلى الذمه، و جهان؛ استجود أولهما فى المسالك (٤). و لا يبعد ترجيح الثانى، لأنه بعد فقدان ينتقل إلى ذمته. نعم لو فقد بعد الموت، أو لم يعلم فقدانها حال الحيوه، فحكمه حكم العين. و احتمال اعتبار العله المتقدمه ههنا أيضاً قائم. بل أظهر منه فى السابق. لأنّ الحكمين كلاهما فى الميت. و يضعفه أنّ الظاهر من التوفيه هو الدين. فلا يمكن التعدى إلى مثل البيع و غيره من منقلات العين.

الثالث: لو أقر له قبل الموت بمدّه لا- يمكن فيها الاستيفاء غالباً، ففى وجوب ضمّ اليمين إلى البيّنه، و جهان؛ من جهه الإطلاق و قيام احتمال الإبراء، و من جهه الأصل و

ص: ٢٨٨

١- المرجع، ب ٢٦ ح ١.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٨ ط دار الهدى.

٣- و فى النسخة: بالغير.

٤- المرجع.

الظاهر و هو بقاءه فى ذمته. و رَجِّح فى المسالك الثانى. و الذى يقوى فى نفسى، هو الأول. و عدم جريان التعليل المذكور فى الروايه ههنا لا- يوجب الحكم بسقوط اليمين، لأنَّ العله ههنا أخصَّ من المطلوب. بل هى نكته و مثال. و إلَّا فاحتمال الإبراء أيضاً كاف. و بالجملة: التعليل لا يوجب تخصيص الإطلاق. كما لا يخفى.

الرابع: الظاهر من الدليل، هو صورته إقامه البيئه. فلو علم الحاكم بالقضيئه و حكم بها فهل يجب اليمين حينئذ، أم لا؟-؟ فىه إشكال و لا يبعد ترجيح الوجوب، للعله المنصوصه. إذ ليس ذلك من قبيل الدعوى على غير الميئ. و الاحتمال هنا جار. نعم لو فرض انتفاء الاحتمال رأساً، فلا وجه لليمين. بل لا وجه لها فى أصل المسئله حينئذ.

و الظاهر عدم وجوب الحلف على المقاصَّ مع علمه ببقاء حقه أيضاً. سيِّما إذا عجز عن الإثبات.

الخامس: هل يجب مع «اليمين و الشاهد» اليمين أم لا؟-؟ صرَّح فى الإرشاد بعدمه. و علله بأنَّه حجَّه بنفسه فلا يحتاج إلى آخر، و بأنَّه لا فائده فى التكرار. و عورض بالشاهدين، و بالفرق بين اليمينين. فإنَّ الأولى تؤدَّى مؤدَّى البيئه، و الثانى إمَّا هى على بقاء الحقِّ. و العله المذكوره فى الروايه يشملها أيضاً، اللهمَّ إلَّا أن يحلف أوَّلاً بحيث يرفع احتمال الإبراء. كما فى الروايه. فيكفى عن يمين أخرى، لعدم الفائده حينئذ، و عدم شمول العله المذكوره و إفادتها لها حينئذ. و الأصل عدم وجوبها.

فائده: قال مولانا الأردبيلى رحمه الله: «ثم اعلم: أنه يحتمل توقّف الحقّ على اليمين. فإذا تعدّر بفقد الحاكم أو غيبته، لا يثبت. و يحتمل له أن يأخذ و يقول: أنا باذل لليمين فأحلفنى على الوجه الشرعى. و هو بعيد. و أنّ ذلك لا يسقط بإسقاط بعض الحقّ، فلا يمكن أن يسقط من مال الطفل شيئاً لليمين فيعطى الباقي بغير يمين. لأنَّ الثبوت موقوف

عليهما (١). وقد صرح في الروايه بأنه إذا لم يحلف لا حق له. كما لا يمكن إسقاط شاهد واحد بإسقاط بعض الحق. نعم إذا كان الوارث ممن يصح صلحه، ينبغي المصالحه (و كذا مع الولي وصياً أو حاكماً) بإسقاط بعض الحق بإسقاط اليمين. فإنه أصلح من الإحلاف وإعطاء جميع الحق. ولا يترك الولي مصلحته». انتهى.

و مقتضى ظاهر الأدله هو ما ذكره رحمه الله، من عدم تبعض الحجّه، و عدم ثبوت شيء إلا بتمام الحجّه.

و أما لو سكت المدعى عليه عن الجواب؛ فإن كان ذلك للعناد، ففيه أقوال؛ فعن الشيخ في المقنع و النهايه و الخلاف، و سائر و ابن حمزه و جماعه من المتأخرين (بل نسبه في المسالك إليهم بصيغه الجمع المحلى) أنه يؤمر بحبسه حتى يقرّ أو ينكر، أو يعفو الخصم عن حقه، أو يموت. قيل: و ينبغي أن يكون ذلك بعد الإلزام بالجواب بالرفق و الملاطفه، ثم بالإيذاء و الشده، فإن لم يرتدع، فيحبس. و ليس ببعيد. و عن المبسوط: «قال له الحاكم ثلاثاً: إمّا أجب عن الدعوى، و إمّا جعلناك ناكلاً و رددنا اليمين على خصمك». ثم نقل القول بالحبس عن قوم. ثم قال «و الأول يقتضيه مذهبنا و الثاني أيضاً قوى». قال في المختلف: و هذا يدلّ على تردد الشيخ. و نقل عن ابن البراج في المهذب ما يقرب من كلام المبسوط. و يظهر منه التخيير بين الأمرين، كعباره الشهيد في اللمعه (٢). و هناك قول آخر؛ و هو أن يجبر حتى يجيب، بالضرب و المبالغه في الإهانه من دون حبس. قال في الشرايع: و الأول مروى. و ذكر في المسالك أنه لم يجد به روايه. و ذكر بعضهم أن المراد بالروايه، عموم مثل قوله عليه السلام: «لّي الواجد يحلّ عرضه و

ص: ٢٩٠

١- اى على الشاهد و اليمين معاً.

٢- اللمعه الدمشقيه، ص ٩٧ ط دار الناصر. - خير بين الحبس و الحكم بالنكول.

عقوبته» (١). فإنَّ الجواب حقَّ المدعى و ممَّا يجب على المدعى عليه، فبمنعه يستحقَّ الحبس و العقوبه حتَّى يؤدِّيه. و دلالتة على لزوم الحبس أولاً (٢) غير ظاهره.

و مستند القول الأخير، جعله من باب النهى عن المنكر. و أمَّا القول المنقول عن المبسوط (و هو مختار ابن إدريس فى السرائر) فدليلة جعله من قبيل الناكل [و] مبنى على جعل السكوت نكولاً. و هو فى معرض المنع. و [قيل:] الظاهر أنَّ تخصيص الكلام فى القضاء بالنكول، يشملته. ففيه: أنَّ الأدله التى ذكروها (و قد تقدّمت كلّها) ظاهره فى صورته الإنكار و بعد عجز المدعى عن إقامه البينه. و أين ذلك من السكوت أولاً؟ فقد يكون للمدعى بينه يريد إقامتها لو أنكر المدعى عليه. فالحكم بالنكول، مع ردّ اليمين على المدعى قد يكون موجباً للإجحاف به. و قد لا يمكنه اليمين، لعدم العلم لنفسه كما لو كان دعويه من جهة إخبار الشاهدين فقط، أو نحو ذلك كما مرّ.

و كذلك الحكم بالنكول بدون ردّ اليمين، على القول الآخر، يوجب ثبوت الحق (على مسلم يقتضى الأصل برائه ذمته) بمجرد سكوته. و ليس ذلك أحد الوجوه المستخرجه للحقّ، المعدوده فى الأخبار. و بالجملة: ما نحن فيه غير مورد ما دلّ على القضاء بالنكول.

و ربّما يدعى أو لويه الحكم بالنكول بالنسبه إلى ما تقدّم، بأنّ هذه يحتمل الإقرار و الإنكار، و ما تقدّم يختصّ بالإنكار؛ فإن كان مقرّراً، فلا إشكال فى لزوم الحقّ. و مع الإنكار فيكون مثل السابق بعينه، فإنّ غايته أنّه لم يحلف و لم يردّ اليمين. و أنت خبير بضعف ذلك، لاحتمال عدم كونه مقرّراً و لا منكرراً، بل سكت لأنّه [يدعى عدم] حق المدعى و لا يقدر على التوريه على إثبات، مع عدم تقصير فى الإشهاد، كما لو مات شهوده.

ص: ٢٩١

١- الوسائل، كتاب التجاره، ابواب الدين، ب ٨ ح ٤.

٢- اى من دون الالزام بالجواب بالرفق و الملاطفة قبل الحبس.

مع أنّ البيّنه تثمر عند الإنكار، و متى لم يعرف الإقرار من الإنكار، لا مجال لإقامه البيّنه. فقد يمكنه إقامه البيّنه و يصير السكوت مانعاً عنها. بخلاف السكوت عن الحلف بعد الإنكار، فإنّه بعد قطع النظر عن البيّنه. إلّا أن يقال: إنّ هذا الكلام بعد ملاحظه القواعد السابقه من كون المدّعى مخيراً بين إقامه البيّنه و التحليف. و على الحاكم أن يعلم المدّعى بعد الإنكار أو ما فى معناه من السكوت، أنّ له إقامه البيّنه. و أنّ المدّعى يجوز له بعد ردّ يمين المدّعى عليه، إقامه البيّنه. فحينئذ لا يلزم إجحاف و ظلم.

فإذا ادّعى و سكت المدّعى عليه، فللمدّعى حينئذ أن يقول لى بيّنه، إن كانت له. و كذلك بعد ردّ اليمين عليه (على القول به) يجوز أن يقيم البيّنه، إن كانت له. و إن لم يكن له بيّنه و لم يحلف (على هذا القول) إجلالاً للقسم، فلا يلزم إجحاف. لأنّ ذلك أمر فعله باختياره، و تسبّب هو له مع ثبوت العوض له من الثواب.

نعم: يشكل [لو] (١) ثبت مطلبه بالشاهد، أو بالإقرار (٢) و لم يمكنه إقامه البيّنه و لا إثبات الإقرار و لا الحلف. و كذا يشكل أمر المنكر على الاحتمال السابق.

و كيف كان؛ فالأقرب هو القول الأوّل. لأنّ غايه استناده إلى روايه مرسله منجره بعملهم معتضده بالأخبار المتقدمه فى مسئله الإعسار. و إن كان فى لزوم خصوص الحبس أوّلاً لا استيفاء الجواب، تأملاً. إلّا أن يكون روايه (٣) مصرّحه و لم نقف عليها. أو يكون مراد كلّ القائلين، ما نقلنا عن بعضهم من تقديم الرفق و [الملاطفه] (٤)، و كان الروايه أيضاً كذلك.

ص: ٢٩٢

١- و فى النسخة: او.

٢- اى يشكل الحكم على المدعى عليه بالحبس، لو ثبت مطلب المدعى عند نفسه بالشاهد و الاقرار، لا بالعلم.

٣- و فى النسخة: الروايه.

٤- و فى النسخة: الملاحظه.

و إن كانت السكوت لدهشه أو حياء؛ أزاله بالرفق و المداراه. و إن كان لغباه و سوء فهم؛ عزّفه و بيّن له و أرشده. و إن كان لآفه من طرش أو خرس؛ توّسّل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفهمه. قالوا: و إن احتاج إلى مترجم، يجب فيه عدلان، لكونه من باب الشهاده. و إذا قال المدعى عليه: هذا المال لغير المدعى. فإنّ عينه فيؤخذ على إقراره، و يسقط عنه الدعوى من هذه الجبهه. لأنّه مال الغير حينئذ شرعاً، و الدعوى على مال الغير لا يصحّ إلّا معه. إلّا أن يكون غائباً أو محجوراً عليه. نعم لو كان المقرّ ولياً للغير، صحّ الدعوى معه.

و لو ادّعى المدعى علمه بكونه له، فيستمع دعويه، فيحلف [لو] (١) أنكر العلم. و يجوز الردّ (٢)، لإمكان علمه بعلمه. و يجيئ أحكام اليمين و الردّ و النكول و غيرها، كما تقدّم.

و لو أقرّ للمدعى بعد الإقرار الأوّل؛ فقال المحقّق الأردبيلي (ره): «كلّف بالتسليم من غير إثبات عند الحاكم و حكمه. لأنّه مأخوذ بإقراره و المال في يده و هو قادر على دفعه إلى أهله، و إن كان يلزمه الغرامه للمقرّ له أوّلاً. و هو ظاهر». انتهى. و مقتضى ما ذكره في الإقرار، هو عكس ذلك. فإنّ مقتضى إقراره الأوّل، استحقاق المقرّ له لعين المال. فلا يبقى إلّا لزوم الغرامه للثاني بالمثل أو قيمه. و صرح بذلك في الكفايه أيضاً.

و إن لم يعيّن المقرّ له، بأن يقول هو لشخص آخر غيرك و غيري. فلا يندفع عنه الحكومه حتّى يبيّن. فإنّ ذلك الإقرار لا يثبت كونه مال الغير. فالدعوى بحاله. فيمكن إجراء الأقوال الثلاثه هنا. و يمكن ترجيح الحبس أيضاً، كما تقدّم. أو مطلق الإلزام.

هذا إذا أطلق الإقرار للغير [الغير] المعين. و أمّا لو بيّنه بأن قال «إني كنت أخذت من

ص: ٢٩٣

١- و في النسخة: او.

٢- اي ردّ اليمين على المدعى.

الغير و لم أعرفه و لكن أعرف أنه غيرك» أو «كنت أعرفه حين الأخذ و قد نسيتَه الآن»؛ فقال مولانا الأردبيلي (ره): «ينبغي عدم جريان هذه الأقوال فيه، لإمكان حمله على الصدق. فيمكن أن يأخذه الحاكم و يحفظه و يفعل به ما يقتضى اجتهاده. و يحتمل أن يجوز له صرفه في المستحقين مثل ساير الأموال المجهول مالِكها. فيصرفها على تقدير جواز صرفها مطلقاً، أو مع اليأس. و يحتمل القول بأنها للمدعى حينئذ، لما سيجيء». قال: «فإن أنكر المقر له - سواء كان معيّنًا أولاً، [أ] أو عيّن بعد الحبس أو الضرب - حفظ العين المقر بها الحاكم. إذ ليس للمدعى، لعدم اليد و الإثبات الشرعيّ مع إنكار صاحب اليد. و لا للمقر له، [لانكاره] (١). فيحفظها الحاكم حتى يُثبت المدعى كونها له. و يحتمل تسليمها إليه، فإنه يدعى مالا ليس له صاحب شرعاً. و أقوال المسلمين و أفعالهم تُبنى على الصّحّ و [الصدق] (٢) حتى يظهر خلافه. و لو رجح المنكر و ادعى أنه له، فالظاهر أنه لا يسمع و لو كانت له بينه، للتكاذب. و هو مقرّر عندهم. اللهم إلا أن يُظهر لها وجهاً مسموعاً معقولاً. فتأمل». انتهى كلامه رفع الله مقامه.

السادس: لا - خلاف بين الأصحاب في جواز الحكم (٣) على الغائب إذا كان الدعوى في حقوق الناس. فالمشهور بينهم، بل المعروف من مذهبهم و مذهب أكثر العامّة جواز الحكم عليه إذا كان غائباً من البلد، أو تعدّر عليه الحضور. و أمّا لو كان حاضراً في البلد و لم يحضر قصداً، أو من دون اطلاع، فالمشهور بينهم أيضاً الجواز، خلافاً للشيخ في

ص: ٢٩٤

١- و في النسخة: كذلك. - المفروض أنّ المقر له أنكر الاقرار.

٢- و في النسخة: يصدق.

٣- و في النسخة: في عدم جواز الحكم. - توضيح: أي لا - خلاف بينهم في الجواز في الجملة و لكن يختلف اقوالهم في بعض الموارد.

و احتجوا على جواز مطلق الحكم على الغائب، بحكايه هند زوجه أبى سفيان؛ أنها جاءت إلى النبي (صلى الله عليه وآله) و قالت إن أبأ سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى، أيجوز أن آخذ من ماله ما يكفينى و ولده؟ قال خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف. و كان أبو سفيان غائبا من المجلس، حاضرا في البلد. و ضعفه منجر بالعمل، لكن في دلالة تأمل. فإن الظاهر أنه من باب الاستفتاء و الإفتاء، لا من باب الحكم. فحاصله جواز المقاصه للحق الثابت. و تخصيص المورد بالسؤال، لا يخصيص الحكم به. فلذلك يجوز الاستدلال بمثل هذه الروايه في أصل الحكم. كما ذكره في دليل التنبيه مثل قوله (عليه السلام): كُفِّرَ. في جواب من سئل عن الوقاع في شهر رمضان.

فالأولى الاستدلال بما رواه الشيخ في الحسن (لإبراهيم بن هاشم) عن ابن أبي عمير، عن جميل بن دراج، عن جماعه من أصحابنا: «عنهما (عليهما السلام) قال: الْغَائِبُ يُقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، وَ يُبَاعُ مَالُهُ وَ يُقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَ هُوَ غَائِبٌ، وَ يَكُونُ الْغَائِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ. قَالَ: وَ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ إِلَّا بِكُفْلَاءٍ» (٢). و مقتضى الروايه لزوم الكفيل. و لا بأس به. و يؤيده الاعتبار أيضاً و لا يضرّ الإرسال من مثل ابن أبي عمير و جميل سيما إذا كان الروايه عن جماعه من أصحابنا، و لهذه الروايه طرق أخرى (في الكافي و التهذيب) ضعيفه. و كيف كان؛ فعمل الأصحاب يجبره و يعاضده (٣).

ص: ٢٩٥

١- المبسوط، ج ٨ ص ١٦٢ ط المرتضوية.

٢- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢٦ ح ١.

٣- قد سمي المصنف (ره) هذه الرواية حسنة لإبراهيم بن هاشم. و قد مرّ في تعليقات بعض المجلدات، أنّ المتأخرين المعاصرين اثبتوا أنّ إبراهيم بن هاشم ثقة جليله القدر و احاديثه صحاح. و كذا سهل بن زياد و نفر من اصحابنا الكوفيين الذين هاجروا الى قم.

و قد مرّت صحیحہ زرارہ فی حکم مدعی الإعسار، و هی أيضاً بعمومها تدلّ علی ما نحن فیہ.

و أمّا ما رواه فی قرب الإسناد عن أبی البختری: «عن جعفر عن أبیه عن علیّ (علیہم السّلام) قال: لا- تقضی علی غائب» (۱). فیمكن حملة علی التّقیہ. و حملة فی الوسائل علی أنّہ لا- تجزم بالقضاء علیہ بل یكون علی حجّته، [و لا بدّ من الكفیل]. أو علی الغائب من المجلس و هو حاضر فی البلد (۲). و بالجمله: الروایہ ضعیفہ جدّاً، فلا یعارض بها ما تقدّم. و کیف كان؛ فالأحوط الاقتصار علی مورد الوفاق و مراعات خلاف الشیخ. و لا یبعد أن یدعی عدم ظهور الأدلّہ فی الحاضر فی البلد الغیر المتعدّر الحضور. و إن كان الأظهر هو المشهور.

هذا كلّه إذا كان الدعوى من محض حقوق الناس. و اما حقوق الله (كالزنا و اللواط و غیرهما) فیصبر حتی یحضر و یثبت فیحکم علیہ. للاصل، و لأنّها مبنيّة علی التحفیف، و لقوله (علیه السلام): «ادرؤا الحدود بالشبهات» (۳). و أيضاً أنّه اجماعی. و أمّا إذا كان الدعوى فی ما كان من كلا الحقیین كالسرقة؛ ففيه إشكال. و تردّد فیہ المحقّق فی الشرایع (۴). و المشهور أنّه یحکم علی السارق بغرامه المال بعد الثبوت. بخلاف القطع فیصبر حتی یحضر فیثبت علیہ. و لا- منافات بین الحکمین. و یظهر وجهه ممّا تقدّم. و وجه العدم، هو کونهما معلولين لعلّه واحده فلا- ینفکّان. و یدفعه أنّ کون السرقة علّه تامّه للقطع، ممنوع بل هو مع حضور المدعی علیہ. و قد یعتذر بأنّ علل الشرایع معرّفات و لا

ص: ۲۹۶

۱- الوسائل، ابواب کیفیة الحکم، ب ۲۶ ح ۴.

۲- المرجع نفسه.

۳- الوسائل، ابواب مقدمات الحدود، ب ۲۴ ح ۴.

۴- الشرایع، ج ۴ ص ۷۷ ط دار التفسیر.

مانع من تخلفها من المعلول، كما لو أقرّ بالسرقه مرّه فيثبت الغرامه دون القطع. و كذا لو أقرّ المحجور عليه بالمال فيثبت الحكم في القطع دون المال. و فيه المنع المتقدم إنّ المعرّف معناه أن يعرّف العالم بالأحكام المتأهل لمعرفتها ثبوت الحكم بسبب وجوده. فلا يتخلف عنه.

و لو أثبت وكيل الغائب دعواه، ثم ادعى المدعى عليه الأداء أو الإبراء، فهل يلزم الغريم بالحقّ؟ أو ينتظر حتّى يلاقى المدعى و يثبت دعواه أو يحلفه، ثم يعمل على مقتضاء الحكم-؟ و جهان؛ اختار أولهما الفاضلان و جماعه، نظراً إلى أنّه حقّه ثابت و لا يجوز إسقاطه [بالمحتمل] و لأنّ هذه الدعوى مع الموكل و ذلك لا يستلزم سقوط دعوى آخر، كما هو ظاهر، و لأنّ ذلك يوجب انتفاء فائده التوكيل لإمكان هذه الدعوى لكلّ خصيم، و ذلك (مع أنّه خلاف المعلوم من المذهب) مستلزم للعسر و الحرج المتيقّن. و وجه العدم؛ أنّ فيه جمعاً بين الحقّين، و أنّه قد يوجب الضرر لو تلف المال و لم يتمكّن المدعى من أدائه، أو نحو ذلك.

و الأوّل أقوى. لعدم جواز ترك المحقّق [للمحتمل] (١)، و الإضرار الحاصل بأداء الدين، ممّا لم يلتفت إليه في الشريعة. و قال الشهيد (ره) في غايه المراد: «و قيل: إنّ هذه المسئله واقعه جرت [فيها مأمراً] (٢)، فيتوقّف فيها الفقهاء. و استدرك القفال عن الشافعيه و قال يجب على الغريم التسليم، لأنّ فتح هذا الباب يمنع استيفاء الوكلاء في الحقوق [الماليه] (٣)». و قال مولانا الأردبيلي (ره): «لو قيل بالتسليم مع الكفيل الملى (كما هو [مقتضى] الجمع بين الحقّين مهما أمكن) لكان قريباً». انتهى.

ص: ٢٩٧

١- و في النسخة: المحتمل.

٢- و في النسخة: في مرو.

٣- و في النسخة: الفانيه.

ثم إنك قد عرفت جواز الحكم على الغائب. فحينئذ إن قلنا بعدم وجوب صبر الوكيل و انتظاره لإثبات الغريم إبراء المدعى إياه، أو أدائه الحق إليه، يجيئ جواز الاسترداد [عنه] (١) بعد ما أثبت الأداء أو الإبراء. هذا إذا لم يكن الوكيل وكيلاً مطلقاً، أو في خصوص دعوى الإبراء أيضاً. وإلا فالظاهر عدم إلزام الغرامه حتى يتم الدعوى.

هذا كله إذا لم يصبر الوكيل. وإلا فيجوز له التأخير عن أصل الدعوى. لعدم لزوم فعل ما وكل فيه إلا أن يكون قد أوجب على نفسه بوجه من الوجوه. وأشار المحقق الأردبيلي (ره) إلى ما ذكرنا في شرح الإرشاد.

المطلب الثالث: في الاستحلاف. الحلف واليمين والإيلاء، مترادفه وفيه مباحث:

الأول: لا- ينعقد اليمين المسقطه للدعوى، و الموجه للحق، إلا بالله تعالى شأنه. و هو إما بذكر ما يدل على ذاته المقدسه بالنصوصيه؛ ك- «مقلب القلوب» و «الذي نفسى بيده» و «خالق [الجنه] و بارئ النسمه» و «الذى أعبده و أصلى له». أو بذكر أحد الأسماء المختصه التى لا يطلق على غيره كالله، و الرحمن، و رب العالمين، و مالك يوم الدين، و الحى الذى لا يموت. أو بما ينصرف إليه تعالى فى الإطلاق، كالرحيم، و الرب، و الخالق، و المتكبر، و القادر، و نحوها. و أمّا مثل؛ الموجود، و الحى، و المؤمن، و الكريم، و نحوها، فلا. و تفصيل الكلام فيه وظيفه «كتاب الأيمان».

ص: ٢٩٨

١- و فى النسخة: عنها.

و الحاصل: أنَّ القسم لا- بدَّ أن يكون بذات الله تعالى، أو بما يدلُّ عليه بالنصوصِ، أو بالظهور. و لا يجوز بالكتب المنزلة و الأنبياء المرسله و الأماكن المشرفه. للأحاديث المعتمره الداله [على] أنه لا حلف بغير الله؛ منها صحيحه على بن مهزيار: «قال: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي عَلَيْهِ السَّلَامُ: قَوْلَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ: «و اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَ النَّهَارِ إِذَا تَجَلَّى» وَ قَوْلِهِ عَزَّ وَ جَلَّ: «وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى» وَ مَا أَشْبَهَ هَذَا. فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يُقْسِمُ مِنْ خَلْقِهِ بِمَا شَاءَ وَ لَيْسَ لِخَلْقِهِ أَنْ يُقْسِمُوا إِلَّا بِهِ عَزَّ وَ جَلَّ» (١). و لا فرق في ذلك بين أن يكون الحالف مسلماً أو كافراً، و الأخبار المعتمره مصرّحه به؛ منها صحيحه الحلبي: «قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَهْلِ الْمَمَلِكِ كَيْفَ يُسْتَيْخْلَفُونَ؟ فَقَالَ: لَا تُخْلِفُوهُمْ إِلَّا بِاللَّهِ» (٢). و صحيحه سليمان بن خالد عنه عليه السلام: «قال لا يُخْلَفُ الْيَهُودَ وَ لَا النَّصْرَانِي وَ لَا الْمَجُوسِي بِغَيْرِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ. إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ: فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٣).

و ذهب جماعه منهم الشهيد(ره) في الدروس إلى لزوم إضافه «خالق كل شيء» أو «خالق النور و الظلمه» في المجوس، مخافه لتأويله بأن يريد من الإله، المعروف من النور، فإنه إله عنده، فلا يحصل الجزم بأنه حلف بالله إلا بضم ذلك. و يدفعه الإطلاقات. مع أنه قد يكون الاقتصار على الله أهيب في صدره، لأنه لا يعتقد إلهاً خالقاً للنور و الظلمه (٤) حتّى يخاف منه. مع أنه يؤول الخالق للنور و الظلمه أيضاً و يؤدي به. مضافاً إلى أن المعتمره تيّه المحلف إذا كان محقاً، لا الحالف. كما رواه مسعده بن صدقه: «قال: سَمِعْتُ

ص: ٢٩٩

١- الوسائل، كتاب الأيمان، ب ٣٠ ح ١.

٢- المرجع، ب ٣٢ ح ٦.

٣- المرجع، ح ١.

٤- يظهر من هنا أن عرفان الشهيد(ره) في تاريخ المجوسيه و عقائدها، كان اكمل من المصنف(قدس سره) مع انه كان في ايران قريباً من عرفان عقائدهم. لقد بينا المسئله في كتاب «انسان و چيستى زيبائى» و كذا في كتاب «كابالا- و پايان تاريخش»

بالفارسيه. فليرجع المراجع. الانترنت، الموقع www.binesheno.com

أَيَا عَيْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ وَ سَيُّئِلَ عَمَّا يَجُوزُ وَ عَمَّا لَا يَجُوزُ مِنَ النَّبِيِّ وَ الْإِضْمَارِ فِي الْيَمِينِ. فَقَالَ: يَجُوزُ فِي مَوْضِعٍ، وَ لَا يَجُوزُ فِي آخَرَ؛ فَأَمَّا مَا يَجُوزُ فَإِذَا كَانَ مَظْلُومًا فَمَا حَلَفَ بِهِ وَ نَوَى الْيَمِينَ فَعَلَى نَيْتِهِ. وَ أَمَّا إِذَا كَانَ ظَالِمًا فَالْيَمِينُ عَلَى نَيْتِهِ الْمَظْلُومِ» (١). وَ هَذَا دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ مِطَابَقَةِ الْقَصْدِ لِلْفِظِ (٢).

وَ بِالْجُمْلَةِ: الْعَبْرَةُ بِشَرَفِ الْمَقْسَمِ بِهِ وَ عِظْمِهِ، فَيَكْفَى بِاللَّهِ كَائِنًا مَا كَانَ، وَ لَا رِخْصَةَ فِي غَيْرِهِ. إِلَّا أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ الشَّيْخُ فِي النِّهَايَةِ وَ الْمُحَقِّقُ وَ الشَّهِيدُ، قَالُوا لَوْ رَأَى الْحَاكِمُ إِحْلَافَ الذَّمِّ بِمَا يَقْتَضِيهِ وَ فِيهِ رَدْعٌ، فَعَلَّ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَلْزَمًا لِمَحْرَمٍ. كَالْتَحْلِيفِ بِالْأَبِ وَ الْإِبْنِ، بِإِرَادَةِ اللَّهِ. أَوْ الْمَسِيحِ وَ الْعَزِيرِ، وَ نَحْوِ ذَلِكَ. تَمَسِّكًا بِرِوَايَةِ السَّكُونِيِّ: «عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ اسْتَحْلَفَ يَهُودِيًّا بِالتَّوْرَةِ الَّتِي أَنْزَلَ عَلَى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ» (٣). وَ ضَعَّفَهُ آخَرُونَ مِنْ جِهَةِ السَّنَدِ، وَ مِنْ جِهَةِ أَنَّ الْفِعْلَ الْمَثْبُوتَ، لَا يَعْصَمُ، فَلَعَلَّهَا مُخْتَصٌّ بِوَأَقْعِهِ.

وَ فِيهِ: أَنَّهَا مُوَافِقَةٌ لِلْإِعْتِبَارِ مَعْتَصِدَةً بِعَمَلِ الْجَمَاعَةِ وَ بِالْعُمُومَاتِ. مَعَ أَنَّ الشَّيْخَ رَوَى فِي الصَّحِيحِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ: «قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: قَضَى عَلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَنْ اسْتَحْلَفَ أَهْلَ الْكِتَابِ بِيَمِينِ صَبْرٍ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ بِكِتَابِهِ وَ مِلَّتِهِ» (٤). وَ فِي

ص: ٣٠٠

١- المرجع، ب ٢٠ ح ١.

٢- لِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: فَعَلَى إِطْلَاقِ هَذَا الْحَدِيثِ (كَمَا فَسَّرَهُ الْمُصَنِّفُ قَدَسَ سِرَّهُ) فَلَا وَجْهَ لِلْقَوْلِ بِإِشْتِرَاطِ الْيَمِينِ بِكَوْنِهِ «إِلَّا بِاللَّهِ تَعَالَى شَأْنُهُ أَمَّا بِذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَاتِهِ الْمُقَدَّسَةِ، أَوْ بِذِكْرِ أَحَدِ الْأَسْمَاءِ الْمُخْتَصَّةِ». لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ حَاكِمٌ (بَلْ وَارِدٌ) عَلَى الْإِخْبَارِ الْآخَرَ. سَيِّمًا أَنْ مُورِدَ الْحَدِيثِ إِضْرَافًا مُطْلَقًا وَ يَشْمَلُ الْمُسْلِمِينَ، بَلِ الْمَقْصُودُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ. وَ بَيِّنُ أَنَّ الْقَضِيَّةَ بِالْعَكْسِ. أَي: الْإِخْبَارِ الْآخَرَ حَاكِمٌ عَلَى إِطْلَاقِ هَذَا الْحَدِيثِ. فَلَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى جَوَازِ حَلْفِ الْمَجُوسِيِّ بِمَا شَاءَ. كَمَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَحْلِفُوا بِمَا شَاءُوا. بَلِ الْحَدِيثُ فِي مَقَامِ بَيَانِ قَضَاءِ اللَّهِ لِلْحَالِفِ وَ الْمُسْتَحْلَفِ فِي مَا بَيْنَهُمَا وَ بَيْنَ اللَّهِ. لَا فِي مَقَامِ بَيَانِ تَكْلِيفِ مِنَ التَّكْلِيفِ التَّشْرِيعِيَّةِ.

٣- الوسائل، كتاب الايمان، ب ٣٢ ح ٣.

٤- المرجع، ح ٨.

الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «قال سئلته عن الأحكام. فقال في كل دين ما يستحلفون به» (١). ورواهما الصدوق في الفقيه أيضاً. وهذا القول في الطرف المقابل للقول بإضافه «خالق النور والظلمه» في المجوس. والاعتبار يقتضى أن من يريد إنفاذ الحق، فيقتضى الحكمة التحليف بما يخوفه و [يردعه] (٢) عن الحلف، وإن كان غير موافق لدين الإسلام. ومن يريد الإضرار بالحالف بإهلاكه، فمقتضى الحكمة تحليفه بالله تعالى (٣)، لأنه الموجب لمؤاخذه المجترئ بالقسم.

و يدل على التغليظ عليهم بما يعتقدون شرفه، أيضاً ما رواه الحميرى في قرب الإسناد عن الحسين بن علوان: «عن جعفر عن أبيه عليه السلام، إن علياً عليه السلام كان يشتهر تحليف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم، والمجوس في بيوت نيرانهم، ويقول شددوا عليهم، احتياطاً للمسلمين» (٤). وكيف كان، فرد قول الجماعة، مشكل والأحوط الوقوف مع النصوص المعتمده.

ثم إنهم ذكروا أنه لا يجوز الإحلاف إلا للحاكم. ولم نعرف في ذلك خلافاً. و يدل عليه أنه من تتمه الحكم وهو شأن الحاكم. وهو المتبادر من الأخبار أيضاً. وأما لزوم كونه في مجلس الحكم (كما يظهر من بعض العبارات) فوجوبه غير معلوم، وإن كان هو المنساق من ظاهر الروايات، لكنها لا يفيد الاشتراط. بل ما يدل على استحباب تغليظ اليمين بالمكان (كما سيجيء) يدل على جوازه في غيره أيضاً. سيما مع ملاحظه كراهه الحكم في بعضها.

ص: ٣٠١

١- المرجع، ح ٧.

٢- وفي النسخة: يرد عنه.

٣- هذا يناقض قوله (ره) في حديث مسعدة بن صدقة.

٤- الوسائل، كتاب الأيمان، ب ٣٢ ح ١١.

وقد استثنوا من ذلك المعذور كالزمن، والخالف، والمرئء الغير المبرزه، او الحائض و النفساء مع كون الحاكم فى موضع لا يجوز لهما المكث فيه أو الدخول. فيستتبع الحاكم من يحلفه إذا كان حضور الحاكم عنده شاقاً عليه، أو منافياً لشأنه و مسقطاً محلّه عند الناس. كل ذلك لنفى العسر و الحرج. و بالجمله: الظاهر أنّه يكفى إذن الحاكم.

و مثل ذلك، الكلام فى سماع الدعوى؛ فيستتبع من يستمع و يرجع و يذكر للحاكم. و لكنّ الحكم مختصّ بالحاكم كما تقدّم.

تنبيه: مقتضى الأخبار عدم جواز الحلف بغير الله. و لا- ريب فى الجواز و عدم الانعقاد و ترتّب الثمره عليه فى الدعوى و فى اللزوم و الكفّاره، و نحوهما. و لكنّ الإشكال فى الجواز و عدمه فى غير ذلك. و ذكر الشهداء و غيرهما أنّ فيه وجهين؛ من عموم الأخبار، و من جواز الحمل على الكراهه.

أقول: و من المحقّق فى الاصول، عدم جواز استعمال اللفظ فى المعنى الحقيقى و المجازى (١). و كيف يجتمع إفاده التحريم فى الدعوى مع الكراهه فى غيرها. و يمكن أن يقال: جلّ الأخبار الوارده فى منع الحلف بغير الله، إمّا صريحه فى التحليف، أو ظاهره فيه، أو محتمله له احتمالاً- مساوياً للحلف. و لا- كلام فى تحريمه و عدم انعقاده. و ليس فيها خبر ظاهر فى تحريم الحلف إلّا صحيحه [ابن] مهزيار (٢). و يمكن أن يقال: إنّها أيضاً محموله على الحلف الذى يترتّب عليه ثمره شرعى، إذ هو الذى كان محلّ إشكال الروات و كانوا يستلون عنه. لكون مذاهب العامه على خلافه.

مع أنّه يجوز تحليف الله تعالى بمعنى إنشاده تعالى. كما ورد فى الأدعيه المأثوره. و هو أيضاً مؤيّد لاختصاص حرمه الحلف بما إذا أراد ترتّب الأثر الشرعى، و إيقاع الحلف

ص: ٣٠٢

١- اى: فى استعمال واحد.

٢- الوسائل، كتاب الايمان، ب ٣٠ ح ١.

الذي ترتب عليه الأثر شرعاً مثل أن يحلف على فعل راجح أو مباح في المستقبل، أو يحلف لثبوت حق، أو إسقاطه.

و أمّا إذا كان غير ذلك (مثل ما يتداو لونه الناس بينهم) من الحلف بحيوتهم و حيوه آبائهم و أولادهم او الأنبياء و الأئمّه عليه السلام، و الأماكن المقدّسه و بالكتب المنزله و الصحف المشرفه. و ربّما كان الغالب فيهم أنّهم لا يعتقدون ذلك بالقلب و لا يردون منه شيئاً إلّا أنّه صار معتاداً في ألسنتهم. و ربّما كان لغواً محضاً، نظير ما اعتاده العرب في الحلف بالله بقولهم مكرراً «لا والله» و «بلى والله» في كلامهم. و به فسّر قوله تعالى «لا- يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ» (١). [فلا] (٢) يتبادر [الحرمة] من ذلك. و بالجملة: شيوع ذلك في جميع الأفواه و الألسنه في كلّ الأزمنه و الأمكنه بدون تكبير، أو من دون اهتمام في منع ذلك، يعين عدم الحرمة.

نعم: لو فرض أنّ أحداً أراد اللزوم و ترتب الآثار الشرعيه (من دفع الدعوى، أو لزوم العمل و ترتب الكفّاره) لكان محرّماً و بدعه. لأنّ انحصار ترتب الآثار في الحلف بالله [لعله] إجماعى. و خلاف ابن الجنيّد في كتاب «الأيمان و النذور» بانعقاده بما عظم الله من الحقوق (كحقّ رسول الله صلّى الله عليه و آله، و حقّ القرآن) و بالطلاق و العتاق، شاذّ لا يعتنى به.

و صرّح الشهيدان و غيرهما أنّ الحلف بالطلاق، و العتاق، و الكفر، و البرائه، محرّم قطعاً، و يدلّ عليه الأخبار أيضاً. و ما ورد في روايه صفوان الجمّال عن الصادق عليه السّلام من التحليف بالبرائه لمن سعى به عند أبي جعفر الدوانيقى (٣)، فمع ضعف الروايه،

ص: ٣٠٣

١- الايه ٢٢٥، السوره البقره. و الايه ٨٩، السوره مائده.

٢- و في النسخه: و لا-. توضيح: الجملة جواب اذا.

٣- الوسائل، كتاب الايمان، ب ٣٣ ح ١.

لعلّه مختصّ به عليه السّلام إذا كان الحالف من غير أهل الإيمان ودعت الضرورة إليه.

الثانى: و يستحب للحاكم تغليظ القسم بالقول (كما يأتى فى حكاية الأخرس)، و المكان كالكعبه و المسجد الحرام و الحرم و المساجد، سيّما فى محاريبها. و هكذا و الزمان كالجمعه و العيد و بعد صلوه العصر. و حاصله إظهار عظمه الله تعالى و إخطاره فى ذهن السامع بصفاته الجلال و الجمال، سيّما فى الأزمنه و الأمكنه التى لها قرب عند الله و ترك [الاحترام] فيها أقبح. حتى يخاف أو يستحيى فيردع عن الحلف و يترك الحرام لو كان كاذباً. أو يترك الحلف إجلالاً لله فلا يشتري بذكره ثمناً قليلاً. فإن الحلف حقيقته، شرط و توسط. و حاصله أنّه يجعل المقسم به، واسطه فى الأمر، فكأنه يقول «إنى لو كنت [حالفاً] (١) كاذباً فى قولى، فما جعلت للمقسم به حرمةً و عظماً، و ترك-[ت] الاحترام له، [ف-]لما كان موجباً لخسارتى و نقصانى [فانا] (٢) صادق فى ما أريد». و كلما يزداد تدكّر العظمه و الجلال، يصير ترك الاحترام أدخل فى الخساره و الوبال.

و توهم استحباب التغليظ للحالف حينئذ أيضاً بعيد. لأنّه إذا كان أصل الحلف مكروهاً، فتغليظه أولى بالكراهه. و لا منافات بين استحبابه على الحاكم و كراهته على الحالف. إلّا أن يقال بكراهته قبل اختياره القسم، و بعد الاختيار فيستحب له أيضاً التغليظ. و هو بعيد. فحينئذ يجوز للحالف عدم قبول التغليظ و يكتفى بقوله «و الله ما له قبلى حقّ».

فإذا كان مرجوحاً فينقصد بتركه النذر. فلو نذر تركه فلا يجوز للقاضى طلبه مع علمه. و تردّد فى الدروس فى الانعقاد. فلا وجه له.

و دليل الاستحباب على القاضى أنّه من جملة التخويف و الترغيب على الترك الذى

ص: ٣٠٤

١- و فى النسخة: مخالفاً.

٢- و فى النسخة: ذاتاً فا.

هو داخل في الوعظ، (كما سيجيء) مضافاً إلى الشهره بينهم حتى صار مورداً لتوهم الإجماع. و يدل عليه صحيحه محمّد بن مسلم أيضاً، الوارده في حلف الأخرس: «قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام، عن الأخرس كيف يخلف إذا ادعى عليه دينٌ و لم يكن للمدعى بيّنه فقال إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس و ادعى عليه دينٌ فأنكر و لم يكن للمدعى بيّنه فقال أمير المؤمنين عليه السلام الحمد لله الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للأمة جميع ما تحتاج إليه ثم قال اتنوني بمصحف فأتى به فقال للأخرس ما هذا فرجع رأسه إلى السماء و أشار أنه كتاب الله عزّ و جلّ ثم قال اتنوني بوليّه فأتى بأخ له فأقعدّه إلى جنبه ثم قال يا قنبر عليّ بدواه و صيحيفه فاتاه بهما ثم قال لأخي الأخرس قل لأخيك هذا بينك و بيّنه فتقدم إليه بذلك ثم كتب أمير المؤمنين عليه السلام و الله الذي لما إله إلا هو عيالٍ الغيب و الشهاده الرّحمن الرّحيم الطالب الغالب الضارّ النافع المهلك المذكر الذي يعلم السرّ و العانيه إن فلان بن فلان المدعى ليس له قيل فلان بن فلان أعنى الأخرس حقّ و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين» (١). و في نسخه الفقيه بعد قوله بينك و بينه «إنه علي»، يريد به الاعتراف.

قالوا: و التخليط ثابت في الحقوق كلّها، إلما في المال إذا نقص عن نصاب القطع. و يدل عليه روايه محمّد بن مسلم و زرارته: «عنهما جميعاً، قالاً: لا يخلف أحد عند قبر النبيّ (صلى الله عليه و آله) على أقلّ ممّا يجب فيه القطع» (٢). و عدم القول بالفصل يتمّ التعميم،

ص: ٣٠٥

١- التهذيب، ج ٦ ص ٣١٩ ح ٨٦ ط دار الاضواء.

٢- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢٩ ح ١.

فلا وجه لنفى الدليل، كما قاله بعض الأصحاب.

و يستحبّ وعظ الحالف قبل الحلف و ترغيبه فى تركه. و كذلك المحلف. إذ هو مرجوح و مكروه سيّما فى الأقلّ من ثلاثين درهماً. و يدلّ (١) الآيات و الأخبار على رجحان الترك؛ مثل قوله تعالى «إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا» (٢). و «وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٣). و مثل حسنه ابى سلام بن سهم الشيخ المتعبّد لله: «أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ لِسَيِّدِي: يَا سَيِّدِي مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ كَاذِبًا كَفَرَ. وَ مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ صَادِقًا أَثِمَ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٤). و روايه عبد الحميد الطائى: «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ): مَنْ قَدَّمَ غَرِيمًا إِلَى السُّلْطَانِ يَسْتَتْلِفُهُ وَ هُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَخْلِفُ، ثُمَّ تَرَكَهُ تَعْظِيمًا لِلَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ، لَمْ يَرْضَ اللَّهُ لَهُ بِمَنْزِلِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَّا مَنْزِلَةَ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلِ الرَّحْمَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ» (٥). و موثقه أبى أيوب الخزاز: «قال سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا تحلفوا بالله صادقين و لا - كاذبين، فإنّه تعالى قد نهى عن ذلك يقول: وَ لَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ» (٦). و روايه على بن الحكم: «عن بعض أصحابنا، عنه عليه السّلام، قال: إذا ادّعى عليك مال و لم يكن له عليك فأراد أن يحلفك، فإن بلغ مقدار ثلاثين درهماً فأعطه و لا تحلف، و إن كانت أكثر من ذلك فاحلف و لا تعطه» (٧). إلى غير ذلك ممّا ورد فى عقاب اليمين الكاذبه

ص: ٣٠٦

١- و فى النسخة: و يلى عليه الايات..

٢- الاية ٧٧ السورة آل عمران.

٣- الاية ٢٢٤ السورة البقرة.

٤- الوسائل، كتاب الايمان، ب ١ ح ٦.

٥- الوسائل، كتاب الايمان، ب ٥٢ ح ١.

٦- الوسائل، كتاب الايمان، ب ١ ح ٥.

٧- المرجع، ب ٣ ح ١.

من التشديدات، و في أجر من ترك اليمين الصادقه إجلالاً له تعالى.

و اعلم: أنه قد يصير اليمين واجبه. و قد يصير مستحبّة. بل يترتب عليه الأحكام الخمسه بالعوارض الخارجه.

تنبيه: عمل ابن حمزه في طريق حلف الأخرس على الروايه المتقدمه. و المشهور أنّ الأخرس يحلف بالإشاره المفهمه الدالّه عليه. و أضاف الشيخ في النهايه على ذلك أن يوضع يده على اسم الله في المصحف، أو يكتب اسم الله و يوضع يده عليه إن لم يكن المصحف حاضراً. و لم نقف على مستنده. و العمومات يقتضى الاكتفاء بما يفهم الحلف بذات الله.

و [مقاومه] (١) الروايه (٢) للعمومات بحيث ينفي جواز الغير، غير معلوم. بل هو فرد من أفراد الإشاره. و لعلّه للتغليظ رأه الإمام مناسباً. و لم نقف على قائل بتعين العمل به، إلّا أنّ ظاهر المحقق و غيره، وجود القائل به و أسنده في المسالك إلى ابن حمزه (٣)، و هو خلاف ما ذكره في الوسيله، فإنّه وافق المشهور في الاكتفاء بالإشاره ثم قال: «و إن كتب اليمين على لوح ثم غسلها و جمع الماء و أمره بشربه، جاز، فإن شرب فقد حلف، و إن أبى ألزمه الحق». فلعلّه من أفراد الإشاره. و عن المقداد في التنقيح أيضاً تجويز ذلك جعلاً له من أفراد الإشاره. و ظاهر كلّ من استدللّ بها في مسئله القضاء بالنكول، أيضاً ذلك. فلو لم يجعلوه من أفراد الإشاره لما كان للاستدلال وجهاً ظاهراً. و يؤيده ما ذكره ابن إدريس من حملها على الأخرس الذي لا يكون له [كنايه] (٤) معقوله و لا إشاره مفهومه. و الأحوط اعتبارها مع حصول الإشاره المفهمه.

ص: ٣٠٧

١- و في النسخة: مقاومه.

٢- اى: مقاومه الروايه التي عمل به ابن حمزه..

٣- المسالك، ج ٢ ص ٢٩٩ ط دار الهدى.

٤- و في النسخة: كفايه.

الثالث: الظاهر أنه لا- إشكال و لا خلاف فى جواز جواب المدعى عليه، بالأعم؛ كأن يقول فى جواب من ادعى عليه قرضاً، أو ثمن مبيع، «ليس لك عندى». و وجهه ظاهر. و كذا لا- إشكال فى اليمين على ذلك الجواب الأعم. و ليس للمدعى إلزامه بالجواب الخاص، و لا الحلف كذلك. و لو كان ذلك للفرار عن لزوم البيئه عليه إذا آذاه و عجز عن إثباته.

و من صور الجواب الأعم؛ أنه لو ادعى على وكيل البيع (١) تسليم المبيع و قبض الثمن، «أنّ موكلك أذن فى التسليم قبل القبض». فيقول «لا رخصه لى منه فى التسليم». فيصحّ و إن كان ذلك [للفرار] (٢) عن إثبات اليد إذا أذن ثمّ بدا له و لم يطلع المدعى، عليه أو اطلع و لكن لا- يقبله لو أجاب به بالأخصّ. فهل يجوز له الحلف على الأعم، أم لا-؟-؟ الأظهر، نعم. لصدق الحلف على نفي ادعاء المدعى. و لا دليل على وجوب الأزيد من ذلك. و للزوم الضرر و الحرج لو لم يقبل فى ما كان المدعى صادقاً فى أصل الحقّ و لكن عرض ما يسقط الدعوى من أداء أو إبراء، و يعجز المدعى عليه عن إثباته.

[و اما لو أجاب بالأخصّ، فهل يجوز له اليمين على الأعم؟ الاظهر، نعم.] و قيل: يلزمه الحلف على وفق ما أجاب به لأنّه بزعمه قادر على الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه، إن طلب منه المدعى. و هو ضعيف. لأنّ القدره على اليمين على بعض الوجوه، لا يستلزم إيجابه عليه. و قد يتسامح فى اليمين.

هذا كلّه؛ إذا كان الجواب و الحلف مستغرقاً للسؤال. و إلّا فيلزم بالجواب المطابق، و الحلف عليه. فإذا كان لخصوصيه الدعوى مدخليّه، فيجب الجواب الخاصّ. فلو ادّعت

ص: ٣٠٨

١- و فى النسخة: و تسليم..

٢- و فى النسخة: الاقرار.

امرئته الزوجية على رجل، فلا- ينفع للرجل الجواب ب-«أنتى لست مشغول الذمه بحق منك» إذا أراد الفرار من النفقه و القسم لأجل النشوز الذى يعجز عن إثباته، أو من الصد[1] الذى أذاه كذلك. [لأن] (١) من ثمرات الزوجية ثبوت الميراث و هو ليس مما يتعلق بزمه الزوج. و كذلك لحوق الولد، أو غير ذلك. فلا بد فى الجواب من نفى الزوجية، أو إثبات الرفع، لها أو المسقط حقوقها.

و لو ادعى المنكر الإبراء، أو الإقباض، انقلب مدعياً و المدعى منكراً. و يكفى للمدعى اليمين على بقاء الحق (٢). و جعل الشيخ الحلف على نفى ما ادعاه بخصوصه، أحوط. و جعله المحقق أكد و قال إنه غير لازم (٣). و الأظهر الكفاية. و لا فرق فى توجه اليمين على المدعى حينئذ بين ما أثبت مطلبه بالبينة أم لا. لعدم المنافات؛ إذ البينة إنما تعتمد على الأصل و ظاهر الحال. و ليس فى ذلك تكذيب لهما.

الرابع: قالوا: الحالف يحلف أبداً على القطع فى فعل نفسه و تركه و فعل غيره. و على نفى العلم فى نفى فعل غيره. أما أن الحلف يجب على البت (بمعنى أنه لا بد من أن يكون المحلوف عليه، معلوماً) فكأنه إجماعى. و يدل عليه الأخبار مثل صحيحه هشام بن سالم: «عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: لا- يحلف الرجل إلا على علمه» (٤). و رواه أبى بصير (٥) مثله. و غيرها. و لا يتفاوت اشتراط العلم فى الإثبات و النفى. و لا فى ما يتوجه إلى نفيه نفيًا أو إثباتًا، أو إلى فعل غيره كذلك فكما أن فعل نفسه لا بد أن يكون

ص: ٣٠٩

١- و فى النسخة: و.

٢- اى: يكفى للمدعى الحلف بالاعم و هو بقاء الحق.

٣- الشرايع، ج ٤ ص ٨١ ط دار التفسير.

٤- الوسائل، كتاب الايمان ب ٢٢ ح ١.

٥- المرجع، ح ٢.

مقطوعاً به، فكذلك نفى العلم فى نفى فعل غيره لا بد أن يكون بها.

أمّا لزوم الحلف على البت فى مثل فعل نفسه على أصل الفعل؛ فلاّنه يقدر على معرفه مثل فعل نفسه. و أمّا لزوم الحلف على نفى العلم فى فعل الغير، فلعسر الاطلاع عليه غالباً. و إذا فرض إمكانه فيحلف على نفى الفعل؛ كما لو ادعى [على] (١) ورثه شخص بأنى أفترضت مورثك المبلغ المعلوم فى الزمان المعلوم فى المكان المعلوم. و علم الوارث بانتفاء ذلك فى ذلك الوقت.

ثمّ: إنّ الحلف على نفى فعل الغير، إنّما يتوجّه إذا ادعى المدعى عليه، العلم. و إلّا فلا شىء إلّا أن يثبت بالبينه. فإذا ردّ المدعى عليه، اليمين المذكور، فيحلف المدعى على البتّ بثبوت المدعى. إلّا أن يكون دعواه ظنيّة، كما مرّ. و قد يحتمل حينئذ تكليفه باليمين على أنه ظانّ.

ثمّ: إنّ المتبادر من اليمين (٢) [١] المتوجّه إلى المدعى، اتحاد [هذا] اليمين مع اليمين المردوده. و هو يقتضى أن يكون [كاليمين] (٣) المردوده على المدعى حينئذ، اليمين على أنه يعلم. لا- على ثبوت نفس الحقّ. لكن ظاهر كلامهم أنّ المدعى يجوز أن يحلف على ثبوت المدعى.

ثمّ: مع الحلف على نفى العلم، هل يسقط الدعوى و إن أقام المدعى بينه-؟ أم لا؟ فيه نظر؛ فلو عمّنا حلف المدعى عليه (فى ما تكلمنا فيه) على هذه المسئلة؛ فيجئى فيه الأقوال المتقدّمه. و الحقّ أنّ الأدلّه المتقدّمه، لا دلالة فيها على ما نحن فيه. و لا يبعد سماع البينه حينئذ.

ص: ٣١٠

١- و فى النسخة: عليه.

٢- و فى النسخة: من ردّ اليمين - توضيح: ليس البحث فى اليمين المردوده، بل فى يمين المدعى اذا انقلب منكرا.

٣- و فى النسخة: اليمين.

ثمّ: إنهم لم يتعرّضوا لما لم يعلم المدّعى عليه، باشتغال ذمّته بشيئ، من جهه سهو، أو نسيان، أو اشتباه فى سبب الاشتغال. و مقتضى كلماتهم أنّه لا يكتفى حينئذ بالحلف على نفي العلم، و لا يجوز له الحلف بنفى استحقاق المدّعى. لعدم علمه بذلك. فلا بدّ من ردّ اليمين. و إن لم يردّ، فيقتضى بالنكول (لو قيل به)، أو بعد ردّ اليمين على المدّعى (لو لم نقل به). و فيه إشكال. هذا ذكر مقتضى كلامهم. و استشكل عليهم المحقّق الأردبيليّ (ره) و صاحب الكفايه. و لم يحضرنى ذكر ذلك فى كلام غيرهما. و احتمال المحقّق الأردبيليّ (ره) قوياً عدم القضاء بالنكول فى الصوره المذكوره، و إن قيل به فى غيرها، بل يجب الردّ حينئذ. و احتمال الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك (1).

و قال صاحب الكفايه: لا يبعد الاكتفاء حينئذ بالحلف على نفي العلم و لا دليل على نفيه (2). إذ الظاهر أنّه لا يجب عليه إيفاء ما يدّعه إلّا مع العلم، و يمكن على هذا أن يكون عدم العلم بثبوت الحقّ كافياً فى الحلف على نفي [العلم، فى] عدم الاستحقاق. لأنّ وجوب إيفاء حقّه إنما يكون عند العلم به. لكنّ ظاهر عباراتهم خلاف ذلك.

أقول: إذا ادّعى [على] المدّعى عليه، العلم فلا- إشكال فى جواز الحلف على نفي العلم. و به يسقط الدعوى. و ما ذكره من الكليّه من «لزوم الحلف على [البتّ] (3) على نفي الفعل، لا- العلم به، إذا كان فعل نفسه»، لا دليل عليه. بل المتبادر من الأدلّه و الأخبار، إنّما هو لزوم البتّ فى صوره الإمكان. و إنّ لم يدّع عليه العلم؛ فمقتضى الأصل و الأخبار أنّه لا يتوجّه إليه شيئ. إذ الأصل برائه ذمّته و لم ينكر شيئاً ممّا يدّعه المدّعى حتّى يصدق عليه المنكر و يصير مورد الأخبار فيتوجّه عليه اليمين. مع أنّها غير ممكنه حينئذ. فلا

ص: ٣١١

١- مضافاً الى أنّ الاصل و الظاهر معه.

٢- اى على نفي الاكتفاء.

٣- و فى النسخة: الميّت.

يكفى صدق المدعى عليه، أيضاً. ولا- يجب عليه ردّ اليمين. بل الظاهر أنّ الحاكم أيضاً لا- يرده (على القول بعدم القضاء بالنكول). إذ لا- معنى لردّ اليمين إلّا بعد ثبوته على المدعى عليه. ولا- شيء يُثبت اليمين على المدعى عليه حينئذ. فلا يجوز للمدعى أيضاً الحلف حينئذ ولا يثبت به شيء لو حلف، وأمّا في صورته دعوى العلم؛ فإن كانت الدعوى قطعيّة، فيجوز الردّ. وإن كان ظنيّة، فلا. واحتمل المحقّق الأردبيلي (ره) جواز الردّ على ظنّ العلم فيحلف: «أني أظنّ أنّك عالم».

وبالجمله: المتبادر من قولهم عليهم السّلام «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه، أو المنكر» هو ما لو توارد النفي و الإثبات على شيء واحد. و كذلك من الأخبار الدالّة على ردّ اليمين. سواء كان تواردها بالمطابقه أو الالتزام. فلا ينافي ذلك كون ردّ اليمين على نفي العلم من الوارث (مثلاً) على من ادعى على مورثه بالقطع على ثبوت المدعى به. و لكن الإشكال في أنّ الاختيار حينئذ لأيهما؛ فقد يسهل على المدعى الحلف على ثبوت الحقّ، دون على علم الوارث. فلو كان الخيره للمدعى عليه، فلا يُحلفه على ثبوت الحقّ، لمظنّه الكذب في دعوى العلم بأنّ الوارث عالم. و الظاهر أنّ الخيره بيد الحالف لا المحلف. كما بيّنا سابقاً في بيان جواز الحلف بالأعمّ.

و أمّا ما ذكره صاحب الكفايه من جواز الحلف على عدم الاستحقاق؛ فهو بعيد. إذ عدم اشتغال ذمّته به شرعاً قبل العلم (١)، لا يستلزم نفي استحقاق المدعى في نفس الأمر (٢).

هذا. و يمكن أن يقال: إنّ العمومات الدالّة على أنّ اليمين مثبتة للحقّ مثل قولهم عليهم السّلام «أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، و يمين قاطعه، و سنّه ماضيه

ص: ٣١٢

١- لعلّ الصحيح: الحكم.

٢- و كم من منكر يعتقد انه لا حق للمدعى عنده قبل الحكم.

من ائمة الهدى» (١). و مثل ما روى عن علي عليه السلام أنه تعالى قال في جواب نبي من الأنبياء (شكى إلى ربّه القضاء): «أقضى بينهم بالبينات و أضه فهُمْ إلى اسمي» (٢). يكفى فى ذلك فيحلف المدعى حينئذ. و لا دليل على تخصيص جواز الحلف عليه بالدماء. و أمّا قوله عليه السلام «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه»؛ فهو وارد مورد الغالب من كون المدعى عليه منكراً. و لذلك عبّر عن المدعى عليه فى لفظ آخر بالمنكر. و لا حجّه فى القيد الغالب. فيبقى العمومات شامله لما نحن فيه.

فالمراد بالبينة و اليمين فى قوله عليه السلام «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر»، البينة و اليمين الممكنتين حصولهما فى مادّه؛ يعنى إذا أمكن إقامة البينة و الحلف فى واقعه لكلّ من المتداعيين، فالبينة وظيفه المدعى و اليمين وظيفه المنكر. لا أنه لا يمكن و لا يجوز إقامة البينة للمنكر و لا ينفع له فى شىء، و لا يمكن و لا يجوز الحلف للمدعى و لا ينفعه فى شىء أصلاً، حتى يقال إنّ التفصيل قاطع للشركة. و فهم هذا يحتاج إلى لطف قريحه. و سيجبى زياده التحقيق فى معنى الحديث فى «تعارض البينات».

و بالجملة: هذه العمومات مع عدم ظهور المخصّص لها، و لزوم [الحرج] (٣) فى إيقاف الدعوى، و لزوم الضرر على المدعى الثابت حقّه فى نفس الأمر، مع ملاحظه ما نسب إلى ظاهر فتوى الأصحاب من ثبوت اليمين على المدعى حينئذ، يكفى فى ثبوت الحكم. فهذه اليمين ليست هى اليمين المردوده على المدعى. بل هى مستقلّة فى إثبات الحكم.

ص: ٣١٣

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١ ح ٦.

٢- المرجع، ح ١.

٣- و فى النسخة: الجرح.

ثم: إن مقتضى ضابطهم أن المدعى دائماً يحلف على البت، والمنكر قد يحلف على البت وقد يحلف على نفي العلم إذا كان عن فعل الغير. واستشكلوا في مواضع؛ منها: ما لو ادعى أحد على غيره جنايه عبده، وأنكر المولى، ولم يثبت بالبينه. وكذا لو ادعى جنايه بهيمه الغير عليه، فهل يكتفى باليمين على نفي العلم لأنه فعل الغير-؟ أو على البت لأن فعل العبد كفعله وضمانه يرجع إلى نفسه-؟

جزم العلماء في التحرير، والشهيد في الدروس بكفايه يمين نفي العلم في العبد دون البهيمه. وهو قوى. ووجه ظاهر على ما بينا من أنه لو ادعى أحد على غيره ولم يعلم هو باشتغال ذمته، وادعى المدعى العلم عليه، يجوز أن يحلف على نفي العلم. فهينا الحكم أظهر. فلو ادعى عليه العلم بفعل العبد ولم يحلف ولم يرد، ثبت عليه الحق. وكذلك لو ردها وحلف المدعى. ولو حلف المنكر على نفي العلم، فلا- دليل على لزوم شيء آخر عليه. وقوله عليه السلام «البيته على المدعى واليمين على من أنكر، أو على المدعى عليه» إنما يتبادر منه اليمين الذي يجوز عليه وهو يمين نفي العلم.

ومنها: ما لو طوب البايع بتسليم المبيع، فادعى حدوث عجز وقال للمشتري «أنت عالم به». فإن المشتري يدعى استحقاقه، ويمينه حينئذ الحلف على نفي العلم بفعل الغير، وهو عجز البايع. ومنها: ما لو نصب البايع وكيلاً لقبض الثمن وتسليم المبيع، فقال المشتري «هو أذن لك في تسليم المبيع وأبطل حق الحبس، وأنت تعلم». ومنها: لو مات عن [أحد أبوه] (1)، فجاء آخر وقال «أنا أخوك والميراث بيننا». فليل يحلف على البت. وقيل على نفي العلم. والظاهر في الكل كفايه يمين نفي العلم. إذ كونه مثبتاً لنفسه شيئاً لا يستلزم اليمين على البت. كما لا يخفى بعد التأمل في ما ذكرنا.

ص: ٣١٤

١- وفي النسخة: لو مات عن أب.

المطلب الرابع: فى ما يثبت بالشاهد و اليمين

الأول: لا خلاف بين أصحابنا فى جواز الحكم بالشاهد و اليمين فى الجملة. و هو مذهب أكثر العامه. و أخبارنا به مستفيضه. و سيحى بنظر (١). و الأظهر الأشهر أن المرأتين و اليمين، أيضاً كذلك (خلافاً لابن إدريس)، للأخبار المعتبره منها حسنه الحلبي - لإبراهيم بن هاشم (٢) - «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَجَازَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ فِي الدِّينِ، يَحْلِفُ بِاللَّهِ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ» (٣). و روايه منصور بن حازم: «قال: حدّثنى الثقه عن أبى الحسن عليه السّلام: قال: إذا شهد لطالب الحق امرئتان و يمينه بالله، فهو جائز» (٤). و رواه الصدوق أيضاً بسنده عن منصور عنه عليه السّلام و هو صحيح (٥). كما فى الخلاصه.

قالوا: و إنما يثبت الحكم بذلك فى الأموال. و الضابط فيها «ما كان المدعى مالاً أو كان المقصود منه المال». فيدخل فى ذلك القرض، و الدين (٦)، و الغصب، و البيع، و الصلح،

ص: ٣١٥

١- اى: بصبر و انتظار.

٢- تكرر: المصنف (ره) كلّمما جاء بحديث فى طريقه ابراهيم بن هاشم، يسميه بالحسنه. لكن المتأخرين المعاصرين اثبتوا أنّ احاديث الرجل صحيحه و لا اقل من موثقه. و لما كان جلّ من احاديث الكافى منه فجدير ان نكرر نحن ايضاً رأى المحققين المعاصرين فيه.

٣- الوسائل، ابواب كيفيه الحكم، ب ١٥ ح ٣.

٤- الكافى، الفروع، ج ٧ ص ٣٨٦ ح ٦. ط دار الاضواء.

٥- الفقيه، ج ٣ ص ٣٣ ب ٢٠ ح ١. ط دار الاضواء. - و: الوسائل، ابواب كيفيه الحكم، ب ١٥ ح ١.

٦- الدين اعم من القرض.

و الهبه، و الإجاره، و القراض، و الوصيه، و الجنايه الموجهه للديه؛ كقتل الخطأ، و قتل الوالد ولده، و الحرّ العبد، و كسر العظام، و الجائفه، و الماموته، و المنقله، و نحو ذلك. بخلاف مثل الطلاق، و النسب، و الوصيه إليه (١)، و كذلك حقوق الله تعالى.

و استدّلوا على ذلك بما رواه ابن عباس أنّ «النبيّ (صلى الله عليه و آله) قال: استشرت جبرئيل (عليه السلام) في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار بذلك في الأموال، لا يعدوا ذلك» (٢). و حسنه عبد الرحمن بن الحجاج (و هي صحيحه في التهذيب) (٣): «قال: دَخَلَ الْحَكَمُ بْنُ عُيَيْبَةَ وَ سَيْلَمَةُ بْنُ كَهَيْلٍ عَلَى أَبِي جَعْفَرٍ (عليه السلام) فَسَأَلَاهُ عَنْ شَاهِدٍ وَ يَمِينٍ. فَقَالَ قَضَى بِهِ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) - وَ قَضَى بِهِ عَلِيٌّ (عليه السلام) عِنْدَكُمْ بِالْكَوْفَةِ - فَقَالَا هَذَا خِلَافُ الْقُرْآنِ. فَقَالَ وَ أَتَيْنَ وَ جَدْتُمُوهُ خِلَافَ الْقُرْآنِ؟ قَالَا - إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَيْدٍ مِنْكُمْ. فَقَالَ قَوْلُ اللَّهِ وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَيْدٍ مِنْكُمْ، هُوَ لَا تَقْبَلُوا شَهَادَةَ وَاحِدٍ وَ يَمِينًا؟ ثُمَّ قَالَ إِنَّ عَلِيًّا (عليه السلام) كَانَ قَاعِدًا فِي مَسْجِدِ الْكُوفَةِ، فَمَرَّ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ قُفَيْلٍ التَّمِيمِيُّ وَ مَعَهُ دِرْعٌ طَلْحَةَ. فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ (عليه السلام) هَذِهِ دِرْعٌ طَلْحَةَ أَخَذْتَ غُلُولًا يَوْمَ الْبُضَيْرَةِ. فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ قُفَيْلٍ اجْعَلْ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ قَاضِيَةً الَّتِي رَضِيَ بِتَّهَ لِلْمُسْلِمِينَ فَجَعَلَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَهُ شُرَيْحًا. فَقَالَ عَلِيٌّ (عليه السلام) هَذِهِ دِرْعٌ طَلْحَةَ أَخَذْتَ غُلُولًا يَوْمَ الْبُضَيْرَةِ. فَقَالَ لَهُ شُرَيْحٌ هَاتِ عَلَيَّ مَا تَقُولُ بَيْنَهُ فَأَتَاهُ بِالْحَسَنِ فَشَهِدَ أَنَّهَا دِرْعٌ طَلْحَةَ أَخَذْتَ غُلُولًا يَوْمَ الْبُضَيْرَةِ. فَقَالَ شُرَيْحٌ هَذَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَ لَا أَقْضِي بِشَهَادَةِ شَاهِدٍ حَتَّى يَكُونَ مَعَهُ آخَرٌ. فَدَعَا قَتْبَرَ فَشَهِدَ أَنَّهَا دِرْعٌ طَلْحَةَ أَخَذْتَ غُلُولًا يَوْمَ الْبُضَيْرَةِ. فَقَالَ شُرَيْحٌ هَذَا مَمْلُوكٌ وَ لَا أَقْضِي بِشَهَادَةِ مَمْلُوكٍ. قَالَ فَغَضِبَ عَلِيٌّ (عليه السلام) وَ قَالَ خُذْهَا فَإِنَّ هَذَا قَضَى بِجَوْرِ ثَلَاثِ مَرَّاتٍ قَالَ فَتَحَوَّلَ شُرَيْحٌ وَ قَالَ لَا أَقْضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ حَتَّى

ص: ٣١٦

١- اى: اذا ادعى مدع أنه وصى الميت.

٢- سنن البيهقي، ج ١٠ ص ١٦٧ و ١٧٥.

٣- التهذيب، ج ٦ ص ٢٧٣ ح ١٥٢ ط دار الاضواء.

تُخْبِرُنِي مِنْ أَيْنَ قَضَيْتَ بِجَوْرِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ. فَقَالَ لَهُ وَيْلَكَ أَوْ وَيْحَكَ إِنِّي لَمَّا أَخْبَرْتُكَ أَنَّهَا دِرْعٌ طَلَحَهُ أَخَذْتُ غُلُولًا يَوْمَ الْبُصَيْرَةِ، فَقُلْتُ هَاتِ عَلَيَّ مَا تَقُولُ بَيْنَهُ وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ): «حَيْثُ مَا وُجِدَ غُلُولٌ أُخِذَ بِغَيْرِ بَيْنِهِ» فَقُلْتُ رَجُلٌ لَمْ يَسْمَعْ الْحَدِيثَ فَهَذِهِ وَاحِدَةٌ. ثُمَّ أَتَيْتُكَ بِالْحَسَنِ فَشَهِدَ فَقُلْتُ هَذَا وَاحِدٌ وَلَا أَقْضِي بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ حَتَّى يَكُونَ مَعَهُ آخَرٌ، وَقَدْ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ وَيَمِينٍ، فَهَذِهِ ثِنْتَانِ ثُمَّ أَتَيْتُكَ بِقَتْبَرٍ فَشَهِدَ أَنَّهَا دِرْعٌ طَلَحَهُ أَخَذْتُ غُلُولًا يَوْمَ الْبُصَيْرَةِ. فَقُلْتُ هَذَا مَمْلُوكٌ وَ لَمَّا أَقْضَيْتَ بِشَهَادَةِ مَمْلُوكٍ وَمَا يَأْسُ بِشَهَادَةِ الْمَمْلُوكِ إِذَا كَانَ عَدْلًا. ثُمَّ قَالَ وَيْلَكَ أَوْ وَيْحَكَ إِنَّ إِمَامَ الْمُسْلِمِينَ يُؤْمَنُ مِنْ أُمُورِهِمْ عَلَى مَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ هَذَا» (١).

و صحيحه عمار: «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل و يمين المدعى» (٢). و صحيحه محمد بن مسلم عنه عليه السلام: «قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يجيز في الدين شهاده رجل واحد و يمين صاِحِبِ الدِّينِ وَ لَمْ يُجْزَ فِي الْهَلَالِ إِلَّا شَاهِدَيْنِ عَدْلٍ» (٣). و موثقه أبو بصير: «قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد قال فقال كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك في الدين» (٤). و رواه القاسم بن سليمان: «قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول قضى رسول الله صلى الله عليه وآله و آله بشهاده رجل مع يمين الطالب في الدين»

ص: ٣١٧

-
- ١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٤ ح ٦.
 - ٢- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٤ ح ٣- و الراوى هو حماد بن عثمان، لا- عمار. كما فى تهذيب، ج ٦ ص ٢٧٥. و الكافى، ج ٧ ص ٣٨٥. و الاستبصار، ج ٣ ص ٣٣.
 - ٣- المرجع، ح ١.
 - ٤- المرجع، ح ٥.

وَحَدَّثَهُ» (١). ورواه محمد بن مسلم: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ لَوْ كَانَ الْأَمْرُ إِلَيْنَا لَأَجْرْنَا شَهَادَةَ الرَّجُلِ إِذَا عَلِمَ مِنْهُ خَيْرٌ مَعَ يَمِينِ الْخَصْمِ فِي حُقُوقِ النَّاسِ فَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَرُؤْيِهِ الْهَلَالَ فَلَا» (٢).

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الدالة على أنّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) كان يقضى بيمين وشاهد. وكذلك أمير المؤمنين عليه السلام. والدالة على جواز استخراج حقوق الناس بذلك مثل روايه يونس المتقدمه (٣) في كيفية الحكم.

و الأخبار في هذه المسألة، منها ما يدلّ على جواز القضاء بالشاهد واليمين في الجملة. ومنها ما يدلّ على إثبات الحقوق مطلقاً. ومنها ما يدلّ بأنّها يُثبت الدين، مع عدم نفى غيره. ومنها ما ينفي غير الدين. ومنها ما يدلّ على ثبوته في غير الدين مثل حكاية الدين. ورواه ابن عباس يدلّ بالجواز في الأموال بالعموم. فلا بدّ من جعل الحصر في ما دلّ على نفى غير الدين، إضافياً بالنسبة إلى حقوق الله وغير الماليات من الحقوق. سيّما مع عدم معارضتها لما دلّ على العموم. ولا بدّ من تخصيص الحقوق في ما ورد بالعموم، بالماليات. ولا يتمّ تخصيصها بما دلّ على ذلك في الدين، أو في مثل الدرع، أو ما نفى فيه غير الدين، إلّا بضميمة عدم القول بالفصل. كما لا يخفى.

نعم: يمكن التخصيص بروايه ابن عباس، ولكنّ الكلام في صحّحه السند. ويمكن دفعه باعتضاده بعمل الأصحاب. بل الظاهر أنّ المسئلة إجماعية. [فالعمدة] (٤) في المسئلة الإجماع (٥). ويمكن إثبات عموم المال من حسنه عبد الرحمن حيث استدلّ عليه السلام

ص: ٣١٨

- ١- المرجع، ح ١٠.
- ٢- الفقيه، ج ٣ ص ٥٤.
- ٣- المرجع، ب ١٥ ح ٢.
- ٤- وفي النسخة: بالعمدة.
- ٥- وفي النسخة: من الاجماع.

على إثبات حكاية الدرع بشهاده الحسن عليه السّلام (ردّاً على شريح) بقضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله). بل يفيد الأعمّ، لعدم كون السبب مخصّصاً، فغيره خرج بالإجماع، أو بروايه ابن عباس، أو غيرها بالتقريب المتقدّم.

و (١) الإشكال فى موضوع المسئله و بيان معنى الضابطه التى ذكروها، [هو] أنّ هذه القاعده ليست عبارتهم حتّى يرجع فيها إلى ما يفهم منها عرفاً أو لغه. و الإجماع إنّما هو على ما وقع عليه، لا على اللفظ. إلّا أن يقال إجماعهم وقع [على] (٢) هذه العبارة المذكوره فى [الضابطه] (٣). و هو غير معلوم، لاختلاف عباراتهم فى ذلك؛ فبعضهم ذكر المال، و بعضهم اقتصر على الدين، و بعضهم ذكر عنوان هذه القاعده.

و القدر المشترك المستفاد من الضابطه و الأخبار و الإجماع، [هو] مقوله «دعوى المال». و أمّا ما اشتمل عليه لفظ الضابطه؛ فلا يمكن تنزيهه على شىء غير عموم روايه ابن عبّاس. و لعلّ مراد الفقهاء أيضاً البناء على ذلك. و لكنّهم بينوا أنّ دعوى المال إمّا بأن يدعى نفس المال بلا واسطه شىء كدعوى القرض أو الغصب. أو يدعى أمر [أ] لا يقصد من ذلك الأمر فى عرف المشرّعه أو العرف العام، إمّا المال؛ كالبيع و الإجاره و الجنايه الموجبه للديه. سواء كان ذلك مقصود المدعى أيضاً أم لا. فإنّه يصدق عليهما جميعاً أنّه دعوى المال.

و بالجملة: لا [يعتبر] (٤) هنا قصد المدعى؛ فربّما يكون مقصود المدعى فى إثبات النسب هو أخذ الميراث لا غير و ربّما يكون مقصود من يدعى الجنايه إثبات فسق

ص: ٣١٩

١- و فى النسخة: على.

٢- و فى النسخة: الى.

٣- و فى النسخة: المطابقة.

٤- و فى النسخة: يعبر.

الجاني لا غير. فمرادهم أنه يثبت الدعوى بالشاهد و اليمين إذا كان المدعى من الأسباب الموضوعه لحصول المال و إن لم يكن ذلك مقصود المدعى.

و تحقيق ذلك أيضاً و تعيين مواردها مشكل. و لذا اختلف الفقهاء في كثير من الموضوعات.

فإننا نعلم جزماً أن الشارع جعل البيع سبباً لانتقال الملك، و كذلك الإجاره لحصول المنفعه التي هي المال و استحقاق المؤجر وجه الإجاره. و جعل الجنايه بعنوان الخطاء، سبباً لتعلق الديه في أغلب المواضع، كما جعل عمدتها سبباً للقصاص. و كذلك جعل الإقرار بالمال سبباً للزوم المال. بخلاف الإقرار بالقتل. و هكذا.

و قد يكون شئ واحد ذو جهتين مثل السرقة؛ من حيث أنها سبب للزوم الغرامه و ردّ المال، فهو مما يتعلق بالأموال. و من حيث إنها موجه للحدّ، فليس كذلك. فيثبت الغرامه بالشاهد و اليمين. بخلاف الحدّ.

و أمّا النسب؛ فليس كذلك. فإنّ وضع الأنساب و الأسباب الحاصله بالمصاهره و نحوها، ليس لأجل انتقال مال بعضهم إلى بعض، و إن ترتب حكم الميراث على ذلك بعد تحقّقه. بل إنّما هو باب مقصود، بالذات منظور. لأن [في] باب العرف يحصل به التعارف و الشرف و الضيعة (١)، و غير ذلك. و أمّا كون الميراث مبيّناً على ذلك، أو وجوب النفقه مترتباً عليه، فهو لا يجعل أصل وضعه لذلك، كما لا يخفى. فدعوى النسب، أو الزوجيه لأخذ الميراث، لا يثبت بشاهد و يمين. بل إنّما يثبت بعد ثبوت النسب. فلا يمكن أن يقال: يكفيان (٢) من جهه إثبات الميراث و إن لم يثبت من جهه أصل النسب. بخلاف إثبات السرقة.

ص: ٣٢٠

١- كذا في النسخة.

٢- اي الشاهد و اليمين.

و أما النكاح؛ فقد اختلفوا فيه. و المشهور أنه لا يسمع (١). لأن المقصود بالذات من وضعه هو النسل و كف النفس عن الحرام و إقامة السنه. و لزوم المهر و النفقه مقصودان فيه بالتبع. و نقل قول بالقبول مطلقاً لذلك. و قيل بالتفصيل فيسمع من الزوجه دون الزوج. و زاد عليه السيد عميد الدين رحمه الله اشتراط الدخول، أو مع التسميه (٢). و قال الشهيد في غايه المراد (بعد نقل هذا القول): قلت: [مفوض] (٣) المهر يدعى مالاً. و مفوضه البضع تدعى النفقه إذا بذلت التمكين.

و الأظهر هو القول المشهور. و لعل ظهور دعوى الماليه فى دعوى الدخول، أظهر. و هذا الكلام يجرى فى دعوى الرجعه أيضاً. و لكنهم لم ينقلوا فيه خلافاً. بل ظاهر المسالك (٤) وقوع الاتفاق على عدم الثبوت مطلقاً. و لعل ذلك لأن الرجعه من حيث هى لا توجب النفقه، [بل هى تابع لحكم] (٥) النكاح الموجب للنفقه.

و أما الخلع؛ فقد اختلفوا فيه أيضاً. و أطلق الأكثرون عدم الثبوت. نظراً إلى أن أصل وضعه ليس لأخذ المال، فإنه ناش من جانب المرثه. بل المقصود منه الفكّ و الخلاص، و أنه طلاق حقيقه. و يؤيده أيضاً لزوم شهاده عدلين فى الطلاق، فإن الحكمه فيه الشهاده إذا احتيج إليها. و قيل بالعدم إذا كان المدعى هى المرثه. بخلاف الرجل فيثبت فيه. و قال الشهيد الثانى (ره) فى الروضه (وقبله الشهيد فى الدروس) بالقطع بثبوت المال، كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره كالسرقة. فإنهم قطعوا بثبوت المال.

ص: ٣٢١

- ١- اى لا يكفى فيه شاهد و يمين.
- ٢- لعل المراد ما يقال بالفارسيه: نامزدى.
- ٣- و فى النسخه: مفوضه.
- ٤- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.
- ٥- و فى النسخه: هل هى تعبد حكم.

أقول: بينهما فرق بين. إذ السرقة مما اجتمع فيه سبيلتان، يعني ورودهما و صدقهما على فرد واحد؛ فهي بالنسبة إلى أحد السبيلتين مميّياً يقصد منه المال، دون الأخرى. و أما الخلع فغايتها إثبات تضمّنه للمال، بمعنى أنّه داخل فيه. لا أنّه هو أحد الاعتبارين دون الآخر. نعم يمكن جريان الكلام فيه إذا اتّفقا على الطلاق، و ادّعى الزوج الفديّه (١) مدّعياً ثبوتها عليها بسبب كون الطلاق خلعيّاً. لا مجرد الخلع. فحينئذ يكون الدعوى وارده على المال، فيمكن القول بإثبات الفديّه بهما (٢)، دون ساير أحكام الخلع.

و أما العتق: فقد اختلفوا فيه ايضاً. فالمشهور عدم الثبوت. لأنّ المقصود منه إثبات الحرّيّه. و قيل يثبت، لأنّ العبد مال للمولى و العبد يدعى زوال ماليته، كمن يدعى إبراء ذمّته عن طلب مدّعيه. و باقى الكلام فى الكتابه و التدبير و الاستيلاء.

و فى الوقف ايضاً إشكال و خلاف مبنّى على الخلاف الواقع فى أنّ «الموقوف هل ينتقل عن الواقف أم لا؟-؟ و على الأوّل؛ فهل ينتقل إلى الله مطلقاً بمعنى انقطاع ملك الأدميين عنه-؟ أو إلى الموقوف عليه إذا كان منحصراً-؟». فيثبت بالشاهد و اليمين على القول بالانتقال (٣) إلى الموقوف عليه، لأنّه دعوى مالى. و لا- يضرّ عدم جواز التصرفّ بالبيع و نحوه، لترتب ساير آثار الملك عليه كأمّ الولد. و قيل بالثبوت بهما على القول بعدم الانتقال إلى الموقوف عليه ايضاً. لأنّ المقصود منه ما يقصد من المال، فإنّ المنفعه ايضاً مال و ذلك كاف فى صيروره الدعوى مالاً و يقصد بها المال، كما هو مقتضى القاعده المقرّره. و استشكله الشهيد(ره) على القول بانتقاله إلى الله تعالى، لأنّ المنفعه تابعه لثبوت أصل الوقف الذى كان يتعدّر إثباته بذلك، ثمّ قال: و يتمشّى على تقدير القول ببقائه على

ص: ٣٢٢

١- و فى النسخة: نفى الفديّه.

٢- اى بشاهد و يمين.

٣- و فى النسخة: القول بعد بالانتقال.

أقول: ولا ينحصر كون الدعوى مالية في أن يدعى المدعى إثبات مالته لنفسه، بل إذا ادعى من يدعى توليه الوقف، على الجبهة العامة. فهو يدعى استحقاقه صرف منافع ذلك في المصرف المعلوم.

و ممّا ذكر، يظهر عدم قبولهما في القذف، و القصاص، و الولاء، و الولاده، و الوصايه إليه، و النسب، و الوكاله (لأنها ولايه عن التصرف و إن كان في المال)، و عيوب النساء، و عيوب الرجال، إلى غير ذلك. و عليك بالتأمل في ما يرد عليك، و التفرقه.

و حاصل الكلام في هذه المقام: أن الظاهر، الإجماع على القاعده المذكوره. كما يظهر من المحقق الأردبيلي (ره) حيث قال «لعلّ دليله هو الإجماع». و يدلّ عليه [الأخبار المتقدمه أيضاً؛ إمّا (1) بإشعار بعضها بعموم دعوى المال أو ما يقصد منه المال. و إمّا بعمومها لجميع الحقوق و خرج ما خرج بالدليل و بقى الباقي. و إمّا بخصوصها في الدين بضميمه عدم القول بالفصل. و ممّن صرح بعدم القول بالفصل، المحقق الأردبيلي (ره).

[ف-] في ما ثبت كون الدعوى هي المال (مثل الأمثله المتقدمه) فيثبت بهما. و ما يثبت عدمه، فلا يثبت. و ما شكّ في دخوله تحتها، فالأصل عدم ثبوته بهما. فلا بدّ من التحريّ و الاجتهاد في تحصيل الموضوعات. فدعوى النكاح (مثلاً) ممّا اختلف فيه (و قد تقدّم الكلام فيه) و لا- يبعد أن يلحق بالقاعده إذا كان من جانب الزوجه. و أمّا دعوى المهر، و دعوى التمكين، و دعوى النشوز، فالظاهر أنّها أيضاً ممّا يقصد منه المال. و كذلك دعوى

الفديه فى الخلع و إن آآ إلى إثبات الخلع.

الثانى: لا- تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد، إآما مع حلف كل واحد منهم منفرداً. فلو حلف بعضهم و امتنع آخر، ثبت نصيب الحالف دون الممتنع. لأن مورد الحلف هو مال الحالف. كما دل عليه الأخبار المتقدمه.

و أما الشاهد [فمصنبه] (١) إثبات حق الغير، سواء كان واحداً أو أكثر. و هذا واضح. و لا يجوز الحلف لإثبات مال الغير و لا يثبت به أيضاً. فلو كان على الميت دين، و له على آخر دين، و له شاهد واحد. فالحلف وظيفه الوارث، لأنه المالك و إن انتفع الغريم بالمال كما فى المفلس. و الظاهر أنه لا- خلاف فيه بين الأصحاب. و المخالف بعض العامه فقال بأن الغريم أيضاً يجوز له الحلف، لأنه إذا ثبت يصير مالاً- [له] كالوارث. و فيه: أنه قياس مع الفارق. لأن صيرورته مالاً له بالفعل، ممنوع. بل ينتقل إلى الوارث (٢) و منه إليه فيكون حلفه لإثبات مال الغير.

و لا- يجوز إلزام الوارث بالحلف (٣) لإثبات مال المورث للورثه. للأصل (٤). و لو ادعى جماعه مالاً لمورثهم، من قيمه سلعه مشتركه بينهم على رجل، و أقاموا شاهداً واحداً، و

ص: ٣٢٤

١- و فى النسخة: فمصنبه.

٢- هذا ما لا يساعده قول المصنف(ره) بل مبناه الذى استدل به فى كتاب الميراث، حيث قال فى مواضع متعددة هناك، ان المال يبقى فى ملكية الميت حتى يؤدى ديونه. و قال: الميت يملك كما يملك الكفن.

٣- بل لا يجوز رأساً و اصلاً على مبناه(ره) فى كتاب الميراث.

٤- لست ادري ما هو مراده(ره) من هذه العبارة؟ فهل المراد حلف الوارث لإثبات «ان المال الفلانى هو مال الميت»؟ او ملكية الميت ثابت و الحلف لإثبات «انه ينتقل الى الورثه»؟ فمعلوم ان المقصود هو الاولى، كما هو موضوع البحث. و حينئذ فما مكان كلمة «للورثه» فى العبارة؟ و ليس الورثه مالاً بالفعل قبل اداء الديون على مبناه. نعم لو لم يكن للميت دين اصلاً، ينتقل المال الى الوارث بالفعل، فنفهم معنى العبارة. لكن يكون معناه مصداقاً لتوضيح الواضح. لأنه معلوم لا يجوز إلزام احد بالحلف لإثبات حق نفسه. و لا حاجة الى التمسك بالأصل. بل مستنده قاعدة السلطه، اى الناس مساطون. فلعله قدس سره فى مقام البحث على مبنى المشهور، لا على مبنى نفسه.

حلف كل واحد منهم على حقه. فيثبت الحق لكل منهم على ما فرض الله لو كان ميراثاً. و على السويه لو كان وصيه. و [على] نسبه حصصهم إن كان من جهه الشركه. و إن لم يحلفوا جميعاً، فلا- يثبت شئ. و لو حلف بعضهم و امتنع آخر، فيختص الحالف بحصته و لا يثبت حصه الباقيين. و لا يثبت شركتهم مع الحالف في ما أخذه أيضاً. أما عدم ثبوت حق الناكليين؛ فلا يبطال حقهم بترك اليمين. إذ لا يثبت حق لأحد بيمين غيره كما بينا. و من ذلك يظهر عدم شركتهم للحالف في ما أخذه أيضاً.

و ذكر في الكفايه (تبعاً للمسالك) (١) استشكالا في الفرق بين هذا و بين ما لو ادعى على آخر مالاً و ذكر اسباباً موجبا للشركه كالإرث. فإنه إذا أقر لأحدهما، شاركه الآخر في ما وصل إليه. ثم نقلا (٢) أن بعضهم خص هذا بالدين و ذاك بالعين. و أعيان الشركه مشتركه بين الورثه، و حيث اعترف بذلك لزم عليه التشريك. بخلاف الدين، فإنه إنما يتعين بالتعيين و القبض. فالذي أخذه الحالف يتعين لنصيبه. و اعترض على ذلك بأن هذا لا يوافق قول المشهور من مشاركه الشريك في الدين في ما قبضه الآخر منه. و مع ذلك فلو انعكس الفرض، انعكس الحكم (٣).

ثم نقلا عن آخرين الفرق بأن المدعى هناك يلقي الملك من إقرار ذي اليد و ينضم إليه إقرار المقر له، بأنه إرث. فلذلك شاركه. بخلاف ما نحن فيه، فإن السبب فيه الشاهد و اليمين. فلو أثبتنا الشركه ملكنا الناكل بيمين غيره. و قد عرفت بطلانه. و على هذا فلا فرق بين العين و الدين. و استشكله في المسالك بأن اليمين كاشفه، و سبب الملك هو

ص: ٣٢٥

١- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.

٢- اى نقل صاحب الكفايه و صاحب المسالك.

٣- فلو أقر احد الشركين بعدم الدين، او البراء، سقط حصه كليهما (على المشهور) إلا ان يفرض هناك عارض من الخارج.

أمر سابق من إرث، أو وصيته، أو غيرهما (١).

أقول: و ما نقلنا عن الآخرين من الفرق، هو الحق الذي لا [محيص] (٢) عنه. لكن مع توضيح و تنقيح. و لا وجه لما استشكله فى المسالك.

و تحقيق المقام يتوقف على بيان مقدمتين: الأولى: أن المشهور بين أصحابنا؛ أن الدين مشتركة بين شريكين فصاعداً بسبب إرث، أو قيمه متاع، أو إتلاف، أو نحو ذلك. إذا استوفى أحد الشركاء من الدين بقدر حصته، شاركه الباقي. سواء كان الدين واحداً أو متعدداً. و وافقهم ابن إدريس فى ذلك فى باب الدين و الصلح، و خالفهم فى كتاب الشركه بعد ما اختار فيه أولاً موافقتهم أيضاً.

و الأقرب قول المشهور. لنا الإجماع المنقول عن الشيخ نقله فى الخلاف. و الأخبار المستفيضه مثل ما رواه الصدوق فى باب الصلح فى الصحيح عن سليمان بن خالد: «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلَيْنِ كَانَ لهُمَا مَالٌ مِنْهُمَا بِأَيْدِيهِمَا وَ مِنْهُ مَتَّفَرَّقٌ عَنْهُمَا فَاقْتَسَمَا بِالسُّوْبَةِ مَا كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا وَ مَا كَانَ غَائِبًا فَهَلْكَ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا مِمَّا كَانَ عَنْهُ غَائِبًا وَ اسْتَوْفَى الْآخَرَ أَيْرُدُ عَلَى صَاحِبِهِ قَالَ نَعَمْ مَا يَذْهَبُ بِمَالِهِ» (٣) و فى باب الحوالة أيضاً فى الموثق عن غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن عليّ ص لَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمُ: «فِي رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا مَالٌ مِنْهُمَا بِأَيْدِيهِمَا وَ مِنْهُ غَائِبٌ عَنْهُمَا فَاقْتَسَمَا الَّذِي بِأَيْدِيهِمَا وَ أَحَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَصِّ بِيهِ فَبَضَّ أَحَدُهُمَا وَ لَمْ يَقْبِضِ الْآخَرَ فَقَالَ مَا قَبِضَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَ مَا ذَهَبَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا» (٤). و رواه الشيخ أيضاً فى

ص: ٣٢٦

١- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.

٢- و فى النسخة: محيد.

٣- الفقيه، ج ٣ ص ٢٣ ح ٩ ط دار الاضواء.

٤- الفقيه، ج ٣ ص ٥٥ ح ١ ط دار الاضواء.

و الحوالة في هذه الرواية محمول على معناها اللغوي، لعدم شغل ذمه المحيل بحق المحتال. فحينئذ يكون كما قيل: إمّا من باب بيع الدين، و هو باطل فلا- يفيد اللزوم فيرجع الآخر إلى ماله. و إمّا من باب [توكيل] كلّ واحد منهما الآخر في أخذ حقه من المديون و احتسابه عمّا أخذه الآخر، فإذا أخذ أحدهما فيثبت حقّ للموكل عنده و هو باق إلى أن يأخذه الآخر من المديون الآخر و يحتسب منه، فإذا لم يؤخذ بقي حقه عند الآخر.

و الرواية ظاهره في كون المال الفات، الدين. و هو مصرّح به في روايه أخرى و هي ما رواه الشيخ في «كتاب الشركه» عن عبد الله بن سنان: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا مَالٌ مِنْهُ دَيْنٌ وَ مِنْهُ عَيْنٌ فَاقْتَسَمَا الْعَيْنَ وَ الدَّيْنَ فَتَوَى الَّذِي كَانَ لِأَحَدِهِمَا مِنَ الدَّيْنِ أَوْ بَعْضُهُ وَ خَرَجَ الَّذِي لِلْآخَرِ أَيْرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ قَالَ نَعَمْ مَا يَذْهَبُ بِمَالِهِ» (٢). و روى أيضاً عن علي بن الحكم، عن بعض أصحابنا، عن أبي حمزه: «قَالَ سُئِلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا مَالٌ مِنْهُ بِأَيْدِيهِمَا وَ مِنْهُ غَائِبٌ عَنْهُمَا فَاقْتَسَمَا الَّذِي بِأَيْدِيهِمَا وَ أَحَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ نَصِيْبِهِ الْغَائِبِ فَاقْتَضَى أَحَدُهُمَا وَ لَمْ يَقْتَضِ الْآخَرُ قَالَ مَا اقْتَضَى أَحَدُهُمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا مَا يَذْهَبُ بِمَالِهِ» (٣) و مثلهما روايتان أخريان.

و دلالة الروايتين الأخيرتين على المطلوب، أوضح من سابقهما. و إرسال الرواية و ضعفها لا يضرّ مع انجبارها بعمل الأصحاب و اعتضاها بساير الروايات و الإجماع المنقول و ما سنذكره من القاعده.

ص: ٣٢٧

- ١- التهذيب، ج ٦ ص ٢٠٧ ح ٩.
- ٢- التهذيب، ج ٧ ص ١٨٦.
- ٣- الوسائل، ج ١٩ ص ١٢ ب ٦ ح ١.

ووجه الدلالة: أن كلمة «ما» يفيد العموم باتفاق القائلين بكون ألفاظ العموم حقيقه فيه. و هو يشمل ما لو كان الدين عند رجل واحد، و ليس فيها ما يدل على كونه عند رجلين، كما نزل ابن إدريس الروايه عليه و أولها به، و قال: «إن الدين إذا كان عند رجلين فكل ما يكون عند كل منهما يشترك فيه كل واحد من الشريكين، فإذا أخذ أحدهما تمام ما عند أحد الرجلين، فقد أخذ حصته و حصه شريكه. و لا وجه له، و لا مصحح له، و لا شيء يوجب هذا الاستحقاق إلا اقتسامهما للمال. و لا ريب أن ذلك الاقتسام باطل لأنه قسمه لما في الذمه، و هو باطل عند المشهور.

و جواز رجوع الشريك في ذلك لا يوجب جواز الرجوع في ما لو أخذ حصته فقط. كما هو مفروض المسئله.

و أنت خبير بأن الروايه ظاهره في العموم. و يدل على موضع النزاع بظاها و عمومها، فهي حجه. مع أنه لا ينحصر التأويل في الرجلين و لا أخذ تمام [الحصتين] (١)، فإنه يمكن أن يكون للشريكين مال مشترك في ذمه رجل غائب، بعضها فضه و بعضها ذهب، أو بعضها حنطه و بعضها شعير، فيحيل كل واحد منهما بعض ما عند الرجل الغائب، بالآخر، فأحدهما يقبل الذهب و الآخر الفضه (أو نحو ذلك) بعد تسويغهما و تراضيهما على ما هو مقتضى الشركه، فيأخذ أحدهما نصيبه و يبقى الآخر. فيحصل القسمة الباطله أيضاً.

و قد يكون القابض قد قبض نصف ما أحاله عليه في الصورة السابقه و لم يقبض التمام أيضاً. و فرض المسئله فيه واضح. و الروايه داله عليها بعمومها من جهة عموم كلمه «ما» و ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال. و لو فرض ظهور السؤال في اقتضاء تمام

ص: ٣٢٨

[الحصتين]، فالجواب عامّ. و العبره بعموم الجواب (١)، لا- بخصوص السؤال. كما هو محقق في محلّه. فإذا ظهرت دلالة هاتين الروايتين على المطلوب، فيعضدهما الروايتان المعتبرتان أيضاً. مع أنّ توجيه الروايه و تأويلها، لا يصلح إلّا مع ترجيح المعارض و كونه أقوى. و لا معارض هنا لهما، لما ستقف على ضعف أدلّه ابن إدريس، فضلاً عن كونها أقوى.

و لنا أيضاً: أنّ كلّ جزء ممّا في الذمّه، مشتركه بينهما بالفرض. فكلّما حصل منه كان بينهما. هكذا استدلّ المشهور. ثمّ إنهم قالوا: يجوز لكلّ واحد من الشركاء مطالبه حقه منفرداً. بلا خلاف. و ادّعى عليه الإجماع في المسالك (٢). و كذا يجب أداء الغريم حقه حينئذ. و كذلك إذا لم يختار الشريك مشاركه القابض، يختصّ المال بالقابض، بلا إشكال. و كذلك لو تلف المال في يد القابض قبل إجازة الشريك، فقد تلف عليه، بلا إشكال و لا يشاركه الشريك في خساره.

و قد أورد على دليلهم و على هذه المقدمات، أبحاث. و استشكل المقام جماعه من فحول الأعلام. للزوم التنافي بين تلك القاعدة و هذه [ه] المقدمات. [فأنا] أذكر أولاً ما ظهر لي في تحرير مقالتهم بحيث لا- يرد عليهم بشيء ممّا ذكروا. ثمّ أذكر الأبحاث و الأدلّه على مذهب ابن إدريس.

فأقول: إنّه لا- ريب في كون الدين المشترك، أمراً كلياً في ذمّه المدين، لا- يتعيّن على سبيل كونه نفس المال المشترك و لا بعضه، بعنوان البتّ و اللزوم و التنجيز، إلّا بتعيين الغريم و قبض الشريكين معاً، أو وكيلهما. أمّا تعيينه على سبيل كونه المال المشترك أو

ص: ٣٢٩

١- اى: يشمل الجواب تمام الحصتين و غيرها.

٢- المسالك، ج ١ ص ٢٢٢ ط دار الهدى.

بعضه، فضولاً- و معلقاً، فلا يتوقف على رضاها معا بالفعل، بل يصير ذلك مراعى؛ فإن حصل الإجازة من الآخر، فقد تم كونه بعض المال المشترك بعنوان البتّ و اللزوم. و إلّا فلا. و بعد تعيينه لصيرورته بعض المال المشترك بتّاً؛ فإنّما أن يرضى الشريك بأن يكون بينهما، و إنّما يجعله بعد ذلك للقابض و يجعل حقّ نفسه عند الغريم. فيؤل إلى تقسيم العين و الدين، و لا غائله فيه.

فحينئذ نقول: إنّ الغريم إذا أعطى من ماله بمقدار نصف المجموع للقابض، فقد وُطن نفسه على أحد الأمرين: أوّلهما كونه من باب بعض المال المشترك مراعى و متزلزلاً كالبيع الفضوليّ، بأن يكون التعيين لازماً من قبله و جازياً [أ] من قبل الشريك الذى لم يقبض، و لازماً للقابض بقدر حصّته إن أجاز الشريك. أو بتمامه، إن جعله الشريك بعد الإجازة، قسمه له. و رجع هو إلى الباقي فى ذمّه الغريم. و الثانى كونه من مال نفسه جعله موضوعاً من أمواله، لأن [يحصّل] (١) به البرائه عن الحقّ و إن كان بعنوان المقاصه و المحاسبه عن الحقّ بعد عدم لحوق الإجازة.

و بهذا التقرير يتمّ جميع المقدمات و لا- يحصل التنافى بينها و بين دليل المشهور و مذهبهم. فإنّ مرادهم من قولهم «إذا قبض أحد الشركاء حصّته، شاركه الآخر» أنّه يجوز للآخر مشاركته. لا أنّه يحصل له المشاركة بالفعل. فلا ينافى ذلك أنّه لو أتلفه كان من مال القابض. لأنّ المال حينئذ قابل لأن يصير للشريك بالإجازة. و له حقّ فيه و هو جواز الرجوع إليه و [اختياره] (٢) فى عوض ماله. لا أن يكون هو نفس ماله أوّلاً، و لمّا كان القابض أخذه مع رضاه بأن يكون من باب المال المشترك فيكون ذلك لازماً بالنسبه إليه (و إن كان متزلزلاً بالنسبه إلى الشريك) فأقدم على إتلاف المال المشترك.

ص: ٣٣٠

١- و فى النسخة: تحصيل.

٢- و فى النسخة: اختاره.

فلما كان الغريم أيضاً لم تبرء ذمته بعد من أداء المال المشترك بالنسبة إلى الشريك الآخر، فيبقى حق الشريك الآخر بالنسبة إليه أيضاً. فيجوز الرجوع إلى القابض لأنه مقرّ بأنه أخذه من باب المال المشترك بعنوان البتّ و اللزوم. [ف-] المراد أنّ له مطالبه حقّه في الجملة.

ولا- ينحصر وجوب الأداء في الغريم أيضاً في الأداء على كونه من باب المشترك على سبيل البتّ و اللزوم، حتّى يقال إنّ لا يجوز ذلك له فكيف يقال إنّ يجب عليه. بل المراد وجوب الأداء في الجملة، و لا- ريب أنّه متمكّن من الأداء بحيث لا يرجع إليه خساره و لا نقصان، لإمكان أن يعطى ماله مردّداً بين الأمرين المتقدّمين فيحصل برائه نفسه. و لا يجب برائه الذمّه بخصوص أن يجعل المال من باب الحقّ المشترك بعنوان البتّ. فإذا لم يلحق الإجازة من الشريك، فلا- ريب أنّه يتعيّن المال حينئذ للقابض، لكن لا بعنوان المال المشترك (كما يظهر من المسالك) لأنّ صيرورته كذلك موقوف على رضاء الشريكين. بل لأنّه يؤل إلى أحد المحتملات التّى وطّن الغريم نفسه عليها، و هو أنّه يصير حينئذ ممّا رضى الغريم بأن يقاصّ القابض حقّه به.

و لا يذهب عليك: أنّه ليس هذا من باب الحيلولة في اختصاص القابض بالمقبوض بالمصالحة و الهبه و نحوها. كما سيحيى. بل لما يتضمّن المقام احتمالات، هذه أحدها و قد أقدم عليه الغريم.

إذا تحقّق لك هذا على سبيل الإجمال، فاستمع للإشكالات الواردة على المشهور، و تأمّل في ما ذكرته حتّى يندفع لك بحذافيرها على سبيل التفصيل: فمنها: أنّه إذا وجب الأداء بالمطالبه بحقّه، و جب ألا يكون للشريك فيه حقّ. لكن المقدم حقّ اتفاقاً، فالتالى مثله. بيان الملازمه: أنّ وجوب الأداء فرع تمكّن دفعها على أنّها للشريك. و مع ذلك يمتنع أن يكون للآخر فيه حقّ. و يدفعه: أنّ وجوب الأداء إلى الطالب لم يثبت

بعنوان أن يكون للشريك من باب البتّ على أن يكون حصّته من المشترك على ما يجب؛ و هو إيفاء حصّته المقدور للغريم بالقدر المشترك ما بين مصالحته على حقّه بشيء، أو بمبايعه على وجه يصحّ و يسلم من الرباء، أو غيرها من المعاوضات مثل أن يبرئه من حقّه و استوهب عوضه، أو أحال به المديون بما عليه و كان كالقبض، أو نحو ذلك ممّا يمكن به المخلص أوّلاً، و يختصّ به القابض بما قبضه.

[و] (١) بين كونه من باب المال المشترك مراعى بالإجازة؛ فإن أجازته، رجع بتتمّه حقّه إلى الغريم. و إلّا فيثبت تمامه له (٢)، و يحاسبه على ما له في ذمّته. و لا حرج في ذلك على الغريم و لا يوجب ذلك خساره و نقصاناً.

و لَمَّا لم [يُجر] (٣) الغريم هذا المعامله بعنوان أحد المعاوضات أوّلاً، حتّى يختصّ به أوّلاً، فقد أقدم على الأداء من باب الحقّ المشترك فضولاً [ف-] هو من باب البيع الفضولى؛ لانه من قبله بالنسبه إلى الشريكين. و لانه من قبل القابض بالنسبه إلى الغريم. و متزلزل بالنسبه إلى الشريك الآخر. فإن أجازته الشريك، فيلزم من قبله أيضاً و يصير من باب الحقّ المشترك و يكون بينهما. و إن لم يُجز، كان مختصاً بالقابض من باب عوض حقّه، و لم يصير (٤) بذلك من الحقّ المشترك.

فالإجازة كاشفه عن الانتقال إلى الشريك الآخر أوّلاً. و يتبعه النماء (على المختار في الفضولى). و عدم إجازته كاشفه عن انتقال المجموع أوّلاً إلى القابض فيكون ملكاً له في أوّل القبض و يتبعه النماء. لأنّ ذلك هو لازم أداء الحقّ في هذا المقام.

ص: ٣٣٢

١- عطف على «ما بين».

٢- اى: يكون تمام ما قبضه، للقابض. لأنّ الشريك لم يُجز القبض فليس له شيء.

٣- و فى النسخة: يجز.

٤- و فى النسخة: و ان لم يصر..

و بالجمله: مطالبه القابض جازي بدون شرط. لا بشرط أن يكون بخصوص كونه بعض المال المشترك و أن يكون مختصاً به. فإنّه لا يجوز جزماً. و أداء الغريم واجب في الجملة و لو في ضمن أداء النصف على سبيل كونه من الحقّ المشترك، لكن لا بعنوان أن يكون بعنوان المشترك بالفعل بعنوان البتّ. بل مراعى إيجازه الشريك الآخر. فلو اختار ذلك و أراد بذلك برائه ذمّته من حقّ القابض، فكونه مراعى يقتضى أحد أمرين: إمّا إيجازه الشريك و رجوعه إلى الغريم بنصف حقّه. أو عدمه و بقاء المجموع للقابض في عوض تمام حقّه الذي في ذمّته.

فإن أراد الاستخلاص في أوّل الأمر، فلا بدّ أن يجعله من باب أحد المعاوضات المذكوره. و مع عدم ارتكاب ذلك؛ فلما لم يجب على الغريم أداء ما فوق مقدار حقّ القابض، فأمره فيما أعطاه مراعى يؤل إلى أحد الأمور الثلاثة:

إمّا إيجازته للقبض ثمّ جعل الجميع للقابض، و اختيار الباقي لنفسه. و بهذا يتمّ حقّ القابض.

و إمّا بعد [م] الإيجاز، فيبقى الجميع للقابض من باب رضاء المالك بذلك لو لم يجز الشريك.

و إمّا مع الإيجاز و قبول الشركه، فيكون بينهما و يرجعان إلى الغريم بالنصف الآخر.

و ممّا ذكرنا يظهر دفع إشكال آخر من الإشكالات. و هو أنّه: لو كان للشريك في المقبوض حقّ و لم يكن مختصاً بالقابض (كما اختاره ابن إدريس) فيلزم تجويز الشارع تسليط الشارع الشخص على قبض مال غيره بغير إذنه. و هو قبيح. و ذلك أنّ القبح إنّما يسلم في ما لو سلط الشخص على مال الغير الثابت المالى. و أمّا ما يصلح أن [يكون] مالاً بنحو الإيجاز، مع التزام الغريم لأداء حقّه لو لم يرض بذلك، فأىّ قبح فيه. بل هو حقيقه تسليط الشخص على مال نفسه. غاية الأمر جواز رجوع الشريك الآخر إلى ذلك

المال و كونه مختاراً فى جعل حقه فى أحد الأمرين: أحدهما هذا المال. و الآخر ذمه الغريم.

فإن قلت: كيف الحال إذا كان الغريم جاهلاً بعد [م] جواز إعطاء نصف المشترك القابض بعنوان البتّ و اللزوم، فإذا أعطاه كذلك، فهو تسليط على مال الغير.

قلت: جهله بذلك لا يوجب تحقّق مال الغير فيه بالفعل. كما لا يوجب صيرورته بأجمعه للقابض بتّاً و بعنوان اللزوم. و لا مدخله للعلم، و القصد، و التيه فى الأسباب الشرعيه غالباً (سيّما فى المعاملات) فيترتب عليه ما يترتب فى نفس الأمر.

و منها: أنه لو كان ما أخذه القابض مشتركاً بينه و بين الشريك الآخر، فيجب أن يبرء ذمه الغريم من حقّ الشريك بمقدار نصف ما أخذه القابض. مع أنهم يحكمون بكون الشريك الآخر مختيراً بين رجوعه إلى القابض و إلى الغريم. و هو ينافى كون نصف المقبوض مال الشريك و كون المال مشتركاً بينهما.

و وجه الدفع: أنهم لم يقو لوا بصيرورته بالقبض مشتركاً بينهما بالفعل بعنوان البتّ و اللزوم، بل يقو لون بأنّ له أن يشاركه و أن لا يشاركه و يرجع إلى الغريم.

و منها: أنه لو نهاه الشريك عن قبض حقه، فإن تمكّن من المطالبه بحصّته، و جب أن لا يكون للشريك فيها حقّ، و إلّا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إيّاه.

أقول: قوله «و إلّا امتنع» إن كان معطوفاً على قوله «و جب» فيصير المعنى أنه إن كان للشريك فيها حقّ امتنع للقابض أخذ حقّ نفسه، لأنّ كلّ ما يأخذه فهو مشتمل على مال الشريك، و أخذه غير جائز لمنعه إيّاه. فيكون أخذه لحقه غير جائز مطلقاً، و المفروض أنكم تقو لون بجواز مطالبته حقه إجماعاً. فتثبت شرکه الشريك فى ما أخذه. و حاصله يرجع إلى بيان الملازمه بين ثبوت التالى من أجل ثبوت المقدم. فنقول فى دفعه بمنع الملازمه. و بيانه: أنّ جواز منع الشريك عن أخذ حقه، إنّما هو فى ما يساوى نصيبه من

النصف أو الثلث (مثلاً) و [منعه] عن أخذه مطلق الحقّ المشترك المشاع بعنوان البتّ و اللزوم. أمّا منع أخذ ما يمكن أن يصير مالاً له بالإجازة، أو غير ذلك من أخذه بعنوان المعاوضات، فلا يجوز، إذ الناس مسلّطون على أموالهم. فإذا وطّن الغريم نفسه على الغرامه لو لم يرض الشريك، فأىّ مانع لإعطائه ماله للقابض؟ و أىّ مانع للقابض من أخذه؟ فمنع الشريك عن قبض حقّه لا يوجب سقوط حقّ الرجوع إليه و جواز اختيار [الشريك] (١) القابض فى ما قبضه بأن يرجع القابض أيضاً إلى الغريم فى ما سوى ما أذاه إلى الشريك.

و فى معنى ما ذكر؛ رخصه القابض فى أخذ مقدار نصيبه لنفسه. فإنّه فى معنى إسقاط حقّه عن ذلك النصف و اختيار ما يبقى فى ذمّه الغريم. فإنّ ذلك أيضاً لا- [يو]جب سقوط حق الرجوع. فإنّ تقسيم ما فى الذمّه باطل و لا لزوم فيه حتّى يمنع جواز اختياره للرجوع ثانياً.

و إن كان معطوفاً (٢) على قوله «فإن تمكّن»، فيصير المعنى؛ و إن لم يتمكّن من المطالبه، فيلزم امتناع أخذ الحقّ بسبب منع الشريك. مع [أنّ] المفروض جواز أخذ الحقّ بالإجماع. فيرجع ذلك إلى بيان ثبوت المقدم.

و دفعه أيضاً بمنع الملازمه، على ما مرّ.

و منها: أنّ المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً أو لا- فإن كان مشتركاً و جب على تقدير تلفه أن يتلف منهما (كسائر أموال المشتركة) و تبرء ذمّه الغريم منه. و إلّا لم يكن للشريك فيه حقّ.

و جوابه ظاهر ممّا مرّ. فإنّا نقول: إن أردت الاشتراك بالفعل لزوماً، فنختار الثانى و

ص: ٣٣٥

١- و فى النسخة: الشركة.

٢- اى: و ان كان قوله «و الا امتنع» معطوفاً...

نقول ليس له فيه حقّ في عين المال بعنوان اللزوم و البتّ بالفعل. و إن أردت قابليته للاشتراك و صلاحيته له بعد لحوق الإجازة، فنختار الأوّل و نقول إنّما يلزم كون التلف منهما و براءة ذمّه الغريم بعد الإجازة و التمكن و الاستقرار. لا قبله.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ ما ذكرناه من [قاعده] (1) المشهور (و حرّناه على الوجه الذى لم أقف عليه فى كلام أحد من قبلى) (2)، مطابقه مع دلالة الأخبار. و يظهر ذلك بعد التأمل الصادق.

و أمّا المنافات المتوهم بين مقتضى الروايات، و مقتضى ما حرّته من قاعدتهم و فتويهم؛ من أنّ مقتضى الروايه كون ما أخذه القابض مشتركاً بينهما بالفعل على سبيل اللزوم، و مقتضى القاعده على ما حرّناه جواز شركه الشريك للقابض لا كونه شريكاً بالفعل.

فيدفعه: أنّ الروايه مفروضه فى صوره هلاك أحد النصيين فلم يبق للشريك محلّ يرجع إليه. بخلاف ما نحن فيه. مع أنّه يمكن أن يقال: كما أنّه يجوز فى مورد الحديث، للشريك العفو عن القابض و إبرائه عمّا أخذه، فيكون شركته فى المال بالنسبه إلى الأصل، متزلزله بالنسبه إلى عفو الشريك و عدمه. فكذلك فى ما نحن فيه شركه الشريك فى الأصل ثابتة بالنسبه إلى قبول الشريك. فلو فرض هلاك الغريم و جميع أمواله بعد إعطاء ما يساوى حصّه القابض، فيصير الحال مورد الحديث.

و أمّا الفرق من جهه التلف و الإتلاف؛ فهو أيضاً منتف. إذ حكم المشهور فى مورد الفتوى و القاعده (بكون التلف راجعاً إلى القابض مطلقاً سواء تلف من قبل الله أو من قبل

ص: ٣٣٦

١- اى من قاعده مشهور العلماء. كما يأتى.

٢- حقيق له قدس سرّه الافتخار. آجره الله. حيث كشف الغطاء عن وجوه الاشكالات المعروفة فى هذه المسئله، كمال الكشف.

نفسه) وجهه أنّ يده عارِيه. لا- بمعنى كونها غاصبه حتّى يرد أنّ المفروض جوازه. بل بمعنى أنّ اليد موجب للضمان كيف ما كان، حيث أخذها لنفسه، [1] وأخذ المال المراعى كون بعضه للشريك، [1] أو أخذه على أن يكون مشتركاً في الجملة، فعلى اليد ما أخذت حتّى تؤدّى. بخلاف مورد الحديث، فإنّ يد الآخذ هنا يد تامّة مالكيه، لا يضمن فيه إلّا بالتفريط، و الفرض عدمه.

و لو فرض [في هذا البحث، مورد الحديث و القاعدة أيضاً، و رخصه] (1) الشريك للآخذ، فلا يترتب عليه ضمان لو كان التلف من غيره و لم يفترط هو فيه (2). و أمّا لو أتلّفه هو، فيثبت له فيه حقّ [الشريك] و يتعيّن الرجوع إلى القابض إن هلك الغريم و ماله. و يبقى له حقّ الرجوع إليه لو بقى في ذمّة الغريم بحاله (3). فيكون هذه الصورة من باب مورد الحديث.

و استدللّ ابن إدريس بوجهين: الأوّل: أنّ لكلّ واحد منهما أن يبرء الغريم من حقّه (و يهبه، و يصلحّه على شيء منه) دون الآخر. و متى أبرئه، يبرء من حقّه و إن بقى حقّ الآخر. و كذا إذا صالح عليه. فكما لا يشترك من لم يبرء من أبرء، في الإبراء و يبقى تمام حقّه له. و إذا استوفى الآخر حقّه لم يشاركه الشريك المبرء [و] المصالح في شيء، بلا خلاف. فكذلك لا يشترك من لم يأخذ، من استوفى في مقدار حقّه.

و لا يخفى ضعفه و ما يرد عليه من منع الملازمه.

و الثاني: أنّ عين المال الذي كان شركه بينهما، ذهبت و لم يستحقّها في ذمّة الغريم

ص: ٣٣٧

١- عبارة النسخة: و لو فرض هذا اي في مورد الحديث البحث و القاعدة ايضا و حصه...

٢- لأنّ يده حينئذ يد امانة.

٣- اذا رخص الشريك شريكه في الاخذ، فيد القابض يد امانة، فلا ضمان الا ان يتلف هو من قبل نفسه. و لكن لم يبرء ذمّة الغريم، لان الشريك ما رخصه في الاعطاء، فله الرجوع اليه. و هذا هو المراد من قوله «لو بقى في ذمّة الغريم بحاله».

(الذى هو الدين) عيناً لهما من أعيان مال الشركه حتى يقاسمه شريكه فيه (١). هذا لفظه.

وفيه: أولاً: أنّ الكلام لا- ينحصر فى الأعيان، بل قد يكون ديناً فى أول الأمر. كما لو كان أبو الشريكين أجيراً للغريم وبقى الاجره فى ذمته. و ثانياً: أنّ مقتضاه أنّ ما فى ذمه الغريم ليس مشتركاً.

و [ان قيل]: إذا كان مشتركاً، فلا يتعين إلّا بقبض المالك أو وكيله. و المفروض أنّ الشريك الآخر لم يقبض هو و لا وكيله.

و جوابه: أنّ ما فى الذمه هو عوض العين المشترك، و لا- يمكن منع اشتراك الحقّ هنا، لبداهه بطلانه. و الظاهر أنّه أيضاً لا يرضى بذلك و ليس مراده هذا (٢). بل غرضه أنّه يتعين بالقبض و لم يحصل فى حقّ الشريك. و جوابه: أنّه و إن لم يتعين كونه حقاً للشريك بالفعل، بسبب عدم حصول القبض. و لكن من أين تعين ملكيه القابض للحقّ المشترك بمجرد قبضه؟ و القبض (لو سئل سببته للتعيين) إنّما [يوجب التعيين] (٣) إذا انضمّ إليه قبض الآخر، فهو جزء العله. و جزء العله و إن كان انتفائه موجبا لانتفاء المعلول، و لكن وجوده لا يوجب وجود المعلول بانفراده.

و قال فى المسالك: و إنّما يأتى الخلاف فى ذلك مع حلول الحقيين معاً، فلو كان حقّ أحدهما مؤجلاً؛ إمّا بالعقد الأول، أو باشرطه فى عقد لازم، لم يشارك الآخر فى ما قبض قبل حلول الأجل. لأنّه لا يستحقّ الآن شيئاً. و تمكّنه من تأجيله، يقتضى جواز قبض الحصه منفردة، لاستلزامه تميّز حصّته من حصه الآخر. و كذا لو ضمن الضامن لأحد الشريكين حصّته، فإنّ الضمان صحيح، لتناول الأدلّه، فيختصّ بأخذ المال المضمون

ص: ٣٣٨

١- السرائر، ج ٢ ص ٤٠٣.

٢- اى: ليس مراد ابن ادريس، عدم اشتراكهما فى الحق الذى فى ذمه الغريم.

٣- عبارة النسخة: و أنّما اوجب اد انضم اليه..

من الضامن. و هو يقتضى إمكان أخذ الحصّه منفرده عن الآخر، كما تقدّم (١).

أقول: و يظهر من هذا الكلام، أنّه يدعى الوفاق فى جواز هذه الثلاثه، أعنى مسئله التأجيل، و مسئله الضمان، [و جواز اخذ الحصّه منفرده]، و تصحيحها مستلزم لإبطال قول المشهور من عدم اختصاص الحصّه بالقابض من المال المشترك لو أخذها منفرداً. فإنّ التأجيل فى الحصّه هو عين تمييز الحقّ و الأخذ منفرداً. و كذلك الأخذ من الضامن. فأنا نقول فيه: أمّا تأجيل أحدهما فى العقد الأوّل؛ فهو فى معنى تعدّد العقد. فإنّ زيّداً و عمرواً إذا اشتركا فى فرس، و باعاه ببيكر؛ أحدهما حالاً و الآخر مؤجّلاً. فهو فى معنى بيع فرسيهما فى صفقه واحده بثمانين، فوكيل الشريكين فى الفرس المشترك يقصد بالصفقه الواحده بيع حصّه زيد حالاً و حصه عمرو مؤجّلاً. و هذا ليس من باب المال المشترك.

و أمّا تأجيل أحدهما (بعد الاشتراك) فى ضمن عقد لازم؛ فلا نسلم صحّته من باب تمييز المال المشترك من حيث هو المال المشترك. بل إنّما نسلم جعل حقّه الذى فى ذمّته من باب المال المشترك، حالاً بما يساويه من عين مال الغريم مؤجّلاً بسبب الشرط فى ضمن العقد اللازم. و من جملة الحيل التى أشرنا إليها.

و أمّا مسأله الضمان: فالمسلم من الضمان هنا هو تعهد «مثل حصّه الشريك» (٢) فى الذمّه. و لا يلزم فى صحّه الضمان حينئذ أن يراد به نقل ما فى ذمّه الغريم من حصّه الشريك من المال المشترك. و ذلك نظير قول راكب الفلك لبعض اهله «الزمناك فى البحر و انا ضامن». مع أنّا نقول: لو سلّمنا كون الأمثله المذكوره فى ما نحن فيه، فإنّ ثبت الإجماع على صحّتها، فهو المخصّص للقاعده. و إن لم يثبت، فلم يقدّم حجّه علينا.

ص: ٣٣٩

١- المسالك، ج ١ ص ٢٢٣ ط دار الهدى.

٢- تعهد مثل الحصّه، لا نفس الحصّه.

الثانية: (١) لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث بسبب موجب للشركة، كالميراث. فصدّق المدعى عليه أحدهما على مالكيته [لنصف الدار]، كان النصف المصدّق عليه، بينهما وإن لم يصدّقهما على السبب. من جهة إقرارهما و اعترافهما على ما يوجب الشركة، لا من جهة مجرد إقرار ذى اليد. فلا يوجب تخصيص ذى اليد أحدهما بالإقرار، اختصاصه به. كما لا يخفى.

و إن صالح المقرّ له مع ذى اليد، النصف المقرّ به، [ب-] شيئاً. فإن رضى به الشريك، فكان العوض بينهما. وإلّا صحّ فى الربع، لا غير. و كذلك البيع و غيره. هكذا ذكره الأصحاب.

و اعترض فى المسالك عليهم بأنّ ذلك مخالف لقاعدتهم من «عدم تنزيل البيع و الصلح على الإشاعة». فإنّ من كان فى يده ملك و كان نصفه من الغير (٢). إذا باع نصفه مطلقاً، انصرف إلى نصفه المملوك، لا نصف المجموع بعنوان الشياخ. بخلاف الإقرار، فإنّه ينزل على الشياخ. فإنّ من أقرّ نصف ما فى يده للغير، ينصرف إلى نصف المجموع على سبيل الشياخ. لا على نصفه المختصّ به. فلو وقع الصلح أو البيع حينئذ على النصف الذى أقرّ به ذواليد، فينزل على نصف الجميع، لا نصف المختصّ بالمقرّ له فى نفس الأمر. و يشترك مع الشريك بسبب إقرار الشريكين أيضاً. فإنّه أيضاً منزل على الشياخ.

و أمّا لو صالح المقرّ له مع ذى اليد، على النصف مطلقاً، أو على النصف المختصّ به، فينزل على ملكه فلا- يشاركه الشريك الآخر. و نقل عن الشهيد و المحقّق الشيخ علىّ تنزيله على حصّه المقرّ له مطلقاً أيضاً.

و أنت خبير بأنّه لا [وجه] لهذا الاعتراض و لا وجه لما ذكره (ره). فإنّ المفروض

ص: ٣٤٠

١- قال (ره): و تحقيق المقام يتوقف على بيان مقدمتين: الاولى ...

٢- عبارة النسخة: كان فى يده ملكاً و كان فى نصفه من الغير.

وقوع المعاملة على النصف المقرّ له، فلا وجه للتفصيل و التردد. مع أنه لو أطلق أيضاً لا يصحّ الحكم بتنزيهه على ملكه مطلقاً. إذ المفروض عدم ثبوت النصف له خالصاً حتّى ينزل عليه و ينصرف إليه. و ما ذكره من المثال؛ فالفرق بينه و بين ما نحن فيه واضح. لثبوت النصف هنا له دون ما نحن فيه. إذ هو بإقراره للشريك اعترف بكون الشريك شريكاً في كلّ جزء من الأجزاء، فلم يتخلّص بعدد له شئ حتّى يحكم باختصاصه به. إذ تصديق ذى اليد أحدهما، هو إقرار على نفسه و هو يخرج النصف عن يده. و لكن لا يوجب إثبات جميعه للمقرّ له، لمسبوقيته بإقراره لشريكه المقتضى لاشتراكه في كلّ ما يحصل.

و إرادته المقرّ له في المصالحة و المبايعه، تنزيل المعاملة على النصف، و قصده في نفسه ذلك المختصّ به، لا يوجب اختصاصه به. مع كون ما وردت عليه المعاملة من الطرفين هو النصف المقرّ به. و لا يعتقد ذو اليد [الأ] اختصاصه النصف [للمقرّ له] (١).

و [لو] ذكر المقرّ له لذى اليد، أنّ «لى نصف مجموع المال (٢) في نفس الأمر، و أنّ شريكى أيضاً معترف بذلك، و أنا أصالحك على حقّى الذى فى نفس الأمر». و وقع المصالحة على ذلك أيضاً، فيختصّ حينئذ بالمقرّ له. و يصير هذا من باب أحد المعاملات التى قدّمنا ذكرها فى المقدمه السابقه للحيله فى إثبات الاختصاص و التخلّص من المشاركة فى ما يأخذ. و لا غائله فيه. فالاعتراض الذى ذكره فى المسالك [من] (٣) أنّ الصلح و البيع ينزل على حقّه إن أراد ذلك، فلا نزاع فيه. و لكن ذلك لا حاجه فيه إلى تنزيل و تأويل، بل المصالحة أو البيع، إنّما وقع على المختصّ. و هو خلاف مفروض

ص: ٣٤١

١- و فى النسخة: المقرّ له.

٢- اى نصف النصف الذى اقرّ به. فيكون الربع و يقع على الربع.

٣- و فى النسخة: و.

كما أنّ ما ذكره الأصحاب و فرضوا المسئله فيه، هو ما وقع الصلح على النصف الذى أقرّ به ذو اليد. فإنّه لا مجال لتنزيله على الاختصاص. لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعه. و هو يوجب شراكه الشريك معه فى الرّبع.

و الحاصل: أنّ مصالحه مطلق الحقّ الذى يدّعيه على ذى اليد، غير مصالحه ما أقرّ به لأحدهما. و موضوع المسئله مختلف و حكمهما مختلف. فالقبض و المعامله الواقعين على ما يدّعيه فى المال المشترك، مع عدم إقراره، يقتضى المشاركه. و الصلح و المعامله الواقعين على ما يدّعيه فى المشترك و المختصّ به، يقتضى اختصاصه به.

و عمّا ذكرنا يعرف لو ادّعى ديناً مشتركاً فى ذمه ثالث؛ و أقرّ بنصفه لأحدهما. فبمجرّد اعترافهما بالمشاركه يشتركان فى المقرّ به. أمّا لو صالح المقرّ له الحقّ الذى له فى هذا الدين، أو نصفه الذى له فى نفس الأمر و بإقرار الشريك مع ذى اليد، فهو مختصّ به. كما عرفت.

و الذى دعى الشهيد الثانى(ره) الى الغفلة و صدور هذا الاعتراض عنه، تصادف دعوى المقرّ له مع إقرار الشريك و ذى اليد. فلم يبق مجال لمنع اختصاص النصف به. إذ هو ادّعى النصف و أقرّ له الشريك و صدّقه ذو اليد. فهو [إن صالح] (1) مورد الإقرارات الثلاثه، فيختصّ به.

و وجه الخلط و الاشتباه؛ أنّ إقرار الشريك إنّما وقع على نصف المال بمعنى أن كلّ واحد منهما مستحق لأخذ نصف المال لو سلّم اليهما بأجمعه و رفع عنه الموانع. أمّا لو فرض كونهما ممنوعين عن ذلك المال إلّا فى نصفه، فلا يقرّ أحدهما بأنّ نصف مجموع

المال حينئذ للآخر. فليس هذا مورد الإقرار فى شىء. فلم يفهم من إقرار الشريك إلّا القدر المشترك. فتأمل، تفهم.

إذا تمهيد هذا فنقول: لمّا ثبت من الإجماع والأخبار والأصل، عدم جواز اليمين على حقّ الغير و عدم ثبوته [به]، فلا بدّ [للحالف] (١) حينئذ أن يختصّ دعواه عن الاشتراك و يُخصّص [بنفسه] (٢) حتّى يجوز له الحلف و يثبت له المدعى. و ذلك لا يمكن إلّا بصرف الدعوى عن القدر المشترك إلى الحقّ الذى له فى نفس الأمر. و لا يتمّ ذلك إلّا بجواز الإخراج، و تجويز الشارع إياه. فإنّ مقدّمه الجائز جائز. و لا يتمّ جواز الحلف إلّا بجواز صيروره الحقّ مختصّاً. فيصير ذلك بمنزله المصالحه على الحقّ النفس الأمري فى المال المشترك. و مصالحه حقّ الدعوى و نحو ذلك ممّا مرّ من الحيل الموجهه لاختصاص الحقّ.

فاليمين إنّما هى حينئذ على محض ما يدّعيه من المقدار على المدعى عليه، من حيث إنّّه حقّه و نصيبه. و لا ريب أنّ له حقّاً و نصيباً من هذه الدعوى لا يشاركه الآخر فيه. و لذلك يجوز له المصالحه، و الحواله، و الإبراء، و غير ذلك.

و نظر الأصحاب لعلّه إلى ذلك حيث أطلقوا عدم الاشتراك هنا مع فتويهم فى أخذ النصيب من المال بما أفتوا. كما عرفت.

و بالجملة: ما ذكروه فى مسئله إقرار ذى اليد لأحد الشريكين، أنّهما يشتركان فيه، إنّما كان بسبب كون [الإقرار بنصف] المال الذى أقرّ كلّ منهما بشراكه الآخر فى نصفه. فيكون النصف بينهما. و لم توجب إقرار ذى اليد لأحدهما خروجه عن المال المشترك. و لكن مشروعيه اليمين هنا موجب لإخراج المدعى به من المال المشترك، و التمسك،

ص: ٣٤٣

١- و فى النسخة: للمخالف.

٢- و فى النسخة: بنصفه.

بمجرد الحقّ الذي يختصّ به من الدعوى في هذا المال. فاليمين إنّما هو مثبت لهذا الحقّ و هو مختصّ به.

و ما ذكره في المسالك من الإشكال؛ بأنّ اليمين كاشف عن استحقاقه الثابت. و سبب الملك إنّما هو الإرث و نحوه. (1) ففيه: أنه كاشف عن حقيقه دعويه عن استحقاقه ما يدّعيه، لكن بعنوان أنّه حقّه و مختصّ به. لا القدر المشترك. فليتأمل؛ فإنّ ذلك دقيق.

و ظهر ممّا ذكرنا [عدم الفرق في المسئلة] بين العين و الدّين.

لا- يقال: إنّ العين إذا أخذ الشريك نصفها، فهو الذي أقرّ لشريكه بمشاركته فيه. فمن جهه إقراره على مشاركته في الأصل، مستلزم لذلك.

لأنّ نقول: قبل التداعي كان الشريكان معترفين بأنّ لكلّ واحد منهما النصف الشايح من الجميع في نفس الأمر. و يلزمه بالالتزام التبعي أن يكون لكلّ منهما الربع لو حصل نصفه و تلف [النصف] الآخر. فإذا جوّز الشارع اليمين لأحدهما مع نكول الآخر، فكأنّه أسقط مقتضى الدلالة الامتزاميه التبعيه، و أورد اليمين على نفس المدلول المطابقى. كما [لو] لم يعترف أولاً بالمشاركه بذكر سبب موجب لذلك بل قال كلّ منهما «أنا مستحقّ النصف الشايح من ذلك». فإذا أسقط الشارع اعتبار الإقرار على هذا الوجه، فلا- يبقى إلّا دعوى ثبوت أصل النصف في نفس الأمر. و أيضاً فإنّ نكول الآخر يسقط حقّه عن أصل المال، لا عن ذمّه المدعى عليه فقط. فيزاحم هذا، مقتضى الدلالة التبعيه و [عليته] (2). فيختصّ الحالف.

لكن هذا إنّما يتمّ في ما لو لم يكن أحد المدّعين، مولى عليه، أو غائباً. كما سيجيى.

ص: ٣٤٤

١- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.

٢- و في النسخة: بعلته. - توضيح: اى: فيزاحم مقتضى الدلالة و يزاحم عليه ذلك المقتضى.

و لا يقال: إنه لا منافات بين إثبات اليمين حقَّ الحالف لا غير، و بين لزوم الشركه من جهه الإقرار السابق. فالجهتان مختلفتان.

لأننا نقول: الإقرار إنما أثبت الحقَّ في نفس المدعى به، لا في ذمّه المقرّ. و اليمين أيضاً إنما وقع في استحقاق نفس المدعى به (١). فلا يتمّ إلّا مع إسقاط مقتضى الإقرار من حيث الدلاله التبعية.

ثمّ قال في المسالك: و لو فرض حلف الآخر بعد ذلك، فإن كان قبل الدفع إلى الأوّل، فلا كلام. و إن كان بعده، ففي مشاركه الثاني له وجهان؛ من وجود السبب المقتضى للشركه. و سبق الحكم باختصاص الأوّل بما حلف عليه و قبضه. و يظهر الفائدة في المشاركه في النماء الحاصل قبل يمين الثاني (٢).

أقول: و على ما حقّقنا، لا- وجه للاحتمال الأوّل، بل يتعيّن الاختصاص بالأوّل. كما ذكرنا. و يتبعه النماء. و ذلك لا ينافي بقائه على الإشاعه لو لم تفرز بعد. و من هذا يظهر دفع ما قد يتوهّم [أنّ] (٣) «ثبوت حقّ الحالف بحلفه على ما ادّعه مع إقراره بما يوجب الاشتراك في المال، يوجب ثبوت حقّ غيره، فيثبت ذلك من باب الاستلزام». إذ لا- ملازمه في نفس الأمر، لاحتمال الإبراء، و الأداء، و النقل الشرعيّ. فلا دليل يدلّ على المشاركه من العقل و النقل، لا في نفس الأمر و لا في الظاهر.

ثمّ: لو كان بين المدّعين بالشاهد [الواحد، مولى] (٤) عليه، فلا- سبيل إلى إثبات حقّه قبل كماله. لأنّ اليمين لا تقبل النيابة. بل توقّف نصيبه إلى أن يكمل و يحلف مع شاهده. و لا

ص: ٣٤٥

١- عبارة النسخة: في استحقاق نفس الامر المدعى به.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.

٣- و في النسخة: اذ.

٤- و في النسخة مكان الكلمتين؛ بها.

يجوز انتزاعه من المدعى عليه، لأنه لم يثبت خروجه عن ملكه.

قال في المسالك: «و في مطالبته بكفيل، وجه. تقدّم مثله في ما لو أقام المدعى بينه و توقفت على التعديل. و الأقوى العدم. لأنّ سبب الملك لم يتمّ قبل اليمين، و لا وجه لتعجيل تكليف المدعى عليه بما لم يثبت بوجه. فإذا كمل و حلف، أخذ النصيب». ثمّ قال: «و هل يشارك الحالف في ما قبضه؟ وجهان؛ لأنّه قد يثبت بيمينهما كون المدعى به، ملكاً لهما. فإذا كان السبب مشتركاً كالإرث، فهو مشترك بينهما على سبيل الإشاعة. و من حكم المشترك أنّ ما حصل منهما و ما [توى] (١) منهما. و وجه العدم؛ أنّ غير الحالف لم يثبت له قبل يمينه شيء، و إلّا [لأستحقّ] (٢) بيمين غيره، و هو باطل. و من ثمّ لو نكل عن اليمين، فلا حقّ له و إن كان السبب مشتركاً على ما تقرّر. و الأوّل لا يخلو عن قوّه، لأنّ اليمين كاشفه عن ملكه من حين موت المورث، و إنّما أحرّ ثبوته ظاهراً» (٣).

أقول: و على ما وجّهنا المقام في تصحيح اليمين، الوجه عدم الاشتراك. و لا ينافي ذلك إشاعه الجميع بين الشريكين. فإنّ المنافع قبل ذلك كان بين الحالف و ذى اليد على الشيع. و الآن (٤) يصير بين الشريكين على الشيع. هذا إذا لم نقل بأنّ المسقط لحقّ الشريك، إنّما هو النكول، لا تخلص الحقّ للحالف. و إن قلنا بأنّ وجه اختصاص الحقّ بالحالف إنّما هو نكول الآخر، فلا بدّ أن يقال بجواز الشركه (٥) و ثبوت الحقّ له في المشترك. فيرجع في النماء حينئذ إليه أو إلى ذى اليد.

ص: ٣٤٦

- ١- و في النسخة: (و كذا في نسخة المسالك): قوى. - اللّغة: توى المال: هلك. - التوى: الضياع و الخسارة. فالمراد: أنّ ما حصل من المال فهو لهما. و ما ضاع من المال و لم يحصل، فهو ضاع منهما.
- ٢- و في النسخة: لا استحق.
- ٣- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٣ ط دار الهدى.
- ٤- اى بعد حلف الثانى.
- ٥- اى: بعد حلف الناكل (او المولّى عليه) بجواز شركته.

الثالث: (١) قالوا: ويشترط شهادته الشاهد أولاً بثبوت عدالته إن احتاج إلى الإثبات، ثم اليمين. ولو كان بدأ باليمين (وإن كان يطلب الحاكم ناسياً للترتيب، بعد طلب المدعى عليه) وقعت لاغيه، وافتقر إلى إعادتها بعد إقامه الشاهد. وعلّوه بأن المدعى وظيفته البينة، لا اليمين بالأصالة، واليمين متمم للبينة.

وقال المحقق الأردبيلي (ره): فيه تأمّل ظاهر. فإن كان هذا إجماعاً، وإلّا فالظاهر عدم الوجوب، فكيف بالاشتراط. للأصل و عموم ظاهر الأدلّه. وأنهم (صلوات الله عليهم) حكموا بالشاهد واليمين، و«الواو» للجمعية على الأصل.

أقول: الظاهر في المسئلة أنّها كانت إجماعية عندهم، حيث لم ينقلوا خلافاً و نسبوا المخالفه إلى بعض العامّة. قال في المسالك (بعد ما ذكر الحكم من دون ذكر خلاف): «و ذهب بعض العامّة إلى عدم الترتيب بينهما، لأنّ اليمين [منزله] منزلة الشاهد» (٢). والأصل لا يمكن التمسك به هنا، لأنّ الأصل عدم الثبوت (٣). و أمّا العموم؛ فإن أراد به الأخبار الدالّة على الشاهد واليمين، فلا عموم فيها. بل [في] جلّها (بل كاد أن يكون كلّها) قدّم فيها ذكر الشاهد على اليمين، غاية الأمر عدم دلالة ترتيب الذكري على وجوب الترتيب، ولكن لا يدلّ على كفايه خلافاً أيضاً. فإنّ ثمره ذلك يظهر في ما لو ثبت إطلاق الحكمين من خارج، فنقول لا يوجب الترتيب الذكري في تخصيص ذلك الإطلاق. و أمّا

ص: ٣٤٧

١- قال (ره): المطلب الرابع في ما يثبت بالشاهد واليمين؛ وفيه مباحث: الاول:... الثاني...

٢- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٢ ط دار الهدى.

٣- توضيح: مراده (ره) من لفظ «هنا» خصوصية مانعة من التمسك بالأصل. وهو أنّه يتمسك بالأصل عند الشك. والحال أنّ الشك في مسئلتنا ينشأ من قبول الأصل نفسه. فاذا قبلنا أنّ الأصل عدم الترتيب فبعد القبول نشك في الكفاية من دون الترتيب. فالشك بعد مرحلة التمسك بالأصل و متاخر عنه. و بعبارة أخرى: هذا الأصل عدميّ. فهو في مسئلتنا «أصل منقطع».

إذا كان أول بيان الحكم، فلا يدلّ على الخلاف. فيرجع في جواز المخالفه إلى الأصل. فهو رجوع إلى الأصل، لا العموم. وقد عرفت حال الأصل.

سَلَمْنَا أَنَّهُ لَا يَفِيدُ إِلَّا «مَطْلُقَ الْجَمْعِيَّةِ»، وَ لَكِنْ فَتَوَيْهِمْ (مَعَ كَوْنِهِ «مِنْ بَابِ التَّوْقِيفِيَّاتِ») يَضْعَفُ هَذَا الْإِطْلَاقَ.

و إن أراد من العموم مثل قوله عليه السّلام «البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر» فإنّه مطلق. فجوابه أنّ ذلك هو الذى دعاهم إلى القول بتعيين التقديم. فلعلّهم استفادوا من هذا الكلام أنّ وظيفه المدّعى هو البيّنه، بمعنى أنّ إثبات حقّ المدّعى إنّما هو بالبيّنه. فإذا [لزم] (١) عليه شىء آخر من خارج فإنّما يكون من باب المتمّم. و وصف المتمّميه يحتاج إلى تأخّر وجودها. كما لا يخفى.

و بالجملة: احتمال الإجماع، مع الشهره بين الأصحاب بحيث لم يظهر منهم مخالف، و كون الأصل [عدمياً] (٢)، و كون القضاء شبيهاً بالعبادات التوقيفيه، و الشكّ حاصل بدون الترتيب، يكفى فى إثبات هذا الحكم.

و الظاهر أنّ اليمين هنا لا- يتوقف على طلب المدّعى عليه. بل هو من باب شهاده الشاهد. نعم يمكن توقّفه على طلب الحاكم كالشاهد.

ثمّ: هل يتمّ الحكم بالشاهد و اليمين. او الشاهد و اليمين شرط للحكم كطلب المدّعى بحكم الحاكم بعد ثبوت المدّعى. او الشاهد و اليمين شرط له (٣). أو بهما [معاً] (٤)؟،؟،؟ وجوه و احتمالات؛ أقوىها الأخير، لظاهر الأخبار. و يظهر الثمره فى صوره رجوع الشاهد من

ص: ٣٤٨

١- و فى النسخة: الزم.

٢- و فى النسخة: عدمه.

٣- اى: شرط لطلب المدعى.

٤- و فى النسخة: مع.

الشهادة؛ فعلى الأول يغرم الشاهد الجميع. لأنه السبب لتفويت مال المدعى عليه. وعلى الثاني فليس على الشاهد شيء و لكن يغرم المدعى لو رجع هو [فيرد] (١) كل ما أخذه إلى المدعى عليه. وإن رجع الشاهد [فكذلك] أيضاً. وعلى الثالث فإن رجع الشاهد فقط فيغرم النصف لأنه أحد جزئي السبب. وإن رجع المدعى فيغرم الجميع إن قبضه. و لو فرض أخذ الشاهد للمال حينئذ فيمكن تضمينه الجميع، لترتيب يده عليه و إن رجع عن الشهادة. وقال المحقق الأردبيلي (ره): و يحتمل التنصيف على التقادير. للمدخلية. فلا ثمره للخلاف.

المطلب الخامس في التعارض. و فيه مباحث:

الأول: لو تداعيا عيناً، فله أقسام عديده، نقدّم منها صورته واحده لتكون كالمقدمه لبيان سائر الأقسام. ثم نذكر أقسام التعارض و أحكامها مفصلاً. و هي أن يتداعيا عيناً ثبت عليها يد أحدهما و كان لكليهما بينه. و لا بدّ في تحقيق الحال فيها من تقديم مقدمه و هو بيان قوله عليه السلام «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه». و هذا المضمون قريب من التواتر. و الأخبار في [سرد] (٢) الطرفين في غايه الكثره. إنّما الإشكال في معناه، فإنّه اشتبه على كثير من أصحابنا.

ص: ٣٤٩

١- و في النسخة: فيرجع.

٢- و في النسخة: مزد.

و الذى فهمه أكثرهم (كما سيظهر لك فى طى الاستدلال فى هذه المسئلة) تبعاً لروايه منصور الآتية لما يترائيا من ظاهر اللفظ فى بادئ النظر [القليل] (١) دون غايه النظر، هو أنّ البيّنه مختصّه بالمدعى و لا يجدى نفعاً للمنكر أصلاً (٢)، إلّا فى الدماء، أو ما أخرجه الدليل. و اليمين مختصّه بالمنكر لا يفيد و لا يثمر ثمره فى غيره إلّا فى الدماء، أو ما يحذو حذوها ممّا خرج بالدليل.

و الأمر ليس كذلك. بل ظاهر هذا الكلام أنّ البيّنه إنّما يجب على المدعى و لا يكلف المنكر بتجشم البيّنه و تكلفها، [بملاحظة ما] (٣) هو عليه من ظاهر الإسلام و صحّه فعل المسلم. و اليمين أيضاً لا يجب إلّا على المنكر.

و ذلك لا ينافى القاعده الممهده فى الاصول «أنّ التفصيل قاطعه للشركه». فإنّ [كون] التفصيل [قاطعاً]، إنّما هو فى الواجب، لا فى الجائز. مع أنّه يمكن السابق (٤)، لئلا كان الغالب [فى] الاحتياج إلى الإثبات هو المدعى، دون المدعى عليه. فالغرض أنّ البيّنه و اليمين المعهودتين لأجل إثبات حقّ المدعى إنّما هو بهذا التفصيل؛ فإمّا يأتى هو بالبيّنه و يأخذ حقّه، أو يكلف المدعى عليه باليمين فيثبت حقّه بالنكول أو بالردّ، أو ينتفى من ضيق صدره بتحليف خصمه، فينوب ذلك عن حقّه.

ص: ٣٥٠

١- و فى النسخة: الجليل. - و يحتمل: العليل.

٢- عليك بحديث المنصور: «عَنْ أَبِي عَدِيٍّ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثِ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي شَأْنٍ فِي يَدِ رَجُلٍ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَقُّهَا لِلْمُدَّعَى وَ لَا أَقْبَلُ مِنَ الَّذِي فِي يَدِهِ بَيِّنَةٌ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ إِنَّمَا أَمَرَ أَنْ تُطْلَبَ الْبَيِّنَةُ مِنَ الْمُدَّعَى فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَ إِلَّا فَيَمِينُ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ هَكَذَا أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ». الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٣ ح ٤. و الحديث بتمامه فى ب ١٢ ح ١٤.

٣- و فى النسخة: الا.

٤- اى ولو سلّم ان التفصيل قاطع للشركه فى الجائز ايضاً، يمكن ان يكون التفصيل فى هذا الحديث، قاطعاً بين السابق و المسبوق.

فإن قلت: ما ذكرته يستلزم سماع بينه المنكر و هو غير معهود.

قلت: تلزمه. و لا غائله فيه، لا من جهة الأخبار (إلّا روايه منصور و سنجيب عنها) و لا من جهة كلام الأصحاب. إذ لم يصرّح أحد بعدم سماع ذلك. و لا ادّعى أحد الإجماع عليه. بل ذكر جماعه منهم سماعه؛ منهم العلامة فى القواعد و التحرير، و الشهيد فى الدروس، و المحقق الأردبيلي (ره). بل لازم كلام أكثرهم (بل كلّهم) ذلك. فإنّ أدلتهم و كلماتهم فى مقام بيان تعارض البيئتين ينادى بذلك. فإنّهم تمسّكوا (فى مقام تقديم اليد فى ما لو تعارض بينه ذى اليد و المدّعى) بأنّهما بيئتان تعارضا و تساقطا، فيرجع إلى أصاله اليد. و ذلك صريح فى أنّ بينه كلّ منهما مع قطع النظر عن خصوصيّة موضع التعارض، بينه مستقلّه و تواردهما فى موارد التعارض استلزم تساقطهما. و ذلك لا يتصوّر إلّا مع صحّ صيروره كلّ منهما بينه فى نفسها. و هذا ممّا لا يخفى على من كان له أدنى فطنه (١).

و أيضاً: ذكروا فى مقام ترجيح بينه ذى اليد أنّ لذى اليد دليلين؛ اليد و البيئه. و للمدّعى دليل واحد. و الأوّل أقوى. و دلاله ذلك أيضاً واضحه، كما لا يخفى. و أيضاً: [تمسّك] (٢) قدماء الأصحاب فى مقام تعارض البيئتين بترجيح الأعدل، أو الأكثر، أو ما كان مع ذكر السبب، أو تقدّم التاريخ، و نحو ذلك ممّا سيجيئ. و هذه كلّها دالّة على ما ذكرنا. و كذا التمسّك باليد و الاستصحاب كما مرّ.

فيصير حال البيئتين حال الخبرين المتعارضين. و كما أنّ الخبرين المتعارضين يُعمل فيهما على مقتضى المرجّحات الخارجيه، و بدون التعارض كلّ منهما حجّه بنفسه، كذلك

ص: ٣٥١

١- بل كاد ان يكون كلام المصنف (ره) توضيحاً للواضح.

٢- و فى النسخة: تمسكوا- هلمّ نرجع الى عهد الشباب: و جرّد العفل اذا ما اسندا لاثنين او جمع كفاز الشهداء.

ما نحن فيه كل واحد من بينه ذى اليد و المدعى، حجه بنفسه إذا لم يحصل التعارض. و مع التعارض يرجع إلى المرجحات. فظهر من ذلك صحه بينه ذى اليد لو خلا عن المعارض. و لا ينكره كلام أحد منهم فى هذا المقام. بل يقتضيه. نعم؛ من تمسك بروايه منصور المعلله بمضمون الحديث المستفيض (١)، يلزمه إنكار ذلك.

و لكن هؤلاء المتمسكين بذلك، أكثرهم اعتبروا ملاحظه السبب و غيره من المرجحات الخارجه. و ذلك ينافى (٢) لبنائهم على عدم صحه البيئه من ذى اليد. كما لا يخفى.

مع أنه يمكن أن يكون وجه التعليل فى الحديث، أن الله تعالى حكم بإعمال بينه المدعى و إحقاق حقه بمجرد البيئه و إن ثبت للمدعى عليه أيضاً بينه. لا- أنه لا- يمكن ثبوت حق المدعى عليه بالبيئه إذا لم يكن للمدعى بينه. بل يمكن أن يكون مراد الأصحاب من هذا الاستدلال أيضاً أن عموم الخبر المستفيض يقتضى أن مطلب المدعى يثبت عنه، لأن «الأمر يقتضى الإجزاء». فإن كان وجوب إقامه البيئه للمدعى عليه، لا- يجدى له نفعاً فى موضع من المواضع، فلا- دليل على أنه لا- يمكن إقامه البيئه للمدعى عليه فى غير حال التعارض.

فإن قلت: عدم الدليل لا يكفى، بل يجب إقامه الدليل.

قلت: الدليل على ذلك هو الأخبار؛ يظهر لمن تتبعها. و ذلك من وجوه: الأول: العمومات؛ مثل قوله عليهم السلام «أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله، و يمين

ص: ٣٥٢

-
- ١- مراده (ره) من الحديث المستفيض قولهم عليهم السلام «البيئه على المدعى و اليمين على المدعى عليه». و ليت شعرى اذا لم يكن هذا الحديث متواتراً فما هو المتواتر فى العالم.
 - ٢- و فى النسخة: لا ينافى.

قاطعته، و سنّه ماضيه» (١). و مثل ما روى عن كتاب عليّ عليه السّلام أنّه تعالى قال (في جواب نبىّ من الأنبياء شكى إلى ربّه القضاء): «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى» (٢). و ما فى معناها.

الثانى: استقراء الأحكام يقتضى أنّ قول العدلين يدلّ على تحقّق ما قالاه شرعاً فى غير صورته الدعوى أيضاً؛ مثل الحكم بنجاسه الثوب و غيره، عند الأكثرين من دون تحقّق صورته الدعوى. و مثل الإفطار بقول طبيين عدلين للمريض، و نحو ذلك. فليفرض ما نحن فيه من جملتها.

الثالث: خصوص الأخبار الدالّة على ذلك؛ منها ما رواه الكلينى فى الصحيح، عن حمّاد بن عثمان: «قال: بَيْنَمَا مُوسَى بْنُ عِيسَى فِي دَارِهِ الَّتِي فِي الْمَسْجِدِ - يُشْرِفُ عَلَى الْمَسْجِدِ - إِذْ رَأَى أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ - مُقْبِلًا مِنَ الْمَرْوَةِ عَلَى بَعْلِهِ فَأَمَرَ ابْنَ هَيَّاجٍ رَجُلٌ مِنْ هَمْدَانَ مُتَقَطِعًا إِلَيْهِ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِلِجَامِهِ وَ يَدْعِيَ الْبُعْلَةَ فَأَتَاهُ فَتَعَلَّقَ بِاللِّجَامِ وَ ادَّعَى الْبُعْلَةَ فَتَنَى أَبُو الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ رِجْلَهُ وَ نَزَلَ عَنْهَا وَ قَالَ لِغُلَامَانِهِ خُذُوا سِرِّجَهَا وَ ادْفَعُوهَا إِلَيْهِ فَقَالَ وَ السِّرُّجُ أَيْضًا لِي فَقَالَ كَذَبْتَ عِنْدَنَا الْبُيُوتُ بِأَنَّهُ سِرُّجٌ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ - وَ أَمَا الْبُعْلَةُ فَإِنَّا اشْتَرَيْنَاهَا مِنْدُ قَرِيبٍ وَ أَنْتَ أَعْلَمُ وَ مَا قُلْتَ» (٣). و ما رواه على بن إبراهيم فى تفسيره فى الحسن (لإبراهيم بن هاشم) عن عثمان بن عيسى، عن حمّاد بن عثمان، جميعاً عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث فذك: «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ: أَمْ تَحْكُمُ فِينَا بِخِلَافِ حُكْمِ اللَّهِ فِي الْمُسْلِمِينَ؟ قَالَ لَا قَالَ فَإِنْ كَانَ فِي

ص: ٣٥٣

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١ ح ٦.

٢- المرجع، ح ٢- و فيه: «عليهم» مكان «بينهم».

٣- المرجع، ب ٢٤ ح ١.

يَدِ الْمُسْلِمِينَ شَيْءٌ يَمْلِكُونَهُ أَدْعَيْتُ أَنَا فِيهِ مَنْ تَسْأَلُ الْبَيْتَةَ قَالَ إِيَّاكَ كُنْتُ أَسْأَلُ الْبَيْتَةَ عَلَيَّ مَا تَدْعِيهِ عَلَيَّ الْمُسْلِمِينَ قَالَ فَإِذَا كَانَ فِي يَدِي شَيْءٌ فَأَدْعِي فِيهِ الْمُسْلِمُونَ تَسْأَلُنِي الْبَيْتَةَ عَلَيَّ مَا فِي يَدِي وَقَدْ مَلَكَتُهُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) وَبَعْدَهُ وَ لَمْ تَسْأَلِ الْمُؤْمِنِينَ الْبَيْتَةَ عَلَيَّ مَا أَدْعُوا عَلَيَّ كَمَا سَأَلْتَنِي الْبَيْتَةَ عَلَيَّ مَا أَدْعَيْتُ عَلَيْهِمْ». إِلَى أَنْ قَالَ: «وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) الْبَيْتَةَ عَلَيَّ مَنْ أَدْعَى وَ الْيَمِينَ عَلَيَّ مَنْ أَنْكَرَ» (١). و رواه الطبرسي أيضاً في الاحتجاج (٢).

وجه الدلالة: أنه لو كان إقامه بينه المنكر بلا فائده و غير مجوّزه أصلاً، لكان ينبغي له أن يجادل به مع أبي بكر. فإنّ المقام مقام ذلك، بل هو أولى. كما لا يخفى.

و يؤيده روايه حفص بن غياث أيضاً، و ما رواه الصدوق في العلل عن محمد بن سنان (في ما كتب من جواب مسائله في العلل): عن الرضا عليه السلام «وَالْعَلَّةُ فِي أَنْ الْبَيْتَةَ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ عَلَيَّ الْمُدْعَى وَ الْيَمِينَ عَلَيَّ الْمُدْعَى عَلَيَّ مَا خَلَا الدَّمَّ لِأَنَّ الْمُدْعَى عَلَيَّ جَاهِدٌ وَ لَا يُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ عَلَيَّ الْجُحُودِ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَ صَارَتِ الْبَيْتَةُ فِي الدَّمِّ عَلَيَّ الْمُدْعَى عَلَيَّ وَ الْيَمِينَ عَلَيَّ الْمُدْعَى لِأَنَّهُ حَوْطٌ يَخْتَاطُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ لِنَلَا يَبْطُلَ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لِيَكُونَ ذَلِكَ زَاجِراً وَ نَاهِياً لِلْقَاتِلِ لِشِدَّةِ إِقَامَةِ الْبَيْتَةِ (عَلَيَّ الْجُحُودِ) عَلَيَّ لِأَنَّ مَنْ يَشْهَدُ عَلَيَّ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ قَلِيلٌ وَ أَمَّا عَلَيَّ الْقَسَامَةِ أَنْ جُعِلَتْ حَمْسَتَيْنِ رَجُلًا فَلَمَّا فِي ذَلِكَ مِنَ التَّغْلِيظِ وَ التَّشْدِيدِ وَ الْإِخْتِيَاظِ لِنَلَا يَهْدِرَ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ».

ص: ٣٥٤

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ٢٥ ح ٣ نقلاً من تفسير علي بن ابراهيم.

٢- الاحتجاج، احتجاجات امير المومنين عليه السلام.

و يظهر من هذا الحديث وجه ما ذكر من أن الحديث المستفيض وارد مورد الغالب في الغالب في المنكر، لأنه لا يمكن إقامه البيئه على النفي. فإذا كان العله في عدم إيجاب البيئه على المدعى عليه، هو عدم الإمكان إلّا في قليل، فلا ينافيه ثبوته و جوازه في صوره الإمكان و إن لم يكن واجباً عليه.

بل و يمكن الاستدلال على المطلوب بالأخبار الوارده في حكم تعارض البيئتين فنذكر الأخبار فلاحظها، فهذه الأخبار أيضاً دليل على ما ذكرنا سيّما صحيحه أبي بصير الآتية.

فإن قلت: فما فائده البيئه لذي اليد إذا حكمنا له بمجرد اليد-؟.

قلت: له فوائد كثيره؛ منها دفع اليمين عن نفسه إذا خصمه المدعى و [تسجيل] (١) الحاكم لذلك إذا شهد البيئه قبل المخاصمه. قال العلّامة (ره) في القواعد في البحث الرابع من [المقصد] (٢) الثامن في متعلّق الدعاوى: «و لو أراد إقامه البيئه قبل ادعاء من ينازعه للتسجيل، فالأقرب الجواز. و لو أقام بعد الدعوى لإسقاط اليمين جاز» (٣). و يظهر من ذلك أنّ الحكم الثاني كان واضحاً و معروفاً. فخصّ الأقربيه بصوره عدم التداعى.

و قال فخر المحققين: «وجه القرب أنّه غرض مقصود لأنّه حافظ للحقّ على تقدير موت الشهود، و هذا التقدير ممكن في كلّ وقت. فاقترضت الحكمة الإلهيه جعل طريق إلى إثبات الحقّ. و يحتمل العدم، لأنّه ليس بغريم حقيقه و لا [تداعى] حقيقى بينهما». انتهى (٤). و يظهر من التعليل الأخير، أنّه لم يفهم من الخبر المستفيض ما فهموه و إلّا لكان أولى

ص: ٣٥٥

١- و في النسخة: يتسحيل.

٢- و في النسخة: الفصل.

٣- و في النسخة: القواعد (متن الايضاح ط كوشانپور) ج ٤ ص ٤١٠.

٤- المرجع نفسه.

بالاستدلال. و يظهر منه أيضاً أنه لا إشكال فى الصورة الثانية أعنى بعد الدعوى.

و قال فى الدروس: «الأقرب سماع بينه الداخلى للتسجيل و إن لم يكن خصم. و كذا لدفع اليمين عنه. كما فى دعوى الودعى الرد، فإنها مقبولة بيمينه و مع ذلك تسمع بينته لدفع اليمين» (١). و قال فى التحرير: «فإن قلنا بتقديم بينه ذى اليد (يعنى فى صورة التعارض) فهل تسمع دعواه و بينته للتسجيل قبل ادعاء الخصم، لا أعرف لأصحابنا نصاً فى ذلك. و منع أكثر الجمهور منه. إذ لا بينه [إلا على خصم، فطريقه: أن ينصب لنفسه خصماً. و الأقرب عندى سماع بينته لفائدة التسجيل. و لو كان له خصم لا بينه] له، فأراد إقامه البينه لدفع اليمين عنه، فيه احتمال أنها لا تسمع، إذ الأصل فى جانبه اليمين، و إنما يُعدل إلى البينه حيث لا يكفيه اليمين. و الوجه عندى السماع، كما تسمع بينه المودع و إن قدر على اليمين» (٢).

و قال المحقق الأردبيلي (ره) - بعد ذكر صور عدم البينه من أقسام التداعى: «هذا إذا لم يكن بينه، فإن كان هناك بينه فإن كانت لأحدهما حكم له بها. لأنها حجة شرعية». و دلالة على ما ذكرنا واضحه. و قال المحقق ابن فهد فى المهذب: «فى صورته انفراد أحدهما بالبينه، قضى له، متشبهين [كانا] أو أحدهما، أو خارجين قولاً واحداً. فإن [الظاهر] أنه يقضى له بسبب البينه، و أنه لا خلاف فيه» (٣).

إذا تمهيد هذا: فنقول: إذا تداعى عينا و هى فى يد أحدهما، و أقام البينه؛ ففيه أقوال مختلفه، أكثرها لا يرجع إلى محصل. فمنها: ترجيح الخارج، سواء شهدت البينه من الجانبين بالملك المطلق، أو المقيد بالسبب، أو بالتفريق. و هو مذهب الشيخ فى كتاب

ص: ٣٥٦

١- الدروس، ج ٢ ص ١٠٣ ط جامعه المدرسين.

٢- التحرير، ج ٥ ص ١٩٠.

٣- المهذب، ج ٤ ص ٤٩٤.

البيوع من الخلاف، و الصدوقين، و سلّار، و ابن فهد، و ابن زهره و الكيدري، و ابن إدريس. و لكن الصدوق اعتبر تقديم أعدل البيئتين، و مع التساوى يقدم الخارج.

و منها: ترجيح الداخل، مطلقين كانا أو مقيدين. و هو قول الشيخ فى كتاب دعاوى من الخلاف.

و منها: تقديم الخارج مع إطلاقهما، و تقديم المنفرد [بالسبب] (١) منهما. و هو مضمون كلام النهايه ساكتاً عن حكم المقيدين، و لعله أيضاً حكمه عند [ه] تقديم الخارج. و هو مختار العلّامة و المحقّق و الشهيد فى شرح الإرشاد.

و منها: ترجيح الداخل إن شهدت [البيئه] (٢) بسبب الملك؛ من بيع، أو هبه، أو معاوضه. و سواء شهدت بيئه الخارج بالسبب أم لا- و ترجيح الخارج فى غيرها. و اختاره الشيخ فى جملة من كتبه، و ابن البرّاج و جماعه من الأصحاب. و يظهر من الصدوق [ترجيح] (٣) بيئه الداخل مع السبب إذا كان الخارج بلا سبب.

و منها: ترجيح الأعدل من البيئتين، و الأكثر عدداً مع تساويهما فى العدالة، مع [السببين] (٤). و مع التساوى يُقضى للخارج. و هو قول المفيد (ره).

و منها: الفرق بين «السبب المتكرّر» كالباع. و «غير المتكرّر» كالنتاج و نساجه الثوب. كما ذهب إليه ابن حمزه.

و احتجّ القائل بتقديم ذى اليد؛ بما رواه العامّة عن جابر أنّ رجلين [اختصما] عند رسول الله (صلى الله عليه و آله) فى دابّه أو بعير، و أقام كلّ واحد منهما بيئه أنّه أنتجها.

ص: ٣٥٧

١- و فى النسخة: بسبب.

٢- و فى النسخة: بيئه.

٣- و فى النسخة: الترجيح.

٤- و فى النسخة: البنين.

فقضى بها رسول الله (صلى الله عليه وآله) للذى فى يده».

و ما رواه أصحابنا فى الموثق (١)، و ما رواه إسحاق بن عمار فى القوى: [عن ابى عبد الله] عليه السّلام، أن رجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي دَابَّةٍ فِي أَيَدِيهِمَا وَأَقَامَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيْتَةَ أَنَّهَا تُبَجَّتْ عِنْدَهُ فَأَخْلَفَهُمَا فَحَلَفَ أَحَدُهُمَا وَ أَبَى الْآخَرُ أَنْ يَخْلِفَ فَقَضَى بِهَا لِلْحَالِفِ فَقِيلَ لَهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَ أَقَامَا الْبَيْتَةَ فَقَالَ أُخْلِفُهُمَا فَأَيُّهُمَا حَلَفَ وَ نَكَلَ الْآخَرُ جَعَلْتُهَا لِلْحَالِفِ فَإِنْ حَلَفَا جَمِيعاً جَعَلْتُهَا بَيْنَهُمَا نَضِيفَيْنِ قِيلَ فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَ أَقَامَا جَمِيعاً الْبَيْتَةَ قَالَ أَقَضَى بِهَا لِلْحَالِفِ الَّذِي فِي يَدِهِ (٢). و فى الكافى بعد قوله «إلى أمير المؤمنين عليه السّلام» زياده «فى دابته فى أيديهما، و أقام كل واحد منهما البيته أنها نتجت عنده، فأحلفهما» (٣).

[فأحلفهما] على عليه السّلام، بالأصل و الاستصحاب. و أنّ اليد دليل آخر. و لى اليد دليلان، و للخارج دليل واحد. و لأنّ البيتين تعارضا و تساقطا، فبقى العين فى يد صاحب اليد بلا بينة للمدعى.

و احتجّ من قدّم الخارج؛ بعموم قوله عليه السّلام فى الخبر المستفيض «البيته على المدعى و اليمين على المدعى عليه»، فإنّ التفصيل قاطع للشركه. و بروايه منصور: «قال: قلت لأبى عبد الله عليه السّلام رجُلٌ فى يَدِهِ شَاةٌ فَجَاءَ رَجُلٌ فَادَّعَاَهَا فَأَقَامَ الْبَيْتَةَ الْعُدُولَ أَنَّهَا وُلِدَتْ عِنْدَهُ وَ لَمْ يَهَبْ وَ لَمْ يَبِعْ وَ جَاءَ الَّذِي فِي يَدِهِ بِالْبَيْتَةِ مِثْلِهِمْ عُدُولٌ أَنَّهَا وُلِدَتْ عِنْدَهُ لَمْ يَبِعْ وَ لَمْ يَهَبْ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) حَقَّهَا لِلْمُدَّعَى وَ لَا أَقْبَلُ مِنَ الَّذِي فِي يَدِهِ بَيْتَهُ»

ص: ٣٥٨

١- لعله الحديث ٣ من باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم.

٢- التهذيب، ج ٦ ص ٢٣٣ ح ١ ط دار الاضواء.

٣- الكافى (الفروع) ج ٧ ص ٤١٩ ط دار الاضواء. و جعل فى هذا البطح الزيادة فى متن الحديث فى التهذيب. كما ترى. و نبه عليه فى الهامش بتعليقه.

لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ إِنَّمَا أَمَرَ أَنْ تُطَلَّبَ الْبَيِّنَةُ مِنَ الْمُدَّعَى فَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَإِلَّا فَيَمِينُ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ هَكَذَا أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ»
(١). و بأنَّ بيئنه الداخل مؤكّد، و بيئنه الخارج مؤسس، و التأسيس أولى من التأكيد.

و مستند المفصلين؛ الجمع بين الأدلّه.

و تحقيق المقام: أنّ النزاع في هذه المسأله، إمّا مبنى على منع مشروعيه بيئنه الداخل و إعمالها رأساً (كما يشعر به روايه منصور). و إثباتها. أو في ترجيح بيئنه الداخل على الخارج مع تسليم صحّتها و حجّيتها في الجمله.

فإن كان النزاع مبتياً على الأول، فلا ريب في ضعف قول من رجّح بيئنه الخارج بهذا المعنى. و لا بدّ من توجيه روايه منصور بما قدّمنا، و مع ذلك يناقض كلمات أكثر هؤلاء فإنهم قيدوها بما إذا كان ذا السبب و لم تكن بيئنه الداخل ذا السبب. و ذلك ينافى صحّه بيئنه الداخل رأساً، مضافاً إلى ما بيّننا بطلان هذا القول بما لا مزيد عليه، في المقدّمه.

و إن كان مبتياً على الثانى (كما هو الظاهر من كلماتهم و المستفاد من الأخبار) فيكون الكلام في إثبات أنّ «ذى اليد أقوى في ترجيح ما وافقها من البيئنه»؟ أو «موافقه الخبر المستفيض أقوى لما وافقه من البيئنه»؟ فالنزاع يرجع إلى أنّ اليد هل هي مرجّحه أم لا؟-؟ و هذا الذى هو الظاهر من الأخبار و الأقوال و الأدلّه. فالنزاع في هذا المرجّح الخاص لا ينافى مراعات ساير المرجّحات أيضاً. فلعلّ كلامهم في ذلك سوق بمراعات ساير المرجّحات. كما ترى كلمات القدماء مشحونه بمراعات الأعدليه و الأكثريه و تقدم التاريخ، و غير ذلك ثمّ تقديم الخارج أو الداخل. فلاحظ كلام الصدوق و المفيد و ابن الجنيد و غيرهم.

ص: ٣٥٩

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٢ ح ١٤.

فالظاهر أنّ النزاع في ترجيح بينه الداخل والخارج، إنّما هو بعد كون البيئتين متساويتين من ساير الوجوه، كما يستفاد من إطلاقات ساير الأخبار الحاكمة بالقرعه، أو مراعات الأعدليه و الأكثريه ثم القرعه. وهكذا.. فكأنّ النزاع في هذه المسئله يرجع [إلى] أنّ اليد و منافيهما أيضا، من المرجّحات؟ و تُقدّم اعتبارها، و اعتبار منافيهما، على القرعه أم لا؟-؟ فيظهر من بعض القدماء، العدم. مثل ظاهر إطلاق كلام ابن أبي عقيل، فإنّه [قال] بالقرعه أوّلاً. و من الآخرين ملاحظه ذلك، فإنّهم جعلوا القرعه في ما لو لم يكن مرجّح من جهه اليد أو منافيهما. و الظاهر أنّ الأخبار المطلقه الوارده في القرعه، أيضاً مقيّد بمراعات المرجّحات، أوّلاً؛ من الأعدليه و الأكثريه. كما هو مصرّح به في مقيداتهما.

نعم: أكثر المتأخرين لم يذكروا تلك المرجّحات إلّا في مسئله كون اليدين خارجتين. و لعلّ السرّ في ذلك أنّ منظورهم في هذا المقام بيان نفس كون اليد مرجّحه أم لا. لا الإحاطه بجميع وجوه التراجيح. و يظهر ما ذكرنا (من أنّ مراد المتأخرين أيضاً ذلك) من كلام ابن فهد(ره) في المهذب. فتحقّق لك ممّا ذكرنا أنّ حقيقه النزاع في هذه المسئله [يرجع] إلى كون اليد جّحه [كالبينه] (1) أم لا.

ثمّ: إن جعلنا البيئه كالخبر (بأن يرجع في تراجيحها إلى ما يورث ظناً أقوى من الظنّ الآخر سواء ورد بذلك المرجّح نصّ أم لا- كما هو الأظهر- و المعترف في نظرهم في باب الجرح و التعديل و غيره) فيسهل الأمر في اعتبار ملاحظه السبب، و تقدّم التاريخ و غيرهما. و إن اقتصرنا في البيئات على المرجّحات التي ورد بها النصّ، فلا بدّ من الاقتصار بما دلّ الدليل عليه. و يدلّ على مراعات مطلق المرجّح، أنّ ترجيح المرجوح قبيح كالترجيح بلا مرجّح. فالظنّ الأقوى أولى بالعمل من الظنّ الأضعف.

ص: ٣٦٠

١- و في النسخة: للبيئه.

فالبحت يمكن أن يقع في مقامين: الأول: في ترجيح النصوص التي ذكروها من الطرفين على كون اليد مرجحاً، أو خلافها (١). و الثاني: أنه هل الراجح في صورته وجود البيّنة على الطرفين، العمل باليد، أو بمنافيتها؟-؟ و يتفاوت المقامات بحسب الاستدلال، فما يناسب المقام الثاني، كون قول ذي اليد معتضداً بالأصل و الاستصحاب. و أنّ البيّنيتين تعارضتا و تساقطتا، و بقي اليد سالماً. مضافاً إلى الروايات المتقدّمة. و من الطرف الآخر، كون بيّنه الخارج مقرراً و موافقاً للحديث المشهور، و نحو ذلك.

و ممّا يناسب المقام الأوّل، أن يرجع إلى الوجوه المرجّحة، للأدلة المذكورة لكون اليد حجة أو خلافها. [فمّمّا] (٢) يرجح الأوّل كون روايه غياث أقوى سنداً و معتضداً بإطلاق قويّه إسحاق بن عمّار، و موافقاً للأصل و الاستصحاب، و كون روايه منصور ضعيفه لاشتراك منصور و محمّد بن حفص (٣)، و عدم وضوح دلالة الخبر المستفيض كما بيّناه في المقدّمة. و بذلك يظهر ضعف آخر في روايه منصور (٤).

و أمّا التوجيه الذي ذكرنا لروايه منصور، فمع أنّه خلاف الظاهر و لا يصحّ الاحتجاج به، معارض بأنّ عموم ما بيّنا من الأدلّة على صحّحه بيّنه ذي اليد مطلقاً، أيضاً يقتضى قبولها مطلقاً. فلا بدّ من الرجوع إلى المرجّحات الخارجيه. مع أنّ بيان السنّه المتواتره بخبر الواحد، محلّ كلام معروف، كتخصيصه به.

و أمّا القول بأنّ ضعفها منجر بالعمل؛ ففيه: أنّ العمل على إطلاقها ليس بذلك الكثره حتّى يجبر ضعفها، أو تقيدها بذات السبب يخرجها عن إطلاقها، مع أنّه لا معنى لاعتبار

ص: ٣٤١

١- و في النسخة: خلافهما.

٢- و في النسخة: فيها.

٣- و ايضاً كل من الاسمين مشتركه بين اشخاص متعدده.

٤- لأنّها معلّله بالخبر المستفيض بدالاتها الغير الواضحه.

السبب فيها، لكونه موجوداً في جانب ذي اليد أيضاً. مع أنّ خبر غياث أيضاً مع التقييد، معمول به عند كثير من الأصحاب. و الظاهر أنّ اعتماد من عمل بخبر منصور إنّما هو على العله المستفاد منه، فمعتد بهم في الحقيقه هو الخبر المستفيض. و قد بينّا عدم دلالتها على مرادهم بما لا مزيد عليه. و قد ظهر بذلك اندفاع وجه ترجيحها من جهه أنّها معلله. مع أنّ ظاهر روايه غياث أيضاً التعليل.

و حينئذ فالأظهر بالنظر إلى العقل و النقل، هو العمل على بينه الداخل بعد تساويها مع غيرها من سائر الوجوه المرّجحه.

و أمّا التفصيل بملاحظه السبب و غيره: فلا يستفاد من الجمع بين الأخبار، كما هو ظاهر. فإنّ روايه غياث و روايه منصور، كلاهما واردتان في السبب. فتتزيل إحداهما على ذي السبب و الأخر على غيره، ممّا لا وجه له. فإن كان ذكر السبب و تقدم التاريخ و أمثال ذلك مرّجحاً، فهو معنى خارج عما نحن فيه، سابق على ملاحظه اليد و خلافهما (١).

و أمّا ما ذكر من ترجيح التأسيس على التأكيد؛ فهو بمعزل عن التحقيق. و لا ريب أنّ «المقرّر» أقوى من «النافي» (٢). و كون التأسيس أفيد في مقام إظهار البلاغه، لا يوجب ترجيح البينه الموافقه للتأسيس، كما هو واضح.

و ربّما يقال: إنّ روايه غياث بن إبراهيم و ما في معناها، محموله على التقيّه لشهرتها بين العامه. و فيه: أنّه غير معلوم فإنّ إسحق بن عمّار كوفي، و غياث بن إبراهيم أيضاً ساكن الكوفه، و إن كان في الأصل بصريّاً. و تقيه أهل الكوفه غالباً من الحنفيه، فإنّ مدار أهل الكوفه في زمان الصادق عليه السلام، كان فتاوى أبي حنيفه. مع أنّ الشيخ قال في

ص: ٣٦٢

١- اى سابق على الدعوى و خلاف المدعى و المنكر.

٢- و في النسخة: النافل.

الخلاف: «و تحقيق الخلاف مع أبي حنيفة: هل تسمع بينه الداخل أو لا؟ عندنا و عند الشافعي تسمع، و عنده لا تسمع» (١). فهذا يدل على أن عدم السماع أوفق بمذهبهم (٢).

و إن شئت؛ أذكر لك عبارته واحد من علمائنا يصح لك أن تظن الذي [اخترناه] أخذنا منهم، و يتحقق لك حقيقة ما بيننا. و هو المحقق في الشرايع، قال: «يقضى منها للخارج دون [المتشبه] (٣)، إن شهدتا لهما بالملك المطلق. و فيه قول آخر ذكره في الخلاف، بعيد. فلو شهدتا بالسبب، قيل يقضى لصاحب اليد، لقضاء علي عليه السلام في الدابة. و قيل يقضى للخارج، لأنه لا بينه على ذي اليد، كما لا يمين على المدعى. عملاً بقوله عليه السلام و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركة. و هو أولى. أما لو شهدت للمتشبه بالسبب و للخارج بالملك المطلق، فإنه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالتاج و نساجه الثوب الكتان، أو يتكرر كالبيع و الصباغة (٤). و قيل بل يقضى للخارج و إن شهدت [بينته] (٥) بالملك المطلق، عملاً بالخبر. و الأول أشبه» (٦). انتهى.

فإن اختياره أولاً ترجيح الخارج (و لو كانا مسببتين، اعتماداً على أن التفصيل قاطع للشركة) يقتضى أنه لا يسمع بينه المدعى [عليه]، لأنه لم يرد به شرع. و ما روى عن علي عليه السلام، لا يثبت ذلك، لعدم مقاومته للخبر المستفيض القاطع للشركة. ثم اختياره ترجيح الداخل إذا كان ذا السبب مع كون بينه الخارج مطلقه، يقتضى جواز سماع البيئه

ص: ٣٦٣

- ١- الخلاف، ج ٦ ٣٣١ ط جماعة المدرسين. و ليس فيه «عندنا». و بالجملة: من راجع كلام الشيخ قبل هذه المسئلة و بعدها، يرى أن للعامه ايضاً اقوال و آراء مختلفة في المسئلة، فلا محل للتقية.
- ٢- و قال احمد بن حنبل: لا أسمع بينه صاحب اليد بحال، في أي مكان كان. - الخلاف، ج ٦ ص ٣٣١.
- ٣- و في النسخة: المثبت.
- ٤- و في متن شرايع، ط دار التفسير، الصياغة.
- ٥- و في النسخة: و كذا في نسخة الشرايع ط دار التفسير، بينه.
- ٦- الشرايع، ج ٤ ص ١-٢ ط دار التفسير.

[الداخل]. و هو مناقض للأول.

فإن قلت: إن ذلك تخصيص العام، فكأنه قيل «لا يسمع بينه للمدعى [عليه] أبداً، إلّا في ما كان بينه ذات السبب، و بينه الخارج مطلقه».

و فيه ما مرّ من عدم الدليل على ذلك. إذ روايه غياث متضمّنه لكون البيّتين [مسببتين] (١). و القول بأن ذلك كلام في ترجيح البيّتين من جهه المرجّحات مع قطع النظر عن البحث و الإشكال في كون بينه الداخل ممّا ورد به الشرع أم لا، و بعد جعل وقوع ذلك في الشريعة مفروغاً منه. مدفوع بأن ذلك يناقض الاستدلال بالخبر المستفيض، كما تقدّم منه. و ذلك رجوع إلى المرجّحات الخارجيه، لا كلام في مسئله كون اليد مرجّحه أم لا.

و بالجملة: القول بالتفصيلات المذكوره، لا يناسب [كون] محلّ النزاع في المسئله، ترجيح الداخل و الخارج بنفسها. بل المسئله لا بدّ أن تدور على أقوال ثلاثه:

ترجيح الداخل، للأصل و الاستصحاب و روايه غياث و ما في معناها كما يظهر من بعضهم.

و ترجيح الخارج، كما يظهر إمّا لمنع مشروعيه بينه الداخل (لما فهموه من الروايه و روايه منصور) و إمّا لما وجّهنا به المقام من كون مرادهم أن عموم الخبر المستفيض يدلّ على أن المدعى إذا أقام البيّنه فثبت مدّعه فلا يبقى مجال لثبوت له لدى اليد أيضاً.

و التوقف؛ كما يظهر من الشهيد(ره) في الدروس.

و هذه التفصيلات لا بدّ أن يكون منشأها تنزيل الأخبار المختلفه و الأدلّه المتعارضه، على مقتضاها؛ مثلاً من كان مذهبه ترجيح الخارج، لما رأى خبر غياث دالاً على ترجيح

ص: ٣٦٤

١- و في النسخة: مثبتين.

الداخل، حملها على ذى السبب. فيكون ذلك حواله على المرّجّح الخارجى، يعنى أنّ المرّجّح الخارجى هو الذى صار سبباً لحكم الإمام عليه السّلام بتقديم الداخل و إن كان الداخليه (١) بنفسه لا يقتضى ذلك. وهكذا.. فهذا لا يحصل قول آخر فى المسئله بل هذا تأويل للخبر و تنزيل له لئلا يناقض كلامهم فى المسئله. و قس على ذلك ما لم نذكر. و فهم جميع ما ذكرنا يحتاج إلى تأمل عميق و نظر دقيق. و فّقنا الله سلوك سبيل التحقيق.

بقى الكلام فى «وجوب اليمين على القول بتقديم الداخل على ذى اليد». و إليه ذهب العلماء فى القواعد. و عن الشيخ فى المبسوط، عدمه. قال المحقق ابن فهد(ره) و نعم ما قال: «و التحقيق أنّ البيئتين هل يتساقطان و يرجع إلى الأصل و هو الحكم للداخل-؟ أو يقضى بالبيئه التى حكمنا بترجيحها؟ فعلى التساقط يفتقر إلى اليمين. و على عدمه لا يحتاج إليها، لأنّ مع عدم التساقط و رجحان البيئه، يعمل بها. كما لو تعارض خبران و أحدهما راجح يعمل بالراجح و يسقط الآخر، فكذلك البيئه الراجحه يعمل بها و يسقط الأخرى» (٢). انتهى.

و لا-ريب أنّ الاحتياط فى اليمين. كما هو مقتضى روايه إسحق بن عمّار. إذ لو لم يثبت رجحان خبر غياث و ما فى معناها، فلم يثبت رجحان خبر منصور و ما فى معناها. فتساقط الحجتان. فإن لم نقل بكون الاستصحاب مرجحاً لليد، فتساقط البيئتان أيضاً، فيرجع إلى الأصل، و لا بدّ حينئذ من اليمين. و يدلّ عليه الأخبار الآتية أيضاً.

و لكن يشكل المقام من وجه آخر؛ و هو أنّ المرّجّحات المذكوره فى الأخبار (من الأعدليه، و الأكثرية، و غيرهما، المتداوله فى ألسنه القدماء فى محلّ النزاع، المهجوره عند المتأخرين، مع احتمال عدم المخالفه بينهم أيضا كما أشرنا) و إن كنّا قد التزمنا إعمالها

ص: ٣٦٥

١- كذا. و الاصح، الداخل.

٢- المذهب، ج ٤ ص ٤٩٦.

فى ما نحن فيه و [بنينا] (١) على أن التكلم فى حكم اليد، بعد المساوات فى الأمور المذكوره. لكن يبقى الإشكال فى أن بعض الأخبار دال على لزوم القرعه و الحلف عند تعارض البيتين. و هو ينافى ترجيح الداخل أو الخارج. و لا مناص عن ذلك إلا بحملها على ما لو كانا خارجين أو كان يدهما عليه على وجه (٢).

فلنذكر الأخبار الوارده فى هذا الباب حتى يتضح لك أكثر المطالب المتقدمه و المطالب الآتية. فروى الكلينى و الشيخ فى الصحيح، عن أبى بصير: «قال سألْتُ أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى داراً فى أيديهم و يقيم البيئه و يقيم الذى فى يده الدار البيئه أنه ورثها عن أبيه و لا يدري كيف كان أمرها قال أكثرهم بيئه يستحلف و تدفع إليه و ذكر أن علياً عليه السلام أتاه قوم يختصمون فى بعله فقامت البيئه لهؤلاء أنهم أنتجوها على مندودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا [و قامت البيئه لهؤلاء بمثل ذلك] فقضى عليه السلام بها لأكثرهم بيئه و استحلفهم قال فسألته حينئذ فقلت أ رأيت إن كان الذى ادعى الدار قال إن أبا هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن و لم يقيم الذى هو فيها بيئه إلا أنه ورثها عن أبيه قال إذا كان الأمر هكذا فهى للذى ادعاه و أقام البيئه عليها» (٣). و رواها الصدوق أيضاً مع تقدم و تأخر إلى قوله «و استحلفهم». مع زياده «و يقيم البيئه» بعد قوله «فيدعى داراً فى أيديهم» (٤). و روى الصدوق بسنده عن عبد الرحمان بن أبى عبد الله (و هو صحيح كما فى الخلاصه) قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام كان عليٌّ عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدتْهم سواءً و عدتْهم سواءً أفرع بينهما على

ص: ٣٦٦

١- و فى النسخة: بينا.

٢- فيكون كلاهما داخلين.

٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٢ ح ١.

٤- الفقيه، ج ٣ ص ٣٨ ح ١ ط دار الاضواء.

أَيُّهُمَا تَصِيرُ الْيَمِينُ وَكَانَ يَقُولُ اللَّهُمَّ رَبَّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَرَبَّ الْأَرْضِينَ السَّبْعِ مَنْ كَانَ الْحَقُّ لَهُ فَأَدِّهِ إِلَيْهِ ثُمَّ يَجْعَلُ الْحَقَّ لِلَّذِي تَصِيرُ الْيَمِينُ عَلَيْهِ إِذَا حَلَفَ» (١). ورواه الكليني و الشيخ أيضاً (٢). و روى الكليني و الشيخ عن داود بن سرحان: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عَلَى أَمْرٍ وَاحِدٍ وَجَاءَ آخِرَانِ فَشَهِدَا عَلَى غَيْرِ الَّذِي (شَهِدَا عَلَيْهِ) وَ اخْتَلَفُوا قَالَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَأَيُّهُمُ قُرِعَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ وَ هُوَ أَوْلَى بِالْقَضَاءِ» (٣). و رواه الصدوق أيضاً بسنده إلى داود بن سرحان (و هو صحيح أيضاً كما في الخلاصه) عنه بأدنى تغيير. في اللفظ (٤).

و روى الشيخ في الصحيح عن الحلبي: «قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عَلَى أَمْرٍ وَجَاءَ آخِرَانِ فَشَهِدَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَاخْتَلَفُوا قَالَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَأَيُّهُمُ قُرِعَ عَلَيْهِ الْيَمِينُ وَ هُوَ أَوْلَى بِالْحَقِّ» (٥). و روى عن سماعه قال: «إِنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي دَابَّةٍ فَرَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا تُنَجِّتُ عَلَى مِتْدُودِهِ وَ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُمَا سِوَاءً فِي الْعِدَدِ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمَا سَهْمَيْنِ فَعَلَّمَ السَّهْمَيْنِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْلَامَهُ ثُمَّ قَالَ اللَّهُمَّ رَبَّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَ رَبَّ الْأَرْضِينَ السَّبْعِ وَ رَبَّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ عَالِمِ الْغَيْبِ وَ الشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَيُّهُمَا كَانَ صَاحِبَ الدَّابَّةِ وَ هُوَ أَوْلَى بِهَا فَاسْأَلْكَ (أَنْ يُقْرَعَ وَ) يَخْرُجَ سَهْمُهُ فَخَرَجَ سَهْمُ أَحَدِهِمَا فَقَضَى لَهُ بِهَا» (٦). و رواه الصدوق بسنده عن زرعه عن

ص: ٣٦٧

١- الفقيه، ج ٣ ص ٥٣، ٩ ط دار الاضواء.

٢- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٢ ح ٥.

٣- المرجع، ح ٦.

٤- الفقيه، ج ٣ ص ٥٢ ح ٦ ط دار الاضواء.

٥- الوسائل، الباب، ح ١١.

٦- المرجع، ح ١٢.

سماعه (و قد صحّحه العلامة في الخلاصة) عن الصادق عليه السلام (1). فالرواية إذن موثّقة متّصلة بالإمام.

فظهر أنّ أكثر أخبار الباب معتبره الأسناد، ولا وجه لتضعيفها كما وقع من بعض الأصحاب، و وصف بعضها بالإضمار كما وقع عن بعضهم. و لعلّ من قال كذا، كان نظره مقصوراً على يدهما.

[فنقول] (2): أمّا روايه أبي بصير؛ فلم يتعرض فيها لحكم ما لو لم يكن هناك مرجّح من الكثرة و غيرها. فغير مسكوت عنه (3). و يرجع في حكمه إلى ما قدّمنا في صورته كون أحدهما ذا اليد. و إلى القرعة [كما سيجيئ] في ما كان يدهما عليه، أو كانا خارجين. و أمّا روايه عبد الرحمن (و ما في معناها) الحاكمه بالقرعة؛ فلا بدّ أن تحمل على غير ما لو كان يد أحدهما عليه، لأنّ القرعة إنّما هو في كلّ أمر مجهول أو مشكل، و ذلك ليس كذلك في ما نحن فيه. إذ بعد التساوي في سائر المرجّحات؛ فمن يرجّح اليد، يحكم بها. و [من] يرجّح الخارج، يحكم به. فلا إشكال عند الفرقتين.

نعم: من كان متوقّفاً في ترجيح الداخل و الخارج كالشهيد في الدروس، فيمكنه القول بالقرعة حينئذ. و لكنّه أيضاً مشكل، لأنّه لا يصحّ القرعة في أحكام الله تعالى. و إنّما يصحّ القرعة في موضوع الحكم حين حكّمنا (4) بصحّه البيئتين و توقّفنا في ترجيحهما. و من يتوقّف في المسئلة لا يحكم بصحّتهما بل هو متردّد في الحكم.

ص: ٣٦٨

١- الفقيه، ج ٣ ص ٥٢ ح ٥.

٢- و في النسخة: فقال.

٣- اى: لا يتم الكلام في الصور المختلفه من المسئلة. - هذا اذا اعتمدنا بعبارة النسخة. و لعلّ فيها اشكالا سيمّا بملاحظة ضمير «عنه»، و الصحيح «عنها».

٤- عبارة النسخة:.. في موضع الحكم حينئذ ان لو حكّمنا..

ثم إنَّ المرَّجات التي ذكروها في مسئلة تعارض البيِّنات، ترجع إلى خمسة: اليد، و السبب، و قِدم الملك، و كثرة العداله، و كثرة العدد. و قد مرَّ الكلام في كون اليد مرَّجحاً أم لا. و أمَّا العداله و العدد؛ فالظاهر لا ريب في كونهما من المرَّجات. و قد مرَّ ما يدلُّ عليه من الأخبار. و أمَّا ما اشتهر بينهم من تقديم الأعدليه على كثرة العدد، فلم نقف على دليل واضح فيه، إلَّا عبارته فقه الرضا و سيجيى تمام الكلام.

و أمَّا السبب: فلم نقف في الأخبار ما يدلُّ عليه. نعم لو [بنينا] (1) على ما يفيد الظنَّ و إن كان غير منصوص، لكان له وجه. سيِّما في ما لو لم يكن متكرراً كالنتاج. و قد يستشعر اعتباره من آخر روايه أبي بصير؛ فقد فرَّق فيها بين الشهاده على أنَّها ورثها عن أبيها و لا يدرى كيف كان أمرها.

تنبيه: قد ذكرنا لك صوره تعارض بيِّنه الداخل و الخارج. و لا بدَّ أن يعلم أنَّ ذلك قد يكون حقيقةً، كما مرَّ. و قد يكون بالاعتبار و يلاحظ الحيثيات، كما لو كان يدهما معاً عليها و ادَّعياها و [أقاما] البيِّنه. و توجيه التعارض هنا بينهما؛ أنَّ دلالة بيِّنه أحدهما على ما هو مقتضى يده (و هو النصف) داخلية. و على النصف الآخر، خارجيه. و دلالة بيِّنه الآخر أيضاً هكذا و لكن بالعكس؛ فكلُّ ما كان [بيِّنه] أحدهما من جهه الدلاله الداخليه، فهو مدلول للدلاله الخارجيه بالنسبه إلى بيِّنه الآخر. فبيئته بالنسبه إلى النصف الذي هو مقتضى يده داخلية. و بيئته صاحبه بالنسبه إلى هذا النصف بيِّنه خارجيه. و هكذا الكلام في الآخر بالعكس.

فعلى القول بتقديم بيِّنه الخارج، يثبت لكلِّ منهما [ما] في يد صاحبه. و على القول بتقديم بيِّنه الداخل، ما في يده.

ص: ٣٦٩

١- و في النسخة: بنيا.

إذا عرفت هذا فلنرجع إلى بيان أقسام التعارض و أحكامها: فنقول: إذا تداعيا عينا، فإما أن يكون في أيديهما على السواء، أو في يد أحدهما، أو في يد ثالث، أو ليس عليه يد أصلاً، أو كان يدهما عليها و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف.

أمّا الأول: فإن كان لأحدهما بينه، قضى له. صرح به العلامة من غير تعريض لليمين في القواعد. و ابن فهد في المهذب، و غيرهما. و هو ظاهر في قبول بينه ذي اليد في غير صورته التعارض. و لكنّها لما كانت مشتملة على الداخل و الخارج، فيشكل الأمر فيه بناءً على عدم قبول بينه الداخل في النصف الداخل (كما اختاره في القواعد) فيتوجه عليه اليمين من هذه الجهة. و أمّا على ما اخترناه من سماع بينه الداخل مطلقاً، ففائدته يظهر هنا من سقوط اليمين. و الحاصل أنّ بينته من جهة أنّ لها جهة داخلية لا- يحتاج إلى اليمين، على المختار. و من الجهة الأخرى اتفاقاً. و أمّا على القول الآخر، فيحتاج إلى اليمين من جهة الجهة الداخلية و إن لم يكن لأحدهما بينه.

و قيل (١): يقسم بينهما نصفين. و لعلّه لظاهر فعل المسلم. مع عدم وجود المرجح. و المشهور (بل ذكر في المسالك أنّ الأكثر لم ينقل خلافاً فيه) (٢) هو أنّهما يتحالفان، فيحلف كلّ منهما على نفي استحقاق الآخر، ثمّ يقتسمان نصفين. و كذلك إن نكلا جميعاً. و لا- يجب عليهما التعرّض في الحلف لإثبات حقّهما. و الظاهر أنّه لو حلف كلّ منهما على أنّه بأجمعه حقّه، أيضاً كان كافياً، لتضمّنه نفي حقّ الغير.

(و نظيره ما تقدّم في حلف المدعى إذا انقلب منكراً في ما لو ادعى المنكر الإبراء، أو الأداء. فقد تقدّم أنّه يكفي للمدعى حينئذ الحلف على بقاء الحقّ. و لكن لا- يكفي ذلك في دفع اليمين المردودة لو نكل الآخر. لكونه ملغى حين الحلف، لعدم توجه اليمين حينئذ

ص: ٣٧٠

١- عطف على «صرح به العلامة».

٢- المسالك، ج ٢ ص ٣١٢ ط دار الهدى.

بالنسبه إليه).

و إن حلف أحدهما و نكل الآخر، فعلى القضاء بالنكول، يختصّ به الحالف. و على العدم، يحلف [الحالف مرّة] أخرى على إثبات حقّ نفسه، بعد ذلك باليمين المردوده، ثمّ يختصّ به. و أمّا إذا كان الناكل هو الأوّل و حلف الثاني، فيجب عليه اليمين لنفى استحقاق الناكل، و يمين آخر لأجل الردّ على إثبات النصف لنفسه.

و ذكر جماعه من الأصحاب أنّه يكفيه يمين واحده جامعته بين النفى و الإثبات، فيحلف أنّ الجميع له و لا حقّ لصاحبه فيه. أو يقول «لا- حقّ له فى النصف الذى يدّعيه و النصف الآخر لى». و الأوّل هو مقتضى «عدم تداخل الأسباب». و الظاهر أنّه على القول بالتداخل، يكفى أن يقول «لا يستحقّه إنّما (1) هو حقّى لا غير». و الأحوط التصريح بالنفى و الإثبات. بل تعدّد اليمين.

و هل يتخير الحاكم فى البدائه باليمين، أو يقرع بينهما، و جهان؛ نظراً إلى أصله البرائه. و الى عدم المرجح و القرعه لكلّ أمر مشكل (2). و فائدته تعدّد اليمين على المبتدئ عند نكول صاحبه. كما مرّ. و وجوب القرعه غير ظاهر من الأدلّه، و عدم المرجح ممنوع. لأنّ سبق أحدهما بالدعوى يستلزم كون الآخر منكراً بالنسبه إلى الدعوى الأوّل. فيستحقّ التقديم. كما مرّ. فيبدأ بتحليف الثاني. نعم: ذلك (3) فى ما ابتدئا مرّه واحده.

و لو كان لكليهما بينه (4) و تعارضتا، بأن يستلزم العمل بأحدهما تكذيب الأخرى (إذ مع إمكان التوفيق، يجب [الجمع] كما لو [شهدتا] أنّها لهما و هى منقله عن أحدهما إلى

ص: ٣٧١

١- و فى النسخة: الآ أنّما.

٢- و فى النسخة: البرائه و عدم المرجح و الى القرعه لكل امر مشكل.

٣- اى: نعم: يُعمل بالقرعه اذ ابتدئا معاً.

٤- عطف على قوله «اما الاول: فان كان لاحدهما بينة».

الآخر. أو شهدت إحداهما أنّها كانت بالأمس لزيد، و شهدت الأخر أنّها الآن لعمر و) فقالوا يقضى بهما لهما نصفين. قال في المسالك: إنّ لا إشكال في الحكم بها بينهما نصفين. و اختلف الأصحاب في سبب ذلك؛ فقيل: تتساقط البيّنتين بسبب التساوى [فيبقى] الحكم كما لو لم يكن هناك بينه. و على هذا القول، يلزم لكلّ منهما يمين لصاحبه، كما في المسئلة السابقه. و قيل: لأنّ لكلّ واحد منهما مرجح باليد على [نصفها]، فيبنى على ترجيح بينه الداخل، و لا يمين على هذا القول، لأنّ ترجيح البيّنه يقتضى العمل بالراجح و ترك الأخرى، كما في تعارض الخبرين. و قيل. إنّ السبب ترجيح بينه الخارج، فيقضى لكلّ واحد منهما بما في يد صاحبه، و لا يمين على هذا [لاستناد] (١) القضاء إلى البيّنه الناهضة بثبوت الحقّ من غير حاجة إلى اليمين. و هذا هو الأشهر. و في التحرير قوى ثبوت اليمين على كلّ منهما مع حكمه بتقديم بينه الخارج. و احتمال عدم اليمين. هذا حاصل ما ذكره (٢).

و ههنا إشكال أشار إليه المحقّق الأردبيلي (ره) و صاحب الكفايه (ره) و هو أنّ إطلاق هذا الحكم لا يناسب ما ورد في الأخبار من اعتبار الترجيح بالعداله و الكثره، و بأنّ في الأخبار ما يدلّ على القرعه و الحلف بعدها، و قد تقدّم الأخبار. أقول: بل صرّح الشهيد الثانی (ره) في الروضه بأنّه لا فرق هنا بين تساوى البيّنتين عدداً و عداله، و اختلافهما (٣).

و أقول: قد بيّنا لك سابقاً أنّ كلام القدماء مشحون باعتبار العداله و العدد و غيرهما في صورته التعارض بين بينه الداخل و الخارج أيضاً و لا وجه لاختصاصه بصوره كونهما

ص: ٣٧٢

١- و في النسخة: الاستناد.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٣١٣ ط دار الهدى.

٣- الروضه، ج ٣ ص ١٠٦- كلانتر.

خارجتين. و ذكرنا أنّ الظاهر أنّ مراد المتأخرين ثمّه أيضاً ذلك. فالكلام في ترجيح بينه الداخل و الخارج إنّما كان بعد ملاحظه ساير المرجّحات. و لما كان هذه المسئلة من فروع تلك المسئلة فافتقروا هنا بما بنوا عليه الأمر ثمّه. فيلزمهم أن يكون تكلمهم في ما نحن فيه أيضاً بعد ملاحظه التساوى في ساير المرجّحات.

و الحاصل: أنّنا قد بينّا لك أنّ تعارض بينه الداخل و الخارج، إمّا حقيقى بأن يكون أحدهما داخلاً حقيقه و الآخر خارجاً كذلك. و إمّا اعتبارى و بملاحظه الحيثيات، كما نحن فيه. فملاحظه النزاع في التعارض الاعتبارى، متفرّع على الحقيقى. فكلّ صوره يجرى فيها هذا التعارض حقيقياً كان أو اعتبارياً، لا بدّ أن يكون الكلام فيه من جهة ترجيح الداخل و الخارج فقط، مع قطع النظر عن ساير المرجّحات، و بعد ملاحظه التساوى فيها. و كلّ صوره لا يجرى فيه ذلك، كما لو كانا خارجتين، فلا معنى هنا للإشكال و النزاع في ترجيح الداخل و الخارج. فلذلك ما تعرّضوا لحكم ساير المرجّحات فيه (1). لا غير (2). فهذا هو السرّ في أنّ المتأخرين خصّوا صوره ما لو كان البيّتان خارجتين، بهذه المرجّحات. لا أنّهم لا يعتبرونها في ساير الصور.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ حكم الشهيد الثانى بعدم الفرق، ليس في محلّه. بل لا بدّ من ملاحظه ساير المرجّحات أولاً، ثمّ التوجّه إلى ترجيح الداخل و الخارج الاعتباريين.

ثمّ: إنّ الوجوه الثلاثة الّتى ذكروها (3)، لا إشكال في فهمها، إلّا الصوره الأولى و هو التساقط. و يمكن أن يكون ذلك مبنياً على عدم الترجيح بين الداخل و الخارج، إمّا بالحكم بتساويهما من جهة مساواه دليلهما، أو من جهة التوقّف و التردّد، أو من جهة أنّ

ص: ٣٧٣

١- عبارة النسخة: فلذلك لو تعرّضوا للحكم ساير المرجّحات فيه.

٢- اى: لاعلّة لتركهم ذكر ساير المرجّحات الآ هذا.

٣- الّتى نقلها من المسالك.

المتبادر من الداخِل و الخارج هو الحقيقيان، لا- الاعتباريان. فلا- يندرجان في دليل أصل المسئلة. فيصير من قبيل ما لو كانا خارجين و تساويا من جميع الوجوه المرجّحه بالفرض و تساقطا. فيتّجه الحكم باليمين على هذا الوجه، دون الوجهين الآخرين. إلّا على وجه تقدّم إليه الإشاره.

و لا يبعد ترجيح التسايط و حلفهما جميعاً، لخصوص روايه إسحاق بن عمّار. فإن كان لصحيحه الحلبي و ما في معناها، عموم يشمل صورته ثبوت اليدين معاً، فيخصّص بهذه الروايه. و هذا وجه تقويه العلامه في التحرير لزوم الحلف. و يمكن إرجاع روايه تميم بن طرفه (١) أيضاً إلى ذلك. و كذا روايه غياث بحمله على ما لو كان يدهما عليه، و تنصيفه بينهما بدون القرعه و بدون التحالف. كما هو أحد القولين في أصل المسئلة. و اختاره المحقّق في الشرائع (٢). و يمكن حمله على ما لو كانا خارجين، بأن يكون ذلك بعد القرعه في الحلف، و نكولهما.

و أمّا الثاني (٣): فإن لم يكن لأحدهما بينه؛ فيقضى بها لدى اليد مع يمينه على نفي استحقاق الآخر، لأنّه هو المدّعى عليه. فإن نكل فهو للمدّعى على القول بالقضاء بالنكول، و إلّا فيردّ على المدّعى و يحلف على كونه حتماً له. و إن كان لكليهما بينه؛ فقد تقدّم الكلام مفضّلاً فلا نعيد. و إن كان لأحدهما بينه؛ فإن كان هو الخارج، فيثبت له من دون يمين، و هو واضح. و إن كان للدخِل، فمقتضى ما اخترناه من تقديم الداخِل أنّه

ص: ٣٧٤

١- الوسائل، ابواب كفيئه الحكم، ب ١٢ ح ٤- و اليك متن الحديث: «أَنَّ رَجُلَيْنِ عَرَفَا بَعِيرًا فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُ فَجَعَلَهُ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عليه السلام) بَيْنَهُمَا».

٢- الشرايع، ج ٤ ص ١٠١ ط دار التفسير- قال هناك: قضى بينهما نصفين و احلف كل منهما لصاحبه.

٣- قال (ره): اذا عرفت هذا فلنرجع الى بيان اقسام التعارض و احكامها: اذا تداعيا عيناً، فإما ان يكون في ايديهما على السواء، او في يد احدهما، او في يد ثالث، او ليس عليه يد اصلاً. فاثم البحث في الاول، و الان يأتي بالبحث حول الثاني و هو «ان يكون في يد احدهما».

يقضى له من دون اليمين. كما نقلناه [عن] (١) المبسوط في أصل المسئلة.

وقال كثير من الأصحاب: إنَّ عليه اليمين، سواء أقام البيّنه أم لا. وهو إنَّما يصحَّ على القول بعدم قبول بيّنه الداخل، فتكون في حكم الساقط و يجب عليه لعموم قوله عليه السّلام «و اليمين على من أنكر». ولا ريب في أنّه لا يصحّ القول بوجوب اليمين عليه مع البيّنه حينئذ مع القول بسقوط اليمين عنه على القول بقبول بيّنته عند تعارض البيّنتين. والحاصل: أنّه إذا بنينا على سماع بيّنه المدعى [عليه]، مطلقاً (كما بيّناه في المقدّمه) فلا معنى لوجوب اليمين عليه مع الشاهد، سيّما إذا لم يعارضه بيّنه من جانب الخارج.

وأما الثالث (٢): فإن لم يكن هناك بيّنه أصلاً؛ فإنَّما أن يصدّقهما ذو اليد بأن يقول «هذا لكما» أو «لكلّ منهما نصفه»، أو يصدّق أحدهما، أو ينكرهما بأن ادعى لنفسه، أو سكت، أو يقول «هي لأحدكما لا أعرف عيناً»، أو «لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما». فإن صدّق أحدهما فالمقرّر له في حكم ذى اليد. فيقضى له مع يمينه. وعلى المصدّق اليمين للآخر على أنّها ليست له. أو على أنّه لا يعرف أنّها له (على اختلاف الروايتين كما نقلهما في الإيضاح) فإن امتنع أغرم القيمة لتفويته عليه بإقراره الأوّل. وإن لم يُقضى بالنكول فيحلف الآخر و يغرم المصدّق قيمه.

ولو صدّقهما، فهي لهما بعد تحالفهما، أو نكولهما. و مع حلف أحدهما دون الآخر؛ فيظهر حكمه ممّا سبق. وكذلك حلف المصدّق لكلّ منهما و نكوله و غرامته. إذ لكلّ منهما أن يُحلفه على أنّ المجموع ليس له. إما بتأ أو على نفى العلم.

و أمّا لو أنكرهما و كذّبهما؛ فالقول قوله مع يمينه.

ص: ٣٧٥

١- و في النسخة: في.

٢- و هو إذا كان المال في يد شخص ثالث.

و أما لو قال «لأحدكما لا أعرفه عيناً» أو غير ذلك ممّا مرّ؛ فإن ادّعى عليه العلم، يُحلفانه. و إن صدّقه فلا يمين عليه. و إن صدّقه أحدهما حلف الآخر.

و إن كان لأحدهما بينه؛ فإن كان هو المصدّق له، فمقتضى القول بسمع بينه الداخل، أنّه يثبت له، و يسقط عنه اليمين. و مقتضى القول الآخر أنّ القول قوله مع يمينه. و إن كان هو الآخر فيكفى بينته و لا يمين عليه، لأنّه خارج. و إن كان هو أحد المصدّقين لهما؛ فهو كما لو كان لأحد المتصرّفين الحقيقيين بينه، و قد تقدّم حكمه.

و أمّا لو كدّبهما و أنكرهما، فالقول قول ذي البينة مع يمينه. و لزوم اليمين إنّما هو لأنّه توجه دعوى صاحبه عليه بعد استنقاذ العين (١) من يد المتصرّف بالبينة، فالآن صار صاحب اليد و توجه إليه دعوى صاحبه. فحينئذ القول قوله مع يمينه. و هذا على القول بعدم سماع بينه الداخل، و إلّا فلا يمين.

و إن كان لكليهما بينه؛ رُجِح ما كان شهوده أعدل. و مع التساوى في ذلك، لمن كان شهوده أكثر، و مع التساوى في ذلك، فيقرع (٢)؛ فمن خرج اسمه يحلف و يعطى الجميع. فإن نكل، حلف (٣) الآخر (على القول بعدم القضاء بالنكول) و أخذ. فإن امتنعاً، قُسمت نصفين. هذا هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخّرين منهم. و عن الشيخ في المبسوط أنّه يُقضى بالقرع إن شهدتا بالملك المطلق. و يقسم بينهما مع الشهادة بالسبب. و لو اختصّ أحدهما بالتقييد بالسبب قضى بها دون الآخر (٤). و الأخبار مختلفه جداً، و لا دلالة في واحد (٥) منها على التفصيلين. فإنّ غايه ما يظهر منها الترجيح بسبب العدالة و الكثرة،

ص: ٣٧٦

- ١- عبارة النسخة: و لزوم اليمين انما هو لان توجه دعوى صاحبه عليه انما هو بعد استنقاذ العين..
- ٢- و في النسخة: فيقرع للحالف.
- ٣- و في النسخة: احلف.
- ٤- و في النسخة: الاخرى.
- ٥- عبارة النسخة: و لان دلالته في واحد..

أما تقدّم اعتبار العدالة على الكثرة، فلا يظهر منها. نعم يدلّ عليها عباره فقه الرضا و عباره رساله الصدوق إلى ولده. و لعلّ ذلك مع عمل المشهور يكفي في ذلك. فإنّ الظاهر أنّ فقه الرضا معتمد على الصدوقين و المفيد و غيرهم من القدماء، [و آرائهم] غالباً مطابق لمضمونه بحيث يظهر أنّهم نقلوه منه.

و أما حكاية القرعه: فالأخبار فيها أيضاً مختلفه، فبعضها يدلّ بإطلاقه على القرعه أولاً، من دون ملاحظه المرجّحات، كصحيحه الحلبي و صحيحه داود بن سرحان و غيرهما. و بعضها بعد ملاحظه المرجّحات، مثل صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله. و بعضها يدلّ على جعله بينهما نصفين مع حلفهما، من دون تعرّض للمرجّحات و القرعه. مثل روايه إسحق بن عمّار. و بعضها يدلّ على تنصيفها بينهما من دون ذكر المرجّحات و لا الحلف و لا القرعه، مثل آخر موثقه غياث بن إبراهيم و روايه تميم بن طرفة: «أَنَّ رَجُلَيْنِ عَرَفَا بَعِيرًا فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُ فَجَعَلَهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَيْنَهُمَا». و بعضها [يدلّ] على أنّه بعد تساويهما في العدد، يقرع بينهما، من دون ذكر الحلف، مثل موثقه سماعه، و في معناها روايه عبد الله بن سنان (1).

فبعد الاعتماد على عباره فقه الرضا، يمكن تميم تفصيل المشهور، بالجمع بين الأخبار بحمل مطلقاتها على مقتيداتها. و ذلك يقتضى ما ذكره. و مقتضى صحيحه أبي بصير أنّ في صورته الترجيح بكثرة العدد، أيضاً يجب الحلف على من بينته أكثر. و عمل عليه الصدوق، و الشيخ في النهايه. و ذلك يقتضى عدم كفايه البيّنه و إن كانتا خارجتين. و هو ينافى فتوى الباقرين بترجيح الأكثر بعد الأعدل، و القرعه و الحلف بعد التساوي. و يمكن حملها على صورته كون أحدهما ذا اليد، كما هو مورد أوّل الصحيحه. و يبنى ذلك

ص: ٣٧٧

على عدم ملاحظه ساير المرجّحات فى ما لو كان يد أحدهما متصرّفه. كما هو ظاهر كلام المتأخرين. و هو أيضاً لا يتم، لأنه لا معنى حينئذ لوجوب الحلف على [أكثرهما] بينه. لأنّ الكثره إن كانت موجهه لقبول البينه فلا- حاجه إلى اليمين، و إلّا فلا وجه لاعتبارها.

إلّا أن يقال: إنّها يدفع حجّيه بينه الخصم و إن لم يُثبت مطلب صاحبها. فيتساقطان و يصير القول قول صاحب الأكثر مع اليمين و إن كان هو الخارج.

و يشكل بمنافاته لقاعدتهم الممهّده (١)، إلّا أن يجعل الروايه مخصّصه للقاعده، و يكون هذه قاعده مفرده كالرجوع إلى القرعه و الحلف فى صوره التساوى. و ظاهر الشهيد فى اللمعه عدم الحلف فى صوره التساوى و ترجيح كليهما، بل اكتفى فى القرعه (٢). و لعلّه الظاهر من ابن أبى عقيل. و هو مشكل بالنظر إلى الأخبار الكثيره المعتبره.

ثمّ: إنّ الأقسام المتقدّمه فى الصوره الأولى (من تصديق ذى اليد أحدهما، أو كليهما، أو إنكاره) جاريه هيّنا. و لعلّ إطلاقهم هذا التفصيل، مبنى (٣) على الإغماض عن حكم اليد و خلافها. و نظرهم إنّما كان إلى ساير المرجّحات. فبعد ملاحظه صيوره أحدهما أو كليهما ذا اليد بسبب تصديق ذى اليد، فيجرى فيه ما تقدّم فى هذا الباب. إذ قد قدّمنا لك سابقاً أنّه لا يتفاوت الحال عندهم بين كون اليد اعتباريه و بالنظر إلى الحثيات، أو حقيقه.

و أمّا الرابع (٤): فالظاهر أنّه مثل الثالث (: إذا لم يصدّق أحدهما و لم يدّعى علمه) فيتقاسمان، أو يتحالفان و يعمل على مقتضى الحلف. هذا إذا لم يكن بينه، و لو كان

ص: ٣٧٨

١- لأنّ صاحب البينه الخارج، هو المدعى و لا بينه للمدعى.

٢- اللمعه الدمشقيه، ص ٩٨ ط دار الناصر.

٣- و فى النسخه: هذا مبنى.

٤- و هو ان يدعى عيناً ليس عليها يد اصلاً.

لأحدهما بينه فيقضى له. وإن كان لهما بينه، فيعمل فيه بمقتضى ما تقدم. وعبارة الصدوق في الفقيه هكذا: «فإن لم يكن الشيء في يدي أحد، وادعى فيه الخصمان جميعاً، فكل من أقام البيّنه فهو أحقّ به. فإن أقام كل واحد منهما البيّنه، فإن أحق المدعين من عدل شاهدها. فإن استوى الشهود في العدالة، فأكثرهما شهوداً يحلف بالله، و يُدفع إليه الشيء. هكذا ذكره أبي رضى الله عنه في رسالته إلى» (١).

و هو موافق لعبارة فقه الرضا و لكن يخالفه ظاهر روايه إسحق بن عمّار المتقدّمه. و الأولى العمل على تفصيل المتقدّم في القسم الثالث.

و أمّا الخامس: فإن ادعى أحدهما الجميع، و الآخر النصف مشاعاً و لا بينه؛ فالمشهور أنّهما يقتسمان بعد حلف من يدعى النصف، دون الآخر. لأنه مقرّ باستحقاقه النصف. و أمّا لو ادعى الآخر النصف متعيّناً، فيقتسمان ذلك النصف المعين نصفين بعد تحالفهما. و ذلك لأنّ الدعوى في الصورة الأولى متعلّقه بجزء جزء. بخلاف الصورة الثانية، فإنّها منحصره في النصف الذى يدّعيه الآخر. فيصير حقّ (٢) من ادّعاءه، الربع.

و قد اعترض عليه بأنّه يجرى هذا الكلام في الأولى أيضاً بعينه. لأنّ النصف المشاع، مسلّم للمقرّ له بالفرض. فإنّ كلّ جزء فرض من المشاع فنصفه المشاع للمقرّ له. و يتعلّق الدعوى بالنصف الآخر، فيتدعيان فيه، فلا بدّ من التحالف. فلا يستحقّ مدّعى النصف حينئذ إلّا الربع أيضاً.

و قد يوجّه المشهور بأنّ ثبوت يدهما على العين بالإشاعه، يقتضى أنّ كلّ جزء يفرض منها يكون في يدهما سواء، فكلّ منهما ذو اليد على نصف كلّ جزء. فمدّعى الكلّ

ص: ٣٧٩

١- الفقيه، ج ٣ ص ٣٩ ط دار الاضواء.

٢- و في النسخة: حقه.

بالنظر إلى ما في يده ليس بمدعى عليه، و بالنظر إلى ما في يد صاحبه مدعى خارج لا يبينه له. فإذا حلف المدعى للنصف على نفى استحقاق صاحبه لما في يده، استقر له النصف (كما ذكره الأصحاب) فلا وجه للاعتراض.

أقول: و لعل السدّ في ذلك ملاحظه اليد على الإشاعه و إن كان [مدعى] (١) النصف معترفاً بعدم مالكيته إلّا [على] النصف، فلو حكمنا بالتنصيف في هذا النصف بعد التحالف (كما في مورد التعيين) لكننا أبطلنا مقتضى يد التصرف بعنوان الإشاعه. و لا وجه لبطلانه. إذ غايه ما دلّ عليه اعترافه هو سقوط الملك عن النصف الآخر. لا [عدم] (٢) التصرف على الإشاعه. فليتأمل. و كيف كان؛ فالظاهر أنّهم لم يذكروا في المسئله خلافاً، كما ذكره الشهيد الثاني (ره) (٣). و مع ذلك فالخروج عن المشهور، مشكل.

(و في المسئله قول آخر لابن الجنيد، و هو أنّه يقسم بينهما أثلاثاً. بناءً على العمل بالعول و سيجيى الكلام فيه).

و لو أقام كلّ منهما بينه؛ فعلى القول بترجيح بينه الخارج، فالكلّ لمدعى الكلّ. هذا على المشهور. و أمّا على الإشكال المتقدم، فثلاثه أرباعه. لأنّه داخل بالنسبه إلى نصف ما يدّعيه مدعى النصف. و قد عرفت جوابه. و أمّا على القول بترجيح بينه الداخل، فيقسم بينهما نصفين. فإنّ الداخل هو مدعى النصف (٤) و يبتنه مطابق لطلبه، فيسقط عنه اليمين. فهذا أيضاً على المشهور، و أمّا على الإشكال المتقدم، فلا يثبت له الا الربع. فإنّ الداخل في الربع الآخر حينئذ هو مدعى الكلّ. و قد عرفت الجواب.

ص: ٣٨٠

١- و في النسخة: مالك.

٢- عبارة النسخة: لا يمكن التصرف على الاشاعه.

٣- المسالك، ج ٢ ص ٣١٣-. و قد سبق البحث فيه.

٤- و في النسخة: مدعى النصف في النصف.

و لو أقام أحدهما خاصةً البيئته؛ فقال الشهيد الثاني (ره): «حكم بها». و على إطلاقه غير صحيح. [و الصحيح] التفصيل بان يقال: ان كان هو مدعى الكل فيحكم بها على المشهور. و أما على الإشكال السابق، فيحكم بها في الثلاثة أرباع مطلقاً، و في الربع الآخر على القول بسماع بيئته الداخل. و أمّا إذا لم يسمع بيئته الداخل مطلقاً (بمعنى عدم مشروعيتها من الأصل أيضاً) فهو لمدعى النصف مع يمينه.

و ان كان هو مدعى النصف؛ فعلى المشهور من كونه داخلياً في الجميع، فلا يفيد بيئته إلا على القول بسماع بيئته الداخل. و على عدمه؛ فيكون كما لو لم يكن هناك بيئته. فيقسم بينهما نصفين مع يمين مدعى النصف. و أمّا على الإشكال السابق من كونه داخلياً في الربع، فعلى القول بسماع بيئته الداخل يثبت له جميع النصف و لا يمين عليه. و على القول بعدمه، يثبت له الربع الذي يدّعيه مدعى الكل، لأنّه بالنسبة إليه خارج حينئذ. و يحلف على النصف الذي في يده. لأنّه مدعى عليه في ذلك.

هذا كله إذا كان العين في يدهما. و أمّا لو كانت في يد ثالث؛ فإن صدقهما بمعنى أن يقول إنّه لكما. فيصيران بمنزلة المتشبهين، و يظهر حكمه ممّا سبق هنا [ك]، و لمدعى الكل عليه الحلف في النصف. و إن صدق أحدهما، فيصير هو بمنزلة ذي اليد و الآخر بمنزلة الخارج. و يظهر حكمه ممّا مرّ في التفصيلات المتقدمه من تحليف المتصدق و غرامته على تقدير النكول و تحليف أحد المتداعيين للآخر، و غير ذلك. و كذلك يظهر الحال لو أقام أحدهما أو كلاهما البيئته، من ملاحظه المباحث السابقه من تقديم بيئته الداخل، أو الخارج، أو غير ذلك.

و لو لم يصدقهما، فيبقى في يده مع حلفه لهما إن لم يكن لهما بيئته، و إن كان لأحدهما بيئته، فيحكم بها. و لو أقاما، فلمدعى الكل النصف بلا منازع، و تعارضت البيئات في النصف الآخر، فيجرى فيه الحكم السابق في الخارجين من تقديم الأعدل، فالأكثر،

فالقرعه و القضاء لمن خرج القرعه بحلفه. فإن امتنع، حلف الآخر. فان نکلا، قسّم بينهما فلمدعى الكلّ ثلاثة أرباع و للآخر الربع.

و يلزم ابن الجنيد على البناء السابق، البناء على الأقسام، على طريق العول على حسب سهامهما، يعنى أنّ المال المتنازع فيه، مساو لما يدّعيه مدعى الكلّ، و لا يمكن الجمع بين إبقاء حقه و حقّ مدعى النصف. فإذا لم يثبت مرجح البيّنه، فيبنى على العول؛ يعنى يزداد فى السهام و يوزع النقص على الجميع. فيقسّم المال بينهما ثلاثاً؛ فالثلثان لمدعى الكلّ، و الثلث لمدعى النصف. كتقسيم الديان فى مال المفلس و الميت. و مستنده أنّ المنازعه وقعت فى أجزاء غير معيّنه، و كلّ واحد منهما لا يخلو من دعوى كلّ منهما بسبب الإشاعه، فلا يخلص النصف لمدعى الكلّ بلا منازع (كما ذكره المشهور)، بل كلّ جزء يدعى مدعى الكلّ كلّه، و مدعى النصف نصفه، و نسبه احد الدعويين إلى الأخرى بالثلث. فيقسم العين أثلاثاً.

و هو مردود بأنّ مدعى الكلّ يخلص له النصف مشاعاً بغير نزاع و هو كاف و إن كان النزاع واقعاً باعتبار التعيين.

منهاج: المشهور أنّ تقدّم التاريخ، من المرجّحات فى مقام تعارض البيّنات فى الملك. فيحصل الترجيح [لتقديم الأقدم] (١).

و لا بدّ فى تحقيق المطلب من تقديم مقدّمه: و هو أنّ المشهور أنّه لا يسمع الشهاده بالملك القديم حتّى يضمّ إليه: «و هو ملكه الآن و لا- أعلم له مزيلاً» (٢). و لا- يكفى أن يضمّ إليه قوله «و لا- أدرى أزال ملكه عنه أم لا». و عن بعضهم أنّه لا- يشترط الضميمه. و

ص: ٣٨٢

١- و فى النسخة: للتقديم و الاقدم.

٢- اى: ان يقول الشاهد: «اشهد أنّ هذا كان فى السابق لفلان و لا أعلم له مزيلاً».

جعل الشهيد الثاني (ره) ذلك في المسئلة، مقتضى إطلاق كلام المحقق. وظنى أنه ليس كذلك. بل هو موافق للمشهور. و كذلك إطلاق غيره.

و الحق هو المشهور، فإن الشهادة هو «إخبار جازم عن حق لازم للغير». و المطلوب إثبات الحق الآن بالبينه. و [مؤدى] (1) قوله «كان له بالأمس» ليس إلّا الإخبار بكونه له فى الأمس. و هو لا يستلزم علمه بكونه له الآن. بل يجمع مع علمه بعدم كونه له الآن. و التمسك بالاستصحاب هنا لا معنى له. إذ استصحاب مقتضى الحكم السابق، هو ليس نفس إخبار البينه و لا لازمه. نعم هو قد يكون لازم نفس المخبر به، من جهة الاستصحاب. و الذى يمكن استناده إلى البينه، هو العلم الحاصل له بكونه ملكاً له الآن، أو الظن الحاصل له بالبقاء، من جهة الاستصحاب. لا-الظن الحاصل للغير من جهة حصول الملك فى الآن السابق بسبب الاستصحاب.

و بالجملة: لما كان حصول العلم للشاهد بالملك غالباً من المحالات العادية (إذ نقل الملك قد يحصل فى نفس المالك بنفسه بحيث لا يطلع عليه أحد غيره، بنذر أو وقف أو غيره من الأمور، أو مع عدم اطلاع الشاهد مثل أن أحداً كان مالكاً لداره اليوم و نقلها فى الليل إلى زوجته أو أحد ولده) و مع ذلك يشهد البينه بأنه ملكه. فليس ذلك إلّا لأجل الاستصحاب.

و اعلم: أن بناء الشهادة على الاستصحاب، مما لا ينبغى التأمل فيه. و قد سمعت أن بعض أفاضل أهل عصرنا ينكر ذلك و كأنّ لأجل [ملاحظة] (2) اشتراطهم اليقين فى الشهادة و ما ورد من الأخبار فيه من أنه لا بد أن يكون عنده فى الظهور مثل الشمس. و على ما

ص: ٣٨٣

١- و فى النسخة: يؤديه.

٢- و فى النسخة: ملاحظ.

بَيِّنَاهُ وَحَقَّقْنَاهُ، فَهَذِهِ الْكَلِمَاتُ وَالْأَخْبَارُ مَحْمُولَةٌ عَلَى كَوْنِ الْأَصْلِ يَقِينًا وَإِنْ عَرَاهُ الظَّنُّ بَعْدَ ذَلِكَ. وَمِمَّا يَحْضُرُنِي مِنْ عِبَارَاتِ فُقَهَائِنَا الْآنَ يَشْهَدُ بِمَا ذَكَرْنَا، مَا ذَكَرَهُ الشَّهِيدُ (رِه) فِي الْقَوَاعِدِ قَالَ: «قَاعِدُهُ: ذَكَرَ الشَّاهِدُ السَّبَبَ فِي الشَّهَادَةِ، قَدْ يَكُونُ سَبَبًا كَمَا فِي صُورِهِ التَّرْجِيحِ. وَقَدْ يَكُونُ فَعْلُهُ وَتَرْكُهُ سِوَاءً كَمَا فِي صُورٍ كَثِيرَةٍ. وَقِيلَ قَدْ يَكُونُ ذَكَرُ السَّبَبِ قَادِحًا فِي الشَّهَادَةِ، كَمَا لَوْ قَالَ اعْتَقَدَ أَنَّ هَذَا مَلِكُهُ لِلْإِسْتِصْحَابِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْحَقِيقَةِ مُسْتَنْدًا إِلَى الْإِسْتِصْحَابِ. وَكَذَا لَوْ صَرَّحَ بِأَنَّ هَذَا مَلِكُهُ عِلْمَتُهُ بِالْإِسْتِفَاضَةِ. وَهَذَا ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ الْإِسْتِفَاضَةَ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَمُّلِ، فَكَيْفَ يَضَرُّ ذِكْرَهَا. وَإِنَّمَا مَرَّ ذَكَرُ الْإِسْتِصْحَابِ إِنْ قَلْنَا بِهِ، لِأَنَّهُ يُؤْذَنُ بِشَكِّهِ الْبَقَاءَ، وَ لَوْ أَحْمَلَ ذِكْرَهُ وَ أَتَى بِصُورِهِ الْجَزْمَ زَالَ الْوَهْمُ. وَ لَوْ قِيلَ بَعْدَ الضَّرَرِ أَيْضًا، كَانَ قَوْلًا. وَ كَذَلِكَ الْكَلَامُ لَوْ قَالَ هُوَ مَلِكُهُ [لَأْتَى] (١) رَأَيْتَ يَدَهُ عَلَيْهِ، أَوْ رَأَيْتَهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِغَيْرِ مَانِعٍ» (٢). إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ: «قَاعِدُهُ: الْمَعْتَبَرُ فِي عِلْمِ الشَّاهِدِ حَالِ التَّحَمُّلِ، وَ لَا يَشْتَرُطُ اسْتِمْرَارُهُ فِي كَثِيرٍ مِنَ الصُّورِ كَالشَّهَادَةِ بِدَيْنٍ أَوْ ثَمَنِ مَبِيعٍ، أَوْ مَلِكِ الْوَارِثِ، مَعَ الْإِمْكَانِ أَنْ يَكُونَ قَدْ دَفَعَ الدَّيْنَ أَوْ ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَ بَاعَ الْمَوْرَثَ. وَ كَالشَّهَادَةِ بِعَقْدِ بَيْعٍ، أَوْ إِجَارِهِ، مَعَ إِمْكَانِ الْإِقَالَةِ بَعْدَهُ. وَ الْمَعْتَمَدُ فِي هَذِهِ الصُّورِ إِتْمَا هُوَ الْإِسْتِصْحَابُ، أَمَّا الشَّهَادَةُ عَلَى [النَّسَبِ] (٣) وَ الْوَلَاءِ فَإِنَّهُمَا مَعَ الْقَطْعِ، لَا مَتْنَاعَ انْتِقَالِهِمَا. وَ كَذَا الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ، فَإِنَّهُ إِخْبَارٌ عَنِ وَقُوعِ النُّطْقِ فِي الزَّمَانِ الْمَاضِي. أَمَّا الشَّهَادَةُ بِالْوَقْفِ؛ فَإِنْ مَنَعْنَا بَيْعَهُ، فَهِيَ مِنَ الْقَطْعِ».

وَ يَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضًا كَلِمَاتُهُمْ فِي هَذَا الْمَقَامِ فِي الشَّهَادَةِ بِالْمَلِكِ الْقَدِيمِ مَعَ انْتِصَامِ قَوْلِهِ

ص: ٣٨٤

١- وَ فِي النُّسخة: لَابِي.

٢- قَوَاعِدُ الشَّهِيدِ، ج ١ ص ٣٧١.

٣- وَ فِي النُّسخة: السَّبَبِ.

«و لا أعلم له مزيلاً». إذ هو أعمّ من اليقين. و ستسمع ما نقله عن القواعد (١) و ما سنحقيقه فى طيّ كلام القواعد. و بيان الفرق بين التصريح بالاستصحاب و عدمه، لم يكن مسبقاً بملاحظه قواعد الشهيد كأكثر [الأفكار] (٢) المتداوله فى مؤلفاتى. و قال الشهيد الثانى (ره) فى تمهيد القواعد: «فروع: الاستصحاب؛ و منها ما إذا ادعى عيناً فشهدت له بينه بالملك فى وقت سابق، أو أنه كان ملكه. ففى قبولها وجهان؛ من أن ثبوت الملك سابقاً يوجب استصحاب حكمه فيحصل الغرض منها. و من عدم منافات الشهاده ملك غير له. إذ يصدق ما ذكره الشاهد و إن كان الآن ملكاً لغيره مع علم الشاهد به و عدمه. و من ثم احتياط المتأخرون و أوجبوا ضميمه «أنه باق إلى الآن و لا نعلم مزيلاً» [ل-] ينتفى احتمال علمهما بملك غير المشهود له ظاهراً».

و على القاعده يجوز للشاهد أن يشهد باستمرار الملك إلى الآن، حيث لا يعلم له مزيلاً. عملاً بالاستصحاب. كما له أن يشهد بأنه لا يعلم مزيلاً. فقد حكموا بأنه لو قال «لا أدرى زال أم لا» لا يقبل. و ينبغى عدم الفرق بينه و بين السابق، لانتفاء المانع المذكور مع العلم بالاستصحاب. و أما الفرق بين الصيغتين؛ بأن الثانيه يشتمل على تردد مع اشتراط الجزم فى الشهاده بخلاف الأولى، فمما لا يجدى لتحقق الجزم فيهما بأصل الملك، و الشكّ فى استمراره لا يزول بكونه لا يعلم المزيل. و الاستصحاب يجرى فيهما.

و الحاصل: أن جواز اعتماد الشاهد على الظنّ الحاصل له من جهه الاستصحاب، ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال يدانيه. و إلّا لزم العسر و الحرج و انسداد باب القضاء و رفع النزاع. لكنّ الدليل إنّما قام على حجّيه ما شهد به لعلمه لو فرض حصوله، أو ظنّه الحاصل

ص: ٣٨٥

١- اى: ما نقله الشهيد (ره) عن قواعد العلامة (ره).

٢- و فى النسخة: الانكار.

له بسبب الاستصحاب. لا مجرد كون المخبر به ممّا يمكن حصول الظنّ به في الجملة من جهة الاستصحاب.

و إمكان الحصول في الجملة، لا يستلزم فعليّه حصوله للشاهد.

فكما أنّ المجتهد قد يريّح الظاهر على الأصل و يقطع الاستصحاب بسبب ظهور خلافه و أظهريته، و يسقط عنده عن درجه الحجّيه، فكذلك الشاهد في إخباره قد يكون على ظنّ بما علمه سابقاً و بأنّه باق لعدم سنوح سانحه، أو وجود أمارات تفيد الظنّ بالبقاء. و قد يسنحه سوانح يتزلزله عن ذلك الظنّ و يصير شكّاً أو وهماً. فحينئذ لا يمكنه الإخبار لا بالعلم و لا بالظنّ. [و] الظنّ الحاصل للحاكم (أو غيره) لبقاء المخبر به على [حالته] (١)، ليس نفس ظنّ اليّنه.

فإن قيل: [لوقيل] بأنّ الحاكم يجوز له العمل بظنّه أيضاً كما يجوز العمل بيقينه، لكان لهذا وجه.

و هو كما ترى؛ و لذلك فرّقوا بين قوله «لا أعلم له مزيلاً» و قوله «لا أدري أزال ملكه أم لا». فإنّ الأوّل قد يفيد أنّه يعلم البقاء، و قد يفيد أنّه مظنون البقاء عنده. و أمّا الثاني فإنّما يفيد الشكّ و عدم بقاء الظنّ.

و من هذا يظهر سرّ القول بتقديم اليد الحاليه على اليّنه السابقه بالملك، أو باليد (٢). كما لو كان في يد أحد دار و ادّعى غيره أنّها له و أقام بيّنه على أنّها كانت في الأمس في يده أو ملكاً له. و اختلفوا فيه على قولين كلاهما للشيخ في كلّ واحد من المبسوط (٣) و

ص: ٣٨٦

١- و في النسخة: حالة.

٢- اى: تقديم اليد الحاليه باليد السابقه.

٣- المبسوط، ج ٨ ص ٢٧٩ ط المرتضويه.

الخلاف (١). من جهة أنّ اليد ظاهرها الملك الآن و لا يدفعها اليد السابقه و الملك السابق، لكونها بعاريه و نحوها فى اليد، و انتقالها منه إلى الغير بعد الأمس فى الملك. و عدم مطابقه الدعوى و الشهاده، إذ الدعوى بالملك الحالى و الشهاده متعلقه بالسابق.

(و لو قيل إنّ ثبوته فى الماضى يوجب استصحابه إلى الآن. مُنع بأنّ اليد الحاضره الظاهره فى الملك معارضه له، فلا- يتم الاستداهه خصوصاً فى اليد. لانقطاعها رأساً).

و من جهة أنّ اليد الحاضره إن كانت دليل الملك [الحاليه، فهى معارضه] بالسابقه المستصحبه، أو الملك السابق المستصحب. لمشاركتهما فى الدلاله على الملك الآن، و انفرادها بالزمن السابق. فيكون [السابق] أرجح (٢). و الاستصحاب يوجب المطابقه بين الدعوى و الشهاده.

هكذا ذكروا الاستدلال للقولين. و الأظهر عندى القول الأول. و لا فرق بين أن يكون البيئه السابقه على اليد، أو الملك المطلق أو المسبب، مثل الشراء، أو الانتاج، أو غيرهما. و قد ظهر وجهه ممّا مرّ. و احتمال كون اليد الثانيه أيضاً بالعاريه أو غيرها، لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على حالها. فإنّ المقصود الأصلى من إعمال اليد، هو البقاء لتسلطها على ما فيها، و عدم جواز منعها من التصرف كيف شاء بسبب احتمال الغصب و العاريه أو غيرهما. فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك. و ليس هذا معنى الحكم بأنّه ملك.

و أمّا فى الشهاده؛ فلا بدّ أن يكون على الملكيه حتى يمكن به دفع هذه اليد الحاضره. و إلّا فلا منافات بين البيئتين، و يحكم على المسلمين بصحّه فعلهما و عدم جواز منع يديهما من التصرفات فى الحالين، و لَمّا انقطع الحال الأولى بقى الحال الثانيه. فلا يعارض

ص: ٣٨٧

١- الخلاف، ج ٦ ص ٣٣٩ مسئله ١١. ط جماعة المدرسين.

٢- عبارة النسخه: و من جهة ان اليد الحاضره ان كانت دليل الملك بالسابقه المستصحبه او الملك السابق المستصحب او الى لمشاركتهما بها فى الدلاله على الملك الان و انفرادهما بالزمن السابق فيكونان ارجح.

اليَدُ الحَالِيه (الموجبه لبقاء حكمها و إجراء حكم الملك على ما فيها) اليَدُ المنقطعه المحكوم عليها بمثل ما يحكم عليها في هذه ما دامت باقيه على حالها.

و أما الملك السابق؛ فهو و إن كان يمكن استصحابه، لكنّه لم تستصحبه البيّنه (كما هو المفروض). لأنّه إنّما شهد على الملك في الوقت الخاصّ، و كون الشيء ممّا يمكن حصول الظنّ به بسبب وجوده في الآن الأوّل، لا يوجب حصول الظنّ به للبيّنه مطلقاً. و أقصى ما يمكن استناده إلى البيّنه (أو الاعتماد على ما أفاده)، هو ظنّه الحاصل من الاستصحاب الظاهر عنده، و المفروض عدمه. فليس هنا من جهه البيّنه شيء؛ لا شهاده بيّنه على الملك الحالى، و لا استناد إلى ظنّه الحاصل بالاستصحاب، عنده، ليرتّب عليه الحكم الحالى بسبب شهادته.

نعم: لو جاز للحاكم العمل بما يظهر عنده من الاستصحاب، لجاز ذلك إذا لم يحصل [ظنّ] (1) أقوى منه من اليد. و كلاهما في مقام المنع، فإنّ مسئلة جواز عمل الحاكم بعلمه (مع أنّه محلّ إشكال و خلاف) فإنّما يدلّ على جواز العمل بالعلم القطعى بالحكم، لا بمطلق الظنّ. و كذلك كون الظنّ الحاصل من الاستصحاب أقوى من الظنّ الحاصل باليد، في محلّ المنع. بل هذا أقوى. و هو مقتضى الجمع بين البيّنتين و الدعويين أيضاً. و من ذلك ظهر بطلان ما ذكره من «مشاركتهما في الدلاله على الملك الحالى، و انفرادها بالزمن السابق». لما عرفت من عدم المشاركة أصلاً. أمّا في اليد؛ فظاهر. و أمّا في الملك؛ فلأنّ المشاركة ليست من جهه البيّنه، و إن كانت البيّنه علّة لحصول ما هو علّة لإمكان فهم المشاركة بسبب استصحابه و قابليته انسحابه إلى الآن.

قال في تمهيد القواعد (بعد الكلام السابق): «و يتفرّع عليه أيضاً ما لو قال المدعى

ص: ٣٨٨

١- و في النسخة: الظن.

عليه «كان ملكك بالأمس». أو [كان مقرراً] (١) بذلك ابتداءً. وقيل لا- يؤخذ به كما لو قامت بينه بأنه كان ملكه بالأمس. و الأقوى أنه يؤخذ، كما لو شهدت البيّنه أنه أقرّ أمس. و الفرق على هذا بين أن يقول «كان ملكه بالأمس» و بين أن تقوم البيّنه بذلك، أنّ الإقرار لا يكون إلّا عن تحقيق، و الشاهد قد يُخْمَن، حتّى لو استندت الشهاده إلى تحقيق؛ بأن قال «هو ملكه اشتراه منه بالأمس»، قبلت.

ثمّ قال: «و منها لو تعارض الملك القديم و اليد الحادّته، ففي ترجيح أيهما، قولان. و مأخذ تقديم الملك السابق، قاعده الاستصحاب. فيتعارض حينئذ الملك و اليد. و الأوّل مقدّم، كما لو شهدت البيّنه لأحدهما بالملك، و للآخر باليد في الحال». انتهى.

هذا كلّه إذا لم يشهد البيّنه السابقه على فساد اليد اللاحقه. فإنّ شهد على أنّها [غصبها] (٢) من السابق أو استأجرها، أو نحو ذلك، فيترجح بلا إشكال.

ثمّ: إنّ العلامه (ره) قال في القواعد: «و لو قال (أى البيّنه): أعتقد أنّه ملكه، بمجرد الاستصحاب. ففي قبوله إشكال. أمّا لو شهد بأنّه أقرّ له بالأمس، ثبت الإقرار و استصحب موجه و إن لم يتعرّض الشاهد للملك الحالى. و لو قال المدّعى عليه: كان ملكك بالأمس. انتزع من يده، لأنّه مخبر عن تحقيق فيستصحب. بخلاف الشاهد فإنّه يخبر عن تخمين. و كذا يسمع من الشاهد لو قال: هو ملكه بالأمس اشتراه من المدّعى عليه بالأمس. أو أقرّ له المدّعى عليه بالأمس. لأنّه استند إلى تحقيق» (٣).

أقول: أمّا الإشكال في [الاتكال] (٤) على مجرّد الاستصحاب، فلعلّه ناظر إلى عدم

ص: ٣٨٩

١- و في النسخة: قال المقرّر.

٢- و في النسخة: عقبها.

٣- القواعد (متن الايضاح) ج ٤ ص ٤١٣ ط كوشانپور.

٤- و في النسخة: الاشكال.

حصول الظن له، بل ليس هناك إلّا قابليته انسحاب الحكم و إمكانه. فإنّ من علم بالملك في الآن الأوّل، قد لا يسنحه سانحه و لا يرد على ملكه ما يزلزله. بل تحصل له معاضدات لبقاء الملك؛ مثل بقائه في يده مدّة مديدة بلا منازع، سيّما على كون ذى اليد اللاحقه ممّا يظنّ كذبه و عدوانه. فإنّ البقاء في يده هنا مع علمه بالملك السابق، لا يفيد نفس الملك، للزوم تحصيل الحاصل. و قد يسنحه سوانح يوجب الشكّ و يساوى الظن في الزوال و البقاء. بل قد يحصل الظنّ بالزوال، كما لو اختلف عليه الأيدي، [أ] و كان ذو اليد ممّن يظنّ صدقه، و نحو ذلك. فلا يبقى حينئذ للشاهد إلّا مجرد الاستصحاب، أعنى عدم حصول اليقين. بخلاف الحكم السابق الموجب لإمكان انسحابه.

و أمّا إن أراد به أنّ اعتقاده من جهه ظنّه الحاصل بالاستصحاب، فلا وجه للإشكال، لظهور أنّ ذلك معتمد عند الشارع. فأى مانع من إظهار وجه الشهاده؟ اللهم إلّا من جهه أنّ ذلك منافي للجزم، و الشهاده هو إخبار جازم. و فيه أنّ المراد بالإخبار الجازم، هو ما يجوز له الإخبار الجازم و لو كان بالظنّ لا بالجزم الواقعي. و إلّا لما صحّ الاعتماد على الاستصحاب مطلقاً. و هذا خلف.

و أمّا ترجيح البيّنه على اليد في صورته الشهاده على إقراره بالأمس، [فالشهادة] (١) على ما [يتيقن] (٢) به بانقطاع يد ذى اليد عنه (على فرض صدقه). فيصير استصحابه أقوى من استصحاب الشهاده على الملك. لأنّه لا يحصل معه إلّا الظنّ بانقطاع اليد. و أمّا في صورته إقرار المدّعى عليه، فالأمر أوضح. لكون الاستصحاب حينئذ ناشياً من أمر موجب للقطع جزماً، و مفيد لانقطاع يده عنه، و مالكيه خصمه يقيناً. بل يوجب ذلك اعتراف ذى اليد بكونه مدّعياً وظيفته الإثبات. بخلاف شهادة الشاهد. فإنّه لما كان غالباً مبنياً على الظنّ

ص: ٣٩٠

١- و في النسخة: فلا شهادة.

٢- و في النسخة: يتفق.

(مثل اليد، و الاشرء من ذى اليد و نحو ذلك) فالاستصحاب هنا ناش من أمر ظنى. فهذا ظنّ فى الظنّ، و ذلك ظن فى القطع و هو أقوى. و يظهر منه قوّه الصوره الأخره. و بالجمله: المدار فى الترجيح بين الأمارات المثبته للحقوق (من البينه، و الإقرار، و البينه على الإقرار، و غيرها) على ما يوجب الترجيح من جهه قوّه الظنّ و ضعفه.

إذا عرفت هذا، فنرجع إلى أصل المسئله و نقول: إذا تعارضت البينات فى الملك، فالمشهور أنّه يحصل الترجيح بالتقدم و الأقدم (كما لو قال احد البينتين أنّه ملكه الآن، و قال الأخر أنّه ملكه مدّة شهر. أو قال إحداهما أنّه ملكه مذ سنه، و الأخرى أنّه ملكه مذ سنتين) لأنهما تعارضتا فى الوقت المشترك بينهما و سقطتا فيه، و بقى الشهاده المختصّه بالمتقدّم سالمه عن المعارض فى وقت الغير المشترك. فيثبت موجبها فى الزمان المتقدّم بغير معارض. و يستمرّ بحكم الاستصحاب.

و ردّ: بأنّ مجرد الملك فى الماضى، لا ينفع. و دلالة الشهاده القديمه على الملك الآن، انتفت بالشهاده الحاليه، فلا يستمرّ. و ثمره الشهاده السابقه إنّما تظهر بسبب اتصالها بالآن، و إلّا فلا ينفع الشهاده فى الماضى، كما مرّ. و المفروض بطلان حال اتّصالها بالآن، بسبب معارضتها بالشهاده الحاليه. هذا إذا كان الشهاده القديمه بعنوان الاستمرار بأن يقول «إنه ملكه إلى الآن» مثلاً. و أمّا لو لم يتّصل شهادته بالآن، بأن يشهد بأنّه ملكه فى أوّل العام السابق مثلاً، و الأخر بأنّه ملكه الآن مثلاً، فالأمر أوضح كما تقدّم.

أقول: و الكلام فى صوره عدم الاتّصال، واضح لما تقدّم. و أمّا فى صوره الاتّصال؛ فيمكن أن يقال إنّ المرّجح للبينه هو نفس تلك الزيادة، لا أنّ تلك الزيادة مثبتة [لشيء] (1) بالاستقلال، حتّى يمنع استمرارها.

ص: ٣٩١

و ربّما يُفصل هنا بأنّه لو لم يصرّح بيّنه القديم و الأقدم بالملكيه الحاليه (مثل أن يسكت، أو يقول لا أدري أزال أم لا، [ا]و لا أعلم له مزيلاً)، فالترجيح للحادث، لتقدم المفصل على المجمل، و عدم المنافات. فيجب إعمال الحادث. و لو صرّح بها فيقع التعارض و يرجح القديم مع إشكال فيه. و مراده بالإشكال، هو ما ذكرناه سابقاً في الرّد.

أقول: و ما ذكره حسن في الصورتين الأوليين. و أمّا في الصورة الأخيره، فيمكن دفعه بمنع الإجمال، فإنّ مناط الشهاده غالباً هو الظنّ الاستصحابي، و هو معتبر عند الشارع، كما أشرنا سابقاً. فلا يضرّ قوله «و لا أعلم له مزيلاً» في كون ذلك بيّنه تفصيليّه. و التعارض إنّما هو بين البيّنات المعتره شرعاً، لا مدلولاتها المختلفه عقلاً و عرفاً. نعم يمكن القول بأنّ ظهور الدلاله و قوّتها و أوضحيّتها أيضاً من المرجّحات، فلا بدّ من ملاحظتها أيضاً. لا أنّه لا منافات، و أنّه يجب الحكم بالآخر و لا يجوز العمل بالأوّل.

ثمّ: إنّ الشهيد الثاني(ره) قال في المسالك: «إنّ المسئله مفروضه في ما إذا كان المدّعى في يد ثالث. و أمّا إذا كان في يد أحدهما و قامت بيّنتان مختلفتا التاريخ، فإنّ كانت بيّنه الداخلة أسبق تاريخاً، فهو المقدم لا محاله. و إن كانت بيّنه الآخر أسبق تاريخاً، فإنّ لم يجعل سبق التاريخ مرجّحاً، فكذلك يقدم الداخل. و إن جعلناه مرجّحاً ففي ترجيح أيّهما و عدمه، أوجه: الأوّل (1): ترجيح اليد، لأنّ البيّتين متساويان في إثبات الملك في الحال، فيتساقطان و يبقى من أحد الطرفين اليد، و من الآخر إثبات الملك السابق. و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق. و لهذا لا تزال بها. الثاني: ترجيح [السابق]. لأنّ مع أحدهما ترجيحاً من جهه البيّنه، و مع الآخر ترجيحاً من جهه اليد. و البيّنه مقدّمه على اليد فكذلك الترجيح من جهتها مقدّم على الترجيح من جهه اليد.

ص: ٣٩٢

الثالث: أنهما متساويان، لتعارض البيئتين» (١).

و فيه: أن فرض المسئلة في ما ذكره فقط ممنوع. بل يشمل جميع الصور.

و أيضاً إن ما ذكره من التفصيل، إنما يجرى على القول بترجيح بيئته الداخلة. و هو خلاف مختاره سابقاً.

أقول: و يمكن أن يكون مراده أن إطلاق القول بتقديم سبق التأريخ و ترجيحه على الحادث، إنما يجرى في صورته كون العين في يد ثالث. و في معناه ما لو لم يكن عليه يد أحد. و أما لو كان في يد أحدهما، فلما لم يتصور تعارض على القول بترجيح بيئته الخارج (لأنهم يعتمدون في المسئلة على الحديث المستفيض و هو ينفي أصل البيئته و يسقطها عن الاعتبار رأساً) فلا معنى لملاحظته المرجحات في جانب بيئته الداخلة حينئذ. فبنى الكلام فيه [على فرض] ترجيح بيئته الداخلة و فرض الصور المذكور على الفرض الممكن. و حينئذ فالوجه الأول من الوجوه الثلاثة، هو المعتمد. و الوجهان الآخرا ضعيفان. فليس ذلك الفرض لتجدد رأيه في المسئلة، بل لأنه لا يمكن الفرض إلا في ذلك.

نعم: يرد عليه أن ذلك إنما يتم لو بنى ترجيح بيئته الخارج على الحديث المستفيض. أمّا لو بنى على «ترجيح التأسيس على التأكيد» مثلاً، فيمكن إجراء الكلام على القول بترجيح بيئته الخارج أيضاً. و الحق أنه حينئذ أيضاً، الترجيح لبيئته الداخلة و ان سبق التأريخ في بيئته الخارج، و لو يوازي اليد.

منهاج: لو تعارضت البيئته بالملك المطلق و البيئته باليد؛ فالترجيح لبيئته الملك. لاحتمال اليد العارية، و الإجارة، و غيرهما. و لا فرق بين تقدم التأريخ و تأخره. و استشكله في الكفاية، لجواز أن يكون مستند شهادته الملك هو اليد، فلا يزيد على

ص: ٣٩٣

١- المسالك، ج ٢ ص ٣١٤ ط دار الهدى.

الشهادة باليد. و هو ضعيف؛ لأنّ بناء الشهادة على مجرّد اليد في غاية الندره (مع الإشكال في جوازه كما يأتي). بل الغالب الشايع، انضمام ساير القرائن المفيده للعلم أو الظنّ القوى. و كيف كان، فلا ريب في ترجيح الشهاده بالملك. و أمّا لو تعارضت البيّنه بالملك المسبّب (مثل الاشتهار و الإنتاج)، و البيّنه بالتصرّف تصرّف الملاك (من البناء و الهدم و البيع و غيرهما)، فكذلك أيضاً. لاحتمال التصرّف صدورّه عن الوكيل و غيره. و صراحه الملك.

و قال المحقّق الأردبيلي (ره): «و لا يخفى أنّ هذا الدليل يدلّ على تقديم بيّنه الملك المطلق من غير ذكر السبب، على بيّنه التصرّف. و ذلك غير بعيد. و لكن تقييدهم بالسبب مشعر بعدم ذلك، فتأمل» (١). انتهى. و استشكل في الكفايه ايضاً بأنّ الاشتهار إن كان من غير ذى اليد، فلا يدلّ على المطلوب. و إن كان من ذى اليد أو المتصرف، فيرجع إلى اليد و التصرّف. فلا ترجح على الشهاده باليد أو التصرّف. و هذا الإشكال ايضاً ضعيف. فإنّ طريان قوّه الملك بسبب قوّه السبب و هو البيع، لا ينافى ضعفه قبل ذلك. فإنّ البيع، الذى ثبت صحّته شرعاً و إن كان حاصلًا من ظاهر اليد. فلا ريب في [ترتب] (٢) حكم الملك عليه و هو قطعى. بخلاف دلالة اليد المجرّده على الملك.

و بالجملة: صدق كونه مبيعاً له، أقوى دلالة على الملك من كونه في يده بمجرّده. و نظير ذلك أنّ الحاكم قد يبنى حكمه في المسئله على ظنّ ضعيف حاصل من الدليل الظنّي. و بعد حكمه لا يجوز نقضه قطعاً و يفيد حكمه القطع بمؤداه.

منهاج: لا خلاف بينهم في تحقّق التعارض بين الرجلين العدلين، [و بين مثلهما من] (٣)

ص: ٣٩٤

١- مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان ج ١٢ ص ٢٤٣.

٢- و في النسخة: تردد.

٣- و في النسخة: و مثلهما و بينهما بين..

الرجل والمرئتين. لكون كل منهما حجّة شرعية. و لا- يترجّح بينهما. و أمّا الشاهد و اليمين، فلا يعارض شيئاً منهما عندهم، لضعفه من جهه وقوع الخلاف في كونه مثبتاً. و من جهه أنّ الحالف يصدّق نفسه، بخلاف الشاهدين و الشاهد و المرئتين، فإنّهما يصدّقان غيرهما. و ذلك مرجّح قوى. و نُقل عن الشيخ قول بالتعارض و القرعه بينهما. و بعضهم نفى القول عنه، بل نسب إليه التردّد. و عبارته محتمل للمعنيين، و لذلك اختلف العلماء في فهمه. و كيف كان فلا مناص عمّا هو المعروف من مذهب الأصحاب.

منهاج: لو تداعيا زوجّه، و أقام كل منهما بيّنه، فإن كان مع أحدهما مرجّح، عمّل به. و إن لم يكن هنا مرجّح بأن يكونا [خارجين مثلاً و لم يعاضد أحدهما مرجّح، و نكلا عن اليمين أيضاً، فيقرع بينهما. للزوم تعطيل الحكم بدونه، و لعموم ما ورد أنّها لكلّ أمر مشكل، و لعدم تصوّر القسمة بينهما كما يتصوّر في الأموال.

و يؤيّد مرسله داود بن أبي يزيد العطار عن بعض رجاله: عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجُلٍ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ فَجَاءَ رَجُلٌ بِشُهُودٍ أَنَّ هَذِهِ امْرَأَةُ فُلَانٍ وَ جَاءَ آخَرَانِ فَشَهِدَا أَنَّهَا امْرَأَةُ فُلَانٍ فَاعْتَدَلَ الشُّهُودُ وَ عَدَّلُوا فَقَالَ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَ سِيْهُمُ فَهُوَ الْمُحِقُّ وَ هُوَ أَوْلَىٰ بِهَا» (١). و لا- دلالة في الرواية على اليمين و لا تعرّض فيها لدعوى الزوج، و لا بدّ ان يحمل على ذلك، كما أشار إليه المحقّق الأردبيلي (ره) قال: «و يمكن التفصيل بأن المرثه هل تصدّق أحدهما أو تنكر، فيمكن ترجيح من صدّفته، و مع إنكارهما أو تصديقهما معاً، يرجع إلى الأوّل يعنى القرعه. و لكن في صورته الإنكار و الحكم للمنكر منهما، ينبغي أن يذكر لها: إن [لم] تكن في الواقع زوجته، تمنعه عن نفسها بينها و بين الله و إن كان الحاكم يحكم عليها بسبب ظاهر الشرع بالامتثال و الزوجيه. و

ص: ٣٩٥

هو ظاهر و أمثاله كثيره» (١). انتهى.

و إنما قلنا إنّ القرع بعد التحالف و نكولهما معاً، بخلاف التنازع في الأموال، فإنّ الحلف هناك بعد القرع. لعدم الثمره هنا لعدم إمكان القسمة بينهما بعد نكولهما.

المطلب السادس: في القسمة

و هو تميّز أحد النصيبين فصاعداً، بل تعينه عن الآخر. و ليست عندنا بيعاً و لا صلحاً و لا غيرهما (٢). خلافاً لكثير من العامه؛ فجعلوها بيعاً، إمّا مطلقاً، أو إذا كانت تراضيه. على اختلافهم. نظراً إلى أنّ كلّ جزء يفرض، مشترك بينهما، فتخصيص كلّ واحد بجزء معين و إزاله ملك الآخر عنه بعوض مقدّر و هو ملكه في الجزء الآخر، على جهه التراضى، مقتضى البيع. و فيه أولاً منع لزوم المعاوضه مطلقاً كما سيجيى بيانه. و ثانياً أنّ البيع يحتاج إلى صيغه عند المشهور، بخلافها. و أنّ الإيجاب يدخل القسمة و يقدر أحد النصيبين بقدر الآخر إذا تساوى السهمان، و اختلاف اللوازم يدلّ على اختلاف الملزومات.

و يظهر الثمره في الشفعه، و خيار المجلس، و قسمة الوقف من الطلق، و غير ذلك. فالقسمة أمر مستقل يوجب تملك الشريك حصّته. و شرعيّتها ثابتة بالإجماع، بل

ص: ٣٩٦

١- مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٢ ص ٢٣٩.

٢- عبارة النسخة: و هو تميّز احد النصيبين بل تعينه فصاعداً عن الآخر و ليست عندنا بيع و لا مع.

الضرورة، و الكتاب لقوله تعالى «وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أَوْ لَوْ الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ» (١). و السنه، كقولهم عليهم السلام: «الشفعه فى ما لا يقسم» (٢). و فعل النبى (صلى الله عليه و آله) فى تقسيم الخير، و تقسيم الغنائم بين [الغازين] (٣). و فعل على (عليه السلام) فى نصيب عبد الله بن يحيى قاسماً (٤). مع أنّ الحاجه و الضروره داعيه إليه. إذ قد يبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركه و يريدون الاستبداد بالتصرف.

منهاج: قالوا يستحب للإمام أن ينصب قاسماً و يرزقه من بيت المال. و المفيد عندنا إثبات استحبابه للحاكم، و إلّا فلا فائده فى البحث عن أحكام الإمام. و الظاهر أنّ الأمر فيه أيضاً ذلك، لما دلّ عموماً على نيابه الحاكم عن الإمام، و لمتابعه على (عليه السلام) حيث نصب عبد الله بن يحيى، كما روى عنه. و لأنّ فيه إعانته على [البزّ و نظاماً لأموال المسلمين]. فيجوز ارتزاقه من بيت المال لأنّ ذلك من مصالح المسلمين، و لفعل على (عليه السلام). فإن لم يكن هناك بيت [المال]، أو لم يسعه، كان على المتقاسمين. فإن استأجروه بأجره معينه فى عقد واحد و لم يعينوا نصيب كلّ واحد، فيوزع على الحصص، لأنّها من مؤنات الملك. فيكون فى مقابله العمل و هو أكثر فى النصيب الأكثر. كالكيل، و الوزن و الدرع و غيرها. و كذلك إذا استأجروه بأجره فاسده و بنى على أجره المثل.

و هناك وجه آخر: و هو تقسيمه على الرؤس. لأنّ العمل فى الحساب و المساحه، يقع لهم جميعاً. و قد يكون فى الأقلّ أغمض. و أيضاً قلّه النصيب يوجب كثره العمل، لأنّها يقع بحسب أقلّ الأجزاء. فإن لم نقل بزياده الاجره فيه فلا أقلّ من التساوى.

ص: ٣٩٧

١- الآية ٨، السورة النساء.

٢- الوسائل، كتاب الشفعة، ب ٣ من ابواب الشفعة، ح ٧.

٣- و فى النسخة: الغازمين.

٤- المبسوط، ج ٨ ص ١٣٣.

و الأول أصح. لأنَّ الشركه أمر قهري، و الاحتياج إلى القسمة لتمييز الحقوق، و ما يوجبه الأقل من زياده العمل أو الغموض فيه، مشترك للاحتياج في تحصيل التمييز بين الأقل و الأكثر. فبقى العمل في نفس الحصه، و لا ريب أنَّه في الأكثر أزيد. و إن عتينا نصيب كل واحد، فلا إشكال أيضاً بأن يقو لوا: استأجرناك للتقسيم، بينما على أن يكون على فلان كذا و على فلان كذا. [ا]و يعتينا و كيلاً يستأجر[ه لهم] كذلك.

و إن فرض ترتب عقود؛ بأن يعقد أحدهم معه بأن يكون له كذا في إزاء إفراز نصيب-[ه-]، ثم آخر هكذا و هكذا، فلا يصح الأول، لعدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه. [فأنه] (1) يحتاج إلى دفع ما يرد عليه من الإشكال من أنه إذا وجب عليه بالعقد الأول إفراز نصيب أحد الشريكين (مثلاً) عند الآخر، فلا ينفك ذلك عن إفراز نصيب الآخر، فيكون العقد للآخر وارداً على ما وجب عليه، فلا يصح. و أما مع إذن الآخر، فيصح الأول و يُرد الإشكال.

و اشترطوا في المنصوب من قبل الإمام، التكليف، و الإيمان، و العدالة؛ لعدم حصول الوثوق بغير المكلف، كما هو ظاهر. و كذا الغير المؤمن و الفاسق. و القاسم بمنزله الحاكم، فلا بد من جواز الاعتماد عليه و الركون إليه. و لا يجوز الركون إلى الظالم و الكافر و هم الظالمون. و لا الاعتماد على من لا اعتماد عليه غالباً. و النادر لا يلتفت إليه. او ذلك من جمله القوانين و الضوابط الكليه كالمفتي و إمام الجماعه، و غير ذلك. فحمايه الحمى يقتضى سد طرق الفساد و الاحتراز عمّا يوجبه. و هو لا يتم إلّا بجعل القاعده مطردهً. و لذلك لا نقول باشتراط العدالة في ما يتراضى به الشريكان، فيكفي الفاسق حينئذ، بل الصبي المميز، بل الكافر، على الأظهر. لأنّه بمنزله الوكيل و للناس التصرف في أموالهم

ص: ٣٩٨

كيف أرادوا. و منعه [تمسكاً بأنه] ركون إلى الظالم، ضعيف. و لا يشترط الحرّيه في منصوب الحاكم عندهم، فيجوز للعبد إذا أذن له المولى. و جوازه في غيره أظهر. و أوضح.

و يشترط فيه معرفه الحساب. بل قيل و بالتقويم، لأنّ فيها ما لا بدّ منها أيضاً، و لزوم معرفته به كلزوم معرفه الفقه للحاكم.

و أمّا اعتبار التعدّد: فقال في المسالك: «القسمة إن اشتملت على ردّ فلا إشكال في اعتبار العدد في القاسم حيث لا يترضى الشريكان بالواحد. لأنّ العدد يشترط في المقوم مطلقاً من حيث إنّها شهادة. و إن لم يشتمل على ردّ، فهل يُجزى قاسم واحد بمعنى أنّ الحاكم يُجزى [ينصب] واحد؟ أم لا بدّ من اثنين كنصب الشاهد؟ مذهب الأصحاب هو الأوّل، إقامة له مقام الحاكم. و يؤيّده ما سبق من نصب على (عليه السلام) قاسماً واحداً. و اعتبر بعض العامّة اثنين، ترجيحاً لجانب الشاهد، حيث أنّه لا يشتمل على جميع أوصاف (١) الحاكم» (٢). انتهى.

أقول: و الظاهر أنّ المراد بالردّ أعمّ عن ما يحتاج إلى ضمّ شيء إلى أحد الأجزاء من الخارج، أو جعل التسويه بسبب القسمة و إن تفاوتت الأجزاء بحسب الحكم مع تساوى السهام. كما صرح به المحقّق الأردبيلي (ره). و أمّا ما [يبقى من] (٣) الإشكال في اعتبار العدد حينئذٍ و [هو] عدم اعتباره في غيره؛ فهو محلّ نظر عندي. و لم أتحقّق الوجه في ذلك، و قد فصّلت المقام في القوانين، و حاصل ما اخترته هنا [ك]، أنّ المقوم و الطيب المخبر عن المرض المبيح للتيمم و الفطر، و المخبر عن إنبات اللحم و شدّ العظم، و أمثال ذلك، لا يدخلون في الروايه و لا في الشهاده، و من جملتهم المزكى للعدل. بل إخبارهم إنّما هو

ص: ٣٩٩

١- و في النسخة: الاوصاف.

٢- المسالك، ج ٢ ص ٣٠٧ ط دار الهدى.

٣- و في النسخة: بقى.

عن مطابقه ما اعتقدوه لنفس الأمر بحسب ظنهم. كالمفتى و الحاكم و المدار فيه على الظن الاجتهادى؛ و قد يحصل بالواحد، و الإجماع، و الآيه، و غيرها. [و الادلة] دلت على كفايه الواحد فى المفتى، مضافاً إلى عموم ما دلّ على حجّيه الخبر الواحد، إن قلنا بعمومه له.

و أما المذكورات فيشكل إدراجها فى أدلّه خبر الواحد كما حقّقناه هناك، و كذلك فى الشهاده. لعدم انطباق أحدها عليه. فلا فرق فى القاسم بين ما احتاج إلى التقويم، [أو لا] (١).

و الحاصل: أنّ الإمام إن كان ينصب القاسم لرجوع الناس إليه، فلا بدّ أن يكون عدلاً، معتمداً، و الاعتماد فى التقويم أيضاً. و ما ذكره فى وجه الكفايه بالواحد فى ما لا- يحتاج إلى التقويم من إقامته مقام الحاكم، يجرى فى المحتاج إلى التقويم أيضاً. و ما الذى أخرج ذلك من الشهاده و أدخل الآخر فيه.

و إن قلت: إنّ التقويم إخبار عن حقّ لازم للغير. نقول: مثله فى غير المحتاج فإنّه مثل المحتاج سيّما إذا لم يكن فيه ردّ من الخارج.

فإن قلت: فى غير المحتاج، الاعتماد على اطلاع الشركاء. بخلاف صورته التقويم فإنّه أمر مخفى يحكم به القاسم. قلت: فحينئذ لا حاجه إلى القاسم و نصبه. بل إنّما هو لأجل اعتماد الشركاء بقوله و إن لم يحضروا معه، و لم يطلعوا على كيفيه القسمه. فالاعتماد لا بدّ اما أن يكون من جهه إخبار العدل، فالأمر فيهما سواء. و إمّا من جهه الشهاده، فكذلك. مع أنّ التقسيم محتاج إلى الكيل، و الوزن، و [الذرع] (٢)، غالباً، و كلّها يتفاوت بتفاوت الأشخاص و الأحوال و الأجناس. و كذلك المساحه، و [تميز] الجيد و الردى فى

ص: ٤٠٠

١- و فى النسخة: اولى.

٢- و فى النسخة: الزرع.

النقدين، و غير ذلك. فلا بدّ في الكلّ من الوثوق و الاعتماد.

و أمّا نصب على (عليه السلام) قاسماً واحداً؛ فهو مطلق و لم ينقل أنّه كان لأجل تقسيم غير المحتاج إلى التقويم، و هو ظاهر في العموم و إن قلنا بعدم العموم في فعل المعصوم. إلّا أن يقال: القسمة هو تمييز الحقوق، و التقويم شيء آخر. فالقاسم الغير المقوم و [المقوم] إن أمكن اجتماعهما في شخص واحد (كما نسبه في المسالك إلى الأصحاب في القاسم الغير المقوم و المقوم) إنّما هو بملاحظه الحيتين. و لكن الشأن في إتمام دليل المسئلة، و قد عرفت أنّه غير تمام.

و الحاصل: إن بنينا الأمر على الشهاده، فالإخبار (1) عن القسمة في غير المحتاج إلى التقويم، أولى باعتبار التعدّد. لكونه أنسب بالشهاده من المحتاج، لكونه علمياً، دون المحتاج. و العلم معتبر فيها. و إن بنينا الأمر على أنّه بمنزله حكم الحاكم، فيكون الواحد كافياً، فلا فرق. مع أنّ المحتاج أوفق بالحكم من غيره، لكونه مبيّناً على الظنّ.

و إن بنينا الأمر على أنّ الإخبار في غير المحتاج بمنزله الخبر عن نفس الأمر، و الروايه، فيكفي فيه الواحد، دون المحتاج فإنّه إخبار عن موافقه المعتقد لنفس الأمر، و هو ليس بخبر حتّى يكفى فيه الواحد.

و فيه (2): أنّ المفتى أيضاً كذلك، و يكفي فيه الواحد.

فإن قلت: المفتى خرج بالدليل (من الإجماع و الآيه (3))، و غيرهما). بخلاف ما نحن فيه، فإنّ الأصل فيه عدم الحجّيه إلّا إذا كان صادراً عن عدلين فإنّ حجّيته حينئذ إجماعى، بخلاف الواحد.

ص: ٤٠١

١- و في النسخة: فالاجبار.

٢- و في النسخة: ففيه.

٣- كعموم آية نفر و اطلاقه و عدم الاستفصال فيها- ١٢٢، التوبة.

قلت: هذا الكلام له وجه، لكن يחדش فيه أنه لا- دليل على وجوب الاحتياط. و الأصل يرتفع بالظاهر. و ذلك يجرى فى كلّ تقويم؛ فقول الشارع مثلاً: «يجب فى صورته خروج المبيع معيماً بعد التصرف، الأرش» يعنى تفاوت القيمة. [ف-] ينصرف إلى ما هو القيمة فى نفس الأمر. و إذا تعدّر العلم بما هو قيمه فى نفس الأمر، فيكتفى فيه بالظنّ. كالعده و غيرها. و مناط الظنّ هو حصول مهيته، و لا- دليل على اعتبار مرتبه من مراتبه بالخصوص، و إلّا فلم يكن المعيار هو الظنّ المطلق. فلا دليل على وجوب [كون] المقومين بالخصوص. و إلّا فلم يصير المعيار هو الظنّ مطلقاً.

و كذلك الكلام فى تقسيم مختلف الأجزاء إذا احتاج إلى القيمة. فقول الشارع بعدل السهام بالقيمة و يقرع، يقتضى الاكتفاء بالقيمة الظنّيه بعد انسداد باب العلم بالواقعيه. و هو يحصل بالواحد أيضاً. مع أنّ هذا الكلام لا يوافق ما ذكره من أنّه لأجل أنّه شهادة.

و الحاصل: أنّ المراد إن كان الإجماع منعقد^[أ] على اشتراط المقومين بالخصوص، فلا- كلام فيه. و لكن الكلام فى ثبوت الإجماع كذلك. و إن كان أنّ قبول ذلك إجماعى دون غيره، و غيره مندرج تحت الأصل؛ ففيه أيضاً أنّه إن كان المراد الإجماع تعديداً، ففيه منع كما مرّ. و إن كان من جهه كونه شهاده، ففيه أيضاً ما مرّ من المنع. و يشهد بأنّ مرادهم ليس الإجماع على الخصوص و تعديداً، عبارته المسالك و عبارته المحقق الأردبيلي (ره) أيضاً حيث قال: «و أمّا دليله، فهو قولهم إنّ التقويم لا بدّ من مقومين عدلين، فإنّها حجّه شرعيه غالباً، لا غير. و لأنّه لم يحصل الوثوق فى أمثال ذلك بحيث تلزم، إلا بقول عدلين» (١).

فإنّ تعليقه (ره) بأنّه حجّه شرعيه غالباً، إشاره إلى كونه شهاده. كما لا يخفى، إذ لا

ص: ٤٠٢

غلبه إلما فيها. [فنقول] (١) فيه ما مرّ. وقوله «إنه لا- يحصل الوثوق إلما بقول عدلين»، فيه منع ظاهر، إذ الغالب حصول الوثوق بالعدل الواحد. وكثيراً ما، يتخلف عن العدلين أيضاً. واعتبار الظنّ الأقوى لا- دليل عليه. فإذا لم يقد دليل على كون ذلك شهادته، فالمعتبر هو مجرد الظنّ، لا خصوص كونه ناشئاً عن قول عدلين.

مما يضعف البناء على الشهادة فى التعدد و كون ذلك إجماعياً، عدم ظهور اعتبارهم ذلك فى «الحرص». مع أنه لا فرق بينهما. قال فى الدروس: «و يجوز القسمة حرصاً، إذ ليست بيعاً. قال الشيخ و الأحوط اعتبار خالصين» (٢). انتهى.

منهاج: المعروف من مذهب الأصحاب أن قسمة قاسم الإمام، تمضى بنفس القرعة. و لا يشترط رضا الشريكين بعد ذلك. و اختلفوا فى قسمة غيره؛ و الظاهر أنه لا- إشكال فى جواز تصرف كل منهما فى ما وصل إليه بالقرعة، أو بالتراضى عن السهام بدون القرعة. لأنه أكل مال الغير بطيب نفسه، أو تصرف فى مال نفسه. و «الناس مسلطون على أموالهم». إنما الإشكال فى أن التملك بعنوان الزوم، هل يحتاج إلى الرضا بعد القرعة؟ أو يكفى التراضى [بالقرعة، أو التراضى] بدون القرعة أيضاً، أم لا؟

فلنقدم هنا الكلام فى حقيقة القرعة لحصول البصيره و معرفتها، لأنه غير مستقصى فى كلام الأصحاب فى موضع خاص. ثم لنخض فى المسئلة: فاعلم: أن فرقه من الأخبار تدلّ على أن القرعة لاستخراج المجهول و استعلانه، إذا كان متعيناً فى نفسه غير متعين ظاهراً. كحسنه محمد بن حكيم كالصحيحه: «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن شىء فقال لى كل مجهول ففيه القرعة قلت له إن القرعة تخطئ و تصيب قال كل ما حكّم الله

ص: ٤٠٣

١- و فى النسخة: فيقوم.

٢- الدروس، ج ٢ ص ١١٧.

بِهِ فَلَيْسَ بِمُخْطِئٍ» (١). فَإِنَّهَا تَدَلُّ عَلَيْهِ بِالْعُموم. و الأخبار الكثیره الوارده فى تعیین الولد، [مثل] ما رواه الكلینی و الشیخ فى الصحیح عن الحلبي: «عَنْ أَبِي عَدِيْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ إِذَا وَقَعَ الْحُرُّ وَ الْعَبْدُ وَ الْمُشْرِكُ بِأَمْرَاهِ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ فَادْعُوا الْوَلَدَ أَقْرَبَ بَيْنَهُمْ فَكَانَ الْوَلَدُ لِلَّذِي يَخْرُجُ سَهْمُهُ» (٢). و ما رواه الكلینی و الصدوق فى الحسن (بإبراهيم بن هاشم) عن أبي بصير: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ لَهُ حِينَ قَدِمَ حَدِّثْنِي بِأَعْجَبِ مَا وَرَدَ عَلَيْكَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتَانِي قَوْمٌ قَدِ تَبَايَعُوا حَارِبَهُ فَوَطَّئَهَا جَمِيعُهُمْ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ فَوَلَدْتُ غُلَامًا فَاحْتَجُّوا فِيهِ كُلُّهُمْ يَدَّعِيهِ فَأَسْهَمْتُ بَيْنَهُمْ فَجَعَلْتُهُ لِلَّذِي خَرَجَ سَهْمُهُ وَ ضَمَمْتُهُ نَصِيْبَهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لَيْسَ مِنْ قَوْمٍ تَنَازَعُوا ثُمَّ فَوَّضُوا أَمْرَهُمْ إِلَى اللَّهِ إِلَّا خَرَجَ سَهْمُ الْمُحِقِّ» (٣). و فى الفقيه «تقارعوا».

إلى غير ذلك من الأخبار الكثیره مثل ما روى فى تعیین الغنم الموطوءه بالقرعه إذا اشتبه فى قطع (٤). و مثل ما روى فى قوم سقط عليهم السقف و بقى منهم صبيان أحدهما حرّ و الآخر مملوك له و لم يعرفا (٥). و مثل ما روى فى تعارض البيئات مع تساويهما فى تعیین من تقدّم قوله حينئذ بعد الحلف بالقرعه (٦). و منها تعیین الميراث فى الخنثى المشكل (٧) بناءً على أن طبيعه الإنسان لا يخرج فى نفس الأمر عن كونها ذكراً أو انثى، كما

ص: ٤٠٤

- ١- الوسائل، ابواب كفيّة الحكم، ب ١٣ ح ١١.
- ٢- الكافي، ج ٥ ص ٤٩٠ ط دار الاضواء.- و مثله؛ الوسائل، ابواب كفيّة الحكم، ب ١٣ ح ١ نقلًا من التهذيب.
- ٣- المرجع، ح ٥.
- ٤- مستدرک الوسائل، ج ١٨ ص ١٨٩.
- ٥- الوسائل، الابواب، ب ١٣ ح ٧.
- ٦- الوسائل، كتاب القضاء، ابواب كفيّة الحكم ب ١ و ١٣.
- ٧- المرجع، ابواب ميراث الخنثى، ب ٤ ح ٣ و ٤.

يشعر به قوله تعالى «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ» (١). ويشعر به أيضاً ما فى الروايه أنه «يكتب فى احد رقعين عبد الله و فى الآخر أمه الله» (٢). و غير ذلك من المواضع.

و فرقه أخرى تدلّ على جواز تعيين ما يراد تعيينه، بالقرعه و إن لم يكن متعيناً فى نفسه؛ منها ما ورد فى من قال: إن أول مملوك أملكه، فهو حرّ. فورث ثلاثه (٣). و فى صحيحه أخرى «فورث سبعة» (٤). و منها ما ورد فى من أوصى بعتق ثلاث مماليكه (٥). و ما رواه الصدوق: «قال الصادق عليه السلام ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عزّ و جلّ إلا خرّج سبهم المحقّ» (٦) و قال: «أئى قضيّته أعدل من القرعه إذا فوض الأمر إلى الله أليس الله يقول فساهم فكان من المدحّضين» (٧). و بمضمونها روى البرقى فى المحاسن (٨)، و ابن طاوس فى أمان الأخطار (٩). و منها ما ذكره فى العتق المبهم كأن يقول «أحد عبيدى حرّ» (١٠).

و مع هذا كلّه، فلا أعرف وجه ما ذكره الشهيد الثانى فى المسالك و الروضه فى «كتاب العتق» فى مسئله «اعتبار تعيين المعتق و عدمه». فقال فى الروضه (بعد نقل قولين

ص: ٤٠٥

١- الاية ٤٩ السورة الشورى.

٢- الوسائل، ابواب ميراث الخنثى، ب ٤ ح ٢ نقل بمضمون.

٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٣ ح ٢.

٤- المرجع، ح ١٥.

٥- المرجع، ح ٣.

٦- المرجع، ح ١٣.

٧- المرجع، ح ١٣.

٨- المرجع، ح ١٧.

٩- المرجع، ح ١٧.

١٠- الدروس، ج ٢ ص ١٩٨- و الروضه ج ٦ ص ٢٣٩- كلانتر.

فى المسئلة و إنه فى صوره عدم التعىن على القول بالصحه، موكول إلى المعقق): «و اءمئل المصنّف اسءءراء المعقق بالقرعه. و قطع بها لو مء قبل التعىن. و ىشكل كل منهما بأن القرعه لاسءءراء ما هو معىن فى نفسه غير معىن ظاهرأ، لا [لءءصىل] (1) التعىن. فالأقوى الرجوع إلىه فىه، أو إلى وارءه بعده». انءهى.

بل (2) الظاهر أنه ءلاف إءماعهم و أءبارهم. و ىنادى (3) بفساء هذا القول، اعءمءاهم على القرعه فى القسمة. إذ لا رىب أنه لا تعىن قبل القرعه و إن ءبء الاسءءقاء فى الجملة (4).

ءم: إن أءبار القرعه فىها نوع اءءلاف؛ فىظهر من بعضها الاءءصاص بالأمام، مءل ما رواه الشىء فى الصءىء، عن ءمء، عمّن ذكره: «عن أءبدهما علىه السلاءم، قال: القُرعة لا ءكون إلا للامام» (5). و ما رواه الكلىنى عن ىونس: «قال فى رءل كان له عءءه ممالىك فقال أىكم علمنى آىه من ءتاب الله عزّ و ءلّ فهو ءرّ فعلمه و اءء منهم ءم مء المولى و لم ىءر أىهم الذى علمه الآية هىل ىشءءءرء بالقرعه قال نعم و لا ىءوز أن ىشءءءرءه أءبء إلا الامام فإن له ءلامأ و قء القُرعه ىقوله و ءعاء لا ىعلمه سواه و لا ىقتءر علىه

ص: 406

- 1- و فى النسخة: ىءصل.
- 2- اسءءراءك من «فلا اعرف».
- 3- و فى النسخة: و هما ىنادى.
- 4- و مرءء الشهىء ءانى(ره)، هذا «الاسءءقاء فى الجملة». و ىقول: القرعه لاسءءراء المسءءق، لا لءعىن الاسءءقاء. فان ىبن مسئلة القسمة، و مسئلة «المعقق الغير المعلوم» فرقا فاءشا؛ لأن فى القسمة كلا الطرفىن مسءءق و القرعه لءعىن الاسءءقاء ءابء. و فى العءق ىقرع لىعلم لایهما الاسءءقاء و ایهما لا- اسءءقاء له اصلا. فالاقوى الرجوع الى المالك او الى وارءه. و معلوم انّ ءعىن المسءءق بقول المالك اقرب الى الواقع لكونه مالءا و ذا سلطه فى الجملة و لانّ العءق فعله. و فى القرعه اءمءال ءرمان المسءءق. و بعبارة اخرى: لا اقلّ من الشك فى انّ هنا من مواضع القرعه ام لا؟-؟ و الاصل عدمه و لا ءلىل علیه.
- 5- الوسائل، ابواب ءىفیهءءءءم، ب 13 ء 9.

و من ساير الأخبار يظهر جوازها لغيره. و قد مرّ بعضها. و ربّما [يُجمع] (٢) بينها بحمل ما ورد من اختصاصها بالإمام على ما كان متعيّناً في الواقع و أريد تعيينه بالقرعه. و ما ورد في جوازها للغير، على ما لم يكن متعيّناً في الواقع و أريد تعيينه بالقرعه. و على ذلك نزل ما رواه الشيخ في الصحيح، عن جميل قال: «قال الطيّار لزرارة ما تقول في المساهمة أليس حقاً فقال زرارة بلى هي حق فقال الطيّار أليس قد ورد أنه يخرج سيهم المحق قال بلى قال فتعال حتى ادعى أنا و أنت شيئاً ثم نساهم عليه و ننظر هكذا هو فقال له زرارة إنما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا أمرهم إلى الله ثم اقترعوا إلا خرج سيهم المحق فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب فقال الطيّار أ رأيت إن كانا جميعاً مبدعين ادعينا ما ليس لهما من أين يخرج سيهم أحدهما فقال زرارة إذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح فإن كانا ادعينا ما ليس لهما خرج سهم المبيح» (٣).

و هذا الجمع أيضاً ممّا ينفيه صريح بعض الأخبار و عموم كثير منها. و يشكل هذا البناء أشدّ الإشكال على ما ذكره الشهيد الثاني من تخصيصها [بالتعين] (٤). فعليه ينطوي باب القرعه رأساً في أمثال زماننا.

و يمكن الجمع بأن يقال: إنّ هذه الأخبار محمولة على إرادته إصابه نفس الأمر مطّرداً. فهو لا- يمكن إلاّ للإمام. إذ قد يكون المدعيان معاً مبطلين و لا يقدر على معرفه الغيب إلاّ الإمام بإذن الله تعالى. فحينئذ يضمّ الإمام إليها سهماً مبيحاً حتى يقع القرعه

ص: ٤٠٧

- ١- الكافي (فروع) ج ٦ ص ١٩٧ ح ١٤ ط دار الاضواء.- و في الوسائل (عن التهذيب) كتاب العتق، ب ٣٤ ح ١.
- ٢- و في النسخة: يجتمع.
- ٣- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٣ ح ٤.
- ٤- و في النسخة: بالمتعين.

عليه. لا- أنه لا يصحّ القرعه في تعيين المتعين الواقعي إلّا للإمام. فإنّه لا دليل عليه. على أنّه يجب أن يكون تشريع القرعه لإصابه ما في نفس الأمر [و] (١) لا- يكون لأجل تعيين الحكم الظاهري (كالمعمل بالبينه و اليمين و غيرهما) سواء أوافق نفس الأمر أم لا. و حينئذ فيكون معنى قوله عليه السّلام في حسنه محمّد بن حكيم، «كل ما حكم الله به فليس بمخطئ» أنّه هو الصواب و إن لم يكن موافقاً للواقع. فيكون من باب «ظنّ مجتهد المخطئ».

فيذا ادّعى [المبطلان] (٢) شيئاً، فكما أنّه يجوز الحكم بالبينه العادله ظاهراً الكاذبة في [نفس] الأمر، لصاحبها. فكذلك يجوز الحكم بالقرعه له. و لا- فرق بينهما، إذ الأحكام بين الناس مبته على الظاهر. فيتناسق الأخبار، و يتوافق مع فتاوى الجماهير من العلماء الأخيار.

ثمّ: إنّ لا- بدّ من بيان تحقيق موارد القرعه؛ و إنّها هل هي عام في الأحكام و الموضوعات، أم مختص بالموضوعات؟-؟ و هل يجرى في العبادات، أو مختص بالمعاملات؟-؟ و الظاهر أنّه لا إشكال في عدم جريانها في الأحكام و الفتاوى. لعدم الإشكال فيهما لثبوت المناص (في ما هو غير متيقّن الثبوت) بالأدلة الظنيه الممهّده لاستنباطها بالخصوص و بالعموم. و الدالّه على حكم ما لم يظهر حكمها بالخصوص (لتعارض الأدله و خطائها) من التخيير، و أصل البرائه، و غير ذلك. بل الظاهر أنّه إجماعي (٣) كما صرّح به الشهيد (ره) في القواعد (٤).

ص: ٤٠٨

- ١- و في النسخة: ام.
- ٢- و في النسخة: البطلان.
- ٣- ولو فرض عدم الاجماع، فثمّ ماذا؟ لا حاجة في المسئلة بالاجماع و لا بالاستدلالات الفقهيّة. فإنّ المسئلة ينجز الى اصول الاعتقادات و مباحث الكلاميّة، و هناك فصل الخطاب: أنّه لو جاز القرعه في استخراج الاحكام فما كان حاجة الى النبوة و التشريع النبوي و الولوى. و كذا لا يبقى حينئذ حاجة الى الفقه و التفقه و الفقاهة. مع الاذعان بجياده بيان المصنف (ره) هنا و سيّما في البحث الابتكاري المزبور في الجمع بين الفرفتين من الاخبار. والله اجره.
- ٤- قواعد الشهيد، ج ٢ ص ٢٣.

و أما الموضوعات: فالظاهر فيها أيضاً [عدم] الجريان بالعموم، إلّا ما قام الدليل فيها بالخصوص. مثل ما دلّ من الأدلّه على حلّيه ما هو مشتبه بالحرام.

و قد اختلفوا في الشبهه المحصوره و تعيين المحرّم فيها، على أقوال: الأول: الحرمة مطلقاً، ذهاباً إلى وجوب المقدمه. و هو باطل، لمنع وجوب الاجتناب عمّا لم يعلم حرّمته أو نجاسته، خرجنا عن مقتضى ذلك في الإنائين المشتبهين، للنصّ و الإجماع. و الثانى: الجواز إلى أن يبقى منه ما يحصل اليقين بارتكاب الحرام لو ارتكبه، لأنّه حينئذ ارتكاب للحرام الواقعى. و هو أيضاً ضعيف، لمنع حرّمته. نعم يحصل بعد شغل الذمّه بالحرام، و يجب البرائه عنه. و كذا العلم بالنجاسه فيجب تطهير الملاقى. و ذلك ليس بمعنى حرمة الارتكاب. و الثالث: الجواز تدريجاً إلى آخره، لكلّ ما ورد من الأخبار من أنّ «كلّ شىء فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتّى تعرف الحرام بعينه» (١). و غيرها ممّا دلّ على أصاله البرائه و الإباحه. و هذا القول قوى عقلاً و نقلاً.

و الرابع: الرجوع إلى القرعه. ذهب إليه بعض الأصحاب. و يدلّ عليه ما ورد فى استخراج الغنم الموطوئه المشتبهه فى قطع، بالقرعه (٢). مضافاً إلى عمومات القرعه. و يمكن دفعه بأنّه لا إشكال بعد ثبوت الدليل على حلّيه مثل ذلك حتّى يحتاج إلى القرعه، و إنّما هى للمشكل. و الروايه الخاصه محموله على الاستحباب، لعدم المقاومه. و القول بالتخيير بين القول بالإباحه او القرعه، أيضاً مشكل. لعدم التكافؤ.

و يمكن القول بتخصيص ما دلّ على الحلّيه بالروايه الخاصه. بل هو متعين، لاعتبار الروايه و عمل الأصحاب بها. كما هو كذلك فى البيض المشتبه بالحرام، فإنّ الشارع جعل

ص: ٤٠٩

١- الوسائل، ابواب، ج ٢٥ ص ١١٨.

٢- مستدرک الوسائل، ج ١٨ ص ١٨٩.

له معياراً بالخصوص.

و بالجمله: كلما ظهر له دليل في حكمه فيتبع، و ما لم يثبت فيرجع إلى القرعه، لثبوت الإشكال. فمثل الصلوه على المسلم المقتول المشتبه في القتلى؛ فقد يقال بوجوب الصلاه على الجميع من باب المقدمه. و المشهور الصلوه على ما هو كميث الذكر، للروايه في فعله (صلى الله عليه و آله) بقتلى بدر (١).

و يمكن أن يقال بعدم الوجوب أصلاً. لأنّ المسلم إنّما هو الوجوب على من علم إسلامه. إلّا أن يثبت الإجماع على وجوبها على الجميع إن لم يتميّز بملاحظه الذكر أيضا (٢). و هو مشكل.

و ذهب بعضهم هنا إلى وجوب القرعه. و ضعفه في الذكرى و قال: «إنّ محلّها الإشكال في مواضع مخصوصه و لو اطرّد القرعه لجنح إليها فيما اختلفت فيه من الأحكام، فيستغنى عن الاجتهاد و فقهاء الإسلام» (٣).

أقول: و إن سلّمنا القول بضعف القرعه هنا، لكن لا يخفى أنّ دليل القرعه عامّ و ثبوتها في موضوعات الأحكام مطرد. حتّى أنّ ابن طاوس (ره) ذهب إلى القرعه للمتخير

ص: ٤١٠

١- و الروايه ضعيفه سنداً و متناً؛ مضافاً على ما قاله الآقا جمال الخونسارى (و قوله دليل مستحكم و ان كان في قالب الطنز)، أنّ المسلمين و الاسرى من المشركين الحاضرين في البدر كانوا يعرفون كلّ قتيل، كما جاء اسمائهم و صفاتهم في المتون التاريخيه. مع أنّ القتلى يومئذ قليلون معدودين و ما كان المعركه عظيمه من حيث الكميّه حتى لا يعرف كافر عن مسلم. و ما مثل احد منهم حتى لا يعرف. و لو فرض المثلّه ايضاً، كانوا يعرفون كلاً منهم بعلائم أخر. و على هذا الفرض، فكان معلوماً أنّ من مثل فهو مسلم، لأنّ المسلمين ما كانوا يمثلون.

٢- و هذا الاحتمال دليل آخر لضعف الروايه. ثم: لو فرض امرئّه او نساء قُتلن من الجانبين، فما معيار التمييز؟ لعلّ المعيار هنا ايضاً من كانت منهم سمينه الفرج!؟. و مع الشعف (!) قد نرى كثرة المجتهديات المدعيات للفقاهه يوماً بعد يوم. فيوشك ان تقول احديهنّ: «ان كان كذلك فانا اول الكافرات». فانتظر.

٣- الذكرى، ج ١ ص ٤٠٢.

فى الصلوه إلى أى الجهات.

و أمّا استنباط الأحكام و الفتاوى، فهو (مع أنّا نمنع الإشكال فيه كما مرّ) قد خرج بالإجماع. كما صرّح به الشهيد فى القواعد أيضاً. فإنّه - بعد ذكر مقامات يجرى فيه القرعه مثل؛ أئمه الصلوه عند الاستواء فى المرّجات، و الأولياء فى تجهيز الميّت مع الاستواء، و [الولى] (١) فى الصلوه و الدفن مع الاستواء فى الأفضليّه و عدمها، و بين المزدحمين فى الصف الأوّل مع استوائهم فى الورود، [و] (٢) المزاحمه فى الدعاوى و الدروس و تعارض البيّنات، و غير ذلك - قال: «و لا يستعمل فى العبادات غير ما ذكرناه، و لا فى الفتاوى و الأحكام المشتبّهة إجماعاً» (٣). انتهى.

و لا يخفى أنّ نفيها فى العبادات فى غير ما ذكر، ينافى ما نقلناه عن ابن طاوس (ره).

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ قاسم الإمام و إن كان أصل قسمته مبتنئاً على رضا الطرفين و كون القسمة إجبارياً، لكنّه لا يستقلّ فى إفراز الحصص إلّا بالقرعه. و أمّا لو عدّل السهام، و وقع تعيّن الحصص و تشخصها برضاء الشركاء، فهذا لا يسمّى قسمه قاسم الإمام. فإذا عدل السهام و أقرع، فهو لازم و لا - يشترط فيه رضا الشركاء بعد ذلك بلا خلاف ظاهر فيه. و هو المعروف من مذهبه. نعم، استشكل فى الكفايه فى «قسمه الردّ». و الأظهر عدم الإشكال فيه، لظهور إطلاق فتاويهم. و لما سيجيى فى غير قاسم الإمام.

و استدلّوا عليه بأنّ قرعته بمنزله حكم الإمام، و لذلك اشترط فيه العدالة و المعرفه بالحساب. و أمّا إذا اقتسما بأنفسهما من غير قاسم، أو نصبا قاسماً، فهل يعتبر رضاها بعد القرعه أم لا؟ -؟ فى أقوال؛ فعن الشيخ و العلّامة فى التحرير، و عن ظاهر فخر

ص: ٤١١

١- و فى النسخة: المولى.

٢- و فى النسخة: فى.

٣- قواعد الشهيد، ج ٢ ص ٢٣.

المحققين، نعم. اقتصاراً في ما خالف الأصل (من عدم اللزوم و بقاء الشركه)، على المتيقن. و هو قسمه قاسم الإمام، أو غيره مع التراضي بعد القرعه. و القول الثاني؛ عدم الاعتبار مطلقاً. و هو ظاهر المحقق في النافع، و صريح العلامة في الإرشاد و القواعد و غيره. بل قال العلامة في القواعد بالاكْتفاء بالرضاء و لو من غير قرعه. و اختاره الشهيدان في اللمعه و المسالك. و ذهب الشهيد في الدروس، و الشهيد الثاني في الروضه، إلى اعتبار الرضاء بعد القرعه في غير قسمه قاسم الإمام إذا اشتملت على رد.

و أوسط الأقوال، أوسطها. أمّا في ما بعد الإقراع، فلاّ أنّ القرعه لتعيين المجهول، فهو سبب للتعيين. و لا وجه لمنع فخر المحققين سببيتها له استناداً إلى أصله بقاء الشركه. فإنّ ظواهر الأخبار الواردة فيها (بل صريح بعضها) اللزوم. مثل قولهم عليهم السلام: «أى قضيه أعدل من القرعه» (١). معناها أنّها حكم عدل. و لا يخفى عدم جواز العدول عن الحكم الحقّ الإلهي، إلّا بدليل. و كذلك قولهم عليهم السلام «ما تقارع قوم ففوّضوا أمرهم إلى الله، إلّا خرج سهم المحقّ» (٢). فإنّ الحقّ بمعنى الثابت، و المحقّ صاحب الحقّ. و كذلك قولهم إنّها لكلّ أمر مجهول. يعنى أنّها يجعل المجهول معلوماً فيحصل العلم بسببها أنّه هو سهمه. فأخذه منه ثانياً يحتاج إلى دليل.

و أيضاً: في القرعه التي هي لتعيين ما هو متعين في نفس الأمر (ككون الولد نطفه شخص معين، و كون الشخص ذكراً أو أنثى، و كونه حرّاً أو عبداً، و كون الغنم موطوئته، و غير ذلك)، يلزم من تجويز البناء على القرعه، الحكم بأنّه يترتب عليها أن يحكم بترتب (٣) الآثار و اللوازم الشرعيه على ما تعين بها. فإذا خرجت القرعه بأنّ الولد ولد فلان فيحكم

ص: ٤١٢

١- الوسائل، ابواب كيفية الحكم، ب ١٣ ح ١٣ و ١٧.

٢- المرجع، مضمون ح ٥ و ٦.

٣- و في النسخة: تعين ترتب..

بحرمه نكاحه و ثبوت التوارث بينهما و غير ذلك. فإن جاز العدول عنها إلى الإقراع ثانياً و اتفق خروج القرعه باسم غيره، فيلزم تحليل الحرام و تحريم الحلال. فلا يصح فيه التقايل (١) أيضاً. و كذلك غيره من الأمثلة. فلا بد أن يقال فيها بالتعين و اللزوم رأساً.

و أما القرعه التي هي لتعيين ما ليس بمتعين؛ فيجوز فيه أيضاً هذا الكلام في بعض الأمثلة؛ كما لو قال «أحد مما ليكي حرّ» - على القول بالصحة - و وقع القرعه على أحدهم. و كذلك لو نذر عتق أول ما يملكه فملك ثلاثة أو سبعة، فمقتضى الأخبار و جوب عتق أحدهم بالقرعه. و إذا بنى على القرعه و تعين أحدهم، فيصير الواجب عينياً. و كذلك لو أوصى بعتق [ثلث] (٢) عبده.

نعم: يمكن القول بجواز التقايل في مثل القسمة، و إن كان الظاهر أيضاً اللزوم (كما بيناها)، إن لم نقل أن التقايل إنما هو في العقود و القسمة ليست بعقد. فمقتضى تعيين الحق عدم رجوع أحدهما إلى الآخر، و عدم تملك أحدهما [لما ملكه] (٣) الآخر، إلّا بناقل جديد غير الملك الأول. و الأظهر ثبوته (٤).

بل لا يبعد الثبوت في المثالين المتقدمين إذا رضى [العبيد] (٥) بالتقايل، فإنّ لهم أيضاً حقاً فيصح التكرار مع رضاهم.

و أما لو تراضيا على السهام بدون القرعه: فظاهر لفظ القسمة الواردة في الآيه و الأخبار، إنّما هو تميّز الحقّ و تعينه. و لا ريب في صدقه عرفاً على ما نحن فيه.

ص: ٤١٣

١- و في النسخة: التقابل. - و كذا تكرار هذا اللفظ في ما ياتي.

٢- و في النسخة: ثلثة.

٣- و في النسخة: لمالكة.

٤- اي ثبوت جواز التقايل في القسمة.

٥- و في النسخة: العبد.

و يدلّ على صدقه عليه ما سننقله من أخبار الشفّعه أيضاً. فإذا رخص الشارع في جعل الكلّي الذي هو حقّه، جزئياً حقيقياً بتعيينه و تشخيصه في فرد خاص، فينتفى حقّه عن ساير الأجزاء. و العود إليه يحتاج إلى دليل. و ليس ذلك مثل الهبه التي يجوز فيها الرجوع. إذ الذي يرجع فيه هو أصل العين التي كانت مملوكة و لم يُعلم زوال تسلّطه عليها رأساً، و الأصل بقائه. مع أنّ النصّ دلّ عليها بالخصوص، بخلاف ما نحن فيه. فإنّ مملوكة أوّلاً كان هو الأمر الدائر بين الأمرين (كما سنبيّنه في ما بعد) حصوله (1) إنّما كان بسبب الاشتباه، و بعد التعيين فلا وجود لهذا الكلّي الجعلى. و فهم ذلك يحتاج إلى لطف قريحه و إعمال [درايه] (2).

و لا يشبه المعاطاه أيضاً- على القول بعدم اللزوم إلّا بعد التصرّف كما هو المشهور- إذ لان هناك كلّ واحد منهما عوض عن الآخر، و في ما نحن فيه كلّ منهما [ملاكك] مال نفسه، لا لنفس العوض الواصل إليه من غيره. و توضيحه: أنّ القسمة مسبوقة بالتقسيم ضرورةً. و التقسيم بمعنى التفريق و هو لا يستلزم [لزوم] القسمة. فنقول: إنّ الجسم المشترك بين الشريكين فصاعداً [بالمناصفه] (3)، أو أثلاثاً، أو أرباعاً، أو مختلفاً، يشترك الشركاء فيها بنسبه ملكهم فيها على سبيل الإشاعه. فصاحب النصف (مثلاً) مالك لنصف الجسم على الشياخ. و لو أريد القسمة فلا بدّ من التقسيم أوّلاً، يعنى التفريق على سبيل التنصيف. سواء اجتمعا على التنصيف بالنسبه إلى المجموع من حيث المجموع، أو بالنسبه إلى كلّ جزء منه.

نعم لما كان اعتباره بالنسبه إلى جميع الأجزاء، إمّا مستلزماً للمحال (إن لم نقل بالجزء

ص: ٤١٤

١- اى حصول الامر الدائر بين الامرين.

٢- و في النسخة: رديه.

٣- و في النسخة: منا او صفة.

الذى لا يتجزى، للزوم تعاطى إيجاد الغير المتناهى (١)، أو بما يقرب منه. أو ما هو هو، إن قلنا به. فلا بد أن يعتبر بما يمكن فيه ذلك عادة، أو يتعارف الانتفاع به لكل منهما بالنسبة إلى مثل هذا الجسم. فإذا اختار الشريكان قسمه مجموع الجسم، فلا بد أن يقسم المجموع بنصفين مجتمعى الأجزاء. وإذا اختارا قسمه بعضه، فلا بد أن يقسم ذلك البعض كذلك. وعلى أى تقدير؛ ففي التقسيم والتفريق أولاً، إنما يعتبر محض تفريق النصفين مع قطع النظر عن [النسبة] (٢) إلى المالكين، لأن يجعل بعد ذلك كل منهما لواحد، ثم يعين بالقرعة، أو التراضى [يكون] كل واحد منهما لشريك؛ فهذا النصف يصير حق هذا، والآخر حق الآخر. وليس فى ذلك معاوضه ولا انتقال حق أحدهما إلى الآخر.

و [يستنجح] (٣) الآن، أن أستدل على المطلوب بما ورد فى أخبار الشفعه. كما فى بعضها أنه «إذا أرفت الأرف و حدت الحدود، فلا شفعه» (٤). كما فى آخر «إن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قضى بالشفعه ما لم يؤرف» (٥). و تقريب الاستدلال أن نفى الشفعه رأساً فى قولهم عليهم السلام «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم» (٦) و «إذا أرفت الأرف فلا شفعه» تدل على عدم الرخصه فى الرجوع. و لو كان يمكن الرجوع فى الشركه بعد تأريف الأرف، فيمكن القول برجوع الشفعه. إذ لا دليل على بطلان البيع حينئذ فلا يناسب

ص: ٤١٥

١- لذكرى الدكتور حسابى؛ كان يقول: خذت جائزة النوبل، لآنى حققت أن «لا نهاية للذره»- بالفارسيه: ذره بى نهايت. لكن علمائنا يقولون: كل شئ (ما سوى الله) له نهاية ذره كانت او انكسرت الذره و تبدلت بالقوه. فالماده و القوه كالتاهما محدودتان. و قاعدتهم المعروفة ان «تعاطى ايجاد غير المتناهى باطل». و هذا واضح ينادى به نفس الماده و القوه. و ليس قاعده فيزيكيه تخالفه او لم تساعده.

٢- و فى النسخه: البيئه.

٣- و فى النسخه: يستخفى. - لغه: نجح، اى: سهل.

٤- الوسائل، كتاب الشفعه، ب ٣ ح ٥.

٥- المرجع، ح ٨.

٦- المرجع، ح ٧.

ذلك انتفاء الشفعه رأساً بمجرد تأريف الأرف، أو القرعه. فنفيتها رأساً يدل على اللزوم بالقسمه سواء كان بالقرعه أو بالتأريف مع التراضى.

و ليس لك أن تقول: إن مقتضى الجمع بين الأخبار إنما هو تسليم ذلك فى القرعه من جهة تخصيص خبر التأريف بخبر القرعه. لأننا نقول: لا- ضروره إلى هذا الجمع لإمكان إرادته التأريف مع التراضى، فلا يحتاج إلى القرعه و حمل خبر القرعه على صورته عدم التراضى.

هذا كله. و نقل بعض الأصحاب عن بعضهم أنه بعد نقل قول القواعد و الشهيدين بكفايه الرضاء فى اللزوم من دون القرعه، قال: «لصدق القسمه مع التراضى الموجه لتمييز الحق. و هو حسن لورود نصّ معتبر بلزوم القسمه بقول مطلق». انتهى. و هذا يدل على وجود روايه، و لكننى لم أقف عليها.

و أما فى قسمه الردّ: فيمكن إجراء ما ذكرنا من الأدله فيه، لصدق القسمه عليها. لأنها فرد من أفراد القسمه أيضاً. غايه الأمر توقّف حصولها على الردّ من باب مقدّماتها. و أصاله عدم انتقال مال الغير إليه بعنوان اللزوم، لا يعارض الظاهر، أعنى صدق القسمه. و الظاهر هذا مقدّم على الأصل جزماً، لكونه دليلاً. و كونه معامله مستقله محتاجه إلى عقد و دليل على لزومه، ممنوع. بل هو من مقدّمات القسمه. و أما أصاله عدم الانتقال، فقد عرفت الحال فيها.

و من ذلك ظهر ضعف قول الدروس أيضاً.

تتميم: المقسوم إمّا متساوى الأجزاء (بأن يكون مثلياً كالحبوب و الأدهان، أو قيمياً متشابهه الأجزاء كالأرض المتشابهه الأجزاء، و الدار المتّفقه الأبنيه بحيث يمكن تعديل السهام من دون ردّ أو ضرر. و كذلك الثوب الذى لا تنقص قيمته بالقطع)، أو غير

متساوى الأجزاء. أمّا الأول: فإذا طلب أحد الشريكين القسمة، فيجب إجابته و يُجبر الممتنع على القسمة. لأن للإنسان تولّى الانتفاع بماله، و الانفرد أكمل نفعاً. و منعه عنه إضرار به. و [هو] (١) منفى فى الإسلام كما ورد فى خبر الضرر.

و إطلاقهم الأخبار فى المثلى محمول على الغالب من عدم الضرر [أو لقلته]. و لو فرض فيه الضرر بحيث (٢) يسقط الباقي عن الانتفاع، فالظاهر عدم الوجوب حينئذ. و الحاصل: أنّ وجوب الإجابة حينئذ مشروط بعدم الضرر للشريك أيضاً.

و أمّا فى القيمى: فإن فرض عدم الضرر على أحد الشركاء فى القسمة، فيجبر الممتنع أيضاً، لما مرّ. و أمّا لو حصل الضرر إمّا على الجميع (كما فى الجوهر النفيس بسبب [كسره]، أو الثوب الرفيع بسبب قطعه). أو على بعضهم (كدار بين اثنين، عشرين لأحدهما و الباقي للآخر، و لا يصلح السكنى فى العشر)، فلا يجبر المتضرر بغير الضرر (٣). و لاستصحاب حال الشركه و عدم منع الانتفاع بكل واحد من الأجزاء المشاعه. و إن كان الطالب هو المتضرر، فيجاب مسئلته و يجبر الممتنع. إلّا أن يكون تضييعاً للمال بدون الاضرار أو غرض صحيح يدفع عنه السفه.

و يظهر منه حال ما لو تضرر الجميع. و لكن اتفقوا على القسمة.

ثم: إنّ ضرر الشريك يجوز امتناعه عن القسمة لو لم يكن تضرر الطالب أزيد منه. فلو كان ترك القسمة للمطالب [اضرّاً] (٤) من [ضرر] القسمة للشريك، فيقدّم الطالب، لخبر

ص: ٤١٧

-
- ١- و فى النسخة: لا.
 - ٢- و فى النسخة: لقلته بحيث..
 - ٣- كأنه قال بعضهم: لو التزم الشريك الغير المتضرر، جبران ضرر الشريك المتضرر، فيجبر على القسمة. و المصنف (ره) يردّ هذا القول متمسكاً بالاستصحاب و عدم منع الانتفاع.
 - ٤- و فى النسخة: اخر.

الضرار. لتساقت الضررين في القدر المساوي. و لو تساويا في الضرر، ففيه إشكال. و يمكن إعمال القرع فإنها لكل أمر مشكل.

ثم: إنا قد بينّا في كتاب المتاجر من كتاب المناهج وجه الاستدلال بخبر الضرار و معناه. و كذلك الاستدلال بنفي العسر و الحرج. و فصلناه و حَقَّقناه بما لم نقف على أزيد منه في كلام و كتاب.

و اختلفوا هنا في الضرر المجوّز للمنع على أقوال: الأوّل: أنّه لا يحصل في قيمته نقصان فاحش، بحيث يحصل الضرر عرفاً، و هو ما (1) حَقَّقناه ثمّه. و هو مختار جماعه من المحقّقين هنا. و الثاني: أنّه ما يحصل به عدم الانتفاع بالسهم بعد القسمة. و الثالث: أنّه عدم الانتفاع به منفرداً في ما ينتفع به من الشركه. كالبيت الصغير إذا قسّم أصاب كلّ واحد ما لا يمكنه منه الانتفاع بسبب الضيق. و الرابع: مجرّد نقصان قيمه.

و كلّ هذه الأقوال من نتائج أفكارهم في فهم معنى الحديث. و إن شئت التوضيح فارجع إلى ما حَقَّقناه. و حاصله: أنّ الضرر المنفي هو القدر الخارج عمّا يستلزمه مطلق ما سنّه الشارع من المعاملات و المخالطات، المستلزمه بقدر من ذلك منطبق على وفق الأغلب من أحوال متعارف الأوساط. فالتضرر المتعارف و الغالب، هو المنفي. و هذا و إن كان غير منضبط أيضاً غالباً. لكن الأمر غير منحصر فيه. بل كلّ ما يرجع فيه إلى العرف و العاده، كذلك. فالمتبع هو الظنّ الحاصل بذلك. و مع التشاجر و التنازع في موضع، فيرجع إلى الأصل أو إلى الصلح. و الأصل هنا كأنه استصحاب حال الشركه.

و أمّا الثاني؛ أعني ما لم يكن مثلياً و لا قيمياً متشابهه الأجزاء الممكن التعديل بالسهام: فإمّا أن لا يحصل الضرر بالقسمه و لكن لا يمكن تعديله من غير ردّ (يعني دفع

ص: ٤١٨

١- و في النسخة: و هو مال ما.

عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانبين في إزاء جزء صوري زائد كشجرة أو بئر أو نحوهما. أو معنوي ككون أحد الشقّصين من الأرض أقرب إلى الماء. و أحد الشقّصين من الدار أحسن جواراً أو أبعد من البوار. فقالوا إنه لا- إجبار هنا في القسمه. و نفوا الخلاف عنه. و يشكل إطلاق هذا الحكم مع حصول الضرر للطالب بتركها. سيّما إذا كان الضرر شديداً. فإنّ عموم الخبر يشمله. و استشكل في هذا الإطلاق المحقّق الأردبيلي(ره) و صاحب الكفايه(ره). و هو في محلّه.

و مستند الأصحاب في ذلك؛ أنّ ذلك مشتمل على معاوضه، سيّما إذا اعدلت بالتقويم و تفاوتت الأجزاء. مع ما مرّ من منع كونه بيعاً، و لا غيره من عقود المعاوضات. و اشتراطه في غيره مطلقاً، ممنوع. مع أنّ أصل الدليل في القسمه و هو الانفراد بتولّي الانتفاع، و لزوم الضرر بتركه سيّما مع عدم ضرر الشريك بفعله هنا (1).

و المسئله محلّ إشكال. لتعارض حديث الضرار مع عموم تسلّط الناس على أموالهم، و عدم ثبوت نقل الملك إلّا بناقل شرعي. و النسبه بينهما عموم من وجه كساير معارضات خبر الضرار. و سكوت الأصحاب عن التقييد، يؤيد الإطلاق. و أنا الآن ساكت عن التقييد و متوقّف في الإطلاق، حتّى يفتح الله لي و هو خير الفاتحين.

ص: ٤١٩

١- و في النسخة: جاز هنا.

کتاب الشهادات (۱)

[من المجلد الثالث]

۱- سؤال:

۱- سؤال: نوشته [ای] (۲) می بینم که قسم می توانم یاد کنم که خط من است. و یقین هم دارم که آن چه نوشته شده وقوع یافته، لیکن مطلع بر تفصیل آن نمی باشم. شهادت می توانم داد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: مشهور مابین متأخرین و جماعتی از قدماء این است که تا متذکر تفصیل نباشد، شهادت نمی تواند داد. نظر به اخبار بسیار که دلالت دارند بر اشتراط علم در شهادت، و خصوص روایت سکونی (۳) و روایت حسین بن سعید (۴) (که یا حسن است یا صحیح و روایت سکونی هم قوی است) که صریح اند در این که شناختن خط و مهر کافی نیست. و جمعی از قدماء قائل شده اند به کفایت شناختن خط و مهر هرگاه با او شاهد ثقه [ای] باشد. و از جمله ایشان است علی بن بابویه که زیاد کرده بر این، این که مدعی هم ثقه باشد.

ص: ۴۲۱

۱- اکثر مسائل شهادات پیشتر بیان شده است.

۲- توضیح تکراری: نسخه بردار همیشه به جای «ای» یک همزه (ء) می گذارد.

۳- وسائل، ابواب الشهادات، ب ۸ ح ۴.

۴- وسائل، ابواب الشهادات، ب ۸، ح ۲.

و دلیل ایشان صحیحۀ عمر بن یزید است (۱). و در آن ثقه بودن مدعی هم مذکور است. و نظر به این که این صحیحۀ اخص است از آن اخبار، پس باید منع از شهادت را در غیر صورتی قرار داد که شهادت بدهد با او ثقه [ای] دیگر و مدعی هم ثقه باشد. و لکن ظاهر این است که نسبت مابین آن ها «عموم من وجه» باشد؛ چون صحیحۀ دلالت دارد بر جواز شهادت در صورت ثقه بودن مدعی و انضمام ثقه دیگر با او، خواه متذکر واقعۀ بشود یا نه. و روایت سکونی و حسین بن سعید دلالت دارند بر اعتبار تذکر، خواه آن ضمیمه ها باشند یا نه. و محتاج است به ترجیح. و احادیث عدم جواز معتضدن با شهرت بین الاصحاب، و با اصل، و عمومات بسیار. حتی آن که ابن ادریس دعوی تواتر آن ها کرده و اجماع بر مضمون آن ها را. هر چند علامه در مختلف آن قول دیگر را نسبت به شهرت بین القدماء داده و لکن آن چه از قدماء نقل شده همان ضمیمۀ شهادت ثقه دیگر است با او، و از غیر علی بن بابویه نقل ثقه بودن مدعی، منقول نیست. پس عمل به صحیحۀ هم مشهور بین القدماء نشده.

و علامه در مختلف حمل کرده است این حدیث صحیح را بر صورتی که علم حاصل شود از برای او بشهادت آن ثقه [با] (۲). ثقه بودن مدعی. بل که کلام علماء عاملین به آن را هم حمل کرده بر این. و این دور نیست و لکن مبتنی است بر این که «مطلق علم» در شهادت کافی باشد، و آن خلاف مشهور است، هر چند خالی از قوت نیست. و لکن آن چه از روایت سکونی مستفاد می شود این است که «تذکر واقعۀ» شرط است در جواز شهادت. پس مجرد حصول علم به مدعی به، سبب قراین کافی نخواهد بود. و فرق واضح است مابین حصول علم به صدق واقعۀ و مابین تذکر واقعۀ. و از شیخ در استبصار ظاهر

ص: ۴۲۲

۱- وسائل، ابواب الشهادت، ب ۸، ح ۱.

۲- و فی النسخة: یا.

می شود که حصول ظن غالب از خط خود [در] (۱) شهادت آن شاهد کافی است.

و باکی نیست که ما اخبار را نقل کنیم: از جمله آن ها روایتی است که کلینی به سند صحیح روایت کرده از حسین بن سعید: «قَالَ كَتَبَ إِلَيْهِ جَعْفَرُ بْنُ عَيْسَى جُعِلْتُ فِدَاكَ حِرَاءَ نَبِيِّ جِيرَانٍ لَنَا بِكِتَابٍ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَشْهَدُونِي عَلَى مَا فِيهِ وَفِي الْكِتَابِ اسْمِي بِخَطِّي قَدْ عَرَفْتَهُ وَ لَسْتُ أَذْكَرُ الشَّهَادَةَ وَقَدْ دَعَوْنِي إِلَيْهَا فَأَشْهَدُ لَهُمْ عَلَى مَعْرِفَتِي أَنَّ اسْمِي فِي الْكِتَابِ وَ لَسْتُ أَذْكَرُ الشَّهَادَةَ أَوْ لَا تَجِبُ الشَّهَادَةُ عَلَيَّ حَتَّى أَذْكَرَهَا كَمَا كَانَ اسْمِي فِي الْكِتَابِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فَكَتَبَ لَمَّا تَشْهَدُ» (۲). و این حدیث تا حسین بن سعید، صحیح است. و اگر اعتماد کنیم به این که حسین بن سعید خود مطلع به خط امام علیه السلام شده، پس وجود جعفر بن عیسی در سند، ضرر ندارد به صحت آن. و اگر نه؛ حدیث حسن خواهد بود. چنان که جماعتی جعفر بن عیسی را ممدوح شمرده اند. و ظاهر روایت احتمال اول است.

و از جمله آن ها روایت سکونی است (و آن قوی است؛ چون سکونی موثق است، و نوفل راوی از او هم معتمد است به جهات بسیار؛ از جمله آن ها کثرت روایت ابراهیم بن هاشم از او [است]).: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وآله) لَا تَشْهَدُ بِشَهَادَةٍ لَا تَذْكُرُهَا فَإِنَّهُ مِنْ شَاءِ كَتَبَ كِتَابًا وَ نَقَشَ خَاتَمًا» (۳). و از جمله آن ها روایت علی بن [غیاث] (۴) است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ لَا تَشْهَدَنَّ بِشَهَادَةٍ حَتَّى تَعْرِفَهَا كَمَا تَعْرِفُ كَفَّكَ» (۵).

و صدوق در فقیه گفته است (بعد از ذکر روایت عمر بن یزید): «و رُوِيَ أَنَّهُ لَا تُكُونُ

ص: ۴۲۳

۱- و فی النسخة: از.

۲- وسائل، ابواب الشهادت، ب ۸، حدیث ۲.

۳- وسائل، ابواب الشهادت، ب ۸، حدیث ۴.

۴- و در نسخه: عرب.

۵- وسائل، ابواب الشهادت، ب ۸، حدیث ۳.

الشَّهَادَةُ إِلَّا بِعِلْمٍ مَنْ شَاءَ كَتَبَ كِتَابًا أَوْ نَقَشَ خَاتَمًا» (۱). و از این روایت و روایت سکونی سابقه، ظاهر می شود که از خط و مهر علم حاصل نمی شود به این که خط و مهر کاتب است. زیرا که گاه است که کسی خطی بنویسد شبیه خط او، یا مهری بکند شبیه مهر او. و حق این است که نفی امکان حصول علم به خط و مهر، بسیار مشکل است. و غرض امام علیه السلام ارشاد و تنبیه آن است که کسی غافل نشود و ظن بر او ملتبس نشود به علم. خصوصاً در مهر که هر چند علم به این که مهر او است حاصل شود، و لکن علم به این که خود در آن جا ثبت کرده، مشکل است.

و به هر حال؛ لزوم تذکر نفس واقعه در روایت هست. پس حصول علم به خط و مهر کردن و ثبت، کافی نیست. پس از این دو حدیث ظاهر می شود که تذکر واقعه، ضرور است و حصول علم به قراین کافی نیست. و ما هر چند اصرار نداریم که حصول علم به قراین کافی نیست در شهادت، بل که اظهر جواز است. و لکن غرض ما این است که مطلق شهادت ثقه، و وثوق به مدعی با معرفت خط و مهر، کافی نیست. چنان که ظاهر قائلین به آن است.

و بدان که: مشکل می شود مقام به این که متذکر تفصیل نباشد و علم هم از قراین ثقه بودن مدعی یا شاهد دیگر، حاصل نشود، و لکن علم اجمالی داشته باشد که «تا یقین نکنند به مطلبی، شهادت نمی نویسد». آیا این قدر کافی است در جواز شهادت یا نه؟-؟ پس می گوئیم که: اگر به سبب آن علم اجمالی بر وجه کلی، علم از برای او حاصل می شود در این جزئی، پس این هم از باب حصول علم بقراین است. لکن حصول علم در این جا بسیار بعید است.

و بدان که: نیز فرق است مابین اقسام عبارات در خط؛ پس هر گاه در شهادت نوشته

ص: ۴۲۴

باشد «ثبت عندی» یا «وضع عندی» و امثال آن، به این اکتفاء نمی توان کرد در شهادت. مگر در حکم حاکم به خط خود در صورت حصول علم. و اما در غیر حاکم پس منتهای امر این است که به شهادت عدلین در نزد آن شاهد، مطلب ثابت شده بوده است. پس الحال این «شاهد فرع» می شود. و در شاهد فرع، یک نفر مسموع نیست. خصوصاً این که موضوع، مسئله شهادت بر نفس مدعی به، است نه بر «شهادت شاهد». و شهادت بر نفس مدعی به، به سبب شهادت عدلین معلومین هم صحیح نیست (علی الاشهر الاقوی)، چه جای شاهدین منسین. بلی هر گاه نوشته باشد «انا شاهد بذلک» یا «ذلک کذلک» و امثال آن، و علم اجمالی دارد بر وجه کلی که چنین چیزی نمی نویسد، آیا علم به مطابقت این، داخل «شهادت به سبب علم بقراین» می شود؟ و همچنین مثل لفظ «اقرّ عندی بكذا» و امثال آن.

۲- سؤال:

۲- سؤال: آیا در رضاع، شهادت نساء، معتبر است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر چند بعضی نسبت به اکثر اصحاب، منع را داده اند. و ظاهر مبسوط نسبت به روایات اصحاب داده. و لکن مشهور متأخرین و منقول از جمعی از قدماء، قول به سماع آن است. و از سید مرتضی دعوی اجماع بر آن منقول است در ناصریات. و احادیث بسیاری که دلالت دارند بر قبول شهادت زنان در امور باطنیه ایشان، و جائی که مردان جایز نیست مطلع شوند. و اطلاق موثقه ابن بکیر (۱) دلیل است. و دور نیست ترجیح این قول. و بنابر قول اظهر، اعتبار چهار زن عادل است. چنان که مقتضای استقرار موارد شهادت است با دو عادل بضمیمه یک مرد عادل. و قول مفید(ره) و دیگران به کفایت دو زن، ضعیف است. و صحیحه حلبی (۲)، دلالت آن ممنوع است.

ص: ۴۲۵

۱- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۲۴ ح ۹.

۲- وسائل، کتاب الشهادت، ب ۲۴ ح ۲۰.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نمایم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

